



مرکز تحقیقات اسلامی

اصفهان

گامی



ارشد
علیه
اصحاب
السلام

www.ghaemiyeh.com
www.ghaemiyeh.org
www.ghaemiyeh.net
www.ghaemiyeh.ir

حاشية الشفا

جلد چهارم

تأليف

المحقق القبيصة

لإدارة المطبعة والنشر في دار الكتب

١٣٧١ - ١٣٥١



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

جامع الشتات

نویسنده:

ابوالقاسم بن محمد حسن گیلانی میرزای قمی

ناشر چاپی:

کیهان

ناشر دیجیتال:

مرکز تحقیقات رایانه‌ای قائمیه اصفهان

فهرست

فهرست	۵
جامع شتات جلد ۴	۲۴
مشخصات کتاب	۲۴
اشاره	۲۴
فهرست	۲۷
کتاب الوقف	۲۹
کتاب الوقف من المجلد الاول	۲۹
۱: سؤال	۲۹
جواب:	۲۹
۲: سؤال	۲۹
جواب:	۳۰
۳: سؤال	۳۰
جواب:	۳۰
۴: سؤال	۳۰
جواب:	۳۰
۵: سؤال	۳۳
جواب:	۳۴
۶: سؤال	۳۴
جواب:	۳۴
۷: سؤال	۳۴
جواب:	۳۴
۸: سؤال	۴۲
جواب:	۴۲
۹: سؤال	۴۲
جواب:	۴۴
۱۰: سؤال	۴۸
جواب:	۴۸
۱۱: سؤال	۴۹
جواب:	۴۹
۱۲: سؤال	۵۰
جواب:	۵۰
۱۳: سؤال	۵۰
جواب:	۵۰
۱۴: سؤال	۵۱
جواب:	۵۱
کتاب الوقف من المجلد الثاني	۵۳
۱۵: سؤال	۵۳
جواب:	۵۴
۱۶: سؤال	۵۶
جواب:	۵۶

٦١	سؤال: ١٧
٦١	جواب:
٧٠	سؤال: ١٨
٧١	جواب:
٧١	سؤال: ١٩
٧١	جواب:
٧٣	السؤال: ٢٠
٩٥	سؤال: ٢١
٩٥	جواب:
٩٥	سؤال: ٢٢
٩٥	جواب:
٩٦	سؤال: ٢٣
٩٦	جواب:
٩٦	سؤال: ٢٤
٩٦	جواب:
٩٧	سؤال: ٢٥
٩٨	جواب:
٩٩	سؤال: ٢٦
١٠٠	جواب:
١٢٣	سؤال: ٢٧
١٢٣	جواب:
١٢٤	سؤال: ٢٨
١٢٤	جواب:
١٢٤	سؤال: ٢٩
١٢٤	جواب:
١٢٥	سؤال: ٣٠
١٢٥	جواب:
١٢٥	سؤال: ٣١
١٢٥	جواب:
١٢٦	سؤال: ٣٢
١٢٦	جواب:
١٢٦	سؤال: ٣٣
١٢٦	جواب:
١٢٧	سؤال: ٣٤
١٢٧	جواب:
١٢٧	سؤال: ٣٥
١٢٧	جواب:
١٢٧	سؤال: ٣٦
١٢٨	جواب:
١٢٨	سؤال: ٣٧
١٢٨	جواب:

١٢٩	سؤال: ٣٨
١٢٩	جواب:
١٣٠	سؤال: ٣٩
١٣٠	جواب:
١٣٠	سؤال: ٤٠
١٣٠	جواب:
١٣٠	سؤال: ٤١
١٣١	جواب:
١٣٦	سؤال: ٤٢
١٣٦	جواب:
١٣٧	سؤال: ٤٣
١٣٧	جواب:
١٣٧	سؤال: ٤٤
١٣٨	جواب:
١٣٨	سؤال: ٤٥
١٣٨	جواب:
١٣٨	سؤال: ٤٦
١٣٨	جواب:
١٣٩	سؤال: ٤٧
١٣٩	جواب:
١٤٠	سؤال: ٤٨
١٤٠	جواب:
١٤٠	سؤال: ٤٩
١٤٠	جواب:
١٤١	سؤال: ٥٠
١٤٣	جواب:
١٤٩	سؤال: ٥١
١٥٠	جواب:
١٥٠	سؤال: ٥٢
١٥٠	جواب:
١٥١	سؤال: ٥٣
١٥٢	جواب:
١٥٤	سؤال: ٥٤
١٥٤	جواب:
١٥٥	سؤال: ٥٥
١٥٥	جواب:
١٥٦	سؤال: ٥٦
١٥٦	جواب:
١٥٨	سؤال: ٥٧
١٦٠	جواب:
١٧٤	سؤال: ٥٨

١٧٥	جواب:
١٧٨	٥٩: سؤال:
١٧٨	جواب:
١٧٨	٦٠: سؤال:
١٧٨	جواب:
١٧٨	٦١: سؤال:
١٧٩	جواب:
١٨١	كتاب العمرى
١٨١	كتاب العمرى من المجلد الاول
١٨١	٦٢: سؤال:
١٨١	جواب:
١٨١	٦٣: سؤال:
١٨٢	جواب:
١٨٣	كتاب الهيات
١٨٣	كتاب الهيات من المجلد الاول
١٨٣	٦٤: سؤال:
١٨٣	جواب:
١٨٣	٦٥: سؤال:
١٨٣	جواب:
١٨٣	٦٦: سؤال:
١٨٤	جواب:
١٨٥	كتاب الهيات من المجلد الثانى
١٨٥	٦٧: سؤال:
١٨٥	جواب:
١٨٨	٦٨: سؤال:
١٨٨	جواب:
١٨٩	٦٩: سؤال:
١٨٩	جواب:
١٩٠	٧٠: سؤال:
١٩٠	جواب:
١٩١	٧١: سؤال:
١٩١	جواب:
١٩١	٧٢: سؤال:
١٩٢	جواب:
١٩٢	٧٣: سؤال:
١٩٣	جواب:
١٩٣	٧٤: سؤال:
١٩٣	جواب:
١٩٦	٧٥: سؤال:
١٩٧	جواب:
١٩٧	٧٦: سؤال:

١٩٧-----: جواب

٢٠٠-----: سؤال: ٧٧

٢٠١-----: جواب

٢٠٥-----: سؤال: ٧٨

٢٠٥-----: جواب

٢٠٦-----: سؤال: ٧٩

٢٠٦-----: جواب

٢٠٧-----: سؤال: ٨٠

٢٠٧-----: جواب

٢٠٨-----: سؤال: ٨١

٢٠٨-----: جواب

٢١٣-----: سؤال: ٨٢

٢١٣-----: جواب

٢٢٠-----: سؤال: ٨٣

٢٢٠-----: جواب

٢٢٠-----: سؤال: ٨٤

٢٢١-----: جواب

٢٣٠-----: سؤال: ٨٥

٢٣٠-----: جواب

٢٣٧-----: سؤال: ٨٦

٢٣٧-----: جواب

٢٣٧-----: سؤال: ٨٧

٢٣٧-----: جواب

٢٥٠-----: سؤال: ٨٨

٢٥٠-----: جواب

٢٥٢-----: سؤال: ٨٩

٢٥٢-----: جواب

٢٥٤-----: كتاب الوصايا

٢٥٤-----: كتاب الوصايا من المجلد الاول

٢٥٤-----: سؤال: ٩٠

٢٥٤-----: جواب

٢٥٥-----: سؤال: ٩١

٢٥٥-----: جواب

٢٥٥-----: سؤال: ٩٢

٢٥٦-----: جواب

٢٥٩-----: سؤال: ٩٣

٢٥٩-----: جواب

٢٥٩-----: سؤال: ٩٤

٢٥٩-----: جواب

٢٥٩-----: سؤال: ٩٥

٢٥٩-----: جواب

۲۶۱	سؤال: ۹۶
۲۶۱	جواب:
۲۶۱	سؤال: ۹۷
۲۶۱	جواب:
۲۶۲	سؤال: ۹۸
۲۶۲	جواب:
۲۶۲	سؤال: ۹۹
۲۶۲	جواب:
۲۶۳	سؤال: ۱۰۰
۲۶۴	جواب:
جواب: چون مفروض سؤال این است که ضعیفه، وصی تعیین نکرده ولایت او با حاکم شرع است یعنی مجتهد عادل، و هر گاه دست به حاکم نرسد عدول مؤمنین هم می توانند متوجه شد، بلکه باید بشوند. وظاهر این است که الفاطمی که ضعیفه گفته است وصیت است. پس هر گاه از بی	
۲۶۵	سؤال: ۱۰۱
۲۶۶	جواب:
۲۶۹	سؤال: ۱۰۲
۲۷۰	جواب:
۲۷۰	سؤال: ۱۰۳
۲۷۰	جواب:
۲۷۱	سؤال: ۱۰۴
۲۷۱	جواب:
۲۷۱	سؤال: ۱۰۵
۲۷۱	جواب:
۲۷۲	سؤال: ۱۰۶
۲۷۲	جواب:
۲۷۶	سؤال: ۱۰۷
۲۷۶	جواب:
۲۷۷	سؤال: ۱۰۸
۲۷۷	جواب:
۲۷۷	سؤال: ۱۰۹
۲۷۷	جواب:
۲۷۷	سؤال: ۱۱۰
۲۷۷	جواب:
۲۷۷	سؤال: ۱۱۱
۲۷۸	جواب:
۲۷۹	سؤال: ۱۱۲
۲۷۹	جواب:
۲۷۹	سؤال: ۱۱۳
۲۸۰	جواب:
۲۸۱	سؤال: ۱۱۴
۲۸۱	جواب:
۲۸۱	سؤال: ۱۱۵
۲۸۲	جواب:

٢٨٢: سؤال: ١١٦

٢٨٢: جواب:

٢٨٢: سؤال: ١١٧

٢٨٢: جواب:

٢٨٣: سؤال: ١١٨

٢٨٣: جواب:

٢٨٤: كتاب الوصايا من المجلد الثاني

٢٨٤: سؤال: ١١٩

٢٨٤: جواب:

٢٩٢: سؤال: ١٢٠

٢٩٢: جواب:

٣٠٠: سؤال: ١٢١

٣٠٠: جواب:

٣٠٢: سؤال: ١٢٢

٣٠٢: جواب:

٣٠٦: سؤال: ١٢٣

٣٠٧: جواب:

٣٠٧: سؤال: ١٢٤

٣٠٧: جواب:

٣٠٨: سؤال: ١٢٥

٣٠٨: جواب:

٣٠٨: سؤال: ١٢٦

٣٠٨: جواب:

٣٠٨: سؤال: ١٢٧

٣٠٨: جواب:

٣٠٨: سؤال: ١٢٨

٣١٠: جواب:

٣١٠: سؤال: ١٢٩

٣١٠: جواب:

٣١١: سؤال: ١٣٠

٣١١: جواب:

٣١١: سؤال: ١٣١

٣١١: جواب:

٣١٢: سؤال: ١٣٢

٣١٢: جواب:

٣١٢: سؤال: ١٣٣

٣١٢: جواب:

٣١٢: سؤال: ١٣٤

٣١٢: جواب:

٣١٢: سؤال: ١٣٥

٣١٤: سؤال: ١٣٦

٣١٤ جواب:

٣١٤ ١٣٧: سؤال:

٣١٤ جواب:

٣١٥ ١٣٨: سؤال:

٣١٥ جواب:

٣١٥ ١٣٩: سؤال:

٣١٥ جواب:

٣١٦ ١٤٠: سؤال:

٣١٦ جواب:

٣١٨ ١٤١: سؤال:

٣١٨ جواب:

٣١٩ ١٤٢: سؤال:

٣١٩ جواب:

٣١٩ ١٤٣: سؤال:

٣١٩ جواب:

٣٢٠ ١٤٤: سؤال:

٣٢٠ جواب:

٣٢٠ ١٤٥: سؤال:

٣٢١ جواب:

٣٢١ ١٤٦: سؤال:

٣٢٢ جواب:

٣٢٥ ١٤٧: سؤال:

٣٢٥ جواب:

٣٢٦ ١٤٨: سؤال:

٣٢٦ جواب:

٣٢٧ ١٤٩: سؤال:

٣٢٧ جواب:

٣٢٧ ١٥٠: سؤال:

٣٢٧ جواب:

٣٢٨ ١٥١: سؤال:

٣٢٨ جواب:

٣٣٠ كتاب الوصيه من المجلد الثالث

٣٣٠ ١٥٢: سؤال:

٣٣٠ جواب:

٣٣١ ١٥٣: سؤال:

٣٣١ جواب:

٣٣٢ ١٥٤: سؤال:

٣٣٢ جواب:

٣٣٨ ١٥٥: سؤال:

٣٣٨ جواب:

٣٣٨ ١٥٦: سؤال:

٣٣٩ جواب:

٣٤١ ١٥٧ سؤال:

٣٤١ جواب:

٣٤٥ ١٥٨ سؤال:

٣٤٦ جواب:

٣٤٦ ١٥٩ سؤال:

٣٤٦ جواب:

٣٤٨ كتاب النكاح

٣٤٨ كتاب النكاح من المجلد الاول

٣٤٨ ١٦٠ سؤال:

٣٤٩ جواب:

٣٥٢ ١٦١ سؤال:

٣٥٣ جواب:

٣٥٣ ١٦٢ سؤال:

٣٥٤ جواب:

٣٧١ ١٦٣ سؤال:

٣٧١ جواب:

٣٧٢ ١٦٤ سؤال:

٣٧٢ جواب:

٣٧٢ ١٦٥ سؤال:

٣٧٢ جواب:

٣٧٣ ١٦٦ سؤال:

٣٧٣ جواب:

٣٧٣ ١٦٧ سؤال:

٣٧٣ جواب:

٣٧٤ ١٦٨ سؤال:

٣٧٤ جواب:

٣٧٥ ١٦٩ سؤال:

٣٧٥ جواب:

٣٧٥ ١٧٠ سؤال:

٣٧٥ جواب:

٣٧٥ ١٧١ سؤال:

٣٧٦ جواب:

٣٧٦ ١٧٢ سؤال:

٣٧٦ جواب:

٣٧٧ ١٧٣ سؤال:

٣٧٧ جواب:

٣٧٧ ١٧٤ سؤال:

٣٧٨ جواب:

٣٧٨ ١٧٥ سؤال:

٣٧٨ جواب:

٣٧٨	سؤال: ١٧٦
٣٧٨	جواب:
٣٧٩	سؤال: ١٧٧
٣٧٩	جواب:
٣٨٠	سؤال: ١٧٨
٣٨٠	جواب:
٣٨٠	سؤال: ١٧٩
٣٨٠	جواب:
٣٨٠	سؤال: ١٨٠
٣٨٠	جواب:
٣٨٠	سؤال: ١٨١
٣٨٠	جواب:
٣٨٠	سؤال: ١٨٢
٣٨١	سؤال: ١٨٣
٣٨٢	جواب:
٣٨٢	سؤال: ١٨٤
٣٨٢	جواب:
٣٨٢	سؤال: ١٨٥
٣٨٢	جواب:
٣٨٢	سؤال: ١٨٦
٣٨٢	جواب:
٣٨٢	سؤال: ١٨٧
٣٨٣	جواب:
٣٨٣	سؤال: ١٨٨
٣٨٤	جواب:
٣٨٤	سؤال: ١٨٩
٣٨٤	جواب:
٣٨٤	سؤال: ١٩٠
٣٨٤	جواب:
٣٨٤	سؤال: ١٩١
٣٨٦	جواب:
٣٨٦	سؤال: ١٩٢
٣٨٦	جواب:
٣٨٦	سؤال: ١٩٣
٣٨٧	جواب:
٣٨٧	سؤال: ١٩٤
٣٨٧	جواب:
٣٨٧	سؤال: ١٩٥
٣٨٧	جواب:
٣٨٨	سؤال: ١٩٦
٣٨٨	جواب:

٣٨٨	سؤال: ١٩٧
٣٨٨	جواب:
٣٨٨	سؤال: ١٩٨
٣٨٨	جواب:
٣٩٣	سؤال: ١٩٩
٣٩٣	جواب:
٣٩٣	سؤال: ٢٠٠
٣٩٣	جواب:
٣٩٣	سؤال: ٢٠١
٣٩٤	جواب:
٣٩٤	سؤال: ٢٠٢
٣٩٤	جواب:
٣٩٤	سؤال: ٢٠٣
٣٩٤	جواب:
٣٩٤	سؤال: ٢٠٤
٣٩٤	جواب:
٣٩٤	سؤال: ٢٠٥
٣٩٥	جواب:
٣٩٦	سؤال: ٢٠٦
٣٩٦	جواب:
٣٩٧	سؤال: ٢٠٧
٣٩٧	جواب:
٣٩٩	سؤال: ٢٠٨
٣٩٩	جواب:
٣٩٩	سؤال: ٢٠٩
٣٩٩	جواب:
٣٩٩	سؤال: ٢١٠
٣٩٩	جواب:
٤٠١	سؤال: ٢١١
٤٠١	جواب:
٤٠١	سؤال: ٢١٢
٤٠١	جواب:
٤٠١	سؤال: ٢١٣
٤٠١	جواب:
٤٠١	سؤال: ٢١٤
٤٠٣	جواب:
٤٠٣	سؤال: ٢١٥
٤٠٣	جواب:
٤٠٣	سؤال: ٢١٦
٤٠٣	جواب:
٤٠٣	سؤال: ٢١٧

٤٠٣	جواب:
٤٠٥	سؤال: ٢١٨.
٤٠٥	جواب:
٤٠٦	سؤال: ٢١٩.
٤٠٦	جواب:
٤٠٦	سؤال: ٢٢٠.
٤٠٦	جواب:
٤١١	سؤال: ٢٢١.
٤١٢	جواب:
٤٢٣	سؤال: ٢٢٢.
٤٢٤	جواب:
٤٢٨	سؤال: ٢٢٣.
٤٢٨	جواب:
٤٣١	سؤال: ٢٢٤.
٤٣١	جواب:
٤٣٦	سؤال: ٢٢٥.
٤٣٦	جواب:
٤٣٨	سؤال: ٢٢٦.
٤٣٨	جواب:
٤٣٩	سؤال: ٢٢٧.
٤٣٩	جواب:
٤٣٩	سؤال: ٢٢٨.
٤٣٩	جواب:
٤٣٩	سؤال: ٢٢٩.
٤٣٩	جواب:
٤٤٣	سؤال: ٢٣٠.
٤٤٣	جواب:
٤٤٤	سؤال: ٢٣١.
٤٤٤	جواب:
٤٤٤	سؤال: ٢٣٢.
٤٤٥	جواب:
٤٤٥	سؤال: ٢٣٣.
٤٤٥	جواب:
٤٤٥	سؤال: ٢٣٤.
٤٤٥	جواب:
٤٤٦	سؤال: ٢٣٥.
٤٤٦	جواب:
٤٤٦	سؤال: ٢٣٦.
٤٤٧	جواب:
٤٤٩	سؤال: ٢٣٧.
٤٤٩	جواب:

٢٣٨. سۇال:	٤٤٩
جواب:	٤٤٩
٢٣٩. سۇال:	٤٥٠
جواب:	٤٥٠
٢٤٠. سۇال:	٤٥٠
جواب:	٤٥٠
٢٤١. سۇال:	٤٥٠
جواب:	٤٥٠
٢٤٢. سۇال:	٤٥١
٢٤٣. سۇال:	٤٥١
جواب:	٤٥١
٢٤٤. سۇال:	٤٥٢
جواب:	٤٥٢
٢٤٥. سۇال:	٤٥٤
جواب:	٤٥٤
٢٤٦. سۇال:	٤٥٦
جواب:	٤٥٦
٢٤٧. سۇال:	٤٥٦
جواب:	٤٥٧
٢٤٨. سۇال:	٤٥٧
جواب:	٤٥٨
٢٤٩. سۇال:	٤٥٩
جواب:	٤٥٩
٢٥٠. سۇال:	٤٥٩
جواب:	٤٥٩
٢٥١. سۇال:	٤٥٩
جواب:	٤٥٩
٢٥٢. سۇال:	٤٦١
جواب:	٤٦١
٢٥٣. سۇال:	٤٦١
جواب:	٤٦١
٢٥٤. سۇال:	٤٦٢
جواب:	٤٦٣
٢٥٥. سۇال:	٤٦٤
جواب:	٤٦٤
٢٥٦. سۇال:	٤٦٤
جواب:	٤٦٤
٢٥٧. سۇال:	٤٧٠
جواب:	٤٧٠
٢٥٨. سۇال:	٤٧٣
جواب:	٤٧٣

٢٥٩. سؤال:	٤٧٦
جواب:	٤٧٧
٢٦٠. سؤال:	٤٧٨
جواب:	٤٧٩
كتاب النجاح من المجلد الثاني	
٢٦١. سؤال:	٤٨٠
جواب:	٤٨٠
٢٦٢. سؤال:	٤٨٢
جواب:	٤٨٢
٢٦٣. سؤال:	٤٨٢
جواب:	٤٨٣
٢٦٤. سؤال:	٤٨٣
جواب:	٤٨٣
٢٦٥. سؤال:	٤٨٤
جواب:	٤٨٤
٢٦٦. سؤال:	٤٨٤
جواب:	٤٨٥
٢٦٧. سؤال:	٤٨٦
جواب:	٤٨٦
٢٦٨. سؤال:	٤٨٧
جواب:	٤٨٧
٢٦٩. سؤال:	٤٨٨
جواب:	٤٨٩
٢٧٠. سؤال:	٤٩١
جواب:	٤٩١
٢٧١. سؤال:	٤٩١
جواب:	٤٩١
٢٧٢. سؤال:	٤٩٢
جواب:	٤٩٢
٢٧٣. سؤال:	٤٩٢
جواب:	٤٩٢
٢٧٤. سؤال:	٤٩٣
جواب:	٤٩٤
٢٧٥. سؤال:	٤٩٤
جواب:	٤٩٤
٢٧٦. سؤال:	٤٩٥
جواب:	٤٩٥
٢٧٧. سؤال:	٤٩٦
جواب:	٤٩٦
٢٧٨. سؤال:	٤٩٧
جواب:	٤٩٧

٤٩٧	سؤال: ٢٧٩
٤٩٧	جواب:
٤٩٨	سؤال: ٢٨٠
٤٩٨	جواب:
٤٩٨	سؤال: ٢٨١
٤٩٨	جواب:
٤٩٨	سؤال: ٢٨٢
٤٩٩	جواب:
٤٩٩	سؤال: ٢٨٣
٤٩٩	سؤال: ٢٨٤
٤٩٩	جواب:
٤٩٩	سؤال: ٢٨٥
٤٩٩	جواب:
٥٠١	سؤال: ٢٨٦
٥٠١	جواب:
٥٠١	سؤال: ٢٨٧
٥٠١	جواب:
٥٠١	سؤال: ٢٨٨
٥٠١	جواب:
٥٠١	سؤال: ٢٨٩
٥٠١	جواب:
٥٠٣	سؤال: ٢٩٠
٥٠٣	جواب:
٥٠٤	سؤال: ٢٩١
٥٠٥	جواب:
٥٠٦	سؤال: ٢٩٢
٥٠٦	جواب:
٥٠٧	سؤال: ٢٩٣
٥٠٧	جواب:
٥١٧	سؤال: ٢٩٤
٥١٨	جواب:
٥١٩	سؤال: ٢٩٥
٥٢٠	جواب:
٥٢٠	سؤال: ٢٩٦
٥٢١	جواب:
٥٢٣	سؤال: ٢٩٧
٥٢٣	جواب:
٥٢٧	سؤال: ٢٩٨
٥٢٧	جواب:
٥٢٩	سؤال: ٢٩٩
٥٢٩	جواب:

٥٢٩	سؤال: ٣٠٠
٥٢٩	جواب:
٥٢٩	سؤال: ٣٠١
٥٢٩	جواب:
٥٢٩	سؤال: ٣٠٢
٥٣٠	جواب:
٥٣١	مكرر: سؤال: ٣٠٢
٥٣١	جواب:
٥٣١	سؤال: ٣٠٣
٥٣١	جواب:
٥٣١	سؤال: ٣٠٤
٥٣١	جواب:
٥٣٣	سؤال: ٣٠٥
٥٣٣	جواب:
٥٣٣	سؤال: ٣٠٦
٥٣٣	جواب:
٥٣٣	سؤال: ٣٠٧
٥٣٣	جواب:
٥٣٣	سؤال: ٣٠٨
٥٣٤	جواب:
٥٣٤	سؤال: ٣٠٩
٥٣٥	جواب:
٥٣٥	سؤال: ٣١٠
٥٣٥	جواب:
٥٣٧	سؤال: ٣١١
٥٣٧	جواب:
٥٣٨	سؤال: ٣١٢
٥٣٨	جواب:
٥٣٨	سؤال: ٣١٣
٥٣٨	جواب:
٥٤٠	سؤال: ٣١٤
٥٤٠	جواب:
٥٤١	سؤال: ٣١٥
٥٤١	جواب:
٥٤٢	سؤال: ٣١٦
٥٤٢	جواب:
٥٤٢	سؤال: ٣١٧
٥٤٢	جواب:
٥٤٥	سؤال: ٣١٨
٥٤٥	جواب:
٥٤٧	٣١٩ و ٣٢٠ سؤال:

٥٤٨ جواب: -

٥٥٠ جواب: -

٥٥٤ سؤال: ٣٢١ -

٥٥٤ جواب: -

٥٦٣ سؤال: ٣٢٢ -

٥٦٤ جواب: -

٥٦٦ سؤال: ٣٢٣ -

٥٦٦ جواب: -

٥٦٦ سؤال: ٣٢٤ -

٥٦٦ جواب: -

٥٦٦ سؤال: ٣٢٥ -

٥٦٧ جواب: -

٥٦٧ سؤال: ٣٢٦ -

٥٦٧ جواب: -

٥٦٨ سؤال: ٣٢٧ -

٥٦٨ جواب: -

٥٦٩ سؤال: ٣٢٨ -

٥٦٩ جواب: -

٥٦٩ سؤال: ٣٢٩ -

٥٦٩ جواب: -

٥٧١ سؤال: ٣٣٠ -

٥٧١ جواب: -

٥٧١ سؤال: ٣٣١ -

٥٧٢ جواب: -

٥٧٢ سؤال: ٣٣٢ -

٥٧٢ جواب: -

٥٧٤ سؤال: ٣٣٣ -

٥٧٥ جواب: -

٥٧٧ سؤال: ٣٣٤ -

٥٧٧ جواب: -

٥٧٧ سؤال: ٣٣٥ -

٥٧٧ جواب: -

٥٧٨ سؤال: ٣٣٦ -

٥٧٨ جواب: -

٥٩١ كتاب التكاثر من المجلد الثالث -

٥٩١ سؤال: ٣٣٧ -

٥٩١ جواب: -

٥٩٢ سؤال: ٣٣٨ -

٥٩٢ جواب: -

٥٩٢ سؤال: ٣٣٩ -

٥٩٢ جواب: -

٥٩٢	سؤال: ٣٤٠
٥٩٢	جواب:
٥٩٢	سؤال: ٣٤١
٥٩٤	جواب:
٥٩٤	سؤال: ٣٤٢
٥٩٥	جواب:
٥٩٨	سؤال: ٣٤٣
٥٩٨	جواب:
٦٠٦	سؤال: ٣٤٤
٦٠٦	جواب:
٦٠٦	سؤال: ٣٤٥
٦٠٧	جواب:
٦٠٧	سؤال: ٣٤٦
٦٠٧	جواب:
٦٠٨	سؤال: ٣٤٧
٦٠٨	جواب:
٦٠٩	سؤال: ٣٤٨
٦٠٩	جواب:
٦٠٩	سؤال: ٣٤٩
٦٠٩	جواب:
٦١٠	سؤال: ٣٥٠
٦١٠	جواب:
٦١٠	سؤال: ٣٥١
٦١١	جواب:
٦١٤	سؤال: ٣٥٢
٦١٤	جواب:
٦١٥	سؤال: ٣٥٣
٦١٥	جواب:
٦١٦	سؤال: ٣٥٤
٦١٦	جواب:
٦١٧	سؤال: ٣٥٥
٦١٧	جواب:
٦١٧	سؤال: ٣٥٦
٦١٧	جواب:
٦١٧	سؤال: ٣٥٧
٦١٧	جواب:
٦١٨	سؤال: ٣٥٨
٦١٨	جواب:
٦١٨	سؤال: ٣٥٩
٦١٨	جواب:
٦٢٣	سؤال: ٣٦٠

۶۲۴	جواب:
۶۲۴	سؤال: ۳۶۱
۶۲۴	جواب:
۶۲۶	سؤال: ۳۶۲
۶۲۶	جواب:
۶۲۷	سؤال: ۳۶۳
۶۲۷	جواب:
۶۲۷	سؤال: ۳۶۴
۶۲۷	جواب:
۶۲۷	سؤال: ۳۶۵
۶۲۷	جواب:
۶۲۸	سؤال: ۳۶۶
۶۲۸	جواب:
۶۲۸	سؤال: ۳۶۷
۶۲۸	جواب:
۶۲۹	سؤال: ۳۶۸
۶۲۹	جواب:
۶۳۰	سؤال: ۳۶۹
۶۳۰	جواب:
۶۳۱	سؤال: ۳۷۰
۶۳۱	جواب:
۶۳۱	سؤال: ۳۷۱
۶۳۱	جواب:
۶۳۴	سؤال: ۳۷۲
۶۳۴	جواب:
۶۳۶	سؤال: ۳۷۳
۶۳۶	جواب:
۶۵۰	سؤال: ۳۷۴
۶۵۰	جواب:
۶۵۳	سؤال: ۳۷۵
۶۵۳	جواب:
۶۵۶	سؤال: ۳۷۶
۶۵۶	جواب:
۶۶۴	درباره مرکز

سرشناسه : میرزای قمی، ابوالقاسم بن محمدحسن، ۱۱۵۱-۱۲۳۱ق.

عنوان و نام پدیدآور : جامع الشتات / تالیف ابوالقاسم قمی؛ با تصحیح و اهتمام مرتضی رضوی.

مشخصات نشر : تهران: کیهان، ۱۳ -.

مشخصات ظاهری : ج.

شابک : ۳۲۰۰ ریال (ج. ۱) ؛ ۳۷۰۰ ریال (ج. ۲) ؛ ۸۰۰۰ ریال (ج. ۳) ؛ ۱۵۰۰۰ ریال (ج. ۴)

یادداشت : عربی.

یادداشت : فهرست نویسی براساس جلد چهارم، ۱۳۷۵.

یادداشت : ج. ۲ (چاپ اول: تابستان ۱۳۷۱).

یادداشت : ج. ۱ (چاپ اول: بهار ۱۳۷۱).

یادداشت : ج. ۳ (چاپ اول: پاییز ۱۳۷۱).

یادداشت : کتابنامه.

موضوع : فقه جعفری -- رساله عملیه

شناسه افزوده : رضوی، مرتضی، ۱۳۱۰ -، مصحح

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۹ م ۹۴ ج ۲ ۱۳۰۰ ی

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۷-۳۹۵۴

ص: ۱

جامع الشتات (جلد چهارم) تألیف: میرزا ابو القاسم قمی با تصحیح واهتمام: مرتضی رضوی چاپ اول: بهار ۱۳۷۱ - پنج هزار
نسخه چاپ مؤسسه کیهان حق چاپ برای انتشارات کیهان محفوظ است خیابان انقلاب - مقابل پارک دانشجو - خیابان
انوشیروان شماره ۱۰ انتشارت کیهان

فهرست

صفحه	عنوان
۱	کتاب الدین
۳۹	کتاب الضمان و توابه
۹۱	کتاب الصلح
۲۲۹	کتاب الشرکه
۲۷۵	کتاب القسمة
۳۱۱	کتاب المضاربة
۳۶۱	کتاب المزارعة و المساقات
۳۸۳	کتاب الودیعة
۳۹۵	کتاب العارية
۴۱۷	کتاب الاجارة
۵۱۳	کتاب الوكالة

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٥

۱: سؤال:

۱: سؤال: هر گاه جمعی اقرار و اعتراف کنند به آنکه همهء املاکی که در تصرف دارند که از جد ایشان به ایشان منتقل شده، وقف بر اولاد ذکور او بوده، وبعد از فوت این جماعت، بعضی از آن املاک از تصرف اولاد ایشان بیرون رفته، آیا اولاد را می رسد که به سبب وقفیت مطالبهء املاک را بنمایند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه وقف بر اولاد ذکور بوده بطنا بعد بطن همیشه آن اولاد مستحق آن املاک می باشند. مگر اینکه از جهت شرعی از تصرف ایشان به در رفته باشد، مثل اینکه به جهت اختلاف ارباب آن، یا منتهی شدن به خرابی، فروخته شده باشد، به تفصیلی که در محل خود محقق شده است که بیان آن طولی دارد. (۱) و هر گاه حال و کیفیت مجهول باشد حکم به صحت آن معامله مشکل است و محتاج به مرافعه است. و امثال این مقدمات صورت دعوی است و استفتا در آن بی ثمر است، در حضور حاکم باید طی بشود.

۲: سؤال:

۲: سؤال: هر گاه پدر وقف کند ملکی بر ولد صغیر خود و تولیت به جهت خود قرار بدهد ولیکن به فکر این نباشد که قصد قبض از جانب صغیر بکند، آیا لازم است یا نه؟ -؟.

ص: ۱

جواب:

جواب: بلی لازم است و همان قبض ولی کافی است. و ظاهر احادیث معتبره و اطلاقات اکثر علما عدم احتیاج به " قصد جدید " است، خصوصا با وجود آنکه تولیت را از برای خود داده.

۳: سؤال:

۳: سؤال: هر گاه کسی ملکی را وقف اولاد کرده و معلوم نیست که وقف اولاد ذکور است یا اناث نه به عنوان اطلاق و نه به عنوان تقيید، نه کیفیت آن معلوم است. چگونه قسمت می شود؟.

جواب:

جواب: علی السویه در میان همه قسمت می شود. و این از جمله مهمات مسائل است که این حقیر در این عصر به حکم آن برخورد. و در میان علما اضطراب بسیار بود و همگی به این رجوع کرده اند، این را ضبط کن. و چنین است حکم در هر جا موقوف علیهم مشتبّه باشد در میان جمعی. والله العالم.

۴: سؤال:

۴: سؤال: هر گاه ملکی در دست سه برادر باشد که مشهور به وقف باشد، وجده مادری ایشان وقف کرده است، و فرزندان آن جده منحصر باشد در مادر همین برادرها و کیفیت وقف معلوم نیست. و الحال یکی از سه برادر فوت شده و از او پسری مانده، و برادر دیگر هم فوت شده بلا عقب، و برادر سوم که در حیات است سهم برادر بلا عقب را تصرف کرده و بر پسر برادر دیگر هم ادعا می کند که آن سهم هم که از پدر تو مانده مال من است با اجرت المثل ایام تصرف رد کن. و متمسک است به اینکه " این وقف اولاد است و مادامی که طبقهء علیا از اولاد باشد طبقهء سفلی بهره [ای] ندارد. " حکم این چه چیز است؟.

جواب:

جواب: این سؤال کمال اجمال دارد و محتاج است به تفصیل شقوق و احتمالات. اولاً اینکه هر گاه اصل وقفیت ملک ثابت، و مصرف و موقوف علیه به ثبوت شرعی نرسد که چه چیز است و هیچ معلوم نباشد، منافع آن باید به وجوه خیر رسانید مثل فقرا و مساکین و زوار و امثال اینها. و هر گاه معلوم شود و به ثبوت برسد - به شهود یا استفاضه - که وقف اولاد است، همین تنها بس نیست. بلکه باید مراد واقف معلوم باشد. هر گاه ثابت بشود که واقف وقف کرده است بر اولاد و بس، پس این وقف باطل است بنا بر قولی، به جهت آنکه منقطع الاخر است، و وقف باید

مؤید باشد. پس باید در صورتی که خواهد وقف اولاد کند، به او ضم کند این معنی را که "هر گاه منقطع شوند، وقف باشد بر فقرا و مساکین یا مساجد و حمامات و رباطات و امثال اینها که غالباً منقرض نمی شوند." و صحیح است بنابر قولی، خواه گوئیم که دوام در وقف شرط نیست یا گوئیم که از باب "حبس" است و بعد از انقطاع اولاد بر می گردد به مالک و وارث او، و اظهر قول ثانی است یعنی صحیح است و بعد از انقراض بر می گردد به مالک یا وارث او. و همچنین هر گاه واقف گفته باشد که "وقف کردم بر اولاد خود و بعد از اولاد بر اولاد اولادم" و دیگر فقرا و مساکین را نگفته باشد، هر چند بگوید "اولاد اولادم - تا آخر الدهر" که در این صورت هم هر گاه نسل او منقرض شود باز بر می گردد به مالک یا وارث او. و آنچه به کار مدعی می آید این است که ثابت کند این ملک وقف است به این نهج که "جده ما وقف کرده بر اولاد خود که مادر ما باشد و بعد از آن بر اولاد اولاد خود، و هکذا الی آخر الدهر، و بعد انقراض آنها به فقرا و مساکین و امثال اینها". در این صورت حق به جانب مدعی است و با وجود برادر، برادرزاده را نصیبی نمی باشد. و اما هر گاه این معنی ثابت نباشد و محتمل باشد که برادرزاده را هم شریک برادر کند - به این نهج که بگوید که این را وقف کردم بر دخترم و بعد از دخترم بر اولاد دخترم به شرط آنکه اگر یکی از آنها بمیرد و از او فرزندی بماند با سایر برادرها شریک باشد - رد این صورت برادرزاده با برادرها شریک خواهد بود. چنانکه در کتب فقهیه به آن تصریح کرده اند. بلکه ظاهر این است که در این صورت در مال برادر بلا عقب هم شریک خواهد بود. و ادعای اینکه "مجمل وقف اولاد به استفاضه ثابت است افاده ترتیب را می کند" (۱) موقوف است به اثبات چنین عرفی از برای واقف، و ثبوت آن معلوم نیست. و عرف عام زمان ما هم افاده آن را نمی کند. خصوصاً هر گاه استفاضه،.

ص: ۳

۱- بنابر این لازم نیست که مدعی (برادری که زنده است) چگونگی و خصوصیت وقف را (اثبات) صورت اجمال هم حق به جانب اوست.

خصوصیت اولاد ذکور واثان [را] هم بیان نکند، با وجود آن که غالب آن است که وقف بر اولاد ذکور می کنند، ومفروض در مانحن فیه آن است که طبقه اول اناث است. و هیچکس از علما اعتبار این معنی را نکرده است. واصل "عدم شرط" هم معنی ندارد. به جهت آن که از برای واقف است که هر شرطی را که خواهد بکند و باید به شرط او عمل کرد. پس ما هر گاه ندانیم که به چه کیفیت وقف کرده است آیا ترتیب را شرط کرده یا نه و آیا شرکت [ولد] ولد را با سایر اولاد در حینی که یکی از آنها بمیرد شرط کرده یا نه پس احتمالات همه مساوی اند، و اجرای "اصل عدم" در حصول بعض افراد در خارج دون بعض، تحکم است. اگر گوئی که: غالب این است که در وقف ترتیب را ملاحظه می کنند پس مظنون این است که واقف ترتیب را اعتبار کرده باشد به اعتبار غلبه. گوئیم: بر فرض تسلیم، جواز عمل به این غلبه مسلم است در غیر وقتی که یکی از اولاد یا دو نفر [از آنها] بمیرد و یکی بماند و از آن دو نفر اولادی هم مانده باشد. و شاهد آن این است که میبینیم مردم را که هر گاه دو پسر یا سه پسر داشته باشند، در حال حیات خود، یکی از پسر ها بمیرد و از او اولادی بماند، یک سهمی به جهت آن پسرزاده در حال حیات قرار می دهند و به صیغه صلح یا امثال آن به آن منتقل می کنند که بعد از فوت بی نصیب نباشد. و غلبه این عمل از آن عمل اگر بیشتر نباشد کمتر نیست. و به این سبب است که فقها هیچ فرقی نگذاشته اند و ملتفت به ادعای این غلبه نشده اند و تابع شرط شده اند. بلی هر گاه مدعی اثبات کند که واقف به این عبارت گفته است که "وقف کرده ام بر اولادم، بعد از آن بر اولاد اولادم، و همچنین الی آخر الدهر" به این نهج که شهود به این اطلاق شهادت بدهند، یا استفاضه به این نهج ثابت باشد به این نحو که هر گاه از اهل استفاضه سؤال شود که این اطلاق را در صورت "مردن یکی از اولاد و باقی ماندن فرزندی از او با سایر برادر ها" هم می دانید؟ بگویند بلی. به جهت آنکه استفاضه در معنی است نه در لفظ. و ادعای استفاضه لفظ، بسیار بعید است. و از مضعفات دعوی مدعی، یکی هم این است که فقها در اولاد هم خلاف کرده اند که آیا شامل اولاد اولاد او هست یا نه؟ - هر چند اظهر این است که شامل

این است و در صورتی که شامل باشد هم می تواند که مراد واقف این باشد که وقف باشد بر موجودین اولاد به این معنی که بعد از انقراض مجموع اینها وقف باشد بر آنهایی که بعد از اینها بمانند و هکذا... و هر گاه حصهء موقوف علیهم و کیفیت شرط واقف و اعتبار ترتیب و عدم اعتبار آن معلوم نباشد، و بر فرض اعتبار و ترتیب، کیفیت ترتیب هم معلوم نباشد پس فی الجمله علم حاصل می شود که مجموع این طبقات از اهل وقف هستند و لکن فی الجمله نه به تفصیل. پس هر یک از این طبقات در حال اجتماع ایشان در وجود، قابل مالکیت و اهلیت و استحقاق عین موقوفه هستند. و چون حقیقت حال معلوم نیست و مرجحی ظاهر نیست نه در اصل استحقاق و نه در مقدار آن، پس باید علی السواء در مابین ایشان قسمت کرد. چنانکه علامه در تذکره وقواعد تصریح به آن کرده و همچنین شیخ علی در حال شرح قواعد. و چون از صورت سؤال معلوم می شود که کیفیت وقف مجهول است حتی مطلق مصرف هم ثابت نیست، یا فی الجمله ثابت است اما کیفیت ثابت نیست، بهتر آن است که غله و منافع موقوف علیه را به طریق مصالحه با همدیگر راضی شوند. (۱) بلکه دور نیست که بهتر آن باشد که با وجود این حاکم شرع قصد تصدق و اعانت فقرا هم بکند در دادن به ایشان هر گاه فقیر باشند، یا از سایر مصالح بر باشند. و احتمال دخول اولاد این برادر سوم (که در حال حیات است) در اهل وقف در غایت بعد است، و عدم آن در تحت " غلبه " ای که سابق ادعا شده بود باقی است، با وجود آنکه مدعی هم دعوی ترتیب می کند. والله العالم.

۵: سؤال:

۵: سؤال: هر گاه درخت گردو و یا درخت بارده دیگر در ملک وقف اولادی، بوده باشد، آیا موقوف علیه می تواند او را بفروشد؟ یا قطع نماید؟ با وجود متضرر شدن بطون لا حقه؟ و در صورت بیع، بعد از فوت او ارباب وقف را بر مشتری تسلطی می باشد؟ یا نه، و درخت ملک مشتری است می خواهد قطع می نماید و می خواهد .

ص: ۵

۱- عبارت باید این باشد: غله و منافع موقوفه را به طریق مصالحه قسمت کنند و از همدیگر راضی شوند. والله العالم .

می گذارد -۹. ودرخت چنار و نار و امثال آنها مثل درخت مذکور است یا فرقی دارد؟ -۹. همه را بیان فرمائید.

جواب:

جواب: هر گاه معلوم باشد که درخت هم وقف بوده بیع آن صورتی ندارد. مگر اینکه در صورت یکی از صور مجوزه باشد، مثل اینکه اختلاف شدید ما بین موقوف علیهم باشد که خوف فساد باشد، یا آنکه آن وقف بایر و بی کار شده باشد و امثال آن. و هر گاه حال معلوم نباشد و بینه نباشد، اظهر در نزد حقیر این است که در اینجا مدعی فساد مقدم است و صحت بیع محتاج است به اثبات آنکه یکی از صور مجوزه بوده است. و فرقی مابین درخت گردو و چنار و غیرهما نیست، به جهت آنکه منفعت منحصر در میوه نیست از درخت بی میوه هم می توان منافع برد با بقا عین آنها هر چند به این نحو باشد که قطع کنند و به آن سقف خانه پیوند و امثال آنها. و انتفاع به آن تابع قصد واقف است.

۶: سؤال:

۶: سؤال: مال وقف را به رهن می توان گذاشت یا نه؟ -۹.

جواب:

جواب: رهن مال وقفی جایز نیست هر چند به رضا و اختیار باشد.

۷: سؤال:

۷: سؤال: هر گاه کسی زمینی را وقف کرده باشد بر جمعی، و شرط کرده باشد که یک سال بیشتر به اجاره ندهند. موقوف علیهم آن زمین را به شخصی به اجاره بدهند به شش سال، به این نحو که در سال اول خود به مستأجر بدهند و صیغه بخوانند و مستأجر را وکیل کنند که در هر سال دیگر صیغه از جانب ایشان جاری کند. جایز است یا نه؟ -۹.

جواب:

جواب: اگر از حال وقف معلوم شود که مرادش این است که باید هیچکس بیش از یک سال نگاه ندارد، و منظورش تغیر و تبدل مستأجرین باشد، این اجاره صورت ندارد. و اگر غرضش این است که باید تجدید صیغه بشود و تأسیس اجاره [شود] به جهت حصول تجدید عهد و وقفیت، تا به سبب استمرار منشاء انهدام مقصودش از وقف نشود، پس اقرب بطلان است. به جهت عدم مملوکیت موکل فیه در حین توکیل، که فقها این را اعتبار کرده اند، و از جمله شروط و کالت قرار داده اند که باید موکل فیه مملوک موکل باشد. به این معنی که او را عقلا و شرعا مانعی از تصرف نباشد.

مثل اینکه جایز نیست که کسی وکیل کند شخصی را در عتق غلامی که بعد از این خواهد خرید، یا طلاق زنی که او را خواهد گرفت. و بعضی عبارات بلکه بسیاری از آنها ظاهر است در اعتبار تملک از حین توکیل الی زمان تصرف. و شیخ علی (ره) فرموده است که "ظاهر این است که متفق علیه باشد". و نسبت خلاف را به شافعیه داده. و آخوند ملا-احمد (ره) و صاحب کفایه اشکال کرده اند و ایرادات بر این کرده اند، و از جمله موارد نقض که ذکر کرده اند "توکیل در طلاق در طهر واقعه و در حال حیض" و "توکیل در تزویج زنی و طلاق بعد از آن" یا "خریدن غلامی و آزاد کردن [ش] بعد از آن" و مثل "توکیل در تطلیق ثلاث با رجعتین بینهما"، است. و حکم کرده اند به اینکه: این شرط وجهی ندارد و دلیلی ندارد. و بعضی غفلت کرده اند و از موارد نقض این را شمرده اند که هر گاه کسی بگوید که "هر جا مال را به بینی صرف کن" پس باید اگر چیزی داخل مال آن شخص بشود بعد از اذن، نتواند این شخص مأذون در او تصرف کند. و تو میدانی که این همه غفلت است و فرق میانه مثال های اول و این موارد نقض، بسیار است و محل نزاع جایی است که موکل را هیچ حق تصرف در موکل فیه نباشد، چنانکه در مثال های اول. و موارد نقض از این قبیل نیست. و توضیح مقام این است که "طهر غیر واقعه" از شروط صحت طلاق است نه از اسباب تمکن از تصرف در امر زوجه. و همچنین "حصول ملک" از شرایط صحت عتق است نه از شرایط جواز شراء. پس مراد این است که تو وکیل در طلاق جامع الشرایط و عتق جامع الشرایط، و گاه است که انجام این دو امر موقوف به اتیان مقدمات چند باشد که از جمله انتظار طهر غیر واقعه، است. و ابتدای امکان مقدمات صادق است که ابتدای امکان فعل است و هکذا... و همچنین در صورت "توکیل در تزویج ثم الطلاق" و "الشراء ثم العتق" موکل تسلط بر تزویج و شراء دارد، و هر دو به جهت او ممکن اند و مستتبع جواز طلاق و عتق اند، و او وکیل را مسلط کرد [ه] در آنچه خود مسلط بود بر آن در حین توکیل، و احتیاج به واسطه، منافات با تسلط بر شیء ندارد، بخلاف مثال های مقدمه، به

جهت آنکه مطلقاً موکل را تسلطی بر طلاق وعتق بالفعل نمی باشد، بلی تسلط دارد اگر تزویج کند یا بخرد. پس مآل توکیل هم به این می شود که وکیل، وکیل است در طلاق اگر تزویج حاصل شود، یا اگر عبد را بخرد، واین خود صحیح نیست، به جهت آنکه شرط توکیل آن است که منجز باشد و معلق نباشد، چنانکه بیان خواهیم کرد. واین نه از باب "انت وکیلی فی بیع عبدی اذا قدم الحاج" است که علامه دعوی اجماع بر صحت آن کرده (چنانکه ذکر خواهیم کرد) به جهت آنکه این کلام مبتنی است بر اینکه قدوم حاج قید بیع باشد نه [قید] وکالت. ودر اینجا نمی توان گفت که "در این دو مثال [نیز] مطلوب وکالت است مطلقاً واما طلاق وعتق مقید ند به وقت حصول نکاح وبیع". به جهت آنکه تقیید مقید آن است که آن شیئی مطلق قبل از تقیید تواند بر اطلاق خود وجود داشته باشد. چنانکه در مثال منقول از علامه. بخلاف ما نحن فیه که طلاق وعتق قبل از حصول تزویج و ملک، هیچ صورت وقوع و امکان ندارد. واما در صور نقض، مثل "انت وکیلی فی التزویج ثم الطلاق" او "الشراء ثم العتق" پس آن توکیل در طلاق وعتق چون منفرد نیست، و جزء مجموع "توکیل در تزویج ثم الطلاق" و "البيع ثم العتق" است، پس صحیح است، که بالفعل تسلط بر مجموع دارد، و توکیل در مجموع، معلق به چیزی نیست، و موکل فیه مجموع امرین است نه احدهما و نه کل واحد منهما منفرداً. پس صادق است که توکیل در طلاق هم منجز است و معلق نیست، گودر نفس الامر موقوف باشد به تقدم تزویج. و همچنین است حال عتق. و به عبارۀ اخرى: طلاق وعتق و بیع را دو اعتبار است: یکی مفهوم کلی "رها کردن زوجه" و "آزاد کردن بنده" و نحو آن، یکی اجرای صیغه خاص بالفعل، و ایجاد این مفهوم در خارج، واین معنی کلی، مملوک صاحب زن و صاحب غلام است در جمیع اوقات زوجیت و مالکیت. گو معنی ثانی محتاج باشد به شرایط و مقدمات چند. پس صاحب زن و عبد می توانند توکیل کنند در معنی عام و خصوصیت معنی ثانی مقید باشد به اذنی و شرطی.

واما در مثالان متقدمان چون موکل مالک هیچیک از معینین نیست، نمی تواند در آن توکیل کند الا معلقا. پس راجع می شود توکیل او به تعلیق، به جهت آنکه مالکیت امر موکل فیه را، معلق است. وحاصل کلام اینکه باید در توکیل، یا تسلیط در ملک بالفعل حاصل شود، یا تسلیط در "تحصیل ملک وما یستتبعه" و مثالان متقدمان هیچیک از این دو قسم نیستند. بخلاف موارد نقض. واما حکایت "اذن در تصرف در مال" که در آخر مذکور شد: پس آن قیاسی است مع الفارق. به جهت اینکه معرفت رضای مالک در تصرف در ملک کافی است، واین نه معنی توکیل است. حتی آنکه بعضی از علما فائلند که هر گاه وکالت فاسد شود - همچنانکه در معلق به شرط - بعد حصول شرط، پس تصرف جایز است به جهت حصول اذن. و بعضی فرق ما بین وکالت ومطلق اذن نکرده بر این معنی اعتراض کرده اند که: "پس حکم به بطلان تعلیق بی فایده می شود". و تحقیق در او این است که: هر گاه رضا معلوم باشد بعد از فساد عقد وکالت، جایز است تصرف به این معنی که معصیتی برای او نیست، لکن جمیع آثار وکالت بر او مترتب نیست. مثلا هر گاه کسی نذر کرده باشد که کسی را وکیل کند در ادای زکات مال خود بعد از آن وکیل کند آن شخص را با تعلیق، یا جعاله [ای] قرار دهد برای دوسخص [که] اگر [آن دو] توکیلی [را] بوجه ایجاب و قبول صحیح به عمل بیاورند [فلان مبلغ به آنها خواهد داد، و آنها توکیل معلق به عمل آورند]، یا چنین توکیلی را شرط قرار بدهد در ضمن عقد لازمی، وامثال اینها، که در اینها ثمره واضح می شود از برای فساد عقد وکالت، هر چند جواز تصرف در موکل فیه حاصل باشد. واما آنچه وعده کردیم در بیان تحقیق تنجیز وکالت: آن این است که: مشهور میان علما بلکه مجمع علیه - چنانکه علامه و شیخ زین الدین (ره) دعوی کرده اند - این است که در وکالت تعلیق به شرط ووصف جایز نیست. چنانکه گوید که "انت وکیلی فی بیع عبدی اذا جاء زید" یا "اذا طلعت الشمس - او - دخل

الشهر". و دو فاضل سابق (۱) در این نیز اشکال کرده اند و گفته اند که: این دلیل ندارد و فرقی نیست مابین این و بین اینکه بگویند "و کلتک فی بیع عبدی لکن لا تبعه الا فی الشهر الاتی". و حال آنکه آن متفق علیه است ظاهر. و گاه است که توهم شود که "باید اشکال در بطلان تعلیق نباشد بدینجهت که مراد ایشان از این تعلیق، تعلیق اصل حصول وکالت است و انشاء قابل تعلیق نیست. به جهت آنکه باید مضمونش به همین لفظ حاصل شود در حین تلفظ. و آنچه به گوش تو رسیده از شروط ضمن العقد معنی دیگر دارد، و آن شرط این شرط نیست" و ظاهر این است که این توهم علی الاطلاق بی اصل باشد و احدی قائل به آن نباشد که تعلیق در انشاء جایز نباشد. بلی در بعضی عقود لازمه تصریح به آن شده و لکن آن نه از این راه است که انشاء قابل تعلیق نیست. همچنانکه ملا احمد (ره) در کتاب بیع تصریح کرده به عدم جواز تعلیق در عقد بیع هر گاه خواهد شرطی بکند. و استدلالی که ذکر کرده مبتنی بر این است که خلاف اجماع است، یا آنکه مقتضای صیغه در بیع نقل ملکیت است به سبب صیغه و تمام شدن صیغه. نه از راه عدم قبول انشاء تعلیق را. و در اینجا به این نحو اشکال کرده. و اما مثل "ان جاءک زید فاكرمه" و همچنین "ان لم تجدوا ماء فتیمموا" پس ظاهر آن است که "شرط" قید "جزاء" است و جزاء اصل است در نزد اهل عربیت. و حاصل مراد از تعلیق این است که "اکرام کن زید را در وقت آمدن او" و آنچه انشاء است طلب اکرام است، و طلب در حال است گو مطلوب مقید باشد. و همچنین است کلام در بعضی ایقاعات مثل "نذر بشرط" با وجود آنکه گفتیم که مطلق انشاء منافات با تعلیق ندارد. و بدان که: علامه دعوی اجماع کرده است بر اینکه صحیح است که بگویند "انت وکیل فی بیع عبدی اذا قدم الحاج" و این منافات با دعوی اجماع سابقش ندارد. به جهت اینکه ظاهر این است که قدوم حاج قید بیع است نه قید توکیل. پس اگر گوئی که این محض تغییر لفظ است، زیرا که هر گاه بیع معلق باشد به.

ص: ۱۰

قدوم حاج پس لازم او این است که او وکیل نباشد در بیع بدون قدوم حاج، پس وکیل بودن او معلق است به قدوم حاج، پس تناقض لازم می آید ما بین دو دعوی اجماع او. گوئیم که: هیچ منافاتی مابین تنجیز توکیل و تقييد بيع، نیست. وفایده توکیل قبل، از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود وفایده دیگر آنکه گاه است که موکل اراده سفری دارد و می داند که از برای او میسر نمی شود توکیل، می خواهد الحال انشاء توکیل کرده باشد. گو تصور در آن امر، معلق باشد به انقضای مدتی معینه. [پس میان دو دعوی اجماع علامه تناقضی نیست] بلکه دو دعوی اجماع حتی از شخص واحد اوضح دلیلی است بر کمال فرق مابین توکیل معلق و توکیل مطلق، که در او تأخیر تصرف شرط شود. و همچنین است توکیل در فعل متاخر، مثل اینکه بگویند که "تو وکیل من باش در مال من از ماه مبارک آینده الی تمام عام" یعنی تو نایب من باش در تصرفاتی که مرا هست در مال خودم از آن وقت. زیرا که مطلق تصرفات در مال شخص بالفعل مملوک آن شخص است فی الجمله. شاید از این راه باشد که وصیت را توکیل نگویند. [زیرا] که آن سببی است علی حده و طریقه ای است منفرد و نوع تصرفی است که حق تعالی تجویز کرده و ماهیت آن معلق است، و تعلیق در حقیقت آن ملحوظ است، و انشاء بر این ماهیت وارد می شود. پس معلوم شد از آنچه مذکور شد اینکه دلیل در مسأله یعنی عدم صحت توکیل معلق، همان اجماع منقول است، نه توهّم عدم امکان تعلیق در مطلق انشاء. بلی بر این وارد می آید که غایت امر بطلان وکالت معلق است. و اما عدم صحت تصرف در موکل فیه بعد از بطلان وکالت پس آن اجماعی نیست. بلکه در آن دو قول است. چنانکه در شرح لمعه تصریح به آن کرده و علامه در تذکره آن را اقرب شمرده و شیخ علی و شهید ثانی در آن توقف کرده اند و آخوند ملا احمد (ره) تقویت آن کرده و صاحب کفایه میل به آن کرده و آن دور نیست، به جهت آن که بطلان وکالت مستلزم بطلان رضای مطلق که در ضمن آن فهمیده می شود نیست، و هر چند تحقیق این است که انتفاء فصل مستلزم انتفاء جنس است لکن می گوئیم که

جهت؟ تعلیلیه غیر جهت تقییدیه است. و تکیه مادر اذن مطلق نه اذنی است که به سبب و کالت ثابت شده به علت آنکه از جهت و کالت ثابت شده، بلکه از آن حیثیت نیز اذن منتفی است. و شکی نیست که موکل در حین توکیل رضائی که از او مفهوم می شود مطلق است و معلل نیست به اینکه از توکیل و فهمیده شود، بلکه رضائی است عام که مقارن توکیل است. و این نظیر آن است که در بیع معاطات بنابر قول به بودن آن بیع فاسد (چنانکه علامه در نهاییه قائل شده) باز جایز است تصرف، لکن نه به علت آنکه بیع است تا حرام باشد، بلکه به سبب حصول مطلق تراضی است در ضمن آن. و اما اشکال در اینکه "بطلان عقود، مستلزم عدم ترتب آثار است پس بنابر قول به صحت تصرف، با فساد اصل و کالت تناقض لازم می آید، و اینکه فرقی مابین صحیح و فاسد نمی ماند"، مندفع است به اینکه در بطلان و فساد عقد کافی است عدم ترتب جمیع آثار، و ضرور نیست که هیچ اثری مترتب نشود. و پیش دانستی که بسیار از آثار توکیل منتفی می شود مثل مثالهایی که گفتیم در نذر و جعاله و غیر آن. پس صحت فعل موکل فیه از جهت رضای ضمنی است که جهت تقییدی می باشد نه تعلیلی که از جهت نفس و کالت باشد. بلی سخنی که در این مقام می توان گفت این است که تبادر این دو صورت مفروضه (اعنی و کالت معلقه، و و کالت در امر غیر مملوک) منصرف از عمومات نمی شود، و بعد از ملاحظه اجماعات منقوله و عدم ظهور خلاف در آن - با وجود آنکه اصل عدم تحقق آن است، و اصل در جمیع معاملات فساد است تا صحت از دلیل ثابت شود - لا اقل شک در صحت این عقد حاصل می شود. [و] با وجود شک در حصول آن حکم به صحت کردن محتاج است به دلیل. و به مجرد احتمال شمول عموم و کالت جرأت در مخالفت امور مذکوره نمودن، به غایت مشکل است. و لکن بسا باشد که حکم به بطلان مستلزم حرج و ضرر شدید شود، مثل آن زنی که شوهر او وکیل کند که "اگر بعد دو سال نیایم زن مرا طلاق بگوئید" و برود و مفقود الخبر شود، و کسی نباشد که نفقه بدهد، و صبر نتواند کرد. تحمل این هم مشکل است. پس الحال بر می گردیم به مسأله مسؤل عنها، و باز تمهید دو مقدمه دیگر

[می] کنیم: مقدمه اولی: اینکه در اشتراط اتصال مدت اجاره به عقد، دو قول است. واقرب آن است که هر گاه مدت اجاره در ظرف مدت معلومه [ای] باشد که جهالتی نباشد، صحیح است. و هر گاه تصریح کند به تأخیر مدت اجاره و مدت را هم معین کند، مثل اینکه بگوید "تو را اجیر می کنم در ماه مبارک رمضان آینده که فلان عمل را بکنی". هر چند سه ماه مانده باشد تا ماه رمضان، در این نیز دو قول است. و دور نیست که اقوی جواز باشد. و مقدمه دوم اینکه: هر گاه موقوف علیهم (در صورت مسؤوله) شش نفر را حاضر کنند و برای هر یک عقد اجاره یک ساله ببندند علی الترتیب، آیا این مخالفت شرط واقف است یا نه؟ -؟ و بر فرض عدم مخالفت (چنانکه اظهر این است) آیا عقد شش سال را به شخص واحد متعدد ببندند و احدا بعد واحد - به این نهج که صیغه سال اول را بگوید و بعد از آن صیغه سال دوم را بگوید، و همچنین... تا شش مرتبه صیغه بخواند - اقرب این است که این مخالف مقصد واقف باشد، نظر به علتی که در اول جواب ذکر کردیم. و بنابر عدم مخالفت، و جواز انفصال مدت معینه [از عقد] اجاره، و تعیین مدت انفصال و جواز عقد شش سال متتالیا علی التعداد و متعاقبا، پس صادق است که موکل مسلط بر تصرف در آن عین موکل فیه در حین توکیل هست. پس جایز خواهد بود او را که وکیل کند مستاجر را در اجرای صیغه در سر هر سال به جهت خود. و اما چون گفتیم که "اقرب آن است که آن اجاره خلاف مقتضای نظر واقف است"، پس تسلط موجد بر این معنی معلوم نیست. و آنچه مقتضای شرط فقها است که "باید موکل مالک آن امر باشد در حین توکیل" مراد ایشان خصوصیت آن امر است، نه فرد دیگر که به او در جنس یا نوع متحد باشد. و تسلط بر اجاره دادن به اشخاص متعدده فردا فردا در شش سال، غیر تسلط بر اجاره دادن به شخص واحد است بر این نهج. بنابر این اظهر عدم جواز صورت سؤال خواهد بود، و بی شبهه خلاف احتیاط است. بلکه خلاف مقتضای دلیل است، زیرا که غایت امر تعارض ادله و تساقط آن است. و اصل در معاملات و عبادات (همگی) فساد است،

۸: سؤال:

۸: سؤال: آیا شرط است قبض و قبول، در صحت یا لزوم وقف بر مصارف عامه مسلمین - چون وقف بر مسجد - یا نه؟ - و بر فرض اشتراط آیا شرط است قبض و قبول از جانب مجتهد یا نایب از قبل مجتهد باشد (بر فرض امکان)؟ یا نه؟.

جواب:

جواب: وجوب "قبول" در وقف بر مصالح عامه، معلوم نیست. نهایت "قبض" شرط است در صحت آن، و ثمری بر آن مترتب نمی شود بدون قبض. و قبض باید از ناظر شرعی باشد که واقف تعیین کرده باشد. و اگر ناظری تعیین نکرده باشد قبض حاکم یا شخصی که منصوب باشد از جانب او، کافی است.

۹: سؤال:

۹: سؤال: قنات مسمی به "دولت آباد" که مصرف آب آن در اعصار سابقه به این نحو بوده که بر سر آن آب هفتصد خانه (تخمیناً) و مساجد و مدارس و حمامات و غسالخانه بنا شده باشد، به این نحو که اولاً آب دو شعبه شود هر شعبه به خانه جمعی جاری شود، و صاحبان خانه حیاض و باغچه خانه ها به سر آن آب بنا نموده و در آن آب تصرف نموده اند و منازعی نبوده، مگر وقتی که آب قنات کم می شده در این وقت چون آب به خانهای آخر نمی رسیده دعوی می کرده اند. لکن دعوی ایشان انجام نیافته و احدی دعوی ملکیت قنات را ننموده. و عمل عدول و علما و صلحا که در آن آب تصرف می کرده اند نه بوجه "اجرت دادن به غیر و مصرف رساندن اجرت در مصرفی" بوده. بلکه مجاناً تصرف در آن می نموده اند. و هرگز در قنات مزبور مهابیاتی و قراردادی نبوده بلکه هر خانه از خانه های سر آب به قدر احتیاج شرب می کرده اند و همچنین تا هر جا وفا کند. و این امر به دست صاحب خانه ها بوده و کسی دیگر در آن دخل نکرده و گاهی شاربین "جویا" ^(۱) تعیین می کنند که متصدی خرابی نهرها و اجرای آب به خانه های بعیده بشود، و آنهم ضابطه ندارد هر کس او را راضی کند از خانه های بعید بعضی را بر بعضی مقدم می دارد، لکن خانه های قریب فوّه ^(۲) همیشه در رفاه هستند

ص: ۱۴

۱- جویا: میرآب - در بعضی مناطق «جوی آر» و در بعضی دیگر «جووار» نیز گفته می شود.

۲- فوّه: دهانه.

وجو یا و غیره را در آنها مداخلیتی نمی باشد. در این وقت شخصی وقفنامه طویلی، عریضی، مذهبی، منقحی، مهور به اسما بسیار، که تاریخ آن سیصد و سی سال می شود، و هیچ کس در این عصر نه شهود را می شناسد و نه خط و نه مهر ایشان را می داند ابراز نموده که چهارده شبانه روز از جمله شانزده شبانه روز قنات مزرعه دولت آباد با قنات؟ بسیار و حمام و دکا کین و غیره، وقف بر مسجدی است و متولی وقف اولاد واقف، و موقوفات مرقومه هیچ یک در تصرف اولاد واقف نیست به سوی حمام آن، و تتمه در تصرف غیر است. آیا در صورت مسطوره - با وجود آن که احدی آن شهود را و خط و مهر ایشان را نمی شناسد و شیاعی هم نیست در باب اینکه قنات مرقومه وقف خاص است، و معلوم نیست که قنات مرقومه را "قنات مزرعه دولت آباد" گویند، یا اینکه این اسم هم منحصر در این قنات باشد، و شرایط وقف از اقباض و صیغه و غیره نیز معلوم نیست - بفرومائید که وارث واقف را تسلطی در خصوص قنات مرقوم خواهد بود یا نه؟ - و اثبات مطلب وی موقوف است بر چند امر؟. و بر فرض محال که مطالب مرقومه را نزد مجتهد عادل اثبات کند بفرومائید که تسلط دارد که آب را از مجرای خود بگرداند و از خارج ببرد یا اختیار بعضی از آنها نموده سد باقی نماید یا نه؟ - و چنانچه شخصی آبی را مالک باشد که در قدیم الایام از نهری خاص یا انهار مشخصه جاری شود و صاحبان نهر از آن منتفع می شوند از بابت شرب و غسل و وضو و غیره، در این وقت اجرا آن از انهار قدیمه موجب عدم انتفاع مالک شود به آب مرقوم به سبب کم شدن آب و نرسیدن به آخر، در این صورت تسلط بر شق نهر مرقوم دارد یا نه؟ - و آیا اجرای آب قنات مرقوم به نهج مذکور در خانه و مساجد و حمامات در اعصار بی شمار بدون نکیر، مقتضی شیاع و قفیت عامه قنات مرقوم هست یا نه؟ - و به هر صورت حکم به صحت و بطلان وضو و غسل و حلیت شرب آن آب و حصول ملکیت به جهت موقوف علیهم بر فرض عصیان در تصرف و عدم آن (۱) با وجود افراط..

ص: ۱۵

جواب:

جواب: آنچه از آخر استفتا ظاهر می شود این است که اصل وقفیت هم محل اشکال بوده است، و حقیقت حال آن ظاهر نیست. هر گاه شیاع واستفاضه در وقفیت بر اهل آب وشاریین آن ثابت است، وقفیت بر ایشان به همین ثابت می شود. و هر گاه شیاع واستفاضه وقفیت ثابت نیست و حقیقت حال آب مجهول است، پس در این آب احتمالات بسیار راه می یابد. لکن اظهر احتمالات دوا حتمال است: یکی آن که: وقف باشد بر اهل این خانه ها وانتفاع ایشان از جهات متداوله بینهم، از شرب و تطهیر و تغسیل و شرب باغچه ها و حیاض باشد. دوم اینکه: آب مملوک نشده باشد و بر اباحه اصلیه باقی مانده باشد، از راه اینکه استنباط آن در ارض مباحی شده باشد نه به نیت تملک مطلق، [بلکه] با قصد منتفع شدن مردم. و حکم ثانی تقدم هر کس است که اسبق در حیازت است، و با تشاح، تسویه با امکان، و قرعه عدم امکان آن. و ممکن است که " تقدم اقرب به فوهه " در این زمان منوط به اسبقیت بنای خانه و حیازت باشد. و با جهالت تاریخ بنای خانه ها نیز اقربیت " مرجح تقدیم " خواهد بود، چنانکه حکمت در تقدیم اقرب به فوهه در صورت تساوی در احیای ارض، همان قرب بود. و مشکل می شود این احتمال در صورتی که قنات در ارض مملوک واقع باشد و تاریخ احیا و مملوکیت ارض مجهول باشد. و " اصل عدم محیا بودن ارض در حین حفر قنات " معارض است با " اصل تاخر حفر "، به جهت تساوی حادثین در اصل. و در صورتی که قنات مزبور در ارض موات باشد، می توان گفت اصل " عدم طریان ملک " است، به سبب " اصاله عدم نیت تملک ". هر چند در آن هم اشکال توان کرد که " احیا به نیت تملک و " احیا لابینه التملک " دو فردند از مطلق احیا، و اصل نسبت به تحقق کلی در ضمن هر دو فرد، مساوی است. و لکن دفع آن هم ممکن است به اینکه این ضمیمه از بابت " مقومات مہیات حقیقیه " نیست. بلکه از بابت " ممیزات مہیات جعلیه اعتباریه " است و تفکیک در آن ممکن است. و به هر حال با تعارض این اصول، هر چند قول به عدم ملکیت و بقا بر اباحه

اصلیه قوت دارد از جهت اصل برات واصل اباحه، ولکن ظاهر در اینجا اقتضای طرو ملکیت، می کند. به جهت انضمام قراین و غلبه، به جهت آن که غالب در حفر قنات یا قصد تملک است در ارض موات، یا حفر در ارض مملوکه که به تبعیت مملوک می شود هر چند قصد تملک نشده باشد. وبعد از ثبوت ملک به سبب ظاهر، [ظاهر] این است که این ملک طلق نیست به شهادت عمل مستمر مسلمین به نهج مسطور، به جهت آن که ملک طلق یا معلوم المالک است یا مجهول المالک، واینگونه رفتار مسلمین با هیچ یک از آنها مناسبت ندارد. کما لا یخفی. پس باقی ماند آنکه وقف باشد. وچون محتمل است که موقوف علیهم در اینجا "جهت محضه" باشد (مثل اینکه منظور واقف این باشد که صرف شود در حق ساکنین این محل). و محتمل است که اعیان معینه باشد (مثل آن خانه های موجود در آن زمان). یا لفظی گفته باشد که به لفظ جمع باشد و قابل جهت و اعیان و جماعتی از آن اعیان، باشد، یا جماعتی که متصف باشد به آن جهت، و حکم آنها متفاوت است، پس باید نظر کرد در اماراتی که تعیین کم و کیف موقوف علیه را بکند. و ظاهر در اینجا نیز این است (به ملاحظه عمل مسلمین) که مراد واقف جماعتی از اهل جهت بوده با احتمال اراده استیعاب، خصوصا در وقتی که قلیل بودن اند، و هر گاه در اعصار متداوله تجدید بیوتات واحداث مشارب جدید هم می شده بلانکیر، احتمال مذکور قوت می گیرد. پس بنا بر این، امر آسان می شود در تفاوت تصرفات و زیادت و کمی و تشکیک در صحت و بطلان عبادات و امثال آن، لکن مقتضای چنین وقفی هر گاه واقف ناظری قرار نداده یا داده و منظم شده باشد، این است که حاکم شرع متوجه شود آنچه صلاح و به هر که صلاح دارد برساند، و بدون اذن او تصرف جایز نباشد. هر چند شهید ثانی در اینجا اشکال کرده در جمیع اوقاف عامه، به جهت اینکه اشراط این معنی مستلزم تفویض غرضهای بسیار واقف می شود. بلکه قرینه هم دلالت دارد بر اینکه مراد واقف این است که هر کس از افراد آن جهت و مصلحت، به آن منتفع می شود، خوب است. پس گویا نظارت و تولیت را به موقوف علیهم مفوض کرده.

وبعد در این هم اشکال کرده بنابر انتقال ملک در وقف به جناب اقدس الهی، خصوصا در جهت عامه، پس واقف مانند اجنبی خواهد بود و متولی حاکم خواهد بود، و آن قصد او اعتباری نخواهد داشت. وبعد از این کلام گفته است کلامی که حاصل آن این است که "تصرف موقوف علیه گناه است(۱) لکن منشا این می شود که ملک او بشود، مگر اینکه مشروط باشد تصرف، به اینکه بعد از خرج کردن بعض منافع آن باشد در امور چند قبل از خرج کردن در موقوف علیه". و به این کلام باز فی الجمله کار آسان می شود در صحت و حلّیت بعضی تصرفات موقوف علیهم، گو معصیت کرده باشند. و دور نیست که چنین باشد که گفته است. پس ظاهر صحت تصرفات و حصول ملکیت است،(۲) خصوصا در وضو و غسل و شرب و تطهیر و امثال آن، خصوصا در سر نهر. و بسیار شبیه است این به امر خراج، و احتیاط در این است که اذن حاکم را در همه حال اعتبار کنند. و اما ادعای صاحب وقفنامه: پس اولاً باید به صورت جزم باشد نه به مجرد ملاحظه کاغذ. و بر فرض ادعا بر سبیل جزم، و مجرد همین کاغذ موصوف، حجت شرعی نمی شود، بدون شاهد حی. و اما حصول علم از برای حاکم از این کاغذ بر صدق دعوی، موقوف است بر اینکه علم بهم رساند بر اینکه آن آب که در وقفنامه است همین آب است، و اینکه این کاغذ ساختگی نیست، به جهت آن که مجرد بلاغت و فصاحت کلام و عبارات خوش اندام باعث جزم به صدق مطلب نیست، چنانکه مکرر اتفاق افتاده. و دیگر اینکه باید علم به [تحقق] شرایط وقف، از عقد و قبض و اقباض و غیر آن حاصل شود، زیرا که گاه است که قبل از عقد کاغذی می نویسند و معتبر میکنند که بعد صیغه بخوانن و قبل از این متوقف می شود به سبب برائی، یا موتی، یا غیر ذلک. و اینکه این شخص که ابراز آن نموده و حاصل ورقه است از او غفلتی و اشتباهی و جهالتی رو نداده باشد.

ص: ۱۸

۱- یعنی: تصرف موقوف علیه در وقف بدون نظارت ناظر و به طور خودسرانه.

۲- در نسخه: ملکیت باشد.

به هر حال، با وجود این همه احتمالات علم بهم رسانیدن محال عادی است، خصوصا با وجود اینکه چهارده شبانه روز چنین آبی وقف مسجد شایعی باشد در بلد چینی و چنین مهجور باشد، و خلاف آن شایع باشد. و بر فرضی که حاکمی برای او عملی بهم رسد، خود تکلیف خود را بهتر می داند، و حاکم دیگر هم در نقض این حکم از راه آن که محل نقض داند، خود بهتر می داند. و محتاج است به مرافعه؟ و غور در جزئیات مقام، و این دیگر از اموری نیست که در آن استفتا شود. و اما سؤال از اینکه " هر گاه شخصی مالک آبی باشد و در قدیم در نه‌های معینه جاری می شده و صاحبان نه‌ها از آن منتفع می شده اند به انحای انتفاعات از طهارات و تطهیرات و شرب و تشریب حیاض و باغچه‌ها. و الحال مالک آب (به سبب عدم انتفاع، یا تضرر در ابقای او به حال خود از راه کمی آب یا نرسیدن [به قسمت های] آخر) خواهد تغییر ممر دهد که تواند استیفای منفعت بکند. آیا جایز است یا نه؟ -؟ تا متفرع شود بر آن جواز تغییر این ممر بر فرض ثبوت مطلب صاحب وقفنامه چه؟ " پس جواب آن این است که: بر فرض ثبوت آن مطلب، یعنی اختصاص رقبه از برای مدعی (هر چند به عنوان وقف باشد) باقی نمی ماند در جانب متصرفین الاید تصرف به ادعای استحقاق منتفع شدن از آب در مصارف مذکوره. و چون در صورت ادعای حق شرب حیاض و باغچه‌ها پای اشتراک در رقبه وعین، در میان می آید و آن منافی ثبوت اختصاص مدعی است بر رقبه (چنانکه مفروض این است) پس ظاهر جواز گردانیدن معبر است " لان الناس مسلطون علی اموالهم ". و اما در صورت ادعای حق الشرب و التوضی و امثالهما به عنوان اینکه در خانه عبور کند که مال آن این است که " من مستحقم که آب در خانه من عبور کند که از آن تنزه و تبرد حاصل کنم، و قرب نیل به مقصود هم حاصل شود در باب شرب و توضی و امثال آنها، هر چند بر سیل کراهت مالک باشد " پس در این صورت می توان گفت که آن دعوی منافات با اختصاص و تسلط مدعی ندارد. و از باب " جریان آب به سطح خانه همسایه و صب میزاب در ساحت دار جار " باشد. لکن در مانحن فیه - با وجود اضعف بودن این از مشبه به - در صورتی خوب

است که اضرار به مالک لازم نیاید. و تصرف متصرف [ین] هر چند داخل "عموم نفی ضرر" هست لکن مالک اولی است به دفع ضرر. بلی اشکال در صورتی است که اثبات اختصاص به جهت مدعی "بکلیته" و "بر مته" نشود. (۱) و امر مردد باشد بینهما و مشتبه باشد که آیا استحقاق متصرفین قبل از استیفای مالک است حظ خود را، یا بعد از فاضل آمدن او است، یا موزع است بالنسبه (هر گاه مصرف صرف کردن مالک معلوم باشد که چه چیز است)؟ واحکام این به غایت مشکل است و مآل بسیاری از آن به مصالحه طی می شود. و گاهی هم احتیاج به قرعه می آفتد. ولکن چون صورت استفتا غیر این مطلب است و حال و مقام اقتضای بسط نمی کند، تفصیل دادن در آن موکول استبه فرصت ارباب فرصت و حال.

۱۰: سؤال:

۱۰: سؤال: شخصی ملکی را بر آستانه امام زاده ای وقف کرده. و در وقفنامه نوشته است که منافع او را به مصارف معینه از خادم و روشنائی و غیره برسانند، و تولیت صرف منافع آن بر آن آستانه مادام الحیات با خودم باشد، و بعد الحیات با اولاد ذکورم نسلا بعد نسل، و عقبا بعد عقب، که ایشان باید منافع را صرف مصارف آستانه نموده آنچه فاضل آید، متولیان اولاد ذکورم در میان خود علی السویه قسمت نمایند الاقدم فالاقدم، الاولی فالاولی، چه باید کرد؟.

جواب:

جواب: چون در وقفنامه تصریح به موقوف علیه - بعد از وضع اخراجات آستانه متبرکه - نشده است، ظاهر تر از عبارت این است که مراد این باشد که تا طبقه اولی [از] اولاد ذکور باشد، طبقه دوم نبرند، خصوصا به ملاحظه اینکه غالب این است که در وقفنامه ها مراد مشارکت طبقه دوم باشد با اول، تصریح می کنند که هر گاه یکی از آنها فوت شود واز او پسری بماند او هم شریک باشد با عمام خود. و چون در "ناظر وقف" در صورتی که ناظر غیر خود واقف باشد، عدالت شرط است (علی الاظهر والظاهر) و هم چنین تدبیر و علم به کیفیت تصرف و به مصرف رسانیدن بر وفق مصلحت، پس هر کی - در هر طرقة - متصف به این دو صفت باشد، ه.

ص: ۲۰

تولیت مختص او می شود منفردا، اگر یکی باشد، و مشترکا، هر گاه متعدد باشند، و اجرتی قرار دهد، و بعد صرف منافع به مصارف آستانه و اخذ اجرت خود (اگر حاکم شرع معین کرده آن را - واجرت المثل، هر گاه معین نکرده) آنچه می ماند قسمت کند مابین اولاد ذکور طبقه اولی. و در صورتی که در اولاد ذکور شخصی که اهلیت داشته باشد موجود باشد - نظر به عبارت وقفنامه - اشکال بهم می رسد که آیا آن فاضل مصارف، مال همان متولی ها است که اهل تولیت اند -؟ یا تمام طبقه اولی؟. و اشکال و اجمال باعث جهالت می شود. پس چاره در آن نیز تقسیم میان همه آن طبقه است علی السویه، با ملاحظه اجرت المثل برای متولی. هر چند نظر به عبارت وقفنامه در صورتی که اهل در میان آنها نباشد و حاکم نصب متولی کند، بر نمی آید که تقسیم ما بین آنها بشود، به جهت آن که نوشته که "تقسیم شود میان متولی های اولاد ذکور" لکن باقرائن مقام فهمیم که مراد واقف این است که باید به مصرف آنها برسد کائنا ماکان. این در صورتی است که همگی معترف باشند که حجت ایشان همان وقفنامه باشد و اگر از آن دست بر دارند پس اگر عمل مستمری در میان ایشان هست از سابق ایام، به آن عمل کنند، هر چند به تشریک طبقه دوم باشد با طبقه اولی، و در باب تولیت باز باید اهلیت مراعات گردد، چنانکه گفتیم.

۱۱: سؤال:

۱۱: سؤال: هر گاه کسی بگوید که این ملک را وقف کردم بر اولاد ذکور خود نسلا بعد نسل. و از او دو نفر ذکور بماند، بعد از آن یکی از آنها بمیرد و از او پسری بماند. آیا باعم خود شریک است؟. یا آن که ملک مختص عم است؟.

جواب:

جواب: هر چند در کفایه اسناد داده است ترتیب را به "اشهر مابین علما" و از تذکره نقل کرده است که افاده ترتیب نمی کند. ولکن الحال بر حقیر ظاهر نیست اشهریت آن قول. و آنچه اظهر است در نزد حقیر عدم ترتیب است، به جهت این که ظاهر این است که این قید یعنی نسلا بعد نسل، قید اولاد است نه قید وقف. پس مراد بیان این است که وقف مختص به بطن و طبقه اول نسل اول نیست. بلکه ثابت

است از برای اولاد ذکور ما تعاقبوا و تناسلوا. و مقتضای این تسویه است ما بین بطون. غایت امر این است که مجمل باشد و معلوم نباشد که قید کدام است، و در اینجا نیز بنا را بر تسویه باید گذاشت تا ترجیح بلامرجح لازم نیاید. والله العالم.

۱۲: سؤال:

۱۲: سؤال: هر گاه کسی از جمله موقوف علیهم در طبقه سابقه، قدری از عین موقوفه را فروخته باشد به شخصی. آیا طبقه ثانیه می تواند استرداد نمود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه معلوم شود و به ثبوت برسد که آن شخص بوجه صحیح فروخته - مثل اینکه منجر به خراب می شده یا بقای آن منشأ فساد می شده در میان موقوف علیهم یا امثال آن که در محل خود مذکور است - نمی تواند استرداد بکند. و بعضی توهم کرده اند که چون افعال مسلمین محمول بر صحت است، نمی تواند استرداد کرد. و این صحیح نیست، بلکه عموم "علی الید ما اخذت" و منع تصرف در وقف به عنوان بیع و امثال آن، اقتضای فساد می کند. و مدعی صحت محتاج است بر بینه، و یمینی هم متوجه منکر نمی شود، مگر آن که ادعای علم بر او بکند به صحت که در این صورت "قسم نفی العلم" متوجه او می شود. و آنکه در السنه علما مشهور است که "مقدم میدارند قول مدعی صحت را" در جایی است که دعوی ما بین متعاقبین باشد. مثل بایع و مشتری، زوج و زوجه. و در اینجا چنین نیست.

۱۳: سؤال:

۱۳: سؤال: هر گاه کسی ملکی را وقف کند بر اولاد، و شرط کند که زیاده بر سه سال به اجاره ندهند. و بعد از موت او اولاد او آن ملک را به اجاره بدهند به زید و در ضمن العقد شرط کنند که بعد از این سه سال، سه سال دیگر به او اجاره بدهند. و بعد از آن چهار سال دیگر اجاره بدهند. آیا این اجاره صحیح است یا فاسد؟ -؟.

جواب:

جواب: اجاره فاسد است، به جهت بطلان شرط چهار سال اجاره دادن. بلکه اگر ذکر چهار سال هم نبود، ظاهر بطلان اصل اجاره است. به جهت آن که اگر نگوییم که میفهمیم که غرض واقف آن است که سه سال بیشتر در قید لزوم نباشد نزد احدی، خواه به عنوان نفس اجاره و خواه به عنوان شرطی که مستلزم آن باشد یا مثل آن، پس لا اقل می گوئیم که اطلاق کلام واقف به آن منصرف نمی شود و

"الوقف علی ما وقفه الواقف" (۱) ودر صورت فساد اجاره رجوع به اجرت المثل می شود.

۱۴: سؤال:

۱۴: سؤال: هر گاه زید اولاً مزرعه عمرو را بدون اذن عمر وفضولا وقف کند بر خود واولاد خود، وبعد از مصالحه ایضا زید مقرر و معترف به وقف باشد، وقائل باشد بر اینکه تصرف من در املاک به طریق تولیت است، وزید متوفی شده. آیا همان مصالحه که مزرعه را عمرو به زید مصالحه نموده اجازه کاشف از صحت وقفیت است؟ یا مقرر و معترف بودن زید بعد از مصالحه نیز به وقف بودن مزرعه؟ یا هر دو باعث صحت اند؟ -؟

جواب:

جواب: در مسأله صحت وقف فضولی، خلاف واشکال است. و بر فرض صحت عقد فضولی در وقف، ادله متصوره بر آن یا قیاس به بیع وغیره است، یا عموم "اوفوا بالعقود" و امثال آن. و اول باطل است در مذهب ما، خصوصاً با وجود فرق. و استدلال دوم بر فرض تمامیت در ما نحن فیه طریق تقریر آن این است که: این عقدی است واقع در محل خود نقصی ندارد به غیر رضای مالک و هر گاه رضا به او ملحق شد، عقد تمامی است و مندرج تحت عموم آیه است. پس لازم است وفای به آن. و بعد از تسلیم تمامیت این استدلال در ما نحن فیه، بر خصوص صورت سؤال وارد می آید که آنچه مسلم است از کفایت لحوق اجازه، همان اجازه صاحب ملک است در حین اجرای صیغه نه هر کس که مالک آن ملک بشود، و مفروض این است که آن مالک اجازه نکرده است بلکه مصالحه کردن عمرو (که صاحب ملک است در آن وقت) آن مال را قبل از اجازه وقف، به زید دلیل بطلان صیغه است، خصوصاً هر گاه علم داشته باشد به اجرای صیغه وقف، به جهت آن که در اینجا ملک را از مال خود بیرون کرده قبل از اجازه و این معنی عدم رضا به وقف است. و از اینجا معلوم شد که مالک شدن زید ملک را به مصالحه بعد از اجرای صیغه ۲.

ص: ۲۳

هم افاده لزوم وقف نمی کند، خصوصاً هر گاه الحال زید اجازه عقد را مجدد نکند. و خصوصاً بنا بر اینکه گوئیم که وقف کردن بر خود مالک، صحیح نیست. بلکه اگر اجازه هم بکند کافی نیست، به جهت آنکه گفتیم که مسلم و معتبر اجازه شخصی است که در حال عقد فضولی مالک ملک باشد، و در اینجا که چنین نیست. و اقرار و اعتراف زید بر وقفیت اگر مبتنی بر همین صیغه است هم نفعی نمیبخشد و موجب ثبوت وقفیت نمی شود. و اگر محتمل است که مجدداً خود وقف کرده (همچه احتمالی که اظهر باشد از اینکه بنای او بر همان صیغه سابقه باشد)، در آن وقت باید تفحص کرد از حال کیفیت وقف، اگر باز در اقرار وقف گفته باشد که "این وقف است بر من و اولاد من" اشکالات سابقه عود می کند که وقف بر خود کردن، صحیح است یا نه. و هم چنین وقف بر اولاد صحیح است یا نه، به اعتبار اینکه اشکال و خلاف در صحت هر دو هست. (۱) به جهت اشتراط "اخراج از ملک و دوام"، و اولاد غالباً منقطع می شود. پس باید تصریح به اولاد اولاد و هکذا...، و تصریح به مصرف بعد از انقطاع شود. و بعد از معلوم شدن کیفیت، آن وقت بیان حکم آنها بشود. این مسأله کتاب وقف در او درج است، من در اینجا چه بگویم و چه نویسم. هر گاه عمرو مطلع شود که زید فضولا- وقف کرده است و با وجود این ملک را به زید مصالحه کرده، این در معنی عدم اجازه بلکه ابطال صیغه است و دیگر صیغه وقف اعتباری ندارد. و هر گاه بدون علم به وقف کردن زید مصالحه کرده هم اظهر این است که مالک شدن زید ملک را فایده در تصحیح و لزوم وقف ندارد. بلکه اگر زید بعد از مصالحه هم خود اجازه وقف کند وقف لازم نمی شود. بلی اگر مجدداً صیغه وقف جاری کند بر نهج صحیح، لازم می شود. و در صحت وقف مالک بر نفس خود، بلکه بعلاوه اولاد خود، [بلکه به اولاد خود] به تنهایی هم اشکال است. و اما اقرار و اعتراف زید به وقفیت بعد از مصالحه، اگر مبتنی بر همان صیغه است فایده ندارد. و اگر شکلی دیگر است باید بیان شود تا حکم او معلوم شود. و تفصیلات مسأله بسیار است.

ص: ۲۴

۱- و در مسأله ما بعد (مسأله ۱۵) خواهد فرمود که «وقف بر خود» اجماعاً باطل است.

۱۵: سؤال:

۱۵: سؤال: بسم الله الرحمن الرحيم. هر گاه کسی ملکی را وقف کرد به این نحو که: وقف کردم این ملک را الی آخر الابد، وتولیت آن را به جهت خود قرار دادم مادام الحیات، وبعد موت خودم به جهت ولد اکبر ارشد، وبعد از او به جهت ولد ارشد واکبر وهکذا ما تعاقبوا وتناسلوا نسلا بعد نسل وعقبا بعد عقب، ومقرر داشتم که محصول آن را بعد از وضع اخراجات ملک وتحصیل محصول، مادام الحیات خود به مصرف برسانم، وبعد الوفات متولی شرعی بعد از وضع اخراجات، عشر آن را به "حق التولیه" متصرف، وتتمه را بین اولاد من "للدکر مثل حظ الانثیین" قسمت نماید و هر یک از اولاد اناث من که فوت می شود اولاد او را دیگر نصیبی نباشد، وحصه او به دیگران عود کند. به این معنی که اولاد اولاد اناث واقف را در آن ربطی نباشد. وبعد از چندی واقف فوت شد واز او سه نفر اولاد ذکور باقی ماند، وبعضی از اولاد ذکور فوت شد واز او ولدی ماند. آیا نصیب او به ولدش می رسد؟ یا به برادرانش؟ وهکذا این ولد هر گاه فوت شود واز او ولدی بماند میراث او به ولدش می رسد یا به اخوان پدرش یا به اعمام پدرش؟ -؟-؟. و آیا نظر به اینکه اولاد اولاد اناث را محروم کرده آیا اولاد اناثی که از اولاد ذکور بهم میرسند محروم اند یا نه؟ -؟-؟. و بر فرضی که محروم نباشند آیا اولاد آنها محرومند یا نه؟ -؟-؟.

جواب: ظاهر این است که این وقف از اصل باطل است. به جهت آن که منافع ملک را مادام الحیات به جهت خود قرار داده، و از شرایط صحت وقف این است که واقف اخراج کند وقف را از نفس خود. پس هر گاه وقف کند چیزی را بر نفس خود باطل است، هر چند در عقب آن، دیگری را هم ذکر کند که صحیح باشد وقف بر او. و بطلان در حق خودش ظاهراً اجماعی است، چنانکه از جمعی ظاهر می شود، و در حق ما بعد او، مشهور بطلان است، به جهت عدم دلیل بر صحت، و قول به صحت نادر و ضعیف است، و استدلال به عمومات "وفای به عقود" خصوصاً در وقف ممنوع است، به جهت آنکه بعضی عقد جزماً باطل شد و باقی که مانند خود آن عقد نیست که وفای به آن لازم باشد. و همچنین اظهر این است که هر گاه غیر را با خود شریک کند هم صحیح نیست به همان جهت که گفتیم. و همچنین هر گاه در ضمن عقد شرط کند که قرض خود را از آن ادا کند، یا مؤنه خود را از آن بردارد، و ظاهراً در این هم خلافتی نقل نشده بلکه از بعضی اجماع ظاهر می شود، و بعضی اخبار هم به آن دلالت دارد. و اما اگر شرط کند در ضمن عقد که اگر محتاج شود وقف عود کند به او، در این خلاف کرده اند، و از ابن ادریس به بطلان آن دعوی اجماع نقل شده، و از سید مرتضی بر صحت آن، و مشهور صحت است، به جهت عمومات وفای به عقود و شروط، و خصوص حدیث امام حسن عسگری علیه السلام: "الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها". (۱)

وخصوص صحیحہ اسماعیل بن الفضل "قال سألت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال: إن احتجت الى شيء من مالي او من غلته فانا احق به. أله ذلك وقد جعله لله؟ وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل أيرجع ميراثا او يمضي صدقه؟ قال: يرجع ميراثا على اهلكه". (۲) ودر صحیحہ دیگر اسماعیل از حضرت صادق (علیه السلام) "من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت ۶".

ص: ۲۶

۱- وسائل، ج ۱۳، احکام الوقوف، باب ۲، ح ۲۱۰. توضیح: در حدیث اول به جای «یقفها» لفظ «یوقفها» آمده است.

۲- تهذیب شیخ طوسی، ج ۹، ص ۱۴۶.

اليها فاننا احق بها، ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث". (۱) و شاید نظر ایشان در استدلال، به لفظ "يرجع الى الميراث" باشد، پس باید وقف صحیح باشد تا صادق بیاید که بعد موت رجوع می کند به میراث. و در این استدلال اشکال است، بلکه دلالت این دو حدیث بر بطلان بیشتر است. چنانکه دیگران فهمیده اند و دلیل بر قول به بطلان کرده اند. و اما قول ابن ادریس: پس آن از مبسوط و ابن جنید و ابن حمزه و محقق در نافع نیز منقول است. و دلیل آن (بعد از اجماع منقول و ظاهر این دو حدیث) این است که این شرط مخالف قصد دوام است که معتبر است در وقف، و عموماً را تخصیص می دهند [به وسیله] ظاهر این دو حدیث. و این قول در نظر حقیر اظهر می نماید. به جهت ظهور این دو حدیث در بطلان. و بدان که: بنا بر قول به صحت، گفته اند که هر گاه احتیاج بهم رساند و رجوع کرد به وقف، مال او می شود و وقف باطل می شود. و هر گاه محتاج نشد تا مرد، یا محتاج شد اما رجوع نکرد، در آن دو قول است: بعضی می گویند (مثل محقق در شرایع و جماعتی) اینکه این در حکم "حبس" است و به موت باطل می شود. و سید مرتضی (ره) و جماعتی می گویند که صحیح است و بر استمرار خود باقی است. و ادله طرفین که ذکر کرده اند، محل اشکال است. و لکن نظر به آن دو حدیث اظهر بطلان است به مجرد موت. و عمل به حدیث ها در اینجا مؤید بطلان است در اصل مسأله. زیرا که مقتضای صحت شرط و عمل به مقتضای آن این بود که هر گاه محتاج نشود یا محتاج شود و رجوع نکند، بر حال خود باقی باشد. و در اینجا مفروض خلاف آن است. هر گاه دانستی که اقوی در جمیع شقوقی که واقف خود منتفع شود از وقف، بطلان است، پس بدان که در مسأله ما اشکال دیگر هست. و آن این است که مفروض واقف این است که خود را متولی کرده پس شاید مراد او منتفع شدن از باب حق التولیه باشد که مشهور جواز آن است. و منتفع شدن از باب تولیت نه از ۰.

ص: ۲۷

باب منتفع شدن واقف است از وقف و داخل کردن در منافع آن و اخراج نکردن. ولکن ظاهر این است که آنچه فقها تجویز کرده اند این است که ناظر از وقف بخورد و اطعام کند، نه آن که تمام منافع آن را در حال حیات خود متصرف باشد و احدی با او شریک نباشد. با وجود اینکه بعضی اشکال در جواز اکل واقف کرده اند هر گاه ناظر هم باشد مطلقاً. و اما آن دو اشکال که سائل متعرض آن شده، هر چند بعد از حکم به بطلان ثمره ندارد لکن چون از مسائل مهمه است اشاره به آن می کنیم. و آن دو اشکال یکی این بود که آیا ولد احد طبقه با اعمام خود شریک می شود در صورت عدم تصریح واقف -؟ یا از قبیل میراث است که اقرب منع ابعد می کند -؟. و اظهر در نظر حقیر این است که در صورت جهالت مراتب موقوف علیهم، و عدم تصریح واقف، باید منافع را مابین همگی کسانی که محتمل است شریک باشند علی السویه قسمت کنند. به جهت استحاله ترجیح بلامرجح. پس در صورت سؤال ولد احد ذکور با اعمام خود علی السویه می برند. و هکذا در مراتب تنزل اولاد. و اشکال دوم، حکایت سؤال از اولاد اناث اولاد ذکور بود. و هر چند ظاهر کلام واقف در اول این است که اولاد دختر صلبی خود را اخراج کرده لاغیر، لکن به ملاحظه فحوی و قراین چنین مفهوم ذکور او بهم می رسد که از صلب بیگانه ها است، انها بیرون است. و اما دختر صلبی خودش و دختران صلبی پسرانش همگی داخل اند.

۱۶: سؤال:

۱۶: سؤال: در وقف صیغه شرط است یا نه؟ -؟. و از باب عقود است که محتاج است به ایجاب و قبول؟. یا ایقاع است؟ و قصد قربت شرط است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بلی صیغه شرط است و بدون آن منعقد نمی شود. و لفظ صریح آن "وقف" است. و ملحق به آن کرده اند "جعلته وقفا" یا "جعلته صدقه مؤبده" [را]. و اما مثل "تصدقت" یا "ابدت" یا "سببت" یا "حرمت"، پس آنها محتاجند به قرینه. (۱) مثل اینکه بگوید "تصدقت بهذا علی فلان لاتباع ولا توهب" و مثل اینها.

ص: ۲۸

و بدون قرینه در ظاهر منعقد نمی شود. هر چند ما بین خود و خدانیت او معتبر است و منعقد است. و بدان که: در لزوم صیغه در خصوص مسجد مخالفتی میان علما ظاهر می شود. و ظاهر اکثر اشتراط صیغه است در آن نیز. پس اگر کسی مکانی به صورت مسجد بسازد و قصد مسجد بودن هم داشته باشد و اذن هم بدهد در نماز در آن، و نماز هم بشود، و لکن به زبان صیغه وقف جاری نشده باشد، حکم وقف بر آن جاری نیست. و هم چنین آب انبار و غیره، مثل مقبره که زمین را وضع کند و اذن بدهد از برای دفن اموات؟، و میت هم در آن دفن بشود، تا صیغه جاری نشود فایده ندارد. چنانکه در تذکره گفته است: "اما الفعل المقترن بالقرائن فقد بینا انه لا یکفی فی الوقف، مثل ان ینی مسجدا ویأذن للناس فی الصلاه فیه، خلافا لابی حنیفه و احمد. و کذا اذا اتخذ مقبره و اذن فی الدفین، او سقایه ویأذن فی دخولها". و خلافتی از شیعه نقل نکرده اند، و در آب کلام بعد رد استدلال عامه به قیاس به اطعام مهمان و نثار و دخول حمام و صرف آب قبل از اذن، گفته است که "وقف عقدی است محتاج به ایجاب و قبول، و از برای آن شرایطی است. و کافی نیست در آن قراین مادامی که لفظی نباشد". بلکه علامه تصریح کرده در تذکره که هر گاه بگوید "جعلته مسجدا" هم کافی نیست. و گفته است که اگر بگوید "جعلته مسجد الله" اقرب این است که کافی باشد. و لکن شهید در ذکر (۱) اکتفا کرده است به اینکه بگوید "جعلته مسجدا" و اذن بدهد در نمازش، همینکه یک نفر نماز کرد، وقف تمام می شود. و هم چنین هر گاه حاکم قبض کند یا اذن بدهد در قبض. و بعد از آن گفته است که "هر گاه بنا کند به نیت مسجد بودن، مسجد نمی شود. بلی اگر در اینجا اذن بدهد مردم را به نماز کردن، به نیت مسجد اسلام بر ابن نحو شده". بعد از آن نقل کرده است کلام شیخ را در مبسوط. و اطلاق این کلام مقتضی این است که کافی است که نیت کند که این مسجد باشد که نماز کنند مردم در آن، بدون لفظ. و هم چنین از ابن ادریس چنین کلامی

ص: ۲۹

نقل کرده و گفته است که: شاید این اقرب باشد. و ظاهر این است که این مخالفت در خصوص مسجد باشد ولیکن سایر وقف ها چنین نباشد. و محقق ثانی در شرح قواعد در این تأمل کرده است و گفته است "آنچه شهید گفته است معلوم نیست". و به هر حال هر چند قول شهید خالی از قوت نیست لکن قول مشهور اظهر است. و تفحص از کیفیت وقف ضرور نیست. همینکه شایع است مسجد بودن، کافی است. و به هر حال این سخن در خصوص مسجد است و در سایر وقف ها ندیدم قولی به کفایت نیت در وقف. بلکه لفظ وصیغه ضرور است. و اما اشتراط قبول: پس ظاهر اکثر علما چنانکه از شهید ثانی و صاحب کفایه ظاهر می شود این است که شرط نیست مطلقا. و از جمعی نقل شده قول به اشتراط. و جمعی تفصیل داده اند به عدم اشتراط در مثل مسجد و رباط و امثال آن. چون وقف از برای مسلمین است و ممکن نیست قبول در حق آنها. دلیل اشتراط مطلقا "اصل عدم انتقال" است. و بعضی گمان کرده اند که در تذکره دعوی اجماع شده بر اینکه "وقف از عقود است" و عقد بدون قبول نمی شود. و عبارت و ما بعد آن دلالت دارد بر اینکه مراد او بیان اشتراط قبض است و دعوی اجماع بر آن است. و ایضا: ظاهر عبارات بعد از این مسأله خصوص عنوانی که در مسأله "اشتراط قبول" کرده. بلی صاحب مسالك در بیان قول به اشتراط گفته است "والقول الثانی، اعتباره مطلقا. لاطبا قهم علی انه عقد فیه الایجاب والقبول"، و ظاهر این، دعوی اجماع است، ولیکن با وجودی که خود از اکثر نقل عدم اشتراط کرده چگونه تواند دعوی اجماع کرد. با اینکه خود تقویت قول به تفصیل کرده. و دلیل عدم اشتراط، "اصل عدم" است. و این معارض است با "اصل عدم انتقال". و دلیل دیگر ایشان این است که از باب اباحه وفك ملك است مانند عتق.

خصوصاً در امور عامه مسجد و غیره. و اینهم ضعیف این و قیاس است و حجتی در آن نیست. و دلیل تفصیل، "عدم امکان قبول است از همه مسلمین"، و اینکه در اینجا وقف منتقل به خدا می شود. در این هم قدح می توان کرد به امکان قبول از حاکم و ناظر. و اینکه اقوی در وقف انتقال به موقوف علیهم است هر چند از باب مسجد باشد چون موقوف علیهم مسلمین می باشند. و به هر حال، در همه اقوال و ادله مجال بحث هست. ولیکن هر چند عدم اشتراط، اظهر است نظر به اطلاقات وقف، خصوص در امور عامه، و مؤید آن است قول به عدم اشتراط قبول، در بطن ثانی، لکن اصل و ظاهر اجماع منقول و اشتراط ایجاب و قبول در صدقه بدون خلاف ظاهری، مرجح اشتراط است. و به هر حال احوط آن است که قبول را ترک نکنند هر چند در امور عامه باشد. و بدان که: علامه در تذکره گفته است که این سخن در وقف است اما اگر بگوید "جعلت هذا للمسجد" پس این تملیک است نه وقف، و از باب هبه است و قبول قیم و ناظر و قبض او شرط است، مثل هبه کردن به طفل. و از این کلام معلوم می شود که هبه به جهت امور عامه متحقق می شود. و در جای دیگر گفته است - در آخر مسأله زوال ملک واقف از عین موقوفه - "ونمنع انتفا الملك عن المسجد و الرباط. فقد یکون لهما ملک کما یکون علیهما وقف". و اصرح از اینها در اواخر مبحث "بیع وقف" گفته است. و از اینجا معلوم می شود که اغلب بوریاها که در این ازمنه در مسجد ها اندازند، مال مسجد است نه وقف مسجد. چون صیغه وقف در آن جاری نمی کنند. و اما قصد قربت: پس در آن نیز خلاف است. و عجب است از شهید ثانی که "عدم اشتراط قربت" را اصح و جهین نامیده و "عدم اشتراط قبول" را احد قولین. و شهید (ره) هم در دروس گفته است "وفی اشتراط نیه القربه وجه". و حال آن که علامه در مواضع بسیار از تذکره قطع کرده به اشتراط. و در اکثر مواضعی که وقف بر آنها حرام است، استدلال کرده است به اشتراط نیت قربت. و کلمات او در تذکره مشعر به عدم خلاف است. و از ابن زهره نیز نقل شده دعوی اجماع امامیه بر آن. و قول

به آن از شیخین وابن ادریس نیز نقل شده، و بعضی ساکت شده اند از ذکر آن. و از بعضی توقف ظاهر می شود. و از محقق در شرایع ظاهر می شود عدم اشتراط، و شهید ثانی نیز ترجیح این را داده. و تمسک مانعین به اطلاقات واصل عدم اشتراط، است، و (بر اینکه) این از باب عتق است که مقصود از آن فک ملک است. و اظهر اشتراط است، به دلیل اصل عدم صحت، و عدم تحقق وقف بدون آن، و اجماع منقول از ابن زهره و غیره، و حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) "اذا مات المؤمن انقطع عمله الا من ثلاثه ولد صالح يدعوه له وعلم ينتفع به بعد موته و صدقه جاریه" (۱) و در مسالک گفته است "قال العلما المراد بالصدقه الجاریه، الوقف". و شهید در دروس تعریف وقف را به همین صدقه جاریه کرده است و احادیث معتبره و اطلاق آنها دلالت دارد به این مضمون که "لا صدقه ولا عتق الا ما ارید به وجه الله تعالی" (۲) و مدلول آن ظاهرا نفی صحت است و حمل بر نفی کمال بعید است. و سخن که به اینجا رسید شاید توانیم گفت که از این حدیث ها و ملاحظه اطلاق آنها، اشتراط قبول را هم می توان اثبات کرد. چون در صدقه ایجاب و قبول را شرط کرده اند و ظاهرا خلافتی در آن ندارد. پس اشتراط قبول اظهر خواهد بود. خصوصا در امور غیر عامه. و اینکه جمعی تجویز وقف بر دمی کرده اند، منافات با اشتراط قربت ندارد. هر گاه منظور این است که و چون بنده خدا هستند و گاه است که از ایشان مسلمی بهم رسد و باعث اعانت مسلمین هستند در امور دنیا، چنانکه صدقه کردن بر آنها هم جایز است. بلی اگر وقف کنند بر آنها از حیثیت کفر، صحیح نیست، به جهت عدم نیت تقرب. همچنانکه علت عدم صحت وقف بر "بیع" و "کنائس" و نوشتن تورات و انجیل (با وجود قول به صحت وقف بر اهل ذمه) را همین قرار داده اند که این جهت خاصه، قربت در آن حاصل نمی شود، به جهت.

ص: ۳۲

۱- الجامع الصغیر سیوطی حرف همزه، مسالک شهید ثانی، ج ۱، ص ۳۴۴، چاپ سنگی، ۱۳۱۰.

۲- وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۳۱۹، باب ۱۳ از کتاب الوقوف.

۱۷: سؤال:

۱۷: سؤال: هر گاه مدرسه [ای] خرابه باشد، و در دو ضلع آن بیوتات مدرسه بوده و در یک ضلع آن آب انباری است که بالفعل دایر است. و در دیگر آن حسینه مخروبه ای است. و الحال کسی می خواهد که مدرسه را تعمیر بکند، به این نحو که در ضلع حسینه دو مرتبه بنا کند که حجرات تحتانی داخل مدرسه باشد و فوق آن حسینه باشد که روی آن به خارج مدرسه باشد و راه آن [نیز] از خارج مدرسه باشد. و هم چنین در ضلع آب انبار می خواهد حجرات بنا کند که یکی از آن حجرات بر فوق سقف پله واقع می شود که از آن پائین میروند و آب از آن آب انبار بر میدارند. خلاصه آن که می خواهد بنائی بر فوق آب انبار بشود که از جمله حجرات مدرسه باشد. و در ضلعی که حسینه هم بوده است محتمل است که در قدیم الایام دو مرتبه بوده است و تحتانی آن حجرات مدرسه بوده است. و محتمل است که در فوق پله آب انبار هم حجره بوده است. آیا این تصرفات جایز است یا نه؟ - و علم به وقف بودن حسینه و آب انبار هم حاصل نیست. آیا وقف بودن آنها به چه چیز ثابت می شود؟ و چگونه تصرف در مدرسه و آب انبار و امثال آن جایز است؟ و کدام تصرف جایز نیست؟.

جواب:

جواب: بدان که اصل در هر ملکی عدم وقفیت است و وقفیت به بینه باید ثابت شود یا به شیع. و در صورت ثبوت به شیع، خلاف است در اینکه حصول علم شرط است؟ یا ظن نزدیک به علم؟ یا مطلق ظن؟ و اظهر قول اول است. چون دلیلی بر کفایت ظن نیست در اثبات دعاوی و مطالب، و اینکه در احکام در احکام شرعی (یا مهیت موضوعات احکام) به ظن اکتفا می کنیم مستلزم این نیست که در اثبات مطالب هم به آن اکتفا کنیم. مگر در جائی که شارع تجویز کرده باشد، مثل بینه یا ید و امثال آن. و اینکه بعضی استدلال کرده اند از برای قول دوم به اینکه " هر گاه ظنی از شیع بهم رسد بیش از ظنی که از شهادت عدلین بهم رسد، اولی است به قبول "، مدفوع است به این که: این در صورتی خوب است که حجیت بینه، از راه

افاده ظن باشد، و آن ممنوع است، بلکه عمل به آن محض تعبد شرعی است، و قیاس جایز نیست. و هر گاه در مدرسه و آب انبار و غیرهما بینه عادلّه یا شیاع مفید قطع حاصل نشود، نفس آب انبار بودن و مدرسه بودن و حسینه بودن، دلیل وقفیت نیست، تا صیغه وقف جاری نشود (هر چند بانی مسجد را بسازد و رخصت نمازهم در آن بدهد و نماز هم در آن بشود) حکم وقف بر آن جاری نمی شود تا واقف صیغه نگویید. بلکه علامه در تذکره گفته است که: هر گاه بگویید "جعلته مسجد" هم کافی نیست. ولکن در این مقام می توان گفت که ید مسلمین به عنوان مسجدیت در مسجد کافی است. چون وقف مساجد از برای مسلمین است و موقوف علیهم حقیقتاً مسلمین می باشند و این از باب وقف بر "جهت" است و ضرور نیست که جماعت مسلمین - که این ید از ایشان ظاهر می شود - به حد استفاضه مفید قطع باشند. پس اگر کسی در محلی مسجدی را ببیند که یک نفر یا دو نفر به اعتقاد مسجدیت در آن نماز میکنند، و ید آنها بر این عنوان بر آن ثابت است، حکم می شود به مسجدیت. چون لفظ مسجد در این ازمنه و ازمنه سابقه بر آن، "حقیقت" است در "مسجد وقف" - بلکه "مسجد وقف عام" هر چند قائل شویم که در مسجد، وقف خاص هم متصور می شود، یا آن که گوئیم وقف عام اظهر افراد یا معانی است و متبادر این معنی است، هر چند قائل به حقیقت بودن در وقف خاص نیز شدیم. و دور نیست که در مدرسه هم این ادعا را بکنیم. یعنی ثبوت حقیقت را. و اگر آن را دعوی نکنیم اکتفا می کنیم به ید با اعتقاد وقفیت، هر چند استفاضه مفید قطع حاصل نشود. و اما آب انبار: پس اشکال ادعای "حقیقت" در آن بیشتر است. و ادعای وقفیت در آن تمام نمی شود در صورت فقد بینه الابه استفاضه مفیده قطع، یا به ثبوت ید مسلمین بر آن به عنوان وقف هر چند جمعی نباشد که استفاضه قطعی از قول ایشان حاصل شود. خلاصه اینکه در این مقام از مقتضای ید نباید غافل شد، که آن

عمده است در امثال این امور که استفاضه قطعی در آنها نیست. و هم چنین است حسینی، پس هر گاه فرض شود که در مورد سؤال نه استفاضه قطعی باشد و نه ید مقبوله بر نهجی که گفتیم، ملحق به مجهول المالک خواهد بود. چون مفروض این است که مالکی از برای آن معلوم نیست. و حکم مجهول المالک بر آن جاری می شود. و هر گاه احد امرین ثابت شد، وقفیت ثابت می شود. و بدان که: وقف مادامیکه بر پاست و آباد است، جایز نیست تغییر آن از هیئت خود. پس هر گاه خانه [ای] وقفی باشد نمی توان تغییر داد و باغ کرد، یا به عکس. یا آنها را حمام کنند، یا به عکس. مگر آن که واقف مأذون کرده باشد متولی را در تغییر، و شرط کرده باشد. بلکه هر گاه تغییر وضع آن را هم بدهد جایز نیست. مثل اینکه مسجد را بر دارد و در زیر آن آب انبار بسازد، یاد کاکین. که باعث این شود مسجد ارتفاع بهم رساند از زمین. چنانکه علامه در تذکره گفته است و خلاف را نسبت به أحمد داده است از عامه، بلکه فرموده است که "چنین است حال، هر گاه زمین مسجد بر همان قرار اول مساوی زمین باشد که آب انبار در عمق زمین ساخته شود." و فرموده است که مسجد را دکان و آب انبار کنند، و بدل آن مسجد دیگر بسازند". و به هر حال، مادامی که عین موقوفه معمور است جایز نیست تصرف در آن، هر چند منفعت آن کم شده باشد و تبدیل آن انفع باشد، مثل درخت میوه که کهنه شده باشد، و حاصل آن بسیار کم شده باشد، نمی توان آنرا کند یا فروخت و عوض آن دیگری گرفت. و هم چنین مسجدی که اهل آن بر طرف شده باشند جایز نیست خراب کردن آن و مصالح و آلات آن را در مسجد دیگر صرف کرد، بلکه باید گذاشت که ماره در آن نماز کنند. بلی علامه در تذکره می فرماید که "هر گاه در پشت بام مسجد تکیه گاهی بسازند که بر سر دیوار مسجد باشد و داخل مسجد بشود و به دور پشت بام بگردد، اقرب جواز است". و هم چنین تجویز کرده است که هر گاه مسجد دیوار صحیحی نداشته

باشد که محفوظ باشد از داخل شدن سگ ها در آن، و مناره داشته باشد، جایز است خراب کردن مناره از برای اینکه آلات آن را صرف دیوار بکنند. به جهت آن که مصلحت مسجد در آن است. و محقق ثانی در شرح قواعد تجویز خراب کردن از برای گشاد کردن آن کرده، چنانکه بعد خواهیم گفت. و منتهای آنچه از این کلمات بر می آید (بر فرض تسلیم آنها) این است که تصرفی که مصلحت آن بنای وقف در آن باشد، جایز خواهد بود. و اما مثل بنای حجره مدرسه در سر آب انبار، این تصرفی نیست که از مصالح آب انبار باشد، بلکه غالباً منشأ سستی بنا و پایه آن می شود به جهت سنگینی. و جواز تصرف در اعیان موقوفه تابع دلیل است. بلی در اینجا می توان گفت که هر گاه محتمل باشد که آب انبار ملک مدرسه باشد، به این معنی که کسی آن را ساخته باشد که اهل مدرسه به آن منتفع شوند، یا اعم از اهل مدرسه، و وقف آن معلوم نباشد، و این ید مسلمین که بر آن هست از بابت آن تملیک باشد، نه وقف، در این صورت حکم وقف نیست. و در مثل آن جایز است تصرف از متولی مثل حاکم شرع در امثال مذکورات، و تصرفی که صلاح مدرسه در آن باشد، جایز باشد. چنانکه تصریح شده به آن در حصیر مسجد و غیر آن، که از باب تملیک مسجد باشد نه وقف. که هر گاه صلاح در فروختن آن باشد از برای مسجد جایز باشد. و آن اشکال که در وقف هست در آن نباشد. پس هر گاه صلاح مدرسه در بنای آن حجرات باشد و ضرری هم به آن آب انبار نرسد، جایز باشد. و الحاصل: این ید شایعه که الحال برای مسلمین است هر گاه بخصوص ثابت نباشد که از راه وقفیت است و ممکن باشد که از راه همان استمرار تملیکی است که برای مدرسه شده خصوصاً هر گاه معلوم نباشد که بانی آن همان بانی مدرسه است، حکم وقف بر آن جاری نیست. و لکن این معنی نفعی در جواز تصرف نمی کند. به جهت آن که چنانکه در وقف نمی توان تصرف کرد، تصرف در مطلق مال غیر هم نمی توان کرد. و اگر پای مصلحت را در میان می آوریم در وقف هم جاری خواهد بود.

و ممکن است که بگوئیم در صورت سؤال:

و ممکن است که بگوئیم در صورت سؤال: که آنچه الحال صورت وقوع دارید عامه ناس است، نه ید اهل مدرسه که طلبه باشند، و مصحح این ید بنابر حمل افعال مسلمین بر صحت چیزی نیست الاوقف بودن، پس از این ید عامه ناس می توانیم اثبات کرد وقفیت را. و می توان جواب گفت به اینکه تملیک انحصار ندارد در اینکه از برای مدرسه وامثال آن باشد، چه می شود از باب تملیک عامه ناس هم با حاکم است. و آنچه گفتیم در احتمال تملیک، تمام می شود در احتمال اباحه نیز. مثل خمره آبی که کسی در سر شارع عام بگذارد از برای مردم که بخورند، که ید عامه ناس بر انتفاع از آن آب ثابت است، و کسی را نمی رسد منع مسلمین و تصرف در آن آب به غیر جهت شرب، پس علی ای تقدیر ید ثابت است، خواه ید طلبه باشد (بالفعل یا بالقوه) یا ید عامه ناس بالفعل. پس اگر گویی: که با احتمال اباحه، ملک حاصل نمی شود از برای ذوالید، پس در حکم مجهول المالک خواهد بود. گوییم: که ثبوت حق کافی است، گو به عنوان ملک نباشد. اگر بگویی: که آنچه در اینجا ثابت است به سبب ید "استحقاق انتفاع به آب آب انبار و شرب از آن" است مثل خمره، و اما خود آب انبار و خمره، پس بر آن یدی نیست. گوییم: که ثبوت ید بر این حق و استحقاق این منفعت، مستلزم استحقاق رفع و منع از تصرفات در آن "ماینفع به" است. خصوصاً تصرفاتی که مضربه اصل بناء باشد، یا مظنه ضرر در آن باشد. پس در منع تصرف در آب انبار و امثال آن ضرور نیست که متمسک به وقفیت باشیم تا مورد منع و مناقشه باشیم. مگر اینکه بگوییم که قدری که به سبب استیفای حق مستحق می شوند از عین، و می توانند منع از تصرف غیر کرد؟ در آن، همان صورتی است که ضرری برسد که مانع از بقا و استمرار آن باشد. و هر گاه ضرر نباشد پس عین از باب مجهول المالک است و با او معامله مجهول المالک می توان کرد.

اگر کسی بگوید: که هر گاه وقفیت ثابت نباشد پس این از باب هبه خواهد بود به جهت عامه، یا از باب اباحه، و اینها هیچیک لزوم ندارند و بعد فوت واهب و مبیح رجوع می کند به وارث مانند سایر حقوق که منتقل می شوند به وارث. و چون مالک اصلی و وارث هر دو مجهول اند پس باز داخل مال مجهول المالک می شود. می گوییم که: هر چند عموم "ماترک" (۱) در قرآن و خصوص حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) "ماترک المیت من حق فلوارثه" ظاهراً شامل مانحن فیه می شود (چنانکه فقها نیز به اینها استدلال کرده اند در توریث حق الشفع و حق الخيار) لکن جمعی از علما اشکال کرده اند در جریان آن در هبه. و شاید وجه آن این باشد که در هبه و اباحه، مالک از حق خود اعراض کرده، خصوصاً در کسانی که جاهل اند به حق الرجوع. و اقوی این است که اعراض موجب خروج از ملک است، و جواز رجوع در هبه و اباحه به دلیل خارج، ثابت شده. واصل عدم آن است. و آنچه به دلیل ثابت شده رجوع خود مالک است و آن نیز معلوم نیست، بلکه ظاهر عدم آن است و [نیز اصل عدم آن است. و اما خیار و حق الشفع: پس در اینها اعراض متصور نیست و از ابتدای نقل ملک در نظر بایع و مشتری هستند. بخلاف رجوع در هبه و اباحه، که حادث و طاری می شوند. تا اینجا کلام در وقف بود مادامی که بر پا است و معمور است. و اما هر گاه خراب شود: پس جایز است تعمیر آن و تصرف در آن. و هر گاه متبرعی بهم نرسد گاه است که جایز می شود که بعضی آن را صرف بعضی دیگر کنیم. مثل آنکه دیگ شکسته را، قدری از آن را، اجرت بدهیم و از تنمه دیگ کوچکتر بسازیم و اگر ممکن نشود، طاسی یا چیزی دیگر بسازیم، و آنهم وقف خواهد بود و محتاج نیست به وقف جدید، پس خانه وقف خرابه را باز خانه می توان ساخت. و باغ خرابه را باغ. و تغییر آن به نوع دیگر با وجود امکان بنای نوع اول، جایز نیست. و لکن واجب نیست که خانه را به همان نحو سابق بسازند. یا باغ را به همان نحو سابق اشجار غرس کنند، بلکه تغییر اوضاع جایز است، بلکه هر گاه ممکن نشود به مثل سابق آن، کوچکتر.

ص: ۳۸

می توان ساخت. گو زیادتى زمین وساحت از وقف بودن بیرون نرود. وممكن است كه بگوئیم كه بگوئیم كه جایز است كه بعضی از آن وقف را خرج تته؟ كنیم. چنانكه در دیگر شكسته گفتیم، وچنانكه در "بیع ملك وقف" گفته اند. وظاهرا فرقی مابین دیگر وزمین خانه ومدرسه نیست. ودر مسأله دیگر شكسته (كه فقها تصریح کرده اند) اختصاصی ندارد به آنكه موقوف علیهم جماعت خاصه باشند، چنانكه در بیع املاك، موضوع مسأله را آن قرار داده اند. شاید دیگر هم وقف بر جهت عامه باشد وعنوان مسأله شامل آن هم هست. بلی در خصوص مسجد شاید خلافي نداشته باشند كه نمی توان بعض آن را فروخت وصرف تعمیر باقی كرد وبه سبب عدم خلاف، تخصیص بدهیم، و همچنین از راه انتقال به خدا وزوال ملك بالمره، مثل عتق عبد. مؤید این است كه علامه در تذکره در مسأله "بیع وقف" متعرض مسجد شده وقول به جواز مصرف كردن بعض آن را در باقی، نسبت به عامه داده، واز احدی از اصحاب جواز آن را نقل نكرده، ومتعرض مدرسه ورباط و امثال آن نشده، وشاید اینها را در تحت عموم مسأله "تصرف در وقف خراب محتاج به بیع" داخل کرده. و هر گاه ممكن نشود كه به نوع سابق بنا شود، تغییر نوع می توان داد. مثل آنكه آب انبار خرابه كه الحال ممكن نیست كه بنحو سابق ساخت به جهت عدم امكان آب، می توان آن را دکانی كرد. و همچنین... وبه هر حال باید بروضعی كه اقرب به وضع واقف وغرض او باشد بنا شود. پس هر گاه متغلبی(۱) باغ یا خانه وقفی را خراب كند وغرامت را از آن توان گرفت، به همان تنخواه بنای خانه وباغ در همان موضع باید كرد. واگر آن ممكن نباشد، در جای دیگر. واینهم وقف خواهد بود. وظاهرا وقف جدید هم ضرور نباشد، مثل آنجا كه عین موقوفه را كوچكتر كنند. و همچنین هر گاه کسی پلی در سر رودخانه ساخته ووقف کرده، واتفاق افتد كه سیلاب آن موضع پل را چنان خراب كند كه دیگر ممكن نشود عبور كردن از پل و نه ساختن پلی در آنجا، می توان سنگ وچوب وآجر آن را در موضع دیگر از همان ی.

رودخانه پل ساخت. و این نه مانند مسجد است که هر گاه اهل قریه بر طرف شوند و قریه بالمره خراب شود، مسجد را نمی توان خراب کرد بلکه مسجد را باید به حال خود گذاشت که ماره در آن نماز کنند. بلکه اگر ممکن شود تعمیر آن کنند از برای ماره. و هر گاه خراب شود و مأیوس باشند از تعمیر آن به وجهی از وجوه، در آنوقت هر چند ساحت و فضای آن از وقف بودن بیرون نمیروند، ولکن می توان آلات و مصالح آن را آورد و خرج مسجدی دیگر کرد. و اگر آنهم ممکن نشود، به مصرف چیزی دیگر از رباطی یا حمامی یا مثل آن. و بهتر آن است که اقرب به غرض واقف را در هر حال منظور کنند.

واز آنچه گفته شد، معلوم شد که تعمیر حسینیه مذکور بر وجه مذکور، جایز است. چون محض احسان است. و با احتمال اینکه دو مرتبه بوده است (۱) هم لازم نمی آید تغییر وضع وقف. بلکه هر گاه لازم آید نیز جایز خواهد بود هر گاه متبرعی نباشد که به غیر این وجه (یعنی بر طریقه اول) بنا کند. پس گویا مرتبه تحت را در خرج تعمیر مرتبه فوق، قبول کرده اند. و چون مفروض این است که یدی بر آن نیست، و وقفیت هم ثابت نیست، و آن سخن ها که در آب انبار معمور جاری بود در اینجا جاری نیست، پس غایت امر آن است که از بابت موات مجهول المالک باشد و احیای آن از برای همه کس جایز خواهد بود. خصوصاً با اراده آنکه در ثانی وقف باشد، یا باز به وضع سابق، بعضی از آن، محل تعزیه و بعضی محل تحصیل علم باشد. و با احتمال دو مرتبه بودن به نحوی که پیش از این مذکور شد، مندرج در تحت عموم صحیحہ عبد الله بن سنان و غیرها که مضمون آنها این است که "کل شیء فیها حلال و حرام فهو لک حلال حتی تعرف الحرام بعینه" (۲) نیز خواهد بود.

واز مجموع آنچه ذکر کردیم معلوم شد که نوع تملیک و اباحه در مدارس و آب انبار و امثال آنها، متحقق می تواند شد، که وقف نباشد. و چون تولیت در اینها (در صورت عدم ثبوت تولیت از مالک) از برای حاکم شرع است حاکم انواع تصرفاتی را

۷.

ص: ۴۰

۱- یعنی دو طبقه بوده است.

۲- وسائل، ج ۱۶، ابواب الاطعمه المحرمه، باب ۶۴، ح ۲. و ابواب الاطعمه المباحه، باب ۶۱، ح ۱ و ۷ از ج ۱۷.

که مصلحت این اشیاء در آن باشد، می تواند کرد. و در این معنی نفاوتی نیست مابین اینکه اصل این امور تملیک [برای] جهت عامه شده باشد، یا چیزی دیگر تملیک شود از برای آنچه تملیک شده از برای جهت عامه، مثل تملیک آب انبار از برای مدرسه. پس هر گاه متبرعی خواهد تعمیر خرابی آنها را بکند بر نحو خاصی و صلاح آنها در آن باشد، حاکم را می رسد اذن در آن. خصوصا هر گاه متبرع به غیر آن وجه تعمیر نمی کند. و به مقتضای عرف و عادت (که معیار است در این امور) پس دور نیست که آب انبار مذکور ملک مدرسه باشد، و مفروض این باشد که متبرع تعمیر مدرسه را بوجه مسئول عنه می خواهد کرده باشد، حاکم را می رسد اذن مذکور هر گاه صلاح مدرسه یا مجموع مدرسه و آب انبار در آن باشد. ولیکن چون احتمال می رود که آب انبار خود مستقل باشد و از توابع مدرسه نباشد. مهما ممکن دست از ملاحظه مصلحت آب انبار به خودی خود بر نداریم. پس هر گاه فرض کنیم که بنا کردن حجره بر آن، صلاحی از برای آب انبار در آن باشد، جایز باشد. والا، فلا. و اما سؤال از تصرفات جایزه در اعیان موقوفه، مثل مدرسه و آب انبار و حسینیه و غیر اینها پس هر چند مجملا اشاره به آن شد در ضمن سخن های پیش، در اینجا نیز می گوئیم که هر گاه شرطی و طریقه [ای] از واقف ثابت نباشد، حاکم به هر نحو مصلحت آنها را داند به عمل می آورد. حتی اینکه در نقض از برای توسیع گفته شده است که جایز است، و محقق شیخ علی در شرح قواعد به متابعت شهید در ذکر بعد [از] تردد میل به آن کرده و استدلال به عموم "ما علی المحسنین من سیل" کرده. و همچنین تجویز احداث روزن و پنجره و غیره کرده هر گاه مصلحت افتضا کند. و شهید در ذکر تجویز کرده است صرف آلات مسجد را در مسجد دیگر هر گاه متعذر باشد استعمال آن در همان مسجد یا به جهت آنکه مسجد دیگر محتاجتر است به آن به سبب کثرت نماز گزارندگان، یا به سبب خراب بودن مسجد اول. بعد از آن گفته است که بلی جایز نیست خراب کردن مسجد به هیچ حال، هر چند از برای این باشد که مسجدی اعظم یا افضل بسازند. و بعد از آن اشکال در توسیع

مسجد را ذکر کرده. چنانکه به آن اشاره کردیم. بلی تصرف در عین مسجد به معنای فروختن بعض آن از برای تعمیر باقی وامثال آن جایز نیست، چنانکه پیش گفتیم که محتمل است که مدرسه ورباط وامثال آن نیز چنین باشد، و محتمل است که نباشد (چنانکه پیش گفتیم) و هر چند فقها را در مسأله "بیع وقف" در نظر نیست که تصریح به حکم آنها کرده باشند، لکن از کلام ایشان در مسجد، می توان یافت که اینها نیز چنین باشد. بخلاف وقف بر جماعت معینه که در بعضی از صور جایز است بیع وقف یا بعضی از آن. و جمعی از عامه در مسجد هم تجویز کرده اند. ولکن ظاهر این است که مخالفی از اصحاب ما نباشد، چنانکه از علامه در تذکره ظاهر می شود. ووجه آن را این - گفته اند که: ازاله ملک بالمره از مسجد شده است ومانند عتق عبد است و دیگر بیع آن صورتی ندارد. و ممکن است که حکم مدرسه ورباط وامثال آن را مدرج در تحت عموم "جواز بیع وقف" کرده باشند. چنانکه پیش گفتیم. پس آنچه ظاهر می شود که جایز است از تصرفات، آن است که مصلحت وقف در آن باشد و مستلزم اخراج آن از مقتضای وقف نباشد، مثل بنای حجره جدید یا احداث حوض یا بیت الخلا در مکانهایی از آن اماکن، که ضرری نداشته باشد و صلاح در آن باشد، مگر آنچه به دلیل خارج شده مثل تصرف در مسجد. واما مثل اجاره دادن فضای مدرسه از برای سکون اجانب یا اجرای آب از اینجا به خانه های مردم وامثال آن، یا حق مجرای آب به عنوان صلح از برای همسایگان قرار دادن، جایز نیست. بلی هر گاه مدتی مدرسه مثلاً خراب باشد و به هیچ نحو منتفع نمی توان شد الا- به اینکه اجاره داده شود که در آنجا مردم خیمه بزنند و ساکن شوند، و از وجه اجاره تعمیر آن بشود، جایز خواهد بود، چون مصلحت در این هست. به هر حال معرفت مصلحت موکول است به نظر حاکم.

۱۸: سؤال:

۱۸: سؤال: زید قدری ملک خود را وقف اولاد کند وصیغه جاری کند، و تولیت آن را مادام الحیات برای خود قرار بدهد. و مدتی در تعمیر موقوفات کوشش نماید و مکرر در نزد اهالی شرع اقرار کند که من فلان ملک را وقف اولاد کرده ام. و بعد از مدتی که در تصرف او بوده اراده بیع آن کند. و بگوید که مراد من از وقف این بود

که مردم طمع در آن ملک نکنند و قصد من وقف حقیقی نبود. آیا سخن او مسموع است؟ و بیع او صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: در وقف شرط است ایجاب و قبول هر دو (علی الاظهر) خصوصا در غیر مصالح عامه و قصد تقرب هم شرط است - علی الاظهر - خصوصا در مصالح عامه. و اقباض هم شرط است جز ما. پس اگر موقوف علیهم کبار اولاد بوده اند و به قبض ایشان نداده تا آن که ملک را فروخته، بیع صحیح است، و وقف باطل است. و اگر صغار بوده اند، همان ید ولی ید ایشان است و قبض دیگر ضرور نیست، و به محض اجرای صیغه و قبول از جانب ایشان، لازم می شود، و بیع صحیح نیست. و در صورت تمام شدن وقف و شرایط صحت و لزوم، ادعای اینکه قصد وقف نداشتیم، مسموع نیست. و ظاهر شهید ثانی، در مسالک دعوی اجماع است (در کتاب طلاق) بر اینکه "در هیچ باب از عقود و ایقاعات ادعای اینکه قصد نداشتیم از عاقل بالغ مختار نمی شنوند. در خصوص طلاق به دلیل خاصی است که می شنوند" و وقف هم از جمله عقود است. مگر اینکه موقوف علیهم تصدیق او بکنند یا قرینه ظاهره بر صدق او باشد، و در صورت قرینه ظاهر این است که قبول قول او با یمین است، والله العالم.

۱۹: سؤال:

۱۹: سؤال: یک شبانه روز از آب مزرعه معینی وقف مسجدی است و امام زاده [ای] و مشهور است که یک طاق از این است و یک طاق از آن. و بدون قرعه اجاره و استیجار می کنند. آیا بدون قرعه و قسمت، صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: چون در اکثر فصول طاق شب و روز تفاوت فاحشی میدارند، و معین نیست که طاق شب از کدام است و طاق روز از کدام، مقتضای قاعده این است که مجموع شبانه روز را علی السویه می کنند میانه این دو موقوف علیه علی السویه به حسب ساعات و امثال این. و قرعه می کنند. و هر گاه حاکم شرع یا نایب او مباشر باشد احتیاج به قرعه هم نیست. و بدون تقسیم (چنانکه گفتیم) تصرف صورتی ندارد و صحیح نیست اجاره. و متولی در اموری که متولی شرعی ندارد حاکم شرع است.

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الواقف على الضمائر المطلع على السرائر والصلاه على محمد افضل الاوائل والاواخر المبعوث من اشرف القبائل واكرم العشائر، وآله المعصومين من الخطايا المحفوظين عن الزلازل والجرائر واصحابه المرضيين اسوه اولى الاحلام وقدوه ذوى البصائر. اما بعد فهذه اجابه لالتماس بعض فضلاء اصحابنا الطالبين، اعانه الله على طاعته وحباه بسعادات الدنيا والدين، فى الجواب عن مسأله احتاج اليها واستفصل حالها، وابتغى؟ بيانها مدلل على وجه مبين. وهذه صورته:

٢٠: السؤال:

٢٠: السؤال: مدرسه لانعلم ان واقفها من الشيعة الاماميه او من المخالفين. لكن المشهور فى الالسنه انه من المخالفين وله مدارس فى بعض البلاد الا وزبكيه. و حين بناها كان البلد اوز (١) بكيه وهو فى ما بينهم. ولكن لم يشهد شاهدان، بل ولا واحد على العلم بان ه من المخالفين. فنريد ان نفهم اولا ان الاصل فى المكلف الكفر او الاسلام؟ -؟ وبعد ثبوت الاسلام، هل الاصل فى المسلم كونه مؤمنا او مخالفا؟ -؟ ولما كان كل من الثلاثه موقوفا على وجود مقتضيات والاصل عدم تحققها، يمكن القول بان " الاصل الكفر وبعد ثبوت الاسلام ليس الا اياه ". ولكن فيه ه.

ص: ٤٥

١- و فى النسخه او دكيا و ليس فى التركى حرف «دال» و الكلمه تركيه.

ان " كل مولود يولد على فطره الاسلام، الا ان ابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه " (۱) كما ورد به النص (۲) والاصل بقاؤه على فطره الاسلام، وعدم انتقاض فطرته من جانب ابويه. وبعد الاغماض عما يقتضيه الاصل، هل كون المكلف مؤمنا او مخالفا يثبت بمحض الشيوخ على بعض افواه الرجال ام لابد من شهاده شاهدين على العلم بان نه مؤمن او مخالف. وبعد ثبوت انه مخالف هل وقف المخالف صحيح؟ ام باطل - نظرا الى ان الوقف عباده فحكمه حكم باقى عباداته -؟. وبعد صحته، هل يجوز للطلبه الاماميه السكنى فيها - نظر الى ان كونها لجماعه الطلبه معلوم، واختصاصه بطلبه خاصه غير معلوم -؟ ام لا - نظرا الى ان كونها لاهل نحلتهم وطلبه مذهبهم معلوم، ولطلبه غير هم غير معلوم. والى ان المعلوم احوالهم انهم يرضون بقتلهم واسرهم ويحللون دماءهم، فكيف يرضون بسكنائهم فى مدار سهم -؟. وهل يمكن الفرق بين العباده والسكنى بان " المكلف لما اشتغلت ذمته بعباده صحيحه فلا- يتيقن الرءاء من العباده فيها، بخلاف السكنى لان الاصل فى الاشياء الاباحه الى ان يعلم حظرها من الشرع وليس، فليس "؟ ام لا- لان الاصل عدم جواز تصرف المكلف فى غير ملكه الا ان بعلم؟ الجواز وليس، فليس -؟. وهل يمكن الاستدلال على ان واقف المدرسه مخالف، بان فى ذلك الزمان كان البلد اوزبكيا والفرد المشكوك يلحق بالاعم الاغلب -؟ ام لا- نظرا الى ان غايه مايستفاد من هذا ليس الا- الظن، والاصل حرمة العمل بالظن الا ماخرج بالدليل وليس، فليس -؟. وهل يمكن الفرق بين المدرسه والمسجد بان الظاهر ان من بنى مسجدا رضى بعباده كل من عبد فيها، بخلاف المدرسه. لكن فيه مافيه. ومسجد نا هذا مشهور بان واقفه مخالف، مع ان العلماء قديما وحديثا لم يزالو يصلون فيها ولم ينكروا على احد من العباده فيه. فهذا اجماع منهم على صحه العباده فيه، وعدم اطلاعهم على مذهب الواقف بعيد غايه البعد. ..

ص: ۴۶

- ۱- اورد فى البحار نقلا عن «مصباح المنير» صدر الحديث، ج ۶۷، ص ۱۳۴. و اورد فى «سفينة البحار» فى حرف «ف» كله. لكن فيه، حتى يكون ابواه....
- ۲- اورد فى البحار نقلا عن «مصباح المنير» صدر الحديث، ج ۶۷، ص ۱۳۴. و اورد فى «سفينة البحار» فى حرف «ف» كله. لكن فيه، حتى يكون ابواه....

فالا استدعاء منكم ان تكتبوا حكمها مع الدليل الاجمالى، لانها من المسائل المهمه. لان الطلاب لم يزالوا يصلون فيها فنريد ان نعلم ان عباداتهم فيها صحيحه ام لا؟ -؟ وسكناهم فى مثل تلك المدرسه يجوز ام لا؟ -؟(1)

اقول (وبالله التوفيق ويده از مه التحقيق): ان قبل الخوض فى المقصود لابد من تقديم مقدمات: الاولى: اعلم ان التصرف فى مال الغير ممنوع عقلا وشرعا، الا باذنه. والاذن ينقسم الى صريح وفحوى وشاهد حال. فالصريح كقول القائل لغيره " صل فى دارى ". والفحوى كقوله " كن عندنا ضيفا فى دارنا الى الغد " فان ذلك يدل بمفهوم موافقه على الرخصه فى صلاته فى الدار والتوضى من مائه واوانيه، وشربه منها. و شاهد الحال مثل ان يكون بينهما مصادقه دنيويه او دينيه ومضافه بحيث لو اطلع على انه يريد التصرف فى ماله وداره والدخول فيها والتوضى من مائه واوانيه، لرضى به، ولو استأذنه فى ذلك لاذنه. فالاولان اذن بلسان القال اما مطابقه او التزاما. والثالث اذن بلسان الحال، فالحال هى مرابطه بين الاذن والمأذون له ناطقه من جانب صاحب المال بقولها " ادخل الدار وصل ". وهذه المرابطه اما خاصه كالمرباطه الحاصله بين صديقين متعارفين يعرف كل منهما صاحبه وصداقته. واما عامه كمواده اهل الايمان بعضهم لبعض لاجل الايمان وان لم يتعارفوا بالشخص والخصوص. وكمواده اولى الارحام بعضهم لبعض وان لم يتعارفوا. فالاذن فى المتعارفين فعلى، وفى المتناكرين قوى(2)، وفى المختلفين يعتبر حال المستاذن فان عرف المرابطه، فيكفيه وان لم يعرفها الاخر، كالأب (الذى لايعرفه ولده لنشوه فى بلد آخر، اولزعمه ان اباه مات) اذا اراد دخول دار ابنه وهو يعرف انه ابنه. ثم ان المعتبر فى المرابطه حصول سببها فى نفس الامر بحسب اذعان المستاذن. ولكن من حيث انه مدعن بتلك السببيه وما دام مدعنا به فقد يتخالف وه

ص: ٤٧

١- جاء فى حاشيه: «رساله فى تحقيق حال مدارس المشهد المقدس (مشهد) على بن موسى الرضا(عليه السلام).

٢- فعلى وقوى بالفعل و بالقوه

ذلك في المتصادقين ظاهرا والمتضايفين (ابوه وبنوه وغيرهما) في نفس الامر، فيحصل بينهما مصادقه لاشتباه وقع في سببها لوظهر خطاه لتبدل بالتباغض. كالصديق المنافق في الصداقه الذي هو في الظاهر في غايه اظهار علامات الصداقه، وهو عدو في الباطن. وكالكافر المتظاهر بالايان المنافق. فالرفيق الاخر يحب هذا المتظاهر بالصداقه لاجل صداقته على مقتضى مافهمه من ظاهر حاله. والمؤمن الخالص يحب هذا الكافر المنافق على مقتضى مافهمه منه من الايمان بحسب ظاهر حاله ويرضى بتصرفه، فاللاذن ح نما هو على ظاهر الحال، واما لو اطلع على الباطن فلا يأذن له. فح لا اذن لذلك المنافق في التصرف في مال الاخر. كما انه في صورته العكس بالعكس، كما لو انكر احد اباه ولا يرضى بدخول احد في داره من الاجانب، ويحسب ان اباه هذا اجنبى لانكاره اياه. فيجوز للاب الدخول لان الابن لو عرف انه ابوه لرضى به اشد الرضا ولاذنه اطوع اذن. وانما قيدنا نفس الامر بحسب اذعان المستأذن بقولنا "من حيث انه مدعن بالسببيه ومادام مدعنا"، لان المرباطه العامه قد يكون سببه امرا يوجب المؤاخات والمصافات بحسب اذعان المترابطين يدعنا نه امرا ملا يما حقانيا. فيحصل الرضا في التصرف لو ظهر له انه متصف بهذا الامر، ولا يحصل له الرضا لو ظهر له انه متصف بخلاف هذا الامر، لكن ذلك انما هو لا جل انه اذعن ان هذا الامر انما هو الحق الحقيق لان يكون سببا للمرباطه، دون الاخر. والاخر لا يوجب ذلك ولو فرض انه كان حقا لتغير رضاه جزما، كما لو رضى صاحب الدار دخول زيد داره لاجل انه يدعنه صديقا له او من ارحامه وهو في نفس الامر من اعدائه، فهو باذعانه راض بدخوله ولكن لو قيل له "ان كان زيد في نفس الامر من اعدائك اترضى بدخوله" ليقول "لا ارضى بدخوله البته". وكذلك اهل التباين في المذاهب واهل التوافق. فالمتوافقان في المذهب على حاله التراضى والرضا بالتصرف لاجل هذه المرباطه باذعان ان الحق هو هذه المرباطه. من حيث انه مدعن بذلك ومادام كذلك. فلو فرض كون ذلك الامر باطلا عنده ومخالفه حقا، لتبدل الامر، لانه طالب للحق في نفس الامر. غايه الامر انه اذعن

ان الحق هو هذا لامخالفه. فالاذن الحالى لموافقته انما هو لاجل هذا الاذعان. و الانكار الحالى لمخالفه انما هو من اجل اذعان بطلانه. ثم على ما ذكرنا من " ان المعيار فى شاهد الحال، انما هو حال المستأذن ". فاذا اذعن ان الحق هو ما هو عليه فى نفس الامر، وان الآخر لو فرض علمه بذلك لرضى بالدخول جزما فيصح له الدخول ح. لما مر ان الاذن فى المتناكرين قوى. و انما المانع هنا انما هو الغلط فى الاذعان. والغلطه فى الاذعان(١) لا يرفع القوه النفس الامريه. الثانيه: اعلم انه قد اشتهر " ان الالفاظ اسام للامور النفس الامريه " ومرادهم بذلك انه اذا علق حكم على لفظ فلا ينحصر حكمه فى ما علم المكلف با نه هو، بل يتعلق بما هو فى نفس الامر مسمى بهذا الاسم. مثلا اذا قيل " لله على الناس حج البيت من استطاع اليه " فلا يكتفى المكلف بعدم علمه با نه مستطيع، فاذا كان له مال لا يعلم قيمته ولا مقداره انه هل هو بمقدار الاستطاعه ام لا فلا يجب عليه التفحص وجعل الاموال معرضا للبيع ليعرف الحال تمسكا بان الله او جب ذلك على المستطيع وانا لا اعلم انى مستطيع ام لا. وكذلك اذا قيل " قاصد الثمانيه فراسخ يجب عليه القصر " وهو لا يعلم ان المسافه التى قصدها هل يبلغ ذلك ام لا، لا يكتفى بعدم العلم و [بان] يقول انى لا- اعلم انى قاصد للثمانيه والحكم معلق عليه. وكذلك المالك للدرهم المغشوشه التى لا يعلم بلوغ الخالص منها النصاب. الى غير ذلك من الامثله. بل الحكم معلق على المستطيع، فكأن للشارع حكمين متعلقين بعباده: احدهما قوله " ان المستطيعين من عبادى يجب الحج عليهم ". والآخر " ان الغير المستطيعين لا يجب عليهم ". وكذلك " ان القاصدين الثمانيه يجب عليهم التقصير " و " الغير القاصدين لها عليهم التمام ". فيجب على المكلفين ان يتفحصوا عن احوالهم هل هم مندرجون تحت اى الخطابين. وليس المراد من قولهم " ان الالفاظ اسام للامود النفس الامريه والاحكام متعلقه ذن

ص: ٤٩

بما فى نفس الامر " انه كذلك كيف ماكان وان لم يحصل (١) العلم بعد التفحص ايضا. فالتكليف مشروط بالعلم بالمعنى الذى قدمناه، لا بالعلم مطلقا. غاية الامر الاكتفاء بالظن فى تعيين نفس الامر، فاذا حصل العلم او الظن للمكلف با نه مندرج تحت احد العنوانين، يتبعه، وما بقى فيه على الجهالة، فيرجع فيه الى الاصول والقواعد والادلة الخارجيه. فاذا رأينا قوله تعالى " ان جائكم فاسق بنأ فتبينوا " فلا ريب انه يجب علينا التبين فى خبر معلوم الفسق، والقبول فى معلوم العداله. و اما فى المجهول الحال فلا بد من التفحص. فان حصل علم او ظن بحاله فهو المتبع، والا فيرجع الى الدليل الخارجى. والعلة المنصوصه فى الايه هنا دليل خارجى يوجب الحاقه بالفاسق لا شتراكهما فى العله. وفى مثل قول الشارع " يجوز شراء الحلال ويحرم شراء الحرام " فالحكم فى معلومى الحال واضح. واما المجهول، فيرجع فيه الى الدليل الخارجى وهو اصل البراه والاباحه وقولهم عليهم السلام " كل شئى فيه حلال وحرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه " (٢) هذا الكلام فى اقوال الشارع وخطاباته بالنسبه الى المكلفين. واما كلمات نفس المكلفين: فهو ايضا يحمل على ماهو موضوع له فى نفس الامر عندهم. فاذا نذر صوم اول رجب، فهو مكلف بصوم ماهو اوله فى نفس الامر وهو مراده وان كان يحتاج فى تعيينه الى اجتهاد. ويكتفى بالظن فى مالم يحصل العلم. ويعمل بالدليل الخارجى فى ما جهل الحال. فمقتضى استصحاب الشهر عدمه حتى يحصل الدليل عليه. ولكن هيهنا دقيقه لابد ان ينبه عليها وهو انه قد يطلق على شئى عنوانان من الاضافات والاوصاف. مثل يوم مولد النبى (صلى الله عليه و آله) ويوم السابع عشر من الربيع الاول. وقد اختلف الخاصه والعامه فقليل انه يوم الثانى عشر منه. فيختلف التسميه بهذا الاختلاف. فاذا نذر احد صوم يوم الثانى عشر باعتقاده مولد النبى (صلى الله عليه و آله) او نذر صوم يوم ٧.

ص: ٥٠

١- فى الاصل: وان يحصل العلم.

٢- الوسائل، ج ١٦، ابواب الاطعمه المحرمه، الباب ٦٤، ح ٢ و ابواب الاطعمه المباحه الباب، ٦١، خ ١٧ و ١٨ ج ١٧.

مولد النبي (صلى الله عليه وآله) وكان يوم مولد النبي (صلى الله عليه وآله) عنده اسما لليوم الثاني عشر، فيجزيه صوم هذا اليوم او يجب عليه صوم السابع عشر اذا استبصر وظهر عليه غلظه في اذعانه. والظاهر انه يجب عليه صوم يوم مولد النبي (صلى الله عليه وآله) في نفس الامر وان غلط ذلك الناذر في جعله اليوم الثاني عشر، فيجب عليه صوم السابع عشر وكذلك الظاهر انه يجب على وليه (ان اراد قضاءه عنه) ان يصوم يوم المولد الواقعي لا ما حسبه مورثه. وكذلك اذا وقف ضيعة يصرف منافعه في الاطعام يوم مولد النبي (صلى الله عليه وآله) وهو يعتقد انه اليوم الثاني عشر، او اليوم الثاني عشر باعتقاد انه يوم مولده ولاجل ذلك. فهل يجب علينا اليوم صرفه في الاطعام يوم الثاني عشر او اليوم الذي هو مولده عندنا. الظاهر الثاني، لان الظاهر ان المقصود ادراك فيض يوم مولد النبي من حيث انه مولده (صلى الله عليه وآله). الثالثة: التحقيق ان الحكم في ما لا نص فيه، وفي شبهه موضوع الحكم الشرعي، هو العمل على مقتضى اصل البراءة. للداله عليه من العقل والنقل المقرره في محلها. قد بينها في القوانين ومن جملتها صحيحه عبد الله بن سنان عن الصادق (عليه السلام) "قال: كل شيء يكون فيه حرام وحلال فهو حلال لك ابدا حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه" (1) وان كان الاستدلال بها في شبهه الموضوع، اظهر. والشبهه في نفس الحكم يكون من جهه عدم الدليل على الشيء، او من جهه تعارض الادله فيصير مجهول الحكم. والشبهه في الموضوع يكون من جهه اشتباه حكمه الشرعي لاجل الشك في انه داخل تحت اى القسمين اللذين علم حالهما بالدليل الشرعي، فلوا ارتفع الجهل وحصل العلم بكونه احمد هما فلا يحتاج الى دليل شرعي آخر في معرفه الحكم. واتصاف الاعيان بالحل والحرمة انما هو بسبب اتصاف افعال المكلفين المتعلقة بها بهما. واتصاف الفعل بالحل والحرمة اما من جهه المتعلق، كالحز والميته. واما من جهه الحال والوقت كاكل الطعام الحلال على حال خلاء المعده، وعلى حال التخمة المضرة للبدن، واكل الميته في حال الاضطراب والمجاعة وفي غيرها. فاذا

ص: ٥١

حصل الشك في المتعلق او الحال او الوقت ان الفعل فيها من جمله ما هو حلال او حرام، فهو يحكم با نه حلال حتى يعرف الحرام بعينه. الرابعه: التحقيق ان اصل البراءه يجرى فى الاحكام الشرعيه وفى موضوعاتها و ان كان من قبيل مهيئات العبادات، سيما على القول بانها اسام للاعم من الصحيحه كما حققناه فى القوانين. وما ذكرناه من الحديث فيمكن الاستدلال بها فى تصحيح العبادات ايضا. فاذا ورد من الشارع جواز الصلاه فى اجزاء ما يؤكل لحمه والمنع عنها فى اجزاء مالا يؤكل لحمه، واشتبه كون شئى انه هل هو من هذا او ذاك، فالأظهر الجواز. ومن هذا الباب الصلاه فى الجلد المشتبه بالخز وغيره. و فى العظام المشتبهه فى انها من عظام الفيل او البعير. وغير ذلك. الخامسه: اعلم انه اذا اندرس الوقف ولا يتعين الموقوف عليه فى نظرنا، وتردد فى جمله امور معينه لا نعرف ايها هو، فالظاهر التسويه فى الكل. ومن فروع ذلك الاشتباه الحاصل فى وقف الاولاد من جهة الجهل بان الواقف هل وقفه على الترتيب بان لا يكون احد من اولاد الاولاد مستحقا لشيئ ما بقى من الاولاد واحد -؟ او انه وقفه على ان يكون ولد الولد شريكا لاعمامه؟. فيحكم بتسويتهم ولا- يجعل من باب الميراث حتى يمنع الاقرب الابعـد. وصرح بذلك العلامة فى التذكرة والقواعد. ووجه ذلك انحصار الامر فيهم ولزوم الترجيح بلامرجح لو فرق بينهم، لعدم جواز القياس بالميراث. السادسه: المشهور بين الاصحاب انه اذا وقف على مصلحه فبطل رسمها، صرف فى وجوه البر. السابعة: اختلف الاصحاب فى ما لو وقف المسلم شيئا على المسلمين. فعن الشيخ (بل المشهور بينهم ظاهر) انه يكون لجميع المسلمين من اهل القبـله. و صرح ابن حمزه والعلامة فى المختلف بلحوق اطفالهم وجانينهم ايضا. وعن ابن ادريس انه اذا وقف المسلم شيئا على المسلمين كان ذلك للمحققين من المسلمين. مستدلا بفحوى الخطاب وشاهد الحال. كما لو وقف الكافر شيئا على الفقراء كان ماضيا فى فقراء أهل نحلته خاصه، بشهادته دلالة الحال عليه. ورد كلام الشيخ با نه خبر واحد اورده ايرادا لا اعتقادا. واورد [عليه [العلامة وشنع عليه

فى هذه النسبه واختار التعميم الذى ذكره ابن حمزه من انه شامل لكل من اقر بالشهادتين واطفالهم وجانينهم، وادعى الاجماع قال: لنا الاجماع على جواز الصدقه عليهم وتجويز الوقف عليهم بالخصوصيه. ولا- عبره بخلاف من شذ. ولا فرق بين طوائف الاسلام الا من ارتكب ما يعلم بطلانه من دين النبى " ص " كالغلاه والمجبره. ولو لم يصح التقرب بصلتهم لم يصح ذلك. اقول: ومرجع كلام علامه الى اتباع عموم اللفظ وان الاصل، الحقيقه لا يعدل عنه الا باقوى منه. واذا رأينا ان مذهب العلماء جواز الوقف بالخصوص على الفرق المخالفين، فكيف يقال ان الواقف الذى هو عالم من تلك العلماء او مقلد لاحدهم " اذا اطلق الوقف على المسلمين " فهو اخرج من اطلاقه الفرقه المخالفه -؟ سيما اذا لم يزاحموا الفرقه المؤالفه للواقف فيكون النفع اتم، ولعل ابن ادريس نظر الى العصبية والعناد لا- الى ما سن الله من تعميم حكمه بين العباد وفعل المسلم محمول على الصحه مالم يعلم فساده فالحكم بان الواقف اراد الوقف على المؤالفين غالبا، يرجع الى ملاحظه متابعه الحميه والعصبية. فاذا وقف رجل من اهل السنه رباطا على المسلمين المترددين، فلا ينبغي ان يقال " اراد من المسلمين غير الشيعه ". وكذلك اذا وقف رجل من الشيعه رباطا على المسلمين، فلا- ينبغي ان يحمل على اخراج اهل السنه منهم اذا لم يزاحموا غيرهم. وعلى هذا فالخروج عن حقيقه اللفظ واخراج الجمع المحلى [باللام] الدال على العموم لغه وعرفا عن الحقيقه بمجرد هذه القرينه، مشكل. وكذلك الامر فى المدرسه فان المسلم الذى خلا عن العصبية غرضه فى الوقف تحصيل الثواب. ولا ريب ان تحصيل العلوم مما يصل نفعه الى كافه العباد. سيما اذا كان من الاليات المشتركه بين جميع المذاهب، الموجه لفهم السنه والكتاب. فالجزم بان الواقف من اهل السنه لمدرسه، لا يرضى بان يجلس فيه واحد من الشيعه لاجل انه عدوه، اولا جل انه يحصل مسأله الامامه ويسعى فى تخريب مذهبهم، او بالعكس، مما لا يتعاطاه العرفاء والعلماء والصلحاء من العوام. اذ يجوزون ان يقرء مبتدؤهم فى العلوم علم التصريف والنحو والمعانى والبيان عند عالم من الشيعه، بل يرضون

اشد الرضا. سيما اذا لم يوجد هناك عالم من اهل السنه. وكذلك بالعكس. فليس محض كون باني المدرسه سنيا، عدم رضائه بجلوس الشيعي فيها ولا بالعكس. غايه الامر عدم رضاء احد هما بالسعي في ابطال مذهب الاخر، وهذا لا يوجب عدم الرضا باصل السكنى. سيما اذا لم يكن احد آخر يسكن فيه، فانه باعتقاده طالب للثواب ومراده التسبب لا يجاده ماهو خير وثواب. وماهو معصيه باعتقاد الباني، فمؤاخذته على المخالف الساكن فيه. وما يفعله من موجبات الخير، فيصل ثوابه الى الباني. اذا تمهد لك هذه المقدمات فنقول: الظاهر ان المدرسه المفروضه يجوز لطلبه الشيعة سكناها والاشتغال بالتحصيل فيها، ويصح صلاتهم وعباداتهم فيها. لوجوه: الاول: انها وقف على الطلبة جزما. غايه الامر ان من المدارس ما يختص بفرقه بجعل الواقف دون فرقه، ولا يجوز التعدى عن مقتضى غرض الواقف، لان الوقف على ما وقف عليه الواقف، بالنص(١) ففعل المكلف المتعلق بالمدارس وهو "السكون فيها والاشتغال" مما فيه حلال وحرام - لان بعضها مما عينها الواقف لفرقه دون اخرى فلا يجوز للفرقه الاخرى التصرف فيها. وبعضها مما اطلق فيها الواقف فيجوز التصرف فيها للجميع - والمدرسه المجهوله الحال، مما لم يعلم كونها مما ثبت حرمة التصرف فيها. فيدل على جواز التصرف فيها ادله اصل البراءه مطلقا، وخصوص صحيحه عبد الله بن سنان المتقدمه(٢) اذ المفروض انا لا نعلم انها من القسم الاول او الثانى. غايه الامر حصول مظنه بانها من القسم الاول من جهة القرائن المذكوره، والمظنه لا يكفى فى المنع. اذ الصحيحه ناطقه باشتراط العلم بكونها محرمة، والعلم حقيقه فى القطع والجزم لولم نقل بكونه حقيقه فى اليقين. وكذلك ادله اصل البراءه من ٧.

ص: ٥٤

١- الوسائل، ج ١٣، ابواب الوقف، الباب ٢، ح ٢١٠.

٢- الوسائل، ج ١٦، ابواب الاطعمه المحرمه، الباب ٦٤، ح ٢ و ابواب الاطعمه المباحه، الباب ٦١، ح ١٧٠ و ١٧١.

العقل والنقل، فهنا من باب " كل شيء نظيف حتى تعلم انه قذر " (١) و " كل ماء طاهر حتى يعلم انه قذر " (٢) حتى انهم ربما يتأملون في كفايه شهاده العدلين في الحكم بالنجاسه. نعم ورد في الحلال والحرام روايه بجواز العمل بالبينه، مثل ماروى عن الصادق (عليه السلام) " كل شيء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل الثوب عليك قد اشتريته وهو سرقة، او المملوك عندك ولعله حر قد باع نفسه، او خدع فيبيع، او قهر، او امرأه تحتك وهى اختك او رضيعتك، و الاشياء كلها على هذا حتى يتبين لك غير ذلك او تقوم به البينه. " (٣) والمفروض فى مانحن فيه فقد البينه على انه مما لا يجوز التصرف فيه ايضا. وبالجمله هذا من شبهه الموضوع، وقد اتفق كلمه المجتهدين والاختباريين على ان الاصل فيها براءه الذمه والحليه. بل ويجعلها الاختاريون من الحلال البين. فان قلت: حمل المشكوك فيه على الافراد الغالبه قاعده مسلمه مستفاده من العقل والعرف والنص وعليها يبنى كثير من الاحكام والاصول، منها الاستصحاب فان من جهة تتبع موارد ما ثبت انه يدوم بحسب استعداد الموضوع يحصل الظن بان كل ما ثبت، دام بحسب استعداده فيحكم فى مورد الشك على مقتضى الحال السابق. وهو المسمى بالاستصحاب. ومنها حليه اللحوم والجلود فى سوق المسلمين وان كان فيه غيرهم إذا كان الغالب هم المسلمين، كما نطق به موثقه اسحاق بن عمار (٤) واذا كان كذلك فلما استفاض كون بانى المدرسه من اهل السنه مضافا الى كون البلد الذى كان هو فيه من اهل السنه وهو من جملتهم، فيحصل الظن بان كان منهم. وقرائن الحال تشهد بان السنى لا يرضى بتصريف الشيعى فى ماله، سيما تعلم علوم الشيعه وسيما فى علم الامامه وسيما فى الطعن عل الخلفاء واثبات الفواحش عليهم. فبالا ستفاضه واللاحاق بالاغلب يحكم بتسنن البانى للمدرسه. وبقرائن الحال ٥.

ص: ٥٥

- ١- الوسائل، ج ٢، ابواب النجاسات، الباب ٣٧، ح ٤.
- ٢- الوسائل، ج ١، ابواب الماء المطلق، الباب ١، ح ٥٢ و ٥٣.
- ٣- الوسائل، ج ١٢، ابواب مايكتسب به، الباب ٤، ح ٤.
- ٤- الوسائل، ج ٢، ابواب النجاسات، الباب ٥٠، ح ٥.

يعلم انه وضع المدرسه لاجل طائفه خاصه، وهم اهل السنه او اطلق فى الوقف لطلبه العلوم ولكن اطلاقه ايضا ينصرف الى طلبتهم خاصه. فهذه القاعده وهذه الظنون المقتبسه من الادله الشرعيه، حجج شرعيه يقوم مقام العلم، كخبر الواحد الذى يرفع اصاله البراءه. واليقين السابق الذى لا يجوز نقضه الا بيقين كما ورد فى الاخبار المستفيضه. قلت: بعد ما ذكرنا لك سابقا لا يبقى وقع لهذا الاعتراض. اذ حصول الظن بكونه من اهل السنه لا- ينافى اثبات الحل فى ما جهل حاله. كما ان الظن بكون مجهول الشخص فى بلاد الكفر كافرا مع احتمال وجود مسلم فيه بل اليقين بوجوده فيه لا يستلزم الحكم بنجاسه ما يلاقيه مع الرطوبه. لثبوت ان الاصل طهاره الملاقي حتى يحصل العلم بنجاسته. ولذلك يحكم بطهاره السكر المجلوب عن بلاد الكفر، ونحو ذلك، فظن الحاصل من الغلبه من جمله الظواهر، والظاهر قد يرفع الاصل وقد لا- يرفعه ففى مسأله الطهاره والنجاسه لا يرفع الظاهر الاصل، للادله القائمه عليه. وفى اللحوم والجلود يرفعه. فان الاصل وان كان عدم التذكيه ولكن الشارع جعل يد المسلم قائما مقام العلم بالتذكيه، وهى من الظواهر. واكتفى فى الحكم بكون اليد يد مسلم اذا اخذ من يد مجهول الحال، لكون غالب اهل السوق من المسلمين. وكذلك الاخبار المعتبره التى هى من جمله الظواهر جعلها حجه فى هذا المقام فى رفع المنع عن التصرف فى مال الغير مع الجهل با نه مال الغير، فحكم بحليه الاكل والشراء من مال اهل الظلم والسارقين والعشارين وامثالهم، مالم يعلم الحرمة بالخصوص. مع انه معتضد بالاصل من وجه آخر، وهو " اصاله البراءه عن المنع الا فى ما حصل اليقين ". ومما ذكر ظهر الكلام فى ما تمسكت به من القرائن. فان غايته افاده الظن، ولم يعتبر الشارع هنا الا العلم. غايه الامر ان اليقين ايضا كافيه من جهة النص، لو سلمناه ولا- مسرح للاعتماد على غيره. مع انا نقول لو فرض ثبوت كونه من اهل السنه، ففى الاعتماد على شاهد الحال وان القرائن تدل على عدم الرضا بسكنى الشيعة فيها، اشكال من جهة ما ذكرناه فى المقدمة الاولى، من ان عدم رضاهم

انما هو لاجل اعتقادهم ان الشيعة مبطلون وهم محقون، ومنعهم اياهم عن التصرف وعدم رضاهم بذلك انما هو في حال اذعانهم بذلك. بل لاجل اذعانهم بذلك. فلو ظهر بطلان اذعانهم عليهم تشهد حالهم بالرضا جزما. ولو قيل لهم في هذا الحال " لو فرض كون اهل السنه على الباطل وهم على الحق، اما ترضون بهم " فيقولون " نرضى ولكن الفرض غير واقع ". فهم على هذا الفرض راضون. والمفروض وقوع الفرض؟؟ على هذا فالاستثناء الذي انما هو بشاهد الحال، يتبع شاهد الحال ومقتضى حاله في وقت الوقف، انه انما يستثنى مخالفه في المذهب(1) لاجل انه يدعنه مبطلا وقد قلنا في المقدمة ان الذي ينكر اباه ولا يعرفه، لا يشهد حاله بالاذن في دخول داره. بل يشهد بعدمه اذا عرف من حاله انه لا يرضى بدخول احد من الاجانب في داره ممن يدعنه اجنبيا. فالاستثناء على شاهد الحال هذه انما هو في حال اذعانه؟ ذلك كذلك في نفس الامر، لا مطلقا؟. فلو علم ان اذعانه ذلك ليس على ماهو في نفس الامر، فلا يستثنيه البته. والمفروض ان المؤمن الشيعي ح يعرف بان اذعانه خطأ في نفس الامر، وهو مكلف بمعتقدده، فيظهر له انه غير مستثنى على هذا التقدير. فهو داخل تحت عموم " الطلبه " الذي ورد الوقف عليه. هذا اذا فرضنا ان الواقف وقف على طلبه العلوم بعنوان العموم، وادعى الاستثناء بشاهد الحال. واما لو فرضنا انه اخرجهم باللفظ بعنوان ان يقول " قد وقفت هذه المدرسه على اهل الحق من المسلمين اعني اهل السنه دون غيرهم ". او اكتفى باهل الحق مدعنا بانحصارهم فيهم ففيه انه ايضا غير مضر. كما بيناه في المقدمة الثانيه وانه من قبيل من نذر صوم يوم مولد النبي (صلى الله عليه و آله) ويعتقد انه الثاني عشر فصام الثاني عشر معتقدا انه هو مولد النبي (صلى الله عليه و آله). وكذلك لو وقف ضيعة لاجل انفاق مداخلها يوم مولد النبي (صلى الله عليه و آله) وهو يعتقد انه الثاني عشر، ثم ظهر عليه بعد النذر انه هو اليوم السابع عشر. فالظاهر انه يجب عليه الصرف والصوم في السابع عشر. لان مراده هو مولد النبي (صلى الله عليه و آله) وقد اخطأ في اعتقاده انه الثاني عشر. وكذلك لمن جاء.

ص: ٥٧

بعد وفاته من المسلمين واراد صرف هذا الوقف، فهم يعملون على مقتضى الواقع من مولد النبي (صلى الله عليه وآله) لا ما اعتقد هو كذلك. فكذلك نقول في مانحن فيه: اذا وقف على اهل الحق من الطلبة معتقدا انحصارهم في اهل السنه، فاذا ظهر على الواقف خلافه حال حياته فيبدل الحكم، وكذلك من يريد سكناه من الشيعة فانهم يعلمون انه غلط في معتقده ان اهل الحق من هو، ولكنه اراد اهل الحق في نفس الامر ونحن نعرف انه من هو في نفس الامر. نعم: ان ثبت انه وقف على طلبه اهل السنه من جهة اخرى وليس مراده اخراج الغير من جهة كونهم مبطلين، فلا- نمنع الاختصاص. كما لو وضع مدرسه خاصه للنحويين ووقفها عليهم واخرى للصرفيين كذلك، واخرى للفقهاء كذلك. فلاريد انه يختص كل بما وضع له. كما صرح به في كلام الفقهاء من انه يتبع مقصود الواقف. وكذلك الرباط، بخلاف المسجد فلم يظهر منهم تخصيصه بقوم دون قوم. ومن جميع ما ذكرنا يظهر انه لو علم ان الواقف قال "وقفته على طلبه المسلمين" يحمل على العموم ايضا. كما ذكرنا في المقدمة السادسة في حكم "مالو وقف المسلم شيئا على المسلمين" انه يصرف على اهل القبلة وكل مقر بالشهادتين، الا المنكرين للضرورى من الدين. وان قرينه المقام من ان الواقف انما يريد اهل نحلته من فرق الاسلام مع صحه إبقاء العام على العموم، لا يعارض اصاله الحقيقه وحمل قول المسلم على الصحه من عدم العصبيه والتعنت على الوجه الذى ذكرناه. الوجه الثانى: انها وقف بطلت مصلحتها. فيجب صرفها في وجوه البر (كما هو المشهور). لانه لو فرض انحصار الموقوف عليه في اهل السنه، واليوم ليس احد منهم في هذه البلده ينتفع بها، فبطل رسم المصلحه المراده منها، فالواجب علينا صرفها في وجوه البر. هذا تكليفنا اليوم ولا كلام لنا في تكليفهم. ونحن مكلفون بما نعتقده برا في الصرف. ولاريد ان سكنى طلبه الشيعة فيها من وجوه البر عندنا في نفس الامر، ولا يضر عدم كونه برا عندهم. لان الكلام في تكليفنا. هذا المطلوب

وان كان قد يتأمل في دليله ان جعل من باب "عدم انتفاء العام بانتفاء الخاص" فان الوقف على سكنى الطلبه الخاصه اذا انتفت خصوصيتها فيبقى مطلق سكنى الطلبه. هو مبنى على "عدم عليه الفصل للجنس". وهو خلاف التحقيق. وكذلك الكلام ان جعل من باب "الاستصحاب في الاجزاء العقلية"، ومن باب "ما لا يدرك كله لا يترك كله"، و "الميسور لا يسقط بالمعسور"، وامثال ذلك. فان الظاهر انها في الاجزاء الخارجيه. لكن يمكن الاستدلال عليه با نه احسان "وما على المحسنين من سبيل". اما على القول بعدم خروج الوقف عن الو [١] قف وبقائه في ملكه، فاحسان اليه. واما على القول بالانتقال الى الموقوف عليهم، فلا ريب ان اسكان طلبه الشيعة فيها موجب لعمارتها ولو بقيت بلا سكنه لخربت وعطلت بالمره فهذا احسان اليهم ايضا. واما على القول بالانتقال الى الله تعالى، فهذا احسن ما اراد الله تعالى. ويمكن الاستيناس لهذا الاستدلال بما اشتهر ايضا بينهم من ان "ما علم كونه وقفا ولم يعلم مصرفه يصرف في وجوه البر" وينبه عليه روايه أبى على بن راشد "قال: سألت ابا الحسن (عليه السلام): جعلت فداك، اشتريت ارضا الى جنب ضيعتي بالفى درهم. فلما وفرت المال خبرت ان الارض وقف. قال: لا يجوز شرا الوقوف، ولا تدخل الغله في ملكك ادفعها الى من او قفت عليه. قلت: لا اعرف لها ربا. قال: تصدق بغلتها". (١)

الوجه الثالث: ان هذا مما اندرس فيه شرط الواقف. والامر متردد بين اختصاصه بطلبه اهل السنه. او الاعم. والقول بان الواقف انما اراد التخصيص بالاول او التسويه او الترتيب بمعنى انه جوز اسكان الشيعة بعد فقد اهل السنه، يحتاج الى دليل ومرجح. والاصل بالنسبه الى الكل مساو. فالتخصيص بالاول ترجيح بلا مرجح وكذلك الترتيب، فيبقى التعميم والتسويه. لا يقال المرجح هنا هو قرينه المقام. لانا قد بينا بطلانه سابقا قتا مل جدا. ثم اذ ظهر لك حال المدرسه المسؤول عنها وحكمها ودليلها على حسب.

ص: ٥٩

مقتضى الوقف ومساعدته الحال، فلا بأس ان نشير الى ما فى كلمات السائل من الاشكالات والغفلات. وهى امور: الاول: الاشكال الحاصل من جهاله حال الواقف بالخصوص والسؤال عن "إن الاصل فى الانسان الكفر او الاسلام" ثم "الاصل فى الاسلام الايمان او اعم". والتحقيق انك ان اردت من الاصل، الاستصحاب واستمرار العدم الازلى، فهو لا يقتضى الكفر ولا الاسلام، بل الاصل عدمهما جميعا. اذ التحقيق ان الكفر امر وجودى اختيارى من فعل المكلف. وان كان من جهة استمراره لعدم العقائد الحقه، السابق الازلى والالم يستحق العقاب، ولا يتوجه لزوم العتاب على الاطلاق، ولا يناسبه الوعيد الشديد انهم خالدون فى جهنم، ذا لم يكن معهم الا العدم الازلى المستمر. مثل من كان فى اقصى بلاد الكفر ولم يستمع باسم نبي ولا وصى ولا شرع ولا دين، ولم يتفطن لوجوب تحصيل الشرائع. غايه الامر انه حصل بفطرته وجود صانع فى الجملة وان كان جسما متحيزا فى السماء. فان مقتضى العدل وقواعد الاماميه، قبح تكليف الغافل والجاهل بالمره، و [قبح] تكليف ما لا يطاق. والقول بعدم تحقق مثل هذا الفرض، والقول بان الله تعالى لم يبق احدا من عباده الا ووضح له جميع سبل الاسلام، مكابره صرفه. وقد حققنا هذا المطلب فى القوانين. فاذن نقول: الاصل عدم الكفر ايضا كما ان الاصل عدم الاسلام. وان الكفر امر وجودى وهو الانكار صريحا، او استمرار عدم الاعتقاد بالعقائد الحقه مسامحه ومجادله. واما ما ذكره بعض المتكلمين من انه "عدم الملكه": فالظاهر انهم ارادوا عدمها بالنسبه الى الجنس القريب كالعمى للانسان دون العقرب. فالكفر عدم الاسلام ممن شأنه الاسلام من المتنبيين المتفطنين القابلين له بالفعل. لاعدمه ممن لم يبلغ هذه المرتبه ايضا. او ان مرادهم تعريف الكافر الذى يجرى عليه الاحكام الفقهيه من النجاسه وحرمة المناكحه والذبيحه وجواز القتل والسبى، وغير ذلك لا الاحكام الاخرويه من التعذيب والخلود فى النار. فالآيات الواردة فى العذاب انما هو للمقصرين، ولا استحاله فى اثبات احكامهم الفقهيه لغير المقصرين ايضا، كما حكم الله بنجاسه الكلب والخنزير من بين سائر الحيوانات. اذ تلك الاحكام من

الاحكام الوضعيه المنوطه بالمصالح الخفيه ولا ملازمه بينها وبين الكفر الذى يوجب العقاب. الا ترى ان الله جوز بيع العبد الصالح المؤمن المتقى وشراؤه حتى من رجل فاسق فاجر. فليس جواز سبى الكافر بالمعنى الاول اعنى المصاحب للعدم الازلى الغير المقصر، اعظم من جواز بيع هذا العبد المؤمن الصالح. ومن ذلك ظهر فساد القول بان الاصل فى المسلم التشيع او التسنن. واما ما تمسك به اخيرا من القول بان الاصل الاسلام من اجل النصوص الواردة فى "ان كل مولود يولد على فطره الاسلام" (١) فالاصل بقاؤه على الفطره فهو من غرائب القول. فان هذه الاخبار ليست على ظاهرها جزما. بل المراد منها اما الاستعداد والقابليه بمعنى انه لو لم يسنحه سانح من متابعه الالباء والامهات وحب طريقتهم والتجافى عن التخليه والانصاف، لاذعن - بعد الاطلاع على ادله الكفر والاسلام - للاسلام ومال اليه، وليس بخيىث (٢) لا يقبل الاسلام، ولا مجبورا بالكفر. او المراد المفطوريه بالاذعان بوجود الصانع او التوحيد فى الجملة. واما فروع التوحيد من التجرد ونفى التحيز ونفى القبيح وتمام الصفات وعينيته، فكلا. ولا ريب ان الاسلام ليس محض ذلك، بل هو مع فروع التوحيد والاذعان بالرساله وخصوص الرسول والمعاد وخصوصا الجسمانى. وليس ذلك كله فطريا، كما هو معاين. وان اراد من "الاصل"، الراجع "فهو يمكن فيه اجراء الاصل، ولكنه متفاوت بتفاوت المقامات. فالراجع فى البلد الذى اغلبه المسلمون، الاسلام. وفى ما اغلبه الكفار، الكفر. وهكذا... الثانى: السؤال عن حال ثبوت الاسلام والكفر والتشيع والتسنن، بالاستفاضه وعدمه بل ولا بد فيه من العدلين: فاعلم ان الشهيد فى القواعد نقل عن بعضهم انه "يثبته".

ص: ٦١

١- البحار، ج ٦٧، ص ١٣٤. و اورد تمامه فى سفينه البحار، فى حرف «ف».

٢- فى النسخه «بحيىث» و يحتمل صحته.

بالاستفاضه اثنتان وعشرون: ١ النسب الى الابوين، ٢ الموت، ٣ النكاح، ٤ الولايه، ٥ العزل، ٦ الولاء، ٧ الرضاع، ٨ تضرر الزوجه، ٩ الوقوف، ١٠ الصدقات، ١١ الملك المطلق، ١٢ التعديل، ١٣ الجرح، ١٤ الاسلام، ١٥ الكفر، ١٦ الرشد. ١٧ السفه، ١٨ الحمل، ١٩ الولاده، ٢٠ الوصايه، ٢١ الحريه، ٢٢ اللوث، (١) - قيل: والغصب والدين والعق والاعسار ". والعمده فى ذلك تحقيق معنى الاستفاضه، فانهم اختلفوا فيها، فعن كثير من الاصحاب ان المعتبر منه ما يفيد الظن المتأخم للعلم. وعن بعضهم انه ما يفيد العلم وعن بعضهم انه ما يفيد الظن المطلق. ولا- يبعد الاكتفاء بالظن المتأخم. اذ الظن الحاصل من ادنى مراتب البينه ليس ظنا متأخما للعلم وهو حجه، فيكون ما هو اقوى ظنا بمراتب شتى اولى بالحجيه. وقد تمسكوا فى خصوص كثير مما جوزوا فيه العمل بالاستفاضه، بالعسر والخرج وعدم التمكن من اقامه البينه ايضا. و [قد يقال فى] القدح فى الاستدلال بالاولويه: بأنه انما يتم اذا كان حجيه البينه انما هو من جهه حصول الظن المطلق، بل لعله كان تعبدا او لحصول الظن الخاص. [هذا القدح] وان كان ممكنا لكنه يرد على القادح ان جمهور العلماء يستدلون فى اشتراط العداله فى الشاهد بايه النبأ المعلله بقوله تعالى " ان تصيبوا قوما بجهاله " المشعره بان قبول قول العدل لاجل حصول الظن بصدقه، دون الفاسق. ولذلك يجوز العمل بقول الفاسق بعد التثبت. فكيف يجتمع الاستدلال بالايه فى اشتراط العداله فى الشاهد مع القول بايه تعبدى. ولكن قد اوردنا عليهم انه لا يجتمع الاستدلال بالايه على هذا المطلب مع استدلالهم بها على حجيه خبر الواحد، اذ المقصود فى الاول حجيه العدل الواحد فى الجملة وان احتاج الى التيمم بانضمام الاخر. وفى الثانى كفايه الواحد وان لم ينضم اليه آخر. وبيننا ان الاقرب ابطال استدلالهم بها فى الشهاده، وابقاؤها لحجيه خبر الواحد. كما بيناه فى القوانين فى مواضع، منها فى اوائل مبحث " الاجتهاد والتقليد " فى اثبات حجيه مطلق الظن. وكيف كان فعلى مختارنا من حجيه مطلق ظن المجتهد ٢.

ص: ٦٢

يترجح القول بحجيه الاستفاضه وان قلنا بان العمل بالبينه تعبدى. فان الظن القوى حاصل بجواز الاعتماد [على] هذا الظن. سيما اذا انضم اليه شئ آخر من العسر والخرج وغيرهما. واما لو اعتبر العلم فلاريب فى [عدم] حجيتها وجواز التمسك بها. واما مطلق الظن، فيشكل الاعتماد عليه. الثالث: انه هل يصح الوقف من اهل السنه ام لا؟؟ لم؟ نقف على مايدل على فساد، بل الظاهر عدم الخلاف فى الصحه، بل من الكافر ايضا، كما صرح به الفقهاء ولم يذكر احدهم فى شرائط الواقف الاسلام والايمان، بل انما ذكروا البلوغ والعقل والقصد. مع انهم اختلفوا فى " اشتراط نيه القربه " ايضا، وان كان الاظهر اشتراطها، وعدم تحققها من الكافر ايضا محل كلام اذ لاينافى كفره قصد التقرب الى الله، اذليس كل كافر منكرا لله تعالى، واما ما توهم ان الوقف عباده وعبادات المخالفين باطله على المشهور فهو فاسد لان الوقف كونه عباده بالمعنى المصطلح ممنوع اولاً، وثانياً ان عمده الدليل على بطلان عباداتهم انها غير جامع لشرائط الصحه مثل الصلاه مع الوضوء الذى يغسل فيه مايجب مسحه، والسجود على مالا يصح السجود عليه، و اداء الزكاه الى غير اهل الولايه، ونحو ذلك، وهو مفقود فى الوقف على الاطلاق. الرابع: السؤال عن " الفرق بين السكنى والصلاه، وان اصل الاباحه يقتضى جواز السكنى، واصاله عدم صحه الصلاه يقتضى البطلان "، فهو فى غايه الوهن، اذ الاشكال فى صحه الصلاه انما هو من جهه مكان المصلى، فاذا ابحت له باصاله الاباحه فلا يبقى اشكال فى الصحه. والظاهر ان توهم السائل انما نشأ من قول بعضهم " ان التمسك بالاصل لا يتم فى مهيه العبادات اذا كانت اسامى للصحيحه ". وفيه - مع ان هذا الكلام غير تمام مطلقا وخصوصا على القول المختار من كونها اسامى للاعم. والتحقيق انه يصح اجراء الاصل وان كانت اسامى للصحيحه ايضا كما حققناه فى القوانين - انما هو فى اثبات نفس المهيه واجزائها وشرائطها. و المفروض عدم الاشكال فى شئ منها. وأما الاشكال فى نفس جواز التصرف فى المكان والاكوان التى قد يتحد فى الوجود مع اجزاء الصلاه فهى ليست من حيث

هى من اجزاء الصلاه غايه الامران المكلف يوجدها فى ضمنها. والاشكال فى الصحه انما هو حين تحقق كونها غصبا وحراما، على المشهور بين الاصحاب. والمفروض ان الغصب منفى باصل الاباحه، فلم يبق ما يوجب التشكيك فى الصحه، واما على المختار من "عدم استحاله اجتماع الامر والنهى اذا كان بينهما عموم من وجه"، فلا اشكال فى الصحه من هذه الجبهه ايضا. الخامس: السؤال عن "كفايه ظن كون الواقف من المخالفين من جهه الغلبه، مع كون الاصل فى العمل بالظن، الحرمة" فنقول: ان الظاهر كفايه هذا الظن، كما يستفاد من العرف والعاده والاخبار. ولا ريب فى حجيجه هذا الظن. ولكنه لا يضر فى ما نحن فيه. اذ اشتراط العلم فى حرمة التصرف فى المشتبه بالحرام السمتهاد من الادله و الاخبار اقدمنا هنا على جواز التصرف وان ظننا با نه من المخالفين، بل وان علمنا با نه منهم، كما عرفت. والقول باصالة حرمة العمل بالظن مطلقا، غير تمام فى النظر القاصر، وحقيقته فى القوانين بقدر وسعى وطاقتى. السادس: السؤال عن "الفرق بين المسجد والمدرسه": الظاهر وجود الفارق، والامر فى المسجد اسهل. سيما فى المسجد الواقع فى البلده المسؤول عنها، من جهه عمل المسلمين والعلماء فى الاعصار المتداوله والازمنه المتماديه من غير نكير. ويدل عليه تقرير الائمة عليهم السلام اصحابهم على الصلاه فى مساجد المخالفين، بل امرهم بالصلاه معهم فى مساجدهم من غير تفصيل وفرق بين ما كان بانيها منهم او من غيرهم، وترك الاستفصال فى بعض الاخبار وعموم الاخبار. منها "قول الصادق (عليه السلام) لبعض اصحابنا حين قال له: انى لا كره الصلاه فى مساجد هم. فقال: لا تكره فما من مسجد بنى الاعلى قبر نبين او وصى نبى قتل فاصاب تلك البقعه رشه من دمه فاحب الله ان يذكر فيها، فأد فيها الفريضة والنوافل واقض ما فاتك" (١).

وفى روايه الحلبي سألته عن المساجد المظلمه ايكره القيام فيها؟ قال: نعم ولكن لا تضركم الصلاه فيها اليوم. ولو كان العدل لرأيتم كيف يصنع فى ذلك" (٢) وظ.

ص: ٦٤

١- الوسائل، ج ٣، احكام المساجد، الباب ٢١، ح ١.

٢- المرجع، الباب ٩، ح ٢ - مع تفاوت يسير فى بعض الالفاظ.

كذلك ما فى معناها. ويويده الاخبار الداله على جواز الصلاه فى البيع والكنائس. و حسبك دليلا على المقصود قوله تعالى " وأقيموا وجوهكم عند كل مسجد(١) "، فقد فسر بالتوجه الى الصلاه فى كل مسجد يتفق كونه فيه وصلاه ما تيسر(٢) له من الصلوات. وقوله تعالى " انما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر(٣) "، فان احد تفسيريه ان المراد بتعميرها، شغلها بالعباده، وفى حصر عمارتها فى الذين آمنوا بالله واليوم الآخر اشاره الى اختصاصه بهم، ولا- ريب ان اهل الحق اولى بهذا الوصف من غيرهم. والمراد من الايمان بالله، الايمان به وبكتبه وبرسله و باوصيائهم. وعن رسول الله (صلى الله عليه و آله) " قال الله تعالى: ان يوتى فى الارض المساجد، وان زوارى فيها عمارها فطوبى لعبد تطهر فى بيته ثم زارنى فى بيتى فحق على المزور ان يكرم زائر(٤)، الى غير ذلك من الايات والاخبار، وعلى القول بانتقال الوقف الى الله - سيما فى الجهات العامه - فالامر اوضح. وفى الايات والاخبار دلالة واضحه على الانتقال الى الله فى خصوص المساجد. وممن صرح بالفرق بين المسجد والمدرسه، العلامة (ره) قال فى القواعد " لو وقف مسجدا على قوم باعيانهم كالفقهاء (٥)، فالاقرب عدم التخصيص. بخلاف المدرسه. والرباط والمقبره ". وقال فى الايضاح " والاصح عدم صحه الوقف - يعنى فى المسجد على قوم باعيانهم - والفرق بينه وبين المدرسه والرباط، الاجماع على جوازه فيهما. ولان اسم المسجد لا يصدق حقيقه الامع العموم بخلافهما ". و لكنه قال فى التذكرة " ولو جعل داره مسجدا او ارضه مقبره او بنى مدرسه او رباطا، فلكل احد ان يصلى ويعتكف فى المسجد ويدفن فى المقبره ويسكن فيح.

ص: ٦٥

١- ٢٩، اعراف.

٢- فى الاصل: ماتهياً.

٣- ١٨، توبه.

٤- الوسائل، ج ١، ابواب الوضوء، الباب ١٠، ح ٥٤. احكام المساجد، الباب ٣، ح ٥ و الباب ٣٩، ح ١. و ليس فيها بعض الجملات المنقوله فى المتن.

٥- و فى الايضاح، ط، كوشانپور، الفقراء بدل فقهاء و لكن ما جاء به المصنف(ره) اصح.

المدرسه بشرط الاهليه وينزل فى الرباط. ولا- فرق فيه بين الواقف وغيره. ولو شرط فى الوقف اختصاص المسجد باصحاب الحديث والراوى او بطائفه معلومه فالاقوى الجواز. عملا بمقتضى الشرط. وهو احد وجهى الشافعيه المفتى به عند هم رعايه لشرط الواقف وقطعا للنزاع فى اقامه الشرط، والثانى بطلان الشرط لان جعل البقعه مسجدا، كالتحرير، فلا معنى لاختصاصه بجماعه ". اقول: ولا يبعد ترجيح مختار التذكره، للعمومات وقول العسكرى (عليه السلام) " الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله "(١) وما ذكره فى الايضاح من الادله على القول الاخر، كلها مدخوله كما لا يخفى. ويتفرع على ذلك انه لو بنى احد مسجدا وجعل التوليه فيه لاحد فى نصب الامام ونحوه وشرطه فى ضمن العقد، يجب ابتاعه(٢)، لعموم قول العسكرى (عليه السلام)، ولو شرط التدريس فى المدرسه، لعلم، فالامر اوضح. وصرح به ايضا فى التذكره. وبالجمله: يدل على جواز الصلاه فى المسجد المسؤول عنه، مضافا الى ما ذكرنا هنا، بعض الادله التى تقدمت فى المدرسه. وظنى ان مسأله. المسجد خاليه عن الشك والريب مبراه عن النقص والعيب. والله هو العالم بالشهاده والغيب. هذا ما سنع بالبال مع ضيق المجال وبلبال البال، مكتفيا بما سمحت به القريحه الجامده و الفطنه الخامده. ولم يتيسر لى المراجعه الى الكتاب الاستدلاليه والزبر المطوله لفقدها. مع ان الظاهر من بعض المختصرات الحاضره ان الكلام فى هذه المسأله مما لم يستقص فى كلماتهم ولم يتعرضوا لبيانها فى مصنفاتهم؟. فالمرجو من الله عزوجل ان لا يؤاخذنى فى التقصير، وان يقبل منى اليسير، ويعفو عني الكثير، و ان يصلى على رسوله واهل بيته اولى العصمه والتطهير وسلم تسليما كثيرا. و كتبه مؤلفه المتفتقر الى الله الدائم، ابن الحسن ابو القاسم الجيلانى نزيل دار الايمان قم صينت عن التلاطم والتصادم. حين الاقامه فى مشهد مولاى ابى الحسن الرضا عليه افضل التحيه والثناء فى آخر شعبان المعظم من شهور سنهد.

ص: ٦٦

١- الوسائل، ج ١٣، احكام الوقوف، الباب ٢، ح ١ و ٢.

٢- راجع المساله ٣٠ من هذا المجلد.

۲۱: سؤال:

۲۱: سؤال: آیا جایز است از وجه زکات، کسی کتب علمیه بخرد و وقف کند از برای عامه مؤمنین یا نه؟ -؟. و بر فرض جواز هر گاه خود نگاه دارد و به دیگری ندهد وقف صحیح است یا نه؟ -؟. و از زکات برئ الذمه شده یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اظهر واشهر جواز است، چون از جمله فی سبیل الله است. واحوط ترک آن است با وجود فقر مستحقین. و هر گاه در اول قصد او در وقف این بوده که خود منتفع شود مادام الحیات به دیگران ندهد، در صحت آن اشکال است. چون "منقطع الاول" (۱) است، و شاید اظهر بطلان باشد. و هر گاه در اول قصد صحیح بوده و در آخر منع دیگران کرده، معصیت کرده است ولیکن ظاهر براءت ذمه است در زکات، و حاکم شرع آن را از دست او می گیرد.

۲۲: سؤال:

۲۲: سؤال: هر گاه مسجدی شروع به خرابی کرده باشد، می توان "تیر" و "پرتو" (۲) ی آن را فروخت و تیرو پرتوی تازه گرفت و مسجد را بهتر از پیش ساخت -؟.

جواب:

جواب: هر گاه مسجدی در شرف خرابی باشد و خوف تضرر از آن باشد، می توان آن را خراب کرد و از نو همان مجسد را ساخت. بلکه گشادتر هم می توان کرد. و اما تیر و پرتوی [آن] پس هر گاه بسیار کهنه و ضایع است که قابل سقف پوشیدن نیست، ظاهر این است که بی اشکال می توان تبدیل کرد به نو، که بفروشد و به قیمت آن نو بخزند. و اما اگر به همان نحو سابق می توان از آن منتفع شد، پس اگر معلوم است که آن تیر و پرتو وقف است چنانکه زمین مجسد وقف است تصرف در آن ظاهراً صورتی ندارد. و اما هر گاه معلوم نباشد وقفیت آن، بلکه از باب تملیک مسجد و اباحه باشد چنانکه غالب این است که عوام الناس خصوص تیر و پرتو را وقف نمی کنند و صیغه وقف بر آن جاری نمی کنند پس در این صورت ظاهر اینست.

ص: ۶۷

۱- راجع به «منقطع الاول» رجوع کنید به مساله شماره ۲۶ از همین مجلد.

۲- به معنای دقیق این لفظ پی نبردم.

است که حاکم شرع یعنی مجتهد عادل هر گاه صلاح مسجد را در آن داند که آنها را بفروشد و از قیمت آن بهتر از آن را بخرد، جایز خواهد بود. همچنین ظاهر این است که در صورتی که وقف باشد و مسجد خراب شود و متبرعی خواهد گشادتر بسازد و آن تیر و پرتو کوتاه است از آن، باذن حاکم شرع تواند آن را معاوضه کند به بهتر و بلند تر از آنها.

۲۳: سؤال:

۲۳: سؤال: حمام وقفی هست و متعلقات و توابع دارد، مثل گلخن و محل جمع کردن هیزم از برای سوختن حمام. و این توابع زیاده از قدر حاجت حمام است. و آن حمام در لیالی ماه مبارک رمضان و همچنین از ماقبل طلوع صبح تا طلوع شمس در سایر ایام ممنوع است از دخول زنان. و زنان به جهت غسل معطل میمانند، و باید به جنابت بمانند تا صبح یا طلوع آفتاب. و به این سبب حرج عظیم رو می دهد. و طریقه وقف و شروط واقف هم معلوم نیست. آیا جایز است احداث حمام کوچکی متصل به حمام حمام در همان زمین وسیع که محل جمع کردن هیزم است با بقای مقدار حاجت از آن و عدم حصول ضرری به حمام؟ یا نه؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که جایز باشد، چون محض احسان است و مصلحت حال وقف و واقف در آن هست. خصوصاً در صورتی که وقف بودن خصوص آن زمین معلوم نباشد و محتمل باشد که محض اباحه باشد از صاحب آن برای رفع حاجت حمام. و بهتر این است که این امر را به اذن حاکم شرع بکنند. یعنی مجتهد عادل.

۲۴: سؤال:

۲۴: سؤال: هر گاه کسی چند جلد کتاب از کتب فقه وقف کند بر اولاد نسلاً بعد نسل. و اتفاق افتد که در این طبقه هیچیک از اولاد قابلیت فهمیدن آن کتابها و منتفع شدن از آنها را ندارند. و بعضی قصد فروختن آنها را دارند. می توان خرید یا نه؟ -؟ و هر گاه ببینیم که در صدد تزویر و حک کردن علامت وقف اند که بفروشند، واجب است استنقاذ از دست آنها یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: اولاً- باید دید که واقف در وقف قصد مطلق انتفاع کرده هر چند به اجاره دادن باشد، یا خصوص اینکه نگاه دارند و مردم به مطالعه آن منتفع شوند. و همچنین باید دید که در صورتی که مقصود مطالعه کردن و درس خواندن باشد،

آیا وقف "منقطع الاخر" است به این معنی که دیگر بعد از اولاد شرط نکرده است که اگر اولاد منقرض شوند وقف باشد بر سایر طلبه علوم؟ یا شرط کرده است؟. و به هر حال، اگر معلوم باشد که مقصود مطلق انتفاع است هر چند به اجاره باشد، پس می توان از ایشان اجاره کرد و منتفع شد، و مادامی که اولاد باقی است ایشان را منع از انتفاع نمی توان کرد. و ایشان را باید منع کرد از بیع. و حاکم شرع باید مراقب ایشان باشد. و همچنین مؤمنین از باب نهی از منکر. و هر گاه مقصود واقف منتفع شدن به مطالعه و درس بوده، در اینصورت اگر از ما بعد اولاد ساکت است، از دو حیثیت منقطع الاخر است یکی از حیثیت عدم ذکر ما بعد اولاد بر فرض انقراض ایشان. و یکی از حیثیت عدم قابلیت انتفاع بر فرض بقای اولاد. و اما حاکم صورت اولی که ساکت از ما بعد است، پس (چون حقیقتاً هنوز آخر منقطع نشده که این را داخل انقراض موقوف علیهم کنیم و رجوع کنیم به اقوالی که در منقطع الاخر، هست) می گوئیم که ظاهر این است که مندرج می شود مسأله تحت مسأله "بطلان مصلحت وقف" که فقها ذکر کرده اند که مصروف می شود در مطلق وجوه بریا اینکه ملاحظه اقرب به مقصد واقف را، می کنند. پس بنابر این می توان داد آن کتابها را به سایر طلبه و علما که منتفع شوند. و هر گاه من بعد در میان اولاد کسی بهم رسد که آن قابلیت را داشته باشد، باز عود می کند وقف بر حال سابق. به جهت آنکه واجب است عمل به شرط واقف و بیرون رفت از این، آن زمان قلیل به دلیل، و باقی مانده باقی بر حال خود. و شهید ثانی (ره) در مسالک اشاره به این معنی کرده در آخر مسأله "بطلان مصلحت وقف". و از آنچه گفتیم حکم صورت ثانیه ظاهر می شود به طریق اولی. یعنی جواز منتفع شدن موقوف علیه ما بعد اولاد، اولی به ثبوت است، نه استرداد از ایشان، و رجوع به اولاد بعد حصول ولد قابل مستعد. زیرا که در این معنی اولویت ممنوع است اگر چه ظاهر ثبوت حکم به جواز استرداد است به مقتضای شرط اول.

۲۵: سؤال:

۲۵: سؤال: هر گاه کسی وقف کرده باشد ملکی یا باغی را بر مسجدی، یا حمامی، و آن مسجد یا حمام بالمره خراب شده و امید آبادی هم به آن نیست. آیا

جواب:

جواب: بدان که مشهور میان علما این است که هر گاه کسی وقف بر مصلحتی کرده باشد، و رسم آن مصلحت باطل و تلف شود، باید آن را صرف کرد در " وجوه بر " مثل فقرا و مسجد و پل و غیر آن. و در مسالک گفته است که به منکری از برای این حکم بر نخورده ام به غیر محقق در نافع که تردد کرده است در این. و هم چنین از ابن فهد در مهذب ظاهر می شود مثل این، چون قول را نسبت به مشهور داده. و بعد از آن وجه تردد محقق را ذکر کرده است. بعد از آن گفته است که این نادر است یعنی اعتنائی به این اشکال و تردد محقق نیست. و به هر حال، آنچه در نظر ارجح و اقوی است قول مشهور است. و آنچه از برای مشهور ذکر کرده اند این است که " وقف از ملک واقف بیرون رفته و عود نمی کند به او، و مصلحت عامه در ضمن مصلحت خاصه موجود است. و به انتفا جز، کل منتفی نمی شود "... و این سخن هر چند خالی از اشکال نیست، نهایت، تتبع اخبار وصیت و حج و غیره و ملاحظه نظایر کافی است در اثبات این. خصوصا با شهرت کذائی. و در بعض جواب مسائل و صایا تحقیق این مطلب را مستوفی کرده ام. و چون یکی از جمله تنبیهات بر این مطلب شاهد حال واقف است پس می توانیم گفت که آنچه اقرب است به مقصود واقف از وجوه بر آن را مقدم دارد. مثل آن که وقف مسجد را در مسجد، و وقف حمام را در حمام، و هکذا... صرف کند. و لکن مشهور تعمیم داده اند. و در مسالک تفصیلی داده است و آن این است که مصلحت مذکوره یا از جمله اموری است که غالبا منقرض می شود یا غالبا مستمر می ماند یا مشکوک فیه است. مثال اول: اینکه وقف کند مالی را بر درخت انگور یا درخت انجیر. مثال دوم: اینکه وقف بر چشمه آب مخصوصی که غالبا بر حال خود است، و اتفاق افتد که آب آن بالمره فرو رود. مثال سوم: اینکه وقف کند بر مسجدی یا مدرسه [ای] که در قریه کوچکی واقع باشد. پس در صورت اولی حکم منقطع الاخر خواهد داشت. یا این، بعض افراد منقطع الاخر است. پس رجوع می کند به مال واقف یا وارث او. با همان خلافی که در محل خود مذکور است. و در صورت ثانی حکم همان است که مشهور علما گفته اند. و در صورت ثالثه اشکال

کرده، نظر به استصحاب بقا، پس حکم مؤبد خواهد داشت. و نظر به شک در حصول شرط انتقال ملک که آن "تأیید" است، پس شک در مشروط حاصل می شود. پس اکتفا می شود به همان قدر متیقن که مدت بقای مصلحت است و باقی می ماند باقی در ملک مالک. و بعد از آن اشکال کرده است در حکایت همین مسجد و مدرسه که "این مصلحت از باب مصالح عامه است، و آن فی الحقیقه وقف بر مسلمین است. پس به انتفای مصلحت خاصه مصلحت عامه منتفی نمی شود. پس صرف می شود به سایر مصالح ایشان. یا صرف می شود به اقرب مقصود واقف، الاقرب فالاقرب." ولیکن باز بر این اشکال کرده که: بر این وارد است جائی که جزما منقطع می شود - در مصالح عامه - مثل اینکه وقف کند بر حمایمی که به جزم می داند که آن را در این سال خراب خواهند کرد. به جهت آنکه همین دلیل در آن جاری است و هم حکم منقطع الاخر بر آن جاری است. بعد از آن گفته است که "مگر اینکه این حکم را - یعنی اجرای حکم منقطع الاخر را که رجوع به واقف باشد علی الخلاف - مخصوص جایی کنیم که از مصالح عامه نباشد. مثل وقف بر اولاد بدون ذکر چیزی دیگر از فقرا و امثال آن بعد ایشان. پس اگر فرض شود انقطاع اولاد، حکم منقطع الاخر دارد. و در مصالح عامه حکم، همان است که فقها گفته اند." و بعد از این تفصیل باز توقف کرده است. و بعد از آن گفته است که: بدان که هر گاه بعد بطلان رسم مصلحت و صرف در وجوه بر، عود کند مصلحت، باز وقف بر می گردد به شرط سابق. زیرا که واجب است عمل به مقتضای شرط واقف، بیرون رفتیم از مقتضای آن، در حال بطلان رسم مصلحت، به دلیل، و باقی ماند باقی بر حال خود.

