



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبحان

للغافل



عليه
صباح
الرمضان

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



العروة الوثقى

كتاب

المشهور والعظيم في أحكام الفقه الإسلامي

والتعليق عليها

الجزء الخامس عشر

المضام - الحوالة - النكاح - الوصية

المجلد

مكتبة الفقه الإسلامي - طهران

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

العروة الوثقى والتعليقات عليها

كاتب:

موسسه جهانى سبطين عليهما السلام

نشرت فى الطباعة:

موسسه السبطين (عليه السلام) العالميه

رقمى الناشر:

مركز القائميه باصفهان للتحريريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
٢٢	العروه الوثقى و التعليقات عليها المجلد ١٥
٢٢	اشاره
٢٣	اشاره
٢٩	كتاب الضمان
٢٩	اشاره
٣١	معنى الضمان وإطلاقاته وشرايطه
٣١	اشاره
٣٢	أحدها: الإيجاب
٣٣	الثانى: القبول من المضمون له
٣٦	الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً
٣٧	الرابع: كونه مختاراً
٣٨	الخامس: عدم كونه محجوراً
٣٩	السادس: عدم كون الضامن مملوكاً
٤٣	السابع: التنجيز
٤٩	الثامن: ثبوت الدين فيذمه المضمون عنه
٥٢	التاسع: عدم اشتغال ذمه الضامن
٥٤	العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه
٥٥	عدم اعتبار العلم بمقدار المضمون أو جنسه
٥٧	انتقال الحق إلى ذمه الضامن بالضمان
٥٩	إبراء ذمه الضامن والمضمون عنه
٦١	لزوم الضمان من طرف الضامن والمضمون له وحكم ضمان المعسر
٦٢	اشتراط الخيار وغيره فى الضمان
٦٤	تبيين كون الضامن مملوكاً

- ٦٤ ضمان الدّين الحالّ مؤجّلاً وبالعكس
- ٦٥ موت الضامن وحلول الدّين المؤجّل
- ٦٥ ضمان الدّين المؤجّل حالاً بإذن المضمون عنه
- ٦٥ ضمان الدّين المؤجّل بأقلّ من أجله وأدائه
- ٦٦ حكم الضمان من غير إذن المضمون عنه
- ٦٧ ليس للضامن الرجوع إلّا بعد الأداء بمقدار ما أدى
- ٧٢ احتساب المضمون له الدّين على الضامن من الحقوق الشرعيّه
- ٧٣ بيع المضمون له بما يساوى أقلّ من الدّين
- ٧٥ لو دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل الأداء
- ٧٧ لو دفع المضمون عنه بأمر الضامن
- ٧٩ إذا دفع المضمون عنه بغير إذن الضامن
- ٧٩ إذا ضمن تبرّعاً فضمن عنه ضامن
- ٧٩ ضمان الدّين بأقلّ منه أو أكثر
- ٨٠ الضمان بغير جنس الدّين
- ٨٠ الضمان بشرط الرهانه
- ٨١ إذا كان على الدّين رهن فهل ينفك بالضمان؟
- ٨٢ اشتراط الضمان في مالٍ معيّن وما فيه من أقسام
- ٨٦ إذن المولى لعيده بالضمان في كسبه
- ٨٧ ضمان إثنين عن واحد
- ٩١ ضمان كلّ من المدينين ما عليه للاخر
- ٩٤ عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدّين
- ٩٥ ضمان ما تشهد به البيّنه
- ٩٧ جواز الدور في الضمان
- ٩٧ ضمان دّين الفقير بالوفاء من الخمس ونحوه
- ٩٩ كون الدّين زكاه أو خمساً
- ١٠٠ الضمان في مرض الموت

١٠٠	ضمان ما يعتبر مباشره المديون له وضمان الكلى فى المعين
١٠١	حكم ضمان نفقه الزوجه والأقارب
١٠٤	ضمان مال الكتابه
١٠٥	حكم ضمان مال الجعاله والسبق والرمايه
١٠٧	حكم ضمان الأعيان المضمونه
١١٣	حكم ضمان درك الثمن للمشتري
١١٤	ضمان أرش المعيب
١١٤	ضمان عهده الثمن وتبين بعض المبيع مستحقاً
١١٧	ضمان ما يحدثه المشتري فى الأرض
١٢٠	ضمان المتاع الملقى فى البحر لغرض عقلاى
١٢٢	اختلاف المضمون له والمضمون عنه
١٢٤	اختلاف الضامن والمضمون له
١٢٤	اختلاف الضامن والمضمون عنه
١٢٤	إنكار الضامن الضمان
١٣٠	لو ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له
١٣٠	لو أذن له المدين فى وفاء دينه بلا ضمان فوفى
١٣٢	كتاب الحواله
١٣٢	اشاره
١٣٤	تعريف الحواله وشرايطها العامه
١٣٧	الشرايط المعتمده فى الحواله
١٣٧	الأول: الإيجاب والقبول
١٤٧	الثانى: التنجيز
١٤٨	الثالث: الرضا من المحيل والمحتال
١٥١	الرابع: كون المحال به ثابتاً فى ذمه المحيل
١٥٤	الخامس: كون المحال به معلوماً جنساً وقدرأ لهما
١٥٧	السادس: تساوى المالين المحال به والمحال عليه

- ١٦٠ حكم الحوالة بالمنفعة والعمل
- ١٦١ براءة ذمه المحيل بمجرد تحقق الحوالة
- ١٦١ عدم وجوب قبول الحوالة
- ١٦١ لزوم الحوالة ما لم تكن على معسر
- ١٦٢ الحوالة على البريء
- ١٦٣ اشتراط خيار الفسخ
- ١٦٣ جواز الدور والتزامى فى الحوالة
- ١٦٣ جواز التبتع عن الغير
- ١٦٣ لو ادعى المحيل على المحال عليه مالا فأنكره
- ١٦٦ اشتغال ذمه المحيل للبريء عند الحوالة أو الأداء
- ١٦٩ حوالة السيد على مكاتبه بمال الكتابه وفروع فى المقام
- ١٧٣ الاختلاف فى كون الواقع حوالة أو وكالة
- ١٧٨ إذا وقعت الحوالة على المشتري وبالعكس وتبين بطلان البيع
- ١٨١ إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين
- ١٨٤ إذا أحال على وكيله بمال شخصى فى يده
- ١٨٦ كتاب النكاح
- ١٨٦ اشاره
- ١٨٨ فصل [فى فضل النكاح وأدابه]
- ١٨٨ التزوج بالنساء وحبهن من سنن الإسلام المؤكده
- ١٩٠ كراهه العزوبه وثبوت الاستحباب للنكاح من غير اختصاص بواحدة أو بنوع
- ١٩١ حكم النكاح بالنظر إلى طبيعه والطوارئ
- ١٩٥ مستحبات من أراد التزويج
- ١٩٨ المكروه عند إيقاع العقد
- ١٩٩ ترجيح جمله صفات للتزويج
- ٢٠١ الأخبار فى كراهه تزويج جمله من الرجال وما تحمل عليه
- ٢٠٢ مستحبات الدخول على الزوجه

- أكل ما ينثر في الأعراس ٢٠٣
- مستحبات ومكروهات الجماع ٢٠٥
- أوقات كراهه الجماع ٢٠٥
- جمله من سنن النكاح وآدابه ٢٠٦
- النظر إلى المرأة لمن يريد تزويجها ٢٠٨
- نظر المرأة إلى الرجل الذي يريد تزويجها ٢١٠
- النظر إلى نساء أهل الذمه وسائر الكفار ٢١١
- نظر كل من الرجل والمرأة لِمَمَاتِلِهِ ٢١٣
- حَلَّتِيهِ كَلَّ الْمَرْأَةَ لِزَوْجِهَا وَالرَّجُلَ لِزَوْجَتِهِ ٢١٤
- نظر الخنثى إلى الذكر وبالعكس ٢١٤
- حكم النظر إلى الأجنبية وهي إلى الأجنبية وحكم الوجه والكفين ٢١٤
- النظر إلى المحارم ٢١٦
- نظر السيد إلى مملوكته ٢١٦
- موارد الاستثناء من الحرمة في الأجنبية والأجنبيته ٢١٩
- حمل وتقبيل الصبيته من غير المحارم ٢٢١
- نظر المملوك والخصى لِمَا لِكْتِهْمَا ٢٢١
- نظر المرأة للرجل الأعمى ٢٢١
- سماع صوت الأجنبيةته ٢٢١
- مصافحه الأجنبية للأجنبيته ٢٢٣
- السلام على النساء من غير المحارم ٢٢٤
- الجلوس في مجلس المرأة قبل برده ٢٢٤
- الاستئذان على الأب ٢٢٥
- تفريق الأطفال في المضاجع ٢٢٦
- النظر إلى العضو المبان من الأجنبية ٢٢٦
- وصل شعر المرأة بشعر غيرها ٢٢٧
- عدم اقتضاء جواز النظر جواز المست ٢٢٨

- ٢٢٨ اعتبار عدم التعدى عن مقدار الضروره
- ٢٢٨ كراهه خروج النساء واختلاطهن بالرجال
- ٢٢٩ اشتباه محلل النظر والتستر مع محزمه بالشبهه المحصوره وغيرها
- ٢٣٦ وجوب التستر على النساء وحرمة النظر على الرجال وحكم العكس
- ٢٣٨ تحديد النظر المحزم
- ٢٤٠ فصل [فى ما يتعلّق بأحكام الدخول على الزوجه]
- ٢٤٠ اشاره
- ٢٤٠ حكم وطء الزوجه والمملوكه فى الدبر
- ٢٤٠ حكم وطء الحائض دبراً
- ٢٤١ هل يتحقّق النشوز بعدم تمكين الزوجه من وطئها دبراً؟
- ٢٤١ اشتراك الوطاء فى الدبر والقبل فى جملة الأحكام
- ٢٤٥ تحقّق الحنث بالوطء دبراً لو حلف على الترك
- ٢٤٦ موارد العزل
- ٢٤٨ ترك وطء الزوجه أكثر من أربعة أشهر
- ٢٥٣ حكم ما لو كانت المرأه لا تصبر عن مواقعه إلى أربعة أشهر
- ٢٥٣ تدارك ما فات من ترك الوطاء لمانع
- ٢٥٧ فصل [فى وطء الزوجه الصغيره]
- ٢٥٧ حرمة وطء الزوجه قبل إكمال تسع سنين
- ٢٥٧ التحريم بإفشاء الصغيره قبل إكمال التسع
- ٢٥٨ وجوب الديه وتعلّق النفقه للمفضاه
- ٢٥٩ حقيقه الإفشاء وأنه لا فرق فيه بالدخول قبلاً ودبراً
- ٢٦٠ اختصاص الحكم بالزوجه الصغيره بالمفضاه بالوطء دون غيرها
- ٢٦٢ الدخول بالزوجه بعد إكمالها التسع
- ٢٦٣ حكم المفضى إذا كان صغيراً أو مجنوناً
- ٢٦٣ ضمان من عيبت بغير الإفشاء
- ٢٦٣ وطء من شكّ فى إكمالها تسع سنين

- ٢٦٧ ----- جريان أحكام الزوجية بعد الإفضاء
- ٢٦٨ ----- عدم سقوط النفقة بنشوز المفضاء
- ٢٧٠ ----- فصل [في ما يجوز من عدد الأزواج]
- ٢٧٠ ----- حرمة الزيادة على الأربع في العقد الدائم وجوازه في الملك والتحليل والمنقطع
- ٢٧٠ ----- الجمع بين أزيد من أمتين للحز وأزيد من حزتين للعبد
- ٢٧٠ ----- صور الجمع للحز والعبد
- ٢٧١ ----- حكم العبد والأمة المبعضين
- ٢٧٤ ----- عتق العبد عن ثلاث أو أربع إماء
- ٢٧٦ ----- الشك في أن عقد الأربع بالدائم
- ٢٧٧ ----- من كان عنده أربع فطلق واحدة وأراد نكاح الخامسة
- ٢٨٠ ----- فصل [في التزويج في العدة]
- ٢٨٠ ----- حرمة التزويج في عده الغير
- ٢٨٠ ----- تحريم المزوج في العده مطلقاً دوماً ومتعه قبلاً دخل أو دبراً
- ٢٨١ ----- ما لا يلحق بالتزويج في العده من الموارد
- ٢٨١ ----- عدم إلحاق وطء المعتده شبهه ولا زناً ما عدا الرجعية
- ٢٨٤ ----- التزويج في العده من قبل الولي والوكيل
- ٢٨٦ ----- جواز تزويج من في العده لنفسه
- ٢٨٨ ----- المناطق في الدخول المعتبر شرطاً في الحرمة الأبدية
- ٢٨٩ ----- الشك في كون المرأة في العده
- ٢٩١ ----- العلم بالعدة والشك في الدخول والعلم بالدخول والشك من جهة أخرى
- ٢٩٢ ----- العلم الإجمالي بكون إحداهما في العده
- ٢٩٣ ----- من علم بالعدة شك في أنها لنفسه أو لغيره
- ٢٩٤ ----- الزواج بذات البعل وصوره
- ٢٩٥ ----- التزوج بامرأة عليها عده لم تشرع فيها
- ٢٩٦ ----- الزواج بذات العده جهلاً والحمل منها
- ٢٩٩ ----- إذا اجتمعت عدد مختلفه هل تتداخل أم تتعدّد؟

- ٣٠٣ حكم ما لو كانت العَدَّتَانِ لشخصٍ واحدٍ
- ٣٠٤ ثبوت المهر للموطوءه أو المزوجة في العَدَّة
- ٣٠٥ مبدأ العَدَّة في وطء الشبيهه
- ٣٠٥ حكم الموطوءه بالشبيهه لو كانت عالمه في الحزه والأمه
- ٣٠٧ حكم المهر لو تعدد الوطاء
- ٣٠٨ أحكام نكاح الزانيه
- ٣٠٩ لا تحرم على الرجل امرأته بزناها
- ٣١٠ الزنا بذات البعل
- ٣١٢ الزنا بذات العَدَّة الرجعيه
- ٣١٢ من لاط بغلام فأوقبه وايجاهه الحرمه على أمه وبنته وأخته وعدمها في الموطوء
- ٣١٧ الأم الرضاعيه كالنسبيه من جهه الحرمه وكذا الأخت والبننت
- ٣١٧ حكم الوطاء غير العمدي
- ٣١٨ الشك في تحقق الإيقاب وعدمه
- ٣١٩ فصل [من المحرمات الأبدية: التزويج حال الإحرام]
- ٣١٩ التزويج حال الإحرام وفروع في البطلان والتحریم
- ٣٢١ من تزوج عالماً بالحرمه غافلاً عن كونه محرماً أو ناسياً
- ٣٢١ وطء الزوجه في حال الإحرام
- ٣٢١ بطلان التزويج من غير جهه الإحرام
- ٣٢٣ الشك في كون التزويج في الإحرام أو قبله أو بعده
- ٣٢٥ حكم إنكشاف فساد الإحرام أو إفساده
- ٣٢٦ رجوع المحرم في الطلاق في العَدَّة الرجعيه
- ٣٢٦ جواز التوكيل للمحرم في إيقاع التزويج
- ٣٢٦ إجازة عقد الفضولي في حال الإحرام وبعده
- ٣٢٨ فصل [في المحرمات بالمصاهره]
- ٣٢٨ اشاره
- ٣٢٨ حقيقه المصاهره

- ٣٢٨ حرمة زوجه الأب والابن على الآخر
- ٣٢٩ حرمة مملوكه الأب على الابن وبالعكس
- ٣٣٠ حرمة أم الزوجه على الزوج
- ٣٣٠ حرمة البنت على الزوج الداخل بأمها
- ٣٣٠ تحديد الدخول المحزم
- ٣٣١ وطء الأب والابن مملوكه الآخر
- ٣٣١ جواز وطء الأب مملوكه ابنه الصغير
- ٣٣٢ حكم ما لو زنى الأب أو الابن بمملوكه الآخر
- ٣٣٣ حكم وطء الأب أو الابن مملوكه الآخر شبيهه
- ٣٣٤ نكاح المرأة على عمّتها أو خالتها وبالعكس
- ٣٣٤ شمول الحكم لمطلق العمه والخاله بلا فرق ولا استثناء حال
- ٣٣٥ اقتران العقدين على العمه وبنت أخيها أو الخاله وبنت أختها
- ٣٣٦ عدم الفرق في العمه والخاله مسلمتين وغيرهما وبين الدنيا والعليا منهما
- ٣٣٧ كفايه الرضا الباطنى
- ٣٣٧ عدم كفايه الإذن السابق في التزويج
- ٣٣٨ الرجوع عن الإذن بعد العقد
- ٣٣٨ كفايه الإذن وإن كان عن غرور
- ٣٣٨ اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعى
- ٣٣٩ الاشتراط على العمه أو الخاله الإذن في تزويج بنت الأخ أو الأخت
- ٣٤٢ صحه العقد بالإذن اللاحق
- ٣٤٢ حكم الشكّ في سبق أحد العقدين واقترانه
- ٣٤٢ إذا ادعتا عدم الإذن وادّعى هو الإذن
- ٣٤٢ الشكّ في حصول إذن العمه أو الخاله
- ٣٤٣ صحه التزويج إذا حصلت البنتيه بعده أو كان الجمع بينهما حال الكفر ثمّ أسلم
- ٣٤٣ تزويج بنت الأخ أو الأخت لو طلق عمّتها أو خالتها
- ٣٤٣ حكم المملوكتين والمختلفتين

- ٣٤٤ الزنا الطارئ على التزويج
- ٣٤٥ الزنا السابق على التزويج
- ٣٤٦ حكم الوطاء بالشبهه
- ٣٤٧ الزنا بمملوكه الأب والعكس
- ٣٤٧ ترتب حكم الزنا بالوطء فى القبل أو الدبر
- ٣٤٧ بعض فروع الشك فى الزنا
- ٣٤٨ حصول الزنا بالاختيارى والاضطرارى بالبالغه وغيرها
- ٣٤٩ حكم ما لو زنا لاحقاً ثم طلق زوجته وأراد الرجوع لها
- ٣٥٠ الزنا بعد التزويج بالفضولى
- ٣٥١ النظر واللمس بشهوه هل ينشر الحرمه؟
- ٣٥٣ الجمع بين الأختين فى النكاح وفى الملك
- ٣٥٦ التزويج بإحدى الأختين وملك الأخرى
- ٣٥٦ وطء إحدى الأختين بالملك والتزويج بالأخرى
- ٣٥٨ بطلان عقد الثانيه بعد التزويج بالأولى
- ٣٥٩ حكم ما لو تزويج بالأختين واشتبه السابق واللاحق
- ٣٦٤ حكم اقتران عقد الأختين
- ٣٦٦ حكم وطء إحدى الأختين المملوكتين
- ٣٦٧ وطء الثانيه بعد وطء الأولى
- ٣٦٨ حكم الجمع بين الأختين من الزنا
- ٣٦٨ حكم التزويج بإحدى الأختين فى عدّه أختها
- ٣٦٩ حكم التزويج بإحدى الأختين مع الزنا بالأخرى أو وطئها شبيهه
- ٣٧٠ حكم الجمع بين فاطميتين
- ٣٧٣ التزويج بالإماء
- ٣٧٥ تزويج الأمه مع عدم الشرطين
- ٣٧٥ تحقّق الشرطين وزوالهما بعد التزويج
- ٣٧٥ الوطاء بالتحليل أو بملك اليمين

- ٣٧٦ تزويج حزه لا يقدر على مقاربتها
- ٣٧٦ من لم تكفه مع الشرطين أمه واحده
- ٣٧٧ طلب الحزه مهراً بمقدار يعد ضرراً عليه
- ٣٧٩ فصل [حكم نكاح الأمه على الحزه]
- ٣٧٩ جواز نكاح الأمه على الحزه مع إذنها بالشرطين
- ٣٨٠ نكاح الحزه على الأمه
- ٣٨١ نكاح الحزه والأمه في عقد واحد
- ٣٨١ نكاح المبعوضه على المبعوضه أو الحزه
- ٣٨٢ حكم موت الحزه أو طلاقها بعد عقد الأمه
- ٣٨٢ حكم التزويج بالأمه في عدّه الحزه
- ٣٨٣ نكاح الأمه بعد التزويج الفضولي بحزه
- ٣٨٤ الشكّ في السابق من عقد الحزه والأمه
- ٣٨٥ الاشتراط في عقد الحزه إذنها في نكاح الأمه
- ٣٨٧ فصل [في نكاح العبيد والإماء]
- ٣٨٧ اشاره
- ٣٨٧ أمر تزويج المملوك عبداً وأمه لسيدّه
- ٣٨٩ صحّه زواج المملوك وقف على إجازة المولى وكونها كاشفه
- ٣٩٠ حكم المهر في تزويج المملوك
- ٣٩٥ مهر الأمه المزوجه للمولى ونفقتها
- ٤٠٠ جعل المهر للأمه المأذونه في التزويج
- ٤٠١ نكاح المملوك عبداً أو أمه المشترك والمبعوض
- ٤٠١ حكم النكاح والمهر في فرض شراء الحزه زوجها المملوك
- ٤٠٦ الولد الحاصل من المملوكين رق وملحق بالحزّ منهما ما لم يكن عن زنا ونحو ذلك
- ٤٠٧ ملكيّة المولود من مملوكين
- ٤٠٩ منع اشتراط رقيّه الولد من الحزّ
- ٤١١ تزويج الحزّ مملوكه غيره وحكم الولد والمهر

- هل للوارث إجازة العقد الواقع على أمه مؤرثه؟ ٤١٦
- حكم الأمه المدّسه على الحرّ من جهه النكاح والمهر والولد ٤١٩
- زواج العبد بحره من دون إذن مولاه وإجازته وحكم الولد ٤٢٤
- زنا العبد بحره من غير عقد ٤٢٤
- زنا الحرّ بأمه وكذا العبد بأمه الغير ٤٢٨
- تحليل المولى أمته لعبدته وتزويجها منه وفروع ذلك ٤٢٨
- إرادته المولى التفريق بين عبده وأمته ٤٣٠
- إعطاء المولى شيئاً لأمته لو زوجها من عبده ٤٣٠
- انتقال الأمر بالمفارقة لورثه المولى ٤٣١
- لو تزوج الأمه غير مولاه من حرّ ٤٣١
- من تزوج بأمه بين شريكين ثم اشترى بعضها ٤٣٢
- فصل [فى الطوارئ] ٤٣٤
- اشاره ٤٣٤
- عتق الأمه المزوجه وثبوت الخيار لها ٤٣٤
- حكم المهر لو كان العتق بعد الدخول وقبله ٤٣٤
- حكم المهر لو كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده ٤٣٤
- نكاح الأمه بتفويض المهر أو البضع ٤٣٧
- الحكم لو كان العتق فى العده الرجعيه أو البائنه ٤٣٨
- عدم افتقار الفسخ لإذن الحاكم ٤٣٩
- فورته الخيار بعد العتق للأمه المزوجه ٤٣٩
- الخيار فيمن لا يصح منها الاختيار ٤٤٠
- إعلام المعتقه بالحال ٤٤٠
- ثبوت الخيار ولو كان التزويج برضاها ٤٤٠
- اشتراط المولى فى العتق عدم الخيار فى الفسخ ٤٤١
- عدم الخيار للعبد المعتق ٤٤٢
- الحكم لو كان للعبد حره وأمتان وأعتقت إحداهما ٤٤٢

٤٤٥	فصل [فى العقد وأحكامه]
٤٤٥	الصيغه وشرائطها فى النكاح
٤٥١	التعاقد بالإشارة وبالكتابة
٤٥٢	التطابق بين الإيجاب والقبول فى ألفاظ المتعلقة
٤٥٣	الاكتفاء بلفظ «نعم» بعد الاستفهام
٤٥٣	اللحن فى الصيغه
٤٥٤	قصد الانشاء فى إجراء الصيغه
٤٥٤	معرفة معنى الصيغه تفصيلاً
٤٥٥	الموالاته بين الإيجاب والقبول
٤٥٥	اتحاد مجلس الإيجاب والقبول
٤٥٦	التنجز فى العقد
٤٥٧	وقوع العقد على وجه يخالف الاحتياط
٤٥٩	شرط كمال العاقد
٤٦٢	وكاله السفينه عن الغير فى العقد
٤٦٣	شرط الذكوره فى العاقد
٤٦٣	شرط بقاء أهليه المتعاقدين إلى تمام العقد
٤٦٣	شرط تعيين الزوج والزوجه
٤٦٧	اختلاف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة
٤٦٨	تنازع الزوجين فى التعيين وعدمه
٤٧١	الاتفاق على التعيين والاختلاف فى المعين
٤٧٤	نكاح الحمل وإنكاحه
٤٧٥	اشتراط علم كل من الزوجين بأوصاف الآخر
٤٧٦	فصل [فى مسائل متفرقه]
٤٧٦	اشتراط الخيار فى نفس العقد وفى المهر
٤٧٩	تصادق الرجل والمرأه على الزوجيه ونكرانها من أحدهما
٤٨٢	الإقرار بعد الإنكار ورجوع المدعى عن دعواه

- ٤٨٥ ----- من تزوج امرأه ادعى غيره سبق زوجيتها -----
- ٤٨٩ ----- تزوج من ادعى زوجيتها رجل مع إنكارها -----
- ٤٩٢ ----- من أنكرت دعوى زوجيتها من رجل وادعت زوجيته من أختها أو أمها أو بنتها -----
- ٤٩٩ ----- زوجيته العبد من مملوكه اشتراها لاحقاً له أو للمولى أو مطلقاً -----
- ٥٠٠ ----- تصديق دعوى عدم الزوجية من غير فحص -----
- ٥٠٢ ----- ادعاء المرأة الزوجية بعد التزوج بها -----
- ٥٠٢ ----- لزوم العلم بايقاع الوكيل للعقد في زمان معين قبل المقاربه منهما -----
- ٥٠٤ ----- فصل [في أولياء العقد] -----
- ٥٠٤ ----- ولاية الأب والجد الأب -----
- ٥٠٤ ----- عدم ولاية الأم ولا الجد من قبلها ولا الأخ والعم والخال وأولادهم -----
- ٥٠٤ ----- ولاية الأب والجد على الصغيرين والمجنون -----
- ٥٠٥ ----- الولاية على البالغ والبالغه الرشيدين -----
- ٥٠٨ ----- لزوم إذن البكر والأب ما لم تسقط ولايته -----
- ٥٠٩ ----- محتملات ذهاب البكاره -----
- ٥١٢ ----- ثبوت ولاية الجد في حياه الأب وموته -----
- ٥١٢ ----- نفوذ تزويج الولي الصغيره بعد بلوغها ورشدها وكذا الصغير -----
- ٥١٣ ----- ما يشترط في صحه تزويج الأب -----
- ٥١٥ ----- تزويج الولي البننت بدون مهر المثل أو الصغير بأزيد منه -----
- ٥١٧ ----- لزوم إذن الولي في نكاح السفيه -----
- ٥١٨ ----- الرشد في شؤون المال وعدمه في شؤون النكاح -----
- ٥١٨ ----- استقلال الأب والجد في الولاية وما يتفرع عليه -----
- ٥٢٢ ----- تزويج الولي للموتى عليه من ذى العيب -----
- ٥٢٤ ----- ثبوت الخيار مع الجهل بالعيب المجوز للفسخ -----
- ٥٢٤ ----- تزويج مملوك المملوك -----
- ٥٢٤ ----- الولاية للوصي في تزويج المجنون والصغير -----
- ٥٢٩ ----- ولاية الحاكم الشرعى -----

- ٥٢٩ الاستئذان من الأب والجد والأخ
- ٥٢٩ كفايه سكوت البكر فى إحراز إذنها
- ٥٣٠ عامه شرائط الأولياء
- ٥٣٢ تعدى الوكيل عمّا عيّنه الموكل
- ٥٣٢ تزويج وكيل المرأة من نفسه
- ٥٣٣ النكاح الفضولى حكماً ومعنى ولزوم الإجازة وفروع فى المقام
- ٥٦٣ كتاب الوصية
- ٥٦٣ اشاره
- ٥٦٤ معنى الوصية وتقسيماتها
- ٥٦٦ نفوذ الوصية العهديه والتوقف فى الوصية التمليكية على القبول
- ٥٧٣ إيقاع القبول بعد وفاه الموصى
- ٥٧٤ ما يجب عند ظهور أمارات الموت
- ٥٧٦ حكم ردّ الموصى له الوصية
- ٥٨٣ قبول أحد شئئين أو بعض شىء من قبل الموصى له
- ٥٨٦ تصرف الورثة فى العين الموصى بها
- ٥٨٧ موت الموصى له قبل القبول أو الردّ وقيام الوارث مقامه
- ٥٩١ فروع فى مسأله موت الموصى له
- ٥٩١ اشاره
- ٥٩١ الأوّل: هل الحكم يشمل ورثه الوارث؟
- ٥٩٢ الثانى: قبول بعض الورثه وردّ بعضهم
- ٥٩٣ الثالث: الوجه فى انتقال الموصى به إلى وارث الموصى له
- ٥٩٦ الرابع: المدار فى الوارث
- ٥٩٧ الخامس: هل ترث الزوجه الأرض الموصى بها لزوجها لو مات قبل القبول؟
- ٦٠١ السادس: كون الموصى به ممتن ينعقد على الموصى له
- ٦٠٣ السابع: حكم قيام الوارث مقام الموصى له فى الوصية العهديه
- ٦٠٤ عدم اشتراط القبول فى الوصية العهديه وما إذا كان للنوع أو للجهه

٦٠٦	تحقق الوصية بكل ما دلّ عليها من لفظٍ أو فعل
٦٠٨	شروط الموصي
٦٠٨	إشاره
٦٠٨	الأول: البلوغ، بيان نفوذ وصيته البالغ عسراً
٦٠٩	الثاني: العقل
٦٠٩	الثالث: الاختيار
٦٠٩	الرابع: الرشد، بيان وصيته السفیه المفلّس
٦١٠	الخامس: الحرّية، بيان وصيته العبد لو اعتق
٦١٣	السادس: أن لا يكون قاتل نفسه، وفيه أحكام
٦١٤	وصيته الأب أو الجدّ مع فقد الآخر بالولاية على الأطفال
٦١٩	فصل [في الموصى به]
٦١٩	ما تصخ الوصية به من الأمور وما لا تصخ
٦٢٢	بطلان الوصية في الزائد عن الثلث إلّا مع إجازة الورثه
٦٢٣	وصيته من لم يقصد الثلث ومن قصد كونها من الأصل أو تلتى الورثه
٦٢٦	الوصية بالأزيد أو بتمام التركة مع الجهل بكونها في واجب أو في غيره
٦٢٨	نفوذ إجازة الوارث في الوصية بعد وفاه الموصى وحال حياته على كلام
٦٣٠	إذا أجاز الورثه تمّ ادعوا الظنّ بقله المال
٦٣٥	المدار في الثلث على حال وفاه الموصى لا حال الوصية
٦٣٧	حكم الوصية بمقدار تمّ تلف بعض التركة قبل تنفيذ الوصية
٦٣٨	المال الحاصل للموصى بعد الموت
٦٣٩	مسك الختام
٦٤٢	الفهارس الفتيه
٦٤٢	إشاره
٦٤٢	كتاب الضمان
٦٤٨	كتاب الحواله
٦٥٠	كتاب النكاح

٦٧٩	كتاب الوصية
٦٨٥	فهرست الإصدارات العلميه لمؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه
٦٨٥	باللغه العربيه
٦٨٨	باللغه الفارسيه
٦٩٠	باللغه الانجليزيه
٦٩٠	باللغه الأردويه
٦٩٢	باللغه الفرنسيه
٦٩٣	مركز النشر و التوزيع لمؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه
٦٩٤	تعريف مركز

مندرجات : ج.۱. الاجتهاد والتقليد - الطهاره (نهايه الماء المستعمل).- ج.۲. الطهاره (الماء المشكوك - طرق ثبوت التطهير).-
ج.۳. الطهاره (حكم الاواني - حكم دائم الحدث).- ج.۶. الصلاه (فضل الصلوات اليوميه - شرائط قبول الصلاه).- ج.۸.
واجبات الصلاه و اركانها - مبطلات الصلاه.- ج.۱۰. الصوم والاعتكاف.- ج.۱۱. (الزكاه - الخمس).- ج.۱۲. كتاب الخمس و
كتاب الحج (فضله و ثوابه - شرائط وجوب حجه الاسلام).- ج.۱۳. كتاب الحج (الحج الواجب بالندر و ... كيفيه الاحرام) و
كتاب الاجاره (اركانها- ما يكفى فى صحه الاجاره)

موضوع : يزدى، محمد كاظم بن عبدالعظيم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق . عروه الوثقى -- نقد و تفسير

موضوع : فقه جعفرى -- قرن ۱۴

شناسه افزوده : يزدى، محمد كاظم بن عبدالعظيم، ۱۲۴۷؟ - ۱۳۳۸؟ ق . عروه الوثقى . شرح

شناسه افزوده : موسسه جهانى سبطين (عليهما السلام)

رده بندى كنگره : BP۱۸۳/۵/۴۰۳۸۳ ۱۳۸۸

رده بندى ديويى : ۲۹۷/۳۴۲

شماره كتابشناسى ملي : ۱۱۶۱۴۵۹

ص: ۱

اشاره

بسم الله الرحمن الرحيم

ص: ٢

الْعُرْوَةُ الْوُثْقَى وَالتَّعْلِيقَاتُ عَلَيْهَا

تأليف

الفقيه الاعظم السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي

الجزء الخامس عشر

الضمان-الحواله-النكاح-الوصيه

اعداد و تحقيق: موسسه السبطين عليهما السلام العالميه

ص: ٣

كتاب الضمان

اشاره

ص: ٧

معنى الضمان وإطلاقاته وشرائطه

إشاره

وهو من الضَّمَن؛ لأنه موجب لتضمَّن ذمَّه الضامن للمال الذى على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصلية، كما يشهد له سائر تصرّفاتة من الماضى والمستقبل وغيرهما. وما قيل (١) من احتمال كونه من الضَمِّ _ فتكون النون زائده _ واضح الفساد (٢)؛ إذ مع منافاته لسائر مشتقاته لازمه كون الميم مشدّده (٣).

وله إطلاقان: إطلاق بالمعنى الأعمّ الشامل للحواله والكفاله أيضاً، فيكون بمعنى التعهّد بالمال أو النفس.

وإطلاق بالمعنى الأخصّ (٤)، وهو التعهّد (٥) بالمال عيناً أو منفعةً أو عملاً،

ص: ٩

- ١- القائل أكثر علماء القوم، وقيل منهم من وافق أصحابنا، وفي الكتب الفقهيّة: أنّ الضمان عند الشيعة نقل ذمّه إلى ذمّه، ولدى العامّة ضمّ ذمّه إلى ذمّه. (المرعشى).
- ٢- انظر المصباح المنير: ٢/١٢، (ماده ضمن).
- ٣- لئلا يلزم كون الفعل ذا حرفين. (المرعشى).
- ٤- ولا ريب فى أنّه منقول مألوف عند الفقهاء والمتشرّعه من المعنى الأوّل إيالثنانى، كما لا ريب فى مشروعيتّه بالكتاب والسنة، بل كان ثابتاً فى الشرائع السابقه. ولا- ريب أيضاً فى أنّ هذا المعنى المصطلح يعمّ الذمّه المشغوله للمضمون عنه والبريئه. (المرعشى).
- ٥- ويقرب منه ما عن شيخ الطائفة قدّس سرّه (المبسوط: ٢/٣٢٥). بأنّه: إثبات مالٍ فى الذمّه بعقد. (المرعشى).

وهو المقصود (١) من هذا الفصل.

ويُشترط فيه أمور :

أحدها: الإيجاب

ويكفي فيه كل لفظٍ دالٍّ (٢)، بل يكفي (٣) الفعل (٤) الدالُّ (٥)

ص: ١٠

١- ولعلّ الأولى تعريف ما هو المقصود من هذا الفصل بأنه إثبات مالٍ في الذمّة بعقد، كما في المبسوط والوسيله (الوسيله: ٢٨٠). (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- ظاهر بظهور عرفيٍّ ولو بالقرينه الصارفه. (المرعشي). * عرفاً على الضمان. (مفتي الشيعه).

٣- الأقوى عدم كفايته بدون المظهر، سيما السابق منه. (المرعشي).

٤- في كفايته تأمل وإشكال. (الإصفهاني). * الأحوط بل الأقوى اعتبار الألفاظ الصريحه إيجاباً وقبولاً، كغيره من العقود اللازمه. (كاشف الغطاء). * دلالة الفعل على التعهّد وكونه إيجاباً له مجرد فرضٍ لا واقع له. (جمال الدين الكلبيكاني). * محلّ تأمل وإشكال. (الإصطهباناتي). * من كتابه ونحوها. (السبزواري).

٥- دلالة الفعل على التعهّد وكونه إيجاباً له مجرد فرضٍ لا واقع له. (النائيني). * لكن لا يصدق حينئذٍ الضمان العقديّ وعقد الضمان؛ لأنّ صدق العقد يتوقّف على كون الإيجاب والقبول كلاهما لفظاً. (عبدالله الشيرازي). * ولو مثل الكتابه. (الشريعتمداري). * مثل الكتابه الصريحه مع قصد إنشاء التعهّد بها، ولكنّ الأحوط عدم الاكتفاء بغير اللفظ في الإيجاب، بل وفي القبول. (الفاني). * محلّ تأمل. (الخميني). * لو فرض دلالته عليه، لكنّه مجرد فرض، وكذا في القبول. (محمّد رضا الكلبيكاني). * ومنه الكتابه، وكذا في القبول. (محمّد الشيرازي). * بالدلاله الظاهره على إنشاء الضمان به، لكنّ فرضه مشكل. (اللكراني).

ولو (١) بضميمه (٢) القرائن على التعهد والالتزام بما على غيره من المال.

الثاني: القبول من المضمون له

(٣)

ويكفي فيه أيضاً كلّ ما دلّ على ذلك من قولٍ أو فعلٍ (٤)؛ وعلى هذا فيكون من العقود المفتقره إلى الإيجاب والقبول، كذا ذكره (٥)، ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول (٦) على حدّ

ص: ١١

- ١- كما أنّه إذا قال شخص: مَنْ يضمن ويتعهد دين هذا المديون؟ فأشار الّذى يريد أن يضمن إلى نفسه قاصداً به الإنشاء مع علمه بجنسه ومقداره. (البجنوردى)
- ٢- لو وجد فعل دالّ على ذلك على حدّ دلالة الألفاظ الدالّة عليه، لكنّ الظاهر أنّهمجّرد فرض. (البروجردى).
- ٣- أى إظهاره الرضا بالضمان الخاصّ. (حسن القمى).
- ٤- كفايه الفعل فى ذلك محلّ إشكال. (الكوه كمرى). * إذا لم يكن الإيجاب باللفظ، وإلّا ففيه إشكال، كما مرّ. (اللكراني).
- ٥- وهو الأقوى. (البروجردى، الخمينى، محمّد رضا الكلبيگانى). * وهو الأظهر. (الشريعتمدارى). * وهو الصحيح. (الفانى). * ولعلّه الأظهر. (اللكراني).
- ٦- فيه تأمل. (الفيروزآبادى).

سائر العقود اللازمه (١)، بل (٢) يكفى رضا (٣) المضمون (٤) له (٥) سابقاً (٦) أو لاحقاً، كما عن الإيضاح (٧) والأردبيلي (٨)، حيث قال: يكفى فيه الرضا، ولا يعتبر القبول العقديّ.

بل عن القواعد (٩): وفي اشتراط قبوله احتمال (١٠).

ص: ١٢

١- بل الأقوى على حدّ سائر العقود اللازمه. (مفتى الشيعة).

٢- كفايه مجرّد الرضا القلبيّ حتّى السابق منه في غايه الإشكال، نعم، لا يبعد كفايهأن يقول: رضيت، ونحو ذلك. (جمال الدين الكلبيّگانی).

٣- كفايه مجرّد الرضا القلبيّ حتّى السابق منه في غايه الإشكال، نعم، لا يبعد كفايهأن يقول: رضيت، ونحو ذلك. (النائني).

٤- لا بدّ من ظهور رضا بوجه معتبر عند العقلاء ولو لم يكن بالقول. (السبزواری).

٥- مع دلاله لفظٍ أو فعلٍ عليه، فلا يكفى الرضا الباطنيّ. (صدرالدين الصدر). * مشكل جداً. (الإصطهباناتي). * هذا إذا أبرزه في الخارج بمبرز. (الخوئي).

٦- في كفايه صرف الرضا القلبيّ بدون إنشاء في البين إشكال، خصوصاً الرضا السابق على إنشاء الضمان. (الجنوردي)

٧- إيضاح الفوائد: ٢/٨١.

٨- مجمع الفائدة للأردبيلي: ٩/٢٨٩.

٩- إذا كان معنى الضمان انتقال الذمّه والدّين من المضمون عنه إلى الضامن فلا معني لعدم اعتبار القبول، ولا يُقاس بالتبرّع في أداء الدّين، كما لا يخفى. (عبدالله الشيرازي).

١٠- قواعد الأحكام للعلامة الحلّي: ٢/١٥٧.

ويمكن استظهاره (١) من قضيه الميِّت المديون الذي امتنع النبي ٩ أن يصلِّي عليه حتَّى ضمنه عليٌّ عليه السَّلام (٢)(٣) .

وعلى هذا فلا يعتبر فيه ما يعتبر في العقود من الترتيب والموالاه وسائر ما يعتبر في قبولها.

وأما رضا المضمون عنه فليس معتبراً فيه؛ إذ يصحَّ الضمان التبرّعيّ، فيكون بمنزله وفاء دين الغير تبرّعاً حيث لا يعتبر رضا.

وهذا واضح في ما لم يستلزم (٤)

ص: ١٣

١- الفرق بين الميِّت والحَيِّ وجداناً أسقط هذا الاستظهار. (السبزواري). * ويرد على ذلك بعد الغضّ عن سند ما تضمّنها: أنّه استدلّ به على القول بعدم اعتبار رضا المضمون له، والإنصاف أنّه لا يدلّ على شيءٍ منهما، والتفصيل لا يبيِّنُ مَعَهالمقام، فالأولى الاستدلال له بإطلاق صحيح ابن سنان المتضمّن لقوله عليه السَّلام: «إذارضى به الغرماء فقد برئت ذمّه الميِّت» (الوسائل: الباب (١٤) من أبواب الدين والقرض، ح ١)، ولكن مع ذلك يعتبر إبرازه بمبرز خارجي. (الروحاني).

٢- الوسائل: الباب (٣) من أبواب كتاب الضمان، ح ٢

٣- كما في الخلاف (الخلاف للطوسي: ٣/٣١٤)، وكذا ضمن أبو قتاده في واقعه أُخرى، كما رواه جابر (الخلاف: ٣/٣١٥). (المرعشي).

٤- فيه تأمّل. (صدرالدين الصدر). * بل وإن استلزم. (محمّد رضا الكلبيكاني). * وفي صورته الاستلزام الحكم بالبطلان غير واضح. (اللكراني).

الوفاء (١) أو الضمان عنه ضرراً (٢) عليه (٣) ، أو حرجاً (٤) ؛ من حيث كون تبرّع

هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه، كما إذا تبرّع وضيّع ديناً عن شريفٍ غنيٍّ قادرٍ على وفاء دينه فعلاً.

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً

كون الضامن (٥) بالغاً عاقلاً: فلا يصحّ ضمان الصبي وإن كان

مراهقاً، بل وإن أذن له الولي على إشكال (٦).

ص: ١٤

١- فيه تأمل. (الكوه كمرى).

٢- اعتبار عدم الضرر والحرج على المضمون عنه في صحّ الضمان غير معلوم. (الخميني).

٣- مجرد ذلك لا- يوجب نفى سلطنه المالك على استنقاذ ماله، سيّما إذا قلنا بوجوب القبول عن المتبرّع، وأمّا ارتفاع الضرر والحرج لا- يوجب عدم نفوذ الضمان وأداء الدين؛ حيث إنهما جاءا بسوء اختياره؛ لأنّ المفروض تمكّنه من الأداء، نعم، فيما إذا كان في مقام الأداء ولكن سبّقه المتبرّع ففي النفوذ إشكال. (عبدالله الشيرازي). * بل ولو استلزم ذلك؛ فإنّ التكليف لا يرتبط بالوضع. (الخوئي).

٤- مجرد حرجه تخليص ذمّه غيره على صاحب الذمّه ولو بنقل الضامن ما في ذمّه الغير إلى ذمّه نفسه برضا المالك لا يوجب نفى سلطنه المالك على استيفاء ماله ولو يجعله في ذمّه غيره؛ إذ مثل هذه العمومات لا- يرفع مثل هذه الإرفاقه؛ لأنّ في نفيها خلاف الامتنان على الغير، وليس للمديون سلطنه على إبقاء مال الغير في ذمّه، بلتمام السلطنه للمالك، والضامن الجاعل مال غيره في ذمّه بإذنه. (آقاضي).

٥- وكذا في الدائن. (مفتي الشيعة).

٦- عند عدم قيام مصلحه عليه، وإلّا فلا- إشكال في جوازه؛ لعموم جهولايته عليه. (آقاضي). * أقواهما عدم الصحّه. (صدرالدين الصدر). * إذا كان في ضمانه له مصلحه وأذن الولي فالظاهر أنه لا إشكال في صحّته. (البجنوردي) * لا إشكال في عدم الصحّه؛ لأنّ إذن الولي لا يُجوز تصرفات الصغير مع إطلاق «لا يجوز أمر الصبي حتّى يحتلم» (مسند زيد بن علي: ٣٢٦، الأحكام ليحيى بن الحسين: ١/٤٣٧، كتاب الأمّ للشافعي: ١٢٠، ٢/٣٠، دعائم الإسلام للقاضي المغربي: ١/١٩٤، الخصال للصدوق: ٩٣). نعم، لنفس الولي أن يجعل الصغير ضامناً إذا اقتضت المصلحه. (عبدالله الشيرازي). * قويّ. (الفاني). * الظاهر الجواز إذا كانت فيه مصلحه وإن كان هذا الفرض نادراً، وأولى بالجواز ما إذا كان المضمون له صبيّاً. (الخوئي). * لا تبعد الصحّه في المراهق المأذون من وليّه. (محمّد الشيرازي).

ولا ضمان المجنون إلّا إذا كان أدوارياً في دور إفاقته.

وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عقلاً وأماً المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك، فيصحّ كونه صغيراً أو مجنوناً. نعم، لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض.

الرابع: كونه مختاراً

(١) :

ص: ١٥

١- وكذا كون المضمون له مختاراً. (الإصطهباناتي). وكذا المضمون له، فلا يصحّ قبوله مع الإكراه. (البروجردى، الروحاني). *
وكذا المضمون له في قبوله. (الخميني). * وكذا يعتبر كون المضمون له أيضاً مختاراً، فلا يصحّ الضمان للمكروه. (محمّد رضا
الكلبيگانی). * وكذا المضمون له أيضاً. (السبزواری). * وهذا شرط في المضمون له أيضاً. (حسن القمّي).

فلا يصح (١) ضمان المُكْرَه (٢).

الخامس: عدم كونه محجوراً

لَسِيْفَه إِلاَّ بِإِذْنِ الْوَلِيِّ، وَكَذَا الْمُضْمُونُ لَهُ. وَلَا بَأْسَ بِكَوْنِ الضَّامِنِ مَفْلَسًا، فَإِنَّ ضَمَانَهُ نَظِيرُ اقْتِرَاضِهِ، فَلَا يَشَارِكُ الْمُضْمُونُ لَهُ مَعَ الْغُرْمَاءِ.

وَأَمَّا الْمُضْمُونُ لَهُ فَيَشْتَرُطُ لَهُ كَوْنُهُ مَفْلَسًا (٣). وَلَا بَأْسَ بِكَوْنِ الْمُضْمُونِ عَنْهُ سَفِيهًا أَوْ مَفْلَسًا، لَكِنْ لَا يَنْفَعُ (٤) إِذْنُهُ (٥).

ص: ١٤

١- وكذا لا يصحّ الضمان للمُكْرَه. (اللكراني).

٢- إلا إذا رضى بعد ذلك. (صدرالدين الصدر). * الظاهر أنّ هذا الشرط مشترك بين الضامن والمضمون له. (البيجوردى) * وكذا المضمون له، فلا يصحّ قبوله مع الإكراه. (عبدالله الشيرازي). * ولا الضمان للمُكْرَه. (الفاني). * وكذا المضمون له على إشكال، إلا إذا رضيا بعد وقوع العقد. (المرعشي). * وكذلك المضمون له. (الخوئي).

٣- لا مانع أن يضمن له بإذن وليه، ويدفع المال للولي. (كاشف الغطاء).

٤- في إطلاق كلامه إشكال؛ إذ لو أُذِنَ فِي غَيْرِ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحَجْرُ أَوْ بَعْدَ رَفْعِ الْحَجْرِ صَحَّ الرَّجُوعُ إِلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْإِذْنُ فِي حَالِ الْحَجْرِ. (المرعشي).

٥- لا مانع من الرجوع على المفلس الآذِنَ فِي مَقْدَارِ نَصِيبِ الْمُضْمُونِ لَهُ، كَمَا أَنَّه لَا مَانِعَ مِنَ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ بِتَمَامِهِ بَعْدَ ارْتِفَاعِ الْحَجْرِ. (الشريعةمداري). * في الرجوع إلى ما تعلّق به الحجر، وأمّا بغيره أو بعد رفعه فلا مانع من الرجوع إليه بسبب إذنه في حال الحجر. (الخميني). * نعم، ينفَعُ بَعْدَ رَفْعِ الْحَجْرِ، وَكَذَا بِالنَّسْبَةِ إِلَى (كَذَا فِي أَصْلِ النُّسْخَةِ، فَالْعِبَارَةُ نَاقِصَةٌ، وَيَحْتَمِلُ نَقْصَانُ عِبَارَةِ (الْمُضْمُونِ عَنْهُ)، أَوْ عِبَارَةِ (حَالًا لِفَلْسٍ)). (محمّد الشيرازي). * في الزائد على مقدار تعلّق به الحجر، وهو مقدار نصيب المضمون له، وأمّا ذلك المقدار فلا مانع من تأثير إذنه في جواز الرجوع عليه حال حجره، كما أنّه يُوَثِّرُ مَطْلَقًا بَعْدَ رَفْعِ الْحَجْرِ. (اللكراني).

فى جواز (١) الرجوع (٢) عليه (٣).

السادس: عدم كون الضامن مملوكاً

أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذونٍ من قبل مولاه

على المشهور (٤)؛

ص: ١٧

١- إنما لا ينفع إذن المفلس فى جواز الرجوع عليه حال حجره بالزائد على نصيب المضمون له من أمواله، وأما الرجوع عليه حال الحجر بمقدار نصيب المضمون له، وبعد ارتفاع الحجر مطلقاً بسبب إذنه فلا مانع منه. (البروجردى).

٢- بل يجوز له بمقدار نصيب المضمون له من أمواله، وكذا يجوز الإذن فى الرجوع إليه بعد رفع الحجر عنه ولو بتمام الدين. (حسن القمى).

٣- بالنسبة إلى حال الفلّس، وأما بعد رفعه فإذنه نافع. (الفانى). * أى فى أمواله الموجوده التى تكون مورداً للحجر. (الخوئى). * ينفع بعد فكّ الحجر مطلقاً وقبله بمقدار نصيب المضمون له فقط. (السزوارى).

٤- وهو الصحيح، نعم، لو أجاز الوليّ ضمانه لا يبعد الصحّ، ويكون كما لو وقعاذنه. (النائينى). * وهو المنصور. (صدرالدين الصدر). * وهو الصحيح، نعم، لو أجاز المولى ضمانه لا يبعد الصحّ، ويكون كما لو وقعاذنه. (جمال الدين الكلپايگانى). * المنصور. (الإصطهباناتى). * وهو الحقّ المنصور. (الفانى). * وهو الأقوى. (البروجردى، اللنكرانى). * وهو الأقوى لما ذكره فى المتن من أنه لا يقدر على شىء، ودعوى الانصراف لاوجه له. (الجنوردى) * وهو الأقوى، ودعوى الانصراف غير وجيهه، وضمن الإتلاف خارج عنها تخفيفاً. (الخمينى). * وهو المختار، وضمنه بالإتلاف قد خرج بالدليل عن الحكم تخصيصاً، أو عنالموضوع تخصّصاً. (المرعشى). * فيه إشكال، والاحتياط لا يترك (هذه التعليقه أوردناها من نسخهٍ أخرى منه ١). (الخوئى). * وهو المنصور. (محمّد رضا الكلپايگانى).

لقوله تعالى: (لا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ) (النحل: ٧٦). (١)، ولكن لا يبعد (٢) صحّهُ ضمانه (٣)،

ص: ١٨

-
- ١- وليست الآية الشريفه مختصّه بالمال؛ للانصراف، كما توهم. (المرعشى).
 - ٢- بل بعيد فى الغايه، ودعوى الانصراف عن ما لا ينافى حقّ المولى بعيده. (المرعشى).
 - ٣- بل بعيد. (عبدالهادهى الشيرازى).

وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكرة (تذكرة الفقهاء: ١٤/٢٩٩) والمختلف (مختلف الشيعه: ٥/٤٦٩). ونفي القدره (١) منصرف (٢) عمّا لا- ينافي حقّ المولى. ودعوى أنّ المملوك لا- ذمّه له كما ترى؛ ولذا لا إشكال (٣) في ضمانه لمتلفاته، هذا. وأمّا إذا أذن له مولاه فلا

إشكال في صحّحه ضمانه (٤)؛ وحيث إنّ عين كونه في ذمّه نفسه أو في ذمّه

المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه فهو المتّبع، وإن أطلق الإذن (٥): ففي

كونه في ذمّه المولى، أو في كسب المملوك، أو في ذمّه يتبع به بعد عتقه، أو

ص: ١٩

١- في الانصراف المزبور إشكال، بل منع، وما أفاد به من الاستشهاد واضح البطلان في الشهاده؛ لأنّ ضمان التلف من الأحكام القهرية المترتبة على إتلافه يتبع به بعد عتقه، وهذا بخلاف الضمان العقدى المنوط بسلطنته على الإيقاع المزبور، الممنوع بعموم «لا- يقدر»، بشهادة شموله لإطلاقه (في نسخه أخرى: فشهادة شموله إطلاقه). بنصّ الروايه (في نسخه أخرى: فشهادة شموله إطلاقه). (آقاضياء).

٢- فيه تأمل، بل منع. (الإصطهباناتي). * فيه تأمل. (الروحاني).

٣- تقدّم أنّ الضمان بالإتلاف خارج بالدليل، تخصيصاً أو تخصّصاً. (المرعشى).

٤- على جميع المباني. (المرعشى).

٥- لا بدّ من التعيين في الإذن؛ لأنّ إهماله لا يفيد، والتصريح بالإطلاق تعيين بالنسبة إلى فردى ذمّه العبد وذمّه المولى، ولا معنى لإطلاق الإذن غير ما ذكر. (الفاني).

كونه متعلقاً برقبته وجوه وأقوال، أو جهها (١) الأول (٢)؛ لانفهامه (٣) عرفاً (٤)،

كما في إذنه للاستدانة لنفقتة، أو لأمرٍ آخر، وكما في إذنه في التزويج حيث إنَّ المهر والنفقة على مولاه.

ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة بأنَّ الاستدانة موجهة لملكيته، وحيث إنَّه لا قابليته له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان؛ حيث إنَّه لا ملكية فيه مدفوعة بمنع عدم قابليته للملكية، وعلى فرضه أيضاً

ص: ٢٠

١- لا يخلو من إشكال. (جمال الدين الكلبي يگانی).

٢- لا يخلو من إشكال. (النائيني). * الأقرب هو الثالث لو لم تكن قرينه على الخلاف والانفهام العرفي منها. (السبزواری).

٣- محل تأمل. (الخميني).

٤- وعلى فرض عدمه فالأوجه كونه في كسب المملوك. (الإصطهباناتي). * لا- إشكال في ذلك مع انفهامه عرفاً، لكنَّه راجع إلى التعيين، وأما مع عدمه - كما هو المفروض - فأوجهها هو الثالث. (البروجردی). * إذا كان الانفهام مسلماً فلا إشكال فيه، وإلما فلا- يبعد الثاني. (عبدالله الشيرازی). * لو كان الانفهام صحيحاً لكان خارجاً عن الفرض، ولكنَّ الكلام في الانفهام، وعلى فرض عدمه فالأقرب الثالث، والتنظير مع الفارق. (المرعشي). * ولو لم يفهم منه ذلك وكان مجملاً مردداً بين كونه في ذمَّه نفسه أو ذمَّه العبد بحيث يتبع به بعد عتقه فالظاهر بطلانه. (محمّد رضا الكلبي يگانی). * إنَّ أحرز الانفهام فلا إشكال، وإلّا ففيه إشكال. (حسن القمي). * لا إشكال فيه على فرض الانفهام، وأما على تقدير العدم والتردد بين كونه في ذمَّه نفسه أو في ذمَّه العبد فالبطلان لا يخلو من قوه. (اللكراني).

لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفي (١).

السابع: التنجيز

(٢) : فلو علق الضمان على شرط _ كأن يقول: أنا ضامن

لما على فلان إن أذن لي أبي، أو أنا ضامن إن لم يف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يف أصلاً _ بطل على المشهور (٣)، لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامه، إلا دعوى الإجماع (٤) في كل العقود، على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير، أو دعوى منافاه

ص: ٢١

١- لا إشكال فيه مع الانفهام العرفي، ولكن الإشكال فيه. (الكوه كمرى).

٢- على الأحوط. (الخميني، اللنكراني).

٣- وهو الأقوى. (الفيروزآبادي، الكوه كمرى، الإصطهباناتي، عبد الهادي الشيرازي). * وهو الصحيح. (النائيني، جمال الدين الكلبي يگاني). * وهو المنصور. (الإصفهاني، صدر الدين الصدر، البروجردي، محمّد رضا الكلبي يگاني). * وهو الأقوى؛ لبطان التعليق في العقود إجماعاً، لا- من جهة لزوم ترتب الأثر عند إنشاء العقد بالإجماع حتى يقال: لا- إجماع هكذا في المقام. (الجنوردي). * الضمان عبارته عن نقل ما في ذمّه الغير إلى الذمّه، وهذا لا يقبل التعليق. (الفاني). * فيه إشكال، والاحتياط لا يترك. (الخوئي). * وهو الأحوط. (السبزواري). * لا يترك الاحتياط برعايه ما عليه المشهور. (الروحاني). * نعم، يصح الضمان إذا علق الضامن أداءه على عدم أداء المضمون. (مفتي الشيعة).

٤- لو كان محققاً وفيه نظر، كما قدّمنا مراراً من أنه قد يذهل في دعوى الإجماع، مع أن المحقق على الفرض هو الاتفاق للاستناد إلى وجوه، كانفكاك المعلول عن العلّه فيما نحن فيه، فهو ليس بالإجماع المصطلح، ويفصح عن ذلك كلماتهم، فليراجع. (المرعشي).

وفى الثانى ما لا يخفى، وفى الأول منع تحقّقه (٢) فى المقام.

وربّما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرطٍ مع كون الضمان مطلقاً.

وفيه: أنّ تعليق الوفاء (٣) عين (٤) تعليق الضمان، ولا يعقل التفكيك (٥).

ص: ٢٢

١- لعدم صحّحه تأخر الوجود عن الإيجاد. (المرعشى).

٢- وهو الحقّ المحقّق، كما أشرنا إليه. (المرعشى).

٣- ويمكن تصحيح المطلب بأن يكون الضمان منجزاً والتعليق فى عدم الوفاء؛ لأنّ الضمان بمعنى التعهّد، والتعهّد فعليّ غير معلّق على شىء، وكان متعلّقه تعليقيّاً ومقيّداً على عدم أداء الدين، كما هو معنى الضمان فى الأعيان الخارجيّة، ويصدق الضمان عرفاً، وإذا شملته الأدلّه ولم يكن إجماع على خلافه يتمّ المطلب، ويمكن أن يكون نظر الماتن قدّس سرّه بقوله: «نعم، الخ» إلى هذا. (عبدالله الشيرازى).

٤- لم نفهم معنى محصّياً للتفكيك بين الأمرين؛ إذ الضمان مطلقاً يستلزم وجوب الوفاء مطلقاً، وليس الوفاء بنفسه ممّا يوجب الضمان على نفسه، بل وجوبه من لوازم الضمان. (الفانى).

٥- فيه ما لا يخفى، كما يظهر من ملاحظه الديون الموجّهة. (آقاضياء). * فيه نظر وتأمّل. (الجنوردى) * كون تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ممنوع، وعلى فرض عدم تعقّل التفكيك كيف يعقل فرض إمكانه فى بعض الموارد؟! مع أنّه إنّما يلائم على قول غيرنا منكون الضمان عبارة عن ضمّ ذمّه إلى ذمّه، مع أنّ دعوى كون حقيقه الضمان فى الأعيان المضمونه راجعه إلى قضيه تعليقيه ممنوعه أيضاً، وتوقّف ترتّب الأثر عليمثل التلف فيها لا يوجب كون الضمان بنفسه قضيه تعليقيه، وإلّا يلزم القول بمثلها فى المقام مطلقاً ولو فى موارد عدم التعليق؛ فإنّ أثر الضمان إنّما يظهر على تقدير بقاء الدين وعدم سقوطه بأداء متبرّع ونحوه مثلاً، مع أنّه لم يعهد منهم دعوى التعليق فى المقام فى موارد العدم. (اللكراني).

- ١- هذا المثال خصوصاً فيما إذا علق على عدم الوفاء أصلاً أولى بالبطلان من سائر صور التعليق؛ لاستلزامه اشتغال ذمتين وضمّ ذمّه إلى ذمّه أخرى، وهو خلاف حقيقته الضمان عندنا. (الإصفهاني).
- ٢- بعد القول بعدم تعقل التفكيك بين التعليقين كيف يصير ممكناً أو واقعاً في هذا المثال؟! ثم إنّ تصحيح الضمان فيه لا يتم على أصلنا، بل على قول العامّة من أنّهم ذمّه إلى ذمته. (البروجردى). * لا فرق بين المثال الأول والثاني في ظهور كليهما في تعليق أصل الضمان، وعليه فرض صحّه ما أفاد يكون من قبيل ضمّ ذمّه إلى ذمّه أخرى، واشتغال ذمتين، وهذا منافٍ لحقيقته الضمان التي هي عبارته عن نقل ما في ذمّه إلى ذمّه أخرى، لا اشتغال ذمتين في عرض واحد، كما هو مذهب المخالفين لنا. (الجنوردي) * كيف يمكن مع دعوى امتناع التفكيك مع أنّ هذا النحو من الضمان غير ما عندنا من كونه ناقلاً؟! (الخميني). * كيف لا يصحّ هذا بعد عدم تعقل التفكيك؟ وعلى فرض الإمكان يتمّ التفكيك على مبنى الضمّ في باب الضمان، لا النقل الذي هو المعتمد لدى الأصحاب، اللهمّ إنّ يؤوّل كلامه بتعهّد ما في ذمّه المضمون عنه، وعليه فالضمان محقق، وفيصوره عدم حصول المعلق عليه ينتقل المتعهّد به إلى الذمّه، ولكنّه مع هذا التأويل فالمسألة غير صافية عن شوب الإشكال. (المرعشي). * لعلّه يريد بذلك أنّ الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس بمعنى النقل إلى الذمّه ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهّد ما في ذمّه الغير على حدّ تعهّد العين الخارجيّة؛ وعليه فالضمان فعليّ، وأثرها الانتقال إلى الذمّه على تقدير عدم وفاء المديون، كما أنّ أثره في ضمان العين الخارجيّة ذلك على تقدير تلفها؛ وعلى هذا فلا بأس بما أفاده قدس سرّه، ولا يبعد أنّ يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية. (الخوئي). * وقد أوضحه بعض الأساطين (الظاهر أنّ المقصود به هو السيّد الخوئي قدس سرّه). بأنّ الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس بمعنى النقل إلى الذمّه ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى التعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهّد ما في ذمّه الغير على حدّ تعهّد العين الخارجيّة؛ وعليه فالضمان فعليّ، وأثره الانتقال إلى الذمّه على تقدير عدم وفاء المديون، كما أنّ أثره في ضمان العين الخارجيّة ذلك على تقدير تلفها؛ وعلى هذا فلا بأس بما أفاده، ولا يبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية. انتهى. (الروحاني).

- ١- امتناع أن يكون الضمان منجزاً مع تعليقه على عدم وفاء المديون، وكونه علفرض إمكان ذلك من ضمّ ذمّه إلى أخرى دون الضمان الناقل بمكانٍ من الوضوح. (جمال الدين الكلبي يگانی).
- ٢- امتناع أن يكون الضمان منجزاً مع تعليقه على عدم وفاء المديون، وكونه على فرض إمكان ذلك من ضمّ ذمّه إلى أخرى دون الضمان الناقل بمكانٍ من الوضوح. (النائني). * مع تسليم عدم معقوليّته التفكيك بين تعليق الوفاء وتعليق الضمان كيف يمكن القول المذكور؟! ثم على فرض إمكانه يكون مفاده ضمّ ذمّه إلى أخرى، كما هو مذهب العامه، لا الضمان الناقل، كما هو الصحيح عندنا. (الإصطهباناتي). * مع تحقق التعهّد عرفاً بالفعل. (السبزواری).

منجراً (١)، مع كون الوفاء (٢) معلقاً على عدم وفاء المضمون له (٣)؛ لأنه

يصدق (٤) أنه ضمن الدين على نحو الضمان (٥) في الأعيان المضمونه؛

ص: ٢٥

- ١- لكن بمعنى تعهد ما في ذمه الغير، لا بمعنى الثبوت في الذمه، وهذا قسم آخر من الضمان. (حسن القمى).
- ٢- بمعنى جعل الضمان فيه بمعناه معنى (كذا في أصل النسخه، والظاهر زياده كلمه (بمعناه).) تعليقياً، فلا ينافى ما أفاده من عدم التفكيك بين الوفاء والضمان، بمعنى نقل ذمه الغير إلى ذمته. (آقاضياء).
- ٣- لا- سبيل إلى هذه الدعوى، ولو فرض صحه ما ادعاه من الصدق العرفي التسامحي فظاهر أنه مما لا يعتد به. (جمال الدين الكلبي يگانی).
- ٤- لا سبيل إلى هذه الدعوى، ولو فرض صحه ما ادعاه من الصدق العرفي التسامحي فظاهر أنه مما لا يعتد به. (النائيني). * كون الصدق حقيقياً لا تسامحياً ممنوع. (الإصطهباناتي). * صدقاً عرفياً وفيه إشكال. (المرعشي).
- ٥- الضمان إذا علق على ما يقوم موضوعه فيكون صحيحاً؛ لأن هذا التعليق يرجع إلى تقدير الموضوع، فقول الضامن: «أنا ضامن» إن لم يكن وفاءً بالفعل صحيح؛ لأن هذا الشرط عقلي؛ حيث لا- موضوع للضمان مع الوفاء الفعلي، فهو نظير قول المطلق: «إن كانت هند زوجتي فهي طالق»، فالفرق بين التعليق على شرط والتعليق على وجود الموضوع ظاهر بعد التأمل. (الفاني).

- ١- حقيقه الضمان فيها أيضاً قضيه فعليّه تستتبع أحكاماً تعليقيّه باعتبار حال التلف مثلاً، أو إعواز المثل، وغير ذلك، وليست هي عين تلك القضايا، ولتوضيح ذلك مقام آخر. (جمال الدين الكلبي يگاني).
- ٢- حقيقه الضمان فيها أيضاً قضيه فعليّه تستتبع أحكاماً تعليقيّه باعتبار حال التلف مثلاً، أو إعواز المثل، وغير ذلك، وليست هي عين تلك القضايا، ولتوضيح ذلك مقام آخر. (النائني). * كون حقيقه ضمان اليد قضيه تعليقيّه في محلّ المنع، ولا يسع المقام تفصيله. (الخميني).
- ٣- بل حقيقته أيضاً قضيه فعليّه مستتبعه لأحكام تعليقيّه باعتبارات، وهي عينها. (الإصطهباناتي).
- ٤- غير خفيّ أنه على تقدير التوجيه فالضمان فعليّ، والأحكام المترتبه عليه تعليقيّه. (المرعشي). * إن كان المقصود تعليق الضمان بعدم الإعطاء فهذا عين ما هو باطل عند المشهور، وإن كان المقصود الضمان منجزاً، لكنّه يُخبر بأنه يفي ما دام الدين باقياً ولم يودّ المضمون عنه، فالظاهر أنه ليس بتعليق ولا ممنوع. (محمّد رضا الكلبي يگاني). * الظاهر تحقّق التعهّد الفعليّ فيها في الجملة أيضاً عند العرف، ولا دليل على اعتبار أزيد منه. (السبزواري).
- ٥- وهو الحقّ، كما أشرنا إليه قبلاً- في الحاشيه السابقه عليه. (آقاضياء). * وهو الحقّ. (الكوه كمرى). * وبينهما فروق، منها: اختصاص العقدى بالذميّ، واليدى بالخارجيّ، وغيره. (المرعشي).

الثامن: ثبوت الدين فيذمه المضمون عنه

كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمه المضمون عنه، سواء

كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه، أم

متزلزلاً (٢)، كأحد عوضين في البيع الخياري، كما إذا ضمن الثمن

الكلّي للبائع، أو المبيع الكلّي للمشتري، أو المبيع الشخصي (٣)

ص: ٢٧

١- ويمكن أن يقال: إنّ عهده العين في ضمان اليد أيضاً فعلياً، غايه الأمر أنّ عليه الردّ مع البقاء والمثل، أو قيمه مع التلف. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- لا يصحّ في غير الثابت بالفصل. (مفتي الشيعة).

٣- في المبيع الشخصي قبل القبض، وهكذا في المهر الشخصي صحّح الضمان مبنيّه على كفايه وجود المقتضى للدين فيه، أو الالتزام بكون مفاد عقد الضمان مجرد تبديل العهده على وجه يشمل مثل هذه الموارد من التعليقات، وإلّا ففيه إشكال، بلمنع، والمسألة بعد في محلّ النظر. (آقاضياء). * ذكر المبيع الشخصي لا يلتئم مع عنوان الدين، وتحرير المسألة: أنّ المضمون إمّا دين، أو عين، والأوّل: هو ضمان الأموال الكلّيه التي تشتغل بها الذم، كالقرضو الثمن والمثمن الكلّيين ونحوهما، والثاني: هو ضمان العهده، نظير ضمان اليد، وهو الأموال الشخصيّه، ومعنى ضمانها: كونها في عهده الشخص: إمّا يردها عيناً، أو يدفع بدلها عيناً، أو قيمه لو تلفت، ومن هذا القبيل المبيع الشخصي. (كاشف الغطاء). * محلّ إشكال، مع أنّه ليس من أمثله المقام. (الخميني). * لا موقع لذكره في المقام؛ فإنّ الكلام إنّما هو في ضمان الدين. (الخوئي). * بناءً على أن يكون المراد من الدين في المقام مطلق تعهّد التسليم، سواء كان الشيء ذميّاً، أم خارجيّاً. (السبزواري). * المبيع الشخصي وكذا المهر إن كان عيناً خارجيّاً ليساً ديناً حتّى يكونا من أمثله المقام. (حسن القمي). * هذا خارج عمّا هو محلّ الكلام، كما هو واضح. (الروحاني). * ليس هذا من أمثله المقام. (اللكراني).

قبل القبض (١)، وكالمهر قبل الدخول، ونحو ذلك.

فلو قال: «أقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعته نسيئته وأنا ضامن»، لم يصحّ على المشهور (٢)، بل عن التذكرة (كذا في أصل النسخة، والظاهر زياده كلمه (بمعناه).) الإجماع، قال: (لو قال لغيره مهما أعطيت فلاناً فهو علىّ لم يصحّ إجماعاً). ولكنّ ما ذكره من الشرط ينافي جملة من الفروع الآتية.

ص: ٢٨

-
- ١- لا يخفى أنّ الشخصيّ قبل القبض ليس مضموناً بضمان اليد، فلا ثبوت له في الذمّة حتّى يمكن نقله. نعم، في صورته الإتلاف يتحقّق الضمان، لكنّه بالإتلاف، فما أفاده منظور فيه. (المرعشى).
 - ٢- وهو الأقوى. (صدرالدين الصدر، الإصطهباناتي، الخميني). * وهو الأقوى، ويأتي الكلام في الفروع. (البروجردى). * وهو المنصور. (الفاني). * وليس ببعيد، وسيأتي الكلام في الفروع إن شاء الله تعالى. (المرعشى). * فيه إشكال، والاحتياط لا يترك، ولا- يبعد تفرّع هذا الشرط على سابقه. (الخوئي). * وهو الأقوى، وأمّا الفروع الآتية فيأتي الكلام فيها إن شاء الله. (محمّد رضا الكلبايگاني). * وهو الأحوط، بل الأقوى. (اللكراني).

ويمكن أن يقال (١) بالصَّحَّة (٢) إذا حصل (٣) المقتضى (٤) للثبوت وإن لم

يثبت فعلاً، بل مطلقاً (٥)؛ لصدق الضمان (٦)، وشمول العمومات العامَّة وإن لم

ص: ٢٩

١- الاحتياط لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).

٢- وهو بعيد. (الكوه كَمَرَى). * فيه إشكال. (حسن القمى).

٣- لو كان الحق المضمون متقوماً بأن تشتغل به ذمّه شخصٍ معيّنٍ عند حدوثه _ كنفقه الزوجه ونحوها _ فامتناع الضمان الناقل لهما من تلك الذمّه قبل حدوثه وعدم الجدوى لوجود المقتضى _ وهو الزوجيه مثلاً _ فى ذلك ظاهر. نعم، يصح ضمان مال الجعالة ونحوه قبل أن تشتغل به ذمّه المضمون عنه؛ لكونه تعهداً والتزاماً منالضامن، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه، لا لكونه تحويلاً له من ذمّه إلى ذمّه كى يندرج فيما عرفت امتناعه. (جمال الدين الكلبيگانى).

٤- لو كان الحق المضمون متقوماً بأن تشتغل به ذمّه شخصٍ معيّنٍ عند حدوثه _ كنفقه الزوجه ونحوها _ فامتناع الضمان الناقل لها من تلك الذمّه قبل حدوثه وعدم الجدوى لوجود المقتضى _ وهو الزوجيه مثلاً _ فى ذلك ظاهر. نعم، يصح ضمان مال الجعالة ونحوه قبل أن تشتغل به ذمّه المضمون عنه؛ لكونه تعهداً والتزاماً منالضامن، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه، لا لكونه تحويلاً له من ذمّه إلى ذمّه نفسه كييندرج فيما عرفت امتناعه. (النائنى). * بحيث يعنى به العرف والعقلاء. (السبزواری).

٥- فيه نظر؛ إذ النقل فرع ثبوت شىء فى المنقول عنه، فلا ضمان جزماً، ولا عقدحتى تشمله العمومات الضمانيه أو العمومات العامه، وعلى فرض الشك فى الصدق فالتمسك بها تمسك بالعام فى الشبهه المصداقيه، وهو كما ترى. (المرعشى).

٦- صدق الضمان بمعنى المتعارف المعهود من الشرع والعرف _ أى التعهد بما فيذمّه الغير عليه _ معلوم العدم. (الجنوردى)

يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن (١) منع عدم كونه منه أيضاً.

التاسع: عدم اشتغال ذمّة الضامن

أن لا تكون ذمّة الضامن مشغولة للمضمون عنه (٢) بمثل الدين

الَّذِي عَلَيْهِ، عَلَى مَا يَظْهَرُ مِنْ كَلِمَاتِهِمْ فِي بَيَانِ الضَّمَانِ بِالْمَعْنَى الْأَعْمَى، حَيْثُ قَالُوا: إِنَّهُ بِمَعْنَى التَّعْهُّدِ بِمَالٍ، أَوْ نَفْسٍ، فَالثَّانِي الْكِفَالَةُ، وَالْأَوَّلُ إِنْ كَانَ مَمَّنْ عَلَيْهِ لِلْمُضْمُونِ عَنْهُ مَالٌ فَهُوَ الْحَوَالَةُ، وَإِنْ لَمْ يَكُنْ فَضَمَانٌ بِالْمَعْنَى الْأَخْصَصِ. لَكِنْ لَا دَلِيلَ عَلَى هَذَا الشَّرْطِ (٣)، فَإِذَا ضَمِنَ لِلْمُضْمُونِ عَنْهُ (٤) بِمِثْلِ مَالِهِ عَلَيْهِ يَكُونُ ضَمَانًا، فَإِنْ كَانَ يَأْذَنُهُ يَتَهَاتَرَانِ (٥) بَعْدَ أَدَاءِ مَالِ الضَّمَانِ، وَإِلَّا فَيَبْقَى

ص: ٣٠

١- بل لا يمكن إدراجه في العمومات العامّة في صورتَي الجزم والشكّ، فكيف فيعمومات الضمان؟! (المرعشي).

٢- عن المضمون عنه. (السبزواری).

٣- الأحسن أن يقال: إنّ الضمان معاملة بين الدائن والثالث، وهو الضامن، فإيجاباً بالمعاملة من الثالث _ أي الضامن _ والقبول من الدائن فالثالث يتعهّد للدائن، وأمّا الحوالة فهي معاملة بين المديون والدائن، فالمُحِيلُ مديون، والمُحْتَالُ دائن، والمحال عليه ثالث، ولا دخل له في إيجاب المعاملة وقبولها ولو في فرض شرطية رضاه، فالمديون يُحِيلُ الدائن من نفسه إلى الثالث، يعني المُحَالِ عَلَيْهِ، فَعَلِمَ مِمَّا ذَكَرَ أَنَّ الْمَعَامَلَتَيْنِ مُتَغَايِرَتَانِ مَفْهُومًا وَمَاهِيَّةً، وَلَا دَخَلَ لِاسْتِغْثَالِ ذِمَّةِ الضَّامِنِ بِمِثْلِ مَا ضَمَّنَهُ وَعَدَمِهِ فِي دَخُولِهِ تَحْتَ وَاحِدٍ مِنَ الْعُنُوتَيْنِ، وَلَا وَجْهَ لِقَوْلِ الْمَاتِنِ قَدَسَ سِرَّهُ مِنْ دَخُولِهِ فِي كِلَا الْعُنُوتَيْنِ. (الشريعتمداری).

٤- أي عن المضمون عنه. (البروجردی). * حقّ العبارة أن يقول: عن المضمون عنه، وما ذكره خلاف الاصطلاح. (البيجنوردی).

٥- هذا إذا كان كلاهما حالين، أو كلاهما موجّلين بمدّه متساويه، وإلّا فلا وجه للتهاتُر. (الخوئي).

الَّذِي لِلْمُضْمُونِ عَنْهُ عَلَيْهِ، وَتَفَرَّغَ ذِمَّتُهُ مِمَّا عَلَيْهِ بِضِمَانِ الضَّامِنِ تَبَرُّعًا،

وليس من الحوالة؛ لأنَّ المضمون عنه على التقديرين لم يحلَّ مديونه (١).

على الضامن حتى تكون حوالة. ومع الإغماض عن ذلك غايه

ما يكون أنه يكون داخلاً في (٢) كلا العنوانين (٣) ،

ص: ٣١

١- ولئن شئت قلت: إنَّ مرجع الحوالة إلى نقل المديون مال الدائن من ذمته إليده شخص آخر ولو باحتساب المُحيل ما في ذمه المحال عليه، وفاءً لدينه للمحتال، أو بنحو الاعتياض، وهذا بخلاف باب الضمان؛ إذ مرجعه إلى نقل الضامنما في ذمه المضمون عنه إلى ذمه نفسه، عكس الحوالة، وربما يترتب على الاعتبارين ثمرات مختلفه، وعلى أي حال لا مجال لما أفاده المصنّف في وجهالامتياز، كما لا يخفى. (آقاضياء).

٢- بل إذا أنشأ الضامن فهو ضمان، وإن أنشأه من عليه الدين فهو حوالة، فلا تداخل بينهما، ويلحق كلُّ حكمه. (صدرالدين الصدر).

٣- بعد الالتزام بمغايره العنوانين لا يكفي مجرد دخوله فيهما، بل لابد من قصد أحدهما، بل مع الإذن في الضمان يرجع إلى الحوالة أيضاً وإن عبّر بلفظ الضمان. (الكوه كمرى). * لا يدخل عنوان قصدي في عنوان قصدي آخر، بل لابد من قصد كلِّ عنوان قصدي بحيال ذاته. (الفاني). * فيه نظر؛ إذ كيف يمكن ذلك بعد امتناع اجتماع لحاظهما معاً في مقام الإنشاء والباب باب الإنشاء، وتحقق العنوان تابع للقصد؟! (المرعشى). * مع التسليم والاعتراف بتغاير العنوانين، وأنَّ المنشأ في أحدهما إثبات مال فيالذمه وفراغ ذمه أخرى، وفي الآخر نقل ما في ذمه إلى ذمه مشغوله بمثل ما فيها، وأنَّ اعتبار ذلك في أحدهما وظيفه الضامن، وفي الآخر وظيفه المديون، فكيف يمكن إنشاؤهما بإنشاء واحد حتى يكون داخلاً في كلا العنوانين ومورداً لكلا الأثرين، مع أنَّ الأثر المختصّ بأحدهما مستلزم لما لا- يجتمع مع المختصّ بالآخر، فيكون الجمع بينهما مستلزماً للجمع بين النقيضين، وظاهر العلماء - رضوان الله عليهم - أنَّ المديون إذا ضمن فلا بدَّ أن يكون حوالة، بمعنى بطلان ما إذا قصد الضمان، ولا يبعد ذلك؟! وسيأتى في الحوالة ما يوضحه إن شاء الله تعالى. (محمّد رضا الكلبايگانی). * فيدور مدار القصد، ولا يبعد أن يكون ترتب الأثر الخاصّ مخصّصاً أيضاً. (السبزواری).

فترتب عليه (١) ما يختص بكل منهما، مضافاً إلى ما يكون مشتركاً.

العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه

عند الضامن على وجه يصح معه القصد إلى الضمان، ويكفي التميز الواقعي وإن لم يعلمه الضامن، فالمضّر هو الإبهام والترديد، فلا يصح (٢) ضمان أحد الدينين ولو لشخص واحد على شخص واحد على وجه الترديد (٣) مع فرض تحقق

ص: ٣٢

- ١- كيف الترتب مع ما أشرنا إليه، ومع كون الآثار متضاده؟ فلا يُصغى إلى ما احتُمِل من كونه من باب الحوالة لو كان الضمان بالإذن، غايه الأمر أنّ الحوالة قد أنشئت بلفظ غير صريح فيها. (المرعشى).
- ٢- على الأحوط إن لم يكن أقوى. (محمّد الشيرازي). * على الأحوط. (اللكراني).
- ٣- لا- يبعد الجواز مع تساوى الدينين من تمام الجهات، فيبقى اشتغال ذمه المضمون عنه بأحدهما، وإن كان هناك رهن في البين يكون المضمون له مختيراً في فك أيهما شاء، ولا يبعد في الأقل والأكثر أيضاً، بدعوى أنّ الأقل هو المتيقن من الضمان، وقد اشتهر تحمّل الضمان للغرر ما لا يتحمّله غيره. (السبزواري).

الدَيْنَيْنِ، وَلَا ضَمَانَ دَيْنٍ أَحَدَ الشَّخْصَيْنِ وَلَوْ لَوَاحِدٍ، وَلَا ضَمَانَ دَيْنٍ لِأَحَدِ الشَّخْصَيْنِ وَلَوْ عَلَى وَاحِدٍ.

ولو قال: «ضمنتُ الدَّينَ المُدَى عَلَى فُلَانٍ» ولم يعلم أنَّه لزيدٍ أو لعمرٍ، أو «الدَّينَ المُدَى لِفُلَانٍ» ولم يعلم أنَّه على زيدٍ أو على عمرو صحَّ (١)؛ لأنَّه متعيَّن

واقِعاً. وكذا لو قال: ضمنتُ لك كلَّ ما كان لك على الناس، أو قال: ضمنتُ عنك كلَّ ما كان عليك لكلِّ من كان من الناس.

عدم اعتبار العلم بمقدار المضمون أو جنسه

ومن الغريب ما عن بعضهم من اعتبار العلم (٢) بالمضمون عنه والمضمون له بالوصف والنسب، أو العلم باسمهما ونسبهما، مع أنَّه لا دليل عليه أصلاً، ولم يعتبر ذلك في البيع الذي هو أضيق دائرةً من سائر العقود.

(مسألة ١): لا يُشترط في صحَّه الضمان العلم بمقدار الدَّين، ولا بجنسه.

ويمكن أن يُستدلَّ عليه _ مضافاً إلى العمومات العامَّة، وقوله صلى الله عليه وآله: «الزَّعيمُ غارِمٌ» (مسند أحمد: ٥/٢٦٧، سنن ابن ماجه: ٢/٨٠٤، السنن الكبرى للبيهقي: ٦/٧٢، المصنَّف للصنعاني: ٨/١٧٣) (٣) _ بضمان (٤) عليِّ بن الحسين عليهما السَّلام (٥) لِدينِ عبدِالله بن

ص: ٣٣

- ١- هذا مع قبول المضمون له، وإلَّا فلا يصحَّ، وبذلك يظهر حال ما بعد هذا الفرع. (الخوئي).
- ٢- فراراً من الضَّرر أو الغرر. (المرعشي).
- ٣- الخبر في غاية الضعف. (المرعشي).
- ٤- الاستدلال بالروايتين لا يخلو من الإشكال من جهات. (اللكراني).
- ٥- لكن في الروايتين ضعف سنداً، بل ودلالة، ولكنَّ ما في المتن لا يخلو من قوّه مطلقاً، من غير فرقٍ بين الضمان التبرّعي وغيره. (الخميني). * قد روى الخبران في بعض كتب العامَّة أيضاً. (المرعشي).

الحسن (١)، وضمّانه لِدِينِ مُحَمَّدِ بْنِ أُسَامَةَ (٢). لَكِنَّ الصَّحَّةَ مَخْصُوصَةٌ بِمَا إِذَا كَانَ لَهُ وَقَعَ مَعَيَّنٌ، وَأَمَّا إِذَا لَمْ يَكُنْ كَذَلِكَ _ كَقَوْلِكَ: ضَمِنْتُ شَيْئًا مِنْ دِينِكَ _ فَلَا يَصِحُّ.

ولعلّه مراد من قال: إِنَّ الصَّحَّةَ إِنَّمَا هِيَ فِيهَا إِذَا كَانَ يُمْكِنُ الْعِلْمُ بِهِ بَعْدَ ذَلِكَ، فَلَا يَرُدُّ عَلَيْهِ مَا يُقَالُ مِنْ عَدَمِ الْإِشْكَالِ فِي الصَّحَّةِ مَعَ فَرْضِ تَعَيُّنِهِ وَاقْعًا، وَإِنْ لَمْ يُمْكِنِ الْعِلْمُ بِهِ فَيَأْخُذُ بِالْقَدْرِ الْمَعْلُومِ. هَذَا، وَخَالَفَ بَعْضُهُمْ فَاشْتَرَطَ الْعِلْمُ بِهِ لِنَفْيِ الْعَرْرِ وَالضَّرَرِ، وَرُدَّ بَعْدَ الْعُمُومِ فِي الْأَوَّلِ؛ لِاخْتِصَاصِهِ بِالْبَيْعِ، أَوْ مَطْلُوقِ الْمَعَاوِضَاتِ (٣)، وَبِالْإِقْدَامِ فِي الثَّانِي.

وَيُمْكِنُ الْفَرْقُ بَيْنَ الضَّمَانِ التَّبَرُّعِيِّ وَالْإِذْنِيِّ (٤)، فَيُعْتَبَرُ فِي الثَّانِي (٥)، دُونَ الْأَوَّلِ؛ إِذْ ضَمَانَ عَلِيِّ بْنِ الْحُسَيْنِ عَلَيْهِمَا السَّلَامُ كَانَ تَبَرُّعِيًّا (٦) وَاخْتِصَاصَ نَفْيِ الْعَرْرِ

ص: ٣٤

١- الوسائل: الباب (٥) من أبواب كتاب الضمان، ح ١.

٢- الوسائل: الباب (٣) من أبواب كتاب الضمان، ح ١.

٣- بناءً على كون المناط منقحاً. (المرعشي).

٤- لكنّه بعيد. (الخوئي).

٥- بل لا يعتبر في شيءٍ منهما. (عبدالهادي الشيرازي). * بل لا يُعتبر فيه أيضاً. (الفاني).

٦- ظاهر الروايتين أنّه كان بطلبٍ من المديون، ولم يكن الضامن قاصداً للرجوع. (المرعشي).

بالمعاوضات ممنوع(١)، بل يجرى في مثل المقام الشبيه بالمعاوضه إذا كان

بالإذن مع قصد الرجوع على الإذن. وهذا التفصيل لا يخلو من قرب(٢).

انتقال الحق إلى ذمّه الضامن بالضمان

(مسأله ٢): إذا تحقّق الضمان الجامع لشرائط الصحّحه انتقل الحقّ من ذمّه المضمون عنه إلى ذمّه الضامن، وتبرأ ذمّه المضمون عنه بالإجماع والنصوص، خلافاً للجمهور؛ حيث إنّ الضمان عندهم ضمّ ذمّه إلى ذمّه. وظاهر كلمات الأصحاب(٣) عدم صحّحه ما ذكروه حتّى مع التصريح به

ص: ٣٥

- ١- لا يخلو من إشكال، وما قرّبّه من التفصيل ليس بالقريب. (المرعشى).
- ٢- بل عن بُعد. (الكوه كمرى). * لكنّ الأقرب عدم الفرق بين القسمين. (البروجردى). * الأقوى اشتراط نفى معظم الغرر، من غير فرق بين القسمين. وبعبارته أخرى: اشتراط كون ذلك القدر من الجهاله متعارفاً، فلو دار بين عشره أو عشرين فلا مانع من الصحّحه، ولو دار بين عشره أو آلاف مثلاً فلا يصحّ، من غير فرق بين القسمين. (الشريعةمدارى). * بل الأقرب عدم الفرق؛ لعدم الغرر، فإنّ باب الضمان غير باب المعاوضات. (محمّد رضا الكلبيگانى). * بل الأقرب عدم الفرق. (محمّد الشيرازى). * لا وجه له. (السبزوارى). * بل هو بعيد. (حسن القمى). * إذا احتمل اختصاص عدم مانعيه الغرر بخصوص التبرّعى، ولكنّه خلاف المرتكز العرفى، فالأظهر عدم الاعتبار فى شىءٍ منهما، والاحتياط سبيل النجاه. (الروحانى). * والأقرب منه العدم. (اللكراني).
- ٣- وهو الحقّ. (الكوه كمرى).

- ١- ممنوع. (الإصفهاني). * بل لا يمكن. (صدرالدين الصدر). * ولكنه مشكل. (اللكراني).
- ٢- الإجماع والنصوص على خلافه. (الفيروزآبادي). * بل لا يمكن؛ لأنه لا معنى لضمّ ذمّه إلى أخرى على نحو الاستقلال؛ لأنّ المال الواحد لا يشغل ذمّتين بالاستقلال. (الفاني). * بالتزام صحّه اشتغال الذم على سبيل البدليّه بمضمون واحد، ولكنه لا يخلو من إشكال. (المرعشي).
- ٣- ضعيفٌ غاية. (النائيني، جمال الدين الكلّيايگاني، حسن القمي). * فيه إشكال؛ إذ لم يكن في قبال الضمان المعهود معامله أخرى مجعوله عند العقلاء، غاية الأمر اختلفوا في حقيقه الضمان، فبعد ردّهم عمّا فهموا لا يبقى مجالاً لتشبّث بالعمومات بالنسبه إليها بعد ردّعه. (آقاضياء). * ممنوع جداً. (الإصطهباناتي). * ممنوع. (البروجردى، السبزواري). * لكنه ضعيف. (عبدالهادي الشيرازي، عبدالله الشيرازي). * محلّ إشكال. (الخميني). * بل مشكل. (محمّد رضا الكلّيايگاني). * لكنه ضعيف جداً. (الروحاني).
- ٤- لكنّ الأقوى عدم صحّته، واحتمال الصحّه ضعيف جداً، بل ممنوع. (البيجنوردى). * فيه إشكال. (المرعشي). * لكنه ضعيف جداً. (الخوئي). * وقد تقدّم صحّه كلّ عقدٍ عقلائيّ لم يَنه عنه الشارع. (محمّد الشيرازي).

(مسألة ٣) : إذا أبرأ المضمون له ذمّه الضامن برئت ذمّته وذمّه (١)

المضمون عنه (٢).

وإن أبرأ ذمّه المضمون عنه لم يؤثر شيئاً، فلا تبرأ ذمّه الضامن؛ لعدم المحل للإبراء بعد براءته بالضمان، إلّا إذا استُفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه بحيث يُفهم منه عرفاً (٣) إبراء ذمّه الضامن. وأمّا في الضمان بمعنى

ضمّ ذمّه إلى ذمّه (٤) : فإن أبرأ ذمّه المضمون عنه برئت ذمّه الضامن أيضاً، وإن

أبرأ ذمّه الضامن فلا تبرأ ذمّه المضمون عنه، كذا قالوا (٥)، ويمكن أن يقال (٦)

ص: ٣٧

١- في العبارة مسامحة. (اللكراني).

٢- في العبارة مسامحة؛ لبراءه ذمّه المضمون عنه بنفس الضمان، من دون احتياج إلى إبراء المضمون له. (البحروردی) * عن مال الضامن بالإبراء، وكانت بريئه عن حقّ المضمون له بالضمان على مذهبننا، ومنه ظهر أن لا موقع لبراءه ذمّته عن حقّ المضمون له. (المرعشي).

٣- لكنّه خارج عن الفرض. (المرعشي).

٤- بالمعنى الذي لا نقول به. (الفيروزآبادی).

٥- وهو الأظهر. (الفيروزآبادی). * وهو الوجه على هذا المبني. (الخميني).

٦- مشكل، بل ممنوع؛ فإن إسقاط الوثيقة على الدين لا يوجب سقوط نفس الدين. (الإصطهباناتي). * ولكنّه ممنوع. (عبدالهادي الشيرازي). * لكنّه ضعيف. (عبدالله الشيرازي). * لوحدتهما بحسب متن الواقع، إلّا أنّ المبني فاسد؛ لما مرّ من عدم اشتغال ذمتين بمالٍ واحدٍ على سبيل الاستقلال. (الفاني). * بأن يؤوّل الأمر إلى رفع اليد عن الدين، لكنّه خارج عن الفرض، مضافاً إلى أنّه مخدوش بأنّه إن كانت ذمّه الضامن بمنزله الوثيقة على الدين فلا ريب في أنّ إسقاط الوثيقة لا يوجب سقوط الدين، وكذا لو كان الباب من باب البدلية. (المرعشي). * حيث لم يعلم المقصود من ضمّ الذمّه إلى الذمّه، وأنّ ذمّه الضامن هل هي وثيقة لذمّه المديون؟ كما صرح بعض القائلين به بعدم جواز المطالبة من الضامن إلّا بعد عدم إمكان الأداء من المديون، أو أنّ ضمانها كضمان اليد مع تعدّد الأيادي _ كما عن بعضهم جواز الرجوع إلى كلٍّ منهما على التخيير _ فلا داعي لنا لتفريع الفروع، سيّما مع عدم ملائمتها لبعض ما فرّعوا عليه. (محمّد رضا الكلبيكاني). * لكنّه ضعيف، إلّا إذا أحرز من القرائن إسقاط أصل الدين. (السبزواري). * فيه تأمل. (محمّد الشيرازي). * لكنّه ضعيف، على تقدير كون المراد من ضمّ الذمّه إلى أخرى أن تكون ذمّه الضامن وثيقة للدين، ضروره أنّ إسقاط الوثيقة لا يلازم إسقاط الدين، وأمّا لو كان المراد منه تعدّد الذمّم بالإضافة إلى دينٍ واحدٍ _ كما في الأيادي المتعدّدة في ضمان الأعيان المضمونه، ويؤيده حكم بعض القائلين بهذا القول بجواز رجوع المضمون لها إلى كلّ واحدٍ منهما على التخيير _ فهذا الاحتمال ليس بضعيف. (اللكراني).

- ١- الفرع كأصله في البطلان. (الكوه كمرى). * لكنّه ضعيف على ذاك القول؛ فإن إسقاط الوثيقه على الدين لا يستلزم سقوط نفس الدين. (البروجردى).
- ٢- مشكل، إلّا، إذا كانت قرينه على إبرائهما. (حسن القمى).
- ٣- ويحتمل حينئذٍ أيضاً عدم براءة ذمّه واحدٍ منهما؛ لعدم استقلال كلٍّ منهما فيالذمّه كي بإبراء ذمّته مستقلاًّ تسقط ذمّته، بل لا تسقطان إلّا بإبرائهما. (آقاضياء).

لزوم الضمان من طرف الضامن والمضمون له وحكم ضمان المعسر

(مسألة ٤) : الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له، فلا- يجوز للضامن فسخه حتى لو كان يأذن المضمون عنه وتبين إعساره، وكذا لا- يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءه الضامن حين الضمان، أو علم المضمون له بإعساره، بخلاف ما لو كان مُعسراً حين الضمان وكان جاهلاً بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور(١)، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، ويستفاد من بعض الأخبار(راجع جواهر الكلام: ٢٦/١٢٨، تبصره المتعلمين: ١٥٣، شرائع الإسلام للمحقق الحلّي: ٢/٣٥٦). أيضاً.

والمدار كما أشرنا إليه في الإعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان موسراً ثم أعسر لا يجوز له الفسخ. كما أنه لو كان معسراً ثم أيسر يبقى الخيار(٢)، والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا.

ص: ٣٩

-
- ١- ولكن للمناقشه فيه مجال واسع، وليس في المسألة روايه تدلّ على الخيار وجواز الفسخ. (الخوئي).
 - ٢- إذا كان العلم بالإعسار بعد حصول اليسار فثبوت الخيار محلّ تأملٍ وإشكال. (البروجردى، عبدالله الشيرازى). * فيه نظر. (حسن القمّي). * إلّا إذا كان العلم بالإعسار بعد حدوث اليسار، ففيه يكون بقاء الخيار محلّ تأملٍ وارتياب. (اللكراني).

وهل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره (١) في ثبوت الخيار،

أو لا؟ وجهان (٢).

اشتراط الخيار وغيره في الضمان

(مسأله ٥): يجوز (٣)

ص: ٤٠

١- الأقوى عدم خياره مهما أمكن إجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم من جهه سلطنته على استنفاذ ماله، إلا إذا كان ذلك حرجاً عليه فيجبر بالخيار حينئذٍ. (آقاضياء).

٢- أوجههما العدم. (الكوه كمرى، الخمينى، الخوئى). * أقواهما الخيار إذا كان عرفاً فى حكم العدم. (صدرالدين الصدر). * أوجههما العدم، خصوصاً مع إمكان إجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم. (الإصطهباناتى). * أقربهما العدم. (البروجردى). * الأوجه الأوّل. (عبدالهادى الشيرازى). * الأقوى العدم، خصوصاً مع إمكان إجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم. (البجنوردى) * إلا مع إمكان الإيجاب ولو بالرجوع إلى الحاكم. (عبدالله الشيرازى). * الأوجه ثبوت الخيار وإن كان الأحوط عدم إعماله. (الفانى). * الأقوى العدم، وعلى فرض الثبوت هو فى صورته عدم إمكان الإيجاب ولو بالرجوع إلى الحاكم. (المرعشى). * أقواهما العدم. (محمّد رضا الكلپايگانى). * أوجههما الأوّل، مع عدم إمكان الإيجاب. (السيزوارى). * أوجههما الثانى. (محمّد الشيرازى). * الأظهر الأوّل. (الروحانى). * أظهرهما العدم. (اللكرانى).

٣- جوازه فى غايه الإشكال، بل لا- يبعد عدم جوازه. (النائينى، جمال الدين الكلپايگانى). * مع علم المضمون له ورضاه. (صدرالدين الصدر). * على إشكال فيه، وفى ثبوت الخيار عند تخلف الشرط. (اللكرانى).

اشتراط الخيار (١) في الضمان (٢) للضامن والمضمون له؛ لعموم

أدله الشروط. والظاهر جواز (٣) اشتراط شيء (٤) لكل منهما، كما

إذا قال (٥) الضامن: أنا ضامن بشرط (٦) أن تخيط (٧)

ص: ٤١

١- هذه المسألة تحتاج إلى مزيد التأمل. (الكوه كمرى). * فيه إشكال، بل منع، وكذا في ثبوت الخيار عند تخلف الشرط، والوجه فيه: أن انفساخ عقد ما إذا لم يمكن في نفسه ولو بالتقاييل فأدله الشروط، لا تفي بصحّ جعل الخيار فيه، وبذلك يظهر الحال في المسألة الآتية. (الخوئي).

٢- في جواز أصل اشتراط الخيار في الضمان، وعلى تقدير جوازه يكون له خيار تخلف الشرط عند تخلفه تأمّل وإشكال. (الجنوردي)

٣- يشكّل جوازه ولو قيل به، ففي كون التخلف عنه موجبا للخيار أو كونه كالتخلف عمّا تضمّنه عقد النكاح وجهان، والأظهر الثاني. (النائني، جمال الدين الكلپايگانی).

٤- بأن يقول: على أن تخيط لي ثوبا، لا أن: خطّ لي ثوبا (كذا في أصل النسخة)، والظاهر أن ما ذكره؛ يرجع إلى القسم الثاني، فيأتي فيه إشكال التعليق. (صدرالدين الصدر).

٥- لا أن يقول بنحو التعليق: «إن خطّ لي ثوبا» ونحوه. (المرعشي).

٦- أي مع شرط. (اللكراني).

٧- بنحو الالتزام في الالتزام، لا بنحو التعليق في الضمان، وجواز الفسخ لتخلف الشرط كأصل الشرط وإن كان على القاعده لكن حيث يستلزم اشتغال ذمّ المضمون عنه بعد الخلوّ، وذلك بدون رضاه خلاف القاعده، فالقول بأنّ الفسخ مع التخلف موقوف على رضا المضمون عنه لا يخلو من سداد. (محمّد رضا الكلپايگانی).

لى ثوباً(١) ، أو قال المضمون له: أقبل الضمان بشرط أن تعمل لى كذا، ومع التخلّف يثبت للشارط خيار تخلّف الشرط.

تبين كون الضامن مملوكاً

(مسأله ٦) : إذا تبين كون الضامن مملوكاً وضمن من غير إذن مولاه أو بإذنه، وقلنا: إنّه يتبع بما ضمن بعد العتق لا يبعد(٢) ثبوت الخيار للمضمون له.

ضمان الدين الحالّ مؤجلاً وبالعكس

(مسأله ٧) : يجوز ضمان الدين الحالّ حالاً وموجلاً، وكذا

ضمان الموجل حالاً وموجلاً بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص. والقول بعدم صحّه الضمان إلّا موجلاً وأنّه يعتبر فيه الأجل كالسلم ضعيف، كقول بعدم صحّه ضمان الدين الموجل حالاً أو بأنقص. ودعوى أنّه من ضمان ما لم يجب كما ترى(٣).

(مسأله ٨) : إذا ضمن الدين الحالّ مؤجلاً بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان، لا للدين(٤) ، فلو أسقط الضامن أجله وأدى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع(٥) على المضمون عنه؛ لأنّ الذى عليه كان حالاً ولم يصّر مؤجلاً

بتأجيل الضمان. وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحلّ ما عليه وأخذ من تركته يجوز لو ارثه الرجوع على المضمون عنه. واحتمال صيروره أصل

ص: ٤٢

- ١- أى على أن تخطيه لى. (البروجردى).
- ٢- وذلك لكون العبد حينئذٍ مصداقاً للمفلس والمُعسر، والمفروض جهل الضامن به. (محمّد رضا الكلپايگانى).
- ٣- إذ المضمون الدين الثابت فى الذمّه، لا الأجل. (المرعشى).
- ٤- فى إطلاقه تأمل، فىشكل ما فرّعه عليه. (عبدالهادى الشيرازى).
- ٥- إلّا إذا أذن المضمون عنه للضامن فى الضمان بشرط الأجل، ويُعكس الحكم فى المسأله التالىه. (محمّد الشيرازى).

الدَّينِ مَوْجَلًا حَتَّىٰ بِالنِّسْبَةِ إِلَىٰ الْمَضْمُونِ عَنْهُ ضَعِيفٌ.

موت الضامن وحلول الدين المؤجل

(مسألة ٩) : إذا كان الدَّين مَوْجَلًا- فضمنه الضامن كذلك فمات، وحلَّ ما عليه وأخذ من تركته ليس لوارثه الرجوع على المضمون عنه إلَّا بعد حلول أجل أصل الدَّين؛ لأنَّ الحلول على الضامن بموته لا يستلزم الحلول على المضمون عنه. وكذا لو أسقط أجله وأدى الدَّين قبل الأجل لا يجوز له الرجوع على المضمون عنه إلَّا بعد انقضاء الأجل.

ضمان الدَّين المؤجل حالًا بإذن المضمون عنه

(مسألة ١٠) : إذا ضمن الدَّين المؤجل حالًا بإذن المضمون عنه (١) : فإن

فهم من إذنه (٢) رضاه بالرجوع عليه يجوز للضامن ذلك، وإلَّا فلا (٣) يجوز (٤)

إلَّا بعد انقضاء الأجل، والإذن في الضمان (٥) أعم من كونه حالًا.

ضمان الدَّين المؤجل بأقل من أجله وأدائه

(مسألة ١١) : إذا ضمن الدَّين المؤجل بأقل من أجله وأداه ليس له (٦)

ص: ٤٣

- ١- إذا صرَّح بضمانه حالًا فالأقرب الرجوع عليه مع أدائه. (الخميني).
- ٢- لا يبعد أنَّ المتفاهم العرفي من الإذن بضمانه حالًا أو بأقل. (حسن القمي).
- ٣- الظاهر كفايه إذنه في الضمان حالًا في جواز الرجوع عليه بمجرد الأداء. (جمال الدين الكلبيكاني).
- ٤- الظاهر كفايه إذنه في الضمان حالًا في جواز الرجوع عليه بمجرد الأداء. (النائيني). * لا يبعد كفايه الإذن في الضمان حالًا في جواز الرجوع، ولعله المراد بقوله: «الإذن في الضمان أعم من كونه حالًا». (محمَّد رضا الكلبيكاني).
- ٥- لعلَّ المراد به: أنَّ الإذن في الضمان حالًا أعم من الرجوع عليه في الحال، ولا يبعد أن يقال بكفايه الإذن الصريح في الضمان حالًا في جواز الرجوع عليه كذلك. (اللكراني).
- ٦- إلَّا إذا صرَّح المضمون عنه بضمانه أقل من أجله، فإنَّ الأقرب معه جواز الرجوع عليه مع الأداء. (الخميني).

الرجوع (١) على المضمون عنه إلّا بعد (٢) انقضاء أجله، وإذا ضمنه بأزيد من

أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه، على ما مرّ (٣) من أنّ أجل

الضمان لا يوجب صيروره أصل الدين موجلاً. وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته فإنّه يرجع على المضمون عنه.

حكم الضمان من غير إذن المضمون عنه

(مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أداه بإذنه أو أمره، إلّا أن يأذن له في الأداء عنه تبرّعاً منه في وفاء دينه، كأن يقول: «أدّ ما ضمننت عني وارجع به عليّ» على إشكال (٤) في هذه الصورة أيضاً (٥)، من حيث إنّ مرجعه حينئذٍ إلى الوعد (٦) الذي (٧) لا يلزم الوفاء به.

ص: ٤٤

- ١- جواز الرجوع في صورة الإذن في الفرض غير بعيد. (المرعشي).
- ٢- أو تصريحه بالإذن في الضمان كذلك، على ما ذكرناه في الحاشية السابقة. (اللكراني).
- ٣- وقد مرّ التأمل فيه. (عبدالهادي الشيرازي).
- ٤- الظاهر أنّه لا إشكال فيه، وليس مرجعه إلى الوعد. (الخوئي). * لا يبعد عدم الإشكال فيه، فإنّه من قبيل: أعطٍ للفقير الخبز وعليّ ثمنه، لا الوعد المجاني بالإحسان. (محمد الشيرازي).
- ٥- لا إشكال فيه. (الروحاني).
- ٦- هذا لا ينافي الصحّة، ووجوب أداء المضمون عنه ما أداه الضامن. (صدرالدين الصدر). * فيه إشكال. (المرعشي). * فيه نظر. (حسن القمي).
- ٧- فيه إشكال وتأمل. (عبدالله الشيرازي).

وإذا ضمن يآذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن يآذنه؛ لأنه بمجرد الإذن فى الضمان اشتغلت ذمته من غير توقّف على شىء.

نعم، لو أذن له فى الضمان تبرّعاً فضمن ليس له الرجوع عليه؛ لأنّ الإذن على هذا الوجه كلّاً إذن.

ليس للضامن الرجوع إلّا بعد الأداء بمقدار ما أدى

(مسألة ١٣) : ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه فى صورته الإذن إلّا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف (١) فيه، وإنّما يرجع عليه بمقدار ما أدى، فليس له المطالبة قبله :

إمّا لأنّ ذمّه (٢) الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجردّه إلّا

أنّ ذمّه المضمون عنه (٣) لا تشتغل إلّا (٤)

ص: ٤٥

١- إلّا عن الشيخ قدّس سرّه، حيث حكم فى المبسوط (المبسوط للطوسى: ٢/٣٢٨). بأنّه إذا ضمن يآذنه كان له مطالبه المضمون عنه بتخليصه عن الدين وإن لم يطالبه المضمون له، واختاره العلّامة فى التحرير (تحرير الأحكام للعلّامة الحلى: ٢/٥٦٢)، اللهم إلّا أن يكون المقصود: أن ليس له الرجوع بأخذ الدين بحيث يملكه قبل الأداء، فهو صحيح، والظاهر عدم الخلاف فيه. (محمّد رضا الكلبايگانى).

٢- وأمّا لأنّ اشتغال الذمّه بالضمان غير مستقرّ بل متزلزل، فإن لم يتحقّق الأداء انفسخ الضمان وارتفع الاشتغال. (المرعى).

٣- وذلك لأنّ إذن المضمون عنه بضمان الضامن استيفاء منه للمقدار المؤدى من قبل الضامن بالضمان الطولى، فهو استيفاء بالعوض، والنصّ الوارد فى المقام موافق لهذا القاعدة. (الفانى).

٤- هذا هو الأقوى. (الإصفهانى).

بعد (١) الأداء (٢) وبمقداره.

وإما لأنها تشتغل حين الضمان لكن بشرط الأداء، فالأداء على هذا كاشف عن الاشتغال من حينه.

وإما لأنها وإن اشتغلت بمجرد الضمان إلا أن جواز المطالبة مشروط بالأداء.

وظاهرهم هو الوجه الأول (٣)، وعلى أي حال لا خلاف في أصل الحكم

ص: ٤٦

١- هذا هو الأقوى. (حسن القمى).

٢- هذا الوجه هو الصحيح. (الجنوردى)

٣- وهو الصحيح، ومع الغض عن النص والإجماع فالقاعده أيضاً تقتضى ذلك؛ فإن إذن المضمون عنه فى الضمان عنه أو أداء دينه ونحو ذلك لا- يوجب شيئاً من حيث نفسه، بل كونه استيفاءً لمال الضامن ونحوه فى أداء دينه هو الموجب لاشتغال ذمته بما استوفاه، وظاهر أن قضيه ذلك هو الاشتغال بعد الأداء وبمقداره، ويتفرع على ذلك من الفروع ما لا يخفى. (النائنى، جمال الدين الكلپايگانى). * وهو الأقوى. (الإصطهباناتى). * ويمكن تطبيقه على القاعده، بل هو الظاهر. (الشريعتمدارى). * وهو الذى تقتضيه القاعده. (الخوئى). * وهو الأقوى، كما هو صريح بعضهم، وظاهر الباقي، حتى مثل الشيخ فى المبسوط (المبسوط للطوسى: ٢/٣٢٣)، والعلامة فى التحرير (تحرير الأحكام للعلامة الحلى: ٢/٥٥٨)، فإن الحكم بجواز مطالبه الضامن المضمون عنه بتخليصه عن الدين غير الحكم باشتغال ذمه المضمون عنه. (محمّد رضا الكلپايگانى). * وهو المطابق للقاعده أيضاً؛ لأن إذن المضمون عنه لا موضوعيته له مطلقاً، بل طريق إلى الأداء. (السبزوارى). * وهو مقتضى القاعده، لا ما ذكره المصنّف قدس سرّه. (محمّد الشيرازى).

١- بل مع احتمال كون منشأ الرجوع وقوع خساره في ماله فعلاً مقتضى الأصل عدم الرجوع إلّا بعد الأداء؛ إذ مجرد اشتغال الذمه غير موجب لورود الخساره بالفعل عليه، كما لا يخفى. (آقاضياء). * لم نعرف قاعدة تقتضى ذلك. (الكوه كمرى). * لا تقتضى القاعده جواز المطالبه قبل الأداء؛ لما عرفت من أنّ المضمون عنه ضامن بالضمان الطولي. (الفانى). * كون مقتضى القاعده ما ذكره ممنوع، بل الظاهر أنّ مجرد إذنه بالضمان وضمانه و اشتغال ذمته لا يوجب اشتغال ذمه المضمون عنه، ولو للأصل وعدم الدليل عليه، نعم، بعد الأداء لا إشكال نصّاً وفتوى في جواز الرجوع و اشتغال ذمته، ويمكن استفاده ما ذكر من الروايه المشار إليها أيضاً. (الخميني). * الظاهر أنّ الأوفق بالقاعده ولو من جهة الأصل وعدم الدليل على خلافه هو الوجه الأول؛ فإن عقد الضمان لا يؤثر إلّا في ثبوت الاشتغال للضامن، وانتقال مافى ذمه المضمون عنه إليه، وليس فيه من اشتغال ذمه المضمون عنه للضامن عينولاً أثر، وليس له الرجوع عليه من دون الإيذن في الضمان، فالاشتغال إنّما هو فيصوره الإيذن، وحيث لا دليل على ثبوته بمجرد الضمان فمقتضى الاستصحاب عدم حدوثه إلّا بعد الأداء؛ لأنه لا إشكال نصّاً وفتوى في ثبوته بعده. ثم لو فرضنا أنّ مقتضى القاعده ما أفاده الماتن قدس سرّه فثبوت الإجماع والخبر على خلافه ممنوع. أمّا الأول فلأنه حكم الشيخ قدس سرّه وبعض آخر بأنه يجوز للضامن مطالبه المضمون عنه بتخليصه من الدين وإن لم يطالبه المضمون له، وذلك ظاهر فيثبوت الاشتغال قبل الأداء ومطالبه المضمون له، ودعوى أنّ الحكم بجواز المطالبه بذلك غير الحكم باشتغال ذمه المضمون عنه واضح الفساد؛ فإنه كيف يعقل جواز المطالبه منه مع عدم اشتغال ذمته بشيء؟! وأمّا الثاني فلأنه لا منافاه بين كون الاشتغال من حين الضمان وبين عدم جواز الرجوع إلّا بالمقدار الذي صولح الضامن عمّا ضمنه بذلك المقدار، غايه الأمر أنّه لو كانت المصالحه بعد أخذ مال الضمان يجب عليه ردّ الزائد. (اللنكراني).

١- هذا هو الأقوى، ولا إجماع ولا خبر على خلافه، وهو مختار الشيخ وجماعه، نعم، خالفه العلامة (تحرير الأحكام للعلامة الحلّي: ٢/٥٥٩). واشتهر بعده، وإنما مورد الإجماع والخبر هو أنه إذا صولح الضامن عمّا ضمنه بأقلّ منه لم يستحقّ على الأصيل إلّا ما صولح عليه، ولا- منافاهينهما، غايه الأمر أنه يجب عليه ردّ الزائد إن صولح عليه بعد أخذ مال الضمان. (البروجردى). * بل القاعده أيضاً تقتضى الوجه الأول، كالإجماع والنصّ. (الروحاني).

٢- لا يخلو من القوّه، والإجماع على خلافه غير محقّق، والخبر لا يدلّ على خلافه. (عبدالله الشيرازى).

٣- بل الأوفق بالقواعد هو الأول؛ لأنّ إنشاء الضمان لإنشاء لاشتغال ذمّه الضامن بما فى ذمّه المضمون عنه للمضمون له، ويُعبّر عنه بانتقال ما فى ذمّه المضمون عنه إلى ذمّه الضامن، وليس فيه من اشتغال ذمّه المضمون عنه عين ولا أثر، ولكن حيث إنّ أداء الضامن دينه من مال نفسه ياذنه يكون بمنزله أداء المضمون عنه وإتلافه ذلك المال واستيفائه، فتشتغل ذمته به له، وأمّا اشتغال ذمته بمجرد اشتغال ذمّه الضامن فلا دليل له ما لم ينجز إلى إتلاف المال. (محمّد رضا الكلبيگانى).

من حين الضمان (١) في قبال اشتغال ذمه الضامن، سواء أدى، أم لم يؤد.

فالحكم المذكور على خلاف (٢) القاعده (٣) ثبت بالإجماع، وخصوص الخبر (٤) «عن رجلٍ ضمن ضمناً ثم صالح عليه، قال: ليس له إلا الذي صالح

ص: ٤٩

١- يمكن أن يكون جواز المطالبه موقوفاً على أداء دين المضمون عنه واشتغال ذمته بما أذاه الضامن، لا مجرد براءة ذمته من الدين واشتغال ذمته أخرى به، فالحكم على مقتضى القاعده، ويصح ما فرغ عليه. (صدرالدين الصدر).

٢- كونه على خلاف القاعده محل النظر. (الإصفهاني).

٣- محل تأمل. (الإصطهباناتي). * بل هو على مقتضى القاعده؛ إذ سبب الضمان واشتغال ذمه المضمون عنه هو استيفاء مال الضامن في أداء دينه، لا صرف أمره بالضمان والأداء أو إذنه فيهما، اللهم إلا أن يقال: إن نقل ما في ذمه المضمون عنه إلى ذمته ليس مجاناً وبلا- عوض، بل باعتبار اشتغال ذمته له، وعليه بناء العقلاء وعملهم، فتأمل. (البحروردی) * بل هو موافق القاعده. (حسن القمّي).

٤- رواه الكليني بسندٍ موثق عن عمر بن يزيد (الكافي: ٥/٢٥٩، ح ٧). ورواه الشيخ (تهذيب الأحكام: ٦/٢٠٦، ح ٤). وابن إدريس (السرائر لابن إدريس: ٢/٧١). بطرقٍ أخرى، وقد عرفت أنه موافق للقاعده. (الفاني).

عليه»(١). بدعوى الاستفاده منه أن ليس للضامن إلّا ما خسر.

ويتفرّع على ما ذكره(٢): أنّ المضمون له لو أبرأ ذمّه الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً، وإن أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره.

وكذا لو صالح معه بالأقلّ كما هو مورد الخبر.

وكذا لو ضمن عن الضامنِ ضامنٍ تبرّعاً فأدى فإنّه حيث لم يخسر بشيءٍ لم يرجع على المضمون عنه وإن كان ياذنه، وكذا لو وفّاه عنه غيره تبرّعاً(٣).

احتساب المضمون له الدين على الضامن من الحقوق الشرعيّه

(مسأله ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خُمساً أو زكاه أو صدقه فالظاهر أنّ له الرجوع(٤) على المضمون عنه، ولا يكون ذلك في

حكم الإبراء.

وكذا لو أخذه منه ثمّ ردّه عليه هبّه، وأمّا لو وهبه ما في ذمّته فهل هو كالإبراء(٥)،

ص: ٥٠

١- الوسائل: الباب (٦) من أبواب كتاب الضمان، ح ١.

٢- أى الرجوع بما أدى. (المرعشى).

٣- وقد يُستثنى من هذه كلّها إذا كان إعطاء الأجنبيّ عن الضامن إعطاءً من الضامن عرفاً، كما لو كان المديون فقيراً وضمن غنى عنه الوفاء من خُمسٍ أو زكاهٍ أو نحوهما، كما سيأتى في المسألتين (١٤) و(٣١) جواز ذلك. (محمّد الشيرازى).

٤- لا يخلو من الإشكال. (المرعشى).

٥- بل هو حقيقه إبراء بلفظ الهبه، وإلّا فلا تصحّ الهبه إلّا في الأعيان ولو من جههاستفادته من شرطيه القبض فيه. (آقاضياء). * نعم، هو كالإبراء، والوجه واضح؛ لأنّ هبه ما في الذمّه إن كانت غير الإبراء فلاشكّ في كونها مثله في عدم خروج شيءٍ من كيس الضامن للمضمون عنه. (الفانى).

أو لا؟ (١) وجهان (٢).

ولو مات المضمون له فورته الضامن لم يسقط (٣) جواز الرجوع به على المضمون عنه.

بيع المضمون له بما يساوي أقل من الدين

(مسألة ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يسوي أقل من الدين، أو

ص: ٥١

١- بل هو حقيقه بالنسبه إلى الضامن، وأما بالنسبه إلى المضمون عنه ففيه وجهان. (عبدالله الشيرازي).

٢- أقواهما الأول. (الفيروزآبادي، النائيني، جمال الدين الكلپايگاني، الخميني، المرعشي). * أوجههما الثاني. (الإصفهاني). * أقربهما الأول. (صدرالدين الصدر). * أقواهما الأول، بل أوله إليه واقعاً. (الإصطهباناتي). * أوجههما الأول، بل ربما يدعى أنه عين الإبراء حقيقه، وإن كانت هذه الدعوى ضعيفه جداً. (البجنوردي) * لا يبعد أن يكون ثانيهما أقرب. (الخوانساري). * أقربهما الثاني لو لم تكن قرينه على الخلاف. (السبزواري). * أقربها الثاني. (محمد الشيرازي). * لا يبعد كون الثاني أوجه. (الروحاني). * ولا يبعد أن يكون الثاني أقرب. (اللنكراني).

٣- الفرق بين سقوط الدين بالهبة وسقوطه بالإرث غير واضح؛ حيث حكمفى الأول بأنّ فى كونه كالإبراء أولاً وجهان، وحكم فى الثاني بعدم السقوط جزماً. (محمد رضا الكلپايگاني).

وفاه الضامن بما يُسوّى أقلّ منه، فقد صرّح بعضهم (١) بأنّه لا يرجع (٢)

على المضمون عنه إلّا بمقدار ما يُسوّى، وهو مشكل (٣) بعد كون الحكم على خلاف القاعده (٤) ، وكون القدر المسلّم غير هذه الصور،

ص: ٥٢

١- وهو الأظهر. (محمّد الشيرازى).

٢- وهو الأقوى الموافق للقاعده، وإطلاق الخبر. (حسن القمى).

٣- لا إشكال فيه مع ظهور الخبر وعدم الاستفصال. (الفيروز آبادى). * لا إشكال فيه. (الكوه كمرى). * لا إشكال فيه؛ لشمول الموثّقه له، وقد عرفت أنّه موافق للقاعده أيضاً. (الفانى). * بل لا إشكال فيه، ولا ظهور للخبر فى خصوص الرضا من الدّين بأقلّ منه، وقدمر أنّ الحكم على القاعده. (محمّد رضا الكلبيگانى). * خبر الصلح مطلق، والحكم مطابق للقاعده، فلا وجه للإشكال. (السبزوارى). * لا إشكال فيه بعد كون الحكم على طبق القاعده، وإطلاق خبر الصلح. (الروحانى). * الظاهر أنّه لا إشكال فيه؛ لما مرّ من عدم كون الحكم على خلاف القاعده، والظاهر عدم الفرق بين مورد خبر الصلح وبين هذين الموردين لو لم نقل بشموله لهما، وعدم اختصاصه به، كما لا تبعد دعواه. (اللكراني).

٤- بل فى كلّ موردٍ كان من باب انتقال الدّين لا- يمنع عن الرجوع؛ لأنّه بمنزله الوفاء به خارجاً بإذنه، فلا ينافى ذلك كون الحكم على وفق الأصول. (آقاضياء). * تقدّم أنّ هذا الحكم ليس على خلاف القاعده، فلا إشكال فى ما ذكره البعض، وخبر الصلح أيضاً يدلّ على ذلك. (البجنوردى) * مرّ منع كونه على خلاف القاعده، لكنّ المسأله مع ذلك محلّ إشكالٍ بجميع صورها. (الخمينى). * كونه خلافها محلّ تأمل. (المرعشى). * الظاهر أنّه لا إشكال فيه، والحكم على طبق القاعده، وخبر الصلح مطلق. (الخوئى).

وظاهر (١) خبر (٢) الصلح (٣) الرضا من الدين بأقل منه، لا ما إذا (٤) صالحه (٥)

بما (٦) يُسوّى (٧) أقل منه (٨).

وأما لو باعه أو صالحه أو وفاه الضامن بما يُسوّى أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزياده.

لو دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل الأداء

(مسأله ١٦) : إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه :

ص: ٥٣

- ١- استظهار خصوص القسم الأول من الروايه الشريفه أضعف من دعوى كون الحكم على خلاف القاعده. (جمال الدين الكلبي يگانی).
- ٢- استظهار خصوص القسم الأول من الروايه الشريفه أضعف من دعوى كون الحكم على خلاف القاعده. (النائني).
- ٣- إشاره إلى موثقتي عمر بن يزيد (الوسائل: الباب (٦) من أبواب كتاب الضمان، ح ١) وعبدالله بن بكير (الوسائل الباب (٦) من أبواب كتاب الضمان، ح ٢)، والاستظهار محلًا إشكال، والظاهر عدم الفرق. (المرعشي).
- ٤- الظاهر شمول النص للصورتين. (صدرالدين الصدر).
- ٥- الظاهر عدم الفرق بينهما. (الإصنهاني، الإصطهباناتي، عبدالله الشيرازي).
- ٦- الظاهر شمول الروايه للمورد. (عبدالهادي الشيرازي).
- ٧- الظاهر عدم الفرق بينهما. (البروجردي).
- ٨- إلّا إذا كانت المصالحة بعنوان الرضا بأقل منه ولو من غير الجنس، بخلاف ما لو كانت المعامله غير محاباتيّه واتفق ذلك لغبن أو غيره. (الشريعتمداري).

فإن كان ذلك بعنوان الأمانة ليحتسب بعد الأداء عمّا له عليه فلا إشكال، ويكون في يده أمانه لا يضمن لو تلف إلا بالتعدّي أو التفريط.

وإن كان بعنوان وفاءٍ ما عليه: فإن قلنا باشتغال (١) ذمته (٢) حين الضمان

وإن لم يجب عليه دفعه إلّا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح، ويُحتسب وفاءً، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني.

وإن قلنا: إنّه لا تشتغل ذمته إلّا بالأداء وحينه كما هو ظاهر المشهور (٣)

فيشكل صحّته وفاء؛ لأنّ المفروض عدم اشتغال ذمته بعد، فيكون في يده كالمقبوض (٤) بالعقد (٥) الفاسد (٦)، وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلّا بإذنٍ

جديد (٧)، أو العلم ببقاء الرضا به.

ص: ٥٤

١- وهو الأقوى، كما مرّ، بل مرّ أنّه يجب عليه أيضاً مع المطالبه. (البروجردى).

٢- ولا يخلو من قوّه. (السبزواری).

٣- المنصور. (الكوه كمرى، الروحاني). * الموافق للتحقيق. (الفاني). * وهو الأشبه، كما مرّ. (الخميني). * وقد مرّ أنّه الأقوى. (محمّد رضا الكلبيكاني). * وقد مرّ أنّه الأوفق بالقاعده. (اللكراني).

٤- لو دفعه بدلاً عمّا ضمنه عنه، فلا يبعد أن يكون كالمقبوض بالسوم، ويملكه الضامن بنفس الأداء بلا حاجه إلى إذنٍ جديد. (النائني، جمال الدين الكلبيكاني).

٥- الظاهر أنّ عنوان الوفاء يكون كالقبول المتقدّم على الإيجاب؛ بمعنى أنّ الرضا الاستمراري بكونه وفاءً كافٍ في صيرورته وفاءً بعد الأداء. (الفاني).

٦- يمكن المناقشه فيه. (صدرالدين الصدر).

٧- لا يحتاج إليه. (الفيروز آبادي). * ولبقاء الإذن السابق وجه غير بعيد. (المرعشي).

(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عني إلى المضمون له ما علي من مال الضمان» فدفعت برئت ذمتهما معاً، أما الضامن فلائنه قد أدى دينه، وأما المضمون عنه فلائنه المفروض أن الضامن لم يخسر، كذا قد يقال.

والأوجه (١) أن يقال (٢): إن الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه

ص: ٥٥

١- وأما على ما ذكرناه فهو واضح لا يحتاج إلى توجيه. (البروجردى). * ولا احتمال بناء المسألة على ما تقدّم من اشتغال الذمّة من حين وقوع الضمان و عدمه وجه، لكنّه غير موجه. (المرعشى). * بل الأوجه التفصيل بين القول باشتغال ذمّة المضمون عنه حين الضمان، فتشتغل ذمّة الضامن للمضمون عنه بالأداء بإذنه في تهاتران، وبين القول بعدم الاشتغال إلّا بعد أداء الضامن، فإن أدى المضمون عنه مجاناً فلا- تشتغل ذمّته؛ لعدم خسران الضامن، وإن أدى بإذنه بقصد أخذ العوض منه فإن أعطاه الضامن عوض ما أدى عنه بإذنه اشتغلت ذمّته له بالدين؛ لأنّه خسر بإعطائه، وإلّا فلا، كما مرّ في أداء الضامن. (محمّد رضا الكلبيگانی).

٢- ذمّة المضمون عنه لا تشتغل إلّا بعد أداء الضامن بمقتضى الضمان الطوليّ الذي مرّ في المسألة (١٣)، والمفروض عدم تحقّق الأداء من الضامن في المقام وفي المسألة (١٨) الآتيه، فبراءة ذمّتهما معاً في المسألتين أو التهاتر (التهاتّر في القول بين الرجلين: هو أن يدعى كلّ واحدٍ منهما على الآخر باطلاً. غريب الحديث لابن قتيبه: ١/١٠٣، تاج العروس: ٧/٦٠٥ (مادة هتر).) أو التقاصّ (التقاصّ: هو أخذ مال المدين في قبال ما عليه من دين، أي جعل ما للغريمين مقابل ما عليه للاخر. المصطلحات (إعداد مركز المعجم الفقهي): ٧٨٥). في هذه المسألة سألته بانتفاء الموضوع. (الفاني). * أي بناءً على ما هو ظاهر المشهور، وأما بناءً على القول بحدوث الاشتغال للمضمون عنه بمجرد الضمان، فهو أي - التهاتر - واضح لا ارتياب فيه. (اللكراني).

فقد اشتغلت ذمته بالأداء، والمفروض أن ذمه المضمون عنه أيضاً مشغوله

له؛ حيث إنه أذن له في الضمان، فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمه الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمه المضمون عنه؛ حيث إن الضمان بإذنه وقد وفي الضامن (١)، فيتهاثران (٢) أو يتقاصان (٣)، وإشكال صاحب

ص: ٥٦

- ١- بل وفي المضمون عنه، ولعل في العبارة تحريفاً. (كاشف الغطاء). * في نسخه مصححه (المضمون عنه) بدل (الضامن). (المرعشى). * أي المضمون عنه، والظاهر كون المقام من التهاثر، لا التقاص. (السبزواری).
- ٢- هذا هو الأقوى، ولا مورد للمقاصه. (صدرالدين الصدر). * لا ترديد في كونه تهاتراً، ولا مورد للمقاصه. (حسن القمى).
- ٣- كونه من أظهر موارد التهاثر وأجنبيّاً عن باب المقاصه ظاهر. (النائني، جمال الدين الكلبيگانی). * لا مورد للتقاص هاهنا، بل هو من باب التهاثر. (الجنوردي) * لا معنى للتقاص ها هنا، وأما التهاثر فوجيه. (الخميني). * قهراً، وهو المتعين. (المرعشى). * لا موقع للمقاصه في المقام، وبراءه الذمّتين إنّما هي من جهة التهاثر. (الخوئي) (وقد وردت تعليقه منه؛ في نسخه أخرى، ولا توجد في النسخه التي بأيدينا، وهي: «الصحيحان يقال: وقد وفي المضمون عنه، ولعلّ التبديل من سهو القلم، أو من غلط النسخ. ثم إنه...»). * ليس المقام من مصاديق التقاص، بل هو من التهاثر القهرى. (محمّد الشيرازي). * لا موقع للتقاص، بل هو من موارد التهاثر. (الروحاني). * لا موقع للمقاصه هنا. (اللكراني).

الجواهر (جواهر الكلام: ٢٦/١٥٥). في اشتغال ذمّه الضامن بالقول المزبور في غير (١) محلّه (٢).

إذا دفع المضمون عنه بغير إذن الضامن

(مسألة ١٨): إذا دفع المضمون عنه إلى المضمون له من غير إذن الضامن برّثاً معاً (٣)، كما لو دفعه أجنبي عنه.

إذا ضمن تبرّعاً فضمن عنه ضامن

(مسألة ١٩): إذا ضمن تبرّعاً فضمن عنه ضامن بإذنه وأدى ليس له الرجوع على المضمون عنه، بل على الضامن. بل وكذا لو ضمن بالإذن فضمن عنه ضامن بإذنه فإنّه بالأداء يرجع على الضامن، ويرجع هو على المضمون عنه الأوّل.

ضمان الدّين بأقلّ منه أو أكثر

(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدّين بأقلّ منه (٤) برضا المضمون له، وكذا

يجوز (٥) أن يضمنه بأكثر (٦) منه (٧)، وفي الصورة الأولى لا يرجع على

ص: ٥٧

- ١- بل في السّخيف من القول. (الفيروزآبادي).
- ٢- بعد تحقّق استيفائه من جهه أمره بالأداء عنه. (المرعشي).
- ٣- هذا يعين الوجه الأوّل في المسألة السابقة. (الكوه كمرى).
- ٤- بأن يضمن البعض مع إسقاط المضمون له البقيّه، أو إبراء المضمون عنه عنها. (المرعشي).
- ٥- محلّ تأمّل وإشكال. (اللكراني).
- ٦- فيه إشكال. (الخميني). * ضمان الزيادة ضماناً لما لم يجب، وتعهّد بما لا مطابق له خارجاً، فلا يصحّ، بل لا معنى له. نعم، إعطاء الزائد بقصد الهبه جائز، كما هو واضح، وحكمه ما في المتن. (الفاني). * فيه تأمّل وإشكال. (الشريعتمداري).
- ٧- في تحقّق الضمان بالنسبه إلى المقدار الزائد عن الدّين إشكال، بل منع. (عبدالله الشيرازي). * فيه إشكال، بل منع. (الخوئي). * بأن يشترط الزيادة ويلتزم بها للمضمون له. (المرعشي). * مشكل، إلّا بمعنى الالتزام بإعطاء شيء زائد عليه مجاناً. (محمّد رضا الكلپايگاني). * يشكل، بناءً على بطلان ضمان ما لم يجب، وشموله حتّى للمقام. (السبزواري). * فيه تأمّل. (حسن القمي). * فيه إشكال. (البروجردى، عبدالهادى الشيرازي، الخميني، الروحاني).

المضمون عنه مع إذنه في الضمان إلا بذلك الأقل، كما أنّ في الثانيه لا يرجع عليه إلا بمقدار الدين، إلا إذا أذن المضمون عنه في الضمان بالزيادة.

الضمان بغير جنس الدين

(مسألة ٢١) : يجوز (١) الضمان (٢) بغير جنس (٣) الدين (٤) ، كما يجوز

الوفاء بغير الجنس (٥) ، وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلا بالجنس

الذي عليه إلا برضاه.

الضمان بشرط الرهانه

(مسألة ٢٢) : يجوز الضمان بشرط الرهانه (٦) فيرهن بعد الضمان، بل

ص: ٥٨

١- فيه إشكال، إلا إذا رجع إلى اشتراط الوفاء من غير الجنس. (اللكراني).

٢- ولو بنقله إلى ذمّه بعض مراتب ما في ذمّه غيره من مراتب ماليته في ضمن غيره، كما هو الشأن في الوفاء بغير الجنس. (آقاضياء).

٣- فيه نظر على مبنى كون الضمان موجبا للنقل، إلا أن يراد اشتراط التأديبه من غير جنس الدين. (المرعشي).

٤- بمعنى اشتراط الأداء من غير الجنس، وإلا فمشكل. (محمد رضا الكلبيكاني).

٥- فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

٦- فيعتبر في صحه القبض، كما في سائر المرهونات. (المرعشي). * هذا إنما يتم فيما إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة، وأما إذا كان الشرط بنحو شرط الفعل فلا يصح؛ لأنّ مرجعه إلى جعل الخيار فيه، وقد تقدّم أنّ الخيار لا يدخل في عقد الضمان. (الخوئي).

الظاهر جواز اشتراط كون المَلِكِ الفلاني رهنًا بنحو شرط النتيجة (١) في

ضمن عقد الضمان (٢).

إذا كان على الدّين رهن فهل ينفك بالضمان؟

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدّين الّذى على المضمون عنه رهن فهل ينفك (٣) بالضمان (٤)، أو لا؟ يظهر من المسالك (مسالك الأفهام: ٤/٢٠٥) والجواهر (جواهر الكلام: ٢٦/١٥٠) انفكاكه (٥)؛

لأنه بمنزله الوفاء، لكنّه لا يخلو من إشكال (٦)، هذا مع الإطلاق، وأمّا مع

ص: ٥٩

- ١- وعلى فرض صحّته، وعدم اشتراط سببٍ خاصّ توقيفيٍّ ولو بالإمضاء في تحقّقه كان لاحتمال اشتراطه بالقبض وجه. (المرعشى). * لكنّ ذلك لا يوجب سقوط اشتراط صحّ الرهن بالقبض. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٢- وفي اشتراط صحّ الرهن حينئذٍ بالقبض وعدمه وجهان. (النائني، جمال الدين الكلبيكاني).
- ٣- الانفكاك قريب، والتفصيل فيه بين أن يكون الرهن على أصل بقاء الدّين أو على ذمّه المضمون عنه، فلا ينفك في الأوّل، بخلاف الثّاني أقرب. (السبزواري).
- ٤- الظاهر ذلك. (عبدالهادي الشيرازي، الروحاني).
- ٥- وهو الأقوى. (الفيروزآبادي). * وهو الصحيح. (الخوئي). * وهو الظاهر. (اللكراني).
- ٦- ولكنه الأقوى. (النائني، جمال الدين الكلبيكاني). * لا وجه للإشكال إذا كان وثيقه لدّين في ذمّه شخصه، نعم، لو كان وثيقه لنفس مافى الذمّه _ في أيّ ذمّه كان _ لا وجه لفكّه. (آقا ضياء). * الظاهر عدم الإشكال فيه. (الكوه كمرى، الشريعتمداري). * لا إشكال فيه أصلاً، وهو الصحيح. (البنجوردى) * لا وجه له إذا كان وثيقه للدّين في ذمّه شخصه، وأمّا إذا كان مطلقاً فيه إشكال، وكذا مع اشتراط البقاء. (عبدالله الشيرازي). * لا إشكال في ذلك؛ إذ لا رهن على ذمّه بريئه، فينفك الرهن؛ لأنّه وثيقه لما فيذمّه المديون، وبعد انتقاله إلى ذمّه أخرى لابقاء له، ومن هذا ظهر عدم صحّها اشتراط البقاء. (الفاني). * لكنّ الفكّ هو الأقوى. (الخميني). * وجهه احتمال بقاء الدّين بلا أداء مع كون المرهونه وثيقه له، غاية الأمر أنّ انتقاله بالضمان من ذمّه إلى أخرى. (المرعشى). * الظاهر أنّه لا إشكال فيه. (محمّد رضا الكلبيكاني). * إن كان الرهن على هذا الدّين ما لم يُعط بقى الرهن، وإن كان رهنًا على خصوص ذمّه المضمون منه فكّ الرهن. (محمّد الشيرازي). * لكنّه الأقوى. (حسن القمّي).

اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتَّبَع.

اشتراط الضمان في مال معيّن وما فيه من أقسام

(مسأله ٢٤) : يجوز (١) اشتراط (٢) الضمان (٣) في مالٍ

ص: ٦٠

١- اشتراط ذلك وإن ادعى عدم الخلاف في جوازه لكنّه لا يخلو عن الإشكال، خصوصاً إذا كان على وجه التقييد. (جمال الدين الكلبي يگانی).

٢- اشتراط ذلك وإن ادعى عدم الخلاف في جوازه لكنّه لا يخلو من الإشكال، خصوصاً إذا كان على وجه التقييد. (النائني).

٣- حصر التعهيد للمدين بمالٍ خاصٍ يقتضى عدم كون عهده في البين إذا لم يكن المال الخاصّ موجوداً، وهو غير معقول؛ لأنّ الكلّي الذمّي لا يتخصّص بمالٍ خاصّ خارجي، فلا معنى لانتقال الدين عن ذمّه المضمون عنه إلى ذمّه الضامن مع حصر الضمان بالمال الخارجيّ. ثم على فرض صحّ هذا التصوير إذا تلف المال لا بدّ وأنلا يبقى ضمان في الخارج، نعم، يجوز ذلك على نحو الالتزام في الالتزام، ونتيجة هذا الشرط ثبوت الخيار للمضمون له بتعدّر المشروط به في عالم الوفاء وللضامن؛ لأنّ لزوم الضمان عليه مع هذا الشرط ضروريّ؛ إذ ربّما كان الغرض الداعي لضمّانه هو تطبيق ما في ذمّته على المال الخاصّ المذكور. (الفاني). *

فيه تأمل. (حسن القمّي).

- ١- باسئراط الأءءءه منه. (المرعشى). * بأن ىشئراط الأءءءه منه. (مءمء رضا الكلاءىكانى).
- ٢- لم ىظهر لى معنى معقول لئقءءء ما فى الءمه بالمال الموءوء فى الءارء، كما هو ظاهره. (البروءرءى). * فىه إشكال. (عءالله الشىرازى، حسن القمى). * إذا كان الضمان بمعنى نقل الءمه فكىف يعقل ئقءءه بالمال الموءوء فى الءارء؟! اللهم إلاء أن ىمنع ذلك، وىلتزم بكون الضمان نوع ئعهء للأءءء، لكنّه ءلا فالمشهور. (الشرىعمءارى). * صءهه كذلك محلل إشكال، بل منع، إلاء إذا كان كلىاً فى المعىن فإن له وءه صءه؛ فإن الكلى فى المعىن لا ىءرء عن الكلىه، والءمه على ما هو الئءقءق، فىكون ضمانه فى ءائره المعىن، فمع ئلف الكلى ىبطل الضمان، ومع بقاء مقءار الءىن لا ىبطل وىئعىن للأءءءء، ومع بقاء ما ىنقص عنه ىبطل بالنسبه. (الءمىنى). * بأن ىئقءء المضمون فى الءمه بكونه فى العىن الءارءىه على نحو ئقءء الكلى فى المعىن، لا ئقءء الضمان ءئى ىلزم مءءور الئعلق. (المرعشى). * لا ىظهر معنى مئءصل لئقءء فى المقام، فىنءصر الأمر فى الاءئراط، ولا ىئرب عليه إلاء وءوب الوفاء بالشرط؛ لما مر من الإشكال فى ئبوء الءىار بئءلفه. (الءوئى). * ظاهره ئقءء الضمان بأءء العىن، وهو ىرءع إلى الئعلق الباطل بالإءماع، ولما ءء من ئعرء للمساءله إلاء العلامه ١ (ئءكره الفقهاء (طء): ١٤/٣٠١)، وهو المئفرء به على ما فى مفاء الكرامه (مفاء الكرامه: ١٦/٣٤٨)، والظاهر أن مقصوءه الاءئراط ءون الئقءءء، كما أن صاحب مفاء الكرامه ءمل كلامه علىه من ءون ءكر اءئمال آءر. (مءمء رضا الكلاءىكانى). * الظاهر أنه من ئقءء الوفى، ولا إشكال فىه، بل وىصء فرض اءئبار العىن فى الءمه أىضاً ئقءءءاً. (السبزوارى). * بأن ىقءء الكلى الءى ىضمنه فى ءمئه بقاء ىوجب انءصار فرءه لو أرىء الأءءءبمال معىن ءارءى. (الروءانى). * لا ىظهر معنى معقول لئقءء الضمان، الءى هو عباره عن اءئغال ءمه الضامن بماعلى عهءه المضمون عنه بالمال المعىن الموءوء فى الءارء، إلاء إذا كان بنءو الكلىفى المعىن؛ ءىء إنه ىءئمع فىه الءمه والمعىن معاً، فىكون ضمانه فى ءءوءه ولا ىءءاوز عنه، فىاذا ئلف الءمىع ىرئفع اءئغال الءمه، ومع بقاء مقءاره أو بعض منه ىئعىن للأءءء. (الئءكرانى).

باب الالتزام فى الالتزام، وحينئذٍ يجب على الضامن الوفاء من ذلك المال، بمعنى صرفه فيه.

ص: ٦٢

وعلى الأول إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان (١)، ويرجع المضمون له

على المضمون عنه، كما أنه إذا نقص (٢) يبقى الناقص في عهده.

وعلى الثاني لا يبطل، بل يوجب الخيار (٣) لمن له الشرط من الضامن (٤).

أو المضمون له أو هما، ومع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم الفسخ.

وأما جعل الضمان في مالٍ معيّنٍ من غير اشتغال ذمّه الضامن، بأن يكون

ص: ٦٣

١- إن تلف تمامه، ولا يبطل إن بقي منه بمقدار الدين. (المرعشى).

٢- يبطل الضمان في هذا الفرض بالنسبه. (المرعشى).

٣- فيه إشكال، بل لا وجه له مع فرض القول بأن الضامن هو المولى، كما هو المفروض. (عبدالله الشيرازى). * قد مرّ الإشكال في ثبوت الخيار في الضمان مطلقاً. (اللكراني).

٤- الظاهر عدم الخيار للضامن على فرض كون الشرط له؛ إذ مرجعه حينئذٍ إلى التزام المضمون له قبوله إن أذاه الضامن إليه، فلا تخلف منه حتى يثبت به الخيار للضامن. (البروجردى). * لا- وجه لخيار الضامن في فرض المسأله، وهو تلف ذلك المال. (عبدالهادهى الشيرازى). * ثبوت الخيار له منفرداً أو مع المضمون له محلّ نظر. (المرعشى). * ثبوت الخيار للضامن بالتلف عنده محلّ منع، ولو كان هو المشروط له؛ لأنّ الشرط على المضمون له معناه عدم استنكافه من أخذه، وليس من شأنه أن يلتزم بغير ذلك، فلا خيار للضامن إلّا مع استنكاف المضمون له من الأخذ. (محمّد رضا الكلبايگانى). * لا خيار للضامن في فرض المسأله، وهو تلف ذلك المال. (الروحانى).

الدَّينِ فِي عَهْدِهِ ذَلِكَ الْمَالِ (١) فَلَا يَصَحُّ.

إِذْنُ الْمَوْلَى لِعَبْدِهِ بِالضَّمَانِ فِي كَسْبِهِ

(مسألة ٢٥) : إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه (٢) : فإن قلنا :

إنَّ الضَّامِنَ هُوَ الْمَوْلَى لِلانْفِهَامِ الْعَرْفِيِّ، أَوْ لِقَرَائِنٍ خَارِجِيَّةٍ يَكُونُ مِنْ اشْتِرَاطِ الضَّمَانِ فِي مَالٍ مَعْيَّنٍ وَهُوَ الْكَسْبُ الْعَلْدِي (٣) لِلْمَوْلَى، وَحِينَئِذٍ إِذَا مَاتَ الْعَبْدُ

تَبَقِيَ ذَمُّهُ الْمَوْلَى مَشْغُولُهُ إِنْ كَانَ عَلَى نَحْوِ الشَّرْطِ فِي ضَمَنِ الْعُقُودِ، وَيَبْطُلُ (٤) إِنْ كَانَ عَلَى (٥) وَجْهِ التَّقْيِيدِ (٦)، وَإِنْ انْعَقَ يَبْقَى (٧) وَجُوبُ الْكَسْبِ (٨) عَلَيْهِ (٩).

ص: ٦٤

١- ولا تكون عهده المال على الضامن. (الفيروز آبادي).

٢- تقدّم الإشكال فيه. (النائني، جمال الدين الكلبي يگاني).

٣- وقد مرّ التأمّل فيه. (حسن القمّي).

٤- قد مرّ الإشكال في أصل الضمان بنحو التقييد. (محمّد رضا الكلبي يگاني).

٥- وقد مرّ الإشكال فيه. (حسن القمّي).

٦- مرّ آنفاً أنّه لا محصّل له في المقام. (الخوئي).

٧- لا وجه لبقاء وجوب الكسب عليه مع كون الضامن هو المولى على الفرض، كما أنّه لا وجه لبقاء ذمّه المولى مشغوله؛ لتعدّد الكسب بما هو مال للمولى. (اللكراني).

٨- مشكل؛ بناءً على أنّ الضامن هو المولى، كما هو المفروض. (الإصفهاني). * لا وجه له في الفرض. (الخميني).

٩- بقاء الحقّ عليه مع أنّ الضامن هو المولى للانفهام العرفي أو غيره لا يتّجه. (كاشف الغطاء). * مع فرض كون الضامن هو المولى لا وجه لبقاء وجوب الكسب عليه؛ فإنّه فيحكم تلف المال العبدى بشرط الأداء منه؛ فإنّ كسب العبد بعد انعقائه لا يكون من أموال المولى. (الإصطهباناتي). * لا وجه له مع فرض القول بأنّ الضامن هو المولى بل الظاهر أنّه كتلف المالا للعبدى اشترط أن يودى منه؛ فإنّ كسب العبد على وجهه يكون من أموال المولى قد تعدّد بانعقائه. (البروجردى، عبدالله الشيرازي). * لا وجه لوجوب الكسب عليه، مع أنّ المفروض هو اشتغال ذمّه المولى، وكونه هو الضامن. (البيجوردى). * لا ريب في أنّ كسبه بعد انعقائه يكون له، لا لمولاه، فلا وجوب عليه بعد الانعقاد في كسبه. (الفاني). * فيه إشكال. (المرعشي). * بل تبقى ذمّه المولى مشغوله، كما في الموت. (الخوئي). * بناءً على عدم الموضوعيّة لذمّه المولى أبداً، بل كونها طريقاً إلى الكسب فقط، وإلا فلا وجه للوجوب. (السبزواري). * لعلّ وجهه أنّ بمقتضى الشرط جعل كسبه قبل عتقه متعلّقاً لحقّ الغير بمقدار أداء الدّين، فبعد العتق لا يسقط هذا الحقّ، كما لو أجره قبل عتقه ثمّ أعتقه. (حسن القمّي). * لا وجه له مع فرض كون الضامن هو المولى، بل تبقى ذمّه المولى مشغوله، كما في الموت. (الروحاني).

وإن قلنا: إن الضامن هو المملوك، وإن مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبه إلى الضمان فإذا مات لا يجب على المولى شيء، وتبقى ذمه المملوك مشغوله يمكن تفريره بالزكاه ونحوها، وإن انعتق يبقى الوجوب (١) عليه (٢).

ضمان اثنين عن واحد

(مسألة ٢٦): إذا ضمن اثنان أو أزيد عن واحد: فإما أن يكون على التعاقب، أو دفعه.

ص: ٦٥

١- لعدم اختصاصه بزمان مملوكيته. (المرعشى).

٢- فى إطلاقه إشكال. (محمد الشيرازى).

فعلى الأوّل الضامن من رضى المضمون له (١) بضمانه، ولو أطلق

الرضا (٢) بهما كان الضامن هو السابق (٣)، ويحتمل قوياً (٤) كونه كما إذا ضمنا

دفعه (٥)، خصوصاً بناءً على اعتبار (٦) القبول (٧) من المضمون له، فإنّ الأثر

ص: ٦٦

١- سواء كان سابقاً، أم لاحقاً. (المرعشى).

٢- الإطلاق بمعنى الإبهام لا- مصداق له، وبمعنى الإطلاق لا أثر له؛ إذ المال الواحد لا ينتقل إلى ذمتين على نحو الاستقلال، فلا بدّ من القول بالبطلان. (الفانى).

٣- لو تعقّب كلّ ضمانٍ بقبولٍ مستقلٍّ فالسابق قبله هو الصحيح، وإن تأخّر إنشاؤه من الضامن، أو كان مقارناً لإنشاء الآخر، ويُغنى ما عداه مطلقاً، ولو تعقّب الجميع بقبولٍ واحدٍ فالأظهر التقسيط مطلقاً، ولا أثر للتعاقب ولا التقارن فى الصدور عنالضامن مطلقاً. (النائنى، جمال الدين الكلبيگانى). * للانتقال إليه أولاً، فلا مورد للانتقال الثانى، ولا للرضا به. (المرعشى).

٤- وهو الأقوى. (المرعشى). * هذا هو المتعين. (الروحانى). * وهذا هو المتعين؛ لما مرّ من أنّ الأقوى اعتبار القبول، وهو الملاك فى التعاقبوالدفعه، لا الإيجاب. (اللكرانى).

٥- هذا هو المتعين. (الخوئى، حسن القمى).

٦- كما هو الأقوى، وحينئذٍ لو وقع بعد كلّ ضمانٍ قبول فالسابق قبله هو الصحيح، وإن كان إنشائه من الضامن متأخراً، أو مقارناً لإنشاء الآخر، ولو وقع بعد الجميع قبولاواحدفالظاهرالتقسيط، بلافافوتٍ بين تقارن إنشاء الضمانات وتعاقبها. (الإصطهباناتى).

٧- وهو الأقوى، كما مرّ، وعلى هذا فهو المدار فى الدفعه والتعاقب. (البروجردى). * كما هو الأقوى. (الفانى، محمّد رضا الكلبيگانى). * وهو الأقوى، هذا لو تعقّب كلّ إيجابٍ بقبولٍ منفرد، وفى صورته تعقّب الجميع بقبولٍ واحدٍ إشكال، والأوجه التقسيط. (المرعشى).

حاصل بالقبول نقلاً، لا كشفًا.

وعلى الثانى إن رضى بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضى

بهما معاً ففى بطلانه (١) _ كما عن المختلف (مختلف الشيعه: ٥/٤٦٦) وجامع المقاصد (جامع المقاصد: ٣٤١).

واختاره (٢) صاحب الجواهر (جواهر الكلام: ٢٦/١٥٢) _ أو التقييط بينهما بالنصف، أو بينهم

بالثلث إن كانوا ثلاثه، وهكذا، أو ضمان كل منهما فللمضمون له مطالبه

من شاء، كما فى تعاقب الأيدى وجوه (٣)، أقواها

ص: ٦٧

١- وهو الأقوى؛ لما عرفت من عدم صحه انتقال المال الواحد إلى ذمّتين على سبيل الاستقلال، فالاحتمال الثالث باطل من هذه الجبهه، وأمّا الاحتمال الثانى فهو باطل؛ لأنّ قبول المضمون له ضمان الضامنين إنّما هو مطاوعه لإنشائهما، والمفروض أنّ كل واحد منهما أنشأ التعهد بتمام الدين، فمن أين يحكم بالتقييط الذى لا موجه له؟! وأمّا تعاقب الأيدى على مال واحد فهو لا يستلزم إلّا وجوب أدائه من كل واحد من أرباب الأيدى، ولا يكون قرار الضمان إلّا على من تلفت فى يده العين التى تعاقبت عليها الأيدى. (الفانى).

٢- وهو المختار. (الفيروز آبادى).

٣- هذا إذا لم يكن ضمان المتعدّد من ضمان المجموع، وإلّا فلا- ينبغى الشكّ فى لزوم التقييط، وأمّا إذا كان بنحو ضمان المتعدّد استقلالاً فهو باطل على الأظهر. (الخوئى).

١- هذا أضعف الوجوه مطلقاً، بل لا- وجه له. (النائني، جمال الدين الكلبيگانی). * فيه تأمل. (الكوه كمرى). * بل الأول. (صدرالدين الصدر، محمد رضا الكلبيگانی). * بل أضعفها، كما يظهر من الحاشيه السابقه. (الإصطهباناتي). * على ما يراه العامه؛ إذ عليه يمكن تعهيدات كثيره لما في ذمه واحد مع بقاءه عليهما كان عليه، بل عليه يصح الجميع مع التعاقب أيضاً، وأما على مذهب أصحابنا فالأقوى هو الأول. (البروجردى). * بل الأقوى هو ثاني الوجوه، أى التقسيط؛ لأن ما في ذمه المضمون عنه إذا انتقل إلى ذمه الضامن فليس هناك شيء آخر حتى ينتقل إلى ذمه الضامن الآخر، وقياسه بتعاقب الأيدي ليس في محله؛ لأن الضمانات هناك طولى، وبطلانه أيضاً لا وجهه، فلا يبقى إلا التقسيط. (البجنوردى). * بل أضعفهما؛ لعدم إمكان ضمان الاثنين تمام المال على وجه النقل الذى هو معنى الضمان على المذهب الحق، ولا يبعد كون الأول أقرب الوجوه. (الخميني). * لكن لا بنحو العرضيه فى الذمم حتى لا- يلائم مبنى الأصحاب فى باب الضمان، بل بنحو البدليه والطوليه، وفيه إشكال، فالمختار أول الوجوه إذا لم يكن الباب منضممان المجموع، وإلا فأوجه الوجوه الثانى. (المرعشى). * إن لم يكن من ضم ذمه إلى ذمه أخرى. (السبزواري). * فيه نظر وإشكال. (حسن القمى). * لا- وجه لأقوائته على ما هو الحق فى معنى الضمان، نعم، لها وجه على ما يراه غيرنا فى معناه، فالأظهر على مسلكنا هو الوجه الأول. (اللكراني).

٢- لو كان قصد كل منهما ضمان تمام المال، وإلا فإن كان قصد كل منهما ضمان حصته من المال فيرجع إلى كل بحساب ما قصد. (آقاضياء).

إذا أبرأ (١) المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر (٢)، إلّا إذا علم (٣) إرادته

إبراء أصل الدين لا خصوص ذمّه ذلك الواحد.

ضمان كل من المدينين ما عليه للآخر

(مسألة ٢٧) : إذا كان له على رجلين مال، فضمن كل منهما ما على الآخر بإذنه: فإن رضى المضمون له بهما صحّ، وحينئذٍ فإن كان الدينان متماثلين جنساً وقدرًا تحوّل ما على كل منهما إلى ذمّه الآخر، ويظهر الثمر في الإعسار (٤) واليسار، وفي كون أحدهما عليه رهن دون الآخر بناءً على افتككاه الرهن بالضمان. وإن كانا مختلفين قدرًا أو جنساً، أو تعجيلًا وتأجيلًا، أو في مقدار الأجل فالثمر ظاهر.

