كِتاب النِّكاح

تقرير الأبحاث
الإمام السيّد أبو القاسم الموسوي الخوئي
(١٣١٧ - ١٤١٣هـ)

تأليف
آية الله الشهيد السعيد
السيّد محمّد رضا الموسوي الخلخالي
(١٣٤٤ - ١٤١١هـ)

المجلّد الثاني

دار التعارف للمطبوعات

كتاب النكاح

كتاب النكاح

تقريراً لأبحاث

الإمام السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي قدس سره

(١٣١٧ - ١٤١٣ هـ)

تأليف

آية الله الشهيد السعيد

السيد محمّد رضا الموسوي الخلخالي

(١٣٤٤ - ١٤١١ هـ)

الجزء الثاني

تحقيق

حامد الطائي


بسم الله الرحمن الرحیم

مسألة ٣٠: لا فرق في الحكم بين الزنا في القُبل أو الدبر[١].

مسألة ٣١: إذا شكّ في تحقّق الزنا وعدمه بنىٰ علىٰ العدم، وإذا شكّ في كونه سابقاً أو لا بنىٰ علىٰ كونه لاحقاً[٢].

مسألة ٣٢: إذا علم أنّه زنىٰ بإحدىٰ الامرأتين ولم يدر أيّتهما هي، وجب عليه الاحتياط إذا كان لكلّ منهما أُمّ أو بنت.

وأمّا إذا لم يكن لأحدهما أُمّ ولا بنت، فالظاهر جواز نكاح الأُمّ والبنت من الأُخرىٰ[٣].

---

(١) لأنّ موضوع الحكم في الروايات هو الزنا، وهو أعمّ من الدخول في القُبل والدبر، ولو سلّم انصرافه إلىٰ إتيان القُبل ففي بعض الروايات ورد الإفضاء، وهو الإدخال، وذلك لا يفرق بين القُبل والدبر، وكذلك ورد في بعض الروايات الفجور، وعنوان الفجور لا يفرق بين القُبل والدبر.

(٢) أمّا الأوّل، فلأصالة عدم وقوع الزنا.

وأمّا الثاني، فلأصالة عدم وقوع الزنا بالخالة أو العمّة قبل التزويج بابنتها، فلا يتحقّق موضوع الحرام؛ لأنّ موضوع الحرمة هو سبق الزنا بالخالة علىٰ التزويج بابنتها.

فلو شكّ في سبق الزنا بالخالة علىٰ التزويج بابنتها، الأصل عدم سبق الزنا بالخالة علىٰ التزويج بالبنت.

(٣) يظهر من هذه المسألة ومن ذكر الأُمّ أنّ الزنا بالمرأة كما يوجب حرمة بنتها كذلك يوجب حرمة أُمّها، ولم يتعرّض إلىٰ ذكر حرمة أُمّ المزنيّة فيما تقدّم من المسائل، وإنّما ذكر خصوص البنت، مع أنّ حرمة الأُمّ أمر

. . . . . .

مسلّم عندهم .

نعم ، الروايات جُلّها أو كلّها خالية عن ذكر الأُمّ ، وإنّما المذكور فيها البنت ، إلّا في صحيح مسلم ذكرت فيه الأُمّ الرضاعي[١] ، وقد عرفت أنّه معارض بصحيح هشام بن المثنّىٰ[٢] الذي ذكرت فيها الأُمّ .

وبالجملة : فكأنّه ﷺ غفل عن ذكر الأُمّ ، وعرفت أنّا لا نقول بالحرمة إلّا في خصوص الزنا بالخالة أو العمّة ، فلنفرض المسألة في مورد الخالة أو العمّة ، أو مطلق المرأة بناءً علىٰ ما التزم به المشهور من التحريم .

والمذكور في المسألة فرعان :

أحدهما : إذا زنىٰ بإحدىٰ الخالتين أو بإحدىٰ الامرأتين ، ولم يكن لإحداهما أُمّ ولا بنت ، وإنّما كان لإحداهما أُمّ أو بنت ، فالظاهر جواز نكاح البنت من الأُخرىٰ ، إذ لا يعلم أنّه زنىٰ بأُمّها ؛ لأصالة عدم الزنا بأُمّها ، ولا تعارض بأصالة عدم الزنا بالخالة الأُخرىٰ ؛ لعدم الأثر لها ، إذ المفروض أنّه لا

---

(١) وهي : محمّد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام أنّه سئل عن الرجل يفجر بالمرأة أيتزوّج بابنتها ؟

قال : « لا » .

الكافي ٥ : ٤١٦ / ٨ ، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ : ٩٤ / ٢٢٢ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٢٣ / ٢٥٩٨٧ .

(٢) وهو : هشام بن المثنّىٰ ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوّجها ؟

قال : « نعم ، وأُمّها وابنتها » .

تهذيب الأحكام ٧ : ٣٢٦ / ١٣٤٣ ، الاستبصار ٣ : ١٦٥ / ٦٠٠ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٢٥ / ٢٥٩٩٣ .

. . . . . .

بنت لها، وعدم الزنا بها لا يترتّب عليه أثر ولا تثبت الزنا بالخالة التي لها بنت، فبالأصل تثبت بأنّ هذه الخالة لم أزن بها، فلا مانع من التزويج بابنتها.

الفرع الثاني: ما إذا كان لكلّ منهما بنت، وعلم بأنّه زنىٰ بإحدىٰ الخالتين، وجب عليه الاحتياط، ولا يجوز التزويج بكلّ من البنتين؛ لأنّه يعلم بحرمة ابنة هذه أو ابنة تلك، وأصالةً عدم الزنا بإحداهما معارضة بأصالة عدم الزنا بالأُخرىٰ، وقد حقّقنا في محلّه أنّ أساس تنجيز العلم الإجمالي إنّما هو بتعارض الأصلين في طرفي العلم الإجمالي.

إلّا أنّه لا بدّ من التحريم الفعلي في كلّ من الطرفين من جهة العلم الإجمالي.

وأمّا إذا كان التحريم ثابتاً في بعض الأطراف لأجل أمر آخر كالرضاع، فالبنت محرّمة عليه من غير هذه الجهة، أي من غير الزنا بأُمّها، بل محرّمة من جهة الرضاع، فلا أثر للعلم الإجمالي بالزنا بإحداهما، فإنّ الأصل لا يجري في الجانب الآخر الذي تكون البنت محرّمة لأجل الرضاع، ويجري الأصل في الطرف الآخر بلا معارض، نظير ما لو علم بوقوع قطرة من الدم في إناء البول أو الماء، فإنّ وقوع قطرة من الدم في البول لا أثر له أصلاً، فتجري أصالة عدم وقوع قطرة الدم في الماء، ويكون المورد كالشبهة البدوية، وكذا لو كانت بنت الخالة الأُخرىٰ متزوّجة بالفعل، فإنّه لا مانع من جريان أصالة عدم الزنا بالخالة التي لها بنت غير متزوّجة، فيجوز التزويج بها؛ لأنّ أصالة عدم الزنا بالخالة ـ التي لها بنت متزوّجة ـ لا أثر لها.

مسألة ٣٣: لا فرق في الزنا بين كونه اختياريّاً، أو إجباريّاً، أو اضطراريّاً[١].

وبالجملة: تنجيز العلم الإجمالي يتوقّف على تعارض الأصل في الطرفين، وذلك يبتني على أنّ كلّاً من الأصلين بذي أثر، فإذا فرضنا عدم جريان الأصل في أحد الأطراف لعدم الأثر، كعدم الابتلاء، كما إذا فرضنا أنّ بنت الخالة الأُخرى ضاعت ولا يمكن التزويج بها، أو كونه محكوماً بالحرمة لأجل أمر آخر، كالرضاع، فلا مانع من جريان الأصل في الطرف الآخر.

فما ذكره في المتن وإن كان صحيحاً، ولكنّه لا يتمّ على إطلاقه، بل لا بدّ من التفصيل الذي ذكرناه.

(١) ذكر في هذه المسألة فروعاً:

الفرع الأوّل: ذكر ﷺ أنّ كلّ مورد كان الزنا موجباً لنشر الحرمة لا فرق بين كونه اختياريّاً، أو إجباريّاً، أو اضطراريّاً.

والظاهر هو التفصيل بين الأحكام المترتّبة على نفس الزاني، وبين الأحكام المترتّبة على غيره.

فإنّ الزنا الصادر من شخص قد يوجب التحريم على نفسه، كما إذا زنا بخالته، فإنّه يوجب حرمة ابنتها عليه، وقد يوجب التحريم على شخص آخر ويكون زناه موضوعاً للحكم على الآخر، كما إذا زنا الابن بجارية أبيه، فإنّه يوجب حرمة الجارية على الأب على المشهور.

أمّا بالنسبة إلى المورد الثاني، وهو ترتيب الأحكام الثابتة على الغير، فالظاهر ترتيب الأثر على الزنا وإن كان إجباريّاً أو اضطراريّاً؛ وذلك لإطلاق

. . . . . .

الروايات الدالّة علىٰ الحرمة علىٰ الأب ؛ لأنّ موضوعها صدور الفعل من الزاني ، والمفروض صدر الفعل من الزاني وإن كان مضطرّاً أو مجبوراً ، فإنّه قاصد للفعل ، ولكنّه قاصد إليه إجباراً وليس الفعل الصادر عن المضطرّ أو المجبور غير مقصود له ، كالفعل الصادر في حال النوم ، فإنّه غير مقصود أصلاً بخلاف الفعل الصادر حال الاضطرار أو الإجبار ، فإنّه قاصد للفعل ، غاية الأمر قاصد إليه إجباراً أو اضطراراً .

والحاصل : مقتضىٰ إطلاق ما دلّ علىٰ الحرمة : الجارية التي زنىٰ بها الابن علىٰ الأب حرمتها عليه وإن صدر الزنا من الابن بغير اختيار ؛ لأنّ موضوع التحريم علىٰ الأب هو صدور الزنا من الابن ووطئه للجارية ، ولم يقيّد الدليل بكون الوطء لها اختياريّاً ، بل مقتضىٰ إطلاق الدليل ثبوت الحرمة علىٰ الأب وإن كان وطء الابن للجارية غير اختياري له .

وأمّا بالنسبة إلىٰ المورد الأوّل ، وهو ترتيب الأحكام المترتّبة علىٰ نفس الزاني ، كما إذا زنىٰ بخالته إجباراً أو اضطراراً ، فهل تحرم عليه ابنتها أم لا ؟

يمكن أن يقال : بعدم تحريم البنت علىٰ الزاني ؛ لحديث الرفع[1] .

فإنّ مقتضىٰ إطلاق حديث الرفع : إنّ كلّ فعل كان موضوعاً لحكم من

---

(١) وهو : عن حريز بن عبدالله ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : رفع عن أُمّتي تسعة أشياء : الخطأ ، والنسيان ، وما أُكرهوا عليه ، وما لا يطيقون ، وما لا يعلمون ، وما اضطرّوا إليه ، والحسد ، والطيرة ، والتفكّر في الوسوسة في الخلوة ما لم ينطقوا بشفة » .

من لا يحضره الفقيه ١ : ٥٩ / ١٣٢ ، وسائل الشيعة ١٥ : ٣٦٨ / ٢٠٧٦٩ .

. . . . . .

الأحكام يرتفع عنه الحكم إذا صدر الفعل عن إكراه أو إجبار؛ لأنّ موضوعه غير حاصل، وكأنّه لم يوجد إذا كان مع الاضطرار والإجبار والإكراه، كارتفاع الكفّارات إذا صدر منه الفعل إجباراً أو اضطراراً، إلّا إذا قام دليل بالخصوص علىٰ ثبوت الكفّارة، حتّىٰ في مورد الخطأ أو الاضطرار، كما قام الدليل علىٰ ثبوت الديّة في قتل الخطأ.

والحاصل: حديث الرفع يجعل الفعل الصادر عن الإجبار أو الاضطرار أو الخطأ كالعدم، وكأنّه لم يصدر منه، وكأنّه لم يزن بالخالة، فلا تحرم عليه ابنتها، ولا سيّما بقرينة ما احتملناه أنّ الحكم بالتحريم عقوبة علىٰ الزاني، ولا عقوبة علىٰ المكرَه والمضطرّ.

وعلىٰ هذا، لو زنىٰ الصبي يمكن ترتيب الأثر بالنسبة إلىٰ غيره؛ لإطلاق ما دلّ علىٰ الحرمة علىٰ الغير، وحديث الرفع ينفي الحكم عن نفسه، وذلك لا يوجب نفي الحكم عن غيره، وقد ورد النصّ في خصوص زنا الصبي بجارية أبيه، وهو صحيح الكاهلي المتقدّم[1]، الذي ذكر فيه وطء الابن وهو ابن عشر سنين جارية أبيه، وحكم عليه السلام فيه بأنّه يحرم علىٰ الأب وطؤها[2].

---

(١) في المسألة «٢٩».

(٢) وهو: عبدالله بن يحيىٰ الكاهلي قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام وأنا عنده عن رجل اشترىٰ جارية ولم يمسّها، فأمرت امرأته ابنه وهو ابن عشر سنين أن يقع عليها فوقع عليها، فما ترىٰ فيه؟

ولا بين كونه في حال النوم أو اليقظة[١] .

وبالجملة : لا يبعد الالتزام بهذا التفصيل ، فبالنسبة إلىٰ غيره يترتّب الحكم ، وبالنسبة إلىٰ نفسه لا أثر لفعله .

(١) الفرع الثاني : ذكر أنّه لا فرق في الزنا بين كونه في حال النوم أو اليقظة .

والظاهر عدم شمول الحكم لما إذا كان الواطئ نائماً ؛ وذلك لاعتبار الاختيار في مفهوم الزنا ، ولا يصدق الزنا علىٰ الفعل الصادر حال النوم ؛ لأنّ الاختيار مأخوذ في مفهومه ، كمفهوم الغصب والاعتداء ، فمن وضع يده علىٰ مال أحد حال النوم لا يقال أنّه غاصب .

وبعبارة أُخرىٰ : عنوان الفجور أو الزنا لا يصدق علىٰ الجماع الحاصل حال النوم ، وموضوع الحكم بالحرمة ليس عنوان الدخول أو الجماع ليقال بعدم الفرق بين النوم واليقظة ، بل موضوع الحكم هو الفجور أو الزنا ، وذلك غير صادق علىٰ الصادر حال النوم ، وكذلك الإفضاء الوارد في بعض النصوص ، كصحيح العيص المتقدّم[١] لا يصدق علىٰ الصادر حال النوم ؛ لأنّ

فقال عليه السلام : «أثم الغلام وأثمت أُمّه ، ولا أرىٰ للأب إذا قربها الابن أن يقع عليها» .
الكافي ٥ : ٤١٨ / ٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤١٩ / ٢٥٩٧٧ .

(١) في المسألة « ٢٨ » .

وهو : عيص بن القاسم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باشر امرأة وقبّل غير أنّه لم يفض إليها ، ثمّ تزوّج ابنتها ؟
فقال : «إن لم يكن أفضىٰ إلىٰ الأُمّ فلا بأس ، وإن كان أفضىٰ فلا يتزوّج ابنتها» .

ولا بين كون الزاني بالغاً أو غير بالغ[١] .

الإفضاء مأخوذ فيه القصد ، فإنّ الإفضاء هو إنهاء العمل ، ولا بدّ أن يكون مقصوداً ، وإلّا فلا يصدق عنوان الإنهاء والإفضاء ، وليس في البين رواية تدلّ علىٰ صدق الزنا وإن لم يكن مقصوداً .

علىٰ أنّه لو فرضنا صدق الزنا حتّىٰ في صورة عدم القصد يجري حديث الرفع عن النائم[١] ، ويرفع الأثر بالنسبة إليه ، فلا بدّ من التفصيل بين الأثر المترتّب علىٰ نفسه ، وبين الأثر المترتّب علىٰ غيره ، فحال النوم حال الاضطرار والإكراه في التفصيل المتقدّم قد ذكرنا في كثير من المباحث أنّ حديث رفع القلم عن النائم حتّىٰ يستيقظ ضعيف سنداً ، فالأولىٰ ـ بل المتعيّن ـ الاستدلال بالنصوص الدالّة علىٰ اعتبار النيّة والقصد في العمل ، وأنّ العمل بلا نيّة لا أثر له .

(١) **[الفرع] الثالث** : ذكر قدس سره لا فرق بين كون الزاني بالغاً أو غير بالغ .

ولا يخفىٰ أنّ موضوع الروايات الدالّة علىٰ التحريم إنّما هو الرجل ، كما في أكثر الروايات ، أو الشاب ، كما في رواية الخالة ، وعنوان الرجل ، أو عنوان الشاب لا يصدق علىٰ غير البالغ ، فإنّ الشاب ـ علىٰ ما قيل ـ : من البلوغ

الكافي ٥ : ٢ / ٤١٥ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٣٥٦ / ٣٣ ، الاستبصار ٣ : ٦٠٧ / ١٦٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٥٩٨٨ / ٤٢٤ .

(١) وهو : عن ابن ظبيان قال : أُتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت ، فأمر برجمها . فقال عليّ عليه السلام : «أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة : عن الصبي حتّىٰ يحتلم ، وعن المجنون حتّىٰ يفيق ، وعن النائم حتّىٰ يستيقظ ؟ !» .
الخصال : ٩٣ / ٤٠ ، وسائل الشيعة ١ : ٤٥ / ٨١ .

وكذا المزني بها[١] .

إلىٰ ثلاثين سنة[١]، والرجل إنّما يصدق علىٰ البالغ ، وأمّا دون البلوغ ، فلا يقال له رجل ، بل يصدق عليه الصبي ، فالتعدّي عن مورد الروايات إلىٰ الصبي يحتاج إلىٰ القرينة والمسألة نظير اللواط الذي اعتبرنا كون اللائط بالغاً كبيراً ؛ لأنّ موضوع الروايات هو الرجل ، وهو غير صادق علىٰ اللائط الصغير .

نعم ، في تحريم الجارية علىٰ الأب بوطء ولده لها البالغ من العمر عشر سنين ، كما في صحيح الكاهلي المتقدّم[٢] ، ودعوىٰ بلوغ الطفل بالاحتلام إذا بلغ عشر سنين بعيدة جدّاً ، ولو كان دليل عام يشمل الصبي ، فيجري حديث الرفع ، ومقتضاه عدم ترتّب الأثر علىٰ فعله .

(١) [الفرع] الرابع : ذكر ﷺ أنّه لا فرق بين كون المزني بها صغيرة أو كبيرة .

إذا كانت المزنيّة الخالة ، فالأمر كما ذكره لإطلاق الدليل ؛ لأنّ الخالة تصدق علىٰ الصغيرة والكبيرة ، فمن زنىٰ بخالته الصغيرة تحرم عليه ابنتها .

وأمّا في غير الخالة ، فإن التزمنا بالحرمة ، كما التزم بها المشهور ، فإن كان الزاني الابن بمملوكة أبيه ، فلا فرق بين كون المزنيّة صغيرة أو كبيرة ؛ لأنّ موضوع التحريم زنا الابن بجارية أبيه ، والجارية مطلقة من حيث الكبر

---

(١) في أقرب الموارد ١ : ٥٦٦ : الشاب : من حدّ البلوغ إلىٰ الثلاثين .

وفي مجمع البحرين : وفي الحديث : ابن ثلاثين سنة يسمّىٰ شاباً . مجمع البحرين ٢ : ٤٧٤ « شبب » . منه ﷺ .

(٢) في المسألة « ٢٩ » .

بل لو أدخلت الامرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة علىٰ إشكال [١] .

والصغر ، فإنّها تصدق علىٰ الكبيرة والصغيرة .

وأمّا في غير هذين الموردين ـ كالزنا بمطلق المرأة بناءً علىٰ حرمتها علىٰ والد الزاني ، فإن كانت المزنيّة غير بالغة ـ فالنصوص لا تشملها ؛ لأنّ موضوعها المرأة وهي غير صادقة علىٰ غير البالغة ، إلّا أنّ الظاهر هو التعميم لمناسبة الحكم والموضوع ، فإنّ المتفاهم عرفاً من تحريم مزنيّة الابن علىٰ الأب : إنّ المزنيّة إنّما تحرم علىٰ الأب لصدور الفعل من الزاني ، وأنّ استناد هذا العمل الشنيع إلىٰ الفاعل موجب للحرمة .

وبعبارة أُخرىٰ : موجب الحرمة هو صدور الزنا والعمل المبغوض من الفاعل ، وإن كان متعلّق الفعل والعمل صغيراً ، والعرف لا يرىٰ فرقاً بين كون مورد العمل صغيراً أو كبيراً ، بل الميزان في التحريم صدور الفعل المبغوض من الفاعل ، وهذا لا يفرق بين وقوع هذا الفعل المبغوض علىٰ الصغيرة أو الكبيرة .

والذي يسهّل الخطب إنّا لا نلتزم بالحرمة في الزنا بمطلق المرأة ، وإنّما نقول في خصوص الزنا بالخالة والعمّة إلحاقاً .

(١) **[الفرع] الخامس** : إدخال المرأة ذكر الرضيع في فرجها .

والظاهر عدم نشر الحرمة بذلك ؛ لأنّ الرضيع لا قصد له ، وحاله حال النائم الذي قلنا بعدم ترتّب الأثر عليه ، فإنّ موضوع الأدلّة المانعة هو الرجل الشاب ، ولا يصدق كلّ منهما علىٰ الرضيع ، وكذلك الفجور ، والإفضاء ،

بل لو زنا بالميتة فكذلك علىٰ إشكال أيضاً[١]، وأشكل من ذلك لو أدخلت ذكر الميت المتّصل[٢]، وأمّا لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر[٣].

مسألة ٣٤: إذا كان الزنا لاحقاً، فطلّقت الزوجة رجعيّاً ثمّ رجع الزوج في أثناء العدّة، لم يعد سابقاً حتّىٰ ينشر الحرمة؛ لأنّ الرجوع إعادة للزوجيّة الأُولىٰ[٤].

والإتيان، والزنا، جميع ذلك لا يصدق علىٰ إدخال المرأة ذكر الرضيع في فرجها.

(١) [الفرع] السادس: في إدخال ذكره في الميتة.

والظاهر عدم إيجابه لنشر الحرمة؛ لعدم صدق الخالة علىٰ المزنيّة، بل الخالة إذا ماتت كانت خالة، وهذه جثمان خالته وليست بخالته بالفعل.

(٢) [الفرع] السابع: إدخال ذكر الميت المتّصل في فرجها.

وهو أيضاً لا يوجب نشر الحرمة؛ للوجهين السابقين لفقد القصد، ولعدم صدق الرجل علىٰ الميت.

(٣) وأمّا إدخال الذكر المقطوع، فلا يحتمل نشر الحرمة به؛ لعدم صدق جميع العناوين المأخوذة في الأدلّة علىٰ ذلك.

وبالجملة: جميع ما ذكره ﷺ من الفروع مورد للمناقشة والإشكال.

(٤) إذا تزوّج بابنة خالته، ثمّ زنىٰ بخالته، فلا ريب أنّ الزنا اللاحق لا يؤثّر في الحرمة ولا يفسد الحلال، وإن طلّقت زوجته، فإن كان الطلاق رجعيّاً وأراد الرجوع في أثناء العدّة لم يعد الزنا سابقاً حتّىٰ ينشر الحرمة؛ لأنّ الرجوع إعادة الزوجيّة الأُولىٰ، وليس الرجوع تزويجاً وعقداً جديداً ليكون

وأمّا إذا نكحها بعد الخروج عن العدّة ، أو طلّقت بائناً فنكحها بعقد جديد ، ففي صحّة النكاح وعدمها وجهان : من أنّ الزنا حين وقوعه لم يؤثّر في الحرمة ؛ لكونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا أيضاً . ومن أنّه سابق بالنسبة إلىٰ هذا العقد الجديد ، والأحوط النشر[١] .

الزنا سابقاً عليه .

أقول : ما ذكره في أصل الحكم بعدم نشر الحرمة وإن كان صحيحاً في نفسه ، ولكنّه لا يتمّ علىٰ ما سلكه المشهور من كون الرجوع في الحقيقة إعادة للزوجيّة الأُولىٰ بعد زوالها وحصول البينونة .

نعم ، لا يحتاج الرجوع إلىٰ عقد جديد ، وإنّما بنفس العقد السابق تحدث الزوجيّة ، والعقد واحد والسبب واحد ، فبحسب الدقّة إنّما هي زوجة جديدة حادثة ؛ لأنّ الزوجيّة الحادثة بعد الرجوع ، نظير إعادة الملك بعد الفسخ ، فإنّ العين بعد البيع تخرج عن ملك مالكها ، ثمّ تعود إلىٰ مالكها بنفس السبب الأوّل ، وليس الفسخ عقد جديداً .

فهكذا الزوجة المطلّقة بالطلاق الرجعي فإنّها تعود إلىٰ الزوجيّة السابقة بنفس العقد السابق بعد زوال الزوجيّة ، فيكون الزنا سابقاً علىٰ الزوجيّة .

وأمّا علىٰ المختار في الطلاق الرجعي ، فالأمر كما ذكره من كون الزنا لم يُعد سابقاً ، بل الزنا واقع في أثناء الزوجيّة ؛ لأنّ المطلّقة الرجعيّة زوجة حقيقة ، ولا تزول الزوجيّة أبداً ، وإلّا لو كانت زائلة فكيف يمكن إعاتها ؟ فإنّه من باب إعادة المعدوم ، بل الزوجيّة باقية ، وإنّما الطلاق يؤثّر بعد انقضاء العدّة والرجوع يبطل أثر الطلاق فلا يؤثّر في حصول البينونة بعد انقضاء العدّة .

(١) وأمّا إذا كان الطلاق بائناً ، أو نكحها بعد انقضاء العدّة الرجعيّة ،

مسألة ٣٥: إذا زوّجه رجل امرأة فضولاً، فزنىٰ بأُمّها أو بنتها ثمّ أجاز العقد، فإن قلنا بالكشف الحقيقي كان الزنا لاحقاً، وإن قلنا بالكشف الحكمي أو النقل كان سابقاً[1].

ففي صحّة النكاح وعدمها وجهان: من أنّ الزنا حين وقوعه لم يؤثّر في الحرمة؛ لكونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا أيضاً. ومن أنّه سابق بالنسبة إلىٰ هذا العقد الجديد، كما لم نستبعده، وقد تقدّم نظير هذه المسألة في المسألة الواحدة والعشرين من الفصل السابق في مَن لاط بأخي زوجته ثمّ طلّقها وأراد تزويجها جديداً، وقد ذكرنا هناك لا يبعد الحكم بالحرمة.

فهكذا المقام، فإنّهما من باب واحد.

(١) أمّا علىٰ القول بالنقل أو الكشف الحكمي، فالأمر واضح؛ لأنّ التزويج يتحقّق حين الإجازة، والكشف الحكمي هو نقل في الحقيقة، فالزنا واقع قبل التزويج ومجرّد تقدّم الإنشاء لا أثر له.

وأمّا علىٰ الكشف الحقيقي بحيث يكون تمام الأثر من العقد، وإنّما الإجازة تكون علامة وكاشفاً من دون أيّ تأثير لها كان الزنا حينئذٍ لاحقاً، ولكن لا دليل علىٰ الكشف بهذا المعنىٰ في هذا المقام، بل في غير هذا المقام.

وأمّا الكشف الحقيقي علىٰ نحو الشرط المتأخّر بأن تكون الإجازة المتأخّرة دخيلة كالشرط المتأخّر، فإنّه وإن أمكن وقوعه في بعض المقامات، كما إذا أوقف الماء أو أباحه لمن يصلّي في هذا المسجد، فإنّه إذا توضّأ وصلّىٰ في المسجد ينكشف أنّ وضوءه كان جائزاً له، وإن لم يصلِّ في المسجد ينكشف بطلان وضوئه؛ لعدم إباحته له، فإنّ الإباحة لمن يصلّي في

مسألة ٣٦: إذا كان للأب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة حرمت علىٰ ابنه، وكذا العكس علىٰ الأقوىٰ فيهما[١].

المسجد فيما بعد، وقد وقع الشرط المتأخّر بهذا المعنىٰ في الشريعة المقدّسة، كاشتراط صحّة صوم المستحاضة بالغسل في الليل الآتي، كذلك في البيع إذا جاز ينكشف وقوع البيع من الأوّل.

وبالجملة: هذا النحو من الكشف الحقيقي وإن كان ممّا يمكن الالتزام به ولا يرد عليه محذور وقد وقع في الشريعة المقدّسة، ولكن يحتاج إلىٰ الدليل، ولا دليل في المقام، بل ظاهر الأدلّة اعتبار استناد التزويج إلىٰ الزوج ولا استناد إليه قبل الإجازة، وإنّما يستند إليه حين الإجازة.

(١) تقدّم الكلام في ذلك في المسألة الثانية من هذا الفصل مفصّلاً، ونشير إليه إجمالاً في المقام.

قد عرفت أنّ الروايات في الأمة المملوكة المنظورة أو الملموسة بشهوة مختلفة عدّة منها تدلّ علىٰ الحرمة وفيها الصحاح.

منها: صحيحة محمّد بن إسماعيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبّلها هل تحلّ لولده؟

قال: «بشهوة».

قلت: نعم.

قال: «ما ترك شيئاً إذا قبّلها بشهوة»، ثمّ قال: «ابتداءً منه إن جرّدها ونظر إليها بشهوة حرمت علىٰ أبيه وابنه»[١].

---

(١) الكافي ٥: ٢/٤١٨، تهذيب الأحكام ٧: ١١٩٢/٢٨١، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ: ٢٤٢/١٠٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٩٦٨/٤١٧.

. . . . . .

وبإزائها روايتان:

الأُولىٰ: صحيحة الكاهلي، عن أبي عبدالله عليه السلام ـ في حديث ـ قال: سألته عن رجل تكون له جارية فيضع أبوه يده عليها من شهوة أو ينظر منها إلىٰ محرّم من شهوة، فكره أن يمسّها ابنه[1].

والجواب عنها: إنّ مورد الصحيحة كون الجارية للابن والأب يمسّها بشهوة، ومورد كلامنا أن تكون الجارية له ويمسّها بشهوة هل تحرم علىٰ الآخر؟

الرواية الثانية: صحيحة عليّ بن يقطين، عن العبد الصالح عليه السلام عن الرجل يقبّل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج، أتحلّ لابنه أو لأبيه؟

قال: «لا بأس»[2].

والجواب: إنّ في الصحيحة لم يفرض كون الجارية ملكاً للأب أو الابن، بل المورد مطلق الجارية المملوكة للأب أو الابن إذا مسّها الأب أو الابن، فنسبة صحيحة عليّ بن يقطين مع الروايات المحرِّمة نسبة المطلق والمقيّد، ومقتضىٰ القاعدة هو التقييد والالتزام بالحرمة في جارية نفسه إذا كانت ملموسة بشهوة علىٰ أبيه أو ابنه، وعدم الحرمة في الجارية الأجنبيّة،

---

(١) الكافي ٥: ٤/٤١٨، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٩٦٩/٤١٧.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٧٤١/٢٠٩، الاستبصار ٣: ٧٦٨/٢١٢، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٨٨٢/١٩٥.

بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة، كما إذا كان للاختبار أو للطبابة أو كان اتّفاقياً. بل وإن أوجب الشهوة أيضاً[١].

نعم، لو لمسها لأثارة الشهوة ـ كما إذا مسّ فرجها أو ثديها أو ضمّها لتحريك الشهوة ـ فالظاهر النشر[٢].

مسألة ٣٧: لا تحرم أُمّ المملوكة الملموسة والمنظورة على اللّامس والناظر على الأقوى[٣]**. وإن كان الأحوط الاجتناب.**

فالأ قوى ـ كما تقدّم ـ حرمة مملوكة الأب على الابن إذا لمسها الأب أو نظر إليها بشهوة، وكذا العكس عملاً بتلك الروايات المعتبرة الكثيرة.

(١) ثمّ إنّ الحرمة إنّما هي في مورد النظر أو اللمس إذا كان بشهوة، كما هو مورد النصوص، وأمّا مجرّد النظر واللمس من دون شهوة، فلا يوجب التحريم؛ لعدم شمول النصوص له وإن حصلت الشهوة في الأثناء.

(٢) نعم، لو مسّها لإثارة الشهوة، كما إذا مسّ فرجها أو ثديها أو ضمّها لتحريك الشهوة، فالظاهر الحرمة؛ لصدق النظر أو اللمس بشهوة على ذلك.

(٣) إذ لا دليل على نشر الحرمة بمجرّد النظر أو اللمس، وليس حال النظر أو اللمس حال الوطء في نشر الحرمة، فلا تحرم أُمّ المملوكة الملموسة أو المنظورة بشهوة على اللامس أو الناظر، وكذا بنت المنظورة أو الملموسة لا تحرم عليه، وقد يستدلّ بالنبويين: «لا ينظر الله تعالى إلى رجل نظر إلى فرج امرأة وابنتها»[١].

---

(١) الخلاف ٤: ٣١٠ مسألة «٨٢»، السنن الكبرى للبيهقي ٧: ١٦٩، سنن الدارقطني ٣: ١٨٨، المصنّف لابن أبي شيبة ٣: ٣/٣٠٤، أحكام القرآن للجصاص ٢: ١٥٢.

كما أنّ الأحوط اجتناب الربيبة الملموسة أو المنظورة أُمّها وإن كان الأقوىٰ عدمه[١].

وفي نبويّ آخر: «من كشف قناع امرأة حرمت عليه أُمّها وبنتها»[١].

وضعفهما سنداً أغنانا عن التكلّم في دلالتهما، ولا دليل علىٰ التعدّي وإجراء حكم الوطء والقياس عليه.

(١) وربّما قيل: إنّ المملوكة المنظورة أو الملموسة بشهوة كالمرأة المتزوّجة المنظورة بشهوة[٢]، فإنّ النظر إلىٰ المرأة المتزوّجة يوجب حرمة ابنتها، كما في صحيح ابن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام، قال: سألته عن رجل تزوّج امرأة فنظر إلىٰ رأسها وإلىٰ بعض جسدها، أيتزوّج ابنتها؟

قال: «لا، إذا رأىٰ منها ما يحرم علىٰ غيره فليس له أن يتزوّج ابنتها»[٣].

وفي معتبرة أبي الربيع قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة فمكث أيّاماً معها لا يستطيعها غير أنّه قد رأىٰ منها ما يحرم علىٰ غيره ثمّ يطلّقها أيصلح له أن يتزوّج ابنتها؟

قال: «أيصلح له وقد رأىٰ من أُمّها ما رأىٰ؟!»[٤].

---

(١) الخلاف ٤: ٣١٠ مسألة «٨٢»، وروىٰ القرطبي هذه الحديث في تفسيره ٥: ١١٥ بشكل آخر، وهو: «لا ينظر الله إلىٰ من كشف قناع امرأة وبنتها».

(٢) انظر جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٨.

(٣) الكافي ٥: ٤٢٢/ ٣، تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٠/ ١١٨٧، الاستبصار ٣: ١٦٢/ ٥٩٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٠/ ٢٦٠٩٤.

(٤) الكافي ٥: ٤٢٣/ ٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦٠/ ٢٦٠٩٥.

. . . . . .

ولكن يعارضهما صحيح العيص: عن رجل باشر امرأته وقبّل غير أنّه لم يفض إليها، ثمّ تزوّج ابنتها؟

قال: «إن لم يكن أفضىٰ إلىٰ الأُمّ فلا بأس، وإن كان أفضىٰ فلا يتزوّج»[١].

فإنّه صريح في أنّ غير الجماع من سائر أنواع الاستمتاعات لا يوجب الحرمة، ففي المتزوّجة لا ينشر الحرمة باللمس والنظر فضلاً عن المملوكة، وقد تقدّم كلام صاحب الجواهر حول هذه الصحيحة[٢]، فإنّه ذكر أنّ نسخ الصحيحة مختلفة، ففي بعضها: باشر امرأته، وفي بعضها: باشر امرأة[٣]، وهي النسخة الصحيحة.

فتكون الرواية ظاهرة في الأجنبيّة، فلا معارض للصحيحين المتقدّمين.

وقد عرفت أنّ رواية العيص إنّما هي روايتان، ففي رواية ذكر: باشر امرأة، فتكون ظاهرة في الأجنبيّة، ولذا ذكرها الشيخ في التهذيب في باب الفجور[٤]، وفي رواية أُخرىٰ ذكر: باشر امرأته، ولذا ذكرها الشيخ في باب المصاهرة[٥].

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٠ / ١١٨٦، الاستبصار ٣: ١٦٢ / ٥٨٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٦١ / ٢٦٠٩٦.

(٢) في المسألة «٤» من فصل المحرّمات بالمصاهرة.

(٣) جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٠.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٣٣٠ / ١٣٥٦.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٠ / ١١٨٦.

بل قد يقال : إنّ اللمس والنظر يقومان مقام الوطء في كلّ مورد يكون الوطء ناشراً للحرمة فتحرم الأجنبية الملموسة أو المنظورة شبهة أو حراماً علىٰ الأب والابن ، وتحرم أُمّها وبنتها حرّة كانت أو أَمة[١] ، وهو وإن كان أحوط ، إلّا أنّ الأقوىٰ خلافه ، وعلىٰ ما ذكر فتنحصر الحرمة في مملوكة كلّ من الأب والابن علىٰ الآخر إذا كانت ملموسة أو منظورة بشهوة .

ولقد أجاد وأحسن صاحب الوسائل حيث ذكر الرواية التي فيها باشر امرأته في باب من زنا بامرأة ، وذكر الرواية التي فيها : باشر امرأته في باب من تزوّج امرأة ولم يدخل بها[١] .

وكيف كان لو قلنا بأنّهما رواية واحدة ، أو رجّحنا الرواية التي فيها : امرأة ، فلابدّ من طرح صحيحة محمّد بن مسلم وأبي الربيع ؛ لمخالفتهما للكتاب ؛ إذ لو كان النظر موجباً للتحريم لا مجال للتحريم بالدخول ، كما في الكتاب ؛ لأنّ كلّ جماع يسبقه النظر أو اللمس ، إلّا في مورد نادر كالأعمىٰ ، بل ربّما لا يتصوّر في بعض الموارد عدم اللمس .

(١) ثمّ إنّه قد يقال أنّ كلّ مورد يكون الوطء محرّماً يقوم النظر واللمس مقامه بناءً علىٰ أنّ الزنا يوجب التحريم ونشر الحرمة ، فكذلك النظر أو اللمس .

ولكنّه لا مقتضىٰ له أصلاً ، فإنّ بعض الروايات الواردة في باب المزني بها وإن أمكن أن يستفاد منها التحريم بالنظر واللمس ، كالزنا ، ولكن صحيح

---

(١) وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٦١ / ٢٦٠٩٦ .

. . . . . .

عليّ بن يقطين صريح في الجواز وعدم نشر الحرمة .

ففي الصحيح : عن الرجل يقبّل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج ، أتحلّ لابنه أو لأبيه ؟

قال : «لا بأس»[١] .

فعلىٰ تقدير الالتزام بنشر الحرمة بالزنا لا نلتزم به في مورد اللمس أو النظر .

هذا كلّه في جانب حرمة الأُمّ بالنظر إلىٰ البنت ، وأمّا لو نظر إلىٰ الأُمّ أو لمسها بشهوة فهل تحرم البنت أم لا ؟

الظاهر أنّه لا دليل علىٰ الحرمة سوىٰ عنوان الفجور ، ولا بدّ من الخروج عنه لعدّة روايات :

منها : صحيح العيص الذي فيه : باشر امرأة[٢] ، فإنّه صريح أنّ الفجور بالمرأة الأجنبيّة ، إذ لم يصل إلىٰ حدّ الجماع والوطء فلا بأس ، ولا ينشر الحرمة .

ومنها : ما ورد في الفجور بالخالة ، فإنّه عليه السلام منع عن التزويج بابنتها إذا فجر بالخالة وأفضىٰ إليها ، ثمّ قال السائل : إنّه لم يكن أفضىٰ إليها إنّما كان شيء دون ذلك .

---

(١) تهذيب الأحكام ٨ : ٢٠٩ / ٧٤١ ، الاستبصار ٣ : ٢١٢ / ٧٦٨ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٩٥ / ٢٦٨٨٢ .

(٢) تهذيب الأحكام ٧ : ٢٨٠ / ١١٨٦ ، الاستبصار ٣ : ١٦٢ / ٥٨٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٦١ / ٢٦٠٩٦ .

. . . . . .

فقال عليه السلام : «كذب»[١] .

فإنّ تكذيبه عليه السلام له كاشف عن أنّه لو لم يكن في البين إفضاء لجاز تزويج ابنتها ، ولكنّه حيث إنّه يكذب وفرض أنّه أفضىٰ إليها وجامعها ، فتحرم عليه ابنتها .

وبالجملة : لا دليل علىٰ أنّ مجرّد النظر أو اللمس يقوم مقام الزنا حتّىٰ في مورد الزنا الذي يوجب التحريم ، كالنظر أو اللمس بالخالة ، وقد تقدّم الإشكال في التحريم بالزنا علىٰ الإطلاق ، إلّا في بعض الموارد الخاصّة .

فتحصّل : إنّ النظر بشهوة إلىٰ الأجنبيّة لا يوجب الحرمة علىٰ الأب أو الابن ، ولا يوجب حرمة أُمّها وبنتها .

وأمّا النظر إلىٰ المملوكة ، بمعنىٰ المالك ينظر إليها بشهوة ، فيوجب الحرمة علىٰ أبيه أو ابنه ، فمملوكة كلّ من الأب والابن تحرم علىٰ الآخر إذا كانت ملموسة أو منظورة بشهوة .

ثمّ إنّ المصنّف قدس سره لم يتعرّض إلىٰ كون النظر حراماً أو حلالاً ، فإنّ نظر المالك إلىٰ مملوكته قد يكون حراماً ، كما إذا كانت متزوّجة أو معتدّة .

---

(١) وهو : عن أبي أيّوب ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سأله محمّد بن مسلم وأنا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ، ثمّ ارتدع أيتزوّج ابنتها ؟
قال : «لا» .
قال : إنّه لم يكن أفضىٰ إليها ، إنّما كان شيء دون ذلك ؟
قال : «يكذب» .
تهذيب الأحكام ٧ : ١٢٩١ / ٣١١ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٦٠١٥ / ٤٣٢ .

مسألة ٣٨: في إيجاب النظر أو اللمس إلىٰ الوجه والكفّين إذا كان بشهوة نظر[١]. والأقوىٰ العدم، وإن كان هو الأحوط.

ظاهر كلامه عدم الفرق بين الأمرين، وأنّ النظر إلىٰ الأمة المملوكة يوجب الحرمة سواء كان نظره إليها جائزاً أو كان نظره إليها غير جائز، كالأمة المتزوّجة.

وربّما يقال بأنّ نظر المالك إلىٰ مملوكته إذا كان حراماً لا يوجب نشر الحرمة، فإنّه كالنظر إلىٰ الأجنبيّة، وأنّ الموجب للتحريم هو النظر الحلال[١].

ولكن لا شاهد له؛ لإطلاق الروايات، فإنّ إطلاقها يدلّ علىٰ النظر إلىٰ المملوكة يوجب التحريم والتخصيص بالنظر الحرام بلا موجب، إذ لم يرد التقييد به في شيء من الروايات.

بل الظاهر منها: إنّ التقبيل أو النظر بشهوة أو اللمس بشهوة حلالاً كان أو حراماً يوجب التحريم.

(١) الظاهر من الروايات أنّ النظر الذي يوجب التحريم هو النظر إلىٰ ما تعارف ستره، كالثدي والصدر وغير ذلك من سائر البدن ممّا تعارف ستره.

وأمّا النظر إلىٰ الوجه والكفّين ممّا تعارف كشفه، فلا يوجب التحريم حتّىٰ إذا كان بشهوة.

والوجه في ذلك: إنّ الروايات الدالّة علىٰ التحريم اشتملت علىٰ

---

(١) كما في جواهر الكلام ٢٩: ٣٧٠.

قال ﷺ: بل لو وقعا -أي النظر واللمس- من المالك للأمة محرّمين، كما لو كانت مزوّجة لم يثبتا مصاهرة للأصل بعد ظهور النصوص فيما لا يشمل ذلك. منه ﷺ.

. . . . . .

التجريد وكشف ثوبها، فموضوع الروايات المحرِّمة هو النظر إلىٰ سائر جسدها غير الوجه والكفّين ممّا تعارف ستره، ويتوقّف النظر إلىٰ التجريد غالباً، هذا بالنسبة إلىٰ خصوص النظر.

وأمّا اللمس، فدليله منحصر بصحيحة محمّد بن إسماعيل الواردة في التقبيل المعلّلة بأنّه ما ترك شيئاً إذا قبّلها بشهوة[1].

والظاهر من التقبيل: هو تقبيل وجهها، ولم يرد في التقبيل تجريدها عن الثوب، والتعليل بقوله: «ما ترك شيئاً إذا قبّلها» يوجب التعدّي إلىٰ كلّ لمس بشهوة، حتّىٰ مثل وضع خده علىٰ خدها وضمّها، بل بعض أفراد اللمس أقوىٰ شهوة من التقبيل، كما إذا تلاعب الجارية بيدها ذكر سيّدها.

والحاصل: النظر إلىٰ الوجه والكفّين إذا كان بشهوة لا يوجب التحريم، وإنّما الموجب للتحريم النظر بشهوة إلىٰ سائر جسدها ممّا تعارف ستره وحرم علىٰ الغير النظر إليه، كالثدي والصدر والبطن، وأمّا النظر إلىٰ الوجه والكفّين، بل إلىٰ شيء من شعرها أو رقبتها أو إلىٰ شيء من ساقها حتّىٰ مع

---

(١) وهي: محمّد بن إسماعيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبّلها هل تحلّ لولده؟

قال: «بشهوة».

قلت: نعم.

قال: «ما ترك شيئاً إذا قبّلها بشهوة».

الكافي ٥: ٢/٤١٨، تهذيب الأحكام ٧: ١١٩٢/٢٨١، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ: ١٠٠/٢٤٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٩٦٨/٤١٧.

مسألة ٣٩: لا يجوز الجمع بين الأُختين في النكاح دواماً أو متعة سواء كانتا نسبيّتين أو رضاعيّتين أو مختلفتين[١].

الشهوة، فلا يشمله النصوص.

وأمّا اللمس بشهوة حتّىٰ إذا كان بالوجه والكفّين يوجب الحرمة؛ لرواية التقبيل.

(١) حرمة الجمع بين الأُختين نكاحاً ممّا دلّ عليه الكتاب والسنّة والإجماع من دون فرق بين جمعهما دواماً أو متعة أو بالاختلاف؛ لإطلاق الأدلّة، ولخصوص صحيح البزنطي[١]، ومن دون فرق بين الأُختين النسبيتين أو الرضاعيتين؛ لعموم ما دلّ علىٰ تنزيل الرضاع منزلة النسب، ولصحيح أبي عبيدة[٢].

وفي بعض النسخ المطبوعة، ومنها الطبعة الأُولىٰ التي طُبعت في زمانه قدس سره زيادة: **أو مختلفتين**[٣].

---

(١) وهو: عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر، عن الرضا عليه السلام، قال: سألته عن رجل تكون عنده امرأة يحلّ أن يتزوّج أُختها متعة؟

قال: «لا».

قرب الإسناد: ١٣١٣/٣٦٦، تهذيب الأحكام ٧: ١١٢٣/٢٥٩، الاستبصار ٣: ٥٤١/١٤٨، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦١٣٨/٤٧٧.

(٢) وهو: عن أبي عبيدة قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «لا تنكح المرأة علىٰ عمّتها ولا خالتها ولا علىٰ أُختها من الرضاعة».

الكافي ٥: ١/٤٤٥، تهذيب الأحكام ٧: ١٢٢٩/٢٩٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٩٣٧/٤٠٢ و: ٢٦١٣٦/٤٧٦.

(٣) ولكن في الطبعة الثانية المطبوعة في بغداد في عصره سنة ١٣٣٠ هـ ساقطة، ويقول

. . . . . .

وقد وقع الكلام في المراد بذلك .

والظاهر أنّ المراد به أنّ الأُختيّة من الأُمور المتضايفة .

ومنشأ الأُختيّة :

قد يكون الولادة ، كما أنّ المرأة إذا أولدت بنتين فتكون هذه أُختاً لتلك ، وتلك أُختاً لهذه بسبب الولادة من أُمّهما ، فهما أُختان نسبيتان .

وقد يكون منشأ الأُختيّة الرضاع من امرأة واحدة ، كما إذا أرضعت المرأة بنتاً وأرضعت بنتاً أُخرىٰ بلبن واحد ، فتكون هذه المرتضعة أُختاً لتلك المرتضعة ، وكذلك تلك ، فهما أُختان رضاعيّتان .

وقد يختلف منشأ الأُختيّة ، كما إذا أولدت المرأة بنتاً وأرضعت بنتاً أُخرىٰ ، فالبنت التي أولدتها الأُمّ تكون أُختاً للبنت المرتضعة ، والبنت التي أرضعتها المرأة تكون أُختاً رضاعيّاً للبنت المنتسبة إلىٰ أُمّها بالولادة .

والحاصل : إنّ انتساب البنتين إلىٰ الأُمّ : قد يكون بالولادة محضاً فهما أُختان نسبيتان ، وقد يكون بالرضاع محضاً فهما أُختان رضاعيّتان ، وقد يكون بالاختلاف ، يعني أنّ إحدىٰ البنتين تنتسب إلىٰ الأُمّ بالولادة والأُخرىٰ تنتسب

الشيخ كاشف الغطاء قدس سره في تعليقته : إنّ المصنّف رحمه الله بنفسه أمر بإلغائه وحذفه ، وذهب جمع إلىٰ أنّها غلط ؛ لعدم تصوير الاختلاف ، ولعلّ نظرهم إلىٰ أنّ إحدىٰ البنتين إذا كانت أُختاً للأُخرىٰ نسبياً فهي أُخت لها نسبياً أيضاً ، ولا يمكن أن تكون إحداهما أُختاً نسبياً لها والأُخرىٰ أُختاً رضاعيّاً لها ، وذكر بعض المحشّين أنّ قوله : أو مختلفتين لم تكن موجوداً في النسخة المصحّحة في عصر المصنّف قدس سره . منه . العروة الوثقىٰ مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥ : ٥٤٥ .

وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الملك مع وطئهما[١] .

إلىٰ الأُمّ بالرضاع ، فهما أُختان مختلفتان .

فالأُختيّة في إحدىٰ البنتين ناشئة من ولادة ، وفي الأُخرىٰ ناشئة من الارتضاع .