۲۶: سؤال:

۲۶: سؤال: زید ملکی را وقف اولاد ذکور نماید، و حال اولاد ذکور منقرض شده اند. آیا این وقف منقطع الاخر، صحیح است یا نه؟ - و بر تقدیر صحت، حال که موقوف علیهم منقرض شده اند به ورثه واقف می رسد یا به ورثه موقوف علیهم می رسد؟ - یا به اولاد ذکوری که از اولاد اناث او بهم رسیده باشد؟. و هر گاه زید ملکی را وقف کند بر خود و بعد از فوت خود بر اولاد خود یا بر فقرا صحیح است یا

جواب:

جواب: تحقیق این مسأله موقوف است بر تمهید مقدمه و ذکر چند مطلب. اما مقدمه: پس این است که شرط است در صحت وقف "تأبید" و بر این تفریع کرده اند دو مسأله را یکی آنکه هر گاه تا مدتی وقف کند - مثل یک سال یا یک ماه - باطل می شود یا نه؟ -؟ دوم اینکه هر گاه وقف کند بر کسی که منقرض می شود غالباً در عادت، مثل اینکه وقف کند بر اولاد ذکور خود وساکت شود از بعد انقراض آنها که در این نیز شرط تأبید نشده صریحاً، ومستلزم تأبید هم نیست. و از کلمات ایشان بر می آید تفاوت میان این دو مسأله چنانکه ملاحظه میکنی عبارت قواعد را که در مسأله اول گفته است که "وقف وقوع نمیپذیرد" و در دومی اشاره به خلاف کرده و گفته است که "اقرّب این است که واقع می شود به عنوان حبس" و همچنین محقق در شرایع. و همچنین ظاهر می شود فرق از غیر ایشان نیز. در اینجا قائل به صحت کم است. و در مسأله دوم قائل به صحت بسیار است. و شاید وجه فرق این باشد که چون تأبید در مفهوم وقف، داخل است، پس تصریح به اینکه "وقف کردم این خانه را بر فقرا تا یک سال" - مثلاً - مناقض قصد وقف حقیقی است در نفس الامر و در نظر واقف هر دو. و اما در صورتی که بگویند "این خانه را وقف اولاد کردم نسلاً بعد نسل و بطناً بعد بطن" - مثلاً - گاه است که مطلقاً متفطن احتمال انقراض اولاد نیست و به اعتقاد دوام می کند (و این اعتقاد هم بر استبعادی ندارد. چنانکه جایز است وقف بر اولاد هاشم و سادات که هیچکس متفطن این نمی شود که شاید سادات منقرض شوند) پس این اگر مناقض وقف حقیقی باشد همان در نفس الامر خواهد بود و آنهم نظر به غالب، نه نظر به اعتقاد واقف بخلاف صورت اولی. پس گاه است که نظر جماعتی که تجویز کرده اند در صورت دوم، به کفایت قصد دوام و اعتقاد دوام باشد. و عمده سخن ایشان در مثل مثال مذکور، است و نادر است که کسی وقف کند بر زید تنها که کسی توهم کند که آنهم مثل وقف تا یک سال، است پس فرقی نیست. با وجود آنکه در اینجا فرق ظاهر است. هر گاه این را دانستی، پس بدان که در اینجا چند مطلب است:

مطلب اول: در ذکر مسأله اول: و ظاهر این است که مشهور در آن بطلان است. و از ابن زهره نقل اجماع بر آن، هم شده است. ولکن در مسالك گفته است " و اشترط التأیید متنازع مشکوک فیه ". و همچنین فخر المحققین منع اشترط کرده است. و دور نیست که مراد ایشان منع اشترط باشد در معنی اعم از حبس، چنانکه اول کلام مسالك شاهد آن است آن جا که گفته است " فلو قصد الوقف الحقيقي، وجب القطع بالبطلان، لفقد الشرط ". و همچنین علامه در تذکره منع اشترط تأیید کرده در اینجا ولکن در مسأله بعد - که گفتار در رجوع آن است به واقف، یا به وارث او، یا به ورثه موقوف علیه، بعد انقراض موقوف علیه - گفته است که " حق، رجوع به واقف است یا به وارث او. به جهت آنکه فی الحقیقه حبس است به سبب انقراض ارباب او. پس مؤید نمی باشد و رجوع می کند به وارث واقف هر گاه خود او در حیات نباشد. چون بالکلیه از ملک او بیرون نرفته است. " و کلام او در مختلف نیز به همین روش کلام تذکره است. و از این کلمات بر می آید که ایشان مسلم دارند اشترط تأیید را در اصل وقف حقیقی. بلکه کلام مختلف کا لصریح است. و به هر حال، اقوی در اینصورت، بطلان وقف است. و قولی نقل کرده است در مسالك به اینکه باطل است در اینصورت وقفیت آن لکن " حبس " می شود و این مختار محقق است در نافع و علامه در تحریر و شهید در دروس. و دلیل ما در مسأله علاوه بر اجماع منقول اصل است، و عدم انصراف عمومات به وقفی که تصریح شود در آن به مدت، بلکه ظاهر آنها اعتبار تأیید است. چنانکه از ملاحظه اخباری که در اوقاف ائمه علیهم السلام وارد شده است، ظاهر می شود. و باکی نیست که بعضی آن اخبار ذکر شود. مثل روایت ربیع بن عبد الله که در تهذیب و من لا یحضره الفقیه روایت شده از حضرت صادق (علیه السلام) " قال: تصدق امیر المومنین (علیه السلام) بدار له فی المدینه فی بنی زریق. فکتب: بسم الله الرحمن الرحیم، هذا ما تصدق به علی بن ابی طالب وهو حی سوی، تصدق بداره التی فی بنی زریق، لاتباع ولا توهب حتی یرثها الله الذی یرث السموات والارض واسکن هذه الصدقه خالاته ما عشن وعاش عقبهن، فاذا انقضوا فهی لذوی الحاجه من

المسلمین" (۱) و سند صدوق صحیح است. و نزدیک به همین مضمون است روایت عجلان ابی صالح که در کافی و تهذیب مذکور است، و سند آن در تهذیب معتبر است. چون راوی از عجلان "ابان" است، و راوی از او "فضاله" است. و دور نیست که خود عجلان هم ثقة باشد. پس حدیث موثق یا صحیح، خواهد بود. (۲) و مثل آن است روایت عبد الرحمن بن ابی عبد الله و اخبار دیگر که طول نمی دهیم به ذکر آنها، که از تتبع آنها ظاهر می شود که در مفهوم وقف تأیید معتبر است. و شیخ طوسی (ره) از این اخبار، اشتراط تأیید (را) فهمیده. چون استدلال کرده است بر عدم جواز بیع وقف به این اخبار. و شیخ مفید (ره) در آخر کتاب مقنعه دستور العملی نوشته است از برای قبالة ای که در شرعیات نوشته می شود. از جمله آنها مختصر کتاب وقف است. و آن صریح است در اینکه تأیید در ماهیت وقف درج است، و محل اشکالی نبوده است در نزد ایشان. و همچنین از اطلاق لفظ "صدقه" بر وقف در اخبار ظاهر می شود که وقف از اقسام صدقه است. و اصل در صدقه تأیید است. و مثل عمری و سکنی، به دلیل خارج است اگر مسلم باشد صدق صدقه بر آنها. و وقف را بعضی تعبیر کرده اند از آن، به "صدقه جاریه". و در اول کتاب وقف دروس گفته است "وهو الصدقه الجاریه". و صدقه جاریه که در اخبار وارد شده علما آن را تفسیر کرده اند به وقف، و علامه در تذکره گفته است (قال رسول الله - ص :- اذا مات ابن ادم انقطع عنه عمله الا من ثلثه ولد صالح يدعوله و علم ينتفع به بعد موته و صدقه جاریه - رواه العامه. قال العلماء المراد بالصدقه الجاریه الوقف". و همچنین نسبت این قول را ابن فهد در مهذب به علما داده. و اما دلیل قول به اینکه "باطل نمی شود بلکه از باب حبس خواهد بود" - چنانکه

ص: ۷۴

-
- ۱- التهذیب، ج ۲، ص ۳۷۱. و الفقیه، ج ۲، ص ۲۹۳. و الوسائل، ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، الباب ۶، ح ۴.
 - ۲- الکافی (فروع)، ج ۲، ص ۲۴۵. التهذیب، ج ۲، ص ۳۷۱. الوسائل، ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، الباب ۶، ح ۳.

در مسالك گفته است - اين است كه مقتضى موجود است يعنى صيغه وقف كه صلاحيت حبس را هم دارد، چون حبس ووقف مشترك اند در معنى و هر يك قائم مقام ديگرى مى توانند شد. پس چنانكه هر گاه حبس را مقارن تأييد بگويند وقف خواهد بود، همچنين هر گاه صيغه وقف را مقارن عدم تأييد بگويند حبس خواهد بود. واين را پسنديده است. وبعد از ان گفته است كه: لكن اين در وقتى تمام مى شود كه قصد حبس كرده باشد. واما هر گاه قصد وقف حقيقى كرده است واجب است قطع به بطلان آن. چون شرط آن مفقود است كه تأييد باشد. وممكن است استدلال بر اين قول به صحيحه على بن مهزيار كه در كتب ثلاثه روايت شده است: "قال: قلت: روى بعض مواليك عن آبائك عليهم السلام ان كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثه، وكل وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثه. وانت اعلم بقول آبائك عليهم السلام. فكتب (عليه السلام): هكذا هو عندى" (۱) وروايت محمد بن الحسن الصفار كه در تهذيب روايت شده است وعلايه در خلاصه صحيح سند آن كرده است "قال: كتبت الى ابي محمد الحسن (عليه السلام) أسأله عن الوقف الذى يصح كيف هو، فقد روى ان الوقف اذا كان غير موقت فهو باطل مردود على الورثه، واذا كان موقتا فهو صحيح ممضى، قال قوم: ان الموقت هو الذى يذكره فيه انه على فلان وعقبه فاذا انقضوا فهو للفقراء والمساكين الى ان يرث الله الارض ومن عليها، وقال اخرون: هذا موقف اذا ذكرانه لفلان وعقبه مابقوا، ولم يذكر فى اخره للفقراء والمساكين الى ان يرث الله الارض ومن عليها، والذى هو غير موقت ان يقول هذا وقف، ولم يذكر احدا، فما الذى يصح من ذلك؟ وما الذى يبطل؟ فوقع عليه السلام: الوقوف بحسب ما يو قفها اهلها ان شاء الله" (۲).

ودر كتب استدلاليه فقها كه در نزد حقير هست مثل تذكره ومهذب وتنقيح و مسالك، در هيچيك نديده ام كه استدلال به اين دو حديث كرده باشند. وشايد

ص: ۷۵

-
- ۱- الوسائل، ابواب احكام الوقوف، الباب ۷، ج ۱. الاستبصار، ج ۴، ص ۹۹ - الكافى (فروع) ج ۲، ص ۲۴۴. الفقيه، ج ۲، ص ۲۸۹.
 - ۲- المرجع، ج ۲، صالتهذيب، ج ۲، ص ۳۷۱.

وجه آن این باشد که شیخ در تهذیب بعد نقل روایت علی بن مهزیار گفته است که "مراد از موقت در این دو حدیث این نیست که مدت مذکور باشد به جهت اینکه در وقف تأیید شرط است و هر گاه مقید به وقت معینی باشد باطل است، بلکه مراد این است که موقوف علیه مذکور باشد بر نهجی که در روایت محمد بن الحسن مذکور است". و گفته است که "این متعارف بوده است که وقف موقوف می‌گفته اند و این را می‌خواسته اند، ودالات می‌کند بر این روایت محمد بن الحسن الصفار". پس به این سبب دلالت روایت متشابه می‌شود. چون شیخ اعرف است به اصطلاح و عرف اصحاب حدیث. هر چند در اینجا می‌توان گفت که متبادر از موقت، تعیین وقت است. و مجرد اینکه از حدیث دوم بر می‌آید که استعمال شده است موقت در معنی مذکور، باعث این نمی‌شود که آن حدیث را از حقیقت خود بیرون کنیم. با وجود اینکه استشهاد به آن حدیث هم نفعی به شیخ ندارد، به جهت اینکه جواب معصوم (علیه السلام) در آخر حدیث، دلالت بر مطلب شیخ ندارد که بطلان توقیت و اشتراط تأیید است. ولیکن می‌توانیم گفت که محمد بن الحسن الصفار که از اعظم فضلاء است از اصحاب ائمه، در این مقام نقل قول ارباب روایت را در معنی "توقیت" منحصر در ذکر موقوف علیهم کرده است. و با وجود این دیگر اعتمادی به اراده معنی لغوی در حدیث علی بن مهزیار باقی نمی‌ماند، خصوصا با انضمام قول شیخ به آن. و حاصل مراد شیخ در نظر احقر این است که صحیح نیست که مدت ذکر کنند از برای وقف، هر چند آن وقف جامع شرایط باشد، و ذکر موقوف علیه شده باشد. مثلاً فقرا را مصرف وقف کردن بر سبیل اطلاق، صحیح است. چون منافات با تأیید ندارد. و اما اگر بگویید "وقف فقرا کردم تا ده سال" شیخ این را باطل می‌داند، چون منافات با تأیید دارد، پس مراد از موقت در روایت علی بن مهزیار موقت به این معنی است که ترک ذکر موقوف علیهم نشده باشد، خواه اکتفا شده باشد به جماعتی که غالباً منقرض می‌شوند، یا بعد آنها ذکر شده باشد کسی که منقرض نمی‌شود غالباً. پس آنچه صحیح نیست آن است که موقوف علیه هیچ مذکور نباشد که لفظ "جهل مجهول" با تأکید در روایت علی بن مهزیار دلالت دارد بر آن

به جهت آنکه ترك موقوف عليه غالبا مورث جهالت در مدت وموقوف عليه (هر دو) هست. پس گویا جهل بحت است. و بنا بر این، وجه استدلال شیخ به روایت محمد بن الحسن الصفار بر "اشرط تأیید وبطلان توقیت" نیز واضح می شود. به جهت آنکه امضای وقوف به حسب جعل واقف ممکن نیست الا- در آنچه مجهول بحت نباشد، ودر آنجا ممکن نیست عمل به مقتضای وقف واقف. پس گویا مراد امام (علیه السلام) این است که بنابر هر یک از هر دو قول که نقل کرده است محمد بن الحسن، وقف صحیح است، و به مقتضای آن باید عمل کرد. هر چند به عنوان حبس باشد. پس از اینجا معلوم شد که مذهب شیخ در مسأله اولی، یعنی توقیت مدت معین، بطلان است. ودر مسأله دوم، یعنی هر گاه موقوف عليه ممن ینقرض غالبا باشد صحت است. و بدان که: آنچه شهید ثانی (ره) در مسالك گفته است در آخر کلام، در نظر حقیر تمام نیست. به جهت آنکه بنا بر اینکه در وقف حقیقی دوام وتأیید شرط باشد، چنانکه قطع کرده است به آن در اینجا، وظاهر هم این است چنانکه بیان کردیم، پس اگر بحث وکلام در صورت ملاحظه قصد است، که اگر قصد وقف حقیقی کرده باطل است جزما. و اگر قصد حبس کرده، در آن خلاف است بعضی گفته اند صحیح است و بعضی گفته اند باطل، پس نزاع در اینصورت در یکی از دو چیز خواهد بود: یا اینکه اصل عقد حبس، مشروع است و صحیح است یا نه؟ -؟ یا اینکه بر فرض تسلیم صحت (چنانکه ظاهرا در آن خلافی نیست) آیا با این لفظ مجازی می توان عقد حبس را به عمل آورد یا نه؟ -؟ یعنی به لفظ "وقف" با قرینه توقیت. و اینها هیچیک لایق بحث علما نیست. اما اول: پس به جهت عدم خلاف در آن ظاهرا. و اما ثانی: پس به جهت آنکه شکی نیست که این لفظی است مجازی با قرینه. واستعمال آن در معنی مجازی با قرینه، محل اشکال معتد به، نیست. و تحقیق در نزد حقیر این است که باید نزاع در مجهول الحال باشد. یعنی جائی که شخصی گفته باشد "وقف داری علی الفقراء سנה" و مرده باشد. نمیدانیم که آیا مراد او وقف حقیقی بوده یا حبس. یا آنکه خود در حیات است ولیکن به خاطر ندارد

که چه قصد کرده بوده است. این لایق انظار علما است. چنانکه نظیر این در کتب فقهیه در مباحث ایمان و نذور و غیره بسیار است. پس این لفظ قابل این است که وقف غلطی کرده باشد، چون معتقد این بوده که این وقف است و قابل این است که بر سیل مجاز گفته باشد و حبس خواسته باشد. مرجع اول "اصل عدم علم به مسأله" است و "اصل عدم خروج ملک است از مالک". و مرجع دوم "حمل فعل مسلم بر صحت" و اصل و ظاهر در اینجا متعارض می شوند. و دور نیست ترجیح ظاهر بر اصل. و این دو روایت هم مؤید می شوند. پس هر گاه معلوم باشد که قصد او وقف بوده، حکم می کنیم به بطلان. و هر گاه دانیم مقصود حبس بوده، حکم می کنیم به صحت آن. و در مجهول الحال، اظهر صحت است به عنوان حبس. مطلب دوم: در ذکر مسأله دوم است. یعنی اینکه وقف کند بر "من ینقرض غالباً" پس مذهب مفید و شیخ و ابن جنید و سلار و ابن براج و ابن ادریس و علامه در چند کتاب خود، و محقق و سایر متأخرین، صحت وقف است. و شیخ در مبسوط و خلاف نقل کرده است قولی به بطلان از اصحاب. و همچنین محقق در شرایع، و غیر ایشان. و معلوم نیست که قائل این قول کیست. و علامه در مختلف و فخر المحققین در ایضاح بعد از آنکه نسبت قول به صحت را به جماعت سابقه داده اند، نسبت قول به صحت به عنوان حبس را به ابن حمزه داده اند. پس بنابر این ظاهر می شود که جماعت سابقین آن را وقف حقیقی میدانند و صحیح میدانند. و ابن حمزه آن را صحیح می داند و حبس می داند. و این مختار علامه است در قواعد و ارشاد. و آن قول دیگر که قول به بطلان است این است که "نه وقف است نه حبس و باطل است" چنانکه در ایضاح تصریح به آن کرده. و در تحریر همان دو قول را نقل کرده، یعنی صحت وقف و بطلان وقف، و ظاهر او توقف است. و به هر حال صریح کلام ایضاح این است که اقوال در مسأله سه قول است. و قول جماعت مذکوره، صحت به عنوان وقف، است. و لکن بعضی را گمان آن است که مراد جماعت هم حبس است. و دور نیست که چنین باشد نظر به اینکه تأیید شرط است در وقف حقیقی در نزد جمهور چنانکه بیان کردیم.

واز کلام مقدار ظاهر می شود که خلاف در بطلان وقف حقیقی، نیست. و گفته است که دو قولی که شیخ در مبسوط نقل کرده است یکی صحت بر سبیل حبس است و دوم بطلان". و گفته است که "وعلیه الفتوی" یعنی که بنای فتوی بر صحت حبس است. واقوی در نظر حقیر هم صحت است بر سبیل حبس. پس مهم بیان دلیل مسأله است: دلیل قول اول (یعنی صحت وقف حقیقی) چند چیز است: اول، اصل. دوم اینکه وقف نوع تملیکی است و صدقه ای است پس تابع اختیار مالک است. و سوم اینکه اگر شرط شود تملیک اخیری در تملیک اولی، لازم می آید تقدم معلول بر علت او. و روایت ابی بصیر که در حکایت وصیت سیده النساء صلوات الله علیها وارد شده (۱) که آن حضرت وصیت فرمود در مورد هفت باغی که داشتند از برای حضرت امیر المؤمنین (علیه السلام)، بعد از آن از برای حضرت امام حسن (علیه السلام) و بعد از آن از برای امام حسین (علیه السلام) بعد از آن از برای اکبر اولادش، و ساکت شدند از ما بعدش. و به عموم قول عسکری (علیه السلام) "الوقوف علی ما یوقفها الواقف". (۲) و در همه این دلیلهای بحث هست. اما دلیل اول: پس می گوئیم: اگر مراد اصل براءت است، معارض است به "اصل عدم صحه". و اگر مراد عموم است، اخبار وقف منصرف به "غیر مؤبد" نمی شود و وقف مذکور ممنوع است و همچنین اگر مراد عموم "اوفوا العقود" (۳) است. اما دلیل دوم: پس می توان منع جواز رخصت مالک را کرد به عنوان عقد شرعی لازم. والا لازم می آید که او هم شارع باشد. با وجود اینکه ظاهر تملیک، تأبید است و عمری و سکنی و حبس به دلیل خارجی بیرون رفته. و اما دلیل سوم: پس اینکه ما نمی گوئیم که تملیک اخیری علت تملیک اول است. بلکه می گوئیم شرط تملیک اول، بیان مصرف بعد از آن است. و اما روایت: پس بعد تسلیم سند، بر آن وارد است که آن معلوم نیست که وقف باشد. بلکه

ص: ۷۹

۱- وسائل، ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۱۰، ح ۱.

۲- وسائل، ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۲، ح ۱ و ۲.

۳- آیه ۱ سوره مائده

وصیت است. وایضا آن حضرت چون علم داشت که اولاد او باقی است به بقای دهر، پس از جمله "من ینقرض غالبا" نیست. چون ایشان را خبر داده بوده اند به بقای ائمه "ع" با بقای دنیا. و به سبب حدیث نبوی "ص" حبلان متصلان لن یفترقا حتی یردا علی الحوض. (۱)

واما دلیل چهارم: پس این نیز ممنوع است. چون معلوم نیست که این وقف باشد. واما دلیل قول به "صحت به عنوان حبس": پس، از آنچه پیش گفتیم در مسأله اولی ظاهر می شود. و تحقیق همان است که گفتیم که نزاع در جایی است که معلوم نباشد قصد و حال. یا معلوم باشد همین معنی که قصد او نقل منافع ملک خود است به اولاد خود (مثلا). هر چند نداند که شرط وقف تأبید است. یا غافل است از این معنی که ممکن است که اولاد منقرض شوند. یا اینکه نداند که این از جمله وقف نیست و حبس است. و الحاصل اگر علم دارد که وقف به این نحو وقف حقیقی نیست، و با وجود این قصد وقف حقیقی کند، باطل است. واما اگر جاهل است به مسأله وقف یا می داند که این حبس است و به این لفظ می گوید، و ما نمیدانیم که کدامیک از اینها بوده است، در همه صورت حبس است و صحیح. و جهالت مسأله در اینجا مضر نیست. به جهت آنکه از اخبار بر می آید و از فتاوی علما که چنین چیزی حبس است. اما اخبار پس مثل صحیحہ عمر بن اذینه که در کتب مشایخ ثلاثه مذکور است "قال: کنت شاهدا عند ابن ابی لیلی وقضی فی رجل جعل لبعض قرابته غله داره ولم یوقت وقتا. فمات الرجل فحضر ورثته ابن ابی لیلی وحضر قرابته الذی جعل له غله الدار. فقال ابن ابی لیلی: اری ان ادعها علی ما ترکها صاحبها. فقال محمد بن مسلم الثقفی: اما ن علی بن ابی طالب (علیه السلام) قد قضی فی هذا المسجد بخلاف ما قضیت. فقال وما علمک؟. فقال: سمعت ابا جعفر محمد بن علی (علیه السلام) یقول: قضی علی (علیه السلام) برد الحیس و انفاذ الموارث.

ص: ۸۰

۱- قسمتی است از حدیث معروف «ثقلین». رجوع کنید به بحار، ج ۲۳، ص ۱۰۴ به بعد که به طرز مکرر با سندهای متعدد آمده است.

فقال له ابن ابی لیلی: هذا عندك فی كتابك؟ قال: نعم. قال: فارسل واتنی به. فقال له محمد بن مسلم: علی ان لا تنظر من الكتاب الا فی ذلك الحدیث، قال: لك ذلك. قال: فاحضر الكتاب واره الحدیث عن ابی جعفر "ع" فی الكتاب فرد قضیته". (۱) وصدوق (ره) بعد نقل این روایت گفته است "والحبس كل وقف الى غیر وقت معلوم. وهو مردود علی الورثه". وروایت عبد الرحمن جعفی که در کتب ثلاثه مروی است. سند او معتبر است، چون راوی از او عبد الله بن مغیره است. و خود او هم خالی از مدحی نیست: "قال: كنت اختلف الی ابن ابی لیلی فی موارث لنا لیقسمها، وكان فیہ حبیس وكان یدافعنی، فلما طال شکوته الی ابی عبد الله (علیه السلام) فقال: او ما علم ان رسول الله (صلی الله علیه و آله) امر برد الحبیس وانفاذ الموارث. قال: فاتیته ففعل کما كان یفعل. فقلت له: انی شکوتک الی جعفر بن محمد (علیه السلام) فقال لی کیت وکیت. قال فحلفنی ابن ابی لیلی انه قال ذلك، فحلفت له فقضی لی بذلك". (۲)

پس ظاهر شد از روایات که اصل حبس، صحیح است و آن عبارت است از حبس عین بر انسانی، یا بر راه خدا علی الاطلاق یا با تعیین مدتی. هر چند فرق مابین اقسام آن باشد چنانکه بعد بیان خواهیم کرد. واما فتاوی علما: پس ظاهر این است که اصل حبس اجماعی است و خلافی در آن نیست در میان اصحاب. پس در صورت مذکور که وقف کرده است بر "من ینقرض غالبا" قرینه موجود است که وقف حقیقی نیست. پس امر مردد است ما بین اینکه قصد وقف حقیقی کرده باشد به عنوان غلط، یا مراد او حبس حقیقی باشد به نصب قرینه، یا اینکه قصد حبس بدون قصد تأبید کرده باشد و نداند که حقیقت آن چه چیز است. اصل مقتضی بطلان وعدم خروج از ملک مالک است رأسا و ظاهرا. و حمل فعل مسلم بر صحت مقتضی حمل بر حبس است. و این اظهر و ارجح است از اول.

ص: ۸۱

۱- وسائل، ج ۱۳، ابواب السکنی و الحبیس، باب ۵، ح ۱.

۲- همان، ح ۲.

واز آنچه گفتیم معلوم شد دلیل قول به بطلان رأساً. و آنچه ذکر کرده اند در دلیل؟ ایشان این است که: وقف، شرط آن تأیید است و در صورت مزبوره شرط متحقق نیست. و اینکه این وقف منقطع است پس وقف بر مجهول خواهد بود. [و] وقف بر مجهول باطل است. و جواب از شرط تأیید را دانستی که آن شرط وقف حقیقی است، نه شرط وقف مجازی که حبس است. و جواب از جهالت، این است که در اول امر موقوف علیه معلوم است. و بعد از انقطاع، موقوف علیه متحقق نیست که معلوم باشد یا مجهول، بلکه بر می گردد به وارث، چنانکه خواهیم گفت. و بدان که: علما در مقام ذکر خلاف، بعضی دو قول ذکر کرده اند و بعضی سه قول ذکر کرده اند. اما در مقام ذکر دلیل، همان دو دلیل را ذکر کرده اند: دلیل قول بر صحت، و دلیل [قول] بر بطلان. و این شاهد بر این است که هر کس قائل به صحت است باید قائل به حبس باشد، و مسامحه کرده اند در اطلاق وقف بر آن. چنانکه از کلمات ایشان در آن مسأله و مسأله بعد ظاهر می شود و اشاره به بعض آنها کردیم. و گویا باعث بر مسامحه ایشان این است که ثمره معتد به نیست ما بین صحت آن موقوفاً یا حبساً، مگر در نیت، یا در نذر و ایمان، مثل اینکه نذر کند که چیزی به مصارف وقف برساند، یا به مصارف حبس برساند. و امثال اینها. همچنانکه در فرق ما بین نذر و عهد و ثمرات آنها که نادر است. و لکن این منشاء اتحاد و رفع اثینیت نمی شود. و بسیاری از ابواب فقه در مصداق متشابهند و در مهیت مختلفند، و این هم از جمله آنها است. مطلب سوم: بیان حکم ما بعد انقراض موقوف علیه مذکور است که آیا راجع می شود به واقف اگر زنده باشد، و به وارث او، اگر مرده باشد؟ و یا راجع می شود به ورثه موقوف علیه؟ یا آنکه صرف می شود در وجوه بر؟ اکثر اصحاب (چنانکه در مسالک تصریح کرده) قائل اند به اول. و مذهب مفید و ابن ادریس قول دوم است. و علامه در تحریر هم تقویت آن کرده است. و قول سوم از ابن زهره است. و علامه در مختلف تقویت آن کرده. و از مسالک ظاهر می شود که این خلاف بنابر قول به صحت آن وقف است بر سیل وقف حقیقی. و اما بنابر قول به حبس پس شبهه [ای] نیست که راجع می شود به واقف یا وارث او. همچنانکه بنابر قول به

بطلان هم از ملک وارث^(۱) بیرون نرفته است. پس بنابر آنچه تحقیق کردیم سابقا که بطلان وقف حقیقی اتفاقی است (چنانکه از بعضی ظاهر می شود) یا قول اکثرین است، [این] مسأله محض فرض می شود. یعنی بر فرض محالی که وقف صحیح باشد راجع می شود به واقف یا وارث او. یا اینکه مراد اکثرین در اینجا همان بیان اصل فتوای ایشان است در اینجا، و این متمم بیان حبس بودن است. نه اینکه بر فرض حبس بودن می تواند شد که راجع شود به غیر واقف و وارث او. زیرا که معنی حبس همین است که رجوع کند به مالک یا وارث او. و به هر حال، حق قول اول است. به جهت استصحاب بقای ملک وعدم خروج از ملک مالک بالکلیه. و وقف مزبور متناول به اشخاص معینی است و تعدی به غیر نمی کند. و بنابر اینکه دانستی که این حبس است که اشکالی نیست. چون معنی حبس همین است. و روایتی که از حکایت ابن ابی لیلی نقل کردیم دال بر آن است. و در این مقام استدلال کرده اند به قول عسگری (علیه السلام) نیز که فرموده است "الوقف علی حسب ما یوقفه اهله"^(۲) و این بنابر سخن مسالک که "نزاع بنابر قول به وقفیت است" تمام نیست. به جهت آنکه وقف بودن این مسلم نیست تا این حدیث شامل آن باشد. مراد از این حدیث این نیست که جعل مهیت وقف به دست واقف است، والا- لازم می آید که واقف شارع باشد. بلکه مراد این است که وقفی که شارع بیان کرده است و مصارف آن را بیان کرده است و اختیار انحاء مختلفه مصارف و کیفیات آن را رخصت داده است واقف هر کدام را که اختیار کرد و بنابر آن گذاشت، از آن نمی توان تجاوز کرد. و دلالت می کند بر قول مختار روایت جعفر بن حنان که خالی از اعتبار نیست. چون راوی از او حسن بن محبوب است، و معتضد است به عمل اصحاب و نظر و اعتبار. و آن این است "قال: سألت ابا عبد الله (علیه السلام) عن رجل اوقف غله له علی قرابته

ص: ۸۳

۱- از ملک واقف ظ صح.

۲- وسائل، ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۲، ح ۲۱.

من ابیه وقرابته من امه واوصی لرجل ولعقبه لیس بینہ وبینہ قرابہ بثلاثمہ درهم فی کل سنہ، ویقسم الباقی علی قرابته من ابیه وقرابته من امه. فقال: جائز للذی اوصی له بذلك. قلت: ارایت ان لم یخرج من غله الارض التی وقفها الاخمسماہ درهم. فقال: لیس فی وصیتہ ان یعطى الذی اوصی له من الغله ثلاثمہ درهم ویقسم الباقی علی قرابته من ابیه وقرابته من امه؟ قلت: نعم. قال: لیس لقرابته ان يأخذوا من الغله شیئا حتی یوفوا الموصی له ثلاثمہ درهم، ثم لهم ما یبقى بعد ذلك. قلت: ارایت ان مات الذی اوصی له. قال: ان مات كانت الثلاثمہ درهم لورثته یتوارثونها بینهم، فاما اذا انقطع ورثته فلم یبق منهم احد كانت الثلاثمہ درهم لقرابہ المیت یرد ما یرج من الوقف، ثم یقسم بینهم یتوارثون ذلك ما بقوا وبقیت الغله. [قلت: فلولورثه من قرابه المیت ان یبیعوا الارض ان احتاجوا ولم یکفهم ما یرج من الغله؟ قال: نعم اذا رضوا کلهم وکان البیع خیرا لهم باعو].^(۱)

وجه استدلال این است که ظاهر حدیث این است که وصیت به وقف شده است، و اگر نه از برای ورثه موصی چیزی نبود^(۲)، چنانکه در مختلف وایضاح تصریح به آن شده. پس اشکال در دلالت حدیث هم خوب نیست. و از خلاف نقل شده است که دلالت می کند بر این قول چند روایت. و اما دلیل قول دوم: پس این است که وقف ناقل ملک است از واقف، و عود او محتاج است به دلیل. و اینکه موقوف علیه مالک می شود وقف را پس منتقل می شود به وارث او. و اینکه در بطون ما قبل انقراض به مطلق وارث آن بطن نمی دهند، بلکه به همان که واقف گفته می دهند، مثل ذکور فقط، آن به جهت جعل واقف است. و ایضا وقف صدقه است و صدقه عود نمی کند. و بر همه این مقدمات راه منع باز است چنانکه در حبس مسلم است، و همچنین در عمری و سکنی که از افراد صدقه اند.

ص: ۸۴

۱- وسائل، ابواب احکام الوقوف، باب ۶، ح ۸.

۲- زیرا اگر وصیت به مال بود از برای آن مرد و عقب او پس در حین انقراض بایست مال امام باشد که وارث من لا وارث له است پس وجهی نبود از برای ردّ به ورثه موصی. منه ره.

واما دلیل ابن زهره: پس این است که ملک منتقل شده است از واقف، وعقد وقف شامل ورثه موقوف علیه نیست. ومقصود واقف هم نقل به آنها نیست. و صرف به " وجوه بر " اقرب اشیاء است به مقصود واقف. وضعف این قول ظاهر است. وبدان که: خلاف کرده اند در اینکه بنابر قول به رجوع به ورثه واقف، آیا معتبر ورثه او است در روز انقراض موقوف علیه مثل " ولاء "؟ یا مراد ورثه او است از روزی که مرده است، و همچنین به ترتیب پائین می آید تا روز انقراض -؟ و ثمره خلاف ظاهر می شود در جایی که واقف بمیرد ودو پسر داشته باشد، وبعد از آن یکی از پسر ها بمیرد واز از پسری بماند پیش از انقراض موقوف علیه. پس بنابر قول اول باید به همان پسر باقی مانده داد، وبنابر قول دوم اوو پسر برادرش هر دو شریک اند. شهید ثانی در مسالک ترجیح قول اول داده. و شهید در دروس قول اول را نقل کرده به عنوان " قیل " وقول ثانی را بر سبیل احتمال ذکر کرده، و ظاهر او " توقف " است، مثل شهید ثانی در شرح لمعه. ومقداد در تنقیح تقویت قول ثانی کرده. وشاید این قول ارجح باشد، چون ملک از واقف بالکلیه منتقل نشده وحق آن متعلق است به آن مال وهمان حق به وارث او در حین موت منتقل می شود و همچنین تا زمان انقراض موقوف علیه. بیش از این نیست که مادامی که موقوف علیه منقرض نشده ممنوع اند از تصرف. حمل بر " ولاء عتق " قیاسی است مع الفارق. مطلب چهارم: هر گاه کسی ملکی را وقف کند بر خود، باطل خواهد بود. خواه بعد از خود کسی را ذکر کند که وقف بر او صحیح باشد، یا نه، اما بطلان وقف نسبت به خود او: پس در آن خلافی ظاهر نیست، وابن ادریس دعوی اجماع بر آن کرده است، وظاهر تذکره هم این است. ودر مسالک نفی خلاف کرده، بلکه از تذکره ظاهر می شود که جایز نیست که شرط کند واقف که بخورد چیزی از میوه های آن وقف، یا منتفع شود به آن. و خلافی نقل نکرده مگر از بعض عامه. وبعض اخبارهم دلالت دارد بر این. مثل روایت علی بن سلیمان بن رشید، وروایت طلحه بن زید. وصاحب کفایه استدلال به دو حدیث صحیحی (که بعد ذکر خواهیم کرد) نموده ودلالت آن ممنوع است. و

ایضا: وقف تملیک واقف است وادخال در ملک موقوف علیه. و تملیک انسان بر نفس خود وادخال منفعت بر او، یا تجدید ملک با وجود ثبوت آن، بی معنی است و مخالف در مسأله بعض عامه است. و اما بطلان آن نسبت به غیر - هر گاه بعد از خود وقف کند بر غیر -: پس آن را "منقطع الاول" می گویند (چنانکه آن دو قسمی که در دو مسأله پیش مذکور شد، [را] منقطع الاخر میگفتند) و در آن دو قول است و اظهر بطلان است. ظاهر آن است که قول اکثر اصحاب است. و مقتضای اصل هم بطلان است. و قول دوم صحت است و دلیل ایشان عموم "او فوا بالعقود" و امثال آن، و خصوص قول عسکری (علیه السلام) "الوقف علی حسب ما یوقفها الواقف" [است] و دلالت هر دو ممنوع است. چون عقد وقف بر مجموع واقع شده، و بعد از بطلان بعض آن عقد، وقف بر حقیقت خود باقی نیست. و بنا بر قول به صحت، خلاف کرده اند که آیا منافع آن را در اول عقد به آن غیر می دهند؟ یا به موت واقف؟ و دلیل واضحی بر هیچکدام نیست. خصوصا بر اولی. و با بطلان اصل صحت حاجتی به ترجیح مسأله نیست و در حکم وقف بر نفس خود، است حکم وقف بر هر کی [که] قابل وقف نیست. مثل میت و مملوک. و اگر عکس این باشد، یعنی وقف کند بر اولاد برادرش (مثلا) و بعد از آن بر خودش پس این داخل منقطع الاخر است. و حکم آن گذشت که اقوی در آن این است که صحیح است به عنوان حبس بر همان غیر. و اگر در این صورت مذکوره، وقف کند بعد از خودش بر غیر، پس این "منقطع الوسط" است. و حکم این مثل سابق است. یعنی محبوس است بر اول و در ما بعد باطل است. و هر گاه در اول و آخر وقف کند بر کسی که صحیح نیست، و در وسط ذکر کند کسی را که صحیح است - مثل اینکه وقف کند بر میت و بعد از آن بر زید و بعد از آن بر عبدی - پس این "منقطع الطرفین" است. و صحت آن نیز دلیلی ندارد. و اگر عطف کند غیر را بر خود مثل اینکه بگوید "وقف کردم این را بر خودم و پسر" مثلا - پس در آن سه وجه است: بطلان، و صحت نسبت به غیر در نصف، و صحت نسبت به غیر در تمام.

وجه اول این است که واجب است اخراج وقف از خود، چنانکه پیش گذشت. و ظاهر اخراج وقف تمام آن است. و مفروض این است که تمام را اخراج نکرده. و مفروض این است که تمام را وقف کرده نه بعض را، و وجه صحت [نسبت به غیر در نصف] این است که داخل منقطع الاول نیست. به جهت آنکه در اول محل صحیح دارد. و عمومات وفای به عقود و شروط و خصوص روایت عسکری (علیه السلام). و دلالت آنها ممنوع است، به جهت آنکه مفروض این است که عقد بر مجموع وارد شده، و جزء که باطل شد پس این خود همان عقد نخواهد بود که وفا به آن لازم باشد. و توجیه صحت در نصف به اینکه "عقد به هر یک واقع شده نه مجموع من حیث المجموع"، نفعی ندارد در دفع این معنی که "عقد بعد حکم به بطلان بعض، تمام عقد، نیست." و اینکه صحیح میدانیم بیع را در مملوک - هر گاه بایع مملوک و غیر مملوک را به صفقه واحده فروخته باشد - به سبب دلیل خارج است از اجماع و اخبار. و اما وجه صحت نسبت به غیر در تمام: پس این در نهایت ضعف است. و خلاف مدلول کلام واقف است. و هر گاه بگوید "وقف کردم بر خودم و فقرا" پس کلام در آن نیز همان است. بلی در اینجا در صحت، سه احتمال است: یکی تنصیف، یعنی نصف را به فقرا بدهند. چون مقتضای عطف، شرکت بینهما، است. و نصف که باطل شد نصف فقرا به جا می ماند. و دوم اینکه: صحیح باشد در سه ربع. چون فقرا جمع است و اقل جمع سه است و با خود واقف چهار نفر می شوند. و یک ربع که حصه اوست باطل است. و سوم صحت است در کل، و مثل وقف واقف است بر خود، به شرط کردن قضای دین خود، یا گذراندن معاش و مؤنه خود از آن وقف، و ظاهرا خلاقی در این هم نباشد، (به غیر ظاهر کلام ابن جنید که خواهیم گفت) و این شرط خلاف مقتضای عقد است. چون مقتضای آن اخراج از خود است به نهجی که دیگر حقی از برای او در این باقی نباشد. و اما اگر شرط کند اینکه اهل و عیال او از آن بخورند، جایز است. چنانکه منقول

است از فعل پیغمبر (صلی الله علیه و آله) و حضرت فاطمه (علیه السلام). و ظاهراً فرقی ما بین واجب النفقه و غیر نباشد. و در اینصورت نفقه واجب النفقه ساقط می شود. و همچنین جایز است شرط کردن اکل ناظر و متولی، و اینکه بخوراند به دیگران. و در مسالک تصریح کرده به اینکه هر گاه واقف خود متولی باشد هم جایز است که بخورد، و این از باب شرط نفع از برای خود نیست. و صاحب کفایه در خوردن خود تأمل دارد. و بدان که: در این مقام اشکالی هست، و به سبب آن بعضی از مردم تردید می کنند. مثلاً "ملکی را وقف می کنند بر اولاد و شرط می کنند که تولیت آن مادام الحیات با واقف باشد و بعد از وفات با ارشد اولاد، و شرط می کنند نه [و نیم] عشر منافع آن مال واقف باشد به حق التولیه، و نیم عشر را به اولاد بدهند. و بعد از موت نیم عشر را به ارشد اولاد بدهند به حق التولیه و تتمه را میان اولاد قسمت کنند". و گمان حقیر این است که این صحیح نباشد. زیرا که آنچه از کلام فقها و اخبار ظاهر می شود دو مطلب است: یکی اینکه جایز است که واقف تولیت را مادام الحیات از برای خود قرار بدهد. دوم اینکه جایز است که شرط کند که متولی از منافع وقف بخورد و بخوراند. و از این دو مطلب نتیجه گرفته اند که هر گاه شرط کرده باشد واقف که هر کس متولی باشد از برای او باشد که بخورد و بخوراند، [پس] جایز است برای واقف (هر گاه خود متولی باشد) اینکه بخورد و بخوراند. و بعضی هم در اینصورت در جواز خوردن واقف تأمل کرده اند. و تومی دانی که مقتضای این کلمات این است که شرط اکل که مجوز است از برای متولی از حیثیت اینکه متولی است مسلم است، نه از حیثیت اینکه خود واقف، متولی باشد. و کلام فقها متفق است در ادای این مطلب به همین قدر که "جایز است که شرط کند از برای متولی وقف اینکه بخورد و بخوراند و هرگاه اتفاق افتد که واقف متولی باشد از برای او همین که برای مطلق متولی قرار داده برای او هم هست". و در هیچ جا ندیدم که تجویز کرده باشند که واقف در وقتی که متولی باشد جایز است که از برای خودش هر چه خواهد قرار بدهد از حیثیت اینکه خود متولی است. و شکی نیست که این از جزئیات آن مسأله است که اخراج وقف را از خود نکرده، و خود را شریک کرده. بلکه شریک اعظم. بلکه موقوف علیه در حکم

عدم شده بلکه از "جواز شرط حق التولیه" چنین فردی متبادر نمی شود. و ما نحن فیه از قبیل این است که وقف کند بر فقرا و خود فقیر شود. یا بر فقها و خود فقیه شود. بلکه ظاهر این است که فرقی نیست ما بین اینکه در حال عقد فقیر یا فقیه باشد، یا بعد بشود. بلکه در مسالک از شهید نقل کرده قول به اینکه هر گاه شرط کند دخول خود را در فقرا، صحیح نخواهد بود. چون اخراج از خود، نکرده. و این سخن را پسندیده است، و بسیار خوب کرده و هر گاه شرط کرده باشد اخراج خود را، به سبب شرط بیرون می رود. و هر گاه مطلق فقرا باشد جایز است. (۱) چون وقف بر جهت عامه است و او خود داخل آنها است. و ابن ادریس که اصل حکم را منع کرده، به ملاحظه قاعده "اخراج وقف از نفس خود" [کرده است]. و اقوی قول مشهور است. و آنچه ما تحقیق کردیم در مسأله (و بیان کردیم بطلان آن حیل و تزویر را) مستفاد می شود از کلام فقها، و لکن محتاج است به تأمل دقیق و فکر عمیق. و در اینجا ما عبارت تذکره را ذکر می کنیم تأمل کن در آن تا بفهمی. و آن این است "و ان شرط آن یا کل المتولی علی الوقف شیئا منه او یطعم صدیقا، جاز. و ان ولیها الواقف کان له ان یا کل و یطعم صدیقه عملا بالشرط. و لا یكون ذلك شرط النفع علی نفسه". و قبل از این باز در تذکره در مقام رد بر بعض عامه قائلین به جواز "وقف بر نفس خود و اشتراط نفع بردن خود از آن" چون که استدلال کرده اند به اینکه "هر گاه وقف کند شخصی بر جهت عامه مثل مسجد و آب انبار، جایز است که خود منتفع شود از آن"، گفته است به این عبارت "و دخوله فی الوقف العام لیس بالقصد الاول" یعنی در وقف عام واقف به قصد اول و بالذات خود را قصد نکرده، و انتفاع خود را شرط نکرده بلکه مقصود او انتفاع مسلمین است. و لازم آن می آفتد بالتبع و به قصد ثانی دخول خود در آن. چون از جمله مسلمین است. پس خود مقصود بالعرض است.

ص: ۸۹

۱- یعنی: اگر بر «مطلق فقرا» وقف کند و برخورداری خودش را شرط نکند. در این صورت خودش نیز در کنار فقرا می تواند برخورداری شود.

پس در مانحن فیه دخول متولی در جواز انتفاع نیز باید به قصد ثانوی و بالعرض باشد. یعنی از حیثیت آنکه داخل در کلی " متولی " است. نه اینکه بالاصاله و به قصد اول مقصود باشد، مثل ما نحن فیه. بلی از کلام علامه در مختلف ظاهر می شود اینکه ابن جنید مخالف است در مسأله جواز شرط انتفاع واقف از وقف. و این عبارت او است " قال ابن الجنید: ولا باس ان يشترط الواقف تطوعا لنفسه ولمن يوليه بعده صدقته، الاكل لثمرتها اولقيمتها اذا لم يجعل له تغيير اصلها وجنسها وکان آخرها الى ابواب البر من المساكين وغيرهم. وجماعه من اصحابنا منعوا من عود نفع الوقف الى الواقف وقالوا لا- يجوز له ان يشترط ادراار مؤنته ولا- الانتفاع به. لانها صدقه فلا- يجوز عود نفعها اليه. للاحاديث الداله على المنع منه ". واین قول مهجور است و موافق مذهب عامه است. و غایه امر این است که نسبت ما بین " دلیل جواز انتفاع متولی با شرط از وقف " عموم و (دلیل) عدم جواز شرط منتفع شدن واقف از آن و لزوم اخراج از خود) عموم من وجه باشد. و شکی نیست که ادله ثانی اقوی است از ادله اول. بلکه دلیلی بر اول نیست الا عموم حدیث عسگری (علیه السلام) و عموم " المؤمنون عند شروطهم "، و آن عام مطلق است، و ادله منع شرط انتفاع و عدم اخراج از نفس؟، خاص مطلق، و خاص مطلق مقدم است بر عام. و اما هر گاه واقف شرط کند که اگر محتاج شود وقف عود کند به او، پس در آن خلاف است. و اکثر علما ظاهرا (چنانکه از مسالك و غیره ظاهر می شود) قائل به صحت اند. و از جمله ایشان است سید مرتضی که دعوی اجماع امامیه کرده است بر آن. و جمعی دیگر قائل به بطلان اند، که از جمله ایشان ابن ادریس است و او هم دعوی اجماع کرده است. و اظهر قول اول است به جهت اجماع منقول و ظاهر عمومات وفای به عقود و شروط، و روایت عسگری (علیه السلام) " الوقوف بحسب ما يوقفها الواقف " (۱) و خصوص صحیحہ اسماعیل بن فضل هاشمی - یا موثقہ او، به سبب ابان بن عثمان " عثمان " قال سألت ابا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يتصدق ببعض ما له في حياته ۲.

ص: ۹۰

فی کل وجه من وجوه الخیر وقال: ان احتجت الی شیء من مالی او من غلته فانا احق به. اله ذلک وقد جعله الله کیف یکون له؟ فاذا هلك الرجل يرجع میراثا او صدقه؟ قال: يرجع میراثا علی اهله". (۱)

وصحیحه دیگر اسماعیل بن الفضل - که باز ابان در سند او هست - "عن ابی عبد الله (علیه السلام) قال: من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت الیهها فانا احق بها، ثم مات الرجل، فانها ترجع الی المیراث. (۲) ووجه استدلال این است که معنی رجوع به میراث این است که پیش از موت داخل صدقه بوده است ووقف بوده و مال او نبوده. وبعد مردن، این مال بر می گردد از وقف بودن و حبس بودن، و داخل مالی می شود که از او میراث می برند. و گاه است که توهّم این شود که سؤال راوی از صحت این وقف بود در حال حیات. پس هر گاه این را جواب از حال مال بعد موت بگیریم، جواب مطابق سؤال نمی شود. پس حمل می کنیم جواب را بر معنی مجازی که با بطلان بسازد، و حکم ما قبل موت و ما بعد، همه ظاهر شود. پس مراد از "یرجع میراثا" این است که آن مال از ملکیت او بیرون نرفته اصلا. و این توهّم دوری است. به جهت اینکه این مجاز کمال بعد دارد، و لفظ را از حقیقت بیرون بردن بدون ضرورت وجهی ندارد. و به همین اشاره که از لفظ "رجوع" مستفاد می شود به او جز بیانی، جواب از صحت وقف و حبس بودن و میراث بودن بعد موت، همه ظاهر می شود. و مؤید آن است صحیحه دومی که در آن سؤالی مذکور نیست و همان کلام امام (علیه السلام) مذکور است که معلوم می شود از اعتبار قید اخیر که لفظ "ثم مات الرجل" باشد، اینکه حکم "فانها ترجع الی المیراث" از برای حکم ما بعد موت است و در ما قبل آن اشکال نبوده. و عدم اشکال و احتیاج به ذکر آن قید، یا به سبب ظهور بطلان در حال حیات بوده و اشکال در بعد ممات بوده، یا به سبب ظهور صحت و حبس بودن در حال حیات.

ص: ۹۱

۱- التهذیب، ج ۹، ص ۱۴۶.

۲- همان، ص ۱۵۰.

است و اشکال در بعد موت است. و اول بیوجه است، به سبب اینکه با ظهور بطلان، مال بر حال خود باقی است و میراث می شود، دیگر حاجتی به بیان نیست. پس باقی ماند ثانی. و به هر حال اشکال در دلالت روایت خوب نیست. خصوصاً با اعتضاد به فهم اصحاب، و عمومات ادله، و اشتها عمل. و دلیل قول به بطلان، اجماع منقول از ابن ادریس است و آن معارض است با اجماع سید و شاید آن اقوی باشد. چون اقرب است به زمان معصوم و اینکه این شرط باطل است، به جهت آنکه مخالف مقتضای عقد است و به بطلان شرط، مشروط هم باطل می شود. و بر این وارد است منع اینکه مطلق عقد وقف منافی با این شرط است و نظیر این است اشکالی که جمعی از محققین کرده اند مثل شهید ثانی در مسأله " شرط عدم اخراج زوجه از بلد " در عقد نکاح، و آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) و آقا جمال الدین محمد خوانساری (ره) در مسأله " شرط تضمین در ضمن عقد اجاره " ورد کرده اند بر کسانی که این را باطل میدانند، چون مخالف مقتضای عقد است. و حاصل بحث این است که آنچه مقتضای عقد نکاح است این است که زوجیت اقتضای تسلط بر اختیار زوجه در مکان، ندارد. نه اینکه مقتضای عقد عدم جواز عدم تضمین، من کند. پس آنچه مسلم است در مانحن فیه این است که عقد وقف، اقتضای جواز شرط رجوع عند الحاجة را نمی کند، نه اینکه اقتضای عدم شرط رجوع می کند. و اما توهم اینکه مقتضای عقد وقف، دوام و تأبید است و این منافی آن است، من دفع است به اینکه: مسلم از مقتضای عقد وقف، مطلق دوام است نه دوام مطلق. پس دوام بر دو قسم است: دوام با شرط رجوع عند الحاجة، که تحقق آن ممکن است به عدم عروض حاجت که منتج جواز رجوع باشد. و دوام مطلق یا مقید به عدم شرط رجوع. و استدلال کرده اند نیز به آن دو حدیث صحیح که مذکور شد به تقریبی که گفتیم، و ظاهر شد ضعف آن. و مقدار در تنقیح استدلال کرده است از برای این قول به اینکه وقف صدقه است و هیچ صدقه در آن رجوع جایز نیست، و این دو مقدمه هر دو اجماعی اند. و

بر این وارد است که عمری وسکنی وحبس نیز صدقه اند وبی شبهه در آنها رجوع هست. و تحقیق این است که اینکه در صدقه رجوع جایز نیست، مسلم است. لکن باید دید که مراد چه چیز است؟ آنچه میفهمیم این است که رجوع در صدقه جایز نیست مادامت صدقه. و هر گاه مسلم شد که صدقه اقسام دارد، بعضی الی نهاییه و بعضی الی غیر النهاییه و بعضی مطلق، پس در صدقه (ای) که مغیی است به غایتی، قبل از غایت آن در آن رجوعی نیست، نه بعد غایت هم. و هر گاه در ما نحن فیه احتمال این باشد که این "صدقه به غایت" است - بلکه ظاهر این است که آن باشد - چگونه دعوی اجماع می شود بر عدم جواز رجوع، و حال آنکه اگر این قسم اجماعی بود، خلاف معظم علما و دعوی اجماع سید مرتضی بر خلاف آن، چه معنی داشت؟ و به هر حال، اقوی این است که این عقد صحیح است و شرط صحیح است. و لکن حبس است نه وقف. و هر گاه حاجت رو داد می تواند رجوع کرد و بعد رجوع مال او می شود، و بعد موت میراث می شود. و بدان نیز: که هر گاه حاجت رو نداد تا مرد، باز حبس است و داخل میراث است. چنانکه مقتضای آن دو حدیث است. و این قول جمعی از علما است. و قول دیگر این است که هر گاه حاجت رو نداد تا فوت او در رسید، یا با حاجت رجوع نکرد، وقف بر حال خود مستمر است. به سبب اینکه مقتضای صحت شرط، این است که عمل شود به مقتضای آن و مقتضای عقد. پس هر گاه به مقتضای شرط، واقف رجوع کرد وقف باطل می شود. و اگر رجوع نکرد و مرد، وقف بر حال خود خواهد بود به مقتضای عقد. و این قول سید مرتضی است و علامه در مختلف. و در مسالک گفته است که این سخن خوب است اگر به روایت عمل نکنیم، والا قول اول بهتر خواهد بود. و لکن دانستی که عمل به روایت باید کرد. پس اقوی قول اول است. و بدان که: اشکال کرده اند در اینکه آیا محض حصول حاجت، موجب بطلان می شود؟ یا محتاج است به اختیار و فسخ از واقف؟ ظاهر عبارت اکثر علما این است - چنانکه از مسالک ظاهر می شود - که به مجرد حصول حاجت باطل می شود وقف، و عودی می کند مال به او. و احتمال دارد که منفسخ نشود و محتاج باشد به

فسخ، چنانکه شأن اغلب شروط این است که تسلط به فسخ حاصل می شود. و معهود از شرط هم این است. و دور نیست که بگوئیم که روایت هم ظاهر در این است هر چند بعضی ادعا کرده اند که ظاهر در اول است. و وجه ظهور در آنچه ما گفتیم این است که مراد از کلمه "احق" سزاوارتر و اولی بتصرف، باشد. یعنی هر تصرفی که خواهد بکند. خواهد مالک شود، و خواهد آن را به حال خود بگذارد. و راه خیال دیگران گویا این باشد که کلمه "احق" از بابت "اولو الارحام بعضهم اولی ببعض" باشد. و این خلاف ظاهر لفظ است هر چند گاهی در آن معنی هم استعمال می شود، بلی آن سخن خوب است هر گاه حدیث را دلیل قول به بطلان شرط بگیریم، و از کلمه "یرجع میراثا" به تأویلی که گذشت این معنی را بفهمیم. و تو دانستی که این نیز خلاف ظاهر است. و مراد از آن حال بعد وفات است، نه حال حیات. و بدان که: لفظ حاجت را در روایت، بعضی به استحقاق زکات تفسیر کرده اند، چون او را محتاج می گویند. و بعضی گفته اند کسی است که قاصر باشد مال او از قوت یک شبانه روز. و بعضی به اینکه سؤال کند از غیر. و ظاهر رجوع به عرف است که در عرف بگویند که فلانی محتاج است به اینکه در این وقف تصرف کند. پس گاه است که مستحق زکات است و از شأن او زکات گرفتن است و بی مضایقه است در آن، و کسی هم هست که همه ساله از وجه زکات کفایت او را می دهند، در عرف او را نمی گویند محتاج است به تصرف در این وقف. و گویا غافل شده اند از اینکه در حدیث کلمه "الیها" بعد "احتجت" مذکور است، و فرق است ما بین حصول نفس احتیاج و حصول احتیاج به تصرف در شیئی خاص. و بدان که: صحت این شرط منافات ندارد با "اشترط تنجیز" که در وقف شرط شده است. و ظاهراً خلافتی هم در آن نیست. و تنجیز دو معنی دارد: یکی آنکه معلق نکند وقف را به شرط یا وصف. مثال اول "وقف کردم این را اگر زید آمده باشد". و [مثال] دوم اینکه "وقف کردم این را اگر آفتاب طالع شود". که آمدن زید ممکن است که در ظرف حصول بیابد و ممکن است که نیابد، بخلاف طلوع آفتاب که جز ما طالع خواهد شد. و اما اگر بگویند "وقف کردم این را اگر امروز جمعه

باشد "ومفروض این باشد که می داند که جمعه است، در صحت این اشکال نیست. وکلام در سایر عقود هم همین است. ومعنی دوم تنجیز این است که شرط خیار فسخ در آن نمی توان کرد. وبنابر این می گوئیم که این شرط از جمله شروط مستثنی است به نص.

۲۷: سؤال:

۲۷: سؤال: هر گاه کسی چیزی را وقف کند بر علما یا بر فقرا (مثلا) و خود از جمله فقرا باشد، یا بعد از وقف فقیر شود مثلا. آیا جایز است که منتفع شود از آن یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: مشهور علما جواز است مطلقا. بلکه علامه در مختلف از شیخ در مبسوط نقل کرده که خلافی در مسأله نیست. و از ابن زهره نیز نقل شده است این معنی. ووجه آن این است که این وقف بر اشخاص معین متصفین به این وصف نیست، و از این جهت است که قبول ایشان شرط نیست هر چند ممکن باشد. و تقسیط آن بر جماعت واجب نیست، بلکه جایز است که به بعضی دون بعض داده شود. و این را "وقف بر جهت" می گویند، یعنی مراد واقف مراعات حال جهت فقر یا جهت علم و امثال آن است، نه آن اشخاص. و ابن ادریس مخالفت کرده است نظر به "اشترای اخراج وقف از نفس خود". و چون عمده دلیل آن اجماع است و آن در ما نحن فیه ممنوع است، و اگر نگوئیم که خلاف آن اجماع است. و از بعضی اخباری که دلیل آن مسأله بود حکم این را نمیفهمیم، دیگر راهی از برای منع علی سبیل الاطلاق، نیست. بلی از شهید (ره) قولی به تفصیل نقل شده. و آن این است که "خود شریک است با آنها مگر اینکه در اول قصد دخول خود کرده باشد، یا قصد منع خود کرده باشد". (۱) و شهید ثانی این را پسندیده است. و تعلیل کرده است اول را به اینکه وقف بر خود می شود، و ثانی را به آنکه نیت او مخصص عام است، و متابعت شرط واقف لازم است، به جهت روایت عسکری (علیه السلام). (۲) و این دور نیست. و شاید نفی ۲.

ص: ۹۵

۱- فتوای خود میرزا (ره) نیز همین بود.

۲- وسائل، ابواب احکام الوقوف، باب ۲، ح ۲۰۱.

خلاف که حکایت کردیم و [نیز] شهرت فتوی، قطع نظر از این صورت بوده که قصدی داشته باشد بالخصوص. و علامه در مختلف تفصیل دیگر داده و آن این است که هر گاه وقف بر مصالح عامه شده مثل مسجد و کاروانسرا و امثال آن، جایز است که خود در آنجا نماز کند یا ساکن شود. بخلاف آن که بر علما یا فقرا (مثلا) وقف کرده باشد. و این قول ضعیف است.

۲۸: سؤال:

۲۸: سؤال: هر گاه واقف شرط کند که هر که را خواهد اخراج کند، یا هر که را خواهد داخل کند. جایز است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: ظاهرا خلافتی در بطلان وقف، نیست در صورت اول. و از مسالک و کفایه ظاهر می شود که اجماعی است. و اما در صورت ثانی: پس ظاهر جواز است. و عموم روایت عسگری (علیه السلام) (۱) دلالت بر آن دارد.

۲۹: سؤال:

۲۹: سؤال: هر گاه بگویند "وقف کردم بر اولاد ذکورم نسلا بعد نسل". آیا شامل اولاد ذکوری که از اناث او بهم رسند، هست یا نه؟ -؟ بعضی می گویند که این اضافه، بیانی است و بر آنها صادق است که اولاد ذکورند.

جواب:

جواب: اولاد حقیقت است در ولد صلبی. و هر گاه عرف خاصی نباشد که از آن فهمیده شود ولد ولد، از مقتضای حقیقت بیرون نمی توان رفت. و چون گفته است "نسلا بعد نسل" از آن جهت تعدی می کنیم به اولاد اولاد. و لکن می گوئیم که مراد اولاد ذکوری است که از اولاد ذکور بهم رسد، به جهت آنکه متبادر از اولاد ذکور "توصیف" است نه "اضافه". و اگر اضافه هم باشد از باب اضافه موصوف به صفت، است. و از نسلا بعد نسل چنین میفهمیم - بعد از لفظ "وقف کردم بر اولاد ذکورم" - اینکه بعد از آن بر نسل همین اولاد ذکور به همین وصف، یعنی آنها هم اولادی باشند از این اولاد که متصف به ذکوریت باشند. و هکذا... تا هر جا که پایین می آید به طبقات. و ظاهرا اشکالی در این نباشد. حتی اینکه در زمان ما چنان شایع است که اگر همان اولاد ذکور تنها بگویند و دیگر "نسلا بعد نسل" را هم نگویند، همین معنی را می فهمند که گفتیم. و به هر حال جزما اولاد ذکوری که از ۲.

ص: ۹۶

انات بهم رسد در هیچ طبقه داخل نیست.

۳۰: سؤال:

۳۰: سؤال: هر گاه کسی مدرسه و مسجدی در محوطه [ای] بسازد، و تولیت آنها را به جهت اولاد خود قرار دهد، حتی آنکه تصریح کند که حکام شرع هم در آن دخیل نشوند. و وظیفه از موقوفات خود به جهت امام و مدرس قرار دهد. و در ضمن عقد شرط کند که تعیین امام و مدرس با متولی باشد، و در ایام صیام، مدرس در مسجد درس بگوید و در سایر ایام در مدرسه. آیا کسی بدون اذن متولی می تواند در مسجد در ماه صیام مدرس قرار بدهد، یا جماعتی اقامه کند، یا غیر این از اموری که خلاف شرط واقف باشد؟؟؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که به مقتضای عموم قول عسکری (علیه السلام) "الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها ان شاء الله" (۱) که مشهور و معمول به فقها است، این شروط صحیح باشد و تخلف از آنها جایز نباشد. و مادامی که متولی بر سمت عدالت و رشد باقی است حاکم شرع هم مزاحم او نمی تواند شد. و در خصوص مسجد و تعیین امام: هر چند مجال توهم ورود اشکال و خلاف معهود هست که "آیا جایز است وقف مسجد بر جماعت معینی یا نه؟ -؟". و لکن ظاهر این است که آن توهم بی وجه است. خصوصاً اینکه در اصل آن خلاف هم گویا اظهر جواز تخصیص مسجد است به جماعت معینی، نظر به عموم حدیث سابق و سایر عمومات و ضعف دلیل مخالف. چنانکه مختار علامه در تذکره است. و در قواعد منع کرده، و همچنین فخر المحققین. نظر به اینکه وقف مسجد مانند تحریر عبد است.

۳۱: سؤال:

۳۱: سؤال: آیا وقف به موت واقف یا موقوف علیه قبل از قبض عین موقوفه باطل می شود؟

جواب:

جواب: هر گاه موقوف علیه صغیری نباشد که واقف ولی او باشد، خلاف نیست در بطلان آن در صورت موت واقف. الانادری که مخالفت کرده است. و هر گاه ولی باشد، قبض او قبض صغیر است و به موت ولی باطل نمی شود. و اما هر گاه موقوف علیه بمیرد و مولی علیه نباشد، پس اظهر در آن نیز بطلان است مطلقاً

ص: ۹۷

۳۲: سؤال:

۳۲: سؤال: شخصی در سفر ملکی از املاک خود را که در ولایت داشت وقف کرد بر مصرفی از مصارف عامه. و در همان سفر فوت شده. و تولیت وقف مزبور را به شخصی تفویض نموده که در ولایت متصرف آن ملک و وکیل واقف بوده است در امور او. آیا وقف مزبور صحیح است یا باطل می شود به فوت واقف؟ -؟.

جواب:

جواب: شرط است در صحت ولزوم وقف، اقباض. و هر گاه واقف قبل از اقباض فوت شود وقف باطل می شود و هر گاه وقف بر مصالح عامه باشد - هر چند کافی دانیم قبض متولی خاصی را که واقف او را قیم امر کرده باشد، و هر چند به این نحو باشد که قبل از وقف در ید متولی باشد - لکن چون اظهر اشتراط قبول است هر چند بر مصالح عامه باشد، پس (۱) باید حاکم یا ناظر شرعی قبول کند. در اینجا قبول هم قبل از فوت متحقق نشده است. به هر حال لزوم این وقف بر حقیر ظاهر نیست.

۳۳: سؤال:

۳۳: سؤال: زید ملکی را وقف اولاد ذکور خود نموده که اولاد اناث را در آن مدخلیتی نباشد. وبعد از آن گفته "هر گاه اولاد ذکور منقطع شوند بعد از آن اولاد اناث در آن دخل بکنند". والحال از اولاد ذکور انائی باقی مانده است، و از اولاد اناث انائی. آیا در این حال کدام مقدم اند؟.

جواب:

جواب: هر گاه به این نهج وقف کرده است که وقف باشد بر اولاد ذکور نسلا بعد نسل، به این معنی که موقوف علیه پسران او باشد وبعد از آن، پسران پسران او، و همچنین الی آخر الابد، و اگر پسران او نباشند یا پسران پسران او نباشند، دختران او و دختران پسران او و دختران دختران او مدخلیت داشته باشند. یعنی آنها هم موقوف علیه باشند هر چند پسری از دختران او یا دختری از پسران او در میان باشد. چنانکه ظاهر صورت مسأله است. پس در اینصورت دختران پسر و دختران دختر مساوی خواهند بود. و هر گاه پسر دختری یا پسر دختر پسری، هم در میان باشد او هم مساوی خواهد بود با آن دخترها، و زیادتى نخواهد بود. (۲)

و هر گاه مراد در صورت سؤال مجهول باشد - به این معنی که معلوم نباشد که آیات.

ص: ۹۸

۱- در نسخه که باید...

۲- عبارت نسخه: مساوی خواهد بود با آن دخترها و زیادتى نخواهد برداشت.

دختر پسر را مقدم داشته بر دختر دختر، یا نه - این نیز چنین خواهد بود باز باید تسویه کرد. و چنانکه حکم چنین است در هر جا که موقوف علیهم مردد باشد میان چند نفر که تقدم و تاخر هیچیک معلوم نباشد.

۳۴: سؤال:

۳۴: سؤال: خانه [ای] وقفی می باشد که خراب شده و خاک در او جمع گردیده. حالا خاک زیاد می باشد. این خاک را چه کند؟ مرخص می فرمایند که ناظر خاک را خشت کند و بفروشد و به مصرف وقف برساند؟ یا آنکه خاک را اذن بدهند که احتیاج داشته باشد برده باشد، تا خاک زیاده تمام شود.

جواب:

جواب: هر گاه آن خاک به جهت خانه ضرور نیست و ضرور هم نمی شود، و خانه محتاج به مرمت باشد، آن خاک را به مصرف میرسانند بر سبیل مصلحت، و خرج تعمیر خانه [می] کنند.

۳۵: سؤال:

۳۵: سؤال: هر گاه خانه شخصی در پهلوی مسجد باشد که واسطه شارع عام باشد. آیا شخص صاحب خانه می تواند که بر روی شارع سقف بزند که یک سر سقف به دیوار مسجد باشد؟ آیا صورت شرع دارد یا نه؟ -؟. و به حسب نفع، از برای مسجد و از برای شارع بسیار نافع است. هر گاه مقرر می فرمایند که در صورت نفع ساخته شود والا، فلا.

جواب:

جواب: ظاهر این است که هر گاه صلاح مسجد در این باشد و به ماره هم ضرری نمی رسد بلکه نفع می رسد جایز باشد. و لکن این را به اطلاع حاکم شرع بکنند. و هر گاه دسترس نباشد و ثقات مؤمنین و عدول اهل خبره تصدیق مصلحت بکنند، شاید کافی باشد.

۳۶: سؤال:

۳۶: سؤال: مزرعه [ای] هست وقف. و وقفنامه او نیست که طریقه عمل معلوم شود لکن تا [جائی که] جماعت متصرفین در خاطر دارند، و از متصرف سابق شنیده اند، وفی ما بین ایشان معمول بوده است، [این است که] هر گاه احدی از ایشان فوت شود، رسد او به وارث ذکورش که منسوب به واقف باشد از جهت اب، منتقل می شود. حال شخصی فوت شده و عم پدری، و عم زاده پدر و مادری، و خال می دارد. و خال از سلسله موقوف علیهم نیست، اما چون خود میراث از وقف نمی برد آیا وقف مزبور حکم علی حده دارد؟ و قبل از این تا حال. برادر پدری [و]

مادری، را بر برادر پدری مقدم داشته اند. آیا برادرزاده پدر [و] مادری رسد می برد؟ یا عم پدری؟. و تا حال چنین مقدمه نشده است.

جواب:

جواب: از مسأله اولی: هر گاه این عنوان قاعده مستمره بوده. که هر یک از موقوف علیهم که فوت شود بنا به این باشد که به وارث ذکور او که منسوب به واقف باشد از جهت پدر، منتقل شود. در صورت مزبوره که از متوفی عم پدری و ابن عم پدری [و مادری] مانده با خال، ظاهر این است که به عم پدری می رسد. چون اظهر در مسأله " میراث عم پدری با ابن عم پدری و مادری " در صورتی که خال موجود باشد این است که ابن عم محروم است از میراث. و چون این مسأله اجماعیه خلاف اصول وقواعد است اکتفا می کنیم در آن به مورد نص و اجماع، که آن صورتی است که وارث منحصر باشد در یک عم پدری و یک ابن عم پدری و مادری [ی]، لا غیر. اما جواب از مسأله ثانیه: این سؤال را نفهمیدم. و اگر مراد همان سؤال از عم و ابن عم است، جواب همان است که مذکور شد. و اگر مراد سؤال علی حده است که در صورت فوت موقوف علیه برادر پدری از او بماند و برادر پدر مادری، چه باید کرد؟ جواب این است که برادر پدر [و] مادری، مقدم است.

۳۷: سؤال:

۳۷: سؤال: زید املاکی چند وقف کرد بر اولاد خود، به این نحو که بعد وضع مصالح آن املاک و خراج دیوان، عשרی از منافع آن را متولی متصرف شود، و عשרی را به مصرف زوار عتبات برساند، و تتمه را مابین اولاد ذکور و اناث قسمت کند. و آن املاک در بلاد بعیده است و از ید موقوف علیهم بیرون رفته است. و مدت مدیدی است که غاصب متصرف است، و انتزاع ممکن نیست. آیا جایز است که موقوف علیهم بیع کنند و در عوض آن ملکی در محل سکنای خود بخرند که وقف باشد، و به همان مصرف برسد، یا قیمت را به مصرف خود برسانند؟

جواب:

جواب: اظهر آن است که در صورت خوف باطل شدن و مضمحل شدن غرض واقف، و عدم تمکن از انتفاع، جایز باشد از برای موقوف علیهم بیع آنها. و لکن تا ممکن باشد به قیمت آنها ملکی بخرند که وقف باشد و به مقتضای شرط واقف

۳۸: سؤال:

۳۸: سؤال: شخصی در مقبرهء مسلمین - که در جوار امام زاده ای است - حفر ممر آبی بکند که آب باران وسیل خرابی به قبرستان و قبر امام زاده نرساند. و به سبب این حفر قلیل آبی بر آید، وبعد از آن دو سه پشته قنات بالا برده و آب بسیار بیرون آورده که در ملک طلق آن شخص جاری می شود. آیا این آب مال حافر است یا مال امام زاده یا همه مسلمین؟ -؟ -؟. و متولی امام زاده مدعی است (نظر به وقفنامه که در دست دارد که سیصد سال قبل نوشته شده اینکه در سمت غربی امام زاده در قدیم چشمه ساری بوده که وقف امام زاده بوده، و شصت سال قبل از این منظمس شده) این آب همان آب امام زاده است و باید به مصرف او برسد. چه باید کرد؟.

جواب:

جواب: این قبرستان اگر وقف است تصرف در آن به غیر مقصود واقف، جایز نیست. و حفر قنات جایز نیست. و باید آن قنات را پر کند و زمین را به حال خود بگرداند. و همچنین هر گاه وقفیت ثابت نباشد و دایر باشد و محل قبر کردن اهل قریه باشد، باز آنهم داخل حریم قریه است و تصرف در آن صورتی ندارد. بلی هر گاه از جمع شدن آب باران و سیلاب ضرر رسد به سبب جمع شدن در بعضی از آن موضع، به قدر رفع ضرر می توان ممر آبی در آن حفر کرد به قدر رفع ضرر و بیشتر جایز نیست. و بر فرضی که کسی چنین تصرفی کرد و کسی آن قنات را هم پر نکرد، آبی که از آن، جاری است مختص همان زمین قبرستان است و اختصاص به حافر ندارد. بلکه در صورت عدم ثبوت وقفیت، منافع حریم متعلق به صاحبان قریه و صاحبان حریم است و در صورت وقفیت هم متعلق به همان قبرستان است. و هر گاه قبرستان را به آن حاجتی نیست به جهت تعمیر یا رفع ضرر، ظاهر این است که باید به مصارف خیر برسد. و دور نیست که صرف تعمیر قبر همان امام زاده که در جوار قبرستان است بشود، بهتر باشد و اگر محتاج نباشد، به مصرف قبرستان یا مقبره امام زاده دیگر برسانند. و در این صورت هر گاه متولی سخن خود را به ثبوت شرعی برساند به مصرف قبر امام زاده رساندن، واضح خواهد بود. و لکن بر فرض اثبات این مطلب، باز تصرف در قبرستان و حفر قنات بی صورت بوده و بر

۳۹: سؤال:

۳۹: سؤال: آیا شخصی ملکی وقف نماید و از منافع آن قرارداد نموده که متولی بعد از وفات واقف به جهت او استیجار صوم و صلات نماید. همچو وقفی وقف بر نفس است؟ یا اخراج از نفس در اینصورت صادق می آید؟ آیا مجموع منافع از این قبیل باشد یا بعض آن، تفاوت دارد؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که داخل (وقف بر نفس) است با شرط انتفاع خود از آن و هر گاه منحصر باشد بر این، عیبی دیگر هم دارد که (منقطع الاول) است. چون مادام الحیات، موقوف علیه ندارد. و ظاهر این است که کل و بعض فرقی ندارد.

۴۰: سؤال:

۴۰: سؤال: هر گاه شخصی اقرار به وقفیت ملک موروثی خود نماید. و بعد ادعا نماید که متولی وقف مرا گول داده. و شخص مقرر نیز عامی است و این ادعا در حق او مستبعد نیست. آیا مسموع است یا نه؟ -؟. و بر تقدیر سماع، آیا یمین که متوجه است، متولی را قسم متوجه نمی شود؟ یا می شود؟. و هر گاه مدعی مزبور قسم خورد می تواند ملک مزبور را متصرف گردد؟. اشاره اجمالی به جواب مع تعیین ادله خواهند فرمود.

جواب:

جواب: گویا مراد سائل این باشد که متولی با ابراز وقفنامه و امثال آن وارث را گول زده و او به سبب جهالت و نادانی (بر این) که وقفنامه بمجردها حجت شرعی نیست، اقرار کرده. هر گاه چنین باشد، از این جمله سخنان مسموعه است در حق کسی که از شأن او جهالت باشد. و در حکم دعوی است و قسم متوجه منکر می شود. و متولی هر چند من حیث انه متولی قسم متوجه نشود به او بر نفس وقفیت. و لکن بر نفی تغیر می تواند قسم خورد. چون دعوی متوجه او است. و هر گاه متولی خود موقوف علیه باشد اشکالی در جواز قسم خوردن او نیست. و از برای ایشان رد قسم هم جایز است.

۴۱: سؤال:

۴۱: سؤال: فقها در کتب فقهیه صدقه را از جمله عقود شمرده اند. و تصریح کرده اند به لزوم ایجاب و قبول. و خلاف صریحی هم در کلام ایشان نیست. و این چگونه جمع می شود با اینکه فقه را منقسم کرده اند به (عبادات) و (عقود) و

شمرده اند. و صدقه را اکثری در باب عقود ذکر کرده اند، وبا وجود این گفته اند نیت (قربت) در آن شرط است. و از کلمات ایشان ظاهر است که در زکات ایجاب و قبول در کار نیست. بلکه تصریح کرده اند به عدم لزوم اعلام به اینکه زکات است، بلکه در بعضی موارد راجح شمرده اند. و ایضا در مقام فرق مابین عبادات و معاملات گفته اند که عبادت آن است که صحت آن موقوف است بر نیت. بخلاف معاملات. و حال آنکه عقود از جمله معاملات است. چگونه خواهد بود جمع مابین این سخنها؟.

جواب:

جواب: بدان که صدقه در کلام فقها و کلام شارع، اطلاقات متعدده دارد. بعضی اعم از بعضی، و بعضی مابین دیگری، اما معنی اعم از همه معانی آن است که شامل زکات و فطره است که جزما از جمله عباداتند و توقیفی، و مشتمل اند بر احکام و شرایط چند که عقول احاطه به آن نمی کند (مثل افعال حج و نماز و غسل و وضو) چون در اینها نصاب معین و وقت معین و قدر معین و جنس معین و کیفیات و آداب مخصوصه، معتبر است، که حکمت آنها بر عقول مخفی است. و امثال به آنها ممکن نیست الا به قصد محض اطاعت مولی. بخلاف توصلیات، مثل غسل جامه از برای نماز و غسل اوانی به جهت اکل و شرب و غیر آنها، که هر چند ترک اطاعت نیز در آنها حرام است و بر وجه حرام کردن منهی عنه است، لکن توصل به مقصود که حصول نماز با جامه پاک، و خوردن مأكول و مشروب پاک (باشد) بدون نیت و قصد تقرب در غسل حاصل می شود. بلکه هر چند بوجه حرام باشد که مطلب حاصل می شود. و شامل صدقهء مستحبه و صدقه (ای) که به نذر واجب شده باشد، همه هست. و شامل وقف هم هست. بلکه بسا باشد که شامل خمس هم باشد. و بعضی اطلاقات آن، همان زکات است لا-غیر. مثل آیه (انما الصدقات للفقراء والمساکین). و ممکن است که الف و لام در (الصدقات) از برای عهد باشد پس اطلاق علی حده نخواهد بود. و بعضی اطلاقات آن، صدقه ای است که غیر زکات و فطره است، بکله همان است که بدون تحدید در مقدار و وقت و نصاب و غیره، خود آن را از عین المال در راه

خدا بدهند به کسی هر چند محتاج نباشد علی الاظهر. و تعریف آن چنانکه شهید در دروس گفته است: (هی العطیه المتبرع بها بالاصاله من غیر نصاب للقربه). و این را بعد از کتاب زکات و فطره گفته است. و بسیار از فقها آن را در کتاب وقف، و بعضی در کتاب هبه ذکر کرده اند. و شهید بعد از این تعریف، آیات و اخباری که دلالت بر فضیلت صدقه دارند ذکر کرده است. و در آخر می گوید (ویملک بالایجاب والقبول والقبض وان کان بالفعل). و شکی نیست که مراد همگی در اینجا که صدقه را از عقود شمرده اند، این (صدقه به معنی خاص) است که در آخر گفتیم. نه معنی عامی که شامل زکات و فطره و غیر آن باشد. بلی فقها در آخر مبحث این صدقه می گویند که صدقه واجب بر بنی هاشم حرام است، مگر اینکه از فرقه خود ایشان باشد. و در مستحب خلاف کرده اند. و این سخن شامل زکات و فطره هم هست. بلکه صریحاً متوجه حکم آنها شده اند. و این منشأ تو هم این می شود که صدقه در عنوان این باب (به) معنی اعم باشد. و جزماً چنین نیست. بلکه عنوان مبحث، عقد شده از برای صدقه خاصه (ای) که از عین المال خود تبرعاً اخراج می کند و نقل مصرف زکات و فطره استطردای و بالتبع و به ملاحظه آن الطلاق دیگر که اعم است، شده. و اما اشکال در اینکه این صدقه اگر از عبادات است به جهت اشتراط نیت، پس چرا در زمره عقود حساب شده؟ و اگر از عقود است، پس چرا مشروط است به نیت؟: پس جواب آن این است که این شق ثالثی است که دو جنبه دارد، از حیثیتی اطلاق عبادت به آن می شود. و از جنبه (ای) داخل عقود (است) و اگر این را داخل عقود نکنیم وجهی از برای نقل ملک احدی به غیر، متصور نیست. و اما در زکات و فطره و خمس و امثال آن، پس خود آن مال را حق تعالی مال مستحق قرار داده. بیش از این نیست که ولی اخراج آن، مالک است. بخلاف صدقه که فقیر را در آن حقی نمی باشد و مال ملک مالک است، و مجرد اباحه منشأ انتقال ملک نمی شود. پس محتاج می شود به عقدی از عقود. و بیان این مطلب این است که واجبات - بلکه مطلقاً مطلوبات شرعیه - یا از آن

باب است که خود آنها فی نفسه مقتضی اشتراط نیت هستند، خواه شارع امر به نیت بکند یا نه، مثل نماز و حج و امثال اینها از توقیفیات، به جهت آنکه حکم در آنها مخفی است و بدون قصد اطاعت، امثال عرفی متحقق نمی شود. و یا از آن باب است که فی نفسه مقتضی آن نیست، مانند توصیلات که حکمت آنها معلوم است، و آنها نیز بر دو قسم اند. بعضی از آن باب است که شارع امر کرده است به نیت و قصد تقرب و نیت را شرط صحت آن کرده، مانند عتق و صدقه متعارفه مباحث عنها و وقف، که اگر امر شارع نبود با لذات صحت آنها موقوف به نیت نبود. و مانند توقیفیات که بالذات موقوف اند به نیت. و بعضی از آن باب است که شارع نیت را شرط حصول ثواب و کمال آن قرار داده نه شرط صحت آن، مثل نکاح و ادای دین و ادای امانت و غیر آن. پس بنابر این، صدقه از جمله عبادات مصطلحه که مقابل معاملات است و منحصر است در امور توقیفیه که عقول به تمام حکمت های آن احاطه نمی کند، نیست. و اما آنکه در بعضی عبارات مثل عبارت تذکره از جمله عبادات شمرده، پس ظاهر این است که از راه مسامحه باشد. و مراد او از عبادات در اینجا اعم است از عبادت مصطلحه، بلکه مراد از آن مطلق هر چیزی است که منشأ رضای الهی باشد. مثل مطلق واجبات و مستحبات و ترک منہیات، که ارتکاب و اجتناب آنها را عبادت می گویند. و بعضی فرق را به نحوی دیگر گذاشته و حاصل آن این است که صدقه با سایر عبادات فرقی این است که آن نیتی که در عبادات شرط است (به آن تفصیل و شرایط و مقارنه فعل و خطور در خاطر) در اینجا در کار نیست. بلکه فی الجمله نیت در اینجا کافی است، به این معنی که چون حق تعالی خواسته، می کند. هر چند در آن حال متذکر نباشد. مانند سلام کردن و جواب دادن، ورد و دیعه و امثال آن. و این فرق مشکل است. به جهت اینکه تحقیق در مسأله نیت عبادات مصطلحه نیز همین است که داعی بر فعل، قصد طاعت الهی باشد، و (اخطار به بال) ضرور نیست. بکله حقیقت نیت همان (قصد به فعل معین) است به اعانت داعی امثال. اگر آن در صدقه موجود است همان نیت عبادت مصطلحه است. و اگر نیست، جز ما

صحیح نیست. واما مثل نکاح ورد و دیعه و امثال آن، پس هر چند ثواب بردن در آنها موقوف است بر اینکه داعی بر آنها امثال امر الهی باشد، ولکن چنان نیست که بدون آن اثری مترتب نشود. بلکه دور نیست که سلام ورد سلام هم از این قبیل باشد. پس هر گاه کسی سلام را به محض عادت می کند (وپدر و مادر او تعلیم کرده اند که سلام کن، یا خود دیده که مردم سلام می کنند او هم سلام می کند، و مطلقا به خاطر او خطور نکرده که مستحب است و خدای تعالی فرموده است) چنین نیست که مستحق جواب نباشد و ثمره (ای) بر سلام او مترتب نشود، و همچنین کسی که جواب می گوید. بخلاف صدقه که هر گاه قصد قربت در آن نشود مثمر ثمره نیست. یعنی افاده ثمره عقد صدقه که انتقال ملک و لزوم آن بعد قبض است، نمی کند. اگر چه محتمل است که افاده اباحه تصرف بکند اما نه از حیثیت اینکه صدقه است بلکه از حیثیت مطلق اباحه که در ضمن این صدقه فاسده است. چنانکه در وکالت فاسده علامه در تذکره و غیر آن گفته اند. و قول به این خالی از وجهی نیست. بلکه اظهر این است که چنین باشد، هر چند در ظاهر حال چنین می نماید که (جنس) به انتفاء (فصل) منتفی می شود، و (معنای عام) را بعد انتفای (قید) بقائی نیست (و تحقیق این مطلب را در بسیاری از فواید خود کرده ام) و این در وقتی است که رضای مطلق از صاحب مال معلوم باشد. و اگر داند که راضی نیست که به غیر وجه تصدق صرف کند، حرام خواهد بود. و بدان که: گاه است که توان گفت که افعال حسنه (یعنی آنچه فاعل آن از حیثیت اینکه فاعل آن است مستحق مدح و ثواب است) هر چند که فاعل، آن فعل را من حیث انه حسن، می کند نه به امید مدح و نه به امید ثواب و نه از برای اینکه مطلوب الهی است، باز مستحق مدح از خدا و خلق و همچنین ثواب و شکر بوده باشد. چنانکه بعض اخبار هم اشعار به آن دارد، مثل آن روایتی که رسول خدا (صلی الله علیه و آله) آن دو نفر کافر را امر کرد به امیر المؤمنین (علیه السلام) که گردن بزنند و آن حضرت عرض اسلام بر آنها کرد قبول نکردند، یکی را کشت و دیگری را جبرئیل نازل شد، که

حق تعالی می فرماید که او را مکش که سخاوت پیشه بوده. و به این سبب آن کافر هم مسلمان شد. (۱)

پس باید بسیاری از معاملات (مثل تجارت و احیاء موات و جاری ساختن آب و غرس اشجار) که منشاء نفع خلاق است، از این باب باشد. پس ضرور نکرده است که ثواب بردن در عمل هم موقوف به نیت تقرب باشد. پس موارد اشتراط نیت و موارد ترتب ثواب، مختلف است. پس معاملاتی که شارع فرموده مستحق هستند که کاشف از حسن نفس الامر است، عدم اشتراط نیت در ترتب ثواب بر آنها دور نیست. و شاید اکثر سلام و جواب ها و دعا کردن بر کسی که عطسه می کند (۲) و آنکه جواب می دهد، از این باب باشد. و فوق این مرتبه آن است که بکند اعمالی را که شارع فرموده که هر گاه به نیت تقرب بکند مثاب خواهد بود، مکلف هم به آن امید بکند با قصد تقرب. و فوق آن، مسأله تصدق است که شارع نیت را شرط صحت آن قرار داده، و ثواب به فعل آن حاصل می شود با نیت تقرب. و فوق آن، عبادات مصطلحه است. و به آنچه گفتیم ظاهر شد فرق و وجه ذکر صدقه در جمله عقود. و بدان که: چنانچه مطلق ضمان اعم است از حواله و کفالت و ضمان خاص، مطلق هبه هم اعم است از هدیه و صدقه و هبه به معنی خاص. و بنابر این پس میان صدقه و هبه به معنی خاص، تباین خواهد بود. و فصل ممیز آن اشتراط به نیت قربت است. و بعد انتفای قصد تقرب نمی توان گفت که داخل هبه خاصه است و احکام آن بر آن مترتب می شود. و اما فرق مابین هدیه و هبه به معنی اخص، و سایر احکام آنها پس اینجا جای آن نیست. و بدان که: بنابر تعریف شهید در دروس که (صدقه آن عطیه ای است که متبرع بها باشد بالاصاله بدون شرط نصابی به قصد تقرب به خدا)، پس صدقات مندوره ود.

ص: ۱۰۷

۱- بحار، ج ۷۱، (باب السخاء و السماحه) ص ۳۵۴.

۲- در نسخه: کسی که عطیه می کند.

شبه آنها داخل می شود. چون وجوب آنها بالاصاله نیست. واما مشکل می شود به کفارات و به رد مظالم، چون در کفارات حد معینی هست از شارع، و در رد مظالم تبرع بالاصاله نیست، چون بالذات هم واجب است مگر اینکه بگوئیم فعل مکلف در تعدی به غیر باعث بر این شده، پس می گوئیم که در رد مظالم صدقه ی واجبی است که بدل ادای دین واجب است. واحکام صدقه بر آن جاری شود. بلکه می گوئیم اختصاص به صورت تعدی ندارد و در مطلق مجهول المالک ساری است و همان صدقه مستحبه است که بر متصرف واجب است، و بر صاحب مال، مستحب. و این از قبیل وکیل و وصی است در اخراج صدقه مندوبه. و به این جهت است که گفته اند که مصرف آن مصرف صدقات مندوبه است. چون اینهم بالاصل مندوب است و وجوب آن عارضی است. چنانکه در مسالک در مسائل دین تصریح به آن کرده. و همچنین در کفاره هم صدقه ای است که به سبب تقصیر مکلف واجب شده. و مراد از (نصاب) احتراز از مثل نصاب زکات است نه مطلق تحدید به مقدار معینی.

۴۲: سؤال:

۴۲: سؤال: شخصی باغی را بر اولاد خود و اولاد اولاد خود وقف نموده. و موقوف علیهم طبقه بر طبقه محصول آن را بالسویه، تا حال قسمت می کرده اند. و از آن تاریخ تا حال آب همان باغ وقفی از زمین و باغ خالد نام میرفته است که آن باغ وقف شرب می شد. و حال اولاد واقف می خواهند که آب همان باغ وقف را از جای دیگر ببرند. در اینصورت می توانند که آن استمرار قدیم را و نهی قدیم را دست بردارند و از باغ دیگر و نهی دیگر آب وقف را به باغ وقف ببرند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اگر مراد این است که تغییر هیئت وقف بر نهی که سابق بوده می توان داد یا نه، جواب آن این است که آنچه مورد وقف است باغ است. و اگر آب هم وقف است معنی وقف آب همان وقف بودن مجرا است. و در صورت سؤال نه تغییری در باغ داده شده و نه در مجرای آبی که وقف است. و هر گاه صلاح حال باغ و موقوف علیهم در این است که آب را از زمین و باغ خالد ببرند و از جای دیگر ببرند، کسی مانع ایشان نمی تواند شد. مگر اینکه مستلزم تغییر محل وقف از مجرا باشد، یا منفی شرط واقف باشد.

واگر مراد از سؤال این است که آیا خالد می تواند منع کند از تغییر مجرا یا نه، جواب آن این است که هر گاه طریقه مستمره ثابت باشد که آن آب همیشه از میان باغ وزمین خالد عبور می کرده، و خالد هم دعوی استحقاق حق العبور می کند، و موقوف علیهم انکار کنند و بگویند که این عبور از باب عاریه بوده. یا به عنوان عدوان و غصب بوده، و شاهی در میان نباشد، در اینصورت اظهر این است که قول خالد مقدم است با یمین. و بعد یمین ایشان را الزام می کند که باز آب را از باغ وزمین او ببرند.

۴۳: سؤال:

۴۳: سؤال: واقفی آب خود را در میان شرکای قدیم به (هفته) وقف نموده است. و چندی قبل از این، شرکا از جهت قلت آب و مصلحت حال خود دوران و گردش آب را به (هشت) انداخته اند. آیا در اینصورت می توانند گردش آب را به هشت انداخت به استرضای اولاد واقف و متولیان -؟ یا اینکه (باید) گردش آب از قراری که واقف وقف کرده است (باشد) و از آن قرار عمل نمایند -؟.

جواب:

جواب: این سؤال، مقصود از آن معلوم نیست که چه چیز است. لکن باید دانست که وقف آب صحیح نیست، بلکه هر که خواهد آب را وقف کند باید مجرای آب را وقف کند. و وقف مشاع هر چند صحیح است لکن باید مقدار آن معین باشد. و تعیین جزء مجرا به هفته و روز معنی ندارد. بلکه باید ملاحظه کند که چند یک آب، کفایت باغ می کند، یا هر قدرس را که منظور دارد که وقف کند همان را وقف کند. مثلاً- بگوید (ده یک این مجرا را وقف کردم از برای این باغ). و چون تقسیم مجرا متعذر یا متعسر است، (و) انتفاع به آن باید به طریق مهایات و نوبه باشد در اینجا حساب روز و هفته ضرور است. پس بنا میگذارند هر شریکی از شرکا در اصل مجرا (مثلاً) یک روز معین تمام آن مجرا را متصرف شده و به آب آن منتفع شود. و مهایات و نوبه از عقود لازمه نیست، و از باب (قسمت) نیست که بر هم نخورد. پس هر چند واقف بنای نوبه را به هفته گذاشته باشد شرکا می توانند به ملاحظه مصلحت، بنا را به هشت یا بیشتر یا کمتر بگذارند. و این منافات با شرط واقف ندارد. و هر گاه شرط هم کرده باشد، لزومی ندارد.

۴۴: سؤال:

۴۴: سؤال: شخصی باغی وقف کرده بر مصرفی. و آبی وقف کرده از برای آن. و

موقوف علیهم می خواهند که باغ نوی احداث نمایند و قدری از آن آب وقف را می خواهند از ممر و نهر تازه ببرند. و قدر دیگر آب را می خواهند که از استمرار قدیم به باغ وقف ببرند. در اینصورت می توانند یا نه؟ -؟. و اولاد موقوف علیهم که می خواهند باغ نوی به آن آب وقف بالتمام گرفته باشند در اینصورت می توانند وقف را به جای دیگر ببرند، و موقوف علیهم باغ نوی از جهت خود و بطون متأخره، بگیرند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه آب وقفی زاید بر آن باغ باشد و احتیاجی به آن نداشته باشد، بلی می توانند موقوف علیهم باغ نوی احداث کنند و (آن را) به قدری از آن آب، مشروب کنند. و لکن اشکال بهم می رسد در وقتی بعد از این که در آن وقت آب کم شود و وفا به هر دو نکند. که در آن وقت با تمام آب را، یا به قدر حاجت آن را باید به باغ قدیم برد. هر چند باعث خشکیدن باغ جدید شود.

۴۵: سؤال:

۴۵: سؤال: شخصی ملکی را وقف کرده بر دو پسر خود و اولاد آنها بعد از آنها. و آن پسر ها حاضر نبودند و خبر که به ایشان رسید، گفتند ما راضی نیستیم به این وقف، و این ملک از مادر ما است، و ما معطل هستیم و می خواهیم بفروشیم. آیا این وقف صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بعد از آنکه ثابت باشد که ملک از پدر آنها است، (باز) اشهر و اظهر عدم صحت آن است. چون (قبول) شرط است در وقف. خصوصا در غیر مصالح عامه. چنانکه اظهر اشتراط (نیت قربت) هم هست.

۴۶: سؤال:

۴۶: سؤال: درخت وقفی، که به جهت کهنگی از حیز انتفاع افتاده، می توان (آن را) فروخت و به مصرف پل و حمام و مسجد و خرابی آنها رسانید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: مادامی که عین موقوفه، ممکن است انتفاع از آن بر حالی که هست، تصرف در آن جایز نیست. و اما اگر از آن انتفاع بیفتد - مثل اینکه درخت از ریشه کنده شود - در اینصورت هر گاه ممکن باشد که به مصرف موقوف علیهم برسد بعینها (مثل اینکه موقوف علیه مسجدی است و می توان همین درخت را به سقف آن کار کرد) اولی این است که جنان کنند. و همچنین هر گاه ممکن شود که به اجاره بدهند و منفعت آن را صرف موقوف علیه نمایند. و هر گاه ممکن نباشد انتفاع

به عین، بفروشد و به مصرف موقوف علیه برسانند. واولی این است که تا ممکن شود اقرب به نظر واقف را به عمل بیاورند مثل اینکه باز درختی بخرند که آنهم وقف باشد بر آن مصرف. و هر گاه ممکن نباشد صرف کردن به موقوف علیه، به مصرف سایر وجوه بر برسانند، مثل پل وریاط و غیر آن، و به هر حال اقرب به مقصود واقف را منظور داشته باشند. و به هر حال، منع از بیع در صورت عدم انتفاع، خوب نیست، بلکه داخل لغو و عبث است.

۴۷: سؤال:

۴۷: سؤال: بیان فرمایند که هر گاه بعضی از ضلع مدرسه به اعتبار غزارت امطار منهدم، و برخی دیگر آن مشرف بر انهدام باشد، به حیثیتی که قابل سکنی نباشد. و جمعی از اهل خبره و بنا و معمار صلاح در این دانند که به وضعی غیر وضع سابق ساخته شود. مثل آنکه سردابی بود و دو حجره در فوق آن و بعضی غیر قابل در بعضی از اطراف، (کذا) سرداب را موقوف نموده و سه حجرهء تحتانی و سه حجره فوقانی ساخته شود. و این وضع را جمع کثیری ترجیح بر وضع سابق می دهند، به جهات عدیده. یگ جهت آنکه سابق بر آن آب جاری داخل سرداب می شده و خالی از روح و صفا و برودت هوا نبود و حال مدتی است که آب جاری منقطع شده و سرداب (غیر منتفع به) شده نفعی که معتد به، باشد. آیا متولی شرعی را جایز است که به وضعی که اهل خبره صلاح دانند بسازد یا نه؟ - و در صورت عدم متولی، یا مشخص نبودن آن، آیا بعضی دیگر از مسلمین، یا طلبهء مدرسهء مذکوره را جایز است که اخراجات از مال خود نموده این اعمال به جا آورند؟.

جواب:

جواب: در صورت خرابی ضلع مزبور، یا اشراف بعض آن به انهدام بر نهج مسطور، ظاهر این است که لازم نیست که تجدید حجرات بر وضع سابق باشد. خصوصاً هر گاه وضع جدید اصلح باشد به حال مدرسه و اهل آن. بلی اشکالی که هست در تغییر سرداب است و تبدیل آن به حجره. و لکن در صورت عدم حصول مقصود از آن - مثل عدم تمکن جریان آب در آن، یا عدم متبرعی که تعمیر را به همان وضع کند. و به سبب تعویق مدرسه در معرض خرابی و تعطیل می ماند - تبدیل آن نیز جایز است به آنچه اصلح و اوفق باشد به حال مدرسه و اهل آن بناء علی هذا هر چند که اذن خاص از حقیر موقوف است بر اطلاع به حقیقت حال، و تعیین

شخصی که متوجه شود، موقوف است بر معرفت اشخاص آن حدود. و هیچیک از این دو تا از برای حقیر موجود نیست. لکن مضایقه نداریم در این معنی که هر گاه متولی شرعی نباشد، عدول مؤمنین متوجه شده به تصدیق امنای اهل خبره آنچه مصلحت دانند چنان کنند. والله الولی.

۴۸: سؤال:

۴۸: سؤال: در صورتی که مدرسه مذکوره به وضع مذکور ساخته شود بعضی از اخشاب واحجار آن اگر بلا مصرف باشد، متولی یا غیر آن می توانند فروخت و قیمت آن را خرج تعمیر مذکور نمایند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بلی ظاهر این است که اخشاب وادوات که خود آنها مصرفی ندارند از برای مدرسه، ثمن آنها را به مصرف تعمیر برسانند.

۴۹: سؤال:

۴۹: سؤال: شخصی ملکی را وقف کرده است بر اولاد و برادر و برادرزاده های خود و بعضی مصارف دیگر، مثل آنکه رد مظالم وادای زکات و استیجار حجه الاسلام از منافع آن نیز به عمل آورند. به این نحو که محصول آن ملک را (بعد از اخراجات دیوانی) یک سال به رد مظالم. و دو سال یا سه سال در عوض زکات بدهند. و همچنین از منافع سه سال یا چهار سال آن، استیجار حجه الاسلام از برای واقف بکنند. و در ضمن عقد وقف هم چنین شرط شده که هر گاه اولادی از برای واقف، من بعد بهم رسد با موقوف علیهم شریک باشد. آیا وقف مزبور علی النهج المسطور، صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه شخصی بالغ و عاقل خواهد ملکی وقف کند در حال حیات بر هر مصرف بری، می تواند کرد. خواه منتفع شوند اقارب باشند یا اجانب، یا غیر آن. بلی در اینجا دو اشکال است: یکی آنکه ادای زکات ورد مظالم و حجه الاسلام، از جمله دیونی است که متعلق است به واقف، و در وقف شرط است (اخراج از نفس واقف) وادای دیون واقف داخل انتفاع خود واقف است به این عین موقوفه. پس بنابر این، (این) وقف صحیح نخواهد بود. هر چند وقف بر اولاد و برادر و برادرزاده باشد. و این داخل شرط ضمن العقد نیست. و اشکال دوم شرط دخول اولادی که بعد بهم رسد در استحقاق در وقف است. و ظاهر این است که با وجود (شرط در ضمن العقد) اشکالی در صحت آن نباشد.

۵۰:سؤال: اما اولاً: آیا (در) وقف بر مسجد و باقی اشیائی که مصالح عامه است مثل آن، نیت تقرب شرط است یا نه؟ - اما ثانیاً: بر تقدیر اشتراط (چنانکه ظاهر مشهور است) آیا جایز است از برای واقف که غیر را وکیل نماید در اجرای صیغه وقف، به این معنی که بگوید (تو وکیل در اینکه جاری نمائی صیغه وقف فلان ملک را بر فلان مسجد)؟. و اما ثالثاً: در صورتی که جایز باشد، آیا نیت تقرب را باید موکل بکند یا وکیل یا هر دو؟ -؟. و اما رابعاً: بر هر تقدیر، هر گاه احدی ادعا کند که زید عمرو را وکیل کرد در اجرای صیغه وقف. و ثابت بشود توکیل او. و مفروض این باشد که موکل و وکیل هر دو عارف به مسائل نباشند، خصوصاً مسائل نادره مثل این مسأله. آیا به مجرد ثبوت این مرحله، حکم به این می شود که ملک وقف است - نظر به اصالت صحت، یا حمل افعال مسلمین بر صحت؟ یا اینکه ملک بر ملکیت مالک باقی است - نظر به اینکه شک در شرط موجب شک در مشروط است، و استصحاب بقای ملکیت و عدم تحقق وقفیت و امثال اینها -؟. و اما خامساً: هر گاه شخصی اقرار بکند به اینکه فلان چیز را وقف کرده ام یا هبه نموده ام، یا فروخته ام، آیا به همین اقرار حکم به لزوم هر یک خواهیم نمود - به این معنی که حکم خواهیم کرد به اینکه کل شرایط این عقود، از شرط صحت و لزوم، به عمل آمده -؟. یا نه بلکه مجرد اصل این عقود ثابت می شود به این اقرار، و در تحقیق هر یک از شرایط محتاج به دلیل و اثبات خواهیم بود -؟. و آیا احوالات مقررین باعث اختلاف حکم می شود یا نه؟ -؟ مثلاً هر گاه زید عامی باشد و مسائل این نسبت است) هر گاه اقرار نمود، و یافتیم که غرض او اخبار از صیغه است که فلان وکیل جاری نموده، و نمی دانیم که شرایط صحت عقد به عمل آمده یا نه. حکم به صحت عقد می کنیم یا نه؟ -؟. و همچنین هر گاه عالم به مسائل، اقرار به امثال این عقود نمود حال چگونه است؟ و هر گاه حال آن شخص مجهول باشد که از کدام قبیل است، حال چگونه است؟ و هر گاه متبادر از کلام مقرر (فرد صحیح)

باشد، آیا حکم بر آن متعین است یا نه؟ -؟. و آیا در اقرار به این عقود، (فرد صحیح) متبادر است یا نه؟ -؟. و اما سادسا: هر گاه واقفی وقف بکند بر امور عامه، مثل مسجد، و ناظر خاصی تعیین کند. آیا عدالت وی شرط صحت نظارت وی است؟ یا شرط نیست که بدون آنهم می تواند متولی وقف شود؟. و بنابر اشتراط عدالت، آیا عدالتی که معتبر است در آن، آیا در جمیع امور است یا همین که عادل است در تولی وقف به این معنی که تصرف در امور وقف به مقتضای آنچه واقف تعیین نماید از مصارف، تخلف نمی نماید. چنانکه از حال او این معنی یافته شده کافی است؟ -؟. مثل اینکه کسی بعضی از معاصی کبیره را مرتکب می شود، یا مصر بر صغایر هست، و لکن از حقوق ناس اجتناب می نماید، و تصرف در اموال مردم بدون اذن ایشان نمی کند. یا در مصارف و قوف به مقتضای شرایط عمل کرده است در وقفی دیگر. و می دانیم که اگر ناظر گردد به مقتضای وقف عمل خواهد نمود. و اما سابعاً: بنابر اینکه عدالت معتبر باشد به هر یک از معینین، هر گاه این معنی در ناظر در حال عقد محقق نباشد. آیا بر می گردد وقفی که شده است به صورتی که تعیین ناظر نشده و اطلاق شده باشد - که تولیت آن با مالک اصل باشد، یا با موقوف علیه اگر وقف به جهت خاصی باشد و یا نایب عام است که عبارت از فقیه جامع جمیع شرایط است، اگر وقف بر جهت عامه باشد. بنابر اختلاف اقوال -؟ یا این است که صیغه باطل می شود؟. خلاصه در اینجا چند صورت است: صورت اولی اینکه: در نظر واقف خصوص ناظری که تعیین نموده مطلوبیتی ندارد. و لکن شرط کرده است ناظر را در وقف از حیثیت اینکه احد افراد ناظر است. و مقصود او این است که ناظر تعیین نماید فی الجمله و اگر چه خصوصیت شخص مطلوب وی نیست. بلکه مقصود بالذات، وقف است. صورت ثانی: مقصود لذاته آن وقف است با ناظر معین، و عقدی که واقع ساخته است نیز به آن کیفیتی است که مقصود هر دو است که اگر فساد نظارت ناظر معین، لازم بیاید وقف هم فاسد می شود. و بنابر هر تقدیر آیا فرقی است در اینکه در صیغه بگوید (وقف فلانا علی فلان و شرطت ان یکون ناظره) یا

اینکه بگوید (وقف فلانا علی فلان بشرط ان یکون ناظره) -؟. در صورت اولی احتمال می‌رود که شرط باطل باشد و مشروط باطل نشود. نظر به اینکه به دو لفظ تعبیر شده است. یا باطل بشود نظر به قصد آن که مقصود آن مرکب بوده است، نه وقف مطلق. و همچنین در صورت ثانیه که آیا فساد شرط در اینجا مستلزم فساد مشروط است یا نه؟ -؟. و اما ثامنا: آیا در وقف بر امور عامه، قبض شرط است یا نه؟ -؟ و بر فرضی که قبض شرط باشد آیا حاکم شرع میباید قبض بعمل بیاورد یا غیری هم می تواند قبض بعمل بیاورد، و بر فرضی که غیر تواند قبض بعمل بیاورد آیا عدالت در قابض شرط است یا نه؟ و بر فرضی که عدالت در قابض شرط باشد، آیا هر گاه شخصی که قبض به عمل آورده باشد عادل نباشد، قبض صحیح است یا نه؟ -؟. و بر فرضی که قبض صحیح نباشد آیا باعث بطلان وقف می شود؟ یا اینکه وقف متزلزل خواهد بود که هر گاه واقف عدول کند از وقف، ملک به ملکیت او عود خواهد نمود -؟.

جواب:

جواب: اما (از) سؤال اول: آنکه اظهر اشتراط نیت قربت است در اینها، بلکه مطلقا. خصوصا از جهت اینکه وقف از جمله صدقات جاریه است بالنص والفتوی. بل هو هی علی ما عرفه فی الدروس. و اما از سؤال ثانی: بلی جایز است توکیل در اجرای صیغه. و اما از سؤال ثالث: احوط این است که هر دو نیت کنند. و اظهر این است که نیت موکل کافی است، بشرط استمرار آن نیت حکما إلی جریان الصیغه. و نیت حکمیه بعینها همان داعی بر فعل است لله تعالی. و عدم طریان خلاف داعی کافی است در بقای آن. چنانکه مختار در مسأله نیت زکات هم همین است در صورت توکیل در ادا. و اما (از) سؤال رابع: همین که به ثبوت برسد توکیل و اجرای صیغه، حکم به صحت وقف می شود، حملا لفعل المسلم علی الصحه. و عامی بودن و غیر عارف بودن به مسائل مضر نیست. مگر اینکه به ثبوت برسد که این عقد خاص بر غیر وجه صحیح به عمل آمده. چنانکه گوشت و پوست سوق مسلمین حلال است، هر چند غالب سلاخ ها و دباغها

عارف به مسائل نیستند. و همچنین غالب اهل معاملات سوق خصوصا اکراد والوار (۱) ووزراع و مکارین که غلات از اطراف میخرند و می آورند و می فروشند، در هیچوقت تفحص نمی کنیم که بیع متاع به چه نحو شده و بیع غلات به چه نحو. و حال آنکه هر یک مشتمل اند بر مسائل بسیار که به سبب ترک مراعات آنها، متاع حرام می شود. و بخصوص در مانحن فیه که اشکال در خصوص نیت قربت است هم ظاهر حال مسلمین این است که وقفی که برای مسجد می کنند از برای تحصیل ثواب است. و همین معنی در حصول نیت قربت کافی است. چون ثواب را از جانب خدا میدانند. و (استصحاب) و (اصل عدم) و (شک در شرط) و امثال اینها معارضه با قاعدهء مسلمهء حمل افعال مسلمین بر صحت، نمی کنند. بلی اشکال باقی می ماند در حصول (اقباض) که مجرد توکیل و اجرای صیغه مستلزم اقباض نیست. و اقباض در وقف شرط لزوم (است)، بلکه (شرط) صحت است علی وجه. و بعد ثبوت اقباض اشکالی نیست. و اما از سؤال خامس: اقرار به هبه و وقف و بیع، و غیر ذلک، اقرار بر صحیح آنها است. حملا لقول المسلم علی الصحه، بل و فعله ایضا. و اما حکم به لزوم، پس آن عقدی که لزوم داخل مفهوم آن است (چنانکه بیع و مصالحه و اجاره و امثال آنها) حمل بر لزوم می شود. چون اصل در اینها لزوم است. و خیارات که در آنها جاری می شود عوارض چندانند بر خلاف اصل. و همچنین احتمال (فضولی) خلاف قاعده و (خلاف) ظاهر و خلاف متبادر از لفظ، است. چنانکه ادعای عدم قصد به مدلول صیغه (در کسی که جاری کند صیغه را) در عقود بیع و نکاح و غیره، مقبول نیست. و اما مثل قبض در وقف و هبه، پس هر چند مقتضای قول به اینکه قبض در آنها شرط صحت است، این است که اقرار به آنها اقرار به قبض هم باشد، لکن چنین نیست. و اقرار به آنها اقرار به قبض نیست. پس هر گاه واقف یا واهب بگوید (وقف).
ص: ۱۱۶

کردم فلان را بر فلان) یا (هبه کردم فلان را بر فلان) وبعد بگویند که به قبض نداده ام، از او می شنوند. و مدعی اقباض باید اثبات کند، و هر گاه عاجز شود، قول واقف و واهب مقدم است با یمین. و این منافات ندارد با قول به اینکه اقباض شرط صحت است. به جهت آنکه مراد از صحت در اینجا همان ترتب اثر است، یعنی اثر ملک و تملک منافع و نماء، در حین قبض حاصل می شود. پس اگر قبض به عمل نیاید تا واقف یا واهب بمیرد، بالمره بهم می خورد. و نماء و منافع ما بعد صیغه تا آن وقت مال واقف و واهب است. و هر گاه قبض به عمل آید کاشف به عمل می آید که در روز اجرای صیغه هم مال موقوف علیه و متب، شده بود و منافع آن زمان هم مال آنها است. پس معنی محمول بودن این عقود به صحت، با عدم اقرار به قبض، این است که این عقد معتنی به است مانند عقد فضولی، که اگر قبض ملحق به آنها شد ثمرات وقف و هبه بر آن مترتب می شود. والا فلا. چنانکه در فضولی هر گاه اجازه ملحق شود ثمرات بیع واقعی، مترتب می شود. والا فلا. خلاصه اینکه: قبض داخل مفهوم وقف و هبه نیست. چنانکه مشاهد است که در عرف می گویند که (هبه کردم و وقف کردم و به قبض ندادم). و ظاهراً خلافی ندارند در اینکه لزوم قبض، فوری نیست. و اشکال در صورتی است که مدعی در برابر نباشد که دعوی قبض کند. مثل اینکه کسی وقف کرده باشد بر امور عامه و ثابت شود اقرار او بر وقف بر امور عامه (مثل فقرا یا مسجد یا امثال آن) و کسی در برابر نیست که بگویند به قبض حاکم، یا ناظر شرعی (که خود تعیین کرده بود) داد. آیا حکم می شود به لزوم یا نه؟ و ظاهر این است که در اینجا نیز لزوم ثابت نمی شود. به جهت آنکه اصل عدم اقباض است. و از مجرد اقرار به وقف اقرار به قبض ثابت نمی شود. و جواب از سخنها بعد - یعنی تفاوت داشتن حال مقرین و عدم آن - از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود، که اصل در اقوال و افعال مسلمین صحت است. مگر اینکه فساد به ثبوت برسد. و فرقی مابین آنها نیست. و دانستنی که مراد از حمل بر صحت با وجود عدم لزوم چه چیز است. و اما جواب از سؤال ششم: آنکه اظهر و اشهر اشتراط عدالت است در متولی

وقف. مگر اینکه تولیت را برای خود قرار داده باشد. که در آنجا اشهر و اظهر عدم اشتراط عدالت است. و اظهر این است که عدالت در اینجا همان عدالت است در سایر امور. چون دلیل آن همان اجماع منقول است ظاهرا، و بر همین لفظ (عدالت) اجماع نقل شده است. هر چند در وصی اکتفا می کنیم به مجرد وثوق و اعتماد در امر وصایت، هر چند عدالت به معنی مصطلح نباشد. با وجود آنکه مشهور در آن نیز اشتراط عدالت است. و لکن از دلیل ایشان پیش از وثوق و اعتماد بر نمی آید. و به هر حال علاوه بر عدالت باید عارف در امر تدبیرات وقف باشد، و عدالت تنها کافی نیست. و ثمره معتد بها در تدقیقات و تفصیلات مذکوره در آن سؤال، نیست. به غیر معرفت فرق مابین (شرط تعلیقی) و (شرط ضمن العقد). و شرط تعلیقی بر می گردد به اینکه (من این را وقف کردم اگر فلانی قبول کند نظارت را) چون تسلطی بر او نیست و قبولی بر او لازم نیست. و این از قبیل (بعثک فرسی ان جاء زید غدا) می شود. و ظاهر این است که اصل این عقد فاسد باشد. چون در حال ایجاب و قبول انشاء عقد به عمل نیامده. و هر گاه مراد (شرط ضمن العقد) باشد، مرجع آن به این بر می گردد که (این را وقف کردم و شرط کردم که فلانی را ناظر کنم) در اینصورت هر گاه فلانی قبول نکند خیار اشتراط حاصل می شود، و مسلط بر فسخ می شود. نه اینکه اصل عقد فاسد شود. و همچنین هر گاه قبول کند و معلوم شود که فاسق بوده. و ظاهر این است که فرقی میان آن دو لفظ نیست، و از هر دو (ی) آنها مراد شرط ضمن العقد است. و اینکه اختیار قبول تولیت به دست ناظر است منافات ندارد با صحت ایجاب و قبول. پس تعلیق که متصور است در اینجا نسبت به قبول نظارت و شرط مذکور است، نه نسبت به ایجاب. و اگر فرض شود که قرینه باشد که از عبارت دوم (تعلیق ایجاب) از آن مفهوم شود، در اینصورت نیز اصل عقد فاسد خواهد بود. و به هر حال هر گاه عدالت در ناظر متحقق نبوده است بر می گردد حکم آن به صورتی که واقف اطلاق وقف کرده و ناظری تعیین نکرده. خصوصا در صورت

عاری بودن از شرط خصوصیت آن ناظر خاص. وحکم صورت اطلاق وعدم تعیین ناظر (چنانکه شهید ثانی و جمعی گفته اند) همان تفصیلی است که در سؤال مذکور است، که مبتنی است بر اقوال ثلاثه: انتقال ملک به موقوف علیهم مطلقاً،^(۱) یا عدم انتقال از واقف مطلقاً، یا انتقال به خدا در امور عامه و به موقوف علیه در امور خاصه. پس بنابر اول نظارت با موقوف علیه است، و بنابر ثانی با واقف، و بنابر ثالث با موقوف علیه است در امور خاصه و با حاکم است در امور عامه. و اظهر و اشهر آن اقوال این است که منتقل می شود ملک به موقوف علیهم. و علامه در تذکره نسبت آن را داده به اکثر علمای ما. و در قواعد (در کتاب قضا در مقصد چهارم) کلام او اشعاری دارد به اتفاق علمای ما. و همچنین در مختلف - در کتاب شهادات در مسأله (ثبوت وقف بشاهد و یمین) - اشعار هست به عدم خلاف در آن و اینکه مذهب علمای ما این است. و از ظاهر ابن زهره نیز حکایت اجماع شده. بلکه حکایت صریح اجماع بر زوال ملک واقف شده. و از اقوی شواهد این است که مشهور علما تجویز کرده اند بیع موقوف علیهم عین موقوفه را در صورت استثناء. و بدان که گفتار در این مسأله یعنی بیان محل ثبوت ولایت در متولی وقف است که مباشر امور وقف و رساندن به مصارف آن باشد. و همین جا است که مشهور علما شرط کرده اند عدالت را. و این سخنها بعد حصول وقف صحیح، است. و تمام شدن آن به حصول قبض است. و اگر قبض به عمل نیامده است، اصل وقف تمام نشده است. دیگر سخن در تعیین متولی بی وجه است. گاه است که متولی قبض و متولی وقف یکی می شود. و گاه است که مختلف می شوند. از این معنی نباید غافل بود. و متفرع می شود بر (این، اینکه هر) چند قائل باشیم به اشتراط عدالت در متولی وقف، ضرور نیست که قائل باشیم به اشتراط عدالت در متولی قبض. و اما جواب از سؤال هشتم: ^(۲) بدان که وقف بر امور عامه هر گاه وقف بر (مثل) د.

ص: ۱۱۹

۱- عبارت نسخه... ثلاثه در انتقال ملک در صورت وقف به موقوف علیهم مطلقاً یا عدم انتقال.

۲- پاسخ سؤال ششم و هفتم را یکجا بیان فرمود.

فقرا باشد یا فقها پس باید نصب قیمی کرد از برای قبض. و نصب قیم بر حاکم شرع است. و ظاهر این است که واقف خود می تواند قیمی نصب کند. چنانکه صحیح صنفوان بن یحیی (۱) و غیر آن، دلالت دارد بر آن. و هر گاه وقف بر مصلحت عامه باشد مثل پل و مسجد، قبض آن بر ناظر شرعی است که واقف نصب کرده باشد. چنانکه فقها گفته اند و روایت سابقه (۲) دلالت بر آن دارد (۳) و هر گاه واقف قیمی نصب نکرده است، قبض با حاکم شرع است. و بعضی در قبض مسجد و تحقق آن، شرط کرده اند که نمازی در آن بشود به اذن واقف. و همچنین در مقبره، که میتی در آن دفن شود به اذن او و بعضی قید (اذن واقف) را نکرده اند. و بعضی شرط کرده اند که نماز کردن باید به نیت قبض باشد، پس هر گاه قبل از علم به وقف یا بعد از وقف و قبل از اذن واقف یا با فراموشی و غفلت از اینها، نماز یا دفن به عمل آید، اعتبار ندارد. و ظاهر این است که این اقوال در صورتی باشد که حاکم یا نایب مناب او قبض نکرده باشد به اذن واقف. والا همان قبض حاکم کافی است و ضرور به حصول نماز و دفن نیست. و گویا وجه توهّم ضرور بودن او این است که چون موقوف علیهم مسلمین اند و قبض به همه آنها ممکن نیست، پس اکتفا می شود به قبض بعض آنها. و آن حاصل می شود به نماز یکی از آنها، یا دفن یکی از آنها. و نظر اصحاب این اقوال به این باشد. و این در صورت قبض حاکم وجهی ندارد. چون آن نایب مسلمین می باشد در امثال این امور. و از مجموع آنچه گفته شد ظاهر شد که اصل اشتراط قبض در امور عامه محل اشکال نیست. چنانکه در امور خاصه ضرور است و مادامی که قبض به عمل نیامده لزومی ندارد، بلکه صحت هم ندارد، به آن معنی که پیش گفتیم، و اشتراط عدالت در قبض من حیث انه قابض، دلیلی ندارد. و ادعای اینکه باید قابض همان متولی باشد که عدالت در آن شرط است، تمام نیست. و این مطلب را به اصل ود.

ص: ۱۲۰

۱- وسائل، ج ۱۳، احکام الوقوف، باب ۴، ح ۴.

۲- وسائل، ج ۱۳، احکام الوقوف، باب ۴، ح ۴.

۳- عبارت نسخه: و روایات سابقه بر آن دلالت دارد.

عمومات وصحیحہ صفار کہ از حضرت امام حسن عسکری (علیه السلام) روایت کرده (۱) می توان تمام کرد. هر چند در اطلاق صحیحہ صفوان (۲) و امثال آن توان خدشه کرد. چون ظاهر آنها تعیین متولی اصل وقف است، نه خصوص قبض. و اشتراط عدالت در حاکم شرع در جائی که او قابض است، از حیث این است که حاکم شرع بودن متحقق نمی شود الا به عدالت، نه از حیثیت اینکه قابض است. و اطلاق کلام ایشان در مسأله (تعیین متولی در صورت اطلاق واقف که مستلزم تحقق وقف و قبض است قبل از تعیین متولی) هم، اشعار به این دارد که مطلق اقباض کافی باشد. و همچنین اطلاق کلمات جمعی که در قبض مسجد و مقبره اکتفا کرده اند به حصول نمازی یا دفنی، و عدالت مصلی و دفن کننده را اعتبار نکرده اند. و همچنین از تتبع بسیاری از کلمات ایشان بر می آید عدم اشتراط عدالت در قبض در مصالح عامه. و اما قابض در وقوف خاصه، پس اشکالی در عدم اشتراط عدالت قابض، نیست. چنانچه اشهر و اظهر اشتراط عدالت متولی در آنها است. چنانکه پیش گفتیم.

۵۱: سؤال:

۵۱: سؤال: اما اولاً: هر گاه شخصی عادل باشد وبعد معصیتی که موجب خروج از عدالت شود، از آن صادر شود. وبعد از آن معصیت، معصیت دیگر دیده نشود. آیا این کس باقی است بر فسق؟ یا عدالت عود می کند اگر چه از توبه آن مطلع نشویم؟- و اما ثانیاً: هر گاه از توبه آن مطلع شویم، آیا دفعتاً می توان حکم به عدالت او کرد؟ یا نه بلکه لابد است از مصاحبت و مجاورت تا به مقتضای آنچه معلوم شود عمل شود؟- و اما ثالثاً: هر گاه شخصی تصرف در ملک مشترک نمود بدون اذن، بلکه غضب نماید آیا به همین معصیت نقض عدالت به عمل می آید یا نه؟- خلاصه: صغیره (ای) که واحده باشد و مستمر بر آن باشد، در حکم (اصرار) است - بنابر ۴.

ص: ۱۲۱

۱- همان مرجع، باب ۲، ح ۱.

۲- همان، باب ۴، ح ۴.

آنکه هر وقتی مأمور به ترک تصرف است و در حکم معاصی متعدده است - یا نه؟ -؟. واما رابعا: هر گاه شخصی مجهول الحال است، آیا محکوم به فسق است یا به عدالت یا به هیچیک؟ -؟ -؟ بنابر اینکه هر یک مشتمل بر بعضی امور عدمیه و وجودیه اند پس متفرع می شود بر آن متفرعاتی چند. که از آن جمله هر گاه ناظر وقف مجهول الحال باشد و عدالت شرط باشد، بنابر اصل عدالت حکم به صحت شود. بینوا توجروا.

جواب:

جواب: اما از سؤال اول: آنکه آن شخص باقی است بر فسق تا از توبه او مطلع شویم. واما از سؤال دوم: آنکه حکم می شود به عدالت او به مجرد ظهور توبه. و گویا خلافتی هم در آن نباشد. چنانکه از بعض علما ظاهر می شود. واما از سؤال سوم: آنکه اصرار بر صغیره در حکم کبیره است و موجب نقض عدالت است. و معنی (اصرار) بسیار کردن صغیره است. خواه تکرار یک معصیت باشد یا ارتکاب معاصی مختلفه. و در معنی اصرار است عزم بر کردن آن ثانیاً. و هر گاه صغیره بکند و غافل شود از آن و عازم بر عود نباشد، آن اصرار نیست هر چند توبه نکرده باشد. واما از سؤال چهارم: مجهول الحال در حکم فاسق است. و تکیه بر اینکه اصل در مسلمین عدالت است تا فسق ایشان ظاهر شود، ضعیف است. چنانکه در محل خود بیان کرده ایم.

۵۲: سؤال:

۵۲: سؤال: شخصی قناتی را در بلدی در مجرای خاصی وقف نموده بر اهل خانه های همان مجرا که از آن آب رفع حوایج خود را بنمایند. در این صورت آنهایی که در فوق این مجرا می باشند می گویند که این آب زاید بر مجرا است و به خانه های ما ضرر می رساند. آیا می توانند آنهایی که در تحت می باشند که از فوق خانه هائی که در فوق اند، شق نهی نموده آب را از مجرای دیگر به خانه های خود ببرند - به طریقی که رفع ضرر از خانه های فوق شده، آنها هم به قدر احتیاج شرب نموده باشند - یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اولاً صاحب خانه های فوق باید خود رفع ضرر را از خود بکنند. و به سبب تضرر نمی توانند مانع شرب خانه های تحت بشوند. نه اینکه آنها را الزام کنند به

رفع ضرر. واما هر گاه رفع ضرر به شق نهر از فوق خانه های فوق ممکن باشد که به سبب آن خانه های تحت هم به حق خود برسند، و صاحب خانه های تحت هم به طیب خاطر متحمل آن بشوند، و صاحب خانه های فوق هم از آن مضایقه نکنند، جایز است. ولکن بشرطی که از شرط واقف خارج نشوند. پس مقتضای قاعده این است که در اول باید صاحب خانه های فوق رفع ضرر از خود بکنند به اینکه حافتن مجرا را بلند کنند، یا اگر محتاج شود به استعمال صاروج، چنان کنند. یا تنقیهء مجرا کنند که راه آب وسیع شود که رفع ضرر از خود کرده باشند. و هر گاه متحمل ضرر آب بشوند، صاحبان خانه های تحت نمی توانند آنها را الزام کنند که مجرا را تعمیر کنند تا آب به ایشان برسد. بلکه اگر خواهند خود درست کنند که آب به آنها برسد، بکنند. و به هر حال، هر گاه بنا به شق النهر شود ملاحظهء مصلحت واقف و شرط او هم باید بشود. خصوصا در شق حافه مجرا. و هر گاه واقف یا متولی در میان نباشد که رجوع به آنها شود، باید این معنی به اذن حاکم شرع باشد.

۵۳: سؤال:

۵۳: سؤال: میرزا جعفر نامی ملکی را به جهت مصلحتی وقف کرده. و تولیت آن را به اشخاص مخصوصه بر نهج خاصی مفوض کرده. به اینکه در وقفنامهچه نوشته که (تولیت وقف مزبور را مفوض ساخت به نفس خود مادام حیا باقی، و بعد فوت به اکبر اولاد ذکور خودش اگر محجور علیه نباشند. والا به هر احدی از اولاد خودش که مذکر و به صفت عقل ورشد موصوف باشد و همچنین اولاد ذکور و اولاد اولاد ذکور او نسلا بعد نسل، و عقبا بعد عقب. و بعد فوت خود و عدم ولدی که قابل تولیت باشد از اولادش و اولاد اولادش مما تناسلوا، تولیت را مفوض کرده به دو برادر خود میرزا محمدعلی و میرزا رحیم و من ولد منهما). به این نوع که در وقفنامهچه (توضیحا) نوشته که (بعد فوت خودش و عدم اولاد ذکوری که قابل تولیت باشد و اولاد اولاد ذکور خودش و ان نزلوا، تولیت وقف مزبور را مفوض ساخت به میرزا محمد علی و میرزا رحیم برادران امی خود مناصفه، و بعد از ایشان به اکبر اولاد ذکور ایشان و اولاد اولاد ایشان ما تناسلوا و تعاقبوا، و در هر مرتبه از مراتب تولیت، متولی اولاد ذکور خواهد بود دون اناث. که اگر در طبقهء

مقدم ذکور نباشد، ذکور در طبقه مؤخر مقدم خواهد بود. واگر اولاد یکی از متولیان مذکوران منقرض شوند، به اولاد ذکور دیگری مفوض خواهد بود. و هر گاه اولاد ذکور هر دو - العیاذ بالله - منقرض شوند، مفوض خواهد بود به شخص شهداوی که اقرب به ایشان است)... الی آخر وقفنامهچه. وبعد که واقف فوت شده از واقف ولد و لدی مانده بود میرزا صادق نام و به صفات مذکوره که تولیت مزبور مشروط به آنها بود، موصوف بوده. و همان ملک مزبور در تولیت او بوده مادام حیاته. و الحال فوت شده و از او دو پسر صغیر باقی مانده. و از میرزا رحیم (برادر امی واقف) مزبور دو نفر کبیر مذکر بلا واسطه باقی مانده. و از میرزا محمد علی (برادر امی دیگرش) دو نفر کبیر مذکر به واسطه. آیا متولی مزرعه مذکوره، صغیر میرزا صادق است؟ یا کبیر میرزا رحیم منفردا یا (با) کبیر نواده میرزا محمد علی مناصفتا؟.

جواب:

جواب: در صورت مزبوره، صغیر میرزا صادق متولی نیست جز ما. و نظر به ظاهر صورت وقفنامهچه، منحصر می شود تولیت به کبیر میرزا رحیم. چون ظاهر حال واقف این است که مراعات طبقات کرده. و نواده در طبقه دوم است. و توضیح و تفصیل آن، این است که عبارت (نسلا بعد نسل، و عقبا بعد عقب) دلالت بر ترتیب ندارد علی الاظهر. و حقیر هم ترتیب (را) از او نفهمیدم، بلکه از آنجا که گفته است که (تولیت را مفوض ساخت به نفس خود مادام حیا و بعد فوت به اکبر اولاد ذکور خودش اگر محجور علیه نباشد والا به هر احدی از اولاد خودش که مذکر و به صفت عقل و رشد موصوف باشد و همچنین اولاد ذکور او و اولاد اولاد ذکور او نسلا بعد نسل و عقبا بعد عقب). زیرا که لفظ (همچنین اولاد ذکور او و اولاد اولاد ذکور او) معنیش این است: (و همچنین که تولیت مفوض بود به نفس خودش مادام حیا و بعد فوت خود به اکبر اولاد ذکور خودش که موصوف باشد به آن صفات... - تا به آخر - همچنین تولیت مفوض خواهد بود به اولاد ذکور موصوف به آن صفات مادام حیا و بعد فوت به اکبر

اولاد ذکور او که موصوف باشد به آن صفات. و هکذا ما تناسلوا و تعاقبوا). پس از اینجا معلوم شد که تا اولاد ذکور به وصف مذکور باشد اولاد اولاد، تولیت ندارد. و مادامی که اولاد اولاد به این وصف باشد، اولاد اولاد تولیت ندارد. و هکذا معلوم شد که تولیت که واقف قرار داده مراتب و طبقات دارد که با وجود قابل تولیت که متصف به صفات مذکوره باشد در طبقه و مرتبه اول، به طبقه ثانیه نمی رسد. هر چند او هم قابل باشد و متصف به صفات مذکوره باشد. و اما بعد انقراض اولاد ذکور واقف که تولیت را به میرزا محمد علی و میرزا رحیم مفوض کرده نیز گفته است که بالمناصفه بین ایشان و بعد ایشان به اکبر اولاد ذکور ایشان و اولاد اولاد ایشان ما تناسلوا و تعاقبوا. و ظاهر این است که در اینجا نیز ترتیب را مابین اولاد این دو نفر و اولاد اولاد ایشان منظور داشته به قراین بسیار که از جمله آنها مراعات قرب و بعد است در اولاد خود. و بعد از آن نیز گفته است که بعد انقراض اولاد ایشان تولیت از برای کسی باشد که اقرب به ایشان باشد از سلسله شهداوی. و از جمله آن این است که جز ما بسیار اموری که در حق اولاد خود اعتبار کرده در اینجا نیز معتبر است، و به مقایسه و ظهور و گذاشته، مثلا اکبر بودن اولاد اولاد، و محجور علیه نبودن و امثال آن. و از جمله آنها این است که بعد از آن عبارت پیش، گفته است (و در هر مرتبه از مراتب تولیت، متولی اولاد ذکور خواهد بود دون اناث، که اگر در طبقه مقدم ذکور نباشد، ذکور طبقه مؤخر مقدم خواهد بود). زیرا که شکی نیست که مراد از مراتب و طبقات، مراتب و طبقات اولاد است. و الا مرتبه واقف و مرتبه میرزا محمد علی و میرزا رحیم که دو مرتبه است از مراتب ملا حظه اولاد ذکور کردن در آن، معنی ندارد. پس مراد طبقات و مراتب اولاد است و تخصیص عموم هر مرتبه به اولاد واقف بی وجه است. و مراد از مرتبه و طبقه این است که مثلا تا اولاد باشد، تولیت به اولاد اولاد نرسد. و این عبارت تأکید است از برای آنچه پیش گذشته است از اعتبار ذکوریت که در اولاد واقف و اولاد این دو نفر هر دو ذکر شده بود. و وجه آن این است که: ظاهر از مرتبه و طبقه این است که مرتبه بودن و طبقه

بودن به جعل واقف باشد، نه اینکه قسری باشد که به سبب وجود خارجی منحصر در آن باشد. و هر گاه این معنی را اعتبار نکنیم لازم می آید که هر گاه سه طبقه و مرتبه موجود باشد - مثل اولاد، واولاد اولاد، واولاد اولاد اولاد - هر کدام جمعی کثیر باشند، باید مشترک باشد میان همهء اکبرهای طبقات از اولاد هر یک از آن دو تا. و متبادر از اکبر همهء طبقات قسریه، اکبر نسبت به جمیع آنها است. نه اکبر هر یک از آنها. غایت امر مفهوم شدن اکبر سلسلهء هر یک از آن دو تا است که دو اکبر در یک طبقهء قسریه معتبر باشد. نه چهار اکبر و شش اکبر. که به ملاحظه هر یک از طبقات قسریه موجود است. باقی ماند کلام در اینکه: بعد از تسلیم ترتیب در اولاد این دو نفر که اولاد مقدم است بر اولاد اولاد و هکذا... این در هر یک از اولاد آن دو نفر معتبر است. و بعد از فوت میرزا محمد علی و میرزا رحیم که نوبت تولیت به اولاد آنها می رسد پس چون میرزا رحیم پسر دارد نصف تولیت به او می رسد، و میرزا محمد علی که پسر ندارد به پسر پسر او می رسد، و ترتیب نسبت به اولاد هر یک ملاحظه شده بوده است، نه در مجموع من حیث المجموع. و جواب از این، این است که لفظ (بعد ایشان به اکبر اولاد مفوض باشد) به منزله (سلب کلی) است. نه (سلب کل). یعنی هر گاه هیچیک از آن دو نفر نباشد به اولاد ذکور آن دو نفر می رسد. یعنی به (جنس اولاد ذکور) تا شامل صورتی باشد که یکی را اولاد باشد دون دیگری. و همچنین باید مراد از (بعد اولاد به اولاد اولاد ایشان می رسد) انتفای اولاد هر دو باشد نه یکی. و چنانکه با وجود یکی از دو نفر به اولاد دیگری نمی رسد، با وجود اولاد یکی به اولاد اولاد دیگری نمی رسد.

۵۴: سؤال:

۵۴: سؤال: هر گاه ملکی وقف باشد بر طائفه ای از سادات (مثلا) صغیرا و کبیرا. و بعضی از ایشان در ولایات بعیده بوده باشند. آیا در حین قسمت سهمی به ایشان می رسد یا نه؟ - لکن بعض متفرق بعد از وقف که چندین سال متفرق شده (اند) الان اولاد ایشان، بلکه اولاد اولاد ایشان باقی مانده اند.

جواب:

جواب: حصه غایب را باید متولی شرعی اگر بوده باشد والا حاکم شرع ضبط کند. و آن حصه مال غایب است مادامی که محکوم به موت نشده است. و بعد از

آنکه محکوم به موت شد منتقل می شود به وارث او در حین ثبوت موت، و همچنین از او به وارث او، و هکذا... و همچنین حصه وارث - بعد از رسیدن نوبت وقف به ایشان هر گاه وقف بر اولاد باشد نسلاً بعد نسل، بر نهجی که واقف شرط کرده - آن نیز در طبقه ای که استحقاق ایشان ثابت شده باشد باید ضبط گردد تا به او یا به وارث او برسد.

۵۵: سؤال:

۵۵: سؤال: هر گاه ملکی وقف باشد. و من بعد موقوف علیهم احداث نمایند در آن ملک اعیان چند از قبیل نهر آب و قطعات مزرع و اشجار و عمارت. آیا مصالحه نمودن بعض موقوف علیهم بعضی از اعیان مزبوره را به یکدیگر، مشروع است یا نه؟ -؟. و در صورت مذکوره آیا نماز در این املاک صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اولاً- باید دانست که هر گاه غرض واقف از وقف زمین معلوم باشد که از برای زراعت است (مثلاً)، جایز نیست مخالفت شرط واقف، و جایز نیست در آن خانه ساختن و باغ ساختن و امثال آن. و این غصب است و نماز هم در آن صحیح نیست. و اما هر گاه وقف مطلق باشد یا عام باشد که هر گونه انتفاعی که موقوف علیهم بخواهند ببرند هر چند به باغ کردن و خانه ساختن باشد. در اینصورت این تصرفات جایز است به اذن شرکا. و نماز صحیح است و لکن به منزله عاریه است و آن زمین مختص این شخص نمی شود. و بدون اذن سایر موقوف علیهم این تصرفات غصب است، مثل سابق. و نماز در آن صحیح نیست. و اما صلح اعیان: پس اگر مراد صلح اعیان خارجه است (مثل درختی که در آنجا غرس کرده و سنگ و آجری که از خارج آورده) پس در آن اشکالی نیست هر گاه آن شرکا به یکدیگر صلح کنند. و اظهر این است که به غیر ایشان هم صحیح است. و همچنین صلح منافع اشجار و احجار و امثال آن در مدت معینی. و اما صلح حق انتفاع به اصل زمین (که شرکا او را در آن مأذون کرده اند و خود هم نصیبی دارد) تا مدت معینی، پس آن نسبت به حصه خود او باکی نیست. و اما در غیر آن بدون اذن شرکا - به غیر آن شرکا - پس آن صحیح نیست. چون ملک او نیست، و حق لازمی هم در آن ندارد، و عاریه دادن شرکا به او محض اباحه تصرف است از برای او. چنانکه عین مستعاره را جایز نیست اعاره و اجاره چه جای صلح.

پس همچنین منفعت آن را به غیر نمی توان منتقل کرد بدون اذن ایشان. واما هر گاه مدت معین نباشد یا مادام العمر باشد پس مصالحه اصل منافع اعیان هم مشکل است چه جای حق زمین. زیرا که معلوم نیست که چنین جهالتی در صلح هم جایز باشد. واما هر گاه بنا و عمارت از سنگ و خاک همان زمین باشد، پس این در حکم اصل زمین است. و از آن قبیل است حفر نهر و ساختن مرز در آن خاک.

۵۶: سؤال:

۵۶: سؤال: هر گاه زید وقف کند ملکی را، و تولیت آن را مادام الحیات برای خود قرار دهد، و بعد موته از برای ارشد اولاد ذکور باشد نسلاً بعد نسل بشرط تقدم طبقه اولی بر طبقه سفلی و منافع ملک را چنین قرار دهد که اخماساً قسمت شود. خمسی از آن مصروف سبیل خیر شود. و خمسی از آن را اولاد او به مصرف برسانند به طریق ارث شرعی. و سه خمس دیگر مخصوص واقف باشد من باب التولیه مادام الحیات. و بعد موته دو خمس اول باز به طریق سابق صرف شود و سه خمس دیگر به مصرف مزار واقف و تلاوت قرآن شود از برای او. و در حین وقف دو پسر داشت یکی بکر و یکی عمرو. الحال بعد انقضای چندین طبقه وارث او پسری از نسل بکر مانده که به پنج پشت به زید می رسد. و پسری نیز از نسل عمرو مانده که آن نیز به پنج پشت به زید می رسد، و پسری دیگر از او مانده که به چهار پشت به زید می رسد. الحال آن خمسی که مقرر داشته بود که به اولاد بدهند به طریق ارث شرعی، چگونه قسمت می شود؟ آیا اقرب به واقف - که آن پسر عمرو است که به چهار پشت به واقف می رسد - منع ابعد می کند از نسل هر کدام باشد -؟ یا منع اقرب ابعد را مختص است به همان سلسله عمرو -؟.

جواب:

جواب: بدان که: ظاهراً مراد از قسمت بر سبیل ارث شرعی آن است که در هر طبقه باید منافع را فرض کرد که میراث واقف است و به طریق میراث قسمت کرد، خواه واقف در حیات باشد یا نه. یعنی چنانکه هر گاه واقف که مالک ملک بوده میمرد و این ملک می ماند بایست در میان اولاد (للدکر مثل حظ الانثیین) قسمت شود و ولد صلبی مانع ارث اولاد اولاد باشد، همچنین در حیات واقف منافع (را) (للدکر مثل حظ الانثیین) میان خود اولاد صلبی قسمت کنند، و به

اولاد آنها چیزی ندهند. و هر گاه در حال حیات واقف اولاد صلبی او همه بمیرند و اولاد آنها باقی بمانند مساوی حصه پسر را به اولاد او بدهند هر چند دختر باشند. و مساوی حصه دختر را به اولاد او بدهند هر چند پسر باشند. و همچنین است کلام هر گاه واقف بمیرد و تولیت به ارشد اولاد ذکور برسد. پس اگر همان اولاد صلبی بعینهم باقی اند (للمذکر مثل حظ الانثیین) در میان آنها قسمت می کنند، و مادامی که احدی از آنها باقی است به اولاد آنها نمی دهند. و هر گاه همه مردند و اولاد آنها برجا باشند پس باز مساوی حصه پسر را به اولاد او و مساوی حصه دختر را به اولاد او (به نحوی که گذشت) می دهند. و هکذا الی آخر الابد. پس در صورت سؤال باید منافع را به آن پسر عمرو داد که اقرب است، نه (به) پسر دیگر او و نه به پسر بکر. زیرا که ظاهر این است که بطون لاحق تلی وقف را از واقف می کنند چون او در اول از برای آنها این حق را قرار داده. نه آنکه هر بطن لاحق از سابق بر خود تلقی کند. زیرا که گاه است که (من یتقرب بموقوف علیه) هیچ حصه نداشته (باشد) که به او منتقل بشود، و با وجود این باز داخل موقوف علیهم است و حصه می برد. مثل آنکه در حیات واقف از برای واقف پسری بود و پسرزاده (ای)، و بعد از واقف یک فرزندی از همین پسرزاده او مانده، شکی نیست که این فرزند (موقوف علیه) است و آنچه می گیرد از پدر او به او منتقل نشده چون پدر او حصه نداشت. و اگر با وجود این، پسری هم از پسر واقف مانده باشد همه را او می برد چون اقرب است به واقف. و در کلام بعض افاضل معاصرین (ره) (۱) دیدم که نوشته است که (اقرب از هر سلسله منع ابعد همان سلسله را می کند). و وجه آن را نفهمیدم. بلی اگر واقف گفته بود که (وقف کردم این ملک را بر بکر و عمرو و اولاد هر یک از اینها الی انقطاعهم) با ادعای اینکه ظاهر این کلام این است که در هر طبقه اولاد هر یک مدخلیت داشته باشد، در اینصورت وجهی از برای این سخن بود. ولکن مفروض).

ص: ۱۲۹

۱- مراد عالی جناب آقای سید حسین قزوینی است (ره).

سؤال غیر این است. زیرا که مفاد آن این است که (وقف کردم این را بر اولاد و اولاد اولاد به عنوان ارث شرعی) که این هم دلالت دارد بر اینکه موقوف علیه در هر طبقه کسی باشد که ارث می برد و هم اینکه حصه او به نحوی باشد که در ارث مقرر است. چون تنصیص بر اسم نکرده و اکتفا به همین کرده که (خمس آن باید بین الاولاد علی سبیل الارث الشرعی منقسم شود). و منحصر بودن وارث در حین وقف در بکر و عمر مستلزم آن نیست که مراد او تخصیص آنها شود به اراده، با خصوصیت اراده اولاد هر یک از آنها بالخصوص هر چند اولاد احدی از آنها ابعاد از اولاد دیگری باشد نسبت به واقف. و اگر واقف نمیگفت که علی طریق الارث الشرعی قسمت کنند، و اکتفا می کرد به همین که (خمس آن وقف است بر اولاد و اولاد اولاد الی انقطاعهم)، حکم می کردیم به تسویه جمیع در حصه بدون فرقی مابین اقرب و ابعد، و ذکر و انثی، تا لازم نیاید ترجیح بلامرجح. چنانکه تحقیق آن کرده ام در بسیار از جواب مسائل. و علمای عصر، جمیعاً رجوع کردند به آنچه این حقیر فهمیدم در این مسأله، بعد آنکه همه مخالف بودند در آن. و از تذکره وقواعد نیز مستفاد می شود.

۵۷: سؤال:

۵۷: سؤال: زید وقف کرده است شش دانگ ملک معینی را و شش دانگ طاحونه معینی را. و وقفنامه (ای) نوشته. واحدی از مجتهدین زمان که الحال به جوار رحمت الهی واصل است سجدی نوشته بر آن. و حاصل وقفنامه این است که: وقف کرد زید شش دانگ مزرعه فلان را و شش دانگ طاحونه فلان را که چهار دانگ آنها وقف باشد بر اولاد ذکور او نسلاً بعد نسل، و هر گاه منقرض شوند، بر اولاد اناث. الی ان یرث الله الارض. و دو دانگ دیگر آنها را به مصارف مفصله ذیل. و حاصل آن مصارف مفصله این است که: در شهر مبارکه رجب و شعبان و رمضان از منافع آن به این طریق صرف خیرات نمایند به جهت واقف که هر ساله در هر یک از دو شهر اول پانزده نفر قاری قرآن را ضیافت کنند که نفری چهار جزء قرآن بخوانند. و در ازای هر جزء یک شاهی به آنها بدهند. و هر قاری را یک نیمچه (۱) ی.

ص: ۱۳۰

طعام بدهند که با عیال خود به مصرف برسانند. ومقدار طبخ برنج هشت من تبریز باشد. ودر ماه مبارک رمضان سی نفر را ومصرف دیگر اینکه از حین وفات واقف الی انقضاء ده سال در هر سالی یک ساله صوم وصلات از برای واقف استیجار نمایند به انضمام نماز آیات. وآنچه از مداخل در مدت ده سال فاضل آید از مصارف مقرر، وبعد از مدت ده سال مزبور متولی هر یک از طبقات (به) مصارف خیرات جاریات باقیات صالحات ووجوه قربات وهر چیزی که خیر وصلاح واقف ومنشأ اجر اخروی باشد به جهت واقف، برسانند. وچون واقف مدتی مشغول داد وستد دیوان بود، متولی هر طبقه از مداخل موقوفات (مهما ممکن) به مصارف رد مظالم وبراء ذمه واقف رسانند. وزیاده از سه سال اجاره ندهند. وشرط نموده واقف که منافع چهار دانگ طاحونه مزبوره را از حین وفات واقف الی انقضاء دوازده سال تمام، متولی تسلیم زوجه های واقف نماید علی السویه بالتمام. وبعد از آن بر نهج مقرر به اولاد رسانند. و در سال اول وفات پانزده تومان مداخل این چهار دانگ را به سه نفر صبیای او بدهند. وشرط نمود واقف که تولیت مجموع مزرعه وطاحونه مادام الحیات با خود واقف باشد، وبعد از او با اکبر اولاد او که عمرو نام است. وبعد از او با اکبر و ارشد اولاد عمرو. وبعد از انقراض اولاد او به سایر اولاد ذکور. وبعد از انقراض آنها به عالم متقی. وشرط کرده واقف که مادام الحیات نه عشر ونیم از مداخل جمیع مزرعه وطاحونه از باب حق تولیت از برای خودش باشد. ونیم عشر دیگر به اولاد ومصارف مفصله برسد. وبعد وفات او نیم عشر حق التولیه باشد از برای متولیان سایر طبقات. این حاصل اختصار وقفنامه است. واما سجلی که آن مجتهد نوشته است، این است که (بعد اعتراف الواقف المؤید دام عزه صریحا بحذف الممسند الیه متنا وهامشا لدی وقعت الصیغه الشرعیه علی النهج المسطور، والاقباض والقبض بین یدی، وقد اشترط فی ضمن العقد خروج وجه استیجار القربات ورد مظالم العباد الی مأتی تومان عن منافع الحصه المشترطه لمصارف الوصایا المحرره خلاصا عن الشبهه). این هم آخر سجلی است که آن مجتهد نوشته.

در اینصورت چنین وقفی صحیح است یا باطل؟ -؟ و هر گاه در نظر شما باطل باشد، آیا بطلان آن اجماعی است یا خلافی؟
-؟ و بر هر تقدیر با وجود حکم و امضای آن مجتهد نقض آن حکم و امضا از برای مجتهد دیگر که مخالف او باشد جایز است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ناچار است در تحقیق این سؤال از ذکر سه مطلب: مطلب اول: در بیان صحت و فساد این وقف است. پس می گوئیم که هر گاه مستند در این وقف همین وقفنامه است، وثبوت اینکه وقف مزبور بر همین نحوی که مسطور است در وقفنامه مسلم است، پس آنچه از ادله شرعیه در نظر حقیر ظاهر می شود این است که این وقف باطل است از چند جهت: اول اینکه: در خصوص وقف دو دانگ بر مصارف مذکوره یا این است که مراد تنجیز وقف است در حال حیات واقف و لکن مصارف آن بعد موت واقف است، یا مراد وصیت به وقف است یعنی گفته است که بعد من وقف کنند بر این مصارف. پس اگر وقف منجز است در حال حیات، پس موقوف علیه الی حین الممات معلوم نیست که کیست. و وقف عبارت است از نقل ملک از خود به دیگری، به این نحو که به همان صیغه وقف نقل حاصل شود، منجزا و نقل به آن مصارف بعد الموت معلق است و منجز نیست و در معلق هم مراد او منافع ما بعد الموت است. پس منافع مادام الحیات معلوم نیست که از برای کیست و موقوف علیه در آنحال مجهول است. و اگر بگوئی که: چونکه در جمله مصارف مفصله (وجوه خیرات و مبرات) مذکور است، پس شاید منظور او این باشد که مادام الحیات مصارف منافع آن دو دانگ سایر وجوه خیرات و مبرات مذکور، است. و بعد از ممات، آن امور دیگر که ضیافت و تلاوت قرآن و استیجار صوم و صلوات باشد. گوئیم که این خلاف ظاهر وقفنامه است، چنانکه پوشیده نیست. و خلاف آن چیزی است که آن مجتهد فهمیده و امضا کرده است چنانکه گفته است (عن منافع الحصة المشتركة لمصارف الوصایا المحرره) که از کلام او مفهوم می شود که همه آن مصارف از باب وصایا است و وقف آن دو دانگ از برای آن وصایا است که

بعد از موت باید به عمل آید. و هر گاه موقوف علیه در حال حیات خود واقف است، پس شکی در بطلان آن نسبت به واقف نیست، و در ما بعد واقف هم اظهر بطلان است (چنانکه در جواب سؤال های سابقه در همین مجموعه بیان کرده ایم) (۱)، قطع نظر از اشتغال آن بر امور دیگر که موجب بطلان می شود، چنانکه خواهیم گفت. و اگر مراد وصیت به وقف است، یعنی (بعد از من وقف کنید که به این مصارف برسد) پس با وجود اینکه منافات دارد با وقفنامه و خلاف ظاهر بلکه صریح آن است از چندین جهت. خصوصاً از جهت آنکه تولیت آن را مادام الحیات از برای خود قرار داده و تولیت قبل از وقف شدن، معنی ندارد. از جهات دیگر باطل می شود چنانکه بعد خواهیم گفت. جهت دوم این است که: چنانکه وقف بر نفس واقف باطل است، انتفاع واقف از عین موقوفه واکل از آن هم جایز نیست، و همچنین ادای دین و گذران معیشت از آن، هر چند وقف بر غیر باشد. چنانکه مشهور علماست، بلکه خلافی در آن نقل نشده از شیعه الا از ابن جنید که علامه در مختلف از او نقل کرده قول به جواز انتفاع به ثمره وقف، یا قیمت آن ثمره در صورتی که شرط کرده باشد واقف این معنی را. و شهید هم در دروس اسناد داده به او. و قولی در مختلف هم از شیخ نقل شده به جواز نشستن واقف در خانه ای که وقف کرده، و استدلال کرده به روایت ابی الجارود (قال: قال ابو جعفر - ع -: لا یشتري الرجل ما تصدق به، وان تصدق بمسکن علی ذی قرابته فان شاء سکن معهم وان تصدق بخادم علی ذی قرابته خدمه ان شاء). (۲) و این روایت با ضعف سند و معارضه آن به روایت طلحه بن زید (که سندش و دلالتش اقوی و اوضح است) دلالت آن ممنوع است و عمل به آن مهجور است. و اقوی قول مشهور است. و در مسالك گفته است که (چون قاعدهء مذهب اصحاب این است که شرط ۲).

ص: ۱۳۳

۱- رجوع کنید به مساله ۲۵ و ۲۶، ج ۴، موضوع منقطع الاول.

۲- وسائل، ابواب الوقوف، باب ۳، ح ۲.

است در وقف اخراج آن ملک وقف از خود واقف به حیثیتی که باقی نماند از برای واقف استحقاقی در آن، به جهت آنکه وقف اقتضا می کند نقل ملک و منافع آن را از خود. پس هر گاه شرط کند قضای دیون یا ادرار مؤنه خود و امثال آن را، پس شرط کرده است آنچه (را که) منافی مقتضای عقد است. پس شرط و وقف هر دو باطل می شوند. و ظاهر این کلام مشعر به دعوی اجماع است. و خصوص روایت علی بن سلیمان بن رشید دلالت بر آن دارد (قال: کتبت الی ابی الحسن - ع - جعلت فداک لیس لی ولد ولی ضیاع ورثتها من ابی، و بعضها استفدتها، ولا آمن الحدان فان لم یکن لی ولد و حدث بی حدث فما تری جعلت فداک لی ان اقف بعضها علی فقراء اخوانی و المستضعفین، او ابیع و اتصدق بثمانها علیهم فی حیاتی، فانی اتخوف ان لا ینفذ الوقف بعد موتی. فان وقفنها فی حیاتی فلی ان اکل منها ایام حیاتی ام لا؟ -؟ فکتب - ع - : فهمت کتابک فی امر ضیاعک. فلیس لک ان تا کل منها من الصدقه فان انت اکلت منها لم ینفذان کان لک ورثه. فبیع و تصدق ببعض ثمنها فی حیاتک. وان تصدقت امسک لنفسک ما یقوتک، مثل ما صنع امیر المؤمنین). (۱)

و موثق عبد الله (بن) مغیره از طلحه بن زید (عن ابی عبد الله - ع - عن ابيه - ع - ان رجلا تصدق بدار له وهو ساکن فیها، فقال: الحین اخرج منها). (۲) و دلالت روایت علی بن سلیمان در کمال وضوح است در عدم جواز انتفاع واقف از عین موقوفه به عنوان اطلاق. زیرا که مراد از (اکلت) در حدیث، خصوص (خوردن حقیقی) نیست، بلکه مراد آن تصرفاتی است که انسان محتاج است به آن. و مراد از کلمه (فان اکلت منها لم ینفذ) این است که اگر اراده داری که منتفع شوی از آن، و بنای توبه این است، وقف نافذ نیست و صحیح نیست. و شرط انتفاع هم داخل عموم آن هست. بلکه نظر به اینکه راوی اهتمام دارد بر اینکه راهی بجوید که از برای او راهی باشد در منتفع شدن. و امام (علیه السلام) راهی از برای او قرار نداد و فرمود (بفروش آن را و تصدق کن). کالصریح است در نفی قول ابن جنید. زیرا که ۴.

ص: ۱۳۴

۱- همان، ج ۴۱.

۲- همان، ج ۴۱.

اگر شرط منتفع شدن در ضمن عقد نفعی داشت آن حضرت بایست بفرمایند که (هر گاه شرط انتفاع خود بکنی جایز است). ودالات می کند بر این نیز اینکه وقف از جمله صدقات است. چنانکه علما تصریح کرده اند. بلکه تفسیر کرده اند وقف را به اینکه صدقه جاریه است و جایز نیست منتفع شدن به صدقه. چنانکه از اخبار مستفاد می شود و از خصوص همین روایت هم تعلیل به آن مستفاد می شود. که فرمود (فلیس لک ان تأکل منها من الصدقه). ولکن در کتاب من لا یحضره الفقیه کلمه (ولا) بعد (ان تا کل منها) موجود است. (۱) و بعضی استدلال کرده اند بر مطلب به دو حدیث صحیح اسماعیل بن فضل و ما آنها را سابق بر این در همین مجموعه ذکر کردیم و اشکال کردیم در دلالت آنها، (۲) و علی ای حال خالی از تأیید نیستند. (۳)

وقول ابن جنید شاذ است و مهجور است و موافق عامه است چنانکه غالب فتاوی او موافق عامه است، و دلیلی از برای او ظاهر نیست به غیر عموم حدیث امام حسن عسکری (علیه السلام) که فرمود (الوقوف یکون علی حسب ما یوقفها اهلها). (۴) و این حدیث عام است و آن اخبار خاص اند، و خاص مقدم است بر عام. با وجود اینکه می توانیم قدح در دلالت عام کرد به اینکه مراد از لفظ (وقوف) در کلام امام (علیه السلام) اعیان موقوفه است به قرینه (علی حسب ما یوقفها اهلها) که ضمیر (یوقفها) راجع به اعیان است، یعنی باید معامله کرد با اعیان موقوفه بر نهجی که واقف قرار داده و وقف آن کرده، و تغییر آن نباید داد. و به هر مصرفی که حبس کرده ملک خود را، بر آن و منع خود و غیر خود کرده از آن صرف باید کرد. پس حکم منفعت محبوسه استفاده می شود، از روایت، نه حکم منفعتی که برای خود گذاشته و اخراج از خود نکرده، تا بگوئیم چون در حال وقف انتفاع خود را ۲.

ص: ۱۳۵

۱- فقیه، ج ۲، ص ۲۸۹.

۲- رجوع کنید به مساله شماره ۱۵ از همین مجلد.

۳- حدیث اول اسماعیل بن فضل در وسائل: ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۳، ح ۳ است، و حدیث دوم در تهذیب شیخ، ج ۹، ص ۱۵۰.

۴- وسائل، ابواب احکام الوقوف، باب ۲، ح ۱۰۱.

شرط کرده باید متابعت آن را کرد. پس حقیقت این (انتفاع بردن) داخل وقوف و حکم وقوف نیست. و پر واضح است که مراد امام (علیه السلام) این نیست که جعل وقف و انشاء حقیقت وقف به دست اهل آن است که به هر نحو خواهد وقف کند. والا- لازم می آید که واقف شارع باشد پس مراد این است که وقفی که از شرع رسیده و تصرفاتی که شارع تجویز کرده، واقف بنا را به هر یک از آن امور مجوزه شارع بگذارد، باید به همان نحو (که واقف اختیار آن کرده از وجوه مجوزه شارع) معمول داشت و تغییر آن جایز نیست. نه اینکه هر جعلی که واقف بکند و نام آن را وقف گذارد باید متابعت کرد. پس اخبار منع، معارضی ندارد. (۱) نه عموماً و نه خصوصاً.

هر گاه این را دانستی پس می گوئیم: شرط اخراج رد مظالم و استیجار صوم و صلات و اجرت تلاوت قرآن (همه اینها) داخل شرط انتفاع خود، است. اگر بگوئی که: راوی در حدیث سؤال کرد (ه) از انتفاع در ایام حیات، و این امور انتفاع بعد از موت است. می گوئیم: اما اولاً- جواب امام (علیه السلام) عام است و عبرت به (عموم لفظ) است. و سؤال مخصص جواب نیست. چنانکه در موضع خود محقق است. و اما ثانیاً: اینکه این سؤال از فرد خفی است و غرض راوی این است که بعد از خودم توقعی از آن ندارم و احتیاج در حال زندگانی باعث این قصد من است. پس هر گاه این را امام مرخص نکرد (و گاه است که ایام حیات یک لمحه باشد) پس چگونه مرخص می کند که بعد از ممات، چنین قرار دهد که ابد الدهر هر ساله از برای او تلاوت قرآن کنند یا استیجار عبادات کنند، یا در هر سال از باب رد مظالم احتیاطی و امثال آن چیزی قرار بدهند. و به هر حال شکی نیست که رد مظالم واجب، از جمله دیون است مثل خمس و زکات و همچنین استیجار صوم و صلات هم ادای دین است که بر ذمه او است. خصوصاً بنابر قول به وجوب وصیت به آن (وقول ضعیفی هم هست که واجب است اخراج آن از اصل مال) و همچنین استیجار به جهت تلاوت قرآن و امور مستحبیه از..

ص: ۱۳۶

سایر عبادات و صدقات. اینها همه (شرط انتفاع خود) است هر چند بعد از مردن باشد. و بسا هست که غافل از حقیقت حال در اینجا توهم کند که مطلق وقف از برای خیرات - مثل پل ساختن و مسجد ساختن و امثال اینها - همه نفعی است که به واقف می رسد. پس باید هیچیک صحیح نباشد. و فرقی نیست ما بین اینکه وقف کند از برای اینکه به قاری قرآن بدهند که از برای او بعد از مرگ تلاوت قرآن کند که ثواب آن عاید او می شود. یا اینکه وقف کند بر قاریان قرآن یا اینکه وقف کند که مسجدی بسازند که ثواب آن عاید او شود. و این توهم بسیار ضعیف است. زیرا که در آن صورتها هر کسی که در مسجد نماز می کند یا در حمام غسل می کند یا خود تلاوت قرآن می کند، آن اعمال را از برای خود می کند و ثواب آنها را از حق تعالی از برای خود میطلبد. و گاه است که کسی که هیچ خبر ندارد که حمام وقف است در آن غسل می کند و به خاطر او خطوطی نمی کند که کسی در ثواب او شریک باشد. و همچنین قاریان قرآن که کسی به ایشان از باب منافع وقف قراء، چیزی می دهد در حین قرائت این معنی در مخیله آنها خطوط نمی کند. و اما در ما نحن فیه پس مراد این است که از این منافع به قاری می دهند که آنچه می خواند از برای واقف باشد، و ثواب آن را برای واقف قرار دهد. و هکذا سایر مثال ها. پس ثوابی که به واقف می رسد در وقف بر خیرات عامه، آن ثواب اعانت آن جماعت و خشنود کردن بندگان خداست بدون توقع عوضی از آن بندگان. بلکه عوض بر خداوند عالمیان است. بخلاف مانحن فیه که در اینجا عوض از بندگان، مطلوب واقف می شود. و به عبارت اخری: در مانحن فیه معامله ای است با بندگان که از این مال به آنها می دهد و عوض از آنها می گیرد. بخلاف مطلق وقف. و اما ثالثاً: اینکه این نیز تصرف و انتفاعی است در حال حیات گو وقوع آن عمل و حصول نفع از آن بعد از ممات باشد. زیرا که صادق است بر آن که در حال حیات شرط نفعی از برای خود در آن مال قرار داده، چنانکه در وصیت به عبادات و اعمال خیر. وجه سوم: اشتراط نه عشر و نیم است به حق تولیت از برای واقف ما دام الحیات و

هر چند مآل کلام در این وجه هم به وجه دوم بر می گردد و لکن چون در اینجا شائبه مغایرتی هست که همان منشأ تجویز آن شده ما آن را وجهی جداگانه ساختیم و تحقیق کلام در آن این است که اینهم شرط انتفاع واقف است به وقف. بلکه از حیثیتی داخل (وقف بر نفس خود) است گویا اشتراک غیر باشد. و کسی که این را تجویز کرده غفلت او از این راه است که این را از راه شرط از برای ناظر و متولی قرار داده، نه از برای خود، و این سخن تمام نیست و ناچار است در بیان این مطلب از ذکر چند مقدمه: اول: اینکه مشهور این است که جایز نیست از برای واقف هر گاه وقف بر جمع خاصی کرده باشد (مثل اولاد. یا مثل سادات و خود از جمله سادات نباشد) اینکه بخورد از وقف و منتفع شود از آن. خواه شرط کند که خود بخورد یا بخوراند به دوستان خود یا نه و خلافتی در مسأله به نظر نرسیده الا از ابن جنید در صورت شرط. و مختار، مذهب مشهور است و دلیل ایشان واضح است، و بیان این پیش گذشت. دوم: اینکه هر گاه وقف کند بر مصلحت عامه مثل مسجد و رباط که از برای زوار و مترددین میسازند، ظاهراً خلافتی در جواز انتفاع واقف به آن، نباشد. خواه شرط بکند و خواه شرط نکند. سوم: اینکه هر گاه وقف کند بر قومی به عنوان عموم مسلمین یا فقرا یا فقها، اشهر و اظهر در آن نیز جواز انتفاع خود او است هر گاه او هم از جمله آنها باشد، خواه در آن حال متصف به آن صفت باشد یا بعد متصف شود. مگر با شرط خروج خود از آنها، یا شرط دخول که در صورت شرط دخول اظهر عدم جواز است. چنانکه مختار شهیدین است. و در صورت شرط خروج که اشکالی نیست در عدم جواز، و اما در صورت اطلاق، پس جایز است انتفاع خود، خواه در آن حال متصف باشد به آن صفت یا بعد متصف شود. زیرا که صادق نیست بر او که وقف به نفس خود کرده تا جایز نباشد. و مخالف در مسأله ابن ادریس است. و علامه در مختلف که مطلقاً تجویز نکرده. و صاحب کفایه نیز میل به این کرده و گفته است که (در صورت شرط خروج خود و (شرط) عدم خروج، سخن تمام است. و لکن در صورت اطلاق،

جواز مشارکت تمام نیست. زیرا که اطلاق اخبار منع، اقتضا می کند عدم جواز انتفاع را مطلقاً). و در آن اخبار مذکور نیست که چون وقف بر خود است جایز نیست. و در مسأله هم اجماعی نیست. و انصاف این است که متبادر از اخبار منع غیر این صورتی است که از راه فقیر بودن و فقیه بودن منتفع شود. و عموم حدیث عسکری (علیه السلام) (۱) مقتضی این است که جایز باشد، به سبب اینکه عمل کرده است به حسب آنچه وقف کرده واقف. چون واقف به فقرا مثلاً وقف کرده و اینهم فردی است از فقرا. چهارم: مشهور این است که جایز است که تولیت وقف را از برای خود قرار بدهد. چنانکه جایز است که برای غیر قرار دهد و از علامه در مختلف ظاهر می شود دعوی اجماع و مخالف در مسأله ابن ادریس است و آن ضعیف است. پنجم: جایز است که شرط کند از برای متولی که بخورد و بخوراند. و در حقیقت در اینجا متولی از جمله موقوف علیهم می شود. و این شرط منافاتی با عقد وقف ندارد. ششم: مشهور این است که جایز است در اینصورت که برای متولی شرط کرده خوردن و خوراندن را که هر گاه خود متولی باشد اینکه بخورد و بخوراند. و صاحب کفایه در جواز خوردن خود واقف هر گاه متولی باشد تأمل کرده. و این لازم قول ابن ادریس و علامه است در مختلف زیرا که عموم متولی هم مثل عموم فقرا و فقهها است. بلکه چون ابن ادریس تولیت واقف را جایز ندانسته، به طریق اولی این اکل و انتفاع جایز نخواهد بود چون داخل متولی نیست. و تحقیق در مسأله همان است که در وقف بر فقرا و فقهها گفتیم که هر گاه شرط کرده است انتفاع خود را در صورت تولیت، جایز نیست. چون داخل (شرط انتفاع خود) است. و هر گاه شرط عدم انتفاع خود کرده، حکم عدم جواز اوضح است. و در صورت اطلاق جایز است، زیرا که مفروض این است که انتفاع از حیثیت این است که متولی است، نه از حیثیت اینکه خود واقف است. و نه از حیثیت اینکه تولیت خاصه است بلکه از این ۲.

ص: ۱۳۹

جهت است که فردی است از افراد متولی. والحاصل: آنچه ممنوع است تصرف او است در وقوف از حیثیت اینکه خود مقصود باشد در وقف به قصد اول. نه ثانیاً و بالعرض. هر گاه این را دانستی، پس می گوئیم که در صورت مفروضه که شرط کرده است که مادام الحیات که خود متولی است نه عشر ونیم ببرد. وبعد الممات که ولد اکبر متولی می شود نیم عشر ببرد، اگر نگوئیم که صریح است در وقف بر خود، لا اقل داخل عموم (شرط انتفاع از برای کلی متولی) نیست، که خود از حیثیت آنکه فردی است از کلی متولی، جایز باشد که ببرد هر چه را که مطلق متولی می برد، مثل کلی فقرا و فقهها، بلکه در اینصورت به قدر مساوی نیم عشر هم بر او حلال نیست. به جهت آنکه نیم عشر وقتی حلال بود بر او که استحقاق از راه بودنش فردی از متولی کلی، بود. و در اینجا قدر مشترکی میان خود و غیر قرار نداده. بلکه در وقفی متولی خاصی قرار داده و مجموع نه عشر ونیم را از برای خود قرار داده، و این نیست الا- معنی شرط نفع از برای خود. و اگر می گوید که من از حیثیت اینکه متولیم این را میبرم، این بی اصل است. به سبب اینکه هر گاه حیثیت تولیت بنفسها مقتضی این است پس باید در غیر او هم ثابت باشد. و شکی نیست که مفهوم اینکه (از حیثیت اینکه متولیم) مغایرست با مفهوم اینکه (از حیثیت اینکه خود متولیم) و گمان می کنم که این مطلب از کمال وضوح احتیاج به زیاده بر این بیان ندارد. علاوه بر اینها گوئیم که شرط انتفاع متولی از عموم حدیث عسکری (علیه السلام) مستفاد شده و اینکه فرموده است که (الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها) [\(۱\)](#) و آن منصرف می شود به افراد متعارفه شروط واقفین. و این فردی که حق التولیه اغلب منافع باشد (بلکه آنچه برای موقوف علیهم می ماند کالمعدوم است) از این حدیث متبادر نمی شود. پس معلوم نیست که چنین شرطی واجب الاتباع باشد در صورتی که از برای مطلق متولی قرار دهد، چه جای آنکه از برای خود قرار دهد که شائبه دخول آن در ضمن وقف ۲.

ص: ۱۴۰

بر نفس هم علاوه می شود. مطلب دوم: در توضیح و بیان مطلب آن مجتهد است در سجلی که به وقفنامه نوشته است. زیرا که آنچه را که از برای خروج از شبهه از باب شرط ضمن العقد قرار داده، مشتبه است. و معلوم نیست که مقصود ایشان خروج از شبهه در چه چیز است. و گمان حقیر این است که دو چیز در نظر ایشان آمده از طریقه وقف واقف نسبت به دو دانگ دیگر مزرعه در وصایای مفصله که مخل است به حقیقت وقف: یکی اینکه از جمله وصایای محرره رد مظالم و استیجار صوم و صلات و تلاوت قرآن است. و اینها همه نفعی است که عاید واقف می شود. و شرط (کردن) آن منشأ، بطلان است بنابر مشهور و گویا ایشان مذهب ابن جنید را اختیار کرده اند، و از برای خروج از شبهه مخالفت مشهور از پی چاره رفته اند و چاره را این قرار داده اند که این را از باب (شرط ضمن العقد) کنند، نه داخل ماهیت وقف. پس اصل ماهیت وقف متحقق شده باشد به وقف بر سایر خیرات و مبرات، و منتفع شدن خود را از باب شرط خارج قرار داده باشند که دخیلی به ماهیت وقف ندارد. به جهت اینکه البته شرط در ضمن العقد غیر از نفس عقد است والا در ضمن عقد بودن آن بی معنی می شود. مثلاً هر گاه کسی خانه را بفروشد و در ضمن عقد بیع خانه شرط کند بایع، که مشتری هم اسب خود را به او بفروشد، بیع اسب مطلقاً مدخلیتی در ماهیت بیع خانه ندارد. و این شرط و الزامی است که از خارج شارع تجویز آن کرده. و بر این وارد است اولاً اینکه: چنانکه در تحقق حقیقت بیع تحقق امور چند لازم است - که بایع است و مشتری و عین معلومه و عوض معلوم و ایجاب و قبول - و بعد از تحقق مجموع، شرطی (را) در مابین ایجاب و قبول ذکر می کنند. پس همچنین در حقیقت وقف چند امر معتبر است: واقف و موقوف علیه و تأبید و تنجیز و اخراج از نفس بتمامها یعنی تمام ملک و منافع آن را از خود بیرون کند و برای مصرفی معین قرار دهد ابداً بدون تعلیق به شرطی. پس هر گاه واقف بگوید (وقف هذه المزرعة على وجوه الخیرات و المبرات و شرطت ان یصرف مقدار مأتی تومان من منافعها لاجل رد المظالم و استیجار

العبادات)، وناظری که متولی قبول است در امور عامه بگوید (قبلت الوقف والشرط)، پس باید به لفظ ایجاب قصد اخراج تمام موقوف و منافع آن (را) به سوی موقوف علیه کرده باشد، و بعد از آن ذکر کند شرطی را که مغایر اصل عقد است. ومفروض این است که در ایجاب، مقصود او اخراج تمام منافع و انحصار موقوف علیه در وجوه خیر و بر نیست. بلکه منظور دارد که بعض منافع آن از برای خودش باشد. پس در اینصورت وقف بعض عین و منافع کرده خواهد بود. نه تمام آن. ومفروض این است که بعض را معین نکرده، والا- بایست بگوید (وقف کردم نصف این عین مثلاً- و منافع آن را). واما مثل شروطی که جایز است در وقف از باب کیفیت تصرف، و تقسیم منافع، و ترتیب، و تسویه و امثال آنها: پس آنها داخل شرط ضمن العقد نیستند که مغایر عقد باشند بلکه آنها از باب بیان حقیقت موقوف علیه و تمام منافع عین موقوفه، هستند. واما مثل (شرط رجوع به خود هر گاه محتاج شود) یا (ادخال هر کس (که) بخواهد) چنانکه فقها تجویز کرده اند، پس آنها از باب شرط ضمن العقدند که تجویز آن از شارع رسیده. و منافات با تأبید و اخراج از نفس، ندارد. زیرا که تأبید و اخراج از نفس در طی ایجاب فی الجمله در نظر هست. یعنی منظور او این است که این عین و منافع بتمامها از نفس او خارج شود و ابداً از برای موقوف علیهم باشد مگر اینکه حاجتی رو دهد که در آن وقت اختیار رجوع داشته باشد. بخلاف مانحن فیه که در ضمن ایجاب قصد خروج تمام منافع از نفس خود برای وجوه خیر نکرده. پس حقیقت وقف در ضمن ایجاب وقف به عمل نیامده. و ثانیاً اینکه: چنانکه ذکر کرده اند در وجوه (لزوم شرط در ضمن عقود لازمه) اینکه آن شرط داخل احد عوضین می شود و به این سبب لازم می شود پس در اینجا هم می گوئیم که وقف از عقود لازمه است با انضمام قبض، مانند صدقه و هبه ذی رحم غیر معوضه، که شرط در ضمن آنها لازم می شود هر چند در طرف دیگر عوضی نباشد. بلکه می گوئیم که عوض، ثواب است. چنانکه بعض فقها استدلال کرده اند از برای لزوم صدقه به اینکه آن داخل هبه معوضه است، و چه عوضی است که بهتر از ثواب باشد (هر چند ما را در این، کلامی هست که در

کتاب هبه همین مجموعه بیان کرده ایم) و بنا بر این پس باز لازم می آید (وقف بر نفس وعدم خروج وقف از نفس واشتراط نفع از برای خود). پس این راه چاره فایده (ای) نکرد از برای خروج از شبهه مخالفت مشهور. وثالثا اینکه: عقد اصل است و شرط ضمن العقد تابع است. و مفروض تفصیل واقف، عکس این است. چون او عبادات را ذکر کرده و گفته است که (اگر چیزی فاضل آید صرف خیرات و مبرات کنند). پس چگونه ما اصل عقد را منصرف به خیرات و مبرات کنیم و آنها را از باب شرط قرار دهیم.

دوم (۱)، جهالت مقدار رد مظالم است. بلکه جهالت مقدار اجرت صوم و صلات. خصوصا با توزیع آن بر ده سال که تغییر وجه اجاره در سنوات محتمل است. و تعیین مقدار هم صعوبت دارد. چون معلوم نیست که در هر سال چه خواهد شد. بلکه جهالت گوشت و روغن و ادویه طعام و امثال آن نیز. و به این اشاره کرده است به قولش (إلی مأتی تومان). و توجیه این چاره به یکی از دو وجه می شود یکی آنکه تلاوت قرآن که مقدار آن و مقدار اجرت آن معین است، و صوم و صلات که هر چند اجرت آن معین نیست لکن مقدار آن معین است، اولاً مقدم دارد و از دویست تومان بردارد، تتمه را به رد مظالم بدهد. و وجه دوم اینکه اختیار را با متولی گذاشته باشد که مجموع دویست تومان را به این سه مصرف برساند. که ناسخ آن تفصیل خود واقف باشد. و بر این وارد می آید: امام بر وجه اول: اینکه گاه است تلاوت قرآن و صوم و صلات احاطه کند بر دویست تومان - هر چند این احتمال بعید است در مانحن فیه و لکن چون این چاره افاده عموم جواز آن می کند و در بسیاری از صور هست که احاطه از احتمالات ظاهر می شود - و در آنوقت از برای رد مظالم، چیزی باقی نمی ماند. و حال آنکه مقصود او حصول آن است. و اما بر وجه دوم (قطع نظر از آنکه نسخ خلاف اصل است. بلکه خلاف ظاهر کلام واقف و آن مجتهد) لازم می آید بر این، د.

ص: ۱۴۳

۱- مراد از دوم عبارت است از آن دو چیزی که در اوایل «مطلب دوم» فرمود که «و گمان حقیر این است که دو چیز در نظر ایشان آمده... یکی...» و این دومین است که شروع می کند.

تقدم تلاوت و صوم و صلوات بر رد مظالم، یا تسویه مابین آنها و حال آنکه رد مظالم واجب از حقوق مالیه است و از اصل مال خارج می شود، هر چند آن را در ثلث قرار بدهند. پس چگونه در اینجا مطلقاً عبادات را مقدم داریم که یا مستلزم تفویت رد مظالم شود یا تبعیض آن، و عدول به آنچه که جایز نیست عدول به آن. و از مجموع آنچه گفتیم ظاهر شد که آن مجتهد یا غافل شده است بالمره از حکایت شرط واقف نه عشر و نیم را از برای خود به حق التولیه، والا بایست چاره آن شبهه را هم کرده باشد و شبهه لن کمتر از اینها نبود. و یا اینکه نظر او به این بوده که فقها گفته اند که جایز است واقف از برای متولی چیزی قرار بدهد. و هم گفته اند که صورتی که خود متولی باشد جایز است که خود هم منتفع شود مانند متولی های دیگر. و جواب از این را مفصلاً بیان کردیم. و بیان کردیم که مقتضای کلام مشهور بطلان آن است. و خروج از شبهه مخالفت ایشان نیز ضرور بود. خصوصاً اینکه ابن ادریس قائل شده به عدم جواز تولیت واقف اصلاً، هر چند این شبهه ضعیف است و لکن اختیار قول ابن جنید هم بسیار ضعیف است. مطلب سوم: بنابر این که آن مجتهد سابق امضاء و تنفیذ این وقف کرده باشد، آیا جایز است از برای مجتهد دیگر که مخالف او است، نقض آن یا نه؟ -؟. بدانکه آنچه مشهور و معروف است مابین فقها و اصولیین این است که نقض حکم جایز نیست نه از برای خود آن مجتهد (هر گاه رأی او متغیر شود) و نه برای مجتهد دیگر و فرقی نیست در تحقق حکم مابین تحقق خصومت و وجود متخاصمین بالفعل که رفع نزاع به آن بشود و مابین ترقب حصول آن، مثل مانحن فیه. و نقض فتوی جایز است. و حقیر در این مسئله بسط زیادی در قوانین داده ام. و تحقیقات چند در آنجا شده که از خواص آن کتاب است. و حقیر نقض فتوی را هم در بسیاری از احکام جایز نمیدانم. و لکن عدم جواز نقض حکم و فتوی در صورتی است که بطلان حکم یا فتوای اول ظاهر نشود. و در تحقیق معنی ظهور بطلان هم سخن بسیار است و حاصل مختار در آن (چنانکه مرحوم آخوند ملا- احمد اردبیلی اختیار کرده) این است که ظاهر شود که مجتهد سابق مسامحه در اجتهاد کرده بوده است، و دلیل مسأله به حدی

واضح بوده که اگر تتبع تمام وبذل جهد به قدر وسع می کرد، به آن نحو حکم نمی کرد وفتوی نمیداد. والحاصل مراد ظهور بطلان حکم وفتوای سابق است نه مجرد تغییر رای. زیرا که تغییر رای مستلزم بطلان رأی سابق نیست. بلکه مستلزم مرجوحیت آن است علی الظاهر. و هر چند ظن حقیر در خصوص این مقام این است که غفلی از آن مجتهد حاصل شده و اگر نه بایست که چنین بنا گذارد. ولکن صاحب مسأله از من حکم به نقض یا عدم آن را خواش کرده و اینکه من بگویم آنچه او کرده باطل است حکمی خواهد بود از من به بطلان. و حکم بدون مرافعه صورت نمیپذیرد. و به مجرد کاغذ وقفنامه و امثال آن حکم نمی توان کرد. وفتوی دادن یعنی (اگر چنین است، چنین است. و اگر چنان است، چنان است) دخلی به حکم ندارد و از باب فتوی است. و نقض حکم بفتوی با وجود بقای خصمین بالفعل صورتی ندارد. و خصوصا اینکه عبارت آن مجتهد هم متشابه است، و از برای من به محض آن عبارت که در کاغذ نوشته شده علم حاصل نمی شود به حکم او، خصوصا که با آن مجتهد معاشرت نکرده ام و از طریق او در اصول و استنباط مطلع نیستم که توانم حکم کنم که: نظر به طریق او نبایست چنین حکم کند پس معلوم است که مسامحه کرده یا سهود و غفلت رو داده. مطلب چهارم در اشاره به بعضی از مواضع مسامحه در وقفنامه است: اول اینکه در وقف چهار دانگ که بر اولاد ذکور شده و بعد از انقراض، بر اناث، واقتصار بر این بلکه با تقیید به (الی ان یرث الله الارض) داخل وقف منقطع الاخر می شود. چون غالب انقراض اولاد است. و امر در این سهل است چون اظهر در آن صحت است و محمول است بر حبس. و دوم اینکه مجموع منافع چهار دانگ وقف اولاد را از روز وفات واقف تا دوازده سال تمام به سه نفر از زوجات او بدهند، و اینکه مبلغ پانزده تومان منافع آن را در سال اول به سه نفر صبیای او بدهند. و امر در این مشکل است، به سبب اینکه حقیقت این وقف راجع می شود به (منقطع الوسط) و موقوف علیه از اول ایام وفات، زوجات مزبوره اند. و بعد از آنها اولاد ذکور. و اگر تحدید به دوازده سال نبود باکی نبود. اما با تحدید به این مدت چون محتمل است که قبل

از انقضای مدت همه لن زوجات یا بعض آنها بمیرند، در آنوقت معلوم نیست که موقوف علیه کیست. ووقف با جهالت موقوف علیه باطل است هر چند در قدری از زمان آن باشد. ورجوع به خود واقف اگر منظور باشد در آن زمان آنهم صحیح نیست. واینهم معنی ندارد که موقوف علیه را بالاصاله اولاد ذکور بدانیم از اول امر ودادن به زوجات را از باب شرط ضمن العقد خارج. زیرا که معنی ندارد که موقوف علیه اولاد ذکور باشد و تا دوازده سال بالمره محروم از منافع باشد. مگر اینکه مراد واقف این باشد که در آن ظرف مدت، وقف به زوجات باشد و هر گاه همه آنها یا بعض آنها قبل از انقضای مدت بمیرند باز وقف بر اولاد ذکور باشد. وظاهر این است که مراد او هم این است.

۵۸: سؤال:

۵۸: سؤال: شخصی پنج شش نفر اولاد ذکور صغیرا و کبیرا داشته و شش دانگ ملکی هم داشته که چهار دانگ آن را وقف اولاد ذکور خود کرده، و به تصرف هم داده. و دو دانگ دیگر به رسم ثلث به جهت (مصارفی که ثواب آن عاید خودش شود) نیز وقف (کرده) که بعد از فوت اولادش از دو دانگ ثلث توقعی نکرده منافع دو دانگ به مصرف خیرات و مبرات که ثواب آن عاید خودش شود رسیده باشد. و در وقف و مصرف چهار دانگ اولاد نیز به استحضار و تجویز مرحمت و غفران مآب مجتهد بلد و رضای خاطر کبار ولد نه عشر و نیم حق التولیه را به جهت مصرف خود که متکفل اخراجات صغار اولاد نیز میبوده است مشخص (کرده) که بعد از وفات واقف نه عشر و نیم را موقوف علیهم متصرف، و نیم عشر دیگر را به صیغه حق التولیه متولی هر عصری به مصرف رسانند. واقف مزبور سه سال بیشتر در حیات نبوده متوفی شده است. در این باب وقفنامه چه مبسوطی قلمی و به مهر متکی ارائک الجنان جناب مجتهد الزمان حاجی سید حسین علیه الرحمه والغفران نیز رسیده. و وقفنامه جات دیگر هم به این مضمون سجل به خط شریف و خاتم منیف مرحوم سید می باشد. و حالا بعضی از ظاهر بیان کتب فقه که ملاهی رسمی باشد تشکیک در صحت چنین وقف می نمایند. چرا که حق التولیه را زیاده بر تعارف قرار داده اند. و حال آنکه مجتهد

عصر، اخراجات صغار ورثه را نیز که موقوف علیهم ومتولی بایست کارسازی و متحمل شوند، در نظر داشته است. لازم بود که حقیقت این مطلب به عرض بندگان عالی برسد که آیا وقف مزبور صحیح و واقف زیاده از اجرت را شغل ذمه موقوف علیهم می باشد؟ و یا اینکه واقف از منافع ثلث خود باید محروم گردیده و ثلث واقف را هم ورثه (به تقریب اشتباه کاتب در عبارت و یا سهود در تحریر مضمون) متصرف و موصی را محروم سازند. بینوا توجروا.

جواب:

جواب: ظاهر این است که حقیر هم از جمله ظاهر بینان و ملاهای رسمی باشم. و هر چند مقصد و مراد آن مجتهد مرحوم را علام الغیوب می دانند، ولیکن آنچه سائل در بیان مقصد ایشان ذکر کرده متدافع و متناقض، و مبتنی بر قاعده (ای) از قواعد فقها نیست، و باید ساحت مرتبت آن مجتهد مرحوم را از این خیالات منزله ساخت اولاً اینکه دو دانگ را به رسم ثلث وقف کرده که بعد از فوت او به مصارف خیرات او برسد. معنی این را نمیفهمم. اگر مراد این است که چون وقف از جمله منجزات است و هر گاه در مرض موت باشد از ثلث اعتبار می شود چنانکه اکثر علما گفته اند، پس (قطع نظر از ضعف این قول و اینکه اقوی خروج از اصل است) بر این وارد است که مقتضای این قاعده خروج مجموع وقف است از ثلث. نه اینکه خصوص وقف به جهت این خیرات و مبرات را از ثلث اعتبار می کنند. بلکه هر گاه وقف در حکم وصیت شد از ثلث اعتبار می شود، و هر چه در ذکر مقدم است آن را مقدم میدارند تا استیفای ثلث بشود. خواه وقف برای اولاد باشد خواه غیر، و خواه از برای نفع خودش. اینها همه بعد از قطع نظر از (بطلان وقف از حیث اشتراط منتفع شدن واقف) است. و بعد از قطع نظر از اینکه مفروض این است که این وقفها در مرض موت نبوده. و با قطع نظر از اینکه موقوف علیه دو دانگ در حال حیات واقف، معلوم نیست. و در وقف تنجیز شرط است و تعلیق به موت بی معنی است. مگر در وصیت به وقف، و آن خلاف مفروض است زیرا که مفروض وقف در حال حیات است. و اگر مراد این است که واقف وصیت کرده است که آن دو دانگ را بعد از حیات او وقف کنند، و مفروض این است که زاید بر ثلث نیست، پس این نیز خلاف ظاهر

سؤال سائل وصریح وقفنامه است بجهات شتی. و دیگر من علم غیب نخوانده ام که سهو کاتب چه چیز است، و مدعی چه سخنی دارد که در آخر سؤال نوشته است که (آیا به تقریب سهو کاتب واقف را باید از ثلث خود محروم کرد) و نفهمیدم که معنی (ثلث خود) چه چیز است. با وجود اینکه اینها همه منافی آن است که متمسک شده به آنکه مرحوم مغفور طاب ثراه این وقفنامه را، و سایر آنها را (با وجودی که از جمله محققین و حقیقت بین بوده اند و از جمله ظاهر بینان نبوده اند) سجل و ممهور نموده اند. چگونه شد که به این سهو کاتب که منشأ اختلاف حکم می شود بر نخورده اند. و ثانی اینکه از برای گریز از اینکه شرط نه عشر و نیم از برای حق التولیه از بابت (شرط انتفاع واقف به وقف) است و آن جایز نیست - علی المشهور الذی کاد ان یکون اجماعاً، که مخالف در آن به غیر ابن جنید کسی نیست - این معنی را ذکر کرده اند که به رضای کبار ورثه شده و اتفاق و تکفیل صغار هم در آن منظور شده بوده و اینکه مرحوم مغفور طاب ثراه نیز این معنی را در نظر داشته اند (وحاشا از ایشان که چنین معنی در نظر ایشان باشد) و به این رفع کرده اند سخن بعضی ظاهر بینان را که گفته اند که: این حق التولیه زاید بر متعارف است. این گریز را به هیچ طرف راهی نیست. و این چاره نفعی در تصحیح این قرار داد نمی کند. اما اولاً: پس به جهت اینکه آنچه فقها گفته اند که (از برای واقف هست که شرط کند تولیت را از برای خود) مراد ایشان این است که این را در جمله قرار داد وقف کنند و داخل ماهیت و حقیقت آن وقف خاص کنند نه اینکه وقف را به عنوان اطلاق کنند و وقف تمام شود و بعد از آن در مقام تعیین ناظر و متولی در آیند. و فرق میان این دو مقام هویدا و آشکار است. و در مقام اول مشهور میان علما، جواز آن است. بلکه دعوی اجماع بر آن شده، و مخالف در آن ابن ادریس است و آن ضعیف است. و اما مقام دوم: پس در آن خلاف عظیم است و اقوال متعدده هست. و ان اقوال مبتنی است بر مسأله انتقال ملک به موقوف علیه یا غیر آن. که گفته اند که بنابر اینکه ملک باز از برای واقف باشد ولایت از برای او خواهد

بود مطلقا، یعنی خواه وقف بر جهت خاصه باشد یا عامه. و بنا بر اینکه از برای موقوف علیه باشد، ولایت از برای او خواهد بود مطلقا. و شاید اینکه ملک از برای موقوف علیه باشد، هر گاه موقوف علیه جهت خاصه باشد مثل وقف اولاد. و از برای خدا باشد، هر گاه جهت عامه باشد مثل فقرا و مسجد و امثال آن. پس در صورت اولی تولیت از برای موقوف علیه است و در صورت ثانی از برای حاکم شرعی. و هر گاه این را دانستی، می گوئیم که: ظاهر این است که مراد واقف در شرط تولیت همان معنی اول است. یعنی شرط تولیت را از جمله شرایط حال وقف قرار داده، نه اینکه اختیار تولیت کرده از برای خود بعد از اتمام وقف بر وصف اطلاق. خصوصا با ملاحظه اینکه اشهر واقوی در مسأله انتقال ملک این است که منتقل می شود به موقوف علیه. خصوصا در جهت خاصه. پس در اینصورت مادامی که عقد وقف تمام نشده و ذکر شرایط آن به انجام نرسیده منتقل به موقوف علیه نشده. پس ذکر رضای کبار موقوف علیهم بی وجه است، و رضای آنها مدخلیتی در صحت تولیت و حق التولیه ندارد. و همچنین: درج کردن نفقه صغیر که واجب است بر او قبل از وقف، بر فرضی که منافع وقف موجب غنای او شود که مسقط نفقه باشد، هنوز عقد وقف تمام نشده که او را غنی کرده باشد. و ولی می خواهد که معاوضه کرده باشد. یعنی این مقدار از منافع وقف را برای خود بردارد که در عوض آن نفقه صغیر غنی خود را بدهد. و اگر بگوئیم که مراد سائل این است که از باب نفقه ولی باشد که از مال صغیر برمی دارد (که اقوی در اینجا این است که جایز است که به قدر اجرت المثل عمل در اموال و امور صغیر، بردارد خصوصا با فقر ولی) این نیز بی وجه است. زیرا که معنی اجرت بر عمل در مال صغیر و رتق و فتق امور او، غیر تولیت بر نفس وقف است. با وجود اینکه این نیز بعد از ثبوت ملک شدن این وقف است از برای صغیر. پس قبل از تحقق ملکیت، عملی از برای صغیر در ملک او متصور نیست که اجرتی از برای آن عمل قرار داده شود. پس ثبوت استحقاق حق خدمت از مال صغیر موقوف است بر مال شدن این ملک برای او، و مال شدن باری او موقوف است به اجرای صیغه وقف و تمام شدن ذکر شرایط آن، که از جمله آنها ذکر شرط

حق التولیه است. و این مستلزم دور است. و بر فرض اینکه این را از (دور حقیقی) اخراج کنیم و از باب (دور معی) بگیریم، می گوئیم که شبهه (ای) نیست که ولی از (باب) حق خدمت صغیر و تصرف در رتق و فتق امور او زیاده از اجرت المثل نمی تواند برداشت کرد. بلکه بعضی گفته اند مستحق قدر کفاف است. و بعضی گفته اند اجره المثل و بعضی گفته اند اقل الامرین. و بعضی از برای غنی منع کرده اند مطلقاً. و این چگونه اجرتی است که در ازای متوجه شدن همین ملک خاص نه عشر و نیم منافع آن را بردارد. و این فرع زیاده بر اصل است. و به هر حال ناخوشی های این سؤال بسیار است و توجه به آنها تضييع اوقات است.

۵۹: سؤال:

۵۹: سؤال: هر گاه املا-کی چند (را) واقف به جهت اولاد خود ذکور و اناث، نسلاً بعد نسل، موافق وقفنامه معتبره، وقف نموده. و حال اولادی ذکور و اناث از واقف باقی مانده. و املا-ک مزبوره به جهت نزاعی که در میان ورثه موقوف علیهم می باشد لم یزرع و خراب گردیده. و بعضی از ورثه موقوف علیهم اجحاف و زیادتی به بعضی دیگر می نمایند. و رسیدی که واقف به جهت هر یک مشخص نموده به ایشان نمیرسانند. آیا ورثه موقوف علیهم می توانند املاک مذکور را در معرض بیع، یا اینکه مفروز نمایند که هر یک از ورثه به حق خود رسیده باشند؟ قره به الی الله صورت مسأله را بیان فرمایند.

جواب:

جواب: اظهر و اشهر جواز بیع است در صورت مزبوره. و لکن قسمت وقف جایز نیست.

۶۰: سؤال:

۶۰: سؤال: کاروانسرائی هست خراب و منهدم در بلوک جعفر آباد، و از حیز انتفاع افتاده که به هیچ وجه من الوجوه صورت آبادی ندارد. و خاصیتی هم ندارد. معلوم نیست که آیا وقف بوده است یا طلق. و حال اراده هست که هر گاه می تواند شد، از آجر آن کاروانسرا مسجدی یا حمامی بسازیم یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر این است که در صورت مزبوره توان صرف مسجد کرد. و لکن چون مجهول المالک است به بازدید امنا و اهل خبره قیمت آن را به فقرا باید داد.

۶۱: سؤال:

۶۱: سؤال: ملکی را شخصی بر بقعه امام زاده وقف نموده است. و از تصرف واقف بیرون رفته شخصی متصرف شده است و ادعای ملکیت می کند. و از جمله

خدام بقعهء مزبوره کسانی هستند که مطلع بر وقفیت ملک مزبور هستند. آیا شهادت بعضی از خدام بقعه مزبوره (که مقبول الشهاده می باشند) بر وقفیت ملک مزبور بر بقعه مزبوره مثبت وقفیت ملک مزبور می شود؟ وشهادت آنها در اثبات این مطلب مسموع است؟ یا آنکه شهادت این اشخاص مسموع نیست (زیرا) که این اشخاص را شرعا مدعی می گویند -؟.

جواب:

جواب: اگر مدعی دیگری باشد وایشان شهادت دهند هم، قبول شهادت مطلقا محل اشکال است. زیرا که غالب این است که از موقوفات امثال این بقاع حصه ای به خدام می دهند. پس مورد تهمت خواهند بود. پس باید تفصیل داد که اگر شهادت ایشان مورد تهمت هست به سبب اینکه منشأ جر نفعی می شود - هر چند به این سبب باشد که به سبب معمور بودن آن بقاع، انتفاع به ایشان می رسد - قبول شهادت مشکل است. واگر معلوم باشد از خارج که مطلقا در شهادت ایشان جر نفعی نیست برای ایشان، قبول می شود. باقی الدعاء والسلام علیکم ورحمه الله و برکاته. والله العالم. تم کتاب الوقف.

ص: ۱۵۱

۶۲: سؤال:

۶۲: سؤال: هر گاه زید مجرای معینی ویا اراضی مشخصه را به عقد عمری به عمرو بدهد به مدت عمر عمرو. و عمرو بعد از آنکه زرع نموده قبل از رفع محصول فوت شود. آیا زرع موجود حال فوت عمرو مال ورثه عمرو است؟ یا زید (اگر در حیات باشد یا ورثه او)؟

جواب:

جواب: زرع مال ورثه عمرو است. ولکن ظاهر این است که زید یا وراث او توانند امر به ازاله او کنند. و اگر خواهند بگذارند و اجرت زمان بلوغ زرع را بگیرند. و این از باب عاریه ارض نیست از برای زرع و غرس که هر گاه صاحب زمین او را امر به ازاله کند، صاحب زرع مستحق ارش باشد. و نه از باب مغارسه، که آن نیز چنین است. به جهت آنکه در آنجاها مفروض آن است که اذن مالک حاصل بود به ابقاء زرع تا زمان حصا، و ابقای آن درخت مادامی که باقی است. بخلاف مانحن فیه که مدت اذن در تصرف محدود است و مفروض انقضای آن است.

۶۳: سؤال:

۶۳: سؤال: هر گاه کسی ملکی را به عقد عمری به کسی بدهد به هر سالی به مبلغ معینی. و آن شخص ملک را زرع نموده و قبل از رفع محصول، زارع فوت شده. صاحب ملک می خواهد ملک خود را ضبط کند. و وراث آن شخص بعضی صغیر و بعضی کبیر. صاحب ملک را می رسد ازاله زرع یا نه؟ -؟ و هر گاه مطالبه زاید بر اجرت المثل کند در گذاشتن زرع تا اوان حصا، می تواند یا نه؟ -؟.

جواب: در عقد عمری شرط اجرت و عوض، معنی ندارد. بلکه عمری از باب وقف است که (تحییس اصل است و تسبیل منفعت). و هر گاه خواهیم این را مندرج در مزارعه یا اجاره کنیم (با وجودی که خلاف صریح لفظ است) آن نیز باطل است. به جهت آنکه تعیین مدت در این هر دو شرط است، و مدت عمر معمر مجهول است. پس بنابر این مالک مستحق اجرت المثل ایام تصرف است نه آنچه خود تعیین کرده. و چون اذن تصرف از جانب مالک بیش از ایام معمر نشده می تواند قبل از انقضای مدت حصاد ازاله زرع کند. و می تواند که اجرت بگیرد. و آن موقوف است به رضای مالک، او را اجبار به اجرت المثل نمی توان کرد. و بهتر آن است که مطالبه بیش از اجرت المثل نکند و بگذارد که زرع برسد.

۶۴: سؤال:

۶۴: سؤال: چه می فرمایند در باب ارثی که هنوز تقسیم نشده باشد ومشترک است در میان صغیر وکبیر. ویکی از وراث حصه خود را به مادر خود هبه نموده است که بگیرد. آیا این هبه صورت دارد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هبه مال مشترک ومشاع بقدر الحصة جایز است. وچون هبه به مادر شده (لازم) هم هست. واما اقباض شرط است، وهبه بدون اقباض لزوم ندارد. واقباض مشاع در هبه مثل اقباض مبیع مشاع است که کسی بفروشد. واز جانب صغیر، ولی شرعی او باید اذن در قبض بدهد تا قبض به عمل آید.

۶۵: سؤال:

۶۵: سؤال: هر گاه شخصی حقی بر ذمه شخص دیگر داشته باشد وآن حق را ابراء نماید، یا به عوض قلیلی هبه نماید. وجمعی شهود هم باشد بر ابراء مزبور. بعد از مدتی رجوع می تواند کرد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه آن حق عین نباشد ودر ذمه آن شخص باشد، به محض ابراء ساقط می شود (خصوصا با قبول آن شخص دیگر) ودیگر رجوع نمی تواند کرد. واما اگر عین باشد پس ابراء منصرف می شود به هبه. ودر هبه هر گاه ذی رحم ومعوضه نباشد مادامی که عین در ید او باقی است رجوع می تواند کرد. و هر گاه هبه ذی رحم و (یا) معوضه باشد وعوض را هم گرفته باشد، دیگر رجوع نمی تواند کرد.

۶۶: سؤال:

۶۶: سؤال: هر گاه زید مطالبه میراثی از عمرو نموده باشد از اعیان، واعیان

مزبوره در تصرف عمرو باشد، وزید مذکور به عمرو ابراء نماید، به محض ابراء حق زید ساقط است؟ آیا می تواند در تانی عود نماید؟. و هر گاه حق مزبور را زید به عمرو هبه نماید به عوض، وچند نفر هم شاهد باشد، آیا می تواند زید مزبور رجوع نماید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه هبه معوضه (باشد) با شرایط، به اینکه عوض را گرفته باشد و ایجاب و قبول لفظی حاصل شده باشد (به هر لفظی که باشد) و به ثبوت شرعی برسد، لازم است. والا، فلا. و هر گاه عمرو ذی رحم باشد (۱) و قبول هم از او حاصل شده باشد، رجوع نمی تواند کرد. و اگر (ذی) رحم نباشد مادامی که عین در ید او باقی است، رجوع می تواند کرد. به جهت آنکه لفظ ابراء در اینجا منصرف به هبه می شود. و هبه غیر ذی رحم و غیر معوضه، لازم نیست والله العالم.

ص: ۱۵۶

۱- اگر هبه غیر معوضه هم باشد.

۶۷: سؤال:

۶۷: سؤال: هر گاه زید یک دانگ از آب معین هبه کند به عمرو ولد خود با املاک و باغات. و املاک و باغات زید در آن قریه زیاده بر آب او است. والحال عمرو می گوید که تو یک دانگ از آب و ملک به من داده ای من از همه ملک یک دانگ را میگیرم. وزید می گوید: به قدر آب ملک بگیر و زرع کن. وصیغه هبه بر مطلق آب و ملک جاری شده. و تعیین نشده (؟).

جواب:

جواب: هر گاه این ملک تعلق به آن آب دارد (۱) که تابع آن باشد در خرید و فروش، که هر وقت گویند (یک دانگ آب و ملک را فلان کس فروخت) مراد مجموع یک دانگ آن زمین باشد، در اینجا قول عمرو مقدم است. و هر گاه در صورت مزبوره گفته باشد که (یک دانگ آب و به قدر آنچه این آب کفایت آن کند از زمین تابع آن به تو بخشیدم) در این صورت عقد هبه باطل است، به سبب جهالت عین موهوبه. و همچنین هر گاه آن زمین تابع آب نباشد، و آب، ملکی که متعلق به آن باشد و تابع آن باشد، ندارد، و لکن واهب املاک علی حده دارد. و یک دانگ آب با هر قدر زمین که از آن شرب شود به او ببخشد، آن نیز باطل است. به جهت جهالت. خصوصا اینکه غالبا امر آب مختلف است به حسب اوقات و سنوات.

ص: ۱۵۷

۱- عبارت نسخه: هر گاه این آب و ملک تعلق به آن دارد.

و آنچه فرموده اند که در هبه جهالت ضرر ندارد، آنجائی است که عین موهوبه محدود و معین است، لکن کیل و وزن و ذرع آن معلوم نیست. مثل یک جوال گندم یا چند رأس گوسفند حاضر را ببخشد و هیچکدام ندانند که عدد و کیل آن چند است. خصوصاً هر گاه متهب نداند و واهب داند ضرر ندارد. بلی، هر گاه بگوید (یکی از این دو گوسفند را به تو بخشیدم، یا یکی از این دو باغ را) در اینجا صحیح نیست، علی الاقوی. چنانکه علامه در کتاب احیاء موات تحریر تصریح کرده که صحت هبه مشروط است به تعیین و معلومیت عین موهوبه. و متفرع کرده است بر آن اینکه هر گاه صاحب معدن اذن دهد به شخصی که (عمل کن در آن و هر چه در آید از تو باشد) گفته است که برای عامل اجرتی هم نیست. چون عمل از برای خود کرده، و آنچه بیرون آمده است هم مال مالک است. و همچنین هبه زرع مجهول. و در آخر اختیار این کرده که آن از باب اباحه باشد، و مادامی که عین آنچه بیرون آمده باقی است می تواند رجوع کند. و شهید در قواعد نیز تصریح کرده که هبه مجهول مطلق، صحیح نیست، مثل اینکه بگوید (به تو بخشیدم یک چیزی را). و همچنین هر گاه بگوید (بخشیدم به تو دابه ای از دوابم یا (درهمی از آنچه در کیسه من است) بدون تعیین. و لکن جهالت در کیل و وزن یا وصف ضرر ندارد. و علامه در تذکره اختیار کرده است جواز هبه مجهول را مثل اینکه بگوید: بخشیدم به تو یک گوسفند از گله ام را، یا یک قطعه از زمینم را، چنانکه در نذر و وصیت جهالت مضر نیست، پس هبه مجهول صحیح است هر گاه قبول به عمل آید و تعیین کند مالک هر چه خواهد از گله و زمین بعد از هبه و به قبض بدهد. و قولی نقل کرده است که هر گاه جهالت از برای واهب باشد ضرر دارد. و اما هر گاه برای متهب باشد ضرر ندارد. و تحقیق مقام این است که مثالهای مذکوره در کلام ایشان خالی از خلط نیست. و حق این است که بخشیدن گوسفندی از گله و قطعه (ای) از زمین و درهمی از کیسه و امثال آن اگر معین است نزد مالک (و) مجهول است نزد متهب پس ظاهر صحت است. چون غرری لازم نمی آید و مندرج تحت عمومات است. و

همچنین هر گاه مراد او گوسفندی از گله باشد به این قصد که (هر فرد را معین کنم به اختیار من باشد) اینهم ضرر ندارد، و نقل کلی صحیح است چنانکه نقل جزئی صحیح است. چنانکه در بیع سلف. و چون در بیع سلف غرر از طرفین حاصل می شود به سبب جهالت، شرط کرده اند تعیین مبیع را به وصف و وزن و مدت. و چون در اینجا مدتی نیست غرری هم نیست (چون تبرع محض است) پس همان قدر که امکان تعیین دارد کافی است در صحت. و اما جهالت وزن و ذرع در عین موهوبهء مشخصه پس در آن اشکالی نیست. پس آنچه مضر است آن است که به هیچوجه تعیین نداشته باشد در نفس الامر و از برای واهب هم ممکن نباشد تعیین از باب اتیان کلی در ضمن فرد، مثل مانحن فیه. و مثل اینکه بگوید (هر قدر زمین که به میراث به فلان کس برسد از املاک پدرش، من به همان قدر از زمین خودم به تو بخشیدم) و حال آنکه معلوم نیست که پدر آن شخص چه قدر ملک دارد، و چه قدر ملک در تصرف او خواهد ماند تا بمیرد، و چند نفر از اولاد او خواهند مرد، یا چند نفر دیگر خواهد بهم رسید. و مثال تحریر در معدن هم از این قبیل است. و اما مثال های قواعد و تذکره: پس حال آنها را دانستی که ظاهر این است که مضر نباشد. و بعض فقها از این باب گفته اند هبه آنچه در شکم حیوان است از ولد و آنچه شیر که در پستان است. و این خالی از اشکال نیست. (۱) و شاید وجه آن این باشد که داخل معامله غرر است، و گاه است که اگر مقدار را واهب بداند و خوبی ولد را به نهایت اعلا بداند راضی نباشد. مثل کره اسبی که در شکم مادر است گاه است که صد تومان بپردازد و واهب غافل از این است. و همچنین از این طرف چون متهم متحمل منت می شود گاه است اگر داند که آن ولد و شیر قابلیت ندارد راضی نشود. و به هر حال مسأله ما از بابت جوال گندم و چند رأس گوسفند موجود، نیست که

ص: ۱۵۹

۱- ممکن است اصل عبارت به صورت زیر بوده: هبه آن چه در شکم حیوان است از ولد و آن چه شیر که در پستان است خالی از اشکال نیست.

صحیح باشد و نه از باب هبه گوسفندی از گله. بلکه اصل عین موهوبه مجهول است. و به هر حال ظاهر این است که هبه آب صحیح است، اشکال در صحت هبه زمین است. و ذکر هر دو با هم در عقد واحد ضرر ندارد والله العالم.