وإن رضى المضمون له بأحدهما (٥) دون الآخر كان الجميع عليه، وحينئذٍ

فإن أدّى الجميع رجع على الآخر بما أدّى؛ حيث إنّ المفروض كونه مأذوناً منه، وإن أدّى البعض فإن قصد كونه ممّا عليه أصلاً أو ممّا عليه ضماناً فهو المتّبع، ويقبل قوله إن ادّعى ذلك، وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر (٦)

ص: ٦٩

١- بل الأقوى هو الأوّل على مذهب الخاصّه. (عبدالله الشيرازي).

٢- هذا واضح على مبنى الضمّ في باب الضمان، لا النقل. (المرعشي).

٣- كما هو الظاهر، بل الأظهر. (المرعشي).

٤- بثبوت الخيار للمضمون له، وإذا فسخ ثبت الجميع على المؤسّر منهما. (المرعشي). * وكذا في إبراء صاحب الدين دينه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٥- لداع عقلائيّ، ككونه سهل القضاء وسهل الاقتضاء. (المرعشي).

٦- إنّما يجوز له الرجوع على المضمون عنه في صورته أدائه ما أذن له، كما عرفت، وهو يحتاج إلى مؤونه زائده. (صدرالدين الصدر).

١- فى التقسيط نظر بعد اعتبار العقلاء سقوط أحد الدَيْنين بلا عنوان، نعم، لا يسقط أثره من الرهن؛ لأنه تابع شخص الدَيْن المرهون عليه معيناً، وهو بعدُ باقٍ بحكم الاستصحاب؛ لأنَّ انتفاء أحدهما بلا- عنوانٍ لا بدَّ وأن يكون فى ضمن انتفاء إحدى الخصوصيتين قهراً، وحيث لا- يكون معلوماً فيرجع فيه إلى الاستصحاب. (آقاضياء). * إنَّ ما فى الذمّه لا- يتعنون بعنوان الأصلي والضمانى فلا- موجب للتقسيط، وأمّا القرعه فلا- عموم لها يشمل المورد، فالأوجه تخيير المؤدى فى التعيين؛ لأنَّ ولا يهالتعيين تكون لمن عليه الدَيْن، والتعيين اللاحق امتداد لتلك الولاية، فتأمل جيّداً، نعم، الأحوط عدم ترتب الآثار الخاصّه إلّا مع التراضى. (الفانى). * محلّ تأمّل، بل احتمال القرعه أقرب، وأقرب منه عدم جواز الرجوع إلى المضمون عنه إلّا مع العلم بالأداء لما عليه ضمناً، وكذا نظائر المسأله، فلا يُفكّ الرهان إلّا مع العلم بافتكاكه بأداء الدَيْن الذى له رهن، وكذا الحالفى الإبراء. (الخمينى). * لعدم إمكان صرفه إلى أحدهما بدون مرجح. (المرعشى). * بل الظاهر أنّه يقع وفاءً لما فى ذمّته أصلاً، فلا يجوز له الرجوع على المضمون عنه ما لم يقصد وفاء ما وجب عليه من قبله، والوجه فى ذلك: أنّ الرجوع عليه من آثار أداء ما ثبت فى ذمّته من قبله، فما لم يقصد بخصوصه لا- يترتب أثره، وبذلك يظهر حال نظائر المسأله. (الخوئى). * بل الظاهر كونه ممّا عليه أصلاً، أمّا فى نظائر المسأله ففيه تفصيل. (حسن القمى). * والأظهر وقوعه وفاءً لما فى ذمّته أصلاً؛ لأنَّ ترتب الآثار الأخر من جواز الرجوع وافتكاك الرهن وسقوط الخيار إنّما يتوقّف على تعلق القصد بموضوعاتها، وأمّا براءة الذمّه من الدَيْن الأصلي فترتبها على أداء الدَيْن قهرى منشؤه الانصراف. (اللنكرانى).

ويحتمل القرعه (١)، ويحتمل (٢) كونه (٣) مخيراً في التعيين بعد ذلك، والأظهر الأول.

وكذا الحال في نظائر المسألة (٤)، كما إذا كان عليه دين عليه رهن، ودين آخر لا رهن عليه فأدى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع، وهكذا فإنّ الظاهر في الجميع التقسيط (٥).

وكذا (٦) الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينين مع عدم قصد كونه

ص: ٧١

١- ويحتمل قوياً أن يكون أداءً لما في ذمته أصلاً؛ لأنه لا يحتاج إلى مؤونه زائده، وقصد كونه أداءً لما في ذمته أصلاً بخلاف كونه أداءً لما في ذمته ضماناً؛ فإنه يحتاج إلى قصد الوفاء لما في ذمته ضماناً. (البحروردى). * فيه نظر. (المرعشى).

٢- هذان الاحتمالان كلاهما ضعيفان مطلقاً. (النائنى، جمال الدين الكلبيگانى).

٣- فيه نظر، ويحتمل البطلان، ولا يخلو من وجه. (المرعشى).

٤- الحكم في نظائر المسألة محتاج إلى مزيد التأمل. (الإصفهاني). * فرق بين ما نحن فيه وبين الموارد التي ذكرها، والمقام شبيه من عليه فريضه لنفسه ومثلها من باب الإجاره وجاء بها من غير أن يقصد إنها عن نفسه أو عن غيرهما فإنّ الأظهر أنها تقع لنفسه وما نحن فيه من هذا القبيل فعند الاطلاق بحسب مآعليه ويبقى ما عليه من باب الضمان. (صدرالدين الصدر). * في غير صورته الدينين المحضين ممّا كان في البين شيء زائد عنهما إشكالاً لو حينئذٍ ينصرف قريباً إلى ما هو لا أثر له إلا أداء الدين. (عبدالله الشيرازى).

٥- ويحتمل قوياً انصرافه قهراً إلى ما لا أثر لأدائه سوى براءة ذمته من الدين، من فكرهن، أو سقوط خيار، أو رجوع إلى الغير بعوض. (البروجردى). * لو لم يكن تعارف على الخلاف. (السبزواری).

٦- بل الأظهر التفصيل بين ما لو كان الدينان على نفسه أصلاً فالتقسيط، وبين ما إذا كان أحدهما على نفسه أصلاً والآخر على غيره انتقل إليه؛ فإنّ الأداء يكون وفاءً لما تعلق بنفسه أصلاً. (محمد الشيرازى).

من مال الضمان أو من الدين الأصلي، ويقبل قوله إذا ادعى التعيين في القصد؛ لأنه لا يعلم إلا من قبله.

عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدين

(مسألة ٢٨): لا يشترط علم (١) الضامن (٢) حين الضمان بثبوت الدين

على المضمون عنه، كما لا يشترط العلم بمقداره، فلو ادعى رجل على آخر ديناً فقال: «عَلَيَّ ما عليه» صحَّ، وحينئذٍ فإن ثبت (٣) بالبينه (٤) يجب عليه أدائه، سواء كانت سابقة أم لا-حقه. وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان أو باليمين المردوده (٥) كذلك.

وأما إذا أقر المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردوده فلا يكون حجّة على الضامن إذا أنكره، ويلزم عنه (٦) بأدائه في الظاهر (٧).

ص: ٧٢

١- والاستدلال على الاشتراط بنفى العَرر غير تامّ، سواء كان المحذور الخطر، أمالجهاله. (المرعشى).

٢- فيه تأمل وإشكال. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٣- الدين السابق على الضمان. (صدرالدين الصدر).

٤- الدين وتقدّمه على الضمان. (المرعشى).

٥- من طرف المضمون عنه إلى المضمون له. (المرعشى). * أى كذلك. (اللكراني).

٦- أى يلزم المضمون عنه بأداء ما أقرّ عليه أخذاً بإقراره. (محمّد رضا الكلبيكاني). * فيه إشكال. (حسن القمّي). * أى يلزم المضمون عنه. (اللكراني).

٧- مع اعتراف المضمون له بالضمان المزبور عن هذا الدين لا- وجه لإلزام المقرّ ظاهراً أيضاً. (آقاضياء). * فى العبارة تحريف ظاهراً، ولعلّ الصحيح: ولا- يلزم بأدائه عنه فى الظاهر. (كاشف الغطاء). * فى هذه الصورة إشكال حتّى فى الظاهر. (عبدالله الشيرازى). * فىه نظر. (المرعشى).

ولو اختلف الضامن والمضمون له في ثبوت الدين أو مقداره فأقرّ الضامن، أو ردّ اليمين على المضمون له فحلف ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا كان مُنكراً وإن كان أصل (١) الضمان بإذنه.

ولا بدّ في البيّنه المثبتة للدين أن تشهد بثبوتها حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أدائه.

ضمان ما تشهد به البيّنه

(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: «علّي ما تشهد به البيّنه» وجب عليه (٢) أداء

ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام؛ لأنها طريق إلى الواقع (٣)، وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه.

فما في الشرائع (شرائع الإسلام: ٢/٣٥٨). من الحكم بعدم الصحه لا وجه

ص: ٧٣

١- هذا إذا كان الإنكار في المقدار. (الفيروزآبادي).

٢- إذا كان أصل الدين ثابتاً وكان المجهول مقداره، وأما إذا كان أصل الدين غير محقق فقد مرّ الإشكال فيه، ولعله المقصود من تعليل الشرائع. (محمد رضا الكلبيكاني).

٣- واحتمال الموضوعية صرفه في حقها ضعيف جداً، كما حُقق في محلّه. (المرعشي).

له (١) ، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: «لأنه لا يعلم ثبوته في الذمه، إلا أن

يكون مراده في صورته إطلاق البينه المحتمل للثبوت بعد الضمان».

وأما ما في الجواهر (جواهر الكلام: ٢٦/١٤٤). من «أن مراده بيان عدم صحه ضمان ما يثبت بالبينه من حيث كونه كذلك؛ لأنه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمته لتكون البينه طريقاً، بل جعل العنوان ما يثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها» فهو كما ترى (٢) لا وجه له (٣).

ص: ٧٤

١- بل هو وجهه إن كان الثبوت بالبينه على وجه التقييد، بخلاف ما إذا كان على وجه المعرفيه والمشيريه إلى ما في ذمته أو مقدار منه. (الخميني). * له وجه غير بعيد، سواء كان المراد نفيه بالنسبه إلى الواقع، أم لحمل عبارها المحقق. (المرعشي). * بل لا وجه إلا له إذا كان المراد ما يثبت بالبينه على وجه التقييد؛ لأن الضمان لا بد أن يتعلق بالدين، وما تشهد به البينه بهذا العنوان لا يكون كذلك. (اللكراني).

٢- لا أرى فيه شيئاً إلا الصحه. (صدرالدين الصدر).

٣- نرى له وجهاً وجيهاً، والتوجيه الذي ذكره المصنف ؛ بعيد جداً. (الفيروزآبادي). * بل هو مراد الشيخ ومن تابعه عليه قطعاً، وهو الوجه؛ فإن الضمان لا بد من تعلقه بالدين بعنوانه أو بعنوان ملازم له ليشار به إليه، وما تشهد به البينه ليس كذلك. (البروجردي). * ويمكن رفع النزاع، وأن اختلافهم من جهة دلالة عبارتي الضمان والشهادة عليوقوع أيهما مقدّم والآخر مؤخر، ولما كان اللازم وقوع الضمان بعد ثبوت الدين في الذمه ومقتضى العبارتين المذكورتين في المتن التقارن وهو لا يفيد (كذا في أصل النسخه، والعبارة فيها إبهام وغير تامه المعنى). (عبدالله الشيرازي).

جواز الدور في الضمان

(مسألة ٣٠): يجوز الدور (١) في الضمان، بأن يضمن عن الضامن ضامن

آخر ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل، وما عن المبسوط (المبسوط: ٢/٣٤٠). من عدم صحته؛ لاستلزامه صيروره الفرع أصلاً، وبالعكس؛ ولعدم الفائدة لرجوع الدين كما كان مردود: بأن الأول غير صالح للمانعته، بل الثاني أيضاً (٢)

كذلك، مع أن الفائدة تظهر في الإعسار (٣) واليسار (٤)، وفي الحلول والتأجيل،

والإذن وعدمه، وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال.

ضمان دين الفقير بالوفاء من الخمس ونحوه

(مسألة ٣١): إذا كان المديون فقيراً يجوز أن (٥) يضمن (٦)

ص: ٧٥

- ١- لداع عقلائي. (المرعشي).
- ٢- فيه نظر؛ لعدم شمول إطلاق الأدلة إياه بعد كونها محمولةً بالانصراف أو غيره عليها العقود العقلانية ذوات الجدوى، على ما هو التحقيق في محله، سواء في ذلك الأدلها العامة والخاصة. (المرعشي).
- ٣- وكذا في الإبراء ولو أزمه. (محمد رضا الكلبيكاني).
- ٤- والإبراء ونحوه. (المرعشي).
- ٥- فيه نظر، إلا في صورته كون الضامن ولياً على المضمون عنه، كالحاكم، واشتغال ذمته بالفعل. (المرعشي).
- ٦- محل إشكال، نعم، لا- يبعد الجواز في بعض الأحيان للولي، فتشتغل ذمته بعنوان، وعليه لا- دخاله فيه لاشتغال ذمته بها. (الخميني).

عنه (١) بالوفاء (٢) من طرف الخمس (٣) أو الزكاه (٤) أو المظالم، أو نحوها من

الوجوه التي تنطبق عليه إذا كانت ذمته مشغولة (٥) بها فعلاً، بل وإن لم

تشتغل (٦) فعلاً على إشكال (٧).

ص: ٧٦

١- جواز هذا الضمان في غايه الإشكال، خصوصاً فيما عدا الخمس والزكاه، بل لا يبعد عدم جوازه مطلقاً. (النائبي). * بشرط كون الضامن ولياً عن كلى الفقير المالك للخمس والزكاه، وإلا ففي صحته مجرد ولايته عن شخص الفقير إشكال؛ لعدم كونه مالكاً قبل القبض. (آقاصياء). * جواز الضمان في غايه الإشكال، خصوصاً فيما عدا الخمس والزكاه، بل لا يبعد عدم جوازه مطلقاً. (جمال الدين الكلبيگاني). * بل لا يجوز مطلقاً. (عبدالهادى الشيرازى، الروحاني).

٢- ليس ذلك من الضمان المصطلح، بل هو أداء الدين المديون من الحقوق المنطبقه عليه، كأداء دين الغارم الميت، والظاهر جواز ذلك. (الفاني).

٣- هذا ينافى الضمان المستلزم لاشتغال ذمه الضامن بالمال. (الكوه كمرى).

٤- محل تأمل وإشكال. (الشريعتمدارى).

٥- على الوجهين السابقين، وحيث عرفت الإشكال في الوجه الأول يمكنكلا إشكال هنا أيضاً، فضلاً عما لم تشتغل ذمته. (صدرالدين الصدر).

٦- فيه إشكال. (المرعشى). * فيه إشكال، وإن كانت ذمته مشغولة. (محمد رضا الكلبيگاني).

٧- بل فيه منع ظاهر؛ لاعتبار فعلية الاشتغال في صحته، ولا أقل من مقتضيه المعدوم في المقام أيضاً، وإن كنا بعد في شك من كفايته في صحه الضمان، كما تقدّم بالإشكال منّا في مثله. (آقاصياء). * بل على إشكال في الأول أيضاً. (الإصفهاني، البروجردى، عبدالله الشيرازى). * أقرب الجواز. (صدرالدين الصدر). * هذا من قبيل الضمان التبرعى، سواء اشتغلت أو لم تشتغل، وتوجيهه يحتاج إلى نظر، أمّا ضمان الزكاه لآحاد الفقراء فلا وجه له أصلاً؛ فإن الآحاد لا يملكون قبلاً لقبض، نعم، يصح الضمان لحاكم الشرع باعتبار ولايته. (كاشف الغطاء). * بل الأول مثله في الإشكال. (الإصطهباناتى). * الظاهر عدم جواز الضمان في كلتا صورتين. (الجنوردى). * لا يبعد عدم الجواز فيه، بل وفي سابقه. (الخوئى). * الظاهر عدم الإشكال؛ لأن أمثال ذلك من الأمور الحسينية التي يصح للمؤمنين القيام بها. (السيزوارى). * هذا الإشكال ضعيف، خصوصاً إذا كان الضامن ولياً عن أرباب الخمس والزكاه، كالفقيه العادل. (محمد الشيرازى). * بل وفي سابقه أيضاً. (حسن القمى). * فيه بل وفي الأول أيضاً. (اللكراني).

(مسألة ٣٢): إذا كان الدين المذموم على المدينون زكاهاً أو خمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم (١) الشرعي، بل ولأحد الفقهاء (٢) على إشكال (٣).

ص: ٧٧

- ١- لكن هو وليّ في قبول الضمان للمولى عليه، وليس بالمضمون له، فيقول بالإشكال الذي يشير إليه. (المرعشي).
- ٢- لا وجه له. (الكوه كمرى). * الظاهر عدم الإشكال فيه؛ بناءً على صحّة التبرّع عن المدينون وإن كان الدين من الحقوق الشرعيّة. (الفاني).
- ٣- والأقوى عدم جوازه. (النائني، جمال الدين الكلبيگاني). * بناءً على ما ذكرنا في تصويره لا مدخل لاشتغال ذمته بهما أصلاً. (آقاضياء). * أقربه الجواز. (صدرالدين الصدر). * بل لا- وجه له؛ لأنّ آحاد الفقهاء قبل أن يصل إلى يدهم المال لا يملكون عليه الخمس أو الزكاه. (البيجنوردی). * بل منع. (الخميني). * لا وجه لجوازه. (الخوئي). * حتّى في الضمان للحاكم، وعلى فرض الصحّة فالمضمون له كلّی الفقير أو الساده، والحاكم وليّ لهم في قبول الضمان، لا أنّه المضمون له. (محمد رضا الكلبيگاني). * لا إشكال، خصوصاً إن كان المدينون من ذوى العفّه والصلاح، وكان معتاد الأخذ، أو ممّن يستحقّ تخصيصه بها. (السبزواری). * هذا الإشكال ضعيف أيضاً. (محمد الشيرازي). * إشكالاً قويّاً في غايه القوه. (حسن القمي). * قويّ. (الروحاني). * فيه وفي سابقه. (اللكراني).

الضمان في مرض الموت

(مسأله ٣٣) : إذا ضمن في مرض موته: فإن كان ياذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل؛ لأنه ليس من التبرعات، بل هو نظير القرض والبيع بثمن المثل نسيئه. وإن لم يكن ياذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات (١)، نعم، على القول بالثلث يخرج منه.

ضمان ما يعتبر مباشره المديون له وضمان الكلى في المعين

(مسأله ٣٤) : إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصح (٢)

ص: ٧٨

١- وهو الأقوى، كما سيأتي في كتاب الوصية. (المرعشى).

٢- إلا على تكلف غير خالٍ من الإشكال. (المرعشى).

ضمانه (١)، كما إذا كان عليه خياطه ثوبٍ مباشره، وكما إذا اشترط أداء (٢).

الدَّين من مالٍ معيّنٍ للمديون. وكذا لا يجوز ضمان الكلّي في المعين (٣)، كما

إذا باع صاعاً من صُبره معيّنه، فإنّه لا يجوز الضمان عنه (٤) والأداء (٥) من

غيرها (٦) مع بقاء (٧) تلك الصبره موجوده.

حكم ضمان نفقه الزوجه والأقارب

(مسأله ٣٥): يجوز ضمان النفقه الماضيه (٨) للزوجه؛ لأنها دين على الزوج، وكذا نفقه اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكنه في

صبيحته؛ لوجوبها

ص: ٧٩

- ١- ويصح بنحو ضمان الأعيان المضمونه، كما سيأتي. (السبزواری).
- ٢- إلّا إذا أسقط صاحب الشرط شرطه. (محمّد الشيرازی).
- ٣- لا مانع من ضمانه، كضمان العين الشخصيه، وهو ضمان العهده، حسبما عرفت، وسيأتي في المسأله (٣٨). (كاشف الغطاء). *
- لا يبعد ضمانه على نحو ما يأتي في المسأله الثامن والثلاثين. (محمّد الشيرازی).
- ٤- إذ المؤدّى حينئذٍ ليس بالمضمون، بل غيره. (المرعشى).
- ٥- بل والأداء منها أيضاً؛ فإنّ جواز الضمان فيه مشكل. (اللكراني).
- ٦- بل ومع الأداء منها أيضاً، كما إذا كان المالك للكلّي في المعين من صُبره متعدداً (الولاية، فيودى من الوجوه المنطبقه) فضمن أحدهما عن الآخر فإنّه يرجع إلى ضمان الأعيان، ولا يخلو من إشكال. (محمّد رضا الكلبيگانى).
- ٧- وكذا مع عدم بقائها. (الخميني). * وكذا مع عدم بقائها كذلك. (اللكراني).
- ٨- بناءً على ما هو ظاهر الفقهاء في كون نفقه الزوجه الماضيه ديناً ثابتاً في ذمّ الزوج. (الفانى).

عليه حينئذٍ وإن لم تكن مستقره؛ لاحتمال نشوزها في أثناء النهار بناءً على سقوطها(١) بذلك.

وأما النفقة المستقبله فلا يجوز(٢) ضمانها عندهم(٣)؛ لأنه من ضمان ما

لم يجب، ولكن لا يبعد(٤) صحته(٥)؛ لكفايه وجود(٦) المقتضى(٧) وهو الزوجيه.

ص: ٨٠

١- أو كشفها عن عدم ثبوتها من الأول واقعاً. (المرعشى).

٢- وهو الأقوى. (النائني، جمال الدين الكلبيگاني، الخميني).

٣- وهو الأقوى. (عبدالهادي الشيرازي). * وهو الأظهر إن كان الضمان فعلياً؛ لأنه من ضمان ما لم يجب، والأحوط إن كانمعلقاً على ثبوته في ذمه المضمون عنه، كما مرّ. (الروحاني).

٤- بل بعيد. (صدرالدين الصدر، محمد رضا الكلبيگاني). * بل هو بعيد. (عبدالله الشيرازي). * مرّ الكلام فيه في أوائل كتاب الضمان. (اللكراني).

٥- قد عرفت أنه بعيد. (الكوه كمرى). * بل هو بعيد. (البروجردى). * مرّ الكلام فيه. (الخوئي، حسن القمي).

٦- لا تكفي الزوجيه لصدق الدين على النفقة المستقبله. (الفاني). * الكفايه محلّ نظر بعد اشتراط الثبوت في الذمه بالنسبه إلى المضمون. (المرعشى).

٧- في كليّه صحّه الضمان بوجود المقتضى إشكال؛ للتشكيك في صدق حقيقتها في اعتبار العرف، اللهم إله أن يقال: إن المقتضى لوجود الشيء منشأ اعتبارهم مرتبه من الوجود للشيء على وجه يرتّبون عليه بعض الآثار، ومنه التزامهم بكفايه وجود مقتضى حقّ الخيار لإسقاطه، وحينئذٍ فمن الممكن أيضاً أن يكون المقام من هذا القبيل، وتتفرّع عليه الفروع الآتية في كلمات المصنّف، فراجع، ولقد أشرنا إليه آنفاً وسابقاً. (آقازياء). * في كفايته تأمل وإشكال. (الإصطهباناتي). * بصرف وجود المقتضى لا يخرج عن كونه ضماناً ما لم يجب، فصحّته بعيده. (الجنوردي).

وأما نفقه الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبه إلى ما مضى؛ لعدم كونها ديناً على من (١) كانت عليه، إلّا إذا أذن للقريب أن يستقرض ويُنفق على

نفسه، أو أذن له الحاكم في ذلك؛ إذ حينئذ يكون ديناً عليه (٢). وأما بالنسبه

إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب (٣)، مضافاً إلى أنّ وجوب الإنفاق (٤)

حكم تكليفيّ، ولا تكون النفقه في ذمته، ولكن مع ذلك لا يخلو من إشكال (٥).

ص: ٨١

١- فيه تأمل إذا يحتمل كونه ديناً عليه، بل لو لا الإجماع المدعى لم يكن بعيداً عن ظاهر الأدلّه. (محمّد الشيرازي).

٢- لمن أقرضه. (المرعشي).

٣- ظاهر العبارة يوهم الفرق بين ما مضى وما سيأتي، لكن لا فرق بينهما؛ لأنّه مع الإذن في الاستقراض يصحّ فيهما، ومع عدمه لا يصحّ في كليهما. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٤- بل يمكن المصير إلى ذلك حتّى في نفقه الزوجه إن لم يكن إجماع على خلافه؛ ولذا لا تكون نفقتها أيام ضيافتها عند أقاربها ديناً على ذمّه الزوج. (الفاني).

٥- لا- إشكال في بطلان الضمان. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني، الخميني). * بل منع؛ لعدم المقتضى في المقام أيضاً.

(آقاضياء). * لا إشكال فيه. (الكوه كمرى). * والأقوى عدم صحّح الضمان. (صدرالدين الصدر). * بل منع جواز الضمان؛ لأنّه

ليس شيء في ذمته حتّى ينقل إلى ذمّه الضامن؛ بناءً على أنّ الضمان نقل ذمّه إلى ذمّه. (البجنوردى). * لا- إشكال فيه قطعاً.

(الفاني). * والبطلان أقرب. (المرعشي). * لا ينبغي الإشكال في بطلان الضمان. (الخوئي). * بل لا إشكال في عدم صحّته.

(محمّد رضا الكلبيكاني). * لو لم يصدق الضمان عرفاً لا وجه للصحّه. (السبزواري). * بل لا إشكال في بطلان الضمان. (حسن

القمي). * لا إشكال في عدم الجواز. (الروحاني). * بل لا ينبغي الإشكال في البطلان. (اللكراني).

(مسأله ٣٦): الأتوى (١) جواز (٢) ضمان (٣) مال المكاتبه (٤)، سواء كانت

مشروطه أو مطلقه؛ لأنه دین فی ذمه العبد وإن لم یکن مستقرّاً؛ لإمكان تعجیز نفسه (٥).

ص: ٨٢

-
- ١- لا قوه فيه بعد البناء على النقل فی الضمان؛ إذ هو فرع الثبوت. (المرعشى).
 - ٢- لا یخلو من الإشکال. (جمال الدین الکلپایگانی، عبدالله الشیرازی). * محلّ إشکال. (اللنکرانی).
 - ٣- لا یخلو من الإشکال. (النائینی). * فيه إشکال. (عبدالهادی الشیرازی، محمّد رضا الکلپایگانی).
 - ٤- المكاتبه عباره عن الالتزام بأداء مالٍ من العبد وعتقٍ من المولى، فليست مستلزماً لاشتغال ذمه العبد بمالٍ للمولى، فالأتوى عدم جواز ضمان مال الكتابه. (الفانى).
 - ٥- فإذا عجز انعتق وليس عليه شيء. (الفیروز آبادی). * وبالتعجیز تبطل المكاتبه. (المرعشى).

والقول بعدم الجواز مطلقاً، أو في خصوص المشروطه؛ معللاً بأنه ليس بلازم (١) ولا- يوول (٢) إلى اللزوم ضعيف، كتعليقه. وربما يُعَلَّل بأن لازم ضمانه

لزومه، مع أنه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً، مع أنه في الأصل غير لازم، وهو أيضاً كما ترى (٣).

حكم ضمان مال الجعالة والسبق والرمايه

(مسألة ٣٧) : اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرمايه، فقيل بعدم الجواز؛ لعدم ثبوته في الذمه (٤) قبل

العمل.

والأقوى (٥) _ وفاقاً (٦) لجماعه _

ص: ٨٣

- ١- إذ له فسخها بالعجز، فلا ثبوت ولا استقرار للمضمون. (المرعشي).
- ٢- إذ بالتأديه يخرج عن عنوان الكتابه. هذا في صوره الجزم، ولو فرض الشك فينفي اللزوم أو الأمول إليه لا- وجه للتمسك بالعمومات أيضاً لإثبات صحه الضمان؛ لأنه تمسك بها في الشبهه المصداقيه. (المرعشي).
- ٣- إذ مرجع لزوم الضمان إلى عدم قابليته للفسخ المنتج لاستقرار ما في ذمه غير هعلي ذمته بنحو كان في الأول، مستقراً أو متزلزلاً. (آقاضياء). * فيه إشكال. (المرعشي).
- ٤- هذا هو الأقوى، والآيه ليست بصدد بيان حكم شرعي، وأما عهده الأمر فلاتشغل بالعوض إلا بعد عمل العامل؛ لأن الجعالة ونحوها إنما تكون استيفاءً للعمل بالعوض، فما لم يتحقق العمل في الخارج فلا عهده. (الفاني).
- ٥- لا قوه فيه، فلا يُترك الاحتياط. (محمد رضا الكلبايگاني).
- ٦- لا قوه فيه. (الكوه كمرى). * لا قوه فيه، فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمي).

الجواز (١)، لا لدعوى ثبوته فى الذمه من الأوّل وسقوطه إذا لم يعمل، ولا

لثبوته من الأوّل بشرط مجيء العمل فى المستقبل؛ إذ الظاهر أنّ الثبوت إنّما هو بالعمل، بل لقوله تعالى (٢): (وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) (يوسف ٧: ٧٢). (٣)،

ولكفايه (٤) المقتضى (٥) للثبوت فى صحّحه (٦) الضمان، ومنع اعتبار الثبوت

ص: ٨٤

- ١- محلّ تأمّل. (البروجردى). * محلّ إشكال. (الخمينى، اللنكرانى). * فيه نظر، والوجه الأربعة التى أشار إليها كلّها مخدوشه. (المرعشى). * فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك. (الخونى).
- ٢- بل لما تقدّم من كون الضمان بالنسبه إلى هذه الأمور التزاماً وتعهداً من الضامن بها، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه، لا تحويلاً لها من ذمته إلى ذمّه نفسه، وانطباق مفاد الآيه المباركه على كون الزعيم هو المتعهد بالجعل ظاهر. (النائنى، جمال الدين الكلبايگانى). * الآيه ليست فى بيان الضمان النقلى المصطلح، بل فى مقام بيان التعهد، أو الوعد، أو أنّها وارده فى بيان أصل تشريع الضمان، فهناك احتمالات أخرى، والتفصيل موكول إلى المبسوطات المؤلّفه فى آيات الأحكام. (المرعشى).
- ٣- وفى دلالة الآيه على الضمان المصطلح إشكال، والتمسك بأصالة الحقيقه فى أمثال المقام منظور فيه. (آقازياء).
- ٤- فيه إشكال وبعد. (عبدالله الشيرازى).
- ٥- قد مرّ الإشكال فيه. (الإصطهباناتى). * قد مرّ الإشكال فى كفايته. (محمّد رضا الكلبايگانى).
- ٦- تقدّم عدم كفايه المقتضى للثبوت فى صحّحه الضمان، وأنّه لا يخرج بذلك عن كونه ضماناً ما لم يجب، وأمّا قوله تعالى: (وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ) (يوسف ٧: ٧٢)، فليس المراد بقوله تعالى: (أَنَا بِهِ زَعِيمٌ) إلّا التعهد والالتزام (فى نسخه الأصل: (تعهد والتزام)، والأصحّ ما أثبتناه، وإلّا فتكون العبارة منصوبه على التوابع اعتبارها خبر ليس)، لا الضمان المصطلح الذى هو عبارة عن نقل ما هو فى ذمّه المضمون عنه إلى ذمّه الضامن. (البجنوردى).

الفعليّ، كما أشرنا إليه سابقاً.

حكم ضمان الأعيان المضمونه

(مسألة ٣٨) : اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونه _ كالغصب (١) ،

والمقبوض بالعقد الفاسد، ونحوهما _ على قولين: ذهب

إلى كل منهما جماعه. والأقوى (٢) الجواز (٣) ،

ص: ٨٥

١- الأعيان المضمونه إنّما تُضمّن بالمثل والقيمه بعد تلفها، وضمانها من هذه الجهه قبل التلف ضمان لما لم يجب، وهو باطل. (الفاني).

٢- بل الأقوى العدم، وتصور الضمان فيه لا يخلو من خفاء، بل منع، وهكذا الكلام في ضمان مال المضاربه، بل هناك لازم باطل لا يمكن الالتزام به، بناءً على ما نقول به في معنى الضمان، نعم، هو صحيح بناءً على ما يقول به غيرنا. (صدر الدين الصدر). * بل الأقوى عدم الجواز. (محمد رضا الكليايگاني).

٣- عدم صلاحية المذكورات مع بقاء أعيانها لأنّ تضمّن بالضمان الناقل الذي شرّع عقده لإنشائه ظاهر، نعم، لو بنى على صحته إذا كان من ضمّ ذمّه إلى ذمّه أمكنتصحيحه، وقد بنى الصحه في المتن على ذلك، لكنّه كما ترى يمكن تصحيحها بالضمان الطوليّ. (النائني، جمال الدين الكليايگاني). * بل الأقوى عدم الجواز. (الكوه كمرى). * مشكل جداً؛ للشكّ في صلوح المذكورات لتعلّق الضمان الناقل المشروع عندنا بها، وعدم كون ضمانها بمعنى ضمّ ذمّه إلى ذمّه أخرى من مذهبنا، بل من مذهب العامة، والتمسك بالعمومات مع الشكّ في صحته في المذكورات عرفاً كما ترى. (الإصطهباناتي). * لا قوه فيه. (عبد الهادي الشيرازي). * بل الأقوى عدم الجواز. (الخميني). * في صورته تعيّد العين وجعلها في العهده؛ كي تترتب عليه الآثار من استحقاق المضمون له مطالبته على تقدير وجود العدم، ووجوب ردّها بعينها وشخصها على فرض البقاء، وبأوصافها النوعية وماليّتها، أو بماليّتها فقط عند تلفها، ولكنّ المسأله غير صافيه عن شوب الإشكال. (المرعشي). * الظاهر فيه التفصيل؛ فإنّ المنشأ إذا كان هو التعيّد الفعليّ للعين المضمونه ليرتب عليه وجوب ردّها مع بقائها، ودفع البديل عند تلفها فلا بأس به للعمومات، ولاسيما أنّه متعارف في الخارج. وإذا كان اشتغال الذمّه بالبديل فعلاً على تقدير تلفها واشتغال ذمّه الضامن الأوّل به متأخراً فهو واضح الفساد، بل صحته غير معقوله، وإذا كان اشتغال الذمّه بعد اشتغال ذمّه الضامن الأوّل به على نحو الواجب المشروط فصحته مبتنيه على عدم اعتبار التنجيز؛ وبذلك يظهر الحال في ضمان الأعيان غير المضمونه. (الخوئي). * إذا كان المنشأ التعهد الفعليّ للعين يترتب عليه وجوب ردّها مع بقائها وردّ بدلها عند التلف، وأمّا إذا كان المنشأ اشتغال الذمّه بالبديل: فإنّ كان الاشتغال فعلاً فهو باطل قطعاً، وإن كان معلقاً على اشتغال ذمّه الضامن الأوّل به فصحته تبتني على عدم اعتبار التنجيز، وقد تقدّم الكلام فيه،

وبذلك يظهر الحال في ضمان الأعيان غير المضمونه، فالمتحصّل جواز ضمان الأعيان مطلقاً، بل الظاهر جواز ضمان الأعيان التي عند أصحابها. (الروحاني). * بل الظاهر العدم، سواء كان المراد به أحد الأمرين المذكورين في المتن، أم كان المراد به هو التعهّد الفعليّ لنفس العين المضمونه على حذو ثبوتها في عهده الضامن الأول، المترتب عليه وجوب الردّ مع البقاء والبدل مثلاً، أو قيمه مع التلف، من دون فرق بين أن يكون المراد ضمّ عهده إلى عهده الأول، أو النقل عنها إليها. (اللكراني).

سواء (١) كان المراد (٢) ضمانها بمعنى التزام ردّها (٣) عيناً ومثلها (٤) ، أو

قيمتها على فرض التلف، أو كان المراد (٥) ضمانها بمعنى التزام مثلها،

ص: ٨٧

١- بمعنى التعهّد الفعليّ للعين، وأثره وجوب الردّ مع بقاء العين وردّ مثلها أو قيمتها عند تلفها، وبغير هذا المعنى فلا تخلو من إشكال. (حسن القمّي).

٢- جواز الضمان بمعناه المصطلح _ أي نقل ما في ذمّه إلى ذمّه أخرى بالنسبة إليّ الأعيان المضمونه كالمغصوبه والمقبوضه بالعقد الفاسد _ معلوم العدم، نعم، لا مانع من التعهّد والالتزام بردّها أو ردّ مثلها عند تلفها إن كانت مثليّة، وقيمتها إن كانت تقييميّة. (الجنوردي).

٣- الالتزام بالردّ حال وجودها شرط ابتدائيّ، فلا تدخل تحت عنوان الضمان. (الفاني).

٤- بل المراد جعلها بأعيانها في عهده على نحو كونها شرعاً في عهده من هي فييده، المستتبّ ع لاستحقاق مطالبته بها موجوده أو تالفه، ثمّ لوجوب ردّها بشخصها إن أمكن، وإلّا فبنوعها أو بماليتها، ولكنّ صحته محلّ إشكال، سواء أريد به نقلها عن عهده ذي اليد إلى عهده أم ضمّها إليها؛ لاحتمال كونها من الأحكام الشرعيّة، لا من الأمور التي بيد الناس وضعاً ورفعاً. (البروجردى).

٥- لا يخفى أنّ الضمان في موارد الضمان هو العهده، وهي أمر فعليّ، أثره وجوب الردّ عند وجود العين، وردّ مثلها أو قيمتها عند تلفها، ومع ذلك كونه قابلاً للضمان إن ثبت تلك العهده للضامن بسبب تعهده محلّ إشكال، والتمسك بعموم (أوفوا بالعقود) مشكل، وعموم «الزعيم غارم» أشكال. (الإصفهاني). * فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بترك مثل هذا الضمان. (المرعشى).

أو قيمتها(١) إذا تلفت؛ وذلك لعموم قوله صلى الله عليه وآله: «الزعيم غارم» (مسند أحمد: ٥/٢٦٧، سنن ابن ماجه: ٢/٨٠٤، السنن الكبرى للبيهقي: ٦/٧٢، العلل لابنحنبل: ٣/١٨، الخلاف للطوسي: ٣/٣١٩، غنيه النزوع: ٢٦٠)(٢)، والعمومات

العامة(٣)، مثل قوله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (المائدة: ١). ودعوى أنه على التقدير الأول

يكون من ضمان العين، بمعنى الالتزام بردها _ مع أن الضمان نقل الحق من ذمه إلى أخرى، وأيضاً لا إشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد، فيكون من ضم ذمه إلى أخرى، وليس من مذهبنا _ وعلى الثاني(٤) يكون من ضمان

ص: ٨٨

١- هذا هو الضمان لما لم يجب، وهو باطل. (الفانى).

٢- لا يظهر من هذه الجملة صحه كل التزام بعنوان الضمان، والعمومات غير متكفله لإثبات العناوين المعاملية، فلا يمكن تطبيقها على كل التزام وإن ترتبت عليه تواليفاسده. (الفانى). * فيه ضعف صدوراً ودلالة، وما خُيل من العمل بأنه جابر فليس مما يُعتد به. (المرعشى).

٣- فيه تأمل، والعمومات ليست متكفله لقبائيه المحل. (عبدالله الشيرازى). * يكفى فى الصحه إقدام العرف والعقلاء عليه، وعدم ثبوت الردع، فكيف بما إذاشملته العمومات؟! وهكذا الكلام فى مال الجعالة. (السبزواری).

٤- أى بمعنى التزام مثلها أو قيمتها. (الفيروزآبادى).

ما لم يجب، كما أنه على الأول أيضاً كذلك بالنسبة إلى ردّ المثل أو القيمة عند التلف مدفوعه: بأنه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر أنه ليس من الضمان المصطلح. وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضرّ بعد ثبوت المقتضى (1)، ولا دليل على عدم صحّة ضمان ما لم يجب (2) من نصّ أو إجماع وإن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحّته، وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع.

وأما ضمان الأعيان الغير المضمونه _ كمال المضاربه والرهن والوديعة قبل تحقّق سبب ضمانها من تعدّد أو تفریط _ فلا خلاف بينهم (3) في عدم صحّته (4). والأقوى (5) بمقتضى (6) العمومات (7).

ص: ٨٩

- ١- قد عرفت التأمل فيه. (المرعشى).
- ٢- قد مرّ أنّ الأقوى عدم صحّته. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٣- والحقّ معهم. (الفاني).
- ٤- وهو الصحيح. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني). * وهو الصحيح، والتمسّيك بالعمومات لصحّته قد مرّ ما فيه. (الإصطهباناتي). * وهو الأقوى. (عبدالهادي الشيرازي). * بل الأقوى بطلانه. (الخميني).
- ٥- بل الأقوى عدمها. (الفيروزآبادي). * فيه نظر، والتمسّك بالعمومات الخاصّه أو العامّه في رفع أمثال هذه الشبهه كما ترى. (المرعشى). * بل الأقوى البطلان. (اللكراني).
- ٦- لا قوه فيه. (الكوه كمرى).
- ٧- لا يجوز التمسّك بالعمومات في المقام. (عبدالله الشيرازي).

حكم ضمان درك الثمن للمشتري

(مسألة ٣٩) : يجوز (٣) عندهم (٤) بلا خلافٍ بينهم ضمان درك (٥) الثمن (٦)

للمشتري (٧) إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرطٍ

ص: ٩٠

- ١- كيف تجدى العمومات بعد التشكيك في أصل حقيقته العرفية في أمثال المقام (آقاضياء). * بل بطلانه. (الإصفهاني، البروجردى). * بل الأقوى بطلانه. (الجنوردي).
- ٢- مع إقدام المتعارف عليه، كما هو الظاهر. (السبزواري). * بمعنى التعهد، لا- بالضمان الناقل من ذمّه إلى أخرى، وكذا في الفرع السابق. (محمد الشيرازي).
- ٣- محلّ إشكالٍ مع بقاء الثمن، سواء كان قبل القبض أم بعده، وأما فيما إذا تلف فييد البائع فلا إشكال في الجواز. (اللكراني).
- ٤- محلّ إشكال. (محمد رضا الكلبيكاني).
- ٥- مع بقاء الثمن في يد البائع محلّ تردّد، نعم، لا إشكال فيه مع تلفه. (الخميني).
- ٦- بعد قبض البائع، واحتمال الضياع في حقّه الّذي عبّر عنه الشيخ (المبسوط: ٢/٣٢٦). والعلمامة (مختلف الشيعه: ٥/٤٦٤ _ ٤٦٥). ونجمله (إيضاح الفوائد: ٢/٨٥، ١٢٧). فخر الإسلام بضمن العهد. (المرعشي).
- ٧- محلّ تأمّل وإشكال، وعدم الخلاف فيه مع قلّه التعرّض له لا- يفيد. (البروجردى). * حيث إنّه لم يثبت الإجماع على هذا الضمان ليخرج به عن القواعد فالحال فيه هو الحال في ضمان الأعيان المضمونه، وبذلك يظهر الحال في بقيه المسأله. (الروحاني).

من شروط صحته إذا كان ذلك بعد قبض الثمن، كما قيد به الأكثر، أو مطلقاً كما أطلق آخر (١)، وهو الأقوى (٢).

قيل: وهذا مستثنى (٣) من عدم ضمان الأعيان.

هذا، وأما لو كان البيع صحيحاً وحصل الفسخ بالخيار أو التقايل أو تلف المبيع قبل القبض فعلى المشهور (٤) لم يلزم الضامن (٥)، ويرجع على البائع؛

ص: ٩١

١- فيه تأمل. (الفيروز آبادي).

٢- في كونه أقوى تأمل. (عبدالهادي الشيرازي). * الأقوى عدم صحته ضمان درك الثمن إذا كان موجوداً، نعم، يصح هذا بعد القبض والتلف، ولكنه ليس ضماناً للدرك ولا دليل على استثناء ضمان درك الثمن من ضمان ما لم يجب العدى قلنا بطلانه. (الفاني). * فيه إشكال، والقيل المنقول فيه ما فيه. (المرعشي). * بالمعنى العدى تقدم في المسألة السابقة، وكذا في ما بعده. (حسن القمي).

٣- الاستثناء لم يثبت، بل الحال فيه هو الحال في ضمان بقيه الأعيان الخارجيه، وبذلك يظهر حال بقيه المسألة. (الخوئي). * لا وجه له بعد صحته فيها. (السبزواري). * لم تظهر تماميه هذا القول. (محمد الشيرازي).

٤- وهو المنصور فيه وفي ما بعده، نعم، لا يبعد ذلك في الأرش. (الخميني). * وهو الحق فيه وفي ما بعده. (اللكراني).

٥- وهو الصحيح، وكذا لو ردّ بالعيب أيضاً أو اختار الأرش. (النائني، جمال الدين الكلپايگاني). * وهو الأقوى فيه وفي ما بعده. (الإصفهاني، الإصطهباناتي، البروجردي). * وهو الأقوى، وكذلك الأمر في ما بعده من الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق. (البنجوردي). * وهو الأقوى. (محمد رضا الكلپايگاني).

لعدم ثبوت الحقّ وقت الضمان، فيكون من ضمان ما لم يجب. بل لو صرّح بالضمان، إذا حصل الفسخ لم يصحّ بمقتضى التعليل المذكور، نعم، في الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق اختلفوا في أنّه هل يدخل في العهده ويصحّ الضمان، أو لا؟ فالمشهور على العدم (١)، وعن بعضهم دخوله، ولازمه الصّحّه مع التصريح بالأولى (٢).

والأقوى (٣) في الجميع (٤) الدخول مع الإطلاق، والصّحّه مع التصريح.

ودعوى أنّه من ضمان ما لم يجب مدفوعه بكفايه (٥) وجود السبب (٦).

هذا بالنسبه إلى ضمان عهده الثمن إذا حصل الفسخ.

ص: ٩٢

١- وهو الأقوى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- أولويّته واضحه. (الفيروزآبادي).

٣- فيه إشكال. (المرعشي).

٤- بل الأقوى عدم صحّحه ضمان ما لم يجب في جميع الموارد، ولا معنى لكفايه وجود السبب في صحّحه ضمان ما لم يجب. (الفاني). * مع إقدام العرف والعقلاء عليه، وأيّاً مع تردّدهم فيه فالمشهور هو المنصور فكيفبصوره عدم الإقدام منهم؟! (السبزواري).

٥- فيه وفي ما ذكره بعده نظر. (المرعشي).

٦- وقد عرفت عدم كفايه وجود السبب والمقتضى للضمان، ولا يخرج بذلك عنضمان ما لم يجب. (البجنوردي).

ضمان أَرش المعيب

وأما بالنسبة إلى مطالبه الأرش فقال بعض من منع من ذلك بجوازها(١)؛

لأنَّ الاستحقاق له ثابت عند العقد، فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أنَّ الأقوى صحَّه الأول أيضاً، وأنَّ تحقُّق السبب حال العقد كافٍ، مع إمكان دعوى(٢) أنَّ الأرش أيضاً لا يثبت(٣) إلَّا بعد اختياره(٤) ومطالبته،

فالصَّحَّه فيه(٥) أيضاً من جهه كفايه تحقُّق السبب. وممَّا ذكرنا ظهر حال

ضمان درك المبيع(٦) للبائع.

ضمان عهده الثمن وتبين بعض المبيع مستحقاً

(مسألة ٤٠): إذا ضمن(٧) عهده الثمن فظهر بعض المبيع مستحقاً فالأقوى

ص: ٩٣

- ١- ولعله لا يخلو من قوّه. (الإصفهاني). * لا يخلو من وجه. (الإصطهباناتي).
- ٢- هذه الدعوى صحيحة بالنسبة إلى كون المورد من الضمان لما لم يجب. (الفاني).
- ٣- لا يثبت الأرش بالاختيار، بل ثابت له فيختار. (الإصفهاني). * نعم، ولكنَّ الملاك هو الاستحقاق، وهو ثابت بالعقد بلا إشكال، فلا يبعد الجواز فيه. (اللكراني).
- ٤- بل كان ثابتاً قبل اختياره فله اختياره. (الإصطهباناتي). * الأرش ثابت فيختار لا أنَّ ثبوته بالاختيار. (الشريعتمداري). * هذا هو الصحيح ولكن لما كان مطالبته عين اختياره فلا إشكال في اختياره بعد العقد ومطالبته. (محمّد رضا الكلبيكاني). * فيختاره، لأنَّه ثبت بالعقد لا أنَّه يثبت فعلاً باختياره. (السبزواري).
- ٥- لا وجه للصَّحَّه لفرض أنَّ الذمّه غير مشغوله بالأرش إلَّا بعد المطالبه، وعليه فلا يصحَّ ضمانه لأنَّه من ضمان ما لا يجب. (الخوئي).
- ٦- يأتي فيه ما قوينا في ضمان درك الثمن. (الخميني).
- ٧- إذا قلنا بصحَّته. (الفاني).

اختصاص ضمان الضامن بذلك البعض، وفي البعض الآخر يتخير المشتري بين الإمضاء والفسخ؛ لتبعض الصيغ، فيرجع على البائع بما قبله. وعن الشيخ (المبسوط: ٢/٣٢٨). جواز الرجوع على الضامن بالجميع، ولا وجه له (١).

ضمان ما يحدثه المشتري في الأرض

(مسألة ٤٠): الأقوى (٢) وفاقاً (٣) للشهيدين (اللمعة دمشقيّة: ١٢٣، مسالك الأفهام: ٤/٢٠٤). صحّ ضمان ما يحدثه المشتري من بناءٍ أو غرسٍ في الأرض المشتراه إذا ظهر

كونها مستحقّة للغير، وقَلع البناء والغرس فيضمن الأرض، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع، خلافاً (٥) للمشهور (٦)؛ لأنّه من ضمان ما لم

ص: ٩٤

١- وجه التمسك بالعمومات الخاصّة والعامّة، ولكنّه قد تقدّم النظر فيه. (المرعشي). * إذا كان الضمان مقيداً، لا مطلقاً. (محمّد الشيرازي).

٢- فيه تأمل. (الفيروز آبادي).

٣- فيه إشكال. (حسن القمي).

٤- فيه إشكال والاحتياط لا يُترك. (الخوئي).

٥- وهو الصحيح، بل لما كان منشأ ضمان البائع لأمثال هذه الخسارات الواردة على المشتري هو قاعده الغرور دون نفس العقد، فلو قيل بكفايه تحقّق السبب في صحّه ضمان المسبّب كان تعميمه لمثل الغرور من الضعف بمكان. (جمال الدين الكلبي يگاني).

٦- وهو الصحيح، بل لما كان منشأ ضمان البائع لأمثال هذه الخسارات الواردة على المشتري هو قاعده الغرور دون نفس العقد، فلو قيل بكفايه تحقّق السبب في صحّه ضمان المسبّب كان تعميمه لمثل الغرور من الضعف بمكان. (النائيني). * وهو المنصور.

(الإصفهاني، البروجردي، الخميني). * وهو الأقوى. (الإصطهباناتي، محمّد رضا الكلبي يگاني، اللكراني). * وهو الأقوى؛ لما

ذكرنا من أنّ وجود سبب الضمان لا يُخرج الشئ عن كونه ضماناً ما لم يجب بالنسبة إلى المسبّب. (الجنوردي). * وهو الحقّ المنصور. (الفاني). * وما ذكره أحوط. (الروحاني).

يجب، وقد عرفت كفايه السبب (١).

هذا، ولو ضمنه البائع (٢) قيل: لا يصح (٣) أيضاً (٤) كالأجنبي، وثبوته (٥)

بحكم الشرع لا يقتضى صحه عقد الضمان المشروط بتحقق الحق حال

ص: ٩٥

١- إن كان بحيث يعتنى به العقلاء. (السبزواری).

٢- هذا ما هو المرسوم من كتبه فى أوراق الأملاك وسنداتھا. (الفیروزآبادی).

٣- وهو الأقوى، بل لا معنى له، وتعدّد الجهه لا یجدى. (الإصفهانی). * وهو الصحيح؛ لما ذكره بأنه لا معنى لضمان شخص عن نفسه، وتعدّد الجهه لا یرفع هذا الإشكال. (الجنوردی). * وهذا هو الصحيح؛ لعدم ثبوت الحقّ حال الضمان. (الفانى). * وهو الأقوى؛ بل لا وجه لضمان الشخص عن نفسه ولو مع تعدّد الجهه. (الخمینی). * نظراً إلى اتّحاد الضامن والمضمون عنه، وعدم جدوى تعدّد العنوان مع احتمال كون الجهتين تعليليتين، مضافاً إلى شبهه تحصيل الحاصل. (المرعشى). * وهو الأصحّ، وتعدّد الجهه لا یجدى فى التصحيح. (اللكرانی).

٤- وهو الأقوى، ودعوى تعدّد الجهه هنا لا محضّ له. (الإصطهباناتی). * وهو الأقوى، بل لا معنى له، وتعدّد الجهه لا یجدى. (البروجردی).

٥- لأنّ المشتري مغرور من قبل البائع، والمغرور یرجع على من غرّه. (الفیروزآبادی).

الضمان. وقيل بالصحة؛ لأنه لازم بنفس العقد (١)، فلا مانع من ضمانه؛ لما مرَّ

من كفايه (٢) تحقّق السبب. فيكون حينئذٍ للضمان سببان: نفس العقد،

والضمان بعقده.

ويظهر الثمر فيما لو أسقط المشتري عنه حقّ الضمان الثابت بالعقد، فإنّه يبقى الضمان العقدى، كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما.

وقد يُورد عليه: بأنّه لا معنى (٣) لضمان شخص عن نفسه (٤)، والمقام من هذا القبيل.

ويمكن أن يقال: لا مانع منه (٥) مع تعدّد الجبهه (٦).

هذا كلّه إذا كان بعنوان عقد الضمان. وأما إذا اشترط ضمانه فلا بأس به،

ص: ٩٦

١- لا، بل بالغرور، وهو غير متحقّق حين إنشاء الضمان. (المرعشى).

٢- وقد مرّ الإشكال فيها. (المرعشى).

٣- وهو كذلك، ولا- ترجع دعوى تعدّد الجبهه فى المقام إلى محصيل. (النائنى، جمال الدين الكلپايگانى). * وهو كذلك، وتعدّد الجبهه لا يُجدى فى المقام. (حسن القمى).

٤- هذا الإيراد متين جدّاً. (الروحانى).

٥- لكنّه بعيد، بل لا وجه له أصلاً. (الخوئى).

٦- لا- يخفى وهن هذا البيان. (الفيروزآبادى). * بعد فرض كون العقد سبباً لإثبات المال فى ذمّه البائع، فإثبات ذلك بالضمانتحصيل للحاصل، ولا يفيدته تعدّد الجبهه، مع أنّ العقد الواقع على مال الغير ليس سبباً للضمان، بل السبب نفس تلف مال المشتري بتسبب البائع؛ ولذا يقال فيضمان الغير: إنّه ضمان لما لا يجب. (محمّد رضا الكلپايگانى). * إذا كانت الجهات منشأ الاعتبار العقلانى. (السبزوارى).

ويكون موكداً (١) لما هو (٢) لازم العقد.

ضمان المتاع الملقى في البحر لغرض عقلائي

(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينه: «ألقى متاعك في البحر وعلّيّ ضمانه» صحّ (٣)، بلا- خلافٍ بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه، وهو الدليل (٤) عندهم. وأمّا إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحه أخرى من خفه السفينه (٥) أو نحوها فلا يصحّ (٦)

ص: ٩٧

١- فيه نظر. (المرعشي). * أي ظاهراً، فلا ينافي البطلان المستكشف بظهور المبيع مستحقاً وردّ المالك البيع، والغرض عدم تأثير الشرط في الخلل في البيع؛ لعدم كونه فاسداً. (اللكراني).

٢- هذا الشرط إن كان بعنوان شرط النتيجة فهو غير صحيح، وإن كان بعنوان شرط الفعل فهو وإن كان صحيحاً إلا أنه لا يكون موكداً. (الخوئي). * مع فرض ظهور المبيع مستحقاً للغير، وردّ المالك المبيع، وقلع البناء والشجر فالحكم بصحه شرط الضمان الواقع في ضمن العقد وكونه موكداً لما هو لازمه لا يوافق القواعد، إلا أن يكون المراد غير ما هو ظاهر العبارة. (محمّد رضا الكلبيگانی).

٣- لأنه من الضمان بالاستيفاء. (الفاني).

٤- ويمكن تطبيقه على القواعد؛ لأنه أتلّف ماله بأمر الغير، واحترام المال يقتضيا الضمان، نعم، لا بد أن يكون الأمر بداع عقلائي، كحفظ السفينه من الغرق، وأمّا المجرد خفه السفينه ونحوها فيمكن الخدشه في كونه عقلائياً؛ ولذا لم يحكموا بالصحه، والإنصاف أنّ الموارد مختلفه. (محمّد رضا الكلبيگانی).

٥- لسرعه سيرها، أو من جهه سعه المكان على الناس. (الفيروزآبادي).

٦- وهو الصحيح. (النائيني). * وهو الأقوى. (الإصفهاني). * بل هو الصحيح؛ لأنه حكم على خلاف القاعده ثبت في موردٍ خاص، سيّما إذا كان الدليل هو الإجماع. (صدرالدين الصدر). * هذا المورد أيضاً من موارد الاستيفاء بالعوض. (الفاني). * وهو الأقوى، وأمّا الأول فقد ادّعى الشيخ إجماع الفرقه، بل إجماع الأئمّه عدا أبيثور (المجموع: ١٤/٢٠، ١٩/٣٠). عليه، ولا- بأس به، لكنّه ليس من فروع هذا الكتاب، وغير مربوطٍ بالضمان المذكور فيه. (الخميني).

عندهم (١) ، ومقتضى العمومات (٢) صحته (٣) أيضاً (٤) .

تتمه

قد علم (٥) من تضاعيف المسائل المتقدمه الاتفاقية أو الخلافية: أن ما

ص: ٩٨

-
- ١- وهو الصحيح. (جمال الدين الكلبي يگانی). * عدم الصحه هو الصحيح. (الإصطهباناتي). * وهو الأقوى، بل الأول أيضاً موضوعاً وحكماً محلّ تأمل. (البروجردی). * وهو الأقوى؛ لأنه من ضمان ما لم يجب. (البيجنوردی). * وقد يدعى السيره القطعيه على الصحه في الموردين. (الروحاني). * كما هو الحق، بل الأول أيضاً محلّ تأمل. (اللنكراني).
 - ٢- فيه إشكال. (المرعشي).
 - ٣- بل السيره القطعيه العقلانيه قائمه على الصحه. (الخوئي).
 - ٤- إلّا إذا كان العمل حراماً وعلم المأمور بالحرمة فالضمان مشكل، بل لا يبعد عدم صحته. (محمد الشيرازي).
 - ٥- وعلم ما هو الأقوى. (صدرالدين الصدر).

ذكروه (١) في أول الفصل من تعريف الضمان، وأنه نقل الحق الثابت من ذمّه

إلى أخرى، وأنه لا يصح في غير الدين، ولا في غير الثابت حين الضمان لوجه له (٢)، وأنه (٣) أعم (٤) من ذلك حسب ما فُصل (٥).

اختلاف المضمون له والمضمون عنه

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له والمضمون عنه (٦) في أصل الضمان،

فادعى أنه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له فالقول قوله. وكذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له؛ لأصالة (٧) بقاء ما كان عليه.

ولو اختلفا في إيسار الضامن حين العقد ويساره فادعى المضمون له إيساره (٨) فالقول قول (٩)

ص: ٩٩

١- قد عرفت أنّ ما ذكروه هو الصحيح. (الفانى).

٢- بناءً على مبناه، وقد مرّ الكلام في المسائل المذكورة. (الخمينى). * على تفصيلٍ تقدّم كلّ فى محلّه. (حسن القمى).

٣- أى بناءً على مبناه قدس سرّه. (اللكراني).

٤- وقد مرّ الإشكال فى التعميم، وإدخال التعهد الغير ثابت فى الضمان المصطلح. (المرعشى).

٥- قد عرفت ما فضل وما فيها ممّا ذكرنا. (البجنوردى). * قد مرّ التفصيل. (الخوئى).

٦- مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إيساره، ومع عدم العلم بالحاله السابقه فيه إشكال. (حسن القمى).

٧- لو لم تكن محكومته بأصل موضوعى. (المرعشى).

٨- إلّا إذا كان مسبقاً بالإيسار المجهول عند الضامن فالقول قوله فى دعوى بقائه. (محمّد رضا الكلپايگانى).

٩- مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إيساره، ومع الجهل بالحاله السابقه محلّ إشكال. (الخمينى). * فى صوره عدم

تقدّم إيساره. (المرعشى). * فى خصوص ما إذا كان مسبقاً باليسار، ومع الجهل بالحال فيه تأمل وإشكال. (اللكراني).

١- مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ولو لم يعلم حاله السابق فيه إشكال. (النائني، جمال الدين الكلبي يگاني).
 * مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ومع عدم العلم بالحال السابق فمحل إشكال. (الإصطهباناتي). * إذا لم يكن مسبقاً بالإعسار. (البرجودي). * إلما إذا كان الضامن مسبقاً بالإعسار. (عبد الهادي الشيرازي). * إذا كان مسبقاً باليسار للاستصحاب، كما أنه لو كان مسبقاً بالإعسار فالقول حينئذٍ قول مدعى الإعسار، أي المضمون له في المفروض، ولو لم يعلم الحال السابقة فالأصلان متعارضان، إلما أن يقال: لا- أثر لأصالة عدم اليسار إلّا على القول بالأصل المثبت. (الجنوردي). * في إطلاقه نظر، فلو كان مُعسراً سابقاً فالقول قول المضمون له، ولو لم يعلم حالته السابقة ففيه تأمل وإشكال، نعم لو كان سابقاً موسراً فما في المتن لا بأس به. (الشريعتمداري). * لأصالة اللزوم في الضمان المشروطه بيسار الضامن، مع أصالة عدم علم المضمون له بإعساره، إلما مع علمه بسبق إعساره. (الفاني). * هذا فيما إذا لم يثبت إعساره سابقاً. (الخوئي). * إلّا إذا ثبت إعساره سابقاً ولو بالأصل. (السبزواري). * مع سبق اليسار. (الروحاني).

وكذا لو اختلفا في اشتراط الخيار للمضمون له وعدمه فإنّ القول قول المضمون عنه. وكذا لو اختلفا في صحّ الضمان (١) وعدمها.

اختلاف الضامن والمضمون له

(مسألة ٢): لو اختلف الضامن والمضمون له في أصل الضمان، أو في ثبوت الدّين وعدمه، أو في مقداره، أو في مقدار ما ضمن، أو في اشتراط تعجيله، أو تنقيص أجله إذا كان موجّلاً أو في اشتراط شيءٍ عليه زائداً على أصل الدّين، فالقول قول الضامن (٢).

ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالاً، أو زياده أجله مع كونه موجّلاً، أو وفائه، أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مالٍ معيّن والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن، أو اشتراط شيءٍ على المضمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يسوّى أقلّ من الدّين، قُدّم قول المضمون له.

اختلاف الضامن والمضمون عنه

(مسألة ٣): لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن (٣) وعدمه، أو

في وفاء (٤) الضامن (٥) حتّى يجوز له الرجوع وعدمه، أو في مقدار الدّين

ص: ١٠١

١- فالمُقَدّم قول مدّعي الصّحّه. (المرعشي). * القول فيه قول مدّعي الصّحّه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- لموافقته قوله للأصول العديده. (المرعشي).

٣- في الضمان. (المرعشي).

٤- لو ادّعى الضامن الوفاء: فإن صدّقه المضمون له يلزم المضمون عنه بالأداء، ولا يلتفت إلى إنكاره، ولو أنكره: فإن أقام البيّنه على ما يدّعيه يثبت عليهما مطلقاً، وإلّا لم يكن حتّى اليمين المردوده من أحدهما حجّة له على الآخر. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني). * بناءً على تسالمهما على الإذن فالقول قول من يدّعي عدم الوفاء. (صدرالدين الصدر).

٥- مع التسالم على الإذن. (المرعشي). * ما لم يصدّقه المضمون له. (حسن القمّي).

الَّذِي ضَمَّنَ وَأَنْكَرَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ الزِّيَادَةَ، أَوْ فِي اشْتِرَاطِ (١) شَيْءٍ عَلَى

الْمَضْمُونِ عَنْهُ (٢)، أَوْ اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ لِلضَّامِنِ قَدَّمَ قَوْلَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ (٣).

وَلَوْ اِخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الضَّمَانِ، أَوْ فِي مِقْدَارِ الدَّيْنِ الَّذِي ضَمَّنَهُ وَأَنْكَرَ الضَّامِنُ الزِّيَادَةَ فَالْقَوْلُ قَوْلَ الضَّامِنِ (٤).

ص: ١٠٢

١- أَى فِي ضَمَّنِ عَقْدٍ آخَرَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ طَرَفًا فِي عَقْدِ الضَّمَانِ. (المنكراني).

٢- لَعَلَّ الْمُرَادَ اشْتِرَاطَهُ عَلَيْهِ فِي ضَمَّنِ عَقْدٍ آخَرَ، وَإِلَّا فَهُوَ لَيْسَ طَرَفًا فِي عَقْدِ الضَّمَانِ حَتَّى يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ فِي ضَمَّنِهِ. (البروجردى). *
الْمَضْمُونِ عَنْهُ لَيْسَ طَرَفًا فِي عَقْدِ الضَّمَانِ، فَلَا- مَعْنَى لَا- اشْتِرَاطَ شَيْءٍ عَلَيْهِ. (الشريعتمداري). * لَا- مَعْنَى لَا- اشْتِرَاطَ شَيْءٍ عَلَى
الْمَضْمُونِ عَنْهُ. (الفاني). * أَى فِي عَقْدٍ آخَرَ. (الخميني). * فِي ضَمَّنِ عَقْدٍ خَارِجٍ. (المرعشى). * فِي ضَمَّنِ عَقْدٍ خَارِجٍ؛ حَيْثُ إِنَّ
الْمَضْمُونِ عَنْهُ لَيْسَ طَرَفًا فِي عَقْدِ الضَّمَانِ حَتَّى يَشْتَرِطَ فِيهِ شَيْءٌ عَلَيْهِ، وَاحْتِمَالُ كَوْنِهِ مُلْزَمًا بِمَا اشْتَرَطَا عَلَيْهِ بِرِضَاهُ وَإِذْنِهِ لَا وَجْهَ لَهُ.
(محمّد رضا الكلبيكاني). * فِي ضَمَّنِ عَقْدٍ آخَرَ، أَوْ نَفْسِ عَقْدِ الضَّمَانِ، بِنَاءً عَلَى صِحِّهِ شَرْطَ شَيْءٍ بغير طَرَفٍ فِي الْعَقْدِ أَيْضًا، كَمَا
هُوَ الْحَقُّ. (السبزواري).

٣- لَوْ ادَّعَى الضَّامِنُ الْوَفَاءَ وَصَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ فَإِنْكَارَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ لَا- أَثْرَ لَهُ مَعَاذَرَتُهُ بِالْإِذْنِ، وَيَجُوزُ رَجُوعُ الضَّامِنِ إِلَيْهِ.
(البنجوردى). * لِتَوَافُقِهِ لِلْأَصْلِ فِي الْفُرُوضِ. (المرعشى).

٤- فِي عَدَمِ الزِّيَادَةِ، وَأَمَّا الْوَاحْتِلَافُ فِي أَصْلِ الضَّمَانِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُنْكَرِهِ. (صدرالدين الصدر). * إِنْ كَانَ مُنْكَرًا لِأَصْلِهِ أَوْ زِيَادَتِهِ،
وَإِلَّا يُقَدَّمُ قَوْلُ مَنْ كَانَ مُنْكَرًا لِهَمَا، فَالْإِطْلَاقُ فِي كَلَامِهِ لَا يَخْلُو مِنْ نَظَرِ. (المرعشى).

(مسألة ٤) : إذا أنكر الضامن الضمان فاستوفى الحق منه بالبينة ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكر (١) للإذن (٢) أو الدين (٣) ؛ لاعترافه بكونه

أخذ منه ظلماً. نعم، لو كان (٤) مدعياً (٥) مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمانٍ ولم يكن منكرًا لأصل الدين وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدين والإذن في الضمان جاز له الرجوع (٦) عليه (٧) ؛ إذ لا منافاه بين إنكار الضمان

ص: ١٠٣

- ١- هذا القيد لا دخاله له في الحكم. (اللكراني).
- ٢- قيد كون المضمون عنه منكرًا للإذن أو الدين غير محتاج إليه؛ لأنَّ الحكم فيصورتى الاعتراف والإنكار واحد، وإرجاع القيد إلى الضامن لا مصحح له. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٣- الظاهر أنه لا فرق بين صورتى الإنكار وعدمه. (الخوئي).
- ٤- لا يخفى ما في هذا الفرض بقيوده من التشويش. (جمال الدين الكلبيكاني).
- ٥- لا يخفى ما في هذا الفرض بقيوده من التشويش. (النائني).
- ٦- فيه إشكال؛ إذ الإذن غير مستلزم للرجوع، بل هو أعم، اللهم إلا أن يوجّه الرجوع بالتقاص، وفي صدقه في المورد نظر. (المرعشي). * إذا أذاه بقصد ما أذن له، وأما إذا أخذ منه قهراً من دون أن يقصد الأداء فلا وجه لرجوعه عليه؛ لاعترافه بأنَّ الدين باقٍ بحاله، والمال مأخوذ غصباً. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٧- مقاصه. (عبدالهادي الشيرازي). * هذا إذا كان حين استيفاء الحق منه قصد أداء دين المضمون عنه. (حسن القمي). * مقاصه عمّا أخذ منه. (الروحاني). * فيه إشكال؛ فإنَّ جواز الرجوع عليه يتفرّع على براه ذمّه المضمون عنه باعتقاد الضامن، والمفروض في المقام عدمه؛ لأنَّ المأخوذ ظلماً لا يصلح لتحقق البراءة، بلباقٍ على ملك الضامن باعتقاده، ولم يتعيّن بسببه كلّى الدين، فكيف يجوز مع ذلك الرجوع إلى المضمون عنه؟! ومما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ذلك المثل. (اللكراني).

وإدعاء الإذن في الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم (١)، غاية الأمر أنه يقول :

إن ذلك للإذن في الأداء، والمضمون عنه يقول: إنه للإذن في الضمان، فهو، كما لو ادعى على شخص أنه يطلب منه عشره قرانات (أى: عشره ريالات، وهى أقل عمله إيرانيه متداوله رسمياً حالياً). قرضاً والمدعى [عليه] (أضيفت لأجل اقتضاء السياق). ينكر القرض، ويقول: إنه يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم ولو لم يعترف (٢) المضمون عنه بالضمان، أو الإذن فيه،

ص: ١٠٤

١- إذا علم بأن الواقع لا يخلو من أحد الأمرين، أى صدق دعوى الضامن بأنهمأذون فى الأداء من طرف المضمون عنه، أو صدق دعوى المضمون عنه بأنه إذللضامن فى الضمان. (الجنوردى). * فيه إشكال؛ فإن الإذن فى الضمان لا يقتضى الرجوع على الآذن، إلما مع تحققالضمان والوفاء به خارجاً، والمفروض فى المقام أن الضامن يُنكر الضمان، ويعترف بأن ما أخذ منه إنما أخذ ظلماً، ومعه كيف يكون استحقاقه الرجوع معلوماً؟! نعم، لأبأس بالرجوع على المضمون عنه مقاصه لما أخذ منه قهراً بإذن من الحاكمالشرعى. (الخوئى). * مقاصه، لا وفاء بشىء. (السبزوارى).

٢- لم يظهر لى مورد المسأله، وأن عدم الاعتراف هل فرض فى صوره ادعاء الضامن الضمان والإذن فيه، أو فرض فى صوره ادعاءه الإذن فى الأداء، وكون المأخوذمنه ظلماً؟ فعلى الأول لا- معنى للمقاصه أصلاً؛ لأنه بعد فرض الثبوت بالبينهيجوز له الرجوع على المضمون عنه بعنوان الضمان. وعلى الثانى لا- وجه لقيام البينهعلى غير ما يدعى المدعى، بل يُنكره؛ لأن مدعى الضامن إنما يدعى مجردالإذن ويُنكر الضمان رأساً، والمفروض إنكار المضمون عنه له أيضاً، كما أنه لا وجهلإقامه المضمون له البينه، على أن المضمون عنه قد أذن فى الضمان، فالعبارهمشوشه جداً. (اللكرانى).

وثبت عليه ذلك بالبينه فكذلك (١) يجوز له الرجوع عليه مقاصه (٢) عما أخذ منه.

وهل يجوز للشاهدين على الإذن في الضمان حينئذ أن يشهدا بالإذن (٣)

من غير بيان كونه الإذن في الضمان، أو كونه الإذن في الأداء؟ الظاهر (٤)

ص: ١٠٥

١- في العبارة تشويش؛ فإن جواز الرجوع على المضمون عنه مقاصه باذن مناحاكم الشرعي لا يرتبط بثبوت الضمان أو الإذن فيه بالبينه، بل المناط فيه اعترافه بالدين وبعدم الضمان. (الخوئي).

٢- فيه نظر. (المرعشي). * لم أتحقق معنى المقاصه في المقام؛ لأنه إن أذن له وأذاه بقصد أداء دينه فهو ضامن له، ولا- مورد للتقاص. وإن لم يأذن أو لم يقصد الضامن أداءه فلا حق له عليه حتى يتحقق موضوع التقاص. (محمّد رضا الكلبيكاني). * هذا إذا لم يقصد حين استيفاء الحق منه أداء دين المضمون عنه. (حسن القمي).

٣- يعني أن يشهدا بالإذن في الأداء الجامع بين الفرضين: الأداء بلا ضمان، ومعالضمان. (الشريعتمداري).

٤- بل الظاهر العدم؛ لما أفيد من أنه ليس الإذن مع قطع النظر عن متعلقه موضوعاً متحصّلاً له أحكام حتى تترتب عليه أحكامه بقيام البينه عليه بدون ذكر متعلقه، وليس مثل الدين، فإن له في حد نفسه تحصّلاً وأحكاماً، وليس متقوماً بأسبابه. (اللكراني).

ذلك (١)، وإن كان لا يخلو من إشكال (٢).

وكذا في نظائره، كما إذا ادعى شخص على آخر أنه يطلب قرضاً، وبَيَّنَّته

ص: ١٠٦

- ١- بل الظاهر عدمه؛ إذ ليس الإذن مع قطع النظر عن متعلقه موضوعاً متحصلاً لهاحكام حتى تترتب عليه أحكامه بقيام البيئه عليه بدون ذكر متعلقه، وليس مثلالدين فإن له في حد نفسه تحصلاً وأحكاماً، وليس متقوماً بأسبابه. (البروجردى). * بشرط أن يكون الإذن في الأداء التزاماً بالضمان الطولي، بأن يكون إذنه فيالأداء استيفاءً منه عن المؤدى مقدار ما أذاه. (الفانى). * لا معنى للشهادة بالإذن المطلق بلا- ذكر المتعلق، ولا تأثير للبيئه فيه، وهذا بخلاف الفرض الآتى؛ فإن الشهاده على الدين موثره ولو بلا ذكر السبب. (الخميني). * فيه نظر، والظاهر عدمه. (المرعشى). * بل الظاهر عدمه، ويظهر وجهه مما مر. (الخنوي). * ويترتب عليها أثرها الشرعي، وهو صحه التقاص، ولا يلزم أن يكون المشهود به عنواناً مستقلاً من العناوين الخاصه، بل المناط ثبوت الأثر الشرعي للشهادة. نعم، يشكل؛ من حيث إن المشهود به ليس تمام ما تحمله الشاهدان؛ لأن المفروض أنها الإذن في الضمان، وفيه تفصيل لا- يبيئه المقام، والظاهر أن نظره الشريف فيالإشكال إلى هذه الجبهه، وقد جزم؛ بصحه الشهاده في نظير المقام في الشهاده على النجاسه في كتاب الطهاره. (السبزواري). * بل التفصيل بين ما إذا كان لكل طرف أثر فسمع الشاهدين، وبين ما إذا كان الأثر مختصاً ببعض الأطراف فعدم سماعهما. (محمّد الشيرازي). * بل الظاهر عدمه، والشهادة بالدين ليست من نظائره؛ لأن الدين له في حد نفسه تحقق وأحكام، ولا يكون متقوماً بأسبابه، بخلاف الإذن، كما لا يخفى. (الروحاني).
- ٢- لا إشكال في سماع شهادتهما إذا علم أنّهما متفقان في أنّ الإذن في الضمان، أوفى الأداء. (البجنوردى).

تشهد بأنه يطلبه من باب ثمن المبيع لا القرض، فيجوز لهما أن يشهدا بأصل الطلب من غير بيان أنه للقرض، أو لثمن المبيع على إشكال (١).

لو ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له

(مسألة ٦) : إذا ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له، وحلف (٢) ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدقه في ذلك، وإن صدقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه، وتقبل شهادته له بالأداء إذا لم يكن هناك مانع من تهمه أو غيرها مما يمنع من قبول الشهاده.

لو أذن له المدين في وفاء دينه بلا ضمان فوفى

(مسألة ٧) : لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمان فوفى جاز له الرجوع عليه (٣). ولو ادعى الوفاء وأنكر الإذن قبل قول المأذون؛ لأنه أمين من قبله.

ولو قيّد الأداء بالإشهاد وادعى الإشهاد وغيه الشاهدان قبل قوله أيضاً، ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع، نعم، لو علم أنه وفاه ولكن لم يشهد

ص: ١٠٧

- ١- مع العلم بكون نظر الشاهدان إلى جهه واحده لا إشكال في سماعها بالنسبه إلتلك الجهه؛ لصدق البيئه عليه. (آقاضياء). *
- الظاهر أنه لا- إشكال فيه. (الخوئي). * الشهاده على أصل الدين من دون ذكر السبب لا- إشكال فيه ظاهراً. (محمّد رضا الكلبيگانی). * لا إشكال إذا لم تكن الخصوصيات معيّره للحكم. (محمّد الشيرازي).
- ٢- وكذا إن لم يحلف ما لم يكن يصدقه المضمون عنه، ولم يثبت عليه شرعاً. (محمّد رضا الكلبيگانی).
- ٣- في صوره عدم التقيد بالتبرع. (المرعشي). * إذا لم يقيد إذنه بالوفاء المجاني. (محمّد رضا الكلبيگانی).

يحتمل (١) جواز (٢) الرجوع (٣) عليه (٤)؛ لأنَّ الغرض من الإِشهاد (٥) العلم (٦)

بحصول الوفاء (٧)، والمفروض تحقُّقه (٨).

[تَمَّ كتاب الضمان]

*

*

*

ص: ١٠٨

١- لكنَّه ضعيف، وتعليه بحصول الغرض أضعف، كما لا- يخفى، والحمد لله ربَّالعالمين، والصلاه على نبيِّه وآله الطاهرين. (النائني، جمال الدين الكلبيكاني). * احتمالاً لا يُعوَّل عليه بعد تقييد الإِذن بالوفاء بالإِشهاد، نعم، تبرأ ذمته، ولكنليس للمؤدَّى الرجوع عليه. (صدرالدين الصدر).

٢- فيه إشكال. (المرعشي). * بل هو الظاهر فيما لو كان الغرض من الإِشهاد علم الآذن بحصول الوفاء من قبلالمأذون، وأمَّا لو كان الغرض منه القدره على إقامه البيئه في مقابل الدائن لو أنكر الوفاء فرضاً، أو كان الغرض منه كلا الأمرين فجواز الرجوع عليه في الفرضين بعيد. (اللانكراني).

٣- لكنَّه ضعيف. (حسن القمي).

٤- لكنَّه بعيد في فرض التقييد، كما هو المفروض. (الخوئي). * لكنَّه ضعيف. (الروحاني).

٥- أى فيما إذا لم يكن على وجه التقييد. (محمّد الشيرازي).

٦- أو احتمال دعوى الدائن عدم الوفاء ونحوه. (المرعشي). * وقد لا- يكون ذلك، مثل أن يخاف من الدائن دعوى عدم الضمان، أو عدم الوفاء بعد الأداء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٧- ليس الغرض منحصرأ بهذا، بل الظاهر أنَّ الغرض هو وجود الحجَّه إذا أنكر الدائن الوفاء. (البيجنوردي).

٨- الظاهر اختلاف ذلك باختلاف الموارد؛ إذ قد يكون لنفس الإِشهاد والاشتياق موضوعيَّه خاصَّه. (السبزواري).

كتاب الحواله

اشاره

ص: ١٠٩

تعريف الحوالة وشرايطها العامه

وهي عندهم: تحويل المال من ذمّه إلى ذمّه، والأولى (١) أن يقال: إنّها

إحاله المديون دائته إلى غيره (٢)، أو إحاله المديون دينه من ذمته إلى ذمه

غيره (الحواله: أحلته بدينه: إذا نقلته من ذمتك إلى غير ذمتك. وأحال عليه بدينه مثله. والاسم الحوالة. وهي في مصطلح الشرع: عقد شرع لتحويل المال من ذمه إلى ذمه مشغوله بمثله، أو غير مشغوله على اختلاف فيه بشرط رضا الثلاثه، واقتصر على رضا المحيل والمحتال. وهي على ما ذكره بعض المحققين على أقسام أربعة؛ لأنّ المحيل والمحال عليه إمّا أن يكونا مشغولاً بالذمه، وهذه هي الحوالة الحقيقيه أو يكونا بريئين وهذه وكاله في إقراض مال. أو يكون المحال عليه مشغولاً بالذمه خاصه وهذه وكاله في استيفاء دين أو المحيل خاصه وهي ملحقة بالأولى إن لم يشترط شغل ذمه المحال عليه، ومع الاشتراط فهي بالضمان أولى. مجمع البحرين: ٥/٣٦٠، (مادهحول).).

وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان؛ فإنه وإن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمه المضمون عنه إلى ذمه إلا أنه ليس فيه الإحاله المذكوره (٣)،

ص: ١١١

١- حيث إنّ المقصود إحاله الدائن بماله إلى غيره، والإحاله بالمال هي عين إحاله مافي ذمته إلى ذمه غيره، فمرجع التعبيرين واحد. (محمد رضا الكلبايگانی).

٢- في دينه. (الخميني).

٣- المقصود أنه ليس في الضمان إحاله المديون؛ لأنّ المحيل فيه هو الضامن، فإنّه بنفسه يُحيل دين المديون إلى ذمته، من غير فرق بين كون الضمان تبرعاً أو باستدعاء المضمون عنه. (محمد رضا الكلبايگانی).

خصوصاً إذا لم يكن بسؤالٍ من المضمون عنه.

ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ (١)، والعقل، والاختيار (٢)، وعدم

السَّفه في الثلاثه (٣) من المُحيل والمُحتال والمُحال عليه، وعدم

الحَجْر (٤) بالسَّفه (٥)

ص: ١١٢

١- الظاهر عدم اعتبار شيءٍ من ذلك في المحال عليه، إلما إذا كانت الحوالة على البريء فإنه تعتبر فيه الأمور المذكوره غير الفلّس. (الخوئي).

٢- إن لم يكن المحال عليه بريئاً فالأظهر عدم اعتبار الاختيار فيه، إلما أن تكون الحوالة بغير جنس ما في ذمته. (حسن القمّي).

٣- الظاهر أنّ حكم الحَجْر بالسَّفه حكمه بالفلّس. (الخوئي). * بناءً على اعتبار رضا المحال عليه مطلقاً، أو في خصوص البريء. (محمّد رضا الكلبيكاني). * لا يضرّ سفاهه المحيل إذا كانت الحوالة على البريء. (الروحاني).

٤- هكذا في النسخ، والصواب: وعدم الحَجْر بالفلّس. (عبدالله الشيرازي).

٥- بالفلّس. (الفيروزآبادي). * كأنه سهو من قلمه الشريف، أو من النُّسخ، والصحيح: عدم الحَجْر بالفلّس. (الإصطهباناتي). * هكذا في النسخ، والصحيح: وعدم الحَجْر بالفلّس. (عبدالهادي الشيرازي). * تقدّم اعتبار عدم السَّفه في الثلاثه، فلعلّ العبارة كانت عدم الحَجْر بالفلّس وصار سهواً من قلم النُّسخ. (الجنوردي). * بل بالفلّس. (الفاني). * بل بالفلّس، والظاهر اشتباه النسخه، وإنما يعتبر عدم الحَجْر بالفلّس في المحتالو كذا في المحيل، إلما على البريء، وأما في المحال عليه فلا يعتبر وإن كان محجوراً عليه في أمواله الموجوده قبل رفعه. (الخميني). * في نسخه مصحّحه: بالفلّس، وهو الظاهر. (المرعشي). * هذه الكلمه من سهو القلم أو غلط النُّسخ، وصحيحها: بالفلّس. (الخوئي). * الصواب: بالفلّس؛ حيث إنّ عدم السَّفه مرّ ذكره. (محمّد رضا الكلبيكاني). * الظاهر أنّ لفظ «السَّفه» سهو القلم، والصواب: الفلّس. (حسن القمّي). * والصحيح عدم الحَجْر بالفلّس. (الروحاني). * الظاهر اشتباه النسخ، والصواب بالفلّس، كما أنّ الظاهر اتّحاد حكم السَّفه معه. (اللكراني).

١- الصواب بدل السِّ فِه «الفلس»، وكأنه من سهو القلم أو غلط النسخ (الشريعتمدارى). * الصحيح بالفلس والجنون. (السبزوارى).

٢- فيما يعتبر فيه رضاه. (الكوه كمرى). * هكذا فى النسخ، والصواب: وعدم الحجر بالفلس. (البروجردى). * فى الاشتراط نظر. (المرعشى). * لا- يُعلم وجهٌ لمنع حجر المحال عليه عن الحوالة عليه؛ لعدم كونه تصرفاً فى المال الخارجى، بل هى نقل لذمته المشغوله بدّين المحيل إلى المحتال فصارت مشغوله بدّينه، فإن قلنا بأنه عين الدّين السابق فالمحتال شريك للغرماء، وإن قلنا بأنّ هذا دّين حادث فالمحتال لم يكن شريكاً لهم، مثل سائر الديون الحادّثة بعد الحجر. (محمّد رضا الكلپايگانى). * لا وجه لاعتبار عدم الفّلس بالإضافه إلى المحال عليه، والحجر عليه فى أموالها الموجوده لا يستلزم الحجر عليه فى الحوالة. (اللكرانى).

الحواله على البرىء (١) _ فإنه لا بأس به (٢) ؛ فإنه نظير الاقتراض (٣)

الشرائط المعبره فى الحواله

الأول: الإيجاب والقبول

منه _ أمور :

أحدها : الإيجاب والقبول على ما هو المشهور (٤) بينهم؛

حيث عدّوها من العقود اللازمه، فالإيجاب من المُحيل والقبول من

المُحتال. وأما المُحال عليه فليس من أركان العقد، وإن اعتبرنا رضاه (٥) مطلقاً، أو إذا كان بريئاً؛ فإنّ مجرد اشتراط الرضا منه لا يدلّ

ص: ١١٤

١- مع كون الحواله على البرىء فلا يعتبر عدم الفلّس فى المحال عليه أيضاً، وفيهذه الصوره اعتبار عدم السّفه فى المحيل محلّ تأمل. (حسن القمى).

٢- أى بأن يكون المحيل محجوراً بالفلس. (الفيروزآبادى). * سواء كان المحيل مفلساً أم المحال عليه. (البروجردى، محمّد رضا الكلپايگانى). * من دون فرق بين أن يكون المحيل مفلساً، أو المحال عليه. (اللكراني).

٣- الاقتراض الصادر من المفلس. (الفيروزآبادى). * معاملات السّفه كّلها باطله شرعاً اقتراضاً أو غيره، ويكفى إطلاق الآيه الشريفه (وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ) (النساء: ٥). (كاشف الغطاء).

٤- وهو الحقّ المحقّق. (المرعشى).

٥- والأقوى اعتبار رضا المحال عليه فى البرىء وفى غير الجنس. (عبدالله الشيرازى). * مقارناً أو متراخياً. (المرعشى).

على كونه طرفاً وركناً للمعامله.

ويحتمل (١) أن يقال (٢): يعتبر (٣) قبوله (٤)

ص: ١١٥

١- لكنّه بعيد جداً. (الإصفهاني). * احتمالاً قريباً. (صدرالدين الصدر). * الأقرب ذلك في الحواله على البرىء، أو الحواله بغير جنس ما على المحالعليه. (المرعشى).

٢- هذا لا يخلو من قوّه فيما إذا كانت الحواله على البرىء، أو بغير جنس ما عليالمحال عليه، نعم، لا يبعد عدم بطلان الحواله بالفصل على النحو المتعارففيها. (البروجردى). * لكنّه فى غايه الضعف. (حسن القمى). * بل يقوى فى الحواله بغير الجنس، أو على البرىء. (السبزوارى).

٣- لا يبعد ذلك فيما إذا كانت الحواله على البرىء، أو بغير الجنس الذى على المحالعليه، ولكن الظاهر عدم إخلال الفصل على النحو المتعارف فيها، وأمّا فى غيرهما فالأحوط اعتباره بالنحو الذى ذكرنا. (اللكراني).

٤- هذا الاحتمال قوئى بالنسبه إلى الحواله على البرىء. (البنجوردى). * الأقوى عدم اعتبار رضاه إلّا إذا كان بريئاً؛ لأنّ الحواله على البرىء عباره عنالاستيفاء بالضمان الطولى، فالبرىء المحال عليه يصير برضاه ضامناً لما فى ذمّهالمحيل، وحيث إنّ هذا الضمان إنّما هو بإذن من المضمون عنه المستفاد من حوالتهفيكون ضامناً للمحال عليه بعد أدائه ما ضمنه وبمقداره، ومن هذا البيان ظهر أنّالعقد أبداً مركّب من إيجاب وقبول، نعم، ربّما تكون قضيه واحده فى المعاملاتالدرجه تنحلّ إلى قضيتين، فيتوهم أنّ هناك إيجاباً وقبولين. (الفانى). * الأقوى اعتباره فى الحواله على البرىء، أو بغير جنس ما على المحال عليه، والأحوط اعتباره فى غيرهما أيضاً، لكن لا يبعد عدم اعتبار عدم الفصل المعترف فيالقبول. (الخمينى). * وهو الأقوى. (محمّد رضا الكلبيگانى).

أيضاً (١)، فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين (٢). وعلى ما ذكره

يشترط فيها ما يشترط في العقود (٣) اللازمه، من الموالاه (٤) بين الإيجاب

والقبول ونحوها، فلا تصح مع غيبه (٥) المحتال أو المحال عليه (٦) أو كليهما

بأن أوقع الحواله بالكتابه (٧).

ولكن الذى يقوى (٨)

ص: ١١٤

١- لكنه بعيد جداً. (الخنوي). * وهو ضعيف. (الروحاني).

٢- أو منحلماً إلى عقدين. (النائني، جمال الدين الكلبي گاني). * لا- وجه له. (الكوه كمرى). * بل منحلماً إلى عقدين. (الجنوردي). * ويصح التحليل إلى العقدين أيضاً. (السبزواري).

٣- بما هي عقود، سواء كانت لازمة أم جائزه، لا ما تقتضيه أدلتها الخاصه بها. (المرعشى).

٤- مع كونها عقداً لا يضرها تأخير القبول. (عبدالله الشيرازي).

٥- فى إطلاقه إشكال. (محمد الشيرازي).

٦- بناءً على كونه من أطراف العقد أيضاً. (الإصفهاني). * بناءً على كونه من أركان العقد. (المرعشى).

٧- بخلاف ما لو وقعت بوسيله الأدوات النقاله للصوت؛ فإن الموالاه محفوظه فيعرفاً. (صدرالدين الصدر).

٨- الأقوى كونها من العقود، وما ذكره لا- وجه له. (الكوه كمرى). * بل الأقوى كونها عقداً، وهكذا الضمان والوكاله. (الإصطهباناتي). * ما قواه قدس سره فى غايه الضعف، والحق أنّها والضمان والوكاله من العقود، وما استدلوعلل لإثبات دعواه فى غايه الضعف؛ إذ الحواله نقل الدين اختياراً من ذمّه إلى ذمّه أخرى، وهذا المعنى نحو تصرف فى ملك الغير وفى ذمته، فيحتاج إلى القبول، فأينهو من الوفاء؟! وهكذا الأمر فى أختيها، بل فيهما أظهر. (المرعشى).

١- كون هذه العقود من الإيقاع مشكل شرعاً، نعم، لا ريب في توسعه الأمر فيها بمالم يوسّع في غيرها من العقود، وهو أعمّ من كونها إيقاعاً. (السبزواری).

٢- لا يخفى ضعف هذه الدعوى في الحوالة وكذا في الضمان أيضاً والوكاله وانعقادها بالكتابة ومع عدم التوالى بين الإيجاب والقبول لا- يوجب أن تكون من الإيقاع وتوضيح الفرق بينهما وبين سائر العقود اللازمه في ذلك مقام آخر. (جمال الدين الكلبايگانی).

٣- فيه نظر. (الفيروز آبادی). * لا يخفى ضعف هذه الدعوى في الحوالة، وكذا في الضمان أيضاً والوكاله وانعقادها بالكتابة، ومع عدم التوالى بين الإيجاب والقبول لا- يوجب أن تكون من الإيقاع، وتوضيح الفرق بينها وبين سائر العقود اللازمه في ذلك مقام آخر. (النائینی). * بل الّذى يقوى كونه عقداً بين المحيل والمحتال، وكذا الضمان والوكاله، نعم، الظاهر صدق هذه المقاله في الجعالة. (الإصفهانی). * هذا ضعيف جداً، وما استدللّ به عليه أضعف منه؛ إذ الوفاء هو تأديه الدّين إلی مالکة، والمديون هو السلطان عليها بعد حلوله، وليس لصاحبه الامتناع منه، والمحيل لا- يودى ما فى ذمته إلی مالکة، بل ينقله إلی ذمّة أخرى، وهو تصرف فيملك الغير وفى ذمّة الغير بلا سلطنه منه عليهما، فلا يصحّ بدون قبولهما، فظهر بهذا الاحتياج الضمان أيضاً إلی القبول. (البروجردی). * الظاهر كون الحوالة والضمان والوكاله من العقود، ولا ينافيه عدم اعتبار ما ذكره فيها. (عبدالهاده شیرازی). * بل الأقوى كونها عقداً، وكذلك الأمر فى الضمان والوكاله، والفرق بين الإذن فيبيع الدار والوكاله فيه واضح. (البجنوردی). * وتقدّم أنّها من العقود. (عبدالله شیرازی). * لا ملازمه بين كون الحوالة من العقود وبين اعتبار جميع ما اعتبروه فى العقود اللازمه فيها؛ لعدم التسليم بالنسبه إلی جملة منها أولاً، وعدم دليل على التعميم ثانياً. (الفانى). * هذا فى غاية الضعف فى المقام، وكذا فى الضمان والوكاله، ولا- إشكال فى أنّكها من العقود وفيها ميزانها المقوم لها، وأمّا الإذن فهو إيقاع، والفرق بينه وبين الوكاله ظاهر. (الخمینی). * بل الأقوى خلافه، كما أنّ الأمر كذلك فى الضمان والوكاله، نعم، لا- يبعد جواز الاكتفاء فى جميعها بالكتابة، وعدم اعتبار الموالاه بين الإيجاب والقبول. (الخوئی). * بل الأقوى أنّ حقيقه الحوالة نقل من المحيل ما فى ذمته للمحتال إلی ذمّة المحال عليه، وبهذا الاعتبار تكون عقداً، وحصول الإيفاء والاستيفاء فى خصوص الحواله على المديون أمر خارج عن حقيقه العقد، كما فى بيع الدّين على المديون؛ ولذا تصحّ الحوالة على البرىء. (محمّد رضا الكلبايگانی). * بل الظاهر كونها عقداً، وكذا الضمان والوكاله. (محمّد شیرازی). * هذه الدعوى ضعيفه جداً، وكذا فى الضمان والوكاله، وانعقاد هذه العقود بالكتابة، ومع عدم التوالى بين الإيجاب والقبول وإن كان صحيحاً إلاّ أنّه لا يوجب كونها من الإيقاع. (حسن القمى). * لا قوه فيه، بل الأقوى خلافه، وما ذكره من التعليل عليل؛ إذ الفرق بينه وبين سائر أنواع وفاء الدّين ما أشار إلیه بقوله: «وإن كانت توجب انتقال الدّين منذمته...» إلی آخره، فالأظهر أنّها من العقود، ومتقومه بالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال، ولا ينافيه عدم اعتبار ما ذكره فيها. (الروحانى). * الظاهر أنّ الحوالة وكذا الضمان والوكاله كلّها من العقود، أمّا الحوالة فلاّ أنّ حقيقتها لا ترجع إلی الوفاء، بل هى عباره عن نقل المحيل ما فى ذمته للمحتال إلی المحال عليه، فهو تصرف فى ملك الغير من جهه، وفى ذمّة الغير من جهه أخرى، ولا يعقل تحقّقها بدون القبول. وأمّا الضمان فكذلك؛ لما ذكر. وأمّا الوكاله فلاّ أنّها تغاير مجرد الإذن؛ لأنّ حقيقتها النيابة المضافه إليهما، وليس لأحدهما الاستقلال فيها، والمفروض أنّه موضوع فى الشرع والعرف لآثار خاصه، وهذا بخلاف

الإذن الذي هو مجرد ترخيص. (اللكراني).

الرضا (١) من المحتال، أو منه ومن المحال عليه (٢)، ومجرد هذا (٣) لا يصيره

عقداً؛ وذلك لأنها نوع من وفاء الدين (٤) وإن كانت توجب انتقال

ص: ١١٩

١- مع ما يدل عليه لفظاً أو فعلاً. (صدرالدين الصدر). * مع المبرز اللفظي أو الفعلي. (المرعشي).

٢- وقد مرّ التفصيل، وأنها من العقود؛ لصدق عنوان العقد عليه، فيشملة حكمه، ومجرد الرضا لا يكفي إلا إذا كان بنحو المعاطاة. (عبدالله الشيرازي).

٣- بل يصيره؛ إذ ليس المراد به إلا ذلك، ومنه تعرف النظر في ما ذكره ذيلًا، سيما بالنسبة إلى الضمان. (صدرالدين الصدر).

٤- في كون الحوالة من سنخ الوفاء محل إشكال؛ لقوّه احتمال كونه من باب تبديلا لذمّ، ولو لم يكن اعتياضاً، كما في البريء، ويترتب عليه رضا الثلاثه من المحتال والمحال عليه والمحيل، والأصل أيضاً يقتضيه. (آفاضياء). * إفاده العقد فائده الإيقاع لا يصيره إيقاعاً، كما أنّ إفاده عقد فائده عقد آخر بذلك العقد وإفاده المكاتبه فائده العتق لا يصيرها إيقاعاً. وفائده الصلح فائده الإجاره أو بيعاً لا يخرجها عن كونه صلحاً وحقيقه أخرى. وأما قوله أنت مأذون ببيع داريفليست هي إيقاعاً ولا عقداً، بل هي إباحه ورخصه. وكون فائده الوكاله لا يقتضى اتحادهما. ألا ترى أنّه لو ردّ الإذن جاز لهالبيع، بخلاف الوكاله! ومن الغريب قوله قدس سرّه: «ومجرد هذا لا يصيره عقداً» فإننا لانعرف ضابطه متماز بها العقود من الإيقاعات، سوى أنّ المسببات الشرعيه إذاتوقفت أسبابها على طرفين فهي عقود، وإذا كفي في تحققها طرف واحد فهي إيقاع. وليته _ طاب ثراه _ ذكر لنا غير هذه الضابطه، ولو سلّمنا أنّ الحوالة والضمان إيقاع _ ولكنّ الإيقاعات كلّها لا تصحّ، ولا تقع إلّا باللفظ والصيغه الخاصه، ولا يصحّ شىء منها بالكتابه وحدها، كالطلاق والعتق ونحوهما _ فما ذكره قدس سرّه ممنوع صغريو كبرى، وسببك مجاز بمجاز، ولو اعتبرنا الرضا شرطاً أمكن ذلك في جميع العقود، ولا يبقى مائر، ولا فرق بين العقد والإيقاع أصلاً، فتدبره جيّداً. (كاشف الغطاء). * لكن نمنع كون هذا النوع إيقاعاً، كما أشار إلى الفرق بينه وبين غيره بقوله: وإن كانت توجب انتقال الدين من ذمته إلى ذمّه المحال عليه. (الإصطهباتى). * لا وجه له، وإن كان في بعض أنحاء وفاء الدين احتياج إلى قبول الدائن، وهو فيما إذا أراد المديون أداء الدين من غير جنس الدين، كأداء التومان في مقام وفاء الدينار، إلّا أنّه في مقام الإسقاط، لا في مقام الإثبات، بخلاف الحوالة والضمانفإنهما بحسب الظاهر في مقام الإثبات. (عبدالله الشيرازي).

الدّين(١) من ذمّته إلى ذمّته المحال عليه، فهذا النقل والانتقال

ص: ١٢٠

١- التحقيق أنّ الحوالة بين المحيل والمحتال عبارته عن تطبيق ما في ذمّته المحيل على ما في ذمّته المحال عليه، وقبول المحتال ذلك، وبهذا يصحّ القول بأنّه نوع وفاء، ونتيجة الحوالة صيروره ما في ذمّته المحال عليه مُلكاً للمحتال من دون صدق المعاضه.
(الفانى).

نوع من الوفاء (١)، وهو لا يكون عقداً (٢) وإن احتاج إلى الرضا من الآخر،

كما في الوفاء بغير الجنس فإنه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك

إيقاع.

ومن ذلك يظهر (٣) أن الضمان أيضاً من الإيقاع؛ فإنه نوع من الوفاء.

وعلى هذا فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر في العقود اللازمة، ويتحققان (٤)

بالكتابة ونحوها.

بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك (٥)، كما أن الجعالة كذلك، وإن

ص: ١٢١

١- نعم، ولكن مع سلطته في الجملة في الحوالة، وهي الموجه لصيرورتها عقداً. (السبزواري).

٢- بل عقداً، وليس بصرف الوفاء، بداهة أن الوفاء تأديه المدين إلى مالكه، والمحيل ليس بمؤد، بل له السلطه على التأديه. (المرعشى).

٣- قد تقدم أنه من العقود، وكذا الكلام في الوكالة. (المرعشى).

٤- فيه إشكال، فلا يترتب عليها ما يترتب على العقدين من الأحكام. (الفيروز آبادي).

٥- لكن الأقوى أنها أيضاً من العقود؛ لأنها نيابة الوكيل عن الموكل، ولها إضافتها إليهما، فليس لأحدهما الاستبداد بجعلها من دون دخاله الآخر، وليست هي كالإذن؛ فإنه قائم بنفس الأذن فقط، وإن كان ينتزع عنه بنفسه وصف المأذون به. (البروجردى). * الأقوى أن الوكالة تارة بالعقد، وهو الفرد الحقيقي منها، وتارة بالإذن والإجازة، ولا يحتاج إلى قبول الطرف الآخر [أضيفت لاقتضاء السياق]. وإن كان يحتاج في العمل به كونه من قبل المميز، فالفرق بينهما واضح، والإذن إعطاء السلطه، ولها آثار. (عبدالله الشيرازي). * الوكالة من العقود الإذنيه. (الفاني). * الأقوى أن الوكالة أيضاً عقد، وله آثار عند العرف، والمعتبر فيها إضافته مخصصه بين الوكيل والموكل، من آثارها سلطه الوكيل على الموكل إليه سلطته مخصصه ليست هي في المأذون فيه، وفي الجعالة كلام موكل إلى محله. (محمد رضا الكلبايگاني).

كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر.

ألا ترى أنه لا فرق (١) بين

ص: ١٢٢

١- الفرق بين الوكاله العقديّه ومجرّد الإذن والرخصه ظاهر، وقد اعتبر في كلّ منهما ما لم يعتبر في الآخر، وكون الثاني من الإيقاع لا يوجب أن يكون الأوّل أيضاً كذلك. (النائني، جمال الدين الكلبي يگاني). * في ترتّب آثار الوكاله من نفوذ تصرفاته قبل بلوغ العزل على مجرّد الإذن نظراً وإشكالاً؛ وحينئذٍ لا يكون ذلك شاهد الإيقاعيه، وإن أمكن دعوى سيره على عدم اعتبار ما اعتُبر في سائر العقود فيها، كما لا يخفى، وحينئذٍ فمن الممكن أن تكون هذه الموارد من قبيل الوصيّه شبه إيقاعٍ مشروطٍ بالقبول، ولا يكفي مجرّد الرضا الباطني. (آقاضياء). * الفرق بينهما في غايه الوضوح؛ حيث إنّ الأوّل مجرّد الرخصه والإباحه ورفع المنع، بخلاف الثاني فإنّه تفويض وإعطاء سلطنه، وهو شيء لا يتمّ إلّا بقبول الطرف المقابل، كقبوله للملكيه ونحوها. (الإصفهاني). * بل الفرق بينهما واضح؛ فإنّ في الوكاله جعل نيابه للوكيل من طرف الموكل، وتعيين وإعطاء سلطنته، ولها إضافه إليهما وقائمه بهما، فهي لا تتمّ إلّا بقبول الطرف الآخر، كقبوله للملكيه ونحوها، وهذا بخلاف صرف الإذن فإنّه قائم بشخص الإذن، ولا يحتاج تحقّقه إلى قبول الآخر، بل ينتزع المأذونه للآخر بمجرّد صدور الإذن من الآذن. (الإصطهباناتي). * كم من فرقٍ بينهما؛ إذ الإذن صرف رخصه، بخلاف الوكاله فإنّها إعطاء سلطه للوكيل، فمن ثمّ يجوز عزل الوكيل نفسه عن الوكاله، بخلاف المأذون، وغيره منالفروق. (المرعشي). * الفرق ظاهر؛ فإنّ الإذن في بيع الدار مثلاً ليس إلّا ترخيصاً محضاً، وأمّا الوكاله فهي إعطاء سلطنه على التصرف، وله آثار خاصه لا تترتب على مجرّد الترخيص. (الخوئي). * الظاهر تحقّق الفرق عرفاً فيها، فتنزّل عليه الأدله الشرعيّه، فإنّ في الأخير نحو سلطنه من الموكل على الوكيل، بخلاف الأوّل. (السبزواري). * الفرق واضح؛ إذ الإذن في البيع ترخيص محض، والوكاله جعل نيابه وسلطنه للوكيل، ولها آثار خاصه. (الروحاني).

أن (١) يقول: أنت مأذون في بيع دارى، أو قال: أنت وكيل، مع أن الأول من

الإيقاع (٢) قطعاً!

الثانى: التنجيز

الثانى : التنجيز (٣) ، فلا تصحّ مع التعليق على شرطٍ أو وصف،

ص: ١٢٣

١- الفرق: أن الأول مجرّد الإذن والرخصه، بخلاف الثانى فإنّها تفويض وإعطاء سلطنه، وهو لا يتمّ إلّا بقبول الطرف، ولها أحكام خاصّة. (حسن القمى).

٢- ومع قبول الآخر ولو بالتطبيق العملى على وفق إذنه يكون عقداً، وإن شئت قلت: التعبير مختلف، والحقيقه واحده، وهى الوكاله. (الفانى).

٣- على الأحوط. (الخمينى، اللنكرانى).

كما هو ظاهر المشهور (١)، لكنّ الأقوى (٢) عدم (٣) اعتباره، كما مال إليه

بعض (مجمع الفائده للمحقّق الأردبيلي: ٩/٣٠٧، وراجع مهذب الأحكام للمحقّق السبزواري: ٢٠/٣٠٨ _ ٣٠٩). متأخري المتأخريين.

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال. وما عن بعضهم (تذكرة الفقهاء (ط ج): ١٤/٤٤٢، مسالك الأفهام: ٤/٢١٤، الحدائق الناضرة: ٢١/٤٩، حاشية مجمع الفائده والبرهان للبهاني: ٤١٩، رياض المسائل للطباطبائي: ٨/٥٩٠): من عدم اعتبار (٤) رضا المحيل فيما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء، بأن قال

ص: ١٢٤

- ١- وهو الصحيح، كما تقدّم. (النائني، جمال الدين الكلبيگاني). * وهو الأقوى. (الإصفهاني، محمّد رضا الكلبيگاني). * وهو المنصور. (صدرالدين الصدر، الإصطهباناتي). * وهو الأقوى؛ للإجماع على بطلان التعليق في العقود، وقد تقدّم أنّه من العقود. (الجنوردي). * للاتّفاق المذمّي حُيِّلَ أنّه إجماع، وقد تقدّم مراراً أنّه أعمّ منه، وفي ما نحن فيه تريفتواهم بالاشتراط مستندةً إلى وجوه مذكوره في المبسوطات. (المرعشي). * الاحتياط برعايه ما عليه المشهور لا يُترك. (الروحاني).
- ٢- فيه إشكال؛ لظهور الإطلاق في معاهد كلماتهم على وجه لا ينصرف عن المقام. (آقاضياء). * فيه تأمّل. (الفيروزآبادي). * فيه نظر وتأمل. (عبدالله الشيرازي).
- ٣- بل المشهور أقوى. (الكوه كَمري).
- ٤- أي يشترط الرضا منه. (الفيروزآبادي).

للمحتال: «أحلتُ بالدين الذي لك على فلان على نفسى» وحينئذٍ فيشترط رضا المحتال والمحال عليه دون المحيل لا وجه له؛ إذ المفروض لا يكون من الحوالة، بل هو من الضمان (١). وكذا من المحال (٢) عليه إذا كان بريئاً، أو

كانت الحوالة بغير جنس ما عليه. وأمّا إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف (٣)،

ص: ١٢٥

١- ويحتمل الصحّح، وإن لم تكن بضمانٍ فتشملها الأدلّة العامّة. (المرعشى).

٢- الأقوى اعتباره. (الفيروزآبادى).

٣- والأحوط للمديون قبول الحوالة فى هذه الصورة. (النائنى، جمال الدين الكلپايگانى). * الأقوى اعتبار رضاه. (الإصفهانى، الإصطهباناتى). * والأقوى العدم. (صدرالدين الصدر). * لولا ما يحكى عن المشهور من اعتباره لكان عدم اعتباره قوياً جداً؛ لأنّ ما فيدّمته ملك للمحيل، وهو مسلّط على ملكه يتصرّف فيه ما يشاء. (البروجردى). * الأحوط اعتبار رضاه، ولا مُحَصِّلَ لهذا التفصيل. (عبدالهادى الشيرازى). * لكنّ الأحوط اعتباره، والتفصيل المذى ذكره لا- محصّل له، وتنزيله بمنزله الوكيليس فى محلّه. (الجنوردى). * الأقوى عدم اعتبار رضاه، ولا- محصّل للتفصيل المذكور فى المتن، كما يظهر بأدنى تأمل. (الفانى). * والأحوط اعتباره، بل اعتبار قبوله، كما مرّ. (الخمينى). * والأقوى عدم اعتباره بعد كون ما على المحال عليه ملكاً للمحيل، فلو أحاله عليه لمقام سلطته فقد أحاله بملكه، سواء رضى المديون، أم لا، وسواء أفيده المحال به، أم لا. (المرعشى). * الأقوى عدم الاعتبار، والتفصيل لا- محصّل له، والتوكيل خارج عن محلّ البحث. (الخوئى). * والمشهور المنصور اشتراط رضاه. (محمّد الشيرازى). * الأقوى عدم الاعتبار من غير تفصيل. (حسن القمى). * الأظهر عدم الاعتبار، والتفصيل لا محصّل له. (الروحانى).

ولا يبعد التفصيل (١) بين أن يحوِّله عليه بماله عليه _ بأن يقول: «أعطيه من الحقِّ العذى لى عليك» فلا يعتبر رضاه؛ فإنه بمنزله الوكيل (٢) فى وفاء دينه،

ص: ١٢٤

١- ليس قولاً قوياً فصلاً. (الفيروز آبادى). * الأقوى اعتبار رضاه أيضاً، كما ذكرنا. (آقاضياء). * هذا التفصيل لا محصل له، والتوكيل لا- ربط له بالحواله، وهو ليس إلّا على نحو واحد. (الإصفهاني). * بل بعيد بعد أن كانت الحواله عقداً بين المحيل والمحتمل، نعم، ربّما يشترط المحتمل صريحاً أو ضمناً قبول المحوّل عليه. (صدرالدين الصدر). * لا محصل لهذا التفصيل؛ فإنه إذا كان للمحيل على المحال عليه عشرة دنانير وأحال زيدها عليه بعشره دنانير فقد أحاله بما يملكه عليه فى ذمته، سواء قيده بكونه له فى ذمته، أو أطلقه. (البروجردى). * لا وجه لهذا التفصيل، والوكاله غير الحواله. (عبدالله الشيرازى). * بل لا وجه له، فإنّ الحواله على المديون بنحو ما على البرىء لا محصل لها، ولا ربط بين باب الحواله والوكاله. (الخمينى). * التفصيل ممنوع، والتوكيل لا ربط له بالمقام، فعدم اعتبار رضاه مطلقاً متعين، وسبيل الاحتياط واضح. (السبزوارى). * لا محصل لهذا التفصيل؛ لعدم الفرق بين الحوالتين وكونهما بنحو واحد، والأحوط اعتبار رضاه، بل قبوله فى المقامين. (اللكراني).

٢- عنوان الوكاله غير عنوان الحواله، ولا- وجه لهذا التفصيل. (الكوه كمرى). * فكم من فرق بين المنزّل والمنزّل عليه. (المرعشى). * عنوان الوكاله غير عنوان الحواله، ومع ما ذكره من الفرق الواضح بينهما كيف يمكن الحكم بأنهما من واحد؟! (الروحانى).

وإن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءه ذمه المحيل بمجرّد الحوالة، بخلاف ما إذا (١) وكله (٢) فإنّ ذمه المحيل مشغوله إلى حين الأداء _ وبين أن

يحوّله عليه من غير نظرٍ إلى الحقّ الذي له عليه على نحو الحوالة (٣) على

البريء، فيعتبر رضاه؛ لأنّ شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعده.

وقد يُعلّل باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بدّ من رضاه، ولا يخفى ضعفه، كيف، وإلّا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنّه لا إشكال فيه!؟

الرابع: كون المحال به ثابتاً في ذمه المحيل

الرابع : أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمه المحيل، سواء كان مستقرّاً أو متزلزلاً، فلا تصحّ في غير الثابت، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل، ومال السبق والرمایه قبل حصول السبق أم لم يوجد سببه أيضاً، كالحوالة بما يستقرضه، هذا ما هو المشهور (٤).

ص: ١٢٧

١- مع هذا الفرق الظاهر بينهما كيف يكونان من وادٍ واحد؟! (النائني، جمال الدين الكلبايگانی).

٢- مع هذا الفرق الواضح بينهما كيف يكونان من وادٍ واحد؟! (الإصطهباناتي).

٣- الظاهر أنّ نحو الحوالة على المديون والبريء نحو واحد؛ ولذا يعتبر قبولاً للمديون، كما مرّ، وقد مرّ أيضاً أنّ حصول الإيفاء والاستيفاء في المديون خارج عن الحوالة. (محمّد رضا الكلبايگانی).

٤- وهو الصحيح، كما تقدّم. (النائني، جمال الدين الكلبايگانی). * وهو المنصور. (الإصفهاني). * وهو المنصور، وربّما تكون الحوالة بما يستقرضه من الحوالة على البريء. (صدرالدين الصدر). * هذا هو الأقوى، كما مرّ. (الإصطهباناتي). * وهو الأقوى، فلا تصحّ في ما ذكره من الفرعين. (البروجردی). * وهو الأقوى. (عبدالهادي الشيرازي). * وهو الأظهر. (عبدالله الشيرازي). * وهو الصحيح الموافق لحقيقه الحوالة. (الفاني). * وهو المنصور، بل الأقوى عدم الصحّ في الفرع اللاحق. (الخميني). * وهو المنصور؛ إذ النقل بالفعل يقتضى وجود المنقول بالفعل، والنقل بالنسبه إليما يوجد تعليقي. (المرعشي). * وهو الأقوى، كما مرّ في الضمان. (محمّد رضا الكلبايگانی). * قد مرّ في باب الضمان أنّه الأحوط، بل الأقوى. (اللكراني).

١- قد تقدّم الإشكال في كفايه ذلك في باب الضمان الجارى وجهه في المقام أيضاً، فالمشهور هو المنصور. (آقا ضياء). * بل بعيد، والأقوى ما عليه المشهور. (صدرالدين الصدر). * فيه إشكال، بل منع، وكذا في ما بعده (وفي نسخه أخرى منه قدّس سرّه: فيه إشكال والاحتياط لا يُترك فيه وفي ما بعده). (الخوئي). * مع إقدام العرف والعقلاء عليه؛ حتّى لا يكون شمول العمومات له من التمسّيك بالعامّ في الشبهه المصداقيه، ثمّ إنّّه لو لم تصدق الحواله وشملت العمومات يصحّ بناءً على مبناه قدّس سرّه. (السبزواري). * فيه إشكال. (حسن القمّي).

السبب (١)، كما ذكرنا في الضمان (٢)، بل لا يبعد (٣) الصحه (٤) فيما (٥) إذا

قال: «أقرضني كذا وتُخذ عَوَضَه (٦) من زيد» فرضي ورضي زيد أيضاً؛

لصدق الحواله (٧)،

ص: ١٢٩

- ١- تقدّم في فصل الضمان عدم كفايه وجود السبب في ضمان المسبّب، وفي ما نحن فيه أيضاً كذلك، فالأقوى ما ذهب إليه المشهور من لزوم كون المال ثابتاً في ذمّ المحيل في صحه الحواله. (البنجوردى).
- ٢- وقد ذكرنا أنه بعيد. (الكوه كمرى). * وقد مرّ أنّ الأقوى اشتراط الثبوت فيه أيضاً، فما لا ثبوت للمضمون فيه ليس بضمان مصطلح وإن كان صحيحاً. (المرعشى).
- ٣- لو أمره زيد بالإقراض وتعهّد به لا يبعد صحه هذا التعهّد، ويكون أمره بالإقراض استيفاءً منه لذلك المال، ويضمنه من ذلك، لا لتوهم الضمان، ولا الحواله. (جمال الدين الكلباينگانى).
- ٤- وهذا بعيد. (الكوه كمرى). * والأقوى فيه عدم الصحه. (البنكرانى).
- ٥- لو أمره زيد بالإقراض وتعهّد به لا يبعد صحه هذا التعهّد، ويكون أمره بالإقراض استيفاءً منه لذلك المال، ويضمنه من ذلك، لا لتوهم الضمان، ولا الحواله. (النائينى).
- ٦- يشبه أن يكون من قبيل ما يقال: يلزم من وجوده عدمه. (كاشف الغطاء).
- ٧- صدق الحواله ممنوع، ولو قلنا بصحّته فهو داخل في عنوان آخر. (الإصفهانى). * صدقها في محلّ المنع. (الإصطهباناتى). * صدق الحواله بالمعنى المصطلح عليه ممنوع. (البنجوردى). * صدق الحواله ممنوع، ولو قلنا بصحّته فهو داخل في عنوان آخر. (عبدالله الشيرازى). * فيه نظر؛ إذ لا يُستفاد منه على فرض الصحه النقل إلى الذمّه الذى هو المعيار في باب الحواله. (المرعشى). * بل الظاهر عدم الصدق، كما أنّ الأقوى عدم الصحه. (محمّد رضا الكلباينگانى). * فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمى).

وشمول (١) العمومات (٢)، فتفرغ ذمه المحيل، وتشتغل ذمه المحال بعد العمل

وبعد الاقتراض.

الخامس: كون المحال به معلوماً جنساً وقدرًا لهما

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرًا للمحيل والمحتال، فلا تصح الحوالة بالمجهول على المشهور (٣)؛ للغرر. ويمكن

أن يقال بصحته (٤)

ص: ١٣٠

١- فيه تأمل، بل منع. (صدر الدين الصدر).

٢- شمول عمومات الحوالة مشكل، والعمومات من قبيل: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (المائدة: ١). لا تُثَبِّتُ الْأَحْكَامَ الْخَاصَّةَ. (الفيروز آبادي). * العاقبة. (المرعشي).

٣- وهو الصحيح، حَدَوْ مَا مَرَّ فِي الضَّمَانِ. (النائيني، جمال الدين الكلبيگانی). * وهو المنصور. (عبد الهادي الشيرازي). * وهو الجدير بالقبول إن سُلِّمَ عدم اختصاص الغرر بالبيع. (المرعشي).

٤- في صحه ما أفاده من هذه الفروع إشكال؛ لعموم نفي الضرر لولا دعوى ضعف سنده، وعدم جبره بالعمل؛ ولذا اشتهر بينهم عدم إضراره في عقد الصلح، بلا- نظر منهم إلى دليلٍ مخصّص. (آقاضياء). * في فرض العلم بأصل الدّين، والجهل بمقداره. (المرعشي). * إذا كان أصل الدّين معلوماً وكان الجهل بالمقدار، وإلّا فمشكل، كما مرّ في الضمان. (محمد رضا الكلبيگانی).

إذا كان (١) آثلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً في دفتره على حد ما مرّ

في الضمان من صحته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد (٢) الجواز (٣) مع عدم

أوله (أى لا- يؤول، ولا- يُفضى، ولا- يرجع إلى العلم.) إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقن، بل وكذا (٤) لو قال: كلّ ماشهدت به البيئه وثبت خُذُهُ من فلان، نعم، لو كان مُبهماً، كما إذا قال: «أحد الدَيْنين اللدَيْن لك عَلَيَّ خُذْ من فلان» بطل، وكذا لو قال: خُذْ شيئاً

من دَيْنك من فلان.

هذا، ولو أحال (٥) الدَيْنين (٦) على نحو الواجب التخييري (٧)

ص: ١٣١

١- مشكل جداً هو وما يتلوه من الفرعين. (عبدالله الشيرازي).

٢- بل بعيد فيه وفي ما بعده. (صدرالدين الصدر).

٣- لا يخفى ما فيه إلى آخر المسأله. (الفيروزآبادي). * هو بعيد. (الكوه كَمَرى). * بل لا يصحّ. (الفاني).

٤- فيه نظر. (المرعشي).

٥- لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الذي صرح بطلانه. (النائيني).

٦- لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الذي صرح بطلانه. (جمال الدين الكلپايگاني).

٧- محل تأمل، بل منع؛ لعدم ظهور فرق بينه وبين ما تقدّمه الذي حكم بطلانه. (الإصطهباناتي). * فيه تأمل وإشكال، ولم يعلم الفرق بينها وبين الصورة التي صرح بطلانها. (الشريعتمداري). * بأن تكون الحواله متعلّقه بالدَيْنين كليهما، ولكن بحيث سقط الكلّ بإيفاء أحدهما، وهذا بخلاف الحواله المتعلّقه بهما مردّده؛ إذ لا- واقع للمردّد بما هو مردّد، وهذا هو الفارق بين الفرض الأخير وبين ما قبله. (المرعشي).

١- فيه إشكال، والظاهر عدم صحته مثل تلك الحوالة وبطلانها. (الجنوردي). * لم يعلم الفرق بينه وبين الفرض السابق الذي صرح فيه بالبطلان، إلا إذا فرض تساوى الدينين هنا من جميع الجهات دون ذلك الفرض، أو كان الغرض هناك ما كان معيّنًا في قصده وإن لم يذكر. ودعوى كون هذه الصورها أولى بالصحة ممنوعه. (اللكراني).

٢- فيه تأمل. (الإصفهاني). * محل تأمل. (الخميني).

٣- وهو في غاية البعد. (الكوه كمرى). * فيه تأمل. (البروجردى، حسن القمّي). * فيه إشكال. (عبدالهادى الشيرازى). * لا يصح ذلك؛ لأنه إبهام لا محاله. (الفانى). * هذا أيضاً كالسابق فى البطلان، بل لم يعلم الفرق بين الفرعين وإن كان المقصود فى الفرع الأوّل ما إذا كان معيّنًا فى قصده مع عدم ذكره حين الحوالة، بل يخبر به حين الأخذ؛ فهو أولى بالصحة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٤- بل هو عين الإبهام حقيقة؛ فإنّه من قبيل النكره، وهى أشدّ المبهمات؛ ولذا لميجوزوا بيع عبدٍ من عبدّين؛ للجّهاله والغرر. (كاشف الغطاء). * فيه تأمل. (عبدالله الشيرازى). * هذا إنّما يتمّ فيما إذا تساوى الدينان كمّاً وكيفاً، وإلّا فهو عين الفرض الذى حكمفيه بالبطلان. (الخوئى).

السادس: تساوى المالين المحال به والمحال عليه

السادس : تساوى المالين (٢)، أى المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً

ووصفاً على ما ذكره جماعة (تذكرة الفقهاء: ١٤ / ٦٤٥، الحدائق الناضرة: ٢١/٥٤، الشرح الكبير لأبوالبركات: ٣/٣٢٧) (٣) خلافاً
لآخرين، وهذا العنوان وإن كان عاماً

إلا أن مرادهم بقريته التعليل بقولهم: «تفصيلاً من التسلّط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به» _ إذ لا يجب عليه أن يدفع إلّا
مثل ما عليه _ فيما كانت الحوالة (٤) على مشغول الذمه (٥) بغير ما هو مشغول الذمه به، كأن يُحِيل مَنْ له عليه دراهم على مَنْ
له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم،

ص: ١٣٣

- ١- مع اتّحادهما كمّاً وكيفاً. (السبزواری).
- ٢- يُغنى اشتراط رضا المحال عليه فى صورته اختلاف المالين عن هذا الشرط. (الفانى). * واعتبار هذا الشرط واضح بعد اشتراط
ثبوت المحال به فى ذمه المحيل ولو لميقم عليه دليل آخر. (المرعشى).
- ٣- هذا الشرط وإن اعتبره غير واحدٍ ممن يرى جواز الحوالة على البرىء لكن لا يبعد أن يكون منشأ اشتراطه هو القول بعدم
جوازها، وكيف كان فعدم اعتبار هذا الشرط ظاهر. (النائى، جمال الدين الكلپايگانى).
- ٤- هى بمنزلة الخبر لكلمه «أن». (المرعشى).
- ٥- مع عدم رضا المحال عليه. (الفيروزآبادى).

فلا يشمل (١) ما إذا أحال من له عليه الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمّه (٢) بالدنانير بأن يدفع الدراهم، ولعلّه لأنّه (٣) وفاء بغير الجنس (٤) برضا الدائن.

فمحلّ الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس. والوجه في عدم الصحّه: ما أشير إليه من أنّه لا يجب عليه أن يدفع إلّا مثل ما عليه، وأيضاً الحكم على خلاف القاعده، ولا إطلاق في نصوص الباب، ولا سيره كاشفه، والعمومات منصرفه إلى العقود المتعارفه.

ووجه الصحّه: أنّ غايه ما يكون أنّه مثل الوفاء بغير الجنس (٥)، ولا بأس به (٦)،

ص: ١٣٤

١- التعليل بعدم التسلّط على المحال عليه وإن لم يشمل المثاليين مع فرض رضا هلكت الحواله حيث كانت نقل ما في ذمّه المحيل إلى ذمّه المحال عليه فيأحاله من له عليه الدراهم على البريء بالدنانير لا تتحقّق الحواله، ولا تصحّ ولو مع رضاه، بليشبهه المعاوضه بتبديل الدراهم بالدنانير، نعم، إذا أحال من له عليه الدراهم على من له عليه الدنانير بالدراهم تتحقّق الحواله، لكن لعدم تسلّطه عليغير ما في ذمّته يشترط رضا المحال عليه _ كما في الحواله _ على البريء، ومعه فلا مانع منصحّتها. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- عطف على قوله: على من له عليه دنانير، ومع ذلك العبارة مختلّه النظام. (الفيروزآبادي).

٣- أي الجواز فيما كان على البريء. (الفيروزآبادي).

٤- فيه نظر. (المرعشي).

٥- فيه نظر. (المرعشي).

٦- بعدما رضى به المحال عليه، كما هو المفروض. (الإصفهاني، البروجردى، حسنالقمي). * مع رضا المحال عليه. (الإصطهباناتي، السبزواري، الروحاني). * إذا رضى المحال عليه لا مطلقاً. (الفاني). * بعد رضا الطرفين، ولكنّ الأحوط قلب ما على المحال عليه بناقل شرعيّاً بالجنس، ثمّ الحواله. (الخميني). * لا يخلو من بأس، فالأحوط المبادله أولاً برضا المحال عليه، ثمّ الحواله. (المرعشي). * غايه الأمر أنّه يعتبر حينئذٍ رضا المحال عليه. (الخوئي). * غايه الأمر أنّه قد مرّ اعتبار رضا المحال عليه حينئذٍ. (اللكراني).

وهذا هو الأقوى (١).

ثم لا يخفى أنّ الإشكال إنّما هو فيما إذا قال: «أعطِ ممّا لى عليكَ

من الدنانير دراهم» بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير الّتي عليه. وأمّا

إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظرٍ إلى ما عليه من الدنانير

فلا ينبغي الإشكال فيه؛ إذ هو نظير إحاله من له الدراهم على البريء

بأن يدفع الدنانير. وحينئذٍ تفرغ ذمّة المحيل من الدراهم وتشتغل (٢) ذمّة

ص: ١٣٥

-
- ١- بعد الفراغ عن رضا المحال عليه أيضاً بذلك. (آقاضياء). * إن رضى المحال عليه، وإلّا ففيه تأمّل. (صدرالدين الصدر). *
 - مع رضا المحال عليه، كما مرّ في الأمر الثالث. (عبدالهادى الشيرازى). * فيما إذا رضى المحال عليه بأن يؤدّى دينه من غير جنس ما عليه، ولعلّه ظاهرالفرض هو هذا. (البجنوردى). * بعد ما رضى به المحال عليه، كما هو المفروض. (عبدالله الشيرازى).
 - ٢- أى بمجرّد الحوالة وإن لم يتحقّق الأداء من المحال عليه، وسيأتى البحث عن ذلكفى المسأله العاشره، وأنّ الأقوى خلاف ذلك. (اللنكرانى).

المحال عليه (١) بها، وتبقى ذمّه المحال عليه (٢) مشغولاً بالدنانير، وتشتغل

ذمّه المحيل له بالدراهم (٣)، فيتحاسبان (٤) بعد ذلك.

ولعلّ الخلاف أيضاً مختصّ بالصورة الأولى، لا ما يشمل (٥) هذه الصورة

أيضاً؛ وعلى هذا فيختصّ الخلاف بصوره واحده، وهى: ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمّه بأن يدفع من طرف ما عليه من الحقّ بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم.

حكم الحوالة بالمنفعة والعمل

(مسأله ١): لا- فرق في المال المحال به أن يكون عيناً في الذمّه، أو منفعةً أو عملاً- لا يعتبر فيه المباشرة، ولو مثل (٦) الصلاة والصوم والحجّ

والزيارة والقراءة، سواء كانت على برىء (٧)، أم على مشغول الذمّه بمثلها.

وأيضاً لا- فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيميّاً كالعبد والثوب. والقول بعدم الصحّة في القيميّ للجهااله ضعيف، والجهااله مرتفعه (٨) بالوصف الرافع لها.

ص: ١٣٦

١- أى للمحتال بالدراهم. (الفيروزآبادى).

٢- أى تبقى ذمّه المحال عليه مشغولاً بالدنانير التي كانت عليه من قبل الحوالة. (الفيروزآبادى).

٣- أى للمحال عليه. (الفيروزآبادى).

٤- فيه إشكال. (المرعشى).

٥- بل ويشمل هذه الصورة أيضاً. (صدرالدين الصدر).

٦- جريان الحوالة في الأمور المذكوره محلّ تأمل. (صدرالدين الصدر).

٧- على إشكال، والاتّفاق المدعى على فرض الثبوت ليس بإجماع. (المرعشى).

٨- بل غير مضرّه على تقديره، كما تقدّم. (المرعشى).

براءة ذمّة المحيل بمجرد تحقق الحوالة

(مسألة ٢) : إذا تحققت الحوالة برئت ذمّة المحيل وإن لم يُبرئه المحتال، والقول بالتوقّف على إبرائه ضعيف. والخبر الدالّ (١) على تقييد عدم الرجوع

على المحيل بالإبراء من المحتال المراد منه القبول (٢)، لا اعتبارها بعده أيضاً.

وتشتغل ذمّة المحال عليه للمحتال، فينتقل الدّين (٣) إلى ذمّته، وتبرأ ذمّة

المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به. وتشتغل ذمّة المحيل (٤) للمحال عليه إن كانت على برىء، أو كانت بغير المثل،

ويتحاسبان (٥) بعد ذلك.

عدم وجوب قبول الحوالة

(مسألة ٣) : لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على ملىء (٦).

لزوم الحوالة ما لم تكن على معسر

(مسألة ٤) : الحوالة لازمه، فلا يجوز فسخها بالنسبه إلى كلٍّ من الثلاثة. نعم، لو كانت على معسرٍ مع جهل المحتال بإعساره يجوز له الفسخ والرجوع

ص: ١٣٧

١- الإنصاف أنّه مجمل. (الفانى).

٢- أو غيره من الوجوه والمعامل؛ لمكان تعارض الروايات الأخر، الدالّة على عدم اعتبار الإبراء. (المرعشى).

٣- قلنا بأنّ الحوالة تطبق لما فى ذمّة المحيل على ما فى ذمّة المحال عليه فى عالم الوفاء بالدّين. (الفانى).

٤- اشتغال ذمّة المحيل فى الحوالة على البرىء بمجرد الحوالة محلّ منع، والمحقّق اشتغال ذمّته بعد أداء المحال عليه، كما فى الضمان، وقد مرّ أنّه مطابق للقواعد، وأمّا الحوالة على المشغول بغير الجنس فقد مرّ منه قدّس سرّه أنّه وفاء بغير الجنس، فلا وجه لاشتغال ذمّته له. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٥- قد مرّ الإشكال فى التحاسب. (المرعشى).

٦- أى غنى. (الفيروزآبادى).

على المحيل.

والمراد من الإعسار: أن لا يكون له ما يوفى دينه زائداً على مستثنيات الدين، وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم. ولا يعتبر فيه كونه محجوراً. والمناطق الإعسار واليسار حال الحوالة وتمايمتها. ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ (١).

ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه يسقط (٢) الخيار؛ للانصراف على

إشكال (٣)، وكذا مع وجود المتبرّع.

الحوالة على البريء

(مسألة ٥): الأقوى جواز (٤) الحوالة على البريء، ولا يكون

ص: ١٣٨

١- فيه إشكال؛ للإطلاقات المانعه عن الرجوع إلى الاستصحاب. (آقاضياء).

٢- الأشبه عدم السقوط. (الخميني). * والأقرب عدم السقوط. (اللكراني).

٣- أقواه عدم السقوط. (النائني، جمال الدين الكلبيگاني، حسن القمي). * مجرد وجود المتبرّع أو إمكان القرض لا يوجب سقوط الخيار. (صدرالدينالصدر). * لا وجه لدعوى الانصراف، والأظهر عدم السقوط. (البنجوردی). * منشؤه إطلاق الأخبار، وعدم وجه لانصراف، وإن كان فهو بدوي، فالأقوى عدم السقوط. (الفاني). * الأقوى عدم السقوط؛ إذ صرف إمكان الاقتراض ووجود المتبرّع لا يوجب. (المرعشي). * أظهره عدم السقوط. (الخوئي). * بل الأقوى عدم سقوط الخيار، والانصراف ممنوع. (محمّد رضا الكلبيگاني). * هذا الإشكال ضعيف. (محمّد الشيرازي). * الأوجه عدم السقوط، وكذا مع وجود المتبرّع. (الروحاني).

٤- فيه إشكال. (المرعشي).

داخلاً في الضمان.

اشتراط خيار الفسخ

(مسألة ٦) : يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة.

جواز الدور والترامى في الحوالة

(مسألة ٧) : يجوز الدور في الحوالة. وكذا يجوز الترامى بتعدد المُحال عليه واتّحاد المحتال، أو بتعدد المحتال واتّحاد المحال عليه.

جواز التبرّع عن الغير

(مسألة ٨) : لو تبرّع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته. وكذا لو ضمن عنه ضامن برضا المحتال. وكذا لو تبرّع المحيل عنه.

لو ادعى المحيل على المحال عليه مالا فأنكره

(مسألة ٩) : لو أحال فقبل وأدى ثم طالب المحيل بما أذاه، فادّعى أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله (١) مع عدم البيّنه، فيحلف

على براءته، ويطلب عوض ما أذاه؛ لأصالة البراءة (٢) من شغل ذمته للمحيل.

ودعوى أنّ الأصل أيضاً عدم اشتغال ذمّة المحيل بهذا الأداء مدفوعه (٣) ،

بأنّ الشكّ في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبّب عن الشكّ في اشتغال ذمّة المحال عليه وعدمه، وبعد جريان أصالة براءه ذمته (٤) يرتفع الشكّ.

هذا على المختار (٥) من صحّح الحوالة على البريء، وأمّا على القول بعدم

ص: ١٣٩

١- هذا لو لم يكن المتعارف _ ولو في نوعه _ اشتغال ذمّة المحال عليه، وإلّا فيَقَدَّ مقول المحال عليه؛ لكونه موافقاً للظاهر. (الشريعةمدارى).

٢- وقد يجرى الاستصحاب أيضاً. (السبزواری).

٣- بل بأنّ المحيل والمحال عليه طرفان في هذه الدعوى، ولا ربط لها بالمحتال. (صدرالدين الصدر). * في هذا الدفع إشكال. (الخمینی).

٤- الصحيح التمسك في المقام باستصحاب عدم اشتغال ذمته؛ فإنّه يُحرز الموضوع دون أصالة البراءة. (الخوانساری).

٥- قد مرّ الإشكال فيها. (المرعشي).

صحتها فيقدم قول المحيل (١)؛ لأن مرجع الخلاف إلى صحة الحوالة وعدمها،

ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يُقدّم قول مدعى الصحة (٢) وهو المحيل.

ودعوى أنّ تقديم قول مدعى الصحة إنّما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين، وهما في الحوالة المحيل والمحتال، وأمّا المحال عليه فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صحتها مدفوعه :

أولاً: يمنع عدم كونه طرفاً؛ فإنّ الحوالة مركّبة من إيجاب وقبولين (٣).

ص: ١٤٠

١- فيه تأمّل، والتعليل عليل، لصحة المعاهده، وإن كانت بالإذن في وفاء الدين، كما يأتي. (الفيروز آبادي). * بناءً على اقتضاء أصالة الصحة؛ لاشتغال ذمّة المحيل. (الكوه كمرى). * محلّ تأمّل وإشكال. (البروجردى). * مشكل. (حسن القمى).

٢- تقديم قوله من جهه موافقه قوله لإصالة الصحة مخالف للقول بعدم الصحة، ومقتضى استصحاب عدم اشتغال ذمّة المحال عليه عدم المال عنده للمحيل، ومقتضى قاعده العرور الرجوع إليه، وكذا مقتضى قاعده «ما يُضمّن بصحيحه يُضمّن بفاسده» (المبسوط: ٤/٣١٠). نضد القواعد الفقهيّة للمقداد السيورى: ٣٥٧). (عبدالله الشيرازى). * إثبات الدين بإجراء أصالة صحة الحوالة محلّ تأمّل. (محمّد رضا الكلبيگانى). * فيه إشكال؛ لأنّ المعيار فى المرافعات مَصَبّ الدعوى، لا ما يؤوّل إليه النزاع. (محمّد الشيرازى).

٣- قد مرّ منع ذلك. (الإصفهاني، حسن القمى). * الحوالة على غير البرىء إيجاب من المحيل، وقبول من المحتال، وعلى البرىء ضمان من البرىء (المحال عليه)، وقبول لذلك من المضمون له (المحتال)، والحواله حينئذٍ استيفاء بالعوض من المضمون عنه (المحيل). (الفانى). * مرّ أنّها ليست كذلك. (الخوئى). * تقدّم ما فى ذلك. (الروحانى).

وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصّحّه في جعل اعترافه بتحقّق المعامله حجّةً عليه بالحمل على الصّحّه. نعم، لو لم يعترف بالحواله، بل ادّعى أنّه أذن له في أداء دينه يُقَدِّم قوله؛ لأصالة البراءه من شغل ذمّته، فيأذنه في أداء دينه له مطالبه عوضه، ولم تتحقّق هنا حواله بالنسبه إليه حتّى تُحمّل على الصّحّه، وإن تحقّق بالنسبه إلى المحيل والمحتمل لاعترافهما بها.

اشتغال ذمّه المحيل للبرىء عند الحواله أو الأداء

(مسألة ١٠): قد يُستفاد من عنوان المسأله السابقه _ حيث قالوا: «أحال عليه فقبل وأدى»، فجعلوا محلّ الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء _ أنّ حال الحواله حال الضمان (١) في عدم جواز مطالبه العوض، إلّا بعد الأداء (٢) فقبله، وإن حصل الوفاء بالنسبه إلى المحيل لكنّ ذمّه المحيل لا تشتغل (٣).

ص: ١٤١

- ١- وهو الأظهر؛ فإنّ الحواله على البرىء إنّما توجب الضمان من جهه استيفاء مالالمحال عليه بأمره، ومن المعلوم أنّ قضيه ذلك هو الاشتغال بعد الأداء وبمقداره، وبه يظهر أنّ حالها حال الضمان في بقيه الأمور المذكوره في المتن. (الروحاني).
- ٢- وهو الأقوى، وقد مرّ أنّه موافق للقاعده في الضمان والحواله على البرىء، ومربّياته، فراجع. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٣- هذا هو الحقّ؛ لأنّ الحواله على البرىء استيفاء بالعوض من المحيل، وضمان منالمحال عليه، فدعوى أنّ مجرد الحواله عليه تستلزم اشتغال ذمّه المحيل للمحالعليه مصادره محضه. (الفاني).

للمحال عليه البريء إلّا بعد الأداء. والأقوى (١) حصول (٢) الشغل (٣) بالنسبه

إلى المحيل (٤) بمجرد قبول المحال عليه (٥)؛ إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبه

ص: ١٤٢

١- بل الأقوى عدم اشتغال ذمّه المحيل للمحال عليه إلّا بعد الأداء، وبمقداره، وحيث إنّ ما مرّ في الضمان. (النائني، جمال الدين الكلبيگانی). * بل الأقوى عدم حصوله إلّا بالأداء، وحالها حال الضمان فيه، وفي سائر ما ذكر في المسأله مثل الإبراء والوفاء بالأقل. (الخميني). * بل الأقوى عدم، والظاهر أنّها كالضمان في كلّ ما أشار إليه قدّس سرّه، وقد يُحتمل لفرق بين اشتغال ذمّه المحال عليه للمحيل والمضمون عنه للضامن، بخلاف براءة ذمّتهما فإنّها تحصل بمجرد قبول المحال عليه والضامن، ولكنّه لا يخلو من إشكال، وقد تقدّم الكلام في الإجماع المدعى وخبر الصلح. (المرعشي). * بل الأقوى توقّف تحقّق الشغل على الأداء، كما قد عرفت في الضمان، ومرّ هنا كأنّ قيام الإجماع والخبر على خلاف ما تقتضيه القاعده من تأخّر الاشتغال ممنوع؛ وعليه فحالها حاله في جميع الجهات المذكوره في المتن وغيرها. (اللكراني).

٢- قد تقدّم ما فيه في نظيره في باب الضمان. (آقاضياء).

٣- بل الأقوى عدمه، إلّا بعد الأداء بمقداره، كما مرّ في الضمان. (الإصطهباناتي). * فيه تأمل. (السبزواري). * بل الأقوى عدم اشتغال ذمّه المحيل إلّا بعد الأداء بمقدار الأداء، كما مرّ في الضمان، والحكم فيهما على وفق القاعده. (حسن القمي).

٤- بل الأقوى أنّ ذمّه المحيل لا تشتغل للمحال عليه إلّا بعد الأداء؛ إذ به يتحقّق استيفاءه لماله بأمره؛ وعليه يترتّب أنّ حال الحواله حال الضمان في بقيه الجهات المذكوره في المتن. (الخوئي).

٥- فيه تأمل وإشكال. (الإصفهاني). * تقدّم في الضمان أنّه لا تشتغل ذمّه المضمون عنه إلّا بعد الأداء، وهكذا الأمر هنا لا تشتغل ذمّه المحيل إلّا بعد أداء المحال عليه إذا كان بريئاً. (البجنوردی).

إلى دَين المحيل بمجرّده فكذا فى حصوله بالنسبه إلى دَين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له، وحصول شغل ذمّه المحيل له إذا كان بريئاً.

ومقتضى القاعده فى الضمان(١) أيضاً تحقّق شغل المضمون عنه للضامن

بمجرّد ضمانه، إلّا أنّ الإجماع(٢) وخبر الصلح(٣) دلّا على التوقّف على

الأداء فيه، وفى المقام لا إجماع ولا خبر(٤)، بل لم يتعرّضوا لهذه المسأله؛

ص: ١٤٣

١- مرّ فى المسأله (١٣) من الضمان أنّ القاعده لا تقتضى ضمان المضمون عنه للضامن قبل الأداء؛ لأنّ ضمانه له إنّما هو فى طول الأداء وبسببه، وعلمقدار ما أذاه، وكذلك الحال فى الحواله على البرىء؛ لأنّها _ كما عرفت _ ضمان فى الحقيقه. (الفانى).

٢- قد مرّ أنّ الإجماع غير محقّق، والخبر غير دالّ هناك فضلاً عن المقام. (عبدالله الشيرازى).

٣- قد مرّ أنّ دلالة خبر الصلح على ذلك ممنوعه، بل مفاده عدم استحقاقها للزائد على ما صوّلتح عليه، وقد مرّ أنّ الحكم فى الضمان أيضاً على وفق القاعده. (الإصطهباناتى). * تقدّم فى الضمان أنّ الأقوى هو العمل بالقاعده، وأنّ مورد الإجماع وخبر الصلح هو عدم استحقاقه للزائد على ما صوّلتح عليه، لا كون الاستحقاق بعد الأداء. (البروجردى).

٤- بل مضافاً إلى مساعدته العرف على شرطيه فعلية الأداء، علاوة على إمكان تنقيح المناط من باب الضمان فى المقام أيضاً. (آقاضياء).

وعلى هذا فله الرجوع على المحيل (١) ولو قبل الأداء، بل وكذا لو أبرأه (٢)

المحتال أو وفاه بالأقل، أو صالحه بالأقل (٣) فله عوض ما أحاله عليه بتمامه

مطلقاً إذا كان بريئاً.

حواله السيد على مكاتبه بمال الكتابه وفروع في المقام

(مسألة ١١) : إذا أحال السيد (٤) بدينه (٥) على مكاتبه بمال الكتابه

المشروطه أو المطلقه صحح، سواء كان قبل حلول النجم أم بعده؛ لثبوته في ذمته. والقول بعدم صحته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف؛ إذ غايه ما يكون كونه متزلزلاً فيكون كالحواله على المشتري بالثمن في زمان الخيار. واحتمال عدم اشتغال ذمه العبد لعدم ثبوت ذمه اختياريه له فيكون وجوب الأداء تكليفيًا، كما ترى.

ثم إن العبد بقبول الحواله (٦) يتحرر (٧) ؛

ص: ١٤٤

- ١- يحتاج إلى تأمل. (الكوه كمرى).
- ٢- كل ذلك مشكل. (السبزواري).
- ٣- الظاهر أن حكمها حكم الضمان في ذلك؛ إذ هي مع براءة المحال عليه ضمان في المعنى وإن اختلف اللفظ، وخصوصية اللفظ لا دخل لها في نظر العرف، بل الظاهر أن الإبراء والوفاء بالأقل كذلك. (البروجردى).
- ٤- الظاهر عندي أن الحواله على المكاتب كالحواله على البريء. (الفاني).
- ٥- هذه المسألة تحتاج إلى تأمل. (السبزواري).
- ٦- إن كان الدين الذي أحاله السيد على مكاتبه من جنس مال الكتابه وبمقدارٍ فبمجرد الحواله يتحرر العبد من دون اعتبار قبوله. (حسن القمي). * بل بنفسها وإن لم يقبل؛ إذ لا- تتوقف الحواله عليه على قبوله بعد كونه عبدًا مديونًا للمولى، كما هو الأظهر. (اللكراني).
- ٧- الظاهر أنه لا يتوقف على قبوله لها؛ إذ المفروض أنه مديون للمولى، فبتحقق الحواله تبرأ ذمته وتشتغل للمحتال. (الخوئي).

لحصول وفاء(١) مال الكتابه بالحواله ولو لم يحصل(٢) الأداء منه. فإذا أعتقه المولى قبل الأداء(٣) بطل عتقه.

وما عن المسالك(مسالك الأفهام: ٤/٢٢١). من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء _ لأنَّ

الحواله ليست فى حكم الأداء، بل فى حكم التوكيل؛ وعلى هذا إذا

أعتقه المولى صحَّ وبطلت الكتابه، ولم يسقط عن المكاتب مال الحواله؛

لأنَّه صار لازماً للمحتال، ولا يضمن السيّد ما يغرّمه من مال الحواله _

ص: ١٤٥

١- يحتاج إلى تأمل. (الكوه كمرى).

٢- هذا على الأصحّ من كون مال الكتابه ديناً على العبد، وأمّا لو قيل بعدم الدينلُزوم كون المولى مديوناً لنفسه فتكون الحواله عليه كالحواله على البرىء، ولا يُعتق ما لم يودّ، كما مرّ؛ وعلى هذا لو أعتقه المولى صحَّ وبطلت الكتابه، ولم يسقط عن المكاتب مال الحواله، ولا- يضمن السيّد ما يغرّمه العبد بعد الحرّيه، كما اختارها المسالك(مسالك الأفهام: ٤/٢٢١). (محمّد رضا الكلبيگانى).

٣- الأقوى عدم جواز مطالبه المحال عليه من المحيل قبل الأداء، بل وبمقدار ما يؤدّى؛ فإنّ براءة ذمّه المحيل بل والمضمون عنه تحصل بقبول المحال عليه فيالأوّل، والضامن فى الثانى، ولكنّ اشتغال ذمّه المحيل والمضمون عنه إنّما تحصل بعد أداء المحال عليه أو الضامن، وبمقدار ما أداه، وفرق بين براءة ذمّته واشتغالها، وربّما كان نظر المشهور إلى ذلك. (صدرالدين الصدر).

فيه نظر من وجوه. وكان دعواه (١) أن الحوالة ليست في حكم الأداء (٢)،

إنما هي بالنظر إلى ما مر (٣) من دعوى توقف شغل ذمه المحيل للمحال

ص: ١٤٦

- ١- كون نظره إلى ما ذكر محل إشكال. (الخميني). * ويمكن أن تكون دعواه مبيته على ما قلناه، أو على ما عن الشيخ من أن مالالكتابه ليس بثابت؛ لأن للمكاتب إسقاطه. (محمد رضا الكلبيگانی).
- ٢- هذه الدعوى وإن كانت باطله في نفسها _ لأنها تستلزم عدم براءة ذمها المحيل عن دين المحتال بمجرد الحوالة، وهو خلاف المفروض _ إلا أنها غير مبتنيه على الدعوى الثانيه؛ فإن مورد الثانيه هي الحوالة على البريء، لا على المديون. (الخوئي).
- ٣- لا يخفى ما بين الحوالة على المديون والبريء من البون البعيد، وقصورها في القسم الثاني عن كونها موجبه لاشتغال ذمه المحيل للمحال عليه قبل الأداء لا-يوجب أن تكون في القسم الأول بالنسبه إلى فراغ ذمه المحال عليه عن دين المحيل أيضاً كذلك، وإلما لزم اشتغال ذمه المحال عليه قبل الأداء لكل من المحيل والمحتال بذلك المال. ولو قيل بابتناء ما أفاده الشهيد (راجع مسالك الأفهام: ٤/٢٢١ - ٢٢٣). في المقام على المنع عنكون العبد ذا ذمه اختياريه كان أولى من أن ينسب إليه ما يستلزم هذا المحال، خصوصاً مع ما نقل عنه من تصريحه في غير المقام بفراغ ذمه المحال عليه عن دين المحيل بنفس الحوالة. (النائني، جمال الدين الكلبيگانی). * ما عن المسالك وإن كان غير صحيح إلا أن عدم ابتئائه على ذلك بمكان منالوضوح. (حسن القمي). * ولكن مورد ما مر هو الحوالة على البريء، لا المديون، إلا أن يقال بكون المقام أيضاً كذلك؛ لأنه لا يعقل أن يكون العبد مديوناً للمولى؛ لأنه يلزم أن يكون المولى مديوناً لنفسه، ولكنه، كما ترى. (اللكراني).

عليه على الأداء، كما في الضمان فهي وإن كانت كالأداء بالنسبة إلى المحيل والمحتال، فبمجرد ما يحصل الوفاء وتبرأ ذمته المحيل لكن بالنسبة إلى المحال عليه والمحيل ليس كذلك، وفيه منع التوقف (١) المذكور (٢)، كما عرفت، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء فيتحقق بها الوفاء.

ص: ١٤٧

- ١- مع تسليم التوقف المزبور في موارد رجوع المحال عليه على المحيل، كما في البريء لا مجال لدعواه في المقام؛ لأنّ بنفس الحوالة تفرغ ذمته المحال عليه من المحيل، وفراغ ذمته عنه بمنزله أدائه، فليس للسيد حينئذٍ عتقهم مجرد الحوالة. (آقاصياء). * حرّيه العبد معلول لوصول مال الكتابه إلى مولاه، وقد فرضنا وصول ذلك بالحوالة وقبولها، ولازم ذلك حرّيه العبد. (صدرالدين الصدر). * قد عرفت صحّح التوقف في الضمان، وأنه لا تشتغل ذمته المضمون عنه إلّا بعد الأداء، ولكنّ الحوالة على المديون توجب براءة ذمته المحيل، ولا- تتوقف عليها الأداء، بخلاف الحوالة على البريء فإنّها تتوقف على الأداء. (البجنوردى). * انعتاق العبد مترتب على استيفاء المولى مال الكتابه، وهو يتحقق بالحوالة إيجاباً وقبولاً، فالحرّيه حاصله. (المرعشى).
- ٢- وقد مرّ أنّ التوقف أظهر، ومع ذلك يرد عليه: أنّ مورد الدعوى الثانيها الحوالة على البريء، ومورد الأولى الحوالة على المديون، فلا تتوقف الأولى على الثانية. (الروحاني).

(مسألة ١٢): لو باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمانها (١) صح؛ لأن حاله حال

الأحرار، من غير فرق بين سيده وغيره. وما عن الشيخ (٢) من المنع (٣) ضعيف.

(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابه صح، فيجب عليه تسليمه للسيد، ويكون موجبا لانعتاقه (٤)، سواء أدى المحال عليه المال للسيد، أم لا.

الاختلاف في كون الواقع حواله أو وكاله

(مسألة ١٤): لو اختلفا (٥) في أن الواقع منهما كانت حواله أو وكاله فمع

ص: ١٤٨

١- هذه العبارة ناقصه، والصحيح أن يقال: لو أحال عليه غريمه بثمانها _ كما عَنَوْنَا المسألة في المبسوط (المبسوط: ٢/٣٢١). كذلك. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- ولكن المحكي (مسالك الأفهام: ٤/٢٢١، المبسوط: ٢/٣٢٠ _ ٣٢١). عن الشيخ قدس سرّه هو المنع فيما لو أحاله بمال الكتابه، وأما الحواله عليه بثمان السلعه التي ابتاعها فاحتمل فيها الوجهان. (اللكراني).

٣- الظاهر اختصاص منع الشيخ بإحاله المولى غريمه على المكاتب، وهو فرض آخر غير ما عَنَوْنَه في المتن. (المرعشي). * لم يمنع الشيخ عن ذلك على سبيل الجزم، بل قال: «فيه وجهان»، وما منعه هو إحاله السيد غريمه على المكاتب بمال المكاتبه، واستدلّ عليه بعدم ثبوته؛ لجواز إسقاطه بتعجيز نفسه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٤- تقدّم أنّه يحتاج إلى التأمل. (الكوه كمرى). * على فرض ثبوت مال الكتابه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٥- لا بدّ من فرض المسألة فيما إذا كان مدعى الوكاله يدّعيها بأن يكون أمانه عند الوكيل، وإلّا فلا يترتب على هذه الدعوى بالنسبه إلى ما بعد القبض أثر أصلاً، ضروره اتّفاقهما حينئذٍ على كون المال للمحتال، وارتفاع اشتغال ذمّه المحيل له، كما أنّ إجراء الأصول المذكوره بالنسبه إلى ما بعد القبض مخدوش في هذه الصوره، ضروره أنّ ارتفاع اشتغال ذمّه المحيل للمحتال، وكذا ذمّه المحال عليه للمحيل، وكذا ملكيته للمحتال للمال المأخوذ معلوم، سواء كان الواقع هي الحواله أو الوكاله بالنحو المذكور، نعم، لو كانت الوكاله بنحو الأمانه لا بأس بجريان أكثر هذه الأصول. (اللكراني).

عدم البينه يُقَدَّم قول مُنكِر(١) الحوالة(٢)، سواء كان هو المحيل أم المحتال، وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أم بعده(٣)؛ وذلك لأصالة(٤) بقاء اشتغال ذمّه المحيل للمحتال، وبقاء اشتغال ذمّه المحال عليه

ص: ١٤٩

١- بناءً على كون المعيار في ميز الخصمين المقصود والغرض الواقعي في الدعوى، لا مصبها ومطرحها، كما هو المختار، فالباب باب التداعى. (المرعشى).

٢- لا- بمعنى ثبوت الوكالة وترتيب أثرها لو كان لها أثر، وللمسألة صور، وكذا لطر حال الدعوى، ولعل في بعضها يكون المرجع التحالف على إشكال. (الخميني).

٣- لا إشكال في جريان الأصول المذكورة قبل القبض، وأما بعد القبض فلا معني لبقاء اشتغال ذمّه المحال عليه للمحيل؛ لأنه على فرض الحوالة تبرأ ذمته بمجرددها، وعلى فرض الوكالة تبرأ بأدائها إلى وكيل المحيل، والمفروض هو العلم بعدم الخروج عنهما. وكذلك ذمّه المحيل في الحوالة تبرأ بمجرددها، وفي الوكالة بأخذه الوكيل بمقدار ما عليه من المحال عليه عوضاً عن دين المحيل. نعم، لو كانت الدعوى الوكالة في أخذ المحتال بوكاله المحيل والبقاء عنده أمانةً فيصح استصحاب اشتغال ذمّه المحيل للمحتال، واستصحاب عدم انتقال ما أخذه إليه. (محمد رضا الكلبيكاني).

٤- جريانها وجريان ما يليها قبل القبض واضح، وفي جريانها بعده في بعض الصور نظر. (المرعشى).

للمحيل، وأصاله عدم ملكيته المال المحال به للمحتال.