فالاختلاف نشأ من كيفيّة الانتساب إلىٰ الأُمّ هذه منتسبة إليها بالولادة ، وتلك منتسبة إليها بالرضاع .

(١) لا ريب ولا إشكال في جواز الجمع بينهما في مجرّد الملك من غير وطء نصّاً وإجماعاً ، بل ممّا قامت عليه السيرة القطعيّة ، كما لا إشكال في عدم جواز الجمع بينهما وطءاً إجماعاً ونصّاً ، ويدلّ عليه عدّة روايات :

منها : موثقة مسعدة بن زياد قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : « يحرم من الإماء عشر لا تجمع بين الأُمّ والبنت ، ولا بين الأُختين . . . »[١] ، الحديث .

استدراكان

أحدهما : ذكرنا أنّ رواية المسّ منحصرة بصحيحة محمّد بن إسماعيل[٢] التي وردت فيها التقبيل ، وقلنا : بأنّ ظاهر التقبيل هو تقبيل

---

(١) تهذيب الأحكام ٨ : ١٩٨ / ٦٩٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٩٢ / ٢٦٦١١ .

(٢) وهي: محمّد بن إسماعيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل تكون له الجارية فيقبّلها هل يحلّ لولده؟

قال: «بشهوة» .

قلت: نعم .

قال: «ما ترك شيئاً إذا قبّلها بشهوة» .

. . . . . .

الوجه، وحيث لم يرد فيها التجريد؛ لذا ذكرنا أنّ المسّ حتّىٰ بالوجه يوجب الحرمة[١]، ولأجل التعليل المذكور فيها بقوله: «ما ترك شيئاً إذا قبّلها» تعدّينا إلىٰ مطلق المسّ إلىٰ سائر الجسد وإلىٰ غير تقبيل الوجه، كوضع خده علىٰ خدّها.

ولكن ربّما يقال: بأنّ رواية واحدة في المسّ اشتملت علىٰ التجريد، فيكون المسّ كالنظر، والرواية هي: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا جرّد الرجل الجارية ووضع يده عليها فلا تحلّ لابنه»[٢].

والجواب: إنّ الصحيحة أجنبيّة عن المقام؛ لأنّ محلّ كلامنا في المملوكة المنظورة للأب أو مملوكة الابن المنظورة، ومورد الصحيحة الجارية الأجنبيّة، فتكون من الروايات الدالّة علىٰ التحريم بالنظر إلىٰ الأجنبيّة ولمسها، ويعارضها صريحاً صحيح عليّ بن يقطين المتقدّم[٣].

الكافي ٥: ٢/٤١٨، تهذيب الأحكام ٧: ١١٩٢/٢٨١، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ: ٢٤٢/١٠٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٩٦٨/٤١٧.

(١) في المسالة السابقة «٢٨».

(٢) الكافي ٥: ٥/٤١٩، تهذيب الأحكام ٧: ١١٩٣/٢٨٢، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ: ١١٩٣/١٠٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٩٧١/٤١٨.

(٣) في المسألة «٣٧»، وهو: عن الرجل يقبّل الجارية يباشرها من غير جماع داخل أو خارج، أتحلّ لابنه أو لأبيه؟
قال: «لا بأس».

. . . . . .

ثانيهما: قد ذكرنا أنّ الشيخ صاحب الجواهر ذكر أنّ النظر بشهوة إذا كان حلالاً للمالك يوجب الحرمة لابنه أو لأبيه، وأمّا إذا كان النظر حراماً، كما إذا كانت المملوكة متزوّجة، فلا يوجب نشر الحرمة، ولم يثبت مصاهرة، واستدلّ بالأصل وظهور النصوص في ذلك[1].

وقد عرفت أنّ النصوص مطلقة لم يظهر من شيء منها التخصيص بالنظر الحرام، ولعلّ نظره إلىٰ رواية واحدة وهي صحيحة ابن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل تكون عنده الجارية يجرّدها وينظر إلىٰ جسمها نظر شهوة هل تحلّ لأبيه؟ وإن فعل أبوه هل تحلّ لابنه؟

قال: «إذا نظر إليها نظر شهوة ونظر إلىٰ ما يحرم علىٰ غيره لم تحلّ لابنه، وإن فعل ذلك الابن لم تحلّ للأب»[2].

فإنّ المستفاد منها: إنّ نظر السيّد إليها ـ الذي يوجب حرمتها علىٰ ابنه وأبيه ـ إنّما هو النظر الحلال في موردٍ يكون النظر إليها محرّماً علىٰ غير السيّد، فموضوع التحريم هو النظر الحلال من السيّد.

ويرد عليه: إنّ المفهوم منه عدم النظر إليها بشهوة لا النظر الحرام، والنظر قد يكون حلالاً وقد يكون حراماً، ومقتضىٰ الإطلاق عدم الفرق.

تهذيب الأحكام ٨: ٢٠٩ / ٧٤١، الاستبصار ٣: ٢١٢ / ٧٦٨، وسائل الشيعة ٢١: ١٩٥ / ٢٦٨٨٢.

(١) تقدّم في المسألة «٣٧».

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤١٠ / ٤٤٣٥، تهذيب الأحكام ٨: ٢١٢ / ٧٥٨، الاستبصار ٣: ٢١٢ / ٧٦٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٤١٨ / ٢٥٩٧٣.

وأمّا الجمع بينهما في مجرّد الملك من غير وطء فلا مانع منه[١].

وأمّا التقييد بالنظر إلىٰ ما يحرم علىٰ غيره، فهو في مقابل النظر إلىٰ الوجه والكفّين.

والحاصل: لم يظهر من الرواية تقييد نظر السيّد بالحلال، بل نظر الغير مقيّد بكونه محرّماً، وأمّا نظر السيّد، فلا فرق بين كونه حراماً أو حلالاً.

(١) ثمّ إنّك قد عرفت عدم جواز الجمع بين الأُختين المملوكتين وطءاً، أي لا يجوز له وطؤهما جمعاً، ويمكن استفادة المنع من نفس الآية الشريفة: ﴿**وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ**﴾[١]، فإنّ المتعلّق غير مذكور فيها، وحذف المتعلّق يفيد العموم، بل لو كنّا نحن والآية الشريفة ولم يكن دليل علىٰ جواز الجمع بينهما في الملك لقلنا بحرمة الجمع بينهما ملكاً؛ لحذف المتعلّق.

نعم، هنا رواية واحدة ربّما يقال بأنّها معارضة لما تقدّم من الروايات، وهي صحيحة عليّ بن يقطين قال: سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن أُختين مملوكتين وجمعهما؟

قال: «مستقيم ولا أحبّه لك»[٢]، الحديث.

فقيل: إنّها تدلّ علىٰ جواز الجمع بينهما[٣]، ولذا قالوا: بأنّها مطروحة

---

(١) سورة النساء ٤: ٢٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٨ / ١٢١٤، الاستبصار ٣: ١٧٢ / ٦٢٧، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٣ / ٢٦١٥٠.

(٣) انظر جواهر الكلام ٢٩: ٣٥٦.

وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء، بأن لم يطأهما أو وطئ إحداهما واستمتع بالأُخرىٰ بما دون الوطء؟ فيه نظر، مقتضىٰ بعض النصوص الجواز. وهو الأقوىٰ[١]، لكن الأحوط العدم.

لإعراض الأصحاب عنها[١].

وحملها الشيخ علىٰ التقيّة[٢]، ولم يظهر لنا حكم العامّة في المقام، والصحيح ما ذكرناه.

هذا كلّه في الجمع بينهما وطءاً أو ملكاً.

(١) وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء، بأنّ يستمتع بهما ولم يطأهما أو وطئ إحداهما واستمتع بالأُخرىٰ بما دون الوطء؟

ذهب بعضهم ـ كالمصنّف قدس سره ـ إلىٰ الجواز؛ لرواية العيّاشي[٣]، ولكنّها ضعيفة بالإرسال.

---

(١) انظر مستمسك العروة الوثقىٰ: ١٤: ٢٣٩.

(٢) كما في تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٨ ذيل ح١٢١٤، الاستبصار ٣: ١٧٢ ذيل ح٦٢٧.

(٣) وهي: عن عيسىٰ بن عبدالله، قال: سئل أبو عبدالله عليه السلام عن أُختين مملوكتين ينكح إحداهما، أتحلّ له الأُخرىٰ؟

فقال: «ليس ينكح الأُخرىٰ إلّا فيما دون الفرج، وإن لم يفعل فهو خير له، نظير تلك المرأة تحيض فتحرم علىٰ زوجها أن يأتيها في فرجها لقول الله عزّ وجلّ: ﴿**وَلَا تَقْرَبُوهُنَّ حَتَّىٰ يَطْهُرْنَ**﴾، وقال: ﴿**وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ**﴾، يعني في النكاح، فيستقيم للرجل أن يأتي امرأته وهي حائض فيما دون الفرج».

تفسير العيّاشي ١: ٢٣٢/ ٧٨، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٦/ ٢٦١٥٧.

. . . . . .

ويمكن أن يستدلّ للحرمة بإطلاق الآية الشريفة الدالّة على المنع[١]، فإنّ حذف المتعلّق يقتضي حرمة الجمع بينهما على الإطلاق.

ولكن خرجنا عن مورده في خصوص الجمع بينهما في الملك للقطع بجواز ذلك للسيرة القطعيّة، فيبقى سائر الأُمور، ومنها الاستمتاع بما دون الفرج تحت الإطلاق، ومع قطع النظر عن إطلاق الآية يستدلّ لحرمة الجمع بينهما حتّى استمتاعاً بصحيحة مسعدة بن زياد: «يحرم من الإماء عشر ولا بين الأُختين»[٢].

والذي ينبغي أن يقال: إنّه وقع الكلام في جواز الجمع بين وطء إحدى الأُختين المملوكتين والاستمتاع بالأُخرى بما دون الوطء، فقد جوّزه جماعة منهم المصنّف قدس سره، فتكون كالحائض في جواز الاستمتاع بها بما دون الفرج، واعتمدوا على بعض النصوص، وهو الخبر المروي في تفسير العيّاشي، ولكنّه ضعيف بالإرسال؛ إذ لم يعلم الوسائط بين العيّاشي والراوي الأخير، ولكن الكلام في أصل ثبوت المقتضي للتحريم.

ويمكن أن يستدلّ للحرمة بنفس الآية الشريفة؛ لأنّ قوله تعالى: ﴿**وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ**﴾[٣] في سياق الآية الدالّة على حرمة الأُمّهات والبنات

---

(١) وهي: قوله تعالى: ﴿**وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ**﴾. سورة النساء ٤: ٢٣.

(٢) وهي: عن مسعدة بن زياد قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «يحرم من الإماء عشر لا تجمع بين الأُمّ والبنت، ولا بين الأُختين...».
تهذيب الأحكام ٨: ١٩٨ / ٦٩٥، وسائل الشيعة ٢١: ٩٢ / ٢٦٦١١.

(٣) سورة النساء ٤: ٢٣.

. . . . . .

وغيرها من المحرّمات المذكورة في الآية الشريفة، فمدلول قوله تعالىٰ: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾: حرمة الجمع بينهما، والحرمة المناسبة للمذكورات هي الاستمتاع والالتذاذ الجنسي، فإنّ حرمة كلّ شيء بحسبه، فحرمة الجمع بينهما معناها حرمة الجمع بين الاستمتاع بهما.

وأمّا الجمع بينهما من غير ناحية الجنسيّة ـ كالجمع بينهما في مجلس واحد ونحو ذلك ممّا لا يرتبط بالالتذاذ الجنسي والاستمتاع ـ فالآية غير ناظرة إليه، فإنّ الآية المباركة ناظرة إلىٰ أنّ ما يستمتع بالزوجة من حيث كونها زوجة محرّم بالنسبة إلىٰ الجمع بين الأُختين، فإنّ التحريم والتحليل في كلّ مورد بحسب ملاحظة مناسبة الحكم والموضوع يختلفان بحسب الموارد، فإذا قيل: الحرير حرام، معناه: إنّ لبسه حرام ولا نظر إلىٰ بيعه أو افتراشه ونحو ذلك، وإن قيل: لحم الأرنب حرام، معناه: حرمة أكل لحمه في نفسه لا بيعه، كقوله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ﴾[1]، أي: أكلها في قبال حلِّيَّة أكل لحم الغنم في نفسه، وحلِّيَّة أكل لحمه في نفسه لا تنافي توقّف حلِّيَّة أكله علىٰ التذكية وشرائط الذبيحة.

وبالجملة: المراد بقوله تعالىٰ: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ﴾[2] إلىٰ آخر المذكورات: هو حرمة جميع الاستمتاعات الزوجيّة وما يستمتع الزوج من زوجته، فإذا حرمت جميع الاستمتاعات حرم التزويج بهنّ والعقد عليهنّ

(١) سورة المائدة ٥: ٣.

(٢) سورة النساء ٤: ٢٣.

. . . . . .

أيضاً ؛ لأنّ جواز الاستمتاعات لا يفارق التزويج ، وهي من اللازم غير المفارق للتزويج ، ولا معنىٰ للتزويج وحرمة جميع الاستمتاعات الزوجيّة ؛ ولذا قالوا : لو تزوّجت واشترطت علىٰ الزوج عدم الاستمتاع بها أصلاً بطل عقد التزويج ؛ لأنّ الشرط مخالف لمقتضي العقد .

فالمستفاد من الآية المباركة : حرمة الاستمتاع بالأُختين جمعاً ، ولذا نقول بحرمة الاستمتاع منهما جمعاً وإن لم يطأ واحدة منهما ، فلا تختصّ الحرمة بوطء إحداهما والاستمتاع بالأُخرىٰ بما دون الوطء .

فتحصّل : إنّ الآية الكريمة تقتضي حرمة ما هو المناسب للمذكورات وليس ذلك إلّا الاستمتاع الجنسي وما يستمتع الزوج من زوجته ، وبالملازمة تدلّ علىٰ حرمة التزويج أيضاً ؛ لعدم إمكان التفكيك بين حرمة جميع الاستمتاعات وحرمة التزويج ؛ لأنّ الاستمتاعات من اللازم غير المفارق للتزويج ولا يمكن التفكيك بينهما ، فإذا حرم جميع الاستمتاعات يكشف عن بطلان العقد وحرمة التزويج .

ثمّ إنّ مقتضىٰ إطلاق حرمة الجمع بين الأُختين استمتاعاً حرمة الجمع بين الأُختين سواء كانتا حرّتين أو أمتين أو مختلفتين ، وسواء كان الجمع بينهما بالتزويج أو بالملك مع الاستمتاع أو بالاختلاف .

هذا كلّه مضافاً إلىٰ موثّقة مسعدة بن زياد قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : « يحرم من الإماء عشر لا تجمع بين الأُمّ والبنت ، ولا بين الأُختين ، ولا أمتك

مسألة ٤٠: لو تزوّج بإحدىٰ الأُختين وتملّك الأُخرىٰ، لا يجوز له وطء المملوكة إلّا بعد طلاق المزوّجة وخروجها عن العدّة إن كانت رجعية. فلو وطئها قبل ذلك فعل حراماً، لكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك. ولا يحدّ حدّ الزّنا بوطء المملوكة، بل يعزّر، فيكون حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض[1].

وهي حامل من غيرك حتّىٰ تضع، ولا أمتك ولها زوج ...»[1]، الحديث.

فإنّ المستفاد منها: حرمة الجمع بين الأُختين المملوكتين استمتاعاً، نظير حرمة الجمع بين الأُمّ والبنت وحرمة الخالة والعمّة وبقيّة المذكورات العشرة في الرواية أيضاً ناظرة إلىٰ حرمة الاستمتاعات ولا تشمل الجمع بين الأُختين بحسب الملك.

والحاصل: المستفاد من الآية الشريفة، ورواية مسعدة: إنّه إذا وطئ إحدىٰ الأُختين ليس له أن يستمتع بالأُخت الأُخرىٰ، بل ليس له أن يستمتع بهما جمعاً وإن لم يطأ واحدة منهما، فإنّ الممنوع ـ كما عرفت ـ هو العلقة الزوجيّة والالتذاذ الجنسي، وذلك يتحقّق بما دون الوطء أيضاً.

(١) إذا كانت إحدىٰ الأُختين زوجة والأُخرىٰ مملوكة، فقد يفرض إحداهما زوجة بالفعل ويملك الأُخرىٰ، وقد ينعكس بأن يملك أحدىٰ الأُختين بالفعل ويتزوّج بالأُخرىٰ، وقد تعرّض لذلك في المسألة اللاحقة.

أمّا الأوّل، وهو ما إذا تزوّج بإحدىٰ الأُختين أوّلاً سواء كانت حرّة أو

---

(١) تهذيب الأحكام ٨: ١٩٨ / ٦٩٥، وسائل الشيعة ٢١: ٩٢ / ٢٦٦١١.

. . . . . .

أمة ثمّ ملك الأُخرىٰ.

ذكر قدس سره أنّه لا يجوز له وطء المملوكة إلّا بعد خروج الأُولىٰ عن الزوجيّة ولو وطئها قبل ذلك فعل حراماً، ولكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك، ولا يوجب وطؤه المحرّم تحريم الزوجة عليه ولا يحدّ حدّ الزنا بوطء المملوكة، بل يعزّر فيكون حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض.

أقول: أمّا الفرض وهو ما إذا كانت إحدىٰ الأُختين زوجة بالفعل ثمّ ملك الأُخرىٰ، فإن وطئ الزوجة ثمّ ملك الأُخرىٰ فالأمر واضح جدّاً، فإنّه لا يجوز له وطء المملوكة؛ لأنّه يستلزم الجمع بين الأُختين وطءاً.

وأمّا إذا فرضنا أنّه لم يطأ الزوجة، فهي زوجة بالفعل ولكنّها غير موطوءة وبعد عقد الزواج علىٰ الأُولىٰ وقبل وطئها ملك الأُخت الأُخرىٰ، فمن الواضح أنّه لا مانع من ملكية الأُخرىٰ، ولكن يحرم عليه وطء المملوكة؛ وذلك لأنّه لو فرضنا أنّه وطئها وكان وطؤها جائزاً.

فأمّا يجوز وطء الأُولىٰ أيضاً فينافي حرمة الجمع بين الأُختين وإطلاق الآية يحرّم الجمع بين المزوّجة والمملوكة إذا كانتا أُختين.

ولو قلنا بعدم جواز وطء الأُولىٰ فذلك ينافي زوجيّة الأُولىٰ؛ لأنّ لازم الزوجيّة جواز الوطء، فلو قلنا بعدم جواز الاستمتاع بها وعدم جواز وطئها، فلابدّ من الالتزام بزوال الزوجيّة، ولا موجب له؛ لأنّ الزوجيّة لا تزول إلّا بأسباب خاصّة، كالطلاق والفسخ، فلا مناص إلّا الالتزام بتحريم وطء المملوكة وإبقاء زوجيّة الأُولىٰ علىٰ حالها.

مسألة ٤١: لو وطئ إحدىٰ الأُختين بالملك ثمّ تزوّج الأُخرىٰ، فالأظهر بطلان التزويج.

وقد يقال بصحّته وحرمة وطء الأُولىٰ إلّا بعد طلاق الثانية[1].

والحاصل: لو كانت الزوجة موطوءة فلا يجوز له وطء المملوكة؛ لأنّه يستلزم الجمع بين الأُختين وإن لم تكن الزوجة موطوءة، فلو قلنا بجواز وطئها أيضاً فذلك من الجمع بين الأُختين، وإن قلنا بعدم جواز وطء الزوجة فهذا ينافي زوجيّتها ولا موجب لزوالها وارتفاعها ما لم يأت رافعها ومزيلها من الطلاق والفسخ.

ثمّ إنّه لو فرضنا أنّه وطئ المملوكة ارتكب محرّماً، ولكنّه لا يُحدّ حدّ الزنا؛ لأنّ الزنا هو الوطء المحرّم بالأصالة، كوطء الأجنبيّة أو المحارم وليس كلّ وطء محرّم من الزنا، بل حرمة وطئها كحرمة وطء الحائض أو الصائمة أو المعتكفة أو في المسجد أو المحرّمة ونحو ذلك من المحرّمات العرضيّة التي لا يتحقّق بها الزنا.

بل يعزّر؛ لأنّه من المعاصي الكبيرة المذكورة في القرآن، فإنّه تعالىٰ حرّم الجمع بين الأُختين صريحاً.

ثمّ إنّه لو وطئ المملوكة، فقد عرفت أنّه فعل حراماً، ولكن لا تحرم عليه الزوجة بهذا العمل المحرّم؛ لأنّ زوال الزوجيّة لا يكون إلّا بأسباب خاصّة معيّنة في الشريعة المقدّسة، مضافاً إلىٰ أنّ الحرام لا يحرّم الحلال الفعلي.

(١) هذه المسألة عكس المسألة الأُولىٰ[1]، وهي أن يملك إحدىٰ

---

(١) يعني السابقة برقم «٤٠».

مسألة ٤٢ : لو تزوّج بإحدىٰ الأُختين ثمّ تزوّج بالأُخرىٰ بطل عقد الثانية [١] سواء كان بعد وطء الأُولىٰ أو قبله . ولا يحرم بذلك وطء الأُولىٰ وإن كان قد دخل بالثانية .

نعم ، لو دخل بها مع الجهل بأنّها أُخت الأُولىٰ ، يكره له وطء الأُولىٰ قبل خروج الثانية من العدّة ، بل قيل يحرم ، للنصّ الصحيح ، وهو الأحوط .

الأُختين بالفعل ثمّ تزوّج الأُخرىٰ ، فالأمر كما ذكره من بطلان التزويج ؛ لأنّه قد يفرض كون المملوكة موطوءة ، وقد يفرض عدم وطئها .

أمّا الثاني : فلا إشكال فيه ؛ إذ لا مانع من الجمع بين مجرّد الملكيّة للأُولىٰ وزوجيّة الأُخرىٰ ، ولا إشكال في صحّة الزواج وجواز وطء الزوجة ، ويحرم عليه وطء المملوكة بالتقريب المتقدّم ، وإلّا لو جاز وطء المملوكة أيضاً لكان من الجمع بين الأُختين وطءاً واستمتاعاً .

وأمّا الأوّل : وهو ما إذا كانت المملوكة موطوءة ثمّ تزوّج بالأُخرىٰ ، فالظاهر بطلان التزويج لما تقدّم ، فإنّه لو كان صحيحاً لازمه جواز الوطء ؛ إذ لا معنىٰ لصحة التزويج وعدم جواز الوطء والاستمتاع ، فلو قلنا بجواز الوطء لازمه الجمع بين الأُختين فلابدّ من الالتزام بعدم جواز الوطء والاستمتاع ، وذلك مساوق لعدم الزوجيّة ؛ لأنّ جواز الاستمتاع لازم غير مفارق للزوجيّة ، ونفي اللازم يستلزم نفي الملزوم ، وما قد يقال بصحّة التزويج وحرمة وطء الأُ ولىٰ ـ لكون التزويج أقوىٰ من ملك اليمين ـ أمر اعتباري استحساني لا شاهد له ، لا يمكن الالتزام به .

(١) بلا خلاف عندهم فيما إذا كان جاهلاً ، ويمكن استفادته من

. . . . . .

الكتاب العزيز.

لا يخفىٰ أنّه لا مجال لرواية مسعدة؛ لأنّها واردة في الإماء علىٰ التقريب المتقدّم، فإنّه لو صحّ النكاح الثاني-والمفروض جواز وطء الأُولىٰ- فيستلزم الجمع بين الأُختين، فلا بدّ من رفع اليد عن العقد الثاني، مضافاً إلىٰ عدّة روايات دلّت علىٰ بطلان عقد الثانية.

منها: موثّقة زرارة بن أعين، عن أبي جعفر عليه السلام... قال: «وإن كان تحته امرأة فتزوّج أُمّها أو ابنتها أو أُختها فدخل بها ثمّ علم، فارق الأخيرة والأُولىٰ امرأته»[1].

ومنها: صحيحة زرارة بن أعين قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة بالعراق، ثمّ خرج إلىٰ الشام فتزوّج امرأة أُخرىٰ فإذا هي أُخت امرأته التي بالعراق؟

قال: «يُفرَّق بينه وبين المرأة التي تزوّجها بالشام»[2].

وبإزائها صحيح الحضرمي ومقتضاه التخيير قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: رجل نكح امرأة، ثمّ أتىٰ أرضاً فنكح أُختها ولا يعلم؟

قال: «يُمسك أيّتهما شاء ويخلّي سبيل الأُخرىٰ»[3].

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤١٧/ ٤٤٥٦، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٣٠/ ٢٦٠٠٧.

(٢) الكافي ٥: ٤/ ٤٣١، من لا يحضره الفقيه ٣: ٤١٨/ ٤٤٥٨، تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٥/ ١٢٠٤، الاستبصار ٣: ٣: ١٦٩/ ٦١٧، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٨/ ٢٦١٤١.

(٣) الكافي ٥: ٢/ ٤٣١، تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٥/ ١٢٠٥، الاستبصار ٣: ١٦٩/ ٦١٨، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٩/ ٢٦١٤٢.

. . . . . .

ولكن حيث لم يذكر فيه التزويج ، وإنّما المذكور فيه النكاح ، وقد تقدّم منّا أنّ النكاح يستعمل في الوطء أيضاً ، بل لم نستبعد اشتراكه بين التزويج والوطء ، فيحمل الصحيح على الملك ، كما ورد نظير ذلك في رواية أُخرىٰ[١] .

وأمّا الصحيحتان المتقدّمتان ، فموردهما التزويج فلا معارضة ، فإن تمّ وصحّ ما ذكرناه فهو ، وإلّا فالترجيح لخبري زرارة لموافقتهما للكتاب ؛ لأنّ مقتضاه هو البطلان .

والحاصل : لو تزوّج بإحدىٰ الأُختين فليس له التزويج بالأُخرىٰ ، ولو تزوّج بها بطل العقد ، ولو وطئها عن علم وعمد فهو زنا ، ولكن لا يؤثّر في التزويج بالأُولىٰ ولا يحرم بذلك وطءُ الأُولىٰ ؛ لأنّ الحرام لا يحرّم الحلال ولا يؤثّر فيه ، وإن كان جاهلاً بأنّها أُخت الأُولىٰ ودخل بالثانية مع الجهل بأنّها أُخت الأُولىٰ .

ذكر جماعة بأنّه يكره له وطء الأُولىٰ قبل خروج الثانية من العدّة ولا يحرم[٢] ؛ لحمل النصّ الدالّ علىٰ وجوب الصبر إلىٰ أن تخرج الثانية من عدّة

---

(١) كما في صحيحة الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يشتري الأُختين فيطأ إحداهما ثمّ يطأ الأُخرىٰ بجهالة ؟

قال : «إذا وطئ الأخيرة بجهالة لم تحرم عليه الأُولىٰ ، وإن وطئ الأخيرة وهو يعلم أنّها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً» .

الكافي ٥ : ٤٣٣ / ١٤ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٤٨ / ٤٥٥٢ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٩٠ / ١٢١٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٤ / ٢٦١٥١ .

(٢) كالعلّامة في قواعد الأحكام ٣ : ٣٤ ، والكركي في جامع المقاصد ١٢ : ٣٣٩ .

مسألة ٤٣ : لو تزوّج بالأُختين ولم يعلم السابق واللّاحق ، فإن علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحّته دون المجهول .

وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطؤهما[١] ، وكذا وطء إحداهما إلّا بعد طلاقهما ، أو طلاق الزوجة الواقعيّة منهما ، ثمّ تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأُولىٰ من العدّة إن كان دخل بها أو بهما .

وطء الشبهة علىٰ الكراهة ؛ لإعراض الأصحاب عن النصّ ، فيحمل علىٰ الكراهة .

ولكن الإعراض لم يثبت ، وقد عمل به جمع من القدماء كالشيخ[١] ، وابني حمزة والبرّاج[٢] علىٰ أنّ الإعراض لا يوجب الوهن ، كما ذكرنا غير مرّة ، فالعمل بالنصّ هو المتعيّن ، فيجب علىٰ الزوج أن يعتدّ ويصبر ولا يطأ الأُولىٰ حتّىٰ تخرج الثانية من العدّة .

والنصّ هو صحيح زرارة في الرجل الذي تزوّج امرأة بالعراق ، ثمّ خرج إلىٰ الشام فتزوّج امرأة أُخرىٰ فبان أنّها أُخت العراقيّة ؟

قال عليه السلام : « يُفرَّق بينه وبين المرأة الشاميّة ، ولا يقرب المرأة العراقيّة حتّىٰ تنقضي عدّة الشاميّة »[٣] .

(١) لو عقد علىٰ الأُختين جهلاً وشكّ في التقديم والتأخير ، فقد فصّل

---

(١) النهاية ٢ : ٢٩٦ .

(٢) الوسيلة : ٢٩٣ ، المهذّب ٢ : ١٨٤ .

(٣) والنصّ في الرواية هو : قال عليه السلام : « يُفرَّق بينه وبين المرأة التي تزوّجها بالشام . . . » .

الكافي ٥ : ٤٣١ / ٤ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤١٨ / ٤٤٥٨ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٨٥ / ١٢٠٤ ، الاستبصار ٣ : ٣ : ١٦٩ / ٦١٧ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٧٨ / ٢٦١٤١ .

. . . . . .

المصنّف قدس سره بين ما لو علم تاريخ أحد العقدين وجهل بالآخر، وحكم بصحّة المعلوم دون المجهول، وبين مجهولي التاريخ، فحكم ببطلانهما وحرمة وطؤهما عليه.

أمّا الصحّة في معلوم التاريخ، فلاستصحاب عدم العقد علىٰ أُختها إلىٰ حين العقد علىٰ هذه، والمفروض ما إذا جهل تاريخ العقد علىٰ أُختها، ويحرز بذلك صحّة هذا العقد المعلوم تاريخه الواقع علىٰ هذه المرأة، فإنّ العقد علىٰ هذه محرز وجداناً ولم تكن أُخته زوجة له بالاستصحاب إلىٰ حين العقد علىٰ هذه.

وأمّا المعلوم تاريخه، فلا يجري فيه الاستصحاب؛ لأنّه لا شكّ بالنسبة إلىٰ المعلوم تاريخه حتّىٰ يجري فيه الاستصحاب.

وهذا التفصيل بين جريان الاستصحاب في المجهول تاريخه دون المعلوم قد اختاره جمع من المحقّقين كالشيخ الأعظم والشيخ صاحب الكفاية وأتباعهما[1]، وذكروا: إنّ الاستصحاب إنّما يجري في مجهول التاريخ ولا يجري في المعلوم؛ إذ ليس له شكّ في عمود الزمان للعلم بعدم حدوثه في زمان وبحدوثه في زمان آخر، فلا مجال للاستصحاب.

وقد ذكرنا في بحث الأُصول مفصّلاً أنّه لا وجه لهذا التفصيل، بل الاستصحاب يجري في المعلوم أيضاً.

---

(١) فرائد الأُصول للشيخ الأنصاري ٣: ٢٤٩ ـ ٢٥٠، كفاية الأُصول: ٤٢١، نهاية الأفكار لآقا ضياء العراقي ٣: ٢٠٥ ـ ٢٠٦.

. . . . . .

وحاصل ما ذكرنا: إنّ الشكّ بالنسبة إلىٰ نفس الزمان وإن كان مرتفعاً؛ لأنّ يوم الجمعة ـ مثلاً ـ نقطع بوقوع العقد فيه ولم يقع قبله، فليس زمان يشكّ فيه، فلا مجال للاستصحاب من هذه الجهة.

ولكن المناط في جريان الأصل هو الشكّ في الحادث الواقع في الزمان بالنسبة إلىٰ حادث آخر من حيث التقدّم والتأخّر، وإن لم نشكّ فيه بحسب الزمان، وإنّما نشكّ فيه بالقياس إلىٰ الحادث الآخر من حيث التقدّم والتأخّر، والمفروض جريان الأصل في المجهول بلا كلام.

وأمّا في المعلوم، فكذلك يجري بلحاظ الشكّ في تقدّمه وتأخّره بالنسبة إلىٰ حادث آخر، فنقول: هذه المرأة ـ التي نعلم بوقوع العقد عليها في يوم الجمعة ـ غير معقودة في الزمان الذي وقع العقد علىٰ أُختها، فيقع التعارض بين الأصلين، ويتنجّز العلم الإجمالي.

وكذلك الحال في مجهولي التاريخ، فيحرم عليه وطؤهما، ولا يحلّ له وطؤهما إلّا بعد مفارقتهما، ثمّ يتزوّج بأيّهما شاء بعقد جديد بعد خروج الأُخرىٰ من العدّة؛ لاحتمال كونها زوجة ولا يجوز تزويجها إلّا بعد خروجها من العدّة إذا كان داخل بها، فلابدّ أن يطلّقها ويقع الطلاق الواقعي ولا أثر لأحد الطلاقين، فإنّ الأُخرىٰ ليس بزوجة لتحتاج إلىٰ الطلاق، وله أن يطلّق طلاقاً واحداً إلىٰ وجه الواقعيّة منهما، فيصبر حتّىٰ تنقضي عدّتها ثمّ يتزوّج بأيّهما شاء.

وهنا صورة ثالثة للطلاق، وهي: أن يطلّق إحداهما معيّنة، وبعد انقضاء

وهل يجبر علىٰ هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليها ؟ لا يبعد ذلك[١] ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَـٰنٍ﴾ . وربّما يقال : بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره ، وأنّه يعيّن بالقرعة .

وقد يقال : إنّ الحاكم يفسخ نكاحهما .

ثمّ مقتضىٰ العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجة وجوب الإنفاق عليهما ما لم يطلّق ، ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكلّ منهما ، وإن كان بعد الدخول فتمامه . لكن ذكر بعضهم أنّه لا يجب عليه إلّا نصف المهر لهما ، فلكلّ منهما الربع في صورة عدم الدخول وتمام أحد المهرين في صورة الدخول . والمسألة محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالي في الماليات .

عدّتها يعقد علىٰ الثانية ، فإنّها إن كانت زوجة من الأوّل فالعقد عليها ثانياً ومجدّداً غير ضائر ، وإذا لم تكن زوجة فهذا عقد جديد .

(١) وهل يجبر علىٰ هذا الطلاق ؟ قيل : بالوجوب[١] ، لم يستبعده في المتن .

واستدلّ بأمرين :

الأوّل : بقاعدة «لا ضرر» ، فإنّ صبر الأُختين علىٰ هذه الحالة ضرر عليهما فيجب الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما .

---

(١) انظر : تذكرة الفقهاء ٢ : ٦٣٥ ، قواعد الأحكام ٣ : ٣٥ ، كشف اللثام ٧ : ١٩٩ ـ ٢٠٠ .

. . . . . .

الثاني: قوله تعالىٰ: ﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَـٰنٍ﴾[١]، فإنّ المستفاد منه: إنّ الزوج عليه أن يعامل المرأة معاملة الزوجيّة أو يُطلّقها ويسرّحها.

أقول: أمّا الآية الشريفة، فالظاهر أنّها أجنبيّة عن المقام بالمرّة، ومدلولها شيء آخر وليس معناها مباشرة الزوج الزوجة.

بل المستفاد من هذه الآية الشريفة ـحسب موارد استعمال هذه الجملة الشريفة متكرّراً في القرآنـ: هو إعمال هذين الأمرين: الإمساك بالمعروف، أو التسريح، بعد الطلاقين أو بعد بلوغ الأجل وإتمام العدّة.

فالمعنىٰ: إنّ الزوجة إذا طُلِّقت أو مات عنها زوجها وتمّت عدّتها، فلا يمسكها ضراراً ويمنعها عن الخروج والتزويج، بل إمّا يُمسكها معروفاً بأن يتزوّجها، أو يُطلق سراحها لتفعل ما تشاء، فلا تشمل ما إذا كانت المرأة زوجته وامتنع الزوج مباشرتها.

وأمّا قوله تعالىٰ: ﴿ٱلطَّلَـٰقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَـٰنٍ﴾[٢]، فيظهر منه بمقتضىٰ الفاء التي هي للترتيب: إنّ هذين الأمرين ـأي الإمساك بمعروف، أو التسريح بإحسانـ يقعان بعد الطلاقين، وقد ورد في بعض الروايات تفسير التسريح بإحسان بالتطليقة الثالثة[٣].

---

(١) سورة البقرة ٢: ٢٢٩.

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٢٩.

(٣) كما روىٰ العياشي في تفسيره عن أبي القاسم الفارسي، قال: قلت للرضاؑ: جعلت

. . . . . .

فمعنىٰ الآية : إنّ الزوج إذا طلّق زوجته مرّتين فبعدهما : إمّا أن يمسكها معروفاً بأن يتزوّجها ، أو تسريح ـ طلاق ثالث ـ بإحسان بأن لا يُراجعها ضراراً حتّىٰ تبين وتتزوّج بزوج آخر إن شاءت .

وكذلك قوله تعالىٰ : ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ سَرِّحُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ**﴾[1] .

أخذ فيه بلوغ الأجل وانقضاء العدّة ، يعني : إنّ هذين الأمرين موردهما بعد الاطلاق وانتهاء العدّة .

فحاصل المعنىٰ : إنّ الزوجة بعد تطليقها وانقضاء عدّتها وبلوغها الأجل فإمّا تُمسك بالرجوع إليها بمعروف ، أو تسرّح بإحسان ، أي تُترك حتّىٰ تنقضي عدّتها ويُطلق سراحها لتفعل ما تريد .

ويؤكّد ما ذكرنا قوله تعالىٰ ـ في الآية المتّصلة لهذه الآية ـ : ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ**﴾[2] .

فإنّ المراد بذلك : إنّ المطلّقة إذا بلغت الأجل وانقضت عدّتها فليس لأحد ولا للأزواج أن يمنعوا النساء عن التزويج .

فداك ، إنَّ الله يقول في كتابه : ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَٰنٍ**﴾ ما يعني بذلك ؟ فقال : «أمّا الإمساك بالمعروف فكفُّ الأذىٰ وإحباء النفقة ، وأمّا التسريح بإحسان فالطلاق علىٰ ما نزل به الكتاب» .

تفسير العيّاشي ١ : ١١٦ / ٣٦٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٥١٢ / ٢٧٧٢٦ .

(١) سورة البقرة ٢ : ٢٣١ .

(٢) سورة البقرة ٢ : ٢٣٢ .

. . . . . .

وكذلك قوله تعالىٰ في سورة الطلاق بعدما ذكر تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِىُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾[١] ذكر تعالىٰ: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْفَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾[٢].

فإنّ المراد ـكما تقدّمـ: هو المراجعة بمعروف، أو يتركهنّ بمعروف، وطريق جميل بأن يُطلق سراحها لتفعل ما تريد.

وهكذا المراد في عدّة الوفاة، قال تعالىٰ: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوْنَ مِنكُمْ وَيَذَرُونَ أَزْوَٰجًا يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[٣].

فإنّ معنىٰ ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾: بعد انقضاء العدّة وانتهائها، فهنّ يخترن لأنفسهنّ ماشئن.

فالمراد من الآيات الشريفة: عدم جواز منع الزوجة من التزويج، بل الزوج بنفسه: إمّا أن يتزوّج بها، أو يسرّحها ويتركها علىٰ حرّيتها لتختار ما تشاء، وحملها علىٰ وجوب الطلاق ممّا لا وجه له أصلاً، فمورد الآيات أجنبيٌّ عمّا نحن بصدده بالمرّة.

علىٰ أنّه فسّر الإمساك بالمعروف: بالإنفاق في بعض الروايات، كرواية

---

(١) سورة الطلاق ٦٥: ١.

(٢) سورة الطلاق ٦٥: ٢.

(٣) سورة البقرة ٢: ٢٣٤.

. . . . . .

العياشي في تفسيره[١]، ولكن الرواية ضعيفة السند بالإرسال.

نعم، ورد هذا المضمون ـ وهو وجوب الإنفاق عليها وإقامة ظهرها وصلبها من المطعم والكسوة والمسكن وسدّ حاجاتها ـ في عدّة من الروايات[٢]، ولو امتنع الزوج من ذلك وجب الطلاق، بل للإمام وللحاكم أن يطلّقها.

---

(١) وهي: روىٰ العياشي في تفسيره عن أبي القاسم الفارسي، قال: قلت للرضا عليه السلام: جعلت فداك، إنَّ الله يقول في كتابه: ﴿**فَإِمْسَاكُ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحُ بِإِحْسَـٰنٍ**﴾ ما يعني بذلك؟

فقال: «أمّا الإمساك بالمعروف فكفُّ الأذىٰ وإحباء النفقة، وأمّا التسريح بإحسان فالطلاق علىٰ ما نزل به الكتاب».

تفسير العيّاشي ١: ١١٦ / ٣٦٥، وسائل الشيعة ٢١: ٥١٢ / ٢٧٧٢٦.

(٢) **منها**: عن ربعي بن عبدالله والفضيل بن يسار جميعاً، عن أبي عبدالله عليه السلام في قوله تعالىٰ: ﴿**وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَاهُ ٱللَّهُ**﴾؟

قال: «إن أنفق عليها ما يُقيم ظهرها مع كسوة وإلّا فرّق بينهما».

من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٤١ / ٤٥٣٠، وسائل الشيعة ٢١: ٥٠٩ / ٢٧٧١٤، والآية في سورة الطلاق ٦٥: ٧.

ومنها: عن إسحاق بن عمّار أنّه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن حقّ المرأة علىٰ زوجها؟ قال: «يُشبع بطنها ويكسو جثتها وإن جهلت غفر لها».

من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٤٠ / ٤٥٢٦، وسائل الشيعة ٢١: ٥١٠ / ٢٧٧١٦.

ومنها: عن روح بن عبد الرحيم قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: قوله عزّ وجلّ: ﴿**وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَاهُ ٱللَّهُ**﴾؟

قال: «إذا أنفق عليها ما يُقيم ظهرها مع كسوة وإلّا فرّق بينهما».

الكافي ٥: ٧ / ٥١٢، وسائل الشيعة ٢١: ٥١١ / ٢٧٧١٩، والآية في سورة الطلاق ٦٥: ٧.

. . . . . .

وأمّا الامتناع عن الأُمور الجنسيّة ، فلا يوجب الطلاق ، ولو كان الزوج عاصيّاً بترك المعاملات الجنسيّة ، وفي بعض الروايات : إنّ الزوجة ليس لها غير ذلك ممّا يسدّ حاجتها من إقامة صلبها ، بل قد صرّح في بعض الروايات : إنّ الامتناع من الأُمور الجنسيّة لا يوجب شيئاً إذا كان ينفق ، ففي صحيح الحلبي : «فما أنفق عليها فهي امرأته» .

قال : قلت : فإنّها تقول : فإنّي أُريد ما تريد النساء ؟

قال : «ليس ذاك لها ولا كرامة»[١] .

ونحوه ما في أبي الصباح الكناني : فإن قال الولي : أنا أنفق عليها ؟

قال : «فلا يجبر علىٰ طلاقها» .

قال : قلت : أرأيت إن قالت : أنا أُريد مثل ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا ؟

قال : «ليس لها ذلك ولا كرامة إذا أنفق عليها»[٢] .

---

(١) وهي كاملة : عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن المفقود ؟

فقال : «المفقود إذا مضىٰ له أربع سنين بعث الوالي أو يكتب إلىٰ الناحية التي هو غائب فيها ، فإنّ لم يوجد له أثر أمر الوالي وليّه أن ينفق عليها ، فما أنفق عليها فهي امرأته» .

قال : قلت : فإنّها تقول : فإنّي أُريد ما تريد النساء ؟

قال : «ليس ذاك لها ولا كرامة ، فإنّ لم ينفق عليها وليّه أو وكيله أمره أن يطلّقها فكان ذلك عليها طلاقاً واجباً» .

الكافي ٦ : ١٤٧ / ١ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ١٥٨ / ٢٨٢٦٧ .

(٢) وهي كاملة : عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام في امرأة غاب عنها

. . . . . .

أمّا الأوّل : وهو ما استدلّ به من لزوم الضرر إذا لم يطلّق .

ففيه : إنّ الضرر غير مترتّب علىٰ نفس الزوجيّة لترتفع بالضرر ، بل الضرر إنّما يترتّب علىٰ الأُمور المترتّبة علىٰ الزوجيّة .

وبعبارة أُخرىٰ : نفس الزوجيّة غير ضرريّة ، وإنّما اللوازم المترتّبة علىٰ الزوجيّة ضرريّة ، ولا ضرر يرفع حكم المورد الذي كان ضرريّاً في نفسه .

علىٰ أنّ مدلول «لا ضرر» نفي الأحكام في موارد الضرر ولا يتصدّىٰ لإثبات حكم يرتفع به الضرر .

ثمّ إنّ إلزام الزوج بالطلاق ودفع مهر المثل ضرر عليه ، كما أنّ التزام الزوج بالزوجيّة ووجوب الإنفاق عليه ضرر عليه ، فكلّ من وجوب الطلاق والالتزام بالزوجيّة ضرر عليه .

علىٰ أنّه يجب علىٰ الزوج مقاربة زوجته في كلّ أربعة أشهر ، وهذا محذور آخر ، فحينئذٍ يدور الأمر بين المحذورين ؛ لأنّه يحرم عليه وطؤها

زوجها أربع سنين ولم ينفق عليها ولم تدر أحي هو أم ميّت ، أيجبر وليّه علىٰ أن يطلّقها ؟

قال : «نعم ، وإن لم يكن له وليّ طلّقها السلطان» .

قلت : فإن قال الولي أنا أنفق عليها ؟

قال : «فلا يجبر علىٰ طلاقها» .

قال : قلت : أرأيت إن قالت : أنا أُريد مثل ما تريد النساء ولا أصبر ولا أقعد كما أنا ؟

قال : «ليس لها ذلك ولا كرامة إذا أنفق عليها» .

الكافي ٦ : ١٤٨ / ٣ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ١٥٨ / ٢٨٢٦٨ .

. . . . . .

لاحتمال كونها أجنبيّة .

وبعبارة أُخرىٰ : هذه المرأة : أمّا يجب وطؤها لاحتمال كونها زوجة ، وأمّا يحرم وطؤها لاحتمال كونها أجنبيّة .

ومن ناحية أُخرىٰ : يجب علىٰ كلّ من الأُختين أن تعامل الزوج معاملة الزوجيّة ؛ لأنّ العلم الإجمالي منجّز بالنسبة إلىٰ العالم ، وهو الرجل ، وأمّا المرأة ترىٰ نفسها زوجة لهذا الرجل وهي لا تعلم علماً إجماليّاً ، فكلّ منهما تستصحب عدم زوجيّة أُختها قبل عقدها ، فيجب علىٰ كلّ منهما معاملة الزوجة للزوج ، وهذه مشكلة أُخرىٰ ، فتبقىٰ المرأة معطّلة ومعلّقة ، وينافي ذلك ما دلّ من الروايات علىٰ أنّ المرأة لا تبقىٰ بلا زوج[1] ، فلا بدّ من الرجوع إلىٰ القرعة وتنحل بها جميع المشكلات المذكورة ، وأدلّة القرعة وافية لحلّ كلّ أمر مشكل .

---

(١) كما عن عبدالرحمن البصري ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : قلت له : امرأة طلّقت علىٰ غير السنّة ؟

فقال : « تتزوّج ، هذه المرأة لا تترك بغير زوج » .

تهذيب الأحكام ٨ : ٥٨ / ١٨٨ ، الاستبصار ٣ : ٢٩١ / ١٠٢٩ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٧٢ / ٢٨٠٥٤ .

ومنها : عن عبدالله بن سنان قال : سألته عن رجل طلّق امرأته لغير عدّة ثمّ أمسك عنها حتّىٰ انقضت عدّتها ، هل يصلح لي أن أتزوّجها ؟

قال : « نعم ، لا تترك المرأة بغير زوج » .

تهذيب الأحكام ٨ : ٥٨ / ١٨٩ ، الاستبصار ٣ : ٢٩٢ / ١٠٣٠ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٧٣ / ٢٨٠٥٥ .

. . . . . .

وقد ورد في النصّ: إنّ سهم الله لا يُخطئ[١]، فحينئذٍ تنحلّ جميع المشكلات بالنسبة إلىٰ الزوج والمرأتين.

هذا كلّه بالنسبة إلىٰ نفس الزوجيّة.

وأمّا المهر، فإن أراد طلاقهما معاً فقد يفرض أنّه وطأهما معاً، فيجب عليه المهر المسمّىٰ بالنسبة إلىٰ واحدة منهما، والمثل بالنسبة إلىٰ الأُخرىٰ.

ولكن حيث لا يُدرىٰ أيّهما تستحقّ المسمّىٰ أو المثل فلا بدّ من الرجوع إلىٰ القرعة أيضاً.

وأمّا إذا لم يدخل بهما، فلا يجب عليه إلّا نصف المهر، ولكن لمن يدفعه؟ فإنّ الزوجة مردّدة بين المرأتين، فهذا المال مردّد بين شخصين، وهذه مسألة سيّالة جارية في كلّ مال مردّد بين شخصين أو بين جهتين، كالمال الموقوف المردّد بين المسجد أو المدرسة، أو أوصىٰ المال لأحد أولاده المردّد بين الولد الأكبر أو الأصغر، أو المال المردّد بين زيد أو عمر وهكذا، فإنّ مقتضىٰ النظر الأوّ لي ـ وحسب القاعدة الأوّليّة ـ هو الاحتياط ودفع المال إلىٰ كلّ واحد منهما والصرف في كلّ من الجهتين، ولكنّه يرتفع بلا

---

(١) والنص في هذه الرواية: عن محمّد بن حكيم قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن شيء؟

فقال لي: «كلّ مجهول ففيه القرعة».

قلت له: إنّ القرعة تُخطئ وتُصيب؟

قال: «كلّ ما حكم الله به فليس بمخطئ».

تهذيب الأحكام ٦: ٢٤٠ / ٥٩٣، وسائل الشيعة ٢٧: ٢٥٩ / ٣٣٧٢٠.

. . . . . .

ضرر.

ويظهر من المحقّق صاحب الكفاية عدم جريان «لا ضرر» في أمثال المقام؛ لأنّ قاعدة «لا ضرر» ناظرة إلىٰ رفع الأحكام الشرعيّة لا الأحكام العقليّة الثابتة بالاحتياط في مورد العلم الإجمالي.