۶۸: سؤال:

۶۸: سؤال: هر گاه شخصی کتابهای خود را به دو پسر خود ببخشد یکی کبیر و دیگری صغیر. و از جانب صغیر تصرف کند و به تصرف کبیر ندهد. و بعد چند وقت به کبیر بگوید (کتاب ها را به تو بخشیدم) بدون استثنای حق صغیر. و بعد از چند وقت فوت شود در حینی که همه کتابها در تصرف خود او بوده. و بعد از آن دفتری از او ظاهر شود که بعد از زمان هبه باز کتابها را در جمله اموال خود نوشته. و بعضی از ورثه بعد از بلوغ صغیر قدری مال به او قرض داده اند و آن صغیر بالغ فوت شده. آیا کتابها مال کیست؟ و پسر بزرگ که وصی او است چه کار کند؟ و طلبکارها از مال صغیر از بابت کتابها یا غیر، می توانند حق خود را بردارند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هبهء مشاع صحیح است. و عدم تعیین حصه در حین هبه مستلزم تسویه است میان آن دو پسر. و قبض و تصرف ولی از جانب صغیر کافی است و نصف مشاع کتابها مال صغیر است و هبه او صحیح و لازم است. و نصفه حصه کبیر چون قبض به عمل نیامده تا واهب فوت شده لزوم ندارد جزما، بلکه باطل است. چون اظهر در نظر حقیر این است که قبض شرط صحت است، چنانکه اشهر هم هست. و چنانکه اصل هم این است، و دعوی اجماع هم ظاهرا در تذکره بر آن شده. و از ظاهر کلام دروس هم ظاهر می شود، و بعضی اخبار معتبره ظاهر الدلاله بر آن دلالت دارد. و استدلال دیگران به عمومات (اوفوا بالعقود) و امثال آن با وجود عدم لزوم هبه غالبا، بی وجه است. و همچنین اخباری که به آن استدلال کرده اند با وجود منع دلالت آنها رأسا، یا ضعف دلالت، موافق تقیه هم هستند (چنانکه شیخ (ره) تصریح کرده) و مقاومت با ادله مشهور نمی کنند. و وصی هر گاه علم دارد به طلب طلبکار، و امکان ابراء ذمه نباشد، می تواند بدون قسم ادای دین او بکند. و هر گاه محتمل باشد که طلبکار او را برئ الذمه کرده باشد، پس اگر وصی خود مجتهد عادل است (قسم استظهاری) بدهد و ادای طلب

بکند. والا پس ممکن نیست الا به ثبوت به بینه در نزد حاکم. و هر گاه خود وصی طلب ثابت دارد، از باب تقاص می تواند بردارد. و همچنین سایر وراث.

۶۹: سؤال:

۶۹: سؤال: هر گاه کسی ملک معینی را به اولاد خود هبه معوضه نماید و قبالة بنویسد به این مضمون که فلان ملک را به عوض معین فلان، هبه نمود به فلان. و قبض و اقباض از طرفین واقع شد. و اقرار و اعتراف نمود مالک مزبور به هبه و اخذ عوض و اقباض ملک. و بعد از آن به صیغه اجاره عمری قبول نمود و اهب مزبور ملک مزبور را از متهم مذکور به مال معینی. الحال بعضی تشکیک می کنند که چون اجاره عمری باطل است به جهت جهالت مدت، پس قبض و اقباض به عمل نیامده، و به این سبب هبه باطل است. آیا با وجود اقرار به قبض و اقباض و عقد اجاره که آن را صحیح می دانسته و الحال بطلان آن ظاهر شده، مواهبه باطل می شود یا نه؟ -؟ و هر گاه و اهب فوت شده و ورثه او این ادعا را می کنند، مسموع است یا نه؟ -؟ و بر فرض بطلان آن اجاره وصحت مواهبه، اجرت المثل ایام سابقه را متهم از مال و اهب می تواند مطالبه نماید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: این صورت سؤال خلط و مغالطه و تزویر است. اولاً اینکه کاغذ و نوشته به خودی خود حجت شرعی نیست، پس اگر از خارج به ثبوت شرعی برسد عقد مواهبه با قبض و اقباض، به بینه عادل، یا به اقرار و اعتراف مدعی علیه، یا به بینه بر اقرار مدعی علیه بر آن، مواهبه صحیح است و اشکال در آن نیست. و چون اجاره عمری فاسد است، متهم مستحق اجرت المثل ایام تصرف است که از و اهب یا مال آن بگیرد. پس دیگر سؤال از بطلان هبه به جهت عقد اجاره عمری معنی ندارد. و گمان حقیر این است که مدعی عاجز است از اثبات قبض و اقباض. و وقوع عقد اجاره مذکوره مسلم طرفین است و مدعی که متهم باشد می خواهد از راه عقد اجاره قبض را اثبات کند، چون این هم نوع تصرفی است در مال موهوبه. و منکر که و اهب است یا سایر ورثه او می خواند بگویند که این تصرف فاسد است پس منشاء اثر نمی تواند شد پس هبه بر هم می خورد. و تحقیق این است که بیع و اجاره و امثال آنها از عقود، مصداق تصرف می شوند، و قبض به آنها حاصل می شود. هر چند در صحت خود آن عقد اشکال هست

هر چند بالذات صحیح باشد از جهت آنکه (بیع قبل از قبض) است و (اجاره قبل از قبض) است. به جهت آنکه قبض به آن حاصل می شود نه اینکه بعد از قبض واقع شده است. پس همین، ثمره از برای حصول قبض می کند. (۱)

پس هر گاه در مانحن فیه تحقق قبض به همین عقد اجاره عمرای فاسد، شده باشد ظاهر این است که مواهبه صحیح و لازمه باشد. و اینکه بعضی ها گمان کرده اند که چون این قبض فاسد است بر آن ثمره مترتب نیست - چنانکه شهید ثانی ذکر کرده است در مسأله اینکه هر گاه مالی در دست غاصب باشد و مالک آن را به او بفروشد یا ببخشد، آیا اذن جدید در قبض ضرور است یا نه. اختیار لزوم اذن جدید کرده به همین جهت که آن قبض اول فاسد است و بر آن اثری مترتب نمی شود. بر او وارد است: اولاً: که فساد قبض به معنی عدم ترتب ثمره مطلقاً، اول کلام است و مصادره است. و ظاهر این است که مراد او این است که قبض اول حرام (است) و بر حرام اثری مترتب نمی شود. در اینصورت مصادره و (دور) از او بر طرف می شود. لیکن بر او وارد است منع از اینکه حرام منشاء ترتب آثار نمی شود. آیا نمی بینی که وطی زوجه در حال حیض حرام است و منشأ لزوم مهر و غسل و غیره می شود.

۷۰: سؤال:

۷۰: سؤال: هر گاه زوجه حقوق شرعیه خود را به زوج خود از صدق و غیره هبه کند با این لفظ که بگوید که (من حقوق خود را به تو بخشیدم) آیا ممضی است یا نه؟ -؟ و در صورت امضا رجوع می تواند کرد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اگر صدق عینی باشد و به قبض او بدهد یا در دست شوهر باشد و شوهر هم قبول هبه کند، اظهر جواز رجوع است مادامی که عین باقی است. و هر گاه دینی باشد بر ذمه زوج، به لفظ هبه ابراء آن صحیح است و لازم است و رجوع نمی تواند کرد. و ظاهر این است که در اینجا قبول شرط نیست. و از اینجا حکم سایر حقوق و اموال عینی و دینی ظاهر می شود از نفقه و کسوه و غیر آن از اموال،

ص: ۱۶۲

و حکم همه یکی است. و اما مثل (حق قسم بین زوجات) مثل مضاجعه و مواقعه، و نفقه و کسوه آینده و غیر آن، پس بخشیدن آن حقوق اگر چه جایز است (بلکه به عنوان معاوضه هم صحیح است) لکن هر گاه محض هبه باشد - مثل اینکه بگویند (حق مضاجعه خود، یا نفقه آینده را به تو بخشیدم) - در آن رجوع می تواند کرد. پس هر گاه حق مضاجعه خود را به زوج ببخشد یا به خبوی خود ببخشد و در نصف شب پشیمان شود و زوج خبر شود باید بیرون بیاید. با جود اینکه قبض در اینجاها هم هنوز به عمل نیامده است.

۷۱: سؤال:

۷۱: سؤال: آیا در هبه شرط مشروع یا غیر مشروع صحیح است یا نه؟ - و بر فرض صحت و انعقاد هبه، هر گاه به شرط وفا نشود آیا هبه بر صحت خود باقی است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه هبه لازم است مثل هبه ذی رحم، و شرط مشروع (است)، صحیح و لازم است. و با ترک آن مسلط بر فسخ می شود. و هر گاه هبه جایز است، شرط (نیز) جایز است. و ثمره هم ندارد. و این از باب وعده می شود که مشهور استحباب وفا به آن، است. و هر گاه برگردانیم مشروط را به این معنی که (این را بخشیدم به تو که مال تو باشد به این شرط که این کار را بکنی). نه مثل سایر شروط ضمن العقد که شرط و عقد از یکدیگر متمایزند و عقدی است و شرطی، نه عقدی به شرطی، پس در آنصورت هبه باطل می شود چون تعلیق در اصل ایجاب می شود. اما شروط فاسده: مثل آنکه خلاف مقتضای عقد باشد. مثل اینکه بگویند (و هبتک و شرطت علیک ان لا تبعها ولا تهیها) پس در اینجا شرط فاسد است و در فساد عقد دو وجه بلکه دو قول است، و اظهر بطلان عقد است.

۷۲: سؤال:

۷۲: سؤال: چه می فرمایند در این مسأله شرعیه که هر گاه شخصی در مرض الموت هبه و بخشش نماید کل مال خود را به شخصی در حال صحت عقل. آیا این هبه معتبر و صحیح است از اصل مال یا از ثلث؟ -؟ و آیا در لزوم این مواهبه شرط است تصرف متهب در مال یا نه؟ -؟ و بر فرض اشتراط، آیا تصرف در بعضی در حکم تصرف در کل است یا نه؟ -؟ و هر گاه واهب موهوب را به تصرف متهب بدهد و

متهب او را در اطاق واهب در دولابه (۱) گذاشته و کلید آن دولابه را خود متهب بردارد، آیا این را تصرف معتبر در شرع می گویند یا نه؟-؟ و هر گاه واهب یورتی (۲) را به متهب هبه نموده باشد و رفع موانع از تصرف متهب نموده (به این معنی که متهب در آن یورت آمد و شد کند و واهب مانع او نشود و لکن واهب به جهت ناخوشی و بیماری در آن یورت خوابیده باشد) آیا این را تصرف متهب می گویند یا نه؟-؟.

جواب:

جواب: بلی هبه صحیح است. و اظهر این است که در تمام مال صحیح است و منحصر در ثلث نیست. و تصرف و قبض در مطلق هبه شرط است و بدون آن لزومی ندارد. و اگر قبل از اقباض بمیرد هبه باطل می شود. مگر آنکه متهب صغیر باشد و واهب ولی (او) باشد که قبض ولی قبض صغیر است و ضرور به قبض علی حده نیست. و قبض بعض در لزوم کل کافی نیست. و در منقولات همان اخذ به ید (بخصوص به این نحو که در جائی مضبوط کند) کافی است هر چند در خانه واهب باشد. و همچنین در اقباض یورت تخلیه ید و رفع مانع از تصرفات کافی است هر گاه به قصد اقباض بوده و خوابیدن خود را در آنجا مانع از تخلیه نمی دانسته. و ظاهر این است که هر گاه بگوید (خانه از تو و تصرف کن و بیا و برو و لکن من هم چند روزی در اینجا هستم چون بیمارم) یا آنکه در عرف و عادت مضایقه از بودن آن در آن مکان نمی شده و می گفته اند که به تصرف او داده، کافی است. و شاید که این از باب اقباض صندوق باشد با وجود آنکه متاع واهب در آن باشد.

۷۳: سؤال:

۷۳: سؤال: هر گاه شخصی در طفولیت از بلده (ای) به بلده دیگر رفته باشد، و بعد از توطن مدت پنجاه سال تقریباً، در آن بلد فوت شود. و آن را ترک کرده باشد و در بلده توطن او را وارث نباشد. و در حیات خود هم لن شخص اقرار نموده باشد که مرا وارثی نمی باشد. آیا بعد از وفات او لازم است که در قریهء تولد آن تفحص و تجسس از وارث او بشود تا قطع به وجود یا عدم وارث بهم رسد؟ یا آنکه مال او را بهق.

ص: ۱۶۴

۱- دولابه: گنجی کوچک تعبیه شده در دیوار. دولاب، دولابچه، نیز گفته شد.

۲- یورت: اتاق.

فقرا و مساکین باید داد؟ و هر گاه باید آن را به فقرا و مساکین داد آیا به فقرا و مساکین بلده (ای) که آن شخص در آن فوت شده بایست داد؟ یا آنکه به مطلق فقرا و مساکین می توان داد؟. وبعد از آنکه آن مال به فقرا داده شد هر گاه وارثی ظاهر شود آیا حقی دارد یا نه؟ -؟ و بر فرض ثبوت حق، از چه وجه حق آن وارث داده می شود؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که محض اقرار او به عدم وارث کافی نیست در نفی وارث. و به مقتضای اخبار بسیار باید تفحص از وارث او گردد به حدی که در عرف و عادت اگر وارثی میبود ظاهر می شد. وبعد از یأس از وارث، اظهر و اشهر این است که باید تصدق کرد به فقرا. (۱) و بهتر این است که به اذن حاکم شرع باشد. (۲) و دلیلی بر وجوب تعیین فقرای بلد نیست. بلی بهتر است صرف به فقرای بلد، مگر آنکه فقرای خارج بلد احوج باشند. و ظاهر این است که این وجه را به سادات هم می توان داد. و اظهر این است که بعد از عمل به مقتضای تکلیف هر گاه وارثی ثابت شود ضمانتی بر متصرف نباشد. والله العالم.

۷۴: سؤال:

۷۴: سؤال: آیا مطلق هبه مقتضی لزوم عوض، هست یا نه؟ -؟ و بر فرضی که باشد، فرقی مابین تصریح به عوض در حال عقد هبه یا اطلاق عقد و لحوق عوض بعد از آن هست یا نه؟ -؟. و هر گاه شخصی بعضی از اموال محرمه (را) هبه کند به شخصی، و آن شخص نیز در ازای این هبه، از مال حلال خود چیزی بفرستد از برای آن واهب، آیا این عوض حرام است یا حلال؟ -؟.

جواب:

جواب: بدان که خلاف کرده اند در اینکه مطلق هبه مقتضی ثواب هست یا نه یعنی محض بخشیدن مال به کسی موجب این می شود که متهب در عوض آن چیزی ببخشد به واهب یا نه. و اشهر و اقوی این است که مطلق هبه مستلزم عوض نیست. به جهت اصل و عمومات و عدم دلیل بر وجوب آن. و بعضی گفته اند کھت.

ص: ۱۶۵

۱- در بیست و هفتمین مساله از مسائل کتاب المیراث همین جامع الشتات فرموده است «در اینجا اذن حاکم که نایب امام است شرط است... این کار را بدون اذن حاکم نکنند با وجود امکان». در بعضی از مسائل گذشته هم دیدیم که فرمود «ارث من لا وارث له، مال امام است» ولیکن در اینجا با لفظ «بهتر» آورده است.

۲- در بیست و هفتمین مساله از مسائل کتاب المیراث همین جامع الشتات فرموده است «در اینجا اذن حاکم که نایب امام است شرط است... این کار را بدون اذن حاکم نکنند با وجود امکان». در بعضی از مسائل گذشته هم دیدیم که فرمود «ارث من لا وارث له، مال امام است» ولیکن در اینجا با لفظ «بهتر» آورده است.

مطلقا مستلزم لزوم عوض هست، پس واجب است بر متهب که عوض بدهد و هر چند که واهب نطلبد. و ممکن است که مراد او این باشد که لزوم آن موقوف است به عوض. چنانکه در مسالك گفته است. پس مخالف مشهور نخواهد بود. و ابو الصلاح گفته است که (هبه ادنی به اعلی مستلزم وجوب عوض هست، نه غیر آن. نظر به اقتضای عرف که بدون عوض راضی نیست. پس جایز نخواهد بود از برای اعلی تصرف در آن الا به عوض مثل آن یا بیشتر). و بنا بر مشهور یا این است که واهب شرط می کند عدم عوض را، یا شرط می کند عوض را، یا اطلاق هبه می کند وساکت می شود. اما بنا بر اول پس اشکالی نیست در اینکه عوض لازم نیست. و هر گاه هبه به ذی رحم یا به قصد تقرب و امثال آن نباشد مادامی که عین باقی است واهب رجوع می تواند کرد. و اگر شرط عوض کند، ظاهرا خلافی در صحت آن نیست. پس یا این است که معین می کند عوض را، یا مطلق می گوید. پس اگر معین کرد لازم است که همان را بدهد. به این معنی که اگر متهب لن را بدهد و او هم قبول کند (هبه) لازم می شود، و اگر ندهد (واهب) مسلط بر فسخ است. پس مراد از اینکه گفتیم (لازم است که بدهد) این است که اگر خواهد هبه لازم باشد باید بدهد، نه مطلقا. و بر متهب هم واجب نیست که بدهد. یعنی اگر خواهد همان عین را رد می کند و عوض را نمی دهد. و ظاهر این است که هر گاه متهب عوض را بدهد تا واهب قبول نکرده است، لزوم ندارد. چون این به منزله هبه تازه ای است و مطلقا اخبار هم دلالت دارد بر جواز رجوع مادامی که عوض داده نشده باشد. و بر او واجب نیست قبول، بلکه هر گاه قبول بکند و هنوز قبض نکرده باشد هم می تواند بر هم زند. و چون معلوم نیست که این از عقود لازمه باشد قبل از قبول و قبض، نمی توان به عموم (اوفو بالعقود) استدلال کرد بر لزوم، چنانکه بعضی گمان کرده اند. و همچنین نمی توان به مثل صحیحہ عبد الله بن سنان استدلال کرد که در آنجا فرموده اند (تجوز الهبه لذوی القربی والذی یناب عن هبته، ویرجع فی غیر ذلک

ان شاء) (۱)، زیرا که حصول ثواب و عوض قبل از قبول و قبض، ممنوع است. و همچنین در حدیث صحیح دیگر که (اذا عوض صاحب الهبه فلیس له ان یرجع). (۲)

و اما هر گاه عوض را واهب در وقت هبه معین نکند و شرط مطلق عوض بکند: پس ظاهر این است که صحیح است وجهالت در اینجا مضر نیست. و ظاهر مسالک دعوی اجماع است بر آن. و تعیین آن بعد از عقد موقوف است، یا بر تراضی طرفین، یا رجوع به مثل یا قیمت. و هر گاه تراضی واقع نشود به کمتر از عین موهوبه و متهب خواهد که لازم شود باید مثل یا قیمت را بدهد. و مادامی که متعین نشده متهب مختار است مابین رد یا عوض دادن مثل یا قیمت. چنانکه واهب هم مختار است مابین رد و قبول، و از مساک ظاهر می شود که از طرف متهب لازم است و نمی تواند وفا به شرط نکند. و در کفایه این را قولی قرار داده. و شاید نظر صاحب مسالک به این باشد که چون هبه منشأ حصول ملک است از برای متهب پس خواه همان عین را رد کند یا عوض را، صادق است که نمی تواند فسخ هبه کند. چون هبه معوضه است نسبت به او و لازم است. چنانکه قبل از این در مباحث سابقه گفته بود که (ولا فرق فی العوض بین کونه من بعض الموهوب و غیره، عملاً بالاطلاق ولانه بالقبض بعد العقد مملوک للمتهب فیصح بذله عوضاً عن الجملة) و عبارت مسالک در این مقام نیز این است (ویشکل با نه من طرف المتهب لازم ولا يجوز له الفسخ بنفسه و ان لم یبذل المشروط. و تخیره بین بذل العین والثواب المشروط، لا ینافیہ وانما یظهر جوازہ من قبل الواهب خاصه) و نظر او به همان معنی است که گفتیم. یعنی رد عین همان عمل به مقتضای شرط است پس نمی تواند فسخ کند به این نحو که هیچ ندهد. بخلاف واهب که فسخ می کند و هیچ نمی دهد. و عبارت کفایه این است که (وہل یجب علی المتهب الوفاء بالشرط، او له

ص: ۱۶۷

۱- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶، ح ۱، و نیز باب ۹، ح ۳.

۲- همان، باب ۹، ح ۱.

الخییر فیه وفی رد العین. فیه قولان). وندانستم منظور او از قول اول کدام است. اگر مراد اشکال مسالک است، آن بی وجه است، ومعنی آن لزوم وفا به نفس شرط نیست. و اگر در جای دیگر آن قول را دیده است پس دلیل آن واضح نیست. و تحقیق همان است که محقق و دیگران گفته اند. عبارت محقق این است که (ولا یجبر الموهوب علی دفع المشترط بل یکون بالخیار) یعنی مختار است مابین دفع مشترط و رد عین. و اشکال صاحب مسالک هم بنابر آنچه ذکر کرده است مثمر فرقی نیست، و در ثمره با قول محقق یکی است. بخلاف کلام صاحب کفایه. پس باید آن قول و دلیلش را بیان کند. و به هر حال مختار و اظهر تخییر او است (مادامی که وفا به شرط نشده و قبول و قبض و اهب به عمل نیامده) مابین عمل به شرط و رد عین. و در اعتبار قیمت در حین قبض، یا در حین دادن عوض، دو قول است. و شاید اول اظهر باشد. و اما اگر در حین عقد شرط عوض نشود نه مطلقاً و نه معیناً و لکن بعد از هبه متبیه عوضی به او بدهد به قصد عوض، و واهب هم قبول کند، ظاهر فتوای علما و ظاهر اجماعات منقول و اطلاق اخبار این است که لازم می شود. اما به این دو شرط، یعنی قصد عوض و قبول و اهب و قبض او. و همچنین ظاهر اطلاقات مذکوره عدم فرق است مابین اینکه عوض قلیل باشد یا کثیر بعد از تراضی. و اینکه از همان مال که واهب داده بدهد یا غیر آن. و این مقتضای حصول ملک است به سبب قبض و لکن مشکل می شود به اینکه هر گاه در مقام رد عوض المثل تمام همان عین را بدهد، که این را در عرف عوض نگویند بلکه رد هبه می گویند. و اما سؤال از عوض هبه مال حرام: پس اگر متبیه این مال حلال را به قصد عوض داده و آن واهب هم این معنی را می دانسته و قبول کرده، ظاهر بر او حرام است. و هر گاه جاهل بوده و بعد عالم شد به آن، با وجود بقای عین باید رد کند. و هر گاه تلف شده باشد، لزوم رد معلوم نیست.

۷۵: سؤال:

۷۵: سؤال: زید در حال حیات خود قدری املاک خود را به چند نفر اولاد کبیر خود هبه نموده. و قدر دیگر از برای اولاد صغیر خود موضوع کرده و آن را ولایتاً متصرف شده است. و الحال زید فوت شده است. اولاد کبیر نیز ادعا بر حصه صغار

می نمایند. چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه هبه به عمل آمده با ایجاب و قبول و قبض و تصرف، آنچه کرده است در حال حیات ممضی است و کسی بر هم نمی تواند زد. و ایجاب و قبول و قبض در صغیر همگی در عهدهء همان پدر او است، هر گاه ایجاب به عمل آمده و از جانب صغیر قبول کرده همان قبض خود کافی است و ضرور به قبض علی حده نیست، و در اینصورت دیگران را بر صغیر سخنی نیست.

۷۶: سؤال:

۷۶: سؤال: زید باغ خرابه ای به عمرو اجنبی هبه کرده و (عمرو) تصرف کرد و تعمیر کرد و مال بسیار در آن خرج کرد، و زید فوت شد. و الحال ورثه زید مطالبه باغ را می کنند. آیا حق الرجوع باقی است یا نه؟ -؟ و بر فرضی که باقی باشد آیا عمرو مطالبه غرامت ها که کشیده (از تعمیر و خراج سلطان و غیره) می تواند کرد یا نه؟ -؟ و بنا و غرسی که در آن شده حکم آن چه چیز است؟.

جواب:

جواب: هر چند مقتضای انتقال حقوق به میراث - مثل حق خیار و حق قصاص و غیره به مقتضای عموم حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) که (ما ترک المیت من حق فلو ارثه) مقتضی جواز رجوع است. و لکن فقها در بعض مسائل حقوق خلاف کرده اند، مثل حق الشفع و حق الرجوع در هبه. و اقرب در هبه عدم انتقال است به وارث چنانکه علامه در قواعد آن را اختیار کرده و همچنین شهید در قواعد. و شاید وجه آن این باشد که مالک به قصد هبه و اقباض اعراض از مال کرده و حق (او) از آن ساقط شده، خصوصا در کسانی که جاهلند به حق الرجوع. و جواز رجوع خود واهب خلاف اصل است که به دلیل ثابت شده، واصل و دلیل اعراض اقوی است از عموم حدیث و از احتمال دخول در تحت عموم آن. بخلاف خیار بیع و حق شفع و غیر آن. و از این جهت است که مشتری در زمان خیار بایع ممنوع است از اتلاف و اخراج عین از ملک (چنانکه در محل خود محقق کرده ایم) و در هبه به هیچوجه منعی از تصرف نیست. و حق الرجوع در هبه عارض می شود به ارده واهب بعد از عدم تصور آن مطلقا بخلاف حق شفع و خیار در مبیع که در اول امر ثابت هستند، به این معنی که غرض شارع قصدا و بالذات متعلق شده به بیان اینکه شریک را حق اخذ به شفع

هست در حین بیع شریک دیگر، وصاحب حیوان را حق رجوع تا ثلاثه ایام هست در حین بیع، و همچنین در بیع خیار شبرط. واما در هبه قصدا وبالذات مراد بیان استحقاق رجوع نیست، به جهت آنکه استحقاق تصرف در مال خود امری بود حاصل، واینکه هبه موجد آن باشد خلاف نظر حکیم است که مقتضای هبه این باشد که به مجرد حصول آن استحقاق رجوع و تصرف در آن حاصل می شود. بلی این از جمله طواری و عوارض می تواند بود که بعد از نقل ملک واستمرار تملک متبیه رجوع تواند کرد. بخلاف حق شفیع که در اصل وضع بیع می تواند منظور حکیم استحقاق شریک باشد به اخذ شفیع. و چون اصل بیع منفک از لزوم نیست می تواند منظور نظر حکیم بیان واقع آن باشد در زمان خیار. وفهم این مطلب دقتی دارد اگر خواهی نظیری بگویم که فهم آن آسان باشد. و آن این است که: اظهر این است که در وضوی تجدیدی معتبر است گذشتن مدتی که احتمال وقوع حدی باشد یا به آن نمازی شده باشد. واحتمالی که صاحب مدارک داده که (مکررا متوالیا وضو بسازد مستحب باشد) بسیار بعید است. واثبات حق الرجوعی که با وضع اصل هبه شریک باشد، مانند وضوی تجدیدی صاحب مدارک است. واین منافات ندارد با اینکه گاهی هم می شود که حق الرجوع در همان مجلس بعد عقد ثابت می شود به سبب پشیمانی، وغرض ما مجرد بیان قوت وضعف این حقوق است و شکی نیست که ثبوت حقیقت آن در هبه از برای مالک به نحوی که به میراث منتقل شود به وارث ضعیف است و مسلم نیست که این از جملهء ماترک باشد که داخل عموم حدیث باشد. واین قول مختار فخر المحققین و محقق ثانی نیز هست. وقائلی از برای قول دیگر نقل نکرده اند. بلکه شیخ علی (ره) آن را احتمال نامیده چنانکه می آید. ومؤید مطلب است که واهب به موت متبیه رجوع به وارث او نمی کند چنانکه در قواعد جزم به آن کرده و نقل خلاف نکرده. و عبارت شیخ علی در این مقام در بیان وجه اختیار علامه - عدم رجوع وارث واهب بعد از موت او به متبیه - این است: (ووجه القرب ان الرجوع علی خلاف الاصل، لانه تسلط علی انتزاع مال الغير فیقتصر فیه علی الواهب لخروجه

بالدلیل. فبقی غیره علی الاصل. وهو الاصح. ویمثل انتقاله الیه لانه حق من الحقوق فیورث کالخیار. والفرق قائم بان الخیار حق مؤکد ولهذا لا یمنعه تصرف المشتري مستقلاً، ولا یسوغ للمشتري اخراج المبیع عن ملکة ولو فعل لم یمض. وحق الرجوع للواهب ضعیف ولم یدل علی انتقاله دلیل فیتمسک فیہ بالاصل. وقریب منه موت المتهب ففی استحقاق رجوع الواهب علی وارثه وجهان والاقرّب العدم. والمصنف لم یسر الی الوجهین فیہ بل ذکره علی وجه الجزم بقوله: ولو مات المتهب لم یرجع الواهب). واما بنابر قول به جواز رجوع ورثه اشکال در این که آیا رجوع به غرامت می شود یا نه. پس ظاهر این است که بلی. چنانکه در رجوع خود واهب هم ظاهر لزوم غرامت است، به جهت آن که واهب او را مغرور کرده است به سبب اذن در تصرفاتی که منشأ ضرر متهب است، و سبب در اینجا اقوی از مباشر است، وقاعده فقها در مسأله (تقدیم سبب بر مباشر) در چنین جائی است. واز جمله مواضع آن جائی است که عین موهوبه مستحق غیر بر آید و تلف شده باشد که مالک رجوع می کند به متهب به مثل یا قیمت آن، و متهب رجوع می کند به واهب در آنچه غرامت داده در صورتی که هبه بی عوض باشد، یا عوضی داده باشد که کمتر باشد از آنچه غرامت کشیده برای مالک. وفخر المحققین دلیل آن را چنین ذکر کرده (لانه غره باذنه باتلافها بغیر عوض، او عوض اقل، غرورا یفید الاباحه ظاهراً، وله غایه حکمیه مقصوده فی نظر العقلا. وکل مغرور کذلک فمباشرة اضعف من سببیه غروره. وکلما کان کذلک رجع علی الغار. وانما قلنا غرورا یفید الاباحه: احترازاً عن ان یقول: اقتل هذا عبدي وانا لا ارجع علیک بالقیمه. فانه لا یرجع اجماعاً. وانما قلنا: له غایه.. الی آخره، احترازاً عن قوله: اتلف مالی هذا. فانه لا یرجع علی الاقوی. لان کل ما فیہ ضرر ولا حکمه مقصوده له فی نظر العقلاء، فهو عبث). واما در صورتی که عوض داده باشد به مساوی یا اکثر، رجوع می کند به واهب به آنچه داده است به واهب چنانکه در ایضاح گفته است. وبعد از آن گفته است (و یمثل عدمه لان الهبه لا یعقب الواهب ضماناً، لانها تبرع. ولان التلف فی یده.

والصّح الاول). واما سؤال از اشجار وابنيه که در آنجا احداث کرده است: پس ظاهر این است که آنها مال متّهب است و واهب یا وارث نمی تواند الزام کند که آن را بی عوض و بدون غرامتی ازاله کند. بلکه مخیر است مابین آنکه آنها را بگذارد به جا با اجرت، یا ازاله کند با ارش و تفاوت قیمت چنانکه در زمین عاریه. قال فی التذکره (ولو وهبه ارضا فبنی المتّهب فیها او غرس، کان للواهب الرجوع فی الارض و لیس له قلع البناء والغرس مجانا. بل یتخیر بین الابقاء بالا-جره او التملیک بالقیمه مع رضا المتّهب فیهما، او القلع مع دفع ارش النقصان کما فی العاریه). و به همین معنی تصریح کرده اند دیگران (مثل شهید ثانی در مسالک) و علت لزوم ارش را این قرار داده اند که وضع آن عین در آنجا به حق شده و داخل (عرق ظالم) نیست. و هر چند در امثال این مواضع می توان گفت که متّهب و مستعیر و مثلها تقصیر کرده اند با وجود علم به عدم لزوم هبه و عاریه و ممکن بود ایشان را که بر وجه مصالحه یا عقد لازمی دیگر، بنا بگذارند. ولیکن می توان گفت که - با وجود اینکه این سخن در جمیع مواضع جاری نیست خصوصا با جهالت متّهب و مستعیر به عدم لزوم - اینکه حمل قول مسلم بر صدق و وفا و اینکه ظاهر حال او عدم رجوع است در چنین حالی که اذن داده است او را به تحمل مشاق و ضررهای بسیار، و سکون و اطمینان به حال ظاهر او بسیار اوقات او را غافل می کند از فکر در عاقبت و تصور جواز رجوع. پس غرور و فریب واهب و معیر غالب است بر تقصیر و عدم تدبیر متّهب و مستعیر. و در عرف و عادت در چنین صورت ها اتلاف و اضرار آن را نسبت به واهب و معیر می دهند. نه به متّهب و مستعیر.

۷۷: سؤال:

۷۷: سؤال: هر گاه شخصی ملک معینی را هبه کند به بعض ارحام خود و قبض را به همین طریق به عمل آورده که همان ملک را از آن اجاره کرده در مدت بیست سال که به موت مستأجر منفسخ شود. و بعد ظاهر شود که همان ملک را سابق بر هبه، به غیری به اجاره داده بوده است. آیا قبض به همان اجاره حاصل می شود یا نه؟ - و ظهور بطلان اجاره باعث بطلان قبض می شود که واهب تواند رجوع کرد

ص: ۱۷۲

به عین موهوبه؟ یا اینکه به محض اجاره قبض به عمل آمده هر چند اجاره فاسد باشد چون متضمن تخلیه ید واذن در تصرف است -؟ و آیا هر گاه مدت اجاره ثانیه زاید باشد بر مدت اولی، آن زیادتی باعث صحت قبض می شود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اولاً مسأله را فرض می کنیم در صورتی که عین موهوبه را به اجاره به کسی نداده با سد. و می گوئیم هر گاه منظور او این بوده که مطلقاً متبیه اختیاری نداشته باشد مادام حیات واهب، و به این نیت بخشیده که ثانیاً از او اجاره کند در مدت بیست سال که اگر در این بین بمیرد اجاره منفسخ شود به موت مستأجر. پس می گوئیم که (با قطع نظر از اینکه اجاره به موت مستأجر منفسخ نمی شود علی الاظهر) اصل این هبه و اجاره صورت ندارد. اما هبه: پس به جهت اینکه قصد اخراج عین علی الاطلاق از خود نکرده بلکه به شرطی که منافعی مقتضای عقد است و قبض هم به عمل نیامده که شرط صحت است علی الاظهر. به جهت اینکه تخلیه ید بالمره نکرده که ثانیاً از او اجاره کند. و اما اجاره: پس به جهت اینکه هنوز مال متبیه نشده که از او اجاره کند. و اگر فرض کنیم که منظور او این بوده که حقیقتاً بالفعل مال متبیه باشد و صاحب اختیار باشد مطلقاً، و بعد به عقد جدید اجاره کرده، پس در آن نیز اشکال هست. به جهت آنکه قبض به عمل نیامده. مگر اینکه بگوئیم که خود استیجار از او در معنی قبض است. و بر این وارد است که چون تحقیق در قبض این است که تخلیه ید بکند و وصول به عین هم از برای متبیه ممکن باشد. یا زمانی بگذرد که ممکن باشد وصول با تمکن متبیه از وصول و تصرف - چون ظاهر این است که حکمت در حصول قبض ظهور مبدأ آثار تملک است هر چند به مثل دست گذاشتن و پا گذاشتن در آن ملک باشد - و در اینجا هر چند بگوئیم که اجاره دادن هم از جمله مبادی آثار تملک است، لکن مفروض این است که تخلیه ید نشده است. پس باز قبض تمام حاصل نشده. و اگر تخلیه کرده است و لکن قبض را به نفس اجاره به عمل آورده (یعنی وصول به آن عین و تصرف در آن را به نفس اجاره به عمل آورده) پس هر چند هبه صورتی

بهم می رساند لکن صحت اجاره مشکل است. به جهت آنکه مفروض این است که قبض از اجاره حاصل شده وصحت اجاره موقوف است به سبق قبض، ومفروض عدم آن است. وتحقق اجاره وقبض به وجود واحد، هم کافی نیست. زیرا سبق قبض ضرور است. وثانیا مسأله را فرض می کنیم در صورتی که قبل از هبه به دیگری اجاره داده بوده است. پس می گوئیم که تمام سخن های گذشته در اینجا نیز جاری است. و ظاهرا اشکالی در جواز هبهء عین مستأجره نیست، وخلافی هم در نظر نیست. و در قواعد وغیر آن تصریح شده به اینکه (کلما یصح بیعه یصح هبته) و بیع عین مستأجره جایز است و ظاهرا خلافی در نظر نیست به غیر عبارت تذکره که موهم است. چون گفته است (ویجوز هبه المستأجر من غیر المستأجر ان جوزوا بیعه. و الا فیه وجهان) و شیخ علی در شرح قواعد در شرح عبارت علامه که گفته است (کلما یصح بیعه یصح هبته) گفته است (لا خلاف بین اصحابنا فی صحه هبه کلما صح بیعه من الاعیان). و در تحریر گفته است (اذا وهب العین المستأجره للمستأجر صح وان وهبها لغيره فکذلک مع الاقباض. ولو امتنع المستأجر منه کان له ذلک، وان اذن فیه کان له الانتفاع باقی المده). و در قواعد گفته است (ویصح هبه المغصوب من الغاصب وغیره. والمستأجر من غیر المستأجر، والابق والضال، والکلب المملوک). و شیخ علی (ره) در شرح تعلیل کرده است جواز را به امکان قبض در مغصوب و آبق وضال، گو بالفعل مقبوض نباشد. و همچنین در عین مستأجره در صورت هبه به غیر مستأجر وتصحیح قبض به این می شود که متهب وکیل کند مستأجر را که تو از جانب من قبض کن و در نزد تو باشد. وتعدد حیثیت در قابض ومقبوض کافی است چنانکه از تذکره ظاهر می شود و از تحریر نیز در مسئلهء هبهء عین مستعاره. پس اقباض واهب همان اذن ورخصت او است در قبض ووصول به عین به همان توکیل مستأجر در قبض از جانب متهب حاصل می شود. پس بنابر این ظاهر شد صحت هبهء عین مستأجره لکن موقوف است به قبض از مستأجر. هر چند به توکیل

او باشد در قبض و اقباض به نفس خود، و اجاره عین مستأجره بعد هبه مصحح اقباض واهب نمی شود، هر چند مدت اجارهء ثانیه از ید باشد از اولی به جهت آنکه هنوز ملک برای متهب حاصل نشده که اجاره بدهد به واهب. پس مسلط کردن واهب متهب را بر اجاره دادن او به واهب، این کافی نیست در صحت قبض هبه. چون رفع ید مستأجر نشده و اقباض حاصل نشده که ملک او شود و ثانیا از او اجاره کند. و آنکه سائل گفته است که ظهور بطلان اجاره باعث بطلان قبض می شود یا نه: گویا سائل چنین فهمیده که ملکی که در اجارهء غیر باشد اجارهء آن به دیگری باطل است. و آن چنین نیست بلکه صحیح است و موقوف است به اجازهء مستأجر از باب فضولی. و هر گاه اجازه نکند باطل می شود. مگر در صورتی که زمان اجارهء ثانیه زاید بر اجارهء اولی باشد، که در اینجا با عدم اجازهء مستأجر اول آن مقدار زاید بر حال خود باقی است، و لکن موقوف است به اجازهء مالک. و چون مفروض این است که اجازه کرده پس این منشأ اقباض می شود. و احتمال دارد که مصحح هبه بشود و لکن معلوم نیست که صحیح باشد. بلکه در صحت هبه هم اشکال است. چون در حال عقد بالفعل اقباض ممکن نیست. و اشکال دیگر هم هست که زمان مدت اجاره متراخی است از زمان عقد. و می توان گفت که در حین عقد هبه ید مالک بر عین در زاید بر مدت اجارهء سابقه باقی است. و در اینوقت که متهب را مسلط می کند بعد هبه بر اجاره دادن در مدتی که زاید بر زمان اجارهء اولی است (و مفروض هم این باشد که تخلیه کرده است، به این معنی که ید خود را بالمره از او برداشته، و نسبت به آن قدر زائد هم رفع (ید) شده و به تسلیط متهب بر اجاره (ای) که مشتمل است بر آن زاید که ید واهب بر آن هست اقباض هم به عمل آمده است. پس با اقباض واهب هبه صحیح می شود). و لکن مشکل می شود (به) اینکه این را ید نمی گویند در عرف بلکه مراد از ید آن ید فعلیه است، و ید فعلیه الحال مختص مستأجر است و عرفا نمی گویند در صورت مذکوره واهب الحال رفع ید خود کرد از عین موهوبه در زمان بعد از مدت اجارهء

مستأجر و به قبض او داد عین را الحال به سبب تسلیط بر اجاره و اجرای صیغه. پس این هبه صورتی نخواهد داشت. پس اشکال در صحت و بطلان اجاره نیز راجع می شود به سوی کلام در حصول قبض و عدم قبض، چنانکه بیان آن را کردیم. و اما آنچه در این مقام توان اشکال کرد که اصل هبه باطل است از راه عدم تمکن اقباض. چون در ید غیر است و ممکن نیست تخلیه ید و رفع مانع. پس اصل هبه باطل خواهد بود. چون اقباض ممکن نیست. چنانکه فقها گفته اند در مسأله هبه ولی به صغیر که قبض ولی قبض صغیر است لکن به شرطی که عین موهوبه در ید ولی باشد و در اجاره غیر نباشد و عاریه نزد غیر نباشد که وجه بطلان را عدم صحت اقباض گرفته اند در صورت اجاره. چون در ید ولی نیست. منافع می شود (۱) به اینکه: مراد ایشان همین است که ید مستأجر ید ولی نیست. چنانکه ید و دعی و وکیل ید او است. پس استمرار قبض سابق در اول، کافی نیست چنانکه در آخرین کافی است و در عاریه اشکال کرده اند نه اینکه به هیچوجه اقباض ممکن نیست در عین مستأجره. و حال آنکه تصریح کرده اند به جواز هبه عین مستأجره به مستأجر و غیر مستأجر. چنانکه گفتیم پیش که ممکن است قبض به اینکه متب وکیل کند مستأجر را که از جانب او قبض کند و در ید او باشد. پس هر گاه در کبیر جایز باشد پس چرا در صغیر جایز نباشد. و اما اشکال در صحت قبض در صورت عدم اجازه مستأجر اول، و بطلان اجاره یا (اشکال) از راه بطلان اجاره به سبب عدم تقدم قبض در صورت اولی که فرض کردیم که اجاره پیش (کذا) از هبه متحقق نشده باشد، در صورت عدم تحقق اقباض به وجهی از وجوه الا به اجاره فاسده به تقریب اینکه چون اجاره فاسد است پس اقباضی که به آن حاصل می شود نیز فاسد خواهد بود. چنانکه شهید ثانی (ره) در صورت عین مغضوبه. کرده است که هر گاه هبه یا بیع به غاصب بشود و اکتفا شود به همان قبض اول صورتی ندارد، چون حرام است و اثری شرعا بر آن مترتب نیست. ..

ص: ۱۷۶

۱- این جمله به اصطلاح ادبی، جواب اما است که فرمود: اما آن چه در این مقام...

مندفع است (۱) به اینکه این کلام مصادره است. وعدم ترتب آثار شرعی بر حرام هم ممنوع است. چنانکه مشاهده می شود در ترتب لزوم مهر به وطی در حال حیض و غیر آن. پس حاصل جواب از سؤال این است که مسلط ساختن مالک متهب را بر اجاره دادن به او در معنی اقباض نیست که مصحح هبه او باشد. چون عین در ید مستأجر است و مالک ممنوع است از آن. و در تصحیح هبه شرط است که واهب عین را سربسته به قبض متهب بدهد پس هبه فاسد است به جهت عدم حصول قبض. پس صحت و فساد اجاره در اینجا مدخلیتی ندارد، به جهت آنکه قبض و اذن مالک به محض اجاره ممکن الحصول نیست، چون یدی ندارد. پس هبه صحیح نیست.

۷۸: سؤال:

۷۸: سؤال: هبه کردن آنچه در ذمه غیر است به شخصی دیگر غیر مدیون، صحیح است یا نه؟ -؟ و به خود مدیون صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اما مسأله دوم: پس ظاهراً صحیح است و بر می گردد به ابراء. و الحال خلافتی در نظر نیست (به غیر اینکه علامه نسبت تردد به شیخ داده) و خبر صحیح هم دال بر آن است. (۲) اما مسأله اولی: پس هر چند اشهر بطلان است و لکن اظهر صحت است. چنانکه مذهب ابن ادریس است و شیخ، و علامه در مختلف. و عبارت شیخ (چنانکه در تذکره نقل کرده است) مشعر به نقل اجماع است. زیرا که گفته است که: آنچه مقتضای مذهب ما است صحت بیع و هبه است. و قائلین به بطلان متمسک شده اند به عدم امکان قبض چون دین امر کلی است و کلی وجودی در خارج ندارد که قبض توان کرد. و بر این وارد است که قبض کلی ممکن است به قبض بعض جزئیات. و کلی ملک مالک است در ذمه مدیون، و مانع از برای انتقال آن به ملک غیر نیست. و از این جهت است که بیع دین را هم جایز میدانیم مطلقاً. بلکه قبل از حلول اجل هم، هر چند مطالبه نتوان کرد الا بعد ۳.

ص: ۱۷۷

۱- جواب است بر «اما».

۲- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱، ح ۱ و ۲ و باب ۷، ح ۳.

حلول اجل. و فرقی شیخ علی (ره) مابین هبه و بیع گذاشته است در شرح قواعد، و آن تمام نیست. و چنانکه صحت هبه موقوف است بر قبض صحت بیع هم موقوف است بر قدرت تسلیم. و چنانکه (در بیع) تسلیم کلی به تسلیم فرد متحقق می شود قبض کلی در هبه هم به قبض فرد حاصل می شود. و لکن باید مالک بگیرد آن فرد را و به قبض متهب بدهد یا او را مأذون کند که از جانب او بگیرد و در ثانی خود از جانب خود قبض کند یا حواله کند به دیگری.

۷۹: سؤال:

۷۹: سؤال: هر گاه زید یک قطعه باغ خرابی که از آن منافی حاصل نمی شده، به تملیک و اختصاص عمرو بدهد. و تا عرض پنج شش سال عمرو مذکور اوقات و اخراجات به مصرف باغ مزبور برساند و مبالغی دیگر خرج دیوار و خراج سلطان همان باغ نموده باشد، و منافی از آن باغ مزبور عاید عمرو نشده تا دو سال و بعد از وفات زید مزبور که باغ مذکور حاصلی بهم رسانیده، و حال ورثه زید که ملاحظه محصول باغ را نموده اند، می توانند باغ مزبور را از ید عمرو انتزاع نمایند یا نه (و جمعی مطلع به مراتب سنوات ماضیه و حاصل این سال شده باشند)؟ -؟ و عمرو مطالبه اخراجات خود را که در سنوات ماضیه نموده است به باغ مزبور می تواند از ورثه زید نماید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهر سؤال این است که زید باغ را به عمرو هبه کرده. هر گاه ایجاب و قبول هبه به عمل آمده و به تصرف متهب داده، پس هر گاه متهب که عمرو است ذی رحم است، یا هبه معوضه است به هیچوجه رجوع صورتی ندارد. و هر گاه غیر این باشد هم اظهر این است که به موت واهب، لازم می شود و ورثه واهب رجوع نمی توانند کرد. و بنابر قول به جواز رجوع هم اظهر این است که متهب می تواند در غرامت هائی که کشیده رجوع کند به مال واهب، بعد ملاحظه وضع عوض اگر عوضی داده باشد. یعنی در صورت هبه معوضه رجوع به عوض می کند. و آنچه زاید بر آن بماند از غرامت ها. و ظاهر این است که هر گاه مالی از واهب نمانده

باشد از همین عین می تواند استیفای غرامت ها را بکند. چون اینهم داخل میراث می شود.

۸۰: سؤال:

۸۰: سؤال: ابراء از مجهول صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: علامه در تذکره تصریح کرده است به جواز آن مطلقا. به سبب زوال غرر به ابراء مجموع ما فی الذمه. واز شافعی نقل کرده است که گفته است هر گاه خواهد ابراء مجهول کند باید بگوید (بری کردم تو را از هر چه می خواهم از یک درهم تا هزار درهم.. واز احمد نقل کرده که او گفته است (صحیح است هر گاه راهی به معرفت مقدار نباشد). وحق این است که اگر مراد در این مسأله حکم (به) جواز و عدم جواز است به این معنی که طلبکار با جهالت طلب آیا جایز است که بری کند غریم را علی الاطلاق یا نه، پس در اینجا حق جواز است. به سبب عمومات حسن ابراء وانتفاء غرر. و همچنین حق بری شدن غریم است به همین ابراء در صورتی که هر دو جاهل به مقدار باشند، یا طلبکار عالم باشد و غریم جاهل. اما هر گاه طلبکار جاهل باشد و غریم عالم، پس اگر طلبکار بگوید که تو را بری کردم هر چند هزار تومان از تو طلب داشته باشم، و حال آنکه طلب بسیار کمتر از آن باشد، هم بری الذمه می شود. و اما اگر به آن نحو نگوید بلکه بگوید که تو را بری کردم از طلب خود، پس در اینجا تفصیل می دهیم و می گوئیم: یا این است که غریم می داند که طلبکار طلب خود را مقدار کمی می داند - مثل اینکه چنین اعتقاد دارد که ده تومان بیشتر طلب ندارد ولیکن مقدار طلب را نمی داند و اگر میدانست که صد تومان طلب دارد همه را بری نمی کرد. در اینجا برائت حاصل نمی شود از تمام طلب، بلکه باید تابع حصول یقین به مقدار ابراء بود. و هر گاه از حال او بداند که مطلقا بری کرده طلب هر قدر خواهد باشد، در اینجا برائت از همه حاصل می شود. و هر گاه حال طلبکار مجهول باشد که غریم نداند که اعتقاد او در مقدار طلب چه چیز است و حال او در رضای به ابراء چون است، در اینجا نیز برائت از همه حاصل می شود، نظر به ظاهر لفظ که گفته است تو را بری کردم از هر چه طلب داشتم و اما هر گاه دعوی رو دهد و غریم بگوید (تو مرا از همه

طلب بری کردی نظر به عموم لفظ تو و اقرار تو). و طلبکار بگوید که (من چون اعتقاد (به) کمی طلب داشتم، به عموم بری کردم و اگر میدانستم بیشتر است نمی کردم. در اینجا اشکال است. (و) چون مستلزم انکار بعد اقرار است، پس باید دعوی او مسموع نباشد. لکن اظهر این است که دعوی او مسموع است چون این از امور غالبه الوقوع است. مثل (اقرار علی رسم القبالة). پس قسم متوجه غریم می شود. و هر گاه نکول کرد باید طلبکار را راضی کند. و شاید دعوی عود کند در تعیین مقدار، و قسم در نفی زیادتی متوجه طلبکار شود که بیش از آن مقدار منظور او نبوده در ابراء و بعد از آنچه نقل کردیم از تذکره گفته است که هر گاه او را بری کند از صد درهم در حالی که اعتقاد او اینست که صد درهم طلب ندارد و لکن در واقع طلب داشته باشد، پس در آن اشکال است از این جهت که او را بری کرده است از چیزی که در نفس الامر ملک او است. و از این جهت که ابراء کرده است چیزی را که اعتقاد ملکیت آن را ندارد. و این از باب (بیع مال مورث) است به اعتقاد حیات او و حال آنکه مرده باشد و مال بایع شده باشد. و دور نیست ترجیح وجه دوم.

۸۱: سؤال:

۸۱: سؤال: آیا در هبه احد زوجین به دیگری، بعد از حصول اقباض، رجوع جایز است؟ یا جایز نیست مثل ذی رحم؟.

جواب:

جواب: در مسأله خلاف است. و علامه در تذکره از شیخ عبارتی نقل کرده است که مشعر است بر اجماع بر کراهت رجوع. گفته است که (قال الشيخ - ره - عندنا ان الرجوع فی هبه الزوج او الزوجه مکروه). و بعد از آن گفته است که جماعتی از اصحاب ما گفته اند جایز نیست رجوع مانند ذی رحم. و خود این قول را اختیار کرده. و همچنین فخر المحققین و شهید ثانی و صاحب کفایه. و قول اول را بعضی نسبت به مشهور داده اند و ادعای شهرت از جماعتی کرده اند، و آن قول ابن ادریس است و از ابن زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده. و محقق در شرایع و نافع نیز ترجیح این قول داده بعد از تردد. و لازم قول سید مرتضی نیز این است چون دعوی اجماع امامیه کرده است در انتصار بر جواز رجوع در هبه مطلقا. و این هر چند بسیار بعید است بلکه بر خلاف آن، دعوی

اجماع از جمعی شده است بر عدم جواز رجوع در هبه اولاد به والدین و بالعکس. و اکثر علما فتوی داده اند بر عدم جواز در مطلق ذی رحم، چنانکه اقوی هم این است و اخبار صحیحه و معتبره^(۱) بر طبق آن وارد شده و لکن فی الجمله تأیید این قول می کند. و دلیل این قول (علاوه بر استصحاب ملکیت سابقه و اجماع منقول از ابن زهره و ظاهر شیخ و تأیید به اجماع سید) عمومات احادیثی (است) که دلالت دارند بر جواز رجوع در هبه مطلقاً، واحادیث صحیحه که دلالت دارند بر خصوص جواز رجوع در غیر ذی رحم که شامل زوجین نیز هست. و اما دلیل قول به عدم جواز رجوع: پس آن استصحاب ملکیت متبیه است (چون هبه مقتضی تملیک است) و عمومات اخباری که دلالت دارند بر منع رجوع در هبه که از جمله آنها حدیث معتبری است که در آن فرموده اند (انما مثل الذی یرجع فی الهبه کالذی یرجع فی قیئه)^(۲)، و به مضمون آن نیز روایت دیگر هست.^(۳)

وسید مرتضی (ره) در انتصار نیز از عامه نقل کرده که روایت کرده اند از پیغمبر (صلی الله علیه و آله): (الراجع فی هبه کالراجع فی قیئه) و به لفظ دیگر هم روایت کرده اند (الراجع فی هبه کالکلب یعود فی قیئه). و خصوص صحیحه زراره از حضرت صادق (علیه السلام) در آن حدیث که فرموده (ولا ینبغی لمن اعطی الله عز وجل شیئاً ان یرجع فیه. قال: وما لم یعط الله وفي الله، فانه یرجع فیه نحله کانت او هبه، حیزت او لم تحز. ولا یرجع الرجل فی ما یهب لامرأته ولا المرأه فی ما تهب لزوجها، حیز او لم یحز. لا ین الله تعالی یقول: ولا- تأخذوا مما آتیتموهن شیئاً. وقال: فان طبن لکم عن شیئی منه نفسا فکلوه هنیئاً مریئاً. وهذا یدخل فیه الصدقه والهبه).^(۴)

و جواب از استصحاب این است که این ملکیت متزلزل افاده لزوم نمی کند، و مطلب ما اثبات لزوم است. و (نیز این استصحاب) معارض است به استصحاب ۲.

ص: ۱۸۱

-
- ۱- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶، ح ۲۱ و راجع به هبه بر والدین و بالعکس، همان مرجع، باب ۵.
 - ۲- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱۰، ح ۴ و ۳ و نیز باب ۷، ح ۵.
 - ۳- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱۰، ح ۴ و ۳ و نیز باب ۷، ح ۵.
 - ۴- صاحب وسائل (ره) صدر این حدیث را تحت شماره ۱. از باب ۳ و ذیل آن را تحت شماره ۱ از باب ۷ آورده است. تهذیب، ج ۲، ص ۳۷۶، فروع، ج ۲، ص ۲۴۲.

ملکیت سابقه. و اخبار عامه مانعه از رجوع، معارضند به اخبار عامه مجوزه رجوع. و اخبار مجوزه اکثر عددا و اصح سند و واضح دلاله، هستند. و دلالت ان اخبار بر حرمت ممنوع است. و استدلال به آنها بر حرمت به سبب اینکه رجوع به قی حرام است، ممنوع است. زیرا که می توان گفت که مراد از (الراجع فی قیئه) سگ است که عادت او این است که قی خود را می خورد. پس گویا فرموده اند که کسی که رجوع به هبه می کند بی رتبه و خوار است، مثل سگ. و لفظ دوم که سید نقل کرده مؤید آن است که تشبیه کرده اند شخصی را که رجوع به هبه می کند به سگ. نه اینکه تشبیه کرده باشند رجوع به هبه را به رجوع به قی که حرام است. و از کلام سید در انتصار نیز اشاره به این جواب ظاهر می شود. و در روایت ابراهیم بن عبد الحمد که در تهذیب نقل کرده هم منافات با این نیست. در آنجا فرموده اند (من رجع فی هبه فهو كالراجع فی قیئه). که ظاهر این است که الف لام از برای عهد باشد که راجع به کلب باشد. به هر حال: آن عمومات بالیقین مخصوص اند به غیر ذی رحم و به غیر هبهء معوضه و به غیر آنچه در آن قصد قربت شده باشد. و به این سبب هم ضعفی طاری می شود هر چند مخرج آن (ها) نیست از حجیت. و احادیث صحیحه (۱) که تصریح شده در آنها به اینکه جواز رجوع مختص به غیر ذی رحم است، اخص مطلق است از آنها. پس لازم جمع میان آنها این است که حرام است رجوع در ذی رحم و جایز است در غیر ذی رحم که از جمله آن زوجین است. باقی ماند کلام در خصوص صحیحه زراره. و هر چند ان اخص مطلق است از این اخبار صحیحه و (۲) می توان گفت که عموم غیر ذی رحم که آن اخبار دلالت دارند بر جواز رجوع در هبه آنها، مخصص اند به آن حدیث صحیح، پس مقتضای جمع این است که جایز است رجوع در غیر ذی رحم الا در زوجین، و لکن تخصیص عام و تقیید مطلق موقوف است بر مقاومت، و آن ممنوع است به جهت اینکه اینس.

ص: ۱۸۲

۱- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهیات، باب ۱۰، ح ۴.

۲- در نسخه: پس.

صحیح زرارہ معارض است با اجماع منقول از ابن زهره که به منزله حدیث صحیح است. و ظاهر عبارتی که از شیخ نقل کردیم که ظاهر در نقل اجماع است که دلالت دارند بر جواز رجوع. و این اجماع منقول معتضد است به آن اخبار صحیح و عموماً جواز رجوع مطلقاً و به شهرت و کثرت قائل (چنانکه گذشت) و به اصل برائت و استصحاب ملکیت سابقه. و ایضا ممکن است معارضه صحیح زرارہ به صحیح محمد بن مسلم (عن احدهما علیهما السلام، انه سئل عن رجل کانت له جاریه فاذا تم امر آتیه فیها، فقال: هی علیک صدقه. فقال: ان کان قال ذلک لله فلیمضها، وان لم یقل فله ان یرجع ان شاء فیها). (۱) و تقریب استدلال این است که حقیقت صدقه هبه است با قصد قربت. پس اگر سؤال را وی قابلیت اعم از صدقه نداشت استفصال امام (علیه السلام) وجهی نداشت. به جهت آنکه قصد تقرب داخل مفهوم صدقه بود. پس حاصل مضمون عبارت آخر حدیث این است که (هر گاه به عنوان صدقه نبوده و از باب مطلق هبه بوده، جایز است رجوع کند به آن کنیز بعد از آنکه او را به زوجه خود بخشیده بود). و احتمال اینکه شاید چون به قبض زوجه نداده بوده است جایز است رجوع، بی وجه است. به سبب اینکه فرقی نیست مابین صدقه و هبه در اینکه مادامی که قبض به عمل نیامده است جایز است رجوع. پس روایت را باید حمل کرد بر صورت حصول اقباض که فرق در جواز رجوع و عدم رجوع به سبب همان قصد قربت و عدم آن است. با وجود اینکه در صحیح زرارہ ناخوشی دیگر هم هست و آن این است که دلالت دارد بر آنکه بدون اقباض هم لازم است. و آن مخالف اجماع است. و ناخوشی دیگر اینکه این موافق مذهب اکثر عامه است، چنانکه در تذکره نقل کرده. و سید مرتضی در انتصار این را از ابی حنیفه و اصحاب او نقل کرده. پس ممکن است حمل آن بر تقیه. و به هر حال موافقت عامه و مخالفت مشهور از مضعفات روایت است. ۲.

ص: ۱۸۳

وناخوشی دیگر اینکه در اول روایت فرموده است که در مطلق هبه جایز است رجوع هر چند قبض به عمل آمده باشد و هبه ذی رحم باشد علی الاطلاق. و در تتمه روایت استثناء زوجین شده. با وجود اینکه ذی رحم اولی بوده به استثناء خصوصاً هبه والدین و ولد. هر چند اظهر این است که خروج بعض اجزاء حدیث از حجیت منشأ سقوط آن نمی شود، لکن در مقام ذکر مرجحات شکی نیست که اعتبار می شود. باقی ماند کلام در ظاهر آیه که در آخر صحیح زراره به آن استدلال شده و آن اشاره است به دو آیه از آیات قرآنی: یکی آیه ای است که در باب (خلع و مبارات) وارد شده. و لکن عبارتی که در حدیث است الحال در نظر نیست که در کجای قرآن است. (۱) و آنچه در باب خلع وارد شده این است که (ولا یحل لکم ان تأخذوا مما آتیتموهن شیئاً الا ان یخافا ان لا یقیموا حدود الله). (۲) و این هر چند نظر به ظاهر لفظ عموم دارد، و لکن نظر به بعض روایات در حکایت ثابت بن قیس و زوجه او وارد شده که زوجه او از او کراهت داشت. و تفسیر شده (ما آتیتموهن) به صدق واستثنای (الا ان یخافا) هم با مطلق عطیه نمیسازد. زیرا که عوض خلع یا مهر است یا هر چه زوجه بدهد، خواه چیزی باشد که زوج به او داده باشد یا نه. پس نظر به غلبه بذل مهر در عوض خلع، و خصوص مقام و عهد، کمال ظهور دارد که مراد همان مهر باشد. و آیه دوم نیز در صدق است که فرموده (وأتوا النساء صدقاتهن نحله فان طبن لکم عن شیئی منه.. الا یه) (۳) که مفهوم اطلاق (وان طبن لکم) این است که هر گاه از روی رضا ندهد، جایز نیست گرفتن آنچه داده اند به ایشان. و استدلال به این مشکل است، چون ضمیر راجع است به مهر و دلالت بر حکم هبه ندارد. زیرا که (صدقاتهن) تفسیر به مهر شده و بعضی گفته اند که در لغت اهل حجاز مهر را.

ص: ۱۸۴

۱- ظاهراً آیه ای در قالب آن چه در حدیث آمده در قرآن نیست.

۲- آیه ۲۲۹ سوره بقره.

۳- آیه ۴ سوره نساء.

صدقه می گویند. و مراد از نحله این است که عطیه است از جانب خدا هر چند در ظاهر عوض بضع می نماید ولیکن چون زوجین هر یک به دیگری محتاج و هر یک از دیگری استمتاع می کنند پس مهر گویا نحله و عطیه است از جانب خدا بلا عوض از برای زوجه. و به هر حال با ملاحظه شأن نزول آیه و ظهور اراده مهر نه مطلق نحله و عطیه، استدلال به آن مشکل است. و این نیز مضعف روایت می شود. والله العالم.

۸۲: سؤال:

۸۲: سؤال: آیا در هبه صیغه خواندن شرط است یا نه؟ -؟ و فرق مابین هبه و صدقه و هدیه و عطیه و نحله چه چیز است؟.

جواب:

جواب: بدان که در هبه ایجاب و قبول شرط است و ظاهر این است که هر لفظی که دلالت کند بر تملیک، کافی باشد مثل (وهبتک) و (ملکتک) و (اعطیتک) و (نحلتک) و (اهدیت الیک) و (هذا لک) با نیت انشاء تملیک، یا آنچه افاده معنی آنها کند به لغت فارسی یا غیر آن. و همچنین در طرف قبول بگوید (قبلت) یا (رضیت) و امثال آن. و در مسالک گفته است که (ظاهر اصحاب اتفاق است بر اشتراط ایجاب و قبول لفظی، و ایجاب و قبول فعلی کافی نیست. و بر این متفرع کرده است آنچه متعارف است که به عنوان هدیه میفرستند بدون لفظی، (که) بیش از اباحه افاده نمی کند. پس هر گاه کنیزی باشد، و طی آن جایز نخواهد بود. زیرا که اباحه دخلی در استمتاع ندارد. و از شیخ نقل کرده است (از مبسوط) که هر کس خواهد که ملک و لزوم حاصل شود وکیل کند آن کسی را که هدیه (را) می برد که صیغه بخواند، یا آن کسی (را) که هدیه (را) برای او میفرستد. و در تحریر وجیه شمرده است قبول فعلی را در هدیه، در آخر باب هبه، بعد از آنکه در اول باب اختیار کرده است اشتراط ایجاب و قبول لفظی را در هدایا، هر چند در اطعمه باشد. و در آنجا گفته است که جواز تصرف از باب اباحه است. و لازم کلام او است که ایجاب قولی را هم شرط نداند، چون شرط دانسته است تعجیل قبول را بنابر اشتراط لفظ. ولیکن از تذکره ظاهر می شود میل به عدم اشتراط ایجاب و قبول قولی. چون نقل کرده است از جمعی از عامه که حاجتی

نیست در هدیه به ایجاب وقبول لفظی بلکه فرستادن مهدی به منزله ایجاب است وقبض مهدی الیه به منزله قبول است. زیرا که هدایا از جانب کسری وقیصر می برند از برای رسول خدا (صلی الله علیه و آله) و همچنین (از طرف) سایر ملوک پس قبول میفرمودند ولفظی در آنجا نبود. وحال بر این منوال باقی مانده تا این وقت در همه بلاد، واز این جهت است که هدایا را به دست اطفال میفرستند که اعتباری به لفظ آنها نیست. بعد از آن نقل کرده از بعض عامه که اعتبار ایجاب وقبول لفظی کرده، مثل هبه، واینکه حکایت رسول خدا (صلی الله علیه و آله) از باب اباحه بوده است. بعد از آن گفته است: جواب داده شده است از این به اینکه: مردم این تصرفات را مالکانه می کردند نه از راه محض اباحه، و همچنین رسول خدا (صلی الله علیه و آله). بعد از آن گفته است که: ممکن است اکتفا شود در خوردنی ها. نظر به حکم عادت بین الناس. بعد از آن گفته است که: تحقیق این است که خوردنی ها وغیر خوردنی مساوی اند، به جهت آنکه مردم غیر خوردنی را هم به هدیه میفرستند. ومشهور است که جامه ها واسب ها از جانب پادشاهان به هدیه می آورند به جهت لن جناب، وماریه قبطیه که آن حضرت از او فرزند داشت، از جمله هدایا بود. وبعد از این کلام (کلام) دیگر دارد اصرح از این. که در مقام رد بر بعض عامه - که هدایا را از باب اباحه قرار داده - گفته است: این صحیح نیست. چون علما اجماع دارند بر اینکه نام این هدیه است وآن را اباحه نمی گویند. واباحه مختص منافع است. وآن جناب آن اشیا را برای زوجات (خود) میفرستاد، وجامه (ای) را که هدیه برای او آورده بودند از برای امیر المؤمنین علیه السلام فرستاد. وشهید ثانی(۱) بعد نقل کلام اول تذکره (چنین که ما نقل کردیم) گفته است که (از این تحقیق که علامه گفت ظاهر می شود که اکتفا می کنند به قبول وایجاب فعلی در هدیه). وخود نیز این را پسندیده وگفته است که می توان این را هم از بابت معاطات بگیریم که افاده ملک متزلزل کند ومبیح تصرف، ووطی کنیز همک.

ص: ۱۸۶

باشد. ولکن جایز باشد رجوع قبل از تصرف. و به این جمع کنیم مابین قواعد مختلفه که از حیثیت اصل عدم لزوم به جهت اینکه عقد لفظی نیست باید لازم نباشد. و از حیثیت جواز تصرف بلکه وقوع آن بر نحوی که خلاف مقتضای اباحه محضه است (چنانکه واقع شده از آن جناب در وطی ماریه قطیه، و بخشیدن اموال به غیر چنانکه آن جناب هدایا را به هدیه میفرستادند از برای ازواج خود. و حلیه از برای آن حضرت فرستادند آن حضرت لن را به هدیه فرستادند از برای امیر المؤمنین (علیه السلام) و نقل نشده که آن حضرت قبول لفظی فرموده باشند. یا آن اشخاصی که هدیه می آوردند ایجاب لفظی گفته باشند) باید جایز باشد تصرفات مالکانه، گو لازم نباشد. و صاحب کفایه نیز متابعت مسالک کرده. و شهید در دروس بعد از آنکه ذکر کرده است اشتراط ایجاب و قبول را در تملیک، و گفته است بدون صیغه بیش از اباحه افاده نمی کند، گفته است: محتمل است که حاجتی به ایجاب و قبول نباشد لفظاً، و کافی باشد ایجاب و قبول فعلی. به جهت آنکه هدایا را می آوردند برای پیغمبر (صلی الله علیه و آله) و نقل نشده است که آن حضرت مراعات ایجاب و قبول می کردند. و دور است که حمل کنیم بر محض اباحه. به جهت آنکه آن حضرت تصرفات مالکانه در آن می کردند. و مردم در اعصار و امصار بر این منوال معمول میداشتند. این آخر کلام شهید است. و این سخن را هر چند در اول بر سیل احتمال گفته ولکن از استدلال او بر می آید که به این راضی باشد. خصوصاً استدلال به عمل مردم در اعصار و امصار که اشعاری دارد به دعوی اجماع، والا استدلال به عمل مردم بی معنی خواهد بود. و اظهر در نظر حقیر هم همین است که هدایا مفید ملک هستند اما در حکم معاطات می باشند. پس انواع تصرفات مالکانه در آنها می توان کرد. هر چند قبل از اتلاف، یا تصرف، توان رجوع کرد، به هر حال این خلاف در هدیه است. و اما در هبه: پس بر نخوردیم به مصرحی به کفایت ایجاب و قبول فعلی. و هر چند هدیه اخص مطلق است از هبه، و در مسالک دعوی اجماع کرده ظاهراً بر اشتراط ایجاب و قبول لفظی. ولکن چون خود این قول را در هدیه پسندیده است،

معلوم می شود که اجماع در غیر هدیه است. ووجه اخص بودن هدیه آن است که در آن معتبر است نقل از مکانی به مکانی به قصد اکرام و تعظیم آن شخصی که برای او میفرستند. به این جهت (است) که ملک و باغ و امثال آنها را هدیه نمی گویند، بلکه می گویند (هبه کرد). و بدان که لازم کلام مسالک می افتد که در هبه نیز قایل شویم به صحت معاطات که بدون ایجاب و قبول لفظی مثمر جواز تصرف باشد (هر چند وطی کنیز باشد) و اباحه محضه نباشد. و در اینجا اشکال حاصل می شود در فرق مابین اباحه محضه و معاطات در صورت فقد ایجاب و قبول لفظی. و دور نیست که اصل را معاطات قرار دهیم که مورث ملک متزلزل باشد تا از خارج معلوم شود که اباحه محضه است، نظر به ظاهر. و مؤید آن است روایت محمد بن مسلم که (قال: جلساء الرجل شرکاء فی الهدیه). (۱) و در روایت دیگر است (إذا أهدى إلى الرجل هدیه من طعام وعنده قوم فهم شرکاء فی الهدیه، الفاکهه وغیرها). (۲)

و محتمل است که اصل را اباحه محضه قرار دهیم. نظر به اصالت عدم زوال ملک. و به هر حال آن طعامی که در نزد مهمان حاضر می کنند از باب اباحه است نه تملیک. و علامه در تذکره گفته است: خلافتی نیست میان علما در اینکه آوردن طعام پیش مهمان اذن در اکل است و احتیاج به قبول ندارد. بنابر این جایز نیست از برای مهمان که آن را به مهمان های دیگر بدهد، یا به فقیری بدهد. و جایز نیست تصرف در آن به غیر خوردن. مگر اینکه شاهد حالی باشد که صاحب خانه راضی است. پس آنچه پیش از تذکره نقل کردیم که (اباحه مختص به منافع است) مسامحه است در عبارت. و غرض او این است که مالک رقبه مال نمی شود بلکه همان رخصت در انتفاع به آن است به خودی خود، هر چند به اتلاف و خوردن آن باشد. و در اینجا سخنی باقی ماند. و آن این است که هر گاه هبه را که لفظی در آن نباشد از باب معاطات بگیریم که تصرفات مالکانه در آن توان کرد، پس ثمره دعوی ۲.

ص: ۱۸۸

۱- وسائل، ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۹۲، ح ۲۰۱.

۲- وسائل، ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۹۲، ح ۲۰۱.

اجتماع بر اشتراط ایجاب و قبول لفظی چه چیز است در جائی که هبه معوضه نباشد و حال آنکه در صورت وجود لفظ هم افاده بیش از آنچه معاطات افاده می کند، نمی کند -۹. و جواب آن این است که ثمره بنا بر قول به عدم صحت معاطات، ظاهر می شود. و همچنین در ایمان و نذور و امثال آن ثمره می کند، پس هر گاه کسی نذر کند مثلاً که هبه به عمل آورد، بدون صیغه هبه به عمل نمی آید و داخل عمومات هبه که در اخبار وارد است نمی شود، تا متفرع شود بر آن لزوم و عدم لزوم در اجنبی و ذی رحم و غیر آن از مواضعی که احکام هبه در آن مختلف می شود. و از آنچه گفتیم فرق مابین هبه و هدیه ظاهر شد. و معلوم شد که هبه اعم مطلق است از هدیه. و همچنین هیه اعم مطلق است از صدقه. و صدقه همان هبه است به شرط قصد تقرب. و در کتاب وقف همین مجموعه فرق مابین زکات و صدقه مذکور شد. (۱) و در صدقه هم لازم است ایجاب و قبول لفظی، و ظاهراً خلافی در آن نیست. و چون صدقه داخل هبه معوضه محسوب می شود که از عقود لازم است، (۲) اشتراط صیغه در آن اظهر است. (۳) و کلام در معاطات آن نظیر آن است که در هبه گفتیم. پس هر گاه صیغه با فقیر خوانده نشود جایز است رجوع مادامی که عین بر حال خود باقی است. (۴) و در اشتراط اقباض و سایر شروط مثل هبه است.

ص: ۱۸۹

- ۱- نگاه کنید به مساله ۴۱ از همین مجلد.
- ۲- عوضی که در صدقه لحاظ می شود از جانب خداوند است نه از طرف فقیر پس آن به «ایقاع» بیشتر مربوط می شود تا «عقد» بنابراین هیچ گونه «اظهریت» در اشتراط صیغه وجود ندارد.
- ۳- عوضی که در صدقه لحاظ می شود از جانب خداوند است نه از طرف فقیر پس آن به «ایقاع» بیشتر مربوط می شود تا «عقد» بنابراین هیچ گونه «اظهریت» در اشتراط صیغه وجود ندارد.
- ۴- همان طور که گفته شد لزوم صدقه بیشتر (بلکه کاملاً) جنبه ایقاعی دارد. مانند نذر واجب، و هیچ نقشی در ضرورت صیغه با فقیر ندارد. و سیره مسلمین در اعصار و امصار بر عدم اجرای صیغه در صدقه، مبتنی بوده و هست و با این همه باز صدقه لزوم خودش را دارد. و همین صدقه های بدون صیغه موضوع اخبار است. یعنی اخباری که می فرمایند «صدقه لازم و غیر قابل رجوع است» مرادشان همین صدقه های بی صیغه است. به عباراتی از احادیث توجه فرمائید: الف) در صحیح زراعه (باب ۳، ح ۱) آمده است «ولا ینبغی لمن اعطی الله شیئاً ان یرجع فیه. و ما لم یعط الله و فی الله. فانه یرجع فیه نحلہ کانت او هبه حیزت اولم تحز». در این حدیث هبه های غیر لازم مورد نظر است، یعنی آن هبه ها مورد نظر هستند که نه به وسیله شرط و نه به وسیله ذی رحم بودن و نه به وسیله عوض گرفتن از متب و نه به وسیله اتلاف، هیچ کدام لازم نشه اند. در این زمینه و در این شرایط و اوضاع می فرماید: آن چه برای رضای خدا و توقع ثواب داده شده، لازم است. ب) صحیح محمد بن مسلم، ح ۲، همان باب: «ولا یرجع فی الصدقه اذا ابتغی وجه الله. و الهبه و النحلہ یرجع فیها ان شاء حیزت اولم تحز الا لدی رحم فانه لا یرجع فیه». این حدیث دقیقاً در مقام تقسیم عوامل لزوم به دو قسم است. قسم اول: عواملی که موجب لزوم مواهب و صدقات و هدیه ها می شوند و منشاء آنها اراده و فعل و قول طرفین است، مانند صیغه، شرط، قبض و اقباض، اتلاف. قسم دوم: عواملی که موجب لزوم می شوند و ربطی به اراده و فعل طرفین ندارد. مانند: قصد قربت و نیت ثواب تنها از جانب واهب، و طبیعت خود موضوع که «هبه به ذی رحم» باشد. این عوامل به تنهایی عامل لزوم هستند خواه عوامل قسم اول همراه اینها باشند یا نباشد. ج) صحیح علی بن جعفر، باب ۵، ح ۵: «قال: و سألتہ عن رجل تصدق علی رجل بصدقه فلم یجزها، هل یجوز ذلک؟ قال هی جایزه

حیزت ام لم تحز قال و سألته عن الصدقه تجعل الله مبتوته هل له ان يرجع فيها؟ قال: اذا جعلها الله فهی للمساکین و ابن السبیل، فلیس له ان يرجع فیها». این حدیث نیز دقیقا در مقام بیان چگونگی قصد و نیت صدقه دهنده است. همان طور که نذر واجب و نذر مستحب داریم همین طور هم صدقه دهنده می تواند قصد وجوب و قصد غیر وجوب نماید، و هرگاه قصد وجوب نکرده مادامی که صدقه را به قبض نداده (لم یجزها) می تواند از نیت خود رجوع کند و اگر قصد وجوب کرده خواه به قبض داده یا نداده در هر صورت حق رجوع ندارد. این حدیث نیز توجهی به عوامل لزوم طرفین ندارد. تا اینجا همه سخن بر اساس بینش «توقیفیه» بود که مصنف (ره) از جمله قائلین به آن است، و بنابر بینش «امضائیه» باید گفت همه مسلمین از آغاز بعثت تا به امروز در همه اعصار و امصار باور داشته اند و دارند که صیغه خواندن در صدقه با فقیر رفتاری قبیح و ناپسند است و در عین حال همگی تلقی شان بر لزوم صدقه بدون صیغه بوده و این م ورد امضای شارع شده و بوده و هست. موضوع توقیفیه و امضائیه به طور مکرر در این مجلدات بحث شده. از آن جمله رجوع کنید به مساله شماره ۴۱ و ۵۷ از همین مجلد و ۳۴۲ و ۳۴۴ از مجلد اول.

واما عطیه ونحله: پس گاهی گفته می شود وهبه از آن خواسته می شود. و گاهی گفته می شود ومطلق اعطاء تبرعی خواسته می شود، پس شامل وقف و صدقه وهبه وهديه وسكنی وعمری می شود. وعلامه در تذکره گفته است که اغلب استعمال نحله در عطایای به فرزند است. واز صحیحه سابقه زراره(۱) ظاهر می شود مغایرت. ومی تواند شد که در آنجا نیز ناظر به این باشد که علامه گفته است. واز شیخ نقل شده است هبه و صدقه وهديه به یک معنی است. وآن بعید ۱.

ص: ۱۹۰

۱- فرمود « نحله کانت او هبه » ابواب الهبات، باب ۳، ح ۱.

است و خلاف مدلول اخبار است. و اما وجه تسمیه صداق به نحلّه: پس به آن اشاره کردیم در مسأله سابقه.

۸۳: سؤال:

۸۳: سؤال: هر گاه زینب به دختر خود بگوید که: میراث پدرت را به من حلال کن. و او بگوید که: حلال کردم. آیا به همین، آن میراث مال مادرش می شود، یا نه؟؟...

جواب:

جواب: علامه در تذکره گفته است که (لابد است در صیغه هبه از لفظ صریح، و کافی نیست کنایات، چنانکه در بیع. به جهت استصحاب عدم نقل ملک.) و ظاهر این است که صریح اعم از لفظ مجازی که با قرینهء ظاهره، باشد خواسته است. و به هر حال لفظ (حلال کردم) در لغت افاده بیش از اباحه تصرف نمی کند. و بر فرضی که در عرف آن بلد حقیقت باشد در بخشش و هبه، در اینصورت دو امر دیگر هست که قدح در صحت و لزوم می کند: اول اینکه اقباض شرط است و بدون اقباض لزوم ندارد، بلکه صحت ندارد. دوم اینکه بعد از ایجاب، قبول لفظی شرط است و هر گاه مادر نگفته باشد که (قبول کردم) آنهم بی فایده است. و باید دانست که صحت هبه بر فرض تحقق آن، در وقتی است که میراث معلوم باشد. و اگر مجهول باشد آنهم صحیح نیست. چون مستلزم غرر است. و اینکه گفته اند جهالت مضر نیست، در صورتی است که مستلزم غرری نباشد. و تفصیل این را در اول کتاب هبات ذکر کردیم. و هر گاه بعض میراث دینی باشد که در ذمه غیر داشته باشد، دیگر اشکال بیشتر می شود. (زیرا) باید از لفظ (حلال کردم) هم هبه خواهد و هم حواله. و این جایز نیست، با وجود اینکه در حواله هم صیغه ضرور است که مابین محیل و محتال خوانده شود. و مشهور علما رضای محال علیه را هم شرط دانسته اند. و آنهم معلوم نمی شود.

۸۴: سؤال:

۸۴: سؤال: هر گاه ضعیفه در حال حیات زوج خود، اقرار نموده که (من صداق خود را مصالحه نمودم به زوج خود. و ما دام الحیات خودم، اختیار فسخ از برای خود قرار داده ام). بعد از گذشتن چند روز از آن اقرار، زوج متوفی شد. زوجه گفت من خیار فسخ از برای خود مادام الحیات گذاشته بودم و الحال فسخ کردم مصالحه را، و صداق خود را از مخلفات او بر میدارم. و بعد چند روز دیگر زوجه

مريض شده وصیت کرد که ثلث مال مرا صرف عبادات من کنید. و شخصی را وصی کرد. بعد فوت زوجه به سمع وصی رسید که زوجه در حینی که زوج او را غسل میدادند، هنوز بر نداشته، به او خطاب می نموده که من خود را حلال کردم به تو مثل شیر مادر. الحال وصی نمی داند که به این عبارت برائت حاصل می شود برای زوج از صداق، و وصیت زوجه نسبت به صداق باطل است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بدان که صلح صداق می تواند شد که در ازای عوضی باشد که معتد به، نزد عقلا باشد و می تواند شد که در ازای عوض خیلی باشد که اعتنائی به آن نباشد و از باب (عقود محاباتی) باشد. و می تواند شد که در ازای هیچ عوضی نباشد، زیرا که در صحت عقد مصالحه عوض شرط نیست. چنانکه از علامه در تذکره ظاهر می شود که مراد از مصالحه محض اتفاق و تراضی است. چنانکه گاه هست صلح می کند طلب ثابت را به اقرار مدعی علیه به نصف آن، که آن را (صلح حیطه) می گویند. و گاه است که صلح می کند حق را و هیچ نمی گیرد. بلکه کلام در عین هم، چنین است و اختصاص به دین هم ندارد. و مؤید این مطلب است مذهب شیخ در صلح که آن را تابع یکی از عقود خمس می داند که یکی از آنها هبه است و یکی از آنها ابراء است. و در حقیقت هیچیک عوض شرط نیست. پس هر گاه صلح زوجه از باب قسم اول باشد، و اقرار مرکبی کرده، یعنی اعتراف کرده که (من مهرم را به زوجم صلح کردم در ازای فلان عوض معتد به با شرط اینکه خیار فسخ با من باشد مادام الحیات) ظاهر این است که اصل صلح فاسد باشد. چون شرط ضمن العقد آن، جهالت دارد به سبب جهالت زمان حیات. و به فرضی که جهالت در صلح مغتفر باشد، هر چند در عوض با سد و ضرر نداشته باشد، معلوم نیست که این قسم از جهالت مغتفر باشد. و جهالت اقسام دارد و اقسام آن را در اول کتاب صلح بیان کرده ایم. و دلیل مغتفر بودن جهالت خصوصا در عوض و خصوصا در (صلح ابتدائی) وضوح ندارد. و غایت آنچه مسلم است مقبولیت آن در صورتی است که استعلام بالفعل متعذر باشد یا متعسر.

چنانکه در آنجا بیان کرده ایم و در اینجا این شرط خیار فسخ از باب عوض است، و معوض صداق است. و شکی نیست که تعیین آن در کمال سهولت است. می تواند خیار فسخ را مثلاً در سی سال قرار بدهد یا بیشتر، به قدری که مظنون او آن است که بیش از آن عمر نمی کند، و اگر فوت شود هم، خیار فسخ موروث می شود. و به هر حال بعد از تعارض ادله چون اصل عدم صحت معامله است، صحت این مصالحه مشکوک فیه است. و ظواهر ادله، ممنوع الدلاله والانصراف است به این قسم از جهالت. با وجود اینکه می گوئیم که این شرط منافی مقتضای عقد هم هست که عقد لازم مادام الحیاء عاقد، متزلزل باشد. چون ظاهر این است که اصل در عقود لازمه این است که بین المتعاقدين مادام حیاتهم لازم باشد نسبت به هر دو، الا قدری از زمان را که شرط خاص اقتضای آن کند. پس باید که لزوم فی الجمله نسبت به هر یک مادام الحیات ثابت باشد. و این در مانحن فیه مفقود است، به جهت آنکه لزوم نسبت به وارث، لزوم نسب به متعاقدين نیست. و هر گاه صلح صدق از باب یکی از دو قسم دیگر باشد: پس ظاهر این است که این جهالت شرط مضر به آن نباشد. چون مصالحه در اینصورت مبتنی بر مسامحه است. و با معامله عقلاً هم منافاتی ندارد. چون ممکن است که غرض صحیحی در آن باشد. و مستلزم غرر نیست. و توهم اینکه (بر فرضی که از باب قسم ثالث باشد باید باطل باشد به جهت اینکه شرط خیار در ابراء صحیح نیست) فاسد است. زیرا که آنچه مسلم است که شرط خیار در آن صحیح نیست، نفس ابراء است نه مصالحه مطابقه ابراء. زیرا که اقوی این است که صلح عقد مستقلی است و تابع احدی از عقود خمس نیست. پس جایز خواهد بود شرط خیار از این حیثیت که صلح است. و دلیلی بر اضرار جهالت شرط، در اینجا هم نیست. و اگر بگوئی: که در صورت صلح مطابق ابراء حق ساقط می شود و فسخ صلح بعد موت زوج چگونه مستلزم عود حق می شود به ذمه میت، و حال آنکه میت بعد موت مکلف نیست که چیز تازه ای بر (ذمه) او قرار بگیرد. -؟ و به مجرد موت زوج مال او به وارث منتقل می شود. چون در آنوقت دینی ندارد که متعلق به مال او شود. و در حال موت، حق از ذمه او ساقط بود.

گوئیم: که چنانکه دین مستقر بعد موت متعلق به مال میت می شود، علاوه بر ذمه آن، دین مترزل هم تعلق می گیرد. پس صدق که دین است و زوجه صلح کرده آن را بر سبیل ابراء، به سبب شرط خیار فسخ آن، سقوط مترزل است. و چنانکه سقوط آن مترزل است تعلق آن هم به مال او بعد موت هم مترزل است. و اینکه گفتی که (صحیح نیست که میت بعد موت چیزی به ذمه او تعلق بگیرد) خوب است در وقتی که ما بگوئیم که حق جدیدی به ذمه او متعلق شد و لکن ما می گوئیم که همان حق سابق مترزل به عنوان ترزل در ذمه او بود که مرد. و الحال که زوجه عود کرد و فسخ کرد، همان مقتضای اشتغال ذمه سابق که منشأ تعلق حق به مال (می) شد، الحال تعلق آن به مال مستقر می شود هر گاه مالی باشد و هر گاه مال هم نباشد می تواند شد که باز در ذمه او مستقر شود. چنانکه قبلاً بود. مثل اینکه بعد موت زوج بر او ظاهر شود عداوت شدید به نسبت به زوجه و خواهد در قیامت از او باز خواست کند، باز رجوع می کند و اشتغال مستقر می شود. و از اینجا ظاهر شد که نمی توان گفت که (فسخ موجب فقد ثمرات معامله است از حین فسخ عقد، نه از اول عقد) تا آنکه مترتب شود بر آن رجوع حکم دین و برگردد به ذمه او در حال حیات که مستصحب بماند تا حین موت. پس این شرط در حین عقد مصالحه، چون شامل صورتی هم هست که زمان فسخ اتفاقاً بعد موت زوج باشد، به منزله نذری است در وقت خاصی از اوقات مستقبله که آنوقت در نفس الامر فاقد قابلیت وقوع لن باشد. مثل آنکه زنی نذر کند که در پنجشنبه آینده روزه بدارد و اتفاقاً آن روز حیض شود. پس نذر منعقد نیست. پس این شرط در وقتی صحیح است که در حین فسخ زوجه، ذمه زوج قابل تعلق حق جدید به او باشد. و به هر حال: در این مقام باید تفصیل داد که صلح به چه نحو واقع شده. در بعضی صور صحیح است و در بعضی صور باطل است. و در صورت بطلان احتیاجی به تصحیح شرط خیار فسخ نیست، و زوجه مهر خود را می طلبد. و در صورت صحت باز به سبب فسخ باطل می شود، و زوجه صدق خود را می طلبد. و اما اینکه زوجه خطاب کرده به زوج میت خود که صدق خود را به تو حلال

کردم که بنابر صورت سؤال قبل از فسخ صلح واقع شده - هر گاه به ثبوت برسد این خطاب. پس می گوئیم که یا این است که زوجه متذکر صلح هست یا نیست. پس اگر متذکر است که صلح کرده است، می گوئیم اما بنابر آن صورتهای که صلح صحیح است و هنوز فسخی واقع نشده، پس در ظاهر چنین می نماید که ابراء صحیح نباشد، زیرا که زوجه از او طلبی ندارد که او را حلال کند، و تا فسخ نکند و حق به او عود نکند چه چیز را حلال می کند. ولکن چنین نیست بلکه می گوئیم که می توان گفت که این لفظ این معنی را در بر دارد که (فسخ کردم و حلال کردم) از باب (اعتق عبدک عنی) یعنی غلام خودت را تملیک من کن و از جانب من آزاد کن. یا اینکه (اگر خدشه و عیبی در عقد مصالحه در نفس الامر باشد من احتیاطا او را بری کردم) و این بعید است. یا مراد زوجه این باشد که (حق فسخ و رجوع را به تو حلال کردم) و این دور نیست. و در صورتی که مراد او یکی از اینها باشد پس می گوئیم که اگر صدق عین موجودی باشد، حلال کردن آن به میت در دو صورت اول معنی ندارد. به جهت آنکه با قطع نظر از اینکه لفظ (حلال کردم) نه صریح است در هبه و نه ظاهر، و شرط است در هبه که به لفظ صریح باشد و در هبه ایجاب و قبول، و اقباض شرط است. و اینها در میت محال است. و همچنین هر گاه مراد او از (حلال کردم) اباحه عین باشد. و اما در صورت اخیر: پس چون راجع می شود حلال کردن به اسقاط حق رجوع و حق خیار فسخ پس تصحیح آن ممکن است ولکن این در وقتی خوب است که معلوم باشد که مراد زوجه این صورت است. و اما در صورت جهالت حال، پس اشکال بهم می رسد. وجه بطلان این است که لفظ، احتمال (بر) هر سه صورت دارد، و اصل عدم تحقق شرط صحت است، و شک در شرط موجب شک در مشروط است، چون کلام او مردد است مابین یکی از این سه احتمال، و صحت وقتی ثابت می شود که فرض تحقق احتمال سوم باشد.

ووجه صحت این است که: ظاهر لفظ (حلال کردم) ابراء است واسقاط. و به این قرینه می توان حمل کرد بر احتمال ثالث. وایضا افعال واقوال مسلمین محمول بر صحت است. پس حمل لفظ زوجه بر معامله صحیحیه اولی است از فاسده. و این اظهر است. و اما هر گاه صدق دینی باشد: پس می گوئیم که متبادر از لفظ (حلال کردم) در صورت دین بری الذمه کردن است. و اگر کسی بگوید: که بری الذمه کردن میت مستلزم سقوط حق زوجه نمی شود زیرا که بعد فوت میت چنانکه دین در ذمه او باقی است تعلق به مال او هم می گیرد هر گاه مالی داشته باشد. بلکه اظهر در تفسیر آیه شریفه (من بعد وصیه یوصی بها او دین) (۱) این است که مال از ملک متوفی بیرون نمی رود تا ادای دین و وصیت نشود مطلقا. یعنی خواه دین مستوعب ترکه باشد یا نباشد. و چنانکه دین تعلق دارد به ذمه میت تعلق می گیرد به سبب موت به مال او نیز، مانند تعلق حق مرتهن به مال مرهون. پس آن مال به منزله رهن است که اگر وفای دین از آن مال که به منزله رهن است، بشود. یا اینکه متبرعی ادا کند، یا آنکه صاحب طلب او را بری کند، مال از رهن بودن بیرون می آید و منتقل به وارث می شود. و اگر اینها هیچیک به عمل نیاید و مال هم تلف شود، آن مال در ذمه متوفی می ماند تا به قیامت. و تعلق دین به مال از باب تعلق زکات به عین نیست که هر گاه بدون تفریط عین تلف شود، زکات هم ساقط شود و وجه دیگر هم در تفسیر آیه هست که در رساله علی حده بیان آنها کرده ام. و اظهر وجوه (۲) این است که مذکور شد.

ص: ۱۹۶

۱- نساء، ۱۲.

۲- یعنی اظهر وجوه در تفسیر آیه.

و بنابر این پس ممکن است که مراد زوجه اسقاط حق قیامت باشد، نه حق در دنیا که تعلق به مال او دارد. و قرینه مقام هم شاهد است که این سخن به سبب علاقه و محبت (به) زوج است نه وارث او که مال از آنها نگیرد. و می خواهد که زوجش معاقب نباشد. نه اینکه مهر او را وارث های او بخورند هر چند دشمنان زوجه باشند. خصوصاً در وقتی که می داند که زوج مال بسیار دارد و حکم خدا این است که اول دین را باید ادا کرد و اگر چیزی بماند به وارث می دهند. و نفعی دیگر از آن مال به میت نمی رسد. در اینصورت این ابراء چندان نفعی برای زوجش ندارد که ترضیع حق خود را بکند. و نظیر این است اینکه هر گاه مالی را غاصبی از کسی بگیرد و غاصب دیگر از آن غاصب بگیرد و هکذا...، پس همه آنها مشغول ذمه مالک هستند و لکن ممکن است که مالک یکی از آنها را برئ الذمه کند بدون اینکه از او چیزی بگیرد. و دیگران را برئ الذمه نکند و مطالبه حق خود را (در دنیا یا آخرت) از آنها بکند. در جواب او می گوئیم: شاید چون زوجه احتمال می دهد که ممکن نشود استیفای حق خود را از مال زوج بکند به سبب اینکه وارث ممانعت کند، یا مرگ مهلت ندهد، احتیاطاً زوج را برئ الذمه می کند و اعراض می کند از حقی که در مال دارد. یا بر وارث بر فرض تحقق آن یا آنچه قائم مقام اینها شود، مثل تبرع اجنبی، که مبادا خود زوجه بمیرد و زوجش مشغول الذمه بماند. بلکه می توان گفت که برئ الذمه کردن زوج جمع نمی شود با بقای حق در ذمه وارث (یا کسی که قائم مقام او است) که او را بری کند و این را نکند. به جهت آنکه اشتغال ذمه وارث (یا قائم مقام او) به وفا امر مستقل متأصلی نیست. بلکه حصول آن به تبعیت اشتغال ذمه میت است، و با نفی آن این نیز منتفی می شود. بخلاف آن نظیری که ذکر شد که در آنجا هر یک از ایدی متعاقبه غصب مستقل اند در اشتغال ذمه. پس در مانحن فیه ابراء کردن زوج در معنی مبتنی بر

تعليق می شود يعنی اگر وارث وفا نکند يا مال تلف شود زوجم بری باشد ودر قيامت از او مؤاخذه نمی کنم. و تعليق در ابراء بی صورت است. و هر گاه اين تعليق منظور نباشد و منجزا او را بری کرده باشد ديگر حقی بر گردن وارث نمی ماند. چون ثبوت حق در گردن وارث تابع اشتغال ذمه ميت است و به انتفاي متبوع تابع منتفی می شود. بخلاف صورت غصب که در آنجا با تنجيز ابراء باز اشتغال ذمه ديگران باقی است. و ظاهر لفظ واطلاق (حلال کردم) هم اين است که منجز باشد. چنانکه حقيقت ابراء هم اين است. پس نتوان گفت: که اين احتمال در جنب احتمال اول ضعیف است و اینکه دلالت لفظ بر اعراض مذکور ممنوع است، و غایت امر تساوی احتمالين است، و اصل بقای حق است تا يقين به رافع حاصل شود، و اینکه در حين موت زوج دو حق از برای زوجه حاصل است یکی حقی که در ذمه زوج دارد که اگر در دنيا از مال او به او نرسد در آخرت مطالبه خواهد کرد، و یکی حقی که بر مال زوج دارد در صورت بقای مالی از او واستحقاق مطالبه آن را دارد از وارثی که مال در دست او است، يا از کسی که قائم مقام وارث است که اين حق از جانب خدا قهرا و قسرا ثابت است، و اسقاط اول مستلزم اسقاط ثانی نیست، و اسقاط ثانی در معنی هبه دين است به وارث، يا به منزله ابراء وارث است از حق وجوب وفا از مالی که در دست او است، و حلال کردن ميت و ابراء او دلالتی بر هبه به وارث يا ابراء او به احدی از دلالت ندارد. پس منافاتی نیست مابين حلال کردن صداق به ميت و باقی ماندن حق صداق در مال او، هر گاه مالی داشته باشد. بلکه هر گاه مالی نداشته باشد و متبرعی از جانب او ادا کند هم جایز خواهد بود گرفتن زوجه آن را. زیرا که: دانستی که ابراء ظاهر در (تنجيز) است. و دلالت لفظ هم ظاهر است. و تبعیت اشتغال ذمه وارث به وفا هم اقتضای همين را می کند.

وا احتمال دیگر در اینجا تصور می شود. وان این است که مراد زوجه این باشد که (حقى که بر زوج داشتم ساقط کردم وحقى که در مال او یا بر گردن وارث داشتم آن را هم منتقل کردم به زوجم که وراثت به مصرف او برسانند). واراده این معنی بسیار بعید است، ولفظ دلالتی بر آن ندارد. تا اینجا بنای کلام در آن بود که صلح صحیح باشد. واما هر گاه در صورتی باشد که صلح فاسد باشد به یکی از جهات سابقه که بیان شد: پس حلال کردن وبری کردن خوب است و احتیاج به آن توجیهات سابقه نیست. لکن اشکال سابق باز وارد می آید که بری کردن زوج مستلزم سقوط حق زوجه بالمره نمی شود. و دفع آن هم بر وجهی که گفتیم ظاهر شد. پس هر گاه مطالبه صداق کند از مالی که از او مانده باشد و بگوید (که من آنچه حلال کردم آن حقى بود که در گردن زوجم بماند به قیامت. نه اینکه با وجود تمکن از ایفای حقم از مال او آن را هم ساقط کرده باشم). سماع این دعوى مشکل است. چون در معنی (انکار بعد الاقرار) است. واما هر گاه زوجه متذکر صلح نباشد: پس در صورتی که صلح صحیح باشد این ابراء صحیح نیست. به جهت آنکه بنابر این در نفس الامر حقى ندارد که حلال کند و سخن لغوی گفته. و آن دو احتمال که در صورت صحت با تذکر، گفتیم - یعنی فسخ کردن و بعد از آن ابراء کردن، یا اسقاط حق تسلط بر فسخ - در اینجا راهی ندارد. چون متذکر آنها، هیچکدام، نیست. پس آن فسخ (بعد ثبوت) موجب رجوع صداق به او (می شود) و وصیت او صحیح است. و در صورتی که صلح صحیح نباشد به جهاتی که ذکر کردیم، پس ابراء او فی الجمله صحیح است. به جهت آنکه علی ای تقدیر ابراء بر حق خود وارد شده. خواه به اینوجه که بر حق ثابت بلا-عروض عارض، شده (چنانکه در حال عدم تذکر معتقد آن است)، یا بر حق ثابت با عروض عارضی که مثمر ثمر نیست که ان صلح فاسد باشد. و لکن همان اشکال سابق باز وارد می آید که این ابراء مسقط حق او است که

متعلق است به مؤاخذه قیامتی زوج، نه اسقاط حقی که در مال زوج یا بر وارث دارد. وجواب آن هم همان است که مذکور شد. بلی اشکالی در اینجا هست که گاه است که با وجود فساد صلح در نفس الامر، زوجه معتقد صحت آن بوده، ولیکن در حین ابراء تکیه او بر اعتقاد بقای حق ثابت است. چون صلح را فراموش کرده و اگر متذکر میبود ابراء را منضم می کرد به فسخ آن صلح، یا قصد همان ابراء از حق تسلط بر فسخ می کرد. والحال منجزا ابراء کرده. و این از باب (بیع مال مورث به اعتقاد حیات او، و حال آنکه درواقع مورث در حال بیع مرده بوده است و مال خود وارث بوده) می شود. و دور نیست که همین موافقت نفس الامر کافی باشد، هر چند علی سبیل الاتفاق باشد. هر چند در بعض صور ابراء مجهول، این سخن تمام نباشد، چنانکه علامه در تذکره فرض آن را کرده. و آن این است که شخصی بری کند دیگری را از صد درهم در حالی که معتقد این است که صد درهم طلب ندارد ولیکن درواقع طلب داشته باشد و در آن دو وجه ذکر کرده: یکی براءت آن شخص است، زیرا که بری کرده او را از چیزی که در نفس الامر مالک آن است. دوم عدم براءت است، چون اعتقاد ملکیت آن را ندارد از باب بیع مال مورث است به اعتقاد حیات او و حال آنکه مرده باشد. و اظهر در این مثال علامه وجه دوم است. بخلاف آنچه گفتیم که در آنجا اظهر صحت است. و اما هر گاه حال زوجه معلوم نیست که: متذکر صلح بوده یا نه: اصل و ظاهر مقتضی آن است که بنا را بر تذکر بگذاریم و به مقتضای آن عمل کنیم. و اگر دعوی و مخاصمه رو دهد، به مرافعه طی می شود. و حاصل جواب از سؤال سابق این است که صلح اگر به عوض وجه معتد به، واقع شده، فاسد است. به جهت جهالت شرط. و بنابر این وصیت صحیح است که باید به مقتضای آن عمل کرد، خواه فسخ بکند و خواه نکند. و اگر بوجه محاببات شده - یعنی صلح به وجه قلیلی شده که اعتنائی به آن نیست - یا بدون عوض واقع شده، ظاهر صحت مصالحه است و صحت شرط. [و] در صورت فسخ به

مقتضای شرط، باید به مقتضای وصیت او عمل کرد. و این ها در وقتی است که حلال کردن زوجه زوج خود را در حین غسل دادن، ثابت نباشد. و اما هر گاه به ثبوت رسد، در آن نیز باید تفصیلی داد. پس اگر صداق عین موجودی است، حلال کردن آن صحیح نیست. زیرا که در اینجا ابراء نیست، بلکه هبه، یا اباحه است. و شرایط هبه و اباحه - از قبول و قبض و غیره - در اینجا متصور نیست. و همچنین هر گاه بعض صداق عین باشد، در آن بعض صحیح نیست. و اینها در صورتی است که مراد زوجه حلال کردن و بری کردن از حق الرجوع نباشد. زیرا که در اینجا ابراء صحیح است هر چند صداق عین باشد. و هر گاه دین باشد، یا بعض آن دین باشد: پس حکم دین این است که اگر زوجه متذکر صلح هست و از جمله صورت هائی است که صلح صحیح است، پس ظاهر این است که ابراء صحیح است و بالمره از میت ساقط می شود و در مال او هم حقی ندارد. و بر وارث او هم چیزی نیست. و وصیت او اعتباری ندارد نسبت به صداق او. و اگر از جمله صورت هائی است که صلح صحیح نیست، پس ابراء صحیح است و وصیت نسبت به صداق باطل است. و هر گاه متذکر صلح نباشد: پس در صورت صحت صلح، آن ابراء صحیح نیست، و به مقتضای وصیت باید عمل کرد. و در صورت فساد صلح، ظاهر این است که ابراء صحیح باشد و دیگر عمل به وصیت نسبت به صداق نمی توان کرد. و در صورت جهالت حال زوجه در تذکر و عدم تذکر: ظاهر این است که بنا [را] بر مقتضای تذکر باید گذاشت. و حکم آن را در آن جاری ساخت. و هر گاه طرفین نزاع داشته باشند در تذکر و عدم تذکر به مرافعه طی می شود والله العالم.

۸۵: سؤال:

۸۵: سؤال: هبه غیر ذی رحم بعد از اجرای صیغه و اقباض در چه صورت لازم می شود و در چه جا نمی شود؟ - و در جایی که لازم نیست به مجرد اقباض، آیا به سبب تصرف در آن منشاء لزوم می شود یا نمی شود؟ - و هر گاه منشاء لزوم می شود آیا در چه گونه تصرف منشاء لزوم می شود.

جواب:

جواب: هبه غیر ذی رحم هر گاه معوضه نباشد و قصد قربت در آن نشده باشد، به مجرد اقباض لازم نمی شود جزماً. و ظاهر اخلاقی در این نیست، و جمعی دعوی

اجماع بر آن کرده اند و اخبار معتبره بسیار که حاجتی به ذکر آنها نیست دلالت بر آن دارند. (۱) و مخالف آنها (۲) مطروح یا مؤول است. و اما هر گاه یکی از اینها حاصل شده باشد لازم است جزما و به مجرد اقباض دیگر عود نمی توان کرد. و تصرف در آن شرط نیست. و دلیل اینها هم سابقا در جواب مسائل گذشت. (۳)

و هم چنین هر گاه عین موهوبه بالمره تلف شده باشد، خواه از جانب خدا تلف شده باشد یا به فعل متهب و یا غیر او. و خلافتی در این نیست. بلکه جمعی دعوی اجماع کرده اند و حسنه حلبی (۴) هم دلالت بر آن دارد و بعد از این ذکر آن می کنیم. و اما هر گاه هیچ یک از اینها نباشد و بعد از اقباض تصرف هم به عمل آمده باشد، پس در آن سه قول است: اول: جواز رجوع است مطلقا خواه آن عین موهوبه بعینها در ید متهب باقی باشد یا منتقل به غیر شده باشد، یا تغییری در آن بهم رسیده باشد مثل این که گندم را آرد کرده یا کرباس را قطعه، قطعه کرده. یا مطلقا تغییری بهم نرسیده مثل این که چاروا [را] سوار شده و در خانه مسکن کرده. و هم چنین سایر تصرفات. و این قول را از ابن جنید و سلار و ابو الصلاح و ابن زهره، نقل کرده اند. و محقق هم در هر دو کتاب اختیار آن کرده و از ابن زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده. دوم: عدم جواز رجوع است مطلقا. و این را از مفید و شیخ و ابن براج نقل کرده [اند] و مختار ابن ادریس هم همین است. و در مسالک این را به اکثر متأخرین نسبت داده بلکه در جائی دیگر این را مشهور نامیده. سوم: تفصیل است به این که هر گاه از ملک او بیرون رفته، یا صورت آن متغیر شده (مثل گازی کردن جامه و نجاری کردن چوب و ووطی کردن کنیز) رجوع نمی تواند کرد. و هر گاه بدون اینها باشد (مثل سکنی کردن خانه و سوار شدن ۱).

ص: ۲۰۲

۱- وسائل، ابواب الهبات، باب ۳، ح ۲۱ و باب ۶، ح ۱ الی ۴.

۲- همان، ب ۴، ح ۶ الی ۸.

۳- از آن جمله نگاه کنید به مساله ۷۹ همین مجلد.

۴- وسائل، ابواب الهبات، باب ۸، ح ۱.

چاروا و پوشیدن جامه) پس لازم نیست و رجوع می تواند کرد. و این قول ابن حمزه است و شهید در دروس. و در مسالک نسبت آن را به جماعتی از متأخرین داده. و ابن حمزه گفته است که خروج از ملک باعث لزوم می شود هر چند باز به او برگشته باشد. و اطلاق کلام دیگران هم شامل آن است. و ابن حمزه گفته است که رهن کردن عین، یا مکاتب مشروط کردن عبد منشأ لزوم نمی شود، بلکه هر گاه رهن را خلاص کند یا عبد عاجز شود از ادای مال الکتابه، رجوع می تواند کرد. دلیل قول اول، اصل و استصحاب (جواز رجوع بعد قبض و قبل از تصرف) است و اجماعی که از ابن زهره نقل شده و احادیث معتبره بسیار که دلالت دارند بر جواز رجوع در هبه بالعموم یا بالاطلاق. خصوصاً آن اخباری که تفصیل داده اند به این که در ذی رحم هبه لازم است و در غیر ذی رحم جایز است رجوع و حسنه حلبی که می آید (۱) نیز در ادله این قول می تواند شد بر وجهی. و دلیل قول دوم: آنچه در مسالک ذکر کرده ده دلیل است. ولیکن اکثر آنها بی وجه است و لایق ذکر نیست. و از جمله آنها دعوی اجماعی است، و از مسالک ظاهر می شود که مدعی آن صاحب کشف الرموز است. و در مسالک طعن بسیار بر این دعوی زده. و بسیار خوب کرده، خوشم می آید که معارضه کنم این دعوی اجماع را به دعوی سید مرتضی اجماع را بر جواز رجوع در هبه هر چند به ذی رحم باشد حتی در والد و ولد، که در غرابت با این دعوی مشترکند. و از جمله آنها روایت ابراهیم بن عبد الحمید از حضرت صادق - ع - است (قال: انت بالخيار في الهبة مادام في يدك. فاذا خرجت الي صاحبها فليس لك ان ترجع فيها. وقال رسول الله - ص -: من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه). (۲) و این حدیث ضعیف است. و دعوی این که ضعف آن منجر است به عمل اصحاب مدفوع است به این که اصحاب به این عموم عمل نکرده اند. و عموم آن شامل ذی رحم و غیر ۴.

ص: ۲۰۳

۱- وسائل، ابواب الهبات، باب ۸، ح ۱.

۲- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱۰، ح ۴.

آن، وشامل صورت تصرف وعدم آن، هست. وبسیار بعید است اعتماد به همین قدر که اصحاب عمل کرده اند به این قطعه از مدلول این حدیث، یعنی از حیث این که دلالت دارد بر این صورت خاصه که مطلق تصرف است عمل به آن کرده اند. واما آخر حدیث: پس هر چند آن در اخبار متعدده وارد شده وسند بعض آنها صحیح است، لکن در دلالت آن منع است. بلکه ظاهر آن کراهت است. واگر تشبیه به رجوع به قی به سبب حرمت اکل قی است، پس لازم می آید که قبل از تصرف هم حرام باشد، وایشان قائل به آن نیستند. وقبح وشناعت ظاهری در عرف وعادت خصوصا در نظر اهل بصیرت وصاحبان مروت مشترک است بینهما هر چند در صورت تصرف شنیعتر باشد. وتخصیص این خالی از تعسفی نیست، چون تعلیل راجع به امر عقلی یا عادی شده، نه محض تعبد که قابل تخصیص باشد. وغایت امر دلالت بر حرمت است وآن دلالت بر فساد وعدم ترتب آثار ندارد. چنانکه در مسالک اشاره به آن کرده. وبه هر حال، بعد از ملاحظه اخبار معتبره بسیار که دلالت بر جواز رجوع در هبه می کند (بالا طلاق یا در بعضی صور)، چگونه اعتماد به دلالت این روایت بر حرمت باقی می ماند. ودلیل قول سوم: حسنه حلبی است به ابراهیم بن هاشم که به منزله صحیحه است، بلکه جمعی روایات او را صحیح شمرده اند وخالی از وجه نیست. وبه هر حال شکی در جواز عمل به مثل این روایت از جهت سند نیست. وآن را حلبی از حضرت صادق (علیه السلام) روایت کرده است (قال: اذا كانت الهبه قائمه بعینها فله ان يرجع فیها، والا فلیس له). (۱) ودر وجه دلالت گفته اند که متبادر از (قیام بعینها) این است که عین با او صاف سابقه بر جا باشد، با تغییر اوصاف صادق نیست که بعینها باقی است هر چند ذات او باقی باشد. و هم چنین با خروج از ملک متهب صادق نیست که بعینها باقی است، بلکه آن نازل منزله تلف است چه جای تغییر عین ودر مسالک بر این ایراد کرده که اقامه نقل از ملک، مقام تغییر عین یا زوال ۱.

ص: ۲۰۴

عین تحکم یا تکلف است. بلکه می توان ادعا کرد بقای عین را با تغییر بسیاری از اوصاف آن، چه جای تغییر کم. وایضا اصحاب این قول، مطلق و طی جاریه را ملحق کرده اند به تغییر عین با صدق بقای عین به حال خود با و طی. مگر این که ادعا شود که در این صورت عین باقی نیست. و این وضوحی ندارد. یا تخصیص بدهیم آن را به صورتی که کنیزام ولد شود. پس مشکل است که به چنین حدیثی که سند آن صحیح نیست و دلالت آن واضح نیست آن احادیث صحیحیه بسیار را که دلالت دارند بر جواز رجوع مطلقا، تخصیص بدهیم. بعد از آن اختیار کرده عمل به آن را در جائی که ظاهر باشد دلالت آن، و آن در صورتی است که عرفا صادق آید تغییر عین. و به این جمع می شود بین الاخبار. این آخر کلام مسالک است با فی الجمله اختصاری. و تحقیق مقام به مقتضای فکر قاصر این بی سر انجام این است که قولی را که نسبت به مشهور داده اند دلیلی که اعتماد توان کرد ندارد. و قول اول هر چند اقوی است از قول مشهور به حسب دلیل لکن اظهر عمل به تفصیل است به سبب همین حدیث که به منزله صحیح بلکه صحیح است. و اما کلام در دلالت آن: پس آنچه به فهم حقیر می رسد این است که مراد از (قائمه بعینها) دو چیز است به مقتضای تبادر: یکی آن که عین قائمه باشد در نزد متهم و به جای دیگر نرفته باشد، و مراد از رجوع، رجوع به متهم است. یعنی از برای واهب است رجوع به متهم در عین موهوبه. زیرا که غالب آن است که بدون این که از متهم بگیرد رجوع متحقق نمی شود. و وقتی که منتقل به غیر شده این را رجوع نگویند، چون به او نداده بود که به او رجوع کند. و الحاصل متبادر از رجوع در هبه این است که چنانکه داده بود باز استاند. (۱) و این مناسب متهم است نه مشتری که از متهم خریده. و متبادر از مال باز استدن (۲) این است که در نزد او باشد و باز استاند. نه این که او ران.

ص: ۲۰۵

۱- کذا: استاند.

۲- کذا: استدن.

الزام کند که برود و از مشتری بگیرد و بیاورد. پس در صورت خروج از ملک نگویند که (الهبه قائمه). و علامه بر تبادل، می گوئیم که مراد از لفظ هبه، عین موهوبه است، و مشتق حقیقت است در متلبس به مبدأ، بلکه جامدات هم چنین اند و حقیقت اند در آنچه وصف عنوانی در آن باقی باشد. زیرا که هوائی که منقلب از ما باشد آن را ما نگویند به عنوان حقیقت. و عین موهوبه در وقتی که مبیعه شد به غیر، آن را مبیعه و مملو که غیر می گویند به سبب خریدن و هر چند در این اشکال می توان کرد که مبدأ اشتقاق در اینجا حال است و فعل، و آن منقضی شده در دست متبذبه نیز. نه از باب ملکات و حرف. و لکن باز اطلاق آن بر آن عین (مادامی که در ملک متبذبه است) اظهر است، و اقرب مجازات خواهد بود. پس از اینجا ظاهر شد که در صورت خروج از ملک صدق نمی کند (قائمه بعینها)، هر چند مطلقاً در ذات و صفات آن تغییری بهم نرسیده باشد. دوم: این که قائم باشد بعینها و متبذبه از قیام بعینها این است که قائم باشد بذاتها و صفاتها و مشخصاتها. نه این که همین ذات او قائم باشد، هر چند اوصاف و تشخیصات زایل شده باشد. پس گندم که آرد شد، بعینه باقی نیست، و کرباسی که خیاط برید برای جامه، یا قصار گازی کرد، یا صباغ رنگ کرد، هیچ یک اینها بعینها قائم نیستند. و هم چنین غلامی را که در جوانی بخشید و الحال پیر شده. و اما هر گاه غلامی را به او بخشید و یک فرسخ سوار شد، یا خانه [ای] به او بخشید و در یک روز در آن ساکن شد، یا شمشیری به او بخشید و یک سفر آن را به کمر بست، به محض همین ها در عرف تغییری بهم نرسیده پس قاعده این است که هر چه در عرف صدق کند تغییری بهم نرسیده پس قاعده این است که هر چه در عرف صدق کند تغییر عین رجوع جایز نباشد و آنچه صدق کند بر آن که متغیر نشده رجوع جایز خواهد بود. و آنچه مشکوک فیه باشد رجوع به اصل باید کرد و آن در اینجا جواز رجوع است به سبب اصل و استصحاب جواز رجوع قبل از تصرف. و این مختلف می شود به حدس و وجدان و نظر اهل ادراک پس هر گاه اختلافی در افهام واقع شود

هر کس مکلف است به فهم خود. و هر گاه به سبب آن نزاع واقع شود در آن وقت باید به مرافعه طی شود. و در آن وقت معتبر فهم و حکم حاکم است لا غیر. و از مواضع اشکال و طی جاریه است که باکره نباشد یک دفعه، که بعضی اصحاب این قول آن را از جمله مغیرات عین، ذکر کرده اند. و دور نیست که چنین باشد. زیرا که محفوظیت عورت جاریه از صفات ظاهره او است و الا این که عورت مکشوف برای غیر شد و بضع او دست خورده شد، دور نیست که داخل تغییر عین باشد. زیرا که گفتیم که متبادر از (قائمه بعینها) (قائمه بذاتها و صفاتها) است. و نظرها اعتباری داشته باشد، نه مطلق صفات و عوارض. و شاهد آنچه مذکور شد که معیار حدس و وجدان است [این است که] در بیان تغییر عین نصی وارد نشده که تعبداً به آن عمل کنیم [و] از این جهت فقها بر این مطلب تفریعات کرده اند و اختلاف کرده اند در موارد خاصه، مثل این که عین موهوبه درختی باشد یا سنگی باشد و متهم داخل بنای خود کرده باشد و عین باقی باشد و اظهر لزوم است، خصوصاً که محتاج است به خراب کردن بنا، و تضرر متهم. و در عرف هم تغییر صادق است، هر چند در صفتی از صفات آن است. و این کمتر از رنگ کردن جامه و امثال آن نیست. و اشکال کرده اند در صورت خروج از ملک و عود. خواه به بیع و امثال آن باشد یا به سبب خیار فسخ و امثال آن. و اظهر لزوم است، چنانکه قبل بیان کردیم. به سبب آن که در حین خروج چون عین قائمه نیست در نزد متهم، لازم می شود. و حکم مستصحب است. و هم چنین در و طی امه خصوصاً در وقتی که ام ولد شود هر چند ولد بمیرد و عود کند به رقیه محضه، اظهر لزوم است. و هر گاه متهم عین را به اجاره بدهد، اظهر جواز رجوع است. و لکن واهب باید انتظار بکشد تا مدت اجاره منقضی شود. الی غیر ذلک من الفروع. و بدان که مختار صاحب مسالک که تغییر عرفی را اعتبار کرده و به خروج از ملک اعتبار نکرده خصوصاً هر گاه مطلقاً تغییری به آن عارض نشده باشد، ظاهراً

مخالف فتوای اصحاب قول به تفصیل است، وموهم خرق اجماع مرکب می شود. و این توهم هم ظاهرا بی صورت است، زیرا خرق اجماع در صورتی است که ثابت باشد تحقق اجماع، و در اینجا معلوم نیست. بلکه ظاهر این است که معنی قول به تفصیل همان عمل به مضمون حدیث است. و اختلاف اصحاب تفصیل به سبب فهم حدیث است، و به این سبب است که در فروع مذکوره اشکال و اختلاف واقع شده. و هر کس مکلف است به فهم خود، والله العالم با حکامه.

۸۶: سؤال:

۸۶: سؤال: هبه ای ولد جایز است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: مادامی که ولد او زنده است هبه او صحیح نیست. و قول به خلاف آن، هم در نظر نیست.

۸۷: سؤال:

۸۷: سؤال: هر گاه زید هبه کند ملک خود را به پسر کبیر خود عمرو در حالی که ملک درید عمرو، باشد. و شرط کند که عمرو یک تومان به دختر او زینب بدهد. آیا هبه صحیح و لازم است یا نه؟ -؟ و آیا فرقی هست ما بین این که واهب یا متهب بمیرد قبل از رسیدن یک تومان به آن دختر -؟ و آیا فرقی هست ما بین این که شرط کند که یک تومان را در حال حیات بدهد یا بگوید بعد از من به او بده، یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اولاً در هبه ایجاب و قبول شرط است، و چون عمرو کبیر است قبض او هم شرط است. و هر گاه در ید او باشد کافی است و قباض جدید ضرور نیست. و لکن اشکال در معنی ید است. و فقها در اینجا تصریح کرده اند به این که فرقی نیست در بین ید متهب و بین ید اجاره و ید ودیعه و ید عاریه. و همه را کافی دانسته اند در کفایت قبض. و اشکال در ید غصب کرده اند. و اظهر در آن نیز کفایت است. و لکن در مسئله هبه به صغیر ید ودیعه را ید ولی دانسته اند، یعنی هر گاه ولی هبه کند مالی را به صغیر در حینی که آن مال به ودیعه در نزد غیر است، گفته اند این ودیعه در حکم ید ولی است. پس کافی است. و در مسالک گفته است که در عاریه دو وجه است. و گفته است که (هر گاه در اجاره غیر باشد، یا مالی باشد که به ارث به ولی رسیده و هنوز متمکن از قبض نشده - و در امثال اینها - باید قبض به عمل بیاید از برای صغیر) و لازمه این کلام این است که در مسئله سابقه ید ودیعه ید واهب باشد، پس ید متهب نخواهد بود که

کافی باشد در قبض. ومع هذا اشکال در مثل ید فرزند یا ملازمی است - که در خانه او متوجه اموال او است و حیوان های او را خدمت می کنند و حیوان را به آب می برند و عوامل را به شیار می برند (۱) و می آورند به طویل مالک میبندند، و امثال اینها - که آیا ید اینها هم مثل ید ودیعه و عاریه و غیره است؟ یا بعینه مثل ید مالک است؟ هر گاه مثل ید ماک است پس قبض به عمل نیامده است و این نیابتی و وکالتی است و این اضعف است نسبت به متهب از ید و دیعتی نسبت به مالک. پس هر گاه ید و دیعتی در حکم ید مالک باشد و کافی باشد در قبض نسبت به صغیر، پس ید نیابتی به طریق اولی در حکم ید مالک است. پس چگونه حکم می شود به این که ید متهب است و کافی است در قبض او. و کلام فقها هم منافاتی ندارند با این که ما گفتیم در ید نیابتی به سبب این که ایشان صریحا متعرض این ید نشده اند، و ید و دیعتی که آن را کافی دانسته اند در قبض مستودع، مستلزم کفایت ید نیابتی نیست. زیرا که وریره در اصطلاح فقها عبارت است از استنابت در حفظ و عقدی است که مفید استنابت در حفظ است و بس، و جایز نیست از مستودع تصرف در و دیعه. بخلاف این ید که استنابت در تصرف است. پس باز صادق است که در تصرف مالک است و قبض به عمل نیامده است در ماده کبیر متهب. پس از آنچه گفتیم معلوم شد که ید نیابتی که (تیابت در تصرف) باشد نه (محض محافظت) کافی نیست در قبض متهب. والحاصل: کلام ایشان در این مقام خالی از اشکال نیست. زیرا که اگر تصرف بالفعل در حصول ید معتبر است، در و دیعه حاصل نیست. نه از برای مودع و نه مستودع. پس در هیچ یک از مسألتین کافی نیست، نه برای ولی در هبه به صغیر، و نه از برای واهب در هبه به مستودع، و حال آن که در هر دو جا کافی دانسته اند. و اگر تمکن از تصرف و جواز آن کافی است گو بالفعل حاصل نباشد، پس وجهی از برآید.

ص: ۲۰۹

۱- یعنی گاوها را برای شخم زدن می برند.

فرق میان عاریه و ودیعه در مسأله هبه ولی به صغیر نیست. زیرا که مودع و معیر هر دو هر وقت خواهند می توانند تصرف در ودیعه و عین معاره بکنند. پس چرا در مسأله هبه به صغیر فرق گذاشته اند. و اگر افراد واستقلال ید معتبر است هر چند در محض محافظت باشد، پس آن در ودیعه از برای مستودع است، و در عاریه از برای مستعیر. پس در هبه ولی به صغیر، قبض مستودع و مستعیر هیچ یک کافی نیست. و اگر تعلق ید فی الجمله کافی است (به معنی این که هر وقت خواهند تصرف می کنند) باز فرق میان مودع و معیر نیست. چنانکه گذشت. بلی، فخر المحققین دعوای اجماع کرده (در هبه ولی هر گاه مال در دست مستودع باشد، یا در دست وکیل ولی) بر این که ید آنها ید ولی است و اینهم مشکل است. مگر این که تعبد محض باشد. و ثانیاً: این که شرط کرده است که عمرو یک تومان به دختر او بدهد، اجمال دارد. پس اگر مراد این است که تعلیق کرده است هبه را به شرط هبه کردن عمرو یک تومان را به دختر او که حقیقتاً تعلیق در انشای ایجاب باشد به حصول آن شرط. پس ظاهر آن بطلان است. چنانکه در بیع هر گاه بگوید (بعتک فرسی هذا ان جا زید غدا من السفر) و اگر مراد این است که هبه معوضه واقع سازد، یعنی (هبه معوضه مشروط فیها العوض) چنانکه مورد سؤال است، نه مطلق هبه معوضه، که این حقیقتاً قسمی از اقسام شرط ضمن العقد است. پس تحقیق مسأله در این موقوف است به بیان چند مطلب: مطلب اول: این است که شرط است در لزوم هبه معوضه که شرط شده باشد که در عوض آن هبه دیگر به عمل آید از متبیه حصول ایجاب و قبول و قبض در هر یک از متبیین، پس [به] مجرد ایجاب و قبول و قبض در هبه اول، آن لازم نمی شود تا هبه ثانیه و قبض آن به عمل نیاید. و اینکه در مسالک گفته است که (از جانب متبیه لازم است نه از جانب واهب) محمول است بر این که متبیه نمی تواند فسخ هبه کند، به این معنی که در عوض هبه واهب هبه به عمل نیاورد و عین موهوبه را هم رد نکند. بلکه باید یا هبه عوضی را به عمل بیاورد و عین موهونه را رد کند بخلاف واهب که فسخ می کند و هیچ نمی دهد. چنانکه از کلام او ظاهر می شود

در بیان مسأله (آیا هبه مطلقه مقتضی عوض هست یا نه). و هم چنین از کلام او که قبل از این در لزوم هبه معوضه ظاهر می شود آنجا که گفته است که (در هبه معوضه فرقی نیست مابین این که بعض عین موهوبه را در عوض بدهد یا غیر آن را. به سبب اطلاق و به سبب این که به سبب هبه ملک او شده است، پس صحیح است که بعض را عوض جمله بدهد). هر چند در اینجا اکتفا کرده به ذکر بعض عین موهوبه. و شاهد آن از جهت این باشد که مراد او بیان این است که عوض هر چند کم باشد، لازم می شود و این کمتر بودن نمی شود الا به این که بعض عین موهوبه باشد. مطلب دوم: آیا شرط عوض به این نحو که (به غیر چیزی بیخشد) در حکم بخشیدن به واهب است و داخل هبه معوضه است یا نه؟ - و تحقیق این موقوف است به تمهید مقدمه. و آن این است که: در هبه معوضه شرط نیست که عوض هبه، هبه دیگر باشد که لازم آن این است که نقل عینی باشد با ایجاب و قبول و قبض. بلکه هر چه قابلیت عوض داشته باشد کافی است. خواه از باب عقود باشد، مثل صلح و اجاره و امثال آنها که محتاجند به ایجاب و قبول و عقد علی حده. و خواه نفس عملی باشد، مثل دوختن جامه معین که دیگر ضرور به عقد جدیدی نیست، و به همان دوختن، هبه معوضه به عمل می آید. و خواه از باب ابرا حقی باشد در ذمه واهب یا در ذمه غیر او. و هر چند تصریحی در کلام علما به این تعمیم در نظر نیست، ولیکن اطلاق کلام ایشان شامل همه هست. و در باب صدقه که استدلال کرده اند از برای لزوم به این که (اجر و ثواب آن، عوض است، پس داخل هبه معوضه است) تنبیه بر این دارد. هر چند ما را در آن سخنی هست که بعد اشاره به این می شود. و استاد محقق ما آقا محمد باقر بهیانی (ره) در رساله فارسیه تصریح به این تعمیم کرده. و آخوند ملا محمد باقر مجلسی (ره) در جواب مسائلی که از ایشان نقل شده فرموده است در جواب از سؤال این که (هر گاه کسی ملکی یا باغی به زوجه خود هبه کند به عوض صداق. آیا داخل هبه معوضه است؟ و مادامی که احدهما رجوع نکند دیگر نمی تواند -؟): بلی هبه معوضه است.

واگر بگوئی: که صاحب مسالک گفته است که (هر گاه واهب خواهد رجوع کند و متهب عوض را بدهد، واجب نیست بر واهب قبول. بلکه جایز است که امتناع کند تا این که متمکن شود از رجوع از هبه. به دلیل اصل واطلاق نصوص صحیحه در این که هبه لزوم ندارد مادامی که عوضی داده نشده است، و ثواب متحقق نشده. و تحقق عوض و ثواب حاصل نمی شود الا به قبول. و شرط است در لزوم هبه قبول کردن واهب اول، و به محض بذل و عطای متهب نمی گویند که عوض و ثواب به عمل آمد. به اعتبار این که این عوض دادن به منزله هبه تازه ای است، و واجب نیست بر او قبول). و از این کلام بر می آید که عوض باید هبه [ای] باشد. چون گفته است که: این به منزله هبه تازه ای است. گوئیم: که این کلام منافات ندارد با این که عوض غیر هبه باشد، و این از باب مثال است. و از این جهت گفته است (به منزله هبه جدیده است) و نگفته (هبه جدیده است). پس مراد او در اشتراط قبول واهب اول عوض را، این است که بر خود قرار دهد که هبه اول لازم شود. و گرنه جایز است از برای او فسخ و عدم قبول عوض. نه این که شرط باشد در آن، قبول معهود که در مقابل ایجاب است، تا این که مختص عقود باشد، یا مختص هبه باشد. بلی هر گاه واهب گفته باشد که (این را بخشیدم به توبه شرطی که آن جامه که در نزد تو دارم بدوزی - یا - آن نقره که در پیش تو است انگشتری کنی) و بدون اطلاع واهب بدوزد، یا انگشتری کند، در اینجا صادق است که عوض به عمل آمد دیگر پشیمانی سودی ندارد برای واهب. و در اینجا احتیاجی به قبول نیست. پس مراد این است که بذل عوض از جانب متهب کافی نیست مگر با قبول واهب. خواه محتاج باشد عوض به ایجاب و قبول مصطلح (همچنانکه هر گاه عوض، هبه دیگر یا عقدی دیگر از عقود باشد)، یا محتاج نباشد به ایجاب و قبول، مثل ابرا و عمل خیاطی و زرگری در جامه و نقره هر گاه واهب پشیمان شود و مطلع شود قبل از حصول آنها، که در اینجا می تواند قبول نکند و منع کند از ابرا و دوختن و ساختن. و آنکه مشهور علما گفته اند و (اظهر هم آن است) که (ابرا محتاج به قبول نیست) در غیر چنین جائی است که ابرا در عوض چیزی باشد. چنانکه پوشیده

نیست. هر گاه این مقدمه را دانستی، ظاهر می شود که هبه معوضه متحقق می شود به این که واهب شرط کند هبه چیزی [را] به غیر خود. یا ابرا غیر، از حق. وامثال آن. به جهت آن که عرفا صادق است که این هم عوضی است. زیرا گاه است که نفعی عاید واهب می شود به سبب این هبه به غیر، وداخل عموم اخبار است. وگاه است که توهم شود که هبه اول داخل هبه معوضه نبوده (۱) و جایز است رجوع در آن. بخلاف هبه ثانیه که آن معوضه است و لازم است. اما اول: پس به جهت این که این از باب (شرط عوض) نیست. بلکه از باب شرطی است که در ضمن عقد هبه بشود. و عمل به آن لازم نیست. چون هبه از عقود جایزه است. بلکه صحیحه عبد الله بن سنان دلالت دارد بر جواز رجوع: (عن الصادق - ع -: تجوز الهبه لذوی القرابه والذی یشاب من هبته، ویرجع فی غیر ذلک ان شا). (۲) چون مراد از جواز در اینجا لزوم است، به قرینه مقابله [با] (ویرجع فی غیر ذلک). یعنی لازم است هبه کسی که به رحم خود بخشیده باشد. و هبه کسی که در عوض آنچه هبه کرده است چیزی به او داده شود. و در غیر اینها لازم نیست و جایز است رجوع. زیرا ظاهر این حدیث این است که عوض به واهب برسد نه به غیر او. و هم چنین حسنه عبد الله بن سنان که در آنجا فرموده اند (اذا عوض صاحب الهبه فلیس له ان یرجع). (۳) یعنی هر گاه عوض داده شود به صاحب هبه (یعنی واهب) پس دیگر رجوع نمی توان کرد. که مفهوم این حدیث این است که هر گاه عوض به غیر صاحب هبه داده شود رجوع می تواند کرد. و اما [هبه] ثانی: پس به جهت این که شرط را قسطی از ثمن می باشد. پس این شرط هبه به غیر (که در ضمن عقد هبه اول ذکر شده) باید از عین موهوبه به هبه اول، عوضی داشته باشد. پس هبه معوضه می شود و لازم می شود مگر این که ۱.

ص: ۲۱۳

۱- در نسخه: بوده.

۲- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶، ح ۱.

۳- همان، باب ۹، ح ۱.

واهب اول رجوع کند در هبه اول: پس این هم رجوع می کند در هبه ثانیه. و این توهّم ضعیف است. چنانکه دانستی که در عرف صادق است که این هبه به غیر هم عوضی است که نفع آن بواهب اول می رسد. و اگر بگویی که: متبادر از حدیث این است که عین عوض به واهب اول برسد. می گوئیم: (بعد از منع تبادر) این که اگر مسلم داریم تبادر این معنی را هم، می گوئیم که متبادر از حدیث این است که عوض دادن از متهب صادر شود. و این در هبه ثانیه مفقود است. زیرا که در اینجا عوض از متهب به هبه ثانیه صادر نشده، بلکه از واهب هبه اول صادر شده نسبت به واهب هبه ثانیه. با وجود این که این سخن که (شرط را قسطی است از ثمن) سخن اول متوهم را باطل می کند. به جهت آن که شکی نیست که ثمن مثنی است، پس شرط در اینجا نیز عوض از عین موهوبه است، و مفروض این است که به عمل آمد [ه]. پس هبه معوضه در هبه اولی هم متحقق می شود. والحاصل: در معنی حدیث محتملات چند هست. زیرا که کلمه (یثاب) ممکن است که نایب فاعل آن ضمیر مستتر باشد که عاید به موصول می شود، که مراد از آن واهب است. و ممکن است که نایب فاعل کلمه (من هبته) باشد. و بنابر اول، عوض باید عاید به واهب شود. و بنابر ثانی می تواند شود که عاید به غیر واهب شود. و هم چنین فاعل (ثواب) می تواند که متهب باشد، و می تواند که غیر او باشد. و گویا نظر فقہائی که صدقه را از جمله هبه معوضه قرار داده اند، به احتمال ثانی باشد. که فاعل عوض در اینجا خدای تعالی باشد. و لکن اظهر احتمالات همان است که نایب فاعل، ضمیر مستتر باشد، و فاعل هم متهب باشد. و اشکال همان در معنی عوض است که آیا باید عینی یا عملی باشد که عاید واهب شود؟ یا این که همینکه مطلق نفعی به او می رسد هر چند سرور وصول نفع به غیر باشد، کافی است. و دانستی که عرفا این معنی را عوض می گویند. و متبادر از عوض و ثواب هم اجر الهی نیست. و هر گاه فاعل ثواب را هم اعم از متهب بگیریم پس لازم می آید که اگر عوض را غیر متهب بدهد، لازم شود. و کسی به آن قائل نشده.

وبالجملة: در تحقق هبه معوضه شرط حصول نفعی از برای واهب در عوض هبه کافی است هر چند به دادن چیزی به غیر باشد. و از این جهت است که ما تجویز می کنیم که زوجه شرط کند در جز صدق این که به پدرش هم چیزی بدهند، بلکه خدمت کردن زوجه را از برای پدرش. چون فی الجملة نفعی عاید خودش می شود. مثل تقلیل مؤنه او هر گاه زوجه موسره باشد و پدرش معسر و نفقه اش بر او لازم باشد. و اینکه فقها منع کرده اند صحت آن که از برای پدر قرار می دهند، محمول است بر آن که محض از برای پدر باشد در عوض بضع مثل این که صغیره را پدرش عقد کند در از خدمت زوج از برای خودش و حکایت شعیب از این باب بود. و ثبوت آن در شرع ما ممنوع است. و ما تحقیق این مطلب را در محل دیگر کرده ایم. مطلب سوم: هر گاه شرط عوض در هبه ذی رحم اتفاق افتد، آیا فرق دارد با هبه غیر ذی رحم یا نه؟ -؟ ممکن است که بگوئیم که نظر به آن که شرط در ضمن عقد است منشأ لزوم شرط می شود و لکن منشأ تزلزل عقد می شود. یعنی لزومی که به سبب ذی رحم بودن است متزلزل می شود. پس هر گاه عوض به عمل نیامد به این که متهب عمل به شرط نکند، جایز خواهد بود رجوع. و هم چنین جایز خواهد بود از برای واهب که قبول عوض نکند. لکن [در این صورت] لزوم بر هم نمی خورد و رجوع نمی تواند کرد. به جهت آن که آنچه بر مشروط عیله لازم است همان (ایجاب) است و تخلف او منشأ جواز رجوع است، و مفروض این است که او تخلف نکرده. و از این که جایز باشد از برای واهب عدم قبول، لازم نمی آید، جواز رجوع در صورت وفای متهب به شرط. و نمی توان گفت که: در اینجا دو مفهوم در یک مصداق جمع شده، که ما بین آنها عموم من وجه است. پس از حیثیت این که هبه ذی رحم است باید لازم باشد مطلقاً. و از حیثیت این که هبه معوضه است باید مادامی که عوض به عمل نیامده، جایز باشد. پس ترجیح احدهما محتاج است به مرجحی. به جهت این که آنچه در اینجا متحقق شده هبه ذی رحم است که در ضمن عقد آن، شرط عوض شده است. و این مستلزم لزوم مطلق نیست. و آنچه مستلزم لزوم است مطلقاً هبه ذی رحمی است که در ضمن آن شرطی نباشد. و هم چنین هبه

معوضه که واهب قبول عوض را نکند با بذل متهب، در صورتی منشأ جواز رجوع می شود که ذی رحم نباشد. پس مقتضای آن با مقتضای هبه معوضه منافاتی ندارد. و بدان که: هبه ذی رحم را می توان گفت از عقود لازمه است و شرط عوض در ضمن آن لازم شود. بخلاف هبه معوضه غیر ذی رحم. و اما هبه معوضه ای که شرط عوض در آن نشده: پس ظاهر است. به جهت آن که در حین عقد گاه است که دادن عوض به خاطر هیچ یک خطور نکرده، چه جای ذکر آن. و داخل هبه مطلقه است که لزوم ندارد. و اما آن که عوض شرط شده در آن: پس به جهت آن که لزوم در آن موقوف است به دادن عوض و قبول واهب، و گاه است که هیچ کدام به عمل نیاید. پس شرط عوض در ضمن عقد هبه غیر ذی رحم منشأ لزوم آن نمی شود. چون هبه غیر ذی رحم از عقود لازمه نیست بنفسه. و هر گاه بدون ذکر شرط از عقود لازمه نباشد منشأ لزوم شرط نمی شود. و بر فرضی که به سبب شرط عوض از جمله عقود لازمه شود هم نفعی نخواهد داشت به جهت آن که در حین عقد از عقود لازمه نبوده که شرط لازم شود. چون لزوم موقوف است به وفای به شرط و قبول واهب. و اعتماد به این معنی مستلزم دور است. زیرا که لازم شدن شرایط باید به سبب لازم بودن عقد باشد. پس اگر لزوم عقده هم به سبب شرط حاصل شود این دور صریح است بلکه شرط دیگر هم اگر بشود در ضمن عقد هبه که عوض در آن شرط شود، آن نیز منشأ لزوم آن شرط نمی شود به همین جهت که گفتیم که آن عقد در اول امر از عقود لازمه نیست که هر شرطی که در ضمن آن شود لازم شود. و اما شرط در ضمن عقد هبه ذی رحم: پس آن لازم است به جهت آن که اصل عقد از اول وهله لازم است. پس شرطی که در ضمن آن می شود هم لازم می شود. و هر گاه مشروط علیه وفا نکند منشأ تسلط بر فسخ می شود. پس جواز رجوع با شرط عوض در هبه ذی رحم به سبب تخلف مشروط علیه است از شرط. و در هبه غیر ذی رحم جواز رجوع ثابت هست. قطع نظر از تخلف از شرط. اگر بگوئی: که هبه ذی رحم نیز لزوم آن بلکه صحت آن موقوف است بر قبض، و

قبل از قبض لزومی ندارد. پس چگونه شرط در ضمن عقد قبل از تحقق قبض منشأ لزوم می شود؟ و ذکر شرط بعد تحقق قبض، خود یعنی (شرط در ضمن العقد لازم) نیست. گوئیم: که مراد ما از عقد لازم آن است که اصل در آن لزوم باشد، هر چند بعضی شرایط داشته باشد. مثل بیع که لزوم آن موقوف است بر انقضای مدت خیار مثلاً. ومع هذا شرطی که در ضمن عقد آن بشود لازم است. بخلاف هبه غیر ذی رحم که اصل در آن جواز است و هبه ذی رحم اصل در آن لزوم است. یا آن که می گوئیم که قبض از شرایط صحت اصل هبه است، علی الاظهر. خواه در هبه ذی رحم و خواه غیر آن. پس گویا گفته ایم که اصل در هبه ذی رحمی که قبض لاحق آن شود، لزوم است و شرط در ضمن آن لازم است. وعدم حصول قبض کاشف از عدم صحت و عدم لزوم است اولاً، چنانکه قبض کاشف از لزوم است اولاً. واصل در هبه غیر ذی رحم جواز است و شرط در ضمن آن لازم نیست. وعدم قبض کاشف از عدم صحت آن نیز هست، چه جای لزوم آن. ولکن قبض کاشف از لزوم آن نیست اولاً. مطلب چهارم: این که موت واهب اول قبل از وصول عوض در هبه ای که شرط عوض در آن شده، آیا منشأ لزوم می شود - به این معنی که دیگر نمی تواند وارث واهب منع کند از قبول هبه ثانیه به قصد این که معوضه نشود و فسخ کند، بلکه همان جواز الزام بر دادن عوض برای او هست لا غیر -؟ و فرقی مابین ذی رحم و غیر آن هست، یا نه؟. و تحقیق در آن این است که هر چند اظهر در نظر حقیر این است که هبه مطلقه به موت واهب یا متهب لازم می شود (چنانکه پیش از این در همین کتاب تحقیق آن کرده ایم) (۱) ولکن در هبه معوضه چنین نیست. زیرا که می توان گفت که در هبه معوضه علاوه بر حق الرجوع [در] هبه من حیث انها هبه، حق الرجوع به سبب شرط هم حاصل می شود. زیرا که مقتضای شرط تسلط بر فسخ است به انتفای شرط. و آنچه پیش گفته بودیم که (بعید است از حکمت که در وضع هبه و تشریع آن،

ص: ۲۱۷

مقصود بالذات جواز رجوع باشد، بلکه حق الرجوع در آن طاری می شود به سبب پشیمانی که حاصل شود یا به سبب حصول علم به آن بعد از آن که واهب جاهل بود به این حق)، آن در هبه که شرط عوض در آن شده باشد، جاری نیست. بلکه حکمت جواز فسخ در اینجا مقارن [ت] هبه به شرط عوض است. و از قبیل خیار مجلس و خیار حیوان و خیار شرط است در بیع. و این حق به میراث منتقل می شود و دلیلی بر سقوط آن نیست. و چنانکه مقتضای [بخش] اول صحیحہ عبد الله بن سنان مقدمه (۱) این است که هبه ذی رحم و هبه [ای] که عوض آن به صاحبش رسیده، لزوم است، مقتضای [بخش] آخرش این است که هبه به غیر ذی رحم و هبه [ای] که عوض در آن نرسیده باشد، عدم لزوم است. پس در هبه غیر ذی رحمی که عوض در آن داده نشده دو جهت هست از برای جواز رجوع در آن، که یکی هبه غیر ذی رحم بودن است. و یکی غیر موصول العوض بودن است هر چند شرط عوض شده باشد در اول. پس هر چند از حیثیت اول حق الرجوع به میراث منتقل نشود به وارث. لکن از حیثیت ثانی منتقل می شود. پس بنابر این [این] حق الرجوع به میراث می رسد و به سبب موت واهب یا متهب زایل نمی شود. پس هر گاه واهب بمیرد قبل از وصول عوض، وارث او مستحق فسخ هبه می شود. بلی هر گاه متهب وفا کند به شرط در آنجا دیگر این سخن تمام نیست. به جهت آن که در این وقت دلیل جواز رجوع همان اصل جواز رجوع در هبه است، و ما گفتیم که مختار در آن سقوط است به سبب موت. و هم چنین هر گاه متهب بمیرد قبل از تحقق عوض. و از آنچه گفتیم در اینجا و در مطلب سابق، ظاهر شد حکم آن که واهب ذی رحم باشد. پس در صورت شرط عوض چون از لزوم می آفتد و تابع شرط می شود، مقتضای شرط به میراث می رسد (۲) و در صورتی که متهب عوض را می دهد و واهب.

ص: ۲۱۸

۱- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶، ح ۱.

۲- عبارت نسخه: مقتضای شرط نیز به میراث می رسد.

قبول نمی کند، هبه از لزوم نمی آفتد و رجوع جایز نمی شود که این معنی به میراث برسد و وارث تواند رجوع کرد. چنانکه در مطلب سابق گفتیم. و صورت مسأله که سائل سؤال کرده از باب هبه ذی رحم است. و هم چنین ظاهر شد حکم جائی که آن غیر که واهب شرط کرده است بر متهب دادن چیزی را به او فرقی نیست که او هم وارث باشد یا نه. ذی رحم باشد یا بیگانه. مطلب پنجم: هر گاه شرط کند واهب با متهب که بعد از فوت او مالی هبه کند به غیر، حکم آن چه چیز است؟. و در صورت سؤال حکم چه خواهد بود؟. و در اینجا اشکال رو می دهد در تصحیح این شرط. از جهت این که از خواص شرط ضمن العقد این است که هر گاه مشروط علیه آن را به عمل نیاورد، از برای مشروط له خیار فسخ باشد. چنانکه از جمله خواص آن این است که وفای به آن بر مشروط علیه واجب است و مشروط له را می رسد که او را اجبار کند بر وفا. و [در مانحن فیه] ثبوت این دو (خاصه) در حال حیات نمی شود و تحقق حصول آنها از برای میت، خود بی معنی است. زیرا که میت را قدرتی نمی باشد، و احکام متعلق به او نمی تواند باشد. و وارث او هم بالذات اسحقاق این معنی [را] ندارد. و حق ثابتی از برای مورث او نبوده که به ارث به او برسد. و بر فرضی که توانیم گفت که خاصه ثانیه ثابت است، چون به سبب شرط بر مشروط علیه واجب است وفا به آن شرط، و این در حکم دینی باشد که مشروط له از مشروط علیه طلب دارد، و این حق طلب منتقل می شود به وارث. و لکن در خاصه اولی اشکال باقی است. چون تحقق خیار فسخ در حال حیات ثابت نشده و بعد از موت، میت اهل آن نیست که خیاری برای او باشد. و ممکن است که بگوئیم که اصل در خیار اشتراط که ناشی از عدم وفای به شرط است، این است که اصل بقای ملک مالک است به حال خود. و قدری که مجزوم به است انقطاع سلطنت او از آن ملک در صورت [عدم] وفای به شرط است، و چون در صورتی که مشروط علیه در نفس الامر وفا نخواهد کرد به شرط، انقطاع حق مشروط له از آن ملک ثابت نشده، پس همان حق به میراث به وارث می رسد. پس اگر فرض کنیم که معصومی خبر بدهد به مشروط له که مشروط علیه بعد از موت

تو وفا به شرط نخواهد کرد، حق خیار فسخ برای او در حال حیات ثابت می شود و همان معنی به میراث منتقل می توان شد به وارث. تا اینجا کلام در عدم وفای مشروط علیه بود به شرط. و اما هر گاه او وفا کند و وارث مشروط له قبول نکند: پس کلام در آن ظاهر می شود از آنچه پیش گفتیم به همان تفصیل که اگر ذی رحم است لازم است و وارث نمی تواند فسخ کند. و هر گاه ذی رحم نباشد نباشد تواند فسخ کرد و موت در اینجا منشأ سقوط خیار رجوع نمی شود. باقی ماند اشکال در این که آیا این عوض که شرط شده است که ببخشد به غیر بعد از موت، داخل ملک واهب و از جمله ترکه او می شود یا نه؟ -؟. و آیا بر فرضی که داخل ترکه شد وفای به آن واجب است از اصل ترکه یا [از] ثلث آن؟ -؟. و ظاهر این است که داخل ترکه می شود. و به همین شرط، وصیتی متحقق می شود از برای آن وارث، پس دخول آن در مال واهب و اخراج آن از باب وصیت به جعل واحد می شود. زیرا که از حیثیت این که آن شرط در معنی عوض عین موهوبه است مال واهب می شود. و از حیث این که گفته است که بعد موت به آن وارث خاص بدهد، وصیت است. پس وارد نمی آید که کسی بگوید که (شرط بخشیدن آن مبلغ به آن غیر، وصیت است، وصحت وصیت موقوف است بر استحقاق و مالکیت موصی آن شیئی موصی به را در حال حیات. و مفروض این است که استحقاق و مالکیت او هم متحقق نشده الا به این شرط که در معنی وصیت است. و این مستلزم دوراست). زیرا که این از باب (دور معی) می شود و آنچه محال است (دور توقفی) است. پس ملا حظة خروج آن ثلث می شود. و زاید بر ثلث را هر گاه ورثه امضا نکنند، ما بین همه قسمت می شود. اگر بگوئی: که هر گاه شرط و وصیت به جعل واحد موجود می شوند، پس عدم خروج از ثلث با عدم امضای وارث کاشف از انتفای شرط می شود در زاید بر ثلث، پس باید زاید بر ثلث از عین موهوبه برگردد به ورثه. چون انتفای شرط مستلزم انتفای مشروط است. گوئیم: که هر چند وجود شرط و وصیت به جعل واحد باشد لکن شرط بالذات

تقدم دارد بر وصیت، بلکه تقدم وجود خارجی هم دارد. چون از توابع هبه است و هبه مقدم است در ذکر، و وصیت هم هر چند تابع است و لکن تابع تابع است و تابع مقدم است و بر تابع تابع. پس هبه به سبب تقدم وضعی و طبعی اثر خود را در تملیک مجموع فی الجمله کرده است. پس حکایت نقضی که به سبب ملاحظه ثلث متصور می شود بر همان شرط وارد می آید، نه [بر] هبه با وجود آن که آنچه مقتضای شرط است این است که اگر مشروط علیه تقصیر کند در آن، مشروط له مسلط بر فسخ باشد، نه این که مطلق انتفای شرط مستلزم انتفای مشروط باشد. و هر گاه متبهب شرط را به عمل نیاورد و ورثه فسخ هبه کنند، بنابر توجیهی که سابق کردیم از برای جواز فسخ، آن ملک مشترک خواهد بود میان ورثه کما فرض الله. و حکم آن وصیتی که از شرط مستفاد شده بود نیز باطل می شود، و موصی له از این حیثیت مستحق چیزی نخواهد بود، خصوصا در صورت سؤال. چون باعث بر آن شرط این بود که آن ملک را به بعض ورثه داده بود و غیر را محروم کرده بود و الحال از حرمان بر آمد.

۸۸: سؤال:

۸۸: سؤال: هر گاه زید ملکی را به عمرو ببخشد و شرط کند در ضمن عقد هبه که بعد از فوت او دو سال نماز و روزه برای او استیجار کند، یا آن که خود عمرو برای او به جا آورد. این هبه و شرط، صحیح است یا باطل؟ -؟. و اجرت المثل اجاره داخل ترکه می شود یا نه؟ -؟ و از اصل مال وضع می شود یا از ثلث معتبر است؟ -؟.

جواب:

جواب: اشکالی که تصور می شود از برای صحت شرط، این است که نیابت در نماز و روزه از برای حی جایز نیست. و بر مکلف واجب است که قضای عبادات خود را در حال حیات کند. پس شرط کردن این که بعد از موت او به جا آورند نامشروع است. و این اشکال مندرفع است به این که گاه است که حین ظن موت این کار را می کند که فرصت آن نیست که خود قضا کند، یا مقصود او این است که شرط صوم و صلوات می کند علی الاطلاق و قصد این را دارد که اگر عمر یا توفیق وفا نکرد مشروط علیه عبادات واجبه مرا قضا کند، و اگر وفا کرد عمر [و خودم] به جا آوردم باز آن عبادات را از باب احتیاط اعمالی که کرده ام بکند. و اگر اصل شرط

هم مبتنی بر قضای احتیاطی باشد که اشکالی نیست. بلکه می گوئیم که هر چند عصیاناً تأخیر کند در قضای عبادات واجبه و قصد او این است که ترک کند از راه کسالت و بی توفیقی، باز شرط صحیح است. زیرا که آنچه حرام است تأخیر و ترک مکلف است، و از این لازم نمی آید که کردن مشروط علیه حرام باشد تا داخل شرط غیر مشروع باشد. و اما سؤال از حال اجرت المثل: پس ظاهر این است این که اجرت المثل داخل ترکه می شود. و از باب وصیت می شود به جعل واحد. و از ثلث اعتبار می شود. چنانکه پیش گفتیم در جواب مسأله سابقه. یعنی هر گاه غیر ملک موهوبه مالی دارد که به ضمیمه اجرت المثل آن قدر هست که اجرت المثل ثلث مجموع می شود، [در این صورت] در تمام اجرت المثل وصیت ممضی است. و هر گاه اجرت المثل از ثلث بر نیاید و ورثه امضا نکند، در مقدار ثلث معتبر است. پس هر گاه مال منحصر باشد در همان اجرت المثل، ثلث اجرت المثل را عبادات استیجار می کند و تتمه را به ورثه رد می کند. و اما هر گاه شرط کرده باشد که خود موهوب له بنفسه به عمل آورد، پس اشکال بهم می رسد. از این حیثیت که گاه است بر وارث قضای عبادتی لازم نباشد و بر فرضی که باشد مادام الحیات مستحق آن نمی تواند شد. مگر آن که او نیز قرار دهد که (آن زاید بر ثلث را بعد از موت او بکند اگر قضای واجبی بر ذمه او باقی بماند، یا از باب احتیاط اعمالی که به جا آورده، [انجام دهد]. یا آن که از برای شخصی دیگر که [می] خواهد استیجار صوم و صلوات کند از برای میت خود که عمل را از برای او بکند و اجرت را از آن شخص بگیرد). بلکه این سخن در آن صورت سابقه که شرط می کرد استیجار صوم و صلوات را، نیز جاری است، زیرا که شرط در آنجا نیز استیجار بود، نه اجرت المثل پس آنچه مستحق می شد ثلث استیجار بود نه اجرت المثل. خصوصاً هر گاه تعیین نکرده باشد که از غیر استیجار کند و کلام شامل فعل خود مشروط علیه هم باشد. و بدان که جهالت مقدار اجرت در حین شرط استیجار نظر به ما بعد موت مضر نیست. زیرا که شرط به همان نفس استیجار یا نفس عمل بعد موت واقع شده. و

ملاحظه ثلث بودن وزاید بودن، بعد از موت می شود. و در آن وقت ملاحظه عوض المثل آن وقت می شود. گو در حین شرط عوض المثل مجهول باشد چون نفس شرط معلوم است. پس در هر دو صورت وارث مستحق همان عمل می شود، و مشروط علیه را نمی توان الزام کرد بر اجرت المثل. بلی هر گاه تراضی بر اجرت المثل واقع شود جایز است اخذ زاید بر ثلث در هر دو صورت. و این از باب آن است که (شخصی اجیر کند دیگری را که ده روز گل کاری کند و مستأجر فوت شود) پس باید که اجیر آن ده روز عمل را برای وارث مستأجر بکند. زیرا که اقوی عدم بطلان اجاره است به موت مطلقاً. بلی هر گاه اجیر شرط کرده باشد که مستأجر بنفسه استیفای منفعت را بکند اجاره باطل می شود به موت مستأجر، و ورثه مستأجر رجوع می کنند به اجرت المثل اگر به اجیر داده باشد. و بدان که: اگر متهب شرط کند که عبادت را از برای واهب به عمل آورد، به این معنی که متفطن این شده باشد که (گاه باشد که ثلث مال واهب وفا نکند به مجموع شرط، وزاید بر ثلث به وارث منتقل شود) و به این سبب شرط کند که عمل را برای غیر واهب نکند، شرط صحیح است. و در زاید بر ثلث، هبه لازم نمی شود (و نمی تواند الزام کند ورثه را که اجره المثل آن قدر را قبول کنند) و وارث ها از عین موهوبه به قدر آن عمل می توانند استرداد کنند.

۸۹: سؤال:

۸۹: سؤال: زید ادعا می نماید که املاک و بیوتات و اثاث البیت و غیر این اشیاء، حصه پدری را همشیره (وهی المسماه) زینب خانم به من هبه و عطیه نموده است. و حال آن که همشیره زید که زینب خانم باشد تقریر می نماید که (زن دیگر بوده است در خانه، برادرم آورده اقرار کرده است و هبه نموده است). شخص واحدی شنیده است در بیرون خانه اقرار هبه را. و آن شخص واحد همشیره زید که زینب خانم است [را] نمیشناسد. و هبه بی عوض هم می باشد. آیا این قسم هبه صحیح است یا نه؟ -

جواب:

جواب: مدعی هبه باید به ثبوت شرعی برساند هبه را. و بعد عجز تسلط قسمی بر همشیره اش دارد. والله العالم.

۹۰: سؤال:

۹۰: سؤال: هر گاه احدی وصیت کند که (فلان فرزندم را از مال من بری کنید) چه باید کرد؟

جواب:

جواب: اشهر و اظهر آن است که این وصیت صحیح نیست. به جهت عموم آیه (۱) و اخبار بسیاری که وارد شده است در منع از حیف و جور در وصیت (۲) و هبه. و خصوص صحیحه سعد (۳) هر چند در خصوص ماده ای است که شخصی فرزند ثابت الحقوق خود را نفی کند و بگوید او را از میراث من بری کنید، ولكن ظاهراً قائل به فرقی ندیده ایم. و روایتی که حسن و شایع نقل کرده (۴) در ماده وصی علی بن سری که پسرش جعفر به ام ولد او وقاع کرده بود، و علی وصیت کرده بود که او را بری کنند، و حضرت موسی کاظم (علیه السلام) فرمود که به وصیت او عمل کنند، بعد تسلیم سند و جواز عمل به آن، آن نیز وارد در موضع خاص است و افاده عموم نمی کند. و ابن بابویه نیز گفته است که این مخصوص صورتی است که از پسر این حدیث سرزند و هم چنین شیخ فرموده که این مختص آن واقعه جزئی است. و محقق فرموده که [این] روایت مهجور است

ص: ۲۲۵

۱- ... من بعد وصیه یوصی بها اودین غیر مضارّ وصیه من الله و الله علیم حلیم - سوره نساء آیه ۱۲.

۲- وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۵، ح ۱ و ۲ و باب ۸، ح ۱ الی ۵ و باب ۳۷، ح ۴.

۳- وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۹۰، ح ۱ و ۲.

۴- وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۹۰، ح ۱ و ۲.

وقول دیگر در مسأله این است که این معنی در حکم وصیت است به این که تمام مال را به سایر ورثه بدهند. پس باید ملاحظه کرد هر گاه ثلث مال وفا می کند به مقدار سهم او، پس مقدار حصه او مختص باقی است. و او با سایر ورثه در ثلثین باقی حصه می برد. و اگر وفا نمی کند هر قدر آن که از ثلث خارج شود به باقی ورثه می دهند. و [او] در باقی حصه دارد. و این قول ضعیف است، به جهت آن که وصیت از افعال مکلف است و باید مقصود باشد، و شکی نیست که از این عبارت که گفته است، وصیت به باقی ورثه مستفاد نمی شود به هیچ یک از دلالات حتی به دلالت تبعیه که آن را (دلیل اشاره) می گویند. بلی لازم کلام این است - بر فرض قبول واستماع آن - این که همه مال از باقی ورثه شود. به جهت آن که امر منحصر است در این. و این از بابت امور جبریه و قسریه است - مثل انتقال ملک به سبب موت اولاد، و مثل حصول عتق از برای پدر، هر گاه او را فرزند بخرد هر چند نداند پدر است، و امثال آن - و این نه به جعل موصی حاصل شده تا از باب وصیت باشد. و هر امری که مسبب از فعل موصی شود آن را وصیت نمی گویند تا قصد وصیت نداشته باشد.

۹۱: سؤال:

۹۱: سؤال: هر گاه شخصی در حال بیماری وصیت نموده که جمیع متروکات او را صرف حمام یا کاروانسرا و وجوه بر نمایند، و اولاد ندارد، وصیت او از ثلث معتبر است یا از اصل؟

جواب:

جواب: وصیت او از ثلث معتبر است. و هر گاه هیچ وارثی ندارد وارث او امام است، به دست فقیه عادل باید داد، آنچه داند چنان کند. والله العالم.

۹۲: سؤال:

۹۲: سؤال: هر گاه زینب در حین مرض موت به این طریق وصیت نموده که (مهر شوهرم را که متوفی گردیده بخشیدم. و فلان هفت قفیز زمین را دو قفیز آن از پسر من باشد، و پنج قفیز باقی از برای ملا- نشانیدن سر قبر و صلوات و صوم من باشد. و مهر و تملیک شوهر حیم را به او بخشیدم. و آنچه خانه شوهر سابقم هست از پسر من باشد. و فلان اطاق که خریده ام از شوهر حال من باشد). و در باب صرف نمودن پنج قفیز زمین در ما ذکر اهتمام بسیار داشته و صد مرتبه اعاده نموده و سفارش به حاضرین کرده حتی آن که گفته که کسی را در آن دخلی و رجوعی نباشد و دیناری به خود عاید ننمایند و تمام قیمت آن را به مصارف مذکوره برسانند. و بعد از فوت زینب به دو سه یوم شوهرش نیز وفات یافته و از مرحومین یک نفر صبیّه

صغیره مانده. وپسر زینب از زوج اول، کبیر ودر حیات است. وظاهر است که تصرفات مذکوره مرتب است به ترتیب ذکر. و بعضی وصایا [است] و بعضی منجرات محاباتی، و برخی غیر محاباتی، و بعضی از ورثه غیر قابل اجازه. فحسب الوصیه المرقومه رأی شریف خود را در اخراج من الثلث بیان فرمائید. و معلوم بوده باشد که ظاهر حال موصیه دادن و قسمت نمودن تمامی مال او بوده به طریق مذکور. و تقدیم و تأخیر را (علی الظاهر بل علی یقین) در نظر نداشته و بالیقین که تفاوت تقدیم و تأخیر و (اختیار بیش از ثلث را نداشتن) ظاهرا نیز نمی دانسته. و اما در صرف تمام موصی به (صومی و صلاتی) اعتنا و اهتمام تمام داشته. چنانکه مذکور شد. و چون ابرا به لفظ (بخشش) ادا کرده و مقرون به قبول نشده، آیا منشأ اختلاف حکم می شود یا نه؟ و اگر بعد از موت قبول به عمل آید بلا اثر وفایده می دانید کما هو ظاهر الاصحاح و حال سایر العقود، یا رأی شریف به اثر وفایده هست در اینجا؟ الحاصل: آنچه حکم ما ذکر است به تفصیل بیان فرمائید که به آن معمول گردد ان شا الله تعالی.

جواب:

جواب: اما از سؤال اول: بسم الله والحمد لله، پس ظاهر آن است که منجز باشد و داخل وصیت نباشد نهایت، سؤال اجمالی دارد، و تفصیل آن این است که: اگر مهر همه دین بوده است پس لفظ بخشش که ظاهر در هبه است منصرف به ابرا می شود. و ابرا ما فی الذمه هر گاه به لفظ هبه باشد و غرض بخشش به خود مدیون باشد، صحیح است علی الاظهر الاظهر. و قبول در ابرا شرط نیست، علی الاظهر الاظهر. خصوصا در متوفی که ممکن نیست. و اگر غرض بخشش به وارث زوج اول باشد، پس آن صحیح نیست، به جهت (عدم امکان اقباض مافی ذمه الغير) و اگر مهر عین باشد، پس احتمال بخشش به زوج در اینجا بی معنی است. به جهت آن که متوفی قابل قبض و اقباض نیست. و تاویل آن به ابرا نیز محتاج است به قبول و در عین متحقق نمی شود. و اگر مراد بخشش به وارث باشد، آن نیز محتاج است به قبول و قبض و اقباض، و اگر به عمل نیاید صحیح نیست. و اگر به عمل آمده باشد (چون وارث بالفرض ذی رحم است) هبه لازم می شود. و اگر مهر مشتمل بر عین و دین هر دو باشد، پس اشکال بیشتر می شود، به جهت استعمال لفظ در معنی حقیقی و مجازی. و بعد از قطع نظر از این اشکال با حمل آن بر

عموم مجاز، کلام در تفصیل سابق که مراد بخشش به متوفی یا وارث باشد بعد از تأمل در اینجا معلوم خواهد شد. و ظاهر حاصل سؤال با ملاحظه سؤال بعد که گفته است (هر چه در خانه شوهر سابق است از پسر م باشد که از او دارم) علی الظاهر وارث منحصر در او است - این است که زینب گفته است که آنچه به من می رسد از بابت مهر شوهر اولم، هیچ را نمی خواهم و از مال او هیچ بر نمیدارم همه را بدهید به پسر اولم که از او دارم. ولیکن ظاهر حال این است که ابراهیم از دیون منجز باشد. و باقی عین و سایر ترکه او را وصیت کرده است که از پسرش باشد. و منجز هر گاه با وصیت مذکور شود، منجز مقدم است خصوصاً بنا بر قول به خروج منجزات از اصل، کما هو الاظهر فی النظر القاصر. و اما سؤال دوم: پس آن وصیت است در پنج قفیز زمین [بر] ملا نشان دادن و صوم و صلات یقیناً، و در دو قفیز که گفته است که از پسرش باشد، علی الظاهر. و امثال این وصیت ها از ثلث ترکه عند الوفا خارج می شود. و تفصیل این کلام بعد مذکور می شود منتظر باش که خواهم گفت. و اما سؤال سوم: پس آن نیز منجز است. قرینه قائم است بر این که در این مقام از لفظ (بخشش) معنی عام مجازی خواسته، که شامل به ابراهیم باشد. و آن صحیح است. و اما قبول نسبت به هبه عین مملکه شرط است و در تحت ید زوج بودن در اقباض کافی است و اگر در دست او نباشد، بدون اقباض لزومی ندارد. و اما سؤال چهارم و پنجم: پس آنها نیز وصیت اند، علی الظاهر. پس جواب از مجموع سؤالات آن است که منجزات را مقدم میدارند بر وصایا بالاتفاق در ما خرج من الثلث. و علی الاظهر الاقوی از اصل مال، و بعد از آن وصایا را از ثلث باقی اخراج می کنند. و اما کیفیت اخراج وصایا: پس آن است که آنچه مقدم است در ذکر - علی الاظهر الاظهر هر چند به لفظ (فا) و (ثم) و آنچه [در] معنی آنها باشد در فارسی، نگفته باشد. بلکه هر چند به (واو) عطف کرده باشد یا اصلاً بدون حرف عطفی گفته باشد - مقدم میدارند. الاول فالاول، تا ثلث مال تمام شود. و بعد از آن را اگر وارث اجازه نکند، یا اگر اهل اجازه نباشد (چنانکه در صورت سؤال است^(۱)) آن وصیت اعتبار ندارد. و دلیل تقدیم این است که مفروض این است که هر یک از وصایا کلامی هستند

ص: ۲۲۸

۱- زیرا وارث دختر صغیر است.

مستقل، و هر یک از آنها صحیح اند. اما در ماقبل اتمام ثلث: پس لازم است. و اما بعد اتمام ثلث: پس صحیح است اما لزوم آن موقوف است بر اجازه. و این حکم از اخبار نیز مستنبط می شود خصوصا از روایت حمران. (۱) و بعضی اخبار که دلالت دارد بر خلاف این مهجور است. (۲) و خلاف شیخ و ابن جنید و هم چنین خلاف ابن حمزه در مسأله، ضعیف است. لکن در این مقام اشکالی هست. و آن این است که بعضی علما مثل شهید ثانی (ره) و غیره، واجبات بدنیه (مثل وصیت صوم و صلوات واجبیه) را مقدم میدارند بر متبرع بها - مثل وصیت زمین برای پسر و اطاق برای شوهر که در صورت سؤال مذکور است - هر چند ذکر آن در وقت وصیت متأخر باشد. و دلیل آن هر چند الحال در نظر حقیر وضوحی ندارد، نهایت حسب المقدور احتیاط این معنی را در نظر داشتن خوب است. و محتمل است که نظر ایشان به این باشد که بنابر قول به وجوب وصیت بدنیه (کما هو الاظهر) در آنچه عصیانا ترک کرده، لازم می آید از تقدیم متبرع بها، ترک واجب. پس وصیت به متبرع بها با وجود اشتغال ذمه به عبادت بدنیه، در صورت مذکوره، باطل [می] باشد. پس از این جهت باید آن را مقدم داشت. و با وجود این که این دلیل اخص از مدعی است، در مقدمات آن منع ظاهر است. و دلالت مر به شیئی بر (نهی از ضد آن) ممنوع است. و کیفما کان، واجبات بدنیه نیز از ثلث مال اخراج می شود، الاول فالاول. و بعد از آن متبرع بها. و اما آنچه از اصل مال خارج می شود پس آن واجبات مالیه محضه است. مثل زکات و خمس و کفارات و نذورات مالیه. یا آنچه مشوب به بدن هم باشد، مثل حج. و هم چنین آنچه ورثه اجازه کنند. و اما واجبات بدنیه مثل صوم و صلوات، پس آن از ثلث مال خرج می شود. و اما آنچه سؤال شده است از اتمام موصیه در وصیت صوم و صلوات و ملا نشانیدن سر قبر، و کمال تأکید او در آن، پس آن دلالت بر نسخ ما تقدم نمی کند در صورت عدم وفای ثلث. و بنابر قول به (تقدیم واجب بدنیه) پس مجرد ذکر آن هم کافی است، هر چند مؤخر باشد. و ضرور به اتمام هم نیست. و آنچه سؤال شده از حال جهل موصیه به (عدم) ۷.

ص: ۲۲۹

۱- وسائل: احکام الوصایا، باب ۶۶، ح ۱.

۲- همان، باب ۱۱، ح ۴ و باب ۱۸، ح ۷.

اختیار داشتن بیش از ثلث مال) و به این که (به سبب تقدیم و تأخیر ذکری تفاوت حاصل می شود) پس آن منشأ فرقی نمی شود، به سبب اطلاق ادله. و در احکام وضعیه، غالباً جهل را مدخلیتی نمی باشد.

۹۳: سؤال:

۹۳: سؤال: ثلث وصیت که معتبر است، آیا آنچه را وصیت کرده همان شیئی بجنسه از ثلث کل مال اخراج می شود؟ یا از کل مال از هر شیئی ثلث اخراج می شود؟

جواب:

جواب: بجنسه همان شیئی را ملاحظه می کنند اگر بعد ملاحظه یمت مجموع مال، قیمت این شیئی اضافه بر ثلث نباشد، همان را به مصرف وصیت میرسانند. و اگر اضافه باشد، به قدری که مساوی ثلث باشد آن را به مصرف میرسانند. والله العالم.

۹۴: سؤال:

۹۴: سؤال: شخصی در مرض موت وصیت نموده که قدری از ملک او را به سرکار امام زاده [ای] بدهند که او را در جوار آن دفن کنند. ووقفیت آن مکان به هیچ وجه من الوجوه معلوم نیست و آنچه به استماع معلوم شده این است که خدام آستانه مقدسه مذکوره قیمت معینی میگرفته اند و هر کس که خواهش می نمود که در آنجا مدفون شود، دفن می کردند و هم چنین وصیت نموده که بعضی املاک او را بعد از وفاتش وقف نمایند. چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که امثال این بقعه ها وقف باشند. و اگر احتمال ظاهری باشد که ملک خدمه باشد، یا آن که واقفی وقف کرده باشد که منافع آن به مصرف امام زاده برسد که این دفن کرده هم از جمله منافع باشد - بلکه احتمال مساوی هم اگر باشد - در این صورت به عمل مستمر می توان عمل کرد. و آنچه را وصیت کرده که وقف کنند، آن نیز در ثلث مال معتبر است. و بهتر آن است که آن عین موصی بها را قیمت کنند بلا-منفعت و قیمت کنند با منفعت، و تفاوت ما بین قیمتین را ملاحظه کنند. هر گاه آن تفاوت از ثلث مال بر می آید، تمام آن معتبر است. و اگر نه در همان قدری که از ثلث بر می آید اکتفا می کنند و باقی را به ورثه رد می کنند. والله العالم.

۹۵: سؤال:

۹۵: سؤال: زید در حین حیات خود صبیبه خود را متروجه نموده به عمرو داده و به قدر سهم او از مال خود به او داده. و در پشت عقد نامیچه او تفصیل داده که (به عوض حقوق به او داده ام و او را دیگر حقی و ادعائی با وارث باقی نباشد). و حال صبیبه زید متوفی یا زوج او می تواند که ادعای ارث زوجه خود را از ورثه [زید] نماید یا نه؟

جواب:

جواب: کسی در حال خود تسلطی بر میراث ورثه خود ندارد. مگر این که به این

ص: ۲۳۰

عنوان گفته باشد که (باقی اموال من بعد از باقی ورثه باشد) و این معنی، وصیتی است که در متروکات خود کرده که بعد از او به غیر آن دختر از سایر وراث بدهند. چنانکه ظاهر صورت سؤال همین است. و در این صورت ظاهر این است که ثلث مال او را به سایر ورثه می دهند و در ثلثین باقی دختر با سایر ورثه شریک است. والله العالم.

۹۶: سؤال:

۹۶: سؤال: زینب صاحب فراش دو سه یوم قبل از آن که داعی حق را لبیک اجابت گوید، جمیع مایعرف خود را از املاک و باغات و گوسفند و اثاث الدار و حق الصداق حتی الوتد فی الجدار) به زوج خود هبه نموده. و یک نفر عمه زاده حی و یک نفر برادر - که حال مدت چهل سال شاید متجاوز می باشد که مفقود الخبر است - وارث دارد. ترکه او به عمه زاده، یا زوج، یا برادر مفقود او، [به] کدامیک انتقال می یابد؟ و هبه مرض موت صحت دارد یا نه؟

جواب:

جواب: علی تقدیر عمه زاده نصیبی ندارد. و اظهر آن است که هبه زوجه به زوج لازم باشد هر گاه به قبض و تصرف زوج داده باشد و اظهر آن است که در مرض موت بودن باعث رجوع به ثلث نمی شود. الله العالم.

۹۷: سؤال:

۹۷: سؤال: شخصی در حین حیات وصیت نموده که (بعد از آن که داعی حق را اجابت کردم اموالی که بعد از من باقی [می] ماند، اولاد برادر من را از مال من بی نصیب و بی بهره ننمائید). به همین لفظ وصیت نموده. نه تعیین وصی نموده و نه تعیین مقدار بهره. آیا در این صورت اولاد برادر متوفی را می رسد که ادعای رسد خود را به عنوان این وصیت از عموی خود نمایند یا نه؟

جواب:

جواب: چون از برای این الفاظ مقدری در شرع وارد نشده است باید رجوع کرد به فهم و تعارف وارث که از این عبارت چه چیز فهمیده است و اینکه مراد از (بهره بدهید و نصیبی) یا (بی بهره نکنید و بی نصیب نکنید) چه چیز فهمیده است. یا این که متعارف اهل آنجا چه چیز است، آیا می فهمند که (اولاد برادر را مثل یکی از وارث^(۱) خودم حساب کنید) یا (قلیل ملکی بدهید) یا (قلیل باغی بدهید) هر گاه یکی از اینها معلوم شود به آن عمل کنند. و اگر اولاد برادر دعوی علم بر وارث کنند که: تو مراد پدرت را میدانی، و او انکار کند. قسم می توانند داد که او علم ندارد. و اگر هیچ یک از اینها نباشد و به مصالحه..

ص: ۲۳۱

هم طی نشود، اقل ما یحتمل - یعنی کمتر چیزی که محتمل باشد که مراد موصی است - آن را به اولاد برادرش بدهند. والله العالم.

۹۸: سؤال:

۹۸: سؤال: هر گاه وصی را پیری و خرافت و عجز در یابد چه باید کرد؟

جواب:

جواب: حاکم شرع کمکی و معینی برای تعیین کند.

۹۹: سؤال:

۹۹: سؤال: آیا جایز است رد وصیت؟ یا این که مجرد وصیت کردن به این که فلان کس وصی من است، جایز نیست رد؟

جواب:

جواب: بدان که مشهور میان علما جواز رد وصیت است به معنی این که قبول نکند وصی بودن را. و نقل خلافتی در مسأله نشده الا از صدوق که استثنا کرده است دو صورت را، یکی این که پدر وصیت کند که پسر وصی او باشد و دیگر در جائی که منحصر باشد امر در همان شخص و کسی دیگر ممکن نشود. و بعضی اخبار معتبره هم دلالت بر اینها دارد. (۱) و از مختلف میل به موافقت آن، حکایت شده با تأیید به لزوم عقود در اول، و منحصر شدن واجب کفائی در ثانی. و بدان نیز که جایز است رد وصیت بعد از قبول وصایت در حال حیات موصی مادامی که زنده است، به شرط آن که برسد به موصی و مطلع شود. پس اگر خبر او نرسد تا بمیرد لازم می شود. و ظاهر این است که این اتفاقی باشد، چنانکه در مسالک تصریح کرده، و از شیخ نیز نقل شده، و فحوای اخبار هم دلالت بر آن دارد (۲) و لزوم غرر و ضرر هم دلالت دارد. به جهت آن که به سبب قبول موصی الیه، موصی مطمئن شده و هر گاه خبر به او نرسد وصیت به دیگری نخواهد کرد. و اشکالی کرده اند در این که مجرد بلوغ خبر رد به موصی کافی است یا مشروط است به تمکن موصی از اقامه وصی دیگر به جای او؟ و اطلاق فتوای اصحاب اقتضای اکتفا می کنند. و لکن مستفاد می شود از علت منصوصه که در اخبار وارد شده که تمکن شرط است. و این اظهر است. چنانکه در مسالک ترجیح آن داده، و اما هر گاه موصی بمیرد پیش از رسیدن خبر به او پس اگر وصی قبول وصایت کرده و بعد از آن رد کرده و خبر به او نرسیده، پس وصیت لازم است اجماعاً. چنانکه در مسالک تصریح کرده. و از دیگران نیز نقل شده. و فحو [۱] ی اخبار هم دلالت ۳.

ص: ۲۳۲

۱- وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۴، ح ۱ در مورد وصیت پدر بر پسر - و در مورد انحصار: باب ۲۳، ح ۲.

۲- وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۳، ح ۳ و ۲.

دارد(۱) و اخبار بسیار است صحیح و غیر صحیح که دلالت دارند بر صورت عدم قبول(۲) و اگر قبول وصایت نکرده ورد کند وصیت موصی را، پس در اینجا نیز اشهر واقوی لزوم است. و دعوی اجماع (از بعضی صریحا و [از] بعضی ظاهرا) بر آن شده. و اخبار بسیار هم دلالت بر آن دارد، و از جمله آنها صحیح محمد بن مسلم است از حضرت صادق - ع - (قال: ان اوصی رجل الی رجل وهو غایب فلیس له ان یرد وصیته، فان اوصی الیه وهو بالبلد فهو بالخیار ان شا قبل وان شا لم یقبل) (۳) و روایت منصور بن حازم از آن حضرت: (اذا اوصی الرجل الی اخیه وهو غایب فلیس له ان یرد علیه وصیته، لا نه لو کان شاهدا فابی ان یقبلها طلب غیره). (۴)

و شهید ثانی (ره) از مختلف و تحریر نقل کرده قول به جواز رجوع ورد را و خود نیز میل به آن کرده، به جهت (اصل) و لزوم حرج و ضرر. و حمل کرده اند اخبار را بر سبق تحقق قبول یا شدت استحباب. به جهت عدم صراحت آنها در مطلوب. و تو میدانی که ظهور کافی است در استدلال. و عموما [و] اصل و غیره، مقاومت با خاص معمول به اصحاب نمی کند. خصوصا با دعوی اجماع بر آن.

۱۰۰: سؤال:

۱۰۰: سؤال: ضعیفه ای فوت شده. و جمعی از مرد وزن - که تخمینا شش نفر یا هفت نفر باشند - می گویند که از دو سال قبل از مردن ضعیفه مزبور، مکرر از او میشنیدیم که میگفت که (مال من بعد از وفات من خرج من باید شود). و یکی از جمع مدعین این قول را، جمعی تعدیل می کنند. و شش نفر از آن جمع مدعین (که غیر آن یک نفر عادل اند) که عبارت از چهار مرد و دو زن باشند، که یکی از آنها از جمله ورثه است و می گوید که ضعیفه متوفیه سه روز یا ده قبل از وفاتش میگفت که اگر مال مرا خرج من نکنید مشغول الذمه باشید. آیا این عبارت دو سال قبل از وفات با آن عبارت که سه روز قبل از وفات میگفته، وصیت است یا نه؟ و بعد از این که وصیت باشد آیا کی باید این وصیت را به عمل بیاورد؟ و هر گاه باید که وارث به عمل بیاورد می تواند که ثلث قیمت متروکات را به مصرف وصیت برساند یا باید عین آنها را خرج کند؟ و ایضا: ورثه ضعیفه متوفی منحصرند به دو ۳.

ص: ۲۳۳

- ۱- وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۳، ح ۳۰۲.
- ۲- وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۳، ح ۱ تا ۶.
- ۳- وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۳، ح ۳۰۱.
- ۴- وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۳، ح ۳۰۱.

خواهر زاده امی و ابی که یک مرد باشد و یک زن. و آن از جمله آن جمعی است که عبارت مذکور را شنیده اند و بر فرض وصیت بودن آن عبارت، قبول دارد. و اما آن مرد می گوید: که از این عبارت که این از زبان ضعیفه مورثه من ادعا می کند، علمی و اطلاعی ندارم و قول این جمع را هم قبول ندارم زیرا که از همه خیانت دیده ام و همه این جمع معلل به غرض فاسد می باشند. آیا در این صورت که آن مرد وارث قول آنها را قبول نکند، میباید آن جمع بر آن مرد ادعای شنیدن خود را ثابت کنند، و بعد از آن، آن مرد ثلث حصه خود را به مصرف وصیت برساند؟ یا آن که قبل از اثبات و علم، بر آن وارث لازم است که چنین کند؟ و ایضا: آن ضعیفه متوفی بعضی وصایای مخصوصه کرده مثل این که: مرا به قم ببرید، و به غسال من فلان رخت را بدهید، و به مکبرین پیش جنازه فلان جنس را بدهید. آیا اگر در بعض مصارف وصیت ضعیفه که زاید بر قدر واجب است، آن زاید از ثلث مخرج است یا از اصل مال؟ و قدر واجب چه مقدار است؟

جواب:

جواب: چون مفروض سؤال این است که ضعیفه، وصی تعیین نکرده ولایت او با حاکم شرع است یعنی مجتهد عادل. و هر گاه دست به حاکم نرسد عدول مؤمنین هم می توانند متوجه شد، بلکه باید بشوند. و ظاهر این است که الفاطی که ضعیفه گفته است وصیت است. پس هر گاه از برای حاکم از قول آن جماعت علم بهم رسد، به علم خود عمل می کند. و هم چنین عدول مؤمنین، هر گاه وارث نتواند مانع آنها شد. و در غیر دو صورت آن وارثی که اقرار دارد، اقرار او در حق او نسبت به حصه خودش مسموع است. و دور نیست که به شهادت یک مرد عادل ربع وصیت را ثابت دانست. و احتمال اثبات نصف هم خالی از قوت نیست. و وصیت در ثلث مال اعتبار دارد و هر گاه زاید بر ثلث باشد و ورثه امضا نکنند، به قدر ثلث برای او خرج می کنند. پس هر گاه حاکم یا عدول مؤمنین آن یک نفر عادل را در دست داشته باشند لا اقل باید سعی در انجام ربع وصیت بکنند. و هر گاه از حال ضعیفه معلوم نشد که مراد او به مصرف رساندن عین مال است، ظاهر این است که توان فروخت به قیمت عدل و صرف او کرد. خصوصا هر گاه بدون فروختن متعذر یا متعسر باشد. و هر گاه خواهند بفروشند باید حاکم یا عدول مؤمنین (به وارث یا غیر وارث) بفروشند. و اما سؤال:

جواب: چون مفروض سؤال این است که ضعیفه، وصی تعیین نکرده ولایت او با حاکم شرع است یعنی مجتهد عادل. و هر گاه دست به حاکم نرسد عدول مؤمنین هم می توانند متوجه شد، بلکه باید بشوند. و ظاهر این است که الفاطی که ضعیفه گفته است وصیت است. پس هر گاه از برای حاکم از قول آن جماعت علم بهم رسد، به علم خود عمل می کند. و هم چنین عدول مؤمنین، هر گاه وارث نتواند مانع آنها شد. و در غیر دو صورت آن وارثی که اقرار دارد، اقرار او در حق او نسبت به حصه خودش مسموع است. و دور نیست که به شهادت یک مرد عادل ربع وصیت را ثابت دانست. و احتمال اثبات نصف هم خالی از قوت نیست. و وصیت در ثلث مال اعتبار دارد و هر گاه زاید بر ثلث باشد و ورثه امضا نکنند، به قدر ثلث برای او خرج می کنند. پس هر گاه حاکم یا عدول مؤمنین آن یک نفر عادل را در دست داشته باشند لا اقل باید سعی در انجام ربع وصیت بکنند. و هر گاه از حال ضعیفه معلوم نشد که مراد او به مصرف رساندن عین مال است، ظاهر این است که توان فروخت به قیمت عدل و صرف او کرد. خصوصا هر گاه بدون فروختن متعذر یا متعسر باشد. و هر گاه خواهند بفروشند باید حاکم یا عدول مؤمنین (به وارث یا غیر وارث) بفروشند. و اما سؤال: از وصایای مخصوصه، و سؤال از قدر واجب: پس بدان که اگر ضعیفه

شوهر ندارد که کفن او و سدر و کافور از اصل مال او وضع می شود. خواه وصیت بکند و خواه نکند. و هم چنین حقوق مالیه مثل دین مردم و حج و زکات و خمس و کفارات و امثال آن. و اما هرگاه وصیت کند به واجب و غیر واجب، پس واجبات مالیه را مقدم میدارند از اصل مال، و در باقی ملاحظه ثلث می کنند. پس اگر عبادات واجبه بدنیه باشد مثل صوم و صلات، مقدم میدارند بر غیر واجب، هر چند مؤخر در ذکر باشد. و بعد از آن مستحبات را به ترتیب ذکر موصی در وصیت، تا ثلث تمام شود، و اگر وصیت کند که همه آنها را از ثلث بدهند، پس واجبات مالیه هم از ثلث اعتبار می شود، به این معنی که اگر چیزی از ثلث باقی نماند وصیت در آنها نافذ نیست. و اما اگر ثلث وفا به آنها نکند واجب است که از اصل مال تمام کنند.

۱۰۱: سؤال:

۱۰۱: سؤال: هرگاه شخصی زید نام در حین حیات وصحت که اقرار شرعیه از او مسموع بوده، وصیت نموده باشد، به موجب وصیتنامه به این طریق که (به وجه شرعی بر خود لازم ساخته بود که ثمن از مملکات و اموال خود را به نحوی که قلمی می شود. صرف مشاهد مشرفه ائمه طاهرین طلوات الله علیهم اجمعین، نماید بر نهج ذیل: فرزند خود عمرو را وصی شرعی خود کرده که بعد از فوت موصی اموال و متروکات او را کائنا ما کان جمع و مشخص نموده، نصف تمام کامل از مجموع را سوا و مشخص. و نصف از نصف مذکور را در وجه خمس ال محمد (صلی الله علیه و آله) قدری معین از آن را به موجب تفصیل و نوشته موصی به اشخاص مشخصه تسلیم نماید، و تتمه را به سادات مستحق برساند. و نصف آن نصف دیگر را به عنوان رد مظالم به فقرا و مستحقین برساند. و نصف بقیه که باقی می ماند (۱) بیست تومان او را به شخص امینی که به زیارت مشهد مقدس برود نیابتاً عنه، بدهد که آنجا رفته به جهت وی زیارت نماید و اخراجات خود را از وجه مزبور محسوب دارد. و آنچه بماند صرف روشنائی مشهد مزبور (از موم و شمع و غیرها) نماید. و تتمه را که اضافه بر بیست تومان باشد در مصرف اخراجات مشاهد مشرفه مکرمه نجف اشرف و کربلای معلو کاظمین (علیه السلام) مصرف دارد، به این نحو که تنخواه مزبور را ملکی مرغوب خریداری کرده و منافع و وجه اجاره آن را سال به سال به مشاهد مشرفه مذکوره مرد امینی برده که اثلاً در زیارت مذکوره صرف نماید. و یا وجه مذکور را با شخص امیند.

ص: ۲۳۵

معتبری معامله شرعیه نماید که سال به سال منافع حاصله آن را به نحو مسطور در مشاهد مشرفه صرف نماید. و نصف دیگر از مملکات او را اوصی مزبور دو تومان او را به معتق وی داده و تتمه را بین الورثه کما فرض الله قسمت نماید. و تخلف در هیچ جزئی از اجزا مذکوره را جایز نداند. و ناظر گردانید در خصوص وصایای خود بکر ولد خالد را، که در امور مذکوره و لوازم آن، وصی مؤمی الیه به اطلاع و صوابدید او عمل نماید و در هر باب بالا شتراک عمل نمایند. و نیز وصیت نموده که وصی و ناظر (مزبوران) به مشورت با خالد مشار الیه معمول دارند و صایا را و نیز قرار داده و مأذون ساخته وصی و ناظر مزبوران، را که با تغدر یا تعسر خریدن ملک و معامله [ای] که در فوق قلمی شد، همان اصل وجه مذکور را اثلا در مشاهد مشرفه مذکوره مصروف دارند. و در هیچ باب تخلف را جایز ندانند. و نیز وصیت نموده که عمرو وصی (مشار الیه) در خصوص اولاد صغار موصی نهایت سعی و اهتمام به عمل آورد. خصوصا ذکور اولاد که به علم و مشق کردن و محافظت و پرستاری او در هر باب خود را معاف ندارد و کوتاهی ننماید، که باعث رضامندی خدا و والدین او بوده باشد. در صورت وصیتنامه چه مذکوره عمل وصی (در این حال) چه طریق باید بوده باشد؟ و عمل ناظر به چه قسم و تنخواه موصی نصف از بابت و صایا و تتمه تنخواه ارث صغار در تصرف کدامیک از وصی و ناظر بوده باشد؟ یا آن که باید در تصرف هر دو بوده باشد نظر به لفظ (اشتراکی) که قلمی شده در وصیتنامه؟ یا آن که باید تمام تنخواه از بابت و صایا و تنخواه صغار در تصرف وصی بوده باشد، و به مصارفی که می رسد و عملی که می شود به اطلاع و استحضار ناظر بوده باشد؟ یا در امری که احتیاج به شور بوده باشد استدعا این که آنچه موافق طریق شرع انور بوده و ضوح آن را به طریقی که مبین باشد حکم آن را قلمی نموده

جواب:

جواب: در استفتا از چند چیز سؤال شده: اول این که وصی چه کار باید بکند. دوم آن که ناظر چه باید بکند. سوم آن که نظر به لفظ به این که (در هر باب بالا شتراک عمل نمایند) آیا مال باید در تصرف وصی و ناظر هر دو باشد یا در تصرف وصی بوده باشد. اما جواب از سؤال اول: پس آن موقوف است به تحقیق حال وصیت. و چون وصیت

اضافه بر ثلث مال شده باید تحقیق طریق صحت وفساد ولزوم وعدم لزوم آن را کرد. و تحقیق این است که وصیت شرعیه مثل دادن بعض مال به معتق یا غیر آن، و هم چنین وصیت به واجبات بدنیّه مثل صوم وصلوات وامثال آن، پس آن در ثلث ترکه معتبر است لاغیر، مگر به امضای وارث بالغ رشید. واما وصیت به واجبات مالیه محضه مثل دین و زکات و خمس ورد مظالم، و هم چنین مالیه مشوب به بدنیّه مثل حج: پس آن در اصل مال معتبر است. چنانکه اگر هیچ وصیت نکرده باشد [باز] باید از اصل مال وضع شود. و آنچه در کلام موصی مذکور است تمام مالیه محضه است به غیر دو تومان معتق. واز این جهت می توان گفت که همه وصیت ممضی است هر چند به زیاده از ثلث متعلق شده. لکن اشکال در تشخیص مراد موصی می کند کلمات او اولاً این که گفته است که (به وجه شرعی بر خود لازم کرده بوده است. در حال حیات که ثمن مال خود را صرف مشاهده منوره کند) به آن تفصیل که نوشته، معنی آن را نفهمیدم. اگر مراد او این است که نذر کرده است مثلاً وگفته است (لله علی که ثمن مال خود را که در حال اجرای صیغه نذر مالکم به مصرف مشاهده منوره برسانم به این تفصیل.....) وبعد از آن وصیت کرده است که به مقتضای آن عمل کنند. پس این صحیح و خوب است. لکن باید ملاحظه ثمن مال را در آن وقت کرد، نه بعد از وفات. چنانکه مقتضای وصیت است. و هر گاه گفته باشد (لله علی که ثمن مال را که الحال دارم وارث من بعد از من به این مصرف برساند) این صحیح نیست. به جهت این که فعلی را که مکلف نذر می کند باید خودش به جا بیاورد، نه دیگری. و هم چنین هر گاه بگوید که لله علی که ثمن مال مرا بعد از وفات من وارث من به این مصرف برساند) هم صحیح نیست، به همین جهت که گفتیم. و اگر گفته باشد که لله علی که وصیت کنم که ثمن مال حال مرا) یا (ثمن مال بعد وفات مرا) یا مطلق بگوید که (ثمن مال مرا صرف به این مصرف کنند)، وبعد از آن وصیت به عمل آمد به مقتضای نذر، پس در این صورت این از جمله وصایای متبرع بها می شود، گواصل وصیت کردن واجب شده به نذر. به جهت این که صرف کردن مال در این مصرف به سبب نذر واجب نشده است تا داخل حقوق مالیه واجبه شده باشد. چنانکه پوشیده نیست. و چون عامی است استفتا می کند از مفتی طلب حکم می کند نه احتمال، پس می گوئیم: ظاهر عبارت سؤال من حیث اللفظ - خصوصاً به ملاحظه تعیین بیست تومان

در مصرف مشهد مقدس که آن مناسبت دارد با مال معین موجود که می داند که ثمن او زاید بر بیست تومان هست، نه به مالی که نمی داند که مقدار آن چه قدر خواهد بود. وبعد ملاحظه اینها - با ملاحظه حمل فعل مسلم وقول او بر وجه صحیح باید بنا گذاشت که مراد او این باشد که بر خود لازم کرده است در حال حیات به نذر یا شبه نذر این که ثمن مال خود را که در حین نذر دارد صرف این مصرف بکند). وبعد از آن وصیت کرد [ه] که چنین بکنند. ولکن با کلمات بعد نمیسازد که: بعد از مردن من وصی من مال را جمع کند و مشخص کند و تنصیف کند باز نصف را تنصیف کند و مرتبه دیگر این نصف را تنصیف کند که ثمن باشد و به آن مصرف برساند. به جهت آن که ظاهر این کلام ملاحظه نصف و ربع و ثمن بعد وفات است. و مال گاه است که در وقت نذر بیسار بوده الحال کم شده، یا بالعکس. و اگر بیشتر بوده باید ثمن آن وقت را به مصرف برساند نه این وقت را. و اگر کمتر بوده باید همان ثمن آن وقت را به مصرف برساند. و مقتضای این تنصیف ها این است که به مقتضای ثمن بعد وفات عمل کند. و اینها با هم جمع نمی شود. پس خلاص ممکن است که به همین باشد که وصی ثمن وقت نذر را به این مصرف برساند. و اگر مال در وقت موت موصی زیاده تر باشد در زاید ملاحظه خروج از ثلث را بکند. و هم چنین: اشکال حاصل می شود در ثمن دیگر به جهت رد مظالم و ربع خمس. به جهت آن که مقدار خمس ورد مظالم که از حقوق مالیه حساب می شود باید معین باشد تا ببینیم که این ربع و ثمن بعد از وفات مساوی این قدر معین است، یا زاید، یا ناقص. گاه است که موصی ملاحظه ربع و ثمن مال حال وصیت را اعتبار کرده بود و اشتغال ذمه خود را همان قدر میدانست. پس اگر مال بعد از وفات کمتر شده باید ادای آن حق را تمام کرد. هر چند از برای وارث هیچ نماند. و اگر حال زیادتر شده، پای تبرع در میان می آید. به جهت آن که گاه است که این قدر مشغول ذمه نبوده است. پس باز ملاحظه ثلث را کرد. و خلاصی در این هم به این نحو می شود که ربع و ثمن آن وقت را از اصل بدهند، و در باقی ملاحظه ثلث را بکنند هر گاه زیاد شده باشد. و چون اخراج خمس ورد مظالم به عنوان (احتیاط احتمال شغل ذمه) هم جایز است، پس تبرع در وصیت از زاید بر قدر واجب هم جایز خواهد بود. ولکن در آن ملاحظه ثلث را باید کرد

واما سؤال از ناظر: پس بدان که (ناظر) در کتب فقها متداول نیست. بلکه وکول امر به نظر غیر وصی از توابع وصیت است. ومانعی ندارد که موصی به جهت زیادتی اعتماد یا خوف از خدا، وغفلت وصی به جهت عدم خوف، یا احتمال خیانت (بنابر عدم اشتراط عدالت در وصی) و مثل آن، وصیت کند که تصرفات وصی به اطلاع آن ناظر باشد. وبنابر آن، فعل ناظر همان اطلاع و استصواب است. لکن عمل و تصرفات با وصی است. بلی هر گاه موصی ناظر را هم شریک کرده باشد با وصی در عمل، متابعت باید کرد. واما سؤال از لفظ مذکور که آیا منشأ این می شود که باید در تصرف هر دو باشند یا نه: پس به ملا حظہ کلمات موصی (از اول تا به اینجا) معلوم می شود که ناظر شریک در عمل نیست. بلی مراد اشتراک به حسب رأی است. و بر فرضی که این لفظ ناسخ ما سبق باشد، افاده اشتراک در ضبط مال صغار، می کند. ومطلق تصرفات را نمی کند، وباعث این نمی شود که ید هر دو بر آن مساوی باشد، بلکه همان قدری که از لوازم عمل است با او شریک می شود در ید تصرف. و به هر حال ظاهر استقلال وصی است در مباشرت حفظ اموال. چنانکه مستقل است در تربیت صغار، گو در بعضی اوقات محتاج باشد به صلاح [دید] ناظر. پس باید وصی متوجه ضبط وربط باشد بر وفق متعارف، لکن به صوابدید ناظر، حتی در مکان حفظ مال و اختیار کردن اشخاص معاملین با او در اموال. و باید دانست: که در امر زیارت مشهد مقدس هم هر گاه خواهند اجیر بگیرند به آن نهج مزبور، پای جهالت اجرت در میان می آید ومشکل می شود. خصوصاً هر گاه اجرت را از برای رفتن و برگشتن هر دو قرار داده باشد. در این وقت معلوم نیست که اخراجات چه چیز است وزاید چه چیز است. مگر این که معلوم باشد از حال موصی که اباحه کرده این قدر را از برای امین به آن نحو خاص، هر چند به ظن و تخمین امین باشد، از باب تراضی. و هم چنین باید دانست که اشخاص را که تعیین کرده از برای خمس، باید در حین ادا بر وصف استحقاق باقی باشند. والله العالم

۱۰۲: سؤال:

۱۰۲: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند که بعد از موت او چند سال نماز و روزه استیجار کنند از برای او و نایب الزیاره بگیرند که در مدت معینی از برای او زیارت کند وفلان مبلغ را به عمرو بدهند و هر چه از ثلث او بماند به فقرا و سادات بدهند و مبلغ معینی هم به وصی بدهند، و وصی تعیین نکرده بمیرد. بعد از فوت او کبار ورثه احدی را

تعیین نمایند که وصایای او را از ثلث ترکه به مصارفی که گفته برساند. وحق الوصایه [را] که متوفی تعیین کرده بود بر دارد آیا این شخص جایز است که حق الوصایه را از ثلث بر دارد یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه کسی تعیین وصی نکرده باشد ووصایای چند کرده باشد، تولیت امر او با حاکم شرع است. وبدون رجوع به او صورتی ندارد. و هر گاه ممکن نشود رجوع به حاکم، آحاد عدول مؤمنین هم می توانند کرد بلکه ظاهر این است که واجب باشد بر ایشان متوجه شدن. واما حق السعی در عمل: پس آنچه جمعی [از] فقها تصریح به آن کرده اند وظاهر جمعی دیگر است نقل اقوال در (وصی بر یتیم) است و حکم متولی امر یتیم خواه وصی باشد یا ولی شرعی. که بعضی گفته اند هر گاه تعیین نشده باشد حق السعی، اجرت المثل بر میدارد. و بعضی گفته اند به قدر کفایت، و بعضی گفته اند اقل امرین از اجرت المثل و کفایت. ولکن از ظاهر کلام جمعی و از ظواهر بعضی [از] ادله که ذکر کرده اند - مثل این که گفته اند که عمل مباحی است و مفروض این است که تبرع در آن نکرده پس مستحق اجرت المثل خواهد بود - این است که کلام در (مطلق مباشر عمل در وصایا) جاری باشد. (۱) پس دور نیست که در صورت سؤال هر گاه رجوع به حاکم ممکن نباشد وثقات مؤمنین حسبتا متوجه شده باشند، آنچه را صلاح دانسته باشند جایز باشد. و طاهر این است که در صورت تعذر حاکم احدی از عدول مؤمنین حسبتا می تواند متوجه شود او اجرت المثل را بر دارد. پس در صورت مزبوره حق السعی را بعد از وضع صوم وصالات و زیارت و آنچه گفته است به عمرو بدهند، بر میدارد و اگر چیزی بماند به فقرا و سادات می دهند.

۱۰۳: سؤال:

۱۰۳: سؤال: هر گاه کسی در مرض موت وصیت کند که (ترکه مرا به اولاد ذکور بدهید) و اولاد اناث هم امضا کنند، آیا بعد از وفات، اولاد اناث می توانند رجوع کرد، یا نه؟

جواب:

جواب: اشهر واقوی این است که امضای ورثه کافی است خواه قبل از وفات باشد یا بعد از وفات. و فرقی ما بین صحت و مرض نیست. و هر گاه بعضی امضا کنند دون بعض، به قدر الحصه او ممضی است. و هم چنین هر گاه همه ورثه یا بعضی از آنها، بعضی از زاید بر ثلث را امضا کنند در همان قدر ممضی است. و مذهب علمای شیعه این است که

ص: ۲۴۰

۱- این مساله با همه اقوال و آرای مختلف و توضیحات مربوطه در باب «حجر و تفلیس» از مجلد دوم، بررسی شده رجوع فرماید.

اجازه وارث از باب هبه نیست که محتاج باشد به قبض و سایر شرایط هبه، و جایز باشد رجوع در آن قبل از تحقق قبض. بلکه از باب (تنفیذات و اجرای حکم وصیت) است. پس بنابر این در حکم وصیت به ثلث مال است، و دیگر وارث را در آن مداخلیتی نیست. و جایز نیست از برای وارث رجوع قبل از قبض (چنانکه در هبه جایز است) و هم چنین بعد از قبض به طریق اولی [جایز نیست]. و این حکم - یعنی این که اجازه تنفیذ است، نه هبه - در صورت اجازه وارث در حال حیات موصی بی اشکال است. و هر گاه بعد از فوت باشد هم خلافتی از شیعه در آن نکرده اند چنانکه گفتیم.

۱۰۴: سؤال:

۱۰۴: سؤال: منجزات مریض از اصل مال می شود؟ یا در حکم وصیت است و در ثلث معتبر است؟

جواب:

جواب: اظهر این است که از اصل وضع می شود. و هم چنین اقرار او به شیئی از برای غیر در آن حال. ولکن در اینجا اظهر این است که خروج از اصل مشروط است به این که متهم نباشد بر این که قصد او محروم کردن وارث باشد. و فرقی نیست ما بین این که اقرار از برای وارث کرده باشد یا اجنبی.

۱۰۵: سؤال:

۱۰۵: سؤال: هر گاه کسی چهار نفر پسر کبیر و چهار نفر صغیر داشته باشد، و در حال حیات مال خود را تقسیم کند میان آنها، و مهر زوجه خود را بدهد و قدری آسیا داشته باشد. و وصیت کند که (منافع هر ساله آن را از برای من استیجار صوم و صلوات بکنند ولکن هر گاه آنچه از برای صغار قرار داده ام وفا به خرج آنها نکند منافع آسیا را هم صرف آنها بکنند تا کبیر شوند، و بعد از کبیر شدن همه، منافع آن را به استیجار صوم و صلوات همه ساله بدهند). و الحال بعضی از کبار مانع اند که منافع را صرف صغار بکنند، و می گویند که: (استیجار صوم و صلوات می کنیم). و دیگر این که آیا بعضی از ورثه می تواند که الحال تقسیمی [را] که پدر در حال حیات کرده، بر هم زند، یا نه؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که وصیت به منفعت ملک ابداء، صحیح است، همچنانکه تا مدت معین، صحیح است. پس باید به منافع آن آسیا استیجار صوم و صلوات از برای او بگیرند همیشه. و در ایام احتیاج صغیرها به قدر حاجت آنها، را صرف ایشان کنند. و کسی مانع آن نمی تواند شد، خصوصاً پسر بزرگی که واجب است قضای نماز پدرش. و هر گاه معلوم شود که مراد موصی. از (همه ساله) به قدر ایام تکلیف خود را خواسته، بعد از انقضای آن مدت باز منافع آسیا بر می گردد به ورثه.