ودعوى أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحال، فيكون المُنكر للحواله مدّعياً، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة مدفوعه: بأن مثل هذه اليد لا يكون أماره (١).

ص: ١٥٠

١- قد يقال: إن مثل هذا اليد لا يوجب تقديم قول المدعى للحواله؛ لعدم إثباتها سببوعواه، ولكن لا يخرج عن الأمارية لأصل الملكية بعد كون المدار في مثل المقام على ترجيح يد الحادثة على السابقة، وإن كان في مقام استناد الشاهد كان الأمر بالعكس، كما يظهر من التعليل في روايه (وسائل الشيعه: الباب (٢٥) من أبواب وجوب الحكم بملكه صاحب اليد، ح ٢). اليد بأنه لولاه لما يبقى للمسلمين سوق؛ إذ نفس هذه العله يقتضى تقديم اليد اللاحقه على السابقه في غير مورد الشهاده، وتقديم السابقه في مقام استناد الشاهد بها؛ لئلا يختل أمر قيام البيئه أيضاً. هذا، ولكن نقول: إن ما أفيد في وجه تقديم اللاحقه على السابقه في غير بالشهادة وعكسه فيها للعله المزبوره في غايه المتانه، وإنما الكلام في أمارية اليد على أصل الملكية في المقام بعد سقوطها عن إثبات السبب، بدعوى أن قضيتها سقطت تقتضى إجراء أحكام المدعى عليه، كما هو ظاهر كلماتهم بلا خلاف فيه، ومن المعلوم أن لازمه إجراء أصاله عدم الانتقال في حق قائله كى يصير منكرًا، ومن المعلوم أن مثل هذا الأصل مع فرض أمارية اليد على أصل الملكية لا يجتمعان؛ لأن نتيجته مثل هذا الأصل وما هو المصحح جريانه ليس إلا ترتيب أثره من عدم الملكية؛ إذ لولاه لا يتصور لمثل هذا الأصل أثر عملي، فلو كانت اليد حينئذ أماره على الملكية لا يتصور مجال لجريان الأصل المزبور، فلا يبقى حينئذ مجال جعل القائل بعدم الانتقال منكرًا، فإطباقهم على جعله منكرًا مساوقًا لجماعهم على جريان الأصل المزبور في حقه، وهو مساوق إطباقهم على عدم أمارية مثل هذه اليد على أصل الملكية أيضاً، ولا على استحقاق كون المال تحتيدته من جهه أخرى؛ لاعترافه على نفيها، ولازمه حينئذ انتزاع الحاكم المال من يده، ولعله إلى هذه النكته نظر شيخنا العلامة (قواعد الأحكام: ٢/١٦٥ _ ١٦٦). من دعوى الإجماع على انتزاع المال من يده، فلا يبقى حينئذ مجال إشكال المحشئين بأنه لا وجه لانتزاعه مع بقاء اليد عليها أماريتها في أصل الملكية، فتأمل وتدبر. (آقاضياء).

على ملكيه (١) ذِيهَا، فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخصٍ وأدعى أنه

دفعه أمانه، وقال الآخر: «دَفَعْتَنِي هِبَةً أَوْ قَرْضًا»؛ فَإِنَّهُ لَا يُقَدَّمُ قَوْلُ ذِي الْيَدِ.

هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأما إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتَّبِع.

ولو علم أنه قال: «أحلتك على فلان» وقال: «قبلت» ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة فربما يقال (٢): إنه يُقَدَّمُ قَوْلُ مَدَّعِي

الحوالة (٣)، لأنَّ الظاهر من لفظ «أحلت» هو الحوالة المصطَلَحَة، واستعماله

ص: ١٥١

١- لا مانع من التمسك باليد، وكذا في النظر، نعم، لا يمكن التمسك بها إذا كان فيالين استصحاب حال اليد بأن كان إجارة

أو غضباً، وفي الحال يدعى الملكيه منجهه تمليكه له. (عبدالله الشيرازي).

٢- لا يبعد اختصاص ذلك بالعارف بالاصطلاح المستعمل له، وإلا فلا ظهور، وكذا في مشتقات الوصية. (محمد الشيرازي).

٣- لا يخلو من قوه، ومنع الظهور ممنوع. (الخميني).

في الوكالة مجاز، فيحمل على الحوالة، وفيه منع (١) الظهور (٢) المذكور (٣). نعم، لفظ «الحوالة» ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأما ما يُشتق منها (٤) كلفظ «أحلت» فظهوره فيها ممنوع (٥). كما أن لفظ

ص: ١٥٢

- ١- في المنع منع، وتقديم مدعى الحوالة لا يخلو من قوه. (اللكراني).
- ٢- خلاف الوجدان إنصافاً. (آقاضياء). * لا يبعد ظهوره في الحوالة المصطلحة. (عبدالهادي الشيرازي). * إذا كان المبدأ في المشتقات ظاهراً في مفهوم تكون المشتقات أيضاً ظاهرة فيه، على اختلاف الخصوصيات المستفاده من الهيئات، ولا يمكن التفكيك بحسب القانون المحاورى في مبدأ واحد من حيث المفهوم بلحاظ الهيئات الاشتقاقية. (الفاني). * في المنع إشكال. (الخوئي).
- ٣- ولكنه هو الواقع، والمنع خلاف الوجدان، فتقديم قول مدعى الحوالة في الصور المفروضة هو الأقوى. (البجنوردى).
- ٤- من المعلوم أن لفظ «أحلت» ليس من الألفاظ المجمله أو المهمله، ولا شكاً أنها لا تدلّ إلا على الحوالة بمعناها المعروف، ولو استعملت في غيره فهو مجاز لا يُصار إليه إلا بالقرينه المفقوده في المقام، وأصالة الحقيقه تقتضيا الحمل عليه. (كاشف الغطاء).
- ٥- منع اقتراحى. (الفيروزآبادى). * فيه إشكال. (المرعشى). * الظاهر أن منع الظهور فيما إذا صدر هذا اللفظ من المديون مخاطباً لدائنه لا رجاءه إلى مديونه أو إلى برىء لا يخلو من تعسف، وتقديم قول مدعى لا يخلو من قوه. (محمّد رضا الكليايگاني).

«الوصية» ظاهر في الوصية المصطلحه، وأما لفظ «أوصيت» أو «أوصيك بكذا» فليس كذلك. فتقديم قول مدعى الحوالة (١) في الصورة المفروضة

محل منع (٢).

إذا وقعت الحوالة على المشتري وبالعكس وتبين بطلان البيع

(مسألة ١٥): إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي برىء أو مديون للمشتري، ثم بان بطلان البيع بطلت الحوالة في صورتين؛ لظهور عدم اشتغال ذمه المشتري للبائع، واللازم اشتغال ذمه (٣) المحيل للمحتال. هذا في الصورة الثانية.

وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري مُحالاً عليه ويجوز الحوالة على البريء (٤) إلّا أنّ المفروض إرادته الحوالة عليه من حيث (٥) ثبوت (٦)

ص: ١٥٣

- ١- تقديم قوله للظهور المذكور هو الموافق للأصل اللفظي، فلا وجه لمنعه. (الفاني).
- ٢- لكنّه لا يخلو من قوّه. (النائني، جمال الدين الكلبيگاني). * بل لا يخلو من قوّه. (الإصطهباناتي). * الظاهر أنّ المنع ممنوع. (السبزواري).
- ٣- يعنى اللّازم فى الحوالة أنّ تكون ذمّه المحيل مشغولاً للمحتال، وهنا ليس كذلك. (كاشف الغطاء).
- ٤- الأولى أن يقال: إلّا أنّ قبوله الحوالة أو رضاه مقيد بكون الثمن فى ذمته مطلقاً. (الفيروز آبادي).
- ٥- كونه من قبيل تخلف الداعى واندراج المقام فى الحوالة على البريء لا يخلو منوجه قوئى. (جمال الدين الكلبيگاني).
- ٦- كونه من قبيل تخلف الداعى واندراج المقام فى الحوالة على البريء لا يخلو منوجه قوئى. (النائني). * هذا إذا كانت الحوالة عليه بنحو التقييد، وأمّا إذا كانت بنحو يكون ثبوت الثمنفى ذمته من باب الداعى فتكون من الحوالة على البريء. (عبدالهادى الشيرازي).

الثلث (١) في ذمته (٢)، فهي في الحقيقة حواله على ما في ذمته (٣)، لا عليه (٤).

ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض، أو بعده، فإذا كان

ص: ١٥٤

١- إذا لم يكن بنحو تخلف الداعي، وإنما صححت الحواله ولزم، ويرجع بعد أدائه إليالمحيل. (آقاضياء). * إذا لم يكن من قبيل تخلف الداعي حتى يندرج في عنوان الحواله على البريء. (الإصطهباناتي). * إذا لم يكن بنحو تخلف الداعي. (عبدالله الشيرازي).

٢- لكن الظاهر أنّ هذه الحيثية من قبيل الداعي، لا التقييد. (البجنوردی).

٣- فيه إشكال، بل منع؛ لأنّ الرضا بالحواله ليس مقيّداً باشتغال ذمته بالثلث، بل من باب تخلف الداعي، والمورد من مصاديق الحواله عليالبريء. (المرعشي). * لا معنى للحواله على ما في الذمه؛ لأنها نقل ذمه إلى ذمه، غاية الأمر فيالمشغول يلازم استيفاء الدين بخلافها في البريء، ومع تحقق الحواله لا يضّر عدمالاستيفاء، نظير تخلف الداعي، إلّا مع تقييد رضاه بالحواله بكونه مديوناً بالثمنفتكون باطله. (محمّد رضا الكلبايگانی). * لا معنى للحواله على ما في ذمته، بل الحواله هنا على الشخص بما في ذمته، فإنكان ذلك بنحو الداعي صححت الحواله وتكون على البريء، وإن كان بنحو التقييدبطلت. (اللكراني).

٤- هذا ممنوع، بل حواله عليه بما في ذمته، فإن كان بنحو التقييد بطلت الحواله، وإنكان بنحو الداعي صححت، وتكون الحواله على البريء. (الخميني).

١- في غير صورته إحالة المشتري البائع على الأجنبي البريء، وأما فيها فالمقبوض باقٍ على ملك الأجنبي في صورته بطلان الحوالة. (الخميني). * هذا في خصوص الصورة الأولى، ويؤيده التعبير بالبقاء، وأما الصورة الثانية بكلا شقيها فالمأخوذ باقٍ على ملك الأجنبي فيها، أما الشق الأول فواضح، وأما الثاني فلائنه لم يكن في البين ما يوجب خروجه عن ملك الأجنبي إلّا الحوالة، والأداء عقبتها بتخييل صحتها وقد انكشف الخلاف، فالمأخوذ باقٍ عليمكته، ومنه يظهر أنه مع التلف يكون الرجوع هو الأجنبي في الصورة الثانية، والظاهر جواز رجوعه إلى المحتال وإلى المحيل الذي هو المشتري، نعم، له الرجوع عليه لو رجع عليه به. (اللكراني).

٢- إلّا في صورته إحالة المشتري البائع على الأجنبي البريء؛ فإنه فيها باقٍ على ملك المحال عليه البريء. (المرعشي).

٣- في غير صورته إحالة المشتري للبائع بالثمن على الأجنبي البريء، وأما فيها فهو باقٍ على ملك البريء يأخذه منه مع بقائه وبدله مع تلفه، وإن تعذر أخذ عينه أو بدلهمنه كان له الرجوع على المشتري. (البروجردى). * هذا في الصورة الأولى، وأما في الصورة الثانية فذلك إن أحال المشتري البائع على من هو مديونه، وأما إن أحاله على البريء فيكون المقبوض باقياً على ملك البريء، يرجع به إلى المحتال أو ببده بعد تلفه. (البجنوردى). * في غير صورته إحالة المشتري للبائع بالثمن على الأجنبي البريء، وأما فيها فهو باقٍ على ملك البريء يأخذه منه مع بقائه وبدله مع تلفه، وإن تعذر أخذ عينه أو بدلهمنه كان له الرجوع على المشتري. (عبدالله الشيرازي). * هذا في غير ما إذا أحال المشتري البائع على البريء، وأما فيه فالمقبوض باقٍ على ملك البريء فله الرجوع به، ومع تلفه جاز له الرجوع على المحيل وعليه المحتال، فإن رجع على المحيل جاز له الرجوع على المحتال. (الخوئي). * هذا في الصورة الأولى على فرض البطلان، وأما على فرض الصحة فالمقبوض مملوك للمحال عليه، وعلى المحيل غرامته، وفي الصورة الثانية فالمقبوض باقٍ عليمكته المأخوذ منه يرده عليه مع بقائه، ويردّ بدله مع التلف؛ لأنّ الحوالة باطله، ولأملاك غيرها للمشتري. (محمد رضا الكليبايگاني). * في الصورة الأولى. (محمد الشيرازي، حسن القمي). * هذا في غير ما إذا أحال المشتري البائع على الأجنبي البريء، وأما في ذلك المورد فهو باقٍ على ملك البريء يأخذه منه مع بقائه، ومع تلفه يأخذ منه أو من المحيل بدله، وإن أخذ من المحيل يرجع هو على المحتال. (الروحاني).

ومع تلفه يرجع على المحتال فى الصورة الأولى، وعلى البائع فى الثانية.

إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين

(مسألة ١٦) : إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة (١)؛ لوقوعها فى حال اشتغال (٢) ذمه المشتري بالثمن، فيكون، كما لو تصرف أحد المتبايعين فى ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع (٣). ولا فرق بين أن يكون

ص: ١٥٦

١- فيه إشكال، خصوصاً فى الصورة الثانية. (عبدالهادهى الشيرازى).

٢- ولا موجب للبطلان بعده. (المرعشى).

٣- نعم، لا بأس بالالتزام بكون الفاسخ له السلطنة على فسخ التصرف الملزم الوارد على ماله إن كان فى بقائه على الملزوم ضرر عليه، اللهم إلا أن يقال: إن الضرر المتصور فيه ليس إلا ضرر نقض الغرض، وإلا فمالئته مجبوره بالقيمة جزماً، ومنا المعلوم أن هذا الضرر فى غير باب نفس العقود غير مجبور، كما هو ظاهر على منراجع ولاحظ. (آقاضياء).

الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده، فهي تبقى بحالها، ويرجع البائع على المشتري (١) بالثمن.

وما عن الشيخ (الخلاف: ٣/٣٠٨ _ ٣٠٩). وبعض (المبسوط للسرخسى: ٢٠/٨٧، البحر الرائق لابن نجيم البصرى: ٦/٩١، المغنى لابن قدامه: ٥/٦٢، الانصاف للمرداوى: ٥/٢٢٩). آخر من الفرق (٢) بين الصورتين والحكم

بالطلان فى الصورة الثانية (٣) _ وهى ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على

أجنبى؛ لأنها تتبع البيع فى هذه الصورة؛ حيث إنها بين المتبايعين _ بخلاف الصورة الأولى ضعيف. والتبعيه فى الفسخ وعدمه ممنوعه، نعم (٤)، هى تبع

ص: ١٥٧

١- بل يرجع المشتري على البائع، كما هو ظاهر، ولعلّ فى النسخه تحريفاً. (كاشفالغطاء). * والظاهر أنّ فى العبارة اشتباه، والصحيح يرجع المشتري على البائع. (الجنوردى). * هذا من سهو القلم، والصحيح، ويرجع المشتري على البائع. (الخوئى). * الصحيح: يرجع المشتري على البائع. (السبزوارى).

٢- الفرق بين الصورتين: أنّ فى الثانية بالفسخ ينتفى الموضوع وهو الدين المحال، وفى الأولى يصير كالحوالة على البرىء، لكن ذلك لا يؤثر؛ لأنّ الفسخ بعد الحوالة يمتزله الفسخ بعد سائر النواقل _ مثل البيع أو الصلح _ لا يفيد فى رفع أثر الحوالة. (محمّد رضا الكلپايگانى).

٣- أى الثانية المذكوره فى المسأله السابقه. (الفيروزآبادى).

٤- هذا إذا أخذ الثمن على نحو الداعى، أو لم يُلحظ أصلاً، أو أخذ على نحو الشرط وأسقط الشرط، أمّا إذا أخذ الثمن على نحو القيد أو كان مصبّ الحوالة بطلت. (محمّد الشيرازى).

للبيع؛ حيث إنها واقعه على الثمن (١). وبهذا المعنى لا فرق بين صورتين.

وربما يقال بطلانها إن قلنا: إنها استيفاء، وتبقى إن قلنا: إنها اعتياض. والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء؛ لأنها (٢) معاملة (٣) مستقلة (٤) لازمه لا تنفسخ بانفساخ البيع، وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمه، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسّره فدفعت إلى البائع الصّحاح، أو دفع بدلها شيئاً آخر (٥) وفاء؛ حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصّحاح أو الشيء الآخر، لا الدراهم المكسّره؛ فإنّ الوفاء بهذا النحو ليس معاملةً

ص: ١٥٨

١- الصورة الثانية _ وهي تحويل البائع أجنبيّاً على المشتري بالثمن أيضاً _ الحوالمواقعه على الثمن، فلا- فرق بين صورتين. (كاشف الغطاء). * وقوعه من البائع في الأمولى، ومن المشتري في الثانية، ولكن مع هذا لا- يخلو عدم الفرق من الإشكال. (المرعشى).

٢- كون الدعوى المذكوره خروجاً عن الفرض ورجوعاً إلى دعوى الاعتياض ظاهر. (جمال الدين الكلبيگانی).

٣- كون الدعوى المذكوره خروجاً عن الفرض ورجوعاً إلى دعوى الاعتياض ظاهر. (النائینی).

٤- هذا إنكار للمبنى، لا للبناء بعد تسليم المبنى، وإنكار المبنى وجيه، وفرق بين كونها استيفاءً أو لازمها ذلك. (الخمینی). * وهو الحقّ الحقيق بالقبول. (المرعشى).

٥- فى صدق الأداء فى هذا الفرض إشكال. (المرعشى).

لازمه (١)، بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه؛ حيث إن الحوالة

عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

إذا أحال على وكيله بمال شخصي في يده

(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال (٢) والمحال عليه (٣) وجب عليه الدفع إليه وإن لم يكن من الحوالة (٤) المصطلح (٥).

وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل؛ لبقاء شغل ذمته. ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن (٦)

ص: ١٥٩

١- الظاهر أنها معاملته لازمه، فلا تتبع البيع في الانفساخ. (الخوئي).

٢- هذا الفرع من أوله إلى آخره لا يخلو من اغتشاش، فإن كان المقصود الوكالة فيرد عين ماله إلى غريمه فهذا لا يحتاج إلى قبول المحتال والمحتال عليه؛ فإن الأمين يكفي في جواز الرد له إذن المالك، ولا يلزم عليه الرد إلى الغريم ولو مع قبول الوكالة، بل عليه الرد: إما على المالك، وإما على من أمر بالرد إليه. وأما الغريم فإن كان ما أمر بالرد إليه مصداقاً لدينه فملزم بالقبول، وهذا ليس من الحوالة في شيء، لا المصطلح ولا غير المصطلح، والحكم بالضمان لقاعده الغرر في المقام محل منع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٣- فيترتب على قبوله الضمان؛ لعنوان الغرور من جهه اطمئنانه بالوفاء. (المرعشي).

٤- بل ليس من الحوالة أصلاً، ولا يحتاج إلى قبول المحال عليه؛ لأنه وكيل على ما هو المفروض، بل وقبول المحتال إذا كان ذلك المال مصداقاً لدينه. (اللكراني).

٥- لعدم النقل من الذمه إلى الذمه ولا الضم، كما عليه القوم. (المرعشي).

٦- تخلف الوكيل عن أمر المالك وإن كان موجباً لصيروره يده على المال يد ضماناً يضمنه لمالكه لكن ضمانه للمحتال لا موجب له، والتشبه بقاعده الغرور ضعيفاً، والحمد لله رب العالمين، والصلاة على رسوله وآله الطاهرين. (جمال الدين الكلبيكاني). * فيه نظر وإشكال. (اللكراني).

الوكيل (١) المحال عليه (٢) إذا كانت خسارته الواردة عليه مستنداً إليه للغرور.

[تَمَّ كتاب الحوالة]

*

*

*

ص: ١٦٠

١- تخلف الوكيل عن أمر المالك وإن كان موجباً لصيروره يده على المال يد ضماناً يضمنه لمالكه لكن ضمانه للمحتال لا موجب له، والتشبيث بقاعده الغرور ضعيفاً، والحمد لله رب العالمين، والصلاة على رسوله وآله الطاهرين. (النائيني). * لا موجب لضمانه؛ إذ لا- مجرى لقاعده الغرور بعد بقاء الدين في ذمه المديون، وعدم احتساب امتناعه عن الأداء خساره، وعلى فرض تسليم خسارته فهيمستنده إلى المديون. (الفاني).

٢- لا يخلو من إشكال؛ لأن عصيانه ومخالفته لأمر الموكل بعد قبوله الإعطاء ليس موجباً للضمان للمحتال، وقاعده الغرور لا تأتي هنا، نعم، يده بعد المخالفة تصير يداً ضماناً للمحيل المالك للعين التي عنده. (البجنوردى). * لا- أثر لقبول المحال عليه في الحكم، أي وجوب الدفع، نعم، له أثر في الضمان لأجل الغرور. (الخميني). * فيه إشكال، بل منع. (الخوئي). * فيه إشكال. (حسن القمي). * ضمانه للمالك لا كلام فيه؛ إذ بعد التخلف عن أمر المالك تكون يده يد ضمان، وأما ضمانه للمحتال فلم يظهر وجهه، والتمسك بقاعده الغرور ضعيف. (الروحاني).

كتاب النكاح

اشاره

ص: ١٦١

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَلَهُ الْحَمْدُ وَالْمِنَّةُ

كتاب النكاح

فصل [فى فضل النكاح وآدابه]

التزوّج بالنساء وحبهنّ من سنن الإسلام المؤكّده

النكاح مستحبّ فى حدّ نفسه بالإجماع والكتاب والسنة المستفيضة، بل المتواتره، قال الله تعالى: (وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْزِهِمْ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ) (١)

وفى النبوى المروى بين الفريقين «النكاح سُنتى فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنتى فَلَيْسَ مِنّى» (٢).

وعن الصادق عليه السلام عن أميرالمؤمنين عليه السلام قال: «تَزَوَّجُوا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَآلِهِ قَالَ : مَنْ أَحَبَّ أَنْ يَتَّبِعَ سُنتى فَإِنَّ مِنْ سُنتى التزويج» (٣).

وفى النبوى: «مَا بُئِيَ بِنَاءِ أَحَبُّ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى مِنَ التزويج» (٤).

وعن النبى صلى الله عليه وآله : «مَنْ تَزَوَّجَ أَحْرَزَ نِصْفَ دِينِهِ، فَلْيَتَّقِ اللَّهَ فِي النِّصْفِ الْآخَرَ» (٥)

بل يُستفاد من جملة من الأخبار استحباب حبّ النساء.

ص: ١٦٣

١- [١] النور: ٣٢.

٢- [٢] وسائل الشيعة: الباب (٢) من أبواب كراهه العزوبه، ح ٩.

٣- [٣] وسائل الشيعة: الباب (١) من أبواب استحباب النكاح، ح ١٤.

٤- [٤] وسائل الشيعة: الباب (١) من أبواب استحباب النكاح، ح ٤.

٥- [٥] أمالى الطوسى: ٢/١٣٢.

ففى الخبر، عن الصادق عليه السلام : «من أخلاق الأنبياء حُبّ النساء»(١).

وفى آخر عنه عليه السلام : «ما أظنّ رجلاً يزداد فى هذا الأمر خيراً إلّا ازداد حباً للنساء»(٢).

والمستفاد من الآيه وبعض الأخبار أنّه موجب لسعه الرزق(٣).

ففى خبر إسحاق بن عمّار: قلت لأبى عبدالله عليه السلام : الحديث الذى يرويه الناس حقّ: إنّ رجلاً أتى النبىّ صلى الله عليه و آله فشكا إليه الحاجه، فأمره بالتزويج، حتّى أمره ثلاث مرّات، قال أبو عبدالله عليه السلام : «نعم، هو حقّ» ثمّ قال عليه السلام : «الرزق معّ النساء والعيال»(٤).

ص: ١٦٤

١- [١] وسائل الشيعة: الباب (٣) من أبواب استحباب حبّ النساء والمحلّلات...، ح ٢.

٢- [٢] الكافى للكلينى: ٥/٣٢٠، ح ٢ وفيه (فى الإيمان) بدل (فى هذا الأمر).

٣- استفاده الاستحباب منها مشكل. (المرعى). * الظاهر أنّ ما وعده الله تعالى شأنه عباده من إغناء الفقراء بالنكاح وأرشد نبيّه صلى الله عليه و آله ذا الحاجه إليه أمر إرشادى محسوس بحسب العاده فإنّ الرجل مالم يلتزم على نفسه مونه العيال لا داعى له فى السعى فى طلب المال ويفنى عمره بالتسويق والإهمال وأمّا إذا رأى نفسه متعهّداً لتأمين حوائج العيال فلا محاليسعى ويجدّ فى الطلب ويتحمّل المشقّه والتعب، وكذلك المرأه حيث تجد نفسهامديره للعائله والأولاد تستعدّ لإعانه الزوج فى التحصيل والحفظ فالزواج جزء معظم لسياسه المدن، وتسهيل لإداره المعاش لمعظم الناس، مضافاً إلى ما فيه منكسر الشهوه ودفغ مفسدها، وبقاء النسل وتكثيره، ومن هذا يظهر صحّه القول بمحبوبيّته حتّى لمن لم يكن له اشتياق إليه، بل للمريض والعينين إذا لم تترتب عليه مفسده أخرى. (محمّد رضا الكلپايگانى).

٤- [٤] وسائل الشيعة: الباب (١١) من أبواب استحباب التزويج ولو عند الاحتياج والفقير، ح ٤.

كراهه العزوبه وثبوت الاستحباب للنكاح من غير اختصاص بواحدة أو بنوع

(مسأله ١) : يُستفاد من بعض الأخبار كراهه العزوبه، فعن النبي صلى الله عليه وآله : «رَدَّالُ مَوْتَاكُمِ الْعُزَابُ»^(١). ولا فرق على الأقوى في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تَشْتَقْ؛ لإطلاق الأخبار، ولأنَّ فائدته^(٢) لا تُحصَرُ في

كسر الشهوه^(٣)، بل له فوائد، منها: زياده النسل، وكثره قائل: لا إله إلا الله.

فعن الباقر عليه السلام : «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما يمنع المومن أن يتَّخذ أهلاً، لعلَّ الله أن يرزقه نسمةً تُثَقِّلُ الأرضَ بلا إله إلا الله»^(٤).

النكاح / فضله وآدابه

(مسأله ٢) : الاستحباب لا يزول بالواحدة، بل التعدد مستحب^(٥) أيضاً،

ص: ١٦٥

١- [١] وسائل الشيعة: الباب (٢) من أبواب كراهه العزوبه وترك التزويج والتسرى، ح ٣.

٢- الزوجية بين الرجل والمرأة بنفسها مرغوب فيها؛ لأنها خروج عن الوحدة بتشكيل النظام العائلي، وتأسيس التعايش على نحو الاشتراك، قال الله تعالى: (اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ) (البقرة: ٣٥). (الفانى)

٣- ليست الفائدة المهمه من النكاح كسر الشهوه البهيميه قطعاً، بل فوائده لا تخفى، وكفى فائدة بقاء النسل أو زيادته. (الكوه كمرى).

٤- [٤] وسائل الشيعة: الباب (١) من أبواب استحباب النكاح، ح ٣.

٥- لا دليل على استحباب التعدد، والآيه فى مقام تشريع أصل جواز التعدد، وفعلاً لمعصومين : لا يدلّ عليه، كما لا يخفى، إلا أن يلتزم بكون كلِّ صادرٍ منهم : راجحاً، وفيه كلام فى علم الكلام. (المرعشى). * لمن احتاج إليه ولغيره أن تُعْنَوْنَ بعنوانٍ آخر راجح، والآيه الكريمة فى مقام أصل التشريع فى الجملة، لا فى بيان استحباب التعدد مطلقاً، واستحباب التسري مطلقاً أيضاً فيه كلام. (السبزواري).

قال تعالى (١): (فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ) (٢). والظاهر

عدم اختصاص (٣) الاستحباب بالنكاح الدائم أو المنقطع، بل المستحب أعم

منهما ومن التسرّي بالإماء.

حكم النكاح بالنظر إلى طبيعته والطوارئ

(مسألة ٣): المستحب هو الطبيعة، أعم من أن يقصد به القربة، أو لا، نعم عباديته (٤) وترتب الثواب عليه (٥) موقوفه على قصد القربة (٦).

ص: ١٦٦

١- في دلاله الآية الشريفه على استحباب أزيد من الواحده إشكال. (اللكراني).

٢- [٢] النساء: ٣.

٣- لا دليل على استحباب تعدد التسرّي لغير المشتاق، وقد مرّ عدم تماميها لاستدلال بفعلهم: في أمثاله. (المرعشي).

٤- بالمعنى الأعم. (الكوه كمرى). * لا- يصير عمل عبادته بمجرد قصد القربة به، ففرق بين كون العمل طاعة للموليوبين كونه عبادة وطاعة غير الله في مثل المباحات جائزه، ولكن عباده غيره تعاليمحرّمه، بل شرك، فالعباديه معنى خاص، وليس النكاح داخلاً فيها، نعم، لا بأس بإطلاق العباده عليه تجوّزاً أو بالمعنى الأعم. (الشريعتمداري). * بالمعنى الأعم المصطلح لدى المتشرّعه. (المرعشي). * يعنى إطاعه أمره تعالى وامثاله. (محمد رضا الكلبيكاني).

٥- أى بمعنى ترتب الثواب عليه؛ لأنّ العبادات حقائق قصديّه، وليس كلّ ما يؤتى بهامثالاً- لأمر الله عباده، اللهم إلّا بالمعنى الأعم. (الفانى) * ترتب الثواب غير محتاج إلى قصد القربة؛ إذ كيف يكون الاستحباب مطلقاً، معتقيد ترتب الثواب، نعم، العباديه متوقّفه بلا إشكال. (محمد الشيرازي).

٦- إن قلنا بتقوم الثواب بقصد القربة، وفيه بحث جدّاً وإن كان معروفاً، ثم إن المراد بالعباديه فى المقام: العباديه بمعنى الأعم، لا ما تقوم تحقّقها بقصد القربة. (السبزواري).

(مسأله ٤) : استحباب النكاح إنّما هو بالنظر إلى نفسه وطبيعته. وأمّا بالنظر إلى الطوارئ فينقسم بانقسام الأحكام الخمسه :

فقد يجب بالنذر (١) أو العهد (٢) أو الحلف، وفيما (٣) إذا كان مقدّمه لواجب (٤) مطلق (٥) ، أو كان في تركه مظنه

ص: ١٦٧

١- مرّت المناقشه في وجوب المنذور بعنوانه الذاتى، بل الواجب هو عنوان الوفاء بالنذر، وإنّما ينطبق في الخارج على المنذور، والخارج ليس ظرفاً تعلّق الوجوب، وكذا الحال في العهد واليمين، وكذا في سائر أمثله من كونه مقدّمه للواجب المطلقوما يتلوه؛ فإنّها مع ورود الإشكال المتقدّم عليها أو على بعضها تردّ عليها إشكالاتأخر ليس المقام مقتضياً لبيانها. وكذا الكلام فيالنكاح المحرّم والأمثله المذكوره. وأمّا الزيادة على الأربع ونكاح المحرّمات عيناً وجمعاً فإنّها محرّمات وضعيه، أى لا يقع النكاح فيها، لا- أنّه يقع محرّماً، وتأتى المناقشه في النكاح المكروهبما ذكره أيضاً. (الخميني). * لا بعنوانه الأولى الذى هو النكاح؛ فإنّ الوجوب الآتى من قبل النذر وشبههيهيكون متعلّقه الوفاء بالنذر وأختيه، ولا يسرى منه إلى العناوين الأولى المتعلّقه للنذرونحوه، وهكذا الحال في مقدّمه الواجب وسائر الأمثله. (اللنكرانى).

٢- وجوبه بالعهد مبنى على الاحتياط. (تقى القمى).

٣- فى جميع الفروع المذكوره إشكال. (تقى القمى).

٤- بناءً على القول بوجوب المقدّمه، وكذا فى ما كان مقدّمه للحرام. (محمّد الشيرازى).

٥- مقدّمه الواجب لا- تكون واجبه شرعاً؛ إذ وجوبها العقلى _ وهو حكم العقل _ بلايُدّيه إتيانها للتوصل إلى الواجب الشرعى كافٍ فى رتبه الامتثال، ولا مجالالإعمال المولويه من قبل الشارع فى رتبه امتثال حكمه؛ وبذلك يظهر أنّ مقدّمهالحرام ليست بحرام، ومقدّمه المكروه ليست بمكروه. (الفانى)

الضرر (١)، أو الوقوع (٢) في الزنا أو محرّم آخر.

وقد يحرم (٣)، كما إذا أفضى إلى الإخلال بواجب من تحصيل علم واجب، أو ترك حق من الحقوق الواجبه، وكالزيادة (٤) على الأربع (٥).

ص: ١٦٨

١- لا اعتبار بالظن في غير الضرر من الوقوع في المحرّمات ما لم يطمئنّ به. (محمّد رضا الكلبيكاني). * أي الضرر البالغ الذي يحرم تحمّله لا مطلقاً، وفي مثله يكفي خوف الضرر الشامل لبعض مراتب الوهم بالشك. (محمّد الشيرازي).

٢- الظن بالوقوع في الزنا أو محرّم آخر إذا ترك النكاح لا يوجب صيرورته واجباً، إلّا إذا بلغ إلى حدّ الاطمئنان المتأخّر للعلم. (اللكراني).

٣- الأمر بالشىء لا يقتضى النهى عن ضده شرعاً، وكون فعل النكاح سبباً مفوّتاً للواجب حتّى تكون حرمة لتفويت باطل؛ لمنع السببيّه، بعد ما نرى من أنّ ترك الواجب - وهو عدم إخراجها إلى الوجود - اختياراً ليس معلولاً لفعل النكاح، فلا سببيّه. (الفاني) * يجرى ما ذكرناه في النذر وشبهه هنا أيضاً، وكذا في المكروه. (اللكراني).

٤- الظاهر أنّ الفرض خارج عن المقسم. (صدر الدين الصدر). * عدّه كعدّ المحرّمات الأبدية من أمثله المحرّم بالطوارئ ممنوع. (المرعشي). * الزيادة على الأربع وسائر المحرّمات عيناً وجمعاً ممّن لا يصحّ نكاحها ليستفى عداد ما ذكر قبل ذلك ممّن يحرم نكاحها تكليفاً، وكذا في المنكوحه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٥- حرمتها وضعيه أيضاً، كنكاح المحرّمات، بمعنى عدم وقوع نكاحها وفساده، لا أنّه واقع، ولكنّه محرّم، كما في المثالين الأوّلين. (الإصطهباناتي). * الزيادة على الأربع لا يقع نكاحها، لا أنّه يقع ويكون محرّماً، كما في سائر الأمثله، وكذا نكاح المحرّمات. (البروجردى). * النكاح الزائد على الأربع فاسد في نفسه، ولا يحرم إلّا تشريعاً. (عبد الهادي الشيرازي). * الزيادة على الأربع لا يقع نكاحها، لا أنّه يقع ويكون محرّماً، كما في سائر الأمثله، وكذا نكاح المحرّمات، نعم، يحرم كلّها بالتشريع. (عبد الله الشيرازي). * العقد على الخامسة بما هو أمر إنشائيّ ليس بحرام تكليفاً، نعم، هو فاسد، فترتيب أثر الزوجية على هذا العقد حرام تكليفاً؛ لكونها أجنبيّه ولو بعد العقد عليها. (الفاني) * بمعنى أنّه يقع فاسداً، فحرمتها وضعيه، وليس من قبيل ما يعرض الحرمة بالعنوان الثانوي، بمعنى وقوعه صحيحاً محرّماً. (الشريعةمداري). * ينبغي أن يكون هذا مثلاً - لأصل بطلان النكاح، لا الحرمة التكليفية، كما هو؛ في مقام بيانها. (السبزواري). * في العبارة مسامحة؛ فإنّ الزائده على الأربع يكون نكاحها باطلاً، لا أنيصحّ ويكون محرّماً، وكذلك نكاح المحرّمات عيناً أو جمعاً، وكذا بالنسبة إلى المنكوحه. (زين الدين). * مع ترتيب آثار النكاح عليها، وإلّا تكون الحرمة حرمة وضعيه، لا تكليفية، وكذا بالنسبة إلى المنكوحه جمعاً أو عيناً. (حسن القمي). * الظاهر أنّ الزيادة على الأربع من المحرّمات الوضعيه، ومعناها عدم وقوع النكاح، لا وقوعه محرّماً، وكذا في نكاح المحرّمات عيناً أو جمعاً. (اللكراني).

وقد يُكره، كما إذا كان فعله موجِباً للوقوع في مكروه.

وقد يكون مباحاً، كما إذا كان في تركه مصلحة [\(١\)](#).

ص: ١٦٩

١- التزاحم بين المستحبين في رتبة الامتثال لا يستلزم انقلاب حكمهما إلى الإباحة؛ لعدم الموجب. (الفانى)

معارضه (١) لمصلحه فعله مساويه (٢) لها.

وبالنسبه إلى المنكوحه أيضاً ينقسم إلى الأقسام الخمسه :

فالواجب (٣) كمن يقع فى الضرر لو لم يتزوجها، أو يتلى بالزنا معها لولا

تزوجها.

والمحرّم نكاح المحرّمات (٤) عيناً أو جمعاً.

والمستحبّ المستجمع للصفات المحموده فى النساء.

والمكروه النكاح المستجمع للأوصاف المذمومه فى النساء، ونكاح القابله المريبه ونحوها. والمباح (٥) ما عدا ذلك.

مستحبات من أراد التزويج

(مسألة ٥) : يستحبّ (٦)

ص: ١٧٠

١- ويُعبّر عن مثل هذه الإباحه: بالإباحه القهريه تارة، واللا اقتضائيه أخرى. (المرعشى).

٢- فى الحكم بالإباحه لذلك مسامحه غير خفيته. (محمّد رضا الكلبايگانى).

٣- عقلاً. (الفانى)

٤- الظاهر أنّ الفرض أيضاً خارج عن المقسم. (صدرالدين الصدر). * نكاح المحرّمات فاسد، ولا يحرم العقد عليهنّ إلّا تشريعاً.

(عبدالهادى الشيرازى). * بحسب الحكم الوضعى، أى الفساد. (الفانى) * هذا أيضاً من المحرّمات الوضعيه دون التكليفيه، إلّا إذا

كان بنحو التشريع. (السبزوارى).

٥- لا تتصوّر المباح إلّا مع التراحم فى مقام الجعل. (تقى القمى).

٦- لا بأس بالعمل بجميعها رجاءً؛ لعدم الاطمئنان بمستند كثير منها، بعدما أشرنا مراراً بأنّ اتّكال المشهور على روايه لا تصلح

لجبر سندها فى باب المستحبات؛ لاحتمال بنائهم على إثبات الاستحباب بقاعده التسامح فى أدلّه السنن، وهكذا فى المكروهات

بملاحظه رجحان تركها، كما لا يخفى. (آقاضياء).

عند (١) إرادته (٢) التزويج (٣) أمور (٤) :

منها (٥) : الخطبه (٦) .

ومنها : صلاه ركعتين عند إرادته التزويج قبل تعيين المرأه وخطبتها، والدعاء بعدها بالمأثور، وهو «اللهم إني أريد أن أتزوج، فقدّر لي من النساء

ص: ١٧١

١- الإتيان بالمستحبات المذكوره برجاء المطلوبه أوفق بدرك الواقع؛ لعدم وضوحالمستند في بعضها، وكذا ترك المكروهات برجاء الكراهه. (محمّد رضا الكلّيايگاني). * استحباب بعض ما ذكر في هذه المسأله وفي المسائل الآتيه، وكذا كراهه ما ذكر في المسائل الآتيه محلّ تأمل يُؤتى بها رجاءً. (حسن القمّي).

٢- جمله من الآداب المذكوره في المقام استحباباً أو كراههً مبنيّه على قاعدهالتسامح، أو بعنوان الرجاء. (الكوه كمرى).

٣- استحباب بعض هذه الأمور من باب التسامح. (الشريعتمدارى).

٤- الأحوط رعايه تلك الأمور وغيرها ممّا لم يتعرّض لها من المستحبات بقصدالرجاء، لا الورود؛ لضعف الجلّ صدوراً، أو دلالة، أو جههً. (المرعشى). * تسامحاً في بعضها. (السبزواری).

٥- بعض المستحبات المذكوره في هذه المسأله مبنيّ على قاعده التسامح، فاللزام أن يكون الإتيان بها برجاء المطلوبه، وكذا بعض المكروهات في المسأله اللاحقهفيتترك برجاء الكراهه، وكذلك سائر المستحبات والمكروهات المذكوره في هذاالفصل. (زين الدين).

٦- بكسر الخاء: الاستدعاء. (الفيروزآبادى).

أَعْفَهُنَّ فَرَجًا، وَأَحْفَظَهُنَّ لِي فِي نَفْسِهَا وَمَالِي، وَأَوْسَعَهُنَّ رِزْقًا، وَأَعْظَمَهُنَّ بَرَكَهَ،

وَقَدَّرَ لِي وَلَدًا طَيِّبًا تَجْعَلُهُ خَلْفًا صَالِحًا فِي حَيَاتِي وَبَعْدَ مَوْتِي»(١).

ويستحبُّ أيضاً أن يقول: أقررت بالذي أخذ الله إمساكاً بمعروف أو تسريحاً بإحسان(٢).

ومنها: الوليمة يوماً أو يومين لا أزيد؛ فإنه مكروه، ودعاء المومنين(٣).

والأولى كونهم فقراء، ولا بأس بالأغنياء، خصوصاً عشيرته وجيرانه وأهل حرفته، ويستحبُّ إجابتهم(٤) وأكلهم.

ووقتها بعد العقد، أو عند الزفاف ليلاً أو نهاراً.

وعن النبي صلى الله عليه وآله: «لا وليمة إلا في خمس: عرس(٥)، أو خرس(٦)، أو عذار(٧)، أو

ص: ١٧٢

١- [١] المقنع للصدوق: ٣٠٢، النهايه ونُكتها للطوسي: ٤٨٠، الكافي للكليني: ٥/٥٠١، ح ٢، الوسائل: الباب (٥٣) من أبواب

مقدمات النكاح، ح ١، مع اختلافٍ يسيرٍ في الألفاظ.

٢- [٢] الكافي: ٥/٥٠٢، ح ٥، الوسائل: الباب (٥٥) من أبواب مقدمات النكاح، ح ٤. وفيهما (بالميثاقالذي) بدل (بالذي).

٣- أي طلبهم لحضور مجلس الوليمة. (الفيروزآبادي).

٤- مع عدم تسرعهم إلى الذهاب؛ لقوله عليه السلام: «إذا دُعيتُم إلى الولائم فأبطئوا، فإنه تذكركم الدنيا...» (من لا يحضره

الفقيه: ١/١٦٩، ح ٤٩٥، الوسائل: الباب (٣٤) من أبواب الاحتضار وما يناسبه، ح ٢، وفيهما: «إذا دُعيتُم إلى الجنازة فأسرعوا، وإذا

دُعيتُم إلى العرائس فأبطئوا.»، إلى آخره. (السبزواري).

٥- بكسر العين. (الفيروزآبادي).

٦- بضم الخاء وسكون الراء، والمراد: الولاده. (الفيروزآبادي).

٧- بكسر العين. (الفيروزآبادي).

وِكَارٍ، أَوْ رِكَازٍ» (١) العِزْس: الترويح، والخُرس: النِّفاس، والعِدَار (٢): الخِتَان،

وَالوِكَار: شراء الدار، والرِّكَاز: العود من مكّه.

ومنها: الخِطبه أمام العقد بما يشتمل على الحمد والشهادتين والصلاه على النبي صلى الله عليه وآله (٣) والأئمه:، والوصيه بالتقوى، والدعاء للزوجين، والظاهر

كفايه اشتمالها على الحمد والصلاه على النبي وآله. ولا يبعد استحبابها أمام الخِطبه أيضاً.

ومنها: الإِشهاد (٤) في الدائم والإعلان به، ولا يُشترط في صحّحه العقد

عندنا.

ومنها: إيقاع العقد ليلاً (٥).

المكروه عند إيقاع العقد

(مسألة ٦): يُكره عند الترويح أمور (٦):

منها: إيقاع العقد والقمر في العُقرب، أى في برجها، لا المنازل المنسوبة إليها، وهى: القلب والإكليل والزبان والشوله.

ص: ١٧٣

١- [١] من لا يحضره الفقيه: ١/١٦٩، ح ٤٩٥، الوسائل: الباب (٣٤) من أبواب الاحتضار وما يناسبه، ح ٢، وفيهما: «إذا دُعيتُم إلى

الجنّازة فأسرِعوا، وإذا دُعيتُم إلى العرائس فأبطِئوا».

٢- بكسر العين. (الفيروزآبادى).

٣- بل الظاهر كفايه الحمد فقط أيضاً. (السبزواری).

٤- لعلّ استحبابه لا يختصّ بالدائم إذا كان مُعرّضاً لتوليد الولد. (حسن القمى).

٥- الظاهر ورود الخبر في الزفاف، لا العقد. (المرعشى).

٦- قد تقدّم أنّ الأحوط رعايتها ورعايه غيرها المذكوره في كتب السنن رجاءً. (المرعشى).

ومنها: إيقاعه يوم الأربعاء (١).

ومنها: إيقاعه في أحد الأيام (٢) المنحوسه (٣) في الشهر، وهي الثالث،

والخامس، والثالث عشر، والسادس عشر، والحادي والعشرون، والرابع والعشرون، والخامس والعشرون.

ومنها: إيقاعه في محاق الشهر، وهو الليلتان (٤) أو الثلاث (٥) من آخر الشهر.

ترجيح جملة صفات للتزويج

(مسألة ٧): يُستحبُّ (٦) اختيار امرأةٍ تجمع صفات: بأن تكون بكرًا،

وَلُودًا، وِدُودًا (٧)، عفيفه، كريمه الأصل، بأن لا تكون من زنا أو حيض أو

ص: ١٧٤

١- النصّ المذى وجدته خاصّ بالدخول في ليله الأربعاء، لا- العقد، ولا- الزفاف بدون دخول، ولا- في يوم الأربعاء. (محمّد الشيرازي).

٢- لم أجد به نصًّا في هذه العُجالة، ولكنّ باب التسامح واسع. (محمّد الشيرازي).

٣- لم يقدّم دليل يُعتدُّ به على ذلك وإنّ نسب إلى روايه (راجع الوسائل: الباب (٢٧) من أبواب آداب السفر، ح ١). (الكوه كَمَرِي). * لا دليل مُعتدُّ به على ذلك، وإنّ نسب إلى الروايه. (الشريعةمداري). * لا دليل يُعتدُّ به على الكراهه فيها. (المرعشي).

٤- النصوص مطلقه، ولا تخصّ الليل. (محمّد الشيرازي).

٥- بل هو ليله أو ليلتان. (عبدالله الشيرازي).

٦- الحكم بالاستحباب لا يخلو من إشكال. (المرعشي).

٧- التذكير من سهو القلم؛ إذ الوداد ليست من الصفات المختصّه بها كالولاده، والنبويّ المتضمّن لها ذكرت فيها مؤنّته في النسخ المصحّحه. (المرعشي).

شبهه، أو مَيِّن تنال الألسن آباءها أو أمهاتها، أو مسَّهم رَقَّ أو (١) كفر أو فسق معروف. وأن تكون سَمراء (٢) عِيناء (٣) عَجْزَاء (٤) مربوعه (٥)، طَيِّبه الريح،

ورمه الكعب (٦)، جميله ذات شَعْر، صالحه تُعِين زوجها على الدنيا والآخرة،

عزيزه في أهلها، ذليله مع بعلها، متبرجه مع زوجها، حصاناً مع غيره.

فعن النبي صلى الله عليه وآله : «إِنَّ خَيْرَ نِسَائِكُمْ: الْوَلُودُ الْوَدُودُ، الْعَفِيفَةُ الْعَزِيزَةُ فِي أَهْلِهَا، الذَّلِيلَةُ مَعَ بَعْلِهَا، الْمَتَبَرِّجَةُ مَعَ زَوْجِهَا، الْحِصَانُ عَلَى غَيْرِهِ، الَّتِي تَسْمَعُ قَوْلَهُ وَتُطِيعُ أَمْرَهُ، وَإِذَا خَلَا بِهَا بَدَلَتْ لَهُ مَا يُرِيدُ مِنْهَا، وَلَمْ تَبْدَلْ (٧) كَتَبَدَّلَ الرَّجُلُ» (٨).

ص: ١٧٥

١- في كراهه تزوج من مسَّ بعض آبائها كفر أو رَقَّ تأمل، بل إشكال. (محمد الشيرازي).

٢- أى يضرب لونها إلى الحمرة. (الفيروزآبادي).

٣- واسعه العين. (الفيروزآبادي).

٤- عظيمه كبيره الألتين. (الفيروزآبادي).

٥- متوسطه قامتها. (الفيروزآبادي).

٦- أسقط المصنّف من الخبر جزءاً، والخبر هكذا: رمه الكعب، عظيمه الكعْب، والمراد من قوله الأول: «رمه الكعب» أى خفى العظم النابت فى طرفى الساق منها يمينها وشمالها، ومن الثانى سمينه عريض فرجها. وضبط الكعْب بتقديم العين، كما فى المجمع (مجمع البحرين: ٤/٤٩، مادة كعْب). وبتقديم الشاء، كما فى القاموس (القاموس المحيط: ١/١٢٢، مادة كعْب). (الفيروزآبادي).

٧- أى تتصاون، فتمنع فى الجملة على الدلال، كأنها تشتهى وتُظهِر عدم الميل. (الفيروزآبادي).

٨- [٨] الكافى: ٥/٣٢٤، الوسائل: الباب (٦) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

ثم قال: «ألا أخبركم بشئ رار نساءكم: الذليله فى أهلها، العزيزه مع بعلمها، العقيم الحقود، التى لا تدرع(١) من قبيح، المتبرجه(٢) إذا غاب عنها بعلمها، الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله، ولا تطيع أمره، وإذا خلا بها بعلمها تمنعت منه، كما تمنع الصعبه عن ركوبها، لا تقبل منه عذراً، ولا تغفر له ذنباً»(٣).

الأخبار فى كراهه تزويج جملة من الرجال وما تحمل عليه

ويكره اختيار العقيم، ومن تضمنته الخبر المذكور من ذات الصفات المذكوره التى يجمعها(٤) عدم كونها نجيبه. ويكره الاقتصار على الجمال والثروه.

ويكره تزويج جملة أخرى.

منها: القابله(٥) وابنتها للمولود.

ومنها: تزويج ضره كانت لأمه مع غير أبيه.

ومنها: أن يتزوج أخت أخيه(٦).

ومنها: المتولده من الزنا(٧).

ص: ١٧٦

- ١- أى لا تجتنب. (الفيروز آبادى).
- ٢- أى الظاهره بالمشى والسوق. (الفيروز آبادى).
- ٣- [٣] الكافى: ٥/٣٢٥، ح ١، من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٩١، ح ٤٣٧٦، تهذيب الأحكام: ٧/٤٠٠، ح ٧، الوسائل: الباب (٧) من أبواب مقدمات النكاح، ح ١، وفى المصادر الثلاثة الأخيره (عند ركوبها) بدل (عن ركوبها).
- ٤- لا يخفى أنّ عدم النجابه ليس بجامع لجميع ما ذكر. (المرعشى).
- ٥- المريبه، كما تقدم فى المسأله الرابعه. (زين الدين).
- ٦- أى من الرضاعه. (الفيروز آبادى).
- ٧- قد مرّ منه الحكم بكراهه تزويج المتولده من الزنا، ولا وجه للإعاده. (اللكراني).

ومنها: الزانية (١).

ومنها: المجنونه.

ومنها: المرأه الحمقاء، أو العجوزه.

وبالنسبه إلى الرجال: يكره تزويج سَيِّئِ الخلق، والمُخَنَّث، والزنج، والأ-كراذ (٢)، والخَزْر، والأ-عرابي (٣)، والفاسق، وشارب الخمر.

مستحبات الدخول على الزوجه

(مسألة ٨): مستحبات الدخول (٤) على الزوجه أمور:

منها: الوليمه (٥) قبله أو بعده.

ومنها: أن يكون ليلاً؛ لأنه أوفق بالستر والحياء، ولقوله صلى الله عليه وآله: «زُفُوا عرائسكم ليلاً، وأطعموا ضحى» (٦). بل لا يبعد استحباب الستر المكاني أيضاً.

ص: ١٧٧

١- تراجع المسألة السابعة عشره من فصل: لا يجوز التزويج في عدّه الغير. (زين الدين). * إذا كانت معلنه لا يجوز تزويجها إلّا مع التوبه. (تقى القمى).

٢- ولعلّ بعض ما ذكر كان مختصاً بزمان صدور الروايه، كما ربّما يؤيّد به بعض العللا المذكوره فيها، كما فى الخَزْر، وبعض ما ذكر لاختلاف العادات كثيراً ممّا يؤدّي غالباً إلى الشجار، ونحو ذلك من الإرشاديّات التى ما أكثرها فى روايات الأحكامغير الإلزاميه، كما هو ظاهر للمتتبع فيها. (محمّد الشيرازى).

٣- أى أهل الباديه. (المرعشى).

٤- الكلام فى أكثر هذه الأمور هو الكلام الذى تقدّم مراراً. (المرعشى).

٥- وقد أطبق أهل القبله على استحبابها، وإن اختلفوا فى بعض خصوصياتها. (المرعشى).

٦- [٦] الكافى: ٥/٣٦٦، ح ٢، دعائم الإسلام للمغربى ٢: ٢١٠، من لا يحضره الفقيه: ٣/٤٠١، ح ٤٤٠٣، تهذيب الأحكام: ٧/٤١٨، ح ٤٨، الوسائل: الباب (٣٧) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

ومنها: أن يكون على وضوء.

ومنها: أن يصلّى ركعتين، والدعاء بعد الصلاة _ بعد الحمد والصلاة عليّمحمّد وآله _ بالألفه وحسن الاجتماع بينهما، والأولى المأثور، وهو: «اللهم ارزقني ألفتها وودّها ورضاها بي، وأرضني بها، واجمع بيننا بأحسن اجتماع وأنفس ائتلاف، فإنك تحبّ الحلال وتكره الحرام»(١).

ومنها: أمرها بالوضوء والصلاة، أو أمر من يأمرها بهما.

ومنها: أمر من كان معها بالتأمين على دعائه ودعائها.

ومنها: أن يضع يده على ناصيتها مستقبل القبلة ويقول: «اللهم بأمانتك أخذتها، وبكلماتك استحللتها، فإن قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقيّاً من شيعة آل محمّد صلى الله عليه وآله، ولا تجعل للشيطان فيه شريكاً ولا نصيباً»(٢) أو يقول: «اللهم على كتابك تزوّجتها، وفي أمانتك أخذتها، وبكلماتك استحللت فرجها، فإن قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً، ولا تجعله شريكاً للشيطان»(٣) ويكره الدخول ليله الأربعة.

أكل ما ينثر في الأعراس

(مسألة ٩): يجوز أكل ما يُنثر في الأعراس مع الإذن ولو بشاهد الحال،

ص: ١٧٨

١- [١] الكافي: ٥/٥٠٠، ح ١، دعائم الإسلام للمغربي: ٢/٢١١، ح ٧٧٣، الوسائل: الباب (٣٧) من أبواب بقيّة الصلوات المندوبة، ح ١، مع اختلاف في بعض الألفاظ.

٢- [٢] فقه الرضا: ٢٣٥، الكافي: ٥/٥٠٣، ح ٥، الوسائل: الباب (٥٥) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢، مع اختلاف في بعض الألفاظ.

٣- [٣] الكافي: ٥/٥٠١، ح ٣، تهذيب الأحكام: ٧/٤٠٧، ح ١، الوسائل: الباب (٥٣) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

إن كان عامّاً فللعوم، وإن كان خاصّاً فللمخصوصين. وكذا يجوز (١) تملكه مع الإذن فيه (٢)، أو بعد الإعراض (٣) عنه (٤) فيملك، وليس لمالكه الرجوع فيه (٥) وإن كان عينه موجوداً. ولكنّ الأحوط لهما

ص: ١٧٩

- ١- فيه تأمل. (اللكراني).
- ٢- الإذن في التملك مميّلاً لا محصّلاً له؛ فإنّ التملك والتملك من ذوات الأسباب التّيتلا تحصل إلّا بأسبابها الخاصّه شرعاً، والإذن بالتملك ليس من الأسباب الشرعيّه، فلو قال لك رجل: «تملك داري»، فقلت: «تملكتها» لم تحصل الملكيه قطعاً، نعم، لهأن يوكلك على تملكها لك عنه، فتجربى بيعاً أو صلحاً بالوكاله عنه. أمّا نثار الأعراس وما يُبذل من الطعام في الولائم فليس فيه شيء من ذلك، وإنّما هو إباحه صرفه، أو إذن في الإتلاف فقط، فله الرجوع مع بقاء عينه قطعاً، ولا يجوز له بيعه أو أخذ عوض عنه. (كاشف الغطاء). * ولو بشاهد الحال. (المرعشى). * ولو من شاهد الحال. (السبزواري). * الإذن في التملك ليس من المملكات شرعاً، فلا اعتبار به إلّا أن يرجع إلى نحو من التملك، أو إلى الإعراض، كما هو غير بعيد. (زين الدين).
- ٣- بناءً على خروج المُعرّض عنه عن ملك المُعرّض بالكسر. (المرعشى). * هذا مبنى على كون الإعراض عن الشيء مُخرِجاً له من الملك، كما لا يبعد؛ وعليه فيصحّ التملك للعوم. (محمّد رضا الكلبايگاني). * التملك بمجرد الإعراض بلا إذن فيه، وكذا عدم جواز الرجوع على فرض صحّها التملك محلّ إشكال. (حسن القمّي).
- ٤- بناءً على أنّه يوجب زوال ملك مالكه. (السبزواري).
- ٥- فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك. (الخوئي). * لا يُترك الاحتياط. (زين الدين). * فيه تأمل. (الروحاني).

مستحبات ومكروهات الجماع

(مسألة ١٠): يُستحبّ عند الجماع الوضوء، والاستعاذه، والتسميه، وطلب الولد الصالح السويّ، والدعاء بالمأثور، وهو أن يقول: «بسم الله وبالله، اللهمّ جنبني الشيطان، وجنب الشيطان ما رزقتني» (٢)، أو يقول: «اللهمّ بأمانتك أخذتها» إلى آخر الدعاء السابق، أو يقول: «بسم الله الرحمن الرحيم، الذي لا إله إلا هو، بديع السماوات والأرض، اللهمّ إن قضيت مني في هذه الليلة خليفه فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظاً، واجعله مومنًا مخلصاً مصفّى من الشيطان ورجزه، جلّ ثناوك» (٣). وأن يكون في مكانٍ مستور.

أوقات كراهه الجماع

(مسألة ١١): يُكره (٤) الجماع: ليله خسوف القمر، ويوم كسوف الشمس،

وفى الليلة واليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحمراء، واليوم الذي فيه الزلزله، بل في كلّ يومٍ أو ليلةٍ حدّث فيه آية مخوفه.

وكذا يُكره عند الزوال، وعند غروب الشمس حتّى يذهب الشفق، وفي

ص: ١٨٠

١- لا ينبغي تركه. (المرعشى).

٢- [٢] الكافي: ٥/٥٠٣، ح ٣، مسند أحمد: ١/٢٨٦، صحيح البخارى: ٤/٩٤، الوسائل: الباب (٦٨) من أبواب مقدمات النكاح، ح ٣.

٣- [٣] الكافي: ٥/٥٠١، ح ٢، الوسائل: الباب (٦٨) من أبواب مقدمات النكاح، ح ٤.

٤- الكلام فيه هو الكلام فى أضرابه، وقد تقدّم مراراً، والأظهر أنّ أكثر ما ذكره منهيارشاداً. (المرعشى).

المحاق، وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي أول ليله من كل شهر، إلّا في الليلة الأولى من شهر رمضان فإنه يُستحبّ فيها، وفي النصف من كل شهر، وفي السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال، وبين الأذان والإقامة، وفي ليله الأضحى.

ويُكره في السفينه، ومستقبل القبله ومستدبرها، وعلى ظهر الطريق، والجماع وهو عُريان، وعقيب الاحتلام قبل الغُسل أو الوضوء (١)، والجماع

وهو مختضب أو هي مختضبه، وعلى الامتلاء، والجماع قائماً، وتحت الشجره المشمره، وعلى سُقُوف البُنيان، وفي وجه الشمس إلّا مع السُتر.

ويُكره أن يجامع وعنده من ينظر إليه ولو الصبى الغير المميّز، وأن ينظر إلى فرج الامراه حال الجماع، والكلام عند الجماع إلّا بذكر الله تعالى، وأن يكون معه خاتم فيه ذكر الله أو شيء من القرآن.

جملة من سنن النكاح وآدابه

ويُستحبّ الجماع ليله الاثنين والثلاثاء والخميس والجمعه، ويوم الخميس عند الزوال (٢)، ويوم الجمعه بعد العصر. ويستحبّ عند ميل الزوجه

إليه.

(مسأله ١٢): يُكره للمسافر أن يطرُق أهله ليلاً (٣) حتى يُصبح.

(مسأله ١٣): يُستحبّ السعى في التزويج والشفاعه فيه بإرضاء الطرفَين.

ص: ١٨١

١- لم نقف للوضوء على مستند، سوى فتوى بعض الفقهاء به، كصاحب الشرائع قدّس سرّه (زين الدين).

٢- بل بعده، وأما عنده فلم أر دليلها. (الخميني).

٣- مع عدم علمهم قبلاً بوروده في الليل، وعدم تهيئتهم له. (السبزواري). * إلّا مع الإعلام بذلك، أو الاطلاع عليه. (اللانكراني).

(مسأله ۱۴) : يُسْتَحَبُّ تَعْجِيلُ تَزْوِيجِ الْبِنْتِ وَتَحْصِينِهَا بِالزَّوْجِ عِنْدَ بُلُوغِهَا، فَعَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ : «مِنْ سَعَادَةِ الْمَرْءِ أَنْ لَا تَطْمُثَّ ابْنَتُهُ فِي بَيْتِهِ» (۱).

(مسأله ۱۵) : يُسْتَحَبُّ حَبْسُ الْمَرْأَةِ (۲) فِي الْبَيْتِ فَلَا تَخْرُجُ إِلَّا لِمَنْ لَزُمَ،

وَلَا يَدْخُلُ عَلَيْهَا أَحَدٌ مِنَ الرِّجَالِ (۳).

(مسأله ۱۶) : يُكْرَهُ تَزْوِيجُ الصِّغَارِ قَبْلَ الْبُلُوغِ.

(مسأله ۱۷) : يُسْتَحَبُّ تَخْفِيفُ مَوْنِهِ التَّزْوِيجِ وَتَقْلِيلُ الْمَهْرِ.

(مسأله ۱۸) : يُسْتَحَبُّ مَلَاعِبُهُ الزَّوْجَةَ قَبْلَ الْمَوَاقِعِ.

(مسأله ۱۹) : يَجُوزُ لِلرَّجُلِ تَقْبِيلُ أَيِّ جِزْءٍ مِنْ جِسْمِ زَوْجَتِهِ، وَمَسُّ أَيِّ جِزْءٍ مِنْ بَدَنِهِ بِبَدَنِهَا.

(مسأله ۲۰) : يُسْتَحَبُّ اللَّبْثُ وَتَرْكُ التَّعْجِيلِ عِنْدَ الْجَمَاعِ.

(مسأله ۲۱) : يُكْرَهُ الْمَجَامِعُ تَحْتَ السَّمَاءِ.

(مسأله ۲۲) : يُسْتَحَبُّ إِكْثَارُ الصَّوْمِ، وَتَوْفِيرُ الشَّعْرِ لِمَنْ لَا يَقْدِرُ عَلَى التَّزْوِيجِ مَعَ مَيْلِهِ وَعَدَمِ طَوْلِهِ.

(مسأله ۲۳) : يُسْتَحَبُّ خَلْعُ خَفِّ الْعُرُوسِ إِذَا دَخَلَتِ الْبَيْتَ، وَغَسْلُ رِجْلَيْهَا، وَصَبُّ الْمَاءِ مِنْ بَابِ الدَّارِ، إِلَى آخِرِهَا.

ص: ۱۸۲

۱- [۱] الكافي: ۵/۳۳۶، ح ۱، من لا يحضره الفقيه: ۳/۴۷۲، ح ۴۶۴۷، الوسائل: الباب (۲۳) من أبواب مقدمات النكاح، ح ۱.

۲- فيما لا ينفى العشره بالمعروف المأمور بها، ولا ينفى سيره المعصومين: معزجاتهم. (محمد الشيرازي).

۳- أي الأجنب، لا المحارم. (محمد الشيرازي).

(مسألة ٢٤): يُسْتَحَبُّ (١) منع (٢) العروس (٣) في أسبوع العرس من الألبان والخَلِّ والكزبره والتُّفَّاح الحامض.

(مسألة ٢٥): يُكْرَهُ اتِّحَادُ خِرْقَةِ الزَّوْجِ وَالزَّوْجَةِ عِنْدَ الْفِرَاقِ مِنَ الْجَمَاعِ.

النظر إلى المرأة لمن يريد تزويجها

(مسألة ٢٦): يجوز لمن يريد تزويج امرأه (٤) أن ينظر إلى وجهها وكفيها

وشعرها (٥) ومحاسنها (٦). بل لا يبعد (٧) جواز النظر إلى سائر جسدها (٨)

ص: ١٨٣

- ١- مع الدخول بها. (صدرالدين الصدر).
- ٢- الظاهر الاختصاص بالمدخوله. (المرعشى).
- ٣- يعنى بعد الدخول بها. (زين الدين).
- ٤- ليست فى حباله أحد (أى فى ملكه وتحتة)، ولا فى عدته. (المرعشى).
- ٥- الأحوط الاقتصار على الوجه. (عبدالله الشيرازى). * الأحوط الاقتصار على الوجه والكفين. (محمّد رضا الكلبيگانى).
- ٦- الأحوط إن لم يكن أقوى هو الاقتصار على الوجه والكفين. (البروجردى).
- ٧- بل بعيد، والأحوط الترك. (صدرالدين الصدر). بل هو الأقوى بعد ما كانت مبتاعه بأعلى الثمن، والمناقشه فى بعض النصوص أو تقييدها ضعيفه، والتفصيل فى المبسوطات. (المرعشى). * بل الأظهر اختصاص جواز النظر بالوجه واليدين، بما فىهما المِعْصَمَ وَالشَّعْرَ وَالسَّاقَيْنِ. (الخوئى).
- ٨- يشكل ذلك، فلا يُتْرَكُ الاحتياط. (زين الدين). * فى الجواهر (جواهر الكلام: ٢٩/٦٧): فلا محيص للفقهاء الذى كشف الله تعالى عن بصيرته عن القول بجواز النظر إلى جميع جسدها، وهو متين. (الروحانى).

ماعداء عورتها، وإن كان الأحوط خلافه (١). ولا يشترط أن يكون (٢) ذلك

بإذنها ورضائها، نعم، يشترط (٣) أن لا يكون بقصد التلذذ وإن علم أنه يحصل بنظرها قهراً. ويجوز تكرار النظر إذا لم يحصل الغرض، وهو الاطلاع على حالها بالنظر الأول، ويشترط أيضاً (٤) أن لا يكون مسبوقاً بحالها (٥) وأن يحتمل اختيارها (٦) وإلا فلا يجوز.

ص: ١٨٤

١- كما أن الأحوط الاقتصار على الوجه والكفين. (الحائري). * لا يُترك؛ لعدم تماميه المستند في قبال عمومات حرمه النظر إلى الأجنبي (الوسائل: الباب (١٠٤) من أبواب مقدمات النكاح، أحاديث الباب). (آقا ضياء). * لا يُترك. (الكوه كمرى، الإصطهباناتي، الشريعتمداري، السبزواري). * لا يُترك جداً. (عبدالله الشيرازي).

٢- بشرط احتمال قبولها التزويج معه احتمالاً عقلياً. (المرعشي).

٣- على الأحوط. (تقى القمي). * كما أنه يشترط أيضاً خلوّ المرأة عن المانع، فلا يجوز النظر إلى المرأة ذات البعلوالمعتدّه. (اللكراني).

٤- ويشترط أيضاً أن تكون المرأة خَلِيَّةً عن المانع، فلا يجوز النظر إلى ذات البعلوالمعتدّه. (الخميني).

٥- بشرط أن لا يكون تجديد النظر إليها موجباً لزيادة البصيره، فيجوز في هذا الصوره. (الفاني).

٦- أي اختياره إياها، وكذا يشترط أن يحتمل اختيارها إياه. (اللكراني).

ولا فرق بين أن يكون قاصداً لتزويجها(١) بالخصوص، أو كان قاصداً

لمطلق التزويج، وكان بصدد تعيين الزوجه بهذا الاختبار(٢)، وإن كان

الأحوط(٣) الاقتصار(٤) على الأول(٥).

وأيضاً لا- فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر من توكيل امرأه تنظر إليها وتُخبره أو لا؟ وإن كان الأحوط الاقتصار(٦) على الثاني.

نظر المرأة إلى الرجل الذي يريد تزويجها

ولا يبعد جواز نظر(٧)

ص: ١٨٥

- ١- واختيارها مع موافقتها لطبعه. (الفيروز آبادي).
- ٢- مع احتمال اختيارها(وفي نسخة أخرى: اختبارها)، والصحيح ما أثبتناه من نسختي الأصل). بالخصوص. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٣- لا يُترك. (البروجردى، اللنكراني).
- ٤- لا يُترك. (الإصفهاني، الكوه كمرى، الإصطهباناتي، عبد الهادي الشيرازي، عبدالله الشيرازي). * بل الأقوى. (صدرالدين الصدر). * لا يُترك، وكذا ما بعده. (السبزواري).
- ٥- لا- يُترك. (الخميني، حسن القمي). * هذا الاحتياط لا يُترك؛ لأنّ الإذن ورد في الروايات بالنسبة إلى التي أراد تزويجها، لا التي إذا اختارها يتزوَّجها. (الجنوردي). * بل الأقوى ذلك(وفي نسخة أخرى: لا يُترك الاحتياط). (الخوئي).
- ٦- لا ينبغي تركه. (الكوه كمرى).
- ٧- فيه إشكال. (عبد الهادي الشيرازي).

المراه (١) أيضاً (٢) إلى الرجل الذي يريد تزويجها، ولكن لا يُترك الاحتياط (٣) بالترك.

وكذا يجوز النظر إلى جارِيه يريد شراءها وإن كان بغير إذن سيدها، والظاهر اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه، فلا يشمل الوكيل (٤) والولي

والفضولي. وأما في الزوجه فالمقطوع هو الاختصاص.

النظر إلى نساء أهل الذمه وسائر الكفار

(مسأله ٢٧): يجوز النظر إلى نساء أهل الذمه (٥)، بل مطلق الكفار مع (٦) عدم التلذذ والريبه (٧)، أي خوف الوقوع في الحرام (٨)، والأحوط الاقتصار (٩)

ص: ١٨٤

١- فيه إشكال. (الخوانساري). * وهو موضع تأمل. (زين الدين).

٢- فيه إشكال. (عبدالله الشيرازي، الروحاني).

٣- بل لا يخلو من قوه. (صدرالدين الصدر). * بل عدم الجواز لا يخلو من قوه. (البروجردى). * لا يُترك. (عبدالله الشيرازي). * هذا الاحتياط يجوز تركه. (محمد الشيرازي).

٤- على الأحوال في غير الفضولي وفيه، فالأقوى عدم الشمول. (محمد الشيرازي).

٥- لخروجهن عن آيه الغضّ بالدليل. (المرعشي).

٦- على الأحوال. (تقي القمي).

٧- والأحوط أن لا يكون النظر مقصوداً أصلياً. (الحائري). * وخوف الافتتان. (المرعشي).

٨- أو الميل للوقوع في محرم مع المنظور، وإن لم يخف الوقوع فيه. (زين الدين).

٩- لا يُترك الاحتياط. (الحائري). * لا يُترك. (الكوه كمرى).

على المقدار الذى جرت (١) عاداتهنّ (٢) على عدم ستره (٣). وقد يلحق بهم نساء أهل البوادي والقرى من الأعراب وغيرهم (٤) ، وهو مشكل (٥).

نعم، الظاهر عدم حرمة التردّد فى الأسواق ونحوها مع العلم بوقوع (٦)

ص: ١٨٧

- ١- فى الأزمنة السابقة. (عبدالله الشيرازى).
- ٢- فى الأزمنة السابقة. (البرجردى، الروحانى). * فى زمان صدور النصوص إذا أحرز، وفى صورته الشكّ لا يُترك الاحتياط بالترك. (المرعشى). * والأحوط الاقتصار على ما كانت عاداتهنّ على عدم ستره فى زمان النبى صلى الله عليه وآله والأئمّه ، وأما ما استُحدث فى زماننا من عدم ستر المحاسن فالأحوط ترك النظر. (محمّد رضا الكلبايگانى). * المناط على عادته ذوات العقّه والنجابه فى الأزمنة القديمه، لا- عادته المتبرّجات مطلقاً. (السبزوارى). * فى الزمان السابق _ قبل هذا القرن _ من مقدار الوجه والكفّين وبعض الذراعين، وبعض الشعر والقدمين. (محمّد الشيرازى).
- ٣- بل الاقتصار على ما جرت عاداتهنّ على عدم ستره فى زمان الرسول والأئمّه ؛ لا فى الأزمنة الحاضره. (زين الدين).
- ٤- بل لا يجوز فى غير الرأس والشعر، وفيهما لا مانع منه. (عبدالله الشيرازى).
- ٥- لا يبعد الإلحاق. (الفانى). * لا إشكال فيه. (الحوثى). * لكنّ الأظهر جواز الترك. (حسن القمى). * لا وجه للإشكال. (تقى القمى).
- ٦- مع التصميم على ترك النظر العمديّ. (المرعشى).

النظر (١) عليهنّ. ولا يجب غصّ البصر (٢) إذا لم يكن هناك خوف افتتان (٣).

نظر كل من الرجل والمرأة لمماثله

(مسألة ٢٨) : يجوز لكل من الرجل والمرأة النظر إلى ما عدا العوره من مماثله، شيخاً أو شاباً، حسن الصورة أو قبيحها، ما لم يكن بتلذذ أو ريبه (٤).

نعم، يكره كشف المسلمه بين يدي اليهودية والنصرانية، بل مطلق الكافره (٥)، فإنهنّ يصفن ذلك لأزواجهنّ. والقول بالحرمة للآيه، حيث قال

تعالى: (أَوْ نَسَائِهِنَّ) (٦)، فخصّ بالمسلمات ضعيف؛ لاحتمال كون (٧) المراد من نسائهنّ الجوارى (٨) والخدم لهنّ من الحرائر.

ص: ١٨٨

- ١- مع توطين النفس على ترك النظر عمداً، والصرف على تقدير وقوعه اتفاقاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٢- إن كان فيه الحرج، وهو المناط، لا- خوف الافتتان. (الفيروزآبادي). * محلّ تأمّل إذا كان عالماً بوقوع النظر عليهنّ. (البروجردى). * مع عدم التعمّد في مقدّمات النظر. (السبزواري).
- ٣- أو تلذذ أو ريبه، كما تقدّم في نظيره. (زين الدين).
- ٤- أو خوف افتتان. (محمّد الشيرازي).
- ٥- وهو الأقوى بالمناط المنقّح. (المرعشي).
- ٦- النور: ٣١.
- ٧- ويحتمل كون المراد بهنّ: الأرحام. (المرعشي). * هذا الاحتمال ضعيف جداً؛ إذ الظاهر أنّ المراد من نسائهنّ: الحرائر بقربنه قولهنّ تعالى: (أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ) (النور: ٣١). (الخوئي).
- ٨- أو مطلق النساء، كما احتمله بعض المفسّرين. (محمّد رضا الكلبيكاني). * أو مطلق النساء أو الأرحام مثل العمّه والخاله. (اللكراني).

حَلْيَهُ كَلَّ الْمَرْأَةُ لِرُجُلِهَا وَالرَّجُلُ لِرُجُلَتِهِ

(مسألة ٢٩): يجوز لكل من الزوج والزوجة النظر إلى جسد الآخر حتى العورة، مع التلذذ وبدونه، بل يجوز لكل منهما مسّ الآخر (١) بكل عضوٍ منه

كل عضوٍ من الآخر مع التلذذ وبدونه.

نظر الخنثى إلى الذكر وبالعكس

(مسألة ٣٠): الخنثى (٢) مع الأنثى (٣) كالذكر (٤)، ومع الذكر (٥) كالأنثى (٦).

حكم النظر إلى الأجنبية وهي إلى الأجنبية وحكم الوجه والكفين

(مسألة ٣١): لا يجوز النظر إلى الأجنبية، ولا للمرأة النظر إلى الأجنبية (٧) من غير ضروره، واستثنى

ص: ١٨٩

- ١- وإدخاله. (الفيروز آبادي).
- ٢- في إطلاق التشبيه في المقامين إشكال؛ للتخلف في بعض الأحكام كالنظر، فيجوز لكل من الرجل والمرأة النظر إلى الخنثى، فتدبر في الأحكام المرعية من كل جانب بالنسبة إلى الجانب الآخر، ولعل المصنّف؛ أراد تكليف الخنثى مع الابتلاء بأحدهما، لا تكليفهما بالنسبة إليه، وإن كان ظاهر العبارة الإطلاق. (الفيروز آبادي).
- ٣- أي في معاملتها مع الأنثى والذكر، لا معاملتها معها، وإن كان الأحوط لهما ذلك. (الخميني).
- ٤- في صورته الابتلاء بطرفي العلم. (المرعشي). * بناءً على كون العلم الإجمالي منجزاً بالجملة. (تقي القمي).
- ٥- إذا لم يكن حرجياً، ولكنّه حرجي فلا يجب الاحتياط. (عبدالله الشيرازي).
- ٦- على الأحوط. (محمد الشيرازي). * وهما معها كماثلهما. (اللكراني).
- ٧- ولا يبعد الجواز، مثل الوجه والرأس والرقبة واليدين والرجلين ممّا جرت عليها سيره في عهد المعصومين : من غير منع ظاهر. (محمد الشيرازي). * الظاهر جواز نظرها إلى مثل الرأس، والوجه، والرقبة، واليدين إلى الذراع، والساقين من الرجل؛ لسيّره المتشرّعيه القطعيه. (الروحاني).

جماعه (١) الوجه والكفين، فقالوا بالجواز فيهما (٢) مع عدم الريبه والتلذذ،

وقيل (٣) بالجواز فيهما مرّه، ولا يجوز تكرار النظر، والأحوط (٤) المنع (٥) مطلقاً (٦).

ص: ١٩٠

١- [١] تحرير الأحكام: ٣/٤١٩، جامع المقاصد للكركي: ١٢/٤١، كفايه الأحكام للسبزواري: ٢/٨٤، كشف اللثام للفاضل الهندي: ٧/٢٥، رياض المسائل للسيد الطباطبائي: ١٠/٦٧.

٢- وهو الأقوى. (الفيروزآبادي). * وهو الأقوى بحسب الدليل، والأظهر عدم وجوب التستر عليها بالنسبه إليهما أيضاً. (الروحاني). * الضمير راجع إلى الوجه والكفين دون الرجل والمرأه، وإن كان القائل بالجواز مطلقاً أو في الجملة لم يفرّق بينهما، وظاهر العبارة أيضاً يُعطى ذلك، إلّا أنّه عليتقدير ثبوت الاستثناء في المرأه _ كما هو غير بعيد _ لا ملازمه بينها وبين الرجل، والإجماع غير ثابت. (اللكراني).

٣- [٣] تحرير الأحكام: ٣/٤١٩، إيضاح الفوائد: ٣/٧، شرائع الإسلام: ٢/٤٩٥، جامع المقاصد: ١٢/٣٢، كشف اللثام (ط. ج): ٧/٢٥.

٤- بل الأقوى. (النائيني، جمال الدين الكلبيگاني). * لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين).

٥- بل لا يخلو من قوه. (عبدالله الشيرازي). * مراعاة هذا الاحتياط حسن جداً. (الفاني). * بل هو الأقوى، والتفصيل موكول إلى محلّه. (المرعشي). * بل لا يخلو من قوه. (محمّد رضا الكلبيگاني).

٦- لا يُترك. (الكوه كمرى، الإصطهباناتي). * ولكنّ الأقوى الجواز مع عدم الريبه مطلقاً. (كاشف الغطاء). * وإن كان الجواز لا يخلو من قرب. (الخميني). * وكذا الأحوط ترك نظر الأجنبيّه إلى وجه الأجنبيّ وكفيّه. (السبزواري). * إذا كان موضع افتتاح، أو كان في الوجه والكفين زينه. هذا، وقد تقدّم من الماتن قدّس سرّه في أوّل السّتر والسائر الاحتياط الاستحبابي في سترهما. (محمّد الشيرازي).

(مسألة ٣٢): يجوز النظر إلى المحارم التي يحرم عليه نكاحهن، نسباً أو رضاعاً (١) أو مُصَاهِرَهُ، ما عدا العوره مع عدم تلذُّذٍ وريبه وكذا نظرهنَّ إليه.

نظر السيد إلى مملوكته

(مسألة ٣٣): المملوكه كالزوجه (٢) بالنسبه إلى السيد (٣) إذا لم تكن (٤) مشرکه (٥)،

ص: ١٩١

١- يختص الحكم المذكور بالمحارم الرضاعية التي نُزِّلَتْ بمنزله محارم النسب، ولا يعم ما ثبت تحريمه بقاعده يحرم على أب المرتضع أن ينكح في أولاد صاحب اللبن أو أولاد المرضعه، فلا- يجوز له النظر إليهنَّ، ويختص الحكم بمحارم المصاهر التي نشأت الحرمة فيها من جهه الزوجيه، فلا يعم ما نشأت الحرمة فيها من جهه الزنا أو اللواط، وهو واضح، وإطلاق العبارة في المتن وغيره غير مراد. (زين الدين).

٢- الظاهر أن المراد هو التشبيه في جواز النظر، لا في جواز الوطء؛ وعليه فاستثناء المذكورات محل تأمل. (اللكراني).

٣- في جواز نظر كل منهما إلى الآخر. (صدرالدين الصدر).

٤- الاستثناء من جواز الوطء، لا جواز النظر. (المرعشي). * على الأحوط في المشتركة والمشرکه والوثية والمرتده والمكاتبه، وهو فيالزوجه لا يخلو من قوه، وفي معناها المحلله، وكذا المعتده من وطء التزويج والتحليل على الأحوط. (زين الدين).

٥- هذا الاستثناء يحتاج إلى التأمل والمراجعه. (الخميني). * هذه الاستثناءات تحتاج إلى المراجعه. (الإصفهاني). * لم يظهر وجه الاشتراط بعدم كونها مشرکه أو وثية أو مرتده، وكان اللازم الاشتراط بعدم كونها ذات عده أيضاً. (الخوئي). * يجوز

للسيد النظر إلى أمته المشرکه والوثية والمزوجه والمكاتبه ما لم يعتق منها شيء، وكذا المرتده، فاستثناء المذكورات إنما يصح من جواز الوطء في غير المكاتبه قبل اعتناق شيء منها، فإن الظاهر فيها جواز الوطء أيضاً، وتلحق بما ذكر في عدم جواز الوطء:

المعتده من غير السيد تزويجاً أو تحليلاً أو شبهه، وأما المحلله قبل وطء المحلل له فيجوز للسيد وطؤها بالرجوع من تحليله، وأما بعد الوطء فهي معتده من غير السيد، وقد مر الحكم فيها. (محمد رضا الكليبايگاني). * الاستثناء بنحو الإجمال بالنسبه إلى الوطء

صحيح، وأما بالنسبه إلى جواز النظر بعد لم يظهر وجهه، نعم، اللازم الاشتراط بعدم كونها ذات عده على قوه، أو عليالاحتياط، وكذا المحلله بعقد التحليل. (عبدالله الشيرازي). * استثناء المشرکه والوثية والمرتده إنما يكون من جهه ما ادّعاء جماعه

مناللازم في الأمه بين جواز النكاح ذاتاً والنظر، وإذا لم يَجُزْ نكاحها ذاتاً لم يَجُزْ النظر إليها، وحيث إنه لم يدل دليل على ذلك فالأظهر عدم الاستثناء. (الروحاني).

- ١- على ما أرسله بعضهم إرسال المسلمات، لكن ما ظفرنا على نص يدل على الاستثناء إلا في المزوجه. (حسن القمي).
- ٢- هذا الاستثناء بالنسبة إلى جواز الوطء، لا بالنسبة إلى جواز النظر. (الإصطهباناتي). * استثنواها إنما هو من جواز الوطء، لا من جواز النظر. (البروجردى). * هذا الاستثناء في هاتين بالنسبة إلى الوطء، وأما بالنسبة إلى جواز النظر فمحل تأمل، إلا إذا كان بينهما ملازمه، كما توهم. (البيجوردى). * فلا يجوز وطؤهما وإن جاز النظر إليهما. (الشريعةمداري). * إثبات ذلك بالدليل مشكل، فراجع الباب (١٤) من أبواب ما يكتسب به والباب (٦٩) من أبواب نكاح العبيد والإماء من الوسائل، وأما جواز النظر إليهما فلا إشكال فيه قطعاً. (الفاني).

أو مزوّجه (١)، أو مكاتبه، أو مرتدّه (٢).

(مسأله ٣٤) : يجوز النظر إلى الزوجه المعتدّه بوطء الشبهه وإن حرم وطوها، وكذا الأمه كذلك، وكذا إلى المطلقه الرجعيه ما دامت في العده ولو لم يكن بقصد (٣) الرجوع (٤).

ص: ١٩٣

١- أو معتدّه. (الإصطهباناتي). * أو معتدّه بعدّه تزويجها للغير على الأقوى، أو محلّله للغير بعقد التحليل عليالأحوط، بل وكذا المعتدّه من الوطء بالتحليل أو الشبهه. (البروجردى). * أو في عدّه الغير. (الفاني). * أو محلّله أو معتدّه بالدخول العقديّ أو التحليليّ أو الشبهه. (المرعشى).

٢- أو معتدّه، كلّ ذلك وطناً، لا نظراً، ولا بدّ من التأمل في هذه الحاشيه في أحكامالعبيد والإماء. (السبزواری). * على الأحوط. (محمّد الشيرازي).

٣- ولا- يتحقّق به الرجوع مع عدم التلذذ. (جمال الدين الكلبيگانی). * في تحقّق الرجوع بمجرّد النظر المقصود به الرجوع إشكال، والأقوى عدمه فيصوره عدم التلذذ. (المرعشى).

٤- فيه تأمّل. (الفيروزآبادي). * ولا- يتحقّق به الرجوع مع عدم التلذذ. (النائيني). * ولكنّ ترتّب الرجوع عليه مع عدم التلذذ والشهوه محلّ تأمل. (حسن القمّي).

(مسألة ٣٥) : يُستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبي والأجنبيه مواضع :

منها : مقام المعالجه، وما يتوقّف عليه من معرفه (١) نبض العروق (٢) ، والكسر، والجرح، والفصد والحجامه، ونحو ذلك إذا لم يمكن (٣) بالمماثل (٤) ، بل يجوز المسّ واللمس حينئذٍ (٥) .

ومنها : مقام الضروره، كما إذا توقّف الاستنقاذ (٦) من الغرق أو الحرق أو

نحوهما عليه، أو على المسّ.

ومنها : معارضه كلّ ما هو أهمّ في نظر الشارع مراعاته، من مراعاة حرمة النظر أو اللّمس.

ومنها : مقام الشهاده تحملاً أو أداءً مع دعاء الضروره، وليس منها ما عن العلامة (٧) من جواز النظر إلى الزائنين لتحمل الشهاده، فالأقوى عدم (٨)

ص: ١٩٤

١- إذا اضطرّ إليه ولم يمكن المعرفة من طريق آخر. (اللكراني).

٢- مع عدم الإمكان بمثل الآلات الحديثه. (الخميني).

٣- وكانت مضطرّة إلى معالجته. (المرعشي).

٤- بشرط أن يكون مساوياً مع غير المماثل في الرفق والعلاج. (الفاني). * وكان محتاجاً إليه بحيث يصدق عليه الاضطرار العرفي، كما هو كذلك في غالب المعاملات. (محمّد رضا الكلپايگانی).

٥- مع عدم التمكن من الآلات المعدّه لمثل ذلك. (السيزوارى).

٦- هذا من مصاديق معارضه الأهمّ في نظر الشارع، والفرع الأوّل داخل في الاضطرار. (الحائري).

٧- [٧] قواعد الأحكام: ٣/٤٩٨.

٨- بل الأحوط. (حسن القمي).

الجواز (١). وكذا ليس منها النظر إلى الفرج للشهادة على الولاده، أو الثدي

للشهادة على الرضاع وإن لم يمكن إثباتها بالنساء، وإن استجوده الشهيد (٢) الثاني (٣).

ومنها: القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً (٤) بالنسبه إلى ما هو

المعتاد له من كشف بعض الشعر (٥) والذراع ونحو ذلك، لا مثل الثدي والبطن

ونحوهما ممّا يعتاد سترهنّ له.

ومنها: غير المميّز من الصبيّ والصبيّه فإنّه يجوز النظر إليهما، بل اللمس، ولا يجب التسترّ منهما، بل الظاهر جواز النظر (٦) إليهما قبل البلوغ إذا لم يبلغا

ص: ١٩٥

١- إلّا مع الضروره، وكذا في الشهاده على الرضاع والولاده. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- [٢] مسالك الأفهام: ٧/٥١.

٣- ولعله الأصحّ. (محمّد الشيرازي).

٤- مدلول الآيه الشريفه ليس راجعاً إلى عدم وجوب تسترّ الشعر والرأس بالنسبه إليهنّ، بل راجع إلى عدم وجوب لبس الثياب الفوقائيه بالنسبه إليهنّ؛ لعدم ظهور أحجام الأعضاء، كما هو بالنسبه إلى غيرهنّ بمدلول الآيه، كما كان هو المعمول فيالسابق بالنسبه إلى جميع المسلمات، وفي عصرنا بالنسبه إلى أكثر المسلمات، فاعتنم. (عبدالله الشيرازي).

٥- الاختصاص ببعض الشعر مبنيّ على الاحتياط. (حسن القمي). * المستفاد من الأخبار جواز كشف ما يستره الخمار والجلباب من الشعر والرقبه وبعض الصدر والذراع، فلا وجه للتخصيص ببعض الشعر. (الروحاني).

٦- في إطلاقه تأمل. (محمّد الشيرازي).

مبلغاً يترتب على النظر منهما أو إليهما ثوران (١) الشهوه (٢).

حمل وتقبيل الصبيّه من غير المحارم

(مسأله ٣٦) : لا- بأس بتقبيل الرجل الصبيّه التي ليست له بمحرّم، ووضعها في حُجره قبل (٣) أن يأتي عليها ستّ سنين إذا لم يكن عن شهوه.

نظر المملوك والخصي لمالكتهما

(مسأله ٣٧) : لا يجوز (٤) للمملوك (٥) النظر إلى مالكته، ولا للخصي النظر

إلى مالكته أو غيرها، كما لا- يجوز للعنين والمحبوب بلا- إشكال، بل ولا- لكبير السنّ العدى هو شبه القواعد من النساء على الأحوط (٦).

نظر المرأة للرجل الأعمى

(مسأله ٣٨) : الأعمى كالبصير في حرمه نظر المرأة إليه (٧).

سماع صوت الأجنبيّه

(مسأله ٣٩) : لا بأس بسماع صوت الأجنبيّه ما لم يكن تلذذ ولا ريبه (٨)،

من غير فرقٍ بين الأعمى والبصير، وإن كان الأحوط (٩) الترك في غير مقام

الضروره. ويحرم عليها إسماع الصوت (١٠) الذي فيه تهيج للسامع بتحسينه

ص: ١٩٦

١- لا دليل على حرمه ثوران الشهوه، نعم، النظر على التلذذ حرام بحسب الارتكاز المتشرعيّ. (تقى القميّ).

٢- ولا مراهقاً وإن لم يوجب الثوران. (السبزواريّ).

٣- الحرمه بعد بلوغها الستّ مبنيّه على الاحتياط. (تقى القميّ).

٤- على الأحوط. (تقى القميّ).

٥- على الأحوط. (محمّد الشيرازيّ).

٦- بل على الأقوى. (صدرالدين الصدر).

٧- في ما يحرم، وقد تقدّم آنفاً. (محمّد الشيرازيّ).

٨- الحكم بالنسبه إلى الريبه مبنيّ على الاحتياط؛ لعدم الدليل على الحرمه. (تقيالقميّ).

٩- احتياطاً راجحاً. (الفانيّ).

١٠- على الأحوط، وظاهر الآيه الشريفه مختصّ بنساء النبيّ صلى الله عليه و آله . (حسن القمّي).

وترقيقه، قال (١) تعالى (٢): (فَلَا تَخْضَعْنَ (٣) بِالْقَوْلِ (٤) فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ) (٥).

مصافحه الأجنبي للأجنبي

(مسألة ٤٠): لا يجوز مصافحه الأجنبي، نعم، لا بأس (٦) بها من وراء

الثوب (٧)، كما لا بأس بلمس المحارم.

ص: ١٩٧

١- الظاهر أنه لا مجال للاستدلال بالآية على المدعى؛ فإنها لا تنطبق على ما أفاده، مضافاً إلى احتمال اختصاص الحكم بزوجات النبي صلى الله عليه وآله . (تقى القمي).

٢- في دلاله الآية على دعواه نظر. (المرعشي). * في شمول الآية لغير نساء النبي إشكال، ولكن لا يُترك الاحتياط في ذلك. (اللكراني).

٣- الوارد في الآية المباركة: (فَلَا تَخْضَعْنَ) (كذا في أصل التعليق، والكلمة هي نفسها في الآية الكريمة والتعليق). (الخوئي).

٤- الآية مختصة بنساء النبي صلى الله عليه وآله ، فالأولى الاستدلال له بارتكاز المتشرع، فالقول بالحرمة لو لم يكن أقوى لا ريب أنه أحوط. (الروحاني).

٥- الأحزاب: ٣٢.

٦- مع عدم الريبه والتلذذ، وكذا ما بعده. (عبدالله الشيرازي). * بشرط عدم التلذذ والريبه فيها وفي المحارم. (المرعشي). * مع عدم الريبه والتلذذ، وكذا في ما بعده، ولا يغمز كف الأجنبي لدى المصافحه. (الخميني). * مع عدم التلذذ والريبه، وكذا في لمس المحارم. (محمد رضا الكلبيكاني).

٧- مع عدم التلذذ والريبه، وكذا تاليه. (الإصطهباناتي). * مع عدم الريبه والتلذذ، وكذا ما بعده. (البروجردى). * مع الأمن من الريبه والتلذذ، وكذا ما بعده، ولا يغمز كف الأجنبي، كما في الخبر (وسائل الشيعة: الباب (١٥) من أبواب مقدمات النكاح وآدابه، ح ١). (السبزواري). * بدون لذه وريبه وفتنه وغمز. (محمد الشيرازي). * إذا لم يكن تلذذ وريبه، كما هو الحال في لمس المحارم، وينبغي في مصافحها لأجنبي من وراء الثوب أن لا يغمز كفيها. (اللكراني).

السلام على النساء من غير المحارم

(مسألة ٤١): يكره (١) للرجل (٢) ابتداء النساء بالسلام (٣) ودعاوهنَّ إلى

الطعام، وتتأكد الكراهه في الشائبه (٤).

الجلوس في مجلس المرأة قبل برده

(مسألة ٤٢): يكره (٥) الجلوس في مجلس المرأة إذا قامت عنه إلّا بعد

ص: ١٩٨

١- لا دليل على كراهه السلام، وكذلك لا دليل على كراهه الدعاء إلى الطعام، نعم، بالنسبه إلى الشائبه يُكره الابتداء بالسلام. (تقى القمي).

٢- أو مطلقاً لأيّ رجل، لا السلام على أيّ امرأه. (الفيروزآبادي). * لا دليل على الكراهه في غير الشائبه. (الروحاني).

٣- فيه تأمل. (زين الدين).

٤- بعد حمل موثقه مسعده (الكافي: ٥/٥٦٤، ح ٣٨، من لا يحضره الفقيه: ٣/٤٦٧، ح ٤٦١٩، الوسائل: الباب (١٤٥) من أبواب مقدمات النكاح، ح ١). عليها. (المرعشي).

٥- رواه الفريقان (الخصال: ٥٨٦، الوسائل: الباب (١٢٣) من أبواب مقدمات النكاح، ح ١، لسان الميزان لابن حجر: ٣/١٤٩). في المبسوطات. (المرعشي). * لا دليل عليها. (تقى القمي).

الاستئذان على الأب

(مسأله ٤٣): لا يدخل (٢) الولد (٣) على أبيه (٤) إذا (٥) كانت (٦)

عنده زوجته إلاً بعد الاستئذان، ولا بأس (٧) بدخول (٨) الوالد على ابنه (٩)

ص: ١٩٩

- ١- لا مع بقاء حراره بدنھا فیہ. (الفیروز آبادی).
- ٢- لا فرق بین الوالد والولد من هذه الجھه، ولكل واحدٍ منهما یجوز الدخول علیا لآخر بلا إذن، إلاً فی صورہ عروض عارضٍ خارجي. (تقی القمی).
- ٣- مع تأذیه من ذلك، وإلاً فقیام الدلیل علیہ مشكل؛ لعدم الظفر علی نصّ دالّ علیہذا الإطلاق. (آقاضیاء). * مع تأذیه منه وإلاً ففیہ إشكال. (عبدالله الشیرازی). * علی الأحوط. (الخمینی، حسن القمی).
- ٤- مقتضى صحیح الخزّاز (الكافی: ٥/٥٢٨، ح ٣، الوسائل: الباب (١١٩) من أبواب مقدمات النكاح، ح ١) وجوب الاستئذان مطلقاً. (الروحانی).
- ٥- علی الأحوط؛ لأنّ ظاهر بعض الروایات (الوسائل: الباب (١١٩) من أبواب مقدمات النكاح، ح ١، ح ٢) هی الكراهه، وفی جواز دخول الوالد علی الولد بدون الاستئذان مطلقاً فیہ تأمل. (البحنوردی).
- ٦- والفتوى بالإطلاق فی هذا الفرض وما یلیه كما فی بعض الكلمات غیر سدیده. (المرعشی).
- ٧- فی إطلاق كلتا الصورتین تأمل. (اللكرانی).
- ٨- إطلاق الحكم بالجواز ممنوع جداً. (الفانی). * فی إطلاقه نظر. (محمّد الشیرازی).
- ٩- محلّ تأمل. (الشریعتمداری، حسن القمی). * فی إطلاقه إشكال، بل منع. (الخوئی). * فی إطلاق الحكم تأمل. (زین الدین).

بغير إذنه (١).

تفريق الأطفال في المضاجع

(مسألة ٤٤): يفرق (٢) بين الأطفال (٣) في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين (٤)، وفي روايه: «إذا بلغوا ست سنين» (٥).

النظر إلى العضو المبان من الأجنبي

(مسألة ٤٥): لا يجوز (٦) النظر (٧) إلى العضو المبان من

ص: ٢٠٠

- ١- في إطلاقه تأمل. (الإصطهباناتي، الخميني). * إطلاقه محلّ تأمل. (البروجردى، عبدالله الشيرازي). * هذا الإطلاق مشكل. (السبزواري). * إذا كان مأموناً من أن يكون في خلوتها ما لا يجوز له التطلع عليه. (محمد رضا الكلبايگاني).
- ٢- يختص الحكم المذكور بصوره كونهما عاريين، أو كون أحدهما عارياً. (تقيالقمي).
- ٣- على الأحوط، خصوصاً إذا لم يكن عُمرهم أزيد من ست سنين. (البجنوردى). * إذا كان مَثَارَ الفتنه أو الرِيبه ونحوهما، وإلّا فلا يبعد بناء الحكم على الاستحباب، والاحتياط لا ينبغي تركه. (محمد الشيرازي).
- ٤- [٤] الوسائل: الباب (١٢٨) من أبواب مقدمات النكاح وآدابه، ح ٢.
- ٥- [٥] المصدر السابق: الحديث الأول.
- ٦- على الأحوط. (صدرالدين الصدر). * لا دليل معتبر عليه. (تقي القمي).
- ٧- على الأقوى. (المرعشي). * على الأحوط. (الخوئي، حسن القمي).

الأجنبيّ (١)، مثل اليد والأنف واللسان (٢) ونحوها، لا مثل (٣) السِّنّ (٤) والظفر والشعر (٥) ونحوها (٦).

وصل شعر المرأة بشعر غيرها

(مسألة ٤٦): يجوز وصل (٧) شعر (٨) الغير بشعرها، ويجوز لزوجها النظر

إليه (٩) على كراهه،

ص: ٢٠١

- ١- على الأحوط. (الروحاني).
- ٢- هما من أجزاء الوجه. (الفاني).
- ٣- الأحوط الترك، مع العلم بكونه مبناً ممتن لا يجوز له النظر إليه. (البرجودي).
- ٤- وإن كان الأحوط الترك. (الإصطهباناتي). * الأحوط الترك مع العلم بكونه مبناً ممتن لا يجوز النظر إليه. (عبدالله الشيرازي). * على الأقوى بعد خروجها عن الموضوع، وفرض حرمتها تبعيته، وإن كان الأحوط الترك. (المرعشي).
- ٥- الأحوط ترك النظر إليه. (الخميني، اللكراني). * الأحوط الترك فيه إن كان من الشعر المتعارف، ولم يكن من الفضلات عرفاً. (السيزواري).
- ٦- الأحوط في الشعر عدم جواز النظر إليه إن كان مبناً من الأجنبيّه؛ للاستصحاب، وإن قلنا بعدم شمول الإطلاق. (البنجوردي).
- ٧- على إشكالٍ في وصله بشعر الإنسان، والأحوط الترك. (الخوئي). (هذه التعليقه منه؛ أضفناها من نسخهٍ أخرى).
- ٨- وحكم عكس المسأله، أي نظر الزوجه إلى شعر غير زوجها الموصول بشعره يعلم ممّا ذكر. (المرعشي).
- ٩- تقدّم أنّ الأحوط عدم جواز النظر إليه إن كان مبناً من الأجنبيّه. (البنجوردي). * تقدّم ممّا ومنه قدس سرّه حرّمه النظر إليه، في المسأله الأولى من فصل: السّتر والساتر من كتاب الصلاة، فراجع. (زين الدين).

بل الأحوط (١) الترك (٢).

عدم اقتضاء جواز النظر جواز المسّ

(مسألة ٤٧): لا- تلازم بين جواز النظر وجواز المسّ، فلو قلنا بجواز النظر إلى الوجه والكفين من الأجنبيّ لا يجوز مسّها إلّا من وراء الثوب (٣).

اعتبار عدم التعدي عن مقدار الضرورة

(مسألة ٤٨): إذا توقّف العلاج على النظر دون اللّمس أو اللّمس دون النظر يجب الاقتصار على ما اضطرّ إليه، فلا يجوز الآخر بجوازه (٤).

كراهه خروج النساء واختلاطهنّ بالرجال

(مسألة ٤٩): يكره اختلاط (٥) النساء بالرجال، ويكره لهنّ حضور الجُمُعه

ص: ٢٠٢

- ١- إذا كان شعر المرأة الأجنبيّ. (عبدالله الشيرازي). * لا يُترك. (اللكراني).
- ٢- لا- يُترك. (البروجردى، الخميني). * يتوجّه على المتن بأنّ الموصول: إمّا شعر غير الأجنبيّ فلا إشكال في جواز النظر إليه، وإن كان شعرها فقد أفتى في المسألة (٤٥) بجواز النظر إلى الشعر المُبان من الأجنبيّ. (المرعشي). * لا- يُترك، إلّا إذا حكم العرف بسقوط إضافه الشعر إلى من أخذت منها، وصحّهاضافتها فعلاً إلى الواصلة لو علم بكونه شعر الأجنبيّ، وأمّا مع التردّد بين كونه من الأجنبيّ أو غيرها فالظاهر جواز النظر. (السيزواري).
- ٣- بدون لذّه وريبه وفتنه وغمز، كما تقدّم آنفاً. (محمّد الشيرازي). * يعنى من دون تلذذٍ وريبه. (اللكراني).
- ٤- كما لا يجوز كلّ ذلك مع إمكان العلاج بالآلات المُعدّه له. (السيزواري).
- ٥- إذا كان بتدافع ومزاحمه، لا- مطلقاً، ويشهد له تقرير المعصومين: لحضور النساء الجمعة والعيدين والجماعات والحجّ والزيارات والاستغفار الواجب والمستحبّه، بل والمباحه من غير تكير، والتفصيل في (الفقه). (محمّد الشيرازي).

اشتباه محلّل النظر والتستّر مع محرّمه بالشبهه المحصوره وغيرها

(مسأله ٥٠): إذا اشتبه من يجوز النظر إليه بين من لا يجوز بالشبهه المحصوره (٢) وجب الاجتناب (٣) عن الجميع، وكذا بالنسبه إلى من يجب التستّر عنه ومن لا يجب.

وإن كانت الشبهه غير محصوره (٤)

ص: ٢٠٣

١- الظاهر أنّ الاستثناء عن حضور العيدين والجمعه فقط لا- عن أصل الاختلاط، فيكره لهنّ الاختلاط مع الرجال أيضاً. (السبزواری). * الموجود في النصوص: كراهه مزاحمه النساء الرجال في الأسواق والمجمعات، من غير فرق بين العجائز وغيرهنّ، وكراهه خروج النساء للجمعه والعيدين إلّا للعجائز. (زين الدين).

٢- المقرونه بشرائط التنجّز المقرّره في محلّه. (المرعشى).

٣- بل الأظهر عدم الوجوب إلّا في مورد أصل موضوعي، وإن قلنا بجواز التمسك بالعامّ في الشبهه المصادقيه؛ لعدم إحراز عنوان العامّ هنا. (الفيروز آبادي).

٤- لا يجب الاجتناب في الشبهه الغير محصوره بأن تكون مرأه أجنبيّه مثلاً مختلطهً بغير محصوره من النساء من غيرها، ولو كانت محرّمه نسبيّه مختلطهً بأجنبيّات غير محصورات لا يجب الاجتناب عن نكاح بعضهنّ بما لا يوجب الخروج عن عدم الحصر، وأمّا الشبهه البدويّه بين المماثل وغيره وبين المحرّمه النسبيّه وغيرها فالأحوط الاجتناب، بل الأقوى في بعض الصور، لكن لا لما في المتن؛ فإنّه ضعيف، وأمّا الشبهه البدويّه فيما كانت مجرى الأصل كالشكّ في كونها أختاً رضاعيه أو أجنبيّه فلا يجوز النظر إليها، ويجوز نكاحها. (الخميني). * إن كان المراد بالشبهه غير المحصوره أن تكون المرأه الأجنبيّه مختلطهً بغيرها من النساء غير المحصورات فالحكم فيها هو عدم وجوب الاجتناب، كما في سائر موارد الشبهه غير المحصوره، وإن كان المراد بها العكس فالحكم فيه وإن كان وجوب الاجتناب إلّا أنّ العله فيه هو العلم الإجمالي المنجّز، لا ما استظهره من آياه الشريفه. (اللكراني).

أو بدويّه (١): فإن شكّ في كونه مماثلاً أو لا، أو شكّ في كونه من المحارم النسبيّه أو لا فالظاهر وجوب الاجتناب (٢)؛ لأنّ (٣) الظاهر (٤) من آيه وجوب الغضّ (٥) أنّ جواز النظر مشروط

ص: ٢٠٤

- ١- حقيقه أو ما يلحق بها كالمحصوره الفاقده لشرائط التنجّز. (المرعشى).
- ٢- ما فى المتن موافق للاحتياط وإن كان فيما استدللّ به نظر واضح. (الحائرى). * بل الأحوط. (الكوه كمرى). * إن لم يكن أصل موضوعى فى البين يثبت به أحدهما. (السزوارى).
- ٣- ليس الوجه فى الحكم ما ذكره، بل الوجه فيه جريان الأصل وإحراز عدم تَعَنُونُورد الشكّ بالعنوان الخارج. (تقى القمى).
- ٤- فى ظهور الآيه فى اشتراط جواز النظر بأمر وجودى تأمّل لو لم نقل بظهورها فى الغضّ عن خصوص المخالف، وعلى تقدير العموم فعدم كون التخصيص فى المقام موجباً للتبويب ممنوع جداً، والرجوع إلى العام ليس من باب التمسّك به فى الشبهه المصادقيه، بل لأجل جريان الأصل الموضوعى النافى لعنوان المخصّص بناءً على جريان الأصل فى الأعدام الأزلّيه، وعلى تقدير عدم الجواز لا- محيص عن الرجوع إلى البراءه؛ لعدم ثبوت قاعده المقتضى والممانع أوّلاً وعدم ثبوت كون النظر مقتضياً للحرمة ثانياً. (اللكراني).
- ٥- لا- دلالة فى الآيه الكريمه على أنّ جواز النظر مشروط بكون المنظور إليه مماثلاً-أو من المحارم؛ فإنّ المستثنيات فى الآيه ومنها كلمه «أو نسائهنّ» إنّما تعود إلى حرمة إبداء الزينه، لا إلى وجوب غضّ البصر فى أوّل الآيه، كما هو واضح، بلالظاهر أنّ العموم فى الآيه غير مبين، ومقتضى ذلك أن يؤخذ منه بالقدر المتيقّن، فلا يجب اجتناب النظر عمّا يشكّ فيه، بل لعلّ مناسبه الحكم والموضوع تقتضى أنحرمة النظر تختصّ بغير المماثل. (زين الدين).

١- قال تعالى: (قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ) (النور: ٣٠). انتهى. وأنت خبير بأنه ليس فى الآيه من خبر الاشتراطيين ولا- أثر، وهكذا قوله تعالى: (وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ) (النور: ٣١)، وأمّا آيه إبداء الزينه من قوله تعالى: (وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ) إلى قوله: (نِسَائِهِنَّ) (النور: ٣١). فلا- ربط لها بالغضّ المذكور من أنّ الاستثناء تخصيص كسائر التخصيصات. (الفيروز آبادى). * ويدلّ نفس هذا التعليق على إناطه الرخصه والجواز بإحراز ذلك الأمر، وعدمجواز الاقتحام عند الشكّ فيه، ويكون من المداليل الالتزاميه العرفيه، وهذا هو الوجه فى تسالمهم على أصاله الحرمة فى جميع ما كان من هذا القبيل؛ وعليه يبتناقلاب الأصل فى النفوس والأموال والفروج فى كلّ من الشبهات الموضوعيه والحكميه، وكذا أصاله انفعال الماء بملاقاه النجاسه عند الشكّ فى العاصم، وغير ذلك ممّا علّق فيه حكم ترخيص وضعى أو تكليفى على أمر وجودى، وليس شىء من ذلك مبتياً على التمسك بالعموم فى الشبهه المصدقيه، ولا على قاعده المقتضى والمانع. (جمال الدين الكلبايگانى).

١- ويدلّ نفس هذا التعليق على إناطه الرخصه والجواز بإحراز ذلك الأمر، وعدم جواز الاقتحام عند الشكّ فيه، ويكون من المداليل الالتزامية العرفية، وهذا هو الوجه في تسالمهم على أصاله الحرمة في جميع ما كان من هذا القبيل؛ وعليه بيتنا انقلاب الأصل في النفوس والأموال والفروج في كلّ من الشبهات الموضوعية والحكمية، وكذا أصاله انفعال الماء بملاقاه النجاسه عند الشكّ في العاصم، وغير ذلك ممّا علّق فيه حكم ترخيصي وضعي أو تكليفي على أمر وجودي، وليس شيء من ذلك مبتياً على التمسك بالعموم في الشبهه المصادقيه، ولا على قاعده المقتضيوالمانع. (النائني). * مُسْتَظْهَر، بل منصرف إليه من دليل وجوب الغضّ، والسياق بنظر العرف ولو لم يكن هناك دليل خاصّ، فعند الشكّ في تحقّقه يحكم بعدمه بالأصل؛ بناءً على جريانه في الأعدام الأزليّه، وفيه إشكال ذكرناه في الأصول. (المرعشي).

٢- ذلك كذلك لو كان موضوع الحكم مثل هذا العنوان، كالقرشيّه، وإلّا بأن يكون مثلها كياً عن العناوين الذاتيه فإلحاقها بالعامّ بمقتضى أصاله عدم الاتّصاف منظور فيه، بل ممنوع. (آقاضياء).

٣- لا يخفى أنّ ما يدلّ على اشتراط المماثله في آيه وجوب الغضّ كلمه «أو نسائهنّ»، وهي داخله في الاستثناء من حرمة إبداء الزينه، ولا دخلها بالنسبه إلى حكم أوّل الآيه، أعني وجوب الغضّ، أو حرمة النظر، واشتراط جواز النظر بالمماثله، على أنّه لا يُفهم اشتراط المماثله عرفاً، ولو فرض فرضاً غير واقع ما يدلّ عليه في ظاهر الدليل؛ فإنّه من المعلوم أنّ حرمة النظر ممّا يوجبها المخالفه في الجنس، لا أنّ الجواز مشروط بالمماثله. ولا يستفاد من مثل الآيه وجوب الغضّ من كلّ الناس، ووجوب التستر من جميعهم لو فرضنا عدم ذكر كلمه «أو نسائهنّ»، بل إنّما هو بيان لمورد الجواز، كما لا يخفى، وعلى ما ذكرنا فلو شكّ في كونه مماثلاً فلا دليل على وجوب الاحتياط. (الشريعةمداري).

العموم، لا من باب التمسك بالعموم في الشبهه المصدقيه(١)، بل لاستفاده

شرطيّه الجواز بالمماثله أو المَحْرَمِيّه أو نحو ذلك، فليس(٢) التخصيص في

المقام من قبيل التنويح(٣) حتّى يكون من موارد أصل البراءه، بل من قبيل

ص:٢٠٧

١- الظاهر أنّ ما تمسك به قدس سرّه هو عين التمسك بالعام في الشبهه المصدقيه، أمّا في المماثل فلا يبعد انصراف الآيه والأخبار إلى غيره، فالشكّ فيهما كالشكّ في كونه حيواناً أو إنساناً، وأمّا في المحارم فلأنّ التخصيص يستلزم التنويح لا محاله. نعم، بناءً على صحّه استصحاب عدم النسب بالعدم الأزليّ مقتضى الاستصحاب عدم تحقّق العناوين المذكوره، ومعه فلا مانع من التمسك بالعام. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- التخصيص لا ينفك عن التنويح، والانفكاك غير معقول. (تقى القمي).

٣- لا وجه لنفي التنويح مع الظهور العرفي. (الفيروزآبادي). * بخلاف التقييد. (المرعشي). * التخصيص يوجب التنويح لا محاله، إلّا أنّ المخصّص في المقام بما أنّه أمر وجودي فعند الشكّ يحرز عدمه بالأصل؛ بناءً على ما حقّقناه من جريانه في الأعدام الأزليه. (الخوئي). * الظاهر أنّ التخصيص من قبيل التنويح مطلقاً عرفاً، نعم، يمكن أن يقال في المقام: إنّ مقتضى التأمل في الأدلّه أصاله عدم جواز النظر، إلّا ما خرج بالدليل، فيكون هذا الأصل في المقام نظير أصاله احترام النفس والعرض والمال، وأصاله عدم التذكيه ونحوها من الأصول الثانويّه المعتمره، مع أنّه بناءً على صحّه جريان الأصل في الأعدام الأزليه تجرى أصاله عدم المَحْرَمِيّه والمماثله، فتثبت موضوع الحرمة. (السبزواري). * التخصيص مطلقاً يوجب التنويح، ومع ذلك يجب الاجتناب في المقام؛ لاستصحاب عدم المماثله، وعدم النسب؛ بناءً على جريان الأصل في العدم الأزليّ، كما اخترناه. (الروحاني).

١- أى كالعالم والفسق في قوله: «أكرم العلماء ولا تُكرِمِ الفساق»، وياليتَه يَبينُ فيالمقام ما المقتضى وما المانع حتّى يظهر الفرق، مع منع العموم في قاعده المقتضى والمانع. (الفيروز آبادى). فيه نظر جداً، كما لا يخفى على من راجع. (آفاضياء). * بعد فرض عموم آيه الغض للمماثل وكون المخصّص عنواناً وجودياً فيحرز عدمه بالاستصحاب، ونقول: هذا لشخص قبل وجوده لم يكن متصفاً بالأنثويّة، ونشكّ بعد وجوده في اتصافه بها فإصالة العدم جاريه، ويحرز عدم عنوان الخاصّ، أمّا قاعده المقتضى والمانع لا أصل له، إلّا أن يرجع إلى ما قلنا. (حسن القمى).

٢- لا أساس لقاعده المقتضى والمانع إلّا إذا رجع إلى استصحاب عدم ذلك المانع، ولكنّ ما نحن فيه يمكن أن يكون من قبيل أصالة عدم كونه مماثلاً أو محرّماً، الذي هو المخصّص، بناءً على جريان وصّحه استصحاب العدم الأزلّي، ويمكن أن يكون من قبيل تعليق الترخيص على أمر وجوديّ، فلا بدّ من إحراز ذلك الأمر، وعند الشكّ لا ترخيص في البين، لكنّ كلا الأمرين لا يخلو من نظر وإشكال. (البجنوردى). * بجعل المماثلة من قبيل المانع عن الحرمة، والنظر مقتضياً لها، هذا بناءً على جعل المقتضى والمانع قاعدةً مستقلّةً غير قاعدتيّ اليقين في الشكّ السارى، والاستصحاب في الطارئ ثابتة الحجّية عند العقلاء، وهو ممّا اختلفت كلمات المحقّقين في شأنه، فمنهم من التزم بإرجاع الثلاثة إليمسأله المقتضى والمانع وحمل الروايات عليها، ومنهم من أنكرها، وحمل النصّ على اليقين والاستصحاب، ومنهم من أرجع الروايات بأسرها إلى الاستصحاب، والحقّ المحقّق في محلّه استظهار قاعده اليقين من بعضها، والاستصحاب من بعضها الآخر، فما أفاده قدّس سرّه في المتن من إثبات مدّعاه بتلك القاعده ممنوع جداً. (المرعشى).

ذكر من رجوعه إلى الشك في الشرط _ أصله عدم حدوث الزوجية، وكذا لو شك في المحرمية من باب الرضاع.

نعم، لو شك في كون المنظور إليه أو الناظر حيواناً أو إنساناً فالظاهر عدم وجوب (١) الاحتياط؛ لانصراف عموم وجوب الغض إلى خصوص الإنسان.

وإن كان الشك في كونه بالغاً أو صبيّاً أو طفلاً مميّزاً أو غير مميّز ففي وجوب الاحتياط وجهان (٢): من العموم (٣) على الوجه الذي ذكرنا، ومن

إمكان (٤) دعوى الانصراف، والأظهر الأول (٥).

ص: ٢٠٩

- ١- بعد الفحص. (محمد الشيرازي).
- ٢- أظهرهما عدم الوجوب للاستصحاب. (الخوئي).
- ٣- أظهرهما عدم الوجوب للاستصحاب. (عبدالله الشيرازي).
- ٤- ومن إجراء أصله عدم البلوغ أو التمييز. (الفيروزآبادي).
- ٥- ولكن الأقوى الثاني؛ فإنّ العمومات غير شاملة للأطفال، ولا سيما غير المميّز ينقطعاً، وكذا صورته عدم التمييز بين كونه رجلاً أو امرأة، وإنساناً أو حيواناً، والعموم في الآيه غير مبين، فيؤخذ منه بالقدر المتيقن، وما استظهره من الآيه من اشتراط جواز النظر بأمر وجودي ممنوع. (كاشف الغطاء). * بل الأحوط. (الكوه كمرى). * في الظهور منع، نعم، هو أحوط. (الفاني). * الأقوى جواز النظر. (الخميني). * بل الأظهر الثاني في غير المميّز؛ لعدم الفرق بينه وبين الحيوان، مع أنّ استصحاب عدم البلوغ والتمييز لا مانع منه. (محمّد رضا الكلبيكاني). * بل الأقوى الثاني. (زين الدين). * بل الثاني؛ للأصل. (حسن القمي). * بل الثاني. (تقي القمي). * بل الأظهر عدم الوجوب. (الروحاني). * بل الثاني، لا لانصراف، بل للاستصحاب. (اللكراني).

(مسأله ٥١): يجب على النساء التستر، كما يحرم على الرجال النظر، ولا يجب على الرجال التستر وإن كان يحرم على النساء النظر. نعم، حال الرجال بالنسبة إلى العورة حال النساء (١)، ويجب عليهم التستر (٢).

ص: ٢١٠

- ١- فيجب عليهم سترها مع عدم الأمن عن الناظر المحترم. (محمد رضا الكلبيكاني). * العبارة لا تخلو من مسامحة. (اللكراني).
- ٢- جملة مستأنفه، أو عطف على جملة، ولا- يجب على الرجال التستر. (عبدالهادي الشيرازي). * على الأ-حوط. (الخوئي). * الظاهر عدم وجوب ستر غير العورة على الرجل وإن علم بتعميد النساء النظر إليه، وصدق الإعانة على الإثم بمجرد عدم تستره عنهن ممنوع، إلما إذا قصد بذلك إيقاعهن في المحرم. (زين الدين). * ستر الرجل غير عورته من سائر بدنه عن غير المحرم غير معلوم الوجوب، وصدق الإعانة على الإثم غير واضح إلما في بعض الفروض. (محمد الشيرازي). * أي بالنسبة إلى غير العورة، وأما العورة فالوجوب بالإضافة إليها- يكون مشروطاً بهذا الشرط المركب من أمور ثلاثة، بل مشروط بكونها في معرض النظر. (اللكراني).

١- بل يكفي كونهم في مظان ذلك عادةً. (صدرالدين الصدر). * بل مع العلم بوقوع النظر من غير تعمد أيضاً، بل يكفي كونها في مظان النظر عادةً. (المرعشى). * في غير ما جرت السيره مستمرّة من زمان المعصوم عليه السلام إلى زماننا عليه ستره ولو مع العلم بنظر النساء عليه مثل الوجه، نعم، مع العلم بنظرهنّمع الرّيبه والالتذاذ يجب التسترّ عليهم من باب حرمة الإعانه، وإن كانالمتيقّن منها حكماً وموضوعاً هو مع قصد الإعانه، وأمّا بدونه فمحلّ تأمل، نعم، التسترّ أحوط. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٢- أو الرجال، بل ومع العلم بوقوع نظرهم إليها من غير تعمد، بل الأحوط ذلك إذا كانت معرضاً لذلك وإن لم يكن معلوماً. (البروجردى). * أو الرجال. (الفانى). * بل الرجال أيضاً. (المرعشى). * بل مع المعرضيّة العرفيّة لذلك وإن لم يعلم. (السبزواری).

٣- إن كان مراده لزوم التسترّ بالنسبه إلى العوره لا وجه للتخصيص بالنساء، بل لابدّمن التعميم للرجال، وأيضاً لا وجه للتخصيص بصوره العلم؛ فإنّه فى صورها الاحتمال أيضاً كذلك؛ لأنّ الحفظ المأمور به يقتضى ذلك، وإن كان المراد لزومالتسترّ بالنسبه إلى غيرها فالأظهر عدم الوجوب؛ للسيره وأصالة البراءه، وأمّاالإعانه على الإثم فلا دليل على حرمتها، مع أنّ صدقها على المقام محلّ تأمل، والتفصيل لا يسعه المجال. (الروحانى).

حرمه (١) الإعانة (٢) على الإثم (٣).

تحديد النظر المحرّم

(مسألة ٥٢) : هل المحرّم من النظر ما يكون على وجهٍ يتمكّن من التميّز بين الرجل والمرأة، وأنّه العضو الفلانيّ أو غيره، أو مطلقه؟ فلو رأى الأجنبيّ من بعيدٍ (٤) بحيث لا يمكنه تمييزها وتمييز أعضائها، أو لا يمكنه تمييز كونها رجلاً أو امرأة، بل أو لا يمكنه تمييز كونها إنساناً أو حيواناً أو جماداً هل هو

ص: ٢١٢

١- لا دليل على حرمه الإعانة، فالحكم مبنيّ على الاحتياط. (تقى القمّي).

٢- أو النهي عن المنكر، وفي التمسك بهما في المقام نظر، بل منع. (المرعشي). * في تحقّق الإعانة في مثل المقام إشكال، بل منع. (اللكراني).

٣- لو فرض صدق الإعانة عليه، وذلك غير مسلّم إلّا في بعض الفروض. (الشريعتمداري). * صدق الإعانة على الإثم ممنوع، فلا يجب عليهم التسرّ حتّى مع العلم بتعمّدها. (الخميني). * المحرّم التعاون على الإثم، أمّا الإعانة على الإثم فإطلاق الحكم بحرمتها محلّ إشكال، بل منع. (حسن القمّي).

٤- لعلّ الأقوى حرمه النظر في هذا الفرض، أمّا في الفروض اللاحقه فالظاهر عدم الحرمه؛ لانصراف دليل وجوب غضّ البصر عنها. (زين الدين). * وكان الناظر ضعيف النظر، أو نحو ذلك. (محمّد الشيرازي).

حرام، أؤ لا؟ وجهان، الأحوط (١) الحرمة (٢).

*

*

*

ص: ٢١٣

١- استحباباً. (الكوه كمرى). * بل الأقوى. (تقى القمى). * الأقوى الجواز، والأولى الترك. (المرعشى). * والظاهر هو الجواز. (اللكراني).

٢- وإن كان الأقوى خلافة؛ لانصراف الدليل. (آقاضياء). * وإن كان الأقوى الجواز، كما عرفت. (صدرالدين الصدر). * والأقوى الجواز. (عبدالهادي الشيرازي). * يجوز ترك هذا الاحتياط خصوصاً في الأجير. (الجنوردي). * لا- موجب لهذا الاحتياط، كما هو واضح. (الفاني). * والأقوى عدم الحرمة. (الخميني). * بل الأقوى فيما ترى البشرية دون ما إذا يُرى سواد مردّد عن بُعد؛ لانصراف أدلّهوجوب الغضّ عنه. (محمّد رضا الكلبيكاني). * بل التفصيل بين ما لم يميّز الرجل عن المرأة والإنسان عن الحيوان فلا يحرم، وبين ما لم يميّز الرأس عن الرقبه بعد تمييز كونها غير محرّم فيحرم. (محمّد الشيرازي).

وفيه مسائل :

حكم وطء الزوجه والمملوكه فى الدبر

(مسأله ١) : الأقوقى وفاقاً للمشهور جواز وطء الزوجه والمملوكه دُبْرًا على كراهه شديده، بل الأحوط تركه (١)، خصوصاً مع عدم رضاها (٢) بذلك.

حكم وطء الحائض دبراً

(مسأله ٢) : قد مرّ فى باب الحيض الإشكال (٣) فى وطء الحائض (٤) دُبْرًا (٥)، وإن قلنا بجوازه فى غير حال الحيض.

ص: ٢١٤

- ١- لا يُترك. (الخوئى). * لا يُترك فى صورته عدم رضاها. (محمّد الشيرازى). * استحباباً مع رضاها بذلك. (الروحانى).
- ٢- كما أُشير إليه فى خبر عبدالله بن أبى يعفور (الوسائل: الباب (٧٣) من أبواب مقدمات النكاح، ح ٢). (المرعشى).
- ٣- الظاهر من الأخبار الواردة فى الحيض كقوله عليه السّلام: «ما أتقى موضع الدم» الجواز. (الفانى). * لا- وجه للإشكال، ومقتضى القاعدة الجواز. (تقى القمى). * وقد مرّ أنّ الأظهر الجواز. (الروحانى).
- ٤- قد مرّ الحكم بشدّه الكراهه أزيد منها فى حال الطهر. (الفيروز آبادى).
- ٥- وقد مرّ تقويه الجواز، وإن احتُمِل كون الكراهه فى تلك الحال أشدّ من حال الطهر، فلا يُترك الاحتياط بتركه. (المرعشى). * وقد تقدّم أنّ الظاهر اتّحاد حكم الحائض مع الطاهره فى ذلك، فراجع المسأله الثالثه من فصل: أحكام الحائض. (زين الدين).

هل يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجه من وطئها دبراً؟

(مسألة ٣) : ذكر بعض الفقهاء (١) مَمَّن قال بالجواز: أنه يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجه من وطئها دُبُرًا، وهو مشكل (٢) ؛ لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كل ما هو جائز من أنواع الاستمتاع حتى يكون تركه نشوزاً.

اشتراك الوطء في الدبر والقبل في جملة الأحكام

(مسألة ٤) : الوطء في دُبُر المرأه كالوطء (٣) في قبلها في وجوب (٤) الغسل (٥) والعِدّه، واستقرار المهر، وبطلان الصوم، وثبوت حدّ الزنا إذا كانت أجنبيّه، وثبوت مهر المثل إذا وطئها شبهه، وكون المناط

ص: ٢١٥

- ١- [١] قواعد الأحكام: ٣/١٠٣، إيضاح الفوائد: ٣/٢٦٧، مسالك الأفهام: ٨/٤٤٠، كشف اللثام: ٧/٥٥٨.
- ٢- أقواهما العدم. (الفيروزآبادي). * بل يمكن منعه. (الفاني). * لاحتمال التحقق وجهه، فلا- يُترك الاحتياط بالانفاق أو الاسترضاء. (المرعشي). * الظاهر عدم تحقق النشوز بذلك. (زين الدين). * بل لا وجه له. (تقى القمي).
- ٣- ترتب الأحكام المترتبة على الوطء في القبيل على الوطء في الدُبُر مبنّى عليلاحتياط، والجزم بالترتب مشكل؛ لعدم الجزم بالإطلاق. (تقى القمي).
- ٤- يراجع ما علقناه على ذلك في مبحث الجماع، وإن لم ينزل من فصل غسلأجنابه. (زين الدين).
- ٥- على ما هو المشهور، وإلّا فلا يخلو أكثر الأحكام المذكوره من تأمّل وإشكال. (محمّد رضا الكلبيكاني).

١- كفايه المسمى من مقطوع الحشفه لا يخلو من قوه، كما مرّ. (الخميني). * إن صدق الدخول من مقطوع الحشفه بما دون ذلك، فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمّي). * لا وجه لاعتبار المقدار في مقطوعها، بل الميزان فيها صدق الموضوع. (تقيالقمّي). * تقدّم في كتاب الصوم الإشكال في ترتّب أحكام الجماع على إدخال مقدار الحشفه من مقطوعها، وأنها ترتّب بإدخال تمام الذكر. (الروحاني).

٢- لا دخل لدخول البنت في حرمة الأم؛ لكونها محرّمه مطلقاً. (الإصطهباناتي). * لا مدخل للدخول على البنت في حرمة الأم، ولعلّ مراده على تقدير القول بدخوله فيها. (البروجردى). * لا مدخل في حرمة الأم. (عبدالله الشيرازي). * الأم محرّمه مطلقاً، سواء دخل بالبنت أم لم يدخل. (الشريعتمداري). * حرمتها غير متوقّفه على الدخول. (الخميني). * إن كانت بنتها مزنيّه بها على الأقوى، وأمّا المعقوده فحرمة أمّها غير مشروطه بتحقيق الدخول. (المرعشي). * يعني حرمة الأمّ المزنيّه بها على القول بها، وأمّا أمّ المعقوده فتحرم بمجرّد العقد، ولا مدخلية للدخول على البنت في حرمتها. (محمّد رضا الكلبيكاني). * حرمة أمّ الزوج غير مشروطه بالدخول ببنتها، بخلاف العكس. (السبزواري). * لعلّ المراد أمّ المزنيّه بها على القول بحرمتها، وإلّا فحرمة أمّ المعقود عليها غير مشروطه بالدخول. (زين الدين). * المراد من الأمّ: هي أمّ الموطوءه بالزنا بقريته ما بعده؛ ولأنّ حرمة أمّ المعقوده ليست من الأحكام المعلقه على الدخول. (اللكراني).

ذلك من أحكام المصاهره المعلقه على الدخول، نعم، فى كفايته(١) فى حصول تحليل المطلقه ثلاثاً(٢) إشكال(٣) . كما(٤)
أن فى كفايه الوطء فى القُبُل فيه بدون الإنزال(٥) أيضاً(٦)

ص: ٢١٧

- ١- الأقوى عدم كفايته فى هذه الموارد. (الكوه كمرى).
- ٢- عدم الكفايه فى جميع المذكورات هو الأقوى. (الإصطهباناتى).
- ٣- بل الأقوى عدمه. (الفيروز آبادى). والأقوى العدم. (صدرالدين الصدر). * أقواه عدم الكفايه فيه وفى الفئه، وفيما يجب فى الأربعة أشهر، وأما الوطء فى القُبُل بدون الإنزال فالأقوى كفايته فى الأحكام الثلاثه. (البروجردى). * الأقوى عدم الكفايه فيه وفى الوطء الواجب فى أربه أشهر، وفى الفئه فى الإيلاء. (البجنوردى). * بل منع. (الفانى). * الأقوى عدمها فيه، والأحوط عدم الكفايه فى القبل بدون الإنزال، ولا يبعد عدم الكفايه فى الوطء فى الدُبُر فى الفرعين المتأخرين أيضاً، والظاهر كفايه الوطء فى القُبُل بلا إنزال فى الأربعة أشهر، وحصول الفئه فى الإيلاء. (الخمينى). * الأظهر عدم كفايه الوطء فى الدُبُر، وكفايه الوطء فى القُبُل بدون الإنزال؛ لأن ذوق العَسِيلَه عباره عن لذّه الجماع، والموجود فى أخبارنا اعتبار ذوق عَسِيلَتِهَا خاصّه. (الروحانى).
- ٤- أقواه العدم فيه وفى الثلاثه التى بعده. (الإصفهانى).
- ٥- إذا كان الإنزال خارج الرحم يكفى لصدق ذوق العَسِيلَه. (الفانى).
- ٦- الأقوى الكفايه. (محمّد الشيرازى).

١- بل الأقوى عدمها. (الفيروزآبادى). * بل الظاهر كفايته، وأما الأخبار فلم يرد في الصحيح منها «ذوق عُسَيْلَتِهِ»، وإنما الوارد «ذوق عُسَيْلَتِهَا»، والمراد به: إدراك اللذة جزماً، وهو يتحقق بدون الإنزال. (الخوئى). * أى إشكال، والأحوط العدم، وإن كان فى تعليه نظر. (اللكراني).

٢- [٢] الوسائل: الباب (٤) من أبواب أقسام الطلاق، ح ١٣.

٣- إن تمّ دليله، والباب باب التعيّد، والمناطق غير منصوص ولا منقّح، ولكنّ الأظهر كفايه الدخول فى القُبُل بلا إنزالٍ فى تحقّق الفئه والرجوع فى الإيلاء. (المرعشى). * لم أعر على ما يدلّ على اعتبار ذوق عُسَيْلَتِهِ إلّا فى بعض أخبار العامه (مسند أحمد: ٣/٢٨٤، ٦/٣٤، صحيح البخارى: ٣/١٤٧، ٦/١٦٦، صحيح مسلم: ٤/١٥٤)، نعم، ورد فى اعتبار ذوق عُسَيْلَتِهَا أخبار (الكافى: ٥/٤٢٥، ٦/٧٦، الفقيه: ٣/٥٠٠، الاستبصار: ٣/٢٧٤، تهذيب الأحكام: ٨/٣٣، الوسائل: الباب (٣) من أبواب أقسام الطلاق، ح ٩ و ١٠). من طرفنا، لكن فى دلالتها على المقصود تأمل. (محمّد رضا الكلبيگانى). * لم أعر على روايه تدلّ على ذوق عُسَيْلَتِهِ، وعلى فرض وجودها لا- تدلّ عليها المقصود. (حسن القمى). * لا- دليل معتبر عليه، بل الدليل قائم على اشتراط ذوق عُسَيْلَتِهَا، والظاهر عدم متحقّقه إلّا بالإدخال تامّاً والإنزال. (تقى القمى).

٤- [٤] العُسَيْلَةُ: لذّة الجماع الذى يكون بتغييب الحشفه فى فرج المرأة، وقيل: العُسَيْلَةُ هى ماء الرجل. ولا يكون ذواق العُسَيْلَتَيْنِ معاً إلّا بالتغييب وإن لم يُنزَلَا. لسان العرب: ٩/٢٠٩، (مادهعسل).

فيه، وكذا في كفايته (١) في الوطء الواجب في أربعة أشهر (٢)، وكذا في كفايته في حصول (٣) الفئه (٤)، والرجوع في الإيلاء أيضاً.

تحقق الحنث بالوطء دبراً لو حلف على الترك

(مسألة ٥) : إذا حلف على ترك وطء امرأته في زمانٍ أو مكانٍ يتحقق (٥) الحنث (٦)

ص: ٢١٩

١- الأقوى عدمها. (الفيروز آبادي). * الأظهر عدم الكفاية في الموارد المشار إليها، نعم، الأقوى كفاية الوطء في القُبُل ولو بدون إنزال. (صدرالدين الصدر). * يقوى عدم الكفاية في جميع المذكورات. (جمال الدين الكلبي گاني). * الأقوى عدم الكفاية إلّا مع الإنزال ولو خارج الرحم. (الفاني). * الظاهر رجوع الضمير إلى الوطء في الدُبُر، وأمّا لو أُريد به الوطء في القُبُل بلا إنزال فلا يبعد الكفاية في هذا الفرع، وكذا في الفرع الذي بعده، بل هو الأقرب. (اللكراني).

٢- والأقرب فيه كفاية الوطء في القُبُل ولو بلا إنزال. (محمّد رضا الكلبي گاني). * الأظهر عدم كفاية الوطء في الدُبُر فيه، وكفاية الوطء في القُبُل بلا إنزال، وكذا فيتاليه بالإضافة إلى الوطء في القُبُل، وأمّا كفاية الوطء في الدُبُر فيه فلا تخلو من إشكال، ولا يبعد دعوى أظهرية عدم الكفاية. (الروحاني).

٣- يقوى عدم الكفاية في جميع المذكورات. (النائني).

٤- يقوى عدم الكفاية في جميع المذكورات. (الخوئي). * بل المشكل هو تحقق الإيلاء بالحلف على ترك الوطء في الدُبُر ولو مع القُبُل، والتمتقن بتحقيقه بالحلف على ترك الوطء في القُبُل، وأمّا لو قيل بتحقيقه بالحلف عليتركه فلا إشكال في تحقق الفئه والرجوع به أيضاً. (محمّد رضا الكلبي گاني).

٥- على الأحوط. (تقى القمي).

٦- تحقق الحنث تابع لقصد الحالف، وانصراف المفهوم غير دخیل فيه، نعم، لو قصد المفهوم من الوطء صحّ ما ذكره قدس سرّه ، لكنّه نادر الوقوع. (محمّد رضا الكلبي گاني).

بوطئها دُبْرًا (١)، إلّا أن يكون هناك انصراف (٢) إلى الوطء في القُبْل؛ من حيث (٣) كون غرضه عدم (٤) انعقاد النطفه.

موارد العزل

(مسأله ٦): يجوز العزل، بمعنى إخراج الأمله عند الإنزال وإفراغ المنى خارج الفرج في الأمه وإن كانت منكوحه بعقد الدوام، والحرّه المتمتّع (٥) بها (٦)، ومع إذنها وإن كانت دائمه، ومع اشتراط ذلك عليها في العقد، وفي

ص: ٢٢٠

١- الأظهر إناطه الأمر إلى اختلاف حال الناظرين بالاعتیاد والتكرّر والكثرة وعدمها. (المرعشى). * إذا حلف على ترك الوطء بما له من المفهوم، أمّا في غير ذلك فالحنث تابع لما قصده الحالف. (زين الدين).

٢- الانصراف لا- يتوقّف على الغرض، بل هو من شؤون اللفظ، وتحقّقه مانع عن حصول الحنث إذا كان الحالف عالمًا به. (اللكراني).

٣- أو من حيث عدم الاعتیاد الموجب لعدم اندراجه في قصده. (الفاني).

٤- أو من حيثیه أخرى. (حسن القمّي).

٥- مقتضى إطلاق حديث ابن مسلم (الوسائل: الباب (٧٥) من أبواب المتعه، ح ١). عدم الفرق بين الدوام والمتعه. (تقى القمّي).

٦- في عدم مرجوحیه العزل فيها نظر؛ لإطلاق دليله، وعدم وجهٍ لتخصيصه بالدائم بعد بطلان دعوى الانصراف. (آقا ضیاء). * والمشهور الاختصاص بالدائمه. (الكوه كمرى). * فيه تأمّل وإشكال. (الشريعتمدارى). * فيه إشكال، والأقوى وفاقاً لسيدنا الشريف المرتضى (الانتصار للمرتضى: ٢٧٥). أنّها زوجه، ويثبت لها جميع أحكام الزوجیه إلّا ما خرج بالدليل، كجواز الزيادة على الأربع، وعدم التوارث وغيرهما. (المرعشى).

الدُّبُرُ وفي حال الاضطرار من ضررٍ (١) أو نحوه. وفي جوازه في الحرّ

المنكوحه بعقد الدوام في غير ما ذكر قولان، الأقوى ما هو المشهور (٢) من

الجواز مع الكراهه.

بل يمكن أن يقال بعدمها، أو أخفيتها في العجوزه والعقيمه والسليطه والبذيه، والتي لا ترضع ولدها.

والأقوى عدم وجوب ديه النطفه عليه وإن قلنا بالحرمة. وقيل بوجوبها (٣) عليه للزوجه، وهي عشره دنانير؛ للخبر الوارد (٤) فيمن أفرع

رجلاً عن عرسه فعزل عنها الماء من وجوب نصف خمس المائه عشره دنانير عليه. لكنّه في غير ما نحن فيه، ولا وجه للقياس عليه مع أنه مع الفارق (٥).

وأما عزل المرأه _ بمعنى منعها (٦) من الإنزال في فرجها _ فالظاهر حرمة بدون رضا الزوج، فإنه منافٍ للتمكين الواجب عليها، بل يمكن (٧)

ص: ٢٢١

١- الميزان صدق الضروره، وأما كفايه مطلق الضرر ففيه إشكال. (تقى القمّي).

٢- ولا يخلو من إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالاسترضاء. (المرعشى).

٣- وإن لم يقل بالحرمة. (اللكراني).

٤- الوسائل: الباب (١٩) من أبواب ديات الأعضاء، ح ١.

٥- إذ السبب فيه هو الأجنبي. (المرعشى).

٦- ولو بالنحت. (المرعشى).

٧- الحكم بتحقيق الديه عليها مبني على الاحتياط. (تقى القمّي).

وجوب ديه (١) النطفه عليها (٢) .

هذا، ولا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب (٣) وغيره، حتى فيما يجب في (٤) كل أربعة أشهر (٥) .

ترك وطء الزوجه أكثر من أربعة أشهر

(مسأله ٧) : لا يجوز ترك وطء الزوجه أكثر من أربعة

ص: ٢٢٢

١- في إطلاق النصّ للمورد إشكال، بل منع. (الفانى). * محلّ إشكال. (حسن القمى).

٢- وهو مشكل. (زين الدين). * فيه إشكال. (محمّد الشيرازى).

٣- فيه إشكال، وهو منافٍ لما ذكره في المسأله الآتیه. (عبدالله الشيرازى). * يشكل ذلك، كما سيأتى في المسأله الآتیه. (زين الدين).

٤- فيه نظر. (حسن القمى).

٥- فيه نظر؛ للانصراف الآتى قريباً. (آقاضياء). * فيه إشكال، كما اعترف به قدّس سرّه في المسأله الآتیه (أوردنا هذه التعليقه له قدّس سرّه من نسخهٍ أخرى). (الحوثى). * يأتى في المسأله الآتیه التصريح بالإشكال في كفايه الوطاء بلا إنزال عن الواجب عليه، والحكم بجواز العزل في الواجب، والإشكال في كفايته عنه لا يجتمعان. (محمّد رضا الكلبايگانى). * سيأتى منه؛ الإشكال فيه في المسأله التالیه. (السبزواری). * يصرح الماتن قدّس سرّه بالإشكال في ذلك في المسأله التالیه، والإشكال في محلّه، إنلم نستبعد حرمة العزل فيه. (محمّد الشيرازى).

أشهر (١) ، من غير فرق (٢) بين الدائمه والمتمتع بها (٣) ، ولا- الشابه ولا الشائبه (٤) على الأظهر (٥) والأمه والحرّه؛ لإطلاق الخير (٦).

ص: ٢٢٣

- ١- بل وأقلّ أحياناً إذا كان الترك منافياً عرفاً؛ للإمساك بالمعروف المأمور به، كما فيالشابه والشبيهه(الشَبَق: شدّه العُلمه وطلب النكاح، يقال: رجل شَبِق وامرأه شَبِقَه. لسان العرب: ٧/٢٠، (مادهشبق).) ونحوهما، والتفصيل في الفقه. (محمّد الشيرازي).
- ٢- بين الاعتداء والمغاضبه وغيرهما. (المرعشي).
- ٣- المشهور الاختصاص بالدائمه. (الكوه كَمَرى). * على الأحوط. (صدرالدين الصدر، البروجردى، عبدالله الشيرازي، السبزواري). * على الأحوط في المتمتع بها (عبدالهادى الشيرازي). * على الأقوى، كما أشرنا إليه. (المرعشي). * على الأحوط في التمتع بها والشائبه. (حسن القمّي).
- ٤- مع عدم تنفّر طبيعه عنها، بل مع التعوّض معها برغبه ولا- كُلفه. (الفيروزآبادي). * على الأحوط. (النائني، جمال الدين الكليايگاني). * في جريان الحكم في الشائبه إشكال، بل منع. (زين الدين). * الحديث مختصّ بالشابه، فالحكم بجريانه في الشائبه احتياطيّ. (تقى القمّي).
- ٥- بل على الأحوط الأولى. (الخوئي). * في الشابه، وعلى الأحوط في الشائبه. (محمّد رضا الكليايگاني). * بل على الأحوط غير لزوميّ. (الروحاني).
- ٦- [٦] السنن الكبرى للبيهقي: ٩/٢٩، كنز العمّال: ١٦/٥٧٣، ح ٤٥٩١٧، المغنى لابن قُدامه: ٨/١٤٢، تهذيب الأحكام: ٧/٤١٢، ح ١٩، الوسائل: الباب (٧١) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

- ١- في إطلاقه من هذه الجهة تأمل، بل منع. (صدرالدين الصدر).
- ٢- إطلاقه من هذه الجهة مشكل، بل ممنوع، لكنّ الأحوط أن يكون السفر المنافيلذلك مع عدم وجوبه برضا الزوجه. (جمال الدين الكلبيگانی).
- ٣- إطلاقه من هذه الجهة مشكل، بل ممنوع، لكنّ الأحوط أن يكون السفر المنافيلذلك مع عدم وجوبه برضا الزوجه. (النائني).
- ٤- في الوجوب على المسافر نظر؛ لقيام السيره على خلافه. (آقا ضياء). * في المسافر تأمل. (الشريعتمداري). * لا يبعد منع الإطلاق بالنسبه إلى المسافر، والأحوط إرضاء الزوجه بالسفر. (الفاني). * احتمال تقييده بحضورها عنده في السفر غير بعيد. (المرعشي). * على الأحوط في المسافر. (الخوئي). * فيه تأمل، سيّما في إطلاقه. (حسن القمي). * عنوان الموضوع في الدليل لا يشمل المسافر، فالحكم مبنيّ على الاحتياط. (تقيالقمي). * فيه تأمل، بل القول بالجواز فيه قويّ. (الروحاني).
- ٥- فيه تأمل. (الكوه كمری).
- ٦- أو الضروري ولو عرفاً، كسفر التجاره، وتحصيل العلم دون ما كان لمجرّد الميلوالتفريح (أى الاستجمام والتنفية والترفيه). والتفرّج على الأحوط. (الخميني). * بل الضروري عند المتشرّعه، واجباً كان أو لا. (السبزواری).

وفى كفايه الوطاء (١) فى الدُّبْر إشكال (٢) ، كما مرّ (٣) . وكذا (٤) فى الإدخال (٥) بدون الإنزال (٦) ؛ لانصراف الخبر (٧) إلى الوطاء المتعارف (٨) وهو

ص: ٢٢٥

- ١- الأقوى عدمها. (الفيروزآبادى).
- ٢- تقدّم أنّ الأقوى عدم كفايته، نعم، لا يبعد كفايه الوطاء بلا إنزال. (البنجوردى).
- ٣- مرّ الكلام فيه. (الخمينى). * قد مرّ أنّ الأظهر كفايه الثانى دون الأوّل. (الروحانى).
- ٤- قد مرّ أنّ الأقوى كفايه الثانى دون الأوّل. (البروجردى).
- ٥- هذا ينافى ظاهر ما سبق من جواز العزل فى الجماع الواجب فى كلّ أربعة أشهر، والأقوى كفايته. (الفيروزآبادى). * قد مرّ أنّ الأقوى كفايه الثانى دون الأوّل. (البروجردى). * احتمال الكفايه غير بعيد، ولكن ينبغى الاحتياط. (المرعشى).
- ٦- أى الإنزال فى الفرج الذى به تكمل لذّتها، وتسكن دغدغتها (أى تهدأ فورتها بإشباع رغبتها). (الفيروزآبادى). * هذا ينافى ما تقدّم منه ؛ فى آخر المسأله السابقه، والأظهر الكفايه، ولا حاجه إلیا لإنزال. (صدرالدين الصدر). * مرّ عدم اعتباره. (الخمينى).
- * لا- يبعد كفايه الوطاء فى القُبُل بلا- إنزال، كما مرّ. (محمّد رضا الكلپايگانى). * قد مرّ منه فى المسأله السابقه الحكم بجواز العزل فى الوطاء الواجب فى كلّ أربعة أشهر، وهو لا يجتمع مع الإشكال هنا، والظاهر ما هناك. (اللكراني).
- ٧- لا وجه للانصراف وقد مرّ منه قدّس سرّه ما ينافى ذلك فى المسأله السابقه. (الخوئى).
- ٨- ظاهر النصّ أنّ الحكم المذكور للإرفاق بالزوجه؛ وعليه فلا يكفى الوطاء دُبْرًا، ولا بدون إنزال. (زين الدين).

مع الإنزال (١). والظاهر عدم توقّف الوجوب على مطالبتها (٢) ذلك. ويجوز تركه مع رضاها، أو اشتراط (٣) ذلك (٤) حين العقد (٥) عليها، ومع عدم التمكّن منه لعدم انتشار (٦) العضو، ومع خوف الضرر (٧) عليه أو عليها، ومع غيبتها (٨) باختيارها، ومع نشوزها (٩). ولا- يجب أزيد من الإدخال والإنزال، فلا- بأس بترك سائر المقدمات من الاستمتاع. ولا يجرى الحكم في المملوكة الغير

ص: ٢٢٦

١- وإن كان خارج الرحم. (الفانى). * قد مرّ منه أنه يجوز العزل حتّى فى الواجب من الوطاء، والحقّ عدم اشتراط الإنزال؛ إذ الموضوع فى الدليل عنوان الترك، ومع الإدخال فى القُبُل لا يصدق الترك، إلّا أن يقال: إنّ الترك ينصرف إلى ما يتعارف فعله، فلا يُترك الاحتياط. (تقيالقمي).

٢- مع عسر المطالبه غالباً؛ لمكان الحياء والخجله. (المرعشى).

٣- فيه إشكال ناشئ عن التردّد فى كونه حكماً أو حقّاً. (المرعشى). * فيه إشكال؛ إذ يتوقّف الجواز على القول بجواز إسقاط ما لم يجب. (تقى القمي).

٤- الأحوط عدم الاشتراط. (الفانى). * فيه إشكال. (محمد رضا الكلبيگانى).

٥- لا يخلو من إشكال. (البروجردى).

٦- للمرض، أو عقد الرجال. (المرعشى).

٧- فى إطلاقٍ فيه وفى بعده إشكال. (تقى القمي).

٨- فيه وفى النشوز إشكال. (المرعشى).

٩- هذا فيما إذا كان النشوز ناشئاً عن عدم تمكينها للجماع، وأمّا إن لم يكن كذلك فالسقوط مبنيّ على القول بأنّ النشوز ولو فى الجملة يوجب سقوط جميع الحقوق، فلا يُترك الاحتياط. (تقى القمي).

المزوجه، فيجوز ترك وطئها (١) مطلقاً (٢).

حكم ما لو كانت المرأة لا تصبر عن مواقعه إلى أربعة أشهر

(مسألة ٨) : إذا كانت الزوجه من جهه كثره ميلها وشبقها لا تقدر عليها الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصيه إذا لم يواقعها فالأحوط المبادره إلى موائعتها قبل تمام الأربعة (٣) ، أو طلاقها وتخليه سبيلها.

تدارك ما فات من ترك الوطء لمانع

(مسألة ٩) : إذا ترك موائعتها عند تمام الأربعة أشهر لمانع من حيض أو نحوه، أو عصياناً لا يجب (٤) عليه (٥) القضاء (٦) ،

ص: ٢٢٧

- ١- الأحوط عدم الترك في الشابه منها. (محمّد رضا الكلپايگانی). * الأحوط عدم الترك. (زين الدين). * الأحوط عدم الترك، خصوصاً إذا كانت شابه. (اللكراني).
- ٢- فيه إشكال، خصوصاً الشابه منها. (محمّد الشيرازي).
- ٣- بل قبل الوقوع في المعصيه. (صدرالدين الصدر).
- ٤- لكن تجب عليه المبادره إلى الوطء على الأحوط. (تقى القمي).
- ٥- ليس الوطء الواجب مؤقتاً برأس الأربعة أشهر حتى يكون بعده قضاءً ويحتاج وجوبه إلى أمر جديد، بل ظاهر الدليل هو حرمة إبقائها بلا وطء في هذا المقدار وأكثر منه، فيجب بعده فوراً ففوراً، ولا يسقط بالعصيان، أو وجود المانع. (عبدالله الشيرازي).
- ٦- فيه نظر واضح. (الفيروزآبادي). * على وجه يجب عليه وطء لما سبق، ووطء آخر من جهه عدم التأخير عن زمانوطئه بأربعة أشهر مهما أمكن. (آقاضياء). * الظاهر عدم كونه من المؤقت، فسبب الوجوب تمام أربعة أشهر، ولا يسقط إلا بإرضائها. (الكوه كمرى). * ليس الوطء الواجب مؤقتاً برأس الأربعة أشهر حتى يكون بعده قضاءً ويحتاج وجوبه إلى أمر جديد، بل ظاهر الدليل هو حرمة إبقائها بلا وطء في هذا المقدار وأكثر منه، فيجب بعده فوراً ففوراً، ولا يسقط بالعصيان، أو وجود المانع، نعم، لا يجب وطء آخر قضاءً لما فات. (البروجردي). * الأحوط موائعتها وعدم تأخيرها وإن لم يكن بعنوان القضاء. (عبدالهادي الشيرازي).
- * ليس هو من باب المؤقت فيصير قضاءً بخروج وقته، بل إذا تم أربعة أشهر يجب الوطء ولا يسقط إلا بإتيان، فالوقت من قبيل شرط الوجوب، لا- قيد الواجب. (الشريعتمداري). * بل يجب عليه وطؤها بعد ارتفاع المانع فوراً ففوراً، ولا- معنى للقضاء في المقام بلا ريب ولا إشكال. (الفاني). * أي تدارك ما فات بحيث لو ترك الثمانية لوجب عليه المراتان، لكن يجب عليه بعد مضي الأربعة وطوها فوراً ففوراً، ولا يسقط بتركه في رأس الأربعة. (الخميني). * الظاهر عدم كونه مؤقتاً حتى يلزم تدارك الفئات من الأربعة، بل سبب الوجوب مضيها خاليه من الوطء، فلو كان المورد حقاً لها لا يسقط، بل يجب التأديه فوراً ففوراً، أو الاسترضاء عنها. (المرعشي). * وإن كان يجب عليه الوطء في أول أزمته الإمكان. (الخوانساري). * ولكن الأحوط المبادره فوراً ففوراً. (السبزواري). * وليس معنى ذلك سقوط وجوب الوطء عنه، بل يجب عليه فوراً ففوراً، وإن لم يكن قضاءً. (زين الدين). * بل يجب الإتيان فوراً ففوراً. (محمّد الشيرازي). * لا- إشكال في أنه لا- يرتفع الوجوب بذلك، بل يجب بعد رفع المانع فوراً ففوراً، ولا يسقط بالعصيان، نعم، لا يجب وطء آخر قضاءً لما فات. (الروحاني). * أي بعد مضي أربعة أخرى بحيث تجب عليه

مرّتان، ولكنّ الوجوب لا- يسقط بالعصيان أو عروض المانع؛ لأنّه لا- يكون مؤقتاً، بل عند انقضاء الأربعه يجب عليها الوطاء فوراً
ففوراً. (النكراني).

نعم، الأحوط (١) إرضاءها (٢) بوجه من الوجوه؛ لأن الظاهر (٣) أن ذلك حق لها عليه (٤) وقد فوّته عليها.

ثمّ اللازم عدم التأخير من وطءٍ إلى وطءٍ أزيد من الأربعة، فمبدأ اعتبار الأربعة اللاحقه إنّما هو الوطء المتقدّم، لا حين انقضاء الأربعة المتقدّمه.

*

*

*

ص: ٢٢٩

١- لا بأس بتركه؛ إذ لا دليل على وجوب الإرضاء. (تقى القمّي).

٢- لم يقدّم دليل على أنّ مطلق تفويت الحقّ مستلزم لوجوب إرضاء ذيه، ولكننا لا احتياط لا ينبغي تركه. (اللكراني).

٣- في كونه حقّاً قابلاً للترضيه بعد فوته نظر، وإن كان أحوط. (آقاضياء). * محلّ إشكال. (الخميني).

٤- المتيقّن هو الإثم على الترك، وأمّا كون ذلك حقّاً لها بحيث يوجب تفويته لزوم إرضائها فغير معلوم وإن كان الاحتياط حسناً، مع أنّ الظاهر وجوب الوطء بعد تمام الأربعة فوراً ففوراً، لكن لا يفوت بالتأخير؛ لأنّه غير مؤقّت؛ وعليه فلا تفويت حتّى يجب الإرضاء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

فصل [فى وطء الزوجه الصغيره]

حرمه وطء الزوجه قبل إكمال تسع سنين

(مسأله ١): لا يجوز وطء الزوجه (١) قبل إكمال تسع سنين، حرّة كانت

أو أمه، دواماً كان النكاح أو متعه، بل لا يجوز (٢) وطء المملوكه (٣) والمحلله كذلك. وأمّا الاستمتاع بما عدا الوطء من النظر واللمس بشهوه والضمّ والتفخيذ فجائز فى الجميع ولو فى الرضيعه.