وفيه: إنّ وجوب الاحتياط وإن كان حكماً عقليّاً ولكنّه من فروع الوجوب الشرعي وآثاره، والحكم الشرعي منشأ للحكم العقلي، فلا يجب عليه إلّا النصف، وإنّما قالوا بالنصف لقاعدة العدل والإحسان المستفادة من بعض النصوص، كما التزموا بصرف المال في المقدّمات الوجوديّة، كما إذا احتاج إيصال المال إلىٰ صاحبه إلىٰ صرف مال يؤخذ من نفس المال وصرفه في مقدّمات الإيصال، كما يؤخذ من المال الزكوي لصرفه إلىٰ مستحقّيه؛ كذلك الحال في المقدّمات العلميّة، واستندوا إلىٰ رواية إيداع درهمين وإيداع درهم واحد عند شخص ثمّ فقد واحد من الدراهم، فقد ورد: «إنّه يدفع لصاحب الدرهمين درهم ونصف، ولصاحب الدرهم يدفع نصف الدرهم»[1]، مع أنّه لو كان المفقود من صاحب الدرهم الواحد فلا يستحقّ شيئاً، وإن كان المفقود من صاحب الدرهمين فصاحب الدرهم يستحقّ تمام درهمه ولا

---

(١) وهي: معتبرة السكوني عن الصادق، عن أبيه عليهما السلام في رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منها؟

قال: «يعطي صاحب الدينارين ديناراً، ويقسّم الآخر بينهما نصفين».

من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٧ / ٣٢٧٨، تهذيب الأحكام ٦: ٢٠٨ / ٤٨٣ و ٧: ١٨١ / ٧٩٧، وسائل الشيعة ١٨: ٤٥٢ / ٢٤٠٢٥.

مسألة ٤٤*: لو اقترن عقد الأُختين ـبأن تزوّجهما بصيغة واحدة، أو عقد علىٰ إحداهما ووكيله علىٰ الأُخرىٰ في زمان واحدـ بطلا معاً[١]، وربّما يقال بكونه مخيّراً في اختيار أيّهما شاء لرواية محمولة علىٰ التخيير بعقد جديد.

ينقص منه نصف الدرهم.

وبالجملة: التزموا بهذا النوع من التوزيع رعاية لإيصال جزء من المال علىٰ الأقلّ إلىٰ صاحبه، وإلّا فربّما لا يصل المال بأجمعه إلىٰ صاحبه، ولا ريب أنّ ذلك أولىٰ، وإن علم بوصول بعض المال إلىٰ غير المالك يقيناً.

ولا يخفىٰ أنّه لا مجال لقياس المقدّمات العلميّة بالمقدّمات الوجوديّة، وما ذكروه من قاعدة العدل والإحسان لم تثبت، وأمّا مسألة الودعي ففي مورد خاصّ لا يمكن التعدّي عنه، وعليه فلا مجال إلّا القرعة.

(١) ذكر قدس سره في هذه المسألة صورتين:

الأولىٰ: ما لو اقترن عقد الأُختين بصيغة واحدة بأنّ تزوّجهما بعقد واحد.

ولا ريب أنّ مقتضىٰ القاعدة هو بطلان العقد بالنسبة إليهما معاً، ولكن المشايخ الثلاثة قدس سرهم رووا رواية تدلّ علىٰ صحّة إحداهما، وأنّه يتخيّر أيّتهما شاء، والمحقّق في الشرائع رمىٰ الرواية بالضعف[١] في السند علىٰ ما في الكافي والتهذيب بالإرسال، وبعليّ بن السندي أيضاً في رواية الشيخ فإنّه

(*) كتب المؤلّف دام ظله في بداية هذه المسألة: يوم الثلاثاء ٢ ربيع الأوّل ١٤٠٢ هـ.

(١) شرائع الإسلام ٢: ٥١٩.

. . . . . .

مجهول الحال، واحتمال اتّحاده مع عليّ بن إسماعيل الذي وثّقه نصر بن الصباح لم يثبت إلّا من جهة شهادة نصر بن الصباح، ولا يعتدّ بقوله، وعلىٰ تقدير الثبوت فوثاقته غير ثابتة، وقد تعرضنا لتفصيل ذلك في معجم الرجال[١].

أمّا الكليني، فقد رواها عن عليّ بن إبراهيم، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن جميل بن درّاج، عن بعض أصحابه، عن أحدهما عليهما السلام أنّه قال في رجل تزوّج أُختين في عقدة واحدة قال: «هو بالخيار يمسك أيّتهما شاء ويخلي سبيل الأُخرىٰ»[٢].

رواها الشيخ بإسناده عن محمّد بن عليّ بن محبوب، عن علي بن السندي، عن ابن أبي عمير، عن جميل بن درّاج، عن بعض أصحابنا، عن أحدهما عليهما السلام[٣].

ولكن الصدوق رواها مسنداً بسند صحيح عن جميل بن درّاج، عن أبي عبدالله عليه السلام[٤].

وقد اعترف صاحب الجواهر أيضاً بصحّة السند، ولذا قال: لا يضرّ ضعف الرواية علىٰ طريق الكليني والشيخ بعد صحّة السند علىٰ طريق

---

(١) معجم رجال الحديث ١١: ٢٩٥ و١٢: ٥٠.

(٢) الكافي ٥: ٤٣١/ ٣، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٨/ ٢٦١٤٠.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٥/ ١٢٠٣.

(٤) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤١٩/ ٤٤٦٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٧٨/ ٢٦١٣٩.

. . . . . .

الصدوق[١].

ولكنّه مع ذلك لم يعتمد عليها؛ لإعراض المعظم عنها، ولأنّ الاحتياط في الفروج يوهن الاعتماد عليها والركون إليها، ولضعف الدلالة لاحتمال إرادة الإمساك بعقد جديد مستأنف، يعني يطلّقهما ثمّ يستأنف العقد علىٰ أيّتهما شاء.

وقد يقال بأنّ الرواية ضعيفة علىٰ كلّ حال؛ لأنّ الرواية واحدة رواها جميل بن درّاج، ولا نحتمل أنّ جميل بن درّاج رواها لابن أبي عمير مرّتين: تارة مسندة، وأُخرىٰ مرسلاً، فالاشتباه واقع في أحد الطريقين.

وفيه: إنّ وقوع الاشتباه من إبراهيم بن هاشم مسلّم؛ لأنّه رواها في طريق الصدوق مسنداً، وفي طريق الشيخ مرسلاً.

ولكن طريق الصدوق إلىٰ ابن أبي عمير ليس منحصراً بإبراهيم بن هاشم، بل فيه أيوب بن نوح ويعقوب بن يزيد ومحمّد بن عبدالجبار، وهم رووا عن ابن أبي عمير، عن جميل مسنداً من دون الإرسال، فالاعتماد والركون في صحّة السند علىٰ هذا الطريق.

وبالجملة: لا ينبغي الريب في صحّة السند علىٰ طريق الصدوق.

وأمّا المناقشة في الدلالة ـ بحمل الرواية علىٰ عقد جديد ـ فبعيدة جدّاً، فإنّ الظاهر منها جعل الخيار له في إمساك أيّتهما شاء وإطلاق الأُخرىٰ بنفس

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٤.

ولو تزوّجهما وشكّ في السبق والاقتران[١] حكم ببطلانهما أيضاً .

العقد الواقع عليهما خصوصاً في صحيحة الصدوق المذيّلة بقوله في رجل تزوّج خمساً في عقدة واحدة قال : «يخلّي سبيل أيّتهنّ شاء»[١] ، فإنّه لا يحتمل فيه هذا المعنىٰ ، كما لا يخفىٰ .

الصورة الثانية : ما لو عقد هو علىٰ إحداهما ووكيله علىٰ الأُخرىٰ في زمان واحد ، فاقترن عقده وعقد وكيله .

نسب في الجواهر الخيار في هذه الصورة إلىٰ جماعة[٢] .

ولكن الظاهر هو البطلان ؛ لما تقتضيه القاعدة الأوّليّة ، والنصّ الدالّ علىٰ الخيار مورده عقدهما بعقد واحد لا بعقدين مقترنين ، والتعدّي من العقد الواحد إلىٰ عقدين مقترنين قياس .

ولكن الظاهر صحّة عقد نفسه وبطلان وكيله ؛ لقصور التوكيل وعدم صحّته في أمثال هذه العقود غير المشروعة ، فإنّ العقد الفاسد في النكاح وغيره لا يقبل الوكالة ، فالوكالة باطلة بالنسبة إلىٰ عقد الثانية ، فلا مانع من صحّة عقد نفسه .

(١) هذا الفرع أيضاً يتفرّع إلىٰ فرعين :

الأوّل : ما إذا علم بعدم سبق أحدهما المعيّن علىٰ الآخر ، ولا يحتمل سبقه علىٰ الآخر ، وإنّما يحتمل تقارنه مع الآخر ، كما لو علم بأنّ العقد علىٰ

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤١٩ / ٤٤٦٠ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٧٨ / ٢٦١٣٩ .

(٢) جواهر الكلام ٢٩ : ٣٨٤ . والخيار أفتىٰ به الشيخ في النهاية ٢ : ٢٩٦ ، وابن البرّاج في المهذّب ٢ : ١٨٤ .

. . . . . .

الأُخت الكبيرة غير سابق علىٰ العقد علىٰ الأُخت الصغيرة، وإنّما يحتمل مقارنة العقدين أو سبق العقد علىٰ الصغيرة.

والظاهر خروج هذا الفرض عن محلّ كلامه، فإنّ محلّ كلامه: ما احتمل السبق في كلّ منهما واحتمل التقارن.

وكيف كان، إذا علم أنّه إمّا سابق علىٰ العقد الآخر أو مقارن له، كالمثال المتقدّم، فالعقد علىٰ الكبيرة معلوم البطلان إمّا للتقارن بناءً علىٰ ما ذهب إليه المصنّف من البطلان في صوره التقارن، أو للتأخّر.

وأمّا العقد علىٰ الصغيرة الذي يحتمل سبقه، فهو محتمل الصحّة، والبطلان يحكم عليه بالصحّة؛ لأنّه يشك في أنّه عقد علىٰ أُختها الصغيرة حين العقد علىٰ الكبيرة أم لا، والأصل عدم العقد على الكبيرة إلىٰ زمان الفراغ عن العقد علىٰ الصغيرة.

ولا يعارض بأصالة عدم العقد علىٰ الصغيرة حين العقد علىٰ الكبيرة؛ لأنّ العقد علىٰ الكبيرة معلوم البطلان للتقارن أو للتأخّر، وكذا الحال بناءً علىٰ القول بالصحّة والتخيير علىٰ التقارن، كما هو المختار؛ لأنّ استصحاب عدم العقد علىٰ الكبيرة إلىٰ زمان الفراغ عن العقد علىٰ الصغيرة محكّم بلا معارض؛ لعدم احتمال السبق في العقد علىٰ الكبيرة.

الثاني: ما إذا احتمل السبق في كلّ منهما ولا يعلم السابق واللاحق واحتمل التقارن، وهذا الفرض محلّ كلامه في المتن، فقد حكم قدس سره بالبطلان.

.....

ولا يخفىٰ أنّ الحكم بالبطلان في صورة احتمال التقارن إنّما يتمّ علىٰ مبناه.

وأمّا الحكم بالبطلان في فرض احتمال السبق في كلّ منهما، فلأنّ العقد السابق وإن كان صحيحاً في نفسه، ولكن لم يحرز السابق؛ لأنّ أصالة عدم السبق في كلّ منهما معارضة بالآخر، فإنّ أصالة عدم العقد علىٰ أُخت هذه إلىٰ زمان الفراغ عن العقد علىٰ الأُخرىٰ معارضة بجريان الأصل في الجانب الآخر، فلم يعلم السابق، فلم يحرز الصحّة في كلّ منهما.

ثمّ إنّه كان علىٰ المصنّف ﷺ أن يقيّد البطلان بما إذا كانا مجهولي التاريخ، وأمّا إذا كان أحدهما معلوماً والآخر مجهولاً، فالأصل في المعلوم لا يجري، وإنّما يجري في المجهول، فالأصل في المجهول يجري إلىٰ زمان هذا المعلوم بلا معارض، وهذا أمر متسالم عندهم، وقد صرّح بالتفصيل في المسألة السابقة، وقد صرّح بالتفصيل في المسألة السابقة.

فلو علم بأنّه عقد علىٰ هذه يوم السبت، وأمّا العقد الثاني فلا يعلم وقوعه يوم الجمعة أو يوم الأحد، فتجري أصالة عدم العقد إلىٰ يوم الأحد.

نعم، علىٰ مسلكنا يتعارض الاستصحابان، هذا كلّه بناءً علىٰ البطلان في فرض التقارن.

وأمّا لو قلنا بالصحّة فيه والحكم بالتخيير فيعلم أنّ أحدهما صحيح علىٰ نحو التخيير، أو أنّ السابق صحيح تعيينيّاً، فالصحيح مردّد بين التعيين والتخيير، فالمرجع هو القرعة لتعيين السبق والاقتران.

مسألة ٤٥: لو كان عنده أُختان مملوكتان، فوطئ إحداهما، حرمت عليه الأُخرىٰ حتّىٰ تموت الأُولىٰ، أو يخرجها عن ملكه[١] ببيع أو صلح أو هبة ونحوهما، ولو بأن يهبها لولده.

---

(١) لا ينبغي الريب في حرمة وطء الثانية إذا وطئ الأُولىٰ؛ لأنّ وطء الثانية محقّق للجمع بين الأُختين، كما هو الحال في النكاح، فإنّ نكاح الأُخت الثانية محقّق للجمع، فلا يجوز.

وقد عرفت سابقاً أنّه لا فرق في حرمة الجمع بين الأُختين بين الحرّتين والمملوكتين؛ لإطلاق الأدلّة من الكتاب والسنّة، مضافاً إلىٰ خصوص معتبرة مسعدة بن زياد[١] المتقدّمة في المسألة التاسعة والثلاثين، إلّا إذا خرجت الأُولىٰ عن ملكه ببيع أو هبة أو صلح ونحو ذلك ممّا يوجب خروجها عن ملكه، كما في النصوص المعتبرة[٢].

وهنا رواية معتبرة ربّما يستدلّ بها علىٰ جواز وطء الثانية إذا اعتزل الأُولىٰ وإن لم يخرجها عن ملكه، وهي:

صحيحة معاوية بن عمّار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت عنده جاريتان أُختان فوطئ إحداهما، ثمّ بدا له في الأُخرىٰ؟

---

(١) وهي: عن مسعدة بن زياد قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «يحرم من الإماء عشر لا تجمع بين الأُمّ والبنت، ولا بين الأُختين...».
تهذيب الأحكام ٨: ١٩٨ / ٦٩٥، وسائل الشيعة ٢١: ٩٢ / ٢٦٦١١.

(٢) كصحيحة عبدالله بن سنان، قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «إذا كانت عند الرجل الأُختان المملوكتان فنكح إحداهما، ثمّ بدا له في الثانية فنكحها، فليس له أن ينكح الأُخرىٰ حتّىٰ تخرج الأُولىٰ من ملكه يهبها أو يبيعها، فإن وهبها لولده يجزيه».
تهذيب الأحكام ٧: ٢٨٨ / ١٢١٢، الاستبصار ٣: ١٧١ / ٦٢٥، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ: ١٢٣ / ٣١٤، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٢ / ٢٦١٤٧.

. . . . . .

قال : « يعتزل هذه ويطأ الأُخرىٰ » .

قال : قلت : فإنّه تنبعث نفسه للأُولىٰ ؟

قال : « لا يقربها حتّىٰ تخرج تلك عن ملكه »[١] .

فإنّه يظهر من قوله : « يعتزل » : إنّ مجرّد الاعتزال عن الأُولىٰ يكفي في جواز وطء الثانية وإن لم تخرج الأُولىٰ عن ملكه .

وأورد صاحب الجواهر علىٰ هذا الخبر بأنّه فاقد لشرائط الحجيّة[٢] في نفسه ، علىٰ أنّه مخالف للإجماع وللنصوص الدالّة علىٰ عدم حلّ الثانية لمن وطأ الأُولىٰ إلّا بإخراج الأُولىٰ الموطوءة عن الملك ، كمعتبرة عبد الغفار الطائي[٣] ، وصحيحة عبدالله بن سنان[٤] .

أقول : أمّا المناقشة في سند خبر معاوية بن عمّار ، فلا وجه له أصلاً ،

---

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ٢٨٨ / ١٢١٣ ، الاستبصار ٣ : ١٧٢ / ٦٢٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٢ / ٢٦١٤٨ .

(٢) جواهر الكلام ٢٩ : ٣٨٨ .

(٣) وهي : عن عبد الغفار الطائي ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كانت عنده أُختان فوطئ إحداهما ، ثمّ أراد أن يطأ الأُخرىٰ ؟

قال : « يخرجها عن ملكه » . قلت : إلىٰ مَن ؟ قال : « إلىٰ بعض أهله » .

قلت : فإنّ جهل ذلك حتّىٰ وطئها ؟ قال : « حرمتا عليه كلتاهما » .

تهذيب الأحكام ٧ : ٢٩١ / ١٢٢٠ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٤ / ٢٦١٥٢ .

(٤) وهي : عبدالله بن سنان ، قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : « إذا كانت عند الرجل الأُختان المملوكتان فنكح إحداهما ، ثمّ بدا له في الثانية فنكحها ، فليس له أن ينكح الأُخرىٰ حتّىٰ تخرج الأُولىٰ من ملكه يهبها أو يبيعها ، فإن وهبها لولده يجزيه » .

تهذيب الأحكام ٧ : ٢٨٨ / ١٢١٢ ، الاستبصار ٣ : ١٧١ / ٦٢٥ ، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ : ١٢٣ / ٣١٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٢ / ٢٦١٤٧ .

والظاهر كفاية التمليك الذي له فيه الخيار[١] وإن كان الأحوط اعتبار لزومه. ولا يكفي ـ على الأقوى ـ ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكيّة، كالتزويج للغير، والرهن، والكتابة، ونذر عدم المقاربة، ونحوها.

فإنّ الشيخ رواه بإسناده عن البزوفري، وطريق الشيخ إليه صحيح، ورجال السند كلّهم ثقات ومن الأكابر.

نعم، يمكن المناقشة في دلالته باعتبار المراد من قوله: «هذه»، فإنّ الظاهر أنّ كلمة «هذه» ترجع إلىٰ الأُخرىٰ بشهادة القرب، ولو كان المراد بها الأُولىٰ لعبّر بـ: تلك؛ لأنّها أبعد في العبارة، فقوله: «يعتزل هذه ويطأ الأُخرىٰ»، معناه: يعتزل الأُخرىٰ، أي الثانية، «ويطأ الأُخرىٰ»: أي الأُولىٰ التي وطئها سابقاً.

وأمّا الأُولىٰ في قوله: تنبعث نفسه للأُولىٰ: المراد بها الأُولىٰ في كلام الإمام عليه السلام، والمراد من: «تلك» هو الأُولىٰ ولا أقل من الإجمال، ومع الإغماض عن ذلك ودلالتها علىٰ عدم لزوم إخراجها عن الملك والاكتفاء بمجرّد الاعتزال، فهي معارضة لصحيحة عبدالله بن سنان، والترجيح لصحيحة ابن سنان؛ لموافقتها للكتاب الدالّ علىٰ حرمة الجمع بين الأُختين.

وبالجملة: لا ريب في عدم جواز وطء الثانية ما لم يُخرج الأُولىٰ الموطوءة عن ملكه أو تموت.

(١) وهل يكفي إخراجها عن ملكه بعقد جائز أم لا؟

استظهر بعضهم عدم الاكتفاء بالعقد الجائز والخياري[١]؛ بدعوىٰ أنّ

---

(١) انظر المبسوط ٤: ٢٣١، تذكرة الفقهاء (ط. ق) ٢: ٦٥٨.

ولو وطئها من غير إخراج للأُولىٰ لم يكن زانياً[١] فلا يحدّ، ويلحق به الولد، نعم، يعزّر.

العبرة بعدم التمكّن من الوطء، وإذا كان العقد جائزاً يتمكّن من الوطء لتمكّنه من الفسخ والرجوع.

وفيه: إنّ الظاهر من إطلاق الأدلّة هو الاكتفاء بمجرّد التمليك، وأنّه تحلّ الأُخرىٰ بخروج الأُولىٰ عن ملكه، ولا عبرة بإمكان الوطء وعدمه، بل العبرة بكونه مالكاً للأُولىٰ وعدمه، فما ذكره القائل ليس إلّا مجرّد استحسان في مقابل ظاهر النص.

وذكر بعضهم إنّ العبرة: بعدم إمكان الوطء للأُولىٰ وإن لم تخرج عن ملكه[١].

فكلّ ما يمنع من المقاربة ولو كانت باقية علىٰ ملكه يكفي في حليّة وطء الثانية، كتزويج الأُولىٰ للغير، أو نذر عدم المقاربة واليمين ونحو ذلك من موانع الوطء.

وأمّا الرهن، فقد ذكرنا أنّه لا يمنع من التصرّف، وما اشتهر من أنّ الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرّف نبويّ مرسل، وما ذكره لا دليل عليه، ويردّه إطلاق الروايات الدالّة علىٰ اعتبار خروج الأُولىٰ عن ملكه في حليّة وطء الثانية.

(١) ثمّ إنّه لو وطأ الثانية من غير إخراج للأُولىٰ لم يكن زنا، فلا يُحدّ، ويُلحق به الولد؛ لأنّ الزنا هو الوطء غير المستحقّ بالأصالة، والحرمة

---

(١) انظر تذكرة الفقهاء (ط. ق) ٢: ٦٣٧.

مسألة ٤٦ : إذا وطئ الثانية بعد وطء الأُولىٰ ، حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم[١] .

العرضيّة للوطء لا توجب ولا تتحقّق الزنا ، كالوطء في حال الحيض ونحو ذلك من موارد الحرمة العرضيّة .

(١) إذا وطأهما قبل أن يُخرج الأُولىٰ عن ملكه ، فهل تحرمان معاً عليه ، أو تحرم الأُولىٰ حتّىٰ تخرج الثانية عن ملكه ، أو أنّ الثانية تبقىٰ علىٰ حرمتها وتحلّ الأُولىٰ ، كما في الشرائع[١] ؟

أقوال :

أمّا الأوّل : فقد اختاره المصنّف رحمه الله .

وأمّا الثاني : فقد حكاه في الشرائع بعنوان قيل[٢] ، ولكن لم يعرف قائله ، كما عن المسالك[٣] .

وأمّا الثالث : فقد اختاره المحقّق في الشرائع[٤] .

والظاهر حرمتهما معاً مع بقاء ملكيّتهما له .

أمّا حرمة الثانية ، فلإطلاق الروايات ، كصحيحة ابن سنان[٥] ، فالثانية

---

(١) شرائع الإسلام ٢ : ٥١٧ .

(٢) شرائع الإسلام ٢ : ٥١٧ .

(٣) مسالك الأفهام ٧ : ٣٢١ .

(٤) شرائع الإسلام ٢ : ٥١٧ .

(٥) وهي : عن عبدالله بن سنان ، قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : «إذا كانت عند الرجل الأُختان المملوكتان فنكح إحداهما ، ثمّ بدا له في الثانية فنكحها ، فليس له أن ينكح الأُخرىٰ حتّىٰ تخرج الأُولىٰ من ملكه يهبها أو يبيعها ، فإن وهبها لولده يجزيه» .

. . . . . .

يحرم وطؤها إذا وطئ الأُولىٰ ، فإذا زالت ملكيّة الأُولىٰ وخرجت عن ملكه حلّ وطء الثانية .

مضافاً إلىٰ صحيح الحلبي الدالّ علىٰ حرمتهما عليه جميعاً[١] .

وأمّا حرمة وطء الأُولىٰ ، لعدّة من الروايات :

منها : صحيح الحلبي[٢] ، وصحيح ابن مسلم[٣] ، وصحيح أبي بصير[٤] ،

تهذيب الأحكام ٧ : ٢٨٨ / ١٢١٢ ، الاستبصار ٣ : ١٧١ / ٦٢٥ ، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ : ١٢٣ / ٣١٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٢ / ٢٦١٤٧ .

(١) وهو : عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يشتري الأُختين فيطأ إحداهما ثمّ يطأ الأُخرىٰ بجهالة ؟

قال : «إذا وطئ الأخيرة بجهالة لم تحرم عليه الأُولىٰ ، وإن وطئ الأخيرة وهو يعلم أنّها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً» .

الكافي ٥ : ٤٣٣ / ١٤ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٤٨ / ٤٥٥٢ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٩٠ / ١٢١٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٤ / ٢٦١٥١ .

(٢) انظر الهامش السابق .

(٣) وهو : عن محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن رجل كان عنده أُختان مملوكتان فوطئ إحديهما ، ثمّ وطئ الأُخرىٰ ؟

قال : «إذا وطئ الأُخرىٰ فقد حرمت عليه الأُولىٰ حتّىٰ تموت الأُخرىٰ» .

قلت : أرأيت إن باعها أتحلّ له الأُولىٰ ؟

قال : «إن كان باعها لحاجة ولا يخطر علىٰ باله من الأُخرىٰ شيء فلا ولا كرامة» .

من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٤٨ / ٤٥٥١ .

(٤) وهو : عن أبي بصير قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له أُختان مملوكتان فوطئ إحداهما ، ثمّ وطئ الأُخرىٰ أيرجع إلىٰ الأُولىٰ فيطأها ؟

قال : «إذا وطئ الثانية فقد حرمت عليه الأُولة حتّىٰ تموت أو يبيع الثانية من غير

. . . . . .

وخبر محمّد بن الفضيل[١]، وخبر عليّ بن أبي حمزة[٢].

بأن يبيعها من شهوة لأجل أن يرجع إلىٰ الأُولىٰ».

تهذيب الأحكام ٧: ٢٩١/ ١٢٢١، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٤/ ٢٦١٥٣.

(١) وهو: عن محمّد بن الفضيل، عن أبي الصباح الكناني، عن أبي عبدالله عليه السلام ـ في حديث ـ قال: سألته عن رجل عنده أُختان مملوكتان فوطئ إحداهما، ثمّ وطئ الأُخرىٰ؟

فقال: «إذا وطئ الأُخرىٰ فقد حرمت عليه الأُولىٰ حتّىٰ تموت الأُخرىٰ».

قلت: أرأيت إن باعها؟

فقال: «إن كان إنّما يبيعها لحاجة ولا يخطر علىٰ باله من الأُخرىٰ شيء فلا أرىٰ بذلك بأساً، وإن كان إنّما يبيعها ليرجع إلىٰ الأُولىٰ فلا».

الكافي ٥: ٦/ ٤٣١، تهذيب الأحكام ٧: ١٢١٧/ ٢٩٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦١٥٥/ ٤٨٥.

ولا يخفىٰ أنّ الكليني روىٰ هذه الرواية بطريقين:

أحدهما ضعيف بمحمّد بن الفضيل ـ كما في الكافي ٥: ٦/ ٤٣١ ـ والثاني ليس فيه محمّد بن الفضيل ـ كما في الكافي ٥: ٧/ ٤٣٢ ـ، بل رواه عن الحلبي بسند صحيح.

ورواه الصدوق بسند صحيح عن محمّد بن مسلم. من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٥١/ ٤٤٨.

ورواه الشيخ في التهذيب عن محمّد بن الفضيل. تهذيب الأحكام ٧: ٢٩٠/ ١٢١٦، ولكن في الوسائل لم يذكر طريق الشيخ وروايته لها.

(٢) وهو: عن عليّ بن حمزة، عن أبي إبراهيم عليه السلام، قال: سألته عن رجل ملك أُختين أيطؤهما جميعاً؟

قال: «يطأ إحداهما، فإذا وطئ الثانية حرمت عليه الأُولىٰ التي وطئ حتّىٰ تموت الثانية أو يفارقها، وليس له أن يبيع الثانية من أجل الأُولىٰ ليرجع إليها، إلّا أن يبيع لحاجة أو يتصدّق بها أو تموت».

الكافي ٥: ٩/ ٤٣٢، تهذيب الأحكام ٧: ١٢١٨/ ٢٩٠، نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ: ٣٢١/ ١٢٦، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦١٥٦/ ٤٨٥.

وحينئذٍ فإنْ أخرج الأُولىٰ عن ملكه حلّت الثانية مطلقاً[١]، وإن كان ذلك بقصد الرجوع إليها، وإن أخرج الثانية عن ملكه، يشترط في حليَّة الأُولىٰ أن يكون إخراجه لها لا بقصد الرجوع إلىٰ الأُولىٰ وإلّا تحلّ.

فتخصيص الحرمة بالثانية، كما في الشرائع، أو تخصيص الحرمة بالأُولىٰ ممّا لا وجه له.

فالصحيح: ما ذهب إليه المصنّف رحمه الله.

وبالجملة: فقد عرفت أنّ الممنوع هو الجمع بين الأُختين المملوكتين، فيختصّ المنع بصورة بقائهما علىٰ الملك، فلو ماتت إحداهما أو خرجت عن ملكه فلا مانع من وطء الأُخرىٰ.

(١) فلو أخرج الأُولىٰ عن ملكه، فلا ريب في حلّ وطء الثانية مطلقاً وإن كان الإخراج بقصد الرجوع إلىٰ الثانية.

وكذلك لو أخرج الثانية حلّ له وطء الأُولىٰ بمقتضىٰ القاعدة الأوليّة؛ لعدم صدق الجمع.

ولكن صحيحة ابن مسلم وغيرها دلّت علىٰ أنّه لو أخرج الثانية عن ملكه يشترط في حليَّة الأُولىٰ أن يكون إخراجه لها لا بقصد الرجوع إلىٰ الأولىٰ، وإلّا لم تحلّ، وإنّما تحلّ له الأُولىٰ إذا باع الثانية لحاجة وغرض آخر.

قال في صحيح مسلم: أرأيت إن باعها؟

فقال عليه السلام: «إن كان إنّما يبيعها لحاجة ولا يخطر علىٰ باله من الأُخرىٰ

وأمّا في صورة الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً، فلا يبعد بقاء الأُولىٰ علىٰ حلِّيَّتها والثانية علىٰ حرمتها[١] وإن كان الأحوط عدم حلِّيَّة الأُولىٰ إلّا بإخراج الثانية ولو كان بقصد الرجوع إلىٰ الأُولىٰ. وأحوط من ذلك كونها كصورة العلم.

شيء فلا أرىٰ بذلك بأساً، وإن كان إنّما يبيعها ليرجع إلىٰ الأُولىٰ فلا»[١].

وهذا حكم تعبّدي لا مانع من الالتزام به بعد دلالة النصّ، فكأنّه عقوبة عليه لأجل وطئهما معاً.

هذا كلّه في صورة العلم بالحرمة موضوعاً أو حكماً.

(١) وأمّا في صورة الجهل بالحرمة موضوعاً وحكماً، فقد اختار المصنّف قدس سره بقاء الأُولىٰ علىٰ حلِّيَّتها والثانية علىٰ حرمتها.

واختار صاحب الجواهر قدس سره عدم حلِّيَّة الأُولىٰ[٢] وإن كان وطؤه للثانية عن جهل فوطئ الثانية ولو من جهل يوجب الحرمة للأُولىٰ-كالعلم- فلا فرق بين صورتي العلم والجهل، وإنّما يفترق الحكم من جهة واحدة في صورة الجهل، وهي أنّه يكفي في حلِّيَّة الأُولىٰ في صورة الجهل بمجرّد إخراج الثانية ولو كان بقصد الرجوع إلىٰ الأُولىٰ، فالفرق من جهة المحلّل، فالمحلّل في صورة العلم إخراج الثانية عن ملكه لا بقصد الرجوع إلىٰ الأُولىٰ، والمحلّل في صورة الجهل إخراج الثانية عن ملكه مطلقاً ولو بقصد الرجوع إلىٰ الأُولىٰ.

---

(١) الكافي ٥: ٤٣١/ ٦، تهذيب الأحكام ٧: ٢٩٠/ ١٢١٧، وسائل الشيعة ٢٠: ٤٨٥/ ٢٦١٥٥.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٣٨٩.

. . . . . .

ومنشأ الاختلاف بين المصنّف ﵀ وصاحب الجواهر ﵀ الاختلاف في روايتين معتبرتين .

فإنّ صحيحة الحلبي صريحة في أنّ وطء الأخيرة جهلاً لا يوجب حرمة الأُولىٰ .

قال عليه السلام : «إذا وطئ الأخيرة بجهالة لم تحرم عليه الأُولىٰ ، وإن وطئ الأخيرة وهو يعلم أنّها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً»[١] .

وأمّا معتبرة عبد الغفار الطائي ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل كانت عنده أُختان فوطئ إحداهما ، ثمّ أراد أن يطأ الأُخرىٰ ؟

قال : « يخرجها عن ملكه» .

قلت : إلىٰ مَن ؟

قال : «إلىٰ بعض أهله» .

قلت : فإنّ جهل ذلك حتّىٰ وطئها ؟

قال : «حرمتا عليه كلتاهما»[٢] .

فدالّة علىٰ أن وطء الثانية جهلاً أيضاً يوجب حرمة الأُولىٰ ، والسيّد المصنّف ﵀ اعتمد علىٰ صحيحة الحلبي ، الشيخ صاحب الجواهر ﵀ اعتمد علىٰ صحيحة الطائي .

---

(١) الكافي ٥ : ٤٣٣ / ١٤ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٤٨ / ٤٥٥٢ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٩٠ / ١٢١٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٤ / ٢٦١٥١ .

(٢) تهذيب الأحكام ٧ : ٢٩١ / ١٢٢٠ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٤ / ٢٦١٥٢ .

. . . . . .

وقد يقال: إنّ العبرة بصحيح الحلبي، وأمّا خبر الطائي فضعيف سنداً، فلا يمكن الاحتجاج به[١].

وفيه: إنّه لا وجه لرمي خبر الطائي بالضعف، فإنّ رجال السند كلّهم ثقات، ومحمّد بن زياد الموجود في السند هو ابن أبي عمير، ولعلّ منشأ رمي الخبر بالضعف غفلة عن أنّ اسم ابن أبي عمير واسم أبيه محمّد بن زياد فزعم أنّه شخص آخر مجهول.

وربّما يجمع بينهما بالحمل علىٰ الكراهة، وأنّه لو وطئ الثانية جهلاً يكره له وطء الأُولىٰ[٢].

وفيه: ما ذكرناه غير مرّة أنّ الحمل علىٰ الكراهة في أمثال المقام غير ممكن، فإنّ النفي والإثبات إذا وردا علىٰ موضوع واحد بعنوان قوله: تحرم وتحلّ يعدّان من التعارض والتنافي، وليس له جمع عرفي، وإنّما الجمع العرفي بالحمل علىٰ الكراهة إنّما يتحقّق فيما إذا لم يكن بين المتعارضين تنافي وتمانع، كما إذا قيل: لا تغفل، ثمّ قال: لا بأس بإتيان الفعل، فإنّه يحمل النهي علىٰ الكراهة، وكذلك إذا قيل: افعل، ثمّ قال: لا بأس بالترك، يحمل الأمر علىٰ الاستحباب؛ لعدم المنافاة بين ذلك بنظر العرف.

وأمّا الحرمة والحلِّيّة أو الصحّة والبطلان، فغير قابلة للحمل علىٰ الكراهة ولا يراه العرف جمعاً بينهما، بل يراهما متعارضين متنافيين.

---

(١) انظر مسالك الأفهام ٧: ٣٢٠.

(٢) أورده الشيخ النجفي في جواهر الكلام ٢٩: ٣٩١.

. . . . . .

وقد حملهما في الجواهر على ما هو أغرب من ذلك بحمل خبر الحلبي على أنّ الأُولىٰ لم تحرم في صورة الجهل[١] مثل الصورة الثانية ـ أي العلم ـ فإنّ حرمة الأُولىٰ لا ترتفع إذا كان إخراج الثانية بقصد الرجوع إلىٰ الأُولىٰ في صورة العلم، وهذا بخلاف مورد الجهل، فإنّ الأُولىٰ تحلّ وإن كان إخراج الثانية بقصد الرجوع إلىٰ الأُولىٰ.

وبالجملة: تحرم الأُولىٰ بوطء الثانية في حالتي العلم والجهل، ولكنّهما يختلفان فيه بنيّة العود إلىٰ الأُولىٰ وعدمه، ولا شاهد لهذا الجمع أصلاً، وحمل صحيح الحلبي علىٰ ذلك بعيد جدّاً.

ثمّ ذكر صاحب الجواهر أخيراً أنّه يمكن تقديم خبر الطائي وترجيحه علىٰ صحيح الحلبي لموافقته للمطلقات المستفيضة الدالّة علىٰ الحرمة[٢].

وما ذكره في نفسه لا بأس به؛ لأنّ موافقة المطلقات من جملة المرجّحات، إلّا أنّه يمكن أن يقال: إنّ المطلقات في نفسها مقيّدة مع قطع النظر عن صحيح الحلبي، ومعارضته بصحيح الطائي، فإنّ الحرمة للأُولىٰ موضوعة عليه عقوبة، ولكن صحيح عبد الصمد بن بشير يدلّ علىٰ أنّ كلّ حكم موضوع علىٰ عمل إذا صدر بجهالة لا يترتب عليه أي شيء، كما في كفّارات الحج.

والحاصل: مقتضىٰ المطلقات وإن كان هو الحرمة، ولكنّها مقيّدة

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٩١.

(٢) انظر الهامش السابق.

. . . . . .

بصحيحة عبد الصمد الدالّة علىٰ ارتفاع الحكم بالجهل .

قال عليه السلام : «أيّ رجل ركب أمراً بجهالة فلا شيء عليه»[١] .

وأمّا صحيح الحلبي وصحيح الطائي ، فلا معارضة بينهما ؛ لأنّ متعلّق الجهل في صحيح الحلبي هو الحكم بالتحريم قطعاً ، ويشهد لك قوله في ذيل الرواية : «وإن وطئ الأخيرة وهو يعلم أنّها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً»[٢] .

فيعلم أنّ المراد بالجهل المذكور في الجملة السابقة هو الجهل بالحكم الشرعي .

وأمّا متعلّق الجهل في صحيح الطائي فهو شيء آخر ؛ لعدم التصريح فيه بأنّه جهلٌ بالحكم الشرعي ، بل قال : فإن جهل ذلك ، ولم يُعلم أنّ المراد بذلك الشيء المجهول هو الحكم ، بل الظاهر أنّ المراد بذلك هو الجهل بكون الوطء له طريقاً محللاً ، كإخراج الأُولىٰ عن ملكه ، فليس متعلّق الجهل في خبر الطائي هو الجهل بالحكم أو الموضوع ليكون معارضاً لصحيح الحلبي ، بل المراد بالجهل هو بالمحلّل وبالعلاج ، فخبر الطائي لا يدلّ علىٰ جريان الحكم في صورة الجهل ، بل حاله حال سائر الروايات المطلقة الدالّة علىٰ الحرمة ، ويكون خبر الحلبي مقيّداً له ، مضافاً إلىٰ صحيح عبد الصمد .

---

(١) تهذيب الأحكام ٥ : ٧٢ / ٢٣٩ ، وسائل الشيعة ٨: ٢٤٨ / ١٠٥٥٨ و١٢ : ٤٨٨ / ١٦٨٦١ و١٣ : ١٥٨ / ١٧٤٧٤ .

(٢) الكافي ٥ : ٤٣٣ / ١٤ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٤٨ / ٤٥٥٢ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٩٠ / ١٢١٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٤ / ٢٦١٥١ .

مسألة ٤٧ : لو كانت الأُختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا فالأحوط [١] لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما في النكاح والوطء إذا كانتا مملوكتين .

---

(١) بل هو الأظهر والأقوىٰ ؛ وذلك لثبوت النسب بالزنا ، فإنّ الولد لغةً وعرفاً : ما يتولّد من ماء الرجل ولو كان عن الزنا ، ولذا لا ريب في عدم جواز تزويج الوالد بنته المتولّدة من الزنا ، ونفي الولديّة عن ولد الزنا في النصوص إنّما هو باعتبار نفي الإرث خاصّة لا نفي الولديّة حقيقةً ، نظير عدم إرث القاتل من المقتول ، وقوله ﷺ : «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[١] حكم ظاهري في مقام الخصومة والدعوىٰ وفي مقام الشكّ ، بمعنىٰ أنّه لو زنت المتزوّجة وشكّ في أنّ الولد مخلوق من ماء الزاني أو من ماء الزوج ، فإنّه يلحق بالزوج ، وليس للزاني شيء .

وأمّا لو قطعنا بكون الطفل مخلوقاً من ماء الزاني ، فلا ريب في لحوقه بالزاني ، كما إذا كان الزوج غائباً مدّة من السنين وزنت المرأة وجاءت بالولد ، فإنّ الولد للزاني قطعاً .

وبالجملة : فالحكم بأنّ الولد للفراش حكم ظاهري ثابت في مقام الشكّ ورفع التخاصم ، ولا ينفي النسب بالزنا ، وقد وردت هذه الجملة

---

(١) انظره في : الكافي ٧ : ١٦٣ / ١ ، دعائم الإسلام ١ : ١٣٠ ، الخصال : ٢١٣ ، تهذيب الأحكام ٨ : ١٦٩ / ٥٨٩ ، وسائل الشيعة ١٩ : ٢٩٠ / ٢٤٦١٩ ، مسند أحمد ١ : ١٠٤ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٤٧ / ٢٠٠٦ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧ : ٤٠٢ ، كنز العمّال ٥ : ٨٧١ / ١٤٥٧٦ .

مسألة ٤٨ : إذا تزوّج بإحدىٰ الأُختين ثمّ طلّقها طلاقاً رجعيّاً ، لا يجوز له نكاح الأُخرىٰ إلّا بعد خروج الأُولىٰ عن العدّة[١] .

الشريفة في عدّة روايات معتبرة وغير معتبرة[١] .

منها : صحيحة الحلبي ـ في حديث ـ أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٢] .

(١) إذا كان الطلاق رجعيّاً ، فلا ريب في عدم جواز التزويج بأُختها مادامت المطلّقة الرجعيّة في عدّة حسب القاعدة الأوّليّة ؛ لأنّ المطلّقة الرجعيّة زوجة حقيقة ولا تبرأ عصمتها إلّا بعد انقضاء العدّة ، فالتزويج بأُختها في عدّة الأُولىٰ مصداق للجمع بين الأُختين ، ولعدّة من الروايات الخاصّة بعضها واردة في عدّة الحامل[٣] ، وهي وإن كانت مطلّقة من حيث العدّة الرجعيّة والبائنة وتدلّ علىٰ المنع من التزويج بالأُخت إذا كانت الأُولىٰ في العدّة ، ولكنّها مقيّدة بروايات أُخر معتبرة مذكورة في كتاب العدد ، وهي دالّة علىٰ عدم جواز التزويج بالأُخت إذا كانت المطلّقة رجعيّة ، وجواز التزويج إذا كانت المطلّقة بائنة .

---

(١) انظر الهامش السابق .

(٢) الكافي ٧ : ١ / ١٦٣ ، تهذيب الأحكام ٨ : ٢٠٨ / ٧٣٤ ، الاستبصار ٤ : ١٨٥ / ٦٩٣ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٩٣ / ٢٦٨٧٦ .

(٣) كما عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل طلّق امرأته وهي حبلىٰ ، أيتزوّج أُختها قبل أن تضع ؟

قال : «لا يتزوّجها حتّىٰ يخلو أجلها» .

الكافي ٥ : ٨ / ٤٣٢ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٢٠٨ / ٢٨٦ ، الاستبصار ٣ : ١٧٠ / ٦٢١ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٦١٤٦ / ٤٨١ .

وأمّا إذا كان بائنًا ـ بأن كان قبل الدخول ، أو ثالثاً ، أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب ، أو بالخلع ، أو المباراة ـ جاز له نكاح الأُخرىٰ . والظاهر عدم صحّة رجوع الزوجة في البذل بعد تزويج أُختها[١] كما سيأتي في باب الخلع إن شاء الله . نعم ، لو كانت عنده إحدىٰ الأُختين بعقد الانقطاع وانقضت المدّة ، لا يجوز له ـ علىٰ الأحوط ـ نكاح أُختها في عدّتها وإن كانت بائنة ، للنصّ الصحيح ، والظاهر أنّه كذلك إذا وهبها مدّتها وإن كان مورد النصّ انقضاء المدّة .

ففي صحيح الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل طلّق امرأة أو اختلعت أو بانت ، أله أن يتزوّج بأُختها ؟

قال : فقال عليه السلام : «إذا برئت عصمتها ولم يكن له عليها رجعة فله أن يخطب أُختها»[١] .

ويؤيّد براوية محمّد بن الفضيل[٢] .

(١) ثمّ إنّه تعرّض لفرع استطراداً ، وهو أنّه إذا رجعت المختلعة إلىٰ ما

---

(١) الكافي ٥ : ٤٣٢ / ٧ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٨٦ / ١٢٠٦ ، الاستبصار ٣ : ١٦٩ / ٦١٩ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٢٧٠ / ٢٨٥٧٠ .

(٢) وهو : عن محمّد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام ـ في حديث ـ قال : سألته عن رجل عنده أُختان مملوكتان فوطئ إحداهما ، ثمّ وطئ الأُخرىٰ ؟

فقال : «إذا وطئ الأُخرىٰ فقد حرمت عليه الأُولىٰ حتّىٰ تموت الأُخرىٰ» .

قلت : أرأيت إن باعها ؟

فقال : «إن كان إنّما يبيعها لحاجة ولا يخطر علىٰ باله من الأُخرىٰ شيء فلا أرىٰ بذلك بأساً ، وإن كان إنّما يبيعها ليرجع إلىٰ الأُولىٰ فلا» .

الكافي ٥ : ٤٣١ / ٦ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٩٠ / ١٢١٧ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٥ / ٢٦١٥٥ .

. . . . . .

بذلت ذكروا : إنّه ينقلب الطلاق البائن إلىٰ الرجعة ، بمعنىٰ جواز رجوع الزوج إلىٰ الزوجة ، نظير جعل الخيار في البيع لا بمعنىٰ كون الطلاق يصبح طلاقاً رجعيّاً بعدما كان بائناً ، وإنّما يحكم بجواز الرجوع للزوج ، ومجرّد جواز الرجوع لا يوجب كون الطلاق رجعيّاً ، فلا يترتّب عليه آثار الزوجيّة والمطلّقة الرجعيّة .

وكيف كان ، لا ريب في جواز الرجوع للزوج بعد رجوع الزوجة إلىٰ ما بذلت .

ولكن إنّما يجوز للزوجة الرجوع إلىٰ ما بذلت فيما إذا تمكّن الزوج من الرجوع ، وإلّا فلا أثر لرجوع الزوجة إلىٰ ما بذلت ، فإذا طلّقها خلعيّاً وتزوّج الزوج بالرابعة ليس للزوج الرجوع إلىٰ ما بذلت ، أو كانت المسافة بعيدة جدّاً بينهما بحيث لا يصل الخبر إلىٰ الزوج أثناء العدّة لا أثر لبذلها ، فرجوع كلّ منهما متلازم لجواز الرجوع من الآخر .

وعليه لا يصحّ رجوع الزوجة في البذل بعد تزويج أُختها ، فلو طلّق زوجته طلاقاً خلعيّاً بائناً يجوز له تزويج أُختها قبل أن تنقضي عدّتها ، وليس لها الرجوع في البذل ؛ لأنّ الزوج لا يتمكّن من الرجوع إليها لأنّه يستلزم الجمع بين الأُختين .

ولو كانت عنده إحدىٰ الأُختين بعد الانقطاع وانقضت المدّة أو وهبت المدّة فهي كالمطلّقة البائنة ؛ إذ ليس للزوج الرجوع إليها في العدّة ، فعلىٰ حسب القاعدة يجوز التزويج بأُختها في عدتها ، وهو احتيال للجمع بين

مسألة ٤٩ : إذا زنىٰ بإحدىٰ الأُختين ، جاز له نكاح الأُخرىٰ في مدّة استبراء الأُولىٰ . وكذا إذا وطئها شبهة جاز له نكاح أُختها في عدّتها ؛ لأنّها بائنة[١] . نعم ، الأحوط اعتبار الخروج عن العدّة خصوصاً

الأُختين علىٰ الدوام بهذا النحو بأن يتمتّع بإحداهما مدّة وبعد انقضاء المدّة يتمتّع بالأُخرىٰ وهكذا ، كما هو المشهور شهرة عظيمة .

ولكن ورد النصّ الصحيح علىٰ المنع ، وأفتىٰ علىٰ طبقه صاحب الحدائق[١] ونهاية المرام لسيّد المدارك[٢] ، وتوقّف في المتن واحتاط .

والظاهر أنّه لا مانع من العمل به ولا موجب لطرحه بعد صحّة السند ووضوح الدلالة ، والإعراض غير ثابت ؛ لعدم تعرّض الأصحاب لهذه المسألة ، علىٰ أنّا قد ذكرنا كثيراً أنّ الإعراض لا يوجب الوهن .

وأمّا النصّ : فهو صحيح يونس قال : قرأت كتاب رجل إلىٰ أبي الحسن عليه السلام الرجل يتزوّج المرأة متعة إلىٰ أجل مسمّىً فينقضي الأجل بينهما ، هل يحلّ له أن ينكح أُختها من قبل أن تنقضي عدّتها ؟

فكتب : «لا يحلّ له أن يتزوّجها حتّىٰ تنقضي عدّتها»[٣] .

(١) قد عرفت في المسألة المتقدّمة أنّ المعتدّة إذا كانت معتدّة بعدّة بائنة يجوز للزوج أن يتزوّج بأُختها قبل انقضاء عدّتها ؛ لانقطاع العصمة

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٣ : ٤٦٤ .

(٢) نهاية المرام ١ : ١٨٠ ، وعنه في جواهر الكلام ٢٩ : ٣٨٢ .

(٣) الكافي ٥ : ٤٣١ / ٥ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٨٧ / ١٢٠٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٨٠ / ٢٦١٤٣ .

في كون الشبهة من طرفه والزنا من طرفها ، من جهة الخبر[١] الوارد في تدليس الأُخت التي نامت في فراش أُختها بعد لبس ثيابها .

وحصول البينونة بينهما ، فلا مانع من التزويج بأُختها لعدم صدق الجمع بين الأُختين .

وأمّا إذا كانت معتدّة عدّة رجعيّة ، فلا يجوز ؛ لأنّ المطلّقة الرجعيّة زوجة حقيقة أو حكماً .

وأمّا لو زنىٰ بإحدىٰ الأُختين ، فلا مانع من التزويج بأُختها ؛ لعدم ثبوت العدّة علىٰ المزنيّة بها .

وأمّا مدّة الاستبراء الثابتة عليها بالنسبة إلىٰ الزاني لا غير الزاني للنصّ علىٰ هذا التفصيل ، فلا نلتزم بها ، وعلىٰ فرض الالتزام فليست من العدّة بشيء ، فله أن يتزوّج بأُختها في تلك المدّة ؛ لعدم صدق عنوان الجمع بين الأُختين قطعاً .