و باید دانست که باید ملاحظه کرد که آن منافع ابدی یا [در] مدت معین، زاید بر ثلث نباشد. و در زاید بر ثلث محتاج است به امضا ورثه. و طریق معرفت خروج از ثلث هر گاه مدت معینه باشد این است که آن آسیا را با منافع آن ابدی قیمت کنند و بی منفعت در آن مدت هم قیمت کنند، و ببینند که تفاوت مابین قیمتین، از ثلث بر می آید یا نه. مثل این که می گویند آسیا با جمیع منافع به دوازده تومان می آرزد، و هر گاه منافع ده ساله او را وضع کنیم شش تومان می آرزد. و تفاوت میان دو قیمت شش تومان است. پس اگر این شش تومان از ثلث تر که بر می آید، تمام وصیت ممضی است. و طریق معرفت در صورت وصیت به منافع ابدی، خالی از اشکال نیست. و در آن چند وجه ذکر کرده اند. بهترین آنها این است که باز چنین کند. یعنی آن آسیا را با منفعت ابدی قیمت کنند و بی منفعت هم قیمت کنند. و تفاوت مابین دو قیمت را ملاحظه کنند که از ثلث بر می آید یا نه. و هر چند نادرست است که مال بی منفعت قیمتی از برای آن بماند لکن در بعضی جاها باز قیمتی از برای او می ماند. مثل این که آن مال که منفعت آن را وصیت می کند غلامی باشد که هر چند منافع او از غیر باشد، که آزاد کردن او از برای کفاره و غیره آن صحیح است. پس البته قیمتی دارد. و هم چنین آسیا هم اگر ملک ورثه باشد تسلط بر آن دارند به انحای تصرفات در این که اول غله خود را در آن آرد کنند یا از غیر را. و امثال آن از منابع که منشأ ثبوت قیمتی از برای او می شود. و اما حکایت بر هم زدن تقسیم: جواب آن این است که در لزوم هبه، قبض شرط است. هر گاه در حال حیات به قبض کبار داده و از جانب صغار خود قبض کرده، دیگر کسی نمی تواند بر هم بزند. و هر گاه به قبض کبار نداده باشد در حصه کبار بر هم می توان زد

۱۰۶: سؤال:

۱۰۶: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند که فلان باغ را به فلان پسر بدهید، و فلان ملک را به فلان دخترم، و فلان خانه را به پسر دیگرم، و هکذا.... تا همه اموال را به این نهج وصیت کند. آیا این معنی (وصیت) است - که در عین مال و یا در ثلث معتبر است. و مقدم در ذکر مقدم است -؟ یا در معنی وصیت به تعیین میراث است؟

جواب:

جواب: هر گاه از خارج معلوم باشد به قرائن که مراد وصیت است به آن اعیان، نه قسمت میراث، پس حکم وصیت در آن جاری است هر چند مستوعب تر که باشد. و این در صورتی است که موصی جاهل است به مسأله و نمی داند که اختیار بیش از ثلث را ندارد

یا عالم است واما معتقد این است که ورثه امضا خواهند کرد آنچه را که وصیت کرد. پس در این صورت ها مقدم میدانند آنچه مقدم است در ذکر تا به ثلث برسد. و ما بقی موقوف است بر اجازه و امضا ورثه. و هم چنین است هر گاه قرینه نباشد یعنی بگوید (فلان مال را به فلان بدهید و فلان مال دیگر را به فلان وارث دیگر) و هکذا.... و ندانیم که مراد او وصیت به دادن آن مال است به آن وارث قطع نظر از میراث، یا مراد او تعیین حصه وارث است در آن مال. که اظهر در اینجا هم حمل به وصیت است، نه تعیین حصه میراث. واما هر گاه دانیم که از باب (وصیت در اعیان) نیست که موصی له علاوه بر حصه خود مستحق آن باشد، بلکه از باب وصیت در تعیین اعیان است. یعنی مراد او این است که این وارث این عین معین را به عوض حصه خود از میراث بردارد، و وارث دیگر آن عین معین دیگر را، و هکذا.... پس در اینجا حکم می شود به این که وصیت است. لکن نه در قیمت و قدر اعیان، بلکه در تعیین اعیان. مثلاً هر گاه یک پسر دارد و یک دختر و مال او هم منحصر است در یک غلام و یک کنیز، و قیمت غلام دویست قروش است و قیمت کنیز صد قروش. و وصیت کند که غلام را به پسر بدهد و کنیز را به دختر. و این از باب وصیت در تعیین است. و آن نیز در ثلث معتبر است. به این معنی که خارج از میراث و زیاده بر ما فرض الله چیزی به پسر نمی دهند. بلکه وصیت همین کار را می کند که پسر ثلث غلام را معینا از بابت میراث خود بر میدارد. و هم چنین دختر ثلث کنیز را. و در تتمه غلام و کنیز هر دو شریک اند (لذا ذکر مثل حظ الانثیین). مگر این که هر یک اجازه کنند وصیت را (چنانکه از عبارت قواعد علامه و ایضاح ظاهر می شود. و عبارت تحریر هم بر همین تنزیل می شود. و آن عبارت ها در احکام موصی له مذکور است) و در اینجا تقدم ذکر اعتبار ندارد که بگوئیم که: هر گاه وصیت تعیین غلام از برای پسر مقدم باشد پس باید نصف غلام از راه تعیین، مال پسر باشد، چون ثلث مجموع مال است. به جهت آن که نظر و مقصود او مساوات است در مرتبه وصیت بالفرض. و از اینجا معلوم می شود حکم جائی که آن اعیان موافق حصه واقعی هر یک، نباشد. مثلاً سه پسر داشته باشد و سه باغ داشته باشد متفاوت در قیمت. و وصیت کند که آن باغی که صد تومان می آرد به زید بدهد که پسر بزرگ است، و باغی که چهل تومان می آرد به عمرو بدهد که پسر میانی است، و باغ دیگر که صد و شصت تومان می آرد به

بکر بدهید که پسر کوچک است. و در اینجا پای مسأله دیگر در میان می آید یعنی محروم کردن یک پسر از بعض حصه او. و ظاهر این است که حکم این، مثل حکم آن است که وصیت کند به حرمان او از جمیع حصه. واقوی واشهر در آن بطلان است. و احوط آن است که حکم وصیت بر آن جاری شود. پس وضع می کنیم آنچه را که وصیت کرده به حرمان از او و حکم وصیت را بر آن جاری می کنیم، و تتمه را (کما فرض الله) قست می کنیم. و این در رجائی که وصیت به حرمان از جمیع کرده باشد، و نگفته باشد که حصه او را به کی بدهید، ظاهر است (یعنی قدر حصه محروم را به سایر وارث می دهند و در باقی همه شریک اند). و اما در ما نحن فیه: پس معلوم است که اصل تر که سیصد تومان و به هر یک صد تومان می رسد. و چون منظور او قسمت میراث است، پس ظاهر این تقسیم این است که برادر بزرگ را مساوی حق به او داده، و برادر میانی را از شصت تومان محروم کرده و از برای برادر کوچک قرار داده. پس بنابر قول به بطلان وصیت، امر ظاهر است. یعنی باید در مقدار حق و عین هر یک را مساوی صد تومان داد. و لکن بطلان حرمان و ثبوت حق، منافات با ملاحظه (وصیت به تعیین) ندارد. زیرا که او قصد دو امر کرده: یکی وصیت قسمت از مقدار مال. دوم وصیت تعیین در حصه هر یک از آنها. و چون در تعیین هم اختیار بیش از ثلث [را] ندارد (مثل اصل مال) پس اعتبار می کنیم در ثلث هر یک از باغ ها، از برای آن که وصیت کرده. پس هر یک از ایشان ثلث باغی را که برای او وصیت کرده بر سبیل تعیین میگیرند و باقی می ماند دو ثلث باقی در هر یک از آن باغ ها، مشترک میان همه. زیرا که این وصیت حقیقتاً وصیت به دو چیز است، و بطلان احدهما مستلزم بطلان دیگری نیست. و اما بنابر این که این را از باب وصیت دانیم احتیاطاً: پس مساوی شصت تومان که برادر میانی را از آن محروم کرده آن را از مجموع مال وضع می کنیم برای برادر کوچک. چون آن را از برادر میانی وا گرفته و از برای برادر کوچک قرار داده. و زاید بر ثلث هم نیست، پس مال او خواهد بود. و باقی می ماند تتمه مالی که مساوی دویست و چهل تومان است، میان آنها که همه مستحق او هستند و هر یک مستحق مساوی هشتاد تومان می شود به حسب قدر و قیمت. و متعین می شود ثلث باغ چهل تومانی از برای میانی، و

ثلث صد تومانی از برای بزرگ، و ثلث صد و شصت تومانی از برای کوچک. و دو ثلث دیگر از هر یک از باغ ها مشترک است میان همه اینها که گفتیم بنابر این است که تعیین را اعتبار کنیم. چنانکه اقوی و اظهر است. و قولی هم به عدم اعتبار آن هست. حتی در صورت اولی، یعنی آنجائی که وصیت منطبق بر حصص باشد و زیاد و کمی نداشته باشد. و با کی نیست که عبارت قواعد را در اینجا ذکر کنیم و آن این است: (لواوصی لكل واحد من الوراث [بقدر نصيبه] (مثل ان يقول: اعطوا بنی ثلثی مالی و ابنتی ثلث مالی) (۱) فهو لغو. ولو خصص كل واحد بعین هی قدر نصيبه، فالاقرب الافتقار الی الاجازه. لظهور الغرض فی اعیان الاموال. و کذا لو اوصی ان یباع ماله من انسان بضمن المثل. ولو باع عین ماله من وارثه بضمن المثل، نفذ). و قال ولده (ره) فی شرحه (هنا مسألتان: الاولى: اذا اوصی لكل وارث بعین هی قدر نصيبه، کما اوصی لابنه بعد قیمته مأتان، اوصی لابنته بعد قیمته مأه. فالاقرب عند المصنف الافتقار الی الاجازه، لتعلق الاغراض بخصوصیات الاعیان و المنافع الحاصله منها، فکما لا یجوز ابطال حق الوارث من قدر حقه لا یجوز من عینه. و یحتمل عدم الافتقار الی الاجازه لان الاصل القیمه. اذا اعیان الاموال لا اثر لها فی زیاده المالیه و نقصها مع تساوی القیمه. [و] لان اعتبار الاعیان هنهنا مع عدم اعتبارها فی بیع المریض ترکته بضمن المثل. (۲) علی تقدیر التسویه بین المنجز و الوصیه فی المریض ممالا. یجتمعان. و الثانی ثابت اجماعا فینتفی الاول. و هذا قوی، و الاول اقوی. الثانی: لو اوصی ببيع عین ماله بضمن المثل من شخص، فالحکم کما تقدم من اعتبار الاجازه و عدمها.] انتهى کلام الفخر فی الايضاح.] و قال فی التحریر: لو اوصی لكل وارث بشئ من ماله معین، کجاریه قیمتها ضعف قیمه العبد و لا ترکه غیرهما. فاوصی لابنه بها و لابنته بالعبد، وقف علی الاجازه فی مازاد علی الثلث.

ص: ۲۴۵

- ۱- عبارت میان دو هلال از عبارت قواعد نیست، توضیحی است که میرزا(ره) داده است و لذا آن را میان دو هلال قرار دادیم - رجوع کنید: ایضاح القواعد، چاپ کوشانپور.
- ۲- یعنی علی القول بمساوات منجزات المریض فی مرض الموت مع الوصیه فی الخروج من الاصل او الثلث فکما انه يتعلق المنجز بالاصل اذا کان بضمن المثل (و ان قلنا بتعلقه بالثلث ان کان البیع محاباتیا، و لا یتغیر الاعیان و التعینات فی ملاحظه الثلث) فکما لا یتغیر التعینات فی البیع بضمن المثل اجماعا فکذلك لا یتغیر فی الوصیه بالاعیان و تعینها للوارث.

وظاهر عبارت تحریر همان است که از قواعد مستفاد می شود. و مراد از اجازه در زاید بر ثلث، اجازه به تعیین است نه نفس اعیان. چنانکه پیش بیان کردیم. و بعضی از افاضل معاصرین این عبارت را حمل کرده بر اجازه وصیت در اعیان. و تأیید آن کرده به عبارتی که بعد از این در تحریر مذکور است، و آن این است که (ولو اوصی لهما - یعنی للوارث و الاجنبی - بمآزاد علی الثلث، بطلت فی مآزاد علی الثلث. فان رتب، دخل النقص علی الاخیر، سوا کان اجنبیا او وارثا. وان شرک، دخل النقص علیهما با لسویه). و این حمل بعید است و این استشهاد هم در محل خود نیست، و مقام مختلف است.

۱۰۷: سؤال:

۱۰۷: سؤال: هر گاه وصی که معین شده که فلان مال را بفروشد و به مصارف او برساند، و وصی مال کذائی را فروخته و موجود و حاضر است. و بعضی از وصایای او را به عمل آورده و فوت شده. و ورثه وصی ادعا می کنند که فلان قدر مورث ما (که وصی بود) از مال خودش به مصرف وصایای موصی رسانیده، و عین موصی به موجود است، یا او را بر می داریم و تتمه را به مصرف وصایای او می رسانیم، یا آن که آن مبلغ را ورثه موصی به ما بدهند. و شاهد بر آن که آن قدر خرج شده، هست. لکن علم ندارند که از مال موصی است یا وصی از مال خود خرج نموده. و ورثه وصی می گویند که مال مورث ما است که خرج شده. این چه صورت دارد؟ با دلیل اجمالی بیان فرمائید.

جواب:

جواب: هر گاه شاهد موجود است بر این که وصی بعضی از وصایای مزبوره را از حیثیت وصایای مزبوره، به عمل آورده به ازای عوضی، و لکن علم ندارند که این عوض را از مال خود صرف کرده یا از مال موصی، پس نمی توان حکم به تلف مال مسلم کرد بلا عوض. پس ورثه وصی مساوی آن مال را طلب دارند. و هر چند مقتضای وصیت این بود که این مال معین را فروخته به مصرف برساند و مفروض آن است که موجود است و فروخته است و چون بر خلاف وصیت کرده پس مستحق عوض نباشد. لکن چون محتمل است که وصی آن مال را برای نفس خود خریده باشد و در عوض ثمن آن، آن عمل را کرده باشد، یا مأذون بوده باشد که از وجه دیگر وصیت را به عمل آورد بعد از فروختن آن عین، آن قرض را ادا نماید. پس باید فعل وصی مسلم را حمل بر صحت کرد. و چون مقتضای اصل عدم بیع مال مزبور است مطلقا، پس باز در حکم مال موصی است و حاکم شرع ولی امر است در چنین جائی، آن مال را می فروشد و بعد از ادای حق ورثه وصی تتمه را صرف بقیه وصایا

می کند.

۱۰۸: سؤال:

۱۰۸: سؤال: هر گاه شخصی در حال مرض وصیت نمود که (نیم مهجه از ملك يحيى آباد را فروخته و قيمت او را خرج دفن و كفن من بكن). و اين نیم مهجه که آن مريض وصیت نموده، خمس آن ملك است. آیا می رسد که وصی او را به معرض بيع در آورد یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه ملك مزبور که عبارت از نیم مهجه است مساوی ثلث تمام تر که او است، باید به مقتضای تمام وصیت عمل کرد. هر چند نیم مهجه مساوی ثلث مجموع آن ملك نباشد.

۱۰۹: سؤال:

۱۰۹: سؤال: دیگر آن که موصی سه نفر طفل صغیر دارد، و وصی نظر به صرفه و غبطه جانب صغار، این نیم مهجه را نفروخته و موصی چند محل زراعت دیگر هم دارد و ابواب جمعی و مالیات زیادی دارد که صغار و کبار از عهده حقوق دیوانی آن بر نمی آیند. آیا وصی می تواند که آن نیم مهجه ملك مرغوب را نفروشد و ملك دیگر که مالیات سنگین دارد به معرض بيع در آورد یا نه؟

جواب:

جواب: باید به مقتضای وصیت عمل شود و تغییر و تبدیل نمی توان کرد.

۱۱۰: سؤال:

۱۱۰: سؤال: هر گاه غله مال صغیر به حد نصاب برسد وصی می تواند که از مال صغیر زکات را بدهد؟

جواب:

جواب: اشهر و اظهر استحباب زکات است در غلات طفل. و ولی طفل (کذا) هر گاه پدر وجد پدری ندارد وصی ایشان می تواند زکات مال طفل را از غلات بدهد. و احوط آن است که به قصد قربت در نیت اکتفا کند، دیگر قصد وجوب استحباب نکند.

۱۱۱: سؤال:

۱۱۱: سؤال: هر گاه زید در حال صحت وصیت نموده باشد که (ثلث مالم [را] به مصرف خودم برسانید). و دیگر آن که پنج نفر اولاد ذکور دارد، دو نفر از ایشان را زن داده، و سه از ایشان را زن نداده است. باز در حال صحت در خصوص جمعی قرار

داده که اخراجات عروسی آن سه نفر را بر داشته بعد از آن، ترکه را کما فرض الله قسمت نمایند. والحال باقی ورثه قائل ثلث ترکه هستند که به مصرف او برسانند، وقائل به وضع اخراجات عروسی آن سه نفر نیستند.

جواب:

جواب: اولاً باید وصیت به ثبوت شرعی برسد، و آنچه ثابت نشود نمی توان عمل به آن کرد. وثانیاً آن که صورت سؤال مجمل است. ومعلوم نیست که وصیت مرتب است یا غیر

ص: ۲۴۷

مرتب. وبر فرضی که مرتب باشد معلوم نیست که کدام مقدم است و کدام مؤخر. وبر فرضی که معلوم باشد مقدم و مؤخر، معلوم نیست که لفظی که گفته است چه بوده است. آیا وصیت دوم دلالت بر نسخ اول می کرده یا نه. و به هر حال هر گاه معلوم شود ترتیب ما بین این دو وصیت اول را پیشتر گفته است وصیت دوم باطل است، مگر این که ثابت شود که به لفظی گفته است که نسخ وصیت او را می کند. و هر گاه مقدم و مؤخر را ندانیم کدام است، قرعه باید کرد اسم هر کدام در آید آن را مقدم میدانند. و اگر ورثه اجازه وصیت را بکنند، در همه مسموع است.

۱۱۲: سؤال:

۱۱۲: سؤال: هر گاه عمرو (مثلاً) ناخوش شود، در حین ناخوشی آنچه وصیت داشت نمود. و عمرو و مزبور پسری داشت و پسر او عروسی در میان داشت، بعد از اتمام وصیت، پسر عمرو نزد پدر آمده و گفت صدقاً زوجه مرا به چه نحو می نمائی و چه چیز صدقاً او می نمائی؟ در حین ناخوشی گفت (هر چیز صدقاً او می کنید خود می دانید). وفوت شده. و حال ادعای او می کند که گفته است هر چه خواهی بکن من هر چه می خواهم می کنم.

جواب:

جواب: به محض این سخن حقی ثابت نمی شود. اگر هبه است باید موهوب معلوم باشد، و مفروض خلاف آن است، و قبض هم به عمل نیامده و اهب فوت شده. و اگر توکیل است هم معلوم نیست که وکیل کیست و موکل فیه چه چیز است. و معلوم نیست که چنین توکیلی صحیح باشد. خصوصاً هر گاه موکل فوت شود قبل از فعل موکل فیه. و اگر وصیت است (بر فرض صحت چنین وصیتی و تسلیم این که از این کلام وصیت فهمیده شود) این خطابی است به صیغه جمع و موکول شده به خواهش و اراده همه. هر گاه رأی همه بر چیزی قرار نگرفت، چیزی لازم نیست. با وجود این که این عبارت صریح نیست در این که (از مال من صدقاً کنید) مگر به ضمیمه قراین خارجی. به هر حال به محض این عبارت چیزی ثابت نمی شود. و ادعای پسر بی وجه است. مگر این که سخن دیگر داشته باشد که امر منجر به مرافعه می شود.

۱۱۳: سؤال:

۱۱۳: سؤال: هر گاه زید در حال مرض وصیت نماید که (بعد از من فلان اولادم را از ترکه من چیزی ندهید به علت این که قدری از مالم را به او داده ام). و باقی اولاد را به تفاوت تقسیم مال نماید که: فلان را فلان باغ، فلان را فلان خانه، و فلان را فلان دکان بدهند. و هکذا... و از آن مرض شفا یابد تا مدت یک سال صحیح و سالم باشد. و در حال

صحت نیز به این نسبت بگوید که (وصیتی که در حال مرض کرده بودم به آن عمل نمائید که هر گاه احدی تخلف نماید مواخذ بوده باشد). وبعد مریض شود ووفات نماید. آیا وصیت صحیح است یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه معلوم باشد که مراد او تعیین حصه هر یک است نه ترتیب و تقدیم و تأخیر در وصیت به عین اموال و تعیین، اظهر این است که اختیار در ثلث بیشتر ندارد و تا به حد ثلث هر یک به عنوان تعیین از آن اعیان بقدر الحصة می برند، و در زاید بر ثلث هم شریک اند. وبعد از اعتبار ملاحظه زاید حصه برای هر یک از ثلث، هم از حیث عین و هم از حیث تعیین، تتمه را کما فرض الله قسمت می کنند. پس هر گاه کسی بمیرد و از او پسری بماند و دختری [و] لاغیر، و باغی داشته باشد که هیچده تومانی بیرزد. و خانه [ای] داشته باشد که نه تومان بیرزد [و] وصیت کند که تقسیم میراث را به این نحو بکنید که (باغ را به پسر بدید و خانه را به دختر) پس باید مساوی شش تومان از باغ به پسر داد و مساوی سه تومان از خانه را به دختر داد. و باقی باغ و خانه مشاع می ماند میان پسر و دختر (لذا کر مثل حظ الانثیین) قسمت می شود. و هر گاه همین شخص ملکی هم داشته باشد که پنجاه و چهار تومان بیرزد، و از آن ساکت باشد. در اینجا مجموع باغ را به پسر می دهند و مجموع خانه را به دختر، و تتمه را (کما فرض الله) قسمت می کنند. و لکن امر در اینجا مشتبّه می شود به اصل (وصیت به مال)، اما چنان نیست. از برای این که مقصود آن شخص این است که این اعیان معینه را در عوض سهم میراث بدهند. نه این که بلا عوض باشد هکذا.. و اگر معلوم باشد که مراد او وصیت است که متعارف است، نه تعیین حصه میراث. یا این که حال مجهول باشد و ندانیم که از کدامیک است. در هر صورت بنا را به وصیت میگذاریم و به مقتضای آن عمل می نمائیم که هر کدام مقدم در ذکر است [او را] مقدم میداریم تا ثلث تمام شود. و بعد از اتمام ثلث، موقوف است به اجازه وراث. و هر گاه اجازه نکردند، کما فرض الله قسمت می شود. و اما حکایت اخراج آن یک نفر از میراث (۱): پس اظهر و اشهر عدم صحت آن است و او هم با همه ورثه شریک است. و لکن اولی این است که این را در حکم وصیت دانیم که از

ص: ۲۴۹

برای دیگران کرده تا به قدر ثلث وضع می شود برای آنها و در بقیه این با آنها بقدر الحصة شریک است. (۱)

۱۱۴: سؤال:

۱۱۴: سؤال: عمل به وصیت مطلقا واجب است - هر چند غیر مالی باشد مثل قضای صوم و صلات که خود وصی قضا نماید - یا نه؟ و بنا بر وجوب هر گاه مادر وصیت کند به ولد کبیر خود به قضای صوم و صلات بر سبیل اجمال و قدر او را بیان نکند، و نماز او صحیح نبوده باشد به سبب غلط اعرابی و غیره، لکن صلات فائده بر ذمه او نباشد. بر وصی واجب است که قضا کند کل صلات او را؟ یا به قدری که متعارف است میان مردم که وصیت می کنند به استیجار یک سال و یا دو سال صوم و صلات؟

جواب:

جواب: هر گاه وصیت کند به احدی که نماز کند یا روزه بگیرد، و او هم قبول کند، بر او لازم می شود. و هر گاه خصوصیت کردن او را شرط نکند، استیجاری توان کرد. و اما نماز و روزه فرزند از برای مادر، پس اظهر آن است که بر پسر بزرگ واجب است که روزه و نمازها [ئی] که از مادر او به سبب عذر فوت شده (مثل مرض و یا سفر، یا فراموشی) قضا کند و اما هر گاه عصیان ترک کرده یا نمازهای او باطل بوده، وجوب قضا معلوم نیست. و لکن اشهر واحوط قضا است. و هر گاه وصیت کند به بجا آوردن صوم و صلات و مقدار آن را نگوید، و بر وارث و وصی معلوم نباشد مراد او که چه قدر است. ظاهر این است که به آن قدر متعارف اکتفا می توان کرد. و هر گاه عرفی مشخص نباشد، به اقل محتمل، یعنی آن قدری که داند از آن کمتر نیست، اکتفا می توان کرد. و این کلام در وصیت بود. [و] در صورتی که پسر می خواهد که تکلیف خود را به جا آورد، قطع نظر از وصیت، و بداند که بر گردن متوفی فائده هست و قدر آن را نداند، اظهر این است که قدری بکند که ظن غالب به ادای آن حاصل شود.

۱۱۵: سؤال:

۱۱۵: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند که (این مال معین مال غایب است. و وارث غایب، فلان کس است) وفوت شود. آیا وصی - در صورتی که وارث غایب محتاج باشد و بگوید که (مال غایب را به من قرض بدهید و من رهن می دهم) و آن رهن را از مال زوجه خود بدهد به اذن و رضای زوجه - جایز است که آن مال را قرض بدهد به او و رهن بگیرد

ص: ۲۵۰

جواب:

جواب: ظاهر جواز است. و در (رهن مال غیر به اذن او) هم اشکال نیست. ولکن مکرر به حاکم و غیره اعلام کند و وصیت کند. تا آن که به مرور ایام مخفی نماند و مال غایب از میان نرود.

۱۱۶: سؤال:

۱۱۶: سؤال: هر گاه وصی طفل، مال او را به تجارت بدهد و به دریا غرق شود، ضامن هست یا نه؟

جواب:

جواب: وصی ولی طفل است، و تصرف او در مال طفل و به تجارت دادن آن باید منوط به مصلحت باشد و به دست غیر امین ندهد و ظاهر این است که به دریا فرستادن مال، تفریط است، و منشأ ضمان است، مگر در فرض نادری که کشتی محکم باشد و از کنار ساحل آن را به ریسمان بکشند، ظاهر در اینجا عدم ضمان است.

۱۱۷: سؤال:

۱۱۷: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند به امور چند که بعد از وفات او به عمل آورند و بعضی اشیاء را هم به صیغه مصالحه بع بعض ارحام خود منتقل کند. و زوجه او و سایر وراث او اجازه کنند بعد از فوت او، آیا وارث یا زوجه او می توانند رجوع کنند یا نه؟

جواب:

جواب: اما صلح پس آن داخل منجزات است، و هر گاه در حال غیر مرض موت است که در صلح آن اشکالی نیست، و اجازه ورثه در آن بی معنی است. و اما اگر در مرض موت باشد، پس اظهر این است که آن نیز در اصل مال معتبر است و احتیاج به اجازه ورثه نیست هر چند زاید بر ثلث مال باشد. و اما وصیت به اشیاء دیگر، پس آن نیز در ثلث و کمتر از آن، صحیح است و محتاج به اجازه وارث نیست. و هر گاه زاید بر ثلث باشد و ورثه امضا کنند، اگر بعد از موت او امضا کنند پس در آن نیز اشکالی نیست. و هر گاه در حال حیات امضا کنند، در آن خلاف است. و اشهر واقوی این است که صحیح است و لازم است. و اخبار معتبره دلالت بر آن دارد. و قول به عدم لزوم، ضعیف است. و بدان که اجازه هر گاه از همه وارث است در همه وصیت، نسبت به همه لازم است. و هر گاه از بعضی ورثه است، نسبت به حصه او لازم می شود. و هم چنین هر گاه نسبت به بعضی وصیت باشد. و بدان نیز که اجازه در معنی تنفیذ و امضا است، یعنی مجری داشتن عقد وصیت، نه این که ابتدای عطیه و بخشش باشد، پس محتاج به صیغه هبه تازه نیست. و ایجاب و قبولی در آن ضرور نیست. و قبض موصی هم در آن شرط نیست. و به هر حال، مالک شدن موصی له بعد از فوت موصی است و قبل از فوت، ملک او

نمی شود. خواه اجازه قبل از فوت باشد یا بعد، و هم چنین در مطلق وصیت. هر چند خلاف کرده اند که هر گاه قبول هنوز حاصل نشده باشد آیا به مجرد موت ملک موصی له می شود؟ یا آن که قبول موصی له جز سبب است؟ یا کاشف است از ملک در حین موت؟ واقوی این است که قبول، کاشف از حصول ملکیت در حین موت است. و بر این، فروع و ثمرات چند مترتب می شود.

۱۱۸: سؤال:

۱۱۸: سؤال: هر گاه زید در حال حیات مال را به یکی از وارث ببخشد و غرض او محروم کردن دیگران باشد این هبه صحیح است یا نه؟.

جواب:

جواب: بلی صحیح است هر چند در مرض موت باشد و زاید بر ثلث باشد.

ص: ۲۵۲

۱۱۹: سؤال:

۱۱۹: سؤال: هر گاه شخصی وصیت کند که (فلان ملک معین را بفروش به فلان وارث معین و قیمت آن را بگیر و صرف صوم و صلوات معینی از برای من و صرف کفن و دفن من بکن) و زاید بر ثلث بوده و ورثه هم امضا کرده اند. و گفته است (تا قیمت را نگیری به تصرف او مده. و صوم و صلوات را از آن وارث که گفته ام که به او بفروشی مگیر). و الحال آن شخص وارث معین فقیر است و قادر برای دادن قیمت نیست. آیا وصی می تواند به دیگری بفروشد یا نه؟ و مدتی است که از این معنی گذشته است. آیا اجرت آن ملک را در ایامی که در تصرف غیر بوده چه کند؟

جواب:

جواب: مقتضای ادله قاطعه، عدم جوار تبدیل و تغییر وصیت است حسب المقدور. پس در صورت سؤال که آن وارث عاجز است از خریدن، هر گاه امید این هست که متمکن شود از خریدن، باید صبر کرد تا متمکن شود، چنانکه تصریح کرده اند به آن در جائی که وصیت کند کسی که عبدی از برای او بخرند به قیمت معینی و آزاد کنند، و عبدی به آن قیمت بهم نرسد و به زاید بر آن قیمت بهم نرسد این که واجب نیست خریدن و باید صبر کرد تا بهم نرسد، و بعد از یأس از تمکن به آن قیمت، هر گاه به کمتر از آن قیمت بهم نرسد میخرند و آزاد می کنند. و به مقتضای موثقه سماعه (۱) زیادتى قیمت را به ۱.

ص: ۲۵۳

آن عبد می دهند. پس در صورت سؤال باید صبر کرد. و اگر یأس حاصل شود (از تمکن آن وارث به سبب قرائن و علامات یا به سبب آن که مراد موصی تعجیل بوده و تاخیر منشأ تبدیل وصیت می شود، در این صورت می توان به دیگری فروخت. به جهت آن که حسب المقدور باید ترك مقتضای وصیت نکرد، و چون وصیت او مرکب بوده و به انتفای بعض اجزا آن بعض دیگری ساقط نمی شود. به جهت احادیث بسیار که دلالت می کنند به این که (میسور ساقط نمی شود به معسور) (۱) و (ما لا یدرك كلة، لا یترك كلة) (۲) و امثال اینها از احادیث. و نظیر این در مسائل وصایا بسیار است، از جمله همان مسأله عتق عبد است که گذشت، که فقها قطع نظر از موثقه سماعه استدلال به همین اخبار کرده اند. و از جمله [آنها] مسأله (وصیت به عتق عبد مؤمن) است که هر گاه مؤمن بهم نرسد عبد از سایر ناس آزاد می کنند بشرطی که (ناصبی) نباشد، و احادیث هم دلالت بر آن دارد. (۳) و از جمله آنها وصیتی است که کسی از برای حج کند که در هر سال از برای او حج بکنند به وجه معینی، و آن وجه در هر سال وفا نکند، که باید به آن ضم کرد از اجرت سال آینده (مثل این که اجرت سه سال را بدهند و حج دو سال بکند و استدلال کرده اند به این که عمل به وصیت است به قدر امکان. و بعضی روایات هم دلالت بر آن دارد. (۴) و از جمله آنها این است که وصیت کند که حج کنند از برای او به وجه معینی از بلد، و ممکن نشود و وفا نکند. و از هر جا که ممکن شود این راه استیجار می کنند. و از جمله آنها وصیت است به حج مندوبی که شخصی را معین بکند و آن شخص قبول نکند، که بعضی گفته اند از دیگری استیجار می کنند. و از جمله آنها وصیت است به عتق رقبات چند، و ثلث وفا نکند به جماعت و ممکن باشد که یک نفر آزاد کنند، باید آزاد کرد. بلکه هر گاه ممکن نباشد الا عتق جزئی از عبدی که باید کرد. چنانکه علامه و فخر المحققین اختیار کرده اند و اما هر گاه هیچ ممکن نشود، پس در آن اشکال کرده اند که آیا داخل میراث ۱.

ص: ۲۵۴

۱- غوالی الثالی: عن امیر المؤمنین (علیه السلام).

۲- غوالی الثالی: عن امیر المؤمنین (علیه السلام).

۳- وسائل: احکام الوصایا، باب ۷۳، ح ۲.

۴- وسائل: احکام الوصایا، باب ۸۶، ح ۱.

می شود یا به وجوه بر صرف می شود؟ و هم چنین اشکال کرده اند در هر جا که وصیت بکند به چیزی در مصرفی و ممکن نباشد صرف آن در آن مصرف. وفخر المحققین اختیار بطلان وصیت کرده، پس داخل میراث خواهد بود. و از این باب است (وصیت به حج به وجه معینی که احدی بهم نرسد که به آن مقدار حج کند) و در آن خلاف کرده اند. و مشهور این است که صرف وجوه بر می کنند، چون از مال ورثه بیرون رفته. و وصیت مرکب است از قصد طاعت با خصوصیت حج، و به انتفای خاص، عام منتفی نمی شود. و هر دو (۱) مقدمه را منع کرده اند. اما اول: به جهت آن که خروج از مال موصی موقوف وصیت است بر صحت، و فقد اجیر کاشف از بطلان است. پس مال منتقل نشده است از موصی. و اما ثانی: پس به جهت آن که اصل در مرکبات عقلیه این است که کل منتفی می شود به انتفای جز و جنس تحقق نمیپذیرد بدون فصل، و این سخن در مواضع سابقه جاری نیست. به جهت آن که در آنها فی الجمله دلالتی در کلام موصی به اراده آن اجزا هست بخلاف ما نحن فیه. و از اینجا است که فخر المحققین فرق گذاشته مابین تمکن از عتق جزئی از عید و عدم تمکن، و در اول قائل به لزوم عتق شد و در ثانی تجویز رساندن به مصرف بر نکرده. و قول دوم که مقابل مشهور است این است که مال ورثه می شود. و وجه آن از آنچه گفته شد ظاهر می شود. و در اینجا قولی دیگر هست که شیخ علی (ره) قائل شده و آن این است که گفته است که (اگر قصور وجه از اجرت حج در حین وصیت بوده، مال وارث می شود. و اگر بعد عارض شده است، پس آن مال از ملک ورثه بیرون رفته است به سبب وصیت، و دیگر عود آن محتاج به دلیل، و هر گاه متعذر شد صرف آن در آن مصرف، باید صرف گردد در وجوه بر. به جهت آن که نهایت امر این است که این مجهول المالك باشد و مصرف آن وجوه بر است). و این تفصیل را شهید ثانی (ره) پسندیده است و بعد از آن گفته است که (هر گاه ممکن باشد که معامله در آن مال بشود که من بعد به آن توان حج کرد هر چند بعد مدتی باشد، پس ظاهر وجوب آن است. و هم چنین هر گاه امید آن باشد که کسی بهم رسد که به آن مقدار حج کند، صبر کند و به وجوه بر نمی توان صرف کرد الا بعد از یأس. و ازت).

ص: ۲۵۵

برای این مسأله نظایر بسیار در فقه هست). تمام شد کلام شهید ثانی - ره. تحقیق کلام در این مقام این است که در امثال این وصایا که موصی به وفا نمی کند به موصی له بتمامه، پس یا این است که به سبب قرائن از کلام موصی فهمیده می شود که مراد او اتیان به مأمور به است به حسب مقدور (هر چند به این نحو باشد که هر گاه به هیچ نحو مقدور نشود، اکتفا به جنس آن فعل بشود. که مثل امور خیرات باشد) در آن اشکالی نیست و به مقتضای آن باید عمل کرد. و اما هر گاه از قرائن مفهوم نشود و همان مجرد لفظی است که می گوید (حج بکنند از برای من به فلان مال) یا (بنده آزاد کنند فلان قدر و به فلان مقدار)، پس می گوئیم که فعل حج در وجود خارجی مرکب است از افعال معهوده و طی مسافت به جهت آن. پس تا ممکن باشد تحقق آن به حیثیتی که وجه صحیحی از برای آن متصور شود، باید کرد. مثل این که از بلد نتوان اجاره کرد از هر جا که توان، باید کرد. و هر گاه مراد حج و عمره است هر گاه وفا نکند به هر دو، به احدهما می توان اکتفا کرد. چنانکه هر گاه بمیرد و مال او غرما شود مابین دیان و حج به حصص، و حصه وفا به حج و عمره هر دو نکند. و هم چنین مثل وصیت به عتق رقبات و ممکن شود عتق یک رقبه یا جزئی از رقبه. در اینجاها می توانیم گفت که وجوب از راه دلالت تضمینی یا التزامی خود لفظ است. هر چند قرینه خارجه نباشد و می توانیم گفت که وجوب از راه استصحاب است در اجزا خارجه، مثل وجوب غسل بعض اعضای وضو در صورتی که بعضی را نداشته باشد. و می توانیم گفت که وجوب از راه احادیث است مثل (المیسور لا یسقط بالمعسور) (۱) و (ما لا یدرک کله، لا یترک (۲) کله)، و امثال آن: و اما در جائی که از خارجه آن چیزی به عمل نمی آید و ممکن نیست - مثل آن که عتق جز عبد هم ممکن نیست، و اتیان باقل واجب حج، یا احدی از حج و عمره ممکن نیست، و مفروض این است که اتیان ببعض افعال حج مثل وقوف تنها یا طواف از این حیثیت که جز حج باشد به تنها تعبد به آن وارد نشده است - پس در اینجا کلام راجع می شود به اجزا عقلیه که آیا باید جنس حج و عتق که فعل خیر است به جا آورد یا ۸.

ص: ۲۵۶

۱- غوالی اللالی: ۴/۵۸.

۲- غوالی اللالی: ۴/۵۸.

نه. واشکال در این ظاهر است. و در اینجا ادعای دلالت لفظیه تضمینه یا الترامیه لفظیه، بعید است. و از این جهت است که جمعی منع کرده اند و گفته اند که داخل میراث می شود. و جمعی گفته اند که به وجوه بر مصروف می شود، چنانکه در صورت نسیان وصیت (۱) همچنین گفته اند. و راه خیال ایشان که می گویند داخل میراث می شود این است که: اخراج مال از ملک موصی مشروط است در نفس الامر به ممکن بودن حصول آن وصیت. و چون بالفرض در نفس الامر ممکن نبود، هر چند موصی ممکن می دانسته و قصد اخراج کرده، لکن ظهور عدم امکان در آخر کاشف از عدم خروج است از مال او در اول. پس داخل میراث بوده و از اول مال ورثه بوده. پس فی الحقیقه در اصل میراث بوده نه این که عود می کند به میراث چنانکه ظاهر عبارت جمعی است. و این سخن در نظر احقر ناتمام است. به جهت آن که هر چند آن وصیت ممکن الحصول نباشد لکن عدم تمکن حصول وصیت مستلزم انتقال به وارث نیست. و بیان این آن است که: چنانکه صرف مال در وصیت مشروط است به امکان، انتقال مال از میت هم محتاج است به دلیل. و آن سخن که بعضی گفته اند که میت مالک چیزی نمی تواند شد، ممنوع است. چنانکه در رساله علی حده بیان کرده ایم. پس می گوئیم که مال بر ملک میت باقی است و ثبوت میراث هم بعد از (وصیت) و (دین) است. چنانکه صریح آیه (۲) و اخبار، ناطق به آن است. و در همان رساله بیان کرده ایم که ما ترک میت قبل از وفای دین و وصیت در حکم (مال میت) است و نمای آن [نیز] مال میت است. پس هر گاه مال او وفا به دین او نکند، از نمائی که حاصل شده قبل از وصول به دیان می توان داد. و شاهد بر این است نیز کلمات ایشان در مسأله (عدم وفای اجرت حج به حج هر گاه میت مدیون باشد و وفا نکند مال به همه) که گفته اند: بالنسبه تقسیم می شود مال بین اجرت حج و سایر غرما، و هر گاه اجرت حج وفا نکند به حج آن را نیز به دین او می دهند، هر گاه دین باقی مانده. و این نیست الا به جهت بقای او در ملک میت، و آن اولی مصارفی است از برای نفع میت. ۲.

ص: ۲۵۷

۱- یعنی نسیان مورد مصرف.

۲- سوره نساء آیه ۱۱ و ۱۲.

وقول به این که (مال وارث می شود و او دین را می دهد)، وجهی ندارد، مثل قول به این که (کاشف به عمل می آید که مال دیان بوده). چنانکه دعوی اجماع کرده اند بر این که آن مال قبل از وفای دین و وصیت، ملک دیان نیست. پس می توانیم گفت که ملکیت میت مستصحب است، و او وصیتی کرده به اعتقاد این که ممکن است، و خود را مالک ثلث و صاحب اختیار آن دانسته و آن را از برای مصرف خود وضع کرده، پس با وجود این خلاف عظیم در این مسائل علم به انتقال از ملک او حاصل نمی شود. پس باید به مصرف او رساند. و بهترین مصارف او وجوه بر است که بعد مردن به کار او می آید. پس به این نیز قوت قول مشهور ظاهر می شود در مسأله اجرت حج. و مؤید این است مسأله (نسیان وصی که هر گاه فراموش کرده باشد مصرف را)، که گفته اند صرف می شود در وجوه بر. و بعضی اخبار هم دلالت بر آن دارد،^(۱) و مشهور اصحاب به آن عمل کرده اند. و در این مقام نیز تعلیل کرده اند به تضمن وصیت (مطلق بر) را (هر چند می توان گفت که هر وصیت مستلزم قصد قربت نیست). و نیز تعلیل کرده اند به این که: نهایت امر این است که مجهول المالک باشد و مصرف آن هم وجوه بر است. و در این نیز اشکال هست از جهت آن که مصرف مجهول المالک (بنا بر اظهر) تصدق است بر فقرا، نه مطلق وجوه بر. بلی از بعضی کلمات ایشان بر می آید که مصرف آن، مصرف زکات است و یکی از مصارف زکات، فی سبیل الله، است. و لکن دلیل این تعمیم در مجهول المالک در نظر نیست. و هم چنین مؤید مطلب حدیثی است که وارد شده در کسی که نذر از برای کعبه بکند. که فرموده اند صرف حجاج می شود،^(۲) و فقها به آن عمل کرده اند و تعمیم داده اند در مشاهد مقدسه که صرف زوار باید کرد. چنانکه در تنقیح نسبت به ایشان داده. پس غایت امر این است که معلوم نباشد که الحال این مال مال کیست. و استصحاب ملکیت مالک بر حال خود است. و چون ادله میراث جزما مقید می باشند به دین و وصیت، و جزما در اینجا وصیتی شده است، و جزما منظور موصی بوده است که این مال به مصرف خودش برسد، بیش از این نیست که معتقد است که این مصرف خاص ممکن خواهد شد و آن را ۱۱.

ص: ۲۵۸

۱- وسائل: احکام الوصایا، باب ۶۱، ح ۱.

۲- وسائل: احکام الوصایا، باب ۶۰، ح ۱.

تعیین کرده. و این دلالت نمی کند که غیر آن را (از مصارف که عاید او شود) نمی خواهد. و همین قدر در استصحاب کافی است، اگر نگوئیم که علاوه بر این هم می توان ادعا کرد که: کلام او هم دلالت دارد از باب (دلالت ایما و اشاره)، مانند دلالت واجب بر وجوب مقدمه آن، بنابر مختار. چنانکه در آنجا می گوئیم که: آمر در حال امر متفطن مقدمات واجب نیست، و بخصوص طلب آنها نکرده است. لکن اگر از او بپرسیم که راضی هستی به ترک مقدمه آن، البته انکار رضا می کند. و هم چنین در اینجا به عنوان جزم می توان گفت که: هر گاه از موصی میپرسیدیم که اگر به فرضی ممکن نشود که این وصیت خاص را به عمل بیاوریم، به مصرف خیر دیگر برای تو برسانیم یا به وارث بدهیم، البته می گفت که به مصرف دیگر برسانید. و این دلالت اشاره که ضم شود به استصحاب و سایر مؤیدات از تتبع نظائر مسأله که اشاره به بعض آنها شد، قول مشهور قوت تمام می گیرد. و از این تحقیق ظاهر شد این که: طلب موصی از وصی مطلب خاصی را که به عمل بیاورد، از قبیل (واجبات مطلقه) است، نه مشروط. و هم چنین وجوب وفای وصی به مقتضای وصیت بعد قبول، از باب واجبات مطلقه است. و هر گاه مسلم شد که مقدمات طلب مطلق، لازم آن طلب است و مدلول کلام طالب است به دلالت اشاره هر چند مقصود به دلالت نباشد. پس هر گاه موصی طلب کند از وصی که به فلان مقدار از برای من حج کن، یا به فلان وجه بنده آزاد کن، و معتقد امکان آن باشد، پس هر گاه موقوف باشد عمل آوردن آن به تحصیل مقدمات چند، این طلب نسبت به آن مقدمات، مطلق خواهد بود، نه مشروط. پس چنانکه هر گاه موقوف باشد خریدن بنده به آن قیمت خاص به این که وجه را به بلد دیگر بفرستند که در آنجا بهم می رسد. و تحصیل آن موقوف باشد بر این، و خطری هم در راه نیست، لازم است که وصی این مقدمه را به عمل بیاورد. یا آن که موقوف باشد خریدن آن به این قیمت، به این که به عنوان سلف در موعد دو سال یا سه سال بخرد ممکن شود، لازم می شود. و هم چنین هر گاه آن وجه را توان به معامله داد که به ضمیمه ربح آن ممکن شود اتیان به آن. و اینها همه داخل مقدمات ممکن است و از باب مقدمه لازم می شود. و چنانکه از باب مقدمه بر وصی لازم است، از باب مقدمه (مطلوب تبعی موصی) نیز بوده است. هر چند در وقت وصیت متفطن آن نشده باشد.

ونظر شهید ثانی (ره) در مسأله حج که پیش اشاره کردیم (که لازم است استنما مال وطلب زیادتى کردن به ربح آن به قدری که وفا کند) ظاهراً به همین است که بیان کردیم. پس از مجموع آنچه گفتیم ظاهر شد که در صورت سؤال، اجرت المثل ایام تصرف آن ملک مال میت است و باید به مصارفی که گفته است برسد. و هر گاه فی الحال آن وارث خاص متمکن از خریدن نیست آن ملک در ملک میت باقی است و باید به اجاره داد به همان وارث، یا غیر آن (به هر کی صلاح باشد) و وجه اجاره را به مصرف او رساند. و بعد از تمام شدن صوم و صلوات و غیرهما که وصیت کرده، به مصرف خیرات دیگر برسانند از برای او. و بعد از آن که وارث متمکن شود از خریدن آن به او بفروشند و به تتمه آنچه وصیت کرده برسانند اگر باقی مانده باشد، والا به مصرف سایر مبرات و خیرات برسانند. چون مال میت است و دلیلی بر انتقال به وارث نیست. و هر گاه وارث مذکور بمیرد، یا یأس حاصل شود از تمکن او از خریدن، به دیگری بفروشند و چنانکه گفتیم معمول دارند، تا به مقتضای وصیت به قدر امکان عمل شده باشد. پس خوب تامل کن تا مطلب را بیایی. و حاصل جواب در صورت مسأله این است که مادامی که امید هست که آن وارث متمکن شود از خریدن و ممکن شود که آن ملک را به اجاره بدهند و امور معجله او را به انجام بیاورند، باید صبر کرد و نفروخت به غیر. و هر گاه از قرائن حال یأس حاصل باشد، یا آن که معلوم باشد که مراد موصی تعجیل بوده، و خریدن او به این سبب ممکن نباشد، یا آن که وجهی که در مصرف کفن و دفن و اخراجات آن شده، عوض آن را می خواهند و صبر نمی کنند، می توان به غیر آن وارث فروخته (تمام آن ملک را هر گاه بدون آن نشود، یا به قدری که وفا به معجلات بکند) و به مقتضای وصیت عمل کرد. و اجرت المثل ایام گذشته آن ملک مال میت است و آن را باید به مصارفی که وصیت کرده برسانند. و هر گاه از آن وجه تمام وصیت به عمل آمد باز آن عین ملک، مال میت است و منافع آن را به مصرف خیرات او میرسانند، تا آن که وارث او متمکن شود از خریدن که به او می فروشند و قیمت آن را صرف خیرات دیگر او می کنند و هر گاه از وجه اجاره، تمام وصیت ها، به عمل نیامد، بعد فروختن بقیه آنها را تمام می کنند و تتمه قیمت را صرف سایر خیرات او می کنند. و هر گاه آن وارث بمیرد یا یأس از تمکن آن حاصل شود به

دیگری می فروشند. وچنانکه گفتیم می کنند به همان تفصیل.

۱۲۰: سؤال:

۱۲۰: سؤال: هر گاه کسی در سفر فوت شود وچند نفر یتیم دارد، وچند نفر وصی دارد که بعضی معتمد و بعضی غیر معتمد، و مال او را رفقای او آورده اند و می خواهند که به صاحبش برسانند، تکلیف ایشان چه چیز است؟ و حال این که ایشان نمیدانند که آیا مقلد مجتهدی بوده یا نه، و بر فرضی که بوده، نمیدانند که مجتهد او رأیش جواز وصایت فاسق بوده یا نه. و نمی دانند که آیا میت این غیر معتمدها را به اعتقاد عدالت وصی کرده یا نه. آیا عدالت در وصی شرط است یا نه؟ و بر فرضی که شرط نباشد، هر گاه عادلی را وصی کند و بعد از آن فسق او ظاهر شود آیا معزول می شود یا نه؟ و آیا تعدد اوصیا جایز است یا نه؟ و آیا استقلال هر یک در تصرف جایز است یا نه؟ و در صورت لزوم اجتماع، هر گاه اختلاف کنند در رأی، چه باید کرد؟ و بعد از همه این مراحل، آیا الحال بر این شخص که مال در دست او است چیز است؟ مسائل را مفصلاً با اشاره اجمالی به مأخذ بیان فرمائید.

جواب:

جواب: این سؤال مشتمل است بر چند مسأله. اما اولی: خلاف کرده اند در (اشترای عدالت). و اشهر و اظهر اشترای عدالت است. و از ابن زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده. و بعضی قائل شده اند به عدم اشترای. و ابن ادریس د راول فتوی به وجوب عدالت داده، به جهت آن که وصیت امانت است و به غیر عادل کسی مؤتمن نمی تواند بود. و بعد از آن تعلیلی گفته است که (مقتضای مذهب ما و اصول ما و روایات ما این است که عدالت شرط نیست در صحت وصی کردن). و گفته است که: خلافتی نیست در این که [جایز] است کسی و دیعه بگذارد نزد فاسق. پس همچنین وصیت. بلکه عدالت مستحب است در وصی. و محقق در نافع و علامه در مختلف نیز اختیار عدم اشترای کرده اند. و بعضی گفته اند که شکی نیست که شرط است عدم ظهور فسق او. و در اشترای عدالت تامل کرده [اند]. دلیل (قول) اول این است که این امین گرفتن در مال غیر است و معتمد گرفتن در ادای حقوق غیر. و فاسق محل امانت نیست، و به خبر دادن او از آنچه کرده است نمی توان عمل کرد. به دلیل آیه شریفه (ان جائکم فاسق بنأ فتبینوا) (۱) و اشعار دارد بر ۶.

ص: ۲۶۱

این اخباری که دلالت دارند بر این که (هر گاه کسی بمیرد و مالی داشته باشد و ورثه صغار داشته باشد و وصی نداشته باشد، شرط است در آن کسی که مباشر امر آنها می شود عدالت او) (۱) و در این اخبار تنبیه هست به این که اگر وصی میداشت هم بایست عادل باشد. و فرق ما بین وصی و قیم و ولی شرعی گذاشتن از اره این که موصی تصرف در مال خود می کند، و حاکم در مال غیر. مدفوع است، به آن که موصی نیز تصرف در مال و حق غیر می کند. چون بعد مرگ، او را حقی و تسلطی نیست بر آن اموال. و شهرت بین الاصحاب و اجماع منقول و آنچه مذکور شد از ادله و تنبیهات، کافی است در اثبات مطلب. و دلیل قول به جواز عموم آیات (۲) و اخبار و قیاس به وکیل و مستودع است و عمومات مخصص است به آنچه گفتیم. و قیاس باطل است خصوصاً با وجود فارق، چون موکل و مودع مطلع از حال هستند و تصرف در مال خود می کنند. بخلاف موصی که بعد از مرگ، او را خبری از حال نیست خصوصاً این که از مال او بیرون است. با وجود آن که راه منع در عدم اشتراط عدالت وکیل و مستودع، مسدود نیست. چنانکه شهید ثانی (ره) اشاره به آن کرده. و به هر حال دور نیست که مجرد وثوق و اعتماد کافی باشد. چنانکه بعض متأخرین میل به آن کرده اند. و شهید ثانی (ره) فرموده است که (شرط عدالت را به جهت حصول وثوق به فعل وصی و اعتماد به خبر او کرده اند که هر گاه بگویند چنین کردم، از او قبول کنند. چنانکه ظاهر دلیل ایشان مقتضی این است. و صحت فعل فی نفسه موقوف بر آن نیست). پس هر گاه شخصی ظاهر العداله بوده است و او را وصی کرده اند و کاری بکند و بعد از آن فسق او ظاهر شود، صحیح خواهد بود. بلکه هر چند فسق او ظاهر باشد و لکن به اطلاع دو عدل یا حاکم، بکند، صحیح خواهد بود. چنانکه در نایب حج ذکر کرده اند که عدالت شرط صحت استیجار و استنابت است، نه صحت نیابت و برائت ذمه منوب عنه. و لکن ظاهر عبارت ایشان در اشتراط عدالت منافی این است. و این اشکال در صحت حج نایب فاسق، هم وارد است، و اظهر بطلان آن است. چنانکه در کتاب غنایم الایام بیان آن ۲.

ص: ۲۶۲

۱- وسائل: احکام الوصایا، باب ۸۸، ح ۲.

۲- بقره: ۱۸۰ و ۲۴۰ - نساء: ۱۱ و ۱۲.

کرده ایم. چون (نهی در معامله) در اینجا راجع به (نهی در عبادات) می شود. و اما بطلان معامله منهی عنه لم پس آن معلوم نیست. مسأله دوم: هر گاه کسی شخص عادل را وصی کند وبعد از آن فسق او ظاهر شود: پس مشهور این است - بلکه از مقدار و غیر او دعوی اجماع نقل شده - که وصایت او باطل می شود. اما بنابر قول به اشتراط عدالت: پس اشکالی نیست. و هم چنین بنابر قول دیگر هر گاه باعث بر وصی کردن او اعتقاد به عدالت او باشد. و اما در غیر آن پس آن جای اشکال است و مقتضای ظاهر اجماع منقول از مقدار و احتمال این که شاید وصیت موصی مبتنی بر اعتقاد عدالت وصی بوده، بطلان وصیت است. و ابن ادریس در اینجا نیز حکم به صحت کرده. و نقل قول بطلان را از شیخ در مبسوط کرده و گفته است که (قول مخالفین است و از اصحاب ما روایتی و فتوایی در این باب نیست) و استدلال کرده است به اصل و عموم (فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه علی الذین یبدلونه). (۱)

و بنابر قول به عدم اشتراط عدالت از اصل، اظهر قول ابن ادریس است. و چون مختار ما اشتراط است پس اظهر بطلان است. و اطلاق کلام آنانکه فتوی به بطلان داده اند به سبب ظهور فسق شامل ظهور فسق قبل از موت موصی و بعد از آن، هر دو هست. خواه در حال حیات موصی علم بهم رساند به فسق یا نه. و بعضی اشکال کرده اند در صورت حصول علم و عدم عزل. و بنابر قول به عدم اشتراط عدالت، این اشکال بجا است. زیرا که این کاشف از نفی احتمال سابق نیست. و اظهر این است که وصایت باطل می شود به مجرد ظهور فسق. و موقوف نیست بر حکم حاکم و عزل او. پس هر گاه تصرف کرده باشد قبل از حکم حاکم و بعد ظهور فسق، نافذ نخواهد بود. خصوصاً در وقتی که معلوم شود که داعی بر نصب او اعتقاد عدالت او بوده، هر چند قائل به عدم اشتراط عدالت باشیم. و در کفایه گفته است که: از بعض عبارات ظاهر می شود که انزال او موقوف است به عزل حاکم. و اما هر گاه عود کند به عدالت بعد ظهور فسق: پس در آن دو قول است. و در کفایه گفته است (مشهور عدم رجوع وصایت او است). و بعد از آن نزدیک شمرده است قول به رجوع را. و اول اقوی است به جهت اصل و عدم دلیلی بر رجوع بعد از زوال آن.

ص: ۲۶۳

مسأله سوم: جایز است تعدد اوصیا، و فتاوی و اخبار (۱) بر آن متطابق است، و اشکالی در آن نیست. مسأله چهارم: هر گاه شرط کند موصی [اجتماع] اوصیا را واجب است اجتماع و جایز نیست انفراد هر یک. و ظاهراً خلافتی در مسأله نیست. و فخر المحققین گفته است که (تصرف احد هما نافذ است منفرداً در رد اعیانی که مال غیر باشد، مثل ودیعه و اعیان مغصوبه. چون واقع شده در موقع خود. و اما عقود و آنچه متعلق اجتهاد است: پس همگی اتفاق دارند بر عدم صحت آن. و از جمله آنها نفقه و کسوه صغار و حیوان است). و گفته است که (خلاف در صورتی است که تشاح و تنازع کنند و اتفاق نکنند بر چیزی، که آیا جایز است تصرف در اموری که ناچار است از آن، مثل اتفاق یتیم و اکسای او). و آن را در مسأله پنجم ذکر می کنیم. و بدان که مراد از اجتماع اتفاق در رای است هر چند مباشر عمل یکی از آنها باشد به اذن دیگری. و هر گاه به عنوان اطلاق دو نفر را وصی کند و شرط اجتماع نکند، اظهر و اینجا [نیز عدم جواز انفراد است. چنانکه مدلول مکاتبه محدثین الحسن صفار است (۲)، و مقتضای اصل، و عموم (فمن بدله بعدما سمعه...) (۳) است. چون ظاهر اطلاق، اجتماع است. و از شیخ نقل قولی بر جواز انفراد شده. و استدلال بر آن کرده اند به روایت متشابه الدلالتی که مقاومت با دلیل مشهور نمی کند. و هر گاه خواهند قسمت کنند اوصیا در میان خود (که بعضی تصرف در بعضی امور کنند و بعضی در بعض دیگر) این [نیز] جایز نیست. چون مخالف وصیت است. و در مکاتبه محمد بن الحسن صفار دلالت بر این هست: (قال: کتبت الی ابی الحسن العسکری (علیه السلام): رجل کان اوصی الی رجلین. أیجوز لأحدهما ان ینفرد بنصف التركة والاخر بالنصف؟ فوقع علیه السلام: لا- ینبغی لهما ان یخالفا المیت وان یعملا علی حسب ما امرهما، ان شاء الله). و سند روایت صحیح است و دلالت آن هم واضح است به قرینه تنبیه بر علت در آخر آن، که اشاره به آیه (فمن بدله بعدما سمعه) است.

ص: ۲۶۴

۱- وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۵۱، ح ۱-۲ و ۳.

۲- همان مرجع: ح ۱.

۳- ۱۸۱ بقره.

سمعه... دارد، وصدوق گفته است که (توقیع در نزد من است به خط امام - ع -) (۱) واین حدیث شامل صورت اطلاق موصی و تقییدا و (هر دو) هست. واما هر گاه بگوید که (خواهند به انفراد بکنند، خواهند به اجتماع): پس در آن نیز اشکال نیست که جایز است تصرف هر یک مجتمعا و منفردا. مسأله پنجم: در صورتی که باید به اجتماع رأی [عمل] بکنند، [اگر] نزاع کنند در رأی و مخالفت کنند، پس ممضی نیست آنچه احدهما به تنهایی بکند. و جمعی از اصحاب استثنا کرده اند اموری چند [را] که ناچار است از آن و تاخیر نمی توان کرد. مثل خوراک و پوشاک صغیر و غلام و کنیز و حیوان. و مثل اینها است خریدن کفن از برای میت. و بعضی بر آن زیاد کرده اند ادای دیون او را، و انفاذ وصیت معینه او را، و قبول هبه از جانب صغیر با خوف فوات نفع و رفع دعوی که کسی با میت داشته باشد، یا اثبات حقی برای میت، و هم چنین نسبت به صغیر، ورد و دیعه معینه و عین مغصوبه. و از شیخ در مبسوط نقل شده است اطلاق منع بدون استثنا. و این را فخر المحققین نسبت به ابن ادریس داده و آنچه در سرائر به نظر رسیده خلاف این است. بلکه او نیز در صورت تشاح استثنا کرده است ماکول و ملبوس یتیم را، و نسبت او را به روایت داده است. و از ابو الصلاح نقل شده است که (با تشاح، رد می کند امر را ناظر در مصالح امور - یعنی حاکم شرع - به اعلم اوصیا و اقوای آنها، و باقی را تابع آن می کند). و علامه در قواعد گفته است که (محتمل است در نزد من که اگر موصی نهی کرده است از انفراد، ضامن است در تصرف در نفقه یتیم)، و حمل کرده است اقوال علما را در عدم ضمان، بر صورتی که موصی مطلق وصیت کرده باشد. و صاحب کفایه نقل کرده است از بعض متأخرین، ضمان منفرد را مطلقا. و خود پسندیده است آن را. و آنچه در نظر احقر اظهر است این است که از مقتضای وصیت جایز نیست بیرون رفتن، الا در جائی که ضرر لازم آید که عقل و نقل دال بر [جواز] آن است. مثل آن که صغار گرسنه اند و برهنه اند و عسرت میکشند. در اینجا انتظار اتفاق رأی اوصیا موجب هلاک یا عسرت آنها است. و هم چنین در صورتی که عمارت آنها یا حیوان آنها در معرض تلف باشد و تأخیر موجب ضرر می شود. بلکه در غیر صورت تشاح هم هر گاه تأخیر از برای ۵.

ص: ۲۶۵

اجتماع اوصیا منشا ضرر باشد، آن نیز چنین است. وعموم (ما علی المحسنین من سیل) شامل آن است. ولکن از کلام فخر المحققین بر می آید که عدم جواز اتفاقی است در غیر صورت تشاح، چنانچه پیش گفتیم، واین مشکل است. بلی خوب است سخن او هر گاه متمکن از رجوع به حاکم باشد و رجوع نکند اما در صورت عدم تمکن پس آن تمام نیست. مگر این که بگوئیم که این تصرف در این وقت از راه این است که وصی احدی از عدول مؤمنین است که در حال فقد حاکم تصرف می تواند کرد (یا مطلق مؤمنین در حین فقد عدول نیز) حسب نه از باب وصایت است (۱). تا با قواعد و اصول مخالفت نکند. ودر این صورت ضمان هم حاصل نمی شود، به جهت آن که احسان محض کرده است. واز کلام ابن ادریس بر می آید که در صورت تشاح روایتی هست. زیرا که گفته است (فان تشاحا فی الوصیه والاجتماع لم ینفذ شیئ مما یتصرفان فیه. الا ما یعود بمصلحه الورثه والکسوه لهم والماکول علی ماروی). از برای کلام علامه هم به دلیلی بر نخوردم که اعتمادی به آن توان کرد. وآنچه جمعی از علما در این مقام گفته اند [این است] که در صورت تشاح اوصیا وعدم اتفاق رأی ایشان بر امر واحد، حاکم شرع را می رسد که اجبار کند ایشان را بر اجتماع، بدون این که آنها را به دیگری بدل کند، با امکان، چون حاکم را با وجود وصی ولایتی نمی باشد. وأبو الصلاح در مسأله مخالفت کرده و گفته است که ناظر امر یعنی حاکم شرع امر را وا می گذارد به اعلم واقوای آنها [و دیگران را تابع او می کند]. وفي الحقیقه مآل این دو قول یکی است. پس بر او وارد نمی آید که این منافی اجتماعی است که منظور موصی بوده. و هر گاه این هم ممکن نشود آن وقت حاکم شرع آنها را بدل می کند به دیگری. وظاهر این است که تعدد را بر وفق نظر موصی ملاحظه کند تا حسب الامکان از مقتضای وصیت خارج نشده باشد. واز علامه در تذکره نقل شده است تصریح به این که اوصیا به این سبب معزول نمی شوند بلکه آنها را که حاکم نصب کرده، نایب ایشانند. وابن ادریس در سرایر گفته است که (در صورت تشاح حاکم را می رسد که استبدال کند ایشان را، به جهت ظهور فسق ایشان، چون اخلال به واجب کرده اند که قیام به مقتضای وصیت است). ود.

ص: ۲۶۶

۱- توضیح: مصنف(ره) بدین ترتیب جمع بین القولین می کند. یعنی قول فخر المحققین ناظر است بر این که «در صورت ضرر نیز وصی به عنوان وصی نمی تواند اقدام کند». و نظر قائلین به جواز اقدام در صورت ضرر، بر این است که وصی به عنوان احدی از مؤمنین می تواند اقدام کند.

دیگر اجبار حاکم بر اجتماع را ذکر نکرده است. با وجود این که سابق بر این گفته است که (ظهور فسق منشأ بطلان وصیت نمی شود). چنانچه پیش نقل کردیم. وبدان که: در این مقام اشکالی هست. وآن این است که بنابر اشتراط عدالت چگونه می شود که گرفت وگیر اوصیا ومخالفت ایشان به سر حدی برسد که حاکم باید آنها را اجبار کند بر اجتماع رأی؟ پس آنها در این صورت خود فاسق ومغزول می شوند چنانکه پیش گفتیم. واگر عدالت هم شرط نباشد، [باز] (بنابر مشهور) ظهور فسق منشأ بطلان وصایت می شود، چنانکه گفتیم. خواه به مجرد مخالفت باشد اگر این تخالف وتعاسر را کبیره دانیم، یا با اصرار بر آن اگر صغیره دانیم. ممکن است دفع آن به این که شاید مراد اصحاب در صورتی باشد که تعاسر وتخالف اوصیا از راه عناد ولجاج [ن] باشد. بلکه از راه اختلاف نظر در مصالح وتفاوت اجتهاد آنها باشد. وظاهر هم این است. وبنابر این پس جمع مابین ادله وقواعد مقتضی آن است که در صورت عدم اجتماع، حاکم امر را به اعلم واقوای اوصیا موکول کند ودیگران را تابع او کند، تا از مقتضای وصیت حسب المقدور بیرون نرفته باشد. واجبار مطلقى که در کلام اصحاب است حمل بر این شود. والا- گاه است که باید اعلم واقوی تابع اضعف ونادانتر بشود، والا- اجتماع ممکن نشود. واین قبیح است. واگر خود اجتهادی بکند وهمه را تابع رأی خود بکند، پس آن عزل ایشان است ونصب خود. وآنرا به منزله نایب خود خواهد کرد. ودر صورتی که موکول کردن امر به اعلم واجبار دیگران به متابعت میسر نشود، پس آن در حکم مفقود بودن وصی است که حاکم خود مستقل خواهد بود. چون عدم اجتماع رأی، ایشان را به منزله معدوم می کند. پس تحقیق همان قول ابو الصلاح است که تاویل کلام مشهور هم به آن ممکن است. وبدان که: هر گاه عجزی رو دهد به یکی از اوصیا به تمام عمل به وصیت (به سبب مرضی یا مثل آن) مشهور این است که حاکم ضم می کند به عاجز، امینی دیگر را، که کمک عاجز بکند. پس در این وقت هر سه باید متوجه شوند. وشهید (ره) در دروس قائل شده به این که (حاکم ضم می کند به آندیگری احدی را)، که در این وقت دو نفر متوجه می شوند. واقوی قول مشهور است. به جهت آن که حسب الامکان مخالفت وصیت نشده باشد. به جهت آن که (عجز فی الجملة) مانع نیست از وصی شدن ابتدائی (چنانکه دعوی

اجماع بر آن کرده اند) پس عجز فی الجمله چگونه مضر باستدامه حکم آن می شود و از این جهت بعضی گفته اند که مراد شهید هم عجز بالمره است. و آن دور نیست، بلکه وجه ظاهری است. و ما هر گاه احدهما بالمره عاجز شود یا بمیرد یا دیوانه شود یا غایب باشد غیبت دوری، پس در اینجا حاکم ضم می کند به آند دیگری امینی را، بنابر قول جمعی. و مشهور این است که در این صورت احتیاج به ضم حاکم نیست و آن دیگری مستقل است در وصایت. و دور نیست ترجیح اول، تا آن که حسب الامکان به وصیت عمل شده باشد. چون موصی به عمل او مستقلا راضی نبوده. و از اینجا ظاهر می شود که حاکم نتواند همه امر را به دیگری واگذارد. بمعنی این که رخصت حاکم را به منزله ضمیمه قرار دهیم. بلی هر گاه بالمره عجز از برای هر دو حاصل شود، در این وقت حاکم هر چه صلاح داند می کند. خواهد یک نفر نصب می کند و خواهد بیشتر. چون در این وقت عمل به وصیت موصی، به هیچ وجه ممکن نیست و امر منحصر است در ولایت حاکم. و از اینجا معلوم شد که هر گاه از اول وصی یکی باشد عاجز شود فی الجمله، هم، حاکم باید به او ضم کند دیگری را. و هر گاه از اول بالمره عاجز شود، حاکم نصب می کند دیگری را. و همچنین در جائی که دو وصی نصب کرده باشد موصی، و اذن داده باشد که هر یک مستقلا و منفردا عمل کنند، هر گاه یکی از آنها عاجز بالمره شود یا بمیرد، حاکم دیگری را به او ضم نمی کند. از اینجا معلوم می شود حکم جائی که یکی را وصی مستقل کرده باشد و دیگری را به شرط اجتماع، که باید به اقتضای وصیت او عمل کرد. و حکم (عجز فی الجمله) و عجز بالمره) و نصب حاکم از آنچه گفتیم در اینجا هم ظاهر می شود. و بدان که: جایز است که موصی مشرفی و ناظری بر اوصیا تعیین کند. به این معنی که اوصیا به رأی او عمل کنند، اما عمل مخصوص اوصیا باشد. و حکم مشرف و ناظر هم از آنچه گفتیم ظاهر می شود. هر گاه اینها همه را دانستی، پس بر می گردیم بر سر اصل سؤال و تمهید مقدمه می کنیم و آن این است که: باید دانست که آیا نقض فتوای مجتهد جایز است؟ یا فتوی هم مثل حکم حاکم است که نقض آن جایز نیست؟ و این مسأله بسیار طویل الذیل و از مشکلات مسائل است. و تحقیق آن را در قوانین کرده ایم، و در آنجا قائل به تفصیلی شده ام که مقام وسعت ذکر آنها را ندارد. و اظهر در نظر حقیر این است که در اینجا

مجتهد تواند نقض فتوی کرد. به این معنی که هر گاه مجتهد سابق رأی او جواز وصایت فاسق باشد و مجتهد لاحق چنان نداند، تواند وصی فاسق را عزل کرد. خواه فاسق بوده باشد از ابتدا یا ظاهر شده باشد فسق او بعد از ظهور عدالت، هر گاه رأی او این باشد. و به مقتضای مقدمات سابقه هر گاه موصی شرط انضمام کرده باشد، حاکم ضمیمه [را] در بدل آن قرار بدهد، و هر گاه شرط انفراد کرده باشد، امر را به دیگران واگذارد. و هر گاه معلوم نباشد حال، محتمل است که در حکم مطلق باشد (که اقوی در آن لزوم اجتماع بود) و به مقتضای آن عمل کند. و محتمل است که امر موکول به رأی حاکم باشد. چون اطلاق معلوم نیست. و اصل عدم تقيید، مقتضای اطلاق نیست، به جهت آن که اطلاق هم در این مقام به منزله قید است، و هر دو از حوادث واصل عدم هر دو است. زیرا که نسبت آنها به صدور از موصی مساوی است. واصل عدم هر دو است. و دور نیست که ترجیح اول را بدهیم. چون اطلاق اغلب است از تعیین انفراد، بلکه غالب احد امرین است یا اطلاق یا شرط اجتماع. و مقتضای هر دو لزوم ضمیمه است.

۱۲۱: سؤال:

۱۲۱: سؤال: شخصی متوفی شده و در حین حیات شخصی را وصی خود نموده که مال او را به مصرف خیر او برساند، و یک شاهد هم دارد، و وارث ادعای میراث می کند. چه باید کرد؟

جواب:

جواب: این وصیت از باب وصیت به مال نیست. بلکه از باب وصیت به ولایت است. و حکم آنها متفاوت است. اما وصیت به مال: مثل این که وصیت کند که فلان قدر از مال مرا به زید بدهید، در این صورت موصی له که زید است هر گاه دو مرد عادل شاهد داشته باشد، یا چهار زن عاقله مطلب او ثابت می شود. و در وقت ضرورت و فقد عدول مسلمین دو نفر از عدول اهل ذمه هم کافی است. و هر چند ظاهر آیه (۱) و بسیاری از اخبار (۲)، اشتراط این است که در سفر باشد، و لکن چون آن قید وارد مورد غالب است اعتماد به آن مشکل است. و مقتضای علت منصوصه که در بعض احادیث صحیحه و غیر صحیحه که تعلیل فرموده اند قبول شهادت ایشان را به این که (خوب نیست که حق احدی باطل شود و ضایع شود)، اعتبار مطلق ضرورت است. و بعض علما قسم دادن آنها را بعد نماز عصر هم لازم ۸.

ص: ۲۶۹

-
- ۱- یا ایها الذین آمنوا شهاده بینکم اذا حضر احدکم الموت حین الوصیه اثنان ذوا عدل منکم او آخران من غیرکم ان انبتم ضربتم فی الارض فاصابتکم مصیبه الموت تحبسونهما من بعد الصوله فیقسمان بالله... آیه ۱۰۶، سوره مائده.
 - ۲- وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۰، ح ۶-۷ و ۸.

دانسته اند، نظر به ظاهر آیه. و هم چنین ثابت می شود به شهادت یک زن عادل در ربع وصیت. و به دو زن در نصف آن، و به سه زن در سه ربع آن. چنانکه مستفاد می شود از اخبار معتبره^(۱) و ظاهرا خلافی هم در آن ندیدیم. و ظاهر این است که انضمام هم ضرور نیست. و ظاهر این است که انضمام یمین به دو زن یا سه زن هم اثبات تمام وصیت را نمی کند. چون در اخبار فرموده اند که به شهادت دو تا، نصف ثابت می شود، و به شهادت سه تا، سه ربع. و متعرض حال یمین نشده اند. و دلیل عامی که (در همه جا دو زن قائم مقام یک مرد باشد) در نظر نیست. و خلاف کرده اند در این که آیا وصیت به مال به شهادت یک مرد با یمین ثابت می شود یا نه؟ و دور نیست ترجیح قبول. نظر به عموم دلیلی که دلالت دارد بر قبول آن در حقوق مالیه. و هم چنین به شهادت یک مرد و دو زن. و آیا به شهادت یک مرد تنها بدون قسم ثابت می شود نصف، چون قائم مقام دو زن است؟ یا ربع (بنابر این که اولی است از زن به قبول)؟ یا آن که هیچ اعتبار ندارد، چون نصی در آن نیست؟ در این چند احتمال است. و در کفایه گفته است که (اضعف احتمالات وجه اول است). و دور نیست که حکم توان کرد به قبول نصف و لا اقل ربع. و مؤید این است روایت اسحاق بن عمار که شیخ روایت کرده (قال سألت عن رجل كانت له عندی دنانیر وکان مریضا، فقال لی: ان حدث بی حدث فأعط فلانا عشرين دینارا وأعط أخی بقیه الدنانیر، فمات ولم اشهد موته. فاتانی رجل مسلم صادق فقال لی: انه امرنی ان اقول لك انظر ولم الدنانیر الی امر تک ان تدفعها الی اخی فتصدق منها بعشره دنانیر اقسامها فی المسلمین. ولم یعلم اخوه ان عندی شیئا. فقال: أری أن تصدق منها بعشره دنانیر کما قال) ^(۲) و فیها دلالة بثبوت الوصیه بقول ثقه. و اما وصیت به ولایت: - یعنی وصیت کند که فلان کس وصی من باشد -: پس شبهه ای نیست که به شهادت رجلین عدلین ثابت می شود. و اما شهادت زنان به تنهایی در آن قبول نمی شود، چون مناط قبول شهادت ایشان منفردا جائی است که از اموری باشد که بر رجال مخفی می ماند. و گویا خلافی هم در آن نباشد. و اما شهادت یک مرد با

ص: ۲۷۰

۱- وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۲.

۲- وسائل: احکام الوصایا، باب ۹۷، ح ۱ - تهذیب، ج ۲، ص ۳۹۹.

یمین، پس مشهور عدم قبول آن است نیز. به جهت آن که قبول آن مختص (حقوق مالیه) است، ولایت (تسلط بر مال) است. نه حق مالی. و اینکه گاه است وصی هم اخذ مالی می کند در ازای اجرت، یا از باب (انفاق بر سبیل معروف)، این منشأ این نمی شود که این را (حق مالی) گویند. زیرا که وضع وصایت و ولایت برای این نیست. اما شهادت دو زن و یک مرد: پس ظاهر جمعی این است که آن هم قبول نیست. هر گاه این را دانستی بر می گردیم بر سر اصل مسأله و می گوئیم: اولاً وصیت صحیح نیست الا در ثلث، مگر به اجازه وارث. و در ثلث هر گاه وارث مطلع نباشد، بینه و بین الله ثلث مال را می تواند به مصرف خیر او برساند. و هر گاه مطلع شود محتاج است به اثبات. و اثبات وصایت به شهادت شاهد واحد نمی شود هر چند ضم کند یمین را به آن.

۱۲۲: سؤال:

۱۲۲: سؤال: هر گاه کسی را زخمی بزنند که به همان زخم بمیرد، هر گاه وصیت کند از برای برادر خود که ثلث مال او از او باشد، و بعد از فوت او وارث آن شخص با قاتل صلح کنند به دیه. آیا برادر موصی له از ثلث دیه می برد، یا نه؟

جواب:

جواب: بلی مشهور آن است که وصیت متعلق به دیه می شود. و از صاحب کفایه ظاهر می شود - در کتاب وصیت و کتاب میراث هر دو - که خلافتی در مسأله نباشد. و لکن چنین نیست، چنانکه خواهی دانست. و اظهر و اشهر (چنانکه مقتضای اطلاق جماعتی و تصریح جماعتی دیگر است) این است که فرقی مابین عمد و غیر آن نیست. هر چند بنا بر مشهور که اصل در عمد قصاص است نه این که وارث مخیر است مابین قصاص و دیه - اشکال وارد می آید. از جهت آن که در این صورت قصاص حق وارث است و او بذل می کند آن را به دیه، یا بیشتر، یا کمتر، به صلح. پس میت را در آن حقی نیست که وصیت متعلق به آن شود. و این حق مالی نیست از برای میت که وصیت به آن تعلق بگیرد. و رفع این اشکال را به این کرده اند که چون قبول معاوضه می کند به صلح بر مال، پس در قوه حق مالی است. و زیاده بر آن در خصوص دیه خطا دلالت می کند روایت محمد بن قیس از محمد بن مسلم از حضرت باقر - ع - (قال: قلت له: رجل اوصی لرجل بوصیه من ماله، ثلث او ربع، فقتل الرجل خطا (یعنی الموصی)، فقال: یجاز لهذا الوصیه من ماله و من دیته) [۱](#) این حدیث را در کافی در باب نوادر وصایا نقل کرده و در سند آن تردیدی ۱.

ص: ۲۷۱

هست ما بین (عبد الرحمن بن ابی نجران) و غیر او. و به این سبب حدیث از صحت بیرون می‌رود. و در تهذیب نیز روایت کرده به همین سند، و علاوه بر این (مضمّر) است (۱).

و در من لایحضره الفقیه روایت کرده است از عاصم بن حمید از محمد بن قیس [از محمد بن مسلم] (۲) و محمد بن مسلم در نسخه حقیر موجود نیست. و هر چند طریق صدوق تا عاصم، (حسن) است به ابراهیم بن هاشم لکن روایت در آنجا نیز مضمّر است. و لکن صاحب کفایه گفته است که مشایخ ثلاثه آن را به سند صحیح از محمد بن قیس روایت کرده اند. و الحال در نظر حقیر نیست جائی از کتب ثلاثه که سند آن خالی از اشکال باشد. و به هر حال شکی در اعتبار سند آن نیست، به قراین و اعتضاد به عمل. و در تهذیب از سکونی به سند معتبر روایت است از حضرت صادق - ع - (قال أمير المؤمنين - ع -: من اوصی بثلثة ثم قتل خطأ فان ثلث دیتة داخل فی وصیه) (۳) و در من لایحضره الفقیه نیز روایت مرسلی به همین مضمون هست. و هر چند این روایت ها در خصوص دیه خطا است. و لکن شیخ در سند صحیح از محمد بن قیس روایت کرده است از حضرت باقر - ع - (قال: قضی أمير المؤمنين - ع - فی رجل اوصی لرجل وصیه مقطوعه غیر مسماه من ماله ثلثا او ربعا او اقل من ذلك او اکثر ثم قتل بعد ذلك الموصی فودی، فقضی فی وصيته انها تنفذ من ماله ومن دیتة كما اوصی) (۴) ظاهر این روایت شامل دیه عمد هم هست. و صاحب کفایه در آن اشکال کرده است به این که ممکن است که این واقعه خاصه باشد و استدلال به آن تعمیم مشکل است. و می توان گفت که حکایت امام (علیه السلام) این مطلب را به عنوان اطلاق از أمير المؤمنين (علیه السلام) ظاهر در عموم است. اگر مراد مورد خاص بود (تاخیر بیان) لازم می آمد در آنچه (ظاهر این است) که وقت حاجت باشد. و به هر حال شهرت با این روایت [و] با تایید به حکم دین، کافی است در تعمیم. و صاحب کفایه با وجودی که این اخبار را در کتاب وصیت نقل کرده، در کتاب میراث می گوید که (دلیلی در مسأله نیست به عنوان اطلاق و لکن خلاف در مسأله در میان اصحاب نمیدانیم) و این غریب است. با وجود این که در مسالک ۱.

ص: ۲۷۲

۱- در کافی تصریح به نام امام باقر (علیه السلام) شده و مضمّر نیست - رجوع کنید، فروع، ج ۲، ص ۲۵۲.

۲- فقیه، ج ۲، ص ۲۸۵.

۳- وسائل، همان باب، ح ۲- تهذیب، ج ۲، ص ۲۸۷، فقیه، ج ۲، ص ۲۸۵.

۴- وسائل، همان باب، ح ۳ - تهذیب ج ۲، ص ۲۹۱.

نقل خلاف کرده. و ظاهر این است که در این حکم فرقی ما بین دین وصیت نباشد. پس دین میت از دیه او داده می شود و احادیث در این معنی وارد شده است. و از جمله اخبار صحیحہ یحیی ازرق است (عن ابی الحسن - ع - فی قتل و عیله دین و لم یتَرَک مالا فاخذ اهلہ الدیہ من قاتله، اعلیهم ان یقضوا دینہ؟. قال: نعم. قلت: و هو لم یتَرَک شیئا. قال: انما اخذوا الدیہ فعلیهم ان یقضوا دینہ). (۱) روایت کرده است شیخ آن را در اقرار مریض، و بعد از آن در زیادات قضا. و هم چنین کلینی در کافی و صدوق در فقیه، و لکن روایت از صفوان ابن یحیی ازرق کرده و این اسم در رجال نیست. و ظاهر این است که سهو القلم شده و تصحیف کلمه (عن) به کلمه (این) شده چون راوی صفوان بن یحیی است. به هر حال حدیث صحیح است و یحیی ازرق ظاهراً همان یحیی بن عبد الرحمن ازرق ثقه است. و هم چنین در باب میراث تهذیب به سند صحیح از علی بن نعمان از یحیی ازرق روایت کرده (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن الرجل یقتل و ما ترک شیئا. قال: نعم انما اخذوا دیتہ فعلیهم ان یقضوا دینہ) (۲) و کلینی نیز به همین نحو روایت کرده (۳) و در تهذیب در کتاب دیون در سند صحیح از صفوان بن یحیی از عبد الحمید بن سعید روایت کرده است از حضرت امام رضا (علیه السلام) (۴) به مضمون صحیحہ ازرق. و از جمله آنها صحیحہ سلیمان بن خالد است از حضرت صادق - ع - (قال: قضی أمیر المؤمنین فی دیه المقتول انه یرثه الورثه علی کتاب الله سهامهم اذا لم یکن علی المقتول دین). (۵)

و اطلاق اخبار شامل دیه عمد هم هست، بلکه بعض آنها صریح است در حکم عمد، مثل روایت علی بن ابی حمزه از حضرت کاظم (علیه السلام) که در کتاب فقیه مذکور است (قال: قلت له: جعلت فداک رجل قتل قتلاً متعمداً او خطاً و علیہ دین و [لیس له مال، فاراد اولیاءه ان یهبوا دمه للقاتل؟ قال: ان وهبوا دمه ضمنوا دینہ. فقلت: ان هم ارادوا قتله؟ قال: ان قتل عمداً قتل قاتله وادی عنه الامام الدین من سهم الغارمین. قلت: فانه ۱.

ص: ۲۷۳

۱- وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۴، ح ۱، کافی، فروع، ج ۲، ص ۲۴۰، فقیه، ج ۲، ص ۲۸۴.

۲- تهذیب، ج ۲، ص ۳۸۰. توضیح: عبارت تهذیب با عبارت مصنف (ره) تفاوت دارد.

۳- ظاهراً این دو حدیث یکی هستند و محدثین (ره) نیز بدین گونه برخورد کرده اند.

۴- تهذیب، ج ۲، ص ۶۱.

۵- وسائل، ج ۱۷، ابواب موانع الارث، باب ۱۰، ح ۱.

قتل عمدا وصالحو اولياوه قاتله على الديه، فعلى من الدين، على اوليائه من الديه؟ او على امام المسلمين؟ فقال: بل يؤدوا دينه من ديتة التي صالحوا عليها اولياه، فانه احق بديتة من غيره (۱) ودر تهذيب از اسحاق بن عمار (عن جعفر - ع - ان رسول الله - ص - قال: اذا قبلت ديه العمد قصارت مالا فهى ميراث كسائر الاموال) (۲)

آنچه مذکور شد قول مشهور است و دو قول دیگر در مسأله هست: یکی آن که: ديه مطلقا در دين صرف نمى شود. به جهت آن که دين در حال حيات به ذمه ميت قرار گرفته، و ديه بعد از وفات مستقر مى شود، و ميت بعد موت مالک چیزی نمى شود. و اين قول شاذ و نادر و اجتهاد است در مقابل نص. و قول دیگر فرق ما بين عمد و خطا است. چون عمد موجب قصاص است نه ديه. و قصاص حق وارث است. پس هر گاه صلح کند به ديه، مال او مى شود و دخلی به ميت ندارد. و بر اين وارد مى آيد - علاوه بر آن که در قتل خطا هم ديه بعد فوت مستقر مى شود و ميت مالک آن نبوده و فرق بى وجه است الا از راه فى الجملة حجيتى که حجت شرعيه نمى شود - اينکه (۳) آن نیز اجتهاد است در مقابل نص.

و بدان که بنابر اين قول مشهور که دين متعلق به ديه مى شود مطلقا، خلاف است که آيا هر گاه وراثت خواهند در صورت قتل عمد قصاص کنند و ميت مالی نداشته باشد، طلبکارها مى توانند مانع شوند از قصاص - از برای اين که ديه بگيرند و دين ايشان را وفا کنند - يا نه؟ اشهر اين است که مانع نمى توانند شد. چون قصاص حق ولى است و سلطنت قصاص از برای او است. چنانکه کتاب خدا به آن ناطق است (۴)، و روايت على ابن ابى حمزه سابقه هم دلالت بر آن دارد، و هم چنين عمومات اخبار و شيخ در نهايه و ابو الصلاح و ابن براج گفته اند که نمى توانند قصاص کنند، مگر اين که ضامن ديه شوند. و در مختلف استدلال کرده است بر مذهب شيخ به روايت عبد الحميد بن سعيد که پيش گذشت، و منع دلالت آن کرده، به جهت آن که مدلول او جواز منع است (۵) در صورتى که ورثه ديه را گرفته باشند، و به جهت عدم وضوح آن در قتل عمد. و..

ص: ۲۷۴

۱- وسائل، ج ۱۹، ابواب قصاص النفس، باب ۵۹، ح ۲.

۲- وسائل، ج ۱۷، ابواب موانع الارث، باب ۱۴، ح ۱.

۳- در نسخه: بنابر اينکه....

۴- و من قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطاناً. اسراء آيه ۱۷.

۵- در نسخه: و در صوتى که...

گمان حقیر این است که شیخ به روایت ابی بصیر استدلال کرده باشد که در کتاب دین تهذیب است (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال، فهل لأوليائه ان يهبوا ديته لقاتله وعليه دين؟ فقال: ان اصحاب الدين هم الخصما للقاتل، فان وهبوا اوليائه ديه القاتل فجائز، وان ارادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمّنوا الدين للغرما، والا فلا). (۱) ودر فقیه همین روایت را نقل کرده و بعد از (هم الخصما للقاتل) گفته (فان وهب اولياؤه دمه للقاتل ضمّنوا الدين للغرما، والا فلا) (۲)

و مفهوم این نیز افاده می کند که اگر خواهند قصاص کنند ضامن نمی شوند. و سند حدیث ضعیف است به سبب محمد بن اسلم جبلی. و لکن شیخ در کتاب دیات روایت کرده است موافق روایت فقیه به سند خود از یونس از ابن مسکان از ابی بصیر. و سند او تا یونس عیبی ندارد. (۳) و به هر حال این خبر مقاومت نمی کند با دلیل مشهور. و در اینجا قول دیگر هست که در مختلف از ابی منصور طبرسی (۴) نقل کرده. و آن این است که اگر قاتل بذل دیه کند اولیا نمی توانند قصاص کنند مگر با ضمان دین، و اگر بذل دیه نکند جایز است قصاص بدون ضمان دین. و به هر حال این دو حدیث هم از جمله اخباری هستند که دلالت دارند بر تعلق دین به دیه و در همه جا قول مشهور اقوی و اظهر است. والله العالم.

۱۲۳: سؤال:

۱۲۳: سؤال: شخصی در حینی که اراده سفر مکه کرده است وصیت کرده است میان اولادش آنچه داشته است. بعضی را زیاده داده است و بعضی را کم. و چون دو زن داشته است بعضی را اسم برده است که عوض مهر والده اش این قدر بدهند. و بعضی را گفته است چون عروسی برای او نکرده ام این قدر بدهند. و حال که موصی امر حق را در سفر مذکور اجابت نموده، بعضی از ورثه که رسد ایشان کمتر است راضی نیستند.

ص: ۲۷۵

۱- وسائل، ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۴، ح ۲.

۲- فقیه، ج ۴، ص ۱۱۹، باب ۵۷، ح ۱.

۳- تهذیب، ج ۲، ص ۹۵.

۴- احمد بن علی بن ابی طالب، صاحب کتاب معروف «احتجاج» تاریخ تولد و وفاتش به طور دقیق مشخص نیست. ولی نظر به اینکه وی استاد رشید الدین مح مد بن علی بن شهر آشوب است و او در سال ۵۸۸ قمری در سن ۹۹ سالگی وفات کرده، می توان گفت طبرسی از شخصیت های اواخر قرن پنجم و اوایل قرن ششم است که با شیخ بزرگ ابو علی فضل بن حسن طبرسی صاحب مجمع البیان معاصر بوده و او نیز استاد ابن شهر آشوب است.

جواب: مهر والده داخل دیون است و از اصل مال وضع می شود قبل از وصیت و میراث، بعد از ثبوت مقدار، و قسم، در جائی که ضرور باشد. و زیادتى که از برای عروسی کردن بعضی ملحوظ داشته از باب وصیت است و هر گاه از ثلث زاید نباشد باید وضع کرد قبل از میراث. و هر گاه زاید باشد موقوف است به اجازه وارث. و اما تقسیم سایر مال بین الوراث: پس اگر خصوص مال معینی را ملاحظه نکرده و حصه هر یک از میراث هم مساوی همان می شود که گفته است، پس آن وصیت لغو است و این معنی بدون وصیت هم ثابت می شود. و هر گاه خصوص اموال معینه را به نظر آورده - مثل آن که فلان باغ را به فلان وارث بدهند و فلان ملک را به فلان و هم چنین... و قیمت آن اعیان هم مساوی حصه ایشان است - وصیت او در تعیین بیش از ثلث ممضی نیست. مگر با اجازه ورثه. پس هر یک از آنها ثلث آنچه را که تعیین کرده متصرف می شوند، و در باقی همه شریک اند. مگر با امضای ورثه. و هر گاه در تقسیم زیاد و کم قرار داده باشد و منظور او وصیت در آن زاید بوده، آنهم از ثلث مسموع است. و اما اگر قصد او این بوده که از حصه یکی کم کند و حصه او را از برای دیگری قرار بدهد، ظاهراً صحیح نیست. هر چند احوط این است که آنها هم از باب وصیت محسوب دارد، به این معنی که هر گاه آن قدری که این وارث را از آن محروم کرده زاید بر ثلث نیست، ممضی باشد، والا فلا، مگر با اجازه وارث.

۱۲۴: سؤال:

۱۲۴: سؤال: شخصی فوت شده است و دو سه یوم قبل از وفات وصیت کرده است که مجموع امور او تعلق به برادر صلبی و بطنی او داشته باشد. و برادر مادری تنها هم دارد. و دو خواهر پدر مادری دارد. بیان فرمایند که وصیت او چه صورت دارد؟ و باز هم بیان فرمایند که با وجود دو خواهر و یک برادر که از ابوین خود دارد، برادر مادری تنها چه قدر از متروکات او می برد؟ و وصیت کرده است که یک سال نماز از برای او استیجار نمایند و یک تومان هم از باب زکات بدهند. آیا اینها از اصل مال وضع می شوند یا از ثلث؟

جواب:

جواب: یک تومان زکات از اصل مال وضع می شود. و یک سال نماز از ثلث مال وضع می شود، علی الاظهر الاشهر. و تتمه ثلث را از باب وصیت به برادر صلبی و بطنی او می دهند. و دو ثلث دیگر را میان کل ورثه کما فرض الله قسمت می کنند به این نحو که سدس آن را به برادر مادری می دهند، و باقی را ما بین برادر و خواهرهای پدر مادری (لذکر مثل حظ الانثیین) قسمت می کنند.

۱۲۵: سؤال:

۱۲۵: سؤال: شخصی در حال حیات قدری از مال خود را به یکی از وارث ببخشد و تتمه را بگوید که (این از برای دیگران باشد) یعنی بعد فوت او. آیا بعد فوت آن یکی هم با دیگران در تتمه شریک است یا نه؟

جواب:

جواب: آنچه را در حال حیات منتقل کرده به آن یک نفر هر گاه به عنوان هبه جامع شرایط صحت (که از جمله آن اقباض است) یا به صیغه لازم دیگری مثل صلح، مختص او خواهد بود. هر چند در حال مرض موت باشد، علی الاظهر. و در تتمه هم با دیگران شریک است بعد موت. بلی چون ظاهر حال متوفی وصیت تتمه مال است از برای باقی وارث، نه بری کردن آن یکی پس این وصیت در ثلث معتبر است، و اول ثلث آن باقی مانده مال را می دهیم به سایر ورثه و باقی را کلهم اجمعین کما فرض الله قسمت می کنند.

۱۲۶: سؤال:

۱۲۶: سؤال: هر گاه زید در حال حیات مالی را به یکی از وارث ببخشد، و غرض او محروم کردن دیگران است، این هبه صحیح است یا نه؟

جواب:

جواب: بلی صحیح است هر چند در مرض موت باشد و زاید بر ثلث باشد.

۱۲۷: سؤال:

۱۲۷: سؤال: زید عمرو را وصی، و بکر را ناظر کرد و عمرو فوت شد. و اموال زید در دست وصی عمرو است. و بکر می خواهد از دست او انتزاع کند و بر وفق وصیت عمل کند. آیا می تواند یا نه؟

جواب:

جواب: ناظر را حق تصرف نیست. و اما وصی عمرو پس اگر وصی او است در مال و اولاد خود عمرو لا غیر، پس او هم تصرفی نمی تواند کرد. و وصایت حق حاکم شرع است. و اگر وصی او است در وصایای زید پس اگر زید او را مأذون کرده باشد در وصی گرفتن بر عمل آوردن وصایای او، پس آن وصی احق است از حاکم و اگر او را منع کرده از وصی گرفتن پس وصی گرفتن عمرو باطل است و حاکم متوجه می شود. و هر گاه زید ساکت بوده از اذن و عدم اذن، خلاف است در صحت این وصیت عمرو و جواز تصرف وصی او. اشهر واقوی عدم جواز است. و قولی به صحت هست، و آن ضعیف است. و حدیثی که به آن استدلال کرده اند مجمل است دلالتی بر مطلب ایشان ندارد. بلکه ظاهر در خلاف آن است. (۱)

۱۲۸: سؤال:

۱۲۸: سؤال: کسی وصیت کرده است که بعد از فوت او چند نفر ملا در مزار او تلاوت ۱.

ص: ۲۷۷

۱- وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۷۰، ح ۱.

آیات قرآن نمایند. ووصی بعد از فوت او ملاحائی که متعارف است که در مزار مینشینند، در مزار مینشانند. و متعارف نمی باشد در آن ولایت که از قرائت آنها تفحص نمایند و اینهم تفحص نمی کند. آیا وصیت به عمل آمده یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه وصیت به نحوی که وصیت به آن منصرف می شود، به عمل آید، ظاهراً کافی است.

۱۲۹: سؤال:

۱۲۹: سؤال: زید در مرض موت می گوید که (من عمرو را وصی خود کردم باید که دو نفر فرزند من که بکر و خالند، هر یک را از مال من به قدر آنچه که به ولید پسر بزرگم تملیک کرده ام بدهد. و تتمه مال مرا خود متصرف شود و کسی دیگر را در آن حقی نباشد). آیا این وصیت صحیح است و در ثلث معتبر است؟ یا نه؟

جواب:

جواب: هر چند محتمل است که آن وصیت باطل باشد - چون مستلزم حرمان آن یک نفر ولد کبیر است. بلکه محتمل است که مراد حرمان آن دو نفر دیگر هم باشد از قدر زاید حصه آن ولد کبیر - ولکن چون ظاهر این است که مراد او وصیت است از برای دیگران، بنا را به وصیت میگذاریم و در ثلث اعتبار می کنیم. پس ثلث ترکه (که بعد تملیک آن یک نفر کبیر باقی مانده) وضع می کنیم و مساوی آنچه به آن کبیر داده از آن ثلث به هر یک از اینها می دهیم، و تتمه را اگر بماند به وصی می دهیم و دو ثلث دیگر را بین کل ورثه علی ما فرض الله قسمت می کنیم. اینها در وقتی است که بنا را بر وصیت محض بگذاریم. چنانکه در صورت اشتباه حمل لفظ بر وصیت محض می شود. و اما هر گاه معلوم شود که مراد وصیت محض نیست از برای آن دو نفر، بلکه مراد او رساندن حق نفس لاهری، است از باب میراث. یا تصرف در آن به عنوان وصیت به این نهج خاص. پس در این صورت هر گاه قائل به فساد این نوع تصرف و وصیت نباشیم، می گوئیم که مراد او این است که غیر حصه ولد کبیر باید مصروف این دو امر شود (یعنی رساند [ن] قدر حصه کبیر که در حال حیات به او داده، به هر یک از این دو نفر، و دادن زایدی - اگر بماند - به وصی). و هم چنین مراد او این است که هر گاه حصه آن دو نفر زیاده از حصه آن کبیر شود زیادتی به وصی داده شود و آنها محروم باشند از آن زیادتی. پس امر آن دو نفر مردد است ما بین حرمان از بعض حق و ما بین وصیت از برای آنها به زیادتی. پس گاه است که زیاد می آید چیزی از برای وصی و گاه است نمی ماند. پس هر گاه

تصحیح وصیت کنیم ثلث مال را وضع می کنیم. وثلثین را کما فرض الله قسمت می کنیم میان سه نفر. وبعد از آن ملاحظه می کنیم هر گاه به هر یک از دو نفر به قدر حصه آن کبیر رسیده تمام ثلث مال وصی می شود. و هر گاه نرسیده، از ثلث تمام می کنیم وباقیمانده ثلث را به وصی می دهیم. و هر گاه زیادتیر رسیده، از ثلث تمام می کنیم وباقیمانده ثلث را به وصی می دهیم. و هر گاه زیادتیر رسیده، زیادتی مال آنها است و به وصی نمی دهیم. به جهت آن که حرمانی که محتمل بود که منظور موصی باشد نسبت به آنها، به همان وضع ثلث در اول دفعه نسبت به مجموع مال استیفا شده است.

۱۳۰: سؤال:

۱۳۰: سؤال: هر گاه شخصی در مدت هفت ماه مرض استسقا داشته، وهفت روز قبل از فوتش باغ و خانه [ای] که داشته به زید فروخته به قیمت نازلی، که خود مشتری وبایع هر دو میدانستند که گنجایش بیشتر دارد. وبعد از مبیعه، زید مشتری را وصی خود کرده که (قیمت باغ و خانه مرا به فلان مصرف و فلان مصرف برسان)، ومفروض این است که در این ظرف مدت در میان رختخواب افتاده وقادر به برخواستن نبوده. آیا در این صورت این معامله صحیح است یا نه؟ و هر گاه صحیح باشد ثلث قیمت باغ و خانه را به مصارفی که گفته است باید برسد یا تمام؟

جواب:

جواب: بیع محاباتی که به اقل از ثمن المثل واقع می شود، از جمله منجزاتی است که هر گاه در مرض الموت واقع شود در آن خلاف است. واطهر در نظر حقیر این است که منجزات مرض الموت از اصل مال صحیح است واختصاص به ثلث ندارد. اما وصیتی که کرده است که آن قیمت را زید مشتری به مصارف خاصه برساند پس اگر آن قیمت زاید بر ثلث اصل مال میت نیست، همه را باید به آن مصارف برساند. واگر زاید بر ثلث اصل مال (یعنی مجموع اموال) او است، پس اگر وارث اجازه آن قدر زاید را نکند، به قدر ثلث اصل مال را به آن مصارف می رساند. وزاید بر آن مال وارث است.

۱۳۱: سؤال:

۱۳۱: سؤال: در وصی دیانت وعدالت را شرط می دانید یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر واشهر اعتبار عدالت است. ودور نیست که به مجرد وثوق واعتماد هم اکتفا کنیم هر چند به وصف عدالت متصف نباشد. وظاهر این است که شرط عدالت یا وثوق واعتماد از برای قبول خبر او است در آنچه باید بکند. نه از برای صحت فعل او در نفس الامر. پس اگر ظاهر شود فسق او ولکن به ثبوت برسد که آن وصیت را به عمل آورده صحیح است، هر گاه ظهور فسق بعد از عمل آوردن وصیت باشد.

۱۳۲: سؤال:

۱۳۲: سؤال: هر گاه وارث موصی مطلع شوند به عدم دیانت و خیانت وصی، آیا می توانند او را عزل کنند؟ یا باید حاکم شرع واقعی او را عزل کند؟.

جواب:

جواب: اظهر واشهر این است که به مجرد ظهور فسق و خیانت وصایت او باطل می شود و معزول می شود. و محتاج نیست به معزول کردن حاکم یا وارث. و هر علمی که بعد ظهور فسق کرده نافذ نخواهد بود. و اما هر گاه عود کند به عدالت بعد ظهور فسق، پس مشهور واقوی این است که وصایت عود نمی کند. والله العالم.

۱۳۳: سؤال:

۱۳۳: سؤال: وصی می تواند از کتب صغیر مطالعه کند یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه اجرتی منظور کند از برای کتاب هر چند در ازای حق العمل خود محسوب کند، باکی نیست. والا، فلا.

۱۳۴: سؤال:

۱۳۴: سؤال: هر گاه وصی از اموال صغیر آنچه قیمت می کند و به جهت خودش میخرد، آیا تصرف می تواند کرد؟ یا آن که باید ثمن را به مصرف صغیر برساند و بعد تصرف کند؟.

جواب:

جواب: بعد از آن که بنا را به این گذاشتیم که (صحیح است خریدن وصی مال صغیر را از برای خود)، به سبب خریدن، مال او می شود، و موقوف نیست جواز تصرف در مبیع به این که ثمن را داده باشد.

۱۳۵: سؤال:

۱۳۵: سؤال: وصی در دیون میت دیان را باید قسم بدهد یا نه؟ و خودش قسم می تواند داد یا این که موقوف به حاکم است؟ تا هنوز قسم را نخورده باشد می تواند قرض را بدهد یا نه؟

جواب: وصی خودش هر گاه طلبی از میت دارد و علم دارد به بقای آن طلب، جایز است از برای او استیفای طلب خود، و این در معنی تقاض است. و اما طلب سایر ارباب طلب: پس اگر در نزد او ثابت است و علم دارد به بقای آن در ذمه میت - مثل این که قبل از موت اقرار کرده بود به طلب، و اینقدر وقت نگذشته که ممکن باشد در آن وقت ادای دین. و طلبکار هم شخصی نبود که احتمال برود که او را بری الذمه کرده باشد مانند صغیر و مجنون و مسجد و امثال اینها - در اینجا هم می تواند ادای آن

دین را بکند بدون مرافعه به حاکم و بدون قسم. و اما هر گاه طلبکاران مکلف باشند و محتمل باشد که او را برئ الذمه کرده باشند، در این وقت بدون قسم نمی تواند داد، هر چند اصل طلب در نزد او ثابت باشد.

ص: ۲۸۰

و در این صورت هم قسم را حاکم شرع باید بدهد، یا مأذون کند وصی را در قسم دادن. بلی هر گاه وصی خود مجتهد جامع الشرایط باشد خود می تواند قسم بدهد و طلب را ادا کند. و به مجرد این که وصی مدعی علم است به اصل دین، حاکم نمی تواند او را مأذون کند در قسم دادن. بلکه باید در نزد خود حاکم به ثبوت برسد، و بعد ثبوت می تواند او را مأذون کند در قسم دادن. به جهت آن که این در معنی این است که حاکم شرع اصل مرافعه و محاکمه را به او وا گذاشته باشد و ادعای ثبوت او را به منزله ثبوت در نزد حاکم کرده باشد. و این جایز نیست. مگر برای مجتهد عادل، و مفروض خلاف آن است و به هر حال قبل از قسم خوردن ارباب طلب نمی توان دین آنها را ادا کرد. والله العالم.

۱۳۶: سؤال:

۱۳۶: سؤال: وصی می تواند از مال اطفال در عوض عمل خود چیزی بردارد؟

جواب:

جواب: هر گاه موصی ار برای او اجرتی قرار داده، اشکالی در آن نیست هر گاه زاید بر ثلث نباشد. و در زاید موقوف است به اجازه. و هر گاه وصیت نکرده باشد: پس اگر تبرعا عمل کرده باشد، آن نیز مستحق اجرتی نیست. و هر گاه تبرعا نکرده پس اگر فقیر و معسر باشد پس در آن خلاف است: یک قول استحقاق اجرت المثل است و روایتی معتبر دلالت بر آن دارد، بلکه شیخ طبرسی نسبت داده این را به ظاهر روایات اصحاب. و این اظهر اقوال است. و تفصیل کلام را در کتاب حجر بیان کرده ایم در جواب مسائل حجر و تفلیس، به آنجا رجوع کنید.

۱۳۷: سؤال:

۱۳۷: سؤال: آیا وصی می تواند از برای خود از مال صغیر متاعی را بخرد، یا از مال او قرض بردارد؟

جواب:

جواب: بلی می تواند با ملاحظه مصلحت و اطمینان از خداع نفس، به قیمتی که دیگران می خرند. (۱) و مباشر طرفین ایجاب و قبول هم می تواند شد. و بهتر این است در صورتی که مورد تهمت باشد اجتناب کند. و قول به عدم خریدن از برای خود ضعیف است. و اما قرض برداشتن: پس مشهور و اظهر نیز جواز است. و احادیث بسیار هم دلالت بر آن دارد (۲) و لکن به شرط ملائت (۳) و اظهر در تفسیر آن این است که این قدر مال داشته ۴.

ص: ۲۸۱

۱- وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۸۹، ح ۱.

۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۷۶، ح ۲، ۳ و ۴.

۳- همان مرجع، باب ۷۵، ح ۳، ۴ و ۵.

باشد که تواند ادای آن کرد و بعضی رهن گذاشتن را هم شرط دانسته اند و آن احوط است هر چند لزوم آن معلوم نیست. ولکن شاهد بگیرد از برای این که مال صغیر محفوظ بماند. و اطلاق ادله مقتضی آن است که عدم ضرر کافی باشد در قرض. بخلاف بیع مال که در آن ملاحظه مصلحت، معتبر است.

۱۳۸: سؤال:

۱۳۸: سؤال: چه می فرمایند در خصوص این که زید عازم زیارت باشد و بعضی از املاک و اموال خود را به بعض اولاد خود - مثلاً به یوسف و محمد و غیرهما - فروخته یا هبه نموده. و وصیت کرده که (در فلان و فلان ملک من یوسف و محمد را دخیل نبوده، از سایر ورثه ام باشد). و در مرض الموت گفته که (وصیت سابقم را اخفا داشته مجموع ثلث ترک مرا به مصرف فلان صرف نمایند). حال والدان مزبوران از ملکین مزبورین ارث می برند یا نه؟ شقوق محتمله مسأله را (کما ینبغی حسبہ لله) بیان فرمایند.

جواب:

جواب: آنچه را به عنوان بیع یا هبه لازمه (یعنی با ایجاب و قبول و قبض و اقباض) به یوسف و محمد منتقل کرده، مال آنها است. و دیگری را در آنها حقی نیست. و وصیت ثلثی را که کرده است که [به] فلان مصرف برسانید، باید دانست که وصیت سابق که گفته بود (فلان و فلان ملک را به سایر ورثه بدهید) آن را هم اگر سایر وارث از اصل ممضی ندارند، آن را هم باید از ثلث اعتبار کنیم. پس اول فلان و فلان ملک را به جهت سبقت ذکر و تاکید در امضای آن مقدم داشته. ثلث را به مصرف معینی که گفته می‌رسانند. و اگر ثلث زیاده بر آن ملک ها نباشد و ورثه اجازه نکنند، چیزی برای آن مصرف که [در] آخر گفته به جا نمی ماند. و یوسف و محمد را دخیل و تصرفی در آنچه به وصیت حق سایر ورثه شده جایز نیست.

۱۳۹: سؤال:

۱۳۹: سؤال: شخص عالمی به رحمت خدا رفته است، بیست سال قبل از این. و چند جلد کتاب عربی از او مانده است. و وصیت نموده که (بعد از من از اولاد من هر کی صاحب کمالتر باشد، این کتابها مال او می باشد). و حال یک نوه او سواد عربی دارد. آن کتابها به او می رسد؟ یا تقسیم کنند؟ بیان فرمایند.

جواب:

جواب: هر گاه در حین وصیت در میان اولاد صلبی او صاحب کمالی بوده از همه کمالتر، یا همان اولاد موجود [اگر] یکی از آنها بعد او صاحب کمالتر باشد، به او می دهند، و بعد فوت او به وارث او می دهند. و به این نواده او نمی دهند. و هر گاه قرینه باشد که مراد او از اولاد اعلم از صلبی و ولد باشد، و بعد از فوت او صاحب اکملیت نوه

او باشد و این نوه در حین وصیت بوده، به او می دهند. و اینها در وقتی است که آن کتابها زاید بر ثلث مال او نباشد. والا، به قدر ثلث صحیح است و در زاید موقوف است به اجازه ورثه. و هر گاه میان اولاد او کاملی نبوده و قرینه هم بر اراده نواده نبوده، میان همه وراثت قسمت می شود.

۱۴۰: سؤال:

۱۴۰: سؤال: زید در حین سفر مکه معظمه وصیتنامه نوشت که عمرو و بکر را وصی شرعی خود کردم که اگر من حج نکرده فوت شدم حجه از برای من از بلد بگیرند. و بعد از ادای دیونی که اخیانا به ثبوت برسد، پنجاه تومان از مال من وضع نموده فلان قدر معین را ستیجار صوم و صلوات و تلاوت قرآن، و فلان قدر را به رد مظالم بدهند. و قدری را هم مدت پنج سال معامله نموده و ربح آن را در عیدهای غدیر به فقرا ی سادات بدهند. و در سال پنجم مجموع را به آنها بدهند. و آنچه باقی مال است کما فرض الله قسمت کنند. و حصه صغار را ضبط کنند تا زمان رشد و اگر صلاح دانند معامله کنند که ربی برای آنها حاصل شود. و مجموع اینها به نظارت و اطلاع ولید باشد). و اتفاق افتاد که زید صحیحا سالما با ادای حج معاودت کرد، و تا دو سال دیگر هم در حیات بود. در اوقات این دو سال بعضی وصیتهای دیگر به خالد می کند که بعد وفات او به عمل آورد، و می گوید (وصیتنامه برای تو می نویسم)، و دو سه نفر از رجال و نسا هم اعتراف او را به وصیت و وعده وصیتنامه نوشتن شنیده باشند، و لکن بعد از فوت او اثری از کاغذ موعود در میان متروکات او نیست. و وصیتنامه اول موجود است. آیا به سبب این (وصیت کردن به خالد) و وعده نوشتن وصیتنامه، وصایت عمرو و بکر بر هم می خورد یا نه؟ و بر فرضی که بر هم نخورد، لکن یکی از آنها غایب باشد و دیگری حاضر، آیا غیبت احدهما باعث بطلان وصیت یا جواز تاخیر عمل به مقتضای وصیت تا آمدن شریک هر چند ضرر حاصل شود، می شود؟ یا نه بلکه جایز است - یا واجب است - که منفردا عمل کند به نظارت ولید؟ و آیا هر گاه در صورت جواز انفراد و عدم انتظار، عاجز باشد از اتمام وصیت به تنهایی، این معنی موجب انفساخ وصیت یا جواز رد آن، می شود یا نه؟

جواب:

جواب: بعد از ثبوت وصیت حین سفر به مکه معظمه و وصایت آن دو نفر وصی به حجت شرعی یا به حصول علم از قرائن به جهت اوصیا، (۱) لازم است عمل به مقتضای آن از ..

ص: ۲۸۳

برای اوصیا هر گاه در حین حیات قبول کرده باشند،^(۱) یا بعد وفات مطلع شوند.^(۲) و ظاهر این است که وصایت آنها در امور مزبوره به سبب ادارک حج - که عدم آن موهم شرطیت است - در آنها بر هم نمی خورد. و در کیفیت ادای وصیت ملاحظه خروج پنجاه تومان از ثلث مال، در غیر آنچه از اصل [مال] خارج می شود (مثل رد مظالم) باید بشود^(۳) و به منزله آن است (إجازة من له الإجازة) در زاید بر ثلث. و محض وصیت کردن به شخص دیگر در بعض امور، عزل اوصیای سابقه لازم نمی آید. و هم چنین به سبب اعتراف به وصیت کردن و وعده وصیتنامه نوشتن، عزل آنها و وصی بودن این شخص ثالث منفردا، بر نمی آید. و هر گاه مراد سائل اعتراف به وصایت باشد نه خصوص وصیت معینه به بعض اشیاء، در وقتی مضر است به وصایت اوصیای سابقه که وصی بودن این شخص ثالث در جمیع امور ظاهر شود بدون شرکت آنها. و این معنی از عبارت مستفاد نمی شود. زیرا شاید مراد او این باشد که این شخص هم ثالث اوصیا باشد. پس بر این شخص هم لازم است (بعد ثبوت وصیت) که عمل به و مقتضای مامور به خود بکند هر گاه قبول وصیت کرده یا قبول بر او لازم شده بر نهجی که سابق اشاره به آن شد.^(۴)

و به سبب غایب بودن احد وصیین وصایت حاضر بر هم نمی خورد. بلکه در آن تفصیلی هست. و آن این است که هر گاه هر دو را وصی کرده به شرط اجتماع، یا اطلاق کرده و قید اجتماع و انفراد نکرده (چنانکه ظاهر سؤال و عبارت وصیتنامهچه هم این است) پس در این دو صورت - یعنی شرط اجتماع، و صورت اطلاق - هر دو باید مراعات اجتماع رأی را بکنند. و (در صورت اول اتفاقا، و در ثانی علی الاظهر) هیچ یک منفردا نمی توانند امری را به جای آورد. مگر در بعضی ضروریات، مثل نفقه یتیم و تعمیر مسکن مشرف به انهدام، که تأخیر به سبب اجتماع رأی موجب ضرر یا عسر شدید شود. و اما در صور عجز بالمره یا موت یا جنون یا غیبت بعیده احدهما، اظهر این است که حاکم باید دیگری را با آن حاضر شریک کند تا حسب الممكن با مقتضای وصیت (کهد).

ص: ۲۸۴

۱- میرزا(ره) و اکثر اصحاب تنها در این دو صورت وصایت را «لازم» می دانند.

۲- میرزا(ره) و اکثر اصحاب تنها در این دو صورت وصایت را «لازم» می دانند.

۳- در نسخه: باید ثابت بشود.

۴- مراد همان لزوم وصایت در دو صورت است که در پی نویسی دوم همین مساله گفته شد.

عدم انفراد وصی است) عمل کرده شود. و انتظار حضور آن غایب را نباید کشید، خصوصاً با حصول ضرر به سبب انتظار، و هر گاه با وجود ضم دیگری به این شخص حاضر هم عجزی از برای حاضر به سبب عدم تمکن بر اتمام، حاصل شود که این شخص ضمیمه [شده از طرف] حاکم هم وفا به بیش از حصه خود نمی کند، باز هم حاکم باید معینی از، برای این حاضر تعیین کند. و به سبب عجز او از بعض بلکه از کل نیز رد وصیت نمی تواند کرد. اینها همه در وقتی است که اصل وصیت و وصایت ثابت باشد. و محض کاغذ وصیتنامه حجت شرعیه نیست. و بر فرض عدم ثبوت، و عدم جد، ولایت در وصایت با حاکم شرع است، آنچه صلاح داند چنان می کند. و با عدم تمکن از حاکم شرع ثقات مؤمنین متوجه امور ایتام می شوند. و هم چنین است امر در وصیت ثابته قطع نظر از تعلق به ایتام.

۱۴۱: سؤال:

۱۴۱: سؤال: شخصی در این اوقات متوفی شده. چند یوم قبل از وفات وصیت به دیون چند کرده. از روز وصیت تا زمان فوت این قدر زمان گذشته که امکان ادا بود. و ارباب دیون هم از جمله اشخاصی می باشند که امکان ادای حق ایشان متصور است. یعنی مثل طفل و مسجد نیستند. و به حسب العاده ارا نمودن همچو ارباب دیون، کمال اشکال دارد، و وصیی مزبور علم دارد که موصی ادای دیون ننموده. و علم شرعی هست که ارباب دیون هم ابرا ننوده اند. آیا وصی می تواند بدون قسم استظهاری ادای دیون موصی نماید؟ یا محتاج به قسم است؟ و چنانچه محتاج به قسم باشد احدی را در این ولا صلاح داند مرخص فرماید تا طی دعوی شود. رسیدن خدمت حاکم شرع صعوبتی دارد. در اینجا خدمت عالی جناب مقدس القاب آقا سید باقر اظهار شد در خصوص دیون، فرمودند که اگر وصی قطع به عدم ادا و عدم ابرا داشته باشد، بدون قسم استظهاری می تواند ادای دیون نماید. و موصی وصیت به ثلث هم نکرده. و صغیر هم دارد. آنچه رأی عالی قرار یابد مقرر فرماید. و اگر میت کسی را وصی اطفال صغار نکرده باشد مؤمنین می توانند چند نفر را که متدین میدانند تعیین نمایند که متوجه صغار و اموال ایشان باشند و اموال صغار را به نحوی که غبطه و مصلحت صغار دانند تصرف نمایند. این راهم مقرر فرمایند.

جواب:

جواب: آنچه عالی جناب قدسی انتساب محامد اکتساب علامی فرزند نور العیون آقا سید باقر حرسه الله تعالی فرموده محض حق و صواب است. و در صورتی که وصی قاطع

باشد به اشتغال ذمه وعدم ابرا الی الحین می تواند بدون قسم، بدهد. ولکن فرض حصول علم در صورت مسأله نادر است. و به هر حال چون اصل مسأله نفس الامری است و قطع نظر از مناقض و منازع است، در میانه خود و خدای هم حاکم و هم وصی و هم مقاص همگی با حصول علم به بقا در ذمه وعدم وفای میت وعدم ابرا غرما بدون قسم استیفای حق جایز است. و در باب ولایت صغار و تفویض امر آنها به احدی، حقیر عالی جناب سابق الالقاب را ثقه و معتمد و بصیر میدانم، آنچه مصلحت دانند چنان کنند. و در سؤال سائل بعضی قیود هست. از جمله این که (علم شرعی هست که ارباب دیون او ابرا ننموده اند)، [که] مظنه خلط و اشتباه هست. لهذا اعلام می نمایم که: باید دانست که علمی که در اینجا کافی میدانیم در سقوط قسم، علم جز میقطعی است، نه از باب علم شهود که غالباً مناط آن استصحاب است. والا بایست که اکتفا به بینة بشود. بلکه در این مقام ما اکتفا به علم حاکمی که از راه استصحاب باشد هم نمی کنیم. به هر حال هر گاه علم قطعی از برای حاکم یا وصی یا مقاص باشد، بدون قسم استظهاری می تواند وفا کرد. والا، فلا. و استصحاب شغل ذمه که مزیل آن معلوم نباشد (محتمل است که مراد سائل در علم شرعی آن باشد) کافی نیست. والله العالم.

۱۴۲: سؤال:

۱۴۲: سؤال: هر گاه کسی تعیین وصی و ناظری نموده باشد، با وجود وصی عمل ناظر مطلق، چه خواهد بود که به نظارت عمل نموده مؤاخذ نباشد؟

جواب:

جواب: با وجود وصی، ناظر بدون اذن وصی نمی تواند تصرف کند. مگر این که ناظر هم وصی باشد از جانب موصی.

۱۴۳: سؤال:

۱۴۳: سؤال: زید از قریه خود رفته و در کربلای معلی مجاور شده، و در آنجا شنیده که یکی از اولاد او از عمارت او اعراض نموده و عاریه نشین مردم شده. از کربلای معلی مکتوبی ارسال نموده که (هر یک از اولاد من که از عمارت من اعراض کند خارج المیراث است در آن عمارت). آن ولد عاریه نشین که این سخن را شنیده عازم شده که نقل مکان کند به آن عمارت، پیش از نقل مکان خبر فوت والد را شنیده و در این اوقات نقل مکان نموده به آن عمارت. آیا در این صورت آن ولد به آن ولد به آن مکتوب، خارج المیراث می شود در آن عمارت یا نه؟

جواب:

جواب: هر چند علاوه بر مکتوب همین سائل شنیدن از لفظ پدر را هم نوشته بود و

محض همین مکتوب نیست لکن اظهر این است که این وصیت صحیح نباشد. و آن پسر از آن عمارت محروم نیست. والله العالم.

۱۴۴: سؤال:

۱۴۴: سؤال: هر گاه زید به عمرو بگوید در حضور ورثه که (تو وصی منی). و او قبول کند. وبعد فوت هم ورثه اقرار کنند که تو وصی منی). و او قبول کند. وبعد فوت هم ورثه اقرار کنند که تو وصی پدر مائی. وبعد ورثه انکار کنند و بگویند (اقرار ما برای این بود که تو در امور کفن و دفن وصی ای نه مطلقا). آیا عمرو وصی مطلق است و سخن ورثه مسموع نیست؟ یا وصی است در همانچه که اقرار کرده اند؟ یا اصل وصیت باطل است؟.

جواب:

جواب: هر گاه موصی اکتفا کند به همین لفظ یا (او وصیت الیک) و آنچه به معنی اینها است، وساکت شود، وقرینه نباشد که مراد از وصی در چه چیز است. آن وصیت لغو است چنانکه در کتب علما مذکور است. ودر کفایه نسبت این را داده به علما و گفته است (ففی کلامهم انه لغو). وفخر المحققین در ایضاح گفته است که (خلافی در این نیست). واما آنچه را ورثه اقرار کرده اند: پس شاید در آن مسموع باشد، یعنی همان کفن و دفن. بلی هر گاه بگوید (تو را وصی کردم در امور اطفالم) وساکت شود از کیفیت تصرف در آن، وقرینه هم نباشد، در اینجا علما سه وجه ذکر کرده اند: یکی آن که تصرف می تواند کرد در آنچه مصلحت حال ایشان است، نظر به فهم عرف. وصاحب کفایه این را پسندیده. ودر مسالک تقویت آن کرده بعد از آن که فتوی بوجه ثانی داده. ومؤید این است این که (جمع مضاف) یا (مفرد مضاف) در (امر اولادی) یا (امور والادی) افاده عموم می کند. و هم چنین ظاهر این لفظ این است که تو قائم مقام منی. دوم: آن که حمل می شود بر این که از برای او است محافظت مال اینها خاصه. چون آن یقینی است، ومجمع علیه است. وغیر آن مشکوک فیه است. واین مختار فخر المحققین است. وسوم: این است که باطل است. چون بیان کیفیت تصرف نکرده، وظاهر وجوه اول است: به جهت آن که ذکر کردیم. واضعف وجوه سوم است. و از کلام فخر المحققین ظاهر می شود که این خلاف اجماع ایشان باشد. وبه این سبب این احتمال را ذکر نکرده. و هم چنین علامه در قواعد اکتفا به همان احتمال دوم کرده است.

۱۴۵: سؤال:

۱۴۵: سؤال: هر گاه شخصی در مرض الموت وصیت نموده است، ووصی و وکیل مشخص نموده است که فلان ملک مرا به پسر کبیر من بدهید. وفلان ملک را به رد مظالم بدهید). وبعد حضار مجلس اظهار نموده اند که وصیتی بکن که نفعی برای

خودت داشته باشد. مریض گفته (بعد از آنچه گفته ام، آنچه باقی ماند ثلث آن را سه رسد نمائید، یک را به خمس وزکات و دو ثلث دیگر را به مصرف صوم و صلوات بدهید). و ورثه بعد از فوت امضای مراتب را نموده اند. آیا وصایای مزبوره را در چنین صورتی مرتب دارند در اخراج ثلث که ابتدا به اول فالاول نمایند تا هر قدر که ثلث کفایت نماید؟ یا مجموع را با هم حساب نمایند و از هر یک ثلث بگیرند؟

جواب:

جواب: اولاً ملکی که گفته است به رد مظالم بدهند، تمام آن را به رد مظالم بدهند. و ثلث ثلث باقیمانده را بعد از وضع ملکی که گفته است به رد مظالم بدهند و ملکی که گفته است به پسر بدهند، به مصرف خمس وزکات میسرانند. و چون تعیین مقدار نکرده نصف آن ثلث را به خمس بدهند و نصفی به زکات. باقی می ماند آن ملکی که برای پسر بزرگ وصیت کرده و دو ثلث ثلث باقی که از برای صوم و صلوات وصیت کرده. پس باید ملا حظہ کرد هر گاه قیمت آن ملک و دو ثلث از آن ثلث باقی، مساوی ثلث مجموع مال هست، بعد وضع رد مظالم و خمس وزکات به همان نحو وصیت معمول میدارند و ملک را به پسر بزرگ می دهند و مساوی دو ثلث ثلث باقی را به مصرف صوم و صلوات میسرانند. و هم چنین هر گاه کمتر از ثلث مجموع مال باشد. و هر گاه بیشتر از ثلث مجموع مال باشد. پس هر گاه ورثه اجازه کنند به آن، چنین خواهد بود. و هر گاه ورثه اجازه نکنند مقدم میدارند وصیت ملک را از برای پسر بزرگ. پس هر گاه آن ملک مساوی ثلث است، دیگر چیزی برای صوم و صلوات نمی ماند. و هر گاه کمتر است باز ملک را به پسر بزرگ می دهند بالتمام و تتمه را صرف صوم و صلوات می کنند. و هر گاه بیشتر است به قدر ثلث اصل مال را از ملک به او می دهند و تتمه داخل میراث است. در صورتی که بنا به گرفتن صوم و صلوات شد ظاهر این است که در صورت اطلاق از برای هر سال نماز یک ماه روزه میگیرند. و دور نیست که نماز آیات هم داخل باشد هر گاه از او فوت شده باشد. و اینها که گفته شد مبتنی بر آن است که رد مظالم و خمس وزکات حقیقت است در واجبات این حقوق، و هر گاه از قرائن معلوم شود که وصیت به آنها از راه احتیاط است، آنها هم حکم وصیت خواهند داشت، و از ثلث اعتبار می شوند نه از اصل. والله العالم.

۱۴۶: سؤال:

۱۴۶: سؤال: هر گاه کسی وصیتنامه نوشته باشد در سفری به این مضمون که (ای فلان هر گاه من در این سفر فوت شوم فلان دین مرا ادا کن. و فلان امر مرا چنان کن. و

فلان مال مرا به فلان شخص بده). واز آن سفر صحیح و سالم مراجعت کند، وبعد از چند سال دیگر فوت شود. آیا مجرد آن کاغذ وصیت ثابت می شود یا نه؟ و آیا وصی [را] لازم است عمل کردن به آن یا نه؟

جواب:

جواب: این مسأله مشتمل است بر چند مطلب: اول: این که این وصیت مطلق نیست و مقید است به موت در آن سفر. و چون از سفر برگشته وصیت باطل می شود. دوم: این که وصیت عقدی است از عقود و محتاج است به ایجاب و قبول، و ظاهراً خلافی در لزوم ایجاب نیست، بلکه اجماع بر آن نقل شده. و اما قبول: پس آن نیز فی الجمله ثابت است بدون خلاف ظاهری در امور خاصه. بلی خلاف در امور عامه هست مثل وصیت از برای فقرا، یا از برای جهت عامه مثل صرف در مسجد و امثال آن، که در این محتاج به قبول نیست. چون شخص خاصی نیست و ترجیح احدی از مسلمین یا فقرا برای قبول، ترجیح بلا مرجح است. و این سخن مدفوع است به جواز صدور قبول از حاکم، چنانچه در وقف بر امور عامه. و لکن شهید ثانی در شرح لمعه گفته است که (در اینجا قائلی نیست به لزوم قبول از حاکم). و هر چند ظاهر دعوی ابن زهره اجماع را بر اشتراط قبول، شامل، این موضع هست، لکن با وجود خلاف جمعی و ملاحظه کلام شرح لمعه اعتمادی بر آن اطلاق دعوی باقی نمی ماند. بلی اصل عدم انتقال مال از موصی و ورثه، دلیلی قوی است. و اعتماد به اطلاق آیات و اخبار هم نمی توان کرد. زیرا آنها در خصوص بیان حقیقت وصیت وارد نشده اند که توان اعتماد به اطلاق آنها کرد. و از این جهت است که منکرین اشتراط قبول استدلال به آن نکرده اند. و الحاصل در اینجا دلیلی در مقابل اصل نیست. و نفی قائل در شرح لمعه معارض است به اطلاق دعوی اجماع ابن زهره. و به هر حال شکی نیست که مقارنه ایجاب و قبول در اینجا شرط نیست. بلکه خلاف کرده اند در صحت قبول قبل از موت، و مقتضای اصل، عدم صحت آن است. سوم: آن ظاهر این است که در قبول کافی است آنچه دلالت بر رضا کند، هر چند به لفظ نباشد مثل اخذ و تصرف. و در ایجاب شرط کرده اند که به لفظی باشد که دلالت کند بر مطلوب، مثل این که بگویند که (اوصیت لفلان بكذا) یا (افعلوا بعد وفاتی كذا) خواه به عربی بگویند یا غیر آن. پس هر گاه بگویند (پنجاه تومان بعد از فوت من به زید بدهید) یا (فلانی وصی من است که متوجه اطفال و ادای دیون من باشد) کافی است. و هر گاه لال

باشد یا زبان او بسته شود یا مانعی داشته باشد از سخن گفتن، به اشاره و نوشتن اکتفا می شود، به شرطی که دلالت داشته باشد بر مقصود، چنانچه صحیحی حلی در حکایت امامه (بنت ابی العاص) که مادر او زینب دختر رسول خدا (صلی الله علیه و آله) بود وارد شده که حسنین علیهما السلام در وصیت او اکتفا کردند به اشاره. چون نمی توانست سخن بگوید. (۱) و همچنین روایت سدید از حضرت باقر (علیه السلام) در حکایت وصیت محمد بن حنفیه که زبان او بسته شده بود و آن جناب امر کردند که طشتی را در آن، رمل کردند و امر فرمودند که بنویس. (۲)

و اما هر گاه عاجز نباشد از سخن گفتن، پس اکتفا نمی شود به اشاره و نوشتن. و از ظاهر کلام محقق در نافع ظاهر می شود که اکتفا به اشاره [ای] که دلالت کند بر مقصود و هم چنین کتابتی که دلالت کند بر اراده وصیت، می توان کرد مطلقا، یعنی در غیر حال ضرورت هم. و هم چنین علامه در تذکره احتمال داده است که اشاره و کتابتی که قائم مقام تصریح به لفظ باشد در حصول علم به مراد، کافی باشد. مثل این که بنویسد و بعد بگوید که من قصد کردم به این کتابت وصیت را برای فلان کس. و استدلال کرده اند بر این به این که: صادق است بر آن وصیت عرفا و شرعا و اطلاعات شامل آن است و تایید کرده اند این را به اخباری که نهی کرده اند در آنها از آن که انسان بخوابد بدون این که وصیتنامه او در زیر سر او باشد. (۳)

و این استدلال خالی از اشکال نیست. چنانکه ظاهر می شود از اشکال در بیع معاطات، و امثال آن، و اما احادیث مذکوره: پس در آنها دلالتی بلکه تایید [ی] هم نیست. زیرا که شاید وصیتنامه از برای یاد داشت تفصیل است از برای شهود و غیرهم. چنانکه قباله و وثیقه می نویسند در معاملات بعد از اجرای صیغه صحیحه. پس در اینجا هم مراد وصیت صحیحه جامع شرایط صحت است که تفصیل آن در مکتوب نوشته شده. و شهیدان در لعمه و شرح آن تقیید کرده اند قبول اشاره و کتابت را به صورت عذر، و جایز ندانسته اند از برای قادر. ۷.

ص: ۲۹۰

۱- وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۴۹، ح ۱.

۲- همان مرجع، باب ۴۸، ح ۱.

۳- همان مرجع، باب ۱، ح ۷۵.

و شهید ثانی (ره) گفته است در شرح لمعه (کافی نیست کتابت هر چند بینی نوشتن آن را، یا علم داشته باشی که به خط او است. یا بگوید که این خط من است و من علم دارم به آن. یا این وصیت است پس شما شاهد باشید به این وصیت من. یا مثل این. و به امثال اینها نمی توان شهادت داد بلکه ناچار است از تلفظ به مضمون آن نوشته. یا آن که دیگری آن نوشته را بخواند بر او واو اعتراف کند به مضمون آن. زیرا که شهادت مشروط است به علم و آن در صورت اول حاصل نمی شود.) و گفته است که: اقوی این است که اگر شاهد از برای خود بخواند آن کتاب را بدون آن که به قصد سماع موصی باشد و لکن موصی بعد از قرائت اعتراف کند به این که این وصیت من است، هم کافی است. و در شرح لمعه در دو وضع خلاف ذکر کرده: یکی بعد از آن که گفته است که (یا علم داشته باشی که به خط او است) گفته است (خلافا للشیخ). و مراد او خلاف شیخ است در نهاییه. و عبارت نهاییه این است که (واذا وجدت وصیه بخط المیت ولم یکن اشهد علیها ولا اقربها، کان الورثه بالخیار بین العمل بها و بین ردها و ابطالها، فان عملوا بشیی منها لزمهم العمل بجمیعها). و دوم بعد از آن که گفته است که (شهادت مشروط است به علم و آن در صورت اول حاصل نمی شود) گفته است (خلافا لابن الجنید حیث اکتفی به مع حفظ الشاهد له عنده) یعنی ابن جنید گفته است که کافی است با محافظت کردن شاهد آن مکتوب را نزد خود تا ایمن باشد از تزویر. و این هر دو قول مخالف اصل اند. و دلیل شیخ مکاتبه ابراهیم بن محمد همدانی است (الی ابی الحسن - ع - رجل کتب کتابا بخطه ولم یقل لورثته: هذه وصیتی. ولم یقل: انی قد اوصیت. الا انه کتب کتابا فیه ما اراد ان یوصی به. هل یجب علی ورثته القیام فی الکتاب بخطه ولم یأمرهم بذلك؟. فکتب علیه السلام: ان کان له وولد ینفذون کل شیئ یحدونه فی کتاب ابیهم فی وجه البر و غیره). [۱] این روایت هر چند در فقیه (۲) به سند صحیح است و لکن متن آن خالی از اجمال نیست. و لکن علامه در تذکره علاوه [ای] ذکر کرده که به آن دلالت آن واضح می شود و آن این است (فکتب - ع - : ان کان له ولد ینفذون شیئا منه و جب علیهم ان ینفذوا کل شیئ یحدونه فی کتاب ابیهم). و در تذکره جواب گفته است از آن مجمل به این که ایشان اعتراف کرده باشند به صحت آن، پس باید عمل به همه بکنند. و اما اگر اعتراف به صحت بعض آن بکنند و باقی را انکار کنند واجب نیست عمل در آنچه قبول ندارند. و ممکن است حمل بر این که عمل به بعض ۳.

ص: ۲۹۱

۱- وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۴۸، ح ۲.

۲- فقیه، ۲/۲۷۳.

قرینه است بر صحت باقی، پس الزام می شوند بر عمل به جمیع در ظاهر حکم شرعی، هر چند در نفس الامر برایشان معصیتی نباشد بر ترک آنچه علم ندارند به آن). و در حمل اول باکی نیست هر چند محتاج به تقدیر است و آن خلاف اصل و ظاهر است اما حمل ثانی، پس آن ممنوع است. زیرا که بر فرض اعتراف به صحت بعض، لازم نمی آید اعتراف به جمیع. چه آن که اعتراف به بعض هم ظاهر نیست. و به هر حال این روایت با وجود اضطراب و اجمال و شدوذ قائل به آن، مقاومت با اصل عدم انتقال مال به موصی له، و شهرت عظیمه، نمی کند. و در مقام سخنی دیگر هست. و آن این است که ظاهر روایت بیان ثبوت وصیت و عدم آن است به مکتوب، نه بیان تحقق وصیت به خط و عدم آن. یعنی هر گاه اشکالی نیست که اگر ثابت شود وصیت به این مکتوب وصیت صحیحه قولی، خواهد بود. و لکن اشکال در ثبوت وقوع آن است که آیا به این خط ثابت می شود یا نه. پس ذکر خلاف شیخ در این مقام مناسب نخواهد بود. و در این صورت می توانیم گفت که هر گاه علم بهم رسد از خط موصی [بر] این که وصیت قولی به عمل آورده، کافی است. بخلاف آنجا که جزم کنیم که از نوشتن قصد وصیت کرده. زیرا که مانع ندارد که شارع لفظ را (ناقل) کرده باشد لا غیر، و اعتبار را به تلفیظ کرده باشد. نه به مجرد رضای باطنی. و هم چنین است کلام در ثبوت و کالت و اقرار و غیره به مکتوب.

۱۴۷: سؤال:

۱۴۷: سؤال: هر گاه قدری مال به کسی بسپارد که بعد از وفات او در حال فقر و استیصال ورثه کما فرض الله مابین ایشان قسمت کند و به تدریج حصه هر یک را به قدر احتیاج به او برساند، و هر گاه احتیاج نداشته باشد به فقرای دیگر بدهد. آیا در این صورت مؤتمن چه کند؟ و چه مقدار صبر کند و انتظار فقر ورثه را بکشد؟ و حقوقی که بر آن مال تعلق می گیرد مثل زکات، ادای آن بر کی واجب است؟

جواب:

جواب: هر گاه آن مقدار زاید بر ثلث نیست، وصیت ممضی است، و در زاید بر ثلث موقوف است بر اجازه ورثه. و به شرط موصی عمل می کند و انتظار فقر و حاجت آنها را میکشد. و از کلام موصی بیش از انتظار در مدت حیات وصی مستفاد نمی شود. پس هر گاه ظن موت از برای وصی حاصل شود، باید به مقتضای آن عمل کند، و ظاهر این است که معیار همان حصول ظن است. یعنی نگاه میدارد تا وقتی که مظنه حاصل شود از برای او که من بعد حاجتی از برای وارث بهم نمی رسد به سبب حصول سرمایه

معتد بهی، یا تحصیل کسبی و حرفه ای. و هر گاه این معنی از برای بعضی حاصل شود دون بعضی به قدر سهم آن را که ظاهراً غنی است به فقرا می دهد. و هم چنین هر یک از وارث که محتاج شدند به قدر نصیب او، به او می دهد به تدریج. و اما سؤال از حقوق مالیه: هر گاه وصی علم داشته باشد که خمس یا زکات متعلق به آن مال بوده و الحال هم آن مال باقی است، باید بدهد. و هر گاه علم ندارد خمس در آن واجب نمی شود. و اما زکات، پس هر گاه حصه هیچ یک از وارث به قدر نصاب نیست، به هیچ وجه زکات به آن متعلق نمی شود. و هم چنین است هر گاه به قدر نصاب باشد مادامی که وارث متمکن از تصرف در آن نشده و ملکیت او مستقر نشده به سبب عدم ظهور فقر و حاجت، زکاتی متعلق به آن نمی شود هر چند در دست وصی بماند تا سال بر آن بگذرد، زیرا که شرط است در وجوب زکات، استقرار ملک و تمکن از تصرف و گذشتن سال بر آن (در آنچه حلول سال در آن شرط است) در دست مالک. و مفروض این است که در اینجا نه استقرار ملک حاصل شده و نه تمکن از تصرف.

۱۴۸: سؤال:

۱۴۸: سؤال: شخصی وصیت نموده که (بعد از من طفلی دارم باید خاله ام متوجه شود و وصی من است که مال مرا بعد از من به هر نهج که صرفه صغیر باشد از آن قرار عمل نماید). آیا چنین وصیتی صحیح است یا نه؟ و با وجود وصیت، همین صغیر را خاله مادری می باشد و می گوید که حضانت طفل همشیره ام به من می رسد. در این صورت کدامیک اولی تر است به حضانت و متوجه شدن [به] اموال او؟ و هر گاه هیچ یک [از] اینها قابلیت نداشته باشند (با وجود عدم ولی شرعی) امر صغیر را چه باید کرد؟

جواب:

جواب: وصیت پدر در مال صغیر نافذ است، و باید به مقتضای آن عمل کرد. و اما وصیت در حضانت و محافظت صبی، پس ظاهر این است که منوط به وصیت پدر نیست. و آن حقی است که حق تعالی از برای پدر و مادر در حیات ایشان قرار داده است، و بعد از آن از برای اقارب، و نمی توان آن را به وصیت از برای غیر قرار داد. پس باید دانست که حق حضانت و محافظت بعد از پدر از برای کیست. و چون از ظاهر سؤال معلوم می شود که آن طفل مادر ندارد، حق حضانت و محافظت بعد از پدر از برای کیست. و چون از ظاهر سؤال معلوم می شود که آن طفل مادر ندارد، حق حضانت بعد از فوت پدر و مادر (هر دو) اظهر این است که به اقارب رجوع می شود، الاقرب فالاقرب. یعنی هر کدام میراث می برند از طفل، مقدم است بر آن میراث نمی برد. و در جائی که هر دو میراث می برند باید قرعه کرد. و زیاده تر بودن میراث منشأ تقدم نمی شود. چنانکه در صورت سؤال خاله پدر دارد و خاله مادر. و

همچنین ظاهر می شود که اقرب از آنها ندارد، مثل جد و برادر پس باید قرعه کرد چون هر دوی آنها وارث طفل اند هر چند تفاوت دارند در میراث.

۱۴۹: سؤال:

۱۴۹: سؤال: چنانچه نوشته [ای] به خط میتی بر آید، قطع بهم رسد که این نوشته خط آن میت است. به وصایای او آنچه نوشته باشد می توان عمل کرد؟ و هر گاه شاهد شهادت اجمالی به این مضمون بدهد که (موصی گفت که من در دستک خود چیزی نوشته ام وفلانی را وصی نموده ام) وقرینه ظنی باشد که نوشته همین است، کافی است یا نه؟

جواب:

جواب: اشهر واطهر این است که کتابت، وصیت نیست، هر چند قطع به اراده وصیت حاصل شود. زیرا که می تواند شد که تلفظ به صیغه را مدخلیت در انعقاد آن باشد، مانند نکاح و غیره. هر چند قول به اکتفا به آن - در صورت حصول قطع به آن سبب قرائن قوتی دارد. لکن اول اقوی است. واما ثبوت وصیت به کتابت در صورت حصول قطع به آن، پس آن مسأله دیگر است وظاهر این است که می توان به آن اکتفا کرد. مانند قطع به توکیل به مکتوب کسی.

۱۵۰: سؤال:

۱۵۰: سؤال: شخصی در مرض الموت وجهی را به شخصی هبه نمود. وآن شخص نیز در عوض آن قرار داد نموده که مدت بیست سال صوم وصلات به جهت او استیجار نموده یا خود به عمل آورد. آیا از اصل است یا از ثلث، یا باطل؟ و بر تقدیر صحت، آیا اجرت المثل صوم وصلات داخل ترکه است یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه آن شخص هبه آن ملک را به آن شخص کرد و شرط کرد در ضمن عقد که متهب بعد موت او دو سال عبادت از برای او استیجار کند، یا خود به عمل آورد. ظاهر این است که شرط صحیح است واز باب وصیت می شود و معاوضه ووصیت به جعل واحد به عمل آمده و توجیه صحت معاوضه با وجود این که انتقال عوض به واهب در حال حیات صحیح نیست چون عبادات واجبه به نیابت احیا صحیح نیست این است که استحقاق این عوض در حال حیات به وجهی از وجوه استحقاق، فی الجمله کافی است در معاوضه و چون عبادت کردن متهب ممکن است منتقل شدن آن به واهب به این نحو که وصیت کند که آن را بعد از موت برای او به عمل آورد، یا در حال حیات از برای پدر او بکند و امثال آن، پس گویا گفته است (من ملک را به تو بخشیدم که در عوض آن بیست سال عبادت بکنی وآن بیست سال را از برای خودم بکنی بعد از وفاتم).

و هر گاه به این مواهبه وصیت متحقق شد پس آنهم در ثلث معتبر است. و وارث مستحق بر زاید بر ثلث است از آن عمل مشروط هر گاه اجازه نکند زاید را، و مستحق اجرت المثل نمی شود. بلکه مستحق نفس عمل است که استیجار باشد، یا عمل کردن خود متهب. بلکه حقیقتاً عوض، همان عبادت است و تخییر در طریق وفا به آن است. بلی هر گاه تراضی واقع شود بر اجرت ضرر ندارد و وارث می خواهد آن عمل و استیجار را از برای خود قرار می دهد بعد از موت، یا به دیگری منتقل می کند. و بدان که: هر گاه معین کند که عوض، استیجار بیست سال عبادت باشد و بگوید (یا خود بکن یا استیجار کن) گاه است توهم اشکالی بشود که [در] عوض جهالت بهم می رساند. زیرا که گاه است که وجه اجاره مختلف می شود بعد از موت، پس منشأ بطلان می شود. و آن منافع است به این که عوض هبه حقیقتاً همان عبادت است، و آن خود معین است. پس غرض تحصیل آن عبادت است به هر قیمتی که باشد. و در این جهالتی نیست. با وجود این که در عوض هبه مشروط به عوض، شرط نیست تعیین عوض. بلکه شرط عوض مبهم هم صحیح است و رجوع می شود به عوض المثل. و وصیت راجع می شود به عوض المثل. و اما حقیقت این است که در اینجا هیچ نحو ابهامی نیست. چنانکه گفتیم.

۱۵۱: سؤال:

۱۵۱: سؤال: چون عمرو و اخوان او مدتی خدمت زید را کرده اند، زید وصیت نمود که عوض اجرت ملازمت و حق خدمت، قطعه معینی از سرای زید و قطعه زمینی از ملک مزروعی او را به عمرو و اخوان او واگذارند به جهت آن که ایشان راضی شده اند حقوق خدمت را ابرا نمایند. و بعد از فوت [او] قطعه سرا را به تصرف عمرو داد [اند] و عمرو در آنجا خانه ساخت و چهل سال است که در تصرف دارد. و قطعه زمین مزروعی را به عمرو نداده اند. و الحال بعضی از نواد [ه] های زید متعرض حال عمرو شده که (یا نصف آن سرائی که در این قطعه معینه بنا نموده [ای] به ما واگذار، یا از این مکان بیرون رو) و عمرو می گوید: قطعه زمین مزروعی را هم می خواهم. آیا در این صورت کدامیک تسلط دارند؟.

جواب:

جواب: هر گاه عمرو و اخوان او اجیر باشند، یا این که ایشان را امر کرده باشد و ایشان هم تبرعاً خدمت نکرده اند، در صورت اول ایشان مستحق وجه اجازه اند، و در صورت ثانی مستحق اجرت المثل. پس الحال که وصیت کرد که آن قطعه سرا را و آن قطعه محل

زراعت را به آنها بدهند در عوض حق ایشان، پس اگر قیمت اینها در حین انتقال (که بعد از موت است) زاید بر اجرت یا اجرت المثل نیست، ایشان مستحق [هر] دو قطعه می شوند. و هر گاه قیمت آنها بیشتر باشد از حق آنها، پس اگر زیادتی قیمت زاید بر ثلث مال موصی نیست، باز مستحق تمام دو قطعه هستند. و اظهر این است قبض موصی له شرط در تملک نیست. و اگر زاید بر ثلث باشد و ورثه امضا نکنند، به قدر حق آنها از اجرت به قیمت ما بعد موت از آن دو قطعه، مال طلبکارها است، هر چند قیمت نکرده باشند آنها را در حین ادا و چون تملک را در وصیت مشروط به قبض نمودیم، از آن قطعه که به قبض آنها در نیامده به قدر متهم اجرت مستحق هستند و مطالبه می کنند، هر چند وارث تواند زاید از حق آنها را در صورت عدم وفای به آنها ندهد. پس در این صورت مساوی اجرت خود را با آنچه ثلث وفا بکند به آن از مقدار زاید بر اجرت، به آنها می دهند. و تتمه مال وراثت است. و هر گاه آن دو قطعه کمتر از اجرت آنها باشد و تراضی بر همان واقع نشود، باقیمانده اجرت را مستحق اند که از مال موصی بگیرند. ولیکن چون مفروض سؤال این است که تراضی واقع شده ماتفصیل را بر آن فرض قرار داده ایم.

۱۵۲: سؤال:

۱۵۲: سؤال: چه می فرمایند در باب این مسأله که شخصی وصیت نموده که فلان ملک مرا به زوجه ام بدهید. و حال قیمت آن ملک صد تومان است، و مهر متعارف این سرزمین جزئی است. و موصی در وصیت گفته است که این ملک را به جای مهر و قرض او بدهید که من قرضدار زوجه ام هستم. ورثه دیگر می گویند که به زوجه قرضدار نیست از راه این که ورثه دیگر را محروم کند این وصیت را کرده است. محض الله صورت شرعی آن را بیان فرمائید.

جواب:

جواب: این سخن موصی مشتمل است بر اقرار به اشتغال ذمه [به] مساوی قیمت این ملک از برای زوجه از بابت حق الصداق و دین. و بر وصیت به این که این ملک خاص را بدهند در عوض طلب. اما اقرار: پس اگر در حال غیر مرض موت است، پس از اصل مال بیرون می رود. و اگر در حال مرض موت است، پس اگر متهم نیست به قصد حرمان ورثه، آن نیز چنین است علی الاظهر. و اگر متهم است پس اگر بعد وضع مهر زاید بر ثلث می شود، اعتبار ندارد در زاید، مگر به اجازه وارث. پس اول باید دعوی مهر را طی کرد به مرافعه، خواه قرار گیرد بر مقدار معینه بینه یا غیر آن، و خواه بنابر مهر المثل شود در صورت عجز از اثبات. و بعد از آن ملاحظه باقی قیمت ملک شود نسبت به ثلث بودن یا زاید بر ثلث بودن.

واما حکایت وصیت کردن به دادن این ملک معین: پس آن نیز در ثلث معتبر است (۱) زیرا که چنانکه وارث را حق در آن باقی است که بدون اجازه وارث وصیت زاید بر ثلث جایز نیست، همچنین حق [او] در اعیان ثابت است. پس هر گاه وصیت کند که این عین را در عوض دین من بدهید و دین ثابت باشد و لکن آن عین زاید بر ثلث مال باشد، وارث می تواند گفت که ما به قدر ثلث مال از این عین می دهیم و زاید بر ثلث را از اموال دیگر می دهیم.

۱۵۳: سؤال:

۱۵۳: سؤال: چه می فرمایند که شخصی ملکی برای فروختن و استیجار حج، معین نموده، و به وصی خود تاکید تمام کرده که زود فروخته استیجار حج نماید. وصی سهل انگاری نموده تا فوت شده. و پسرهای موصی خود ملک مزبور را فروخته و به مصرف خود رسانیده اند. آیا شرعا باید ورثه دیگر یا عادل حسبتالله از ایشان گرفته به وصیت عمل نماید و بر فرض جواز، همان قیمت را که پسرها فروخته اند از ایشان بگیرد چند سال است که از فروختن ایشان میگذرد و الحال ملک مزبور به اضعاف مضاعف قیمت بهم رسانیده، هر گاه فروختن ایشان خلاف شرع باشد و بتوان استرداد نمود با تفاوت قیمت، بیان فرمایند.

جواب:

جواب: اظهر این است که به قدر حج میقاتی را موصی مستحق است، خواه ثلث مال آن وفا کند به آن یا نه. و زاید بر اجرت حج میقاتی را از ثلث اعتبار می کنند هر گاه از ثلث مال بر آید، یا وارث امضا کند استیجار می کنند، والا، فلا. و اگر وفا به بعض اجرت [حج] بلدی کند دون بعضی، به همان قدر از مسافت هم حج را استیجار می کنند. و هم چنین وصیت فروختن ملک خاص را هم باز در آن اعتبار ثلث می شود. زیرا که چنانکه وارث بر زاید د ر ثلث قیمت عین مستحق اند هر گاه آن ملک مخصوص زاید بر ثلث مال باشد، وارث را می رسد که بگوید زاید بر ثلث را از جای می دهم و آنچه در مقابل است از ملک برای خود نگاه میداریم. و علی ای تقدیر: در قدری که وصی می تواند فروخت به اذن و نفروخت، و بعد از او وارث فروخته و تصرف کرده (خواه تمام ملک باشد یا بعض آن)، پس چون حاکم شرع -

ص: ۲۹۸

۱- توضیح: یعنی از نظر تعیین، فقط ثلث ملک مذکور مشمول تعیین می شود، و وارث می تواند تعیین کردن موسی را نسبت به دو ثلث آن ملک ردّ کند.

یعنی مجتهد عادل - وصی کسی است که وصی ندارد، ولایتا تصرف با او است. باید به مقتضای وصیت عمل کند. پس اگر مصلحت در امضای بیع است [امضا] می کند، والا فسخ می کند. و در صورت عدم امضا می تواند مطالبه ملک را از بایع کند و می تواند از مشتری مطالبه عین ملک [را] بکند، واجرت المثل ایام تصرف را هم از آن می گیرد. و اگر مشتری جاهل بوده به این که [این] ملک حق غیر است، یا این که عالم بوده ولیکن بایع ادعای اذن وجواز تصرف در آن کرده بوده است، مشتری رجوع می کند به بایع به قیمت ملک که داده است و غرامتی که کشیده از اجرت المثل هر چند استیفای منفعت از آن ملک کرده باشد (علی الاظهر). و هر گاه عالم بوده به غصبیت و خریده است، پس اگر قیمتی که به بایع داده تلف شده، رجوع نمی تواند کرد. هر چند دور نیست که بر بایع واجب باشد رد آن. هر چند از برای مشتری جایز نباشد مطالبه آن. و هر گاه باقی باشد می تواند رجوع کرد. هر گاه حاکم شرع رجوع کرد به بایع و غرامت از او گرفت به استرداد عین یا قیمت و اجرت المثل، پس اگر مشتری عالم بوده به غصبیت، بایع رجوع می کند به او در غرامتی که کشیده به غیر غرامتی که در عوض منافع قبل از بیع، کشیده. و اما قیمتی که مشتری به او داده پس حکم آن همان است که پیش گذشت (که اگر عین آن باقی است پس می گیرد، و اگر تلف شده، نمی تواند مطالبه کند. هر چند دور نیست که بر بایع واجب باشد رد آن) و اگر مشتری جاهل بوده به غصبیت، باز بایع رجوع می کند به غرامتی که کشیده در عوض ایامی که در تصرف مشتری بوده. و اظهر این است که هر گاه قیمتی که می گیرد حاکم از بایع، زاید است بر قیمتی که مشتری به او داده، بایع نمی تواند آن زیادتى را از مشتری بگیرد. چون مشتری مغرور است و دادن آن زیادتى ناشی از فعل او است که غاصب است. چنانکه در صورت سابق که حاکم رجوع می کند بر مشتری، زاید بر ثمن، مشتری رجوع می کند بر غاصب، به سبب مغرور بودن. و هر گاه دسترس به حاکم شرع واقعی نباشد، عدم مومنین حسبتا این کار را می کنند. و اما حکایت زیاد شدن قیمت ملک الحال: پس ظاهر این است که آن زیادتى مال موصی است و به وارث بر نمی گردد. چنانکه اجرت المثل تصرف مال او بود. پس هر چند الحال این ملک زاید بر ثلث باشد، امضای وارث شرط نیست. پس ملک را

می فروشند واستیجار حجه می کنند، وزیادتی آن را صرف خیرات ومبرات می کنند برای او. ودور نیست که اکمل افراد را ملاحظه کنند چون اشخاص مستأجرین متفاوتند وگاه است وفا کند قیمت به اکمل افراد، وحسب المقدور عمل به مقتضای وصیت شده باشد. به این معنی که اجرت المثل اکمل اشخاص را وضع کنند برای حجه، نه این که زاید از اجرت المثل اکمل اشخاص را به او بدهند. مگر آن که زاید بر اجرت المثل از باب سایر خیرات ومبرات باشد هر گاه آن شخص اکمل، مستحق تصدق وصله باشد که افضل از سایر خیرات باشد. والا باید در خیرات هم اصلح به حال میت را منظور داشت.

۱۵۴: سؤال:

۱۵۴: سؤال: اوصی زید بمرزعه مخصوصه من ماله لاجل المبرات لنفسه، ثم آجرها باولاده اجاره محاباتیة الى ثلاثين عاما مرض الموت. بمعنى ارتفاع ثلاثين من محصولها من شتوی وصیفی، وشرط فی ضمن العقدان یكون خيار الفسخ لوصیه حین الممات فهل یصح هذه الوصیه والاجاره والشرط ام لا؟

جواب:

جواب: لا یحضرنی فی کلام الاصحاب تصریح بهذه المسأله الان. نعم قال العلامة فی القواعد: ولو اوصی له بسکنی دار سنه ثم آجرها سنه، لم ینفسخ، فان مات فالاقرب ان له سنه کامله بعد اتقضا مده الاجاره). وهو مناسب لهذه المسأله، وتحقیق المقام یستدعی رسم مباحث. الاول: ان الوصیه من العقود الجائزه من الطرفين، یجوز للموصی الرجوع فیها، سوا کان الوصیه بالمال او بالولایه. ویتحقق الرجوع اما بصریح اللفظ مثل (فسخت) و (رجعت)، او بفعل ما ینافیها کالبیع والعق و الهبه مع القبض او بدونه (وان لم یثبت الملك للمتهب بدونه) والوصیه بالبیع، ونحو ذلك، او بالشروع فی مقدمات ذلك الفعل کالعرض للبیع، ومجرد الايجاب فی الرهن والهبه. وبالجمله، كلما دل على الفسخ صریحا، او ظاهرا، او مع القرینه. واما مثل تزویج العبد والامه واجارتها وختانها و تعلیمها ووطؤها مع العزل فلیس برجوع. وبدونه دلیل على قصد الرجوع لانه من باب التسریر. الثانی: ان منجزات المریض ومعاملاته المحاباتیة یمضی من الاصل (على الاظهر). الا- الاقرار فی المتهم بحرمان الوارث، فمن الثلث. الثالث: انه لا بد فی الاجاره (اذا کان تعیین المنفعه بالمده) تعیین المده. فمثل تقديرها بقدم الحاج او ارتفاع المحصول ونحو ذلك، لا ینفع. ویبطل الاجاره بسبب

الجهالة. وظاهر التذكرة انه اجماع العلما. الرابع: انه لا تحديد فيجوز بلحظه وبالف سنة وباكثر، وان كان في حال المرض. نظرا الى الاستصحاب، سيما مع القول بعدم البطالين بالموت كما هو الاظهر. والظاهر انه لاخلاف فيه بين الاصحاب. وادعى في التذكرة اجماع علمائنا. الخامس: كما يجوز الوصيه بالعين، يجوز بالمنفعه ايضا مادام عمر الموصى له، او مادام بقا العين، او في مده معينه مع اعتبار الثلث في الجميع. وفي كيفيه معرفته تفصيل مذكور في محله ليس هنا مقام ذكره. اذا تمهد هذا فلنرجع الى الكلام في المسأله فنخص البحث اولا بما ذكره العلامة ثم نتكلم في اصل المسأله. فنقول: لو اوصى لاحد بسكنى داره سنة ثم آجرها سنة لم يفسخ، اى الوصيه. اذا الاجاره ليست مما يدل على الفسخ بل يجمع الوصيه كما ذكره في اجاره العبد والامه الموصى بهما. لكن ان مات ولما يتم مده الاجاره، فهل يبطل الوصيه؟ ام لا بل يصح ويستأنف سنة جديده للموصى له بعد انقضا مده الاجاره؟ فيه وجهان. اختار ثانيهما العلامة وولده في الايضاح مستدلا بان الموصى له مستحق لمنفعه سنة و لم يمكن ابطال الاجاره فكان له بعدها، ولان الوصيه تناول سنة مطلقة وانما اوجبا السنه الاولى مبادره الى توفيه حقه فاذا منع مانع، اعطى سنة غيرها. بخلاف الاجاره فانها تقتضى الاتصال بالعقد والابطال، لعدم تعيين مبدئها، هذا خلف. ولانه لا منافاه بين الاجاره المعينه والوصيه المطلقة فلايدل على الرجوع، والاصل عدمه. واستدل للوجه الاول باقتضا اطلاق الوصيه سنة متصله بالموت. ولهذا وجب على الوراث تسليمها اليه بعد الموت على الفور مع عدم المانع، ولا يتخير السنه بعينها(١) وهى قد استحققت لغيره، فيبطل. قال: والاصح الاول(٢) ونمنع اقتضا الوصيه السنه الاولى بعينها. فعلى الوجه الثانى لو انقضت مده الاجاره قبل انقضا سنة من يوم الموت، فمنفعه بقيه السنه للموصى له. ويبطل الوصيه فى ما مضى. وان انقضت بعد سنة من يوم الموت، بطل الوصيه. لان الوصيه تناول منفعه السنه الاولى فاذا صرفت الى غيره بطلت الوصيه.

ص: ٣٠١

-
- ١- و فى النسخه: سنة بعينها - و فى الايضاح نسخه كوشانيور: سنة تعيينها.
 - ٢- اى: قال الفخر: و الاصح الاول - و مراده من الاول، الاول فى كلامه، الذى هو الوجه الثانى فى كلام المصنف، و هو عدم البطالين.

قال: وهذا الاحتمال ضعيف. ويتفرع على الوجهين انه لو لم يكن آجرها الموصى ولم يسلم الوارث الى الموصى له بلا عذر ومضت سنه، فعلى الوجه الاول يسلم الى الموصى له سنه اخرى، وعلى الوجه الثانى يغرم الوارث بمنفعه السنه. واصل المسأله مبنى على ان الاجاره لا تبطل بموت الموجر، وهو المختار عند المصنف وعندى. انتهى كلامه (ره). اقول: وحاصل المسأله: انه لو حصل وصيه بمنفعه عين فى سنه لاحد واجاره لهذه العين المشخصه مع تقديم الوصيه على الاجاره، فالاجاره صحيحه ولا يضربها الموت فى اثنا المده، على الاظهر. وكذلك لا ينافى الاجاره الوصيه ولا يوجب فسخ الوصيه (كالبيع و الهبه). لكنه هل يبقى الوصيه بحالها ان مات قبل انقضا مده الاجاره ام لا؟ فيه وجهان مبيان على ان الوصيه بمنفعه سنه مطلقه، هل ينصرف الى عام اول الموت؟ او مطلق يجوز للوارث تسليمها فى اى عام؟. فعلى الاول: فهل يبطل اثره بترك الفور او يجوز الاتيان به فى السنوات الاتيه وان عصى بالتأخير. والتحقيق فى المسأله مختارهما (ره) من عدم الفوريه. اذ المطلق لا يدل على المقيد. فلا بد من الوفا بمقتضى الاجاره اولاسوا كان تعيين مبدأ مدتها بسبب الا طلاق وانصرافه الى حين صدور الصيغه كما هو الاظهر الاشهر او بتعيين الموجر. واما ما ذكره للوجه الثانى من بطلان الوصيه لو لم يصادف حين الموت من وجوب فى الفور فى العمل بالوصيه، فغايتة تسليم الفوريه، وهو لا- يستلزم انتفا الوجوب فى الا- الثانى. والتحقيق منع الفوريه. فينبغى تقديم الاجاره وتتميمها، ثم العمل على مقتضى الوصيه. وفروع المسأله واضحه. والذى كان ينبغى التعرض له (ما لو صرح فى الوصيه بالسنة الاولى بعد الموت). وبعد تحقيق الكلام فيه يظهر الكلام فى اصل المسأله التى سئل عنها. فنقول: اذا اوصى بمنفعه عقار لزيد سنه من حين موته، ثم آجرها بسنه، واتفق الموت قبل اتمام مده الاجاره: فالذى يظهر لى بطلان الاجاره فى تتمه المده. كما لو تلف العين المستاجر فى اثنا المده، او تعذر الانتفاع بها راسا. فان الموت قبل انقضا المده كاشفه عن عدم كونه مالكا لهذه المنفعه حين الاجاره. ولا- ينافى ذلك ما ذكر نافي المقدمات من عدم منافات الاجاره للوصيه، بل ذلك يحقق ما نحن فيه. اذا معنى قولهم (ان الاجاره لا- ينافى الوصيه) ان الوصيه باقيه بحالها وليس [ت] من باب البيع والهبه والعتق. فكون مقتضى ذلك بقا الوصيه معناه لزوم العمل بالوصيه. ومع العمل بها لا يكن

بقا الجاره بحالها فى تمام المده. لانها اجاره فى مال الغير فى نفس الامر. فعليه الامر تعارض السبين، ولا دليل على تقديم مقتضى الاجاره، سيما مع ظنه بقاء الى زمان انقضا الاجاره ان فرض (١) موته فى اثنائها بغته. ومقتضى الجمع بين الدليلين والعمل بمقتضى السبين تصحيح الاجاره الى زمان الموت وابطالها ما بعد الموت، الامع اجاره الموصى له لتمامها. ان قلنا بعدم اشتراط وجود المميز حين العقد فى الفضولى، كما هو الاقوى. (٢)

وهذا مع امكان الاجاره، وقد لا يمكن الاجاره. كما لو اوصى ببيعه بعد الموت وصرفه فى استيجار العبادات. اذ لم يمكن للموصى الاجاره بوجه من الوجوه. وايضا: هذا من قبيل اجاره الولي مال الصغير فى زمان لا يعلم حصول البلوغ فى اثنائه. فانهم ذكروا: انه لو آجر الولي فى زمان يحصل القطع ببلوغه بالسن قبل انقضائها - كمالو آجر ملك من له عشر سنين، فى عشرين سنه - فيبطل فى الزايد، فيحصل خيار التبعض فى الباقي. واما لو آجره فى زمان لا يقطع ببلوغه قبل اتمامه بالسن، لكن يحتمل حصوله فى اثنائه بالانبات، او الاحتمال، فالاصل [ان] الاجاره صحيحه فى ظاهر الحال. نظر الى الاستصحاب. واما استمرارها بعد البلوغ: ففيه وجهان. فعن الشيخ فى الخلاف انها تبقى بحالها. لانه تصرف من الولي على وجه المصلحه، فيلزم ويستصحب اللزوم. كمالو زوجه ثم بلغ، اوباع داره كذلك. والوجه الثانى انفساخها فى الزائد، قال فى التذكرة: (وهو المعتمد عندنا، الا ان يجيز الصبي بعد البلوغ فيلزم. لا نأبينا انه قد زاد على مده ولايته وقد تصرف فى منافع لا يملك التصرف فيها ولا ولايه عليه فيها، شبيه ما اذا عقد عليه بعد البلوغ) وحينئذ نقول: ان زمان الاجاره فى المثال مما يمكن حصول الموت قبل انقضائها، ويكون الموت كاشفا عن عدم تسلطه على منفعه فى هذا الزمان لاجل الوصيه. فيصح قبل الموت دون ما بعده، وان كان (٣) الموصى به منفعه العين مادامت باقيه. فلا يمكن استيفا مده الاجاره مما بقى بعد الموت. وليس هذا من باب انتقال المال الى الوارث (حيث لا ينافى بقا الاجاره على الاصح فينقل العين الى الوارث ويبقى الاجاره بحالها). بخلاف مالو اوصى بمنفعه السنه ..

ص: ٣٠٣

١- و فى النسخه و ان فرض.

٢- راجع المساله المشروحه المفصله «البيع الفضولى» ي اواخر كتاب التجاره من المجلد الثانى.

٣- فى النسخه: فان كان...

الاولى وما بعدها. فان الموصى [به] ليس من مال الوارث. اذا عرفت هذا فترجع الى اصل المسأله وهو الوصيه بالعين. وهي هنا ايضا لا بد من التفصيل: فان كان الوصيه بنقل الملك الى غير حين الموت، فهو لا ينافى صحه الاجاره، فانه يصح وصيه العين لاحد وايجارها لآخر، مع موته قبل الانقضاء. لجواز الجمع بين الحقين. امالو اوصى ببيع الملك بعد الموت وصرفه فى استيجار الصوم والصلوه حيث يعلم ان مراده ذلك، فلا- خصوصا ان طال مده الاجاره ولم يكن للخاليه عن المنافع قيمه بعثدها. واما شرط خيار فسخ الوصى فى ضمن عقد الاجاره: فهو ان كان يوهم بطلان الاجاره من اصلها (لجهاله الشرط بسبب جهاله وقت الموت. وجهاله الشرط مستلزمه الفساد العقد) ولكنه ليس كذلك. اما اولاً: فلاحتمال تطرق الاشكال فى ضرر الجهاله فى الشرط فى المعاملات المحاباتيّه - كما هو مورد السؤال - لادن دليله اما الاجماع، او لزوم السفه. و كلاهما [ممنوع] فى محل المحاباتيّات. واما ثانياً: فلان الظاهر ان الموصى حسب ان الاجاره لازم من قبله ولا يصح جعل الخيار لنفسه لكونه ميتاً، ح. فجعل الخيار للموصى. و مراده من ذلك التحرز عن عدم تاثير الوصيه وامضائها حين الموت بسبب عقد الاجاره اللازمه من باب الحيله الشرعيه، ولم يفهم انه لا حاجه الى ذلك فى مثل مالوكان مراده فى الوصيه ان يصرف العين الموصى بها ببيعها بقيمتها الواقعيه فى السنه الاولى فى ما اوصى له. يعنى عدم سقوط ما ينزل قيمتها بسبب بقا مده الاجاره. ومثل مالو اوصى بمنفعتها فى السنه الاولى وما بعدها لبطالانها بالذات بسبب الموت ح. فليس لاحدان يقول: شرط الفسخ معناه ان له الخيار فى الفسخ وعدمه، وهذا قرينه على عدم ارادته بيعه فى السنه الاولى حتى ينافى بقا الاجاره. فمقتضى ذلك انه لو لم يفسخ تبقى الاجاره بحالها. ومقتضى عدم منافات الاجاره للوصيه ابقا الاجاره بحالها الى تمام مدتها. لا نأقول: معنى هذا الشرط انه ليس للمستاجر دعوى بقا الاجاره ولزومها له، بل الامر للموصى له. لا بمعنى انه مختار فى الفسخ والابقا. بل بمعنى انه ليس للمستاجر حق فيها، وان كان يجب على الوصى البيع. والحاصل: ان المراد انه ليس هناك اجاره و الامر بيد الوصى بعمل بمقتضى الوصيه، لا ان يكون اجاره ولكن الخيره بيد الوصى فى ابقائها وفسخها. فتأمل جدا تعرف المراد. وكيف كان فهذا الشرط لغو وجوده

كعدمه لامحل له هنا. لا انه يمكن الشرط الصحيح ولكن [هو جعله] على الوجه الفاسد، بل هو راجع الى تحصيل الحاصل وهو محال. وهذا كله مع تقدم الوصيه على الاجاره. واما مع تقديم الاجاره فلا يصح الوصيه بماينا فيها، الامع اجازة المستاجر، بنا على صحة الفضولي فيها (كما هو الاظهر). وهذا كله مع تعيين مده الاجاره بالشهور والايام. واما تفسير (السنوات) برفع ثلثين محصولا: فهو باطل للجهراله، كقدوم الحاج ورواح القافله. لاختلاف رفع المحصول بسبب حراره الهوى و برودتها، وحصول الموانع من الحصاد والجذاذ وغير ذلك. فهو تفسير مجهول بمجهول، وبجهالته يبطل العقد.

۱۵۵: سؤال:

۱۵۵: سؤال: شخصی دیگر در کربلا فوت شده، و وارثی چند در وطن داشته، شخص مزبور در سه يوم قبل از فوت وصیتی کرده و به جهت هر يك از وارث خود مالی مشخص و معینی [را] وصیت کرده. و یکی از اولاد آن شخص متوفی، پانزده ساعت قبل از او فوت شد. آیا آن مالی را که به جهت آن پسر متوفی وصیت کرده بود به آن پسر متوفی می رسد که به وارث آن پسر متوفی بدهند؟ یا آن که چون پانزده ساعت قبل [از پدر] فوت شده به آن چیزی از وصیت نمی رسد و مال سایر ورثه است؟ و هم چنین آیا از برای این پسر متوفی شده، حصه از مال پدر متوفی می باشد یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه موصی وصیتی کرده از برای احد وراث، وقرینه نباشد بر این که مقصود همان فرزند باشد نه اولاد او، و آن وارث قبل از موصی بمیرد، و موصی هم از وصیت خود رجوع [ن] کرده بود، آن موصی به، منتقل می شود به وارث آن موصی له هر گاه وارث خاصی دارد. چنانکه حق قبول هم منتقل به او می شود، علی الاظهر الاظهر. واما سؤال از میراث بردن آن ولد متوفی از آن اموال، پس آن وجهی ندارد و میراث بردن مشروط است به حیات وارث بعد از موت مورث. والله العالم.

۱۵۶: سؤال:

۱۵۶: سؤال: ضعیفه [ای] مثلا خود را مستطیعه دانسته تدارک سفر مکه را مهیا کرده و به سفر مکه مشرف شد. و در آن وقت وصیتنامه نوشت به این مضمون که حاکم شرع را وصی نموده و برادر و شوهر خود را ناظر قرار داده. و وصیت کرده به این که (سیصد تومان از مال من به فقرای عوام و سادات بالسویه باید برسد. و اگر به مکه نرسیدم حجه از برای من گرفته شود. و تتمه را، ثلث آن را سی سال صوم و صلوات از برای من بگیرند، و نعش مرا به نجف ببرند، و تتمه ثلث را به فقرا برسانند، و باقی مال وارث است).

ص: ۳۰۵

آن ضعیفه به سفر مکه که رفت مشرف شد و برگشت. وبعد از دو سه ماه که گذشت بنای او چنین شد که دو طاق آب و ملک در دو قنات داشت یکی دایر و یکی بایر، که قیمت اینها مبلغ سیصد و پنجاه تومان می شود، وقف نموده باشد: به این نحو که مداخل آنها به مصارف فقرا برسد، که تولیت آن تا حیات آن باقی است با خود باشد، وبعد از فوت او با برادر و شوهر او باشد، بعد از فوت آن دو نفر با حاکم شرع باشد. در آن اوقات فی الجمله ناخوشی بهم رسانید و شخص عالمی را طلبید و آن دو طاق آب و ملک را وقف کرد، وصیغه را هم جاری نمود. و از راه احتیاط که مبادا بعد فقیر شود از دو عالم مجتهد این مسأله را تحقیق نمود که (هر گاه دو طاق آب و ملک بیست تومان مثلاً منافع داشته باشد هیجده تومان آن را می تواند حق التولیه از برای خود قرار دهد یا نه)؟ آن دو نفر مجتهد تجویز کرده بودند و از این قرار صیغه را جاری کرده بوده است. و بعد از چند روزی این مسأله را از مجتهد دیگر سؤال کرده بودند آن مجتهد گفته بوده است که (حق التولیه که به این قدر باشد، صحیح نیست). آمده بودند و به آن ضعیفه گفته بودند که (فلان مجتهد حق التوالیه چنینی را صحیح نمی داند. شما راضی هستید که اگر این وقف صحیح نباشد این آب و ملک را به ما ببخشی که بعد از فوت تو ما به مصارف خیرات تو رسانیم)؟. ضعیفه گفت (غرض من این است که این تنخواه به فقرا برسد) و ساکت شد. و در روزی که این دو طاق آب و ملک [را] وقف کردن این وصیت را هم کرد که (ثلث مال مرا به این مصرف برسانید، و جنازه مرا به نجف اشرف برسانید، و سی سال صوم و صلوات از برای من بگیرید، و تتمه ثلث را به فقرا بدهید). و از وصیت سابق هیچ حرف نزده بود. و بعد از چند روزی ضعیفه فوت شد. در این صورت آن وقف صحیح است یا نه؟ و آن وصیت اول با وجود این دخل و تصرفات به جا می ماند یا نه؟ و هر گاه وقف صحیح نباشد به وصیت اول باید عمل کرد یا نه؟ و اگر وقف صحیح باشد در آن یک طاق قنات بایر هم صحیح است یا نه؟

جواب:

جواب: اولاً موصی حاکم شرع [را که] وصی نموده، معلوم نیست. اگر حاکم شرع معینی است خوب است، والا پس وصی تعیین نکرده، و در آن وقت ولایت و اختیار وصایت با حاکم شرع است هر کی [را] او بخواهد او باشد. و ثانیاً مراد از این که (سیصد تومان از مال من باید به فقرای سادات و عوام بالسویه برسد) هم معلوم نیست. هر چند ظاهر این

است که نصف سیصد تومان به طایفه سادات و نصف دیگر به عوام. یعنی حصه هر یک از دو صنف مساوی دیگری باشد هر چند عدد اشخاص هر یک مساوی دیگری نباشد. و همچنین نباید به هر یک از اشخاص هر صنف مساوی باقی اشخاص همان صنف داد. ولکن معلوم نیست که مرا این است که حق هر یک از دو صنف، از حقوق واجبه است، مثل خمس وزکات، یعنی نصف سیصد تومان از باب خمس واجب بدهید به سادات و نصف آن را از باب زکات واجب (یا امثال آن) بدهید؟ که در این صورت از اصل مال وضع می شود (نه [از] خصوص ثلث) مثل حجه الاسلام اگر نمی کرد. و یا این که محض تبرع است؟ پس اگر قرینه بر مراد باشد، باید تبعیت آن کرد. و اگر مراد به هیچ وجه معلوم نباشد، ظاهر این است که قول وارث مسموع باشد. و اگر او هم نداند یا حاضر نباشد یا صغیر باشد، ظاهر این است که حمل بر وصیت تبرعی بشود، از جهت اصل براءت پس بنا بر این از ثلث مال اعتبار می شود. و اما ثلثی که بعد از این وصیت، [وصیت] کرده که به مصرف صوم و صلوات و بردن نعل به نجف برسد، پس آن ناسخ این وصیت نیست. و باید بعد از وضع سیصد تومان از ثلث مال برای فقرای سادات و عوام، اگر چیزی از ثلث باقی ماند صرف صوم و صلوات واجبه شود، و بعد از آن به تبرعات. و هم چنین آنچه در ذکر مقدم است بر غیر آن در مطلق تبرعات. بلکه ظاهر این است که گفته است بعد از وصیت اول (ثلث مال مرا صرف من کنید به آن نهج). و اگر می گفت که (ثلث مرا) یا (ثلثی که متعلق است به من) یا (ثلثی که وصیت من در آن نافذ است)، در این صورت این وصیت دوم رافع لزوم اول می شد، اگر چه رافع صحت آن نبود با امضای وارث. و اما حکایت وقف کردن آن دو طاق آب ناسخ وصیت قبل نمی شود، و آن هم صحیح و ممضی است هر چند یک طاق بایر باشد و نفع بالفعل نداشته، چون قابل تعمیر و آباد کردن است - مثل این که کره اسبی یا گوساله [ای] وقف کرده که بعد از بزرگ شدن انتفاع حاصل می شود. و اما قرار دادن اکثر منافع به جهت حق التولیه خودش، اگر چه در نظر حقیر مشکل است، ولکن چون مفروض این است که به تقلید دو مجتهد کرده، حکم به بطلان آن نمی کنیم هر گاه صیغه خوانده و قصد قبض را هم کرده، و آن گفتگوها که با ضعیفه شده

در باب نقل مخالفت مجتهد ثالث و خواهش کردن هبه از او که بعد از وفات به مصرف خیر او برسانند، با سکوت ضعیفه عیبی به وقف او نمی کند. و نقضی به آن نمی رسد و این تصرفات وقف کردن ملک، و تجدید وصیت، منشا رفع حکم وصیت سابقه نمی شود.

۱۵۷: سؤال:

۱۵۷: سؤال: هر گاه وصیت کند زید به این نحو که (اولاد من در حینی که قسمت اموال من کنند رسدی هم به نبیره من بدهند، و ثلث مال مرا خرج من کنند). آیا نبیره را چه باید داد؟ و ثلث را خرج چه باید کرد؟

جواب:

جواب: اگر لفظ (رسد) در عرف به (حصه) تعبیر می شود مانند (بهره) در عجمی، و (قسط) و (حظ) و (نصیب) در عربی، بیانی از برای آنها در شرع وارد نشده - چنانکه از برای لفظ (جز) و (شیئی) و (سهم) وارد شده - ولکن دور نیست که بگوئیم که در اینجا به قرینه مقام میفهمیم که رسدی مثل رسد یکی از اولاد مراد باشد، اگر ذکور است موافق ذکور و اگر اناث است موافق اناث. بخلاف این که هر گاه بگوئید (بهره ای از مال من، یا نصیبی از مال من از بر این آن نبیره باشد) که در اینجا مبهم است و حکایت قسمت کردن میراث مذکور نیست. و حکم مبهم آن است که در تفسیر آن رجوع به وارث می شود، و اگر وارث هم چیزی نداند یا صغیر باشد، اقل محتمل را می دهند. و در صورت مخالفت، قول وارث مقدم است. و هر گاه موصی له تعیین قدری کند و وارث انکار کند و موصی له بر او دعوی علم کند، تسلط (قسم نفی العلم) ی دارد. که صوم و صلوه مقدم است واجب است حتی بر سیصد تومان هم بنابر این که از باب تبرع باشد و آنچه از وصایای مذکور زاید بر ثلث باشد موقوفست به امضای ورثه و این به جهت این است و به هر حال آنچه قرار یافت که حق نبیره باشد، در ثلث مال معتبر است. و هر گاه زاید بر ثلث باشد موقوف است به امضای وارث. اما این که بعد از آن گفته (ثلث مال مرا خرج من کنید) پس ظاهر این است که اگر چیزی باقی ماند از ثلث بعد وضع رسد نبیره، به خرج او میرسانند. و اگر چیزی نماند، وصیت اخری موقوف است به امضای وارث. و اگر به جای (ثلث مال من) بگوئید (ثلث مرا) یا (ثلثی که متعلق به من است) یا (ثلثی که وصیت من در آن نافذ است خرج من کنید)، اظهر این است که این را مقدم میدانند بر رسد نبیره. و در آن موقوف است (۱) به اجازه وارث. و این در وقتی است که خرجی که باید کرد از باب واجبات مالیه مثل دین و زکات و خمس نباشد، بلکه مثل نماز و روزه واجبه نیز نباشد. والا پس واجبات مالیه مقدم است.

ص: ۳۰۸

بر وصایا مطلق. خواه وصیتی به واجب بدنی باشد یا تبرعی. بلکه خواه وصیت کرده باشد یا نه. و خواه وصیت را در ثلث کرده باشد یا مطلق. و هم چنین واجبات بدنی و تبرعی علی الاظهر. و اشکال در این مقام هست که: هر گاه چند وصیت تبرعی بکند به ترتیب در ذکر، آیا هر گاه اولی مستوعب ثلث باشد وصیت بعد از آن ناسخ آن می شود - بالتام اگر آن هم به قدر ثلث باشد یا به قدری که مساوی آن باشد هر گاه کمتر از ثلث باشد -؟ یا ناسخ نمی شود؟ یا آن که فرقی مابین الفاظ هست؟ فنقول: ان قال (اعطوا زیدا ثلثا، واعطوا عمرو او ثلثا)، فالقاعده تقتضی لزوم العمل بالوصیه الاولى لصحتها ومصادفتها محل النفوذ. كما ورد فی الشریعه (ان وصيته فی الثلث لا یتوقف علی اجازه الوارث). وطرو وصیه اخرى بعدها لایغیر حکمها. كما لوباع ماله من زید ثم باعه من عمرو. لان المفروض ان کل واحد من الجملتين تامه مستقله، ولا ینتظر آخر الکلام. بخلاف ماله قال (اعطوا زیدا وعمروا کذا). ویستفاد ذلک من روایه حمران (۱) ایضا. فلا وجه لکون الجمله الثانيه ناسخه للاولی، ولكن لا ینافی ذلک بقا الجمله الثانيه ایضا علی الصحه، بمقتضی العموم. غایتها کونها مترئزله موقوفه علی امضا الورثه، فان اجازوها لزمت، والا بطلت. وكذلك الکلام لو قال (اعطوا زیدا ثلثا وعمروا ربعا وبکرا سدسا). وكذلك لو قال (اعطوا زیدا نصفًا وعمروا ربعا). بل ولو قال (اعطوا زیدا جمیع المال وعمروا نصفًا او ثلثًا) و هكذا... وكذلك اذا لم يذكر شیئا من الکسور وقال (اعطوا فلانا بقدر نصیب فلان من المیراث - او عشره دانیر) وامثال ذلک. اذ یمکن مطابقتها للکسور بعد الحساب. اما لو قال (اعطوا زیدا ثلثی) او (ثلثی الذی یتعلق بی) او (الثلث الذی ینفذ فی وصیتی) ثم قال (اعطوا عمروا الثلث) بالصفه المذكوره: فیکون الثانيه ناسخه للاولی. لان الثلث الموصوف لیس الا امرا واحدا. فهي بمنزله ان یقول (اعطوا ضیعتی الفلانیه زیدا) ثم قال (اعطوها عمروا). وقد نسبه فی التحریر الی علمائنا ولكن جعل فیہ نظرا. وكذلك استشکل فیہ فی القواعد. ولعله لان مجرد اضافته الی نفسه لا یقتضی الرجوع. لان جمیع ماله مادام ۱.

ص: ۳۰۹

حياله. وانما يخرج عن ملكه بعد الموت. ورده في المسالك بان خصوص هذه الاضافه قرينه على الرجوع، وقديتوهم ان لفظ (ثلث مالي) ايضا بمنزله (ثلثي) وما في معناه. وليس كذلك، اذ ضمير المتكلم مضاف اليه للمالك. لا لثلث المال. مثل (حبه رمانى) اذا كان له رمان واراد حبه. لا ما كان له حبه من دون ان يكون له رمان. غايه الامر احتمال الامرين، ومع الشك لا يرجع عن اليقين. والحاصل: ان البالغ العاقل يجوز ان يوصى بماله كيف يشاء، والميراث انما هو بعد الوصيه، بنص الكتاب والسنة. غايه الامر انه يثبت ان لزومه في مازاد على الثلث موقوف على اجازة الوارث. واما صحتها فكلالة فالاصل في الوصايا المستقلة المتتابعة، صحتها جميعا وان كان للاجازة مدخلية في الزوم في الجملة. واما بطلان بعضها ومنسوخيتها: فيتوقف على الدلالة، كنا هي موجودة في المثال المتقدم، اعنى قوله (اعطوا زيدا ثلثي - او ما في معناه - واعطوا عمروا كذلك). وقال في المسالك: (لو قال لزيد ثلث) ثم قال (اعطوا عمروا ثلثي)، كان ناسخا للاول. ولو عكس فقال (اعطوا زيدا ثلثي) ثم قال (اعطوا عمروا ثلثا)، لم يكن الثاني ناسخا للاول. ثم قال ما حاصله انه لو وجدت قرينه خارجيه فيتبع. يعنى في مثل هذين المثالين الذين ذكرهما لوجود القرينه وعدمها. ونظره الى ان اضافته الثلث الى نفسه (المقتضيه لا اختصاصه به، انما هو الثلث الذى له امضاؤه بدون توقف على شئ آخر) قرينه على رجوعه عن الوصيه الاولى. اذا الوصيه الاولى وان كانت مقتضيه باستقلالها وتام الكلام فيها اصابها مخبرها ومصادفتها محل النفوذ، لكن لا وقع ذلك النفوذ من باب الاتفاق لاجل وقوعها في ابتدا الوصايا. فهذا نفوذ تبعي غير مقصود بالذات. (١)

اما الوصيه الثانيه لعمرو فانما قصد فيها ان يكون هي بالخصوص ما يقتضى النفوذ بذاتها من دون توقف على شئ. فكانه قال (اسقطت ما حصل من جهه الابتدا بالوصيه الاولى من النفوذ وجعلت النفوذ الذى لايتوقف على اجازة الوارث فى الثانيه). فيكون [كونه] ناسخا للاولى، اقوى. ويرد عليه: ان غايه ذلك اسقاط النفوذ، ولكنه لايسقط اصل الصحة بوقوفه على اجازة الوارث. اذ ظاهر كلامه (ره) انه يسلم كون الوصيه الاولى لا بشرط كون النفوذ تبعيا، فالذى يرفعه الوصيه الثانيه هو مقتضى ابتدائه الاولى من النفوذ لا بشرط. واما النفوذ بشرط امضا الوارث فكلالة. ولا يرد ان يقال (انتفا اللازم مستلزم لانتفا الملزوم سوا كان اللازم

ص: ٣١٠

اعلم من الملزوم او مساويا له). اذ ذلك انما يسلم فى اللوازم الذاتيه وعدم التوقف على اجازته الورثه فى المطلق من اللوازم الاتفاقية. وان شئت فقل: انه لازم مالم يجئى المنافى، لامطلقا. فالوصيه الثانيه انما يرفع الكلازم ويبقى الاولى على حالها صحيحه موقوفه على الاجازة. مع ان ما ذكره فى الوصيه الثانيه انها ليست بناسخه للاولى لاينافى كونه قائلا بصحتها لكنها موقوفه على الاجازة: بل الظاهر انه يقول بها. وكذلك اذا تقدم المطلق و تأخير المقيد. والحاصل ان المطلق المبتد فى الذكر للمقيد وغيره لكنه يحمل على المقيد مالم يظهر مناف له. وان جا المقيد بعده فيرتفع حكم لزوم الحمل على المقيد ويبقى حكم الا طلاق فى الجملة (وهو صحه الوصيه) موقوفه على الاجازة. اذ لا منافات بين المطلق والمقيد رأسا حتى حكم المطلق مطلقا. ثم: ان ما ذكره (ره) اخيرا من لزوم اتباع القرينه المخرجه عن مقتضى ما اقتضته القرينه فى المثالين المذكورين، اراد ان اضافته الثلث الى نفسه وان كان مقتضاها الناسخيه فى الصوره الاولى(١)، فهو ليس بمطرد. اذ قد يتخلف بسبب بعض العوارض. مثل ان نفرض الموصى معتقدا بان ثلث المال له لاجل ان يصرف فى مصارف نفسه وانه هو الثلث الذى يتعلق به فيقول (اعطوا زيدا ثلثا واصرفوا ثلثى فى مصارفى)، ويعتقد ان ساير وصاياه ايضا ماضيه بدون اجازة الوارث. ولم يفهم ان المراد من الثلث المتعلق به انه مما ينفذ تصرفه فيه بدون اجازة الوارث كائنا ما كان، ولا ينفذ فى غيره بدون اجازة الوارث. فحينئذ لا يكون الوصيه الثانيه ناسخه للاولى فى المثال الاول على معتقده، وان كان مقتضى اطلاق اللفظ ذلك. وكذلك فى صوره العكس لو اعتقد ان الوصيه بالثلث المطلق بعد الوصيه بالثلث المتعلق به رجوع عن الاول يكون ناسخا. فلو علم حال الموصى فى المقامين عل ما ذكرنا فهذان من العوارض والامور الخارجيه التى اوجب الخروج عن مقتضى القرينه التى(٢) جعلها معيارا للفسخ فى الصوره الاولى، والقرينه التى جعلها معيارا لعدمه فى الصوره الثانيه. ولكن هذا خارج عن اللفظ. ..

ص: ٣١١

١- و هى تقدم المطلق و تأخر المقيد.

٢- اى: اوجب الخروج عن مقتضى القرينه التى عليها معياراً لعدمه...

ثم انه: حكى [عن] المحقق الشيخ على (ره) انه بنى المسأله على اصل آخر، وقال بان الثانيه ناسخه للاولى اذا اطلق الثلث فيها. فاذا قال (اوصيت لزید بثلث ولعمرو بثلث) فيكون الثاني ناسخا للاول فيقدم. واولى منه مالمو قال (ثلث مالى). ثم فرع عليه انه لو اوصى لزید بثلث ولعمرو بربع ولخالد بسدس، وانتفت القرائن، ان يكون الوصيه الاخير رافعه للاولى. مع اعترافه با نه مخالف لما صرح به جميع الاصحاب. والحاصل له على ذلك مافهمه من ان اطلاق الوصيه محمول على النافذه. لان الاصل فى الوصيه ان يكون نافذه فيجب حملها على ما يقتضى النفوذ، بحسب الامكان. وانما يكون الثانيه نافذه اذا كان متعلقها هو الثلث اذى يجوز للمريض الوصيه به، فيجب حملها عيله. كما يجب حمل اطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه، وحملها للبيع على معناه الحقيقى. ثم رده بان الاطلاق فى الوصيه وغيرها من العقود انما يحمل على الصحيحه. اما النافذه بحيث لا يترتب عليه فسخ بوجه فلا اعتبار به قطعا. الا ترى ان الوصيه بجميع المال يوصف بالصحه مع وقوف مازاد على الاجازه. وكذلك فى البيع بالخيار. واما المثال المذكور لبيع الشريك وانه محمول على استحقاقه فلا- يؤثر هنا. للفرق بينه وبين المشاع. لان جميع التركة مستحقه للموصى حال حياته اجماعا فقد اوصى بما يستحقه.

اقول: والآخر (١) كما ذكره فى الرد. ويلزمه ايضا (٢) القول بان الثانى ناسخ لو قال (اعطوا زيدا ثلثى وعمروا ثلثا). والتحقيق ماحققناه. وللشيخ (ره) هنا اضطراب فى فتاويه وتخالف لا نطيل بذكره: وان شئت الاطلاع عليه فراجع المسالك.

١٥٨: سؤال:

١٥٨: سؤال: موصى وصيت کرده که ثلث مال مرا به مصارف واجب ومستحب برسانيد، ووصى حاضر نبوده، بعد از موت موصى وصى مطلع شده که چنين وصيت کرده، ووصى بقين مى داند که واجب بر ذمه موصى زياده از ثلث است، حال تکليف وصى در صرف ثلث است به امر واجب؟ يا آن که موافق وصيت به آن عمل بايد بکند؟ وعرض ديگر اين که: [شخصى] وصيت کرده که مبلغ معينى را صرف واجب ومبلغد.

ص: ٣١٢

١- كذا. و لعله «والحق» او «والاصح».

٢- تقويه و تتمه لما ذكره فى الرد.

معینی را صرف مستحب نمایند. ووصی بعد از موت که مطلع شده، صرف واجب میت را زیاده بر آنچه معین کرده می داند، آیا وصی می تواند که بعض مستحبات را موقوف دارد و صرف واجبات موصی نماید یا نه؟

جواب:

جواب: اگر آن واجب واجب مالی است (مثل دین وزکات و خمس وامثال اینها) وزاید بر ثلث است، ثلث را تمام به مصرف آنها می رساند. و اگر وفا نکند از اصل مال تمام می کند، و برای مستحب چیزی نمی ماند، مگر وارث اجازه کند. و اگر واجب بدنی باشد مثل نماز و روزه، پس اظهر این است که هر گاه ثلث زاید بر آن نباشد تمام ثلث را به مصرف آن می رساند، و از برای مستحب چیزی نمی ماند. و اگر زاید باشد اول واجب را به جا می آورد و تتمه را صرف مستحب می کند. و در اینجا واجب از اصل مال اخراج نمی شود هر گاه ثلث وفا نمی کند. و از اینجا ظاهر می شود حکم آن که مالی و بدنی (هر دو) باشد که باز بدنی تعلق به ثلث دارد و از اصل در نمی رود و مالی از اصل تمام می شود هر گاه ثلث به آن وفا نمی کند. و باید دانست که حج واجب حکم آن حکم واجب مالی است، هر چند بدن هم در آن شریک است. و حکم مسأله ثانیه از مسأله سابقه معلوم می شود. زیرا که واجب اگر مالی است از اصل مال بیرون می رود هر چند زاید بر ثلث باشد، و هر چند تمام مال باشد. پس اگر بعد از وضع آن چیزی می ماند باید ملاحظه کرد که آن قدر برای مستحب تعیین کرده هر گاه زاید بر ثلث باقیمانده نیست بیرون می کنند. و هر گاه زاید باشد، در قدر زاید موقوف است به اجازه وارث. و هر گاه آن واجب بدنی باشد، پس وصیت به آن نیز در ثلث معتبر است مثل مستحب. و لکن در این صورت باز اظهر لزوم تقدیم واجب است بر مستحب هر گاه ثلث زائد بر قدر واجب است و مستحب را از تتمه ثلث به قدر ممکن اخراج می کنند والا فلا. مگر به اجازه وارث.

۱۵۹: سؤال:

۱۵۹: سؤال: در وصی عدالت شرط است یا نه؟ و علم موصی به مسأله یا به حال او وعدم علمش تفاوتی دارد یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر و اشهر اشتراط عدالت است در وصی. و هم چنین اشهر و اظهر این است که هر گاه شخص عادل را وصی کند و بعد از آن فسق او ظاهر شود، باز وصایت باطل می شود و معزول می شود. و اظهر این است که عزل مشروط به حکم حاکم هم نیست.

خصوصاً هر گاه به سبب اعتقاد به عدالت او را وصی کرده باشد. هر چند قائل به اشتراط عدالت در وصی هم نباشیم. واما
جهل به مسأله: پس بسبب آن فرقی حاصل نمی شود.

ص: ۳۱۴

۱۶۰: سؤال: هر گاه شخصی وفات یافته باشد، و وارث شرعی او منحصر به زوجه غیر ذات الولد، و دختر خاله، و دختر خالو بوده باشد. و از برای شخص مذکور در مدت العمر با وجود اختیار نمودن چند تأهل فرزندی حاصل نشده باشد. و موت پنج سال قبل از فوت نیز متهم به عدم قدرت بر وقاع بوده باشد، زوجه مشار الیه نیز گوید که پنج شش سال است چیزی که دلالت بر حصول امکان ولد بوده باشد از آن شخص مسطوره ندیده ام. و مع ذلک شخص مذکور را جاریه [ای] بوده باشد که در وصیتنامه به خط خود نوشته قید کرده باشد که (فلان جاریه آزاد است). و تاریخ وصیتنامه مدت دو سال قبل از ظهور حمل جاریه بوده باشد. و عقدی بعد از آن واقع نشده باشد. بعد از فوت مشار الیه از برای جاریه مسطوره حمل ظاهر شود. و مذکور نماید که حمل از آقای من است پنج شش یوم قبل از بیماری به من دخل نموده حمل ظاهر شده. و جاریه مزبوره مقرر بوده باشد که آقای من قبل از این به من دخل نکرده. و مع هذا زوجه شخص مرقوم مدعیه بوده باشد که (زوجم جاریه مرقومه را پنج شش سال قبل از فوت خود به عوض جاریه ای که به من باید [میداد] داده بود، و مال من بود). و بر مطلب خود پنج شش نفر مرد وزن شاهد اقامه نماید. و از زوجه مذکوره سؤال شود که هر گاه جاریه مال تو بود چرا در وصیتنامه زوجت نوشته که فلان جاریه آزاد است؟ مذکور نماید که: چند سال قبل از این شوهرم صاحب فراش گردید. روزی جاریه و

غلام که مال زوجم بودند در حضور او ایستاده بودند، زوجم به نظر حسرت برایشان نگاه کرد و گفت که میترسم که بعد از من جاریه و غلام به دست غیر گرفتار شوند. من گفتم که ایشان را آزاد کن تا خدا تو را شفا بدهد. گفت ایشان را آزاد کردم. بعد از آن که شفا یافت روزی خواست که غلام را بفروشد. من به او گفتم که تو ایشان را آزاد کرد [۱۰] مذکور نمود که من صیغه نگفته ام، تو گفتی که ایشان را آزاد کن. من در جواب گفتم آزاد کردم. و حال وارث نفی ولد مذکور را از شخص مزبور می نماید. و می گوید که این ولد از زنا بهم رسیده و از وارث ما نیست. به علت این که از برای مورث ما در مدت عمر ولد حاصل نشده و در اواخر عمر خود مقرر بود که قادر به وقاع نمی باشد. و زوجه شخص مرقوم نفی صریح نمی نماید و می گوید من میدانم که این ولد از کیست، اما جاریه مال من است. و از زوجه شخص مزبور سؤال می نمایند که بر فرض این که جاریه مزبوره از تو بوده و بر تقدیر این که زوجت دخول کرده باشد، تو اذن دخول داده بودی که دخول نماید یا نه. مذکور می نماید که من اذن دخول نداده بودم، اما در میان اتراک متعارف است که زوج به هر نحو تصرف که خواهد در مال زوج می نماید، اگر زوجم دخول کرده باشد او را حلال می نمایم. و وکیل شرعی وارث، مذکور می نماید که شخص مذکور هرگز به جاریه مزبوره دخول ننموده و این ولد از زنا بهم رسیده. آیا به مجرد ادعای جاریه دخول را، و عدم علم احدی به دخول، جاریه مذکوره (فراش) می شود؟ و ولد مزبور ملحق به شخص مرقوم می گردد یا نه؟؟ بینوا جميع مراتب السؤال ليتحقق علينا حقایق الحال.

جواب:

جواب: چون در آخر مسائل نوشته اند که (بینوا جميع مراتب السؤال)، امر صعوبتی بهم می رساند. به جهت آن که بعضی از مسائل آن، صورت دعوی و مرافعه است. و ذکر آن به جهت عوام بی فایده، و خواص را خود حاجتی به آن نخواهد بود. و چون مطلب مشترک شد مابین عوام و خواص، بالضروره اشاره به مأخذ هم لا بد منه است. و با وجود این هر دو، فروع جميع مراتب سؤال بسیار است. و حال و مقام مقتضی بیان آنها نیست. و اما آنچه از صورت صحیفه معلوم می شود که محل حاجت و مقصود سائل است بیان سه مطلب است: مطلب اول مسأله حمل جاریه است: آنچه در نظر حقیر ظاهر می شود این است که

با قطع نظر از اثبات حریت و رقیّت و بدون تکلف اثبات او، جاریه مردد است در نفس الامر، بین الامرین بل الامور الثلاثة. یا حره است یا رقیق زوجه، یا بر رقیّت مولی باقی است. و علی ای تقدیر آن ولد ملحق به متوفی نمی شود. اما بر فرض حریت: پس به جهت آن که آن محتاج است به ثبوت عقد جدیدی از دوام یا منقطع، یا وطی ب شبهه، که انتساب یکی از آنها به متوفی ثابت باشد. و مفروض خلاف این است. زیرا که محض دعوی جاریه مثبت مدعی نیست. خصوصاً با وجود این که متضمن (اقرار بر غیر) است، و وارث منکر است. خصوصاً با وجود آن که ظاهر عبارت جاریه که گفته است که (این حمل را از آقای خود دارم) منافی دعوی حریت و عقد جدید است. و اما بر فرض بقا بر رقیّت مولی هم ولد ملحق به متوفی نمی شود. به جهت آن که (ملک مجرد از وطی) باعث ثبوت فراش نیست، بدون خلافتی از علما بلکه دعوی اجماع بر آن شده. چنانکه شهید ثانی (ره) در کتاب مسالک در کتاب لعان ادعا نموده است. هر چند ظاهر عبارت شرح لمعه در کتاب موهم وجود خلاف است. و در این که گفتیم ملک مجرد باعث ثبوت فراش نیست، فرقی نیست ما بین این که ممکن باشد حصول وطی و لحوق یا نه. چنانکه تصریح به آن کرده اند. و اخباری که دلالت بر ثبوت فراش از برای جاریه دارد همگی در صورت ثبوت و تحقق دخول است. و بر فرض ثبوت وطی هم فراش شدن جاریه محل خلاف و اشکال است. خصوصاً هر گاه آن وطی خاصی که به ثبوت رسیده وطی [ی] باشد که ممکن نباشد که این ولد از آن باشد. و ظاهر اکثر علما و اشهر روایات این است که وطی جاریه هم منشأ ثبوت فراش نمی شود، مادامی که اقرار مالک به ولد حاصل نشود. هر چند مالک اعتراف به وطی داشته باشد. لیکن تحقیق این مقام و رفع منافات آن با حکمی که کرده اند در مبحث (احکام اولاد) به لحوق ولد با وطی، و سایر شرایط، محتاج است به تفصیلی که اینجا مقام آن نیست. و به هر حال عمده فرض ما این است که چون دخول بر فرض رقیّت هم ثابت نیست، فراش بودن جاریه ثابت نمی شود. و ولد ملحق به متوفی نمی شود. و از آنچه مذکور شد حال مسأله بر فرض رقیّت آن به جهت زوجه هم معلوم می شود. خصوصاً با تصریح زوجه که من اذن دخولی نداده ام به او. مطلب دوم مسأله حریت و رقیّت جاریه است. و هر چند که تحقیق این مسأله به جهت لحوق ولد ثمره ندارد. چنانکه معلوم شد. لکن به جهت تعلق حق وراثت به آن و غیر

آن باید معلوم شود. و امارات در اینجا متعارضند. اصل، اقتضای بقای رقیق جاریه می کند بر حال سابق. و وصیتنامه چه اقتضای حریت او را می کند. و هم چنین حکایت زوجه آزاد کردن غلام و کنیز را، و دعوی زوجه با شهود و بینه اقتضای مالکیت زوجه را می کند. و ظاهر کلام جاریه هم موافق رقیق سابقه است. اولاً: وصیتنامه چه شرعاً اعتباری ندارد. مگر این که به جهت حاکم یا وارث افاده قطع و یقین کند به این که جاریه را آزاد کرده است. یعنی در صورت واقعه، عتق متحقق نشده است. و بعد از حصول یقین به آن، اگر بینه زوجه مقبول نیست و مجروح است، اشکالی نیست. خصوصاً به انضمام حکایت زوجه آزاد کردن غلام و کنیز را. و هر گاه بینه زوجه عادل باشد پس اگر تاریخ وصیتنامه مقدم است بر تاریخ بینه، باز بینه را اعتباری نیست. به جهت آن که بینه مفید ظن است و مفروض این است که وصیتنامه مفید یقین است به صورت واقعه. خصوصاً با ملاحظه حکایت کردن زوجه آزادی غلام و کنیز را. و اگر فرض کنیم از قول بینه هم علم حاصل شود به صورت واقعه، پس باز بینه اعتباری ندارد. به اعتبار این که واقعه اعلم است از امر متحقق در نفس الامر. و اگر فرض شود حصول یقین به مؤدای بینه یا وصیتنامه در نفس الامر پس آن متبع خواهد بود. و در اینجا فرض تعارض دو یقین محال است. و اگر تاریخ بینه مقدم است مقتضای آن را باید مقدم داشت. خصوصاً هر گاه بینه مستصحب باشد و اقتضای حصول سبب فی الجمله نکرده باشد. و مقتضای وصیتنامه قطع به حصول صورت واقعه است بدون ثمره [ای] که بر آن مترتب شود. مگر این که فرض کنیم از وصیتنامه یقین نفس الامری به آزادی حاصل شود، که آن متبع خواهد بود. و این فرض قریب به محال است. بنابر این جاریه مال زوجه می شود. و لکن حکایت کردن زوجه آزاد غلام و کنیز را باعث بی اعتباری بینه او می شود در اثبات ملک او. به جهت آن که اقرار مقدم است بر بینه، مگر این که از جانب زوجه بگوئیم که آن حکایت دلالت بر آزادی ندارد. و آنچه به گمان حقیر می رسد که مراد زوجه از جمیع این سخن ها با هم [در] صورت سؤال (با وجود ظهور منافات آنها با یکدیگر) این است که: شوهرم در حال بیماری اول گفت غلام و کنیز را آزاد کردم، و بعد از آن تملیک من کرد در عوض طلبی که داشتم. و این مبتنی بر این بود که چنین فهمیده بود که به مجرد

لفظ - آزاد کردم - آزاد نمی شود وصیغه علی حده عربی می خواهد. پس آنها را در ملک خود باقی میدانست در عوض مهر، جاریه را تملیک من کرد و نوشتن وصیتنامه مبتنی است بر محض آن لفظی که در حال بیماری گفته است. و چون من هم چنین اعتقاد کرده بودم واعتقاد هم دارم که این لفظ اعتباری ندارد، پس الحال مال من خواهد بود. این توجیه گفتار زوجه است. ولیکن ظاهر آن است که صیغه عربی واجب نباشد. خصوصا در صورت عجز از عربی و صراحت لفظ غیر عربی در لغت متکلم به آن، چنانکه در ما نحن فیه لفظ (آزاد کردم) خصوصا در جواب سؤال زوجه صریح است در عتق. پس زوجه ماخود خواهد بود به اقرار خود. خصوصا با تایید آن به وصیتنامه. ومعلوم می شود تملیک جاریه که بینه بر آن قائم شده صورت تملیکی بوده که حقیقت آن بر بینه معلوم نبوده، یا چنین گمان می کرده اند که لفظ (آزاد کردم) مفید عتق نیست. این سخن ها که گفتیم در اثبات حریت در صورت حصول قطع به وصیتنامه است نسبت به همه ورثه و [با] قطع نظر از حصول قطع نیز نسبت به زوجه فقط، به سبب اقرار خود بر آن حکایت. واما بنابر این که وصیتنامه افاده قطع نکند پس جاریه در رقیه سابقه باقی است و مال ورثه است، وزوجه از آن ممنوع است به اقرار خود که مقدم بر بینه او است. مگر این که خدشه در دلالت آن لفظ بر عتق بشود. واگر قبول کنیم عدم دلالت آن را، پس جاریه مال زوجه خواهد بود، به سبب بینه. واطهر قبول دلالت است، پس جاریه آزاد خواهد بود نسبت به حصه زوجه، و رقیق است نسبت به حصه دیگران. مطلب سوم: بعد از آن که عدم لحوق ولد ثابت شد (چنانکه گفتیم) وراثت منحصر می شوند در زوجه غیر ذات ولد و دختر خالو و دختر خاله. ربع ترکه مال زوجه است از عین منقولات و ما فی معناها، و محروم است از اعیان و اثمان اراضی. خواه املس باشد و خواه مشغول به بنا و اشجار. و محروم است از اعیان ابنیه و آلات و اشجار مثمره و غیر مثمره، نه از قیمت آنها. و باقی ترکه تقسیم می شود ما بین دختر خالو و دختر خاله علی السویه، هر گاه در مرتبه واحده باشند. والله العالم.