التحريم بإفشاء الصغيره قبل إكمال التسع

(مسأله ٢): إذا تزوّج صغيره دواماً أو متعه (٤)، ودخل بها قبل إكمال تسع سنين فأفضاها حرّمت عليه أبدأعلى المشهور (٥)، وهو (٦) الأحوط (٧)، وإن لم

ص: ٢٣٠

- ١- فى قُبَلها. (الفيروز آبادى).
- ٢- على الأحوط. (محمّد رضا الكلبيگانى، تقى القمى، اللنكرانى).
- ٣- على الأحوط. (زين الدين). * على احتياطٍ شديدٍ فيها. (حسن القمى).
- ٤- لكونها زوجه، كما تقدّم، لا للاتّفاق المزعوم كونه إجماعاً. (المرعشى).
- ٥- على الأحوط الّذى لا يجوز تركه. (البيجنوردى). * الأقوى عدم ترتّب غير الإثم مع عدم الإفشاء، ومع الإفشاء حرمه وطئها أبدأمطلقاً، مع بقاء زوجيتها، وترتّب جميع آثارها عليها، ويجب عليه نفقتها، وإن طلقها، بل وإن تزوّجت بعد الطلاق على الأحوط، بل لا يخلو من قوّه. (الخمينى).
- ٦- لا يُترك. (جمال الدين الكلبيگانى).
- ٧- لا يُترك الاحتياط إن كان مكلفاً. (الفيروز آبادى). * لا يُترك هذا الاحتياط. (النائنى). * لا يُترك. (المرعشى، السبزوارى).

تخرج عن زوجيته، وقيل بخروجها عن الزوجية أيضاً. بل الأحوط (١) حرمتها (٢) عليه بمجرد الدخول وإن لم يُفَضَّ بها، ولكن الأقوى بقاؤها على الزوجية وإن كانت مفضاه، وعدم حرمتها (٣) عليه أيضاً (٤)، خصوصاً إذا كان جاهلاً- بالموضوع أو الحكم (٥)، أو كان صغيراً أو مجنوناً، أو كان بعد اندمال جرحها، أو طلقها ثم عقد عليها جديداً،

وجوب الدية وتعلق النفقة للمفضاه

نعم، يجب (٦) عليه دية الإفضاء وهي

ص: ٢٣١

- ١- لا- يُترك الاحتياط إن كان مكلفاً. (الفيروزآبادي). * لا يُترك. (المرعشي). * لا يُترك الاحتياط بترك الوطاء أبداً فيما لو دخل بها قبل التسع مطلقاً، من غير فرقٍ بين ما ذكر من الأقسام. (محمد رضا الكلبيكاني).
- ٢- الظاهر هي الحرمة في صورته الإفضاء. (اللكراني).
- ٣- الأحوط ترك وطئها أبداً مع الدخول بها قبل التسع مطلقاً. (صدرالدين الصدر). * ولكن لا يُترك الاحتياط. (الكوه كَمَرِي). * المسألة محل إشكال وتأميل، والأحوط له ترك وطئها أبداً إذا دخل بها قبل التسع مطلقاً. (عبدالله الشيرازي). فيه إشكال. (المرعشي).
- ٤- المسألة محل إشكال، والأحوط له ترك وطئها أبداً إذا دخل بها قبل التسع مطلقاً. (البروجردي).
- ٥- الظاهر عدم الفرق بين العالم بالحكم والجاهل به. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).
- ٦- وجوب الدية في صورته الجهل بالموضوع أو الحكم مبنئ على الاحتياط؛ إذ مقتضى حديث عبدالصمد بن بشير (تهذيب الأحكام: ٥/٧٣، ذح ٤٧، الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ذح ١). عدم ترتب الأثر عند الجهل. (تقي القمي).

دِيَهِ النَّفْسِ، ففِي الْحَرِّه نَصْفِ دِيَهِ الرَّجُلِ، وَفِي الْأُمِّه أَقْلُ الْأَمْرِينِ مِنْ قِيَمْتِهَا وَدِيَهِ الْحَرِّه. وَظَاهِرُ الْمَشْهُورِ ثُبُوتُ الدِّيَهِ مُطْلَقاً وَإِنْ أَمْسَكَهَا وَلَمْ يَطْلُقْهَا، إِلَّا أَنْ مَقْتَضَى حَسَنَهُ (١) حَمْرَانِ (٢) وَخَبِرَ بُرَيْدُ (٣) الْمَشْتَعِينَ لَهَا عَدَمَ وَجُوبِهَا عَلَيْهِ إِذَا لَمْ يَطْلُقْهَا (٤)، وَالْأَحْوَطُ مَا ذَكَرَهُ الْمَشْهُورُ (٥). وَيَجِبُ عَلَيْهِ أَيْضاً نَفَقَتُهَا مَا دَامَتْ حَيَّةً وَإِنْ طَلَّقَهَا، بَلْ وَإِنْ تَزَوَّجَتْ (٦) بَعْدَ الطَّلَاقِ عَلَى الْأَحْوَطِ (٧).

حقيقه الإفضاء وأنه لا فرق فيه بالدخول قبلاً ودبراً

(مسأله ٣): لا فرق (٨) في الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون في القبل أو الدبر.

ص: ٢٣٢

- ١- وقد أوجب في الجواهر حملهما على سقوط الدية صلحاً في مقابل الإمساك، ولكنه بعيد جداً. (اللكراني).
- ٢- [٢] الوسائل: الباب (٤٥) من أبواب مقدمات النكاح، ح ٩.
- ٣- [٣] الوسائل: الباب (٣٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ٣.
- ٤- هذا هو الصحيح. (الخوئي).
- ٥- الأخذ بالخبرين هو الأقوى. (الفاني).
- ٦- فيه تأمل، بل منع. (صدرالدين الصدر). * فيه إشكال، والأقوى عدم الوجوب حينئذ. (المرعشي).
- ٧- الأقوى سقوط نفقتها في هذه الصورة. (النائني، جمال الدين الكلبياني). * بل الأقوى لإطلاق صحيحه الحلبي (الوسائل: الباب (٤٥) من أبواب مقدمات النكاح وآدابه، ح ١). (آقاضياء). * إطلاق الخبر لهذه الصورة ممنوع. (الفاني). * لعله الأقوى. (زين الدين). * بل الأظهر. (الروحاني).
- ٨- عدم الفرق مبني على الاحتياط. (تقى القمي).

والإفشاء أعمّ من أن يكون باتّحاد مسلكى البول والحيض (١)، أو مسلكى الحيض والغائط (٢)، أو اتّحاد الجميع، وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأوّل (٣).

اختصاص الحكم بالزوجه الصغيره المفشاء بالوطء دون غيرها

(مسأله ٤): لا يلحق بالزوجه فى الحرمة الأبدية _ على القول بها _

ص: ٢٣٣

- ١- وهو الأقرب. (المرعى).
- ٢- على الأحوط فى هذه الصورة. (الخمى).
- ٣- وهو الأقوى، بل فى تحقّق الثانى خارجاً تأمّل. (صدرالدين الصدر). * لكنّ الأوّل متحقّق فى ضمن الثالث أيضاً. (الإصطهباناتى). * لكنّ الأوّل يشمل الثالث أيضاً. (البروجردى). * والأوّل متحقّق فى ضمن الثالث، فيعمّه حكم المشهور. (الشريعتمدارى). * فى مقابل الثانى، لا الثالث. (الخمى). * واحتمل بعض الأصحاب شمول الأوّل للثانى والثالث؛ زعماً بأنّ اتّحاد مسلكى البول والغائط أريد لا بشرط، فهو أعمّ من أن يتّحد مع غيره، أو لا، وفيه منع؛ لانصرافه إلى بشرط لا. (المرعى). * وتحقّقه بالثالث أيضاً معلوم، فينحصر خلاف المشهور فى خصوص الثانى، ولا يبعد صدق الإفشاء عليه أيضاً. (محمّد رضا الكلبايگانى). * فيشمل الثالث لا محاله؛ لتحقّق الأوّل فيه أيضاً. (السبزوارى). * ولعله الأقوى، بل فى تحقّق الثانى خارجاً تأمّل، والأمر سهل بناءً على عدمالحرمة بذلك، كما هو المختار عندنا وعند المصنّف قدّس سرّه. (زين الدين). * بل الموضوع عرفى، والكلّ مصاديق للإفشاء. (محمّد الشيرازى). * بمعنى عدم اعتبار اتّحاد غير المسلكين، وإلّا فهو _ أى الأوّل _ متحقّق فى ضمناالث ومشمول له، فيعمّه الحكم، والإشكال إنّما هو فى الثانى، والأحوط فيه أيضاً جريان الحكم. (اللكرانى).

ووجوب النفقة المملوكة (١)، والمحله والموطوءه بشبهه أو زنا، ولا الزوجه الكبيره، نعم، تثبت (٢) الديه (٣) فى الجميع (٤) _
عدا الزوجه (٥) الكبيره (٦) إذا

ص: ٢٣٤

- ١- من الجهه المذكوره، وإن وجب نفقتها من حيث الملك، وأما بقيه فلا مورد للتوهم حتى يدفع. (صدرالدين الصدر). * عدم ثبوت النفقه لها من حيث الإفضاء لا يوجب عدم وجوب نفقتها من حيث المملوكيه. (المرعشى).
- ٢- ثبوت الديه بالنسبه إلى المملوكه مبنى على كون المملوك يصير مالكا، وإلما كيف يجوز أن الشخص يكون ضامنا لنفسه؟! (تقى القمى).
- ٣- على الأحوط. (الفيروزآبادى). * فى غير المالك. (صدرالدين الصدر).
- ٤- لا تُتصور الديه فى المملوكه على القول بأنها لا تُملك؛ لاستلزامه كون المولى الجانى مالكا ومملوكا عليه، ولعل المراد صورته كون المفضى غير مولاها، أو كونها قابله لأن تُملك. (الإصطهباناتى). * لا يعقل ثبوتها فى المملوكه إذا أفضاها مالكا بوطئها؛ لأن المستحق إديها جنايه عليها هو مالكا، والمفروض أنه هو الجانى. (البروجردى). * ثبوتها فى المملوكه إما مبنى على القول بتملكها، أو على كون المفضى قبل التسعير مالكا، وإلما فلا معنى لكون المفضى مالكا ومملوكا عليه. (المرعشى). * لا ديه على المالك يافضاء المملوكه قبل التسعير، نعم، يمكن الحكم بوجوب الكفاره عليه؛ إلحاقا لما يوجب الديه الكامله بالقتل، وكذا فى وجوب التصدق بثمنها على القول به. (محمد رضا الكلبيگانى).
- ٥- وعدا المملوكه إذا أفضاها مالكا. (الخمينى).
- ٦- والمملوكه. (عبدالهاده الشيرازى، الروحانى). * وعدا المملوكه؛ إذ لا معنى لوجوب الديه على المالك. (عبدالله الشيرازى، الخوئى). * وكذلك المملوكه. (الفانى). * وكذا المملوكه. (المرعشى). * وعدا المملوكه إذا أفضاها مالكا. (حسن القمى). * والمملوكه للواطئ. (السبزوارى). * وعدا المملوكه؛ من حيث إن الجانى هو المالك فلا تجب له الديه على نفسه. (زين الدين). * وعدا المملوكه؛ فإنه لا وجه لثبوت الديه لها على مالكا. (اللكرانى).

أفضاها بالدخول بها _ حتى في الزنا، وإن كانت عالمةً مطاوعهً (١) وكانت كبيره (٢). وكذا لا يلحق بالدخول الإفضاء بالإصبع ونحوه، فلا تحرم عليه مؤبداً، نعم، تثبت (٣) فيه الدية.

الدخول بالزوجه بعد إكمالها التسع

(مسألة ٥) : إذا دخل بزوجه بعد إكمال التسع فأفضاها لم تحرم عليه،

ص: ٢٣٥

- ١- فيه تأمل، والنصوص منصرفة إلى ما هو المتعارف. (صدرالدين الصدر). * للتأمل في هذا الفرض مجال، فقد يدعى انصراف النص عن الزانية الكبيرة إذا كانت عالمةً بأنه يفضيها ومطاوعه له في ذلك، بل قد يدعى أنها مشاركته له في الجناية. (زين الدين). * في ثبوت الدية في الكبيرة المطاوعه خصوصاً مع كونها عالمةً نظر وإشكال. (اللكراني).
- ٢- الظاهر عدم ثبوت الدية للموطوءة الكبيرة المطاوعه؛ خصوصاً مع العلم؛ لأن الجناية حاصله بمشاركتها، والنصوص الدالة عليه في الزوجه الكبيرة واردها على طبق القاعدة. (البروجردى). * ثبوتها للكبيره المطاوعه محل إشكال. (الخميني).
- ٣- على الأحوط. (تقى القمي).

ولا تثبت الدية، كما مرّ، ولكنّ الأحوط (١) الإنفاق عليها ما دامت حيّة (٢).

حكم المفضى إذا كان صغيراً أو مجنوناً

(مسألة ٦): إذا كان المفضى صغيراً أو مجنوناً ففي كون الدية عليهما أو على عاقلتهما إشكال (٣)، وإن كان الوجه الثانى لا يخلو من قوّه (٤).

ضمان من عيبت بغير الإفضاء

(مسألة ٧): إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الإفضاء ضمن أرشه، وكذا إذا حصل مع الإفضاء عيب آخر يوجب الأرش أو الدية ضمنه مع دية الإفضاء.

وطء من شكّ في إكمالها تسع سنين

(مسألة ٨): إذا شكّ في إكمالها تسع سنين لا يجوز له وطؤها؛

ص: ٢٣٦

-
- ١- بل الأقوى؛ لإطلاق الصحيحه (الوسائل: الباب (٤٥) من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، ح ١). المتقدّمه. (آقاضياء). *
 - استحباً. (الكوه كمرى). * وإن كان الأقوى عدم الوجوب. (الخميني). * بل الأقوى. (زين الدين).
 - ٢- لا يُترك؛ إذ القول بالوجوب من حيث الدليل قوى، والمانع عن الإفتاء به ذهاباً المشهور إلى عدم الوجوب. (الروحاني).
 - ٣- الأقوى الثانى. (المرعشى). * مقتضى القاعده كون ديتهما على العاقله. (تقى القمى).
 - ٤- محلّ تأمل. (الخميني). * بل لا ينبغي الإشكال فيه فى المجنون. (زين الدين). * القوّه فى إفضاء الصبى محلّ تأمل. (حسن القمى). * بل الأوّل أقوى. (الروحاني).

١- بل لاستصحاب عدم بلوغها، ويترتب عليه تمام أحكام الوطء قبل البلوغ منالحرمة وما يترتب على الإفضاء. (الحائري). * بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين، والظاهر ترتب جميع آثار الوطء قبلبلوغها تسعاً عليه، حتى الحرمة المؤبدة على القول بها. (عبدالله الشيرازي). * لا يخفى أنه لا مجال لاستصحاب الحكم مع جريان استصحاب الموضوع، فأصالة عدم بلوغها تسعاً تجرى، ويثبت جميع الآثار، حتى الحرمة الأبدية لو وطئوأفضاها، إلما أن يشكل في جريان مثله بأنه شك في تاريخ الولاده، والشك فيبلوغها تسعاً شك في أنها تولدت قبل تسعه أو قبل ثمانية أعوام، وليس شكاً فيالبقاء، والإشكال سيال. (الشريعتمداري). * بل لاستصحاب أنها لم تبلغ تسعاً بنحو السلب الرابط، ويترتب عليه جميعالأحكام، وأمياً استصحاب عدم بلوغها بنحو السلب المحمولي فمثبت، وكذا فينظائر المقام مماً يترتب الحكم على الكون الرابط أو السلب الرابط، والتفصيلموكول إلى محلّه. (الخميني). * وهناك استصحاب موضوعي مقدّم عليه، وهو استصحاب عدم بلوغها تسعاً، وأستصحاب صغرها، إلّا أن يناقش في جريانه. (المرعشي). * بل لاستصحاب عدم البلوغ، وكون المرأة في أقل من تسع سنين، ويترتب عليها جميع الآثار. (الخوئي). * إن لم يجر الأصل الموضوعي، وإلّا فهو مقدّم عليها. (السبزواري). * لا تصل النوبه إلى الاستصحاب الحكمي، مع عدم المانع من جريان استصحابعدم البلوغ. (محمّد الشيرازي). * بل لاستصحاب أنها لم تبلغ تسعاً، ويترتب عليه جميع الأحكام، حتى الحرمةالمؤبدة في الوطء مع الإفضاء، ودعوى أن الشك في البلوغ هو بعينه شك في تاريخالولاده، وأنها تولدت قبل التسعه أو قبل الثمانية مثلاً مدفوعه: بأن موضوع الحكمفي النصوص بل الفتاوى هي المرأة التي لم تبلغ تسعاً، وهو بعينه مجربالاستصحاب. (اللكراني).

السابقه (١)، فإن وطئها مع ذلك فأفضاها ولم يعلم بعد ذلك أيضاً كونها حال الوطء بالغه أو لا لم تحرم (٢) أبداً ولو على (٣) القول بها (٤)؛ لعدم إحراز كونه قبل التسع (٥)،

ص: ٢٣٨

١- بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين، الذى لا مجال معه للاستصحاب بالحكمى. (الإصطهباناتى). * بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين، والظاهر ترتب جميع آثار الوطء قبل بلوغها تسعاً عليه، حتى الحرمة المويده على القول بها. (البروجردى). * استصحاب عدم بلوغها تسع سنين مقدّم؛ لأن الاستصحاب الموضوعى مقدّم على الاستصحاب الحكمى إذا كان الشك فى الثبوت مسبباً عن الشك فى الأول، وإن كانت النتيجة واحده. (الفانى). * الأصل الجارى فى الموضوع حاكم على الأصل الجارى فى الحكم، وفى المقام الأصل يقتضى بقاؤها على عدم البلوغ فيترتب عليه الحكم. (تقى القمى). * بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين. (الروحانى).

٢- لا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادى).

٣- بل تحرم أبداً على القول بها. (عبدالهادهى الشيرازى).

٤- لا تبعد الحرمة الأبدية على القول بها؛ لأن ظاهر الدليل أن موضوعهما الأمر العدمى فيجرى استصحابه، لا الأمر الوجودى حتى يكون مثبتاً. (محمّد الشيرازى).

٥- ما أفيد فى غايه المتانته لو لم نقل بكونه كناية عن صغرها، كما يُشعر به بعض أخبار الباب (الوسائل: الباب (٤٥) من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه). (آقاضياء). * والقَبْلِيّه أمر وجودى لا بدّ من إحرازها، ولا مُحَرَزٍ إلّا الأصل وهو مثبت. (المرعشى). * موضوع الحكم على ما يستفاد من الأدله هو أنّ الموطوءه لم تبلغ تسعاً، فإذا جرى الأصل فيه يثبت له جميع أحكامه حتى الحرمة المؤبده على القول بها، إلّا أن يقال: إنّ مرجع الشكّ فى ذلك إلى الشكّ فى تاريخ الولاده، وإنّ الموطوءه ولدت قبل تسع سنين أو أقلّ من ذلك، ولا يكون من الشكّ فى البقاء، فلا يجزى بالاستصحاب. (زين الدين).

١- لا يخفى أنه ليس فى لسان الدليل الإفضاء الذى هو قبل التسع يوجب الحرمة الأبدية، بل هكذا إن دخل بها فأفضاها ولم تبلغ تسع سنين إلى آخره، فالدخول للإفضاء وجدائتان، وعدم بلوغ التسع يستصحب، ولا يحتاج إلى التوصيف وإثبات الوصف والتقيد حتى يرد إشكال الإثبات، وإن فرض استفادة التوصيف من بعض الأخبار أيضاً لا يفيد؛ لوجود العنوان الذى ذكرنا فيها، فعنوان المحرم أعم، فافهم. (الفيروزآبادى). * الظاهر أن لا يكون استصحاب عدم البلوغ مثلاً أو الصغر إلى زمان الوطء من الأصول المثبتة. (النائنى، جمال الدين الكليبايگانى).

٢- الظاهر أن استصحاب عدم البلوغ، أو عدم بلوغها تسعاً، أو استصحاب صغرها ليس بمثبت؛ لأن الآثار المترتبة شرعاً إنما رتب على هذه الموضوعات. (صدرالدين الصدر). * هذا إذا كان الحكم معلقاً على عنوان القبليته، ولكن الظاهر من الأخبار تعلقه على عدم بلوغها تسعاً، فلا يكون الاستصحاب مثبتاً، نعم، يمكن أن يقال بأن الظاهر من تلك الأخبار - حيث فصل فى الحكم بين بلوغ التسع، وعدم بلوغه - هو التوزيع - والأصل لا يثبت النوع، لكنه فاسد جداً؛ لأن أحد النوعين إذا كان متيقناً سابقاً يصح استصحابه بلا إشكال. (الفانى).

ذلك (١).

نعم، يجب (٢) عليه الدية والنفقة عليها (٣) ما دامت حيّه.

جريان أحكام الزوجية بعد الإفضاء

(مسألة ٩): يجرى عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجية: من حرمة الخامسة، وحرمة الأخت، واعتبار الإذن في نكاح بنت الأخ والأخت، وسائر الأحكام ولو على القول بالحرمة الأبديّة (٤). بل يلحق به الولد وإن قلنا

ص: ٢٤٠

١- الظاهر إثباته له، وعدم كونه من الأصول المثبتة. (الروحاني).

٢- لا يخلو من شوب الإشكال. (المرعشي).

٣- هذا تفكيك غريب؛ فإن الأصل إذا كان لا يثبت الحرمة الأبديّة فكذلك لا يثبت الدية والنفقة ما دامت حيّه؛ لوضوح أنّ استصحاب الصّغّر لا يثبت وقوع الوطء للصغيره حتى تترتب تلك الأحكام الثلاثة، والحكم بها غير مرتّب على مطلق الوطء المحرّم. (كاشف الغطاء).

٤- بمعنى حرمة الوطء، لا بمعنى حرمة المرأة على حدّ سائر المحرّمات. (البروجردى). * أى بالنسبة إلى الوطء. (المرعشي). *
أى حرمة الوطء أبداً، لا الحرمة الأبديّة الملازمه للافتراق على حدّ سائر المحرّمات. (اللكراني).

بالحرمة؛ لأنه على القول (١) بها يكون كالحرمه حال الحيض.

عدم سقوط النفقه بنشوز المفضاه

(مسأله ١٠): في سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حيّة بالنشوز إشكال (٢)؛ لاحتمال (٣) كون هذه النفقه لا من باب إنفاق الزوج؛ ولذا تثبت بعد الطلاق بل بعد التزويج (٤) بالغير، وكذا في تقدّمها على نفقه الأقارب.

وظاهر المشهور أنّها، كما تسقط بموت الزوجه تسقط بموت الزوج (٥) أيضاً،

ص: ٢٤١

١- بمعنى حرمة الوطاء، لا بمعنى حرمة المرأة على حدّ سائر المحرّمات. (عبدالله الشيرازي). * أى على القول بحرمة وطئها أبداً. (الخميني).

٢- أقربه عدم السقوط. (الإصطهباناتي، البروجردي). * الأقوى عدم السقوط. (الشريعتمداري). * لا إشكال في عدم السقوط؛ لما يظهر من كلمه «الإجراء» في الروايه أنّ هذا الحكم ليس موقوفاً على التمكين، بل الإنفاق عليها جريمه تعيّد به على الزوج لتعييب الزوجه. (الفاني). * الأقرب عدم السقوط. (الخميني). * بل منع. (السبزواري). * والأقوى عدم السقوط بالنشوز، وإن كان من باب الإنفاق على الزوجه. (زين الدين). * الأظهر عدم السقوط. (الروحاني). * والأقرب العدم. (اللكراني).

٣- الأقوى عدم السقوط. (عبدالهادي الشيرازي).

٤- لا وجوب للإجراء في هذه الصوره؛ لانصراف الإطلاق عنها، كما مرّ. (الفاني).

٥- وهو الأظهر. (المرعشي). * وهو الأقوى كذلك. (زين الدين).

لكن يُحتمل (١) بعيداً (٢) عدم سقوطها بموته. والظاهر عدم سقوطها بعدم تمكّنه، وتصير دَيْناً عليه، ويحتمل بعيداً (٣) سقوطها. وكذا تصير دَيْناً إذا امتنع من دفعها مع تمكّنه (٤)؛ إذ كونها حكماً تكليفيّاً (٥) صرفاً بعيد (٦). هذا بالنسبة إلى ما بعد الطلاق (٧)، وإلّا فما دامت في حالته الظاهر (٨) أنّ حكمها حكم الزوجه.

*

*

*

ص: ٢٤٢

١- ضعيف غايته. (النائني، جمال الدين الكلبايگاني).

٢- لا يُعتنى بهذا الاحتمال البعيد، بل الضعيف. (الفاني). * ضعيف غايته، وكذا ما بعده. (الروحاني).

٣- هذا الاحتمال ضعيف. (الخميني).

٤- بالأولويّه لو قيل بعدم السقوط في فرض عدم التمكّن. (المرعشي).

٥- لظهور جملة «عليه الإجراء» في الحكم الوضعي. (الفاني).

٦- بل قريب، فإنّه لا يُستفاد من حديث الحلبي (الوسائل: الباب (١) من أبواب النفقات، ح ٩). إلّا الحكم التكليفي. (تقي القمي).

٧- بل لا يبعد أن يكون حكم النفقه بعد الطلاق حكم النفقه قبل الطلاق في جميع الآثار، إلّا في عدم السقوط بالنشوز؛ لانتفاء موضوعه. (محمّد رضا الكلبايگاني).

٨- وهو الأقوى. (المرعشي).

حرمه الزيادة على الأربع فى العقد الدائم وجوازه فى الملك والتحليل والمنقطع

لا يجوز (١) فى العقد الدائم الزيادة على الأربع، حرّاً كان أو عبداً،

والزوجه (٢) حرّه أو أمه، وأمّا فى الملك والتحليل فيجوز ولو إلى ألف، وكذا

فى العقد الانقطاعى (٣).

الجمع بين أزيد من أمتين للحرّ وأزيد من حرّتين للعبد

ولا يجوز للحرّ (٤) أن يجمع بين أزيد من أمتين (٥)، ولا للعبد أن يجمع بين أزيد من حرّتين (٦)؛

صور الجمع للحرّ والعبد

وعلى هذا فيجوز للحرّ أن يجمع بين أربع حرائر أو

ص: ٢٤٣

١- وضعا لا تكليفاً. (اللكراني).

٢- فى العبارة نوع حرازه. (الفيروزآبادى).

٣- مع أنّها زوجته، كما قدّمنا، لكنّها خرجت عن هذا الحكم بالنصّ المقدمّ عليهم عارضه. (المرعشى).

٤- فى هذه العبارة وكذا العبارة اللاحقه مسامحه، تظهر بالتأمل فيهما وفى بعض ما فرّعه عليهما. (اللكراني).

٥- لكنّ الأمتين ليستا تمام النصاب بالنسبه إلى الحرّ، بخلاف الحرّتين بالنسبه إلى العبد، كما يظهر ذلك من الفروع المذكوره.

(الإصطهباناتى). * لكنّهما ليستا تمام نصابه، بخلاف الحرّتين للعبد فإنّهما تمام نصابه، وعلى هذا يتفرّع ما ذكره من الفروع.

(البروجردى). * من الإماء بأن ينكح ثلاث إماء أو أكثر، أمّا نكاح أمتين وحرّه أو حرّتين فلا مانع منه، كما يأتى. (محمّد رضا

الكلپايگانى). * المستفاد من النصّ أنّ العبد مخير بين الجمع بين حرّتين، أو يجمع بين أربع إماء، ويترتب عليه عدم جواز جمع

بين الحرّه والأمه على الإطلاق. (تقى القمى).

٦- من مطلق النساء حتّى الإماء، يعنى إذا كانت تحت العبد حرّتان لا- يجوز له تزويج غيرهما من النساء، حرّه كانت أو أمه.

(محمّد رضا الكلپايگانى). * وإذا جمع بين حرّتين فهما تمام نصابه. (زين الدين).

ثلاثٌ وأمه، أو حُرَّتَيْنِ وأُمَّتَيْنِ (١)، وللعبد أن يجمع بين أربع إماءٍ، أو حرّه وأُمَّتَيْنِ، أو حُرَّتَيْنِ (٢)، ولا يجوز له أن يجمع بين أُمَّتَيْنِ وحُرَّتَيْنِ (٣)، أو ثلاث حرائر، أو أربع حرائر، أو ثلاث إماءٍ (٤) وحرّه (٥)، كما لا يجوز للحرّ أيضاً أن يجمع بين ثلاث إماءٍ (٦) وحرّه.

حكم العبد والأمة المبعّضين

(مسألة ١) : إذا كان العبد مُبَعَّضاً أو الأمة مُبَعَّضَةً ففي لحوقهما بالحرّ أو القنّ إشكال، ومقتضى الاحتياط (٧)

ص: ٢٤٤

- ١- أى لا يجوز له تزويج أكثر منهما من جنسهنّ، وأما الحرائر فيجوز أن يتزوّجنهنّ، كما سيأتى. (المرعشى).
- ٢- لا أزيد منهما من جنسهما ومن الإماء. (المرعشى).
- ٣- ولا أمه وحُرَّتَيْنِ. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٤- هذا الحكم وإن كان صحيحاً لكن ليس متفرّغاً على عدم جواز الجمع بين أزيد من حُرَّتَيْنِ. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٥- ولا بين حُرَّتَيْنِ وأمه. (صدرالدين الصدر). * ولا بين أمه وحُرَّتَيْنِ. (زين الدين).
- ٦- يعلم حكمه من عدم جواز الأزيد من أُمَّتَيْنِ. (المرعشى). * بعد ما علم عدم جواز الجمع له بين أزيد من أُمَّتَيْنِ علم عدم جواز الجمع بين ثلاث إماء، سواء كانت معهنّ حرّه أم لا، فذكر الحرّه غير محتاج إليه. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٧- لا يُترك. (الإصفهاني، الإصطهباناتي، البروجردى، عبدالله الشيرازى، الخمينى، السبزواري، اللنكراني). * لا يُترك الاحتياط. (الحائري). * بل لا يخلو من قوّه؛ لأنّ المبعّض ذات له الوصفان، ويترتب على كلّ وصفٍ ما يقتضيه ذلك الوصف، ويمنع عن كلّ ما يمنعه، فبالنسبة إلى الحكم الاقتضائي لاحتجاج إلى الاستصحاب، وبالنسبة إلى دفع ماعداه لا يجرى الاستصحاب أيضاً، بلاطلاق الدليل المقابل محكم، وإن شئت قلت: مقتضى وجود الوصفين الجمع بين الدليلين. (الفاني). * لا ينبغي تركه. (المرعشى).

أن يكون (١) العبد المَبْعُض كالحِرِّ بالنسبة إلى الإماء، فلا يجوز له الزيادة على

أُمَّتَيْن، وكالعبد القنَّ بالنسبة إلى الحرائر فلا- يجوز له الزيادة على حُرَّتَيْن، وأن تكون الأمه المَبْعُضه كالحِرِّه إلى العبد، وكالأمه بالنسبة إلى الحِرِّ.

بل يمكن أن يقال: إنَّه بمقتضى القاعده بدعوى أنَّ المَبْعُض حِرٌّ وعبد والمَبْعُضه حِرِّه وأمه، فمن حيث حُرِّيَّته لا يجوز له أزيد من أُمَّتَيْن، ومن حيث عبدِيَّته لا يجوز له أزيد من حُرَّتَيْن. وكذا بالنسبة إلى الأمه المَبْعُضه.

إلَّا أن يقال: إنَّ الأخبار الدالَّه على أنَّ الحِرَّ لا يزيد على أُمَّتَيْن والعبد لا يزيد على حُرَّتَيْن منصرفه (٢) إلى

ص: ٢٤٥

١- هذا الاحتياط لا يُترك. (الجنوردي).

٢- ولو سلّم دعوى الانصراف فكونه من الانصرافات البدويّه التي لا- عبره بها ظاهر. (النائيني، جمال الدين الكلبي يگاني). *
الانصراف ممنوع. (محمّد رضا الكلبي يگاني). * لكنّه بدويّ لا اعتبار به. (السبزواري). * ليس من الانصراف، بل لأنّ موضوع الحكم في الأدلّه هو الإنسان الحِرِّ والإنسان العبد، فلا- يشمل المَبْعُض، فالمرجع فيه هو العمومات، ولا- بُعد في ذلك، ولكن لا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

الحزب (١) والعبد الخالصين، وكذا في الأئمة. فالمبعض قسم ثالث (٢) خارج عن الأخبار، فالمرجع عمومات الأدلة على جواز التزويج، غاية الأمر عدم جواز الزيادة على الأربع، فيجوز له نكاح أربع حرائر أو أربع إماء، لكنه بعيد (٣)؛ من حيث لزوم كونه أولى من الحرّ الخالص.

وحيثُ فلا يبعد أن يقال: إنّ المرجع الاستصحاب (٤)، ومقتضاه إجراء حكم العبد والأئمة عليهما. ودعوى تغيير الموضوع (٥)، كما ترى.

فتحصّل: أنّ الأولى الاحتياط الذي ذكرنا أولاً، والأقوى العمل بالاستصحاب (٦)، وإجراء حكم العبيد والإماء عليهما.

ص: ٢٤٤

- ١- وهو الحقّ الذي لا محيص عنه، والاحتياط في باب الفروج أخرى. (المرعشي).
- ٢- هذا الاحتمال مقتضى الصنّاعه، ولا بُد فيه. (تقى القمّي).
- ٣- في الاستبعاد منع. (المرعشي). * لا بُد فيه، بل هو الأظهر. (الروحاني).
- ٤- بناءً على اعتبار استصحاب التعليقيّ. (السبزواري). * فيه نظر؛ لكونه من الاستصحاب التعليقيّ. (الروحاني).
- ٥- هذه الدعوى موافقه للوجدان، فلا يجرى استصحاب الموضوع بعد العلم باجتماع الوصفين على نحو ما بيّناه، فالأقوى عدم جريان الاستصحاب. (الفاني).
- ٦- فيه تأمّل. (الكوه كمرى). * في جريان الاستصحاب نظر. (عبدالهادي الشيرازي). * لو أغمض عن المناقشات في جريانه. (المرعشي). * فيه إشكال، بل منع. (الخوئي). * فيه نظر. (محمّد الشيرازي). * فيه إشكال. (حسن القمّي).

(مسألة ٢) : لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فاعتق وصار حرّاً لم يجز إبقاء الجميع؛ لأنّ الاستدामه كالاتداء (١)، فلا بدّ من إطلاق (٢) الواحده أو الاثنتين. والظاهر كونه مختيراً بينهما (٣)، كما في إسلام الكافر عن أزيد من أربع (٤).

ويحتمل القرعه (٥)، والأحوط (٦) أن يختار (٧)

ص: ٢٤٧

- ١- في خروجه عن الزوجية قهراً. (آقاضياء).
- ٢- بل مقتضى القاعده انتفاء الزوجية بالنسبه إلى جميع الأطراف؛ لعدم المرجح، ودليل القرعه لا يشمل المقام. (تقى القمى).
- ٣- هذا هو الصحيح، والقرعه فيما إذا كان له واقع مجهول ظاهراً، فلا مورد لها هاهنا. (البجنوردى).
- ٤- وكما في العقد على الأختين دفعه واحده، وفي العقد على خمس في عقد هو واحده، وفي العقد على امرأتين لمن عنده ثلاث. (الفانى).
- ٥- فيه منع؛ إذ القرعه على الأقوى مختصه بالمشتبه ظاهراً والمتعين واقعاً، وفيالمورد لا- تعيين حتى يستكشف بها تعبداً. (المرعى).
- ٦- لا- يترك، وكذا فيما يأتى. (السبزواری). * لا- يترك الاحتياط بأن يُقرَعَ بِنَهْنٍ، ثم يختار من عينتها القرعه منهنّ، وأحوط منذلك أن يطلقهنّ جميعاً ثم يُجدد العقد على من يشاء منهنّ. (زين الدين). * لا يترك. (اللكراني).
- ٧- لا- يترك هذا الاحتياط باختيار القرعه واختيار ما خرج بها. (الإصفهاني). * لا يترك هذا الاحتياط باختيار القرعه. (عبدالله الشيرازى). * بل الأحوط طلاق الجميع، ثم العقد على الواحده أو الاثنتين. (محمد رضا الكلبيكاني).

ولو أعتقت أمه أو أمتان: فإن اختارت الفسخ (٣) حيث إنّ العتق موجب لخيارها بين الفسخ والبقاء فهو (٤) ، وإن اختارت البقاء يكون الزوج

ص: ٢٤٨

- ١- لا يُترك الاحتياط باختيار القرعه ثم اختيار ما خرج بها. (الإصطهباناتي). * لا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمّي).
- ٢- لا يُترك الاحتياط باختيار القرعه ثم اختيار ما خرج بها. (الروحاني). * لا يُترك الاحتياط بالقرعه في الفرعين. (الخميني). * بل هو الأظهر (الخوئي) (وفي حاشيته أُخرى له قدس سرّه في نسخه أُخرى: «لا يُترك الاحتياط»). * سقوط اختيار الزوج بالفسخ من قبلها موضع تأمل، فلا يُترك الاحتياط بأن يُقرَعَيْن الباقي منهنّ، ثم يختار منهنّ مَنْ عَيَّنْتَهُ القرعه. (زين الدين).
- ٣- سقوط اختيار الزوج بفسخها محلّ تأمل، لكنّ الأحوط حينئذٍ إبقاء النصاب من غيرها. (البرجودي). * اللازم ملاحظه زمان انعقاد الأمه أو الأمتين، وأنه هل للزوج حينئذٍ أزيد منأمتين وحرّتين، أم لا؟ وبالجملة: لا بدّ وأن يلاحظ أنّ المورد مصداق لأى حكم؛ لأنه لو لم يكن عنده أزيد من الحدّ المعتبر الشرعى فلا يكون مجالاً لبقاء اختيار الزوج، إلّا أن يقال بأنّه بعد عتقه كان مأموراً بإطلاق أزيد من الأمتين، ومقتضى ذلك بطلان نكاح الزائد عليهما لا- على نحو التعيين، ولا- يرجع الحكم بالبطلان إليها الصّحّه بعد انعقاد الأمه، وهذا هو التحقيق. (الفاني).
- ٤- أى فهو واضح، ولا إشكال فيه. (الفيروزآبادي).

مخيراً (١)، والأحوط اختياره القرع (٢)، كما في الصورة الأولى.

الشك في أن عقد الأربع بالدائم

(مسألة ٣): إذا كان عنده أربع وشك في أن الجميع بالعقد الدائم، أو البعض المعين، أو غير المعين منهنّ بعقد الانتطاع ففي جواز نكاح الخامسة دواماً إشكال (٣).

ص: ٢٤٩

- ١- هذا إذا كانت عنده أربع إماء، أو كانت المعتقة أمّتين، وأمّا إذا كانت عنده ثلاثاً إماءً وكانت المعتقة إحداها فلا مانع من الجمع بينها وبين الباقيتين؛ فإنّه من الجمعيين حرّه وأمّتين. (الخوئي).
- ٢- قد تقدّم أنّ المورد ليس من مواردّها. (المرعشي).
- ٣- فلا- يُترك الاحتياط. (الفيروزآبادي). * الأقوى جوازه للاستصحاب الجارى في جواز أصل الترويج. (آقاضياء). * والأقوى الجواز. (صدرالدين الصدر). * وإن كان الجواز أشبه. (الخميني). * الأحوط الترك. (المرعشي). * أظهره الجواز. (الخوئي). * بل يمكن إثبات الدوام بأصالة عدم ذكر الأجل؛ بناءً على القول بأنّ الدوام والمتعه من قبيل الزائد والناقص. (محمّد رضا الكلبيگاني). * مقتضى أصالة الإباحة هو الجواز بعد كون التمسّك بالعمومات من التمسّك بالعامّفى الشبهه المصدّقيه، ومعارضه أصالة عدم ذكر الأجل بأصالة عدم المانع من أخذالخامسه، وطريق الاحتياط أن يفارق إحداهنّ بالطلاق وهبه المدّه، ثمّ يعقد عليها انتطاعاً، ثمّ يتروّج بالخامسه. (السبزواري). * فلا- يُترك الاحتياط، بل المنع أقوى. (زين الدين). * والجواز غير بعيد، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه. (محمّد الشيرازي). * مقتضى القاعده عدم الجواز؛ فإنّ المستفاد من الكتاب عدم جواز الترويج بالخامسه على الإطلاق، والانتطاعى خارج بالدليل المنفصل، ومنفّى بالأصل. (تقيالقمي). * الأظهر هو الجواز. (الروحاني). * والأظهر الجواز. (اللكراني).

(مسأله ٤) : إذا كان عنده أربع فطلق واحدهً منهنَّ وأراد نكاح الخامسة : فإن كان الطلاق رجعيًّا لا- يجوز له ذلك إلا بعد خروجها عن العِدَّة، وإن كان بائنًا ففي الجواز قبل الخروج عن العِدَّة قولان: المشهور على الجواز؛ لانقطاع العصمه بينه وبينها. وربما قيل (١) بوجوب الصبر (٢) إلى (٣) انقضاء عدتها (٤)؛ عملاً بإطلاق جملة من الأخبار (٥)،

ص: ٢٥٠

- ١- وهو الأحوط اللازم رعايته، والتعليل بانقطاع العصمه إن تم لا فرق حينئذ بين الخامسة التي هي أخت المطلقة وبين غيرها، وحمل الروايات على الكراهه منظور فيه. (المرعشى).
- ٢- هذا القول إن لم يكن أظهر فهو أحوط. (الخوئي). * وهو الأقوى؛ لإطلاق نصوص المنع. (تقى القمي). * هذا القول أظهر بحسب الدليل، إلا أن تسالم الأصحاب على عدم وجوبه يمنع من الإفتاء به، فاحتياط بالترك لا يترك. (الروحاني).
- ٣- وهذا هو الأحوط. (البيجنوردى).
- ٤- وهو إن لم يكن أقوى فهو أحوط، فلا يترك. (زين الدين).
- ٥- [٥] الوسائل: الباب (٣) من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد، ح ١ - ٤.

والأقوى (١) المشهور (٢)، والأخبار محموله (٣) على الكراهه.

هذا، ولو كانت الخامسة أختَ المطلقة فلا إشكال (٤) في جواز (٥) نكاحها قبل الخروج عن العدة البائنه (٦)؛ لورود النص (٧) فيه (٨)؛ معللاً بانقطاع العصمه.

ص: ٢٥١

- ١- فيه تأمّل، والأحوط الصبر إلى انقضاء العدة، حتّى فيما إذا كانت الخامسة أختاً لمطلّقه، والنصّ الوارد فيها ساكت عن حيثيه كونها خامسه، والتعليل بانقطاع العصمه لاظهار له في كونه تمام العله بحيث يتعدى إلى غير الأختين. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٢- فيه نظر، ولا يترك الاحتياط بالصبر. (حسن القمّي).
- ٣- هذه الأخبار محموله على العده الرجعيه؛ لأنّ الرجعيه بمنزله الزوجه، فيمكن جريان الملاك لحرمة الخامسه، وهو اجتماع ماء الرجل في خمسٍ فيها بالرجوع، وليس الأمر في البائنه على ما ذكر. (الفاني).
- ٤- لا فرق بين أخت المطلقة وغيرها؛ لعموم التعليل وهو انقطاع العصمه بينهما. (الجنوردي).
- ٥- بل لا إشكال في عدم الجواز؛ لعدم جامع بين المقامين. (تقى القمّي).
- ٦- بل هو مشكل كسابقه، والنصّ والتعليل إنّما جوّز نكاحها بما هي أخت مطلقته، ولا يقتضى جواز نكاحها بما هي خامسه، فلا يترك فيها الاحتياط. (زين الدين).
- ٧- لا دلالة للنصّ على جواز الخامسه إذا كانت أختاً بعنوان الخامسه، بل هي تدلّ على جواز تزويج الأخت في عدّه أختها المطلقة بائناً، فهي في مقام دفع توهم عدم جواز الجمع، والتعليل قد عرفت أنّه على تقدير التماميه يعمّ الأخت وغيرها. (المرعشي). *
- النصّ المذكور دالّ على الجواز من حيث الجمع بين الأختين، لا من حيث الجمع بين الخمس. (حسن القمّي).
- ٨- النصّ لا يدلّ على الجواز فيها من حيث كونها خامسه، إلّا من جهة التعليل بانقطاع العصمه، ولا فرق حينئذٍ بين كونها أختاً أو غيرها، ولا ينبغي ترك الاحتياط في كلتا المسألتين. (البروجردى). * تقريب ذلك: أنّ إطلاق جواز نكاح الأخت بعد الطلاق البائن لأختها من دون فصلٍ له نحو حكمه على الأخبار السابقه إن سلّمنا إطلاقها بالنسبه إلى العده البائنه. (الفاني). * أي يستفاد من النصّ وإن لم يرد في خصوص المسأله. (الخميني). * لم يرد نصّ في المقام، وإنّما ورد في جواز نكاح المرأه في عدّه أختها إذا كانا طلاقاً بائناً، وبين المسألتين بون بعيد؛ وعليه فلا فرق في الخامسه بين كونها أختاً لمطلّقه وعدمه. (الخوئي). * النصّ ورد من حيث الجمع بين الأختين، لا من حيث تزويج الخامسه، فيشكل بناءً على هذا القول لو كانت الأخت خامسه، إلّا أن يتميّك بالإطلاق. (السبزواري). * النصّ وارد في الجواز من حيث الجمع بين الأختين، لا من حيث الجمع بين الخمس، فلا فرق بين كون الخامسه أختاً أو غيرها. (الروحاني). * لم يرد نصّ في خصوص الفرض، بل إنّما ورد في نكاح الأخت في عدّه أختها، دالّاً على جواز الخطبه إذا أبرأ عصمتها فلم يكن له عليها رجعه، ويمكن دعوى الإطلاق فيه بحيث يشمل المقام، لكنّها بعيدة، كما أنّه قد استُفيد منه أنّ الملاك كون الطلاق بائناً، بلا فرقٍ بين مورده وبين سائر الموارد، والاستفاده غير واضحه، فلا يمكن الاستناد إليه للجواز في الطلاق البائن مطلقاً. (اللكراني).

كما أنه لا ينبغي الإشكال إذا كانت العدة لغير الطلاق كالفسخ بعيبٍ أو نحوه. وكذا إذا ماتت الرابعة فلا يجب الصبر إلى أربعه أشهرٍ وعشر. والنصّ الوارد بوجوب الصبر معارض بغيره (١)، ومحمول على الكراهه.

وأما إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدّه حتّى يجب الصبر، أو لا يجب.

*

*

*

ص: ٢٥٢

١- والرجحان معه لكونه أحدث. (تقى القمّي).

لا يجوز التزويج (١) فى عده الغير (٢) دواماً (٣) أو متعه، سواء كانت عده الطلاق بائنه أم رجعيه، أو عده الوفاه، أو عده وطء الشبهه، حره كانت المعتده أو أمه.

ولو تزوجها حرمت عليه أبداً إذا كانا عالمين بالحكم والموضوع، أو كان أحدهما عالماً بهما مطلقاً، سواء دخل بها أم لا، وكذا مع جهلهما بهما (٤) لكن بشرط الدخول بها.

تحريم المزوجه فى العده مطلقاً دواماً ومتعه قبلاً دخل أو دبراً

ولا فرق فى التزويج بين الدوام والمتعه، كما لا فرق فى الدخول بين القبل والدبر (٥).

ص: ٢٥٣

١- وكذا الخطبه على الأقوى فى الرجعيه، وفى غيرها على الأحوط الأولى. (المرعشى). * وأما تزويج ذات البعل فسيأتى حكمه فى المسأله التاسعه. (اللكراني).

٢- وكذا لا يجوز التصريح بالخطبه فى عده الغير مطلقاً، ويجوز التعريض فى غير الرجعيه، وأما فيها فلا يجوز؛ لأنها زوجه، نعم، للزوج التصريح بالخطبه والتزويج لنفسه فى عده البائن إذا لم يكن مانع من تزويجها. (محمد رضا الكلبايگانى).

٣- إن كان قوله: «دواماً أو متعه» راجعاً إلى الغير المذى هى فى عده فلا وجه لترك ذكر عده المتعه فى أقسام العده، وإن كان راجعاً إلى التزويج الذى لا يجوز فلامجال للتصريح به ثانياً، فالعباره غير كامله. (اللكراني).

٤- أو بأحدهما. (اللكراني).

٥- لإطلاق الدخول الوارد فى النص؛ ولما ورد أنه أحد المأثنين، ولما فى الحكم بالتحريم أبداً من الاحتياط، نعم، لو عقدها بعد العده اتفاقاً فلا يترك الاحتياط بالطلاق أيضاً. (محمد رضا الكلبايگانى). * على الأحوط. (تقى القمى).

ولا يلحق بالعدة أيام استبراء الأمه، فلا يوجب التزويج فيها حرمةً أبديةً ولو مع العلم والدخول. بل لا يبعد جواز تزويجها فيها وإن حرم الوطء قبل انقضائها، فإن المحرم فيها هو الوطء دون سائر الاستمتاعات.

وكذا لا يلحق بالتزويج الوطء بالملك أو التحليل، فلو كانت مزوجةً فمات زوجها أو طلقها _ وإن كان لا يجوز لمالكها وطوها ولا الاستمتاع بها في أيام عدتها ولا تحليلها للغير _ لكن لو وطئها أو حللها للغير فوطئها لم تحرم (١) أبداً عليه (٢) ، أو على ذلك الغير ولو مع العلم بالحكم والموضوع.

عدم إلحاق وطء المعتده شبهه ولا زناً ما عدا الرجعيه

(مسألة ١): لا يلحق بالتزويج في العدة وطء المعتده شبهه (٣) من غير عقد، بل ولا زناً إلا إذا كانت العدة رجعية، كما سيأتي. وكذا إذا كان بعقد فاسد؛ لعدم تماميته (٤) أركانه.

وأما إذا كان بعقد تام الأركان وكان فاسده لتعبد شرعي _ كما إذا تزوج (٥) أخت زوجته في عدتها أو

ص: ٢٥٤

- ١- إذا كان الزنا في العدة الرجعية يوجب الحرمة. (تقى القمي).
- ٢- هذا في غير العدة الرجعية، وأما فيها فيجوز عليها حكم الزنا بذات البعل. (الخوئي).
- ٣- قيد للوطء، لا للمعتده. (اللكراني).
- ٤- لعدم صدق العقد عليه عند المتشرعة. (المرعشي).
- ٥- التمثيل بالأُم مطلقاً، وبالبنات في صورته الدخول بالأُم لا مورد له لحرمتها مع قطع النظر عن ذلك. (صدر الدين الصدر).

١- لا- يخفى أن أم الزوجه لكونها من المحرّمات الأبدية بنفسها ولا يعقل أن يترتب أثر على العقد عليها في عدتها فذكرها في المقام من غلط النسخ، أو سهو القلم، بل لا يستقيم ذكر بنتها أيضاً في المقام إلا مع التقييد بعدم الدخول بأُمّها لا مطلقاً. (النائني، جمال الدين الكلبيگانی). * هذه الكلمه من سهو القلم، أو غلط النسخ. (الخوئي). * لا ريب في أن أم الزوجه من المحرّمات الأبدية بنفسها وإن لم يعقد عليها فيالعدّه، وكذلك بنت الزوجه مع الدخول بأُمّها؛ ولذلك جعل بعض الأعاظم (وهما الميرزا محمّد حسين النائني والسيد جمال الدين الكلبيگانی). منالمحشّين عباره المتن من غلط الناسخين أو من سهو القلم، وقد يتكلّف لتصحيحالفرض بأن يكون تزوّج كلاً من الأمّ والبنت بعقدٍ واحدٍ وكانا جميعاً في العدّه منالغير، فإنّ كلّ واحدٍ منهما تكون من صغريات المسأله، ولكنّ الفرض بعيد. (زين الدين). * ذكر الأمّ مطلقاً وإطلاق ذكر البنت كلاهما من سهو القلم، أو غلط النسخ. (اللكراني).

٢- إذا لم يدخل بالأمّ وأُمّيّ أمّ الزوجه فهي محرّمه أبدية مطلقاً، ولا وجه لذكرها فيالمقام. (الكوه كمرى). * لا وجه لذكر أمّ الزوجه في المقام؛ لأنّ الكلام فيما إذا لم يكن موجب آخرللحرمه الأبدية - كأخت الزوجه مثلاً - حتّى يتكلّم في أنّ تزويجها في العدّه موجبلحرمتها أبداً أم لا، وأما أمّ الزوجه فهي محرّمه أبداً ولو لم تزوّج في العدّه، وكذا بنتالزوجه مع الدخول بأُمّها، نعم، لو لم يدخل بأُمّها كانت داخله في محلّ الكلام، فذكرها على الإطلاق أيضاً لا وجه له. (الإصطهباناتي). * وحيث إنّ أمّ الزوجه وكذلك بنتها بعد الدخول بأُمّها من المحرّمات الأبدية فالعقد في العدّه أو الدخول فيها لا تأثير لهما في التحريم أبداً، فالتمثيل بهما في المقام مناشتباه النسخ، أو سهو من قلمه الشريف. (الجنوردي). * في الأمّ والبنت سهو من القلم، أو اشتباه من النسخ، نعم، في البنت مع عدمالدخول بالزوجه يصحّ فرضه، وإن كان خارجاً عن مفروض المسأله. (عبدالله الشيرازي). * لا يخفى أنّ أمّ الزوجه محرّمه أبداً، سواء فرض وقوع عقدٍ عليها في العدّه أم لا، فلا- يدخل في محلّ الترييد، فكأنّه من سهو القلم، أو غلط النسخ، وفي مثال أمّالزوجه لا بدّ من التقييد بعدم الدخول بأُمّها. (الشريعتمداري). * تحرم أمّ الزوجه أبداً وبنت الزوجه بشرط الدخول بأُمّها. (الفاني). * لا وجه لذكرهما؛ إذ الأمّ محرّمه قبل العقد وبعده، والبنت كذلك بشرط الدخول بالأمّ. (المرعشي). * ذكر الأمّ في المقام لعلّه من سهو النسخ؛ لأنّ أمّ الزوجه من المحرّمات الأبدية، وعقدها في العدّه لا تأثير له في التحريم، وكذلك الزبييه مع الدخول بأُمّها، ومع عدمالدخول بالأمّ فالعقد عليها بعد بينونه الأمّ صحيح لولا العدّه. نعم، لو تزوّج الأمّالبنت بعقدٍ واحدٍ في عدّتهما فكانت من صغريات هذه المسأله، وكذا الأختين. (محمّد رضا الكلبيگانی). * أمّ الزوجه من المحرّمات الأبدية، لا- تصلح مثلاً للمقام، وكذا بنتها مع الدخول بأُمّها، فلا بدّ وأن تُقيّد بعدم الدخول حتّى تصلح للمثاليه، والأمر سهل. (السبزواري). * ذكر الأمّ بل والبنت مع عدم التقيّد بعدم الدخول لعلّه من سهو القلم. (حسن القمي). * ذكر الأمّ من سهو القلم؛ لأنّها من المحرّمات الأبدية، وأما البنت فلا بدّ منتقييدها بما إذا لم يدخل بالأمّ. (الروحاني).

— ففى كونه كالتزويج الصحيح إلاً من جهه كونه فى العِدّه وعدمه — لأنّ المتبادر من الأخبار التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه فى العِدّه —

ص: ٢٥٦

إشكال، والأحوط (١) الإلحاق (٢) في التحريم (٣) الأبدى، فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً، ومع الدخول في صورته الجهل.

التزويج في العدة من قبل الولي والوكيل

(مسألة ٢): إذا زوجه الولي (٤) في عده الغير (٥) مع علمه

ص: ٢٥٧

- ١- الأولى. (الفانى). * لا يُترك. (المرعشى). * بل الأظهر؛ فإنّ الموضوع في لسان الأدلّه عنوان التزويج في العده، ولا إشكال في صدق العنوان المذكور؛ إذ الألفاظ لا تكون موضوعاً للصحيح الشرعى. (تقى القمى).
- ٢- والأولى. (الكوه كمرى). * في أخت الزوجه، وأمّا بالنسبه إلى أم الزوجه وبناتها فينبغى التأمل فيه حكماً وموضوعاً. (صدرالدين الصدر). * لا بأس بتركه. (الخوئى). * لا ينبغى ترك الاحتياط، وإن كان الأقوى عدم الإلحاق. (زين الدين). * هذا الاحتياط لا ينبغى تركه، وإن كان غير لازم. (محمّد الشيرازى).
- ٣- بل الأقوى عدمه؛ لعدم مساعده الدليل بعد كون الحكم على خلاف القاعده. (آقاضياء). * بأن لا يتزوجها، ولكن لو عقد عليها ولو جهلاً فلا يُترك الاحتياط بالطلاق. (محمّد رضا الكلبايگانى). * يعنى مراعاة مقتضى الاحتياط. (حسن القمى).
- ٤- علم المولى عليه وجهله لا دخل لهما في ترتب الحكم وعدمه؛ إذ موضوع الحكم عنوان التزويج، والتزويج مستند إلى الولي، لا إلى المولى عليه. (تقى القمى).
- ٥- لا- ولا-يه لأحدٍ على غيره بالنسبه إلى التزويج في العده؛ ولذا لا- يترتب عليه شىء من آثار العقد في العده مطلقاً، ولو مع الدخول وعلم الولي، وكذلك الوكيل في العقد الصحيح، سواء كان وكيلاً في عقد امرأه معينه أو غير معينه. نعم، لو كان وكيلاً للعقد في العده أو لعقد امرأه معينه في عدتها ففيه وجهان: من بطلان الوكاله، والتمتقن مما يوجب الحرمة الأبدية عقده مباشرة، ومن صدق العقد في العده ولو بالتسبيب، والمناط حينئذ علم الموكل. (محمّد رضا الكلبايگانى).

بالحكم (١) والموضوع، أو زوجته الوكيل في التزويج بدون تعيين (٢) الزوجه (٣) كذلك لا- يوجب الحرمة الأبدية؛ لأنّ المناط (٤) علم الزوج، لا وليه أو وكيله، نعم، لو كان وكيلاً في تزويج امرأه معيّنه (٥) وهى فى

ص: ٢٥٨

١- ظاهر ما يأتى من التعليل بقوله: «لأنّ المناط» رجوع الضمير إلى الولي، وكذا فيالوكيل؛ وعليه فلا وجه لزياده فرع ثالثٍ بقوله: «نعم، لو كان». وإن أرجع الضمير إلى المولى عليه صحّت الفروع الثلاثة، ولكن لا يلائمه التعليل، وعلى أى حالٍ فلا تخلو هذه المسأله من الاضطراب فى التعبير. (الكوه كمرى).

٢- أى تعيين الموكّل مرأة وهى فى العده مع علم الوكيل. (الفيروز آبادى).

٣- بل حتّى لو كانت الزوجه معيّنه وكان الموكّل جاهلاً بأنّها فى عده، وكان الوكيل عالماً فإنّها لا تحرم عليه أبداً إلّا بالدخول. (زين الدين).

٤- بل لأنّ هذا التزويج خارج عن دائره الوكالة؛ لتعلقها بالتزويج الصحيح، ومخروجه يصير فضولياً لا يتفاوت الحال فيه بين علم الموكّل وعدمه، نعم، لو أجازهمع العلم وقلنا بشمول الأدلّه للعقد الفضولى أيضاً لا يبعد الحكم بالحرمة الأبدية. (اللكراني).

٥- أو إحدى المعينات تخيراً، وكانت إحداهنّ فى العده فاخترها الوكيل فإنّ تزويجه بها يوجب الحرمة الأبدية، كما شرته بنفسه إن علم أنّها فى العده، ومعال دخول إن لم يعلم. (كاشف الغطاء). * لا يظهر فرق بين التوكيل فى تزويج امرأه معيّنه وامرأه غير معيّنه؛ إذ المدار فيكليهما على عدم الموكّل، ولو فرض جهل الموكّل مع الدخول بها حرمت فى كلتا الصورتين، فلا- فرق. (الشريعتمدارى). * لا فرق بين المعينه وغيرها، بل الميزان علم الموكّل بالموضوع والحكم، فلا وجه للتفريق. (تقى القمى).

العِدَّة (١) فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه، لكنّ المدار علم الموكل (٢) ، لا الوكيل (٣) .

جواز تزويج من في العِدَّة لنفسه

(مسألة ٣) : لا إشكال في جواز تزويج مَنْ في العِدَّة لنفسه (٤) ، سواء كانت عِدَّة الطلاق، أم الوطء شبيهة، أم عِدَّة المتعه، أم الفسخ بأحد الموجبات (٥) أو المجوّزات له، والعقد صحيح، إلّا في العِدَّة الرجعيّة فإنّ

ص: ٢٥٩

١- وكذا لو أذن في تزويج إحدى المعينات على سبيل التخيير، وكانت إحداهنّ فيالعِدَّة فاختر الوكيل تزويج مَنْ في العِدَّة فإنّ الظاهر في هذه الصورة أيضاً أنّه كمباشرته بنفسه في أنّه يوجب الحرمة الأبديّة إن علم بكونها في العِدَّة، وبشرط الدخول إن جهل بذلك. (الحائري). * أو إحدى المعينات تخييراً، وكانت إحداهنّ في العِدَّة فاخترها الوكيل فإنّها تحرمعليه أبدأً بالتزويج إذا كان هو عالماً بأنّها ذات عِدَّة، وإذا كان جاهلاً لم تحرم إلّابالدخول. (زين الدين).

٢- أو دخوله مع الجهل. (اللكراني).

٣- بعد كون المدار على علم الموكل لا- فرق بين كون الوكّال على تزويج امرأه معيّنة أو لا، فالتقييد به لم يظهر وجهه. (السبزواري).

٤- أي في العِدَّة التي تتربّصها المرأة من جهة نفس الزوج. (الفيروزآبادي).

٥- فلا مورد للتزويج في العِدَّة حيثما يفسخ العقد لنفسه. (صدرالدين الصدر).

التزويج فيها باطل (١)؛ لكونها (٢) بمنزله الزوجه، وإلّا في الطلاق الثلاث الّذى يحتاج إلى المحلّ فإنّه أيضاً باطل، بل حرام (٣) ، ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الأبديّه، وإلّا في عدّه الطلاق التاسع فى الصوره الّتى تحرم أبداً، وإلّا فى العِدّه لو طئه زوجه الغير شبهه، لكن لا من حيث كونها فى العِدّه، بل لكونها ذات بعل (٤) ، وكذا فى العِدّه لو طئه فى العِدّه شبهه إذا حملت منه؛ بناءً على عدم تداخل العِدّتين؛ فإنّ عدّه وطء الشبهه حينئذٍ مقدّمه على العِدّه السابقه الّتى هى عدّه الطلاق أو نحوه؛ لمكان الحمل، وبعد وضعه تأتى بتتمّه العِدّه السابقه، فلا يجوز له تزويجها فى هذه العِدّه _ أعنى عدّه وطء الشبهه _

ص: ٢٦٠

- ١- التعليل لا- يوافق المعلّل، بل التعليل الموافق أن يقال: إنّها زوجه، والعُلقه باقيه، وانقطاعها موقوف على انقضاء العِدّه، والأظهر كونها بمنزلتها بمقدار ما ثبت من ترتيب الآثار، ولا يبطل عقدها لنفسه. (الفيروزآبادى). * ويمكن أن يجعل التزويج أماره على الرجوع. (المرعشى). * والظاهر أنّه رجوع. (الكوه كمرى).
- ٢- ويحتمل أن يكون رجوعاً، ويحتمل أن يكون العقد صحيحاً، فتتقلب الزوجيّه للتنزيليّه إلى الزوجيّه الحقيقيّه. (السبزوارى).
- ٣- فى الحرمة التكليفيّه إشكال. (المرعشى). * فى الحرمة التفكيكيّه إشكال. (السبزوارى). * على الأحوط. (تقى القمى). * لم أقف عاجلاً على ما يدلّ على حرمة العقد التكليفيّه، نعم، لا إشكال فى بطلانه. (الروحانى).
- ٤- ويأتى حكمها من حيث الحرمة الأبديّه. (محمّد رضا الكلبيگانى).

وإن كانت لنفسه، فلو تزوّجها فيها عالماً أو جاهلاً بطل (١)، ولكن في إيجابه التحريم الأبدى إشكال (٢).

المناط في الدخول المعتبر شرطاً في الحرمة الأبدية

(مسألة ٤) : هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبدية (٣)

في صورته الجهل أن يكون في العِدَّة، أو يكفي كون التزويج في العِدَّة مع الدخول بعد انقضائها؟ قولان، الأحوط الثاني، بل لا يخلو من قوه (٤)؛

ص: ٢٤١

- ١- في بطلانه تأمل؛ لعدم شمول العمومات المانعه، نعم، لولا العمومات المجوّزهمقتضى الاستصحاب بطلانه. (آفاضياء). * على تأمل، ولا يبعد عدم إيجابه التحريم. (الخميني).
- ٢- فلا يُترك الاحتياط. (الفيروزآبادي زين الدين). * لا يبعد جريان حكم التزويج في العِدَّة عليه. (الخوئي). * المستفاد من الدليل ترتّب الحكم على التزويج في عِدَّة الغير، والمفروض عدم وقوع العقد فيها. (تقى القمي).
- ٣- في صورته التزويج في العِدَّة. (الفيروزآبادي).
- ٤- لكنّ الأوّل أقوى. (النائيني، جمال الدين الكلپايگاني). * في القوه منع. (الإصفهاني، البروجردى، عبدالله الشيرازي). * في القوه تأمّل. (الكوه كمرى). * القوه في محلّ المنع. (الإصطهباناتي). * بل الأوّل. (صدرالدين الصدر). * لا قوه فيه، نعم هو أحوط. (عبدالهادي الشيرازي). * لا قوه فيه، نعم، هو الموافق للاحتياط، كما ذكره قدّس سرّه. (الجنوردي). * لا قوه فيه. (الشريعتمداري، الفاني). * بل لا يخلو من ضعف. (المرعشي). * لا قوه فيه، ولكن لا يُترك الاحتياط بترك التزويج، وبالطلاق على فرض التزويج. (محمّد رضا الكلپايگاني). * القوه مشكله إن لم تكن ممنوعه. (السبزواري). * الأقوى الأوّل، ولا يُترك الاحتياط. (زين الدين). * في القوه إشكال، بل منع، والاحتياط لا ينبغي تركه. (محمّد الشيرازي). * القوه ممنوعه، ولكن لا يُترك الاحتياط. (اللكراني).

لإطلاق الأخبار (١) بعد منع الانصراف إلى الدخول في العِدّه.

الشك في كون المرأه في العِدّه

(مسأله ٥) : لو شكّ في أنّها في العِدّه أم لا مع عدم العلم سابقاً جاز التزويج، خصوصاً (٢) إذا أخبرت بالعدم، وكذا إذا علم كونها في العِدّه سابقاً

وشكّ في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء. وأما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها، وهل تحرم أبداً إذا تزوّجها مع ذلك؟ الظاهر ذلك (٣).

ص: ٢٦٢

- ١- [١] الوسائل: الباب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٤، ٥، ٦، ٩، ١٠.
- ٢- بعد الفحص على الأحوط، وكذا في المسائل الآتية. (محمّد الشيرازي).
- ٣- إذا دخل بها ولم ينكشف الخلاف، وأما مع الانكشاف فلا تحرم، ومع عدم الدخول لا يخلو من إشكال. (البروجردى). * فيه إشكال، إلّا إذا دخل بها. (عبدالهادي الشيرازي). * حرمة ظاهرية، مع فرض الدخول بها ما لم ينكشف الخلاف. (الشريعتمداري). * ظاهر الأخبار اشتراط العلم بالعِدّه في الحرمة الأبديّة، والاستصحاب لا يكون علماً، فإذا تزوّجها في مورد استصحاب العِدّه لم يمكن الحكم بالحرمة الأبديّة، نعم، إذا دخل بها ولم ينكشف الخلاف فتحرم؛ لأنّها بحكم الاستصحاب معتدّه، وأما إذا انكشف الخلاف فلا تحرم، دخل بها أم لم يدخل. (الفاني). * أي محكوم بذلك ظاهراً ما لم ينكشف الخلاف، ومع ذلك في صورته عدم الدخول لا يخلو من إشكال. (الخميني). * ما لم ينكشف الخلاف. (محمّد رضا الكليايگاني). * إلّا أن ينكشف الخلاف. (زين الدين). * إذا لم ينكشف الخلاف. (محمّد الشيرازي). * إذا دخل بها ولم ينكشف الخلاف، وإذا انكشف الخلاف لم تحرم، ومع عدم الدخول أيضاً كذلك، والأحوط الترك. (الروحاني). * مع عدم انكشاف الخلاف، وفرض الدخول، وبدونه محلّ إشكال. (اللكراني).

وإذا تزوّجها باعتقاد خروجها عن العِدّه، أو من غير التفات إليها ثم أخبرت (١) بأنها كانت في العِدّه فالظاهر قبول (٢) قولها (٣)، وإجراء

ص: ٢٤٣

- ١- ولم تكن متهمه. (الفانى).
- ٢- فى الظهور تأمّل، لكنّه أحوط. (حسن القمى).
- ٣- فى قبول قولها بعد إقدامها بالعقد تأمّل، نعم، مقتضى الاستصحاب بقاء العِدّه. (الكوه كمرى). * محلّ تأمّل. (البروجردى). * فيه إشكال وتأمّل. (عبدالله الشيرازى). * قبول قولها بعد إقدامها على العقد غير ظاهر. (الشريعتمدارى). * فيه إشكال، مع فرض الدخول، ومعارضه أصاله الصّحّه، وفى صورته عدم الدخول لا- يُترك الاحتياط بالعقد ثانياً، أو الطلاق إن لم تدع العلم بالموضوع والحكم. (المرعشى). * فيه إشكال، بل منع، نعم، إذا أخبرت قبل الدخول بها أنّها فى العِدّه لزم الفحص؛ على ما دلّت عليه صحيحه أبى بصير (الوسائل: الباب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ونحوها، ح ٨). (الخوئى). * بل الظاهر أنّها لا تُصدّق بعد الدخول، كما فى النصّ، فالعقد محكوم بالصّحّه ما لم يقطع بصدقها ولم يثبت شرعاً، ومع ذلك لا يُترك مراعاة الاحتياط. وأمّا قبلاً للدخول فالأحوط التفحص، فإن انكشف الحال فهو، وإلّا فلا- يُترك الاحتياط بالطلاق، أو العقد الجديد بعد العلم بخروجها عن العِدّه، نعم، لو ادّعت العلم بالعِدّه وحرّمه التزويج فالأحوط ترك تزويجها مطلقاً. (محمّد رضا الكلپايگانى). * بل الظاهر أنّ قولها بعد العقد والدخول لا يقبل، وبعد العقد قبل الدخول إن أخبرت لزوم الفحص، كما دلّت على ذلك الأخبار. (الروحانى). * محلّ تأمّل، بل منع. (اللكراني).

حكم (١) التزويج في العِدَّة، فمع الدخول بها تحرم (٢) أبداً (٣).

العلم بالعِدَّة والشك في الدخول والعلم بالدخول والشك من جهة أخرى

(مسألة ٦): إذا علم أنّ التزويج كان في العِدَّة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً، ولكن شكّ في أنّه دخل بها حتّى تحرم أبداً، أو لا يبني على عدم الدخول.

ص: ٢٦٤

١- فيه تأمل إذا لم يفد إخبارها القطع، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه، بل لا يُترك. (الإصفهاني). * فيه إشكال، بل منع إذا لم يحصل القطع من قولها، ولكن الاحتياط مع ذلك لا يُترك. (البجنوردی).

٢- على الأحوط. (جمال الدين الكلبيگانی). * على الأحوط الذي لا يُترك. (الإصطهباناتی).

٣- على الأحوط. (النائینی، صدرالدين الصدر، عبدالهادی الشيرازى، الخمينى، زين الدين).

وكذا إذا علم بعدم الدخول بها وشك في أنها كانت عالمة أو جاهله (١)

فإنه يبني على عدم علمها، فلا يحكم بالحرمة الأبديّة (٢).

العلم الإجمالي بكون إحداهما في العدة

(مسألة ٧) : إذا علم إجمالاً بكون إحدى امرأتين المعيّنتين في العدة ولم يعلمها بعينها (٣) وجب عليه ترك (٤) تزويجهما. ولو تزوج إحداهما بطل، ولكن لا يوجب (٥)

ص: ٢٤٥

- ١- ولم يسبق علمها. (المرعشي). * إلّا إذا كانت جاهلة وكان حكمها استصحاب العدة إلى حين وقوع العقد. (زين الدين).
- ٢- إلّا إذا كانت مسبوقة بالعلم بالعدّة؛ حيث إنّ مقتضى استصحابها إلى زمان وقوع العقد الحرمة الأبديّة. (محمّد رضا الكلبايگانی). * ولو علم إجمالاً بانقضاء العدة والدخول، وشك في المتقدّم والمتأخّر منها تجريفه الصّور الأربعة المعروفة. (السبزواری).
- ٣- ما أفاده في المقام وفي ما بعده مبني على تنجز العلم الإجمالي بالجملة، وهو محلّ الإشكال، وإنّما يكون منجزاً في الجملة، فالحكم في كلا الموردین مبني على الاحتياط. (تقی القمی).
- ٤- إذا لم تكن إحداهما خارجة عن محلّ الابتلاء. (محمّد الشيرازی).
- ٥- إلّا إذا كانتا معتدّتين وعلم بخروج أحدهما. (صدرالدين الصدر). * بل يوجبها أيضاً في الظاهر إذا كانتا معتدّتين وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العدة. (عبدالله الشيرازی). * إلّا إذا كانت كلّ واحدةٍ منهما مستصحبّة العدة. (محمّد رضا الكلبايگانی). * نعم، فيما إذا كانتا معتدّتين وعلم بخروج إحداهما منها يكون مقتضياً لاستصحاب وقوع التزويج في العدة، فيوجب الحرمة الأبديّة ما لم ينكشف الخلاف مع فرض الدخول، وبدونه محلّ إشكال، كما مرّ. (اللكرانی).

الحرمة (١) الأبدية (٢)؛ لعدم إحراز كون هذا التزويج في العِدَّة.

نعم لو تزوّجهما معاً حرمتا عليه (٣) في الظاهر؛ عملاً بالعلم الإجمالي (٤).

من علم بالعدّة شكّ في أنّها لنفسه أو لغيره

(مسألة ٨) : إذا علم أنّ هذه الامراه المعينه في العِدَّة لكن لا يدري أنّها في عدّه نفسه (٥) ، أو في عدّه لغيره جاز له (٦)

ص: ٢٦٦

١- إذا لم يسبق العلم التفصيلي باعتدادهما، والإجماع بخروج إحداهما. (المرعشي). * الأحوط إيجابها إذا كانتا معتدّتين، وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العِدَّة، إلّا إذا انكشف الخلاف. (الخميني). * إلّا إذا كانتا في العِدَّة وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العِدَّة، فالأحوط إن لم يكن أقوى الحرمة الأبدية في الظاهر. (حسن القمي).

٢- بل يوجبها أيضاً في الظاهر إذا كانتا معتدّتين وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العِدَّة. (الإصفهاني). * إلّا إذا كانتا كلتاهما مُستصحبتي العِدَّة. (زين الدين).

٣- ولا- يبعد جريان القرعة للتعين. (عبدالهادي الشيرازي). * يمكن التعيين بالقرعة. (عبدالله الشيرازي). * بل مقتضى العلم الإجمالي الاحتياط؛ من حيث حرمة وطئهما، ووجوب الإنفاقعليهما، وسائر الأحكام ممّا يمكن فيه الاحتياط، إلّا أن يطلقهما. (محمد رضا الكلپايگاني).

٤- إلّا أنّ هنا علماً إجمالياً آخر، وهو العلم الإجمالي بحرمة وطء كلّ واحدٍ منهما، أو وجوبه قبل مضيّ أربعة أشهر، فيدور أمر كلّ منهما بين المحذورين، فلا مناصعندئذٍ من الرجوع إلى القرعة في المقام، أو إلى طلاق كلتيهما. (الخوئي).

٥- أي بغير العِدَّة الرجعية. (اللكراني).

٦- إلّا إذا كان طرف العلم هو العِدَّة الرجعية لنفسها، والمسألة مطلقاً لا تخلو من تأمّل وإشكال. (الخميني).

تزويجها(١)؛ لأصله(٢) عدم كونها في عدّه الغير، فحاله حال الشكّ البدويّ.

الزواج بذات البعل وصوره

(مسأله ٩) : يلحق(٣) بالتزويج(٤) في العدّه(٥) في إيجاب الحرمة الأبديّة تزويج ذات البعل، فلو تزوّجها مع العلم بأنّها ذات بعل(٦) حرمت عليه أبداً

ص: ٢٦٧

- ١- في إطلاقه تأمل. (الروحاني).
- ٢- إذا لم يكن الأصل عدم كونها في عدّته أثراً (كذا في الأصل، والأولى أن يقال: إذا لم يكن الأصل عدم كونها في عدّته ذا أثر أصلاً). أصلاً، وأما لو كانت لها أخت مثلاً فيتعارضان. (صدرالدين الصدر). * وإثماً يجرى هذا الأصل إذا لم يكن لأصله عدم كونها في عدّته هو أثر شرعيّ، وأما إذا كان لها أثر شرعيّ، كما إذا كانت للمرأة أخت لا يجوز له أن يتزوّجها فيعدّه أختها؛ فإنّ الأصلين يتعارضان، ولا بدّ من الاحتياط باجتنابهما. (زين الدين).
- ٣- على الأقوى نصّاً وفتوى. (صدرالدين الصدر). * على إشكال. (البروجردى). * على الأقوى. (المرعشي). * التعبير باللحوق إنّما يشعر بكون المستند هي نصوص المعتدّه بضميمه الأولويّه، أو إلغاء الخصوصيّة، مع أنّه وردت هنا أيضاً روايات متعدّده بين موثقه وصحيحه، والضميمه المذكوره غير ثابتة، نعم، بين المقامين فرق في بعض صور المسأله، وهي صور جهل الزوج وعلم الزوجه، فإنّ مقتضى إطلاق بعض ما ورد هنا عدم ثبوت الحرمة الأبديّه في هذه الصور، ومع ذلك كلّه فالمسأله مشكله. (اللكراني).
- ٤- على إشكال. (عبدالله الشيرازي). * فيه إشكال، لكن لا يُترك مراعاة الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٥- فيه تأمل وإشكال. (الشريعتمداري).
- ٦- وبأنّه لا يجوز تزويج ذات البعل، فإنّه يمكن أن يتحقّق الجهل به نادراً. (اللكراني).

مطلقاً، سواء دخل بها، أم لا.

ولو تزوّجها مع الجهل (١) لم تحرم (٢) إلّا مع الدخول (٣) بها، من غير فرقٍ بين كونها حرّةً أو أمه مزوّجته، وبين الدوام والتمتع في العقد السابق واللاحق.

وأما تزويج أمه الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوّجته فلا يوجب الحرمة الأبديّة، وإن كان مع الدخول والعلم.

التزوّج بامرأه عليها عدّه لم تشرع فيها

(مسأله ١٠): إذا تزوّج امرأةً عليها عدّه ولم تشرع فيها _ كما إذا مات زوجها ولم يبلغها الخبر، فإنّ عدّتها من حين بلوغ الخبر _ فهل يوجب الحرمة الأبديّة، أم لا؟ قولان، أحوطهما الأوّل (٤)، بل

ص: ٢٤٨

١- يعنى مع جهل كلّ من الرجل والمرأة بأنّ لها بعلاً، فلو علم به أحدهما حرّمت المرأهعليه مؤيّداً وإن لم يدخل، وكان الآخر جاهلاً، كما تقدّم نظيره في ذات العدّه. (زين الدين).

٢- سواء علمت الزوجه بالموضوع والحكم أم لا، بخلاف المعتدّه فإنّه فيها التفصيل، كما تقدّم. (المرعشى). * حتّى مع علم الزوجه بالحال على الأظهر، وبذلك يظهر الفرق بين المعتدّه وذاتالبعل. (الخوئى). * وإن كانت الزوجه عالمة على الأقوى. (حسن القمى). * العقد على ذات البعل مع الجهل لا- يوجب الحرمة الأبديّة وإن دخل بها، بل وإن علمت الزوجه بالحال. (الروحانى).

٣- فى إيجاب الدخول الحرمة الأبديّة مع الجهل إشكال، لكنّ الاحتياط لا يُترك. (حسن القمى).

٤- وأقواهما الثانى، وفى تقوية الأوّل ضعف بيّن، نعم، العقد فاسد فلا بدّ من تجديده. (المرعشى). * وأظهرهما الثانى. (تقى القمى).

الزواج بذات العده جهلاً والحمل منها

(مسأله ١١): إذا تزوج امرأة في عدتها ودخل بها مع الجهل، فحملت مع كونها مدخوله للزوج الأول فجاءت بولد: فإن مضى من وطء الثاني أقل من ستة أشهر ولم يمض من وطء الزوج الأول أقصى مدة الحمل لحق الولد بالأول.

ص: ٢٦٩

١- والأقوى هو الثاني، لكن الظاهر فساد العقد وجواز تجديده بعد خروجها من العده. (النائني، جمال الدين الكلبيگانی). * لولا مساعده الإطلاقات على جواز نكاحه، وإلا فيقدم المطلقات على الاستصحاب التعليق الجارى فى المقام لإثبات الحرمة. (آقا ضياء). * فى القوه منع. (الإصفهاني، البروجردى، عبدالله الشيرازى، السبزواري، حسن القمى). * لا قوه فيه وإن كان العقد فاسداً. (الكوه كمرى). * فى القوه منع، بل الثانى لا- يخلو من وجه، وإن كان الظاهر فساد العقد وجواز تجديده بعد العده، ولكن الاحتياط لا- يُترك. (الإصطهباناتى). * بل الثانى لا- يخلو من قوه. (صدرالدين الصدر، الخمينى). * بل هو خالٍ من القوه. (البجنوردى). * عده الوفاء من حين بلوغ الخبر، كما فى المتن أيضاً، فقبل الخبر لا عده، فلا تزويج فى عده، فالأقوى الثانى. (الفانى). * لا قوه غير معلومه. (الشريعتمدارى). * لا- قوه فيه، فلا- يُترك مراعاة الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيگانى). * القوه ممنوعه، نعم، لا بدّ من تجديد العقد إذا أراد التزويج بها بعد العده. (زين الدين). * لا قوه فيه، ولكن الاحتياط سبيل النجاه. (محمّد الشيرازى). * القوه ممنوعه. (اللكراني). * بل الأقوى الثانى وإن كان العقد فاسداً؛ للإجماع. (الروحانى).

وإن مضى من وطء الأول أقصى المدّه ومن وطء الثاني ستّه أشهر أو أزيد إلى ما قبل الأقصى فهو ملحق بالثاني.

وإن مضى من الأول أقصى المدّه ومن الثاني أقلّ من ستّه أشهر فليس ملحقاً بواحدٍ (١) منهما.

وإن مضى من الأول ستّه فما فوق وكذا من الثاني فهل يلحق بالأول، أو الثاني، أو يُقرع؟ (٢) وجوه، أو أقوال (٣) ، . . .

ص: ٢٧٠

١- ولا استبعاد في الأمور التبعديّة، فكم له من نظير في أبواب الفقه. (المرعشي).

٢- لأنه مشكل، ومن المشتبه ظاهراً والمتعين واقعاً. (المرعشي).

٣- لم أظفر على أكثر من قولين لأصحابنا: أحدهما: ما قواه في المتن وهو مختار النهاية (النهاية ونكتها للطوسي: ٤٥٤). ومستند هذا القول مرسله جميل بن درّاج على نقل الفقيه (الوسائل: الباب (١٧) من أبواب أحكام الأولاد، ذ ح ١٣، عن الفقيه: ٣/٤٧٠، ح ٤٦٣٩). الوارده فيخصوص المورد، يعني التزويج في العِدّه، والأخبار الوارده في التزويج بذات البعل بعد إلغاء الخصوصيّة. وثانيهما: القرعه، وهي مختار المبسوط (المبسوط: ٥/٢٠٧)، مشيراً إلى كونها مجمعاً عليها بقوله: «عندنا». وأمّا الإلحاق بالأول ففي المسالك (مسالك الأفهام: ٨/٣٨٢ _ ٣٨٥): أنه لا خلاف في عدمه، نعم، في المبسوط وعند قوم: يرجع إلى القافه (القافه: جمع القائف؛ الذي يعرف الآثار، ويعرف شبه الرجل بأخيه وأبيه. النهاية في غريب الحديث لابن الأثير: ٤/١٢١، (ماده قوف).)، ويلحق الولد بمن ألحقه به، ومع عدم التمكن أو حصول الشبهه لهم يلحق بمن ينتسب به بعد البلوغ، والظاهر أنّ مقصوده من القوم هو العامّه (كتاب الأمّ للشافعي: ٨/٦٤، مختصر المُنزني: ١١٥، ١٣٧، ٢٢٩، ٣١٧، المجموع: ١٥/٣٠٥). (محمّد رضا الكلبيكاني).

- ١- لا- قوّه فيه؛ لعدم دليلٍ معتبرٍ عليه، كما أنّ دليل القرعه لا يشمل المقام، فلا بدّ من العمل على طبق القواعد الجارية في موارد الشكّ. (تقى القمّي).
- ٢- فيه تأمل. (عبدالله الشيرازي). * لصدق الفراش. (المرعشي). * فيه إشكال، ولا يبعد الرجوع إلى القرعه. (الخوئي).
- ٣- بل لخصوص روايه جميل بن درّاج _ على نقل الصدوق في محكيّ الفقيه _ الظاهر فيعدم الإرسال، نعم، قد وردت في الفرع الآتي روايات دالّة على ذلك. (اللكراني).
- ٤- لم يظهر من تلك الأخبار جعل أصلٍ تعيّدٍ للإلحاق بالثاني في صورته الإمكانمطلقاً؛ لأنّ المقابله بين خمسة أشهر وسنّه أشهرٍ تكشف عن الأخذ بأماريّة الزمان للحق، واستصحاب عدم انعقاد النطفه في الزمان السابق _ زمان الزوجيّة للزوجالأوّل _ لا يثبت للحق بالثاني، فلا يوجب انحلال العلم بكون الولد لأحدهما لأعلى التعيين، مضافاً إلى أنّه معارض باستصحاب القهقري من الزمان المعلوم حملاً لمرأه إلى الزمان السابق، ومعارض أيضاً بأصالة عدم الانتساب إلى الزوج الأوّل، وليس الأصل الأوّل حاكماً على الأخير، بل لا- أثر له أصلاً، فما ذهب إليه الشيخ فيالمبسوط وجماعه من الرجوع إلى القرعه _ التي هي في طول الحجج والأصول _ أوفق بالصناعة. (الفاني).
- ٥- إلحاق الولد بالثاني فيه أقوى من إلحاقه به في الفرع الأوّل للأخبار الواردة في المسألة ولذا لم يختار الشيخ فيه القرعه وإن نسبها إليه غير واحد من الأساطينولكن لم نجد لها في مظانّ التعرّض مع كثرة التفحص فراجع أنت لعلّه خفي علينا. (محمّد رضا الكلبيكاني).

الثانى بعد تمام العِدّه (١) للأوّل واشتبه حال الولد (٢) .

إذا اجتمعت عدد مختلفه هل تتداخل أم تتعدّد؟

(مسأله ١٢) : إذا اجتمعت عدّه وطء الشبهه مع التزويج أو لا معه، وعدّه الطلاق أو الوفاء، أو نحوهما فهل تتداخل العِدّتان، أو يجب التعدّد؟ قولان، المشهور على الثانى (٣) ، وهو الأحوط (٤) ،

ص: ٢٧٢

- ١- إن كانت بالأشهر فى الطلاق وهكذا فى عدّه الوفاء. (الفيروز آبادى).
- ٢- فتجرى فيه الفروض المتقدمه كلها وتنطبق عليه أحكامها، وفى الفرض الأوّل منها يلحق الولد بالزوج الأوّل، وينكشف بذلك أنّ وطء الثانى وقع فى العِدّه، فتحرم عليه مؤبداً. (زين الدين).
- ٣- وهو الأقوى. (صدرالدين الصدر، البروجردى، الروحانى). * وهو الأحوط لو لم يكن أقوى، فلا يُترك. (الخمينى).
- ٤- بل هو المتعين، وليست الروايتان إلّا معارضتين لما يدلّ على عدم التداخل، ولعدم العمل بهما إلّا من الشاذّ لا تصلحان لذلك. (النائنى، جمال الدين الكلپايگانى). * لا يُترك، بل لا يخلو من قوّه؛ لكون الروايتين الدالّتين على التداخل معارضتين بما دلّ على عدمه المعمول به عند الأكثر بخلافهما، فإنّهما لم يعمل بهما إلّا الشاذّ. (الإصطهباناتى). * لا يُترك. (عبدالهادى الشيرازى، عبدالله الشيرازى، الشريعةمدارى، السبزوارى، محمّد الشيرازى، تقى القمى، اللكرانى). * بل هو مقتضى القاعده؛ لأنّ التداخل خلاف الأصل؛ إذ تعدّد السبب موجب لتعدّد المسبّب، والخبران أعرض عنهما المشهور، فلا مقتضى للخروج عن مقتضى القاعده، وهو تعدّد العِدّه. (البجنوردى). * فلا يُترك. (المرعشى). * بل الأقوى. (محمّد رضا الكلپايگانى).

- ١- ولا يُترك. (الكوه كمرى).
- ٢- وحيث إنّ الشهره العظيمه على خلافه لا يُترك الاحتياط. (الإصفهاني).
- ٣- فيه تأمل. (الكوه كمرى). * بل الثاني لا يخلو من قوّه. (صدرالدين الصدر). * بل هو الأقوى؛ لتصريح المعصوم بأنّ التعدّد مذهب العامّه، ولا- يُعتنّب بالشهره الفتوائيه بعد سقوط أصله الحجّيه في جهه صدور الأخبار الدالّه على التعدّد. (الفاني). * فيه إشكال. (المرعشي). * ولكن بما أنّه خلاف شهره عظيمه فالاحتياط لا يُترك. (حسن القمي).
- ٤- المشهور أعرضوا عن الأخبار المعارضه لما دلّ على التعدّد، فلا مقتضى لهذا الحمل، بل هو في غير محلّه؛ لعدم التكافؤ حينئذٍ. (صدرالدين الصدر).
- ٥- لا وجه للحمل على التقيّه، والظاهر هو التفصيل بين عدّه الوفاه وغيرها بالالتزام بالتعدّد في الأولى، والتداخل في الثانيه؛ وذلك لأنّ الروايات على طوائف ثلاث: إحداهما تدلّ على عدم التداخل مطلقاً، وثانيها تدلّ على التداخل مطلقاً، وثالثها تدلّ على عدم التداخل في خصوص الموت، وبما أنّ النسبه بين الطائفه الثالثه والطائفه الثانيه عموم مطلق فتقيّد الطائفه الثالثه بإطلاق الطائفه الثانيه، وبعد ذلك تنقلب النسبه بين الطائفه الثانيه والطائفه لأولى، فتصبح الطائفه الثانيه أخصّ من الطائفه الأولى، فتقيّد إطلاقها، فالنتيجه هي عدم التداخل في خصوص الموت، والتداخل في غير الموت، فإذن لا معارضه بين الروايات. (الخوئي).

التعدّد على التقيّه (١) بشهاده خير زواره (٢) وخير يونس (٣). وعلى التعدّد يقدم ما تقدم سببه (٤)، إلا إذا كانت إحدى العديتين بوضع الحمل فتقدم وإن كان سببها متأخراً؛ لعدم إمكان التأخير حينئذٍ.

ولو كانت المتقدمه عدّه وطء الشبهه، والمتأخره عدّه الطلاق الرجعيّ فهل يجوز الرجوع قبل مجيء زمان عدته؟

وهل ترث الزوج إذا مات قبله في زمان عدّه وطء الشبهه؟ وجهان، بل قولان، لا يخلو الأوّل منهما (٥) من قوه (٦). ولو كانت المتأخره عدّه الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلّق لها في زمان عدّه الوطء قبل مجيء زمان عدّه الطلاق؟ وجهان (٧) :

ص: ٢٧٤

- ١- بعيد يظهر بالتتبع والتأمل. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٢- [٢] الوسائل: الباب (١٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ٧.
- ٣- [٣] الوسائل: الباب (٣٨) من أبواب العدد، ح ٢.
- ٤- قد عرفت أنّه لا تعدّد إلّا فيما إذا كان الوطء بشبهه في عدّه الوفاه، ولا بدّ فيه من إتمام عدّه الوفاه أوّلاً ثمّ الاعتداد بعدّه الوطء بالشبهه. (الخوئي).
- ٥- بناءً على وقوع البيّنونه في الطلاق الرجعيّ بنفسه يمكن الفرق بين الحكمين بالاستصحاب، بعد عدم إضرار الفصل بينهما في الحكم الظاهريّ وإن لم يكن كذلك واقعاً. (آقاضياء). * محلّ تأمل. (الإصطهباناتي).
- ٦- فيه تأمل. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازي).
- ٧- فيما لا يحتاج إلى المحلّ كالبائن الخلعى، لا المطلّقه ثلاثاً. (الفيروزآبادي). * كيف لا يبعد والحال أنّه يصدق عليه التزويج في العدّه، وترتب عليه الحرمة بالأبدية إذا كان شرطها موجوداً؟! (تقى القمي).

١- بل الأقوى عدم الجواز بمقتضى دليل العدّه، وعدم بطلان النكاح بعدّه الوطء بالشبهه لا يستلزم جواز النكاح فيها. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- فيه إشكال. (الإصفهاني، السبزواري). * محلّ إشكال. (الإصطهباناتي). * بل لا يُترك الاحتياط. (عبدالهادي الشيرازي). * ولكنّ الأقوى عدم الجواز، واجتماع عدّه وطء الشبهه مع بقاء الزوجيّة التي وقع الوطء في أثناءها غير مستلزم لجواز إحداثها ثانياً بعد زوالها، فعموم الأدلّه المانعهم التزوُّج في العدّه على حاله. (البروجردى). * بل الظاهر عدم الجواز؛ لأنّه عقد في عدّه الغير - أي الواطئ بالشبهه - فيترتب عليه جميع آثار العقد في العدّه المذكوره سابقاً من التحريم المؤيّد مع العلم أو الدخول. (الجنوردي). * بل بعيد، ولا يبعد جريان حكم التزويج في العدّه. (عبدالله الشيرازي). * لا يُترك الاحتياط. (الشريعةمداري). * بل هو بعيد على مبنى التعدّد. (الفاني). * بل لا يبعد عدم الجواز، ولا يبعد كونه موجباً للحرمة الأبديّة. (الخميني). * الأحوط الترك. (المرعشي). * بل هو بعيد، ولا يبعد جريان حكم التزويج في العدّه عليه. (الخوئي). * فيه تأمل. (محمّد الشيرازي). * بل مقتضى دليل العدّه المنع عن التزويج، وعن جميع الاستمتاعات. (زين الدين). * فيه إشكال قويّ. (حسن القمّي). * بل هو بعيد، والظاهر جريان حكم التزويج في العدّه عليه حتّى الحرمة الأبديّة. (الروحاني). * بل العدم غير بعيد، والملازمه بين بقاء الزوجيّة بعد الوطء بالشبهه وبين جواز إحداثها في عدّته غير ثابتة. (اللكراني).

الزوج لها، لا سائر الاستمتاع بها، كما هو الأظهر (١). ولو قلنا بعدم جواز

التزويج حينئذٍ للمطلق فيحتمل كونه موجباً للحرمة الأبدية أيضاً (٢)؛ لصدق التزويج في عدّه الغير، لكنّه بعيد (٣)؛ لانصراف أخبار (٤) التحريم (٥) الموبّد عن هذه الصورة.

حكم ما لو كانت العِدَّتَانِ لشخصٍ واحد

هذا، ولو كانت العِدَّتَانِ لشخصٍ واحد، كما إذا طلق زوجته بائناً ثمّ وطئها شبهةً في أثناء العِدّه فلا ينبغي (٦)

ص: ٢٧٦

- ١- فيه تأمل. (حسن القمّي).
- ٢- وهو الظاهر، والانصراف ممنوع. (زين الدين).
- ٣- لا بُعدَ فيه بعد شمول الأدلّه، وكون الانصراف في محلّ المنع. (البروجردى، عبدالله الشيرازى). * الاستبعاد بعيد، والانصراف منظور فيه. (المرعشى). * بل لا بُعدَ فيه، والانصراف ممنوع. (محمّد رضا الكلبيگانى). * بل لا بُعدَ فيه؛ لشمول الأدلّه، ومنع الانصراف. (اللكراني).
- ٤- في الانصراف تأمل. (حسن القمّي).
- ٥- لا وجه لانصرافها. (الفانى).
- ٦- بل ينبغي الإشكال فيه بالإضافة إلى الغير، نعم، فيما إذا كانت إحداهما عدّهالطلاق الرجعيّ، والأخرى عدّه الوفاء يكون مقتضى النصّ الوارد فيه انقلاب الأولي إلى الثانيه، ولزوم الاعتداد بخصوص عدّه الوفاء التي هي أبعد الأجلين، نعم، فيإطلاقه وشموله لجميع الموارد إشكال. (اللكراني).

الإشكال(١) في التداخل(٢)، وإن كان مقتضى إطلاق بعض(٣) العلماء(٤) التعدّد(٥) في هذه الصورة(٦) أيضاً.

ثبوت المهر للموطوءة أو المزوجة في العدة

(مسألة ١٣): لا- إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطاء بالشبهة المجردة عن التزويج إذا كانت الموطوءة مشتبهه، وإن كان الواطئ عالماً. وأمّا إذا كان

ص: ٢٧٧

١- بل فيه إشكال. (عبدالله الشيرازي). * الأحوط التعدّد في هذه الصورة أيضاً. (الخميني).
٢- بل فيه إشكال، خصوصاً إذا كانت إحداهما للطلاق، والأخرى للوفاء. (البروجردى). * وإن كان التعدّد أحوط. (عبدالهادي الشيرازي). * تقدّم أنّ عدم التداخل هو مقتضى القاعدة، ولا وجه للخروج عن ذلك. (البجنوردى). * بل لا وجه للتداخل بالنسبة إلى الغير، وأمّا لنفسه فلا- عدّه لها أصلاً، وأمّا في عدّها للطلاق والوفاء فهو تبديل، لا- تداخل، ودليله النصّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٣- [٣] جواهر الكلام: ٣٢/٣٨٠.

٤- وهو الأحوط. (محمّد الشيرازي).

٥- ويؤيده قاعده عدم تداخل الأسباب (راجع جواهر الكلام: ٣٢/٢٦٦ وكشف اللثام: ٨/١٥٠ ط. جماعه المدرّسين). (آقاضياء).

٦- وهو الأحوط. (الشريعتمداري).

بالتزويج ففي ثبوت المسمى أو مهر المثل قولان، أقواهما الثاني (١). وإذا كان

التزويج مجرداً عن الوطاء فلا مهر أصلاً.

مبدأ العدة في وطاء الشبهه

(مسألة ١٤): مبدأ العدة في وطاء الشبهه المجزده عن التزويج حين الفراغ من الوطاء، وأما إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك، أو من حين تبين الحال؟ وجهان، والأحوط (٢) الثاني، بل لعله الظاهر من الأخبار (٣).

حكم الموطوءه بالشبهه لو كانت عالمه في الحره والأمه

(مسألة ١٥): إذا كانت الموطوءه بالشبهه عالمه بأن كان الاشتباه من طرف الواطئ فقط فلا مهر لها إذا كانت حره؛ إذ لا مهر لبغى. ولو كانت أمه ففي كون الحكم كذلك، أو يثبت المهر؛ لأنه حق السيد وجهان (٤)،

ص: ٢٧٨

١- محل تأمل. (الخميني). * في كون الثاني أقوى تأمل، والأحوط المصالحة في التفاوت. (محمد رضا الكلبيكاني). * بل الأقل من المسمى والمثل. (محمد الشيرازي). * بل الأول. (الروحاني).

٢- لا يترك. (المرعشي).

٣- بل ويساعده الاستصحاب أيضاً. (آقاضياء). * لكن معتبره زواره (الوسائل: الباب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٢).

واضح الدلالة على أن المبدأ من حين الفراغ من وطاء الشبهه، وأن الاستبراء إنما يكون بثلاثة قروء من حين الوطاء. (الخوئي). * لا يبعد أن الاستفادة منها أن مبدأ العدة هو تبين الحال، وارتفاع الشبهه في جميع الأقسام، حتى المجزده عن التزويج. (زين الدين).

٤- وهنا وجه ثالث، وهو عشر القيمة إن كانت بكرًا، ونصف العشر إن كانت ثيبًا، لصحاحتي فضيل بن يسار (الوسائل: الباب

(٣٥) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١) ووليد بن صبيح (الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١). (الفاني).

* هنا وجه آخر لا يبعد أن يكون أوجه منهما، وهو ثبوت عشر قيمتها للمولى إن كانت بكرًا، ونصف العشر إن كانت ثيبًا.

(الخميني). * الظاهر ثبوت الأرش للسيد، وهو عشر قيمتها إذا كانت بكرًا، ونصف العشر إذا كانت ثيبًا، سواء كانت جاهلة بحرمه

الوطء أم كانت عالمه. (زين الدين).

- ١- فلا يُستحقُّ شيءٌ بعنوان المهر، وأمّا بعنوان الأرش فلا يبعد ثبوت عُشر قيمتها للمولى إن كانت بكرةً، ونصفه إن كانت ثيباً. (اللكراني).
- ٢- لا قوه فيه. (الكوه كمرى).
- ٣- فيه تأمّل، وسيأتى منه فى أحكام العبيد والإماء ما ظاهره المنافاه لما اختاره هنا. (الفيروز آبادى). * فى القوه نظر؛ للتشكيك فى عموم «لا مهر لبغى» (الخصال: ٤١٨، ح ١٠، مسند أحمد: ١/٢٣٥، السنن الكبرى للبيهقى: ٦/٦، الوسائل: الباب (٥) من أبواب ما يكتسب به، ح ١٣، ١٤). بالنسبه إلى المقام، فيقياطلاق خبر وليد (الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١). لإثبات عشر ثمنها أونصفه بلا معارض. (آقاضياء). * بل لا إشكال فيه. (الإصفهاني). * مع علم المولى بذلك لا مطلقاً. (صدرالدين الصدر). * خصوصاً إذا كان المولى دخيلاً فى بغائها. (الإصطهباناتى). * لا قوه فيه، إلّا إذا كان المولى دخيلاً فى بغائها. (البروجردى). * بل الثانى. (عبدالهادى الشيرازى). * فيه تأمّل وإشكال، إلّا أن يكون المولى دخيلاً فى وقوع ذلك الوطاء. (الجنوردى). * لا قوه فيه، إلّا إذا كان المولى دخيلاً فى بغائها. (عبدالله الشيرازى). * بل الثانى حيثما لم يكن تسيب، ويحتمل لزوم عشر قيمه للمالك فى صورها البكاره، ونصف العشر فى الشيبوه. (المرعشى). * بل الأقوى هو الثانى، إلّا إذا أذن المولى لها فى المعصيه. (محمّد رضا الكليايگانى). * خصوصاً مع التفات المولى ببغائها. (السبزوارى). * فيه تأمّل، هذا من حيث المهر، ويحتمل ثبوت الأرش للسيد، وهو عُشر قيمتها إن كانت بكرةً، ونصف العُشر إن كانت ثيباً. (حسن القمى).

(مسأله ١٦): لا يتعدّد (١) المهر (٢) بتعدّد الوطاء (٣) مع استمرار الاشتباه. نعم لو كان مع تعدّد الاشتباه تعدّد (٤).

ص: ٢٨٠

- ١- مع العقد، وأما بدونه فلا يبعد تعدّده بتعدّد الوطاء. (صدرالدين الصدر). * يحتاج إلى التأمل. (البروجردى).
- ٢- يحتاج إلى التأمل. (عبدالله الشيرازى). * لا يخلو من إشكال. (المرعشى). * لا يخلو من تأمل. (حسن القمى). * محلّ تأمل، خصوصاً فى بعض صورته. (اللكرانى).
- ٣- فيه إشكال، نعم، الظاهر ذلك فى وطاء المعقود عليها فى العتده جهلاً. (الخونى). * فى غير وطاء المعقود عليها فى العتده جهلاً تأمل. (الروحانى).
- ٤- محلّ تأمل فى بعض صورته، لكنّه أحوط مطلقاً، وأقوى فى بعض الصور. (الخمينى).

(مسألة ١٧): لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل (١) للزانية وغيره.

والأحوط (٢) الأولى (٣) أن يكون بعد استبراء رحمها بحيضه من مائه (٤) أو ماء غيره إن لم تكن حاملاً، وأما الحامل فلا حجه فيها إلى الاستبراء، بل يجوز تزويجها ووطؤها بلا فصل.

نعم، الأحوط (٥) ترك (٦) تزويج المشهورة بالزنا (٧) إلّا بعد ظهور توبتها،

ص: ٢٨١

- ١- وفي حكمها ذات العدة الرجعية. (الخوئي).
- ٢- لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين). * لا يُترك هذا الاحتياط لخصوص الزانية. (حسن القمي).
- ٣- منشأ الاحتياط وجود المقيّدات الضعيفة الواردة في المقام، مع إعراض المشهور عنها في قبال المطلقات. (آقاضياء). * لا يُترك حتى الإمكان. (الخميني). * لا يُترك الاحتياط في تزويج نفس الزانية. (الخوئي). * لا ينبغي ترك هذا الاحتياط، وكذا الاحتياطات التالية في هذه المسألة. (محمّد الشيرازي). * بل الأحوط وجوباً. (الروحاني).
- ٤- لا يُترك الاحتياط بالنسبة إلى ماء نفسه. (تقي القمي).
- ٥- لا يُترك هذا الاحتياط للزانية بها ولغيره. (زين الدين). * الأولى. (الروحاني). * لا يُترك. (اللكراني).
- ٦- لا يُترك. (الخوئي).
- ٧- لا يُترك. (الشريعتمداري).

بل الأحوط ذلك بالنسبة إلى الزانى (١) بها، وأحوط من ذلك ترك تزويج

الزانية مطلقاً (٢) إلّا بعد توبتها. ويظهر ذلك بدعائها (٣) إلى الفجور، فإن أبت

ظهرت توبتها (٤).

لا تحرم على الرجل امرأته بزناها

(مسألة ١٨): لا تحرم (٥) الزوجه على زوجها بزناها وإن كانت مصرّة (٦) على ذلك (٧)، ولا يجب عليه أن يطلقها (٨).

ص: ٢٨٢

١- لا يُترك بالنسبة إليه. (حسن القمّي).

٢- وإن لم تكن مشهورةً بالزنا. (الفيروزآبادي).

٣- [٣] كذا في الأصل، والأصحّ (بدعوتها).

٤- إذا لم تكن قرينه على خلافه. (عبدالله الشيرازي). * إذا عرف أنّ الإباء ليس لسببٍ آخر. (محمد الشيرازي).

٥- مقتضى خبر ابن يقطين (وسائل الشيعة: الباب (١٢) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ١) أنّها لو زنت بعد العقد قبل الدخول تحرم عليها زوجها. (تقى القمّي).

٦- لكن إذا صارت مشهورةً يأتي فيها الاحتياط المذكور في المسألة السابقة؛ لعدم الفرق بين الابتداء والاستدامه بحسب الآيه والأخبار، فالأحوط اعتزالها بمجرد الاشتهار، وتجديد عقدها بعد التوبه مع عدم إرادته الطلاق، وإلّا فالطلاق. (محمد رضا الكلبيكاني). * إلّا إذا صارت مشهورةً فيجرى فيها على الأحوط الاحتياط المتقدم. (اللكراني).

٧- إلّا إذا أصبحت مشهورةً بالزنا، فيأتي فيها الاحتياط المتقدم في المسألة السابقة. (زين الدين).

٨- ولكنّه الأولى من جهات لا ينبغي إهمالها. (النائني، جمال الدين الكلبيكاني).

(مسألة ١٩) : إذا زنى بذات بعلٍ دواماً أو متعاً حرمت (١) عليه أبداً (٢) ، فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها، أو طلاقه لها، أو انقضاء مدتها إذا كانت متعه.

ولا- فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالماً بأنها ذات بعلٍ، أو لا، كما لا فرق بين كونها حرّة أو أمّة وزوجها حرّاً أو عبداً، كبيراً أو صغيراً (٣) ، ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها، أو لا، ولا بين أن يكون ذلك بإجراء العقد عليها وعدمه بعد فرض العلم (٤) بعدم (٥) صحّة العقد (٦) . ولا بين أن تكون

ص: ٢٨٣

- ١- مبتيه على الاحتياط. (تقى القمّي).
- ٢- على الأقوى، كما تقدّم. (المرعشى). * على الأحوط. (الخوئي، حسن القمّي). * فيه إشكال، بل منع. (اللنكراني).
- ٣- فى الصغير الواطئ إشكال. (الفانى).
- ٤- بل الدخول، وهو المعيار. (المرعشى).
- ٥- لا- أثر للعلم فى التحريم بعد فرض الدخول، نعم، لو كان جاهلاً بفساد العقد لم يكن زناً. (الكوه كمرى). * يعنى لو تزوّجها جاهلاً- بكونها ذات بعلٍ ثم انكشف له قبل الدخول ودخل بها يكون زناً، وأمّا إن دخل بها قبل الانكشاف فيدخل فى المسألة التاسعه. (محمّد رضا الكلبايگانى).
- ٦- ظاهر عنوان المسألة فرض تحقّق الدخول؛ لأنّه هو المقسم؛ وعليه فلا أثر للعلم بالتحريم، فسواء كان عالماً أم لم يكن تحرم أبداً مع الدخول؛ بناءً على ما مرّ من الماتن قدّس سرّه فى المسألة التاسعه. (الشريعتمدارى). * الفرق بين هذه المسألة والمسألة التاسعه المتقدّمه بحسب الموضوع والمورد واضحفيما إذا لم يتحقّق هنا إجراء العقد. وأمّا مع تحقّقه فالفرق: أنّ المفروض هناك إمّا العلم بالبطان حال العقد، وإمّا الدخول مع الجهل، وأمّا هنا فالمفروض هو الزنا المتحقّق بالعلم بالحرمة حال الدخول، وإن لم يعلم بكونها ذات بعلٍ فى تلك الحال؛ وعليه فالمراد من العلم بالبطان هو العلم بعد إجراء العقد وقبل الدخول، ولا يكون الحكم بالحرمة الأبدية فى فرض الدخول فى المسألة السابقه ملازماً للحكم بها هنا. (اللنكراني).

الزوجه مشتبهه أو زانيه أو مكرهه، نعم، لو كانت هي الزانيه وكان الواطئ مشتبهاً (١) فالأقوى (٢) عدم الحرمة (٣) الأبدية (٤).
ولا يلحق بذات البعل الأمه المستفرشه (٥)، ولا المحلله، نعم، لو كانت الأمه مزوجه فوطئها سيدها لم يبعد الحرمة الأبدية عليه
وإن كان لا يخلو من إشكال (٦).

ولو كان الواطئ مكرهاً على الزنا فالظاهر (٧)

ص: ٢٨٤

-
- ١- إذا لم يكن الاشتباه من جهة اعتقاد صحه العقد، كما تقدم. (الكوه كمرى). * حيث لا يكون الاشتباه من جهة اعتقاده صحه العقد مثلاً. (المرعشى).
 - ٢- إن لم يكن عقد في البين، وإلا فيدخل في المسأله التاسعه. (محمد رضا الكلبيكاني).
 - ٣- لعدم شمول النصوص له، مع عدم حججه الأولويه المزعومه. (المرعشى).
 - ٤- إذا كان الوطئ من غير عقد، وإلا حرمت عليه مؤبداً، وكان من صغريات المسأله التاسعه المتقدمه. (زين الدين).
 - ٥- أى الموطوءه من مولاها. (الفيروزآبادي).
 - ٦- لكن ضعيف. (تقى القمي).
 - ٧- بل الظاهر عدمه. (الفيروزآبادي). * بل الأحوط. (الخميني).

لحوق (١) الحكم، وإن كان لا يخلو من إشكال أيضاً.

الزنا بذات العدة الرجعية

(مسألة ٢٠) : إذا زنى بامرأه في العدة الرجعية حرمت (٢) عليه أبداً (٣) ، دون البائنه وعدده الوفاه وعدده المتعه (٤) والوطء بالشبهه (٥) والفسخ.

ولو شك في كونها في العدة أو لا، أو في العدة الرجعية، أو البائنه فلا حرمة ما دام (٦) باقياً على الشك، نعم، لو علم كونها في عده رجعية وشك في انقضائها وعدمه فالظاهر الحرمة (٧) ، خصوصاً إذا أخبرت (٨) هي بعدم الانقضاء. ولا فرق بين أن يكون الزنا في القبل أو الدبر، وكذا في المسألة السابقة.

من لاط بغلام فأوقبه وإيجابه الحرمة على أمه وبنته وأخته وعدمها في الموطوء

(مسألة ٢١) : من لاط بغلام فأوقب ولو بعض الحشفه (٩) حرمت

ص: ٢٨٥

- ١- بل الظاهر عدم اللحوق. (تقى القمي).
- ٢- هذه كسابقته مبني على الاحتياط. (تقى القمي).
- ٣- على الأحوط. (الخوئي، حسن القمي). * فيه إشكال، بل منع. (اللكراني).
- ٤- الأقوى دخولها في العموم. (المرعشي).
- ٥- ولو كانت ذات الزوج معتدة لوطء الشبهه لم يجز لزوجها وطؤها، لكن لو فعل لمتحرم عليه وإن أثم، ولا يُحدّد حدّ الزاني، بل يُعزّر. (كاشف الغطاء).
- ٦- أو انكشف عدم كونها في العدة، أو عدم كونها رجعية. (اللكراني).
- ٧- حتى مع إخبارها بعدم العدة، لكونها متهمه لا يسمع دعوها. (آقاضياء).
- ٨- بل وإن أخبرت بالانقضاء؛ بناءً على عدم حجّية قولها وإخبارها؛ لاستصحاب بقائها وعدم انقضائها. (البحروردی).
- ٩- على الأحوط. (النائني، جمال الدين الكلبيكاني، الإصطهباناتي، الشريعةمداري، زين الدين، محمد الشيرازي، اللكراني). * الحكم بالحرمة في هذه الصورة مبني على الاحتياط. (الخوئي). * الحكم مبني على الاحتياط؛ فإنّ النصوص الواردة في المقام كلّها مخدوشه سنداً. (تقى القمي).

- ١- على الأحوط في جميع ما ذكر، لكنّ الظاهر عدم جريان الحكم إذا كان الواطئ صغيراً. (حسن القمّي).
- ٢- فيه نظر، ولكنّ الاحتياط بالترك أولى. (المرعشى).
- ٣- فيه نظر، نعم، لا- ينبغي ترك الاحتياط. (المرعشى). * الأخبار وإن كانت مختصة بالأمّ والبنت ولكنّ الظاهر صدقهما على الجدّه وبنات البنت. (الروحاني).
- ٤- هذا الحكم بالنسبة إلى أخت الموطوء مع كون الواطئ كبيراً والموطوء صغيراً مسلّم، وفي غيرها لا يخلو من إشكال، بل الظاهر عدم جريان الحكم مع كون الواطئ صغيراً مطلقاً. (حسن القمّي). * في أكثر النصوص ذكر عنوان الرجل للفاعل والغلام للمفعول، نعم، في حديث واحد ذكر عنوان أخى امرأته للمفعول، فعموم الحكم مبنّى على الاحتياط. (تقى القمّي).
- ٥- لو كان الواطئ صغيراً فالحرمة لا- تخلو من الإشكال. (النائني، جمال الدين الكلبايكاني). * في الدليل ذكر الرجل، ولكنّ التعميم أحوط. (كاشف الغطاء). * على الأحوط في الواطئ الصغير. (الإصطهباناتي). * على إشكال في الواطئ الصغير. (الشريعتمداري). * في الصغير الواطئ إشكال. (الفاني). * الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان الواطئ كبيراً والموطوء صغيراً. (الخوئي). * في الدليل ذكر الرجل، فلا يشمل الواطئ الصغير. (زين الدين). * الأظهر عدم شمول الحكم لما إذا كان الواطئ صغيراً، كما أنّ ظاهر النصّ يقتضي البناء على عدم الشمول لما إذا كان الموطوء كبيراً، فالأظهر اختصاص الحرمة بما إذا كان الواطئ كبيراً والموطوء صغيراً. (الروحاني). * إذا كان الواطئ صغيراً أو كانا كبيرين فالحكم محلّ إشكال. (اللكراني).

أو مختلفين (١). ولا- تحرم على الموطوء أمّ الواطئ وبنته وأخته على الأقوى. ولو كان الموطوء خنثى (٢) حرمت أمها و(٣) بنتها (٤) على الواطئ؛

لأنه إمّا لواط، أو زنا (٥)،

ص: ٢٨٧

- ١- المتيقن من ذلك ما إذا كان الواطئ بالغاً، والموطوء يسمّى غلاماً، والحكم في غير هذه الصورة مبني على الاحتياط. نعم، لو كان الواطئ غير بالغ، أو كان الموطوء صغيراً جداً فالحكم بالحرمة مشكل. (محمّد الشيرازي).
- ٢- إذا كان في دُبُرِها. (آقاضياء). * إذا وطئ في كلتا الثقبين أو في دُبُرِها، وأمّا لو وطئ في قُبُلِها فلا يعلم أحد الأمرين، بل يحتمل أن لا تكون أحدهما. (عبدالله الشيرازي). * وكان الوطء في دُبُرِها. (الخميني).
- ٣- على الأحوط، أمّا الدخول في قُبُلِها فقط فالظاهر عدم إيجابه التحريم. (حسنالقمي).
- ٤- على الأقوى. (المرعشي).
- ٥- إذا وطئ في تلك الثقبين أو في دُبُرِها، وأمّا لو وطئ في قُبُلِها فلا- يعلم أحد الأمرين، بل يحتمل أن لا- يكون أحدهما. (الإصفهاني). * إلّا مع الدخول في قُبُلِها فقط. (حسن القمي).

وهو مُحَرَّم (١) إذا كان سابقاً، كما مر (٢).

والأقوى (٣)(٤) حرمة (٥)

ص: ٢٨٨

١- بتشديد الراء المكسوره، أى يوجب الحرمة. (الفيروز آبادى). * على الأحوط. (حسن القمى).

٢- هذا من سهو القلم، والصحيح، كما يأتى. ثم إنه يأتى ما هو المختار من أن الزنا بالمراه لا يوجب تحريم أمها وبناتها إلا فى الخاله والعمه، وعليه فلا- تحرم أم الخنثيو بناتها على الواطئ؛ لعدم إحراز كونه ذكراً. (الخنثى). * بل كما يأتى. (محمّد رضا الكلبايگانى). * بل سيأتى فى المسأله (٢٨) من فصل: المحرّمات بالمصاهره. (السبزوارى). * بل كما سيحىء فى المسأله الثامنه والعشرين من فصل: محرّمات المصاهره. (زين الدين). * بل يأتى فى الفصل الآتى، وستعرف أن الزنا لا- يكون مُحَرَّمًا. (الروحانى).

٣- [٣] كذا فى أصل النسخ الخطيه وبعض النسخ المطبوعه ممّا بأيدينا، ولكن أكثر النسخ المتأخّره فيها كلمه (الأحوط) بدل (الأقوى)، ويظهر من استقصاء التعليقات أن بعضها ناظر إلى ما فى أصلامخطوط، وبعضها الآخر إلى ما فى النسخ المطبوعه، فلاحظ.

٤- ندباً. (الفيروز آبادى). * بل الأقوى خلافه؛ للأصل بعد عدم جريان أصاله الصّحّه فى التزويج فى أمثالاالمقام، الّذى يكون الشكّ فى أصل العنوان عرفاً. (آقاضياء). * وإن كان الأقوى خلافه. (صدرالدين الصدر). * وإن كان الأقوى عدمها. (الخمينى).

٥- سيأتى خلافه فى الفصل اللاحق لِلأحقّ هذا الفصل فى المسأله (٢٨). (الكوه كمرى). * الأولى. (الإصفهانى).

المذكورات (١) على (٢) الواطئ (٣) وإن كان ذلك بعد (٤) التزويج (٥)، خصوصاً إذا طلقها (٦) وأراد (٧)

ص: ٢٨٩

- ١- لا يترك الاحتياط في غير صورته تجديد العقد بعد الطلاق، وأما فيها فالأظهر الحرمة. (الروحاني).
- ٢- في الأخت الاحتياط أظهر. (محمد الشيرازي).
- ٣- لكن الأقوى خلافه، نعم، لو طلقها ففي تزويجها جديداً إشكال، والاحتياط لا يترك. (البجنوردي).
- ٤- لكن الأقوى خلافه، نعم، لو طلق زوجته السابق نكاحها فجواز تزويجها جديداً يخلو من الإشكال. (جمال الدين الكلبيگاني).
- ٥- لكن الأقوى خلافه، نعم، لو طلق زوجته السابق نكاحها فجواز تزويجها جديداً يخلو من الإشكال. (النائيني). * لكن الأقوى خلافه، وقد صرح الماتن قدس سره بخلاف ما ذكره هنا في المسألة الثامن والعشرين من فصل المحرمات بالمصاهرة. (الشريعتمداري). * الأقوى عدم الحرمة. (الفاني، المرعشي). * وقبل الدخول، وأما بعد الدخول فالأقوى عدم الحرمة، كما يأتي منه قدس سره. (محمد رضا الكلبيگاني). * والأقوى عدم التحريم إذا كان ذلك بعد الدخول، كما سيأتي في المسألة الثامن والعشرين من فصل: محرمات المصاهرة، نعم، إذا طلق تلك الزوجه لم يجز له تجديد نكاحها. (زين الدين).
- ٦- لا بأس بترك الاحتياط في غير هذه الصورة. (الخوئي).
- ٧- في غير هذه الصورة لا يجب الاحتياط. (حسن القمي). * الظاهر هو الحرمة في هذه الصورة، ولا بأس بترك الاحتياط في غيرها. (تقي القمي).

تزويجها جديداً (١).

الأم الرضاعية كالنسيبه من جهة الحرمة وكذا الأخت والبنات

والأم الرضاعية كالنسيبه، وكذلك الأخت والبنات.

حكم الوطء غير العمدي

والظاهر عدم (٢) الفرق (٣) في الوطء (٤) بين أن يكون عن علم وعمدٍ واختيار، أو مع الاشتباه (٥)، كما إذا تخيله امرأته، أو كان مكرهاً، أو كان المباشر (٦) للفعل هو المفعول (٧). ولو كان الموطوء مئيتاً ففي التحريم إشكال (٨).

ص: ٢٩٠

- ١- في غير هذه الصوره لا بأس بترك الاحتياط. (محمد الشيرازي).
- ٢- بل يفرق بين العالم والجاهل، كما أنه يفرق بين الاختيار والإكراه، وأيضاً لا يترتب الحكم إذا لم يكن الفعل مستنداً إلى الفاعل، كما لو باشر المفعول أو الثالث. (تقي القمي).
- ٣- على إشكالٍ في بعضها. (الكوه كَمَرِي). * فيه إشكال. (محمد الشيرازي، حسن القمي، اللنكراني).
- ٤- فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).
- ٥- في تلك الصور الثلاث فضلاً عن الصوره الرابعه إشكال. (الفاني).
- ٦- على الأحوط في هذه الصوره إذا لم يتحقق من الفاعل العمل. (الخميني).
- ٧- إن شمله النص. (المرعشي). * على الأحوط في هذا الفرض. (زين الدين). * فيه تأمل، والاحتياط لا يُترك. (الروحاني).
- ٨- بل منع. (الخميني). * الأقوى جواز التزويج. (المرعشي). * أظهره عدم التحريم. (الخوئي). * ولعل المنع أقرب. (محمد الشيرازي). * والأقرب عدم التحريم. (حسن القمي). * الأظهر عدم التحريم. (الروحاني). * ولا يبعد عدم التحريم. (الlnكراني).

ولو شك في تحقق الإيقاب وعدمه بنى على العدم. ولا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكوره، فلا بأس بنكاح ولد الواطئ ابنه الموطوء أو أخته أو أمه، وإن كان الأولى (١) الترك في ابنته (٢).

*

*

*

ص: ٢٩١

١- لم يظهر وجه للأولوية. (الخوئي).

٢- للمرسله الضعيفه، فراجع (الوسائل: الباب (١٥) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ٣). (آفاضياء).

فصل [من المحرّمات الأبدية: التزويج حال الإحرام]

التزويج حال الإحرام وفروع في البطلان والتحريم

من المحرّمات الأبدية (١): التزويج حال الإحرام لا يجوز للمحرم أن يتزوَّج امرأةً مُحَرَّمه أو مُجَلَّه، سواء كان بالمباشره أم بالتوكيل مع إجراء الوكيل العقد حال الإحرام، سواء كان الوكيل مُحَرَّمًا أم مُجَلًَّا، وكانت الوكالة قبل الإحرام أو حاله.

وكذا لو كان بإجازه عقد الفضوليّ الواقع حال الإحرام أو قبله مع كونها حاله، بناءً على النقل، بل على الكشف (٢) الحكمي، (٣) بل الأحوط مطلقاً.

ولا إشكال في بطلان النكاح في الصور المذكوره.

وإن كان مع العلم بالحرمه حرمت الزوجه عليه أبداً، سواء دخل بها أم لا. وإن كان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الأقوى، دخل بها أو لم يدخل، لكنّ العقد باطل على أي حال. بل لو كان المباشر للعقد مُحَرَّمًا بطل وإن كان له العقد مُجَلًَّا.

ولو كان الزوج مُجَلًَّا وكانت الزوجه مُحَرَّمه فلا إشكال في بطلان العقد،

ص: ٢٩٢

١- بتشديد الراء المكسوره خبر مقدّم، والمبتدأ الموحّر قوله: التزويج حال الإحرام. (الفيروز آبادي).

٢- في استفاده الكشف الحكمي من القواعد نظر وإشكال، تعرّضناه في كتاب البيع، فراجع. (آقا ضياء). * على الأحوط فيه. (الخميني).

٣- في الكشف الحكمي نظر. (عبدالله الشيرازي).

لكن هل يوجب الحرمة (١) الأبدية؟ فيه قولان، الأحوط الحرمة (٢)، بل لا يخلو (٣) من قوه (٤).

ص: ٢٩٣

١- الظاهر أنّ مناط الحكم في المسألتين واحد؛ لأنّ المذكور في الروايات ليس إلّا المحرم، فإن كان محمولاً على الجنس يُحمّل عليه في كلاً- الحكمين، وذكر الرجل في بعض الأخبار يُحمّل على كونه من باب المثال، وإن أخذ بالمتيقّن من المُحرّم- وهو الرجل - فالمتيقّن بطلان عقد المُحرّم دون المُحرّمه، والأقوى ما في المتن، كما صرح به في الخلاف (الخلاف: ٢/٣١٥)، مستدلاً بالأخبار والإجماع منه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- الأولى. (الإصفهاني). * لأنّ الظاهر إرادته الجنس من المُحرّم، فمناطق التحريم في الزوجين واحد. (المرعشي).

٣- لا لأنّ الأخذ بظاهر الأخبار الواردة في مورد المُحرّم والرجل يوجب التفكيكين الحكمين، أعني البطلان والحرمة الأبدية، مع أنّه لا- مجال لتوهم الاختصاص في الأوّل؛ فإنّه لا- مانع من كون العموم فيه مستفاداً من دليلٍ آخر، كالإجماع ونحوه، بل لإلغاء العرف الخاصّ من كلمه «الرجل»، وعدم حمل «المُحرّم» على خصوص الرجل المتّصف بالإحرام. (اللكراني).

٤- في القوه نظر؛ لعدم وفاء دليل بها، فراجع. (آقاضياء). * في القوه نظر. (الكوه كمرى). * فيه تأمّل، بل منع. (صدرالدين الصدر). * لا قوه فيه. (البروجردى، السبزواري). * القوه ممنوعه. (عبدالهادي الشيرازي). * فيه نظر. (عبدالله الشيرازي). * لا قوه فيه لو لم يكن الأقوى خلافه. (الشريعتمداري). * الدليل وارد في المُحرّم، فالتعدّي إلى المُحرّمه لا وجه له. (الفاني). * في القوه إشكال. (محمّد الشيرازي).

ولا فرق في البطلان والتحریم الأبدی بین أن يكون الإحرام لحجّ واجبٍ أو مندوبٍ أو لعمره واجبٍ أو مندوبه، ولا في النكاح بين الدوام والتمتع.

من تزوج عالماً بالحرمة غافلاً عن كونه محرماً أو ناسياً

(مسألة ١) : لو تزوّج في حال الإحرام مع العلم بالحكم لكن كان غافلاً عن كونه مُحرماً أو ناسياً له فلا إشكال (١) في بطلانه، لكن في كونه محرماً أبداً إشكال (٢)، والأحوط (٣) ذلك (٤).

وطء الزوجه في حال الإحرام

(مسألة ٢) : لا يلحق وطء زوجته الدائم أو المنقطعه حال الإحرام بالتزويج في التحريم الأبدی، فلا يوجب وإن كان مع العلم بالحرمة والعقد.

بطلان التزويج من غير جهه الإحرام

(مسألة ٣) : لو تزوّج في حال الإحرام ولكن كان باطلاً من غير جهه الإحرام – كتزويج أخت الزوجه، أو الخامسة – هل يوجب التحريم،

ص: ٢٩٤

١- الأقوى العدم. (المرعشى).

٢- لا يبعد دعوى أظهریه عدم التحريم. (الروحاني).

٣- الاحتياط المذكور لا يكون واجباً. (تقى القمي).

٤- بل الأقوى؛ لأنّ علمه بحرمتها له الّذى هو مضمون الروايه المقيّده ملازم معالفتاته بحرمتها له. (آقاضياء). * يمكن القول بعدم التحريم، بل لا يخلو من قوه. (الفاني). * لا بأس بتركه. (الخوئي).

١- لا- ظهور فيه. (الكوه كَمَرَى). * فيه تأمّل، بل منع؛ لأنّ ظاهر الدليل أنّ التزويج الصحيح لولا وقوعه في حال الإحرام يوجب التحريم، ومنه يظهر النظر في قوله: لصدق التزويج. (صدرالدين الصدر). * بل الأحوط ذلك. (الإصطهباناتي). * محلّ تأمّل، نعم، هو أحوط. (البروجردى، عبدالله الشيرازى). * فيه إشكال، نعم، هو أحوط. (عبدالهادهى الشيرازى). * في كونه ظاهراً إشكال، وكذلك في شمول الأخبار له، نعم، هو أحوط. (الجنوردى). * غير ظاهر وإن كان أحوط. (الشريعةمدارى). * بل الظاهر العدم. (الفانى). * قد استشكل قدس سرّه وتوقّف سابقاً في نظيره، ولم يستظهر البطلان، كما استظهر هنا. (المرعشى). * فيه إشكال، والأظهر عدم التحريم، وقد مرّ منه قدس سرّه الإشكال في نظيره في الفصل السابق. (الخوئى). * بل الأحوط. (السبزوارى). * تقدّم منه قدس سرّه الإشكال في نظير ذلك في المسألة الأولى من الفصل السابق، والأقوى عدم التحريم، كما قلنا هناك، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه. (زين الدين). * في ظهوره إشكال، نعم، هو أحوط. (محمّد الشيرازى). * فيه نظر. (حسن القمى). * قد مرّ منه الإشكال في نظيره في الفصل السابق، وهو الحقّ، كما تقدّم. (الروحانى).

٢- بل هو مقتضى الاحتياط. (الحائرى). * وربّما يُستأنس ذلك ممّا رواه في التهذيب، عن حكم بن عيينه، قال: سألت أبا جعفر عليه السّلام عن مُحْرِمٍ تزوّج امرأه في عدّتها قال عليه السّلام: «يُفَرَّقُ بينهما، ولا تحلّ له أبداً» (الوسائل: الباب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١٥)، وإن كان الفرق بين المسألتين واضحاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

فتشملة (١) الأخبار (٢)، نعم، لو كان بطلانه لفقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.

الشك في كون التزويج في الإحرام أو قبله أو بعده

(مسألة ٤): لو شك في أن تزويجه هل كان في الإحرام أو قبله؟ بنى على (٣) عدم كونه فيه (٤). بل وكذا لو شك في أنه كان في حال الإحرام أو بعده على إشكال (٥).

ص: ٢٩٦

- ١- فيه إشكال. (الخميني). * فيه إشكال، وقد مرّ منه الإشكال في الشمول في تزويج ذات العده. (اللكراني).
- ٢- فيه إشكال؛ لانصرافها إلى ما كان صحيحاً من غير جهة الإحرام. (آقاضياء).
- ٣- أي بنى على صحته، وكذا في ما يتلوه على الأقوى. (الخميني).
- ٤- بمعنى بنائه على صحّة التزويج، كما لا يخفى. (آقاضياء). * بمعنى بنائه على الصحّة، وإلّا فاستصحاب عدم كونه فيه لا مورد له. (البجنوردى). * بعد الفحص واليأس، وكذا ما بعده. (محمّد الشيرازى).
- ٥- الفرق بين المسألتين بإجراء الإشكال هنا دون الفرع قبله مختصّ بصوره العلمبتاريخ التزويج. (الفيروزآبادى). * أصله الصحّة في العقد جاريه، فلا إشكال مطلقاً. (صدرالدين الصدر). * البناء على الصحّة لا يخلو من القوّه. (عبدالله الشيرازى). * لكنّه ضعيف. (الخوئى). * مع تقدّم أصله الصحّة على الاستصحاب لا وجه للإشكال. (تقى القمى). * لا إشكال فيه. (الروحانى).

وحيثُ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً قُدم قول مَنْ يدعى الصَّحَّه، من غير فرقٍ بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما، نعم، لو كان مُحَرِّماً وشكَّ في أنه أحلَّ من إحرامه أم لا، لا يجوز له التزويج. فإن تزوج مع ذلك بطل (١) وحرمت (٢) عليه (٣) أبداً (٤)، كما هو مقتضى استصحاب (٥)

ص: ٢٩٧

- ١- إلّا مع انكشاف الخلاف. (الفانى).
 - ٢- فى الظاهر إذا لم ينكشف الخلاف. (عبدالله الشيرازى).
 - ٣- فى الظاهر إذا لم ينكشف الخلاف. (البروجردى). * مع علمه بالحرمة، وإنّما تكون الحرمة فى الظاهر ما لم ينكشف الخلاف. (الخمينى). * فى الظاهر ما لم ينكشف الخلاف. (المرعشى). * أى بالحرمة الظاهريّه ما لم ينكشف الخلاف. (اللكراني).
 - ٤- ما لم ينكشف الخلاف. (الشريعتمدارى). * ظاهراً ما لم ينكشف الخلاف. (السبزوارى). * فى الظاهر ما لم ينكشف الخلاف. (زين الدين). * حرمة ظاهريّه إن لم ينكشف الخلاف. (محمد الشيرازى).
 - ٥- ولا مجال لأصالة الصَّحَّه فى المقام؛ إذ الأصل المزبور فى فعل الشخص لا يجرىّالاً فيما مضى منه. نعم، فى فعل الغير لا بأس بجرىانها حتّى قبل مضىّه ومدركهالسيره غير الجارىه فى المقام، وإنّما يجرى فى فعل الشخص عموم «كلّ ما شككت [فيه ممّا قد مضى] (أضفناه من المصدر لاقتضاء السياق). فامضيه كما هو» (الوسائل: الباب (٢٤) من أبواب الخلل الواقع فى الصلاه، ح ٣).
- (آقاضياء).

حكم إنكشاف فساد الإحرام أو إفساده

(مسألة ٥) : إذا تزوّج حال الإحرام عالماً بالحكم والموضوع ثم انكشف فساد إحرامه صحّ العقد، ولم يوجب الحرمة، نعم، لو كان إحرامه صحيحاً فأفسده (٢) ثم تزوّج ففيه وجهان (٣) : من أنه قد

ص: ٢٩٨

١- الاستصحاب لا- يقوم مقام العلم المأخوذ في الموضوع، وحيث إنّ المأخوذ فيموضوع التحريم العلم فلا يكفي الاستصحاب لترتبه. (الروحاني).

٢- لكنّه فرض غير واقع، وما هو محلّ الكلام هو فساد الحجّ في بعض الموارد؛ لإفساد الإحرام، فإنّ الظاهر عدم فساده مع فساد الحجّ. (الخميني). * لم يعلم فرض فساد الإحرام؛ فإنّ الفاسد هو الحجّ، لا- الإحرام، فلا- محيص عن القول بالبطان والحرمة الأبديّة. (اللكراني).

٣- أوجهها الأوّل. (الفيروزآبادي). * أوجهها البطان. (صدرالدين الصدر). * أوجهها الصّحّه؛ لأنّ الحكم بالفساد على خلاف القاعدة، فيقتصر فيه عليها المتيقّن. (كاشف الغطاء). * أقواهما الثاني. (عبدالهادي الشيرازي، السبزواري). * لكنّ الظاهر هو الثاني، وأما بناءً على تحقّق الفساد في الإحرام - بمعنى خروجه عنه بعد أن وقع صحيحاً - فالمتعيّن هو الثاني، ولا يبقى وجه للأوّل. (البجنوردي). * الظاهر أنّ الفاسد على القول به هو الحجّ، لا الإحرام، فالعقد باطل، وموجب للحرمة الأبديّة وجهاً واحداً. (عبدالله الشيرازي). * الأقوى أنّ الحجّ الثاني عقوبه، فلا معنى لفساد الإحرام بالإفساد، بل لا معنى له مطلقاً. (الفاني). * أظهرهما الثاني فيما إذا كان الإفساد بجماع أو نحوه، وأما إذا كان بترك أعمال الحجّ أو عمره بحيث لا يتمكّن من الإتيان بها بعد ذلك فالأظهر هو الأوّل. (الخوئي). * والأقرب الثاني. (محمّد الشيرازي). * أظهرهما الثاني. (الروحاني).

فسد (١)، ومن معاملته معامله الصحيح في جميع أحكامه.

رجوع المحرم في الطلاق في العدة الرجعية

(مسألة ٦) : يجوز للمُحْرَم الرجوع في الطلاق في العدة الرجعية، وكذا تملك الإمام.

جواز التوكيل للمحرم في إيقاع التزويج

(مسألة ٧) : يجوز للمُحْرَم أن يوكل مُحِلًّا في أن يزوجه بعد إحلاله، وكذا يجوز له أن يوكل مُحْرَمًا في أن يزوجه بعد إحلالهما.

إجازه عقد الفضولي في حال الإحرام وبعده

(مسألة ٨) : لو زوجه فضولي في حال إحرامه لم يجز له إجازته في حال إحرامه (٢)، وهل له ذلك بعد إحلاله؟ الأحوط (٣) عدم (٤) ولو على القول

ص: ٢٩٩

١- إفساد الإحرام بعد التيه وعقده بالتليه غير متصور؛ لأن بقيه المحرمات أحكام ثابتة في حاله، وبمثله يمتاز عن الصوم. (آقاضياء). * الفاسد على القول به هو الحج، لا الإحرام، فالعقد باطل، وموجب للحرمه الأبدية هجهاً واحداً. (البروجردى). * هذا على القول بفساد الحج، وفساد الإحرام بفساده، أما على القول بعدم فساد الحج _ كما هو الظاهر من بعض الأخبار، أو عدم فساد الإحرام بفساده _ فالوجه الثاني هو المتعين. (محمد رضا الكلبيكاني).

٢- أي المزوج بالفتح. (الفيروزآبادي).

٣- هذا الاحتياط لا يكون واجباً. (تقى القمي).

٤- والأقوى الجواز. (الفاني). * لا بأس بتركه. (الخوئي). * بل لا يخلو من قوه. (محمد رضا الكلبيكاني). * لا يترك هذا الاحتياط، ولجواز الإجازة وجه على القول بالنقل، بل وكذا على القول بالكشف الحكمي. (زين الدين). * الأظهر الجواز على القول بالنقل، أو الكشف غير الحقيقي. (الروحاني).

بالنقل. هذا، إذا كان الفضوليّ مُحلّاً، وإلّا فعقده باطل (١) لا يقبل الإجازة ولو كان المعقود له مُحلّاً.

*

*

*

ص: ٣٠٠

١- في إطلاقه إشكال. (حسن القمّي).

في المحرمات بالمصاهرة (١)

حقيقه المصاهرة

وهي علاقته بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجيه، أو المملك (٢) عيناً، أو انتفاعاً بالتحليل، أو الوطاء شبهه أو زناً أو النظر واللمس في صورته مخصوصه.

حرمه زوجه الأب والابن على الآخر

(مسأله ١) : تحرم زوجه كل من الأب والابن على الآخر فصاعداً في الأول، ونازلاً في الثاني _ نسباً أو رضاعاً دواماً أو متعاً _ بمجرّد العقد وإن لم يكن دخل. ولا فرق في الزوجين والأب والابن بين الحرّ والمملوك.

ص: ٣٠١

- ١- أريد منها المعنى الأعم من المصطلح، حتى تشمل أمّ المزنّي بها وبنيتها نسباً أو رضاعاً. (المرعشي).
- ٢- صرف التملك عيناً أو انتفاعاً غير مقتضٍ لحدوث المصاهرة، فلا بدّ من تقييد الكلام بالدخول ونحوه. (المرعشي). * حدود العلاقة المذكوره بمجرّد المملك عيناً أو انتفاعاً غير معلوم، والمتيقّن هو حدوثها بالوطء، مملوكه كانت أو محلله، وبالنظر واللمس في المملوكه، نعم، فيالزوجه تحدث بمجرّد الزوجيه وإن كان التحريم في بعض المحرمات مشروطاً بالدخول. (محمّد رضا الكلبايگانی). * في حدود العلاقة المذكوره بمجرّد المملك عيناً أو انتفاعاً من دون تحقّق الوطاء إشكال، مضافاً إلى اختصاص المصاهرة لغه وعرفاً بالزوجيه، كما في الجواهر (جواهر الكلام: ٢٩/٣٧٤). (اللكراني).

(مسألة ٢): لا تحرم (١) مملوكه الأب على الابن وبالعكس مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر، وتحرم مع الدخول أو أحد الأمرين (٢) إذا كان بشهوه (٣). وكذا لا تحرم المحلله لأحدهما على الآخر إذا لم تكن

ص: ٣٠٢

١- هذه المسألة ونظائرها من المسائل المتعلقة بأحكام العبيد والإماء، لا تتعرض لها. (تقى القمى).

٢- على الأحوط فى الأمرين. (عبدالله الشيرازى).

٣- والأحوط نشر الحرمة إذا نظر إلى عورتها وإن لم يكن بشهوه، بل لا يخلو منقرب. (الحائرى). * بل الأحوط تركه باللمس وإن لم يكن عن شهوه؛ لإطلاق نصه (الوسائل: الباب (٣) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ١ و ٣ وغيرهما)، كما أنّ في إطلاق النظر ولو بشهوهٍ لمثل الوجه والكفين أيضاً نظر؛ لعدم مساعده الدليل عليه، كما لا يخفى على من راجع. (آقاضياء). * وكان النظر إلى ما لا يحلّ لغير مالكتها النظر إليها، والحكم عندى محلّ إشكال لكنّه أحوط. (البروجردى). * على الأحوط فى الأمرين. (عبدالهادهى الشيرازى). * وفى النظر إذا كان إلى ما لا يحلّ لغير المالك النظر إليه وكان بشهوه. (البيجنوردى). * وكان النظر إلى فرج المملوكه. (الفانى). * على الأحوط، بل الأحوط مطلق اللمس والنظر إلى ما لا يحلّ لغير المالك. (الخمينى). * بل مطلقاً على الأحوط، إن كان المنظور ما يحرم النظر إليه لغير المالك بالزمام. (المرعشى). * بل وإن لم يكونا بشهوهٍ على الأحوط، إلّا إذا كان النظر إلى ما لا يحرم لغير المالك النظر إليه. (محمّد رضا الكلبيگانى). * وتلاحظ المسألة الثامنة والثلاثون من هذا الفصل. (زين الدين). * إيجاب أحد الأمرين للحرمة من دون تجريدتها ومن دون تقبيلها محلّ نظر، لكنّها لأحوط، ولو جرّدها ومسّها من دون الشهوه فالأحوط أيضاً الحرمة. (حسن القمى). * وكان النظر إلى ما لا يبدو غالباً من الجوارى. (الروحانى). * يأتى الكلام فيه فى المسألة (٣٦) وما بعدها. (اللكراني).

حرمة أم الزوج على الزوج

(مسألة ٣) : تحرم على الزوج أم الزوجه وإن علت، نسباً أو رضاعاً مطلقاً،

حرمة البنت على الزوج الداخل بأمها

وكذا بنتها وإن نزلت بشرط الدخول (٢) بالأم، سواء كانت في حُجره أم لا، وإن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته. وكذا تحرم أم المملوكه الموطوءه على الواطئ وإن علت مطلقاً، وبنتها.

تحديد الدخول المحرّم

(مسألة ٤) : لا فرق في الدخول بين القُبُل والدُّبُر، وتكفي الحشفه أو مقدارها (٣).

ص: ٣٠٣

١- ولا- ملموسه ولا- منظوره. (الفيروز آبادي). * ولموسه ومنظوره. (الخميني). * ولا- منظوره ولا- ملموسه على الأ-حوط، بل الأقوى. (المرعشي). * الظاهر أنّ للمحلّله حكم المملوكه، فتحرم على الأب والابن مع الدخول ومعاللمس أو النظر بشهوه. (زين الدين). * أو ما بحكم الدخول. (اللكراني).

٢- وتراجع المسألة السابعة والثلاثون من هذا الفصل. (زين الدين).

٣- كفايه المسمّى في مقطوع الحشفه لا- تخلو من قوه. (الخميني). * لو صدق الدخول بأقلّ من ذلك فلا- يُترك الاحتياط. (حسن القمّي). * الميزان صدق عنوان الوطء والدخول وأمثالهما. (تقى القمّي). * بل لا يبعد الاكتفاء بالمسمّى في المقطوع. (اللكراني).

ولا- يكفى الإنزال على فرجها من غير دخولٍ وإن حبلت به. وكذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظه أو النوم، اختياراً أو جبراً منه أو منها.

وطء الأب والابن مملوكه الآخر

(مسألة ٥): لا يجوز لكل من الأب والابن وطء مملوكه الآخر من غير عقدٍ ولا تحليلٍ وإن لم تكن مدخوله له، وإلا كان زانياً.

جواز وطء الأب مملوكه ابنه الصغير

(مسألة ٦): يجوز للأب أن يقوّم مملوكه ابنه الصغير على نفسه ووطؤها (١).

والظاهر إحقاق الجَدِّ بالأب والبنّت بالابن (٢)، وإن كان الأحوط (٣) خلافه (٤). ولا (٥) يعتبر

ص: ٣٠٤

١- مع الاشتراء. (الفيروزآبادي).

٢- الظاهر إحقاق البنّت بالابن، ولا- يترك الاحتياط في الجَدِّ، فلا يلحق بالأب إذا كان ذلك من باب الولاية وتمت شروطها، فيعتبر حينئذٍ وجود المصلحة للصبّي والملاء هو إجراء الصيغه. (زين الدين).

٣- لا- يُترك في الجَدِّ، وكذا في اعتبار الملاءه. (عبدالله الشيرازي). * لا- يُترك بالنسبه إلى الجَدِّ. (الفاني). * لا- يُترك. (المرعشي). * لا يُترك فيه وفي ما قبله. (حسن القمّي).

٤- لا تُترك الاحتياطات الثلاثه. (السبزواري). * لا يُترك في الجَدِّ. (الروحاني).

٥- لا يُترك في الجَدِّ، وكذا في اعتبار الملاءه. (البروجردى).

إجراء (١) صيغته (٢) البيع (٣) أو نحوه وإن كان أحوط (٤).

وكذا لا يعتبر كونه مصلحاً (٥) للصبى، نعم، يعتبر عدم المفسده (٦).

وكذا لا يعتبر الملاءه (٧) فى الأب وإن كان أحوط (٨).

حكم ما لو زنى الأب أو الابن بمملوكه الآخر

(مسأله ٧) : إذا زنى الابن بمملوكه الأب حُدَّ. وأمّا إذا زنى الأب

ص: ٣٠٥

- ١- لا يُترَك الاحتياط فيه، بل اعتباره لا يخلو من وجه. (محمّد رضا الكلبيگانی).
- ٢- بل المعتبر إيقاع المعاوضه عليها بالقيمه فى ذمّته ولو لم يكن هناك مبرز ومظهر. (المرعشى).
- ٣- لكن يكون التقويم بعنوان التملك فى مقابل العوض. (الخمينى).
- ٤- لا- يُترَك. (الفيروزآبادى، الكوه كمرى). * بل لا يخلو من وجه. (البروجردى). * لا يُترَك الاحتياط فيه وفى ما قبله وفى ما بعده. (الخوئى). * وله وجه، فلا يُترَك الاحتياط. (الروحانى).
- ٥- فى غير الحِدِّ والبنت؛ للاقتصار فى إطلاق النصّ الخاصّ بغيرهما (الوسائل: الباب (٧٨) من أبواب ما يُكتَسَب به، ح ٣، ح ١٠، والباب (٧٩)، ح ١ و ٢). (آقاضياء).
- ٦- المحرّمه، وأمّا المفسده غير المحرّمه فالحكم فيها مبنى على الاحتياط. (محمّد الشيرازى).
- ٧- التقويم معتبر شرعاً، ومع عدم قدره على أداء الثمن ولو فى المستقبل يكون لغواً، فلا بدّ من اعتبار قدره على أداء الثمن. (الفانى).
- ٨- لا- يُترَك فيه وفى ما قبله من الصورتين، بل لا يخلو اعتبار إجراء صيغه البيع نحوه من وجه، وعلى فرض العدم لا بدّ من أن يكون التقويم بعنوان التملك فيمقابل العوض. (اللكرانى).

بمملوكه الابن فالمشهور (١) عدم الحدّ عليه (٢) ، وفيه إشكال (٣) .

حكم وطء الأب أو الابن مملوكه الآخر شبهه

(مسألة ٨) : إذا وطئ أحدهما مملوكه الآخر شبهه لم يُحدّ، ولكن عليه مهر المثل.

ولو حبلى فإن كان الواطئ هو الابن عتق الولد (٤) قهراً مطلقاً، وإن كان الأب لم ينعقد (٥) ، إلّا إذا كان

ص: ٣٠٤

١- وهو الأقوى. (الإصفهاني، السبزواري). * وهو المنصور. (صدرالدين الصدر).

٢- وهو الأقوى، والفارق بينه وبين الابن هو الإجماع فيه على عدم الحدّ دون الابن. (البنجوردى).

٣- لا- إشكال فيه. (النائنى، جمال الدين الكلبيگانى). * كما يومئ إليه فى الجواهر، فراجع (جواهر الكلام: ٢٩/٣٥٥). (آقا ضياء). * الأقوى ما عليه المشهور. (الإصطهباناتى). * لم نظفر على دليل على قول المشهور. (الفانى). * بل الظاهر ثبوت الحدّ عليه، ويظهر من المسالك (مسالك الأفهام: ١٤/٥٣٠ - ٥٣١). فى المسألة الرابعه من حدّ السارق المفروغية عن ترتب حدّ الزانى على الأب لو زنى بجاريه الابن. (الخوئى).

٤- لعدم تملك الأب ولد ولده، ذكوراً كانوا أو إناثاً، فالرقيته مستلزمه للانعتاق. (المرعشى).

٥- إذ الولد حينئذٍ أخٌ للمالك، ولا مانع من رقيته للأخ. (المرعشى). * الظاهر هو الانعتاق، كما صرح به فى المسألة الثامنة فى فصل نكاح العبيد. (الخوئى). * بل يكون حرّاً، كما سيأتى فى المسألة الثامنة من فصل «نكاح العبيد والإماء»: أنّ الولد يلحق بأشرف الأبوين، ولا ينافى ذلك أنّ على الأب ضمان قيمه الولد يوم يولد حياً. (زين الدين).

أُنثى (١)، نعم، يجب (٢) على الأب (٣) فكّه إن كان ذكراً.

نكاح المرأة على عمّتها أو خالتها وبالعكس

(مسألة ٩): لا يجوز نكاح بنت الأخ (٤) أو الأخت على العمّ (٥) والخاله إلّا بإذنهما، من غير فرقٍ بين الدوام والانقطاع، ولا بين علم العمّ والخاله وجهلها، ويجوز العكس وإن كانت العمّ والخاله جاهلتين (٦) بالحال على الأقوى (٧).

شمول الحكم لمطلق العمّ والخاله بلا فرق ولا استثناء حال

(مسألة ١٠): الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين (٨) والكبيرتين

ص: ٣٠٧

- ١- أو مات الابن فانتقلت الموطوءة إلى الأب. (صدرالدين الصدر). * لأنها حينئذٍ من المحارم، ولا يملك الشخص محارمه. (المرعشى).
- ٢- يحتاج إلى المراجعة. (الخميني).
- ٣- سيأتي تفصيل هذه المسألة في المسألة (٨) من فصل نكاح العبيد والإماء. (السبزواري).
- ٤- بنت أخ الزوجه أو أختها. (الفيروزآبادي).
- ٥- قد يقال: إنّ هذه المسألة من انفراديات أصحابنا الإمامية، وفيه تأمل. (المرعشى).
- ٦- فيه تأمل. (اللكراني).
- ٧- هذه الصورة محلّ تأمل وإشكال، وكذا صورته الاقتران. (البروجردى).
- ٨- من بنت الأخ أو الأخت والعمّ والخاله. (الفيروزآبادي). * وفي كفايه إجازة الوليين إشكال. (المرعشى). * في كفايه إجازة الولي في العمّ والخاله الصغيرتين إشكال، فلاحوط ترك العقدولو مع إجازة الولي. (محمّد رضا الكلبيكاني).

والمختلفتين (١) ، ولا بين اطلاع العمّه والخاله على ذلك، وعدم اطلاعهما أبداً، ولا بين كون مدّه الانقطاع قصيرهً ولو ساعه أو طويله، على إشكال (٢) فى بعض (٣) هذه الصوره؛ لإمكان دعوى (٤) انصراف (٥) الأخبار (٤) .

اقتران العقدين على العمّه و بنت أخيها أو الخاله و بنت أختها

(مسأله ١١) : الظاهر (٧)

ص: ٣٠٨

- ١- وإذا كانت العمّه والخاله صغيرتين فالأحوط ترك العقد على ابنه الأخت وابنها الأخت، ولا يكفى إذن ولي الصغيره. (زين الدين).
- ٢- لا إشكال فيه بعد إطلاق الأخبار، ودعوى الانصراف ممنوعه. (صدرالدين الصدر). * لا إشكال بعد إطلاق الأخبار وعدم الموجب للانصراف. (الفانى). * الإشكال ضعيف، والانصراف ممنوع. (زين الدين). * لكنّه ضعيف. (تقى القمى). * أقواه التعميم. (الروحانى).
- ٣- لكنّ الأقوى هو التعميم. (البروجردى). * أقواه التعميم. (عبدالهادهى الشيرازى). * الأقوى التعميم. (الخمينى).
- ٤- لكنّه على فرض التسليم بدوى، والأقوى التعميم. (المرعشى).
- ٥- لا وجه لهذه الدعوى. (الكوه كمرى).
- ٦- لا وجه لدعوى الانصراف ظاهراً، ولو كان فهو بدوى لا اعتبار به. (البجنوردى). * الانصراف بدوى. (عبدالله الشيرازى). * دعوى الانصراف ممنوعه. (محمّد رضا الكليبايگانى). * لكنّه انصراف بدوى لا يضرّ بالإطلاق. (اللانكرانى).
- ٧- فيه إشكال، بل الأشبه عكسه. (الخمينى). * فيه إشكال، والاحتياط لا ينبغى تركه. (الخونى). * لا منشأ لذلك الاستظهار، نعم، هذا الحكم مطابق للاحتياط. (محمّد رضا الكليبايگانى). * على الأحوط. (حسن القمى). * بل الظاهر خلافه، ومقتضى القاعده صحّه العقد؛ لعدم تحقّق عنوان الموضوع للحرمة. (تقى القمى). * فيه نظر، بل ظاهر الدليل الاختصاص بصوره السبق، وخروج صورته الاقتران. (اللانكرانى).

أن (١) حكم (٢) اقتران (٣) العقدين (٤) حكم سبق العمه (٥) والخاله (٦).

عدم الفرق في العمه والخاله مسلمتين وغيرهما وبين الدنيا والعليا منهما

(مسأله ١٢): لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين.

(مسأله ١٣): لا فرق في العمه والخاله بين الدنيا منهما والعليا.

ص: ٣٠٩

١- فيه تأمل؛ لانصراف النصّ (الوسائل: الباب (٣) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ونحوها، أحاديث الباب). (آقاضياء). * فيه إشكال. (السبزواري).

٢- لا ظهور فيه وإن كان أحوط. (الكوه كمرى).

٣- فيه إشكال، وقيل من تعرض له فيما أعلم، وإلحاقه بسبق العمه والخاله محلّ إشكال. (المرعشى).

٤- فيه إشكال. (الجنوردي).

٥- فيه تأمل، نعم، هو الأحوط. (عبدالله الشيرازي).

٦- فيه تأمل واضح، ولكنّه احتياط لا يُترك. (زين الدين). * بل حكم لحوقهما. (الروحاني).

(مسأله ١٤) : فى كفايه الرضا الباطنى منهما من دون إظهاره (١) وعدمها (٢) ، وكون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلاً وجهان (٣)

عدم كفايه الإذن السابق فى التزويج

(مسأله ١٥) : إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه

ص: ٣١٠

١- على الوجه الظاهر المتعارف. (الفيروزآبادى).

٢- وهو الأظهر. (تقى القمى).

٣- أوجههما الكفايه. (الفيروزآبادى). * أوجههما الأول؛ لظهور النصّ (الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب ما يحرم بالمصاهره ونحوها، ح ٣). فى كفايه الرضا. (آقاضياء). * أوجههما الأول مع العلم بذلك. (الكوه كمرى). * أوجههما الثانى. (صدرالدين الصدر). * أحوطهما الثانى. (عبدالهادهى الشيرازى). * الأقرب هو كفايه الرضا الباطنى منهما، من دون الاحتياج إلى الإذن قولاً أو فعلاً. (البنجوردى). * لا- يبعد الأول. (عبدالله الشيرازى). * إنشاء الإذن قولاً- أو فعلاً- معتبر. (الفانى). * الأحوط الثانى. (الخمينى). * الأقرب الكفايه. (المرعشى). * والأوجه هو الأول. (الخوئى). * أقواهما الأول فى صورته العلم بالرضا، وأحوطهما الثانى. (محمّد رضا الكلپايگانى). * والثانى أحوط إن لم يكن أقوى. (محمّد الشيرازى). * أظهرهما العدم. (الروحانى). * والأحوط الثانى. (اللكراني).