ومنه يُعرف جواز النكاح بأُخت المعتدّة بوطء الشبهة ؛ لأنّ عدّتها بائنة ، ولا يصدق عنوان الجمع علىٰ التزويج بأُختها ، فإذا وطئ امرأة شبهة جاز له نكاح أُختها في عدّتها .

(١) وذكر ﷺ أنّ الأحوط اعتبار الخروج عن العدّة خصوصاً في صورة كون الشبهة من طرفه والزنا من طرفها من جهة الصحيح الوارد في تدليس الأُخت الكبيرة بالأُخت الصغيرة ، وهو : صحيح بريد العجلي الوارد فيمن تزوّج امرأة وتشبّهت أُخت الزوجة بها ونامت في مكان الزوجة ليلة زفافها ، والزوج يظنّ أنّها زوجته ، ثمّ انكشف الخلاف ؟

مسألة ٥٠ : الأقوىٰ جواز الجمع بين فاطميتين[١] ، علىٰ كراهة ، وذهب جماعة من الأخباريّة إلىٰ الحرمة والبطلان بالنسبة إلىٰ الثانية ومنهم من قال بالحرمة دون البطلان ، فالأحوط الترك . ولو جمع بينهما

فقال عليه السلام : «ولا يقرب الزوج امرأته التي تزوّج حتّىٰ تنقضي عدّة التي دلّست نفسها ، فإذا انقضت عدّتها ضمّ إليه امرأته»[١] .

ولكن الظاهر عدم الخصوصيّة بما إذا كانت الشبهة من طرفه ؛ لعدم انحصار المستند بهذه الصحيحة ، وهنا رواية صحيحة أُخرىٰ تشمل الشبهة من الطرفين ، وهي : صحيحة زرارة فيمن تزوّج امرأة عراقيّة فذهب إلىٰ الشام وتزوّج امرأة أُخرىٰ ، ثمّ تبيّن أنّ الشاميّة أُخت العراقيّة ، فالشبهة كانت من طرف المرأة أيضاً .

فقال عليه السلام : «يُفرَّق بينه وبين المرأة التي تزوّجها بالشام ، ولا يقرب المرأة العراقيّة حتّىٰ تنقضي عدّة الشاميّة»[٢] .

وكيف كان ، الروايتان أجنبيّتان عن المقام ؛ لأنّ محلّ كلامنا التزويج بأُخت الزوجة ، ومورد الروايتين المنع عن مقاربة الزوجة ووطئها ، ولا مانع من جواز التزويج وحرمة المقاربة والوطء ، ولا تلازم بين الأمرين ، كالتزويج بالحائض .

(١) تسالم المجتهدون من أصحابنا علىٰ جواز الجمع بين فاطميتين ،

---

(١) الكافي ٥ : ٤٠٩ / ١٩ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٢٢ / ٢٦٩٤٣ .

(٢) الكافي ٥ : ٤٣١ / ٤ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤١٨ / ٤٤٥٨ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٨٥ / ١٢٠٤ ، الاستبصار ٣ : ٣ : ١٦٩ / ٦١٧ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٧٨ / ٢٦١٤١ .

. . . . . .

واختلف الأخباريون، فذهب بعضهم إلىٰ الحرمة والبطلان، ومنهم من قال بالحرمة دون البطلان[١]، وذهب المصنّف رحمه الله إلىٰ الجواز علىٰ كراهة.

واستند الأخباريّون القائلون بالمنع برواية رويت بطريقين:

أحدهما: ما روي عن السنديّ بن الربيع، عن محمّد بن أبي عمير، عن رجل من أصحابنا قال: سمعته يقول: «لا يحلّ لأحدٍ أن يجمع بين ثنتين من ولد فاطمة عليها السلام؛ إنّ ذلك يبلغها فيشقّ عليها».

قلت: يبلغها؟

قال: «إي والله»[٢].

الطريق الثاني: ما رواه الصدوق عن محمّد بن عليّ ماجيلويه، عن محمّد بن يحيىٰ، عن أحمد بن محمّد، عن أبيه، عن ابن أبي عمير، عن أبان بن عثمان، عن حمّاد قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: وذكر مثله[٣].

ويقع الكلام تارة في السند، وأُخرىٰ في الدلالة.

أمّا السند: فالطريق الأوّل ضعيف.

أوّلاً: بالإرسال، وإن كان المرسل مثل ابن أبي عمير.

وثانياً: بالسندي بن الربيع، فإنّه لم تثبت وثاقته.

نعم، في بعض نسخ رجال الشيخ عند عدّه من أصحاب العسكري عليه السلام

---

(١) انظر الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٤٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٣/ ١٨٥٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٣/ ٢٦٢٠٦.

(٣) علل الشرائع ٢: ٥٩٠/ ٣٨، وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٣ ذيل ح٢٦٢٠٦.

. . . . . .

زيادة كلمة : ثقة قبل كلمة : كوفي ، ولكن لم تثبت صحّة هذه النسخة ، فإنّ أكثر النسخ خالية من التوثيق ، ويدلّ علىٰ خلوّها من التوثيق عدم تعرّض العلّامة له ، وتصريح ابن داوُد في رجاله بأنّه مهمل[١] ، مع أنّ ابن داوُد قد صرّح في عدّة مواضع من كتابه من أنّ كتاب رجال الشيخ بخطه موجود عنده .

وأمّا الطريق الثاني : فضعيف بمحمّد بن عليّ ماجيلويه ، فإنّه لم يرد فيه توثيق ، ومجرّد كونه شيخاً للصدوق لا يدلّ علىٰ وثاقته ، فإنّ الصدوق قد يروي عن بعض النواصب ، كالضبّي[٢] ، وقد قال في حقّه : إنّه لم أر أحداً أنصب منه ، فإنّه كان يصلّي علىٰ محمّد ويصرّح بقوله : منفرداً ؛ لئلا تشمل الصلاة آله الطيبين[٣] ـاللّهمَّ صلِّ علىٰ محمّد وآل محمّدـ ومن هنا لا يمكن الإفتاء بالكراهة .

---

(١) رجال ابن داوُد : ١٠٧ / ٧٣٦ .

(٢) وهو أبو نصر أحمد بن الحسين بن أحمد بن عبيد النيسابوري المرواني ، ولقّبه في العيون بالضبّي . عيون أخبار الرضا عليه السلام : ١ : ٣/٣١٢ .
وقال في العلل : وما لقيت أنصب منه . علل الشرائع ١ : ١٣٤ / ١ .
وقال في العيون : وبلغ من نصبه أنّه كان يقول : اللّهمَّ صلِّ علىٰ محمّد فرداً ، ويمتنع من الصلاة علىٰ آله . عيون أخبار الرضا عليه السلام : ١ : ٣/٣١٢ . منه قدس سره .

(٣) نعم، لا ريب أنّ ابن ماجيلويه شيعي إمامي لترحّم الصدوق في كتبه عليه، فإنّه قد جرت عادته علىٰ الترحّم علىٰ مشايخه إذا كانوا من الشيعة، إلّا أنّ الترحّم علىٰ شخص لا يكشف عن كونه ثقة، كما توهّم، فيعلم من روايته من مثل هذا الشيخ الناصبي أنّه قدس سره لم يكن ملتزماً بكون مشايخه من المؤمنين العدول الثقات، بل أنّه كان قدس سره يروي عن كلّ أحد. منه قدس سره.

. . . . . .

ويؤيّد ما ذكرنا: إنّه لم يقل به أحد من الأصحاب، بل السيرة على الخلاف، خصوصاً مع إرادة كلّ من تولّد من فاطمة عليها السلام ولو من البنات، فإنّ المذكور في النصّ: ولد فاطمة عليها السلام، والولد يشمل ولد الابن وولد البنت، ولا يخلو كثير من النساء عن ذلك خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدّات العاليات، ولا يتوهّم أحد عموم المنع لمثل هذه الأولاد.

نعم، لو كان ي النصّ الفاطميّة وبني فاطمة لاختصّ المنع بولدها من الأبناء، كما في بني هاشم.

وأمّا الدلالة: فاحتمال البطلان ممّا لا يمكن الالتزام به؛ لأنّه لو كان العقد على الفاطميّة الثانية باطلاً وفاسداً، فلا يتحقّق النكاح بها، فلا يبقى موضوع لإيذائها ولإدخال المشقّة عليها سلام الله عليها، فإنّها تتأذّى من تزويج الثانية والجمع بينهما في النكاح والزواج، والمفروض بطلان التزويج بالثانية وعدم تحقّق عنوان الجمع، فلا موضوع لإيذائها.

وأمّا احتمال الحرمة، فيندفع بأنّه لو كان حراماً لظهر وبان لكثرة الابتلاء بذلك، فكيف خفي هذا الحكم على الأصحاب؟! بل لم يذكروه في جملة المكروهات، فكيف بالمحرّمات؟! بل ذكر صاحب الجواهر قدس سره عن بعض أنّه من البدع[1]، وإنّما حدثت هذه المسألة في زمان صاحب الحدائق، على أنّ موضوع الحكم في النصّ ليس عنوان بني فاطمة أو الفاطميّة ليقال باختصاص الحكم بالمنتسبة إليها بالأب، بل موضوع الحكم هو ولد فاطمة،

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٣٩٣، وانظر الرسائل الفقهيّة للبهبهاني: ١٦٧.

فالأحوط طلاق الثانية أو طلاق الأُولىٰ وتجديد العقد علىٰ الثانية بعد خروج الأُولىٰ عن العدّة. وإن كان الأظهر علىٰ القول بالحرمة عدم البطلان، لأنّها تكليفيّة فلا تدلّ علىٰ الفساد.

ثمّ الظاهر عدم الفرق في الحرمة الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطميّاً أو لا. كما أنّ الظاهر اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطميّة من طرف الأبوين أو الأب. فلا تجري في المنتسب إليها ـ صلوات الله عليها ـ من طرف الأُمّ خصوصاً إذا كان الانتساب إليها بإحدىٰ الجدّات العاليات.

وكيف كان الأقوىٰ عدم الحرمة وإن كان النصّ الوارد في المنع صحيحاً علىٰ ما رواه الصدوق في العلل بإسناده عن حمّاد، قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول: «لا يحلّ لأحد أن يجمع بين ثنتين من ولد فاطمة عليها السلام إنّ ذلك يبلغها فيشقّ عليها».

وذلك يشمل المنتسبة إليها بالأُمّ ولم يلتزم بذلك أحد حتّىٰ الأخباري.

علىٰ أنّ مقتضىٰ ذلك حرمة طلاقها أيضاً؛ لأنّ المطلّقة تتأذّىٰ بالطبع من طلاقها فيبلغها ويشقّ عليها، فإنّ المراد بإدخال المشقّة عليها إنّما هو التألّم النفساني الروحي لا المشقّة والصعوبة الخارجيّة، فإذا كانت عليها السلام تتأذّىٰ وتتألّم روحاً من إدخال زوجة أُخرىٰ علىٰ الزوجة الأُولىٰ، كذلك تتأذّىٰ من طلاقها ويبلغها ذلك.

مضافاً إلىٰ أنّ لازم ذلك ـ ونظراً إلىٰ عموم التعليل ـ حرمة الجمع بين العلويّة وغيرها أيضاً ولا تختصّ الحرمة بالجمع بين العلويّتين.

فالحكم بالكراهة مبني علىٰ قاعدة التسامح وجريانها في الكراهة.

قلت : يبلغها ؟

قال عليه السلام : «إي والله»* . وذلك لإعراض المشهور عنه ، مع أن تعليله ظاهر في الكراهة ؛ إذ لا نسلّم أنّ مطلق كون ذلك شاقّاً عليها إيذاءً لها حتّىٰ يدخل في قوله صلى الله عليه وآله : «من آذاها فقد آذاني» .**

مسألة ٥١ : الأحوط ترك تزويج الأمة دوماً مع عدم الشرطين : من عدم التمكّن من المهر للحرّة ، وخوف العنت بمعنىٰ المشقّة ، أو الوقوع في الزنا[١] .

---

(١) اختلف الأصحاب في جواز تزويج الحرّ الأمة .

ذهب جماعة من القدماء إلىٰ عدم جواز تزويج الحرّ بالأمة إلّا بشرطين : عدم الطول ، وخشية العنت[١] .

وذهب جماعة إلىٰ الجواز مع الكراهة من دون الشرطين[٢] ، وفي الشرائع : إنّه الأشهر[٣] ، ويُعلم منه : إنّ القول الأوّل مشهور .

(*) علل الشرائع ٢ : ٥٩٠ / ٣٨ وفيه : الاثنتين ، بدل : ثنتين ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٨٥٥ / ٤٦٣ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٥٠٣ / ٢٦٢٠٦ .

(**) كما في : من لا يحضره الفقيه ٤ : ١٢٤ ذيل ح٥٢٥٨ ، شرح الأخبار ٣ : ٣٠ / ٩٧٠ ، الاعتقادات للشيخ المفيد : ١٠٥ ، المستدرك للحاكم النيسابوري ٣ : ١٥٩ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ١٠ : ٢٠١ ـ ٢٠٢ ، شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد ١٦ : ٢٧٢ ، كنز العمّال ١٢ : ١١١ / ٣٤٢٤١ .

(١) كالشيخ المفيد في المقنعة : ٥٠٦ ، والشيخ الطوسي في الخلاف ٤ : ٣١٣ مسألة ٨٦ ، وابن البرّاج في المهذّب ٢ : ٢١٥ ، والآبي في كشف الرموز ٢ : ١٤٠ ، والكركي في جامع المقاصد ١٢ : ٣٧٠ .

(٢) كالعلّامة في المختلف ٧ : ٢٤٨ ، وولده في الإيضاح ٣ : ٩٢ ، والشهيد في غاية المراد ٣ : ٥٤ .

(٣) شرائع الإسلام ٢ : ٥١٧ .

. . . . . .

وأمّا السيّد المصنّف ﷺ فقد احتاط في المسألة.

ولا يخفىٰ أنّ مقتضىٰ القاعدة الأوّليّة المستفادة من عموم الكتاب والسنّة هو الجواز، كقوله تعالىٰ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[1]، ولكن مقتضىٰ الآية الشريفة بخصوصها هو التقييد بالشرطين.

قال تعالىٰ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن فَتَيَٰتِكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَٰنِكُم بَعْضُكُم مِّن بَعْضٍ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَءَاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ مُحْصَنَٰتٍ غَيْرَ مُسَٰفِحَٰتٍ وَلَا مُتَّخِذَٰتِ أَخْدَانٍ فَإِذَآ أُحْصِنَّ فَإِنْ أَتَيْنَ بِفَٰحِشَةٍ فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ وَٱللَّهُ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾[2].

ولا ريب أنّ المستفاد من الآية الكريمة: اعتبار الشرطين، فإنّ كلمة ﴿مَن﴾ في صدر الآية المباركة بمنزلة: «إن» الشرطيّة في إفادة المفهوم، وكذلك قوله تعالىٰ في ذيل الآية: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ﴾ صريح في اعتبار خشية العنت وخوفه، فإنّ المراد بقوله: ﴿ذَٰلِكَ﴾ نكاح الإماء، أي نكاح الإماء لمن خشي العنت، فصدر الآية يدلّ علىٰ اعتبار عدم الطول لتزويج الحرائر والمحصنات في تزويج المملوكات والإماء، وذيلها يدلّ علىٰ اعتبار خوف العنت في تزويج الأمة، فجميع المطلقات كتاباً وسنّة تقيّد بهذه

(١) سورة النساء ٤: ٢٤.

(٢) سورة النساء ٤: ٢٥.

. . . . . .

الآية، فلا ينبغي الريب في اعتبار الشرطين في جواز تزويج الحرّ الأمة.

وإنّما يقع الكلام في بعض الخصوصيّات، فقد وقع الكلام في تفسير الطول، فقد فسّره جماعة ـ ومنهم المصنّف ـ بالمهر للحرّة[١]، يعني إذا لم يتمكّن الشخص من مهر الحرّة فله أن يتزوّج بالأمة لا أنّها أقلّ مهراً من الحرّة بالطبع، وقد دلّ علىٰ ذلك مرسل ابن بكير، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا ينبغي أن يتزوّج الرجل الحرّ المملوكة اليوم إنّما كان ذلك حيث قال الله عزّوجلّ: ﴿**وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا**﴾[٢]، والطول: المهر، ومهر الحرّة اليوم مثل مهر الأمة أو أقلّ»[٣].

ولكن الظاهر أنّ المراد بالطول ليس هو خصوص المهر، بل المراد به هو معناه اللغوي، وهو: السعة والتمكّن والقدرة والغنىٰ، يقال: إنّه لذو طول في ماله، أي ذو غنىٰ وسعة، ولا وجه لتفسيره بخصوص المهر.

وأمّا مرسل ابن بكير ضعيف بالإرسال لا يمكن الاعتماد عليه، وقد استعمل الطول في الكتاب العزيز في غير مورد في السعة والقدرة، قال تعالىٰ: ﴿**ٱسْتَأْذَنَكَ أُولُوا ٱلطَّوْلِ مِنْهُمْ**﴾[٤]، أي ذو السعة والغنىٰ، وقال

---

(١) كما في: جامع المقاصد ١٢: ٣٦٩، جواهر الكلام ٢٩: ٤٠٦.

(٢) سورة النساء ٤: ٢٥.

(٣) الكافي ٥: ٣٦٠/ ٧، تهذيب الأحكام ٧: ٣٣٤/ ١٣٤٧٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٥٠٨/ ٢٦٢١٩.

(٤) سورة التوبة ٩: ٨٦.

. . . . . .

تعالىٰ: ﴿غَافِرِ ٱلذَّنبِ وَقَابِلِ ٱلتَّوْبِ شَدِيدِ ٱلْعِقَابِ ذِى ٱلطَّوْلِ﴾[1]، أي ذو الغنىٰ والسعة والإنعام الواسع.

فمعنىٰ الآية: من لم يستطع منكم غنىً وسعة وقدرة لنكاح المحصنات الحرائر فله نكاح الإماء، سواء كان عدم القدرة لعدم قدرته علىٰ مهر الحرّة، أو لأنّه لا يزوّجوه الحرائر لخسّة عمله، أو أنّه فاسق، أو قبيح الشكل ونحو ذلك ممّا تمتنع الحرائر من التزويج.

فإنّ العبرة بعدم التمكّن من تزويج الحرّة: إمّا لأجل عدم المال وعدم القدرة علىٰ مهرها، أو غير ذلك من موارد عدم القدرة علىٰ تزويجها وإن كان له مال كثير.

ومنه يظهر: إنّه لو كان له مال كثير جدّاً ولكن حكم عليه بالسجن المؤبّد ـ مثلاً ـ ولا يتمكّن من تزويج الحرائر له أن يتزوّج بالأمة.

هذا تمام الكلام في الشرط الأوّل.

وأمّا الشرط الثاني: وهو خشية العنت، فربّما يظهر من المتن تفسير خوف العنت بالمشقّة، أو الوقوع في الزنا.

ولا ريب أنّ هذا التعبير فيه مسامحة واضحة؛ لأنّ خوف ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ ليس بمعنىٰ المشقّة، فإنّ الخوف صفة نفسانيّة لا يُفسَّر بأمر خارجي كالمشقّة والوقوع في الزنا، فمراده قدس سره تفسير نفس ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ بالمشقّة، أو الوقوع في الزنا.

---

(١) سورة غافر ٤٠: ٣.

. . . . . .

وكيف كان، إن أراد تفسير ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ بالجامع بين المشقّة والوقوع في الزنا فلم يثبت بدليل، بل ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ لغة: بمعنىٰ الشدّة والمشقّة[١]، وقد استعمل في القرآن الكريم في هذا المعنىٰ، قال الله عزّوجلّ: ﴿وَلَوْ شَآءَ ٱللَّهُ لَأَعْنَتَكُمْ﴾[٢]، أي حملكم علىٰ المشقّة والضيق، وقال تعالىٰ: ﴿وَٱعْلَمُوٓا أَنَّ فِيكُمْ رَسُولَ ٱللَّهِ لَوْ يُطِيعُكُمْ فِى كَثِيرٍ مِّنَ ٱلْأَمْرِ لَعَنِتُّمْ﴾[٣]، أي وقعتم في العنت والمشقّة.

ثمّ إنّ الوقوع في الزنا لا يجوّز له التزويج بالإماء؛ لأنّ الزنا الصادر منه علىٰ الفرض فعل اختياري يصدر منه يجب عليه الترك والاجتناب عنه، كما يجب عليه ترك التزويج بالأمة، فلا يفعل هذا ولا يفعل ذاك، فإنّ ذلك نظير ما إذا لم يتزوّج بالأمة لشرب الخمر اختياراً، أو يقتل النفس المحترمة اختياراً، فإنّه حينئذٍ يلزم عليه ترك الجميع لا يشرب الخمر ولا يتزوّج بالأمة، فخوف الوقوع في الزنا باختياره لا يكون سبباً لجواز ارتكاب أمر محرّم آخر.

وأغرب ممّا ذكره المصنّف ﷺ ما ذكره الطبرسي عليه الرحمة في تفسيره حيث فسّر ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ بخصوص الوقوع في الزنا ونسبه إلىٰ أكثر المفسّرين[٤]، ولا شاهد له أصلاً.

---

(١) كما في: العين ٢: ٧٢، الصحاح للجوهري ١: ٢٥٩، القاموس المحيط ١: ١٥٣، مجمع البحرين ٣: ٢٥٧ «عنت».

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٢٠.

(٣) سورة الحجرات ٤٩: ٧.

(٤) مجمع البيان ٣: ٦٤.

. . . . . .

فالصحيح : إنّ ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ ليس موضوعاً للجامع بين المشقّة والوقوع في الزنا ولا موضوعاً لخصوص الزنا ، بل معناه المشقّة والشدّة والضيق ، ولعلّ من فسّره بالوقوع في الزنا أراد أنّ الشدّة والمشقّة ربّما تغلب عليه بحيث يوقعه في الزنا واللواط أو الاستمناء لإطفاء شهوته لكثرة شبقه وميله إلىٰ النساء ، لا أنّ الوقوع في الزنا بنفسه من معاني ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ لغة .

وبالجملة : ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ هو الشدّة والمشقّة ، فمن لم يتمكّن من تزويج الحرّة ولا يتزوّج بالأمة فأمره يدور حينئذٍ بين الصبر وتحمّل المشقّة والوقوع في الحرام ، فحينئذٍ يجوز له التزويج بالأمة لئلا يقع في المشقّة ، فلا يجب عليه الصبر وتحمّل المشقّة ، بل يجوز له التزويج بالأمة فراراً عن الوقوع في المشقّة ، فمن خاف علىٰ نفسه لأجل الوقوع في المشقّة والشدّة من جهة ترك التزويج ، يجوز له التزويج بالأمة .

وممّا ذكرنا ظهر أنّه لو تمكّن من دفع المشقّة والشدّة بالشراء أو التحليل ليس له التزويج بالأمة ؛ لأنّه لا يخش ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ والمشقّة ، فإنّ الموضوع في الآية الشريفة خشية ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ وخوف الوقوع في المشقّة لا نفس ﴿ٱلْعَنَتَ﴾ ونفس المشقّة .

وبعبارة أُخرىٰ : موضوع جواز التزويج بالأمة : خوف الوقوع في الشدّة لا نفس الوقوع في الشدّة ، فيجوز له التزويج بالأمة لئلا يقع في الشدّة ، لا أنّه إذا وقع في الشدّة يجوز له التزويج بالأمة ، نظير خوف الضرر المجوّز للإفطار ، فإنّ المجوّز له خوف الضرر لا نفس الضرر[1] .

---

(١) لا يخفىٰ أنّ مقتضىٰ إطلاق خشية العنت عدم اختصاص المشقّة بالشهوة الجنسيّة

بل الأحوط تركه متعة أيضاً، وإن كان القول بالجواز فيها غير بعيد[١]، وأمّا مع الشرطين فلا إشكال في الجواز؛ لقوله تعالىٰ: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ...﴾ إلىٰ آخر الآية.

والحاصل: من لا يتمكّن من تزويج الحرائر ولا شراء الإماء ولا التحليل يدور أمره بين أن يصبر ويتحمّل المشقّة، أو أن يقع في الزنا والحرام، فحينئذٍ يجوز له تزويج الأمة، وقوله تعالىٰ في آخر الآية: ﴿**وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ**﴾ إشارة إلىٰ ذلك، فإنّ المعنىٰ: صبركم عن نكاح الإماء وتحمّلكم المشقّة والشدّة خير لكم، فمفاد الآية الكريمة والروايات الدالّة علىٰ جواز التزويج بالأمة عند الاضطرار شيء واحدٌ، غاية الأمر في الروايات عبّر عنه بلفظ بسيط، وهو الاضطرار، وفي الآية بالتفصيل علىٰ ما عرفت.

(١) ثمّ إنّ المنع عن التزويج بالأمة هل يختصّ بالدوام أو يعمّه والانقطاع والمتعة؟

ربّما يدّعىٰ انصراف أدلّة المنع إلىٰ الدوام، فيجوز التمتّع بها بدون الشرطين، وربّما يقال بالعكس، وانصراف دليل المنع عن نكاح الأمة في الآية الكريمة إلىٰ المتعة لأجل كلمة الأجر الظاهرة في المتعة، وقد أُطلق المستأجرة علىٰ المُتمتّعة، كصحيحة عبيد بن زرارة، عن أبيه، عن أبي

---

[١] من جهة ترك التزويج، بل يشمل مطلق المشقّة الحاصلة من ترك التزويج ولو من غير جهة الشهوة، كما إذا كان الشخص شيخاً كبيراً لا يتمكّن من تزويج الحرّة لعدم الطول والسعة، ولكن يضطرّ إلىٰ تزويج الأمة من جهة إدارة منزله وشؤون حياته، ولو لم يتزوّج بالأمة لوقع في الشدّة من هذه الناحية لا من جهة الشهوة الجنسيّة، ذكرت ذلك لسيّدنا الأُستاذ فاستحسنه. منه ﷺ.

. . . . . .

عبدالله عليه السلام قال: ذكرت له المتعة أهي من الأربع؟

فقال: «تزوّج منهنّ ألفاً فأنّهنّ مستأجرات»[١].

وفي حديث آخر في المتعة: «ليست من الأربع، وإنّما هي مستأجرة»[٢].

والحاصل: تكون كلمة: ﴿أُجُورَهُنَّ﴾ قرينة على أنّ المراد بقوله: ﴿فَانكِحُوهُنَّ﴾ هو العقد الانقطاع.

وكلا الدعويين فاسد.

أمّا الأوّل: فواضح؛ لأنّ موضوع الحكم في الآية الشريفة هو النكاح، وهو أعمّ من الدوام والانقطاع، كما في استعمالات القرآن، كقوله تعالىٰ: ﴿وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم﴾[٣]، فإنّه لا ريب في شموله للدوام والانقطاع، ولا يتوهّم أحد اختصاص الحرمة بالنكاح الدائم.

وكذلك الدعوىٰ الثانية: فإنّ المراد بالأجر هو المهر والصداق، وهو الشائع في استعمالات القرآن، كقوله تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِنَّآ أَحْلَلْنَا لَكَ أَزْوَٰجَكَ ٱلَّـٰتِىٓ ءَاتَيْتَ أُجُورَهُنَّ﴾[٤]، أي مهورهنّ، ولم تكن أزواج

---

(١) الكافي ٥: ٤٥٢/ ٧، تهذيب الأحكام ٧: ٢٥٨/ ١١٢٠، الاستبصار ٣: ١٤٧/ ٥٣٨، وسائل الشيعة ٢١: ١٨/ ٢٦٤٠٧.

(٢) وهو: عن محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، في المتعة: «ليست من الأربع؛ لأنها لا تطلّق ولا ترث، وإنّما هي مستأجرة».
الكافي ٥: ٤٥١/ ٥، وسائل الشيعة ٢١: ١٨/ ٢٦٤٠٩.

(٣) سورة النساء ٤: ٢٢.

(٤) سورة الأحزاب ٣٣: ٥٠.

. . . . . .

النبيّ ﷺ منقطعات قطعاً، وقال تعالىٰ: ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓا إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَـٰتُ مُهَـٰجِرَٰتٍ فَٱمْتَحِنُوهُنَّ﴾ إلىٰ أن قول تعالىٰ: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ إِذَآ ءَاتَيْتُمُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾[1]، أي مهورهنّ.

والحاصل: إطلاق الآية محكّم، ويشمل المنع الدوام والمتعة، والتزويج بالأمة يعتبر فيه الشرطان سواء كان التزويج بها علىٰ نحو الدوام أو الانقطاع.

ويؤيد ما ذكرنا من إطلاق المنع: رواية العيّاشي في تفسيره عن محمّد ابن صدقة البصري عند تفسير الآية: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَـٰتِ﴾[2]، قال عليه السلام: «... فكذلك لا يسع الرجل أن يتمتّع بالأمة وهو يستطيع أن يتزوّج بالحرّة»[3].

ولكن الرواية ضعيفة؛ للانقطاع، وعدم ذكر السند بين العيّاشي ومحمّد ابن صدقة البصري، ولا بأس بالتأييد، ويكفينا إطلاق الآية.

وممّا يشهد علىٰ أنّ المراد بالعنت المشقّة والشدّة وأنّ خوف الوقوع في المشقّة يجوّز له التزويج بالأمة: أمره بالصبر في ذيل الآية، وأنّ الصبر أفضل، يعني تحمّل المشقّة والصبر علىٰ الشدّة بترك التزويج بالأمة أفضل من دفع الشدّة بالتزويج بالأمة.

---

(١) سورة الممتحنة ٦٠: ١٠.

(٢) سورة النساء ٤: ٢٥.

(٣) تفسير العياشي ١: ٢٣٤ / ٩٠، وسائل الشيعة ٢١: ٧٩ / ٢٦٥٧٩.

. . . . . .

وبالجملة : المستفاد من الآية : عدم جواز التزويج بالأمة إلّا إذا خاف العنت والوقوع في الشدّة والمشقّة بترك التزويج بالأمة ، فحينئذٍ يجوز له التزويج بها ؛ لدفع الشدّة والمشقّة لئلا يقع فيها ، وهذا تعبير آخر عن الاضطرار إلىٰ التزويج بالأمة ، فيتّحد مفاد الآية مع مفاد الروايات الدالّة علىٰ جواز التزويج بالأمة عند الاضطرار .

فتحصّل ممّا ذكرنا : إنّ المعنىٰ الذي ذكرناه للعنت موافق للُّغة ، ففي مختار الصحاح العنت : الوقوع في أمر شاق[١] .

وعنت فلان : دخل عليه المشقّة ووقع في أمر شاق ، كما في الأقرب[٢] .

وفي نهاية ابن الأثير : العنت : المشقّة والفساد والهلاك والإثم[٣] .

نعم ، قد يستعمل في سبب المشقّة كما قيل : «لا تَسُبنَّ أصحاب رسول الله ﷺ ، فإنّ سبّهم مَعْنَتَةَ» ، أي مأثم ، كما في أساس البلاغة مادة عنت[٤] .

فإنّ الإثم سبب للوقوع في المشقّة من العذاب .

وبالجملة : لا ينبغي الريب في أنّ معنىٰ العنت هو المشقّة والشدّة ، فما ذكره الطبرسي في المجمع من كون المراد بالعنت الوقوع في الزنا[٥] لا دليل

---

(١) مختار الصحاح : ٢٣٨ «عنت» .

(٢) أقرب الموارد ٢ : ٨٣٥ «عنت» .

(٣) النهاية في غريب الحديث ٣ : ٣٠٦ «عنت» .

(٤) أساس البلاغة للزمخشري ٢ : ١٤٣ «عنت» .

(٥) مجمع البيان ٣ : ٦٤ .

. . . . . .

عليه ، كما أنّ ما ذكره المصنّف ﵀ من كونه جامعاً بين المشقّة والوقوع في الزنا لا دليل عليه .

ولو فرض كون العنت مشتركاً بين المشقّة الوقوع في الزنا ، فحمله علىٰ الجامع بينهما معنىً مجازي ؛ لأنّه ليس بموضوع له فتصبح الآية مجملة .

وأمّا القائل بالجواز ولو مع عدم الشرطين ونسب إلىٰ الأشهر ، فقد استدلّ بعدّة من الروايات مثل : ما دلّ علىٰ جواز تزويج الحرّة علىٰ الأمة[١] ، فإنّه لا يخلو عن إشعار جواز التزويج بالأمة .

وما دلّ علىٰ أنّه لا يجوز التزويج بالأمة علىٰ الحرّة إلّا بإذنها[٢] .

وما دلّ علىٰ أنّ التزويج بها مشروط بإذن أهلها[٣] .

---

(١) كما عن يونس بن عبدالرحمن عنهم ﷺ قال : « لا ينبغي للمسلم الموسر أن يتزوّج الأمة إلّا أن لا يجد حرّة » .

الكافي ٥ : ٨/٣٦٠ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٦٢١٦/٥٠٧ .

(٢) كما عن حذيفة بن منصور ، قال : سألت أبا عبدالله ﷺ عن رجل تزوّج أمة علىٰ حرّة لم يستأذنها ؟

فقال : « يُفرَّق بينهما » .

تهذيب الأحكام ٧ : ١٤١١/٣٤٤ ، الاستبصار ٣ : ٧٥٥/٢٠٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٥١١/ ٢٦٢٢٩ .

(٣) كما عن أبي بصير قال : سألت أبا عبدالله ﷺ عن نكاح الأمة ؟

فقال : « تتزوّج الحرّة علىٰ الأمة ولا تتزوّج الأمة علىٰ الحرّة ، ونكاح الأمة علىٰ الحرّة باطل ، وإن اجتمعت عندك حرّة وأمة فللحرّة يومان وللأمة يوم ، ولا يصلح نكاح الأمة إلّا بإذن مواليها » .

الكافي ٥ : ٣/٣٥٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٦٢٢٢/٥٠٩ .

ومع ذلك الصبر أفضل[١] في صورة عدم خوف الوقوع في الزنا .

وما دلّ علىٰ التفصيل بين ما لو كان مولاها رجلاً فيتزوّج بها بإذنه وأمره ، وبين ما لو كانت مولاتها امرأة فلا بأس بالتزويج بها بغير إذنها[١] ، وأخبار القسمة بين الحرّة والأمة ، فتعارض الأخبار المانعة فتحمل علىٰ الكراهة .

إلّا أنّ الجميع كما ترىٰ ؛ لأنّ الروايات في مقام آخر من اعتبار الإذن وعدمه ، والجمع بينهما ، وكيفيّة القسم بينهما ونحو ذلك ، فلا ينافي اشتراط التزويج بها بأمر آخر ، كخوف العنت وعدم الطول والسعة .

وبعبارة أُخرىٰ : مصبّ الروايات ليس جواز التزويج بالأمة بدون الشرطين أو معهما ، بل الروايات في مقام آخر فلا تنافي الدليل الدال علىٰ اعتبار الشرطين في التزويج بها .

(١) ثمّ إنّه قد عرفت أنّ التزويج بالأمة مع الشرطين جائز ، ولكن مع ذلك الصبر وترك التزويج بها أفضل عملاً بظاهر قوله تعالىٰ : ﴿**وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ**﴾ .

---

(١) **منها** : عن سيف بن عميرة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا بأس بأن يتمتّع بأمة المرأة ، فأمّا أمة الرجل فلا يتمتّع بها إلّا بأمره» .
الكافي ٥ : ٤٦٤ / ٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٣٩ / ٢٦٤٧٢ .
ومنها : عن داوُد بن فرقد ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتزوّج بأمة بغير إذن مواليها ؟
فقال : «إن كانت لامرأة فنعم ، وإن كانت لرجل فلا» .
تهذيب الأحكام ٧ : ٢٥٨ / ١١١٦ ، الاستبصار ٣ : ٢١٩ / ٧٩٧ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٣٩ / ٢٦٤٧٤ .

. . . . . .

وأشكل الشهيد الثاني: بأنّه كيف يمكن الالتزام بكون ترك التزويج بها أفضل مع كونه مقدّمة للحرام، إذ يترتّب عليه الزنا[١]؟

والجواب: إنّه لا مقدّميّة له للزنا، وإنّما الزنا يصدر منه باختياره، وقد حقّق في محلّه: إنّ وجود الضدّين ليس مقدّمة لترك الضدّ الآخر، ولا عدمه مقدّمة لوجود الضدّ الآخر.

وقد يقال: إنّه وإن لم يكن مقدّمة للزنا وللوقوع في الحرام ولكنّه ملازم له[٢]، والمتلازمان لا يختلفان في الحكم كالاستقبال واستدبار الجدي، فلا يمكن الحكم بوجوب الاستقبال وحرمة الاستدبار إلىٰ الجدي.

نعم، لا يلزم أنّ يحكما بحكم واحد، ولكن لا يحكمان بحكمين مختلفين.

وفيه: إنّه لا تلازم بين ترك التزويج وبين الوقوع في الحرام أصلاً، وإنّما الزنا يصدر منه بسوء اختياره.

نعم، العقل يُلزمه بترك الزنا امتثالاً للنهي وفراراً عن العقاب، فترك التزويج والصبر أفضل، والزنا محرّم عليه يجب عليه الاجتناب.

ويمكن أن يقال: إنّه لا يستفاد من الآية كون ترك التزويج أفضل، بل المستفاد منها: إنّ تحمّل المشقّة والشدّة والصبر أفضل، وهوملازم لترك التزويج، بل تحمّل المشقّة والصبر والوقوع في الحرام من الضدّين الذين

(١) انظر مسالك الأفهام ٧: ٣٢٩.

(٢) القائل هو السيّد الحكيم في مستمسك العروة الوثقىٰ ١٤: ٢٧٣.

كما لا إشكال في جواز وطئها بالملك ، بل وكذا التحليل ، ولا فرق بين القنّ وغيره[١] .

نعم ، الظاهر جوازه في المبعّضة ؛ لعدم صدق الأمة عليها[٢] ، وإن لم يصدق الحرّة أيضاً .

لهما ثالث ؛ لأنّه يمكن أن يزني ولا يصبر ، أو يصبر ولا يزني ، ويمكن أن لا يصبر ويتزوّج بالأمة ، فكلّ ضدّ محكوم بحكم خاصّ ، فالأوّل : حرام ، والثاني : أفضل ، والثالث : جائز ، نظير الصلاة والزنا والجلوس ، فإنّها أضداد ثلاثة ، وكلّ واحد منها محكوم بحكم خاصّ وهكذا المقام .

(١) ولا يخفىٰ أنّ موضوع المنع في الآية الكريمة الفتاة المملوكة ، وفي الروايات الأمة ، وهما شيء واحد ، ومقتضىٰ إطلاق المنع عدم الفرق بين القنّ وغيره ، كالمدبّرة .

(٢) وأمّا المبعّضة ، فالظاهر جواز التزويج بها ولو بدون الشرطين ؛ لعدم صدق الأمة عليها ، وإن لم يصدق عليها الحرّة ، فإنّها مركّبة بينهما ، فالأحكام الخاصّة لكلّ منهما لا تجري عليها ، فعمومات التزويج وإطلاقاته تشمل المبعّضة .

ثمّ إنّ صاحب الحدائق حكىٰ عن المفيد وعن ابن البرّاج قدّس سرّهما صحّة العقد والتزويج بالأمة بدون الشرطين ، إلّا أنّه حرام تكليفاً ، فالحكم تكليفي فقط[١] .

واستبعده في الحدائق من أنّ الظاهر من النهي في أمثال المقام هو

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٣ : ٥٦٥ .

مسألة ٥٢ : لو تزوّجها مع عدم الشرطين ، فالأحوط طلاقها ، ولو حصلا بعد التزويج ، جدّد نكاحها إن أراد على الأحوط [١] .

مسألة ٥٣ : لو تحقّق الشرطان فتزوّجا ، ثمّ زالا أو زال أحدهما ، لم يبطل [٢] ولا يجب الطلاق .

الحكم الوضعي والفساد ، كقوله تعالىٰ : ﴿**حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَـٰتُكُمْ**﴾ [١] ، فإنّ النهي يدلّ علىٰ الفساد خصوصاً إذا تعلّق النهي بركن العقد ، كالنهي عن بيع الخمر .

وما استبعده في محلّه ؛ فإنّ المستفاد من الحرمة هو سدّ الطريق عليه وحرمانه عن ذلك الشيء المنهيّ ، وهذه عبارة أُخرىٰ عن الفساد ، فلو كان متعلّق الحرام صحيحاً وماضياً لم يتحقّق سدّ الطريق عليه ولم يكن محروماً عنه ، وهو خلاف فرض الحرام .

(١) حيث إنّ السيّد المصنّف ﷺ احتاط في التزويج بالأمة مع عدم الشرطين ، فعليه أن يحتاط بأن يطلّقها لو تزوّج بها إذ لا يمكن مقاربتها ؛ لأنّها خلاف الاحتياط ، ولئلا تبقىٰ بلا زوج .

ولو عقد عليها بدون الشرطين ثمّ حصل الشرطان ، فلا أثر للعقد السابق الصادر من دون الشرطين ، فعليه أن يجدّد العقد بعد حصول الشرطين .

(٢) لو تزوّج مع حصول الشرطين ، ثمّ زالا أو زال أحدهما ، وتمكّن من تزويج الحرّة ، وحصل الطول أو زال عنه خوف العنت ، فهل ينفسخ الزواج ، أو يبقىٰ علىٰ صحّته ؟

---

(١) سورة النساء ٤ : ٢٣ .

. . . . . .

ذكروا أنّ الشرط شرط حدوثاً لا بقاءً؛ تمسكاً باستصحاب بقاء الزوجيّة.

واستشكل صاحب الحدائق في الحكم بالصحّة؛ لعدم اعتبار الاستصحاب عنده، وخلو المقام عن النصّ[1].

ولكن الصحيح ما ذكره المصنّف ﵀ من الحكم بالصحّة، ولا أثر لزوال الشرطين بعد العقد لا لأجل إجراء الاستصحاب حتّىٰ يستشكل في أصل اعتباره، كما عن الحدائق، أو عدم اعتباره في الأحكام الكلّيّة، بل لأجل نفوذ العقد وإمضائه ما لم يرتفع برافعه الخاص، فإنّ كلّ عقد إذا تحقّق ونفذ حين صدوره فلا يرتفع إلّا برافع ومزيل شرعي له.

علىٰ أنّه يمكن استفادة الصحّة من النصوص الكثيرة الدالّة علىٰ نكاح الحرّة علىٰ الأمة، فإنّه إذا تزوّج بالحرّة فطبعاً حصل له الطول والسعة، ومع ذلك لا يحكم عليه بفساد التزويج بالأمة.

مضافاً إلىٰ التصريح بالصحّة إذا وجد الطول بعد التزويج بالأمة.

ففي صحيحة محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: قضىٰ في رجل نكح أمة ثمّ وجد طولاً، يعني استغنىٰ، ولم يشته أن يطلّق الأمة نفس فيها، فقضىٰ: «إنّ الحرّة تنكح علىٰ الأمة، ولا تنكح الأمة علىٰ الحرّة إذا كانت الحرّة أُولاهما عنده، وإذا كانت الأمة عند قبل نكاح الحرّة علىٰ الأمة

(١) الحدائق الناضرة ٢٣: ٥٧٦.

مسألة ٥٤: لو لم يجد الطول أو خاف العنت، ولكن أمكنه الوطء بالتحليل أو بملك اليمين؛ يشكل جواز التزويج[١].

مسألة ٥٥: إذا تمكّن من تزويج حرّة لا يقدر على مقاربتها؛ لمرض أو رتق، أو قرن، أو صغر، أو نحو ذلك، فكما لم يتمكّن[٢]. **وكذا لو كانت عنده واحدة من هذه. أو كانت زوجته الحرّة غائبة**[٣].

قسّم للحرّة الثلثين من ماله ونفسه ـ يعني نفقته ـ والأمة الثلث من ماله ونفسه»[١].

(١) لإمكان دفع شهوته ومشقته بالشراء والتحليل، فلا يخشىٰ العنت من ترك التزويج بالأمة.

(٢) فإنّ مجرّد العقد علىٰ الحرّة والتزويج بها من دون الاستمتاع بها لا أثر له في حرمة التزويج بالأمة، ولا يمنعه عنه؛ لأنّ الشرط ـ كما هو المستفاد من الأدلّة بمناسبة الحكم والموضوع ـ هو تمكّن الاستمتاع بالحرّة، فإنّه المطلوب الأوّلي في النكاح.

وبعبارة أُخرىٰ: من تمكّن من الاستمتاع بالحرّة لا يخشىٰ العنت، والعبرة بالتمكّن من الاستمتاع ولا موضوعيّة للنكاح، بل هو مقدّمة للاستمتاع.

(٣) ولذا لو كانت زوجته الحرّة غائبة وخشي العنت يجوز له التزويج بالأمة.

نعم، إذا تمكّن من بعض الاستمتاعات ـ كالتفخيذ ونحوه ـ علىٰ وجه

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٤٢١ / ١٦٨٤، وسائل الشيعة ٢١: ٣٤٦ / ٢٧٢٥٧.

مسألة ٥٦ : إذا لم تكفه في صورة تحقّق الشرطين أمة واحدة ، يجوز الاثنتين [١] ، أمّا الأزيد فلا يجوز ، كما سيأتي .

مسألة ٥٧ : إذا كان قادراً علىٰ مهر الحرّة ، لكنّها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعدّ ضرراً عليه ، فكصورة عدم القدرة ؛ لقاعدة نفي الضرر [٢] ، نظير سائر المقامات ، كمسألة وجوب الحج إذا كان مستطيعاً ، ولكن يتوقّف تحصيل الزاد والراحلة علىٰ بيع بعض أملاكه بأقلّ من ثمن المثل ، أو علىٰ شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل ، فإنّ الظاهر سقوط الوجوب وإن كان قادراً علىٰ ذلك . والأحوط في الجميع اعتبار كون الزيادة ممّا يضرّ بحاله لا مطلقاً .

يزول العنت وترتفع شهوته لم يجز له نكاح الأمة ؛ لفقد الشرط الثاني .

(١) إذا تزوّج بأمةٍ وبقي الشرطان حتّىٰ بعد التزويج بالأمة يجوز له التزويج بالأمة الثانية ، وأمّا التزويج بالأمة الثالثة فلا يجوز له أصلاً ؛ لأنّ الحرّ لا يجوز له الجمع بين ثلاثة إماء .

(٢) ذكر قدس سره أنّه لو طلبت الحرّة أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعدّ ضرراً عليه لا يجب عليه بذل ذلك ولو كان قادراً عليه ؛ لقاعدة نفي الضرر ، فيجوز له التزويج بالأمة ؛ لصدق عدم الطول حينئذٍ ، كما هو الحال في سائر المقامات ، كمسألة وجوب الحجّ إذا كان مستطيعاً ولكن توقّف تحصيل الزاد والراحلة علىٰ بيع بعض أملاكه بأقلّ من ثمن المثل ، أو علىٰ شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل ، فإنّ الوجوب يسقط وإن كان قادراً علىٰ ذلك ، فإنّ قاعدة نفي الضرر تنفي وجوب الشراء بأزيد من المتعارف ، وتنفي وجوب

. . . . . .

البيع بأقلّ من المتعارف .

ويرد عليه :

أوّلاً : إنّ ما ذكره هنا ينافي ما ذكره في باب استطاعة الحج في المسألة الثامنة ، فإنّه ذكر هناك : إنّ غلاء أسعار ما يحتاج إليه في سفر الحج لا يوجب سقوط وجوب الحج إذا كان متمكّناً من دفع الزائد ، وكذا لو توقّف علىٰ بيع أملاكه بأقل من الثمن المتعارف ، أو توقّف شراء الحاجيات ، أو دفع الأُجرة أزيد من المتعارف ؛ لصدق الاستطاعة .

نعم ، لو كان الضرر مجحفاً بماله مضرّاً بحاله يسقط الوجوب ؛ لوقوعه في الحرج والمشقّة الشديدة .

وذكرنا هناك ـفي توجيه كلام المصنّف ﷺـ : إنّ الحجّ في نفسه حكم ضرري فلا تجري قاعدة نفي الضرر ، وأوردنا علىٰ ذلك أنّ ما يقتضيه الحجّ صرف المال بطبعه وبحسب المتعارف لا يرتفع بقاعدة نفي الضرر ، وأمّا إذا اقتضىٰ صرف مال أزيد ممّا يقتضيه طبع الحجّ وأزيد من المقدار المتعارف فلا مانع من جريان قاعدة «لا ضرر» .

وثانياً : إنّه قد ذكرنا غير مرّة أنّ قاعدة «لا ضرر» ترفع الأحكام الإلزاميّة التي يستلزم منها الضرر ، وليس في المقام حكم إلزامي ضرري يرتفع بلا ضرر ، وإنّما يشترط التزويج بالأمة بعدم الطول ، ولا دليل علىٰ إلغاء الشرط ، فإنّ قاعدة «لا ضرر» لا تتكفّل سقوط الاشتراط ، والمفروض أنّه متمكّن من دفع المال ولو كان أكثر من مهر المثل ، وله أن لا يتزوّج ويصبر .

. . . . . .

نعم ، إذا كان المال كثيراً بحدٍّ يكون دفعه حرجيّاً ومضرّاً بحاله فلا بأس في صدق عدم الطول ، كما إذا طلبت الحرّة جميع ماله بحيث لا يبقىٰ له إلّا ثوبه ، ولا يصدق عنوان الطول علىٰ التمكّن من إعطاء جميع ماله .

والحاصل : لو كان مهرها ألف دينار وطلبت عشرة آلاف دينار ، والمفروض أنّ الرجل مثري ومتمكّن من دفع هذا المال ، فلا ريب في صدق الطول والسعة علىٰ ذلك فلا يجوز له التزويج بالأمة .

نعم ، لو طلبت جميع ماله بحيث لا يبقىٰ له إلّا ثوب واحد ، فلا ريب في صدق عدم الطول .

وبالجملة : مجرّد زيادة المال عن المتعارف لا يوجب سقوط الاشتراط ، بل لا بدّ من التفصيل ـ علىٰ ما مرّ ـ كما هو الحال في شراء ماء الوضوء ، فإنّه إذا كان متمكّناً من شراء ماء الوضوء ولو بأضعاف قيمته يجب عليه الشراء ، وأمّا إذا كان دفع المال له بلغ حدّ الإجحاف والحرج لا يجب الدفع .

فصل
[الجمع بين الحرّة والأمة]
الأقوىٰ جواز نكاح الأمة علىٰ الحرّة مع إذنها[١].

---

(١) المعروف بين أصحابنا عدم جواز نكاح الأمة علىٰ الحرّة إلّا بإذنها، مضافاً إلىٰ اعتبار الشرطين من عدم الطول وخشية العنت، أو عدم اعتبارهما علىٰ الخلاف المتقدّم[١]، ونسب الشيخ قدس سره إلىٰ قوم من أصحابنا عدم الجواز وإن أذنت[٢]، واسبعده بعض، وحمله علىٰ عدم وجود الشرطين[٣].