۱۶۱: سؤال:

۱۶۱: سؤال: هر گاه زنی بعد از عقد بگوید که (دختر من شیر والده زوج خود [ش] را به قدری که حد رضاع به عمل آمده است، خورده). و جمعی از زنان و مردان هم شهادت می دهند. و می گوید که (من قبل از نکاح عالم به حرمت نبوده ام). و مادر زوج او

انکار می کند. حکم آن را بیان فرمائید.

جواب:

جواب: به مجرد ادعای مادر زوجه، رضاع ثابت نمی شود. و هر گاه شهود مقبول الشهاده از مردان عادل، یا زنان عادل، یا مردان و زنان عدول، که در عدالت وعدم پسندیده حاکم شرع باشند و به تفصیل رضاع وعدد وسایر شرایط در نزد حاکم شرع شهادت بدهند، وثابت شود، بعد از آن حاکم تفریق خواهد کرد. و این بدون مرافعه حاکم نمی شود. والله العالم.

۱۶۲: سؤال:

۱۶۲: سؤال: اولاً بیان کنید که هر گاه زن به عنوان جزم ادعای مهر بر شوهر خود بکند - یا وارث او بر وارث زوج ادعا کند، یا وارث زوجه بر خود زوج ادعا کند، یا خود زوجه بر وارث زوج ادعا کند - و در همه صورتها مدعی علیه بگوید تو مهر نداری چه باید کرد؟. و فرقی مابین مدخوله و غیر مدخوله هست؟ یا نه؟. ثانیاً: هر گاه زوجه مهر نامه در دست دارد و به عنوان جزم ادعا می کند به مطابق آن بر زوج، و شاهد زنده در میان نیست و شوهر انکار اصل مهر می کند. یا شوهر مرده باشد و ورثه او صغار باشند، یا منکر اصل مهر باشند، یا بگویند که ما هیچ نمیدانیم، و همچنین هر گاه مهر نامه در دست وارث زوجه باشد و چنین دعوی کنند، چه باید کرد؟. ثالثاً: هر گاه وارث زوجه ادعا کند بر زوج مهر را به محض این که غالب و متعارف این است که زن مهری دارد و ادای آن ثابت نشده باشد و اقرار کند به این که من جزم ندارم به اشتغال ذمه زوج. یا آن که مهر نامه در دست دارد نهایت به حقیقت آن مطلع نیست و علم و جزم به این ندارد. و به غیر آن کاغذ و طریقه متعارفه که (هر زنی مهری دارد) چیزی به دست ندارد. و هم چنین هر گاه وارث گمانی به استحقاق مهر در ذمه زوج دارد، یا آن که خود آن زوجه بیش از گمان به اصل مهر نداشته باشد - مثل این که صغیر بوده و پدر او را عقد کرده باشد - و مهر نامه هم ندارد، یا دارد نهایت به جهت او مفید جزم نیست. چه باید کرد؟. و رابعاً: هر گاه، زوجه یا وارث ساکت باشد و معلوم نباشد که علم به حال دارد یا نه. یا زوجه مجنونه باشد، یا وارث زوجه صغیر باشد، یا غایب باشد و حال معلوم نباشد آیا استفسار لازم است از حال ساکت یا نه؟ -؟. و بر حاکم شرع لازم است استفسار حق مجنون و صغیر و غایب یا نه؟ -؟. و هر گاه حاکم علم به ثبوت اصل مهر داشته باشد (اما در این صورت که وارث زوجه غایب یا مجنون یا صغیر باشد، یا خود زوجه مجنونه باشد)

علم به بقای حق ندارد اما ظن استصحابی که منشأ شهادت باشد، دارد. می تواند به علم سابق خود عمل کند یا نه؟ -؟. و خامسا: هر گاه زوجه به عنوان جزم ادعای مهر معینی بکند و زوج بگوید نمیدانم، یا فراموش کرده ام، یا وارث زوج بگوید نمیدانم. چه باید کرد؟. و سادسا: هر گاه نزاع زوجین، یا وارثین یا احدهما، با دیگری در مقدار مهر باشد قول کدام مقدم است؟.

جواب:

جواب: اما از سؤال اول: هر گاه زوجه مدخوله باشد، در آن سه قول است: جمعی می گویند بر زوج چیزی لازم نیست. و بعضی می گویند (اقل ما یتمول) مثل (دو غاز) و بیشتر و کمتر. و بعضی می گویند مهر المثل واجب است، و این در نظر حقیر اقوی است. و هر گاه مدخوله نباشد و معلوم نباشد: پس خلافتی نیست در این که مهری ندارد. ولکن ظاهر این است که این سخن در وقتی است که علم به عدم (تفویض) نباشد. و مراد از تفویض آن است که عقد بی مهر شده باشد. و هر گاه علم به عدم تفویض باشد، و احتمال نداشته باشد که زوج صغیر و فقیر بوده و پدر او را عقد کرده که مهر در ذمه پدر باشد - یا غلام بوده و آقا او را تزویج کرده، یا آن که زوج طلبی از زوجه داشته و در عوض آن به او شوهر کرده و امثال اینها در این صورت باز آن اقوال ثلاثه جاری است، و اقوی اعتبار مهر المثل است. و اما از سؤال دوم: این است که انکار زوج مسموع نیست. و اقوی لزوم مهر المثل است، مگر این که آنچه در مهر نامه نوشته شده باشد کمتر از مهر المثل باشد. که در این صورت باز مستحق همین خواهد بود. و هم چنین است حکم (یعنی ثبوت مهر المثل است) در وقتی که شوهر مرده باشد (به جمیع اقسام) و در اینجا زوجه باید قسم بر بقای حق خود یاد کند و بگیرد. و هم چنین هر گاه مدعی وارث زوجه باشد [که] در اینجا (قسم نفی العلم) است. و اما از سؤال سوم: این است که دعوی زوجه و وارث (هیچ کدام) مسموع نیست. مگر هر گاه دعوی مظنه شغل ذمه زوج را با خود زوج بکند، که در این وقت دور نیست که تواند قسمی به زوج بدهد و اما هر گاه ظن استصحابی داشته باشد وارث یا زوجه - یعنی مهر را ثابت میدانستند و رافع از برای آن نمیدانند - در این وقت به صورت جزم ادعا کنند، با ایشان معامله می شود معامله دعوی قطع. چنانکه دانستی.

واما از سؤال چهارم: این است که بر حاکم استفسار لازم نیست. واستیفای حق از برای غایب وصغیر ومجنون نمی تواند کرد. به جهت آن که استحقاق ثابت نشده. و هر گاه حاکم علم قطعی به حال داشته باشد به علم خود می تواند عمل کند. واما هر گاه ظن استصحابی (که مناط شهادت تواند شد) داشته باشد، به این استصحاب و ظاهر حال، عمل می تواند کرد در صورتی که مدعی علیه حاضر و کامل باشد ومعلوم شود از حال او که اگر سخنی میداشت میگفت. مثل این که حاکم علم داشته باشد به اصل مهر و مدعی علیه انکار اصل مهر بکند، ورجوع به دعوی وفا وادا نکند. (۱) بخلاف آن که مدعی علیه غایب نباشد. به جهت آن که گاه است که اگر حاضر می شود یا کامل میبود، میگفت که ادا کرده ام. در این وقت به استصحاب عمل نمی کند. واما از سؤال پنجم: این است که باز مهر المثل ثابت است، مگر این که آنچه دعوی می کند کمتر باشد. وبعضی گفته اند که همانچه ادعا می کند می دهند. به جهت آن که معارضی ندارد. واما از سؤال ششم: این است که مشهور ما بین علما این است که قول زوج مقدم است بعد از قسم خوردن. خواه زوجه مدخوله باشد وخواه غیر مدخوله. واطهر این است که این در وقتی که دعوی در مسمی باشد. یعنی اتفاق داشته باشند در عدم (تفویض). و اگر دعوی مطلق باشد وقابل تسمیه و تفویض - هر دو - باشد: پس در آنجا باید استفسار کرد. و هر گاه معلوم شود که دعوی در مسمی است قول زوج مقدم است با یمین. و هر گاه معلوم شود که دعوی در عوض بضع است که مبتنی است بر تفویض: پس بر زوج است که اثبات کند ادای زاید بر مدعای خود را از مهر المثل. و اگر دلیل مأخذ این مسائل را خواهی، می گوئیم: لو ادعی المرأة المهر وانکر الزوج، فان کان قبل الدخول، فالقول قوله. لاصاله البراء، وعدم تفویت البضع، وعدم استلزام العقد المهر الجواز التفویض. والظاهر انه لاخلاف فيه. ولكنه انما يتم فی غیر ما علم انتفا التفویض، وعلم مع ذلك عدم الاحتمالات الـتیه. والا فيجری فيه القولان الاتیان: من ثبوت مهر المثل، واقل ما يتمول. واقربهما الاول. وان كان بعد الدخول: فذهب جماعة من الاصحاب الى ان القول قوله ايضا لاصاله البراء، واحتمال ان يكون الزوج عبدا زوجه مولاه، از صغیرا معسرا زوجه ولیه فی ماله، [۱] وکان للزوج حقا علیہ.

ص: ۳۲۲

الزوجه او عينا عندها تزوجها فى عوضه. وقيل: عيله مهر المثل. واختاره العلامة فى الارشاد والشهيد الثانى فى التمهيد والمسالك فى صوره انتفا الاحتمالات الاتيه. وقيل: أقل ما يتمول. والظاهر ثبوت مهر المثل. اما فى مالهم يوجد احد من الاحتمالات المذكوره الموجه لبقا حكم اصل البراه فظاهر، اذا لبضع المحترم لا يكون بلا عوض، اتفاقا. والمفروض تفويته من الزوج، ولم يثبت احتمال تعلقه بدمه احد غيره بالفرض. فاذا ضم الى ذلك اصله عدم التسميه فثبت مهر المثل. لانه حكم المفوضه مع الدخول. لا يقال: ان النكاح على اقسام: منها ما انعقد على سبيل التفويض. ومنها ما انعقد على سبيل التسميه. فالتفويض ايضا امر وجودى فلا معنى للاصل فى دعوى تحقق الكلى فى ضمن بعض الافراد دون بعض. لاننا نقول: المستفاد من تتبع الاخبار وكلام الاصحاب ان النكاح شىء والمهر شىء آخر، فالاتفاق على النكاح لا ينافى اصله عدم ذكر المهر. فليتامل. فان قيل: ان الاصل وان كان عدم التسميه لكن الظاهر التسميه. قلنا: الاصل مقدم على الظاهر. سلمنا، لكن الظاهر على فرض التسميه ايضا هو مهر المثل، فيطابق الاصل والظاهر. وأقل ما يتمول احتمال بعيد. واما فى ما يحتمل فيه احد الاحتمالات المذكوره: فنقول ايضا الاظهر اعتبار مهر المثل. فان القول بان الاصل مطلقا مقدم على الظاهر، لا يبرهان عيله، بل فيه تفصيل. واما فى ما كان الظاهر من الادله المشهوره الشرعيه والامارات المنصوبه من قبل الشارع (كالخبر والشهاده والاقرار ونحو ذلك) فلاشكال فيه. واما فى ما يستفاد من القرائن (من العرف والعاده والشيوع والغلبه وغيرها) ففى بعض المواضع ايضا وقع الاتفاق عليه واختلف فى كثير منها. وتقديمه على الاصل فى الشرع فى غايه الكثره، كاليد اللاحقه للملك السابق، والحكم بحليه اللحوم والجلود فى ايدى المسلمين، و الحكم بصحه معا ملتهم وتناكحهم وتوارثهم، وعدم اعتبار الشك بعد الوضوء وبعد الصلاه وبعد خروج الوقت، الى غير ذلك مما لا يحصى. وان كان تقديم الاصل على الظاهر ايضا فى غايه الكثره. سيما فى ابواب الطهاره والنجاسه والاحداث. والحق ان كان ذلك مما ثبت عليه الدليل بالخصوص فى الموارد فى تقديم كل منهما على الآخر. ولذلك اختلفوا فى بعضها كفساله الحمام والجواد فى ايدى المخالفين وغيرهما، لتعارض ادله

الطرفين بالخصوص. فلنفرض الكلام في ما تعارض الاصل والظاهر ولم يكن دليل خاص على تقديم احدهما من حيث خصوصيه ماده على الآخر، كما نحن فيه. فنقول: تعارض هنا ظهور مهر المثل مع اصاله براه ذمه الزوج. فحينئذ نقول: الاشكال والاختلاف في تقديم الظاهر على الاصل انما يصح اذا كان الظاهر ايضا مما يجوز الاعتماد به شرعا، والا فلا معنى لمعارضه الدليل الشرعى بغير الدليل الشرعى. وينبغى ان يعلم ان تقديم الظاهر على الاصل من غير اعتضاده بدليل شرعى كالفروض المتقدمه موجوده فى الفقه والظاهر انه ايضا اتفاقى فى الجملة. فلا بد من تحقيق معنى الظاهر، ليكون قاعده كليه يمكن متابعه مقتضاها حين تعارضها مع الاصل. والذى يحصل من تتبع فى الفقه ان القاعده فيه (ماحصل الظن بوجود السبب للحكم الشرعى فيحصل الظن بحصول المسبب. وذلك الظن اما يحصل بسبب كون فعل المسلم محمولا على الصحة (يعنى ليس بمعصيه). او كون الغالب فى افعالهم ومعاملاتهم او معاملات غالب الناس وان لم يكونوا مسلمين هو ذلك. او غلبه الظن من جهة القرائن. فمن الاول مالو وقع النزاع فى ثمن المبيع انه كان خمرا او عصيرا. ومن الثانى النزاع فى وقوع معامله حال الصغر او الكبر او الجنون او العقل. ومن الثالث حضور المشتري حين الكيل والوزن، فانه يدل على التمام فيقدم قول البائع عليه اذا اختلفا فى الزيادة والنقصه. وهكذا. ولا يخفى على من تتبع الفقه ان جعلهم (الغلبه) معيارا فى الظهور وتقديم ذلك على الاصل، فوق حد الا حضا. ويظهر من تتبع الاخبار وكلام الاصحاب ان المعيار فيه (حصول الظن بوقوع سبب الحكم المخالف للاصل) فتتبع. ولاخط الاخبار الوارده فى مسأله تداعى الزوجين فى متاع البيت، ومسأله غساله الحمام، وحكمهم بلزوم الصلاه على ميت وجد فى دار الاسلام لان الغالب فيها الاسلام. وكذلك استحباب التسليم على مجهول الحال فيها، ورد السلام على طريقه الاسلام. فح نقول: اى غلبه از يد من غلبه ثبوت المهر للزوجه فى ذمه الزوج، ثم ثبوت مهر المثل حتى تتبعها فى غيرها دونه (كذا) -؟. والاحتمالات التى ذكروها لتوجيه اصل البراه، احتمالات نادره لا يلتفت اليها. وصرح بعدم الالتفات اليها جماعه منهم فخر المحققين فى مواضع من الايضاح فى غايه التاكيد، ومنهم الفاضل المقداد فى التنقيح. وكما ان الظاهر من الشريعه والفتوى اعتبار الغلبه، فكذلك الظاهر منها هجر

النادر. مع ان قاعده الاتلاف تقتضى تقديم المباشر فى الغرامه، والمفروض ان الزوج هو المفوت للبضع. ولو منع ثبوت عموم هذه القاعده من حيث التنصيص فلا يمكن منع ثبوتها من حيث الغلبه. فالغلبه الحاصله من تتبع موارد الاتلاف يقتضى ان الحكم فى (مفوت البضع) هو اشتغال الذمه، ولا معنى لاصل البراه بسبب تلك الاحتمالات النادره. وهذا مثل ما لو قال (هذا اخى لا يرث من تركه ابى)، فان المحتاج الى الاثبات انما هو نفى الميراث، لا- الميراث. كما نبه على ذلك فخر المحققين (ره). ويظهر فى مواضع من كلماته (ره) ايضا تقويه ما اخترناه من ترك العمل بالاصل وعدم الالتفات اليه. ولا ريب ان الظاهر من الاشتغال هو ثمن المثل، كما فى النظائر. وبالجمله: تقديم الظن الحاصل من الغلبه على الاصل، فوق حد الاحصا. وليس ذلك لخصوص الاجماع فى ما قدموده، ولا- دليل خاص (كما يظهر من اختلافاتهم فى الموارد)، بل اما من جهة حصول الظن بسبب الحكم المخالف لمقتضى الاصل، او لخصوص انه ظن حاصل من الغلبه، ولا- ريب انه موجود فى ما نحن فيه، بل وهو اظهر مواردنا واقويها. ثم: ان حجه الاصل، اما للاستصحاب من جهة ان ما ثبت، الظاهر دوامه. وانه ظن من ظنون المجتهد يجب اتباعه. فحصول الظن فى ما نحن فيه مع ملاحظه ذلك الظاهر ممنوع بل مقتضى الاصل هنا موهوم واما لا جل الاخبار الداله على (عدم جواز نقض اليقين الا بيقين مثله) اما بالعموم او بالا ستقرا. وفيه ان المراد باليقين الذى ينقض به الشك، لا ببدان يكون ماهو اعم من الظن المعلوم الحجيه. كما لا يخفى على من له ادنى ارتباط بالفقه، فتتبع ولاحظ المواضع التى عملوا فيها بالظن. سيما ما قدم فيها الظاهر على الاصل من جهة انه ظاهر، لا من حيث دليل خاص آخر. والظن الحاصل للمجتهد، من الظنون المعلوم الحجيه، سوا كان فى نفس الحكم او موضوعه، وسوا كان من القرائن او العرف والعاده، او غيرها. ولا ريب ان الظن بالسبب يوجب الظن بالمسبب. و الظن بحصول الموضوع يوجب لحوق حكمه به. وما يقال (ان الاصل حرمة العمل بالظن الا ما اخرج الدليل) كلام ظاهرى لا- برهان عيله. لمنع عمومها اولاء ودعوى ظهورها فى اصول الدين، او فى ما ينسب الى المسلمين من الامور الشنيعه بسبب الافحام - كما اشعر به قوله تعالى: يا ايها الذين آمنوا اجتنبوا كثير من الظن ان بعض الظن اثم - ثانيا.

ومنع شمولها لحال (انسداد باب العلم)، ثالثا. وان المعتمد في حجية ظواهر الكتاب الداله على حرمة العمل بالظن ايضا انما هو ظن المجتهد، لا غير. وهو في ما نحن فيه ممنوع، رابعا. وبان الاستدلال بتلك العمومات يستلزم المحال. لان العمل عليها يستلزم عدم العمل عليها، وما يستلزم وجوده انتفا، فهو محال جزما خامسا. وبيان ذلك ان تلك العمومات لا يفيد الا الظن والا لما صح الاستثنا عنها لاستحاله الاستثنا من القطعي. واذا كان ظنيا فما الدليل على جواز العمل به؟ فان كان الدليل هو كونه ظن المجتهد من حيث انه ظن المجتهد، فلا- وجه لترجيحه على ظنه في خصوص المقام. وان كان الدليل دل على حجيته من حيث هو الظن الخاص فعليك اثبات هذا الدليل. فاصله حرمة العمل بالظن يقتضى حرمة العمل باصالة حرمة العمل بالظن، لانه ايضا ظن. وهذا ما ذكرنا من (استلزام وجوده انتفاء). وما قد يدعى من الاجمال على جواز العمل بالاخبار والايات بالنوع، بمعنى (ان الاصل جواز العمل عليها الا ما خرج بالدليل) فهو في غاية الصعوبة. وقد بينا ضعفها في رساله مفرده، من اراد التحقيق فليراجعها. ونكتفي هنا بذكر واحد من الوجوه الداله على بطلان هذه الدعوى. وهو: ان الفقهاء المجمعين على جواز العمل على مادعاء هذا المدعى، لم يظهر اجماعهم الا- من جهة استدلالهم بتلك الظواهر من غير نكير، او بقولهم لجواز العمل بها. وذلك يحتمل ان يكون لاجل كونها من جمله الظنون التي انقطع المناص الا بالعمل عليها، كما يحتمل ان يكون لاجل كونها حجة بالخصوص. والذي يجدى في المقام اتفاقهم على الاحتمال الثانى. وانى لك باثباته. مع انك ترى كثيرا منهم يعتمدون في الاستدلال بظواهر الايات والاخبار على كونها من جمله الظنون الاجتهادية التي لا- مناص عن العمل عيها عند انسداد باب العلم (كما حققناها في القوانين المحكمه). بل حجية اصل خبر الواحد ليس الا من جهة كونه ظن المجتهد، على ما هو التحقيق في مسأله (حجية الاخبار الاحاد) كما بيناه فيه ايضا. مع ان في خصوص هذه الاخبار الف كلام، وقد نقوش فيها سندا ودلاله، وان كان الاظهر ضعف تلك المناقشات لصحة سند بعضها وظهور دلالتها. كما بيناه في كتاب مناهج الاحكام وغيره. وبعد اللتيا والتى، اعتمادنا على حجية الاستصحاب من جهة هذه الاخبار انما هو في ما حصل الظن من جهتها للمجتهد ب (عدم جواز نقض اليقين بالشك). وحصول الظن من جهتها في مانحن فيه اول الكلام.

لا يقال: ان حجيه لفظ (الخبر) يستلزم حجيه فى جميع افراد العام الذى تضمنه. فيلزم عدم جواز تقضى شئ من افراد اليقين بشئ من افراد الشك. لانقول: لم يقم دليل على حجيه هذه الروايه بالخصوص من حيث انها روايه من حيث اللفظ. والاجماع الذى ادعا الشيخ على حجيه خبر الواحد، لو سلم فانما هو على حجيته فى الجملة، لا فى جميع افراد. وسائر الادله اقاموها على حجيه خبر الواحد، اما ممنوع الدلاله، واما ممنوع العموم. فالمعتمد فى حجتيه انما هو كونه ظن المجتهد، وانه حجه لا نسد باب العلم، واستحاله تكليف مالا- يطاق، مع كون بقا التكاليف ضروريا. والا اعتماد على هذا الدليل لا يقتضى الا حجيه ما يحصل الظن بدخوله فى افراد العام. لا ما يشمله لفظ العام بدلالته اللغويه او العرفيه. وحصول الظن بدخول هذا اليقين وهذا الشك تحت مدلول الروايه بحسب ظن المجتهد، ممنوع. بل لا- يمكن دعوى حصول الظن حينئذ. نعم لو ثبت حجيه قوله - ع - (لا تنقض اليقين بالشك) بسبب انه هذا اللفظ وانه حجه بمدلوله اللغوى. لا ما يظن ارادته منه، فهو كما ذكر، واني لك با ثباته. وقد فصلنا جميع ما ذكرنا با وضح بيان فى القوانين المحكمه فليراجعها من ارادها. ومما ذكرنا يظهر الجواب عما لو اريد من الاصل هو البراه الاصيله، التى ثبت بحكم العقل، يعنى انه (لا- تكليف الا- بعد البيان). فان البيان فى مالا سبيل الى العلم، منحصر فى ظن المجتهد. ولا- ريب ان ثبوت مهر المثل هو المظنون الراجح، لما ذكرنا. على انا نقول - قبال للتمسك باصل البراه - ان الاصل عدم التسميه، والدخول مسلم، وكما ان اصل البراه يقتضى عدم اشتغال ذمه الزوج بشئ فاصله عدم التسميه ايضا يقتضى الدخول فى حال عدم التسميه، وهو يقتضى مهر المثل وما يقال (ان اعمال الاصل انما يصح لو لم يكن مثبتا للحكم الشرعى) فهو كلام ظاهرى يكذبه تتبع تضاعيف الفقه. الا ترى ان اصاله عدم التذكيه يثبت النجاسه؟! وامثله كثيره. لا يقال: ان وجه ثبوت مهر المثل حينئذ هو كونها مفوضه البضع. والدليل فى المفوضه هو الاجماع والاخبار. واجماعهم فى الصوره المذكوره غير معلوم، وكذلك دلاله الاخبار. فان المفوضه اسم لما كان مفوضه فى نفس الامر، لا ما يحكم عليها بكونها مفوضه من جهه استصحاب عدم التسميه. بل يصير هذا من باب (تعارض

الاستصحابيين)، كما لو القى ثوب مغسول من المنى على محل نظيف ثم شك في زوال نجاسته، فيحكم بنجاسه الثوب دون المحل. لانا نقول، لا واسطه في نفس الامر بين التسميه وعدمها، وحكم الثانى مهر المثل. فان علم كونها عدم التسميه، فهو، والا فالظن به كاف في ذلك، كما في نظائره. مثل العداله مثلا، فان الظن بالعداله كافيه في الحكم بكون الرجل عادلا، ولا ريب ان الاستصحاب يفيد ذلك. فالحكم الوارد للمفوضه وارد للمفوضه النفس الامريه، لاما علمنا انها مفوضه، ويكتفى في الحكم بكونها مفوضه بالظن، كما في نظائرها. وعلى هذا فمخالفه جماعه من الاصحاب، بحكمهم باصالة البراه، لا ينافي انعقاد الاجماع على الحكم في المفوضه النفس الامريه. فانها مبنيه على غفلتهم عن ان هذه مفوضه. ثم: ان حكم كل واحد من الاستصحابيين المتعارضين باق على حاله في الثوب الملقى على محل ظاهرا. فانا نحكم بنجاسه الثوب وطهاره المحل. ومن حكم النجس التنجيس للغير، ومن حكم الطاهر عدم وجوب تطهيره. فكل منهما باق على حاله ولكن لما لم يمكن الجمع بينهما في ما يصل اثر حكمها الى محل الاخر فيتساقط مقتضاهما فيه ويرجع الى الاصل، وهو اصل البراه (مثلا) اذالم يكن مرجع لا حدهما على الاخر، والا فيرجع الى المرجح. فنقول في ما نحن فيه: ان مقتضى عدم التسميه، التفويض و حكمه مهر المثل. ومقتضى اصاله البراه، عدم اشتغال ذمه الزوج بمهر اصلا. فان لم يكن مرجح فيتساقطان، وان ثبت مرجح فهو المتبع. ولا يخفى ان المرجح في جانب (اصاله عدم التسميه) موجود من وجوه كثيره: احدها: كون مقتضاها مطابقا للظاهر، فلا رجحان للظاهر عليه، بخلاف اصل البراه. فان الظاهر يخالفه، لان الظاهر اشتغال ذمه الزوج بالمهر دون غيره، بل بمهر المثل ايضا. و مقابله ظهور التسميه با صاله عدم التسميه، لا يضره (كما عرفت) لتطابقه مع الاصل، بخلاف ظهور شغل ذمه الزوج، فانه يضر اصاله البراه. وثانيها: ان الاصل في الغرامه هو المباشر في قاعده الاتلاف، وهو الزوج ههنا، ولو سلم عدم عموم النص في هذا المعنى وبحيث يشمل ما نحن فيه، فلا ريب ان الظن القوي يحصل باستقرا النظائر ان هذا ايضا كذلك. ومقتضى القاعده ضمان ثمن المثل، فيصير الاصل حينئذ لزوم مهر المثل في الوطى المحلل في غير المملوكه، و يحتاج ثبوت قدر خاص الى التسميه الحاصله في عقد صحيح، فيصير المسمى الزائدو

الناقص، خلاف الاصل، المحتاج الى الاثبات. لامهر المثل. وثالثها: انه يلزم من الحكم باصاله البراه، خلو البضع المحترم عن العوض، وهو خلاف الاتفاق. والاكتفا في ذلك بالاحتمالات البعيده التي كلها خلاف الاصل، لا يمكن التوصل اليها ايضا بكون الاصل عدمها. وبراہ ذمه المولى والاب وغيرهما بعيد. ورابعها: الاخبار المتواتره معنى الداله على وجوب المهر بالدخول، الظاهره في وجوبها على الزوج، خرج ما علم تعلقه بذمه الغير وبقي الباقي. مع ان الظاهر من الوجوب والامر بالاتيان هو صورته الامكان، وفي مثل الصور المفروضه لامتعلق للوجوب، لعدم العلم به، فلا معنى بالوفاء فيلزم خلو البضع عن العوض. واما القول باقل ما يتمول فهو ضعيف. لانه ان قيل باصل البراه، فلا شئ اصلا. وان قيل باصاله عدم التسميه، فحكمها مهر المثل. وان قيل بتقديم الظاهر وهو التسميه على الاصلين فمقتضاه ايضا مهر المثل، اذ هو الظاهر. فكما ان ظهور التسميه يرفع اصل البراه فظهور تسميه مهر المثل يرفع اصل البراه عن الزائد على اقل ما يتمول. فان قيل: هذا القول مبناه ليس ترجيح الظاهر، بل هو ان اصل البراه يقتضى التسميه، لان عدم التسميه لا ينفك عن مهر المثل، لكن التسميه ينفك عن اشتغال ذمه الزوج لاجل الاحتمالات المتقدمه. فنقول: مع ان هذا لا دخل له في اثبات اقل ما يتمول على الزوج فيعارض بما عورضا به من ان التفويض الاستصحاب لا يوجب مهر المثل، بل انما هو التفويض اليقيني. فنقول ان التسميه الاستصحيه لا يوجب اشتغال ذمه احد بشئ، فضلا عن الزوج. وربما يقال: (ان المرأه حينئذ تستحق اقل ما يحتمل، لا اقل ما يتمول). والظاهر انه ليس قولنا جديدا في المسأله. فان اختيار اقل ما يتمول انما هو لاجل انه اقل ما يحتمل بالنسبه الى المهر. لا بالنسبه الى خصوص الزوجين والبلد وغيرهما. وللعلامه هنا تفصيل في التحرير، ضعيف. فقال (اذا وقع الاختلاف في اصل المهر بعد الدخول، يستفسر هل سمي ام لا. فان ذكر التسميه كان القول قوله مع اليمين. وان ذكر عدمها، لزمه مهر المثل. وان لم يجب بشئ، حبس حتى يتبين). واورد عليه اولا- بمنع الاستفسار، لانه انما يجب مع عدم افاده الكلام فائده، وقد عرفتها. وثانيا بمنع تقديم قول مدعى التسميه فانه مدعى الحبس لامنكر. وثالثا بمنع الحبس من دون

حصول السبب. وقال في القواعد: (والتحقيق انه ان انكر التسميه، صدق باليمين. لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعه، ومع الدخول مهر المثل. والا قرب ان دعواها ان قصرت عنهما ثبت مادعته. ولو انكر الاستحقاق عقيب دعواها اياه، او دعواها التسميه، فان اعترف بالنكاح فالاقرب عدم سماعه) انتهى. ومراده ب (النكاح) الوطى مع اعترافهما بالعقد، كما نقل عنه. مراده ب (عدم سماع الدعوى) التزامه بالمهر، فهذا ابطال للعمل بالاصل وان لم يصرح يثبت مهر المثل. وشيد ذلك ولده (رضى الله عنه) فى الشرح وحققه وشدد الانكار على الاعتماد على اصل البراه. وقال الفاضل المقداد فى التنقيح: (اذا اختلفا فى الاستحقاق فقالت هى انى استحق عليك مهرا. وقال هو لا تستحقين قبلى شيئا. فان كان قبل الدخول، فالقول قوله. لا مكان التفويض والمتعه انما يجب بالطلاق ولم يقع، فالقول قوله. وان كان بعده فيحتمل ان يكون كذلك، لا مكان براه ذمته من المهر. كما لو زوجه الاب وهو صغير فقير، والسيد وهو رق. لكنه نادر فلا يلتفت اليه. وح يلزم بجواب سديد) انتهى. ثم: ان الشهيد الثانى (رضى الله عنه) جعل من فروع المسأله (ان تدعى الزوجه المهر فيقول الزوج نعم لك عندى درهم مثلا) او (تدعى عليه الفامهرا فيقول ليس لك عندى مهر). يعنى ان هذا ليس من التنازع فى المقدار لان النزاع فى المقدار يستلزم اتفاقهما على الثبوت فى الجملة، مع ادعا كل منهما قدرا معيناً، ولم يجتمعا فى المثالين. ثم قال: (ويمكن ان يقال ان دعوى اصل المهر غير مسموعه، بنا على عدم سماع الدعوى المجهوله. فلا بد من تحريرها بالقدر، فيرجع جوابه بالقدر الى الاختلاف فيه). وفيه ان الدعوى المجهوله مسموعه كما حقق فى محله، لا مكان الاستفسار. وثانيا ان الجهاله ممنوعه، لتعينها فى الشرع - كطالب الديه وارش الجنايه مع عدم علمه بحقيقته. فقد يمكن ان يكون المرأه عالمه باستحقاق المهر فى ذمه الزوج مع جهالتها راسا، لتردها بين التفويض والتسميه المجهوله لها. كما لو عقدها وكيلها المطلق فى التزويج او وليها، او نسيت الحال وعلمت بانتفا الاحتمالات الموجهه للمهر فى ذمه غير الزوج. فيصح دعواها ويجيئ الاقول السابقه. وقد عرفت ترجيح مهر المثل. ومما ذكرنا يظهر حال مالو ادعت التسميه وانكرها فان الحكم هو مهر المثل، لان الاصل عدمها، وظاهر

التسميه ايضا مطابق لمهر المثل). ثم: انه (ره) قال فى المسالك: (ربما يتوهم بعض القاصرين ان هذه المسأله اجماعيه وان الاصحاب متفقون على قبول قول الزوج فى المهر مطلقا. نظر الى اطلاق المصنف و جماعه قليلين منحصرين: الحكم كذلك. وان قول العلامه بخلافه فى الارشاد نادر لا يقدر فيه و هو ناش من عدم تحرير حقيقه الاجماع على الوجه الذى يصير حجه عند الاصحاب، ومع ذلك فكلام اكثر المتقدمين - حتى الشيخ فى المبسوط والنهايه - خال عن فرض المسأله. وانما ذكروا مسأله الاختلاف فى قدره خاصه تبعا للنص الوارد فيه. والمتعرضون لهذه المسأله ذكروها بطريق الاجتهاد. واختلف لذلك آراؤهم من الواحد فى ازمته مختلفه، كما اتفق للعلامه. والمرجع فيها الى ما ساق اليه الدليل على الوجه الذى ذكره او غيره). انتهى. وهو كما ذكره. ومن جميع ما ذكرنا تعرف ان حكم مايتفق كثيرا فى هذه الازمان من ادعا الزوجه مهرا مطابقا لورقه فى يدها من دون بينه معتبره، وكان الزوج منكر لاصل المهر - او كان الزوج ميتا وورثته صغارا، او منكرين لاصل المهر، او قائلين بانا لانعرف شيئا فى ذلك - فان كان مايدعيها از يد من مهر المثل، فيرد عليه اتكالا على الظاهر (كما حققناه) وان لم يمكن فيه اجرا (اصاله عدم التسميه)، فيرجع الى التفويض، والزايده مهر المثل منفي باصالة البراه. لايقال: ان المثبت للحقوق منحصر فى الامور المعلومه مثل البينه واليمين المردوده ونحوهما، وليس فى مثل ما لو كان وارث الزوج صغيرا او غايا او نحو ذلك ماثبت شيئا. فكيف يحكم بمهر المثل؟. لانا نقول: ان الزوجه على ذكرنا بمنزله المنكر. لانها تدعى الظاهر. والاصل ثبوت المهر وعدم ادائه، فلا يحتاج الى الاثبات، لانه وظيفه المدعى. فالحلف المتوجه عيلها فى الحقيقه انما هو لاجل ادعا البقا وعدم الاخذ. فهذا دعوى تقديرية ثبت الحلف فيها على المنكر وثبت حقه به. ولو كان المسمى فى الورقه الذى تدعيه اقل من مهر المثل، فقد فوت [ت] الزايده عن مهر المثل على نفسها، بسبب اعتراف بالاقل. مع ان الظهور الذى يبتنى عليه اثبات مهر المثل يفيد ظهور هذا القدر من باب البينه (كذا) فلا اشكال. فان المراد من ظهور المثل ليس محض ظهور المقدار الخاص فقط. بل ظهور كون المهر زائدا على اقل مايتمول، وهو متحقق فى ما نحن فيه ايضا.

وقال الشهيد (ره) فى القواعد: (إذا ادعت تسميه قدر، وقال الزوج لا اعلم - وكان قد زوجه وكيله، او قال نسيت - حلف على نفى العلم وثبت مهر المثل. ويحتمل ما ادعته، اذ لا- معارض لها. وكذا لو ادعت على الوارث، واجاب بنفى العلم). انتهى. وفيه تنبيه على حكم ما لو كان الوارث صغيرا او غائبا، كما يذكره ايضا. واما لو ادعى وارث الزوج على الزوج مهرا - بمحض ان الغالب والمتعارف ان للزوجه مهرا على الزوج ولم يثبت اداؤه عنده، واقر با نه لم يكن جاز ما ببقائه فى ذمته، بل انما يعتمد فى الدعوى على ما ذكرنا -: فهو مما لا يصغى اليه. وكذلك لو كان فى يده ورقه كتب فيها مسمى لها ولم يكن جازما باستحقاقها الآن كذلك. وكذا لو كان الوارث ظانا بذلك وادعى الظن ايضا. نظرا الى ان الظاهر عنده تعلقه بزمه الزوج وان احتمل عدم تعلقه بزمته فى اول الامر. الا ان يقال بسماع الدعوى الظنيه وكان المدعى عليه هو الزوج وجوزنا تحليفه. واما لو كان المدعى عليه هو وارث الزوج، فلا يتم ذلك ايضا. لان التحليف هنا لا يمكن الا مع ادعائه عليه العلم، وهو فرض غريب. وكذلك لا يمكن له الحلف كما هو مقتضى الدعوى على الميت. فان قيل: ان النص الوارد فى (الدعوى على الميت ولزوم اليمين الاستظهارى) يدل على ان ذلك الفرض ليس من افراد ما يجب فيه اليمين. قلنا: ما يمكن ان يستدل به على جواز الدعوى الظنيه ايضا انما يسلم فى ما يمكن تحليف المنكر بنفسه، لا- على نفى العلم بفعل الغير. مع قطع النظر عن عدم امكانه او عدم تحقق مثل هذا الفرض. ومن ذلك يظهر ان المرأة بنفسها ايضا اذا كانت شاكة فى استحقاقها (مثل ان تشك فى اخذ المهر او ابرا الزوج بحيث لم يبق لها ظن من جهت الاستصحاب) فلا-يجوز لها الادعا ولا- يصغى اليها. واما مع احتمالها لانتفا المهر رأسا - مثل ان تحتمل كون الصداق فى ذمه والد الزوج، او كون الزوج عبدا زوجها مولاه، او نحو ذلك - فالامر اوضح. والكلام مع الظن فى اصل الثبوت فى اول الامر، كما مر. واما لو ثبت اصل المهر، فيجوز للوارث الدعوى بسبب الاستصحاب. بل وللرأه ايضا اذا كان الظن الاستصحابى باقيا لهما. فحينئذ يدعيان بصورة الجزم ويعامل معهما معامله الجازم. ومن جميع ذلك يظهر انه لو سكت الزوجه والوارث ولم يعلم من حالهما انهما يعلمان ببقا حق لهما، او كانت الزوجه مجنونه، او كان وارث الزوجه صغيرا او غائبا ولم يعلم الحال، فلا يجب على الحاكم استفسار ولا يجوز استيفا حق الصغير والغايب والمجنون. لعدم ثبوت

الاستحقاق، سيما اذا احتمل ان لا يكون المهر فى ذمه الزوج فى اول الامر ايضا. بل وليس له ان يعتمد على الاستصحاب ولا بالظهور اذا لم يكن مدعى عليه حاضرا او كاملا. - - فان غايه الامر انه يجوز له العمل بعلمه الحقيقى ولو بالاقرار فى مجلس القضا وان لم يسمعها غيره. او بالاستصحاب الذى لم يعارضه شئ كالاستصحاب الحاصل باقرار المدعى عليه فى غير مجلس القضا مع انكاره الان. او بسبب علمه بالمهر مثلا كما لو كان العاقد هو نفسه، ولم يظهر له مزيل، سيما اذا كان قريب العهد. مع انكار الزوج لاصل المهر وعدم رجوعه الى دعوى الوفا والابراء. واما اذا لم يكن هناك صوره دعوى ولم يدع ولم احد ولا انكرا احد، فما كان عند الحاكم من الاستصحاب فهو معارض باحتمال دعوى المنكر (لو كان حيا او حاضرا او كبيرا) الادا. وهذا الاحتمال مما يعتنى به كما افاده دليل وجوب اليمين الاستظهارى فى الدعوى على الميت، ونظرائه. فلا يجوز للحاكم العمل بالاستصحاب مع هذا الاحتمال. واما مع وجود المدعى عليه وكمالها: فلو كان الظاهر فيه انه لو كان له كلام لذكره، فمع عدم ذكره يحكم الحاكم بعلمه، ولو كان من جهه الاستصحاب بعدم المعارض. ومن اجل ذلك لا يكتفى الحاكم بالبينه ايضا فى استصحاب الدعوى على الميت حتى يحلف المدعى على البقا. فاذا لم يعتمد على ظن عدلين حصل لهما من جهه الاستصحاب (١)، فكيف يكتفى بظن حاصل له من غيره. سيما مع عدم التمكن من اليمين الاستظهارى. ويوضح ذلك ايضا ان البينه اذا اقيمت واثبت المدعى عدالتها، يسأل الحاكم المنكر عن الجرح. وان كان يجوز له العمل بالبينه فقط، لم يسأله. فحجيه البينه ايضا انما هو اذا لم يعارضها شئ بالفعل، او لم يكن فى معرض المعارض. وبالجمله: فلاكتفا باستصحاب علم الحاكم، او ظهور ثبوت مهر المثل انما يجرى فى صوره التداعى. واما فى صوره السكوت، او عدم كمال المدعى او المدعى عليه، فلا يجوز الاعتماد عليها. وتوضيح هذا المقام: ان الاقوى انه يجوز للحاكم ان يحكم بعلمه، سوا كان علما قطعيا او ظنيا يكون حجه، ككونه شاهدا فى المطلب. فيكون المراد من قولهم (يعمل بعلمه) انه لا يحتاج الى اطلاع غيره من المتداعيين وغيرهما عليه. لا انه يعمل بعلمه.

ص: ٣٣٣

١- و فى النسخه... على الظن بينتين عدلين حصل لهما من جهه الاستصحاب.

الحقيقى لا بظنه. فيجوز الحكم اذا حصل له الظن الذى هو مناط الشهاده من جهه الاستصحاب. كما يستفاد من القواعد الداله على حجيّه تلك الظنون بعمومها، وطريقه عملهم وفتاويهم. فانهم بعد ما اختلفوا فى جواز عمل الحاكم بعلمه، افتوا على جوازه فى مواضع: منها تزكيه العدل وجرحه. مع ان ذلك مما يثبت بالظن، كالاستفاضه والمعاشره المفيده للظن، وغيرهما. وكذلك استثنوا اقرار المدعى عليه عند الحاكم سرا ولو فى غير مجلس القضا. فان ذلك يستلزم جواز عمله باستصحاب مقتضى الاقرار مع احتمال الادا والابراء. وغير ذلك من المواضع المستثنيات. فيظهر من المواضع المستثنيات ان المستثنى منه اعم من القطع، كما لا يخفى. ولكن يظهر فى مسأله اليمين الاستطاري ان الاستصحاب الذى هو مناط الشهاده، لا يكفى. فكما ان الحاكم لا يحكم بلزوم الحق مع اليينه الا- باليمين، فكذلك لا يحكم مع كونه عالما بعنوان الشهاده. نعم لو كان علمه العلم القاطع، فلا يحتاج الى اليمين. والحاصل: ان ماورد فى مسأله الدعوى على الميت من الروايه، يدل من باب التنبه على ان الاستصحاب مع احتمال ادا الحق والابراء، لا- يكفى الا فى ما كان المدعى عليه فى معرض ادعا الاداء، او الابراء كما لو كان حيا رشيدا حاضرا. واما لو لم يكن كذلك (كالميت والصغير والغايب) فلا- يكفى فيه اليينه ولا علم الحاكم الذى هو من قبيل اليينه. ولذلك صرحوا فى كتاب الوصايا ب (ان الوصى اذا كان له على الميت دين يعلمه جزما، جاز المقاصه بدون اذن الحاكم وبدون اليمين. واما لو علم بدين غيره عليه من باب الشهاده، فلا- يجوز ادائه عنه) لامكان تجدد البراه. فلا- حظ المسالك وغيره. فيجب فى الادح اليمين الاستظهارى والمراجعه الى الحاكم لاجل اليمين. نعم لو علم بحق الغير من باب القطع، فيجوز الاداء بدون [اذن] الحاكم واليمين. و [قال] الشهيد الثانى - فى شرح كلام الشهيد فى اللمعه حيث قال (ويجوز للموصى استيفاء دينه مما فى يده، وقضا ديون الميت التى يعلم بقاها) -: ويتحقق العلم بسماعه اقرار الموصى بها قبل الموت بزمان لا يمكنه بعده القضاء، ويكون المستحق ممن لا يمكن فى حقه الاسقاط كالطفل والمجنون. اما لو كان اربابها مكلفين يمكنهم اسقاطها، فلا بد من احلافهم على بقائها وان علم بها سابقا. ولا يكفى احلافه اياهم الا اذا كان مستجمعا لشرائط الحكم. وليس للحاكم ان يأذن فى التحليف استنادا الى علمه، بل

لابد من ثبوته عنده. لانه تحكيم لايجوز لغير اهله. نعم له بعد ثبوته عنده بالبينه، توكيله فى الاحلاف. - الى آخر ما ذكره. ومن فروع هذه المسأله: ان استصحاب اشتغال ذمه الميت بالزكاه والخمس ورد المظالم وغيرها، لايكفى للوصى ولا للحاكم ولا للمومنين عند فقدهما. بل لابد من العلم بالبقاء. فلو احتمل الاداء حين الحياه، او محاسبه عوضها على فقير كان له عليه دين، او ابراء ارباب المظالم، فلا- يجوز الاخراج الا للوارث الكبير من باب الاحسان. واما الصورتان اللتان نقلنا هما عن الشهيد (ره) فى القواعد، فلا ينافيان ما ذكرنا. اذ المفروض فيهما عدم انكار الزوج ولا الوارث لاصل المهر، وكون المدعى جازما فى الدعوى، فيرجع مع الحلف على عدم العلم الى مهر المثل بنا على الظاهر. ويحتمل قبول قول الزوج، لعدم المعارض له. والرجوع الى مهر المثل اولى ان لم يكن ماتدعيه اقل منه. ثم ان الشهيد الثانى (ره) ايضا قال فى المسالك (ان هذ الاختلاف - يعنى الاختلاف فى اصل المهر - لو وقع بين ورثتهما، او من احدهما مع ورثه الاخر فحكمه حكم ماله وقع بينهما. ومثله ماله ادعته الزوجه وقال وارث الزوج لا- اعلم الحال، او كان صغيرا او غائبا) انتهى. ومقتضى ما ذكره ان الخلاف السابق يجرى فيه. فمن كان يعتمد على اصل البراءة ثمه، يعتمد عليها هيئنا. ومن يعتمد على اثبات مهر المثل ثمه، يعتمد عليه هيئنا. و هكذا... وقد ظهر الوجه مما ذكرناه. واما وجه سماع دعواها مع صغر وارث الزوج، او غيبته: فلحمل قول المسلم على الصدق والصحه، مع عدم المعارض. والبينه واليمين انما يحتاج اليهما مع المعارضه والدعوى. وقد نبه عليه كلام الشهيد (ره) الذى نقلناه. نعم يجب عليهما اليمين للدعوى التقديرية. وهى انه كان للميت ونظرائه لسان لعلمهم كانوا يدعون عليها الاداء والوفاء، فتحلف على البقاء لذلك. هذا كله اذا كان النزاع فى اصل المهر. واما لو تنازعا فى المقدار - بان ادعت انها تستحق عنده من جهه المهر مأه دينار سواء كان ذلك جميعه او بعضه، وسوا كان قبل الدخول او بعدها فقال الزوج بل خمسون -: فقال فى المسالك (المشهور بين الاصحاب - لانعلم فيه مخالفا ظاهرا - ان القول قول الزوج مع يمينه. سواء كان ما يدعيه مما يبذل مهرا عاده لامثالها ام لا. والاصل فيه قبل الاتفاق ظاهرا صحيحه ابى عبيده). اقول وهذه الاطلاقات لا يستفاد من صحيحه

ابى عبيده. ودعوى الاتفاق عليه ايضا غير مسموعه. والمتبادر من الصحيحه هو الدعوى فى المسمى. والروايه رواها فى الكافى فى الحسن، والشيخ فى الصحيح عن ابى عبيده (عن ابى جعفر - ع - فى رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها، فادعت ان صداقها مائة دينار، و ذكر الزوج ان صداقها خمسون دينارا وليس بينهما بينه على ذلك. فقال: القول قول الزوج مع يمينه). (١)

ورواها الشيخ ايضا فى الصحيح (عن ابى عبيده عن ابى جعفر - ع - فى رجل تزوج امرأه فلم يدخل بها، وادعت ان صداقها مائة دينار. وذكر الرجل انه اقل مما قالت. وليس لها بينه على ذلك. قال: القول قول الزوج مع يمينه). (٢) فيشكل القول مع اتفاقهما على عدم التسميه مع الدخول. فان الفريضه فيه مهر المثل، فدعوى الاقل من مهر المثل من الزوج فى قوه ايضا الزايد ونحوه. فلا يسمع منه. وكذلك لو اعترف بالتسميه [وادعت] انها اكثر مما يدعيه الزوج. وأشار الى ذلك فى المسالك ايضا. وقال (الحق حمل الفتوى على ما لو اطلقا الدعوى، او ادعى تسميه هذا القدر وادعت هى تسميه الازيد. بل الشيخ فى المبسوط فرض المسأله فى هذا القسم ثم استشكل فى الصورتين ايضا. اما فى الاولى: فلان الاطلاق كما يحتمل كونه بطريق التسميه، يحتمل كونه بطريق عوض البضع المحترم وعوضه مطلقا مهر المثل. وانما يتعين غيره بالتسميه، والاصل عدمها وهذا الاصل مقدم على اصاله البراء، لوجود الناقل عنها. واما فى الثانيه: فلان باختلافهما فى قدرها يكون كل منهما منكرا لما يدعيه الاخر. فلو قيل بالتحالف ووجوب مهر المثل، كان حسنا، الا ان اطلاق الروايه الصحيحه المتناول لمحل النزاع يونس ترجيح ما اطلقه الاصحاب على ما فيه من الحزازه. ومن ثم قال علامه فى القواعد: وليس بعيدا من الصواب تقديم من يدعى مهر المثل). اقول: وفى ما ذكره نظر. اما فى الثانيه: فقله (يكون كل منهما منكرا) ممنوع. بل المنكر انما هو الزوج، لانهما يتفقان فى الاقل فالدعوى انما فى الزايد، وينكرها الزوج. لا يقال: ان الزوج يدعى ان المسمى خمسون بشرط ان لا يكون معه شئ. والزوجه تدعى الخمسين بشرط ان يكون معه خمسون آخر. فالزوجه ايضا منكره (الخمسين بشرط لا).

ص: ٣٣٦

١- وسائل، ج ١٥، ابواب المهور، باب ١٨، ح ١.

٢- المرجع، الحديث - الحديثان كلاهما تحت رقم واحد.

لانا نقول: انكار المرأة يرجع القيد يعنى [الى] (بشرط لا). ونفى النفي، اثبات. فيرجع الى دعوها الزيادة. وهذا واضح. كما ان رجوع انكار الزوج الى قيد (اشتراط الانضمام) واضح. واما ما ذكره العلامة (ره) من تقديم قول من يدعى مهر المثل: فهو مبنى على ان المدعى هو من يدعى خلاف الظاهر. فاذا ادعت الزيد فهو خلاف الظاهر، كم لو ادعى الانقص وفيه: اولاً: ان كون المدعى فى جميع المواضع هو من يدعى خلاف الظاهر، ممنوع. بل انما هو يتم اذالم يكن الاصل معه. اذ الذى ذكره فى تعريف المدعى، امر آن: احدهما (من ترك لو ترك). والثانى (من يدعى امراخفيا، بان يدعى خلاف الاصل او خلاف الظاهر). فاذا كان مخالفاً لا حد هما دون الاخر فيبنى على الترجيح بين الاصل و الظاهر وتقديم الظاهر هنا على الاصل وليس بواضح. وهذا لا يشبه ما قدمناه فى اصل المسألة. اذ مبنى الكلام ثمة (فى ترجيح الظاهر) كان على امور كثيرة ليست بموجودة هنا. فان النافى ثمة كان بناؤه على اصل البراه رأسا بسبب الاحتمالات النادرة المردودة، او الغير الموجودة فى الاغلب. فمحض ابطال الاعتماد على الاصل بسبب ندرته اوجب مهر المثل. لانه عوض البضع المحترم، حيث لم يثبت التسميه. ومع ذلك فقد ينضم اليه اصاله عدم التسميه الموجه للتفويض الموجب لمهر المثل، وغير ذلك مما مر. واما فى ما نحن فيه، فالمفروض تسليم التسميه فيبقى الكلام مع اصاله عدم الزيادة وظهور مهر المثل وغلبته. فاما نمنع مقاومه هذا الظاهر، الاصل، او نقول: سلمناه ولكن الحديث الصحيح اثبت لنا المخرج عنه. فان مقتضى قولهم عليهم السلام (البينه على المدعى واليمين على من انكر) وان اوجب هنا تقديم قول مدعى مهر المثل - على فرض تسليم كونه اظهر من اصاله عدم الزيادة - ولكننا نحصله بهذه الصحيحه، كما خصص بغيره ايضا فى مواضع شتى. وتخصيص القواعد فى الفقه ليس ببدع. واما الصورة الاولى: فتحقيق الكلام فيها ان الروايه ظاهره فى الدعوى فى التسميه. ولا- دلالة لها فى حكم مهر المثل وادعاء عوض البضع، مطلقا. فان ظاهر قول الراوى (ادعت ان صداقها ماء دينار) متبادر فى المسمى. كما لا يخفى. وكذلك قوله (ليس لها بينه على ذلك). فان البينه انما يمكن تصويرها (ظاهرا) فى الجزئى الحقيقى. وايضا: فلو عممنا الروايه لزم ارجاع الروايه الى اختلافهما فى مهر المثل. وح يشكل الجواب بان (القول قول

الزوج) بل يرجع فيه الى العرف والعاده. الا ان نفرض المسأله في مالو كانت المرأة مجهوله الحال اصلا او نسباً وحسباً، لا الزوج. وهو فرض نادر وخارج عن فرض التداعي في المهر ايضا. فح نقول: اذا اطلق الدعوى بحيث يمكن ان ينزل على التسميه وعلى عوض البضع معا، بان لا يكون ما تدعيه المرأة اقل من مهر المثل، ولا ما يدعيه الرجل اكثر منه. [١] ويكون ما تدعيه المرأة مهر المثل (او اقل) وما يدعيه الرجل اقل منه. فيشكل الاعتماد في معرفه حقيقه الدعوى بالاتكال على اتصاله عدم التسميه والقول بان هذا الاصل يقتضى حمل الدعوى على هذه الصوره مع ان الظاهر والغالب هو التسميه. وكذلك ظاهر الدعوى في المقدار. فالظاهر هنا لزوم الاستفسار. لكون الدعوى ناقصه. ولا يرد هذا على اصل المسأله. فان اصل المسأله كان دعوى المرأة المهر، وانكار الرجل له مطلقاً. وذلك لا يحتاج الى الاستفسار، لان اتصاله البرأه في جانب الرجل، اما يعمل عليها فلاحاجه الى معرفه مدعى المرأة. او لا يعمل عليها فيرجع الى مهر المثل، او (اقل ما يتمول). بخلاف مدعى الرجل في هذه الصوره، فان العمل عليه يتوقف على معرفه حال نفس الدعوى، فبعد الاستفسار فان ظهران الدعوى في عوض البضع، فيعمل على ما اقتضاه من ان الرجل اذا ادعى الاقل فهو معنى (ادعا انتفا الباقي) فيحتاج الى الاثبات. وان ظهران الدعوى في المسمى، فيرجع الى العمل بالروايه وتقدم قول الزوج. كما مر.

١٦٣: سؤال:

١٦٣: سؤال: هر گاه شخصی ضعیفه ای گرفته باشد، و چند اولاد از او بهم رسیده باشد. و در ثانی الحال ضعیفه دیگری گرفته باشد و نتوانسته باشد که به او دخل بکند، و زوج فوت شده باشد. و زوجه غیر مدخوله قبل از انقضای ایام عده شوهر کرده باشد. آیا باید تفريق کرد؟ یا نه؟.

جواب:

جواب: عده وفات برای زوجه غیر مدخوله ثابت است. و حکم نکاح در آن، حکم نکاح در عده رجعيه است. و خلاصه حکم آن این است که هر گاه در عده شوهر کرده باشد و دخول هم به عمل آمده، حرام ابدی می شود. و تفريق باید کرد. خواه هر دو عالم به عده و عالم به حرمت تزويج در آن باشند، یا هر دو جاهل به هر دو باشند، یا یکی عالم و دیگری جاهل، یا عالم به یکی از آن دو و امر و جاهل به دیگری باشند. و اگر دخول واقع نشده باشد، از برای جاهل حرمت ابدی حاصل نمی شود. نهایت عقد فاسد است و بعد از

انقضای عده از نو عقد می تواند کرد. واز برای عالم حرمت ابدی حاصل می شود هر چند دخول نکرده باشد. والله العالم.

۱۶۴: سؤال:

۱۶۴: سؤال: هر گاه از برای زوج نفقه وکسوه اطفال ممکن نشود، وزوجه صاحب ثروت باشد، نفقه وکسوه اطفال بر زوجه شرعا واجب است یا نه؟

جواب:

جواب: بلی هر گاه طفل از خود مال نداشته باشد وپدر هم عاجز از انفاق باشد وجد پدری هم موسر نباشد ومادر هم ملیه وموسره باشد، بر او نفقه اطفال واجب است.

۱۶۵: سؤال:

۱۶۵: سؤال: هر گاه شخصی ضعیفه را تزویج نموده، ودر دخل نمودن عاجز. و [ضعیفه] مقدار چهار ماه مرافعه خود را به نزد یکی از ملاهای این ولایت برده. وآن ملا حکم نموده که باید این ضعیفه یک سال تمام در نزد او بوده باشد. وبعد از چهار ماه، سه ماه دیگر در نزد او بوده. وآن مرد گفته که باید من مداوا نمایم وبه شهری دیگر رفته، و سه ماه دیگر در آنجا دوا خورده وبعد از مراجعت چهار ماه دیگر در نزد او بوده فعلی از او متمشی نگردیده. ضعیفه فسخ نموده وبه خانه پدر رفته. وچون آن مرد پر لجوج، وپدر ضعیفه نیز مرد فقیر، وصبیه خود را مدت هشت سال بعد از فسخ نگاه داشته تا اتفاق [افتاده] آن مرد به رحمت خدا رفته. وبعد از چند یوم همان ملائی که این مرافعه در نزد او اتفاق افتاده بود، او را عقد نموده وبه شوهر داده، به سبب عنین بودن شوهر. آیا بر آن شوهر ثانی حلال می باشد یا نه؟

جواب:

جواب: دین ودینا از امثال چنین ملاها خراب است. اولاً این که مرافعه را به غیر مجتهد عادل کسی نمی تواند کرد. خصوصاً مسأله عنن وبر فرض تقدیری که کسی دیگر تواند کرد آنچه به گوش آن ملاها رسیده این است که بعد از ثبوت عجز از مقاربت زنان مطلقاً، وعدم رضای زوجه به زوجیت آن مرد، ومرافعه بردن به سوی حاکم باشرایط، آن حاکم شرع او را از حین مرافعه مهلت بدهد تا یک سال تمام. وبعد از تمام شدن یک سال زوجه مسلط بر فسخ می شود. بتفصیلی که در محل خود مذکور است. بنابر آنچه در صورت سؤال نوشته شده است از حین مرافعه تا حین فسخ وبه خانه پدر رفتن، ده ماه گذشته است. بر فرض صحت مرافعه این فسخ قبل از تمام شدن سال چه معنی دارد. پس بنا علی هذا هنوز زوجه در حباله زوجیت زوج سابق بوده است که زوج متوفی شده. ونکاح ثانی در عده وفات شده ونکاح فاسد است. و هر گاه طرفین عالم به عده وحرمت نکاح بوده اند به مجرد عقد حرام ابدی است. واگر دخول واقع شده است

حرام ابدی است خواه دانسته وخواه ندانسته وتفریق باید کرد وطلاق نمی خواهد. والله العالم.

۱۶۶: سؤال:

۱۶۶: سؤال: هر گاه ضعیفه را پدرش بدون اذن به شوهر داده باشد، وجمعی هم شاهد به عدم رضای ضعیفه می باشند. وآن مرد نیز دخل ننموده، وشوهر متوفی. آیا آن عقد باطل می باشد؟ ودر عده وفات، آن ضعیفه می تواند شوهر نمود یا باید عده وفات نگاه دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه به ثبوت شرعی برسد که نکاح بدون رضای زوجه بوده، وبعد از نکاح هم اجازه نکرده وراضی نشده، آن نکاح صورتی ندارد. خصوصا هر گاه باکره نباشد. واما هر گاه باکره بوده باشد هر چند اظهر در آن نیز بطلان عقد است، لکن احوط آن است که در عده وفات آن را تزویج نکنند وامر ثبوت وعدم ثبوت ومرافعه باید در نزد حاکم شرع - یعنی مجتهد عادل واقع شود. اکثر مفاسد از راه بی اعتنائی به شرع ودین واقع می شود. وملاهائی که متصدی این امور می شوند لا اقل در اول مرتبه مسأله را سؤال کنند که فساد آن کمتر باشد. والله الموفق.

۱۶۷: سؤال:

۱۶۷: سؤال: هر گاه هند بعد از مدت سه سال از مفقود الاثر بودن زوجه حامله گردیده وعمرو از او متولد. وبعضی مردم از راه ظن میگفته اند که هند از بکر حامله شده است، واین عمرو از بکر بهم رسیده است. وبعد از چند وقت دیگر هند مذکوره با وجود مفقود الخبر بودن زوج مذکور به حباله نکاح بکر مذکور در آمده. وبعد از مدت چند سال دیگر هند مذکوره متوفیه. آیا در اینصورت عمرو می تواند که شرعا مطالبه حق الصداق والده اش را از بکر مذکور نماید یا نه؟

جواب:

جواب: بنابر صورت سؤال، عمرو جز ما فرزند آن شوهر مفقود الخبر نیست. و هر گاه معلوم شده که عمرو به زنا بهم رسیده هم ملحق به زانی نمی شود، وهم میراث از مادر خود نمی برد. واما تزویج هند بابکر: اگر با وجود علم طرفین به حرمت بوده است و می دانسته اند که شوهر مفقود الخبر است، این زن حرام است. ونکاح آن حرام است. پس این نکاح هم موجب مهر نمی شود وزنا را مهر نمی باشد. پس دعوی مهر بر فرضی که عمرو پسر مادرش محسوب شود هم صورتی ندارد. و اگر علم به حرمت نداشته اند هیچکدام، یا هند تنها علم به حرمت نداشته، پس هند مستحق مهر المثل است. وبعد از مردن او وارث شرعی ادعای مهر می تواند کرد. وعمرو که از زنا بهم رسیده است ادعای

میراث و مهر مادر نمی تواند کرد. و اگر معلوم نشود که هند زنا کرده بود، و عمرو هم به وطی شبهه بهم رسیده باشد، در این صورت ملحق به مادر می شود و دعوی مهر - در صورتی که عقد او به بکر بر سبیل شبهه شده باشد - می تواند کرد. والله العالم.

۱۶۸: سؤال:

۱۶۸: سؤال: هر گاه دختری در حولین ارتضاع خود تا مدت دو ماه با پسر عم خود شیر خورده. به این نحو که در ظرف مدت دو ماه متوالی که والده مرتضعه مزبوره مریض بوده، مکرر از زوجه عم خود که مرضعه پسر مزبور بوده ارتضاع نموده. ولکن حال از مرضعه مزبور استفسار کمیت ارتضاع را نموده ایم می گوید که (تا دو ماه چون والده مرتضعه مزبوره مریض بوده من مکرر او را شیر داده ام، لیکن ده رضعه متوالیه - [و] بلا-فاصله ارتضاع دیگری - نشده. و یک شبانه روز هم بدون تخلل ارتضاع [از] غیری، شیر نداده ام. بلکه گاه من شیر میدادم و گاه والده مریضه اش، و گاه هم شیر گاو می خورده. ملحض آن که: به تقریر مرضعه مزبوره، ده شیر متوالی بدون تخلل شیر والده اش یا دیگری، یا یک شبانه روز کذلک، اتفاق نیفتاده. و حال که دختری و پسر متراضعان مزبوران به حد بلوغ رسیده اند بنای تزویج ما بین ایشان شده. آیا حسب الشرع رضاع مزبوره ناشر حرمت بینهما می شود یا نه؟ و در صورتی که ناشر حرمت بینهما باشد، آیا همشیره نسبیه مرتضعه مزبوره (که شیر مزبور را نخورده باشد) می تواند با آن پسر مزوجه شود یا نه؟ و اخوه نسبیه هر یک از متراضعان با اخوه (۱) نسبیه دیگری تزویج می توانند نمود یا نه؟

جواب:

جواب: نظر به صورت سؤال تقدیر عددی و زمانی رضاع (هر دو) غیر معلوم الثبوت [است]. خصوصاً با ملاحظه تقریر مرضعه. و اصل هم عدم حصول آنها است. و اما (تقدیر اثری) اعنی نبات لحم و شد عظم بادم): پس در صورت مسئله نفی آن مشکل است. بلی چون از کلام اصحاب بر می آید که باید انتساب این اثر به رضاع مرضعه باشد مستقلاً و مخلوط شدن چیز دیگر را مضمّر میدانند در نسبت دادن اثر به آن شیر. و ظاهراً خلافتی در میان ایشان در این معنی ظاهر نیست. و اصل هم عدم تحقق رضاع شرعی است. و عمومات هم مقتضی حلیت است. خصوصاً با ملاحظه این معنی که تتبع احادیث ائمه طاهرین علیهم السلام مفید این

ص: ۳۴۱

است که امر رضاع به این شدت نیست. و تنگ گرفتن در آن از عامه ناشی شده که اکثر آنها قلیل و کثیر را موثر در حرمت میدانند. بلکه در اخبار ما حد رضاع به دو سال و یک سال هم وارد شده. (۱) و قدماى اصحاب هم بعضی به آن رفته اند. و با ملا حظة این امور در صورت مسؤول عنها اظهر حلیت و جواز نکاح است. بلکه خلاف آن را در کلام فقها نیافتم. و لکن احوط ترک آن است. به جهت احتمال تأثیر از راه عموم و اطلاق اخبار، و خروج از خلاف ابن جنید نیز. اما احتیاط واجب نیست. و بر فرض تحقق رضاع محرم، اظهر جواز تزویج همشیره نسبیه مرتضعه مزبوره است با برادر رضاعی همشیره اش. و هم چنین اخوه نسبیه هر یک از متراضعین در اخوات نسبیه دیگری جایز است تزویج بینهم. والله العالم.

۱۶۹: سؤال:

۱۶۹: سؤال: در نفقه و کسوه زوجه حامله متوفی عنها زوجها، رأی شریف به کدامیک از اقوال است؟

جواب:

جواب: از مال شوهر نفقه ندارد. اجماعاً. و هم چنین از مال حمل، علی الاظهر الا شهر بین المتأخرین. و جمعی از قدما بر وجوب آن از مال حمل فتوی داده اند. و قول اول اظهر است.

۱۷۰: سؤال:

۱۷۰: سؤال: منزله را در رضاع اعتبار می فرمائید یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر عدم [اعتبار] منزله است. بلی اعتبار احوط است.

۱۷۱: سؤال:

۱۷۱: سؤال: هر گاه مادر که هند باشد (مثلاً) چنان داند که ولایت در عقد نکاح از برای او ثابت است شرعاً، و دختر صغیر خود را به زید نکاح منقطع نماید. و شخصی هم غافل از این که مادر را ولایتی نمی باشد اجرای صیغه نماید ولایه، و شروط عقد منقطع (از تعیین مهر و اجل) به عمل آورد. آیا عقد صحیح است یا فاسد؟ و بر فرض فساد آیا آثار نکاح از حلیت و محرمیت آن مادر بر زید، و حرمت نکاحش بر او، بر آن عقد مترتب می شود؟ یا نه بلکه زید می تواند که هند را نکاح نماید؟ و بر فرض عدم ترتب اثر، چون مادر چنان می داند که بر زید مذکور محرم است، و زید هم چنین می داند که آن زن بروی محرم است، با هم نشست و برخاست به عمل

ص: ۳۴۲

۱- و سایل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالرضا، باب ۲ و ۱۳ و ۱۶ و ۱۷ - توضیح: محدثین و فقها، این احادیث را نپذیرفته اند زیرا «نادر» و مرسل و غیر مستند هستند.

می آورند، وچنانکه متعارف است شوخی و ظرافت با یکدیگر می کنند، واصلا و قطعاً پروا نمی کنند. آیا حکم جاهل به مسأله بر آنها جاری است و چون معذور نخواهند بود آثم خواهند بود؟ یا آن که حکم غافل بر آنها جاری است و آثم نیستند؟. وعلی ای تقدیر آیا بر آن شخص که اجرای صیغه نموده است عقابی خواهد بود یا نه؟ و به هر تقدیر آیا بر او است که ایشان را اخبار کند بر فساد عقد بعد از تذکر فساد -؟ یا نه؟. و بر فرض این که بر او باشد اخبار، آیا هر گاه آن زن و مرد از بلد عقد دور باشند و دست عاقد به ایشان نرسد، عاقد باید چه کند که از عقاب و معصیت برهد -؟

جواب:

جواب: مادر را ولایتی بر فرزند صغیر نیست (علی المعروف بین الاصحاح، بل المتعین فی المذهب) و به منزله فضولی است. پس هر گاه این عقد تمتع صغیره را از برای کبیر چنان قرار داده که مدت آن قبل از دخول بلوغ منقضی می شود، پس آن عقد از اصل باطل است. و بر او هیچ ثمری مترتب نمی شود. و هر گاه مدت [تا] بعد از بلوغ برجاست، [اگر] صغیره بعد از رشد و بلوغ اجازه کند، صحیح است. و لکن آثار عقد که از جمله آنها محرمیت و حرمت مادر زن باشد، حاصل نمی شود مگر بعد از اجازه. هر گاه اجازه به عمل نیاید مادر زن را می تواند نکاح کند. چنانکه در صورت سابقه هم چنین بود. و به هر حال شوخی ها و ظرافت ها اگر از باب ریه و تلذذ بوده آن در حال محرمیت هم حرام است چه جای آن که در حال عدم [محرمیت]. و اگر همان نظر کردن بوده از غیر تلذذ و ریه، پس اگر غافل بالمره بوده است از وجوب تحصیل مسأله، و چنین دانسته که محرم است، بر او گناه نیست. و هر گاه مقصر باشد، گناه کرده (در غیر آنچه جایز است [از] نظر و تکلم نسبت به اجانب). و چاره آن استغفار و توبه است. و آن شخص عاقد در اصل عقد عاصی است هر گاه عالم یا (جاهل غیر غافل مقصر بوده. و باید توبه کند. و بر فرض تقدیری که غافل بالمره بود عاصی نیست. و به هر حال هر گاه بداند که بالفعل ثمرات عقد بر آن مترتب می شود و آنها بر آن حال مستمرند، لازم است که خبر کند ایشان را به فساد عقد

۱۷۲: سؤال:

۱۷۲: سؤال: اختلافاتی که واقع است در کتب فقها در خصوص حد رضاع، راجح در نظر فیض منظر کدامیک می باشد؟ و (انبات لحم و شد عظم) به چه عنوان حاصل می شود؟.

جواب:

جواب: تحقق اثر انبات لحم و شد عظم بسیار صعوبت دارد. و این، اثرش بسیار کم

ظاهر می شود. بلی بعضی اوقات ظاهر می شود مثل ده بیست مرتبه یا بیشتر شیر بخورد. اما به این نحو که هر دفعه از پستان بمکد تا شیر شود و دست بر دارد. و [یا] (اگر چنین نباشد بلکه) هر دفعه شیر ناقص بخورد و در بین این شیرها نه شیر دیگری بخورد و نه غذای دیگر، یا در چند شبانه روز به این نحو شیر بخورد، در این صورت ها جز ما انبات لحم و شد عظم، می شود بدون تحقق آن دو علامت دیگر که یکی (اعتبار عدد) است و دیگری (اعتبار زمان). واقوی در نظر حقیر در اعتبار عدد (پانزده شیر) است که در میان آنها شیر کسی دیگر را نخورد. و در زمان، معتبر یک شبانه روز است که نه شیر دیگر در میان آن بخورد و نه طعام و شراب.

۱۷۳: سؤال:

۱۷۳: سؤال: هر گاه زید هند را به حباله نکاح خود در آورد و عقد مناکحه جاری و مبلغ کلی نقد و جنس از زید گرفته. و حال که می خواهد تصرف کند اولیای زوجه را سخن این که (صداق را بده و زوجه خود را تصرف کن) و زید را بالقوه استطاعت ادای صداق، حال نیست. آیا شرعا می رسد که در چنین حال مانع تصرف زید زوجه خود را بشوند یا نه؟ و نقد جنسی که از زید گرفته اند می تواند زید به عوض صداق محسوب نماید یا نه؟

جواب:

جواب: در دخول بالغه رشیده، اولیا را اختیار نمی باشد. لکن در صورتی که مهر مؤجل نباشد، زوجه می تواند ممانعت کند از دخول قبل از اخذ مهر بایسار اتفاقا، و هر چند زوج معسر باشد علی الاظهر. و اموالی که [به خانه زوجه] برده است هر گاه به نهجی برده است که شرعا استرداد آن جایز باشد می تواند مطالبه کند و در عوض صداق محسوب دارد. والا، فلا.

۱۷۴: سؤال:

۱۷۴: سؤال: زید معسر صبیّه رشید بالغه رشیده عمرو را (باذنهای ابیها) به حباله نکاح خود در آورد. و در ضمن العقد زید مزبور با عمرو مذکور - که وکیل صبیّه اش بوده - شرط نموده است که عند الیسر والاستطاعه صداق معین را می دهد. و حال که زید می خواهد که زوجه خود را متصرف شود عمرو که پدر زوجه باشد می گوید (صداق زوجه را بده و بعد او را تصرف کن). نظر به عدم استطاعت زید مزبور و شرط مذکور می تواند پدر زوجه مانع از تصرف زوج شود یا نه؟ یا آن که بگوید هر گاه استطاعت نداری زوجه خود را طلاق بده آیا از او می شنوند یا نه؟

ص: ۳۴۴

جواب:

جواب: امر تصرف زوجه بالغه رشیده به اولیای او رجوعی ندارد. و در صورتی که [در] ما بین چنین گذشته باشد که مهر دین باشد در ذمه زوج تا حین استطاعت، و زوجه خود را به تصرف بدهد و انتظار ادای مهر نکشد، پدر زوجه منع نمی تواند کرد. و علی ای تقدیر در امر طلاق زوجه، اولیای او را بر زوج تسلطی نیست. والله العالم.

۱۷۵: سؤال:

۱۷۵: سؤال: شخصی غلامی و کنیزی را دارد، و اراده تزویج ایشان را دارد. آیا همان اذن مولی کافی است؟ یا محتاج به صیغه است؟. و صیغه به عربی و فارسی از جانب مالک (مولی) به چه نحو باید گفته شود؟.

جواب:

جواب: اگر غرض تزویج است (یعنی این که زن و شوهر باشند) باید صیغه خوانده شود. و ظاهر این است که ایجاب و قبول هر دو در کار باشد. لیکن عبد و امه را اختیار نمی باشد بلکه مولی می تواند که ایشان را اجبار کند بر ایجاب و قبول یا خود از جانب هر دو ایجاب و قبول کند. مثل این که بگوید (انکحت ریحانه من بلال علی دینار) و باز خود بگوید (قبلت لبلال علی الصداق المذکور). و مهر [او را] از مال خود می دهد. و دور نیست که ذکر مهر و مهر دادن هم واجب باشد هر چند جمعی از علما مستحب دانسته اند. و اگر مولی غیری را وکیل کند. در اجرای صیغه، وکیل بگوید (انکحت ریحانه باذن مولاها من بلال علی الصداق المعین) و طرف قبول بگوید (قبلت لبلال باذن مولاہ علی الصداق المعین). اینها در وقتی است که غرض تزویج باشد. و اما اگر غرض (تحلیل) باشد - هر چند در مسأله خلاف است، و اخبار متعارضند لکن - اظهر جواز است. و در اینجا شرایط نکاح در کار نیست همین مجرد این که مولی کنیز خود را به غلام خود یا غلام دیگری حلال کند، حلال می شود. و اظهر آن است که در اینجا نیز صیغه در کار است، یعنی مولی لفظی بگوید که دلالت بر (انشا تحلیل) کند و ظاهر این است که مولی در اینجا قائم مقام قبول عبد هم هست، دیگر قبولی در کار نیست. اما در غیر عبد خود: احوط بلکه اظهر این است که آن شخص محلل له یا مولای آن (اگر عبد باشد) نیز قبول بکند. والله العالم

۱۷۶: سؤال:

۱۷۶: سؤال: هر گاه دختری از زنا حامله شده است، بعد از چهار ماه کسی او را خواهد تزویج نماید. عده دارد یا نه؟ و فرق ما بین زانی و غیر زانی در تزویج او هست یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه آن دختر بی شوهر بوده از برای زانی جایز است عقد آن بدون عده. و

به جهت غیر زانی هم جایز است بدون عده داشتن از برای زنا. خواه شوهر داشته بوده است یا نه. (کذا) بلی دور نیست که ترک دخول به او قبل از گذشتن چهار ماه وده روز از حین انعقاد نطفه، احوط باشد. ولکن الحال وجوب آن بر حقیر معلوم نیست، واشهر و اظهر آن است که از برای غیر حامله هم عده نباشد، هر چند غیر زانی او را بگیرد. ولیکن احوط این است که از برای زانی عده بدارد. بلکه از موثقه اسحق بن جریر ظاهر می شود که خود زانی هم تا (استبراء) نکند تزویج نکند. (۱) وعمل به آن طریقه احتیاط است.

۱۷۷: سؤال:

۱۷۷: سؤال: هر گاه شخصی از برای پسر بزرگ خود زنی گرفته وبعد از مدت شش ماه پسر فوت شده، و آن زن حامله می باشد. و این پسر با پدر خود (جمع المال) بوده، یعنی مال معینی از خود ندارد. و حال ارث و مهر این زن چه صورت دارد؟ و آن طفل را چه باید نمود؟ و آن شخص را چند نفر دیگر اولاد ذکور و اناث - غیر این متوفی - می باشد، حقوق هر یک را بیان فرمائید. و مدت عده این زن را بفرمائید.

جواب:

جواب: هر گاه پدر مال موجود خود را مهر پسر بزرگ خود کرده، همان مال حق زن است. و آنچه در ذمه پسر مهر زن شده بر گردن آن پسر است هر گاه مالی دارد از مال او می دهند. و هر گاه ندارد خدا بدهد. و اینکه نوشته است که پدر و پسر جمع المال بوده اند: همبهری و (شراکت ابدان) باطل است هر کی هر چه تحصیل کرده مال او است. و هر گاه مالی در دست هر دو باشد و دست هر دو بر او مساوی باشند، بینهما علی السویه قسمت می شود. هر گاه دعوی ما بین طرفین بشود باید به مرافعه شرعیه حاضر شوند. به هر طریق گفتگوی جمع المال و ادعای مالی محتاج است به مرافعه. وبعد از مرافعه هر گاه مالی برای پسر ثابت شد مهر و دین زن را از آن مال می دهند و تتمه مال او را در میان ورثه قسمت می کنند. شش یک را به پدر می دهند و هشت یک را به زن. و باقی مال حمل است نگاه دارند تا متولد شود. و سایر اولاد آن شخص را تا آن شخص در حیات است نصیبی از مال آن شخص نیست از باب میراث. وبعد از وفات او (کما فرض الله) قسمت می کنند. وعده این زن یا چهار ماه وده روز است یا وضع حمل، هر کدام مدت او بیشتر است عده او همان است. ۱.

ص: ۳۴۶

۱۷۸: سؤال:

۱۷۸: سؤال: هر گاه زوج قبل از دخول فوت شود، زوجه نصف مهر را مطالبه می نماید یا کل مهر را؟

جواب:

جواب: مشهور کل مهر است. ولکن احادیث معتبره دلالت بر تنصیف دارد. (۱) احتیاط در این است که صلح کند بر نصف.

۱۷۹: سؤال:

۱۷۹: سؤال: هر گاه شخصی زوجه داشته باشد و مضاجعه را به آن زوجه موقوف کند. یا زوجه های متعدد داشته باشد و ترک مضاجعه را با همه بکند، مانعی دارد یا نه؟

جواب:

جواب: اصل مضاجعه واجب است و بدون رضای زوجه نمی تواند کرد.

۱۸۰: سؤال:

۱۸۰: سؤال: هر گاه دو طفل با هم وطی کرده باشند و فاعل خواهر مفعول را گرفته و اولادی از او بهم رسیده باشد. آیا این طفل حرامزاده است یا نه؟ و بعد از علم به حرمت محتاج به اطلاق زوجه است یا نه؟

جواب:

جواب: اگر طرفین علم به حرمت نداشته باشند، آن طفل حرامزاده نیست. و بعد از علم به حرمت، طلاق در کار نیست.

۱۸۱: سؤال:

۱۸۱: سؤال: هر گاه زید با هند در حینی که ذات بعل بوده زنا نموده. آیا در این صورت صبیّه هند مذکوره را - که قبل از ایام زنا متولد شده بوده است - شرعاً زید زانی می تواند در حباله نکاح خود در آورد یا نه؟

جواب:

جواب: مشهور میان علمای امامیه، حرمت است. واحوط اجتناب است. والله العالم.

۱۸۲: سؤال:

۱۸۲: سؤال: زید همشیره خود را به عمرو داده، و همشیره زید مزبور متوفیه. و اولادی که از او مانده زوجه زید مذکور شیر می دهد به قدر دو سه ماه. آیا می تواند زید مزبور صبیّه [ای] که همین زوجه که فرزند عمرو مذکور را شیر داده است دارد، به جای همشیره متوفیه به عمرو مزبور بدهد یا نه؟ - جواب: نمی تواند بدهد. والله العالم.

۱۸۳: سؤال: چه می فرمایند در این که شخصی صبییه خود را که قابل تمتع نباشد ب.

ص: ۳۴۷

۱- وسایل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۸، ح ۱ الی ۱۷ - و دلالت میکند بر کل مهر احادیث ۲۰ الی ۲۴ همان باب.

به عقد انقطاع دیگری در آورده، واصلًا قصد تمتع ندارد. آیا داماد محرم والده صبیّه می شود یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه عقد تمتع در مدت قلیلی بشود که در آن به هیچ وجه تمتع ممکن نباشد، باعث محرمیت نمی شود. و اگر مثلاً صغیره را صبیغه بخواند در وقت دو سالگی به مدت چهار پنج سال که در اواخر مدت لذتی از آن می تواند برد. هر چند به بوسیدن، یا نگاه کردن، یا بغل گرفتن باشد با کی نیست که دخول کردن نباشد محرم می شود. والله العالم.

۱۸۴: سؤال:

۱۸۴: سؤال: هر گاه ربیبه طفل شوهر والده اش را شیر بدهد. آیا والده طفل بر پدرش حرام می شود یا نه؟

جواب:

جواب: حرام نمی شود. والله العالم.

۱۸۵: سؤال:

۱۸۵: سؤال: هر گاه زوجه برادر، طفل همشیره او را شیر دهد. آیا نشر حرمت می کند یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر عدم حرمت است واحوط اجتناب است.

۱۸۶: سؤال:

۱۸۶: سؤال: زید متوفی و از او چند نفر اولاد مانده، سه نفر اناث کبیره، و دیگر صغیره. و مال صغار در نزد والده آنها می باشد. همشیره های کبار ادعا می نمایند که حضانت صغار بما می رسد. و عمه و پسر عمه نیز این مطلب را ادعا می نمایند. استدعا آن که بیان فرمائید که حضانت صغار به کدام می رسد؟

جواب:

جواب: در صورت مسأله هیچ یک از همشیره ها و عمه و پسر عمه مزاحم مادر نمی توانند شد. والله العالم.

۱۸۷: سؤال:

۱۸۷: سؤال: هر گاه شوهر هند متوفی، و هند ادعای صداق و ثمن می نماید. و وارث در این خصوص مسأله می کنند. و دو طفل صغیر نیز از او مانده و در نزد جدّه شان می باشند، و والده ادعای حضانت اطفال را می نماید و جدّه نیز همان ادعا را دارد و صغار را به والده شان نمی دهد. استدعا آن که بفرمائید اولویت کدام بیشتر است؟ وضعیفه صداق و ثمن باید از ترکه شوهر

بگیرد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: در باب دعوی صدق و ثمن به مرافعه حاکم شرع رجوع کنند. و در باب حضانت در صورت سؤال، مادر مقدم است. والله العالم.

۱۸۸: سؤال:

۱۸۸: سؤال: هر گاه زید در ایام حیات خود قدری رخوت به جهت اولاد خود و

ص: ۳۴۸

عروس و زوجات خود خریداری نموده، و به ایشان هر یک داده باشد. و بعضی آنها پوشیده باشند و بعضی دیگر نپوشیده باشند، و صغیری هم از زید باقی مانده باشد. در این صورت رخوت مزبوره تعلق به ایشان دارد که به جهت ایشان گرفته است و تسلیم نموده است -؟ یا این که باید بین الورثه قسمت کرد.

جواب:

جواب: رخوت مزبوره مال ورثه است. هر یک به قدر رسد می برند. مگر این که تملیک آن را به ثبوت شرعی برسانند. والله العالم.

۱۸۹: سؤال:

۱۸۹: سؤال: زید قدری زمین املس در نکاح زینب نموده، و قید و شرط اشجاری ننموده است. و زید قدری اشجار پیش از آن که زمین مزبور را در نکاح زینب کند به عمل آورده بوده است. و قدری اشجار هم بعد از آن که زمین را در نکاح کرده است، به عمل آورده است. و زینب هم هرگز اظهار ننموده است که من رضا هستم که اشجار در این زمین به عمل بیاوری، یا رضا نیستم. آیا بعد از فوت زید زینب می تواند ادعا بکند به ورثه زید در خصوص اشجار یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه زمین را داخل صداق کرده و قید اشجاری نکرده، اشجار داخل نیست، و اشجاری که بعد غرس شده هر گاه از برای زن غرس نکرده و به او نبخشیده است مال ورثه است. بلی هر گاه اذن نداده به این نحو که شوهر را مرخص کرده باشد در غرس اشجار به جهت خود بی اجرت و عوض، در این صورت می تواند دعوی اجرت المثل ایام گذشته بکند و اشجار مال ورثه است. و در صورت مزبوره زینب می تواند که بگوید اشجار را از زمین او بکنند و زمین را هموار کرده به او رد کنند. والله العالم.

۱۹۰: سؤال:

۱۹۰: سؤال: ادخال بعض حشفه در فرج زن شوهردار باعث وجوب غسل و تحریم ابدی می شود یا نه؟ و فرقی ما بین قبل و دبر هست یا نه؟

جواب:

جواب: فرقی ما بین قبل و دبر نیست. و تا ختنه گاه اگر داخل نشود نه غسل واجب می شود و نه تحریم ابدی. و هر گاه تا ختنه گاه مرد داخل فرج زن شد باعث وجوب غسل و تحریم ابدی می شود. مراد از التفاتین که در احادیث و کلام فقها است همان غایب شدن ذکر است در فرج تا حد ختنه گاه. والله العالم.

۱۹۱: سؤال:

۱۹۱: سؤال: شیربھائی کہ متعارف است کہ میگیرند - به این نحو کہ کسی می آید به خواستگاری دختر شخصی، آن شخص قبول می کند به شرط این کہ مثلا پنج تومان بدهد به آن شخص. وگاہ است کہ این را مادر می گیرد، یا برادر، یا عمو، یا غیر اینہا -

ص: ۳۴۹

گرفتن آن حلال است یا نه؟ وبعد از آن که گرفت آیا آن شخص دهنده استرجاع می تواند کرد یا نه؟

جواب:

جواب: آنچه در بادی نظر به گمان حقیر می رسد آن است که اگر شرط را در ضمن عقد نکاح در آورند (اعم از آن که دختر شرط کند یا ولی بر فرض ولایت) (۱) حلال و لازم خواهد بود. به جهت آن که شرط مشروع است و منعی از برای آن نمیدانم. و اگر شرط نکنند نیز ظاهر حلیت است مادامی که پشیمانی زوج ظاهر نشده است. و اگر بعد از نزویج پشیمان شود و خواهد که به آنچه داده رجوع کند، آنچه از آن مال موجود باشد می تواند استرداد کند. به جهت آن که به عقد لازمی منتقل نشده و بر ملک سابق باقی است. و این از بابت هبه معوضه نیست، به جهت آن که عوض بضع به غیر صدق چیزی نیست، و این که داخل صدق نیست و در هبه معوضه اقباض از طرفین تا نشود لزوم ندارد، پس نتوان گفت که اینجا، عوض، رضا و قبول ولی، است نه دختر و بضع آن، تا بگویند که این پول را دادم و رضای ولی را گرفتم بلکه این داخل هدیه (مصانعه) و (مکافات) نیز نخواهد بود. و هم چنین در تحت هیچ یک از عقود نیست. و این مانند (اباحه) است. و تسلیط غیر است بر مال خود. و ظاهر این است که مجرد تصرف بلکه تبدیل عین به شیئی دیگر منشأ لزوم نمی شود، و رجوع به هبه آنها می توان کرد، و هم چنین به نما موجود. بلی اگر تلف بالمره شده است دیگر دلیلی بر رجوع به آن نیست. و از این سخن غفلت نکنی در صورتی که ملکی در ذمه خریده باشد و بعد از آن این پول را در قیمت بدهد که این هم بدل عین است و می توان استرداد کرد. به جهت آن که آن ملک بدل آن پول نیست، بلکه بدل، آنچه که در ذمه مشتری بود، می باشد.

۱۹۲: سؤال:

۱۹۲: سؤال: پدری از برای پسر خود دختر بالغه [ای] را ولایتا عقد نموده. و بعد از آن، پسر آن دختر را قبل از دخول طلاق داده. آیا پدر می تواند آن دختر را بگیرد یا نه؟

جواب:

جواب: معقوده پسر بر پدر حرام است. هر چند دخول نکرده باشد.

۱۹۳: سؤال:

۱۹۳: سؤال: هر گاه والد زوج عینی را (مثل ملکی یا باغی) از مال خود داخل مهر

ص: ۳۵۰

زوجه ولد صغیر یا کبیر خود کند، بدون این که در اول والد به آنها ببخشد یا به نحو دیگر منتقل کند. آیا صحیح است و لازم است؟ یا نه؟

جواب:

جواب: بلی صحیح است و لازم است. و نقل کردن عین به ولد قبل از داخل کردن به صدق ضرور نیست.

۱۹۴: سؤال:

۱۹۴: سؤال: حد رضاع را بیان فرمائید.

جواب:

جواب: هر گاه پانزده عدد شیر از پستان بخورد که هر مرتبه سیر شود و دست بردارد که شیر زنی دیگر در میانه آنها نباشد، نشر حرمت می کند. به شرط آن که شیراز ولادت بهم رسیده باشد و خود به خود نباشد، و طفل شیرخوار هم از دو سال بیشتر نداشته باشد. و هم چنین هر گاه یک شبانه روز غذای طفل از آن شیر باشد و شیر کسی دیگر [را] نخورد، بلکه هیچ ماکول دیگر نخورد، [و] هر وقت از آن شبانه روز که خواهش شیر کند سیر بخورد از همان زن. و هم چنین هر گاه گوشت طفل از آن شیر حاصل شود و استخوان او از آن سخت بشود. به شرط آن که مستقل باشد شیر در این تأثیر که مخلوط به چیز دیگر نشود و گوشت حاصل از هر دو شود، که در آن وقت اثری نمی بخشد. و ثمره این تقدیر سومی کم ظاهر می شود. و از جمله ثمرات آن این است که طفل در چندین روز غذای او منحصر باشد در آن شیر، نهایت پانزده عدد شیر که سیر بخورد و دست بردارد اتفاق نشده باشد، بلکه هزار مرتبه (مثلاً) شیر خورد اما هیچ کدام بر آن نهج نبوده. و هم چنین در یک شبانه روز بین این هزار شیر اتفاق نیفتاده که بر نهج عادت غذای آن طفل همین شیر باشد به این نحو که هر وقت گرسنه شود شیر بخورد. و در این صورت جزم حاصل شدن به انبات لحم و شد عظم ممکن است از برای همه کس، و در کمتر از این هم ممکن است که جزم حاصل شود به جهت طیب حاذق. و دور نیست که قول یک طیب حاذق عادل کافی باشد، اگر چه احوط اعتبار دو طیب است. و بر هر یک از تقدیرات که در حد رضاع گفتیم، شرط است فحل یکی باشد، یعنی شیر یک مرد را بخورد.

۱۹۵: سؤال:

۱۹۵: سؤال: شخصی از غلامت دختری از شیعه امامیه گرفته بود. و آن زن فوت شد. و بعد از آن، مرد مسلمان شد. و آن زن مادری دارد. آیا میراث و مهر او چگونه قسمت می شود؟.

جواب:

جواب: آن عقد باطل است. و میراثی از برای شوهر او نمی باشد. میراث او مال مادر

او است. و هر گاه آن زن عالم به حرمت و فساد عقد نبوده، مستحق مهر المثل است هر گاه دخول شده باشد. و او را هم به مادر او می دهند

۱۹۶: سؤال:

۱۹۶: سؤال: هر گاه شخصی غالی زنی داشته باشد و هر دو مسلمان شوند در عده آیا عقد جدید می خواهد یا نه؟

جواب:

جواب: همان عقد اول بر حال خود باقی است و احتیاج به تجدید عقد نیست. و اگر مدخوله نباشد به مجرد اسلام احدهما عقد باطل می شود.

۱۹۷: سؤال:

۱۹۷: سؤال: در صورتی که زوجه ادعای عنن می نموده باشد، زوج قبول نداشته باشد عیب مذکور را. و از زوجه سابقه بر این ولدی هم از برای زوج مزبور حاصل شده بوده او را بیان فرمائید.

جواب:

جواب: دعوی عنن باید به مرافعه مجتهد عادل جامع شرایط طی شود، و تا ثابت نشود، احکام بر آن مترتب نمی شود.

۱۹۸: سؤال:

۱۹۸: سؤال: حضانت طفل با مادر است یا پدر؟ و هر گاه هیچ یک زنده نباشند حضانت با کی است؟.

جواب:

جواب: مشهور میان علما - بلکه اجماعی ایشان است، چنانکه بعضی دعوی کرده اند مثل ابن ادریس - این است که در مدت رضاع حق مادر است، هر گاه مادر تبرعا به او شیر بدهد، یا اجرت بگیرد مساوی دیگران، یا کمتر. و صاحب مسالک گفته است که خلافتی در این نیست. و لکن ابن فهد در مذهب گفته است (وقع الاجماع علی اشتراک الحضانه بین الابوين مده الحوالین، و علی سقوطها بعد البلوغ والخلاف فی مابینهما). و گویا مراد از اشتراک که دعوی اجماع بر آن کرده این است که هر یک را فی الجمله در ولد حقی هست. مثل این که در صورت سابق حق مادر است، و در صورتی که شیر ندهد یا اجرت بیشتر خواهد و پدر او دیگری را از برای رضاع بگیرد. در این صورت حق مادر از حضانت ساقط می شود. چنانکه مدلول چندین روایت است که از جمله آنها روایت ابو العباس (۱) و موثقه داود بن الحصین است، و در آخری تصریح شده است که (مادام الرضاع بینهما بالسویه) است. (۲) و باید حمل کرد آن را بر این تفصیل که گفتیم. و شاید مراد ابن فهد هم این ۳.

١- وسائل، ج ١٥، ابواب احكام الاولاد، باب ٨١ ح ٣١.

٢- وسائل، ج ١٥، ابواب احكام الاولاد، باب ٨١ ح ٣١.

باشد. لکن اجماعی بود این معنی مشکل است. به جهت آن که در صورت اخیر هم دو قول است. و به هر حال در صورت اولی شکی و خلافتی نیست که حضانت با مادر است. و در صورت ثانیه اقوی این است که با پدر است. هر چند که ظاهر دعوی اجماع ابن ادریس خلاف آن است، به جهت اخبار کثیره و لزوم عسر و حرج در بسیاری از صور. و عمده در مسأله بیان حال بعد (از شیر و اشیدن تا بالغ شدن) است. و در آن هم اختلاف عظیمی است. و احادیث هم اختلاف بسیار دارند. و اشهر اقوال این است که مادر احق است به دختر و پدر احق است به پسر تا هفت سال. و استدلال کرده اند بر این [به] جمع بین احادیثی که بعضی دلالت می کند بر این که حضانت حق مادر است مطلقا تا هفت سال، علی الاطلاق، یعنی بدون تعیین پسر و دختر. و بعضی [دلالت دارند] بر این که حق پدر است، علی الاطلاق. پس آنها را حمل کرده اند به دختر به جهت مناسبت تربیت او با مادر. و اینها را بر پسر به جهت مناسبت با پدر. و حق این است که محض جمع بین الاخبار دلیل نمی تواند بود، چنانکه در اصول تحقیق کرده ام. و اعتبار مناسبت هم اضعف از آن است. و لکن می توان گفت که شهرت در این مقام با اجماع [که] ابن ادریس بر این معنی ادعا کرده است، کافی است. و مفهوم روایت ابو الصباح کنانی از حضرت صادق (علیه السلام) که سند آن قوی است نیز مؤید مطلب است (قال: اذا طلق الرجل المرأة وهي حبلى، انفق عليها حتى تضع حملها. فاذا وضعتها اعطاها. ولا يضارها، الا ان يجد من هو ارخص اجرا منها، فان هي رضيت بذلك الاجر فهي احق بابنها حتى تطفمه) (۱) که مفهوم آن این است که غایت و نهایت حضانت مادر (فطام) است در پسر، پس در دختر بیشتر خواهد بود. و هر گاه به این ضم کنیم مثل صحیحہ ایوب بن نوح (۲) را، مطلب حاصل می شود. و این که صاحب مسالک می فرماید که (در این باب حدیث صحیحی نیست و همه ضعیف اند و مرسل) خوب نیست. به جهت آن که روایت عبد الله بن سنان که در باب (لحوق ولد به حراز ابوین) وارد شده و دلالت می کند بر این که حضانت با پدر است، صحیح است. (۳) و هم چنین روایت ایوب بن نوح هم که در کتاب فقیه است دلالت می کند ۱.

ص: ۳۵۳

۱- همان مرجع، ح ۲.

۲- همان مرجع، ح ۶.

۳- وسائل، ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۷۱، ح ۱.

بر این که مادر احق است به ولد تا هفت سال، صحیح است. (۱)

وقول دوم در مسأله این است که (مادر احق است به ولد تا شوهر نکرده است) و این قول صدوق است در مقنع نظر به روایت حفص بن غیاث یا غیر او. وقول سوم این است که مادر احق است به دختر مادام که شوهر نکرده، و به پسر تا هفت سال. و این قول ابن جنید است، و شیخ در خلاف با دعوی اجماع و اخبار بر آن. و ابن ادریس انکار و تشنیع بسیار بر این کرده و منع اجماع و اخبار نموده، و گفته است: بلکه اجماع و اخبار در آن است که ما اختیار کردیم که آن قول اول است. وقول چهارم آن است که مادر احق است به پسر در مدت دو سال، و بدختر تا نه سال. و این قول مفید است. وقول پنجم آن است که مادر احق است به ولدت هفت سال. و دلیل او صحیحہ ایوب بن نوح است. و این را صاحب کفایه اختیار کرده و نقل کرده او را از بعض متاخرین. و گویا او صاحب مدارک باشد در شرح نافع. و بعضی اقوال دیگر هم هست. و به هر حال اظهر اقوال آن است که مذکور شد. و اینها در وقتی است که پدر و مادر هر دو زنده باشند، و مادر هم شوهر دیگر نکرده باشد. اما هر گاه مادر شوهر دیگر کرد باشد بعد طلاق شوهر اول، پس حق او ساقط می شود و حق حضانت مختص پدر است. و از شهید ثانی ظاهر می شود که مسأله اجماعی است، و بعضی اخبار هم دلالت بر آن دارد. و هر گاه شوهر دوم او را طلاق بدهد اشهر بلکه اظهر این است که حق حضانت مادر عود می کند. و ابن ادریس گفته است که عود نمی کند. و وجه قولین به تأمل ظاهر می شود. و هم چنین است کلام در طلاق رجعی بعد انقضای عده و هر گاه پدر مرده باشد، پس مادر احق است به فرزند از وصی پدر و از جمیع اقارب، هر چند شوهر کرده باشد. و هم چنین پدر مقدم است بر جمیع اقارب هر گاه مادر مرده باشد. و اما هر گاه پدر و مادر هر دو مرده باشند: پس در مسأله خلاف است. و اشهر این است که حکم حضانت تعدی می کند به اقارب بر ترتیب میراث و اقرب منع ابعد می کند، به دلیل عموم آیه (و اولوا الارحام بعضهم اولی ببعض (۲)). و بعضی جد پدری را مقدم ال

ص: ۳۵۴

۱- فقیه، ج ۲، ص ۱۴۰ - وسائل، ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۸۱، ح ۶.

۲- آیه ۷۵ سوره انفال

داشته اند. و دلیل آن وضوحی ندارد. و بعضی گفته اند حق حضانت در شرع ثابت نیست مگر برای پدر و مادر. و بعضی زیادتى نصیب را در میراث مدخلیتی داده اند در اولویت. و اظهر قول اول است و در صورت تعدد تساوی، قرعه باید کرد. و بدان که: اصحاب ما (ره) گفته اند که حضانت مادر در جائی که حق او است چند شرط دارد: اول این است که مسلمه باشد، پس هر گاه کافره باشد و پدر مسلمان باشد، حضانت مادر ساقط می شود. و هر گاه پدر هم کافر باشد و مرافعه کنند در نزد ما به همان تفصیل که مذکور شد عمل می کنیم. و ظاهر این است که هر گاه پدر کافر باشد و مادر مسلمه نیز حضانت مختص مادر است مطلقاً. به جهت اشتراک دلیل که آیه شریفه است. دوم: این که آزاد باشد. پس اگر کنیز باشد باید ملاحظه کرد اگر فرزند آزاد است پس حضانت او با کسی است که حضانت حق او است در وقتی که مادر نباشد. و اگر فرزند هرق است، حضانت او با آقای او است. سوم: آن که عاقله باشد. پس مجنونه مستحق حضانت نیست. خواه دائمی باشد یا ادواری باشد. مگر این که جنون او بسیار نادر باشد. چهارم: جمعی از علما شرط کرده اند که باید امینه باشد. پس حضانت از برای فاسقه ثابت نیست. و اشراط عدالت مشکل است. و علامه در قواعد نزدیک شمرده قول به عدم آن را. و ظاهر این است که همین قدر که اعتماد در محافظت او باشد، کافی باشد. و بعضی شروط دیگر هم ذکر کرده اند که دلیل آنها واضح نیست. و هر گاه از برای طفل کسی نباشد که مستحق حضانت باشد، پس حاکم از مال او اجرت می دهد به کسی که او را حضانت کند. و اگر مال نداشته باشد بر مؤمنین واجب است به وجوب کفائی، مثل انفاق او. و بدان که ظاهر اخبار و ادله این است که حق حضانت از برای اهل آن ثابت است بر وجه اولویت و رخصت. نه این که واجب باشد بر او. پس هر گاه مادر منع کند از حضانت و قبول نکند (در جائی که حق او است) بر او لازم نیست و اخبار نمی توان کرد. و هم چنین هر گاه پدر و مادر هر دو امتناع کنند. لکن شهید (ره) در قواعد گفته است که (در این صورت پدر را اجبار می کنند). و دلیل اقتضای بیش از این نمی کند که او هم یکی از کسانی باشد که کفایتا بر او واجب باشد، و حضانت غیر معنی انفاق است تا از حکم آن

۱۹۹: سؤال:

۱۹۹: سؤال: هر گاه مخطوبه اجابت وقبول خطبه نماید وقرار بر تزویج دهد. و سابق بر اجرای صیغه نکاح، خاطب را اخراجات متعارفه متفرعه بر اجابت خطبه مثل ضیافت وعیدی وغیر اینها روی داده، مبلغی خرج کند که تسمیه آن در حین عقد، و دخول آن در صداق متعارف نبوده باشد. و بعد از آن اجابت رجوع کرده راضی به تزویج نشود. آیا (والحاله هذه) خاطب مذکور را می رسد که آنچه خرج کرده باشد از مخطوبه مذکور مطالبه نماید یا نه؟

جواب:

جواب: بلی هر گاه چیزی از آن اشیاء موجود باشد می تواند رجوع کند. و آنچه تلف شده باشد رجوع نمی تواند کرد. به جهت آن که خود، ایشان را مسلط کرده بر اتلاف مال خود، ومفروض این است که ایشان هم در حال رضامندی به مصرف رسانیده اند. و دلیلی بر ضمان وغرامت نیست. والله العالم.

۲۰۰: سؤال:

۲۰۰: سؤال: هر گاه زید خواهد از برای ولد صغیرش که قدری ملک داشته باشد لیکن به قدر مهر نباشد، حره بالغه را عقد نماید. تمام مهر را بر ذمه خود یا بر ذمه صغیر بالاخص، یا بالاشرک قرار بدهد. و به نحو قرار داد صیغه را (بالولایه یا بالوکاله عن الولی) جاری سازد. حکم آن را به مقتضای رای شریف بیان فرمائید.

جواب:

جواب: هر گاه پدر صغیر از برای او زنی بگیرد و آن صغیر مال داشته باشد، مهر در ذمه صغیر است. و هر گاه صغیر چیزی به قدر بعض مهر مالک باشد به همان قدر از مهر بر ذمه او خواهد بود وباقی در ذمه پدر خواهد بود. و هر گاه صغیر مالک چیزی نباشد تمام مهر در ذمه پدر خواهد بود، خواه پدر ضامن مهر شود وخواه نشود. وبعضی گفته اند که هر گاه شرط کند پدر در ضمن عقد اسقاط ضمان را، ضمان او ساقط می شود. واین قول قوی است. و هر گاه پدر مهر را از مال خود قرار بدهد، در آنجا اشکالی نیست که بر ذمه پدر است. و اگر عین موجودی از مال خود مهر کند آن در نهایت وضوح است که (لازم است ورجوع نمی تواند کرد، هر چند ولد کبیر وعاقل ورشید باشد. ودر جایی که صغیر خود مالی دارد وپدر آن مال را داخل مهر کند به مقتضای مصلحت طفل، آن لازم خواهد بود، خواه تمام مهر او باشد یا بعض مهر، والله العالم.

۲۰۱: سؤال:

۲۰۱: سؤال: هر گاه شخصی دختر برادر زوجه خود را در حال عده وفات وطنی نموده، بعد از اتمام عده موطوئه مزبوره را بی اذن زوجه خود (که عمه موطوئه است) عقد کرد. آیا عقد ایشان چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: هر چند زنا در حال عده وفات مستلزم حرمت ابدی نیست علی الظاهر. لکن عقد برادر زاده بر سر عمه بدون اذن عمه باطل است. خصوصاً هر گاه عمه بعد از عقد هم اجازه وامضای عقد نکند. والله العالم.

۲۰۲: سؤال:

۲۰۲: سؤال: زوجه خواه اولاد داشته باشد و خواه نداشته باشد مستحق تمام مهر است یا نه؟

جواب:

جواب: زوجه مدخوله مستحق تمام مهر است خواه اولاد داشته باشد یا نداشته باشد.

۲۰۳: سؤال:

۲۰۳: سؤال: زید املاکی در نکاح زینب نموده است وزینب هرگز ادعای ملک خود را از زید ننموده است که املاک را به تصرف من بده، یا از برای من زرع کن، یا آن که اجرت ملک را به من بده، و رضا بوده است که زید ملک را از برای خود زرع نماید. آیا بعد از فوت زید زینب ادعای اجرت از ورثه زید می تواند کرد یا نه؟

جواب:

جواب: اگر ثابت شود که به اذن و رضای زوجه زرع کرده، اجرت به او وا گذاشته است. سخنی نمی تواند گفت. و اگر ثابت نشود ظاهراً دعوی اجرت می تواند کرد.

۲۰۴: سؤال:

۲۰۴: سؤال: آیا صدق زوجه های زید را از آن چیزی که نفع از برای صغیر ندارد باید داد؟ یا از هر چه که زوجه ها خواسته باشند باید داد؟

جواب:

جواب: اختیار با وارث است. صاحبان صدق حق خود را میطلبند. اگر عینی در صدق ایشان هست عین را باید به آنها داد. و اگر دین است، هر مالی که وارث خواهد بفروشد و حق آنها را بدهد. و اگر نقد را طلب دارند [وارث] نمی توانند آنها را الزام نمایند که جنسی را که نمی خواهند بردارند. و از جانب صغیر ولی شرعی او متوجه می شود و صلاح او را باید ملاحظه بکنند. و بعد از فقد جد و وصی، حاکم شرع ولی او است. و با تعدر آن عدول مومنین حسبنا متوجه او می شوند.

۲۰۵: سؤال:

۲۰۵: سؤال: هر گاه زنی در عده طلاق یا وفات عقد بشود. و بعد از اتقضای عده دخول واقع شود. و مرد وزن هر دو جاهل به

عده و تحریم باشند. حرام مؤبد می شود یا نه؟

جواب:

جواب: در صورت مزبوره حرام ابدی نیست، و تا دخول در عده نباشد حرام نمی شود. ولکن عقد باطل است. و ثانیاً جایز است که همان مرد او را تزویج کند. و ظاهراً در مسأله خلافی نباشد. به غیر غفلی که صاحب کفایه را حاصل شده، و حق،

ص: ۳۵۷

خلاف آن است.

۲۰۶: سؤال:

۲۰۶: سؤال: یک نفر از اهالی این ولایت که ملازم دیوان بوده دو سال قبل از این در شیراز بوده و با زنان زانیه آنجا عمل نامشروع انجام داده است. من بعد همان زانیه را به خانه برده و تکلیف توبه و انابه کرده که خود مناکحه کرده باشد. و آن زن مزبوره نیز قبول کرده و از عمل ناشایست انابه کرده. و در ایام عده همان شخصی که قبل از توبه کردن با او زنا کرده بود و من بعد هم اراده داشته که به زنی گرفته باشد، در یک لحاف خوابیده که مشخص و معین است و بازن مزبوره مدت عده صحبت بوس و کنار، داشته. نهایت بعضی می گویند که مقاربه هم واقع شده و خود آن شخص ابا دارد. و معلوم نیست. و من بعد به حسب ظاهر عده منقضی شده زن را به عقد در آورده. و بعد از مدتی طلاق گفته است، نهایت به اکراه و اجبار. و بعد از عده طلاق شخصی دیگر آن زن را معقوده نموده و تصرف کرده. و بعد از آن که معقوده مدخوله شخص ثانی شده آن شخص اول اظهار اجبار و اکراه کرده [که] فی الحقیقه در طلاق مجبور بوده است. وزن مزبوره را از مضاجعت و مقاربت شخص ثانی منع نموده. در ثانی الحال از روی رضا و رغبت شخص اول زن مزبوره را مطلقه نموده است. موافق قانون شرع نبوی (صلی الله علیه و آله) علی النهج المزبور، هر گاه شخص ثانی خواهد زن مزبوره را به عقد خود در آورد، حرام مؤبد خواهد بود و ممکن نیست؟ یا می تواند بگیرد؟.

جواب:

جواب: هر گاه شوهر اول اظهار کراهت و مجبوری را بعد از عقد شوهر دوم کرده مسموع نیست، مگر این که به ثبوت شرعی برسد که واقعا مجبور بوده، و بعد ثبوت، عقد دوم باطل است. و اما حرمت ابدی بر شوهر دوم با وجود جهالت او به بطلان طلاق: پس آن محل اشکال و خلاف است. و حرمت بر حقیر ظاهر نیست. خصوصا هر گاه شوهر اول با وجود مجبور بودن به طلاق قصد طلاق کرده باشد. زیرا ممکن است که کسی با وجود اجبار هم قصد طلاق بکند. مثل این که ظالمی او را اجبار کند به طلاق و این شخص راضی نیست به طلاق و لکن از راه عار و ننگ که نمی خواهد دیگری با زن او جماع کند، قصد طلاق واقعی می کند که از زنی او در رفته باشد که هر گاه دیگری او را بگیرد زن او را نگرفته باشد. و اما تقریباتی که در اول سؤال شده است به جهت تدبیر در بطلان عقد شوهر اول - به احتمال این که عقد در عده واقع شده است یا از جهت آن که آن زن از جمله مشهورات به

زنا بوده که عقد دائمی بر آن حرام باشد - پس آنها ضرر ندارد به صحت عقد. به جهت آن که در زنا عده نمی باشد در صورت حمل اتفاقاً، و در غیر صورت حمل علی الاظهر. و نکاح مشهورات به زنا، هم بعد توبه صحیح است. و به هر حال احتیاط مؤکد در اجتناب است هر چند حکم به حرمت نمی کنیم.

۲۰۷: سؤال:

۲۰۷: سؤال: شخصی زنی را عقد کرده. و قبل از دخول به سفر رفته به جهت تدارک عروسی، سفر به طول انجامیده، و زوجه مطیعه است و ناشزه نیست. و اموال آن شخص در نزد پدر آن زن موجود است، آیا مستحق نفقه است یا نه؟ و مستحق تمام مهر است یا نصف آن.

جواب:

جواب: اختلاف کرده اند در این که آیا تمکین شرط وجوب نفقه است و نشوز مانع است یا آن که اصل وجوب نفقه است تا نشوز ثابت شود. و مراد از تمکین آن است که تخلیه کند میان خود و شوهر در هر حال و خود را به دست او بدهد (در غیر جایی که شرعاً معذور باشد مثل ایام حیض و در وقت احرام و در حال مرضی که نتواند تمکین کند و امثال آن). و مراد از نشوز آن است که از فرمان شوهر بیرون رود هر چند به این باشد که بی رخصت او از خانه بیرون رود، یا هر گاه خواهد با او استمتاع کند مانع شود بدون عذری. و مشهور میان علما این است که تمکین شرط وجوب نفقه است. بلکه مخالفی ظاهراً در نظر نیست غیر از آن که محقق در شرایع تردد کرده در حکم. و لکن بعد گفته که (این اظهر بین الاصحاب است). و هم چنین علامه در قواعد اشکالی کرده. و دلیل عدم اشتراط تمکین اطلاعات اخبار مستفیضه (علاوه بر اطلاق آیات [است]). و لکن اظهر و اکثر آنها عموم و اطلاقی ندارند که شامل غیر ممکنه باشد. و بعضی از آنها اشعار به عموم دارد. و اصل برائت ذمه، دلیل مشهور است. بلکه ظاهر آن است که اجماع در مسأله باشد چنانکه عبارت محقق اشعاری به آن دارد و در شرح لمعه شهید ثانی گفته که (مخالفی در آن ظاهر نیست). و از طریق معاملات مسلمین در اعصار و امصار نیز مستفاد می شود که به مجرد عقد ملتزم نفقه نیستند، و تا زفات واقع نشود زوجه مزاحم زوج نمی شود. و به هر حال همین قدر از ظهور اجماع و شهرت عظیمه با اصل برائت می تواند مخصص عموم ادله باشد اگر عموم مسلم باشد، و اگر نباشد امر اسهل خواهد بود. بلی: در جمله فروعی که برای مسأله گفته اند یکی (زوجه صغیره) است. و مشهور

عدم وجوب نفقه است، به جهت عدم تمکین و ابن ادریس قائل به وجوب شده با وجود این که از جمله کسانی است که تمکین را شرط میدانند در وجوب نفقه واستدلال کرده است به اجماع بر این که نفقه زوجه واجب هست و او به رضا قبول زوجیت صغیره را کرده و ناشزه هم نیست. و توجیه کلام او این است که اجماع است بر وجوب نفقه زوجه فی الجمله و قدری که از آن بیرون است صورت عدم تمکین است هر چند ناشزه نباشد، و مراد از عدم تمکین کسی است که از شان او تمکین باشد، و صغیره از شان او تمکین نیست. پس گویا تخصیص داده (اطلاعات و عمومات را به شرط تمکین) و تمکین را مخصوص دانسته به جائی که ممکن باشد. و چون در اینجا ممکن نیست پس مستثنی نخواهد بود. و هر گاه کسی منع عموم را بکند، عدم امکان تمکین در اینجا نفعی نخواهد کرد و. به هر حال احوط وجوب انفاق است. و هم چنین جمعی استثنا کرده اند صورت عکس را که زوجه کبیره باشد و تمکین بدهد لکن زوج صغیر است و اهل استمتاع نیست. و دیگران قائل به وجوب نفقه شده اند به جهت آن که زوجه تمکین داده. و بر این وارد است که تمکین را تأثیری نیست و تمکین امر (اضافی) است که باید طرف قبولی هم داشته باشد. هر گاه اینها را دانستی، بدان که در صورت سؤال مقتضای عدم تمکین عدم ثبوت نفقه است. لکن جمعی از اصحاب گفته اند که هر گاه زوجه حاضر شود در نزد حاکم و بگوید که من تسلیم داده ام خود را برای شوهر و مطیعم، حاکم باید اعلام کند به شوهر و هر گاه شوهر آمد و به او رسید واجب است بر او نفقه. و هر گاه به قدر زمانی که تواند به او رسد گذشت و نیاید، حاکم نفقه از مال او جدا کند. بلکه هر گاه ناشزه بوده و بعد غایب شدن شوهر نزد حاکم تسلیم کند و بذل اطاعت کند هم، چنین است. و کلام ایشان وجیه است، و نفی عسر و حرج و اطلاقات آیات و اخبار هم مؤید آن است. و ظاهر این است که اگر دست به حاکم نرسد، ثقات مؤمنین هم توانند این کار را کرد. و اما سؤال از مهر: پس چون اظهر و اشهر این است که صداق به مجرد عقد ملک زوجه می شود، لکن در نصف مترزل است تا دخول حاصل شود، یا ارتداد یا فوت زوج، علی الاشهر که تمام مستقرمی شود. یا طلاق بگوید یا شوهر بمیرد، علی قول قوی تا مثل آنها [آن نضق مترزل] عود می کند به ملک شوهر و نمائی که در این بین حاصل

شود مال زوجه است، چون نما ملک او است، علی المختار. پس زوجه می تواند نما مهر خود را به اذن حاکم بگیرد. یا این که احد امور موجب استقرار تمام، یا تنصیف، به عمل آید. و هر گاه دست به حاکم نرسد ظاهر این است که ثقات مؤمنین هم توانند کرد.

۲۰۸: سؤال:

۲۰۸: سؤال: آیا زوجه هر گاه تمکین ندهد به زوج از برای دخول به ادعای صداق، و بگوید تا صداق ندهی تمکین نمی کنم. این منشأ سقوط نفقه است یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه زوجه بگوید (من تمکین دارم از برای تولکن منع می کنم تو را از دخول تا مهر مرا ندهی). ظاهراً این از باب (عدم تمکین در حال حیض باشد. و مسقط نفقه نیست، به جهت این که رخصت در این منع، از شرع رسیده است.

۲۰۹: سؤال:

۲۰۹: سؤال: هر گاه کسی زن کسی را قبل از دخول او ببرد و جبرا به او وطی کند و فرزند بهم رساند زن به شوهر حرام می شود یا نه؟ و حکم فرزند چه چیز است؟...

جواب:

جواب: زن به شوهر حرام نمی شود. و فرزند به مادر ملحق می شود و به زانی ملحق نمی شود.

۲۱۰: سؤال:

۲۱۰: سؤال: هر گاه کسی زنی را در عده رجعیه، یا عده باینه، یا عده وفات عقد کرد، چه حکم دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه عقد واقع شود و دخول واقع شود، آن عقد باطل است جزماً. و آن زن حرام ابدی است برای آن مرد جزماً. خواه طرفین عالم به عده و حرمت نکاح (هر دو) باشند، یا جاهل به هر دو باشند، یا عالم به احدی از آنها و جاهل به آن دیگری. و همچنین است حال هر گاه یکی از آنها باشد و دیگری جاهل. و هر گاه دخول واقع نشود: پس اگر هر دو عالم اند به عده و به حرمت، هم عقد فاسد است و هم حرام ابدی است. و اگر جاهل باشند به هر دو یا به احدهما، پس عقد فاسد است و لکن حرام ابدی نیست می توانند تحدید عقد بکنند. و هم چنین هر گاه هر یک جاهل به احدا مریین باشد و هر گاه یکی جاهل و یکی عالم، بر عالم حرام ابدی می شود، و بر جاهل نمی شود. ثمره این وقتی ظاهر می شود که بعد از تفریق، آن شخص جاهل آن شخص عالم را نشناسد. مثل این که مرد میدانست که زن در عده است و حرام است نکاح آن، وزن نمیدانست و نکاح واقع شد و ایشان را تفریق کردند، بعد از آن مرد مشتبه شد بر آن زن و ثانیاً ندانسته به او شوهر کرد، لکن مرد می داند که این همان زن

است. در اینجا مرد بر زن حلال است ولکن زن بر مرد حلال نیست. ودر ظاهر حکم به زوجیت می شود

ص: ۳۶۱

تا معلوم شود. وبعد از آن که معلوم شد باید تفریق کرد، نه از این راه که به زوج حرام ابدی است، بلکه از این راه که هر گاه زوجه من بعد اطاعت او کند اعانت بر اثم کرده است. و بدان که در صورتی که (جاهل باشد به عده یا به حرمت نکاح در عده و دخول واقع شود در عده) حرام ابدی می شود جز ما. و اما هر گاه دخول بعد عده واقع شود: اظهر در نظر حقیر این است که منشأ حرمت ابدی نمی شود. چنانکه صریح کلام بعضی وظاهر جماعتی است. و صاحب کفایه ظاهرا غفلت کرده است و اسناد داده است به اصحاب، اطلاق را.

۲۱۱: سؤال:

۲۱۱: سؤال: هر گاه زوجه با وجود تمکین و عدم نشوز، شوهر او به سفر برود و مدتی غایب باشد. و زوجه به قرض کردن معیشت خود را بگذارند. وبعد از آن زوج در سفر بمیرد. زوجه ادای دین خود را از مال زوج می تواند کرد یا نه؟

جواب:

جواب: بلی به قدر ایام نفقه غیبت زوج مادام حیات زوج، مستحق است که از مال زوج مقدار نفقه ایام غیبت زوج را بگیرد.

۲۱۲: سؤال:

۲۱۲: سؤال: هر گاه زوجه زید، زوج خود را بگوید که (اطفال خود را خدمت نمی نمایم، شما خدمت بکنید). و زید مذکور را اوضاع نباشد که خدمتکاری نگاه دارد. و خود کاسب باشد و هر گاه خود متوجه خدمت اطفال شود از کسب و تحصیل مؤنه باز می ماند. آیا در این صورت سخن زینب مشار الیها شرعا مسموع می باشد یا نه؟

جواب:

جواب: زینب ظاهرا می توان این سخن را بگوید، هر چند استحقاق حضانت هم با او باشد. به جهت آن که دلیلی بر وجوب حضانت عینا، بر مادر ثابت نیست. و در این صورت هر گاه پدر فقیر باشد و نتواند جمع کند مابین تحصیل معیشت و خدمت کردن اطفال، معیشت خود را می تواند از وجوه صدقات بگذارند، یا خادمی از آن وجوه بگیرد. و اما این که حضانت بر پدر در این صورت واجب عینی است یا کفائی آن هم خالی از اشکال نیست. و حضانت و پرستاری غیر از نفقه و کسوه دادن است.

۲۱۳: سؤال:

۲۱۳: سؤال: هر گاه ضعیفه سر خود از جائی بیاید و ادعا نماید که من شوهر ندارم. و بلا منازع باشد. می توان او را به جهت دیگری عقد کرد یا نه؟

جواب:

جواب: بلی می توان. والله العالم.

۲۱۴: سؤال:

۲۱۴: سؤال: شخصی که دو اسم داشته باشد، یکی مشهور و دیگری غیر مشهور، و غیر مشهور اسم اصلی او باشد در حین عقد نکاح به کدامیک از این دو اسم باید تلفظ

ص: ۳۶۲

کرد؟.

جواب:

جواب: هر گاه شخص معین است، به هر یک از این دو اسم به قصد آن شخص می توان عقد کرد.

۲۱۵: سؤال:

۲۱۵: سؤال: جده صبیبه فرزند صبیبه خود را که وفات یافته باشد، می تواند شیر داد یا نه؟ -.

جواب:

جواب: حرمت رضاع جده فرزند دختر خود را به جهت آن است که موجب حرام شدن آن دختر است بر شوهر خود. و اینکه شوهر دختر دیگر از اولاد صاحب این شیر نمی تواند خواست. و هم چنین از اولاد مرضعه نمی تواند خواست. اما هر گاه دختر مرده باشد [و] شوهر او نمی خواهد دختر دیگر از آن شخص بگیرد، مانعی نمیدانم، الا (احتیاط منزله) به جهت حرام شدن جده به شوهر خودش. واحوط ملاحظه آن است هر چند وجوب آن بر حقیر معلوم نیست.

۲۱۶: سؤال:

۲۱۶: سؤال: زید دختر عمرو را خطبه نموده، مبلغی نقد مع بعض اجناس دیگر به خانه عمرو مذکور بر سیل تعارفی که در آن بلد می باشد، فرستاده. وقدری تنخواه از عمرو مذکور نیز طلب داشته [که] او را متمم تنخواه نقد مذکور که متعارف است که خانه عروس از داماد میگیرند و به مصرف رخوت عروس میسرانند نموده. وبعد از آمدن عروس به خانه زید معلوم شده که از نقدین مذکورین چیزی به مصرف متعارف مذکوره نرسانیده اند. آیا در این صورت زید می تواند مطالبه طلب ونقدی که به خانه عروس فرستاده نماید یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه متعارف است که آن تنخواه را به مصرف رخوت واسباب عروس برسانند و به این قصد داده است، ومعلوم شود که به این مصرف نرسانیده اند، می تواند مطالبه نماید. و اگر سخنی داشته باشند به مرافعه حاضر شوند. والله العالم.

۲۱۷: سؤال:

۲۱۷: سؤال: هر گاه ولی کبیره به اذن او او را به عقد زید در آورد، به صدق یک ختم قرآن یا چند سال نماز و روزه که زید از برای پدر آن ولی بکند. آیا آن عقد صحیح است؟ و این مهر لازم است یا نه؟ و هر گاه مهر چیز معینی باشد وامور مذکوره را در ضمن عقد شرط کرده باشد چه حال دارد؟ و حال آن که منکوحه می گوید که من از این شرط خبر ندارم.

جواب:

جواب: اجیر شدن زوج از برای ولی زوجه در امری از امور، و آن را مهر قرار دادن به

ص: ۳۶۳

جهت زوجه، جایز نیست بلا- خلاف ظاهری. ولکن به فساد مهر عقد فاسد نمی شود، و رجوع می شود به مهر المثل. و اما هر گاه مهر چیز معینی باشد که صحیح باشد مهر کردن آن، و زوجه (یا وکیل او) در ضمن عقد شرط کند که زوج عملی [را] از برای پدر ولی او بکند، ظاهر در نظر حقیر صحت و لزوم مهر و شرط است. چرا که شرط امر مشروعی است بالفرض و در ضمن عقد لازمی شرط شده. و آنچه علما فتوی داده اند و حدیث صحیحی هم بر طبق آن وارد شده که (هر گاه نام ببرند در عقد چیزی را از برای زن و چیزی را از برای پدر او، جایز است آنچه از برای زوجه است و باطل است آنچه از برای پدر او است) (۱) ظاهر این است که مراد آن باشد که هر دو در مقابل بضع باشد ولکن یکی را زوجه بالا صاله مستحق باشد و یکی را پدر بالا- صاله مستحق باشد. و آن جایز نیست به جهت آن که عوض بضع مختص زوجه است. و در صورت شرط، آن چیزی که برای پدر شرط می کند جز مهر زوجه می شود و از برای پدرش قرار می دهد. ظاهر این است که مضر نیست. والحاصل: مهر باید حق زوجه باشد، پدر او را در آن حقی نیست. مگر این که جز مهر زوجه بشود و او خود بسبب شرط منتقل کند به پدر خود. و آنچه بدون اذن و امضای منکوحه رشید شده است صورتی ندارد. والله العالم.

۲۱۸: سؤال:

۲۱۸: سؤال: هر گاه ضعیفه طفل صغیر خود را شیر بدهد و آن صغیر از میراث پدر مال داشته باشد. آیا مادر می تواند اجرت رضاع را بگیرد یا نه؟ و نفقه خود را هم از مال طفل می تواند برداشت یا نه؟ و هر گاه طفل مال نداشته باشد، آیا بر مادر واجب است شیر دادن یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه کسی نباشد که طفل را تبرعا شیر بدهد و طفل مالدار باشد، می تواند اجرت بگیرد از مال طفل، هر چند مادر غنی باشد. و با وجود غنی بودن، نفقه از مال طفل نمی تواند گرفت. و اگر مادر فقیر باشد پس اگر اجرت رضاع کفایت مؤنه او می کند باز نفقه نمی تواند از طفل گرفت. و اگر کفایت نکند تتمه را از مال طفل می تواند گرفت. و هر گاه مال نداشته باشد و کسی هم نباشد که تبرعا شیر بدهد یا اجرت رضاع بدهد و جد پدری مالدار هم نداشته باشد، در این صورت بر مادر واجب است شیر دادن با ۱.

ص: ۳۶۴

وجود تمکن از شیر دادن وعدم مانع، ومطالبه اجرت نمی تواند کرد، چنانکه در سایر نفقات.

۲۱۹: سؤال:

۲۱۹: سؤال: زوجه متوفی عنها زوجها [که] حامل [باشد] نفقه دارد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: از مال شوهر ندارد. واز نصیب حمل خلاف است، واحوط آن است که نگیرد. به جهت آن که معلوم نیست که حمل حیا منفصل شود ومالک چیزی شود. و متأخرین بر این قول اند. هر چند صحیحه کنانی(۱) دال است بر ثبوت انفاق. واما معتده رجعیه وباینه حامل نفقه دارد از مال زوج.

۲۲۰: سؤال:

۲۲۰: سؤال: زید زوجه خود را طلاق رجعی داده، آیا قبل از انقضای عده می تواند او را به عقد جدید دائمی (یا عقد انقطاع) به مهر جدید تزویج نماید یا نه؟ -؟. و هر گاه چنین کاری بکند آیا این در معنی رجوع است وبه عقد سابق بر می گردد، یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: عقد زوج [زوجه را] در عده رجعیه باطل است مطلقا. وزوجه به سبب آن مستحق مهری نمی شود. پس هر گاه داند که عقد جایز نیست وعقد بکند، پس اگر به آن عقد قصد رجوع دارد، رجوع ثابت می شود. وهر گاه قصد رجوع نباشد، رجوع متحقق نمی شود. و هر گاه جاهل باشد وگمان کند که عقد صحیح است، در مسأله اشکال بهم می رسد واطهر این است که رجوع متحقق می شود وعقد جدید باطل است. وحکم دیگر بر آن مترتب نمی شود. واز برای دفع ما یقال اگر اشاره به دلیل مسأله شود باکی نیست. فنقول: ظاهر علمائنا الاجماع علی ان المطلقه الرجعیه فی حکم الزوجه، الا ما اخرج بالدلیل. فلذلک یجب الانفاق علیها والاسکان، وانهن لایحجن ندبا الا باذن ازواجهن. ولجواز وطئها ابتداء من غیر تلفظ بشیء. ولا شیء من غیر الزوجه کذلک، اجماعا. (کما صرح به فخر المحققین). ولجواز الرجعه من دون النکاح ولثبوت التوراث بینهما. ولجواز تغسل کل منهما الاخر اذا مات احدهما. بل یظهر من الذکری الاجماع منا علی انه لا عبره بانقضاء العده حین الغسل ایضا، بل لو تزوجت جازلها تغسیله، وان کان الفرض بعیدا. وصوره الفرض ان یموت الزوج فی العده ویبقی بلا غسل الی ان ینقضی عده الوفات وتزوجت الزوجه، فیجوزح تغسیله. ویدل علیه الاخبار الکثیره ۱.

ص: ۳۶۵

الوارده في ان المطلقة الرجعية امرأه مالم ينقض عدتها. مثل روايه محدثين مسلم (قال سألت ابا جعفر - ع - من رجل طلق امرأته واحده، ثم راجعها قبل ان ينقضى عدتها ولم يشهد على رجعتها. قال: هي امرأته مالم ينقض عدتها) الحديث (١) وحسنه محمد بن قيس عن ابي جعفر - ع - (قال: قضى في المرأة اذا طلقها ثم توفي عنها زوجها وهي في عده منه لم يحرم عيله فانها ترثه ويرثها مادامت في الدم من حيضها الثالثه) الحديث (٢) وفي معناهما غيرهما. واما اخبار التوارث و سائر الاحكام: فهي فوق حد الاحصاء. ويشعر بجواز النظر اليها في حال العده الاخبار الكثيره الوارده في رجحان تزوينها و اظهار زينتها لزوجها معللا في بعضها بايه (لعل الله يحدث بعد ذلك امرا) (٣) يعنى يرغب زوجها فيها فيراجعها. فاذا ثبت بالاجماع المتقدم و الاخبار انها في حكم المرأة في جواز النظر اليها و تغسيلها، وغير ذلك فكيف يمكن القول بجواز نكاح الرجل امرأته. مع ان ظاهر وضع النكاح انما هو لاجل تحليل المحرمات. وليس الطلاق الرجعى الا بمنزله الاحرام للمحرم، و حال الاعتكاف. فتوهم زوال حكم الزوجيه بالطلاق و عوده: الرجعه باطل. بل انما يزول حكم النكاح بالطلاق و انقضا العده معا. وليس الرجعه في حكم تجديد النكاح. بل هو ازاله لبعض الموانع و ابقا للحكم السابق. ويدل عليه استصحاب الحال السابق. ويدل عيله ايضا قوله تعالى (الطلاق مرتان فامسك بمعروف او تسريح باحسان) (٤) فان الظاهر ان المنفصله حقيقه، و الامساك مفسر بالرجعه، فلا ثالث هنا. وكذلك قوله تعالى (فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف). (٥) مع ان الاصل عدم صحه العقود الا ان يثبت بالدليل. ولا دليل على صحه هذا العقد، و ترتب الاثر عليه. و شمول العمومات لما اق

ص: ٣٦٦

١- وسائل، ج ١٥، ابواب اقسام الطلاق، الباب ١٣، ح ٦.

٢- الوسائل، ج ١٧، ابواب ميراث الازواج، الباب ١٣، ح ١ - و فيها: عن محمد بن قيس بن ابي جعفر (عليه السلام) قال: اذا طلقت المرءه ثم توفي عنها زوجها و هي في عده منه لم تحرم عليه و انها ترثه و يرثها ما دامت في الدم من حيضتها الثانيه...

٣- الآيه ١ سورة طلاق.

٤- آيه ٢٢٩ سورة بقره.

٥- آيه ٢ سورة طلاق

نحن فيه فى محل المنع. بل يمكن ان يقال ان فساد العقد ح اجماعى، كما يظهر من كلماتهم. وما يتوهم من ظاهر بعض الكلمات وجود قول به، فهو ليس كذلك. وما وقفت عليه من كلمات الاصحاب فى خصوص المسأله هو ما ذكره علامه فى التحرير قال (ولو عقد فى العده، ففى كونه رجعه نظر، ينشأ من بطلانه شرعا، ودلالته على التمسك بها. وقوى الشيخ، الثانى). فان قوله - ره - (من بطلانه شرعا) على سبيل القطع يظهر منه انه لا اشكال عند هم فى بطلان الايجاب والقبول من حيث هو. وانما اشكالهم فى الدلاله على الرجوع. وقال فخر المحققين (ره) فى الايضاح - فى شرح قول والده (وفى التزويج اشكال): الاشكال فى قوله تزوجتك وانكحتك. فيحتمل كونه صحيحا،^(١) لانهما صالحان لابتدا العقد والحل فلان يصلحا للرجعه اولى... الى ان قال: ولانه صيغه يخاطب بها الاجنبى، فيكون تقريراً للطلاق لا لرجعه. ثم قال: واقول الاحتمال قائم فى العقد بايجاب وقبول يوجبان النكاح ابتدا. والاصح عندى صحه الرجعه به. بل هو آكد. انتهى. فان الظاهر من قوله (انه صيغه يخاطب بها الاجنبى) انه لا يواجه الرجعية بصيغه التزويج ابدا. وهو مستلزم للقطع ببطلان مواجهتها بالايجاب والقبول الحقيقين المراد بهما انشا العقد، بطريق اولى. وقال الشهيد فى غايه المراد - فى شرح قول علامه (وفى تزوجت اشكال) -: الاشكال ناش من ان لفظ التزويج صريح فى ابتداء النكاح فلا يستعمل فى غيره، لانه ليس موضوعا لغيره. فلا يجوز لان التزويج يواجه به الاجنبى، والرجعية زوجه. ^(٢) ولان التزويج شرطه رضاها، والرجعه لا يعتبر فيها رضاها. ومن ان لفظ التزويج يوجد النكاح بعد عدمه فلان يديم الموجود، اولى. ولان المعتبر فى الرجعه هو ما يدل على اراده النكاح، وهذا دال عليها. وهو فتوى المبسوط. والاشكال فى (انكحتك) كذا. وفى (متعتك على وجه. وفى ايقاع العقد بالايجاب والقبول. والاجود ان الجميع رجعه. وصرح المقداد فى التنقيح ايضا بان (لفظ التزويج يواجه به الاجنبى، والرجعية زوجه) ثم اختار انه رجعه. ه.

ص: ٣٦٧

١- عبارت النسخه: فيحتمل كونه صريحا.

٢- و فى النسخه: و الرجعه لزوجه.

واما ما ذكرنا - ان بعض العبارات يوهم خلاف ذلك وفي الحقيقه انها ظاهره فى ما ذكرنا - [فهو] عبارته التحرير فى اقسام الطلاق بعد ذكر (الطلاق العدى) الذى يوجب حصول التسع منه التحريم الابدى. قال (امالو راجع فى المختلعه بعد رجوعها فى البذل ووطئها، فالاقرب انه طلاق العده. ولو تزوجها فى العده بعقد جديد، فالوجه انه ليس طلاق العده) وقال الشهيد الثانى (ره) فى الروضه فى هذه المسأله ايضا (فى الحاق طلاق المختلعه اذ رجع فى العده بعد رجوعها فى البذل، والمعقود عليها فى العده الرجعيه به، قولان. منشأهما من ان الاول من اقسام البائن، والعدى من اقسام الرجعى، وان شرطه الرجوع فى العده، والعقد الجديد لا يعد رجوعا. ومن ان رجوعها فى البذل صيره رجعا وان العقد فى الرجعى بمعنى الرجعه. والاقوى الحاق الاول به دون الثانى. لاختلال الشرط ومنع الحاق المساوى بمثله). ووضح العبارتين عبارته الروضه. ووجه الايهام ان العقد فى الرجعى كانه مماثبات جوازه حتى رتب عليه حكم المسأله وليس كذلك بل قوله (ان العقد فى الرجعى بمعنى الرجعه) معناه انه ليس بعقد صحيح يثمر ثمره جديده. وكذلك قوله (ومنع الحاق المساوى بمثله) معناه انه مسلم كونه بمعنى الرجعه، ولكن ليس كل ما كان فى معنى شئى فى الجملة مما يترتب عليه. جميع احكام ذلك الشئى. يعنى ان ذلك العقد يحصل به ثمره الرجعه فى عود الحل السابق ويفيده قسرا واستتباعا، وان لم يكن رجعه بالذات. وليس كل ما كان ثمرته وفائده ثمره شئى آخر يلزم ان يترتب عليه كلما يترتب على الاخر. هذا الكلام فى المسأله الاولى اعنى (عدم صحه العقد وعدم ترتب ثمره عليه من حيث انه عقد جديد. وكأنه من الظهور بحيث لا ينبغى التأمل فيه. واما المسأله الاخرى: اعنى (كون ذلك العقد مثمرا لصحه الرجعه ورجوع الزوجيه): فظاهر كلام هولاء الاعلام هو ايضا ذلك. سيما هاتين العبارتين. غايه ما يقال هنا انهم اعتبروا القصد فى الرجوع وصرحوا بان الوط والقبلة لو كان سهوا او بظن كونها الزوجه، وقالوا (انه لو وطئها بعنوان الشبهه يجب عليه المهران لم يراجعها بعد ذلك. وان راجعها ايضا، على خلاف فيه. ويلزم عليه التعزير لو فعل بقصد الزنا). وانت خبير بان هذه الواضع كلها اما فى ما يقصد عدم كونها زوجة محلله، يعنى انه يواقعها مدعنا انه ليست زوجته، كما فى صورته الزنا. او يواقعها لا من جهه انها زوجته كذلك. او يواقعها مدعنا انها زوجته الاخرى، كما فى الشبهه. او مدعنا أنها زوجته ويحل

وطؤها مادام في العده وتحرم عليه بعد العده. او يطؤها سهوا، كما في الصورتين الوليين. ولم يظهر في كلماتهم تنصيص على ان مثل هذا الرجوع لا يكفي. فح مما يمكن ان يستدل على كفايه ذلك أن المكلف ان كان عالما با نه لا يجوز النكاح الجديد في العده، فلا- يتصور منه منه تجديد العقد الابمحض التصور. فيعود الكلام فيه الى الاذعان با حد الا مرين: اما قصد الرجوع الى الزوجيه السابقه، واما الى غيره الذي هو حرام، و حكمهما واضح مما سبق. واما الجاهل، فهو وان كان حكم العقد الجديد بالنسبه اليه منتفيا في الخارج - على ما حققناه من عدم الصحه من جهه ان الاحكام الوضعيه لا يتفاوت الحال فيها بالعلم والجهل غالبا - واما بالنسبه الى الرجوع الى حصول الرجعه الى الزوجيه السابقه فيمكن توجيهه بان الندامه من الطلاق وحب الرجوع الى الزوجه السابقه يكفي في حصول الرجعه اذا تحقق منه الرجوع ولو كان في ضمن عقد آخر. لما يستفاد من عموم قوله تعالى (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا). (١) ومن الاخبار الوارده في الترتين (٢) لان يراها الزوج معللا بأنه لعل الله يحدث بعد ذلك امرا. فان ظاهرها انه لاجل جلب القلب والعود الى الاجتماع مع تلك الزوجه على الوجه المحلل، كما كان قبل ذلك. وذلك عود الى الاجتماع المحلل في نفس الامر، وان لم يعلم المكلف بان الاجتماع يحصل بالرجعه واذعن انه لا يمكن الا بالعقد الجديد. فالمطلوب هو صحه العود الى الاستمتاع المحلل، الحاصل في الزوجيه الخاصه. و المفروض ان الزوج لاجل الالفه المعهوده مال الى الرجوع اليها. غايه الامر انه يظن انه لا يحصل الابتجديد العقد. وهو لا ينافي تحليله تعالى له العود بالاستمتاع السابق على الوجه المحلل. فالمقصود هو حصول القدر المشترك، وقد حصل. ولا- مدخله لخصوصيه ما يوجبه من الدواعي والالفاظ. لخصوصيه ما يوجبه من الدواعي والالفاظ. فلا- ينافي ذلك عقد الانقطاع ايضا. لحصول الرجوع المحلل في الجملة فيه، ولم يثبت اشتراط القصد الى الاستمرار الابدى بل يكفي قصد الرجوع الى تحصيل الحليه السابقه في الجملة. وان صعب عليك فهم ذلك فنقول: المستفاد من الادله ان ١.

ص: ٣٦٩

١- الآية ١، السوره الطلاق.

٢- وسائل، ج ١٥، ابواب العدد، الباب ٢١.

المطلقة الرجعية زوجه. واستصحاب الحاله السابقه ايضا يقتضى بقا العلاقه السابقه و لم يثبت انقطاعها من دليل، الا مع النقصا العده بدون رجوع اليها من احد الوجهين: اما الرجعه المصطلحه المعهوده، او تجديد العقد عليها مع جهاله الحكم. فالحكم السابق مستصحب ولا- قاطع له ولم يثبت كون مجرد الطلاق قاطعا للعلاقه مطلقا حتى يحتاج عود الحل (من اى حهه كان) الى دليل خاص. بل نقول انما يثبت التحريم بالطلاق مع الخروج عن العده بدون احد الامرين. لا ان التحريم ثبت ولا يثبت الحل ثانيا الا- بالرجعه المصطلحه. فتدبر فى ذلك وافهمه ولا تلحظه بعين الاستنكار، فانه مسلك متين. والحاصل: ان الكلام فى المسأله الثانيه مسبوق بالمسأله الاولى. فتقول: اما ان يكون العاقد رأيه صحه العقد الجديد، او مقلد المجتهد يرى ذلك - وفرض وجود قول بذلك - وعقد عليها جديدا فى حال العده واراد به ذالك، لا الرجعه الى السابقه. فلا كلام ح فى انه عقد جديد صحيح وليس برجعه فى السابق. ولكن الكلام فى صحه هذا القول، وقد عرفت بطلان. وان كان عالما بفساده (كما هو الحق) فلا معنى للعقد الجديد حينئذ الامحض العبارة والتصوير. لعلمه بعدم الوقوع شرعا. فحينئذ اما ان يقصد به الرجعه، اولاً. فالاصح فى الاول حصول الرجوع وبدونه لا يحصل الرجعه ولا التزويج الجديد. وان كان جاهلا بفساد العقد الجديد وكان يظن انه يصح - اما بان يكون الحل عنده منحصر فى العقد الجديد او يعتقده انه يجوز له احد الامرين ويختار العقد - فالاشكال فى المسأله انما هو فى هذه الصوره. ووجه الحرمة هو بطلان العقد وعدم القصد الى الرجوع. وتوجيه الحل ما ذكرناه. فالعمده فى اثبات صحه العقد الجديد هو اقامه الدليل على جواره. واثبات عدم كونه رجعه لا يكفى كونه عقدا صحيحا. والله العالم.

٢٢١: سؤال:

٢٢١: سؤال: دختری ده یازده ساله که پدر او غایب بود ولكن ممکن بود مطلع ساختن آن، در نزد مادر بود. شخصی او را می خواست از برای پسر صغیر خود عقد کند. در نزد بعضی از ملاها رفته بود که او را عقد کند. به جهت تشکیک در رشد صغیره وبه جهت احتیاط از ولایت پدر، عقد نکرده بودند. و بعد از آن او را برده در نزد ملائی دیگر او را عقد کرده اند وبه خانه آن مرد که پدر صغیر است برده اند. وچند گاهی هم در آن خانه بوده وبعد دختر منکر است که من کسی را وکیل نکرده ام والحال پسر کبیر است ومدعی است که من زن خود را می خواهم. وبا وجود این که دختر منکر توکیل است و

مدعی است که من در آن وقت عقلم به جائی نمی رسید. ومی گوید که مرا به رسم مهمانی به خانه آن مرد برده اند. وینه مسموعه نه بر توکیل است ونه به رشد او در حال عقد. آیا این دختر محکوم به زوجیت است؟ یا آن که عقد فاسد است؟.

جواب:

جواب: هر چند اشهر و اظهر این است که باکره بالغه رشیده مستقل است در امر تزویج، وغایب بودن وحاضر بودن پدر فرقی ندارد، لیکن اظهر در صورت مزبوره این است که باید توکیل دختر در حال بلوغ ورشد به ثبوت شرعی برسد. و هر گاه به ثبوت نتواند رسانید قول دختر مقدم است وقسم متوجه او می شود. ولعلک قد قرع سمعک فی کلمات اصحابنا من (تقدیم قول مدعی الصحه فی العقود) فالمقام مظنه ان يعترض علينا بان مقتضى ذلك الحكم بصرحه العقد وتقديم قول الزوج. اقول: وهذه القاعده وان كانت مشهوره بينهم ولكنها ليست باجماعيه. كما يظهر من المحقق الاردبيلي (ره) فی کتاب الحجر، وصاحب الکفایه فی البیع، و غیرهما. ومع ذلك فاختلافات الفقها فی خصوص المسائل من جهة تقديم قول مدعی الصحه او الفساد فی غایه اکثره، کماستطلع علی بعضها. فلا بد اولاً من بیان مأخذ هذه القاعده والتکلم فیہ، حتی يتم صرحه التفريع علیها والاحتجاج بها. فنقول: وجه القول بتقديم قول مدعی الصحه، هو تقديم (الظاهر) علی (الاصل) فی ما يتعارضان، ووجه الظهور اما من جهة ان (افعال المسلمين محوله علی الصحه) والظاهر من المسلم هو ذلك. واما من جهة ان الغالب الوقوع فی المعاملات هو الصحيح والظن يلحق الفرد المجهول بالاعم الاغلب. والمراد من الاول اما آن المسلم اذا صدر منه فعل - یحتمل كونه مباحا، ویحتمل كونه معصیه، لابد ان یحمل علی الاباحه لا علی المعصیه، كما دل علیه الاخبار، مثل قول أمير المؤمنين (عليه السلام) فی كلام له (ضع امر اخیک علی احسنه حتی یاتیک ما یقلیک منه ولا تظن بكلمه خرجت من اخیک سواو انت تجدلها فی الخیر محملاً). (۱) واما ان الغالب فی افعال المسلمين انه لا یكون معصیه. وهذان المعنیان لا یستلزمان الصحه المصطلحه بمعنی ترتب الاثر. اذلا منافاه بین الاباحه وعدم ترتب الاثر. نعم قد یستلزمه نادرا کمالو ادعی البائع (انی جعلت العقد علی ان یكون الثمن خلا) وقال المشتري (لا، بل علی ان یكون خمرا). وانت خیر بان.

ص: ۳۷۱

۱- سفینه البحار، «باب الظاء بعده النون» و فیها «... ما یغلبک...».

الموارد المبحوث عنها في الغالب ليس من هذا الباب. اما لو ادعى احدهما حصول الشرط والاخر انتفاه - مثل القبض في المجلس في النقدين والسلم، ونحو ذلك - فلا يلزم من فقد هذا الشرط فسق على المسلم حتى يجب دفعه بمقتضى هذا الاصل بهذا المعنى، حتى يترتب عليه الاثر. فيبقى ان يراد منه ان الغالب الوقوع من المسلم هو الصحيح اعني الجامع للشرائط الذي يترتب عليه الاثر. والمراد الغالب الوقوع في العالم. بنا على قولهم (الزموهم بما الزموا) والحكم بالمشى مع كل قوم على مشيهم. ثم ان الاعتماد على الغلبه وان كان مما يجوز ان يعتمد عليه على التحقيق. خلافا لبعض من لم يتأمل تأملا تاما في حقيقته ووجه الاضطرار اليه وجواز الركون اليه لكن لا بد من التأمل في معناه وموقعه ومناطه. فاعلم: ان المناط فيه حصول الظن في الشخص الخاص بملاحظه حصول الحكم في اغلب الاشخاص. ولا يخفى ان الاشخاص يختلف شؤونهم واطوارهم وحالاتهم. والغلبه قد يكون في الاشخاص باعتبار بعض الشؤون دون بعض. فلا بد من ملاحظه شخص المتنازع فيه، وان يكون حكم المدعى فيه الذي اريد اثباته فيه هل هو من جهه الشأن الذي وقع الحكم على وفقه في سائر الاشخاص ام لا. فيحصل الظن في الموافق دون المخالف. مثلا اذ ادعى البائع (انى بعته في حال الصغر) وادعى المشتري (انى استريته في حال الكبر)، فدكروا فيه تقديم مدعى الصحة. لان الغالب ان البيع والشرا يكونان من المباشرين لهما في حال الكبر. فيلحق مانحن فيه به. والتحقيق ان يقال: ان هذا انما يتم اذا لم يكن تاريخ معامله متعينا، بل يكون مجهولا في الخارج متنازعا فيه بينهما. وهذا يرجع الى النزاع في تحققه في حال لا تشكيك في كون المباشر [فيه] بالغ او صبي. يعنى ان النزاع يرجع الى ان البائع يقول انه كان في حال الصغر المعلوم الذي لو سلم المشتري وقوعه في ذلك الان بحسب التاريخ لا ينكر كونه صغيرا حينئذ وكذلك الكبر. فحينئذ يمكن ان يلحق الفرد المجهول بالغالب، بمعنى ان يحكم عليه بان هذا البيع صدر من الكبير الغير المشكوك في كبره من احد لو فرض العلم بتاريخ صدوره عنه. واما لو اتفقا في وقوع البيع في الوقت الخاص المعين من اوقات عمر البائع - مثل

اوقات كونه مراهقا للبلوغ - لكن اختلافان ذلك الوقت الخاص، هل تحقق البلوغ ام لا. فهذا ليس مما يحكم فيه بحصول الظن با نه كان بالغاً حينئذ من جهة ان غالب الوقوع بين المسلمين هو العقد في حال الكبر. لان الغالب منهم ليس الوقوع في مثل هذا القسم من الكبر. فان قلت: نعم ولكن ظاهر حال المسلم في المعامله في مثل ذلك انه لا يفعل الا - مع العلم بحصول البلوغ والوصول الى حده. قلت: ان اردت من ظاهر حال المسلم الظهور من جهة الغلبه، فنقول: المعامله في مثل هذا الوقت على سبيل المباشره ان اريد في مثل الخبز والجوز والبيض الذي يتداول صدوره عن الصبيان فلامعنى للغلبه، وان اريد مثل الارض والستان والفرس والبقر، فلانسلم الغلبه، بل ذلك فردنا در الوقوع في اصله، فكيف يعين له غالبا ونادرا حتى يلحق نادره بغالبه، وان اردت من (ظاهر حال المسلم) انه لا يفعل الحرام فان المحجور عيله ممنوع من التصرف، فحمل فعل المسلم على الصحيح بمعنى المشروع الجائز دون الحرام يوجب حمل المعامله على انما وقعت في حال الكبر، فيكون صحيحه. فنقول (حمل فعل المسلم على المشروع) المستفاد من الادله انما قام عليه الدليل في البالغ العاقل. فيكون من شك في بلوغه، بل في اسلامه لاجل صغره، داخلا في هذا الاصل و لزوم حمل فعله على المشروع اول الكلام. ومن ذلك يظهر الكلام في من يعتوره الجنون ادوارا، فقال البائع (بعته في حال الجنون). وقال المشتري (بل في حال الافاقه). ويظهر الفرق مما ذكرته بين ما كان النزاع في حال خاص هو آخر افاقته من الجنون. كالمراهق المشكوك في بلوغه. . ومما لم يكمن من هذا القليل، بل كان التداعى بين المالىن المعلوم حقيقتهم لو علم الوقت. فما ذكره الفقهاء من تقديم قول مدعى الصحة، لابدان ينزل في ذلك على الصورة الثانيه. واما الصورة الاولى، فالأظهر تقديم قول مدعى الفساد لما ذكرنا. وقال العلامة في الارشاد في باب الحجر (ولو كان يعتوره ادوارا صح تصرفه وقت افاقته. ولو ادعى وقوع البيع مثلاً - حال جنونه، فالقول قوله مع اليمين). والمحقق الاردبيلي (ره) - تمسكا باصالة بقا الملك والاستصحاب حال الجنون، ولانه اعرف بحاله، والاصل عدم البيع وعدم الصحة لتوقفه على الشرائط المعلومه، والاصل في الكل العدم - قال: فلا يعارض ذلك

بأصل الصحة وعدم الفساد، لأنه قديم منع كون الصحة أصلاً، نعم قديكون ظاهراً من حال المسلم. أقول: هذا ما ذكرنا من تأمله في (الأصل) المذكور. وكيف كان فالأظهر في مثل ذلك تقديم الفساد. وما نقلناه من العلامة ونسبنا إليه القول بتقديم مدعى الفساد. هو إذا قرأ لفظ (ادعى) على صيغة المبني للفاعل. وإن قرأ على صيغة المبني للمفعول فمقتضاه تقديم قول مدعى الصحة كما لا يخفى. وإمامنا نحن فيه: فيظهر حكمه مما ذكرنا، إذ المفروض أن الكلام في الصغيره المشكوك رشداه في حال العقد، فالتداعي بينهما في كون تلك الحالة المعلومه حال الرشد وعدمه. لا أن العقد هل وقع في حال الرشد الذي لا شك فيه لو سلم تعيين وقته، أو عدمه المسلم عدمه كذلك. فإن قلت: نعم ولكن هنا كلام آخر، وهو أن الكلام في مانحن فيه ليس منحصر في ترجيح أحد المتداعيين بل ربما لا يكون هناك دعوى، كما لو فرض موتهما أو موت أحدهما ولا وارث هناك يدعى حقاً، لكن الحاكم أو المؤمنون يريدون معرفه الحال ليعلموا كيفيه المعامله بحقوقهما وأموالهما. فنقول لا ريب أن هناك وقع عقد والغالب في العقود الجارية بين المسلمين الصحة ولما كان هناك البطلان إنما هو لاجل عدم تحقق شرط العقد، من الرشد أو التوكيل. فنقول أن الأصل والغالب بينهم هو الجامع للشرائط لا - بمعنى أن الزوجين مسلمان وقع العقد بينهما وصارا متزاورين ظاهراً، حتى يردان الصغيره ليست مما ينصرف إطلاق الأدله إلى لزوم فعلها على الصحة (كما أشرنا سابقاً). بل بمعنى أن هذا العقد صدر من جماعه المسلمين، فإن عقد غير الرشیده قد يصح أيضاً ولايه من الأب أو الحاكم أو المؤمنين (أن قلنا بثبوتها لهم من جهة المال كاليتم). والأمور دائر بين أن يكون ثبت رشداه عند العاقد، أو حصل العقد بأحد الوجوه المذكوره. وعقد الغير الرشیده مع ملاحظه هذا الاعتبار ليس من الأمور النادره، حتى يمنع الغلبه فيه. فقال أن هذا العقد الواقع في الخارج محمول على الصحيح. إذا الغالب في الواقع بين المسلمين هو الصحة. [قلت: وفيه - بعد منع كونه من الأفراد الغالبه - أن المفروض غيبه الأب، وفقد الولي، وعدم الرجوع إلى الحاكم، وعدم ثبوت الدليل على ولايه عدول المؤمنين في ذلك بل الأمر منحصر في توكيلها للعاقد، فيرجع الحكم بغلبه صحة العقد إلى الحكم

بغلبه صحه التوكيل. ويجرى فيه الكلام السابق من منع الغلبه فى توكيل مثل هذه الصغيره المشكوك رشدها. مع ان الشهيد الثانى ذكر نظير هذه المسأله وحكم فيها بالبطلان وتقديم قول مدعى الفساد. قال (لو وكل فى تزويج ابنته، فحصل موت الموكل، ووقع النكاح، وشككنا فى السابق. فالاصل عدم النكاح وبقا الحياه. والمتجه عدم صحه النكاح لتعارض الاصلين، فبقى اصله التحريم. او يقال: اذا وجب فى الحادث وجوده فى اقرب زمان لزم اقترانهما فى الزمان ح، فيحكم با بطلان). فنقول: ان حمل العقد المجهول الحال على الصحه لاجل الغلبه، يوجب حمل ذلك ايضا على الصحه. كونه جامعا لشرائطها التى منها حياه الايب. فكما ان احتمال كون وقوع العقد فى حال الموت يوجب الحكم بالبطلان (مع ان الظاهر من حال الوكيل المسلم انه عقدها فى حال العلم بالحياه)، فكذلك احتمال كون عقد العاقدا ياها فى ما نحن فيه فى حال عدم الرشده مع كون الظاهر عن حال المسلم عقده فى حال الرشده. الا ان يقال فى مثال الشهيد الثانى (ره) ان الظاهر محال المسلم انه عقدها فى حال عدم العلم بالموت، سوا كان عالما بالحياه او ظانابها بالاستصحاب. فاذا تحقق الموت زال ذلك الظن، لان عدم تحقق العقد ايضا مستصحب. بخلاف ما نحن فيه، لان ظهور عقد المسلم حال الرشده لم يثبت له رافع، بل هو باق بحاله. فان قلت: كلامهم انما هو فى حصل التراوج المباشرى والمعاهده بين الزوجين، لا محض صدور العقد فى الخارج. وكلام الشهيد الثانى انما هو فى الثانى. قلت: ليس كذلك. فانهم ذكروا من جمله فروع (تقديم قول مدعى الصحه) مالى زوج الاجنبى امرأه: فقال الزوج للزوجه (زوجك العاقد من غير اذنك)، فقالت (بل اذنت)، قال فى الشرايع (فالقول قولها مع يمينها على القولين. لانها تدعى الصحه). و مراده بالقولين القول بفساد الفضولى، وتوقفه على الاجازه. واقول: التحقيق ان يقال: قولهم بتقديم قول مدعى الصحه، ان كان فى ما علم من حال المتعاقدين حاله تلبس بمقتضى العقد حينما، ثم حصل التداعى بينهما ولو كان با دعا الفساد من الاصل، فحينئذ الاظهرى والا قوى - بل المذهب - تقديم قول مدعى الصحه. لان افعال المسلمين واقوالهم محموله على الحصه مالم يظهر فسادهم ولم يثبت منازع. فماد اما على حالهما فيحكم بصحتهما. والذى يدعى الفساد سابقا اولا حقا فعليه الاثبات. ومع العجز فيقدم قول مدعى الصحه.

اما ما لم يحصل ذلك^(١) عن المتعاقدين (اصلاً، او شك في حصوله) فيقع الاشكال فيه. مثلاً اذا كانت امرأه في بيتها ورأينا في مجلس ان اخاها جا ووكل احدا في عقد اخته، او عقد [ها] با دعا الوكاله عن قبلها، وحصل العقد بينه وبين الزوج او وكيله. ثم جات المرأة بلا فاصله وقالت (انى لاخبرلى بهذا العقد ولم او كل احدا في ذلك). وعجز اخوه من اثبات الوكاله فالحكم بمجرد ذلك بصحة عقد المرأة [تمسكا] بان الاصل تقديم مدعى الصحة على الاطلاق، مشكل. ولعل المحقق في الشرائع ايضا مراده مالم يحصل تعاقد الزوجيه برهه في صوره نكاح الاجنبى، ثم بعد ذلك حصل التداعى. والا فلو انعكس الامر وقالت المرأة (انا لم اذنت) ولم يقع بعد بينهما معاهده الزوجيه مطلقاً، ففي تقديم قول مدعى الصحة، اشكال. الا ان كلامه مطلق. بل ظاهر في عدم اشتراط المعاهده. فالأولى ان يرجع الى الظن للمجتهد. فربما يرجح عنده العمل على الصحة، وربما يضعف عنده الصحة ويعمل بالاصل. وذلك يختلف باختلاف العاقد والزوجه والزوج والقرائن المكتنفه بالمقام. وكذلك القول في كل ماتعارض الاصل والظاهر. ثم: ان بنينا على اعتبار المعاهده والتلبس، فلا بد ان يكون حاله المعاهده والسلوك على مقتضى المعاهده من مسلم رشيد غير محجور عليه، ولا بد من ثبوت ذلك حتى يحمل على الصحة ويحتاج رفعها الى الاثبات. ومع كون احدهما في ذلك الحاله على حاله السفه او الجنون او صغر فلا- يكفي ذلك. وكذلك لو شك في حصول ذلك. هذا اذا كان الامر دائراً بين المتعاقدين. والا فلا بد من اعتبار حال الاوليا ايضا، منهما وسلوكهما على مقتضى المعامله بسبب ولايه الولي في حكم الصحيح منهما. ففي المرأة المسئول عنها ان ثبت حال سلوك مع الزوج على سبيل التراجع في حال الرشد (او من جانب الولي الشرعى)، ثم ادعت بطلان العقد من جهه عدم الرشد او عدم التوكيل، فيمكن توجيه تقديم قول مدعى الصحة. واما لو ثبت عدمها، او كان الامر مشكوكاً فيه، فيرجع الى اثبات اصل العقد في الخالى عن المعاهده. وقد قدمنا ان مدعى الفساد هناك قد يقدم، ولا يصح القول به على الاطلاق. ثم انا اشرنا سابقاً ان بنا الفقهاء في تقديم قول مدعى الصحة، مبنى على تقديم

ص: ٣٧٦

١- اى : لم يحص التلبس بمقتضى العقد حيناً ما.

(الظاهر) على (الاصل)، اوحده الاصلين المتقوم بالظاهر على الاخر. فاعلم: ان مرادهم من (الظاهر) ما يوجب الظن بخلاف ماقتضى الاصل. ومرادهم من (الاصل) هو الحكم المنسحب عن دليل سابق من عقل او نقل قطعى او ظنى. وعدوا منه الاستصحاب باقسامه، واستصحاب العموم حتى يرد المخصص. و [استصحاب] المنسوخ حتى يرد الناسخ، ولكن بعد الفحص عن المخصص. وسماه الشهيد (ره) فى القواعد (قاعده اليقين). ولعله ما خوذ من قولهم عليهم السلام (لا تنتقض اليقين بالشك) و (لا تنتقض اليقين الا بيقين). (١)

والمراد باليقين هو الدليل الحاصل باليقين، سواء كان علما او ظنا. او المراد به ما كان بقينى العمل وان كان من جملة الظنون كظن المجتهد. فالمراد به لا يجوز نقض مقتضى ما ثبت يقينا الامع التيقن بحصول ما يقتضى خلافه يقينا. ففى صورته معارضه مقتضى الاصل مع الظاهرا ما يلاحظ معارضه الظن الحاصل من مجرد الاستصحاب مع الظن الحاصل من الظاهر. واما يلاحظ محض حصول ما يوجب الحكم بخلاف ما اقتضاه الدليل الاول المنسحب حكمه، وانه هل حصل من الظاهر دلالة على الحكم المخالف مثل ما ثبت من الدليل الدال على الحكم المنسحب حتى يكون هذا يقينا فى مقابل يقين. وينقدح من كلماتهم فى المقام ان الاصل فى ظن المجتهد، الحجية. الا ما خرج بالدليل مثل (القياس). فانهم عدوا من اقسام الظاهر هنا ما كان مستنده العرف، او العاده الغالبه، او القرائن، او غلبه الظن. فلاحظ قواعدى الشهيدين (ره) وغيرهما. فلا بد ان يكون مرادهم فى مسأله تعارض الاصل مع الظاهر، تعارضهما مع قطع النظر عن المعاضد والمعاوند. وينقدح عن ذلك انه لو ترجح فى نظر المجتهد شئ من جهة القرائن، كان مقدما بمجرد ذلك على الاصل. و [اما] ما اتفقوا عليه من تقديم الظاهر على الاصل، فهو اما مما ثبت حجتيه شرعا بالخصوص، كقبول خبر العادل فى اثبات الحكم، والحكم على المنكر باشتغال الذمه بقول الشاهد، ونحو ذلك. فلا كلام فيه. وكذلك ما اتفقوا عليه من تقديم مقتضى الاصل (مثل الحكم بطهاره ثوبه وبدنه مع الظن بترشح البول ما لم يحصل العلم و ١.

ص: ٣٧٧

[بطهاره] ثوب من لا يتوقى النجاسه، كالاطفال والقصابين ومدمن الخمر والكفار. و مثل مالو وجد كلب خارجا عن بيت فيه انا مشكوك ومعه اثر مباشرته له بر طوبه بل ولو كان مثل اللبن مما يظهر على العضو - كما صرح به جماعه - وذلك ايضا لخصوص الادله الداله على ذلك من الاجماع والاخبار. فان المستفاد منهما فى امثال ذلك لزوم حصول التقين بطرو النجاسه وملاقاتها مثلا. ولم يكتفوا بحصول الظن به ولم يعتبروا ظهور ذلك. وكذلك ما اتفقوا عليه من تقديم الظاهر مثل (غلبه الظن فى الشك فى الصلاه) وان كان الاصل يقتضى العدم. ومثل مالوشك فى فعل الصلاه بعد خروج وقتها. ونحو ذلك واما ما اختلف فيه - فى تقديم الظاهر على الاصل -: فانما هو لاختلاف المجتهدين فى فهم الظهور، وغلبه الظن. فبعضهم يترجح فى نظره الظن الحاصل من الظاهر، و بعضهم الظن الحاصل من الاصل. فالمراد من الظاهر فى موضع النزاع ما يكون ظاهرا او مفيدا للظن فى نفسه ومع قطع النظر عن المعارض. والاختلاف انما يحصل بملاحظه المعارضه، فمن يرجح الاصل فلا يبقى للظاهر عنده ظهور. لا يقال: ان اختلافهم فى ذلك لعله من جهه الادله الخارجيه، فمن يرجح الظاهر، فمن جهه خبر او آيه يعاضده. وكذلك العكس. لانا نقول: وان كنا لاننكر وجود الدليل فى كثير من الامثله التى ذكروها فى هذا المقام من الخارج من الاخبار وغيرها، لكنه لا يلزم ان يكون ذلك هو المعيار فى جميعها. والا فلا معنى حينئذ لتعرضهم فى كتب الاصول لذلك، ولم يبق فائده لذكرهم معارضه الاصل مع الظاهر. بل المناط هو نفس ملاحظه الظاهر مع الاصل. ولذلك يعتبرون الظهور فى مقام تعارض الاصلين ايضا ويجعلون معاضدته لاحد هما دليلا- على ترجيحه. وذلك ايضا يدل على اعتبارهم مطلق ظن المجتهد، والا فلا معنى للاعتضاد بما ليس بحجه. كما يدل ايضا قولهم [بحجيه] الخبر الضعيف المنجبر بعمل المشهور. ومن جمله ما ذكره فى هذا المقام من الفروع (الجلد المطروح فى بلاد الاسلام اذا ظهر عليه قرائن التذكيه) كما لو كان جلدا لبعض كتبنا التى لا يتداولها ايدى الكفار عاده. فالاصل يقتضى عدم تذكيتها، والظاهر يقتضيها. وفى تقديم ايها وجهان. و المشهور، الاول. ومنها (اختلاف الزوجين فى المهر ولا بينه) فان الاصل يقتضى البراه

مما [تدعيه المرأة]، والظاهر يشهد بمهر المثل. (قد افردنا في هذه المسألة رساله من ارادها فليراجعها) ومنها (اذا اسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج اسلمنا معا فنحن على نكاحنا، وقالت الزوجه بل على التعاقب ولا نكاح، فوجهان. فان الاصل مع الزوج والظاهر مع الزوجه. لان المعية من الفروض النادره. اذا تمهد هذا فنقول: ما اشتهر بين الاصحاب من تقديم قول مدعى الصحة، ليس باجماعى لانهم جعلوا ذلك مما يتعارض فيه الاصل والظاهر، ووقع الاختلاف فيه كما صرح به الشهيد الثانى (ره) فى تمهيد القواعد قال فيه: القسم الرابع: ما اختلف فيه فى ترجيح الظاهر على الاصل، او بالعكس. وهو امور... الى ان قال: ومنه لو اختلف المتعاقدان ببيع وغيره فى بعض شرائط صحته كما لو ادعى البائع انه كان صبيبا او غير ماذون له او غير ذلك، وانكر المشتري. فالقول قوله على الاقوى وان كان الاصل عدم اجتماع الشرائط، عملا بظاهر حال المسلم من ايقاعه العقد على وجه الصحة. وكذا القول فى الايقاعات. ويمكن رده الى تعارض الاصلين. وقد تقدم. - انتهى. وقد مر كلام العلامة فى الارشاد فى اختيار البطلان وغيره. فاذا لم يكن المسألة اجماعيه، ولم يرد بخصوصها نص فالمرجح هو ظن المجتهد. فانه ان ترجح فى نظره الصحة، فهو. والا فالعمل على الاصل. وقد بينالك ان ما نحن فيه ليس مما يحصل الظن به ويترجح فى النظر صحته. ثم لا يذهب عليك ان كلام فقهاءنا فى تقديم قول مدعى الصحة متخالفه. فحسب الغافل من كثرة ذكرهم فى المسائل تقديم قول مدعى الصحة ان ذلك اجماعى. مع ان مرادهم فى كل موضع شئ. ومع ذلك فاختلفوا فيها ايضا. ففى بعض المواضع اردوا بالصحة (استمرارها)، يعنى يقدم قول من يدعى استمرارها. وفى بعضها يريدون (اصاله عدم ظهور المفسد). وفى بعضها يريدون ان (الظاهر من فعل المسلم انه فعل صحيحا) مثل الشاك فى كل جز من الصوه مع خروج الى جز آخر، او الشاك فيها بعد خروج الوقت. وفى بعضها يريدون ان (عقد المعامله على الوضع المخصوص لما كان معصيه فلا بد من حمل فعل المسلم على الصحة). فمن امثله الاول ما ذكره المحقق فى الشرائع: اذا قال (بعتك بعبد، فقال بل بحر، او بخل، فقال بل بخمر) او قال (فسخت قبل التصرف، وانكر الآخر) فالقول قول من يدعى صحة العقد، مع يمينه وعلى الآخر البينه. [انتهى] فان المراد من الصحة فى

المثال الثاني استصحابها. واما المثال الاول فهو مما اختلف فيه وليس اجماعيا كما عرفت من تمهيد القواعد. فان (كون العوضين مما يصح كونه ملكا للمسلم) من شرائط صحه العقد ككونهما بالغين عاقلين رشيدين. وما قرع سمعك من وجوب حمل افعال المسلمين واقوالهم على الصحه، ودعوى الاجماع على ذلك فى كلامهم: فهو غير ما نحن فيه. اذ ذلك حيث لا يعارضه فعل مسلم آخر اوقوله. (١) مثل انا اذا رأيتا تردد عالم الى ابواب المظلمه، لابد ان نحمله على اراده الارشاد وشفاعه المظلومين. وكذلك كل متعاملين متعاهدين ماداما مقيمين على حالهما، لا يزاحمهما احد. ويحمل فعلهما على الصحه مالم يظهر فساده قطعا. واما فى ما نحن فيه: فحمل قول احدهما هنا على الصه يقتضى تكذيب الاخر. نعم ظاهر حال المسلم هو انه لا يعامل بالخرم، وهو (ح) يخبر بما هو خلاف ظاهر حاله فى ما قبل. والظاهر فى ما حصل بين المسلمين انه وقع على وجه الصه، فلودعى احدهما فساده فهو يدعى فساد فعل كليهما. وهذا مما وقع الخلاف فيه. وقد عرفت انه يتفاوت بتفاوت المقامات، فقد يغلب الظن الحاصل من الظاهر على الظن الحاصل من الاصل، فيترجح عليه كما فى المثال المذكور فى الشرائع (اذا ادعى احدهما ان البيع وقد على الخمر) عالما بالحال من بالغ عاقل. بخلاف مالو اختلفا فى كون البائع او المشتري حين صدور العقد المعلوم التاريخ صيبا او غير رشيد. فلا يظهر هنا منه ظن يغلب (اصاله عدم تحقق المعامله) بل الاصول المتعدده. سيما اذا لم يظهر معاهده على المعاهده من بالغين رشيدين، او ما فى معناهما من جهة الولايه. ومن امثله الثانى: على ما فهمه الشهيد الثانى فى المسالك حيث انه فى شرح قول المحقق فى بيع السلم (اذا اختلفا فى القبض هل كان قبل التفرق او بعده، فالقول قول من يدعى الصحه) قال ما حاصله: ان الاصلين تعارضا اصاله عدم القبض قبل التفرق وعكسه مع اتفاقهما على اصل القبض. فيتسا قطان ويحكم باستمرار العقد. و فى الحقيقه لا نزاع بينهما فى اصل الصحه وانما النزاع فى طر والمفسد، ولاصل عدمه، بخلاف مالو اختلفا فى اصل القبض وان كان بعد التفرق. فانه وان كان يحكم بالصحه فى اصل العقد قبل التنازع، لكن المفسد هنا ثابت بحكم الاصل. فالقول قول المنكر،

ص: ٣٨٠

لأن الأصل معه فهذا يصير دليلاً على الفساد - قال: وهذا ليس من باب الاختلاف في وقوع العقد صحيحاً أو فاسداً. ومثله الاختلاف في قبض أحد عوضى الصرف قبل التفرق. أقول: وظاهره (ره) أنه يقول بكون العقود اسامى للأعم من الصحيحه. ومقتضاه أنه بعد صدق تحقق عقد السلف يحتاج بطلان الـ إلى دليل، والدليل في الصورة الثانيه هو الأصل، بخلاف الصورة الأولى لتعارض الأصلين وتساقطهما. وانت خير بان شرط الصحه هو القبض قبل التفرق، ومثبت الصحه إنما هو العلم بتحقيق الشرط، لعدم العلم بانتفائه. ولا- ينفع معارضه (إصالة عدم التفرق قبل القبض) في إثبات القبض قبل التفرق وإنما يتم الكلام لو أراد من (طر والمفسد) فساداً متأخراً عن الصحه النفس الامر به. مثل الفسخ قبل التصرف في المثال الذي نقلناه عن المحقق. وأما لو أريد عن ذلك طروالحكم بالفساد باثبات المفسد في أصل العقد، وإن كان يحكم عيله بالصحه ظاهراً حيناً، لكونه صادراً من المسلم، فلا ريب أنه إذا كان وقوعه من المسلم وتلبسه به دليلاً على الحكم بالصحه فيحتاج بطلانه إلى دليل. فكما أن ثمة الشك، في تحقق الشرط وهو القبض قبل التفرق ولا يوجب الحكم ببطلان فعل المسلم، فكذلك ههنا الشك في تحقق أصل القبض لا يوجب الحكم ببطلان فعل المسلم. وإن كان النظر في أصل تحقق العقد مع قطع النظر عن فعل المسلم وتلبسه به، فالأصل عدم تحقق الشرط بالنسبة اليهما جميعاً. فالتحقيق فيه أيضاً أن ترك القبض مطلقاً أو قبل التفرق، لا يلزم أن يكون معصيه، إذ قد يكون سهواً أو جهالة أو اضطراراً. فلا- يبقى الادعوى الغلبه حتى يحكم بأن الظن من المسلم أنه لا يفعل المعامله الا- جامعاً لشرائط الصحه. ويجبى عليه الكلام السابق الذي ذكرناه أنه تابع لحصول الظن، فربما لا يكون المسلم ممن يحصل به الظن. أو الوقت لا يقتضيه ويشهد بما ذكرناه مذكروه في تمهيد القواعد في جملة مافره على (تعارض الأصل والظاهر والخلاف في ترجيح ايهما)، أنه لو سمع مصلياً يلحن في صلاته ويترك آيه أو كلمه، وكان المصلي من أهل المعرفة بألقائه بحيث يظهر أنه مافعل ذلك الاسهواً، ففي وجوب تنبيهه عليه وجهان: من إصالة عدم معرفته بذلك على الوجه المجزى، فيجب تعليمه. و [من] دلالة ظاهر حاله على كونه قد ترك ذلك سهواً والحال أنه غير مبطل للصورة، فلا يجب تنبيهه على السهو وإن استحب معتضداً بإصالة البراه من وجوب تنبيهه. وهذا هو الأظهر. ولو احتل في حقه الجهل بذلك وجب تعليمه لتطابق الأصل والظاهر، وعدم معارض

غير الاصل له، فيعمل عمله مع احتمال عدم الوجوب ايضا نظرا الى الاحتمال، مع اصاله البراه. ومن امثله الثالث والرابع - ومالهما الى شئ واحد - ماتقدم من التداعي في وقوع البيع على العبد او الحر، او على الخل او الخمر. ومنها تداعي الزوجين بعد اتفاهما على انقضا العده وحصول الرجعه، في تقديم ايهما. فاختار المحقق تقديم قول الزوج، لانه يدعى الصحه. وفصل في المسالك تفصيلا حسنا يناسب ماحققته في اول المقال من الفرق بين ماتعيين تاريخ احدهما واختلف في تقدم الاخر عليه او تاخره، ومالم يتعين شئ بل اتفقا على حصولها معا واختلفا في تقدم ايهما على الاخر. وانما اطلعت عليه بعدما استنبطت ما حققته بفكرى الفاتر، ولا نطيل بذكره. وان شئت فراجع حتى يتبين ما قلته، ويظهر لك ان ما يذكرونه من تقديم قول مدعى الصحه ليس با جماعى ولا بمطرد، بل يتفاوت الحال فى الموارد. فلا بد للمجتهد من التحرى فى كل موضع ما يترجح فى نظره وفذلكه المقال فى تحقيق الجواب عن السؤال، ان المرأه المسؤل عنها على فرض ثبوت توكيلها ايضا وادعائها عدم الرشد حينئذ مع تعيين تاريخ العقد، وثبوت كون ذلك الحين محل اشتباه الرشد كما هو المفروض فلا ظهر تقديم قولها مع يمينها، والله العالم.

٢٢٢: سؤال:

٢٢٢: سؤال: هر گاه زید در سفرى مفقود الخبر شود، وخبر فوت او به اهل بلداو برسد. واهل شرع از بلد بنا را بر ثبوت فوت او گذارند وترکه او را تقسیم نمایند. وزن او را بعد از انقضای عده وفات به جهت عمرو وعقد کنند. و بعد از چند روز اهل شرع بلد تشکیک در ثبوت فوت بهمرسانند به سبب این که مخبریک نفر بوده. ومنع کنند زوجه را از تمکین زوج. وبعد از چند سال باز خبر برسد که زوج اول در همان اوقات که اول خبر رسیده بود، فوت شده. واهل شرع بلد باز بنا را بر ثبوت فوت بگذارند وزوجه او را از برای بکر عقد کنند بدون این که عمرو او را مطلقه نماید. وحکم بطلان عقد اول نمایند به سبب آن تشکیکی که در ثبوت فوت بهم رسیده بود. وبه سبب آن که یکی از دو نفری که وکیل بودند در جاری ساختن عقد به جهت آن زوجه وعمرو، دعوى علم به فساد عقد نماید ومدعى این است که من در حال اجرای صیغه عالم به فساد عقد بودم، به سبب این که بر من فوت زید ثابت نبود وصیغه خوانده ام. آیا در این صورت عقد اولی باطل است؟ وزوجه بر بکر حلال است؟ یا عقد اول صحیح است وزوجه بر بکر حرام است؟.

جواب: این مسأله محتاج به تفصیلی است. و تفصیل این است که آن اهل شرع اگر مجتهد عادل است، ثبوت در نزد او کافی است. هر چند به سبب حصول علم باشد به سبب خبر محفوف به قرینه. و حکم مجتهد به جواز عقد کافی است و عدم حصول علم از برای زوجین و وکیل (هیچ کدام) ضرر ندارد. و جایز نیست نقض حکم مجتهد عادل نه از برای خودش و نه از برای غیر خودش. هر چند رای او متغیر شود. مگر این که ظاهر شود بطلان حکم اول در نفس الامر. و معنی تغییر رای غیر معنی ظهور بطلان است. به جهت این که مجتهد عمل به گمان خود می کند و تغییر گمان مستلزم بطلان آن نیست. گاه است که همان گمان اولی در نفس الامر صحیح بوده و دومی فاسد باشد. و معنی بطلان حکم اول این است که معلوم شود که مخالف آنچه یقیناً از شرع رسیده، کرده است. یا معلوم شود که در اجتهاد خود مسامحه کرده و کوتاهی کرده بوده و اگر درست اجتهاد می کرد به دلیل گمان ثانی بر می خورد و به مقتضای آن عمل می کرد. و در این دو صورت جایز است نقض حکم اول به جهت مجتهد دیگر، یا همان مجتهد اگر به سمت عدالت متصف باشد. به این معنی که بعد از ظهور مسامحه که منسأ فسق است تائب شده باشد. پس در صورت سؤال تشکیک مجتهد در حکم اول باید معلوم شود که از چه راه است. اگر از راه این باشد مثلاً که مجتهد به علم خود عمل می تواند کرد یا نه بعد از آن که در اول رای او جواز عمل بود. یا در عدالت شهود تشکیک کند بعد از ظهور آن در اول امر. و امثال آنها، ضرر ندارد. به جهت آن که این از مسائل اجتهادیه است. و اگر به سبب این بود که در اول جزم از برای او حاصل شده و آن را یقین انگاشته و در آخر شک بهم رسیده و لکن علم به بقا حیات زوج بهم نرسیده، ظاهر این است که مضر نیست. به جهت این که آنچه معتبر است در علم در احکام فقهیه همان جزم است نه یقین مصطلح منطقیین. و مفروض آن است که جزم برای او حاصل شده و بطلان عمل به مقتضای آن ظاهر نشده. و اگر چیزی دیگر بوده باید معلوم شود. پس از اینجا معلوم شد که ادعای احد و کیلین علم به فساد را از راه عدم ثبوت فوت شرعاً در نزد او بخصوص، مضر نیست. و حکم مجتهد در ثبوت کافی است. پس در این صورت عقد عمرو صحیح است. عقد بکر باطل. و اگر آن اهل شرع مجتهد عادل نبوده، پس ثبوت در نزد او نفعی ندارد و حکم او

مناط اعتبار نیست. پس در این صورت یا این است که به جهت زوجه علم شرعی بهم رسیده بوده به فوت زوج اول، یا نه. پس اگر علم برای هیچ یک یا برای زوجه به تنهایی بهم نرسیده بود، پس عقد عمرو باطل است. و اگر علم شرعی برای هر دو بهم رسیده (بلکه از برای زوجه به تنهایی با عدم علم زوجه به حال، نیز - علی الاظهر) پس عقد عمرو نیز صحیح است. و علم وکیل در حقیقت موکل فیه شرط نیست. و هر گاه زوجین با دعوی علم به فوت، کسی را وکیل کنند در اجرا صیغه، عقد، صحیح است هر چند وکیل علم شرعی به فوت نداشته باشد علی الاظهر. بلی: اگر وکیل عالم باشد به حیات، جایز نیست از برای او اجرا صیغه. و ادعای علم به حیات بعد اجرا صیغه نیز منشأ بطلان نمی شود. و هم چنین ادعای عدم قصد نکاح، اما اولاً: پس به جهت آن که ظاهر علما اجماع است بر این که دعوی عدم قصد بعد اجرا صیغه عقود مسموع نیست. هر چند در خصوص طلاق خلافی کرده اند، و وجه آن این است که ظاهر حال بالغ عاقل در تکلم قصد به مدلول لفظ است، و این (ظاهر) مقدم بر (اصل) است خصوصاً با دعوی اتفاق. چنانکه شهید ثانی (ره) در مسالک در کتاب طلاق ذکر کرده. و در کلام جمعی که قایل شده اند به قبول قول او در خصوص طلاق اشکال کرده. و سبط ایشان نیز در شرح نافع در این کلام تابع ایشان شده. و اما ثانیاً: پس به جهت این که این اقراری است بر غیر، و اقرار بر غیر مسموع نیست. و گاه است که توهمی در اینجا بشود که: این اقرار بر غیر نیست زیرا که حقی از غیر هنوز ثابت نشده که این اقرار منافی آن باشد، و حال اول مرحله ثبوت است و هر گاه به ثبوت برسد که عقدی شده است که ظاهراً صحیح بوده است، یا آن که ابتدا عاقد اعتراف به وقوع عقد صحیح نموده باشد و بعد بگوید که من معتقد فساد بودم، در اینجا سخن عاقد مسموع نیست. زیرا اقرار در حق غیر است. و جواب این توهم و استیفای کلام در آن طولی دارد. و مقتضای مقام نیست، و مجمل این که از آنچه پیش گفتیم معلوم شد وجه صحت. به جهت آن که کلام بالغ عاقل مسلم محمول بر صحت است، و ظاهراً او قصد به مدلول لفظ است بوجه صحیح. و همین تحقق صیغه در خارج دلیل صحت است. دیگر نه دلیل دیگر می خواهد و نه احتیاج به اقرار عاقد بر صحت دارد. و دعوی (عدم قصد به مدلول بعد اجرا صیغه به جهت علم به فساد) - خصوصاً با فاصله بسیار از زمان اجرا صیغه - ادعای فساد چیزی

است که محکوم به صحت هست شرعا. و محکوم به صحت بودن آن است که زوجیت به آن ثابت می شود از برای غیر. و دعوی علم به فساد و عدم قصد به مدلول، اقراری است بر آن غیر. بلی اگر علم به تحقق صیغه در خارج منحصر باشد به اخبار عاقد و در حین خبر دادن به همین نحو خبر بدهد که (من عقد فاسدی کردم به جهت فلائن) در آن وقت آن سخن خوب است. و مفروض خلاف آن است. و باکی نیست که مثالی بیاوریم از برای مورد توهم تا واضح شود که مانحن فیه از آن قبیل نیست. و آن این است که (زنی بگوید به مردی که: وقتی که تو طفل بودی مرا ظالمی می خواست بگیرد. من و پدرم هیچ کدام راضی نبودیم. مراتوریه به صورت عقد دوام عقد کردند از برای تو. و پدرت هم صورت قبولی و لایه جاری ساخت). و به هیچ وجه من الوجوه آن مرد حکایت این عقد نشنیده بود و کسی دیگر هم از او خبری نداشت. در این صورت آن مرد نمی تواند بگوید که (تو اقرار به صیغه کردی و دعوی این که توریه در صورت عقد بوده اقراری است بر حق غیر، آن مسموع نیست). و شکی نیست که ما نحن فیه از آن قبیل نیست و باقطع نظر از همه این مراحل، در اینجا سخن دیگر هم هست. و آن این است که همین که انشا عقد در اینجا متحقق شده به سبب اعتقاد به صحت و جواز عقد. هر چند به سبب توهم غیر مجتهد عادل باشد باز عقد عمرو صحیح است. به جهت آن که صادق است که عقدی واقع شده از اهل خود در محل خود. و منشأ فسادی که متصور می شود این است که (این عقد ذات بعل است و آن باطل است). و این مندفع می شود به این که: آنچه دلیل دلالت بر آن دارد این است که حرام است عقد ذات بعل عند العاقد یا در نفس الامر. و مفروض آن است که این هیچ کدام نیست. اگر بگوئی: شق ثالثی هست و آن (حرمت عقد زنی است که شرعا محکوم بکونها ذات بعل باشد، هر چند در نفس الامر ذات بعل نباشد) و ما نحن فیه از این قبیل است. گوئیم: بر فرض تسلیم، آنچه مسلم است حرمت آن، این است که محکوم بکونها ذات بعل شرعا در نزد عاقد در نزد عاقد باشد بالفعل، نه مطلقا. و قول به این که مراد محکوم بکونها ذات بعل در نفس الامر است، بی معنی است. به جهت آن که نفس الامر در این معنی مختلف است به اختلاف حکام و مطلعین. غایت امر این است که هر گاه مجتهدی که در

نزد او زوجه مزبوره محکوم بکونها ذات بعل است مطلع شود بر این عقد منع می کند به تفریق، مادامی که در نزد او زوجه مزبوره محکوم بکونها ذات بعل است. و هم چنین خود عاقد هر گاه به او ظاهر شود که محکوم بکونها ذات بعل است. اما بعد از ثبوت موت بعل در حین عقد اول، پس دیگر حکم ذات بعل باطل می شود، ومقتضای آن که منع وتفریق است هم باطل می شود. پس به عقد اول بازگشت می شود. وحاصل این که حکم به بطلان در این صورت مراعی است تا زمان ظهور (فوت بعل قبل از عقد). وبطلان قطعاً ورأساً، ممنوع است. واز اینجا معلوم می شود حال این که هر گاه عاقد نداند که شوهر آن زن مفقود الخبر است. یعنی آن که عاقد زوجه را بشخصها می شناسد و [لکن] (بوصفها بانها زوجه مفقود الخبر) است نمی شناسد. یا بوصفها هم می شناخت لکن در حین عقد فراموش کرد. در اینجا نیز دلیل بر بطلان عقد راساً نیست، به جهت آن که اگر بطلان از راه حرمت عقد زوجه مفقود الخبر است، می گوئیم که حرمت از احکام طلبیه است، ومتوجه جاهل وغافل وناسی نمی شود. واگر از راه بطلان عقد است قطع نظر از حرمت، می گوئیم که دلیلی بر آن قائم نشده. به جهت آن که آنچه مسلم است بطلان عقد ذات بعل است (به تفصیلی که مذکور شد) یا ذات عده. واین هیچ کدام نیست بالفرض. پس هر گاه عاقد مجتهد باشد وگوید که من زوج وزوجه هر دو را می شناختم ولکن زوجه را (بوصف انها زوجه مفقود الخبر) نمی شناختم که لازم آید عدم جواز نقض حکم مجتهد. در اینجا نیز - بر فرض سلامت از ورود دعوی وترافع - نفعی در حکم به فساد عقد رأساً، نمی کند. بلکه بعد از اطلاع بر وصف مذکور، مراعی خواهد بود الی زمان ثبوت فوت وممنوع از ترتب ثمره می شود تا آن وقت. وبعد از آن حکم به صحت عقد می شود. واشارات وتنبيهات بر این در کلام فقها نیز هست در نظائر و مناسبات آن هم. چنانکه در مسالك شهید ثانی (ره) در باب طلاق غایب باعدن التفات به ملاحظه گذشتن یک ماه (یا بیشتر علی اختلاف الاقوال) هر گاه ایقاع طلاق بوجه قصد بکند، و اتفاقاً در نفس الامر در طهر غیر مواقعه واقع شده باشد، حکم به صحت کرده. خصوصاً با جهل به لزوم مراعات وملاحظه شرایط. بلکه از کلام ایشان بر می آید که با علم به وجوب مراعات هم، صحیح باشد. و هم چنین در عقدی که در حین (وفات مجهوله) غایب واقع شده باشد بر زوجه او قبل از بلوغ خبر بر وجهی که در اینجا نیز اختیار عدم ثبوت حرمت

کرده، به جهت آن که مفروض این است که نه معتده است و نه ذات بعل. و اظهر در نظر حقیر نیز همین است. و از اخبار و ادله هم بطلان ثابت نمی شود، و نهی هم در صورت مزبور واقع نشده که بطلان از آن مستفاد تواند شد. و مفروض هم این است که بروجه جایز واقع شده باشد، و قصد انشا شده باشد. و غایب امر آن است که بعد از اطلاع حکم به تفریق می شود، مراعا الی حین ظهور الحال.

۲۲۳: سؤال:

۲۲۳: سؤال: اذا رضعت امرأه مزوجه ذات بنت من زوجها بعد اثني عشر سنة من ولادة البنت، ولد رجل آخر. بان وضعت ثديها في فم الولد ودر اللبن بسبب مصه (بعدما انقضت المده المذكوره عن ولادة البنت وجف ثديها) فهل يجوز للرجل (والد الرضيع) ان يتزوج ببنت المرضعه المذكوره؟ ام لا؟.

جواب:

جواب: هذا السؤال يحتاج تنقيحه الى ذكر مسائل ثلاث: الاولى: اختلف الاصحاب - في جواز نكاح اب المرتضع في اولاد صاحب اللبن ولاده ورضاعا. وفي اولاد المرضعه ولاده - على قولين. والاقوى الحرمة، للاخبار الصحيحة الداله عليه. (۱)

الثانيه: يشترط في تحريم الرضا كونه في الحولين للمرتضع، بلا خلاف ظاهر. و ادعى عليه الاجماع في التذكرة والمسالک. والمشهور (بل المدعى عليه الاجماع ظاهرا من المسالک) انه لا فرق بين ان يطم قبل تمام الحولين ثم ارتضع، اولاً. خلافاً لا بن الجنيد في مالو فطم وهو ضعيف، لروايه شاذه. وقال الشهيد (ره) انه مسبوق بالا جماع وملحق به. واما في ولد المرضعه بمعنى ان يكون اللبن في الحولين الاولين المتصلين بالولاده: ففيه قولان. اظهرهما العدم. لا طلاق الايه (۲) والاخبار. واحتج من اعتبره بعموم حسنه الحلبي (عن الصادق - ع - : لا رضاع بعد فطام (۳)). فان النكره في سياق النفي تفيد العموم. وروايه حماد بن عثمان (قال سمعت ابا عبد الله - ع - يقول: لا رضاع بعد فطام. قلت: جعلت فداك وما الفطام؟ قال الحولان الذي قال الله تعالى (۴)). وصحيحه البقباق عنه - ع - قال: الرضاع قبل الحولين قبل ان يطم (۵)). وقول النبي - ص - لا رضاع الا ما).

ص: ۳۸۷

۱- تدلّ عليه العمومات (وسائل، ج ۱۴، ابواب ما يحرم من ارضاع، ب ۱، و يدل خصوصاً، ح ۱۰، ب ۶ و كذا ح ۲ و ب ۱۶.
۲- ولا تنكحوا ما نكح آبائكم من النساء الا ما قد سلف... - حرمت عليكم امهاتكم... و امهاتكم اللاتي ارضعنكم و اخواتكم من الرضعا... آيه ۲۲ و ۲۳ سوره نساء.

۳- الوسائل، ج ۱۴، ابواب ما يحرم من الرضاع، باب ۵، ح ۲ و ۳ و ۵ (فضل بن عبد الملك البقباق).

۴- الوسائل، ج ۱۴، ابواب ما يحرم من الرضاع، باب ۵، ح ۲ و ۳ و ۵ (فضل بن عبد الملك البقباق).

۵- الوسائل، ج ۱۴، ابواب ما يحرم من الرضاع، باب ۵، ح ۲ و ۳ و ۵ (فضل بن عبد الملك البقباق).

كان في الحولين). وانت خير بما نه لا معنى لحمل النكراه على العموم. اذ لو اريد من الفطام المعنى الحقيقي فلا يستلزم رضاع المرضعه فطام ولده. (١) اذ قد يكون بلا ولد ومات ولدها اول الولاده. وان اريد وقت الفطام (يعنى انقضا الحولين) فقد يختلف الحولان بالنسبه الى الرضيع وولد المرضعه، وبسبب اضافته الولين اليهما يختلف معناه، ولا يجوز اراده المعنيين المختلفين في استعمال واحد من اللفظ، وان كان اللفظ مشتركاً معنوياً. اذ ذاك في معنى العهد. كما في قولنا (جارجل) فانه لا يجوز اراده رجلين منه على التبادل. كما لا يجوز اراده المعنى الحقيقي والمجازي، واكثر من معنى من معاني المشترك اللفظي، فلا بلد اما ان يراد من الحديث (لا اثر لرضاع المرتضع بعد فطامه) او (لا اثر لرضاع المرضعه بعد فطام ولده). واما اراده المعنيين معاً، فكلا. واذا دار الامر بين المعنيين، فالاولى (بل المتعين) اراده المرتضع. لان البحث انما هو عنه ولذلك حكموا بان رضعه المرتضع بعد اكمال الحولين لا اثر له. لا نه شرب محرم لا يترتب عليه ثمر، مضافا الروايات. واما ارضاع المرضعه فلا مانع منه اصلاً، ولو بقي لبنها عشر سنين. وهو المتبادر من اللفظ. الثالثه: يشترط في تاثير الرضاع ان يكون اللبن من امرأه حيه حصل لبنها من نكاح صحيح مع حصول الولد منها - تولد منها او كان باقيا في الحمل - على اختلاف في الاخير. فلو در من ثدى رجل لبن، او امرأه لم تحمل من وطى زوج حلال، فلا ينشر الحرمه، للاجماع، ظاهراً كما نقله جماعه، ولصحيحه عبد الله بن سنان (قال سألت ابا عبد الله - ع - عن لبن الفحل. فقال: هو ما ارضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأه اخرى فهو حرام) (٢) وموثقه يونس بن يعقوب عنه - ع - قال: سألته عن امرأه در لبنها من غير ولاده فارضعت جاريه وغلماً، هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال: لا (٣) اذا تقرر هذا فنقول: مقتضى المسألتين الاوليين تحريم البنت على اب المرتضع. ١.

ص: ٣٨٨

- ١- الوسائل، ج ١٤، ابواب ما يحرم من الرضاع، باب ٥، ح ١٠٩ و ١١٠ و ١٢: عن رسول الله (صلى الله عليه و آله): لا رضاع بعد فطام.
- ٢- الوسائل، ج ١٤، ابواب ما يحرم من الرضاع، باب ٦، ح ٤.
- ٣- المرجع: الباب ٩، ح ١.

كما لا يخفى. فيبقى الكلام في الحكم بان هذا اللبن هل هو محكوم عليه بكونه لبن الزوج ام هو من باب الدرؤ؟ والذي يحضرني من كلام الفقهاء في ما يناسب المقام ما ذكره في المسالك في جملة الصور الست التي ذكرها في (لحوق اللبن بالرجل مع مفارقه المرأة عنه بالطلاق او الموت) قال الاولى: ان يكون ارضاعها بهذا اللبن قبل ان ينكح زوجها غيره، فاللبن للاول قطعاً، كما لو كانت في حباله. فيصير الولد منسوباً بالرضاعه الى المطلق او الميت، كما هو ابن المرضعه. ولا فرق بين ان يرتضع في العده وبعدها، ولا بين طول المده وقصرها، ولا بين ان ينقطع اللبن ثم يعود وعدمه، مع حصول باقى الشرائط لانه لم يحدث ما يحال اللبن عليه. فهو على استمراره منسوب اليه. لكن ان اشترطنا كون الرضاع وولد المرضعه في الحولين، اعتبر كون الرضاع قبل الحولين من حين الولادة. والا فلا. وقال في التحرير: لا يشترط دوام النكاح وقت الرضاع. فلو طلق الحامل او المرضعه، فان رضعت بعد مفارقه بلبنه نشر الحرمه. سوا كان الرضعه قبل انقضاء العده او بعدها، انقطع لبنها ثم عاد او ثبت ولم ينقطع. وسوا زاد او نقص. وقال في القواعد: (ولو در لبن المرأة من غير نكاح لم ينشر حرمه. سوا كانت بكراً او ذات بعل، صغيره او كبيره). والظاهر ان مراده من النكاح (الوطئ مع حصول الحمل). فنقول: ظاهر هذه العبارات يقتضى الحاق هذا اللبن بالرجل الذى هو والد البنت. اذ مراد الشهيد الثانى (ره) من حدوث الحادث هو حصول الحمل من الزوج الثانى. كما فرضه فى سائر الصور المفروضة. وكذلك ظاهر القواعد ان حصول نكاح وولاده يكفى فى انتساب اللبن الى الزوج. ودلاله الموثقه على عدم اعتبار ذلك ايضا غير واضحه. فان لفظ (ولاده) بعد كلمه (غير) نكره فى سياق النفى. والمفروض وجود الولادة هنا فى الجملة. الا ان يحمل على الولادة المتعارفه المعهوده التى ينسب اللبن اليها، وهى ما اتصل بها، او قريب منها. ومن ذلك يظهر ان صحيحه عبد الله بن سنان ايضا لا بدان يحمل على ذلك. فيمكن ان يقال: ان هذا اللبن المفروض فى المرأة المسؤول عنها، لا يصدق عليه عرفاً انها لبن الفحل ولبن ولدها. فلا بدان يحمل عباره المسالك وما فى معناها على ما لا يتنافى طول المده وانقطاع اللبن ثم عودها لانتسابه الى الولد والفحل عرفاً. ومراده بالاستثنا بقوله (لكن ان اشترطنا.. الى آخره). ايضا ما لا يتنافى ذلك. فنقول: المرأة التى

مر من ايام ولادتها سنه ثم انقطع لبنها لمرض او عرض ثم عاد بعدا متصاص الطفل، يقال له عرفان هذا هو اللبن الذى انقطع و هو لبن الولد الذى حصل به. وكذلك بعد انقضا عامين ايضا. وكذلك لو استمر الى عشرين سنين بان تصير ظئر او تجعل شغله ذلك. فلو حصل الانقطاع بعد عشر سنين بمثل شهر مثلا ثم عاد بسبب امتصاص الولد ايضا يقال له فى العرف انه لبن ذلك الولد الذى حصل به. بخلاف ما لو انقطع عشر سنين ثم رجع بسبب امتصاص الولد. فلوفرض بقاوه عشر سنين فتاثيره ح لا مانع منه من جهة كونه لبن الفحل ولبن ولده. بل المانع المتصور انما هو توهم اشتراط كونه فى الحولين للمرضعه ايضا. فبعد تقييد كلامه بصورة لا- ينافى انتسابه الى الفحل والولد عرفا، فلا- يضر الحكم بتاثيره الى عشر سنين، وان وقع بينه عودو انقطاع لا ينافى الانتساب، كما اشرنا. والقول با اعتبار الحولين فى المرضعه خلاف التحقيق. ومن ذلك يظهر حال كلام التحرير والقواعد. فاذن الاظهر جواز تزويج الرجل المسؤول عنه بالمرأه المسؤول عنها.

٢٢٤: سؤال:

٢٢٤: سؤال: ما حكم ميراث المستمتعين وشرطه؟.

جواب:

جواب: اختلف الاصحاب فى تورات المتمعين. فذهب جماعه - منهم ابو الصلاح و ابن ادريس والعلامه فى المختلف وولده والمحقق الشيخ على والفاضل المقداد فى التنقيح - الى عدم التورات مطلقا. اى سوا شرطا التورات او عدمه اولم يشتر شيئا. و هو مقتضى اطلاق كلام المفيد حيث قال (ولا يجب به ميراث). والصدوق فى المقنع حيث قال (ولا ميراث بينها اذا مات واحد منهما فى ذلك الاجل). ويظهر من المحقق الا ردبلى فى كتاب آيات الاحكام، ان ذلك مذهب اكثر الاصحاب. حيث قال بعد ذكر آيه ميراث الزوجين (الظاهر انه يريد بالزوجه المعقود عليها بالعقد الدائم كما هو مذهب اكثر الاصحاب، وان كان ظاهرها اعم، للروايات). انتهى. ويظهر من كلام السيد فى الانتظاران الاماميه كانوا معروفين بهذا المذهب حيث نقل استدلال العامه على حرمه المتعه من باب النقض بقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون.... الى قوله فاولئك هم العادون) بتقريب ان المتعه ليست ملك يمين، ولو كانت زوجه لثبت التوراث فيها مع انه لا ترث ولا تورث، ولكانت عده الوفات فيها اربعة اشهر وعشرا (الى آخر ما نقله عنهم) ثم قالوا وانتهم تذهبون خلاف ذلك. واجاب السيد بان فقد الميراث ليس علامه على فقد الزوجيه. لان الزوجه الذميه والقاتله لا ترثن

ص: ٣٩٠

ولا تورثن وهن زوجات. على ان من مذهبنا ان الميراث قد ثبت في المتعه اذالم يحصل شرط في اصل العقد بانتفائه. ويستثنى المتمتع بهامع شرط نفى الميراث من ظواهر آيات الميراث، كما استثنيتم الذميه والقاتله... الى آخر ما ذكره. وذهب الباكون الى ثبوت الميراث في الجملة. فمنهم من ذهب الى (اقتضا عقد المتعه التوراث لا بشرط شئ حتى اذا شرط السقوط كان الشرط باطلا، لمخالفته مقتضى العقد). وهو مذهب ابن براج. ومنهم من ذهب الى عدم اقتضا العقد بذاته التوراث بل يقتضيه اذا اشترطا. ومنهم من ذهب الى اقتضائه التوراث بشرط ان لا يشترطا نفى التوراث. والاول مختار جماعه منهم الشيخ وابن حمزه والكيدري و الشهيدين. والثاني مختار المرتضى وابن ابي عقيل (ره). والاول اقوى. لنا الاصل، وان الميراث لا يثبت الا- بجعل الشارع (والاخبار المثبتة له سنجيب عنها). والاخبار المستفيضه المعتبره جدا الداله على ان من حدود المتعه، عدم التوراث، مثل عدم النفقه، وكون عدتها خمس واربعين يوما، ونحو ذلك. فلاحظ الاخبار وتامل فيها تجدها ناهضه على المطلوب. مثل مارواه الصدوق في الحسن عن مؤمن الطاق (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن ادنى ما يزوج به الرجل المتعه؟ قال: كف - كفين خ ل - من بريقول لها: زوجيني نفسك متعه على كتاب الله وسنه نبيه نكاحا غير سفاح، على ان لا ارثك ولا ترثيني، ولا اطلب ولدك، الى اجل مسمى فان بدالى زدتك و زدتنى). (١) وحسنه ابن ابي عمير عن بعض اصحابه عنه (عليه السلام) (قال: لا باس بالرجل يتمتع بالمرأه على حكمه، ولكن لا بدله من ان يعطيها شيئا، لانه ان حدث به حدث لم يكن لها ميراث). (٢) وما راوه الشيخ في الصحيح عن صفوان عن ابن مسكان عن عمر بن حنظله (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن شروط المتعه. فقال يشارطها على مايشأ من العطي، و يشترط الولدان اراد، وليس بينهما ميراث). (٣) وحسنه ثعلبه (قال: يقول اتزوجك متعه على كتاب الله وسنه نبيه نكاحا غير سفاح، وعلى ان لا ترثيني ولا ارثك، كذا وكذا يوما).