الرجوع عن الإذن بعد العقد

(مسألة ١٦) : إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثر (١) في البطلان.

كفايه الإذن وإن كان عن غرور

(مسألة ١٧) : الظاهر كفايه إذنهما وإن كان عن غرور، بأن وعدّها أن يُعطيها شيئاً فرضيت ثم لم يف (٢) بوعدّه، سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد (٣) أم لا (٤) . نعم (٥) ، لو قيّدت الإذن بإعطاء شيءٍ فتزوج ثم لم يُعطِ كشف عن بطلان الإذن (٦) والعقد، وإن كان حين العقد بانياً على العمل به.

اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعي

(مسألة ١٨) : الظاهر (٧) أن اعتبار (٨) إذنهما من باب الحكم

ص: ٣١١

١- أي لا يبطل العقد الواقع بعد صحّته. (الفيروزآبادي).

٢- إذا كان الوعد إعطاءها قبل العقد، وإلا ففى البطلان مع عدم الإعطاء تأمّل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

٣- مع العزم على عدم الوفاء لا يخلو من إشكال. (عبدالله الشيرازي).

٤- مع العزم على عدم الوفاء مشكل. (الإصطهباناتي). * مع العزم على عدم الوفاء لا يخلو من إشكال. (البروجردى). * بل عازماً على عدمه. (المرعشي).

٥- التعميم باطل، فلا حاجة إلى الاستدراك؛ لأنّ الرضا في صورته وعد الإعطاء مقيد، لا مطلق. (الفيروزآبادي).

٦- لا يتّصف الإذن بالصحة والبطلان؛ فإنّه: إما موجود، أو معدوم، ولعلّه يريد بذلك عدم تحقّقه باعتبار عدم تحقّق المعلق عليه. (الخوئي).

٧- منشأ الاستظهار غير معلوم، نعم، مقتضى الاستصحاب عدم التأثير، لا الإسقاط. (محمّد رضا الكلبايگاني).

٨- فيه إشكال. (عبدالهادي الشيرازي). * بل الظاهر أنّ الحكم المذكور من قبيل الحقّ، وملاك جعله التّشريف. (الفاني).

الشرعي (١)، لا أن يكون لحقّ منهما، فلا يسقط (٢) بالإسقاط (٣).

الاشتراط على العمّه أو الخاله الإذن في تزويج بنت الأخ أو الأخت

(مسألة ١٩) : إذا اشترط (٤) في عقد العمّه أو الخاله إذنها في تزويج بنت الأخ أو الأخت، ثم لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط لم يصحّ العقد على إحدى البنيتين، وهل له إجبارهما (٥) في الإذن؟ (٦)

وجهان (٧)، نعم،

ص: ٣١٢

- ١- بل هو بالحقّ أشبه. (محمّد الشيرازي).
- ٢- فإن أسقطنا ثمّ أظهرتّا عدم الرضا لا يصحّ عقدهما. (الفيروزآبادي).
- ٣- ويمكن أن يكون حقّاً غير قابل للإسقاط؛ إذ ليس كلّ حقّ قابلاً له، ففي دعوى الظهور إشكال. (السبزواري).
- ٤- في صحّحه هذا الشرط تأمل، إلّا إذا رجع إلى الصورة الأولى، فكيف كان فالأقوى فساد العقد مع إظهار الكراهه. (صدرالدين الصدر).
- ٥- الظاهر أنّ المعترف هو الإذن الكاشف عن الرضا، أو الرضا وحده، ولا- وجه للإجبار على ذلك. (الكوه كمرى). * لكنّه مع الإجبار لا- يتحقّق الإذن الكاشف عن الرضا الباطني، والمعتبر هو المكشوف فقط، أو مع ضمّ الكاشف القولي أو الفعلي. (اللكراني).
- ٦- الإذن الإجباري لا يكشف عن الرضا وهو المعترف، كما ورد التعبير به في بعض الأخبار. (الفاني).
- ٧- لا- ينفع الإجبار. (الفيروزآبادي). * مع دخل الرضا الباطني بنحو الحكميّة في صحّحه العقد لا يتصوّر فيها إجبارهما عليه. (آقا ضياء). * الإذن ليس قابلاً للإجبار. (الشريعتمداري). * الأظهر الأوّل بعد كون الاشتراط مستلزماً لثبوت حقّ للمشروط له عليالمشروط عليه، ولكنّ الظاهر أنّ الإذن شرط من جهه كشفه عن الرضا، فحينئذٍ لاوجه للإجبار. (المرعشي). * الظاهر هو جواز الإجبار، إلّا أنّه لا يجدى؛ فإنّ الموضوع لصحّحه العقد على بنتالأخ أو الأخت رضا العمّه أو الخاله، وهو لا يتحقّق به. (الخوئي). * لو كان المعترف الإذن الكاشف عن الرضا كما هو الظاهر فلا- يتحقّق بالإجبار. (محمّد رضا الكلبايگاني). * لا- يبعد ذلك. (السبزواري). * ظاهر الأدلّه أنّه يعتبر الإذن الكاشف عن الرضا، ومثل هذا الإذن غير قابل للإجبار. (زين الدين). * الأوّل غير بعيد وإن كان الثاني أحوط. (محمّد الشيرازي). * والأوجه جوازه. (تقي القمي). * أظهرهما أنّ له ذلك. (الروحاني).

إذا اشترط (١) عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد (٢) على ابنه الأَخ أو الأخت فالظاهر (٣) الصَّحَّة (٤) ،

ص: ٣١٣

- ١- في صحَّه هذا الشرط نظر؛ لأنَّه بإطلاقه خلاف السنَّه الدالَّه على اعتبار رضاها بالتزويج، وتوهم انصرافه إلى صوره عدم الشرط فاسد بعد اقتضاء العنوانين دَخَلُ رِضَاهُمَا فِي صَحِّهِ الْعَقْدِ الْمَزْبُورِ. (آقاضياء). * فيه إشكال. (عبدالهادى الشيرازى).
- ٢- فيه تأمل. (الكوه كَمَرى).
- ٣- الظاهر أنَّ الشرط المذكور إن لم يقَيِّد بالرضا ولا بعدمه يكون بمنزله الإذن، فيصحَّ العقد ما لم تظهر الكراهه. (محمَّد رضا الكلبيگانى).
- ٤- فيه إشكال. (المرعشى). * فيها إشكال. (عبدالهادى الشيرازى) * بل الظاهر الفساد. (البروجردى، الروحانى). * محلَّ إشكال. (الشريعتمدارى). * لو رجع الشرط إلى سقوط إذنه فالظاهر بطلان الشرط. (الخمينى). * فيه تفصيل. (السبزوارى). * وهو فى غايه الإشكال. (زين الدين). * مشكل غايه الإشكال؛ فإنَّ الشرط من قبيل الشرط المخالف للكتاب. (حسنالقمى). * هذا إذا كان مرجع الشرط إلى توكيلها الزوج فى الإذن، وأمَّا لو كان مرجعه إلىكون الأمر بيده فلا يصحَّ. (تقى القمى). * إن كان مرجع الشرط إلى سقوط اعتبار إذنه فالظاهر فساده، وإن كان مرجعها إلى لزوم الإذن البعدى فيرجع إلى الصوره الأولى، وإن كان مرجعه إلى الإذن الفعليِّ حال العقد فهو معتبر ما لم يتحقَّق الرجوع عنها. (اللكراني).

١- بل البطلان؛ لأنَّ الشرط خلاف السنَّة، وليس حقًّا حتَّى يرجع الشرط إلى إسقاط الحقِّ، اللهمَّ إلَّا أن يقال: يشترط أن يكون الزوج مأذوناً من قبلهما في تزويجهما. (الفيروز آبادي). * فيه إشكال. (الإصفهاني). * فيه إشكال، بل لا يبعد الفساد. (عبدالله الشيرازي).

٢- محلَّ إشكال. (الإصطهباناتي). * بل الظاهر هو الفساد؛ لأن هذا الشرط مخالف للكتاب لو كان مقيداً بعدم إذنهما ورضاهما، أو كان مطلقاً بالنسبة إلى ذلك. (البجنوردي). * إظهار الكراهه كاشف عن عدم الرضا، والمعتبر هو الرضا. (الفاني). * فيه إشكال إن كانت قبل العقد على بنت الأخ أو الأخت، بل وبعده أيضاً، إلَّا إذا كان بنحو ما مرَّ في المسألة (١٦) فلا إشكال حينئذٍ. (السبزواري).

بعد هذا(١).

صحة العقد بالإذن اللاحق

(مسألة ٢٠) : إذا تزوّجها من غير إذنٍ ثمّ أجازتا صحّ على الأقوى(٢).

حكم الشكّ في سبق أحد العقدين واقترانه

(مسألة ٢١) : إذا تزوّج العمّه وابنه الأخ وشكّ في سبب عقد العمّه أو سبق عقد الابنه حكم بالصحة(٣) ، وكذا إذا شكّ في السبق والاقتران بناءً على البطلان مع الاقتران.

إذا ادّعتا عدم الإذن وادّعى هو الإذن

(مسألة ٢٢) : إذا ادّعت العمّه أو الخاله عدم الإذن، وادّعى هو الإذن منهما قُدّم قولهما(٤) . وإذا كانت الدعوى بين العمّه وابنه الأخ مثلاً في الإذن وعدمه فكذلك قُدّم قول العمّه.

الشكّ في حصول إذن العمّه أو الخاله

(مسألة ٢٣) : إذا تزوّج ابنه الأخ أو الأخت وشكّ(٥) في أنّه هل كان عن إذنٍ من العمّه والخاله أو لا؟ حمل فعله على الصحة(٦) .

ص: ٣١٥

- ١- بل الظاهر الفساد. (الخوئي).
- ٢- لكنّ الأحوط عدم الاكتفاء به. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٣- إن لم يعلم بغفلته عن ذلك حال العقد. (صدرالدين الصدر). * يشكل الحكم بالصحة إذا علم بغفلته عن ذلك حال العقد، وكذا في الفرض اللاحق؛ بناءً على البطلان. (زين الدين).
- ٤- إذ شرط الصحة قائم بمن يدّعى عدمه، وكذا الحال في تالي المسألة. (المرعشي).
- ٥- سواء حصل الشكّ منه أم من الغير. (الفيروزآبادي).
- ٦- إذا لم يعلم بغفلته عن ذلك حال العقد. (زين الدين). * كيف يحمل فعله على الصحة، والحال أنّ سلطنته على العقد غير محرزه، ودليلاً صاله الصحة منحصر في السيره، ولا إطلاق لها؟! (تقى القمي).

صحة التزويج إذا حصلت البنتيه بعده أو كان الجمع بينهما حال الكفر ثم أسلم

(مسألة ٢٤) : إذا حصلت بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل (١)، وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم على وجه (٢).

تزوج بنت الأخ أو الأخت لو طلق عمّتها أو خالتها

(مسألة ٢٥) : إذا طلق العمّه أو الخاله طلاقاً رجعيّاً لم يجرز تزويج أحد البنتين إلّا بعد خروجهما عن العمّه، ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه.

(مسألة ٢٦) : إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت؛ لأنّ طلاق الخلع بائن، وإن رجعت في البذل لم يبطل (٣) العقد (٤).

حكم المملوكتين والمختلفتين

(مسألة ٢٧) (٥) : هل يجرى الحكم في المملوكتين (٦) والمختلفتين؟

ص: ٣١٤

- ١- مشكل، بناءً على بطلان الجمع بينهما مطلقاً ولو بقاءً. (السبزواري).
- ٢- لا يخلو من قوه. (عبدالهادي الشيرازي، الفاني). * فيه تأمل. (الخميني). * غير صافٍ عن شوب الإشكال. (المرعشي). * قابل للخدشه. (السبزواري). * وهو مشكل، بل ممنوع. (زين الدين). * ولا يبعد كونه وجيهاً. (محمد الشيرازي).
- ٣- بل وإن رجعت الزوج لم يبطل أيضاً. (تقي القمي).
- ٤- ولكنّه إذا أراد الرجوع بها فالأحوط له أن يستأذنها في العقد على البنت. (زين الدين).
- ٥- لا تتعرض لهذه المسألة وأمثالها. (تقي القمي).
- ٦- لا من جهة أصل الملك، بل بلحاظ الوطاء فيه. (اللكراني).

الزنا الطارئ على التزويج

(مسألة ٢٨) : الزنا الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة إذا كان بعد الوطء، بل قبله (٢) أيضاً (٣) على الأقوى (٤). فلو تزوج امرأة ثم زنى بأمها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته (٥). وكذا لو زنى الأب بامرأه الابن لم تحرم

ص: ٣١٧

- ١- إن كانت العمّة أو الخاله حرّة وبنت الأخ أو الأخت مملوكه تجرى الأحكام ظاهراً. (الفيروز آبادي).
- ٢- فيه إشكال، ولا- يُترك الاحتياط ولو من جهه وجود مقتيدات، وإن قيل بضعفها سنداً. (آقاسياء). * بل يوجب فيه على الأحوط. (اللكراني).
- ٣- لا- يُترك الاحتياط فيما إذا كان الزنا قبل الوطء، وكذا في اللواط الطارئ قبل الوطء. (محمّد رضا الكلبيكاني). * لا يُترك الاحتياط في هذه الصورة. (زين الدين). * الاحتياط في هذه الصورة ممّا ينبغي رعايته، وإن كان الأقوى ما أفاده. (الروحاني).
- ٤- لا- يُترك الاحتياط بالطلاق. (الحائري). * ينبغي في هذه الصورة رعايه الاحتياط. (البروجردى). * لا- يُترك الاحتياط. (عبدالله الشيرازي). * فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك (هذه التعليقه منه قدس سرّه أوردناها من نسخه أخرى). (الخوئي). * لا ينبغي ترك الاحتياط. (السبزواري). * في القوه إشكال، والأحوط أنّه يوجبها. (حسن القمي).
- ٥- تقدّم خلافه في الفصل المتقدم على الفصل السابق، والأقوى ما في المقام. (الكوه كمرى).

على الابن. وكذا لو زنى الابن بامرأه الأب لا تحرم على أبيه. وكذا الحال في اللواط الطارئ على التزويج (١)، فلو تزوج امرأه وواط بأخيها أو أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته، إلا أن الاحتياط (٢) فيه (٣) لا يُترك (٤).

الزنا السابق على التزويج

وأما إذا كان الزنا سابقاً على التزويج، فإن كان بالعمه (٥) أو الخاله يوجب

ص: ٣١٨

- ١- لا يُترك الاحتياط في الطارئ بعد العقد وقبل الدخول. (زين الدين).
- ٢- يجوز تركه. (الفيروز آبادي). * تقدّم ما هو الأقوى في ذلك. (جمال الدين الكلبي يگاني). * إذا كان اللواط قبل الوطء، وأما إذا كان بعد الوطء فالأقوى عدم وجوب مراعاته. (محمّد رضا الكلبي يگاني).
- ٣- تقدّم ما هو الأقوى في ذلك. (النائيني). * في خصوص ما إذا كان اللواط قبل الوطء، كما في الزنا، على ما مرّ. (اللكراني).
- ٤- تقدّم أن الأقوى عدم الحرمة في اللواط الطارئ على التزويج، فيجوز ترك هذا الاحتياط، نعم، لا يجوز ترك الاحتياط في العقد الجديد بعد طلاقها؛ لأن اللواط بالنسبة إلى العقد الجديد ليس طارئاً على التزويج، بل سابق عليه. (البجنوردي). * لا بأس بتركه. (الفاني). * لا ينبغي تركه. (الخميني). * فيما كان ارتكاب الحرام قبل الوطء، وأما بعده فلا أثر له قطعاً، سواء في ذلك الزنا واللواط. (المرعشي). * لا بأس بتركه في غير ما إذا أراد التزويج بها ثانياً. (الخوئي). * لا بأس بتركه، إلا بعد بطلان العقد الأوّل بطلاقٍ أو بغيره وأراد التزويج ثانياً. (حسن القمّي).
- ٥- الحكم بالنسبة إليها مبنى على الاحتياط. (تقى القمّي).

حرمه بنتيهما (١)، وإن كان بغيرهما ففيه خلاف (٢) والأحوط التحريم (٣)، بل لعله لا يخلو من قوه (٤).

حكم الوطء بالشبهه

وكذا الكلام في الوطء بالشبهه (٥) فإنه: إن كان طارئاً لا يوجب الحرمة،

ص: ٣١٩

- ١- على الأحوط في بنت العمه. (الخوئي). * على الأحوط في بنت العمه، وهو الأقوى في بنت الخاله. (زين الدين). * الحكم في العمه مبني على الاحتياط. (حسن القمي). * على الأحوط، وعدم التحريم أقوى. (الروحاني).
- ٢- لا يترك الاحتياط فيه وفي الوطء بالشبهه. (صدرالدين الصدر).
- ٣- لا يترك هذا الاحتياط، أما القوه فهي موضع تأمل، وفي حكم بنت المزنئى بها المرأه المزنئى بها على أب الزانى وولده. (زين الدين).
- ٤- القوه محل منع، وكذا في الوطء بالشبهه. (البروجردى). * في القوه محل التأمل، وكذا في الوطء بالشبهه. (عبدالله الشيرازى). * القوه ممنوعه، نعم، هو أحوط. (الشريعتمدارى، السبزوارى). * بل هو قوى جداً؛ إذ يظهر من الروايات أن الحكم بالحل ورد تقيّه، فتأمل فيهادقيقاً. (الفانى). * في القوه إشكال، وكذا في الوطء بالشبهه. (الخمينى، اللنكرانى). * في التقويه ضعف. (المرعشى). * في القوه إشكال، بل منع. (الخوئي). * في القوه إشكال. (محمّد الشيرازى). * بل الأقوى عدم التحريم. (حسن القمي). * في إطلاقها إشكال. (تقى القمي). * في القوه منع، بل عدم التحريم أقوى، وكذا في الوطء بالشبهه. (الروحاني).
- ٥- إلحاق وطء الشبهه بالزنا في الحكم مبني على الاحتياط. (حسن القمي).

وإن كان سابقاً على التزويج أوجبها (١).

الزنا بمملوكه الأب والعكس

(مسألة ٢٩): إذا زنى بمملوكه (٢) أبيه: فإن كان قبل أن يطأها الأب حرمت (٣) على الأب (٤)، وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم. وكذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكه ابنه.

ترتب حكم الزنا بالوطء في القبل أو الدبر

(مسألة ٣٠): لا فرق في الحكم بين الزنا في القبل أو الدبر.

بعض فروع الشك في الزنا

(مسألة ٣١): إذا شك في تحقق الزنا وعدمه بنى على العدم. وإذا شك

في كونه سابقاً، أو لا بنى (٥)

ص: ٣٢٠

١- فيه إشكال. (المرعشى). * فيه إشكال، بل منع. (الخوئي). * على الأحوط. (زين الدين). * لا دليل عليه، لكن الاحتياط لا يترك. (تقى القمي).

٢- هذه المسألة وأمثالها خارجه عن محلّ الابتلاء. (تقى القمي).

٣- للأخبار المقتيدة بعموم العله بأن «الحلال لا يحرمه الحرام» (الوسائل: الباب (٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ٣)، وعملهم بها فيالمقام يكشف عن اعتبارها، وهو الفارق بين المقام والمقام السابق. (آقاصياء).

٤- فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

٥- إذا جهل كل من تاريخ العقد على المرأة وتاريخ الزنا بها حكم بصحة العقد وثبوت الزوجية، وإذا علم تاريخ العقد وشك في تاريخ الزنا حكم بالحلّ وعدمالتحريم المؤيّد، أمّا إذا علم تاريخ الزنا بالمرأة وشك في تاريخ العقد عليها فالحكمهو التحريم المؤيّد، وكذلك مملوكه الأب والابن إذا زنا بها الآخر منهما، فإذا جهل تاريخ وطء المالك للأمه وتاريخ زنا الآخر بها حكم بالحلّ، وكذلك يحكم بالحلّ إذا علم بتاريخ الوطء وشك في تاريخ الزنا، وأمّا إذا علم تاريخ الزنا وشك فيتاريخ الوطء فالحكم هو التحريم. (زين الدين).

على كونه لاحقاً (١).

(مسألة ٣٢) : إذا علم أنه زنى بأحد الامرأتين (٢) ولم يدر أيتها هي؟

وجب (٣) عليه الاحتياط إذا كان لكلٍ منهما أم أو بنت. وأمّا إذا لم يكن (٤) لإحدهما أم ولا بنت (٥) فالظاهر (٦) جواز (٧) نكاح الأم أو البنت من الأخرى (٨).

حصول الزنا بالاختيارى والاضطرارى بالبالغه وغيرها

(مسألة ٣٣) : لا فرق (٩) فى الزنا (١٠) بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو

ص: ٣٢١

- ١- لأصله الصّحّه، لا- للاستصحاب كى يشكل فى إطلاقه. (آقاضياء). * فى الإطلاق نظر. (المرعشى). * فيه تفصيل. (السبزواری).
- ٢- بحيث كانت هى أيضاً زانيه. (اللكراني).
- ٣- الوجوب مبنى على كون العلم الإجمالى منجزاً بالجمله. (تقى القمى).
- ٤- أو لم يكن أحد طرفى علمه مسبقاً بالحرمة برضاع أو غيره. (صدرالدين الصدر).
- ٥- أو كانت خارجة عن محلّ الابتلاء. (محمّد الشيرازى).
- ٦- للاستصحاب فيهما بلا معارض. (آقاضياء).
- ٧- هذا إذا كانت المرأه زانيه، لا مشتبهه. (الخمينى).
- ٨- وكذلك إذا كانت إحداها المعينه محرمة عليه قبل ذلك برضاع أو نحوه، فلا يحرم عليه نكاح أم الأخرى وبتتها بسبب هذا الزنا المعلوم بالإجمال. (زين الدين).
- ٩- عدم الفرق فى الفروع المذكوره مبنى على الاحتياط. (تقى القمى).
- ١٠- على الأحوط فيه وفى ما بعده. (محمّد الشيرازى).

اضطرابياً، ولا- بين كونه في حال النوم(1) أو اليقظه، ولا- بين كون الزانى بالغاً أو غير بالغ، وكذا المزني بها. بل لو أدخلت الامراه ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة على إشكال(2).

بل لو زنى بالميته(3) فكذلك على إشكال(4) أيضاً وأشكل من ذلك لو أدخلت ذكر الميت المتصل. وأما لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

حكم ما لو زنا لاحقاً ثم طلق زوجته وأراد الرجوع لها

(مسألة 34): إذا كان الزنا لاحقاً(5) فطلقت الزوجه رجعيّاً ثم رجع الزوج في أثناء العدة لم يُعَدَّ سابقاً حتى ينشر الحرمة؛ لأن الرجوع إعادته(6)

ص: 322

- 1- الظاهر عدم شمول الحكم لما إذا كان الواطئ نائماً؛ وذلك لاعتبار الاختيار في مفهوم الزنا. (الخوئي).
- 2- كل ذلك لشبهه الانصراف في الأدلة إلى غيرها، ولا يُترك الاحتياط فيها. (آقاضياء). * الأقوى فيه وفي ما بعده عدم نشر الحرمة. (كاشف الغطاء). * ضعيف جداً، وكذا الحال في ما بعده. (الخوئي). * قوئى، وكذا في الإشكال التالي. (محمد الشيرازي).
- 3- الحرمة في ذلك ممنوعه. (الكوه كمرى).
- 4- الحرمة فيها ممنوعه. (الشريعتمدارى). * قوئى، فلا- يُترك الاحتياط بالرعايه. (المرعشى). * الإشكال فيه وفي لاحقه قوئى، ولكن لا يُترك الاحتياط فيهما. (زين الدين). * الأقرب عدم نشر الحرمة به وبما بعده. (حسن القمى).
- 5- لو لم يكن من تفويت مورد الإجازة عرفاً. (السبزواری).
- 6- إعادته المعدوم غير معقول، لكنّ النتيجة واحده. (تقى القمى).

الزوجه (١) الأولى. وأما إذا نكحها بعد الخروج عن العده، أو طَلقت بائناً

فَنكحها بعقدٍ جديدٍ ففي صحّهُ النكاح وعدمها وجهان (٢): من أنّ الزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة؛ لكونه لاحقاً فلا- أثر له (٣) بعد هذا أيضاً، ومن أنّه سابق بالنسبه إلى هذا العقد الجديد، والأحوط (٤) النشر (٥).

الزنا بعد التزويج بالفضولي

(مسأله ٣٥) : إذا زوجه رجل امرأة فضولاً فزنى بأُمها أو بنتها، ثمّ أجاز العقد: فإن قلنا بالكشف الحقيقي (٦) كان الزنا لاحقاً (٧)، وإن قلنا

ص: ٣٢٣

- ١- بل الزوجية الأولى باقية حقيقةً، والرجوع إبطال لأثر الطلاق. (الخوئي).
- ٢- أوجهها الصحه. (عبدالهادي الشيرازي). * والصحه أقرب. (محمد الشيرازي).
- ٣- وهو الأوجه. (الفيروز آبادي).
- ٤- بل الأقوى. (صدرالدين الصدر، المرعشي، زين الدين). * بل الأظهر. (تقي القمي).
- ٥- بل الأقوى؛ لصدق سبقه على العقد الجديد. (آقاضياء). * لا يجوز ترك هذا الاحتياط، وقد تقدّم نظير ذلك في اللواط الطارئ بالنسبه إلى العقد الجديد. (الجنوردي). * على القول به في الزنا، وقد مرّ عدم كون الزنا مؤثراً في الحرمة مطلقاً. (الروحاني).
- ٦- أو الحكمي. (تقي القمي).
- ٧- هذا إنّما يتمّ على الكشف اللغوي، وأما على الكشف الحقيقي المصطلح فلا. (الكوه كمرى). * يمكن أن يقال بعدم صحه الإجازة ولو على الكشف الحقيقي؛ فإنّ الزنا مفوّت لمحلّ الإجازة، كما في نظائره. (الشريعتمداري). * وكذا على الكشف الانقلابي، كما هو الظاهر. (زين الدين).

بالكشف (١) الحكمي (٢) أو النقل كان سابقاً (٣).

النظر واللمس بشهوة هل ينشر الحرمة؟

(مسألة ٣٦) : إذا كان للأب مملوكه منظوره (٤) أو ملموسه له بشهوة (٥) حرمت على ابنه (٦). وكذا العكس على الأقوى فيهما، بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة، كما إذا كان (٧) للاختبار (٨) أو للطبابة، أو كان اتفاقياً، بل

ص: ٣٢٤

- ١- فيه نظر. (اللكراني).
- ٢- فيه تأمل. (الخميني). * فيه نظر. (المرعشي). * الكشف الحكمي كالحقيقي حكماً. (محمد الشيرازي). * فيه إشكال إن قلنا بالكشف الانقلابي. (حسن القمي).
- ٣- الحكم بسبق الزنا مخالف للكشف الحكمي؛ لأن مقتضاه الحكم بسبق الزوجية، لكن لا يُترك الاحتياط. (محمد رضا الكلبيگاني).
- ٤- إلى فرجها. (الفاني).
- ٥- ولم يكن المنظور أو الملموس هو الوجه أو الكفين، وأما هما فيأتي حكمهما في المسألة (٣٨). (اللكراني).
- ٦- تقدّم الكلام فيه، فراجع (أى فى المسألة الثانية من هذا الفصل). (آقاضياء). * تقدّم الكلام فيه فى المسألة الثانية. (حسن القمي).
- ٧- مرّ الكلام فيه. (الخميني).
- ٨- لا يُترك الاحتياط فيما إذا تعمّد النظر إلى الفرج ولو للاختبار. (محمد رضا الكلبيگاني).

وإن أوجب شهوةً (١) أيضاً (٢)، نعم، لو لمسها لإثارة الشهوة _ كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوة _ فالظاهر النشر.

(مسألة ٣٧) : لا- تحرم أم المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس والناظر على الأقوى، وإن كان الأحوط الاجتناب. كما أن الأحوط اجتناب الربيبة الملموسة أو المنظورة أمها، وإن كان الأقوى عدمه.

بل قد يقال: إنَّ اللّمس والنظر يقومان مقام الوطء في كلّ موردٍ يكون الوطء ناشراً للحرمة، فتحرم الأجنبيّ الملموسة أو المنظورة شبهةً أو حراماً على الأب والابن، وتحرم أمها وبناتها، حرّة كانت أو أمه، وهو وإن كان أحوط إلّا أنّ الأقوى خلافه. وعلى ما ذكره فتتحصّر الحرمة في مملوكة كلّ من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسة أو منظورة (٣) بشهوة (٤).

(مسألة ٣٨) : في إيجاب النظر أو اللّمس إلى الوجه والكفّين إذا كان بشهوة نظر، والأقوى العدم (٥)، وإن كان

ص: ٣٢٥

١- الظاهر التحريم في هذه الصورة. (زين الدين).

٢- فيه تأمل، والاحتياط لا يُترك. (الروحاني).

٣- إلى فرجها. (الفاني).

٤- أو كانت ملموسة لإثارة الشهوة، كما مرّ في المسألة (٣٦). (اللكراني).

٥- في النظر، لا- اللّمس. (البروجردى). * في النظر، لا- في اللّمس؛ لأنّه ورد التحريم (الوسائل: الباب (٣) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١). في التقييل بشهوة، وهو من مصاديقلمس الوجه. (الجنوردي). * لا يُترك الاحتياط سيّما في اللّمس. (عبدالله الشيرازي). * في إطلاق الحكم في لمس الوجه بمثل التقييل والشّم ونحوهما من أنواع الاستمتاع منع، فالأقوى في مثل ذلك نشر الحرمة. (زين الدين). * ما لم يكن تقييل. (حسن القمّي). * في النظر _ كما تقدّم _ دون اللّمس. (الروحاني). * في خصوص النظر، وأما اللّمس فلا يُترك الاحتياط فيه. (اللكراني).

الجمع بين الأختين في النكاح وفي الملك

(مسألة ٣٩): لا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح دوماً أو متعاً، سواء كانتا نسيبتين أو رضاعيتين (٢).

ص: ٣٢٤

- ١- سيما في اللّمس. (صدرالدين الصدر). * لا- يُترك في خصوص اللّمس. (عبدالهادى الشيرازى). * بالنسبة إلى اللّمس. (الفانى). * لا- يُترك في اللّمس بشهوه. (الخمينى). * لا يُترك في اللّمس. (محمّد رضا الكلپايگانى، السبزوارى). * لا يُترك الاحتياط في اللّمس. (الخوئى). * لا يُترك في خصوصه اللّمس. (محمّد الشيرازى).
- ٢- وفي بعض النسخ زياده (أو مختلفتين) وهذه العبارة موجوده في النسخ التى بأيدينا، ولكن لا يُستبعد ما استظهره السيد البروجردى قدّس سرّه ومن بعده بإرجاع اختلاف الانتساب إمّا للأبّ أو للأمّ، وهو الملاك في كونهما أختين، فراجعته تعليقه في نهايه هذه الصفحه بعد التعليقه رقم (٢). (لجنة التحقيق).، والظاهر أنّه غلط من السّاخ؛ لأنّ الأختيه من النسب المتكرّره المتشابهه الأطراف، فلا- يعقل أن تكونا مختلفتين، ومنذلك تعرف ما في بعض المحامل العدى ذكره. (الجنوردى). * في بعض الكتب الغير المصحّحه كُتبت بعد الرضاعيتين كلمه (أو مختلفتين)، لكنفى النسخه التى عندى لم تكن تلك الكلمه، وهى مصحّحه في عصر المصنّف قدّس سرّه. (محمّد رضا الكلپايگانى). * وفي بعض النسخ (أو مختلفتين)، والأولى تركه. (اللكراني).

١- بأن نشأت الأختية بينهما بارتضاع كليهما من امرأهٍ واحدهٍ أو إحداهما. (صدرالدين الصدر). * تصوّر المختلِفَتَيْن في الأختين مشكل، بل غير ممكن، وقد راجعناه قدّس سرّه فألغاه فيالطبعه الثانيه، أمّا في الثالثه وما زاد فواضح. (كاشف الغطاء). * أى مختلِفَى الانتساب إلى أبيهما أو أمّهما، المذى هو الملاك لكونهما أختين. (البروجردى). * المقصود اختلاف الانتساب من جهه الولاده والرضاع، بأن كانت إحداهما بنتاً نسيباً لمرأه، والأخرى بنتاً رضاعية لها، فتتحقّق (في ألفاظ بعض العبائر تحوير لفظي إملائي، وقد أجرينا التعديل كما ترى، فلاحظ). الأختية بينهما. (عبدالله الشيرازي). * كرضيعه من لبن فحلٍ مع بنته النسيب التي لم ترتضع من لبنه، فهما أختان مختلفتاالانتساب، لم تحصل أختيتهما بالرضاعه ولا بالنسب، بل بهما على الاختلاف. (الخميني). * بأن تكون إحداهما ارتضعت من لبن فحلٍ هو أب نسبي للأخرى، هذا أظهر الوجوه في تصوير الفرض، وفيه: أنّ في صدق الأختية إشكالاً، بل لا أختية فيالبين حتى تكون مختلفه؛ إذ ليس كلّ مرتضعه أختاً لأولاد صاحب اللبن في صوره عدم اشتراكهم معها في إحدى الجهتين. (المرعشى). * يريد بذلك ما إذا كانت الأختية بين المرأتين ناشئة من ولاده إحداهما وارتضاعاً الأخرى. (الخوئي). * أى دواماً وانقطاعاً، أو من حيث النسب والرضاع، أو من حيث الاختلاف فيالأب أو الأمّ، أو من حيث العقد والملك. (السبزواري). * توجد هذه الكلمه في بعض نسخ الأصل، وقد يُتكلف لتصحيحها بأن المراد أنتنسب إحداهما إلى الأمّ أو الأب بالولاده، وتنسب الأخرى إليه بالرضاع. (زين الدين). * هذه الكلمه إن لم تكن غلطاً يراد بها: ما إذا كانت الأختية بينهما ناشئة من ولادهما إحداهما وارتضاع الأخرى. (الروحاني).

وكذا لا يجوز (١) الجمع بينهما في الملك مع وطئهما (٢).

وأما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطئ فلا مانع منه.

وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطاء، بأن لم يطأهما أو وطئ إحداهما واستمتع بالأخرى بما دون الوطاء؟

فيه نظر، مقتضى بعض النصوص (٣) الجواز. وهو الأقوى (٤)،

ص: ٣٢٨

-
- ١- ما لا يجوز هو وطئهما بالملك، لا جمعهما فيه مع وطئهما. (الخميني).
 - ٢- المقتضى لعدم الجواز هو الوطاء في الملك، لا الجمع، والوطء بالاشتراك في العلية. (المرعشي).
 - ٣- النصّ (الوسائل: الباب (٢٩) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١١). الوارد في المقام ضعيف جداً. (الخوئي).
 - ٤- في القوه إشكال، بل منع. (الخوئي). * يشكل ذلك، فلا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

لكن الأحوط (١) العدم (٢).

التزويج بإحدى الأختين وملك الأخرى

(مسألة ٤٠) : لو تزوّج بإحدى الأختين وتملك الأخرى (٣) لا يجوز له وطء المملوكة (٤) إلّا بعد طلاق المزوّجه، وخروجها عن العِدّه إن كانت رجعيه. فلو وطئها قبل ذلك فعل حراماً، لكن لا تحرم عليه الزوجه بذلك، ولا يُحدّد حدّ الزنا بوطء المملوكة، بل يُعزّر، فتكون حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض.

وطء إحدى الأختين بالملك والتزويج بالأخرى

(مسألة ٤١) : لو وطئ إحدى الأختين بالملك ثمّ تزوّج الأخرى فالأظهر (٥)

ص: ٣٢٩

- ١- لا يُترك. (المرعشي).
- ٢- لا يُترك. (الكوه كَمَرى، الروحاني).
- ٣- بعد التزويج بأختها. (الفيروز آبادي).
- ٤- على احتياطٍ شديد. (حسن القمي).
- ٥- لا دليل عليه، والنهي عن الجمع لا يقتضى البطلان، بل بمقتضى الأخبار (الوسائل: الباب (٢٩) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، أحاديث الباب) الممنوع الجمع في الوطاء، ويمكن الاجتناب عنه بترك الأولى، والاعتزال عنها أو بيعها أو هبتها ولو لابنه وولده. (الفيروز آبادي). * ولو للأصل بعد حرمة الجمع بينهما. (آقا ضياء). * فيه تأمل. (عبدالله الشيرازي). * محلّ تأمل. (الخميني). * الأظهرية ممنوعه، وعلى تقدير الصحه فالحكم بحرمة وطئ الأولى إلّا بعد إطلاق الثانية ممنوع أيضاً. (اللكراني).

- ١- البطلان ليس بواضح. (البروجردى).
- ٢- الظاهر صحته، وحرمة وطء الثانية مادامت الأولى فى ملكه لَسَبَقَ وطئها. (الفانى). * بل الأحوط. (الشريعتمدارى، السبزوارى). * فيه إشكال (هذه التعليقه منه قدس سرّه أوردناها من نسخه أُخرى). (الخوائى). * فيه تأمّل، نعم، يجوز له الاستمتاع بالأولى، ويحرم بالثانيه، ولا يُترك الاحتياط بطلاقها. (زين الدين). * فى كونه أظهر نظر. (محمّد الشيرازى). * فيه نظر. (حسن القمى).
- ٣- لوجوهٍ ضعيفه لا تصلح لرفع اليد بها عن الأصل المتيقن. (آقاضياء). * كما لا يبعد. (صدرالدين الصدر).
- ٤- الأظهر صحته وحرمة وطء الثانية ما دامت الأولى فى ملكه. (عبدالهادى الشيرازى). * وهى الأظهر. (الروحانى).
- ٥- مستندها غير واضح، بل مقتضى الاستصحاب حليه وطء الأولى، وحرمة وطء الثانية، ولو على فرض صحه النكاح بعد العلم بحرمة الجمع فى الوطاء، وعدم معيّن لحداهما. (محمّد رضا الكلبيكانى).
- ٦- فيه إشكال، والأقوى الجواز، والنصوص المتمسك بها لإثبات عدم الجواز كروا يهزراره (الوسائل: الباب (٢٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ١). * مجاب عنها فى محلّه، نعم، هو أحوط. (المرعشى).

بطلان عقد الثانية بعد التزوج بالأولى

(مسألة ٤٢) : لو تزوّج بإحدى الأختين ثمّ تزوّج بالأخرى بطل عقد الثانية، سواء كان بعد وطء الأولى أو قبله، ولا يحرم بذلك وطء الأولى وإن كان قد دخل بالثانية، نعم، لو دخل بها مع الجهل بأنّها أخت الأولى يكرهه (٢) له وطء الأولى قبل خروج الثانية عن العدة (٣)، بل قيل (٤) : يحرم، للنصّ (٥) الصحيح، وهو الأحوط (٦).

ص: ٣٣١

١- أو إلّا بعد إخراج الأولى من الملك. (صدرالدين الصدر).

٢- بل يحرم. (تقى القمّي).

٣- إن كانت رجعيه. (المرعشي).

٤- والقائل الشيخ قدّس سرّه (النهاية ونُكتها للطوسي: ٤٥٤)، ولكن حمله جماعه (راجع إيضاح الفوائد: ٣/٨١، جامع المقاصد: ٣/٣٣٨، الحدائق الناضرة: ٢٣/٥٣٧). على الكراهه؛ لضعف سندها، والمسألة لمخالفة الشيخ والنصوص لا تخلو من إشكال، لا يُترك الاحتياط فيه. (آقاضياء).

٥- [٥] الوسائل: الباب (٢٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١ و ٢.

٦- لا يُترك الاحتياط. (الحائري). * لا يُترك. (صدرالدين الصدر، الإصطهباناتي، البروجردى، عبدالله الشيرازي، الشريعتمداري، الفاني، الخميني، محمّد رضا الكلبيكاني، السبزواري، حسن القمّي، الروحاني، اللنكراني). * لا- ينبغي ترك هذا الاحتياط. (البجنوردي). * لا ينبغي تركه. (المرعشي). * لا يُترك، بل هو الأظهر. (الخوئي). * لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين).

(مسألة ٤٣) : لو تزوج بالأختين ولم يعلم السابق واللاحق: فإن علم (١) تاريخ أحد العقدین حكم بصحته (٢) دون المجهول، وإن جهل تاريخهما (٣) حرم عليه وطوهما، وكذا وطء إحداهما إلما بعد طلاقهما (٤) ، أو طلاق الزوجه الواقعيه منهما (٥) ، ثم تزويج (٦) من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى

ص: ٣٣٢

١- لا- فرق بين معلوم التاريخ ومجهوله؛ فإن الاستصحاب يجري في كليهما، كما حُقِّق في محلّه، فعلى تقدير القول بتعارض الأصلين وتنجز العلم الإجمالي بالجمليزم الاحتياط في كلا الطرفين، نعم، على ما سلكناه من جريان الأصل في بعض الأطراف يكون العلم الإجمالي منجزاً في الجملة، وعلى فرض الدخول بهما يثبت لإحداهما مهر المسمى، وللأخرى مهر المثل، فعلى فرض الاحتياط لا بدّ من ملاحظه هذه أيضاً. (تقى القمى).

٢- فيه إشكال، بل منع؛ وذلك لما بنينا عليه من معارضة الاستصحابين في أمثاله للمقام. (الخوئي). * فيه منع. (حسن القمى). * حكم العلم بتاريخ أحدهما حكم الجهل بتاريخهما. (الروحاني).

٣- مع العلم بعدم الاقتران، وعدمه. (الفيروزآبادي).

٤- أى طلاق كل منهما، أو الرجوع إلى الاقتراع، كما ذهب إليه جمع. (المرعشى).

٥- على إشكال فيه. (الإصطهباناتي).

٦- على إشكال في ذلك. (الإصفهاني).

عن العِدَّة (١) إن كان دخل بها أو بهما.

وهل يُجبر (٢) على هذا الطلاق (٣) دفعاً لضرر الصبر (٤) عليهما؟

لا يبعد ذلك (٥)؛

ص: ٣٣٣

- ١- إن كانت رجعيَّة. (المرعشى).
- ٢- أو يفسخ الحاكم بلا إجبار. (المرعشى).
- ٣- نعم، يُجبر عليه؛ فإن لم يطلق طلقهما الحاكم الشرعي قهراً عليه، وله أن يتزوج من يشاء منهما. (كاشف الغطاء).
- ٤- وتخلصاً من الحقوق الواجبه عليه في حقِّ الزوجه الواقعيه، منهما المعلومهبالاجمال. (المرعشى). * بل فراراً عن ترك الواجب المبتلى به؛ حيث يعلم إجمالاً بوجوب الاضطجاععليه في كلِّ أربعة ليالٍ، ووجوب الوطء في كلِّ أربعة أشهر، ولا يتمكّن من أداء الواجب، ولا التخلص منه إلّا بالطلاق. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٥- فيه تأمّل، ولا يبعد التعيين بالقرعه. (عبدالهادى الشيرازى، عبدالله الشيرازى). * فيه بُعد. (الكوه كمرى). * مع مطالبتهما، وعدم صبرهما. (صدرالدين الصدر). * الأقرب هو الرجوع إلى القرعه فى تعيين السابق منهما، فتسقطاحتمالات اللاحقه، وكذا الحال فى الرجوع إلى القرعه فى نظائر المقام إلّا بعض الموارد النادره ممّا خرج عنها بالنص؛ فحينئذٍ تستعمل بالنسبه إلى المهرلو طلقها. وما هو المعروف بين المتأخّرين من الإشكال فى أدلّه القرعه قدفرغنا عن جوابه فى محلّه، وأنّه ممّا لا أساس له، وأمّا الآيه الشريفهالتي تمسيك بها فى المتن فهى غير مربوطه بالمسأله، وإن تمسيك بهاالعلمامه(قواعد الأحكام: ٣/٣٥، وراجع إيضاح الفوائد: ٣/٨٣). أيضاً. (الخمينى). * لا- دليل عليه، والآيه الكريمه على ما فسّرت راجعه إلى النفقه، فأذن ينتهى الأمرإلى القرعه. (الخوئى). * بل لا يخلو من قوه مع مطالبتهما وعدم صبرهما. (زين الدين).

لقوله تعالى (١): (فَامْسَاكٌ (٢) بِمَعْرُوفٍ (٣) أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ) (٤).

وربما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه، وعدم إجباره (٥)، وأنه يعين

بالقرعة (٦).

ص: ٣٣٤

١- لم يظهر لى وجه الاستدلال بالآيه الشريفه، وإن كان المدعى لا يخلو من وجه. (البروجردى). * الاستدلال بالآيه الشريفه على وجوب الطلاق فى المقام غير ظاهر، وكذا الاستدلال له بالعلم الإجمالى بوجوب الاضطجاع والوطء، فإنها يقتضى وجوب الطلاق إذا كان هناك طريق للتشخيص، ولو كانت هى القرعة؛ بناءً على شمول دليلها لمثل المقام، وعدم الافتقار إلى عمل الأصحاب، كما حققناه فى محله. (اللكراني).

٢- فإنه تعالى حصر فى هذين، وبدون الطلاق ليس أحد هذين. (الجنوردى).

٣- لأن الإمساك لا عن وطءٍ ليس بمعروف. (الفانى).

٤- [٤] البقره: ٢٢٩.

٥- إعمال القرعة والتعيين بها ليس ببعيدٍ كل البعد؛ لأن المفروض أن له واقعاً معيناً، ولكنه مجهول. (الجنوردى).

٦- وهو الأظهر. (الفيروزآبادى). * وليس ببعيد، وتكفى تلك القرعة عن القرعة فى تعيين المهر لوقيل بها فيه. (المرعشى). * وهو غير بعيد، ومعه لا تصل النوبه إلى فسخ الحاكم. (محمد الشيرازى).

وقد يقال: إنَّ الحاكم يفسخ نكاحهما.

ثم مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجةً وجوبُ الإنفاق عليهما (١) ما لم يطلق (٢) ، ومع الطلاق قبل الدخول (٣) نصف المهر (٤) لكلِّ منهما (٥) ، وإن كان بعد الدخول فتمامه (٦) . لكن ذكر بعضهم (٧) (٨) : أنه لا

ص: ٣٣٥

١- ويحتمل الرجوع إلى القرعة؛ دفعاً لضرر الزوج بإنفاقه على من ليس بزوجه واقعاً. (المرعشي). * لا يبعد القول بتصنيف النفقة الواحدة الواجبه بينهما أيضاً. (الروحاني).

٢- أو يعين بالقرعة، كما مرّ. (اللكراني).

٣- يجب نصف المهر، ويدفع لمن تُعينها القرعة منهما، فيدفع لها نصف مهرها المسمّى، وأمّا مع الدخول بهما فلا بدّ من دفع المهرين؟ فإنّ الدخول موجب للمهر ولو في غير الزوجه إذا كانت شبهه، وأمّا النفقه فتُعطي لمن تُعينها القرعة منهما. (زين الدين).

٤- ولكن يحرم على كلِّ منهما التصرف فيه، فطريق الاحتياط إنّما هو بتمليكه إياها على تقدير عدم الاستحقاق. (آقاضياء).

٥- لكلِّ منهما نصف مهرها، سواء تساوى المهران كمّاً وكيفاً، أم لا. (المرعشي).

٦- لكلِّ بقدر تمام مهرها كذلك. (المرعشي).

٧- قواعد الأحكام: ٣/٣٤، جامع المقاصد: ١٢/٣٤٥.

٨- والظاهر ما ذكره ذلك البعض في صوره عدم الدخول، وفي فرض الدخول لا بدّ من المهرين فإنّ الدخول موجب للمهر ولو في غير الزوجه إذا كان شبهه، فكذلك النفقه، فتعطي واحده وتجعل بينهما. (الشريعتمداري). * والظاهر أنّه مع عدم الدخول يُنصف نصف المهر بينهما، وكذا النفقه، ومع الدخول بإحداهما واشتباها ينصف كلّ المهر بينهما، ومع الدخول بكليتهما ينصف المهر المسمّى مع مهر المثل بينهما، والأحوط مع ذلك التصالح. (محمّد الشيرازي). * والظاهر ما ذكره ذلك البعض في فرض عدم الدخول، لكن إذا كان المهران متفقين قدرّاً وجنساً ووصفاً يقسّم نصف المهر عليهما، ومع اختلافهما تُعطي كلّ واحدٍ منهما ربع ما سُمّي لها، هذا مع قطع النظر عن الرجوع إلى القرعة، وأمّا معها _ كما عرفت _ فلا بدّ من التعيين بها وإعطاء نصف مهرها إياها. وأمّا في فرض الدخول فاللازم كلا- المهرين مطلقاً؛ بناءً على ثبوت المهر المسمّى في الوطاء بالشبهه فيالنكاح الفاسد. (اللكراني).

يجب (١) عليه (٢) إلا نصف المهر (٣) لهما، فلكلّ منهما الرُّبُع (٤) في صورته عدم

ص: ٣٣٦

- ١- هذا لا يخلو من وجه، لكن بمعنى أن تُعطى كل واحدٍ منهما نصف ما سُمِّيَ له من المهر أو ربه، لا- أن يقسّم نصف مجموع المهرين أو ربه بينهما، بل لا يبعد القول بتنصيب النفقة الواحد الواجب بينهما أيضاً. (البروجردى).
- ٢- هذا وجهه. (الروحاني).
- ٣- أي نصف مهر كل واحد، وهو يوازي نصف مجموع المهرين في صورته تساويهما كميّاً وكيفاً، بخلاف صورته الاختلاف، ومنه يستظهر حكم النفقة وتقسيمها أيضاً. (المرعشي). * والظاهر ما ذكره ذلك البعض، وكذلك في النفقة فتقسّم النفقة الواحد بينهما. (الشريعتمداري).
- ٤- لا يبعد ملاحظته التوزيع بالنسبة إلى مقدار المهر، وكذا النفقة لو كان اختلاف بينهما فيها. (السبزواري).

الدخول، وتمام أحد المهرين (١) لهما في صورة الدخول (٢)، والمسألة محل إشكال (٣)، كظايرها من العلم الإجمالي في المائيات.

حكم اقتران عقد الأختين

(مسألة ٤٤): لو اقترن عقد الأختين بأن تزوجهما بصيغته واحده، أو عقد على إحداهما (٤) ووكيله على الأخرى في زمان واحد بطلاً معاً.

وربما يقال بكونه مخيراً (٥) في اختيار

ص: ٣٣٧

- ١- المُسَمَّين مع تمام مهر المثل لإحداهما مع الدخول بهما. (الفيروزآبادي). * لا يكفي مهر واحد في صورة الدخول بهما؛ فإنَّ الدخول موجب لتمام المهر ولو كان شبهه. (الشريعةمداري). * إن لم تنقص حصه كل منهما عن مهر مثلها. (الفاني).
- ٢- إذا فرض الدخول فيهما معاً وجب عليه تمام المهر لكل منهما، غايه الأمر أنَّ أحد المهرين مهر المثل، والآخر مهر المُسَمَّى، وتعيين ذلك إنَّما هو بالقرعه، وكذا الحالفى فرض عدم الدخول فإنَّ نصف المهر يتعين بالقرعه. (الخوئي).
- ٣- لو مكن كل واحدٍ منها من نفقهٍ واحدهٍ أو نصف المهر مع عدم الدخول أو تمامه مع الدخول قام بما يجب عليه، ويبقى الكلام في حكم كل واحدٍ منهما الأخرى. (صدرالدين الصدر).
- ٤- ولاحتمال صحه عقد نفسه وجه غير بعيد. (المرعشى).
- ٥- لا تبعد صحه هذا القول؛ فإنَّ الروايه صحيحه، وظاهره الدلاله، وقد عمل بها جماعة (النهايه ونكتها للطوسي: ٢/٢٩٦، مختلف الشيعه: ٧/٤٩، إيضاح الفوائد: ٣/٨٥). من الأصحاب، فلا وجه لحملها على خلاف ظاهرها. هذا في الصورها الأولى. وأمَّا الصوره الثانيه فلا تبعد صحه عقد نفسه فيها، وبما ذكرنا يظهر ما في الحكم بطلانها في فرض الشك في السبق والاقتران؛ وعليه فإن كان محتمل السبق عقد إحداهما معينه فيؤخذ به، وإن كانت غير معينه فالمرجع هو القرعه لتعيين السبق والاقتران. (الخوئي). * صحه هذا القول غير بعيد؛ إذ الروايه صحيحه عمل بها جمع من الأعيان، ودلالتها ظاهره. (محمد الشيرازي). * هذا هو الصحيح في الصوره الأولى، ولا وجه لحمل الروايه الصحيحه الظاهره الدلاله على خلاف ظاهرها، أمَّا في الصوره الثانيه محل إشكال. (حسن القمى). * هذا القول هو الأظهر، لكن بشرط كون العقد الواقع عليهما واحداً، كما نصَّ به في الخبر، وأمَّا لو عقد هو على واحدٍ والوكيل على الأخرى يكون كلاً العقد ينفاسدين. (تقى القمى).

- ١- وهو الأظهر، ولا موجب لحمل الصحيحه على ما أفاد. (زين الدين).
- ٢- الوسائل: الباب (٢٥) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.
- ٣- بعد الغضّ عن المناقشه بالإرسال فلاحتمال قبولها والعمل بها وجه وجهه. (المرعشى). * ولا ينبغي ترك الاحتياط بالعمل بمقتضى الروايه، بأن يختار إحداهما ثم يطلقها، أو يمسكها بعقدٍ جديد. (اللكراني).
- ٤- لا- مانع من العمل بظاهرها، وتحمّل على صحّه عقد كلّ منهما مراعاةً بفراقاً أخرى. (كاشف الغطاء). * هذا الحمل خلاف ظاهر النصّ الصحيح المعمول به عند جماعه، فالأظهر هياالصّحه، والتخير في اختيار أيّتهما شاء، وبه يظهر ما في الحكم ببطلانتهما في فضالشكّ في السبق والاقتران. (الروحاني).

جديد (١). ولو تزوّجها وشكّ في السبق (٢) والاقتران حكم (٣) بطلانها (٤) أيضاً (٥).

حكم وطء إحدى الأختين المملوكتين

(مسألة ٤٥): لو كان عنده أختان (٦) مملوكتان فوطئ إحداها

حرمت عليه الأخرى حتى تموت الأولى، أو يخرجها عن ملكه ببيع أو صلح أو هبّه أو نحوهما، ولو بأن يهبّها من ولده. والظاهر كفايه (٧)

ص: ٣٣٩

١- ومع ذلك الأحوط له اختيار إحداها، ثمّ الطلاق إذا أراد التسريح، والعقد الجديد إذا أراد الإمساك. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- في إطلاقه تأمل؛ لأنه بعد تعارض أصالتي الصحّة يرجع إلى الاستصحابويجرى فيه التفصيل في السبق واللحوق. (آقاضياء). * مع كونهما مجهولَي التاريخ. (المرعشي). * مع الجهل بتاريخهما. (الخميني).

٣- الأحوط في هذه الصورة أن يطلّقهما، ثمّ يجدّد العقد على من يختارها منهما. (زين الدين).

٤- إن لم يكن تاريخ أحدهما معلوماً، وإلّا فيحكم بصحّه معلوم التاريخ. (عبدالهادي الشيرازي). * واحتمال صحّه أحد العقدين واقعاً، واستخراجه بالقرعه بعيداً جداً؛ لمكاناحتمال التقارن. (المرعشي). * يعني لا يمكن الحكم بصحّتهما، أو بصحّه واحده معيّنه منهما. (حسن القمي).

٥- على الأحوط، وإن كان قد يحتمل القرعه. (محمّد الشيرازي).

٦- عدم الابتلاء بهذه المسألة ومثلها ممّا يتعلّق بالإماء والعييد من المسائل الآتيهاقتضى رفع اليد عن الورود فيها والتعرّض لأحكامها. (اللكراني).

٧- محلّ تأمل. (الإصطهباناتي). * مشكل. (البروجردى).

التمليك(١) الذى له فيه الخيار، وإن كان الأحوط اعتبار لزومه.

ولا- يكفى _ على الأقوى(٢) _ ما يمنع من المقاربه مع بقاء الملكيه، كالتزويج للغير، والرهن، والكتابه، ونذر عدم المقاربه ونحوها.

ولو وطئها من غير إخراجٍ للأولى لم يكن زنا(٣) فلا يُحدّ، ويُلحق به الولد، نعم، يُعزّر.

وطء الثاني بعد وطء الأولى

(مسأله ٤٦) : إذا وطئ الثاني بعد وطء الأولى حرّمًا(٤) عليه مع علمه بالموضوع والحكم، وحينئذٍ فإن أخرج الأولى عن ملكه حلّت الثانيه مطلقاً وإن كان ذلك بقصد الرجوع إليها، وإن أخرج الثانيه عن ملكه يشترط(٥) فى

ص: ٣٤٠

١- مشكل. (الفانى).

٢- لنصّ ابن سنان المعلق فيه الجواز بالخروج عن الملكيه(الوسائل: الباب (٢٩) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ١). (آقاضياء).

٣- المسأله محلّ إشكال؛ لأنّ الجمع بين الأختين المملوكتين بالوطء إذا كان حراماً فيكون وطء أخت المملوكه الموطوءه نظير وطء أمّها، ولا- أظنّ أحداً أن لا يحكمبأنّه زنا، ولكن مع ذلك الحدود تُدرأ بالشبهات. (محمّد رضا الكلبيگانى). * يشكل الحكم بأنّ وطأها لا يكون زناً، وبأنّ الولد يلحق به، نعم، لا يحدّ حدّ الزنا، بل يُعزّر، كما تقدّم فى المسأله الأربعين؛ فإنّ الحدود تُدرأ بالشبهات. (زين الدين).

٤- لعموم حرمة الجمع بين الأختين المخصوص فى الاماء بوطئها، وعدم الجمع يقتضى تحريم الثانيه بعد وطء الأولى، ومع وطئهما ينطبق وطء كلّ واحدٍ مع وطء الأخرى، ولا كذلك فى العقد؛ فإنّ العقد على الثانيه لا يكون صحيحاً، نعم، لو عقد امرءً واحدهً بطل العقدان؛ لبطلان الترجيح بلا مرجح. (آقاضياء).

٥- لما فى خبر أبى الصلاح الكنانى(المصدر السابق: ح ٩). من الإشاره إلى هذا التقييد. (المرعشى).

حليّه الأولى أن يكون إخراجها لها لا بقصد الرجوع إلى الأولى، وإلا لم تحلّ.

وأما في صورته الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً فلا يبعد بقاء الأولى على حليتها، والثانية على حرمتها(١)، وإن كان الأحوط عدم حليّه الأولى إلا بإخراج الثانية ولو كان بقصد الرجوع إلى الأولى، وأحوط من ذلك كونها كصوره العلم.

حكم الجمع بين الأختين من الزنا

(مسألة ٤٧): لو كانت الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا فالأحوط(٢) لحوق الحكم، من حرمة الجمع بينهما في النكاح والوطء إذا كانتا مملوكتين.

حكم التزوج بإحدى الأختين في عدّه أختها

(مسألة ٤٨): إذا تزوّج بإحدى الأختين ثم طلقها طلاقاً رجعيّاً لا يجوز له نكاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن عدّه، وأما إذا كان بائناً _ بأن كان قبل الدخول، أو ثالثاً، أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب، أو بالخلع، أو المباره _ جاز له نكاح الأخرى. والظاهر عدم صحّه(٣) رجوع الزوجه في البذل بعد تزويج أختها، كما سيأتي في باب الخلع إن شاء الله.

نعم، لو كان عنده إحدى الأختين بعقد الانقطاع وانقضت المدّة لا يجوز

ص: ٣٤١

١- لصحيحه الحلبي (الوسائل: الباب (٢٩) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٥). (المرعشي).

٢- لا يترك. (المرعشي). * بل الأقوى. (تقى القمي).

٣- لأنّه على تقدير رجوعها لا إمكان لرجوع الزوج إلى الزوجه، الّذى هو أحد العوضين. (المرعشي). * بل الأحوط. (محمّد الشيرازي).

له على الأحوط (١) نكاح أختها في عدتها وإن كانت بائه؛ للنص (٢) الصحيح (٣). والظاهر (٤) أنه كذلك إذا وهب مدتها، وإن كان مورد النص انقضاء المدّة.

حكم التزوج بإحدى الأختين مع الزنا بالأخرى أو وطنها شبهه

(مسألة ٤٩): إذا زنى بإحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى في مدّة استبراء الأولى. وكذا إذا وطنها شبهه جاز له نكاح أختها في عدتها؛ لأنها بائه (٥).

نعم، الأحوط (٦) اعتبار الخروج (٧) عن العدة (٨)، خصوصاً (٩) في صورته

ص: ٣٤٢

- ١- والأقوى الجواز، كما هو المشهور، والنص معارض بأقوى منه، فهو محمول على نوع كراهه. (الفيروزآبادي). * ولكنه خلاف المشهور. (الكوه كمرى).
- ٢- الوسائل: الباب (٤٨) من أبواب العدد، ح ٢.
- ٣- ولكنّ الشأن في الركون إليه، مع شذوذ نقله، وقلة العمل به. (المرعشى). * الساقط عن الحجّية بإعراض المشهور عنه. (الروحاني).
- ٤- في الظهور إشكال، بل منع. (تقى القمي).
- ٥- ولكنّ الأحوط ترك الوطء حتّى تنقضي عدّة الموطوءه بشبهه. (الحائري).
- ٦- وإن كان الأقوى الجواز مع الكراهه. (صدرالدين الصدر).
- ٧- لا- يُترك. (محمّد الشيرازي). * بناءً على احتمال التعدّي عن مورد الخبر، إنّما يحسن الاحتياط بترك وطء الأخت في مدّة عدّة وطء شبهه، لا ترك التزويج. (حسن القمي).
- ٨- الأقوى الجواز على كراهه. (زين الدين).
- ٩- لم يظهر وجه للخصوصيّة. (الخوئي).

كون الشبهه من طَرْفه، والزنا من طرفها، من جهه الخبر(١) الوارد(٢) فى تدليس الأخت التى نامت فى فراش أختها بعد لبسها لباسها.

حكم الجمع بين فاطميتين

(مسأله ٥٠): الأتوى جواز الجمع(٣) بين فاطميتين على

ص: ٣٤٣

١- وإن كان منطوقه النهى عن وطء الزوجه بعد وطء أختها لشبهه حتى تنقض عدها، لكن الظاهر عدم الفرق بينه وبين نكاح أخت الموطوءه، كما أنه لا فرق بينكون الموطوءه زانية أو مشتبهه. (البروجردى). * هو صحيحه بريد العجلى (الوسائل: الباب (٩) من أبواب العيوب والتدليس، ح ١). وهى غير مربوطه بالمقام، بل يمكن دعوى إشعارها بخلاف ما ذكره، نعم، الأحوط ترك وطء الأخت التى هى زوجته مع وطء أختها المدلسه؛ للصحيحه. (الخمينى). * ولكن جعله مستنداً فى قبال عموم الحلّ مشكل، خصوصاً مع التعدى عن مورده، اللهم إلا أن يُدعى تنقيح المناط. (المرعشى). * الخبر صحيح، ومثله صحيح زراره بن أعين (الوسائل: الباب (٢٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ١). فى الدلاله على هذا الحكم، وإن كان مورده غير صورته التدليس. (الخوئى). * مفاد الخبر لا يرتبط بالمقام. (تقى القمى).

٢- ومورده وإن كان وطء الزوجه قبل خروج أختها الموطوءه شبهه من عدها إلا أن الظاهر عدم الفرق بينه وبين نكاح أخت الموطوءه. (الروحانى). * لكن الخبر يدل على النهى عن قرب الزوجه قبل خروج أختها الموطوءه شبهه عن عدها، وهو غير ما نحن فيه، إلا أن يُستفاد منه حكم المقام؛ لعدم الفرق، لكنهمحلّ تأمل. (اللكراني).

٣- لا ينبغى تركه. (المرعشى).

كراهه (١) . وذهب جماعه (٢) من الأخباريّه (٣) إلى الحرمة والبطلان بالنسبه إلى الثانيه، ومنهم (٤) من قال بالحرمة دون البطلان. فالأحوط الترك. ولو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانيه، أو طلاق الأولى، وتجديد العقد على الثانيه بعد خروج الأولى عن العِدّه، وإن كان الأظهر على القول بالحرمة عدم البطلان؛ لأنها تكليفيّه فلا تدلّ على الفساد.

ثمّ الظاهر عدم الفرق في الحرمة أو الكراهه بين كون الجامع بينهما فاطميّاً، أو لا (٥) .

كما أنّ الظاهر (٦) اختصاص الكراهه أو الحرمة بمن كانت فاطميّه من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجرى في المنتسب إليها - صلوات الله عليها - من طرف الأم (٧) ، خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدّات العاليات.

وكيف كان فالأقوى عدم الحرمة وإن كان النصّ (٨) الوارد في المنع

ص: ٣٤٤

١- لا وجه للكراهه، وقاعده التسامح لا تشمل مواردّها. (تقى القمّي).

٢- [٢] الحدائق الناضره: ٢٣/١٠٨ - ١٠٩ وص ٥٤٣ - ٥٥١، الوسائل: الباب (٤٠) من أبواب ما يحرم بالمصاهره، ح ١.

٣- هو صاحب الحدائق ومن تبعه من علماء البحرين، واستظهر من صاحب الوسائل أيضاً. (المرعشى).

٤- [٤] راجع جواهر الكلام: ٢٩/٣٩٢.

٥- بل الظاهر اختصاص المنع بالثاني. (الإصفهاني).

٦- وهو الأقوى، واستفاده التعميم من كلمه «ولد فاطمه» مخدوشه. (المرعشى). * بل الظاهر من الخبر خلافه؛ فإنّ المذكور فيه

عنوان: ولد فاطمه ٣. (تقى القمّي).

٧- لا يخلو من تأمل. (حسن القمّي).

٨- النصّ المشار إليه مخدوش سنداً. (تقى القمّي).

صحيحاً(١) ، على ما رواه الصدوق في العلل، بإسناده عن حماد قال: سمعت

أبا عبدالله عليه السّلام يقول: «لا يحلّ لأحد أن يجمع بين ثنتين من وُلدِ فاطمه عليها السّلام إنّ ذلك يبلُغها فيشُقُّ عليها»(٢) ، قلت: يبلغها؟ قال عليه السّلام: «إي والله»(٣).

وذلك لإعراض(٤) المشهور عنه(٥) ، مع أنّ تعليقه ظاهر(٦) في الكراهه؛ إذ لا نُسلّم(٧) أنّ مطلق كون ذلك شاقاً عليها إيذاء لها، حتّى يدخل في قوله صلى الله عليه وآله :

ص: ٣٤٥

- ١- النصّ غير صحيح؛ لأنّ في سنده محمّد بن عليّ ماجيلويه(المصدر السابق)، وهو لم يوثّق، ومجرّد كونه شيخاً للصدوق لا يدلّ على وثاقته، وعليه فالحكم بالكراهه مبنى علىقاعده التسامح. (الخوئي).
- ٢- لحنانها على ذراريتها وإن كان الأمر جائزاً؛ لأنّ الضّرّه بنفسها توجب مشقّه الضّرّه، وتكره الأمّ الحنونهُ مشقّه بنتها، ومجرّد ذلك ليس إيذاءً محرّماً على الزوج بالنسبهإلى الزهراء ٣. (الفاني).
- ٣- [٣] علل الشرائع: ٢/٥٩٠، ح ٣٨.
- ٤- إعراض المشهور لا يوجب سقوط الخبر المعتبر، لكنّ الحديث بنفسه غير تامّسنداً. (تقى القمّي).
- ٥- إعراض المشهور لا يسقط الصحيح عن الاعتبار على ما حقّقناه في محلّه، والتعليل غير ظاهرٍ في الكراهه، فلا مناص عن القول بالحرمة، نعم، الحرمة تكليفيّه، لا وضعيّه، كما يظهر بالتأمّل (هذه التعليقه منه قدّس سرّه أضفناها من نسخهٍ أخرى). (الخوئي).
- ٦- فيه نظر. (اللكراني).
- ٧- فيه نظر، ولا مساغ لإنكار ظهور المشقّه في المقام فيما لا يستلزم الإيذاء، ويؤيّدّه: ما روى(انظر الغدير: ٧/٣١٦). مرسلًا من نهيهما _ روى لها الفداء _ من إلقاء البغضاء والشحناء بيناً ولادها، نعم، ما أفاده من الإعراض حتّى من القدماء هو المانع من العمل به. (المرعشى). * كيف لا يسلم، والحال أنّ المشقّه تلازم الإيذاء؟! (تقى القمّي).

التزويج بالإماء

(مسألة ٥١): (٢) الأحوط (٣) ترك تزويج الأمة (٤) دواماً مع عدم الشرطين :

من عدم التمكن من المهر للحرّه، وخوف العنت (٥)، بمعنى

ص: ٣٤٤

- ١- [١] من لا يحضره الفقيه: ٤/١٢٥، شرح الأخبار للنعمان المغربي: ٣/٣٠، السنن الكبرى للبيهقي: ١٠/٢٠١، شرح نهج البلاغه لابن أبي الحديد: ١٦/٢٧٣، الاستغاثه لأبي القاسم الكوفي: ١/١١.
- ٢- هذه المسألة إلى «فصل في العقد وأحكامه» لا تكون محلّ الابتلاء. (تقى القمي).
- ٣- بل الأقوى. (زين الدين).
- ٤- بل لا يخلو من قوه. (الفاني). * عدم الابتلاء بهذه المسألة وما بعدها من المسائل الراجعة إلى أحكام العبيد والإماء أغنانا عن التعرّض لها (هذه التعليقه منه قدس سرّه أوردناها من نسخهٍ أُخرى). (الخوئي). * عدم الابتلاء بهذه المسألة وما بعدها من مسائل أحكام العبيد والإماء يغنينا عن التعرّض لها. (الروحاني).
- ٥- [٥] العنت: الوقوع في الإثم، والعنت: الفجور والزنا. والعنت: الهلاك، وأصله المشقّه والصعوبه. والعنت: الوقوع في أمرٍ شاقّ. والعنت: الخطأ، وهو مصدر من باب تعب. مجمع البحرين: ٣/٢٥٧، (ماده عنت).

المشقة (١)، أو الوقوع في الزنا، بل الأحوط (٢) تركه متعاً أيضاً (٣)، وإن كان القول بالجواز فيها غير بعيد (٤).

وأما مع الشرطين فلا إشكال في الجواز؛ لقوله تعالى: (وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ) إلى آخر الآية (٥)، ومع ذلك الصبر أفضل في صورته عدم خوف الوقوع في الزنا (٦).

كما لا إشكال في جواز وطئها بالملك، بل وكذا بالتحليل.

ولا فرق بين القن وغيره. نعم، الظاهر جوازه (٧) في

ص: ٣٤٧

١- هذا هو المتعين؛ لعدم ثبوت الحقيقة الشرعية. (الفانى). * العنت: المشقة الشديده، وخشيته العنت الخوف من وطأته بما يجلبه على النفس من ضغوط، وبما قد يتبعه من آثار ومحاذير عرفيه أو شرعيه، ولا تختص محاذير هب خوف الوقوع في الزنا. (زين الدين).

٢- لا يترك. (الخميني، المرعشى). * بل الأقوى. (زين الدين).

٣- لا يترك. (حسن القمى).

٤- الظاهر عدم الفرق بين الدائم والمتعه في الجواز والمنع. (الكوه كمرى). * فيه إشكال، بل منع. (الخوئى). * مستند التفصيل بين المتعه والدوام غير معلوم. (محمد رضا الكلبيگانى).

٥- [٥] النساء: ٢٥.

٦- وعدم خوف الوقوع في محذور آخر من المرض أو المحرمات الشرعيه الأخرى. (زين الدين).

٧- لا ظهور فيه. (الكوه كمرى).

المُبْعَضَه (١)؛ لعدم صدق (٢) الأمه (٣) عليها، وإن لم يصدق الحرّه أيضاً.

تزويج الأمه مع عدم الشرطين

(مسأله ٥٢): لو تزوّجها مع عدم الشرطين فالأحوط (٤) طلاقها، ولو حصل بعد التزويج جدّد نكاحها إن أراد على الأحوط (٥).

تحقق الشرطين وزوالهما بعد التزوج

(مسأله ٥٣): لو تحقّق الشرطان فتزوّجها ثمّ زالا، أو زال أحدهما لم يبطل، ولا يجب الطلاق.

الوطء بالتحليل أو بملك اليمين

(مسأله ٥٤): لو لم يجد الطول أو خاف (٦) العنت ولكن أمكنه الوطء

ص: ٣٤٨

- ١- في الظهور تأمّل. (الإصطهباناتي). * محلّ إشكال. (البروجردى). * فيه تأمّل. (الخميني، محمّد الشيرازي). * لا- يُترك الاحتياط بعدم تزويجها. (المرعشي). * مشكل. (السبزواري). * بل الظاهر أنّ المبعّضه في حكم الأمه؛ من جهه مملوكيه بعضها. (محمّد رضا الكلپايگاني).
- ٢- محلّ التأمل. (عبدالله الشيرازي).
- ٣- بل لإمكان دعوى الانصراف، ولكنّها غير مسموعه. (الفاني).
- ٤- لا- يُترك. (المرعشي). * لا يُترك هذا الاحتياط، وإن كان الظاهر بطلان التزويج لفقد الشرطين من غير حاجه إلى طلاق. (زين الدين).
- ٥- لا يُترك. (المرعشي). * بل الأقوى. (زين الدين).
- ٦- في النسخه المصحّحه من الكتاب (الواو) بدل (أو)، وهو الظاهر. (المرعشي). * الظاهر أنّ كلمه «أو» اشتباه من الناسخ، والصحيح «وخاف»، لكن مع التمكن منوطه الأمه بالملك أو التحليل ينتفى موضوع خوف العنت. (محمّد رضا الكلپايگاني). * كلمه «أو» اشتباه من الناسخ؛ فإنّ المراد: وخاف العنت، والظاهر عدم جواز التزويج في مفروض المسأله. (زين الدين).

بالتحليل أو يملك اليمين يشكل جواز التزويج (١).

تزويج حرّه لا يقدر على مقاربتها

(مسأله ٥٥): إذا تمكّن من تزويج حرّه لا يقدر على مقاربتها لمرضٍ أو رتقٍ أو قرنٍ (٢) أو صغّرٍ، أو نحو ذلك فكما لم يتمكّن (٣). وكذا لو كانت عنده (٤) واحده (٥) من هذه، أو كانت زوجته الحرّه غائبه (٦).

من لم تكفه مع الشرطين أمه واحده

(مسأله ٥٦): إذا لم تكفه في صورته تحقّق الشرطين أمه واحده يجوز

ص: ٣٤٩

- ١- والأقوى عدم الجواز. (المرعشى).
- ٢- القرن: لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر، كالغده الغليظه، وقد يكون عظماً. القاموس الفقهي: ٣٠١.
- ٣- إذا لم يتمكّن من سائر الاستمتاع على وجه يزول خوف العنت. (عبدالله الشيرازي). * الجواز فيه وفي ما ذكره بعده مشروط بإذن الحرّه، كما سيأتى. (المرعشى).
- ٤- إن تمكّن من بعض الاستمتاع بحيث يزول خوف العنت فمحلّ إشكال، أو منع. (حسن القمى).
- ٥- مع إذن الحرّه في نكاحها، مضافاً إلى الشرطين. (الإصطهباناتي). * لكن يعتبر حينئذٍ في نكاحها مع الشرطين إذن الحرّه أيضاً. (البروجردى). * ويعتبر حينئذٍ مع الشرطين إذن الحرّه الموجوده عنده. (زين الدين).
- ٦- مع إذنها في صورتين. (السبزواری).

الاثنين، أمّا الأزيد فلا يجوز، كما سيأتي (١).

طلب الحرّه مهراً بمقدار يعدّ ضرراً عليه

(مسألة ٥٧) : إذا كان قادراً على مهر الحرّه لكنّها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يُعدّ ضرراً (٢) عليه (٣) فكصوره عدم القدره (٤) ؛ لقاعده نفى الضرر (٥) ، نظير سائر المقامات، كمسأله وجوب الحجّ إذا كان مستطيعاً ولكن يتوقّف تحصيل الزاد والراحله على بيع بعض أملاكه بأقلّ من ثمن المثل، أو على شراء الراحله بأزيد من ثمن المثل، فإنّ الظاهر سقوط الوجوب وإن كان قادراً على ذلك. والأحوط (٦) في الجميع (٧) اعتبار

ص: ٣٥٠

- ١- وتقدّم. (عبدالله الشيرازي).
- ٢- أو حرجاً وعسراً. (المرعشي).
- ٣- بل حرجاً عليه، وكذا في أمثال المقام، وأمّا قاعده الضرر ففيها إشكال. (الخميني).
- ٤- فيه إشكال. (عبدالهادي الشيرازي). * فيه منع؛ فإنّ قاعده نفى الضرر إنّما توجب نفى الإلزام، لا صحّه العقد، والعبره فيعدم جواز العقد على الأمه إنّما هي القدره على عقد الحرّه وهي موجوده هنا. (الخوئي).
- ٥- قاعده نفى الضرر تقتضى عدم وجوب نكاح الحرّه إذا كان ضررياً، لكن لا يقتضيه جواز عقد الأمه مع التمكن من مهر الحرّه، نعم، إذا كان بحيث يصدق عليه أنّه لا يتمكّن ولا يستطيع فيتحقّق الشرط. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٦- لا يترك. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازي). * بل هو المتعين، فيجوز له التزويج بالأمه حينئذٍ؛ لعدم الاستطاعه عرفاً لمهر الحرّه، وكذا في مسأله الحجّ، وتراجع المسأله السابعه من الاستطاعه المائيه فيكتاب الحجّ. (زين الدين).
- ٧- لا يترك الاحتياط. (الحائري). * لشبهه جريان العله في باب الوضوء في أمثال المقام، فيكون تمام المدار فيها على عموم نفى الحرج، ومن هذه ربّما مال المصنّف؛ في باب الاستطاعه علىكون المدار على الضرر المُجحف بحاله، فراجع، ولكن في عموم العله نظر، والمسأله حينئذٍ محلّ النظر، ولا- يترك الاحتياط في أمثال المقام. (آقاضياء). * لا يترك. (محمّد الشيرازي، حسن القمي).

كون (١) الزيادة مما يضر (٢) بحاله (٣) لا مطلقاً (٤).

*

*

*

ص: ٣٥١

-
- ١- لا يُترك. (الجنوردي).
 - ٢- بل مما لا يستطيعه عرفاً. (صدرالدين الصدر).
 - ٣- بمقدار يُعدّ النكاح المنوط عليه مما لا يُستطاع عرفاً. (الإصطهباناتي). * بحيث يكون نكاحها لتوقفه عليه مما لا يستطاع عرفاً. (البروجردى). * ويُعدّ من غير المستطاع في حقّه. (المرعشي).
 - ٤- بناءً على المبنى المشهور. (تقى القمي).

فصل [حكم نكاح الأمه على الحرّه]

جواز نكاح الأمه على الحرّه مع إذنها بالشرطين

الأقوى جواز نكاح الأمه (١) على الحرّه مع إذنها (٢). والأحوط (٣) اعتبار الشرطين (٤): من عدم الطول، وخوف العنت. وأما مع عدم إذنها فلا يجوز، وإن قلنا في المسأله المتقدمه بجواز عقد الأمه مع عدم الشرطين (٥)، بل هو باطل.

نعم لو أجازت بعد العقد صحّ (٦) على الأقوى (٧)، بشرط تحقّق الشرطين على الأحوال (٨).

ولا فرق في المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلّفين، بل الأقوى عدم الفرق بين إمكان وطء الحرّه وعدمه؛ لمرضٍ أو قرنٍ أو رتقٍ

ص: ٣٥٢

-
- ١- لكن يحتمل خيار الحرّه بين بقائها مع الأمه وبين ذهابها إلى أهلها، فلا يُتركمقتضى الاحتياط. (حسن القمى).
 - ٢- فى كون الإذن مجوّزاً إشكال، فضلاً عن الإجازة اللاحقه. (الحائرى).
 - ٣- بل الأقوى. (زين الدين).
 - ٤- لا يُترك. (المرعشى).
 - ٥- فى النسخه المصحّحه من الكتاب مع عدم الشرطين بدون كلمه «إلّا»، وهو الأظهر. (المرعشى).
 - ٦- لا يخلو من إشكال. (البروجردى).
 - ٧- مشكل، فلا يُترك الاحتياط بتجديد العقد عند إرادته الإمساك، والطلاق عند إرادته التيسريح. (محمّد رضا الكلبايگانى).
 - ٨- بل هو الأقوى. (زين الدين).

إلّا (١) مع عدم الشرطين (٢)، نعم، لا يبعد الجواز (٣) إذا (٤) لم تكن الحرّة قابلهً للإيذن؛ لصيّةٍ أو جنون، خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعياً. ولكنّ الأحوط (٥) مع ذلك (٦) المنع (٧).

نكاح الحرّة على الأمه

وأما العكس وهو نكاح الحرّة على الأمه فهو جائز ولازم إذا كانت الحرّة عالمهً بالحال، وأما مع جهلها فالأقوى خيارها في بقائها مع الأمه وفسخها ورجوعها إلى أهلها.

والأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال، فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرّماً.

ص: ٣٥٣

- ١- الظاهر زياده كلمه «إلّا». (زين الدين).
- ٢- الظاهر أنّ كلمه «إلّا» هنا زائده. (محمّد رضا الكلبيگانى).
- ٣- مشكل، فلا يُترك الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيگانى). * بل لا يبعد عدم الجواز. (زين الدين).
- ٤- فيه تأمل. (الكوه كمرى).
- ٥- لا يُترك جدّاً؛ لشبهه إطلاقات الباب، وعدم الانصراف فيها، كما فى الجواهر (جواهر الكلام: ٢٩٣/٢٩٣)، فراجع. (آقاضياء). *
- لا يُترك. (البجنوردى، عبدالله الشيرازى).
- ٦- لا يُترك الاحتياط. (المرعشى). * لا يُترك. (السبزوارى).
- ٧- بل لا يخلو من قوّه. (البروجردى). * لا يُترك. (حسن القمى).

(مسأله ١): لو نكح الحرّه والأمه فى عقدٍ واحدٍ مع علم الحرّه صحّ، ومع جهلها صحّ بالنسبه إليها وبطل (١) بالنسبه إلى الأمه، إلّا مع إجازتها (٢). وكذا الحال لو تزوّجها بعقدين فى زمانٍ واحدٍ على الأقوى.

نكاح المبعّضه على المبعّضه أو الحرّه

(مسأله ٢): لا إشكال (٣) فى جواز (٤) نكاح المبعّضه (٥) على المبعّضه.

وأما على الحرّه ففيه إشكال (٦)، وإن كان لا يبعد (٧) جوازه (٨)؛ لأنّ الممنوع

ص: ٣٥٤

- ١- فى بطلانه تأمل، فلا يُترك الاحتياط، وكذا فى كفايه الإجازة، كما مرّ. (محمّد رضا الكلبيگانى).
- ٢- لا يخلو من إشكال، كما مرّ. (البروجردى). * فى الصحّ مع إجازتها وكذا فى الفرع التالى إشكال. (حسن القمّى).
- ٣- قد مرّ الإشكال فى المبعّضه. (المرعشى).
- ٤- الظاهر أنّه لا مورد لهذه المسأله. (صدرالدين الصدر). * فيه إشكال. (الفانى).
- ٥- قد مرّ أنّ المبعّضه فى حكم الأمه من جهه مملوكيه بعضها، فنفى الإشكال عنكاح كلّ منهما على الآخر غير موجّه، ولا أقلّ من أنّه خلاف الاحتياط ومنع الصدق حقيقه محلّ منع. (محمّد رضا الكلبيگانى).
- ٦- والاحتياط لا يُترك. (النائنى، جمال الدين الكلبيگانى، الإصطهباناتى). * لا يُترك الاحتياط. (زين الدين).
- ٧- فيه أيضاً تأمل. (الكوه كمرى).
- ٨- مشكل، بل عدم الجواز لا يخلو من وجه. (البروجردى). * لا يُترك الاحتياط بالتجنّب. (عبدالهادى الشيرازى). * لا يُترك الاحتياط. (عبدالله الشيرازى). * بل يقوى عدم جوازه. (الفانى). * تقدّم الإشكال فيه. (السبزوارى). * فيه إشكال. (محمّد الشيرازى).

نكاح الأمه على الحرّه، ولا يصدق الأمه على المبعّضه وإن كان لا يصدق (١)

أنّها حرّه أيضاً.

حكم موت الحرّه أو طلاقها بعد عقد الأمه

(مسأله ٣): إذا تزوّج الأمه على الحرّه فماتت الحرّه، أو طلقها، أو وهب مدّتها في المتعه، أو انقضت لم يثمر في الصّحّه (٢)، بل لا بدّ من العقد على الأمه جديداً إذا أراد.

حكم التزوّج بالأمه في عدّه الحرّه

(مسأله ٤): إذا كان تحته حرّه فطلقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الأمه (٣) في عدّتها (٤)، وأمّا إذا كان الطلاق رجعيّاً ففيه إشكال (٥)، وإن كان لا يبعد

ص: ٣٥٥

- ١- بل لانصراف الأمه إلى غير المبعّضه في أمثال المقام. (صدرالدين الصدر).
- ٢- لا تُترك مراعاة الاحتياط. (عبدالهادي الشيرازي). * بل يثمر؛ لأنّ اشتراط الإذن حينئذٍ سالبه بانتفاء الموضوع، وبطلان العقد صدوراً إنّما كان بمعنى توقّف الصّحّه على الإذن، لا لخلل في العقد. (الفاني).
- ٣- مع الشرطين احتياطاً، وهكذا في الفروع الآتية المبيّته على صحّه نكاح الأمه سابقاً على الحرّه (آقاضياء).
- ٤- مع عدم الطول وخوف العنت. (الجنوردي). * مع وجود الشرطين. (زين الدين).
- ٥- لا- يُترك فيه الاحتياط. (الإصفهاني). * فلا- يُترك الاحتياط. (صدرالدين الصدر). * والاحتياط فيه لا- يُترك. (الإصطهباناتي). * لا- يُترك الاحتياط فيه، بل الظاهر عدم الجواز؛ لأنّها ما لم تنقض عدّتها زوجه، والانصراف يبدؤ. (الجنوردي). * عدم الجواز قوي؛ لأنّ الرجعيّه زوجه، والانصراف بدؤ. (الفاني). * لا يُترك الاحتياط. (حسن القمي).

الجواز (١) لانصراف (٢) الأخبار (٣) عن هذه الصورة.

نكاح الأمه بعد التزوّج الفضولي بحره

(مسأله ٥) : إذا زوّجه فضوليّ حرّه فتزوّج أمه ثمّ أجاز عقد الفضوليّ، فعلى النقل (٤) لا يكون من نكاح (٥) الأمه على الحرّه (٦) فلا مانع

ص: ٣٥٦

- ١- بل عدم الجواز قويّ. (البروجردى). * بل فيه بعد. (عبدالهادهى الشيرازى). * فيه إشكال. (السبزوارى). * والأقوى المنع، إلّا بإذنها. (زين الدين). * فيه تأمل. (محمّد الشيرازى).
- ٢- دعوى الانصراف ممنوعه، والاحتياط لا يترك. (النائينى، جمال الدين الكلبيگانى).
- ٣- بل عدم الجواز قويّ. (عبدالله الشيرازى). * فيه إشكال، والأظهر التمسّك بأدله (فقه القرآن للقطب الراوندى: ٢/١٨٨، المبسوط للسرخسى: ٦/١٩، السرائر لابن إدريس الحلى: ٢/٦٦٧، ٣/٢٨٣، جامع الخلاف والوفاق لعليّ بن محمّد القمى: ٤٢٣). كونها بمنزله الزوجه. (المرعشى). * لو كان المدرّك الأخبار الدالّه على عدم جواز نكاح الأمه على الحرّه يمكن دعوى الانصراف، وأمّا ما دلّ من الأخبار والإجماع على كون المطلّقه الرجعيّه بمنزله الزوجه بل هي زوجه يشمل ذلك الأثر أيضاً. (محمّد رضا الكلبيگانى).
- ٤- وهو الأقوى. (الفيروز آبادى).
- ٥- بل من باب نكاح الحرّه على الأمه. (المرعشى).
- ٦- بل من نكاح الحرّه على الأمه، وكذا على الكشف الحقيقى دون الكشف اللغوى. (الكوه كمرى).

الشك في السابق من عقد الحرّ والأمة

(مسألة ٦): إذا عقد على حرّ وعقد وكيله له على أمه وشك في السابق منهما لا يبعد (٤) صحتهما (٥) وإن لم تُخبر الحرّ (٦)،

ص: ٣٥٧

- ١- وأن للحرّ الخيار في عقد نفسها. (الإصطهباناتي). * وإن كان للحرّ الخيار في عقد نفسها. (البروجردى). * مع الخيار للحرّ في نكاحها. (السبزواري).
- ٢- وهو المختار. (عبدالهادي الشيرازي). * حتّى الحكميّ منه، وعلى النقل يكون من نكاح الحرّ على الأمه. (محمد رضا الكلبايگاني).
- ٣- بل على النقل أيضاً. (الإصفهاني). * لا يُترك الاحتياط. (زين الدين).
- ٤- بل بعيد، وتقدّم منه قريباً بطلان عقد الأمه إلّا مع الإجازة. (صدرالدين الصدر).
- ٥- لا وجه للحكم بصحّه عقد الأمه، وإن سلّمنا وجود أصلٍ مُحَرِّز لها بعد العلم الإجمالي بفساده، أو ثبوت الخيار للحرّ في عقد نفسها، فلا يُترك الاحتياط بما ذكر. (البروجردى). * بل هو قويٌّ؛ لأنّ الشكّ في اشتراط إذن الحرّ يَدَوِيٌّ، وكونه عدلاً لخيار الحرّ هفي فسخ عقدها لا- يوجب تشكيل علم مؤثّر في البين، إلّا إذا فسخت الحرّ عقد نفسها ولم تأذن في عقد الأمه، وحينئذٍ يتشكّل العلم الإجمالي للزوج بحرما أحدهما عليه. (الفاني).
- ٦- الحكم بصحّه عقد الأمه في غايه الإشكال؛ للعلم الإجمالي: إمّا بفساد عقد الأمه إذا كان عقد الحرّ هو السابق، وإمّا بثبوت الخيار للحرّ في عقد نفسها إذا كان عقدها هو اللاحق، فلا يُترك الاحتياط بما في المتن، بل لا يُترك الاحتياط بطلاق الحرّ أيضاً إذا اختارت فسخ عقدها. (زين الدين).

والأحوط (١) طلاق (٢) الأمه (٣) مع عدم إجازة الحرّه.

الاشتراط فى عقد الحرّه إذنها فى نكاح الأمه

(مسأله ٧) : لو شرط فى عقد الحرّه أن تأذن فى نكاح الأمه عليها صحّ (٤) ، ولكن إذا لم تأذن لم يصحّ، بخلاف ما إذا شرط (٥) عليها (٦) أن

ص: ٣٥٨

- ١- لا يُترك. (الإصفهاني، جمال الدين الكلبيگاني، السبزواری). * هذا الاحتياط لا يُترك. (النائني، الإصطهباناتي). * لا يُترك الاحتياط. (المرعشي). * كما أنّ الأحوط طلاق الحرّه عند اختيار فسخ عقد نفسها، بل لا يُترك الاحتياط لهما عند عدم إجازة الحرّه مطلقاً، اختار الفسخ أو لا؛ مراعاةً للعلم الإجمالي. (محمد رضا الكلبيگاني).
- ٢- لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).
- ٣- قبل فسخ الحرّه نكاح نفسها، وأمّا إذا فسخت نكاح نفسها قبل طلاق الأمه ثمّطلقها فالأحوط الاجتناب عن الحرّه أيضاً. (عبدالهادي الشيرازي). * لا يُترك. (محمد الشيرازي، حسن القمي).
- ٤- إذا أذنت. (زين الدين).
- ٥- فى هذه الصورة أيضاً يبطل عقد الأمه إذا لم تأذن الحرّه. (الفاني).
- ٦- فيه إشكال، كما تقدّم نظيره فى العمه والخاله بعد الشكّ فى كون ذلك من الحقوق القابلة للإسقاط، واحتمال كونه من الأحكام بملاحة. حظه اقتضاء حرّيه الزوجه ذلك مطلقاً. (آقاضياء). * النتيجة واحده؛ فإنّ قبولها الشرط إذن إذاً، فالصحّه أقرب. (كاشف الغطاء). * فى صحّه هذا الشرط إشكال. (عبدالهادي الشيرازي). * فيه إشكال. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازي). * قد مرّ أنّ الشرط المذكور بمنزله الإذن، فيصحّ نكاح الأمه ما لم تُظهر الكراهه. (محمد رضا الكلبيگاني). * محلّ تردّد. (السبزواری). * على إشكال. (محمد الشيرازي).

*

*

*

ص: ٣٥٩

- ١- فيه إشكال. (البروجردى).
- ٢- فى صحّحه هذا الشرط إشكال. (الكوه كَمَرى). * الظاهر بطلان هذا الشرط، ولكنّ العقد صحيح. (صدرالدين الصدر). * فيه إشكال، وقد تقدّم نظيره وأنّ الشرط مخالف للكتاب، إن [كان] (أضفناه كى يستقيم السياق). مقتيداً بعدمأذنه أو كان مطلقاً. (البنجوردى). * المسأله مبتنيه على كونه من الحقّ أو الحكم، فعلى الأوّل صحيح، وأنّه من بابشرط النتيجة، بخلاف الثانى. (المرعشى). * مشكل غايه الإشكال. (حسن القمى).
- ٣- قد مرّ الكلام فى نظير المسأله. (الفيروزآبادى).
- ٤- وهو فى غايه الإشكال، وقد تقدّم نظيره فى المسأله التاسعه عشره من فصل: محرّمات المصاهره. (زين الدين).

في نكاح العبيد والإماء (١)

أمر تزويج المملوك عبداً وأمه لسيده

(مسأله ١): أمر تزويج العبد وأمه بيد السيد، فيجوز له تزويجهما ولو من غير رضاهما، أو إجبارهما على ذلك. ولا يجوز لهما العقد على نفسيهما من غير إذنه، كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك، حتى لو كان لهما أب حر (٢). بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً (٣).

ص: ٣٦٠

- ١- قد أغمضنا عن هذا الفصل والفصلين التاليين مما يتعلّق بالعبيد والإماء، لعدم الابتلاء بهما. (الخميني).
- ٢- وقد أوقع عليهما العقد وهما صغيران. (الإصفهاني). * وقد أوقع العقد عليهما وهما صغيران. (الإصطهباناتي). * هذا حيث أوقع العقد عليهما في حال صغرهما، وأما في حال كبرهما فلا فرق بين الأب والأجنبي. (المرعشي). * وكانا صغيرين. (محمّد رضا الكلبيكاني). * وهما صغيران، وإلّا فالأب والأجنبي فيهما سيان. (السبزواري).
- ٣- تشريعاً، كما لا يخفى. (آقا ضياء). * مجرد إيقاع العقد على المملوك ولو بقصد ترتيب الأثر لا يكون تصرفاً محرّماً. (الفاني). * ليس هذا حراماً شرعياً، بل هو داخل في تبه المعصيه، وهو نوع من التجري. (الخوئي). * إن قيل بأنّ العزم على الحرام حرام، أو آل الأمر إلى التشريع. (المرعشي). * على الأحوط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

إذا كان (١) ذلك (٢) بقصد ترتيب الأثر ولو لا مع إجازة المولى (٣)، نعم، لو كان ذلك بتوقع الإجازة منه فالظاهر عدم حرمة؛ لأنه ليس تصرفاً (٤) في مال الغير عرفاً، كبيع الفضولى مال غيره.

وأما عقدهما على نفسيهما (٥) من غير إذن المولى ومن غيرهما (٦) بتوقع الإجازة فقد يقال بحرمة (٧)؛

ص: ٣٤١

١- بل هو حينئذٍ من يئيه الحرام والعزم على ارتكابه. (البروجردى). * أى حراماً تشريعياً؛ لأنه ليس تصرفاً فيهما حتى يكون حراماً ذاتياً بدون إذن المولى. (البيجوردى).

٢- تشريعاً أو تجزئياً. (عبدالله الشيرازى).

٣- والأفضل أن يقال: (ولو مع عدم إجازة المولى).

٤- خارجياً. (المرعشى).

٥- هذا تكرار لما سبق فى صدر المسأله، ولعلّه إنّما أعاد البيان على طوله لبيان قضيّته سلب القدره، ولكن ليس حقّ البيان ذلك، فتدبره. (كاشف الغطاء).

٦- أى يكون تزويجهما وعقدهما بإيقاع من غير العبد والأمه عليهما، كأنّه عطف على ضمير «هما» فى قوله: عقدهما. (الفيروزآبادى). * فى العبارة تشويش، والمراد ظاهر؛ فإنّ موضع هذه العبارة قبل سطرين يعنى: بعد قوله: «نعم، لو كان ذلك» كما يظهر وجهه بأدنى تأمل. (الخوئى). * لعلّ عبارة «ومن غيرهما» زائده، فقد تقدّم حكم غيرهما عليهما، على أنّ التعليل بسلب القدره لا يناسب ذلك. (زين الدين).

٧- لا وجه للقول بالحرمة أصلاً؛ فإنّ سلب القدره لا يكون منشأً للحرمة، وإنّما يكون منشأً لعدم النفوذ. (الخوئى).

لَسَلْبِ قَدْرَتَهُمَا (١) وَإِنْ لَمْ يَكُنَا مَسْلُوبِي الْعِبَارَةِ، لَكِنَّهُ مُشْكَلٌ (٢)؛ لِانْصِرَافِ (٣) سَلْبِ (٤) الْقَدْرَةِ (٥) عَنْ مِثْلِ ذَلِكَ.

وَكَذَا لَوْ بَاشَرَ أَحَدُهُمَا الْعَقْدَ لِلْغَيْرِ بِإِذْنِهِ أَوْ فَضُولِهِ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِحَرَامٍ عَلَى الْأَقْوَى (٦)، وَإِنْ قِيلَ بِكَوْنِهِ حَرَامًا.

صَحِّحُ زَوَاجِ الْمَمْلُوكِ وَقَفِّ عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى وَكُونِهَا كَاشِفُهُ

(مسألة ٢): لَوْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى وَقَفَّ عَلَى إِجَازَتِهِ، فَإِنْ أَجَازَ صَحِّحٌ، وَكَذَا الْأُمَّةُ عَلَى الْأَقْوَى. وَالْإِجَازَةُ كَاشِفَةٌ (٧)، وَلَا فَرْقَ فِي صَحَّتِهِ

ص: ٣٦٢

- ١- التعليل لا يناسب قوله: «أو من غيرهما»، وهو ناظر إلى الأول، ووجه الثاني مَرَقِبْلُ ذَلِكَ. (الفيروزآبادي).
- ٢- بل ممنوع؛ لأنَّ سلب القدره وضعاً لا يستلزم حرمة إنشاء الترويج تكليفاً. (الفاني). * إلَّا مع نهى المولى؛ حيث إنَّ مخالفته حرام تكليفاً، وأما نفوذه فموقوف على إجازة المولى. (محمد رضا الكلبيكاني).
- ٣- قد تعرّضنا في كتاب البيع بطلان الانصراف المزبور في أمثال المقام، فراجع محلّه. (آقاضياء).
- ٤- الأظهر الانسلاّب، وعدم قدرتهما على شيء، سيّما في المهامّ، كأمثال الترويج، والانصراف ممنوع. (المرعشي).
- ٥- الانصراف ممنوع، وكذا في الفرض اللاحق. (زين الدين).
- ٦- فيه وفي ما تقدّم من الانصراف نظر. (حسن القمّي).
- ٧- الإجازة _ بما هي سبب لربط الإنشاء بالأصيل _ ناقله، بمعنى صيرورتها سبباً لربط المنشأ بالمُجيز. (الفاني). * كشافاً انقلابياً، ومعنى الكشف الانقلابي: أنّ الشارع بعد تحقّق الإجازة من السيّد يحكم بصحّحه عقد العبد، وثبوت مضمونه من أوّل الأمر ومن حين صدور العقد منه، لا حين الإجازة فيكون نقلاً، ولا بمجرد ترتيب الآثار من أوّل الأمر فيكون كشافاً حكماً، ولا بصحّحه العقد بالإجازة على نحو الشرط المتأخّر فيكون كشافاً حقيقياً. (زين الدين).

بها بين أن يكون بتوقعها، أو لا، بل على الوجه المحرّم، ولا يضرّه النهى؛ لأنه متعلّق بأمرٍ خارج (١) متحد. والظاهر اشتراط عدم الردّ منه قبل الإجازة، فلا تنفع الإجازة (٢) بعد الردّ (٣).

وهل يشترط فى تأثيرها عدم سبق النهى من المولى فىكون النهى السابق كالردّ بعد العقد، أو لا؟ وجهان، أقواهما (٤) الثانى (٥).

حكم المهر فى تزويج المملوك

(مسأله ٣): لو باشر المولى تزويج عبده، أو أجبره (٤) على التزويج

ص: ٣٤٣

- ١- التعليل ضعيف جداً، والصحيح أن يقال: إنّه على تقدير الحرمة فهى فى المعاملات لا توجب الفساد. (الخوئى).
- ٢- فيه إشكال، بل منع. (الخوئى).
- ٣- على المشهور، بل ادّعى عليه الإجماع. (حسن القمى).
- ٤- فيه إشكال. (الفيروزآبادى).
- ٥- بل الأوّل. (النائنى، جمال الدين الكلپايگانى). * بل الأوّل؛ فإنّ النهى قبله أشدّ من الردّ بعده. (كاشف الغطاء). * فى أقوائته تأمل. (الإصطهباناتى). * فيه إشكال. (عبدالله الشيرازى). * لا يخلو أولهما من قوه. (المرعشى). * فيه تأمل. (حسن القمى).
- ٦- فى صورته جبره على التزويج إشكال، والأحوط للمولى التعيين فى هذه الصوره. (زين الدين).

فالمهر إن لم يُعَيَّن في عينٍ يكون في ذمّة المولى (١)، ويجوز أن يجعله في ذمّة العبد (٢) يتبع (٣) به (٤) بعد العتق (٥) مع رضاه.

وهل له ذلك قهراً عليه؟ فيه إشكال (٦)، كما إذا استدان على أن يكون

ص: ٣٦٤

- ١- إذا كانت تصرفات العبد وتحركاته وكسبه بيد مولاه وتحت رعايته، وأما إذا كانمطلق الإرادة في التصرف من قبل مولاه فلا يبعد أن يكون المهر في ذمّة العبد. (زين الدين).
- ٢- قدره المولى بهذا المقدار _ أى إشغال ذمّة عبده ودخول ذمّته تحت سلطته _ محلّ إشكال، وكذا الاستدانه. (المرعشى). * جواز جعله في ذمّة العبد على هذا الوجه ولو مع رضاه محلّ إشكال، واستدانه المولى بهذا النحو أشدّ إشكالاً، والتفصيل لا يسعه المقام. (البروجردى).
- ٣- إن لم يكن له مال ولم يتمكن من الاكتساب بإذن المولى. (صدرالدين الصدر).
- ٤- حيث لا مال ولم يقدر على الاكتساب بإذن المولى. (المرعشى). * سلطنه المولى على اشتغال ذمّة العبد مستقلاً بحيث يتبع به بعد العتق محلّ إشكال، بل منع ولو مع رضاه؛ لأنّ رضاه غير مؤثّر في شيء، وسلطنه المولى محدود بحدود ملكه، ولا معنى لعهد العبد إلّا عهد المولى. (محمّد رضا الكلبايگاني).
- ٥- أو يؤدّيه من كسبه إذا كان كسوباً بإذن مولاه. (الفانى).
- ٦- لعدم مالكيه السيد لذمّة العبد التابع له بعد عتقه. (آقاضياء). * ولكنه الأقوى. (النائينى، جمال الدين الكلبايگاني). * الظاهر عدم الإشكال؛ لأنّه مملوكه وتحت سلطانه يتصرّف فيه كيفما يشاء، إلّا فى ما نهى الشارع عنه. (البجنوردى). * بل منع؛ لأنّ عهد العبد ليست مملوكه للمولى، نعم، إذا رضى العبد بذلك فيصحّ؛ لعدم الموجب للمنع. (الفانى). * الظاهر أنّ له ذلك، وكذلك الاستدانه. (زين الدين).

وأما لو أذن (١) له في التزويج: فإن عيّن كون المهر في ذمته (٢) أو في ذمه العبد أو في عينٍ معيّنٍ تعيّن، وإن أطلق (٣) ففي كونه في ذمته، أو ذمه العبد مع ضمانه له وتعهده (٤) أداءه، عنه أو كونه في كسب العبد (٥) وجوه (٦): أقواها

ص: ٣٦٥

- ١- الظاهر أنّ المهر في عهده العبد، إلّا أن يجعله في ذمه المولى، أو في ماله المعين بإذنه. (صدرالدين الصدر).
- ٢- وتعهده ابتداءً، إلّا أنّه ينتقل إليه من ذمه العبد؛ كى يكون من باب الضمان. (المرعى).
- ٣- تقدّم تفصيل الكلام فيه. (صدرالدين الصدر).
- ٤- أو في ذمه العبد وكون اشتغال ذمته بشىءٍ بإذن المولى عين اشتغال ذمه المولى بذلك الشىء، كما أنّ مالكيته لشيءٍ عين مالكيته، ولعلّ هذا أقرب الوجوه، ولاتنافيه الروايه، والظاهر عدم الفرق بين الإذن والإجازة. (البروجردى).
- ٥- أو في ذمه العبد يتبع به بعد عتقه، فلا تعهد للمولى فى أدائه ولو من ماله الخاص. (آقاضياء).
- ٦- وله وجه آخر، وهو كونه فى ذمه العبد، لكنّ معنى اشتغال ذمته اشتغال ذمه المولى، والأقوى الأول؛ لأنّ ذلك الوجه أيضاً يحتاج إلى موونه واعتبار زائد، بل هو من أقسام التعيين. (محمّد رضا الكلبيگانى). * الأقوى ثبوت المهر والنفقه فى ذمه العبد، ولكن على المولى أن يفى بما فى ذمه العبد من بعض أمواله أو أموال العبد، وهذا إذا كان المولى نافذ السلطان فى العبد وفى تصرّفاته، بأن كانت تحت رعايه مولاه فى جميع شؤونه، وأمّا إذا كان العبد مطلق الإراده _ كما تقدّم _ فلا يبعد عدم تعهد المولى بذلك، والروايتان لا تدلّان على أكثر من ذلك. (زين الدين).

الأول (١)؛ لأنَّ «الإذن في الشيء» (٢) إذن في لوازمه» (٣)، وكون المهر عليه بعد عدم قدره العبد على شيء، وكونه كلاً على مولاه من لوازم (٤) الإذن في التزويج عرفاً، وكذا الكلام في النفقة.

ويدلُّ عليه (٥) أيضاً في المهر: رواه علي بن أبي حمزه (٦)، وفي النفقة موثقه عمّار الساباطي (٧).

ص: ٣٦٦

١- تقدّم تفصيل الكلام فيه. (صدرالدين الصدر).

٢- في هذه الكليّة نظر، فالعمده في المسألة النصوص الخاصّة، وإلّا فالأقوى ما ذكرنا من الاحتمال؛ لعدم اقتضاء إذن السيّد تعهده في ماله في ذمّته أو في غيرها، فقهرأيستقرّ المهر في ذمّه الزوج يتبع به بعد عتقه؛ للعمومات. نعم، لا يبعد الالتزام فيالنفقه بما ذكر من كونها على السيّد بلا خصوصيّة في كسبه؛ لاحتساب العرف كونها من عيال السيّد، وإن أمكن النظر في ملازمه العيلولة العرفيه مع وجوب النفقه، فمنالمحتمل كونها بمقتضى القواعد ممّن لا يقدر علينفقه عياله ولا على طلاقها، فيجب على الناس كفايه القيام بأمرها، ولكن لا- أظنّ التزام هذا المعنى أيضاً منأحد، بل هو أيضاً خلاف السيره، بل السيره قائمه على قيام السيّد بأمرها في نفقتها، ومنها يُستكشّف كون نفقتها عليه، وكونها من عيالاته الواجب نفقتها عليه. (آقاضياء). * بل لأنّ الظاهر من المقام تعهّد السيّد لمهره. (الفاني).

٣- مختلف الشيعة: ٦/١٥٣، كشف اللثام، ط. ج: ٨/١٩٩، القواعد والفوائد للشهيد الأول: ١/٢٣٠، مستند الشيعة للترقي: ١٦/١٨٤، جواهر الكلام: ٢٥/٨٤.

٤- فيه تأمل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

٥- في اعتبار الروايتين بل وفي دلالتهما تأمل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

٦- الوسائل: الباب (٧٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

٧- الوسائل: الباب (٧٣) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

ولو تزوّج العبد من غير إذن مولاه، ثمّ أجاز ففى كونه(١) كالإذن السابق فى كون المهر على المولى، أو بتعهّده، أو لا؟ وجهان(٢).

ويمكن الفرق(٣) بين ما لو جعل(٤) المهر فى ذمّته(٥) فلا دخل له(٦) بالمولى وإن أجاز العقد، أو فى مالٍ معيّنٍ من المولى، أو فى ذمّته، فىكون كما عيّن أو أطلق فىكون على المولى.

ص: ٣٦٧

- ١- الأظهر أنّ الإجازة توجب صحّحه العقد على ما وقع، فىأتى فيه التفصيل المتقدّم.(صدرالدين الصدر).
- ٢- أقربهما الأوّل؛ لأنّ الإجازة كالإذن السابق فى كون المهر على المولى، إلّا إذا جعل العبد المهر فى ذمّته. (البجنوردى). *
- الأظهر الأوّل. (المرعشى). * الإجازة توجب صحّحه العقد على حسب ما وقع؛ فإنّ كان العبد قد عيّن شيئاً كانت الإجازة تعييناً له عند المولى، وإن لم يعيّن جرى فى الإجازة ما ذكرناه فىالإذن السابق سواء بسواء. (زين الدين).
- ٣- ولعلّ هذا أوجه. (الكوه كمرى).
- ٤- وهذا هو الأقوى. (عبدالهادى الشيرازى).
- ٥- هذا التفصيل حسن جميل. (الفانى). * هذا إذا لم يكن له مال، ولم يتمكّن من الاكتساب بإذن المولى، وهذا التفصيل لا يخلو من قوّه، ولا يصغى من رجوعه إلى جعله فى ذمّته المولى؛ لمكان حكم العرفباتّحاد ذمّته العبد مع ذمّته مولاه. (المرعشى).
- ٦- الظاهر هو أنّ التفصيل غير وجيه؛ لأنّ ذمّته العبد ليس إلّا ذمّته المولى، فبإجازته تستغل ذمّته. (محمّد رضا الكلپايگانى). * مع كون أدائه فى كسب العبد بعد العتق. (حسن القمى).

ثم إن المولى (١) إذا أذن: فتارةً يعين مقدار المهر، وتارةً يعمم، وتارةً يطلق.

فعلى الأولين لا إشكال، وعلى الأخير ينصرف إلى المتعارف (٢)، وإذا تعدى وقف على إجازته.

وقيل (٣): يكون (٤) الزائد في ذمته يتبع به بعد العتق (٥). وكذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجه، فإنه إن لم يعين ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعف، فإن تعدى وقف على إجازته (٦).

مهر الأمه المزوجه للمولى ونفقتها

(مسألة ٤): مهر الأمه المزوجه للمولى، سواء كان هو المباشر

ص: ٣٤٨

١- يأتي التفصيل المتقدم في كل من هذه الأقسام الثلاثة. (صدرالدين الصدر).

٢- إذا أذن المولى في جعل المهر في ذمته أو في عين خارجيه يملكها ولكن اطلق من حيث الكمييه فيرجع إلى المتعارف، فإذا تعدى وقف على إجازته، سواء قلنا بأن الزائد في ذمه المولى أم في ذمه العبد. (صدرالدين الصدر). * وهو مهر المثل، وليس له التعدى عنه، وعدم ملاحظه المصلحه. (المرعشى). * في الصورة التي يجب فيها على المولى أن يفى بما في ذمه العبد، على ما تقدم بيانه، وأما في الصورة الثانيه فإن وجوب الوفاء على العبد نفسه. (زين الدين).

٣- راجع مختلف الشيعة: ٧/٢٠٨، جامع المقاصد: ١٢/١٦٣.

٤- ولكنه ضعيف. (محمد رضا الكلبيكاني).

٥- أو يؤديه من كسبه إذا كان كسوباً بإذن مولاه. (الفاني).

٦- على الأحوط، إلا إذا كان تعدياً عن اللائق بحال المالك فيلزم ذلك على الأقوى. (زين الدين).

أم هي، بإذنه أو بإجازته، ونفقتها على الزوج، إلّا إذا منعها (١) مولاها (٢) عن التمكين (٣) لزوجها (٤)، أو اشترط (٥) كونها (٦).

ص: ٣٦٩

١- وامتنعت عن التمكين، ولكن في شمول دليل النشوز للمورد تأمّل، كلّ ذلك إذا قلنا: إنّ للمولى منعها بعد إذنه أو إجازته، وفيه تأمّل؛ لأنّ التمكين من أظهر آثار التزويج، سيّما في الدوام الّذى هو محلّ الكلام. (صدرالدين الصدر). * ونشزت هي. (المرعشى).

٢- لا- بمثل الحبس؛ لأنّها معذوره في عدم التمكين، والأولى إلحاق النشوز بالمنع. (عبدالله الشيرازى). * الظاهر أنّ المناط في عدم وجوب النفقة على الزوج، نشوز الزوجه ومنع المولى وعدمه لا- تأثير فيه. (محمّد رضا الكلبيگانى). * بغير حقّ، كما هو الظاهر؛ فإنّ صحّحه التزويج للأمه والتزام المولى بلوازم الزوجيّة تقتضى وجوب التمكين عليها، فلا يملك المولى أن يمنعها عنه، فإذا منعها كذلك وأطاعت فلم تمكّنه كانت ناشزّة فلا- نفقة لها، وإذا منعها المولى بحقّ _ كما قد يتفق _ فأطاعت مولاها ولم تمكّن الزوج لم يكن ذلك نشوزاً، فلا تسقط نفقتها. (زين الدين).

٣- ولم تمكّن. (الإصطهباناتى). * وعملت على طبق منعه. (البروجردى). * وهي امتنعت من منعها، أو كان منعه إيّاها منعاً تكويّتيّاً بأن حبسها مثلاً. (الجنوردى). * سقوط نفقتها على الزوج ما لم تصير ناشزّة محلّ نظر. (حسن القمى).

٤- ولم تتمكّن أيضاً بحيث صارت ناشزه. (السبزوارى).

٥- صحّحه هذا الشرط محلّ إشكال، بل منع، نعم، يصحّ شرط الإنفاق على المولى فيجب عليه الوفاء، ولو عصى فالنفقة على الزوج. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٦- هذا من الوعد الإبتدائى. (الفانى). * صحّحه هذا الاشتراط محلّ إشكال، إلّا أن يؤول إلى اشتراط أداء النفقة على المولى، لا أصل ثبوته. (المرعشى). * المراد أن يشترط الزوج على المولى أن يقوم بالإنفاق عليها، وأمّا شرط أنتجب النفقة على المولى فهو شرط مخالف للكتاب. (زين الدين).

عليه (١) وللمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج (٢).

والمشهور أنّ للمولى (٣) أن يستخدمها نهاراً (٤)، ويُحلى بينها وبين الزوج ليلاً، ولا بأس به (٥).

ص: ٣٧٠

١- صحّحه هذا الشرط محلّ إشكال. (البروجردى). * يعنى أداءها لا- ثبوتها شرعاً، وإلّا فصحّحه مثل هذا الشرط ممنوعه. (السبزواری).

٢- ولا يختصّ أحدهما بليلٍ أو نهارٍ على الأقوى، فللزواج حقّ الاستمتاع بها ولونهاراً. (زين الدين).

٣- الظاهر أنّ هذا التوزيع إنّما هو نظر إلى أنّ زمان الخدمه في الأغلب إنّما هو النهار و زمان الاستمتاع الليل، ويستفاد ذلك ممّا ورد في الجعفریات (الجعفریات: ١٠٥)، ونقلًا للمجلسي (بحار الأنوار: ١٠٠/٣٤٤، ح ٣٥). هذه الروايه أيضاً في المجلد (٢٣) من البحار، طبع الكمپانى، الباب (٧٣) عن نوادر (النوادر للراوندى: ١٨٥). الراوندى ولعلّ قوله: «يُستفاد من بعض الأخبار» ذلك. (الفانى).

٤- الأقوى جواز الانتفاع للمولى فى الليل والنهار ما لم يزاحمه حقّ الزوج. (المرعشى).

٥- ولكنّ الأقوى أنّ للزوج حقّ الاستمتاع بها ولو نهاراً. (كاشف الغطاء).

بل يُستفاد (١) من بعض (٢) الأخبار (٣) ولو اشترطاً غير ذلك فهما على شرطهما.

ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من دون إذن السيد؟ قد يقال: ليس له (٤)، بخلاف ما إذا أراد السيد أن يسافر بها فإنه يجوز له من دون إذن الزوج.

والأقوى العكس (٥)؛ لأنَّ السيد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم

ص: ٣٧١

١- فيه وفي جواز أن يسافر بها الزوج أو السيد تأمل، فالأحوط التصالح والتراضي. (حسن القمى).

٢- النوادر للراوندى: ١٨٥.

٣- لكنّه ضعيف، والأوجه ما ذكره أولاً. (الخوئي).

٤- ولعله الأقرب. (محمد الشيرازي).

٥- بعد تراحم مقتضى الملكيه والزوجه، وقصور شمول الدليل من كلّ طرفٍ صوره قصور المحلّ عن القابليه؛ لعدم كون إطلاقتها في مقام البيان من تلك الجبهه، فالمرجع في الترجيح هو الأصل الجارى في طرف المالك بعد منع الكليه مناقضاً للالتزام بالشىء بالالتزام باللوازم. (آقاصياء). * هذا لا يخلو من المناقشه؛ فإنَّ إذن السيد بالتزويج وإن كان التزاماً بلوازم الزوجيه وأحكامها إلماً أنّ من أحكامها وجوب إطاعه الزوج لو لم تراحم بما هو الأهم، والتزامه بأحكامها ليس مزيلاً لسيادته وأحكامها ولوازمها، فكما أنّ مقتضى زوجيه الزوج وجوب طاعته كذلك مقتضى سياده السيد وجوب إطاعته، فإذا أمر كلّ منهما بخلاف ما أمره الآخر يقع التراحم بين الإطاعتين، فيراعى ما هو الأهم، ولا- يبعد أن يكون رعايه السيد الذى يكون مالكا لرقبتها ألزم. (الإصفهاني). * مع توقّف الاستمتاع على المسافره، وكذا المسافره ليلاً إن قلنا: إنّه يجب أئىخلى بينها وبين الزوج ليلاً. (الكوه كمرى). * لا يخلو من مناقشه وإشكال، بل الظاهر تقديم إرادته السيد عند تراحمها مع إرادتها الزوج. (البجنوردى). * هذا لا يخلو من المناقشه؛ فإنَّ إذن السيد بالتزويج وإن كان التزاماً بلوازم الزوجيه وأحكامها إلماً أنّ من أحكامها وجوب اطاعه الزوج لو لم تراحمها هو الأهم، والتزامه بأحكامها ليس مزيلاً لسيادته وأحكامها ولوازمها، فكما أنّ مقتضى زوجيه الزوج وجوب إطاعته، فإذا أمر كلّ منهما بخلاف ما أمرها الآخر يقع التراحم بين الإطاعتين، فيراعى ما هو الأهم، ولا يبعد أن يكون رعايه السيد الذى يكون مالكا لرقبتها ألزم، إلماً أن يقال: إذنه بالتزويج المستلزم للإذن باللوازم بمنزله إسقاط حقّ المولى بالنسبه إلى آثار المزواجه من الاستمتاع، وهذا ربّما مراد المصنّف قدّس سرّه؛ وبناءً عليه لا يجب إطاعته حتّى فيغير الوطاء الواجب. (عبدالله الشيرازي). * فى صورتي المسافره ليلاً وإرادته الاستمتاع فى السفر. (المرعشى). * يعنى يجوز للعبد أن يسافر بها من دون إذن مولاها، دون العكس، لكن المسلمنه فيما إذا أراد منها الاستمتاع فى السفر، وإلماً فوجوب السفر عليها بأمر الزوج غير معلوم. (محمّد رضا الكلبايگانى). * لا يبعد كون مراعاة حقّ السيد أعمّ عرفاً. (السبزواري). * القدر المسلم من ذلك ما إذا أراد الزوج الاستمتاع بزوجه فى السفر فلا يجوز للمولى أن يمنعها من ذلك، أمّا فى غير ذلك فالمسأله محلّ إشكال. (زين الدين).

الزوجيّه (١) ، و(الرّجال قوامون على النساء) (٢).

وأما العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته، إلّا ما كان واجباً عليه من الوطاء في كلّ أربعة أشهر، ومن حقّ القسم.

جعل المهر للأمه المأذونه في التزويج

(مسأله ٥) : إذا أذن المولى للأمه في التزويج وجعل المهر لها صحّ على الأقوى من ملكيه العبد والأمه (٣) ، وإن كان للمولى أن يملك (٤) ما ملكاه، بل الأقوى (٥) كونه مالكاً لهما ولمالهما

ص: ٣٧٣

١- فيه نظر واضح؛ لأنّه لا يفهم العرف من الإذن في تزويج الأمه الإذن في أخذها معه في الأسفار المانع من خدمه والمنافيه لحقّ الملكيه، وهذا ليس من اللوازم المظاهره في نظر العقلاء، ولمعارضه «الناس مسلّطون على أموالهم» (الخلاص: ٣/١٧٦، السرائر: ٢/٣٨٢، مختصر المزنّى: ٩٢، المجموع: ١٣/٣٥) والزوجيتم بلوازم ملكيه الزوجيّه. (الفيروزآبادى).

٢- النساء: ٣٤.

٣- ولكنّهما محجوران عن التصرف في ما يملكانه إلّا بإذن المولى. (زين الدين).

٤- مع رضاها. (صدرالدين الصدر).

٥- بل الأقوى كون المهر لمولاها المالك لبضعها، وأنّها لا تملك إلّا ما ملكها مولاه، وأنّ المهر المزبور ليس منها. (آقاضياء). * بل الأقوى أنّ المملوك كغيره (في نسخه الأصل: (المملوكه كغيرها)، ونظراً لارتباك اللفظ فالصحيح ما أثبتناه) من الأحرار، ولكنّه محجور عليه، ولا يجوز لها التصرفات المائيه إلّا بإذن مولاه، ومنه تعرف أنّه ليس للمولى التصرف في أموال مملوكه، نعم، لو اكتسبها بإذن المولى على أن تكون له كانت له. (صدرالدين الصدر). * بل الأقوى العدم؛ لدلاله بعض النصوص (النهايه ونكتها للطوسى: ٥٤٣، المهذب لابن البرّاج: ٢/٣٥٩، المحلّى: ٩/٢٤٤). على عدم جواز تملك السيّد ما ملكه العبد فكيف بالملكيه الطوليّه؟. (الفانى). * هذا القول ضعيف. (زين الدين).

نكاح المملوك عبداً أو أمه المشترك والمبعض

(مسألة ٦) : لو كان العبد أو الأمه لِمَالِكِينَ أو أكثر توقّف صحّحه النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم، ولو كانا مَبْعُضَيْنِ توقّف على إذنهما وإذن المالك، وليس له إجبارهما.

حكم النكاح والمهر في فرض شراء الحرّه زوجها المملوك

(مسألة ٧) : إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح، وتستحقّ المهر إن كان ذلك بعد الدخول. وأما إن كان قبله ففي سقوطه (٢)، أو سقوط نصفه (٣)،

ص: ٣٧٤

- ١- وعلى ذلك فالمهر لها دائماً؛ لكون المهر بدل المنافع عرفاً، وإن كانت هي ومالهالمولاها. (الكوه كَمَرِي). * بجعل الملكيه للعبد بالنسبه إلى المال، وملكيته المولى للمال المملوك للعبد، وعليه فالمهر لها وهو ملكها. (المرعشى).
- ٢- هذا هو الأظهر. (الفانى). * كما فى فسخ أحد الزوجين بسبب عيبٍ من العيوب المعلومه فى صاحبه، وعليهلا يلزم خلوّ البيع عن العوض لترتب السقوط على تملكك الزوجه زوجها المتأخر عن الزوجيه، المستلزمه لثبوت المهر، ولا- يخلو من مناقشه. (المرعشى).
- ٣- وهو الأظهر وإن كان الأحوط التصالح. (عبدالهادى الشيرازى). * كما فى الطلاق قبل الدخول. (المرعشى).

١- سقوط جميعه وإن كان قوياً لكنه لا يخلو من الإشكال، وعلى تقديره فحيث إنهم معلول لتملك الزوجه رقبه زوجها، ومتأخر عنه فى الرتبه ففي رتبته إنشاء البيع يكون ثابتاً على كل تقدير، ولو جعل ثمناً لا يلزم منه خلو البيع عن العوض فيشىء من الصور. (جمال الدين الكلبي كانى). * كما فى الموت قبل الدخول على ما هو الأقوى. (المرعشى). * لا يبعد أنه المتعين. (الخوئى). * المهر لها أجمع، فقد ملكته جميعه بالعقد، ولا دليل على سقوطه بالانفساخ الطارئ، ولا على إلحاقه بالطلاق. (زين الدين).

٢- لا يبعد الأول. (السبزوارى).

٣- سقوط جميعه وإن كان قوياً لكنه لا يخلو من الإشكال، وعلى تقديره فحيث إنهم معلول لتملك الزوجه رقبه زوجها، ومتأخر عنه فى الرتبه ففي رتبته إنشاء البيعىكون ثابتاً على كل تقدير، ولو جعل ثمناً لا يلزم منه خلو البيع عن العوض فيشىء من الصور. (النائنى). * أوجهها أولها. (الإصفهانى). * بعد القطع بأن الشراء ليس فى حكم الطلاق؛ لعدم الدليل على هذا التنزيل، وعليفرض وجوده فلا- يدل على عموم التنزيل، فالقول بالسقوط لا تخلو من قوه، ولمأعرف أن ثبوت تمام المهر يترتب على أى الوجوه؟ (صدرالدين الصدر). * الأقوى أنه لها أجمع؛ لأنها ملكته بالعقد، ولا- دليل على سقوطه، ولا على إلحاقه بالطلاق. (كاشف الغطاء). * وإن كان وجه الأول لا يخلو من وجه، لكنه لا يخلو من الإشكال أيضاً، ثم عليتقدير السقوط لا يلزم بطلان الشراء؛ لخلو البيع عن العوض؛ لكون السقوط معلولاً لتملك الزوجه رقبه زوجها، ومتأخر عنه رتبته، ففي مرتبه إنشاء البيع المتقدم على السقوط يكون المهر ثابتاً، فلا يلزم خلو البيع من العوض، فتأمل. (الإصطهباناتى). * فى جعلهما المبنى نظر. (المرعشى).

ثم هل يجرى عليها حكم الطلاق قبل الدخول، أو لا؟

وعلى السقوط كلاً إذا اشترته بالمهر الذي كان لها في ذمه السيد بطل

ص: ٣٧٦

١- والأقوى ترتيب آثار البطلان عليه، ويظهر من الجواهر (جواهر الكلام: ٣٠/٢١٠، آخر المسألة الأولى من نكاح الإماء) تسليم الانفساخ، ولكن لا يساعده أخباره، والأصل أيضاً يقتضى عدم سقوط تمام المهر عنه لولا قيام إجماع عليه. (آقاضياء). * الظاهر أنّ المراد من البطلان: هو كون العقد كأن لم يكن، ومن الانفساخ: انحلال العقد من حين الاشتراء، ولا فرق ظاهراً بينهما، إلا أن يكون المراد بالبطلان: البطلان من الأول، وهو لا وجه له، ومقتضى القواعد هو استحقاق تمام المهر أو نصفه؛ بناءً على إلحاقه بالطلاق قبل الدخول لو كان المهر في ذمه مولى العبد، وأما لو كان في ذمه نفس العبد فمقتضى القاعدة سقوط تمامه؛ لأنه لا معنى لـإن يكون مالكا لـما في ذمه مملوكه. (الجنوردي). * لا- يظهر الفرق بين البطلان والانفساخ إلا إذا أريد من الأول: من الأول (كذا في نسخه الأصل)، ومثالان من حين ظهور السبب، ولا يبعد الأول. (عبدالله الشيرازي). * بناءً على كون الانفساخ من أول العقد لا فرق بينه وبين البطلان، بل لا يبعد عدم الفرق بينهما في ما ذكر لو كان من حينه أيضاً. (السزوارى).

الشراء (١)؛ للزوم خلوق (٢) البيع (٣) عن العوض (٤)، نعم، لا بأس به إذا كان (٥) الشراء (٦) بعد الدخول؛ لاستقرار المهر حينئذٍ.

وعن العلامه فى القواعد (٧) البطلان إذا اشترته بالمهر الذى فى ذمه العبد وإن كان بعد الدخول؛ لأن تملكها له يستلزم براءه ذمته من المهر، فيخلو البيع

ص: ٣٧٧

١- فيه نظر، بل منع. (عبدالهادهى الشيرازى). * لا يبطل؛ لأن البيع كان مع العوض، وسقوط العوض يستلزم الرجوع إلى بدله، لا بطلان البيع. (الفانى). * مشكل، بل ممنوع. (السبزوارى).

٢- فيه وفى ما بعده نظر. (حسن القمى).

٣- إذا كان الفراغ فى رتبه متأخره عن البيع؛ لأنه مترتب عليه، فلا- يعقل أن يكون فى رتبه، فالبيع لا يكون خالياً من العوض فى رتبه، فسقوط المهر فرع الفراغ، والفراغ فرع البيع، فهو متأخر عن البيع برتبتين. هذا إذا كان قبل الدخول، وأما إذا كان بعده فلا إشكال. (صدرالدين الصدر).

٤- لا- يلزم ذلك؛ لتأخر رتبه السقوط على فرضه عن رتبه البيع، ففى رتبه نفس البيعلم يتحقق سقوط، إلا أن يقال بعدم كفايه تقدم الرتبى مع اتحادهما زماناً، كما هو شأن العله والمعلول وهو الصحيح. (البجنوردى).

٥- تبين عدم الفرق بين الصورتين، وكذا بين أن يكون المهر فى ذمه الزوج أو سيده، من الحاشيه السابقه (كذا فى أصل النسختين). (جمال الدين الكلبيگانى).

٦- تبين عدم الفرق بين الصورتين، وكذا بين أن يكون المهر فى ذمه الزوج أو سيده، من الحاشيه السابقه (كذا فى أصل النسختين). (النائنى).

٧- [٧] قواعد الأحكام: ٣/٥٥.

عن العوض. وهو مبنى (١) على عدم صحته (٢) ملكية المولى في ذمه العبد. ويمكن (٣) منع (٤) عدم الصحه (٥) مع أنه لا تجتمع (٦) ملكيتها له

ص: ٣٧٨

١- على فرض عدم الصحه إنما السقوط مترتب على الانتقال وما هو لازم هو الثبوت في رتبته سابقه أو مقارنه، كما لا يخفى. (آقاضياء).

٢- هذا المنع غير موجّه. (عبدالله الشيرازي). * هذا الوجه ذكره غير واحد من شراح القواعد، لكن الظاهر عدم ابتناء خلو البيعن الثمن على ذلك، بل يلزم ذلك ولو على القول بصحة ملكية المولى لذمه عبده؛ وذلك لأنها اشترت عبداً وجعلت ثمنه فراغه ذمته، وهذا نفع يعود إلى العبد، ولا يعود إلى البائع؛ لأنّ براءته بعد الخروج عن ملكه غير مرتبطة به، فيصدق أنّه بلا ثمن يرجع إلى البائع، لكنّ هذا مبنى على أن يكون الثمن براءه ذمته، لا- انتقال ما في ذمته إلى المولى؛ وعليه فيأتي حكمه. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٣- صحه مالكيه المولى في ذمه عبده غير الضريبه ومال الكتابه مشكله، وسواء صحّام امتنع ذلك فالمقام أجنبي عنه. (جمال الدين الكلبيگانى).

٤- صحه مالكيه المولى في ذمه عبده غير الضريبه ومال الكتابه مشكله، وسواء صحّام امتنع ذلك فالمقام أجنبي عنه. (النائني). * لمنع المنع وجه موجّه. (المرعشى).

٥- الصحه في غير الضريبه ومال الكتابه محلّ تأمل وإشكال. (الإصطهباناتي). * هذا المنع غير موجّه. (البروجردى). * لا وجه للمنع؛ لما ذكرنا في بعض الحواشى السابقه. (البجنوردى).

٦- يعنى يستحيل أن تجتمع رقبه العبد وما في ذمته معاً ملكاً لهما كى يسقط ما في ذمته بذلك؛ لأنّ ما في ذمته من المهر كان قبل البيع ملكاً لها، وكانت رقبته لسيدته، وبالبيع ينتقل كلّ منهما من مالكة إلى مالك آخر، ولا يجتمعان معاً فى ملكها ولو آنأما؛ كى يلزم ما ذكره العلامة قدس سرّه من المحذور. (النائني، جمال الدين الكلبيگانى).

ولما فى ذمته (١) ، بل ينتقل ما فى ذمته (٢) إلى المولى (٣) بالبيع حين انتقال (٤) العبد (٥) إليها.

الولد الحاصل من المملوكين رق وملحق بالحرّ منهما ما لم يكن عن زنا ونحو ذلك

(مسأله ٨) : الولد بين المملوكين رق، سواء كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهه مع العقد أو مجردة، أم عن زناً منهما أو من أحدهما بلا عقد، أو عن عقد معلوم الفساد عندهما، أو عند أحدهما.

وأما إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّ إذا كان عن عقد صحيح، أو شبهه مع العقد أو مجردة، حتّى فيما لو دلّست الأمه نفسها بدعواها الحرّيه فتزوجها حرّ على الأقوى (٦) ، وإن كان يجب عليه حينئذ دفع قيمه الولد إلى مولاها.

ص: ٣٧٩

١- فيه إشكال. (المرعى).

٢- لا يخفى أنّ الثمن إن كان نفس ما فى ذمه العبد ففى فرض عدم صحه تملك المولى ما فى ذمه عبده يكون الحكم بصحه البيع مستلزماً للدور؛ لأنّ صحه البيعتوقّف على قابليه الثمن لملكيه البائع، وهى تتوقّف على صحه البيع؛ لأنّ العبد مالم ينتقل إلى الزوجه لم يكن ما فى ذمته قابلاً لتملك البائع. (محمّد رضا الكلبايگانى).

٣- بائع العبد ثمناً للعبد؛ وبناءً على هذا يملكه البائع فى ذمه العبد يتبع به بعد العتق، ويسعى به بعده. (الفيروزآبادى).

٤- فكأنّ العبد مشغول الذمه لمولاه السابق يتبع به بعد العتق. (آقاضياء).

٥- بجعل ذمه العبد مشغولة لمولاه السابق يتبع به بعد العتق، ولا يخلو من شوبالإشكال. (المرعى).

٦- الأقوائيه محلّ الإشكال والتأمل. (عبدالله الشيرازى). * تراجع المسأله الثانيه عشره من هذا الفصل. (زين الدين).

وأما إذا كان عن عقدٍ بلا إذنٍ مع العلم (١) من الحرِّ بفساد العقد، أو عن زناً من الحرِّ أو منهما (٢) فالولد رِقٌّ (٣) .

ملكته المولود من مملوكين

ثمَّ إذا كان المملوكان لملكٍ واحدٍ فالولد له، وإن كان كلٌّ منهما لملكٍ فالولد بين المالكين (٤) بالسوية (٥) ، إلّا إذا اشترطا (٦) التفاوت، أو الاختصاص بأحدهما.

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين، أو مع عدم الإذن من واحدٍ منهما (٧) .

ص: ٣٨٠

- ١- ولكن إذا كان بتوقُّع الإذن أو رجاء الإجازة فالحكم بالرِقِّيه مشكل. (كاشف الغطاء).
- ٢- إذا كان الحرُّ الزاني هو الرجل، ويشكل الحكم إذا كانت الحرّة الزانية هي المرأة. (زين الدين).
- ٣- هذا إذا كانت الأمّ أمه، وأما إذا كانت الأمّ حرّةً فلا يبعد أن يكون الولد حرّاً، وإن كانت الأمّ زانية. (الخوئي).
- ٤- الحكم في هذا الفرض مشكل، وكذا في بقيه فروض المسألة، والتعليقات المذكورة لا يمكن الاعتماد عليها، فلا يُترك الاحتياط ما أمكن. (زين الدين).
- ٥- لا يبعد أن يكون الولد لملك الأمه على أساس أنّه نماوها، كما هو الحال في الحيوانات. (الخوئي). * على المشهور، لكنّ الخروج عن قاعده تبعيته الولد للأمّ في الملك محلّ تأمّل، وكذا في ما يتفرّع عليه. (حسن القمّي).
- ٦- الظاهر أنّه لا أثر لهذا الاشتراط إذا كان على نحو شرط النتيجة، وبذلك يظهر حال ما بعده. (الخوئي).
- ٧- لعلّه يريد بذلك وبما بعده عدم العلم بفساد العقد ليكون الوطاء شبهه، وإلّا فهو داخل في ذيل المسألة، وهو قول الماتن: «وأما لو كان الولد عن زناً من العبد...» إلّاخره. (الخوئي).

وأما إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك (١)، ولكن المشهور (٢) أن الولد (٣) حينئذٍ لمن (٤) لم يأذن (٥).

ويمكن أن يكون مرادهم في صوره إطلاق الإذن بحيث يُستفاد منه إسقاط حق نمائيه الولد؛ حيث إن مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحرّ أو الحرّه، وإلا فلا وجه له (٦). وكذا لو كان الوطاء شبهةً منهما، سواء كان مع العقد أم شبهه مجردة فإن الولد مشترك.

ص: ٣٨١

١- المسألة محتاجة إلى التأمل التام. (عبدالله الشيرازي).

٢- وهو الأقوى. (الإصطهباناتي، عبدالهادي الشيرازي).

٣- وهو الأصح. (محمد الشيرازي).

٤- وهو الأقوى. (البروجردي).

٥- وهو الأقوى. (النائيني، جمال الدين الكلبيگاني). * وهو الأظهر. (البنجوردی). * لعدم الحرمة لماء المأذون من أحدهما؛ حيث أفرغه في محلّ لم يؤذن بالإفراغفيه. (الفاني).

٦- والوجه المذى ذكر للمشهور أيضاً غير وجيه، والمسألة تحتاج إلى المراجعة ومزيد التأمل. (الإصفهاني). * إلا الشهره وادعاء النص من بعض المؤيد بذكره في الكتب المبته على ذكر ما فيالنصوص بصوره الفتوى. (محمد رضا الكلبيگاني). * ما ذكره من الوجه للمشهور أيضاً غير وجيه، والمسألة محتاجة إلى مزيد التأمل. (حسن القمي).

وأما لو كان الولد عن زناً من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أنّ الولد لمالك الأمه (١)، سواء كان من طرفها شبهةً أو زناً.

منع اشتراط رقبته الولد من الحرّ

(مسألة ٩) : إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّاً، لا يصحّ اشتراط (٢) رقبته (٣) على الأقوى (٤) في ضمن عقد التزويج، فضلاً عن عقدٍ خارجٍ لازم،

ص: ٣٨٢

١- كما سيأتي في المسألة الخامسة عشرة. (زين الدين).

٢- لكونه خلاف الحكم الشرعيّ الاقتضائيّ، وليس الإلحاق من باب الحقّ. (المرعشي). * فيه إشكال، بل منع. (السبزواري).

٣- صحّحه اشتراطها في ضمن عقد التزويج لا يخلو من وجه. (البروجردى). * الأقوى صحّحه هذا الشرط في ضمن عقد التزويج. (الفاني). * على تأمّل. (محمّد الشيرازي).

٤- ولذا كان المشهور على خلافه؛ لعموم الشرط غير الشامل لما خالف الكتاب، وأما المطلقات المشتملة على الرقبته من النصوص الخاصّة (الوسائل: الباب (٢٠) من أبواب المهور، ح ٤). فهي محمولة على التقييد، فحملها على صورته الشرط لا شاهد فيها؛ فحيث إنّها بالأقوى ما أفاده المصنّف؛ خلاف المشهور. (آقاضياء). * بل الأقوى صحّحه اشتراطها. (الإصفهاني، عبد الهادي الشيرازي). * بل الأقوى صحّحه هذا الشرط ونفوذه إذا كان في ضمن العقد، وأما إذا كان في ضمن عقدٍ خارجٍ لا يخلو من إشكال. (صدرالدين الصدر). * لا- قوّه فيه، والمشهور على خلافه؛ لعموم أدلّة الوفاء بالشروط، وعدم كونهم مخالفاً للكتاب، ولا لمقتضى العقد. (البنجوردى). * الأقوائيه محلّ التأمل. (عبدالله الشيرازي). * في القوّه إشكال. (حسن القمّي).

ولا يضرّ بالعقد إذا كان في ضمن عقدٍ خارج.

وأما إن كان في ضمن عقد التزويج فمبنيّ على فساد العقد بفساد الشرط، وعدمه، والأقوى عدمه. ويحتمل (١) الفساد (٢)، وإن لم نقل به في سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلاً بفساده (٣)؛ لأنّ في سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه (٤) بالخيار، بخلاف المقام (٥)؛ حيث إنّه لا يجرى خيار (٦) الاشتراط في النكاح. نعم، مع العلم بالفساد لا فرق؛ إذ

ص: ٣٨٣

١- احتمالاً ضعيفاً. (الفيروز آبادي). * بعيداً جداً. (الإصفهاني).

٢- بل الأقوى عدم الفساد، وهذا الاحتمال ضعيف. (زين الدين). * بعيد. (حسن القمي).

٣- وكان المورد من باب التقييد بنحو وحده المطلوب، فالإطلاق في عبارته محلّ نظر. (المرعشي).

٤- الشرط الفاسد لا يوجب الخيار في سائر العقود أيضاً. (الخوئي).

٥- ولكنّه لا- يوجب الفرق. (الكوه كمرى). * هذا الفرق غير فارق، مع أنّ الخيار بتخلف الشرط الفاسد غير مذكور في كلمات العلماء، نعم، في الجواهر لا بأس بالالتزام به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٦- في المسألة مجال التأمل، ولقد أجاد في الجواهر حيث قال: «إنّ مقتضى القاعدة هجران خيار تخلف الشرط في باب النكاح أيضاً» (جواهر الكلام: ٣٠/٢١٦، المسألة الثانية)، فراجع. (آقاضياء). جواهر الكلام: ٣٠/٢١٦، المسألة الثانية.

لا خيار (١) في سائر العقود أيضاً (٢).

تَزْوِجُ الْحَرِّ مَمْلُوكَهُ غَيْرَهُ وَحُكْمُ الْوَلَدِ وَالْمَهْرِ

(مسألة ١٠) : إذا تزوج حرٌّ أمه من غير إذن مولاها حرم عليه وطوها وإن كان بتوقع الإجازة. وحيثُ فإن أجاز المولى كشف عن صحته على الأقوى من كون الإجازة كاشفه (٣)، وعليه المهر، والولد حرٌّ، ولا يحدُّ حدَّ الزنا (٤) وإن كان عالماً بالتحريم، بل يُعزَّر.

وإن كان عالماً بلحوق الإجازة فالظاهر (٥) عدم الحرمة (٦)، وعدم التعزير

ص: ٣٨٤

- ١- هذه الدعوى واضحة المنع، كما تقدّم في نظائر المقام. (النائبي، جمال الدين الكلبايگاني).
- ٢- إن رجع إلى إسقاط العمل بالشرط عرفاً، وسيأتي في الأولى من المسائل المتفرقة بعض ما يرتبط بالمقام. (السبزواري). * فيه نظر وإشكال. (حسن القمّي).
- ٣- الإجازة ناقله، فيترتب على الوطء السابق آثاره من الحرمة وغيرها. (الفاني).
- ٤- وكذلك على القول بالكشف الانقلابي كما هو الأقوى؛ فإنَّ العقد وإن كان باطلاً قبل الإجازة والوطء حراماً ولكنَّ الحكم قد تبدّل بالإجازة، فحكم الشارع بصحّح العقد، وحلّ الوطء من حين وقوعهما، فلا يحدُّ بعد ذلك حدَّ الزنا، بل يُعزَّر. (زين الدين).
- ٥- بل الظاهر أنّ الإجازة بناءً على الكشف إنّما تؤثر من حين حصولها، لا من حين العلم بوقوعها. (صدر الدين الصدر).
- ٦- بل الظاهر ثبوتها حتّى على الكشف على المختار المشهور، لا الكشف المرضيلى الفصول. (آقاضياء). * بل الظاهر ثبوت الحرمة؛ حتّى مع علمه بلحوق الإجازة على الصحيح في معني الكشف، وإن أمكن القول بعدم ثبوت التعزير؛ لثبوت الخلاف في المسألة. (الكوه كمرى). * محلّ إشكال. (البروجردى). * بل الظاهر هي الحرمة إن تصرّف فيها؛ لأنّه في وقت التصرّف في مال الغير لا إذن، ولا إجازة الإنشاء على الكشف الحقيقي. (البجنوردى). * فيه إشكال. (المرعشى). * بل الظاهر هو التحريم، ولا ينافي ذلك الحكم بعدم الحرمة بعد الإجازة، وكذلك الحال في التعزير، إلّا إذا فرض أنّه كان مشتبهاً. (الخوئي). * بل الظاهر الحرمة على ما هو الصحيح من معنى الكشف، نعم، يمكن القول بعدم التعزير؛ لوقوع الخلاف فيه، والحدود تُدرأ بالشبهات. (محمّد رضا الكلبايگاني). * أمّا على الكشف الانقلابي فالحكم قبل تحقّق الإجازة هو التحريم وإن كان يعلم بلحوق الإجازة، فإذا لم يُحدِّ حتّى تحققت الإجازة كان عليه التعزير، وسقط الحدّ. (زين الدين). * بناءً على الكشف الحقيقي، وإلّا ففيه إشكال. (حسن القمّي).

أيضاً (١).

وإن لم يُجَزِ المولى كشف عن بطلان التزويج، ويُحَدِّد حينئذٍ حدَّ الزنا إذا كان عالماً بالحكم، ولم يكن مشتبهاً من جهه أُخرى، وعليه المهر بالدخول، وإن كانت الأمة (٢) أيضاً عالمة (٣)

ص: ٣٨٥

١- بناءً على الكشف الحقيقي. (السبزواری).

٢- قد مرَّ في المسأله الخامسه والعشرين (كذا في نسخه الأصل، والظاهر أنَّ الصحيح (الخامسه عشره) من فصل (لا يجوز التزويج في عدّهالغير). فلاحظ ما بعده). في الفصل الرابع ما يخالف ذلك. (الإصطهباناتي).

٣- قد تقدّم منه قدّس سرّه خلاف ذلك في المسأله الخامسه عشره من الفصل الرابع. (البروجردی). * فيه إشكال، بل منع، وقد تقدّم منه ما يخالف المقام في المسأله (١٥) من فصل: لايجوز التزويج في عدّه الغير. (السبزواری). * تقدّم منه قدّس سرّه ما ينافي ذلك. (محمّد الشيرازي).

على الأقوى (١). وفي كونه المسمى (٢)، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكرًا، ونصفه إن كانت ثيبًا وجوه، بل أقوال، أقواها الأخير (٣)، ويكون الولد لمولى الأمه.

وأما إذا كان (٤) جاهلاً بالحكم، أو مشتبهًا من جهه أخرى فلا يُحدّ، ويكون الولد حرًّا (٥).

ص: ٣٨٦

- ١- في ثبوت المهر في هذا الفرض إشكال. (الخوئي). * تقدّم من المصنّف تقويه عدم استحقاق المهر، فلا وجه لكونه المسمى أو مهر المثل، وينحصر في الأخير بعنوان الأرش بلا ترديد. (حسن القمّي).
- ٢- ما أفاده هنا غير ملائم؛ لما مرّ في المسألة (١٥) من تقويه عدم استحقاقها المهر. (المرعشى).
- ٣- بل مهر المثل أقوى. (كاشف الغطاء). * وهو الأقوى كذلك، ولكنّه أرش لا- مهر، كما تقدّم في المسألة الخامسة عشره منفصل: لا يجوز التزويج في عدّه الغير. (زين الدين).
- ٤- فيه تأمل، بل منع. (صدرالدين الصدر).
- ٥- حرّيه الولد إذا كانت الشبهه من جهه جهله بالحكم أو احتمالاه الإذن من مولاها محلّ إشكال، بل عدمها لا يخلو من وجه. (البروجردى). * إذا كان جهله بالحكم عن قصور. (عبدالهادهى الشيرازى). * لأصاله عدم المملوكيه، ولما يُستفاد من أخبار التزويج على أنّها حرّه بعد إلغاء خصوصيّة العقد، وإلحاقاً للشبهه بالعقد، حتّى في أنّ الولد تابع للحرّ من الوالدين. (محمّد رضا الكلبيگانى).

نعم، ذكر بعضهم (١): أن عليه قيمته يوم (٢) سقط (٣) حياً (٤). ولكن لا دليل عليه (٥).

ص: ٣٨٧

١- [١] المبسوط: ١: ٢٣١، مختلف الشيعة: ٧/٢٥٥، إيضاح الفوائد: ٣/١٤٣، المهذب البارع: ٣/٣٣١، جامع المقاصد: ١٣/٨١، مسالك الأفهام: ٨/١٩.

٢- وهو الصحيح؛ إذ الاستيلاء لكونه استيفاءً لهذه المنفعة من أمه الغير، فيضمنها المستوفى لها، وتكون العبرة بيوم سقوطه حياً من ذلك، وهذا هو المراد من تفويت المنفعة في المقام ونظائره، لا إعدامها بلا استيفاء، كما توهم. (جمال الدين الكلبي كاني).

٣- وهو الصحيح؛ إذ الاستيلاء لكونه استيفاءً لهذه المنفعة من أمه الغير، فيضمنها المستوفى لها، وتكون العبرة بيوم سقوطه حياً من ذلك، وهذا هو المراد من تفويت المنفعة في المقام ونظائره، لا إعدامها بلا استيفاء، كما توهم. (النائيني).

٤- بل قيمه يوم يصير إليه؛ لأنه يوم استلام الأب ابنه، ويدل على ذلك أيضاً موثق سماعه (الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٥). وغيرها. (الفاني). * هذا هو الصحيح؛ لمعتبره سماعه وغيرها، وعليه فمن الغريب من الماتن قدس سره حيث أنه نفى الدليل عليه في المقام؛ وذلك لأن مورد الروايات هو هذا المقام، وهو ما إذا كان الواطئ جاهلاً بالحكم، أو مشتبهاً. (الخوئي).

٥- يمكن استفادته من أخبار متفرقة، فليراجع. (الإصفهاني). * إن أغضض عن موثقتي سماعه (المصدر السابق نفسه). وجميل (الوسائل: الباب (٨٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٥). عن الصادق عليه السلام. (المرعشي). * بل هو ظاهر النصوص المتفرقة الدالة على ضمان قيمه الولد فإنه إنما يكون ولدًا بولادته حياً. (زين الدين).

ودعوى (٢) أنه تفويت لمنفعه الأمه كما ترى (٣)؛ إذ التفويت إنما جاء من قِيل حكم الشارع بالحزبه. وعلى فرضه فلا وجه لقيمه يوم التولد، بل

ص: ٣٨٨

١- وإن كان عليه الدليل فى مقام آخر، كما فى الأمه المشتره جهلاً بحالها فأولدها، ثم ظهر كونها مستحقه للغير، لكن الظاهر شمول قوله عليه السلام: «ويأخذ الرجل» أيا لمشترى الواطئ ولده بقيمته لغير مورده، وما ذكره من القاعده خلاف مقتضى النصوص ظاهره، ونسبه التفويت إلى الشارع، كما ترى. (الفيروز آبادى). * استفاده ذلك مما دلّ عليه فى المسأله الآتیه غير بعيدة على فرض القول بالحزبه فى المقام، لكنّه محل إشكال، كما مرّ. (البروجردى). * يمكن استفادته من الأخبار الوارده فى اشتراء الأمه فأولدها، ثمّ تبين أنّها مالا لغير. (البجنوردى). * الظاهر أنّه نحو استيفاء لمنفعه الأمه عرفاً، فتكون قيمه الولد كعوض المنفعه المستوفاه، وحيث إنّ يوم الانعقاد من حيث هو لا وجه لاعتباره؛ إذ لا ماله فيه أبداً، بل هو طريق محض للبروز والسقوط، فالمدار على يوم السقوط. (السبزوارى). * بل يمكن استفادته من أخبار متفرقه. (محمد الشيرازى). * الظاهر أنّ الاستيلاد استيفاء للمنفعه من الأمه، فيضمنها المستوفى لها، ويمكن استفادته من أخبار متفرقه، ومن خصوص روايه سماعه. (حسن القمى).

٢- هذه الدعوى لا تخلو من صحه. (صدر الدين الصدر).

٣- لكن لا يبعد دعوى أنّ ولد الحزب يُعدّ منفعه مستوفاه من أمه الغير عرفاً، ومعلوم أنّه يحسب منفعه يوم ولد حياً، ويمكن استفاده ذلك من روايه سماعه بعد حمل جملة «يوم تصير إليه» على يوم الولاده، أى يوم تصير ذات ولد دون يوم التسليم؛ لأنها بهذا المعنى غير معمول بها. (محمد رضا الكلبايگانى).

مقتضى القاعده قيمه يوم الانعقاد(1)؛ لأنه انعقد حرّاً فيكون التفويت في ذلك(2) الوقت.

هل للوارث إجازة العقد الواقع على أمه مورثه؟

(مسأله 11) : إذا لم يُجَزِ المولى العقد الواقع على أمته، ولم يردّه أيضاً حتى مات، فهل يصحّ إجازة وارثه له، أم لا؟ وجهان(3)، أقواهما(4) العدم(5)؛

ص: 389

1- لكن لا ماله له إلاّ بلحاظ حين التولّد. (الكوه كمرى). * ولكنّ ظاهر النصوص قيمه يوم الولاده. (الجنوردى). * لو لم يكن الدليل النصّ التبعديّ، ثمّ لا يخفى أنّ ماله يوم الانعقاد ليس إلّا بلحاظ حال التولّد. (المرعى).
2- لكن في ذلك الوقت لم يكن متمولاً حتى يُقوّم، وإنّما يُقوّم ويتموّل حال سقوطه حياً، فالعبره بتلك الحال. (الإصفهاني).
3- للصّحه وجه، ولكنّ الاحتياط لا يُترك. (زين الدين).

4- بل الأقوى نفوذ إجازته، وليس المحذور المتوّم في المقام كونه من قبيل «منباع شيئاً ثمّ ملك»، وإنّما المتوّم هو كونه من قبيل مغايره المالك حال العقد للمالك حال الإجازة، وخروج العقد بذلك عن صلاحية أن يجيزه المالك الثاني على كلّ منالكشف والنقل، ومنشأ ذلك هو قياس ملك الوارث بالانتقال إلى الأجنبيّ مع ما بينهما من البون البعيد؛ فإنّ ملك الوارث هو بعينه ملك المورث، وبموته يقوم وارثه مقامه في قيام تلك الإضافه بجميع شؤونها التي منها السلطنه على إجازة العقد الواقع على ذلك المال، وصلاحيتها للتأثير على كلّ من الكشف والنقل؛ وعلى هذابتني بقاء الحقوق المتعلّقه بذلك المال ممّا يكون من قبيل حقّ الرهانه ونحوها معالانتقال إلى الوارث بحالها، بخلاف ما إذا انتقل إلى الأجنبيّ في جميع ذلك. (جمال الدين الكلبايگانی).

5- بل الأقوى نفوذ إجازته، وليس المحذور المتوّم في المقام كونه من قبيل «منباع شيئاً ثمّ ملك»، وإنّما المتوّم هو كونه من قبيل مغايره المالك حال العقد للمالك حال الإجازة، وخروج العقد بذلك عن صلاحية أن يجيزه المالك الثاني على كلّ منالكشف والنقل، ومنشأ ذلك هو قياس ملك الوارث بالانتقال إلى الأجنبيّ مع ما بينهما من البون البعيد؛ فإنّ ملك الوارث هو بعينه ملك المورث، وبموته يقوم وارثه مقامه في قيام تلك الإضافه به بجميع شؤونها التي منها السلطنه على إجازة العقد الواقع على ذلك المال، وصلاحيتها للتأثير على كلّ من الكشف والنقل؛ وعلى هذابتني بقاء الحقوق المتعلّقه بذلك المال ممّا يكون من قبيل حقّ الرهانه ونحوها معالانتقال إلى الوارث بحالها، بخلاف ما إذا انتقل إلى الأجنبيّ في جميع ذلك. (النائني). * بل الصّحه أقوى، وليس هو من باب من باع ثمّ ملك، بل حقّ إجازة المورث تنتقل إلى الوارث. (كاشف الغطاء). * محلّ التأمل والنظر. (عبدالله الشيرازي). * الأقوى الصّحه، وليس المقام نظير من باع شيئاً ثمّ ملك، وعلى فرض كونه منهفلاً أقوى صحّه الإجازة أيضاً. (الفاني). * كونه أقوى مشكل، بل ممنوع. (السبزواری). * بل نفوذ إجازة الوارث لا يخلو من قوّه، ولكن لا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسنالقّمى).

لأنها على فرضها كاشفه، ولا يمكن (١) الكشف (٢) هنا (٣)؛ لأنّ المفروض أنّها

ص: ٣٩٠

-
- ١- لاجتماع المالكين. (المرعشى).
 - ٢- فى عدم إمكان الكشف فى المقام نظر؛ بناءً على المختار فى معنى الكشف، والفارق بين المقام وبين بيع ما ليس عنده النصّ المخصوص بالبيع دون المقام، فتأمل. (آقاضياء).
 - ٣- فيه تأمل. (محمد الشيرازى).