وكيف كان، لا ريب في صحّة ما ذهب إليه المعروف.

أمّا الجواز في الجملة، فيدلّ عليه صحيح ابن بزيع، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام هل للرجل أن يتمتّع من المملوكة بإذن أهلها وله امرأة حرّة؟

قال: «نعم، إذا رضيت الحرّة».

قلت: فإن أذنت الحرّة يتمتّع منها؟

قال: «نعم»[٤].

فإنّ المستفاد منه: جواز التزويج بالأمة إذا رضيت الزوجة الحرّة.

وبإزائه: صحيح الحلبي وغيره الدالّة علىٰ بطلان تزويج الأمة إذا كانت

---

(١) انظره في المسألة «٥١» من الفصل السابق.

(٢) النهاية: ٤٥٩.

(٣) كالحدائق الناضرة ٢٣: ٥٧٠.

(٤) الكافي ٥: ٣/٤٦٣، تهذيب الأحكام ٧: ١١١٢/٢٥٧، الاستبصار ٣: ٥٣٣/١٤٦، وسائل الشيعة ٢١: ٢٥٤٨٠/٤١.

والأحوط اعتبار الشرطين : من عدم الطَّول ، وخوف العَنَت ، وأمّا مع عدم إذنها فلا يجوز ، وإن قلنا في المسألة المتقدِّمة بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين ، بل هو باطل[١] .

عنده حرّة ، ففي صحيح الحلبي : قال عليه السلام : « تزوّج الحرّة علىٰ الأمة ولا تزوّج الأمة علىٰ الحرّة ، ومن تزوّج أمة علىٰ حرّة فنكاحه باطل »[١] ، وغير ذلك من الروايات[٢] التي يستفاد منها بطلان نكاح الأمة علىٰ الحرّة .

(١) ولكن المشهور لم يلتزموا بالبطلان وذهبوا إلىٰ الصحّة إذا أذنت الحرّة ؛ استناداً إلىٰ صحيحة ابن بزيع الواردة في المتعة ، ولم يفصّلوا بين المتعة والدوام ، وعمّموا صحيح ابن بزيع إلىٰ الدوام ، ولعلّ سؤال ابن بزيع عن خصوص المتعة لأجل كونها أخف وأسهل ، وإلّا فلا خصوصيّة للمتعة .

ويمكن أن يقال : إنّ صحيح الحلبي ونحوه من الروايات الدالّة علىٰ المنع مطلقة من حيث وجود الشرطين ـ عدم الطول وخشية العنت ـ وعدمهما ، وإنّما يتعرّض في هذه الروايات إلىٰ الشرطين وعدمهما ؛ لأنّ من كانت عنده حرّة لا يخاف العنت غالباً ، وهذه الروايات تعارض ما دلّ علىٰ

---

(١) الكافي ٥ : ٢/٢٥٩ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٠٨/٣٤٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٥٠٩ / ٢٦٢٢١ .

(٢) كما عن أبي بصير قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن نكاح الأمة ؟ فقال : « تتزوّج الحرّة علىٰ الأمة ولا تتزوّج الأمة علىٰ الحرّة، ونكاح الأمة علىٰ الحرّة باطل، وإن اجتمعت عندك حرّة وأمة فللحرّة يومان وللأمة يوم، ولا يصلح نكاح الأمة إلّا بإذن مواليها ».
الكافي ٥ : ٣/٣٥٩، وسائل الشيعة ٢٠ : ٥٠٩ / ٢٦٢٢٢.

وأمّا مع عدم إذنها فلا يجوز ، إن قلنا في المسألة المتقدّمة بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين ، بل هو باطل .

نعم ، لو أجازت بعد العقد صحّ علىٰ الأقوىٰ[١] بشرط تحقّق الشرطين علىٰ الأحوط .

الجواز مع الاضطرار ، كما في الروايات المعتبرة[١] ، أو الجواز مع عدم الطول وخشية العنت ، كما في الآية الشريفة[٢] .

ومقتضىٰ إطلاق هذه الروايات والآية المباركة : جواز التزويج بالأمة مع الشرطين سواء كانت عنده حرّة أم لا ، وحيث إنّ التعارض بالعموم من وجه ، ففي مورد الاجتماع ـ وهو من كانت عنده حرّة وتحقّق الشرطان ـ يتعارض الدليلان ، فإنّ مقتضىٰ إطلاق صحيح الحلبي : عدم جواز التزويج بالأمة ، ومقتضىٰ الآية الشريفة وروايات الاضطرار : جواز التزويج ، والمرجع بعد التساقط عمومات الحلّ .

يبقىٰ الكلام في اعتبار إذن الحرّة .

والجواب : إنّ صحيح ابن بزيع يدلّ صريحاً علىٰ اعتبار إذن الحرّة في المتعة ، واعتباره في الدوام بطريق أولىٰ .

فتحصّل : إنّ التزويج بالأمة مشروط بشرطين : عدم الطول ، وخشية العنت ، كانت عنده زوجة حرّة أم لا ، وإذا كانت له زوجة حرّة يعتبر إذنها أيضاً ، فيكون الشرط أُموراً ثلاثة : عدم الطول ، وخشية العنت ، وإذن الزوجة الحرّة .

(١) إنّما الكلام فيما لو تزوّج بالأمة بلا إذن الحرّة ثمّ أجازت بعد

---

(١) انظرها في المسألة « ٥١ » المتقدّمة .

(٢) وهي الآية ٢٥ من سورة النساء .

.....

العقد، فهل يصحّ العقد كما عن جماعة، أو يحكم ببطلانه كما عن جماعة آخرين[١]، بل ادّعي عليه الإجماع[٢]، ولا يخفىٰ ما في دعوىٰ الإجماع لوجود الخلاف.

ولا يخفىٰ أنّ متقضىٰ القاعدة هو البطلان؛ لأنّ العقد حين الوقوع والاستناد وقع باطلاً ولم يكن صحيحاً؛ لعدم اقترانه برضا الحرّة، والحكم بصحّته فيما بعد يحتاج إلىٰ الدليل، والعقد الفضولي وإن كان علىٰ طبق القاعدة ولكن إنّما يحكم بصحّة العقد الفضولي بالإجازة إذا استند العقد إلىٰ المجيز بالإجازة.

وأمّا إذا كان العقد حين الانتساب فاسداً فإجازة الغير لا تصحّحه، والضابط في صحّة العقد الفضولي بلحوق الإجازة: أن يستند العقد إلىٰ المجيز بالإجازة، كما إذا باع شخص دار زيد ثمّ أجاز زيد، فإن البيع يستند إلىٰ زيد حين إجازته ويكون بيعه مقترناً بالرضا، فيصحّ علىٰ القاعدة.

وأمّا إذا كان العقد الصادر منه فاقداً لشرائط الصحّة والإجازة اللاحقة الصادرة من الغيرة لا توجب استناد العقد إليه صحيحاً، كما إذا عقد علىٰ بنت الأخ بلا رضا العمّة ثمّ أجازت العمّة، فإنّ إجازة العمّة اللاحقة لا توجب صحّة العقد الصادر من الزوج؛ لأنّ العقد الصادر منه صدر فاسداً واستند إليه فاسداً، والإجازة من العمّة لا توجب استناد العقد إليه بعد الإجازة، بل العقد

---

(١) كما في المبسوط ٤: ٢١٥، والسرائر ٢: ٥٤٥.

(٢) كما في رياض المسائل ١٠: ٢٠١.

. . . . . .

كان مستنداً إليه قبل الإجازة إلّا أنّه استند إليه فاسداً ، والإجازة اللاحقة من العمّة لا تصحّ الاستناد ، وهكذا الحال في عقد الباكرة بدون إذن الوالد .

هذا ، ولكن مع ذلك نقول بالصحّة ؛ لعموم التعليل الوارد في نكاح العبد «أنّه لم يعص الله وإنّما عصىٰ سيّده ، فإذا أجاز فهو له جائز»[1] .

فيعلم من ذلك : إنّ الميزان في الفساد ما إذا كان العقد في نفسه حراماً شرعيّاً ومعصية الله تعالىٰ ، كالعقد علىٰ أُخت الزوجة أو المحارم ونحو ذلك .

وأمّا إذا كان المنع لأجل عدم الاستئذان ممّن يعتبر إذنه ، فلا يحكم عليه بالفساد ، وإنّما يتوقّف علىٰ إذنه فمتىٰ أذنَ صحّ ، فهكذا المقام ، فإنّ علىٰ الأمة في نفسه لا محذور فيه ولم يكن محرّماً إلٰهيّاً ، وإنّما يعتبر فيه إذن الزوجة السابقة الحرّة ، فمتىٰ أجازت جاز ، فالعقد في أمثال المقام محكوم بالعقد الفضولي تعبّداً لا قاعدة ، فمقتضىٰ توقّف صحّة العقد علىٰ الأمة علىٰ رضا الحرّة فسخ الحرّة العقد علىٰ الأمة .

---

(١) وهو : عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ؟

قال : «ذاك إلىٰ سيّده إن شاء أجازه ، وإن شاء فرّق بينهما» .

قلت : أصلحك الله إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إنّ أصل النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيّد له ؟

فقال أبو جعفر عليه السلام : «إنّه لم يعص الله وإنّما عصىٰ سيّده ، فإذا أجاز فهو له جائز» .

الكافي ٥ : ٤٧٨ / ١٠٠٧٨ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٥١ / ١٤٣٢ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١١٤ / ٢٦٦٦٦ .

. . . . . .

وربّما يستدلّ للصحّة بصحيح ابن بزيع المتقدّم؛ لإطلاقه من حيث تقدّم الرضا وتأخّره.

وفيه: إنّه لا إطلاق له من هذه الجهة، وإنّما هو في مقام اعتبار الرضا في التمتّع في الجملة، وأمّا أنّ الرضا يعمّ السابق واللاحق، فلا يستفاد منه.

ثمّ إنّه حكي عن الشيخ الخيار للحرّة بين فسخ عقد نفسها وبين فسخ عقد الأمة[1].

أمّا الخيار لها بفسخ عقد الأمة، فلما دلّ على توقّف التزويج بالأمة على رضا الزوجة الحرّة، كصحيح ابن بزيع المتقدّم[2].

وأمّا الخيار على عقد نفسها، أي الحرّة، فلموثّق سماعة، عن أبي عبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج أمة على حرّة؟

فقال: «إن شاءت الحرّة تقيم مع الأمة أقامت، وإن شاءت ذهبت إلى أهلها».

قال: قلت: فإن لم ترض بذلك وذهبت إلى أهلها أله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام؟

قال: «لا سبيل عليها إذا لم ترض حين تعلم».

قلت: فذهابها إلى أهلها طلاقها؟

قال: «نعم، إذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء ثمّ

---

(١) النهاية: ٤٥٩.

(٢) في بداية هذا الفصل.

. . . . . .

تتزوّج إن شاءت»[١].

وهو صريح في ثبوت الخيار لها في عقد نفسها، فيدور أمر الحرّة: بين فسخ عقد الأمة، وبين فسخ عقد نفسها، وبين البقاء مع زوجها.

هذا، ولكن الكلام في صحّة متن الموثّقة، فإنّ الموثّقة إذا كانت علىٰ ما رواها الشيخ في التهذيب[٢]، فالخيار علىٰ النحو المتقدّم ثابت لها، إلّا أنّ الكليني قدس سره روىٰ هذه الرواية بعينها من دون زيادة ونقيصة، ولكن موردها العكس؛ لأنّه قال: في رجل تزوّج امرأة حرّة وله امرأة أمة ولم تعلم الحرّة أنّ له امرأة؟

قال: «إن شاءت الحرّة...»[٣]، وذكر الحديث مثله.

ولا ريب أنّه لو دار الأمر بين اشتباه الشيخ أو الكليني يقدّم كلام الكليني، ويحمل كلام الشيخ علىٰ الاشتباه؛ لأنّ الكليني أضبط وأتقن قطعاً حتّىٰ أنّ صاحب الحدائق صرّح بأنّه لا تخلو رواية في التهذيب عن الاشتباه سنداً أو متناً[٤].

وهذا الكلام لا إشكال في كونه مبالغة؛ إذ الروايات الصحيحة الخالية من الاشتباه موجودة في التهذيب كثيراً.

---

(١) الكافي ٥: ٣٥٩/٤، تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٥/١٤١٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٥١١/ ٢٦٢٣٠.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٥/١٤١٢.

(٣) الكافي ٥: ٣٥٩/٤.

(٤) انظر الحدائق الناضرة ١٥: ٢٩٣.

ولا فرق في المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين[١] ، .....

نعم ، هو أكثر اشتباهاً من الكليني .

وكيف كان ، فلا أقل من التعارض بين نسختي الشيخ والكليني ، فلا يمكن الاعتماد علىٰ شيء منهما .

ثمّ إنّه في تزويج الحرّة علىٰ الأمة نلتزم بثبوت الخيار لها في عقد نفسها ؛ لخبر آخر غير موثّق سماعة ، وهو صحيح يحيىٰ بن الأزرق قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له امرأة وليدة [أي أمة] فتزوّج حرّة ولم يعلمها بأن له امرأة وليدة ؟

فقال : «إن شاءت الحرّة أقامت ، وإن شاءت لم تقم» .

قلت : قد أخذت المهر فتذهب به ؟

قال : «نعم ، بما استحلّ من فرجها»[١] .

والرواية صريحة والسند تامّ ، فإنّ يحيىٰ بن الأزرق الذي ذكره في الوسائل وإن كان مردّداً بين يحيىٰ بن حسان الأزرق غير الثقة ويحيىٰ بن عبدالرحمن الأرزق الثقة لكن الموجود في التهذيب : يحيىٰ بن عبدالرحمن الأزرق الثقة .

(١) ثمّ ذكر أنّه لا فرق في المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين ؛ لإطلاق الأدلّة .

---

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ١٤١٣/٣٤٥ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٦٢٢٨/٥١١ .

بل الأقوىٰ عدم الفرق بين إمكان وطء الحرّة وعدمه ، لمرض أو قرن أو رتق ، إلّا مع عدم الشرطين[١] .

أمّا من جانب الحرّة ، فلإطلاق قوله : وله امرأة حرّة ، فإنّه يشمل المنقطعة والدائميّة ، فإنّ الحرّة المتزوّجة مطلقة من حيث الدوام والانقطاع .

وأمّا من جانب الأمة ، فالنصّ وإن كان في خصوص التمتّع بالأمة ولكن توقّف العقد الدائمي علىٰ رضاها أولىٰ من الانقطاع .

لا يخفىٰ أنّ إطلاق صحيح ابن بزيع باعتبار توقّف تزويج الأمة مطلقاً علىٰ رضا الحرّة المتزوّجة مطلقاً ، يعني التزويج بالأمة دواماً وانقطاعاً يتوقّف علىٰ رضا الحرّة سواء كانت منقطعة أو دائمية[١] ، فإنّ قوله : وله امرأة حرّة ، يشمل المنقطعة والدائميّة .

(١) ثمّ ذكر أنّه لا فرق في المنع والتوقّف علىٰ رضا الحرّة بين إمكان وطء الحرّة وعدمه لمرض أو قرن أو رتق ونحو ذلك من موانع الوطء ؛ وذلك لإطلاق الدليل ، فإنّ المستفاد منه اعتبار رضا الحرّة المتزوّجة في التزويج بالأمة وإن كان وطء الحرّة غير ممكن .

ثم ذكر : **إلّا مع الشرطين** ، والظاهر أنّ هذه العبارة لا موقع لها في هذا الموضع ، وفي العبارة تشويش ، فلابدّ من التزام التقديم والتأخير ، أو الالتزام

---

(١) لا يخفىٰ إنّ إطلاق قوله : «لا تزوّج الأمة علىٰ الحرّة» ، أو : «من تزوّج أمة علىٰ حرّة فنكاحه باطل» يشمل الدوام والانقطاع ، ولا حاجة إلىٰ ما ذكره سيّدنا الأُستاذ .

نعم ، ما ذكره سيّدنا الأُستاذ حسن بالنسبة إلىٰ توقّف التزويج بالأمة علىٰ رضا الحرّة ، ولعلّ عدم استدلاله بالحلبي ونحوه من النصوص المطلقة لأجل ما ذكره دام ظلّه من ابتلائها بالمعارض ، كما تقدّم . منه مدّ ظلّه .

نعم ، لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحرّة قابلة للإذن لصغر أو جنون[١] خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعياً ، ولكن الأحوط مع ذلك المنع .

بزيادة أو نقيصة ونحو ذلك ممّا يوجب التئام العبارة مع ما سبق ، وإلّا فالعبارة غلط وزائدة .

(١) ولا يبعد عدم اعتبار إذنها إذا كانت الحرّة غير قابلة للإذن ، كما إذا كانت صغيرة أو مجنونة ؛ لانصراف الدليل إلىٰ من كانت قابلة للاستئذان منها ، ومن لم تكن قابلة للإذن لا يشملها الدليل ، فلا مانع من الأخذ بإطلاق دليل الجواز ، ويفترق المقام عن اعتبار إذن العمّة أو الخالة في تزويج بنت الأُخت أو الأخ ، فإنّ الإذن منهما هناك يعتبر حتّىٰ إذا كانت العمّة أو الخالة صغيرة أو مجنونة ؛ وذلك لأنّ روايات المنع عن التزويج ببنت الأخ أو الأُخت مطلقة تشمل ما إذا كانت العمّة أو الخالة كبيرة أو صغيرة ، فعمومات المنع عن التزويج ببنت الأخ أو الأُخت محكّمة ، وإنّما خرجنا عنها في صورة إذن العمّة أوالخالة ، فإذا لم يحصل الإذن منهما فالعمومات المانعة عن التزويج ببنت الأخ أو الأُخت محكّمة .

وأمّا في المقام ، فقد عرفت أنّ ما دلّ علىٰ الجواز كالآية الشريفة[١] وروايات التزويج بالأمة عند الضرورة تعارض صحيح الحلبي وغيره الدالّة علىٰ المنع بالعموم من وجه ، والمرجع بعد التعارض هو عمومات الحلّ .

---

(١) الآية ٢٥ من سورة النساء.

وأمّا العكس ـ وهو نكاح الحرّة علىٰ الأمة ـ فهو جائز ولازم إذا كانت الحرّة عالمة بالحال[١] .

ولكن صحيح ابن بزيع دلّ علىٰ اعتبار رضا الحرّة وإذنها وهو منصرف إلىٰ من كانت قابلة للإذن ، وأمّا الصغيرة أو المجنونة فلا يعتبر إذنهما ؛ لانصراف خبر ابن بزيع عنهما .

ثمّ ذكر المصنّف : خصوصاً إذا كان العقد علىٰ الحرّة انقطاعيّاً ، ولكن لا وجه لهذه الخصوصيّة ، فإنّ المنقطعة أيضاً زوجة ولا تفترق عن الدائميّة في هذه الجهات .

نعم ، يمكن دعوىٰ الانصراف عن بعض أفراد الانقطاع حتّىٰ إذا كانت المنقطعة كبيرة ، كما إذا كان الغرض من العقد للانقطاعي مجرّد المحرّمية وحرمة بنتها أو أُمّها عليه ؛ لعدم صدق عنوان وله امرأة حرّة علىٰ المنقطعة بمقدار قليل لأجل حصول مجرّد المحرّمية ، فإنّ الامرأة منصرفة إلىٰ الزوجة المتعارفة التي يتّخذها زوجة له .

(١) وأمّا العكس ـ وهو نكاح الحرّة علىٰ الأمة ـ فهو جائز ، ولو لم تعلم الحرّة بالحال ؛ لصحيح يحيىٰ بن عبد الرحمن الأزرق[١] ، وموثق سماعة علىٰ

---

(١) وهو : عن يحيىٰ بن الأزرق قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كانت له امرأة وليدة فتزوّج حرّة ولم يعلمها بأن له امرأة وليدة ؟

فقال : «إن شاءت الحرّة أقامت ، وإن شاءت لم تقم» .

قلت : قد أخذت المهر فتذهب به ؟

قال : «نعم ، بما استحلّ من فرجها» .

تهذيب الأحكام ٧ : ١٤١٣/٣٤٥ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٦٢٢٨/٥١١ .

وأمّا مع جهلها فالأقوىٰ خيارها في بقائها مع الأمة ، وفسخها ورجوعها إلىٰ أهلها ، والأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال[١] ، فعلىٰ هذا لو أخفىٰ عليها ذلك أبداً لم يفعل محرّماً .

نسخة الكافي[١] .

(١) وهل يجب علىٰ الزوج إعلام الحرّة بأنّه متزوّج بالأمة أم لا ؟

الظاهر هو الثاني ؛ لعدم الدليل علىٰ الوجوب .

نعم ، لو علمت الحرّة بالحال فلها الخيار ، كما هو الحال في جميع موارد ثبوت الخيار ، بل يستفاد من الروايتين عدم وجوب الإعلام ، فإنّ الإعلام لو كان واجباً لزم التنبيه منه عليه السلام للسائل ولم ينبّه عليه السلام ، وإنّما ذكر ثبوت الخيار لها لو علمت .

ثمّ إنّ صاحب الجواهر حكىٰ عن الرياض بأنّه لو أدخل الحرّة علىٰ الأمة جاز ولزم علم الحرّة بأنّ تحته أمة إجماعاً ونصوصاً .

---

(١) وهو : عن سماعة ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة حرّة وله امرأة أمة ولم تعلم الحرّة أنّ له امرأة ؟

قال : « إن شاءت الحرّة تقيم مع الأمة أقامت ، وإن شاءت ذهبت إلىٰ أهلها » .

قال : قلت : فإن لم ترض بذلك وذهب إلىٰ أهلها أله عليها سبيل إذا لم ترض بالمقام ؟

قال : « لا سبيل عليها إذا لم ترض حين تعلم » .

قلت : فذهابها إلىٰ أهلها طلاقها ؟

قال : « نعم ، إذا خرجت من منزله اعتدت ثلاثة أشهر أو ثلاثة قروء ثمّ تتزوّج إن شاءت » .

الكافي ٥ : ٤ / ٣٥٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٥١١ / ٢٦٢٣٠ .

مسألة ١ : لو نكح الحرّة والأمة في عقد واحد مع علم الحرّة صحّ ، ومع جهلها صحّ بالنسبة إليها ، وبطل بالنسبة إلىٰ الأمة[١] إلّا مع إجازتها . وكذا الحال لو تزوّجهما في زمان واحد ، علىٰ الأقوىٰ .

وفهم من قوله : ولزم علم الحرّة وجوب الإعلام ، وإلّا فلا معنىٰ لقوله : لزم علم الحرّة ؛ ولذا ورد عليه بأنّه : لم نتحقّق ما ادّعاه من الإجماع والنصوص علىٰ لزوم إعلام الحرّة[١] .

ولكن نسخة الرياض المطبوعة هكذا : ولو انعكس الفرض فادخل الحرّة علىٰ الأمة جاز ولزم مع علم الحرّة بأنّ تحته أمة إجماعاً ونصوصاً[٢] ، وهو الصحيح ، ويقتضيه الإجماع والنصوص ، فإنّ إدخال الحرّة علىٰ الأمة جائز ، فإن كانت الحرّة جاهلة لها الخيار ، ولو كانت عالمة لزم العقد ولا خيار لها ، فكأنّ نسخة الرياض الموجودة عند صاحب الجواهر كانت مغلوطة ، وكلمة «مع» كانت ساقطة ، والصحيح ما في الرياض المطبوع .

(١) إذا عقد علىٰ الحرّة والأمة بعقد واحد ، فإن كانت الحرّة عالمة بالحال صحّ العقد عليهما وليس للحرّة الخيار لرضاها ، وإن كانت جاهلة صحّ العقد بالنسبة إليها ويتوقّف عقد الأمة علىٰ رضا الحرّة ، وكذلك الحال في العقدين المتقارنين ، ولا خصوصية للعقد الواحد عليهما ، فإنّ العبرة بتزويجهما معاً سواء بعقد واحد أو بعقدين متقارنين .

هذا ، ولكن صحيح أبي عبيدة الحذّاء يدلّ علىٰ بطلان العقد علىٰ

---

(١) جواهر الكلام ٢٩ : ٤١٣ .

(٢) رياض المسائل ١٠ : ٢٠٣ ـ ٢٠٤ .

. . . . . .

الأمة، فقد روىٰ أبو عبيدة الحذّاء، عن أبي جعفر عليه السلام قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن رجل تزوّج امرأة حرّة وأمتين مملوكتين في عقد واحد؟

قال: «أمّا الحرّة فنكاحها جائز وإن كان سمّىٰ لها مهراً فهو لها، وأمّا المملوكتان فإنّ نكاحهما في عقد مع الحرّة باطل يفرّق بينه وبينهما»[١].

وهو مطلق من حيث علم الحرّة وجهلها، رضيت الحرّة أم لا، وسواء كان العقد عليهما بعقد واحد أو بعقدين متقارنين، ففي جميع الصور يقتضي بطلان العقد علىٰ الأمة، وادّعىٰ صاحب الجواهر القطع بتقييد النصّ بعدم الإذن منها[٢]؛ للقطع بصحّة عقد الأمة علىٰ الحرّة إذا كان برضا الحرّة.

ويمكن أن يقال: إنّ الآية المباركة[٣] وروايات الاضطرار إلىٰ تزويج الأمة تدلّ علىٰ جواز التزويج بالأمة عند عدم الطول وخشية العنت، وتعارض صحيح الحذّاء الدالّ علىٰ بطلان التزويج بالأمة بالعموم من وجه، فإنّ مقتضىٰ الآية الشريفة وتلك الروايات: جواز التزويج بالأمة عند عدم الطول وخشية العنت، ومقتضىٰ صحيحة أبي عبيدة الحذّاء المنع وبطلان العقد علىٰ الأمة، فلو جمع بينهما بعقد واحد أو بعقدين فمقتضىٰ الآية الشريفة وروايات الاضطرار صحّة العقد علىٰ الأمة مع الشرطين: عدم الطول، وخشية العنت، ومقتضىٰ صحيح الحذّاء البطلان.

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٤١٤/٣٤٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٢٣١/٥١٢.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ٤١٤.

(٣) الآية ٢٥ من سورة النساء.

مسألة ٢ : لا إشكال في جواز نكاح المبعّضة علىٰ المبعّضة ، وأمّا علىٰ الحرّة ففيه إشكال ، وإن كان لا يبعد جوازه ؛ لأنّ الممنوع نكاح الأمة علىٰ الحرّة ، ولا يصدق الأمة علىٰ المبعّضة ، وإن كان لا يصدق أنّها حرّة أيضاً[١] .

مسألة ٣ : إذا تزوّج الأمة علىٰ الحرّة فماتت الحرّة أو طلّقها ، أو وهب مدّتها في المتعة أو انقضت ، لم يثمر في الصحّة[٢] **، بل لا بدّ له من العقد علىٰ الأمة جديداً إذا أراد .**

ولكن علمنا من الخارج ومن أدلّة أُخرىٰ أنّ الحرّة لها حقّ ومع الجمع بينهما لها أحد الحقّين : إمّا فسخ عقد نفسها ، أو فسخ عقد الأمة .

أمّا بالنسبة إلىٰ عقد نفسها ، فلا خيار لها وإن نسب إلىٰ بعضهم لمخالفته للنصّ ، وهو صحيح الحذّاء الدالّ علىٰ أنّ نكاح الحرّة جائز ونافذ ، فيتعيّن لها الخيار بالنسبة إلىٰ العقد الواقع علىٰ الأمة ويبطل العقد الواقع عليها في صورة عدم الإجازة والرضا ، وإلّا فيصحّ كصورة تأخّر الحرّة عن الأمة وإدخال الحرّة علىٰ الأمة .

(١) فإنّ أحكام الأمة غير جارية علىٰ المبعّضة ؛ لعدم صدق الأمة علىٰ المبعّضة ، وإن لم يصدق عليها الحرّة أيضاً ، فحينئذٍ لا مانع من إدخال المبعّضة علىٰ الحرّة ؛ لعدم شمول دليل المنع لذلك واختصاصه بدخول الأمة علىٰ الحرّة ، والمفروض أنّ الأمة لا تصدق علىٰ المبعّضة .

(٢) فإنّ العلقة بينه وبين الحرّة وإن زالت بالموت أو بالطلاق البائن ونحوه ، ولكن لا يؤثّر في صحّة العقد الواقع علىٰ الأمة ؛ لأنّ العقد الواقع

مسألة ٤ : إذا كانت تحته حرّة فطلّقها طلاقاً بائناً ، يجوز له نكاح الأمة في عدّتها[١] . وأمّا إذا كان الطلاق رجعيّاً ففيه إشكال ، وإن كان لا يبعد الجواز ؛ لانصراف الأخبار عن هذه الصورة .

علىٰ الأمة حين صدوره لم يكن مشمولاً لأدلّة الصحّة لكونه فاقداً لما يعتبر فيه ، وهو إذن الحرّة وبعد الموت أو الطلاق البائن لم يصدر عقد جديد علىٰ الأمة ، فلا مقتضى لزوجيّة الأمة .

وبعبارة أُخرىٰ : دليل الإمضاء ناظر من الأوّل ومن حين صدور العقد ، كما هو الحال في سائر المعاملات ، فإنّ المعاملة إذا كانت غرريّة حين صدورها يحكم ببطلانها وإن زال الغرر بعد المعاملة ، ولا دليل علىٰ أنّ انقلاب الفساد إلىٰ الصحّة ، فلو أراد التزويج بالأمة لا بدّ من العقد عليها من جديد .

(١) لقطع علقة الزواج ، ولا يصدق عليه أنّ له زوجة حرّة .

وأمّا إذا طلّقها رجعيّاً فهل يجوز التزويج بالأمة في العدّة الرجعيّة أم لا ؟

لم يستبعد الجواز سواء كانت المطلّقة الرجعيّة زوجة حكماً أو حقيقة ؛ لانصراف الأخبار المانعة عن هذه الصورة ، فدليل المنع قاصر عن شموله لمثل ذلك ؛ لأنّ قوله : وله امرأة حرّة منصرفة إلىٰ الزوجة المتعارفة ، ولا يشمل المطلّقة التي لا يحسبها الزوج زوجته بنظره ، وإن كانت محكومة بالزوجيّة حسب التعبّد الشرعي .

نعم ، لو رجع وأزال أثر الطلاق تحقّقت الزوجيّة المتعارفة بينه وبينها ، فيتحقّق حينئذٍ عنوان الجمع بين الحرّة والأمة فنحتاج إلىٰ إذن الحرّة في صحّة

مسألة ٥ : إذا زوّجه الفضوليّ حرّةً فتزوّج أمةً ثمّ أجاز عقد الفضولي ، فعلىٰ النقل لا يكون من نكاح الأمة علىٰ الحرّة فلا مانع منه ، وعلىٰ الكشف مشكل [١] .

العقد علىٰ الأمة ، فيختصّ الحكم بالجواز ونفوذ العقد علىٰ الأمة بما إذا دام علىٰ الطلاق ولم يرجع ، فإذا طلّق زوجته الحرّة رجعيّاً يجوز له التزويج بالأمة في أثناء العقدّة ، فإذا رجع إلىٰ الحرّة فيعتبر إذنها في التزويج بالأمة ولها الخيار ، فإن أذنت فهو ، وإلّا يفرّق بينه وبين الأمة .

(١) أمّا علىٰ النقل ، فالأمر واضح جدّاً ؛ لأنّ النكاح بالأمة يكون سابقاً علىٰ نكاح الحرّة ، فالحرّة تكون داخلة علىٰ الأمة لا مدخولة ، والممنوع دخول الأمة علىٰ الحرّة لا العكس ، ومجرّد تقدّم العقد المجرّد عن الإجازة والرضا لا يوجب صدق تقدّم التزويج بالحرّة .

وأمّا علىٰ الكشف الحكمي ، فكذلك ؛ لأنّ التزويج بالحرّة من زمان استناد الزوجيّة إليه ـ وهو زمان الإجازة ـ وإن كانت الزوجيّة ثابتة سابقاً ومن زمان صدور العقد ، إلّا أنّ استناد الزوجيّة متأخّر .

وبعبارة أُخرىٰ : الممنوع هو التزويج بالحرّة ، يعني إذا كان الزوج متزوّجاً بالحرّة يتوقّف تزويج الأمة علىٰ إذنها ، والمفروض أنّ التزويج بالحرّة واستناد الزوجيّة لا يتحقّق إلّا بعد الإجازة المتأخّرة عن التزويج بالأمة ، فتكون الزوجة الحرّة داخلة علىٰ الأمة ، وإن فرضنا أنّ نفس الزوجيّة حصلت في السابق ؛ لأنّ الممنوع وموضوع الحكم هو التزويج بالحرّة واستناد التزويج إليه لا مجرّد الزوجيّة ، فالكشف الحكمي ملحق بالنقل .

مسألة ٦ : إذا عقد علىٰ حرّة ، وعقد وكيله له علىٰ أمة ، وشكّ في السابق منهما ، لا يبعد صحّتهما[١] ، وإن لم تجز الحرّة ، والأحوط طلاق الأمة مع عدم إجازة الحرّة .

وأمّا علىٰ الكشف الحقيقي بدعوىٰ حصول أثر العقد بتمامه سابقاً ، وإنّما الإجازة كالأمارة والعلامة ، فالحرّة زوجة له من السابق ، وإنّما المتأخّر الكشف والعلم ، فيصدق عنوان أنّ له زوجة حرّة ثمّ تزوّج بالأمة ، فحينئذٍ يتوقّف التزويج بها علىٰ إذن الحرّة ؛ لصدق إدخال الأمة علىٰ الحرّة .

وأمّا الكشف بنحو الانقلاب ، بمعنىٰ أنّ الحرّة لم تكن زوجة قبل الإجازة ، وبعد الإجازة ينقلب الحال ، فتصير زوجة من السابق لكن من الآن ، فإذا تزوّج بالأمة قبل الإجازة فقد تزوّج بها قبل كون الحرّة زوجة له ، ولا يشمله صحيح ابن بزيع : تمتّع بالمملوكة وله امرأة حرّة ، فإنّ المفروض أنّ زمان التزويج بالأمة لم تكن الحرّة زوجة له وإن صارت زوجة له من السابق ، لكن إنّما صارت زوجة له في السابق من حين صدور الإجازة بالانقلاب .

(١) أمّا العقد علىٰ الحرّة ، فيصحّ علىٰ كلّ حال سواء كانت الحرّة داخلة أو مدخولة .

وأمّا العقد علىٰ الأمة ، فيحكم عليه بالصحّة أيضاً ، فإنّ الممنوع تأخّر عقد الأمة عن عقد الحرّة .

وبعبارة أُخرىٰ : لا يجوز له العقد علىٰ الأمة وله امرأة حرّة ، والأصل عدم كون الحرّة زوجة له حين العقد علىٰ الأمة .

وبعبارة أوضح : موضوع الحكم بصحّة العقد علىٰ الأمة مركّب من

. . . . . .

أمرين :

الأوّل : العقد عليها ، وهو محرز بالوجدان .

الثاني : أن لا تكون له امرأة حرّة حين العقد علىٰ الأمة ، وهو محرز بالأصل ، فإنّ الأصل عدم كون الحرّة زوجة له حين العقد علىٰ الأمة .

ثمّ لا يخفىٰ أنّ نظر المصنّف إلىٰ أصل الصحّة في الجملة وما ذكره صحيح ، ولكنّ للمسألة صوراً :

الأُولىٰ : ما إذا لم تأذن الحرّة بالعقد علىٰ الأمة ، ولكن لا يؤثّر عدم إذنها في بطلان العقد علىٰ الأمة ؛ لأنّ رضاها والإذن منها معتبران في فرض تأخّر العقد علىٰ الأمة علىٰ العقد علىٰ نفسها ، ولم يثبت تأخّر العقد علىٰ الأمة ، بل عدمه بالاستصحاب .

الثانية : ما إذا أذنت العقد علىٰ الأمة ولكن فسخت عقد نفسها ، ولا أثر لذلك ، فإنّ الخيار لها في فسخ عقد نفسها ، إنّما يثبت لها فيما إذا كان المورد من تزويج الحرّة علىٰ الأمة ، يعني كانت الأمة زوجة له وتزوّج بالحرّة ، والأصل أنّ الأمة لم تكن زوجة له حين التزويج بالحرّة .

الثالثة : أن لا ترضىٰ بزوجيّة الأمة وتفسخ عقد نفسها ، فيحصل العلم الإجمالي للزوج بعدم زوجيّة إحداهما ؛ لأنّه إذا لم تأذن يبطل العقد علىٰ الأمة ، وإذا ثبت العكس وإنّ الأمة كانت سابقة ، فلها فسخ عقد نفسها .

وبعبارة أُخرىٰ : إذا كان العقد علىٰ الحرّة سابقاً والعقد علىٰ الأمة لاحقاً يتوقّف علىٰ إذنها ، وإذا لم ترض الحرّة يبطل العقد علىٰ الأمة ، وإذا كان العقد

مسألة ٧: لو شرط في عقد الحرّة أن تأذن في نكاح الأمة صحّ[١]، ولكن إذا لم تأذن لم يصحّ بخلاف ما إذا اشترط عليها أن يكون له نكاح الأمة.

علىٰ الأمة سابقاً والعقد علىٰ الحرّة لاحقاً لها فسخ عقد نفسها، فإذا لم ترض وفسخت عقد نفسها، فإحدىٰ المرأتين ليست بزوجة له، فلا بدّ أن يطلّقهما معاً إمّا بطلاقين أو بطلاق الزوجة الواقعية، أو يرجع إلىٰ القرعة في تعيين الزوجة.

(١) لو تزوّج حرّة وشرط عليها في ضمن العقد أن تأذن له في التزويج بالأمة يجب عليها الوفاء وإن خالفت ولو عصياناً ولم تأذن ليس له التزويج بالأمة؛ لأنّ شرطيّة رضاها لا تسقط بالعصيان أو نسيت الحرّة وأنكرت الشرط عليها.

نعم، إذا وكلّت الحرّة الزوج أو شخصاً آخر كفىٰ إذن الوكيل إذن الموكل وإن لم ترض الحرّة بعد ذلك؛ لأنّ هذا التوكيل غير قابل للعزل؛ لأنّه شرط في ضمن عقد لازم، فتلزم الوكالة بلزوم العقد، وفسخ الوكالة والعزل ينافي اللزوم، وقد تقدّم نظير هذه المسألة في المسألة التاسعة عشرة من فصل المحرّمات بالمصاهرة في إذن العمّة والخالة للتزويج ببنت الأخ أو الأُخت.

فصل
في نكاح العبيد والإماء

مسألة ١ : أمر تزويج العبد والأمة بيد السيّد ، فيجوز له تزويجهما ولو من غير رضاهما ، أو إجبارهما علىٰ ذلك ، ولا يجوز لهما العقد علىٰ نفسهما من غير إذنه[١] ، كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك ،

---

(١) ذكر ﷺ في هذه المسألة حكمين من أحكام العبيد والإماء :

الأوّل : عدم جواز العقد علىٰ نفسهما من غير إذن المولىٰ ، بل أمر تزويج العبد والأمة بيد المولىٰ ، ويجوز له تزويجهما ولو من غير رضاهما ، بل له إجبارهما علىٰ ذلك .

الثاني : إنّه لا يجوز لغيرهما العقد عليهما بدون إذن المولىٰ ، فهاهنا دعويان :

إحداهما : ولاية المولىٰ عليهما .

الثانية : عدم ولايتهما علىٰ أنفسهما .

وكلا الحكمين ممّا لا ريب فيه ، وممّا دلّت عليه الآيات الكريمة والروايات المتضافرة ، وممّا تسالم عليه الأصحاب .

أمّا الآيات :

فمنها : قوله تعالىٰ : ﴿**وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّـٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ**﴾[١] .

---

(١) سورة النور ٢٤ : ٣٢ .

. . . . . .

ومنها : قوله تعالىٰ : ﴿**فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ**﴾[١] .

ومنها : قوله تعالىٰ : ﴿**ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلاً عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ وَمَن رَّزَقْنَـٰهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُۥنَ**﴾[٢] .

وأمّا الروايات :

فمنها : صحيحة عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء»[٣] .

وفي رواية أُخرىٰ : «ليس له طلاق ولا نكاح ، أمّا تسمع الله تعالىٰ يقول : ﴿**عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ**﴾[٤] قال : لا يقدر علىٰ طلاق ولا نكاح إلّا بإذن مولاه»[٥] ، وغير ذلك من الروايات المعتبرة .

مضافاً إلىٰ أنّ الحكمين ممّا تقتضيه القاعدة ؛ لأنّ العبد أو الأمة ملك للسيّد ولا يجوز لأحد التصرّف فيه بغير إذن مالكه ، وكذا لا يجوز للعبد أن يتصرّف في نفسه أيضاً ؛ لأنّه تصرّف في مال الغير علىٰ أنّ ثبوت الحكمين إجماعي .

---

(١) سورة النساء ٤ : ٢٥ .

(٢) سورة النحل ١٦ : ٧٥ .

(٣) الكافي ٥ : ٤٧٧ / ١٠٠٧٥ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٦ / ٢٥٦٦٤ .

(٤) سورة النحل ١٦ : ٧٥ .

(٥) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٧ / ١٤٢١ ، الاستبصار ٣ : ٢١٥ / ٧٨٢ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٤ / ٢٦٨٥٥ .

حتّىٰ لو كان لهما أب حرّ، بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً إذا كان بقصد ترتيب الأثر[١] ولو لا مع إجازة المولىٰ.

نعم، لو كان ذلك بتوقّع الإجازة منه، فالظاهر عدم حرمته؛ لأنّه ليس تصرّفاً في مال الغير عرفاً[٢]، كبيع الفضولي مال غيره.

---

(١) ثمّ تعرّض للحكم التكليفي، وذكر أنّ إيقاع العقد من نفسهما أو من غيرهما عليهما حرام إذا كان ذلك بقصد ترتيب الأثر.

ولا يخفىٰ أنّ الحكم بالحرمة مبنيّ علىٰ ما اختاروا في باب مقدّمة الحرام، وذكروا: إنّ مقدّمة الحرام ليست بمحرّمة لعدم التوقّف؛ لأنّه لو أتىٰ بالمقدّمات يتمكّن من ترك الحرام أيضاً، ولا يسلب عنه القدرة بعد إتيان المقدّمات المحرّمة، إلّا إذا كانت المقدّمة من المقدّمات التوليديّة بحيث لا يتخلّل بين المقدّمة والحرام شيء، فإذا كان السبب سبباً توليديّاً التزموا بالحرمة، وعليه فإيقاع العقد عليهما إنّما يحرم إذا كان بقصد الإتيان بالحرام، وهذا إنّما يتوقّف علىٰ حرمة التجرّي؛ لأنّ إيقاع العقد عليهما من نفسهما أو من غيرهما بقصد ترتيب الأثر ليس حراماً شرعيّاً، بل هو داخل في نيّة المعصية، وهي نوع من التجرّي.

ولذا قد يكون غير المقدّمة حراماً إذا أتىٰ به بقصد ترتيب الأثر المحرّم عليه؛ وذلك لأنّه نوع من أنواع التجرّي والتعدّي والطغيان علىٰ المولىٰ، وذلك وإن أوجب الاستحقاق للعقاب ولكن كلّ ما يوجب الاستحقاق لا يكشف عن كون ما تجرّىٰ به معصية شرعيّة.

(٢) وأمّا إذا كان العقد عليهما بتوقّع الإجازة من المولىٰ، كما إذا عقد

وأمّا عقدهما علىٰ نفسهما من غير إذن المولىٰ ، ومن غيرهما بتوقّع الإجازة فقد يُقال بحرمته لسلب قدرتهما[١] وإن لم يكونا مسلوبي العبارة . لكنّه مشكل ؛ لانصراف سلب القدرة عن مثل ذلك . وكذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو فضولة ، فإنّه ليس بحرام علىٰ الأقوىٰ ، وإن قيل بكونه حراماً .

شخص علىٰ الأمة وكان من قصده مراجعة المولىٰ في أمرها ، فلا حرمة له ؛ لعدم صدق التصرّف في مال الغير عرفاً بمجرّد إجراء الصيغة والعقد عليها ، فجاله حال بيع الفضولي مال غيره .

والحاصل : مقصودة قدس سره : إنّ العقد عليهما من أنفسهما أو من غيرهما عليهما إذا كان بقصد ترتيب الأثر يحكم عليه بالحرمة .

وأمّا إذا كان العقد من أنفسهما أو من غيرهما بتوقّع الإجازة ، فلا حرمة له ؛ لعدم صدق التصرّف عليه ، وحاله حال الفضولي .

وفي العبارة تشويش وتأخير ومسامحة ، ولكن الأمر سهل بعد ظهور المراد .

وحقّ العبارة هكذا : نعم ، لو كان ذلك ـ أي إيقاع العقد عليهما ـ من غيرهما بتوقّع الإجازة فالظاهر عدم حرمته ، فالعقد الصادر من أنفسهما أو من غيرهما إذا كان بتوقّع الإجازة ، فلا حرمة له .

(١) ولكن ذكر صاحب الجوهر : إنّ العقد عليهما من أنفسهما حرام ، حتّىٰ إذا كان بتوقّع الإجازة[١] ؛ لسلب قدرتهما ، ولذا قال رحمه الله : إنّ توكيلهما

---

(١) جواهر الكلام ٣٠ : ٢٠٤ .

. . . . . .

في العقد أيضاً غير جائز؛ لعدم قدرتهما علىٰ التصرّف في التلفّظ والتعبير إلّا بإذن المولىٰ، فإنّهما لا يقدران علىٰ شيء.

وأشكل المصنّف عليه بانصراف سلب القدرة عن مثل ذلك، ولا يستفاد من سلب القدرة عنهما عدم القدرة علىٰ التكلّم ونحوه إلّا بإذنه، وإنّما يستفاد منه عدم صحّة التزويج ونحوه من التصرّفات، فلا يثبت بسلب القدرة عنهما حرمة سائر تكلّماته وحركاته وسكناته المتعارفة العاديّة، ولا دليل علىٰ أنّ العبد لو أراد أن يتكلّم أو يقرأ شعراً أو نثراً ونحو ذلك من الأُمور العاديّة، أو يمدّ رجله، أو يتحرّك أن يستأذن من المولىٰ.

فالمراد بسلب القدرة عن عقده: عدم النفوذ وعدم التأثير، ويشهد له أيضاً قوله تعالىٰ: ﴿**وَمَن رَّزَقْنَـٰهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُۥنَ**﴾[1]، يعني: إنّ الحرّ له أن يتصرّف في ماله كيف شاء، فهل يستوي مع العبد؟ فيعلم من ذلك: إنّ العبد ليس له ذلك.

وقد ورد في بعض الروايات الصحيحة التصريح بعدم الحرمة التكليفيّة، وأنّ المنفيّ هو الحكم الوضعي، كصحيحة منصور بن حازم لقوله عليه السلام في مملوك تزوّج بغير إذن مولاه: «ما أزعم أنّه حرام»[2].

---

(١) سورة النحل ١٦: ٧٥.

(٢) وهي: عن منصور بن حازم، عن أبي عبدالله عليه السلام في مملوك تزوّج بغير إذن مولاه أعاصٍ لله؟

قال: «عاص لمولاه».

مسألة ٢ : لو تزوّج العبد من غير إذن المولىٰ وقف علىٰ إجازته ، فإن أجاز صحّ ، وكذا الأمة علىٰ الأقوىٰ[١] .

---

(١) في المسألة ثلاثة أقوال :

الأوّل : القول بالصحّة مطلقاً وتوقّفه علىٰ الإجازة ، وهو المنسوب إلىٰ الأشهر أو المشهور .

الثاني : القول بالبطلان مطلقاً وتلغىٰ الإجازة .

الثالث : التفصيل بين عقد العبد والأمة ، فيصحّ عقد العبد بالإجازة دون الأمة ، واختاره ومال إليه في الحدائق[١] ، وحكي عن السرائر أيضاً[٢] .

وأمّا الروايات : فلا ريب أنّ المستفاد منها صحّة العقد الصادر من العبد إذا تعقّبه إجازة المولىٰ .

فمنها : صحيحة عليّ بن جعفر ، عن أخيه موسىٰ بن جعفر ، عن أبيه ، عن آبائه ، عن عليّ عليه السلام أنّه أتاه رجل بعبده ، فقال : إنّ عبدي تزوّج بغير إذني .

فقال عليّ عليه السلام لسيّده : « فرّق بينهما » .

فقال السيّد لعبده : يا عدو الله ، طلّق .

فقال عليّ عليه السلام : « كيف قلت له ؟ » .

قلت : حرام هو ؟

قال : « ما أزعم أنّه حرام ونوله أن لا يفعل إلّا بإذن مولاه » .

الكافي ٥ : ٤٧٨ / ١٠٠٧٨ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١١٣ / ٢٦٦٦٤ .

(١) الحدائق الناضرة ٢٤ : ٢٠٢ .

(٢) السرائر ٢ : ٥٦٥ .

. . . . . .

قال: قلت له: طلِّق.

فقال عليّ عليه السلام للعبد: «أمّا الآن فإن شئت فطلِّق، وإن شئت فامسك».

فقال السيّد: يا أمير المؤمنين، أمر كان بيدي فجعلته بيد غيري؟

قال: «ذلك لأنّك حين قلت له: طلِّق أقررت له بالنكاح»[1].

فإنّها صريحة في نفوذ النكاح وصحّته بالإقرار المتأخّر والإجازة اللاحقة، وحيث إنّ الزوجة ليس للمولىٰ الطلاق، كما سيأتي في المباحث الآتية إن شاء الله تعالىٰ.

ومنها: صحيحة معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلىٰ أبي عبدالله عليه السلام فقال: إنّي كنت مملوكاً لقومٍ، وأنّي تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن موالي ثمّ اعتقوني بعد ذلك، فأُجدّد نكاحي إيّاها حين اعتقت؟

فقال له: «أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم؟».

فقال: نعم، وسكتوا عنّي ولم يغيّروا[2] عليَّ.

قال: فقال: «سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، اثبت علىٰ نكاحك الأوّل»[3].

ومنها: معتبرة الحسن بن زياد الطائي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: إنّي

---

(١) مسائل عليّ بن جعفر: ٢٧٨ / ٦٩٩، تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٢ / ١٤٣٣، وسائل الشيعة ٢١: ١١٨ / ٢٦٦٧٤.

(٢) في الكافي: ولم يعيّروا.