ص: ٣٩١

١- وسائل، ج ١٤، ابواب المتعه، باب ١٨، ح ٥ - محمد بن انعمان الاحول المعروف بمؤمن الطاق.

٢- المرجع، باب ٤٠، ح ١ - و اورد ذيله في باب ٣٢ ح ٣.

٣- المرجع: اورد ذيل الحديث في باب ٣٢، ح ٦، و صدره في باب ٣٣، ح ٣.

بكذا وكذا درهمًا، وعلى ان عليك العده). (١) وموثقه ابى بصير (قال: لا بد من ان يقول فيه هذه الشروط: اتزوجك متعه كذا وكذا يوما، بكذا، وكذا درهمًا، نكاحا غير سفاح على كتاب الله وسنه نبيه وعلى ان لا ترثيني ولا ارثك، وعلى ان تعتدى خمسسه واربعين يوما). (٢) وروايه ابان بن تغلب - وفي سنده ابراهيم بن الفضل ولكن الرواي منه عمرو بن عثمان وقد قال النجاشي انه نفى الحديث صحيح الحكايات - قال (قلت لابي عبد الله - ع - كيف اقول لها اذا خلوت بها؟ قال: تقول اتزوجك متعه على كتاب الله وسنه نبيه لا وارثه ولا موروثة كذا وكذا يوما، و ان شئت كذا وكذا سنه، بكذا وكذا درهمًا. وتسمى من الاجل ماترا ضيما عليه قليلا كان او كثيرا. فاذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وانت اولى الناس بها. قلت: فاني استحيى ان اذكر شرط الايام (؟) قال: هو اضر عليك قلت وكيف؟ قال: لانك ان لم تشرط كان تزويج مقام ولزمتك النفقه في العده، وكانت وارثه، ولم تقدر على ان تطلقها الاطلاق السنه). (٣) وقد عمل بها الاصحاب في مسأله انقلاب المتعه دواما بترك شرط الاجل. وروايه هشام بن سالم (قال: قلت لا- بى عبد الله - ع - اتزوج المرأة متعه مره مبهمه. قال فقال: ذلك اشد عليك ترثها و ترثك، ولا يجوز لك ان تطلقها الا على طهرو شاهدين) الحديث. (٤) وقويه عبد الله بن عمرو - فانه وان كان مجهولا لكن من الرواه عنه في السند جعفر بن بشير عن حماد بن عثمان - (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن المتعه. فقال: حلال لك من الله ورسوله. قلت: فما حدهما؟ قال: من حدودها ان لا ترثها ولا ترثك) (٥) الحديث. وهذا كالصريح بل صريح في المطلوب. واصرح منه الناطق بالعدم سوا اشترط ام لم يشترط هو روايه سعيد بن يسار عن ابى عبد الله - ع - وليس في سنده من يتامل فيه الا- البرقى وهو مشترك بين محمد بن خالد البرقى واحمد ابنه واخيه الحسن. والمشهور استعماله في الاولين. وهؤلاء وان كان كلهم ثقاتا عند الشيخ والعلامه الا ان النجاشي وابن الغضا [ير] ي طعنا في ٨.

ص: ٣٩٢

- ١- المرجع، باب ١٨، ح ٢.
- ٢- المرجع، باب ١٨، ح ٤.
- ٣- المرجع، اورد صدره في باب ١٨، ح ١، و ذيله في باب ٢٠، ح ٢ - تهذيب ج ٢، ص ١٩٠.
- ٤- المرجع، باب ٢٠، ح ٣.
- ٥- المرجع، باب ٣٢، ح ٨.

حديثهما. والنجاشي ضعف محمدا. وانت خير بان توثق الشيخ والعلامة اقوى من جرحهما. لان النجاشي وان كان اوثق الجماعه في الضبط (على ما صرح به العلامة) لكن ابن الغضائري قلماخلص عن طعنه ثقه فضلا عن غيره وبذلك يظهر قله الاعتماد في جرحه. فالاعتماد على الاولين ارجح مع ان اعتضادها بالروايات المتقدمه وعمل الاكثرين والاصل يرجح العمل عليه. (قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأه متعه ولم يشترط الميراث، قال: ليس بينهما ميراث اشترط ام لم يشترط). (١) وحملها الشيخ على اشتراط نفى الميراث، لا اثباته. وربما يؤيد ذلك بان المتعارف في الاخبار لما كان اشتراط نفى الميراث لا اثباته، جاز حمله على ذلك، كما فعله الشيخ. هذا التأويل على فرض تسليمه انما يفيد عدم ثبوت الميراث مع عدم الاشتراط لا ثبوته مع الشرط. و سيحيى الكلام في ادله المثبتين. حجه القول الثاني: عموم الايه. فانها زوجة عرفا. ولانها لولم يكن زوجها للزم خروجها عن الحصر المذكور في قوله تعالى (الاعلى ازواجهم او مملكت ايمانهم) (٢) الى قوله تعالى (فاولئك هم العادون). (٣) ولا يرد النقض بالذميه والقاتله لثبوت التخصيص من خارج، والعام المخصص حجه في الباقي. وشرط السقوط مخالف لمقتضى العقد فيكون باطلا. وفيه: منع انصراف الازواج الى المتعه عرفا، مع ان الاخبار مصرحه بانها مستأجرات، وانها بمنزله الاباحه ونحو ذلك. سلمنا لكنها مخصصه بتلك الاخبار المستفيضة المعمول بها عند الاكثرين. واما الحصر الموجود في الايه، ففيه انه لعله بالا ضافه الى الرجل والبهائم او بالنسبه الى ازواج الغير وامائه. (٤) وتخصيص الازواج واما بالذكر لكونهما من الافراد الغالبه. وهذا وجه متين لا ياباه الطبع السليم. مع انه يشكل بالتحليل. وادراجه تحت ملك اليمين، فيه مالا يخفى. اذا الظاهر (مما ملكت ايمانهم) ملك العين لا ملك المنفعه. مع ان قليل المنفعه. مع ان قليل المنفعه لا يطلق عليه الملك، بل هو اباحه وامتناع. فهو ايضا لو سلم عمومها مخصصه بتلك الاخبار. فان الاقوى جواز تخصيص

ص: ٣٩٣

١- المرجع، باب ٧.

٢- الآيه ٦، سوره مؤمنون.

٣- الآيه ٦، سوره مؤمنون.

٤- الماء - خ.ل.

الكتاب بمثل هذا الخبر الواحد. وبالجمله هذا القول باطلاقه لعله مخالف لاجماع الاماميه. كما يظهر من السيد (ره) في الانتصار حجه القول الثالث: اما على عدم اقتضا نفس العقد ذلك: فما تقدم في حجه ما اخترناه مما يدل على ذلك. واما على اقتضائه مع الشرط: فعموم (المسلمون عند شروطهم) (١) وفيه نظر واضح اذلا- معنى لوفاء الميت بشرطه، سلمنا لكنه مختص بما تقدم، و خصوص صحيحه محمد بن مسلم (قال سألت ابا عبد الله - ع - كم المهر يعنى فى المتعه؟ فقال: ماتراضيا عليه الى ماشا من الاجل - الى ان قال - وان اشترط الميراث فهما على شرطهما). (٢) وحسنه احمد بن محمد بن ابى نصر البزنطى لابراهيم بن هاشم عن الرضا - ع - قال تزويج المتعه نكاح بغير ميراث ونكاح ميراث، ان اشترطت كان، وان لم تشرط لم يكن. (٣) وفى الكافى بعد ذلك (وروى ايضا ليس بينهما ميراث اشترط ام لم يشترط). وهذه الروايه مرويّه ايضا فى (قرب الاسناد) بسند صحيح. واورد عليها بان التوريث من جعل الشارع فلا مدخله للشروط فيه. ورد بان الشرط من جعل الشارع لهذين الحديثين وان كان لفعل المكلف مدخله فيها، كما لو اسلم الكافر. وفيه انه انما يتم اذا قاوم الخبران الادله المانع. وبان سبب الميراث ان كان هو الزوجيه، فيدخل المتعه فى الايه، اشترط ام لا. والا، فلا موجب له. ورد بتسليم الدخول فى الايه والقول بالتخصيص بدون الشرط، يعنى ان الايه تقتضى ثبوت الميراث للزوجه الا- متعه لم يشترط لها الميراث. وفيه نظر لان الروايتين دلتا على ان ثبوت الميراث لاجل الشرط. لالانه زوجه. فالحديثان مخالفان لظاهر القرآن ولا معنى للتخصيص. فالتحقيق فى الجواب على هذا القول، منع دخولها تحت الايه، او منع كونها زوجه. واما على ما اخترناه فيتم التخصيص على القول بكونها زوجه، ومع منعها على ما اخترناه ايضا فيقع تعارض بين ما ذكرنا من الاخبار وهاتين الروايتين. فمع ان هاتين الروايتين ع.

ص: ٣٩٤

١- الوسائل، ح ١٢، ابواب الخيار، الباب ٦، ح ١ و ٢ و ٥.

٢- المرجع.

٣- المرجع.

لايقا ومان ماذكرناه من الروايات من حيث الكثرة والاعتضاد مع اعتبار اسنادها ايضا، [و] وفق بالكتاب ايضا من قابليه ادراجها تحت الزوجه، وموافقتها للحصر المذكور فى الايه الثانيه. واماما ذكره فلايلائم كونها زوجة وينافى ظاهر الحصر. ثم انهم ذكروا تفريعا على هذا القول، انه لوشرطا لاحدهما دون الاخر، فيتبع، لظاهر الخبرين. وهو كذلك ولاوقع لما يستشكل من اغلبه كون الارث من الجانبين، لكثرة امثاله ايضا. مثل ارث المسلم عن الكافر، وارث الولد المنفى باللعان وغير ذلك. (١)

وقال المقداد - بعدما اختار القول الاول - (لكن لو اشترطا، جاز وينزل على الوصيه يتفرع عليه احكامها. حجه القول الرابع: عموم الايه، وعموم (المسلمون عند شرطهم)، (ويظهر جوابهما مما تقدم) وموثقه محمد بن مسلم (قال: سمعت ابا جعفر - ع - يقول فى الرجل يتزوج المرأه متعه، انهما يتوارثان اذا لم يشترطا، وانما الشرط بعد النكاح). (٢) وحملها الشيخ على اراده ذكر الاجل من الشرط، يعنى اذالم يذكر الاجل فيصير نكاحا بتا دائما. ويرجع الى ما افاده روايه ابا بن تغلب المتقدمه، من انقلاب المتعه دواما بدون ذكر الاجل. ولا باس بهذا التاويل، لكن فى مسأله انقلاب المتعه دواما بذلك، نحن لانوافق المشهور. و ذكرنا ماهو الحق فى ذلك وتاويل الروايه فى كتاب مناهج الاحكام. وكيف كان فهذه الروايه لا تقاوم ماذكرناه من الادله، فاما يطرح، او يؤول بان المراد بيان حقيقه المتعه و الدوام. وان عدم ذكر الاجل من حدود النكاح الدائم الذى يوجب التوارث. ومع ذلك كله فلا حيتاط فى الدين ان لا يحرم مع الشرط، ويصالح بينهما بشيئ. والله العالم.

٢٢٥: سؤال:

٢٢٥: سؤال: شخصى دختری را خطبه می کند. وقبل از عقد ومزاجه از بابت رسوم وتعارف، چیزی می برداز برای دختر و پدر و مادر و کسان او، از ماکول و ملبوس و غیر آن. و به مصرف میرسانند و بعضی باقی است، یا هیچ باقی نیست. بعد از آن دختر یا کسان او پشیمان می شوند و او را رد می کنند، آیا می تواند آنچه اخراجات کرده است استرداد نماید یا نه؟

جواب:

جواب: هر چند در بادی نظر چنین می نماید که چون این شخص مال را مجاناً.

ص: ٣٩٥

١- راجع المساله ٢٧٣، من هذا المجلد.

٢- المرجع، ب ٣٢، ح ٢.

نمی دهند و غرضش این است که آنها در امر دادن دختر مستمر وثابت قدم باشند، و اگر داند که در آخر امر نخواهند داد هرگز راضی نمی شود به این که مال او را مصرف برسانند. پس باید در صورت رد، غرامت بکشند. اما تحقیق آن است که مادامی که ایشان بر رضای خود باقی اند تصرف جایز است. و این تسلیطی است غیر را بر مال خود، و غرامت متوجه نمی شود. و همین معنی که ایشان در آن وقت راضی اند و مستمراند بر اراده خود، کافی است به جهت اباحه تصرف و گاه است که در این وقت مطلقا در متخیله اولیا خطور نمی کند که او را رد کنند و این حال را هم آن شخص خاطب از ایشان فهمیده و اباحه تصرف به جهت ایشان به این حال کرده. و اباحه از جمله انشائاتی است که تعلیق بر نمیدارد. بلی بعضی تعلیقات - مثل این که بگوید که اگر در قلب تو این است که دختر را به من ندهی مباح نیست، و اگر در قلب تو این باشد که بدهی، - مباح است - خوب است. اما اگر بگوید که (الحال مباح کردم به تو که تصرف کنی به شرط این که در نفس الامر عایقی رو ندهد، یا بدائی به جهت تو حاصل نشود، پس در این صورت اباحه حالیه معنی ندارد، و (انشا) صورت نمیپذیرد کما لا یخفی. بلی اگر بگوید که (این را الحال به تو اباحه می کنم و شرط می کنم با تو که اگر بدائی رو دهد و از جانب تو ندامتی بهم رسد، عوض آن را به من رد کنی) خوب است. اما لزوم آن در ضمن عقد هدیه و اباحه، معلوم نیست. و علی ای تقدیر، اگر فرض ضمان تواند شد، در صورت شرط، چنین است. و اگر نه، دلیلی بر غرامت مطلقا نیست. (۱) و این نظیر آن است که کسی با کسی دوست باشد و به رسم هدیه و اباحه و غیر آن مال خود را از دوست خود مضایقه نکند و در کمال طیب نفس مال خود را به او روا دارد، و آن دوست نیز مال بسیار از این دوست به این نهج به تلف آورد. بعد از آن اتفاق افتد که دشمنی شدید بینهما حاصل شود. الحال اگر از راه عدوات بگوید که از مال من آنچه که خورده ای به تو حلال نمی کنم. یا آن که خواهد دعوی غرامت بکند، هر در [ی] این سخنها عاقل و باطل است. و شک نیست که اگر در حین دوستی تصور می کرد که این شخص به این نحو دشمن او خواهد شد، در آن وقت به او مال خود را روا نمیداشت. پس اگر بگوئی: اجابت اولیا سبب اتلاف مال خاطب شده و غرامت بر تسبیح.

ص: ۳۹۶

۱- ممکن است «دلیلی بر غرامت مطلق - یعنی در صورت عدم شرط - نیست» صحیح باشد.

مترتب می شود. گوئیم: که (با وجود آن که در این سبب عدوانی نیست و آنچه مسلم است در تأثیر بسبب صورت عدوان است) سببیت مخاطب اقرب است که خود به ایشان داده. و اگر گوئی که اولیا مباشر اتلاف شده اند پس باید غرامت بکشند. گوئیم غرامتی بر (مرخص فیه) مترتب نیست. اگر گوئی که رخصت به شرط بقا بر رضا است نه مطلقا. گوئیم رخصت در حال رضا است نه به شرط بقا بر رضا و دوام آن. چنانکه گذشت. و آنچه ذکر کردیم در صورتی است که خطبه [ای] بشود، و اولیاء اجازه بدهند. اما در صورتی که مطلقا اظهار نکرده باشد و این تعارفات را به عمل آورد به طمع این که بعد از استمالت قلب ایشان به تزویج راضی شوند و اگر خطبه کند رد نکنند، پس امر در آنجا اسهل خواهد بود. و ظاهرا همین از جمله (هدیه مصانعه) باشد که در بعض اخبار مذکور است. و از قبیل این است برگ سبزی که درویشان دهند. یا دسته گل، یا مهر نمازی، و امثال اینها. و ظاهر این است که آن مباح باشد بدون عوض، و عوض واجب نیست هر چند ترک عوض خالی از کراهت نخواهد بود نظر به بعض اخبار و دلالت اعتبار. و ظاهر این است که مثل مذکور باشد هر گاه ظاهر خواستگاری نیز بکند و به گوش اولیا برساند و هنوز وعده دادن نکرده باشند. و اینکه در (هدیه مصانعه) گفتیم که مباح است بدون عوض، در صورتی است که از حال واهب معلوم نباشد که راضی نیست [بر] تصرف در آن بدون عوض. و اگر معلوم باشد که راضی نیست به تصرف بدون عوض، تصرف جایز نخواهد بود. و ظاهر این است که در صورت اجابت اولیا و تراضی طرفین بر اخراجات هر گاه اولیا بگویند که فلان قدر مال بیاور از ماکول و غیر ماکول تا صرف شیرینی و مطبخ بشود، و بر سبیل رضا هم به مصرف برسد هم حکم همان است که گذشت، چون عدوانی نیست.

۲۲۶: سؤال:

۲۲۶: سؤال: هر گاه شخصی زوجه مدخوله خود را طلاق گوید و خواهد که به عقد انقطاع در آورد. از برای زوجه عده می باشد یا نه؟ در حالتی که مهر خود را تمام و کمال گرفته باشد، یا نگرفته باشد، یا هبه به زوج خود نموده باشد.

جواب:

جواب: اگر (طلاق باین) باشد می تواند بدون عده او را ثانیاً عقد کند. وعده داشتن در صحت عقد دیگران شرط است، نه در حق خود زوج. و اگر (طلاق رجعی) باشد، تجدید عقد در حکم رجوع است. و ظاهر این است که عقد ثانی صحیح نیست، و رجوع

۲۲۷: سؤال:

۲۲۷: سؤال: هر گاه در طهر مواقعه طلاق گفته باشد و بعد از آن صیغه متعه جاری شده باشد، چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: طلاق باطل است و صیغه متعه اعتبار ندارد.

۲۲۸: سؤال:

۲۲۸: سؤال: هر گاه کسی متعه داشته باشد و آن مرضعه باشد، ومدتش نیز باقی باشد. وخواهد که تتمه مدت را به او ببخشد، به عقد جدید او را متعه نماید. آیا عده از برای او هست یا نه؟ و هم چنین هر گاه مرضعه نباشد و من حیض باشد، چه از برای زوج خود یا غیر؟. وایام مدت عده متعه چند یوم است؟. و هم چنین هر گاه مدت تمام شده باشد و زوج یا غیره ثانیاً خواهد او را متعه کند؟.

جواب:

جواب: متعه را عده به جهت زوج خود در کار نیست هر گاه خواهد ثانیاً متعه کند یا به عقد دوام بگیرد، خواه مدتش منقضی شده باشد یا آن که تتمه مدت را به او بخشیده باشد، وخواه مرضعه باشد وخواه غیر مرضعه، وخواه (ذات اقرا) باشد یعنی بالفعل (حیض بین) باشد یا در سن (من حیض) باشد و حیض نبیند. واما غیر زوج او را عقد نمی تواند کند، الا بعد از انقضای عده، نه به دوام و نه به تمتع. واما عده متعه: اگر در سن (من حیض) باشد و حیض نبیند چهل و پنج روز است و اگر حیض می بیند، درمسأله اختلاف بسیار است، واحوط آن است که دو حیض بیند بعد از دست برداشتن. پس اگر در حال حیض باشد که مدت تمام شود، آن حیض را اعتبار نکند. بلکه باید در حیض بعد از آن ببیند. والله العالم.

۲۲۹: سؤال:

۲۲۹: سؤال: زید صبیّه خود را در غیبت او به پسر عمرو شوهر داده. در حال صبیّه مذکوره می گوید که راضی نیستم. ودر وقت عقد تخمیناً نه سال داشته. والحال صبیّه مذکوره می گوید من در وقت عقد از نه سال زیادتر داشتم وراضی نیستم. آیا عقد صحیح است به اذن پدر تنها؟ یا نه؟.

جواب:

جواب: از لفظ سائل ظاهر می شود که تخمین بودن نه سال در نزد سائل متعین است، نه در نزد پدر. وظاهر سؤال دعوی است یعنی زوج مدعی صحت است، و زوجه مدعی فساد. و تکیه زوجه در فساد این است که (من بالغه ورشیده بوده ام و پدرم).

۱- برای دریافت شرح و بیان جزئیات این مساله رجوع کنید به مساله شماره ۲۲۰ از همین مجلد.

بی اذن من عقد کرده و من هم اجازه نکرده ام و راضی نیستم). ووجه صحت هم چند چیز می تواند شد: یکی این که زوجه صغیره بوده، یا بالغه بوده ورشیده نبوده، یا بوده ولکن پدر زوجه و عمرو هر دو مقلد مجتهدی بوده اند که ولایت پدر را در امر بالغه رشیده ثابت می دانسته. [در این صورت] در صورت فقد بینه بر فساد، قول مدعی صحت مقدم است. به جهت آن که (افعال مسلمین محمول است بر صحت). خصوصاً هر گاه موافق اصل هم باشد. و ظاهر است که صورت مذکوره موافق اصل است. به جهت آن که اصل عدم بلوغ است و اصل عدم رشد ملکه است و در طفل مفقود است جزماً، و عدم آن مستصحب است، و غلبه حصول آن در بالغین مزاحم این اصل نمی شود. زیرا که آنچه مسلم است از غلبه در غیر مراهقین و اوایل بلوغ است. و آیه شریفه هم شاهد این است زیرا که ظاهر (فان آن ستم منهم رشد افاد فعوا الیهم اموالهم) (۱) این است که اگر بعد از بلوغ رشدی از ایشان یافتید مال را به ایشان بدهید. هر چند خلاف کرده اند در این که ابتلا و امتحان قبل از بلوغ است یا بعد؟ و به هر تقدیر تصرفات یتامی در اموال (که نکاح و مهر از آن باب است) شرط است به حصول رشد و ثبوت آن بعد بلوغ. نه این که اصل در بلوغ این است که رشید باشد و تصرف بالغ صحیح باشد مگر این که سفاهت ثابت شود. پس در مانحن فیه چنانکه شرط صحت عقد خود صغیره رشد است، شرط صحت عقد پدر نیز عدم رشد است. و چون اصل عدم رشد است پس شرط صحت موجود است. پس در این دو صورت اصل و ظاهر متطابق است، و قول دختر مخالف اصل و مخالف ظاهر است. و اما مخالف اصل بودن، [پس] به جهت آن که اصل عدم رشد است. و اما خلاف ظاهر، پس به جهت آن که فعل پدر او محمول است بر صحت، به ادله [ای] که پیش گفتیم. و به هر حال هر دو متفق به وقوع عقد هستند. و زوجه می گوید که در حالی واقع شده که باطل است. و زوج می گوید در حالی واقع شده که صحیح است. و قول زوج موافق اصل و ظاهر است، و قول زوجه هر چند از حیثیتی موافق اصل باشد لکن از حیثیات متعدده هم مخالف اصل و مخالف ظاهر هم هست. و از اینجا ظاهر می شود کلام در صورتی که عقد زوج هم ولایتی بوده که صغیر بوده و پدر او عقد کرده، باز قول.

ص: ۳۹۹

مدعی صحت مقدم است. اینها در وقتی است که زوج در مقابل، ادعای صحت کند، خواه بگوید که (زوجه من معقوده من است و به غیر حق زن من نیست) و ساکت باشد از جهت خود. یا متمسک شود به این که صغیره بوده، یا غیر رشیده بوده و ولایتا عقد کرده شد، یا بالغه رشیده بوده. و طرفین مقلد مجتهدی میبوده ایم که پدر را مستقل در ولایت میدانست. و اما هر گاه زوج بگوید که (من نمیدانم، این قدر میدانم که پدر زوجه او را از برای من عقد کرده). و بگوید (هر چه حکم خدا است مجتهد بگوید). پس در این صورت یا این است که پسر صغیر بوده و پدر عقد کرده، یا کبیر بوده و لکن به ادعای پدر زوجه صغر را، یا عدم رشد را، اکتفا کرده، یا جاهل مسأله بوده، و او ایجابی کرده و این قبول کرده. پس در این، چند صورت متصور است اول: زوج کبیر بوده و والد زوجه به ادعای صغرا و یا عدم رشد او، عقد کرده و زوج هم قبول کرده، و الحال زوجه ادعای بطلان عقد می کند به سبب ادعای کبر و رشد. در اینجا می گوئیم اولاً: قول پدر مسموع است و عقد صحیح است مادامی که خلاف آن ظاهر نشده. به جهت آن که مسلمی است و ادعای ولایت می کند. چنانکه و کیلی به ادعای وکالت مال کسی را بفروشد، یا زن کسی را طلاق بگوید. و در این وقت که زوجه ادعای بطلان می کند و می گوید که من در آن وقت بالغه رشیده بوده ام. هر چند مقتضای تصدیق مسلم این است که زوج تصدق او کند، و لکن مزاحم این (قول مسلم) است قول و فعل مسلم دیگر که پدر او است. پس دعوی واقع می شود ما بین زوجه و پدر او. و با فقد بینة اظهر تقدیم قول والد است، چون قول او موافق اصل است (چنانکه گفتیم). و موافق ظاهر. چون فعل مسلم است و محمول بر صحت است، و ولایت او هم مستصحب است تا زمان عقد، و فعل او است و او اعرف است به فعل خود، و ظاهر این است که یمین متوجه پدر زوجه هست. و بعد طی دعوی آنها زوج متصرف می شود زوجه خود را که بر وجه صحیح (علی الظاهر) عقد شده بود. و از اینجا ظاهر می شود حکم جائی که والد مرده باشد یا غایب باشد که در اینجا زوج نیز بعد از استفتا از مجتهد و حکم مجتهد به این که (عقد محکوم به صحت است تا خلاف آن ظاهر شود، باز زوج متمسک به صحت می شود و بر زوجه لازم می شود اثبات بطلان. چون او مدعیه است. غایت امر این است که اگر ادعای علم بکند بر زوج که (تو در آن وقت میدانستی من کبیره و رشیده ام)، قسم نفی العلم متوجه او می شود. و از

اینجا ظاهر می شود حکم صورتی که زوج صغیر بوده و والد او ولایتا عقد کرده. که باز اصل صحت با زوج است. و این عقدی است که از دو مسلم صادر شده بطلان آن محتاج به اثبات است.

۲۳۰: سؤال:

۲۳۰: سؤال: هر گاه دو پسر نا بالغ با یکدیگر لواط کنند منشأ تحریم نکاح مادر و خواهر و دختر ملوط بر لایط، می شود یا نه؟ - و فرقی ما بین عمد و سهو و جهل در نکاح هست یا نه؟ - و آیا چنانکه مادر و خواهر مفعول بر فاعل حرام است عکس هم چنین است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: هر چند از اخبار بیش از حکم لایط بالغ، ظاهر نمی شود - به جهت آن که در همه آنها لفظ (رجل) واقع شده و آن ظاهر در بالغ است. و هم چنین است لفظ (حرمت) در اخبار ظاهر در بالغ است، به جهت آن که حکم به حرمت به نا بالغ متحقق نمی شود. و در مسأله هم خلاف است - لکن اشهر (بلکه اقوی و اظهر) عدم فرق است میان صغیر و کبیر. و ممکن است که استدلال کنیم به لفظ اجماعی که سید مرتضی در انتصار نقل کرده است و گفته است (ومما انفردت به الامامیه ان من یلوط بغلام فواقب، لم یحل له ام الغلام ولا - اخته ولا - ابنته ابدا). و کلمه (من) عموم دارد. و اما در طرف مفعول: پس هر چند در احادیث هم لفظ (غلام) مذکور است و آن ظاهر در نا بالغ است. و لکن الحال صریحا خلافتی در نظر نیست که فرقی باشد میان صغیر و کبیر. هر چند اطلاق کلام بعضی دلالت بر وجود خلاف دارد. و به هر حال فرقی ما بین عمد و سهو و جهل نیست. به جهت آن که این از احکام وضعیه است. و در اینجا دخول بعض حشفه کافی است در ثبوت حرمت، هر چند در وجوب غسل و غیر آن دخول تمام حشفه معتبر است. و اما حرمت مادر و خواهر و دختر فاعل بر مفعول: پس اشهر بلکه اظهر عدم حرمت است. و احادیث دلالت بر آن ندارد. و قولی نقل شده بر حرمت از بعض علما، و دلیل آن واضح نیست. و بدان که حکم در صورتی که وطی قبل از نکاح باشد، واضح است. اما آن که بعد از نکاح باشد (مثل این که با برادر زن خود لواط کند) پس در آن اشکال است و خلاف است. و مقتضای اصل و عموم اخباری که مضمون آن این است که (الحرام لایحرم الحلال) این است که حرام نمی شود. و مقتضای حدیث معتبری این است که حرام می شود. و شکی نیست که احوط اجتناب است. و بنابر قول به عدم حرمت، هر گاه

آن زن را بطلاق بگوید وبعد از آن خواهد او را بگیرد بعقد تازه، اقوی حرمت است. و بعضی فرق نگذاشته اند وعقد ثانی را تجویز کرده اند. واین ضعیف است.

۲۳۱: سؤال:

۲۳۱: سؤال: هر گاه زینب شوهری رفته، وبعد از مدتی می گوید که من بلامانعم، و پدر او می گوید که من طلاق او را گرفته ام، و زوج، پدر او را وکیل کرده که او را طلاق بگوید، اما پدر بنفسه نمی تواند طلاق گفت ودر وکالت طلاق اذن در توکیل غیر نداده. و آن ضعیفه می گوید که من خبر این نقلها ندارم و بلا ما نعم. آیا می تواند شوهر بکند یا نه؟ -؟. و هر گاه کسی او را عقد کرده باشد در این حال، آیا تفریق می توان کرد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: قول زوجه مسموع است خصوصا هر گاه متهم نباشد. یعنی از حال او معلوم نباشد که بی مضایقه است از زنا و بی پروا است از حرام. و قول پدر او که می گوید که (من طلاق او را گرفته ام) هم مؤید صدق او اشت و سخن ضعیفه که (من از این نقلها خبر ندارم) در این مقام در عرف وعادت و به مقتضای قرینه منافی تایید نیست. زیرا که مفهوم می شود که می خواهد گریز از اثبات بهم رساند، و حصول علم از برای زوجه هم به قول پدرش ممکن الحصول است. واین گریز است به (جواب اعم). چنانکه فقها تجویز کرده اند در جواب منکر، چنانکه مدعی به کسی بگوید که (قیمت اسب را که به تو فروختم بده). خصم [او] بگوید که (من مشغول ذمه تو نیستم) واین از راه خوف عجز از اثبات است با علم به محق بودن خود. و هر گاه چنین عقدی شده باشد، تفریق نمی توان کرد. واینکه نوشته اند که (زوج پدر را وکیل کرده که طلاق بگوید یعنی خود بنفسه، و حال آن که خود بنفسه طلاق نمی تواند گفت [و] در وکالت طلاق، اذن در توکیل غیر را نداده)، اینها محتاج است به مرافعه. هر گاه به ثبوت شرعی برسد که او را وکیل مطلق نکرده، یا آن که بعد تلقین صیغه هم قادر بر آن نبوده و بخصوص هم اذن در توکیل غیر نشده، در این صورت دعوی طلاق گرفتن پدر باطل می شود. و لکن دعوی اعم زوجه بر حال خود باقی است تا علم به بطلان از راه دیگر بهم رسد. زیرا که خلو از مانع به غیر طلاق، اسباب دیگر هم دارد.

۲۳۲: سؤال:

۲۳۲: سؤال: شخصی در عهد آقا محمدخان به آذربایجان به ملازمت رفته بود. در مراجعه به اردبیل آمده بود. نظر به این که ناخوش بود او را در اردبیل رفقای او گذاشته و به ولایت آمده بودند. و پدر زن او از جمله رفقای او بود. وقتی که به ولایت آمده بودند مدتی از این مقدمه گذشته که نوشته آن شخص مریض رسید که (برادر واقوام من بیایند

ومرا ببرند) پدر زن او و برادر او به اردبیل رفتند که او را بیاورند. صاحب خانه که آن شخص مریض در خانه او بوده گفته بود که (آن شخص که شما تفحص او می کنید در خانه من بود و به رحمت خدا رفت). ورخوت پوشاکی و قدری اسباب دیگر داشت که پدر زن مریض آنها را میشناخت که آن رختها و اسبابها از شخص مریض است. آیا به این نقلها علم حاصل می شود و زوجه او به شوهر می تواند برود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: امکان دارد که از برای آن شخص که رفته است، از اخبار صاحب خانه و قراین، علم حاصل شود. اگر آن شخص ادعای حصول علم کند تکذیب آن نباید کرد ولکن از برای ضعیفه که [می خواهد] شوهر کند یا باید دو نفر عادل مدعی علم شهادت بدهند به موت، یا از بری ضعیفه علم حاصل شود، یا از برای حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) علم حاصل شود. و اگر اینها هیچ کدام نشود حکم آن حکم (زوجه مفقود الخبر) است. و حکم همان است که با وجود عدم نفقه و عدم صبر و شکوه به حاکم شرع، او را مهلت دهد و چهار سال تفحص کند. به تفصیلی که ذکر کرده اند.

۲۳۳: سؤال:

۲۳۳: سؤال: عقد زن به زبان ترکی یا فارسی جایز است در جایی که توکیل عربی میسر باشد -؟ یا نه؟.

جواب:

جواب: با وجود امکان به لفظ عربی، جایز نیست از برای زوجین به هیچ لغتی دیگر. و بر این اجماع نقل شده از شیخ در مبسوط و علامه در تذکره. و قول ابن حمزه به استحباب عربی ضعیف است. و هر گاه یکی از طرفین عربی نداند و دیگری بداند آن که می داند به عربی بگوید و آن دیگری به لغت خودش. به شرطی که هر یک بفهمد مراد دیگری را، هر چند به واسطه مترجم ثقه باشد. و ظاهراً یک مترجم کافی است. و اگر عربی را هیچ یک ندانند و تعلم هم متعذر باشد یا متعسر باشد، به هر لغت که دانند بخوانند، و توکیل غیر واجب نیست. و ظاهر صاحب مدارک در شرح نافع دعوی اجماع است بر عدم وجوب. و اما غلط گفتن اعراب با وجود صحت لفظ عربی، پس ظاهر شهید ثانی در مسالک این است که مضر نیست در نزد اصحاب ما واحوط آن است که با وجود امکان تعلم، اکتفا به اعراب غلط نکنند.

۲۳۴: سؤال:

۲۳۴: سؤال: آیا جایز است که یک نفر صیغه نکاح را ایجاباً و قبولاً جاری کند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بلی اشهر و اظهر جواز است. بلکه در خصوص عقد نکاح از طبرسی (ره)

دعوی اجماع نقل شده بر کفایت مغایرت اعتباریه. و ظاهر این است که در سایر عقود نیز چنین است، بلکه اولی است به جواز.

۲۳۵: سؤال:

۲۳۵: سؤال: شخصی غلامی دارد و برای غلام زن آزادی بگیرد. واز برای او اولاد بهم رسد. آیا فرزند آزاد است و ملحق به مادر می شود؟ یا مملوک صاحب غلام است؟.

جواب:

جواب: مشهور میان علما - بلکه از بعضی دعوی اجماع ظاهر می شود - این است که فرزند آزاد است و ملحق به مادر می شود. و هم چنین هر گاه مرد آزاد کنیزی را عقد کند. واحادیث معتبره بر آن دلالت دارد. (۱) و قول ابن جنید ضعیف است، وحیدیتی که دلالت بر آن دارد (۲) محمول است بر تقیه یا مؤول است. و ظاهر این است که فرقی نیست میان آن که کنیزی را به عقد بگیرد مرد آزاد، یا صاحبش از برای او تحلیل کرده باشد. چنانکه از اخبار مستفاد می شود. بلی اگر صاحب غلام شرط کند بر زن آزاد، مملوک بودن فرزند را، یا صاحب کنیز شرط کند بر مرد آزاد این که فرزند مملوک باشد، مشهور این است که جایز است و فرزند مملوک می شود. و این قول ضعیف است. وحیدیتی که به آن استدلال کرده اند با وجود ضعف سند دلالت ندارد بر مدعی اصلا. و آن دلیل، دلیل ابن جنید است بر این که (با وجود اطلاق و عدم شرط فرزند تابع مملوک از زوجین است) و مشهور آن را حمل کرده اند بر صورت شرط. و شکی نیست که چنین دلیلی معارضه با اخبار معتبره و ظاهر اجماع نمی کند، و مقتضای آنها این است که فرزند آزاد است. و بنابر مختار دور نیست که عقد هم باطل باشد، هر چند در بسیاری از مسائل نکاح تصریح شده به عدم فساد نکاح به فساد شرط. و این کلام در صورت تحلیل مبنی است بر این که (تحلیل) عقد باشد. (۳) و به هر حال با علم به فساد و حرمت وطی، هر گاه دخول واقع شود زنا می شود، و ولد به زانی ملحق نمی شود. و با جهل به حرمت، ولد شبهه است و محکوم به حرمت است.

۲۳۶: سؤال:

۲۳۶: سؤال: مالک کنیز خود را ببخشد به شخصی دیگر به فلان مدت که به او جماع بکند. کنیز حامله باشد. اولاد به مالک می رسد؟ یا به آن شخص واطی؟ اعم از

ص: ۴۰۴

۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العیید و الاماء، باب ۳۰، ح ۱ تا ۱۰.

۲- همان مرجع، ح ۱۲.

۳- عبارت نسخه ما اینطور نبود تصحیح قیاسی شد.

آن که در وقت بخشیدن مالک شرط کرده باشد در خصوص اولاد یا نکرده باشد. و بخشیدن مالک کنیز خود را برای جماع به مرد اجنبی جایز است یا نه؟ -؟

جواب:

جواب: جایز است حلال کردن کنیز از برای شخصی اجنبی از برای جماع کردن و سایر استمتاعات. و در مسأله اشکال نیست. و خلاف ضعیفی نقل شده و آن مخالف احادیث بسیار (۱) و اجماعات منقول و عمل طایفه بوده است. و شرط کرده اند در آن شروطی که در نکاح معتبر است. یعنی کنیز شیعه را به مخالف نمی توان تحلیل کرد. و هم چنین کنیز کافره غیر کتابی را به مرد مسلم. و هم چنین حاصل می شود به آن نسب و خویشاوندی و مترتب می شود بر آن احکام آنها. و این (تحلیل) یا داخل عقد است یا داخل ملک یمین، گو ملک رقبه نباشد و ملک منفعت باشد. پس خارج از حصر آیه نیست. (۲) و اگر هم باشد تخصیص می دهیم آیه را به اخبار و اجماعات منقول و شرط است در آن صیغه، به جهت آن که ظاهراً اجماع است که محض تحلیل بر اجنبی منشأ حلیت فرج نمی شود. و به عنوان عاریه هم نمی توان داد. و ظاهر این است که اجماعی است. چنانکه از جمعی علما ظاهر می شود. و حدیث معتبری هم دلالت بر آن دارد. و هم چنین به عنوان هبه و بخشش هم صحیح نیست. بلکه باید به لفظ تحلیل باشد به این که بگوید (احللت لك وطأها) یا (جعلتك فی حل من وطئها). و جماعتی تجویز کرده اند لفظ اباحه را که بگوید. ابحت لك فرجها و آن خالی از اشکال نیست خصوصاً با ملاحظه آن حدیثی که منع شده در آن از عاریه و تصریح شده به این که که تحلیل کند و از مقابله تحلیل با عاریه (با وجود آن که از عاریه نیز اباحه فهمیده می شود) ظاهر می شود که خصوص لفظ (تحلیل) معتبر است. و مطلق الفاضلی که دال بر رخصت باشد کافی نیست. و در اشتراط قبول خلاف است، و در اخبار تصریحی به آن ندیدیم. و بعضی دعوی ظهور (اتفاق اصحاب) بر آن کرده اند. و شکی نیست که اشتراط احوط بلکه اظهر است. و در جواز تحلیل آقا کنیز خود را به غلام خود اشکال است و خلاف است، به جهت

ص: ۴۰۵

۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العبد و الاماء، باب ۳۲.

۲- آیه های ۶ و ۷ سوره مؤمنون.

تعارض اخبار. واقوی جواز است به جهت اکثریت اخبار [جواز]، و موافقت خبر منع با مذهب عامه. ولکن هر گاه به صیغه نکاح کنیز خود را به غلام خود بدهد و چیزی از مال خود به کنیز بدهد، اولی و احوط است. و ظاهر این است که ایجاب و قبول هر دو در نکاح واجب است. و دور نیست که ذکر مهر و دادن هم واجب باشد، هر چند جمعی از علما مستحب دانسته اند. و رضای کنیز و غلام شرط نیست. بلکه مولی می تواند اجبار کند آنها را بر ایجاب و قبول، یا خود از جانب آنها ایجاب و قبول کند، یا احدی را وکیل کند که صیغه بخواند. و به هر حال اظهر جواز تحلیل کنیز به عبد خود غیر هر دو هست. اما حکایت اشتراط قبول تحلیل در اینجا، پس آن آسانتر است، بلکه ظاهر آن است که در تحلیل کنیز به عبد خود، قبول در کار نیست و همین انشا او قائم مقام ایجاب و قبول (هر دو) است. اما در صورت تحلیل از برای عبد غیر، احوط بلکه اظهر این است که ترک نشود. و آن عبد به اذن مولی، یا مولی خود قبول کند. و اما مسأله لحقوق فرزند: پس اما در صورتی که کنیز را حلال کرده باشد مالک از برای آزاد، پس در صورت شرط آزادی، است اجماعا. و در صورت شرط رقیه، همان خلاف سابق در مسأله سابقه موجود است. واقوی عدم اعتبار شرط است، و ولد حراست به همان ادله سابقه در تزویج و خصوص اخبار معتبره در اینجا بالخصوص. و در صورت عدم شرط نیز خلاف است، واقوی در اینجا نیز حریت است. و جمعی گفته اند در صورت اطلاق و عدم شرط، ولد مملوک صاحب کنیز است مگر این که پدر او قیمت او را بدهد و او را آزاد کند. و دلیل ایشان تمام نیست. و ظاهر این است که در صورت شرط آزادی، این جماعت نیز دادن قیمت را شرط نمیدانند در آزادی. پس بنابر این، اجماعی خواهد بود. چنانکه گذشت. و اما در صورتی که حلال کرده باشد از برای عبد، پس فرزند هم عبد است اجماعا مطلقا. و اما حکم لحقوق به صاحب کدامیک پس ظاهر این است که در صورت اطلاق مشترک باشد مابین صاحب غلام و کنیز. چون نسب صحیح (۱) و نما ملک هر دو است و مرجحی نیست. چنانکه مشهور است. و بعضی تابع مادر میدانند چنانکه در حیوان. و

ص: ۴۰۶

آن قیاس است. ولکن اگر شرط کنند به عقد که مال یکی از آنها باشد، پس باید که متابعت شرط گردد. و هم چنین هر گاه شرط در ضمن [عقد] کنند که دو ثلث از یکی باشد و ثلث از دیگری و هم چنین.

۲۳۷: سؤال:

۲۳۷: سؤال: کسی کنیزی داشته باشد، اگر کسی بی اذن مالک با [آن] کنیز جماع کند و فرزند بهم رسد. آن فرزند ولد الزنا است یا نه؟ -؟. به مالک می رسد یا به آن شخص؟ -؟.

جواب:

جواب: آن کسی که با کنیز جماع کرده اگر آزاد است به گمان حلیت کرده از راه شبهه یا جهالت، فرزند از او است، و ولد الزنا نیست، و آزاد است. و هر گاه آن کس با علم به حرمت کرده زانی است و فرزند به او ملحق نمی شود و تابع کنیز است، و ملک صاحب او است. هر گاه آن کس غلام دیگری بود، پس اگر با علم به حرمت کرده زنا به عمل آمده، فرزند ملحق به صاحب کنیز است و مملوک او است. و بر این نقل اجماع شده، چون در اینجا (نسب) معدوم است. بخلاف صورتی که به عنوان حلال شده باشد و حکم آن در مسأله سابقه گذشت.

۲۳۸: سؤال:

۲۳۸: سؤال: دختر بی اذن پدر و مادر، شوهر می تواند کرد یا نه؟ -؟ و عقد ایشان صحیح است؟ یا شرط است رضای پدر و مادر که اگر بی رضای پدر و مادر عقد به عمل آید. صحیح نمی شود؟ و اگر بفرمائید که بی رضای والدین عقد صحیح است، آیا (عاق والدین) می شود یا نه (اعم از این که باکره باشد یا ثیب؟).

جواب:

جواب: رضای مادر مطلقاً شرط نیست و در لزوم رضای پدر در (دختر بالغه باکره خلاف است. و اقوی و اشهر و اظهر عدم اشتراط است، و عقد بدون اذن پدر صحیح است. ولکن احوط مراعات رضای او است. و اما هر گاه پدر غایب باشد، یا در موقوف داشتن عقد بر رضای پدر حرج و عسر لازم آید، آنجا احتیاط هم ضرور نیست. و در صورت احتیاج دختر به شوهر و متضرر شدن او به ترک شوهر کردن، هر گاه مخالفت بکند معلوم نیست که گناه باشد، چه جای آن که عاق باشد. بلی هر گاه دو نفر خواستگار او باشند، و [از] اختیار هر یک از آنها ضرری به دختر نمی رسد، پس مخالفت در اینجا دور نیست که معصیت باشد. و به هر حال تحصیل رضای پدر و مادر در امور مباحه لازم است مگر این که منشأ ضرر و حرج باشد. در اینجا فرقی در ما بین باکره و غیر باکره نیست.

۲۳۹: سؤال: هر گاه زوج قبل از دخول فوت شود، زوجه نصف مهر را مطالبه می نماید یا کل مهر را؟

جواب:

جواب: مشهور کل مهر است. ولکن احادیث معتبره دلالت بر تنصیف دارد. و احتیاط در این است که صلح کنند بر نصف.

۲۴۰: سؤال:

۲۴۰: سؤال: در صورتی که زوجه ادعای عنن می نموده باشد، و زوج قبول نداشته باشد عیب مذکور را، بلکه از زوجه سابقه بر این ولدی هم از برای زوج مزبور حاصل شده باشد. آن را نیز بیان فرمایند.

جواب:

جواب: دعوی عنن باید به مرافعه مجتهد جامع الشرایط طی شود، تا ثابت نشود احکام بر آن مترتب نمی شود.

۲۴۱: سؤال:

۲۴۱: سؤال: بعضی از ملاها می گویند (مادر زن محرم نیست، ودلیلی بر محرمیت نیست). اصلی دارد یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: این سخن بی اصل است. و محرمیت مادر زن اجماعی است. چنانکه از طریقه مستمره علما و صلحا و اهل دیانت در اعصار و امصار ظاهر می شود بدون منکری که اعتماد به شأن او باشد. و در کلام علما (ی معتنین [بهم]) بر نخوردم به مخالفی، و کلام همگی بالعموم والخصوص دال است بر محرمیت وعدم اشکال. چنانکه در مواضع بسیار معلوم می شود. از جمله در (کتاب جنایز) همگی ذکر کرده اند در جواز تغسیل محارم، که مراد به محرم (کسی است که حرام باشد نکاح او ابدًا از جهت نسب یا رضاع یا مصاهره) و تصریح به آن شده در همه کتابها، نظر کن مسالک و مدارس و دروس و ابن فهد در نکاح مهذب و غیر آنها را. بلکه کلام مقداد در تنقیح صریح است در دعوی اجماع در کتاب نکاح، در آنجا که گفته (المحرم هو کل امرأه یملک وطأها، او حرم مؤبدًا بنسب. از رضاع، او مصاهره بعقد او ملک یمین. ام التی یملک وطأها فیجوز النظر الیها کالزوجه باطنا و ظاهرا و اما من حرم وطؤها فیباح النظر فیهن الی الوجه و الکفین و القدمین اجماعا، و یحرم النظر الی القبل و الدبر بغیر ضروره من مباشره علاج و مشاهده ایلاج. و اما غیر ذلک من البدن: فعلى ثلاثة اقسام... الی آخر ما ذکره). و هم چنین در کتاب حدود در مسأله زنا به ذات محرم، تصریح شده به محرم بودن. و اگر چه قتل به سبب زنا به ذات محرم بسی خلاف کرده اند.

و هر گاه کسی بخصوص مطالبه حدیث بکند در مسأله، از او مطالبه حدیث در بسیاری از محارم خواهیم کرد مثل بسیاری از اقسام رضاع. و آنچه او در آنجا گوید، ما در اینجا می گوئیم. و اگر نباشد در مسأله مگر شهرت، ما را کافی است. چون مورث ظن قوی است فکیف مع حصول العلم بالاجماع، او ثبوت الاجماع المنقول. و چون وقت تنگ بود به این دو کلمه اکتفا شد.

۲۴۲: سؤال:

۲۴۲: سؤال: بر فرض صحت بیع کنیز حامله، آیا ولد از مشتری است یا بایع؟ -؟.

جواب: فرض صحت در وقتی می شود که حمل از مولی نباشد. یا باشد ولکن از صورتهائی باشد که بیع (ام ولد) جایز باشد. پس هر گاه حمل از مولی باشد بی شک فرزند ملحق به پدر او است و ملک مشتری نمی شود. و هم چنین هر گاه حمل از شخص آزادی باشد - به وجه حلال بین یا شبهه - باز ولد ملحق به پدر است. و هر گاه حمل از زنا باشد، یا از غلام مولی باشد، یا از غلام غیر باشد، و به سبب شرط مال مولی شده باشد، پس هر گاه شرط شده باشد در حال بیع که ولد مال مشتری باشد، مال مشتری است. والا مال بایع است بنابر اظهر و اظهر. و اگر ولد به سبب شرط مال صاحب غلام باشد، مال صاحب غلام است. پس هر گاه بایع کنیز را بفروشد و بعد از آن ادعا کند که حمل کنیز از من بهم رسیده، مشتری انکار کند، و جزم حاصل شود به آن که کنیز در حال بیع حامله بوده - مثل این که در کمتر از شش ماه بعد خریدن متولد شود، یا ظن به آن حاصل شود، مثل این که اقصای حمل یا کمتر گذشته باشد اما مشتری به آن دخول نکرده باشد - پس اگر حمل داخل بیع نبوده، بی اشکال ولد ملحق به بایع می شود. و اگر حمل داخل در بیع بوده، یا بالاصاله چنانکه قول بعضی است، یا به سبب شرط چنانکه اظهر است پس در این صورت اشکال بهم می رسد. و اظهر واقوی آن است که اقرار بایع در حق خود مسموع است و نافذ است. نه در حق مشتری. و دعوی او در فساد بیع مسموع نیست. و ثمره این در وقتی ظاهر می شود که کنیز ثانیاً بر وجهی از وجوه منتقل شود به بایع که حکم می شود به آزادی فرزند.

۲۴۳: سؤال:

۲۴۳: سؤال: آیا مشتری می تواند با کنیز حامله که خریده جماع کند یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: جماعتی از قدما گفته اند که حرام است جماع کردن تا چهار ماه از حمل بگذرد. و از ظاهر ابن زهره دعوی اجماع بر آن نقل شده. و از شیخ در نهاییه و جمعی از

متاخرین، چهار ماه و ده روز نقل شده. چنانکه صحیحه رفاعه بر آن دلالتی دارد،^(۱) و اظهر عمل به آن است خصوصا با استصحاب حرمت. و علی ای تقدیر حرمت جماع کردن قبل از انقضای مدت مزبوره مشهور مابین علما است و مدلول احادیث معتبره بسیار است^(۲).

و از شیخ در خلاف و ابن ادریس قول به کراهت نقل شده. و شیخ دعوی اجماع کرده. و دلیل ایشان عموم (ماملکت ایمانهم)^(۳) است، و بعضی اخبار غیر معتبره^(۴) هم اشعار به آن دارد. و بعد از معارضه اجماع منقول به مثل خود، و معارضه آیه به آیه دیگر یعنی (اولات الاحمال اجلهن ان یضعن حملهن)^(۵)، و معارضه آن روایت با ضعف سند و دلالت به اخبار مستفیضه قریب به تواتر، و استصحاب حرمت سابقه، ضعف این مذهب به غایب ظاهر است. هر چند متبادر از آیه (اولات الاحمال) مطلقا است، چنانکه پوشیده نیست به ملاحظه سیاق. لکن چون در حدیث صحیح وارد شده که (احلتها آیه و حرمتها آیه)^(۶) ظاهر این است که مراد روایت همین باشد. و می توان منع عموم آیه اولی هم کرد نسبت به اوقات و طی. پس آیتین متعارض می شوند و متساقط می شوند و احادیث قریب به تواتر با عمل مشهور و ظاهر اجماع منقول و استصحاب، مرجح حرمت است. و اما بعد از انقضای عده - چهار ماه یا چهار ماه و ده روز - باز خلاف کرده اند که آیا بعد از آن مدت حرام است تا وضع حمل بشود؟ یا مکروه است؟. مشهور کراهت است. و ظاهرا دعوی اجماع ابن زهره هم مقتضی آن است. و صحیحه رفاعه دلالت بر آن دارد. و به اینها تقیید می شود اخبار کثیره که (باطلاقها) دلالت بر منع دارد. و از مفید قول به حرمت حکایت شده در موضعی از مقنعه (واز علامه در مختلف و شهید و شیخ علی - ره - نیز) تا این که وضع حمل بشود. و دلیل ایشان آیه (اولات الاحمال) است و احادیث ۸.

ص: ۴۱۰

۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العیید و الاماء، باب ۸، ح ۳.

۲- احادیث همان باب، و احادیث باب ۹.

۳- آیه ۶ سوره مؤمنون.

۴- این اشعار در ح ۲ باب ۸ هست.

۵- آیه ۴ سوره طلاق.

۶- همان حدیث ۲ باب ۸.

معتبره که در آنها منع شده از وطی تا بعد وضع حمل. وبعد از تأمل در ادله هر چند این قول خالی از قوت نیست، ولکن صحیحه رفاعه با شهرت بین الاصحاب و ظاهر اجماع منقول با تایید آنها به ادله (قول به مطلق جواز)، با ملاحظه اعتبار عقلی که آن اجتناب از (اختلاط و میاه و انساب) است، کافی است در ترجیح مشهور. ولکن احوط اجتناب است تا وضع حمل بشود. و بدان که: ظاهر اکثر اصحاب (بلکه مشهور، چنانکه شهید - ره - در دروس گفته است) و متبادر از ادله و اخبار، وطی در قبل است. ولکن احوط اجتناب است از دبر او نیز. و در صورت جواز وطی مستحب است عزل، و شاید وجه آن این است که آن احادیثی که دلالت می کنند بر (مطلوب بودن آزاد کردن آن بدون عزل و اینکه نفروشد او را و جدا کند برای او حصه ای از مال خود به جهت معیشت او). و علت آن را فرموده اند که نطفه او غذای او شده که شبهه فرزندگی در آن راه بیابد. پس از برای خروج از آن شبهه عزل بکند تا آن ناخوشی لازم نیاید، اگر خواهد مملوک خالص باشد. والحاصل: آن که از احادیث مستفاد می شود که ناخوش است که نطفه او داخل رحم مملوک بشود در حال حمل. و چون دلالت آن [ها] به سرحد وجوب نرسیده، حمل بر استحباب می شود. و اما هر گاه عزل نکرده باشد، پس خلاف کرده اند در این که بیع او جایز است یا نه. جمعی از قدمای اصحاب حرام دانسته اند بیع او را، و از این زهره دعوی اجماع بر آن نقل شده. و قول دیگر کراهت است. و شاید اقوی قول به حرمت باشد، و چند حدیث معتبر دلالت می کند بر وجوب آزاد کردن. ولکن مشهور استصحاب آن است. و احوط آن است که او را آزاد کند و مستحب است که حصه ای از برای او از میراث خود قرار بدهد، یعنی چیزی از مال خود به جهت او قرار بدهد که به او زندگانی کند. نه این که او را از جمله وراثت قرار بدهد. چنانکه مؤثقه اسحاق بن عمار (بلکه صحیحه او) دلالت بر آن دارد، و ظاهر آن هر چند وجوب است لکن قول به وجوب آن در نظر نیست. مگر این که بگوئیم صدوق قائل به آن است چون در من لایحضره الفقیه آن را روایت کرده.

۲۴۴: سؤال:

۲۴۴: سؤال: هر گاه زید متوفی، و زوجه او نیز متوفی، و ورثه زوجه مهر نامچه در دست دارند به خط و مهر عدول، و شاهی ندارند، و ادعای مهر می نمایند، چه چیز می طلبند؟

جواب: هر گاه وارث زوجه در صورت جزم ادعای خود را ادا می کند مطابق مهر نامچه، یعنی می گوید که (این مقدار مهر) مادر من از مال پدر شما می خواهد. به ما بدهید). پس در این وقت باید که جواب مدعی علیهم چه چیز است. هر گاه بگویند مادر شما مهر ندارد، وانکار کنند از اصل، اظهر در نظر حقیر این است که مدعی مستحق مهر المثل است، مگر آنچه ادعا می کند کمتر از مهر المثل باشد، که در آن وقت به اقرار خود مأخوذ است. و هر گاه در جواب بگویند که ما علم نداریم که مادر شما مهر دارد یا نه، پس هر گاه مدعی برایشان دعوی علم کند، قسم نفی العلم به آنها می دهند و باز رجوع به مهر المثل می شود بر نهج سابق. و هر گاه بگویند که ما قدر آن را نمیدانیم، باز در صورت ادعای علم و قسم نفی العلم، رجوع به مهر المثل می شود بر نهج سابق. و ظاهراً در این دو صورت دور نیست که مسمی را که ادعا می کند بگیرد. به جهت عدم معارضی. و در هر یک از صور ثلاث باید قسم بر عدم علم به استخلاص ذمه زوج از حق مورث خود یاد کند. و اگر مدعی به صورت جزم ادعا نکند و اعتماد به محض کاغذ باشد، پس در این صورت دعوی غیر مسموعه است. و اگر نحو دیگر باشد باید معلوم شود. و این مسأله از مشکلات است و شقوق و شعب بسیار دارد. و رساله ای در این خصوص نوشته ام. و چون محتاج به مرافعه است و مرافعه را مجتهد عادل باید بکند، در وقت مرافعه حقیقت حال معلوم می شود. گاه است از برای حاکم به سبب کاغذی و قراین علم حاصل شود، و به علم خود عمل کند. و گاه است نحو دیگر بشود. در حین عجز از وصول به حاکم چنین مطالب به مصالحه طی شود بهتر است.

۲۴۵: سؤال:

۲۴۵: سؤال: شخصی متوفی، و دو زوجه دارد و وارث دیگر هم دارد. و از جمله مخلفات او قطعه ای باغچه است که پانزده قفیز می باشد. و ده قفیز آن در صدق دو زوجه او است. آیا الحال که اراده قسمت دارند باید اثلاثاً قسمت کرد و دو ثلث را به دو زوجه بدهند و باقی را میان وارث تقسیم کرد؟ یا باید به مساحت ده قفیز را وضع نموده به دو زوجه داد و آنچه باقی بماند میان وارث قسمت کرد؟.

جواب: در این مقام باید ملاحظه حال نکاح و صدق را کرد که در وقت صدق کردن منظور چه بوده. هر گاه منظور از پانزده قفیز، دو ثلث بوده و ذکر (قفیز) بنابر مسامحه و شهرت عرفی بوده، مهر صحیح است و دو ثلث آن مال زوجه ها است، و این در معنی

ثلثان است. و ظاهر این است که (جز مشاع معلوم النسبه به اصل) را مثل نصف و ثلث و غیر ذلک، با معلوم بودن هر چند مشاهده باشد در مثل زمین و باغ، جایز است مهر کردن. چنانکه جایز است فروختن. و هر گاه منظور ده قفیز از پانزده قفیز بوده با معلوم بودن مساحت مجموع - به این معنی که زوجه ها ده قفیز را از هر جا خواهند از آن باغچه بگیرند (۱) - پس در آن اشکال است. و در خصوص صدق الحال از کلام علما چیزی در نظر نیست. و لکن مقتضای آنچه در بیع گفته اند (که جایز نیست بیع قفیزی از زمین معینی یا زرعی از کرباس معینی) بطلان است. مگر آن که تعیین شده باشد که مبیع از این سرزمین باشد تا ده قفیز تمام شود، در [این صورت در] آن خلاف است. و اظهر صحت است. بلکه آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) در صورت عدم تعیین هم میل به صحت کرده به جهت آن که عمومات اقتضای صحت می کنند و غرر و جهالت در عرف و عادت لازم نمی آید که منشأ فساد شود هر گاه مشتری ببیند و راضی شود و هم چنین هر گاه بگوید از این سر کرباس یک ذرع را به تو فروختم. و چون امر در صدق آسانتر است از بیع - چون نکاح از معاملات محضه نیست چنانکه فقها تصریح کرده اند و مسامحه کرده اند حتی این که تجویز کرده اند صدق کردن خادم غیر معین، و دار غیر معین را، و گفته اند که خادم وسطی یا دار وسطی باید داد - پس حکم به بطلان مهر در ما نحن فیه نمی کنیم و می گوئیم ده قفیز را مساحت کنند و بر دارند و بعد از آن باقی را تقسیم کنند. مگر این که قرینه عرفی و عاداتی باشد که فهمیده شود که مراد ثلثان باغچه بوده است، که در این وقت قرینه [عرف و] عادت متبع خواهد بود. و احوط مصالحه است به ثلثان، خصوصاً هر گاه در میان وارث صغیری یا مجنونی یا غائبی باشد. و هر گاه منظور ده قفیز باغچه بوده با مجهول بودن مساحت کل - هر چند در السنه با پانزده قفیز مشهور باشد و لکن معلوم باشد که باغچه جزماً مشتمل برده قفیز هست - پس در آن اشکال بیشتر است. دور نیست که در آنجا نیز حکم به صحت کنیم و بر مساحت ده قفیز را وضع کنیم و باقی را به وارث تقسیم کنیم. ..

ص: ۴۱۳

۱- عبارت نسخه: یا معلوم بودن مساحت نه مجموع به این معنی که زوجه ها پانزده قفیز...

۲۴۶: سؤال:

۲۴۶: سؤال: دختر بالغه ای که غیر رشیده باشد ولی هم نداشته باشد، می توان به جهت عمرو عقد نمود یا نه؟ -؟ و بر فرض آن که عقد کرده باشند، آیا عقد او صحیح است یا نه؟ -؟ و بر فرض عدم صحت عقد آیا باید تفریق شود یا نه؟ -؟ و هر گاه عمرو اطلاع نداشته باشد که دختر مزبوره غیر رشیده می باشد، ودخول واقع شده، چه حکم دارد؟ و در صورت آن که حاکم شرع حکم به تفریق کند صداق او چه صورت دارد؟.

جواب:

جواب: هر گاه پدر وجد پدری ندارد ولی او حاکم شرع است وبدون اذن او عقد صحیح نیست. و هر گاه شده باشد، تفریق می شود. و هر گاه بعد از اطلاع حاکم شرع اجازه کند شاید صحیح باشد، واگر نکند باطل است. ومراد از حاکم شرع مجتهد عادل است. وضعیفه با وجود جهالت حال مستحق مهر المثل است. و هر گاه زوج علم به حقیقت حال نداشته بوده است، پس هر گاه کسی تدلیس کرده است ویراو عیب را پوشانیده و [او] فریب خورده است، رجوع می کند به آنچه به آن زن داده از او پس می گیرد، واز خود زن چیزی پس نمی گیرد. واگر فرض شود که آن زن خود تدلیس کرده باشد مستحق مهر نیست. اینها همه در وقتی است که زن دیوانه نباشد بلکه همین سفیه وبی رشد باشد. چنانکه صورت مسأله است ظاهرا. و هر گاه دیوانه بوده حکم او هم همین است به غیر آن که در اینجا تدلیس از جانب زوجه متصور نیست.

۲۴۷: سؤال:

۲۴۷: سؤال: هر گاه شخصی زنی را به عقد خود در آورده. بعد از آن که او را تصرف نموده آزاری به آن زوجه عارض شده که باعث زایل شدن عقل آن زوجه بوده. وآن شخص مدتی به مداوا وادعیه کوشیده به گمان این که این آزار حال عارض او شده. بعد از مدتی که معلوم شده آن ضعیفه چند سال قبل از این مصروعه بوده. وآن شخص نیز به ثبوت شرعی رسانیده که این ضعیفه قبل از این صاحب آزار بوده. و حال به متعلقان زوجه ادعا می کند که شما مرا فریب داده اید در وقت تزویج مرا خبر نکرده اید که این ضعیفه آزارمند می باشد. ومن که این قدر خرج او کرده ام به گمان این که در خانه خودم آزار دار شده، و حال که فهمیدم قبل از آن مریض بوده، حال این زن را نمی خواهم. ومتعلقان زوجه نیز حال قائلند که قبل از این زوجه آزارمند بوده. و حال چونکه تصرف شده ودخول واقع شده، در خصوص فسخ ولزوم این عقد وصداقش چه می فرمایند؟.

جواب: زوال عقل [اگر] به سرحد جنون است، که از جمله عیوب است. و در صورت جهالت به حال، عقد شده الحال که زوج مطلع شده می تواند فسخ نکاح کند و هر گاه به سرحد جنون نیست و همین صریحی است که منشأ اغما و بیهوشی است، این داخل عیوب نیست که بالذات منشأ تسلط بر فسخ باشد. بلی اگر با شرط صحت و عدم آزار گرفته و خلاف آن ظاهر شود می تواند فسخ کرد. و اگر کسی امر را بر او تدلیس کرده و عیب را پوشانیده و او به گمان صحت گرفته هم ظاهر این است که مسلط باشد بر فسخ. ولکن در اینجا الحال تأملی دارم و فرصت مراجعه نیست. احوط این است که فسخ نکند، یا طلاق بگوید (۱) و اما حکایت مهر بعد از دخول پس اگر کسی تدلیس بر او کرده او باید غرامت مهر را بکشد. هر گاه زوجه خود تدلیس کرده هم مستحق مهر نیست. و در صورتی که غیر تدلیس کرده زوجه مستحق (مهر مسمی) است به سبب دخول، مگر در صورت جنون و در وقتی که ولی شرعی او را عقد نکرده باشد. که در اینجا مستحق (مهر المثل) است. و ولی شرعی مجنون (هر گاه جنون از حال صغر بوده متصل به آن باقی مانده) پدر وجد پدری است، و اگر پدر وجد نباشد ولی حاکم شرع است. (۲)

و هر گاه بعد کبر عارض شده، ولی او حاکم شرع است. و باید دانست که خیار فسخ فوری است. و هر گاه بعد از اطلاع راضی شده و بعد پشیمان شده دیگر خیاری ندارد. والله العالم.

۲۴۸: سؤال:

۲۴۸: سؤال: چه می فرمایند در این مسأله که شخصی مدتی است به سفر رفته و مفقود الخبر است. و یک زوجه و چهار اولاد - که یکی ذکور کبیر و سه اناث صغیر - از او باقی است. و قدری املاک و جنس داشته. و در زمان حضور خود ولد ذکور کبیر خود را از خانه بیرون کرده. و حال مدت ده سال می شود که رفته و مفقود الخبر است. زوجه او یکی از صبیبه هارا برداشته و به خانه بکر رفته. و قدری ملک که بوده با اجناس دیگر همه را تصرف نموده. و به ولد ذکور و دو صبیبه دیگر (که زوج او از زوجه دیگر داشته) تصرفی و دخلی نداده. و فروخته و به مصرف خود رسانیده. و ادعا می نماید که پاره ای از این اموال را که فروخته ام از عوض صداق برداشته ام. و پاره دیگر را از عوض نفقه و کسوه خود و صبیبه مذکوره برداشته ام. و م

ص: ۴۱۵

۱- کذا - یعنی چون در صحت فسخ تأمل است پس بهتر است (در صورت تصمیم به جدایی) طلاق بگوید.

۲- رجوع کنید به باب «الحجر التفلیس» از مجلد دوم

از برای خدا و رسول او که دو کلمه قلمی فرمایند که بیع اموال مذکوره صحیح است؟ و نفقه و کسوه خود را حال می تواند ادعا نماید و از اموال مذکوره اخذ نماید یا نه؟ -؟ و با وجود عدم شهود به بقای صداق می تواند صداق خود را بگیرد یا نه؟ -؟ و آن دو صبییه دیگر که برادر ایشان اخراجات ایشان کشیده تا کبیر شده اند، حال هر گاه برادر ایشان قسم یاد نماید که (به این نیت خرج کرده ام که هر گاه پدر ما آمد از او بگیرم والا از متروکات او بردارم)، به او می رسد که اخراجات ایشان را بردارد یا نه؟ -؟ و زن با وجودی که مدعیه موت شوهر باشد نفقه و کسوه می خواهد یا نه و این اموال را [می توان] میان ورثه قسمت کرد یا نه.

جواب:

جواب: زوجه مدخوله غیر ناشزه مستحق نفقه است. و در حال غیبت زوج حاکم شرع باید از اموال او نفقه زوجه را بدهد. و هر گاه دست به حاکم شرع نرسد، عدول مؤمنین متوجه شوند و از اموال او بدهند. و هر گاه ممکن نشود زوجه خود می تواند نفقه خود را از مال زوج بردارد. و هر گاه موقوف باشد بر فروختن مالی از اموال هم بیع صحیح خواهد بود. و هر گاه تصرف بر وجه صحیح نشده باشد و بیع صحیح نباشد، باز نفقه او ساقط نمی شود، و می تواند از مال او بگیرد. و اما نفقه اولادی که فقیر باشند و واجب النفقه پدر باشند، این نیز در حال غیبت پدر در مال او ثابت است. و باید به اذن حاکم شرع یا عدول مومنین بردارند و اگر اذن حاکم شرع و عدول مومنین ممکن نباشد، خود نیز می توانند بردارند. و هر گاه دسترسی به مال غایب نباشد و همان اولاد قرض بکنند در ذمه پدرشان و انفاق کنند، در ذمه پدر ثابت می شود و از مال او آدامی شود. و اما انفاق برادر بزرگ آن صغیرها به نیت قرض، پس اگر قرض را به ذمه پدر می کند که اگر پیدا شود از او بگیرد، پس اگر به اذن حاکم شرع است خوب است می تواند بگیرد. و همچنین هر گاه حسبه کرده باشد با عدم امکان اذن حاکم شرع، ولیکن محتاج است به ثبوت و دور نیست که با عدم تمکن از ثبوت، قول او در نیت مسموع باشد. و اما حکایت صداق، پس او محتاج است به مرافعه، و هر گاه مقدار صداق ثابت است دیگر شاهی بر بقا آن در ذمه زوج ضرور نیست بلی اظهر این است که قسم استظهاری بر بقا آن باید بخورد. و اما استیفای آن از مال، هر گاه غیر معین باشد و محتاج به تعیین باشد با فروختن

بعض اموال، پس آن موقوف است به اذن حاکم. علی ای حال چون پای قسم و مرافعه در میان است، محتاج است به رجوع به حاکم، و تصرفی که بدون این شده در باب صدق بی صورت است. و هر گاه زن مدعیه موت شوهر باشد مستحق نفقه نیست، خصوصاً هر گاه حامله نباشد و در عده نباشد. و اما قسمت اموال، پس آن موقوف است به این که موت محقق شود، یا آن قدر از موت غایب بگذرد که عادتاً بیش از آن عمر نمی کند. و در این زمان صدویست سال (بلکه صد سال هم) ظاهر این است که کافی باشد.

۲۴۹: سؤال:

۲۴۹: سؤال: هر گاه زید با هند در حینی که ذات بعل بوده وزنا نموده. آیا در این صورت صبیّه هند مذکوره را که قبل از ایام زنا متولد شده بوده است. شرعاً زید زانی می تواند در حباله نکاح خود در آورد یا نه؟

جواب:

جواب: مشهور میان علمای امامیه حرمت است. واحوط اجتناب است. والله العالم.

۲۵۰: سؤال:

۲۵۰: سؤال: هر گاه دو طفل با هم وطی کرده باشند، و فاعل خواهر مفعول را گرفته باشد، اولادی از او بهم رسیده باشد. آیا آن طفل حرامزاده است یا نه؟ -؟ و بعد از علم به حرمت محتاج به طلاق زوجه هست یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اگر طرفین علم به حرمت نداشته باشند آن طفل حرام زاده نیست. و بعد از علم به حرمت، طلاق در کار نیست. (۱)

۲۵۱: سؤال:

۲۵۱: سؤال: پدر به جهت پسرش زنی بگیرد و مهری تعیین کند. و پسر فوت شود و چیزی از او باقی نماند که به مهر داده شود. آیا پدر ضامن مهر هست یا نه؟

جواب:

جواب: بلی پدر ضامن است در صورتی که عقد را در حال صغر پسر کرده باشد. و آن صغیر هم مالی نداشته باشد. اما اگر صغیر مال از خود داشته بوده است، پدر ضامن نیست بلکه تمام مهر بر ذمه صغیر است اگر مساوی تمام مال داشته باشد. و مساوی آنچه داشته باشد بر ذمه او است هر گاه مساوی تمام مال ندارد. و در حالی که صغیر فقیر بوده باشد هر چند بعد از عقد مالدار بشود هم بر صغیر واجب نیست، چه جای آن که به همان فقر باقی مانده باشد. بلی دور نیست که هر گاه پدر در حال فقر صغیر، در عقد ۵.

شرط کند که ضامن نباشد، بگوئیم که ضامن نیست. هر چند ظاهر اکثر علما در اینجا نیز ضامن است. و هر گاه پسر کبیر بوده و پدر وکیل بوده، پس مهر بر ذمه پسر است. مگر آن که پدر عینی از مال خود مهر او قرار داده باشد، یا مهر را در ذمه پسر قرار داده باشد و خود ضامن شده باشد.

۲۵۲: سؤال:

۲۵۲: سؤال: زن می تواند ممانعت کند شوهر را از دخول تا مهر خود را بگیرد یا نه؟

جواب:

جواب: بلی هر گاه مهر حال باشد - یعنی موعده معین از برای آن قرار نداده باشند و شرط هم نکرده باشد که عند الاستطاعه بدهد، و معنی از دخول هم نباشد - می تواند منع کند. پس تا مهر را نگیرد (به دست خود، یا به دست عادل، یا به دست کسی که طرفین به او راضی شوند) جایز است از برای او ممانعت. و بعضی علما در صورت اعسار زوج گفته اند که (مانع نمی تواند شد). و اشهر بلکه اظهر جواز ممانعت است در این صورت نیز. و تحقیق این مسأله مبتنی است بر این که نکاح از عقود معاوضات باشد نه محض (تعبد). و دور نیست که چنین باشد. و در (عقود معاوضه) جایز است ممانعت از اقباض هر یک از طرفین قبل از اخذ عوض. و هر گاه صداق مؤجل باشد، جایز نیست ممانعت هر چند دخول نکرده باشد تا اجل منقضی شود.

۲۵۳: سؤال:

۲۵۳: سؤال: هر گاه زنی شوهر بکند به شخصی به مهر معینی، و شرط کند در ضمن عقد که ده سال هم از برای او یا از برای پدرش کار کند، یا آن که اصل مهر خود را به این قرار بدهد که: شوهر ده سال از برای او یا برای پدر او کار کند. آیا این عقد و مهر صحیح است یا فاسد؟

جواب:

جواب: اما صورت اولی: پس مشهور علما ظاهراً جواز است. و تمام ادله از عمومات و آیات در اصل مهر افاده می کنند که (هر چیزی که تراضی به آن حاصل شود، خوب است) و هم چنین عمومات آیات و اخبار که دلالت دارند بر وجوب (وفای به شرط و عقد) و غیر آن، دلیل آن است. و بعضی اخباری که دلالت بر منع این شرط دارد، دلالت آنها مقذوح است. و در آنجا که فقها ذکر کرده اند که (هر گاه در حین عقد نام ببرند از برای زن چیزی و از برای پدرش چیزی، آنچه از برای زن است لازم است و آنچه از برای پدر

است باطل است) وحديث صحيحی هم بر این مضمون هست، پس آن در صورتی است که شرط ضمن العقد نباشد. چنانکه در رساله دیگر تحقیق آن کرده ام. و آنچه ظاهر می شود از شهید ثانی (ره) در مسالك که (اجیر شدن شوهر از برای پدر زن، در شرع مجایز نیست) بر اطلاق خود باقی نیست و مسامحه کرده است در تقریر. و آن قدری که ما مسلم داریم از این (منع) این است که: پدر زن، شوهر را از برای خود اجیر کند در عوض مهر دخترش بدون این که دختر خود مباشر آن باشد، یا راضی به آن باشد، و صغیر و محجور علیه نباشد. اما هر گاه به رضای دختر باشد (خصوصا هر گاه مهر چیزی دیگر هم باشد و این شرطی باشد در ضمن آن) پس در آن امر آسانتر است. و از آنچه گفتیم حکم باقی سؤال ها معلوم می شود. بلی، خفائی که هست در آن صورت اخیری است که مجموع مهر را این قرار بدهد که شوهر از برای پدر کار کند. دلیل بر بطلان آن نیز بر حقیر ظاهر نیست. و اخباری که بر بطلان آن اشعار دارند همگی مشتمل اند یا بر ضعف سند، یا ضعف دلالت، یا چیزی که باعث وهن در اعتماد بر آن هست. و حکایت موسی و شعیب ظاهرا مبتنی بر استقلال شعیب بوده در آن امر که ما آن را تجویز نمی کنیم. و می گوئیم این در شرع او بوده است، و در شرع ما چنین نیست. نه آن که مطلقا تجویز آن نکنیم و نفی آن کنیم از شرع خودمان. و شاهد آن این است که در آن احادیث بر منع استدلال کرده اند علت که مذکور است در اینها این است که (چون شوهر نمی داند که زننده می ماند که وفا کند یا نمی تواند که این کار را بکند و اما موسی (علیه السلام) میدانست که وفا خواهد کرد). و تو میدانی که این علت موجه نیست. و اگر به این قائل شویم اکثر صدق ها باطل می شود. و حال آن که از جمله آنهاست تعلیم قرآن و غیر آن.

۲۵۴: سؤال:

۲۵۴: سؤال: هر گاه شخصی دختر خود را تزویج کند به شخصی، و ده تومان (مثلا) به مصرف اخراجات عروسی آن برساند. و شرط کند که ده سال هم داماد خدمت او را بکند و اگر وفا به شرط نکند ده تومان را رد کند. و برادر داماد هم ضامن شود که (هر گاه این داماد کوتاهی در وفا کند ورد کردن وجه بر او لازم شود و ندهد من ضامن باشم و آن وجه را من بدهم). و داماد وفا به شرط نکرد و فوت شد. و پدر دختر هم فوت شد. آیا این

شرط واین ضمان صحیح است یا نه؟ و وارث پدر ادعای وجه مزبور را بر آن برادر می تواند کرد یا نه؟ و بر فرضی که تواند، آیا برادر رجوع به ترکه برادر خود که فوت شده، به جهت غرامت می تواند کرد یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر واشهر صحت شرط مزبور است. وبا انقضای (۱) وفا به شرط، پدر مستحق ده تومان می شود. و آن حق منتقل به وارث می شود و وارث او از برادر داماد می تواند مطالبه کند. به جهت آن که مقتضای ضمان همین است. و توهّم این که این داخل (ضمان مالم یجب) است پس باطل است، توهّم فاسدی است. به جهت آن که هر چند در حال شرط ضمان هنوز چیزی بر گردن داماد ثابت نشده و واجب نشده که برادر ضامن او شود، لکن او ضامن وی شده بر تقدیر تخلف از شرط. و در صورت تخلف آن مال بر گردن او لازم است. پس برادر ضامن او است در ادای آن مال بر تقدیر ثبوت. چنانکه در (ضمان عهده درک ثمن مبیع) چنین است. یعنی هر گاه کسی ملکی بفروشد به دیگری به ثمن معینی، و ثالثی ضامن شود از برای مشتری که اگر مبیع مستحق غیر بر آید، ضامن رد ثمن باشد. این صحیح است. و حال آن که در وقت این معامله و عقد، ضمان چیزی بر بایع لازم نیست در ظاهر. و بدان که: این مسأله داخل در (ضمان حال) است بر (دین حال). به جهت آن که تعلق وجوب رد به ذمه داماد، و تعلق ضمان به ذمه برادر، در (آن) واحد است، که آن زمان تخلف از شرط است. گوازهین عقد تا آن وقت مدتی فاصله شود. و بعضی از عمومات ادله صحت ضمان مؤجل است از دین. چنانکه اگر ضمان را در اینجا مؤجل کند هم صحیح است. مثل این که بگوید که (هر گاه برادر من که داماد است تخلف کند از شرط و تا یک ماه بعد از تخلف ادا نکند من متعهد رد وجه تو هستم). و به هر حال هر گاه برادر که ضامن است وجه را رد کرد به وارث پدر زن، می تواند رجوع کند به ترکه مضمون عنه، یعنی داماد که فوت شده است. و اینها همه در وقتی است که دختر بالغه رشیده باشد و پدر را وکیل در تزویج و شرط ضمن العقد و غیره کرده باشد. والا از برای ولی ثابت نیست جواز این شرط. ظ.

ص: ۴۲۰

چنانکه در مقام خود تحقیق کرده ایم(۱) که: شرط ضمن العقد در حکم جز احد طرفین است. و جز مهر مال زن است و مال پدر نمی تواند شد الا به اذن او. و جایز نیست که پدر آن را از برای خود قرار دهد.

۲۵۵: سؤال:

۲۵۵: سؤال: چه می فرمایند در این سؤال شرعیه که زید و عمرو با هم در چند قطعه اراضی شریک می باشند. و زید مزبور یک قطعه مشخص و معین از آن اراضی مشترکه را در مهر زوجه خود می نماید. بعد از چند وقت دیگر که آن اراضی مشترکه را عمرو و زید تقسیم می نمایند آن قطعه زمین که زید در مهر زوجه اش نموده، رسد عمرو می شود. و زید عوض آن را در جای دیگر به زوجه نمی دهد و فوت می شود. آیا زوجه مزبوره را می رسد که بعد از فوت زید مزبور در عوض قطعه زمین مذکور را ترکه زید زمین دیگر متصرف شود یا نه؟

جواب:

جواب: به قدر حصه زید از آن زمین که صدق زوجه کرده ممضی است و مال زوجه است و قسمت مذکوره باطل است. به جهت آن که مال غیر داخل اموال مشترکه است یعنی زوجه. و تقسیم مال غیر بدون اذن او صورتی ندارد. و در ازای آن نصف دیگر که مال شریک او بوده، باید زید از عهده بر آید. و ظاهر این است که به نسبت به آن از مهر المثل تنخواه می گیرد. یعنی بر آورد مهر المثل زوجه را می کند و نصف مهر المثل را عوض نصف زمین می گیرد. و محتمل است که اگر زوجه خواهد، دست از همه زمین بردارد و رجوع به مهر المثل بکند. به جهت آن که تراصی میان آنها بر همه زمین واقع شده بوده است، و چون آن به عمل نیامد از آن دست بر میدارد و به مهر المثل رجوع می کند.

۲۵۶: سؤال:

۲۵۶: سؤال: دختر بالغه عاقله رشیده باکره بدون اذن پدر و جد پدری می تواند شوهر بکند یا نه؟

جواب:

جواب: در این مسأله شش قول یا هفت قول است و اکثر اقوال بسیار ضعیف است و مجال ذکر آنها و تضعیف آنها نیست. و اقوای آنها سه قول است: اول استقلال دختر در ولایت امر خود. دوم: استقلال پدر و جد بدون مدخلیتی از دختر. سوم: تشریک و لزوم اذن از هر دو. و اقوای اقوال در نظر حقیر قول اول است. به جهت (اصاله عدم لزوم اذن)، و «.

ص: ۴۲۱

عمومات آیات با اطلاقاتی که راجع می شود به عموم در کلام حکیم. مثل قوله تعالی (فانکحوا ما طاب لکم من النساء) (۱) و (فلا تعضلوهن ان ینکحن ازواجهن) (۲) و (حتی تنکح زوجا غیره) (۳) و (فلا جناح علیکم فی ما فعلن فی انفسهن بالمعروف) (۴) و امثال اینها که نکاح در آنها نسبت داده شده است به زنان بدون فرقی و تفصیلی. و مراد از (معروف) در آیه تعرض از برای ازدواج و عدم حد او است. و اجماع منقول که سید مرتضی (ره) در انتصار نقل کرده. و خصوص اخبار کثیره مثل صحیحہ فضلا (۵) که صدوق آن را به سند صحیح و کلینی به سند حسن روایت کرده [اند]. و تعجب از شهید ثانی [است] که آن را وصف به حسن کرده و منع صحت آن کرده. و شاید کتاب فقیه در نظر او نبوده. با وجود آن که (حسن به ابراهیم بن هاشم) هم (کالصحیح) است. (۶)

از امام باقر (علیه السلام) که فرموده (المراة التي قد ملک نفسها غیر السفیہ ولا المولی علیها، تزویجها بغیر ولی جایز). و در متن این حدیث گفتگو بسیار کرده اند، و شبهات در آن طرح کرده اند. و حق این است که این سخن هاهمه دور از صواب است، و محتاج به ذکر نیست. و بر این استدلال ایراد مصادره کرده اند که (ما قبول نداریم که باکره مالک نفس خود است یا آن که مولی علیها نیست. و همین اول دعوی است). و حق این است که در اینجا مصادره نیست، و ظاهر حدیث این است که زنی که مالک نفس خود باشد، یعنی آزاد باشد و مملوکه نباشد، و این صفت داشته باشد که سفیه نباشد، و این صفت داشته باشد که مولی علیها نباشد، یعنی مجنونه و صغیره نباشد. پس به درستی و به تحقیق که شوهر کردن او بدون ولی جایز است. و می تواند شد که (غیر السفیہ ولا المولی علیها) و صف توضیحی باشد بر (ملک نفسها). یعنی هر زنی که محجور علیها نیست در مال،

ص: ۴۲۲

۱- آیه ۳ سوره نساء.

۲- آیه ۲۳۲ سوره بقره.

۳- آیه ۲۳۰ سوره بقره.

۴- آیه ۲۳۴ سوره بقره.

۵- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۳، ح ۱.

۶- عبارت نسخه: با وجد آن که حسن به ابراهیم بن هاشم، که آن صحیح نیست از امام.

محبور علیها نیست در نکاح. چنانکه از اخبار بسیار دیگر هم مستفاد می شود که مراد از (مالکیت امر) همین است. (۱)

و به هر حال دلالت حدیث در کمال وضوح است. و دعوی این که (مالکیت نفس به زوال بکارت به جماع حاصل می شود). با وجود خفای آن و محل اشتباه بودن، اولی بود به تصریح و بیان، از سفیهه نبودن و مجنونه و صغیره نبودن. پس ذکر این وصف ها، بدون آن، شاهد صدق است بر این که از (مالکیت نفس) مراد (ثبوت) نیست. پس باید مراد از مالک نفس بودن، امر معهود واضحی باشد تا همینکه بفرماید (هر زنی که مالک نفس خود است، نکاح او بدون اذن ولی جایز است) مخاطبین بدانند. و شکی نیست که ثیب بودن از امور معهوده نیست. و هر گاه مراد امر مجهولی است و محتاج به تفسیر است و آن دو صفت مذکوره تفسیر آن هستند پس هر گاه ثیب بودن هم داخل بود، آن اولی بود به ذکر و بیان. و هر گاه این را دانستی ظاهر می شود بر تو وجه صحت استدلال بر مذهب ما نیز به صحیحه عبد الرحمن بن ابی عبد الله از حضرت صادق - ع - (قال تزوج المرأة من شئت اذا كانت مالكة لامرها، فان شئت جعلت وكيلا) (۲) به جهت آن که مراد از مالکیت امر همان است که گفتیم. و بعد هم خواهد آمد. و مثل صحیحه منصور بن حازم - وقدح در سند آن به سبب وجود عباس [به ادعای این که او [مشترک] است] میانه ثقة و غیر ثقة، خوب نیست. به جهت آن که ظاهر این است که (عباس بن معروف) ثقة است به قرینه روایت محمد بن علی بن محبوب از او. با وجود آن که غالب الوقوع در اسناد (خصوصا در این طبقه) او است و اطلاق هم منصرف به او می شود. و مدار در علم رجال و تصحیح اسناد، به امثال این ظنون است - از حضرت صادق (علیه السلام) روایت کرده است (قال: تستأمر الکبر و غیرها ولا تنکح الابرارها). (۳) یعنی بکرو غیر بکر مساوی است که باید نکاح به اذن آنها باشد و هیچ زنی را نکاح نمی توان کرد مگر به امر و رخصت او. و در این هم قدح کرده اند به این که (این حدیث نفی شریک نمی کند، و ضرور بودن).

ص: ۴۲۳

۱- همان مرجع: باب ۹، ح ۱.

۲- ابواب عقد النکاح، باب ۳، ح ۸.

۳- همان مرجع، ح ۱۰.

اذن او دلالت نمی‌کند به این که اذن پدر وجد در کار نیست). و این بسیار بعید است خصوصاً از طریقه امامیه و اجماع ایشان در غیر بکر که اذن ولی را شرط نمیدانند. و سیاق حدیث به یک سیاق است. و دیگر این که مفهوم (حصر) این است که نکاح می‌شود بکر و غیر بکر به امر خودشان. و متبادر از حرف (ب) در اینجا (سببیه تامه مستقله) است، و این در کمال وضوح است. و مثل روایت سعدان بن مسلم (قال: قال ابو عبد الله (عليه السلام) لا باس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن اييها). (۱) و دلالت حدیث در کمال وضوح است، و قدح در سند آن به سبب سعدان بن مسلم (چون توثیقی برای او نقل نکرده اند) ممکن است و لکن در ترجمه او ذکر کرده اند که او از جمله آن کسانی است که صفوان بن یحیی از او روایت می‌کند، و او از اهل اجماع عصا به است. و این از مقومات سند است. و عمل اصحاب به آن جابر ضعف او است. و خصوص روایت زراره از حضرت باقر - ع - (قال: اذا كانت المرأة مالكة امرها تبيع و تشتري و تعتق و تشهد و تعطي مالها ما شات، فان امرها جائز تتزوج ان شات بغير اذن وليها، وان لم يكن كذلك فلا- يجوز تزويجها الا بامر وليها). (۲) و قدح در سند روایت به جهت موسی بن بکر، بی وجه است. به جهت آن که علمای رجال گفته اند که کتاب او معتمد است. و علامه (ره) تصحیح کرده است سندی را که موسی بن بکر در او هست. و راوی او هم در این سند فضاله بن ایوب است و در حق او ادعای اجماع عصا به شده است بر (تصحیح مایصح عنه).. همچنین ابن ابی عمیر و صفوان هم گاهی از او روایت می‌کنند و حال ایشان هم معلوم است. و به هر حال چنین حدیث [ی] در معنی صحیح است. خصوصاً با اعتضاد به عمل جمهور اصحاب.

و روایت ابی سعید قماط (۳) و روایت حلبی (۴) و غیر آنها صریح الدلاله اند بر مطلوب. از تتبع اخبار بر می‌آید که همینکه حجر مالی زائل شده حجر نکاحی هم زائل می‌شود. و مؤید مطلوب است این که جمعی استدلال کرده اند که مناط تصرف، بلوغ و رشد است و

ص: ۴۲۴

۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۹، ح ۴.

۲- همان، ح ۶.

۳- موفق به دریافت این حدیث نشدم.

۴- ظاهراً ح ۴، از باب ۴ باشد.

آن در مال و نکاح مساوی است. وبعد از جزم به علیت از ملاحظه اخبار، اشکالی در استدلال به آن نیست. ولکن بنفسه دلیل بودن آن محتاج است به قطعی بودن علت تا از قیاس خارج شود. و به این سبب ما آن را مؤید شمردیم، نه دلیل. و دلیل قول دوم روایات بسیار است مثل صحیحہ محمد بن مسلم از یکی از دو امام علیهما السلام (قال: لا تستأمر الجاریه ادا کانت بین ابویها، لیس لها مع الاب امر، وقال: یستامرها کل احد ما عدا الاب). (۱) و بر این حدیث وارد است که دلالت می کند بر منع ولایت جد. و مثل این است صحیحہ زراره (قال سمعت ابا جعفر - ع - یقول: لا ینقض النکاح الا الاب). (۲) و صحیحہ حلبی از حضرت صادق - ع - (فی الجاریه یزوجها ابوها بغیر رضا منها، قال: لیس لها مع ابیها امر، اذا انکحها جاز نکاحه وان کانت کارهه). (۳) و این حدیث مخالف اعتبار است و مستلزم عسر و حرج عظیم، بلکه ظلم و تعدی بر نفس ضعیفی عاجزی، خصوصاً هر گاه مراد پدر در آن معنی، محض مراعات دنیا و خواهش خود باشد. آیا چنین حدیثی چگونه می آید در برابر اصل براءت و اصل عدم و لزوم عدل و رجحان احسان، و موافقت مله سمحه سهله بیضا. خصوصاً این که حدیثی که روایت شده در حکایت تزویج فاطمه علیها السلام، دلالت بر نفی آن دارد. و پسر شیخ طوسی (علیه السلام) آن را در امالی خود روایت کرده است به سند خود از ضحاک بن مزاحم از جناب امیر المؤمنین (علیه السلام) که آن حضرت حکایت کرده تزویج فاطمه (علیه السلام) را و اینکه آن حضرت طلب کرد آن سیده را از رسول خدا (صلی الله علیه و آله) پس آن جناب فرمودند: یا علی پیش از تو مردان چند خواهش کردند پس هر گاه در نزد او میگفتم در روی او علامت کراهت او میدیدم. پس تو درنگ کن تا من بیرون آیم. پس آن حضرت داخل شد و خبر داد فاطمه (علیه السلام) را و فرمود که علی در امر تو سخن می گوید پس رأی تو چه چیز است؟ پس فاطمه (علیه السلام) ساکت شد و روی خود را نگردانید و رسول خدا در او کراهت مشاهد نکرد. پس برخاست و فرمود (الله اکبر سکوتها اقرارها). پس هر گاه پدر مستقل بود در امر دختر، آن جناب اولی بود به عدم رد آنهایی که قبل خطبه کرده بودند. ۷.

ص: ۴۲۵

- ۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۴، ج ۳ و ۱.
- ۲- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۴، ج ۳ و ۱.
- ۳- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۹، ح ۷.

وصحیحه ابن یعفور از حضرت صادق - ع - (قال: لا تزوج ذوات الایا من الایکار الا باذن آبائهن). و بر این حدیث مناقشه شده به این که دلالت بر نفی شریک نمی کند. و صحیحه عبد الله بن الصلت (قال: سألت ابا الحسن عن الجاریه الصغیره یزوجها ابوها، ألها امر اذا بلغت؟ قال: لا. وسألته عن البکرا اذا بلغت مبلغ النسا ألها مع ابیها امر؟ قال: لا لیس لها مع ابیها امر مالم تثیب). و چند روایت ضعیف دیگر هم هست. و به هر حال: هر چند در این طرف احادیث بیشتر باشد موجب و هن آن بیشتر می شود که جمهور فقها از آنها اعراض کرده اند و بنای عمل را به اخبار سابقه گذاشته اند. و ظاهر این است که باید این اخبار را حمل بر تقیه کرد. چون اکثر عامه بنای ایشان بر این است، بلکه در ثیب هم ولی را در کار میدانند. و الحال هم متعارف در میان ایشان است و قطع نظر از این هم این احادیث مقاومت با ادله مشهور نمی کند. به جهت اعتضاد به شهرت و موافقت کتاب و سنت و اعتبار و اصل نفی عسر و حرج و امثال به طریقه عدل و تجافی از ظلم و جور. و در این طرف هیچ مؤیدی نیست. الا کثرت اخبار، و آنهم فایده ندارد. به جهت این که اخبار صحیحه آنها مقدوح اند (چنانکه گفتیم) و اخبار ضعیفه جابری ندارند. و بر فرضی که خبر صحیح و بی قدح باشند هم مقاومت با آن اخبار نمی کنند. و در احادیث نبویه نیز از ابن عباس دو حدیث روایت شده که صریح در مطلوب ما است. و اما دلیل قول به تشریک: موثقه صفوان بن یحیی است: قال: (استشار عبد الرحمن موسی بن جعفر - ع - فی تزویج ابنته لابن اخیه، فقال: افعل ویکون ذلک برضاها فان لها فی نفسها نصیبا. قال: واستشار خالد بن داود موسی بن جعفر - ع - فی تزویج ابنته علی بن جعفر فقال، افعل ویکون ذلک برضاها فان لها فی نفسها حظا) (۱) و این که در تشریک حاصل می شود جمع بین الاخبار. و تومی دانی که ترجیح مقدم است بر جمع. و دلیلی بر لزوم جمع (به هر نحو اتفاق افتد) نیست. خصوصا آن که در بسیاری از اخبار طرفین نفی تشریک شده است. و اما موثقه صفوان: پس آنهم چون از حضرت کاظم (علیه السلام) مروی است و تقیه در زمان آن ۲.

ص: ۴۲۶

حضرت شدید بود، تصریح به این که (کل امر با او است) نتوانسته اند کرد، وبالمهر هم از استرضای آن دست بر نداشته اند. وبر فرض تسلیم دلالت بر وجوب، شکی نیست که این حدیث مقاومت نمی کند با آن ادله. پس اولی حمل آن است بر استحباب. و هم چنین اکثر اخبار قول دوم. وبه هر حال احتیاط در جمع بین رضای هر دو است هر وقت که ممکن باشد. واما در وقتی که پدر غایب باشد ودست به او نرسد: پس اشکال کمتر است، خصوصاً هر گاه مستلزم عسر و حرج باشد. بلکه در اینجا احتیاط در استقلال بکر است خصوصاً با رغبت به شوهر. واین نزاع در مسأله وقتی است که ولی او با وجود کفو مانع از نکاح او نباشد. واما هر گاه ولی منع کند او را از شوهر کردن با وجود کفو وخواهش داشتن دختر به شوهر کردن، پس ولایت پدر وجد ساقط می شود بلا خلاف. واجماع بر آن نقل کرده اند. و ظاهر این است که رجوع به حاکم واثبات منع در نزد او واذن گرفتن از او (چنانکه از بعضی کلمات علامه - ره - در تذکره مستفاد می شود) ضرور نیست. و خود علامه در تذکره تجویز استقلال کرده و نقل کرده است آن را از جمیع علمای ما، با تصریح به عدم اشتراط مراجعه به حاکم.

۲۵۷: سؤال:

۲۵۷: سؤال: هر گاه کسی از برای او رعاف حاصل شد وبر حاصل شد وبعد از آن چند روز دیگر هم باز حاصل شد وبر حاصل شد. و هم چنین چند دفعه عارض شود و رفع شود ودر مرتبه آخر به سبب رعاف فوت شود. وهمین شخص در حالی که رعاف رفع شده بوده زنی عقد کرده وبعد از مدتی فوت شود به رعاف آخری. آیا زوجه مستحق صداق هست یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: هر گاه دخول واقع شده است اشکالی در صحت عقد واستحقاق تمام مهر و میراث نیست. اما هر گاه دخول واقع نشده باشد، در مسأله اشکال حاصل می شود از راه این که این از افراد مسأله نکاح مریض باشد. که مشهور علما بلکه خلاف صریحی، بلکه خلاف ظاهری ندیدیم در این که در صورتی که به همان مرض بمیرد با عدم دخول، نکاح باطل می شود، و نه مستحق مهر المثل است و نه میراث. و اخبار معتبره بر آن دلالت

دارد. (۱) بلکه از بعضی حکایت دعوی اجماع هم بر آن شده. و اما هر گاه از آن مرض صحت بیاید و به مرض دیگر بمیرد، یا بعد از دخول بمیرد عقد صحیح است، و همه احکام آن بر آن مترتب است. پس باید ملاحظه کرد که رعا ف را مرض می گویند یا نه؟ - و اینکه مجموع رعا ف ها یک مرض است یا هر یک مرض علی حده اند. پس بنا بر این که رعا ف را مرض نگویند، یا آن که هر یک از آنها مرض علی حده باشد، باز عقد صحیح است و آثار آن بر آن مترتب می شود. به جهت آن که مفروض این است که در حال رفع عقد کرده. و اما بنابر این که مرض باشد و مجموع را یک مرض میدانیم که صادق باشد که در حال رفع رعا ف عقد کرده آنهم در حال مرض بوده، پس عقد باطل می شود به جهت عدم دخول. نه مهر می برد و نه میراث. و در این معنی رجوع باید کرد به اطبا. و بدان که: محتمل است که در این مسأله جاری بشود همان سخنی که در مسأله (منجزات مریض) ذکر کرده اند که (آیا شرط است در مرض این که مخوف باشد یا مطلق مرض کافی است) و فقها در آنجا مثل درد چشم و درد دندان و فالج و امثال آنها را در حکم صحت گرفته اند. و امثال آزارهایی که قطع به هلاک در آنها هست، مثل قطع حلقوم و مری، و دریدن شکم و بیرون آوردن احشا، یا ظن غالب، مثل طاعون و اسهال مفرط، و زخمی که به سر بخورد و به اماغ برسد، آنها را از جمله آزار مخوف که جزما حکم منجزات بر آن مترتب می شود، گرفته اند. و بعضی مساوی الطرفین است مثل تب مطبقة. بخلاف تب غب و ربع که اظهر در آن عدم خوف است مگر این که با آنها سرسام یا رعا ف مفرط یا ذات الجنب باشد. و به هر حال: هر چند در مسأله منجزات، اظهر در نظر حقیر (خروج از اصل) است و محتاج به دانستن آنها نیستیم. لکن اظهر این است که بنابر قول اعتبار ثلث، مخوف بودن مرض شرط باشد. و از اخبار چنین مستفاد می شود که حکمت چون عدم اضرار به ورثه است، و غالب این است که اضرار در این وقتی است که در مرض مخوف تنجیز بکند. و چون دور نیست که حکمت در مسأله ماهم حرمان ورثه باشد از مقداری که به این زوجه می رسد از میراث، و از این جهت است که اظهر واقوی این است که در همین ۳.

ص: ۴۲۸

مسأله هر گاه زوجه قبل از دخول، پیش از زوج بمیرد و زوج هم در همان مرض بمیرد و زوج از زوجه میراث می برد. زیرا آن حکمت در اینجا نیست، بلکه خلاف آن هست. با وجود آن که اصل حکم به بطلان عقد خلاف اصل است، پس باید اکتفا کرد به قدر متیقن که صورت موت زوج است قبل از زوجه. لهذا باید بگوئیم که در اینجا هم مخوف بودن مرض معتبر باشد. ولکن اخبار مطلق اند، وقول صریح هم از علما در اینجا ندیده ام که متعرض مخوف بودن مرض شده باشند. پس در مسأله اشکال حاصل می شود از جهت اطلاق مرض در اخبار. (۱)

و از جهت آن که اصل حکم خلاف قرآن و سنت است و به این جهت هم از کلام شهید در دروس و محقق در شرایع، در اصل حکم نوعی تردد و توقف ظاهر می شود. هر چند در نافع و لمعه جزم کرده اند به حکم. و حق این است که جای تردد در اصل حکم نیست. ولکن بعد از بنای بر آن، اشکال در شمول مطلق مرض هست، به جهت ملاحظه حکمت. پس حکم به بطلان این عقد که از او سؤال شده موقوف است به این که مجموع ایام حصول رعا ف و رفع آن، همه را مرض گویند و مخوف هم دانند (بنابر اعتبار آن)، یا اکتفا کنند به صدق مرض بنابر عدم اعتبار آن. و دور نیست ترجیح صحت آن عقد. خصوصا در صورتی که قصد اضرار ورثه نداشته است. به سبب عمومات و اطلاقات کتاب و سنت، و عدم تبادر این قسم مرض، خصوصا در حال رفع رعا ف از اطلاقات (اخبار نکاح مریض که اطلاق مریض بر آن مشکل است و هم چنین حصول خوف هلاک. و بر فرض عدم صدق مرض بر آن، منشأ الحاق به (مریض) نمی شود. چنانکه مشهور علما در مسأله (منجزات مریض) حال طلق حامل، و حال مرامات کثیره در حرب در وقتی که دو قشون درهم بریزند و از هر طرف تیرباران باشد (وامثال آن) را ملحق به مرض نکرده اند. بلی هر گاه آزار دیگر هم داشته باشد مثل تب و لکن به سبب رعا ف از هاق روح او شده - هر چند عقد در حال رفع رعا ف باشد - اظهر دخول آن است در اخبار. و حکم به بطلان در این صورت که گفتیم دور نیست. و اگر بنا را بر صحت بگذاریم، در باب مهر همان خلاف عظیم در میان می آید. مشهور این است که تمام مهر را مستحق می شود. و قول دیگر تنصیف است. و از طرفین اخبار معتبره هست. و احتمال تقیه در ۳.

ص: ۴۲۹

۲۵۸: سؤال:

۲۵۸: سؤال: هر گاه کسی چیزی را مهر زوجه خود بکند که ملک مسلم به آن تعلق نمی گیرد، یا مطلق ملک به آن تعلق نمی گیرد (مثل انسان آزاد. یا آن که آن مال غیر بوده و او صدق کرده بعد از آن مستحق غیر بر آید تمام آن یا بعض آن). چه باید کرد؟ وحق زوجه چه چیز است؟

جواب:

جواب: اختلاف کرده اند علما در این که هر گاه مسلم مهر زوجه بکند چیزی را که مالک آن نمی شود (مثل خمر و خنزیر) یا ملک تعلق به آن نمی گیرد مثل آن که شخص حری را مهر کند - بعد از آن که اتفاق کرده اند بر این که آن مهر فاسد است - آیا (۲) عقد هم فاسد است یا نه؟ -؟. مشهور واقوی صحت است، به جهت عمومات ادله. و موید این آن است که اخلا عقد از ذکر مهر مطلقا جایز است. و وجهی از برای بطلان تصور نمی شود الا این که در عقد تراضی ضرور است، و مفروض این است که تراضی واقع نشده الا - به مهر فاسد، و به بطلان مهر تراضی بر آن منتفی می شود، پس مطلق تراضی منتفی می شود، پس عقد فاسد می شود. و جواب آن این است که: بطلان مهر مستلزم انتفای مطلق تراضی نیست. و آنچه دلیل بر آن قائم شده لزوم تراضی است در حین عقد، نه در استمرار. و بسیار اوقات هست که بعد از تنبه باز بر بقای عقد راضی اند. پس استلزام ممنوع است. و شهادت می دهد نیز حکم علما و اخبار بر این که (به فساد شرط، عقد فاسد نمی شود). و حال آن که تراضی در عقد بر آن شرط موقوف بوده است. بلکه امر در اینجا واضحتر است. پس معلوم شد که قول به بطلان عقد به فساد مهر، ضعیف است. و بعد از این خلاف، اختلاف کرده اند که آیا بر زوج چه چیز لازم است از برای زوجه؟. و مشهور اقوال نیز در اینجا (مهر المثل) است هر گاه دخول کرده باشد. خواه آن شیء قیمتی داشته باشد مثل خمر و خنزیر که فی الجمله قیمتی دارند، و خواه نداشته باشد مثل حر. و بعضی گفته اند: قیمت آن چیز را در نزد مستحلین آن، می دهد، و اگر مثل حر باشد که قیمتی ندارد، آن را عبد فرض می کنند و قیمت می کنند. و بعضی گفته اند که: ..

ص: ۴۳۰

۱- رجوع کنید به مساله ۲۳۹ از همین مجلد.

۲- در نسخه: در اینکه...

در چیز قیمت دار قیمت را می دهد و در بی قیمت مثل حر رجوع به مهر المثل می شود. و دلیل قول اول این است که: مسمی باطل می شود، و به سبب دخول مستحق مهر المثل می شود، بنابر قاعده اتلاف. و بعضی این را ملحق کرده اند به (مفوضه البضع)، به جهت آن که مسمای باطل در حکم عدم است. و لازم این قول این است که با دخول مهر المثل لازم باشد، و بدون دخول متعه یعنی زوج چیزی میبخشد به زوجه به اندازه وسع خود. و این را در شرح لمعه نقل کرده است و معلوم نیست قائل آن کیست. و ظاهر کلام علامه این است که مطلقا رجوع به مهر المثل می شود. یعنی هر چند دخول نشده باشد، به جهت آن که از باب مفوضه البضع نیست، چون مسمی، فی الجمله مذکور است، و هر گاه مسمی باطل شد رجوع می شود به بدل او که مهر المثل است. و بدلیت ممنوع است در مهر، بلکه مهر المثل بدل تفویت بضع است که به دخول حاصل می شود. و دلیل رجوع به قیمت این است که مسمی طرف (عموم مالیت) دارد، و طرف (تشخص و تعین) هم دارد. به بطلان ثانی، اول باطل نمی شود. پس ملاحظه قیمت را باید کرد. و این مدفوع است به منع مالیت شرعا و از اینجا دلیل وجوب قول به (تفصیل) هم معلوم می شود. پس در صورتی که مهر المثل و قیمت مسمی مختلف باشند در مقدار، اشکال بهم می رسد. اصل برائت زوج، مقتضی ترجیح اقلهما است. و اشتغال ذمه به مهر مقتضی ترجیح اکثر. و اظهر اعتبار اقل است. و احوط اعتبار اکثر. و بهتر آن است که بنا را به صلح بگذارند. اینها همه در وقتی است که بدانند آن مسمی خمر یا خنزیر یا حراست، و عقد بر آنها بکنند. و هر گاه عقد کنند بر خمره مسکره معینه به اعتقاد آن که سرکه است، و کاشف به عمل آید که شراب بوده. یا بر عبدی، و کاشف به عمل آید که حر بوده. پس در آنجا ظاهر اخلاقی در صحت عقد نیست. و اما در مهر، پس بعضی گفته اند مهر المثل با دخول یا مطلقا. و وجه آن همان که مذکور شد. و بعضی گفته اند که مثل خمر از سرکه بدهد. و حاصل دلیل آن این است که: مسمی مرکب است از (کلی) و (تشخص). یعنی قصد کرده اند که مهر این سرکه خاص باشد و هر گاه تعین باطل شد به سبب ظهور خمر بودن، پس کلی سرکه که مقصود بود آن باقی است در ضمن شخص دیگر باید ادا کرد.

واین هم باطل است. به جهت این که (جنس بدون فصل بقا ندارد) تاضم شود به او فصل دیگر، ودلیلی دیگر گفته اند که (این اقرب است به مقصود از مهر المثل و قیمت). واین هم مدفوع است به این که قصد بر آن واقع نشده ودلیلی نیست بر این که مثل شیء قائم مقام آن شیء بشود. وبعضی گفته اند که قیمت آن را نزد مستحلین خمر، می دهد. به جهت آن که اقرب به آن شیء است، و به جهت آن شیء طرف مالیتی دارد و طرف تعین و تشخیص، و هر گاه طرف تعین و تشخیص او باطل شد طرف مالیت آن را اعتبار می کنند، چون انتفاع از مالیت آن متعذر است شرعا، پس رجوع به قیمت می شود. واین هم مدفوع است به این که تراضی بر خمر واقع نشده و مقصود هم نبوده. پس چگونه منتقل به قیمت آن می شود. واین اقوال در مثلی خوب است، اما در قیمی مثل عبد که کاشف به عمل آید که حر بوده، پس در اینجا قول به مثل ساقط می شود. ورجوع به قیمت می شود به معنی این که او را فرض می کنند عبدی به همین صفت و قیمت آن را میگیرند. بخلاف قول به قیمت در مثل خمر، که در اینجا خمر را قیمت می کردند. واما هر گاه مال غیر را صدق کنند: پس یا این است که با علم طرفین است به آن، یا به اعتقاد مالکیت است در آن. اما در صورت اولی یعنی این که بدانند که مال غیر است و صدق کنند، پس حکم آنهم مثل خمر و خنزیر و حراست در فساد مهر. و اظهر در آن رجوع به مهر المثل است، چنانکه گفتیم. و قول دیگر ضعیف است. و تصریح به حکم این الحال در نظرم نیست در کلام فقها، و آنچه در نظر است همان حکم خمر و خنزیر و حر است. واما صورت ثانیه یعنی آن که به اعتقاد مالکیت زوج، صدق شده باشد و بعد معلوم شود که مال غیر است - و مفروض سؤال در مسأله هم همین است - پس هر چند ظاهر عبارت محقق در شرایع تسویه حکم او است با خمر و خنزیر و حر، و لکن تحقیق این است که فرق دارد. و چون اسباب فساد مهر که یکی از آن [ها] عدم ملکیت نوع است، و عدم ملکیت بر سه قسم است: یکی آن که نه مال است به حسب اسم، و نه به حسب اشاره، مثل صورت اول. و یکی آن که مال است به حسب اسم، نه اشاره، مثل صورت ثانیه. و سوم آن که مال است به حسب اسم و اشاره هر دو، و لکن مال غیر است مثل ما نحن فیه، و در اینجا دو قول ذکر کرده اند: یکی قول به مهر المثل. و دوم به قیمت اگر قیمتی باشد، و به مثل اگر

مثلی باشد. و ظاهر علامه در قواعد ترجیح دوم است و مهر المثل را احتمال قرار داده، بخلاف خمر و خنزیر و حر که در آنجا ترجیح مهر المثل داده. و در تحریر گفته (اذا اصدقها عبدا فبان مستحقا للغير كان لها قيمتها، ولو بان حرا قال الشيخ الاقوى قيمته لو كان عبدا، ولو قيل بمهر المثل كان وجها). و فخر المحققین مبنای این دو قول را بر این گذاشته که آیا مهر (عوض) است؟ یا (نحله و عطیه) است؟ پس بنابر این که عوض باشد مهر المثل لازم می شود. به جهت آن که هر گاه احد عوضین فاسد شد صاحب آن عوض دیگر رجوع به عوض خود می کند، و چون بالفرض ممتنع است به جهت آن که نکاح فاسد نمی شود، پس قیمت آن عوض خود را که بضع است می گیرد و قیمت آن مهر المثل است. و بنابر آن که عطیه باشد و عوض نباشد ذکر مهر نه از برای تعیین عطیه خواهد بود و نه از برای بیان معاوضه. پس هر گاه تشخیص و تعیین آن باطل شد به سبب این که ملک غیر است، پس باید رجوع [کرد] به مثل آن اگر مثلی باشد، یا به قیمت آن اگر قیمی باشد. و فخر المحققین میل به عطیه بودن کرده. و اظهر در نظر حقیر این است که از بابت معاوضه است، به دلالت آیات و اخبار و اعتبار، که اینجا محل ذکر آنها نیست. پس اظهر بنای بر مهر المثل است. و از اینجا حکم آن که مال غیر را مهر کرده باشد با علم به آن، هم ظاهر می شود که اقوی مهر المثل است. چنانکه گذشت. و هم از اینجا ظاهر می شود حکم آن که صدق مرکب باشد. مثل آن که صدق کند یک حر و یک عبد را، یا ده من خمر و ده من خل، یا دو غلام را و احدهما ظاهر شود که حر بوده، یا احدهما مال غیر بوده. و آنچه از عبارات ایشان در این باب [ظاهر می شود] دو نظر است: علامه در قواعد گفته (ولو تزوجها علی عبدین فبان احدهما حرا لم ينحصر الصداق فی الاخر بل یجب بقدر حصه الحر المثل او قیمته لو كان عبدا). و در تحریر گفته (ولو تزوجها علی عبدین فبان احدهما حرا فسد فيه و وجبت قیمته لو كان عبدا و صح فی الاخر. و هل لها المطالبة بقيمتها و دفع الاخر؟ اشکال). پس هر گاه کسی ملکی را مهر زوجه خود بکند و نصف آن مستحق غیر بر آید، بنابر اقوی و اظهر زوجه مستحق نصف ملک است و نصف مهر المثل. و محتمل است که تواند مهر المثل بگیرد و از آن ملک دست بردارد. به جهت آن که تراضی در عقد بر مجموع بوده و الحال آن متعذر است. پس رجوع می کند به مهر المثل.

۲۵۹: سؤال:

۲۵۹: سؤال: شخصی صدیقی به جهت زوجه خود قرار داده و بعضی آن را معجل و

بعضی را مؤجل. وقبل از دخول معجل را کاسازی کند و به دخول راضی شود. آیا مؤجل ساقط می شود یا نه؟

جواب:

جواب: سقوط مؤجل در این صورت راهی ندارد. و علما در اینجا دو مسأله ذکر کرده اند: یکی این است که هر گاه کسی دخول کند به زوجه و هنوز هیچ از مهر او را نداده باشد، یا بعضی را داده باشد و دخول کند، آیا مهر یا تتمه مهر ساقط می شود یا نه. و مشهور علما این است که ساقط نمی شود، به جهت عموم قرآن و اخبار و خصوص احادیث معتبره و استصحاب و غیر آن. بلی شیخ نقل قولی کرده به سقوط مهر یا تتمه مهر، و بعضی آن را از ابو الصلاح نیز نقل کرده اند و کلام او ظهوری در این ندارد. و دلیل این قول اخباری چند است که دلالت بر آن دارد. (۱)

و آن اخبار (با وجودی که معارض اند به اقوی از خود به مراتب شتی) از برای آنها تأویل ظاهری هست که در کتاب نکاح مناهج بیان کرده ام. و از جمله آن احادیث خبری است که دلالت دارد بر این که (هر گاه کسی دخول کرد به زوجه، مهر عاجل او ساقط می شود) (۲) و این حدیث با وجودی که دلالت دارد بر عدم سقوط آجل و این خلاف مطلوب مستدل است، تاویل آن این است که از اخبار بسیار ظاهر می شود که در صدر اول مهر را دو حصه می کردند بعضی را عاجل می کردند و بعضی را آجل. و گویا عاجل آن شرط دخول بوده، پس چون دخول واقع شده، ظاهر این است که یا عاجل مهر را گرفته یا از زوج ساقط کرده و تمکین داده. و گویا مراد این باشد که در صورت دعوی زوجه مهر را بعد دخول و انکار زوج، قول قول زوج است بنابر آن ظاهری که در آن عرف و عادت قدیم بوده. و اما در امثال زمان ما که چنین عرف و عادت نیست، پس این تأویل هم جاری نیست و بعضی این خبر را بر تقیه کرده اند. و مسأله دوم مفوضه البضع است. یعنی زنی که در حین عقد مهری از برای او تعیین نشده، که هر گاه زوج به او چیزی بدهد. قبل از دخول، همان مهر او است، مگر این که شرط کند که مهر غیر این است و این مهر نیست، یا این بعض مهر است و بعض دیگر را ۶.

ص: ۴۳۴

۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۸، ح ۱۴، ۱۳، ۸، ۶، ۵، ۴.

۲- همان، باب ح ۴، ۵، ۶.

می‌دهم. و این فتوی مشهور است در میان علمای ما، بلکه از ابن زهره و ابن ادریس دعوی اجماع بر آن نقل شده. و شیخ استدلال کرده بر این مطلب به بعض اخبار که دلالت آنها وضوحی ندارد، و اظهر آن روایات صحیحه فضیل بن یسار است. (۱) و ظاهر آن است که مورد آن، مسأله اولی باشد. چنانکه در تهذیب روایت شده. (۲) و ظاهر آن این است که چیزی از شوهر گرفته قبل از دخول به این که در عوض مهر باشد. چنانکه در کافی روایت شده. (۳)

و به هر حال متن حدیث مضطرب است و علامه (ره) در مختلف گفته که (علمای ما اعتماد بر همین حدیث کرده اند. و وجه در نزد من تفصیل است که اگر زوجه راضی شده که چیزی که گرفته است در عوض مهر او باشد، دیگر مطالبه نمی‌تواند کرد. والا می‌تواند مطالب کرد). بعد از آن توجیه کرده این حدیث و امثال آن را به این که (در زمان اول عادت چنین بوده که زوج دخول نمی‌کرده است تا مهر را نمیداده پس شاید منشأ حکم، عادت زمان بوده. اما عادت زمان مآخلاف آن است. پس اگر الحال هم در بعضی بلاد عادت چنین باشد باز حکم چنین خواهد بود). تا اینجا کلام علامه است. و از کلام مفید (ره) هم این سخن مستفاد می‌شود. و از ابن حمزه نقل کرده است در مختلف که (هر گاه زوج قبل از دخول چیزی از برای زوجه بفرستد، پس اگر زوجه رد کند یا قبول نکند که از مهر او باشد، بر او مهر المثل لازم است. و هر گاه رد نکند و بعد نزاع کنند و زوجه بگوید که آن هدیه بود، و زوج بگوید که آن مهر بوده. قول، قول زوج است بایمین. پس اگر قسم خورد، دعوی زوجه ساقط می‌شود. و اگر نکول کرد باید مهر را بدهد). و تو میدانی که اثبات این حکم مشهور (با وجود آن که خلاف اصل و خلاف مقتضای عمومات است که [مقتضای شان] لزوم مهر المثل است به مجرد امثال این اخبار که دلالت واضحی ندارند، به غایب مشکل است. لکن شهرت عظیمه و اجماعین منقولین با وجود این (مخالفات با ظواهر ادله)، مرجح است. والله اعلم بحقائق احکامه.

۲۶۰: سؤال:

۲۶۰: سؤال: شخصی شصت ساله متعه نود سال می‌کند. جایز است یا نه؟ ۳۹.

ص: ۴۳۵

۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۸، ح ۱۳.

۲- تهذیب، ج ۲، ص ۲۱۵.

۳- کافی (فروع) ج ۲، ص ۲۳.

جواب: بلی جایز است. حد معینی در متعه در جانب قلت و کثرت در شرع ثابت نشده. اما در جانب قلت، پس مشهور آن است که هر چند به مقدار یک جماع کردن هم نباشد [صحیح است]. و تحدید ابن حمزه به مابین طلوع شمس تا نصف النهار، ضعیف است. و اما در جانب کثرت: پس خلافتی در مسأله ندیدم. و شاید اجماعی باشد چنانکه بعضی گفته اند که ظاهر این است که اجماعی است. و به مقتضای عمومات هم صحیح است و مانعی از برای آن نیست، به غیر احتمال مرگ قبل از تمام شدن. و این مضر نیست با وجود تراضی طرفین. والله العالم.

۲۶۱: سؤال:

۲۶۱: سؤال: هر گاه زوجه زید برادر خود عمرو را شیر بدهد، بر زید حرام می شود یا نه؟ -؟. بعضی شبهه می کنند که حرام می شود از دو جهت: اول این که عمرو فرزند رضاعی زید می شود و زید پدر رضاعی او می شود. و این زوجه که مرضعه برادر خود است بر پدر نسبی عمرو حرام است. پس باید بر پدر رضاعی او هم حرام باشد که شوهر همین زوجه است یعنی زید. به مقتضای عموم (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب). (۱) و دوم این که مرتضع ولد رضاعی زوج است. و خواهر ولد در نسب حرام است پس پدر باید در رضاع هم حرام باشد.

جواب:

جواب: اظهر واقوی عدم حرمت است. به جهت عدم دلیل بر حرمت وبا وجود این که حقیر (منزله) را اعتبار نمی کنم، این مسأله داخل عموم منزله هم نیست. و این دو شبهه مذکوره ضعیف است، خصوصا شبهه اول که مطلقا مناسبتی به مسائل رضاع ندارد. اولاً- این که پدر نسبی عمرو بر مرضعه حرام است، نه از جهت آن است که پدر نسبی عمرو است. بلکه از جهت آن است که مرضعه دختر او است. و هر گاه فرض می کردیم که زوجه زید که مرضعه عمرو است دختر پدر نسبی عمرو نبود وزن بیگانه بود، مطلقا بر پدر عمرو حرام نبود. بلکه واضح است که مادر رضاعی فرزند به جای زوجه این کس می شود..

ص: ۴۳۷

وزوجه حلیله زوج است نه از محارم زوج. پس مرضعه فرزند از حیثیت این که مرضعه فرزند است حرام نیست بر پدر نسبی تا آن که حرام شود بر پدر رضاعی نیز. و دیگر آن که: مراد از (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب) این است که هر اسمی از اسمای نسب که به سبب نسب [به] هم می رسد هر گاه در رضاع بهم رسد، حکم نسب را دارد. و در اینجا از نسب چیزی حاصل نشده الا پسری پسر، و دختری دختر. و از رضاع حاصل نشده الا پسری پسر. اما دختری دختر (یعنی این که زوجه او به سبب رضاع به منزله دختر او بشود) حاشا و کلا. پس کلام معصوم را باید دید که فرموده است (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب)، و نفرموده است که (یحرم فی سلسله المراضع والفحول ما یحرم فی سلسله الانساب). و دیگر این که: قاعده رضاع و نسب امور کلیه است، و جزئیات حقیقه بنفسها مورد آن نمی شود. و اما شبهه دوم: پس هر چند در ظاهر وجه می نماید ولیکن آن نیز از صواب دور است. به جهت آن که دلیلی نیست بر این که خواهر فرزند حرام است. بلکه آنچه ثابت است حرمت چیزی است که یکی از عنوانات سبعة بر او صادق باشد. و شکی نیست که خواهر فرزند داخل هیچ یک نیست. بلکه بنت یا ربیبه در نسب حرام است. و حرمت خواهر فرزند به یکی از این دو عنوان است. (۱) نه از جهت خواهر فرزند بودن. هر چند غالباً این مفهوم خارج از دو مصداق [مذکور] نباشد. و در اینجا زوجه زید نه دختر زید می شود به سبب رضاع و نه ربیبه او. با وجود این که حرمت ربیبه از راه مصاهره است نه نسب. و هم چنین: مادر فرزند که بر آدمی در نسب حرام است، در رضاع حرام نیست. به جهت آن که حرمت آن در نسب از این جهت نیست که مادر فرزند فرزند است، بلکه به اعتبار این است که یا دختر او است یا زن پسر او. و اینها در رضاع حرام نیستند. با وجود این که حرمت زن پسر از راه مصاهره است، نه نسب. پس معیار صدق عنوانات سبعة است. نه آنچه در بعض اوقات یا غالباً موافق باشد با آنها در مصداق، و از این جور امثله باز هست. ..

ص: ۴۳۸

۱- عبارت نسخه: بلکه یا بنت یا ربیبه که در نسب حرام است و حرمت خواهر فرزند به یکی از این دو عنوان است...

وعلامه (ره) وزمخشری اینها را استثنا کرده اند از قاعده (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب). و آن غفلت است. به جهت این که داخل نبودند تا خارج شوند. و فهمیدن این قاعده که (حکم تابع عنوانات است، نه مطلق مصادیق توافقیه اتفاقیه) از برای فقیه از جمله مهمات است. و این حقیر فروع بسیاری از برای آن در فقه پیدا کرده ام که به سبب این احکام متفاوت می شود. و محتاج است به تأمل تام.

۲۶۲: سؤال:

۲۶۲: سؤال: هر گاه شوهر هند به سفر مکه رفته و در معاودت در منزل بحرین مشرف بر موت باقی مانده. و بعد با اخبار محفوف به قراین از برای هند علم حاصل شده به فوت زوج و در نزد حاکم به ثبوت نرسیده. آیا می تواند شوهر کند یا نه؟ - و کسی مانع او می تواند شد یا نه؟ - و از برای کسی که علم به جهت او حاصل نشده اکتفا به حصول علم از برای هند می تواند کرد که او را بگیرد یا نه؟ - و هم چنین جایز است کسی که علم برای او حاصل نشده که وکیل بشود از جانب هند در اجرای صیغه یا نه؟ -

جواب:

جواب: هند بینها و بین الله در صورت مزبوره می تواند شوهر بکند. و کسی مانع او نمی تواند شد. مگر علم قطعی به کذب او حاصل شود. و هر گاه هند ادعا کند که (بلامانعم)، کسی که به هیچ وجه از حال او مطلع نیست جایز است که او را بگیرد. و همچنین جایز است وکالت کسی که جاهل به حال است در اجرای صیغه. و اما هر گاه تصریح کند به این که (شوهر داشتم و علم دارم که فوت شده) هر گاه آن کسی که می خواهد او را بگیرد هم علم دارد، بی اشکال است، و هم چنین کسی که وکیل می شود در اجرای صیغه. و اگر علمی از برای این کس (که می خواهد او را بگیرد) به فوت زوج حاصل نباشد هم اظهر این است که می تواند اعتماد کند بر دعوی هند علم به فوت زوج را، و او را بگیرد. و هم چنین اظهر جواز وکیل شدن کسی است که علم ندارد، در اجرای صیغه. خصوصاً هر گاه این زوجه یا این وکیل از برای آنها ظن به فوت، از قراین حاصل باشد. و خصوصاً هر گاه هند مأمونه باشد. و بهتر این است که به کسی شوهر کند که مطلع از حقیقت حال نباشد و به (ادعای خلو از مانع) و کسی را وکیل کند در اجرای صیغه که مطلع نباشد بر حال، به ادعای خلو از مانع والله العالم.

۲۶۳: سؤال:

۲۶۳: سؤال: هر گاه کسی زن خود را طلاق بدهد، و آن زن ادعا کند که من حمل

دارم از زوج خود. و بعد از گذشتن اقصای حمل از حین طلاق فرزندى از او متولد شود. آیا این فرزند ملحق به زوج مى شود یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: ظاهراً اشکالی نیست در حکم به لحوق. و عبارت بسیاری از فقها تصریح به این دارد. مثل عبارت وسیله ابن حمزه و شرایع وقواعد و تحریر و ارشاد. و شهید ثانی در مسالک اشکال کرده بر محقق که گفته است (ولو طلقها فاعتدت ثم جئت بولد ما بین الفراق و اقصای مده الحمل، لحق به، اذا لم توطأ بعقد ولا شبهه) که چرا گفته (ما بین الفراق و اقصای مده الحمل) بلکه بایست بگویند (ما بین الوطی...) به جهت آن که معتبر زمان و طی است نه طلاق. چون باید طلاق در (طهر غیر مواقعه) باشد. و گاه است که زمان طویلی ما بین و طی و طلاق فاصله شده باشد و لازم می آید که از اقصای حمل تجاوز کند و آن باطل است جزماً. وارد نیست بر محقق. به جهت آن که مراد ایشان حکم در ظاهر شرع است. چون ممکن است که و طی کرده باشد در زمان متصل به طلاق از باب شبهه. و معتد در حکم (فراش) است و ولد ملحق به فراش می شود. بلی اگر معلوم باشد که در طهر بعد حیض وقاع به عمل نیامده است و اقصای حمل از حین طلاق بگذرد، در این صورت ولد ملحق به او نمی شود.

۲۶۴: سؤال:

۲۶۴: سؤال: در صورت فقد پدر و اجداد پدری حضانت طفل مختص مادر است بدون خلاف. هر گاه بعض اقارب یا اجانب بگویند که ما حضانت طفل می کنیم و اتفاق طفل را از مال خود می کنیم. و مادر بگویند که حضانت طفل را خودم می کنم و نفقه طفل را هم از مال طفل میگیرم، آیا جایز است که طفل را از مادر بگیرند و به آن متبرع بدهند یا نه؟

جواب:

جواب: حضانت حق مادر است. و طفل مالدار هم نفقه او از مال خود او است. و ملاحظه مصلحت طفل منشأ سقوط حق مادر نمی شود. و اینکه در مسأله رضاع گفته اند که (هر گاه متبرعی باشد که شیر بدهد بدون اجرت، یا کسی باشد که اجرت می گیرد و لکن مادر اجرت بیش از او می خواهد که شیر بدهد در این صورت پدر می تواند طفل را بگیرد و به غیر بدهد که شیر بدهد) مستلزم این نیست که غیر پدر از اقارب یا اجانب توانند حق حضانت مادر را ساقط کرد. زیرا که اولویت در رضاع حق جدائی است و اولویت حضانت حق جدائی.

با وجود آن که در مسأله رضاع [هم] معلوم نیست که حق حضانت ساقط شود. و منافاتی نیست مابین این که حق رضاع او ساقط بشود و حق حضانت ساقط نشود، به این نحو که مادر برود در نزد مرضعه و متوجه حضانت طفل باشد، یا به عکس. بلی در صورتی که ممکن نباشد جمع مابین حضانت مادر و رضاع غیر مادر، آنجا حق حضانت ساقط می شود. به جهت لزوم عسر و حرج. و در اینجا تعارض حقین شده و حسب المقدور باید جمع کرد بینهما. چون بر پدر لازم است نفقه رضاع او و مختار است در افراد نفقه لایقه، و حق حضانت بالفرض با مادر است و اجرت زیاد دادن رضاع، منشأ ضرر و عسر است خصوصاً با التزام ابقای حق حضانت مادر. و اما اجرت کمتر گرفتن مادر منشأ ضرر و عسری نیست، پس در صورت عدم رضاع مادر به تبرع در رضاع یا به مساوات، حق منفق را مقدم میدانند. بلکه میتوائیم بگوئیم: در مسأله رضاع که هر گاه پدر مرده باشد و طفل مال داشته باشد اجرت رضاع متعلق به مال طفل است در اینجا، و هر گاه احدی از اقارب یا اجانب تبرعا طفل را شیر بدهد یا به کمتر از آن اجرتی که مادر میطلبد، می توان مقدم داشت متبرع را مادامی که منافات با حق حضانت نداشته باشد. والحاصل: این که رضاع در معنی انفاق است، و انفاق با وجود پدر و عدم تمول فرزند با پدر است، و با فقد پدر در مال طفل است، و در افراد انفاق لایقه به منفق علیه اختیار با منفق است، و آنچه صلاح او باشد ملحوظ میدانند. بیش از این نیست که در صورتی که مادر مساوی باشد در مرتبه انفاق با سایر افراد یا بهتر و آسانتر باشد اولویت دارد، و این حق را حق تعالی از برای او قرار داده، پس تسلطی بر اضرار منفق ندارد، بخلاف حق حضانت که آن در اصل با مادر است. و با فقد پدر کسی را در آن دخلی نیست، و تضرر طفل در انفاق منشأ اسقاط آن نمی شود.

۲۶۵: سؤال:

۲۶۵: سؤال: هر گاه زوجه مریضه باشد و محتاج به دوا، و زوج او تعلل کند در معالجه و قیمت دوا دادن. آیا می توان جبرا از او گرفت یا نه؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که قیمت دوا بر زوج لازم نیست. و این داخل نفقه نیست. و همچنین اجرت حجام، و نه اجرت حمام. مگر این که هوا سرد باشد و از برای غسل محتاج به حمام باشد. چنانکه علامه در قواعد و تحریر تصریح به آنها کرده.

۲۶۶: سؤال:

۲۶۶: سؤال: هر گاه زید خطبه کند دختر عمرو را، و عمرو با او چنین قرار دهد که

زید اجیر او بشود به مبلغ سه تومان در مدت سی سال، وبعد از آن عقد واقع بشود. این عقد صحیح است؟ و شرط لازم است یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه این گفتگو مابین زید و عمرو بشود قبل از اجرای عقد و در ضمن عقد شرط نشود یعنی مابین ایجاب و قبول، اشهر و اظهر عدم لزوم شرط است. و ظاهر صحت عقد است. و اما هر گاه در مابین ایجاب و قبول شرط بشود، پس در خصوص لزوم این شرط خاص اشکال هست از دو جهت: اول این که: آیا جایز است اجیر شدن زوج از برای پدر زوجه در عوض مهر چنانکه موسی از برای شعیب شد، یا نه؟ و مشهور علما این است که در شرع ما جایز نیست، بلکه دعوی اجماع بر آن شده است. ولکن قدری که مسلم است که مراد ایشان باشد در این فتوی - و ظاهر روایت سکونی (۱) هم - این است که پدر، خودش او را اجیر کند در ازا مهر. نه این که زوجه خود راضی باشد به این معنی. مثل این که زوجه صغیره باشد و پدر او را عقد کند در عوض این اجازه. و اما در صورتی که زوجه خودش راضی شود که مهر او این نفع باشد هر چند عاید پدر او می شود نه او، خصوصاً هر گاه این جز مهر باشد و چیز دیگری هم در مهر او باشد، پس در بطلان آن اشکال است، و روایت دلالت بر آن ندارد. و هم چنین اجماع منقول. و فتاوی هم بیش از آن [افاده] نمی کنند. و دوم این که: حدیث صحیحی هم وارد شده است به این مضمون که (هر گاه مردی زنی بگیرد و مهر او را بیست هزار کند، و از برای پدر او هم ده هزار قرار بدهد، مهر جایز است و آنچه از برای پدر او قرار داده فاسد است). (۲) و فقها هم بر طبق آن فتوی داده اند به این مضمون که (هر گاه نام برد در عقد از برای زوجه چیزی را و از برای پدرش چیزی را، لازم است آنچه که برای زن نام برده است، و ساقط است آنچه که برای پدر او نام برده). و ظاهراً خلافی هم ندارد. و گمان حقیر این است که مراد از حدیث و فتاوی فقها این باشد که هر گاه مجموع در برابر بضع زوجه باشد یعنی دو عوض را عوض بضع زوجه قرار داده به این نحو که بعض از آن از برای او باشد و بعض از برای پدر او. نه این که همه را از برای زوجه قرار داده باشد و زوجه بعض آن را شرط کند در ضمن العقد که از برای پدر او باشد. چنانکه بعض ایشان تصریح کرده اند که مراد همان اول است. و ۱.

ص: ۴۴۲

۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۲۲، ح ۲.

۲- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۹، ح ۱.

ظاهر روایت هم همان است. و فرق این است که در صورت اول آنچه را از برای پدر قرار داده داخل مهر نیست، پس آن را در مقابل بضع قرار دادن صحیح نیست. به جهت آن که آنچه را در برابر بضع قرار بدهند مهر است و مهر مستحقی ندارد به غیر زوجه. پس آن را برای پدر قرار دادن وجهی و دلیلی ندارد. و در صورت ثانیه شرط داخل مهر می شود و مجموع مهر است. و مانعی نیست از این که زوجه بعضی از مهر خود را شرط کند از برای پدرش. به جهت آن که گاه است نفع آن باز عاید زوجه می شود، مثل این که پدرش به این سبب غنی می شود و نفقه او از گردن او ساقط می شود. نظیر این که زنی شوهر کند و طفلی داشته باشد و علاوه بر مهر شرط کند به شوهر که در چند سال نفقه طفل را بدهد. پس بنابر این شرط اجیر شدن از برای پدر در ضمن عقد هم صحیح خواهد بود. آنچه در نظر حقیر ظاهر است این است، ولیکن فتوای علما مطلق است و تقییدی در آن ندیده ام به غیر اشکالی که در مسالک و کفایه شده است در صورتی که آن تسمیه که در عقد از برای پدر کرده است باعث کم کردن مهر شود که: اگر او را قرار نمیداد، زوجه مهر را بیشتر می خواست. پس از اینجا ظاهر می شود که مجموع داخل مهر می شود و رضا در عقد بدون آن نشده است. پس چگونه حکم می شود به صحت مهر و تعیین آنچه برای زوجه نام برده، بلکه یا باید عوض آنچه برای پدر نام برده را هم بگیرد و یا مهر از اصل فاسد شود و رجوع به مهر المثل شود. و نظر به آنچه حقیر روایت را حمل بر آن کردم، اشکال من دفع می شود. و آنچه را حقیر در اینجا اختیار کردم نظیر آن مسأله می شود که مهر زن را مثلاً سی اشرفی بکند و شرط کند که ده اشرفی از جمله سی اشرفی را به پدر او بدهند. که در اینجا هر چند مشهور باز عدم صحت شرط است ولیکن ابن جنید و جمعی از متأخرین قائل به جواز آن شده اند. و این اقرب است، به جهت آن که شرطی است که زوجه در مال خود می کند و (الناس مسلطون علی اموالهم).

۲۶۷: سؤال:

۲۶۷: سؤال: هر گاه زوج قبل از دخول به زوجه فوت شود، زوجه مستحق تمام مهر است؟ یا نصف؟ و هر گاه زوجه قبل از دخول فوت شود. آیا مستحق تمام مهر است؟ یا نصف؟

جواب:

جواب: هر چند مشهور میان علما این است که مهر تمام می رسد در صورت اولی - و

ظاهر آیه (۱) و استصحاب مقتضی آن است. و اخبار معتبره صحیحه و غیر صحیحه هم دلالت بر آن دارد. (۲) و بعضی از آنها مصرح است به این که احادیثی که به تنصیف وارد شده از سهو روات است، و امام فرموده است که ماتنصیف را در طلاق گفته ایم و آنها در موت گفته اند (۳) - ولکن احادیث بسیار، صحیح و غیر صحیح، که نزدیک به حد تواتر است دلالت دارند بر تنصیف. (۴) و صدوق در مقنع قائل به آن شده. و ظاهر کلینی هم این است، چون اقتصار به نقل این اخبار کرده. و هم چنین صدوق در من لایحضره الفقیه. و صاحب کفایه این قول را نسبت به اشهر بین قدمای اصحاب داده. و از جمعی از متأخرین قول به آن نقل شده. و شیخ حر (ره) در وسائل آن اخبار اولی را حمل بر تقیه کرده. و هم چنین صاحب کفایه و غیر او، چون مذهب اکثر عامه است. پس مرجع قول اول، اصل، و موافقت ظاهر کتاب و شهرت بین الاصحاب و اجماع منقول است چنانکه سید در مسائل ناصریه نقل کرده. و مرجع ثانی مخالفت عامه و کثرت اخبار و صراحت و وضوح دلالت آنها و ارجحیت تأویل در اخبار اولی [است]. و مسأله خالی از اشکال نیست. و احوط بنابر مصالحه است بر تنصیف. و اگر ممکن نشود شاید عمل به قول مشهور اولی باشد. و اما مسأله دوم: پس از اکثر اصحاب نیز نقل شده قول به تمام مهر، نظر به اصل و ظاهر آیه. و جمعی از اصحاب قائل به تنصیف شده اند، به جهت اخبار معتبره. و در اینجا معارضی از جانب اخبار نیست. و ظاهر آیه اگر اطلاقی داشته باشد مقید خواهد بود به این اخبار کثیره. پس اقوی قول ثانی است.

۲۶۸: سؤال:

۲۶۸: سؤال: هر گاه زید جاریه عمرو را عقد نماید، و بعد از آن بخرد آن جاریه را، فرموده اند که آن جاریه به سبب عقد بر او حلال شده، نمی شود که به سبب خریدن حلال شود. وجه این چه چیز است؟

جواب:

جواب: نمیدانم این سخن را کی گفته است و در کجا است؟؟ و این سخن اصلی ندارد. بلی ملک احد زوجین دیگری را منشأ بطلان عقد می شود بلا خلاف. و اما مالکیت.

ص: ۴۴۴

۱- آیه ۴ سوره نساء «و آتوا النساء صدقاتهن...»

۲- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۸.

۳- ح ۲۴، همان باب.

۴- همان مرجع و همان باب.

زوج کافی است در حلال بودن وطی زوجه به سبب ملکیت، گو به سبب عقد نباشد. بلی در صورت عکس که زوجه زوج را بخرد، دیگر وطی حلال نیست. به سبب آن که عقد باطل می شود و غلام زن بر زن حلال نیست به سبب ملک. و شاید به گوش سائل خورده است آن مسأله که هر گاه دو شریک در یک کنیز، عقد کنند کنیز را از برای شخصی و بعد از آن آن شخص حصه یکی از شریک ها را بخرد. در آنجا مشهور عدم بقای حلیت است به جهت بطلان عقد. و به سبب مالک شدن نصف، حلال نمی شود وطی. و بعضی گفته اند امضای آن شریک دیگر عقد را کافی است. و آن ضعیف است. و این مسأله مبتنی است بر عدم جواز تبعض سبب، بلکه باید حلیت فرج یا به زوجیت باشد یا به ملک یمین. و مرکب از هر دو، غیر هر یک از آنها است. و آیه و اخبار دلالت بر آن دارد. و هم چنین خلاف کرده اند که اگر آن شریک دیگر (تحلیل) کند وطی او را، مشهور باز حرمت است. و ابن ادریس قائل به جواز است. و قول او قوت دارد، نظر به حدیث صحیح. (۱) و قول اکثر احوط است. و هم چنین هر گاه کنیزی بعضی او آزاد باشد و کسی آن بعضی دیگر را بخرد، که به عقد حلال نمی شود، و به سبب ملک بعضی هم وطی جایز نیست. بلی خلاف کرده اند در صورتی که کنیز به آقای خود مہایات کند. یعنی یک روز را از برای خود قرار دهد و یک روز را برای مولی. خلاف کرده اند که در روز نوبه خود می توان متعه آقا بشود یا نه. مشهور عدم جواز است. و بعضی قائل به جواز شده اند، نظر به خبر صحیحی که دلالت بر آن دارد. (۲) و محقق در نافع متردد است نظر به ملاحظه آن حدیث صحیح و نظر به این که (تبعض سبب) لازم می آید و اینکه منافع بضع قابل مہایات نیست، و گرنه لازم می آید که تواند در روز نوبه خود متعه دیگری هم بشود و آن باطل است بالاتفاق. چنانکه در مسالک و غیر آن دعوی اتفاق بر آن شده. و دور نیست ترجیح عمل به حدیث صحیح. و بطلان صورت مزبوره به سبب اجماع، منشأ بطلان مانحن فیه نمی شود.

۲۶۹: سؤال:

۲۶۹: سؤال: هند را عقد کردند از برای زید به رضا و اذن طرفین. و بعد از چند روز ۱.

ص: ۴۴۵

۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب نکاح العبد و الاماء، باب ۴۱، ح ۱.

۲- وسائل، ج ۱۵، ابواب نکاح العبد و الاماء، باب ۴۱، ح ۱.

عمرو ادعا می کند که هند خالد را وکیل کرده بود که او را از برای من عقد کند. و خالد هم او را پیش از عقد زید برای من عقد کرد. و هند هم اعتراف کرد که چنین بوده است، آیا عقد کدام صحیح است و کدام باطل؟

جواب:

جواب: عقد زید صحیح است و هند زوجه او است. و تا عمرو به بینه عادلۀ ثابت نکند سبقت عقد خود را بوجه صحیح، سخن او مسموع نیست. بلی اگر عمرو ادعا کند بر زید که (تو علم داری بر سبقت عقد من)، تسلط (قسم نفی العلم) بر او دارد. و اما حکایت اعتراف هند به سبقت عقد عمرو. پس آن ضرری به زید ندارد و منشأ بطلان [عقد] او نمی شود. چون اقراری است بر غیر. و آن مسموع نیست، و اشکالی در این نیست. بلی اشکال در این است که آیا دعوی عمرو در این صورت مطلقاً مسموع نیست نسبت به زوجه؟ یا مسموع هست و لکن ضرر به زید ندارد؟ ظاهر کلام محقق در شرایع و علامه در ارشاد این است که مطلقاً مسموع نیست، به جهت آن که دعوی را در وقتی حاکم گوش می دهد و متوجه مرافعه می شود که فایده بر آن مترتب شود. و بر این دعوی هیچ فایده مترتب نمی شود. به جهت آن که اگر زوجه اقرار کند بر زوجیت او، نفعی به مدعی نمی رسد. چون اقرار بر غیر است و مسموع نیست. و اگر انکار کند و قسم متوجه او شود و قسم را رد کند به مدعی و مدعی هم قسم بخورد، باز نفعی به مدعی نمی رسد. به جهت آن که قسم مردوده - خواه به منزله اقرار منکر باشد و خواه به منزله بینه مدعی اثبات امری بر زید نمی کند، و خللی به نکاح او نمی رسد. پس نفعی نخواهد داشت برای مدعی و از جمعی [از] اصحاب نقل کرده اند قول به سماع دعوی را. به جهت آن که فایده بر آن مترتب می شود. و آن فایده این است که هر گاه زوجه اقرار کند به عقد اولی، لازم می شود بر او که مهر المثل را به مدعی بدهد. چون به اقرار خود تفویت بضع از او کرده، و حایل شده به سبب شوهر کردن مابین مدعی و بضع. و عوض بضع مهر المثل است. همچنانکه هر گاه کسی مالی را بفروشد به ادعای این که از خود او است و بعد از بیع اقرار کند که مال غیر است که در آنجا باید غرامت آن مال را بکشد از برای آن غیر. و این مبتنی بر آن است که (منافع بضع مضمونه می شود به تفویت)، نظر به این که بضع متقوم می شود مثل مال. و اما بنابر این که (ضممانی در تفویت منافع بضع نباشد، چون بضع مال نیست بلکه حق است و منافع حق مضمونه نیست چون داخل تحت الید

نمی شود)، پس باز نزاع بی ثمر می ماند. و بر هر دو طرف شواهد از مسائل شرعیه هست. اما از طرف ضمان: پس مثل ضمان مرضعه مهر المثل معقوده را که به سبب ارضاع او بر شوهرش حرام شود. و اما از طرف عدم ضمان: پس مثل عدم وجوب مهر از برای زانیه و شوهر او، و ثبوت مهر از برای [خود] مدخوله به شبهه دون زوج او. و شهید ثانی (ره) ترجیح سماع دعوی را داده، و ثبوت غرامت. نظر به عموم (الیمین علی من انکر) و به این که این معنی زاجری باشد از امثال این امور که دیگر زنان چنین کاری نکنند. و این خالی از قوت نیست. و بدان که: آنچه مذکور شد کلام در این بود که (کسی بر زوجه معقوده غیر، دعوی کند که من سابق بر این او را عقد کرده ام). و اما اگر زن بی شوهری باشد و کسی دعوی کند که معقوده من است، پس در آنجا دعوی مسموع است بدون اشکال. و با عدم بینة قسم متوجه زوجه می شود با انکار او. و حکم به زوجیت و لزوم عقد می شود با اقرار او یا با انکار ورد قسم بر زوج، با قسم خوردن زوج. و هر گاه قسم خورد زوجه، دعوی زوج ساقط می شود. و هر گاه هنوز دعوی طی نشده همین زن شوهر کند به شخص دیگری غیر از مدعی، آیا عقد او صحیح است یا نه؟ و دعوی مدعی در این حال مسموع است یا نه؟ نظر به مقتضای این که هنوز کسی را تسلط بر آن زن حاصل نشده، عقد او باید صحیح باشد. و دعوی آن مرد در این حال بر می گردد به مسأله سابقه که دعوی است بر معقوده، و اختلاف سابق در اینجا هم جاری می شود. و بنابر قول به سماع دعوی، همانچه بر آن مترتب می شد (از اخذ مهر المثل و امثال آن) [در اینجا نیز] جاری می شود. لکن بضع زوجه حق این زوج است، و مدعی بر آن تسلطی ندارد. بلی اشکال در این است که چون عقد این زوج قبل از طی دعوی منشأ سقوط حق مدعی می شود در دعوائی که دارد، و حق او مقدم است، پس این زوج نمی تواند عقدی کند که منشأ اسقاط حق او بشود. مگر این که مدعی مسامحه کند در طی دعوی از برای این که طول بکشد مدت و آن زن مضطر کند به این که راضی شود به تزویج با او. در این صورت صحیح است عقد، به جهت نفی ضرر و عسر و حرج. و اما بنابر قول به عدم سماع دعوی: پس نظر به این تعلیل - یعنی این که منشأ سقوط حق مدعی می شود - دامر ظاهر تر است که باید جایز نباشد. چون در آنجا باز ثمره

از برای مدعی باقی می ماند و در اینجا بالمره بی حق می شود. پس جایز نخواهد بود عقد مگر در صورت مسامحه و مماطله، چنانکه پیش گفتیم. اما نظر به این که تا به حال بر زوجه امری ثابت نشده و اختیار خود را دارد، باید صحیح باشد. و دور نیست ترجیح جواز عقد، در صورت مسامحه و مماطله که مستلزم حرج و ضرر باشد، دون غیر این صورت. خصوصاً در صورت دوم، یعنی عدم سماع دعوی بعد عقد. چنانکه ظاهر صاحب مسالك است.

۲۷۰: سؤال:

۲۷۰: سؤال: بعد از فوت پدر حضانت طفل با مادر است یا وصی پدر؟

جواب:

جواب: بعد از موت پدر، مادر احق است به حضانت ولد از وصی پدر و جد مطلقاً. خواه حضانت ما در در حال حیات [پدر] منقطع شده بوده یا نه. به دلالت آیه (اولوا الارحام) (۱) و بعض اخبار معتبره. (۲) و ظاهر اخلاقی در مسأله نیست.

۲۷۱: سؤال:

۲۷۱: سؤال: زید مجنون شده، و زوجه دائمه او به قدر مقدور در خانه او توقف کرده. و الحال طاقت ماندن ندارد. آیا بدون طلاق می تواند برود و فسخ نکاح کند؟ یا محتاج است به طلاق؟ و اگر محتاج است به طلاق، کی مباشر طلاق می تواند شد؟ و آیا زوجه مهر خود را از مال زید می تواند بردارد یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه جنون قبل از عقد بوده و به سر حدی بوده که مستغرق اوقات صلاه بوده که وقت نمازهای خود را نمیشناخته، وزن بعد از تزویج مطلع بر آن شده، بلا خلاف زوجه اختیار فسخ دارد. احتیاج به طلاق نیست. و هم چنین هر گاه اوقات نماز را نمیشناخته علی الاظهر الاشهر بل کادان یکون اجماعاً. و هر گاه جنون بعد عقد عارض شده قبل از دخول یا بعد از دخول، پس اگر به سرحدی است که اوقات نماز را نمیشناسد پس زوجه مسلط بر فسخ است نیز بلا خلاف ظاهری. و اما هر گاه اوقات نمازها را نمیشناسد پس اظهر واشهر این است که مسلط بر فسخ نیست و باید صبر کند. و حدیث مرسلی در فقیه و عبارت فقه الرضا بر آن دلالت دارد. (۳) بلی اگر صلاح مجنون در طلاق دادن زوجه باشد، اظهر واشهر این است که ولی مجنون می تواند ۲.

ص: ۴۴۸

۱- آیه ۷۵ سوره انفال.

۲- وسائل، ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۷۱، ح ۱ - و نیز مرسله ابن ابی عمیر در تهذیب، ج ۲، ص ۲۳۸ که در وسائل، همان باب تحت ح ۲ اشاره به آن کرده است.

۳- وسائل، ج ۱۴، ابواب العیوب، باب ۱۲، ح ۲.

طلاق بگوید. و اگر ولی ندارد حاکم شرع (یعنی مجتهد [عادل] می تواند او را طلاق بگوید. و بدان که در صورت ثبوت خیار فسخ، خیار فوری است. پس هر گاه راضی شود زن به عیب یا تأخیر کند در فسخ بدون عذر، دیگر تسلط ندارد. مگر در صورت جهل به خیار فسخ یا جهل به فوریت آن علی الاظهر. که در آنجا باز [خیار] باقی است. و بعد از حصول علم و زوال عذر باید فوراً فسخ کند. و اما مسأله صدق زوجه پس اگر دخول واقع نشده، مهری نیست. و هر گاه بعد دخول است، پس مشهور ثبوت مهر مسمی است، خواه عیب قبل از عقد حاصل بوده، یا بعد حاصل شده. و بنای عمل بر این است. پس اگر در صورت سؤال مهر او اعیان موجوده چند است و کسی مزاحم او نیست، می تواند خود بردارد. و اما هر گاه دین است باید به ولی مجنون رجوع کند در اخذ آن از مال مجنون. و هر گاه در این صورت محتاج باشد به بینة واثبات، و عاجز باشد از اثبات، در صورت علم به بقای حق بینها و بین الله می تواند به قدر حق خود از مال او تقاص کند.

۲۷۲: سؤال:

۲۷۲: سؤال: آیا در تعیین مدت عقد متعه همین کافی است که طرفین بنای مدت عقد را بر مدت اجل دین زید بگذارند که از عمرو می خواهد؟ و در نزد زید و عمرو و شهوت دین معین است گو عاقدین ندانند آن را در حین عقد.

جواب:

جواب: شرط است تعیین مدت تمتع در نزد متعاقدين در حال عقد، و تعیین در نزد شهود دین زید و عمرو کافی نیست. والا بایست تعیین مدت قدوم حاج در نزد حق تعالی اولی به کفایت باشد. و حال آن که تصریح کرده اند به آن که هر گاه آخر مدت را قدوم حاج قرار دهند، باطل است. چون قابل زیاده و نقصان است. و حال آن که اولی است از مانحن فیه، چون فی الجملة ظهوری دارد در نزد متعاقدين تخمیناً. بخلاف مانحن فیه که هیچ معلوم نیست.

۲۷۳: سؤال:

۲۷۳: سؤال: هر گاه کسی به بعض اولاد خود بگوید که او فرزند من نیست. آیا سخن او مسموع است یا نه؟

جواب:

جواب: بدان که هر گاه فرزند از زن دائمی (که مدخوله باشد) بهم رسد، و ممکن باشد که از او بهم رسیده باشد - به این که از زمان دخول او شش ماه گذشته باشد، و زیاده از اقصی مدت حمل نگذشته باشد - ملحق می شود به شوهر. هر چند در این بین دیگری

با آن زن زنا کرده باشد. بلکه هر چند شباهت به زانی هم داشته باشد. و واجب است که او را ولد خود داند. و حرام است بر او که او را از خود نفی کند. و به مجرد این که آن شوهر بگوید که این فرزند من نیست، آن فرزند از او منتفی نمی شود، و ملحق به او می شود، و میراث از طرفین ثابت است. مگر این که (لعان) به عمل آید که بعد از لعان، آن ولد از او منتفی می شود. و اگر در بین لعان هم تکذیب خود کند باز ولد ملحق می شود به او. به این معنی که ولد از او میراث می برد، و لکن او از ولد میراث نمی برد، و هم چنین قبیله اعمام. بلکه میراث او به قبیله احوال می رسد هر گاه مادر نباشد. و اما هر گاه فرزند از مملو که او باشد: پس با امکان لحوق به او و وجود شرایط سابقه، ملحق می شود به او. و جایز نیست نفی او، مگر این که علم داشته باشد که از او نیست. و در صورت حصول ظن غالب و تهمت، خلاف است. و هر گاه نفی ولد کند و بگوید از من نیست، در ظاهر از او منتفی می شود. و ظاهراً خلافی در مسأله نیست. و جمعی دعوی اجماع کرده اند. و در اینجا لعانی نیست. و هر گاه بعد از آن عود کند و بگوید ولد از من است، ملحق می شود به او. و اطلاق کلام ایشان مقتضی آن است که از طرفین توارث حاصل شود. و لکن مقتضای استدلال ایشان به عموم (اقرار العقلا) و فحوای حکم ولد ملاعنه - که تفصیل بود، چنانکه ذکر کردیم - این است که اینجا هم مثل ولد ملاعنه باشد، که ولد از پدر میراث ببرد، بخلاف عکس. و اما ولد متعه: پس مشهور این است که حکم آن نیز حکم ولد مملو که است. و خلاف در انتفای ولد است بدون لعان، سید مرتضی (ره) در آن خلاف کرده و آن را ملحق به دائمه کرده، و برخلاف او دعوی اجماع هم شده است از شهید ثانی. و شاید اقوی قول مشهور باشد. خصوصاً به ملاحظه اخباری که دلالت دارد بر این که متعه به منزله امه است. اینها که مذکور شد در وقتی است که در اول اعتراف به ولد نکرده باشد. اما هر گاه کسی در اول اعتراف به ولدی بکند و بعد از آن او را نفی کند، پس از او قبول نمی کنند. و ظاهراً در مسأله خلافی نیست، و دعوی اجماع بر آن موجود و اخبار معتبره بر آن ناطق است.

۲۷۴: سؤال:

۲۷۴: سؤال: هر گاه کسی با غلامی فعل قبیح مرتکب شده، و حال شاک است که آیا وطی به عمل آمده یا نه. آیا منشأ تحریم می شود یا نه؟

جواب: در اینجا دخول تمام حشفه شرط نیست بلکه به ادخال بعض حشفه تحریم حاصل می شود. و اگر در آن هم شک دارد، تحریم مادر و خواهر مفعول بر آن مترتب نمی شود.

۲۷۵: سؤال:

۲۷۵: سؤال: هر گاه زید با زن خود بد سلوکی کند و بگوید مهر خود را به من حلال کن و میراث مادر خود را از پدرت بگیر و به خانه من بیاور تا بد سلوکی نکنم. چون آن زن قبول این معنی نکرد، زید به او گفت که: تو به من حرامی به جهت آن که من با برادر تو در صغر سن لواط کرده ام، و نمی دانستم که حرام است تزویج تو، و از خانه من بیرون رو. و آن فقیره را بیرون کرده. آیا به مجرد همین قول، حرمت ثابت می شود یا نه؟ و آیا احتیاج به طلاق هست یا نه؟ و آیا مستحق مهر هست یا نه؟

جواب:

جواب: هر چند از فقها این مسأله را بخصوص ندیده ام که در جایی به آن تصریح کرده باشند، والحال در نظرم نیست که کسی متوجه آن شده باشد، لکن مقتضای قواعد شرعیه این است که زوج در صورت مزبوره، مدعی است و سخن او در حق خودش مسموع است. به این معنی که دیگر تسلط بر زوجه ندارد به هیچ وجه. و اگر زوجه بمیرد از او میراث نمی برد. و اما زوجه: پس این سخن نسبت به او اقراری است بر غیر، و بمجرد ضرری به او ندارد. پس یا این است که از برای او علم حاصل می شود به صدق زوج، یا نه. اگر علم حاصل است برای او پس در حق او هم مسموع است و حقوق او هم ساقط می شود. و اگر زوج بمیرد میراث از او نمی برد. و احتیاج به طلاق هم ندارد. و اما مهر: پس اگر در وقت دخول علم به حرمت نداشته است، مستحق مهر المثل هست. و اگر داشته، مستحق چیزی نیست. و اگر علم از برای زوجه حاصل نشود، پس اگر ظن به صدق حاصل شود و زوجه هم تکذیب او نمی کند و منکر قول او نمی شود، ظاهر این است که قول زوج مسموع است در حق هر دو، و زوجه هم باید تصدیق او کند. اگر زوجه بگوید که تو دروغ می گوئی، (به عنوان قطع)، پس آنجا زوج باید بینه بیاورد و اثبات کند، و هر گاه عاجز شود، به زوجه قسم می دهند، و هر گاه قسم خورد مطالبه تمام حقوق خود را از زوج می کند. و لکن زوج به سبب اقرار خود ممنوع است از حقوق خود. و اگر زوجه به عنوان جزم تکذیب نمی کند و لکن به سبب ظن کذب، متمسک می شود به بقای زوجیت و می گوید (من دست از حقوق خود بر نمی دارم و قول تو را

قبول نمی کنم تا اثبات نکنی این عمل را) و متمسک شود به استصحاب بقای زوجیت، ظاهر این است که می تواند. و باز بر زوج لازم است بینه و هر گاه عاجز شد، پس قسم متوجه زوجه می شود. ولکن چون زوجه علم به عدم وقوع آن فعل ندارد بالفرض، قسم نمی تواند خورد به عنوان قطع. به اعتبار این که این از باب آن مسأله می شود که (مدعی بر کسی ادعای حقی بکند. و او بگوید که من علم ندارم). پس اگر زوجه ادعا به عنوان ظن می کند بر زوج که (من گمان دروغ دارم به تو)، اظهر این است که می تواند زوج را قسم بدهد. و در اینجا دیگر ردی نمی باشد. و هم چنین هر گاه ادعای ظن کذب بکند لکن بگوید که (من صدق تو را نمیدانم و دست از حق خود بر نمیدارم تا مطلب خود را ثابت نکنی). در اینجا ظاهر این است که قسم متوجه مدعی می شود و هر گاه قسم خورد نکاح منفسخ می شود و حرمت ثابت می شود. ولکن مهر المثل را میطلبد. و این مطالب در غایت اشکال است. و در رساله مفرده که در (دعوی زوج طلاق را، و انکار زوجه) تحقیق کرده ام به قدر مقدور این مطلب را منقح کرده ام (۱) اشکال در یک جا است که آیا زوجه با وجود عدم علم به حال بالمره، می تواند متمسک به (استصحاب بقای احکام زوجیت) بشود در میانه خود و خدایا نه؟ و آنچه رجحان دارد در نظر حقیر تفصیل است. که اگر از قول زوج ظنی برای او حاصل می شود بیش از ظنی که از استصحاب زوجیت دارد، نمی تواند متمسک شود به استصحاب. و اگر ظن او به سبب استصحاب زوجیت بیشتر است، می تواند متمسک بشود و بعد متمسک به آن، حکم همان است که مذکور شد، که زوج را قسم می دهند و حقوق زوجیت از طرفین ساقط می شود. این حال مرافعه و حکم در ظاهر است. و اما حکم میان خود و خدای ضعیفه: پس این است که مادامی که ظن به کذب زوج ندارد می تواند که به همان اکتفا کند، و شوهر کند، و تصدیق زوج خود کند. و باز هم احتیاج به قسم دارد. ولکن به سبب دخول با عدم علم به حرمت مستحق مهر المثل هست. والله العالم.

۲۷۶: سؤال:

۲۷۶: سؤال: هر گاه کسی کنیز خود را به غلام خود بدهد و غلام بگریزد. آیا حکم کنیز چه چیز است و مهر او مال کیست؟

جواب:

جواب: اظهر و اظهر صحت عقد مولی است مابین غلام و کنیز خود. و اظهر این

ص: ۴۵۲

است که لازم باشد که مهری از برای او قرار دهد. و اظهر این است که کنیز مالک مهر می شود، هر چند بگوئیم که بنده مالک مال نمی شود. به جهت ظاهر روایات. و این منافات ندارد با این که مملوک محجور علیه است. و در عقد آنها رضای طرفین شرط نیست. بلکه همان رضای مولی معتبر است. و در صورت سؤال اختیار طلاق با مولی است. و ظاهراً خلافی در نظر نیست، خصوصاً در صورت گریختن بنده که بخصوص احادیث معتبره هست که اگر معقوده او حره باشد هم اباق او طلاق او است. (۱) و قائل به آن هم از اصحاب موجود است.

و ظاهر این است که لفظ فسخ هم در طلاق مولی کافی باشد. بخلاف آنجا که آزادی را برای او عقد کرده باشند، یا کنیز [شخص] دیگری را، که در آنجا اشهر و اظهر این است که طلاق با عبد است و لکن مولی می تواند او را اجبار کند بر طلاق. و در صورت اباق عبد کلام همان است که مذکور شد. و اگر عقد نکرده و به عنوان (تحلیل) داده است - هر چند (۲) اشهر و اظهر عدم جواز تحلیل است از برای مملوک. هر چند قول به جواز با کراهت، هم خالی از قوت نیست - پس حکم به جواز رجوع مولی اظهر خواهد بود.

۲۷۷: سؤال:

۲۷۷: سؤال: هر گاه کسی زن آزادی را عقد کند از برای عبدی، و عبد فرار کند و مدتی است که ناپیدا است. آیا آن زن را چه باید کرد؟ و نفقه او با کیست؟ و هم چنین نفقه فرزند او اگر فرزندی از غلام مانده باشد -؟.

جواب:

جواب: روایت موثقی دلالت دارد بر این که (باق عبد در صورت مذکوره طلاق او است). و بعضی احادیث دیگر هم مؤید آن است. و شیخ در نهاییه عمل به آن کرده (و همچنین ابن حمزه در صورتی که آن زن کنیز دیگری باشد) و ظاهر صدوق هم عمل به این است. چون در من لایحضره الفقیه روایت را نقل کرده (۳) پس هر گاه عبد نیامده تا عده او تمام شود، فراق حاصل می شود، چنانکه مضمون روایت است. و لکن علامه در تحریر انکار قول شیخ کرده. و هم چنین صاحب مسالک و صاحب مدارک در شرح نافع، و بهت.

ص: ۴۵۳

۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العبد، باب ۷۳، ح ۱.

۲- در نسخه پس هر چند...

۳- زیرا کتاب مذکور کتاب فتوایی صدوق است.

استصحاب زوجیت را ثابت میدانند و نفقه زوجه را بر مولای عبد لازم میدانند. و محقق تردد کرده است در مسأله. و دور نیست ترجیح عمل به روایت، چون معتبر است. و استصحاب معارض آن نمی شود. و دور نیست که احوط این باشد که مولای عبد طلاق زوجه را بگوید نظر به روایتی که ابن ادریس در آخر سرائر نقل کرده است (۱) که آن روایت هم مؤید مطلب است. والله العالم.

۲۷۸: سؤال:

۲۷۸: سؤال: هر گاه دو طفل توأم از برای کسی بهم رسد یک گوسفند از برای عقیقه هر دو کافی است یا نه؟

جواب:

جواب: دلیلی از برای جواز آن ندیدم. و مقتضای اصل و اخبار این است که برای هر یک گوسفندی علی حده بکشد.

۲۷۹: سؤال:

۲۷۹: سؤال: آیا زن می تواند به غلام خود شوهر کند یا نه؟

جواب:

جواب: نمی تواند. و ظاهر این است که خلافتی در مسأله نباشد. و شاید علت در آن استلزام تسلط از طرفین باشد. و اخباری که وارد شده است در این که (هر گاه زوج زن آزاد، مملوک باشد و بعد ملک او شود به میراث یا به خریدن یا به غیر آن، نکاح آنها باطل می شود) اشعار به این مطلب دارد. بلکه علت منصوصه در آنها دلالت دارد. چنانکه در حسنه محمد بن قیس فرموده اند (اذهی فانه عبدك ليس له عليك سبيل) (۲) و در صحیحه عبد الله بن سنان (قال: تفارقه وليس له عليها سبيل وهو عبد). (۳) و در صحیحه سعید بن یسار (هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم، لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء). (۴) و حکم این مسأله از مسأله انتقال عبد به زوجه و بطلان عقد او صریحا و اشعارا مستفاد می شود. و هم چنین در غیر آن. علامه (ره) در قواعد گفته است (ولیس للسیدان ینکح امته بالعقد، ولو ملک منکوحته انفسخ العقد. ولا للحره ان تنکح عبدا لا بالعقد ولا بالملک. ولو ملک زوجها انفسخ النکاح). و در تحریر گفته است (الحره اذا اشترت زوجها المملوک، او ورثته، او انتقل اليها باحد وجوه التملیکات، بطل النکاح و لیس لها ان تبیحه او تعقد علیه. فان اراد ذلک لم یکن لها ذلک الابان تعتقه و تزوج به). و الحاصل ظاهرا اشکالی در عدم ۲.

ص: ۴۵۴

۱- و مسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العبد، باب ۷۳، ح ۲.

۲- و مسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العبد، باب ۴۹، حدیث ۳.

۳- و مسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العبد، باب ۴۹، حدیث ۱.

۴- و مسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العبد، باب ۴۹، حدیث ۲.

جواز نیست. وبدان که: در صورتی که زوجه کنیز بوده باشد و زوج آزاد، و بعد از آن زوجه منتقل شود به زوج به نحوی از انحا ملک، در آن صورت نیز عقد باطل است و خلافی در آن نیز نیست. هر چند در اینجا وطی حلال است به سبب ملک.

۲۸۰: سؤال:

۲۸۰: سؤال: آیا ولد زنا به هیچ وجه ملحق نمی شود به ابوین؟ یا به بعض وجوه می شود.

جواب:

جواب: به هیچ وجه ملحق نمی شود، الا در تحریم نکاح. پس جایز نیست از برای زانی وطی دختری که از او بهم رسیده است به زنا. و هم چنین جایز نیست که زانیه شوهر کند به پسر خود که از زنا بهم رسانیده. و هم چنین است حکم جمیع انسان. پس جایز نیست دختری که از زنا بهم رسیده شوهر کند به برادر خود که از پدر یا مادر او بهم رسد خواه او هم از زنا باشد یا نه. و هم چنین اعمام و احوال و غیره. و تصریح به حکم پدر و مادر نسبت به فرزند در بسیاری از کتب، مذکور است لا غیر. و ظاهراً مراد تمثیل است. و در تحریر علامه تصریح به حکم همه شده. و ظاهراً خلافی در میان شیعه نباشد. بلکه دعوی اجماع بر آن شده.

۲۸۱: سؤال:

۲۸۱: سؤال: هند شوهری دارد. و مدت ده سال است که حامله نشده، و از شوهر پیش فرزند دارد. الحال طفلی را به پستان خود بیندازد و رضاع شرعی به عمل آید. آیا این رضاع نشر حرمت می کند یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه بعد از ولایت فرزند سابق تابحال چنین اتفاق افتاده باشد که شیر او باقی مانده باشد مثل این که دایگی می کرده و اطفال را شیر میداده - هر چند گاهی بخشکد و گاهی عود کند که در عرف و عادت بگویند (این شیر همان فرزند است)، نشر حرمت می کند. و اما هر گاه بالمره شیر سابق خشک شده و این مدت طولانی گذشته که در عرف نمی گویند از آن ولادت سابق است، نشر حرمت نمی کند. و از باب آن است که دختر با کره، یا مردی طفلی را به پستان خود بیندازد و به مکیدن، شیر حاصل شود.

۲۸۲: سؤال:

۲۸۲: سؤال: زید مثلاً غایب گردیده و ملک معینی از او مانده، و هند زوجه زید مزبور ادعا نماید که ملک مزبور در صدق من است، و صداقتاً مچّه و شهودی نداشته باشد. و هند مزبوره متوفیه گردیده و اولادی ندارد. و پسر برادری از هند مزبوره مانده عمرو نام. عمرو مزبور املاک زید غایب را می تواند به محض قول مرقوم هند متوفی، ضبط نماید قبل از آن که به اثبات شرعی برساند؟ یا نه؟ و خالد اقوام زید مزبور غایب را

می رسد که املاک زید غایب را از حاکم شرع اجاره نماید و ضبط کند که حق زید غایب مزبور تلف نشود؟-

جواب:

جواب: هر چند اظهرا ین است که سخن هند در حین غایب بودن زوج او مسموع است، ولکن اظهر نیز این است که (قسم استظهاری) باید بخورد که این عین ملک باقی است بر حقیقت او، و به زوج خود ثانیاً منتقل نکرده. و بدون قسم مالک بودن او تمام نمی شود. و مفروض این است که هند قبل از قسم خوردن فوت شده، و در آن هنگام دعوی وارث هند به عنوان جزم نخواهد بود. بلکه به عنوان مظنه صدق هند است در دعوی او، و قسم هم نمی تواند خورد. پس چیزی که مثبت دعوی باشد در دست ورثه هند نیست. بلی هر گاه وارث هند به عنوان جزم ادعای مهر معینی بر غایب بکند و قسم هم بخورد مستحق مهر المثل می شود، علی الاظهر، بلکه دور نیست که آنچه دعوی می کند بگیرد، چون معارضی در برابر ندارد، هر چند زاید بر مهر المثل باشد. و قسم او به طریق (نفی العلم) است که ما علم نداریم که مورث ماحق خود را گرفته باشد یا بخشیده باشد. و ولی غایب حاکم شرع است به هر کس مصلحت داند اجاره می دهد.

۲۸۳: سؤال:

۲۸۳: سؤال: (۱)

۲۸۴: سؤال:

۲۸۴: سؤال: هر گاه مورثی وفات نماید که مهر زنش معلوم نباشد که چه چیز است. و ورثه قبول داشته باشند که آن ممهور است. -؟.

جواب:

جواب: هر گاه زوجه یا وارث او ادعای مهر مسمی کنند [بر ورثه زوج] وینه نباشد، زوجه [یا ورثه او] بعد از قسم خوردن بر بقای مهر در ذمه زوج، مستحق مهر المثل است (علی الاظهر) مگر این که ادعای کمتر از مهر المثل کنند که در آن وقت مستحق همان قدرند که اعاد می کنند.

۲۸۵: سؤال:

۲۸۵: سؤال: هر گاه زن در شب زفاف طلب مهر نکند، حق او باقی است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: حق او باقی است و به دخول ساقط نمی شود. بعض اخبار که دلالت دارد بر

۱- این سؤال تکرار سوال ۲۷۴ است و لذا حذف گردید فقط موضوع سؤال قبلی «کسی با غلامی» است و موضوع این سؤال «طفلی با طفلی» است.

خلاف این، (۱) مطروح یا [مؤ] ول است.

۲۸۶: سؤال:

۲۸۶: سؤال: واطی و موطو اگر نا بالغ باشند ولواط نمایند، بعد می توانند خواهر یکدیگر را بگیرند یا نه؟

جواب:

جواب: اشهر و اظهر عدم جواز است. یعنی عدم جواز تزویج فاعل خواهر مفعول را.

۲۸۷: سؤال:

۲۸۷: سؤال: حضانت و نگاهداری طفل رضیع با والده است یا والد؟

جواب:

جواب: حضانت رضیع با مادر است هر گاه آن را تبرعا شیر دهد، یا به قدر دیگران اجرت بگیرد، یا کمتر از دیگران. و بعد از واشدن از شیر، اشهر و اظهر این است که حضانت پسر تا هفت سال با پدر، و دختر تا هفت سال با مادر است.

۲۸۸: سؤال:

۲۸۸: سؤال: شخصی با کسی مصافحه و ملامت نموده، و به شهوت به او نظر کرده و بوسیده. آیا می تواند مادر یا خواهر یا دختر او را بگیرد یا نه؟

جواب:

جواب: اشهر و اظهر جواز است. خصوصا هر گاه آن نظر و ملامت به عنوان حرام شده باشد، یعنی به اجنبی شده باشد که معقوده و مملو که نباشد.

۲۸۹: سؤال:

۲۸۹: سؤال: در صورتی که مادر صغیر فوت شده باشد، اقربای ارثی صغیر منع ابعاد را از نگاهداشتن صغیر می توانند کرد؟ یا این که تقدیم اقارب، الاقرب فالاقرب رجحان دارد؟ و حضانت مادر را تا چند سال قائل می باشند بیان فرمایند؟

جواب:

جواب: بدان که حضانت طفل در ایام رضاع با مادر است، و او احق است به آن هر گاه تبرعا شیر دهد یا اجرت مساوی دیگران یا کمتر بگیرد، اجماعا. و هر گاه غیر این باشد پدر احق است به آن علی الاقوی. (۲) و اما بعد از بلوغ هم حق حضانت از برای هیچ یک نیست، و بر این نیز دعوی اجماع شده. و اما ما بین فطام و بلوغ: پس در آن اقوال بسیار است - متجاوز از هفت قول -

واقوی واشهر این است که پدر حق است به پسر، و مادر به دختر تا هفت سال. و اما بعد هفت سال تا زمان بلوغ پس حضانت حق پدر است. پس معنی این که حضانت پسر تا هفت سال با پدر است این است که مادر تسلطی ندارد تا هفت سال، نه اینکه حضانت پدر بعد هفت سال ساقط می شود. اینها همه وقتی است که پدر و مادر هر دو زنده باشند، و مادر هم شوهر دیگری.

ص: ۴۵۷

۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۸، ح ۴ و ۵ و ۶.

۲- در مساله ۲۶۴ فرمود: مساله رضاع با مساله حضانت ملازمه ندارد و می شود که زن دیگری متصدی رضاع باشد و در عین حال حضانت با مادر است.

نکرده باشد. اما هر گاه مادر شوهر دیگر کرده باشد بعد طلاق شوهر اول، حق حضانت مختص پدر است. و ظاهراً خلافتی در این نیست. و هر گاه شوهر دوم او را طلاق دهد اشهر و اظهر این است که حضانت عود می کند. و این حکم در وقتی است که طلاق شوهر دوم (باین) باشد. و هم چنین است حکم هر گاه رجعی باشد وعده منقضی شده باشد. و هر گاه پدر بمیرد مادر احق است به حضانت از وصی پدر و از جمیع اقارب هر چند شوهر کرده باشد. و هم چنین پدر مقدم است بر جمیع اقارب هر گاه مادر مرده باشد. و اما هر گاه پدر و مادر هر دو بمیرند: اشهر و اظهر این است که حضانت تعدی می کند به اقارب به ترتیب میراث، و اقرب منع ابعاد می کند. و اظهر این است که زیادتى حصه ارث منشأ اولویت بر غیر نمی شود. بلکه همان ملا حظة وارث بودن، می شود. و در صورت تعدد اقارب که در درجه میراث مساوی اند، رجوع به قرعه می شود.

۲۹۰: سؤال:

۲۹۰: سؤال: در نکاح و طلاق باید زوج و زوجه به اسم و شخص یا اوصاف معروف مجری صیغه باشند؟ - و در طلاق باید به آن طریق، معروف شاهدین [نیز] باشند؟ - یا آن که به محض این که می گویند (فاطمه زوجه زید طالق) و (انکحت وزوجت فاطمه زیدا علی المهر المعلوم) کافی است؟.

جواب:

جواب: مجری صیغه اگر خود زوجین باشند با هم، یا وکیل آنها باشد، البته باید معین و مشخص باشند زوجین، هر چند به اسم ووصف یا اشاره باشد، و خود شخص بشخصه معروف نباشد. و اما عاقد فضولی - که ظاهر این است که مراد سائل آن است. چنانکه در اغلب بلاد کاغذ می آورند در نزد عالمی که صیغه جاری کند و توکیل به ثبوت نمی رسد، و آن عالم هم صیغه را به اسم آن زن و مردی که به کاغذ نوشته [شده] می خواند. و اعتماد در آنجا بر فضولی است که بعد از آن که خبر می رسد به زوجین و اجازه کنند، صحیح می شود. والا، فلا - پس می گوئیم که البته باید این عالم در نظر خود معین کند زوجین را، هر چند به همان کاغذ و کسان حامل کاغذ که عادل نیستند، باشد. و مجرد این که (فاطمه نامی را برای زید نامی عقد می کنم که هر فاطمه نام و زید نام که به آن مطلع شوند و اجازه کنند، کافی باشد) این صحیح نیست. بلکه باید مراد او این باشد که (همین فاطمه نامی و زید نامی که در اینجا نوشته اند و این کسان می گویند عقد می کنم).

وا احتمال این که کاغذ بالمره ساختگی باشد یا آن اشخاص دروغ گویند و مرادشان این باشد که اگر برخوردند به چنین دو نفری که اسم شان آن باشد، بگویند ما صیغه شما را خواندیم. من دفع است به حمل قول و فعل مسلم بر صحت. وعدم ثبوت وکالت به کاغذ و به کسان غیر عادل، مستلزم عدم تصدیق آن کسان بر این که چنین دو نفری هستند که می خواهند مزاجه بکنند، نیست. پس آن عالم صیغه را می خواند از برای آن در نفری که مسلمی اسم آنها را در کاغذ نوشته و مسلمی یا دو مسلمی آمده اند و ادعای وکالت خود، با توکیل آن عالم را می کنند، پس هر گاه در واقع هم صیغه خواندن عالم موافق افتد با مزاجه آن دو نفر و اجازه بکنند، تمام می شود. والا آن عالم فعل لغوی کرده خواهد بود. پس به هر حال باید مجری صیغه زوجین را به وصفی یا رسمی که رافع جهالت باشد فی الجمله و منشأ تعیین شود فی الجمله معین کند و صیغه بخواند. گو در نظر او ممتاز از کل ماسوی نباشد. بخلاف خود زوجین و وکیلین که باید زوجین در نظر آنها متمیز و متعین باشند از کل ماعدا. هر چند آنها را بشخصه نشناسند. و هم چنین کسی که صیغه طلاق جاری می کند، مثل زوجین و وکیل آنها است در نکاح. به جهت آن که در طلاق، فضولی نمی باشد. پس باید مجری صیغه معینا بداند که زوج کیست و زوجه کیست. گو بشخصه آنها را نشناسند. و اما شاهد طلاق: پس ظاهر این است که شرط است در آن معرفت زوجین به شخص یا به وصف رافع جهالت فی الجمله به قدری که در نکاح فضولی کافی میدانستیم که تواند شهادت بدهد به نحوی از انحا که مقتضای اشهاد و مدلول آن به عمل بیاید. و مجرد حضور آنها در مجمع اطلاق بدون معرفت به وجهی از وجوه، نفی ندارد علی الاظهر. و معرفت بر وجهی که ممتاز از کل ماعدا باشند هم ضرور نیست، والا عسر شدید و حرج عظیم لازم می آید. و گویا خلافتی هم نباشد در عدم اشتراط آن. (۱)

۲۹۱: سؤال:

۲۹۱: سؤال: هر گاه کسی دختر با کره بگیرد و بعد معلوم شود که ثیب بوده. آیا مسلط بر فسخ نکاح هست یا نه؟ و بر فرض عدم فسخ، آیا از مهر او چیزی کم می شود یا نه؟ ۵.

ص: ۴۵۹

جواب: هر گاه معلوم نباشد که قبل از عقد ثبت بوده و محتمل باشد که بعد از عقد بکارت او رفته باشد، در اینجا خیار فسخی ثابت نیست و عقد لازم است. وظاهر را خلافی در آن نباشد. چنانکه اگر معلوم شود که بعد از عقد زوال بکارت شده که در آن هم خیار فسخی نیست. و اما هر گاه معلوم شود که قبل از عقد ثبت بود - به این که آن زن خود اقرار کند یا شاهی باشد یا از قرائن علم حاصل شود - پس در این صورت می گوئیم که اگر عقد را به شرط بکارت کرده، اکثر متأخرین بر اینند که خیار فسخ از برای او هست. چنانکه مقتضای شرط ضمن العقد است. و قول دیگر عدم تسلط بر فسخ است. و این قول را بعضی نسبت به اکثر اصحاب داده اند. و قول اول اظهر است. و اما اگر در ضمن عقد شرط بکارت نشده باشد ولیکن خبر به او داده باشند که باکره است، و به گمان بکارت و به سبب تدلیس مرتکب آن شده باشد: پس در الحاق آن به شرط ضمن العقد دو وجه است. و اظهر عدم الحاق است. چنانکه هر گاه هیچ کس به او خبری هم نداده باشد و خود به گمان بکارت عقد کرده باشد که در آنجا نیز خیاری نیست. به جهت آن که ثبوت از عیوب زنان نیست. و اما حکایت مهر: پس در هر جا که خیار ثابت است و زوج اختیار فسخ کرد، پس اگر قبل از دخول است در آنجا مهري نیست. و هر گاه بعد از دخول است مهر مستقر می شود. پس اگر تدلیس در میان باشد، زوج رجوع می کند به مدلس و مهر را از او می گیرد هر چند مدلس خود زوجه باشد. بلی در صورتی که مدلس خود زوجه باشد در آن خلافی دارند که آیا چیزی استثنا می شود یا نه. و اشهر و اظهر عدم استثنا است. و جماعتی استثنا کرده اند (اقل مایصلح ان یکون مهرا) [را] مثل دو غاز پول سیاه. و بعضی استثنا کرده اند اقل مهر امثال او را. و دلیل واضحی از برای استثنا در نظر نیست. و هر گاه فسخ نکند خواه اختیار بر فسخ نباشد، یا اختیار ثابت باشد ولیکن راضی شود زوج بر بقای نکاح، پس در آن صورت خلاف است که آیا از مهر چیزی کم می شود یا نه. اشهر و اظهر این است که چیزی کم می شود. و ابو الصلاح و ابن براج مخالفت کرده اند [و قائل به عدم کسر شده اند]. و [قائلین به عدم کسر نیز] در تقدیر آن خلاف کرده اند، بعضی تعیین نکرده اند بلکه گفته اند چیزی کم می شود چون ظاهر صحیح محمد بن مسلم جز این نیست (قال: کتبت الی ابی الحسن - ع - اسأله عن رجل تزوج

جاریه بکرا فوجدها ثیبا هل یجب لها الصداق وایا، او ینتقص؟ قال: ینتقص (۱) و قطب راوندی گفته است که (شش یک) کم می شود. نظر به این که در روایت ظاهرا لفظ (شیء) مقدر است و لفظ شی در اخبار وصیت حمل بر سدس شده. و این قیاس است. و ابن ادریس و علامه و محقق گفته اند ناقص می شود به نسبت مابین مهر ثیب و بکر، و ملاحظه مهر المثل و تفاوت آن را می کنند و به همان نسبت از مهر مسمی کم می کنند. و بعضی از متأخرین گفته اند منوط است به نظر حاکم شرع. و دور نیست که مقتضای نظر حاکم هم باید همین قول آخر باشد. و دور نیست که از روایت هم فهمیده شود.

۲۹۲: سؤال:

۲۹۲: سؤال: هر گاه زوجه خواهد طفل خود را یا طفل غیر را شیر بدهد، شوهر می تواند منع کرد؟ و آیا تسلط دارد زوج که بگوید (طفل فلان را شیر بده) یا نه؟ و این که می گویند شیر زن از مرد است، صحیح است یا نه؟

جواب:

جواب: بدان که فقها بعد از آن که اتفاق کرده اند بر جواز اجاره دادن زن خود را از برای رضاع به اذن زوج، خلاف کرده اند در این که زن می تواند خود را به اجاره بدهد از برای شیر دادن بدون اذن شوهر. پس اگر منع کند اجاره از استمتاع زوج پس آن موقوف است به اجازه زوج. هر گاه زوج اجازه کند صحیح است، والا باطل می شود. و بعضی عقد اجاره را از اصل باطل میدانند در این صورت. و اما هر گاه مانع از استمتاع زوج نیست، در آن دو قول است. اظهر صحت است، چنانکه مختار محقق و شهید ثانی و دیگران است، به جهت آن که مفروض این است که زن آزاد است و شخص آزاد مالک منافع خود است، و عموماً اجاره هم شامل آن است. و از شیخ و جماعتی نقل کرده اند که جایز نیست، به جهت عدم دلیل و به جهت این که منافع زوجه به سبب عقد ملک زوج می شود. و اظهر قول اول است. چنانکه گفتیم. و تملک زوج جمیع منافع زوجه را ممنوع است، بلکه همان مالک منافع استمتاع است. هر گاه این را دانستی ظاهر شد که شیر زن آزاد ملک خود او است و شوهر در آن حقی ندارد. و آن سخن که شیر زن از مرد است، بی وجه است. و آن عبارتی که در مسائل رضاع مذکور است که (اللبن للفحل) معنی دیگر دارد. و زوج تسلط ندارد که ۲.

ص: ۴۶۱

منع کند که زوجه ولد خود را که از آن زوج دارد شیر بدهد. خصوصا این که در مسائل رضاع مذکور است که (مادر احق است بر رضاع هر گاه متبرعه باشد، یا اجرت زیادت از دیگران نطلبد). و هم چنین مانع شیر دادن فرزند دیگران هم نمی تواند شد در صورت تبرع. مگر این که مانع استمتاع باشد، که در همان قدر می تواند مانع شد. و اما این که به زوجه بگوید که (طفل فلان را شیر بده) پس این تسلط را ندارد جزما، و در آن اشکالی نیست.

۲۹۳: سؤال:

۲۹۳: سؤال: اذا زوج زيد بنته الرضیعه بعمر وفی مده ساعه بازا درهم متعه، لاجل محرمیه امهاله، لاغیر. ثم مات زید واراد عمرو نکاح امها. فهل یحرم - لانها من امهات النساء وهی محرمه بنص الكتاب والادله -؟ او یجوز نکاحها لبطلان نکاح الصغیره (لعدم قصد المناکحه الواقعیه، بل لمحض المحرمیه، مع انها غیر مدخوله بالفرض)؟ و علی تقدیر الحرمة، فهل یجوز لعمرو ان یتزوج بها تقلیدا لابن ابی عقیل (علی القول بجواز تقلید المیت بسبب اعتقاد انه اعلم من مجتهدی زمانه) ویجعل ذلک حیلہ لکثره شوقه الی هذه المرأه، وخوف وقوعه فی الزنا -؟ فاذا تزوجها والحال هذه وهو معتقد بصحة عقد الرضیعه وصیورہ امها من امهات النساء، فهل یجب التفریق بینهما ام لا؟ -؟ وما حال الاولاد الحاصل بینهما؟.

جواب:

جواب: اما المسأله الاولى - اعنی صحه هذا العقد - فالاقرب عندی العدم. لاصاله عدم الصحه، فانها حکم شرعی یحتاج الی دلیل شرعی ولا دلیل عیله (كما ستعرف) ولاستصحاب الحكم السابق. و لیس للقول بالصحة دلیل سوی اطلاق الایه (۱) ولاخبار. و انت خبیر بان کلها اما صریح فی غیر ما نحن فیہ او ظاهر فیہ. بل لایکاد یوجد روایه یمکن انصرافها الی هذا الفرد، او شمولها له. بل نقول فی الایه والاخبار دلالة علی خروجه منها، فان الظاهر من الایه حصول الاستمتاع او التمكن منه، كما نعتبره فی غیره من العقود ایضا. و لیس فی ما نحن فیہ احد الامرین. مضافا الی اشعار کلمه (اجورهن) (۲) بذلک، لان الاجر فی مقابل الانتفاع وهو مفقود. و ایضا الاخبار الداله علی انهن مستأجرات، داله علی ذلک. (۳) لان الاستیجار تقتضی عملا من الاجیر والمفروض عدمه ۱.

ص: ۴۶۲

۱- آیه های ۲۴ و ۲۵ سوره نساء.

۲- علاوه بر دو آیه مذکور در آیه ۱۰ سوره ممتحنه نیز آمده است.

۳- الوسائل، ج ۱۴، ابواب المتعه، الباب ۴، ح ۴ و ۲۶، ح ۱ و الباب ۴۳، ح ۱.

من الرضيعة وعدم تمكنها منه مع فرض كون المدة غير قابله لخروجه عن القوه الى الفعل. ويؤيده ايضا الاهتمام فى تعيين المده وتعيين الاجره فى الاخبار فى حقيقه المتعه،^(١) بحيث يعلم انهما معتنى بهما عند الشارع بحيث جعلنا ركنا للعقد. والمفروض عدم الاعتنا بالمده هنا وان ذكر فى متن العقد، بل ولا بالاجره. كما هو الغالب فى مثل ذلك [و] ايضا يستفاد من الاخبار الوارده فى وجوه النكاح ان العله فى تشريع المتعه تسهيل الامر فى استحلال الفروج للذين لا- يقدرّون على النكاح البات، او ملك الميمين. و ايضا (العقود تابعه للقصود) ولا قصد هنا الى حقيقه العقد الواقعى المستلزم لحليه الاستمتاع، لعدم امكانه بالفرض. ومما ذكرنا يظهر انه لا- يتم الاستدلال بمثل (او فوا بالعقود) فانه لا- معنى لاراده كل عقد يتصور، لا ستلزامه التخصيص الغير المرضى، فلا- بد من حملها على (العقود المعهوده) فى زمان الشارع، ولم يثبت كون هذا العقد معهودا فى زمان الشارع،^(٢) و ادعا انه من افراد عقد النكاح وهو معهود، يحتاج الى الاثبات. لما عرفت انحصاره فى الدائم والمنقطع، ودخول ذلك فيهما ممنوع. واحتمال الدخول لا- يكفى، لان الاصل عدم الصحه، ولا يرتفع مقتضى الاصل الا بثبوت دخوله فى العقد ولا يكفى الاحتمال. نعم هنا شبهه قويه. وهو ان من المسلمات الواضحات جواز الحيل الشرعيه و الفرار من الحرام الى الحلال، كما فى حيل الربا وحيل اسقاط الشفعه وغيرهما مما لا- يحصى كثره فكما يجب عما اورد عليها (من ان العقود تابعه للقصود والمقصود بالذات من بيع معامله المحاباته بشرط القرض - مثلا - انما هو النفع، فيكف يقال بصحته مع انه ليس مقصودا بالذات). باننا انما نقول بالصحه اذا قصد البيع على الوجه الصحيح وكان غرضه الفرار من الربا على وجه يأمن العذاب بان يدرج ذلك فى عنوان (احل الله البيع) ويخرجها من عنوان (وحرم الربا). ويكفى فى ترتب آثار معامله و صحتها، ترتب بعض الآثار. فنحن ايضا نقول فى ما نحن فيه: يقصد بذلك العقد عقد التمتع وان لم يترتب عليه الا- بعض آثاره، وهو حليه النظر الى امها وان لم ينفع ذلك فى حليه النظر الى الرضيعة لثبوتها قبله وبعده، ولا فى حصول الاستمتاع والتمكن منه فى هذه المده القليله.ع.

ص: ٤٦٣

١- المرجع، الباب ١٧.

٢- و فى النسخه: و لم يثبت معهوديه هذا العقد فى زمان الشارع.

فاقول في دفع هذه الشبهة - بعد منع كون حصول المحرمية وحليه النظر اثر الكل تزويج بحيث يشمل ما نحن فيه. اذا دليله انما هو الاجماع وهو ممنوع هنا، لعدم استلزام التحريم المحرمية مطلقا. فجواز جعله اثرا مقصودا من هذا العقد في محل المنع - بمنع كون هذا عقد تزويج يمكن ترتب اثر جواز النظر الى الام، عليه. ولا بد في تحقيق المقام من تمهيد مقدمه وهو: ان كل مصلحه تترتب على فعل فهي من حيث كونها متولده منه ونتيجه له، تسمى فايده له. ومن حيث انها طرف له وفي آخره، تسمى غايه. ومن حيث كونها باعثة للفاعل على الاقدام به، تسمى عله غائيه. ومن حيث كونها مطلوبه للفاعل في الاقدام به، تسمى غرضا. فالاخيران متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار، لانه اذا اعتبر كونها منتسبا الى الفاعل فهي غرض. واذا اعتبر منتسبا الى الفعل فهي عله غائيه. كما ان الاولين ايضا كذلك فمن حيث تولدها، فائده. ومن حيث وقوعها في النهايه، وغايه. والاولان اعم من الاخيرين مطلقا فليس كل فائده وثمره يترتب على الفعل، عله غائيه وغرضا لفاعله. اذا تحقق هذا فاعلم: ان افعاله سبحانه وتعالى معلله بالاغراض (كما هو محقق عند اهل الحق) ولكن قد يترتب على افعاله آثار ليس باغراض. فان تحريم الزنا (مثلا) معللا بعدم اختلاط المياه وتشويش الانساب ونحو ذلك. ولكنه يترتب عليه اجرا الحد مثلا و - من الظاهر انه - ليس الغرض من التحريم ذلك وان ترتب عليه، وان كان الترتب ايضا بجعله تعالى، فضلا عما لم يكن بجعله مثل قتل اهل المرأه الزاني. فان ذلك قد يكون من آثار التحريم لانفس الزنا. وكذلك تحليل النكاح معلله بسد باب الفجور و تكثير النسل وابقا النوع، ولذلك ورد على وجوه مختلفه من الدوام والانقطاع وملك اليمين على حسب مقدرة العباد (كما ورد في الاخبار) وقد يترتب عليه آثار ليست من جملة اغراضه تعالى (اولم يعلم منه تعالى كونها غرضاله) فامثال العباد في تلك الاحكام والافعال لا بد ان يكون على وفق اغراضه تعالى. ولا يجوز ان يجعل مالم ليس بغرض غرضا، سيما بحيث انحصر الغرض فيه وانطوى باب اصل الغرض المطلوب فيه. وكذلك الكلام في مالم يكن اصل العمل من مبتدعاته تعالى بل كان من افعال العباد ولكنه تعالى جوزه وامضاه كالبيع. فان وضع البيع في العرف والعاده لاجل نقل الملك والتسلط على العوضين على الوجه الخاص، وهذا هو غرض الواضعين. فاذا جوزه تعالى فتجوزيه انما هو على وفق مواضعتهن، فلا بد لمن يريد البيع قصد هذا الغرض

الخاص من البيع، يعنى النقل والتسليط المذكورين. فلو لم يقصده او قصد به غيره، فلا- يصح. ولذلك قيل (ان العقود تابعه للقصود). فمن جمله آثار البيع ان وارث البائع لا يرث من المبيع، فمن كان غرضه حرمان وارثه وباع ملكه من اجنبى ولم يكن غرضه نقل الملك اليه حقيقه فلا ينفع ذلك فى تصحيح البيع جزما ولا يترتب عليه تلك الثمره قطعا. فنقول فى ما نحن فيه: ان حرمة ام الزوجه ومحرميتها انما هما من الآثار المترتبة على النكاح وفوايده وان كان بجعل الشارع، وليس من جمله الاغراض - اولم يثبت كونها غرضا اذ عدم الثبوت كاف فى ثبوت العدم - فلوفرض اجرا صيغه النكاح لمحض ذلك ولم يكن الغرض المطلوب من النكاح مطلوبا. سيما مع عدم امكان مطلوبيته، فلا يكفى ذلك فى تصحيح العقد ولا يترتب عليه الاثر والفائده اصلا. ولا- ريب ان الغرض من عقد النكاح والمتعه هو التمتع والنسل وحليه النظر الى الزوجه وامثال ذلك، و كلها منتفيه فى ما نحن فيه. ومحض لفظ الايجاب والقبول بدون ملاحظه ما وضع لاجله وقصد وضعهما له وكان غرضا وعله غائيه فى تشريعه، لا ينفع فى شئ بمحض جعل ما ليس بغرض غرضا لمناسبه كونه اثرا من الآثار. ومما ذكرنا يظهر ان عبارته المسالك فى هذا المقام لا- يخلو عن شئ فانه بعد ما ذكر قول المحقق (وقد يتخلص من الربا بان يبيع احد التبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها ثم يشتري الاخرى بالثمن ويسقط اعتبار المساواه وكذا لو وهبه سلعته ثم وهبه [ا] لآخر، او اقرضه صاحبه ثم اقرضه هو وتباريا. وكذا لو تبايعا ووهبه الزيادة. كل ذلك من غير شرط). قال (ولا يقدح فى ذلك كون هذه الامور غير مقصوده بالذات والعقود تابعه للقصود لان قصد التخلص من الربا انما يتم مع القصد الى بيع صحيح او قرض او غيرهما من الانواع المذكوره، وذلك كاف فى القصد. اذ لا يشترط فى القصد الى عقد صحيح، قصد جميع الغايات المترتبة عليه. بل يكفى قصد غايه صحيحه من غاياته فان من اراد شرا دار مثلا ليواجرها ويتكسب بها فان ذلك كاف فى الصحه وان كان لشرا الدار غايات اخر اقوى من هذه واطهر فى نظر العقلا. وكذلك القول فى غير ذلك من افراد العقود. وقد ورد فى اخبار كثيره ما يدل على جواز الحيله على نحو ذلك) انتهى. وفيه: انه بعد القصد الى عقد صحيح لا حاجه الى القصد الى ترتيب اثر من آثاره. و وجه الاشتباه هنا الخلط بين آثار مطلق النقل والانتقال و آثار الانتقال من جهة بيع مبيع

خاص وآثار البيع من حيث انه بيع. والخلط بين العلل الغائيه والفاعليه واللوازم الذاتيه والمقارنات الاتفاقيه. فنقول: ان الاستيجار والتكسب والسكنى وغير ذلك فى نقل الدار انما هى من آثار الانتقال المطلق، لا خصوص البيع. كما لا يخفى. وحصول خيار الحيوان وثبوت الشفعه فى غير المنقول (على القول بالتخصيص) وغير ذلك، من خواص بيع مبيع خاص و آثاره. وثبوت خيار المجلس وترتب حق الشفع فى الجملة، من آثار نفس البيع من حيث هو. وكل ذلك يمكن ان يصير عله غائيه للبيع، كما انها غايه له وفايده من فوايده. ولا ريب انه يكفى فى تصحيح البيع مجرد القصد الى نقل ملك معلوم بازا عوض معلوم على وجه الايجاب والقبول المعهودين، وان لم يقصد الى حصول جميع آثارها. بل وان لم يكن الانتفاع بجميع آثارها وان كان من جهه فقر الاثر فى نفس الامر. فما ذكره من جعل الاستيجار والتكسب من آثار البيع، لا وجه له. اذ هو من آثار الانتقال المطلق لا خصوص البيع من حيث انه بيع. والمقصود فى المقام القصد الى البيع من حيث انه بيع. وجعل التخلص من الربا من آثاره ايضا لا وجه له. اذ هو بمنزله العله الفاعليه لا مما يترتب على الشئ ويكون اثرا له. اذ كما يمكن الانتفاع بالمال على الوجه الحلال كالبيع، يمكن على الوجه الحرام كالربا. بل نقول اذا اطلع المكلف على الحلال والحرام واراد تحصيل النفع بالمال فالداعى الى ارتكابه للحلال هو الاجتناب عن المعصيه والخوف عن العقاب بارتكاب التكسب على وجه المعصيه. فالتقوى والخوف من الله هو العله لارتكاب البيع، والتخلص من الربا حينئذ من اللوازم الاتفاقيه. فمن اردان يعاوض رطلا من الغزل برطلين من القطن يمكنه ان يجعل ذلك فى قالب الربا ويقول (اعطيتك هذا الرطل فى عوض الرطلين) ويقبل الاخر. ويمكنه أن يجعل فى قالب البيع ويقول (بعتك هذا الرطل من الغزل بدرهمين) ويقبل الاخر، ثم يقول الاخر (بعتك الرطلين من القطن بدرهمين)، ثم يتباريان. ولما كان الاول حراما والاخر حلالا فنفس الحرمة وخوف العقاب يصير مرجحا لترك الاول. ونفس الحيله والجواز مرجحا لفعل الثانى. فما صدر من المكلف هو فعل اختياري وترك اختياري ناشيان من مرجح خارجي وكلاهما متساويان فى مرتبه الحصول فى الوجود. لا ان ذلك الترك من آثار هذا الفعل. غايه ما يمكن [هو] ان يقال: ان التخلص من الربا من آثار اختيار البيع من بين المعاملتين، لا من غايات نفس البيع

واحدهما غير الآخر جزماً. فليفهم ذلك. فحينئذ نقول: ان هذين البيعين مما يترتب عليهما جميع آثار البيع وغاياته، من خيار المجلس والزوم بعد التفارق. حتى انهما اذا تفارقا قبل التقابض والتبارى يجوز لكل منهما ان لا يعطى الغزل او القطن. بل يقول ليس على الا الدرهمين. والا فلا يصح القصد الى البيع، فان قصد البيع على هذا الوجه يصح، والا فلا يتم البيع ويدخل في الربا. ولا- يكفي في تصحيح ذلك محض قصد التخلص من الربا. وهكذا غيره من الآثار المترتبة على البيع والمقاصد المطلوبة فيه. فالعمده هو القصد الى البيع الصحيح الجامع للشرائط والآثار. وقوله (بل يكفي... الى آخره) يشعر بلزوم قصد غايه من الغايات، وليس كذلك. فان قصد نفس البيع المتضمن لقصد الانتقال، يكفي وان لم يقصد فردا خاصا من آثار الانتقال، فضلا عن غيرها من الآثار الخارجيه مثل ثبوت حق الشفع وغيره، فضلا عن مثل عدم ميراث الوراث. والحاصل: ان القصد بيع صحيح يوجب ترتب جميع آثاره ولا يضر عدم القصد الى واحد منها، فضلا عن الجميع بل لا يضر عدم امكان حصول كثير منها بسبب مانع. فالمعتمد هو قصد نفس البيع الصحيح بينه وبين الله تعالى، ويلزمه ترتب جميع الآثار الممكنه. فحاصل المقام: ان النكاح المذكور لم يقصد الى النكاح الصحيح حتى يترتب عليه جميع آثاره او بعض آثاره. لا انه حصل القصد الى النكاح الصحيح ووقع لكن لم يقصد من آثاره الابعضها. والمفروض انه لم يثبت من الشارع حقيقه لعقد المتعه الا انه عقد يوجب تملك الانتفاع ببضع امرأه والتمتع بها من جهه البضع والاستمتاع المعهوده فى النساء، وليس ذلك موجودا فى ما نحن فيه. وليس عقد المتعه نفس لفظ الايجاب والقبول الخاليين عن القصد الى ذلك. فيكون الالفاظ بهما حينئذ بمنزله الهازل والعابث. بل نقول: اذا امكن التمتع منها لكن لم يكن فى خصوصها مثل ان [ي] نكح صغيره مراهقه امكن التمتع منها بالقبله وغيرها من الاستمتاع، غايته بعيدة عنه بمنازل فى ظرف ساعتين لمحض محرميه امها، لا يصح ايضا. وكذلك المجنونه الكبيره. بل ويمكن ان يقال: اذا فرض ان يعقد دواما على امرأه لمحض محرميه امها لاغير، بحيث لم يتصور الانتفاع ببضعها ابدًا، يشكل الحكم بالصحه.