- ١- والفارق تغاير المالك الثاني مع الفضولي في المشبه، وأتحداهما في المشبه به. (المرعشى).
- ٢- في جواز إجازته من لم يكن مالكاً حين البيع ثم ملك، سواء كان هو البائع أم غير هبحث في محله. (الكوه كمرى). * أى يكون نظيره في مغايره المالك حين العقد لمالك حال الإجازة، ولكن تلكالمغايره في المقام ليست على حدّها في غيره أو في المقام ليس الانتقال (كذا في الأصل، والظاهر أنّ الصحيح (وليس الانتقال).) إيلوارث نظير الانتقال من المالك الأوّل إلى الأجنبي؛ فإنّ ملك الوارث كأنه ملكالمورث، وبموته يقوم الوارث مقامه في قيام تلك الإضافة بجميع شؤونها التي منها السلطنة على إجازته العقد الواقع على ذلك المال وصلوحها للتأثير مطلقاً، سواء قلنا بالنقل أم الكشف، ومن هذه الجهة يحكم ببقاء الحقوق المتعلقة بذلك المال للوارث إذا انتقل إليه. (الإصطهباناتي).
- ٣- بل هو نظير ما إذا بيع مال شخص فضولاً- ثم انتقل إلى شخص آخر قبل إجازته المالك الأوّل، وفي صحّه إجازته المالك الثاني وعدمها كلام طويل لا يسعه المقام. (الإصفهاني).
- ٤- بل هو نظير بيع مال شخص فضولاً ثم انتقل قبل إجازته المالك أيضاً قبل ردّه إليشخص آخر فأجاز المالك الثاني، وما ذكره في المتن من عدم إمكان الكشف هناصحيح، ولا فرق بين أن يكون المالك الثاني هو وارث المالك الأوّل في هذا الشكلاو غيره، وما ذكر من الفرق دعوى بلا- برهان. (الجنوردى). * ليس المقام نظير ذلك، بل هو نظير ما إذا بيع دار زيد فضولاً، من عمرو ثم انتقلت الدار منه إلى بكر ببيع أو نحوه، فأجاز بكر ذلك العقد الواقع فضولاً، هذا، مضافاً إليائه قد ثبت صحّه العقد فيمن باع شيئاً ثم ملك بالنص، وأمّا المقام فلا نصّ فيه، ومقتضى القاعدة فيه هو البطلان. (الخوئي). * من حيث وقوع العقد قبل انتقال الملك إلى المجيز، والأقوى اشتراط كونالإجازة من المالك حين العقد. (محمّد رضا الكلبيغانى). * من قبيل اختلاف المالك حين البيع وحين الإجازة، وفي نفوذ الإجازة حينذبحث. نعم، لو كان الاختلاف لأجل الإرث كما في المقام يكون أخفّ إشكالاً، بليمكن تقوية النفوذ. (السبزواري).

(مسأله ١٢) : إذا دلت أمه (١) فادعت أنها حره، فتزوجها حرًا ودخل بها، ثم تبين الخلاف وجب عليه المفارقة (٢) ، وعليه المهر لسيدتها وهو العشر (٣) ونصف العشر على الأقوى، لا المسمى (٤) ، ولا مهر المثل (٥) . وإن كان أعطاها المهر استرد منها إن كان موجوداً، وإلا تبعت

ص: ٣٩٢

-
- ١- هذه المسأله تحتاج إلى مجالٍ واسع، وعدم الابتلاء بها يمنع عن صرف الوقت فيها. (السيزواري).
 - ٢- إن لم يجز مولاها العقد. (صدرالدين الصدر). * على تقدير عدم إجازة مولاها العقد. (المرعشى). * إذا لم يجز مولاها تزويجها. (زين الدين).
 - ٣- كما هو المتراءى من إطلاق صحيحه ابن سيار (الوسائل: الباب (٤٣) من أبواب القصاص، ح ١). (المرعشى).
 - ٤- لمكان فساد العقد. (المرعشى).
 - ٥- لمكان عموم النفي بالغاء. (المرعشى).

به (١) بعد العتق (٢) .

ولو جاءت بوليدٍ ففي كونه حُرّاً أو رِقماً لمولاه قولان، فعن المشهور: أنه رِقٌّ (٣) ، ولكن يجب على الأب فُكّه بدفع قيمته يوم سَقَطَ حياً (٤) ، وإن لم يكن عنده ما يفكّه به سعى في قيمته، وإن أبى وجب على الإمام عليه السّلام دفعها من سهم الرقاب (٥) ، أو من مطلق بيت المال.

ص: ٣٩٣

١- كسائر ديونه، وخبر ابن الوليد مُأوّل، أو مطروح. (المرعشى). * هذا خلاف النصّ، ففي صحيح ابن الوليد «وإن لم يجد شيئاً فلا- شيء له» لكن لما كان الظاهر من بعضِ أنّ الحكم من المسلّمات فالأحوط التصالح في ما تلف من المهر. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- هذا الحكم وإن كان مشهوراً بين الفقهاء بل أرسلوه إرسال المسلّمات إلّا أنّهم شكّل جدّاً، بل لا يبعد عدمه بمقتضى قوله عليه السّلام في صحيحه الوليد بن صبيح: «وإن لم يجد شيئاً فلا- شيء له عليها» (الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١). فإنّه ينافى ثبوت شيءٍ عليها في ذمتها. (الخوئي). * فيه نظر؛ لأجل دلاله ظاهر النصّ بأنّه لا شيء له مع عدم كونه موجوداً. (حسنالقمي).

٣- وهو الأقوى. (الفيروز آبادي).

٤- بل قيمه يوم يصير إلى أبيه؛ لموثقه سماعه (المصدر السابق: ح ٥)، كما مرّ. (الفاني). * فيه إشكال؛ ولاحتمال قيمه يوم الدفع وجه؛ بالنظر إلى ظاهر بعض النصوص وإطلاق الآخر. (المرعشى).

٥- لا يخلو هو وما يليه من شوب الإشكال. (المرعشى).

والأقوى كونه حرّاً (١) كما (٢) في سائر موارد اشتباه الحرّ، حيث إنّه لا إشكال في كون الولد حرّاً، فلا خصوصيّة لهذه الصورة. والأخبار (٣) الدالّة على رقيته (٤)

ص: ٣٩٤

- ١- الأقوائيه غير معلومه؛ لأنّ المسأله محلّ البحث الطويل. (عبدالله الشيرازى). * إذا كان الرجل قد اعتمد في تزويجه من الأمه على بينه شهدت لها بالحرّيه، وأمّا إذا اعتمد على أصل الحرّيه، أو على مجرد دعواها ذلك فالظاهر أنّ الولد رقّ، وعلى الأب أن يفكّه بالقيمه، ولا موجب للتصرّف في الأخبار الدالّه على الرقيته. (زين الدين).
- ٢- بل الأقرب بمقتضى الجمع بين الأخبار هو ما تضمّن موثقه سماعه وفيها ولد مملوك، إلّا أن يقيم بينه أنّه شهد لها شاهدان أنّها حرّه فلا يملك ولده ويكونوناً حراراً، وعلى الأب بمقتضى الخبر الآخر فكّهم بالقيمه. (حسن القمى).
- ٣- [٣] الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٧ و ٨.
- ٤- الصحيح في المقام أن يقال: إنّ مقتضى عدّه من الروايات العامه (الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب نكاح العبيد والإماء، أحاديث الباب.): أنّ الولد حرّ إذا كان أحد أبويه حرّاً فيما إذا كان الوطاء صحيحاً ولو كان شبيهه، ولكن لا بدّ من رفع اليد عن إطلاق تلك الروايات بالروايات الوارده في المقام، المفصّله بين ما إذا كان الوطاء بالشبهه مستنداً إلى بينه شرعيّه، وما إذا لم يكن مستنداً إليها، فعلى الأول الولد حرّ، وعلى الثاني رقّ، فهذه الصورة _ بمقتضى هذه الروايات _ خارجة عن تلك المطلقات رغم أنّ الوطاء فيها كان بشبهه، نعم، يجب على أبيه أن يفكّه عن الرقيته بإعطاء قيمته لمولى الأمه يوم سقط حياً، وهو اليوم الذي يصير إليه، كما في موثقه سماعه، وإن لم يكن عند الأب ما يفكّه به سعى في قيمته وإن أبى فعلى الإمام عليه السلام أن يفديه، وبذلك يظهر الحال في ما بعده. (الخوئى).

منزله (١) على أن للمولى أخذه ليتسلم قيمه، جمعاً بينها وبين ما دلّ على كونه حرّاً. وعلى هذا القول أيضاً يجب عليه ما ذكر: من دفع قيمه (٢)، أو السعى، أو دفع الإمام عليه السلام، لموثقه سماعه (٣).

هذا كله إذا كان الوطاء حال اعتقاده كونها حرّة، وأمّا إذا وطئها بعد العلم بكونها أمّة فالولد رق؛ لأنه من زناً حينئذٍ.

ص: ٣٩٥

١- أو مردوده. (المرعشى).

٢- لكنّ دفعها على هذا القول من باب الضمان، لا- لأجل فكّه من الرقيّة، ومقتضاها قيمه يوم وضعه حيّاً، كما مرّ، وهو خلاف صريح موثقه سماعه؛ حيث جعل فيها العبره بقيمه الولد حين تسليمه إلى أبيه الذى ولّده، فالظاهر أنّ الموثقه أجنبيّه عن هذا القول، بل تناسب القول المشهور. (الإصفهاني). * وكذلك فى صوره شهاده البيّنه لها بالحرّيّه على ما اخترناه من حرّيّه الولد فيها؟ والمراد من القيمه هنا هى قيمه الولد يوم سقوطه حيّاً، وأمّا فى الصوره الثانيه التيقلنا فيها برقيّه الولد فهل يفكّه الأب بدفع قيمته يوم سقوطه حيّاً، أو بقيمته يوم الدفع؟ فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط ولو بالتصالح، وتراجع المسأله العشرون. (زين الدين).

٣- فى دلالتها تأمّل، مضافاً إلى إعراض المشهور عنها. (صدرالدين الصدر). * لكن مع طرح ما كان مخالفاً لعمل الأصحاب من مفادها، وهو كون العبره بقيمته يوم تسليمه إلى أبيه. (الإصطهباناتي). * بعد ترك ما كان من مضمونها مخالفاً لعمل الأصحاب؛ من كون العبره بقيمته يوم تسليمه إلى أبيه. (البروجردى). * ولا يضرّ اشتمالها على ما ليس بمفتّى به عندنا، لما تقرّر فى محلّه من باب التراجيح فى الأصول وفى علم الدرايه: أنّ اشتمال الخبر على جمله ليست بممولها لا يوجب سقوط حجّيته بالنسبه إلى جملها الأخر. (المرعشى). * على ما مرّ لها من المعنى. (محمّد رضا الكلبايگانى).

بل وكذا لو علم سَبِقَ رِقَّتِهَا فَادَّعَتْ أَنَّ مَوْلَاهَا أَعْتَقَهَا، وَلَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْعِلْمُ بِذَلِكَ، وَلَمْ يَشْهَدْ بِهِ شَاهِدَانِ (١) فَإِنَّ الْوَطْءَ حِينَئِذٍ أَيْضًا لَا يَجُوزُ؛

لَا اسْتِصْحَابَ (٢) بِقَائِهَا (٣) عَلَى الرِّقَّةِ (٤)، نَعَمْ، لَوْ لَمْ يَعْلَمْ (٥) سَبِقَ رِقَّتِهَا جَازَ لَهُ التَّعْوِيلُ عَلَى قَوْلِهَا؛ لِأَصَالِهِ الْحَرِّيَّةَ.

فَلَوْ تَبَيَّنَ الْخِلَافُ لَمْ يَحْكَمْ (٦) بِرِقَّةِ الْوَلَدِ (٧)، وَكَذَا مَعَ سَبْقِهَا مَعَ قِيَامِ

ص: ٣٩٦

١- وَلَمْ يَكُنْ مُصَدِّقًا لِلْوِطْءِ بِشَبْهِهِ كَانَ زَعْمُ عَدَمِ حُجِّيَّةِ الْاسْتِصْحَابِ فِي حَقِّهِ، أَوْ اعْتَقَدَ حُجِّيَّةَ قَوْلِهَا، أَوْ حَصَلَ الْقَطْعُ مِنْ قَوْلِهَا وَنَحْوَهَا مِنْ مَوْجِبَاتِ الشَّبْهِهِ. (المرعشى). * وَلَمْ يَتَحَقَّقْ شَيْءٌ آخَرَ يَصَحُّ الْاعْتِمَادُ عَلَيْهِ، أَوْ اعْتَقَدَ صَحَّةَ الْاعْتِمَادِ عَلَيْهِ وَلَوْلَا عِتْقَادُ عَدَمِ حُجِّيَّةِ الْاسْتِصْحَابِ؛ حَيْثُ إِنَّ الْوَلَدَ فِي جَمِيعِ مَا ذَكَرَ وَلَدَ شَبْهِهِ وَحَرَّ. (محمَّد رضا الكلبي يگانی).

٢- بِنَاءً عَلَى عَدَمِ حُجِّيَّةِ الدَّعْوَى بِإِلَّا مَعَارِضَ، وَإِلَّا فَهُوَ حَاكِمٌ عَلَى الْأَصْلِ الْمَزْبُورِ. (آقاضياء). * مَعَ تَوَجُّهِهِ إِلَى حُجِّيَّتِهِ فِي الْمَوْرَدِ. (المرعشى).

٣- لَوْ لَمْ يَكُنْ إِخْبَارُهَا بِالْحَرِّيَّةِ مُقَدِّمَةً عَلَيْهِ. (السيزواري).

٤- هَذَا إِذَا لَمْ تَكُنْ شَبْهِهِ، وَإِلَّا _ كَمَا إِذَا اعْتَقَدَ أَنَّ قَوْلِهَا حُجَّةٌ فَتَرَوُّجَهَا ثُمَّ وَطَّأَهَا _ كَانَ الْوَطْءُ وَطْءَ شَبْهِهِ، وَحُكْمُهُ مَا عُرِفَتْ، بِالإِضَافَةِ إِلَى الْوَلَدِ، يَعْنِي أَنَّ الْوَلَدَ رَقٌّ، وَلَكِنْ يَجِبُ عَلَى أَبِيهِ فَكَّهُ، عَلَى مَا تَقَدَّمَ. (الخوئي).

٥- وَلَوْ لَمْ يَعْلَمْ بِحُجِّيَّةِ الْاسْتِصْحَابِ، أَوْ اعْتَقَدَ حُجِّيَّةَ قَوْلِهَا وَإِنْ لَمْ يَحْصُلْ لَهُ الْعِلْمُ بِشَبْهِهِ، وَالْوَلَدُ حَرٌّ. (الكوه كَمَرِي).

٦- وَقَدْ سَبَقَ بَيَانُ الْحُكْمِ فِيهِ، فَلْيُتْلَاحِظْ. (زين الدين).

٧- عَلَى مَخْتَارِهِ. (الفيروز آبادي).

زواج العبد بحره من دون إذن مولاه وإجازته وحكم الولد

(مسأله ١٣) : إذا تزوج عبد بـحـرّه من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلاً، فلا تستحقّ مهراً ولا نفقه. بل الظاهر أنّها تُحدّ حَيْدَ الزنا إذا كانت عالمه بالحال، وأنّه لا يجوز لها ذلك، نعم، لو كان ذلك لها بتوقّع الإجازة واعتقدت جواز الإقدام حينئذٍ بحيث تكون شبهةً في حقّها لم تُحدّ، كما أنّه كذلك (٢) إذا علمت (٣) بمجيء الإجازة (٤).

وأما إذا كان بتوقّع الإجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فُتحدّ مع

ص: ٣٩٧

- ١- أو حصول شبهة له، كما فصلنا في الحاشية السابقة. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٢- في عدم الحدّ وإن كان الوطاء محرّماً، كما مرّ نظيره. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٣- قد عرفت عدم كفايه العلم بذلك على التحقيق في معنى الكشف الحقيقي. (الكوه كمرى). * فيه تأمل، إلّا على بعض الوجوه في الكشف الّذي لا نقول به. (صدرالدين الصدر). * بناءً على الكشف الحقيقي، وإلّا ففيه إشكال ونظر، كما مرّ نظيره. (حسن القمي).
- ٤- أي وإن لم تجيء الإجازة. (الفيروزآبادي). * لا يفيد العلم بلحوق الإجازة في درء الحدّ إلّا إذا كان سبباً للشبهه؛ لاعتقاد جواز الإقدام. (الفاني). * مجرد العلم بتحقيق الإجازة فيما بعد لا يوجب سقوط الحدّ عنها ما لم تتحقّق في الخارج، إلّا إذا كانت مشتبّهة وكانت معتقدهً بالجواز في هذا الفرض. (الخوئي). * وكان ذلك شبهةً في حقّها، فلا تُحدّ حينئذٍ، وأمّا إذا انتفت الشبهه في حقّها فالظاهر لزوم الحدّ، فإذا هي لم تُحدّ حتّى حصلت الإجازة سقط عنها الحدّ، على ما هو المختار من الكشف الانقلابي، ولزم التعزير، وقد تقدّم نظير ذلك في المسأله العاشره. (زين الدين).

عدم حصولها (١)، بخلاف ما إذا حصلت (٢) فإنها تُعزَّر حينئذٍ؛ لمكان تجزئتها (٣).

وإذا جاءت بولدٍ فالولد لمولى (٤) العبد (٥) مع كونه مشتبهًا، بل مع كونه زانياً (٦) أيضاً؛ لقاعده النمائي (٧) بعد عدم لحوقه بالحرّ.

ص: ٣٩٨

١- بل قبل حصولها، كما تقدّم في التعليقه السابقه. (زين الدين).

٢- بل وإن حصلت. (الفاني).

٣- بل لفعالها الحرام. (الكوه كمرى). * بل لارتكابها المحرّم واقعاً في ظرفه. (الخوئي). * بل لما فعلت من الحرام. (محمّد رضا الكلبايگاني). * لا يخلو من إشكال. (محمّد الشيرازي).

٤- على إشكال، فلا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

٥- إطلاق الحكم لا يخلو من إشكال. (المرعشي). * فيه نظر. (حسن القمي).

٦- فيه تأمل، وفي التعليل نظر أيضاً؛ فإنّ النمائيه لعلّها في نظر العرف تقتضي الإلحاق بالأمّ في الأنساب، كما في سائر الحيوانات، وعدم ثبوت النسب بالزنا لا يثبت مرامه. (الفيروزآبادي). * الولد في هذه الصوره أيضاً حرّ، وخبر العلاء (الوسائل: الباب (١١) من أبواب العيوب والتدليس، ح ١). معارض مع صحيح محمّد بن مسلم (الوسائل: الباب (١١) من أبواب العيوب والتدليس، ح ٣). (الباب ١١ من العيوب) من كتاب الوسائل. (الفاني).

٧- جريان تلك القاعده بالنسبه إلى الأب مشكل، خصوصاً مع كونه زانياً، نعم، الحكم مشهور، والنصّ عليه مفقود، وتوهم دلاله خبر العلاء عليه خطأ؛ لأنّ مورده علما العبد واشتباه الحرّ، ولا عامل به في مورده أيضاً. (البروجردى). * هذا التعليل عليل. (البحنوردى). * مجيء قاعده النمائيه بالنسبه إلى الأب مشكل، خصوصاً مع كونه زانياً. (عبدالله الشيرازي). * إجراؤها مطلقاً لا يخلو من الإشكال. (المرعشي). * لم تثبت هذه القاعده في طرف العبد، وإنّما هي ثابتة من طرف الأمه، وعليتقدير ثبوتها فلا فرق بين الزنا المجرد عن العقد الفاسد والزنا المقرون به، ولا دليل على هذا الفرق أصلاً، وأمّا إذا كان المدرك لذلك روايه العلاء بن رزين فهي ضعيفه سنداً، ولو تمت الروايه لم يختصّ الحكم بصوره العلم، بل يعمّ صورته الجهل أيضاً، مع أنّ الماتن قدس سرّه قد حكم في صورته جهل المرأه بكون الولد حرّاً. (الخوئي). * تماميه تلك القاعده في طرف الأب مشكله، نعم، يمكن التمسك بخبر علاء بعد حمله على عدم تحقّق الشبهه من طرف الزوجه؛ لأنّها كانت مكلفه بالتفحص، وزوّجت نفسها متساهله في التكليف. (محمّد رضا الكلبايگاني).

وأما إذا كانت جاهلهً بالحال فلا حدَّ، والولد حُرٌّ (١)، وتستحقُّ عليه المهر يتبع به بعد العتق.

زنا العبد بحُرِّه من غير عقد

(مسألة ١٤) : إذا زنى العبد بحُرِّه من غير عقدٍ فالولد حُرٌّ (٢) وإن كانت

ص: ٣٩٩

١- إلحاقاً للشبهه بالعقد الصحيح، حتّى فى أنّ الولد تابع لأشرف أبويه فى الحرّيّه. (محمّد رضا الكلبيگانى). * إطلاق الحكم بحرّيّه الولد محلّ تأمّل. (حسن القمّى).

٢- بناءً على عدم جريان قاعده تبعيّه النماء. (المرعشى). * لأصاله عدم الرقيّه، وعدم تماميّه قاعده النماء فى طرف الأب، كما مرّ، وعدم مشيئه آخر يقتضى الرقيّه. (محمّد رضا الكلبيگانى). * إذا كانت الحرّه مشتبهه، وأمّا إذا كانت زانيهً فالحكم فى الولد مشكل، والفرقيين الزنا المجرد عن العقد والزنا المقرون بعقدٍ يعلم فساده فى غايه البعد، وخبر العلاء بن رزين (الوسائل: الباب (٢٨) من أبواب نكاح العبيد، ح ١). مع ضعفه لا عامل به. (زين الدين).

الحرّه أيضاً زانيه (١). ففرق (٢) بين (٣) الزنا (٤) المجرد عن عقد (٥) والزنا المقرون به (٦) مع العلم بفساده، حيث قلنا (٧): إنّ الولد لمولى العبد.

ص: ٤٠٠

- ١- الحكم في هذه الصورة محلّ إشكال، والفرق بين الزنا المجرد والمقرون بالعقد الفاسد في غاية البعد. (البروجردى).
- ٢- والفارق النصّ. (صدرالدين الصدر).
- ٣- مع التأمل في الفرق وفي الحكم الأوّل والنصّ الّذي أنّه الفارق ضعيف. (حسنالقمي).
- ٤- لم نظفر على الفارق. (الفاني). * لو جعل الفارق النصّ بناءً على المستظهر منه، وإلّا فالفرق مشكل، كما أنّ الاستظهار المذكور أشكل. (المرعشي). * والفارق خبر علاء، على ما مرّ من معناه. (محمّد رضا الكلبيكاني). * وهو خبر ابن رزين، ولكنّه قاصر سنداً، ومهجور عملاً. (السبزواري).
- ٥- تقدّم أنّه لا فرق بينهما. (الخوئي).
- ٦- والفارق هو النصّ الوارد في أنّ الولد لمولى العبد في الثاني دون الأوّل. (الإصفهاني، الإصطهباناتي).
- ٧- كما تقدّم سابقاً. (آقاضياء).

(مسأله ١٥) : إذا زنى حرّاً بأمه فالولد لمولاهما، وإن كانت (١) هي أيضاً زانيه (٢). وكذا لو زنى عبد بأمه الغير فإنّ الولد لمولاهما (٣).

تحليل المولى أمته لعبده وتزويجها منه وفروع ذلك

(مسأله ١٦) : يجوز للمولى تحليل أمته لعبده، وكذا يجوز له أن يُنكحَ إياها. والأقوى أنّه حينئذٍ نكاح، لا تحليل. كما أنّ الأقوى كفايه (٤) أن يقول (٥)

ص: ٤٠١

١- لا يخلو من الإشكال، فلا يُترك الاحتياط. (المرعشى).

٢- محلّ تأمّل، وكذا ما بعده. (البروجردى). * لفحوى ما دلّ عليه فى الأمه المدلّسه مع عدم الشبهه من طرف الزوج، لكنّ الإنصاف أنّ الفرق بين زنا العبد بالحرّه وزنا الحرّ بالأمه محلّ إشكال؛ لتحقق الفحوى فى المسألتين. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٣- لقاعده النماء. (محمّد رضا الكلبيگانى). * لا يخلو من إشكال. (حسن القمى).

٤- لكنّ الأحوط عدمها. (عبدالله الشيرازى). * مشكل، وكذا ما بعده. (السبزوارى). * خلاف الاحتياط، وكذا الفرع التالى. (محمّد الشيرازى). * فيه إشكال، ولا يُترك الاحتياط بالقبول. (حسن القمى).

٥- فى الاكتفاء بصرف الإيجاب فى هذه الموارد نظر جدّاً، والتعليان عليان، فيشملة إطلاق معاهد الإجماعات من أنّ النكاح يحتاج إلى العقد ولو من شخص واحد، فتدبّر. (آقا ضياء). * فيه إشكال. (الإصفهانى). * بل لا يكفى، وإطلاق الأخبار غير ناظرٍ إلى تلك الجهه. (الكوه كمرى). * الأحوط اعتبار القبول فى الجميع، بل فى الوكيل والولى لا يخلو من القوّه. (الإصطهباناتى).

له (١) : أنكحْتُكَ (٢) فلائنه، ولا- يحتاج (٣) إلى القبول (٤) منه أو من العبد؛ لإطلاق (٥) الأخبار (٦)، ولأنَّ الأمر بيده (٧) ،
فإيجابه مغنٍ عن القبول (٨) ،

بل لا يبعد (٩) أن يكون الأمر

ص: ٤٠٢

- ١- لكنَّ الأحوط عدمها. (البروجردى).
- ٢- فى كفايه ذلك بناءً على أنه نكاح لا تحليل _ كما قواه _ نظر، وكذلك فى ما بعدهم من الوليِّ والوكيل. (البنجوردى).
- ٣- مشكل، فلا يُترك الاحتياط بالقبول. (محمّد رضا الكلبيگانى).
- ٤- فيه وفيما ألحق به نظر. (الفيروزآبادى). * الأحوط اعتبار القبول فى الجميع. (عبدالهادهى الشيرازى).
- ٥- ولكشف الإيجاب عن رضا المولى الدالّ عليه القبول، وله الولاية على جزءٍ بالإنشاء. (المرعشى).
- ٦- [٦] الوسائل: الباب (٤٣) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢، ١، ٣.
- ٧- لكونه مالكاً لا لصرف الولاية. (المرعشى).
- ٨- الأحوط اعتبار القبول فى الجميع، بل هو الأقوى فى الوليِّ والوكيل مطلقاً. (النائنى، جمال الدين الكلبيگانى). * الأحوط اعتبار القبول فى جميع هذه الموارد ممّن بيده أمر العقد إن لم يكن هو الأقوى. (صدرالدين الصدر). * يعتبر القبول فى جميع الفروض على الأحوط، وخصوصاً فى الوليِّ والوكيل عنالطرفين . بل لا- يخلو من قوّه فى الوليِّ والوكيل . ثمَّ إنّ القبول فى الفرض يكون منالمولى، أو من العبد بإذنه. (زين الدين).
- ٩- بعيد جداً. (الإصفهانى، البروجردى، عبدالله الشيرازى). * بل بعيد. (محمّد رضا الكلبيگانى). * بعيد. (حسن القمى).

كذلك (١) في سائر المقامات (٢) ، مثل الولي والوكيل عن الطرفين.

وكذا إذا وكل غيره في الترويج فيكفي قول الوكيل: أنكحتُ أمه موكلتي لعبده فلان، أو أنكحتُ عبد موكلتي أمته.

وأما لو أذن للعبد والأمه في الترويج بينهما فالظاهر الحاجه إلى الإيجاب والقبول.

إرادته المولى التفريق بين عبده وأمه

(مسألة ١٧) : إذا أراد المولى التفريق بينهما لا- حاجه إلى الطلاق، بل يكفي أمره إياهما بالمفارقة. ولا يبعد جواز الطلاق أيضاً، بأن يأمر عبده بطلاقها، وإن كان لا يخلو من إشكال (٣) أيضاً.

إعطاء المولى شيئاً لأمه لو زوجها من عبده

(مسألة ١٨) : إذا زوج عبده أمته يستحب (٤) أن يعطيها شيئاً (٥) ، سواء ذكره في العقد أم لا، بل هو الأحوط (٦) . وتملك الأمه ذلك بناءً على المختار

ص: ٤٠٣

- ١- بل هو بعيد. (الخوئي).
- ٢- فيه إشكال، والأحوط اعتبار القبول فيها. (المرعشي).
- ٣- لا إشكال في الصحه، ولا يعتبر مباشره المولى إياه. (المرعشي). * ظاهرهم التسالم على الصحه إن كان بإذن السيد وأمره. (السبزواري). * ولكنه ضعيف. (زين الدين).
- ٤- لا ينبغي تركه. (المرعشي).
- ٥- ولو مُدّاً من الطعام أو درهماً، والظاهر عدم كون المُعطى مهراً. (المرعشي). * لا يبعد وجوبه. (الخوئي).
- ٦- بل لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين). * لا يُترك. (حسن القمي).

من صحه ملكيه المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

انتقال الأمر بالمفارقة لورثه المولى

(مسأله ١٩) : إذا مات المولى وانتقلا إلى الورثه فلهم أيضاً الأمر بالمفارقة بدون الطلاق، والظاهر كفايه (١) أمر (٢) أحدهم (٣) فى ذلك (٤).

لو زوج الأمه غير مولاه من حرّ

(مسأله ٢٠) : إذا زوج الأمه غير مولاه من حرّ فأولدها جاهلاً- بكونها لغيره عليه العُشْرُ أو نصف العُشْرِ لمولاه وقيمه الولد، ويرجع بها على

ص: ٤٠٤

١- فى حرمه مقاربتها، لا فى حصول الفرقه؛ إذ يتوقف ذلك على أمر الجميع. (صدرالدين الصدر). * بل الظاهر عدمها. (عبدالله الشيرازى). * بل الظاهر عدم الكفايه. (الفانى). * فى حرمه الوطاء، لا فى بطلان الزوجيه وتحقق الفرقه، وإطلاق الإخبار ناظر إليها أُخرى، فالأحوط اعتبار القبول فى ما نحن فيه وغيره من الموارد الشبيهه له. (المرعشى).

٢- بل الظاهر عدمها. (البروجردى).

٣- محلّ تأمل. (الإصطهباناتى). * فيه إشكال. (عبدالهادى الشيرازى). * لا يخلو من إشكال، بل منع. (الخوئى). * فى حرمه الوطاء، لا- فى الخروج عن الزوجيه مطلقاً، إلّا إذا كانت ملازمه بينهما عرفاً. (السبزوارى). * تحرم عليه مقاربتها بذلك، وأمّا حصول الفرقه بينهما فلا يكون إلّا بأمر الجميع. (زين الدين).

٤- لا يخلو من إشكال، نعم، لو منع أحدهم من الوطاء يحرم عليه الوطاء. (البجنوردى). * فيه نظر. (محمّد الشيرازى).

ذلك (١) الغير، لأنه كان مغروراً من قبيله، كما أنه إذا غرته الأمه بتدليسها ودعواها الحرّية تضمن القيمة وتتبع به بعد العتق (٢)، وكذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حرّيتها.

من تزوج بأمه بين شريكين ثم اشترى بعضها

(مسألة ٢١) : لو تزوج أمه بين شريكين بإذنهما، ثم اشترى حصّه أحدهما أو بعضها، أو بعضاً من حصّه كلّ منهما بطل نكاحه، ولا يجوز له بعد ذلك وطوها (٣).

وكذا لو كانت لواحدٍ واشترى بعضها. وهل يجوز له وطوها إذا حللها الشريك؟ قولان، أقواهما نعم؛ (٤) للنص (٥). وكذا لا يجوز وطء من بعضه حرّ

ص: ٤٠٥

- ١- لا- دليل عليه؛ لأنّ قاعده الغرور غير ثابتة مطلقاً، والرواية الدالّة على ذلك ضعيفهسنداً، بل لا يبعد أن يكون المستفاد من صحيحه ابن الوليد عدم وجوب شيءٍ عليه غير المهر. (الخوئي).
- ٢- لا دليل على ذلك، وتقدّم الكلام في نظير ذلك. (الخوئي).
- ٣- بدون إذن الشريك ما دامت الشركه. (الفيروزآبادي).
- ٤- الأحوط الترك. (البروجردى، عبدالله الشيرازي).
- ٥- لكنّ الأحوط الترك، والنصّ (الوسائل: الباب (٤١) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١). لم يعمل به إلّا ابن إدريس (السرائر: ٢/٣٥٣). والمتأخرون (المهذب البارع: ٣/٣٣٦، جامع المقاصد: ١٣/٩٧، مسالك الأفهام: ٨/٣١، نهايه المرام للعلماء: ١/٢٨٠، كشف اللثام: ٧/٣١٦). نعم، لا- يبعد أن لا- يكون الحكم على خلاف القاعده حتّى يحتاج إلى النصّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

إذا اشترى نصيب الرقيبه لا بالعقد ولا بالتحليل منها. نعم لو هاياها فالأقوى جواز التمتع (١) بها في الزمان الذي لها، عملاً بالنص الصحيح وإن كان

الأحوط (٢) خلافه (٣).

*

*

*

ص: ٤٠٦

١- أي يتزوجها متعاً. (الفيروز آبادي).

٢- لا يترك. (البروجردى، المرعشى، محمد رضا الكلبيكاني).

٣- لا يترك. (عبدالله الشيرازي).

وهى العتق والبيع والطلاق.

عتق الأمه المزوجه وثبوت الخيار لها

أما العتق: فإذا أعتقت الأمه المزوجه كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد، بل مطلقاً وإن كانت تحت حرٍّ على الأقوى (١).

والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع، نعم، الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلها فلا- خيار لها مع عتق بعضها على الأقوى، نعم، إذا أعتق البعض الآخر أيضاً ولو بعد مدّه كان لها الخيار.

حكم المهر لو كان العتق بعد الدخول وقبله

(مسأله ١): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر، وهل هو لمولاها (٢)، أو لها، أو تابع (٣)

ص: ٤٠٧

- ١- خلافاً للشيخ فى مبسوطه. (آقاضياء). * فيه إشكال، بل منع. (الخونى). * لا يخلو من تأمل فى هذه الصورة. (حسن القمى).
- ٢- الأقوى كونه لمولاها مطلقاً. (الإصطهباناتى). * هذا هو المتعين بلا- إشكال، ولا يصح جعل المهر لها على وجه لا يرجع إليها المولى. (البروجردى). * وهو الأقوى، والترديد لا- يلائم ما سبق منه قدس سرّه فى المسأله الرابعه من الجزمبكونه للمولى. (المرعشى). * وهو المتعين، وقد مرّ منه قدس سرّه فى المسأله (٤) من أول الفصل ذلك أيضاً. (السبزواری).
- ٣- هذا هو المتعين لو صححنا جعل المهر لها، وإلا فالمتعين هو الأول. (الإصفهانى). * الظاهر أنه لمولاها على كل حال: إما أولاً وبالذات، أو من جهه أنه يملك ماتملكه أمته، وسلطانه عليها وعلى مالها. (البجنوردى).

للجعل (١) في العقد؟ فإن جعل لها فلها، وإلا فله، ولمولاها في الصورة الأولى تملكه، كما في سائر الموارد؛ إذ له تملك مال مملوكه (٢) بناءً على القول بالملكيه، لكن هذا إذا كان قبل انعقادها، وأما بعد انعقادها فليس له ذلك. وإن كان قبل الدخول ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو عدم سقوطه أصلاً وجوه (٣)، أقواها الأخير (٤)، وإن كان مقتضى الفسخ الأول؛ وذلك لعدم

ص: ٤٠٨

١- هذا هو المتعين لو صححنا جعل المهر لها، وإلا فالمتعين هو الأول. (عبدالله الشيرازي).

٢- في النص دلالة على عدم الجواز. (الفاني).

٣- أقواها الثاني، والأحوط التصالح. (عبدالهادي الشيرازي).

٤- كما تقدم نظيره أيضاً في فرض تملك الزوجه زوجها قبل الدخول، ولكننا لئلا نصاب أن الاستفادة من التعبير بالتخير في أخبار المقام كون المقام من بالفسخ المتعارف، مثل هذا التعبير عنه في أبواب المعاملات، بل هو مقتضى الأصل أيضاً. (آقاضياء). * بل الأول، وكونه من باب الفسخ لا شبهه فيه، كما أن كون مقتضاه ذلك مما لا مريه تعتريه. (الإصفهاني). * فيه تأمل وإشكال. (الكوه كمرى). * بل الأول، وكون المقام من باب الفسخ ظاهر. (الإصطهباناتي). * بل الأول. (البروجردى). * تقدم في بعض المسائل السابقه ما هو الحق في المقام. (البجنوردى). * بل الأول. (الفاني، المرعشى). * بل الأول، والظاهر كونه من الفسخ دون غيره. (السيزواري). * فيه إشكال. (محمد الشيرازي). * لا يخلو من إشكال، والأحوط التصالح. (حسن القمى).

معلوميته (١) كون المقام من باب (٢) الفسخ (٣) ؛ لاحتمال (٤) كونه من باب بطلان النكاح (٥) مع اختيارها المفارقة. والقياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له.

حكم المهر لو كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده

(مسألة ٢) : إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده (٤) : فإن كان المهر

ص: ٤٠٩

١- ظاهر النصوص عدم كونه من باب البطلان. (المرعشى).

٢- كونه فسخاً وموجباً لسقوط المهر ظاهر، بل لا يرجع احتمال البطلان ولا استقرار المهر على تقديره إلى محصل. (جمال الدين الكلبي يگانی).

٣- كونه فسخاً وموجباً لسقوط المهر ظاهر، بل لا يرجع احتمال البطلان ولا استقرار المهر على تقديره إلى محصل. (النائني).

٤- بل يحتمل أن يكون اختيار الزوجه المفارقة رافعاً للزوجيه، نظير الطلاق من قبل الزوج، لا ناقضاً لعقد النكاح، فلا يكون موجباً لسقوط المهر، ولا ينتصف به كما ينتصف بالطلاق قبل الدخول؛ وحينئذ فيكون مقتضى الأصل عدم سقوطه، ولعل هذا هو مراد المصنف قدس سره. أمّا بطلان النكاح فهو لا يختلف عن الفسخ في النتيجة. (زين الدين).

٥- البطلان والفسخ كلاهما موجبان لسقوط المهر، ولا فرق بينهما في سقوطه، لكن من جهة احتمال ثالث وكون الفرق بينهما من قبيل الطلاق، فالمسألة في غايتها الإشكال، وتحتاج إلى التأمل التام. (عبدالله الشيرازي). * بل الظاهر من الأخبار أنه مفارقة ونزع شبه الطلاق، ومع ذلك لا يقاس به. (محمد رضا الكلبي يگانی).

٦- إذا لم يسقط الخيار. (المرعشى). * في صورته عدم سقوط خيارها. (صدر الدين الصدر).

جعل لها فلها، وإن جعل للمولى أو أطلق (١) ففي كونه لها أوله قولان، أقواهما

الثاني؛ لأنه ثابت بالعقد وإن كان يستقر بالدخول، والمفروض أنها كانت أمهحين العقد.

نكاح الأمة بتفويض المهر أو البضع

(مسألة ٣) : لو كان نكاحها بالتفويض (٢) : فإن كان بتفويض المهر (٣) فالظاهر أنّ حاله حال ما إذا عيّن في العقد، وإن كان بتفويض البضع (٤) : فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين (٥) فحاله حال ما إذا عيّن حين العقد،

ص: ٤١٠

١- الظاهر كون المهر لها في صورته الإطلاق. (صدرالدين الصدر).

٢- أى يذكر المهر إجمالاً، ويفوض تعيينه إلى أحد الزوجين. (الفيروزآبادى).

٣- بذكره في العقد، لا مطلقاً وإجمالاً، وتفويض التعيين إلى أحد الزوجين. (المرعشى). * وهو أن يذكر المهر في العقد على وجه الإجمال، ويفوض تعيينه إلى أحد الزوجين، وتفويض البضع أن لا يذكر المهر في العقد، لا على وجه الإجمال، ولا على وجه التفصيل. (زين الدين).

٤- أى بعدم ذكر المهر في العقد. (الفيروزآبادى). * بعدم ذكره أصلاً، حتى على نحو الإجمال. (المرعشى).

٥- بل يكفي كونه بعد أحدهما في ذلك، وإنما يكون المهر لها إذا كان قبل الدخول والتعيين كليهما. (البروجردى). * وهكذا قبل الدخول وبعد التعيين، وأما قبل التعيين وبعد الدخول فمهر المثل. (المرعشى). * لا يبعد أن يكون المراد أحدهما، بمعنى أنه مع الدخول أو مع التعيين قبل الدخول يكون حال المهر حاله مع التعيين حال العقد. (الخوئى). * وكذا لو كان قبل الدخول وبعد التعيين. (محمد رضا الكلبايگانى). * للمسألة صور: الأولى: أن يتحقق الدخول وتعيين المهر، ثم يحصل بعدهما الانعتاق واختيار الفراق، فيجب المهر المعين ويكون للسيد، من غير فرق بين أن يتقدم الدخول أو التعيين. الصورة الثانية: أن يحصل التعيين، ثم يكون بعده العتق، ثم يكون بعدهما الدخول، فيجب المهر المعين، ويكون للسيد كما في الصورة الأولى. وكذلك الصورة الثالثة، وهى: ما إذا حصل التعيين، ثم حصل العتق واختيار الفراق من غير دخول؛ بناءً على ما اخترناه فى ما تقدم من عدم سقوط المهر بذلك، وعدم تنصيفه. الصورة الرابعة: أن يدخل بها من غير تعيين، ثم يحصل بعده الانعتاق، فيثبت مهر المثل ويكون للسيد. الصورة الخامسة: أن يحصل العتق، ثم يكون بعده الدخول، ثم يكون بعدهما الفراق، فيثبت مهر المثل ويكون لها. الصورة السادسة: أن يحصل العتق واختيار الفراق، من غير دخول ولا تعيين، وفى ثبوت المهر فى هذه الصورة إشكال. (زين الدين).

وإن كان قبل الدخول(١) فالظاهر أن المهر لها؛ لأنه يثبت حينئذٍ بالدخول، والمفروض حرّيتها حينه.

الحكم لو كان العتق في العدة الرجعية أو البائنة

(مسألة ٤) : إذا كان العتق في العدة الرجعية فالظاهر أن الخيار باقٍ(٢) ،

ص: ٤١١

١- وقبل أن يعيّن فالمهر لها إن تحقّق الدخول، وإلّا فثبوت المهر فيه إشكال.(المرعشى). * وقبل التعيين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- بقاؤه لا يخلو من إشكال، وثبوت تمام أحكام الزوجه للمعتده الرجعية محلّ تأمل، سيما التمسك بالأولويّه، فلا يُترك الاحتياط بعدم الفسخ وما يترتب عليه.(المرعشى). * ثبوت الخيار بالعتق في العدة محلّ تأمل، فلا يُترك مراعاة الاحتياط فيها بعدم اختيار الزوجه الفسخ، وعدم رجوع الزوج لو اختارت الفسخ، وعدم إمساكها بلا عقدٍ جديدٍ إذا رجع بعد الفسخ، وعدم تزويج الزوجه بدون الطلاق مع الرجوع بعد الفسخ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذٍ، وإن اختارت البقاء بقي له حق الرجوع. ثم إذا اختارت الفسخ لا تتعدّد العِدّه، بل يكفيها عِدّه واحده، ولكن عليها تميمها(١) عِدّه الحُرّه. وإن كانت العِدّه بائنه فلا خيار لها على الأقوى(٢).

عدم افتقار الفسخ لإذن الحاكم

(مسألة ٥) : لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم.

فوريّه الخيار بعد العتق للأمه المزوجه

(مسألة ٦) : الخيار على الفور على الأحوط(٣) فوراً عرفياً، نعم، لو كانت

ص: ٤١٢

١- لا يُترك الاحتياط باستئناف عِدّه الحُرّه من زمان تحقّق الفسخ. (المرعشى). * بل الأحوط في الفرض استئناف عِدّه الحُرّه من حين الفسخ. (محمّد رضا الكليبايگاني). * بل عليها استئناف عِدّه الحُرّه. (زين الدين). * الأحوط استئناف العِدّه من حين الفسخ. (حسن القمّي).

٢- إشاره إلى خلاف القواعد بثبوت الخيار قال ؛ فإن فسخت بطل الطلاق، وإلّا وقع. (الفيروزآبادي).

٣- وإن كان الأظهر عدم فوريّته. (الخوئي). * لا يُترك الاحتياط في ذلك، فلا تختار الفراق مع التأخير. ثم إذا هي اختارت الفراق فلا- تتزوج غير زوجها إلّا بعد الطلاق منه، ولا ترجع إليه إلّا بعقدٍ جديد. (زين الدين). * الأقوى عدم كونه فورياً إن لم يثبت الإجماع على الفوريه. (حسن القمّي).

جاهلهً بالعتق أو بالخيار أو بالفوريّه (١) جاز لها الفسخ (٢) بعد العلم، ولا يضرّه التأخير حينئذٍ.

الخيار فيمن لا يصحّ منها الاختيار

(مسألة ٧) : إن كانت صبيّه أو مجنونه فالأقوى (٣) أنّ وليها (٤) يتولّى خيارها (٥).

إعلام المعتقه بالحال

(مسألة ٨) : لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها.

ثبوت الخيار ولو كان التزويج برضاها

(مسألة ٩) : ظاهر المشهور (٦) عدم (٧) الفرق (٨) في ثبوت الخيار لها بين أن يكون المولى هو المباشر لتزويجها أو أذنّها فاختارت هي زوجاً برضاها، ولكن يمكن دعوى (٩)

ص: ٤١٣

١- في بقاء الخيار مع الجهل بالفوريّه تأمل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- على الأقوى. (المرعشي).

٣- فيه إشكال، بل نظر؛ لعدم ثبوت الولاية بهذه التوسعه، فلا يُترك الاحتياط. (المرعشي).

٤- فيه نظر. (حسن القمّي).

٥- وهو مشكل. (زين الدين).

٦- وهو المنصور. (الكوه كمرى، عبدالهادي الشيرازي).

٧- وهو الأقرب. (محمّد الشيرازي).

٨- وهو الأقوى. (الفيروز آبادي).

٩- لولا إلجاؤها في اختيارها مثل هذا الشخص ولو من جهة عدم إقدام الشرفاء لنكاح الإمام، ومن المعلوم أنّ هذا المقدار من

الاختيار لا ينافي بقاء خيارها؛ إرفاقاً لها لتحصيل الأشرف نسباً وحسباً، ولا وجه لانصراف الأخبار عن مثلها أيضاً. (آقاضياء). *

ولكنّها غير مسموعه. (صدرالدين الصدر). * لكنّها بعيدة جداً. (الإصطهباناتي). * هذه الدعوى لا- تخلو من مجازفه.

(البروجردي). * هذه الدعوى غير مسموعه. (الفاني). * لكنّها غير مسموعه. (المرعشي).

انصراف (١) الأخبار (٢) إلى صورته مباشرة المولى بلا اختيارٍ منها.

اشتراط المولى في العتق عدم الخيار في الفسخ

(مسألة ١٠): لو شرط (٣)

ص: ٤١٤

- ١- هذه الدعوى لا تخلو من مجازفه. (الإصفهاني). * لكن هذه الدعوى ضعيفه جداً؛ لأنّ الأخبار مطلقه، والإنصراف بدوى لا اعتبار به. (البجنوردى). * فيه منع. (السيزوارى). * هذه الدعوى مجازفه فلا اعتبار بها. (حسن القمى).
- ٢- هذا الانصراف ممنوع. (كاشف الغطاء). * لا وجه لهذه الدعوى. (الخوئى). * دعوى الانصراف فى المقام لا وجه لها، ولا مانع من الأخذ بالإطلاق. (محمّد رضا الكلبايگانى). * هذه الدعوى ضعيفه، بل لا تخلو من مجازفه. (زين الدين).
- ٣- بأن يكون مرجع الشرط عدم فعل الفسخ أو إسقاطه، لا عدم استحقاقها ذلك فإنّه شرط فاسد. (صدرالدين الصدر). * أى أن لا يفسخ، أو أن يسقط حقّ الفسخ، لا أن يشترط عدم الاستحقاق. (المرعشى).

مولاهما (١) في العتق (٢) عدم فسخها (٣) فالظاهر صحته (٤).

عدم الخيار للعبد المعتق

(مسألة ١١): لو أعتق العبد لا خيار له (٥) ولا لزوجه.

الحكم لو كان للعبد حرّه وأمتان وأعتقت إحداهما

(مسألة ١٢): لو كان عند العبد حرّه وأمتان فأعتقت (٦) إحدى الأمتين فهل

لها الخيار، أو لا؟ وجهان (٧)، وعلى الأول إن اختارت البقاء فهل يثبت للزوج

ص: ٤١٥

١- الظاهر عدم صحه هذا الشرط، والاحتياط بعدم اشتراط المولى ذلك لا يترك. (الفانى).

٢- وألحق بعضهم به شرطه فى ضمن العقد الخارج اللازم، ولا يخلو من الإشكال. (المرعشى).

٣- بأن يشترط على أمته أن لا تختار فراق زوجها بعد عتقها، وأما أصل الخيار فهو حكم شرعى لا يسقط بالشرط. (زين الدين).

٤- ولكن الأظهر عدم السقوط؛ فإنه حكم شرعى، لا حق مالى، فلا يسقط بالشرط. (كاشف الغطاء). * هذا الشرط وإن كان صحيحاً ويجب عليها العمل به إلا أنها إذا فسخت كأنفسخها مؤثراً وموجباً لبطلان العقد. (الخوئى). * وفى اشتراط القبول وجه، لكنّه غير موجّه. (المرعشى).

٥- لعدم سلطته على نفسه حين العقد، سواء كان مكرهاً على النكاح، أم لا. (المرعشى).

٦- فاجتمعت لدى العبد حرّتان وأمه. (المرعشى).

٧- أقواهما ثبوت الخيار. (صدرالدين الصدر). * الأظهر هو الوجه الأول؛ وعليه: فإن اختارت الفسخ بطل نكاحها فحسب، وإن اختارت البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعه، كما مرّ نظيره سابقاً. (الخوئى). * الأشبه بطلان نكاح الجميع، وكذلك فى بقيه فروض المسأله. نعم، إذا كان عند العبد ثلاث إماء وأعتقت إحداهنّ يكون قد جمع بين حرّه وأمتين، ولا إشكال في ذلك، فلا مانع من تخيير المعتقه فى هذا الفرض. (زين الدين). * الأقوى أنّ لها الخيار إن لم نقل ببطلان الجميع. (حسن القمى).

التخيير (١)، أو يبطل نكاحها؟ وجهان (٢)، وكذا إذا كان عنده ثلاث (٣) أو أربع إماء (٤) فأعتقت إحداها. ولو أعتق في هذا الفرض جميعهنّ دفعة (٥) ففي كون

ص: ٤١٦

- ١- بين إبقاء المعتقه والإعراض عن الأمة الأخرى، أو إبقائها والإعراض عن المعتقه. (الفيروز آبادي).
- ٢- ولو من جهة دعوى انصراف الأخبار إلى صورته إمكان بقائها على حالها بعد اختيار البقاء، وفي المقام ليس كذلك ولو من جهة اختيار الزوج غيرها فضلاً عما لوقيل ببطان نكاحها. ثم على فرض ثبوت الخيار لها ولو بإطلاق الأخبار لمثال مورد لا وجه للالتزام ببطان نكاح غيرها، فلا يبعد حينئذ إجراء حكم تخيير الزوج الثابت في إسلام الزوجات في المقام أيضاً لو حده المناط، وإن كان الأحوط عدم اختيارها. (آقاضياء). * أقواهما التخيير للزوج. (صدر الدين الصدر).
- ٣- ليس فرض الثلاث ممّا نحن فيه، أي البطان. (عبدالله الشيرازي). * هذا من سهو القلم؛ فإنه إذا أعتقت واحده منها فلا مانع من الجمع بينها وبين الأمتين الباقيتين؛ حيث إنّه من الجمع بين حرّه وأمتين. (الخوئي). * لو كان عنده ثلاث إماء وأعتقت إحداها فقد جمع بين حرّه وأمتين، ومّر أنّه لا إشكال فيه. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٤- يظهر حكم ذلك ممّا تقدّم. (الخوئي).
- ٥- الظاهر أنّ جهات المسألة في جميع الفروض متماثلة، فلا وجه للفرق بين الفرضين السابقين، والأشبه في الجميع البطان، وعلى القول بعدمهفالتخيير للزوج ابتداءً، ثمّ للباقيات، ويظهر وجهه بالتأمل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

الزوج مخيراً، وبعد اختياره (١) يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأوّل للزوجات، فإن اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع؟ وجوه (٢).

*

*

*

ص: ٤١٧

١- لا- وجه لتقديم تخيير أحدهما على الآخر، بل لكل من الزوج والباقيات الاختيار في عرض واحد إن لم نقل بطلان الجميع. (حسن القمى).

٢- ثبوت الخيار لهما كالبطالن له وجه. (المرعشى). * قد عرفت أنّ الأظهر هو ثبوت الخيار لهنّ جميعاً، فإن اخترن البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرع، وإن اخترن الفسخ بطل نكاهنّ جميعاً، وبذلك يظهر حال التبويض. (الخوئى). تتمّه: إنّ الماتن قدس سرّه لم يتعرّض لحكم البيع والطلاق، فالمناسب أن نتعرّض له، فنقول: إذا باع المالك أمته المزوّجه كان ذلك طلاقاً، سواء كان زوجها حرّاً أم كان عبداً، ولكن يتخيّر المشتري بين إمضاء عقد النكاح وفسخه، والمشهور على أنّ خياره فوريّ، وفيه إشكال، بل منع. نعم، إذا أمضى المشتري العقد ولم يفسخه سقط خياره، وليس له الفسخ بعد ذلك، وكذلك العبد المزوّج من أمته فإذا بيع كان ذلك طلاقاً زوجته، وكان للمشتري الخيار. وأمّا لو كانت زوجته حرّة فبيع فالمشهور أنّ بيعه أيضاً طلاقاً زوجته، إلّا أنّه لا يخلو من إشكال، بل منع. وإذا تزوّج المولى عبده من أمته كان الطلاق بيد المولى، بل له أن يفرّق بينهما بلا طلاق، كما مرّ. وأمّا إذا تزوّجه من أمه لغيره، أو حرّه، أو تزوّج العبد بإذنه فالطلاق بيد العبد، وليس للمولياً إجباره على الطلاق. ولو بيعت الأمه المطلقة أثناء عدتها أتمت العدة، وهل عليها الاستبراء زائداً على ذلك؟ قيل (المبسوط: ٥/٢٨٨، مختلف الشيعه: ٧/٥٣١)، نعم، ولكن الأظهر عدم لزومه. (الخوئى).

(مسأله ١) : يشترط في النكاح: الصيغه، بمعنى الإيجاب والقبول اللفظيين، فلا- يكفي التراضي الباطني، ولا- الإيجاب والقبول الفعليين.

وأن (١) يكون الإيجاب بلفظ «النكاح» أو «التزويج» على الأحوط (٢) ، فلا (٣) يكفي بلفظ «المتع» (٤) في النكاح الدائم، وإن كان لا يبعد كفايته (٥) مع الإتيان (٦) بما يدل (٧) علياراده الدوام.

ص: ٤١٨

١- الميزان والمعيار صدق عنوان عقد النكاح، بلا فرق بين المصاديق المتصوّره، فلاوجه لهذه القيود المذكوره في المتن. (تقى القمي).

٢- هذا الاحتياط لا يُترك. (النائني، الخوئي). * اعتبار الماضي لا يُترك، بل لا يخلو من القوه. (الإصطهباناتي). * لا يُترك. (جمال الدين الكلبيكاني، البروجردي، البجنوردي، عبدالله الشيرازي، المرعشي). * لما كان أمر النكاح خطيراً جداً أبقينا جملة من الاحتياطات، وأما بحسبالصناعه فيمكن الحكم بأوسعيه أمر الإيجاب والقبول ممّا اعتبره الفقهاء في المقام، والاحتياط المذكور من جمله ما لا ينبغي تركه. (الفاني). * لا ينبغي ترك هذا الاحتياط. (محمّد الشيرازي).

٣- لا يُترك. (حسن القمي).

٤- على الأحوط. (المرعشي).

٥- لا يُترك الاحتياط. (الشريعتمداري).

٦- أو عدم ذكر الأجل، ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه. (اللانكراني).

٧- على وجهٍ يوجب ظهور لفظه فيه عرفاً. (آقاضياء). * أي يجعله ظاهراً في الدوام، ومع ذلك لا- ينبغي ترك الاحتياط. (الخميني).

١- لا دليل على هذا الشرط، بل هو أحوط، كما في المتن. (الفانى). * الأقوى عدم اشتراطها فى النكاح وسائر العقود، والوجه المتمسّكه بهاللاشترط: كالإجماع والشهره، وكون غير العربيّه من الكنايات، ورجحان الاحتياط فى الفروج كلّها مردوده غير مصغاه إليها بعد وجود الإطلاقات والعمومات، ومنأقوى ما تمسّك به: التأسّى بصاحب الشرع والأئمّه :، وأنت خير بفساده بعد التأمّل فى أنّه صلى الله عليه وآله وخلفاءه كانوا عربّيّى اللسان واللغه، وإذا أنشؤوا عقداً بألسنتهم فهل يُصار إلى اشتراط العربيّه فى تأثيره ؟ ولا أظنّ أن يلتزم به. (المرعشى). * على الأحوط. (حسن القمى).

٢- لا دليل على اعتبارها، نعم، رعايتها أحوط؛ لدعوى الشيخ (المبسوط: ٤/١٩٤). والعلمامه (تحرير الأحكام: ٣/٤٢٧) _ (٤٢٨). الإجماع على ذلك، وعلى فرض الاعتبار يختصّ ذلك بصورة التمكن. (الروحانى).

٣- وإن كان الجواز مع عجز نفسه لا يخلو من قوه، وإن تمكّن من التوكيل. (الخمينى). * لكنّ الظاهر كفايه غيرها لغير المتمكّن منها ولو مع التمكن من التوكيل. (محمّد رضا الكلبيگانى). * الظاهر هو الجواز للعاجز وإن تمكّن من التوكيل، بل مطلقاً ولو لغير العاجز، ولكن لا ينبغى ترك الاحتياط. (اللكراني).

٤- لا يُترك الاحتياط بالصبر إلى أن يتمكّن من التوكيل، كما لا يخفى، والله العالم. (آقاضياء). * لا يبعد صحّه النكاح من كلّ قوم بلسانهم. (النائنى، جمال الدين الكلبيگانى). * لا يُترك. (السزوارى). * وإن كان الظاهر صحّه نكاح كلّ قوم إذا أنشئى بلسانهم. (زين الدين). * الظاهر الصحّه بغير العربيّه مع عدم تمكّنها من العربيّه وإن أمكن التوكيل. (حسن القمى).

نعم، مع عدم التمكن (١) منها ولو بالتوكيل يكفى غيرها من الألسنه إذا أتى بترجمه اللفظين (٢) من النكاح والتزويج.

والأحوط (٣) اعتبار (٤) الماضويّه (٥)، وإن كان الأقوى (٦) عدمه، فيكفى المستقبل والجمله (٧) الخبريّه، كأن يقول: أزوِّجك، أو أنا مزوِّجك فلانه.

كما أنّ الأحوط (٨) تقديم الإيجاب (٩) على القبول، وإن كان الأقوى

ص: ٤٢٠

١- بل ومع التمكن منها مطلقاً على الأقوى. (صدرالدين الصدر).

٢- أو لفظ «المتعّه». (اللكراني).

٣- بل لا يخلو من قوه. (النائيني، جمال الدين الكلبيگاني). * لا يُترك هذا الاحتياط في باب الصيغه وإن كانت القواعد غير موجهه لها، لكنشدّه الاهتمام بأمر النكاح أوجبت النهى عن تركها أجمع. (آقاضياء).

٤- لا يُترك. (البروجردى، عبدالله الشيرازى).

٥- لا يُترك. (السيزوارى).

٦- ولاسيما إذا كان بلفظ «تزوَّجت» و«نكحت». (الفانى).

٧- فى كفايه الجمله خبريّه إشكال. (الكوه كمرى).

٨- هذا الاحتياط لا يُترك، وكذا ما بعده. (النائيني). * لا يُترك، وكذا ما بعده. (جمال الدين الكلبيگاني). * لا يُترك. (عبدالله الشيرازى).

٩- فيما كان القبول بصيغه «نكحت» و«تزوَّجت» وأضرابهما ممّا يكون له أهليّهالتقدّم، دون «قَبِلْتُ» و«رَضِيْتُ» وأترابهما ممّا لا قابليّه له لذلك. (المرعشى).

١- بل الأقوى عدم جواز العكس؛ إذ الزوجية _ كما حُقِّق في محلّه _ علاقته بينالطرفين حاصله من تسليط الزوجه الرجل على بضعها وقبوله إيّاه، لا- أنه صرفعلاقه في قبال الفرديّه حتّى توجد بإيجاد أئى منهما وقبول الآخر، وذلك منالوضوح بمكان. (المرعشى). * فى خصوص ما يدلّ على إنشاء النكاح، مثل «تزوَّجتُ»، لا- ما يدلّ عليالمطاوعه، كـ «قَبِلْتُ» و«رَضِيْتُ». (اللنكرانى).

٢- إذا كان القبول بغير لفظ «قبلت». (الإصفهاني). * إذا لم يكن بأفعال المطاوعه على الأحوط. (صدرالدين الصدر). * إذا كان القبول بمثل: «تزوَّجتُ» و«نكحتُ»، لا- بمثل «قَبِلْتُ» و«رَضِيْتُ». (البروجردى). * فى غير ما يدلّ على المطاوعه مثل: «رَضِيْتُ» و«قَبِلْتُ» ونحوهما. (عبدالهادى الشيرازى). * إن أريد بالعكس إيجاب الزوج بلفظ «أنكحتكِ نفسى» مثلاً- فصحّته محلّ إشكال، بل عدمها لا- يخلو من رجحان. وإن أريد به إيجابه بلفظ «نكحتكِ» أو «تزوَّجتكِ» فلا بأس به، لكنّه راجع إلى تقديم القبول، كما مرّ. (عبدالله الشيرازى). * بمثل «تزوَّجتُ»، لا بمثل «قبلتُ». (الخمينى). * الأحوط فى «رَضِيْتُ» و«قبلتُ» ونحوهما تقديم الإيجاب. (محمّد الشيرازى).

٣- إذا كان بلفظ قابلٍ للتقدّم، لا مثل «قبلتُ» و«رَضِيْتُ». (الكوه كمرى). * إذا كان القبول بلفظ «تزوَّجتُ» و«نكحتُ» لا بلفظ «قبلتُ» و«رَضِيْتُ»، وإن كانالأحوط فيه أيضاً الترك. (الإصطهباناتى). * إذا لم يكن القبول بألفاظ المطاوعه كـ «قبلتُ» و«رَضِيْتُ» و«تزوَّجتُ» وأشباهها. (الجنوردى). * إن لم يكن القبول بمثل: «قبلتُ» وأشباهه. (السبزوارى). * إذا كان القبول بمثل: «تزوَّجتُ» و«نكحتُ»، لا- بلفظ «قبلتُ» أو «رَضِيْتُ»، ولعلّها يوجب من جانب الزوج، كما فى الفرض اللاحق. (زين الدين). * إذا كان القبول بغير لفظ «قبلتُ» على الأحوط. (حسن القمى). * كان ذلك بلفظ «تزوَّجتكِ» ونحوه، فتقول هى: «قبلتُ»، أو كان بلفظ «أنكحتكِ» نفسى، أو «زوّجتكِ» نفسى ونحوهما. (الروحانى).

١- هذا الاحتياط لا- يُترك. (الإصفهاني، الإصطهباناتي). * لا- يُترك. (الخميني). * بل الأقوى؛ لأنَّ حقيقة النكاح على ما هو الظاهر اعتبار إضافه، وعلاقه بينالزوجين، مستلزمه لتسلُّط الزوج على الزوجه في لوازم المزاجه وآثارها، وإنكان لها عليه حقوق أيضاً، فيعتبر الإيجاب من قبل الزوجه باعتبار تسلُّطها عَليَفسها بأن تجعلها تحت سلطنه الزوج بإنشاء زوجيتها له، ولا سلطنه للزوج عليها حتى يجعلها تحت سلطنته بإنشاء زوجيتها لنفسه أو زوجيته لها، فلا محاله يعتبر منه قبول ما أنشأت، والقول بأنَّ المزاجه علاقته بينهما من دون استلزام سلطنته منأحدهما على الآخر، وإنما أوجب عليهما الشارع ما أوجب لمصالح، فهو خلاف ما يُتراءى من العرف والشرع، حيث قال عزَّ وجلَّ (الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ) (النساء: ٣٤). وخيرهم في إمساكهنَّ بالمعروف، أو تسريحهنَّ بالإحسان، وغير ذلك من الأحكام ممَّا لا مجال لذكره في المقام. (محمّد رضا الكلبيكاني). * لا يُترك، خصوصاً إذا كانت المادّه التزويج دون النكاح ونحوه. (اللكراني).

الإيجاب (١) من جانب (٢) الزوجه، والقبول من جانب الزوج، وإن كان الأقوى (٣) جواز العكس (٤).

وأن يكون القبول بلفظ «قبلت»، ولا يبعد (٥) كفايه «رضيت» (٦).

ص: ٤٢٣

١- لا يُترك هذا الاحتياط. (حسن القمى).

٢- لا يُترك. (الجنوردى).

٣- فى إطلاقه تأمل. (صدرالدين الصدر).

٤- إن أُريد بالعكس إيجاب الزوج بلفظ «أنكحتك» نفسى مثلاً فصحتة محلّ إشكال، بل عدمها لا يخلو من رجحان. وإن أُريد به إيجابه بلفظ «نكحتك» أو «تزوجتك» فلا بأس به، لكنّه راجع إلى تقديم القبول، كما مرّ. (البرجردى). * صحّحه الإيجاب من طرف الزوج غير ظاهره، بل الظاهر العدم. (الشريعةمدارى). * وهو الموافق للآيات الكريمة، كقوله تعالى: (زَوَّجْنَا كَهَيَا) (الأحزاب: ٣٧)، وقوله تعالى: (وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ) (الدخان: ٥٤، الطور: ٢٠)، وقوله تعالى: (أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ) (القصص: ٢٧). (السبزوارى). * إذا كان مفاد الإيجاب من الزوج إنشاء الزوجيّة بضمّ الزوجه إليه وتبعيتها له، كما إذا قال: «تزوجتك» أو «نكحتك»، لا بمثل «زوجتك نفسى» ممّا يدلّ على تبعيته هو للزوجه. (زين الدين).

٥- بل الكفايه هو الأقرب. (المرعشى).

٦- ومثله كـ «تزوجتك» و«نكحتك». (اللانكرانى).

ولا- يشترط ذكر المتعلقات، فيجوز الاختصار على لفظ «قبلت» من دون أن يقول: «قبلت النكاح لنفسى»، أو «لموكلّى بالمهر المعلوم».

والأقوى (١) كفايه (٢) الإتيان (٣) بلفظ «الأمر» (٤)، كأن يقول: زوّجنى فلاننه فقال: زوّجتها، وإن كان (٥) الأحوط (٦) خلافه (٧).

التعاقد بالإشارة وبالكتابة

(مسألة ٢): الأخرس يكفيه (٨) الإيجاب والقبول بالإشارة (٩) مع قصد الإنشاء، وإن تمكّن من التوكيل على الأقوى (١٠).

ص: ٤٢٤

- ١- فى القوّه تأمل، بل منع، ولقد شرحنا وجهه فى كتاب البيع، فراجع. (آقاضياء).
- ٢- الكفايه تختصّ بما [إذا] (أضفناه لاقتضاء السياق). كان الأمر أريد به قبول الإيجاب المتأخّر. (تقى القمى).
- ٣- فى قوّته منع. (الكوه كمرى).
- ٤- محلّ إشكال. (البروجردى، عبدالله الشيرازى). * فيه تأمل وإشكال. (البجنوردى).
- ٥- لا يُترك. (جمال الدين الكلبيگانى).
- ٦- لا يُترك. (اللكرانى).
- ٧- هذا الاحتياط لا يُترك. (النائينى). * لا يُترك. (الإصطهباناتى، عبدالهادى الشيرازى، الخمينى، السيزوارى، حسن القمى). *
- لا يُترك الاحتياط. (الخوئى). * لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين).
- ٨- الجزم بالكفايه مشكل، فلا يُترك الاحتياط. (تقى القمى).
- ٩- وبتحريك لسانه أيضاً. (الخوئى).
- ١٠- الأولى والأحوط توكله، خصوصاً إذا كان أحد طرفى العقد، بل لا يُترك الاحتياط فيه؛ لإمكان التشكيك فى شمول الدليل لمثل ذلك. (آقاضياء). * والأحوط التوكيل مع إمكانه. (الكوه كمرى).

(مسألة ٣) : لا يكفي (١) في الإيجاب (٢) والقبول الكتابه (٣) .

(مسألة ٤) : لا يجب التطابق (٤) بين الإيجاب والقبول في ألفاظ (٥) المتعلقات، فلو قال: «أنكحتك فلانه»، فقال: «قبلت التزويج»، أو بالعكس كفى (٦) . وكذا لو قال: «على المهر المعلوم»، فقال الآخر: «على الصداق المعلوم». وهكذا في سائر المتعلقات.

ص: ٤٢٥

- ١- للقادر على التكلم، وأما للعاجز فيه إشكال، وكذا في الاكتفاء بالإشارة مع القدره على الكتابه، فالأحوط للعاجز عن التكلم الجمع بين الكتابه والإشارة مع عدم التوكيل. (محمّد رضا الكلبيكاني). * بالإضافة إلى المختار القادر على التكلم، وأما العاجز فعدم الكفايه بالنسبه إليهم محلّ إشكال، بل لا يبعد تقدّمها على الإشاره الكافيه في الأخرس. (اللكراني).
- ٢- على الأحوط في غير الأخرس فإنّها نوع إشاره، ولعلّها أقوى منها. (محمّد الشيرازي).
- ٣- على الأحوط. (الروحاني).
- ٤- الأحوط رعايته. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني). * الأحوط التطابق فيما إذا لم يترادفا. (عبدالهادي الشيرازي). * في المترادفات. (المرعشي).
- ٥- بل في نفس ألفاظ الإيجاب والقبول أيضاً، فيجوز القبول بلفظ «نكحت» إذا كانا للإيجاب بلفظ «زوّجت»، وكذا العكس. (اللكراني).
- ٦- محلّ إشكال. (الإصفهاني، البروجدي، عبدالله الشيرازي). * مشكل. (الإصطهباناتي). * وإن كان الأولى رعايه المطابقه. (السبزواري).

(مسألة ٥) : يكفى على الأقوى فى الإيجاب (١) لفظ «نعم» (٢) بعد الاستفهام، كما إذا قال: «زَوَّجْتَنِي فَلَانَه بِكَذَا؟» فقال: «نعم»، فقال الأوّل: «قبلت»، لكنّ الأحوط (٣) عدم (٤) الاكتفاء (٥).

اللحن فى الصيغه

(مسألة ٦) : إذا لَحَنَ فى الصيغه: فإن كان مغيّراً للمعنى لم يكفِ (٦)، وإن لم يكن مغيّراً فلا- بأس به إذا كان فى المتعلقات، وإن كان فى نفس اللفظين كأن يقول: «جَوَّزْتُكَ» (٧) بدل

ص: ٤٢٦

- ١- فيه نظر، وإن كان يشعر به بعض الروايات لكن لا وثوق فى اعتنائهم بسندها ومضمونها. (آقاضياء).
- ٢- إن قصد به إنشاء الإيجاب، لا جواب الاستفهام. (المرعى).
- ٣- هذا الاحتياط لا يُترك. (النائنى، الكوه كمرى). * بل الأقوى. (صدرالدين الصدر). * لا يُترك. (الإصفهاني، البروجردى، عبدالهادى الشيرازى، عبدالله الشيرازى، الخمينى، المرعى، محمّد رضا الكلبيگانى، السبزوارى، اللنكرانى).
- ٤- لا يُترك. (جمال الدين الكلبيگانى). * بل لا يخلو من قوه. (زين الدين).
- ٥- لا يُترك. (الإصطهباناتى، البجنوردى، الفانى، حسن القمى، الروحانى). * بل لا يبعد أن يكون هو الأظهر. (الخوئى).
- ٦- على الأحوط. (محمّد الشيرازى).
- ٧- هذا من اللحن المغيّر للمعنى، فلا- يكفى جزماً. (الإصطهباناتى). * هذا من اللحن المغيّر للمعنى، ولا- يكفى بلا- إشكال. (البروجردى). * هذا فى اللغة الدارجة (العاميه) المصرّيه ليس مغيّراً للمعنى، وإلّا فكونه بحسب اللغه الفصحى مغيّراً للمعنى واضح، وكيف كان فلا يُترك الاحتياط بعدم الاكتفاء بمثله. (الفانى). * لا يكفى بمثل ذلك ممّا يكون اللحن مغيّراً للمعنى. (الخمينى). * الأقوى عدم كفايته لأنّه لحن مغيّر للمعنى. (محمّد رضا الكلبيگانى). * هذا من اللحن المغيّر للمعنى، ولا وجه للاكتفاء به. (اللىنكرانى).

«زَوْجُتُكَ» (١)، فالأحوط (٢) عدم الاكتفاء (٣) به (٤). وكذا اللحن في الإعراب.

قصد الإنشاء في إجراء الصيغه

(مسألة ٧) : يشترط قصد الإنشاء (٥) في إجراء الصيغه.

معرفة معنى الصيغه تفصيلاً

(مسألة ٨) : لا يشترط في المُجرى للصيغه أن يكون عارفاً بمعنى

ص: ٤٢٧

١- لا إشكال في عدم الاكتفاء به. (الكوه كَمَرَى).

٢- لا يُترك، والمثال مناقش فيه؛ لكونه معيّراً، فلا يكفي قطعاً. (المرعشى).

٣- لا يُترك، وأمّا قوله: «جَوْزُتُكَ»، بدل: «زَوْجُتُكَ»، الّمدى مُثَلَّ به فالظاهر فيه عدم الجواز، وهو من اللحن المعيّر للمعنى وإن كان يُستعمل الآن في اللسان الدارج. (البجنوردى). * لا يُترك هذا الاحتياط فيه وفي ما بعده. (زين الدين).

٤- استحباباً. (محمّد الشيرازى). * الأظهر هو الاكتفاء إن كان بنحو لا يضّر بظهور الكلام عرفاً في إرادته النكاح، وعدم الاكتفاء إن لم يكن له ذلك، ولعلّ المثال المذكور في المتن يختلف بحسب الأمكنه والأفراد، فإنّ «جَوْزُتُكَ» لغه أهالى سواد العراق في هذا الزمان، محرّفه عن اللغة العربيّه الأصيله، فلا بأس به إذا كان المباشر للعقد من أهالى تلك اللغة. (الروحانى).

٥- لكنّه خفيف المؤونه جدّاً، فلا ينبغي الدقّه فيه، الموجبه للوسوسه وقد نهى الشارع عنها. (محمّد الشيرازى).

الصيغه تفصيلاً، بأن يكون مميّزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل يكفي (١) علمه إجمالاً (٢) بأن معنى هذه الصيغه (٣) إنشاء النكاح والتزويج، لكنّ الأحوط (٤) العلم التفصيلي (٥).

الموالاه بين الإيجاب والقبول

(مسألة ٩) : يشترط الموالاه (٤) بين الإيجاب والقبول (٧)، وتكفي العرفيه منها، فلا يضرّ الفصل في الجملة بحيث يصدق معه أنّ هذا قبول لذلك الإيجاب، كما لا يضرّ الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت.

اتّحاد مجلس الإيجاب والقبول

(مسألة ١٠) : ذكر بعضهم: أنّه يشترط اتّحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو كان القابل غائباً عن المجلس فقال الموجب: «زوّجت فلاناً فلانته» وبعد بلوغ الخبر إليه قال: «قبِلْتُ» لم يصحّ.

وفيه: أنّه لا دليل على اعتباره من حيث هو، وعدم الصحّه في الفرض

ص: ٤٢٨

١- اذا كان جاهلاً باللغه بحيث لا يفهم أنّ العلقه تحصل بلفظ «زوّجت» مثلاً، أو بلفظ «موكّلتى» فصحّته محلّ إشكال، وإن علم أنّ هذه الجملة لهذا المعنى. (الخميني).

٢- لا يكفي هذا النحو من الإجمال. (الكوه كمرى).

٣- بأن يقصد إنشاء الزوجيه بها، كما أنّ غير العربيّ يُنشدّ التحيه بجملة «السلام عليكم»، مع عدم العلم التفصيلي بمعنى هذه الجملة. (الفاني).

٤- لا يُترك. (البروجردى، عبدالله الشيرازى، المرعشى، محمّد رضا الكليبايگاني، اللنكراني).

٥- هذا أيضاً من زمره الاحتياطات السابقه التي يمكن دعوى القاعده على خلافه، ولكنّ شدّه الاحتياط بأمر النكاح أوجبه. (آقاضياء).

٦- بحيث تصدق المطابقه والمعاهده، بل المطاوعه. (المرعشى).

٧- على الأحوط، وإن كان لا دليل عليه. (الروحاني).

المذكور إنما هو من جهة الفصل الطويل، أو عدم صدق المعاقده والمعاهده؛ لعدم التخاطب، وإلا فلو فُرض صدق المعاقده وعدم الفصل مع تعدد المجلس صحّ، كما إذا خاطبه وهو في مكانٍ آخر لكنّه يسمع (١) صوته (٢)، ويقول: «قَبِلْتُ» (٣) بلا فصلٍ مضرٍّ فإنّه يصدق عليه المعاقده.

التنجيز في العقد

(مسأله ١١): ويشترط فيه التنجيز، كما في سائر العقود، فلو علّقه على شرطٍ أو مجيء زمانٍ بطل، نعم، لو علّقه على أمرٍ محققٍ معلومٍ كأن يقول: «إن كان هذا يوم الجمعة زوّجْتُكَ فلانَه» مع علمه بأنّه يوم الجمعة صحّ، وأمّا مع عدم علمه (٤) فمشكل (٥).

ص: ٤٢٩

- ١- ولو بواسطة الآلات الحديثه المُوصِلَه للصوت، كالهاتف ونحوه. (زين الدين).
- ٢- ولعلّ من اعتبر اتّحاد المجلس يعتبره في غير هذه الصوره. (الإصفهاني). * ولو بواسطة الأدوات الجديده الاختراع على الأقوى. (صدرالدين الصدر). * كما هو الحال في بعض وسائل المخبرات كالتلفون. (عبدالله الشيرازي). * وإن كان ذلك بسبب آلات المخبرات الحديثه، بشرط الجزم بكونه صوته. (الفاني). * ولو بالآلات المستحدثه في عصرنا على إشكالٍ فيها. (المرعشي).
- ٣- كالهاتف واللاسلكي ونحوهما. (محمّد الشيرازي).
- ٤- بل الظاهر بطلانه. (جمال الدين الكلبيگاني).
- ٥- بل الظاهر بطلانه. (النائيني). * لا- يصحّ قطعاً، بل في الصوره الأولى أيضاً لا يخلو من إشكال. (الإصفهاني، البروجردى، عبدالله الشيرازي). * بل غير صحيح. (الكوه كمرى). * في الفرض الأوّل، وأمّا الثاني فباطل. (صدرالدين الصدر). * بل الظاهر بطلانه، كما أنّ الصوره الأولى لا تخلو من إشكال. (الإصطهباناتي). * بل باطل، ومع علمه فمشكل. (البجنوردى). * بل يجرى الإشكال في الفرض الأوّل أيضاً. (الشريعتمداري). * الأقوى الصحّح في هذه الصوره أيضاً، ولا- إجماع يشمل المورد قابلاً للاعتماد عليه. (الفاني). * بل باطل. (محمّد رضا الكلبيگاني).

(مسألة ١٢): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته: فإن أرادا البقاء فاللازم الإعادة على الوجه الصحيح، وإن أرادا الفراق فالأحوط (١) الطلاق (٢)، وإن كان (٣) يمكن (٤) التمسك (٥).

ص: ٤٣٠

- ١- أى الوجوبى. (اللكراني).
- ٢- هذا الاحتياط لا يترك. (البجنوردى، الخوئى). * لا محيص عنه. (السبزوارى). * لا يترك. (الروحانى).
- ٣- فيه تأمل. (صدرالدين الصدر).
- ٤- الإمكان يختص بما تكون الشبهه بعد الفحص، وأما إذا كانت قبل الفحص، أو كانت مقرونةً بالعلم الإجمالى المنجز فجريان الأصل مشكل. (تقى القمى).
- ٥- لو لم يكن وجه احتياطه تزلزله فى اجتهاده ولو من جهه عدم اطمئناؤه بفحصه، أو استظهاره من الدليل ولو لشوب ذهنه واتهامه فى حدسه، كما أن كثيراً من احتياطاتنا من هذا القبيل، مع وضوح كون مواردها مجارى العمومات، أو الأصول لنافيه التى لا بد من المجتهد أن ينتهى إليهما بعد قصور يده عن المثبتات للتكليف، ولقد أشرنا آنفاً أيضاً إلى وجه عدم ترك الاحتياط المذكور من المصنّف فى بابالنكاح؛ فإنّها طراً من هذا القبيل، وإلا فشان المجتهد بعد تماميه فحصه المشى علىطبق القواعد والأصول، عصمنا الله عن الخطأ والزلل. (آقاضياء). * هذا وظيفه المجتهد، ويُفتى نتيجه للمقلد الشاك. (عبدالله الشيرازى). * لا يخفى أن إجراء الأصل فى الشبهات الحكيمه من وظيفه المجتهد، ولو كانالمجتهد جازماً بجريان الأصل، أو أمكنه ذلك كما حكم بالاحتياط اللازم، فلامحيص عن الطلاق لو أرادا الفراق. (الشريعتمدارى). * التمسك بأصالة عدم التأثير كالتمسك بمطلقات الصحه، ينافى الحكم بالاحتياطالوجوبى؛ إذ مع جريان الإطلاق أو الرجوع إلى أصاله الفساد لا معنى للاحتياطالوجوبى. (الفانى). * للمجتهد بشروطه. (محمّد الشيرازى).

١- لكن يُجريها المجتهد الفاحص عن الأدلّة وليس إجراؤها من وظيفه المقلد العامّي. (البروجردى). * يعنى يمكن للفقهاء التمسك بأصاله عدم التأثير فى الزوجية. (محمّد رضا الكلبايگانى). * يردّ على التمسك بهذا الأصل _ مضافاً إلى كونه موجّباً للخروج عن الفرض _ أنّ إجراءه فى الشبهات الحكمية من وظائف المجتهد، مع أنّ جريان الأصل فى الأعدام الأزلية محلّ إشكال. (اللكراني).

٢- * لكن يُجريها المجتهد الفاحص عن الأدلّة، وليس إجراؤها من وظيفه المقلد العامّي. (الإصفهاني). * هذا الأصل ممّا لا أصل له، نعم، يجرى بعض أصول آخر، لكنّ المُجرى هو المجتهد. (الخميني). * والمجرى لها هو المجتهد، وجريانها متوقّف على عدم جريان أصاله الصّحّه فى الشبهات الحكمية، وإلّا فهى حاكمه عليها. (المرعشى). * لو لم تجر أصاله الصّحّه فى الشبهات الحكمية، وعلى كلّ حالٍ فإجراء مثل هذه الأصول من وظائف المجتهد المتفحص الجازم بمجراها دون المتردّد، فكيفبالعامّي؟ (السبزواري). * فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك. (حسن القمّي).

فى الزوجية (١).

وإن كان على وجهٍ يخالف الاحتياط الاستجابى فمع إرادته البقاء الأحوط الاستجابى إعادته على الوجه المعلوم صحته، ومع إرادته الفراق فاللازم الطلاق.

شرط كمال العاقد

(مسألة ١٣) : يشترط فى العاقد المُجرى للصِّغَةِ الكمال بالبلوغ والعقل، سواء كان عاقداً لنفسه، أم لغيره، وكاله (٢) أو ولايةً أو فضولاً، فلا اعتبار (٣) بعقد الصبى، ولا المجنون ولو كان أدوارياً حال جنونه، وإن أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته على المشهور، بل لا خلاف فيه.

ص: ٤٣٢

- ١- لا يُترك الطلاق على الأحوط. (النائنى، جمال الدين الكليبايگانى، عبدالهاده الشيرازى). * بل الأحوط الطلاق. (الإصطهباناتى). * إمكان التمسك بالأصل المذكور يعنى: أن الاحتياط غير واجب المراعاة، وهو خلاف المفروض فى المسألة، أمّا فى فرض المسألة فلا بدّ من الطلاق الاحتياطى إذا أراد الفراق. (زين الدين).
- ٢- فى إطلاق الحكم إشكال. (تقى القمى).
- ٣- لانصراف الأدله عنه، وكذا السكرى، والنصّ فيها مؤول أو مطروح، كما سيحىء. (المرعشى).

- ١- الأحوط عدم الاعتداد بعقده مطلقاً. (النائني، الإصطهباناتي). * لا تأمل في عدم الاعتبار به مطلقاً. (صدرالدين الصدر). * والأقوى الصّحّه. (الفاني). * بل منع. (الخوئي). * فلا يُترك فيه مراعاة الاحتياط وكذا في عقده لنفسه بإذن الولي أو إجازته. (محمّد رضا الكلبيكاني). * الأظهر نفوذ عقد الصبي إذا كان بإذن الولي، أو كان وكيلاً في إجراء الصيغها خاصه، وبطلانه إذا كان مستقلاً في التصرف، وبه يظهر الحال في ما قبله وما بعده. (الروحاني).
- ٢- بل الأقوى اعتبار إجراء (في أصل التعليق: «أجر»، والصحيح ما أثبتناه). النكاح وعقده وصحته منه. (الفيروزآبادي). * الأحوط عدم الاعتداد بعقده مطلقاً. (جمال الدين الكلبيكاني). * النصّ الخاصّ دالّ على أنّ عمده وخطأه واحد، فلا أثر لفعله على الإطلاق، ولا يصحّ عقده بإجازته بعد البلوغ، ولا بإجازته وليه. (تقي القمي).
- ٣- يكفي فيه إطلاق معاهد الإجماعات، وبعض وجوه آخر تعرّضناه في كتاب البيع. (آقاضياء). * بل الدليل هو الإجماع، بل الضرورة، كما أدعاها صاحب الجواهر (جواهر الكلام: ٢٦/٢١). * يكون الصبي مسلوب العبارة؛ وعليه لا فرق بين هذه الصورة وما إذا كان لنفسه بإذنه الولي أو إجازته. (اللكراني).

سلب عبارته (١) إذا كان عارفاً بالعربيّه وعلم قصده (٢) حقيقه (٣) ، وحديث (٤) «رفع القلم» (٥) منصرف عن مثل هذا. وكذا إذا كان لنفسه بإذن الوليّ (٦) ، أو إجازته، أو إجازته هو بعد البلوغ. وكذا لا اعتبار بعقد السكران (٧) ، فلا يصح ولو مع الإجازة بعد الإفاقة.

وأما عقد السكرى إذا أجازت بعد الإفاقة ففيه قولان (٨) ، فالمشهور (٩) أنه كذلك (١٠) .

ص: ٤٣٤

- ١- الأقوى سلب عبارته. (الخميني).
- ٢- الظاهر صحه عقده في هذه الصوره إذا كان وكيلاً عن الغير. (حسن القمّي).
- ٣- بل الصحه حينئذٍ غير بعيدة. (محمد الشيرازي).
- ٤- [٤] كتاب الأمّ للشافعي: ٢/٣٠، ٥/٢٧٥، قرب الإسناد للحميري: ١٥٥، الخصال: ٩٣ ح ٤٠، مسند أحمد: ٦/١٠٠، المستدرک للنيسابوري: ٢/٥٩، سنن الدارقطني: ٣/١٠٣.
- ٥- هذا الحديث ناظر إلى رفع العقوبه من حيث ملاك الرفع وهو الامتنان، ومن حيثسباق الحديث وهو وجود النائم. (الفاني).
- ٦- لا ينفذ تصرف الصبي ولو بإذن الوليّ، نعم ، لو أجاز الوليّ عقده نفذ؛ بناءً على عدم كونه مسلوب العبارة. (الكوه كمرى).
- ٧- إذا بلغ سيكره إلى حدّ عدم التحصيل والتمييز بأن لم يلتفت إلى ما يقول، ولعله المراد من العبارة بقريته حمل الروايه الوارده في السكرى على غير هذه الصوره. (اللكراني).
- ٨- أقواهما عدم الاعتبار به مطلقاً. (صدرالدين الصدر).
- ٩- وهو الأقوى. (الشريعتمداري، السيزواري).
- ١٠- وهو الأقوى. (الكوه كمرى).

وذهب جماعه(١) إلى الصَّحَّه؛ مستندين إلى صحيحه ابن بزيع(٢)، ولا بأس(٣) بالعمل بها(٤) وإن كان الأحوط خلافه؛ لا يمكن حملها(٥) على ما إذا لم يكن سُكْرها(٦) بحيث لا- التفات لها إلى ما تقول، مع أن المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل، فلا يُترك(٧) الاحتياط.

وكاله السفیه عن الغير فی العقد

(مسأله ١٤): لا بأس بعقد السفیه إذا كان وكيلاً عن الغير في إجراء

ص: ٤٣٥

- ١- [١] النهايه ونُكتها للطوسى: ٤٦٨، المختصر النافع للمحقق: ١٧٠، كشف الرموز للابى: ٢/٩٩، شرحاللمعه: ٥/١١٢، نهايه المرام: ١/٢٩.
- ٢- [٢] الوسائل: الباب (١٤) من أبواب عقد النكاح، ح ١.
- ٣- مشكل فيما إذا كان السُّكر بحيث لا التفات لها إلى ما تقول. (محمّد رضا الكلبايگانی).
- ٤- فى ما هى ظاهره فيه، وهو كون السِّكرى ملتفتةً إلى ما تقول، كما يدلّ عليه قولالسائل فيها: «فَرَوَّجَتْ نَفْسَها رجلاً- فى سُكرها». (زين الدين).
- ٥- وحمل إنكار المرأه على كون الزواج خلاف صلاحها. (المرعشى). * هو بعيد جدًّا، والعمده دعوى إعراض المشهور، وهى غير ثابتة؛ لعمل جماعه من المتقدمين بها على أن كبرى هذه الدعوى غير ثابتة. (الخوئى). * لا وجه للحمل المذكور؛ فإنّ الحديث تامّ سنداً ودلالةً، فلا بدّ من العمل على طبقه. (تقى القمى). * بل لعله الظاهر منها. (اللكراني).
- ٦- بل لعله الظاهر من الصحيحه. (الفانى).
- ٧- بل الأقوى بطلانه؛ لعدم الاعتناء بالروايه؛ لضعفها، وعدم صحَّه إطلاق العقد عليما صدر من السكران. (آقاضياء).

الصيغ، أو أصيلاً مع إجازته (١) الولي. وكذا لا- بأس (٢) بعقد المُكره على إجراء الصيغ للغير، أو لنفسه إذا أجاز (٣) بعد ذلك (٤).

شرط الذكوره في العاقد

(مسأله ١٥): لا تُشترط الذكوره في العاقد، فيجوز للمرأة الوكاله عن الغير في إجراء الصيغ، كما يجوز إجراؤها لنفسها.

شرط بقاء أهليه المتعاقدين إلى تمام العقد

(مسأله ١٦): يُشترط بقاء المتعاقدين على الأهليه إلى تمام العقد،

فلو أوجب ثم جُنَّ أو أُغِمِّي عليه قبل مجيء القبول لم يصح (٥). وكذا لو أوجب ثم نام، بل أو غفل عن العقد بالمره، وكذا الحال في سائر العقود، والوجه (٦) عدم صدق المعاقده (٧) والمعاهده (٨)، مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدله.

شرط تعيين الزوج والزوجه

(مسأله ١٧): يشترط تعيين الزوج والزوجه على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم، أو الوصف الموجب له، أو الإشاره، فلو قال: «زَوْجُكَ»

ص: ٤٣٦

- ١- على الأحوط. (تقى القمي).
- ٢- بل فيه بأس، ولا أثر للإجازة المتأخره. (تقى القمي).
- ٣- أي إذا كان العقد لنفسه. (صدرالدين الصدر).
- ٤- يعنى في الصورة الثانيه. (زين الدين).
- ٥- في إطلاقه نظر. (عبدالهادي الشيرازي). * على الأحوط. (محمد الشيرازي).
- ٦- في جريان الأدله في جميع صور المسأله وفروضها إشكال. (اللكراني).
- ٧- فيه تأمل. (محمد الشيرازي).
- ٨- هذا الوجه لا يتم، وبيان وجه العدم كبيان وجه الاشتراط لا يسعه المجال. (الروحاني).

إحدى بناتي» (١)، بطل، وكذا لو قال: «زوّجت بنتى أحد ابنيك» أو «أحد هذين». وكذا لو عيّن (٢) كلّ منهما غير ما عيّنه الآخر، بل وكذا لو عيّنا معيّناً من غير (٣) معاهدته بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر، وأما لو كان ذلك (٤) مع المعاهدة (٥) لكن لم يكن (٦) هناك دال (٧)

ص: ٤٣٧

١- من دون قصدٍ لواحدٍ معيّنه أيضاً. (اللكراني).

٢- أى فى القصد والتّيه. (اللكراني).

٣- لا- فرق بين المعاهدة السابقة وعدمها؛ فإنّ الميزان فى الصّحّه وقوع الإيجاب والقبول على موردٍ واحد، ويصدق أنّهما عقداً وزوّجا المرأه الفلانيه، فإذا صدق هذا المعنى ولو صدقاً يصحّ النكاح. (تقى القمى).

٤- لا فرق بين هذه الصوره وسابقتها فى الإشكال والدفع. (الفانى).

٥- إذا تقاؤلاً وتعاهداً على معيّنين فعقداً بلا فصلٍ مبيناً عليه فالظاهر الصّحّه، كما إذا قال بعد ذلك: زوّجت بنتى منك، لكنّه من قبيل القرينه الخارجيه الحافه بالكلام. نعم، لو قال بعد التعاهد: «زوّجت إحدى بناتي» تشكل الصّحّه. (الخميني). * بأن يكون الزوجان معلومين عندهما، من غير أن يذكر في العقد إلماً بعبارة مشتركة، مثل: ابني وبنتي، وابنيك وبنتيك. (محمّد رضا الكلبايگاني).

٦- مع دخل اللفظ فى إبراز المعاهده فى باب النكاح الأقوى اعتباره، كما لا يخفى. (آقاضياء). * ولم يكن فى اللفظ أيضاً ما يدلّ بظاهره على خلافه، مثل أن يقول بعد التعاهد على معيّنه: «زوّجتك إحدى بناتي»، فإنّ الظاهر البطلان فى مثل هذا الفرض. (اللكراني).

٧- بأن عيّنا فى المقاوله، ويقول أحدهما: «أنكحت» والآخر: «قبلت». (عبدالله الشيرازى). * المعاهده الخارجيه ملازمه مع تحقّق الدالّ عرفاً، فكيف يفرض الانفكاك بينهما؟! (السبزواری).

على ذلك (١): من لفظ، أو فعل، أو قرينه خارجيه (٢) مفهمه فلا يبعد الصّحه (٣)، وإن كان الأحوط (٤) خلافه، ولا يلزم تمييز ذلك (٥) المعين عندهما حال العقد، بل يكفي التمييز (٦) الواقعي (٧) مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: «زوّجتك بنتي الكبرى» ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولّد البنّتين،

ص: ٤٣٨

- ١- العبارة لا- تخلو من إجمال؛ فإنّ تحقق المعاهده مع انتفاء ما يدلّ على وحدها المقصود غير متصوّر، وإجراء العقد مبيّناً على المعاهده يدلّ على وحدته في العقد أيضاً. (البروجردى). * بأن اتّفقا على معيّن ولم يذكره في العقد إلّا باللفظ المشترك، فقال مثلاً: «زوّجتك ابنتي» مع تعدّد بناته في الخارج. (زين الدين).
- ٢- أي غير المعاهده. (اللكراني).
- ٣- بل يبعد. (الكوه كمرى). * مشكل، فلا يُترك الاحتياط. (الشريعةمداري). * إن قيل بوقوع العقد مبيّناً وكفايه البناء في باب الإنشاء، ولا تخلو الصغريوالكبرى من شوب الإشكال. (المرعشي).
- ٤- لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).
- ٥- الأحوط اعتباره. (النائني، جمال الدين الكلپايگاني).
- ٦- فيه تأمل. (الإصفهاني).
- ٧- محلّ تأمل. (الإصطهباناتي). * لا يخلو من نظر وإشكال، بل الأحوط اعتبار التمييز عندهما حال العقد. (البيجوردى). * فيه تأمل. (حسن القمي).

لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم، نعم، إذا كان مميّزاً واقعاً ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً _ كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ولم يمكنه العلم به _ فالأقوى (١) البطلان (٢)؛ لانصراف الأدلة عن مثله. فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعه ضعيف.

ص: ٤٣٩

- ١- بل لا يُترك الاحتياط. (صدرالدين الصدر). * لا قوّه فيه إن لم يكن الأقوى خلافه. (تقى القمّي).
- ٢- بل الأقوى إجراء حكم الشبهه المحصوره عليهما. (آقاضياء). * محلّ تأمل، فلا يُترك الاحتياط بالطلاق. (البروجردى، عبدالله الشيرازى). * محلّ إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالطلاق. (الإصطهباناتى). * لا يُترك الاحتياط بالطلاق. (عبدالهادى الشيرازى). * ولكنّ الأحوط لزوم الطلاق. (البجنوردى). * لا بدّ من رعايه الاحتياط بالطلاق. (الفانى). * محلّ إشكال، فلا يُترك التخلّص بالاحتياط. (الخمينى). * ولا احتمال القرعه وجه، ولكن لا- يُترك الاحتياط بالطلاق؛ حتّى يكون عدم المانعمن التزويج بالغير محرّزاً بالوجدان. (المرعشى). * فى القوّه إشكال، بل الصّحّه غير بعيدة. (الخوئى). * لا يُترك فيه مراعاة الاحتياط. (محمّد رضا الكليپايگانى). * والأحوط التخلّص بالطلاق. (السبزوارى). * وهو مشكل، فلا- تُترك فيه مراعاة الاحتياط بالطلاق، ثمّ تجديد العقد على المعيّناً إذا أراد. (زين الدين). * فيه إشكال، والأحوط الطلاق. (محمّد الشيرازى). * الصّحّه لا تخلو من وجهٍ وجيه، فلا يُترك الاحتياط بالطلاق. (الروحانى). * فيه منع، والاحتياط لا يُترك. (اللكراني).

(مسألة ١٨): لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة (١) أخذ بما هو المقصود وألغى ما وقع غلطاً (٢) ، مثلاً لو قال: «زَوْجَتُكَ الكبرى من بناتِي فاطمه»، وتبين أن اسمها خديجه (٣) صحَّح (٤) العقد على خديجه التي هي الكبرى.

ولو قال: «زَوْجَتُكَ فاطمه» وهي الكبرى، فتبين أنها صغرى صحَّح على فاطمه؛ لأنها المقصود (٥) ، ووصفها بأنها كبرى وقع غلطاً فيلغى.

وكذا لو قال: «زَوْجَتُكَ هذه» وهي فاطمه أو وهي الكبرى فتبين أن

ص: ٤٤٠

١- لكن إذا كان المقصود العقد على الكبرى فتختل أن المرأه الحاضره هي الكبرى يقال: «زَوْجَتُكَ هذه» وهي الكبرى فالصححه بالنسبه إلى الحاضره لا تخلو من وجه، لكن لا يُترك الاحتياط بتجديد العقد أو الطلاق. (الخميني).

٢- هذا صحيح، ولكن ليس ذكرها أولاً دليلاً على كونها المقصود، وذكرها ثانياً دليلاً على أن الغلط فيها، بل يختلف بحسب المقامات، والتشخيص موكول إلى القرائن. (الشريعةمداري). * وتميز ما هو المقصود منهما عما وقع غلطاً إنما يكون بالقرائن الدالة على ذلك، وليس ذكره أولاً دليلاً على أنه هو المقصود دائماً، وذكره ثانياً دليلاً على أنه وقع غلطاً كذلك. (زين الدين).

٣- إن كان المقصود الكبرى، والاشتباه وقع في الاسم وعلى فاطمه إن كانت هي المقصوده، والاشتباه وقع في كونها كبرى، وكذا في ما ذكره بعد هذا، ولا اعتبار بالعنوان المذكور أولاً. (الفيروزآبادي).

٤- مع كون الكبرى هي المقصوده. (اللكراني).

٥- أي على تقدير كونها هي المقصوده، كما يستفاد من عباره الإيجاب أيضاً، وكذلك في الفرض الآتي. (اللكراني).

اسمها خديجه، أو أنها صغرى فإن المقصود تزويج المشار إليها، وتسميتها بفاطمه، أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى.

تنازع الزوجين في التعيين وعدمه

(مسألة ١٩) : إذا تنازع (١) الزوج والزوجه (٢) في التعيين (٣) وعدمه (٤) حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً فالقول قول مدعى الصّحّه (٥)، كما في سائر

ص: ٤٤١

١- العبارة لا تخلو من إجمالٍ وتشويش. (صدرالدين الصدر).

٢- أى وليها، والنزاع إنّما هو في التعيين وعدمه بحسب القصد؛ إذ لا أثر لعدمه في العقد، فمدعى التعيين إنّما يدعى صحّه العقد الراجع إلى وقوع العقد على المعيّن، وخصمه يدعى البطلان الراجع إلى وقوعه على غير المعيّن، فالنزاع إنّما هو في الوصف، ومدعى الصّحّه مقدّم. (اللكراني).

٣- ظاهر العبارة هو كون النزاع في وقوع العقد عليها أو على امرأه أخرى، فيكوناً جنبياً عن جريان أصاله الصّحّه فيه، بل يقدم قول المنكر بيمينه، نعم، لو تسالم على وقوع العقد عليها وكان النزاع في صحّته أو فساده يقدم قول مدعى الصّحّه. (النائني، جمال الدين الكلبيگانی). * بعد اتّفاقيهما في وقوع العقد، والاختلاف في التعيين واللاتعيين. (الخميني).

٤- إن كان النزاع في عدم التعيين حتى قبل العقد فهو يرجع إلى النزاع في وقوع العقد على المعيّن، والأصل عدمه. وإن كان النزاع في التعيين عند ذكر اللفظ بأن يدعى عدم إتيان لفظٍ دال على التعيين وإن كان الزوجان معيّنين عند العاقدين فقد تقدّم منه قدس سرّه الحكم بالصّحّه. (محمّد رضا الكلبيگانی).

٥- إذا لم يرجع إلى التنازع في وقوع العقد على المعيّن، وعدمه، وإلّا فالقول قولاً لمنكر مع يمينه. (الإصفهاني، البروجردى، عبدالله الشيرازي). * إذا لم يكن راجعاً إلى التنازع في وقوع العقد على المعيّن، وعدمه، وإلّا فالقول قول المنكر بيمينه. (الإصطهباناتي). * إذا لم يرجع النزاع إلى إنكار الزوجه إنشاء الزوجيّة لنفسها، أو إنكار الزوج قبول الزوجيّة لنفسه، وإلّا فالقول

قول المنكر. (الفاني). * في صورته عدم أوّل (كذا في أصل النسخه، والكلمه مبهمه، والظاهر (تأول)). التنازع إلى النزاع في وقوع العقد على المعيّن قبل العقد أو عدمه، وإلّا فالأصل عدمه، والقول قول منكره مع اليمين. (المرعشي). * إذا اعترف بوقوع العقد وكان النزاع في وجود الخصوصيات التي تشترط في صحّه العقد وعدمها، وأمّا إذا كان النزاع في أصل وقوع العقد على المعيّن وعدمه فالقول قول المنكر، ولا مجال لأصاله الصّحّه. (البنجوردى). * الاختلاف في التردد أو عدم التعيين نظراً إلى الأمثلة التي

ذكرها الماتن في المسألة السابعة عشره على وجوه: الأوّل: أن يدعى أحدهما التعيين، والآخر يدعى وقوعه على وجه التردد، فتقول هند: «إنك زوجتي»، ويقول الزوج: «إني زوجتُ إحدى الأختين» ففي هذه الصورة أصاله الصّحّه لا تُثبت وقوع العقد على هند. الثاني: أن يدعى أحدهما الإيجاب والقبول في المعيّن، ويدعى الآخر اتّفاقيهما على هند مثلاً، وفي هذه الصورة _ مضافاً إلى

ما ذكر في الأوّل _ أن أصاله الصّحّه إنّما تجرى إذا أحرز عنوان العقد، والفرض احتمال اختلاف الإيجاب والقبول في المعيّن، وعلى الاحتمال فلا عقد حتى تجرى فيه أصاله الصّحّه؛ إذ العقد لا يتحقّق إلّا مع القبول، ولا قبول إلّا إذا تضمّن الرضا بالإيجاب.

الثالث: أن يتّفقا على التعيين والمعيّن، ويختلفا في نصب القرينه، وفي مثله تجرى أصاله الصّحّه، فتحصل أنّ إجراء أصاله الصّحّه لا يصحّ إلّا في الفرض الثالث. (الشريعتمداري). * إذا كان النزاع في وقوع العقد على المعيّن وعدمه _ كما هو ظاهر العبارة _ لم

يكن مجال للتمسك بأصالة الصَّحَّة. (الخوئي). * مع اتِّفاقهما على وقوع العقد على معيَّن، والنزاع في صحَّته وفساده، وإن كان النزاع في أصل وقوع العقد على المعيَّن وعدمه فيقدِّم قول المنكِر يمينه. (السبزواري). * تعيين الزوجه والزوج من مقومات عقد النكاح، وإذا شكَّ فيه لم يحرز موضوع العقد، وأصالة الصَّحَّة إنَّما تجرى بعد إحراز عنوان العقد، فالقول قول المنكِر معيِّمه. (زين الدين). * في إطلاقه نظر. (محمّد الشيرازي). * إذا لم يرجع النزاع في وقوع العقد على المعيَّن وعدم وقوعه، وإلَّا فالقول قول المنكِر مع يمينه. (حسن القمي). * جريان أصالة الصَّحَّة مع عدم إحراز أركان العقد محلَّ الإشكال؛ وعليه لا يمكن الحكم بالصَّحَّة في مفروض الكلام، بل النتيجة هي البطلان. (تقي القمي).

الشروط إذا اختلفا فيها، وكما في سائر العقود(١).

الاتفاق على التعيين والاختلاف في المعين

وإن اتفقا الزوج ووليّ الزوجه على أنّهما عيّنا معيّناً وتنازعا فيه أنّها فاطمه أو خديجه فمع عدم البينه المرجع التحالف(٢)، كما في سائر العقود.

ص: ٤٤٣

- ١- وكذلك سائر العقود إنّما تجرى أصاله الصّحّه فيها إذا كان الشكّ في شرائط العقد، لا في مقوماته. (زين الدين).
- ٢- ويترتب عليه سقوط الدعوى فقط، فليس لكلّ من طرفي الدعوى إلزام الآخر بما يدّعيه. وأمّا كون التحالف موجبا لانفساخ العقد كما في الجواهر (جواهر الكلام: ٢٩/١٥٤ - ١٥٧). فمحلّ منع، بلاللازم على كلّ منهما أن يعمل بما هو وظيفته في الواقع. (الخوئي). * في إطلاق هذا الحكم تأمل. (زين الدين). * لكن لا يترتب عليه فساد العقد، بل لكلّ واحدٍ من الطرفين العمل بما تكون وظيفته له بينه وبين ربّه. (تقى القمي).

نعم، هنا صورته واحده اختلفوا فيها، وهى: ما إذا كان لرجلٍ عدّه بناتٍ فزوّج واحدهً ولم يسمّها عند العقد، ولا عيّنها بغير الاسم، لكنّه قصدها معيّنهً واختلفا فيها فالمشهور على الرجوع (١) إلى التحالف (٢)، الذى هو مقتضى

ص: ٤٤٤

١- فى ثبوت الشهره إشكال، بل منع. (السبزواری).

٢- الرجوع إلى التحالف محلّ نظر، بل مقتضى القاعده تقديم قول الأب فإنّه أعلم بقصده، غايته أنّ للزوج حقّ اليمين عليه، بل فى الحقيقه لا معنى لمنازعه الزوج للأب فى ما قصده كى يدخل فى باب التحالف، بل الحكم هو أن يحلف الأب أنّهعین فلانہ، فإمّا أن يقبل الزوج بها أو يطلق، ويجرى عليه أحكام الطلاق قبل الدخول، نعم، لو أخبره الأب بما عيّن فتنازعا فى ما أخبره كان الحكم هو التحالف، فإن حلفا أو نكلا بطل كلّ من الدعويين، والأحوط مع ذلك الطلاق لهما معاً، وإنحلف أحدهما مضى قوله على الآخر. (كاشف الغطاء). * بل المشهور بين من تعرّض للمسأله هو ما تضمّنته الروايه، فقد أفتى بها الشيخ (النهايه ونكتهها للطوسى: ٢/٣١٧) والقاضى (المهذب لابن البرّاج: ٢/١٩٦) والمحقّق (شرائع الإسلام: ٢/٢٤٧). والعلّامه (مختلف الشيعه: ٧/١١٨). وغيرهم، نعم، خرّجها المتأخرون على أنّه إذا رآهنّ كان قد وكلّ التعيين إلى أبيهنّ وقبل نكاح من نواها هو، فيرجع النزاع إلى تعيين من نواها، فيكون القول قوله؛ لأنّه كالوكيل، وهو أعرف ببيّته. (البروجردى).

وذهب جماعه (١) إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رَاهُنَّ جميعاً فالقول قول الأب (٢) ، وما لو لم يَرَهْنَنَّ فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحه أبي عُبَيْدَةَ الحَدَّاء (٣).

وهي وإن كانت صحيحه إلا أن إعراض (٤) المشهور (٥) عنها (٦) ، مضافاً

ص: ٤٤٥

- ١- [١] النهايه ونكتها للطوسى: ٢/٣١٧، المهذب لابن البراج: ٢/١٩٦، شرائع الإسلام: ٢/٢٤٧، المختصر النافع: ١٧٠، قواعد الأحكام: ٣/١٠، اللمعه دمشقيته: ١١٣.
- ٢- لأنه أعرف بما قصده بعد كونه كالوكيل. (المرعشى).
- ٣- [٣] الوسائل: الباب (١٥) من أبواب عقد النكاح، ح ١.
- ٤- لم يثبت الإعراض. (اللكراني).
- ٥- فى إسناده إليهم تأمل؛ إذ هم بين عاملٍ به وبين غير متعرِّضٍ للفرع، ولكن الأقوياء التحالف بعد فرض صدق النكاح عليه عرفاً، وفيه تأمل. (المرعشى).
- ٦- الإعراض عن الصحيحه غير ثابت، ومخالفتها للقواعد غير مضرٌّ بحجَّتِها، ولا موجبٌ لحملها على بعض المحامل، فالمتعین القول بالتفصيل، والاحتياط لا- ينبغى تركه. (زين الدين). * غير ثابت إعراض المشهور؛ ولذا فالاحتياط لا- يُترك. (محمد الشيرازى). * الأصحاب لم يُعرضوا عنها، نعم، جماعه منهم حملوها على غير ظاهرها، فإذا العمل بما تضمَّنه الصحيح متعین، ومع ذلك الاحتياط برعايه ما عليه المشهور لا ينبغى تركه. (الروحانى).

إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها(١) على بعض المحامل يمنع عن العمل بها، فقول المشهور لا يخلو من قوه(٢) ، ومع ذلك الأحوط(٣) مراعاة الاحتياط(٤) ، وكيف كان لا يتعدى عن موردها.

نكاح الحمل وإنكاحه

(مسألة ٢٠) : لا يصح نكاح الحمل(٥) وإنكاحه وإن علم ذكوريته أو أنوثيته؛ وذلك لانصراف(٦) الأدلة(٧) . كما لا يصح

ص: ٤٤٦

- ١- كتوكيل الزوج أبا البنات فى تزويج أيتهاً شاء له، وذلك فى صورته رؤيته لهنّ. (الفانى).
- ٢- فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك. (الخوئى). * فى القوه منع، والاحتياط لا يُترك. (حسن القمى). * الصنائه تقتضى العمل بما يُستفاد من الروايه بعد كونها معتبرهً سنداً وواضحهدلالهً، وإعراض المشهور عنها لا- يوجب سقوطها عن الاعتبار، نعم، الاحتياط حسن، وهو طريق النجاه. (تقى القمى).
- ٣- لا يُترك. (الخمينى، اللنكرانى).
- ٤- لا يُترك. (السيزوارى).
- ٥- [٥] أى الجنين الذى فى بطن أمه...
- ٦- أو لغير الانصراف من بعض الوجوه. (اللىنكرانى).
- ٧- الظاهر أنه لا يوجد إطلاق يعم نكاح الحمل حتى يدعى انصرافه. (الخوئى). * لا يبعد عدم اعتبار النكاح للحمل عند العرف، فلا- يكون نكاحه نكاحاً حتى يحتاج إلى التمسك بانصراف الأدله. (محمّد رضا الكلبايگانى). * بل لقصور أدله الولايه عن شموله. (زين الدين). * ولأنه قبل ولوج الروح ليس إنساناً، وبعده وإن كان إنساناً إلا أنه لم يثبت الولايه على الحمل بالنسبه إلى ذلك، فيكون المتصرف قاصراً. (الروحانى).

البيع (١) أو الشراء منه ولو بتولّى الوليّ (٢) ، وإن قلنا بصحّه (٣) الوصّيّه له عهديّة (٤) ، بل أو تمليكیه (٥) أيضاً.

اشتراط علم كلّ من الزوجين بأوصاف الآخر

(مسأله ٢١) : لا يشترط (٤) فى النكاح علم كلّ من الزوج والزوجه

بأوصاف الآخر ممّا تختلف به الرغبات، وتكون موجباً لزياده المهر أو قلّته، فلا يضرّ بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها، فلا تجرى قاعده الغرر هنا.

*

*

*

ص: ٤٤٧

١- إلّا فى بعض الموارد. (اللكراني).

٢- فيه منع. (السيزوارى). * فيه تأمل. (زين الدين).

٣- القول بالصحّه على حسب القاعده مشكل. (تقى القمى).

٤- مع انضمام البالغ إليه. (المرعشى). * أى منضمّاً إلى البالغ. (الروحانى).

٥- مع قبول الوليّ أو قبوله بعد الولاده والبلوغ إن قيل بتوقّف التمليك عليه. (المرعشى).

٦- الحكم بالصحّه فى صورته كثره الجهاله لا يخلو من إشكال. (المرعشى).

اشتراط الخيار في نفس العقد وفي المهر

الأولى : لا يجوز (١) في النكاح دواماً أو متعاً اشتراط الخيار في نفس العقد، فلو شرطه بطل، وفي بطلان العقد به قولان: المشهور (٢) على أنه (٣) باطل (٤)، وعن ابن إدريس: أنه لا يبطل بطلان الشرط المذكور، ولا يخلو

ص: ٤٤٨

١- لا يخلو من إشكال، فلا يُترك الاحتياط بتركه. (المرعشى).

٢- وهو المنصور. (صدرالدين الصدر).

٣- وهو الصحيح. (جمال الدين الكلبي كاني).

٤- وهو الصحيح. (النائيني). * وهو الأقوى. (الإصطهباناتي). * وهو الصحيح، والفرق بينه وبين سائر الشروط الفاسده هو: أن اشتراط الخيار يرجع إلى تحديد الزوجية بما قبل الفسخ لا محاله، وهو ينافي قصد الزواج الدائم أو الموجل إلى أجل معلوم، وهذا بخلاف سائر الشروط الفاسده؛ فإنها بحسب الارتكاز العرفي لا ترجع في خصوص النكاح إلى جعل الخيار على تقدير التخلف، وإنما ترجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على وجود الشرط ففسادها لا يسري إلى العقد. (الخوئي). * لا- يُترك الاحتياط بتجديد العقد إذا أراد الإمساك، وإيقاع الطلاق إذا أراد الفراق. (زين الدين). * لا يخلو هذا القول من وجه، والاحتياط لا يُترك. (حسن القمي). * وهو الأظهر. (الروحاني).

قوله من قوّه (١)؛ إذ لا فرق (٢) بينه وبين سائر الشروط الفاسده فيه، مع أنّ المشهور على عدم كونها مفسده للعقد.

ودعوى كون هذا الشرط منافياً (٣) لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط

ص: ٤٤٩

١- لا- قوّه فيه. (الكوه كمرى). * يحتاج إلى التأمل. (البروجردى). * القوّه ممنوعه، والفرق بين شرط الخيار وغيره: أنّ شرط الخيار يرجع إلى تجديد الزوجيه، بخلاف الدوام المقصود فى الدائم، وخلاف ما عين فى المنقطع، بخلاف سائر الشروط. (عبدالله الشيرازى). * لولا- الإجماع على خلافه، كما ادّعاه الشيخ قدّس سرّه فى الخلاف. (الخلاف: ٣/١٦) (محمّد رضا الكلبيگانى).

٢- ويمكن إبداء الفرق بينه وبينها بأوّله إلى محدوديه الزوجيه إلى حين الفسخ، سواء كانت دائميّه أم موقّته، وهى تنافى نيه الدوام والتأجيل فى مقام الإنشاء. (المرعشى). * ودعوى أنّ الفرق هو رجوع اشتراط الخيار إلى تحديد الزوجيه بما قبل الفسخ لا محاله _ وهو ينافى قصد الزواج الدائم أو المؤجّل إلى أجل معلوم، بخلاف سائر الشروط الفاسده _ مدفوعه، بمنع رجوع اشتراط الخيار إلى ذلك؛ فإنّ حقيقه الفسختغاير مع الغايه والحدّ، بل هى رفع الأمر الثابت المستمرّ، كيف، وإلّا يلزم بطلان البيعومثله من سائر العقود إذا اشترط الخيار فيها؛ لرجوعه إلى التحديد المنافى لحقيقهالبيع ونحوه؟ فإنّ الدوام وإن لم يكن ملحوظاً فيها إلّا أنّ التحديد خصوصاً بالأمرالمجهول من حيث الوقت ينافيها قطعاً. (اللكراني).

٣- هذه الدعوى ذكرها صاحب الجواهر؛ (جواهر الكلام: ٣٠/١١٢ _ ١١٣) ويمكن توجيهها بأنّ شرط الخيار مرجعه إلى تحديد الزوجيه بما قبل الفسخ، وهذا ينافى قصد الدوام أو المؤجّل إلى أجل معلوم، وأمّا سائر الشروط فهى إنّما يكون مرجعها إلى تعليق الالتزام بترتيبآثار على وجودها، لا جعل الخيار على تقدير التخلّف، فتدبّر. (الروحانى).

الفاسده _ التي لا يقولون بكونها مفسده _ كما ترى. وأما اشتراط الخيار في المهر (١) فلا مانع منه (٢) ، ولكن لا بد من تعيين مدته (٣) . وإذا فسخ قبل انقضاء المدّة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع (٤) إلى مهر المثل.

هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر، وأما في المتعه _ حيث إنها لا تصحّ بلا مهر _ فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل (٥) .

ص: ٤٥٠

١- في عدم المنع إشكال، وعلى فرض القول بالجواز لا وجه لاشتراط تعيين المدّة. (تقى القمّي).

٢- كما هو المشهور، ولكن لا يخلو من كلام. (محمّد رضا الكلبايگانی).

٣- فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

٤- في شمول دليل الرجوع إلى مهر المثل للمقام إشكال. (تقى القمّي).

٥- فلا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادي). * وحكم مفسديتها، كما تقدّم منه. (آقاضياء). * إلا إذا عيّن المهر وجعل له الخيار في فسخ ذلك فلا يبعد الصحّ. (صدرالدينالصدر). * اشتراط الخيار في المهر له صورتان: فتارةً يشترط أنّ له الخيار أن يعين مهراً، أولاً يعين، وهذا يصحّ في الدوام، فإن عيّن لزم، وإلا فمهر المثل، وفي المتعه يبطل؛ لاتّفاقهم على أنّ المهر ركن فيه يبطل بدون ذكره، ولكن لو قيل بأنه يُراعى فإن عيّن صحّ وإلّا بطل لم يكن بعيداً. وأخرى أن يعين المهر ثوباً مثلاً ويشترط أنّ له الخيار أن يبدله بدراهم إلى سنه، وهذا لا مانع منه متعهً ودواماً. (كاشف الغطاء). * لأوله إلى اشتراط الخيار في العقد. (المرعشي). * إن رجع الخيار فيه إلى الخيار في أصل العقد، وإلا فلا إشكال فيه، ومن ذلك يُعلم حكم جعل الخيار في المدّة أيضاً. (السبزواري). * لا يترك الاحتياط السابق؛ لأنه من الخيار في نفس العقد. نعم، لو عيّن مهراً في المتعه وشرط أنّ له الخيار في أن يبدله في مدّة فالظاهر الصحّ. (زين الدين). * إن كان الخيار في أصل المهر، وإن كان الخيار في المهر كماً أو كيفاً فينبغي عدم الإشكال فيه، والاحتياط سبيل النجاه. (محمّد الشيرازي).

الثانيه : إذا ادعى رجل زوجته امرأه فصدّقه، أو ادعت امرأة زوجها رجل فصدّقتها حكم لهما(١) بذلك في ظاهر الشرع، ويرتّب جميع آثار الزوجيه بينهما؛ لأنّ الحق لا يعدوهما، ولقاعده الإقرار(٢). وإذا مات أحدهما ورثه الآخر(٣). ولا فرق في ذلك بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين.

وأما إذا ادعى أحدهما الزوجيه وأنكر الآخر فتجرى عليهما قواعد الدعوى، فإن كان للمدعى بيّنه، وإلّا فيحلف(٤) المنكر،

ص: ٤٥١

١- مع الاحتمال. (الخميني).

٢- وفي كفايه قاعده الإقرار في أمثال المقام نظر؛ إذ ليس شأنها إلّا ترتيب ما كان ضرراً على المقرّ، لا مطلقاً. (آقاضياء).

٣- في كفايه هذه القاعده لترتيب جميع أحكام الزوجيه منها وراثه المقرّ من المدّعينظر. (عبدالله الشيرازي).

٤- إن كان مُنكراً بئناً، وإن كان يُظهر الشكّ فالظاهر عدم السماع إلّا بالبيّنه؛ لعدم جواز الحلف مع الشكّ، ولا الردّ، من غير فرق بين كون المدّعى عليها الزوج أو الزوجه، ولعلّ هذه الصوره هي المراد من عباره القواعد؛ حيث قال: «لو ادعى رجل زوجته امرأه لم تسمع إلّا بالبيّنه، سواء كانت معقوداً عليها أملا» (قواعد الأحكام ٣/١١). (محمّد رضا الكلبيگانى).

١- بل يجب عليه ترتيب آثار الواقع مهما تيسّر. (الفانى). * بقدر اضطراره من المحرّمات والواجبات فى نظره وما لا مندوحه عنه، حيث كان إنكاره عن بتّ وجزم. (المرعشى). * يعنى آثارها المحلّله، مثل الإنفاق على الزوجه، وترك الخروج بدون إذن الزوج، وأتمّيا المحرّمه مثل الوطء فيجب على المحكوم عليه العالم بالخلاف طلاق المرأهفى الظاهر؛ لئلا يُجبر على وطء المحرّم باعتقاده، ويجب على المحكوم عليها إرضاء الزوج بالطلاق، أو ترك الوطء ولو ببذل المال، وعلى فرض عدم التمكن من التخلّص لكلّ منهما فليقتصر على المقدار المضطرّ إليه. (محمّد رضا الكلبيگانى). * يعنى الآثار المحلّله، كالإنفاق، وعدم الخروج إلّا بإذن الزوج. (زين الدين). * بالمقدار المضطرّ إليه مع العلم ببطان الدعوى، كما هو المفروض؛ فإنّه لو كان المنكر هى الزوجه فالواجب عليها أوّلاً التخلّص منه بإرضائه بالطلاق، أو ترك الوطء من أى طريق أمكن ولو ببذل المال، ومع عدم الإمكان يقتصر على مقدار لا يمكن التخلّص منه. ولو كان المنكر هو الزوج فاللازم عليه أوّلاً الطلاق، ولو بأنيقول: «إن كانت هذه زوجتى فهى طالق»، أو تجديد النكاح لو أمكن. (اللكراني).

٢- بالمقدار الذى يُجبر عليه، ولا مندوحه له عنه من الآثار المحرّمه إن كان إنكاره، وفيه: «لو ادعى رجل زوجيه امرأه لم يُلتفت إليه، سواء عقد عليها غيرها أو لا». عن علم منه بالعدم. نعم، إن كان مبيّناً على الأصل فالظاهر أنّ الحكم حجّه عليه فيالظاهر، فله وعليه ترتيب آثارها مطلقاً. (البروجردى). * إن لم تكن من الآثار المحرّمه باعتقاده، وإلّا فبالمقدار الذى هو مجبور عليه، ولا يمكنه المخالفه. (الجنوردى). * بمقدار لا يمكن التخلّص عنه لو كان عالماً بخلاف مدعى الزوجيه، وإن كان المنكر هو الزوج يجب عليه الطلاق فى الظاهر، أو تجديد النكاح مع الإمكان. (الخمينى).

منهما (١) العمل على الواقع بينه وبين الله (٢).

وإذا حلف المنكر حُكِمَ بعدم الزوجية بينهما، لكن المدعى مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه، فليس له _ إن كان هو الرجل _ تزويج الخامسة، ولا أم المنكره، ولا بنتها مع الدخول بها، ولا بنت أخيها أو أختها إلّا برضاها، ويجب (٣) عليه إيصال المهر (٤) إليها (٥)، نعم، لا يجب عليه نفقتها؛

لنشوزها بالإنكار (٦).

ص: ٤٥٣

- ١- الظاهر أنه ليس له ذلك، ولا على واحدٍ منهما. (حسن القمى).
- ٢- فلا يطاق إذا لم تكن زوجته واقعاً، ولا تُمكنه هي من الوطاء، وهكذا، ولا تمتنع عنه إذا كانت زوجته واقعاً. (زين الدين).
- ٣- الوجوب يختص بصوره العلم بكونها زوجة له، وأما إقراره باستحقاق الزوجها المهر فهو معارض بإقرار المرأه بعدم استحقاقها، فلا أثر لإقرار الزوج. (تقى القمى).
- ٤- كما أن عليه الإيصال إليها بأي طريق، وعليها عدم الأخذ. (المرعشى).
- ٥- ولا يجوز لها أخذه، فلو كان الزوج عالماً بالواقعه يجب عليه إيصال المهر بنحو إليها. (الخميني).
- ٦- على إشكالٍ في كون هذا النشوز موجباً لسقوط النفقه. (السبزواري). * إذا عملت وفق إنكارها وكانت غير معذوره فيه. (زين الدين). * مجرد الإنكار ليس نشوزاً؛ فإنه تمرّد على الزوج، والامتناع من أداء حقوقه الواجبه، فإن لم تمتنع منها فليست ناشزه، فإن امتنعت بغير عذرٍ شرعيّ فهي ناشزه، وإن امتنعت لعذرٍ شرعيّ ففيه نظر. (حسن القمى).

وإن كانت هي المدّعيه لا يجوز لها التزويج بغيره إلا إذا طلقها(١)، ولو بأن يقول: هي طالق إن كانت زوجتي.

ولا يجوز(٢) لها(٣) السفر من دون(٤) إذنه(٥)، وكذا كل ما يتوقف(٦) على إذنه.

الإقرار بعد الإنكار ورجوع المدّعي عن دعواه

ولو رجع المنكر إلى الإقرار هل يُسمع منه ويُحكّم بالزوجيه بينهما؟ فيه قولان: والأقوى السماع(٧) إذا أظهر عذراً

ص: ٤٥٤

- ١- وأما إذا امتنع عن الطلاق فللحاكم الشرعي أن يطلقها. (الخوئي).
- ٢- فيه إشكال، وكذا في غير السفر مما يتوقف على إذنه. (اللكراني).
- ٣- عندي في المسأله إشكال. (الفيروزآبادي).
- ٤- في هذا الحكم وفيها بعده إشكال. (حسن القمي).
- ٥- فيه وفي ما بعده إشكال. (الخوئي). * لا يبعد انصراف الأدله عن منكر الزوجيه، بل لا يبعد أن إنكاره لزوجيتها إسقاط لحقه، من وجوب استئذانه في السفر ونحوه. (زين الدين). * على الأحوط فيه وفي ما بعده. (محمد الشيرازي).
- ٦- في حرمه ما يتوقف على إذنه بدونه إشكال؛ لانصراف الأدله عن منكر الزوجيه عمداً، بل يمكن أن يكون إنكاره بمنزله إسقاط حقه أو إذنه. نعم، لو اشتبه عليها الأمر فعلى المرأه المراعه لحقه الواقعي. (محمد رضا الكليبايگاني).
- ٧- في سماع إقراره على نفسه بلوازم إنكاره نظر جداً. (آقاضياء). * في غير الحقوق التي تكون عليه محلّ إشكال، وفيها اعتبار إظهار العذر، وعدم كونه متهماً محلّ نظر، وكذلك في رجوع المدّعي عن دعواه. (حسن القمي). * الذي يختلج بالبال في هذه العجالة أن يفصل بين الموارد بأن يقال: يسمع قوله بالنسبه إلى ما يكون عليه، وأمّا بالنسبه إلى ما يكون له فهو مجرد ادعاء بعد الإنكار، ويحتاج إلى الإثبات، بلا فرق في ما ذكر بين إظهار العذر وعدمه، وبلا فرقيين كون الرجوع قبل إقامه البيّنه أو بعدها. (تقى القمي). * هذا بالإضافة إلى الحقوق التي تكون على المدّعي، وأمّا بالنسبه إلى الحقوق التي ادّعى عليه فالظاهر أنه لا يعتبر في السماع شيء من القيدين، وكذا الحال فيما إذا رجع المدّعي عن دعواه وكذب نفسه، من غير فرق بين الرجوع قبل إقامه البيّنه أو بعدها. (الروحاني). * بل ومع عدم الشرطين، خصوصاً إذا كان قبل الحلف، ولا فرق في ذلك بين الحقوق التي ادّعى عليه، وبين الحقوق التي ادّعاها على المدّعي برجوعه عن الإنكار بعد إقراره على نفسه، وعدم تجاوز الحقّ عنهما. (اللكراني).

- ١- هذا بالإضافة إلى الحقوق التي ادَّعيت عليه، والظاهر أنه لا- يعتبر في سماعه حينئذٍ أن يُظهر عذراً للإنكاره؛ وأن لا- يكون متَّهماً، وأمّا بالإضافة إلى حقوقه على المدعى ففي سماعه إشكال، وكذلك الحال فيما إذا رجع المدعى عن دعواه وكذب نفسه، بلا فرق بين الرجوع قبل إقامه البينة والرجوع بعدها. (الخوئي).
- ٢- بل مطلقاً يُسمع إقراره، حتّى مع عدم إظهار عذر، أو مع كونه متَّهماً. (محمد الشيرازي).
- ٣- لو حلف منكر النكاح على نفيه ثم كذب نفسه فيشكل سماعه؛ لقوّه احتمال أن يكون حلفه فاسخاً تعديداً للزوجيه، ولو حلف المدعى يمين الردّ ثم رجع عندعواه، أو كذب نفسه فالظاهر بطلان يمينه وسقوط دعواه. (النائيني). * لو حلف منكر النكاح على نفيه ثم كذب نفسه يشكل سماعه؛ لقوّه احتمال أن يكون حلفه فاسخاً تعديداً للزوجيه، ولو حلف المدعى يمين الردّ ثم رجع عندعواه، وكذب نفسه فالظاهر بطلان يمينه وسقوط دعواه. (جمال الدين الكلبيگاني). * بعد الحلف يشكل سماعه؛ لأنه يحتمل قوياً كون حلفه فاسخاً تعديداً للزوجيه. (الإصطهباناتي). * في السماع بعد الحلف مطلقاً وفي حقوقه على المدعى عليه ولو قبل الحلف إشكال، وكذا الحال بالنسبه إلى المدعى إذا رجع عن دعواه، ويحتمل عدم الفرقبين قيام البينه وعدمه. (عبدالله الشيرازي). * إذ كونه فسخاً تعديداً للزوجيه غير معلوم. (المرعشي). * بناءً على عدم كون الحلف فسخاً، كما احتمله بعض. (محمد رضا الكلبيگاني).

رجع عن دعواه وكذب نفسه، نعم، يشكل (١) السماع (٢) منه إذا كان ذلك بعد إقامة البينة (٣) منه (٤) على دعواه، إلما إذا كذبت البينة

ص: ٤٥٦

- ١- الظاهر عدم الإشكال في سقوط النزاع ، وانتفاء موضوع الحكم برجوع المدّعين الدعوى ، سواء كان قبل الحكم أم بعده كذبت البينة نفسها، أو لا. (محمّد رضا الكلبيكاني). * الظاهر أنّه لا إشكال في هذه الصورة أيضاً. (اللكراني).
- ٢- لولا- معارضته بإقراره السابق كان إقراره مقدّمًا على البينة ؛ لعموم أصدقيتها للإنسان على نفسه على ما هو مضمون النصّ. (آقاضياء).
- ٣- لو كذب المشهود له بينته فلا إشكال في سقوطها، بلا حاجة إلى أن تكذب هيأيضاً نفسها، من دون فرقٍ بين أن يكون قبل حكم الحاكم بها أو بعده، ويسقط الحكم أيضاً بذلك. (جمال الدين الكلبيكاني).
- ٤- لو كذب المشهود له بينته فلا إشكال في سقوطها، فلا حاجة إلى أن تكذب هيأيضاً نفسها، من دون فرقٍ بين أن يكون قبل حكم الحاكم بها أو بعده ، ويسقط أيضاً بذلك الحكم. (النائني).

من تزوج امرأة ادعى غيره سبق زوجيتها

الثالثة : إذا تزوج امرأة تدعى خلوها من الزوج، فادعى زوجيتها رجل آخر لم تسمع دعواه(٢) إلّا(٣) بالبينة(٤)، نعم،

ص: ٤٥٧

١- بل وإن لم تكذب البينة نفسها، وكذب المدعى نفسه ورجع عن دعواه يسمع إقراره، وتبطل دعواه بالنسبة إلى ما عليه. (البحنوردى).

٢- يعنى لم تسمع بحيث كانت حجة على الزوج والزوجه، فلا- ينافى قوله بعد ذلك: «نعم، ... إلى آخره»، لكن ظاهر النص وفتوى الأكثر على ما قيل عدم السماع مطلقاً إلّا بالبينة، فلا محل لتوجه اليمين على أحدهما. (محمد رضا الكلبايگانى). * بحيث كانت موجبة للحكم ببطان الزوجية الفعلية وعدم صحتها. (النكرانى).

٣- ما ذكره أولاً- من أن هذه الدعوى لا- تسمع إلّا بالبينة هو الصحيح، ومع عدمها فلا موقع لتوجه اليمين، لا إلى الزوج ولا الزوجه، ويسقط جميع ما فرعه على ذلك. (جمال الدين الكلبايگانى).

٤- ما ذكره أولاً- من أن هذه الدعوى لا- تسمع إلّا بالبينة هو الصحيح، ومع عدمها فلا موقع لتوجه اليمين، لا إلى الزوج ولا الزوجه، ويسقط جميع ما فرعه على ذلك. (النائنى). * والظاهر أنه حينئذ ليس له إحلاف الزوج ولا الزوجه، أمّا الزوج فيكفى له عدمعلمه بالحال، وأمّا الزوجه فلائذ اعترافها بالزوجية لا أثر له حتى يكون لحلفها أثر، وبذلك يظهر الحال فى بقية المسألة. (الخونى) (وفى نسخة أخرى وردت حاشية له قدس سره هكذا: «والظاهر أنه حينئذ ليس له إحلاف الزوج ولا الزوجه، نعم، إذا كان المدعى ثقة فالأحوط للزوج أن يطلقها»). * إذا أقام البينة تسمع دعواه، وإلّا فإن كان ثقة فالأحوط أن يطلقها الزوج، وإن لم يكن ثقة لا تسمع دعواه، وليس له حينئذ إحلاف الزوج ولا الزوجه، وبذلك يظهر الحال فى بقية المسألة. (الروحانى).

له (١) مع عدمها (٢) على كل منهما (٣) اليمين (٤) ، فإن وجه الدعوى على المرأة فأنكرت وحلفت سقطت دعواه عليها.

وإن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لا- يكون حلفه حجّة على الزوج (٥) ، وتبقى على زوجيه الزوج مع عدمها، سواء كان عالماً بكذب

ص: ٤٥٨

١- مقتضى مكاتبه ابن سعيد (الوسائل: الباب (٢٣) من أبواب عقد النكاح، ح ٣). بقاء الزوجيه بحالها، إلما أن تقوم البيئه على الدعوى، فلا مجال للترافع إلما مع وجود البيئه، ومما ذكر يظهر أنّ الفروع المذكوره فى المتنلا موضوع لها. (تقى القمى).

٢- أى عدم البيئه. (النكرانى).

٣- على فرض صدق المنكر البتّى (أى القطعى). عليهما. (المرعشى). * الظاهر أنه ليس له ذلك، ولا على واحدٍ منهما. (محمد الشيرازى).

٤- إن كان الزوج أيضاً منكرًا لدعواه على البتّى (أى على القطع). (البروجردى). * وإنما تكون له اليمين على الزوج إذا كان منكرًا لدعواه على سبيل القطع، أمّا إذا قال: «لا أعلم» وإنما تزوّجتها اعتماداً على أخبارها بأنّها خليه فالظاهر عدم اليمين عليه. (زين الدين).

٥- ولا- ميزاناً للفصل بينه وبين المدعى حتّى يحكم الحاكم له على الزوج بسببه، وهذا فيما إذا كان الزوج منكرًا لدعواه على البتّى، وأمّا إذا قال: «أنا لا أعلم»، وإنما تزوّجتها بإخبارها فالظاهر أنّ الحاكم يلزمه الحكم بيمين المدعى إذا ردها (كذا فى الأصل، والظاهر زياده الضمير (ها)). الزوجه عليه، ويكون حكمه حجّة على الزوج أيضاً، ولا يبقبعده نزاع بينهما. (البروجردى). * فى صورته الإنكار البتّى. (المرعشى).

المدعى، أم لا، وإن أخبر ثقته (١) واحد (٢) بصدق المدعى، وإن كان الأحوط (٣) حينئذٍ طلاقها، فيبقى النزاع (٤) بينه وبين الزوج، فإن حلف سقطت (٥) دعواه

ص: ٤٥٩

١- قد تقدّم مراراً في هذه التعليقه عدم ثبوت حجّيه خبره في غير صوره الاطمئنان. (المرعشى).
٢- إن كان الثقه هو المدعى للزوجيه فالأحوط إن لم يكن أقوى قبول قوله، فالأحوط للزوج طلاقها، ولا يُترك. (حسن القمى).
٣- ينبغي رعايته لروايه سماعه (الوسائل: الباب (٢٣) من أبواب عقد النكاح، ح ٢). (المرعشى). * الظاهر أنّ منشأ الاحتياط في هذه الصوره وجود روايه دالّه على تصديق الثقه، لكنّ المفروض فيها ما إذا كان المدعى ثقّه، لا ما إذا أخبر ثقه بصدق المدعى. (اللكراني).

٤- تفريع على قوله: «وتبقى على زوجيه الزوج» قوله: «بينه وبين الزوج»، أى بين المدعى. (الفيروز آبادى).
٥- الظاهر أنّ حلف الزوج إنّما هو على عدم العلم، لا على نفي الواقع، كما فى حلف الزوجه، وإن كان ظاهر النصّ، والأكثر _ على ما قيل _ عدم ثبوت هذا الحقللمدعى هنا مطلقاً. (اللكراني).

بالنسبه إليه أيضاً.

وإن نكل (١) أو ردّ اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجيه إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجه (٢) بعد الردّ عليه، وإن كان قبل تماميه الدعوى مع الزوجه (٣) فيبقى النزاع بينه وبينها، كما إذا وجه الدعوى أولاً عليه.

والحاصل: أنّ هنا دعوى على كل من الزوج والزوجه، فمع عدم البيّنه إن حلفا سقطت دعواه عليهما، وإن نكلا (٤) أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدّعا.

وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه، فإذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقطت بالنسبه إليه، والزوجه لم تحلف بل ردّت اليمين على المدّعى، أو نكلت وردّ الحاكم عليه فحلف وإن كان لا يتسلّط عليها لمكان حقّ الزوج إلّا أنّه لو طلقها أو مات عنها ردّت إليه، سواء قلنا: إنّ اليمين المردوده بمنزله الإقرار (٥)، أم بمنزله البيّنه (٦)، أم قسم ثالث (٧).

ص: ٤٦٠

- ١- الظاهر عدم ثبوت الحقّ بمجرد النكول، بل يردّ الحاكم الحلف على المدّعى، فإنحلف يثبت الحقّ، والمسأله سيّاله. (الخميني). * مع ردّ القاضى اليمين عليه. (المرعشى).
- ٢- [٢] كذا فى المخطوطه، وفى نسخه أُخرى: (الزوجيه).
- ٣- [٣] كذا فى المخطوطه، وفى نسخه أُخرى: (الزوجيه).
- ٤- مرّ الكلام فيه. (الخميني).
- ٥- كى يثبت الحقّ على المنكر وحده. (المرعشى).
- ٦- كى يثبت الحقّ بجميع آثاره. (المرعشى).
- ٧- كى يتبعّض فى لوازم الحقّ الثابت به. (المرعشى).

نعم، في استحقاقها النفقه والمهر المسمى على الزوج إشكال (١)،

خصوصاً (٢) إن قلنا: إنه بمنزله الإقرار أو البيّنه.

هذا كلّه إذا كانت منكراً لدعوى المدعى. وأما إذا صدّفته وأقرت بزوجيته فلا تُسمع بالنسبه إلى حقّ الزوج، ولكنّها مأخوذة بإقرارها، فلا تستحقّ (٣) النفقه على الزوج، ولا المهر المسمى، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها؛ لأنّها بغيّته بمقتضى إقرارها، إلّا أن تُظهر عذراً في ذلك، وتردّ على المدعى بعد موت الزوج، أو طلاقه، إلى غير ذلك.

تزوج من ادعى زوجيتها رجل مع إنكارها

الرابعه : إذا ادعى رجل زوجته امرأه وأنكرت، فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الأول، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أو لا إلّا بعد فراغها من المدعى؟ وجهان: من أنّها قبل ثبوت دعوى المدعى خليته ومسّطه على نفسها، ومن تعلق (٤) حقّ المدعى (٥) بها (٦)، وكونها في معرض

ص: ٤٦١

١- وجوبها عليه لا يخلو من وجه، فلا يُترك الاحتياط بإيصالهما إليها بأيّ طريق، أو الاسترضاء والاستبراء. (المرعشى).

٢- ولكن يجب على الزوج بمقتضى إقراره دسه في مالها. (آقاضياء).

٣- لكن يجب على الزوج دفعهما؛ لأنها بحكم الشرع زوجته. (تقى القمي).

٤- غير خفيّ أنّ صرف المعرضيّة قبل الحكم والإثبات غير مانع عن أعمال سلطنهنفسها، ولا- هو موجب للتفويت المحرّم. (المرعشى).

٥- لا دليل شرعاً على مانعيه حقّ الدعوى عن إنشاء الزوجية. (الفاني). * مجرد دعوى المدعى لا يثبت له حقاً حتّى يحرم تفويته. (زين الدين).

٦- الظاهر أنّ حقّ المدعى ليس إلّا أنّ له أن يدعى، لكن قبل الإثبات وحكم الحاكم لا يمنع المدعى عليه من التصرفات، ولا يثبت بمجرد الدعوى حقّ حتّى يحكم بحرمه تفويته. (محمّد رضا الكليبايگاني).

ثبوت زوجيتها للمدعى، مع أن ذلك تفويت حق المدعى إذا ردت الحلف عليه وحلف، فإنه ليس حجة على غيرها وهو الزوج.

ويحتمل التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى _ فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذ _ وبين غير هذه الصورة. والأظهر الوجه (1) الأول (2)، وحينئذ فإن أقام المدعى بينه وحكم له بها كشف عن فساد العقد (3) عليها.

وإن لم يكن له بينه وحلفت (4) بقيت على

ص: ٤٤٢

١- بل الثانى؛ إذ مقتضى ما تقدم من عدم توجه الحلف على الزوجه هو كون التزويج من الغير تفويتاً لهذا الحق الثابت للمدعى بنفس الدعوى، فلا يجوز. (جمال الدين الكلبايگانى).

٢- بل الثانى؛ إذ مقتضى ما تقدم من عدم توجه الحلف على الزوجه هو كون التزويج من الغير تفويتاً لهذا الحق الثابت للمدعى بنفس الدعوى، فلا يجوز. (النائينى). * لا- يُترك الاحتياط. (الكوه كمرى). * ولكن الأقوى هو الثانى، إلا إذا استوجب ضرراً عليها فتتزوج، وإذا ثبت دعوى مدعى الزوجيه السابقه ظهر بطلان عقد الثانى. (كاشف الغطاء). * لعدم تعلق الحق بمجرد الدعوى قبل ثبوتها، وعدم كون التزويج موجباً للتفويت فيما إذا حلف بعد الرد عليه؛ لعدم ثبوت الحق حاله. (اللكرانى).

٣- إذ البينه طريق إلى الملزوم واللوازم. (المرعشى).

٤- الظاهر عدم سماع الدعوى، وكذلك الحكم فى نظائرها. (محمد رضا الكلبايگانى). * قد تقدم أن الطريق الوحيد للمدعى إقامه البينه، ومع عدمها لا- مجال للترافع، فلا تصل النوبه إلى الحلف أو رده. (تقى القمى). * يمكن أن يقال بعدم ثبوت حق الحلف للمدعى فى مثل هذه الموارد، وعدم سماع دعواه إلا مع البينه، كما أشرنا إليه فى المسأله المتقدمه. (اللكرانى).

زوجيتها(١). وإن ردت اليمين على المدعى وحلف فيه وجهان: من كشف

كونها زوجة للمدعى فيبطل العقد عليها، ومن أن اليمين مردوده لا يكون مسقطاً لحق الغير وهو الزوج، وهذا هو الأوجه(٢)، فيشمر فيما إذا طلقها

ص: ٤٦٣

١- تقدم أن الحلف لا يتوجه على الزوجه بعد التزويج، كما هو المفروض هنا؛ حيثلا موضوع لحلفها؛ فإن موضوعه إنما هو فيما إذا كان لاعترافها أثر، ولا- أثر له فيالمقام، وبذلك يظهر حال اليمين المردوده(وفى نسخه أخرى منه قدس سره هكذا: «فيه إشكال، ولا- يبعد أن يكون الوجه الأول أوجه؛ فإن اليمين المردوده فى مفروض المسأله تثبت الدعوى السابقه على العقد».) (الخوئي).

٢- بل الأوجه هو الأول؛ فإنه إنما يحلف اليمين المردوده لإثبات ما كان ادعاه عليهاحينما كانت خليه من هذا الزوج، ولم يكن لدعواه توجه إليه أصلاً. (البروجردى). * لا يترك الاحتياط فى هذه المسأله وسابقتها. (عبدالهادهى الشيرازى). * بل الأوجه هو الأول؛ لأن اليمين المردوده بمنزله البيئه على الزوجيه السابقهعلى العقد، فيكشف عن بطلان العقد، ووقوعه على زوجة الغير إثباتاً. (البجنوردى). * بل لا- يبعد كون الأوجه هو الأول؛ فإنه إنما يحلف اليمين المردوده لإثبات ما كانادعاه عليها حين ما كانت خليه من هذا الزوج، ولم يكن لدعواه توجه إليه أصلاً. (عبدالله الشيرازى). * فيه إشكال. (زين الدين، اللنكرانى). * فيه تأميل. (محمّد الشيرازى). * بما أن الدعوى فى هذه المسأله سابقه على العقد فتفرق عن المسأله السابقهوعن مورد النصّ، فيتوجه اليمين على المرأة، ومع الردّ يتوجه على المدعى، وبعديمينه تثبت زوجيته، ومعه يمكن الحكم بانتفاء زوجيه الآخر؛ لأنه من أحكامها، ولكن لا يترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمى). * لا يبعد كون الوجه الأول أظهر؛ من جهة أن اليمين المردوده تثبت الدعوى حينما كانت خليه من الزوج، ولم يكن لدعواه توجه إليه أصلاً. (الروحانى).

الزوج أو مات عنها فإنها حينئذ تردّ على المدعى. والمسأله سياله تجرى فى دعوى الأملاك وغيرها (١). أيضاً، والله العالم.

من أنكرت دعوى زوجيتها من رجل وادّعت زوجيته من أختها أو أمها أو بنتها

الخامسه : إذا ادعى رجل زوجيه امرأه، فأنكرت وادّعت زوجيه امرأه أخرى لا يصحّ شرعاً (٢). زوجيتها لذلك الرجل مع الامرأه الأولى، كما إذا كانت أخت الأولى أو أمها أو بنتها، فهناك دعويان :

إحداها: من الرجل على الامرأه.

والثانيه: من الامرأه الأخرى على ذلك الرجل.

وحينئذ: فإما أن لا يكون هناك بينه لواحدٍ من المدّعين، أو يكون لأحدهما دون الآخر، أو لكليهما.

فعلى الأوّل (٣) يتوجه اليمين على المنكر فى كلتا الدعويين، فإن حلفا سقطت الدعويان (٤). وكذا إن نكلا (٥) وحلفت كلّ من

ص: ٤٦٤

١- ولا تُسمَع الدعوى فى شيءٍ ممّا يكون من هذا القبيل إلّا بالبينه. (النائنى، جمال الدين الكلباىگانى).

٢- الجمله صفه لقوله: امرأه أخرى. (الفيروز آبادى).

٣- لتقديم قولها بيمينها على فرض الدخول، ولتقديم يمينه على فرض عدمه وجه، فلا يُترك الاحتياط. (المرعشى).

٤- بمقتضى الحلفين. (محمّد رضا الكلباىگانى).

٥- لكنّ سقوط الدعويين فى الأوّل يكون للعمل بكلا الحلفين، وفى الثانى لسقوطهما عن الاعتبار بالتعارض. (البروجردى). *

ولكنّ سقوط الدعويين فى صوره النكول للتعارض والتساقط. (الشريعتمدارى). * أى سقطت الدعويان، لكن لتعارض الحلفين.

(محمّد رضا الكلباىگانى). * لكنّ السقوط فى هذه الصوره إنّما هو لأجل عدم إمكان الثبوت؛ للتعارض الموجب للتساقط.

(اللكرانى).

المدّعيين (١) اليمين المردوده (٢). وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدّعيه اليمين المردوده سقطت دعوى الأوّل وثبت مدّعي (٣) الثاني.

وعلى الثاني _ وهو ما إذا كان لأحدهما بيّنه (٤) _ ثبت مدّعي من له البيّنه، وهل تسقط دعوى الآخر، أو تجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو ردّه؟

ص: ٤٦٥

١- لكنّ سقوط الدعويين في هذه الصورة بواسطه تعارضهما؛ إذ لا يمكن ثبوت كليهما؛ لعدم جواز الجمع، كما هو المفروض، وثبوت أحدهما ترجيح بلا مرجح، فلا بدّ من سقوط كليهما. (البجنوردى).

٢- بناءً على الاكتفاء بلوازم اليمين على إثبات مدّعه في وظيفه المنكر في مقام إسقاط دعوى الغير عنه، وإلّا فيتساقطان، فتبقى الدعوى بلا ميزان، فينتظر إلى زمان وجود البيّنه، ولا معنى حينئذٍ لسقوط الدعويين، اللهمّ إلّا أن يحمل السقوط على السكوت، وعدم الحكم بواحدٍ من الدعويين إلى زمان التمكن من الميزان للفصل، وهو بعيد عن سؤق العبارة، فراجع. (آقاضياء). * سقوط السدّعيين في الفرض الأوّل للعمل بحلف كلٍّ من المنكرين، وسقوطهما في الفرض الثاني لتعارض اليمين المردوده من المدّعيين. (زين الدين).

٣- الإطلاق لا يخلو من إشكال. (المرعشى).

٤- ولو كان ذلك المنكر منهما؛ بناءً على قبول بيّنته، وكونها بدلاً عن يمينه. (المرعشى).

قد يُدعى القطع بالثاني(1)؛ لأنّ كلّ دعوى لا بدّ فيها من البيّنه أو الحلف.

ولكن لا يبعد(2) تقوية الوجه الأوّل(3)؛ لأنّ البيّنه حجّجه شرعيّه(4)، وإذا ثبت بها زوجيّه إحدى الامرأتين لا يمكن معه زوجيّه الأخرى؛ لأنّ المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرأتين، فلانزم(5) ثبوت زوجيّه إحداهما بالأماره الشرعيّه عدم زوجيّه الأخرى(6).

ص: ٤٦٦

- ١- وهو أقرب. (محمّد الشيرازي).
- ٢- الأقرب هو الوجه الأوّل. (الخميني). * فيه إشكال. (السبزواري). * محلّ نظر، بل منع. (اللكراني).
- ٣- هذا يتمّ بناءً على قبول بيّنه المنكر بدلاً عن يمينه، وكان مستند البيّنه العلم، لا وقوع العقد، وكون الظاهر وقوعه صحيحاً، وإلّا ففيه نظر وإشكال. (حسن القمّي).
- ٤- حجّجه البيّنه في لوازم مدلولها في مقام العمل لا تستلزم كونها ميزاناً لفصل الخصومه الواقعه في اللوازم، مع كون من له البيّنه مدّعيّ عليه في تلك الخصومه. (البروجردى). * حجّجه البيّنه في اللوازم في غير مقام القضاء لا يوجب أن يكون كذلك في مقام القضاء إذا كان هناك دعوياّن أحدهما في الملزوم، والآخر في اللازم، والمدّعيّ في أحدهما غير المدّعيّ في الآخر. (الشريعتمداري). * إثبات تمام اللوازم بها حتّى في صوره كونها مورد النزاع غير صافٍ عن شوب الإشكال. (المرعشى). * لا تكفى البيّنه لإثبات الدعوى الثانيه، فلا بدّ فيها من فصلٍ جديد؛ فإنّ حجّجها البيّنه في اللوازم في مقام العمل لا تلازم حجّجتها في فصل الخصومات. (زين الدين).
- ٥- الإطلاق مبنيّ على المبني المتقدّم. (المرعشى).
- ٦- مجرّد استلزام البيّنه عدم زوجيّه الأخرى لا يقتضى فصل الخصومه فيها، بليحتاج إلى فصلٍ آخر جديد ولو يمين المنكر فيها، اللهم [إلّا] (أضفناها لاقتضاء السياق). أن يقال: إنّ سلطنها المدّعيّ في الأخرى على دعواه إنّما هو في ظرف إمكان إثباته واستنقاذ حقّه، وهو في ظرف الفصل في الأولى غير ممكن، فتأمّل. (آقاضياء).

وعلى الثالث (١): فإما أن تكون البيّتان مطلقتين (٢)، أو مورّختين (٣)، متقارنتين، أو تاريخ إحداهما أسبق (٤) من الأخرى (٥).

فعلى الأولين تتساقطان، ويكون كما لو لم يكن بينه أصلاً.

وعلى الثالث ترجح الأسبق (٦) إذا كانت تشهد بالزوجيه من ذلك التاريخ

ص: ٤٦٧

١- العدى يختلج بالبال فى هذه العجاله أنّ التعارض: إمّا يتحقّق فيما لا مزيه لإحدى البيّتين على الأخرى، وإمّا إذا كان مستند إحداهما العلم الوجدانى، ومستند الأخرى بالظاهر أو الأصل، تقدّم ما يكون مستنداً إلى العلم، كما أنّ المستند إلى الظاهر يُقدّم على المستند إلى الأصل. هذا فيما لا يمكن الجمع بين الأمرين. وأمّا فيما يمكن فيؤخذ بكلا الدليلين، كما لو أخبر أحدهما على الزوجيه السابقه والآخر على اللاحقه فيؤخذ بكليهما، إلّا فيما لا يمكن، كما لو كانت زوجيه البنت مقدّمه على زوجيه الأم، ويلحق بها ما لو كانت زوجيه الأم مقدّمه بشرط تحقّق الدخول. (تقى القمى).

٢- مع الدخول وبدونه فى هذه الصوره وفى ما تليها من الصور. (المرعى).

٣- أو إحداهما مورّخه، والأخرى مطلقه بوقوع الأول. (المرعى).

٤- بناءً على مرجّحيه الأسبقيه من الروايه الآتيه مطلقاً، وإلّا فى إطلاقه تأمل، كما لا يخفى. (آقاضياء).

٥- أو تكون إحداهما مؤرّخه، والأخرى مطلقه. (اللكراني).

٦- هذا إذا شهدت المتقدمه بوقوع العقد السابق وبقائه إلى زمانٍ تشهد المتأخره بوقوع العقد الثانى فيه، فإنّ مقتضى العمل بكلتا البيّتين بطلان العقد الثانى، وأمّا إذا شهدت البيّتان على زوجيتهما الفعليه فالظاهر تعارض البيّتين. (محمّد رضا الكلبايگانى). *
إن كان مستند بيّنه اللاحق العلم ومستند بيّنه الأسبق الاستصحاب فتقدّم بيّنه اللاحق، كما أنّه إن كان مستندهما جميعاً هو العلم فالظاهر أنّهما يتعارضان، فلا بدّ من ملاحظه المستند فى البيّنه، وكذا فى ما بعده. (حسن القمى).

إلى زمان الثانية(1)، وإن لم تشهد بقائها إلى زمان الثانية فكذلك إذا كانت

الامراتان الأمّ والبنت مع تقدّم تاريخ البنت، بخلاف الأختين والأمّ والبنت مع تقدّم تاريخ الأمّ؛ لإمكان صحّح العقدین بأن طلق الأولى وعقد على الثانية فى الأختین، وطلق الأمّ مع عدم الدخول بها، وحينئذٍ فى ترجیح الثانية أو التساقط وجهان(2).

ص: ٤٦٨

١- وتشهد الثانية بنفس وقوع العقد الظاهر فى كونه صحيحاً، وأما إذا شهدت أيضاً بالزوجه الفعلية فالظاهر وقوع التعارض وإن كانت الأولى أسبق، وهنا فروض أخر من جهة اختلاف مستند البيئتين يختلف فيها الحكم. (اللكراني).