(٣) الكافي ٥: ٤٧٨ / ١٠٠٧٨، تهذيب الأحكام ٨: ٢٠٤ / ٧١٩، وسائل الشيعة ٢١: ١١٧ / ٢٦٦٧١.

. . . . . .

كنت رجلاً مملوكاً فتزوّجت بغير إذن مولاي، ثمّ أعتقني الله بعد، فأُجدّد النكاح ؟

قال: فقال: «علموا أنّك تزوّجت ؟».

قلت: نعم، قد علموا فسكتوا ولم يقولوا لي شيئاً.

قال: «ذلك إقرار منهم، أنت علىٰ نكاحك»[1]، وغيرها.

ولو كنّا نحن وهذه الروايات لقلنا باختصاص الحكم بالعبد، وليس لنا التعدّي إلىٰ الأمة، ولا يقاس المقام ببيع الفضولي؛ لأنّ الصحّة هناك علىٰ القاعدة بخلاف المقام، وذلك لما عرفت في غير مقام أنّ العقد الفضولي إنّما نقول بصحّته؛ لأنّه حين الانتساب إلىٰ المجيز ينتسب إليه صحيحاً ومقروناً بالرضا بخلاف المقام، فإنّ العقد انتسب إلىٰ العبد فاسداً وفاقداً عن الشرط المعتبر فيه ـ وهو إذن المولىٰ ـ ولا ينقلب عمّا هو عليه.

وبعبارة أُخرىٰ: الإجازة هناك توجب انتساب العقد إلىٰ المجيز، وأمّا في المقام وأمثاله، فلا يستند العقد إلىٰ المجيز، بل العقد صادر من العبد، وإجازة المولىٰ لا توجب استناد العقد إليه صحيحاً؛ لأنّ المفروض أنّ العقد صدر من العبد باطلاً وفاسداً؛ لفقدانه للشرط وهو إجازة السيّد، وبعد الإجازة لا ينقلب العقد الفاسد الصادر منه إلىٰ الصحّة، ولكن في سائر المقامات يستند العقد إلىٰ المجيز، وحين استناده إليه يستند إليه صحيحاً وواجداً

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٤٠٦/٣٤٣، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٦٧٣/١١٨.

. . . . . .

للشرائط .

وبالجملة : لا يمكن القول بصحّة عقد الأمة من باب صحّة بيع الفضولي .

ولكن في صحيحة زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ؟

فقال : «ذاك إلىٰ سيّده إن شاء أجازه ، وإن شاء فرَّق بينهما» .

قلت : أصلحك الله ، إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إنّ أصل النكاح فاسد ، ولا تحلّ إجازة السيّد له .

فقال أبو جعفر عليه السلام : «إنّه لم يعصِ الله ، وإنّما عصىٰ سيّده ، فإذا أجازه فهو له جائز»[1] .

ونحوها صحيحة أُخرىٰ لزرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثمّ اطلع علىٰ ذلك مولاه ؟

قال : «ذاك لمولاه إن شاء فرَّق بينهما ، وإن شاء أجاز نكاحهما ، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها ، إلّا أن يكون اعتدىٰ فأصدقها صداقاً كثيراً ، وإن أجاز نكاحهما فهما علىٰ نكاحهما الأوّل» .

فقلت لأبي جعفر عليه السلام : فإنّ أصل النكاح كان عاصياً ؟

فقال أبو جعفر عليه السلام : «إنّما أتىٰ شيئاً حلالاً ، وليس بعاصٍ لله ، إنّما

---

(١) الكافي ٥ : ٣/٤٧٨ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٣٢/٣١٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١١٤ / ٢٦٦٦٦ .

. . . . . .

عصىٰ سيّده ولم يعصِ الله ، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه»[١] .

فإنّ التعليل الوارد فيهما ظاهر في التعميم بين العبد والأمة ، وأنّ الميزان بين الصحّة والفساد هو إتيان ما حرّم الله في نفسه كنكاح مَن كانت في العدّة ، أو نكاح أُخت الزوجة ونحوهما ممّا حرّمه الله تعالىٰ في نفسه .

وأمّا إذا ارتكب أمراً حلالاً في نفسه ولكن اعتبر فيه إذن الغير ورضاه ، كالسيّد بالنسبة إلىٰ العبد أو العمّة أو الخالة بالنسبة إلىٰ نكاح بنت الأخ أو الأُخت ، فلا يوجب البطلان ، بل يراعىٰ علىٰ الإذن ممّن يعتبر إذنه .

ولا ينافي ما ذكرنا ما ورد في تزويج الأمة من أنّه زنا ، كما في صحيح أبي العباس البقباق قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : يتزوّج الرجل بالأمة بغير علم أهلها ؟

قال : «هو زنا ، إنّ الله يقول : ﴿**فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ**﴾[٢]»[٣] .

وذلك لأنّه ما لم يجز المولىٰ فهو زنا ، وكذلك نكاح العبد ما لم يأذن مولاه فهو زنا ، وذكر صاحب الحدائق رحمه الله : إنّ الأمة لم تذكر في شيء من الروايات الدالّة علىٰ صحّة النكاح بالإجازة ، وإنّما المذكور فيها العبد ، فيُعلم

---

(١) الكافي ٥ : ٢/٤٧٨ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٣١/٣١٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١١٥/ ٢٦٦٦٧ .

(٢) سورة النساء ٤ : ٢٥ .

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٥١/ ٤٥٦٠ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٢٤/٣٤٨ ، الاستبصار ٣ : ٧٩٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٦٧٦/١١٩ .

. . . . . .

اختصاص الحكم بالعبد[١].

وفيه : إنّ الأمة إنّما لم يذكرها الإمام عليه السلام لعدم السؤال عنها في الروايات ، وإنّما سألوا عن العبد والإمام عليه السلام لم يذكر الحكم ابتداءً حتّىٰ يقال بعدم شموله كلامه للأمة ، وإنّما سئل عليه السلام عن العبد ، والإمام ـ من باب مطابقة الجواب للسؤال ـ أجاب عن حكم العبد ، ولا يفهم من ذلك اختصاص الحكم بالعبد .

والحاصل : لا ينبغي الريب في عدم الفرق بين العبد والأمة ؛ لعموم التعليل .

وقد يستدلّ للتعميم بين الإذن السابق واللاحق وعدم اختصاص الحكم بالإذن السابق بالإذن بإطلاق اعتبار الإذن ، فإنّه يشمل الإذن السابق واللاحق ، فيكفينا الإطلاق المذكور مع قطع النظر عن التعليل المذكور في صحيح زرارة .

وفيه : إنّ الظاهر من الدليل ترتب النكاح علىٰ الإذن وصدوره منه ، ولا يتحقّق ذلك بالإذن اللاحق ، فإنّ الإذن المتأخّر لا يوجب صدور النكاح عن الإذن ، ولا ينقلب النكاح الفاقد للشرط واجداً له .

وبعبارة أُخرىٰ : لو قلنا بأنّ موضوع الحكم هو عقد النكاح ووجود الإذن ، فيمكن أن يقال بعدم الفرق بين الإذن السابق واللاحق ، ولكن

---

(١) الحدائق الناضرة ٢٤ : ٢٠٢ ـ ٢٠٣ .

. . . . . .

المستفاد من الدليل صدور النكاح عن الإذن وترتّبه عليه، والإذن المتأخّر لا يجعله صادراً عن الإذن ولا يقلّبه إلىٰ صدوره عن الإذن.

وبالجملة: الصحيح هو القول بالصحّة من دون فرق بين عقد العبد والأمة؛ لتعميم الدليل لهما.

وقد تسالم الفقهاء أنّ الحكم لو علق علىٰ عنوان اشتقاقي ونحوه يكون موضوع الحكم نفس العنوان الاشتقاقي لا المتّصف به، ولذا التزموا بتعميم الأحكام الشرعيّة من الطهارة والصلاة والحجّ والزكاة والصوم والمعاملات وغير ذلك من الأحكام الشرعيّة للرجال والنساء، مع أنّ المذكور في النصوص بصيغة المذكّر، إلّا إذا كانت في البين قرينة تدلّ علىٰ الاختصاص بالرجل والامرأة، فإنّهم استفادوا من قوله ـ مثلاً ـ: المحرم يجب عليه كذا، أو أنّ المسافر إذا قام فعليه كذا، أو لا يضرّ الصائم إذا اجتنب عن ثلاث أو أربع، أو أنّه لا تُعطىٰ الزكاة لذي مرة سوّىٰ، وكذا قوله: البيعان بالخيار، أو أنّ صاحب الحيوان له الخيار، وهكذا، وهكذا أنّ الحكم ثابت لعنوان المحرم، ولعنوان المسافر، والصائم وغير ذلك من العناوين الاشتقاقيّة ونحوها كذي مرّة سوّىٰ، فإنّه لا تُعطىٰ الزكاة للمرأة الغنيّة أيضاً، ولا يختصّ الحكم بالرجل، والموضوع في للحكم في المقام هو المملوك، كما في صحيح زرارة؛ فيُعلم أنّ الحكم ثابت لعنوان المملوك سواء كان عبداً أو أمة.

وأمّا التقييد بالزنا في نكاح الأمة وإن لم يرد في نكاح العبد ولكن ورد

والإجازة كاشفة[١].

ملازمة، كقوله: «إنّ نكاحه فاسد باطل مردود»[١].

فإذا كان النكاح باطلاً، كان الجماع زناً، كما يستكشف الزنا من قوله: «ليس لها صداق إذا أباحت نفسها»[٢].

(١) ثمّ ذكروا أنّ الإجازة كاشفة.

وتفصيل الكلام: إنّ كون الإجازة ناقلة وإن كان أمراً ممكناً في نفسه؛ إذ لا مانع من اشتراط الملكيّة بأمر متأخّر، كبيع الصرف المشروط بالقبض، فإنّ العقد وإنشاء الملكيّة وجدا في السابق ولكن لا تحصل الملكيّة إلّا بعد القبض المتأخّر، وكذلك الوقف المشروط بقبض الموقوف عليهم والهبة المشروطة بالقبض ونحو ذلك ممّا قام عليه الدليل، ولكن الالتزام بذلك في باب الإجازة؛ إذ لا مانع من تقدّم العقد وسبقه وتأخّر الملكيّة، ولكن الالتزام

---

(١) كما عن معاوية بن وهب، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه قال: في رجل كاتب على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه أن لا يتزوّج فاعتق الأمة وتزوّجها.

قال: «لا يصلح له أن يحدث في ماله ألّا الأكلة من الطعام، ونكاحه فاسد مردود».

الكافي ٥: ٤٧٨/ ١ و٦: ١٨٨/ ١٢، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٣٠/ ٣٤٨٤، تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٢/ ١٤٣٤ و٨: ٢٦٨/ ٩٧٨، وسائل الشيعة ٢١: ١١٣/ ٢٦٦٦٥ و: ١١٧/ ٢٦٦٧٢ و٢٣: ١٤٧/ ٢٩٢٨٣.

(٢) كما عن السكوني، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أيّما امرأة زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق لها».

الكافي ٥: ٤٧٩/ ٧، من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٠/ ٤٥٥٥، تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٢/ ١٤٣٥، وسائل الشيعة ٢١: ١١٥/ ٢٦٦٦٨.

. . . . . .

بذلك في باب الإجازة لا يساعد عليه الدليل؛ لأنّ الإجازة تتعلّق بالعقد الصادر سابقاً، فالحكم بالملكيّة من حين الإجازة على خلاف دليل الإمضاء، فإنّ الإمضاء إمضاء لذلك العقد مضافاً إلى أنّه لا يتمّ في العقود المقيّدة بالزمان، كالإجارة والمتعة، فلو تزوّج العبد بامرأة شهراً ثمّ بعد مضي خمسة عشر يوماً التفت المولى فأجاز، فلازم النقل وقوع الزواج من بعد مضي خمسة عشر يوماً، فما أنشأه لم يمضه، وما أمضاه لم يُنشئه، وهكذا في باب الإجارة.

وأمّا الكشف الحقيقي: بمعنى كشف الإجازة عن تحقّق الملكيّة من حين حدوث العقد وصدوره، بحيث تكون الإجازة أمارة معرّفة عن صحّة العقد من حين وقوعه من دون أن يكون للإجازة أيّ تأثير في صحّة العقد السابق وإن كان أمراً ممكناً في نفسه أيضاً، وقد ذكرنا في محلّه: إنّ مرجعه إلى أنّ المتعقّب للرضا والإذن موضوع الحكم، ويرجع الشرط إلى التعقّب، وبعد حصول الإجازة ينكشف أنّ التعقّب كان موجوداً، وهذا أيضاً ممّا لا دليل عليه؛ لأنّ الظاهر من الأدلّة اعتبار نفس الرضا لا التعقّب به، فالتجارة الصادرة منه في الأوّل لم تكن مع الرضا ولم تكن واجدة للشرط، بل كانت متعقّبة للرضا، بل الالتزام بالكشف الحقيقي خلاف ظهور الأدلّة في المقام، فإنّ الظاهر من قوله: «فإذا أجاز جاز»[1].

---

(١) كما عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟

. . . . . .

إنّ النفوذ مترتّب علىٰ الإجازة، وما لم تصدر الإجازة لا نفوذ للعقد؛ لأنّ الإجازة تكشف النفوذ والجواز السابق.

وأمّا الكشف الانقلابي: بمعنىٰ انقلاب الجواز في السابق إلىٰ نفوذ، فما لم يكن موجوداً في السابق ينقلب إلىٰ الوجود من الآن، يعني: إنّ الإجازة توجب انقلاب العقد من عدم التأثير إلىٰ التأثير، وهذا أمر غير معقول؛ لعدم جواز انقلاب الشيء عمّا هو عليه، فالعقد الصادر في السابق إذا لم يكن مؤثّراً حين وقوعه فلا ينقلب عمّا هو عليه في الزمان اللاحق.

وأمّا الكشف الحكمي: وهو تحقّق الاعتبار بعد الإجازة، إلّا أنّ متعلّقه الملكيّة السابقة من حين حدوث العبد، وهذا هو الصحيح، وممّا يساعد عليه الدليل.

وتوضيح ذلك: إنّ الشيء قد يكون من الموجودات الحقيقيّة مع قطع النظر من جعل أيّ جاعل واعتبار أيّ معتبر، وتنقسم إلىٰ قسمين:

الموجود في الخارج.

والموجود في النفس والذهن.

قال: «ذاك إلىٰ سيّده إن شاء أجازه، وإن شاء فرّق بينهما».

قلت: أصلحك الله إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيّد له؟

فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنّه لم يعص الله وإنّما عصىٰ سيّده، فإذا أجاز فهو له جائز».

الكافي ٥: ٤٧٨ / ١٠٠٧٨، تهذيب الأحكام ٧: ٣٥١ / ١٤٣٢، وسائل الشيعة ٢١: ١١٤ / ٢٦٦٦٦.

.....

فإنّ الشيء قد يكون موجوداً حقيقيّاً خارجيّاً، أي ما له بإزاء في الخارج وقد يكون موجوداً حقيقيّاً ذهنيّاً، كما إذا تصوّرنا شيئاً أو علمنا شيئاً فمتعلّق ذلك الشيء موجود في النفس وقائم بالنفس تصوراً، قالوا: العلم إن كان إذعاناً للنسبة فتصديق، وإلّا فتصوّر أو تصديقاً.

وقد يكون الشيء الموجوداً اعتباريّاً، أي يدور مدار المعتبر ولا وجود له إلّا بالاعتبار، فقوامه باعتبار المعتبر ـكالأحكام التكليفيّة والوضعيّة من الوجوب والحرمة ـ إظهاره، والفساد والملكيّة والزوجيّة.

فالفرق بين الوجود الذهني والاعتباري: إنّ الذهني موجود في النفس مقابل الخارج، وأمّا الاعتباري فموجود في الخارج لكن اعتباراً وفرضاً.

وبعبارة أُخرىٰ: الوجود الذهني ما كان حاضراً في نفسه، وقد يطابق الخارج وقد يخالفه، فإنّ الموجود في الذهن صورة تحكي عن الخارج ـكالمرآة ـ وقد تطابق وقد تخالف الخارج، فإذا تطابقت فهو العلم، وإلّا فهو الجهل.

فالعلم: هو الصورة الذهنيّة المطابقة، والجهل: هو الصورة الذهنيّة المخالفة للواقع الخارجي.

فالعلم يتعلّق بالصورة الحاكية لا بالخارج، وهذا بخلاف الأمر والوجود الاعتباري، فإنّه يتعلّق بالخارج ـكالزوجيّة أو الملكيّة ـ فإنّها موجودة في الخارج بالوجود الاعتباري الفرضي والحاصل الموجود الخارجي الحقيقي لا ينفّك عن الماهيّة بخلاف الذهني والاعتباري، فإنّه يمكن تعلّق الذهني بالسابق أو

. . . . . .

اللاحق، فإنّ الإنسان قد يتصوّر أمراً سابقاً وقد يتصوّر أمراً لاحقاً؛ لأنّ الموجود إنّما هو صورة الشيء، ولذا قد تخالف وقد تطابق.

وأمّا الاعتباري، فليس له وعاء إلّا في عالم الاعتبار، فيوجد الأمر الاعتباري حقيقة بنفس الاعتبار في وعائه.

وقد يكون زمان الاعتبار والمعتبر ومتعلّقه متّحداً فيعتبر من الآن الملكيّة الفعليّة للأمر الفعلي، وقد يكون زمان الاعتبار سابقاً على زمان المعتبر، فيكون الاعتبار فعليّاً والمعتبر أمراً متأخّراً، كما في الوصيّة، فإنّ الموصي يعتبر فعلاً الموصىٰ له مالكاً لماله بعد موته، فيكون المعتبر هو الملكيّة بعد الموت فقبل الموت لم يتحقّق سوىٰ الأمر الاعتباري.

وقد يكون الاعتبار متأخّراً والمعتبر أمراً سابقاً، فمن الآن يعتبر الملكيّة قبل شهر أو سنة، فظرف الاعتبار الآن وظرف المعتبر هو السابق، ولذا لا مانع عن أن يبيع الإنسان داره قبل سنة، أو يبيع داره بعد سنة أو شهر، ولكن غير ممضي عند العقلاء؛ لبُعده عن المرتكز العرفي وانصراف الأدلّة عنه، والثاني تعليق محكوم عليه بالفساد.

وكيف كان في نفسه أمر ممكن؛ إذ لا قوام للاعتبار إلّا باعتبار المعتبر، وهو خفيف المؤنة قد يتعلّق بالملكيّة السابقة، فالاعتبار من الآن، ولكن متعلّقه الملكيّة السابقة، وقد يكون متعلقه الملكيّة المتأخّرة، كالوصيّة أو متعلقه الحريّة كالتدبير.

وبالجملة: قوام الاعتبار بيد المعتبر، ويمكن تعلّقه بأمر حالي أو

. . . . . .

متأخّر، كالوصيّة والتدبير، ويمكن تعلّقه بأمر سابق، كالملكيّة السابقة أو الزوجيّة السابقة، فإنّه خفيف المؤنة، فإذا اقتضت المصلحة قد يتعلّق الاعتبار بالسابق وقد يتعلّق باللاحق.

والذي ذكرناه في معنىٰ الكشف الحكمي من تعلّق الاعتبار الفعلي بالملكيّة أو الزوجيّة السابقة ممّا يقتضيه الأدلّة العامّة لصحّة الفضولي والأدلّة الخاصّة، فإنّ مقتضىٰ الأدلّة العامّة كون الاستناد من الآن والمستند في السابق، وكذا قوله عليه السلام: «فإذا أجاز جاز»[1]، وقوله: «اثبت علىٰ نكاحك الأوّل»[2] ظاهر في أنّه من الآن يحكم بالصحّة السابقة، ويقع النكاح من الأوّل يعني

---

(١) كما عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟ قال: «ذاك إلىٰ سيّده إن شاء أجازه، وإن شاء فرّق بينهما».
قلت: أصلحك الله إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد ولا تحلّ إجازة السيّد له؟
فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنّه لم يعص الله وإنّما عصىٰ سيّده، فإذا أجاز فهو له جائز».
الكافي ٥: ٤٧٨/ ١٠٠٧٨، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٣٢/٣٥١، وسائل الشيعة ٢١: ١١٤/ ٢٦٦٦٦.

(٢) كصحيحة معاوية بن وهب قال: جاء رجل إلىٰ أبي عبدالله عليه السلام فقال: إنّي كنت مملوكاً لقومٍ، وأنّي تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن موالي ثمّ اعتقوني بعد ذلك، فأُجدّد نكاحي إيّاها حين اعتقت؟
فقال له: «أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم؟».
فقال: نعم، وسكتوا عنّي ولم يغيّروا عليَّ.
قال: فقال: «سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، اثبت علىٰ نكاحك الأوّل».
الكافي ٥: ٤٧٨/ ١٠٠٧٨، تهذيب الأحكام ٨: ٢٠٤/ ٧١٩، وسائل الشيعة ٢١: ١١٧/ ٢٦٦٧١.

ولا فرق في صحّته بين أن يكون بتوقّعها ، أو لا ، بل علىٰ الوجه المحرّم . ولا يضرّه النهي ؛ لأنّه متعلّق بأمر خارج متّحد[١] .

الاعتبار من الآن ومتعلّقه الزوجيّة من الأوّل .

والذي يدلّ علىٰ أنّ اعتبار خفيف المؤنة صحّة بيع الكلّي وملكيّة الذمّة والمعدوم ، كما في اشتغال الذمّة في تعاقب الأيدي إذا تلفت العين ، أو تمليك المعدوم ، كما في الوقف للبطون اللاحقة مع أنّها معدومة عند اعتبار الملكيّة لهم .

ويترتّب علىٰ الكشف الحكمي بالمعنىٰ الذي ذكرناه : إنّه لو واقعها قبل الإجازة لا يُحدّ الزنا وإن كان في زمان الجماع تكون المرأة أجنبيّة ، فإنّها قبل الإجازة ليست بزوجة وإنّما بعد الإجازة يحكم با لزوجيّة السابقة ، فهي زوجة بقاءً .

وأيضاً يترتّب علىٰ الكشف الحكمي : إنّ المشتري له مطالبة الأُجرة من المالك من زمان حدوث العقد إلىٰ زمان الإجازة .

وبالجملة : الكشف الحكمي أمر ممكن في نفسه والدليل يساعده .

(١) ثمّ ذكر أنّه لا فرق في صحّة النكاح بالإجازة بين صدور العقد حراماً ، كما إذا صدر منه العقد لا بتوقّع الإجازة وبين صدوره حلالاً ، كما إذا صدر منه العقد بتوقّع الإجازة .

وأمّا توهّم البطلان فيما إذا صدر منه علىٰ الوجه المحرّم لا بتوقّع الإجازة ؛ لأنّه منهي عنه فلا يحكم بصحّته .

فأُورد عليه : بأنّ النهي تعلّق بأمر خارجي وإن كان متّحداً مع العقد ،

والظاهر اشتراط عدم الردّ منه قبل الإجازة، فلا تنفع الإجازة بعد الردّ[١].

فالعقد غير منهي عنه، بل متعلّق النهي أمر خارجي متّحد مع العقد، وهذا النحو من النهي لا يوجب الفساد، وقد التزم السيّد المصنّف بجواز اجتماع حكمين بعنوانين وإن كانا منطبقين علىٰ شيء واحد؛ ولذا ذكر أنّ الوضوء يمكن اتّصافه بالوجوب والاستحباب فيما إذا كان مقدّمة للواجب والمستحب، فكذلك المقام، فإنّ العقد الصادر منه بما أنّه مقدّمة للحرام لأجل مخالفة المولىٰ يتّصف بالحرمة، وبما أنّ النكاح في نفسه جائز يتّصف بالجواز، وذكر هناك وفي الأُصول: إنّ عنوان المقدّميّة من الجهات التعليلية لوجوب المقدّمة لا من الجهات التقييديّة.

يعني: إنّ التوقّف والمقدّميّة علّة لاتّصاف ذات المقدّمة بالوجوب، والمتّصف بالوجوب ذات المقدّمة، فعنوان المقدّميّة جهة تعليليّة واتّصاف ذات المقدّمة بالوجوب جهة تقيّديّة بعنوانين؛ لعدم تعدّد العنوان في المقام، فإنّ المعروض للوجوب والمتّصف به ذات المقدّمة، كما عرفت؛ وعليه فلا يمكن اتّصافه بالاستحباب أيضاً، فإنّ معلول الوجوب هو ذات المقدّمة، فلا يمكن أن يكون معلولاً للاستحباب، فما ذكره غير تام حتّىٰ بناءً علىٰ جواز اجتماع الأمر والنهي في واحد.

فالصحيح أن يقال: إنّ العقد لا بتوقّع الإجازة لا حرمة له، إلّا من باب التجرّي علىٰ أنّه لو فرضنا تعلّق النهي بنفس البيع لا يلازم الفساد؛ لأنّ التحريم لا يلازم الفساد، كالبيع وقت النداء.

(١) ثمّ إنّ المشهور اشترطوا في تأثير الإجازة عدم سبق الردّ ممّن له

. . . . . .

الإجازة، وإلّا فلا تؤثّر الإجازة، والظاهر أنّه لا نصّ في المقام، وإنّما ادّعي عليه الإجماع[١].

ولا أظنّ ثبوت الإجماع التعبّدي، وإنّما قاسوا المقام بالقبول المسبوق بالردّ، فإنّ الردّ لو توسّط بين الإيجاب والقبول لا يمكن ارتباط القبول بالإيجاب، وكذا المقام لو جاء الردّ من المالك فلا تؤثّر الإجازة المتأخّرة عن الردّ.

ولا يخفىٰ أنّ بين المقامين بون بعيد؛ لأنّ حدوث الردّ بعد الإيجاب يوجب هدم العقد من رأسه ولا يبقىٰ مجال للقبول لعدم العقد حينئذٍ؛ لأنّ العقد ضمّ التزام بالتزام وبعد الردّ من المالك فلا عقد حتّىٰ يرتبط به القبول، كما إذا فرضنا أنّ الموجب بمجرّد صدور الإيجاب منه مات أو جُنّ فلا تصّح المعاملة ولا أثر للقبول؛ لانهدام العقد بذلك، وهذا بخلاف المقام، فإنّ الارتباط غير منخرم والعقد له بقاء ولا ينهدم بردّ المولىٰ أو المالك، فتنفع الإجازة بعد الردّ.

ثمّ إنّه قد تقدّم منّا: إنّ عنوان المقدّمة من الجهات التعليليّة والمتّصف بالوجب ذات المقدّمة فليس المقام من باب تعدّد العنوان.

ولكنّ شيخنا المحقّق الأصفهاني ﷺ ذهب إلىٰ كون الواجب عنوان المقدّمة[٢]، ولذا اختار ما ذهب إليه الشيخ الأنصاري ﷺ من اختصاص

(١) كما في مكاسب الشيخ الأنصاري ١٦ : ٤٢٦ طبع المؤتمر العالمي.
(٢) انظر نهاية الدراية للشيخ الأصفهاني ٢ : ١٣١ ـ ١٣٦.

. . . . . .

الوجوب بالمقدّمة التي قصد بها التوصّل إلىٰ الواجب، وقال ﷺ: إنّ الواجب حصّة خاصّة وهي التي قصد بها التوصّل إلىٰ الواجب.

وأفاد في توجيه كون الواجب عنوان المقدّمة: إنّ المقدّمة إذا كانت واجبة بحكم العقل، فمتعلّق الوجوب الغيري إنّما يكون هو عنوان المقدّمة لا ذاتها؛ لأنّ انقسام الجهة إلىٰ تعليليّة وتقييديّة يختصّ بالأحكام الشرعيّة، فإنّ العناوين المأخوذة في متعلّقات الأحكام الشرعيّة ـ كعنوان الصلاة والصوم والحج ـ من الجهات التقييديّة؛ ولذا يعتبر الإتيان بها بقصد العناوين المذكورة.

وأمّا المصالح والملاكات الثابتة في متعلّقاتها فهي جهات تعليليّة، يعني تلك المصلحة تكون علّة لعروض الوجوب، ولكن المتّصف بالوجوب عنوان الصلاة، فالجهة التعليليّة تغاير الجهة التقييديّة.

وأمّا الجهات التعليليّة في الأحكام العقليّة بعينها جهات تقييديّة سواء في الأحكام العقليّة النظريّة أو الأحكام العقليّة العمليّة.

أمّا الأُولىٰ: فلأنّ حكم العقل باستحالة اجتماع الوجود والعدم ـ لاستحالة اجتماع النقيضين ـ بعينه حكم باستحالة اجتماع النقيضين.

وبعبارة أُخرىٰ: الحكم باستحالة الجمع بين الوجود والعدم معلول؛ لاستحالة الاجتماع بين النقيضين، فهذه جهة تعليليّة، وهي بعينها جهة تقييديّة من جهة انطباق هذه الجهة علىٰ المورد.

فموضوع الحكم العقلي: هو اجتماع النقيضين الذي هو أساس الحكم

. . . . . .

العقلي بالاستحالة ، فإنّ جميع الاستحالات العقليّة ترجع إلىٰ استحالة اجتماع النقيضين ، وهذا ينطبق علىٰ هذا المورد ، يعني إنّما يحكم باستحالة الجمع بين الوجود والعدم ـ مثلاً ـ لأجل استحالة اجتماع النقيضين وتطبيق ذلك علىٰ المورد ، فالجهة التعليليّة لا تخالف ولا تغاير الجهة التقييديّة .

وأمّا الثانية : فلأنّ حكم العقل بحسن ضرب اليتيم لأجل التأديب ولعلّة التأديب بعينه هو حكم العقل بحسن التأديب ، كما أنّ حكمه بقبح الضرب للتشفّي والظلم حكم بقبح الظلم ، فالجهة التعليليّة بعينها هي الجهة التقييديّة ، وبعينها هي الموضوع للحكم ، فإنّ الحكم بقبح الضرب للظلم يرجع إلىٰ قبح الظلم ، والحكم بحسن الضرب للتأديب والعدل يرجع إلىٰ حكم العقل بحسن العدل ، وحكم العقل بحسن العدل وقبح الظلم هو الأساس للحكم العقلي العملي .

والحاصل : الجهات التعليليّة في الأحكام العقليّة بعينها هي الجهات التقييديّة وإحداهما ترجع إلىٰ الأُخرىٰ ، وعلىٰ هذا فحكم العقل بوجوب شيء لكونه مقدّمة للواجب حكم بوجوب عنوان المقدّمة .

وبعبارة أُخرىٰ : المقدّمة إنّما تجب لحيثيّة مقدّميتها والتوصّل بها إلىٰ الواجب ، فالمطلوب الحقيقي إنّما هو نفس التوصّل ؛ لأنّ الجهة التعليليّة في الحكم بعينها هي الجهة التقييديّة .

وفيه : إنّ ما ذكره ﷺ وإن كان صحيحاً في الأحكام العقليّة ، إلّا أنّ تطبيق ذلك علىٰ المقام ليس بصحيح ؛ لأنّ الوجوب المبحوث عنه في مقدّمة

. . . . . .

الواجب إنّما هو الوجوب الشرعي لا العقلي، يعني بعد إدراك العقل واستقلاله بالملازمة بين وجوب ذي المقدّمة ووجوب المقدّمة واستحالة الانفكاك بينهما بحكم العقل النظري نستكشف وجوباً شرعيّاً متعلّقاً بالمقدّمة ذاتها، فالتوقّف والملازمة علّة للإيجاب الشرعي، فليس وجوب المقدّمة المبحوث عنه في المقام داخلاً فيما ذكره؛ لأنّ الوجوب المبحوث عنه إنّما هو الوجوب الشرعي لا الوجوب العقلي اللابدّي، فإنّه غير قابل للنزاع والإنكار.

ثمّ إنّه قد عرفت أنّه لا دليل علىٰ اشتراط تأثير الإجازة بعدم سبق الرّد، ولا يقاس المقام بردّ البائع قبل قبول المشتري، فإنّ ردّ البائع قبل قبول المشتري يوجب انهدام البيع وإعدام العقد، ولا يبقىٰ معه موضوع للقبول، بل لو فرضنا صحّة ما ذكره الشيخ من اعتبار وجود رضا المشتري حين إيجاب البائع وعدم الاكتفاء بالرضا الحاصل منه حين القبول لا يرتبط ذلك بالمقام، ولا يوجب اعتبار عدم سبق الردّ للإجازة، وإن كان ما ذكره الشيخ في نفسه صحيح لعدم الدليل عليه، فإنّ المعتبر رضا المشتري حين القبول، وإن كان حين الإيجاب غير راض، وقد جرت سيرة العقلاء علىٰ تحقّق البيع بين البائع والمشتري وإن كان المشتري حين صدور الإيجاب غافلاً أو غير راض، ولكن رضىٰ حين القبول، كما إذا كانت المعاملة بالمكاتبة والبرقيّة، فإنّ الميزان حصول الرضا بالإيجاب وإن حصل عند القبول، ويتحقّق بذلك العقد.

وكيف كان، حتّىٰ هذا القول لا وجه للالتزام بعدم سبق الردّ في صحّة

. . . . . .

الإجازة؛ لأنّ العقد قد وجد في ظرفه واجداً لجميع أركانه، فإنّ العقد هو العُقدة بين الموجب والقابل وشدّ التزام بالتزام آخر، وهذا حاصل في المقام، وإنّما فاقد لإذن المولىٰ ورضاه، فلا مانع من صحّة العقد إلّا مخالفة المولىٰ، فإذا رضي المولىٰ يحكم بصحّة العقد ونفوذه وإن رضىٰ بعد الردّ.

وبعبارة أُخرىٰ: ردّ المولىٰ لا يوجب هدم العقد، وإنّما يوجب عدم تحقّق الرضا منه، فلو فرض رضاه بعد ذلك فلا مانع من الصحّة.

ويدلّ علىٰ عدم مانعية الردّ لصحّة الإجازة وتأثيرها صحيح محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيّدها، وأبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الآخر، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني.

فقال: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه ـ يعني الذي باع الوليدة ـ حتّىٰ ينفذ لك ما باعك، فلمّا أخذ البيّع[1] الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتّىٰ ترسل ابني، فلمّا رأىٰ ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه»[2].

فإنّ المخاصمة من أظهر أفراد الردّ، ومع ذلك وقع التصريح بصحّة البيع بالإجازة، وأنّ الردّ غير مانع للإجازة، فعليه لا مانع من تأثير الإجازة وإن

---

(١) البيّع: البائع والمشتري، وهو من الاضداد. الصحاح للجوهري ٣: ١١٨٩ «بيع».

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٨ / ١٩٦٠، الاستبصار ٣: ٢٠٥ / ٧٣٩، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣ / ٢٦٩٠٠.

وهل يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولىٰ فيكون النهي السابق كالردّ بعد العقد ، أو لا ؟ وجهان ، أقواهما الثاني[١] .

مسألة ٣ : لو باشر المولىٰ تزويج عبده أو أجبره علىٰ التزويج ، فالمهر إن لم يعيّن في عين يكون في ذمّة المولىٰ[٢] .

ويجوز أن يجعله في ذمّة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه . وهل له ذلك قهراً عليه ؟ فيه إشكال ، كما إذا استدان علىٰ أن يكون الدين في ذمّة العبد من غير رضاه[٣] .

سبقها الردّ ، ولا إجماع تعبّدي في المقام ، وإنّما قاسوا بالقبول ، وقد عرفت أنّ القياس في غير محلّه .

(١) لأنّ مجرّد الكراهة النفسانيّة ما لم تبرز لا تكفي للردّ ، فإنّ كلّاً من العقد وحلّه وفسخه يحتاج إلىٰ المبرز ، ومجرّد الكراهة النفسانيّة ما لم تبرز لا تؤثّر في حلّ العقد ، ولذا لا نكتفي في صحّة العقد ونفوذه بمجرّد الرضا الباطني ما لم يظهره ولم يبرزه ، وعليه فلا مانع من الرجوع إلىٰ الإطلاقات الدالّة علىٰ صحّة العقد ونفوذه .

(٢) العقد الواقع علىٰ العبد علىٰ أقسام :

الأوّل : ما إذا صدر العقد من المولىٰ علىٰ العبد مباشرةً أو وكالةً ، فإنّها في حكم المباشرة ، فإن عيّن المولىٰ المهر في عين خاصّة تعيّن فيها وإن لم يعيّن في عين يكون في ذمّة المولىٰ ، وليس له إشغال ذمّة العبد ولو بعد العتق إذا لم يكن العبد راضياً بالعقد ، بل المولىٰ هو الملزم بالأداء حتّىٰ بعد حصول العتق للعبد .

(٣) كما أنّه ليس له للمولىٰ إشغال ذمّة العبد بالدين من غير رضاه ، كما

وأما لو أذن له في التزويج ، فإن عيّن كون المهر في ذمّته أو في ذمّة العبد ، أو في عين معيّنة ، تعيّن[١] . وإن أطلق ففي كونه في ذمّته ، أو في ذمّة العبد مع ضمانه له وتعهّده أداءه عنه ، أو كونه في كسب

إذا استدان المولىٰ أو يشتري المولىٰ شيئاً ويشغل ذمّة العبد بالدين أو بالثمن ولو بعد العتق ؛ لعدم الدليل علىٰ ذلك ، وإنّما الثابت بالأدلّة جواز تصرّف المولىٰ في العبد عيناً ومنفعةً ، وأمّا التصرّف في ذمّته وإشغال ذمّته بما شاء ، فلم يدلّ عليه أيّ دليل ، بل ذلك مقطوع البطلان ، وإلّا لتمكّن المولىٰ من تحصيل أموال كثيرة علىٰ ذمّة العبد ولو بأضعاف قيمة نفس العقد بأن يشتري بستاناً أو داراً أو عقاراً علىٰ ذمّة العبد ولو بعد العتق ، وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به أبداً.

وممّا ذكرنا يظهر أنّ الإجبار الصادر من المولىٰ علىٰ تزويج العبد كذلك ، وليس له إجباره باشتغال ذمّته للمهر ، بأن يجبره علىٰ الزواج ويجبره علىٰ المهر أيضاً ، إلّا إذا كان راضياً بالزواج ، فيكون المهر علىٰ العبد نفسه ، وكذا الحال في التوكيل .

وبالجملة : لا دليل علىٰ استيلاء المولىٰ علىٰ العبد بنفسه وعلىٰ منافعه .

(١) الثاني : أن يأذن المولىٰ تزويج العبد ولم يصدر منه سوىٰ الإذن ، فقد يعيّن كون المهر من مال مخصوص وعين خاصّة تعيّن في ذلك المال ، وقد يأذن له بأن يجعل المهر في ذمّة المولىٰ اشتغلت ذمّته ، وقد يأذن العقد ويعيّن كون المهر في ذمّة العبد بأن يدفع المهر بعد العتق ، فتشتغل ذمّته ويجب عليه دفع المهر بعد العتق ، ولا مانع من جميع ذلك .

العبد ، وجوه أقواها الأوّل[١] ؛ لأنّ الإذن في شيء إذن في لوازمه ، وكون المهر عليه ـ بعد عدم قدرة العبد على شيء وكونه كلّاً على مولاه ـ من لوازم الإذن في التزويج عرفاً .

---

(١) الثالث : أن يُطلق المولىٰ ويأذن للعبد التزويج ولم يعيّن المهر لا في الذمّة ولا في العين ، فعلىٰ مَن يكون المهر ؟

قيل : علىٰ المولىٰ ، وقيل : في ذمّة العبد مع ضمانه له وتعهّده أداءه عنه إن لم يدفع العبد ، وقيل : في كسب العبد وذمّته .

والصحيح : هو القول الأوّل .

أمّا كونه في كسب العبد سواء الكسب المحلّل أو غيره ، كما إذا أجبره أجنبي علىٰ الكسب .

ففيه : إنّ الكسب كمنافع العبد يكون ملكاً للمولىٰ ، فلا وجه لتعيّنه فيحتاج إلىٰ الدليل ، فإنّ التعهّد بمعنىٰ أنّه إذا لم يعط المتعهّد له فهو يعطي لا بمعنىٰ انتقال ذمّة إلىٰ ذمّة أُخرىٰ .

وبالجملة : التعهّد بهذا النحو يحتاج إلىٰ القرينة ولا قرينة علىٰ ذلك ، فالقول الأوّل هو الصحيح ؛ للقرينة الخارجيّة علىٰ ذلك ، وهي أنّه لو كان شخص من عائلة شخص آخر وأذن ذلك الشخص المعيل بعض أفراد عائلته باشتراء شيء أو بالتصرّف في شيء يفهم من ذلك أنّ الضمان في ذمّة الآذن حتّىٰ في غير العبد ، كما إذا أذن الوالد ولده باشتراء الخبز أو اللحم ، فإنّه يعلم من ذلك أنّ الضمان علىٰ الوالد ، فإنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه وتوابعه ، فهذه القرينة الخارجيّة توجب كون المهر علىٰ المولىٰ ، ومع قطع النظر عن

. . . . . .

هذه القرينة الخارجيّة، فهاهنا وجه رابع، وهو أن يكون المهر في ذمّة العبد نفسه مستقلّاً وأن الإذن الصادر من المولىٰ لنفس التزويج فقط، ومجرّد الإذن لا يوجب ضمان المهر، كإذن العمّة أو الخالة في التزويج ببنت الأخ أو الأُخت، كما أنّ العبد بنفسه يضمن ما أتلفه من الأموال عمداً أو خطأً.

نعم، جناياته من القتل ونقص الأعضاء لها أحكام خاصّة علىٰ تفصيل ذكر في كتاب الديّات.

ثمّ ذكر السيّد المصنّف ﷺ بعد قوله: **إنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه، وكونه كلّاً علىٰ مولاه.**

والظاهر يريد الإشارة إلىٰ الآية الكريمة، وهو اشتباه، فإنّ كونه كلّاً علىٰ مولاه لم يرد في العبد، وإنّما ورد في مورد آخر، وأمّا في العبد، فقال تعالىٰ: ﴿**ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلاً عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ وَمَن رَّزَقْنَـٰهُ مِنَّا رِزْقًا حَسَنًا فَهُوَ يُنفِقُ مِنْهُ سِرًّا وَجَهْرًا هَلْ يَسْتَوُۥنَ ٱلْحَمْدُ لِلَّهِ بَلْ أَكْثَرُهُمْ لَا يَعْلَمُونَ**﴾.

ثمّ قال تعالىٰ في آية أُخرىٰ ملاصقة لهذه الآية: ﴿**وَضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلاً رَّجُلَيْنِ أَحَدُهُمَآ أَبْكَمُ لَا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ وَهُوَ كَلٌّ عَلَىٰ مَوْلَاهُ أَيْنَمَا يُوَجِّههُّ لَا يَأْتِ بِخَيْرٍ هَلْ يَسْتَوِى هُوَ وَمَن يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَهُوَ عَلَىٰ صِرَٰطٍ مُّسْتَقِيمٍ**﴾[1].

(١) سورة النحل ١٦: ٧٥ ـ ٧٦.

وكذا الكلام في النفقة . ويدّل عليه أيضاً في المهر رواية عليّ بن أبي حمزة ، وفي النفقة موثّقة عمّار الساباطي[١] .

فكونه كلّاً لم يرد في العبد ، وإنّما ورد في الأبكم ـ وهو الأخرس ـ فإنّ العبد لا يكون بكلّ دائماً ، بل قد يكون المولىٰ كلّاً علىٰ العبد ؛ لوجوب إطاعته عليه وعدم حريّته في أعماله وكسبه ومنافعه .

(١) ثمّ إنّ المصنّف استدلّ بروايتين :

إحداهما : رواية عليّ بن أبي حمزة البطائني الواردة في المهر[١] ، والرواية ضعيفة بالبطائني .

الثانية : موثّقة عمّار الواردة في النفقة[٢] ، فإنّ تعليله عليه السلام لنفي النفقة

---

(١) وهي : عن عليّ بن حمزة ، عن أبي الحسن عليه السلام في رجل يزوّج مملوكاً له امرأة حرّة علىٰ مائة درهم ، ثمّ إنّه باعه قبل أن يدخل عليها ؟

فقال : « يُعطيها سيدّه من ثمنه نصف ما فرض لها ، إنّما هو بمنزلة دين له استدانه بأمر سيدّه » .

من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٥٥ / ٤٥٧٤ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٤٨٥ / ١٩٥٠ و٨ : ٢١٠ / ٧٤٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٩٦ / ٢٦٨٨٤ .

(٢) وهي : عن عمّار الساباطي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أذن لعبده في تزويج امرأة فتزوّجها ، ثمّ إنّ العبد أبق من مواليه فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولىٰ العبد ؟

فقال : « ليس لها علىٰ مولاه نفقة وقد بانت عصمتها منه ، فإن إباق العبد طلاق امرأته ، هو بمنزلة المرتد عن الإسلام » .

قلت : فإنّ رجع إلىٰ مواليه ترجع إليه امرأته ؟

قال : « إن كان قد انقضت عدّتها منه ثمّ تزوّجت غيره فلا سبيل له عليها ، وإن لم تتزوّج ولم تنقض العدّة فهي علىٰ النكاح الأوّل » .

ولو تزوّج العبد من غير إذن مولاه ثمّ أجاز، ففي كونه كالإذن السابق في كون المهر علىٰ المولىٰ، أو بتعهّده، أو لا؟ وجهان[١]. ويمكن الفرق بين ما لو جعل المهر في ذمّته، فلا دخل له بالمولىٰ وإن أجاز العقد، أو في مال معيّن من المولىٰ، أو في ذمّته، فيكون كما لو عيّن أو أطلق، فيكون علىٰ المولىٰ[٢].

علىٰ المولىٰ بأنّها بانت عصمتها بإباق العبد يكشف عن ثبوت النفقة علىٰ المولىٰ مع عدم حصول البينونة.

هذا كلّه فيما إذا باشر المولىٰ عقد العبد أو أذن له.

(١) وأمّا لو تزوّج العبد من غير إذن مولاه ثمّ أجاز، فهل الإجازة اللاحقة كالإذن السابق في كون المهر علىٰ المولىٰ، أو علىٰ العبد مع ضمان المولىٰ وتعهّده أم لا؟ وجهان.

لا ينبغي الريب في أنّ بعض موارد الإجازة يوجب اشتغال ذمّة المولىٰ بلا كلام، كما إذا اشترىٰ العبد للسيّد مالاً فضولةً فأجاز المولىٰ، فإنّ الإجازة في أمثال هذه الموارد كالإذن السابق يوجب إمضاء المعاملة، فيكون الثمن عليه.

وقد يجعل العبد المهر في عين من الأعيان الخارجيّة من أموال المولىٰ فأجاز المولىٰ، فيكون المهر علىٰ المولىٰ، ويجب عليه دفع المهر من تلك العين الخارجيّة؛ لعين ما تقدّم من أنّ إجازة العقد تستلزم الإذن في لوازمه وكون المهر عليه.

(٢) وقد يجعل العبد المهر في ذمّة نفسه ويجيز المولىٰ العقد، فهل

---

[١] من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٤/ ٤٥٧١، تهذيب الأحكام ٨: ٢٠٧/ ٧٣١، وسائل الشيعة ٢١: ١٩٢/ ٢٦٨٧٤.

. . . . . .

يكون المهر علىٰ العبد نفسه وفي ذمّته بلا دخل له بالمولىٰ، أو يكون المهر علىٰ ذمّة المولىٰ، كما قيل، أو علىٰ ذمّة العبد مع تعهّد المولىٰ وضمانه له.

وجوه، لا وجه للوجهين الأخيرين ولا أساس لهما؛ لعدم دخل ذمّة العبد بذمّة المولىٰ، بل ذمّة العبد مغايرة لذمّة المولىٰ؛ ولذا لو أذن المولىٰ من أوّل الأمر للعبد بأن يعقد علىٰ امرأة ويكون المهر في ذمّة العبد نفسه صحّ العقد، ويكون العبد هو المطالب والملزم بالمهر لا المولىٰ، فكذلك الإذن المتأخّر المعبّر عنه بالإجازة.

ولذا عرفت أنّه لا إشكال في أنّ إتلاف العبد مال أحد يوجب ضمان نفسه لا المولىٰ، وذكروا في باب الإقرار: إنّ العبد لو أقرّ علىٰ نفسه بشيء يؤخذ العبد بإقراره ولا يرجع إلىٰ مولاه.

وأمّا القرينة في الإذن المتقدّم التي قلنا تستلزم إمضاء العقد وفروعه ولوازمه لا تجري في المقام؛ لأنّ الإجازة في المقام تعلّقت بنفس العقد لا علىٰ المهر.

فالصحيح: إنّ المهر في ذمّة العبد نفسه.

وإن أطلق العبد ثمّ أجاز المولىٰ، فربّما يقال بأنّ القرينة قائمة باشتغال ذمّة المولىٰ.

وفيه: إنّه بعد التسالم علىٰ تعدّد الذمم وقابلية إشغال كلّ من الشخصين، لكن الإطلاق ينصرف إلىٰ إشغال ذمّته لا الطرف الآخر.

وبعبارة أُخرىٰ: أحد المتعاملين إن عيّن ذمّة خاصّة فلا إشكال، وإن لم

. . . . . .

يعيّن وأطلق فينصرف إلىٰ إشغال ذمّة نفسه لا الطرف الآخر، ويكون هو المطالب بالثمن؛ لظهور الكلام في إشغال ذمّة نفسه؛ ولذا لا تسمع دعواه إذا ادّعىٰ أنّه اشترىٰ علىٰ ذمّة شخص آخر.

وأمّا في المقام، فكذلك إذا لم ينصب قرينة علىٰ أنّه علىٰ ذمّة المولىٰ، فالعبد بنفسه هو المطالب والملزم بدفع المهر؛ لأنّ المفروض أنّ ذمّته قابلة للاشتغال، فلا وجه لاشتغال ذمّة المولىٰ، والإجازة إنّما تعلّقت بهذا العقد الذي أوجب اشتغال ذمّة العبد، وليست حال هذه الإجازة حال الإذن المتقدّم من جعل المهر علىٰ ذمّة المولىٰ لأجل الدلالة الالتزاميّة؛ لعدم تماميّة الدلالة الالتزاميّة في المقام، علىٰ أنّه لو صرّح المولىٰ بعد عقد العبد بأنّ المهر علىٰ ذمّتي لا يوجب الانتقال إلىٰ ذمّته ولا يوجب تعهّده له ولا يكون ملزماً بذلك، بل هو مجرّد وعدٍ من المولىٰ لا يجب عليه الوفاء؛ لأنّ المفروض أنّ إطلاق العقد ينصرف إلىٰ اشتغال العبد بنفسه، فلا موجب للانتقال إلىٰ ذمّة المولىٰ.