وبالجملة: ترك الاغراض المقصوده فى وضع العقود والاكتفا بالاثار القسريه، مخالف لحكمه الواضع وحكمه الوضع. وقد يقال فى هذا المقام - فى ابطال اثبات الصحه بقصد بعض آثار العقد، وهو حصول المحرميه - (ان اثبات صحه العقد بثبوت حليه النظرالى الام، واثبات حليه النظرالى الام بثبوت العقد، دور واضح). ففيه: ان تصحيح العقد بقصد حليه النظر واثبات صحته من اجل ذلك لا يستلزم ان يكون جواز النظر موقوفا على اثبات صحه العقد ليستلزم الدور. بل انما هو موقوف على العقد الصحيح لا على اثبات صحه العقد. و الحاصل: ان القائل يثبت صحه العقد الخاص - بقصد حصول المحرميه الممكنه الحصول بنفس مهيئه العقد و كليته - فى نظره، وحصول المحرميه بالفعل يثبت من نفس العقد الخاص الذى من افراد ذلك الكلى. فاختلف طرفا الدور. وان كان ولا بد، فهو دور معى لا توقفى. ويمكن تقرير الدور بنحو آخر. وهو: ان القصد الى حصول المحرميه بهذا العقد، موقوف على امكان حصولها به. وامكان حصولها به، موقوف على صحه. فحينئذ نقول صحه هذا العقد (على ما ذكره المستدل فى اثبات الصحه) موقوف على القصد الى حصول المحرميه به. والقصد الى حصول المحرميه به، موقوف على امكان حصولها به. وامكان حصولها به، موقوف على صحته. وهذا دور مضمر. ولا بأس به. وعماد الزام الدور منع كون حصول المحرميه وامكان حصوله من آثار مهيئه العقد من حيث هى. بل انما المسلم انه من آثار غير هذا الفرد من الافراد الصحيحه المسلمه. هذا كله اذا لم يكن مفسده فى العقد (على الاشهر الاظهر) او كان فيه مصلحه على القول باشتراطها. والا فلا يصح ورأسا. واما المسأله الثانيه: وهى ان عمرا كان يعتقد صحه العقد، وان ام الصيغره ام زوجته شرعا، ومن محارمه ومن جملته المحرمات عليه. لكن بعد فوت الزوج يريد الحيله فى تحليل امها بان يبدل الامر ويفرالى تقليد ابن عقيل فى (ان ام الزوجه اذا كانت غير مدخوله، ليست بمحرمة الاجمعا). والمفروض ان هذه هى ام الزوجه الغير المدخوله. مع فرضه ان ابن ابى عقيل اعلم من علما زمانه. فيجوز العدول وان عمل بقول غير الاعلم. كما هو المشهور. ففيه اولاً: ان قول ابن ابى عقيل شاذ مهجور مخالف للمشهور والادله القويمه، بل كاد ان يكون بطلانه اجماعيا، كما فى شرح

اللمعه. بل هو اجماعى كمافى مسائل الناصريه والغنيه وصحيحه منصور ناطقه با نه مذهب الشيعه وأن الشيعه كانوا يفتحزون بفتوى على (عليه السلام) فى ذلك. (١)

وثانيا: ان ذلك مبنى على جواز تقليد الميت. وهو (وان كان قويا عندى، خلافا للمشهور المدعى عليه الاجماع من بعضهم) لكنه لايجوز العدول عن العدول عن العمل من فتوى المجتهد الاول بعد العمل به. وما ذكره السائل من المناص - با نه يعتقد اعلميته من علما عصره ومجتهده الذى تزوج الصغيره بتقليده - لايسمن ولا يغنى من شئ. فانا ولو سلنا جواز العدول مع الاعلميه، وسلمنا اعلميه ابن ابى عقيل من علما عصره، لكننا نقول اعلميته من جميع فقهاءنا الماضين، فيه منع واضح. فلايتم الكلام. اذ جواز العدول الى الاعلم والاورع مبنى على حصول الرجحان والظن با نه اقرب الى الحق من جهه وفور علمه او تقواه. وترجيح المرجوح قبيح. وهذا مع سلامته انمايتم اذالم يكن فى السابقين افضل منه او اتقى منه، وهو ممنوع، بل الافضل كثير. فيكف يحصل الرجحان وظن الاقريبه الى الحق بمحض افضليه ابن ابى عقيل من مجتهده الحى. سيما مع اتفاق الافضلين او المساوين الكثيرين فى خلافه. والمفروض ان الكلام مبنى على جواز تقليد الاموات، فاذا كان السائل يلاحظ ميتا واحدا بمحض التشهى، فيكف لا يلاحظ الاموات الكثيرين فى حصول الظن بالاقريبه الى الحق. وثالثا: ان ما تمسك به السائل من جواز العدول مبنى على ماقرع سمعه من جواز نقض الفتوى دون الحكم (كماذكروه فى كتب الاصول). وهو فى ما لو كان العقد من باب الحكم - كما لو كان بحكم مجتهد خاص فى تلك الوقعه الخاصه او بمباشرته للعقد بقصد الالتزام والحكم - لا يتم. واما لو كان بمحض اتباعه فى الفتوى: فالتحقيق ان ذلك ايضا لايجوز نقضه. اذ ما يثبت جواز نقضه اما فى جانب المفتى: فعدوله عن الفتوى السابقه (بعد تجدد رأيه) فى سائر ما يرد عليه من خصوصيات هذه الكليه. واما فى جانب المستفتى فكذلك ايضا. وكذا فى مالولم يعمل بعد بالفتوى، واما فى ما عمل به فلا بد فيه من تفصيل طويل بيناه فى القوانين ولا يسعه المقام. ومجمله: ان تلك الوقعه اما من باب العقود والمعاملات التى يترتب عليها آثار استمراريه كالنكاح الذى يوجب الاستمرار الى الابد، والمنقطع الذى يوجب الاستمرار ١.

ص: ٤٦٩

الى الغايه المعينه، ويترتب عليهما آثارهما (من لزوم الانقاق وجواز الاستمتاع وحرمة الام والولد وثبوت الميراث وغير ذلك). ولا ينقطع اثرهما الا بما وضعه الشارع للقطع، مثل الطلاق والارتداد وانقضا المده او هبتها او غير ذلك. وكذلك البيع وغيره. واما من باب فتوى الطهاره والنجاسه والحليه والحرمة، وكالحكم بان الما القليل ينجس بالملاقاه، (بل القدح من الما صار نجسا بالملاقات)، وان لحم الغراب حرام، او حلال، وكذلك الخطاف ونحو ذلك. فانها امور تجديديه، فيجوز ان يجنب المقلد من الما القليل الملاقي للنجس بسبب فتوى مجتهده، ويستعمل ذلك الما بعينه فى يوم آخر لتجدد رأيه وحكمه بعدم التنجس. وكذلك ترتب غسل ملاقيه وعدم غسله. ويجوز ترك السوره فى الركعه الاولى بتقليد مجتهده القائل بالاستحباب، ويجب قرائته فى الركعه الثانيه من تلك الصلاه بسبب تجدد رأى مجتهده بين الركعتين. وهكذا... واما ثبوت الزوجيه (مثلا) اذا حصل بتقليد مجتهد (يجوز نكاح المتراضعين بعشر رضعات) او (يجوز نكاح البكره الكامله بدون اذن الولي)، فيقتضى ثبوت ثمراتها وآثارها مستمرا، من تملك الصداق وصحه بيع ماهو الصداق وترتب الميراث بعد فوت المشتري وهلم جرا. فان قلنا بجواز نقض هذا العقد بتجدد رأى المجتهد او بموته او بظهور فسقه او غير ذلك، فيلزم فسخ العقد من رأس. وظهور بطلانه من باب حصول العلم بالرضاع السابق لامن باب الارتداد، فيبطل من رأس. ويبطل المهر ويرجع الى مهر المثل ويسترد الصداق ويبطل البيع الواقع عليه والتوراث وغير ذلك ويجوز للمرأة التزوج بعد العده. ثم اذا تجدد بعد ذلك رأى ذلك المجتهد وحكم بصحه العقد ثانيا، فهو يكشف عن صحته اولا، فيجوز له وطى هذه المرأة المزوجه والنظر اليها، وغير ذلك. ثم اذا تجدد ثالثا فيتبدل الحال ويحصل الهرج والمرج وعدم استقامه الشريعه. بل نقول: ان جواز نقض الفتوى ليس معناه الا-جواز العمل بخلافها فى الواقعه الحادثه، ونقض [نفس] الفتوى السابقه بعد تجدد رأى مثلا- آثارها وثمراتها. ومما يؤيد ذلك بنا العلما فى جميع الاعصار والامصار على صحه معاملات الناس وترتيب الاثار عليها مع احتمال كونها واقعته على خلاف رأيهم. ولا يمكن ان يقال (ان ذلك انما هو لاجل حمل افعالهم على الصحه). اذالصحه والفساد مختلفان بحسب آرا

العلماء. الا ترى انهم يحكمون بصحة المزاوجات المجهولة الحال ولا يتفحصون ان النكاح هل وقع على الوجه الصحيح ام لا. فانه ربما كان النكاح بينهما على سبيل اذن الباكره الكامله وعلموا العصر يعتقدون بطلانه، او بالعكس. وكذلك المحتملات فى حصول الرضاع ومقداره، وغيره. وهكذا ينكحون المطلقات ويقنعون باعتراف الزوجه بالطلاق، ولا يتفحصون ان الطلاق هل وقع على الوجه الصحيح ام لا، وهل وقع عند عدلين خارجين عن المطلق، او كان هو احدهما. وهل العدلان كانا يعرفان الزوجين بشخصيهما ولو بالوصف، او اكتفيا بمحض حضور مجلس الطلاق. وهل عداله الشاهدين كانت على وفق رأى علماء العصر، او خلافه. والحاصل: ان مقتضى حمل فعل المسلم على الصحه، حملة على ما هو صحيح عند الفاعل، لا عند الحامل. وهو مختلف جدا. والقول بان (الغالب الموافقه، فيحمل على الغالب) لا يخفى بطلانه على من مارس الفقه وابوابه، لمنع هذه الغلبه جدا، سيما فى اكثر ابوابه. فالظاهر ان بنا هم هذا وعدم تفحصهم، مبنى على ما ذكرنا من عدم جواز نقض الفتوى، وترتيب ثمرات الفتاوى على مقتضياتها. فمن طلق طلاقا صحيحا عنده، فيجب ترتيب ثمراته عليه. من جواز نكاحها للغير وعدم ميراثها عن الزوج، وغير ذلك ولا. يجب التفحص عن صحته وفساده. بل لو ظهر فساد عنده على وفق الادله الاجتهاديه (لا فى نفس الامر) ايضا. فعلى هذا نقول فى مانحن فيه: اذا تجدد رأى المجتهد او مات وجا مجتهد آخر مخالف للاول، فلا يجوز الحكم بجواز تزويج ام الزوجه - فضلا عما لو كان مجتهد حيا ولم يتغير رأيه ولا ظهر فسقه - وجعل المناص تقليد ابن ابي عقيل [لا يفيد فائده] لان العقد الاول حرمة ابداء. لا يقال: ان من ترجح عنده حرمة اكل الخطاف (مثلا) او حرمة غراب الزرع، فهو يحرمه ابداء وليس تحريمه محدودا بامد. فلم جعلتها مما يتجدد حكمها وجعلت حكم ام هذه الصيغره المعقوده حرمة ابدية ولا فرق بينهما -؟. لاننا نقول: الفتوى بحرمة الغراب معناه انى افهم ان الشارع حرمة ابداء، لا ان خصوص فتوائى بالحرمة صار سببا لحرمة ابداء. فاذا تجدد رأيه بالحل فظهر عليه انه ليس بحرام ابداء. فيصير حكمه الحل حينئذ. واما الفتوى بصحة عقد الصيغره يوجب جواز العمل بها، والعمل بها يوجب حرمة امها بسبب هذا العقد ابداء. فصحة العقد حينئذ يستلزم محرمية الام ابداء. وهذا شئ واحد نازل منزله صلوه صلى بتقليد مجتهد، ثم تجدد رأيه بالبطلان. او

اكل شيئاً بتقليده ثم ظهر حرمة عليه، فلا- جناح عليه في مافعل. فجواز العدول عن الفتوى السابقة لا يوجب جوازه في آثارها الحاصله منه بسبب الحكم الوضعي المستنبط من اجتهاده الاول فكما ان حصول الاجزا بالتقليد الاول صار سبباً لجواز العمل بالرأى الاول فصار سبباً لما يترتب عليه من الآثار المستمرة المرتبة على الوضع والجعل المستنبط من تلك الفتوى بوضع الشارع وجعله. نعم يظهر ثمره جواز العدول عن الرأى الاول في (عدم جواز العمل بهافي موضع آخر). فلا يجوز عقد صغيره اخرى كذلك. لا انه يطل العقد الحاصل بالرأى الاول وجميع آثاره المترتبة عليه. نعم قد يحصل الاشكال في الاول، يعني في اصل الفتوى وما يكون آثاره استمراريه. مثل الاجر المعمول من الطين النجس اذا جعل فرشاً للمسجد بتقليد من يجعل الخزفيه مطهراً، بعد تجديد رأيه، فيتفرع عليه وجوب نزعہ وعدمه ووجوب تطهير ملاقيه وعدمه. ويمكن دفعه بان المعيار هنا ملاقاته النجس وهو امر حاصل بالفعل على الرأى الثانى. ويمكن القول بعدم وجوب نزعہ مع وجوب غسل الملاقى، وهو مشكل. واشكل من هذا لوبنى المسجد منه ويترتب عليه لزوم خرابه، ان قلنا بوجوب تجنب المسجد برمته عن النجاسه. واما التمسك بخوف الوقوع في الزنا (كما يظهر من السائل) فهو غريب. لان ارتكاب نفس المعصيه اشد من خوف الوقوع في المعصيه. فكيف يجعل ذلك وسيله الى الخلاص عن هذا. واما السؤال عن حال الولد: فان فرض له شبهه ووقع العقد بسببها، فلا يحكم بكونه ولد الزنا، ويلحق بمن اشبه عليه الامر من الوالدين. هذا ما تيسر لى الان من الكلام في هذه المسأله على العجال، في حال كان من اسو الاحوال. عفى الله عن زلاتنا حين يلزمنا الجواب عن السؤال في يوم القلق و الزلزال. والصلوه على محمد واله الطيبين واصحابه المرضيين خير صحب وآل. وكتبه مؤلفه الفقير الى الله الدائم، ابن الحسن الجيلانى ابو القاسم نزيل دار الايمان قم صينت عن التصادم والتلاطم. في اواخر جمادى الاخره من شهر رسنه الف ومأتين وسبع عشره. والحمد لله اولاً وآخراً وظاهراً وباطناً.

٢٩٤: سؤال:

٢٩٤: سؤال: هر گاه كسى با زن اجنبیه زنا كند. آیا دختر او را (در غير عمه وخاله) مى تواند نكاح كند يا نه؟ -؟ و چون شيخ مفيد وسيد مرتضى رحمهما الله در مسأله

خلاف کرده اند، متوقع است که ادله طرفین را از کتاب وسنت با رأی عالی تحریر فرمایند.

جواب:

جواب: بدان که بعد از آن که علما اتفاق کرده اند بر این که (زنای لاحق) نشر حرمت نمی کند - مثل این که کسی زنی دارد با مادر او زنا کند، یا با دختر او زنا کند، یا پدر با زن پسر خود زنا کند، یا به عکس. و این مقتضای اخبار هم هست - خلاف کرده اند در این که آیا زنای سابق بر نکاح (مثل این که کسی با زنی زنا کرده بود بعد خواهد که دختر او را بگیرد، یا مادر او را بگیرد) نشر حرمت می کند یا نه؟ مشهور متأخرین حرمت است. و مذهب شیخ مفید و سید مرتضی و صدوق در مقنع و سلار و ابن ادریس - چنانکه از ایشان نقل شده - جواز است. و هم چنین علامه در تذکره وارشاد. و هم چنین حکایت شده از شیخ (در تبیان در خصوص مادر زنی که با آن زن زنا کرده باشد، یا دختر آن) این است که نشر حرمت نمی کند. بلکه از تذکره و سرائر ظاهر می شود که این قول اکثر علما است. و از سید مرتضی در مسائل ناصریات نقل اجماع شده بر عدم حرمت. و همچنین از شیخ در تبیان در خصوص مادر و دختر زنی که با او زنا کرده است. و همچنین ظاهر ابن ادریس دعوی اجماع است بر آن. و دلیل قول اول احادیث بسیار است که ما اکتفا می کنیم به ذکر یکی از آنها که آن صحیحه محمد بن مسلم است (عن احدهما - ع - انه سئل عن رجل یفجر بامرأه یتزوج ابنتها؟ قال: لا، ولكن ان کانت عنده امرأه ثم فجر بامها او ابنتها لم یحرم عیله امرأته، ان الحرام لا یفسد الحلال). (۱)

و دلیل قول دوم اجماعات منقوله است که نقل کردیم، و عمومات آیات و اخبار خصوصاً آیه شریفه (واحل لکم ماوراء ذلکم) (۲) که بعد ذکر محرمات نساء است. و عموم لفظ (ان الحرام لا یفسد الحلال)، و (لا یحرم الحرام الحلال) که در احادیث بسیار وارد شده. و خصوص احادیث بسیار که ما اکتفا می کنیم به ذکر یکی از آنها که صحیحه سعید بن یسار است (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل فجر بامرأه یتزوج انتنها؟ فقال: نعم یسعیدان الحرام لا یفسد الحلال). (۳) ۶.

ص: ۴۷۳

۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهره باب ۸، ح ۱، و فیها «اختها» بدل «ابنتها».

۲- آیه ۲۴ سوره نساء.

۳- همان مرجع، باب ۶، ح ۶.

واظهر در نظر حقیر قول ثانی است. چون معتضد است به اصل واستصحاب و عمومات و موافقت کتاب و مخالفت عامه. (۱) در تذکره گفته است که این قول را عامه نسبت به علی (علیه السلام) وابن عباس داده اند. و مرجع قول اول چیزی نیست به غیر از ادعای شهرت، و آنهم معلوم نیست. زیرا که ظاهر اجماعات منقولہ این است که آن قول بین القدماء شهرت بوده است. و هم چنین ظاهر تذکره وابن ادریس این است. پس در این مرجع، ضعف راه می یابد. و اما احادیث: پس از طرفین متعارضند. و دور نیست که بگوئیم دلالت اخبار مجوزہ اظهر است. و اما در کثرت وصحت سند و غیرهما هم ظاهر نیست که اخبار مجوزہ ارجح باشند اخبار محرمه ارجحند. و چون مقام اقتضای ذکر آنها را نمی کند به همین اکتفا کردیم و اکثر اخبار طرفین را در کتاب مناهج الاحکام ذکر کرده ام. و به هر حال شکی نیست که احوط اجتناب است. و بنای عمل را به آن میگذاریم چون امر فروج است. و اما اگر کسی این کار را کرده باشد حکم به تفریق نمی کنیم و هر گاه، زوجین خود خواهند احتیاط بکنند به مجرد دست برداشتن اکتفا نمی کنیم، بلکه البته باید طلاق بگویند و بدون آن نمی تواند آن زن به دیگری شوهر کند. هر گاه این را دانستی بدان که قائلین به جواز، [نیز] در خصوص عمه و خاله مزنی بهما موافقند با محرمین، الا ابن ادریس. پس هر گاه (معاذ الله) کسی با عمه یا خاله خود زنا کرده باشد، دختر آنها بر او حرام می شود. و سید مرتضی دعوی اجماع بر این کرده. و همچنین علامه در تذکره. و استدلال کرده اند بر این به حسنه محمد بن مسلم (۲)، و در دلالت آن تأمل است. و تکیه بر اجماع منقول است، و شهرت بین الاصحاب. و ابن ادریس منع اجماع کرده و بنا را به جواز گذاشته، و آن ضعیف است. و اقوی حرمت است.

۲۹۵: سؤال:

۲۹۵: سؤال: زید لواط کرده است با عمرو. آیا جایز است که و خواهر رضاعی عمرو را نکاح کند یا نه؟ و اگر کرده باشد تفریق لازم است یا نه؟

ص: ۴۷۴

۱- شیخ حر در وسائل حدیث سعید مذکور را حمل بر تقیه می کند. یعنی همین قول ثانی را موافق عامه می داند.

۲- وسائل، ج ۱۴، ابواب مایحرم بالمصاهره، باب ۱۰، ح ۱.

جواب: علامه در قواعد در این اشکال کرده، و در تحریر گفته است که اقرب حرمت است. و هم چنین شهید ثانی در شرح لمعه، و فاضل اصفهانی در شرح قواعد. و در تنقیح هم حکایت آن شده. و اظهر در نظر حقیر حرمت است، به سبب عموم حدیث (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب). پس چنانکه خواهر رضاعی زوجه (جمعا) حرام است و مادر رضاعی زوجه حرام است، همچنین خواهر رضاعی مفعول حرام است. و وجه جواز، اصل است، و عمومات، و اینکه رضاع منشأ اثبات حقیقت شدن اسم (اخت) و (ام) و (بنت) از برای اخت و ام و بنت رضاعی نمی شود. و در اخبار لواط لفظ اخت و ام و بنت بر حقیقت خود حمل می شود. و این استدلال ضعیف است، به جهت آن که اصل مقاومت با دلیل نمی کند. و عموم (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب) اخص است از دیگر عمومات مثل (فانکحوا مطاب لکم) و غیر آن. و ضرور نیست که دلالت به عنوان حقیقت باشد هر گاه نص افاده لحوق در حکم کند. و اما هر گاه این نکاح واقع شده باشد: پس اگر به فتوی یا حکم مجتهد جامع الشرایط شده، حکم به تفریق نمی کنیم. و هر گاه بدون متابعت حجتی شده باشد، تفریق باید کرد. و احوط این است که طلاق هم بگویند.

۲۹۶: سؤال:

۲۹۶: سؤال: اذا تزوج شخص بنتا صغیره من ابيه ربع ساعه بصیغه المتعه. و قصد هما ان يجعل امها محرما علیه فی جمیع المده. و جرى بينهما الصیغه فمات زوجها بعد مده قليله. و اراد تزویج زوجته (وهی ام المعقود علیها فی هذه الصوره) بالعقد الدائم او المنقطع بعد انقضا العده. هل یصح تزویجها به - لان قصدهما علی عدم المناکحه، بل جرى بينهما الصیغه للمحرمة. وهی غیر مدخوله -؟ ام یحرم (لاطلاق الایه مع ان هذه المسأله اتفاقیه، بل کاد ان یکون اجماعیه)؟ و علی تقدیر الحرمة یقول المکلف (انا مقلد فی هذه المسأله لابن ابی عقیل علیه الرحمه حیث ذهب الی ان هذه المناکحه صحیحه لانها غیر مدخوله. و انا معتقد بان هذا الفاضل افضل من المجتهدین فی هذه المحوطه). فحینئذ علی رأیکم العالی هل یجوز تزویجها به بمحض تقلیده للفاضل المذكور - لمظنه الوقوع فی المعصیه، علی انه معتقد للاعلمیه -؟ ام لا (لان هذه المناکحه محرمة مشهوره)؟ و علی فرض الحرمة مع علم الناکح بان هذه المناکحه محرمة، و تقلیده لذلك الفاضل لکمال شوقه الی تلك المرأه اذا زوجها فهل یجب التفریق بينهما بمحض فساد

هذه النيه؟ ام لا لمظنه الوقوع فى المعصيه -؟. وما قولكم (زاد الله امثالكم وادام الله بقائكم) فى الاولاد المتخلفه من هذه المرأه؟. بينوا حكم ما عرض عليكم مع الاشاره الى الادله. اجرکم على الله تعالى فى الدنيا والاخره، وحشرکم مع النبى والوصى والائمة عليهم السلام الى ابد الابد وصلوته والسلام عليكم ورحمه الله وبركاته.

جواب:

جواب: بسم الله خير الاسماء. الاظهر فى النظر الاحقر عدم صحه مثل هذا العقد، و عدم ترتب اثر شرعى عليه. لان وضع عقد المتعه لاجل التمتع من الزوجه. كما يستفاد من ظاهر الايه والاخبار. سيما ما علل فى وجوه النكاح بانها وضعت على مقتضى مقدره العباد فى التمكن من تحليل الفروج، وهو غير ممكن هنا جزما، والمراد التمتع بالزوجه لا بامها جزما. وايضا الاخبار الداله على كونها مستأجرات تدل على ذلك^(١) فان الاجره بازا العمل، ولا عمل يتصور هنا فى جانب الاجير ولا منفعه هنا تتصور من جانبها حتى يكون المهر اجرا لها. وايضا تعيين المده وجعلها ركنا فى هذا العقد يقتضى كمال الاعتنا بشأنها ومدخليتها فى جواز التمتع وعدمه. والنظر الى تلك الرضيعه فى المده وبعد ها وقبلها، غير متفاوت الحال. وبالجمله: اصاله عدم الصحه وبقا ما كان على ما كان، وعدم انصراف العمومات والاطلاقات الى مثل هذا العقد، كافيه فى بطلانها. بل لم نقف على عموم او اطلاق قابل لحمله عليه لان كلها ظاهره او صريحه فى عقد من يمكن التمتع منها. فاذا لم يصح العقد لم يصح اطلاق الزوجه عليها. اذ مجرد اجرا صيغه العقد بدون القصد اليه، لا يفيد فى شئ اذ (العقود تابعه للقصود) والقصد لم يتعلق بالعقد المعهود الوارد من الشريعه. واذا لم يتم كونها زوجه، فلا- دليل على محرميه امها ايضا للاصل والاستصحاب. مع ان الدليل على محرميه ام الزوجه انما هو الاجماع (اذلم نقف فى الاخبار مايدل عليه او يشعر به) وهو فى ما نحن فيه ممنوع. وحرمة ام الزوجه ليست عين محرميتها ولا مستلزمه لها. مع ان حرمتها ايضا لم يثبت من دليل كما ذكرنا. وما يتوهم ان (قصد شئ من غايات العقد يكفى فى تصحيح القصد اليه وصحته ولا يجب القصد الى جميع الغايات. لا سيما وفى الاغلب لايمكن حصول جميع الغايات. فيكفى قصد محرميه امها ١.

ص: ٤٧٦

١- وسائل، ج ١٤، ابواب المتعه، الباب ٤، ح ٣٠٢. و الباب ٢٦، ح ١ و الباب ٤٣، ح ١.

فى تصحيحه). فهو كلام ظاهرى. اذا هو انما يتم اذا سلمنا كون ذلك العقد من تلك العقود المعهودة حتى يكتفى فيه بقصد شئ من غاياتها. مع ان هذه الغايه من الامور القسريه، لامما كان عله غائيه للعقد ومما وضع العقد لاجل حصوله. واما ما ذكرت من السؤال من حال من ثبت عليه عدم صحه مثل هذا العقد، واعتقد انه غير صحيح ثم بعد ايها اراد تزويج امها بتقريب ان يبدل تقليده فى هذه المسأله لمن يبطله، ويريد تقليد ابن ابى عقيل لتحصيل الحليه فى جواز نكاح امها. فهو مما لا مسرح له فى هذا المضمار. اذ بعد تسليم جواز تقليد الميت (سيما [فى] مثل هذا الشاذ النادر المهجور) وان فرض كونه اعلم من المجتهدين الاحياء، لا يتم ذلك فى مثل مانحن فيه. اما فى ما لو كان عقد الصغيره من باب الحكم - كما لو عقدها له مجتهد حى بمباشرة، او حكم بالصحه خصوصا - فواضح. لعدم جواز نقض الحكم ما لم يظهر بطلانه رأسا بان يكون مخالفا لقطعيات الشريعه، اولم يظهر مسامحه المجتهد فى الاجتهاد. وهو ليس كذلك. واما فى ما لو لم يكن من باب الحكم وكان من باب اتباع الفتوى: فهو وان كان الظاهر من كلماتهم جواز نقضه - حيث ذكروا ان الفتوى يجوز نقضه بخلاف الحكم - فالتحقيق فيه التفصيل وليس بتمام على الاطلاق. والتفصيل يحتاج الى بسط واطناب لا يقتضيه المقام ولا يسعه الوقت وقد ذكرته فى القوانين، فراجع. والحاصل: اذا بنينا على جواز نقض كل فتوى، لزم الهرج والمرج فى الانساب و الفروج والاموال: فاذا فرضنا ان مقلدا نكح اخته من الرضاعه، اذا حصل الرضاع بعشر رضعات بتقليد من لا يكتفى به. ثم جا مجتهد آخر ونقضه. ثم جا مجتهد آخر وصححه. وهكذا الى آخر الابد، وكذا ما يترتب عليه من الاثار. فيخرج الشريعه من الاستقامه. بل النقض المرخص فيه فى الفتوى له مقامات خاصه. فاذا كان هذا المقلد قلد من يصحح هذا العقد ويحرم به امها ويقول بمحرميه امها، وبنى ذلك المقلد عمله عليه. فكيف - يجوز له بمحض التشهى العمل فى اول الوقت بتقليد المجتهد الاول والعدول عنه فى آخر الامر بتبديل تقليده. مع انه لايجوز العدول عن تقليد المجتهد بعد العمل ما لم يمت اولم يظهر فسقه اولم يتبدل رأيه. مع انه ايضا فى ما نحن فيه، محل النظر. وبالجمله: هذا خيال فاسد لا يمكن الاجترا عليه. بمحض التوهيمات الفاسده. و خوف الوقوع فى المعصيه ليس باشد من ارتكاب نفس المعصيه. والمقام يقتضى بسطا

فی الکلام لا یسعه المقام. وقد حققته فی بعض تحقیقاتی. لا یسعی الوقت لاستیفائها هنا. واما حال الولد: فان فرض له شبهه ووقع العقد بسبب الشبهه، فلا یحکم بحرمة الولد. ویلحق بمن اشتبه علیه الامر من الوالدین. والا فلا مجال للحقوق. والله العالم با حکامه وامنائه المعصومون علیهم السلام.

۲۹۷: سؤال:

۲۹۷: سؤال: هر گاه زوجه مطلقه بگوید که (عده من منقضی شده است)، به محض قول او می توان او را تزویج کرد؟. و هم چنین هر گاه زنی شوهری داشته است بگوید (شوهر من مرده است وعده وفات هم منقضی شده). می تواند اکتفا کرد یا نه؟

جواب:

جواب: اما مطلقه: پس اگر ادعا کند انقضای عده را به حیض، یا وضع حمل، وکسی هم معارض او نباشد وآنقدر زمان هم از طلاق گذشته [باشد] که ممکن باشد انقضای عده در آن زمان، پس قبول می شود قول او بدون قسم. و جایز است نکاح علی الشهور. بلکه بعضی گفته اند که خلافتی در مسأله ظاهر نیست (ولکن گمان حقیر این است که خلاف موجود باشد هر چند نادر باشد) وعمومات (حمل اقوال وافعال مسلمین بر صحت) دلالت دارد بر آن. و هم چنین آیه شریفه (ولا یحل لهن ان یتکمن ما خلق الله فی ارحامهن) که دلالت دارد بر این که ایشان مؤتمن می باشند در قول به عدم کتمان. ودر مجمع البیان در تفسیر این آیه از حضرت صادق (علیه السلام) روایت کرده است که فرمود (قد فوض الله الی النسا ثلاثه اشیاء: الحیض والطهر والحمل) (۱)

و هم چنین خصوص صحیح زرارہ (عن الباقر - ع - قال: العده والحیض الی النسا) (۲) وروایت دیگر زرارہ که حسن کالصحیح است باز از آن حضرت (قال: العده و الحیض للنسا، اذا ادعت صدقت). (۳) و هم چنین روایتی که دلالت می کنند بر جواز تزویج زنان بمحض این که بگویند شوهر نداریم، تنبیه بر این دارند. بلکه بعضی دلالت ظاهره دارند، مثل روایت میسر که معتبر است ودور نیست که صحیح باشد (قال: قلت لابی عبد الله - ع - القی المرأه بالفلاه التی لیس فیها احد، فاقول لها: لک زوج؟ فتقول: لا. فاتزوجها. قال: نعم المصدقہ علی نفسها) (۴) ودر روایت ابان بن تغلب (عنه - ع - انی اکون فی بعض الطرقات فاری المرأه الحسناء، ولا آمن ان تکون ذات بعل او من ۲.

ص: ۴۷۸

- ۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۲۴، ح ۲.
- ۲- وسائل، ج ۲، ابواب الحیض، باب ۴۷، ح ۱.
- ۳- وسائل، ج ۲، ابواب الحیض، باب ۴۷، ح ۲.
- ۴- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۲۵، ح ۲.

العواهر. قال: ليس هذا عليك انما عليك ان تصدقها في نفسها). (۱)

و هم چنین اخباری که دلالت دارند بر منع از تجسس، علاوه بر نفی از مطلق تجسس در قرآن و حدیث، چنانکه در روایت محمد بن عبد الله اشعری است (قال: قلت للرضا - ع - الرجل يتزوج بالمرأه فيقع في قبله ان لها زوجا. فقال: وما عليه؟ ارأيت لو سألتها البینه کان یجد من یشهد ان لیس لها زوج) (۲) و احادیث بسیار دیگر هم هست که اشعار دارند بر این مطلب. و نفی عسر و حرج هم دلالت دارد بر آن. و اطلاق ادله مذکوره مقتضی عدم فرق است مابین زن مأمونه و متهمه و مجهول الحال. بلکه حدیث ابان بن تغلب کانصریح است در عموم. بلی از حدیث صحیحی که در (مطلقه به سه طلاق) وارد شده است (عن حماد عن الصادق - ع - فی رجل طلق امرأه ثلاثا فبانت منه، فاراد مراجعتها فقال لها: انی ارید مراجعتک فتزوجی زوجا غیری قالت له: قد تزوجت زوجا غیرک و حللت لک نفسی. ایصدق قولها ویراجعها، و کیف یصنع؟. قال: اذا کانت المرأه ثقہ صدقت فی قولها) (۳) بر می آید اشتراط ثقہ بودن. و لکن مشهور علما آن را حمل به استحباب کرده اند. بلکه مخالفی در این صریحا در نظر نیست. الا محقق در شرایع و نافع که تردد و توقف در این دارد. و شاید تردد او در اختیار (ثقه بودن) باشد، چنانکه از نافع ظاهر می شود. و بر فرضی که عمل به آن لازم باشد در ثقہ بودن در خصوص مطلقه ثلاث از آن لازم نمی آید اشتراط در مدعیه انقضای عده مطلقا. و هم چنین فرقی نیست مابین آن که زوجه (مستقیمه الحیض) باشد و عادت حیض او زیادتیر باشد از آنچه الحال ادعای انقضای عده می کند در آن، یا نه. بلی شهید در لمعه گفته است که هر گاه خلاف معتاد ادعا کند، قبول نمی شود قول او مگر به شهادت چهار نفر از زنان که مطلع باشند به باطن امر او، به جهت روایت سکونی که سند آن خالی از قوت نیست، چون سکونی را محقق توثیق کرده در معتبر و راوی او هم عبد الله بن المغیره است. و شیخ حمل کرده است آن را بر متهمه. و هر چند تخصیص اطلاعات ادله و فتاوی به این حدیث مشکل است - چون قائل به آن شاذ است - و لکن چون مطلقات منصرف نمی شود به چنین فردی، احتیاط در عمل به مقتضای آن است. ۱.

ص: ۴۷۹

-
- ۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعه، باب ۱۰، ح ۵۱ - حدیث میسر در همین باب نیز آمده همراه حدیث ابان تحت یک شماره.
 - ۲- وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعه، باب ۱۰، ح ۵۱ - حدیث میسر در همین باب نیز آمده همراه حدیث ابان تحت یک شماره
 - ۳- وسائل، ج ۱۵، ابواب اقسام الطلاق، باب ۱۱، ح ۱.

اما اقل زمانی که ممکن باشد در آن انقضای عده: پس آن بیست و شش زورودو لحظه است در زن آزاد. و سیزده روز و دو لحظه است در کنیز. بلکه گاه است که نادرا اتفاق می شود در بیست و سه روز و سه لحظه در آزاد. و به ده روز و سه لحظه در کنیز. به این که طلاق بگوید بعد از وضع حمل و پیش از دیدن نفاس، بعد از آن به لحظه ای نفاس ببیند و پاک شود، بعد از آن ده روز بگذرد و سه روز حیض ببیند، بعد از آن ده روز پاک باشد و حیض ببیند یک لحظه. چون نفاس هم حیض محسوب می شود در عده. و اما اقل امکان زمان در وضع حمل: پس آن ششماه و دو لحظه است، از حین جماع که یک لحظه از برای جماع باشد و یک لحظه از برای وضع حمل، و شش ماه هم اقل حمل است. و اگر (سقط تمام الخلقه) باشد صد و بیست روز و دو لحظه. و هر گاه مضغه باشد هشتاد روز و دو لحظه. و هر گاه علقه باشد چهل روز و دو لحظه. نظر به اخبار بسیار که وارد شده است که نطفه در رحم چهل روز نطفه است. و چهل روز علقه است، و چهل روز مضغه. بعد از آن روح در آن دمیده می شود. و اما ادعای انقضای عده به شهر: چنانکه از زنانی است که حیض نمی بینند اما در سن کسی هستند که حیض می بینند، پس هر گاه کسی معارض و مزاحم او نیست پس مشهور علما (بلکه بعضی گفته اند ظاهرا خلافی نیست) در این که قبول می شود قول او بدون قسم با امکان انقضای شهر. و جایز است نکاح او. و ادله سابقه هم دلالت دارد بر آن. و هم چنین خلافی نیست در این که هر گاه منازعی باشد مثل این که زوج بگوید که عده منقضی نشده، و او بگوید که شده است، در دو قسم اول قول زوجه مقدم است بایمین. و اما قسم سوم یعنی ادعای انقضای عده به شهر: پس در آن خلاف است. و جمعی از علما (بلکه بعضی نسبت به مشهور داده اند) گفته اند که قول زوج مقدم است بایمین. چون نزاع راجع می شود به اختلاف در وقت طلاق، و اصل عدم تقدم آن است. و لازم این کلام این است که هر گاه زوجه ادعای عدم انقضای عده بکند (چون می خواهد نفقه بگیرد مثلا) و زوج ادعای انقضا کند قول زوجه مقدم باشد. و در اینجا اشکال حاصل می شود که اگر بنا به ملاحظه (اصل تأخر) باشد، در حیض و حمل هم می توان گفت اصل تأخر وضع حمل و انقضای حیض است. و اگر بنا را بگذاریم به ادله [ای] که دلالت می کنند بر این که عده و حیض با زنان است و ایشان مصدقات اند، پس باید در انقضای به

شهورهم قول ایشان مقدم باشد. پس وجه فرق مابین مسألتین چه چیز خواهد بود؟. و ممکن است که بگوئیم که در اینجا نزاع در نفس عده نیست. بلکه در زمان وقوع طلاق است و هر چند این کلام باز راجع می شود به نزاع در انقضای عده، لکن می توان منع کرد انصراف اطلاقات ادله [را] (که دلالت می کنند بر این که حیض وعده با زنان است) به چنین صورتی، و (اصل) دلیل قوی است. پس در صورت عکس که زوجه ادعای تأخر و عدم انقضای شهور کند - به جهت اخذ نفقه - هم قبول قول او از راه تکیه بر اصل است. نه این که امر عده موکول است به او. هر چند بعضی در این صورت هم قول زوج را مقدم میدارند چون طلاق فعل او است و قول و او اعرف است به فعل خود. پس در صورت اول یعنی ادعای زوج تأخر را، (فعل او بودن طلاق) معاضد اصل می شود در جانب زوج و سماع قول او اظهر می شود. و در این صورت زوجه در ادعای تقدم دلیلی ندارد به غیر اطلاقات این که (عده با زنان است). و در ثانی که زوجه مدعی تأخر باشد، دلیل او اصل است. و احتمال شمول اطلاقات و انصراف آنها به مدعای او وضوحی ندارد. و دلیل زوج این که اعرف است به فعل خود. و مقاومت این (ظاهر) با (اصل) مشکل است. و شاید سر منع انصراف این باشد که مراد از ادله [ای] که دلالت دارند بر این که امر عده با زنان است، این است که امر تازه خلاف معهودی است که موکول به ایشان شده و این در امر بضع ایشان است چون امر بضع غالباً بر غیر ایشان مخفی است. و عمده منظور در این حکم سر خود شدن و رهائی ایشان است از قید زوجیت، و اخذ نفقه و اموری دیگر که لازم آن افتد، از لوازم اتفاقیه و توابع آن است. پس هر گاه دعوی زوجه بر اموری باشد که مقتضی رهائی نباشد، بلکه مقتضی بقای بر حبس اول باشد، پس این امری نیست که موکول به آنها شده باشد. بلکه این امری است قدیمی و ثابت بالاصل است. و آنچه موکول می شود به زنان و مرحمتی می شود از جانب شارع به ایشان و از خواص ایشان می شود، امری باید باشد که امر تازه باشد. و اما این که (در صورت ثانیه این اقراری است بر نفس زن که عده خود را دراز می کند مسموع خواهد بود) آن نیز واقعی ندارد. چون از حیثیت اراده اخذ نفقه، اقراری است بر غیر و مسموع نیست، پس تعارض حاصل می شود. و اظهر این است که متمسک شویم به همین که متبادر از آن اطلاقات موکول بودن امر عده به زنان از برای مرخص بودن و

مالک امر خود شدن است لاغیر. پس قول زوج در صورت اولی مقدم خواهد بود، به سبب مطابقت با اصل، و بودن او اعرف به فعل خود، و قول زوجه در صورت اخیره مقدم خواهد بود، به سبب اصل. واحتمال شمول اطلاقات هم مؤید آن خواهد بود هر چند دلیل نتواند شد. هر گاه حکم عده مطلقه معلوم شد، پس می گوئیم که ظواهر ادله متقدمه این است که قول زوج متوفی عنها زوجها در انقضای عده [وفات] نیز مسموع باشد، هر چند مأونه نباشد. بلی احوط وافضل اعتبار امانت است، ولا اقل متهمه نباشد. خصوصا در اینجا که صورت حصول دعوی هم فرض نادری است که از طرف زوج متوفی کسی مدعی شود. و هم چنین ظاهر این است که قول او در فوت زوج هم مسموع است هر گاه معارضی و مزاحمی از برای او نباشد. و همین که بگوید شوهرم مرده است، از او می شنوند هر چند علم داشته باشیم که شوهری داشت. بلکه ظاهر این است که در زوج مفقود الخبر که زوجه ادعای علم به فوت او می کند، با امکان آن، از او بینه نمیطلبیم و تصدیق او می کنیم. ولکن بهتر این است که شوهر کند به ادعای (عدم مانع) به کسی که عالم نباشد به حال. و هم چنین کسی را وکیل کند در اجرای صیغه که مطلع از حقیقت حال نباشد. ولکن واجب نیست. بلکه با وجود اطلاع بر حقیقت حال هم اظهر جواز نکاح او است از برای زوج، وجواز وکالت است در اجرای صیغه از برای غیر.

۲۹۸: سؤال:

۲۹۸: سؤال: زینب شوهر او متوفی، و کسان زینب گفته اند که عده او مقتضی شده. وزید هم او را نکاح کرده به گمان این که عده او مقتضی شده. وبعد از آن که زینب را دخول کرد بعض مردم می گویند چند روزی از عده او باقی بوده است که عقد شده. ولکن به ثبوت شرعی نرسیده که در عده بوده. وزینب خود می گوید که عده من تمام شده بود. ولکن آن معرفت ودانش را ندارد که حساب خود را داشته باشد. آیا الحال حرمت ابدی ثابت است و تفریق باید کرد؟ یا عقد باطل است و تجدید عقد می توان کرد؟ یا همان عقد صحیح است؟.

جواب:

جواب: اگر زینب خود گفته است قبل از عقد که عده من تمام شده است، زید هم به این سبب عقد کرده، آن عقد صحیح است. مگر این که کذب او ظاهر شود. و مفروض این است که کذب او ظاهر نیست. و اینکه دانش و معرفت ندارد، اگر مراد این است که حذاقت در حساب و آن ذهن که حساب نگاه دارد، ندارد ولکن عقل دارد و داخل

مجانین نیست، پس همان قدر که مسلمی است و سخنی گفته و کذب او ظاهر نیست، ظاهر را می توان تصدیق کرد. مأمونه بودن وثقه بودن، شرط نیست در قبول قول او، هر چند احوط است. و اما هر گاه زینب قبل از عقد نگفته است این معنی را، وزید هم از راه جهالت از او نپرسیده و به آن مظنه قول کسان او یا از راه جهالت به اصل مسأله (حرمت نکاح در عده) و اینکه (باید تفحص کرد از انقضای عده و عدم آن) عقد کرده، پس در این صورت ظاهر این است که حرمت ابدی ثابت نباشد. زیرا که از اخبار وادله آن، بیش از این بر نمی آید که نکاح ذات عده به تنهایی در صورت علم، یا با دخول به زوجه در صورت جهل منشأ تحریم ابدی می شود. و مراد از ذات عده خواه ذات عده نفس الامری باشد و خواه ذات عده [ای] که عاقد علم داشته باشد که ذات عده است، هیچ کدام [از این دو] صوت در ما نحن فیه صادق نیست. زیرا که مفروض این است که علم به بقای عده حاصل نبوده. و ذات عده نفس الامری هم کاشف از آن به عمل نیامده، و تا معلوم نشود که در نفس الامر در عده بوده نمی توان گفت که عقد در نفس الامر در عده شده. نهایت امر این است که در ظاهر شرع به سبب استصحاب محکوم است به ذات عده بودن تا خلاف آن ثابت شود. اگر چه به اعتراف زوجه باشد قبل از عقد. و دلیلی نیست بر این که هر زنی که محکوم باشد در ظاهر شرع به ذات عده بودن نکاح او منشأ حرمت ابدی است. بلکه آنچه مسلم است ذات عده نفس الامری، یا آنچه در نظر مکلف و در علم او ذات عده است. چنانکه در صورتی که عقد در حال وفات مجهوله واقع شود و بعد از آن منکشف شود موت در آن حال، که منشأ تحریم ابدی نمی شود، علی الاظهر. به جهت آن که در حین عقد نه ذات بعل بوده در نفس الامر و نه ذات عده. چون مبدأ عده وفات، حین اطلاع به موت است، نه از حین موت. هر چند شرعاً محکوم است علی الظاهر به ذات بعل بودن. و اما صحت همان عقد زینب یا فساد آن و لزوم تجدید عقد هر گاه خواسته باشند: پس دور نیست که آن عقد هم بالذات فاسد نباشد. هر چند در ظاهر شرع ثمرات بر آن مترتب نمی شود و باید تفریق کرد و انتظار کشید که حقیقت حامل معلوم شود، پس اگر معلوم شد که در عده بودن، باطل است و منشأ حرمت ابدی هم می شود هر گاه دخول واقع شده است در حال عده. و اگر معلوم نشود، به آن عقد اکتفا نمی توان کرد. بلکه باید

بعد انقضای عده وفات تجدید عقد کرد. ودور نیست که به اخبار زینب بعد از عقد هم تون اکتفا کرد. چون مانعی نیست از برای تصدیق قول او، و مسلمی است و منازعی ندارد. و دلیلی بر بطلان آن عقد بذاته نبود. بلکه بطلان آن مراعی بود تا هنگام ظهور حال. و علی ای حال، اولی در این صورت (خصوصا با عدم مأونه بودن زینب) تجدید عقد نکاح است. و ما حرمت ابدی پس آن دلیلی ندارد.

۲۹۹: سؤال:

۲۹۹: سؤال: شخصی در سن دوازده یا بیشتر با شخصی وطی نموده، دخول حشفه در ذهن نیست. آیا می توانند که همشیره یکدیگر را حباله نمایند یا نه؟

جواب:

جواب: مفعول همشیره فاعل را می تواند بگیرد هر چند تمام عضو داخل شده باشد علی الاظهر الاظهر. و بر فاعل حرام است همشیره مفعول اتفاقا در صورتی که تمام حشفه داخل شده باشد، و علی الاظهر الاظهر هر گاه بعض حشفه داخل شده باشد. پس همینکه داند که بعض حشفه داخل شده، حرمت حاصل می شود. هر چند در سایر مواضع (مثل وجوب غسل) معیار دخول تمام حشفه است. و ما هر گاه شک در مطلق ادخال داشته باشد، پس در آنجا حرمت ثابت نیست مطلقا.

۳۰۰: سؤال:

۳۰۰: سؤال: آیا ناظر به نامحرم تا چه قدر از مسافت، آثم می باشد؟

جواب:

جواب: مقداری از برای آن معین نیست، وحد آن رؤیت بدن او است. و اما دیدن شبح آن از دور مضر نیست.

۳۰۱: سؤال:

۳۰۱: سؤال: هر گاه از بالای حایلی مثل چادر شب که بدنش نمایان نباشد ولدت ببرد یا نبرد، چه صورت دارد؟

جواب:

جواب: در صورت عدم تلذذ اشکال در جواز نیست. و اما با وجود تلذذ در صورتی که حجم بدن را حکایت کند مشکل است. بلکه صورتی ندارد.

۳۰۲: سؤال:

۳۰۲: سؤال: آیا زن پیر و جوان خیمه نشین و دهقان که مطلقا پروای حرف زدن و رو گرفتن ندارند، کسی با ضرورت یابی ضرورت با ایشان حرف زند، یا به صورت ایشان نگاه کند به لذت یابی لذت، چه صورت دارد؟ به تفصیل بیان فرمایند.

جواب: هر گاه در نظر، ریه و خوف وقوع در معصیت باشد، یا به قصد تلذذ باشد، جایز نیست. خواه پیر و خواه جوان و خواه اهل بادیه و خواه اهل بلدان و خواه اهل ذمه و خواه اهل اسلام و خواه محرم و خواه نامحرم. و هر گاه ریه و قصد تلذذ نباشد، نظر کردن به (قواعد نسوان) یعنی پیران نا امید از تزوج و حصول لذت از ایشان جایز است

نظر مطلقاً. همچنین به اهل ذمه و محارم نسوان به غیر عورت. و اما زنان جوان اهل بادیه و دهات بدون قصد تلذذ و ریه: ظاهر در آنها نیز عدم جواز است. هر چند موافق علتی که از بعضی اخبار بظاهر می شود، جواز است. (۱) و علت مذکوره این است که اگر ایشان را منع کنی، منع پذیر نمی شوند. لیکن اشکال هست در جواز اعتماد بر آن علت. و به هر حال امر در صورت و دست و پا آسانتر است، چون در مسأله خلاف عظیم است ولیکن اظهر در نظر حقیر منع است در مطلق نامحرم. و اینکه مکرر انسان مبتلی می شود و آنها منع پذیر نمی شوند، چاره آن همین است که هر وقت اتفاق افتد، روی خود را بگرداند. و نظری که غفلتاً اتفاق افتد، در آن حرجی نیست.

۳۰۲: مکرر: سؤال:

۳۰۲: مکرر: سؤال: بعضی از زنان هستند که متعه کردن ایشان با واسطه ممکن نمی شود بلکه موقوف است به مراوده، از قبیل نگاه کردن به غمزه و اشاره و حرف زدن و شعر خواندن آیا کسی این امور را تقدیم رساند تا به آن ثواب برسد یا آن ثواب به این گناه نمی رسد.

جواب:

جواب: مرتکب معصیت شدن به امید این که به ثوابی برسد از تسویلات شیطان و مخالفت خداوند دیان است.

۳۰۳: سؤال:

۳۰۳: سؤال: هر گاه شخصی صاحب شوقی از حلیله خود پاره [ای] شوخی ها و اختلاطها توقع نماید، و او به اعتبار شرم یا سستی یا غلبه خواب در شب از امرا و تجاوز کند. آثمه است یا نه؟

جواب:

جواب: بر زن واجب است اطاعت شوهر در هر گونه استمتاعی که شرعاً جایز است، مگر عذر شرعی داشته باشد. و ظاهر فقها این است که در وطی دبر رضای زن شرطی نیست بنابر مشهور اقوی که جواز آن است با کراهت و از بعض اخبار ظاهر می شود که رضای زن شرط است و دلالت آن محل اشکال است و قائلی هم به آن ندیدم و در ترک واجب گناه حاصل می شود.

۳۰۴: سؤال:

۳۰۴: سؤال: موجب وقابل در عقد نکاح دوام یا متعه (یا سایر عقود) می تواند یک نفر شد؟ یا دو نفر باید باشند؟

جواب:

جواب: بلی اشهر و اظهر جواز است. ۱.

١- وسائل، ج ١٤، ابواب مقدمات النكاح، باب ١١٣، ح ١.

۳۰۵: سؤال:

۳۰۵: سؤال: هر گاه ناکح از قبل منکوحه وکیل شده ایجاب را واقع سازد. واز قبل خود شخصی دیگر را، یا منکوحه را وکیل نماید. جایز است یا نه؟

جواب:

جواب: ظاهر جواز است در هر دو

۳۰۶: سؤال:

۳۰۶: سؤال: مهر سنت را به پول این زمان بیان فرمایند

جواب:

جواب: مهر سنت دویست و شصت و دو مثقال و نیم پول تقره سکه دار است به مثقال صرافان.

۳۰۷: سؤال:

۳۰۷: سؤال: شخصی زنی گرفته و در مدت ده دوازده سال تصرف ننموده. زن مدعی غنی و زوج مدعی این که عیب از تو است. آخر الامر به وساطت و سعی جمعی راضی به طلاق شده و آن زوج را مطلقه ساخته، و اراده تزویج دختر دیگر نموده، و در ضمن عقد شرط کرده که (هر گاه در مدت یک سال آن دختر ریا تصرف نکند، عقد منفسخ باشد). آیا بعد از یک سال بر فرض عدم تصرف و ثبوت عنن محتاج به رجوع به مجتهد، و مرافعه، و مهلت به فصول بع، هست؟ یا آن که بعد از انقضای سال عقد منفسخ و زوج سر خود است که به هر کی خواهد تواند شوهر کند؟ و در مدت این سال با وجود عدم قدرت بر تصرف، آیا نفقه و کسوه آن دختر بر آن زوج لازم است یا نه؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که این عقد از اصل باطل است. و نه حاجت به مرافعه و معامله عنن دارد، و نه به طلاق. و لکن احوط آن است که صیغه طلاق بر او جاری کند.

۳۰۸: سؤال:

۳۰۸: سؤال: مردی چهار زن به عقد دوام داشته و به علت عدم علم به حرمت خامسه، و عدم اطلاع عاقد به زوجات اربع، زنی دیگر به عقد در آورده و به او تصرف نموده. بعد شنیده که زن خامسه حرام است. الحال می خواهد که یکی از زوجات اربعه سابقه در مطلقه نماید. آن زن معقوده خامسه را (بعد از طلاق یکی از اربعه و انقضای عده) می تواند عقد کند؟ یا حرام مؤبد است؟

جواب: بلی جایز است که بعد از انقضای عده مطلقه، خامسه را ثانیاً بع عقد جدید در آورد.

۳۰۹: سؤال:

۳۰۹: سؤال: زید زوجه خود را طلاق دهد. و در حضور حاکم شرع اعتراف نماید که دخل به او نکرده. و عمر و بدون رعایت مدت عده زوجه مزبوره را عقد نماید و به تصرف در آورد. بعد از آن زید حاضر شود و بگوید که من دخل کرده بودم و در حضور حاکم شرع نظر به این که خجالت میکشیدم که بگویم که بدون مقدمات عروسی دخول

ص: ۴۸۶

کرده ام، انکار کردم، و بیش از طلاق در حضور چند نفر اقرار در این خصوص کرده بودم که بالفعل شاهد بر اقرار اولی می باشند آیا قول، قول زوج اول است بایمین او؟ یا قول قول زوجه است بایمین او؟ و اقرار اولی اعتبار دارد یا اقرار ثانی که در حضور حاکم شرع نموده؟

جواب:

جواب: هر گاه زوج و زوجه قبل از طلاق هر دو معترف به عدم دخول بوده اند و طلاق واقع شده، عقد عمر و صحیح و لازم است. و ثبوت اقرار به دخول به بینه نفعی به حال زید ندارد. [زیرا] اقرار بر غیر است. و دعوی زید یا متوجه عمرو می شود یا متوجه زوجه. هر گاه متوجه عمرو می شود (چنانکه گفتیم) محض اثبات آن اقرار ضروری به عمرو نمی رساند. چون عقد او محکوم به صحت است و اقرار بر غیر مسموع نیست. و هم چنین هر گاه دعوی متوجه به زوجه شود. بلی هر گاه ادعای بکند بر عمرو که (تو علم داری که مدخوله من بود، و به سبب و خول تو در عده بر تو حرام ابدی است) و غرض او این باشد که شاید به سبب نکول زوجه مستخلص شود و بعد دعوی را با زوجه هم به همین نحو بکند و بر فرض نکول او عده رجعیه ثابت شود و در عده رجوع کند. در این صورت ها (همه) قول عمرو و زوجه مقدم است بایمین.

۳۱۰: سؤال:

۳۱۰: سؤال: مقدار نفقه زوجه که بر زوج لازم است چه چیز است؟ آیا در شرع حدی برای آن هست یا نه؟

جواب:

جواب: مشهور میان علما این است که حدی از برای آن نیست و موكول است به عرف و عادت. به جهت اطلاقات آیات (۱) و اخباری (۲) که امر شده است در آنها به اتفاق زوجه. و در فهم الفاظی که (حقیقت شرعیه) ندارند رجوع به عرف می شود. و مشهور این است که ملاحظه متعارف حال زوج می شود، نه متعارف حال زوج. و شیخ (ره) در هر دو مقام مخالفت کرده و در خلاف گفته است که (مقدار آن مدی است از طعام که دو رطل و ربعی باشد) [و ادعا اجماع بر آن کرده است] و ابن ادریس انکار بلیغ کرده و گفته است که غیر شیخ کسی به آن قائل نیست، و اجماعی و روایتی در آن نیست. و در مبسوط اعتبار حال زوج کرده و گفته است که اگر مالدار است در روزی دو مد می دهد، و اگر پریشان است که یک مد، و اگر متوسط است یک مد و نصفی. و اقوی قول ۵.

ص: ۴۸۷

۱- آیه های ۳ و ۱۹ و ۳۴ سوره نساء و ۲۲۹ و ۲۳۳ سوره بقره و ۶ و ۷ سوره طلاق.

۲- از آن جمله اخبار باب ۱ و ۲ از ابواب النفقات و سائل، ج ۱۵.

مشهور است. ودعوی اجماع شیخ (با وجودی که شریکی از برای او ظاهر نیست سوای ابن براج که از او موافقت مبسوط نقل شده) معارض است به ظاهر دعوی ابن ادریس، و این اقوی از آن است. به جهت شهرت خلاف آن. وحسنه شهاب بن عبد ربّه (۱) که اشعاری دارد به تجدید به مد، دلالت آن بر وجوب، واضح نیست. و هم چنین روایت زید شحام که اشعاری دارد به تجدید به مدین از تمر، (۲) و قائلی به آن هم نیست. و در این دو حدیث امام (علیه السلام) فرموده که (ما قوت عیالمان را چنین می دهیم) و شاید متعارف آن زمان آن قدر بوده. و اما دلیل اعتبار حال زوج: پس شاید آیه کریمه لینفق ذوسعه من سعته و من قدر علیه رزقه فلینفق مما آتاه الله (۳) باشد. و دلالت آن نیز ممنوع است زیرا که مرجع ضمیر مطلقات و حاملات و مرضعات اولاد مطلق، است. و حمل آن بر مطلق زوجه احتمال مرجوحی است. و حمل آن بر (مطلق انفاق واجب النفقه) نیز تمام نیست، به جهت عدم وجوب نفقه بر مطلق معسر، پس (امر) بر حقیقت خود باقی نیست. و مع هذا منافاتی ندارد با ملاحظه حال زوجه، یعنی کسی که می تواند که به موافق حال زوجه انفاق کند پس انفاق کند به قدری که خدا به او داده است که، و اما صاحب وسعت پس انفاق بکند او وسعت به قدر خود حال زوجه. و اشاره دارد به آن، آیه بعد که (ولا یكلف الله نفسا الا ما آتاها). آیه منافات ندارد با این که هر قدر که عاجز باشد از آن در ذمه او باقی ماند، تا وقتی که وسعت بهم رساند قضا کند. چنانکه اشاره دارد به آن، آیه بعد که فرموده (سیجعل الله بعد عسر یسرا) با وجود این که وجوب آن بر تقدیر عسر هم ثابت نیست. و در این مقام اشکالی هست. و آن این است که احادیث بسیار وار داست در نفقه که آنچه واجب است سیر کردن زوجه و پوشاندن او از عریانی [است]. و کسی عمل به ظاهر اینها علی الاطلاق، نکرده. و ممکن است حمل آنها بر معسر. چنانکه در اخباری که (من قدر علیه رزقه فلینفق مما آتاه الله) [را] تفسیر کرده اند که فرموده اند (اذا انفق علیها اق

ص: ۴۸۸

۱- همان، باب ۲، ح ۱.

۲- همان، باب ۱.

۳- آیه ۷ سوره طلاق

والحاصل: اسلم این است که بایسر ملاحظه متعارف حال زوجه شود. وبا عسر انفاق کند به قدری که مقدور او است. وشامل اطعام واکسا واسکان وخدام و آلت تنظیف وشانه وصابون وامثال اینها همه هست، به حسب متعارف حال زوجه با ملاحظه بلد وزمان وفصول. پس گاه است که در بلدی گندم می خورند ودر دیگری برنج ودر دیگری خرما. و هم چنین درنا نخورش وجامه، پس گاه است که میوه باید گرفت وگاه است که رخت پنبه دار ضرور است وگاه است که لحاف هم ضرور است وگاه است آتش وکرسی ضرور است و هم چنین فرش وزیر انداز وزیر سر وغیر ذلک. بلکه ثیاب تجمل هم در صورت تعارف ملحوظ است. و هر گاه اهل خدمت کردن باشد خادم ضرور نیست، مگر این که مریضه باشد یا عاجز شود. و هر گاه اهل خدمت کردن نباشد خادم ضرور است. وظاهر این است که معتبر در این عادت امثال او است در وقتی که در خانه پدر بوده، نه به ملاحظه آن که رفعت شأن بهم رسانید وقتی که به خانه شوهر آمد. وظاهر این است که یک خادم کافی است ومحمتمل است که هر گاه در خانه پدر اهل آن بوده که بیش از یک خادم داشته باشد بر او لازم باشد. زیرا که این هم داخل (معاشرت به معروف) است.

۳۱۱: سؤال:

۳۱۱: سؤال: هر گاه زید زوجه خود را در عده رجعیه به عقد تمتع عقد کند، آیا عقد صحیح است یا باطل؟ و بر فرض بطلان، آیا در معنی رجوع است یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: بدان که نکاح در عده رجعیه صحیح نیست، نه متعه ونه دوام. وظاهرا در مسأله هم خلافی نیست. هر چند بعض عبارات علما موهم صحت است. وبعض افاضل معاصرین هم فتوی به صحت میداد، اما چنان نیست. بلکه بعد تأمل ظاهر می شود که مراد ایشان چیز دیگر است. واما تحقق رجوع به سبب آن: پس اگر با علم به بطلان قصد رجوع هم ندارد پس شکی نیست که رجوع هم حاصل نمی شود. واگر قصد رجوع کند رجوع حاصل می شود [و] بر آن عقد غیر از رجوع ثمره دیگر مرتب نمی شود ومهری به سبب آن لازم نمی شود. و هر گاه مقلد کسی باشد که رأی او صحت عقد باشد، پس به مقتضای رأی مجتهد ۱.

ص: ۴۸۹

خود عمل می کند، و ثمرات عقد بر آن مترتب می شود. و هر گاه جاهل مسأله باشد و گمان کند که عقد صحیح است و قصد عدم رجوع به عقد سابق نداشته باشد (هر چند قصد رجوع هم نداشته باشد) پس در آن اشکال است. و اظهر در نظر حقیر این است که رجوع به آن حاصل می شود، و به زوجیت سابق بر می گردد. و در این مطلب رساله ای علی حده در غایت دقت نوشته ام هر کی خواهد به آن رجوع کند.

۳۱۲: سؤال:

۳۱۲: سؤال: زینب زوجه عمر و در مدت مزاجه در خانه عمرو بوده، و حال بر عمرو ادعای چند سال معین کسوه و نفقه می نماید. و عمرو ادعا می نماید که نفقه و کسوه را داده. و زوجه و زوج هر دو از اثبات عاجز می باشند. آیا قسم بر زوج است؟ و زوجه؟

جواب:

جواب: مرافعه کردن و قسم دادن شأن مجتهد عادل است. هر کس قسم می تواند داد، می داند که قسم متوجه کدام می شود. دیگر فایده ستفتا چه چیز است؟. و اگر غرض دانستن مسأله علمی است بدون عمل، پس باید دانست که اصل مسأله از مشکلات است. و دور نیست که در صورتی که زوجه تمکین به زوج داده و در خانه زوج باشد و زوج هم غایب بنا شد، قول زوج مقدم است بایمین. و هر گاه زوج غایب باشد در آن زمانی که نزاع دارند در نفقه آن زمان، قول زوج مقدم باشد که یمین. و الحاصل: در هر جا که از برای حاکم ظاهر و راجحی به دست باشد، ظاهر را مقدم دارد. و هر جا نباشد (اصل عدم انفاق) را مقدم میدارد بایمین.

۳۱۳: سؤال:

۳۱۳: سؤال: هر گاه زوج نفقه به زوجه داده به مظنه آن که واجب النفقه است. و زوجه هم قبول نموده به علت این که خود را مستحق نفقه دانسته. و بعد کاشف به عمل آمده که علاقه زوجیت بینهما مرتفع بوده. در این صورت زوج رجوع می تواند کرد به زوجه به استر داد نفقه یا نه، با وجود این که نه زوج قصد رجوع به عوض داشته و نه زوجه قصد رد عوض. و اصل هم عدم شغل ذمگی است.

جواب:

جواب: ظاهر این است که در صورت مزبوره زوج تواند استر داد نفقه کرد چون عوض که تکمین زوجه بوده فاسد بوده. و نفقه در مأكول و مشروب و آلات تنظیفی که غالباً باید تلف شود، از باب تملیک است. و در اخدام و اسکان، و از باب امتناع است بالاشکال. و در کسوه نیز از باب امتناع است، علی الاقوی. اما تملیک: پس آن در معنی عقد معاوضه است و فساد احد عوضین مستلزم بطلان معاوضه است. و جهل به بطلان یا به فساد عوض منشأ صحت نمی شود. پس رجوع می کند به عوض خود هر گاه باقی

است. و به عوض آن اگر تالف است. و اما زوجه: چون عوض آن تمکین است علی الاطلاق قیمتی ندارد، بلکه آنچه ثابت است که عوض دارد تمکین زوجه دائمه است به عقد صحیح او نمی تواند رجوع کرد به زوج در عوض آن. بلی بضع او عوض دارد. و عوض او در ما نحن فیه مهر المثل است که به سبب و خول در عقد فاسد ثابت است، همان مستحق مهر المثل است نه مهر مسمی و نه نفقه. و اما امتناع در کسوه و غیر آن: پس آن نیز در معنی اباحه محضه نیست که مستلزم عوض نباشد، بکله امتناعی است در عوض تمکین. و ثمره در مواضع بسیار ظاهر می شود ما بین امتناع و تملیک. و هم ما بین اباحه و امتناع. و ثمرات اول بسیار است، و ثمره ثانی همین قدر کافی است که در اباحه مطلقا عوضی منظور نیست. و در امتناع عوض منظور است. و حقیقت حال امتناع راجع می شود به (اذن در انتفاع از عین ما دامت باقیه و لم یثأ الزوج تبدیلیها بغیرها و لکن بقصد ان یکون عوضا عن التمکین لا مطلقا). و غایب آنچه در این مقام از جانب منع از استرداد می توان گفت این است که زوج به طیب نفس مسلط کرده است زوجه را بر اتلاف مال خود و (الناس مسلطون علی اموالهم). و استرداد محتاج است به دلیل. زیرا که زوجه نفقه زوجه در واقع نشده). می گوئیم که آنچه مسلم است تسلیط او است بر اتلاف و اباحه تصرف در آن حال اعتقاد لزوم نفقه به سبب اعتقاد زوجیت، نه به شرط زوجیت و به اعتقاد به آن و علت این که زوجه است نفقه می دهد و انفاق در حال اعتقاد به استحقاق نفقه از راه زوجیت، غیر انفاق به علت استحقاق و اعتقاد وجوب آن است از راه زوجیت. و جهت تعلیلیه مغایر است در حکم با جهت تقییدیه. این منتهای کلام است در استدلال بر عدم جواز استرداد، علاوه بر اصل برائت. و ما دفع می کنیم این سخن را به این که: این در وقتی خوب است که مسلم باشد که مراد زوج اباحه محضه باشد در حال اعتقاد به زوجیت و استحقاق نفقه. و این مسلم نیست. بلکه جز ما منظور او را اباحه بر سبیل نفقه است. و این معنی مستلزم اعتقاد معاوضه است اجمالا، هر چند متذکر تفصیل معاوضه و عوضین نباشد در آن حال. و ما پیش بیان

کردیم فرق ما بین اباحه محضه و امتناع را. پس هر چند تصریح نشده باشد که این در عوض حق نفقه است که لازم است در عوض تمکین، ولکن مستلزم آن است. مثل این که کسی در سفری قصد مقصدی دارد که تا آنجا یقیناً هشت فرسخ هست ولکن نمی تواند و میرود به آن سفر. در بین راه معلومش می شود که هشت فرسخ هست. هر چند دو فرسخ مانده باشد به منزل که باید نماز را قصر کند. ومؤید مطلب ما است عموم قاعده مسلمة (ما یضمن بصیحه، یضمن بفاسده) وحديث نبوی مشهوری (علی الیدما اخذت حتی تؤدیه). (۱)

۳۱۴: سؤال:

۳۱۴: سؤال: هر گاه زوجه زید ناشزه شده، واما عالمه نباشد که نشوز موجب سقوط نفقه و کسوه است. ومدت متمادی زوج به او نفقه داده وبعد ادعا نماید بر زوجه که من نفقه را به قصد قرض واسترداد عوض، داده ام. وزوجه گوید که من چنان میدانستم که مستحق نفقه ام، ویا این که تو اباحه نموده ای، و اگر می دانستم که تو به عنوان قرض یا به نیت استرداد عوض، می دهی، تصرف در آن نمی کردم. آیا در این صورت زوج تسلط دارد بر زوجه در اخذ عوض نفقه یا نه؟

جواب:

جواب: از صورت سؤال ظاهر می شود که زوج عالم بوده به (عدم استحقاق زوجه نفقه را به سبب نشوز) که در استرداد متمسک شده است به قرض دادن. و قرض دادن بدون اطلاع متقرض، بی معنی است. الا در مواضع مخصوصه - مثل اتفاق بر صغیر در صورت فقد حاکم، که از مال او بر دارد. وامثال آن - پس زوج او را مسلط کرده بر تفویت مال خود. وزوجه مغرور است و به قصد قرض تصرف نکرده که ضامن باشد. وعلم به عدم استحقاق نفقه نداشته که اگر به قصد نفقه خورده باشد که غاصب باشد، وبراو واجب باشد رد. وعموم (علی الید ما اخذت) با وجود آن که ظاهر در بقای عین است لا غیر ومحل منع می تواند شد در صورت تلف، وقتی تمام می شود که مالک خود سبب تلف نشده باشد. خصوصاً وقتی که در آن نوع اتلاف، متلف مغرور باشد. بلی اگر زوج مدعی این بود که (من جاهل بودم به آن که ناشزه نفقه ندارد و به قصد نفقه دادم)، ودر واقع هم چنین باشد، در آنجا ظاهر ضمان بود. چون طرفین به قصد نفقه داده اند و گرفته اند ودر نفس الامر استحقاق نبوده. چنانکه در صورت اتفاق باه.

ص: ۴۹۲

بطلان اصل مزاجه در نفس الامر. چون معاوضه از طرفین بوجه فاسدی واقع شده بود، و هر دو جاهل به آن بوده اند. و تراضی بر اتلاف بوجه اعتقاد استحقاق واقع شده بوده، نه از بابت اباحه مطلقه. و در ما نحن فیه اعتقاد زوجة استحقاق نفقه را و اتلاف به آن قصد با جهالت عدم استحقاق، در برابر (اتلاف زوج مال خود را به تسلیط غیر بر مال خود بر وجهی که موجب اشتغال ذمه نمی شود)، واقعی ندارد. بلکه اگر زید ادعا کند که من هم جاهل بوده ام که قرض دادن بدون اطلاع، صورت ندارد، باز ظاهر این است که نتواند استرداد کرد، به جهت آن که باز زوج خود سبب اتلاف شده و سبب غرور زوجة شده. هر چند نه به قصد فریب و نقصان داده باشد. و بعد اتلاف مال اصل برائت زوجة شده از وجوب رد مثل (یا قیمت) است و عموم (علی الید ما اخذت) نیز در اینجا شمول ندارد به سبب آنچه پیش گفتیم. و هم چنین است کلام در صورتی که زوج بگوید بر سیل قرض داده ام و زوجة بگوید که من چنین دانستم که تو اباحه کرده ای و بر سیل اباحه بوده. تا اینجا کلام در صورتی است که زوج مدعی قبول زوجة قرض را، نباشد. و اما هر گاه ادعا کند قبول زوجة را: هر چند در اینجا اصالت عدم خروج ملک از ملکیت زوج بالمره، مرجح تقدیم قول زوج است (در صورتی که مدعی باشد که من به عنوان قرض داده ام و تو قبول کرد [۱۰] ی، و زوجة بگوید که من خبر از قرض دادن ندارم و قبول قرض نکرد [۱۰] م بلکه تو اباحه محضه کرد [۱۰] ی، یا من گمان می کردم که مستحق نفقه ام و صرف کرده ام) و لکن اصل برائت ذمه زوجة هم مرجح قول او است. و دور نیست تقدیم قول زوج با یمین.

۳۱۵: سؤال:

۳۱۵: سؤال: هر گاه یک دفعه نشوز از زوجة به ظهور رسید و بعد زوج به او رجوع نکرد (یا از جهت غیظ یا از جهت آن که صرفه خود را در آن دانسته) تا معلوم شود که بر نشوز باقی است. آیا در این صورت حکم به نشوز زوجة می شود در جمیع اوقات تا امارات عدم نشوز حاصل شود -؟ یا این که در همان وقت ناشزه است، و بعد [از آن] احتیاج به دلیل مجدد دارد -؟.

جواب:

جواب: همینکه نشوز ظاهر شد نفقه ساقط شد و مستصحب است. و رجوع به نفقه موقوف است بر رجوع زوجة به اطاعت و تمکین تام. به این نحو که اظهار کند اطاعت را. و ضرور نیست در تحقیق علم به رجوع، مطالبه کردن زوج تمکین را.

ص: ۴۹۳

۳۱۶: سؤال: مخالفت امر زوج در هر باب موجب نشوز است؟ یا مخصوص است مخالفت در امر وقاع؟.

جواب:

جواب: منحصر نیست نشوز در مخالفت در وقاع. بلکه نشوز متحقق می شود به خروج از اطاعت او [در] آنچه خدا بر او واجب کرده. مثل ترک مقدمات استمتاع وخلاف خواهش زوج کردن در تنظیف وتزین و آنچه مدخلیت در استمتاع ولدت بردن از او، دارد. و همچنین متحقق می شود به بیرون رفتن از خانه بدون اذن. ونشوز به مجرد (فعل خلاف طاعت) حاصل می شود هر چند ملکه نشوز حاصل نشود. وخروج نشوز گاه است به مجرد ترک آن فعل، حاصل می شود. واست که موقوف است بر ترک ملکه، مثلاً گاه است یک بار از خانه زوج بدون اذن به خانه پدر رفته. همینکه برگشت به خانه زوج، رجوع به طاعت می شود. و گاه است که مکرر بی اذن شوهر بیرون میرود و آن را شیوه خود قرار داده. پس از برای چنین زنی در حالی که در خانه زوج است نفقه نیست، تا توبه کند و رجوع کند از آن، والله اعلم.

۳۱۷: سؤال:

۳۱۷: سؤال: بفرمایند در خصوص زنانی که (قرن) یا (عقد) یا (رتق) یا آن که مخرج بول وحیض یا غایط یکی شده باشد، یا زنی که خنثی باشد. آیا در مجموع اینها باید شوهرشان مهر به ایشان بدهند؟ یا آن که بی مهر فسخ نکاح می کند؟.

جواب:

جواب: در عیوب زن که زوج به سبب آنها مسلط بر فسخ می شود، هر گاه زوج قبل از دخول فسخ کند مهری بر زوج لازم نیست. وخلافی در آن (ظاهراً) نیست، ودعوی اجماع بر آن شده، و اخبارهم دلالت بر آن دارد. و اما هر گاه بعد از دخول باشد (یعنی بعد از دخول مطلع به عیب شود وفسخ کند) اشهر و اظهر این است که مهر مسمی در عقد را باید بدهد. بلی هر گاه مدلسی در میان باشد، یعنی کسی عیب آن زن را پوشانیده وتدلیس کرده و او را به شوهر داده (خواه ولی او باشد، یا بیگانه) رجوع می کند زوج به آن مدلس ومهری که داده پس می گیرد، هر چند آن مدلس خود زوجه باشد. یعنی آن زوجه در این وقت مستحق مهر نیست. پس اگر هنوز مهر را نداده به او نمی دهد. نه این که می دهد و پس می گیرد. هر گاه پای تدلیس در میان نباشد وزوجه هم مطلع به عیب نباشد، در اینجا مستحق مهر است و به او رجوعی نمی شود. و این مقتضای قواعد و اخبار است. وبدان که: هر چند ظاهر اطلاعات اخبار و فتاوی (در جائی که زوج رجوع به مهر

می کند) این است که رجوع به تمام مهر می کند، لکن جمعی استثنا کرده اند - در صورتی که رجوع می شود - در اخذ مهر به زوجه (اقل ما یصلح ان یکون مهرا) یعنی (اقل ما یتمول) را، مثل یک غاز پول سیاه. و بعضی استثنا کرده اند از برای اواقل مهر امثال او را. چونکه او عوض بضع است. واشهر و اظهر قول اول است. یعنی عدم استثنا چیزی مطلقاً. چون دلیلی بر استثنا نیست. و آنچه گمان دلائل آن کرده اند، بی وجه است. و اما خنثی بودن زوجه: پس آن از جمله عیوب نیست. چنانکه خنثی بودن زوج هم از جمله عیوب نیست. و قول به عیب بودن آن از برای شیخ است در دو جا از کتاب مبسوط. و در یک جای دیگر مبسوط گفته است که عیب نیست، و هم چنین در خلاف. و این مختار اکثر اصحاب و موافق اصل و اطلاقات است. و گفته اند که آلت رجولیت در زوجه به منزله انگشت زاید است، و آلت انوئیت در زوج به منزله سوراخ زاید است. و اینها هیچ کدام عیب نیستند. و وجهی که از برای عیب بودن گفته اند (منشأ نفرت [بودن]) است، و اینکه (علامات ظنی رفع شبهه و انحراف طبعی نمی کند). و این ضعیف است. و بدان: که این خلاف در خنثای واضح است، یعنی آن که به سبب علامات مقرر در شرع حکم به رجولیت یا انوئیت او شده باشد. و الحاصل: خنثی یعنی آن که آلت مرد وزن (هر دو [را]) داشته باشد، در او رجوع می شود به علامات، مثل سبقت بول. که در وقت بول کردن هر گاه بول مختص یکی از آنها است، حکم می شود به مقتضای آن. یعنی اگر از مخرج رجولیت می آید مرد است. و اگر از مخرج انوئیت می آید زن است. و هم چنین هر گاه اول از یکی از آنها بیاید باز حکم می شود به مقتضای آن. و هر گاه از هر دو بیاید، ملاحظه انقطاع بول را باید کرد. از هر کدام بعد منقطع می شود، عمل به مقتضای آن می شود. تا به آخر آنچه گفته اند از علامات. پس بعد ملاحظه علامات هر گاه حکم شد به رجولیت یا انوئیت، و زوج بودن و زوجه بودن، و عقد و نکاح صحیح شد، آن وقت خلاف کرده اند که آیا محض خنثی بودن، یعنی هر دو آلت داشتن، از عیوب است که منشأ خیار فسخ شود در زن یا مرد؟ یا نه؟. و اما خنثای مشکل - یعنی آن که این علامات در او نباشد و در بول کردن قطع بول مساوی باشد -: پس ظاهراً خلافی نیست در بطلان نکاح از اصل. به جهت آن که شرط صحت نکاح این است که ما بین مرد وزن باشد، پس تا معلوم نشود نمی توان نکاح کرد. و

هر شخصی در نفس الامر یا زن است یا مرد وثالثی نمی باشد به حکم آیات قرآنی و اخبار که ظاهراً دلالت دارند بر انحصار. و در مسالک تصریح کرده به این معنی. یعنی به این که خلاف در خنثای واضح است نه خنثای مشکل، و از شیخ در مبسوط هم نقل کرده که خلاف در خنثای واضح است. و گفته است که: لکن شیخ ذکر کرده است در میراث که (هر گاه خنثی زوج باشد یا زوجه پس میراث به او می دهند نصف نصیب زوج و نصف نصیب زوجه را. چنانکه در فرزند نصف نصیب می دهند و نصف نصیب انثی). و آن در خنثای مشکل است. پس از اینجا ظاهر می شود که زوجیت خنثای مشکل، صحیح خواهد بود پس بعضی آمده اند و حکم اینجا را مبتنی کرده اند بر آن، پس خیار فسخ را در صورت ظهور خنثی بودن هم قرار داده اند در خنثای مشکل. و بعد از آن گفته است که: آن سخن در میراث ضعیف است پس امری هم که مبتنی بر آن باشد ضعیف خواهد بود. و خوب گفته است. و گویا وجه ضعف این سخن در میراث آن است که حکم به زوجه بودن و زوج بودن، سابق بر موت است و فعل مسلم محمول بر صحت است. پس اگر خنثی زوج بوده باید بر تقدیر وضوح حال او زوج شده باشد به سبب علامات. و هم چنین زوجه. پس میراث آنها باید بر وجهی که حق تعالی در قرآن قرار داده چنان باشد. و وصف زوج بودن یا زوجه بودن، بعد مرگ عارض نمی شود که امر آن مشتبّه باشد و داخل خنثای مشکل باشد تا (۱) حکم نصف نصیبین باشد. بلی، تصحیح این قرض را می توان کرد در مثل غرق و مهردوم علیهم هر گاه زوجین هر دو صاحب آلت رجولیت و انوئیت باشند و شناسیم که کدام زوج بوده و کدام زوجه. که در اینجا می توان هر یک را نصف نصیبین بدهیم. و اما این سخن در ما نحن فیه جاری نمی شود. زیرا که در آنجا (بر فرض شمول ادله دادن نصف نصیبین مرزوح و زوجه را) می توانستیم بنا را به صحت تزویج بگذاریم (بنابر حمل فعل مسلم بر صحت) و از آن جهت نصف نصیبین را بدهیم. و در ما نحن فیه تابه حال بنای کاربر جائی نشده و مزاجه مستقر نشده، و وقت استعمال صحت و فساد باقی است. و موقوف بودن استقرار بر استعمال حال به رجوع به علامات، منافاتی با حمل فعلد.

ص: ۴۹۶

مسلم بر صحت، ندارد. زیرا که حمل فعل مسلم بر صحت در وقتی است که مدعی در برابر نباشد. والحال مدعی موجود است. می خواهیم بدانیم که در نفس الامر عقد صحیح است یا نه. وبدون استعلام رجولیت وانوئیت، حکم به صحت مزاجه نمی توان کرد. و بعد از ملاحظه علامات هر گاه خنثای واضح شد، حکم به مقتضای آن می شود. و اگر خنثای مشکل شد، حکم به بطلان می شود. و دیگر ثبوت خیار معنی ندارد. زیرا که ثبوت خیار موقوف است بر صحت عقد. و آنچه مذکور شد حکم فسخ زوج بود. و اما هر گاه زوجه فسخ کند نکاح را به سبب عیوب مرد، ودخول نشده باشد: پس مستحق مهری نیست. و هم چنین هر جا که فسخ از جانب زوجه باشد. مگر در عنن زوج که زوجه مطالبه نصف مهر می کند علی الاقوی و همچنین هر گاه زوجه فسخ نکاح کند به سبب خصی بودن زوج مستحق مهر است بالتمام با دخول. و هر گاه با او خلوت کند بدون دخول، پس ظاهرا در این وقت در ثبوت نصف مهر اشکالی نیست واشکال در نصف دیگر است. و آن محتاج است به تأمل.

۳۱۸: سؤال:

۳۱۸: سؤال: عده متعه مدخوله که حیض می بیند (هر گاه مدت او تمام شود، یا زوج مدت او را ببخشد) چه چیز است؟ و هم چنین عده آن که حیض نمی بیند ولکن در سن کسی است که حیض می بیند -؟.

جواب:

جواب: اما از مسأله اولی: پس در آن چهار قول است. واشهر واطهر آنها در قول است: یکی آن که (عده او دو طهر است). وعلامه در مختلف [این قول را] نسبت به اشهر داده، و آن مختار مفید و سلار وابن ادریس است. و دوم آن که (عده او دو حیض است). و این مختار شیخ وابن براج و محقق و علامه است در بسیاری از کتابهای او، و شهید در لمعه. و در مسالک این را گرفته است که اشهر بین الاصحاب است. و هم چنین محقق در نافع و بعضی دیگر هم نسبت داده اند این را به اشهر. و اظهر این قول دوم است. به دلیل استصحاب حرمت، و به دلیل صحیح زراره (قال سألت ابا جعفر - ع - ما عده المتمتع اذا مات عنها الذی تمتع بها؟ قال: اربعة اشهر و عشرة. الی ان قال: وعده المطلقة ثلاثة اشهر، والامه المطلقة علیها نصف ما علی الحره و كذلك المتعه علیها مثل ما علی الامه). (۱) به ضمیمه احادیثی که دلالت می کند بر این که ۲.

ص: ۴۹۷

عده امه دو حیض است، مثل صحیحہ محمد بن مسلم (عن الباقر - ع - قال عده الامه حیضتان، وقال: اذا لم تکن حیض فنصف عده الحر). (۱) و صحیحہ عبد الله [بن] مسکان از سلیمان بن خالد عن الصادق (علیه السلام). (۲) و صحیحہ محمد بن قیس عن الباقر (علیه السلام). (۳)

ولکن بر این استدلال وارد است اولاً این که صحیحہ زرارہ دلالت دارد بر تشبیه عده متعه در شهویر به عده امه، نه در حیض و طهر. هر چند ممکن است دفع آن به این که اعتبار به عموم کلمه (ما) است نه خصوص محل، با وجود این که در اخبار وارد شده است (متعه ها به منزله کنیز هابند). (۴) و لکن بعد خالی از اشکال نیست. و ثانیاً این که (قول به این که عده کنیز دو حیض است) قول ابن جنید است و آن نادر است. و مشهور این است که عده کنیز دو طهر است. چنانکه حسنه زرارہ (به ابراهیم بن هاشم) دلالت دارد بر آن (عن الباقر - ع - قال: سألتہ عن حر تحتہ امه، او عبد تحتہ حره، کم طلاقها و کم عدتها؟ فقال: السنه فی النسا فی الطلاق، فان کانت حره فطلاقها ثلاثا وعدتها ثلاثه اقرا، و ان کان حر تحتہ امه فطلاقه تطليقتان وعدتها قرنان). (۵)

و ظاهر این است که مراد از (قر) طهر باشد به قرینه مقام، چون مراد از (ثلاثه اقرا) سه طهر است و به سبب اخبار بسیار که تفسیر کرده اند قر را علی الاطلاق به طهر. (۶) پس باید حمل کرد قول ابن جنید را بر این که مراد دخول در حیض دوم است به جهت تحصیل علم به انقضای طهر. و شاید سر این که دو طهر قرار یافته با آن که مقتضای قواعد و اخبار ایشان در این امور تنصیف است در رق نسبت به حر، عدم امکان حصول علم است به نصف طهر الا به تمام آن، پس دو طهر اعتبار شده است. بلی می توانیم با قطع نظر از صحیحہ زرارہ به سبب اجمال آن، استدلال کنیم بر مختار به صحیحہ اسماعیل بن الفضل الهاشمی طولانی که در آنجا درج است که عبد الملک بن جریح گفت که (عده امه دو حیض است) و حضرت صادق (علیه السلام) تصدیق او کرد. (۷) و از کتاب بحار الانوار نیز نقل شده حدیث صحیحی از کتاب حسین بن سعید که دلالت دارد بر این که عده او دو حیض ۸.

ص: ۴۹۸

- ۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۰، ح ۳.
- ۲- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۰، ح ۴.
- ۳- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۰، ح ۵.
- ۴- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۵۲، ح ۲.
- ۵- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۰، ح ۱.
- ۶- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۱۴، ح ۱ تا ۹.
- ۷- وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعه، باب ۴، ح ۸.

است. (۱) و هم چنین عیاشی در تفسیر خود از ابی بصیر روایت کرده از حضرت باقر (علیه السلام) در روایت زراره در تفسیر آیه شریفه (فما استمتعتم) (۲) که آن حضرت فرموده (عدتها حیضتان). (۳)

و اما دلایل قول مفید و اتباع او: پس همان صحیحه زراره است به ضمیمه حسنه زراره که گذشتند. و بر این وارد است که تفسیر مطلق (قر) در اخبار موجب اراده طهر در خصوص اینجا نمی شود. زیرا اقوی این است که قر مشترک لفظی است میان طهرو حیض. پس تفسیر آن علی الاطلاق به احدهما غیر ظاهر الوجه است. و این قرینه این است که مراد در این تفسیرها تفسیر لفظ قرنی است که در آیه (ثلاثه قرو) وارد شده است. و تفسیر آن به طهر در آنجا مستلزم اراده آن نیست در اینجا. و مجرد سیاق حدیث و قرینه مقام در حسنه زراره که دلالت دارد بر اراده طهر، مقاومت نمی کند با احادیث معتبره متعدده، یعنی صحیحه اسماعیل بن الفضل، و امثال آن. پس ترجیح باقول شیخ است. چنانکه احتیاط هم مقتضی آن است. و اما باقی اقوال - که یکی اعتبار یک حیض است، و یکی اعتبار یک حیض و نیم -: هر چند به مقتضای قول اول احادیث معتبره بسیار هست. (۴) و بر طبق ثانی هم حدیث صحیح هست. (۵) لکن چون مقاومت نمی کنند با ادله مشهور، لازم است تأویل آنها، یا طرح آنها. و اما جواب از مسأله ثانیه: پس عده آن چهل و پنج روز است. و خلافی در آن نیست، و جمعی دعوی اجماع بر آن کرده اند. و اخبار هم دلالت دارد بر آن. (۶) و فرقی ما بین آزاد و کنیز نیست، و ظاهرا خلافی در این هم نباشد.

۳۱۹ و ۳۲۰: سؤال:

۳۱۹ و ۳۲۰: سؤال: زید زینب را به عقد دائمی خود در آورده و دخل نموده. و متعاقدين را یقین حاصل بود که زینب خالی از مانع و مطلقه به طلاق صحیح است. و ناکح قبل از عقد از زوج اول زینب استماع نمود (من زینب را مطلقه ساخته ام). و چندی ۲.

ص: ۴۹۹

۱- بحار، ج ۱۰۳، ص ۳۱۵، ح ۲۰.

۲- آیه ۲۴ سوره نساء - وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعه، باب ۲۳، ح ۶.

۳- آیه ۲۴ سوره نساء - وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعه، باب ۲۳، ح ۶.

۴- وسائل، ابواب المتعه، باب ۲۲، ح ۱ و ۴ و ۶ و ۷.

۵- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۵۲ و ح ۱ و باب ۵۳، ح ۲.

۶- وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعه، باب ۲۲.

بعد از آن، جمعی ادعا نموده [اند] که ما علم داریم که زینب ذات بعل و بر زوجیت زوج اول باقی است به علت آن که زوج اول عمرو را در تطلیق وکیل نموده [بود] و عمرو اجرای صیغه طلاق ننمود. و عمرو نیز به عدم اجرای صیغه طلاق معترف [است]. و جمعی دیگر را ادعا آن که اعتراف به تطلیق زینب را از زوج اول استماع نمودیم. و به این جهت اضطراب و تشکیکی فی الجمله بهم رسیده. اما متعاقدين بر عقیده اول باقی اند. و علی هذا بیان فرمایند که تکلیف زید چیست؟ آیاتاً علم قطعی به فساد عقد برای زید بهم نرسد، حکم به زوجیت زینب از برای زید باقی است و احکام متعلقه به زوجیت از برای طرفین ثابت است یا نه؟ و حکم صورت طریان شک، حکم صورت علم دارد یا نه؟ و بقای زوجیت اول اصل است یا صحت عقد ثانی. و چنانکه احدهما را علم به بقای زوجیت اول و فساد عقد ثانی بهم رسد دون دیگری، باید هر دو ملتزم فساد شوند؟ یا هر یک مکلف اند به علم خود؟ و بر فرض فساد عقد (چون بر ذات بعل است و متعاقدين جاهل به بقای زوجیت اول بوده اند، و دخل هم اتفاق افتاده) زینب حرام مؤبد می شود بر زید یا نه؟ و بنابر حرمت مؤبد، حرمت به جهت نص صحیح است؟ یا به سبب (قیاس بر معتده)؟ و اولویت حکم در ذات بعل [در قیاس به معتده] مسلم است یا نه؟ با وجود آن که احتمال می رود که علت حکم در معتده مبالغه در منع باشد تا موجب زیادی جرأت مکلفین نشود، بخلاف ذات بعل که احدی را جرأت عقد بر ذات بعل نیست، اما [در] معتده چون علاقه زوجیت سست شده و مشرف به زوال شده جرأت عقد بر او از برای مردم هست، و علاقه در ذات بعل مستحکم است کسی را جرأت عقد بر او نیست. لهذا شرع مقدس از جهت ردع مکلفین و منع ایشان، در معتده حکم به تأیید حرمت نموده. و این احتمال اگر چه بعید است ولیکن از جهت بطلان قیاس کافی است یا نه؟

جواب:

جواب: اصل صحت نکاح متعاقدين است. و استصحاب زوجیت سابقه منقطع است به قول و فعل و اقرار زوجین مسلمین. و قول آن جمعی که می گویند (ما علم داریم به ذات بعل بودن زینب به علت مذکوره)، مسموع نیست.

اما اولاً: پس به جهت آن که مرافعه میان زوجین رو نداده، و دعوائی با هم ندارند که به بینه رجوع شود، هر چند شهود عدول باشند. و ثانیاً: به جهت آن که عدم اجرای عمرو

صیغه طلاق را دلیل عدم اجرای صیغه مطلقاً، نمی شود. خصوصاً با اعتراف زوج سابق به طلاق گفتن و گفتن جماعت دیگر که (ما از زوج سابق شنیدیم اعتراف به طلاق را)، خصوصاً با بقای زوجین بر اعتقاد خود. بلکه در صورت حصول شک از برای متزاجین در صدق جماعت مذکوره (که گفتند مامی دانیم زینب ذات بعل است به علت مذکوره) نیز زوجیت باقی است. چون بر وجه صحیح منعقد شده و بطلان آن معلوم نشده و در صورتی که احدهما را علم بهم رسد به فساد عقد دون آخر، هر یک مکلف اند به اعتقاد خود. و اما هر گاه از برای هر دو علم بهم رسد به فساد عقد پس شکی در بطلان عقد نیست. و اما این که جایز است به عقد جدید مزاجه کنند یا این که حرام مؤبد است: پس چون دخول واقع شده، اشکال بهم می رسد. و آنچه متأخرین علما به آن متمسک شده اند که (چون نکاح به ذات عده رجعیه با دخول، منشأ حرمت ابدی است، پس باید در ذات بعل هم حرام مؤبد شود به طریق اولی)، در نظر حقیر محل اعتماد نیست، و اولویت ممنوع است و قیاس باطل است. و اجماعی هم در مسأله نیست. بلکه از علامه (ره) در تحریر ظاهر می شود که این فتوای علمای مادر این خصوص نبوده است تا زمان علامه. علامه و ما بعد او از متأخرین گفته اند (در آن دو وجه است)، و نگفته اند (دو قول است). و وجه الحاق را، اولویت قرار داده اند. و وجه عدم را، منع اولویت و اما اخبار در مسأله: پس آن بسیار است. (۱) بسیاری از اخبار دلالت دارد بر حرام ابدی که چند حدیث آن موافق است. (۲) و روایتی هم در قرب الاسناد از علی بن جعفر روایت شده که دلالت دارد بر آن. (۳) و صاحب کفایه گفته است که آن در نزد من به منزله صحیح است، و ظاهر این است که وجه آن این است که عبد الله بن جعفر حمیری ثقة جلیل که از اعظام مشایخ است روایت کرده است از عبد الله بن حسن از علی بن جعفر، و عبد الله بن حسن هر چند مهممل است لکن ظاهر این است که از جمله مشایخ اجازه است، و آن روایت را از کتاب علی بن جعفر ثقة جلیل روایت کرده است. و ظاهر این ۹.

ص: ۵۰۱

۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهره، باب ۱۶، و ج ۱۸، باب ۲۷ از ابواب حد الزنا.

۲- کذا.

۳- همان مرجع، ح ۹.

است که مشایخ اجازه معتمدند. و (شیخ اجازه بودن) به منزله توثیق است، بلکه بعضی آن را بالاتر از توثیق دانسته اند. و طایفه ای از اخبار هم دلالت بر عدم حرمت دارند، که از جمله آنها دو حدیث صحیح عبد الرحمن بن الحجاج است. ولکن دلالت آنها محل مناقشه هست. و به هر حال: آنچه اقوی و اظهر است در نظر حقیر، این است که نکاح به ذات بعل هر گاه با علم به حال و دخول باشد، حرام ابدی است اجماعاً. و با جهل و عدم دخول، حرام نیست اجماعاً. و با جهل و دخول، حرام است علی الاظهر، خصوصاً به ملاحظه موثقه زراره که آن را کلینی و صدوق و شیخ (هر سه) روایت کرده اند (عن الباقر - ع - : اذا نعى الرجل الى اهله او اخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت، فجا زوجها الاول، فان الاول احق بها من هذا الاخير دخل بها الاول اولم يدخل بها. وليس للاخران يتزوجها ابداً، ولها المهر بما استحل من فرجها). (۱) و آن روایت را صدوق با سند قوی نقل کرده، و روایتی دیگر هم به همین مضمون از عبد الله [بن] بکیر روایت کرده. (۲) و هم چنین اظهر حرمت ابدی است با علم و عدم دخول، به سبب اطلاعات اخبار. والله العالم با حکامه.

و بعد از آن که این جواب نوشته شد، ثانیاً از کاشان کاغذ طویل و عریضی آمد که: سؤال در استفتا بر وفق واقعۀ نبوده و جمعی از عدول علم دارند به این که زوجه در حین عقد ذات بعل بوده و مطلقه نشده بود. با وجود این آیا جایز است از برای آنها تفریق یا نه؟ و آیا جایز است که با وجود این ساکت باشند یا نه؟ و هر گاه اقامه شهادت کنند در نزد حاکم مسموع است یا نه؟ و معنی این که (هر گاه احدهما علم به فساد عقد بهم رساند دون دیگری، هر یک مکلف اند به علم خود) چه معنی دارد؟ و چگونه می شود هر گاه زوجه بگوید که (عقد من فاسد است) زوج بگوید (صحیح است) خواهد و طی کند زوجه را، چه باید کرد؟

جواب:

جواب: من جواب استفتا نوشته ام، و حکمی ننوشته ام. و جواب آن استفتا همان است که نوشته شده. و هر گاه صورت واقعۀ چنین باشد که الحال نوشته اید، پس جواب آن باز فتوی می شود، و حکم نمی شود. حکم را باید بعد از حضور و مرافعه کرد. و حاصل مقام این که در صورتی که زوج سابق غایب است و ادعائی ندارد، و زوجین با ۶.

ص: ۵۰۲

۱- همان مرجع، ج ۶.

۲- همان مرجع، ج ۶.

هم دعوی ندارند، مقام منجر می شود به (دعوی حسبی) و در چنین جائی هر گاه از برای حاکم علم قطعی به ذات بعل بودن حاصل شود، اظهر این است که عمل به علم خود می تواند کرد. و در صورتی که از برای حاکم علم حاصل نباشد و جمعی شهادت بدهند، پس کلام در این است که در صورت عدم اعلام حاکم، آیا آحاد مؤمنین بعد استماع شهادت عدول بر ذات بعل بودن زوجه در حین عقد، می توانند تفریق کرد یا نه؟ -؟. و در صورت اعلام حاکم به واقعه، یا تبرع شهود به شهادت مزبوره در نزد حاکم قبل از طلبیدن حاکم، نطق به شهادت وادای آن، مقبول است یا مردود؟ پس می گوئیم که در صورت اول معلوم نیست که آحاد مؤمنین به سبب شهادت آنها (من حیث انها شهاده وینه [و] لیس من شأنها الافاده الظن) حکم به تفریق توانند کرد. و از این جهت است که فقها اشکال و خلاف کرده اند که: آیا مجرد شهادت عدول در رؤیت هلال کافی است در صوم [و] افطار؟ یا محتاج است به حکم حاکم؟ و آنها که اختیار (عدم احتیاج) کرده اند متمسک شده اند به احادیثی که وارد شده که (هر گاه بینه قائم شد بر هلال پس اگر روزه خورده قضا کند). (۱) و هر گاه بینه من حیث هی، مجوز عمل به مقتضای آن بود، ضرور نبود به استدلال به آن اخبار و مجال اشکال و خلاف نبود. بلی هر گاه از برای عدول مؤمنین علم قطعی به واقعه بهم رسید، شاید از راه نهی از منکر توانند تفریق کرد هر گاه ممکن باشد ایشان را. چنانکه شهید در قواعد گفته است در جواز استیفای خمس و زکات از مانع خمس و زکات از برای آحاد عدول مؤمنین. و لکن در ظاهر شرع هر گاه زوجین مرافعه کنند و انکار (منکر بودن) کنند، سخن ایشان مسموع است، و بدون مرافعه نمی توان ایشان را الزام کرد بر قبول. و اینکه برگفتیم که (جایز است از باب نهی از منکر مراد این است که از برای ایشان جایز است هر گاه مرافعه آنها سودی نکند و از برای مؤمنین آن قوت باشد که اقامه معروف کنند. و ظاهر این است که در صورت مزبور هر گاه زوجین استعدا کنند به [مؤمنین دیگر] غیر [از آن] مؤمنین عالمین آمرین به معروف که عالم به حقیقت حال نیستند و فعل زوجین را محمول بر صحت میدانند، واجب نباشد بر آنها دفاع آمرین به معروف. چون ایشان نیز از مؤمنین بلکه عدول اند و افعال ایشان نیز محمول بر صحت است. ۱.

ص: ۵۰۳

اما در صورت عرض حال به حاکم: پس یا این است که احدی از مؤمنین حسبتا مدعی می شود و شهود بر واقعه را حاضر می کند نزد حاکم و شهادت را از صورت (نفی مطلقه بودن) به صورت (اثبات ذات بعلم بودن) بوجه صحیح بیرون می آورد، پس ظاهر این است که حاکم می تواند حکم کند به تفریق. و هر گاه احدی [مدعی] نشود، ولکن خود شهود تبرعا بیایند و در نزد حاکم اقامه شهادت کنند (که این را شهادت بر سیل حسبه گویند) یا [احدی] مدعی شود ولکن قبل از استشهاد حاکم شهادت بدهند بر این که (ما عالم هستیم به ذات بعلم بودن)، در این صورت باز اظهر جواز تفریق است، و تبرع به شهادت مضر نیست. زیرا که آنچه اتفاقی است که تبرع در آن مضر است حقوق محضه آدمین، است. اما حقوق محضه الهی - مثل شرب خمر وزنا و ترک نماز و اوقات بر مصالح عامه مسلمین مثل مسجد و پل و امثال اینها - و آنچه که حق تعالی را در آن شرکته هست، مثل زکات و خمس و حد قذف و وقف بر جماعت منتشرین (مثل فقرا و فقها) و یا [وقف بر] معین - بنابر قول به انتقال وقف به خدا، هر چند ضیف است - و مثل عتق. و ما نحن فیه هم از جمله آنها است، پس در اینها خلاف است. و اظهر و اشهر این است که تبرع به آن مضر نیست. به جهت عمومات ادله قبول شهادت در نزد حاکم، و عمومات اجرا احکام مثل (الزانیه و الزانی...) و اینکه این هم مندرج است در امر به معروف، و غیر ذلک، و خصوص حدیث نبوی - ص - (خیر الشهدا الذی یأتی بالشهاده قبل ان تسألها). (۱) و به جهت این که در این امور غالباً مدعی در میان نیست، و هر گاه شهادت متبرع مسموع نشود لازم می آید تعطیل اکثر این احکام. خصوصاً هر گاه قائل باشیم که (متبرع هر گاه در مجلس دیگر مبادرت نکند و صبر کند تا از او سؤال کنند، باز مسموع نیست) چنانکه احد قولین است در مسأله. و هر چند در حقوق محضه الهی غالباً تخفیف و تسهیل امر، مرغوب است، و تعطیل آن مضر نیست. ولکن در حقوق مشترکه این سخن جاری نیست، و قائل به فرقی را نظر نیست. با وجود این که می گوئیم که این سخن خوب است در رجائی که کسی مطلع نشده باشد مثلاً بر زناى شخص به غیر همان شهود، و در آنجا به ملاحظه ستاریت الهی، مطلوب.

ص: ۵۰۴

۱- حدیثی است که در زبان فقها معروف است و عامی است: سنن بیهقی، ج ۱۰، ص ۱۵۹، با مختصر تفاوتی در لفظ.

ستر وعدم فضیحت است. ولکن [این] سخن در مثل وقف مساجد و زوجه مردم را جماع کردن و امثال آن، جاری نیست. و هم چنین در صورتی که زانی در افواه و السنه مفتضح شده، یا آن که بی مبالا است در امر زنا. و قول دیگر در مسأله این است که مضر است. و آن منقول است از شیخ در نهاییه. و دلیل آن راه یافتن تهمت است. زیرا که مبادرت به شهادت دلالت بر حرص بر اثبات مطلب می کند و مورد تهمت می شود. چنانکه در حقوق آدمین. پس اخبار بسیاری که دلیل عدم سماع شهادت متهم است (۱) شامل اینجا هم هست. و خصوص حدیث نبوی (صلی الله علیه و آله) که در مقام مذمت فرموده اند (ثم یجیی قوم یعطون الشهاده قبل ان یسألونها) (۲) و در عبارت دیگر فرموده (ثم یشهد الرجل قبل ان یشهد) (۳) و می توان خدشه کرد در دلیل اول به منع دلالت مبادرت بر شهادت در حقوق الهی بر تهمت، و منع انصراف اخبار منع قبول شهادت متهم در اینجا. چون متبادر از آن اخبار جائی است که مدعی در میان باشد، و میل به جانب مدعی متصور باشد. و اما در اینجا میلی اگر متصور باشد پس آن در اجرای احکام الهی و اقامه معروف و ازاحه منکر [است] و از برای عدل بسیار بعید است که از راه عداوت به شخص، خواهد اجرای حد به او بشود، و تا این حد عداوت این عدل را غافل کند که راضی به قتل او باشد در جائی که منجر به قتل و امثال آن شود. و به هر حال: بسیار از صور تبرع و مبادرت هست که مستلزم تهمت نیست. مثل جاهل به مسأله که گمان او این است که اقامه شهادت از واجبات است و مبادرت در آن خوب است، خصوصا در وقتی که با مدعی عداوت داشته باشد و با منکر صداقت. و باید کلام فقها و اخبار را هم تنزیل کرد بر غالب هر چند در حقوق آدمین باشد. و دلیل این مطلب می تواند شد این که اکثر علما در حقوق الهی مبادرت را مضر نمیدانند و قائل به این نادر است. بلکه شیخ که قائل به آن است در مبسوط رجوع کرده از آن قول. و این اعظم شاهد است که این را داخل (منع قبول از راه تهمت) نمیدانند. آیا نمی بینی که همگی در حقوق ناس متمسک به (متهم بودن) شده اند، و در اینجا مشهور اعتنا به این ۳.

ص: ۵۰۵

۱- وسائل، ج ۱۸، ابواب الشهادات، باب ۳۰.

۲- مسند احمد بن حنبل، ج ۴، ص ۴۲۶.

۳- سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۶۲۳.

معنی نکرده وتصریح به عدم رد کرده اند. واما حدیث نبوی: با وجود معارضه آن به مثل آن، وضعف سند آن بدون جابر، در خصوص ما نحن فیه دلالت آن ممنوع است. زیرا که متبادر [از] آن، صورت وجود مدعی است. بلکه خصوص حقوق آدمی. کما لا یخفی. وهر چند این اشکال بر حدیث معارض آن نیز وارد است. ولکن می توانیم گفت که متبادر از آن بیان بهترین نوع شهدا است. نه بهترین انواع اقامه شهادت. و اشاره به این باشد که چون شهادی حقوق الهی غالباً این است که محض از راه دینداری و اقامه معروف اقامه شهادت می کنند و محتاج نیستند به این که کسی آنها را بطلبد و غالباً کسی دیگر مدعی نمی شد در این باب که ایشان را به شهادت بطلبد بلکه داعی بر آن محض ایمان و دینداری است پس این نوع شهدا بهترین انواع شهادتند. چون شهادت دیگران غالباً محل مراقبت حال مردم و رعایت تعارف و مصاحبت می تواند شد. (کذا) سلمنا، لکن می گوئیم که بهترین جمعی که مابین این دو روایت می توان کرد همین است که اولی را حمل به حقوق الهی و ثانی را حمل بر حقوق ناس کنیم. چنانکه ظاهر استدلال مشهور هم مبتنی بر این است. و چون ظاهر این است که همین قدر که نوشته شد در مطلب سائل کافی باشد (و حال فرصت بیش از این نبود) هر گاه بعضی از مراحل سؤال بی جواب مانده باشد معذورم دارند.

۳۲۱: سؤال:

۳۲۱: سؤال: هر گاه زید در طفولیت با عمرو شیر خورده اند از مادر عمرو. وبعد از فوت پدر عمرو، مادر عمرو شوهر دیگری کرده باشد و دختری از او بهم رسانیده. وزید به گمان این که به سبب این که آن طفل از پدر دیگر بهم رسیده می تواند آن دختر را نکاح کند، او را نکاح کرده و اولاد بهم رسانیده. و مفروض این است که زید رضاع را فی الجمله می داند ولیکن نمی داند که مقدار رضاع شرعی به عمل آمده است یا نه. آیا بر او واجب است تفحص واستعلام حال؟ یا می تواند به اصل عدم تحقق رضاع محرم، اکتفا کند؟

جواب:

جواب: اولاد مرضعه بر مرتضع حرام است، هر چند از شوهر دیگر بهم رسیده باشد. و جهل به مسأله منشأ حلیت نمی شود. واما این که علم ندارد به حصول مقدار رضاع محرم (بعد از آن که علم بهم رساننده که فی الجمله رضاع حاصل شده)، پس هر چند می توان اشکال کرد در تمسک به اصل عدم تحقق رضاع، به جهت این که اصل عدم حلیت زن است مگر به نکاح صحیح. و چون در شرع وارد شده است که نکاح اخت

رضاعی حرام است (چنانکه سایر اشخاصی که در قرآن مجید تصریح به حرمت آنها شده و نکاح غیر آنها حلال است) پس باید مکلف در حین نکاح اختیار زوجه [ای] بکند که از جمله محرمات نباشد. پس هر گاه زنی باشد که محتمل باشد که خواهر نسبی او است یا مادر او است و شک داشته باشد که این از جمله محارم است یا غیر آنها، به (اصل عدم) نمی توان متمسک شد که اصل این است که خواهر و مادر من نباشد. به جهت این که اصل عدم نسبت به بودن و نبودن هر دو مساوی است. بلی اصل عدم در تحقق رضاع در وقتی خوب است که بعد از تفحص ثابت نشود رضاع محرم. و این نظیر همان است که فقها گفته اند که شرط است در تمسک به (اصل برائت) در احکام شرعی، تتبع و تفحص از ادله. و بعد از عجز متمسک می شوند به اصل برائت. و اگر نه لازم می آید که هر بی خبری از فقه و احادیث تکیه بکند به اصل برائت و اجتهاد نکند در تحصیل (رافع اصل برائت) از ادله، و از این جهت است که محققین قائل شده اند که (عمل به عام قبل از فحص از مخصص جایز نیست). و حال این شخص بعد از حصول علم اجماعی به رضاع و شک در این که آیا به حد رضاع محرم رسیده یا نه، مثل حال مجتهد است بعد از آن که علم بهم رساند که احکام مخالف اصل و مخالف عام در شریعت بسیار است، و احتمال وجود معارض از برای اصل و عام از برای او حاصل شود، جایز نیست عمل به اصل و عموم مگر بعد از فحص و اجتهاد از معارض و مخصص. خصوصاً هر گاه ظن قوی به وجود آنها باشد. پس هر گاه تفحص کرد از حال رضاع، و نه علم قطعی و نه علم شرعی (که از راه بین و امثال آن حاصل شود) از برای او بهم نرسد، حلال است نکاح هر چند علم به عدم آن بهم نرسد. و در این وقت تمسک به اصل عدم یا اصل عموم خوب است. هر چند بیش از ظنی از آنها حاصل نشود. و هر گاه علم قطعی یا شرعی حاصل شد به رضاع محرم، پس باید تفریق کرد. و طلاق ضرور نیست. و الحاصل: هر چند رضاع امری است حادث بعد از ولادت انسان، و از باب نسب نیست (که با انعقاد نطفه حاصل است) و اصل عدم تحقق آن از اصل یا به مقدار رضاع هست. ولیکن تمسک به این اصل بعد حصول رضاع فی الجمله، مشکل است. زیرا که

حکم به جواز نکاح بعضی زنان وعدم جواز بعض، دو حکم شرعی اند جدید که دخلی به اصل براءت ندارند، و هر یک موضوعی علی حده دارند. پس باید تفحص از موضوع کرد تا بدانی که این داخل کدامیک است. مثل آن که مولی به غلامان خود بگوید که (هر کدام مالک ده دینار هستند یک دینار را تصدق کنید. و هر کدام نیستید نکنید)، پس باید غلامها حساب مال خود بکنند و به مقتضای آن عمل کنند. و نمی توانند گفت هر یک که (من نمیدانم مالک ده دینار هستم یا نه، و اصل براءت ذمه من است). هر چند اصل عدم وصول مال به ده دینار تواند جاری شد.

ولکن: (۱) صحیحہ عبد الله بن سنان از حضرت صادق (علیه السلام) که فرمود (کل شیء فیہ حرام و حلال، فهو حلال لک ابدًا حتی تعرف الحرام منه بعینه فتدعه) (۲)، و در روایت دیگر نیز فرمود (کل شیء هو لک حلال حتی تعلم انه حرام بعینه فتدعه من قبل نفسک وذلک یكون مثل الثوب علیک قد اشتریتہ و هو سرقة، او المملوک عندک ولعله حر قد باع نفسه، او خدع فیبع، او قهرا و امرأه تحتک و هی اختک و رضیعتک. و الاشیاء کلها علی هذا حتی یتبین لک غیر ذلک. او یقوم به البینه). (۳)

دلالت دارند بر این که مادامی که معلوم نشده است رضاع محرم، حلال باشد، و تفحص هم لازم نباشد. و اگر بگوئی: که متبادر از حدیث (تردد امر است مابین حلیت و حرمت) مثل گندم مباح و مغصوب و جامه مباح و مغصوب، در صورت جهالت حال. و مراد از مجهول الحال آن است که بعد از تفحص حال آن مشتبه باشد، نه محض جهالت در اول امر. چنانکه در مال مجهول المالک معنی آن این است که بعد از بذل جهد و تفحص، بر جهالت باقی بماند. پس هر گاه بگویند (مال مجهول المالک را باید تصدیق کرد به فقرا) معنی آن این نیست که به مجرد همین که مالک را نمیشناسی این حکم دارد، حتی این که هر گاه داخل بلدی بشوی و خرابه [ای] را مشاهده بکنی به محض این که نمیدانی که صاحبش کیست احیا توانی کرد به قصد تملک. ۴.

ص: ۵۰۸

۱- این «لکن» جواب جمله شرطیه ای است که در آغاز جواب فرمود: «هر چند می توانی اشکال کرد در تمسک به اصل عدم تحقق رضاع».

۲- وسائل، ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۴، ح ۴۰۱.

۳- وسائل، ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۴، ح ۴۰۱.

بلی گاه است که ید مسلم، یا سوق مسلمین قائم مقام تفحص می شود. پس هر گاه داخل بلدی شوی ودانی که گندم خلال و حرام هر دو در آن شهر هست، در آنجا تفحص لازم نیست، اصل حلیت گندمی است که میخری تا معلوم شود حرمت آن بعینه. و چون شارع در اول امر استمتاع به زنان را حرام کرده و بعد از آن فرموده که حلال می شود استمتاع [از] آنها به سبب نکاح (یا ملک یمین) به شرطی که انسان مذکوره در کتاب (مثل مادر و خواهر و غیرهما) نباشد. و صاحب اسباب مذکوره در آنجا هم نباشد - مثل اخت رضاعی و مادر زن و غیرهما - پس حلیت به سبب نکاح مشروط است به این که آن زن یکی از اینها نباشد. پس لازم است نفحص از حال زنی که می گیرد که یکی از اینها نباشد. و اینکه میبینیم اغلب مردم بلا- تفحص نکاح می کنند، مبنی است بر این که غالب این است که میدانند که از اینها نیست، و ما به عیا میبینیم که هر گاه بشنوند که رضاعی، یا مصاهره ای واقع شده، کمال تفحص وجد و جهد می کنند. و این از قبیل گندم بازار و نان دکان خباز نیست، چون فعل مسلم (بلکه غیر مسلم هم) در این باب محمول بر صحت است. حتی این که اگر کسی غیر عادل بلکه عدل واحدی هم بگوید حرام است، اعتنا نمی کنیم در حکم به حرمت. چون اصل در گندم و نان حلیت انتفاع است. و معنی که از مغصوب آن شده، در غیر آنچه معلوم الغصیه باشد یا ید متصرفی بر آن باشد، معلوم نیست. بخلاف استمتاع به زنان که مطلق آن حرام است. و آنچه تجویز شده به سبب نکاحی است که بر غیر آن اشخاص باشد. پس تا علم به شرط بهم نرسد جایز نیست. و آن موقوف است بر تفحص. و اینکه (بضع زنان درید ایشان است) در این مقام کافی نیست در حلیت از برای مردی که به گوش او خورده حصول رضاع فی الجملة. بلی هر گاه تفحص کرد و ثابت نشد بر او که از جمله محرمات است، عمل به ظاهر حال می شود. چون غالب این است که نسوان از این فرقه ها نیستند. و اصل عدم تحقق رضاع و مصاهره، هم مؤید می شود. هر چند احتمال نفس الامری زایل نشود. و حدیث دوم هم مبتنی بر این است که هر گاه زنی را بر وجه صحیح به مقتضای تکلیف خود گرفته هر گاه باز احتمال باقی باشد که همشیره او است، ضرر ندارد. خصوصاً هر گاه احتمال بعد از عقد طاری شود به سبب اخبار کسی که قول او مثبت

حکم نباشد. و هم چنین جامه و مملوک، غرض در همه این است که احتمال فساد با وجود عمل آوردن مقتضای تکلیف، ودلالتی ندارد بر این که د راول دفعه هر گاه به گوش او خورده که رضاع به عمل آمده بر او تفحص لازم نیست. یا آن که بعد از آن هم اگر بشنود سخنی که احتمال ظاهری از برای او بهم رسد، تفحص لازم نباشد. نهایت امر این است که فرموده است امام (علیه السلام) که بر او حلال است تا علم بهم رسد که رضاع به عمل آمده. و این مستلزم این نیست که تفحص لازم نباشد. و در صورت سؤال هم مفروض این است که در اول شنیده بود نقل رضاع را، ولیکن به گمان فاسد خود خیال کرده بود که با تعدد فحل مضر نیست. بلکه تقصیر دیگر هم دارد که تحقیق نکرده که آیا اولاد مرضعه بر مرتضع مطلقاً حرام است یا نه بر فرض تحقق رضاع. پس این هم یکی از شرایط حلیت به سبب نکاح است که شارع قرار داده، و مراعات آن را هم نکرده. پس بنابر این، مال حلیت در حدیث آخری راجع می شود به حلیت ناشی از اصل براءت. چون بعد از تحقق حلیت شرعی، اصل براءت ذمه است از اشتراط آن به چیز دیگر. مثل حصول احتمال رضاع به سبب قول کسی که به قول او رضاع ثابت نشود. و حرمت ثابت نمی شود مگر با حصول علم به رضاع محرم. والحاصل: قبل از ورود شرع، اصل اباحه اشیاء، خالی از مضرت است تا نهی از شرع برسد. و بعد از آن که نهی رسید در بعضی اشیاء، حرام است تصرف در آن. و بعد از آن که معلوم شد که بعض اشیاء حلال است و بعضی حرام، لازم است بر کسی که علم به خصوص محرمات ندارد، تفحص از حال آن شیء و آن شبهه نفس حکم است. مثل این که بعد از آن که از شارع رسید که (گوشت بعض دواب و طیور حرام است). و ما میدانیم که حرام آنها کدام است، نمی توانیم بدون احتیاط و بذل جهد بگوئیم (اصل حلیت است و تفحص واجب نیست). و از این جهت است که شارع قواعد قرار داده در غیر آنهائی که به خصوص تنصیص به حرمت آنها کرده، مثل سباع نبودن، و صفیف بیش از دفیف نبودن، و امثال آن. بلی بعد از تفحص و حصول ظن به این که آن شیء از محرمات نیست، به سبب آن ظن باز راجع می شود حکم آن به اصل اباحه سابق. و هم چنین در (شبهه موضوع) مثل این که میدانیم که گوشت میته گوسفند حرام است، و مذکاری آن حلال. و یا گندم مغصوب حرام است، و غیر مغصوب حلال. وزن مردم حرام است، وزن خود حلال. و متراضعین

حرام، و غیر متراضعین حلال. و امثال آن. پس در اینجا نیز در اول وهله واجب است تفحص. مثل این که در صحرا قبه گندم ببینیم و احتمال دهیم که این گندم ما است چون در این صحرا زراعت داریم. و احتمال دهیم که از غیر باشد، جز ما جایز نیست تصرف در آن قبل از تفحص. و هم چنین در شب هر گاه داخل خانه شویم و زنی را ببینیم که خوابیده است و تاریک باشد و شناسیم، و محتمل باشد که زوجه باشد یا اجنبی باشد. جایز نیست مجامعت آن بدون تفحص. پس این که گندم و نان [و گوشت] را از بازار میخریم بدون تفحص با وجود احتمال مغصوب بودن و میته بودن، این نیست مگر این که از راه این که ید مسلم بر این است و فعل او محمول بر صحت است. و این اصل قائم مقام تفحص است. پس صحیحه عبد الله بن سنان (۱) محمول است بر این صورت. و تفسیر آن در روایت مسعده بن صدقه (۲) شده و تمثیلی که امام (علیه السلام) فرمودند نه محض مثالی است که بگوئیم تمثیل مخصص عام نمی شود بلکه تفسیر است از برای حدیث. یعنی این حکم به حلیت در جائی است که مجوز تصرف در اول باشد، و شکی که بعد حاصل شود، یا احتمالی که در اول امر حاصل باشد از برای حرمت، با وجود آن مجوز مصحح، مضر نیست. و تا علم قطعی به فساد حاصل نشود دست از آن بر نمیداریم. و هر گاه عمل به حدیث کنیم بدون تفحص و بدون مجوز شرعی و ترخیصی از جانب او، این در معنی نفی شریعت است. چنانکه اباحتیان می گویند (المال مال الله والخلق عیال الله). و آنچه مادر اول تشبیه کردیم مانحن فیه را به مال مجهول المالک، از باب تنظیر بود. و غرض بیان همین معنی بود که به جهالت در اول وهله اکتفا نمی توان کرد در اباحه تصرف در مال وزن و غیره بدون تفحص از حلال و حرام، جایز نیست ارتکاب مگر در صورتی که چیزی قائم مقام تفحص (۳) باشد که در آنجا تفحص ضرور نیست. پس ما دست از عموم (والذین هم لفروجهم حافظون الا علی ازواجهم او ما ملکت ایمانهم... فمن ابتغی ورا ذلک فاولئک هم العادون) (۴) چگونه برداریم. در جائی که زوجیت محقق نشده. و چگونه حکم به زوجیت کنیم در جائی که اشتراط صحت آن به بودن زوجه غیرن.

ص: ۵۱۱

۱- همان دو حدیث مورد بحث (وسائل، ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۴، ح ۴۱).

۲- همان دو حدیث مورد بحث (وسائل، ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۴، ح ۴۱).

۳- در نسخه: تصرف.

۴- آیه ۵ سوره مؤمنون.

انسان واسباب مذکوره در آیه تحریم ثابت و محقق است، که از جمله آنها رضاع است. و تکیه کنیم به اصل اباحه یا به صحیح ابن سنان یا به آیه (وانکحوا الایامی منکم...) (۱) و حال آن که آن آیه عام است و اینها خاص. پس می گوئیم در جواب از این ایراد (۲) بلی این سخن ها تمام است در صورتی که حلال متحقق الحلیه و حرام متحقق الحرمه، در خارج موجود باشند. و امر مردد شود مابین آنها. نه در صورتی که شک داشته باشیم در وجود متحقق الحرمه. زیرا فرق واضح است مابین این که بگوئیم که (هر عین موجود خارجی که در نوع او چیزی هست که جز ما متصف به حلیت است و چیزی هست که متصف به حرمت است - مثل گوشت که بعض انواع آن مذکی و بعضی میته است - حکم می کنیم در فرد موجود خارجی آن که نمیدانیم داخل کدامیک است که از قسم مذکی است) یعنی حکم آن را بر او جاری می کنیم که حلیت است و ما بین این که بگوئیم (هر عین موجود خارجی که دو فرد موجود خارجی از نوع آن در خارج موجود باشند که یکی میته است و یکی مذکی و مانمی دانیم که این فرد معین آن میته موجود خارجی است یا مذکاری موجود خارجی است، حکم می کنیم که این فرد همان فرد خارجی مذکی است نه فرد خارجی میته). و مال فرق این است که معنی حدیث بنابر اول این می شود که نمیدانیم که این چیز آیا متصف شده به حرمت یا نه. و بنابر دوم این می شود که آیا این چیز عین آن چیز متصف به حلیت است یا عین آن چیز متصف به حرمت. و بالجمله: اشتباه در موضوع حکم به یکی از چهار وجه می شود: یکی: مجرد احتمال طاری شدن حرمت بر شیء. مثل زن اجنبی که شک حاصل شود از برای مادر این که میان ما و او رضاع شرعی به عمل آمده یا نه. که مشتبّه می شود بر ما که آیا این زن خواهر رضاعی شده یا نه. حلال است بر ما یا حرام. دوم این که: حلال و حرام موجود خارجی مخلوط و ممزوج شوند به نحوی که امتیاز نتوان کرد. مثل گندم حلال و مغصوب که دانه های آن مخلوط شوند به هم. و روغن حلال و حرام که به هم ممزوج شوند.

ص: ۵۱۲

۱- آیه ۳۲ سوره نور

۲- جواب است بر «اگر بگویی» در چهار صفحه قبل.

سوم این که: مزج و خلط حاصل نشده و علم حاصل شود به این که این چیزیکی از آن چیزهایی است که موجودند در خارج و بعضی حرام اند و بعضی حلال. و ندانی که این کدامیک از آنها است. و این قسم هم بر دو قسم است: یکی آن است که که آن افراد موجود خارجی محصورند. یعنی می توان بدون عسر و حرج تعداد واحاطه آنها کرد. مثل این که ده رأس گوسفند باشد که یکی یا دوتای آنها مغضوب باشد. یا دو جامه یا سه جامه که یکی از آنها مغضوب باشد. و دوم آن که: افراد موجود خارجی غیر محصور باشند و در احاطه به آن عسر و حرج لازم آید. مثل این که بدانیم در شهری یک خانه مغضوب، یا در گله های شهر یک گوسفند مغضوب هست، و ندانیم کدام است. ظاهر این است که خلافتی در حلیت قسم اول، و قسم دوم از قسم سوم، نیست. چنانکه ظاهر این است که قسم دوم هم اشکالی در حرمت آن نباشد. و اشکال و نزاع در قسم اول از قسم سوم است که مشهور است به (شبهه محصوره). و در آن چند قول است. و مشهور وجوب اجتناب از جمیع است. و قول دیگر جواز ارتکاب است مادامی که یقین به ارتکاب حرام نشود، به این معنی که هر گاه دیناری حرام مثلاً داخل شود در میان ده دینار حلال و ندانی کدام است، جایز است خرج کردن ده تایی آن، و اجتناب از یکی. و قول دیگر جواز ارتکاب همه است، هر چند بعد از خرج همه دنائیر جزم حاصل می شود به شغل ذمه به آن دینار، و لکن معصیتی از برای او نیست و قول دیگر رجوع به قرعه است. و تفصیل ادله اقوال را در کتاب قوانین استقصا کرده ام. هر گاه این را دانستی می گوئیم که لفظ انساب و اسبابی که در قرآن مذکور است، اسم چیزی است که متحقق باشد. یعنی خواهر نسبی متحقق، و هم چنین خواهر رضاعی متحقق. پس هر گاه پدر او رفته باشد به شهر دوری، و بعد مدتی این شخص وارد آنجا شود و احتمال بدهد که خواهری برای او بهم رسیده باشد، یا این که احتمال بدهد که در آنجا خواهر رضاعی بهم رسانیده باشد. و احتمال بدهد که این زنی را که می خواهد بگیرد از آنها باشد. اینها داخل آیه تحریم نیستند که اجتناب از آنها واجب باشد. و تفحص از این معنی هم لازم نیست. چون اصل عدم وجود خواهر، و اصل عدم تحقق رضاع است بخلاف جائی که داند خواهر نسبی یا خواهر رضاعی دارد اما نمیشناسد و مشتبّه

است بر او، که در این صورت باید تفصیل داد که اگر در ضمن غیر محصور، مشتبّه اند اجتناب و تفحص واجب نیست به دلیل عسر و حرج، هر چند در عنوان آیه داخل اند، چون (الفاظ) اسامی (امور نفس الامریه) می باشند، نه (ما علم انه هو المسمی بذلک الاسم). ولکن تفحص و تجسس لازم است در جائی که عسر و حرج لازم نیاید. به دلیلی که پیش گفتیم در ضمن اشکال و ایراد. و در صورت عدم حصول علم هم لازم است اجتناب بنابر مشهور در شبهه محصوره. و هم چنین بنابر قول سوم (که اظهر اقوال است در نزد حقیر) باز تفحص لازم است، به دلیلی که پیش مذکور شد در ضمن اشکال و ایراد. و بعد از تفحص و عدم حصول علم جایز است ارتکاب. چنانکه ظاهر حدیث است. پس لزوم تفحص منافات با عمل به مقتضای حدیث ندارد. و استدلال مشهور به وجوب مقدمه واجب، بعد از تفحص ممنوع است. زیرا که وجوب اجتناب در این وقت ممنوع است. و به هر حال: مانحن فیه که مورد سؤال است از جمله قسم اول است از اقسام شبهه موضوعیه، و در اثبات حلیت آن، اصل براءت کافی است، و محتاج به آن حدیث صحیح هم نیست. بلکه آن حدیث ظاهر در غیر آن قسم است، چون ظاهر از لفظ (حلال و حرام) شیء متصف بالحلیه والحرمة است، لا- امکان الاتصاف بهما. و هم چنین لفظ (بعینه) ظاهر است در موجود خارجی. بلی روایت مسعده بن صدقه ظاهر در مانحن فیه است. و هر گاه خواهیم ما نحن فیه را داخل آن حدیث صحیح کنیم لازم می آید استعمال لفظ واحد در معنیین مختلفین. بلکه اگر قسم دوم را هم خواهیم داخل کنیم همین لازم می آید، به اعتبار آن که ضمیر (فیه) را باید راجع به (عین موجوده) بکنیم از برای قسم دوم، و راجع به (نوع آن) کنیم در قسم اول، و راجع به نوع هم که کردیم باید اراده کنیم (مایمکن ان یتصف بالحل والحرمة) بنابر قسم اول، و (ما هو متصف بالحل والحرمة) اراده کنیم بنابر غیر آن، و به هر حال تأملی نباید کرد در این که در شبهه محصوره تفحص لازم است. و با بقای بر اشتباه بعد از تفحص، رجوع به آن اقوال می شود. و از آنچه گفتیم ظاهر شد ضعف قول علامه در تذکره به (وجوب استهلال ماه رمضان وشوال، چون روزه اول آن واجب و روزه اول آن دیگر حرام است، و فعل واجب و ترک حرام موقوف است بر استهلال. پس استهلال مقدمه واجب است). به تقریب آنچه گفتیم که وجوب اجتناب در شبهه محصوره در جائی است که حرام متحقق الحرمة در

خارج موجود باشد. و در شب آخر شعبان و رمضان که احتمال دخول ماه نو باشد، هنوز واجب یا حرام وقوع نیافته تا اجتناب از این و ارتکاب آن لازم باشد. چون اصل عدم خروج ماه است از محاق و تحت الشعاع. و شهر سابق مستصحب است. و اخبار هم دلالت بر آن دارد. بلی هر گاه اتفاق شد که ماه رمضان را بالتمام افکار کرد به سبب عذری، الحال که قضا باید بکند باید تفحص کند. چون جز ما غره ماه را افطار کرده و گاه است که سلخ شعبان غره بوده و ماه رمضان سلخ نداشته. و اما حکایت امر مولی عبید خود را که (هر کس مالک ده دینار است یک دینار تصدق کند): پس این هر چند از فروع مسأله شبهه محصوره نیست، ولیکن فهم عرف و عقل مقتضی لزوم تفحص است. و بعد تفحص و عدم حصول علم، به مقتضای اصل رجوع می شود. و فروع این مسأله در احکام شرعی از حد حصر متجاوز است. و از آن جمله مسأله (مستطیع و غیر مستطیع) است. و مسأله (مالک نصاب و غیر مالک نصاب). و مسأله (قاصد مسافت در صورت جهل به مسافت). و مسأله (کثیر الشک) و (کثیر السفر) و امثال آنها که شارع از برای هر یک حکمی قرار داده، و هر مکلفی که امر او مردد است مابین هر یک از اینها، بر او لازم است که تفحص کند و به مقتضای آنچه گفتیم عمل کند.

۳۲۲: سؤال:

۳۲۲: سؤال: چه می فرمایند در خصوص اموال و رخوت و تدارک دیگر که در بعضی از بلاد متعارف است که مرد به جهت زنی که می خواهد بگیرد قبل از عروسی می برد که زن راضی به تزویج کردن به مرد نمی شود مگر به بردن آن اشیاء ولیکن در وقت عقد کردن داخل عقد نمی باشد. آیا این اموال و رخوت را شوهر تسلط دارد که بعد از تزویج نمودن از زن بگیرد؟ یا نه؟ مکرر از ملازمان عالی فتوی می رسد که رخوت زن مال مرد است. آیا هر گاه به این نحو در بلدی تعارف یافته باشد، زنان طلا و آلات و رخوت و نقد را مالک می شوند یا نه؟ نظر به آن که (عقود تابع قصود است) زن راضی به مهر مسمی نگردیده مگر به وفا نمودن شوهر به عهدی که قبل از تزویج نموده و رخوتی و زیوری و نقدی که قبل از عروسی و عقد، نزد زن فرستاده. آیا می تواند شد که انتقال این اموال از قبیل حق جعاله راضی شدن زوجه به مهر مسمی شود که داخل یکی از عقود شرعی باشد؟ یا نه؟ و در

صورتی که به منزله حق الجعالة شد، چون تعارف به این نحو است که رخوت مزبوره را به جهت زوجه شرط نموده می آورند که مقصود آن است که در خانه زوج بیوشد، و احتمال می رود که حق الجعالة متمتع در رخوت مشخصه باشد. آیا احتمال تملیک در این صورت مقدم است یا متمتع؟ و هر گاه این رخوت وطلا آلات به هیچ نحو از این انحا منتقل به زوجه نشود، وجه نقدی که قبل از عروسی متعارف است به جهت زن میفرستند، آیا زوج بعد از عروسی و تصرف نمودن زن، تسلط بر گرفتن وجه نقد که خرج شده دارد؟ یا نه (به جهت آن که مباح نموده بود وعین تلف شده)؟ و هر گاه از آن وجه نقد اجناس مشخصه خریده باشد به منزله تلف شدن است؟ یا زوج تسلط دارد به عین آنها؟ مستدعی چنان است که صورت مسأله را مشروحا با اشاره اجمالی به ادله آن لطف فرموده قلمی فرمایند.

جواب:

جواب: بدان که شرطی که حکم می شود به لزوم آن، شرطی است که در ضمن عقد لازمی می شود. یعنی مابین ایجاب و قبول. نه آنچه پیش ذکر شود، و نه آنچه بعد (علی الاقوی بل لم نقف علی مخالف صریح فی ذلک). و بدان نیز که وفای به وعده هم واجب نیست (علی الاشهر الاقوی) بلکه مستحب است. و انتقال ملک از زوج به زوجه محتاج است به ناقل شرعی و آن مفقود است بالفرض. و اینکه گفته اند (العقود تابعه للقصود) دخیلی به مانحن فیه ندارد. بلکه ظاهر مراد از آن معینین است: یکی این که: از باب (لا عمل الابنیه) باشد تا خارج شود مثل عقد غافل و هازل و نائم که قصدی ندارند. دوم این که: از باب (انما الاعمال بالنیات) (۱) باشد. چنانکه در مشترکات ملاحظه می شود. پس هر گاه کسی بگوید (ملکتک هذا بهذا) قابل بیع و هبه معوضه هر دو هست. و تعیین تابع قصد است در نفس الامر. و اما تداعی: پس [آن] را مقام دیگر هست از کلام. و همان که ذکر کردیم از اشتراط ذکر شرط در ضمن عقد و عدم عبرت به مذکور قبل و بعد او، اوضح شاهی است بر این که اعتقاد لزوم وفای به شرط منافات ندارد با لزوم عقد بدون آن. و بر آن مطلب متفرع می شود این که هر گاه مساومه شود در مهر بین زوجین و بعد از آن جاری سازند صیغه را بدون ذکر مهر، داخل مفوضه البضع خواهد بود.

ص: ۵۱۶

بود. چون ذکر مهر نشده هر چند مقصود آنها مزاجه بر آن مهر معین است لا-غیر. زیرا که الفاظ را مدخلیت تامه هست در عقود، چنانکه مشاهده می شود در معاطات (کذا)، و وصیت به کتابت، هر چند به قرائن قطع حاصل شود به اراده وصیت. چنانکه اشهر و اظهر است. زیرا که چنانکه مزاجه به محض تراضی متحقق نمی شود چه می شود که عقد وصیت هم محتاج لفظ باشد. پس عقد لزوم ثبوت امور مذکوره در مال زوج برای زوجه، ناشی از تقصیر ایشان است در عدم ذکر در ضمن عقد. و آنکه مقصود زوجه شوهر کردنی است که با استحقاق تملک امور مذکوره باشد، منشأ لزوم نمی شود. زیرا که لزوم از (احکام وضعیه) است که منوط به اسباب شرعیه است و مجرد اعتقاد این معنی از اسباب استحقاق نمی شود. و اما انتقال از باب حق الجعالة: - که سائل آن را از حیل لزوم قرار داده - پس آن بسیار بعید است و بی وجه است. بلی این سخن در باب (شیربھائی که متعارف است که اولیامی گیرند) راهی دارد و اما این که این را جعل رضای زوجه به مهر مسمی فی العقد کنیم، پس آن هیچ وجهی ندارد. زیرا که اگر مراد این است که زوج به زوجه می گوید که (هر گاه راضی شوی و به من هم شوهر کنی، من در ازای مجموع راضی شدن و شوهر کردن، این وجه را می دهم)، پس در این صورت در عوض بضع می شود. و عوض بضع چیزی نیست الا مهر. پس باید این هم من جمله صداق باشد. و این خلاف مفروض است. و عیبی دیگر هم دارد که: چون مفروض این است که آن البسه و طلا- آلات را می برند که زوجه بیاورد و در خانه زوج بپوشد و متمتع شود، جهالت در مال الجعالة حاصل می شود. و آن منشأ بطلان است علی الاشهر. چون زمان عمر زوج و زوجه هیچ کدام (و همچنین زمان بقای عین) معلوم نیست. هر چند دور نیست که جهالت در جعالة در اموری که غرر و سفھی در آن نباشد، مضر نباشد. و از اینجا ظاهر می شود که هر گاه آن را از باب شرط در ضمن عقد کند هم صحیح نخواهد بود. و چون جز مهر می شود [مهر هم] فاسد می شود [و] رجوع به مهر المثل می شود کلا او بعضا. چنانکه در جعالة مجهوله هم رجوع به اجرت المثل می شود. و عجبت آن که سائل با وجود احتمال اراده تمتع به آن (بلکه اظهر احتمالین بودن) خواسته است تملیک را اثبات کند، با وجود آن که اصل عدم انتقال است. و سخن در این مقام بسیار است و لکن هم کاغذ تنگ است و هم دل و وقت.

واما سؤال از زوجه نقدی که قبل از عروسی میفرستند: پس اگر از برای این است که (بعینها یا بیدلها) به خانه شوهر بیاورد پس آن مثل لباس وزینت است، چنانکه گفتیم. واگر اباحه تصرف کرده به هر نحو که خواسته باشد پس در صورت تلف، استرداد جایز نیست. چون خود او را مسلط کرده بر آن. ودر صورت بقای عین یا بدل آن، جایز است استرداد. به دلیل اصل واستصحاب وعدم ناقل شرعی. ومفروض این است که از باب هبه نیست. وبر فرضی که باشد هم احکام هبه بر آن جاری می شود. واگر خواهیم این راهبه معوضه کنیم هم تمام نیست. واكثر اباحت سابقه، بر آن وارد است.

۳۲۳: سؤال:

۳۲۳: سؤال: شخصی با زن خود ناسلوکی داشته. بعد از مدتی شخص دیگری به جبر گفته که طلاق زن خود را بده، وآن شخص از خوف آن مرد جبار، پنهانی به نزد ملائی رفته که (من به جبر طلاق زنم را میدهم تو گواه باش در میانه). بعد از مدتی همان مرد ملا یا سهو کرده یا فراموش کرده [آن زن را] برای دیگری صیغه ونکاح کرده. آیا آن صیغه صحیح است یا باطل؟

جواب:

جواب: هر گاه در نفس الامر واقع است که طلاق به جبر بوده، نکاح دوم باطل است. لکن نمی توان آن زن را از دست آن مرد گرفت مگر این که او هم اقرار کند که (علم داشتم که طلاق او جبری بود). یا شوهر اول دو شاهد عادل بگذارند که جبری بوده. در این وقت زن را از او میگیرند و به شوهر اول می دهند.

۳۲۴: سؤال:

۳۲۴: سؤال: کسی صغیره خود را به نکاح منقطع در مدت یک روز به عقد شخصی در آورده، مقصود او محرمیت زوجه وی به آن شخص باشد. آیا محرمیت حاصل می شود؟ و بعد از فوت زوج نکاح آن زوجه بر آن شخص حرام است یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه صغیره به حدی صغیر است که به هیچ نحو استمتاعی از او حاصل نمی شود حتی به بوسیدن از روی شهوت، ومحض از برای محرمیت مادرش عقد کرده، اظهر این است که باعث محرمیت نمی شود. وآن زن بر او حرام نمی شود. ولیکن از تزویج آن زن کمال احتیاط مرغوب است. چون امر فروج است و امر آن شدید است.

۳۲۵: سؤال:

۳۲۵: سؤال: شخصی زنی را به عقد در آورده. وبعد از وقوع نکاح فی مابین زوج و زوجه، قبل از دخول زوجه ادعای اکراه بر عقد نماید. وقراین اکراه هم موجود باشد مثل این که در تحت ید ظالمی بلا- رضا ورغبت بوده باشد. در این صورت قول زوجه مقدم است بر قول زوج یا نه؟ - وبر تقدیر تقدیم قول زوجه، بعد از حلف که از زوجه به عمل آید،

زوجه می تواند به هر کس که باشد (خواه مطلع بر آن عقد باشد یا نه) عقد مزاجه به عمل بیاورد؟ یا مختص است جواز به غیر مطلع؟.

جواب:

جواب: معنی (در تحت ید ظالمی بلا رضا و رغبت باشد) را نمیفهمم. اگر مراد این است که به سبب ظالم بدون رضا و رغبت شوهر کرده، و ثابت باشد، و زوجه امضا نکند، اشکال در بطلان نیست. و اما هر گاه به رضای طرفین و اذن زوجه عقد واقع شده و بعد از عقد زوجه ادعا کند که (من مجبور و مکره بودم در اذن). و زوج منکر باشد، قول زوج مقدم است بایمین در صورت فقد شاهد از برای زوجه و مجرد وجود اماره ای که مظنه به صدق زوجه حاصل شود ظاهراً، موجب تقدیم قول او نیست. پس هر گاه زوج قسم یاد کرد بر عدم اکراه، زوجه زوجه او است. و هر گاه قسم را رد کند به زوجه و زوجه قسم یاد کند بر اکراه و عدم اجازه، به هر جا خواهد شوهر می کند. و مانع او نمی توان شد. و این امور مرافعه می خواهد. و هر کس اهل مرافعه است حکم را می داند.

۳۲۶: سؤال:

۳۲۶: سؤال: شخصی از حکام مثلاً صاحب تسلطی، زن بیوه ای را اکراهاً به زید که نوکر خود باشد عقد و تزویج نموده. صیغه مناکحه را بلا رضای زن فی ما بین ایشان جاری و واقع سازد. و بعد عقد و قبل دخول، عدم رضای زن به حد کاشف آید که مطلقاً. به این مناکحه و اصلاً بدین مزاجه، زن عاجزه راضی نیست. و آن شخص آمر صاحب تسلط مراتب مذکوره را بدین صورت و عدم رضای عورت را ملا-حظه و مشخص نموده، زید مزبور را امر به طلاق نموده که (برو وزن مکرهه مسطوره را احتیاطاً یک طلاق بگو). و بعد از اجرای طلاق شرعی از دست حاکم شرع، زید پشیمان شده. ادعای زوجیت به آن زن شرعاً می تواند بکند یا نه؟ -؟ و هر گاه بگوید که (من بدین طلاق مأمور و مجبور بودم) مسموع است یا نه؟ -؟ و می رسد زید را که او را منع کند از شوهر؟ یا تسلطی ندارد؟. اولاً در صورت مذکوره این مناکحه و مزاجه شرعاً چه صورت دارد؟ و بر فرض تسلیم صحت نکاح، آن طلاق احتیاطی هم که به عمل آمده باشد، زید مذکور دیگر راه گفتگو و تسلط شرعی بر آن زن مسطوره دارد یا نه؟ -؟ و عرض ثانی این که در صورت مذکوره اگر قراین دال بر اکراه زن بوده باشد، قول زوجه مقدم است؟ و بعد از قسم می تواند به هر کسی برود؟

جواب:

جواب: اولاً- هر گاه به ثبوت برسد که نکاح زوجه به جبر و اکراه بوده و اجازه و امضا نکرده، اصل نکاح باطل است هر جا که خواهد شوهر می کند. و هیچ کس مانع او

نمی تواند شد. و احتیاج به طلاق هم ندارد. و هر گاه اکراه در نکاح به ثبوت نرسد زوجه زن آن مرد است، و غیر تسلط قسمی به شوهر، ندارد. پس هر گاه بعد او را طلاق گفت هم حکم می شود به مفارقت بین آنها. و هر گاه زوج مدعی شود که در طلاق مجبور بودم، و شاهی نداشته باشد، وزن بگوید به رضا بود، قول زوجه مقدم است با یمین، و قسم [را] که خورد هر جا که خواهد شوهر می کند. مگر این که دعوی زوجه به اجبار، مقرون به قرینه صدق باشد (مثل این که محبوس باشد یا در دست ظالم متغلبی باشد) که در آن وقت ظاهر این است که قول زوج مقدم است با یمین. و این مطالب چون محتاج است به مرافعه، هر کس اهل مرافعه است حکم را می داند.

۳۲۷: سؤال:

۳۲۷: سؤال: شخصی زنی را به عقد نکاح خود در آورد، قبل از دخول آن زن را طلاق شرعی بدهد، و بعد از طلاق آن شخص مطلق پیشیمان شده می گوید (من مجبور بودم به طلاق و به فرموده شخص آمر جابری من زن خود را طلاق گفتم). آیا این سخن مرد شرعا مسموع است؟ یا صورت ندارد؟ و در صورت عجز از بینه و عدم اثبات جبریت خود، غیر از قسم تسلط بر زن مطلقه دارد یا نه؟ و می تواند بعد از قسم، زن مسطوره مطلقه را شرعا مانع شود که شوهر اختیار بکند؟ وزن بعد از قسم خوردن اختیار دارد که به شوهر برود یا نه؟ و طریقه قسم خوردن را قلمی فرمائید که زن چه نحو قسم بخورد تا خلاص شود؟. و همه کس این زن را می تواند بعد از قسم خوردن به عقد نکاح در آورد؟ یا مخصوص به آنهایی است که علم و اطلاع بر این مقدمه نداشته باشند؟.

جواب:

جواب: قول زوج به مجرد دعوی اکراه بر طلاق - هر گاه بینه نباشد - مقدم داشته نمی شود بر قول زوجه هر گاه زوجه منکر اکراه بر طلاق باشد (بلکه) قول زوجه مقدم است با یمین، مگر این که قرینه بر صدق زوج باشد (مثل این که در دست ظالمی باشد، یا محبوس باشد و ادعای اکراه کند) در آنجا ظاهر این است که قول او مقدم باشد با یمین. هر گاه قرینه بر صدق زوج نباشد، زوجه قسم بخورد هر جا که خواهد شوهر می کند و هیچ کس مانع او نمی شود. هر کس که بر او معلوم نشده که زوجه مجبور بوده به طلاق، آن زن را می تواند بگیرد. و اما کیفیت قسم: پس چون این امور مرافعه می خواهد، و مرافعه کردن و قسم دادن بدون حضور یا اذن مجتهد عادل (کسی را که اهل داند) نمی شود، فایده در بیان کیفیت قسم: نیست. هر کس اهل مرافعه است حکم و کیفیت قسم را می داند. و الا قسم زوجه به

همین نحو باید باشد که قسم بخورد که زوج مجبور نبود به طلاق، و به رضا طلاق گفت.

۳۲۸: سؤال:

۳۲۸: سؤال: هر گاه کسی فضولا نکاحی کرد برای زید و زید بعد از اطلاع امضا نکرد و اظهار کراهت کرد، و بعد از مدتی گفت (الحال راضی شدم) آیا صحیح است یا باطل؟ -؟

جواب:

جواب: ظاهر این است که باطل است. چون فضولی خلاف اصل است و دلیلی بر صحت آن نیست مگر با اجازه بعد اطلاع. غایت امر این که سکوت مبطل آن نباشد. اما اظهار کراهت: پس ظاهر این است که به مجرد اظهار کراهت باطل می شود. و کلام مفید در مقنعه صریح است در آنجا که گفته است در عقد غیر ولی صغیره را، که (هر گاه بزرگ شود اجازه کند صحیح است. و اگر ابا کند باطل می شود) و در مختلف این را نسبت به جمع کثیری از علما داده - پس بنابر این، دلیلی نیست بر این که رضای بعد اظهار کراهت، تصحیح عقد سابق کند. و اگر آن عقد باطل نشده بود پس باید که جایز نباشد شوهر کردن آن زن به دیگری. چون از جانب او لازم بود و از جانب فضولی متزلزل.

۳۲۹: سؤال:

۳۲۹: سؤال: نفقه فرزند بعد از پدر بر کیست؟ و نفقه والدین بر کیست؟

جواب:

جواب: نفقه فرزند هر گاه غنی باشد در مال خود او است، خواه صغیر باشد و خواه کبیر. و هر گاه فقیر باشد، بر پدر واجب است به اجماع (چنانکه جمعی دعوی کرده اند) و آیه (فان ارضعن لکم فأتوهن اجورهن) (۱) هم دلالت دارد. و قائل به فرقی نیست مابین اجرت رضاع و غیر آن. و حکایت هند زوجه ابو سفیان که شکوه کرد بر رسول خدا (صلی الله علیه و آله) از دست ابو سفیان که نفقه به او و اولادش نمی دهد، آن حضرت فرمود (خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف)، (۲) با ترک استفصال از غنی و فقر هند. و هر گاه پدر نباشد، یا باشد و قادر نباشد: پس لازم است نفقه بر پدران پدر هر چند به صد پشت بالا روند، با تقدیم الاقرب فالاقرب. به دلیل اجماع چنانکه جمعی دعوی کرده اند. و آنچه نقل شده است از مبسوط (با اشعار به این که مذهب شیعه این است) که گفته است که (مادر پدر مقدم است بر پدران پدر هر گاه ابعاد باشند از مادر پدر در مرتبه. ۳.

ص: ۵۲۱

۱- آیه ۶ سوره طلاق

۲- کنز العمال، ج ۸، ص ۳۰۳.

مثل این که مادر پدر دارد وجد پدر دارد مادر پدر مقدم است بر جد پدر، پس آن معاوضه نمی کند با اجماعات منقوله وشهرت عظیمه. و هر گاه پدران پدر نباشند، یا باشند وقادر نباشند، یا نتوان از آنها گرفت، واجب می شود بر مادر با قدرت. و هر گاه مادر نباشد، یا باشد وقادر نباشد، واجب می شود بر پدر مادر ومادر مادر، هر چند بالا روند بالسویه. یعنی پدر مادر ومادر مادر شریک اند در نفقه دادن به شرطی که در درجه مساوی باشند. و هر گاه مساوی نباشند، واجب است بر اقرب فالاقرب نیست به فرزند. پس هر گاه مادر مادر داشته باشد وپدر پدر مادر داشته باشد مادر مادر مقدم است وهکذا.. هر چند بالا رود، ودر هر مرتبه اقرب به فرزند مقدم است برابعد بدون فرقی مابین مرد و زن. و از شیخ وسایر اصحاب نقل شده است که مادر پدر به منزله مادر مادر است، و پدران ومادران مادر پدر به منزله پدران ومادران [مادر] مادراند، پس شریک اند در وجوب نفقه علی السویه با تساوی در درجه. واما با تفاوت درجه مختص است وجوب انفاق به آن که اقرب است به منفق علیه. و در این حکم هم به خلافتی بر نخورده ام. تا اینجا سخن در نفقه اصول بود، یعنی آنچه نفقه دهنده آبا وامهات باشند. واما هر گاه نفقه دهنده ارفروع باشد یعنی اولاد: مثل این که آن فقیر پدر ومادر و احد را ندارد، یا دارد ولکن قادر نیستند، ولکن فرزند قادر دارد. پس اگر آن فرع یک نفر است وقادر است بر نفقه، واجب است بر او نفقه اصل. و هر گاه متعدد باشند ودر درجه هم مساوی باشند واجب است بر همگی. علی السویه وشریک اند در نفقه دادن. و هر گاه متفاوت باشند در درجه، وجوب مخصوص اقرب است به محتاج. ومشهور این است که فرقی مابین ذکر واثنی نیست. وبعضی گفته اند واجب است بر ذکر به اثنی. وبعضی گفته اند واجب است بر هر دو به حسب میراث. ودلیل آنها وضوحی ندارد. و هم چنین مشهور عدم فرق است مابین قادر بر انفاق بالفعل وقادر بالقوه. و از بعضی خلاف ظاهر می شود. واشکال در صورتی که دو نفر باشند که یکی قادر بالفعل است ودیگری قادر بالقوه، بیشتر است. واما هر گاه مجتمع شود اصل وفروع که آنها را (عمودان) می خوانند، مثل این که محتاج پدر دارد وپسرهم دراد، یا پدران پدر وپسران پسر، پس شریک خواهند بود در وجوب انفاق هر گاه مساوی باشند در درجه. و اقرب مختص است به وجوب با تفاوت

درجه. پس اگر پدری دارد و پسری، مساوی اند در وجوب. و هر گاه پدری دارد و پسر پسری واجب است بر پدر. و هم چنین هر گاه پسری دارد و پدر پدری، واجب است بر پسر و هکذا.. و در مسالک اشکال کرده است در صورتی که فرع انثی باشد، مثل این که پدری دارد و دختری. و [نیز] در صورتی که اصل مادر باشد خواه فرع ذکر باشد یا انثی. و علامه هم در صورت اخیر در قواعد تردد دارد و بعد از این اشکال، اختیار مساوات کرده. چنانکه جمعی دیگر هم این را تقویت کرده اند. تا اینجا کلام در نفقه دهنده بود. و اما نفقه گیرنده: پس هر گاه متعدد باشند و همه فقیر باشند و نفقه دهنده هم قادر باشد، لازم است بر او نفقه همه. و هر گاه قادر بر همه نباشد مقدم میدارد اقرب فالاقرب را، خواه از اصول باشد و خواه فروع، خواه ذکور باشد و خواه اناث. و هر گاه وسعت منفق به قدر نفقه متعدد نباشد [و نفقه گیرنده ها متعدد و در یک درجه باشند] پس آیا قسمت باید کرد بر همه؟ یا قرعه باید کرد؟ در آن دو وجه است. اظهر ترجیح قرعه است. چون حکمت انفاق، رفع حاجت است و آن در صورت قسمت منتفی است. و بعضی احتمال داده اند ترجیح آن که اضعف باشد به سبب صغر یا مرض، بدون قرعه.

۳۳۰: سؤال:

۳۳۰: سؤال: هر گاه زید با مادر زن خود ملاعبه کند حتی به حدی که تفخیز به عمل آید و انزال شود و اما دخول به عمل نیاید: نه در قبل و نه در دبر. آیا زوجه او بر او حرام می شود یا نه؟ -؟ و آیا فرقی هست مابین این که قبل از تزویج باشد یا بعد -؟.

جواب:

جواب: ظاهراً قائلی به نشر حرمت در اینجا نیست. الا آنچه ظاهر می شود از فخر المحققین که مسأله خلافی است، یعنی در صورتی که قبل از تزویج باشد. و شهید ثانی و صاحب مدارک تصریح کرده اند بر این که ما [به] قائلی بر تحریم بر نخوردیم و نه بر مستند آن، و هیچ کس غیر از فخر المحققین این قول را نقل نکرده. و به هر حال اشکال در عدم حرمت نیست، خصوصاً هر گاه بعد از تزویج باشد. بلکه اظهر در زنای قبل از تزویج هم عدم نشر حرمت است در غیر دختر عمه و [دختر] خاله که به آنها زنا کرده باشد، چه جای بعد. و ظاهراً در عدم نشر حرمت در زنای لاحق خلافی نباشد مطلقاً. و هیچ اشکالی در عدم نشر حرمت در ملاعبه مذکوره بعد از تزویج نیست. و قبل از تزویج هم اظهر و اظهر همین است.

۳۳۱: سؤال:

۳۳۱: سؤال: هر گاه زوجه کنیز خود را تحلیل کند به زوج خود که وطی کند و بعد پشیمان شود و منع کند. چه صورت دارد؟.

ص: ۵۲۳

جواب: به تحلیل زوجه وطی حلال می شود. اشهر و اظهر این است که تعیین مدت ضرور نیست. و ظاهر این است که هر وقت پشیمان شود می تواند منع کرد. هر چند تعیین مدت کرده باشد و مدت هنوز منقضی نشده باشد.

۳۳۲: سؤال:

۳۳۲: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند به شخصی بر اطفال خود. آیا جایز است که [آن وصی] صغیر یا صغیره او را نکاح کند به شخصی؟ یا نه؟

جواب:

جواب: اشهر میان علما (چنانکه از مسالك و مفاتيح ظاهر می شود) این است که جایز نیست. و از شیخ در مبسوط نقل شده است جواز آن مطلقاً، و هم چنین از مختلف. و از خلاف قول به تفصیل: یعنی هر گاه وصیت به خصوص نکاح کرده، می تواند. و اگر وصی مطلق است، نمی تواند. و قول دیگر هست در مسأله که هر گاه صغیر بالغ شود با فساد عقل، و ضرورتی داشته باشد به نکاح، وصی ولایت دارد. والا، فلا. و اظهر قول اول است، و خصوص صحیح محمد بن اسماعیل [بن] بزیع که در کافی روایت شده دلالت دارد بر آن صریحاً (۱)، و (اضمار) آن ضرر ندارد. و خصوصاً از مثل محمد بن اسماعیل. و خصوصاً با اعتضاد به عمل اصحاب. و هم چنین دلالت دارد بر آن صحیح ابی عبیده حذاکه دلالت دارد بر این که (نکاح غیر پدر بر صغیرین موقوف است بر اجازه آنها بعد بلوغ) (۲).

و هم چنین اخبار بسیاری که دلالت دارند بر این که (ولایتی از برای غیر پدر وجد، نمی باشد) (۳) و از شیخ در تبیان و طبرسی در مجمع البیان ظاهر می شود اجماع بر انحصار ولی در اب وجد. و مؤید آن است (بلکه دلالت دارد بر آن) دو حدیث صحیح از محمد بن مسلم (فی الصبی یتزوج الصبیة یتوارثان؟ فقال: اذا كان ابواهما اللذان زواجهما فنعم. [قلت: فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا]). (۴) که مفهوم آنها این است که هر گاه غیر پدر تزویج آنها کرده باشد، توراثی نیست. و این نیست مگر به جهت بطلان عقد. و اما دلیل قول دوم: پس آن عموم آیه است. یعنی (فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه ۱).

ص: ۵۲۴

-
- ۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائیه، باب ۸، ح ۱.
 - ۲- وسائل، ج ۱۷، ابواب میراث الازواج، باب ۱۱، ح ۱.
 - ۳- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائیه، باب ۱۱ و ۱۲.
 - ۴- همان مرجع، باب ۱۲، ح ۱.

علی الذین یدلونہ (۱) وصحیحہ محمد بن مسلم (عن الباقر - ع - [سألته عن] الذی بیده عقدہ النکاح، فقال: هو الاب والاخ والموصی الیه والذی یجوز امره فی مال المرأه من قرابتها) (۲) وصحیحہ ابی بصیر (۳) وروایت دیگر او (۴) که قریب به همین مضمون اند. وعموم آیه ممنوع است. زیرا که ظاهر آیه وصیت در مال است چون فرموده است (کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیرا الوصیه للوالدین والاقربین حقا علی المتقین فمن بدله بعد ما سمعه... الا ینه). زیرا که مراد از (خیر) مال است. واینکه نکاح مستلزم صرف مال می شود، منشأ جواز نکاح نمی شود. واحادیث هم مشتمل اند بر چیزی که احدی از اصحاب قائل به آن نیست که ولایت با برادر باشد، هر چند ظاهر این است که این مضربه استدلال نیست ولیکن شکی نیست که موجب مرجوحیت می شود. وچون این احادیث در بیان بخشیدن مهر غیر مدخوله است که در تفسیر آیه وارد شده است دلالت آن بر حکم نکاح صغیر اضعف می شود. چون متبادر از عطف (الذی بیده عقدہ النکاح) این است که عفو مهر باشد، پس شاید که مراد از موصی الیه آن باشد که موصی وصیت کرده باشد در امر مال، یعنی: هر گاه زوج صغیر او خواهد طلاق بدهد به شرط عفو همه مهر وصلاح صغیره در آن باشد وصی تواند عفو کرد. نه این که وصی ولی باشد در اصل عقد. و هم چنین برادر در وقتی که وکیل باشد از جانب زوجه، یا مطلق وکیلی که امور اموال او به دست او باشد، یا جد یا حاکم از حیثیت ولایتی که در مال دارند. واما این که هر کس ولایت مال دارد ولایت نکاح دارد - چنانکه این خبر اشعار به آن دارد، و اخباری که در مسأله نکاح بکر بالغه است (۵) که دلالت دارند بر این که چون ولایت مال او به دست او است پس ولایت نکاح هم با او است - پس آن تمام نیست. زیرا که شاید مراد در این خبر همین باشد که گفتیم. ودر اخبار باکره بالغه ظاهر این است که مراد بیان رشد باشد که فرموده اند (هر گاه بکر مالک امر خود است و می خرد و می فروشد پس نکاح او بر نفس خود جایز است) نه این که هر کس تسلط در امر مال دارد (۴).

ص: ۵۲۵

۱- آیه ۱۸۱ سوره بقره.

۲- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائہ، باب ۸، ح ۵.

۳- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۲، ح ۱.

۴- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائہ، باب ۸، ح ۴.

۵- از آنجمله ح ۶، از باب ۹ ابواب عقد النکاح، وسائل ج ۱۴.

در امر نکاح [نیز] دارد. ودلیلی بر این نیست که هر کس را ولایت مالی باشد ولایت در نکاح [هم] باشد و از این جهت است که حاکم هم ولایت بر نکاح صغیرین ندارد با وجود آن که ولایت مالی دارد. چنانکه مشهور علما است. بلکه شائبه اجماع در آن هست چنانکه از مسالک ظاهر می شود، هر چند ظاهر می شود از او توقف. و هم چنین از صاحب مدارک در شرح نافع از جهت عمومات ادله ولایت حاکم [توقف ظاهر می شود]. و گمان حقیر این است که توقف وجهی ندارد. زیرا اصل و اخباری که دلالت دارند بر انحصار ولایت در اب، (۱) و آنچه پیش ذکر شد از اخبار (با عمل اصحاب به حیثیتی که مخالفی ظاهر نیست) کافی است در نفی ولایت حاکم بر صغیرین. و به هر حال مختار در مسأله نکاح وصی عدم جواز است مطلقاً. و قول به جواز مطلقاً ضعیف است، به جهت ضعف ادله آنها و ندرت قائل به آن. حتی این که بعضی نفی قول به آن کرده اند و گفته اند که (مراد قائل صورت تصریح به وصیت نکاح است نه مطلقاً). و مؤید این است که آن که در کتاب وصایا گفته اند که هر گاه موصی بگوید (انت وصیی علی اولادی) در آن سه وجه است: یکی آن که جایز است تصرف او در اموال صغیر مطلقاً بر سیل مصلحت. دوم این که این اطلاق منصرف می شود به همین محافظت مال، لا غیر. سوم این است که باطل است مادامی که بیان نکند که چه در نظر او است. و اظهر قول اول است. و در اینجا کسی احتمال اختیار نکاح و ولایت در آن را ذکر نکرده. و اما دلیل قول به تفصیل: پس شاید دعوی تبادل (خصوص وصیت نکاح) باشد از (موصی الیه)، که در اخبار قول به اطلاق ولایت وصی ذکر کردیم، و اصل عدم ولایت در صورت اطلاق. و به هر حال اقوی قول مشهور است به دلیل اخبار متقدمه معتضده به اصل عدم ولایت، و شهرت بین الاصحاب، و ظاهر اجماع تبیان و مجمع البیان. و اما قول آخر: پس آن نیز دلیلی که توان اعتماد کرد، ندارد.

۳۳۳: سؤال:

۳۳۳: سؤال: شخصی به مضمون (من اراد ان يطلق زوجته المستترابه فيعتزل عنها ثلاثة اشهر ثم يطلقها) علم نداشته، و زوجه را که در طهر بعد نفاس بوده و وقایعی هم اتفاق نیفتاده بود و به سبب ارضاع مستترابه بود، مطلقه ساخته بدون اعتزال به طریق ۲.

ص: ۵۲۶

مذکور. آیا صحیح است - بنابر این که مورد حدیث مذکور بعد وقاع و مراد از آن برائت رحم بوده -؟ یا آن که صحیح نیست و حدیث موقعش عام است و محمول بر تعبد خواهد بود -؟.

جواب:

جواب: حدیثی که در طلاق مسترابه وارد شده روایت داود بن ابی یزید عطار است (عن بعض اصحابنا عن الصادق - ع - قال: سألت عن المرأة یسترب بها ومثلها تحمل و مثلها لا تحمل ولا تحيض وقد واقعها زوجها، کیف یطلقها اذا اراد طلاقها؟ قال: لیمسک عنها ثلاثه اشهر ثم یطلقها). (۱) و صحیحہ اسماعیل بن سعید اشعری (قال: سألت الرضا - ع - عن المسترابه من المحيض کیف تطلق؟ قال: تطلق بالشهور). (۲)

و بدان که اتفاق کرده اند علما (چنانکه از محقق و علامه ظاهر می شود) بر این که حیض و نفاس در احکام مساوی اند، الادراقل و اکثر، و در رجوع به عادت نسا روایات و تمیز و در ماضی اقل الطهر بین النفاسین. پس بنابر این چنانکه شرط است در صحت طلاق این که در حال حیض نباشد، شرط است که در حال نفاس هم نباشد. و اخبار هم به خصوص دلالت دارند. (۳)

و هم چنانکه صحیح است طلاق بعد از انقطاع حیض و دخول در طهر به شرط عدم مواقعه، همچنین است در نفاس. و دلالت می کند بر آن موثقہ ابو العباس (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل طلق امرأته بعد ما ولدت و طهرت و هی امرأته لا تری دما مادامت ترضع، ماعدتها؟ قال: ثلاثه اشهر). (۴) و ترک استفصال و تقریر معصوم دلالت دارد بر این که طلاق بعد حصول طهر از نفاس، صحیح است، و انتظار گذشتن سه ماه ضرور نیست. بلی دلالت دارد بر این که عده آن زن سه ماه است، چون مسترابه است به سبب رضاع. و فتوای علمای این است که هر گاه وقاعی حاصل شده باشد طلاق جایز نیست تا سه ماه بگذرد. و مفروض در اینجا این است که وقاعی بعد از نفاس حاصل نشده، و حکم وقاع از ودالات منقطع شده به سبب نفاس، خصوصاً حکمت در این مکث ظهور برائت رحم است. و از این جهت است که بر (مستین الحمل) انتظاری ضرور نیست و در ۶.

ص: ۵۲۷

۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه، باب ۴۰، ح ۱.

۲- همان مرجع، ابواب العدد، باب ۴، ح ۱۷.

۳- همان مجلد، ابواب مقدمات الطلاق، باب ۸.

۴- همان مرجع، ابواب العدد، باب ۴، ح ۶.

هر حال طلاق می توان داد. و توهّم تعبد هم در این حال معنی ندارد، به جهت این که حدیثی وارد نشده که مسترابه مطلقا باید سه ماه صبر کند. به جهت آن که مورد روایت داود بن ابی یزید این است که (مسترابه الحمل) که زوج او با او وقاع کرده باشد حکم او این است که بعد از وقاع امساک کند از او سه ماه و بعد از آن طلاق بگوید. و ظاهر این است که در امساک، نیت شرط نیست که به قصد طلاق سه ماه ترک وقاع کند. بلکه هر گاه از باب اتفاق سه ماه گذشته از وقاع، و الحال به فکر طلاق افتاد، الحال می تواند طلاق گفت، دیگر ضرور نیست سه ماه دیگر صبر کند. پس نمی تواند گفت که: نظر به امر (فلیمسک) باید ثانیاً امتثال حاصل شود و این نمی شود الا به قصد امتثال، پس از باب تعبد خواهد بود. پس می گوئیم که: مانحن فیه نه مورد حدیث است و نه کلام فقها. به جهت این که این زن مادام الحمل (متیقن الحمل) بوده نه (مسترابه الحمل). و بعد از ولادت قبل از حصول وقاع نیز مسترابه الحمل نیست، بل متیقن العدم است. و در حال نفاس هم مسترابه الحمل نیست، چون در حکم حیض است و منع از طلاق به سبب نفاس است نه به سبب مسترابه بودن پس وقاعی که قبل از ولادت حاصل شده، وقاع مسترابه الحمل نیست تا مورد حدیث و کلام فقها شود. و بر فرضی که بعد از طهر از نفاس، صدق کند مسترابه بر او - نظر به اصطلاح فقها که تعمیم داده اند لفظ مسترابه را به حیثیتی که شامل صورتی است که مطلقاً احتمال حمل در آن نباشد، مثل این که حیض او منقطع شود و ریه حملی نباشد - لکن از حدیث [ی] که دلیل مسأله است بر می آید که: سه ماه صبر کند به شرط این که وقاعی حاصل شده باشد بر مسترابه در حالی که متصف است به وصف (مسترابه بودن). چون (مشتق) حقیقت است در (متلبس بالمبدأ)، نه غیر آن. خصوصاً در (ماسیتلبس فی المستقبل). و اما صحیحہ اسماعیل بن سعید: پس قطع نظر از این که محتمل است که مراد بیان عده باشد نه طلاق، می گوئیم که بر فرض تسلیم اراده حکم طلاق، ظاهر این است که اشکال راوی در این است که چون شنیده است که باید طلاق در حال حیض نباشد و در حال طهر غیر مواقعه باشد، وزن مسترابه الحیض که حیض و طهر آن معلوم نیست، حکم آن چه چیز است. و چگونه بداند که این طهر غیر مواقعه است. فرمودند که (اعتبار به شهر بکند) یعنی هر گاه سه ماه از وقاع گذشته همین در حکم طهر غیر مواقعه است.

و چون نفاس در حکم حیض است و پاکی از آن در حکم طهر است پس صادق است که طهر غیر موافقه است. پس مورد اشکال راوی و سؤال او نخواهد بود، که اطلاق جواب شامل آن باشد. و به هر حال ظاهراً اشکالی در صحت طلاق نیست.

۳۳۴: سؤال:

۳۳۴: سؤال: هر گاه شخصی دختری را در حال عقل و شعور مخفی از پدر و مادر او، از برای خود عقد نماید. و دختر نیز اقرار به عقد دارد. آیا عقد دختر بی اذن پدر صحیح است یا نه؟

جواب:

جواب: در نکاح باکره عاقله رشیده بالغه، اشهر و اظهر این است که اذن پدر شرط نیست. بلی احوط است.

۳۳۵: سؤال:

۳۳۵: سؤال: هر گاه دختر بعد از عقد منکر شود، آیا قبل از تحلیف می توان او را از برای دیگری عقد نمود یا نه؟ آیا تکلیف زوج بعد از انکار دختر چه چیز است؟ هر گاه از خوف جناب اقدس الهی طلاق بگوید نصف مهر مسمی را باید تسلیم دختر نماید یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه مرد مدعی زوجیت دختر است و دختر منکر است و مرد بینه ندارد، قسم متوجه دختر می شود، هر گاه قسم خورد دعوی ساقط می شود در ظاهر حکم شرع. و دختر می تواند شوهر بکند در ظاهر شرع. و هر گاه مرد علم دارد به عقد و اینکه دختر قسم دروغ خورده، پس بهتر این است که او را طلاق بگوید و نصف مهری که به سبب عقد لازم شده باید به او برساند هر چند دختر مطالبه آن را نمی تواند کرد. و مادر او را نمی تواند عقد کند، و هم چنین دختر برادر و خواهر او را نمی تواند گرفت بدون اذن او و همچنین خواهر او را مادامی که او را طلاق ندهد نمی تواند گرفت. و نفقه و کسوه او بر مرد لازم نیست، به جهت عدم تمین. و هر گاه دختر قسم نخورده ورد کرد قسم را و مرد قسم خورد، حکم می شود به زوجیت در ظاهر شرع. و بر ایشان لازم است که عمل کنند به مقتضای آنچه در واقع ثابت است. و اما سؤال از این که (آیا دختر قبل از قسم خوردن می تواند شوهر کند یا نه) پس اظهر این است که بلی می تواند. همچنانکه در سایر مواضعی که تصرفات مدعی علیه در آنچه در دست او است جایز است مادامی که حکم برخلاف آن از حاکم صادر نشده باشد. ولیکن هر وقت که مدعی خواهد او را قسم می دهد هر چند شوهر کرده باشد. و باز به

مقتضای قسم عمل می شود. هر گاه زوجه نکول کرد از قسم، وزوجیت زوج اول ثابت می شود علی الاقوی، وبعد از رد قسم به مدعی وقسم خوردن او نیز بنابر قول دیگر. و هر گاه آن دختر بعد از شوهر کردن، اقرار کند به عقد سابق، اقرار او ضروری به حقوق زوج ثانی نمی رساند. چون اقرار بر غیر است. اما ظاهر این است که در حق خودش مسموع باشد از سقوط نفقه وقسم ومضاجعه ومواقع و غیره و هم چنین سقوط مهر. مگر این که ادعا کند که (در حال دخول عالمه نبودم به عقد وبعد به خاطر ام آمد). در این وقت مستحق مهر المثل می شود. چون این جواب طول بهم رسانید گاه است که مطلب به دست نیاید. خلاصه جواب آن سؤال این است که: اظهر این است که جایز است در ظاهر شرع که به دیگری شوهر کند. ولکن حق دعوی مدعی ساقط نمی شود و هر وقت خواهد او را قسم می دهد، وبه مقتضای آن عمل می کند. وتکلیف زوج این است که او را زن خود داند ومادر او را بر خود حرام داند. و هم چنین خواهر او را هر گاه طلاق نگوید او را. وخواهر زاده وبرادر زاده او را بدون اذن او عقد نکند. ونصف مهر مسمی را به او برساند. هر چند از برای او جایز نیست که مطالبه کند وبگیرد. بلی نفقه وکسوه او ساقط است، چون تمکین نداده.

۳۳۶: سؤال:

۳۳۶: سؤال: آیا نکاح دو خواهر جایز است یا نه؟ و هر گاه یک خواهر را عقد کرد وبعد از آن دیگری را عقد کرد کدام حلال است و کدام حرام؟ و هر گاه خواهر را داشت وطلاق گفت، قبل از انقضای عده می تواند آن دیگری را نکاح کند یا نه؟ و آیا دو کنیزی که خواهر هم باشند می تواند به هر دو دخول کرد یا نه؟

جواب:

جواب: اما از مسأله اولی: پس این است که حرام است از برای مرد این که جمع کند میان دو خواهر به نکاح دائم یا منقطع، به اجماع مسلمین وصریح آیه (۱) و اخبار. (۲) پس کسی که یک خواهر را گرفت آن خواهر دیگر را نمی تواند گرفت مگر بعد از فوت این خواهر اول یا طلاق او یا انقضای مدت او در متعه. واگر دو خواهر را به یک صیغه عقد کند، یا به دو صیغه ولکن به دفعه واحده (مثل این که دو نفر را وکیل کند هر یکی را برای عقد یکی از آنها، و هر دو در آن واحد صیغه را جاری کنند) پس اظهر واشهر بطلان عقد ۹.

ص: ۵۳۰

۱- آیه ۲۳ سوره نساء.

۲- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهره، باب ۲۴ الی ۲۹.

هر دو است. چون اصل عدم صحت و حلّیت است و عموماً (فانكحو ما طاب لكم من النساء). (۱) و امثال آن مخصّص است به آیه (وان تجمعوا بین الاختین)، (۲) و صادق است بر این، این که جمع بین الاختین است در نکاح. و لازم نیست که مراد همین جمع در نگاه داشتن آنها باشد. و عموم (اوفوا بالعقود) تمام نیست زیرا که در صورت اجماع در صیغه واحده یک عقد واقع شده و وفای به مجموع آن جائز نیست اجماعاً و وفای به بعض عقد وفای به عقد نیست و ترجیح بلامرجح هم جایز نیست. و شیخ در نهاییه و ابن براج و ابن جنید قائل شده اند به تخییر. یعنی هر کدام را که خواهد اختیار کند و آن دیگری را رها کند، و دلیل ایشان یکی این است که جائز است جمع امرأه محله و محرمه در عقد واحد، و صحیح است در محله دون محرمه. و آن قیاسی است مع الفارق. و دوم صحیح جمیل بن دراج است در کتاب فقیه (عن ابی عبد الله - ع - فی رجل تزوج اختین فی عقده واحده: قال: یمسک ایتهما شا ویخلی سبیل الاخری [وقال فی رجل تزوج خمساً فی عقده واحده قال: یخلی سبیل ایتهن شا] (۳).

و هم چنین حدیث را کلینی (۴) و شیخ (۵) نیز روایت کرده اند و سند آنها هم قوی است. لکن مخالف اصول و قواعد و صریح آیه است. و تخصیص این ادله به مثل این روایت (که اکثر اصحاب او آن اعراض کرده اند) بی وجه است. خصوصاً دلالت آن هم صحیح نیست. زیرا که ممکن است مراد این باشد که نگاه میدارد یکی از آنها را به عقد تازه و رها می کند دیگری را و مؤید اراده این معنی است روایت عبد الله بن مسکان (عن ابی بکر الحضرمی قال: قلت لابی جعفر - ع - رجل نکح امرأه ثم اتی ارضاً فنکح اختها وهو لا یعلم، قال: یمسک ایتهما شا ویخلی سبیل الاخری). (۶) یعنی هر گاه زنی را نکاح کند و بعد از آن در [سر] زمین دیگر بیاید و خواهر او را ندانسته عقد کند هر کدام را که خواهد نگاه میدارد و دیگری را سر می دهد. و باید در اینجا مراد این باشد که جایز است که طلاق بگوید اولی را و دومی را به عقد تازه نکاح کند. چنانکه مذهب اکثر علما است، ۲.

ص: ۵۳۱

۱- آیه ۲۳ سوره نساء.

۲- آیه ۲۶ سوره نساء.

۳- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۵، ح ۱ - فقیه، ج ۲، ص ۱۳۴.

۴- کافی (فروع) ج ۲، ص ۳۷ - تهذیب، ج ۲، ص ۱۹۵.

۵- کافی (فروع) ج ۲، ص ۳۷ - تهذیب، ج ۲، ص ۱۹۵.

۶- همان مرجع، باب ۲۶، ح ۲.

بلکه دعوی اجماع در آن مکرر شده که عقد دومی در این صورت باطل است. و صحیحه زراره هم بر آن دلالت دارد (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن رجل تزوج بالعراق امرأه ثم خرج الى الشام فتزوج امرأه اخرى فاذا هي اخت امرأته التي بالعراق. قال: يفرق بينه وبين المرأة التي تزوجت بالشام ولا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضي عده الشاميه). (۱)

و از آنچه گفتیم معلوم شد که هر گاه بر سیل تعاقب نکاح کند، نکاح دومی باطل است. و هر گاه به دومی وطی کرده باید عده بدارد. مثل این که از روی جهالت بوده و نمی دانسته که خواهر اولی است، به اولی دخول نمی تواند کرد تا عده دومی منقضی شود. و مخالف در این مسأله ابن ادریس است که متمسک به اصل شده و وجهی از برای آن نیست با وجود حدیث صحیح. و این جواب مسأله دوم است. و اما مسأله سوم: هر گاه زن خود را طلاق بگوید و خواهد خواهر او را بگیرد، پس اگر طلاق او (بائن) است جایز است نکاح خواهر او قبل از انقضای عده، و ظاهراً در آن خلافی نیست. و اخبار مستفیضه دلالت دارد بر آن. (۲) و اگر طلاق رجعی است جایز نیست نکاح خواهر او تا عده منقضی شود. و در این هم خلافی نیست. و اخبار مستفیضه دلالت دارد بر آن. (۳) و فحواي صحیحه زراره هم دلالت دارد بر آن. (۴) و اما عده متعه: پس در آن خلاف است و منقول از اکثر اصحاب این است که آن در حکم عده طلاق بائن است. و مفید و صدوق و کیدری قائل اند به عدم جواز. بلکه ظاهر شیخ هم در استبصار این است هر چند در اول گفته است که (هر چیزی که در کتابها یافته می شود شاید صحیح باشد) و در آخر گفته است که (جایز است که این مختص متعه باشد). و دلیل این جماعت صحیحه حسین بن سعید است (قال: قرأت فی کتاب رجل الى ابی الحسن الرضا - ع -: الرجل یتزوج المرأة متعه الى اجل مسمى فینقضی الاجل بینهما، هل تحل له ان ینکح اختها قبل ان ینقضی عدتها؟ فکتب: لا یحل له ان یتزوجها حتى تنقضي عدتها). (۵) و همین حدیث را کلینی و ابن بابویه نیز روایت کرده اند. و ۱.

ص: ۵۳۲

۱- همان مرجع، باب ۲۶، ح ۱.

۲- وسائل، ج ۱۴، ابواب العدد، باب ۴۸، ح ۱ ای ۵ و ج ۱۵ ابواب ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۸، ح ۱ و ۲.

۳- وسائل، ج ۱۴، ابواب العدد، باب ۴۸، ح ۱ ای ۵ و ج ۱۵ ابواب ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۸، ح ۱ و ۲.

۴- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۶، ح ۱.

۵- همان مرجع، باب ۲۷، ح ۱.

همچنین در نوادر احمد بن محمد بن عیسی. واما دلیل مشهور پس بر نخوردن به چیزی مگر علت منصوصه که از اخبار مستفاد می شود در مسأله طلاق، مثل صحیحہ ابی بصیر (عن ابی عبد الله - ع - قال: سألت عن رجل اختلعت منه امرأته ایحل له ان یخطب اختها من قبل ان ینقضی عده المختلعه؟ قال: نعم قد برأت عصمتها منه ولیس له علیها رجعه. (۱) وحسنه حلبی (به ابراهیم بن هاشم) (عنه - ع - فی رجل طلق امرأته او اختلعت او بانته، اله ان یتزوج باختها؟ قال: فقال: اذا برأت عصمتها ولم یکن له علیها رجعه فله ان یخطب اختها). (۲) وجه استدلال این است که در این احادیث ظاهر می شود که علت جواز نکاح، انقطاع عصمت وعدم جواز رجوع است. وآن در عده متعه موجود است. واین خالی از قوت نیست. ولکن ترجیح این بر آن حدیث صحیح با وجود عمل جماعتی از قدما هم مشکل است، و احتیاط بسیار مؤکد است. واما مسأله چهارم: یعنی حکم دو کنیز که خواهر یکدیگر باشند - شکی در جواز جمع آنها در ملک نیست. ودر قول به کراهت هم اشکال هست وتصریح به آن از غیر شیخ در نظرم نیست. ولکن صحیحہ علی بن یقطین ظاهر است در کراهت آن، (قال: سألت ابا ابراهیم - ع - عن اختین مملوکتین وجمعهما، قال: تستقیم ولا احبه لک قال: و سألت عن الام والبنت المملوکتین، قال هو اشد هما ولا احبه لک). (۳) وشیخ این را حمل کرده بر جمع در ملک وتعلیل کرده است کراهت را به این که گاه است نفس او مایل شود به جماع کردن هر دو وبه معصیت مبتلا شود. و هم چنین موثقه حلبی (عن ابی عبد الله - ع - قال: محمد بن علی - ع - فی اختین مملوکتین تکونان عند الرجل جمیعاً، قال: قال علی - ع - احلتهما آیه وحرمتهما اخری وانا انهی عنهما نفسی وولدی). (۴) وشیخ در کتابین اخبار گفته است که: اگر مراد از نهی، حرمت است پس مراد وطی است. واگر مراد از آن، کراهت است پس مراد جمع در ملک است. وظاهر این است که نظر شیخ به نوعی از (استخدام) باشد در ضمیر (انهی عنهما) ومراد از ضمیر (احلتهما) وحرمتهما) امتین باشد در حال جمع به عنوان وطی، ومراد از ضمیر (انهی عنهما) ۴.

ص: ۵۳۳

- ۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۸، ح ۱.
- ۲- وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۸، ح ۲.
- ۳- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهره، باب ۲۹، ح ۳.
- ۴- المرجع: الباب ۵۸، ح ۱.

مطلق امتین، یعنی منع می کنم نفس و ولد خود را از دو کنیز، یعنی حتی در تملک آنها. والا بر شیخ وارد خواهد آمد که ظاهر حدیث اتحاد مورد حکم روایت است و آن نمیسازد با این تردید شیخ. واولی این است که بگوئیم که مراد از آیه (والذین هم لفروجهم حافظون) است که عموم آن دلالت بر حلیت جمع می کند. و آیه تحریم آیه (وان تجمعوا بین الاختین) است. ووجه دلالت آن در کنیز این است که تقدیر شود در آیه نکاح ووطی، هر دو، یعنی حرام است نکاح امهات ووطی آنها، یا نکاح آنها هر گاه ووطی به عمل نیاید. و هکذا سایر محرمات تا برسد به (ان تجمعوا بین الاختین). یعنی حرام است نکاح اختین جمعا ووطی آنها جمعا، تا دلالت کند بر حرمت عقد اختین دون جماع ووطی اختین بدون عقد هر چند به سبب ملک باشد. پس بنابر این مراد این است که این دو آیه دو عام است که نسبت ما بین آنها عموم من وجه است. و آن حضرت فرمودند که من نهی می کنم از آن نفس وولد را. یعنی بنا را به عمل به آیه تحریم میگذارم و تخصیص می دهم آیه ملک را. ووجه تخصیص خود وولد خود تقیه باشد. چنانکه شیخ در استبصار کلام امیر المؤمنین (علیه السلام) را حمل بر آن کرده، و موثقه معمر بن یحیی بن نسام (یا سام، یا سالم، بنابر اختلاف نسخ. و ظاهر اتحاد کل است) روایت کرده (قال: سألت ابا جعفر - ع - عما یروی الناس عن امیر المؤمنین - ع - اشیاء من الفروج لم یکن یأمر بها ولا ینهی عنها الا نفسه وولده. قلنا کیف یکون ذلک؟ قال: احلتها آیه وحرمتها آیه اخری. فقلنا هل الا ان تكون احديهما نسخت الاخری ام هما محکمتان ینبغی ان یعمل بهما؟ فقال: قد بین لهم اذ نهی نفسه وولده. قلنا: ما منعه ان یتنزه عن الاطاع ولوان امیر المؤمنین ثبتت قدماء اقام کتاب الله کله والحق کله). (۱)

واما جواز جمع آنها در ووطی: پس شکی در حرمت آن نیست. یعنی هر گاه دخول کرد به یکی از آنها جایز نیست دخول به دیگری. زیرا که اگر جماع کند با آن دیگر صادق ۳.

ص: ۵۳۴

۱- این حدیث در تهذیب هم آمده (ج ۲، ص ۲۴۳) و در وسائل (ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالرضاع، باب ۸، ح ۸) ثبت شده و در هر دو نام «یحیی بن سام آمده است و همچنین در استبصار، ج ۳، ص ۱۷۳.

است جمع. مثل این که می گویند (فلانی جمع کرد ما بین ظهرین وعشائین). با این که چون در احکام متعلقه به اعیان تقدیری لازم است از افعال مکلفین و در آیه تحریم آنچه ظاهر ومتبادر ومناسب است قد مشترک ما بین نکاح ووطی وسایر استمتاعات است و اجتماع حقیقی به غیر وطی از سایر استمتاعات ممکن است. وبه هر حال اشکالی در حرمت جمع در جماع واستمتاعات نیست. به عموم آیه واخبار واجماع. پس هر گاه وطی کرد به یکی از اختین مملوکتین حرام است بر او وطی آندیگری بدون اشکالی وخلافی، وحلال نمی شود الا- به این که آن اولی را از ملک خود بیرون کند به بیع یا هبه یا امری دیگری ارناقات ملک. وبعد از بیرون کردن اولی از ملک خود، حلال می شود دومی بدون اشکال وخلاف. ودلالات می کند بر این صحیحه عبد الله بن سنان (قال: سمعت ابا عبد الله - ع - يقول: اذا كانت عند الرجل الاختان المملوكتان فنكح احديهما ثم بداله في الثانية فنكحها فليس ينبغي له ان ينكح الاخرى حتى تخرج الاولى من ملكه يهبها او يبيعها فان وهبها لولده يجزيه). (۱) وموثقه معاوية بن عمار (قال سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل كانت عنده جارتان فوطئ احدهما ثم بداله في الاخرى قال: يعتزل هذه ويوطأ الاخرى قال: قلت: فانه تنبعث نفسه للاولى، قال: لا يقربها حتى تخرج تلك عن ملكه). (۲) ولفظ (عزل) را در این روایت باید حمل کرد بر اراده اخراج از ملک، چنانکه مقتضای حمل مطلق بر مقید است. واشکال کرده اند بر این، که باید اخراج از ملک به عقد لازمی باشد یا به عقد متزلزل هم می شود (مثل بیعی که خیاری از برای بایع در آن باشد، یا هبه ای که واهب در آن رجوع تواند کرد)؟ ظاهر نص دلالت می کند بر کفایت مطلق اخراج خصوصا بنابر مختار که (ملک به مجرد عقد منتقل می شود به مشتری. نه به انقضای ایام خیاری). وراه خیال این که عقد متزلزل کافی نیست، این است که به سبب تسلط بر فسخ، در حکم مملوکه است. واین اجتهادی است در مقابل نص. زیرا که استنباط علتی کرده که باید از برای مالک ممتنع باشد وطی آن. واین ممنوع است، با وجود این که اگر [مراد] امتناع فی الجملة است، به همین عقد متزلزل حاصل می شود. زیرا مادامی که رجوع نکرده ممتنع است. واگر ۲.

ص: ۵۳۵

۱- همان مرجع، ابواب مایحرم بالمصاهره، باب ۲۹، ح ۱.

۲- همان مرجع، ابواب مایحرم بالمصاهره، باب ۲۹، ح ۲.

[مراد] امتناع ابدی است، در عقد لازم [هم حاصل نمی شود] چون ممکن است رجوع به عقد جدید، یا به میراث. وادعای این که مراد این است که (باید امتناعی باشد که خود مستقل نباشد در رجوع و در عقد جدید محتاج است به رضای مشتری به نقل ثانیاً، یا به موت او)، دعوائی است خالی از بینه. و هم چنین دعوی این که (متبادر از نص اخراج به عقد لازمی است)، محل منع است. خصوصاً با ملاحظه تمثیل به هبه که افراد مترلزله او اگر بیشتر از لازمه نباشد که کمتر نیست. خصوصاً به ملاحظه این که در صحیحہ عبد الله بن سنان فرموده است (فان وهبها لولده یجزیه) که هبه به ولد [را] که از افراد لازمه شایعه است فرد خفی قرار داده اند که فرمود مجزی است. که از آن ظاهر می شود که به اجنبی دادن اولی و اظهر است. ووجه خفا گویا این باشد که چون هبه به ولد در عرف اغلب این است که در توی خانه باشد و در حکم مال پدر باشد پس گویا هنوز از خود جدا نکرده. واما روایت عبد الغفار طائی که بعد از امر امام (علیه السلام) به اخراج از ملک سؤال کرد که اخراج کند به سوی کی؟ امام علیه السلام فرمود به سوی بعضی از اهل خود. (۱) آن هم محمول به ارشاد است که ضرور نیست که از خود جدا کند بلکه همان مسمای اخراج از ملک کافی است. و آیا کافی است امری که منشأ تحریم شود، مثل شوهر دادن کنیز، یا مکاتب کردن -؟ ابن فهد (ره) در مذهب از تذکره نقل کرده اکتفای به آن را (چون این تحریمی است که دفع آن نمی توان کرد)، و از قواعد تردد را، و از فخر المحققین منع اکتفا [و] این که لا بد است که از ملک خارج شود، و خود هم این را ترجیح داده ولیکن اکتفا به کتابت کرده هر چند مشروط باشد. چنانکه مختار تذکره است. و اظهر متابعت نص است که معتبر خروج از ملک است. و بنا بر این سایر وجوه حرمت، بی اشکال کافی نیست. مثل رهن دادن که بدون اذن مرتهن حرام است. و هم چنین روزه و احرام و حیض. و هم چنین تحریم به جهت قسم خوردن، ورده گفتن، و در عده بودن به سبب وطی شبهه. و بیع بعض آن کافی است (چنانکه ابن فهد (ره) تصریح به آن کرده) چون منشأ ۶.

ص: ۵۳۶

تحریم است با خروج از ملک فی الجمله. و فرقی نیست در دخول که منشأ تحریم می شود ما بین قبل و دبر. و اما در مقدمات آن مثل بوسیدن و لمس و نظر شهوت، اشکال است. و اظهر عدم اکتفا است به آنها. و از این که در مسأله تحریم مملو که فرزند اگر به شهوت نظر کرده باشد، بر پدر او حرام می شود - بنابر مشهور به سبب احادیث صحیحہ (۱) که در آن وارد شده - لازم نمی آید که در اینجا هم منشأ تحریم شود، و الحاق به آن قیاس است. تا اینجا کلام در حرمت ثانیه بود بعد و طی اولی. و اما هر گاه و طی کند ثانیه را و مرتکب این حرام شود: پس خلاف است در این که آیا اولی حرام می شود یا نه؟ و در این پنج قول است. مشهور ما بین متأخرین (چنانکه در مسالک نسبت به آنها داده) این است که اولی حرام نمی شود، به دلیل اصل (۲) و استصحاب و احادیث مستفیضه بلکه متواتره به این مضمون که (ان الحرام لایحرم الحلال). (۳) خصوصاً صحیحہ عبد الله بن سنان (قال: قلت لابی عبد الله - ع - الرجل یصیب من اخت امرأته حراماً یحرم ذلک علیہ امرأته؟ فقال: ان الحرام لا یفسد الحلال، و الحلال یصلح به الحرام). (۴) و بنابر این پس هر وقت که یکی از آنها را از ملک خود بیرون کند آن دیگری حلال می شود خواه اخراج کند از برای عود به اولی یا نه. و اگر اخراج نکند هیچ کدام را پس دومی حرام است و اولی حلال است. و این قول مختار ابن ادریس و محقق و علامه است در قواعد، و سایر متأخرین که از ایشان نقل شده، و در کمال قوت است. و لکن در اینجا احادیث معتبره بسیار هست که مخصص اصل و استصحاب و عمومات می توانند شد. (۵) و لکن به سبب اختلاف واضطراب آنها اعراض کرده اند از آنها، و طرح آنها هم به غایت مشکل است، چون شیخ در نهاییه و جمعی بعد او مثل ابن براج و علامه در مختلف و ولد او در ایضاح و شیخ علی و غیر ایشان به آنها عمل کرده اند. و لکن به سبب اختلاف در کیفیت جمع ما بین آنها، اقوال مختلفه بهم رسیده. اصح اقوال قول ۰.

ص: ۵۳۷

۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهره، باب ب ۳.

۲- در نسخه: به دلیل امر.

۳- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهره، باب ۸ ح ۱ الی ۶ و ۸ و باب ۹، ح ۴ و ۳.

۴- همان، باب ۸ ح ۵.

۵- همان، باب ۲۹، ح ۷ و ۹ و ۱۰.

شیخ است در نهاییه واتباع او. وآن این است که هر گاه وطی کند ثانیه را با علم به حرمت آن، حرام می شود بر او اولی تا بمیرد دومی. پس اگر اخراج کند ثانیه را از ملک خود به علت این که رجوع کند به اولی، جایز نیست برای او رجوع به اولی، و اگر اخراج کند از ملک خود نه از برای رجوع، جایز است از برای او رجوع به اولی. واما اگر علم نداشته باشد به حرمت ثانیه، جایز است از برای او رجوع به اولی به هر حال اگر اخراج کند ثانیه را از ملک خود، و به این نحو جمع کرده است بین الاخبار. وقول دوم تفصیلی است که شهید ثانی در شرح لمعه اختیار کرده. واین قول را محقق هم در شرایع نقل کرده و شهید ثانی (ره) در مسالک گفته است که (قائل را نمیدانم کیست). وآن تفصیل این است که هر گاه وطی کند ثانیه را با علم به تحریم حرام می شود بر او اولی نیز تا این که یا اخراج کند او را از ملک خود نه به قصد عود به اولی، یا بمیرد ثانیه. پس اگر اخراج کند نه به علت عود به اولی، حلال است برای او اولی. پس اگر اخراج کند از برای این که عود کند به اولی پس تحریم باقی است. و هر گاه وطی کند ثانیه را با جهل به تحریم، حرام نمی شود بر او اولی. و عبارت ابن حمزه در وسیله موافق همین قول است. وآن این است (فان ملک اختین ووطئ باحدهما، لم یجزله وطئ الاخری حتی یخرج الموطوءه من ملکه، اذا کان عالما بذلک. فان وطئ الاخری بعدها عالما بالتحریم حرمت الاولی حتی یموت الثانیه، او یخرجها من ملکه لالعود الیها، فان اخرجها من ملکه للعود الیها لم یحل له حتی تموت. وان لم یکن عالما بالتحریم جازله العود الیها). واین قول را نسبت به دیگران هم داده اند. واین قول اظهر است به ملاحظه جمع بین الاخبار. پس مادر این مقام اخبار را ذکر می کنیم تا حقیقت حال ظاهر وواضح شود. واز جمله آنها حسنه حلبی است (به ابراهیم بن هاشم) - (عن الصادق - ع - قال وسئل عن رجل کانت عنده اختان مملوکتان فوطئ احدیهما ثم وطئ الاخری. قال: اذا وطئ الاخری حرمت عیله الاولی حتی تموت الاخری. قلت: ارأیت ان باعها اتحل له الاولی؟ قال: ان کان بیعها لحاجه ولا یخطر علی قلبه من الاخری شیئ فلا یری لذلک باساً وان کان بیعها لیرجع الی الاولی فلا ولا کرامه) (۱) ۴.

ص: ۵۳۸

واین را صدوق هم روایت کرده به سند خود از علا بن رزین از محمد بن مسلم از حضرت باقر. (۱)

وموثقه علی بن ابی حمزه (عن الکاظم - ع - قال: وسألته عن رجل ملک اختین أیأهما جمیعاً؟ قال: یطی أحدهما وإذا وطئ الثانية حرمت علیه الاولى التي وطئ حتی تموت الثانية او یفارقها ولیس له ان یبیع الثانية من اجل الاولى لیرجع الیها الا ان یبیع لحاجه او یتصدق بها او تموت). (۲) وموثقه ابو بصیر (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل کانت له اختان مملوکتان فوطئ احديهما ثم وطئ الاخری ایرجع الی الاولى فیطنها؟ قال: اذا وطئ الثانية فقد حرمت علیه الاولى حتی تموت او یبیع الثانية من غیر ان یبیعها من شهوه لاجل ان یرجع الی الاولى). (۳) وصحیحه محمد بن اسماعیل بن بزیر (عن محمد بن فضیل عن ابی الصباح الكنانی عن ابی عبد الله - ع - قال: سألته عن رجل عنده اختان مملوکتان فوطئ احديهما ثم وطئ الاخری [فقال: اذا وطئ الاخری فقد] حرمت علیه الاولى حتی تموت الاخری. قلت: رأیت ان باعها؟ فقال: ان کان انما یبیعها لحاجه ولا یخطر علی باله من الاخری شیئ فلا یرى بذلك بأساً، وان کان انما یبیعها لیرجع الی الاولى فلا) (۴) ودر سند این روایت محمد بن فضیل است وظاهر این است که وی ثقہ باشد. وعلامہ مکرر سندی که او در آن هست او را تصحیح می کند. و شهید ثانی نیز در مسالک گفته است که سند آن صحیح است ولکن اشکال در متن آن کرده است. زیرا که لفظ (فحرمت علیه الاولى) نه مربوط است به کلام امام (علیه السلام) و نه به کلام راوی و گویا از آن چیزی افتاده باشد. و چنین است که گفته است. و ظاهر این است که لفظ (قال) قبل از آن ساقط شده باشد. (۵) و ممکن است که بگوئیم [از] کلام راوی است یعنی (سؤال کردم از آن حضرت از حکم چنین مردی که وطئ کرد کنیز اول را بعد از آن وطئ کرد ثانی را پس حرام شد بر او اولی تا این که دومی بمیرد. و گفتم خبر کن مرا که اگر بفروشد او را چه حال دارد). پس گویا راوی حکم صورت موت را می داند و سؤال از بیع می کند. پس لفظ (قلت) یا (عطف بیان) جمله سأل است. تا آخر، یا

ص: ۵۳۹

-
- ۱- همان مرجع ذیل ح ۹ از باب ۲۹ - فروع ج ۲، ص ۳۷ - فقیه ج ۲، ص ۱۴۴.
 - ۲- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۹، ح ۷ و ۹ و ۱۰.
 - ۳- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۹، ح ۷ و ۹ و ۱۰.
 - ۴- وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۹، ح ۷ و ۹ و ۱۰.
 - ۵- آن چه ساقط شده عبارت «فقال: اذا وطئ الاخری فقد» می باشد که محققین اخیر روشن کرده اند و ما آن را در متن حدیث میان علامت [] قرار دادیم.

معطوف است بر آن به حذف عطف. و به هر تقدیر مطلب از آن حاصل می شود. و از جمله آن اخبار صحیح حلبی است در کافی و فقیه و در تهذیب هم به سند موثق (عن ابی عبد الله - ع - قال: قلت له: الرجل يشتري الاختين فيطئ احديهما ثم يطئ الاخرى بجهاله. قال: اذا وطئ الاخير بجهاله لم تحرم عليه الاولى وان وطئ الاخير وهو يعلم انما عليه حرام حرمتا عليه جميعا).

(۱)

و این اخبار تا به صحیح حلبی همه متفق الدلالة اند، و از حیثیتی مطلق اند. چون تحریم اولی مقید به صورت علم نیست بلکه شامل علم و جهل هر دو هست. و هیچ یک منافاتی با حرمت ثانیه ندارند بلکه حرمت از مفروغ عنه است و حال آن معلوم است. و این که در آنها اولی ذکر شده به جهت آن است که آن محتاج است به ذکر به سبب معلوم بودن حکم ثانیه، نه از راه این که تحریم مختص اولی است و ثانیه حرام نباشد. پس آنها از این حیثیت منافاتی با صحیح حلبی ندارند. و از حیثیتی که حلال شدن اولی مشروط است که ثانیه بمیرد، یا اخراج کند او را از ملک خود از غیر جهت عود به اولی. و صحیح حلبی هم از حیثیتی مطلق است چون حرمت اولی مطلق است. یعنی هر چند اخراج کند از ملک خود بدون قصد عود به اولی، حلال نمی شود. و از حیثیتی مقید است که حرمت اولی در صورت علم به حرمت ثانیه است نه در صورت جهل. پس (چنانکه طریقه جمع است) مطلق هر یک از این دو طایفه اخبار را حمل می کنیم بر مقید طایفه دیگر. پس می گوئیم که کل این اخبار متفق اند در این که در صورت علم به حرمت، حرام می شوند. هر چند دلالت احادیث اول در ضمن اطلاق باشد و دلالت صحیح حلبی به عنوان تصریح و تنصیص. و چون در صحیح حلبی تصریحی نیست به این که (آیا راهی از برای حلال شدن یکی از آنها هست یا نه)، و در احادیث اول تصریح است که (هر گاه دومی بمیرد یا اخراج شود از ملک بدون جهت عود). پس می گوئیم که مراد از حرمت آنها هر دو، در صورت علم، در وقتی است که باقی بماند بر ملک و هیچ کدام نمیرند و [نیز] اخراج نشود اولی (۲) از ملک از غیر جهت عود. و اما تفصیل شیخ در نهایه و اتباع او: پس گویا نظر ایشان جمع بین الاخبار است

ص: ۵۴۰

۱- همان مرجع، ح ۵ - فروع، ج ۲، ص ۳۷ - فقیه، ج ۲، ص ۱۴۴ - تهذیب، ج ۲، ص ۱۹۷.

۲- دومی صحیح است.

به نحوی که ما کردیم. وعلاوه بر آن کرده است این که در صورتی جهل هم مشروط است جواز رجوع به اولی به اخراج [دومی] از ملک. ولکن مقید نکرده به این که اخراج به نیت عود به اولی نباشد و شاید نظر او را به جمع ما بین آن اخبار به نهجی که ما کردیم با ملاحظه موثقه عبد الغفار طائی باشد (عن ابی عبد الله - ع - فی رجل کانت عنده اختان فوطئ احدیهما ثم اراد ان یطأ الاخری. قال: یخرجها عن ملکہ. قلت: الی من؟ قال: الی بعض اہله. قلت: فان جهل ذلک حتی وطئها. قال: حرمتها علیہ کلتاهما). (۱) در تہذیب گفته است: قوله ع (حرمتها علیہ جمیعاً) یعنی به مادامتا فی ملکہ. واما اذا زال ملک احدیہما فقد حلت له الاخری. وقد قدمنا ما يدل علی ذلک. و بعد از آن موثقہ ابی بصیر را ذکر کرده است برای مؤید دلالت. و تو میدانی کہ این جمع، قاعدہ نیست. و دلیلی بر این گونه جمع نیست. با وجود این کہ بنابر این فرقی بین صورت علم و جهل نمی ماند با وجود این کہ در صحیحہ تصریح به فرق شدہ. و قید (اخراج از ملک) کہ به سبب حسنہ حلبی (و آنچه در معنی آن است) مستفاد شدہ ہم به شرط عدم نیت عود است. و مقید دیگر ہم نیست کہ بگوئیم (فرق در کیفیت اخراج از ملک است کہ در صورت علم باید بہ نیت عود نباشد و در صورت جهل مطلقاً جایز است). و بہ ہر حال جمع ما بین صحیحہ حلبی و این موثقہ ممکن نیست: زیرا کہ نہایت آنچه توان گفت این است کہ حمل کنیم حلال بودن اولی را در صورت جهل بہ حرمت ثانیہ در صحیحہ حلبی بر صورتی کہ اخراج کند ثانیہ را از ملک. و اینکه مراد از حرمت ہر دو در موثقہ عبد الغفار در صورتی کہ اخراج از ملک باشد. و این سخن در صورت علم بہ حرمت ثانیہ در صحیحہ حلبی نیز جاری است. زیرا کہ حرمت اولی در ایصورت مادامی است کہ ثانیہ را اخراج نکرده باشد. بلی اگر بگوئیم کہ در صورت علم، اخراج از ملک فایدہ ندارد، فرق حاصل می شود میان علم و جهل، ولکن شیخ و اتباع او قائل بہ این نیستند. و صحیحہ اقوی است از موثقہ، بہ سبب صحت و وضوح سند و تعدد، چون در تہذیب شیخ آن را نیز بہ سند موثق روایت کردہ. پس باید موثقہ را طرح کرد و بہ صحیحہ عمل کرد. و قول چہارم در مسألہ قولی است کہ محقق در شرایع نقل کردہ است. و در ۶.

ص: ۵۴۱

مسالك گفته است كه قائل او را نميدانم. و آن اين است كه وطى ثانيه موجب حرمت اولى است مطلقا، و اولى حلال نمى شود تا ثانيه را اخراج نكند از ملك. و اين عكس قول اول است. و شايد دليل آن موثق معاويه بن عمار باشد كه گذشت. و بر اين وارد است اولاً- اين كه دلالت مى كند بر فرق ميانه اولى و ثانيه در اين كه ثانيه به مجرد اعتزال از اولى حلال مى شود، و اما اولى حلال نمى شود مگر بعد از اخراج ثانيه از ملك. و ثانياً بر فرضى كه حمل كنيم اعتزال را بر اخراج از ملك، اين حديث مقاومت با اخبارى كه ما استدلال كرديم به آنها، نمى كند. خصوصاً با ندرت حديث، و جهالت قائل به آن. و قول پنجم اين است كه هر گاه وطى كند ثانيه را با علم به تحريم، حرام مى شود بر او اولى تا اخراج كند ثانيه را از ملك خود. [او] با جهل حرام نمى شود بر او اولى. و اين قول را در مسالك نسبت به شيخ داده در تهذيب. و بعد از تأمل در كلام شيخ در تهذيب در طريقه جمع بين الاخبار، ظاهر مى شود موافقت او با قول او در نهايه. و به هر حال دلى واضح بر آن نيست و موجب ترك جميع اخبار [ي] است كه مقيد است اخراج از ملك به عدم قصد عود. و در مسالك گفته است كه ممكن است استفاده آن از جمع ما بين روايت معاويه بن عمار و صحيحه حلبى. و لكن شيخ روايت معاويه بن عمار را در اين باب ذكر نكرده. و به هر حال ترك اخبار معتبره مستفيضه به سبب اين احتمال، صورتى ندارد. و به هر حال اظهار اقوال تفصيل دوم است كه آن را از ابن حمزه نقل كرديم.