٢- فيه تفصيل. (الخميني). * تارة يفرض شهادة البيئتين على العقد، وأخرى يفرض شهادتهما على الزوجية، فعلى الأول لا تنافى بينهما إلا فى الأمّ والبنت، وكان تاريخ عقد البنت مقدماً على تاريخ عقد الأمّ، وفى مثله تتقدّم البيئته الأولى على البيئته الثانية؛ لأنها ترفع موضوعها، وأما فى غير الأمّ والبنت كما فى الأختين أو فيهما إذا كان تاريخ عقد الأمّ متقدماً على عقد البنت فعندئذ لا تنافى بين البيئتين؛ لإمكان صحّح كلا-العقدین معاً؛ إذ من المحتمل أن يطلق الأولى ويتزوج بالأخرى؛ وعليه فيؤخذ على طبق البيئته الثانية، فيحكم بصحّح العقد على المرأة الأخرى؛ لأصالة الصحّح. وعلى الثاني فإن كانت البيئته الأولى قائمه على زوجية المرأة الأولى فعلاً فعندئذ تسقط من جهها لمعارضه مع البيئته الثانية التى تدلّ على زوجية المرأة الأخرى، فيكون المرجع فى المسألة هو استصحاب بقاء زوجية الأولى، إلا فيما كانت المعارضه بينهما فى الأموال البنت وكانت زوجية البنت متقدّمة على زوجية الأمّ؛ فإنه حينئذ كما أنّ البيئته الثانية تعارض البيئته الأولى فى البقاء كذلك تعارضها فى الحدوث؛ وعليه فبعد سقوطهما لا يمكن الرجوع إلى استصحاب بقاء زوجية الأولى. وأما الرواية الواردة فى المسألة فهى ضعيفه لا يمكن الاعتماد عليها؛ وبذلك يظهر ما فى قول الماتن قبلاً سطر: «ترجح الأسبق إذا كانت تشهد...» إلى آخره. وإن كانت البيئته الأولى قائمه على زوجية المرأة الأولى فحسب من دون دلالتها على أنّها زوجته فعلاً فعندئذ حال هذا الفرض حال الفرض الأول. (الخوئي). * مع فرض إمكان الجمع لا-وجه للترديد بين الترجيح والتساقط، بل يعمل بكلا البيئتين، ولو شهدت كلتا الزوجية الفعلية فلا-وجه إلا التساقط. (محمد رضا الكلبايگانی). * لا يبعد دعوى أقربيه الأول. (الروحاني). * بعد ما كان المفروض عدم شهادته الأسبق بالبقاء إلى زمان الثانية _ ولازم ذلك الشهاده بنفس وقوع العقد صحيحاً، وحدوث الزوجية قبلاً _ لا مجال للترديد في ترجيح الثانية عليها؛ لإمكان صدقها واجتماعها مع الأولى، من دون فرقٍ بين أن تشهد بالزوجية الفعلية أو بوقوع العقد الظاهر فى كونه صحيحاً. (اللكراني).

هذا، ولكن وردت روايه (١) تدلّ على تقديم بينه الرجل، إلّا مع سبق بينه الامراه المدعيه أو الدخول بها في الأختين. وقد عمل بها المشهور في خصوص الأختين.

ص: ٤٦٩

١- الروايه ضعيفه سنداً، وعمل المشهور بها لا يوجب اعتبارها. (تقى القمّي).

ومنهم من تعدّى (١) إلى الأتم (٢) والبنت أيضاً. ولكن العمل بها حتى في موردها مشكل (٣)؛ لمخالفتها (٤) للقواعد (٥)، وإمكان حملها على بعض

ص: ٤٧٠

- ١- في التعدّي إشكال. (المرعشى).
- ٢- لا يجوز التعدّي؛ لأنّ الحكم على خلاف القاعده. (الفانى).
- ٣- لا إشكال فيه بعد عمل المعظم، وإنّما الإشكال في التعدّي. (البروجردى). * العمل بالروايه في موردها هو المتعين. (عبدالهادهى الشيرازى). * لا بأس بالعمل بها في موردها. (الشريعتمدارى). * لا إشكال فيه، ولا بأس بمخالفتها للقواعد. (الخمينى). * لا إشكال في العمل بها في موردها، نعم، في التعدّي إشكال. (محمّد رضا الكليبايگانى). * بل يتعيّن بها في موردها، ولا يتعدّى إلى غيره. (زين الدين). * لا بأس بالعمل بها في موردها. (محمّد الشيرازى). * العمل بالروايه في موردها متعيّن، نعم، لا وجه للتعدّي. (الروحانى). * لا إشكال فيه، ومجرّد المخالفه للقواعد على فرضها لا يمنع عن العمل بالروايه، خصوصاً بعد عمل المشهور بها. (اللكراني).
- ٤- يمكن أن يقال: لا إشكال فيه بعد عمل المعظم، وإنّما الإشكال في التعدّي. (عبدالله الشيرازى). * مخالفتها للقواعد بعد انجبار ضعفها بالعمل، ولزوم الشاهد في الحمل المفقود فيالمقام لا توجب طرحها، فالعمل بها في موردها متعيّن. (الفانى).
- ٥- مجرّد المخالفه للقواعد لا يوهن الروايه المعمول بها ولو لدى جمع من الأعظم. (آقاضياء). * كالتقديم بلا مرجح، وكالأخذ بيّنه المنكر. (المرعشى).

زوجيه العبد من مملوكه اشتراها لاحقاً له أو للمولى أو مطلقاً

السادسه : إذا تزوّج العبد بمملوكه ثم اشتراها بإذن المولى: فإن اشتراها للمولى بقى نكاحها (٢) على حاله (٣) ، ولا إشكال فى جواز وطئها (٤) . وإن اشتراها لنفسه بطل نكاحها (٥) ، وحلت له بالملك على الأقوى من ملكيه العبد (٦) . وهل يفتقر وطؤها حينئذٍ إلى الإذن من المولى، أو لا؟ وجهان :

ص: ٤٧١

١- ككون المورد من مصاديق قضيه فى واقعه. (المرعشى).

٢- وللمولى الخيار. (المرعشى). * تقدّم أنّ بيع الأمه طلاقها، وعلى هذا فيثبت الخيار للمولى على أساس أنّه المشتري لها، فإن أجاز بقى النكاح، وإلّا انفسخ؛ وعليه فلا- يجوز للعبد وطؤها إلّا بإجازه المولى. (الخوئى). * ولكن للمولى الخيار فى الفسخ والإمضاء، والأحوط للعبد ترك وطئها بدون إمضاء المولى. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٣- ما لم يفسخ المولى. (اللانكرانى).

٤- بشرط كون رضا المالك محرّزاً ولو بالاستصحاب؛ بناءً على صحّته، ولا يخلو من إشكال. (المرعشى). * ما لم يفسخ الولي نكاحهما، أو يعلم بعدم إذنه فى وطئها. (زين الدين). * إذا رضّى مولاها الجديد. (محمّد الشيرازى). * وإن كان الأحوط الاستئذان لا بلحاظه، بل بلحاظها. (اللانكرانى).

٥- على إشكال. (اللانكرانى).

٦- كون ملكيته التي هى عين ملكيه المولى موجبا لترتب هذه الأحكام محلّ تأمل. (البروجردى). * ملكيته محلّ تأمل، كما أنّ بطلان النكاح بها محلّ تأمل. (الخمينى).

أقوامها ذلك(١)؛ لأن الإذن السابق إنَّما كان بعنوان الزوجيَّة، وقد زالت بالملك فيحتاج إلى الإذن الجديد(٢).

ولو اشتراها لا- بقصد كونها لنفسه أو للمولى: فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له وتبقى الزوجيَّة(٣)، وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجيَّة. وكذا إن اشتراها في الذمَّة؛ لانصرافه إلى ذمَّة نفسه. وفي الحاجة إلى الإذن الجديد وعدمها الوجهان(٤).

تصديق دعوى عدم الزوجيَّة من غير فحص

السابعة: يجوز تزويج امرأه تدعى أنَّها خليته من الزوج، من غير فحصٍ مع عدم حصول العلم(٥) بقولها، بل وكذا(٦) إذا لم تدع ذلك ولكن دعت

ص: ٤٧٢

- ١- بل الأوفق بالقواعد أنَّه لا يفتقر إلى الإذن بمقتضى الملكيه، نعم، للمولى منعه عنالوطء بمقتضى مالكيته الطوليَّة. (محمَّد رضا الكلبيگانی). * بل أحوطهما. (زين الدين). * بل الوجه الثاني قويٌّ. (اللكراني).
- ٢- نعم، إلَّا أنَّ الإذن في الشراء لنفسه إذن له فيه، فلا يحتاج إلى إذنٍ آخر. (الخوئي).
- ٣- وللمولى الخيار. (المرعشي). * مع الخيار للمولى بنحو ما مرَّ. (محمَّد رضا الكلبيگانی). * على نحو ما مرَّ، وكذا البطلان في الفرض الآتي. (اللكراني).
- ٤- والأوجه عدم الحاجة إلى الإذن هنا. (كاشف الغطاء). * الأحوط الاحتياج إليه. (المرعشي). * وقد مرَّ أنَّ الأوفق بالقواعد عدم الحاجة إلى الإذن. (محمَّد رضا الكلبيگانی).
- ٥- الأحوط في هذه الصورة ترك الاعتماد على قولها، إلَّا إذا ادَّعت أنَّها خليته. (محمَّد رضا الكلبيگانی).
- ٦- في إطلاق الحكم إشكال؛ فإنَّ النصَّ لا يشمل هذه الصورة. (تقى القمي).

الرجل إلى تزويجها، أو أجابت إذا دعت إليه، بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقاً وأدعت طلاقها، أو موته. نعم، لو كانت متهمه في دعواها فالأحوط (١) الفحص (٢) عن حالها (٣).

ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجه من غاب غيبه منقطعاً ولم يعلم موته وحياته إذا ادعت حصول العلم لها بموته (٤) من الأمارات (٥) والقرائن، أو بإخبار المخبرين وإن لم يحصل العلم بقولها، ويجوز للوكيل أن يجرى العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم، ولكن الأحوط (٦) الترك (٧)، خصوصاً

ص: ٤٧٣

- ١- والأولى. (الخميني، اللنكراني). * لا بأس بتركه. (تقى القمي).
- ٢- لا بأس بتركه فيما إذا لم يكن اطمئنان بكذبها. (الخوئي). * لا دليل على وجوب هذا الاحتياط، لكن تركه ليس ينبغي، وكذا الاحتياط التالي. (محمد الشيرازي).
- ٣- إلى أن يعلم حالها، ولا يكفي الظن بالعدم؛ لأنه لا يغني عن الحق شيئاً. (آقا ضياء).
- ٤- لا بل إذا أخبرت بأنها لا زوج لها. (البروجردى). * والأحوط إذا أخبرت بأنها لا زوج لها. (عبدالله الشيرازي).
- ٥- ما لم يكن حدسيه محضه، وإلا ففيه إشكال، ووجهه واضح. (آقا ضياء).
- ٦- هذا الاحتياط لا يترك. (النائني). * لا يترك هذا الاحتياط. (الكوه كمرى). * الأحوط بل الأقوى في مثل هذه الفروع أو الفروض الرجوع إلى حاكم الشرع العارف بالشؤون العرفيه، مضافاً إلى الموازين الشرعيه، فيطلق ويزوج أو يمنع حسبما يظهر له بعد التحري والتحقيق. (كاشف الغطاء).
- ٧- لا يترك. (الإصطهاناتي).

إذا كانت متَّهمه.

ادعاء المرأة الزوجيه بعد التزويج بها

الثامنه : إذا ادّعت امرأه أنّها خلّته فتروّجها رجل، ثمّ ادّعت بعد ذلك كونها ذات بعل (١). لم تُسمع دعواها (٢)، نعم، لو أقامت البينه على ذلك فُزّق بينها وبينه (٣)، وإن لم يكن هناك زوج معيّن بل شهدت بأنّها ذات بعل (٤) بعل على وجه الإجمال.

لزوم العلم بايقاع الوكيل للعقد في زمان معين قبل المقاربه منهما

التاسعه : إذا وكّلا- وكيلا- في إجراء الصيغه في زمانٍ معيّنٍ لا- يجوز لهما المقاربه بعد مضيّ ذلك الزمان، إلّا إذا حصل لهما العلم (٥) بايقاعه، ولا يكفي الظنّ بذلك وإن حصل من إخبارٍ مُخبرٍ بذلك وإن كان ثقة (٦).

ص: ٤٧٤

- ١- أي حين وقوع التزويج. (النكراني).
- ٢- نعم، لو ادّعت ذلك قبل الدخول فالأحوط للزوج التفحص، وإن كان الأقوى عدم لزمومه. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٣- ظاهره سماع الحاكم دعواها والحكم لها بيّنتها على الزوج إن كان منكراً، وهو مشكل، وإن كان أتباع البينه واجباً على الزوج في عمل نفسه مع جهله. (البروجردى).
- ٤- بأن تشهد بأنّها كانت ذات بعلٍ وتزوّجت من الثاني حين كونها كذلك. (الخميني).
- ٥- أو الاطمئنان. (المرعشي).
- ٦- إخبار العدل كافٍ. (الفيروز آبادي). * خير الواحد الموثوق به حجّه. (الفاني). * على الأحوط. (الخميني). * لا يبعد حجّيه قول الثقة وإن لم يحصل الظنّ منه. (الخوئي). * احتمال الكفايه بأخبار الثقة قويّ، ولكن لا يُترك الاحتياط. (حسن القمي). * قول (في أصل النسخه: قوله)، والصحيح ما أثبتناه. (الثقه الواحد حجّيه في الموضوعات، كما هو كذلك في الأحكام. (تقيالقمي). * الأظهر حجّيه خبر الثقة. (الروحاني).

نعم (١)، لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقته، بل مطلقاً (٢)؛ لأن قول الوكيل حججه (٣) في ما وُكِّلَ فيه.

*

*

*

ص: ٤٧٥

-
- ١- لا تبعد الكفايه، ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه في المقام. (محمد الشيرازي).
 - ٢- فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالترك إلى حصول العلم أو الاطمئنان. (المرعشي). * فيه إشكال. (تقي القمي).
 - ٣- إذا لم يكن متّهماً. (الفاني).

ولايه الأب والجَد الأب

وهم الأب والجَد من طرف الأب، بمعنى أب الأب فصاعداً، فلا يندرج فيه أب أم الأب، والوصى (١) لأحدهما (٢) مع فقد الآخر، والسيد بالنسبة إلى مملوكه، والحاكم (٣).

عدم ولايه الأم ولا الجد من قبلها ولا الأخ والعم والخال وأولادهم

ولا ولايه للأم ولا الجد من قبلها ولو من قبل أم الأب، ولا الأخ والعم والخال وأولادهم.

ولايه الأب والجَد على الصغيرين والمجنون

(مسألة ١) : تثبت ولايه الأب والجَد على الصغيرين، والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ، بل والمنفصل (٤) على . . .

ص: ٤٧٦

- ١- الماتن يتعرض لحكم الوصى والسيد والحاكم فى ما بعد، فانتظر. (تقى القمى). * يأتى الكلام فيه. (اللكراني).
- ٢- على إشكال يأتى. (الكوه كمرى، الروحانى). * المسألة مشكله، لا يترك فيها الاحتياط. (الخمينى). * على ما يأتى الكلام فيه وفى الحاكم أيضاً. (حسن القمى).
- ٣- فى بعض الموارد، ويأتى الكلام فيه. (الخمينى). * فى الإطلاق نظر. (المرعى).
- ٤- الأقوى أنّ الولايه فيه للحاكم، وإن كان الأحوط الاستئذان من أبيه أو جدّه مع إمكان ذلك. (صدرالدين الصدر). * لا دليل على امتداد ولايتهما على الصغيرين فى الجنون المنفصل عن البلوغ، بلوفى المتصل به؛ وحيث إنّ ولايه الحاكم فى الصورتين أيضاً غير مستفاده من الأدله فلا بدّ من المصير إلى تولّى الأب والجَد أمرهما مع الاستئذان من الحاكم الشرعى. (الفانى). * بل الأقوى فيه ولايه الحاكم، والأحوط الاستئذان من أحدهما أيضاً. (محمّد رضا الكلبايگانى).

الولاية على البالغ والبالغه الرشدين

ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد، ولا على البالغه الرشيدة إذا كانت ثيبه.

واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة على أقوال، وهي: استقلال الولي

ص: ٤٧٧

١- الأقوى اختصاص الولاية في المنفصل بالحاكم الشرعي. (النائبي). * والأقوى اختصاص الولاية في المنفصل بالحاكم الشرعي. (جمال الدين الكلبايگانی). * الأحوط الاستئذان من الحاكم أيضاً في الجنون المنفصل عن البلوغ. (الجنوردي). * الأحوط الاستئذان من الحاكم أيضاً. (عبدالله الشيرازي). * بل على الأحوط، والأحوط منه الاستئذان من الحاكم أيضاً. (المرعشي). * فيه إشكال، والأحوط الاستئذان من الحاكم أيضاً (هذه التعليقه أوردناها من نسخه أخرى غير ما بأيدينا). (الخوئي). * لا- يُترك الاحتياط بالاستئذان من الحاكم أيضاً. (السزواري). * يشكل ذلك، والأحوط الاستئذان منهما ومن الحاكم الشرعي إذا اقتضت الضرورته تزويجه. (زين الدين). * لا- يُترك الاحتياط في المنفصل بالاستئذان من الحاكم أيضاً. (حسن القمي). * والأحوط الاستئذان من الحاكم. (اللكراني).

واستقلالها(١)، والتفصيل(٢) بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الأوّل دون الثاني، والعكس، والتشريك(٣) بمعنى اعتبار إذنهما معاً(٤).

ص: ٤٧٨

١- وهو الأقوى. (عبدالهادي الشيرازي، السبزواري). * هذا هو الأقوى، وإن كان الأحوط الاستئذان من الولي، بل هو أليق بمقام تشريف الولي المرغوب فيه شرعاً. (الفاني). * وهذا لا يخلو من وجه، ولكن لا يُترك ما ذكره من الاحتياط. (محمد رضا الكلبيكاني). * هذا هو الأقوى، ولكن الاحتياط بالاستئذان من الأب أيضاً لا ينبغي تركه. (الروحاني).

٢- وكالتفصيل بين الأب والجدّ، كما جنح إليه بعض الأعلام (شرائع الإسلام: ٢/٥٠٣ - ٥٠٥، راجع مختلف الشيعة: ٧/٩٦ - ١٠٧، إيضاح الفوائد: ٣/١٦ - ٢٧)؛ زعماً منه قدس سرّه أنّه وجه جمع بين النصوص، والمختار هو ثاني الوجوه المذكوره في المتن مطلقاً في الدوام والانقطاع، سواء تساوى الزوجان في الشأن أم لا، وسواء تزوّجت الزوجه قبله وطلّقت قبل الدخول أم لا، ولا يُلْتَفَت إلى بقيه الوجوه؛ لمكان ضعف مستنداتهما صدوراً أو دلالة أو جهه. (المرعشي).

٣- الجمع بين النصوص يقتضي ذلك. (تقى القمي).

٤- واستقلال كل منهما كولايه الجدّ والأب على الصغيره اختاره في المستند (مستند العروه الوثقى (كتاب النكاح): ٢/٢٧٦). (الإصفهاني). * واستقلال كل منهما كولايه الأب والجدّ على الصغيرين اختاره في المستند، وإن كان القول الثاني لا يخلو من قوّه، إلّا أنّ الاحتياط بالاستئذان منهما لا يُترك. (الإصطهباناتي). * وهناك احتمال آخر، وهو استقلال كل واحد منهما، كولايه الأب والجدّ. (الجنوردي).

- ١- الأقوى استقلالها بالأمر، وإن كان الأحوط ما فى المتن. (صدرالدين الصدر).
- ٢- وإن كان أوّل الأقوال أوفق بالجمع بين الأخبار ثمّ التشريك. (الفيروز آبادى). * بل الأقوى استقلالها مطلقاً؛ حملاً للنهيه المطلقة المفصّله على الكراهه الناشئهمن الاستقباحات العرفيه، ولا أظنّ حينئذٍ إشكالاً فى المسأله بعد وضوح الجمع المزبور، والله العالم. (آقا ضياء). * وإن كان القول الثانى لا يخلو من قوه. (الإصفهاني). * ولكن لا يبعد صحّحه القول الثانى، وهو استقلالها، وعدم الاحتياج إلى إذن الوليّ، وهو المشهور بين القدماء والمتأخرين (الانتصار: ٢٨٣، من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٩٧، ح ٤٣٩٧، الخلاف: ٤/٢٥٠، غنيه النزوع: ٣٤٣، الوسيله: ٢٩٩، قواعد الأحكام: ٣/١١ و ١٤، السرائر: ٢/٥٦١، شرح اللمعه: ٥/١١٦)، وادّعى عليه الإجماع، وبه وردت الروايات (الوسائل: الباب (٤) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٢، والباب (٤٤) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢ و ٣). الصحيحه. (البحروردى). * الأقوى استقلال كل من البكر الرشيد و من أبيها بالأمر؛ وفاقاً لصاحب المستند والسيد الأستاذ، فإذا عقدت هى نفسها صحّ عقدها ونفذ وإن لم تستأذن أباه، وإن عقدها الأب نفذ عقده إياها كذلك وإن لم تستأذنهما، نعم، الأفضل بل الأحوط لكل منهما أن يستأذن الآخر إذا أراد العقد، بل يجوز للأب أن ينقض عقد البنت إذا عقدت هى نفسها من غير إذنه وإن كان صحيحاً، وكل ذلك مع مراعاة شروط ولايته عليها، ولا أمر للجّد ولا لغيره من الأولياء معها. (زين الدين). * وإن كان القول الثانى هو الأقوى، ويحتمل استقلال الأب أيضاً، كما أنّه يحتمل أن يكون له فسخ العقد لو تزوّجت من دون إذنه، فلو تزوّجت من دون إذن أبيها ثمّ فسخ العقد، أو تزوّجها الأب من دون إذنها فلا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمى). * وإن كان القول الثانى _ وهو استقلالها _ لا يخلو من قوه، ومع ذلك فلا تُترك مراعاة الاحتياط بالاستئذان من الأب أو الجّد أيضاً. (اللكراني).

لزوم إذن البكر والأب ما لم تسقط ولايته

ولو تزوّجت من دون إذن الأب، أو زوّجها الأب من دون إذنها وجب (٢) : إمّا إجازته الآخر، أو الفراق بالطلاق (٣).

نعم، إذا عَصَلها الوليّ _ أى منعها من التزويج بالكُفُو مع ميلها _ سقط (٤)

ص: ٤٨٠

١- وإن كان القول الثاني في صور الاختلاف أوجه. (محمّد الشيرازي).

٢- لو لزم الاحتياط، وقد عرفت الحال. (المرعشي). * تقدّم أنّ الأقوى صحّه العقد في كلا الفرضين، نعم، يجوز للأب أن يفسخ عقدا بنته إذا لم تستأذنه. (زين الدين).

٣- على الأ-حوط، لكنّ استقلالها في الأمر ونفوذ العقد الصادر منها دون أبيها هو الأقوى. (النائيني). * على الأ-حوط، لكنّ استقلالهما في الأمر ونفوذ العقد الصادر منها دون أبيها هو الأقوى. (جمال الدين الكلبي يگاني). * قد عرفت أنّ الأقوى استقلالها. (الفاني).

٤- الجزم بالسقوط مشكل، ويحتمل كفايه تصدّي الحاكم نيابته وأصالة للإذن إذا كان المقام مقام الضروره واللابدّيه. (تقى القمي).

اعتبار إذنه (١). وأما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعاً فلا يكون (٢) عَصَلاً. بل وكذا لو منعها (٣) من التزويج بغير الكفو عرفاً (٤) ممن في تزويجه غَضاضَه (٥) وعار عليهم وإن كان كُفُواً شرعياً. وكذا لو منعها من التزويج بكُفُوٍ معيّنٍ مع وجود كُفُوٍ آخر.

وكذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائباً (٦) لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها إلى التزويج.

محتملات ذهاب البكاره

(مسألة ٢): إذا ذهبت بَكَارتها (٧) بغير الوطاء من وثبه ونحوها فحكمها حكم البكر (٨).

ص: ٤٨١

- ١- مع عدم كُفُوٍ آخَرَ فعلاً. (السبزواری).
- ٢- لكن الاحتياط لا يُترك في جميع الصور المذكوره. (تقى القمّي).
- ٣- بل ربّما يقال بجواز منع الولي عن التزويج بغير الكفو عرفاً، وإن لم تكن الولايه شابهة له بوجه، غايه الأمر أنها لو خالفت وزوّجت نفسها منه يصح نكاحها، ولكنه مشكل، كما أنّ ما في المتن أيضاً كذلك. (اللكراني).
- ٤- مع وجود الكفو العرفي، وإلّا فمشكل. (محمّد رضا الكلبايگانی). * مع وجود الكفو العرفي، وإلّا فمحل إشكال، بل منع. (محمّد الشيرازي).
- ٥- [٥] الغَضاضه: النقص والذلّ والانكسار، ورجل غَضِيض: ذليل. لسان العرب ١٠/٨٢، (مادهغضض).
- ٦- الأحوط استئذان حاكم الشرع لولايته عن الغائب. (كاشف الغطاء).
- ٧- يعني عذرتها، وإلّا فالبكاره لا تزول بغير الوطاء. (الخوئي).
- ٨- في ولايه الأب على غير البكر على فرض ولايته إشكال. (عبدالهادي الشيرازي). * فيه تأمل، والاحتياط في محله. (محمّد الشيرازي). * على الأحوط. (حسن القمّي). * على القول بولايه الأب ولايته على غير البكر مشكله. (الروحاني).

- ١- ولا يبعد عدم الإلحاق. (صدرالدين الصدر). * بعيد جداً، ودعوى التبادر ممنوعه. (جمال الدين الكلبي يگانی). * لا إشكال في عدم الإلحاق بالبكر، ودعوى أن البكر من لم تتزوج حتى يترتب عليها الإلحاق في هذه الصورة، وعدم الإلحاق في الصورة الأخيرة مدفوعه: بعدم الدليل على هذه الدعوى، بل البكر عباره عمن لم تزل بكارتها بالوطء، والذي يسهل الخطب استقلال الباكراه، نعم، الأحوط والأليق بمقام تشریف الأب والجدا الاستئذان منهما. (الفانى). * الأقوى أنها بحكم البكر؛ لظهور بعض النصوص بأن الثبوت بدخول الزوج، وأما دعوى التبادل كما في المتن فهى ممنوعه. (زين الدين).
- ٢- فيه إشكال. (الفيروز آبادى). * بل بعيد. (محمّد رضا الكلبي يگانی). * بعيد جداً، ودعوى التبادر ممنوعه. (النائنى). * بل بعيد غاية، والميزان المستفاد من مجموع النصوص انتفاء الولايه بالدخول الناشئ عن الزوجيه. (تقى القمى).
- ٣- فيه بُعد. (الكوه كمرى). * بل بعيد، ودعوى التبادر ممنوعه. (الإصطهباناتى). * الإلحاق مشكل جداً. (الشريعتمدارى). * بل لا- يبعد عدمه، لكن لا- يُترك الاحتياط فيه وفي تاليه. (الخمينى). * بل هو بعيد، ودعوى التبادر لا أساس لها. (الخوئى). * بل بعيد. (محمّد الشيرازى). * فيه وفي ما بعده إشكال، فلا يُترك الاحتياط فيهما، بل بعيد جداً، ودعوى التبادر ممنوعه. (حسن القمى). * بل هو بعيد غاية، ودعوى التبادر كما ترى. (الروحانى).

بدعوى (١) أنّ المتبادر من البكر من لم تتزوج؛ وعليه فإذا تزوجت (٢) ومات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم البكر (٣)، ومراعاة الاحتياط أولى (٤).

ص: ٤٨٣

- ١- فيها نظر، بل منع. (صدرالدين الصدر). * الدعوى ممنوعه، بل عدم الإلحاق غير بعيد. (اللكراني).
- ٢- أى البكر الرشيد، قوله: «لا- يلحقها حكم البكر»، أى بعد هذا التزويج لا تحتاج إلى إذن الأب وإن كانت العذره وجلده البكاره باقيه لفوات العنوان، أى عنوان عدم التزويج. (الفيروزآبادى). * يعنى إذا تزوجت البكر ومات عنها زوجها قبل الدخول، أو طلقها مع كونها بكرًا، والأقوى كونها حينئذٍ محكومًا بحكم البكر، وما ذكره مستنداً لعدم الإلحاق ضعيف. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٣- بل يلحقها. (الكوه كمرى). * فيه نظر. (عبدالهادهى الشيرازى). * فيه تأمل، بل منع. (الروحانى).
- ٤- بل لا- يُترك. (الإصطهباناتى، البروجردى، المرعشى، اللكراني). * بل مراعاته بناءً على القول بعدم استقلالها لانزم. (الجنوردى). * لا يُترك. (عبدالله الشيرازى، الشريعتمدارى).

(مسألة ٣) : لا يُشترط في ولاية (١) الجد حياة الأب ولا موته. والقول بتوقف ولايته على بقاء الأب _ كما اختاره جماعه (٢) _ ضعيف (٣) ، وأضعف منه القول بتوقفها على موته، كما اختاره بعض (٤) العامه (٥) .

نفوذ تزويج الولي الصغيره بعد بلوغها ورشدها وكذا الصغير

(مسألة ٤) : لا خيار للصغيره (٤) إذا زوّجها الأب (٧) أو الجد بعد بلوغها

ص: ٤٨٤

١- فيه إشكال، والأحوط اشتراط حياة الأب. (حسن القمّي).

٢- [٢] تحرير الأحكام: ٣/٤٣٤، المختصر النافع: ١٧٣، كشف الرموز: ٢/١١٠.

٣- لضعف مستنده صدوراً ودلالة. (المرعشى). * بل قوى، ولا يُترك الاحتياط. (تقى القمّي).

٤- [٤] كتاب الأم: ٥/١٤، مختصر المزني: ١٦٥، التمهيد لابن عبد البر: ١٩/٩٥.

٥- وتبعه بعض الخاصه (راجع مسالك الأفهام: ٧/١١٧، بُلغته الفقيه: ٣/٢٦٨). (الفانى).

٦- الخيار مشكل، وعدمه أشكل، والأحوط الطلاق بعد البلوغ، لا الفسخ، ونحوها المجنون. (محمّد الشيرازي). * فى خصوص

تزويج الصبى بالصبيّه إذا زوّجها أبواهما يحتمل أن يكون لهما الخيار بعد بلوغهما، للنصّ (الوسائل: الباب (٦) من أبواب عقد

النكاح، ح ٨). الصحيح، وإن ادّعى عدم العمل به، ولا يُترك مقتضيا الاحتياط فى هذه الصورة. (حسن القمّي). * مقتضى النصّ

الخاصّ الخيار للصغيرين إذا زوّجها أبواهما فى زمان صغرهما، فيكون لهما الخيار بعد البلوغ. (تقى القمّي).

٧- هذا هو المعروف، بل ادّعى فيه عدم الخلاف، إلّا أنّ فى روايه صحيحه (الوسائل: الباب (٦) من أبواب عقد النكاح، ح ٩).

ثبوت الخيار لها وللصغير بعد بلوغهما فيما إذا زوّجها أبواهما حال الصغر، فالاحتياط فى هذه الصورة لا يُترك. (الخوئى).

ورشدها، بل هو لازم عليها، وكذا الصغير(١) على الأقوى(٢)، والقول بخياره في الفسخ والإمضاء ضعيف. وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته.

ما يشترط في صحه تزويج الأب

(مسأله ٥) : يشترط(٣) في صحه تزويج الأب والجدّ ونفوذه عدم المفسده، وإلّا يكون العقد فضولياً كالأجنبيّ. ويحتمل(٤)

ص: ٤٨٥

- ١- الاحتياط لا يُترك فيهما. (عبدالله الشيرازي).
- ٢- القول بخياره في الفسخ والإمضاء له وجه؛ لورود روايه حسنه(الوسائل: الباب (٦) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٩). به، وقد أفتى بمضمونها جماعه(المهذب البارع: ٣/٢١٨، مختلف الشيعة: ٧/١٢٢، مسالك الأفهام: ٧/١١٩، نهايه المرام: ١/٦٦، كشف اللثام: ٧/٩٨)، ولكن الأظهر عدم الخيار له، والاحتياط لا ينبغي تركه. (الروحاني). * وإن ورد في روايه صحيحه ثبوت الخيار لهما إذا زوّجهما الأبوان، لكنّ النصوص(الوسائل: الباب (٦) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١ و ٣ و ٧). المتظافره والإجماع المدعى على عدم الخيار للصغيره بعد بلوغها توجب حمل الخيار فيها مطلقاً على معنى آخر غير ما هو المصطلح. (اللكراني).
- ٣- الجزم بالاشتراط مشكل، والاحتياط لا يُترك. (تقى القمي).
- ٤- احتمالاً ضعيفاً. (صدرالدين الصدر). * لكنّه ضعيف. (الخميني). * سنده احتمال اعتبار كون المُجيز جائز التصرف في حال العقد، وفيه منع. (المرعشي). * هذا الاحتمال في مسأله التزويج ضعيف. (محمّد رضا الكلبيكاني). * هذا الاحتمال ضعيف. (تقى القمي). * احتمالاً في غايه الضعف، وكذا الإشكال في الصحه في الفرض الآتي. (اللكراني).

عدم (١) الصحه (٢) بالإجازة (٣) أيضاً، بل الأحوط (٤) مراعاة المصلحه (٥) . بل يشكل (٦) الصحه (٧) إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب

ص: ٤٨٦

- ١- الأقوى كفايه الإجازة بعد البلوغ. (النائني، جمال الدين الكلبيگانی).
- ٢- وهو ضعيف جداً. (آقا ضياء). * هذا الاحتمال ضعيف جداً. (الفاني). * لكنّه ضعيف. (السبزواری). * لكنّه بعيد، وكذلك الحال في المسأله الآتيه. (الخوئي). * هذا الاحتمال غير قويّ، والاحتياط التالي مستحبّ. (محمّد الشيرازي). * الأطهر هي الصحه بالإجازة بعد البلوغ. (الروحاني).
- ٣- وهو ضعيف، وخلاف إطلاق الأدله، فالأقوى هي الصحه مع الإجازة. (البجنوردی). * هذا الاحتمال ضعيف، فإذا أُجيز العقل بعد البلوغ نفذ. (زين الدين).
- ٤- لا يُترك. (المرعشي). * لا بأس بتركه. (تقي القمي).
- ٥- وإن كان الأطهر عدم لزومها. (الروحاني).
- ٦- إشكالاً ضعيفاً. (صدرالدين الصدر). * بل لا- إشكال فيها ما لم تكن فيه مفسده، وإن كان الأحوط والأولى للأب مراعاتها لأصلح. (محمّد رضا الكلبيگانی).
- ٧- ولعلّه في مثل هذا الفرض يصدق على مثل هذا الترويج خيانه على الصغير، وأدله الولاية منصرفه عن هذه الحاله. (آقا ضياء). * الظاهر الصحه مع عدم المفسده، كما هو المفروض. (زين الدين). * لا إشكال فيها، وإن كان الأولى مراعاة الأصلح. (محمّد الشيرازي). * لا إشكال فيها. (الروحاني).

الشرف، أو من أجل كثره المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغير، فاختر الأب غير الأصلح لتشهي نفسه.

تزويج الولي البنت بدون مهر المثل أو الصغير بأزيد منه

(مسألة ٦) : لو زوّجها الولي بدون مهر المثل، أو زوج الصغير بأزيد منه : فإن كان هناك مصلحة (١) تقتضى ذلك صحّ العقد والمهر، ولزم؛ وإلّا ففي صحّته العقد (٢) وبطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل، أو بطلان العقد أيضاً قولان: أقواهما (٣) الثاني (٤).

ص: ٤٨٧

- ١- رعايه المصلحه فى تزويج البنت الصغيره مبتيه على الاحتياط. (تقى القمى). * أو لم تكن مفسده ومنتقصه وضرر فى العقد بذلك المهر. (الروحانى).
- ٢- أو صحتهما أقوال. (المرعى).
- ٣- الأقوى هو صحّته العقد مع عدم المفسده، وتوقف صحّته المهر على الإجازة ومعدم الإجازة يرجع إلى مهر المثل. (الخميني).
- ٤- بل الأقوى هو الأوّل إذا لم يكن أصل التزويج على خلاف المصلحه. (الإصفهاني). * بل الأوّل، حتّى بالنسبة إلى ثبوت المهر مع عدم المفسده. (صدرالدين الصدر). * الأقوائيه ممنوعه، بل الأوّل إذا لم يكن أصل التزويج على خلاف المصلحه لا يخلو من القوه. (الإصطهباناتي). * القوه فى محلّ المنع. (البروجردى، عبدالله الشيرازى). * بل الأوّل. (عبدالهادهى الشيرازى، الفانى). * فيه تأميل. (الشريعتمدارى). * مشكل، بل ممنوع، مع مراعاة المصلحه فى أصل التزويج. (السبزوارى). * بل الأوّل، وقد تقدّم أنّ الاحتمال التالى ليس قوياً. (محمّد الشيرازى). * فيه إشكال. (حسن القمى). * إذا كان فى نفس العقد مفسده، وإلّا ففيه إشكال، بل لا يخلو القول بصحّته العقد وبطلان المهر _ بمعنى التوقف على الإجازة _ من قوه. (اللانكرانى).

والمراد من البطلان: عدم النفوذ، بمعنى توقّفه على إجازتها بعد البلوغ. ويحتمل (١) البطلان (٢) ولو مع الإجازة (٣)؛ بناءً على اعتبار وجود المُجيز في الحال.

ص: ٤٨٨

-
- ١- تقدّم أنّ الأقوى خلافه. (جمال الدين الكلّيايگانی). * مرّ ضعفه. (الخميني). * المبتنى والمبنى ضعيفان. (المرعشى). * قد مرّ ضعف هذا الاحتمال في المقام. (محمّد رضا الكلّيايگانی). * قد مرّ ضعفه. (تقى القمّي).
 - ٢- تقدّم أنّ الأقوى خلافه. (النائني). * وهو ضعيف جداً، ووجهه واضح. (آقا ضياء). * وهو ضعيف. (عبدالله الشيرازي). * وهذا الاحتمال ضعيف، كما تقدّم في المسأله الخامسه، فإذا أُجيز العقد نفذ. (زين الدين). * لكنّه ضعيف. (الروحاني). * مرّ ضعف هذا الاحتمال في المسأله السابقه. (اللكراني).
 - ٣- تقدّمت قوّه الصّحّه، مع لحوق الإجازة منها بعد البلوغ. (البيجنوردی).

(مسألة ٧) : لا يصح نكاح السفية (١) المبذّر (٢) إلّا بإذن الولي، وعليه أن يعين (٣) المهر والمراه (٤)، ولو تزوّج بدون إذنه وقف على إجازته، فإن رأى المصلحة وأجاز صحّ، ولا يحتاج إلى إعادته الصيغة؛ لأنه ليس كالمجنون والصبي (٥) مسلوب (٦) العبارة (٧)؛ ولذا تصحّ وكالته عن الغير في إجراء

ص: ٤٨٩

- ١- إذا حُجر عليه للتبذير، نعم، السفية المتّصل سفهه بزمان الصغر محجور مطلقاً. (الخميني). * لا دليل معتبر على الولاية على السفية، نعم، بالنسبة إلى السفية الدليل تامّ، ومما ذكر يظهر الإشكال في الفرع الآتي. (تقى القمي).
- ٢- الظاهر أنه أراد بهذا القيد من لا يعلم صلاحه وفساده؛ ولأجل ذلك يكون القيد توضيحياً، لا احترازياً؛ حيث إنّ ذلك معنى السفية في المائيات، وإلّا فلا يكاد يظهر وجه للتقييد. (الخوانساري). * أي المحجور عليه للتبذير، كما وقع التعبير به في عبارة الشرائع (شرائع الإسلام: ٢/٥٠٣). وغيرها. (اللكراني).
- ٣- ظاهره وجوب التعيين على الولي، ولازمه صيرورته مُفْرِطاً مع عدم التعيين إذا تزوّج بمهرٍ موجبٍ لإتلاف ما له، مع أنه لم يدلّ عليه دليل، بل اللازم عليه الإذن بما فيه المصلحة، وعدم إجازته ما وقع بغيرها. (اللكراني).
- ٤- ليس تعيين المراه بيد وليّ السفية. (الفاني). * على إشكال. (المرعشي).
- ٥- الصبي غير مسلوب العبارة إذا أجازها بإذن وليّه أو بالوكالة عن غيره. (زين الدين).
- ٦- تقدّم الكلام في الصبي. (حسن القمي).
- ٧- تقدّم أنّ الصبي المميّز لا دليل على سلب عبارته. (محمد الشيرازي).

الصيغه، ومباشرته لنفسه بعد إذن الولي.

الرشد في شؤون المال وعدمه في شؤون النكاح

(مسألة ٨): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في المائيات لكن لا- رُشد له بالنسبة إلى أمر التزويج وخصائصاته _ من تعيين الزوجه (١)، وكيفية الإمهارة ونحو ذلك _ فالظاهر (٢) كونه كالسفيه (٣) في المائيات (٤)، في الحاجه إلى إذن الولي (٥)، وإن لم أرَ مَنْ تعرَّض له.

استقلال الأب والجد في الولاية وما يتفرع عليه

(مسألة ٩): كلُّ من الأب والجدَّ مستقلَّ في الولاية، فلا يلزم الاشتراك، ولا الاستئذان من الآخر، فأيهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبقَ محلٌّ للآخر.

ولو زوج كلَّ منهما من شخصٍ: فإنَّ عِلْمَ السابق منهما فهو المقدم ولغى الآخر، وإنَّ عِلْمَ التقارن قُدِّمَ عقدَ الحِدِّ، وكذا إن جهل (٦)

ص: ٤٩٠

١- مشكل. (الفاني).

٢- الظهور ممنوع لو لم يكن الظاهر خلافه، نعم، الأحوط له الاستئذان من الولي. (محمد رضا الكلبيكاني).

٣- مشكل، والأحوط له الاستئذان من الولي. (عبدالله الشيرازي). * لا- يبعد فيمن اتصل زمان سفهه بزمان صغره دون غيره. (الخميني). * على الأحوط. (المرعشي). * فيه إشكال، بل تبعد صحه نكاحه. (محمد الشيرازي). * فيما إذا اتصل سفهه بزمان صغره. (اللكراني).

٤- مشكل، نعم، الأحوط له الاستئذان من الولي. (البروجردي).

٥- الظاهر عدم الحاجه إلى إذن الولي، إلَّا إذا رجع إلى السيفه في المال الخاص من المهر والنفقات، والأحوط الاستئذان. (زين الدين).

٦- يحتمل قريباً كونه مورد القرعه. (عبدالله الشيرازي). * الأقوى فيه لزوم إجراء حكم العلم الإجمالي بكونها زوجة لأحدهما. (الخميني). * ولا احتمال جريان حكم المعلومه إجمالاً- كونها زوجة لأحد الرجلين وجه؛ لمكان العلم الإجمالي بذلك، وعدم أصالتي التأخر أو تعارضهما، فاللائم الاحتياط عليهما بعدم المباشرة والنظر وسائر الآثار، وكذا عليها بعدم التمكين ونحوه، كذلك لمكان العلم الإجمالي، وعدم جريان أصالتي التأخر في أطرافه، أو سقوطها بالتعارض. (المرعشي). * لا وجه للتقديم في هذه الصورة، بل اللازم إجراء حكم العلم الإجمالي بكونها زوجة لأحد الرجلين، كما في سائر موارد وجود العلم الإجمالي في البين. (اللكراني).

١- الأقوى فيه إجراء حكم المرأة المعلوم إجمالاً كونها زوجة لأحد رجلين. (البروجردى). * لا وجه لتقدم عقد الحيد في هذه الصورة بعد احتمال سبق عقد الأب، وما ذكره من التعليل عليل. (الشريعةمدارى). * لا بد من مراعاة العلم الإجمالى. (الفانى). * بل فيه يعلم إجمالاً بكون المرأة زوجة لأحدهما، ولا معين فى التبين؛ لعدم جريان الأصلين مع جهل التاريخين، أو تعارضهما على فرض الجريان علياختلف المبنى، فعلى المرأة الاحتياط بترك التمكين لهما وترك التزويج إلبعدتلاقهما، وكما يجب عليها الاحتياط كذلك يجب على الرجال الاحتياط بترك تزويجها حتى الرجلين المشتبهين. (محمّد رضا الكلبايگانى). * فيه إشكال، ويجرى عليه حكم العلم الإجمالى بصحة أحد العقدین. (السبزواری). * بناءً على عدم جريان الأصل فى مجهولى التاريخ، كما هو المختار، وأمّا بناءً على تساقط الأصلين فيهما _ كما هو القول الآخر _ فلا مجال لتقديم عقد الحيد، بل تكون المرأة معلومة الزوجية لأحد الرجلين على نحو الإجمال، فيجرى فيها ماتقدم فيالمسألة الثالثة والأربعين من فصل «محرّمات المصاهره»، فى مسأله التزوجبالأختين إذا جهل تاريخ العقدین، فلتراجع. (زين الدين).

عقد الجَدِّ قَدِّمَ أيضاً، وإن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمال تقدّمه (١). لكنّ الأظهر (٢) تقديم عقد الجَدِّ؛ لأنّ المستفاد (٣) من خبر عُبَيْد بن زرارهِ (٤) أولوِيّه

ص: ٤٩٢

١- بل هو المتعيّن، ولا- دلالة في خبر عبيدٍ على خلافه. (البروجردى). * بل هذا هو المتعيّن. (عبدالهادى الشيرازى). * هذا الاحتمال متعيّن، ولا دلالة في الروايه على خلافه. (الشريعتمدارى). * بل هو المتعيّن، وما استظهره من خبر عبيد بن زرارهِ يكون على خلاف ظاهره، فراجع. (الفانى). * ولا يخلو من قوّه، ولا ينافيه موثقه عبيد؛ إذ المستفاد منها صحّحه عقد الأب إن كان سبقه محرّزاً، فلا مَسَاسَ له بما نحن فيه. (المرعشى). * بل هو المتعيّن، والروايه تدلّ على صحّحه عقد الأب مع سبقه فى الواقع، من دون دخاله العنوان، ولا- الإ-حراز. (محمّد رضا الكلبيگانى). * بل هو المتعيّن، وموثقه عبيد بن زرارهِ لا- تدلّ على خلافه. (زين الدين). * هذا الاحتمال غير بعيد. (محمّد الشيرازى).

٢- بل الأظهر تقدّمه، وما تشبّث به غير وجيه. (الخمينى).

٣- فيه نظر قد عرفت بُعيد هذا. (المرعشى).

٤- [٤] الوسائل: الباب (٩) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٢.

الجَدِّ ما لم يكن الأب زَوْجها قبله. فشرط تقديم (١) عقد الأب كونه سابقاً (٢)، وما لم يُعَلَم ذلك يكون عقد الجَدِّ أولى.

فتحصّل: أنّ اللازم تقديم عقد الجَدِّ في جميع الصور، إلّا في صورته معلومته سبق عقد الأب.

ولو تشاخ الأب والجَدِّ فاختر كلُّ منهما واحداً قَدِّم اختيار الجَدِّ. ولو بادر الأب فعقد فهل يكون باطلاً، أو يصحّ؟ وجهان (٣)، بل قولان (٤): من كونه سابقاً فيجب تقديمه (٥)، ومن أنّ لازم أولويته اختيار الجَدِّ (٦) عدم صحّته خلافه. والأحوط (٧).

ص: ٤٩٣

١- ليس في الروايه تعرّض لتقديم عقد الأب حتّى يكون سبقه شرطاً له، بل هيَمَسُوْقه لبيان تقديم عقد الجَدِّ مشروطاً بعدم كون الأب زَوْجها قبله؛ وعليه فالشرطانّما هو لهذا التقديم، ومع عدم الإِحراز لا مجال له، فلا محيص إلّا عن تقديم عقد الأب. (اللكراني).

٢- في الواقع، ولا يكفي عدم العلم بذلك. (الكوه كَمَرى).

٣- الأقوى الصحّه. (الفانى).

٤- أقواهما الأوّل، ودعوى أنّ لازم الأولويته البطالان ممنوعه، والاحتياط سيلا لنجاه. (صدرالدين الصدر). * أقواهما الأوّل. (عبدالهادى الشيرازى). * أقواهما الصحّه. (الروحانى).

٥- وهذا أظهر. (محمّد الشيرازى).

٦- لا يبعد أن يكون هذا هو الأظهر. (الخوئى).

٧- هذا الاحتياط لا يُترك. (النائى). * لا يُترك. (الإصفهانى، جمال الدين الكلپايگانى).

ولو تشاح الجدّ الأسفل والأعلى هل يجرى عليهما حكم الأب والجدّ، أو لا؟ وجهان، أو جههما (٣) الثاني (٤)؛ لأنّهما ليسا أباً وجدّاً، بل كلاهما جدّ، فلا يشملهما ما دلّ على تقديم الجدّ على الأب.

تزويج الولي للمولّى عليه من ذى العيب

(مسألة ١٠): لا يجوز (٥) للوليّ تزويج المولّى عليه بمنّ به عيب (٦)، سواء كان من العيوب المجوّزه للفسخ، أم لا؛ لأنّه خلاف المصلحة (٧)، نعم، لو كان هناك مصلحة لازمه المراعاة جاز، وحينئذٍ لا خيار له ولا للمولّى عليه إن لم

ص: ٤٩٤

- ١- لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).
- ٢- لا يُترك هذا الاحتياط. (الإصطهباناتي). * هذا الاحتياط لا يُترك. (الجنوردي). * لا يُترك الاحتياط: إمّا باسترضاء الجدّ وتجديد العقد، وإمّا بطلاق الزوج. (زين الدين).
- ٣- في كونه وجيهاً إشكال، فكيف بكونه أوجه، وعموم حديث ابن جعفر المعلّل يشمل المقام؟! (تقى القمي).
- ٤- بل الأوّل. (عبدالهادي الشيرازي، المرعشي، محمّد الشيرازي). * لا يبعد أوجهيّة الأوّل. (الخميني). * بل الأوّل؛ لما يُستفاد من وجه تقدّم الجدّ من النصّ. (محمّد رضا الكلبايگاني). * الأوجهيّة ممنوعه، بل لا يبعد دعوى أوجهيّة الأوّل. (اللكراني).
- ٥- إطلاق الحكم مبنيّ على الاحتياط. (تقى القمي).
- ٦- موجب للضرر عرفاً، لا مطلق العيب، كنقص بعض الأصابع مثلاً أو زيادته، فإنّهلا يمنع من الصحّة. (اللكراني).
- ٧- بل لأنّ فيه المفسده. (الفاني).

يكن من العيوب المجوّزه للفسخ، وإن كان منها ففى ثبوت الخيار للمولّى عليه بعد بلوغه، أو إفاقة، وعدمه؛ لأنّ المفروض إقدام الولّى مع علمه به وجهان (١)، أو جههما الأوّل (٢)؛ لإطلاق أدلّه (٣) تلك العيوب، وقصوره بمنزله جهله.

وعلم الولّى ولحاظه المصلحه لا- يوجب سقوط الخيار للمولّى عليه، وغايه ما تفيد المصلحه إنّما هو صحّه العقد، فتبقى أدلّه الخيار بحالها.

ص: ٤٩٥

- ١- لا يبعد أوجهيه العدم إذا أعمل الولّى جهده فى إحراز المصلحه، وكشف عدم المصلحه لا تأثير له. (الخمينى).
- ٢- بل الثانى، فيسقط ما فرع عليه. (الفيروزآبادى). * بل الثانى، مع فرض المصلحه، وعلم الولّى بالغيب. (صدرالدين الصدر). * بل الثانى، والاحتياط لا ينبغى تركه. (عبدالهادهى الشيرازى). * بل الأوجه الثانى. (الشريعتمدارى). * بل الثانى، وليس قصوره بمنزله جهله. (الفانى). * والثانى لا يخلو من قوّه فى صورته وجود المصلحه وعلم الولّى. (المرعشى). * يشكل ذلك إن لم يكن الأوجه الثانى؛ فإنّه لا يبعد خروج صورته علم الولّى بالغيب وإقدامه عليه؛ لاقتضاء المصلحه عن منصرف أدلّه الخيار، ولكن لا يُترك الاحتياط. (زين الدين). * بل الثانى. (تقى القمى).
- ٣- مقتضى الإطلاق ثبوت الخيار فى حال القصور أيضاً، ولا- دلالة فيه على الحدوث بعد البلوغ أو الإفاقة، كما هو ظاهر المتن؛ وعليه فاحتمال ثبوته للولّى أيضاً إنّما يكون مورده تلك الحال. وبالجملة: الحكم بالحدوث بعد ارتفاع القصور لا يكاد يجتمع مع احتمال الثبوت للولّى أيضاً. (اللنكرانى).

بل ربّما يحتمل (١) ثبوت الخيار للولّي أيضاً من باب استيفاء ما للمولّي عليه من الحقّ، وهل له إسقاطه، أم لا؟ مشكل، إلّا أن يكون هناك مصلحة ملزمه لذلك.

وأما إذا كان الولّي جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلّا بعد العقد: فإن كان من العيوب المجوّزه للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار (٢) له (٣) وللمولّي عليه (٤) إن لم يفسخ (٥)، وللمولّي عليه فقط إذا لم يعلم به الولّي إلى أن بلغ أو أفاق.

وإن كان من العيوب الآخر فلا خيار للولّي، وفي ثبوته للمولّي عليه وعدمه وجهان (٦)، أو جههما

ص: ٤٩٤

١- بناءً على ثبوت الحقّ للمولّي عليه. (المرعشى). * لو كان الخيار للمولّي عليه بعد البلوغ أو الإفاقة، كما هو ظاهر المتن، فقبله لا حقّ حتّى يستوفيه الولّي، نعم، لو كان للمولّي عليه حقّ فعلاً فللولّي الخيار نيابته، وهو غير بعيد، كما نفى عنه البعد في الجواهر (جواهر الكلام: ٢٩/٢١٣). (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- عن قبل المولّي عليه. (المرعشى).

٣- نيابته، وأمّا أصالة فلا وجه له. (محمّد رضا الكلبيكاني). * بالنيابة عن المولّي عليه أخذاً له بحقّه، ولا خيار للولّي بالإصالة، ولا ينبغي ترك الاحتياط. (زين الدين).

٤- لا خيار له، بل هو للمولّي عليه خاصّه. (الروحاني).

٥- إلّا أن يكون الصلاح بنظره قرار العقد وثبوته وبقاؤه. (الفيروزآبادي).

٦- إذا كان العيب كاشفاً عن وجود المفسده في الترويج كان العقد باطلاً، ولا يصحّ إلّا بالإجازة بعد البلوغ في الصبي، والإفاقة في المجنون، وإذا لم يوجب المفسده كان العقد صحيحاً، ولا خيار للولّي ولا للمولّي عليه. (زين الدين).

١- بل أوجههما العدم، وما ذكره من التعليل عليل، سيما دعوى كون العقد فضولياً. (صدر الدين الصدر). * بل أوجههما العدم، مع فرض وقوع العقد صحيحاً. (البروجردى). * بل الأوجه العدم، بعد فرض كون العقد صحيحاً. (عبد الهادي الشيرازي). * فيه إشكال، بل منع؛ فإن تزويج الأب إن كان نافذاً في حقه على أساس أن المعترف في ولايته عليه عدم المفسده فلا يكون عدم المصلحه مانعاً عن نفوذ تصرفه في حقه، كما مرّ سابقاً؛ وعليه فلا خيار له، وإن لم يكن نافذاً فالعقد فضولياً، تتوقف صحته على إجازة المولى عليه بعد البلوغ (وله قدس سره حاشيه ثانيه قصيره أوردناها من نسخه أخرى، وهي هكذا: «فيه إشكال، بل منع»). (الخوئي). * بل الأوجه عدم الخيار مع فرض المصلحه، وأما مع عدمها فالعقد فضولياً موقوف على إجازة المولى عليه بعد البلوغ أو الإفاقة. (محمد رضا الكلبيكاني). * الظاهر أنه لا وجه له، والوجه الذي ذكره وجه لكونه فضولياً يحتاج إلى الإجازة، فلا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمي). * بعد فرض كون العقد صحيحاً الأوجه العدم. (الروحاني). * بل الأوجه الثاني؛ لأنه بعد ما كان المفروض وجود المصلحه في النكاح حاله بحسب نظر الولي لا وجه للخيار مع عدم كون العيب من العيوب المجوّزه للفسخ، وانكشاف عدم المصلحه لا يؤثر في ما وقع صحيحاً. ودعوى الفضوليه في هذا الفرض ممنوعه جداً. (اللكراني).

المصلحة (١) في ذلك التزويج، بل يمكن (٢) أن يقال: إنَّ العقد فضوليٌّ (٣) حينئذٍ، لا أنه صحيح وله الخيار.

تزويج مملوك المملوك

(مسألة ١١): مملوك (٤) المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى (٥).

الولاية للوصي في تزويج المجنون والصغير

(مسألة ١٢): للوصي (٦) أن يزوج (٧)

ص: ٤٩٨

- ١- يكفي عدم المفسده، فلو لم يكن في العقد المذكور مفسده لم يكن للمولى عليه الخيار. (الفاني).
- ٢- بل لا- محيص عنه، كما هو ظاهر. (آقا ضياء). * فيه إشكال (أوردنا هذه التعليقه له قدس سره من نسخه أخرى، غير ما بأيدينا). (الخوئي). * هذا متعين؛ فإنَّ الأمر بين الفساد والصحة مع عدم الخيار. (تقى القمي).
- ٣- ولكنه ضعيف. (الروحاني).
- ٤- الفرع المذكور وأمثاله لا تكون محلَّ الابتلاء في زماننا. (تقى القمي).
- ٥- الأحوط اعتبار رضا مالك المملوك أيضاً. (صدرالدين الصدر). * الأحوط رعايه رضا مالك المملوك أيضاً. (المرعشي).
- ٦- في مورد ثبوت الولاية للوصي، كالمتمصل جنونه بصغر، والأحوط العدى لا يترك ضمَّ إذن الحاكم، وأمَّا المجنون العدى عرض جنونه بعد البلوغ فالأقرب أنأمره إلى الحاكم حتى مع وجود الأيب والجِدِّ، وإن كان الاحتياط حسن، وأمَّا أمرالصغير مشكل، فلا يُترك الاحتياط فيه. (الخميني).
- ٧- لا يُترك الاحتياط بالاستئذان من الحاكم الشرعي أيضاً حتى في الصغير، كما أنالأحوط له الاستئذان من الوصي لو كان، ثمَّ إنَّ ما ذكره قدس سره في الجنون المتمصل بالصغر، وأمَّا المنفصل فلا- ولاية للوصي عليه، وتختصَّ بالحاكم الشرعي. (السبزواري).

١- مع اتصال جنونه بصيّة غره، كما تقدّم. (النائني، جمال الدين الكلپايگاني). * بإذن الحاكم على الأحوط. (الإصطهباناتي). * الأحوط انضمام إذن الحاكم في المجنون المحتاج إلى التزويج، والاقتصار عليهمدون الصغير. (البروجردى). * ولكن بشرط اتّصاله بصيّة غره، وأما في ما عداه وفي الصغير إن لم ينصّ الموصّي يفلاً يُترك الاحتياط. (البنوردى). * في صورته اتصال جنونه بصيّة غره، وأما المنفصل فالأقوى اعتبار إذن الحاكم. (المرعشى). * هذا في الجنون المتّصل بالصيّة غره، وأما في غيره فالاحتياط بالاستتجازه من الحاكم لا يُترك (أوردنا هذه التعليقه له ؛ من نسخه أخرى غير ما بأيدينا). (الخوئي). * المتّصل جنونه بصغره، وفي المنفصل فالأقوى أنّ الولاية للحاكم، كما مرّ، نعم، الأحوط الاستئذان من الموصّي أيضاً. (محمّد رضا الكلپايگاني). * الذي اتّصل جنونه بصغره بشرط نصّ الموصّي، كما في الصغير، أمّا المنفصل فالأحوط الاستئذان منه ومن الحاكم الشرعيّ إذا اقتضت الضروره تزويجه. (زين الدين). * فيه وفي الصغير لا يُترك الاحتياط بالجمع بين إذنه وإذن الحاكم الشرعيّ، سواء نصّ الموصّي أم لم ينصّ، ومع ذلك لا- يُترك الاحتياط أيضاً بالاقتصار على مورد الحاجه والضروره الملزمه. (حسن القمي). * لا- ولاية للموصّي على تزويج المجنون. (الروحاني). * إذا كان جنونه متّصلاً بالصغره؛ لأنّه المسلّم من مورد ثبوت الولاية للموصّي، وأمّاع الانفصال فالأحوط الاستئذان من الحاكم، كما في الموصّي. (اللكراني).

المحتاج (١) إلى الزواج، بل الصغير (٢) أيضاً (٣)، لكن بشرط نصّ الموصي (٤) عليه (٥)، سواء عيّن الزوجه أو الزوج أو أطلق.

ص: ٥٠٠

- ١- هذا في الجنون المتصل بالصغر، وأما في غيره فالأحوط الاستجازه من الحاكم أيضاً. (عبدالله الشيرازي).
- ٢- لا- يخلو من الإشكال. (النائيني). * ثبوت الولاية للوصي على الصغير محل إشكال، وعلى تقديرها لا- فرق بين تصريح الموصي وبين إطلاقه، والاحتياط في كلتا صورتين لا يترك. (اللكراني).
- ٣- لا- يخلو من الإشكال. (جمال الدين الكلبيگاني). * المسألة في غايه الإشكال، فلا يترك الاحتياط. (الإصفهاني). * فيه إشكال، فلا- يترك الاحتياط، بل ينبغي مراعاته في المجنون أيضاً. (الكوه كمرى). * المسألة مشكله جداً، فلا يترك الاحتياط. (الإصطهباناتي). * الأحوط فيه عدم التزويج، إلما مع اقتضاء الضروره اللازمه. (محمّد رضا الكلبيگاني). * لا ولاية له على تزويجه. (الروحاني).
- ٤- في الصغر إذا لم ينصّ، فالاحتياط الاستجازه من الحاكم في صوره اللزوم. (عبدالله الشيرازي). * لا يشترط، ويكفي عموم الوصيه لمثل الزواج. (محمّد الشيرازي).
- ٥- إذا لم ينصّ الموصي على الزواج، ولكن كان للوصي التصرف في مال الصغير بالبيع والشراء، فالاحتياط بالجمع بين إذنه وإذن الحاكم لا يترك. (الخوئي).

ولا فرق بين أن يكون وصياً من قبل الأب أو من قبل الجدّ، لكن بشرط (١) عدم وجود الآخر (٢)، وإلّا فالأمر إليه (٣).

ولايه الحاكم الشرعى

(مسألة ١٣): للحاكم الشرعى (٤) تزويج مَنْ لا ولى له _ من الأب والجدّ والوصى _ بشرط الحاجة (٥) إليه، أو قضاء المصلحه اللازمه المراعاة.

الاستئذان من الأب والجد والأخ

(مسألة ١٤): يُستحبّ (٦) للمرأة المالكه أمرها أن تستأذن أبها أو جدّها، وإن لم يكونا فتوكّل أخاها، وإن تعدّد اختارت الأكبر.

كفايه سكوت البكر فى إحراز إذنها

(مسألة ١٥): ورد فى الأخبار (٧): أنّ إذن البكر سكوتها عند العرض عليها.

ص: ٥٠١

- ١- فى تقديم الأب على وصية الجدّ تأمل؛ لأنه ينوب مناب الجدّ. (آقا ضياء). * هذا الاشتراط مبنى على الاحتياط؛ إذ لا دليل على الطوليئه. (تقى القمى).
- ٢- أى الأب والجدّ. (الفيروزآبادى). * فيه تأمل. (محمد الشيرازى).
- ٣- فيه تأمل، ولا يُترك الاحتياط. (زين الدين).
- ٤- من باب الحسبه. (المرعشى). * الأحوط لغير الأب والجدّ من الأولياء عدم تزويج الصغير، إلّا مع الضرورته اللازمه المراعاة. (محمد رضا الكلبيگانى).
- ٥- على وجه يدخل فى الحسيّات، وإلّا ففيه إشكال. (آقا ضياء). * بشرط كونه من الحسيّات. (عبدالله الشيرازى).
- ٦- على الأحوط. (المرعشى). * لم نجد دليلاً عليه. (تقى القمى).
- ٧- [٧] الوسائل: الباب (٥) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١، ٢، ٣.

وأفتى به العلماء (١)، لكنّها محمولة (٢) على ما إذا ظهر رضاها، وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك.

عامّه شرائط الأولياء

(مسأله ١٦) : يشترط في ولايه الأولياء المذكورين: البلوغ والعقل والحريّة (٣) ، والإسلام (٤) إذا كان المولّى عليه مسلماً، فلا ولايه للصغير والصغيره على مملوكهما من عبدٍ أو أمه، بل الولايه حينئذٍ لوليّتهما، وكذا مع فساد عقليهما (٥) بجنونٍ أو إغماءٍ (٦) أو نحوه.

ص: ٥٠٢

١- [١] السرائر: ٢/٥٦٩، مختلف الشيعة ٧/١١٣، مسالك الأفهام: ٧/١٦٤.

٢- وهو المتعيّن. (المرعشى). * لا وجه للحمل المذكور؛ فإنّ المستفاد من النصوص كفايه سكوتها. نعم، إذا عُلِمَ عدم كونها راضيةً تشكل الكفايه؛ فإنّ اعتبار الأماره يختصّ بصوره الشكّوالاطمئنان، مثل العلم والبيّنه مثلهما. (تقى القمّي).

٣- هذا الفرع لا يكون مورد الابتلاء في زماننا. (تقى القمّي).

٤- بل والعداله على الأحوط في غير الأب والجدّ. (زين الدين). * على الأحوط. (تقى القمّي).

٥- هذه الجملة وليده طغيان القلم، والصحيح هكذا: وكذا مع فساد عقل المالكيين الكبيّرين؛ إذ السبب في حَجْر الصغيرين هو الصغر، كانا فاسدي العقل أم لا. (المرعشى). * أى وإن لم يكونا صغيرين. (اللانكرانى).

٦- الإغماء ونحوه لا يوجب سقوط الولايه، نعم، إذا طال وكان الترويج ضرورياً بحيث دخل في الأمور الحسيّيه يتصدّى الحاكم للاذن نيابته عن الولي. (تقى القمّي).

وكذا لا ولاية للأب والجدّ مع جنونهما ونحوه(١)، وإن جُنَّ أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر.

وكذا لا ولاية(٢) للمملوك ولو مُبْعَضاً على ولده، حرّاً كان أو عبداً، بل الولاية في الأول للحاكم، وفي الثاني لمولاه.

وكذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم، فتكون للجدّ إذا كان مسلماً، وللحاكم إذا كان كافراً(٣) أيضاً. والأقوى(٤) ثبوت ولاية على ولده(٥) الكافر(٦).

ولا- يصحّ تزويج الوليّ في حال إحرامه أو المولّى عليه، سواء كان بمباشرة أم بالتوكيل، نعم، لا بأس بالتوكيل حال الإحرام ليقع

ص: ٥٠٣

١- إذا كان المراد من نحو الجنون الإغماء ظهر الإشكال فيه ممّا تقدّم آنفاً. (تقيالقمي).

٢- على الأحوط؛ إذ لا دليل على المدّعى، وقاعده الإلزام غير تامّة عندنا. (تقيالقمي).

٣- أي الجدّ. (الفيروزآبادي).

٤- إذا لم يكن له جدّ، أو كان ولم يكن مسلماً، وإلّا فدعوى اختصاصها به غير بعيدة. (اللكراني).

٥- بل الظاهر أنه يُعَامَل في باب ولايته حسب عقيدته. (محمد الشيرازي).

٦- فيه تأمّل. (صدرالدين الصدر). * إذا لم يكن له جدّ مسلم، وإلّا فلا يبعد ثبوت الولاية له دون الأب الكافر. (الخميني). *

وذلك حيث لا- يكون له في العمود الأعلى من طرف الأب جدّ مسلم، وإلّا فالولاية له على الأحوط، بل على الأقوى.

(المرعشي).

تعدي الوكيل عما عينه الموكل

(مسألة ١٧) : يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص والمهر وسائر الخصوصيات، وإلا كان فضولياً موقوفاً على الإجازة، ومع الإطلاق وعدم التعيين يجب (١) مراعاة مصلحة الموكل (٢) من سائر الجهات، ومع التعدي يصير فضولياً.

تزويج وكيل المرأة من نفسه

ولو وكلت المرأة رجلاً في تزويجها لا يجوز له أن يزوجه من نفسه؛ للانصراف عنه، نعم، لو كان التوكيل على وجه يشمل (٣) نفسه أيضاً بالعموم أو الإطلاق (٤) جاز، ومع التصريح (٥) فأولى بالجواز. ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الإطلاق، والجواز مع العموم. بل قد يقال بعدمه (٦) حتى مع التصريح بتزويجها من

ص: ٥٠٤

- ١- لا وجه للوجوب مع الإطلاق إلا مع الانصراف إلى صورته خاصه. (تقى القمي).
- ٢- بحسب المتعارف. (محمّد رضا الكلبيكاني). * بل عدم المفسده على الموكل الشامل لما لا- مصلحة ولا مفسده فيه. (محمّد الشيرازي).
- ٣- وكان هناك مانع عن الانصراف المذكور. (المرعشي).
- ٤- لا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادي). * أي من دون انصراف. (اللكراني).
- ٥- الأحوط الاقتصار في التزويج من نفسه بصوره التصريح، أو ما في قوته. (النائيني).
- ٦- لا- تبعد صحه هذا القول، ورعايه الاحتياط أولى (هذه التعليقه منه قدس سره أضفناها من نسخه أخرى غير ما بأيدينا). (الخوئي). * لا تبعد صحه هذا القول، ولا موجب لحمل موثقه عمّار على الكراهه وغيرها. (زين الدين).

نفسه، لروايه (١) عمّار (٢) المحموله على الكراهه (٣) ، أو غيرها من المحامل (٤) .

النكاح الفضولي حكماً ومعنى ولزوم الإجازة وفروع في المقام

(مسأله ١٨) : الأقوى صحّ النكاح الواقع فضولاً مع الإجازة، سواء كان فضولياً من أحد الطرفين أم كليهما، كان المعقود له صغيراً أو كبيراً، حرّاً أو عبداً.

والمراد بالفضوليّ: العقد الصادر (٥) من غير الوليّ (٦) والوكيل، سواء كان قريباً _ كالأخ والعمّ والخال وغيرهم _ أم أجنبيّاً، وكذا الصادر (٧) من العبد أو

ص: ٥٠٥

- ١- [١] الوسائل: الباب (١٠) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٤.
- ٢- الروايه ظاهره في عدم جواز تولّي الإيجاب والقبول بنفسه، ولا ربط لها بما أفاده، فلا وجه للكراهه أيضاً؛ وعليه فله أن يوكل عنها من يتولّي الإيجاب عنها، ولا بأس له أن يوكلها فتتولّي الإيجاب منها والقبول عنه. (الروحاني).
- ٣- لا وجه لحملها على الكراهه مع وضوح الدلاله وكونها من الموثّق، فالاحتياط لا يترك. (حسن القمّي). * وجه للكراهه في الأحكام الوضعيه. (تقى القمّي).
- ٤- كدالاتها على عدم كفايه الإشهاد ونحوه. (المرعشي).
- ٥- في العبارة مسامحه واضحه، من حيث الشمول بظاهرها للعقد الصادر من الزوجين؛ لأنّهما غير الوليّ والوكيل، ومن حيث كون الفضوليّ وصفاً للعاقده، لا للعقد. (اللكراني).
- ٦- بل كلّ من ليس بيده زمام العقد. (المرعشي).
- ٧- وكذا ما إذا لم يصدر العقد منهما، بل وكلاً الغير في العقد لنفسهما. (اللكراني).

الأَمه لنفسه بغير إذن الولي، ومنه العقد الصادر من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكل، كما إذا أوقع الولي العقد على خلاف المصلحه(١)، أو تعدى الوكيل عما عينه الموكل.

ولا يعتبر في الإجازة الفوريه، سواء كان التأخير من جهه الجهل بوقوع العقد أم مع العلم به وإرادته التروى، أو عدمها أيضاً.

نعم، لا تصح (٢) الإجازة (٣) بعد الرد (٤)، كما لا يجوز الرد بعد الإجازة، فمعها يلزم العقد.

(مسأله ١٩): لا يشترط في الإجازة لفظ خاص، بل تقع بكل ما دلّ على إنشاء الرضا بذلك العقد، بل تقع بالفعل (٥) الدالّ عليه.

ص: ٥٠٦

١- بل إذا كانت فيه المفسده. (الفانى). * فى ما اعتبر فيه المصلحه. (اللكراني).

٢- لا دليل على اشتراط الإجازة بعدم الردّ قبلها. (تقى القمى).

٣- مشكل، ولا يُترك الاحتياط. (محمّد الشيرازى).

٤- فيه إشكال، بل لا يبعد نفوذها (هذه تعليقه ثانيه له قدس سرّه أوردناها من نسخه أخرى غير ما بأيدينا، وهى هكذا: «على إشكال، والأحوط رعايه الاحتياط»). (الخوئى). * على الأحوط، إن لم يكن الأقوى. (زين الدين). * على ما ادّعى الإجماع عليه،

ولم يثبت، فلا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمى). * الأظهر الصحه. (الروحانى).

٥- فى وقوعها بدون الإنشاء اللفظى إشكال. (عبدالله الشيرازى).

(مسألة ٢٠): يشترط (١) في المُجيز علمه (٢) بأن له أن لا يلتزم بذلك العقد، فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضته به (٣) لم يكف (٤) في الإجازة (٥)، نعم، لو اعتقد لزوم الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز: فإن كان على وجه التقييد (٦) لم يكف، وإن كان على وجه الداعي يكون كافياً.

ص: ٥٠٧

١- لا دليل على الاشتراط المذكور. (تقى القمي).

٢- العبره في صحه العقد إضافته إليه بإجازته ورضاه بذلك العقد حقيقة، ولا يعتبر فيذلك علمه بأن له ذلك. (الخوئي).

٣- أي مجرد الرضا باعتقاد كونه لازماً عليه، وأما لو أظهر الرضا بالعقد قولاً أو فعلاً فلا يبعد كفايته. (الخميني).

٤- لاحتمال الكفايه في صورته إظهاره بأحد الكاشفين: القول أو الفعل وجه. (المرعشي).

٥- إن كان رضاه به بمعنى إرادته ترتيب الأثر عليه فقط، وأما إن رضى بمفاده وبنيعليه فلا يبعد كفايته، ولا يضرب اعتقاده لزوم العقد. (البروجردى). * لا يبعد كفايه الرضا الحقيقي ولو لاعتقاد لزوم العقد، نعم، لا يكفي التسليم الخالي عن الرضا باعتقاد ذلك. (محمّد رضا الكلبايگانی). * إذا كان تسليماً مجرداً عن الرضا الباطني، وأمّا الرضا الباطني له [إذا] (أضفناه لاقتضاء السياق). حصل كفي. (محمّد الشيرازي). * إن كان رضاه بمعنى إرادته ترتيب الأثر عليه. (الروحاني).

٦- إن أجاز العقد الخارجيّ وقيده بذلك على وجه التوصيف بأن قال: «أجزت هذا العقد العدي يجب على إجازته» فلا يبعد كفايته، نعم، لو رجع التقييد إلى الاشتراط لا يكفي. (الخميني).

(مسألة ٢١): الإجازة كاشفه (١) عن صحّحه العقد (٢) من حين وقوعه، فيجب ترتيب الآثار (٣) من حينه.

(مسألة ٢٢): الرضا الباطنيّ التقديريّ لا يكفي (٤) في الخروج عن الفضوليّه، فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد إلّا أنّه كان بحيث لو كان حاضراً وملتفتاً كان راضياً لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة، بل لو كان حاضراً حال العقد وراضياً به إلّا أنّه لم يصدر منه قول ولا فعل (٥) يدلّ (٦) على رضاه (٧) فالظاهر أنّه من الفضوليّ (٨)، فله أن لا يجيز.

ص: ٥٠٨

- ١- المسألة مشكله لا بدّ فيها من الاحتياط. (الخميني). * كشافاً انقلابياً. (زين الدين). * على إشكالٍ في أصل الكشف، وكذا في نوعه من جهه كونه حقيقياً أو حكماً. (اللكراني).
- ٢- حكماً لا حقيقة. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٣- في زمان الإجازة من زمان العقد، لا- في زمانه، حتّى مع العلم بمجىء الإجازة. (آقا ضياء). * في زمان الإجازة. (عبدالله الشيرازي). * الإجازة ناقله بالنسبه إلى الأحكام التكليفية. (الفاني).
- ٤- على الأحوط. (تقي القمي).
- ٥- ولم يكن سكوته كاشفاً عرفاً عن الرضا. (المرعشي).
- ٦- ولا قرائن قامت على أنّ سكوته إجازة. (الخميني).
- ٧- إن لم يكن حضوره وسكوته عن الاعتراض إجازة له عرفاً. (البروجردى).
- ٨- فيه إشكال، فلا يترك الاحتياط. (عبدالهادي الشيرازي). * بشرط أن لا يُعدّ سكوته إجازة. (محمّد رضا الكلبيكاني). * بل الظاهر اختلافه باختلاف الموارد، فقد يكون منه، وقد لا يكون. (السبزواري). * بل الظاهر عدم كونه منه. (الروحاني). * إلّا أن يكون سكوته قرينه عرفية فعليّة على الرضا، فإنّه حينئذٍ يُعدّ إجازة. (اللكراني).

(مسألة ٢٣) : إذا كان كارهاً حال العقد إلا أنه لم يصدر منه رد (١) له فالظاهر صحته بالإجازة، نعم، لو استؤذن فنهى ولم يأذن، ومع ذلك أوقع الفضولي العقد يشكّل صحته (٢) بالإجازة (٣) لأنه بمنزلة (٤) الرد (٥) بعده (٦) .

ويحتمل (٧) صحته (٨) بدعوى الفرق بينه وبين الرد بعد العقد، فليس بأدون من

ص: ٥٠٩

- ١- تقدّم أنّ الردّ لا أثر له. (الخوئي). * تقدّم أنّ الردّ لا يُفسد الإجازة المتأخّره. (تقى القمي).
- ٢- لا يُترك الاحتياط وكذا في المُكره. (الفيروزآبادي). * لا إشكال في صحته بالإجازة. (الفاني).
- ٣- صحته بالإجازة لا تخلو من قوه. (عبدالهادي الشيرازي). * الأظهر صحته بالإجازة. (الشريعتمداري).
- ٤- كونه بمنزلة الردّ ممنوع، كما تقدّم. (جمال الدين الكلبيگاني).
- ٥- كونه بمنزلة الردّ ممنوع، كما تقدّم. (النائيني).
- ٦- الفرق بين عدم الإذن قبل العقد والردّ بعده ظاهر، فاحتمال الصحه غير بعيد. (البنجوردی). * كونه بمنزلة الردّ ممنوع، كما أنّ الإشكال في صحه عقد المُكره بعد لحوق الرضا ضعيف غايته. (حسن القمي).
- ٧- هذا الاحتمال قويّ. (محمّد رضا الكلبيگاني).
- ٨- هذا الاحتمال بعيد جداً، بل الظاهر كونه بمنزلة الردّ، ودعوى الفرق بينه وبينه ممنوعه، كدعوى عدم كونه أدون من عقد المُكره إذا لحقه الرضا؛ لوضوح التفاوت بينهما. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازي). * وهو الأرجح. (الكوه كمری). * هذا الاحتمال بعيد مع سبقه بالنهي، وقريب مع عدم الإذن والسكوت. (الخميني). * هذا الاحتمال هو الأظهر، حتّى على القول بكون الردّ بعد العقد مانعاً عن الإجازة. (الخوئي). * وهو الظاهر، وكونه بمنزلة الردّ ممنوع. (زين الدين). * وهو الأقرب، والإشكال ضعيف. (محمّد الشيرازي). * وهي الأقرب. (تقى القمي). * الأقوى الصحه، وكذا في صورته بالإجازة بعد الردّ، كما مرّ. (الروحاني). * على قوه، إلّا أن يكون النهي السابق دليلاً عرفياً على الردّ بعد العقد، فإنّ الاحتمال حينئذٍ في غايه الضعيف، لكنّ الدلاله العرفيه ممنوعه. (اللنكراني).

عقد المُكره الذى نقول بصحته إذا لحقه الرضا، وإن كان لا يخلو ذلك أيضاً من إشكال(١).

(مسأله ٢٤) : لا- يشترط فى الفضولى قصد الفضوليه، ولا- الالتفات إلى ذلك، فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلاً وأوقع العقد فتبين خلافه يكون من الفضولى، ويصح بالإجازه.

(مسأله ٢٥) : لو قال فى مقام إجراء الصيغه: «زوّجت موكلتى فلانه» مثلاً

ص: ٥١٠

١- لا إشكال فى صحتها إن شاء الله تعالى. (آقا ضياء). * والأقوى الصحه. (صدرالدين الصدر). *، نعم، هو مشكل، واللازم تجديد العقد. (كاشف الغطاء). * ضعيف. (السبزوارى).

مع أنه لم يكن وكيلاً- عنها فهل يصح وتقبل الإجازة، أو لا؟ الظاهر الصحه، نعم، لو لم يذكر لفظ «فلانه» ونحوه، كأن يقول: «زوّجت موّكّلتى»، وكان من قصده امرأه معيّنه مع عدم كونه وكيلاً عنها يشكل (1) صحته (2) بالإجازة (3).

(مسأله 26): لو أوقع الفضولى العقد على مهر معيّن هل يجوز إجازة العقد دون المهر، أو بتعيين (4) المهر على وجه آخر من حيث الجنس أو من حيث

ص: 511

1- الظاهر أنه لا وجه معتبر للإشكال. (تقى القمى).

2- مع جعل هذا العنوان مرآة إلى ذاتها لا إشكال فى الصحه، كما أنه مع جعله عنواناً للمعقود عليه الأقوى بطلانه، إلا مع تشريعه فى تطبيقه عليه فإنه حينئذٍ يمكن المصير إلى تصحيح إجازته. (آقا ضياء). * مع جعل هذا العنوان مرآة إلى ذىها لا إشكال فى الصحه. (عبدالله الشيرازى). * لم يظهر وجه الإشكال؛ لأن معنى عقد الفضولى إجراؤه على من لم يأذن. (الفانى). * لا إشكال فيها إذا كانت المرأه معيّنه بالقرينه. (الخوانى). * إذا لم تُعيّن المرأه فى العقد ولو بالقرائن، أمّا إذا كانت معيّنه ولو بالقرائن فالظاهر صحه العقد إذا لحقته الإجازة. (زين الدين). * لا تبعد صحته بالإجازة. (محمد الشيرازى). * لا إشكال فيها مع تعيين المرأه بالقرينه. (الروحانى). * وإن كان الأقرب بعد كون المرأه معيّنه هى الصحه. (اللكراني).

3- الأقوى صحته بالإجازة. (عبدالهادهى الشيرازى). * صحته بالإجازة هى الأقوى. (الشريعتمدارى).

4- [4] كذا فى الأصل أيضاً، والظاهر (تعيين).

القله والكثرة؟ فيه إشكال (١)، بل الأظهر عدم الصحه (٢) في الصورة (٣) الثانيه (٤)، وهي ما إذا عتین المهر على وجه آخر.

كما أنه لا تصح الإجازة مع شرط لم يُذكر في العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط (٥).

(مسألة ٢٧): إذا أوقع العقد بعنوان الفضوليه فتبين كونه وكيلاً فالظاهر صحته (٦)، ولزومه إذا كان ناسياً؛ لكونه وكيلاً، بل وكذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على إشكال (٧).

ص: ٥١٢

- ١- الإشكال ضعيف، والفرق بين الصورتين غير ظاهر، وكذا الكلام في زياده أو نقيصه الشرط. (محمد الشيرازي).
- ٢- فيه إشكال. (المرعشي). * الظاهر أن جميع الصور الأربع المذكوره في هذه المسأله متحده في الحكم، فلا يناسب الإشكال في بعضها والجزم بالبطان في بعضها الآخر. (السبزواري).
- ٣- وكذلك الأولى. (جمال الدين الكلبيگاني).
- ٤- وكذا الأولى. (النائيني، الخميني، الروحاني). * بل في الصورة الأولى أيضاً. (الخوئي). * الأظهر عدم الصحه في جميع الفروض. (زين الدين). * وفي الصورة الأولى. (تقي القمي). * لا فرق بين الصورتين على الظاهر. (محمد رضا الكلبيگاني).
- ٥- الأظهر صحتها في الموردین، نعم، في الأول لا يجب الوفاء بالشرط، وفي الثاني الخيار للطرف. (الروحاني).
- ٦- بشرط عدم اشتراط صحه الوكاله بالعلم بها. (المرعشي).
- ٧- غير معتبر. (الفيروزآبادي). * بل الأقوى فيه الصحه، وقياسه بعزله قبل بلوغ الخبر إليه بكون نصبه أيضاً منوطاً بالبلوغ واضح البطان. (آقا ضياء). * والأظهر الصحه فيه وفي ما يليه، وعدم الحاجه إلى الإجازة. (صدرالدين الصدر). * لا إشكال في صحته ولزومه. (عبدالله الشيرازي). * الأظهر لزومه بلا حاجه إلى الإجازة فيما راعى الولي ما يجب مراعاته. (الشريعتمداري). * الأقرب عدم الخروج عن الفضولي. (الخميني). * الأظهر اللزوم بدون الاحتياج إلى الإجازة. (المرعشي). * لا فرق بين الفروع الثلاثه المذكوره في هذه المسأله في الصحه مع تحقق الشروط. (السبزواري). * الظاهر الصحه واللزوم فيه وفي الفرض اللاحق. (زين الدين). * لكنّه ضعيف، والاحتياط لا يترك. (تقي القمي).

وأما لو أوقعه بعنوان الفضوليه فتبين كونه ولياً ففى لزومه بلا إجازة منه أو من المولى عليه إشكال (٢).

- ١- بل لا يبعد عدم اللزوم. (الخوئي). * الإشكال غير ظاهر. (محمّد الشيرازي). * لا يُترك الاحتياط معه. (حسن القمّي).
- ٢- الأظهر عدمه. (الفيروزآبادي). * والأقوى لزومه بلا- حاجه إلى الإجازة. (النائني، جمال الدين الكلپايگاني). * مبنى على الداعي والتقييد، وهكذا الأمر فى الفرع الآتى، ويُلمزّه على الثانيهقابليته للإجازة، وما وجّه به عدم صحّته رأساً على وجهٍ يخرج عن قابليته لحقوق الإجازة أيضاً منظور فيه، كما لا يخفى، والله العالم. (آقا ضياء). * لا فرق بين الصورتين، والأظهر الصحّ بلا إجازة فى المقامين. (كاشف الغطاء). * أقربه اللزوم بلا- إجازة. (الإصطهباناتي). * الأقوى لزومه بلا- حاجه إلى الإجازة. (عبدالهادهى الشيرازي، الروحاني). * لا إشكال فيه، ولا يحتاج إلى الإجازة؛ لأنّه عقد صدر من أهله. (البجنوردى). * لا إشكال فى الصحّ. (الفانى). * الظاهر صحّته ولزومه مع مراعاة الغبطه. (الخميني). * أظهره اللزوم، وعدم الحاجه إلى الإجازة. (الخوئي، حسن القمّي). * لا- يبعد الصحّ، من دون حاجه إلى الإجازة إذا كان مراعيّاً لمصلحه المولى عليه، كما هو المفروض. (محمّد رضا الكلپايگاني). * إن كان على وجه التقييد، وإلّا فالظاهر لزومه بلا حاجه إلى الإجازة. (محمّد الشيرازي). * مقتضى القاعده عدم الإشكال، وعدم الحاجه إلى الإجازة. (تقى القمّي). * والأظهر اللزوم، من دون إجازة إذا كان واجداً لشرط الصحّ من الولي. (اللكراني).

(مسأله ٢٨) : إذا كان عالماً بأنه وكيل أو وليّ، ومع ذلك أوقع (١) العقد (٢).

ص: ٥١٤

-
- ١- قد مرّ منه أنّه لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّ، ولا الالتفات إليها، والظاهر جريان هذا في الوكّال والولاية، وأنّه لا يعتبر فيهما القصد، ولا الالتفات، وعليه فلا يبقى محصّل للفرض، بل يتعيّن الصّحّة واللزوم. نعم، يمكن إيقاع العقد منهما معلقاً على رضاً جديدٍ من الموكّل، أو من الموكّل عليه، أو نفسه متأخراً، وحينئذٍ بالإشكال فيه إنّما هو من ناحيه التعليق. (اللكراني).
- ٢- لا محصّل للفرض، والأقوى صحّته ولزومه. (الشريعتمداري).

بعنوان الفضوليه (١) فهل يصح ويلزم، أو يتوقف على الإجازة، أو لا يصح؟

وجوه (٢)، أقواها (٣) عدم (٤) الصحه (٥)؛ لأنه يرجع إلى اشتراط كون العقد

ص: ٥١٥

- ١- أى بقصد الفضوليه. (الفيروزآبادى).
- ٢- أقواهما الصحه، وما ذكره من التعليل عليل جداً. (صدرالدين الصدر). * أقواها الصحه، نعم، لو علق عقده على رضاه أو رضا موكله متأخراً جاء فيه إشكال التعليق، ولعل مراده قدس سره هو هذه الصورة. (الخوئي).
- ٣- بل الأقوى هو الصحه، نعم، لو قيد المنشأ بالعقد بتوقفه على الإجازة اللاحقه يشكل الصحه. (جمال الدين الكلبيگانى).
- ٤- بل الصحه، إلا أن يعلق العقد على كون العاقد فضولياً. (تقى القمى).
- ٥- بل الأقوى الصحه واللزوم، والتعليل عليل؛ فإنه لا يرجع إلى الاشتراط، بل قصد الفضوليه، وهذا القصد وقع لغواً، كتصرف الحاكم بقصد أنه متولاً خاص، أو بالعكس، أو بقصد أنه ليس بمتولاً عام، أو تصرف المالك بقصد أنه أجنبي. (الفيروزآبادى). * بل الأقوى هو الصحه، نعم، لو قيد المنشأ بالعقد بتوقفه على الإجازة اللاحقه يشكل الصحه. (النائنى). * بل أقواها الصحه، وما ذكر وجهاً لعدم الصحه محل المناقشه. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازى). * بل الأقوى الصحه إذا لم يقيد المنشأ بالعقد بكونه متوقفاً على الإجازة، وإلا فمشكل. (الإصطهباناتى). * بل أقواها الصحه واللزوم، ورجوعه إلى اشتراط الجواز ممنوع. (البروجردى). * بل الأقوى الصحه. (عبدالهاده الشيرازى، السبزواري). * بل أقواها الصحه، ولا يرجع إلى ما ذكره من الاشتراط. (البنجوردى). * بل الأقوى الصحه واللزوم ولغوياً قصدها، وما ذكره من الرجوع إلى اشتراط الجواز ممنوع، ومع تسليمه فكونه موجباً للبطلان محل إشكال. (الخميني). * بل الأقوى الصحه واللزوم، والتعليل عليل. (المرعشى). * هذا إذا قيد المنشأ بالتزلزل ليرجع إلى عدم قصد إنشاء النكاح، وأما إذا أنشأ النكاح واشترط جوازه وكونه موقوفاً على إجازة الموكل أو المولى عليه فهذا شرط فاسد ومفسد على القول بإفساده. وأما إذا أنشأ النكاح بغير عنوان الوكالة، بل بعنوان الإنشاء من قبل نفسه بلا قيد ولا شرط، كما هو الظاهر من عنوان المسأله، فالظاهر صحه العقد، وعدم توقفه على الإجازة. (محمد رضا الكلبيگانى). * الأقوى الصحه، إلا إذا قصد بعنوان الفضوليه إنشاء توقف العقد على الإجازة، أو جعل الخيار فيه، فيبطل العقد إذا لم يتطابق فيه الإيجاب والقبول، وتشكل الصحه إذا تطابقا. (زين الدين). * فيه تفصيل ذكرناه فى الفقه. (محمد الشيرازى). * فيه إشكال. (حسن القمى). * الأظهر الصحه، نعم، إذا علق العقد على رضاه أو رضا موكله جاء فيه إشكال التعليق. (الروحانى).

الصادر من وليه جائزاً، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الإبقاء والعدم، وبعبارة أخرى: أوقع العقد مترلزلاً.

(مسألة ٢٩) : إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مرَّ أنَّ العقد (١) لازم عليهما (٢) ،

ص: ٥١٤

-
- ١- قد مرَّ أنَّ لهما الخيار بمقتضى النصِّ، راجع المسألة الرابعة من هذا الفصل. (تقيالقمي).
 - ٢- مرَّ الإشكال فيه، ولكنَّه مع ذلك يثبت بينهما التوارث؛ لأنَّ المفروض صحَّه العقد وإن ثبت لهما الخيار بعد البلوغ. (الخوانساري).
- * وقد تقدّم الإشكال فيه. (محمد الشيرازي). * قد مرَّ أنَّه يحتمل أن يكون لهما في صورته واحده فسخ العقد، ومع عدم الفسخ يتوارثان، ومع الفسخ في تلك الصورة محلّ إشكال. (حسن القمي).

ولا يجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه(١). وعلى هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر.

وأما إذا زوّجهما الفضوليان فيتوقّف على إجازتهما بعد البلوغ، أو إجازته وليهما قبله، فإن بلغا وأجازا ثبتت الزوجيّة، ويترتّب عليها أحكامها من حين العقد؛ لِمَا مرَّ(٢) من كون الإجازة كاشفه.

وإن ردّا أو ردّ أحدهما، أو ماتا(٣)، أو مات أحدهما قبل الإجازة كشف عن عدم الصحّة من حين الصدور.

وإن بلغ أحدهما(٤) وأجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر يعزل(٥) ميراث الآخر على تقدير الزوجيّة، فإن بلغ وأجاز يحلف على أنّه لم تكن إجازته

ص: ٥١٧

١- إذا كان موافقاً لمصلحتهما، وإلّا فلهما الردّ. (كاشف الغطاء).

٢- قد مرّ الإشكال في الكشف ولزوم الاحتياط، وإن لا يبعد الالتزام به في المقام؛ لأجل النصّ الخاصّ. (الخميني).

٣- في العبارة قصور؛ حيث إنّ البطلان بالموت ليس كالأثر المترتّب على الإجازة، والردّ في التفرّع على البلوغ. (اللكراني).

٤- الحديث يختصّ بصوره موت الزوج فيشكل الجزم بالعموم. (تقى القمي).

٥- كما في روايه الحداء(الوسائل: الباب (٥٨) من أبواب المهور، ح ٢)، والمراد بالوليّ فيها: مَن يلي أمرهما عرفاً، لا الشرعيّ؛ كي ينافي ما تقدّم من لزوم النكاح الصادر منه. (المرعشي).

للطمع (١) في الإرث، فإن حلف يدفع إليه، وإن لم يُجزَّ أو أجاز ولم يحلف لم يدفع، بل يردُّ إلى الورثة، وكذا لو مات بعد الإجازة وقبل الحلف.

هذا، إذا كان متهماً بأن إجازته للرغبة في الإرث، وأما إذا لم يكن متهماً بذلك _ كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته، أو كان المهر اللازم عليه أزيد ممَّا يرث، أو نحو ذلك _ فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف.

(مسألة ٣٠): يترتب على تقدير الإجازة والحلف جميع الآثار المرتبة على الزوجية _ من المهر، وحرمة الأُمِّ والبنت (٢) وحرمتها إن كانت هي

ص: ٥١٨

١- هذا ما عبّر به الفقهاء قدس سرهم، وفي الرواية يحلف على أنه ما دعاه على أخذ الميراث إلّا رضاه بالتزويج، والفرق بين التعبيرين واضح، ولعلهم استفادوا من الرواية ما عبّروا به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- حيث إنّ المفروض موت الزوجه بعد إجازتها وقبل بلوغ الزوج، فلا- وجه لحرمة بنتها عليه على تقدير الإجازة والحلف منه؛ لأنّها غير مدخولٍ بها، إلّا أن يفرض دخوله بها قبل بلوغه. (صدرالدين الصدر). * لا محلّ لذكر البنت بعد أن كانت لا تحرم إلّا بعد الدخول، والمفروض أنّ الزوجه قد ماتت قبل بلوغ الزوج، فتدبره، ومثله في المسألة (٣٢). (كاشف الغطاء). * ذكر البنت لا مورد له في الفرض. (الجنوردي). * هذه الكلمة من سهو القلم، أو غلط النسخ. (الخوئي). * ذكر حرمة البنت في الفرض لعلّه من سهو القلم. (زين الدين). * كيف تتصوّر الحرمة بالنسبة إلى البنت مع فرض الموت؟! (تقى القمي). * هذه الكلمة زائده. (الروحاني). * هو من سهو القلم، كما يأتي. (اللكراني).

الباقية على الأب والابن ونحو ذلك _ بل الظاهر(١) ترتب هذه الآثار(٢) بمجرد(٣) الإجازة(٤) من غير حاجة(٥) إلى الحلف(٦). فلو أجاز ولم يحلف

ص: ٥١٩

١- فيه تأمّل، بل منع؛ لأنه خلاف ظاهر النصّ (الوسائل: الباب (٥٨) من أبواب المهور، ح ٢). (صدرالدين الصدر). * بل ظاهر صحيح الحداء الوارد في المقام عطف استحقاق المهر على الميراث في الترتب على الحلف، وهما وإن كانا مشتركين في الاتهام إلّا أنّ الظاهر عدم الفرقين المهر وبين سائر أحكام الزوجية، مضافاً إلى أنّ الحكم على خلاف القاعده، ولا بدّ من الاقتصار فيه على المتيقن، نعم، الاحتياط لا ينبغي أن يُترك. (اللكراني).

٢- من حين العقد. (المرعشي).

٣- على الأحوط. (جمال الدين الكلبيكاني).

٤- على الأحوط. (النائني، زين الدين، حسن القمي). * مشكل، ومراعاة الاحتياط لازمه. (الإصطهباناتي). * فيه إشكال، نعم، هو أحوط (هذه التعليقه له قدس سرّه أوردناها من نسخه أخرى غير ما بأيدينا). (الخوئي).

٥- محلّ إشكال، بل الحاجه إليه لا تخلو من وجه؛ فإنّ ظاهر النصّ هو: أنّ الإجازة التي بها يتم سبب الزوجية هي الصادره لا عن طمع في الميراث، وأنّ الطريق لإحراز ذلك هو الحلف، فمع عدمه لا طريق إلى إحراز تمام السبب، والأصل عدمه. (عبدالله الشيرازي). * الحلف أوفق بظاهر الروايه. (الفاني). * الأقرب هو الحاجه إليه في ترتب الأحكام ظاهراً. (الخميني).

٦- محلّ إشكال، بل الحاجه إليه لا تخلو من وجه؛ فإنّ ظاهر النصّ هو أنّ الإجازة التي بها يتم سبب الزوجية هي الصادره لا عن طمع في الميراث، وأنّ الطريق لإحراز ذلك هو الحلف، فمع عدمه لا طريق إلى إحراز تمام السبب، والأصل عدمه. (البروجردى). * ممنوع؛ فإنّ تصحيح العقد بعد موت واحدٍ منهما الذي هو بمنزله تلف ركن العقد بإجازة الطرف الآخر على خلاف القاعده، فليقتصر على المتيقن؛ على أنّ ذلك ظاهر الروايه فإنّها تدلّ على أنّ الحلف تمام السبب؛ باعتبار كونه كاشفاً عن إجازة العقد، لا عن طمع في الميراث. (الشريعتمداري). * الأحوط الاحتياج إليها. (المرعشي). * الظاهر الاحتياج إليها في ترتيب الآثار أيضاً. (محمّد الشيرازي). * يتم ذلك في غير المهر، وأمّا المهر فحكمه حكم الميراث. (الروحاني).

مع كونه متهماً لا يرث، ولكن يرتب (١) سائر الأحكام (٢).

(مسألة ٣١) : الأقوى (٣) جريان الحكم المذكور في المجنونين، بل الظاهر (٤) التعدي إلى سائر الصور، كما إذا كان أحد الطرفين الولي والطرف

ص: ٥٢٠

١- محل إشكال. (الإصفهاني).

٢- محل إشكال. (عبدالله الشيرازي). * الظاهر أن موضوع ترتب الأحكام هو العقد المتعقب بالإجازة والحلفاً أيضاً، فبدون الحلف لم يتحقق ما هو موضوع الأحكام، فحال سائر الأحكام حال الإرث. (البجنوردی).

٣- في الأقوائيه إشكال، بل منع؛ إذ كيف يجوز التعدي عن مورد الحديث إلى غيرهم مع كون الأحكام الشرعية تعديديه؟! (تقى القمي).

٤- بعد الاستفادة من الرواية أن الملا-ك في الحلف هو رفع الاتهام - والمفروض وجوده في المقام - لا يبقى مجال لدعوى الظهور، فلا يترك الاحتياط بالإحلاف في الإرث وأخذ المهر، وكذا سائر الأحكام. (اللكراني).

الآخر الفضولِيّ، أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير، أو كانا بالغين كاملين، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً، أو نحو ذلك،

ففى جميع الصور: إذا مات مَنْ لزم العقد بالنسبه إليه _ لعدم الحاجه إلى الإجازة أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده _ وبقي الآخر فإنه يعزل حصّه الباقي من الميراث إلى أن يردّ أو يجيز. بل الظاهر عدم الحاجه إلى الحلف فى ثبوت الميراث فى غير الصغيرين من سائر الصور؛ لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين.

ولكنّ الأحوط (١) الإحلاف (٢)

ص: ٥٢١

- ١- هذا الاحتياط لا- يُترك. (النائى). * هذا الاحتياط لا- يُترك، خصوصاً بالنسبه إلى الإرث. (الإصطهاناتى). * لا يُترك. (جمال الدين الكلپايگانى). * لا يُترك الاحتياط، خصوصاً بالنسبه إلى الإرث. (عبدالله الشيرازى). * لا يُترك، ومع عدم التمكن منه فالأحوط التخلّص بالصلح. (البروجردى). * لا يُترك بالنسبه إلى الإرث. (عبدالهادهى الشيرازى). * لا يُترك فى ترتب جميع الأحكام، بل لا- ينبغى ترك الاحتياط بالتخليص بالصلح فى جميع الصور الخارجه عن النصّ. (الخمينى). * لا يُترك، سيّما بالنسبه إلى الإرث والمهر، والأحوط منه التخلّص بالتصالح فى تمام الفروض المذكوره التى لم تُذكر فى الخبر. (المرعشى).
- ٢- لا- يُترك الاحتياط، خصوصاً بالنسبه إلى الإرث. (الإصفهانى). * يعنى الأحوط على أخذ الإرث الحلف ثمّ الأخذ، وأمّا الأحوط على المُعطى فالإعطاء مع الإجازة ولو لم يحلف إلّما مع التراضيوالتصالح. (محمّد رضا الكلپايگانى). * لا- يُترك. (السيزوارى). * لا يُترك هذا الاحتياط بالنسبه إلى الإرث والمهر. (زين الدين). * لا يُترك، وإذا رتب الأثر المضادّ ففى صحّه الإجازة إشكال. (محمّد الشيرازى). * هذا الاحتياط لا يُترك. (حسن القمى).

فى الجمىع (١) بالنسبه إلى الإرث، بل بالنسبه إلى سائر الأحكام أيضاً.

(مسأله ٣٢) : إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مُجيزاً، والطرف الآخر فضولياً، ولم تتحقق إجازة ولا- ردّ فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات، فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أمّ المرأه وبناتها (٢) وأختها والخامسه، وإذا كانت زوجةً يحرم عليها التزويج بغيره؟

وبعبارة أخرى: هل تجرى عليه آثار الزوجية وإن لم تجر على الطرف الآخر، أو لا؟ قولان، أقواهما الثاني (٣)،

ص: ٥٢٢

١- هذا الاحتياط لا- يُترك فى الإرث. (البجنوردى). * لا- يُترك الاحتياط بل الظاهر الاحتياج إلى الحلف، كما تقدّم وجهه. (الشريعتمدارى). * لا يُترك الاحتياط بالإضافة إلى الإرث وإلى أخذ المهر، وأمّا بالإضافة إلى بقيها الأحكام فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف، مع أنه أحوط. (الخوئى). * لا يُترك بالنسبه إلى المهر والإرث. (تقى القمى). * لا يُترك بالنسبه إلى الإرث وأخذ المهر. (الروحانى).

٢- الظاهر أنه من سهو القلم، كما مرّ؛ لعدم ترتّب حرمة البنت على مجرد العقد، بل تتوقّف على الدخول. (اللكراني).

٣- بل الأوّل. (النائنى، جمال الدين الكلبايگانى). * حتّى مع فرض العلم بحصولها بعد ذلك، حتّى بناء على الكشف، إلّا بناءً على بعض وجوهها الشاذّه. (صدرالدين الصدر). * حتّى مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك؛ بناء على الكشف الانقلابى كما هو المختار. (زين الدين).

- ١- لا- وجه للاستثناء؛ فإنه ما لم تتحقّق الإجازة يجوز كلّ تصرّفٍ للأصيل، ومع فرض تصرّفه تصرّفاً وضعياً لا- يبقى مجال للإجازة، نعم، لو قيل بكونها كاشفةً حقيقةً يكون التصرّف على الإجازة باطلاً، لكنّ القول المذكور باطل من أصله. (تقى القمّي).
* في الاستثناء تأمل، بل منع. (اللكراني).
- ٢- في الاستثناء إشكال، بل منع. (الخميني).
- ٣- يمكن منعه على التحقيق في معنى الكشف، ولا يُترك الاحتياط. (الكوه كمرى). * بل أقواهما الأول، حتّى مع العلم بحصول الإجازة بعد ذلك؛ لبطلان الكشف الحقيقيّ الّذى هو مبنى القول الثّاني، ومن هنا تعرف أنّه لو تزوّج الأمّ أو البنت لا يبقى محلّ للإجازة. (البجنوردى). * بل ولو مع العلم بحصول الإجازة من الآ-خر، ولو أتى بما ينافي الزوجيّة لم يبقَ موضوع للإجازة. (الفانى). * الحكم بثبوت التحريم في فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك لا- يجتمع مع القول بكون الإجازة كاشفةً حكماً وناقلةً حقيقةً، كما هو المختار. (محمّد رضا الكلبيكاني). * بل حتّى مع فرض العلم أيضاً. (السبزواري). * الأقوى هو الثّاني مطلقاً. (الروحاني).
- ٤- مع فرض العلم أيضاً لا يخلو من إشكال. (حسن القمّي).

الإجازة (١) بعد ذلك (٢) ، الكاشفه عن تحقّقها من حين العقد. نعم، الأحوط (٣) الأول (٤) ؛ لكونه في معرض ذلك (٥) بمجىء الإجازة.

نعم، إذا تزوّج الأمّ أو البنت مثلاً ثمّ حصلت الإجازة (٦) كشفت (٧) عن

ص: ٥٢٤

١- بل ولو مع فرض العلم بالإجازة. (الشريعتمداري).

٢- بل مع فرض العلم بحصولها أيضاً، وإن كان يجب من حين الإجازة ترتيب آثار الصحّة من حين العقد، كما أشرنا إليه سابقاً، وهو الذي تقتضيه القواعد في باب الفضوليّ من كلّ عقد، والتزم به المشهور القائلين بالكشف. (آقا ضياء). * بل مع هذا الفرض أيضاً. (الخوئي).

٣- لا يُترك. (البروجردى).

٤- لا يُترك. (الإصطهباناتي). * لا- وجه لهذا الاحتياط؛ لأنّ له التصرّف الموجب لعدم بقاء العقد على قابليته لحقوق الإجازة. (الفاني). * ويحتمل القرعه، وكذا اللازم مراعاة الاحتياط. (محمّد الشيرازي).

٥- معرضيته لذلك موقوف على بقاء الموضوع، ولا مانع من القول بانتفائه بتزويج الأمّ، فلا تؤثر الإجازة بعده، نعم، على القول بلزوم العقد على الأصل يحرم ذلك عليه تكليفاً، ولكن لو تزوّج صحّ وتكفى الإجازة، لكن مع ذلك لا يُترك الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٦- لا تصحّ الإجازة؛ لخروج العقد المذكور عن القابلية للتصحيح؛ بسبب وقوع العقد على الأمّ والبنت عقداً صحيحاً سابقاً على الإجازة. (الفاني).

٧- الكشف في حقّ البنت التي لم تكن أمّها مدخوله (كذا في الأصل، والأصحّ (مدخولاً بها).)، كما ترى. (المرعشي). * بل لا يبقى موقع للإجازة إلّا على تقدير الكشف الحقيقيّ ببعض معانيه. (اللكراني).

بطلان (١) ذلك (٢).

(مسألة ٣٣) : إذا ردّ المعقود أو المعقوده فضولاً- العقد ولم يُجزّه لا- يترتب عليه شيء من أحكام المصاهره، سواء أجاز الطرف الآخر أم كان أصيلاً أم لا؛ لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير مجاز، وتبين كونه كأن لم يكن.

وربما يستشكل في خصوص نكاح (٣) أم المعقود عليها، وهو في غير محلّه بعد أن لم يتحقق نكاح. ومجرد العقد لا يوجب شيئاً، مع أنه لا فرق

ص: ٥٢٥

١- ويمكن الالتزام ببطلان الإجازة. (الكوه كمرى).

٢- بل تقع الإجازة باطله. (الشريعةمدارى). * فيه منع، نعم، يتم ذلك على الكشف الحقيقي ببعض معانيه على إشكال فيه أيضاً. (الخوئي). * مشكل، بل ممنوع، إلما بناءً على الكشف الحقيقي، وفيه منع، ثم إن المشار إليه بكلمه «ذلك» إن كان عقد الأم والبنت فهو مخالف لما يأتي في المسألة (٣٤)، وإن كان عقد الفضولي فهو خلاف الظاهر من الاستدراك بقوله؛ «نعم». ثم إن حق التعبير أن يقال: «إذا كان أحد الطرفين ملتزماً بالعقد، أصيلاً كان أو مُجيزاً...» إلى آخره؛ إذ لا لزوم في البين مطلقاً، إلما بناءً على الكشف الحقيقي، وهو ممنوع. (السبزواري). * فيه إشكال. (حسن القمى). * بل الأظهر ببطلان الإجازة. (الروحاني).

٣- وفي نكاح أب المعقود أو ابنه أيضاً. (اللكراني).

بينه وبين نكاح البنت (١). وكون الحرمة في الأوّل غير مشروطه بالدخول، بخلاف الثاني، لا ينفع في الفرق.

(مسألة ٣٤) : إذا زوّجت امرأه فضولاً - من رجلٍ ولم تعلم بالعقد، فتزوّجت من آخر، ثم علمت بذلك العقد ليس لها (٢) أن تُجيز؛ لفوات محلّ الإجازة.

وكذا إذا زوّج رجل فضولاً بامرأه، وقبل أن يطّلع على ذلك تزوّج أمّها أو بنتها أو أختها ثم علم.

ودعوى أنّ الإجازة حيث إنّها كاشفه إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني كما ترى (٣).

(مسألة ٣٥) : إذا زوّجها أحد الوكيلين من رجل، وزوّجها الوكيل الآخر من آخر: فإن علم السابق من العقدين فهو الصحيح، وإن علم الاقتران بطلا

ص: ٥٢٤

١- الأمر وإن كان كذلك في المقام حيث لم يتحقّق عقد قبل الإجازة إلّا أنّ بين نكاح الأمام ونكاح البنت فرقاً من جهه أخرى، وهي: أنّ مجرد نكاح الأمام لا- يوجب بطلان العقد على البنت فلو عقد على البنت والحال هذه بطل عقد الأمام، وهذا بخلاف عقد البنت فإنّه بمجردّه يوجب بطلان العقد على الأمام. (الخوئي).

٢- لكونها ذات بعلٍ فيحرم عليها التزويج الحاصل بالإجازة، أو لانصراف أدلّه صحّها لفضوليّ عن الفرض، ومنه يُعلم الحال في الزوج أيضاً. (المرعشي).

٣- إذ كشف الإجازة فرع سلطنه المُجيز، وهو فرع بطلان نكاحه، فكيف يؤثر في بطلانه؟! (آقا ضياء). * مناط حكم المسألة والمسألة الإحدى والثلاثين من حيث الحكم الوضعي واحد، نعم، لا تجب الإجازة في الفرض على غير الأصيل تكليفاً، وله إفتاء الموضوع ولومع الالتفات، بخلاف المسألة السابقة حيث إنّّه يجب على الأصيل الوفاء، ويحرم عليه إفتاء الموضوع، لكن تكليفاً لا وضعاً، كما مرّ. (محمّد رضا الكلبايگاني).

١- الظاهر أن يكون ملحقاً بما عُلِمَ عدم الاقتران، لا بما علم الاقتران، فلو كان أحدهما معلوم التاريخ يُحَكَم بصحّته. (جمال الدين الكلبي يگانی).

٢- الظاهر أن يكون ملحقاً بما عُلِمَ عدم الاقتران، لا بما علم الاقتران، فلو كان أحدهما معلوم التاريخ يُحَكَم بصحّته. (النائني). * إذا كان أحدهما معلوم التاريخ فالظاهر الصحّ فيه، كصوره العلم بعدم الاقتران والعلم بتاريخ أحدهما. (صدرالدين الصدر).
٣- مع الجهل بتاريخهما، وأمّا مع العلم بتاريخ أحدهما فيحکم بصحّته دون الآخر، كما في صورته العلم بالسبق واللاحق. (عبدالله الشيرازي). * إلّا مع العلم بتاريخ أحدهما فيحکم بصحّته. (الشريعتمداري). * نعم، لو عُلِمَ تاريخ أحدهما فيحکم بصحّته، ومجرّد الشكّ في المقارنه لا- يوجب البطلان؛ لعدم إحرازها. (الفاني). * في فرض كونهما مجهولَي التاريخ، وأمّا في صورته العلم بتاريخ أحدهما فالحكم بصحّته المعلوم تاريخه هو الأقوى، والأحوط طلاقها من طرف كلا الزوجين، ثمّ منأرادها تزوّجها بعقد جديد. (المرعشي).

٤- الظاهر أنّه إذا علم تاريخ أحدهما في هذه الصورة يُحَكَم بصحّته كالصورهاللاحقه، وعدم العلم بتحقق عقد صحيح في هذه الصورة دونها ليس بفارقٍ بينهما بعد احتمال صحّته كلّ منهما، والعلم ببطلان واحدٍ منهما في كلّ منهما، فكما يُحَكَم بعدم وقوع العقد الآخر إلى زمان وقوع ما عُلِمَ تاريخه في تلك الصورة فيحکم بصحّته وتأثيره كذلك في هذه الصورة، غايه الأمر في تلك الصورة يُدْفَع بالأصل احتمال سبق العقد الآخر على ما عُلِمَ تاريخه، وفي هذه الصورة احتمال سبّقه وتقارنه. (الإصفهاني). * الظاهر أنّ حكم هذه حكم الصورة الثالثه، في أنّ مع العلم بتاريخ أحدهما يُحَكَم بصحّته دون الآخر. (الإصطهباناتي). * مع الجهل بتاريخهما، وأمّا مع العلم بتاريخ أحدهما فيحکم بصحّته دون الآخر، كما في صورته العلم بالسبق واللاحق. (البروجردي). * مع عدم العلم بتاريخ أحدهما، وإلّا فيحکم بصحّته ما علم تاريخه. (عبدالهادي الشيرازي). * الظاهر أنّه إذا عُلِمَ تاريخ أحدهما يُحَكَم بصحّته؛ بناءً على جريان استصحاب العدم في مجهول التاريخ دون معلومه. (البجنوردي). * مع الجهل بتاريخهما، وأمّا مع العلم بتاريخ أحدهما فيحکم بصحّته دون الآخر. (الخميني). * مع الجهل بتاريخهما، وأمّا مع العلم بتاريخ أحدهما فيحکم بصحّته فقط. (السبزواري). * إذا كانا معاً مجهولَي التاريخ، وأمّا إذا كان أحدهما معلوم التاريخ فالظاهر الحكم بصحّته، كما في الفرض اللاحق. (زين الدين). * إلّا مع العلم بتاريخ أحدهما، فهو - أي المعلوم - محكوم بالصحّ، وفي بعض الحواشي (وهي حاشيه السيد محمّد رضا الكلبي يگانی قدس سرّه المذكوره في الصفحه التاليه في الهامش رقم (١)).: استصحاب عدم تحقّق المجهول إلى زمانٍ مقارنٍ للمعلوم لا يترتّب عليه أثر شرعيّ كي يلحق ذلك بمعلوم السبق، كما أفاده غير واحدٍ من أكابر المحشّين؛ لأنّ بطلان العقد المقارن بمثله عقليّ، لا شرعيّ، بخلاف المسبوق بمثله حيث إنّ بطلانه شرعيّ، فيستصحب عدم وقوع العقد السابق، فيترتّب عليه عدم البطلان شرعاً، انتهى. ويردّ عليه: أنّه لا- فرق بين المقارن والمسبوق في كون البطلان شرعيّاً؛ فإنّ حكم العقل بالبطلان إنّما هو لأجل قيام الدليل الشرعيّ على امتناع ثبوت الزوجين بالإضافة إلى زوجه واحده، ومع قطع النظر عن ذلك لا مجال للعقل للحكم بالبطلان، فالملاك موجود في المقامين من دون فرق، مع أنّ استصحاب عدم وقوع العقد السابق إن كان بنحو «ليس» التامه فالظاهر عدم جريانه أصلاً، وإن كان بنحو «ليس» الناقصه فليس له حاله سابقه متيقّنه. (اللكراني).

صحيح، والأصل عدم تأثير (١) واحدٍ منهما.

وإن عُلم السبق واللحوق ولم يُعَلَم السابق من اللاحق: فإن عُلم تاريخ أحدهما حُكِم بصحّته (٢) دون الآخر (٣)، وإن جُهل

ص: ٥٢٩

- ١- واستصحاب عدم تحقّق المجهول إلى زمانٍ مقارنٍ للمعلوم لا يترتّب عليه أثر شرعيّ كى يلحق ذلك بمعلوم السبق، كما أفاده غير واحدٍ من أكابر المحشّين؛ لأنّ بطلان العقد المقارن بمثله عقليّ، لا شرعيّ، بخلاف المسبوق بمثله حيث إنّ بطلانه شرعيّ، فيستصحب عدم وقوع العقد السابق، فيترتّب عليه عدم البطلان شرعاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٢- والأولى رعايه الاحتياط بالطلاق _ كما مرّ _ إن لم يناقش بالإثبات، وهي ممنوعه، والتفصيل في محلّه. (المرعشي). *
الظاهر أنّ حكم المعلوم تاريخه حكم مجهوله. (الخوئي، الروحاني). * هذا يتمّ على مسلكه؛ حيث يرى عدم جريان الأصل في معلوم التاريخ، وأما على المسلك المنصور فلا وجه للتفصيل. (تقى القمي).
- ٣- لا- يخلو من الإشكال. (الكوه كمرى). * الأظهر أنّ الحكم في المعلوم التاريخ والمجهول التاريخ سواء، وإن كان مراعاها الاحتياط أولى. (حسن القمي).

التاريخان(1) ففي المسأله وجوه :

أحدها: التوقيف(2) حتى يحصل العلم.

الثاني: خيار الفسخ للزوج.

الثالث: أن الحاكم يفسخ.

الرابع: القرعه، والأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير(3).

ص: ٥٣٠

- ١- ولم يحتمل الاقتران، وإلّا فيحكّم بطلانهما، كما مرّ. (الخميني). * وكان عدم الاقتران معلوماً. (المرعشي).
- ٢- هذا هو المتعين وعلى طبق القاعده، إلّا أن يصل الأمر إلى حدّ يدخل المقام في الأمور الحسيّيه، فيقوم الحاكم ويتصدّى الطلاق نيابته عن الزوج، وباقي الوجوه المذكوره مخدوشه. (تقى القمي).
- ٣- لا يخلو من الإشكال، والأحوط الطلاق منهما، ولو امتنعا فلا يبعد أن يكون للحاكم إلزامهما بذلك، وكذا في نظائر المسأله، والحمد لله ربّ العالمين، والصلاهعلى رسوله وآله الطاهرين. (النائيني). * على فرض ثبوت جبر الروايه بعملهم، وإلّا فالأوّل أولى. (آقاضياء). * لا- يُترك الاحتياط. (صدرالدين الصدر). * بل العدى قبله، وهو فسخ الحاكم، بمعنى أن الحاكم يلزمهما بالطلاق، فإن طلقا وإلّا طلقها قهراً عليهما، أمّا الفسخ بغير الطلاق فلا وجه له، فتدبره. (كاشف الغطاء). * لا يخلو من الإشكال، والأحوط الطلاق منهما، ولو امتنعا فلا يبعد أن يكون للحاكم إلزامها (كذا في أصل النسخه، والظاهر أن الصحيح (إلزامهما) أى الزوجين، بقرينه ما قبله (ولو امتنعا)، ولاحظ حاشيه النائيني وكاشف الغطاء» قبلها وبعدها). بذلك، وكذا في نظائر المسأله، والحمد لله ربّ العالمين، والصلاهعلى رسوله وآله الطاهرين. (جمال الدين الكلبيگاني). * وإن كان الأحوط أن يطلقها. (الإصطهباناتي). * والأحوط الطلاق منهما. (عبدالهادى الشيرازي). * ولكنّ الأحوط طلاقهما؛ لمعارضه الأصلين، وعدم أماره على إثبات صحّهما المعيّن، فمع العلم بطلان أحدهما ليس لكلّ واحدٍ منهما ترتيب آثار الزوجيه، فلا مناص إلّا الطلاق باختيارهما، أو باجبار الحاكم لهما؛ دفعاً لضرر المراه، وكذلك الأمر في الفروع التي ذكرها بعد ذلك. (الجنوردي). * على فرض حجّيه القرعه في المقام، وإلّا فالأحوط أن يطلقها أحدهما، والآخر يعقدها بعقدٍ جديدٍ إن أراد تزويجها، وإلّا فهو أيضاً يطلقها، وهكذا الحال بالنسبه إلى الفروع الآتيه. (عبدالله الشيرازي). * يمكن علاج المشكله بالطلاق، فلا يُجزم بكون المورد من موارد القرعه، فالأحوط لو لم يكن الأقوى الطلاق. (الفاني). * وينبغي الاحتياط بالطلاق، كما تقدّم. (المرعشي). * وإن كان الأحوط أن يطلقها أحد الرجلين، فإن شاء الآخر تزوّجها بعقدٍ جديدٍ وإلّا فالأحوط أن يطلقها هو أيضاً، وكذلك يُراعى الاحتياط في الفروع الآتيه. (الخوئي). * لكنّ الأحوط على الزوجه إرضاءهما للطلاق مع التمكّن ولو بإعطاء شيء عليهما، وصرف النظر عن الصداق، كما أن الأحوط عليهما الطلاق. (محمّد رضا الكلبيگاني). * والأحوط لكلّ منهما التخلّص بالطلاق، وكذا في نظائر المقام. (السبزواري). * الأحوط أن يُطلقها الرجلان معاً، أو يطلقها أحدهما ويتزوّجها الثاني بعقدٍ جديد، وكذا في الفروض

اللاحقه. (زين الدين). * الأحوط التفريق بينها وبينهما بالطلاق، أو تجديد العقد لأحدهما مع طلاق الآخر لها أولاً، فإن امتنعا من الطلاق فالأوجه هو القرعه، وكذلك في الفروع الآتية، فلا يُترك الاحتياط بالطلاق إن أمكن، وإلّا فالقرعه. (حسن القمّي). * هذا وإن كان قوياً إلّا أنّ الأحوط أن يطلقها أحد الزوجين ويزوّجها الآخر، وإن لم يشأ تزويجها طلقها أيضاً، وكذا الحال في الفروع الآتية. (الروحاني).

وكذا الكلام إذا زوّجه أحد الوكيلين برابعه والآخر بأخرى، أو زوّجه أحدهما بامرأه والآخر ببنتها (١) أو أمها أو أختها.

وكذا الحال إذا زوّجت نفسها من رجلٍ وزوّجها وكيلها من آخر، أو تزوّج بامرأه وزوّجه وكيله بأخرى لا يمكن الجمع بينهما.

ولو ادّعى أحد الرجلين المعقود لهما السّيق، وقال الآخر: «لا أدري من السابق» وصدّقت المرأه المدّعى للسّبق حُكِمَ بالزّوجيه (٢) بينهما؛ لتصادقهما عليها.

[هذا آخر ما صنّفه _ دام ظلّه _ من النكاح]

*

*

*

ص: ٥٣٢

١- الظاهر أنّ عقد البنت صحيح وعقد الأم باطل، كما تقدّم. (الخوئي).

٢- الظاهر أنّ للاخر عليهما الحلف. (الفيروز آبادي).

كتاب الوصيه

اشاره

ص: ٥٣٤

معنى الوصية وتقسيماتها

وهي: إما مصدر (١) «وَصِيَّ يَصِيَّ» بمعنى الوصل؛ حيث إنَّ الموصي يصل تصرّفه بعد الموت بتصرّفه حال الحياة. وإما اسم مصدر بمعنى العهد (٢)،

ص: ٥٣٥

١- الظاهر أنّها ليست بمصدر من الثلاثي، ولا اسمه، سواء كان تفعيلاً أم إفعالاً، وأنّها_ على أيّ حالٍ _ بمعنى العهد في تمام اشتقاقاتها وفروعها أينما ذكرت وكلّما استعملت، كما لا يخفى على من جاس خلال ديار استعمالها في الكتاب والسّنهوأسنه المتشرّعه، غايه الأمر أنّ متعلقاتها تختلف، ككونها تملك العين أو المنفعهأو الحقّ أو التسليط على الفكّ أو التحرير وصنوف العقود والإيقاعات، وأمّاأخوذه من وصيَّ يَصِيَّ لو سلّم ذلك فهي بمعنى الوصل بلا ريب، ووجه التسميهعلى كلا الفرضين واضح. (المرعشي). * لم يذكر الوصيه مصدراً للثلاثي، بل المصدر له هو الوصي بفتح الواو و سكون الصاد، فيتعيّن أن يكون اسم مصدرٍ من الرباعي، ويبقى حينئذٍ اختلاف الثلاثي والرباعي في المعنى، حيث إنّ الأوّل بمعنى الوصل، والثاني بمعنيالعهد. ودعوى أنّهما مادّتان متباينتان ليس بينهما أيّ نوع من الاشتقاق، كما في بعض الشروح، مندفعه، بما ذكره الزمخشريّ في أساس البلاغه من قوله: وأوصى البلدُ البلدَ: واصله، فإنّها ظاهره في مجيء الرباعي أيضاً بمعنى الوصل، فلا محيص عن أن يقال: إنّ العهد أيضاً نوع من الوصل؛ لتقومه بالطرفين، وتحقق اتصال في البين. (اللكراني).

٢- هذا هو المتعيّن، والعهد هنا هو الذي يستعمل متعدياً بلفظه «إلى»، ويرادفه أو يقرب منه لفظه «سَفارش» في لغة الفرس، قال الله تعالى: (أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ...) (يس: ٦٠). الآية، (وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَى آدَمَ...) (طه: ٩: ١١٥). الآية، (قَالُوا إِنَّ اللَّهَ عَهِدَ إِلَيْنَا أَلَّا نُؤْمِنَ...) (آل عمران: ١٨٣). الآية، وقال تعالى: (وَوَصَّي بِهَآ إِبْرَاهِيمَ بَيْنَهُ وَيَعْقُوبَ...) (البقره: ١٣٢). الى آخره، (أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ وَصَّأَكُمُ اللَّهُ بِهَذَا...) (الأنعام: ١٤٤). إلى آخره. (ذَلِكُمْ وَصَّاكُم بِهِ...) (الأنعام: ١٥١ و ١٥٢). الى آخره، نعم، غلب استعمالها في عهد الإنسان إلى غيره بما يريد حصولهمن بعد موته في ماله أو بدنه. (البروجردي). * هذا هو الظاهر من اللغويين، نعم، يمكن إرجاع جميع ما يذكر من معانيها إلى الوصل بإلغاء خصوصيات موارد تطبيق هذه الكلمه «الوصيه»، لكنّه لا- يخلو متكلّف. (الفاني). * هذا هو المتعيّن يظهر من موارد استعماله في القرآن المجيد وفي الأخبار. (حسن القمي).

من وصى يوصى توصية، أو أوصى يوصى إيصاء. وهي إما تملكيه، أو عهديه (١)، وبعبارة

ص: ٥٣٦

١- اعتبار العهد متحقق في التملكيه أيضاً؛ إذ كما تتعلّق التوصيه والعهد بالعمل كذا يتعلّق بالأمر الوضعيه كالولاية وافتكاك الملك ويؤيده قوله تعالى: (يُوصِيكُمُ اللَّهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنثِيَيْنِ) (النساء: ١١). ومرجه إلى الإيصاء بترتيب آثارها. (البرجدي). * يمكن فرض الجامع القريب بينهما، فلا تكون إلّا قسماً واحداً تختلف باختلاف المتعلّق. (السبزواري). * إن كان المراد بالعهد هو العهد المتعلّق بخصوص العمل _ سواء كان راجعاً إلى الغير أو إلى نفسه _ فجعل الوصيه الراجعه إلى التسليط على الحق، أو فكّ الملك من أقسام الوصيه العهديه كما هو ظاهر العبارة غير ظاهر، وإن كان المراد به هو العهد بالمعنى الأعمّ ممّا يتعلّق بالعمل _ وهو الذي يعبر عنه في الفارسيه به «سفارش» _ فجعل التملكيه قسماً للعهديه غير واضح؛ إذ حينئذٍ تصير التملكيه من أقسام العهديه أيضاً، ويؤيده: ما أفاده من كونها بمعنى العهد إذا أخذت من الرباعي. (اللكراني).

أخرى (١): إمّا تمليك عينٍ أو منفعه، أو تسليط على حقّ، أو فكّ ملك، أو عهد

متعلّق بالغير، أو عهد متعلّق بنفسه، كالوصيّة بما يتعلّق بتجهيزه. وتنقسم انقسام الأحكام الخمسه.

نفوذ الوصيّة العهديّة والتوفّف في الوصيّة التملكيّة على القبول

(مسأله ١): الوصيّة العهديّة لا تحتاج إلى القبول (٢)، وكذا

ص: ٥٣٧

١- ما ذكره ليس عبارةً أخرى لما سبق؛ لأنّ الوصيّة بالفكّ ليست من القسمين، ولو جعلت العهديّة أعمّ من الفكّ لا تكون الوصيّة إلّا قسمًا واحدًا، والأمر سهل. (الخميني).

٢- أى إلى قبول الموصى له، وإن كانت ربّيًا احتاجت إلى قبول الموصى إليه (كذا في أصل النسخه). فيبعض أحكامها. (البروجردى). * أى قبول الموصى له، أمّا قبول الموصى إليه (كذا في أصل النسخه) فهو لازم غالبًا أو دائمًا. (عبدالله الشيرازى). * يعنى قبول الموصى له. (الشريعتمدارى). * أى قبول الموصى له. (المرعشى).

الوصية (١) بالفك كالعق، وأما التمليكه (٢) فالمشهور (٣) على أنه يعتبر فيها القبول (٤) جزءاً؛ وعليه تكون من . . .

ص: ٥٣٨

- ١- قد ظهر ممّا قدّمناه فى الحاشيه السابقه أن جعل الوصيه بالفكّ قسيماً للوصيه العهديه لا مساغ له. (المرعشى).
- ٢- الأقوى أنّ الوصيه التمليكه مطلقاً يعتبر فيها القبول جزءاً فى حياه الموصى أو بعد موته. (صدر الدين الصدر). * ضعفه ظاهر. (جمال الدين الكلبي يگاني).
- ٣- سواء جعل جزءاً ناقلاً أم كاشفاً، وسواء جعل شرطاً للانتقال من حين العقد أم منحين القبول كشفاً أو نقلاً، أو سبباً لاستقرار الملك وثباته. (المرعشى).
- ٤- وهو الأقوى لأنّ أدله الوصيه غايتها الدلاله على نفوذ عهد الإنسان عند موته فيما كان قبله تحت سلطانه، وأنّ سلطنته عليه باقيه إذا عهد فيه بأمر، وأما كونه سلطاناً عند موته على ما لم يكن سلطاناً عليه قبل ذلك، كما هو قضيه الملك القهرى فلا تدلّ عليه. (البروجردى). * الظاهر أنّ تحقّق الوصيه وترتب الأحكام عليها من حرمة التبديل وغيرها لا يتوقف على شىء، لكنّ حصول الملكيه للموصى له يتوقف على عدم الردّ، بحيث يكون الردّ مانعاً لظهور (كذا فى نسخه الأصل، والظاهر أن الأصحّ (مانعاً من ظهور)). الإجماع، ولولاه لم يتوقف عليه أيضاً. وما أفاده سيّدنا العلامه الأستاذ قدّس سرّه دليلاً على اعتبار القبول، من أنّ أدلّها الوصيه غايتها الدلاله على نفوذ عهد الإنسان عند موته فى ما كان قبله تحت سلطانه، وأنّ سلطنته عليه باقيه إذا عهد فيه بأمر، وأما كون سلطانه عند موته على ما لم يكن سلطاناً عليه قبل ذلك، كما هو قضيه الملك القهرى فلا تدلّ عليه، يمكن المناقشه فيه بمنع كون أدله الوصيه غايتها الدلاله على مجرّد ذلك. كيف، والمحدور لا يندفع بمجرّد اعتبار القبول بعد مغايرتها مع سائر العقود فى حصول الموت بين الإيجاب والقبول، وتحقّق الفصل الطويل وغيرهما، وكون الملك القهرى خلاف الارتكاز العرفى غير ثابت؟! فالظاهر أنّه مع عدم قيام الإجماع لم يكن يتوقف حصول الملكيه على شىء، ولم يمنع عنها شىء، كما عرفت. (اللكراني).

١- الذى يقتضيه التحصيل هو: أن القبول وإن كان معتبراً فى تحقق الموصيه جزءاً أو شرطاً لكنه غير معتبر فى تحقق الوصيه حتى تكون من العقود بذلك، فالإيجاب من الموصى كافٍ فى صدق أنه أوصى بكذا، وفى ترتب أحكامها من حرمة التبديل والتصرفات المزاحمه وإن كان غير كافٍ فى تحقق الموصى به فى الجملة فالوصيه بما هى وصيه من الإيقاعات مطلقاً وإن كانت جزء السبب للملكيه؛ ولذا لا تبطل بتخلل الموت بين إيجابها وقبولها، مع أن اعتبار المعاقده مع تخلله غير معقول. (البروجردى). * الظاهر أن تحقق الوصيه وترتب الأحكام عليها من حرمة التبديل وغيرها لا يتوقف على القبول، لكن تملك الموصى له متوقف عليه، فلا يملك قهراً، فالوصيه من الإيقاعات، لكن جزء سبب لحصول الملك للموصى له. (الخمينى). * وهو الأقوى، والظاهر أن الوصيه اصطلاحاً: عبارته عن العهد المتعلق بأمر راجعه إلى [ما] (أضفناها لاقتضاء السياق). بعد الموت، وهى ليست عنواناً قبال سائر العناوين من العقود والإيقاعات حتى يبحث فى أنها من أيهما، فكما أن العهود الراجعه إلى أمور الناس حال حياتهم مختلفه _ بعضها عقود وبعضها إيقاعات وبعضها شرائط وبعضها وعد وبعضها استدعاء _ فكذلك العهود الراجعه إلى [ما] (أضفناها لاقتضاء السياق). بعد الموت فإن كان تملك عين أو منفعة أو نقل حق أو تسليطاً أو وكالة فهو عقد، كما فى حال الحياه. وإن كان عقداً أو إبراءً أو إسقاطاً فهو إيقاع. وإن كان عهداً راجعاً إلى تجهيزه وصلاته وصومه وحجّه وردّ أمانته وأمثلة ذلك فهو إذن واستدعاء والفرق: أن العهود الراجعه إلى [ما] (أضفناها لاقتضاء السياق). بعد الموت معلقه بالموت، بخلاف الراجعه إلى حال الحياه؛ حيث إنها منجزه. وأمّا نفوذ أى عقد أو إيقاع وجواز العمل بأى عهد أو وجوبه أو عدمه فهو تابع للدليل. وحيث إنها اعتبرت للتصرف بعد الموت فلا يضرّها التعليق بالموت، وتخلل الموت بين الإيجاب والقبول، ولا بين الإنشاء والمنشأ عقداً كان أو إيقاعاً. والحاصل أنه يعتبر فى التملك القبول، وكذا فى العهده إن كانت راجعاً إلى التصرف فى ماله أو بدنه، أو إلى أمر من يكون عليه الولايه؛ لأن هذه فى الحقيقه وكاله وتحتاج إلى القبول، وإن لم تكن راجعه إليه كاستدعاء عمل بعد موته فلا- يعتبر فى جواز العمل بها القبول وإن كان فى وجوبه على الموصى إليه يحتاج إليه أحياناً. وأمّا إذا كانت عهداً بتمليك الغير أو إعطاء شىء إياه فلا- إشكال فى اعتبار قبول ذلك الغير بعد تملك الوصى أو إعطائه إياه، وإن ردّ فالمال للوارث، أو يصرف فى الخيرات إن كان من الثلث. (محمد رضا الكليبايگانى).

أو شرطاً (١) على وجه الكشف أو النقل، فتكون من الإيقاعات (٢).

ويحتمل (٣) قوياً (٤)

ص: ٥٤١

١- الظاهر من موارد استعمالاته ومشتقاته في هذا الباب هو كونها اسم مصدر، بمعنى العهد إلى الغير، وهو الجامع بين الوصية التملكيه والعهدية، وإنما الاختلاف في متعلق العهد إلى الغير، فتارة يكون مالاً عيناً كان أو منفعةً أو حقاً متعلقاً بهما، وتارة يكون عتق عبده، وتارة يكون فعل الغير المتعلق بما يرجع إلى نفسه أو إلى صغاره وأموالهم. (جمال الدين الكلبي يگانی).

٢- الأصح أنها برزخ بين العقد والإيقاع، ومثلها الوكالة والجعالة والوقفى بعض أنواعه، كما شرحنا ذلك في تحرير المجله وغيرها من مؤلفاتنا، فراجع (كاشف الغطاء).

٣- وهو الظاهر. (جمال الدين الكلبي يگانی). * بل الأظهر عدم الاعتبار، بل لا- دليل على مانعيه الردّ إلما أن يتم الأمر بالضرور هالفقيهيه. (تقى القمى).

٤- ضعفه ظاهر. (النائنى). * هذا هو الأقوى؛ لعدم الدليل على اعتبار القبول فى الوصيه مطلقاً، والذي يظهر من الأخبار (الوسائل: الباب (٨) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١، ٢، ٣، ٤، ٥). ويساعده الاعتبار العرفى أن الردّ راد. (الفانى). * وأميا ما قرره بعض الأعاظم؛ (راجع كتاب الوصايا والمواريث للشيخ الأنصارى: ٢٦ _ ٢٨). من أن أدله الوصيه إنما تدل على بقاء سلطان الشخص فى ما كان قبله تحت سلطانه، ولا تدل على سلطنته على ما لم يكن سلطاناً عليه قبل موته كالمملك القهرى، ففيه: أنه لا بعد فى دلاله الأدله على أزيد من ذلك، كما هو ظاهر قوله تعالى: (فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِي يَبْدُلُونَهُ) (البقره: ١٨٢). كيف، ولا يندفع المحذور باشتراط القبول؛ فإنّ الفصل الطويل بين إنشاء التملك وقبوله قد يكون بعشره أعوام، ولا يجوز مثل ذلك فى حال الحياه، وعلم القابل والتفاته من حين الإيجاب إلى القبول يعتبر فى العقود المعهوده، ولا يعتبر فى الوصيه التملكيه قطعاً. (الشريعتمدارى). * التقويه لا تخلو من شوب الإشكال، فلا يترك الاحتياط بالقبول. (المرعشى). * بل الأقرب أن الوصيه التملكيه عقد، والقبول كاشف، لا ناقل. (محمّد الشيرازى). * الظاهر عدم كون القبول جزءاً، ولولا الإجماع لقلنا بعدم اعتباره أصلاً، وعدم كون الردّ مانعاً؛ وعليه فهذا الاحتمال هو الصحيح؛ لأنه المتيقن من معقده. (الروحانى).

- ١- بل الأقوى بمقتضى الأصل الاحتياج إلى القبول مطلقاً، غاية الأمر بنحو الشرطيه للإيجاب، لا بنحو الجزئيه لعقدٍ على حدّ سائر العقود. (آقا ضياء). * هذا هو الأقوى. (حسن القمى).
- ٢- الأقوى ما عليه المشهور؛ لأنّ أدلّه الوصيّه لا تدلّ على أزيد من نفوذ ما عهد الإنسان عند موته فى ما كان قبله تحت سلطانه، فلا تدلّ على سلطنته عند موته على ما لم تكن له السلطنه عليه قبل ذلك. (الإصطهباناتى). * لا قوّه فى هذا الاحتمال، بل الظاهر أنّها تحتاج إلى القبول، كما ذهب إليه المشهور. (البجنوردى).

فيها (١)، بل يكون الردّ مانعاً (٢)؛ وعليه تكون من الإيقاع الصريح (٣).

ودعوى: أنه يستلزم الملك القهري (٤) _ وهو باطل في غير مثل الإرث _

ص: ٥٤٣

١- هذا الاحتمال هو الصحيح، بل لا دليل على كون الردّ مانعاً سوى ظهور التسالم عليه، فإن تمّ إجماع، وإلّا فلا وجه له أيضاً. (الخوئي).

٢- على ما ادّعى الاتفاق عليه، فإن ثبت إجماع فهو وإلّا فمقتضى عموم الأدلّة وإطلاقها عدم كون الردّ مانعاً أيضاً. (حسن القمي).

٣- فيه تأمل. (المرعشي). * هذا خلاف ما ارتكز عند العرف من كون التمليك والتملك عقداً لا إيقاعاً، فلا بدّ لإثباته من دليل شرعيّ تعديديّ، وليس في أدلّة الوصيّة ما يدلّ على ذلك، إلّا ما دلّ على أنه لو مات الموصي له قبل موت الموصي فالوصيّة لوارثه، وظاهر بعضه عدم اعتبار القبول حتّى من الوارث، ويبيّنه: ما ذكر من ارتكاز احتياجها إلى القبول عند العامّة، فيحمل على أنّ الوصيّة لوارث الموصي له مع قبوله، فالمتيقّن ممّا ثبت به تعديداً على خلاف القاعدة قيام الوارث مقامه معقبوله، لا بدون القبول. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٤- الوصيّة من الأسباب المملّكة شرعاً وعرفاً، فلا معنى للإشكال بأنّ عدم اشتراط القبول يستلزم قهريّه حصول الملك، اللهمّ إلّا أن يراد بذلك أنه لا سلطنه لشخصٍ على آخر وإن كان بتمليك شيءٍ له، ويدفع ذلك: أنّ سلطنه الردّ بيده، فهذا المحذور مندفع. (الفاني).

مدفوعه: بأنه لا مانع منه عقلاً، ومقتضى (١) عمومات (٢) الوصية ذلك، مع أن الملك القهرى موجود فى مثل الوقف.

إيقاع القبول بعد وفاه الموصى

(مسألة ٢): بناءً على اعتبار القبول فى الوصية يصح إيقاعه بعد وفاه الموصى بلا إشكال، وقبل وفاته على الأقوى (٣). ولا وجه لما عن جماعة:

من عدم صحته حال الحياة؛ لأنها تمليك بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية فلا محل له؛ ولأنه كاشف أو ناقل، وهما معاً منتفیان حال الحياة؛ إذ نمنع عدم المحل له؛ إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له (٤)، والكشف والنقل إنما يكونان بعد تحقق (٥) المعلق عليه، فهما فى القبول بعد الموت لا مطلقاً.

ص: ٥٤٤

١- بل ومقتضى القاعده توقّف الوصية على قبول الوصى إذا تضمنت إزماءه بعمل، إلما أن يثبت خلاف ذلك، وأما الوصية التمليكية إذا كانت وصيةً بالنتيجة فلا بدّ من دليلٍ على نفوذها من دون قبول الموصى له. (صدرالدين الصدر). * بل والمقتضى توقّفه عليه؛ لما أشرنا إليه، وخلافه لو ثبت لكان من باب التعييد المحض، على خلاف القاعده الارتكازية الشرعية والعرفية. (المرعى).

٢- لا يذهب على المتأمل أن غايه الاستفادة من أدله الوصية نفوذ عهد الموصى بعدموته فيما كانت له عليه سلطه فى حياته، ولا تدلّ على سلطته على ما ليس له التسلّط عليه فى حياته. (المرعى).

٣- بناءً على كون الوصية من العقود، وإلا ففى كفايته إشكال. (الكوه كمرى). * محلّ تأمل وإشكال. (البروجردى).

٤- والقياس على بيع ما سيملكه وقبوله مع الفارق. (اللانكرانى).

٥- غايه الأمر عدم ترتّب ثمره على الكشف والنقل فى خصوص هذه الصوره، وهولا يقدر فى أصل المطلب. (اللانكرانى).

(مسأله ٣) : تتصيق الواجبات الموسّعه بظهور أمارات الموت، مثل قضاء الصلوات، والصيام، والنذور المطلقه، والكفّارات ونحوها، فيجب (١) المبادرة إلى إتيانها مع الإمكان، ومع عدمه تجب (٢) الوصيّه بها، سواء فاتت لعذر أم لا لعذر؛ لوجوب تفرّغ الذمّه بما أمكن في حال الحياه، وإن لم تجر (٣) فيها النيايه، فبعد الموت تجرى فيها يجب (٤) التفرّغ (٥) بها بالإيصاء. وكذا يجب (٦) ردّ (٧) أعيان (٨)

ص: ٥٤٥

- ١- لا وجه للبدار وجوباً؛ فإنّ الاستصحاب الاستقباليّ في البقاء يقتضى جواز التأخير. (تقى القمّي).
- ٢- إذا كان عنده أموال الناس، أو كان عليه حقوق وواجبات يعلم بها الورثه، ويطمئنّ بإيصالهم وتأديتهم على ما هي عليها لا يجب الإيصاء بها وإن كان أولى، بل أحوط. (الخميني). * هذا فيما يكون الامتثال متوقّفاً على الوصيّه، ويعلم الموصى بأنّ الوصيّ يقوم بالمهمّه. (تقى القمّي).
- ٣- كالصلاه والصوم. (المرعشي).
- ٤- إطلاقه بحيث يشمل صورته العلم بعدم العمل بالوصيّه مشكل. (اللانكراني).
- ٥- أي تفرّغ الذمّه عنها بالنيابه. (الفيروزآبادي).
- ٦- لا وجه للوجوب مع كون المالك راضياً بالتأخير. (تقى القمّي).
- ٧- وذهب بعض إلى التخيير بين الردّ والإشهاد والوصيّه، وفيه إشكال، فلا يترك الاحتياط بالردّ في صورته الإمكان. (المرعشي).
- ٨- إن لم يعلم برضا المالك ببقائها في يد الورثه. (حسن القمّي). * أو الوصيّه بها أو الإشهاد، كلّ ذلك مع عدم علم الورثه بها، أو عدم الاطمئنان بردهم، وإلّا فالظاهر أنّه لا يجب شيء من ذلك. (اللانكراني).

أموال الناس (١) التي كانت عنده، كالوديعة، والعارية، ومال المضاربه، ونحوها، ومع عدم الإمكان تجب (٢) الوصية بها.

وكذا يجب (٣) أداء ديون الناس (٤) الحال (٥)، ومع عدم الإمكان أو مع كونها موجلة تجب الوصية بها (٦)، إلما إذا كانت معلومه، أو موثقه (٧) بالأسناد المعتمره.

وكذا إذا كان عليه زكاه أو خمس أو نحو ذلك فإنه يجب عليه أداؤها أو الوصية بها. ولا فرق في ما ذكر بين ما لو كانت له تركه، أو لا إذا احتمل

ص: ٥٤٦

١- فيما كان لأصحابها مقتضٍ لذلك، أما إذا علم أنّ أصحابها راضون ببقائها عندورثته بعد موته فلا يجب. (محمد الشيرازي).

٢- إطلاق الحكم ممنوع، بل لا بدّ من التقييد، كما تقدّم نظيره في الواجبات الموسّعه. (تقي القمي).

٣- قد مرّ الإشكال في الإطلاق في نظير المقام. (تقي القمي).

٤- من دون فرق بين صورته المطالبه وعدمها، كما أنّه لا يختصّ هذا الوجوب بما إذا ظهرت أمارات الموت. (اللكراني).

٥- وإن لم تطالب. (المرعشي).

٦- وخير بعض بين الإشهاد والوصية، ولا يخلو من الإشكال. (المرعشي). * الملاك في مثل المورد هو لزوم فعل كلّ ما له دخل في حصول الفراغ، بحيث يخاف من تركه ذهاب الحقّ وتضييعه، فلا يكفي مجرد الوصية في تحقّق الموافقه، ولا مجرد العلم في عدم اللزوم. (اللكراني).

٧- بحيث لا يكون للوصية أثر، لا في إثبات الحقّ، ولا في إيصال الحقّ إلى أهله، وإلّا فالأحوط إن لم يكن أقوى وجوب الوصية بها. (حسن القمي).

وجود (١) متبرّع، أو أداءها من بيت المال.

حكم ردّ الوصية له الوصية

(مسألة ٤) : ردّ الوصية له للوصية مبطل (٢) لها (٣) إذا كان (٤) قبل حصول الملكية (٥) ، وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلاً لها؛ فعلى هذا إذا

ص: ٥٤٧

- ١- على الأحوط. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٢- الردّ في سائر العقود لا يكون مبطلاً، وكذا في العقد الفضولي لولا الإجماع التعبدى على خلافه، وأمّا في الوصية فقبل القبول وبعد موت الموصي قد تقدّم حاله، وأمّا فيها قبل موته فالمشهور أنّه لا يكون مبطلاً، وهو الحقّ. (الروحاني). * قد تقدّم أنّ مقتضى القاعدة كون الوصية من الإيقاعات، فما أفاده في هذه المسألة والمسائل الآتية من دخل القبول في الصحّة أو تأثير الردّ في إبطالها مبني على الاحتياط. (تقى القمي).
- ٣- مقتضى ما قدّمنا من إطلاق الأدلّة عدم تأثير الردّ في البطلان، كان قبل القبول أو بعده، وقبل الموت أو بعده، إلّا أنّه ادّعى الإجماع على إبطال الردّ بعد الموت قبل القبول، وفي غيره لا إجماع، ولا يبطل. (حسن القمي).
- ٤- بناءً على اشتراط القبول في حصول الملكية وتحقّقه بعد الموت. (المرعشي).
- ٥- المعروف بينهم أنّ ردّ الوصية حال حياة الموصي لا يبطلها، وهو الصحيح وقد عرفت حاله بعد الموت وقبل القبول، وأمّا الردّ في سائر العقود فالظاهر أنّه لا يبطلها، فلو قبل بعده صحّت، بل الأمر كذلك في العقد الفضولي أيضاً إن لم يتم إجماع على خلافه. (الخوئي). * لكن لا مطلقاً، بل المسلّم مبطلته إذا وقع بعد الموت وقبل القبول، وأمّا الردّ قبل الموت فسيأتي حكمه. ثمّ التعبير بالمبطل يناسب القول باشتراط القبول في الملك إمّا جزءاً للعقد، وإمّا دخیلاً في الإيقاع، وأمّا على القول بحصول الملكية بالموت كون الردّ رافعاً فيناسب التعبير بالفسخ دون المبطل، إلّا أنّ يلتزم بأنّ الردّ بوجوده المتأخّر يمنع عن تأثير الموت حين وقوعه، وهو في غايه الإشكال، ولا يلتزم بهفي غير المورد. (محمّد رضا الكلبيكاني).

كان الردّ منه بعد الموت وقبل القبول، أو بعد (١) القبول (٢) الواقع حال حياة الموصي (٣) مع كون الردّ أيضاً (٤) كذلك يكون مبطلاً لها؛ لعدم

ص: ٥٤٨

١- قد عرفت أنّ تحقّق الوصية لا يتوقف على مثل القبول، ولكن قام الإجماع على أنّ الردّ مانع عن حصول الملكية، والقدر المتيقّن من معقده حصوله بعد الموت وقبل القبول، وفي غيره من الصور تحصل الملكية، ولا أثر للردّ أصلاً، ومنه انقذح أنّ الوجه في مانع الردّ هو الإجماع، لا أصاله عدم الملكية، كما هو ظاهر العبارة. كما أنّ الوجه في عدم المنع في مورده إطلاق أدلّه نفوذ الوصية، لا أصاله الملكية كذلك. (اللكراني).

٢- فيه تأمل. (الفيروز آبادي). * في مبطلته الردّ بعد القبول إشكال؛ للأصل بعد الفرق في تأثيره في الرفع والدفع، فلا يتوهم حينئذٍ استصحاب آخر في مانع الردّ قبله، كما لا يخفى. (آقا ضياء). * على خلاف فيه. (المرعشي).

٣- ظاهر عبارته كثير منهم عدم الاعتبار بالردّ الواقع قبل موت الموصي مطلقاً بعد القبول أو قبله. (محمد رضا الكلبيكاني). * في مبطلته الردّ إذا كان حال حياة الموصي وبعد القبول إشكال. (عبد الهادي الشيرازي).

٤- وتقريب ذلك: أنّ لزوم الوصية على القابل مع جوازها للموجب مادام حياً يكون خارجاً عن إطلاق أدلّه اللزوم، وإن شئت قلت: إطلاق (أو فوّا بالعقود) (المائدة: ١). لا يشمل أحد طرفي المعاقده، مضافاً إلى ما قلناه، من أنّ الردّ رادّ، لا أنّ القبول شرط. (الفاني).

١- التعليل لا ينتج المعلل. (الفيروزآبادى). * هذا بالنسبة إلى الصورة الأولى منافٍ لما سبق منه من قوّه احتمال عدم اعتبار القبول لحصول الملكية بموت الموصى قبل قبول الموصى له قهراً، وإن كان هو الأقوى لما سبق من اعتباره في حصول ملكيته، نعم، لو قيل بأن الردّ كاشف عن عدم الملكية بالموت يرتفع التنافى، لكنّه ضعيف. (الخمينى).

٢- هذا فى الصورة الثانية، وكذلك فى الأولى؛ بناءً على اعتبار القبول ولو شرطاً، وأما على ما احتمله سابقاً من عدم اعتباره أصلاً فالملكية حاصله بمجرد الموت، فاللازم على هذا: إمّا الالتزام بانحصار مبطّيته الردّ بما إذا وقع قبل موت الموصى، أو عدم اختصاص مبطّيته بكونه قبل حصول الملكية، وهو لا- يقول به. (الإصفهاني). * المنجزه. (الفانى). * التعليل فى الفرض الأوّل مبنى على جعل الردّ كاشفاً عن عدم حصول الملكية، وإلّا فلا- يلائم مبناه المتقدم من عدم اعتبار القبول فى تحقّق الملكية. (المرعشى). * إنّما يصحّ هذا فى الصورة الأولى، أمّا فى الثانية فمشكل. (محمّد الشيرازى).

٣- هذا صحيح فى الصورة الثانية، وأمّا فى الأولى فمبنى على كون الردّ كاشفاً عن عدم حصول الملكية بعد الموت، وهو ضعيف، ولم أجد به قائلاً منّا، وإن قال به الشافعى فى أحد أقواله، وأمّا على القول بحصولها بالموت وارتفاعها بالردّ - كما قال به جماعه منّا - فلا- يصحّ ذلك. (البروجردى). * هذا بناءً على ما استظهرنا من الاحتياج إلى القبول فى حصول الملكية، وأمّا بناءً على ما احتمله قوياً من عدم احتياج حصول الملكية على القبول فلا- يستقيم فى الصورة الأولى. (البجنوردى). * هذا فى الصورة الثانية، وكذلك فى الأولى؛ بناءً على اعتبار القبول ولو شرطاً، وأمّا على ما احتمله سابقاً من عدم اعتباره أصلاً فالملكيه حاصله بمجرد الموت، فاللازم على هذا: إمّا الالتزام بانحصار مبطّيته الردّ بما إذا وقع قبل موت الموصى، أو عدم اختصاص مبطّيته بكونه قبل حصول الملكية، وهو لا- يقول به. (عبدالله الشيرازى). * بناءً على كون الوصية من العقود. (السبزواری).

وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا- يكون مبطلاً، سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أم قبله (١)، وسواء كان قبل القبض أم بعده، بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها؛ لعدم الدليل على اعتباره؛ وذلك لحصول الملكيه حينئذٍ له فلا تزول بالرد.

ولا دليل على كون الوصيه جائزه بعد تماميتها بالنسبه إلى الموصى له، كما أنها جائزه بالنسبه إلى الموصى؛ حيث إنه يجوز له الرجوع في وصيته، كما سيأتي.

وظاهر كلمات العلماء _ حيث حكموا بطلانها بالرد _ عدم صحه القبول بعده (٢)؛ لأنه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصى، كما أن الأمر كذلك في سائر العقود؛ حيث إن الرد بعد الإيجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا

ص: ٥٥٠

١- بناءً على كفايه ذلك. (الكوه كمرى).

٢- صحه القبول بعد الرد حال حياه الموصى إنما هو لبقاء الوصيه، وعدم الرجوع فيها بعد فرض عدم لزوم الموالاه. وأما عدم صحه القبول بعد الرد بعد الموت فإنما هو لعدم بقائها، فالفرق بينهما واضح، ولا تنافى بين القولين، بل ومما ذكرنا نعرف الفرق بين الوصيه وسائر العقود، فالقياس مع الفارق. (صدرالدين الصدر).

تأخير (١)، وكما في إجازة الفضولي حيث إنها لا تصح بعد الرد، لكن لا يخلو من إشكال (٢) إذا كان الموصي باقياً (٣) على إيجابه (٤). بل في سائر العقود (٥).