وبالجملة: لو أطلق العبد فلا ريب أنّ الإطلاق ينصرف إلىٰ اشتغال ذمّة العبد بنفسه فلا موجب لاشتغال ذمّة المولىٰ، وكذلك لو جعل المهر علىٰ ذمّة نفسه صريحاً، ولا قرينة إلىٰ الانتقال إلىٰ ذمّة المولىٰ، والإجازة إنّما وقعت علىٰ العقد الخارجي والمفروض أنّه وقع العقد علىٰ إشغال ذمّته تصريحاً أو إطلاقاً لا ذمّة المولىٰ، فلا بدّ من تطابق الإجازة بما وقع.

نعم، إذا كانت في البين قرينة علىٰ أنّ المطلوب هو المولىٰ، وأنّه الملزم فلا بأس، ويرجع ذلك إلىٰ الوجه الثاني من جعل المهر علىٰ ذمّة

ثمّ إنّ المولىٰ إذا أذن فتارة يعيّن مقدار المهر، وتارة يعمّم، وتارة يطلق. فعلىٰ الأوّلين لا إشكال، وعلىٰ الأخير ينصرف إلىٰ المتعارف[1].

المولىٰ وإجازته له، فبهذه القرينة نرفع اليد من انصراف الإطلاق إلىٰ ذمّة نفس العبد ونلتزم بثبوته علىٰ المولىٰ.

فتحصّل: إنّه بعد الفراغ عن ثبوت الذمّة للعبد وقابلية تحمّل ذمّته للضمان لا موجب لضمان المولىٰ واشتغال ذمّته بعد تصريح العبد باشتغال ذمّة نفسه لا المولىٰ، أو انصراف الإطلاق إلىٰ ذمّة نفسه، إلّا إذا كانت هناك قرينة تدلّ علىٰ اشتغال ذمّة المولىٰ، وإلّا ففي مورد الإطلاق أو التصريح علىٰ نفسه تشتغل ذمّة العبد خاصّة لا المولىٰ، فتدبّر في المقام.

(١) ثمّ إنّ المولىٰ إذا أذن فتارة يعيّن مقدار المهر، وتارة يعمّم، وتارة يطلق. فعلىٰ الأوّلين لا إشكال، وعلىٰ الأخير ينصرف إلىٰ المتعارف.

قد ذكروا: إنّ المطلق يشمل الفرد النادر والمتعارف معاً، ولا يختصّ بالفرد النادر، ولكن في باب الوكالة والإذن ونحوهما ذكروا: إنّ الإطلاق ينصرف إلىٰ المتعارف.

والسرّ في ذلك: إنّ الموضوع هو الرضا الباطني، والرضا الباطني لا يتعلّق إلّا بالمتعارف، فإنّ من استعار جُبّة ونحوها ينصرف إلىٰ المصرف المتعارف ـ وهو اللبس ـ لا جعلها فراشاً ونحوه من المصارف غير المتعارفة، وكذا من استعار كتاباً، فإنّ الظاهر تعيّن صرفه في المطالعة لا سدّ الفُرج وجعله كالطابوق ونحوه، فإنّ الإذن في التصرّف باعتبار كشفه عن الرضا الباطني، والرضا الباطني يتعلّق بالمتعارف، فلا يجوز صرفه في غير

وإذا تعدّىٰ وقف علىٰ إجازته . وقيل : يكون الزائد في ذمّته يتبع به بعد العتق (١) .

وكذلك الحال بالنسبة إلىٰ شخص الزوجة ، فإن لم يعيّن ينصرف إلىٰ اللائق بحال العبد من حيث الشرف والعفة ، فإن تعدّىٰ وقف علىٰ إجازته (٢) .

المتعارف ؛ لعدم الرضا الباطني بالنسبة إليه ، وإن قلنا بأنّ المطلق يشمل الفرد النادر والمتعارف معاً ، ولكن الإطلاق في أمثال المقام ، كمورد العارية والوكالة والإجازة ينصرف إلىٰ خصوص المتعارف .

وعليه إذا أطلق المولىٰ في مقدار المهر ينصرف إلىٰ اللائق بحاله .

وبالجملة : لو عيّن المولىٰ مقداراً تعيّن ، وإلّا فيتعيّن عليه بمقدار الانصراف .

(١) فإنّ تعدّىٰ إلىٰ الزائد ، فهل يحكم بالصحّة ، أو البطلان ، أو نلتزم بالتفكيك بأن يكون الزائد في ذمّته والمتعارف علىٰ المولىٰ ؟

والظاهر أنّه إذا تعدّىٰ عن اللائق بحاله أو عمّا عيّنه المولىٰ يكون العقد فضوليّاً وتوقّف علىٰ إجازته مجدّداً ؛ لأنّ ما أجازه أوّلاً لم يقع وما وقع لم تقع عليه الإجازة ، ولذا لا وجه للتفكيك والتبعيض بجعل الزائد في ذمّته والمقدار المتعارف علىٰ ذمّة المولىٰ .

(٢) وكذا الحال بالنسبة إلىٰ شخص الزوجة ، فإنّه لم يعيّن إلىٰ اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعة ، فإن تعدّىٰ وقع علىٰ إجازته مجدّداً ، فإنّ ما وقع لم تتعلّق به الإجازة الأُولىٰ ، و ما أجازه أوّلاً وأذن له لم يقع في

. . . . . .

الخارج .

ثمّ إنّ في المقام مواردا وقع الكلام في كون المهر علىٰ ذمّة المولىٰ أو ذمّة العبد لم يتعرّض إليها المصنّف ﷺ ، ولا بأس بالتعرّض إليها إجمالاً .

المورد الاوّل : إذا تزوّج العبد بإذن المولىٰ أو إجازته بامرأة بلا مهر صحّ العقد ؛ لأنّ ذكر المهر ليس شرطاً في صحّة العقد ، ولكن يثبت علىٰ الزوج مهر المثل بالدخول ، فعلىٰ مَن يثبت هذا المهر ؟

والظاهر أنّه يثبت علىٰ ذمّة المولىٰ ؛ لأنّ الإذن في التزويج إذن منه بالدخول ، والإذن في الشيء إذن في لوازمه ، والمفروض أنّ الدخول يستلزم ضمان مهر المثل .

الثاني : إذا أذن المولىٰ في تزويج امرأة معيّنة أو أيّ امرأة شاء فتزوّج بالمرأة ثمّ ينكشف بطلان العقد ، كما إذا كانت المرأة ذات بعل أو ذات عدّة ونحوهما من موارد وطء الشبهة ، فالمهر المسمّىٰ غير ثابت ؛ لبطلان العقد ، وإنّما يضمن مهر المثل إذا دخل بها .

والظاهر أنّ هذا أيضاً ثابت علىٰ ذمّة المولىٰ ؛ لأنّه بترخيصه وإذنه ، والإذن في الشيء إذن في لوازمه .

الثالث : ما إذا تزوّج العبد بامرأة بلا إذن من المولىٰ ولا يجيزه أيضاً ، ولكن العبد دخل بها قبل إخبار المولىٰ وقبل تحصيل الإجازة منه ، ولذلك صورتان :

الأُولىٰ : ما إذا كانت المرأة عالمة بأنّ العبد غير مأذون ولا مجاز عن

. . . . . .

المولىٰ ومع ذلك مكّنت نفسها، فحكمه حكم الزنا ولا تستحقّ شيئاً لا علىٰ المولىٰ ولا علىٰ العبد، وفي معتبرة السكوني: «أيّما امرأة زوّجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه فقد أباحت فرجها ولا صداق لها»[1].

فإنّه لم يذكر فيها التقييد بالعلم، لكن قوله: «أباحت فرجها» قرينة علىٰ علمها بالحال.

الصورة الثانية: ما إذا كانت المرأة جاهلة بالحال وزعمت أنّ الزوج حرّ أو أنّه مأذون من قِبل مولاه وصدّقت دعوىٰ العبد بأنّه مأذون، فما تستحقّه من المهر علىٰ مَن يثبت؟

الظاهر أنّه لا مقتضىٰ لثبوته علىٰ المولىٰ؛ لأنّ العقد ليس بإذن ولا بإجازة، ولا مقتضي لثبوته علىٰ العبد؛ لأنّه عبد مملوك لا يقدر علىٰ شيء ولا مال له، بل هو ثابت في ذمّته ويتبعه بعد العتق، نظير الضمانات الثابتة في ذمّته، وقد تعرّض لذلك في المسألة الثالثة عشر، فاتّضح بما ذكرنا صور المسألة من حيث ثبوت المهر بصدور العقد إذناً أو إجازةً أو ثبوته بالدخول.

بقي الكلام في صورة فساد العقد، وعدم الإذن من المولىٰ، وعدم لحوق الإجازة منه، وفرضنا أنّ العبد دخل بها، فهل يثبت مهر المسمّىٰ وما عيّنه في العقد، أو يثبت مهر المثل؟

---

(١) الكافي ٥: ٤٧٩/ ٧، من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٠/ ٤٥٥٥، تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٢/ ١٤٣٥، وسائل الشيعة ٢١: ١١٥/ ٢٦٦٦٨.

. . . . . .

مقتضىٰ ما ذكروه في المقبوض بالعقد الفاسد هو ضمان المثل، فقد ذكروا في ذلك المبحث: إنّ مقتضىٰ قاعدة ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده هو ضمان المثل؛ لأنّ ضمان المسمّىٰ لا موجب له لفساد العقد، ولا وجه لعدم الضمان بالمرّة؛ لأنّه يوجب ذهاب مال امرئٍ مسلم هدراً، فيتعيّن ضمان المثل.

وفيه: ما ذكرناه هناك أنّ هذه القاعدة لا تتمّ علىٰ النحو الكلّي، فإنّ البطلان:

تارة يستند إلىٰ عدم قابلية البائع وعدم إحراز الأهليّة، كما إذا كان وكيلاً في بيع داره واشتبه وباع بستانه، أو كان وكيلاً في إجارة بستانه فأجّر داره ونحو ذلك من موارد الاشتباه والخطأ وتصرّف المشتري أو المستأجر واستوفىٰ منافع العين، فحينئذٍ لا ريب أنّ المشتري أو المستأجر يضمن المثل؛ لأنّ الثمن المسمّىٰ أو الأُجرة المسمّاة لا مقتضي لضمانها؛ لعدم صحّة البيع أو الإجارة علىٰ هذه العين ولا موجب لتفويت المنافع والماليّة عن المالك، فلابدّ من ضمان المثل.

وأُخرىٰ يكون البطلان وفساد المعاملة مستنداً إلىٰ نفس المالك، وهو الذي أوقع العقد الفاسد، كما إذا باع علىٰ نحو التعليق وسلّط المالك المشتري علىٰ العين، أو سلّم المالك بنفسه العين المستأجرة إلىٰ المستأجر لكن بإجارة فاسدة.

وكيف كان، المالك بنفسه يسلّط المشتري أو المستأجر علىٰ عين ماله

. . . . . .

ـوهو الذي يوقع العقد علىٰ النحو الفاسد لا من باب عدم الأهليّة وعدم القابليّة، بل لأجل فقدان شرط من الشرائط المعتبرة في البيع أو الإجارة، كالتنجيز أو الماضويّة أو الموالاة بناءً علىٰ اعتبارهما ـ فحينئذٍ قد نفرض أنّ الأُجرة المسمّاة أكثر من أُجرة المثل، وقد تساوي، وقد تكون أقلّ من المثل.

أمّا إذا كانت أُجرة المسمّاة أكثر من المثل، فذمّته غير مشغولة بالزائد قطعاً؛ لأنّ المفروض أنّ العقد الواقع عليه فاسد لا يقتضي ضمان ما وقع عليه، ولكن حيث إنّه أتلف المال واستوفىٰ المنافع ولا يذهب مال امرئٍ مسلم هدراً يضمن المثل.

فإذا آجر داره بمأتين ديناراً وفرضنا أنّ أُجرة المثل مائة ديناراً والمستأجر سكن الدار واستوفىٰ المنافع، ثمّ انكشف بطلان الإجارة؛ فلا يضمن إلّا مائة ديناراً، ولا موجب لضمان المأتين أصلاً، وإذا كانت أُجرة المثل متساوية لأُجرة المسمّاة فلابدّ من دفعها لعين ما ذكر.

وأمّا إذا كانت أُجرة المسمّاة أقلّ من أُجرة المثل وأُجرة المثل أكثر، لا وجه ولا موجب لضمان المثل؛ لأنّ المالك هو الذي سلّط المستأجر علىٰ عينه، وهو الذي أقدم علىٰ تفويت ماله وعدم تضمين المشتري أو المستأجر، فالمالك هو المفوِّت لاحترام الزائد؛ فليس له المطالبة بالزائد، ولعلّه من المطمئن به جريان بناء العقلاء علىٰ ذلك، وهذا الكلام بعينه يجري في مقامنا.

ويدلّ عليه في خصوص المقام موثّق زرارة ـ الوارد فيمن تزوّج عبده

مسألة ٤: مهر الأمة المزوَّجة للمولىٰ، سواء كان هو المباشر أو هي، بإذنه أو بإجازته[١].

بغير إذن سيّده ـ قال عليه السلام: «إن شاء أجاز نكاحهما فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلّا أن يكون اعتدىٰ فأصدقها صداقاً كثيراً»[١].

فإنّه يدلّ بوضوح علىٰ أنّ الصداق إذا كان أقلّ من المتعارف أو كان مساوياً له يضمنه لها، وأمّا إذا كان أكثر، فلا.

(١) فإنّ المهر وإن لم يكن عوضاً في النكاح ولم يكن مقابلاً لبضعها، كسائر المعاوضات، ولكن لا ريب أنّه منافع الأمة ومنافعها كالعين ملك للمولىٰ، ويؤكّد ذلك بمعتبرة أبي بصير[٢] ـ علىٰ المختار ـ فإنّ سعدان بن

---

(١) وهو: عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثمّ اطلع علىٰ ذلك مولاه؟

قال: «ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلّا أن يكون اعتدىٰ فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحهما فهما علىٰ نكاحهما الأوّل».

فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنّ أصل النكاح كان عاصياً؟

فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنّما أتىٰ شيئاً حلالاً، وليس بعاصٍ لله، إنّما عصىٰ سيّده ولم يعصِ الله، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه».

الكافي ٥: ٤٧٨ / ٢، تهذيب الأحكام ٧: ٣١٥ / ١٤٣١، وسائل الشيعة ٢١: ١١٥ / ٢٦٦٦٧.

(٢) وهي: عن سعدان بن مسلم، أبي بصير، عن أحدهما عليهما السلام في رجل زوّج مملوكة له من رجل حرّ علىٰ أربعمائة درهم، فعجّل له مأتي درهم وأخّر عنه مأتي درهم، فدخل بها زوجها، ثمّ إنّ سيّدها باعها بعد من رجل، لمن تكون المأتان المؤخّرة علىٰ الزوج؟

. . . . . .

مسلم وإن لم يوثّق في الرجال، ولكنّه من رجال كامل الزيارات[١]، وتفسير عليّ بن إبراهيم[٢].

وهي تدلّ علىٰ أنّ المهر جميعه للمولىٰ، ولكنّه مشروط بقبل الدخول، ولكن لو دخل وأعطىٰ شيئاً من المهر وبقي بعضه فلا يجب دفع الباقي؛ فإنّ الدخول يهدمه كما في النصّ[٣].

والرواية من هذه الجهة ـ وهي سقوط بعض المهر بالدخول ـ قد دلّت عليه روايات أُخر.

ولكن بإزائها روايات أُخر من أنّ المهر لا يسقط شيء منه بالدخول[٤].

قال: «إن كان الزوج دخل بها وهي معه ولم يطلب السيّد منه بقيّة المهر حتّىٰ باعها فلا شيء له عليه ولا لغيره، وإذا باعها السيّد فقد بانت من الزوج الحرّ إذا كان يعرف هذا الأمر».

من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٣ / ٤٥٦٩، تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٤ / ١٩٤٥ و٨: ٢٠٩ / ٧٤٤، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٢ / ٢٦٨٩٩.

(١) كما في كامل الزيارات: ٢٣٣ / ٣٤٨ و: ٣٨٥ / ٦٣٣ ـ ٦٣٤ و: ٥٣٥ / ٨٢٤.

(٢) تفسير القمّي ١: ٢٩ و: ٣٠.

(٣) وهو: عن عبيد بن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يدخل بالمرأة ثمّ تدّعي عليه مهرها؟

فقال: «إذا دخل بها فقد هدم العاجل».

الكافي ٥: ٢ / ٣٨٣، تهذيب الأحكام ٧: ١٤١٦ / ٣٥٩، الاستبصار ٣: ٨٠٧ / ٢٢٢، وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٠٣٢ / ٢٥٦.

وروايته الأُخرىٰ: قال عليه السلام: «دخول الرجل علىٰ المرأة يهدم العاجل».

الكافي ٥: ١ / ٣٨٣، وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٠٣٣ / ٢٥٦.

(٤) كما عن الحلبي قال: سألته عن الرجل يتزوّج امرأة فدخل بها ولم يفرض لها مهراً

ونفقتها علىٰ الزوج[١] ، إلّا إذا منعها مولاها عن التمكين لزوجها ،

وتلك الروايات الدالّة علىٰ سقوط المهر :

أمّا تحمل علىٰ التقيّة ، كما حمل صاحب الوسائل ، وادّعىٰ أنّه مذهب جماعة من العامّة[١] .

وأمّا يقع التعارض بين الروايات ، والمرجع عموم ما دلّ علىٰ ثبوت المهر ، كقوله تعالىٰ : ﴿**وَءَاتُوا ٱلنِّسَآءَ صَدُقَـٰتِهِنَّ**﴾[٢] .

وكيف كان ، اشتمال ذيل رواية أبي بصير علىٰ ما لا نقول به غير ضائر فيما استفدناه من صدر الرواية من كون المهر ديناً علىٰ الزوج ، فيجب عليه دفعه إلىٰ من يستحقّه ، وهو المولىٰ في المقام .

(١) وأمّا النفقة ، فعلىٰ الزوج ، فإنّ الظاهر من قوله تعالىٰ : ﴿**وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ**﴾[٣] : إنّ وجوب الإنفاق علىٰ الزوج وجوب وضعي ودين ثابت في ذمّته ، وأمّا علىٰ المولىٰ فتكليف

ثمّ طلّقها ؟

فقال : « لها مهر مثل مهور نسائها ويمتّعها » .

تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٦٨/٣٦٢ ، الاستبصار ٣ : ٨١٤/٢٢٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٨ / ٢٧٠٦٥ .

وأيضاً : عن منصور بن حازم قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : في رجل يتزوّج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ؟

قال : « لا شيء لها من الصداق ، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها » .

الكافي ٥ : ١٠/٣٨١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٩/٢٧٠٦٦ .

(١) وسائل الشيعة ٢١ : ٢٥٨ ذيل ح٢٨٠٣٦ .

(٢) سورة النساء ٤ : ٤ .

(٣) سورة البقرة ٢ : ٢٣٣ .

أو شرط كونها عليه ، وللمولىٰ استخدامها بما لا ينافي حقّ الزوج[١] .

والمشهور أنّ للمولىٰ أن يستخدمها نهاراً ، ويخلّي بينها وبين الزوج ليلاً ، ولا بأس به ، بل يستفاد من بعض الأخبار[٢] **، ولو اشترطا غير ذلك فهما علىٰ شرطهما .**

محض ، فإذا زوّجت وكانت نفقته علىٰ الزوج فهي غنيّة لا يجب علىٰ المولىٰ الإنفاق عليها ، وإنّما يجب عليه الإنفاق عليها إذا كانت فقيرة .

نعم ، إذا سقطت النفقة بالنشوز علىٰ كلام منافيه لما ذكرنا في محلّه أنّ النشوز لا يوجب سقوط النفقة ، بل النفقة ثابتة حتّىٰ في فرض الشوز .

نعم ، الخروج من بيت الزوج والخروج عن عهدته وعيلولته يوجب سقوط النفقة .

وبالجملة : إذا نشزت بناءً علىٰ كون النشوز مسقطاً للنفقة أو خرجت من البيت لا تجب النفقة علىٰ الزوج وترجع إلىٰ المولىٰ ، وكذلك يجب علىٰ المولىٰ الإنفاق عليها إذا اشترط الزوج كون النفقة علىٰ المولىٰ وفاءً بالشرط .

(١) ثمّ إنّ للمولىٰ استخدامها بما لا ينافي حقّ الزوج ؛ لأنّ الأمة لا تخرج عن ملك مولاها بالزواج فله التصرّف فيها بما شاء إلّا الاستمتاع فإنّه للزوج خاصّة .

(٢) وذكر في المتن : **أنّ للمولىٰ أن يستخدمها نهاراً ، ويخلّي بينها وبين الزوج ليلاً** ، وقال : **ولا بأس به ، بل يستفاد من بعض الأخبار**[١] .

---

(١) وهي رواية الجعفريات ، عن موسىٰ بن جعفر ، عن آبائه ، عن عليّ عليهم السلام قال : «إذا

ولو أراد زوجها أن يسافر بها ، هل له ذلك من دون إذن السيّد ؟ قد يقال : ليس له ، بخلاف ما إذا أراد السيّد أن يسافر بها ، فإنّه يجوز له من دون إذن الزوج . والأقوىٰ العكس[١] ؛ لأنّ السيّد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجيّة ، و : ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾ .

ولكن الخبر ضعيف السنّد ؛ لأنّه مروي في كتاب الجعفريات ، ولم تثبت حجيّة الكتاب المذكور وإن أصرّ الشيخ النوري علىٰ اعتباره[١] ولكن لم يثبت ، والصحيح ما ذكرناه من أنّ المولىٰ له أن يستخدمها في أي وقت شاء ـ في ليلٍ كان أو نهار ـ إلّا إذا كان مفوّتاً لحقّ الزوج .

(١) ولو أراد زوجها أن يسافر بها ، هل له ذلك من دون إذن السيّد ؟

ذكر في المتن : **قد يقال : ليس له ، بخلاف ما إذا أراد السيّد أن يسافر بها ، فإنّه يجوز له من دون إذن الزوج .**

وقال ﷺ : **والأقوىٰ العكس** ، يعني : للزوج أن يسافر بها من دون إذن السيّد ؛ **لأنّ السيّد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجيّة ، و :﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾**[٢] .

ولكن الصحيح أن يقال : لا المولىٰ يجوز له السفر بها ولا الزوج ؛ لأنّ

تزوّج الحرّ أمة فإنّها تخدم أهلها نهاراً وتأتي زوجها ليلاً ، وعليه النفقة . . .» . الجعفريات : ١٠٦ ، وعنه النوري في مستدرك الوسائل ١٥ : ٤٣ / ١٧٤٨٥ .

(١) كما في خاتمة المستدرك ١ : ٢٥ .

(٢) سورة النساء ٤ : ٣٤ .

وأمّا العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته[١]، إلّا ما كان واجباً عليه من الوطء في كلّ أربعة أشهر ومن حقّ القسم.

السفر بها من أحدهما تفويت لحقّ الآخر.

وأمّا قوله تعالىٰ: ﴿**ٱلرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ**﴾، فهو أجنبي عن المقام، فإنّ المراد به ما يقيم ظهرها، كما في الروايات[١]، بل لو سافر بها الزوج ضمن للمولىٰ منافعها من الخدمة ونحوها.

وإن تنازع السيّد والزوج في السفر فلا يمكن الجمع بين الأمرين والحقّين، فلابدّ من التخيير أو الترجيح، ولا يبعد كون حقّ المالك أرجح؛ لأنّه يملك العين ومنافعها والزوج ليس له إلّا الاستمتاع، ولو احتملنا أهميّة حقّ المالك يقدّم حقّه؛ لأنّ محتمل الأهميّة يقدّم في باب التزاحم.

(١) فتحصّل: إنّ الأمة لو زوّجها المولىٰ لا تخرج سلطنة مولاها، وله التصرّف فيها بما لا ينافي استمتاع الزوج بها، فليس له منعها عن التمكين لزوجها لا منعاً تكوينيّاً بأن يحبسها، ولا منعاً تشريعيّاً بأن ينهاها عن التمكين للزوج وتنتهي الأمة بذلك.

---

(١) كما عن روح بن عبدالرحيم قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: قوله عزّ وجلّ: ﴿**وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَاهُ ٱللَّهُ**﴾؟

قال: «إذا أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة وإلّا فُرِّق بينهما».

الكافي ٥: ٧/٥١٢، وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٧١٩/٥١١، والآية في سورة الطلاق ٦٥: ٧.

مسألة ٥ : إذا أذن المولىٰ للأمة في التزويج وجعل المهر لها ، صحّ علىٰ الأقوىٰ من ملكية العبد والأمة وإن كان للمولىٰ أن يتملّك ما ملكاه ، بل الأقوىٰ كونه مالكاً لهما ولمالهما ملكيّة طوليّة [١] .

وأمّا تكليف الأمة ، فالواجب عليها أداء الحقّين : حقّ السيّد ، وحقّ الزوج ، فإنّ تمكّنت من أداء الحقّين فهو ، وإلّا دخل المقام في باب التزاحم ، ولا يبعد تقديم حقّ السيّد ؛ لأنّه أهم أو محتمل الأهميّة ؛ لأنّ المولىٰ يملك العين والمنافع معاً ، بخلاف الزوج فإنّه ليس له إلّا الاستمتاع بها .

(١) يقع الكلام في جهات :

الأُولىٰ : في إمكان مالكيّة العبد مع أنّه مملوك في نفسه .

الثانية : في وقوع ذلك ، وهل في البين دليل علىٰ مالكيّته أم لا ؟

الثالثة : هل يمكن أن يكون الشيء الواحد مملوكاً لشخصين في عرض واحد أو ملكيّة طوليّة ، وهل هو واقع أم لا ؟

أمّا الأُولىٰ : ـ وهي مالكيّة العبد ـ فلا ينبغي الريب في إمكانها ؛ لأنّ الملكيّة أمر اعتباري يصحّ تعلّقها بالمعدوم والحيوان ، بل تتعلّق بالجمادات كالوقف علىٰ البطون اللاحقة والجهات ، أو الوقف علىٰ الحيوان ، أو علىٰ الجماد كالوقف علىٰ المسجد ونحوه ، فإنّ الملكيّة أمر اعتباري خفيف المؤنة يصحّ تعلّقه بكلّ شيء ، غاية الأمر إذا كان المعتبر عاقلاً وحكيماً لا بدّ أن يكون الاعتبار ممّا له الأثر وأن لا يكون لغواً .

والحاصل : يصحّ تعلّق الملكيّة بكلّ شيء إذا كان ممّا يترتّب عليه أثر ما ، وأمّا من يقوم به الملكيّة فلا يعتبر كونه حرّاً .

. . . . . .

وأمّا الثانية : ـوهي وقوع مالكيّة العبد في الشريعة، أي بحسب مقام الإثبات ـ فيمكن استفادة مالكيّته من عدّة روايات متفرّقة في أبواب الفقه :

منها : الأخبار الدالّة علىٰ نفي الزكاة عن العبد، وأنّه ليس في ماله زكاة، فإنّه لو لم يكن مالكاً لمال من الأموال لا مجال لهذا النفي؛ لأنّه من باب السالبة بانتفاء الموضوع، بمعنىٰ أنّه لم يكن له مال حتّىٰ يحتاج إلىٰ النفي، فهذا النفي كاشف عن أنّه يملك المال ولكن لا يجب عليه الزكاة؛ لاعتبار الحريّة فيمن يجب عليه الزكاة، ففي صحيح عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «ليس في مال المملوك شيء ولو كان له ألف ألف، ولو احتاج لم يعط من الزكاة شيئاً»[1]، ونحوه غيره[2]، وهذه الروايات صريحة في كونه مالكاً وأنّ له مالاً ولكن لا تجب عليه الزكاة.

وبتقريب آخر: مجرّد نفي الزكاة عن العبد وإن لم يذكر لفظ المال في الدليل يدلّ علىٰ أنّ العبد يملك المال، وإلّا فلا مجال لنفي الزكاة، فإنّه من باب السالبة بانتفاء الموضوع علىٰ أنّ صحيح ابن سنان صرّح فيه بأنّه له مال.

---

(١) الكافي ٣: ١/٥٤٢، وسائل الشيعة ٩: ١١٥٩٧/٩١.

(٢) كما عن إسحاق بن عمّار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقلّ أو أكثر ـإلىٰ أن قالـ: قلت: فعلىٰ العبد أن يزكّيها إذا حال عليه الحول؟

قال: «لا، إلّا أن يعمل له فيها، ولا يُعطي العبد من الزكاة شيئاً».

من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٨٥٥/٢٣٢، تهذيب الأحكام ٨: ٨٠٨/٢٢٥، وسائل الشيعة ٩: ١١٦٠٢/٩٢.

. . . . . .

ومنها : ما دلّ علىٰ أنّ العبد لا يرث ولا يورث[١] فإنّه إذا لم يكن له مال لا معنىٰ لنفي الإرث ، فإنّ النفي يدلّ علىٰ أنّه له مالاً ولكن لا يرثه ورّاثه ، بل هو لمولاه .

ومنها : ما ورد أنّه لا يجوز له أن يتصرّف في ماله إلّا بإذن مولاه ، كصحيحة عبدالله بن سنان[٢] ، فإنّها صريحة في أنّ العبد يملك المال ، ولكن لا يجوز له التصرّف فيه إلّا بإذن مولاه .

وأمّا الثالثة : ـ وهي ملكيّة الشيء الواحد لشخصين ، كملكيّة المولىٰ لمال العبد ملكيّة طوليّة أو عرضيّة ـ فلا مانع من تلك عقلاً ؛ لما عرفت من أنّ الملكيّة أمر اعتباري خفيف المؤنة يمكن تعلّقه بأمرين متضادّين أو متناقضين ؛ لاختصاص استحالة اجتماع الضدّين أو المتناقضين أو المثلين في الوجود الحقيقي .

وأمّا الوجود الاعتباري ، فلا مانع أصلاً من اعتبار المتنافيين والضدّين .

نعم ، لا يترتّب عليه أثر ويصبح لغواً ولا يصدر من الحكيم لا أنّه ممتنع عقلاً ، ولذا يمكن جعل الولاية لشخصين مستقلّاً ، وكذا يمكن جعل الوكالة

---

(١) كما عن محمّد بن حمران ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا يتوارث الحرّ والمملوك» .
تهذيب الأحكام ٩ : ١٢٠٦/٣٣٥ ، الاستبصار ٤ : ٦٦٨/١٧٧ ، وسائل الشيعة ٢٦ : ٣٢٤٥١/٤٣ .

(٢) وهي : عن عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء» .
الكافي ٥ : ١٠٠٧٥/٤٧٧ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٥٦٦٤/٢٩٦ .

. . . . . .

لشخصين .

وبالجملة : جعل الملكيّة لشخصين مستقلّاً في غير المولىٰ والعبد يكون لغواً ؛ باعتبار ترتّب الأثر .

وأمّا بالنسبة إلىٰ المولىٰ والعبد ، فلا لغويّة فيه ، فعدم جعل الملكيّة لشخصين لعدم ترتّب الأثر وكونه لغواً لا لاستحالة الجمع بينهما عقلاً .

ولأجل ما ذكرنا من إمكان تعلّق الأمر الاعتباري في نفسه بالمتنافيين .

قلنا : بإنّه لا مانع من الجمع بين الحكم الظاهري والواقعي أصلاً ؛ لأنّ الحكم أمر اعتباري ، ويمكن اعتبار شيءٍ واجباً ، وكذا يمكن اعتبار ذاك الشيء حراماً .

ولذا ذكرنا : إنّ الجمع بين حكمين واقعيين لا يستلزم الاستحالة العقليّة من الجمع بين المتناقضين ، وإنّما استحالته من أجل البدء والمنتهىٰ ، بمعنىٰ أنّ الحاكم إذا كان عاقلاً لا يحكم بحكمين متنافيين ؛ لعدم ترتّب الأثر علىٰ ذلك ولزوم اللغويّة ، والمكلّف لا يتمكّن من امتثالهما معاً ، وكذا لا يصحّ ـ بناءً علىٰ مسلك العدليّة ـ من نشوء الأحكام عن مصالح في متعلّقاتها ، فكون شيء واحد واجباً لمصلحة فيه وحراماً لمفسدة فيه ممّا لا يمكن .

والحاصل : استحالة الجمع بين الحكمين ليس من باب الاستحالة العقليّة الذاتيّة نظير استحالة الجمع بين المتناقضيين ، بل استحالته من حيث المبدأ والمنتهىٰ ، وكذا لا يمكن الجمع بين حكمين ظاهريين وإن لم ينشاءا من مصلحة واقعيّة ، وإنّما ينشاءان من مصلحة في نفس الحكم للزوم

.....

اللغويّة ، فإنّ جعل الطهارة بحسب الظاهر ، وجعل النجاسة بحسب الظاهر لغو لا يترتّب عليه الأثر ؛ لأنّ معنىٰ الطهارة : جواز استعمال الشيء فيما يعتبر فيه الطهارة ، وجعل النجاسة معناه : عدم جواز استعماله فيما يعتبر فيه الطهارة ، فجعلهما معاً لغو لا يترتّب عليه الأثر .

وأمّا جعل الحكم الواقعي والظاهري ، فلا مانع منه أصلاً ، إذ لا تنافي بينهما ؛ لأنّ الأمر الاعتباري يصحّ تعلّقه بأمرين متنافيين ، وإنّما لا يصحّ تعلّقه بأمرين متنافيين لأجل اللغويّة ، ولا لغويّة في جعل الحكم الظاهري والواقعي .

وبعبارة أوضح : لا يستلزم أيّ لغويّة في جعل الحكم الظاهري والواقعي ؛ لأنّهما لا يصلان إلىٰ المكلّف بالفعل ؛ لأنّه لو وصل إليه الواقعي فلا مجال للظاهري ، وإن لم يصل إليه الواقعي فالمجعول هو الظاهري ، وليس الحكم الظاهري من مصلحة أو مفسدة في المتعلّق حتّىٰ يتحقّق التنافي من هذه الجهة ؛ فيحكم بنجاسة الشيء واقعاً بما هو ، ويحكم بطهارته ظاهراً بما أنّه مشكوك ، وليس الحكم بهما من باب كشفهما عن مصلحة في نفس المتعلّق حتّىٰ يستلزم التنافي من هذه الجهة .

فقد ظهر ممّا ذكرنا : إنّ جعل الملكيّة لشخصين إنّما هو لأجل لزوم اللغويّة وعدم الأثر ، واللغويّة ثابتة بالنسبة إلىٰ غير المولىٰ والعبد .

وأمّا بالنسبة إليهما ، فلا لغوّية .

وبالجملة : لا استحالة في تعلّق الاعتبار بأمرين متماثلين أو متناقضين أو متضادّين ، ولكن لابدّ من أ ن يكون الاعتبار له أثر ، وإلّا يصبح لغواً لا

. . . . . .

يصدر من الحكم .

ولذلك ذكرنا : إنّ اعتبار ملكتين مستقلّاً لشخصين بحسب الأثر يتنافيان ؛ لأنّ مقتضىٰ اعتبار ملكيّة كلّ منهما جواز التصرّف في هذا المال ، ومقتضىٰ أنّه ملك للغير عدم جواز التصرّف فيه وهما لا يجتمعان ، بمعنىٰ أنّه غير قابل للامتثال ، هذا في غير العبد والمولىٰ .

وأمّا بالنسبة إلىٰ المولىٰ والعبد ، فهذه الجهة غير موجودة ، فإنّ العبد ممنوع من التصرّف والمولىٰ يجوز له التصرّف سواء كان ملكاً له أو ملكاً للعبد ، فمن هذه الجهة لا مانع ، يعني لا مانع من جعل الملكيّة العرضيّة لهما ، ولكن لا دليل علىٰ ذلك ، بل ربّما ينافيه هبة المولىٰ شيئاً لعبده علىٰ ما دلّت عليه بعض الروايات ، كموثّقة إسحاق بن عمّار[1] الآتية ، فإنّ مفهوم الهبة : معناه سلب الملكيّة عنه وتمليك الغير ، فإذا فرضنا أنّه باق علىٰ ملكه فهذا من إضافة مالك علىٰ نفسه ، يعني كان هو مالكاً لهذا المال فأضاف إلىٰ نفسه مالكاً آخر ، وهذا ينافيه مفهوم الهبة ، فإنّ مفهوم الهبة : رفع اليد عن الملكيّة وجعل الملكيّة لشخص آخر ، بل ربّما ينافيه نفي الزكاة عن مال العبد ، فإنّ لو كان للمولىٰ مال تعلّق بها الزكاة من هذه الجهة وإن لم يكن فيه زكاة من جهة أُخرىٰ ؛ لأنّه ملك للعبد ، فيتحقّق التنافي بينهما ، يعني هذا المال متعلّق للزكاة وغير متعلّق للزكاة أيضاً ، فالملكيّة العرضيّة لا دليل عليها ،

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٢٣٢ / ٣٨٥٥ ، وسائل الشيعة ١٨ : ٢٥٦ / ٢٣٦٢١ .

. . . . . .

بل ربّما ينافيها ما ذكرناه فلا مناص إلّا عن الالتزام بما دلّت عليه صحيحة محمّد بن قيس[١] وغيرها، كموثّقة إسحاق بن عمّار[٢].

فإنّ المستفاد منها: إنّ العبد هو وماله لمولاه، وهذا هو الكلام المعروف أنّ العبد ومايملكه لمولاه، وليس له أن يتصرّف في ماله، فإنّه لا يقدر علىٰ شيء، فملكيّة المولىٰ ملكيّة طوليّة، ولا محذور في الالتزام بذلك عقلاً، وقد دلّ الدليل عليها، وليس بين الاعتبارين أي تعاند وتنافي، ففي عالم الاعتبار هذا الشيء الخارجي ملك للعبد، وفي عالم الاعتبار العبد وما يملكه ملك للمولىٰ وله أن يتصرّف فيه وفي ماله، والعبد ليس له التصرّف في ماله إلّا بإذن المولىٰ.

فالنتيجة: إنّ العبد مالك لهذا المال، والمولىٰ مالك له ولشؤونه، وما يملكه العبد مملوك للمولىٰ أيضاً، ولا تنافي بين الملكتين؛ لأنّ الملكيّة ـ كما عرفت غير مرّة ـ أنّها من الأُمور الاعتباريّة، وإذا كانت مصلحة للاعتبار في كلّ منهما فلا مانع من الاعتبارين معاً.

أمّا الصحيحة، فهي صحيحة محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال في المملوك: «ما دام عبداً فإنّه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا كثير

---

(١) وهي: عن محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قال في المملوك: «ما دام عبداً فإنّه وماله لأهله لا يجوز له تحرير ولا كثير عطاء ولا وصيّة إلّا أن يشاء سيّده».
تهذيب الأحكام ٩: ٢١٦/ ٨٥٣، الاستبصار ٤: ١٣٥/ ٥٠٧، وسائل الشيعة ١٩: ٤١٠/ ٢٤٨٥٩.

(٢) انظر الهامش الأسبق.

. . . . . .

عطاء ولا وصيّة إلّا أن يشاء سيّده»[١].

وفي موثّقة إسحاق بن عمّار: قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقلّ أو أكثر، فيقول: حلّلني من ضربي إيّاك، ومن كلّ ما كان منّي إليك، وما أخفتك وأرهبتك، فيحلّله ويجعله في حلّ رغبة فيما أعطاه، ثمّ إنّ المولىٰ بعد أصاب الدراهم التي أعطاه في موضع قد وضعها فيه العبد فأخذها المولىٰ، أحلال هي؟

فقال: «لا».

فقلت: أليس العبد وماله لمولاه؟

فقال: «ليس هذا ذاك».

ثمّ قال: «قل له فليردّها عليه فإنّه لا يحلّ له، فإنّه قد افتدىٰ بها نفسه من العبد مخافة العقوبة والقصاص يوم القيامة...»[٢]، الحديث.

فإنّهما ظاهران في ملكيّة العبد وملكيّة المولىٰ معاً، ولكن ملكيّة طوليّة، ولا وجه لرفع اليد عن ظاهرهما، وحملهما إلىٰ محامل أُخر.

نعم، ينبغي أن يستثنىٰ ما دلّ عليه موثّق إسحاق بن عمّار، وهي صورة ما أعطاه المولىٰ دفعاً للعقوبة والمؤاخذة، فإنّ المستفاد من الموثّق: كون المولىٰ مالكاً للعبد وماله، وكأنّ ذلك كان أمراً مفروغاً عنه، ولذا يسأل إسحاق ابن عمّار بأنّه كيف يمنع المولىٰ من أخذ ما أعطاه من الدراهم إلىٰ عبده،

---

(١) تهذيب الأحكام ٩: ٢١٦/ ٨٥٣، الاستبصار ٤: ١٣٥/ ٥٠٧، وسائل الشيعة ١٩: ٤١٠/ ٢٤٨٥٩.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٣٢/ ٣٨٥٥، وسائل الشيعة ١٨: ٢٥٦/ ٢٣٦٢١.

مسألة ٦: لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر، توقّف صحّة النّكاح علىٰ إذن الجميع أو إجازتهم، ولو كانا مبعّضين توقّف علىٰ إذنهما وإذن المالك[١]، وليس له إجبارهما حينئذ.

وقال: أليس العبد وماله لمولاه؟ وأجاب عليه السلام بأنّه: «ليس هذا ذاك»، يعني ليس المال الذي يدفعه لدفع العقوبة من المال الذي يجوز له الأخذ، فليس له الرجوع والتصرّف في هذا المال، نظير ما ورد من عدم الرجوع في الصدقة، وأنّ المال الذي يُعطىٰ لوجه الله تعالىٰ بعنوان دفع العقاب ليس فيه رجوع.

وبالجملة: جعل الملكيّة الطوليّة لهما لا محذور فيه أصلاً ولا لغويّة في ذلك، فإنّ المولىٰ يكون مالكاً للعبد وماله ويستقلّ بالتصرّف.

وأمّا ملكيّة العبد لا تستلزم استقلال التصرّف، بل يتوقّف علىٰ الإذن من المولىٰ، فما ذكره المصنّف رحمه الله من كون المولىٰ مالكاً للعبد ولماله ملكيّة طوليّة هو الصحيح، ولابدّ من استثناء صورة واحدة وهي المذكورة في موثّقة إسحاق بن عمّار.

ثمّ إنّ هنا كلاماً، وهو: إنّه إذا أعتق عبده فهل أنّ أمواله للعبد بعد العتق، أو يبقىٰ علىٰ ملك المولىٰ، أو فيه تفصيل لا مجال لذكره وأجنبيّ عمّا نحن بصدده؟ فالملكيّة الطوليّة هي الصحيح.

(١) لا فرق في صحّة النكاح وتوقّفه علىٰ إذن السيّد بين كون المالك متّحداً أو متعدّداً، فإنّ المستفاد من صحيح زرارة[١] صحّة النكاح؛ لأنّه لم

---

(١) وهو: عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟

فقال: «ذاك إلىٰ سيّده إن شاء أجازه، وإن شاء فرّق بينهما».

مسألة ٧ : إذا اشترت العبدَ زوجتُه بطل النّكاح ، وتستحقّ المهر إن كان ذلك بعد الدخول[١] .

يعصِ الله وإنّما عصىٰ سيّده ، فيصحّ بإجازته ، وإذا كان متعدّداً يصحّ بإجازتهم ؛ لأنّه عصىٰ ساداته .

وبالجملة : تزويج العبد بنفسه غير صحيح سواء كان ملكاً لواحد أو متعدّد ، ويصحّ بإذن الجميع وإجازتهم لوحدة الملّاك بين ما كان المالك متّحداً أو متعدّداً ، ولا يكفي إذن بعضهم أو إجازته ، ولو كان العبد مبعّضاً فليس للمولىٰ إجباره بالتزويج ولا مباشرته بغير إذنه ؛ لأنّ المبعّض ليس رقّاً قنّاً ، بل فيه الحريّة ، كما أنّ المبعّض ليس التزويج بنفسه بدون إذن المولىٰ ؛ لأنّه ليس بحرّ كامل ، بل فيه الرقّية والعبوديّة ، فيتوقّف النكاح علىٰ إذنه وإذن المالك معاً .

وبالجملة : لا يعامل المبعّض معاملة العبيد المحض ولا الحرّ الكامل ، فإنّه مختلط بين الأمرين ، فيلاحظ كلّ من الجهتين .

(١) يقع الكلام في جهتين :

الأُولىٰ : في بطلان النكاح إذا اشترت الزوجة زوجها الذي هو عبدٌ .

الثانية : في استحقاق المهر وعدمه .

أمّا الأُولىٰ : فقد تسالموا علىٰ بطلان النكاح إذا صارت الزوجة مالكة

---

[١] قلت : أصلحك الله ، إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إنّ أصل النكاح فاسد ، ولا تحلّ إجازة السيّد له .

فقال أبو جعفر عليه السلام : «إنّه لم يعصِ الله ، وإنّما عصىٰ سيّده ، فإذا أجازه فهو له جائز» .

الكافي ٥ : ٤٧٨ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣١٥ / ١٤٣٢ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١١٤ / ٢٦٦٦٦ .

. . . . . .

لزوجها العبد سواء صارت مالكة له بالشراء أو بغيره.

أمّا في مورد الشراء، فقد روىٰ الكليني، عن شيخه أبي العباس محمّد ابن جعفر، عن ابن يسار قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة حرّة تكون تحت المملوك فتشتريه، هل يبطل نكاحه؟

قال: «نعم؛ لأنّه عبد مملوك لا يقدر علىٰ شيء»[1].

ولكن الرواية ضعيفة بأبي العباس محمّد بن جعفر، فإنّه لم يرد فيه توثيق، إلّا كونه شيخاً للكليني، وذكرنا غير مرّة أنّ مجرّد الشيخوخة لا يوجب التوثيق، إلّا أنّه في مقام روايات أُخر واردة في الإرث وأنّ العبد إذا صار ملكاً للزوجة بسبب الإرث يبطل النكاح وتلزم المفارقة بينها وبينه، كما في صحيح عبدالله بن سنان، وصحيح محمّد بن قيس[2]، وغيرهما.

---

(١) الكافي ٥: ٤٨٥/ ٤، تهذيب الأحكام ٨: ٢٠٥/ ٧٢٤، وسائل الشيعة ٢١: ١٥٨/ ٢٦٧٨٣.

(٢) **الأُولىٰ**: عن عبدالله بن سنان، قال: سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول في رجل زوّج أُمّ ولد له مملوكه، ثمّ مات الرجل فورثه ابنه فصار له نصيب في زوج أُمّه، ثمّ مات الولد، أترثه أُمّه؟

قال: «نعم».

قلت: فإذا ورثته، كيف تصنع وهو زوجها؟

قال: «تفارقه وليس له عليها سبيل وهو عبدها».

الكافي ٥: ٤٨٤/ ٢، تهذيب الأحكام ٨: ٢٠٥/ ٧٢٢، وسائل الشيعة ٢١: ١٥٧/ ٢٦٧٨٢.

والثانية: عن محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام

وأمّا إن كان قبله ، ففي سقوطه ، أو سقوط نصفه ، أو ثبوته بتمامه ، وجوه مبنيّة علىٰ أنّه بطلان أو انفساخ[١] . ثمّ هل يجري عليها حكم الطلاق قبل الدخول أو لا ؟

فإنّ المستفاد من هذه الروايات المعتبرة عدم اجتماع الزوجيّة والعبوديّة ، ولا خصوصيّة بالشراء أو بالإرث ، فإنّ المتفاهم منها : إنّ الزوجيّة والعبوديّة لا تجتمعان ، فإذا صار العبد ملكاً للزوجة بطل النكاح .

الجهة الثانية : في استحقاق المهر .

لا ريب في استحقاق تمام المهر إذا صار العبد ملكاً للزوجة بعد الدخول ، فإنّ الدخول سبب لاستحقاق تمام المهر بلا كلام ، ولا موجب للتنصيف أو السقوط بالمرّة .

(١) وأمّا إذا حصلت الملكيّة قبل الدخول ، ففي سقوطه تمام المهر ، أو

في سرية رجل ولدت لسيّدها ثمّ اعتزل عنها فأنكحها عبده ، ثمّ توفّي سيّدها وأعتقها فورث ولدها زوجها من أبيه ، ثمّ توفّي ولدها فورثت زوجها من ولدها ، فجاءا يختلفان يقول الرجل : امرأتي ولا أُطلّقها ، وتقول المرأة : عبدي لا يُجامعني ، فقالت المرأة : يا أمير المؤمنين ، إنّ سيّدي تسرّاني فأولدني ولداً ، ثمّ اعتزلني فأنكحني من عبده هذا ، فلمّا حضرت سيّدي الوفاة أعتقني عند موته وأنا زوجة هذا ، وإنّه صار مملوكاً لولدي الذي ولدته من سيّدي ، وإنّ ولدي مات ثمّ ورثته ، هل يصلح أن يطأني ؟

فقال لها : هل جامعكِ منذ صار عبدكِ وأنت طائعة ؟

قالت : لا ، يا أمير المؤمنين .

قال : لو كنتِ فعلتِ لرجمتكِ ، اذهبي فإنّه ليس له عليكِ سبيل ، إن شئت أن تبيعي ، وإن شئت أن ترقّي ، وإن شئت أن تعتقي » .

الكافي ٥ : ٤٨٤ / ١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٥٨ / ٢٦٧٨٤ . وانظر رواية ابن يسار في الهامش الأسبق .

. . . . . .

سقوط نصفه، أو ثبوت تمامه وجوه، ذكر ﷺ: إنّها مبنيّة علىٰ أنّه بطلان أو انفساخ.

الذي ينبغي أن يقال: إنّه لا إشكال في أنّ العقد سبب لاستحقاق المهر، وتشتغل ذمّة الزوج بتمام المهر بمجرّد العقد.

ثمّ إنّ زوال العقد بأحد وجهين:

أحدهما: الفسخ.

فإنّ الفسخ يوجب هدم العقد وكأنّه لم يكن من زمان الفسخ، فإذا فسخ البيع يجب ردّ الثمن إلىٰ المشتري والمثمن إلىٰ البائع، فكأنّ البيع لم يقع، فيرجع كلّ مال إلىٰ صاحبه الأوّل؛ ولذا ذكروا: إنّ فسخ العقد يوجب فسخ تمام لوازمه وشؤونه، كالشرط في ضمن العقد كالخياطة ونحوها المشروطة في ضمن العقد، فإنّه إذا انفسخ البيع فلا يلزم الإتيان بالخياطة؛ لأنّ الفسخ يهدم العقد بجميع توابعه وفروعه، وهذا جارٍ في جميع موارد الفسخ، فإنّ لزوم الإتيان بالشرط من لوازم الإتيان بمضمون العقد، فإذا فرضنا انهدام العقد بالمرّة وعدم لزوم الإتيان به، فلا مجال للزوم الإتيان بالشرط ونحوه من فروع العقد وفي حكم الفسخ الانفساخ القهري، كما إذا تنازعا في ثمن بيع عين معيّنة وكان الاختلاف بينهما بالتباين في الثمن لا بالأقل أو الأكثر، فقال البائع: بعتها بألف دينار، وقال المشتري: بل بألف دولار، فحينئذٍ ينفسخ البيع بحكم الشارع.