۳۳۷: سؤال: مملوکه غیر مدخوله پدر بر پسر محرم می شود یا نه؟ و تحلیل آن از برای پسر جایز است یا نه؟

جواب:

جواب: مملوکه پدر محرم نیست (به مجرد ملک) از برای پسر او. بلکه بدون تحلیل مثل سایر نسوان اجنبیه است. بلی هر گاه مدخوله شد محرم می شود و حرام می شود نکاح او بر فرزند. و شاهد این مطلب آن است که فقها تصریح کرده اند به این که مراد از محرم کسی است که حرام باشد نکاح او ابتدا به نسب یا رضاع یا مصاهره. و دعوی اجماع بر این کرده اند. و با وجود این، خلاف عظیم دارند در این که مملوکه منظوره و ملموسه پدر حرام می شود بر فرزند و بالعکس، یا نه؟ بلی در این مسأله اقوی (۱) در نظر حقیر حرمت است هر گاه لمس و نظر از روی شهوت شده باشد. چنانکه اشهر است و اخبار معتبره بسیار دلالت بر آن دارد. و شاید توانیم گفت که چنین کنیزی محرم می شود به سبب صدق مصاهره. چنانکه خواهیم گفت. و اما مطلق مملوکه، پس دلیل واضحی بر حرمت نکاح او از برای پدر یا پسر نیست هر گاه نظر و لمس شده باشد بدون شهوت. و ظاهراً کسی هم قائل به آن نشده. به هر حال ملک بحث با قطع نظر از لمس و نظر، نه افاده حرمت می کند و نه محرمیت. و..

ص: ۵۴۳

الحاصل: مملوکه پدر بدون دخول وبدون لمس ونظر به شهوت، بر پسر حرام نیست. و به تحلیل حلال می شود. وبدان که: مصاهره که ذکر کردیم اعم است از آن که به عقد حاصل شود یا ملک یمین. وظاهرا این هم اجماعی است، چنانکه از مقدار در تنقیح ظاهر می شود. ولکن مقدار محرم را تعمیمی داده که شامل زوجه ومثل آن باشد. وعبارت تنقیح در کتاب نکاح این است (المحرم هو کل امرأه یملک وطیها او حرم مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهره بعقد او بملک یمین، اما التي یملک وطیها فیجوز النظر اليها کالزوجه باطنا وظاهرا. واما من حرم وطیها فیباح النظر فیهن الى الوجه والكفین والقدمین اجماعا، و یحرم النظر الى القبل والدبر لغیر ضروره من مباشره علاج ومشاهده ایلاج. واما غیر ذلك من البدن فعلى ثلاثه اقسام) الى آخر ما ذکره.

۳۳۸: سؤال:

۳۳۸: سؤال: ضعیفه مسلمه به غالی علی اللهی شوهر کرده که او را از عبادات شرعیه منع می کند. آیا اولاد ایشان به زوج ملحق می شود یا به زوجه؟ و آیا این زوجه به زوج حلال است وعقد او صحیح است؟ یا این که حرام وعقد او باطل است ولازم است تفریق؟ وبر تقدیر تفریق چه قدر باید عده بدارد؟.

جواب:

جواب: عقد فاسد است وطلاقی ضرور نیست. و هر گاه زوجه جاهل بوده به حرمت، به سبب دخول مستحق مهر المثل است. وعده هم باید بدارد. وفرزند هم ملحق به او می شود.

۳۳۹: سؤال:

۳۳۹: سؤال: یک نفر می تواند صیغه عقد نکاح را ایجابا وقبولا جاری نماید یا نه؟ -؟.

جواب:

جواب: اظهر واشهر این است که کافی است.

۳۴۰: سؤال:

۳۴۰: سؤال: در عقد بالغه باکره رشیده اذن پدر شرط است یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر واشهر استقلال باکره بالغه رشیده است در نکاح، ورضای او کافی است. بلی تشریک پدر اولی واحوط است. (۱)

۳۴۱: سؤال:

۳۴۱: سؤال: رضای عمه وخاله در تزویج دختر برادر ودختر خواهر، در نکاح دائم وعقد منقطع در هر دو، شرط می باشد؟ یا در عقد منقطع رضای ایشان شرط نیست؟ وبرد.

۱- رجوع کنید به مساله شماره ۲۳۸ و ۲۴۶ همین مجلد.

فرض شرط بودن، هر گاه عقد دختر برادر یا خواهر هر دو مکرر بشود در هر دو دفعه رضای عمه وخاله شرط می باشد؟ یا در دفعه اول به تنهایی ودر دفعات دیگر رضای ایشان شرط نخواهد بود؟.

جواب:

جواب: بلی ظاهر این است که فرق ما بین دائم منقطع نیست. چنانکه تصریح شده در کلام علما بدون نقل خلافی. ومعنی که از تزویج وارد شده شامل عقد منقطع هم هست. وظاهر این است که هر گاه عقد را مکرر کند در هر عقد رضای عمه وخاله شرط است. چنانکه مقتضای عمومات است. وفرقی ما بین متعه ودوام نیست در قواعد تحریم واحکام زوجیت در متعه جاری است مثل دوام، الا در مستثنیات مثل میراث ونفقه وقسمت.

۳۴۲: سؤال:

۳۴۲: سؤال: زید زوجه معقوده داشت وقبل از این که او را تصرف کند ناخوشی (شقاقولوس) (۱) او را عارض شده، پای او را از زانو قطع نمودند. ونظر به این که شغل وعمل زید زراعت بود ومالک چیزی هم نبود، زوجه به سبب این که قدری از مهر او در ذمه او بود وتصور این راهم نمود که زید قادر بر نفقه دادن به او نخواهد بود، از انقیاد وتمکین نسبت به او مضایقه می نمود، بلکه مبلغ بیست تومان علاوه بر مهر او خود زوجه و منسوبان میدادند به زید که طلاق بدهد. وراضی نشد. وچون سخن زوجه مذکوره در خصوص عدم تمکین به سبب موجود نبودن قدر معتد به از مهر او در شرع مسموع بود، چهار نفر از منسوبان زید به جهت دفع عذر زوجه حاضر وهر یک به قدر چهار تومان ملک یا باغ یا خانه زید هبه نمودند، واو حسب المصالحه عوض ذمه مهر به زوجه مذکور منتقل نمود. وبعد از این که زوجه هم چنین دانست که دیگر سخن او در عدم تمکین شرعا مسموع نیست لابد در مقام اطاعت آمده زید در او تصرف کرد. والحال معلوم شده که چهار نفر مذکور در مقام خدعه بودند آنچه به او منتقل نمودند مال غیر بوده. والحال زوج از ادای نفقه واجبه زوجه عاجز، وصداق غیر موجود، وضعیفه معطل است والحاله هذ. آیا بر هر یک از زوج وچهار نفر مذکور چه چیز است؟ آیا هر یک از چهار نفر ضامن چهار تومانند.

ص: ۵۴۵

۱- مردگی موضعی مردگی عضوی از اعضا. سفاقلوس هم گفته شده اصل آن یونانی است در ترکی «قان قارا» در انسان و «یان قارا» در حیوان گفته می شود که در فارسی «قانقرا» گفته می شود.

مذکور هستند یا نه؟ و آیا با عدم ضمان بر زوجه تمکین لازم است یا نه؟ و هر گاه در ضمن گفتگوی ایشان شخصی از جانب زوجه گفته باشد که (این اشیاء ملک غیر نباشد)، و ایشان جواب گفته باشند (هر گاه مال غیر باشد از عهده بر می آئیم)، فرقی دارد یا نه؟ استدعا آن که حکم مسأله را با اشاره اجمالی به دلیل، بیان فرمائید.

جواب:

جواب: اولاً جایز است از برای زوجه امتناع از تمکین تا مهر خود را تمام بگیرد. خواه عین باشد و خواه دین، و خواه بعضی عین و بعضی دین باشد، و خواه منفعتی باشد مثل عمل در مدت معینه. علی المشهور، بل ظاهراً خلافی نیست. و از جمعی از اصحاب دعوی اجماع بر آن شده که از جمله ایشان است شهید ثانی د رمسالک و شرح لمعه. و مؤیدات بسیار هم از اخبار دارد. و مشهور این است که فرقی ما بین موسر و معسر نباشد. و از این زهره دعوی اجماع بر آن منقول است ظاهراً. و خلاف این ادریس در معسر ضعیف است، نظر به این که نکاح از جمله عقود معاوضه و یا شبه معاوضه باشد، و از برای هر یک از طرفی معاوضه جایز است منع از تسلیم تا قبض نکند عوض را. و منتهای امر این است که در صورت اعسار، زوجه مطالبه نتواند کرد اما لزوم تسلیم از کجا؟ و از اینجا ظاهر شد فرق ما بین مؤجل و صورت اعسار. پس کسی نگوید که (هر گاه در صورت مؤجل جایز نیست امتناع، پس در صورت اعسار هم جایز نیست. زیرا که در مؤجل، زوجه اسقاط حق امتناع کرده و تن به تمکین در داده بدون اخذ عوض، و لکن اعسار مستلزم هیچ یک از اینها نیست. و چنانکه عمومات لزوم اطاعت زوجه، مقتضی تسلط زوج است، ادله (عدم لزوم تسلیم بضع قبل از اخذ عوض) مقتضی تسلط زوجه است. و این منافات با اطاعت ندارد، زیرا زوجه می گوید من مطیعه ام و لکن تا حق خود را نگیرم. تسلیم نمی کنم بضع را). (۱) و به هر حال شهرت عظیمه و دعوی ظاهر اجماع، در نظر ارجح است. اینها هم در وقتی است که مهر مؤجل نباشد. یعنی مدت معینی برای آن قرار نداده باشند، خواه اطلاق شود در عقد یا تصریح شود به نقد. و اما هر گاه مؤجل باشد، نمی تواند امتناع کرد از دخول، به جهت عمومات و وجوب اطاعت، و عدم مانع و از جمعی «.

ص: ۵۴۶

۱- در اینجا عبارت ناقصی در نسخه هست بدین صورت «و هر گاه کسی خدشه کند در شمول عمومات اطاعت، ما نحن فیه را».

حکایت اجماع بر آن شده. بلی اشکال در صورت است که تمکین ندهد تا اجل به سر آید (خواه عصیاناً باشد یا به سبب عذری) که آیا بعد از انقضای اجل می تواند ممانعت کرد یا نه؟ -؟ اظهر عدم جواز امتناع است. به سبب عمومات لزوم اطاعت واستصحاب حالت سابقه، خصوصاً به ملاحظه این که شرط تأجیل مستلزم اسقاط حق امتناع است و عود آن محتاج است به دلیل. و ظاهر این ست که این قول اکثر باشد. بلکه در مسالک گفته است که قائلی به جواز امتناع نمیدانم مگر ظاهر اطلاق شیخ در نهاییه و ظاهر این است که مراد او هم در حال باشد نه مؤجل. و از آنچه گفتیم ظاهر می شود حکم آن که بعضی از مهر حال باشد و بعضی مؤجل. پس جایز است از برای او امتناع از برای اخذ حال دون مؤجل. و بدان که: نظر به این که قاعده معاوضه مقتضی آن باشد که تا زوجه مهر را نگیرد می تواند امتناع کرد، پس زوج را هم می رسد امتناع از دادن [مهر] تا زوجه خود را تسلیم نماید. پس اگر زوجه مہیای استمتاع نباشد به سبب مانعی هر چند آن مانع از قبیل احرام باشد) پس واجب نخواهد بود تسلیم مهر. بلی در صغیره اشکال هست، چون خود زوج باعث شده که حق حالی را به ذمه گرفته بدون قابلیت تسلیم عوض بالفعل. و از این جهت جمعی قائل شده اند به لزوم دادن مهر هر گاه ولی صغیره مطالبه کند. و این خالی از قوت نیست. و لکن این اشکال وارد می آید در صورتی که عقد کبیره را چنان حالی بکند که ممنوع باشد از تسلیم، و فرض آن در غیر حال احرام می شود، چون عقد در آن وقت صحیح نیست. و از مجموع آنچه گفته شد معلوم شد جواب از سؤال از هبه چهار نفر به زوج و مصالحه کردن زوج اعیان موهوبه را به زوجه در عوض مهر و تمکین زوجه که دیگر وجهی از برای امتناع باقی نمی ماند. و اما سؤال از این که بعد از اخذ زوجه مال را و وقوع دخول، ظاهر شود استحقاق آن مال از برای غیر، پس بدان که خلاف کرده اند در این که هر گاه صدق مؤجل نباشد و دخول واقع شود آیا بعد از دخول مخالفت می تواند کرد چنانکه قبل می توانست؟ یا نه؟. اظهر واشهر عدم جواز امتناع است. و ابن ادریس دعوی اجماع بر آن کرده، و از ابن زهره نیز دعوی اجماع حکایت شده. و ایضا در صورت تسلیم اخذ عوضین در معاوضات، حق مسلم مستقر شده و رجوع آن محتاج است به دلیل. ولیکن این سخن در صورتی

خوب است که زوج به رضای خود تسلیم کرده باشد. وقول دیگر جواز امتناع است و آن قول مفید است، و شیخ در مبسوط نظر به این که مهر در مقابل بضع است و هر دخولی را تعلقی به آن می باشد، واستصحاب هم مقتضی جواز امتناع است. و این قول خالی از قوت نیست. لکن شهرت عظیمه با آن دو دعوی اجماع، ارجح است از این دلیل. وقول دیگر قول ابن حمزه است که اگر دخول به رضا واقع شده، نمی تواند امتناع کرد. و اگر به اکراه زوج واقع شده می تواند، چون به منزله قبض فاسدی است که بر آن اثر مترتب نمی شود. و دلیل مشهور از این نیز اقوی است، خصوصاً هر گاه بنا را بر این بگذاریم که نکاح از باب معاوضات نیست و بگوئیم که هر یک از زوجین را حقی است بر دیگری و معصیت احدهما در وفا به حق دیگری مستلزم سقوط حق دیگری نمی شود. پس ثبوت حق غیر بر او منشا جواز منع او از حق ثابت او نمی شود. چنانکه شیخ در خلاف استدلال کرده است به این (صورتی که دخول واقع شود) بر عدم جواز امتناع. و ظاهر ابن ادریس هم این است که این سخن را پسندیده در آنجا که از خلاف نقل کرده دلیل شیخ را. پس اعتماد او در جواز منع در اول امر هم بر اجماع است. و صاحب مدارک هم گفته است که مقتضای فکر و نظر همین است. پس اگر اجماع تمام شود بر جواز امتناع از دخول، فیهما. و الا پس دلیلی بر جواز نیست. زیرا که عصیان احدهما به اخلاص حق دیگری منشأ اسقاط حق آن دیگری نمی شود. و اما سؤال از این که هبه آن چهار نفر بر سییل خدعه بوده و مال غیره بوده: پس آن مضر نیست به آنچه مذکور شد از حکم به عدم جواز امتناع زوج بعد از دخول. بلکه ظاهر این است که هر گاه زوج هم عالم بوده به این معنی، و به خدعه متمکن از دخول زوج شده، آنهم چنین است. و این بالاتر از اکراه در دخول نیست. و تو دانستی که اقوی عدم جواز امتناع است بعد دخول مطلقاً. و اما سؤال از (عجز زوج [در] نفقه): پس آن نیز مضر نیست. چون اقوی این است که تجدد اعسار زوج موجب خیار فسخ نمی شود. چنانکه در محل خود بیان کردیم. و اما سؤال از حال صدق زوج بعد از ظهور استحقاق آن املاک [برای] غیر: پس رجوع می کند زوج به زوج به مهر خود، و او را حقی به آن چهار نفر نیست. مگر این که آنها ضامن شوند از جانب زوج از برای زوج که هر گاه مستحق غیر بر آید صدق را به او

برسانند که در این صورت ضمان صحیح است، و زوجه رجوع می کند به ضامن ها در صداق خود. و بدان که در اینجا دو ضمان است. یکی (ضمان تسبیب) که بر خود زوج لازم است پس در صورتی که مال غیر را به زوجه داده در عوض مهر و مالک ملک خود را گرفت، زوجه رجوع می کند به مهر که قیمت آن ملک است و به آنچه غرامت کشیده از اجرت المثل و غیر آن. و یکی دیگر ضمانی است که به عقد ضمان حاصل شده، و آن ممکن است که به ضمان خود زوج حاصل شود، و به ضمان غیر. و مفروض این است که عقد ضمان واقع شده به ضمان آن چهار نفر از برای زوجه که هر گاه بر زوجه غرامتی لازم آید از تلف ثمن که مهر است (یا غیر آن) از عهده بر آیند از برای زوجه. و چون زوجه صرفه خود را در رجوع به زوج نمی داند (چون فقیر است) اعتماد به این عقد ضمان، کرده والا او را می رسد که راضی شود به ضمان زوج و دست بردارد از این ضامن ها. و بر فرض که رجوع کرد به ضامن ها دیگر رجوع به زوج نمی توانند کرد. زیرا که آنها ضامن زوج نشده اند، و ضمان تسبیب هم در اینجا نیست، چون به خدعه شده و زوج و ضامن هار دو عالم اند و غصیبت. و اما سؤال از این که آیا بر زوجه لازم است تمکین با عدم ضمان یا نه؟ پس هر گاه زوجه مطالبه نقدی در ذمه زوج دارد و راضی نشود به گرفتن املاک الا به ضمان، در این صورت بر او واجب نیست تمکین الا به ضمان. بیش از این نیست که با وجود اعسار زوج، نمی تواند او را الزام کند به دادن نقد، و اما این که لازم باشد بر او قبول کردن ملک در عوض تا زوج و مستحق تمکین شود، پس آن دلیلی ندارد.

۳۴۳: سؤال:

۳۴۳: سؤال: زید را دختری است نه ساله خدیجه نام، به عمرو نمود که من این دختر را به تو تزویج می کنم. و بعد از آن که عقد کردند، وزن را رؤیت کرد، دید که دختر دیگر است که سی چهل سال دارد فاطمه نام. الحال فاطمه مدعیه است که من زوجه توام چون از من اذن خواستند و برای تو نکاح کردند. و عمرو می گوید که من به اعتقاد این که تو دختر هشت نه ساله بودی، قبول کردم و اگر میدانستم تو آن نیستی قبول نمی کردم. آیا مدعی کدام است و مدعی علیه کدام؟؟ و حکم آن چه چیز است؟.

جواب:

جواب: این سؤال اغتشاشی دارد، و ممکن است که از فروع یکی از دو مسأله باشد که علما متعرض آن شده اند. پس ما والا آن دو مسأله را بیان می کنیم و بعد از آن متعرض سؤال می شویم:

مسأله اولی این است که: هر گاه وکیل شخصی زنی را برای او تزویج کند، وبعد از تزویج موکل انکار کند توکیل آن شخص را در تزویج آن زن - خواه آن وکیل، وکیل در مطلق تزویج باشد، یا وکیل در [تزویج] زن خاصی و او زن دیگری را تزویج کرده. و خواه موکل انکار مطلق توکیل را کند، یا انکار توکیل در تزویج این زنی که تزویج کرده - و در این مسأله سه قول است: یکی قولی است که منقول است از شیخ در نهاییه و ابن براجم. و آن این است که قول موکل را مقدم میدانند با یمین، هر گاه شاهی در میان نباشد، [به جهت] عموم حدیث (الیمین علی المدعی علیه) (۱) و بر وکیل لازم است که تمام مهر مسمی را به زوجه بدهد، زیرا که مهر واجب می شود به سبب عقد و نصف نمی شود مگر به طلاق، و در اینجا طلاق نیست. و وکیل تفویض مهر کرده بر زوجه، چون شاهی نگرفته در توکیل و تقصیر کرده و ضامن مهر است. و مشهور علما (۲) (چنانکه در مسالك و غیر آن نسبت داده اند به ایشان) این است که بر وکیل نصف مهر لازم است. و دلالت می کند بر این صحیحی ابی عبیده که شیخ در تهذیب باب (زیادات نکاح) روایت کرده است (عن ابی عبد الله - ع - فی رجل امر رجلاً ان یزوجه امرأه من اهل البصره من بنی تمیم، فزوجه امرأه من اهل الکوفه من بنی تمیم. قال: خالف امره و علی المأمور نصف الصداق لاهل المرأه، ولا عده علیها ولا میراث بینهما. فقال بعض من حضر: فان امره ان یزوجه امرأه ولم یسم ارضا ولا قبیلہ ثم جحد الامر ان یشترک امره بذلک بعد ما زوجه. فقال: ان کان للمأمور بینہ انه کان امره ان یزوجه کان الصداق علی الامر. وان لم یکن له بینہ کان الصداق علی المأمور لا لاهل المرأه، ولا میراث بینهما ولا عده علیها ولها نصف الصداق ان کان فرض لها صداقا، وان لم یکن سمي لها صداقا فلا شیء لها). (۳)

و روایت عمر بن حنظله که شیخ نیز روایت کرده در باب وکالت (عن ابی عبد الله - ع - قال: سألتہ عن رجل قال لآخر: اخطب لی فلانہ فما فعلت من شیء مما قاولت من صداق او ضمانت من شیء او شرطت فذلک لی رضا وهو لازم لی. ولم یشهد علی ذلک. فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق و غیر ذلک مما طالبوه وسألوه، فلما رجع الیه انکر ذلک ۱).

ص: ۵۵۰

۱- وسائل، ج ۱۸، ابواب کیفیه الحکم، باب ۳، ح ۲.

۲- این قول دوم از اقوال است.

۳- وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائہ، باب ۲۶، ح ۱.

کله. قال: یغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك انه هو الذی ضیع حقها فلما لم یشهد لها علیه بذلك الذی قال له حل لها ان تتزوج، ولا- یحل للاول فی مابینه و بین الله عزوجل الا ان یطلقها، لان الله تعالی یقول: فامساک بمعروف او تسریح باحسان. فان لم یفعل فانه مأثوم فی مابینه و بین الله عزوجل، وکان الحکم الظاهر حکم الاسلام، وقد اباح الله عزوجل لها ان تتزوج). (۱)

وقول سوم آن است که: عقد فاسد است و مهری بر هیچ کس لازم نیست. اما فساد عقد: پس ظاهر است، زیرا که اصل عدم وقوع است. و مفروض هم این است که به بینه ثابت نشده. و در صورت ادعا هر گاه منکر قسم خورد دیگر امری که مثبت عقد باشد نیست. و اصل وقاعدہ هم اقتضا می کند که مهر بر شوهر باشد، نه وکیل. و تقصیر کردن وکیل در اشهاد هم دلیل ثبوت مهر نمی شود. با وجود این که می گوئیم گاه است که تقصیر نکرده باشد مثل این که ممکن نبود شاهد گرفتن، یا شاهد گرفته بود ولیکن الحال شهود مرده اند، یا دسترس به آنها نیست. پس دلیل اخص از مدعای قائل به وجود تمام مهر است و به هر حال دلیلی بر وجوب تمام مهر نیست. و هر چند اکثر این بحثها بر قول دوم هم وارد است، لکن چون حدیث صحیح دلالت دارد بر آن و روایت دیگر هم مؤید آن است، پس این دو حدیث با عمل مشهور به آنها مخصص قاعده می توانند شد. و دور نیست که بگوئیم که مراد شیخ در نهاییه نیز نصف مهر باشد، زیرا که کلام او در نهاییه مشتمل است بر آنچه در این حدیث ها است. و اطلاق لفظ (مهر) نظر به مهر معهود باشد که آن نصف مهر است قبل از دخول، بنابر این که اصل در ثبوت مهر نصف باشد و دخول موجب تمام شود. نه این که اصل در ثبوت، تمام باشد و طلاق مسقط نصف باشد. چنانکه احد قولین است در مسأله. و اگر این حدیث ها نبود قول سوم در نهایت قوت بود، و محقق در شرایع تقویت آن کرده، و شهید ثانی و بعضی دیگر هم میل به آن کرده اند. و به هر حال اقوی قول مشهور است. و از آنچه گفتیم ظاهر شد که خلافی ندارند در این که عقد باطل است و آن زن می تواند شوهر کند. و هم چنین خلافی ندارند در این که هر گاه زوج کاذب باشد در نفس الامر، باید طلاق بگوید. چنانکه در روایت هم تصریح به آن شده. ولیکن شهید ثانی ۱.

ص: ۵۵۱

و غیر او تصریح کرده اند به این که جواز شوهر کردن آن زن به دیگری، در وقتی است که تصدیق و کیل در توکیل نکرده باشد، زیرا که در این صورت معترف است به زوجیت، و منافاتی نیست ما بین آن که نظر به حکم ظاهر شرع نکاح نسبت به زوج فاسد باشد، و نسبت به زوج در حکم زوجیت باشد. و روایت هم منافات با این ندارد، زیرا که وارد است مورد غالب که زوج اعتماد می کند بر ادعای وکالت، نه این که وکالت در نزد او ثابت باشد. چنانکه در اغلب معاملات هم چنین است، و تا فساد توکیل ظاهر نشود محمول است بر صحت. و در چنین صورتی هر گاه زوج امتناع کند از طلاق نمی توان او را اجبار کرد. زیرا که در ظاهر شرع نکاحی برای او متحقق نیست که طلاق بگوید. و شهید ثانی و غیر او در اینجا گفته اند که در اینجا سه وجه محتمل است: یکی این که زوج مسلط باشد بر فسخ نکاح به جهت دفع ضرر. دوم این که حاکم مسلط باشد بر فسخ با طلاق. سوم این که بر حال خود بماند تا این که زوج طلاق بگوید یا بمیرد. و هیچ یک از این وجوه را ترجیح نداده اند. و وجه سوم به قواعد اوفق است، و وجه اول موافق نفی عسرو [حرج] و ضرر است. و ظاهر این است که در صورتی که حکم به فساد عقد شد در ظاهر شرع، پس اگر زوج طلاق بگوید به عنوان تعلیق - مثل این که بگوید (ان کانت زوجتی فهی طالق) - جایز باشد و مستلزم اقرار به زوجیت نیست. و بعضی را گمان این است که این در وقتی خوب است که جازم باشد به توکیل و انکار کرده باشد، که این از باب (تعلیق بر صفت) است. مثل (ان کان الیوم یوم الجمعہ فانت طالق). با وجود علم به جمعه بودن. نه از باب (تعلیق به شرط). مثل (ان جا زید فانت طالق). پس هر گاه انکار او توکیل او را (۱) از راه نسیان باشد (که نمی داند وکیل کرده یا نه) جایز نباشد. و گمان فقیر این است که در این صورت هم جایز باشد، زیرا که در این صورت مراد او طلاق است به عنوان جزم بر فرض تحقق زوجیت، نه طلاق بر فرضی که زوجیت متحقق بشود بعد از این. و هم چنین جایز باشد (بعثتک ان کان هذا مالی) و فرق بینهما واضح است. و بدان که: قول ایشان در این مقام به (تقدیم قول موکل بایمین) در وقتی خوبا.

ص: ۵۵۲

است که دعوی با وکیل باشد یا با زوجه در صورتی که زوجه ادعای علم به توکیل کند یا ظن (وقائل باشیم که دعوی ظنیه مسموعه است چنانکه اظهر این است). و اما هر گاه دعوی با وکیل نباشد و زوجه هم مدعی علم یا ظن نباشد بلکه تکیه او همان بر ادعای وکالت بوده و الحال ساکت است، پس ظاهر این است که مجرد انکار موکل کافی باشد در فساد عقد. و بدان نیز که: تقدیم قول موکل با یمین، مبتنی است بر این که موکل را (منکر) گیریم. و عمده در این باب تکیه بر ظاهر حال است. چون موکل اعرف است به آنچه عمل او است که توکیل باشد. و بعضی در این مقام متمسک به اصل شده اند و گویا مدعی بیان منکر بودن موکل است چون توکیل خلاف اصل است. و این خوب است هر گاه انکار اصل توکیل کند. و اما هر گاه توکیل ثابت باشد و خلاف [در] تعیین باشد، اصل نسبت به هر دو مساوی است. زیرا که توکیل در تزویج عمره یا هنده هر دو حادث اند و اصل عدم هر دو است. بلی ممکن است که مراد او این باشد که دعوی زوجیت خلاف اصل است و صادق است بر او (لو ترک، ترک). پس موکل منکر خواهد بود. و هر گاه زوجه کسی را وکیل کند در تزویج به شخص معینی یا مطلقا، و بعد از تزویج انکار کند توکیل را مطلقا، یا به این شخص خاص: پس قاعده مقتضی [تقدیم] قول او است. و در باب مهر حدیثی در نظر نیست، و هم چنین در کلمات علمائی که سخن ایشان در نظر است تصریحی به این مسأله ندیده ام. هر چند می توان گفت که از علتی که مستفاد می شود از حدیث در صورت عکس،^(۱) توان گفت که بر وکیل باشد. و این مشکل است. مسأله ثانیه این است که: هر گاه کسی را چند دختر باشد و تزویج کند یکی از آنها را به شخصی واسم آن دختر را مذکور نکند، و هم چنین وصفی که ممیز او باشد مذکور نکند. پس اگر هیچ کدام قصد دختر معینی را نکنند، یا یکی قصد کند یکی از آنها را و دیگری قصد کند غیر او را، عقد باطل است. زیرا که تعیین زوجه شرط است در صحت عقد. و هم چنین باطل است هر گاه هیچ یک از آنها ندانند که آن دیگری قصد کدام را دارد.

ص: ۵۵۳

۱- مقصود صحیحہ ابو عبیدہ و روایت عمر بن حنظلہ است کہ در صورت عکس (انکار زوج توکیل را) بحث گردید.

کرده. و هر گاه قصد کند زوج نکاح هر کدام را که پدر تعیین کند (هر چند هیچ کدام را نشناسد) اظهر صحت عقد است. چنانکه در تذکره تصریح کرده. و هر گاه هر دو قصد یکی معین را کنند جزما صحیح است. و اما هر گاه بعد از عقد اختلاف کنند که عقد بر کدامیک واقع شده - به این معنی که هر دو قائل اند که در حین عقد مقصود هر دو دختر معینی بود در نزد هر دو، ولیکن اختلاف کنند که آیا هنده بوده یا عمره - پس در این مسأله خلاف است. این ادريس قائل شده است به بطلان (وتابع او شده شهيد ثانی) که سبب عدم تعیین زوجه. و اظهر و اشهر صحت عقد است و اینکه مقدم می دارند قول پدر را با یمین، هر گاه زوج آن دخترها را دیده باشد. و دلیل ایشان صحیحه ابو عبيده است (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن رجل كانت له ثلاث بنات ابكار فزوج احدا هن رجلا- ولم يسم التي زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقها، فلما بلغ ادخالها على الزوج، بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة. فقال الزوج لا بيهي: انما تزوجت منك الصغيره من بناتك. قال: فقال ابو جعفر - ع - : ان كان الزوج راهن کلهن ولم يسم له واحده منهن فالقول في ذلك قول الاب، وعلى الاب في ما بينه وبين الله ان يدفع الى الزوج الجارية التي كان نوى ان يزوجها اياه عند عقده النكاح، وان كان الزوج لم يرهن کلهن ولم يسم له واحده منهن عند عقده النكاح فالنكاح باطل). (۱)

و محقق و علامه حمل کرده اند این حدیث را بر این که (هر گاه زوج آنها را دیده است و قبول کرده است نکاح آن را که پدر ایجاب عقد او کرده، پس راضی شده است به عقد آن که پدر تعیین او کرده. پس گویا پدر را وکیل کرده است. پس رجوع می شود در تعیین به قول پدر، زیرا که امری است که به غیر او کسی نمی داند. و هر گاه امر را به پدر وا نگذاشته و قصد شخص معینی را نکرده، پس نکاح باطل خواهد بود). و شهيد ثانی (ره) رد کرده است این سخن را به این که: رؤیت آنها مستلزم تفویض امر به پدر نیست، و عدم رؤیت هم مستلزم عدم تفویض نیست. بلکه هر یک از رویت و عدم رؤیت اعم است از تفویض و عدم تفویض. و رؤیت شرط صحت عقد نیست. و روایت مطلق است و دلالتی بر تفویض ندارد. پس باید به ظاهر آن عمل کرد. چنانکه شیخ و اتباع آن کرده اند. و یا طرح کنند، چنانکه ابن ادريس کرده، و این اولی است - تا اینجا کلام شهيد ثانی است. ۱.

ص: ۵۵۴

و آنچه به گمان حقیر می رسد این است که مراد از (ر آهن) در حدیث محض دیدن به چشم نباشد. بلکه کنایه است از معرفت حال بنات فی الجمله، هر چند به همین قدر باشد که می داند که سه دختر دارد یکی بزرگ و یکی کوچک و یکی وسط. که این قید از برای تصحیح عقد باشد و عقد هم با وجود عدم تسمیه یکی از آنها قابلیت تعیین داشته باشد، مثل (زوجتک ابنتی)، که چون (اضافه) ظاهر در (عهد) بلکه حقیقت در آن است دلالت بر تعیین دارد (بخلاف این که بگوید: زوجتک بنتا من بناتی). پس در این صورت چون پدر ایجاب عقد می کند و امر ایجاب با او است و او اعرف است به آنچه قصد کرده، پس قول اب مقدم است، چون در معنی منکر است. هر چند قبول هم از فعل زوج است و او اعرف است به قصد خود ولیکن چون ایجاب مقدم است بر قبول پس التفاتی به جانب قبول نمی شود مادامی که فارغ نشویم از تحقق حال ایجاب. پس گویا کلام مبتنی بر این معنی باشد که قول منکر مقدم است نه از راه این که از راه تفویض امر است به پدر، که قابل منع باشد [به این] که رؤیت بمجردها دلالت بر تفویض نمی کند. پس بنابر این محتاج به یمین خواهد بود. و حدیث هم منافاتی با قواعد و اصول ایشان نخواهد داشت. و به هر حال ترك عمل به حدیث صحیح معمول به اکثر اصحاب، به غایت مشکل، و حمل آن بر تفویض امر به پدر هم مشکل است. پس اولی عمل به مقتضای حدیث است با حمل (راهن) بر معنی (عرفهن فی الجمله). هر گاه این را دانستی میرویم بر سر سؤال و می گوئیم که: ظاهر این است که این از فروع مسأله دوم نیست. زیرا که مفروض این است که عقد را پدر نکرده و اذن از دختر گرفته شده و تعیین شخص هم شده، به سبب اذن گرفتن از آن دختر معین. زیرا که مراد از تسمیه در حدیث تعیین بر وجهی است که ممیز باشد از غیر هر چند به خصوص اسم بردن نباشد. با وجود این که در اینجا فاطمه نام هم مذکور است. و داخل مسأله اولی بودن معلوم نیست. زیرا که از سؤال معلوم می شود که دختری را که می خواسته بگیرد بالغه رشیده بوده و موقوف بوده است عقد او بر اذن خواستن از آن. و از ظاهر سؤال معلوم می شود که مسامحه در توکیل شده، یا وکیل مسامحه در مقتضای نفس معنی وکالت کرده قطع نظر از مخالفت مقتضای وکالت صحیح. زیرا که ظاهر سؤال این است که زوج به کسی گفته که برو (دختر فلانی را که به من وعده کرده بعد از حصول رخصت از او، از جانب من قبول نکاح کن). و در این

مقام بر او لازم است در تصحیح توکیل، این که بیان کند از برای وکیل که (فلان دختر خود را که هشت نه ساله است به من وعده کرده، و به این وصف است و به این اسم، او را از برای من قبول تزویج کن). [زیرا] در صورت توکیل در عقد زن معین لازم است تعیین آن زن از برای وکیل به نحوی که اشتباه نباشد. و هم چنین در عمل کردن به مقتضای وکالت لازم است که بر وکیل ثابت و معین شود که این شخص که اذن داد همان است. و در اینجا وکیل مسامحه کرده و به محض اقرار زنی او را عقد کرده. پس اگر (۱) موکل متوجه تعیین موکل فیه نشده و مسامحه کرده، پس توکیل باطل است. و هر گاه کرده و وکیل تعیین نکرده و شناخته که این همان است قبول نکاح کرده، پس وکالت بوجه صحیح به عمل نیامده. و در هیچ یک از این دو صورت عقد وکالتی به عمل نیامده و فضولی است. و اما صورت مسأله اولی آن است که توکیل بر وجه صحیح شده باشد و وکیل هم در صورت وکالت صحیح بر عقد زن معین، عقد کرده است. و هر گاه مفروض این باشد در صورت سؤال که زوج تعیین کرده زوجه را بر وجهی که اشتباه نباشد و با وجود علم رفته دیگری را عقد کرده، پس آن داخل مسأله اولی می شود. و حکم همان است که مذکور شد. و لکن آن عبارتی که در سؤال از زبان زوج نوشته که (من به گمان این که تو آن دختر کوچکی، قبول کردم و اگر میدانستم توئی قبول نمی کردم) مطابق مطلب نمی شود. و ظاهر این است که مراد او این است (من کسی را که وکیل کرده بودم در قبول به اعتقاد گرفتن خواهر تو وکیل کرده بودم، و اگر میدانستم که تو را به وکیل می نمایند، یا او قبول عقد تو را از جانب من می کند، او را وکیل نمی کردم). به هر حال ظاهر سؤال (به قرینه اول و آخر آن) از مسأله اولی می شود. بعد از قسم خوردن زوج، عقد باطل است. و مهر را باید وکیل به زوجه بدهد. بلی اگر وکیل مغرور شده باشد - مثل این که شهود تعریف، معلوم شود که دروغ گفته بوده اند - وکیل می تواند که رجوع کند به آنها. چون در اینجا سبب اقوی از مباشر است، به سبب غرور. و همچنین هر گاه معلوم شود که زوجه خود تزویر کرده. و اما هر گاه غرور وکیل به سبب جهل خود او بوده در تحقیق معنی توکیل، [لذا] تعیین موکل فیها نکرده. یا در حین ..

ص: ۵۵۶

قبول با عدم علم به آن که این همان است بوجه شرعی قبول کرده، پس آن منشأ رجوع به غیر نمی شود. چون خود در اصل مسأله شرعیه مقصر است که معنی وکالت را نفهمیده وکیل شده است، و خود باعث نقصان خود شده. این نهایت کلام است در این که این سؤال را از فروع مسأله اولی کنیم. ولکن می توان گفت که: منتهای آنچه از موکل ناشی شده این است که شخصی را وکیل کند در قبول تزویج آن دختری که معهود است میان زوج و پدر زوجه، و از برای او جایز است قبول نکاح از کسان زوجه هر یک از آنها ادعا کنند که مأذونیم از جانب او که عقد کنیم برای زوج. پس [در] حقیقت دعوی زوجه با وکلای خود [او] می شود، و تقصیر از آنها ناشی شده و از پدر او. که به او گفته اند که (فلانی تو را می خواهد وکیل کن تا تو را عقد کنیم برای او). پس تقصیر را آنها کرده اند که بدون اذن زوج او را عقد کرده اند و بر وکیل زوج چیزی لازم نیست، به جهت این که صحیح است قبول به محض ادعای عاقد وکالت را از جانب آن دختر معهود. چون عمل مسلم محمول بر صحت است. و الحال اشکال در این است که بعد از انکار زوج و بطلان عقد آیا بر وکیل های زوج لازم است صداق یا نه. و دلیل در این معنی در نظر نیست، و خلاف قاعده است. و در وکیل زوج به سبب این روایت ها از قاعده بیرون رفتیم. و در اینجا چیزی نیست که تخصیص قاعده بدهد و حاصل جواب از سؤال این است که: بعد از انکار زوج و قسم خوردن، عقد باطل است، و صداق هم از برای او نیست به هیچ وجه.

۳۴۴: سؤال:

۳۴۴: سؤال: هر گاه مورثی وفات نماید، و مهر زنش معلوم نباشد که چند است. و ورثه قبول داشته باشند که این ممهوره است. چه باید کرد؟

جواب:

جواب: هر گاه زوجه یا وارث او ادعای مهر مسمی کنند وینه نباشد، زوجه بعد از قسم خوردن بر بقای مهر در ذمه زوج، مستحق مهر المثل است، علی الاظهر. مگر این که ادعای کمتر از مهر المثل کند، که در آن وقت مستحق همان مقدار است که ادعا می کند.

۳۴۵: سؤال:

۳۴۵: سؤال: هر گاه شخصی در هر ماهی هشت ده یوم متوالی هر یومی در دو سه بار و هر باری به مقدار یک ساعت، گاهی کمتر و گاهی بیشتر، غش کرده و بی هوش شده. و بعد از انقضای یک ساعت یا بیشتر به هوش آمده شخص صحیح می باشد. آیا به همین قدر می توان حکم به جنون او کرد؟ و زوجه دائمه مدخوله وی که در مدت ده سال

مثلاً با همین ناخوشی او در خانه او بوده، حال به مجرد فهمیدن این که جنون سابق بر عقد موجب فسخ نکاح است، می تواند که فوراً فسخ نکاح نموده شوهر دیگر اختیار نماید؟ یا این که طیب حاذق باید تشخیص بین جنون واغما داده حکم به جنون شخص مزبور نماید تا زوجه مزبوره قادر بر فسخ گردد؟. و در صورت حکم به جنون، در حکم به انفساخ، حضور و وجود حاکم جامع شرایط فتوی هم شرط است یا نه؟

جواب:

جواب: محض اغما جنون نیست. و جنونی که موجب فسخ می شود جنونی است که قبل از عقد بوده. و جنون حادث بعد از عقد که موجب فسخ می شود جنونی است که به سبب آن اوقات صلاه را نشناسد. و بعد از ثبوت جنون، فسخ زوجه موقوف به حضور حاکم نیست. و خيار فسخ فوری است مگر در صورت جهل به خيار یا به فوریت آن.

۳۴۶: سؤال:

۳۴۶: سؤال: زینب و هند هر دو زوجه زیدند. و قبل از این هند صیغه خوانده طفل صغیر عمرو بوده به عقد متعه به جهت محرمیت. بعد از انقضای مدتی شوهر نمود به زید به عقد دوام. حال که زینب که زوجه دیگر زید است شیر داده است به طفل عمرو که قبل از این هند معقوده آن [طفل] بوده، و به حد رضاع شرعی شیر داده است. آیا شیر دادن زینب بر این [طفل] هند ضرر دارد الحال که زوجه زید است، یا نه؟

جواب:

جواب: اولاً- این که عقد متعه محض به جهت محرمیت پدر یا مادر - مثل این که صغیره را یک ساعت عقد کند از برای محرمیت مادر او، یا ضعیفه [ای] را از برای صغیری عقد کنند به جهت محرم شدن بر پدر - که به هیچ نحو تمتعی از آنها متصور نباشد، صحت آن معلوم نیست، و ترتب آثار بر آن دلیلی ندارد. هر چند احوط عمل به مقتضای آن است. پس اگر فرض کنیم که عقد متعه بوجه صحیحی بوده (۱) و الحال زینب از شیر شوهر خود صغیر عمرو را شیر داده که این صغیر شوهر هند بود. پس ظاهر این است که هند بر شوهر خود حرام می شود. به جهت آن که معقوده فرزند نسبی بر پدر حرام است. پس ارتضاع هم حرام خواهد بود و (الرضاع یبطل النکاح سابقاً کما یحرم لاحقاً) و از جمله فروع این مسأله است که شخصی زنی داشته باشد مرضعه، و زنی دیگر عقد کند صغیره رضیعه، و بعد عقد، کبیره صغیره را شیر بدهد از شیر شوهر خود، عقد هر دو باطل، و محرم ابدی می شوند. چون کبیره مادر زن او می شود و صغیره دختر زنت.

ص: ۵۵۸

۱- فرضاً بر اساس فتوای مجتهدی انجام یافته که چنین عقدی را صحیح می دانست.

او. و مادر زن بر شوهر حرام است مطلقاً، و دختر زن هم بر شوهر مادر او حرام است - به شرط دخول - ابتدا. و بدون دخول، جمعا. و گاه است که کسی توهم کند که: متبادر از (معقوده پسر) آن است که (پسر بالفعل) باشد حین العقد، هر چند در حوائل عقد ثانی نباشد. پس این داخل نیست. چون پسر بودن، بعد عقد حاصل شده به سبب رضاع. و این منافع است به این که: در باب الحاق رضاع لاحق اکتفا به همین قدر می کنند. چنانکه در حرمت دختری که مادر او شیر بدهد فرزند دختر را، حکم کرده اند به حرمت دختر به شوهر [ش]. به جهت ادخال آن در (نکاح ابی المرتضع در اولاد صاحب لبن، و حال آن که ابی المرتضع بودن، بعد نکاح حاصل شده. چون پیش از آن مرتضع مفقود بود. و تضایف، فرع وجود منتسبین است.

۳۴۷: سؤال:

۳۴۷: سؤال: زید دختری را که (تخمیناً) هشت سال، یا نه سال داشته به عمرو نموده که عمرو آن دختر را به نکاح خود در آورد. و بعد دختر دیگر فاطمه نام را که (تخمیناً) سی چهل سال داشته به جهت عمرو عقد نموده. و عمرو فاطمه را رؤید کرد دید که آن نیست که سابق به او نموده بوده اند. و الحال فاطمه مدعیه است که (من زن تو میباشم به علت آن که از من اذن خواستند به جهت تو و مرا عقد کردند). و عمرو می گوید که (من به اعتقاد آن که تو آن دختر هشت نه سال هستی قبول کردم تو را به عقد، و الا قبول نمی کردم). بیان فرمایند که مدعی و مدعی علیه کدام است؟ و حکم شرعی آن چه چیز است؟ و قسم متوجه زوج است یا زوجه؟

جواب:

جواب: زوجه مدعیه است و زوج مدعی علیه. و با فقد بینه زوج باید قسم یاد کند که (من کسی را در عقد تو وکیل نکرده ام و قبول عقد تو نکرده ام). و ظاهر این است که صدیقی هم بر زوج نیست، و نه بر وکیل زوجه و نه بر وکیل زوج در قبول عقد. بلی اگر زوج وکیل کرده باشد احدی را که (دختر کوچک عمرو را برای من تزویج کن)، و وکیل برود و دختر بزرگ او را تزویج کند و بعد از آن که زوج مطلع شود انکار کند و قسم یاد کند، در آنجا اظهر این است که بعد از حکم به بطلان عقد لازم است بر وکیل زوج که نصف صدق را تسلیم زوجه کند. و اما هر گاه وکلا زوجه بگویند که ما وکیلیم از جانب همان دختری که زید وعده کرده بود به زوج، و صیغه ایجاب بگویند و وکیل زوج به همان ادعا قبول تزویج کند، در اینجا معلوم نیست که بر وکیل لازم باشد چیزی از مهر و نه بر وکلا زوجه.

۳۴۸: سؤال: در نکاح متعه اتصال به زمان اجرای صیغه، شرط است یا نه؟ و در صورت عدم اشتراط زن می تواند در بین آن متعه دیگری شود یا نه؟ و هبه جز اول مدت به شرط بقای جز آخر آن بر حالت خود، صورت دارد یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر واقوی اشتراط اتصال مدت است به زمان عقد. و اطلاق عقد منصرف به اتصال می شود. و در صورت تصریح به انفصال، اظهر بطلان عقد است. و تحقیق این مطلب را در کتاب مناهج الاحکام کرده ام و هبه جز اول به شرط بقای جز آخر جایز نیست. و ظاهر این است که اصل هبه مدت به این شرط، باطل باشد. پس نکاح بر حال خود باقی خواهد بود در تمام مدت.

۳۴۹: سؤال:

۳۴۹: سؤال: شخصی دو زوجه دارد. و هر یک را که از روز اول به خانه آورده قرارداد جا و مکان جدائی داده. و حال زوج به زوج به زوجه آخری می گوید (آن روز که بنای جا و مکان جدائی گذاشتم آن روز قوه گذرانیدن دو خانه جدا را داشتم و حال زوجه ها باید در یک جا و یک مکان با یکدیگر سازش نمایند). و زوجه می گوید که (من از آن زوجه تشویش و بیم جان دارم و با او سازش نمی توانم بکنم به هر جا که بگوئی بیایم و بروم و مطیعه و فرمانبردارم و در پیش آن زن نمی آیم). و حال به این علت مدت پنج سال است که زوج نفقه و کسوه به زوجه نمی دهد و می گوید تو ناشزه ای. آیا در صورت بیم جان که یقین دارد که آن زن قصد هلاکت را دارد، می تواند پهلوی آن زن بنشیند؟ آیا موافق قانون شریعت نبوی (صلی الله علیه و آله) چه صورت دارد؟ کیفیت را مرقوم فرمایند.

جواب:

جواب: سکنائی که بر زوج واجب است از برای زوجه، باید در خور زی و حال و تعارف زوجه باشد. و زوجه را می رسد که مطالبه سکناى علی حده کند که به غیر زوج کسی در نزد او نیاید. خواه خوبی او باشد خواه اقارب زوج و خواه غیر آنها. و زوج نمی تواند او را الزام کند که با خوبی خود در یک خانه به سر ببرد. خصوصا بایم هلاک. و به هر حال یا حصار جدائی باید باشد هر گاه زوجه اهل این معنی باشد، یا یک حجره معینه در حصاری که مرافق علی حده داشته باشد، یعنی راه آمد و شد آب و خلا و غیره هر گاه به همین قدر کفایت شود. و اقل مراتب این که حجره علی حده داشته باشد. و بهانه زوج که (من طاقت اخراجات علی حده ندارم چون در سر یک سفره نان خوردن خرج آن کمتر است ممکن است، اما دو جا کردن مقدور من نیست) هر گاه این عذر واقعی است منتهای آن این است که با وجود عجز زوج از جدا کردن، این زوجه

مستحق آنچه به او می رسد از نفقه ما بین زوجین، بگیرد و باقی را مطالبه نکند. نه این که باید متحمل مجاورت خبو بشود که او یک خرج میکشد. هر گاه زوجه خود مسکنی دارد، یا به خانه پدرش باشد، یا به خانه عاریه (به جهت آن که زوج نمی تواند مکان جدایی تعیین کند) و اما مطیعه است و از هیچ راه دیگر نشوزی ندارد، و شوهر هم هر وقت خواهد می تواند استمتاع کند، پس به مجرد این که می گوید بیا پهلوی خوبنشین و او نیاید، ناشزه نیست و نفقه او ساقط نمی شود. بیش از این نیست که تفاوتی که در جدائی خرج است مطالبه نتواند کرد مادام العجز. پس به این جمع می شود ما بین ادله مثل (اسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم ولا تضاروهن لتضیقوا علیهن) (۱) و (عاشروهن بالمعروف)، (۲) و ما بین آنچه دلالت می کند بر وجوب اطاعت زوجه در سکنی وعدم خروج بدون اذن زوج. و بالجمله با عجز از خرج [اگر] راضی می شود که جای او جدا باشد، خصوصاً هر گاه در همان حصار زوج باشد، یا خانه دیگر او باشد و جدا بنشیند، منشأ نشوز نمی شود، و نفقه ساقط نمی شود.

۳۵۰: سؤال:

۳۵۰: سؤال: ضعیفه قلیله السن را شوهر او فریفته باشد بدون اطلاع والدین او که (مهر خود را بر من حلال کن به این شرط که تو را به کربلای معلی ببرم) همچنین ابرائی صحیح است یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه زوجه غیر رشیده است تصرف او در صدق صحیح نیست. و هر گاه رشیده است و ابرا را معلق به شرط کرده است ظاهر عدم براءت است هر چند شرط را به عمل آورد. چون ابرا قابل تعلیق نیست. بلی هر گاه صدق عین باشد و هبه معوضه کرده باشد و عوض هم به عمل آمده باشد، صحیح است و لازم است. و هم چنین هر گاه صلح کرده باشد.

۳۵۱: سؤال:

۳۵۱: سؤال: هند که در حباله زوجیت زید بوده، حملی به هم رسانیده. و در حضور جمعی اقرار نماید (بدون اکراه و اجبار) که من زنا به عمرو داده ام و حمل مذکور به جهت زنائی است که به عمرو داده ام. و مدتی از این گذشته فارق العنان گردیده و خود را به نکاح عمرو زانی مزبور در آورده. حاکم شرع مطلع گردیده و در نزد او ثابت گردیده اقرار ۷.

ص: ۵۶۱

۱- آیه ۶ سوره طلاق.

۲- آیه ۱۹ سوره نساء.

هند و هم چنین مکره نبودن در اقرار مزبور، حکم به تفریق نمود. هند مرقومه مدعیه شد که اقرار من از راه خوف بوده. آیا در این صورت تفریق نمودن واجب و لازم است؟ وبر عمرو زانی، هند زانیه حرام مؤبد می شود یا نه؟ و تا این که خلاف آن به عنوان قطع مشخص نشود تفریق مجتهد منتقض می شود یا نه و تا آن که جزم به خطای حکم حاصل نشود راهی دارد ادعای صغیفه مزبور یا نه؟ چون خود اقرار نموده وبر مجتهد عادل اقرار او ثابت شده و حکم به تفریق شده در حینی که در حباله زوجیت زید بوده اقرار به زنا دادن به عمرو زانی نموده و اینکه حمل مزبور را از عمرو بهم رسانیده. وبعد از [این که] فارق العنان گردیده صدق و رسد ارثیه اش [را] از اموال زید مذکور از تتمه اولادش که از زید داشته و دارد، مطالبه می نماید. آیا در این صورت زن و شوهری، صورتی دارد با این گزارش ها؟ یا نه؟ وبدون ثبوت و یاد نمودن قسم استظهاری، می تواند برداشت مهر خود را یا نه؟ و نقصانی به جهت زنا دادن به عمرو با وجود حباله زوجیت، به مؤمی الیها می رسد و تخفیفی بهم می رساند حقوق وی یا نه؟ و مدعیه نیز می باشد که (یک طفل من که از جمله اولادی بود که از زید داشتم قبل از فارق العنان شدن و (کذا) از موت زید، متوفی شده، رسد ارثیه طفل را هم می خواهم.) آیا بدون ثبوت تأخر تسلط دارد یا نه؟

جواب:

جواب: نفهمیدم راه تفریق حاکم شرع را. هر گاه مجتهد عادل جامع شرایط حکم و فتوی باشد و حکمی بکند، جایز نیست نقص آن، مادامی که قطع به بطلان آن حاصل نشود. ولکن نظر به صورت سؤال از برای این حکم وجه صحیحی نمیدانم. زیرا که بنابر صورت سؤال حکم حاکم به تفریق منوط به ثبوت اقرار هند است به زنا با عمرو در حالی که زوجه زید بوده. و آن اقرار مرکب است از (اقرار بر نفس) و (اقرار بر غیر) که عمرو باشد هر چند ثمره آن بعد از مفارقت از زید حاصل می شود. بنابر این در ظاهر شرع مانعی برای عمرو نیست در تزویج او، چون اقرار او به زنا ثابت نشده. پس این عقد عمرو در ظاهر شرع محکوم است به صحت. چون مفروض این است که دعوای ما بین زوجین هم متحقق نیست و عمرو مدعی صحت است، و هند هم مدعی مکره بودن در اقرار، است. پس باقی ماند کلام در این که احدی حسبتا از راه نهی از منکر مدعی بطلان عقد شود به تقریب اقرا زوجه (یا مدعی علم زوجه شود به حرمت عمرو بر او) و خواهد او را از حرام باز دارد. گو بر عمرو در ظاهر شرع حرام نباشد. و هم چنین مدعی حسبی اقامه شهود

بکند در نزد حاکم یا آن که شهود خود حسب اقامه شهادت کنند در نزد حاکم به جهت ازاحه منکر. و گوئیم که شهادت قبل از طلبیدن حاکم صحیح است خصوصاً در حقوق الهیه یا مشترکه بینها و بین حقوق الناس (چنانکه ظاهر این است) و به این سبب حاکم هم قبول شهادت کند. ولیکن در این صورت دو سخن در میان می آید: یکی این که زوجه ادعا بکند که (من مکرهه بودن در اقرار). و این دعوی نه از باب دعوائی است که مسموعه نباشد و از قبیل (ادعای عدم قصد به مدلول) نیست که نشوند از عاقل. هر چند آنهم در بعضی از صور مسموع است و باید ملاحظه دعوی جدید را کرد و به بین و یمین طی کرد. اما در اینجا در صورت سماع این دعوی نمیدانم حاکم باید قسم بخورد یا شهود؟ یا زوجه؟ بر حاکم و شهود که قسم متوجه نمی شود و راهی ندارد. و ضعیفه هر گاه قسم بخورد که (من مکرهه بودم) - بر فرضی که بگوئیم قسم متوجه او می شود - دیگر راهی برای تفریق نیست. و بر فرضی که بگوئیم که شاید حاکم یا مدعی حسی به بین اثبات کنند عدم اکراه را بر وجهی که نفی را به صورت اثبات در آورند. در این وقت پای سخن دوم از آن دو سخن در میان می آید، و اشاره به آن خواهیم کرد. سخن دوم آن که: بر فرض ثبوت اقرار زوجه و عدم سماع دعوی مکرهه بودن، یا ثبوت مختاره بودن در اقرار. این معنی بیش از این افاده نمی کند که زوجه مزبوره بعد از مفارقت زید نمی تواند به عمرو شوهر کند، و جایز است منع او از ازدواج با عمرو. و اما هر گاه مزاجه واقع شد قبل از اطلاع حاکم یا شهود، پس این عقدی است که ما بین دو نفر که احدهما مدعی صحت آن است و دیگری هم مدعی بطلان نیست بلکه او هم مدعی صحت است. پس حکم به تفریق، ابطال حق عمرو است بدون جهت. چون راه بطلانی از جانب او ثابت نشده، نه به اقرار و نه به بین. پس چه مانعی دارد که هر یک از آنها محکوم باشد به حکم خود. چنانکه در بسیاری از مسائل شرعیه اتفاق می افتد. و بالجمله منتهای آنچه در این مقام می توان گفت این است که بعد از ثبوت اقرار ضعیفه در نزد حاکم، دیگر آن ضعیفه قادر بر ایجاب نیست. یعنی ایجابی که مثمر ثمر می باشد. پس قبول هم بر آن مترتب نمی شود زیرا که آن فرع صحت ایجاب است، پس صحت نسبت به زوج هم معنی ندارد. و حاصل جواب این است که: اولاً سلمنا که بدون ادعای اکراه علمی برای حاکم بهم

نرسیده بالفرض وضعیفه دعوی جدید می کند و هر گاه حاکم خواهد مدعی او شود، چگونه می تواند شد و حال آن که مفروض این است که علم برای او حاصل نیست. و اهل حسبه را نشاید که منکر را به بینه یمین بر مرتکب آن اثبات کنند تا نهی از منکر کنند. با وجود این که (مکره بودن) امری نیست که به بینه توان اثبات کرد. و قسم خوردن برای حاکم یا مدعی حسبی هم راهی ندارد. و هم چنین قسم دادن. منتهای امر این است که ضعیفه را قسم بدهند و بعد قسم، دیگر سخنی باقی نمی ماند. و ثانیاً: غایت آنچه مسلم است از آنچه به نزد حاکم ثابت شده (ممنوع بودن زوجه است از ایجاب) و آن دلالت ندارد بر عدم ترتب اثر بر آن، به سبب احتمال اکراه و کذب در اقرار، و وقوع عقد در حال نسیان از اقرار. و به هر حال هر گاه عقدی واقع شده و محتمل است که بر وجه صحت باشد ثابت شدن اقرار کذائی در نزد حاکم بعد وقوع آن، چگونه مخرب آن می تواند شد. و حال آن که از جانب زوج اقراری نیست و بر وجه صحیح شده. و بر فرضی که بر طرف زوجه ایرادی لازم آید مستلزم ایرادی بر زوج نیست و آن متمسک می شود به (اصالت صحت) و حکم ظاهری زوجه، حکم نفس الامری زوج را باطل نمی کند زیرا که عقد زوج نسبت به او در ظاهر محکوم به صحت نفس الامری است تا خلاف آن ثابت شود. پس می گوئیم که حکم حاکم بیش از حکم ظاهر شرع افاده نمی کند. پس اگر زوجه میان خود و خدا می داند که زنا واقع نشده و آن اقرار بر سبیل اکراه بوده، پس در نفس الامر حرجی بر او نیست در متابعت و اطاعت زوج در جماع بعد از حصول علم به مسأله پس زوج را مانعی در استمتاع از او نیست در ظاهر شرع و در باطن نیز اگر زنا واقع نشده. والا بر او هم در باطن حرام است. و لکن تفریق در ظاهر شرع نیز اگر زنا واقع نشده. والا بر او هم در باطن حرام است. و لکن تفریق در ظاهر شرع بدون حجت صورتی ندارد. خلاصه این که به مجرد ثبوت اقرار در نزد حاکم، حکم به تفریق نمی توان کرد. و ظاهر این است هر گاه متمسک حاکم همین معنی است، نقض آن حکم هم جایز باشد. بلی اگر حاکم علم به وقوع زنا حاصل کرده باشد و به علم خود عمل کرده باشد، اظهر صحت حکم است و نقض آن نمی توان کرد. و لکن چندین استفتا که در این مسأله به اینجا آورده اند در هیچ یک این معنی مذکور نیست. و اما سؤال از مهر و میراث بردن از زید، که آیا آن زنا کردن منشأ تغییری در حکم مهر و میراث می شود یا نه؟ -؟ پس جواب این است که این معنی موجب فرقی

نمی شود. و حکم مهر و میراث و طریق اخذ مهر به طریق سایرین، واجب است. و اما ادعای میراث طفلی که مدعیه است که بعد از فوت زید مرده است: پس آن محتاج است به اثبات، و به محض ادعا نمی دهند.

۳۵۲: سؤال:

۳۵۲: سؤال: زید از بلد بعید می آید از جانب زینب، و عمرو از جانب بکر که قبول کند. وصیغه خوانده شود. صحیح است یا باطل؟ و بر فرض صحت، این عقد فضولی است و تکیه بر اجازه است؟ یا وکالتی؟ و حال آن که وکالت ثابت نمی شود الا به شهادت عدلین.

جواب:

جواب: ظاهر این است که عقد وکالتی است به ادعای دو مسلم که می گویند (زوجین شما را وکیل کرده اند که صیغه بخوانید). یا (مارا وکیل کرده اند که شما را وکیل کنیم در اجرای صیغه). پس بنابر این فضولی محض نیست. بلکه اجرای صیغه بر وجه وکالت ادعائی است. خواه بگوئیم که موجب وقابل وکیل اند از جانب وکیل ادعائی، یا از اجانب زوجین به واسطه آن وکیل ها. پس در این صورت هر گاه زوجین تصدیق توکیل کردند، عقد صحیح و لازم است. و هر گاه انکار کردند، قول ایشان مسموع است با یمین. و هر گاه احدهما تصدیق کند دون دیگری، آنهم به مرافعه ما بین آنها طی می شود. پس صحت و بطلان عقد موقوف است به تصدیق و تکذیب موکل در توکیل. نه بر اجازه و عدم اجازه آنها. بلی اگر انکار توکیل کنند ولیکن اجازه کنند عقد را، ظاهر این است که صحیح باشد از راه فضولی، و منافات ندارد با ایقاع عاقدین عقد را به قصد وکالت ادعائی. و اما آنچه گفته اند که (توکیل ثابت نمی شود الا به شهادت عدلین) هم منافات ندارد با جواز عمل بر وفق وکالت ادعائی، بلکه آن از برای ثبوت دعوی است در صورت تنازع و تجاذب، نه مطلقاً. چون ظاهر این است که خلاف ندارند در (جواز عمل بر وفق وکالت ادعائی با بقای غایب بر حجت خود). پس شرط شهادت عدلین از برای ثبوت مطلب است در صورت عدم تصدیق. و اما این که آیا مطلق شهادت عدلین کافی است در ثبوت یا باید منضم به حکم باشد؟ هر چند آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) در اشتراط آن اشکال کرده، ولیکن ظاهر کلام علما این است که شرط دانسته اند حکم [را و بدون] آن [نزاع] رفع نمی شود. (۱) پس خوب نیست اشکال در آن.

ص: ۵۶۵

واینکه در رؤیت هلال، فتوای معظم علما بر عدم اشتراط حکم حاکم است، پس ظاهر این است که نظر ایشان به این باشد که اخبار بسیار دلالت می کند بر وجوب صوم یا افطار به شهادت عدلین. با آن که در آنجا نزاع و خصامی نیست که محتاج به حکم حاکم باشد. بلی گاه است که بالتبع در آنجا هم محتاج شود به حکم حاکم هر گاه رفع نزاعی بر آن مترتب شود. مثل این که نزاع در حلول اجل معامله باشد و موقوف باشد به ثبوت رؤیت هلال.

۳۵۳: سؤال:

۳۵۳: سؤال: زید زینب صغیره را بدون اذن ولی عقد می کند برای خود. و صغیره که مطلع می شود ابا می کند. بعد از آن مادر صغیره را عقد می کند و متصرف می شود. و الحال حامله است و صغیره هنوز به حد رشد نرسیده. حکم این عقدها چه چیز است؟ و حال آن ولد چگونه است؟ و کیفیت استیفای صداق چه نحو است؟.

جواب:

جواب: در صورت مذکوره عقد صغیره فضولی است. و اجازه و عدم اجازه او در حال صغر اعتبار ندارد. پس اگر بعد از بلوغ ورشد اجازه کرد، صحیح است. و هم چنین هر گاه بالغه شود با عدم رشد و حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) اجازه کند. و هر گاه اجازه متحقق نشده، عقد باطل می شود. و اما عقدی که زید بر مادر او کرده در حال صغر یا بعد از بلوغ و عدم رشد، و عدم اجازه حاکم شرع پس آن عقد باطل است و باید تفریق کرد چون زوج به اعتقاد خود - یعنی به سبب آن عقد صغیره از برای [خود] - مادر صغیره مادر زن او است، و عقد مادر زن حرام است. خواه دخول به زن شده باشد یا نه. پس باید انتظار بکشد تا صغیره بالغه ورشیده شود. پس اگر بالغه ورشیده شد و اجازه عقدی که بر او شده نکرد - یا بالغه شد ورشیده نیست و حاکم شرع هم اجازه نکرد - پس ظاهر این است مجدداً آن مادر را به عقد جدید می تواند گرفت. و به عقد سابق اکتفا کردن مشکل است، بلکه صورتی ندارد. و اما هر گاه بعد از بلوغ ورشد اجازه کرد - یا با عدم رشد، حاکم شرع اجازه کرد - در این صورت آن مادر بر آن شوهر حرام ابدی است و هرگز بر او حلال نمی شود. هر چند دختر هم بمیرد. و در صورت حصول اجازه دختر مستحق مهر مسمی فی العقد است. و اما مادر: پس اگر با علم به حرمت شوهر کرده و دخول با علم به حرمت به آن شده، مستحق مهری نیست و اگر با جهل به حرمت بوده، به سبب دخول مستحق مهر المثل است.

واما فرزند پس اگر طرفین عالم بوده اند به حرمت دخول، آن فرزند ولد زنا است و ملحق به هیچ کدام نمی شود. و اگر هر دو جاهل بودند، فرزند ملحق به هر دو می شود. و اگر احدهما جاهل بوده و دیگری عالم، فرزند ملحق به جاهل می شود، نه عالم.

۳۵۴: سؤال:

۳۵۴: سؤال: شخصی از برای ولد سفیه خود صبیبه شخصی را به عقد در آورد. و سفیه مزبور او را تصرف نموده. تا یک سال قرار و آرامی داشته، وبعد زوجه خود را و گذشته رفته است. والحال دو سه سال است که مفقود الخبر است و معلوم نیست به کجا رفته است. و زوجه مزبوره در کمال معطلی و اضطراب می باشد. آیا زوجه مزبوره می تواند در خصوص حق الصداق خود رجوع به والد سفیه مزبور نماید یا نه؟ و دیگر بعضی اجناس در حین عقد به رسم تعارف به زوجه مزبوره رد نموده اند از قبیل صندوق و پیه سوز و طاس و آفتابه لگن (و اسباب دیگر که احتیاج به تفصیل نیست) به زوجه مزبوره داده اند که بالفعل در ید زوجه مزبوره است. آیا تملیک شرعی از برای زوجه در اسباب مزبوره هست یا نه؟ و آیا زوجه مزبوره را به خصوص نفقه و کسوه سخنی به والد سفیه هست یا نه؟ -

جواب:

جواب: ظاهر این است که مراد سائل از سفیه مجنون است. و هم چنین ظاهر این است که جنون او متصل به صغر بوده و در چنین صورتی از برای پدر ولایت نکاح هست بی اشکال. و اما حکایت صداق: پس ظاهر این است که هر گاه پدر از مال خود صداق نکرده، صداق بر ذمه مجنون باشد، خواه مالی داشته باشد یا نه. و این مانند صغیر نیست که هر گاه پدر زنی برای او بگیرد و صغیر مالی نداشته باشد، صداق زوجه او در ذمه پدر است. بلی اگر مجنون مالی دارد، زوجه مطالبه صداق خود را از مال او می تواند کرد. و هم چنین است کلام در نفقه و کسوه که اگر مجنون مالی دارد مطالبه می تواند کرد. والا فلا. و اما اشیائی که پدر مجنون از برای زوجه فرستاده و زوجه هم اقرار دارد، یا به ثبوت برسد که آن اموال را به خانه زوجه فرستاده، پس اگر بوجه لازمی منتقل کرده، مال زوجه است. والا رجوع می تواند کرد اگر باقی باشد آن مال ها. و این محتاج است به مرافعه. والله العالم.

ص: ۵۶۷

۳۵۵: سؤال: صاحب زوجه دائمه امه را عقد دائم می تواند نمود یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر عدم صحت است بدون اذن زوجه حره. و با اذن او صحیح است. و اظهر این است که اجازه بعد، هم کافی نیست هر گاه به اذن او نبوده، و اجرای حکم فضولی در آن نتوان کرد. و ظاهر این است که کنیز را بدون رضای حره به عقد تمتع هم نتوان گرفت، نظر به عمومات و خصوص صحیحه محمد بن اسماعیل بن بزیع (۱) و ظاهر این است که قائل به فرق، نباشد

۳۵۶: سؤال:

۳۵۶: سؤال: زوجه و زوج، غیر امینی را در اجرای صیغه نکاح مأذون می نمایند. اخبار او در اجرای صیغه بعد غیبتهما، مقبول است یا نه؟

جواب:

جواب: در وکیل عدالت شرط نیست. و بعد علم به جریان صیغه هم اشکالی نیست در صحت. بلی اشکال در قبول اخبار او است از نکاح و اجرای صیغه. و ظاهر این است که جایز است عمل به اخبار او هر چند عادل نباشد. و هر گاه وکیل بگوید صیغه را خواندم، و موکل منکر باشد قول وکیل مقدم است با یمین.

۳۵۷: سؤال:

۳۵۷: سؤال: شخصی دختری گرفت و در شب زفاف. معلوم شد که دختر نبوده، مستحق تمام مهر است یا نه؟

جواب:

جواب: اظهر و اشهر این است که هر گاه بعد از دخول معلوم شد که با کره نبوده است قبل از عقد، و زوج هم راضی شود بر نگاه داشتن آن - خواه برای او خیار فسخ باشد (مثل این که شرط کرده باشد در ضمن عقد بکارت را) یا نه (مثل این که به گمان بکارت گرفته باشد) - زوجه مستحق مهر هست. و لکن چیزی از او کم می شود، و [در] مقدار آن خلاف است. و اظهر این است که ملاحظه می کنند مهر المثل چنان زنی را در حال بکارت و در حال ثیوبت، و به همان تفاوت [از] مسمی کم می شود. مثل این که مهر او دو تومان باشد و مهر المثل آن با کرتا ده تومان و ثیبا پنج تومان، تفاوت ما بین، پنج تومان است که نصف است. پس نصف مسمی که یک تومان است کم می شود. ۱.

ص: ۵۶۸

۳۵۸: سؤال: زینب خواهر زاده خود حسن را شیر داده با شرایط موجب حرمت. و حال پدر حسن می خواهد که دختر زینب را بگیرد که خواهر رضاعی است مر حسن را. جایز است یا نه؟

جواب:

جواب: جایز نیست از سه راه: یکی: عدم (جواز نکاح ابی المرتضع فی اولاد صاحب اللبن) علی الاقوی. دوم: نکاح ابی المرتضع در اولاد نسبی مرضعه. سوم: نکاح خواهر زاده بر خاله بدون اذن خاله، و این در صورتی است که مادر حسن در حال حیات باشد و در حباله باشد.

۳۵۹: سؤال:

۳۵۹: سؤال: هر گاه کسی زنی را عقد کند و صداقی از برای او معین کند از عین یا دین. و هنوز دخول نکرده آن زن صدق خود را به شوهر خود هبه کند، یا او را از حق صدق ابرا کند، و شوهر او را طلاق بگوید قبل از دخول. حکم آن چه چیز است؟.

جواب:

جواب: ظاهراً خلافتی نیست در این که در صورت هبه، زوجه دیگر حقی ندارد و باید نصف صدق را هم (علاوه بر آنچه بخشیده) به زوج بدهد. و ظاهر و اشهر در صورت ابرا هم این است. و در تحقیق مقام ناچار است از تمهید مقدمه و آن این است که: فقها اختلاف کرده اند در [چگونگی تحقق مالکیت زوجه در مهر. قول مشهور این است که:] زوجه به مجرد عقد مالک مهر می شود بالتمام لکن استقرار تمام آن در ذمه زوج، به دخول حاصل می شود. پس ملکیت زوجه در همه مهر حاصل است لکن در نصف متزلزل است تا این که دخول واقع شود، یا آنچه قائم مقام [دخول] است مثل موت زوج بنابر مشهور. و ارتداد زوج بنابر قولی. و ابن جنید قائل شده است که زوجه به سبب عقد مالک نصف مهر می شود، و نصف دیگر را به سبب دخول (و آنچه قائم مقام آن است) مالک می شود. و اقوی قول مشهور است. دلالت می کند بر او این که صدق عوض بضع است و مقتضای معاوضه تملک هر یک از طرفین است عوض را، پس چنانکه زوج مالک بضع می شود، زوجه [نیز] مالک مهر می شود. و دلالت می کند بر آن احادیث بسیاری که دلالت دارند بر این که (نمای صدق مال زوجه است)، و نما تابع عین است. پس باید عین مال زوجه باشد. و ما یکی از آن احادیث را نقل می کنیم و آن موثقه عبید بن زراره است - به سبب عبد الله بن بکیر - (قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: رجل تزویج امرأه علی مأه شاه، ثم ساق اليها الغنم، ثم طلقها قبل ان يدخل بها و قد ولدت الغنم. قال: ان

كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف اولادها، وان لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من الاولاد بشيء). (۱) وسایر اخبار را در کتاب مناهج نقل کرده ام. وهم دلالت می کند بر آن اخباری که دلالت بر جواز هبه مهر به زوج خود (یا غیر زوج) قبل از دخول، دارند (۲) - چنانکه بعد اشاره به آن می شود - و هبه صحیح نیست مگر در ملک. و هم چنین آنچه در جواز ابرا مهر وارد شده (۳) وهم دلالت می کند بر آن اخباری که دلالت دارند بر وجوب تمام مهر از برای زوجه غیر مدخوله متوفی عنها زوجها (۴)، زیرا که کسی نگفته که مرگ سبب وجوب نصف مهر است به این معنی که عقد نکاح مدخلیتی در آن نداشته باشد. غایت امر این است که ملک متزلزلی به سبب عقد نسبت به این نصف هم حاصل بود و به سبب مرگ مستقر شد. و اما دلیل ابن جنید: پس این است که: اگر ملک حاصل بود در تمام، بایست مستقر باشد و زایل نشود الا به تقایل شرعی، و ملازمه ممنوع است با وجود آن که ناقل موجود است. واستدلال شده بر آن به اخبار نیز مثل موثقه یونس بن یعقوب که در آن مذکور است (لا یوجب الصداق الا الوقاع) (۵) و موثقه محمد بن مسلم (عن الباقر - ع - قال سألته: متى یجب المهر؟ قال: اذا دخل بها). (۶)

و بر اینها وارد است که مراد از ایجاب، الزام است. و آن منافات ندارد با ملک متزلزل قبل از دخول. و هم چنین جواب از سایر اخباری که به این مضمون است [مثل] صحیحہ ابی بصیر (عن الصادق - ع - [قال] سألته عن رجل تزوج امرأة علی بستان له معروف وله غله كثيره، ثم مكث سنين لم يدخل بها ثم طلقها. قال: ينظر الى ما صار اليه من غله البستان من يوم تزوجها فيعطيهما نصفه ويعطيها نصف البستان، الا ان تعفو فتقبل منه ويصطلحا علی شیء ترضی به منه، فانه اقرب للتقوی)، (۷) این صحیحہ به ۱.

ص: ۵۷۰

- ۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۳۴، ح ۱.
- ۲- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۴۱، ح ۱ و ۲ و باب ۲۶، ح ۱ الی ۴ و ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۷، ح ۱ و ۳.
- ۳- وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، مفهوم ح ۳، و ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۴۱، ح ۲. و ج ۱۴ ابواب المتعه، باب ۳۰، ح ۱.
- ۴- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۸، ح ۲۰ الی ۲۴.
- ۵- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۴، ح ۷۶.
- ۶- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۴، ح ۷۶.
- ۷- همان، باب ۳۰، ح ۱.

تنهایی مقاومت با ادله مشهوره نمی کند. وبعض متأخرین استدلال کرده اند از برای او به احادیث معتبره بسیار که دلالت می کنند بر تنصیف مهر در زوجه غیر مدخوله که شوهر او مرده باشد. (۱) و در نظر حقیر استدلال به آنها تمام نیست، زیرا که (با وجود معارضه آنها به احادیث معتبره بسیار که دلالت دارند بر وجوب تمام مهر (۲)، و مشهور عمل به آنها کرده اند) می گوئیم که تنصیف مهر به موت [شوهر] منافات ندارد با حصول ملک قبل از موت. پس می گوئیم که به مقتضای ادله سابقه مهر ملک زوجه می شود به سبب عقد ولکن در نصف متزلزل است، و چنانکه می تواند شد که دخول - و آنچه قائم مقام آن است - منشأ استقرار تمام بشود می تواند شد که موت ازاله ملک کند، چنانکه طلاق می کند. و از این جهت است که قول مذکور را نسبت به ابن جنید داده اند، [در حالی که] قائل به تنصیف مهر به موت، جماعتی هستند و از هیچ یک آنها موافقت با ابن جنید نقل نشده. پس می تواند شد که در مسأله (غیر مدخوله متوفی عنها زوجها) طرفین قائل باشند به حصول ملک متزلزل و مشهور قائل باشند به استقرار آن ملک متزلزل به موت و آن جماعت مخالف ایشان بگویند که حصول ملک متزلزل مسلم است ولکن رفع آن می شود به موت. پس آن ربطی به مانحن فیه نخواهد داشت و نفعی به ابن جنید نمی کند. هر گاه این را دانستی، پس فروع مسأله بسیار است مثل (جواز تصرف در مجموع مهر قبل از دخول) چنانکه مشهور است. به دلیل (الناس مسلطون علی اموالهم). و مثل تبعیت نمائی که حاصل می شود بین عقد و طلاق و غیر اینها که در محل خود مذکور است. و هر گاه این را دانستی پس بدان که: هر گاه صدق عینی باشد و هبه کند آن را به زوج خود قبل از دخول، زوج او را طلاق بگوید، پس مشهور صحت هبه است. و اینکه زوج رجوع می کند به نصف و می گیرد از زوجه. و از شیخ نقل اجماع شده در خلاف و مبسوط. پس هر گاه زنی را عقد کند به هزار اشرفی معین موجود، و زوجه قبل از دخول ۴.

ص: ۵۷۱

۱- همان مرجع، باب ۵۸، ح ۱ تا ۱۹.

۲- همان باب ح ۲۰، تا ۲۴.

هزار اشرفی را ببخشد به زوج خود، و قبل از دخول طلاق بگوید. پس چون در ظاهر شرع مجموع ملک او بود و هبه صحیح بود، و الحال زوج مطالبه پانصد اشرفی خود را می کند که به سبب طلاق مستحق آن شده و زوجه آن را تلف کرده به سبب بخشیدن به زوج که مثل آن است (که به دیگری بخشیده باشد) الحال باید زوجه غرامت را بکشد. پس هزار اشرفی از دست او رفته و پانصد هم باید به دستی بدهد. و اگر صدق قیمی بوده (مثل باغ و بستان) پس باید نصف قیمت آن را رد کند. و مشهور این است که هر گاه صدق دین باشد و زوجه مجموع آن را قبل از دخول و طلاق، ابرا کرده باشد، باز حکم آن همین است که باید زوجه نصف آن را به زوج بدهد. و فرقی با هبه ندارد، زیرا که در حین ابرا زوجه مالک تمام مهر بود در ذمه زوج و آنچه به زوج بر می گردد به طلاق، ملک جدیدی است. پس الحال که زوج مطالبه آن را می کند زوجه آن را تلف کرده به سبب ابرا ذمه زوج. پس باید غرامت آن را بدهد. و علامه در قواعد ذکر کرده است وجهی به عدم رجوع در صورت ابرا. و هم چنین شیخ در مبسوط. و آن قول بعض عامه است. و متمسک این وجه آن است که (زوجه چیزی از او نگرفته و نقل نکرده است صدق را به او و تلف نکرده بر او چیزی را. پس ضامن نیست) و بر این وارد است که شکی نیست که ملک زوجه بود در ذمه زوج و از ملک خود بیرون کرد به سوی دیگری، پس صادق است که تلف کرده است مال را، چون از ذمه او بیرون کرده و محلی دیگر از برای آن نیست. و عمده در مسأله، روایات است. مثل صحیح شهاب بن عبد ربّه (قال: سألت أبا عبد الله - ع - عن رجل تزوج امرأة على ألف درهم فبعث بها إليها ففردتها عليه ووهبتها له وقالت: أنا فیک ارغب منی فی هذ الالف، هی لک. فتقبلها منها ثم طلقها قبل ان یدخل بها. قال: لا شیئ لها وترد علیه خمسمأه درهم). (۱) و موثق سماعه (قال، سألت عن رجل تزوج جاریه او تمتع بها، جعلته من صدقها فی حل، ایجوران یدخل بها قبل ان یعطیها شیئا -؟ قال: نعم اذا جعلته فی حل فقد قبضته منه، وان خلاها قبل ان یدخل بهاردت المرأة علی الزوج نصف الصداق). (۲) و این روایت ظاهر در ابرا است، و لفظ ۲.

ص: ۵۷۲

۱- وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۴۱، ح ۱.

۲- همین، ح ۲.

(قبض) منافاتی با ابرا ندارد تا موجب توهم اراده هبه باشد، نه ابرا. زیرا که ظاهر این است که مراد این است که حلال کردن به منزله قبض کردن است. و اما هر گاه نصف مهر را ببخشد مشاعاً - مثل این که بگوید نصف باغی که مهر من کردی به تو بخشیدم مشاعاً - پس در آن سه وجه ذکر کرده اند: اول این که: زوج مستحق آن نصف دیگر است که باقی مانده. چون در حین هبه، مجموع مال زوجه بوده، و هبه مشاع صحیح است. و بعد از آن که او را طلاق گفت قبل از دخول، مستحق نصف مشاع همان مال است. پس اگر زوجه آن نصف را منتقل به غیر نکرده همان نصف را و امی گذارد. و اگر منتقل کرده باید مثل آن را بدهد اگر مثلی باشد، یا قیمت آن را اگر قیمی باشد. و وجه دوم این است که: زوج الحال که طلاق گفت قبل از دخول، مستحق نصف مشاع عین [غیر] موهوبه است که نصف این باقی، باشد و نصف آنچه زوجه به او بخشیده. و چون آن نصفی که زوجه به او بخشیده در حکم تالف است که زوجه تلف کرده، پس قیمت آن نصف را باید بدهد. پس زوج مستحق ربعی است که نصف باقی، باشد. و قیمت ربعی دیگر که نصف آن است که زوجه به او بخشیده. و الحاصل: چون زوجه نصف مشاع آنچه در ظاهر مال او است (و در نفس الامر کاشف به عمل خواهد آمد که نصف مشاع آن مال زوج خواهد بود) منتقل کرده به زوج. پس اگر قائل باشیم که در چنین جائی منصرف به حق خود می شود (همچنانکه در بیع عینی که نصف او مال غیر است و نداند و نصف مشاع را بفروشد، گفته اند که نصف منصرف می شود به همان حق خود) پس وجه اول تمام است، چنانکه ظاهر اکثر است. و اگر قائل شویم که در چنین جائی چون لفظ (نصف) مشاع است در جمیع، پس باید منصرف شود به ربع. و اما ربع دیگر چون هبه آن هم در ظاهر شرع صحیح بود (چون در آن وقت ملک او بوده و طلاق آن را از ملک خارج می کند) پس مقتضای جمع بین الدلیلین آن است که قیمت آن را که هم هبه او صحیح است و هم قیمت آن را باید بدهد، بدهد. [بنابر این وجه دوم تمام است] و وجه سوم تخییر [است] ما بین عمل به مقتضای وجه دوم و ما بین آن که اخذ کند نصف بدل مجموع را. نظر به این که به سبب طلاق مستحق نصف مشاع مجموع شد و استیفای آن ممکن نیست چون به هبه صحیح به زوج منتقل شده. پس رجوع می شود

به عوض آن. واقرب وجوه ثلاثه وجه اول است. واحتمال چهارمی هم از مبسوط نقل شده و آن این است که: زوج مستحق نصف باقی است که سه ربع مال زوج می شود و یک ربع مال زوجه. نظر به این که هبه متعلق شده به نصف مشاع، پس متعلق شده است به نصف هر یک از دو نصیب. پس از نصیب زوجه مالک نصف شده که ربع باشد، و نصف نصیب خود را هم پیش از وقت گرفته. پس باقی مانده است نصف نصیب خودش که ربع باشد. و ربع دیگر برای زوجه می ماند. و اما هر گاه نصف معینی را ببخشد به زوج، پس زوج مستحق نصف باقی است که نصف اصل است با نصف بدل آنچه زوجه به او بخشیده است. و وجه آن ظاهر می شود از آنچه پیش گذشت. و اما هر گاه صدق عینی نباشد و نصف آن را ابرا کند، پس متعین است در آن، وجه اول از چهار وجه. چنانکه پوشیده نیست. و از اخبار چیزی که مناسب هبه نصف است موثقه محمد بن مسلم است (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل تزوج امرأه فامهرها الف درهم و دفعها اليها، فوهبت له خمس مائة درهم وردتها عليه. ثم طلقها قبل ان يدخل بها. قال: ترد عليه الخمس مائة الدرهم الباقية، لانها انما كانت لها خمس مائة درهم فوهبتها له، فهبتها اياها له ولغيره سوا). (۱)

و این حدیث موافق وجه اول است از چهار وجه که در هبه نصف گفتیم. و بدان که: سخن در این مقامات در هبه مبتنی است بر این که هبه زوجین را لازم دانیم، یا عین تلف شده باشد، و یا به فرض عدم لزوم، زوجه رجوع به هبه نکند. و اما بنابر قول به جواز رجوع - چنانکه اظهر است اگر چه خلاف آن ما بین متأخرین اشهر است - با رجوع زوجه جایز خواهد بود رجوع. والله العالم.

۳۶۰: سؤال:

۳۶۰: سؤال: زید دختر شخصی را می خواهد به حباله نکاح خود در آورد. آن شخص به زید می گوید (به این شرط دختر خود را به تو می دهم که همشیره خود را یا دختر خود را به من بدهی). که هر کدام مهر علی حده داشته باشند، مثل این که یکی پنج تومان و دیگری بیشتر یا کمتر باشد. هر گاه نکاح واقع شد هر دو صحیح است؟ یا اول؟ یا ثانی؟ یا هیچ کدام؟ و نکاح شغار که در شریعت حرام است کدام است؟ ۱.

ص: ۵۷۴

جواب: عقد شغاری که حرام و باطل است آن است که بضع هر یک از زن‌ها مهر دیگری باشد، ومهری دیگر در میان نباشد. مثل این که بگوید (زوجتک بنتی او اختی علی ان تزوجنی بنتک أو اختک ویکون صداق کل منها بضع الاخری). و آن دیگری بگوید (قبلت وزوجتک بنتی او اختی هکذا). واما هر گاه مهر معینی برای هر یک قرار بدهند و شرط کنند با مهر تزویج هر یک را - مثل این که بگوید (زوجتک بنتی او اختی علی صداق مأه دینار علی ان تزوجنی اختک او بنتک هکذا) و آن دیگری بگوید (قبلت و زوجتک بنتی او اختی علی مأه دینار) - پس مشهور و اظهر در اینجا صحت عقد است و بطلان مهر، و رجوع به مهر المثل در هر دو. واما هر گاه در ضمن عقد شرطی مذکور نشود، بلکه در خارج بنا به این می شود که هر یک تزویج کند دیگری را و راضی شوند به تزویج به این شرط، و بعد از آن هر یک به عقد علی حده و مهر علی حده عقد می کنند، پس در آن اشکالی نیست. بلکه هر گاه در ضمن عقد شرط تزویج بشود و از مهر ساکت شوند (مثل این که بگوید (زوجتک بنتی علی ان تزوجنی بنتک) و از مهر ساکت باشند) هم عقد صحیح است. و هر یک به دخول مستحق مهر المثل می شوند. و باطل نیست، چون شرط نکرده اند که بضع هر یک مهر دیگری باشد تا داخل شغار باطل، باشد. والله العالم.

۳۶۱: سؤال:

۳۶۱: سؤال: اذا وقع النشوز من الزوجه والشقاق بينهما وكانت مرضعه لولدها منه فابت عن حضانه ولدها وارضاعها الا باجره لم یرض بها الزوج فاخذ الولد منها واعطاه زوجته الاخری لتحضنه وترضعه. وسافر الزوج ومنع الزوجه عن رده الی امه و ان تحملت الرضاعه والحضانه مجاناً، وهددها وواعدها بالطلاق لو خالفته. ثم جات ام الولد فطالبته مع تحمل الحضانه والرضاعه مجاناً. فهل یجوز للزوجه الأخری رد الولد الیهما؟ او لا- یجوز؟ وعلی تقدیر الجواز، هل یجب الردام لا؟ وهل یجوز اجبارها علی الرد اذا احتمل اسقاط الزوج حقها فی الحضانه والارضاع بوجه شرعی کالصلح، ام لا؟

جواب: الحضانه والارضاع حق شرعی للام فی الحولین (مع اجتماع الشرائط المذكوره فی محلها) بمعنی الاولویه والاستحقاق، لا الوجوب. فلو امتنعت فلا یجبر علیها ولا یسقط حقها الا ان یطلقها الزوج وتزوج بزواج آخر فیسقط حقها حینئذ، الا ان یموت الاب فهی اولی من غیرها وان تزوجت. واما لو امتنعت من الحضانه والارضاع مع کونها

فى حبال الزوج الاولى واخذ الزوج وتكفل هو الحضانه والارضاع (كما هو فى صورته السؤال) فالظاهر عدم سقوط اولويه الام، ويجوز لها العود ان تحملتها مجانا. لا ستصحاب بقا حقها، وللطلاقات. وممن صرح بذلك علامه فى القواعد حيث قال فى آخر فصل الحضانه (واذا امتنع الاولى او غاب انتقل حق الحضانه الى البعيد، فان عاد رجع حقه). اقول: ويؤيده ما ذكره فى عود الحضانه لو فارقت وتزوجت ثم فارقت الاخر. كما هو المشهور بين الاصحاب، لا طلاق الادله. خلافا لابن ادريس حيث قال (لا يعود حقه). واستوجهه فى الروضه بالاستصحاب حيث سقط الحق، والرجوع يحتاج الى دليل. ويدل عليه الاخبار، منها (ان امرأه قالت: يا رسول الله ان ابني هذا كان بطنى له وعاء وثديى له سقا وحجرى له حوا، وان اباه طلقنى واراد ان ينتزعه منى. فقال لها النبى - ص - (انت احق به مالم تنكحى). (١) ومثله غيره من الاخبار، فقد جعل النكاح غايه للحق وهو يدل على خروج ما بعد الغايه والا- لما كانت غايه. بل ما نحن فيه اولى بذلك لان الزوج مسقط للحق بخلاف ما نحن فيه فانها امتنعت منه ولم تسقط هى حقها ولا اسقطه الشارع. واما تهديد الزوج ووعيده بالطلاق وعدم رضائه بالعود، فلا يصير منشأ لسقوط حق العود. واما توهم انه لعله اسقط حقها بالصلح ونحوه، فالاصل عدمه، وليس من جانب الزوج من يدعى ذلك، ويجوز للحاكم الحكم على الغائب اذا لم يكن هناك مدع من قبله. واما توهم ان الزوج الثانى فى معنى الوكيل او المستودع والطفل امانه فى يدها فيكف يجوز ردها بلا- حجه شرعيه، فهو ايضا فاسد. لانه حينئذ امانه مستودعه تملكها على وجه متزلزل، لا لازم. افتراك تقول اذا وهب الا جنبى شيئا لاحد واودعه المتهب عند احد عالم با نه هبه منه، وسافر المتهب ورجع الواهب الى العين، فلا يجوز ردها لانها امانه؟! فهذا امانه ملكيتها متزلزله ترتفع بحصول ما يوجب زوالها. واحتمال ان يكون عاوضها حتى يكون لازمه، الاصل عدمه، واليد لا تقتضى الا مطلق الملكيه المطلقه، مع انا لو سلمنا الملكيه المطلقه (٢) فانما هو اذا لم يعلم سببها،ه.

ص: ٥٧٦

١- سنن البيهقى، ج ٨، ص ٤.

٢- و فى النسخه: المطلقه الملكيه.

وهو خلاف المفروض. واما خوف الزجه المستودعه من اضرار الزوج، فيندفع باجبار الحاكم اياها او من يقوم مقامه. نعم اذا لم يكن الام مأمونه فى الحضانه والرضاع فيجوز المنع. ولكنه خارج عن المسأله، وهو من شرائط اصل الحضانه.

٣٦٢: سؤال:

٣٦٢: سؤال: اذا انقضى مده المتمتعه وكانت حاملا، فهل لها نفقه ام لا؟ و كذلك فى اصل المده؟.

جواب:

جواب: لا يحضرني عبارته من علمائنا فى ذلك. والذي يظهر لى انه لا نفقه لها لاجل انها حامل ولها نفقه لاصل الحمل. كما اليه بعض الاصحاب فى نفقه المطلقه البائنه الحامل، بعد اتفاقهم على ثبوت النفقه لها فى الجمله، للايه (١) وغيرها. ومأخذ المسأله هو ارجاعها الى نفقه الا- قارت والانساب، كما يظهر من كلماتهم فى عدده المرتده والموطئه بالشبهه والمطلقه البائنه وغيرها. فان قلت: قال السيد فى الانتصار فى رد كلام العامه على الخاصه فى ابطال المتعه ب (انها ليست زوجه فهى حرام لان حليه الفرج تنحصر فى الزوجيه وملك اليمين وهذه ليست باحدهما. اما الثانى، فواضح. واما الاول فلان الشيعه قالت با نه لاسكنى لهن ولا نفقه لهن ولا- اجره الرضاع. ولو كانت زوجه لثبتت فيها المذكورات). واجاب عماذ كروه) ان الشيعه تذهب الى انه لا سكنى للمتمتع بها بعد انقضا الاجل ولا نفقه لها فى حال حملها ولها اجره الرضاع ان لم يشترط عليها فى ابتداء العقد رضاع الولد و الكفاله به. ويخصصون به قوله تعالى - اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضييقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن - كما خصصت الجماعه ذلك فى من خلع زوجته على ان تنفق على نفسها فى احوال حملها و تتكفل بولدها واتفقا على ذلك). انتهى كلامه ره. فانه صريح فى ان الشيعه تقول بعدم النفقه للمتعه الحامل. قلت: لما كان مراد العامه فى هذا الكلام الاستناد الى الايه المذكوره وهى حاكم بوجوب السكنى والنفقه للزوجه وكذلك على لزوم الا-جره، فان فى اخرها (فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن)، فحاصل جواب السيد (ره) ان الشيعه خصصت عموم الايه بغير المتعه. وقول الشيعه بعدم وجوب النفقه الحامل، لا يستلزم عدمه للحمل. كماق.

ص: ٥٧٧

ذكره في غيره. فلم يثبت من هذا الكلام ان الشيعة تقول بعدم ثبوته للحمل. فيندرج تحت نفقه (الاقارب). وثمره الخلاف في ان النفقه للحمل او الحاصل (في ما اختلفوا فيه) يظهر من مواقع كثيرة ذكروها في محالها، منها وجوبها على الجدة لو كان الاب معسرا. و عدد الشهيد في القواعد نيفا وثلاثين فرعا.

۳۶۳: سؤال:

۳۶۳: سؤال: هر گاه کسی زنی دارد ومضاجعه با او او را ناخوش می کند وجدا خوابیدن بر او آسانتر است. وزوجه خواهش مضاجعه دارد. وزوج می خواهد نماز شب هم بکند. آیا در ترك مضاجعه معصیت کرده یا نه؟

جواب:

جواب: نماز شب کردن منافات با وفای به حق مضاجعه ندارد. واما ترك مضاجعه، پس در آن خلاف است. واشهر آن است که در زوجه واحده قسم واجب است چنانکه در اکثر از زوجه واحده واجب است. و [این] خالی از قوت نیست، وبنابر این از هر چهار شب یک شب واجب است و سه شب دیگر را مختار است هر جا خواهد بخوابد. وقول دیگری عدم وجوب است مگر در صورتی که متعدد باشد وشروع در مضاجعه با بعضی کرده باشد.

۳۶۴: سؤال:

۳۶۴: سؤال: هر گاه بعد از عقد نکاح، زوجه بگوید که چون پدر تو ولد الزنا است من فسخ نکاح می کنم. می تواند یا نه؟

جواب:

جواب: بر فرض ثبوت ولد الزنا بودن، این عیب منشأ تسلط بر فسخ نیست هر گاه در خود زوج هم باشد چه جای والد و.

۳۶۵: سؤال:

۳۶۵: سؤال: معنی (افضا) چه چیز است؟ ودیه آن چه چیز است؟

جواب:

جواب: تفسیر اکثر علما این است که (مسلک بول وحیض یکی شود). وبعضی تفسیر کرده اند به این که (مسلک حیض وغایط یکی شود). وبه هر تقدیر ظاهر آن است که حکم هر دو یکی است. وبدان که هر گاه افضا واقع شود پس اگر قبل از بلوغ است و به اجماع واقع شده، باید دیه کامله زن را بدهد. خواه شوهر او کرده باشد یا اجنبی. و مهر هم لازم است (علاوه بر دیه) بر شوهر. ومهر المثل بر اجنبی. [و] هر گاه بعد از بلوغ باشد: هر گاه شوهر جماع کرده باشد بر او دیه لازم نیست، بلی جمعی از فقها گفته اند که اگر تفریط کرده باشد دیه لازم می شود، مثل این که زنی ضعیف باشد ومظنه افضا باشد. اما هر گاه اجنبی کرده است باز دیه کامله لازم است مطلقا، ومهر المثل هم ثابت است

واما هر گاه افضا به غير جماع باشد - هر چند از شوهر شده باشد - ديه ثابت است. و در باب مهر (که آيا تمام مهر را بايد بدهد يا نصف) راجع می شود کلام به اين که آيا اصل در عقد لزوم تمام مهر است تا تنصيف ثابت شود مثل طلاق. يا اصل عدم وجوب تمام مهر است. و شايد اظهر وجوب اظهر وجوب تمام مهر باشد. و بدان که: هر گاه شوهر قبل از بلوغ با او جماع کرده است و افضا شود، حرام ابدی می شود. و واجب است بر او نفقه او تا زنده است او با اين [نقص]، هر چند طلاق بگويد آن را. مگر اين که شوهر کند که در آنجا اشکال هست در سقوط نفقه و عدم آن. و همچنين هر گاه بعد از بلوغ باشد لکن در اينجا حرام ابدی نمی شود علی الاظهر. و در حصول تحریم ابدی بر اجنبی اشکال و دليل واضحی در نظر نیست.

۳۶۶: سؤال:

۳۶۶: سؤال: آيا عده متعه در حکم دائمه است در حرمت عقد در آن و تحریم ابدی -؟.

جواب:

جواب: بلی در حکم دائمه است بعموم الاخبار و ظاهر اين است که عده او [امه صح ظ] هم چنين باشد. و لکن ايام (استبرای امه) - مثل آن که مالک خريده باشد کنیزی [را] که لازم است استبرای آن - در آن دو وجه است. اظهر عدم لحقوق است، زیرا که آن را (عده) نگویند.

۳۶۷: سؤال:

۳۶۷: سؤال: هل (سل الانثيين) فقط موجب للفسخ فی النکاح؟ او کل ما بحکمہ؟

جواب:

جواب: الخصا وهو (سل الانثيين) موجب لخيار الفسخ (على الاشهر الاظهر) اذا كان قبل العقد. وفي ما بعد العقد اشكال، سيما اذا كان بعد الدخول، والاظهر عدمه. و اما (الوجا) - وهو رض الانثيين - فقليل بان الخصا يشمله في اللغة فهو في حكمه. والاظهر فيه ايضا العدم، لعدم ثبوت ذلك. و اما (الجب) - وهو قطع الذكر كله او بعضه مع عدم بقا مقدار الحشفه - فالمشهور (بل كادان يكون اجماعا، وعن المبسوط و الخلاف عدم الخلاف) انه موجب لخيار الفسخ، ويدل عليه فحوى مادل [على] ثبوته في الخصا والعن (۱)، و عموم صحيحه الكنانی (۲) وغيرها. و اما لو بقي بمقدار الحشفه فلا يوجب الخيار، و ادعى بعضهم عليه الاجماع، وهو مقتضى الاصل. ۶.

ص: ۵۷۹

۱- وسائل، ج ۱۴، ابواب العيوب و التدليس، باب ۱۳ و ۱۴.

۲- همان، باب ۱۴، ح ۶.

ثم: انهم اختلفوا في حكم ما لو حصل الجب بعد العقد. ودعوى الاجماع في كل منهما موجودة. ولا يبعد ترجيح عدم الفرق ولكن المسأله بعد لا يصفو من اشكال. و طريق الاحتياط واضح، واما العنن: فلا خلاف في كونه موجبا لخيار الفسخ في الجملة. ولكن فيه تفصيلا ليس هنا محل بسط الكلام فيه.

۳۶۸: سؤال:

۳۶۸: سؤال: خالد هند را به عقد خود در آورده و ملکی به صداق او نموده. و هند ملک را به خالد هبه نمود. و خالد ملک را فروخت. حال معلوم خالد شده که هند بر او حرام مؤبد است، به اعتبار این که شوهر اول هند، هند را در طهر مواقعه طلاق داده بوده است. و چون خالد و هند هر دو جاهل به فساد عقد بوده اند و وطی به شبهه شده است و مهر المثل می رسد، حال هند ادعای مهر المثل می کند و می گوید که مهر مسمی فاسد بوده. و سخن خالد این که مهر المثل بیش از آن ملک نبود که به من هبه نمودی. و دیگر این که معنی مهر المثل را بیان فرمایند.

جواب:

جواب: در صورت مفروضه چون عقد فاسد است مهر مسمی هم فاسد است و آن ملک از ملکیت خالد به در نرفته و ملک زوجه نشده. پس هبه آن هم صحیح نیست بلکه بعینها ملک خالد است چنانکه بود و بیع آن هم صحیح است. و زوجه به سبب وطی به شبهه مستحق مهر المثل است. و سخن خالد که (مهر المثل بیش از آن ملک نبود که من به تو دادم و تو به من بخشیدی) (بی وجه است. و خصوصا هر گاه هبه قبل از دخول واقع شده باشد که در آن وقت هنوز مستحق مهر المثل هم نبوده. و بیان این مطلب این است که ضعیفه در صورتی که بعد از دخول این هبه را کرده، و خالد می گوید آن را به عوض مهر المثل محسوب دارد در جواب می گوید (تو ملک را به قصد مهر مسمی دادی نه به قصد مهر المثل و مفروض این است که آن باطل است). و هر گاه خالد برگردد و بگوید که (هر گاه چنین است پس هبه توهم باطل است چون در مال من کردی بی اذن من و تو چون در حکم غاصبی بر تو لازم است که مال مرا بوجه صحیح به من رد کنی و تو بر وجه باطل رد کردی که آن هبه فاسده است پس تو ضامن مال من هستی) ضعیفه در جواب می گوید که (نا مشروع بودن هبه منشأ عدم حصول اقباض نمی شود) و عدم ترتب اثر بر فعل حرام مسلم نیست چنانکه در دخول کردن در حال حیض که هر چند حرام است [لکن] مترتب می شود بر آن ثبوت مهر و لحوق ولد. پس در اینجا هر چند هبه نامشروع باشد اما در ضمن [آن] اقباض و تسلیم به

عمل آمده. بلی در وقتی که به مثل بیع به خالد منتقل کرده باشد اثری بر آن مترتب می شود که استرداد ثمن باشد. با وجود این که می گوئیم هر گاه از خالد بشنویم این سخن را که (هبه تو صحیح نبوده و تو ضامنی که مال مرا به من رد کنی بروجه صحیح). ضعیفه هم می گوید (پس تصرف تو و بیع توهم صحیح نیست ملک را به من رد کن تا ثانیاً بر وجه صحیح بر تو رد کنم). به هر حال نه هبه مال شخصی به خود آن شخص صحیح است و نه بیع آن به او. و در صورت جهالت که فعل به عمل آمده و مال به دست مالک رسیده، از ضمان مال فارغ شده. و لکن هر گاه عوض گرفته باشد باید به او رد کند. و اما هر گاه به غیر مالک هبه کرده یا بیع کرده باید تا ممکن باشد عین را رد کند، والا عوض آن را مثلاً یا قیمه. و آن دخلی به ما نحن فیه ندارد و جای تفصیل آن نیست. و مراد از مهر المثل، مهر امثال آن زن است در اموری که باعث زیادتی و نقص مهر می شود، مثل حسن و جمال و عقل و کمال و بکارت و دانستن تدبیر منزل و عیال و صراحت نسب و امثال آن با ملاحظه اقارب آن از طرفین و اضداد اینها. و ظاهر این است که ملاحظه بلد هم می شود هر چند اقارب باشد. چون بلاد مختلف می شوند در این معنی.

۳۶۹: سؤال:

۳۶۹: سؤال: دختری به سن یازده سالگی به اعتقاد آن که عقد کردن او از برای کسی موقوف به رضای ناپدری و مادرش می باشد (بنا علیه) ناپدری خود را وکیل نموده و او را معقوده شخصی کرده. و حال که دختر معقوده شده به این عقد راضی نیست و می گوید که (من آن زمان رشیده نبودم و نمی دانستم که اختیار عقد موقوف به رضای خودم هست چنانکه میدانستم اقرار نمیدادم) آیا سخن او مسموع است؟ و چنین عقدی صحیح است یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه دختری را در سن یازده سالگی عقد کرده باشند و مادر و ناپدری دارد که مباشر عقد او شده اند و بعد از عقد مدعی فساد عقد باشد از دو حیثیت: اول این که من گمان می کردم که اختیار مرا ناپدری و مادرم دارند و نمی توانم انکار کنم و اقرار من به توکیل از آن جهت بود. دوم این که بر فرضی که ناپدری و مادرم اختیار مرا ندارند. پس من نه خود رشیده بودم در آن وقت و نه ولی شرعی من مرا نکاح کرده. و چون این دو دعوی از یکدیگر منفک نمی توانند شد پس هر یک جواب علی حده [ن]

دارد. زیرا اگر واقعا رشیده بود و مدعی است که چنین میدانستم که اختیار من با ناپدیری است در اینجا با وجود عدم بینة (هر چند دعوی او مسموع است ولکن) قول زوج مقدم است با یمین. و اگر رشد او ثابت نیست و تکیه او به همان عدم رشد است، پس در صورت عدم بینة اظهر تقدیم قول زوجه است با یمین. (۱) و این امور محتاج به مرافعه است و هر کی اهل مرافعه است حکم راهم می داند.

۳۷۰: سؤال:

۳۷۰: سؤال: شخصی جاهل مسأله بوده و در این که آیا در عقد هم رشد شرط می باشد؟ اعتقاد او چنین بوده که دختر در نه ساله بالغ است و اقرار او صحیح است، و از جانب دختر بی پدیری وکیل شده و آن دختر را عقد کرده از برای شخصی. و تصرف نشده دختر پشیمان شده و می گوید من به این عقد راضی نیستم. و وکیل دختر هم می گوید که چنانکه عارف مسأله میبودم و رشد را شرط میدانستم وکیل نمی شدم نظر به این که دختر غیر رشیده بوده است. آیا شهادت همین وکیل در حق آن دختر قبول است یا نه؟ و چنین شخصی در نزد جناب اقدس الهی معاقب خواهد بود یا نه؟

جواب:

جواب: هر گاه نه سال او تمام نشده هنوز بالغ نشده. و هر گاه تمام شده پس هر گاه رشد او ثابت نیست پس نکاح او بدون اذن ولی صحیح نیست. مگر این که بعد از حصول رشد اجازه کند، یا ولی او اجازه کند. و ولی صغیره غیر رشیده که پدر ندارد و جد پدیری هم ندارد، حاکم شرع است یعنی مجتهد جامع الشرایط. و هر گاه نزاع کنند در ثبوت رشد و عدم آن پس اظهر تقدیم قول زوجه است با یمین. و محض شهادت یک مرد هم از برای رشد کافی نیست، بلکه ظاهر این است که ضم یمین هم به آن نفعی ندارد.

۳۷۱: سؤال:

۳۷۱: سؤال: زنی خود را متعه مردی کرده بدون اطلاع ثالثی، و معلوم نیست که صیغه بر وجه صحیح خوانده باشند. و در مدت تمتع هم عزل کرده که فرزند از او نشود. و بعد از انقضای مدت به یک طهر عده داشته. و به مردی شوهر کرده به عقد دائم. و بعد از انقضای سه طهر حامله شده باشد. آیا عقد متعه صحیح است یا نه؟ و بر فرض صحت، بر زوج ثانی حرام است یا حلال؟ و بر فرض حرمت ابدی است یا نه؟ و اولاد از کیست؟

جواب:

جواب: اظهر این است که عده متعه دو طهر است هر گاه حیض می بیند. و چهل و

ص: ۵۸۲

پنج روز است هر گاه حیض نمی بیند ولکن در سن کسی هست که حیض ببیند. و باید دانست که ممکن است که اقل عده در متعه (در غیر زنی که وضع حمل او بشود) به سیزده روز و دو لحظه حاصل شود. پس اگر مدت متعه تمام بشود قبل از دخول در حیض - هر چند به یک لحظه - یک طهر حساب می شود، و بعد از آن که حیض شد صبر کند تا از حیض پاک شود و یک طهر تمام صبر کند که اقل آن ده روز است. و همین که داخل حیض دوم شد، عده او تمام است. اما هر گاه در اول حیض مدت متعه تمام شود یا شوهر تتمه مدت را ببخشد، در این وقت باید بعد از اتمام حیض دو طهر را تمام کند، و به مجرد این که داخل طهر دوم شد عده تمام نشده، بلکه باید صبر کند تا این طهر تمام شود و داخل حیض شود. پس هر گاه زوجه مذکوره به نهج مزبور عده او تمام شود و شوهر کرده عیبی ندارد و عقد دوم صحیح است و ولد ملحق به ایشان می شود. و هر گاه عده متعه تمام نشده و شوهر کرده و در عده دخول واقع شده، بر زوج ثانی حرام مؤبد است. و باید تفریق کرد. و اما سؤال از حال عقد متعه که بدون اطلاع ثالثی شده، پس آن ضرری ندارد هر گاه صیغه بر وجه صحیح در میان آنها واقع شده باشد. و اما هر گاه صیغه بر وجه صحیح واقع نشده ولکن زوجین به گمان صحت کرده اند که نکاح فاسد باشد ولکن گمان کرده اند که به همان صیغه حلال می شود، پس داخل وطی شبهه است. و از برای آن نیز عده واجب است. و عقد دوم باطل است هر گاه در عده باشد. و هر گاه دخول هم در عده باشد باز حرام ابدی است. و ظاهر این است که عده آن عقد فاسد در آنجا نیز عده متعه باشد، اگر چه احوط مراعات عده طلاق است. و توضیح این مطلب این است که: اعتبار در عده به حال زن است نه به حال مرد. پس عده زن آزاد مثلاً سه طهر است هر گاه (ذات اقرا) باشد هر چند شوهر او عبد باشد. و عده معقوده که مملو که غیر باشد دو طهر است هر چند شوهر او آزاد باشد. و اقسام کنیز هم همه مساوی اند در عده. و اگر بعض آن حر باشد و بعض آن رق، در حکم حره است، به جهت تغلیب جانب حریت. و هم چنین هر گاه آزادی به عقد فاسدی کنیزی را بگیرد عده او دو طهر است. و هم چنین هر گاه به عنوان شبهه با کنیزی که معقوده غیر باشد وطی کرد عده آن دو طهر است مثل طلاق صحیح، یا انقضای مدت متعه. و هر گاه آن کنیز موطوئه غیر است به ملک یمین، عده آن یک حیض است. و در وطی شبه

اعتباری به گمان واطی نیست. پس هر گاه کسی به عنوان شبهه با کنیزی و طی کرد به گمان این که زن آزاد دائمی خود است، عده او دو طهر است هر گاه آن کنیز معقوده غیر است، و یک حیض است هر گاه موطوئه به ملک یمین است. و هم چنین هر گاه به گمان این که متعه آزاد او است. و همچنین هر گاه با زن آزادی و طی کند به گمان این که مملوکه او است، آن زن عده زن آزاد می گیرد. و شهید ثانی - در حاشیه مسالک که به خط او بود دیدم که - این را نسبت به ظاهر اصحاب داده. و آن مقتضای اطلاق اخبار است. و در آن حاشیه گفته که اعتبار می شود گمان واطی، و شبهه را نازل منزله اصل قرار داده. و آن مقتضای اطلاق اخبار است. پس عده می گیرد مثلاً زن آزاد از واطی [ای] که به گمان کنیز معقوده با او و طی کرده به دو طهر، و از واطی [ای] که به گمان مملوکه بودن به ملک یمین کرده به یک حیضه. و این قول ضعیف است و از جمله فروع مسأله (بنا [بر] مشهور) این است که شخصی با متعه غیری و طی کند به گمان این که زوجه دائمی خود است بر زوجه عده متعه لازم است که دو طهر باشد از برای و طی شبهه. و هر گاه با زوجه دائمی حره غیر و طی کند به گمان این که متعه خودش است بر زوجه لازم است عده حره دائمه. مشکل می شود مقام در جائی که زن آزادی که معقوده کسی نباشد و کسی با او و طی کند به شبهه در خواب، یا کنیزی که معقوده غیر نباشد و مولائی هم که با او و طی کند ندارد (مثل کنیز زن یا طفل صغیر) و با او کسی و طی کند در خواب به عنوان شبهه. آیا بر آن زن آزاد عده طلاق لازم است، یا عده متعه؟ و بر آن کنیز عده معقوده لازم است، یا عده موطوئه به ملک یمین. و این اشکال بر مشهور وارد است که گمان واطی را اعتبار نمی کنند. و الحال در نظرم نیست کلامی از فقها در این. و احوط اعتبار عده [ای] است که بیشتر باشد، نظر به استصحاب. هر چند اصل برائت مقتضی اقل باشد. پس در صورت سؤال اصل مسأله، بنابر این که ضیغه متعه بر وجه صحیح واقع نشده و به مظنه حلیت دخول واقع شده، از باب و طی به شبهه می شود. و چون گمان زوجین هر دو این است که عقد تمتع است، پس عده را عده متعه قرار می دهند. هر چند نظر به این اشکالی که در آخر کردیم احوط آن است که عده طلاق بگیرد.

۳۷۲: سؤال: زید دختری را به عقد خود در آورده و بعد از عروسی به خانه خود آورده، و بعد از دو سه روز به سفری رفته و در مراجعت از سفر داخل خانه شده دیده که: پسر عموی آن دختر در خانه او با زن او جمع شده و دخول کرده. از آن زن پرسیده که این چه عمل است. زن در جواب گفت که به زور با من دخول کرد. و کیفیت را به ملائی آن ولایت نقل نموده. آن ملا گفته شما باید از هم جدا شده لعنت به همدیگر کرده باشید آن زن نه مهری از تو خواسته باشد و نه توهم به او رجوعی داشته باشی. بعد دختر به خانه پدرش رفته و پدرش آمده مطالبه تمام مهر دخترش را ز زید می کند و حال آن که زید دختر را به شرط این که باکره است نکاح کرده و در شب عروسی معلوم شده با کره نیست، و به خود زده سر او را فاش نکرده. در این صورت زن چینی که با او خیانت کرده وزانیه است مطالبه مهر از او می تواند کرد یا نه؟ و در صورت مطالبه مستحق تمام مهر است یا نصف؟ و با وجود این عمل و خیانت، هر گاه زید او را نخواسته باشد احتیاج به طلاق دادن دارد یا نه؟

جواب:

جواب: زوجه به سبب زنا حرام نمی شود بر زوج. هر چند اصرار به زنا کردن داشته باشد (علی الاظهر الاظهر) خصوصاً در چنین جائی که ادعای اکراه می کند. و به سبب زنا مهر او ساقط نمی شود، بلکه هر گاه شوهر به او دخول کرده بوده تمام مهر لازم است بر زوج. و بدون طلاق از زوجیت او بیرون نمی رود. بلی هر گاه زوج به زوجه بگوید تو زنا کردی، یا بگوید (زن من زنا کرده است و من به چشم خود دیدم مثل میل در سرمه دان) بلکه هر گاه بگوید (علم از برای من حاصل شده به زنا) - بنابر قولی -، و زوجه منکر باشد، و شاهد هم نداشته باشد. در این صورت حد قذف بر شوهر لازم می شود، به شرطی که آن زن مشهور به زنا کاری نباشد و بی پروا در زنا نباشد. و هر گاه خواهد حد از او ساقط شود باید لعان کند در نزد حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) به آن الفاظی که در شرع وارد شده. و بعد از لعان، حد از او ساقط می شود اما زن حرام ابدی می شود. و احتیاج به طلاق نیست. و بهتر این است که در چنین صورتی که مطلع شد به زنا و نخواهد آن زن را نگاه دارد، نسبت زنا به آن زن ندهد و او را طلاق بدهد و خود را خلاص کند. و به هر حال لعان کردن از برای خلاص شدن از حد است در صورتی که نسبت زنا به زوجه بدهد و شاهد نداشته باشد. و اگر مضایقه از حد نداشته باشد و خواهد وی را نگاه دارد هم می تواند. خصوصاً هر گاه مقلد کسی است که حد را

در زمان غیبت امام جاری نمی کند (چنانکه حقیر در آن توقف دارم) هر چند مستحق تعزیر باشد که حاکم به قدری که مصلحت داند او را بزند. پس زوجه در این صورت از هیچ وجه بر او حرام نیست و از زنی او بیرون نمی رود. و به هر حال در صورتی که زوجه اقرار کرده به وقوع فعل با دعوی جبری بودن، و زوج بگوید که تو به عنوان زنا کردی، اظهر این است که هم حد زنا از زن ساقط است چون اقرار به زنا نکرده است صریحا. و بر فرضی که بگوید که آن مستلزم اقرار به زنا است، چون چهار بار نگفته حد بر او لازم نشده و بر زوج هم حد قذف ثابت نمی شود. چون زوجه تصدیق او کرده در اصل فعلی که ظاهر آن این است که بر وجه زنا باشد، هر چند مدعی کراهت است. و اما سؤال از حال ظهور عدم بکارت: پس اگر به شرط بکارت گرفته و ظاهر شود که قبل از عقد باکره نبود (به اقرار زوجه یا به بینة یا به قراین مفیده علم) پس، از برای او خیار فسخ هست. هر گاه فسخ نکرد - چنانکه در صورت سؤال است - پس دیگر فسخی نیست. و ظاهر این است که در صورت فسخ هر گاه کسی تدلیس کرده و عیب او را پوشانیده و او را فریب داده، رجوع می کند در مهر به آن که تدلیس کرده. و اگر مدلسی دیگر نبوده و خود زوجه تدلیس کرده پس مهر بر او است، یعنی اگر داده است مهر را پس می گیرد و اگر نداده دیگر نمی دهد علی الاظهر و الاظهر. و اگر تدلیس در میان نباشد - مثل آن که نه آن زن مطلع بوده بر آن عیب و نه آن کسی که مباشر امر او بوده - پس در آنجا رجوع به مهر نمی شود، و زوجه به سبب دخول مستحق تمام مهر است. [و] در صورتی که فسخ نکاح نشود یا به سبب آن که خیار فسخی نباشد، یا باشد و اختیار کند بقا بر زوجیت را، اظهر و اظهر این است که مهر ناقص می شود. و در مقدار نقص خلاف است. و اظهر این است که منوط است به رأی حاکم شرع. و دور نیست که بنا را بر تفاوت ما بین بکر و ثیب بگذاریم، یعنی ملاحظه می کنیم که اگر چنین زنی باکره باشد مهر المثل او چه قدر است، و اگر ثیب باشد چه قدر، و به همان نسبت از مهر مسمی کم می کنیم. مثل این که مهر مسمی دویست اشرفی است، و مهر المثل او اگر باکره باشد صد اشرفی است، اگر ثیب باشد پنجاه اشرفی. در اینجا صد اشرفی را کم می کنیم، و هکذا.... و اکثر این امور محتاج است به مرافعه حاکم شرع، یعنی مجتهد عادل. و بعد از رجوع به او خود می داند چه کند، دیگر استفتا و فتوی فایده

٣٧٣: سؤال:

٣٧٣: سؤال: اذا عقد الفضوليان عقدا على الكبيرين، فاجاز احدهما ومات، ثم اجاز الاخر. فهل يصح الاجازه ويتوقف اخذ الميراث على اليمين على ان الاجازه لم يكن بطمع الميراث -؟ ام لابل يختص الحكم بالصغيرين -؟.

جواب:

جواب: روى ابو عبيده فى الصحيح (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن غلام وجاريه زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين. فقال: النكاح جائز وايهما ادرك كان على الخيار، وان ما تا قبل ان يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر الا ان يكونا قد ادركا ورضيا. قلت: فان ادرك احدهما قبل الاخر؟ قال: ذلك يجوز عليه ان هو رضى. قلت: فان كان الرجل الذى ادرك قبل الجاريه ورضى النكاح ثم مات قبل ان تدرك الجاريه اترثه؟ قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث الا رضاها بالتزويج، ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر. قلت: فان ماتت الجاريه ولم تكن ادركت ايرثها الزوج المدرك؟ قال: لا لان لها الخيار اذا ادرك. قلت: فان كان ابوها هو الذى زوجها قبل ان تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الاب ويجوز على الغلام، والمهر على الاب للجاريه). (١)

وآخر الروايه قرينه على ان المراد بالولين فى صدرها من لاولايه له فى النكاح و اوقع العقد فضوليا [مثل] (٢) الوصى [او] الولى فى المال فقط، او اعم من ذلك كالاخ و العم. وعمل بها الاصحاب. وكل ما فيها موافقه للاصول والقواعد الا ايجاب الحلف فى التوريث، وسيجئ الكلام فيه. والا- تنصيف المهر، بنا على المشهور بان الروايه لعلها مبنيه على ما كان المعهود فى القديم من تقديم بعض المهر، فلعلها اخذ النصف قبل ذلك. وهو بعيد. فان رجحنا التنصيف فى المسأله (كما انه لا يخلو من قوه بالنسبه الى كثره الاخبار ومخالفتها للعامه) فلا اشكال. وان رجحنا التمام لموافق المشهور فلا يضر عدم العمل بجز من الحديث فى حجه باقى الاجزا. كما حقق فى محله. وهيهنا مقامات من الكلام: المقام الاول فى معنى صحه الاجازه من الحى بعد موت المجيز الاول: فاعلم: انهم.

ص: ٥٨٧

١- وسائل، ج ١٧، ابواب ميراث الازواج، باب ١١، ح ١.

٢- و فى النسخه: ثم.

لا ينبغي التأمل في بطلانه على القول بكون الاجازة ناقلة. اذا لميت لا يقبل التزويج و ليس اهلا للمزاوجه ابتداء. وهذا الحديث من الادله الداله على بطلان القول بالنقل. و اما على القول بكونها كاشفه - كما هو الاصح - فقد يتوهم فيه اشكال ايضا اذا قطعنا النظر عن الراويه وبنينا اثبات صحه الفضولي بعموم قوله تعالى (او فوا بالعقود) وامثاله. لان المراد بالعقود، العهود الموثقه. كما فسر به اهل اللغه وجماعه من المفسرين من الخاصه والعامه. ولذلك نستدل بهذه الايه على تصحيح كل عهد موثق الا ان يثبت بطلانه من الشارع. كما هو الظاهر من الفقهاء في اكثر مباحث الفقه. ولا يقتصر بالعقود المتداوله في الكتب الفقهيه، ولا نجعله توقيفيا كما يظهر من بعضهم مثل الشهيد الثاني في المغارسة، وفخر المحققين في نكاح الايضاح، ومثل ما ذكره العلامة في التذكرة في كتاب المزارعه قال في الركن الرابع (يجب ان يكون النما مشتركا بينهما، فلو شرط احدهما نفسه خاصه لم يصح، لانه المنقول عن الرسول - ص - واهل بيته - ع - انما ورد على الاشتراك في الحصه. والامور الشرعيه متلقاه عن النبي - ص - فلا يجوز التجاوز عنها) انتهى. ولعل امثال ذلك بالنظر الى افراد عقد معين، لا الى نفس مطلق العقد. ولا يقتصر بما جعله الفقهاء مقابل الايقاعات والاحكام والعبادات. بل المراد كل عهد موثق سوا كان من الله تعالى - كالامر بالايمان بالله واليوم الآخر - او من العبد مع الله كالنذر والعهد، او من العباد بعضهم مع بعض كالبيع والاجاره وغيرهما، او من العبد لعبد آخر بالتزامه شيئا، او الزام الله عباده بالاحكام من وجوب شئ وحرمة آخر و تحديد الحدود والقصاص وغير ذلك. وعلى هذا فنقول: العقد الواقع بين الفضوليين اذا اجاز احدهما بعد البلوغ فقد اوثق العهد من التزامه الزوجيه للاخر بدون علم الاخر وقابليته للقبول. فيمكن ادراجه تحت العهود الموثقه المأمور بوجوب الوفا بها. واما اجازة الاخر بعد موت الاول: فهو مشكل. اذ معنى ايثاق العهد حينئذ المجيز الاول اوثق الزوجيه والتزمها لغير المدرك بشرط اجازته ورضاه بعد ذلك. فهو عهد موثق من المجيز الاول والتزام لزوجيه الغير المدرك (1) في حال حياته بشرط لحوق اجازته. والمجيز الثاني اوثق ك.

ص: ٥٨٨

زوجيته للمجيز الاول الميت والتزمها بمقاومه اجازته ورضاه فى حال حياه. فايثاق العهد والتزامه لكل منهما مع الاخر مما لا بد منه. ولفظ (كل منهما) ولفظ (الاخر) حقيقه فى الشخص الحى. فاذا وقع العقد بين زيد وزينب من الفضولين، فلا بد من حصول الايثاق عن زيد بالنسبه الى زينب، ومن زينب بالنسبه الى زيد. فاذا اوثق زيد الزوجيه والتزمها فى حال حياه زينب فان اجازت بعد البلوغ فتم حكاية ايثاق العهد من جانبه. واما التزام زينب لزوجيه زيد وايثاق العهد بعد موته، فليس بالتزام الزوجيه و ايثاق العهد لزيد. لان زيد اسم للهيكل المحسوس مع تعلقه بالنفس، وهو بعد الموت ليس بزيد بل بدن زيد. وليس التزام لزيد فى الحقيقه. وكما ان المشتق حقيقه فى ما كان المبدأ موجودا فى الحال فكذلك الجوامد. فاطلاق الما على الهوا المنقلب به مجاز كما ان اطلاق الهوا على الما المستحيل منه مجاز. والقول بان حقيقه الانسان هو نفسه وهو باق بعد المفارقة من البدن، خارج عن الصطلاح اهل العرف الذى هو مبنى مكالمات الشارع. فهذا ليس بايثاق العهد والتزام الزوجيه لزيد حتى يقال (انه التزام لزيد زوجيتها فيجب الوفا به بدخوله تحت عموم او فوا بالعقود). والحاصل: انه لا ايثاق من جانب زينب حال حياه زيد، ولا زيد موجود حين ايثاق زينب، ولا عهد مع الميت ولا عهد موثقا من غيرهما قبل ذلك حتى يجب الوفا به. و بالجمله: ثمره الاجازة اثبات الحكم حين الاجازة للمجاز له سوا كان باستمرار من حين العقد الى حين الاجازة وما بعده على القول بالكشف. او بايجاده من حين الاجازة وما بعده على القول بالنقل. وعلى اى حال فمفارقة (كذا ظ صح فمصادفه) الاجازة للمجازله الموجود الحقيقى معتبر، وهو لا يوجد بعد موت المجيز الاول. واما المعنى المتصور لا ايثاق العهد بين الفضولين فهو انه يجب عليهما ابقا حكم الفضولى حين يلحقه الاجازة بينهما وانه لا يثمر فسخهما وتقاييلهما، فالاثبات بينهما ايضا معلق باجازتهما فوجوب الوفا بذلك العهد الموثق بينهما بعد تحقق المعلق عليه. وقد عرفت الكلام فيه. فلم يبق فى المقام الا الاعتماد على الرويه فى صحه هذه الاجازة. ويندفع هذا الاشكال بان اشتراط وجود حال المبدأ فى المشتق والوصف العوانى فى الجوامد على التحقيق انما هو فى وجودهما حال النسبه بهما والحكم المتعلق بهما، لاحال التكلم. فقد يكتفى بوجوده فى الماضى والمستقبل بالنسبه الى زمان

التكلم وقول زينب (اجزت عقد زيد على) معناه اني اجزت العقد الواقع لزيد في الماضي على، في الحال. لا اجزت العقد الواقع في الحال لزيد. فصدق (زيد) عليه انما يلاحظ بالنسبه الى زمان العقد، لا زمان الاجازه. وهو في حال العقد زيد حقيقى متلبس بوصف الزيديه حين العقد. فيستمر الزوجيه من حين العقد الى زمان الاجازه وما بعده و ان مات، كما يستمر في العقد الباب ولا يهدد به الموت. فيصح الاستدلال بعموم الـايه مع قطع النظر عن الروايه ايضا. ومن جميع ما ذكرنا ظهران في عبارته المسالك والروضه مسامحه في معنى الاجازه. حيث فسر (التحليف على عدم سببيه الارث للاجازه) بقوله (بمعنى ان الباعث على الاجازه ليس هو الارث بل لو كان حيا لرضى بالتزويج). والاصوب ان يقال (بل لو لم يكن له مال وتركه لرضى بالتزويج ايضا)، اذ هو الفراد الاخفى بعد فرضه ميتا. وكيف كان فالاشكال في فهم معنى اجازته زوجيه الميت. اذ ظاهرا اجازته العقود اللازمه استمرارها هو المقصود بالذات في اجازته الفضولي، لا- مجرد ما يعطيه ملاحظه الكشف وهو ترتب الاثار الحاصله بعد الصيغه وقبل الاجازه. ويمكن ان يقال تصويره في النكاح بان يجيز مقتضى العقد الدائم الذي من لوازمه انه اذامات احد الزوجين بقى علاقه الزوجيه الثابته بعد الموت ايضا، كحليه النظر اليه و تغسيه ونفس الانصاف بالزوجيه اذ قد يكون موجبه للافتخار بحسب الشخص كما لو كان علويا ونحو ذلك. ويشكل الكلام في النكاح المنقطع ووقوع الاجازه بعد انقضاء المده، سواء مات احدهما او تأخر الاجازه بسبب نسيان او تردد حتى انقضى المده. وكذلك في كل عقد له مده. ولا يحضرني في كلماتهم تصريح بذلك. ولا يبعد الاكتفا بالاجازه بعد المده ايضا لو ترتب عليه ثمره ولم يلزم السفه فيها. بل ولا بد من ملاحظه ذلك في النكاح الدائم اذا كان المجيز الاول هو الزوجه ولا- مال لها ولا ميراث ثم بلغ الزوج بعد موتها و اجاز. فان هذه الاجازه موجبه للالتزام المهر، وهو سفه لو لم يفرض فيه مصلحه اخرى. المقام الثاني: هل يجرى هذا الحكم في ما لو كان احدهما فضوليا والاخر بعنوان الولايه في النكاح او بالاصاله لكونه بالغار شيدا؟. فذهب جماعه من الاصحاب الى ثبوت هذا الحكم فيه من باب الفحوى. وعبارته الروضه في تقريره بعد نقل اصل المسأله مستندا بصحيحه ابي عبيده، هي هذه (ولو زوج احد الصغيرين الولي او كان احدهما بالغار شيدا، وزوج الاخر الفضولي، فمات الاول، عزل للثاني نصيبه واحلف بعد بلوغه كذلك).

وان مات قبل ذلك بطل العقد. وهذا الحكم وان لم يكن مورد النص الا انه ثابت فيه بطريق اولي، للزوم العقد هنا من الطرف الآخر، فهو اقرب الى الثبوت مما هو جاز من الطرفين) انتهى. ومثلها غيرها ايضا. وفيه نظر. لان المراد ان كان تصحيح الاجازه الثانيه با دخال ذلك تحت (العهد الموثقه) التي يجب الوفا بها بعموم الايه، فلاحاجه الى التمسك بالاولويه ويكفي دخولها تحتها. وقد ذكرنا الاشكال فيه والجواب عنه. وان كان المراد ادخالها تحت العهد الموثق بطريق الاولويه، فيكون استدلالا لثبوت الموضوع لانفس الحكم. يعنى ان عقد الفضولين كما انه عهد موثق بعد الاجازه فهذا ايضا عهد موثق بالطريق الاولوي فيلزم دخوله تحت عموم الايه ويجب الوفا. ففيه ان هذا ايضا يرجع الى اثبات شمول العام لفرد من الافراد. غايه الامر كون بعض الافراد اثبت له الحكم الثابت اذ بعد تسليم كونه فراد منه يجرى فيه الحكم الثابت له. مع انا نقول: حجيته فحوى الخطاب انما يسلم اذا كانت حاصله من الدلاله العرفيه، كدلاله حرمة التأفيف على حرمة الايذا الاشد منه، الا بمجرد كون العله في الفرع اجلي، المعبر عنه ب (القياس الجلي) الاترى ان الشارع حكم بوجود الكفاره للمحرم في الصيد اذا كان خطأ تكرر، دون ما كان عمدا. هذا اذا اعتمدنا على عموم الايه. واذا اعتمدنا على الروايه فيشكل الاستدلال بالاولويه. لمامر. مضافا الى منع كون العله هو ووقوع العقد فضوليا، بل لعله للخصوصيه مدخله في الحكم. وان كان المراد في الاستدلال بالا ولويه انه في حكم الصغيرين في لزوم التحليف، فيرد عليه اولا- منع الا- ولويه بل الاصل اولي لثبوت اللزوم في الجمله في الفرع، فهو اقرب الى ثبوت الزوجيه المستلزمه للميراث المناسب لعدم التحليف. وثانيا منع الاستدلال بدون الدلاله العرفيه، كما مر. ويظهر من جميع ما ذكر بطلان الاستدلال بالروايه على مجموع الامر من تصحيح الاجازه والتحليف بطريق الاولويه. لان الثابت من الروايه الصحه على فرض الاجازه المقيده بالتحليف، واولويه ذلك في الفرع ممنوع، لمامر من انه انسب باللزوم بدون التحليف فكيف ثبت بالروايه اللزوم مع الحلف. والحاصل: ان في الفرع مقامين من الكلام: الاول: ان الاجازه بعد الموت هل هي مصححه للعقد ام لا. وقد عرفت أن الوجه انها مصححه نظرا الى عموم الايه، لا- بخصوص الروايه لكون الاجازه فيها مقيده. والثاني: على فرض التسليم هل هي موقوفه على

الحلف المذكور ام لا. وقد عرفت عدم الدليل، لبطلان القياس ومنع الاولويه ثم اعلم: ان التحليف المذكور فى الروايه يحتمل معنيين: الاول ان يحلف على القصد الى المدلول مع كون الداعى اليها هو الرغبه فى نفس الزوجيه ليكون استحقاق الميراث قسريا تبعا، لا ان يكون الداعى اليها بالاصاله هو الميراث وان قصد المدلول. و الثانى ان يحلف على القصد الى المدلول وانه لم يكن اللفظ لغوا ولم يقصد به محض اظهار ذلك اللفظ لاختذ الميراث خداعا وتغريرا، ولم يكن مراده اجازده العقد. فهيهنا احتمالات ثلاثه: الاول: ان يكون مراده من قوله (اجزت العقد) هو القصد الى اجازة العقد بالذات، ولم يكن الداعى (ايضا) الميراث وان لزمه تبعا. والثانى: ان يكون مراده منه هو القصد الى المدلول لكن لم يكن مقصودا بالذات بل مقصود بالذات اخذ الميراث، ولكن يقصد بتحقيق الزوجيه لاجل ان يترتب عليه الميراث فهو الداعى والعلة الغائيه الباعثه على القصد الى المدلول. والثالث: انه لا يريد اجازة العقد اصلا ولا يقصد بالمدلول مطلقا ولكن يتلفظ بهذا اللفظ لاجل الميراث. ولا يخفى ان الظاهر عدم الاعتنا بالوجه الاخير. لان الاصل فى لفظ (اجزت العقد) ان يحمل على معناه الحقيقى وهو قصد اجازة العقد، لا محض التكلم بهذا اللفظ مع عدم القصد الى معناه. فكلام العاقل يحمل على حقيقته بحسب الامكان. و [يرجع] الكلام فى ذلك الى انه هل اجاز ام لا، لا الى ان الاجازة هل هو للزوجيه او لا خذالمال (كما [هو الظاهر من المسالك، وهو بعيد)، لكن يبقى اللفظ مترددا بين ان يكون مدلوله مقصودا بالذات او بالتبع. ففى كل واحد من صورتى (القصد الى اجازة العقد مع قطع النظر عن الميراث وان استتبعه قسرا) و (القصد الى اجازته لاجل الاستيراث وان لزمه قصد امضا العقد)، الاجازة كاف (١) اذا كان قاصدا الحقيقه وان كان الداعى الى قصد الحقيقه ترتب هذا الاثر. كما فى كثير من الحيل الربويه. وليس هذا من باب (عقد التمتع على الصغيره الرضيعه فى يوم واحد بدرهم لاجل محرميه امها) الذى اخترنا فيه البطلان، (٢) لان صحه اصل العقد فيه ممنوع لفقد الاغراض التى سن الشارح العقد لها. ومحرميه الام ليس من الاغراض الباعثه لتشريع العقد، بل من الاثار المترتبة عليه قسرا وان كان يجعل الشارح. وجعل مطلق الاثار غرضا غيرد.

ص: ٥٩٢

١- و فى النسخه فى الاجازة كاف.

٢- راجع المساله ٢٩٢ و كذا ٢٩٣ و ٣٢٣ و ٣٤٦ من هذا المجلد.

معقول. كما ترى انه لا يحسن ان يقال (الغرض من تحريم الزنا اجرا الحد على الزاني) و ان كان من الميراث المترتبة عليه. بل الغرض عدم اختلاط الانساب (مثلا). مع انا نمنع كونه اثرا للتمتع في هذا العقد الخاص. واطنبا الكلام في مسأله المتعه في الرساله التي كتبناها فيها. وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لا مكان فرض القصد الى غرض من اغراض الشارع في اجازته العقد بعد الموت. فانه يمكن ان يكون مطلوبه من الاجازة بعد الموت هو تحقق الزوجيه الصحيحه في زمان، ولا اقل من كون نفس الزوجيه مطلوبه. مثلا علم هذا المجيزان مصاهره الرسول (صلى الله عليه و آله) افتخار له وكان الميت من اولاد الرسول ويريد ان يكون من اصهار فاطمه الزهرا عليها السلام. فبا جازته العقد كانه اختار تزويج بنت فاطمه الزهرا (عليه السلام) وليس نظره الى الميراث ولا الى المهر وغيرهما من ساير الاثار. ويتضح المسأله غايه الوضوح في مالو فرض المسأله في اجازته البيع أو الاجازة بعد الموت. ان صحناه بالا جازة فله مطالبه المبيع ونمائيه وهى من جملة الاغراض المطلوبه للشارع. ولا فرق بينهما. والحاصل: ان الروايه وردت على خلاف الاصل، وقد عمل بها الاصحاب مع صحتها، فيعمل بها فى موردها. واما التعدى الى الفرع، فلا يمكن الاستدلال فيه بالروايه. لانه قياس لا نقول به. والكلام فى الاولويه هو ما مر من عدم حجتيه الامع الدلاله العرفيه، و منع اولويه الفرع فى التحليف بل الاصل اولى به. نعم يمكن الاستدلال بان المفهوم من الروايه ان التحليف لاجل ظهور التهمه، اذا الغالب انه لا حكمه ظاهره فى اجازة عقد الميت الا الانتفاع بالمال. فيكون من باب (المنصوص العله)، ولا يشترط فى التعدى فيه كون الفرع اقوى فى العله من الاصل. بل يكفى مجرد وجود العله المنصوصه. وهو من قبيل (دخول الخاص فى العام)، لا من باب (القياس الجلى) المستنبط علقته من غير النص. بقى الكلام فى تحقيق معنى التهمه وموردها، وان فتوى الفقهاء عامه فى التحليف، وانه لازم خذ التركه سوا كان تهمه ام لا. فنقول: ان الظاهر من اطلاقهم لزوم التحليف لاختذ التركه وان لم يكن تهمه. الا- الشهيد الثانى فى الروضه فانه قال (واعلم ان التهمه بطمعه فى الميراث لا تأتى فى جميع الموارد. اذ لو كان المتأخر هو الزوج والمهر بقدر الميراث او از يد، انتفت التهمه وينبغى هنا عدم اليمين ان لم يتعلق غرض

بأثبات اعيان التركة. بحيث يترجح على ما يثبت عليه من الدين او يخاف امتناعه من ادائه، او هربه ونحو ذلك مما يوجب التهمة ومع ذلك فالموجود فى الروايه موت الزوج و اجازة الزوجه وانها تحلف بالله مادعاها الى اخذ الميراث الا الرضا بالتزويج. فهى غير منافيه لما ذكرنا، ولكن فتوى الاصحاب مطلقة فى اثبات اليمين) انتهى. فان ظاهره الاقتصار فى التحليف على مورد التهمة، ولا ينافيه ظاهر الروايه، كما ذكره (ره). ووجه فى المسالك اطلاق فتاوى الاصحاب ب (ان يكون التهمة حكمه فى ابتدا الحكم، لا عله. فلا يجب اطرادها). وهو مشكل، لظهور العليه من الروايه. ولذلك عدل عنها فى الروضه، ولقد اجاد. وعلى الاطراد فيلزم الحلف لاخذ عين من اعيان التركة ولو كان فى جنب ما يلزمه من المهر اقل قليل وان كان المهر عينا تحت يد الوارث ولم يكن احتمال حرمانهم عنه بوجه من الوجوه. ثم: ان كلماتهم فى هذا المقام مشحونه بكون التحليف لاجل نفى كون الداعى على الاجازة هو الطمع فى الميراث. ولم يذكروا طمعها المهر اذا كانت المتأخر هي الزوجه. و السرفيه لعله كون اجازة الزوج بمنزله اقراره فثبت المهر فى ذمته باقراره. فلم يبق التهمة للزوج فى اجازتها بعده الا طمع الميراث، فلذلك احتيج الى الحلف لاجله. لكن يرد عليه ان الاقرار فقط لا- يكفى من الزوج فى ثبوت المهر مالم يلحق به اجازة الزوجه فيجئ اشكال احتمال التهمة فى هذه الصورة ايضا فى اجازة الزوجه. ويمكن ان يكون نظرهم الى ان الاجازة لما كانت قائمه مقام اصل العقد وجعل اخذ المهر غرضا من اغراض التزويج ليس بمستنكر عند العقل والشرع، بخلاف الميراث لعدم العلم بتقدم موت الزوج على موت الزوجه وتأخره، بل ولا الظن فى الاغلب. فجعل ذلك غرضا، بمنزله اللغو. فيسقط اعتباره عقلا وشرعا. ويجرى ذلك فى المجيز الاول اذا كان هو الزوجه، بل فى اصل التزويج الاصيل. و اما فى ما نحن فيه فجعله غرضا ليس بمستنكر، لاجل تحقق تقدم موت الزوج. فتحلف الزوجه على انها لم تجز لاجل الميراث. فاذا حلفت على ذلك فتورث وان كان غرضها اخذ المهر ايضا. ولا تحلف على عدم كون الباعث هو اخذ المهر. لان اصل المعامله مع الزوج وهو قد اقر فى حياته بخروجه عن ماله او قطع يده عنه وعدم الطمع فى رده اليه، و الاصل عدم انتقال المال الى الوارث الا فى ما دل الدليل. فهو كالدين والوصيه اللذين هما يتقدمان على الميراث. وان الاقوى عدم انتقال المال الى الوارث الا بعد الوفا بهما.

فلا تهمه فى المهر بالنسبه الى الميت ولا حق ثابتا فى مقداره للوارث. ولا يكتفى باجازته العقد حال الحياه فى رفع التهمه بالنسبه الى الميراث، لا- نه لا-حق للميت فى ماله بعد الموت وهو حق الوارث فصح للوارث مزاحمتها حتى تحلف. وبالجمله: التحليف على خلاف الاصل وقد ثبت فى الروايه فى ماله حصل التهمه بالنسبه الى الوارث بعد الاجازة فيتعدى عن موردها فى كل ما وجد فيه العله المذكوره. وسيجئ تمام الكلام. المقام الثالث: لو كان الفضوليان عقدا على الكبيرين فاجاز احدهما ومات، ثم اجاز الاخر. فهل يصح الاجازة ويتوقف اخذ الميراث على اليمين ام لا؟ -؟ ففيه اشكال. قال فى الروضه - بعد العبارة المنقوله عنه سابقا -: نعم لو كانا كبيرين وزوجهما الفضولى ففى تعدى الحكم اليهما، نظر. من مساواته للمنصوص فى كونه فضوليا من الجانبين، ولا مدخل للصغير والكبير فى ذلك. ومن ثبوت الحكم فى الصغيرين على خلاف الاصل من حيث توقف الارث على اليمين وظهور التهمه فى الاجازة، فيحكم فى ما خرج عن المنصوص ببطالان العقد متى مات احد المعقود عليهما بعد اجازته وقبل اجازة الاخر). ويقرب منه ما ذكره فى الايضاح وغيره. اقول: وفى ما ذكره نظر. وفى الجمع بين هذا الكلام والكلام الذى نقلنا عنه سابقا فى المقام الثانى منافره. فانه يظهر من الكلام الاول عدم الالتفات الى التحليف، بل كان نظره مقصورا على مجرد تصحيح الاجازة واثبات اللزوم بها، والا- فلا- معنى للاولويه فى اشتراط التحليف (كما بينا سابقا) بل الاصل اولى به من الفرع. ويظهر من الوجه الثانى من وجهى الاشكال فى الكلام الاخير ان نظره لم يكن مقصورا على مجرد الاجازة. حيث ذكر احتمال حكم الصغيرين على خلاف الاصل من التحليف. واما الكلام فى نفس الكلامين: فقد عرفت ما يرد على الاول، واما الثانى فاعلم ان مناط الوجه الاول من وجهى الاشكال هو جعل كونه فضوليا عله لاثبات الحكم، يعنى مجموع صحه الاجازة وافادته اللزوم بشرط التحليف. اذ المناط هو كونه فضوليا وقع من فضولين على النهج المذكور. ومناط الوجه الثانى مع كونه العله هو ما هيه كونه فضوليا ان(1) هذا النوع الخاص منه (مستندا با نه حكم خاص، يثبت لفرد خاص من الفضولى) عليذ.

ص: ٥٩٥

خلاف الاصل. ولا يخفى ما فى الوجه الاول. لورود المنع الظاهر على كون الفضولي مطلقا (او مطلق ما كان طرفا العقد فضولين من جمله افراد الفضولى) عله لهذا الحكم. بل هو حكم خاص ورد لفضولى خاص، مع ان العله فى الحكم لا يمكن ان تكون نفس الفضولي مطلقا، او نوعا منه. بل انما هو ما يدل على صحه الفضولى مثل (او فوا بالعقود) وامثاله. فان قلت: ان مراد القائل ايضا انما هو ذلك. قلت: ان هذا يصير على هذا استدلالا بالعام على الخاص، لا بوجود العله مع انه يصير بنا على الاعتماد على العله قياسا، ولا اولويه ولا نص بعليه الفضولى حتى يتعدى بسببه وليس بحجه عندنا. واما الوجه الثانى من الاشكال: فيرد عليه انه وان كان المنع متجها لكن الحكم بالبطالان محل نظر. اذ يمكن تصحيح الاجازه وجعل العقد لازما للفرع بعموم (اوفوا بالعقود)، على ما بيناه فى المقام الاول فى طى الاشكال الذى اوردها هنا [ك] وتصحيح اشتراطه بالحلف بالعله المنصوصه فى الحديث فى مورد التهمه. فلا- يبعد القول بالصحه. نظرا الى مثل عموم (اوفوا بالعقود) مع الحلف، نظرا الى العله المنصوصه. فكون التحليف خلاف الاصل لا ينافى تعديه الى امثاله مما هو خلاف الاصل ايضا اذا اعتبر عليه فيه. وربما يدعى فى هذا الفرع اولويه ايضا من جهه وجود المجيز فى الكبيرين حال العقد، بخلاف الصغيرين. وبه يصير اقوى واولى بالصحه. اذ القائلون بصحه الفضولى اختلفوا فى ما لم يكن المجيز موجودا [حال العقد] واتفقوا فى صورته وجود المجيز. وفيه ان الاقوى فى مسأله (وجود المجيز) انه لا- يشترط وجود المجيز بالفعل، بل يكفى (الامكان الاستعدادى) وان لم يكن اقرب مراتب الاستعداد كالطفل. نعم يعتبر كونه محدودا بحد، كالبلوغ المعلوم غايته والغايب المعتاد عوده او بلغ خبره. ولكن يرد على هذا ان الامكان الاستعدادى فى اقرب المراتب اقوى من ابعده، سيما مع وجود الاتفاق فى الاول والاختلاف فى الثانى. ولكن قد عرفت ان مثل هذه الاولويه (لو سلمت) لا يمكن الاعتماد عليه فى اثبات الحكم، بل المعتبر الدلاله العرفيه. فالاولى جعل ذلك مؤيدا للصحه. المقام الرابع: لو عرض للمجيز الثانى مانع عن اليمين بعد الاجازه (من موت او جنون لا يرجى زواله) فلا ميراث له. لانه معلق على اليمين فى الروايه. والحكم الوارد

على خلاف الاصل - وهو اثبات ارث المتأخر من المجيزين باليمين مع ظهور التهمة فى الاجازة - يقتصر على مورده. ومع انتفا اليمين يخرج عن مورده. وربما احتمل ثبوت الميراث بدون اليمين، لتحقق العقد الكامل بالا جازتين. وفيه مالا يخفى. وغايه ما يمكن [فى] توجيهه ان الروايه ظاهره فى صوره الامكان فيقتصر عليه فى الحكم الوارد على خلاف الاصل. وفيه: مع طرو المنع (لان غايه الحكم فيه الاجازة حين الادراك والحلف معا، فلو كان الاجازة حين الادراك فقط كافيه لما كانت الغايه غايه) على انا نعارضه با نه على ما اخترناه من كون لزوم الحلف فى صوره الاتهام، فالظاهر من الروايه حينئذ ان التهمة مانعه عن الميراث. الا ان يرتفع بالحلف. وهو منتف بالفرض. وكذا الكلام لو نكل عن الحلف. واما لو عرض مانع يرجى زواله - كالسفر والجنون المرجو الزوال -: فذكر جماعه من الاصحاب انه يعزل نصيبه. قال فى المسالك (يعزل نصيبه من الميراث الى ان يزول المانع، او يحصل اليأس منه، او يوجب التأخير ضررا على الوارث بتأخير المال، او على المال. فيتجه حينئذ دفعه الى الوارث. وتقرير الحال معه بضمانه له على تقدير ظهور استحقاق الحالف له. وانما جاز دفعه حينئذ الى الوارث لان الاستحقاق غير معلوم والاصل عدمه. لكن لما كان اكثرا اجزا السبب قد حصلت روعى الجمع بين الحقين بتأخير النصيب الى وقت لا يحصل معه ضرر على الوارث، مع احتمال عدم وجوب عزله بعد بلوغه وتأخير اليمين.) اقول: ولعل الجماعه استأنسوا العزل من الروايه فى المجيز الاول. والا فالاصل عدم الوجوب وان كان الضمان ثابتا وظهر الاستحقاق فى ما بعد، سوا ضمن ام لا. المقام الخامس: لو كان المجيز المتأخر هو الزوج ولم يحلف. فاذا اجاز فقد عرفت الكلام فى الميراث. واما المهر المسمى فى العقد: ففى ثبوته عليه بمجرد الاجازة وجهان، اقربهما الثبوت وفاقا لجماعه من الاصحاب كفخر المحققين والشهيد الثانى وغيرهما. لان اجازته يتضمن اقراره على نفسه. وانما منعنا فى الميراث لتعلقه بحق غيره وهو الوارث، وتحقق التهمة، بخلاف المهر. ووجه المنع أن المهر فرع النكاح المتوقف على اليمين، والمفروض عدمها. وفيه: انا لا نسلم كونه فرع النكاح الواقعى لا غير، بل قد يترتب على مجرد الاقرار بالنكاح الغير المستلزم لوقوعه فى نفس الامر. والحاصل: ان الاقرار بالنكاح

له حيثتان: احديهما اقرار على النفس، وثانيهما اقرار على الغير وهو الوارث. فيسمع ماعليه دون ماله. كما لو ادعى الرجل زوجه امرأه وانكرت، فيلزم على الرجل ما يلزم الزوج، دون المرأة. فلا مناقاه بين لزوم المهر وعدم ثبوت الميراث. ثم على المختار من لزوم المهر عليه، فهل يرث نصيبه من المهر ام لا؟. فيه ايضا وجهان من جهة ان هذا ارث والايراث يتوقف على اليمين بمقتضى النص، فلا يرث شيئاً. [و] من جهة ان اقراره بالتزويج لا يستلزم از يد من نصف المهر، لا نه ان كان صادقا في الاجازة، والتزويج قد حصل، فله النصف بالميراث. وان كان كاذبا فالمهر كله ماله و النصف داخل في الكل. وهذا اقرب، وفاقا لجماعه. وحاصله ان اقراره لا- يستلزم الا- النصف وليس للوارث مطالبه التمام، ولا نلتزم جعله ميراثا، فان شئت سميت النصف ميراثا، وان شئت سميته مال الزوج الذى لم يدل دليل على خروجه من يده. والظاهر عدم الفرق بين العين والدين. مع ان المذكور فى الروايه انما هو حكم ميراث الزوج عن الزوج، لا- ميراث الزوج. فلا- دلالة فيها على لزوم اليمين فيه. ولا يذهب عليك المراد بالنصف هنا ربع اصل المهر، بنا على المختار فى مسأله مهر الزوجه اذا توفيت قبل الدخول. فان الاقوى فيها انه لا يثبت لها الا نصف المهر (وان كان القول بالنصف فى صورته العكس ايضا لا يخلو عن قوه. وان كان المشهور التمام ولا يبعد ترجيحه). هذا كله اذا لم تكن مفوضه. كما هو ظاهر الروايه. والا- فالمهر ساقط رأسا، لعدم الدخول. تنبيه: قال العلامة (ره) فى القواعد (ولو تولى الفضولى احدى طرفى العقد، ثبت فى حق المباشر تحريم المصاهره. فان كان زوجا حرم عليه الخامسة والا-خت والام والبنت. الا اذا فسخت، على اشكال فى الام. وفى الطلاق نظر. لترتبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهره. وان كان زوجه فلا يحل لها نكاح غيره، الا اذا فسخ. والطلاق هنا معتبر). اقول: وفيه مطالب الاول: انه كان احدى طرفى العقد فضوليا والاخر عاقد النفسه مباشره، فيثبت تحريم المصاهره فى المباشر. يعنى انه فى حكم المتزوج بالعقد اللازم من الطرفين، فيحرم عليه. فان كان المباشر هو الزوج فيحرم عليه تزويج امرأه اخرى دائما ان كانت هذه رابعه زوجاته. وكذا يحرم تزويج اخت هذه المرأة له، لحرمة الجمع بين الاختين. وكذا ام المرأة، لحرمة ام الزوجه وان كانت غير مدخوله. وكذا ابنتها لحرمة الجمع

بين الام والبنت وان لم تكن الام مدخوله. لانها بالنسبه اليه زوجه يترتب عليها احكامها. وان كان المباشر هو الزوجه، فلا يجوز لها التزويج بغيره. لانها متزوجه باقرارها واعتقادها بعنوان الزوم بالنسبه اليها، فلا يجوز لها التزويج بغير زوجها في حال حيوته. الثاني: ان هذه الاحكام انما في قبل ان يفسخ المعقود فصولا، العقد. فان فسخه فان كان في الصورة الاولى وفسخت المرأة النكاح، فيحل للزوج نكاح من كانت خامسه قبل الفسخ. لانها حينئذ رابعه. وكذا اختها لعدم الجمع بين الاختين، وكذا البنت لكون الام غير مدخوله فلم يثبت قبل تحريمها ابدا. بل انما كان الحرام هو الجمع، و التحريم الابدى من ثمرات الدخول. واما الام (يعنى اذا كانت المعقوده فصولا- هي البنت) ففي تحريم امها بعد الفسخ من البنت اشكال. نظرا الى ان حرمة ام الزوجه ليست مشروطه بالدخول بينتها على الاصح، ولا- ببقا البنت في حالها. بل هي محرمة ابدا. ويصدق عليها حينئذ انها ام زوجها بالعقد الصحيح اللازم بالنسبه اليه لعدم تسلطه على فسخه. و [نظرا] الى ان الفسخ يرفع النكاح من اصل فهو كاشف عن الفساد عن اصله سوا قلنا ان الاجازه كاشفه عن الصحة من اصله، او ناقله فوجود النكاح كعدمه. ولان تحريم الام اما بالدخول (كما هو مذهب ابن ابي عقيل) أو بالعقد الصحيح. والاول منتف بالفرض، والثاني موقوف على تحقق ايجاب وقبول صحيحين، ويشترط صحتهما بصدورهما من الاصيل او وليه او وكيله او اجازته الاصيل او [اجازته] الولي على القول بصحة الفضولي. والمفروض عدم الجميع فى الايجاب من الزوجه، فوجوده حينئذ كعدمه. فلا ينفع القبول وحده. فليس هناك ايجاب وقبول صحيحان. وهذا هو الاقوى. وان كان فى الصورة الثانيه - يعنى ما كان المباشر هو الزوجه وفسخ [ال] عقد الزوج - فلا اشكال فى جواز تزوجها بغيره بعد الفسخ. الثالث: اذا طلق الزوج المعقوده، فهل ينفع فى شئ ام لا؟ فنقول اما فى صورة الاولى (يعنى ما كان المباشر هو الزوج) فتنظر فيه علامه من جهه ان وضع الطلاق انما هو لرفع نكاح ثابت لازم واستداميه والعقد الفضولى ليس بنكاح ثابت اذا لنكاح الثابت لا يحصل (1) الا باذن المرأة، او اجازتها ثانيا. وكلاهما مفقودان بالفرض. ولا معنى لثبوتها.

ص: ٥٩٩

من طرف واحد. فاذا لم يثبت النكاح الثابت فلا يصح الطلاق المشروط بمسبوقيته به، فلا يبيح المصاهرة. ولا معنى للطلاق الموقوف على اجازته المرأه للنكاح مع انه لا- ينفع في صورته عدم اجازتها. واما ما قيل من وجه الصحة وافادته اباحه المصاهرة: فهو ان النكاح لانزم من جهة الزوج وله طريق الى رفعه بالطلاق، لانه لا- معنى لثبوت نكاح ولزومه مع عدم جواز الطلاق من الزوج البالغ العاقل قبل الدخول، ولم يرد مثله في الشرع. وفيه ان المسلم مما ورد في الشرع هو (جواز الطلاق من الشخص الكامل على النكاح الثابت من الطرفين) لامن طرف واحد. وعدم تصريح الشرع بعد [م] جواز الطلاق في هذا النوع من النكاح اللازم لا يستلزم الترجيح بجوازه فيه. والمحتاج اليه في الاحكام الشرعيه هو التصريح با لجواز ولا يكفي عدم التصريح بعدم الجواز. واما ما قد يقال ب (انا ان قلنا ان الاجازة في العقد كاشفه عن الصحة من حين العقد، والفسخ عن فسادة حينئذ، فنقول ان الطلاق بعد وقوعه حينئذ مراعى. فان اجازت فقد وقع الطلاق على الزوج الثابت نكاحها، فيفيد اباحه المصاهرة. وان فسخت، تعين بطلان النكاح من الاصل، فيفسخ المصاهرة ايضا). ففيه منع صحة الطلاق مراعى بالاجازة بل الظاهر ان بطلانه اجماعى كما يظهر من فخر المحققين. ومنه يظهر الكلام على القول بكونها ناقلة لعدم وقوع الطلاق حينئذ على النكاح اللازم وتوقفه على الاجازة، كما مر. واما في الصورة الثانية: - اى ما كان المباشر هو الزوج - فلعل وجه تصحيحه للمصاهرة انه فى معنى فسخ الزوج. واما كونه طلاقا صحيحا يترتب عليه احكامه فهو مشكل. لان ما ورد من الشرع هو طلاق الزوج الدائم الثابت نكاحها اللازم من الطرفين. ومما ذكرنا يظهر حكم ما لو كانا فضولين واجاز احدهما قبل الاخر، فى حرمة المصاهرة للمجيز. وكذا لو كان المباشر هو الولي. وكذا لو كانا صغيرين معقودين عليهما فضولا وبلغ احدهما واجاز قبل بلوغ الاخر. مع اسقاط (البنت) من بين المذكورات فى اصل المسألة، اذ لا- بنت للصغيره قبل البلوغ. الا- اذا افرض بلوغها قبل اجازتها لما نع من جهل او نسيان وحصل لها بنت من نكاح او من شبهه. ثم: ان هنا دقيقه لابد ان ينبه عليها، وهى ان الاصل فى العقد الفضولى الاعتبار

حتى يحصل الفسخ، أو الأصل عدم الاعتبار حتى يحصل الاجازة؟ ومما يتفرع عليه مآلو تزوج (المعقود عليه فضولا في صورته جهالة بالعقد الفضولي) ممن يحرم عليه تزويجه لو كان عالما بالحال في صورته الاجازة. فلو تزوجت المرأة المعقود عليها فضولا من مباشر بالاصالة مثلا، أو بالوكالة من شخص آخر، ثم اطلعت على ان الفضولي عقدها لغيره. فهل يجوز لها امضا الفضولي وفسخ النكاح المتأخر؟ أو لا بل المتأخر لازم؟ ولا يخضرنى الان كلام فيه من الاصحاب. والظاهر من كلماتهم في كون الفضولي موقوفا على الاجازة عدم الاعتبار بدونها. فما لم يتحقق الاجازة فهو على اختياره وقد عقد على نفسه عقدا في حال لا يمنعه مانع شرعا. غاية الامر انه لو اطلع عليه لا يجوز له التزويج بالغير الا بعد فسخ الاول. (1) واذا صح العقد فيحتاج بطلانه الى دليل. بل ولا بد من الطلاق لو اراد الفراق. وهذا الكلام ظاهر في جانب الزوج. واما ان كان المعقود له فضولا، هو الزوج: فيظهر المشرع في مآلو زوجه الفضولي بالبنت وهو قد تزوج بامها لجهله بالحال. وامثال ذلك. والا فلا منافاه بين صحة العقد واجازته للفضولي. ثم اذا وقع الطلاق فالظاهر امكان الاكتفا باجازه الفضولي السابق، من دون تجديد عقد. لعموم الدليل.

٣٧٤: سؤال:

٣٧٤: سؤال: اذا وكل الرجلان من جانب الزوجين ليذهبا عند عالم ليوكلاه في اجرا العقد. وجا عنده ووكلاه في اجرا الصيغه. واجرى العالم الصيغه فضولا لعدم ثبوت التوكل عنده. ثم زف بالمرأة الى زوجها. والزوج لا يعلم ان المرأة عالمة بالمهرام لا. بل يعلم انها لا تعلم. فهل يجوز الدخول بها ام لا؟ ويصح ذلك العقد ام لا؟

جواب:

جواب: تحقيق هذه المسألة يتوقف على ذكر مقدمات: الاولى: هل يجوز البناء في العمل على الوكالة الادعائية بدون الاثبات ام لا؟ الظاهر الجواز، مثل ان يجي احد وبيده مال ويقول ان هذا مال فلان وانا وكيله في بيعه، فيجوز الشراء منه والتصرف فيه وان علم المشتري انه مال فلان. او جاء رجل عند امرأة ويقول انا وكيل فلان في تزويجك له، فيجوز للمرأة التزوج به. وان لم يثبت عندها الوكالة. وما قرع سمعك انه لا يثبت الوكالة الا بشهادة رجلين عدلين، انما هو اذا كان هناك مزاحم، او انجر الامر الى الدعوى فينكر الموكل التوكيل مثلا، فالقول قول المنكر الا انل.

ص: ٦٠١

١- عبارته النسخة:... الا بعد الفسخ الاول في معناه فتزويجه بالغير مع الاطلاع بالحال.

يثبت الوكالة بعد لين. او اراد الوكيل قبض عين او دين من موكله ودافعه الغريم وامتنع عن الاداء الا ان يثبت الوكالة وان جازله التسليم على الاظهر، وان كان عليه الضمان لو ظهر كذبه. والحاصل: ان عدم ثبوت الوكالة (في محل الاحتياج الى الاثبات) الا برجلين عدلين، لا ينافي جواز قول الوكيل والمشى على مقتضاه. بنا على تنزيل فعل المسلم وقوله على الصحة. ولكن هذا الاصل لا- يثبت الا- جواز العمل لا- وجوبه. الثانيه: ان معنى العقد الفضولى ان لا يكون ناشيا من مالك الامر (الواقعي) بالرضا، ولا من وليه او وكيله كذلك. فالعقد الذى صدر من المالك فى ظاهر الشرع ثم انكشف مستحقا للغير فهو موقوف على اجازته ذلك الغير. فهو فضولى فى نفس الامر. وكذلك مايبيعه الغاصب لنفسه. واظهر افراد ما يبيعه احد مع العلم با نه ليس ماله بقصد انه ان اجازته فهو. والا فكان باطلا. ومن ذلك يظهر انه لو ثبت الوكالة بالعدلين وجرى العقد ثم ظهر كذبهما، فهو ايضا فضولى. الثالثه: ان من شرايط صحة العقد انضمامه مع رضا الطرفين، سوا كان انضمامه بالمقارنه مع العقد او لحوقه به، او لحوق العقد به. مثال الاول العقد الصادر من مالكي الامر برضا هما بالفعل. وامثال الثانى هو العقد الفضولى مع الاجازة. ومثال الثالث ما وكل الطرفان ثالثا فى اجرا العقد او فى توكيله الرابع فى اجرائه، ثم جرى العقد. ومن فروع الثالث ان الزوجين اذا وكلا احدا فى توكيل الثالث لاجل اجرا العقد بينهما على مهر معلوم او مفوض الى تعيين الوكيل، فقد رضيا حين التوكيل بعقد تضمن لتزويجهما على النهج المقرر بينهما. فاذا فرضنا ان العاقد لم يعتمد على قولهما ولم يثبت عنده وكالتهما واحتاط وقصد الفضولى بالعقد (سوا صرح بكونه فضوليا، اونواه، او ذكر اسم الرجل والمرأ بدون توصيفهما بالموكليهما) فلا ريب انه اوقع ماتراضيا عليه من العقد. وعدم قصد العاقد للتوكيل غير مضر، بل وقصد كونه فضوليا ايضا غير مضر. اذ مطلوبهما وقوع العقد على الوجه المقرر بينهما لا بشرط شئ. ووجود القصد من عدمهما متساويان. وبالجمله يصدق فى صورته السؤال ان الزوجين قد رضيا بان يقع العقد المذكور لا بشرط. وكون العقد واقعا وناشيا من جهة التوكيل، غير اشتراط كونه من جهته. فالوكيل وكيل فى العقد وموجد للعقد بتوكيل غيره فى حال التوكيل لا بشرط التوكيل. والعاقد ايضا يعقد فى حال عدم ثبوت الوكالة وفى حال يحكم بكونه فضوليا لا بشرط انه

فضولى. والحاصل: انه يمكن اجتماع تأسيس الاساس على التوكيل ووقوع العقد فضولاً مع الحكم بالصحة، ولا منافاه بينهما. فتأمل تفهم. الرابعه: هل يكفى اخبار الوكيلين بوقوع العقد فى حليه تصرفات الزوجيه وان لم يكونا عالمين؟. الظاهر نعم. لعدم اشتراط العداله فى التوكيل وقولهما مسموع فى ما وكلافيه. لا يقال ان الموكل فيه، هنا توكيل العاقد وتعيين المهر (لوفوض اليهما)، واما الاخبار عن عقد العاقد فهو خارج عما وكلافيه. لاناقد ذكرنا ان المطلوب الواقع من التوكيل ايجاد العقد فى الخارج ليحصل لهما حكم الزوجيه [و] هو لا يتم الا باطلاع الوكيلين على اجرا الصيغه واخبارهما عنه. سيما اذا اشترطاه، او دل العرف عليه لضيق الوقت وبعد المسافه الى العاقد وعدم ترقب من يخبرهما عن ذلك مع احتمال نسيان العاقد وتأخيرته عن الوقت المنظور للزفاف. الخامسه: جهاله المراه المهر فى القعد الدائم غير مضر. بل وعدم ذكر المهر اصلاً. مع انها قد تكون مفوضه امرها الى الوكيل فى تعيين المهر، او مفوضه البضع. ويجرى بعض هذه فى المنقطع ايضاً. السادسه: انه يمكن تفكيك الاجازتين. فان اجازت العقد دون المهر فى الفضولى صح العقد ويرجع الى مهر المثل اذا حصل الدخول. بل بطلان المهر لا يوجب بطلان العقد، كما لو كان خنزيراً او خمرًا او مال الغير. فيكفى رضا الزوجه بالعقد دون المهر فى حليتها. اذا تمهد هذه المقدمات فنرجع الى اصل السؤال ونقول: ان كان التوكيل واقعا فى نفس الامر من جانب الزوجين وادعياءه عند العاقد وواقع الصيغه، صحت. - سوا قصد بها التوكيل او احتاط بقصد الفضولى او اوقع الصيغه بدون ذكر التوكيل والفضول مرددا فى القصد بينهما. بل مع ذكر التوكيل بل مع ذكر الفضولى ايضاً احتياطاً - ولا يحتاج الى الاجازه ثانياً. واما لوجا الرجلان مدعين للوكاله وعقد العاقد على التفصيل المذكور وظهر خلافه: فهو يتوقف على الاجازه. وبعد الاجازه يصح وان قبل حين العقد بالتوكيل. اذ المراد من الاجازه امضا نفس العقد(١)، كما لا يوجب قصد الغاصب المبيع لنفسه عدم صحه الاجازه من المالك.

ص: ٦٠٣

١- عبارته النسخه: وقبل التوكيل لا يوجب ابقاء نفس العقد.

نعم: لولم يقبل الوكاله، او قبل ثم عزل نفسه، وعقد فضولا وكان التوكيل فى نفس الامر ثابتا، فيشكل المقام. فهل يحتاج الى الاجازة ثانيا ولا- يصح بدونها، او يكفى الرضا السابق؟ ويمكن الاكتفا. اذ قد بينان الفضولى هو ما لم يكن منضمما الى رضا المتزوجين اصلا. ومع استصحاب الرضا السابق لا يبعد الاكتفا، وهو ليس باقل من الرضا اللاحق. لا يقال: انه يلزم على هذا انه لو كان الرجل والمرأه راضيين بالتزوج ما يلين اليه، واتفق ان احدا عقد بينهما من باب الاتفاق فضولا، لكان ذلك الرضا والشوق كافيا فى صحه العقد غير محتاج الى حقوق الاجازة وهو باطل جزما. لانا نقول: مانحن فيه ليس من هذا القليل. اذ ما ذكرته من الرضا هو محض الشهوه والتمنى، ولم يتحقق فيه اراده. والفرق بين الشهوه والاراده واضح. كالنفره و الكراهه. فان قلت: قد يتحقق الاراده الى التزوج والقصد الى ايقاع الصيغه ويتفق ايقاعه من فضولى لا- خبر له بالحال. ولا ريب انه لا يكفى. قلت: مانحن فيه ليس من هذا الباب. لان صدور الصيغه حينئذ انما نشأ من اطلاع العاقد على ارادتهما لحصول العقد، و انما وقع العقد لتمشيه امرهما، ولو كان بلحوق اجازتهما فكانما اذناه فى ذلك العقد على وفق ارادتهما لوقوع العقد وانما كانت لا بشرط وقوعه توكيلا وان كان فى حال تأسيسه على التوكيل. والاحوط هنا ان يبنى على الاجازة.

٣٧٥: سؤال:

٣٧٥: سؤال: اذا كان احد طرفى النكاح مباشريا بعنوان البت واللزوم، والاخر بعنوان الولايه مع غيبه المولى عليه. وصار الغائب مفقود الخبر. كيف حال هذا النكاح؟.

جواب:

جواب: اعلم ان عمده الاستدلال فى الفضولى هو عموم قوله تعالى (اوفوا بالعقود) وبعض الاخبار الوارده فى بعض الموارد. ووجه الاستدلال بالايه فى الفضولى ان مقتضاها (وجوب الوفا بالعهود الموثقه). وايثاق العهد فى البيع البات اللازم [و] النكاح البات اللازم، انما هو بمجرد العقد، اى الايجاب والقبول الصادرين من مالك المال او البضع، او من يقوم مقامهما من ولى او وكيل. واما فى الفضولى: فالايثاق يحصل بلحوق الاجازة بالعقد، اذا صدرت عن المالك او وليه من جانب من عقد له فضولا. فكانه قال (الترمت الايجاب والقبول الواقعين من الفضولى لنفسى او للمولى عليه). وقد يتصور هنا نوع آخر من الالتزام قبل الاجازة وهو انه ليس للفضولى فسخ ما اوقعه فضولا. فلا ينفعه التقايل والفسخ لابطال الاثر الذى يترتب على الفضولى. اذ ترتب

اللزوم على الفضولي من آثار لفظه واللفظ المتلقى منه من الأسباب الوضعيه الشرعيه التي يحتاج ازاله اثره الى سبب آخر من الأسباب الشرعيه و هو ليس الافسخ من وقع العقد له أو وليه. فلا ينفع تقايل الفضولين في اللزوم الذي يحصل باجازه من وقع العقد له بعد ذلك. وقد يحصل الايثاق بالتزام المالك للامر (اصاله او ولايه) منضمًا الى الايجاب أو القبول من الفضولي. فإذا باع زيد من عمرو فضولا بـبكر، أو انكح زينب لعمر و فضولا، فلايثاق من جانب عمرو يحصل بالاجازه، وبعد الاجازه يجب عليه الوفا بمقتضاه (١) وأما ايثاق عمرو من جانب بكر و زينب فانما يكون بالتزام بكر كون الثمن لعمروان اجاز البيع ولم يصدر منه الفسخ، وبالتزام زينب للزوجيه مالم يفسخ عمرو العقد. والاشكال هنا انما هو في تحديد الالتزام ومقداره والفرق بين الالتزام عن جانب المالك للامر من الطرفين في الفضولي، (٢) وبين الالتزام من الطرفين في العقد البت اللزوم من الطرفين. فالالتزام من الطرفين في العقد البت انما يحصل بمجرد العقد، و المزيل له لا يكون الا باحد من الامور المقرره من الشارع (مثل التقايل والفسخ الحاصل من الخيارات المعهوده في البيع، وكذلك الفسخ بالعيوب والرده والطلاق واللعان و غيرها في النكاح) وكل ذلك من الطوري للعقود اللزومه. واما الالتزام من احد الطرفين في الفضولي: فاطلاقه لا يكفي في الالتزام الابدی على الاطلاق حتى ينحصر المزيل في مقرر من جانب الشارع. بل قد يكون تابعا لمقدار الالتزام. والشارع وان قرر له مزيلا (وهو فسخ من عقد له فضولا ووليه) ولكنه قد يكون المزيل من جانب العاقد الملتزم بسبب انه لم يلتزم الا بمقدار خاصا. وبسبب الاشكال في تحديد مقدار الالتزام اختلفوا في صحه بيع مال الطفل فضولا اذا لم يكن ولي شرعى. فقيل: لا يصح الالتزام الى زمان البلوغ، لاشتراط الامكان الاستعدادى في اقرب المراتب. وقيل: يصح، لكفايه مطلق الاستعداد. وظهر من ذلك ان لايثاق العهد هناك حدا محدودا عندهم. ويظهر من كلماتهم هذه ان الالتزام مع اليأس عن التمكن من اجازه المالك او من يقوم مقامه - كمالو عقدى.

ص: ٦٠٥

١- و في النسخه: و بعد الاجازه يجب عليها.

٢- عبارته النسخه... عن جانب المباشر المالك للامر من الطرفين فيه الفضولى.

الفضولي لمجنون مطبق حصل اليأس من برئه عقد النكاح - ليس من العهود الموثقة التي يحب الوفا بها. فلوفرض من باب خلاف العادة افافه المجنون فلاينفع فى الزوم. و لعل السر فى ذلك ان التزام الزوجه لزوجيه هذا المجنون سفه، فلا يصح. ولا يجوز لوليها ايضا امضائه لعدم المصلحه جزما. فبطلان هذا من جهه بطلان الالتزام. وقد يكون البطلان من جهه ظهور عدم التزام، كما لونكحها الفضولى للغائب ثم صار الغائب مفقود الخبر وطال الزمان. فانا وان جوزنا التزامها النكاح للطفل لكون زمان الصبا محدودا، وللغائب نظر الى اعتياد رجوعه عن السفر او بلوغ الخبر عنه بالرضا والفسخ. فانما ذلك لبنائها الامرعلى المحدود المتعارف، والا فلم يظهر منها الالتزام. وان صار مفقود الخبر و ذهب من غيبته عشرون سنه، فالالتزام انما هو بمقدار المعتاد وهى لم تلزم الزايد عنه. فلايحسن ان يقال (انها التزم بالزوجه بحسب نظر ها الى ان يعود او يجى عنه الخبر، فلزم من جانبها ولا ينفسخ الابفسخه. لان الالتزام مصحح للعقد من جانبها ورفعته يحتاج الى الدليل فيصير الزوجه من باب زوجه مفقود الخبر، بالنسبه اليها، وان لم يتحقق الزوجه بعد من جانب المعقود له). لانا نقول: العاده، من باب المقيد لاطلاق. و ان لم يصرح بذلك ولم يتفطن لاحتمال عدم الرجوع وبلوغ الخبر. فصيروه الزوج مفقود الخبر بعد العقد يكشف عن عدم التزامها للزوجه رأسا، لا انه مستلزم للزوجه الى حين ظهور كونه مفقود الخبر حتى يقال: انه ذا ثبت الزوجه فى آن فهى مستمره و يحتاج رفعها الى الدليل. فالمرأه الغافله عن هذا المعنى عالمه بانها غير ملتزمه للزوجه على هذا التقدير رأسا. والعلم بالشئ لا يستلزم العلم بالعلم. ولو فرض العلم بذلك بان تتفطن بذلك وتلتزم بهامع ذلك فانه ايضا سفه، ولا يصح معاملتها ولا امضا وليها، كما مر لايقال: انها فى العقد الدائم البت ايضا لو تفطنت بان الزوج يصير مفقود الخبر بعد يوم او يومين، فلا يلزم الاستمرار والداوم حين العقد، فلا- فرق بين العقد للغائب فضولاو لعقد البت. لانا نقول: ان مقتضى العقد الدائم حين حضور الزوج هو الاستمرار بالذات، والذاتى لايتخلف باجرا حكم مفقود الخبر. اذ طرودذلك من الطوارى لهذه المهيه. بخلاف الفضولى فانه بالذات كالمعلق المشروط بالاجازه. فكانها قالت (التزمت بالزوجه ان أجاز الغائب)، بخلاف العقد الدائم [البات]. والقول ب (انه ليس هناك تعليق بل هو الترام الان يطر عدم الاجازه لا انه الترام ان اجاز)، محض تغيير العبارة. بل

هو فى الحقيقه تعليق والتعليق ايضا محدود بالمتعارف. لا- ان يكون معلقا على اجازة الى القيامه ولا دليل على بطلان التعليق فى العقود مطلقا. واما حكاية صيرورتها من باب (زوجه مفقود الخبر)، فليس منها عين ولا اثر فى كلمات الاصحاب والاخبار. اذ اخبارهم وفتاويهم ظاهره بل صريحه فى الزوجيه الثابته، لافى الفضولى. فلاوجه لان يعامل مع النكاح الفضولى معامله الزوجيه الثابته. مع ان نفى الضرر والعسر والخرج دليل مستقل، ولولا اجماع الاصحاب واخبارهم لقلنا بجواز الفسخ اولزوم الطلاق من الحاكم، ان لم تصبر الزوجه ولم يمكن العمل على مقتضى حكم مفقود الخبر (من الفحص اربع سنين فى الزوج المفقود الخبر) فى النكاح الثابت البات ايضا. ومما ذكرنا يظهر انه لو كان الغائب صغيرا وزوجه وليه ولايه بامرأه رشیده نكاحا تاما، ثم صار الصغير مفقود الخبر، فليس حكمه حكم الفضولى. بل لابد فيه من معامله مفقود الخبر. وقد تحقق بما ذكرنا ان لزوم العقد المذكور [و] صحته من فروع (اشتراط وجود المجيز عند العقد اما بالفعل او بالامكان الاستعدادى فى اقرب مراتبه، او با بعد منه اذا كان محدودا بوقت مضبوط ولو كان الانضباط بالعرف والعاده).

٣٧٦: سؤال:

٣٧٦: سؤال: الختان واجب او مستحب؟ وعلى الاول، فهل هو واجب لنفسه او لغيره؟ وما معناه؟ وهل يثبت فيه حقيقه شرعيه ام لا؟ وكيف الحال فى النساء؟

جواب:

جواب: لاختلاف فى وجوب الختان للرجل بين علما الاسلام، بل هو اجماع منهم. كما عن جماعه منهم بل كادان يكون ضروريا من الدين (١) واما رجحانه فضرورى. والاخبار فى ذلك تقرب من التواتر (٢) ولا ريب فى وجوبه على البالغ العاقل بعد كماله غير مختون فيختن نفسه. حتى ان الكافر اذا اسلم يجب ختان نفسه ولو طعن فى السن، بلا خلاف ظاهر -. وفى الكافى (عن السكونى عن ابي عبد الله - ع - قال: قال: أمير المؤمنين - ع - اذا اسلم الرجل اختتن ولو بلغ ثمانين سنه). (٣)

واما وجوبه على الولي قبل البلوغ: ففيه قولان، اظهرهما واشهرهما العدم. للاصل و١.

ص: ٦٠٧

١- قال صاحب الجواهر: بالضروره من المذهب والدين، التى استغنت بذلك عن تظافر النصوص، كغيرها من الضروريات - الجواهر، ج ٣١، ص ٢٦١.

٢- الوسائل، ج ١٥، ابواب احكام الاولاد، الباب ٥٢ الى ٥٩.

٣- المرجع: الباب ٥٥، ح ١ - الكافى، (الفروع)، ج ٢، ص ٩١.

خصوص صحيحه على بن يقطين (قال: سألت ابا الحسن - ع - عن ختان الصبي، لسبعة ايام من السنه هو؟ او يؤخر؟ فايهما افضل؟. قال: لسبعة ايام من السنه، وان آخر فلا بأس). (١) فان اطلاق الرخصه فى التأخير يشمل حين البلوغ قال فى المسالك: و فى الحديث (ان ابن عباس سئل: مثل من انت حين قبض رسول الله (صلى الله عليه و آله)؟ قال: انا يومئذ مختون وكانوا لا يختنون الرجل حتى يدرك). وفى صحيحه ابى بصير (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن الجاريه تسبى من ارض الشرك فتسلم فيطلب لها من يخفضها فلا يقدر على امرأه. فقال: اما السنه فالختان على الرجال، وليس على النساء). (٢)

وربما يستدل عليه با نه واجب لما هو مشروط به من العبادات، فلا يجب الابعد وجوبها. ولم سلم وجوبه لنفسه فانما هو على المكلف، لانه الاصل براه ذمه الولي. والقول الاخر فى التحريم، ولم نقف على دليل عليه. واما الامر الوارد فى الاخبار بختن الغلام يوم السابع، فمحمول على الاستحباب، سيما مه اقترانه بثقب الاذن الذى ليس بواجب جزما. واما الكلام فى انه واجب لنفسه او لغيره: فنقول: انه لا منافاه بينهما فقد يجتمعان، كالايمان الذى هو شرط صحه العبادات. والظاهر انه من هذا القبيل، لا طلاقات الادله. ولا- ينبغى الاشكال فى وجوبه لنفسه، وانما الاشكال فى وجوبه لغيره وان الغيرى شئ هو؟ فنقول: اما الطواف فالمشهور فى وجوبه له. بل قال فى المدارك (ان وجوبه له مقطوع به فى كلام الاصحاب) وظاهر المنتهى (انه موضع وفاق). ومثله مافى الذخيره الا انه قال (اكثر الاصحاب). وعن ظاهر ابن ادريس التوقف. ثم: ان الظاهر انه شرط فى الصحه ايضا. وعن ابى الصلاح (انه شرط الحج با جماع آل محمد - ص -). ويدل عليه الاخبار الصحيحه الناهيه عن طواف غير المختون، فان النهى يدل على الفساد فى العبادات. منها صحيحه معاويه بن عمار (عن الصادق - ع - قال: الاغلف لا يطوف بالبيت، ولا بأس ان تطوف المرأة) وصحيح حريز بن عبد الله و ابراهيم بن عمر (عنه - ع - قال: لا بأس ان تطوف المرأة غير المخفوضه، فاما الرجل فلا يطوف الا هو مختن). (٣) وظاهر اطلاق الاخبار والفتاوى عدم الفرق بين الواجب و ٣.

ص: ٦٠٨

١- المرجع: الباب ٥٤، ح ١.

٢- الوسائل، ج ٩، ابوبا مقدمات الطواف، الباب ٣٣، ح ١.

٣- الوسائل، ج ٩، ابوبا مقدمات الطواف، الباب ٣٣، ح ٣.

المندوب. ولا يجب في النسا كونها مخفوضه ولا يشترط حجهن به بلا خلاف، وقد صرح به لاخبار. وكذا الصبي للاصل وعدم انصراف الاخبار اليه. ويظهر الثمره في الاعتداد بعبادته على القول بشرعيتها، وجواز نكاحه بعد البلوغ. وكذلك الاظهر في الخنثى، لعدم، لذلك. وان كان الاحوط فيهما الاعتبار. وتامم الكلام في ذلك وظيفه كتاب الحج. واما غير الطواف: فلم اقف على مصرح به الا الشهيد الثاني في المسالك حيث قال - في كتاب النكاح في الدليل الذي ذكره للقول بعدم وجوب الختان على الولي قبل البلوغ - (ان الختان شرط في صحه الصلوه ونحوها من العبادات فلا يجب الامع وجوب المشروط). وكذلك قال بعد ذلك في مسأله ختان الخنثى: (في وجوبه في حق المشكل منها وتوقف صحه صلوته عليه، وجهان: من الاصل ومن عدم حصول اليقين بصحه العباده بدونه). وقال في مسأله امامه الاغلف (لم يصح صلوته فضلا عن الاقتدا به) يعني في صورته تركه مع التمكن منه. وقال في المدارك بعد ان حقق ان المنع من امامته انما هو اذا ترك الختان بلا عذر لفسوقه وان الكراهه انما هي مع العذر: (واعم ان المنع من امامه الاغلف مع قدره الى الاختتان لا يقتضى بطلان صلوته، لعدم توجه النهي الى حقيقه العباده. الا ان نقول باقتضا الامر بالشئ النهي عن الضد الخاص وجزما الشارع بالبطلان ولم نقف على مأخذه). اقول: بل يظهر مما رواه زيد بن علي عن آبائه عن علي (عليهم السلام) (قال: الاغلف لا يؤم القوم وان كان اقرئهم لانه ضيع من السنه اعظمها، ولا تقبل له شهاده ولا يصلى عليه، الا ان يكون ترك ذلك خوفا على نفسه) (1) عدم الاشتراط. فان الظاهر انه (عليه السلام) لم يمنع عن الامامه من اجل بطلان صلوته باعتبار فقد الشرط. بل منع لاجل فوته. والحاصل: انه لم يثبت من الادله اشتراط شئ من العبادات به الا الطواف. ويحتمل بعيدا ان يكون نظره في قوله باشتراط الصلوه به الى قوله - ع - (الطواف بالبيت صلوه). بنا على دلالة على اتحادهما في الاحكام الا ما اخرجه الدليل، وثبوت هذا الحكم في الطواف كاشف عن كون الصلوه ايضا كذلك. وفيه اشكال ١.

ص: ٦٠٩

واما السؤال عن حقيقة الختنة شرعا او عرفا: فلم يحضرني الا ان فيه كلام منهم في بيان ذلك، ولا ادعا (حقيقه شرعيه) فيه، ولا (حقيقه عرفيه فقهيه)، الاعباره الدروس حيث قال (والواجب كشف جميع البشره، فلوزاد الفاعل ضمن وان اذن له في الختان). اقول: البشره هي ظاهر جلد الانسان. ومن هذا يظهر ان الغلفه الايسمى بشره، بل هي جلده زائده شبه بشره الحشفه. وظاهره وجوب قطع جميع تلك الجلده ليكشف جميع ماتحتها وهو الحشفه. ومراده من قوله (فلوزاد الفاعل) يعنى قطع شئ من الحشفه ايضا. ثم قال (ولو فعل ذلك الحاكم في حراويرد مفرطين، قوى الشيخ الضمان في كتاب الاشربه وعدمه في كتاب الحدود من المبسوط). انتهى. والمرجع في امثال ذلك العرف واللغه، قال في القاموس (ختن الولد، يختنه، فهو ختين ومختون: قطع غرلته. والاسم ككتاب وكتابه. والختانه صناعته. والختان: موضعه من الذكر). وقال في باب الغرله بالمعجمه ثم المهمله (الغرله بالضم: القلفه. والاعرل: الاقلف). ثم قال (والأقلف من لم يختن). وقال في باب الغلف بالكسر (الغرله بالمهمله ثم المعجمه). وقال في باب الرغل (الغرله بالضم: القلفه والارغل: الاقلف). وقال في باب الغلاف (رجل اغلف - محركه -: اقلف. والغلفه بالضم: القلفه). وانت خبير بان هذه الكلمات لم تفد في بيان حقيقة الختن. لانها مستلزمه للدور. وقال في مجمع البحرين (الختان - بالكسر وهو يؤنث بالها - موضع القطع من الذكر. وقد يطلق على موضع القطع من الفرج. فالمراد بالتقا الختانين تقابل موضع قطعهما). وقال في باب الغلف (الغلف بالضم: الجلده التي تقطع في الختان. وجمعها غلف. مثل غرفه وغرف). وفي القاموس (الحشفه محركه: مافوق الختان). وفي مجمع البحرين (رأس الذكر من فوق الختان اذا قطعت وجبت الديه). ويحصل من ملاحظه مجموع كلماتهم أنه قطع الجلده التي هو كالغلاف للحشفه. وله نهايتان احديهما الذكر ويستره بحسب الخلقه غالبا ولهذا تجويف. والاخرى في منتهى التجويف في اصل الذكر. فلو فرض لصوق للجلده باصل الذكر يعالجون في فصله بادخال ميل تحت الجلده ثم يمدون الجلده ويجرونه الى الخارج بمقدار اذا قطعت ظهر رأس العضو غير مستتر بالجلد. هذا هو المتعارف بين الناس ولا ينافية كلام اهل اللغه. بقى الكلام في ان لحصول مصداقه المأمور به في الشرع حدا معينا - بمعنى انه يجب كون تمام رأس الذكر المسمى بالحشفه خارجا -؟ اويكفى ولو بقى شئ منها

مستورا -؟ فالذى يمكن ان يقال بدخوله فى المصداق جزما هو ما ظهر شبيه الرأس والعنق من الانسان، وما بعد الحلقة (الذى هو محل موسى) مثل جسد الانسان. وما يمكن القول بعد [م] دخوله فيه جزما [هو] مابقى بعد القطع ثقبه الاحليل مستوره بالجلده. والاشكال فى ما بين الامرين المذكورين. ولا يمكن الاستدلال بوجوب الاول بقولهم (اذا التقى الختانان وجب الغسل والحد والرجم) بتقريب تعليق الشارع. اذا لاغلب انها امور لا- دخل لوضع الشارع فيها، ومعيارها العرف واللغه. ولما كان ذلك العمل فعلا مرغوبا من حيث التلذذ والتنزه (حيث انه قد يجتمع تحت الجلده الاوساخ والغدرات التى بعد الجماع ويتنفر ويتقذر منه) فبنى المشرفون امرهم على ذلك وصار متعارفا بينهم. ولما كان استيصال تلك الجلده بالمره ادخل فى المقصود صار ذلك اصلا فى العرف والعاده وسمى موضع استيصال تلك الجلده ختانا عندهم بنا على الغالب والغرض الاصلى. ولكن لم يعرف من اهل العرف انهم جعلوا لفظ الختنه حقيقه فى ما حصل منه هذا الفرد الاكمل فقط، او لمطلق قطع الجلده. وصيروره لفظ الختان اسما للموضع الخاص الذى هو محل استيصال الغلفه بالمره وحقيقه فيه، لا يستلزم صيروره لفظ الختنه ايضا حقيقه فى ما استوصل تلك الجلده. وامر الشارع بالختن بقوله (اختنوا اولادكم) وامثال ذلك مما ورد فى وجوب الختنه انما هو فيما كان مبدأ الاشتقاق، ومفهوم اللفظ هو مطلق قطع الجلده. بمعنى انه لم يعلم امره باكثر من ذلك. فالشارع علق الاحكام الكثيره بدخول الاحليل فى الفرج الى حد يلتقى موضع استيصال تلك الجلده موضع خفض المراه. والمراد الموضع الذى من شأنه ذلك. لاما حصل فيه بالفعل. والالـم يجب الغسل على غير المختون وعلى من بقى نصف حشفته مستورا وعلى من خلق مختونا. فلا مدخله لذلك. ولزوم ايجاب الشارع الختان الى هذا الحد [بل وجوب الختان] امر آخر وحكم برأسه، مع قطع النظر عن الاحكام المترتب عليه. فلا بد من معرفه ان الشارع هل اوجب ذلك على وفق الجد الذى بنى عليه اهل العرف فى الاغلب، وما يكون المقصود حصول الغرض المترتب عليه اكثر و هو حد استيصال الغلفه بالمره -؟ او اكتفى بالمسمى (يعنى مسمى قطع تلك الجلده، سوا تحقق ما هو مطابق لوفق مقصد اغلب الناس ومؤسس هذا العمل ام لا)؟. والذى يتحصل من كلمات اهل اللغه هو ما يتضمن قطع الجلده لتي هى غلاف

الحشفه. واما الاستيصال رأسا فلا يفهم. كما ان قطع الاوداج الاربعه فى الذبح يحصل بفصل شئ منها من الباقي وان كان المفصول قليلا والباقي كثيرا. ولم يعلم من الشرع از يد من ذلك، مع حصول المعنى اللغوى والعرفى بذلك. فقطع الغرله والغلفه ايضا يحصل بذلك، والاصل براه الذمه عما هو از يد من ذلك. نعم الظاهر ان ظهور ثقبه الحشفه مما لا بد منه. فلا يكفى مع استتاره وان قطع من الجلده شئ. كما يشعر بذلك الاخبار الوارده فى مذمه الاغلف، فان الظاهر منه المستتر با جمعه. ويؤيد ذلك (بل يدل عليه) ماورد فى وجوب اعاده الختان ان نبت الغلفه بعده فقد روى الصدوق فى كتاب اكمال الدين بسنده عن ابي الحسين محمد بن جعفر الاسدى فى ما ورد عليه من التوقيع عن محمد بن عثمان العمرى فى جواب مسائله عن صاحب الزمان (عليه السلام) (واما سألت عنه من امر المولود الذى تنبت غلفته بعدما يختن، هل يختن مره اخرى. فانه يجب ان تقطع غلفته، فان الارض تضح الى الله عزوجل من بول الاغلف اربعين صباحا) (١) ورواه الطبرسى ايضا فى الاحتجاج. ووجه الدلاله: ان الظاهر ان المراد به نبات الغلفه وصيرورتها بالصوره الاولى. وهذا لا يمكن غالبا فى مالو استوصل الغلفه، بل هو فى ما قطع قليل منها، فيظهر من الروايه انه لو لم تنبت ثانيا فى هذه الصوره لكان كافيا. وتعليقه (عليه السلام) بضجيج الارض من بول الاغلف يشهد بان مورد السؤال كان كذلك. ويؤيد ما ذكرنا ايضا ماورد فى استحباب امرار موسى على من ولد مختونا، كما رواه الصدوق ايضا فى كتاب المذكور (عن ابن ابي عمير: قال: سمعت ابا الحسن موسى بن جعفر (عليه السلام) يقول لما ولد الرضا: ان ابني هذا ولد مختونا، وليس من الائمه - عليهم السلام - احد يولد الامختونا ظاهرا مطهرا، ولكننا سنمر عليه موسى لاصابه السنه و اتباع الحنيفيه). (٢) وجه التأييدانه يحصل اصابه السنه بمانحن فيه بالطريق الاولى. و يؤيده ايضا الروايه التى وردت فى ان ساره لما عابت هاجر وأزرتها من اجل كونها غير مخفوضه، ولد لها اسحاق غير مختون، وأمر ابراهيم بختن اسحاق واذاقته حر الحديد لا زرا ساره هاجر. وجرت به السنه فى اولاد اسحاق بعد ذلك، بعد ما كان السيره فى اولاد الانبيا ان يسقط غلفتهم يوم السابع مع سرهم (٣) وان اذاقه حر الحديد يحصل وان لم ٦.

ص: ٦١٢

١- المرجع: الباب ٥٧، ح ١.

٢- المرجع: الباب ٥٣، ح ١.

٣- المرجع: الباب ٥٢، ح ٦.

يستأصل الغلفه. ويشير اليه الدعا الوارد في الختان انه يقول (اللهم هذه سنتك [وسنه نبيك واتباع منالك ولدنيك بمشيتك وبارادتك لامراردته وقضا حتمته وامرا نفذته] فاذقته حر الحديد في ختانه وحجامته لامرانت اعرف به مني [اللهم فطهره من الذنوب وزد في عمره وادفع الافات عن بدنه والاوراجاع عن جسمه وزده من الغنى وادفع عنه الفقر فانك تعلم ولا تعلم]). (١)

ويؤيده ايضا صحيحه محمد بن مسلم عن الصادق (عليه السلام) في جملتها ان رسول الله (صلى الله عليه وآله) - قال لام حبيبه التي كانت خافضه تخفض الجوارى (اذا انت فعلت فلا تنهكى ولا تستأصلي واشمى فانه اشرق للوجه واحظى عن الزوج). (٢) قوله - ص - (واشمى) يعنى خذى منه قليلا شبه القطع اليسير في ختان المرأة باشمى الرائحه، و (النهك) المبالغه فيه. اى اقطعى بعضا وابقى بعضا. و (احظى عند الزوج) اى احب اليه. وروايه عمرو بن ثابت (عن ابي عبد الله - ع - قال: كانت امرأه يقال لها ام طيبه تخفض الجوارى، فدعاها النبي - ص - فقال: يا ام طيبه اذا خفضت فاشمى ولا تجحفى فانه اصفى للون الوجه واحظى عند البعل). (٣)

ووجه التأييد في الخبرين ان تقييد اطلاق ماورد في خفض الجوارى بلفظ (الخفض) في بعضها ولفظ (الختن) في بعضها، بهاتين الروايتين بدون تعيين في المقدار، يفيد ان مسمى القطع كاف في حصول المكرمه والرجحان. وحاصل المقام: ان الذى ثبت في العرف كونه مطلوباً هو ظهور مجموع الحشفه بقطع الجلده التي هي غلافها وقصد ذلك. سوا حصل تمام المقصود ام لا. فمن ختن ولم يستأصل جلدته يصدق عليه انه فعل به هذا الفعل. والشارع ايضا امر بفعل ما يصدق به ذلك لا بشرط حصول تمام المقصود. ويحصل الامثال بذلك وان لم يستأصل، والاصل عدم ثبوت الامر بالاستيصال. واما لزوم الاعاده لولبت الجلده ثانيا بحيث احاط الثقبه، فلاجل صدق (الاغلف) حينئذ فالمستفاد من الاخبار شيان: احدهما ذم الاغلف وبطلان طوافه (مثلا وغير ذلك) والمنع عن الاغلفيه. والثاني كونه مختونا. فلو فرض ٢.

ص: ٦١٣

١- المرجع: الباب ٥٩، ح ١.

٢- وسائل، ج ١، ابواب مايكتسب به الباب ١٨، ح ١.

٣- المرجع: الباب ح ٢.

صيرورته مختونا بسبب قطع بعض الجلد حصل الامتثال من هذه الجبهة ولم يحصل (١) الامتثال من جهة لزوم الاحتراز عن كونه اغلف. فتأمل في ماذكرنا بنظر دقيق فانه تحقيق حقيق بالتصديق. فما يظهر من الدروس من وجوب كشف جميع بشره، ان اراد منه كشف بشره الحشفه باجمعها، لم يرتبط بدليل تام. واما السؤال عن خفض الجوارى فلا خلاف في استحبابه، وعدم ظهور الخلاف يكفي للمسامحه في السنن. وان كان الاخبار ليست بصريحه في الاستحباب، بل في بعضها نفى كونه من السنه. ففي صحيحه عبد الله بن سنان (عن الصادق - ع - قال: ختان الغلام من السنه وخفض الجاريه ليس من السنه). (٢) وقدم صحيحه ابي بصير، وفي روايه غياث بن ابراهيم (عنه عن ابيه عليهما السلام قال: قال علي - ع - لا بأس ان لا تختن المرأة. فاما الرجال فلا بد منه) (٣) وروى في الكافي عن مسعده بن صدقه (عن الصادق - ع - قال: خفض النساء مكرمه وليس من السنه ولا شيئاً واجباً، وإي شيء أفضل من المكرمه) (٤) ورواه عبد الله بن سنان (عنه - ع - قال: الختان سنه للرجال ومكرمه للنساء). (٥) ولا يخلوان من اشعار بالاستحباب. ولعل المراد بالمكرمه كونها مكرمه عند زوجها. واما حقيقه الخفض: فقال في القاموس (وخفض الجاريه، كختن الغلام خاص بهن). ويؤدى مؤداه ما في مجمع البحرين. قال في القاموس (اما عذره المرأة وهي جلده كعرف الديك - وفي بعض النسخ (كفرق الديك). ولعله الاظهر - بين الشفرين في اعلى الفرج فوق مدخل الذكر وفوق مخرج البول اذا قطعت. فهي اصلها كالنواه تشاهد عند الهزال وتستتر عند السمن. فيستحب ازالته. ولا يملك الحاكم اجبارها، فلوا جبرها او قطعها اجنبى حسبه ضمن السرايه. وفي ضمان المقطوع عندى نظر، ولم اقف فيه على كلام. فان قلنا به، ضمن الارش في اقرب از منه الجرح من الاند مال. واما عذره البكاره: فمضمونه الا على الزوج، على كلام المبسوط. .

ص: ٦١٤

١- عبارته النسخه... بسبب قطع بعض الجلد و حصل الامتثال من هذه الجبهة و لكن لم يحصل...

٢- وسائل، ج ١٥، ابواب احكام الاولاد، الباب ٥٦، ح ٢.

٣- المرجع: الباب ٥٢، ح ٨.

٤- المرجع: الباب ٥٦، ح ٣.

بسمه تعالی

هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

آیا کسانی که می‌دانند و کسانی که نمی‌دانند یکسانند؟

سوره زمر / ۹

مقدمه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان، از سال ۱۳۸۵ هـ. ش تحت اشراف حضرت آیت الله حاج سید حسن فقیه امامی (قدس سره الشریف)، با فعالیت خالصانه و شبانه روزی گروهی از نخبگان و فرهیختگان حوزه و دانشگاه، فعالیت خود را در زمینه های مذهبی، فرهنگی و علمی آغاز نموده است.

مرامنامه:

موسسه تحقیقات رایانه ای قائمیه اصفهان در راستای تسهیل و تسریع دسترسی محققین به آثار و ابزار تحقیقاتی در حوزه علوم اسلامی، و با توجه به تعدد و پراکندگی مراکز فعال در این عرصه و منابع متعدد و صعب الوصول، و با نگاهی صرفاً علمی و به دور از تعصبات و جریانات اجتماعی، سیاسی، قومی و فردی، بر مبنای اجرای طرحی در قالب «مدیریت آثار تولید شده و انتشار یافته از سوی تمامی مراکز شیعه» تلاش می نماید تا مجموعه ای غنی و سرشار از کتب و مقالات پژوهشی برای متخصصین، و مطالب و مباحثی راهگشا برای فرهیختگان و عموم طبقات مردمی به زبان های مختلف و با فرمت های گوناگون تولید و در فضای مجازی به صورت رایگان در اختیار علاقمندان قرار دهد.

اهداف:

۱. بسط فرهنگ و معارف ناب ثقلین (کتاب الله و اهل البيت عليهم السلام)
۲. تقویت انگیزه عامه مردم بخصوص جوانان نسبت به بررسی دقیق تر مسائل دینی
۳. جایگزین کردن محتوای سودمند به جای مطالب بی محتوا در تلفن های همراه ، تبلت ها، رایانه ها و ...
۴. سرویس دهی به محققین طلاب و دانشجو
۵. گسترش فرهنگ عمومی مطالعه
۶. زمینه سازی جهت تشویق انتشارات و مؤلفین برای دیجیتالی نمودن آثار خود.

سیاست ها:

۱. عمل بر مبنای مجوز های قانونی
۲. ارتباط با مراکز هم سو
۳. پرهیز از موازی کاری

۴. صرفاً ارائه محتوای علمی

۵. ذکر منابع نشر

بدیهی است مسئولیت تمامی آثار به عهده ی نویسنده ی آن می باشد .

فعالیت های موسسه :

۱. چاپ و نشر کتاب، جزوه و ماهنامه

۲. برگزاری مسابقات کتابخوانی

۳. تولید نمایشگاه های مجازی: سه بعدی، پانوراما در اماکن مذهبی، گردشگری و...

۴. تولید انیمیشن، بازی های رایانه ای و ...

۵. ایجاد سایت اینترنتی قائمیه به آدرس: www.ghaemiyeh.com

۶. تولید محصولات نمایشی، سخنرانی و...

۷. راه اندازی و پشتیبانی علمی سامانه پاسخ گویی به سوالات شرعی، اخلاقی و اعتقادی

۸. طراحی سیستم های حسابداری، رسانه ساز، موبایل ساز، سامانه خودکار و دستی بلوتوث، وب کیوسک، SMS و...

۹. برگزاری دوره های آموزشی ویژه عموم (مجازی)

۱۰. برگزاری دوره های تربیت مربی (مجازی)

۱۱. تولید هزاران نرم افزار تحقیقاتی قابل اجرا در انواع رایانه، تبلت، تلفن همراه و... در ۸ فرمت جهانی:

۱. JAVA

۲. ANDROID

۳. EPUB

۴. CHM

۵. PDF

۶. HTML

۷. CHM

۸. GHB

و ۴ عدد مارکت با نام بازار کتاب قائمیه نسخه :

۱. ANDROID

۲. IOS

۳. WINDOWS PHONE

۴. WINDOWS

به سه زبان فارسی ، عربی و انگلیسی و قرار دادن بر روی وب سایت موسسه به صورت رایگان .

در پایان :

از مراکز و نهادهایی همچون دفاتر مراجع معظم تقلید و همچنین سازمان ها، نهادها، انتشارات، موسسات، مؤلفین و همه

بزرگوارانی که ما را در دستیابی به این هدف یاری نموده و یا دیتاهای خود را در اختیار ما قرار دادند تقدیر و تشکر می نماییم.

آدرس دفتر مرکزی:

اصفهان - خیابان عبدالرزاق - بازارچه حاج محمد جعفر آباده ای - کوچه شهید محمد حسن توکلی - پلاک ۱۲۹/۳۴ - طبقه اول

وب سایت: www.ghbook.ir

ایمیل: Info@ghbook.ir

تلفن دفتر مرکزی: ۰۳۱۳۴۴۹۰۱۲۵

دفتر تهران: ۰۲۱ - ۸۸۳۱۸۷۲۲

بازرگانی و فروش: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

امور کاربران: ۰۹۱۳۲۰۰۰۱۰۹

مرکز تحقیقات رایانگی
خاتمیه اصفهان



برای داشتن کتابخانه های تخصصی
دیگر به سایت این مرکز به نشانی
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

مراجعه و برای سفارش با ما تماس بگیرید.

۰۹۱۳ ۲۰۰۰ ۱۰۹