ص: ٥٥١

- ١- ويكفي في الفرق بينها وبين سائر العقود عدم لزوم الموالاه فيها. (المرعشي).
- ٢- لا إشكال فيه بناءً على كون الوصية من العقود، كما لا إشكال في غيرها، نعم، بناءً على الشرطية أو عدم الاعتبار أصلاً يقع الإشكال في المقام. (الكوه كمرى). * فيما إذا كان الموصي باقياً على إيجابه الظاهر منه حال حياته، نُسب إلى المشهور عدم تأثير الرد، بل يجوز له القبول بعد حياته، وكيف كان لا يبعد الصحة بعد الرد وإن قلنا بالبطلان في الفضولي والإيجاب في سائر العقود، ولا- أظنّ تحقّق إجماع في المقام. (الخميني). * ظاهر الإشكال يُعطى أنّهم حكموا بإبطال الرد في حال الحياة أيضاً، مع أنّك عرفت أنّ المتيقّن بل الظاهر من كلماتهم اختصاصه بما بعد الموت. (اللكراني).
- ٣- في نفسه ولم يردده. (المرعشي). * ظاهر هذه العبارة موهّم لكون المقصود حال حياة الموصي، مع أنّهم لم يحكموا ببطلان الإيجاب بالردّ حال حياة الموصي، كما مرّ في الحاشية السابقة. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٤- إنّما حصل هذا الإشكال والإشكال الآتي من تقطيعه كلامهم؛ فإنّهم إنّما حكموا بإبطال الردّ فيما إذا ردّها بعد الموت، لا حال الحياة، كما هو الأقوى، بل علّله بعضهم ببقاء الوصية في نفس الموصي ما دام حيّاً، فلا يرد عليهم هذا، ولا ما سيأتي من سؤال الفرق بين الحالين، نعم، يبقى سؤال الفرق بين الردّ والقبول حال الحياة على من فرّق بينهما، وله أيضاً وجه، لكنّه محلّ تأمّل. (البروجردى). * فيكون قبوله للإيجاب المستمرّ ردّاً لردّه السابق. (الفاني).
- ٥- لا مجال للالتزام به فيها؛ لمجيء الشكّ في أصل العقدية بعده، بخلاف المقام، وهكذا أيضاً يشكّل في الفضولي؛ للشكّ معه في إضافته العقد إلى المجيز بعد ردّه. (آقا ضياء).

أيضاً مشكل (١) إن (٢) لم يكن إجماع (٣) ، خصوصاً في الفضوليّ؛ حيث إن مقتضى (٤) بعض الأخبار (٥) صحّتها ولو بعد الردّ.

ص: ٥٥٢

١- ولكنه الأقوى حتّى في الفضوليّ. (النائني، جمال الدين الكلپايگانی). * لا إشكال في سائر العقود، وفي إجازة الفضوليّ، وإنّما يختصّ الإشكال بما نحن فيه من جهة الإشكال في كون القبول جزءاً للعقد، أو شرطاً خارجاً، بل قد مرّ سابقاً احتمال عدم كونه شرطاً أيضاً. (الإصفهاني). * الظاهر أنّه لا إشكال في أنّ الردّ مبطل في الفضوليّ وفي سائر العقود أيضاً، إلّا أن يُنشئ إيجاباً جديداً. (البحروردی). * الظاهر عدم الإبطال أيضاً في سائر العقود وفي الفضوليّ ما لم يتمّ إجماع على الإبطال. (حسن القمّي).

٢- الظاهر أنّه لا إشكال فيها بعد البناء على كونها عقوداً، ولا احتياج إلى التمسك بالإجماع المعلوم عدمه، بل يكفي التوافق مع القاعده. (المرعشي).

٣- الأقوى في العقود أيضاً صحّ القبول بعد الردّ إذا كان الموجب باقياً على إيجابه، منتظراً لأن يبدو له فيقبله، وليست أمثال هذه لئيدعى فيها الإجماع، نعم، إن حصل له انصراف عن الإيجاب برده أو فاته الموالاه المعتبره في المعاقده بطل بلا- إشكال. (البروجردی).

٤- كما أنّ له خصوصيّة في عدم البطلان للخبر كذا له خصوصيّة في البطلان؛ حيث إنّ الردّ فيه متعلّق بما هو بمنزله فعل نفسه، ولا يعتبر باقياً مع رده. (البروجردی).

٥- [٥] الوسائل: الباب (٢٣) من أبواب الوصايا، ح ٦، والباب (٤٧)، ح ١.

ودعوى عدم صدق المعاهده عرفاً إذا كان القبول بعد الرد ممنوعه (١).

ثم إنهم ذكروا: أنه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياه صح، وهو أيضاً مشكل (٢) على ما ذكروه؛ من كونه مبطلاً للإيجاب؛ إذ لا فرق حينئذٍ

ص: ٥٥٣

١- الممنوعه ممنوعه؛ لأنَّ المعاهده اللازمه فى العقود لابد وأن تكون بالقول بحيث يصدق عنوان العقد، والعقد عباره عن الإيجاب والقبول المتصلين، وفى الفضول لابد أن تكون الإجازة باللفظ غير المنفصل بالرد عن العقد حتى يُسند العقد إليالمجيز؛ حيث إنَّ الظاهر من قول الله تعالى: (أَوْفُوا بِالْعُقُودِ) (المائد: ١). أى عقودكم، وربّما هذا مراد صاحب الدعوى. (عبدالله الشيرازى). * المنع ممنوع. (المرعشى). * الإنصاف أن دعوى الجزم بصدق المعاهده مع وقوع الرد بين الإيجاب والقبول مشكله، والحكم بالصحة فى الوصيه على القول بها مبنى على استدلال ضعيف منهم؛ بأنَّ الرد والقبول حال حياه الموصى لا أثر له، اللهم إلا أن يقال: إنَّ بقاء الوصيه بعد الرد بمنزله وصيه جديده، ولكنّه ممنوع، وإلا فيمكن أن يقال بذلك فيسائر العقود أيضاً. (محمد رضا الكلبيكاني).

٢- لكنّه الأقوى. (النائنى، جمال الدين الكلبيكاني). * لا إشكال فيه؛ لأنَّ الرد الذى فى حال الحياه مع عدم انصراف الموصى عن وصيته وبقاءه على حاله لا أثر له. (البجنوردى). * هذا الإشكال مدفوع ببقاء الإيجاب مادام الموصى حيّاً. (الفانى). * فيما إذا كان الموجب باقياً على إيجابه، ولم يتحقق منه انصراف، ولم تُفَتِ الموالاه، وإلا فلا إشكال فى البطلان، ومنه يظهر بطلان القبول بعد الرد الواقع بعد الموت؛ لعدم بقاء الموجب أصلاً، كما أنه ظهر من الحاشيه السابقه عدم بطلان القبول بعد الرد مع وقوعهما حال الحياه؛ لعدم كون الرد حالها مبطلاً. (النكرانى).

بين ما كان في حال الحياه أو بعد الموت، إلّا إذا قلنا: إنّ الردّ والقبول لا أثر لهما حال الحياه، وإنّ محلّهما إنّما هو بعد الموت، وهو محلّ منع (١).

قبول أحد شيئين أو بعض شيء من قبل الموصى له

(مسألة ٥) : لو أوصى له بشيئين بإيجابٍ واحدٍ فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر صحّ (٢) فيما قبل (٣) ، وبطل فيما ردّ (٤) ، وكذا (٥) لو أوصى له بشيءٍ فقبل بعضه مشاعاً أو مفروزاً وردّ بعضه (٦) الآخر (٧) ،

ص: ٥٥٤

- ١- بل وجيه. (الكوه كمرى).
- ٢- لا- يخلو من الإشكال. (النائيني، جمال الدين الكلبيگانی). * هذا فيما تكون الوحده بحسب مقام الإثبات، وأما لو كانت الوصيه واقعاً على المجموع من حيث هو وقبل الموصى له أحد الأمرين أو بعض المشاع لا تصحّ، بلا فرق بين كون القبول جزءاً أو شرطاً؛ إذ المفروض أنّ موضوع الأثر لم يتحقّق. (تقى القمى).
- ٣- لا- يخلو من الإشكال. (الإصطهباناتى). * بناءً على الانحلال، وهو غير صافٍ عن شوب الإشكال، ولكنّ الأرجح الصحّه. (المرعشى). * الحكم بالصحّه مشكل؛ لعدم تطابق القبول مع الإيجاب. (محمّد رضا الكلبيگانی).
- ٤- بناءً على كون الردّ مبطلاً. (حسن القمى).
- ٥- والإشكال المذكور هنا أقوى. (المرعشى).
- ٦- الأقوى عدم تحقّق الملكيه بالنسبه إلى البعض مطلقاً، وفي بطلان الوصيه أو عدم بطلانها بردها في البعض إشكال. (جمال الدين الكلبيگانی).
- ٧- الأقوى عدم تحقّق الملكيه بالنسبه إلى البعض مطلقاً، وفي بطلان الوصيه أو عدم بطلانها بردها في البعض إشكال. (النائيني).

وإن لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه؛ بدعوى عدم التطابق حينئذٍ بين الإيجاب والقبول؛ لأن مقتضى (١) القاعده (٢) الصحة (٣) في البيع (٤) أيضاً إن لم يكن إجماع (٥). ودعوى عدم التطابق (٦)

ص: ٥٥٥

- ١- بل مقتضاها عدم الصحة في البيع إلّا في صورته كون الانحلال فيه ظاهراً في مقام الإنشاء، كما في فرض تعدد الثمن والمثمن واستقلالهما في اللحاظ وفي نظر العرف كما أنّ مقتضاها الصحة في الوصية، لكن لا مطلقاً. (المرعشي).
- ٢- فيه نظر. (الإصفهاني). * بل مقتضى القاعده الصحة في الوصية مطلقاً، والبطالان في البيع، إلّا إذا رجع إلتعدّد الثمن والمثمن، وانحلال العقد إلى عقدين، كبيع دارين مثلاً بعقد واحد بعد معلوميه كلّ منهما ثمناً ومثمناً، فالقياس مع الفارض. (صدرالدين الصدر). * محلّ نظر. (الإصطهباناتي). * بل مقتضى القاعده في البيع البطلان، إلّا في بعض الموارد، كما لو جمع بين أمور مستقلة في اللحاظ والقيمة في إنشاء واحد، وأمّا في الوصية فالأقوى الصحة، إلّا فيما استثناه. (الخميني).
- ٣- بل مقتضاها البطلان في مثل البيع والصحة في الوصية. (البروجردي). * بل مقتضى القاعده الصحة في الوصية، والبطالان في مثل البيع. (الشريعةمداري). * بل مقتضى القاعده البطلان في مثل البيع، خصوصاً في الفرض الثاني، وعدم البطلان في الوصية؛ لما عرفت من عدم اعتبار القبول في تحققها، بل الردّ مانع عن حصول الملكيه؛ لقيام الإجماع؛ وعليه يمكن أن يقال بعدم البطلان حتّى في الشيء أو البعض المردود؛ لأنّ القدر المتيقّن من مانعيه الردّ هو ردّ المجموع. (اللكراني).
- ٤- مع خيار تبعض الصفقه للبائع. (الفاني).
- ٥- ليس المانع منحصراً في الإجماع. (الكوه كمرى).
- ٦- عدم التطابق بين الإيجاب والقبول ظاهر، وكون القاعده مقتضية للصحة بالنسبه إلى بعض المبيع مثلاً عند تبعض الصفقه أجنبي عن المقام بالكلية. (جمال الدين الكلبيگاني).

ممنوعه (١)، نعم، لو عُلم (٢) من حال الموصي إرادته تمليك (٣) المجموع من حيث المجموع (٤) لم يصح التبعض (٥).

ص: ٥٥٦

١- عدم التطابق بين الإيجاب والقبول ظاهر، وكون القاعده مقتضية للصحة بالنسبة إلى بعض المبيع مثلاً عند تبعض الصفقه أجنبي عن المقام بالكليه. (النائني). * منع الدعوى المذكوره في غير محلّه. (الإصفهاني). * ممنوعيتها ممنوعه. (الإصطهباناتي). * عدم التطابق بين الإيجاب والقبول بحسب الظاهر واضح، إلّا أن يُدعى انحلال الإيجاب إلى إيجابين، كالانحلال في باب تبعض الصفقه، وهو ليس ببعيد. (الجنوردي). * عدم التطابق واضح، ومقتضى القاعده البطلان، نعم، القول بكون الوصيه إيقاعاً، وكون القبول شرطاً في الموصي به، أو كون الردّ رافعاً فمقتضى القاعده صحها الوصيه، والتبعض في تحقّق الوصيه واستقراره، لكنّه ضعيف. (محمّد رضا الكلبايگاني).

٢- بل مجرّد عدم العلم بالانحلال كافٍ في عدم الصحه. (المرعشي).

٣- بالإرادته الإنشائية. (المرعشي).

٤- بمعنى كون كلّ جزءٍ منه مقيداً بكونه مع سائر الأجزاء، فلا يتطرق فيه ما قلنا في باب تبعض الصفقه من انحلال الإيجاب إلى إيجاباتٍ متعدده، وأيضاً قبول البعض لا يكون حينئذٍ من قبيل تخلف الشرط. (الجنوردي).

٥- بل صحّ فيه أيضاً؛ فإنّ تمليك المجموع من حيث أنّه مجموع لا محصل له، إلّا أن يكون قبول الوصيه في كلّ جزءٍ، أو عدم ردّها على القول بالاعتبار شرطاً في الوصيه بالجزء الآخر؛ وعليه فلا يترتب على التخلف إلّا الخيار دون البطلان. (الخوئي). * فيه نظر. (حسن القمي). * بل صحّ فيه أيضاً. (الروحاني). * عدم الصحه غير ظاهر. (اللكراني).

(مسأله ٦): لا يجوز (١) للورثه (٢) التصرف فى العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الردّ. وليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجلاً، إلّا إذا كان تأخيرها (٣) موجباً للضرر عليهم (٤)، فيجبره (٥) الحاكم حينئذٍ على

ص: ٥٥٧

- ١- لا بدّ من التفصيل بأن نقول: إن قلنا بأنّ القبول جزء أو شرط فيجوز التصرف لإحراز عدم القبول بالاستصحاب الاستقبالي، وإن قلنا: إنّ الردّ مانع لا يجوز؛ لإحراز عدم الردّ بالأصل. (تقى القمى).
- ٢- بناءً على مبناه من عدم كون الوصيه عقداً. (المرعشى). * هذا على ما اختاره من عدم اعتبار القبول، وحصول الملك بالموت، وكون الردّ مانعاً بناءً على إرادته الرفع من المنع فواضح، وأمّا على غير هذا المبنى فالحكم مبنى على الاحتياط دون الإلزام؛ لعدم الملزم، خصوصاً على القول بكون الوصيه عقداً. (محمّد رضا الكلبيگانى).
- ٣- تأخير الاختيار بما هو لا- يوجب الضرر بوجه، بل الموجب على فرضه تأخير الردّ فيما إذا اختاره، وحينئذٍ فلا وجه لإجبار الحاكم. (اللكراني).
- ٤- التأخير إنّما يوجب تفويت الانتفاع لو أخر الردّ، لا الضرر، فلا وجه لإجبار الحاكم. (الروحانى).
- ٥- فيه إشكال؛ لعدم الدليل، فإنّ القاعده ناظره إلى النهى عن الإضرار. (تقى القمى). * فى صورته تضرّهم فى التأخير إن أمكن الإجبار، وإلّا فيتولّاه الحاكم بنفسه على إشكال. (المرعشى).

اختيار أحدهما (١).

موت الموصى له قبل القبول أو الردّ وقيام الوارث مقامه

(مسألة ٧) : إذا مات الموصى له قبل القبول أو الردّ فالمشهور قيام وارثه (٢) مقامه في ذلك، فله القبول إذا لم يرجع الموصى عن وصيته، من غير فرق بين كون موته في حياة الموصى أو بعد موته، وبين علم الموصى بموته وعدمه. وقيل (٣) بالبطلان بموته قبل القبول (٤). وقيل (٥) بالتفصيل بين ما إذا علم أنّ غرض الموصى خصوص الموصى له فتبطل، وبين غيره فلورثته. والقول الأوّل (٦) وإن كان على خلاف (٧).

ص: ٥٥٨

- ١- لا وجه له ولو قلنا باعتبار القبول في صحّحه الوصية؛ إذ لا ضرر على الورثة في التأخير، غاية الأمر أنّه يفوت عليهم الانتفاع على تقدير تأخير الردّ. (الخوئي).
- ٢- بناءً على كونه حقاً مالياً، وبناءً على صدق المتروك عليه كسائر الحقوق. (المرعشي).
- ٣- وهو الأظهر. (تقى القمي).
- ٤- [٤] الدروس للشهيد الأوّل: ٢/٢٩٦
- ٥- [٥] شرائع الإسلام: ٢/٤٦٨.
- ٦- خبره محذوف يدلّ عليه الكلام. (اللكراني).
- ٧- كونه على طبق القاعدة قريب جداً بعدما ذكرناه من أنّ القبول مع اعتباره فيتحقّق الموصى به غير معتبر في الوصية؛ إذ ينتزع منها حينئذٍ للموصى له حقّ ماليّ يصدق عليه بعد موته أنّه من متروكاته، نظير حقّ التحجير. (البروجردى).

القاعده (١) مطلقاً بناءً (٢) على اعتبار القبول في صحتها _ لأنَّ المفروض أنَّ الإيجاب مختصَّ بالموصى له (٣) ، وكون قبول الوارث بمنزله قبوله ممنوع، كما أنَّ دعوى انتقال حقَّ القبول إلى الوارث أيضاً محلَّ منع صغرى وكبرى؛ لمنع كونه حقاً (٤) ، ومنع كون كلِّ حقٍّ منتقلاً إلى الوارث حتَّى مثل ما نحن فيه من الحقِّ الخاصِّ به الّذى لا يصدق كونه من تركته، وعلى ما قوينا من

ص: ٥٥٩

١- لا ريب في أنَّ ما تركه الميّت ممَّا يكون قابلاً للإرث عيناً أو منفعه أو حقّاً فهو لمالكه، والوصيّه مستلزمه لحقِّ مالىِّ قائم على مال الموصيِّ للموصيِّ له، فما يظهر من صحيح محمد بن مسلم (الوسائل: الباب (٣٠) من كتاب الوصايا، ح ٤) ويؤيده صحيح المثني (الوسائل: الباب (٣٠) من كتاب الوصايا، ح ٣) وخبر الساباطي (الوسائل: الباب (٣٠) من كتاب الوصايا، ح ٢) موافق للقاعده، وهذا المعنى أظهر في الوصيّه التمليكيه. (الفانى). * لا يبعد أن يكون على وفقها؛ بناءً على ما مرَّ في حقيقه الوصيّه. (الخميني). * قد عرفت توافقه معها بناءً على ما تقدّم. (المرعشى).

٢- وأمّا بناءً على عدم اعتباره في تحقّق الوصيّه _ بل في تحقّق الملكيه _ فليس على خلاف القاعده؛ لأنّه قبل القبول يكون للموصي له حقّ مالى متعلّق بالموصى به، كحقّ التحجير، ويرثه الوارث. (اللكراني).

٣- فلا تطابق بين جزئى العقد بناءً على تلقّى الوارث الملك من الموصي. (المرعشى).

٤- قد عرفت ممَّا مرَّ منع منع الصغرى، وأنَّ احتمال صدق الحقِّ المالى عليه وكونه متروكاً بعد كون قبول الوارث للمورث قريب جداً. (المرعشى). * ويشهد لذلك: عدم كونه قابلاً للإسقاط والالتزام بكونه قابلاً للنقل بالإرث دون الإسقاط في غايه الإشكال. (محمد رضا الكليبايگاني).

عدم اعتبار القبول فيها، بل كون الردّ مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعده فى خصوص صورته موته قبل موت الموصى له؛ لعدم ملكيته فى حياه الموصى _ لكنّ الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصحّه، كما هو المشهور؛ وذلك لصحيحه (١) محمد بن قيس (٢) الصريحه فى ذلك، حتّى فى صورته موته فى حياه الموصى، المؤيّدّه (٣) بخبر الساباطيّ (٤) وصحيح (٥) المشئى (٦)، ولا يعارضها صحيحتا محمد بن مسلم (٧) ومنصور (٨) بن حازم (٩)، بعد إعراض (١٠).

ص: ٥٦٠

- ١- والمعارض لها مخدوش من جهه الصدور، كما سيأتى. (المرعشى).
- ٢- المراد به البجلى الموثق (راجع رجال النجاشى: ٣٢٣، رجال الطوسى: ٢٩٣، موسوعه طبقات الفقهاء: ٢/٥١٩). عندهم لا غيره المحتمل، كما حقّق فى محلّه. (المرعشى).
- ٣- التعبير مشير إلى تضعيفه بكون الراوى مجهولاً لديهم، وعدم ظهور الخبر فى الوصيّه التمليكيه. (المرعشى).
- ٤- [٤] الوسائل: الباب (٩) من أبواب الوصايا، ح ٢
- ٥- [٥] الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب الوصايا، ح ٢.
- ٦- لو أغمض عن المناقشه فى دلالتّه. (المرعشى).
- ٧- [٧] الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب الوصايا، ح ٤
- ٨- [٨] الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب الوصايا، ح ٥
- ٩- أى موثقتّه؛ لمكان وجود ابن فضّال الطاطرى الفطحيّ فى السند، ويمكن أن يراد بالصحّه المطلقه عليها الصحّه القدامئيه. (المرعشى).
- ١٠- لو سلّم، ولم يحتمل كون عدم عملهم بهما؛ لمكان أظهرّيّه دلالة روايه ابن قيس. (المرعشى).

المشهور (١) عنهما، وإمكان حملهما (٢) على محامل منها التقيّه؛ لأنّ المعروف بينهم عدم الصحّه، نعم، يمكن دعوى انصراف (٣) الصحّحه عمّا إذا علم كون غرض الموصى خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد (٤).

بل ربّما يقال: إنّ محلّ الخلاف غير هذه الصورة، لكنّ الانصراف (٥) ممنوع (٦)، وعلى فرضه يختصّ الإشكال بما إذا كان موته قبل موت

ص: ٥٦١

١- ويمكن أن يكون المراد من قوله في الصحّحه «ليس بشيء»، أنّ موت الموصى ليس بشيء، وليس نصّاً أو ظاهراً أقوى من ظهور صحّحه محمّد بن مسلم. (عبدالله الشيرازي).

٢- بل يمكن الجمع عرفاً بينهما بحسب الدلالة، بحيث لا ينافى الصحّه، وقيام الوارث مقام الموصى له بوجه. (اللكراني).

٣- دعوى الانصراف ممنوعه، بل الغالب كون شخص الموصى له مورداً لغرض الموصى، نعم، لو قيد الوصيّه بحياه الموصى له بأن يقول: «هذا لك بعد حياتي إن كنت حياً» فلا ينتقل إلى وارث الموصى له بموته في حياه الموصى؛ لروايهعبدالرحمن بن أبي عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السّلام (الوسائل: الباب (٤٤) من أبواب كتاب الوصايا، ح ٣). وكذا لو قيده بما يلازمه كأن يقول: إن فعلت كذا بعد موتي. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٤- لا معنى للتقييد في التملك، اللهمّ إلّا في الوصيّه العهديّه. (الفاني).

٥- إلّا إذا كانت الوصيّه له مقيدةً بحياته. (عبدالله الشيرازي).

٦- إلّا إذا كانت الوصيّه له مقيدةً بحياته. (البروجردي). * حيث لم تقيد الوصيّه بحياه الموصى له، كما في الخبر. (المرعشي). * فيه تأمّل. (محمّد الشيرازي). * نعم، لو قيد الوصيّه بحياه الموصى له بعد موت الموصى أو بما يلازمه فاللازم البطلان في المقام؛ للروايه، وللاعتبار. (اللكراني).

الموصى، وإلّا فبناءً على عدم اعتبار القبول بموت الموصى صار مالکاً بعد فرض عدم ردّه، فينتقل إلى ورثته.

فروع فى مسأله موت الموصى له

إشاره

بقى هنا أمور (١) :

الأول: هل الحكم يشمل ورثه الوارث؟

أحدها : هل الحكم يشمل (٢) ورثه الوارث، كما إذا مات الموصى له قبل القبول ومات وارثه أيضاً قبل القبول، فهل الوصيه لوارث الوارث، أو لا؟

وجوه (٣) : الشمول (٤) ،

ص: ٥٦٢

- ١- بعد الإحاطه بما ذكرناه فى الحواشى السابقه يجب الاقتصار فى هذه الأمور وما يتفرّع عليها على ما يستفاد من الدليل، مع إمكان المناقشه فى بعضها. (صدرالدين الصدر). * بعد الالتزام بالبطلان لا يبقى مجال لهذه الأمور. (تقى القمى).
- ٢- أقواها الشمول. (الشريعتمدارى).
- ٣- والأقوى الشمول. (عبدالهادى الشيرازى). * أقواها الأول. (الخمينى). * ويمكن ابتناء بعضها على الوجهين الآتين فى الأمر الثانى. (المرعشى). * الأول هو الأقوى. (حسن القمى).
- ٤- وهو الأظهر. (الفيروزآبادى). * وهو الأقوى. (البروجردى، الفانى، الروحانى). * بناءً على كونه حقاً للوارث ومتروكاً له. (المرعشى). * وهو الأقرب. (السبزوارى، محمّد الشيرازى). * وهو الأقوى على ما ذكرنا. (اللكرانى).

وعدمه (١)؛ لكون الحكم على خلاف القاعده. والابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل، وكونه (٢) الأخبار (٣) فلا (٤).

الثانى: قبول بعض الورثه وردّ بعضهم

الثانى : إذا قبل بعض الورثه وردّ بعضهم، فهل تبطل (٥)، أو تصحّ ويرث (٦) الرادّ أيضاً مقدار حصّته، أو تصحّ بمقدار (٧) حصّه القابل فقط، أو تصحّ وتماه (٨) للقابل، أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصى فتبطل، أو

ص: ٥٦٣

١- لا شكّ فى أنّ الشمول هو الأظهر؛ بناءً على عدم اعتبار القبول فى حصول الملكيه، وكون الردّ مانعاً، وأمّا بناءً على اعتباره _ كما استظهرناه _ فقبل القبول ما حصل له شىء حتّى ينتقل إلى وارثه وإلى وارث وارثه، وأمّا احتمال أن يكون القبول حقاً للموصى له المتوفى، ويكون أيضاً قابلاً للانتقال، ولا يكون قائماً بشخصه حتّى ينتقل إلى وارثه وبعده إلى وارث وارثه فبعيد. (الجنوردى). * أقواها الأوّل، بل لا وجه لغيره إذا كان موت الموصى له بعد موت الموصى، عليهما مرّ من عدم اعتبار القبول. (الخوئى).

٢- [٢] أى: وكون مدرك الحكم.

٣- وهو المختار الذى جنح إليه أكثر المحققين. (المرعشى). * وهو الأقوى. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٤- الأصحّ الشمول حتّى لو جعلنا مدركه الأخبار. (كاشف الغطاء).

٥- قد مرّ الإشكال فى قبول الموصى له بعض الوصيه فضلاً عن وارثه. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٦- ولعلّه أردأ الوجوه احتمالاً ومحتماً. (المرعشى).

٧- حيث لم يكن التقسيط ضرورياً، ولعلّه أوجه الوجوه احتمالاً ومحتماً، ويليه فى القوه الوجه الأخير منها. (المرعشى).

٨- هو من الوجوه البشعه. (المرعشى).

بعده فتصحّ بالنسبه إلى مقدار حصّه القابل؟ وجوه(١).

الثالث: الوجه فى انتقال الموصى به إلى وارث الموصى له

الثالث(٢) : هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى

ص: ٥٦٤

- ١- أوجههما الثانى. (الفيروزآبادى). * أقواها الثالث. (الإصفهانى، عبدالهادى الشيرازى، البروجردى، عبدالله الشيرازى، الخمينى). * أصحّها أنّها تصحّ بمقدار حصّه القابل مطلقاً. (كاشف الغطاء). * أوجهها الثالث. (الإصطهباناتى). * الأظهر هو الوجه الثالث. (البنجوردى). * ثالثها أقواها. (الفانى). * والثالث أظهر الوجوه. (الشريعتمدارى). * إذا كان موت الموصى قبل الموصى له فلا-ريب فى تعيين الوجه الثانى على ما مرّ، وأمّا إذا انعكس الأمر فعلى القول باشتراط تملك الوارث بعدم ردّه فالمتعين هو الثالث، وأمّا على ما قويناه من أنّه لا-أثر للردّ فيتعيّن الوجه الثانى أيضاً. (الخوئى). * ثالثها قوى. (السبزوارى). * أقربها الثالث. (محمّد الشيرازى). * إن مات الموصى له بعد موت الموصى فالأقوى هو الوجه الثانى، وإن مات قبله فالأقوى أنّها تصحّ بمقدار حصّه القابل وهو يرث، وفى إرث الرادّ بمقدار حصّته تأمّل، والأحوط التصالح. (حسن القمى). * إذا مات الموصى قبل الموصى له تعيين الوجه الثانى، وإن كان بعده فعلى القول بأنّ تملك الوارث يتوقّف على عدم الردّ، وإن كان لا يخلو من إشكال تعيّن الوجه الثالث. (الروحانى). * أقربها الصّحّه فى خصوص مقدار حصّه القابل. (اللكرانى).
- ٢- أقوى الوجوه ثالثها؛ لشمول الإطلاق له، وعدم اقتضائه أيضاً صحّه أزيد من ذلك له ولغيره، من غير فرق بين كون موته قبل موت الموصى أم بعده بعد كون القبول شرطاً، لا الردّ؛ فاسخاً للنقل الثابت بعد موته. (آقا ضياء).

الميت (١) ثم إليه، أو إليه ابتداءً (٢) من الموصى؟ وجهان (٣)، أوجههما (٤) الثاني (٥)، وربما يُبنى على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً، فعلى الثاني الثاني،

ص: ٥٦٥

- ١- والمتجه حينئذٍ ملاحظه القسمة في باب المواريث. (المرعى).
- ٢- ولازمه التسليم بالسوية لولا رعايه تبعيته الحق لموضوعه الموصى به، المقسوم بينهم قسمة المواريث. (المرعى).
- ٣- بل الأول؛ لأن مقتضى الوصية ذلك، ولا يوجب موت الموصى له انقلاب حقيقه الوصية، وليست الوصية كالوقف على البطلان، حيث يتلقى كلبطن الملك من الواقف، فلا تُبنى (في أصل النسخة: (تبنى)، والظاهر تصحيح، والصحيح ما أثبتناه). المسألة على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً؛ وعلى هذا فيقسم الموصى به بين الورثة على حسب السهام كحق الخيار. (الفانى). * هذا فيما إذا مات الموصى له قبل موت الموصى، وإلا فلا إشكال في انتقال المال من الموصى له إلى الورثة. (الروحاني).
- ٤- لا يخلو من الإشكال. (جمال الدين الكلبي كاني). * لكن القسمة بين الورثة على حسب قسمة المواريث. (الخميني).
- ٥- لا يخلو من الإشكال. (النائني). * وإن كانت القسمة بين الورثة مع التعدد على حسب قسمة المواريث. (الإصفهاني). * كما هو ظاهر النصّ الوارد. (الكوه كمرى). * لكن يقسم الموصى به مع تعدد الوارث على حسب قسمة المواريث، ولا ينافي ما ذكر [من] (أضفناه لاقتضاء السياق). كون الانتقال إلى الوارث ابتداءً؛ لكونه بتوسط وراثتهم عن الموصى له حق تملك الموصى به بالقبول. (الإصطهباناتي). * لكن بوراثتهم عن الموصى له حق تملك الموصى به بالقبول، ولذا يقسم بينهم مع التعدد على حسب قسمة المواريث. (البروجردى). * بل الأول. (عبدالهادي الشيرازي). * هذا إذا قلنا بتوقف حصول الملكية على القبول وموت الموصى، فلو مات الموصى له قبل موت الموصى وقبل أن يقبل فما صار مالاً حتى ينتقل منه إلى الوارث، وتقدير الملكية له آناً ما يحتاج إلى وجه مفقود في المقام، وأما لو لم نقل بتوقفها على القبول ومات الموصى له بعد موت الموصى فالمتعين هو الوجه الأول. (الجنوردي). * هذا فيما إذا مات الموصى له قبل الموصى، وأما في عكسه فينتقل إلى الوارث من الموصى له، وكانت القسمة بين الورثة مع التعدد على التقديرين على حسب قسمة المواريث. (عبدالله الشيرازي). * ولكن القسمة بين الورثة مع التعدد على حسب قسمة المواريث. (الشريعتمداري). * هذا فيما إذا مات الموصى له قبل الموصى، وأما في عكسه فالمال ينتقل إلى الوارث من الموصى له، على ما مرّ. (الخوئي). * كما هو ظاهر الأخبار. (محمّد رضا الكلبي كاني). * وعلى أي حال يقسم بينهم مع التعدد بطريق قسمة الإرث. (السبزواري). * والوجه الأول غير بعيد. (محمّد الشيرازي). * إن كان موت الموصى له بعد موت الموصى، فبناءً على ما هو الحق من عدم اعتبار القبول في الوصية فلا إشكال في انتقال الموصى به إلى الموصى له، ثم إيوارثه. (حسن القمي). * لكن لا على النحو الذي يكون الموصى له غير دخيل أصلاً، بل على النحو الذي ذكرنا من انتقال الحق المتعلق بالموصى به منه إليه، وهو الوجه لصحة قبوله؛ ولكون التقسيم على حسب الإرث. (اللنكراني).

وفيه: أنه على الثاني أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميِّت (١) آنأ مَيَّا، ثم إلى وارثه، بل على الأول يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصى؛ لأنه كأنه هو القابل (٢) فيكون منتقلاً إليه من الأول.

الرابع: المدار في الوارث

الرابع: هل المدار على الوارث (٣) حين موت الموصى له إذا كان قبل موت الموصى، أو الوارث حين موت الموصى، أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميِّت ثم إليه، أو كونه موجباً للانتقال إليه أولاً من الموصى، فعلى الأول الأول، وعلى الثاني الثاني؟ وجوه (٤).

ص: ٥٦٧

١- بناءً على فرض الأهلية، وفيه منع، إلّا في موارد خاصّة التزمت بها بالأدلة الخاصّة. (المرعشى).

٢- بل هو حقيقة. (المرعشى).

٣- المدار على الوجه الأول. (الشريعتمداري).

٤- * أوجهها الأول. (الإصفهاني، البروجردى، عبدالهادى الشيرازى، الخوئى، محمد الشيرازى، حسن القمى). * أوجهها أن المدار على الوارث حين موت الموصى، والصلح أحوط. (كاشف الغطاء). * أقربها الأول. (الإصطهباناتى). * الظاهر من الأخبار التي تدلّ على قيام الوارث مقام الموصى له هو: أن يكون وارثاً حين موت الموصى له. (الجنوردى). * أقواها أولها. (عبدالله الشيرازى). * الأقوى الأول؛ لِمَا ذكرنا فى الحاشية السابقه من انتقال الموصى به إلى الموصى له، ثم إلى ورثته. (الفانى). * الأوجه الأول. (الخمينى، المرعشى، الروحانى). * لا يبعد أن يكون الخبر ظاهراً فى الثانى. (محمد رضا الكلبيكانى). * أجودها الأول. (السبزواري). * أقربها الأول؛ لظاهر الخبر (الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١). (اللكراني).

الخامس: هل ترث الزوجه الأرض الموصى بها لزوجها لو مات قبل القبول؟

الخامس (١): إذا أوصى له بأرضٍ فمات قبل القبول فهل ترث

زوجته منها (٢)، أو لا؟ وجهان (٣)، مبيتان (٤)

ص: ٥٤٨

- ١- أقواها أولها؛ لظهور اقتضاء استناد الوارث إلى شخصٍ كونه وارثاً حين موت مورثه، لا موت غيره. (آقا ضياء).
- ٢- الأحوط التصالح، وإن كان الأظهر عدم إرثها منها. (عبدالهادي الشيرازي). * الظاهر أنّ الورثة يتلقون من الموصى، لكن حسب قسمه الموارث، حاله في جميع الأمور حال الإرث، نعم، لا ينبغي ترك الاحتياط بالتصالح. (محمد الشيرازي).
- ٣- الأقوى الثاني؛ لأنّ الزوجه لا ترث من الأرض، والمفروض انتقالها إلى الميّت أولاً، ثمّ إلى ورثته. (الفاني).
- ٤- وقد تقدّم تفصيل الوجهين وما هو المختار منهما في المسألة السابقة، أي الأمر الثالث. (الجنوردي). * الأحوط التراضى. (السزوارى).

على الوجهين (١) في المسألة المتقدمه (٢): فعلى الانتقال إلى الميِّت (٣) ثم إلى الوارث لا ترث، وعلى الانتقال إليه أولاً لا مانع من الانتقال إليها؛

لأنَّ المفروض أنَّها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج (٤) ، بل وصيِّه (٥)

ص: ٥٦٩

١- وأصحَّ الوجهين: أنَّها تنتقل من الموصى إلى الوارث الّلهى قام مقام مورثه. (كاشف الغطاء). * الأقوى إخراجهما منه على الوجهين، والمتولَّى للقبول بالنسبه إلى السهمين هو وصيِّ الميِّت أو الحاكم، والأحوط ضمُّ قبول الورثه إليه. (الخميني).
٢- وقد عرفت التفصيل فيها. (الخوئي).

٣- لا يخفى أنَّ الانتقال إلى الميِّت، خصوصاً إذا كان موته فى حياه الموصى انتقال تقديرىِّ حكمىِّ لا يترتب عليه إلّا تصحيح الإرث دون سائر الآثار، من حرمان الزوجه أو إخراج الديون والوصايا، نعم، ظاهر أدلّه الباب أنَّ الحكم من باب التوسيع فى الإرث، فهو على قواعد الإرث، وكذا قالوا بالقسمه حسب قسمه المواريث؛ فعليه لا- يكون ما ذكره؛ مبنى المسأله. (الشريعتمدارى).

٤- نعم، لكنّه لمكان إرثها حقّ القبول من الموصى له، مضافاً إلى إمكان دعوى انصراف الدليل إلى الوارث على النحو المقرّر شرعاً فى باب الإرث؛ وعليه فهى لا- ترث مطلقاً. (المرعشى). * لكن لا- يبعد دعوى انصراف النصّ إلى الانتقال إلى وارث الموصى له بنحو الإرث المعهود فى الشرع، فالزوجه محرومه على الوجهين. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٥- بالنحو الّلهى ذكرنا. ودعوى عدم البعد فى الحرمان على هذا التقدير أيضاً _ نظراً إلى ظهور أدلّه الحرمان فى الحرمان عن الحقوق الّتى لا فائده لها إلّا ملك الأرض أيضاً _ ممنوعه؛ فإنّ تلك الأدلّه لا تشمل غير الأرض بوجه، وعلى تقدير الشمول لا تبعد دعوى الانصراف عن مثل المقام. (اللكراني).

١- لكن بتوسيط وراثته عن الموصى له حق تملكها، وحينئذ لا يبعد القول بحرمانها على هذا الوجه أيضاً، بدعوى ظهور أدلته حرمانها عن الأرض في حرمانها عن الحقوق التي لا فائده لها إلا ملك الأرض. (البروجردى) (في هامش الحاشية ما يلي: قد عدل _ دام ظلّه _ في مجلس البحث عمياً في الحاشية، واختار ما في المتن، وأمر بضرب الخط على هاتين الحاشيتين على ما حكاه بعض الثقات (السيد موسي الشيرازي)، والحاشية الأخرى منه قدس سرّه: هذا هو المتعين... إلى آخره). * لكن يمكن دعوى انصراف النص إلى الوارث المعهود شرعاً. (الكوه كمرى). * لكن بتوسيط وراثته عن الموصى له حق تملكها، وحينئذ لا يبعد القول بحرمانها على هذا الوجه أيضاً، بدعوى ظهور أدلته حرمانها عن الأرض في حرمانها عن الحقوق التي لا فائده لها إلا ملك الأرض، ويمكن الالتزام بالتفصيل المذكور في الحاشية السابقة. (عبدالله الشيرازي).

٢- الظاهر تعين الإخراج على كلا الوجهين، وكون المتولّى للقبول بالنسبة إلى السهمين هو وليّ أمر الميّت من الحاكم أو الوصى لو كان في البين، والأحوط ضمّ قبول الوارث، وأحوط منه إمضاؤهم بعد قبولهم، خصوصاً على الوجه الثاني من الوجهين. (اللكراني).

٣- الأحوط إخراج الديون منه بإمضاء الورثة بعد قبولهم الوصية، لكن القاعدة تقتضى عدم وجوب القبول عليهم على تقدير كون جوازه حكماً، وعلى تقدير القبول فالمسألة مبنيّة على القولين، كما في المتن، وعلى تقدير كون القبول حقاً لهم بالإرث فلا يبعد جواز إلزام الدائن الورثة على القبول؛ بناءً على انتقال الملك ابتداءً إلى الميّت؛ لتعلق حقهم على هذا الحق أيضاً. وعلى القول بانتقال الملك إليهم ابتداءً فيمكن القول بجواز منع الدائن الوارث عن التملك إلا بعد أداء الدين؛ لِمَا مرّ من تعلق حقه بهذا الحق أيضاً. (محمد رضا الكلبيكاني).

والوصايا(١) من الموصى به بعد قبول الوارث(٢) وعدمه(٣). أمّا إذا كانت بما يكون من الحَبْوَه ففي اختصاص الولد الأكبر به بناءً على

ص: ٥٧١

١- الأقوى إخراجها منه، والأحوط أن يكون برضا الورثة. (عبدالهادى الشيرازى). * حكم الوصايا حكم الدّين فى ما تعلق بمال الميّت، نعم، فى ما يجب على الوصىّ العمل به وإن لم يكن للميّت مال وتوقفّ العمل به على القبول فيجب عليه القبول والعمل به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٢- هذا هو المتعيّن بلا إشكال، لكنّ الظاهر أنّ المتولّى لقبول الوصّيّه حينئذٍ بالنسبة إلى سهم الدّين والوصّيّه هو وليّ أمر الميّت من الوصىّ أو الحاكم، وإن كان الأحوط الجمع بينه وبين قبول الوارث. (البروجردى). * هذا هو الأقوى؛ للدليل المذكور فى الحواشى السابقه. (الفانى). * الأحوط إخراجها بعد القبول برضاهم، وفى كون المتولّى لقبول بالنسبة إلى المخرجات من يلى أمر الميّت أو الورثة وجهان، والأحوط الجمع. (المرعشى).

٣- الظاهر أنّ هذا هو المتعيّن بلا إشكال، لكنّ الظاهر أنّ المتولّى لقبول الوصّيّه حينئذٍ بالنسبة إلى سهم الدّين والوصّيّه هو وليّ أمر الميّتمن الوصىّ أو الحاكم، وإن كان الأحوط الجمع بينه وبين قبول الوارث. (عبدالله الشيرازى).

الانتقال (١) إلى الميِّت أولاً فمشكل؛ لانصراف الأدلّة (٢) عن مثل هذا.

السادس: كون الموصى به ممّن ينعق على الموصى له

السادس : إذا كان الموصى به ممّن ينعق على الموصى (٣) له فإن قلنا بالانتقال إليه أولاً بعد قبول الوارث، فإن قلنا به كشفًا وكان موته بعد موت الموصى (٤) انعق عليه (٥)، وشارك

ص: ٥٧٢

١- وبناءً على صدق الحَبوه (الوسائل: الباب (٣) من أبواب ميراث الأبوين والأولاد، أحاديث الباب. والحَبوه إصطلاحاً: تخصيص الولد الأكبر بثياب أبيه الميِّت وملابسه ومصحفه وخاتمه زائداً على حصّته من الميراث. معجم ألفاظ الفقه الجعفري: ١٥٠). بمجرّد ذلك. (اللكراني).

٢- فيه إشكال. (المرعشي).

٣- الذي مات وقبل وارثه الوصيّه. (الفيروزآبادي).

٤- لا- حازه في هذا الفرض إلى قبول الوارث على ما مرّ، فيحكم بانعقاد الموصى بهمن الأوّل، وأمّا إذا مات الموصى بعد الموصى له فلا وجه للانعتاق أصلاً؛ لأنّ الوارث حينئذٍ يتلقّى الموصى به من الموصى دون الموصى له. (الخوئي). * بناءً على ما قوينا سابقاً من عدم اعتبار القبول في الوصيّه وتلقّى الورثه من الموصى ابتداءً إن مات بعد الموصى له فلا ريب في الانعتاق مع فرض موت الموصى له بعد موت الموصى، كما أنه لا- وجه للانعتاق مع فرض موت الموصي بعد موت الموصى له. (حسن القمّي). * في هذا الفرض ينعق الموصى به من الأوّل، بلا حازه إلى القبول. (الروحاني).

٥- هذا كلّ بناءً على اعتبار القبول في الوصيّه، وأمّا بناءً على عدم الاعتبار - كما لا يبعد - فينعق من الأوّل في صورته كون موت الموصى له بعد موت الموصى، وأمّا إذا كان موته قبل موت الموصى فلا وجه للانعتاق؛ لأنّ تلقّى الموصى به من الموصى، لا من الموصى له. (عبدالله الشيرازي).

الوارث (١) مَمِّينَ فِي طَبَقَتِهِ، وَيَقْدَمُ عَلَيْهِمْ (٢) مَعَ تَقَدُّمِ طَبَقَتِهِ (٣)، فَالْوَارِثُ (٤) يَاقُومُ مَقَامَهُ فِي القَبُولِ، ثُمَّ يَسْقُطُ عَنِ الوَارِثِيَّةِ؛ لَوِجُودِ مَنْ هُوَ مَقْدَمٌ عَلَيْهِ. وَإِنْ كَانَ مَوْتُهُ قَبْلَ مَوْتِ المَوْصِي (٥) أَوْ قَلْنَا بِالنَّقْلِ وَأَنَّهُ حِينَ قَبُولِ الوَارِثِ يَنْتَقِلُ

ص: ٥٧٣

١- لِأَنَّهُ يَكشِفُ عَنِ مَوْتِ المَوْصِي لَهُ عَنِ وَارِثٍ مَعْتَقٍ حَرًّا وَحَصَلَ المَلِكُ وَالانْعِتَاقُ قَبْلَ [مَوْتِ] (أَضْفَنَاهُ لِاقْتِضَاءِ السِّيَاقِ). المَوْصِي لَهُ. (الفِيرُوزِ آبَادِي).

٢- فِي غَيْرِ الكَشْفِ الحَقِيقِيِّ، وَإِلَّا فَتَلْزَمُ لِعَوِيَّةِ إِجَازَتِهِمُ لِلکَشْفِ عَنِ كَوْنِهِمْ غَيْرِ الوَارِثِ مِنْ أَوَّلِ الأَمْرِ. (الخَمِينِي). * حَيْثُ لَمْ يَكُنِ الكَشْفُ حَقِيقِيًّا مَحْضًا. (المَرعَشِي). * وَلَا يَلْزَمُ مِنْ كَاشِفِيَّةِ القَبُولِ عَدَمُ كَاشِفِيَّةِ إِلاَّ عَلَى القَوْلِ بِالكَشْفِ الحَكْمِيِّ؛ لِأَنَّ الكَاشِفَ قَبُولِ الوَارِثِ لَوْلَا- الوَصِيَّةِ، وَالمَكشُوفِ الوَارِثِيَّةِ بِالْوَصِيَّةِ، مِنْ غَيْرِ فَرَقٍ بَيْنَ الكَشْفِ الحَقِيقِيِّ أَوْ الحَكْمِيِّ. (مَحْمَدُ رِضَا الكَلِيبَايْگَانِي). * مِنْ دُونَ فَرَقٍ بَيْنَ الكَشْفِ الحَقِيقِيِّ وَالحَكْمِيِّ. (اللَنْكَرَانِي).

٣- بِنَاءً عَلَى الكَشْفِ الحَكْمِيِّ، وَكُونَ القَبُولِ شَرْطًا مَتَأَخَّرًا، وَأَمَّا عَلَى الكَشْفِ الحَقِيقِيِّ لَوْ قِيلَ بِهِ فَمَشْكَالٌ؛ إِذْ يَلْزَمُ مِنْ كَاشِفِيَّةِ تَقَدُّمِهَا (فِي أَصْلِ التَّعْلِيْقَةِ: عَدْمِهَا)، وَالصَّحِيحُ مَا أَثْبَتْنَاهُ. (الْبُرُوجَرْدِي).

٤- بَلْ يَقْبَلُ الوَصِيَّةَ هُوَ بِنَفْسِهِ؛ لِأَنَّ أَمْرَ الرَّدِّ بِيَدِهِ؛ لِأَنَّهُ مُلْكٌ لِلْمَوْصِي لَهُ وَوَارِثٌ لَهُ فِي آنٍ وَاحِدٍ؛ إِذْ بِصِيرُورَتِهِ مُلْكًا لِلْمَوْصِي لَهُ صَارَ وَارِثًا لَهُ، فَلَهُ حَقُّ الرَّدِّ مِنْ هَذِهِ الجِهَةِ، فَتَدَبَّرْ فَإِنَّهُ دَقِيقٌ. (الفَانِي).

٥- فِي هَذَا الفَرَضِ بِمَا أَنَّهُ يَنْتَقِلُ المَالُ مِنَ المَوْصِي إِلَى المَوْصِي لَهُ لَا وَجْهَ لِلانْعِتَاقِ أَصْلًا. (الرُّوحَانِي).

إليه آنأ ما فينعتق (١) ، لكن لا يرث (٢) إلأ إذا كان (٣) انعتاقه قبل قسمه الورثه؛ وذلك لأنه على هذا التقدير انعتق بعد سبق (٤) سائر الورثه بالإرث، نعم، لو انعتق قبل القسمه فى صوره تعدد الورثه شاركهم (٥) . وإن قلنا (٦) بالانتقال إلى الوارث من الموصى لا- من الموصى له فلا- ينعتق عليه؛ لعدم ملكه، بل يكون للورثه، إلأ إذا كان ممن ينعتق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعتق، ولكن لا يرث إلأ إذا كان ذلك مع تعدد الورثه وقبل قسمتهم.

السابع: حكم قيام الوارث مقام الموصى له فى الوصيه العهديه

السابع : لا فرق فى قيام الوارث (٧) مقام الموصى له بين التملكه والعهديه (٨) .

ص: ٥٧٤

- ١- فحصل الملك والانتاق. (الفيروز آبادى).
- ٢- إذا لم يكن حرأ فى حياه الموصى له. (المرعشى).
- ٣- فى إرثه لقبول الوصيه حتى فى هذه الصوره نظر؛ لأن المنساق من الأدله كون الوارث وارثاً مع قطع النظر عن الحقوق الموروث بها، ولا يشمل ما كان أصل وراثته من جهه هذا الحق. (آقا ضياء).
- ٤- وما مات الموصى له عن وارث منعتق. (الفيروز آبادى).
- ٥- أو تفرد بالإرث دونهم. (البروجردى). * فى صوره التساوى فى الطبقة، وتفرد عنهم فى صوره تقدمه عليهم. (المرعشى). * مع اتحاد الطبقة، ويقدم عليهم مع تقدم طبقته. (محمد رضا الكلبيگانى). * إذا كان فى طبقته، وإلأ تفرد. (اللكراني).
- ٦- كما هو المحتمل الثانى. (المرعشى).
- ٧- الوارث يقوم مقام الموصى له فى الوصيه التملكه. (الفانى).
- ٨- الأقوى عدم القيام فى العهديه. (النائنى، جمال الدين الكلبيگانى). * الرجعه إلى الملك، كما فى مورد موثقه عمّار (الوسائل: الباب (١١) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١٢). (الكوه كمرى). * الأقوى عدم قيامه مقامه فى العهديه. (عبدالهادهى الشيرازى). * إن لم يضعف خبر عمّار. (المرعشى). * إن رجعت الثانى إلى الأولى، وفى غيره مشكل. (السبزوارى).

(مسأله ٨) : اشتراط القبول على القول به مختص بالتملكه، كما عرفت، فلا يعتبر (١) فى العهديه (٢).

ص: ٥٧٥

- ١- فى الإطلاع إشكال، والأقوى تساويها مع التملكه لو كان المآل إلى العهد بإعطاء الموصى به إلى الموصى له، وأن القبول الفعلى كافٍ أيضاً. (المرعشى). * أى قبول الموصى إليه، وأما قبول الموصى له فى الوصيه العهديه _ كما إذا أوصى بأن يُعطى زيد مالاً _ فلا إشكال فى اعتباره فى تملكه، وإن كان أصل الوصيه عهدياً لا يعتبر فيه قبول الموصى إليه. (اللكراني).
- ٢- يعنى قبول الموصى له، وأما قبول الموصى إليه إذا نصب وصياً فهو معتبر فيها أيضاً فى الجمله. (الإصفهاني). * بالنسبه إلى الموصى له، وأما الوصى فيعتبر قبوله. (الكوه كمرى). * يعنى قبول الموصى له، لا الموصى إليه. (الإصطهباناتي). * يعنى قبول الموصى له، لا الموصى إليه، كما مرّ، وعدم اعتباره فيها واضح فيما إذا كانت عهداً بصرف شىء فى شخص أو أشخاص أو نوع أوجهه، وأما إذا كانت عهداً بإعطاء شخص أو أشخاص فليس بينها وبين التملكه كثير فرق؛ بناءً على ما مرّ من أن القبول فيها معتبر فى الموصى به دون الوصيه. (البروجردى). * يعنى قبول الموصى له، وأما قبول الموصى إليه معتبر مسلماً، فإذا لم يقبل يرجع إلى الحاكم فى بعض الموارد، وعدم اعتباره فيها إذا لم تكن نتيجه ملكيه لشخص، وإلا يلزم كونها ملكيه قهرية. (عبدالله الشيرازى). * يعنى قبول الموصى له فى صحه الوصيه، وقد مرّ اعتباره مطلقاً، وفى العهديه لاوجه لاعتباره، وأما لو عهد أن يُعطى شيئاً بشخص ففى تملكه يعتبر القبول بلا إشكال. (الخميني). * فى أصل تحقّق الوصيه، أما فى جعل الوصايه لأحد فلا بدّ من قبوله. (السزوارى).

ويختص (١) بما إذا كان لشخصٍ معيّنٍ أو أشخاصٍ معيّنين، وأمّا إذا كان للنوع أو للجهات _ كالوصيّ للفقراء والعلماء، أو للمساجد _ فلا يعتبر (٢) قبولهم أو قبول الحاكم فيما للجهات وإن احتمل (٣) ذلك، أو قيل.

ص: ٥٧٦

١- الأقوى عدم الاختصاص، واعتبار القبول فيها مطلقاً، كما عرفت، غير أنّ القبول في القسم الأول معتبر من الموصى له شخصاً أو أشخاصاً، وفي القسم الثاني من القيم إن كان، وإلّا فمن الحاكم. (صدرالدين الصدر). * الأحوط إن لم يكن الأقوى عدم الاختصاص به، وأنّ القبول في الصورة الثانية ممّن يلي أمر الوصيّه إن كان، وإلّا فمن الحاكم. (المرعشى).

٢- الظاهر من عبارته ومن تنظيرها في المسألة الأولى بالعتق وفكّ الملك عدم اعتبار القبول في العهديّه مطلقاً، حتّى من الموصى إليه، لكنّ الظاهر منهم الإجماع على عدم الفرق بين الوصيّتين في الحاجه إلى القبول في التمليكه من الموصى له، وفي العهديّه من الموصى إليه، نعم، يكفي في قبول الموصى إليه القبول الفعليّ، وأمّا قبول الموصى له في العهديّه إذا كانت وصيّته بالتمليك فلا إشكال في اعتباره، لكنّه غير مربوطٍ بقبول الوصيّه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٣- احتمال اعتبار قبول الفقراء أو العلماء بما أنّهم من طبقات الجهات بعيد غايته، لكنّ احتمال اعتبار قبول الحاكم ليس بذلك البعد وإن كان الأقرب عدمه، كما أنّ بطلانها برّد الحاكم فيما تقتضى مصلحه سياسيّه، أو كان في قبولها مفسده كذلك قريب. (الخميني).

ودعوى أنّ الوصية لها ليست من التمليك، بل هي عهديّة (١)، وإلّا فلا يصحّ تمليك النوع أو الجهات كما ترى (٢). وقد عرفت سابقاً (٣) قوّه عدم اعتبار القبول مطلقاً، وإنّما يكون الردّ مانعاً (٤)، وهو أيضاً لا يجرى في مثل المذكورات، فلا تبطل بردّ بعض الفقهاء مثلاً، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل (٥).

تحقق الوصية بكل ما دل عليها من لفظ أو فعل

(مسألة ٩): الأقوى في تحقق الوصية كفايه كلّ ما دل عليها من الألفاظ، ولا يعتبر (٦) فيه لفظ خاصّ، بل يكفي كلّ فعلٍ دالّ عليها حتّى الإشارة والكتابة ولو في حال الاختيار (٧) إذا كانت صريحه في الدلالة، بل أو ظاهره (٨)؛ فإنّ ظاهر

ص: ٥٧٧

- ١- ولا يبعد ذلك، وإن قلنا بمالكيه الجبهه أو النوع. (محمّد رضا الكلبيگانی).
- ٢- كما أنّ دعوى كونها قسماً ثالثاً مسمّى بالوصية التخصيصية؛ لامتناع تمليك النوع والجبهه، وعدم كونها عهديّة أيضاً كذلك. (اللكراني).
- ٣- قد عرفت سابقاً ضعف ما قواه على الإطلاق. (المرعشي).
- ٤- على ما ادّعى الإجماع عليه، كما تقدّم. (حسن القمي).
- ٥- في إطلاقه نظر، بل لا يبعد البطلان بالنسبه. (محمّد الشيرازي).
- ٦- ولكن ينبغي إنشاؤها بالألفاظ المتعارف استعمالها في ذاك المقام. (المرعشي).
- ٧- الأحوط الاقتصار عليهما بحال الضروره. (محمّد رضا الكلبيگانی).
- ٨- في إنشائه الوصية فعلاً بها على حدّ ظهور الألفاظ، ولا يكون مع ذلك عدم نطقه بها مع قدرته عليه، كما هو العاده في الأمور الخطيره قرينه صارفه عن ظهورها، كما لا يبعد، ولعلّه لذا قصر الجماعه كفايتها على حال الضروره. (البروجردي).

الأفعال (١) معتبر (٢) كظاهر الأقوال. فما يظهر من جماعه (٣) اختصاص كفايه الإشارة والكتابه بحال الضروره لا وجه له، بل يكفى وجود مكتوبٍ منه بخطه ومهره إذا علم (٤) كونه إنمّا كتبه بعنوان الوصيه (٥).

ويمكن (٦) أن يستدل (٧) عليه بقوله عليه السّلام: «لا ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليله إلّا ووصيته تحت رأسه» (٨). بل يدلّ عليه ما رواه الصدوق (٩)، عن إبراهيم بن

ص: ٥٧٨

١- ولكنّ الاحتمالات المتطرّقه على الأفعال أكثر من المتطرّقه على الأقوال، كما حُقّق في محلّه من باب المجمل والمبين. (المرعشى).

٢- في إطلاقه تأمل. (تقى القمّي).

٣- [٣] قواعد الأحكام: ٢/٤٤٥، جامع المقاصد: ١٠/١٩، رياض المسائل: ٩/٤٣٣.

٤- بل إذا كان ظاهره كذلك. (تقى القمّي).

٥- فعلاً بنفس الكتابه، لا لإحصاء ما يريد الوصيه بها فيما بعد ليوصى بعد على طبقها ويُشهد عليها؛ فإنّ وجوب العمل بها حينئذٍ محلّ إشكال، وإن كان الأحوط، والاستدلال بالخبرين محلّ مناقشه. (البروجردى). * لا مقدّمه كتابتها، كما أنّه كثيراً ما يتفق ذلك. (المرعشى).

٦- النصوص الداله على هذه الجبهه ضعيفه فلا يمكن الاستدلال بها. (تقى القمّي).

٧- مع الغضّ عن الإرسال وضعف الدلاله. (المرعشى).

٨- [٨] المقنعه: ٦٦٦، عنه الوسائل: الباب (١) من أبواب كتاب الوصيه، ح ٧.

٩- مع الغضّ عن ضعف الصدور، وعن عدم عملهم بظاهره من التفصيل بين الولد وبين غيره. (المرعشى).

محمّد الهمداني قال: كتبت إليه: كتب رجل كتاباً بخطّه ولم يقل لورثته: هذه وصيتي ولم يقل: إنّي قد أوصيت، إلّا أنّه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطّه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب: «إن كان له وُلْدٌ ينفذون كلّ شيءٍ يجدون في كتاب أبيهم في وجه البرّ وغيره»^(١).

شرائط الموصى

إشارة

(مسألة ١٠): يشترط في الموصى أمور (٢):

الأول: البلوغ، بيان نفوذ وصيته البالغ عشرين

الأول: البلوغ، فلا تصحّ وصيته غير البالغ. نعم، الأقوى (٣) وفقاً للمشهور صحّه (٤) وصيته البالغ عشرين (٥) إذا كان عاقلاً (٦) في وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم (٧)؛ لجمله من الأخبار (٨) المعتبره، خلافاً

ص: ٥٧٩

١- [١] من لا يحضره الفقيه ٤/١٩٨، ح ٥٤٥٦، عنه الوسائل: الباب (٤٨) من أبواب كتاب الوصايا، ح ٢.

٢- ولا يُعتبر الإسلام، بل تصحّ من الكافر على الأقوى. (المرعشي).

٣- ولين في هذه المسألة تأمل ونظر. (الكوه كمرى).

٤- محلّ تأمل. (البروجردى).

٥- الأحوط لو لم يكن الأقوى اعتبار إشراف الولي على وصيته. (الفاني).

٦- مميّزاً مع كون الوصية عقلائية مشروعته، والأحوط الاقتصار في المعروف عليذوي الأرحام دون الغرباء. (المرعشي).

٧- صحّه وصيته للغرباء محلّ إشكال. (الخوئي). * لغير الأرحام إذا لم يكن للأموال الخيرية العامه مشكل، كما أنّه إذا بلغ سبع

سنين وأوصى باليسير من ماله ففي عدم الصحّه إشكال، يراعى مقتضى الاحتياط. (حسنالقمي). * ويستفاد من حديث ابن

مسلم (الوسائل: الباب (٤٤) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١). نفوذ وصيته غير البالغ إذا حضره الموتلأرحامه. (تقى القمي). * صحّه

وصيته للغرباء محلّ نظر، بل منع؛ للرواية. (اللكراني).

٨- [٨] الوسائل: الباب (٤٤) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١ - ٧.

الثانى: العقل

الثانى : العقل، فلا تصح وصية المجنون، نعم، تصح وصية الأورائى منه إذا كانت فى دور إفاقته. وكذا لا تصح وصية السكران حال سكره، ولا يعتبر استمرار العقل، فلو أوصى ثم جنّ لم تبطل (٣)، كما أنه لو أغمى عليه أو سكر لا تبطل وصيته. فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصية.

الثالث: الاختيار

الثالث : الاختيار.

الرابع: الرشد، بيان وصية السفیه المفلّس

الرابع: (٤) الرشد (٥)،

ص: ٥٨٠

١- ولكن مخالفته فى المبني، فلا يُعدّ هو ومن يحذو حذوه مخالفاً فى المسأله.(المرعشى).

٢- [٢] مختلف الشيعه: ٦/٣٩١، الحدائق الناضره: ٢٢/٤٠٩.

٣- سواء قبل بلزوم الوصية أم جوازها، وإن كانت الصّحة فى الفرض الثانى على خلاف القاعده فى العقود المتزلزله. (المرعشى).

٤- على الأحوط. (تقى القمى).

٥- فى اعتباره إشكال، والاحتياط لا يترك. (الخوئى). * اعتباره مطلقاً حتّى إذا لم تكن الوصية سفيهه مشكل، والاحتياط فيه لا

ينبغى تركه. (محمّد الشيرازى). * لم أقف على نصّ أو غيره يدلّ على اعتباره، إلّا طلاق ما دلّ على المنع منتصرّفه فى ماله،

فيختصّ المنع على فرضه بالوصية المتعلّقه بماله. (الروحانى).

فلا تصحّ (١) وصيّته السفيه (٢) وإن كانت بالمعروف (٣) ، سواء كانت قبل حجر الحاكم (٤) أم بعده. وأما المُفلس فلا مانع (٥) من وصيته وإن كانت بعد حجر الحاكم؛ لعدم الضرر بها على الغرماء؛ لتقدّم الدّين على الوصية.

الخامس: الحرّيه، بيان وصيه العبد لو انتق

الخامس : الحرّيه، فلا تصحّ (٦) وصيه المملوك (٧) بناءً على عدم ملكه وإن أجاز (٨) مولاه بل وكذا بناءً على ما هو .

ص: ٥٨١

- ١- اعتبار الرشد في صحّ الوصيه في غايه الإشكال. (حسن القمّي). * محلّ إشكال، خصوصاً إذا كانت بالمعروف وكان قبل حجر الحاكم، بل لا تبعد الصحه في هذه الصوره. (اللكراني).
- ٢- لا مانع من تنفيذها إذا كانت بالمعروف وعلى الموازين العقلانيه. (كاشف الغطاء).
- ٣- الحكم بعدم الصحه في هذه الصوره، سيّما قبل الحجر لا يخلو عن إشكال. (المرعشي).
- ٤- الأقرب صحّتها قبل حجره، إلّا إذا كان سفيه متّصلاً بصغره. (الخميني).
- ٥- غايه الأمر أنّه لا يترتب على وصيته أثر، إلّا في مثل ما إذا خرج حال الموت عن التفليس. (اللكراني).
- ٦- احتمال الصحه في وصيه المكاتب المطلق الذي حرّ بعضه بقدر ما حرّ قوئ. (المرعشي).
- ٧- في بطلانها مع إجازة مولاه نظر. (عبدالهادي الشيرازي).
- ٨- قيل: لخروج وصيته عن موضوع الوصيه، ضروره كونها كقول زيد: مالعمرو لبكر بعد وفاتي، وعن الفضوليّ الذي هو الوصيه عن زيد بعد وفاه زيد، لا وفاه غيره. وفي الاستدلال عندى نظر، ولا يبعد الصحه مع الإجازة، وحديث «لا وصيه لمملوك» سنده وكذا دلالتة ضعيف، مع عدم ظهوره في مورد الإجازة. (الفيروزآبادي).

الأقوى (١) من ملكه؛ لعموم (٢) أدلّه الحجر، وقوله عليه السلام: «لا وصيه لمملوك» (٣) بناءً على إرادته (٤) نفى وصيته لغيره، لا نفى الوصيه له، نعم، لو أجاز مولاه صحّ على البناء المذكور.

ولو أوصى بماله ثمّ انعتق وكان المال باقياً في يده صحّت (٥) على إشكال (٦)، نعم، لو علّقها

ص: ٥٨٢

- ١- ملكه محلّ إشكال. (الخميني).
- ٢- ولو في ما ملكه مولاه، كما هو المختار. (آقا ضياء).
- ٣- [٣] دعائم الإسلام: ٢/٣٦٢، تهذيب الأحكام: ٩/٢١٦.
- ٤- كما هو الظاهر. (المرعشي).
- ٥- مشكل، وإن علّقها على الحرّيه. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٦- إلّا إذا أجازها جديداً، كما لا يخفى. (آقا ضياء). * بل لا تصحّ على الأقوى. (البروجردى). * الظاهر عدم صحّته بإنشائه السابق الذي كان في حال عبوديته، إلّا أن يُنشئ الوصيه ثانياً بعد انعتاقه. (البجنوردى). * يندفع هذا الإشكال إذا كان العبد باقياً على إيجابه للوصيه بعد انعتاقه، بالجمع بين مطلقات الصحّه، وارتفاع ما يكون مانعاً عن الصحّه، وهو الحجر. (الفاني). * بل الصحّه ممنوعه. (الخميني). * قوى فيه، وضعيف في ما يليه من الصور. (المرعشي). * الإشكال قوى فيه وفي ما بعده، نعم، إذا أجازها بعد العتق صحّت وإن لم يجزها المولى. (الخوئي). * لا يُترك الاحتياط فيه وفي ما بعده وبعده بعده. (حسن القمي). * قوى، وكذا في ما بعده. (اللنكراني).

على الحرّيه (١) فالأقوى (٢) صحتها (٣) ، ولا يضرّ التعليق المفروض، كما لا يضرّ إذا قال: هذا لزيد إن مُتُّ في سفرى.

ولو أوصى (٤)

ص: ٥٨٣

١- كون الحرّيه معلقاً عليها للوصيه (كذا فى أصل التعليق، والظاهر (الوصيه). لا يستلزم صحه الوصيه من المملوك، نعم، تصح هذه الوصيه بالصحه الفعلية إذا تحققت الحرّيه مع كونه باقياً على الإيجاب، وكون المال باقياً تحت يده؛ لارتفاع المانع عن الصحه، لا لحصول المعلق عليه وهو الحرّيه. (الفانى).

٢- بل الأقوى بطلانها. (تقى القمى).

٣- صحتها فى غاية الإشكال. (النائنى، جمال الدين الكلبايگانى). * فى القوه نظر؛ لعدم ثبوت صحه التعليق بغير الموت لولا دعوى عدم شمول معاهد الإجماعات لمثله، إلّا بدعوى إطلاقها فى مطلق الأسباب، عقداً كان أم إيقاعاً، مطلقاً أم مشروطاً، وليس الأخير ببعيد. (آقا ضياء). * محلّ تأمل وإشكال. (الإصطهباناتى). * فيه نظر. (عبدالله الشيرازى). * لا تخلو من تأمل. (الخمينى).

٤- هذه الفروع مبنيه على انصرافٍ لا يقدر إلى التصرفات المائيه، وفيه نظر واضح. (آقا ضياء).

بدفنه (١) في مكانٍ خاصٍّ لا يحتاج إلى صرف مالٍ فالأقوى (٢) الصَّحَّه (٣) ، وكذا ما كان من هذا القبيل.

السادس: أن لا يكون قاتل نفسه، وفيه أحكام

السادس : أن لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه: من جرح أو شرب سُمٍّ أو نحو ذلك، فإنه لا تصح وصيته على المشهور المدعى عليه الإجماع، للنص (٤) الصحيح الصريح (٥). خلافاً لابن إدريس (٦) وتبعه بعض (٧). والقدر المنصرف إليه الإطلاق الوصية بالمال، وأما الوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها (٨).

كما أن الحكم مختص بما إذا كان فعل ذلك عمداً، لا سهواً أو خطأً، وبرجاء أن يموت، لا لغرضٍ آخر، وعلى وجه العصيان، لا مثل الجهاد في سبيل الله، وبما لو مات من ذلك.

ص: ٥٨٤

- ١- محل تأمل فيه، وفي ما كان من هذا القبيل. (الخميني).
- ٢- بل الأقوى البطلان. (تقى القمي).
- ٣- والأحوط أن تكون ياذنه، أو إجازته للوصية، أو للعمل بها. (محمد رضا الكلبيكاني). * مشكل. (اللكراني).
- ٤- وبه تُخصَّص عمومات الوصية. (المرعشي).
- ٥- [٥] الوسائل: الباب (٥٢) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١.
- ٦- [٦] السرائر لابن إدريس: ٣/١٩٧ _ ١٩٨.
- ٧- [٧] مسالك الأفهام: ٦/١٤٢، الحدائق الناضرة: ٢٢/٤١٣.
- ٨- بل مشكل. (محمد رضا الكلبيكاني).

وأما إذا عُوفِيَ (١) ثم أوصى صحته وصيته بلا إشكال (٢)، وهل تصح وصيته قبل المعافاة (٣)؟ إشكال (٤)، ولا يلحق التنجيز بالوصية. هذا.

ولو أوصى قبل أن يُحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحته وصيته وإن كان حين الوصية بانياً على أن يُحدث ذلك بعدها؛ للصحیح (٥) المتقدم، مضافاً إلى العمومات.

وصية الأب أو الجد مع فقد الآخر بالولاية على الأطفال

(مسألة ١١): يصح لكل من الأب والجد الوصية بالولاية على الأطفال مع فقد الآخر، ولا تصح مع وجوده، كما لا يصح ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعي (٦)؛

ص: ٥٨٥

١- أو أوصى ثم عُوفِيَ، ولا وجه للإشكال فيه. (اللكراني).

٢- لا إشكال في الصحة؛ لأن تلك الوصية ليست وصية من قتل نفسه. (الفاني). * الأقوى الصحة. (المرعشي).

٣- ثم عُوفِيَ ثم مات. (الفيروزآبادي).

٤- والأقوى الصحة. (عبدالهادي الشيرازي، محمد الشيرازي، الروحاني). * الظاهر أنه لا إشكال فيها إذا أوصى ثم عُوفِيَ.

(محمد رضا الكلبايگاني). * إن أوصى بعد ما فعل السبب ثم عُوفِيَ ثم مات فالظاهر صحته وصيته. (حسن القمي).

٥- أخذاً بإطلاقه. (المرعشي).

٦- لكن إذا نصب قِيماً عليهم تبقى ولايته عليهم ولو بعد موت الحاكم، نعم، لو نصب وكيلاً سقطت وكالته بموت موكله. بألفاظه

تعالى وحسن توفيقه قد تم ما تيسر لنا من الحواشي والتعليق على عروه سيدنا الأستاذ نور الله ضريحه. (كاشف الغطاء) (في آخر

تعليقه كاشف الغطاء قدس سره بيان، أحببنا إيراد لما فيه من الفائدة: بيان: كان ولا يزال من المعلوم أن هذا المؤلف الجليل

«العروة الوثقى» - الذي هو من مفاخر الفقه الجعفري وآياته الزاهرة في العصور المتأخرة - قد كان السيد الأستاذ - رضوان الله

عليه - شرع فيه في السنة الثانية والعشرين بعد الألف والثلاثمائة، وكان كل يومين أو ثلاث ينتهز منوقته المستغرق بأشغال

المرجع العظيم فرصة يحزر فيها من هذا الكتاب الورقتين والثلاث بخطه الدقيق، يدفعها لي ولأخي آية الله الشيخ أحمد -

تغمده الله برضوانه - لأجل إصلاح عباراته من حيث العربيّة، ورفع الركاهة أو التعقيد، والنظر في أدله الفروع، ومطابقه الفتوى

للدليل؛ حذراً من أن مشغوليته العظيمي أدخلت سهواً عليه في ذلك أو غفلة، ولا يعتمد على غيرنا في هذا الشأن، كسائر مهماته

الأخرى وشوونه من إرجاع المرافعات إلينا وغيرنا، واستمرّ اعتماده مدّه حياته وبعد وفاته، حيث جعلنا أوصياءه، ولا تزال وصيته

بخطه الشريف وخاتمه محفوظة في خزانه أوراقى. وكنا نستفرغ الوسع ونسهر الليالي في إصلاح العبارات، وجعلها بغايه الوضوح

والسلامه بحيث يفهمها حتى العامي والأمي، كما نظر أيضاً في المدارك والأدله. وتذاكر في كل فرع فرع مع أفاضل ذلك

العصر، في دارنا الكبرى التي كانت مجمع الأعلام والأعظم يومى الخميس والجمعه، ومنهم: الآيتان الحجتان المرحوم الميرزا

محمد حسين النائيني قبل أن يصير من المراجع، والشيخ المحقق وحيد عصره الأستاذ الشيخ حسن الكربلائي «رضوان الله

عليهما»، وبعد استفراغ الوسع وسدّ الفراغ نعود إليه _ رضوان الله عليه _ بما أصلحنا، وتذاكر معه في مجلسٍ خاصّ، فرّبما رجع إلى رأينا في الفتوى، وربّما أصرّ واستمرّ على رأيه. وفي السنه الثامنه والعشرين لمّا توجّهت إلى بغداد لطبع كتابي «الدّعوه الإسلاميه» _ المذى حُجز وجرى فيه ما جرى _ طلب منّي _ تعمّده الله برحمته _ أن أشرف على طبعها، وكنا نطبع الكتابين في مطبعه دار السلام).

فإنه بعد فقدهما (١) له الولايه عليهم ما دام حيًا، وليس له (٢) أن يوصى بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كل من الأب والجَدَّ مع وجود الآخر.

ولا ولايه في ذلك للام، خلافاً لابن الجنيد (٣) حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيداً (٤).

وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمالٍ وجعل أمره إلى غير الأب والجَدَّ وغير الحاكم لم يصح، بل يكون للأب والجَدَّ مع وجود أحدهما، وللحاكم مع فقدهما، نعم، لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم بعد بلوغهم (٥)، أو

على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم يمكن (٦) أن

ص: ٥٨٧

١- وفقد الوصي من قبل أحدهما أو كليهما. (المرعشي).

٢- لقصور ولايته عن ذلك. (المرعشي).

٣- استناداً إلى مرسله عامته. (المرعشي).

٤- [٤] راجع مختلف الشيعة: ٦/٤١٢، الحدائق الناضرة ٢٢/٤١٦، فتاوى ابن الجنيد للاشتهازي: ٢٤٤.

٥- لكنّه خارج عن فرض الوصية على الأطفال. (المرعشي). * هذا لا- إشكال فيه، وغير مربوط بالوصية على الأطفال، وأما

الوصية بالصرف عليهم قبل البلوغ من دون المراجعة إلى الولي الشرعي فلا يخلو من إشكال. (محمدرضا الكلبايگاني).

٦- وهو المتيقن. (تقي القمي).

يقال (١) بصحته (٢)، وعدم (٣) رجوع أمره إلى الأب والجَد أو الحاكم.

*

*

*

ص: ٥٨٨

-
- ١- لا إشكال في صحته في صورتين. (الخميني). * بل الأقوى صحتها حينئذٍ. (المرعشي).
 - ٢- بل هو صحيح بلا إشكال. (البروجردى). * بل هو صحيح من دون إشكال. (الفانى). * وهو الأقوى. (حسن القمى).
 - ٣- فى ما فرضه لا وجه لاحتمال عدم الصحه أو الإشكال فيها، فالتعبير بالإمكان لا يخلو من مسامحه. (البجنوردى).

ما تصح الوصيه به من الأمور وما لا تصح

تصح الوصيه بكل ما يكون فيه غرض عقلايى (١) محلل، من عين أو منفعه، أو حق قابل للنقل. ولا فرق فى العين بين أن تكون موجوده فعلاً أو قوه.

فتصح بما تحمله الجاريه أو الدابته أو الشجره (٢).

وتصح بالبعد الآبق منفرداً ولو لم يصح بيعه إلّا بالضميمه.

ولا تصح بالمحرّمات (٣)

ص: ٥٨٩

١- هذا القيد وما بعده من الحلّيه مبتنان على الاحتياط. (تقى القمى).

٢- وإن لم يكن معتاد الوقوع، لكن بشرط الإمكان. (المرعى).

٣- إن لوحظت الفائده المحرّمه كالشرب والأكل فى المثالين، وأما إن كان الملحوظ الفائده المحلله شرعاً المقصوده العقلاييه فالظاهر الصحه، إلّا على مبنى حرمة التقلب فى النجاسات والمحرّمات مطلقاً؛ استناداً إلى ما ليس بجدير أن يستند إليه. (المرعى). * لصرّفها فى الجهات المحرّمه، أمّا لو فرض لها جهات محلله فلا- تبعد صحها الوصيه بها، كالوصيه بالخزير لاستعمال شعره فى صنع الحبل، أو شحمه فى طلى الأجر، ونحو ذلك. (محمّد الشيرازى).

كالخمر (١) والخنزير ونحوهما، ولا بآلات اللهو، ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي، كالحشرات و كلب الهراش (٢)، وأما كلب الصيد فلا مانع منه، وكذا كلب الحائط والماشية والزرع وإن قلنا بعدم مملوكيه ما عدا كلب الصيد؛ إذ يكفي وجود الفائدة فيها.

ولا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق، كحق القذف ونحوه. وتصح بالخمر المتخذ للتخيل (٣).

ولا فرق في عدم صحه الوصيه بالخمر والخنزير بين كون الموصى والموصى له مسلمين أو كافرين (٤) أو مختلفين؛ لأن الكفار أيضاً مكلفون بالفروع (٥)،

ص: ٥٩٠

- ١- لو فرض لها منافع محلله وأوصى بها بلحاظ تلك المنافع فالأظهر الصحه. (حسن القمي).
- ٢- [٢] الهراش: المهارشه بالكلاب، وهو تحريش بعضها على بعض. مختار الصحاح: ٣٥٥. وفي اللسان: و كلب هراشٍ وخراش، وفي الحديث: يتهارشون تهارش الكلاب، أى يتقاتلون ويتواثبون. لسانالعرب: ١٥/٧٥ (ماده هرش).
- ٣- لا خصوصيه لهذه الفائدة فقط، فالخمر المتخذة لغيره من الفوائد المحلله كذلك. (المرعشى).
- ٤- فيه تأمل. (الخميني).
- ٥- الحكم ببطلان الوصيه بالخمر والخنزير ولو من الكافر للكافر لعله لا يتوقف على تكليفهم بالفروع. (الخوئي). * لا تبعد وصيه كل من تشملهم قاعده الإلزام، كالكافر يوصى بالخمر والخنزير لكافر آخر، ولا تلازم بين صحه الوصيه وبين تكليفهم بالفروع عقاباً، لا- بما ينافى قاعده الإلزام، ويؤيده قول الماتن قدس سره: نعم هم يُقرّون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحاً. (محمد الشيرازي). * فيه تأمل. (حسن القمي).

نعم (١)، هم يُقَرِّون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحاً.

ولا تصحّ الوصية بمال الغير ولو أجاز (٢) ذلك (٣) الغير إذا أوصى لنفسه (٤)، نعم، لو أوصى فضولاً (٥) عن الغير (٦)

ص: ٥٩١

١- قاعده الإلزام مخدوشه عندنا. (تقى القمى).

٢- فيه نظر. (حسن القمى).

٣- لا مانع منها مع الإجازة. (الفيروزآبادى).

٤- قد مرّ النظر فيه. (عبدالهادهى الشيرازى). * الأظهر الصحه فى الموردین. (الروحانى).

٥- بل يمكن تصحيح الأمول أيضاً مع إلغاء قيدٍ لنفسه ولو كانت فائدتها راجعةً إلى الأول؛ إذ بالإجازة لإنشائه السابق يصدق إضافه الوصية إليه، إلا أن يشكل فى الفضولى فى مطلق الإيقاعات، ولكن فى المقام يمكن جعل الإجازة وصيةً إجمالياً ذكره بعد التوسعه فى أمرها. (آقا ضياء). * الظاهر أنّ إجازة ذلك الغير تكون وصيةً منه، لا أنّها تنفيذ لتلك الوصية. (صدرالدين الصدر). * إجازة الوصية كافيّة عن إنشائها، نظير ما إذا كتب وصيةً من دون قصد الإنشاء، بل لتسجيل ما يريد أن يوصى به وتفصيله، ثمّ قال: «هذه وصيتى»؛ وذلك لعدم اشتراط لفظٍ خاصّ فى الوصية. (الفانى).

٦- وكانت الوصية من العقود، كما هو الحقّ، وأما بناءً على كونها من الإيقاعات فلامجال للفضوليه فيها حتّى تلزمها الإجازة. ثمّ إنّ هذا كلّه لو لم تكن إجازة الغير فى حكم الوصية، بل تنفيذ لها، وإلا فالصحّه واضحه؛ لخروجها عن المفروض. (المرعشى). * بأن يقول مثلاً: «دار زيد بعد وفاته للفقراء» فأمضاه زيد، والظاهر عدم الإشكال فيه على تقدير كون الوصية عقداً، نعم، على تقدير كونها إيقاعاً فجريان الفضولى فيها محلّ تأمل، بل منع. (محمّد رضا الكلبيگانى).

احتمل (١) صحته (٢) إذا أجاز (٣).

بطلان الوصية في الزائد عن الثلث إلا مع إجازة الورثة

(مسألة ١) : يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه، فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد، إلا مع إجازة الورثة بلا إشكال.

وما عن علي بن

ص: ٥٩٢

١- لو كانت الوصية بمال الغير قابله لأن تُفسخ بالإجازة فالظاهر عدم الفرق بين صورتين. (جمال الدين الكلبي يگانی). * بل هو الأظهر. (تقي القمي).

٢- لو كانت الوصية بمال الغير قابله لأن تصح بالإجازة فالظاهر عدم الفرق بين صورتين. (النائني). * بل هذا هو الظاهر، وكذا في الصورة الأولى؛ لعدم الفرق. (اللكراني).

٣- بل هو الأظهر، وأما في الصورة الأولى _ أي الايضاء لنفسه بمال الغير _ ففيه إشكال ولو أجاز المالك. (الجنودي). * هذا هو الأظهر. (الخوئي). * وكذا في الصورة الأولى أيضاً. (السزواري). * بل هو الأقوى. (محمد الشيرازي). * وهو الأقوى. (حسن القمي).

بابويه (١) من نفوذها مطلقاً (٢) على تقدير ثبوت النسبه شاذ. ولا فرق بين أن يكون بحصّه مشاعه من التركة أو بعين معيّنه.

ولو كانت زائدهً وأجازها بعض الورثه دون بعضٍ نفذت (٣) في حصّه المجيز فقط، ولا يضرّ التبعض (٤)، كما في سائر العقود. فلو خلف ابناً وبتناً وأوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثه إلّا ثلث من ستّه، ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستّه.

وصيه من لم يقصد الثلث ومن قصد كونها من الأصل أو ثلثي الورثه

(مسأله ٢): لا- يشترط في نفوذها قصد الموصى كونها من الثلث الذي جعله الشارع له. فلو أوصى بعين غير ملتفتٍ إلى ثلثه وكانت بقدره أو أقلّ صحّت. ولو قصد كونها من الأصل (٥) أو من ثلثي الورثه وبقاء ثلثه سليماً مع وصيته بالثلث سابقاً أو لاحقاً (٦)

ص: ٥٩٣

- ١- وحيث إنّ عبارته في الرساله (لم تتوفر نسخته لدينا) هنا وفي غيره من المسائل مطابقه لعبارات الفقهاء الرضوي (فقه الرضا ٧: ٢٩٩)، احتمال بعض أنّ الرضوي هو بعينه الرساله له، كما هو أحد الأقوال في المقام. (المرعشي).
- ٢- وقد حقّقنا في محلّه عدم استقامه هذا القول، ولكلام ابن بابويه هنا محامل، منها: حملها على ما سيأتي في المسأله الثالثه. (المرعشي).
- ٣- في حصّه البعض المجيز، وكذا تنفذ في حصّه الجميع لو أجاز الكلّ. (المرعشي).
- ٤- ما لم يكن بالمجموع من حيث المجموع، وإلّا ففيه إشكال. (حسن القمي).
- ٥- البطلان في تمام ما أوصى به مع قصده من الأصل محلّ إشكال. (حسن القمي).
- ٦- لا يخفى ضعفه، وكذا حكمه في الفرع اللاحق. (الفيروزآبادي).

- ١- إذا كان على وجه التقييد، وإلا صحَّ وبطل ما بعده إذا لم يوصِ بالثلث قبله. (الكوه كَمَرَى). * لا تبعد لغويّه قصده وصحّه وصيّته في الثلث، ولغويّه الوصيّه الثانيه بالثلث، وكذا لا يبعد صحّتها في الفرض الآتى ولغويّه قصده، لكن في الفرعين إشكال، لا يُترك التخلّص بالاحتياط. (الخميني). * مع وصيّته بالثلث سابقاً، وأمّا مع عدمها: فإن كان من قصده الوصيّه زائداً عن الثلث فعلاً وقصد بيان مصرف الثلث بعد ذلك فهذه عين الوصيّه بالثلث مع الزيادة، وفي الزائد موقوفه على إمضاء الورثة. وأمّا لو لم يرجع إلى الوصيّه بالثلث فعلاً مع الزيادة فقصد كون ذلك من الأصل وزائداً على الثلث لغو، سواء أوصى بعد ذلك بالثلث أم لم يوصِ، وهذه الوصيّه نافذه بمقدار الثلث، وما أوصى بعد ذلك فموقوف على الإمضاء. (محمّد رضا الكلبيكاني). * مع وصيّته بالثلث سابقاً، ومع عدمها فالبطالان محلّ إشكال، ومع عدمها رأساً الظاهر هي الصحّه. (اللكراني).
- ٢- يحتمل البطلان في صورته التقييد، كما يحتمل لغويّه هذا القصد وصحّه الوصيّه بالثلث. (المرعشي).
- ٣- فيه تأمّل. (الإصفهاني). * إذا كان على وجه التقييد، كما عرفت. (الكوه كَمَرَى). * الأقوى الصحّه في هذه الصوره. (الإصطهباناتي). * فيه نظر. (عبدالهادي الشيرازي). * فيه تأمّل. (عبدالله الشيرازي).
- ٤- يقوى الصحّه، وإطلاق التعليل عليل، نعم، يصحّ في صورته التقييد. (السبزواري).

لم (١) يوص (٢) بالثلث (٣) أصلاً (٤)؛ لأن الوصية (٥) المفروضة (٦) مخالفه للشرع (٧) وإن لم تكن حينئذ زائده على (٨) الثلث (٩)، نعم، لو كانت في

ص: ٥٩٥

١- الأقرب الصحه في هذه الصورة. (محمد الشيرازي).

٢- الأقوى صحتها في هذه الصورة. (البروجردى).

٣- والظاهر نفوذها في هذه الصورة، ولا أثر لقصد أن يكون من الأصل أو من ثلثي الورثه، بل يقع لغواً. والحاصل: أن المعتبر في نفوذ الوصية من غير توقّف عليها اجازة أن لا يكون أزيد من الثلث، ففي كل مورد كان الموصى به أقل من الثلث أو مساوياً له [و] (أضفناه لاقتضاء السياق). يكون نافذاً كان قصده من أي قسم من أمواله. (البجنوردى).

٤- مشكل في غاية الإشكال. (حسن القمى).

٥- ما لم يكن ذلك بنحو التشريع في التطبيق، وإلا فهو صحيح. (آقا ضياء).

٦- المدار في صحه الوصية على كونها غير زائده عن الثلث، ولا دخل لقصد كونها من الثلث أو من غيره في الصحه والفساد. (الفانى).

٧- إن لم يكن من مصاديق اللغو. (المرعشى). * فيه منع ظاهر. (الخوئى).

٨- لا سبيل إلى هذه الدعوى، ولا إلى المنع عن نفوذ الوصية قدر ما يسعه الثلث على تقدير. (جمال الدين الكلبيگانى).

٩- لا سبيل إلى هذه الدعوى، ولا إلى المنع عن نفوذ الوصية قدر ما يسعه الثلث على تقدير. (النائينى). * الأقوى الصحه في الفرض المذكور، بل وفي سابقه. (صدرالدين الصدر). * بعد عدم كونها زائده على الثلث كيف يدعى أنها مخالفه للشرع وباطله؟! بلاأظهر الصحه في قدر ما يسعه الثلث على أي تقدير. (الروحانى).

واجب (١) نفذت؛ لأنه يخرج من الأصل (٢)، إلّا مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

الوصية بالأزيد أو بتمام التركة مع الجهل بكونها فى واجب أو فى غيره

(مسألة ٣) : إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته ولم يعلم كونها فى واجب حتى تنفذ، أو لا حتى يتوقف الزائد على إجازة الورثة، فهل الأصل النفوذ إلّا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلّا إذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان (٣) :

ص: ٥٩٦

١- فى خصوص المالى، ويلحق به الحج، وأمّا فى غيره ففيه إشكال تقدّم وجهه. (آقاضياء). * مالى دون غيره. (الخمينى). * مالى لازم الخروج من الأصل. (المرعشى). * يعنى فى ما يخرج من الأصل. (محمّد رضا الكلبيگانى). * إن كان من الواجبات المائيه أقلّ توجب اشتغال ذمته، ويلحق بها الحج الإسلامى من الميقات، لا فى غيرها. (حسن القمى).
٢- مرّ أنّ الواجبات البدنيه كالصلاه والصوم لا تخرج من الأصل، وبذلك يظهر حالاً لمسأله الآتية. (الخوئى). * تقدّم حكمه. (الروحانى).

٣- الأظهر أن يقال فى منشأ الوجهين: إنّ التركة هل تنتقل إلى الوارث إذا كان الميّت مديوناً وتكون متعلّقه لحقّ الدّيان، أو لا تنتقل إلّا ما زاد عن الدّين؟ فإن قلنا بالأوّل فالأصل عدم تعلق حقّ الغير بها، فيجوز للوارث التصرّف فى التركة، ولا حاجة إلى إثبات أنّ مورد الوصية غير الواجبات المائيه. وإن قلنا بالثانى فلا يجوز للوارث التصرّف. (صدرالدين الصدر). * والأقرب بناء المسأله على الوجهين فى باب الميراث، من أنّ تركه الميّت المديون هل تنتقل بمجرد موته إلى من يرثه وتصير ملكاً له لكنّه غير طلق، بلمتعلق لحقّ الغرماء، أم لا تنتقل إليه إلّا الزائد عن مقدار الدّين؟ فعلى الأوّل لو شكّ فتجرى أصاله عدم تعلق حقّ الغير، فلا محذور فى تصرّف الوارث، ولا ضروره إلى إثبات كون المورد من الواجبات المائيه حتى تخرج من الأصل. وأمّا على الثانى فلا يجوز له التصرّف فى التركة. (المرعشى).

ربما يقال بالأول (١) ، ويُحمل عليه ما دلّ من الأخبار (٢) على أنه «إذا أوصى بماله كله فهو جائز» (٣) ، و«أنه أحقّ بماله ما دام فيه الروح» (٤).

لكنّ الأظهر (٥) الثاني؛ لأنّ مقتضى (٦) ما دلّ (٧) على عدم صحّتها إذا كانت أزيد ذلك، والخارج منه كونها بالواجب وهو غير

ص: ٥٩٧

١- وربما يحتمل التفصيل بين ما كانت الوصية بالكلّ تضييعاً لحقّ الوارث، كما لو كان وارثه مجنوناً، فيُحمل على الصحّ، وبين غيره ممّا يحتمل أنه أوصى طمعاً في إجازة الوارث فلا، فتأمل. (محمّد الشيرازي).

٢- هي الروايات التي تمسّك بها والد شيخنا الصدوق (فقه الرضا: ٢٩٨، الوسائل: الباب (١٧) من أبواب كتاب الوصايا، ح ٥). في إثبات النفوذ مطلقاً. (المرعشي).

٣- [٣] الوسائل: الباب (١١) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١٩.

٤- [٤] الوسائل: الباب (١١) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١٢ و ١٩.

٥- الأظهرية ممنوعه. (اللكراني).

٦- في التعليل إشكال. (الكوه كمرى). * التعليل عليل، ويُشبه التمسّك بالعامّ في الشبهه المصدّقيه. (المرعشي).

٧- هذا تمسّك بالعامّ في الشبهه المصدّقيه، والأولى التمسّك بأصالة عدم نفوذها في أزيد من الثلث إلّا مع الإمضاء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

معلوم (١)، نعم، إذا أقرَّ (٢) بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل. بل وكذا إذا قال: «أعطوا مقدار كذا خمساً أو زكاهً أو نذراً» أو نحو (٣) ذلك وشكَّ في أنها واجبه عليه، أو من باب الاحتياط المستحبي فإنها أيضاً تخرج من الأصل (٤)؛ لأنَّ الظاهر من الخمس (٥) والزكاه الواجب منهما.

والظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما.

نفوذ إجازة الوارث في الوصية بعد وفاه الموصي وحال حياته على كلام

(مسألة ٤): إذا أجاز الوارث بعد وفاه الموصي فلا إشكال في نفوذها، ولا يجوز له الرجوع في إجازته، وأما إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان (٦) أفواهما (٧) الأوَّل، كما هو

ص: ٥٩٨

١- هذا مبني على التمسك بالعام في الشبهه المصادقيه، وليس هنا أصل موضوعي منقح لمصداق المخصيص غير مثبت. (الفيروزآبادي). * وهذا من التمسك بعموم العام في الشبهات المصادقيه؛ إذ ليس أصلاً منقحاً للموضوع في البين، وأصالة عدم كونها من الواجبات من قبيل الاستصحاب العدم الأزلّي مثبت. (الجنوردي).

٢- للدّله الدّالّه على نفوذ الإقرار بالدين الخالق والخلقى. (المرعشى).

٣- النذر وأمثاله وإن كان من الواجبات المائيه إلّا أنّ الظاهر عدم إخراجها من الأصل؛ فإنّ الواجبات المائيه التي تخرج من الأصل هي التي توجب اشتغال الذمهللناس. (حسن القمى).

٤- بشرط كون هذا الظهور في كلام الموصي. (الكوه كمرى).

٥- في إطلاقه نظر، وكذا ما بعده. (محمد الشيرازي).

٦- بل أربعة، الثالث منها التفصيل بين غنى الوارث فلا يؤثر الرد، وبين عدمها فيؤثر، والرابع التفصيل بين استدعاء الموصي، فعدم الصحه وعدمه فالصحه. (المرعشى).

٧- لو بقي على إجازته إلى أن مات الموصي، بل ليس له الرد حينئذ على الأقوى. (جمال الدين الكلبيگانی). * فيه إشكال. (المرعشى).

المشهور(١)، للأخبار(٢) (٣) المويّده باحتمال(٤) كونه ذا حقّ في التّثني فيرجع إجازته إلى إسقاط حقّه، كما لا- يبعد(٥) استفادته من الأخبار(٦) الدّالّة على أنّ ليس للميت من ماله إلّا التّث.

هذا، والإجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصى، وليست ابتداءً عطيةً من الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصى أولاً ثمّ ينتقل إلى الموصى له، بل ولا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصى من الأوّل(٧).

ص: ٥٩٩

١- [١] جواهر الكلام: ٢٨/٢٧٦، الحدائق الناضرة: ٢٢/٤٣٦ _ ٤٣٧، بلغه الفقيه لبحر العلوم: ٤/١٠٥.

٢- وهي العمدة، وإلّا فالمويّدات موهونه. (آقا ضياء).

٣- [٣] الوسائل: الباب (١٣) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١.

٤- ليس فيه تأييد من حيث كونه ذا حقّ، ولا- في الأخبار واستفادته، ولكنّ أصل القول بالنفوذ تعديداً للأخبار منصور، كما هو المشهور. (الفيروزآبادي). * التعليل عليل، والاحتمال غير موجّه، فلا تأييد في التّبين. (المرعشي). * هذا الاحتمال ضعيف، كما يأتي منه قدّس سرّه. (محمّد رضا الكلبيگانى).

٥- الاستفادة منها مشكله. (المرعشي).

٦- [٦] الوسائل: الباب (١٧) من أبواب كتاب الوصايا، ح ٢، ٦، ٧.

٧- الاستفادة من الأدلّه أن يفصل بين كون الإجازة حال الحياه، أو بعد وفاه الموصى، فعلى الأوّل ينتقل المال إلى الموصى له رأساً، وفي الثاني ينتقل أولاً إلى الوارث، ثمّ إلى الموصى له. (تقى القمى).

(مسألة ٥): ذكر بعضهم (١): أنه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة،

ثم قالوا: «ظننا أنه قليل» قضي عليهم بما ظنوه، وعليهم الحلف على الزائد (٢). فلو قالوا: «ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار قضي عليهم بصحة الإجازة في خمس مائة درهم، وأحلفوا على نفى ظن الزائد (٣) فللموصى له (٤) نصف ألف (٥) درهم (٦) من التركة وثلث البقية (٧)؛

ص: ٦٠٠

- ١- وجهاً ضعيفاً. (الفيروزآبادي).
- ٢- أي على نفيه العدى مآله إلى نفى وقوع الإجازة على الزائد، والأقرب إحلافهم على نفى إجازة الوصي على الزائد في تمام هذه المسائل. (المرعشي).
- ٣- بل يحلفون على عدم إجازتهم الوصي بالزائد على الثلث كائناً ما كان، ولا زائداً على مقدار سدس ألف درهم، ويحتمل إحلافهم على أن إجازتهم كانت مبتيةً عليهم كذا بناءً على كونهم مدعين، لكن لما لا يعلم إلا من قبلهم. (البروجردى). *
- وليكن الحلف على وقوع الإجازة على نصف ألف درهم بمشيريته عنوان نصف المال إليه، وعدم وقوعها على موعون نصف المال، وهو خمسمائة دينار على الفرض. (الفاني). * بل على نفى احتماله. (الخميني). * ليرجع إلى الحلف على نفى الإجازة عن الزائد مما ظنوا، وإلا فمجرد نفى الظن لا يفيد نفى الإجازة. (محمد رضا الكلبيكاني).
- ٤- للموصى له ثلث التركة بضميمة التفاوت بين ثلث ألف درهم ونصف ألف درهم، وهو مائة وسبعة وستون درهماً إلا ثلث درهم. (الفاني).
- ٥- أو ثلث المجموع، والزائد عليه بمائة وسبعين إلا ثلاثه دراهم وثلثاً من درهم. (الفيروزآبادي).
- ٦- الأولى أن يقال له: ثلث ألف دينار، وله بالإجازة سدس ألف درهم. (حسن القمي).
- ٧- وإن شئت قلت: يُعطى ثلث ألف دينار، والتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه، أعنى التفاوت بين ثلاثمائة وثلثمائة وثلثين درهماً وثلث درهم، وبين خمسمائة درهم، وهو مائة وسبعة وستون درهماً إلا ثلث درهم؛ وذلك لأن الوصي في ثلث أصل المال نافذه لا تحتاج إلى الإجازة، وقد اعترف الورثة بإجازتهم ما به التفاوت بين الثلث والنصف وهو السدس، غاية الأمر مدعون أنه هذا المقدار وينفون الزائد، فإذا حلفوا على نفى الزائد يلزمون بهذا المقدار زائداً على ثلث أصل المال الذي نفذت فيه الوصي على كل حال، والمسألة بعد تحتاج إلى مزيد التأمل. (الإصهاني). * إذا كان نصف تمام ماله زائداً عن الثلث، وإلا فضم الثلث على هذا الفرض أيضاً منظور فيه، ولكن ما أفاده ذيلاً هو الأقوى، كما لا يخفى، والله العالم. (آقا ضياء). * فيه تأمل. (المرعشي). * لا وجه لثلث البقية زائداً على خمسمائة درهم؛ لأنه لو كان الممضى تمام خمسمائة درهم زائداً على الثلث فللموصى له ثلث المجموع زائداً على خمسمائة درهم، وإن كان الممضى سدس ألف درهم زائداً على الثلث فللموصى له ثلث المجموع وسدس ألف درهم. (محمد رضا الكلبيكاني).

١- هذان الأصلان غير أصليين وإن كان المدعى حقاً. (الخميني).

٢- هذا الأصل لا يُجدي في نفى وقوع الإجازة على الزائد إلا على تمحلٍ بعيد. (المرعشي).

٣- وتفصيله: أن يُعطى ثلث ألف دينار، والتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه، أعنى التفاوت بين ثلاثمائة وثلاثه وثلثين درهماً وثلث درهم، وبين خمسمائة درهم، وهو مائه وسبع وستون درهماً إلا ثلث درهم؛ وذلك لأن الوصية في ثلث أصل المال نافذه لا تحتاج إلى الإجازة، وقد اعترف الورثة بإجازتهم ما به التفاوت بين الثلث والنصف وهو السدس، غاية الأمر مبدعون أنه هذا المقدار وينفون الزائد، فإذا حلفوا على نفى الزائد يلزمون بهذا المقدار زائداً على ثلث أصل المال الذي نفذت فيه الوصية على كل حال. (عبدالله الشيرازي).

وأصالة عدم (١) علمهم بالزائد (٢) ، بخلاف ما إذا (٣) أوصى (٤) بعينٍ معيّنه (٥) كدارٍ أو عبيدٍ فأجازوا، ثم ادّعوا أنّهم ظنّوا أنّ ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنّه أزيد بكثيرٍ فإنّه لا يُسمَع منهم ذلك؛ لأنّ إجازتهم تعلّقت بمعلوم وهو الدار أو العبد.

ومنهم من سوّى بين المسألتين في القبول. ومنهم من سوّى بينهما في عدم القبول. وهذا هو الأقوى (٦) ؛

ص: ٦٠٢

- ١- هذا الأصل يفيد لدعوى عدم العلم، وأما لنفى الإجازة فغير مفيد. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- ٢- هذا الأصل غير مفيد؛ إذ يكفي في إجازة النصف كائناً ما كان احتمال الزيادة. (البروجردى).
- ٣- الظاهر عدم الفرق بين الصورتين، كما أنّ الظاهر سماع الدعوى في المسألتين. (الإصفهاني).
- ٤- لا يبعد عدم الفرق بين الصورتين، كما أنّ الظاهر سماع الدعوى في المسألتين. (السبزواري).
- ٥- الظاهر أنّه لا فرق بين الصورتين في ظهور لفظ ما أجازته في مجموع الزائد على الثلث أى مقدار كان، وأيضاً في إمكان ظنّهم بأنّه قليل، فإمّا ان لا يُسمَع في كليهما، أو يسمع فيهما، ولا وجه للفرق بينهما، والظاهر هو السماع في كليهما. (الجنوردي).
- ٦- بل الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ دعواهم في الفرض الثاني ترجع إلى علّة إجازتهم الوصيّة بالعبد بعد الاعتراف بها، وهذه لا أثر لها وإن كانت محقّقة أيضاً، بخلافها في الأوّل فإنّها راجعه إلى متعلّق الإجازة، فإنّ النصف قابل للكثرة والقلّة، فإذا كانت إجازته مبنيّة على زعم كونه كذا وكان في الواقع أزيد منه لم تتعلّق الإجازة بالزيادة. (البروجردى). * لا يبعد كون الأوّل أقوى؛ لأنّه في الصورة الثانية يرجع إلى العلّية وتخلّف الداعي، بخلاف الصورة الأولى، فإنّ النصف قابل للكثرة والقلّة، ففي الحقيقة ماتعلّقت الإجازة بالأكثر. (عبدالله الشيرازي). * الأقوى هو الأوّل. (الفاني). * التقوية في صورة الشكّ في الصدق محلّ تأمّل، وأما في صورة العلم بالأقوى التفصيل بين الصورتين: بالسماع في الأولى، وعدمه في الثانية. (المرعشي). * هذا مع الشكّ في الصدق، وأما مع العلم بصدق المدّعى فالأقوى في الصورة الأولى السماع؛ لأنّ النصف في نظر من يعلم بكون الكلّ ألف درهم ليس إلّا خمسمائة درهم، بخلاف الصورة الثانية؛ فإنّ العبد لا يتفاوت بكثرة المال وقلّته أو كثره قيمته وقلّتها، نعم، تخيل ذلك أوجب إمضاء الدار والعبد، وهذا لا يضرّ بشيء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

١- وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه. (محمّد الشيرازى). * بل الأقوى بحسب القواعد أن يقال: لو تعلّقت الإجازة بمعلوم كالعبد والدار فلا يُسمع منهم، حتّى مع العلم بصدقهم فى دعواهم، إلّا ما كانت إجازتهم عند إنشائها مقيدةً بكونه بمقدار كذا، وأمّا إن تعلّقت الإجازة بالنصف مثلاً فتسمع دعواهم، ثمّهل يكونون مدّعين وعليهم الإثبات أم يكونون منكرين، أو يفصل بين ما لو علم من حال الموصى أنّه كان دأبه الاختفاء على أمواله حتّى على أقربائه وولده، فيكون قولهم موافقاً لظاهر الحال، أم لم يكن كذلك، ولعلّه يختلف فى الموارد. وَالْحَمْدُ لِلَّهِ أَوْلًا وَآخِرًا صَلَّى اللَّهُ عَلَى مُحَمَّدٍ وَآلِهِ الطَّاهِرِينَ. (حسن القمى).

بظاهر (١) كلامهم فى الإجازة (٢)، كما فى سائر المقامات، كما إذا أقرّ بشىءٍ ثم ادعى أنه ظنّ كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادعى أنه ظنّ كذا فإنه لا يسمع منه. بل الأقوى (٣) عدم السماع (٤) حتى مع العلم (٥) بصدقهم فى دعواهم (٦)، إلا إذا علم كون إجازتهم

ص: ٦٠٤

- ١- تقدّم أنّ الأقوى هو السماع، حتى مع عدم العلم بصدق دعواهم فضلاً عن صورها العلم بذلك. (الجنوردى). * فى الاستظهار إشكال. (المرعى).
- ٢- لا قوه فيه. (الكوه كمرى). * ظهور كلامهم فى الإجازة لا يوجب عدم سماع الدعوى، نعم، منافاتها للإقرار موجب له إذا لم تكن راجعة إلى تفسيره، كما فى ما نحن فيه. (البروجردى).
- ٣- بل الأقوى خلافه. (الإصفهاني). * فيه منع. (السبزواري).
- ٤- بل الأقوى خلافه. (البروجردى). * بل الأقوى خلافه فى الصورة الأولى، وأما فى الصورة الثانية _ وهى تعلق الوصية بمثل الدار والعبد _ وإن كان يمكن الالتزام بعدم السماع وكونها من قبيل تخلف الداعى إلا أنّ الأحوط التصالح بين الورثة والموصى له. (عبدالله الشيرازى). * الأقوى السماع. (الفانى).
- ٥- ما أفاده فى صورته الوصية بعين معلومه كالدار مثلاً، وأما فى غيرها كالوصية بالنصف المشاع ففى عدم السماع فى صورته الثبوت تأمل. (المرعى).
- ٦- هذا إنما يتم فى مثل الوصية بمعلوم كالعبد والدار فإنّ الإجازة حينئذٍ تكون نافذة ولو علم مخالفه علم المُجيز لما عليه الموصى به من المائيه فإنّ التخلف حينئذٍ منقبيل تخلف الداعى، وهو لا يضرّ بصحة الإجازة، وأما فى مثل الوصية بالنصف مثلاً فالمجاز على تقدير اعتقاد المُجيز بأنّ المال ألف درهم فرضاً إنما هى الوصية بخمسائه درهم، فلا تكون الإجازة نافذة فى الزائد، وبذلك يظهر أنّه لا مانع من سماع الدعوى فى هذه الصورة، إلا أنّها محتاجة إلى الإثبات؛ لأنّها مخالفه لظاهر الكلام. (الخوئى).

مقيده (١) بكونه (٢) بمقدار كذا (٣) فيرجع إلى عدم الإجازة، ومعه يشكل

السماع (٤) في ما ظنوه أيضاً (٥).

المدار في التث على حال وفاه الموصى لا حال الوصيه

(مسألة ٦): المدار في اعتبار التث على حال وفاه (٦) الموصى، لا حال

ص: ٦٠٥

١- يعنى أنها قيّدت عند إنشائها بذلك، فتنفى حينئذٍ بانتفاء قيدها، ولو لم تقيّد كذلك كان على تقدير صدقهم فى الدعوى المذكوره من تخلف الداعى _ ولا- أثر له _ فلا تُسمع دعواه. (النائينى، جمال الدين الكلپايگانى). لا من باب تخلف الداعى. (المرعى).

٢- لا يخفى أنّ أصل دعواهم التقييد، فإذا علم بصدقهم لا وجه لعدم السماع، وبيان الحكم بعدم السماع مع العلم والاستثناء ركيك. (الفيروزآبادى).

٣- فإن لم تكن كذلك يكون من قبيل تخلف الداعى، ولا أثر له. (الإصطهباناتى).

٤- لا- إشكال فيه؛ لرضاهم بما ظنوه، والتقييد من حيث عنوان النصف مثلاً- راجع إلى عدم الرضا بالزيادة على ما ظنوه. (الفيروزآبادى). * لعله من سهو القلم، وصحيحه يشكل القضاء. (الخوئى).

٥- المقصود من هذه العبارة: أنه مع التقييد يشكل ترتيب أثر الإجازة على ما ظنوه أيضاً من الزيادة؛ لأنّ المفروض أنّ إجازته كانت مقيدهً بكون الزائد مقدار كذا، فإذا تخلف لم تتحقق إجازة أصلاً، حتّى بالنسبة إلى ذلك المقدار الذى ظنوه. (الجنوردى). * فى صورته زياده المظنون على المقيّد. (المرعى).

٦- أخذاً بإطلاق الأدلّه فى المقام، واستظهاراً منها. (المرعى). * وهو الأظهر. (تقى القمى).

الوصية، بل على حال حصول قبض الوارث (١) للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاة.

فلو أوصى بحصه مُشاعه كالرُّبُع أو الثلث وكان ماله بمقدارٍ ثم نقص كان النقص مشتركاً (٢) بين الوارث والموصى له، ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً وإن كانت كثيرة جداً.

وقد يقتيد بما إذا لم تكن كثيرة؛ إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجدّده، والأصل عدم تعلّق الوصية بها، ولكن لا وجه له (٣)؛ للزوم العمل بإطلاق

ص: ٦٠٦

١- إذا لم يكن نقص الثلث حال قبض الوارث عن زمان الموت بتقصيرٍ منهم. (صدرالدين الصدر). * في صورته عدم كون النقص مستنداً إلى تقصيرهم. (المرعشي).

٢- بناءً على كون المستظهر من كلام الموصى الربع أو الثلث في حال الموت أو الوصية. (المرعشي). * هذا الحكم متفرّع على أنّ الظاهر من لفظ الموصى الربع حال الوصية أو حال الموت؛ ولذا لو صرح بالربع حال الوصية ثم زاد كانت الزيادة للوارث، وكذا لو نقص كان النقص عليه ما لم ينقص ربع المال حال الوصية عن الثلث حال الوفاة، وكذا لو صرح بالثلث حال الوصية ثم زاد المال كانت الزيادة للوارث، نعم، لو نقص كان النقص عليهما؛ لعدم نفوذ الوصية في أكثر من الثلث حال الوفاة، نعم، ما ذكر من الوصية بالعين المعينه أو بالكلّي مثل مائه دينارٍ فهو من فروع كون المدار في الثلث: الثلث حال الموت. (محمّد رضا الكلبيكاني).

٣- نفى الوجه غير متّجه بعد تسلّم الانصراف إلى كون المعيار حال الوفاة، كما مرّ. (المرعشي).

الوصيّه. نعم، لو كان هناك قرينه قطعيه(١) على عدم إرادته الزيادة المتجدده صحّ ما ذكر، لكن عليه لا فرق بين كثره الزيادة وقتها.

ولو أوصى بعينٍ معيّنِه(٢) كانت بقدر الثلث أو أقلّ ثم حصل نقص في المال أو زياده في قيمه تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاه بطلت بالنسبه إلى الزائد، مع عدم إجازة الوارث. وإن كانت أزيد من الثلث حال الوصيّه ثم زادت التركة أو نقصت قيمه تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقلّ صحّت الوصيّه فيها، وكذا الحال إذا أوصى بمقدارٍ معيّنٍ كلّيّ كمائه دينارٍ مثلاً.

حكم الوصيّه بمقدارٍ ثم تلف بعض التركة قبل تنفيذ الوصيّه

(مسأله ٧) : ربّما يحتمل(٣) فيما لو أوصى بعينٍ معيّنِه أو بكلّيّ كمائه دينارٍ مثلاً أنّه إذا أُلّف من التركة بعد موت الموصي يُردّ النقص عليهما أيضاً بالنسبه، كما في الحصّه المشاعه وإن كان الثلث وافيّاً؛ وذلك بدعوى أنّ الوصيّه بهما ترجع إلى الوصيّه بمقدار ما يساوي قيمتها، فيرجع إلى الوصيّه بحصّه مشاعه. والأقوى(٤) عدم ورود النقص عليهما ما دام الثلث وافيّاً،

ورجوعهما إلى الحصّه المشاعه في الثلث أو في التركة لا وجه له، خصوصاً في الوصيّه بالعين المعيّنِه.

ص: ٦٠٧

- ١- إن لم يكن اللفظ وجه إليها صحّ أيضاً ما ذكر، والفرق بين القلّه والكثره وجهه عرفاً في الثاني، والانصراف عنه وعدم الوجه إليه في الأولى. (الفيروزآبادي). * أو اطمئنائه. (المرعشي).
- ٢- وجعل المعيار حال الوفاه، كما هو الحق المنصور. (المرعشي).
- ٣- إرجاعاً للوصيّه بالعين المعلومه مثلاً إلى الوصيّه بالحصّه المشاعه من الثلث. (المرعشي).
- ٤- وهو المنصور بالنظر الدقيق. (المرعشي).

(مسألة ٨) : إذا حصل للموصى مال بعد الموت _ كما إذا نصب (١) شبكه فوق فيها صيد بعد موته _ يخرج منه الوصيه (٢) ، كما يخرج منه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً.

وإذا أوصى بعين (٣) وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها. وكذا إذا أوصى بكلي كمائته دينار مثلاً، بل لو أوصى ثم قتل حسب ديته من جمله تركته (٤) ، فيخرج منها الثلث، كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأ، بل وإن كان عمداً وصالحوا على الديه؛ للنصوص الخاصه (٥) ، مضافاً إلى الاعتبار (٦) ، وهو كونه أحق بعوض (٧) نفسه من غيره (٨) . وكذا إذا أخذ ديه جرحه خطأ، بل أو عمداً.

*

*

*

ص: ٦٠٨

- ١- هذا مبني على تماميه دخول الصيد في ملك الميِّت بنصب الشبكه. (تقى القمي).
- ٢- لاستناد هذا المال إلى الموصى، فيصدق عليه المتروك. (المرعشي).
- ٣- فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالتصالح بين الورثه والموصى له. (المرعشي).
- ٤- للنصوص الخاصه، وإلا الاحتساب والإخراج ممنوعان. (المرعشي).
- ٥- إن أغمض عن المناقشه بعدم ورودها في الوصيه. (المرعشي).
- ٦- الغير الملتفت إليه في الفقه. (المرعشي).
- ٧- كما يُستفاد ذلك من خبر أبي بصير (الوسائل: الباب (٥٩) من أبواب كتاب القصاص، ح ١ و ٢). (المرعشي).
- ٨- توضيح ذلك: أنه لما كان المقتول هو الّذى ملك نفس قاتله عَوْضاً عن نفسه، وكانت الولاية على مالكة عفواً أو استيفاءً أو إبدالاً بالمال لوليه، فلو صالح القاتل بالديه تدخل هي كالصيد الواقع في الشبكه التي نصبها المقتول في ملكه، لا فيملك الولي، ويكون سبيلها سبيل سائر أمواله. (النائني).

بحمدِ اللهِ ومنه، وبتوفيقٍ وتسديدٍ من جزيل عطاياه إنتهى الجزء الخامس عشر من مجموعته «العروه الوثقى والتعليقات عليها»، وبه تمّ هذا المشروع العلمى الخالد، الزاخر بمنهل ينابيع العلوم والحكمه الإلهيه: نصوص القرآن الكريم وسنه صاحب الرساله صلى الله عليه وآله وأهل بيته .: ومن جانب آخر ومن خلال الحشد الهائل للتعليقات على متون العروه الوثقى، يتجلى بوضوح سِير تطوّر الفقه الناتج من تتبع جهابذه العلم والاجتهاد من الطائفة الحقه، نور الله مراقده راحليهم وأدام ظلّ حاضرهم.

وفيه نقدّم فائق تقديرنا وشكرنا لرئاسه المؤسسه، سماحه آيه الله السيّد الموسوي الإصفهانيّ دام ظلّه؛ لإشرافه وتوجيهاته القيّمه، وأيضاّ دعمه وتشجيعه المباركين لهذا المشروع العلمى الكبير وسائر نشاطات المؤسسه .

ونقدّم فائق شكرنا وكثير اعترازنا لكلّ الإخوه الأساتذه والأفاضل المنتسبين للمدارس الحوزويه والمراكز العلميه الأخرى، ممّن ساهم وعمل فى مختلف أنشطه هذا السفر القيم وفى تحقيق أهدافه المنشوده بأقصى دقه وسرعه.

ونعلم أنّّه سنلحق إلى هذه المجموعه ما صنّفه الفقيه الأعظم السيّد الطباطبائيّ اليزدى قدّس سرّه بعنوان «ملحق العروه الوثقى» قريباّ إن شاء الله تعالى .

والحمد لله أولاً وآخراً على جميع ما أنعم ، والشكر على جميع ما أعطى وأكرم .

مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه

شوال ١٤٣٧ هـ ق

ص: ٦٠٩

مصوّره الصفحه الأولى من النسخه المخطوطه بأنامل المؤلف قدّس سرّه

ص: ٦١٠

مصوّره الصفحه الأخيره من النسخه المخطوطه

ويظهر منها أنّه (قدّس سرّه) لم يُتِمَّ مسائلَ الوصيّه

ص: ٦١١

فهرست محتويات الكت_اب

فهرست الإصدارات العلميه

فهرست محتويات الجزء الخامس عشر من كتاب

العروه الوثقى والتعليقات عليها

كتاب الضمان

(٧ _ ١٠٨)

٩ معنى الضمان وإطلاقته وشرائطه

أحدها: الإيجاب ١٠

١١ الثاني: القبول من المضمون له

الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً ١٤

الرابع: كونه مختاراً ١٥

الخامس: عدم كونه محجوراً ١٦

السادس: عدم كون الضامن مملوكاً ١٧

السابع: التنجيز ٢١

الثامن: ثبوت الدين فيذمه المضمون عنه ٢٧

التاسع: عدم اشتغال ذمه الضامن ٣٠

العاشر: امتياز الدين والمضمون له والمضمون عنه ٣٢

عدم اعتبار العلم بمقدار المضمون أو جنسه ٣٣

ص: ٦١٢

انتقال الحق إلى ذمّه الضامن بالضمان ٣٥

إبراء ذمّه الضامن والمضمون عنه ٣٧

لزوم الضمان من طرف الضامن والمضمون له وحكم ضمان المعسر ٣٩

اشتراط الخيار وغيره في الضمان ٤٠ _ ٤١

تبيين كون الضامن مملوكاً ٤٢

ضمان الدين الحالّ مؤجلاً وبالعكس ٤٢

حكم ضمان الدين الحالّ مؤجلاً ٤٢

موت الضامن وحلول الدين المؤجل ٤٣

ضمان الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه ٤٣

ضمان الدين المؤجل بأقلّ من أجله وأدائه ٤٣

حكم الضمان من غير إذن المضمون عنه ٤٤

ليس للضامن الرجوع إلّا بعد الأداء بمقدار ما أذى ٤٥

احتساب المضمون له الدين على الضامن من الحقوق الشرعيّه ٥٠

بيع المضمون له بما يساوى أقلّ من الدين ٥١

لو دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل الأداء ٥٣

لو دفع المضمون عنه بأمر الضامن ٥٥

إذا دفع المضمون عنه بغير إذن الضامن ٥٧

إذا ضمن تبرّعاً فضمن عنه ضامن ٥٧

ضمان الدين بأقلّ منه أو أكثر ٥٧

الضمان بغير جنس الدين ٥٨

- ٥٩ إذا كان على الدّين رهن فهل ينفك بالضمان؟
- ٦٠ اشتراط الضمان فى مالٍ معيّن وما فيه من أقسام
- ٦٤ إذن المولى لعبده بالضمان فى كسبه
- ٦٥ ضمان إثنين عن واحد
- ٦٩ ضمان كلّ من المدينين ما عليه للاخر
- ٧٢ عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدّين
- ٧٣ ضمان ما تشهد به البيّنه
- ٧٥ جواز الدور فى الضمان
- ٧٥ ضمان دّين الفقير بالوفاء من الخمس ونحوه
- ٧٧ كون الدّين زكاه أو خمساً
- ٧٨ الضمان فى مرض الموت
- ٧٨ ضمان ما يعتبر مباشره المديون له وضمان الكلى فى المعين
- ٧٩ حكم ضمان نفقه الزوجه والأقارب
- ٨٢ ضمان مال الكتابه
- ٨٣ حكم ضمان مال الجعاله والسبق والرمايه
- ٨٥ حكم ضمان الأعيان المضمونه
- ٩٠ حكم ضمان درك الثمن للمشترى
- ٩٣ ضمان أرش المعيب
- ٩٣ ضمان عهدّه الثمن وتبين بعض المبيع مستحقاً
- ٩٤ ضمان ما يحدثه المشتري فى الأرض

- ٩٧ ضمان المتاع الملقى في البحر لغرض عقلائي
- ٩٩ اختلاف المضمون له والمضمون عنه
- ١٠١ اختلاف الضامن والمضمون له
- ١٠١ اختلاف الضامن والمضمون عنه
- ١٠٣ إنكار الضامن الضمان
- ١٠٧ لو أَدعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له
- ١٠٧ لو أذن له المدين في وفاء دينه بلا ضمان فوفى

كتاب الحوالة

(١١١ _ ١٦٠)

- ١١١ تعريف الحوالة وشرائطها العامه
- ١١٤ الشرائط المعتمده في الحوالة
- الأول: الإيجاب والقبول ١١٤
- الثاني: التنجيز ١٢٣
- الثالث: الرضا من المحيل والمحتمل ١٢٤
- الرابع: كون المحال به ثابتاً في ذمه المحيل ١٢٧
- الخامس: كون المحال به معلوماً جنساً وقدرماً لهما ١٣٠
- السادس: تساوي المالين المحال به والمحال عليه ١٣٣
- حكم الحوالة بالمنفعه والعمل ١٣٦
- براءه ذمه المحيل بمجرد تحقق الحوالة ١٣٧

- لزوم الحواله ما لم تكن على معسر ١٣٧
- الحواله على البرىء ١٣٨
- اشتراط خيار الفسخ ١٣٩
- جواز الدور والترامى فى الحواله ١٣٩
- جواز التبّرع عن الغير ١٣٩
- لو ادعى المحيل على المحال عليه مالاً فأنكره ١٣٩
- اشتغال ذمه المحيل للبرىء عند الحواله أو الأداء ١٤١
- حواله السيد على مكاتبه بمال الكتابه وفروع فى المقام ١٤٤
- الاختلاف فى كون الواقع حواله أو وكاله ١٤٨
- إذا وقعت الحواله على المشتري وبالعكس وتبين بطلان البيع ١٥٣
- إذا وقعت الحواله بأحد الوجهين ١٥٦
- إذا أحال على وكيله بمال شخصى فى يده ١٥٩

كتاب النكاح

فصل فى فضل النكاح وآدابه

(١٦٣ _ ٥٣٢)

- التزوّج بالنساء وحبهنّ من سنن الإسلام المؤكّده ١٦٣
- كراهه العزوبه وثبوت الاستحباب للنكاح من غير اختصاص بواحده أو بنوع ١٦٥
- حكم النكاح بالنظر إلى طبيعه والطوارئ ١٦٦
- مستحبات من أراد التزويج ١٧٠

- المكروه عند إيقاع العقد ١٧٣
- ترجيح جملة صفات للتزويج ١٧٤
- الأخبار في كراهه تزويج جملة من الرجال وما تحمل عليه ١٧٧
- مستحبات الدخول على الزوجه ١٧٧
- أكل ما ينثر فى الأعراس ١٧٨
- مستحبات ومكروهات الجماع ١٨٠
- أوقات كراهه الجماع ١٨٠
- جملة من سنن النكاح وآدابه ١٨١
- النظر إلى المرأة لمن يريد تزويجها ١٨٣
- نظر المرأة إلى الرجل الذى يريد تزويجها ١٨٥
- النظر إلى نساء أهل الذمه وسائر الكفار ١٨٦
- نظر كل من الرجل والمرأة لمماثله ١٨٨
- حليته كل المرأة لزوجها والرجل لزوجته ١٨٩
- نظر الخنثى إلى الذكر وبالعكس ١٨٩
- حكم النظر إلى الأجنبيّه وهى إلى الأجنبى وحكم الوجه والكفين ١٨٩
- النظر إلى المحارم ١٩١
- نظر السيد إلى مملوكته ١٩١
- موارد الاستثناء من الحرمة فى الأجنبى والأجنبيّه ١٩٤
- حمل وتقبيل الصبيّه من غير المحارم ١٩٦
- نظر المملوك والخصى لمالكتهما ١٩٦

- سماع صوت الأجنبيّه ١٩٦
- مصافحه الأجنبيّ للأجنبيّه ١٩٧
- السلام على النساء من غير المحارم ١٩٨
- الجلوس في مجلس المرأه قبل برده ١٩٨
- الاستئذان على الأب ١٩٩
- تفريق الأطفال في المضاجع ٢٠٠
- النظر إلى العضو المبان من الأجنبيّ ٢٠٠
- وصل شعر المرأه بشعر غيرها ٢٠١
- عدم اقتضاء جواز النظر جواز المسّ ٢٠٢
- اعتبار عدم التعدي عن مقدار الضروره ٢٠٢
- كراهه خروج النساء واختلاطهنّ بالرجال ٢٠٢
- اشتباه محلّل النظر والتستّر مع محرّمه بالشبهه المحصوره وغيرها ٢٠٣
- وجوب التستّر على النساء وحرمة النظر على الرجال وحكم العكس ٢١٠
- تحديد النظر المحرّم ٢١٢

فصل

في ما يتعلّق بأحكام الدخول على الزوجه

(٢١٤ _ ٢٢٩)

حكم وطء الزوجه والمملوكه في الدبر ٢١٤

حكم وطء الحائض دبراً ٢١٤

هل يتحقق النشوز بعدم تمكين الزوجه من وطئها دبراً؟ ٢١٥

ص:٦١٨

اشتراك الوطء في الدبر والقبل في جملة الأحكام ٢١٥

تحقق الحنث بالوطء دبراً لو حلف على الترك ٢١٩

موارد العزل ٢٢٠

ترك وطء الزوجه أكثر من أربعة أشهر ٢٢٢

حكم ما لو كانت المرأة لا تصبر عن مواقعه إلى أربعة أشهر ٢٢٧

تدارك ما فات من ترك الوطء لمانع ٢٢٧

فصل في وطء الزوجه الصغيره

(٢٣٠ _ ٢٤٢)

حرمه وطء الزوجه قبل إكمال تسع سنين ٢٣٠

التحريم بإفضاء الصغيره قبل إكمال التسع ٢٣٠

وجوب الديه وتعلق النفقه للمفضاه ٢٣١

حقيقه الإفضاء وأنه لا فرق فيه بالدخول قبلاً ودبراً ٢٣٢

اختصاص الحكم بالزوجه الصغيره المفضاه بالوطء دون غيرها ٢٣٣

الدخول بالزوجه بعد إكمالها التسع ٢٣٥

حكم المفضى إذا كان صغيراً أو مجنوناً ٢٣٦

ضمان من عيبت بغير الإفضاء ٢٣٦

وطء من شك في إكمالها تسع سنين ٢٣٦

جريان أحكام الزوجيه بعد الإفضاء ٢٤٠

فصل فى ما يجوز من عدد الأزواج

(٢٤٣ _ ٢٥٢)

٢٤٣ حرمه الزيادة على الأربع فى العقد الدائم وجوازه فى الملك والتحليل والمنقطع

٢٤٣ الجمع بين أزيد من أمتين للحرّ وأزيد من حرّتين للعبد

٢٤٣ صور الجمع للحرّ والعبد

٢٤٤ حكم العبد والأمه المبعّضين

٢٤٧ عتق العبد عن ثلاث أو أربع إماء

٢٤٩ الشكّ فى أنّ عقد الأربع بالدائم

٢٥٠ من كان عنده أربع فطلق واحده وأراد نكاح الخامسة

فصل فى التزويج فى العده

(٢٩١ _ ٢٥٣)

٢٥٣ حرمه التزويج فى عده الغير

٢٥٣ تحريم المزوّجه فى العده مطلقاً دواماً وتمعّه قبلاً دخل أو دبراً

٢٥٤ ما لا يلحق بالتزويج فى العده من الموارد

٢٥٤ عدم إلحاق وطء المعتده شبهه ولا زناً ما عدا الرجعيه

٢٥٧ التزويج فى العده من قبل الوليّ والوكيل

٢٥٩ جواز تزويج من فى العده لنفسه

المناطق في الدخول المعتبر شرطاً في الحرمة الأبدية ٢٦١

الشك في كون المرأة في العدة ٢٦٢

العلم بالعدة والشك في الدخول والعلم بالدخول والشك من جهة أخرى ٢٦٤

العلم الإجمالي بكون إحداهما في العدة ٢٦٥

من علم بالعدة شك في أنها لنفسه أو لغيره ٢٦٦

الزواج بذات البعل وصوره ٢٦٧

التزوج بامرأة عليها عده لم تشرع فيها ٢٦٨

الزواج بذات العدة جهلاً والحمل منها ٢٦٩

إذا اجتمعت عدد مختلفه هل تتداخل أم تتعدّد؟ ٢٧٢

حكم ما لو كانت العدتان لشخص واحد ٢٧٦

ثبوت المهر للموطوءه أو المزوجه في العدة ٢٧٧

مبدأ العدة في وطء الشبهه ٢٧٨

حكم الموطوءه بالشبهه لو كانت عالمه في الحره والأمه ٢٧٨

حكم المهر لو تعدد الوطاء ٢٨٠

أحكام نكاح الزانيه ٢٨١

لا تحرم على الرجل امرأته بزناها ٢٨٢

الزنا بذات البعل ٢٨٣

الزنا بذات العده الرجعيه ٢٨٥

من لاط بغلام فأوقبه وإيجابه الحرمة على أمه وبنته وأخته وعدمها في الموطوء ٢٨٥

حكم اللواط بعد التزويج ٢٨٨

الأم الرضاعيّة كالنسييه من جهه الحرمة وكذا الأخت والبنت ٢٩٠

ص: ٦٢١

حكم الوطاء غير العمدي ٢٩٠

الشك في تحقق الإيقاب وعدمه ٢٩١

فصل من المحرمات الأبدية: التزويج حال الإحرام

(٢٩٢ _ ٣٠٠)

٢٩٢ التزويج حال الإحرام وفروع في البطلان والتحريم

٢٩٤ من تزوج عالماً بالحرمة غافلاً عن كونه محرماً أو ناسياً

٢٩٤ وطاء الزوجه في حال الإحرام

٢٩٤ بطلان التزويج من غير جهة الإحرام

٢٩٤ الشك في كون التزويج في الإحرام أو قبله أو بعده

٢٩٨ حكم إنكشاف فساد الإحرام أو إفساده

٢٩٩ رجوع المحرم في الطلاق في العدة الرجعية

٢٩٩ جواز التوكيل للمحرم في إيقاع التزويج

٢٩٩ إجازة عقد الفضولي في حال الإحرام وبعده

فصل في المحرمات بالمصاهرة

(٣٠١ _ ٣٥١)

٣٠١ حقيقه المصاهرة

حرمه زوجه الأب والابن على الآخر ٣٠١

ص:٦٢٢

- ٣٠٢ حرمة مملوكه الأب على الابن وبالعكس
- ٣٠٣ حرمة أم الزوجه على الزوج
- ٣٠٣ حرمة البنت على الزوج الداخل بأتمها
- ٣٠٣ تحديد الدخول المحرم
- ٣٠٤ وطء الأب والابن مملوكه الآخر
- ٣٠٤ جواز وطء الأب مملوكه ابنه الصغير
- ٣٠٥ حكم ما لو زنى الأب أو الابن بمملوكه الآخر
- ٣٠٦ حكم وطء الأب أو الابن مملوكه الآخر شبهه
- ٣٠٧ نكاح المرأة على عمّتها أو خالتها وبالعكس
- ٣٠٧ شمول الحكم لمطلق العمّه والخاله بلا فرق ولا استثناء حال
- ٣٠٨ _ ٣٠٩ اقتران العقدين على العمّه وبنت أخيها أو الخاله وبنت أختها
- ٣٠٩ عدم الفرق في العمّه والخاله مسلمتين وغيرهما وبين الدنيا والعليا منهما
- ٣١٠ كفايه الرضا الباطنى
- ٣١٠ عدم كفايه الإذن السابق فى التزويج
- ٣١١ الرجوع عن الإذن بعد العقد
- ٣١١ كفايه الإذن وإن كان عن غرور
- ٣١١ اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعى
- ٣١٢ الاشتراط على العمّه أو الخاله الإذن فى تزويج بنت الأخ أو الأخت
- ٣١٥ صحّه العقد بالإذن اللاحق
- ٣١٥ حكم الشكّ فى سبق أحد العقدين واقترانه

إذا ادّعتا عدم الإذن وادّعى هو الإذن ٣١٥

ص:٦٢٣

الشكّ في حصول إذن العمّه أو الخاله ٣١٥

صحة التزويج إذا حصلت البنتيه بعده أو كان الجمع بينهما حال الكفر ثمّ أسلم ٣١٦

تزوج بنت الأخ أو الأخت لو طلق عمّتها أو خالتها ٣١٦

حكم المملوكتين والمختلفتين ٣١٦

الزنا الطارئ على التزويج ٣١٧

الزنا السابق على التزويج ٣١٨

حكم الوطء بالشبهه ٣١٩

الزنا بمملوكه الأب والعكس ٣٢٠

ترتب حكم الزنا بالوطء في القبل أو الدبر ٣٢٠

بعض فروع الشكّ في الزنا ٣٢٠

حصول الزنا بالاختياري والاضطراري بالبالغه وغيرها ٣٢١

حكم ما لو زنا لاحقاً ثمّ طلق زوجته وأراد الرجوع لها ٣٢٢

الزنا بعد التزويج بالفضولي ٣٢٣

النظر واللمس بشهوه هل ينشر الحرمه؟ ٣٢٤

الجمع بين الأختين في النكاح وفي الملك ٣٢٦

التزويج بإحدى الأختين وملك الأخرى ٣٢٩

وطء إحدى الأختين بالملك والتزوج بالأخرى ٣٢٩

بطلان عقد الثانيه بعد التزوج بالأولى ٣٣١

حكم ما لو تزوج بالأختين واشتبه السابق واللاحق ٣٣٢

حكم اقتران عقد الأختين ٣٣٧

حکم و طء إحدی الأختین المملوکتین ۳۳۹

ص: ۶۲۴

وطء الثانية بعد وطء الأولى ٣٤٠

حكم الجمع بين الأختين من الزنا ٣٤١

حكم التزوّج بإحدى الأختين في عدّه أختها ٣٤١

حكم التزوّج بإحدى الأختين مع الزنا بالأخرى أو وطئها شبهه ٣٤٢

حكم الجمع بين فاطميتين ٣٤٣

التزويج بالإماء ٣٤٤

تزويج الأمه مع عدم الشرطين ٣٤٨

تحقق الشرطين وزوالهما بعد التزوج ٣٤٨

الوطء بالتحليل أو بملك اليمين ٣٤٨

تزويج حرّه لا يقدر على مقاربتها ٣٤٩

من لم تكفه مع الشرطين أمه واحده ٣٤٩

طلب الحرّه مهراً بمقدار يعدّ ضرراً عليه ٣٥٠

فصل حكم نكاح الأمه على الحرّه

(٣٥٢ _ ٣٥٩)

جواز نكاح الأمه على الحرّه مع إذنها بالشرطين ٣٥٢

نكاح الحرّه على الأمه ٣٥٣

نكاح الحرّه والأمه في عقد واحد ٣٥٤

نكاح المبعّضه على المبعّضه أو الحرّه ٣٥٤

٣٥٥ حكم موت الحرّة أو طلاقها بعد عقد الأّمه

ص: ٦٢٥

- ٣٥٥ حكم التزوّج بالأمه في عدّه الحرّه
٣٥٦ نكاح الأمه بعد التزوّج الفضولي بحرّه
٣٥٧ الشكّ في السابق من عقد الحرّه والأمه
٣٥٨ الاشتراط في عقد الحرّه إذنها في نكاح الأمه

فصل في نكاح العبيد والإماء

(٣٦٠ _ ٤٠٦)

- ٣٦٠ أمر تزويج المملوك عبداً وأمه لسيدّه
٣٦٢ صحّه زواج المملوك وقف على إجازة المولى وكونها كاشفه
٣٦٣ حكم المهر في تزويج المملوك
٣٦٨ مهر الأمه المزوّجه للمولى ونفقتها
٣٧٣ جعل المهر للأمه المأذونه في التزويج
٣٧٤ نكاح المملوك عبداً أو أمه المشترك والمبعض
٣٧٤ حكم النكاح والمهر في فرض شراء الحرّه زوجها المملوك
٣٧٩ الولد الحاصل من المملوكين رق وملحق بالحرّ منهما ما لم يكن عن زنا ونحو ذلك
٣٨٠ ملكيّة المولود من مملوكين
٣٨٢ منع اشتراط رقيه الولد من الحرّ
٣٨٤ تزوّج الحرّ مملوكه غيره وحكم الولد والمهر
٣٨٩ هل للوارث إجازة العقد الواقع على أمه مؤرثه؟

حکم الأمه المدکسه علی الحرّ من جهه النکاح والمهر والولد ٣٩٢

ص: ٦٢٦

زواج العبد بحرّه من دون إذن مولاه وإجازته وحكم الولد ٣٩٧

زنا العبد بحرّه من غير عقد ٣٩٩

زنا الحرّ بأمه وكذا العبد بأمه الغير ٤٠١

تحليل المولى أمته لعبده وتزويجها منه وفروع ذلك ٤٠١

إرادته المولى التفريق بين عبده وأمه ٤٠٣

إعطاء المولى شيئاً لأمه لو زوجها من عبده ٤٠٣

انتقال الأمر بالمفارقة لورثته المولى ٤٠٤

لو زوج الأمه غير مولاها من حرّ ٤٠٤

من تزوج بأمه بين شريكين ثم اشترى بعضها ٤٠٥

فصل فى الطوارئ

(٤٠٧ _ ٤١٧)

عتق الأمه المزوجه وثبوت الخيار لها ٤٠٧

حكم المهر لو كان العتق بعد الدخول وقبله ٤٠٧

حكم المهر لو كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده ٤٠٩

نكاح الأمه بتفويض المهر أو البضع ٤١٠

الحكم لو كان العتق فى العده الرجعيه أو البائنه ٤١١

عدم افتقار الفسخ لإذن الحاكم ٤١٢

فوريه الخيار بعد العتق للأمه المزوجه ٤١٢

الخيار فيمن لا يصح منها الاختيار ٤١٣

ص: ٤٢٧

إعلام المعتقد بالحال ٤١٣

ثبوت الخيار ولو كان التزويج برضاها ٤١٣

اشتراط المولى فى العتق عدم الخيار فى الفسخ ٤١٤

عدم الخيار للعبد المعتقد ٤١٥

الحكم لو كان للعبد حرّه وأمتان وأعتقت إحداهما ٤١٥

فصل فى العقد وأحكامه

(٤١٨ _ ٤٤٧)

الصيغه وشرائطها فى النكاح ٤١٨

التعاقد بالإشاره وبالكتابه ٤٢٤

التطابق بين الإيجاب والقبول فى ألفاظ المتعلقات ٤٢٥

الاكتفاء بلفظ «نعم» بعد الاستفهام ٤٢٦

اللحن فى الصيغه ٤٢٦

قصد الانشاء فى إجراء الصيغه ٤٢٧

معرفة معنى الصيغه تفصيلاً ٤٢٧

الموالاه بين الإيجاب والقبول ٤٢٨

اتّحاد مجلس الإيجاب والقبول ٤٢٨

التنجز فى العقد ٤٢٩

وقوع العقد على وجه يخالف الاحتياط ٤٣٠

وكاله السفينه عن الغير فى العقد ٤٣٥

شرط الذكور فى العاقد ٤٣٦

شرط بقاء أهليه المتعاقدين إلى تمام العقد ٤٣٦

شرط تعيين الزوج والزوجه ٤٣٦

اختلاف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشاره ٤٤٠

تنازع الزوجين فى التعيين وعدمه ٤٤١

الاتفاق على التعيين والاختلاف فى المعين ٤٤٣

نكاح الحمل وإنكاحه ٤٤٦

اشتراط علم كل من الزوجين بأوصاف الآخر ٤٤٧

فصل فى مسائل متفرقه

(٤٤٨ _ ٤٧٥)

اشتراط الخيار فى نفس العقد وفى المهر ٤٤٨

تصادق الرجل والمرأه على الزوجيه ونكرانها من أحدهما ٤٥١

الإقرار بعد الإنكار ورجوع المدعى عن دعواه ٤٥٤

من تزوج امرأه ادعى غيره سبق زوجيتها ٤٥٧

تزوج من ادعى زوجيتها رجل مع إنكارها ٤٦١

من أنكرت دعوى زوجيتها من رجل وادعت زوجيته من أختها أو أمها أو بنتها ٤٦٤

زوجيه العبد من مملوكه اشتراها لاحقاً له أو للمولى أو مطلقاً ٤٧١

٤٧٢ تصديق دعوى عدم الزوجيه من غير فحص

ص: ٤٢٩

ادعاء المرأة الزوجية بعد التزوج بها ٤٧٤

لزوم العلم بايقاع الوكيل للعقد في زمان معين قبل المقاربه منهما ٤٧٤

فصل في أولياء العقد

(٤٧٤ _ ٥٣٢)

ولايه الأب والجد الأب ٤٧٤

٤٧٤ عدم ولايه الأم ولا الجد من قبلها ولا الأخ والعم والخال وأولادهم

٤٧٤ ولايه الأب والجد على الصغيرين والمجنون

٤٧٧ الولايه على البالغ والبالغه الرشيدين

٤٨٠ لزوم إذن البكر والأب ما لم تسقط ولايته

٤٨١ محتملات ذهاب البكاره

٤٨٤ ثبوت ولايه الجد في حياه الأب وموته

٤٨٤ نفوذ تزويج الولي الصغيره بعد بلوغها ورشدها وكذا الصغير

٤٨٥ ما يشترط في صحه تزويج الأب

٤٨٧ تزويج الولي البنت بدون مهر المثل أو الصغير بأزيد منه

٤٨٩ لزوم إذن الولي في نكاح السفيه

٤٩٠ الرشد في شؤون المال وعدمه في شؤون النكاح

٤٩٠ استقلال الأب والجد في الولايه وما يتفرع عليه

٤٩٤ تزويج الولي للمولى عليه من ذى العيب

ثبوت الخيار مع الجهل بالعيب المجوّز للفسخ ٤٩٦

تزويج مملوك المملوك ٤٩٨

الولاية للوصي في تزويج المجنون والصغير ٤٩٨

ولاية الحاكم الشرعي ٥٠١

الاستئذان من الأب والجد والأخ ٥٠١

كفايه سكوت البكر في إحراز إذنها ٥٠١

عامه شرائط الأولياء ٥٠٢

تعدي الوكيل عما عينه الموكل ٥٠٤

تزويج وكيل المرأه من نفسه ٥٠٤

النكاح الفضولي حكماً ومعنى ولزوم الإجازة وفروع في المقام ٥٠٥

كتاب الوصية

(٥٣٥ _ ٦٠٨)

معنى الوصية وتقسيماتها ٥٣٥

نفوذ الوصية العهديه والتوقف في الوصية التملكيه على القبول ٥٣٧

إيقاع القبول بعد وفاه الموصي ٥٤٤

ما يجب عند ظهور أمارات الموت ٥٤٥

حكم رد الموصي له الوصية ٥٤٧

قبول أحد شيئين أو بعض شيء من قبل الموصي له ٥٥٤

٥٥٧ تصرف الورثة في العين الموصى بها

ص: ٦٣١

موت الموصى له قبل القبول أو الردّ وقيام الوارث مقامه ٥٥٨

فروع فى مسأله موت الموصى له ٥٦٢

الأول: هل الحكم يشمل ورثه الوارث؟ ٥٦٢

الثانى: قبول بعض الورثه وردّ بعضهم ٥٦٣

الثالث: الوجه فى انتقال الموصى به إلى وارث الموصى له ٥٦٤

الرابع: المدار فى الوارث ٥٦٧

الخامس: هل ترث الزوجه الأرض الموصى بها لزوجها لو مات قبل القبول؟ ٥٦٨

السادس: كون الموصى به ممّن ينعق على الموصى له ٥٧٢

السابع: حكم قيام الوارث مقام الموصى له فى الوصيه العهديه ٥٧٤

عدم اشتراط القبول فى الوصيه العهديه وما إذا كان للنوع أو للجبهه ٥٧٥

تحقق الوصيه بكلّ ما دلّ عليها من لفظٍ أو فعل ٥٧٧

شرائط الموصى ٥٧٩

الأول: البلوغ، بيان نفوذ وصيه البالغ عشرًا ٥٧٩

الثانى: العقل ٥٨٠

الثالث: الاختيار ٥٨٠

الرابع: الرشد، بيان وصيه السفیه المفلّس ٥٨٠

الخامس: الحرّيه، بيان وصيه العبد لو انعتق ٥٨١

السادس: أن لا يكون قاتل نفسه، وفيه أحكام ٥٨٤

وصيه الأب أو الجدّ مع فقد الآخر بالولاية على الأطفال ٥٨٥

٥٨٩ ما تصح الوصى به من الأمور وما لا تصح

٥٩٢ بطلان الوصى فى الزائد عن الثلث إلا مع إجازة الورثة

٥٩٣ وصيه من لم يقصد الثلث ومن قصد كونها من الأصل أو ثلثى الورثة

٥٩٦ الوصى بالأزيد أو بتمام التركة مع الجهل بكونها فى واجب أو فى غيره

٥٩٨ نفوذ إجازة الوارث فى الوصى بعد وفاه الموصى وحال حياته على كلام

٦٠٠ إذا أجاز الورثة ثم ادّعوا الظنّ بقله المال

٦٠٥ المدار فى الثلث على حال وفاه الموصى لا حال الوصى

٦٠٧ حكم الوصى بمقدار ثم تلف بعض التركة قبل تنفيذ الوصى

٦٠٨ المال الحاصل للموصى بعد الموت

٦٠٩ مسك الختام

٦١٠ مصوره الصفحه الأولى من نسخه الأصل لمخطوطه المؤلف ١

٦١١ مصوره الصفحه الأخيره من نسخه الأصل لمخطوطه المؤلف ١

٦١٢ الفهارس الفتيه

٦١٢ فهرست محتويات الكتاب

٦٣٤ الإصدارات العلميه لمؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه

*

*

إنتهى فهرست محتويات الكتاب

ويليه فهرست إصدارات المؤسسة

ص: ٦٣٣

- _ فقه الإمام جعفر الصادق عليه السلام : تأليف العلامة محمد جواد مغنيه؛ (دوره فقهيه كامله محققه في ست مجلدات).
- _ قصص القرآن الكريم دلاليًا وجماليًا: تأليف الأستاذ الدكتور محمود البستاني ؛ (في مجلدين).
- _ محاضرات الإمام الخوئي؛ في المواريث : بقلم السيد محمد علي الخراسان. تقديم و مراجعه مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.
- _ المولى في الغدير، نظره جديده في كتاب الغدير للعلامة الأميني: لجنه التأليف و البحوث العلميه _ القسم العربى.
- _ أدب الشريعه الإسلاميه : تأليف الأستاذ الدكتور محمود البستاني ؛
- _ عقيله قريش آمنه بنت الحسين عليهما السلام الملقبه بسكينه : تأليف السيد محمد علي الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.
- _ أنصار الحسين عليه السلام ... الثوره والثوار : تأليف السيد محمد علي الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.
- _ التحريف والمحرفون: تأليف السيد محمد علي الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

_ الحسن بن علي عليهما السلام (رجل الحرب والسلام): تأليف السيد محمّد علي الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

_ بضعه المصطفى صلى الله عليه وآله : تأليف السيد المرتضى الرضوى، تحقيق وتنظيم مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه، يشتمل على حياه فاطمه عليها السلام من ولادتها إلى شهادتها ٣.

_ الحتميات من علائم الظهور : تأليف السيد فاروق البياتى الموسوى ؛
تحقيق وتنظيم مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

_ معالم العقى_ ده الإسلاميه : لجنة التأليف والبحوث العلميه _ القسم العربى.
_ هويّه التشيع: للدكتور الشيخ أحمد الوائلى؛ تحقيق مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

_ نحن الشيعة الإماميه وهذه عقائدنا: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه (طبعه منقحه مع إضافات).

_ لماذا اخترنا مذهب الشيعة الإماميه: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

_ المثل الأعلى: تأليف السيد محمّد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

_ الشيعة و فنون الإسلام: تأليف آيت الله السيد حسن الصدر ١، مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

_ بحوث عقائديه فى ضوء مدرسه أهل البيت: نصوص مختاره من مؤلفات الإمام السيد الخوئى ١. إعداد الشيخ ابراهيم الخزرجى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

_ عصر الغيبه، الوظائف والواجبات. تأليف الشيخ على العبادى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

_ العروه الوثقى للفقيه الأعظم الطباطبائى اليزدى والتعليقات عليها: دوره (١٥)، جزء، تضمّن ٤١ تعليقه لكبار المراجع والعلماء الأعلام. إعداد وتحقيق مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه وسيلحق بها الجزء (١٦) بعنوان ملحق العروه الوثقى.

__ الإمام الجواد عليه السّلام ، الإمامه المبكره... وتداعيات الصراع العباسي: تأليف السيد محمد علي الحلو. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ مع السنّه أتباع المذاهب الأربعة : تأليف السيد محمد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ فاطمه بنت أسد، حجر النبوه والإمامه :لجنه التأليف والبحوث العلميه لمؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ لكل شىء علامه يُعرف بها :تأليف السيد محمد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ أفضل كل شىء وأحسنه : تأليف السيد محمد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ تفسير القرآن الكريم: للسيد المرتضى علم الهدى ١. إعداد وسام الخطاوى، خزعل غازى، إشراف وتحقيق مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه. (دوره صدر منها إلى الآن أربعة أجزاء).

__ البيان فى حوادث آخر الزمان : تأليف السيد محمد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ الأمير الشفيق : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ الإمام الحنون : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ بيعه الغدير : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ السيده الكريمه : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ نبى الرحمه : قسم الناشئين والأشبال، مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

__ التعازى: تأليف محمد بن علي المعروف بـ «ابن الشجرى». مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السّلام العالميه.

— فتح الباب للوقوف على علم عمر بن الخطاب: تأليف السيد محمد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

— اتقوا الظلم: تأليف السيد محمد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

— الكنز الدفين: تأليف السيد محمد الرضى الرضوى. مراجعه وتصحيح مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

— معالم التشريع الإسلامى: تأليف مؤسسه السبطين العالميه عليهما السلام.

باللغه الفارسيه

— هديه الزائرين وبهجه الناظرين: تأليف ثقه المحدثين الشيخ عباس القمى؛، تحقيق مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

— قطره اى از درياى غدیر: لجنه التأليف والبحوث العلميه _ القسم الفارسى.

— مهربانترين نامه (شرح الخطبه ٣١ لنهج البلاغه): تأليف السيد علاء الدين الموسوى الإصفهانى.

— پرسش ها و پاسخ هاى اعتقادى: لجنه التأليف والبحوث العلميه _ القسم الفارسى.

— روزشمار تاريخ اسلام: لجنه التأليف والبحوث العلميه _ القسم الفارسى.

— غربت ياس: لجنه التأليف والبحوث العلميه _ القسم الفارسى.

— حجاب حريم پاكي ها: لجنه التأليف والبحوث العلميه _ القسم الفارسى.

— سكينه؛ پرده نشين قريش: قسم ترجمه.

— أطيب البيان فى تفسير القرآن: (دوره تشتمل على ثلاثة وعشرين مجلداً):

تأليف آيت الله سيد عبدالحسين الطيب ١، تحقيق مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

— شهاى پيشاور (ليالى پيشاور): تأليف سلطان الواعظين الشيرازى،

تحقيق مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه (فى مجلدين).

__ گلستان حدیث: لجنه التالیف والبحوث العلمیّه _ القسم الفارسی.

__ اصالت مهدویت: لجنه التالیف والبحوث العلمیّه _ القسم الفارسی.

__ امیر یتیم نواز: قسم الناشئین والأشبال، مؤسسه السبطين علیهما السّلام العالمیه.

__ امام مهربان: قسم الناشئین والأشبال، مؤسسه السبطين علیهما السّلام العالمیه.

__ بیعت غدیر: قسم الناشئین والأشبال، مؤسسه السبطين علیهما السّلام العالمیه.

__ پیامبر رحمت: قسم الناشئین والأشبال، مؤسسه السبطين علیهما السّلام العالمیه.

__ دُرْدانه نبی: قسم الناشئین والأشبال، مؤسسه السبطين علیهما السّلام العالمیه.

__ ریحانه نبی: قسم الناشئین والأشبال، مؤسسه السبطين علیهما السّلام العالمیه.

باللغه الانجلیزیه

__ عقيله قريش آمنه بنت الحسين عليهما السّلام الملقبه بسكينه: قسم الترجمة.

__ شهاده فاطمه الزهراء عليها السّلام حقيقه تاريخيه: قسم الترجمة.

__ بحوث حول الإمامه: قسم الترجمة.

__ بحوث حول النبوه: قسم الترجمة.

__ علوم قرآنيه: قسم الترجمة.

__ مفاهيم قرآنيه: قسم الترجمة.

باللغه الأردويه

__ شهاده فاطمه الزهراء عليها السّلام حقيقه تاريخيه: قسم الترجمة.

__ قطره ای از دریای غدیر: قسم الترجمة.

_ مشفقانه وصيت نامه (شرح الخطبه ٣١ لنهج البلاغه) : قسم الترجمه.

ص: ٦٣٨

_ مؤتمر علماء بغداد: تأليف مقاتل بن عطية، قسم الترجمة.

قيد التأليف، التحقيق، الترجمة والنشر

ملحق العروه الوثقى. وبه تكتمل دوره العروه الوثقى والتعليقات عليها فى (١٦) جزء.

الجزء الخامس من تفسير القرآن الكريم للشريف المرتضى ١.

مجمع البيان فى تفسير القرآن: تحقيق وإضافات مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

الموسوعه الإسلاميه العامه: تأليف مؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه.

منتخب التواريخ (باللغة الفارسيه): تأليف ملا محمد هاشم الخراسانى. يتناول تاريخ المعصومين : وما يتعلّق بمعاصريهم ومناطق تواجدهم ومراقدهم.

فاطمه بنت أسد: ترجمه النسخه العربيه إلى الفارسيه. قسم الترجمة فى المؤسسه.

عصر الغيبه: ترجمه النسخه العربيه إلى الفارسيه. قسم الترجمة فى المؤسسه.

البيان فى حوادث آخر الزمان: الطبعة الرابعه، مراجعه وتصحيحات جديده.

بحوث عقائديه: نصوص مختاره من مؤلفات الإمام الخوئى ١. الطبعة الثانيه، مراجعه وتصحيحات جديده.

محاضرات الإمام الخوئى قدس سره فى الموايىث : بقلم المرحوم السيد محمدعلى الخراسان. الطبعة الثانيه، مراجعه وتصحيحات جديده.

مركز النشر و التوزيع لمؤسسه السبطين عليهما السلام العالميه

١ _ المعرض الرئيسي: قم _ شارع انقلاب (چهارمردان)

الزقاق ٢٦ _ رقم ٤٧ و ٤٩

الهاتف: ٣٧٧٠٣٣٣٠ _ ٢٥ ٠٢٥ الفاكس: ٣٧٧٠٦٢٣٨ _ ٢٥ ٠٢٥

٢. المعرض الفرعى: قم _ شارع معلم _ عماره ناشران

الطابق الأول _ جناح رقم ١٠٦

الهاتف: ٣٧٨٤٢٤١٩ _ ٢٥ ٠٢٥ و ٣٧٨٤٢٤٢٠ _ ٢٥ ٠٢٥

URL: WWW.SIBTAYN.COM

_E_MAIL: SIBTAYN@SIBTAYN.COM_

ص: ٦٤٠

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ
الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية

WWW

للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