وبالجملة: الفسخ أو الانفساخ يوجب من الآن هدم العقد من الأوّل

. . . . . .

وكأنّه لم يقع ولم يتحقّق في الخارج .

الثاني : البطلان العارض بعد العقد .

فإنّه لا يوجب زوال العقد من الأوّل ومن حين صدوره ، وإنّما يوجب زواله من حين وجود سبب البطلان ، كالرضاع الحاصل بعد النكاح ، فإنّ أُمّ الزوجة لو أرضعت ولد بنتها تحرم علىٰ زوجها ؛ لأنّه لا يجوز أن ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعاً ، فحاله حال الطلاق في ارتفاع أثر العقد من حين الطلاق ؛ ولذا لو اشترط أحد الزوجين علىٰ الآخر شيئاً في ضمن عقد النكاح ، ثمّ وقع الطلاق يجب الوفاء بالشرط ولا يرتفع وجوبه بزوال العقد بالطلاق ، بخلاف الأوّل .

وبالجملة : يجب الوفاء بالشرط حتّىٰ بعد الطلاق أو بعد الموت لأحدهما .

نعم ، مقتضىٰ الفسخ أو الانفساخ عدم استحقاق شيء لكلّ منهما ، فإذا فُسخ العقد أو انفسخ لا تستحقّ الزوجة شيئاً علىٰ الزوج ولا الزوج علىٰ الزوجة سواء كان الفسخ منه أو منها .

وبالجملة : الفسخ أو الانفساخ يوجب هدم العقد بالمرّة ، ولا يوجب استحقاق شيء من المهر أصلاً .

وأمّا البطلان العارض ، فلا يوجب هدم العقد ، وإنّما يؤثّر العقد أثره ، وإنّما يرفع أثر العقد من حين حصول البطلان ، فالمهر بتمامه يستقرّ ؛ لأنّ العقد حين صدوره أثّر أثره .

. . . . . .

نعم، لو زال العقد بالطلاق قبل الدخول ينتصف المهر كتاباً وسنّة، وكذلك الحال في العنن، فإنّه ملحق بالطلاق؛ للنصّ[١]، هذا ما تقتضيه القاعدة.

ثمّ إنّه بناءً علىٰ أنّ اشتراء الزوجة زوجها المملوك يوجب بطلان الزوجيّة وأنّه كالطلاق في حصول البطلان من الآن، فهل تستحقّ تمام المهر أو نصفه؟

فيه كلام، والمفروض تحقّق ملكيّة تمام المهر بالعقد، وتستحقّ تمام المهر علىٰ ذمّة السيّد، أو علىٰ نفس الزوج المملوك، فزوال الملكيّة يحتاج إلىٰ الدليل.

نعم، في الطلاق لا ريب في تنصيف المهر للكتاب[٢] والنصوص، وكذلك ورد النصّ في تنصيف المهر في المتعة[٣].

---

(١) وهو: عن أبي حمزة قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «إذا تزوّج الرجل المرأة الثيب التي تزوّجت زوجاً غيره، فزعمت أنّه لم يقربها منذ دخل بها، فإنّ القول في ذلك قول الرجل، وعليه أن يحلف بالله لقد جامعها؛ لأنّها المدّعية».

قال: «فإنّ تزوّجت وهي بكر وزعمت أنّه لم يصل إليها، فإنّ مثل هذا تعرف النساء، فلينظر إليها من يوثق به منهنّ، فإذا ذكرت أنّه عذراء فعلىٰ الإمام أن يؤجّله سنة، فإن وصل إليها وإلّا فرّق بينهما وأُعطيت نصف الصداق ولا عدّة عليها».

الكافي ٥: ٤١١/ ٧، وسائل الشيعة ٢١: ٢٣٣/ ٢٦٩٧٤.

(٢) وهو قوله تعالىٰ: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ إِلَّا أَن يَعْفُونَ**﴾، سورة البقرة ٢: ٢٣٧.

(٣) كما عن سماعة، قال: سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتّع بها، ثمّ جعلته من

. . . . . .

ووقع الكلام في تنصيف المهر بالموت قبل الدخول، والتنصيف هو المختار عندنا، وربّما فصّل بين موت الزوج والزوجة بتنصيف المهر في الثاني دون الأوّل.

والحاصل: عدم الاشتغال بتمام المهر أو نصفه يحتاج إلىٰ الدليل، وربّما ذكر بعضهم: إنّ بطلان الزوجيّة إن كان مستنداً إلىٰ الزوج ثبت تمام المهر، وإن كان مستنداً إلىٰ الزوجة سقط جميع المهر، وإن كان بفعل الزوجين تعيّن التنصيف[1].

ولا وجه لهذا التفصيل إلّا من جهة استناد التفويت، فمن كان مفوتاً يثبت عليه تمام المهر، وإن اشتركا في التفويت ينتصف المهر.

وفيه ما لا يخفىٰ، فإنّ الزوجيّة ليست من الماليّات التي يوجب تفويتها ضمان المال، ولذا لو قتل زوجة أحدٍ لا يضمن قيمة الزوجيّة -أي المهر- ولذا لم يقل أحد بضمان أُمّ الزوجة إذا أرضعت ولد بنتها، فإنّ البنت تحرم علىٰ زوجها؛ إذ لا ينكح أبو المرتضع في أولاد صاحب اللبن.

فظهر: إنّ المتعيّن ثبوت تمام المهر قبل الدخول في المقام؛ لأنّ التنصيف يختصّ بالطلاق، والعنن، والمتعة، والموت، وأمّا في غيرها،

صداقها في حلّ، يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ؟

قال: «نعم، إذا جعلته في حلّ فقد قبضته منه، فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردّت المرأة علىٰ الرجل نصف الصداق».

تهذيب الأحكام ٧: ٤٧٦ / ١٩١٠، وسائل الشيعة ٢١: ٦٣ / ٢٦٥٤٠.

(١) انظر مستمسك العروة الوثقىٰ ١٤: ٣٠٧.

وعلىٰ السقوط كلّاً إذا اشترته بالمهر الذي كان لها في ذمّة السيّد بطلَ الشراء ؛ للزوم خلو المبيع عن العوض[١] .

فمقتضىٰ العقد استقرار تمام المهر .

وهذا كلّه فيما إذا اشترت العبد في ذمّتها أو في عين خارجيّة .

(١) ثمّ إنّه بناءً علىٰ سقوط تمام المهر إذا اشترت زوجها المملوك بالمهر الذي كان لها علىٰ ذمّة السيّد بطل الشراء ؛ لأنّ الزوجة بناءً علىٰ سقوط تمام المهر ـكما هو المفروضـ لم تكن مالكة للمهر فلا ثمن لشراء العبد ، فيَبطل ؛ لأنّ الشراء متقوّم بانتقال كلّ من المالين الثمن والمثمن إلىٰ الآخر ، والمفروض أن لا مهر للزوجة لسقوطه ببطلان النكاح ، فلا تملك علىٰ ذمّة السيّد شيئاً حتّىٰ تجعله ثمناً لشراء زوجها المملوك .

وبالجملة : قوام المعاملة بالمبادلة بين المالين وانتقال كلّ من المالين من أحد المتبايعين إلىٰ الآخر ، وليس هذا تخصيصاً في أدلّة الوفاء بالعقود أو في شراء الزوجة لزوجها ، بل ذلك من قوام المعاملة ، ففي المقام الشراء غير متحقّق من أصله فلا تشمله أدلّة الوفاء من باب التخصّص والسالبة بانتفاء الموضوع .

ولكن السيّد الأُستاذ النائيني ﵀ في تعليقته علىٰ المقام حكم بصحّة الشراء ؛ لأنّ سقوط المهر معلول لتملّك الزوجة رقبة زوجها وشرائها له[١] ، فسقوط المهر في رتبة متأخّرة عن التملّك ، ففي المرتبة السابقة ـوهي مرتبة

---

(١) العروة الوثقىٰ مع تعليقات عدّة من الفقهاء ٥ : ٥٦٦ .

. . . . . .

إنشاء التملّك والشراء ـ تكون المرأة مالكة للمهر ؛ لأنّ المفروض أنّ المهر يسقط في الرتبة المتأخّرة ، فإذا جعلت المهر ثمناً لا يلزم منه خلو البيع عن العوض والثمن .

وأشكل عليه : بعدم الفرق بين سقوط المهر في الرتبة اللاحقة أو السابقة ، وسقوط المهر في الرتبة اللاحقة للشراء أيضاً يوجب بطلان الشراء في الرتبة اللاحقة ؛ لخلو المعاملة عن العوض ، فالمحذور بحاله[1] .

وفيه : إنّه لا مقتضي ولا موجب للبطلان إذا كان سقوط المهر في المرتبة المتأخّرة ، فإنّ المهر قد صار ملكاً للسيّد في المرتبة المتقدمّة بمجرّد الشراء ، ثمّ يسقط المهر بتملّك الزوجة رقبة زوجها في المرتبة المتأخّرة ، فيجب علىٰ الزوجة تدارك الثمن ؛ لأنّ المفروض سقوط الثمن وتلفه ، فيجب علىٰ المشتري ـ وهي الزوجة ـ تدارك من مال آخر ، نظير ما لو فرضنا أنّ الزوجة ملّكت المهر لشخص آخر فاشترت العبد ، فإنّه يجب عليها حينئذٍ التدارك وإعطاء الثمن من مال آخر ، وكما إذا تصرّف البائع في الثمن وأتلفه إتلافاً حقيقيّاً أو حكميّاً ، ثمّ المشتري فسخ المعاملة بأحد أسبابه ، فلا يمكن الرجوع بعين الثمن ، فلا محالة يلزم علىٰ البائع التدارك بإعطاء البدل قيميّاً أو مثليّاً .

وفي المقام في المرتبة السابقة ـ أي مرتبة الشراء ـ تكون الزوجة مالكة

---

(١) انظر مستمسك العروة الوثقىٰ ١٤ : ٣١٠ .

. . . . . .

للمهر، ولا يضرّ سقوط ملكيّته في المرتبة المتأخّرة في الحكم بصحّة المعاملة، ولا يوجب خلو المعاوضة عن العوض؛ لانتقال العوض إلىٰ البدل، فإنّ المفروض أنّ الزوجة حين إنشاء البيع في المرتبة السابقة مالكة للمهر وتشتري العبد بهذا المال فاشتغلت ذمّة الزوجة بذلك وفي المرتبة المتأخّرة صار ملكاً للغير، فينتقل الثمن إلىٰ البدل، فيجب علىٰ الزوجة دفع البدل.

ولكن يرد علىٰ شيخنا الأُستاذ ﷺ ما ذكرناه في كتاب الصلاة في باب السلام في مسألة: من نسي السلام وأتىٰ بالحدث، وأنّه يحكم بصحّة صلاته؛ لعدم وقوع الحدث في أثناء الصلاة لارتفاع جزئيّة السلام بحديث: «لا تعاد»، فيكون الحدث الصادر منه واقعاً خارج الصلاة، فلم يقع الحدث أثناء الصلاة حتّىٰ يحكم ببطلان الصلاة[1].

وبعبارة أُخرىٰ: حديث: «لا تعاد» يرفع جزئيّة السلام حال النسيان وتختصّ جزئيّته بحال الذكر، فلو صدر الحديث منه بعد نسيان السلام يكون الحدث واقعاً خارج الصلاة.

وما يقال من أنّ الخروج من الصلاة معلول للحدث وفي مرتبة متأخرة عنه، فالحدث واقع في الصلاة.

ففيه: ما ذكرناه في المباحث الأُصوليّة في بحث الترتّب والشرط المتأخّر، وحاصل ما ذكرناه: إنّ نسبة الأحكام إلىٰ موضوعاتها نسبة المعلول

(١) كتاب الصلاة للسيّد الخوئي ٤: ٣٤٠ ـ ٣٤١.

. . . . . .

إلىٰ علّته، وفي الحقيقة أنّ الموضوع علّة والحكم المترتّب عليه معلول، فبحسب الرتبة الموضوع متقدّم علىٰ الحكم ولا تخلّل زماني في ترتّب الحكم علىٰ موضوعه، فإنّ مَن وجد الزاد والراحلة وتمكّن من السفر يجب عليه الحجّ في زمان التمكّن، فوجوب الحجّ يترتّب علىٰ مَن وجد الزاد والراحلة من دون فصل وتخلّل زماني، وكترتيب ملكيّة الوارث عند موت المورث، ففي زمان واحد يتحقّق الموت وملكيّة الوارث، وهكذا في جميع الأحكام الشرعيّة التكليفيّة أو الوضعيّة، فالتقدّم الرتبي لا أثر له في الأحكام الشرعيّة، وإنّما يترتّب الأثر علىٰ التقدّم أو التأخّر الرُّتبي في الحكمة والفلسفة.

وأمّا الأحكام الفقهيّة، فلا عبرة بالرُّتب، وإنّما العبرة بالزمان والعلّة وإن كانت متقدمّة علىٰ المعلول رتبة، ولكن بحسب الزمان يتحقّقان في زمان واحد، فبحسب الوقوع الخارجي لا تقدّم ولا تأخّر.

فنقول في المقام: إنّه في زمان انتقال العبد إلىٰ زوجته لم تكن الزوجة مالكة للمهر؛ لأنّ البيع يوجب بطلان النكاح، والمفروض سقوط المهر الذي في ذمّة السيّد، فمتىٰ كانت مالكة للمهر حتّىٰ يصحّ جعله عوضاً عن العبد، فليس زمان ينتقل العبد إلىٰ الزوجة وزمان ينتقل المهر إلىٰ السيّد، بل زمان بطلان الزوجيّة وزمان الانتقال وزمان السقوط زمان واحد، والعبرة في الأحكام الشرعيّة بالزمان لا بالتقدّم والتأخّر الرُّتبي؛ فالصحيح ما ذكره في المتن من بطلان الشراء.

وقد عرفت أنّ الحكم بالبطلان ليس من باب التخصيص لأدلّة وجوب

نعم ، لا بأس به إذا كان الشراء بعد الدخول ؛ لاستقرار المهر حينئذٍ[١] .

وعن العلّامة في القواعد البطلان إذا اشترته بالمهر الذي في ذمّة العبد[٢] **وإن كان بعد الدخول ؛ لأنّ تملّكها له يستلزم براءة ذمّته من المهر ، فيخلو البيع عن العوض . وهو مبنيّ على عدم صحّة ملكيّة المولىٰ في ذمّة العبد ، ويمكن منع عدم الصحّة ، مع أنّه لا يجتمع ملكيّتهما له ولما في ذمّته ، بل ينتقل ما في ذمّته إلىٰ المولىٰ بالبيع حين انتقال العبد إليها .**

الوفاء ، بل المقام من باب التخصيص والسالبة بانتفاء الموضوع ؛ لعدم تحقّق عنوان المعاملة والمبادلة .

هذا كلّه فيما إذا كان الشراء قبل الدخول والبناء علىٰ سقوط تمام المهر بمجرّد الشراء .

(١) وأمّا إذا كان الشراء بعد الدخول ، فإن كان الشراء بالمهر الذي في ذمّة السيّد ، فلا إشكال في صحّة البيع ؛ لاستقرار المهر في ذمّة السيّد حينئذٍ ، فلا مانع من جعله ثمناً للعبد فتسقط ذمّة السيّد عن المهر ؛ لأنّه صار ثمناً للعبد ، ويكفي ذلك في القبض ، كما في غير المقام .

(٢) وإن كان الشراء بالمهر الذي في ذمّة العبد ، فقد نُسب إلىٰ العلّامة البطلان[١] ؛ لأنّ تملّك الزوجة للعبد يستلزم براءة ذمّة العبد من المهر ؛ لأنّ المولىٰ لا يملك ذمّة العبد ؛ لأنّ العبد وذمّته ملك للمولىٰ ، ولا معنىٰ لملكيّة

---

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٥٥ .

مسألة ٨: الولد بين المملوكين رقّ[١] سواء كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهة مع العقد أو مجرّدة، أو عن زناً منهما، أو

المولىٰ ذمّة عبده، يعني: لا تشتغل ذمّة العبد للمولىٰ؛ لأنّ ذمّته ملك للمولىٰ، ولا معنىٰ لاشتغال ما هو مملوك لمالكه، وعليه خلو البيع عن العوض، فيبطل الشراء؛ لعدم تحقّق الثمن له.

وفيه أوّلاً: إنّه لا مانع من ملكيّة المولىٰ لذمّة العبد، كما إذا أتلف العبد مال المولىٰ عمداً فإنّه لا مانع من اشتغال ذمة العبد لمولاه ويتبع بعد العتق ويطالب بالتدارك، كما إذا أتلف مال الغير، فإنّه تشتغل ذمّته بالعوض ويكون ضامناً وعليه الأداء بعد العتق.

وثانياً: إنّ رقبة العبد كانت لمولاه وذمّته ملكاً للزوجة؛ لأنّ المفروض ثبوت المهر وجعله في ذمّة العبد، فإذا اشترت الزوجة زوجها المملوك ينعكس الأمر، يعني تكون نفس الرقيّة ملكاً للزوجة وذمّته ملكاً للمولىٰ.

وبعبارة أُخرىٰ: قبل البيع يكون العبد ملكاً للسيّد وذمّته ملكاً للزوجة، فإذا اشترت الزوجة زوجها المملوك فتملك الزوج رقبة العبد ويملك المولىٰ ذمّته.

(١) يقع الكلام في مسائل ثلاث:

الأُولىٰ: تولّد الولد بين المملوكين كأنّ تزوّج العبد بالأمة، فلا ريب في كون الولد مملوكاً أيضاً، وهذا ممّا لا إشكال فيه، وهو من الواضحات التي لا تحتاج إلىٰ الدليل، وقد جرت عليه السيرة المستمرّة من زمن الأئمّة عليهم السلام وإن لم نعثر علىٰ رواية معتبرة صريحة بذلك، ولكن الذي يسّهل الخطب أنّه لا

. . . . . .

حاجة إلىٰ الرواية ؛ لوضوح الحكم وتسالمه بين المسلمين .

نعم ، يمكن استفادته من الروايات الدالّة علىٰ حريّة الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً ، فإنّ المتفاهم منها عدم حريّة الولد إذا لم يكن كلا أبويه حرّاً ، ويؤيّده خبر أبي هارون المكفوف قال : قال لي أبو عبدالله عليه السلام : « أيسرّك أن يكون لك قائد ؟ » .

قلت : نعم ، فأعطاني ثلاثين ديناراً ، وقال : « اشتر خادماً كسوماً[1] » ، فاشتراه ، فلمّا أن حجّ دخل عليه .

فقال له : « كيف رأيت قائدك يا أبا هارون ؟ » .

قال : خيراً ، فأعطاه خمسة وعشرين ديناراً ، وقال له : « اشتر له جارية شبانية ، فإنّ أولادهنّ قرّة » ، فاشتريت جارية شبانية[2] فزوّجتها منه فأصبت ثلاث بنات ، فأهديت واحدة منهنّ إلىٰ بعض ولد أبي عبدالله عليه السلام ، وأرجو أن يجعل ثوابي منها الجنّة ، وبقيت ثنتان ما يسرّني بهنّ أُلوف »[3] .

فإنّه يدلّ بوضوح علىٰ أنّ المتولّد من المملوكين مملوك أيضاً ، ولكن الرواية ضعيفة السند .

هذا فيما إذا كان العبد والأمة لمالك واحد ، فإنّ الولد له ، نظير ثمرة

---

(١) الكسم : الكد علىٰ العيال .
لسان العرب ١٢ : ٥١٨ ، القاموس المحيط ٤ : ١٧١ « كسم » .

(٢) الشباني : الأحمر الوجه .
القاموس المحيط ٤ : ٢٣٨ « شبن » .

(٣) الكافي ٥ : ٤٨٠ / ٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٤٥ / ٢٦٧٤٥ .

من أحدهما ، بلا عقد ، أو عن معلوم الفساد عندهما ، أو عندأحدهما[١] .

وأمّا إذا كان أحد الأبوين حرّاً ، فالولد حرّ[٢] **إذا كان عن عقد**

الشجرة .

وأمّا إذا كان الاثنين ، كما إذا تزوّج عبد شخص بأنّه شخص آخر ، فالولد بينهما نصفين أم لا ؟ سيأتي بيان ذلك عند تعرّض المصنّف قدس سره له قريباً في نفس هذه المسألة إن شاء الله تعالىٰ .

(١) الثانية : ما إذا كان الزوج عبداً والزوجة حرّة ، فلا إشكال أيضاً في أنّ الولد المتولّد منهما حرٌّ ، ولا خلاف في ذلك ، ويدلّ عليه روايات صحيحة صريحة[١] .

(٢) الثالثة : ما إذا كان الزوج حرّاً والزوجة أمة ، فالمشهور شهرة عظيمة أنّ الولد حرّ ، وهذا هو الحكم المعروف المعبّر عنه بأنّ الولد تابع لأشرف الأبوين .

---

(١) كما عن جميل بن درّاج قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل تزوّج بأمة فجاءت بولد ؟

قال : « يلحق الولد بأبيه » .

قلت : فعبد تزوّج حرّة ؟

قال : « يلحق الولد بأبيه » .

من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٥٨ / ٤٥٨١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢١ / ٢٦٦٨١ .

وأيضاً : عن عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : في العبد تكون تحته الحرّة ؟

قال : « ولده أحرار ، فإن أُعتق لحق بأبيه » .

الكافي ٥ : ٦ / ٤٩٣ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢١ / ٢٦٦٨٢ .

. . . . . .

وبعبارة أُخرىٰ : لو كان أحد الزوجين حرّاً لحق الولد به سواء كان الحرّ هو الأب أو الأُمّ ، ويدلّ عليه روايات مستفيضة معتبرة[١] .

وحكي عن ابن الجنيد الخلاف ، فقد حكي عنه في المختلف : إنّ الأمة لو تزوّجت بالحرّ لحق الولد بالأُمّ ، فيكون الولد مملوكاً وإن كان الأب حرّاً[٢] ، إلّا أن يشترط الزوج عتق الولد وحريّته ، واستدلّ له بروايات معتبرة[٣] دالّة علىٰ ذلك .

فيقع التعارض بين الطائفتين من الروايات ، وحمل الطائفة الأُولىٰ علىٰ صورة اشتراط الحرّية بعيدٌ جدّاً ؛ لأنّ الروايات في مقام بيان تبعيّة الولد

---

(١) كما عن جميل بن درّاج قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : «إذا تزوّج العبد الحرّة فولده أحرار ، وإذا تزوّج الحرّ الأمة فولده أحرار» .
الكافي ٥ : ٤٩٢ / ٣ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢٣ / ٢٦٦٨٥ .
وعن جميل بن درّاج أيضاً قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحرّ يتزوّج الأمة ، أو عبد تزوّج حرّة ؟
قال : فقال لي : «ليس يسترقّ الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً ، إنّه يلحق بالحرّ منهما أيّهما كان أباً أو أُمّاً» .
الكافي ٥ : ٤٩٢ / ٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢٣ / ٢٦٦٨٧ .

(٢) مختلف الشيعة ٧ : ٢٦٣ .

(٣) منها : عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام : في رجل تزوّج أمة من رجل وشرط له أن ما ولدت فهو حرّ ، فطلّقها زوجها أو مات عنها ، فزوّجها من رجل آخر ، ما منزلة ولدها ؟
قال : «منزلتها ما جعل ذلك إلّا للأوّل ، وهو في الآخر بالخيار : إن شاء أعتق ، وإن شاء أمسك» .
تهذيب الأحكام ٨ : ٢٢٥ / ٨٠٩ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢٤ / ٢٦٦٩٢ .

. . . . . .

وإلحاقه بأشرف الأبوين ، فالتعارض متحقّق .

فلنذكر بعض الروايات المعتبرة :

أمّا من الطائفة الأُولى ـالدالّة علىٰ حريّة الولد سواء كان الزوج عبداً والزوجة حرّة أو بالعكس ـ:

فمنها : صحيحة عبدالله بن سنان قال : في العبد تكون تحته الحرّة ؟ قال : «ولده أحرار»[١] .

ومنها : صحيحة جميل بن درّاج ، الواردة في الطرفين ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج بأمة فجاءت بولد ؟

قال : «يلحق الولد بأبيه» .

قلت : فعبد تزوّج حرّة ؟

قال : «يلحق الولد بأُمّه»[٢] .

ومنها : صحيحة أُخرىٰ لجميل بن درّاج قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحرّ يتزوّج الأمة ، أو عبد تزوّج حرّة ؟

قال : فقال لي : «ليس يسترقّ الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً ، إنّه يلحق بالحرّ منهما أيّهما كان أباً أو أُمّاً»[٣] .

أمّا الطائفة الثانية ـالتي بإزاء الأُولىٰ ـ:

---

(١) الكافي ٥ : ٤٩٣ / ٦ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢١ / ٢٦٦٨٢ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٥٨ / ٤٥٨١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢١ / ٢٦٦٨١ .

(٣) الكافي ٥ : ٤٩٢ / ٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢٣ / ٢٦٦٨٧ .

. . . . . .

فمنها : صحيحة الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام : في رجل تزوّج أمة من رجل وشرط له أن ما ولدت فهو حرّ ، فطلّقها زوجها أو مات عنها ، فزوّجها من رجل آخر ، ما منزلة ولدها ؟

قال : «منزلتها ما جعل ذلك إلّا للأوّل ، وهو في الآخر بالخيار : إن شاء أعتق ، وإن شاء أمسك»[١] .

ورواها في الفقيه ، وهي أوضح متناً :

في رجل تزوّج أمته من رجل وشرط له أن ما ولدت فهو حرّ ، فطلّقها زوجها أو مات عنها ، فزوّجها من رجل آخر ، ما منزلة ولدها ؟

قال : «بمنزلتها إنّما جعل ذلك إلّا للأوّل ، وهو في الآخر بالخيار : إن شاء أعتق ، وإن شاء أمسك»[٢] ، وغيرها .

فإنّها تدلّ على أنّ الزوج إذا كان حرّاً وتزوّج بالأمة يلحق الولد بالأُمّ ، وقد حملوا الطائفة الثانية ـ الدالّة على الرقّية ـ على التقيّة[٣] ، فإن ثبت خلاف العامّة أمكن حمل هذه الطائفة على التقيّة ، وإلّا فيقع التعارض بين الطائفتين ويتساقطان ، ومقتضي القاعدة والأصل الأُوّلي هو الحريّة ، إلّا إذا ثبتت الرقّية بدليل خارجي .

وفي صحيحة ابن سنان : قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : «كان عليّ

---

(١) تهذيب الأحكام ٨ : ٢٢٥ / ٨٠٩ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢٤ / ٢٦٦٩٢ .

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣ : ١١٦ / ٣٤٤٤ .

(٣) كالبحراني في الحدائق الناضرة ٢٤ : ٢١٢ .

. . . . . .

ابن أبي طالب عليه السلام يقول: الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ على نفسه بالرقّ وهو مدرك، من عبد أو من أمة، ومن شهد عليه شاهدان بالرقّ صغيراً كان أو كبيراً»[١].

فإنّ مقتضى الأدلّة العامّة التكليفيّة والوضعيّة ثبوتها على كلّ أحد، وأنّ كلّ أحد له السلطنة على نفسه وماله، ولا يتوقّف تصرّفه على الإذن من شخص آخر، بل أنّه مستقلّ بالتصرّف، مثلاً أدلّة وجوب الحج أو وجوب الزكاة تقتضي وجوب الحج أو الزكاة عليه من دون إذن وغير ذلك، فالتبعيّة للغير وكونه تحت سلطنة الغير يحتاج إلى الدليل.

وخلاصة الكلام: إنّ الولد يكون متولّداً من الحرّين، فلا ريب أنّه حرٌّ.

وقد يكون متولّداً بين المملوكين، فلا إشكال في أنّه رقّ.

وقد يكون متولّداً من المختلفين: فإن كان الأب عبداً والأُمّ حرّة، فلا خلاف أيضاً في كون الولد حرّاً؛ للنصوص المستفيضة.

وإن كان الأب حرّاً والأُمّ أمّة، فالمشهور شهرة عظيمة ـ بل لم ينقل الخلاف إلّا من ابن الجنيد[٢] ـ إنّه حرّ أيضاً.

وقد ذكرنا أنّ الروايات في هذا القسم متعارضة: طائفة تدلّ على

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ١٤١ / ٣٥١٥، تهذيب الأحكام ٨: ٢٣٥ / ٨٤٥، وسائل الشيعة ٢٣: ٥٤ / ٢٩٠٩٢.

(٢) كما ذكره عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٦٣.

.....

الحريّة ، وطائفة تدلّ علىٰ الرقّية ، والطائفة الثانية مطروحة ؛ لموافقتها للعامّة ، وإن لم تثبت التقيّة يتساقطان ، والمرجع هو أصالة الحريّة بالتقريب المتقدّم .

وتقرّب أصالة الحريّة بتقريب آخر :

وحاصله : إنّه لا ريب في أنّ العمومات والإطلاقات الواردة في الكتاب العزيز والسنّة من الأحكام التكليفيّة والوضعيّة تشمل جميع المكلّفين ، كوجوب الحج علىٰ جميع الناس ، ووجوب الزكاة علىٰ كلّ مَن ملك النصاب ، ووجب الوفاء بالعقد ونحو ذلك ، وقد خرج منها الرّق ـ وهو المولّد بين المملوكين ـ بدليل خارجي منفصل ، ونشكّ في شمول الدليل الخاص للمتولّدين بين الأب الحرّ والأُمّ المملوكة .

وقد حقّق في بحث الأُصول : إنّ المخصّص المنفصل إذا كان مردّداً بين الأقلّ والأكثر يؤخذ بالأقلّ ، ويحكم بأنّ الخارج عن العمومات هو الأقلّ .

ففي المقام نقول : بأنّ الخارج عن العمومات هو خصوص المتولّد بين المملوكين ، وأمّا المتولّد بين المختلفين داخل في العمومات .

وبعبارة أُخرىٰ : لو قلنا : بخروج المتولّد بين المختلفين عن العمومات أيضاً للزم التخصيص بالأكثر ، بخلاف ما لو قلنا : بأنّ الخارج عنها خصوص المتولّد بين المملوكين كان التخصيص بالأقلّ ، يعني الخارج عن العموم أقلّ فرداً من الالتزام بخروج المتولّد بين المختلفين أيضاً ، فإنّه يستلزم خروج الأكثر كما هو الحال في المثال المعروف ، وهو ما لو خرج الفاسق من إكرام العلماء بدليل منفصل ، وشكّ في أنّ الفسق أعمّ من مرتكب الكبيرة

. . . . . .

والصغيرة، أو أنّه خاصّ بمرتكب الكبيرة؛ نلتزم بأنّ الخارج هو خصوص مرتكب الكبيرة.

وأمّا مرتكب الصغيرة يبقىٰ تحت العام، وهكذا في المقام نلتزم بأن الخارج من العمومات هو خصوص المتولّد بين المملوكين.

وأمّا المتولّد بين المختلفين تشمله العمومات والإطلاقات، ومن باب الملازمة فحكم بحريّته، وقد ذكرنا أنّ مثبّتات الأمارة أمثال العمومات والخبر حجّة، فإن لازم شمول هذه الأحكام له هو الحكم بحريّته؛ لأنّه ثبت من الخارج عدم شمول هذه الأحكام للعبيد، فإذا أثبتنا شمولها له يكشف عن كونه حرّاً، هذا من ناحية الشبة الحكميّة.

وبذلك تعرف أنّ الطائفة الأُولىٰ من الروايات ـالدالّة علىٰ الحريّةـ مقدّمة علىٰ الطائفة الثانية؛ لموافقتها للكتاب العزيز، فلا تصل النوبة إلىٰ المرجّح الثاني، وهو التقيّة، فإنّ موافقة الكتاب أوّل المرجّحات.

وأمّا من ناحية الموضوع: فلا ريب أنّ العبوديّة والرقّية تحتاج إلىٰ الجعل.

وأمّا الحريّة، فلا تحتاج إلىٰ الجعل؛ لثبوتها بالأصل الأُوّلي الأزلي.

وبعبارة أُخرىٰ: لو شكّ في جعل العبوديّة والرقّية ـأي كون الإنسان تحت سلطان الغيرـ مقتضىٰ الأصل عدم الجعل، أي يستصحب عدم جعل الرقّية، فإنّ جعل الرقّية مسبوق بالعدم والأصل عدم الجعل، فإنّ كون الإنسان تحت سلطان الغير يحتاج إلىٰ الجعل.

صحيح أو شبهة مع العقد أو مجرّدة[١] ، حتّىٰ فيما لو دلّست الأمة نفسها بدعواها فتزوّجها حرّ علىٰ الأقوىٰ ، وإن كان يجب عليه حينئذٍ دفع قيمة الولد إلىٰ مولاها .

وأمّا الإطلاق والسعة ، فلا تحتاج إلىٰ الجعل ، كما هو الحال في دوران الأمر بين الوجوب والترخيص والحرمة والإباحة ، فإنّ الإلزام من الوجوب والحرمة يحتاج إلىٰ الجعل ، وأمّا الإباحة فلا تحتاج إلىٰ الجعل والوضع ، فلو شكّ في جعل الإلزام والتقييد مقتضىٰ الأصل -ولو بالأزلي- عدم الجعل ، فإنّ الأشياء علىٰ إباحتها والأشخاص علىٰ حريّتها ، إلّا إذا ثبت جعل الإلزام أو جعل الرقّية ، ولو شكّ في الجعل الأصل عدمه ، ولا يعارض بأصالة عدم جعل الإباحة لعدم الأثر ؛ لأنّ الأثر مترتّب علىٰ الوجوب والإلزام ، وأصالة عدم جعل الإباحة لا تثبت الإلزام ، كما أنّ أصالة عدم جعل الحريّة لا تثبت الرقّية بخلاف أصالة عدم الرقيّة فإنّه يترتّب عليها الأثر ، هذا كلّه فيما إذا كان التولّد بنكاح صحيح .

(١) وإن كان عن شبهة ، فقد تكون الشبهة من الطرفين ، وقد تكون من طرف واحد .

فإنّ كانت الشبهة من الطرفين ، يجري عليها حكم العقد الصحيح ، فلو كانا مملوكين يكون الولد رقّاً ولا موجب للحريّة ، كما لو كانا حريّن يكون الولد حرّاً .

وكذا عند الاختلاف -أي كان أحدهما حرّاً والآخر مملوكاً- يحكم بحريّة الولد ؛ لأنّ المستفاد من الروايات إلحاق الولد بالحرّ وإن كان عن

. . . . . .

شبهة ، فإنّ مورد الروايات ـ بحسب الأسئلة الواقعة فيها ـ وإن كان التزويج ، ولكن الظاهر من الجواب هو إلحاق الولد بالحرّ ، وأنّه إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّ من دون خصوصيّة للتزويج ، فإنّ الميزان في الحريّة وجوب الحرّ في البين سواء كان التولّد بعقد صحيح أم كان عن شبهة ، ولو أغمضنا عن ذلك ، فالمرجع العمومات وأصالة الحريّة على ما عرفت ، هذا كلّه في الاشتباه من الطرفين .

وقد عرفت : إنّه لو كانا مملوكين ، فلا ريب في رقّية الولد ، وإن كانا مختلفين يلحق الولد بالحرّ سواء كان أباً أو أُمّاً .

وأمّا إذا كان الاشتباه من طرف واحد ، فإن كان من طرف الزوج وكان الزوج حرّاً وزعم أنّ المرأة حرّة أو أنّها مأذونة فتبيّن أنّها أمّة غير مأذونة ؛ فالولد يصبح حرّاً ، ويدلّ عليه روايات تدليس الأمة ، كصحيحة صبيح[1]

---

(١) وهي : عن الوليد بن صبيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة دلّست نفسها له ؟

قال : « إن كان الذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد » .

قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟

قال : « إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له ، وإن كان زوجها إيّاه ولي له ارتجع على وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها » .

قال : « وتعتدّ منه عدّة الأمة » .

قلت : فإن جاءت منه بولد ؟

قال : « أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى » .

. . . . . .

وغيرها[١].

نعم، على الأب قيمة الولد؛ لأنّه نماء أتلفه على مولى الأمة، وكذلك يدلّ عليه روايات من اشترى من السوق أمة فبان أنّها لشخص آخر، كصحيحة زرارة[٢] وغيرها[٣].

الكافي ٥ : ١/٤٠٤، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٢٦/٣٤٩، الاستبصار ٣ : ٧٨٨/٢١٦، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٨٥٩/١٨٥.

(١) كما عن سماعة، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعمت أنّها حرّة فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولداً، ثمّ إنّ مولاها أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنّها مملوكته، وأقرّت الجارية بذلك ؟

فقال : «تدفع إلى مولاها هي وولدها، وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم يصير إليه».

قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به ؟

قال : «يسعى أبوه في ثمنه حتّى يؤدّيه ويأخذ ولده».

قلت : فإن أبى الأب أن يسعى في ثمن أبيه ؟

قال : «فعلى الإمام أن يفتديه ولا يملك ولد حرّ».

تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٢٩/٣٥٠، الاستبصار ٣ : ٧٩٠/٢١٧، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٨٦٣/١٨٧.

(٢) وهي : عن زرارة، قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها ثمّ يجئ الرجل فيقيم البيّنة على أنّها جاريته لم تبع ولم توهب ؟

فقال : «يردّ إليه جاريته، ويعوّضه بما انتفع».

قال : كان معناه قيمة الولد.

الكافي ٥ : ١٣/٢١٦، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٧٦/٦٤، الاستبصار ٣ : ٢٨٧/٨٤، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٩٠١/٢٠٤.

(٣) كما عن محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «قضى أمير المؤمنين عليه السلام في

. . . . . .

وإن كان الاشتباه من طرف الأُمّ وكانت هي حرّة ولكن الزوج عبد غير مأذون والحرّة لم تعلم بذلك؛ فالمشهور إلحاق الولد بالحرّة، ويدلّ على ذلك الروايات الدالّة على الإلحاق بالحرّ أباً كان أو أُمّاً[1]، ومورد السؤال في الروايات وإن كان الزواج ولكن يظهر من الجواب عدم اختصاص الحكم به، وأنّ الميزان وجود الحرّ في البين، فيجري عليه حكم الوطء الصحيح خصوصاً في صحيح جميل لقوله: «ليس يسترقّ الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً، إنّه يلحق بالحرّ منهما أيّهما كان أباً أو أُمّاً»[2].

والظاهر أنّه لا خلاف في البين إلّا من المفيد رحمه الله في المقنعة، والشيخ

وليدة باعها ابن سيّدها، وأبوه غائب، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً، ثمّ قدم سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الآخر، فقال: هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني.

فقال: خذ وليدتك وابنها، فناشده المشتري، فقال: خذ ابنه ـ يعني الذي باع الوليدة ـ حتّى ينفذ لك ما باعك، فلمّا أخذ البيّع الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتّى ترسل ابني، فلمّا رأى ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه».

تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٨ / ١٩٦٠، الاستبصار ٣: ٢٠٥ / ٧٣٩، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣ / ٢٦٩٠٠.

(١) كصحيحة جميل بن درّاج، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل تزوّج بأمة فجاءت بولد؟

قال: «يلحق الولد بأبيه».

قلت: فعبد تزوّج حرّة؟

قال: «يلحق الولد بأُمّه».

من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٨ / ٤٥٨١، وسائل الشيعة ٢١: ١٢١ / ٢٦٦٨١.

(٢) الكافي ٥: ٤٩٢ / ٤، وسائل الشيعة ٢١: ١٢٣ / ٢٦٦٨٧.

. . . . . .

في التهذيب ؛ لأنّه ﷺ قرّر ما حكم به المفيد .

واستدلّ له بالنصّ ولم يعلّق عليه شيئاً ، فقد ذكر المفيد ﷺ في المقنعة : وإذا تزوّج العبد بغير إذن مولاه كان مولاه بالخيار بين إمضاء العقد وبين فسخه ، فإن رزق ولداً كانوا رقّاً لمولاه وإن كانت المرأة حرّة[١] .

وهذه العبارة صريحة في أنّ العبد إذا زنىٰ بالحرّة يكون الولد رقّاً ولا يحلق بالحرّة ، فإنّ تزويج العبد بالحرّة بغير إذن مولاه محكوم عليه بالزنا ، والشيخ ذكر هذه العبارة من المفيد في كتاب التهذيب ـالذي هو شرح لكتاب المقنعةـ ثمّ قال : ويدلّ علىٰ أنّ الأولاد يكونون رقّاً لمولاه ما رواه : البزوفري[٢] ، وذكر الرواية ، ورواها أيضاً في كتاب التدبير باختلاف يسير[٣] ، كما أنّ الوسائل والوافي ذكرا الرواية في باب نكاح العبيد ، وباب التدبير[٤] ، والرواية من حيث المتن والدلالة تامّة .

أمّا الرواية فهي : ما رواه عن أبي عبدالله عليه السلام قال : في رجل دبّر غلاماً له فأبق الغلام فمضىٰ إلىٰ قوم فتزوّج منهم ولم يعلمهم أنّه عبد ، فولد له أولاد وكسب مالاً ومات مولاه الذي دبّره ، فجاء ورثة الميّت الذي دبّر العبد فطالبوا العبد ، فما ترىٰ ؟

---

(١) المقنعة : ٥٠٧ ، وفيه : وإذا تزوّج العبد بغير إذن سيّده فأولاده رقّ وإن كانت المرأة حرّة علىٰ ما وصفناه .

(٢) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٥٣ / ١٤٣٧ .

(٣) تهذيب الأحكام ٨ : ٢٦٥ / ٩٦٦ .

(٤) وسائل الشيعة ٢١ : ١١٩ / ٢٦٦٧٥ ، الوافي ١٠ : ٦٣١ / ١٠٢٣٥ و٢٢ : ٥٧٠ / ٢١٧٣٣ .

. . . . . .

فقال : «العبد وولده لورثة الميت» .

قلت : أليس قد دبّر العبد ؟

قال : «إنّه لمّا أبق هدم تدبيره ورجع رقّاً»[١] .

فإنّ قوله : «العبد وولده لورثة الميت» يدلّ علىٰ أنّ الولد رقّ مع أنّ أُمّه حرّة ، فالدلالة تامّة ، ولكن الكلام في السند ، فإنّه مضطرب غاية الاضطراب ، بل قلّما توجد رواية في التهذيب نحو هذا الاضطراب والتشويش في السند .

فإنّ الموجود في الوسائل ـالجديدـ في كتاب النكاح : البزوفري ، عن الحسن بن أبي عبدالله ، عن ابن أبي المغيرة ، عن الحسن بن عليّ بن فضال ، عن العلاء بن رزين ، عن أبي عبدالله عليه السلام[٢] .

وأمّا أحمد بن إدريس الواسط بين البزوفري والحسن بن أبي عبدالله ، قد سقط في الوسائل في كتاب النكاح في الطبعة الحديثة ، ورواها الوسائل في كتاب التدبير عن البزوفري ، عن أحمد بن إدريس ، عن الحسين بن عليّ ، عن عبدالله بن المغيرة ، عن الحسن بن عليّ بن فضّال[٣] . . . إلىٰ آخر السند ، وهذا السند مجهول .

وأمّا التهذيب ، فالنسخ فيه مختلفة جدّاً ، ففي المطبوع الجديد في كتاب النكاح : البزوفري ، عن أحمد بن إدريس ، عن الحسن بن أبي عبدالله

---

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٥٣ / ١٤٣٧ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١١٩ / ٢٦٦٧٥ .

(٢) وسائل الشيعة ٢١ : ١١٩ / ٢٦٦٧٥ .

(٣) وسائل الشيعة ٢٣ : ١٣٠ / ٢٩٢٤٨ .

. . . . . .

ابن أبي المغيرة، عن الحسن بن عليّ بن فضّال[١].

ورواها في كتاب التدبير ـ في الطبعة الجديدة ـ: البزوفري، عن أحمد ابن إدريس، عن الحسن بن عليّ بن عبدالله بن المغيرة، عن الحسن بن عليّ ابن فضّال[٢]، والرواية على هذا السند صحيحة.

ورواها في الاستبصار المطبوع جديداً: عن البزوفري، عن أحمد بن إدريس، عن الحسن بن عليّ، عن عبدالله بن المغيرة، عن الحسن بن عليّ ابن فضّال[٣]، ووقع الاختلاف في التهذيب المطبوع قديماً بالطبع الحجري، وفي بعض المخطوطات القديمة: البزوفري، عن أحمد بن إدريس عن الحسن بن عليّ بن فضّال... إلى آخره.

وفي الحاشية: الحسن بن عليّ بن عبدالله بن المغيرة.

هذا في كتاب النكاح.

وفي كتاب التدبير: البزوفري، عن أحمد بن إدريس، عن الحسين (الحسن) بن عليّ، عن عبدالله بن المغيرة (أبي المغيرة)، عن الحسن بن عليّ بن فضّال... إلى آخره.

وفي الحاشية: عن الحسن بن عليّ بن عبدالله بن المغيرة، النسخة الخطيّة تاريخ كتابتها سنة ١١٢٥ هـ، من كتب الأخ العلّامة السيّد علاء الدين

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٤٣٧/٣٥٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٨: ٩٦٦/٢٦٥.

(٣) الاستبصار ٤: ١١٢/٣٣.

. . . . . .

بحر العلوم حفظه الله تعالىٰ .

وأمّا الوافي ، فذكر عن البزوفري ، القمّي ـ أي أحمد بن إدريس ـ عن الحسن بن أبي عبدالله ، عن ابن المغيرة ، عن ابن فضّال[١] . . . إلىٰ آخره .

وذكرها في باب التدبير : البزوفري ، عن القمّي ، عن الحسين بن عليّ ، عن أبي عبدالله بن أبي المغيرة ، عن ابن فضّال ، ثمّ قال ﷺ في بيانه : هكذا إسناد هذا الحديث في أكثر النسخ التي رأيناها ، وربّما يوجد في بعضها : الحسن مكبّراً ، وفي بعضها : عن بعد علىٰ ، والصواب : الحسين بن عليّ بن عبدالله بن المغيرة بدون لفظة : « أبي »[٢] .

والرواية علىٰ جميع هذه الأسانيد ضعيفة ، إلّا علىٰ ما رواه في كتاب التدبير من التهذيب المطبوع جديداً ، ولا وثوق بذلك ، فإنّ النسخ مختلفة غاية الاختلاف ، والتعبير عنها بالمعتبرة ـ كما في الحدائق[٣] ـ في غير محلّه ؛ علىٰ أنّها مبتلاة بالمعارض .

والعجب من الحدائق ، بل من نفس الشيخ حيث لم يلتفتا إلىٰ هذه الرواية المعارضة ، وهي :

صحيحة محمّد بن مسلم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مملوك لرجل أبق منه فأتىٰ أرضاً فذكر لهم أنّه حرّ من رهط بني فلان ، وأنّه تزوّج امرأة من

---

(١) الوافي ٢٢ : ٥٧٠ / ٢١٧٣٣ .

(٢) الوافي ١٠ : ٦٣١ / ٢٣٥ .

(٣) الحدائق الناضرة ٢٤ : ٢٣٤ .

وأمّا إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحرّ بفساد العقد، أو عن زناً من الحرّ منهما، فالولد رقّ[١]. ثمّ إذا كان المملوكان لمالك واحد فالولد له.

أهل تلك الأرض فأولدها أولاداً، وأنّ المرأة ماتت وتركت في يده مالاً وضيعة وولدها، ثمّ إنّ سيّده بعدُ أتىٰ تلك الأرض فأخذ العبد وجميع ما في يديه وأذعن له العبد بالرقّ؟

فقال عليه السلام: «أمّا العبد فعبده، وأمّا المال والضيعة فإنّه لولد المرأة الميتة لا يرث عبد حرّاً»[١].

فإنّ حكمه عليه السلام بكون المال والضيعة لولد المرأة الميتة وأنّهم يرثونها شاهد علىٰ كون الولد حرّاً، فإنّ العبد لا يرث حرّاً.

وبعد التعارض والتساقط فالمرجع عموم ما دلّ علىٰ لحوق الولد بأشرف الأبوين، أو أصالة الحريّة علىٰ ما عرفت.

هذا تمام الكلام في الولد المتولّد بالوطء الصحيح سواء كان عن عقد صحيح أو كان عن الشبهة.

(١) وأمّا إذا كان عن الزنا من الحرّ منهما، فهل يلحق الولد بالحرّ الزاني، أو بالحرّة الزانية، أو أنّ الولد رقّ وإن كان الأب الزاني حرّاً، أو كانت الأُمّ الزانية حرّة؟

فلو زنىٰ الحرّ بالأمة وأولدت يكون الولد رقّاً؛ لعدم انتساب ولد الزنا

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٤/ ٤٥٧٠، وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٤/ ٢٦٩٤٩.

. . . . . .

من أبيه، فقولهم: إنّ الولد يلحق بأشرف الأبوين لا يجري في المتولّد من الزنا.

ولكن ذكرنا غير مرّة: إنّه لا دليل علىٰ نفي الانتساب، ولم يرد في شيء من الروايات نفي ولد الزنا عن أبيه الذي خُلق من مائه، بل هو ولده عرفاً وشرعاً، ويترتّب عليه جميع آثار البنوّة، فإنّ الولد ليس إلّا المخلوق من ماء الرجل سواء كان بالوطء الصحيح أو الوطء المحرّم.

نعم، لا يرث ولد الزنا عن أبيه، فإنّ ولد الزنا لا يرث ولا يورث، وهذا حكم شرعي تعبّدي ثبت بدليل، كما ورد نفي الإرث عن الكافر القاتل، فإنّ من قتل أباه لا يرث منه، وليس مقتضىٰ ذلك نفي البنوّة والنسب.

وأمّا قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[1] ـ كما ورد في الروايات المعتبرة ـ فإنّه أجنبيّ عن المقام؛ لأنّه حكم ظاهري ثابت في مقام الشكّ، يعني إذا زنىٰ الرجل بذات البعل وأولدت وشكّ في أنّ الولد خُلق من ماء الزوج أو من ماء الزاني يحكم بأنّه تولّد من ماء الزوج ويلحق به، وليس للعاهر شيء.

وأمّا إذا علمنا بأنّ الولد خُلق من ماء الزاني ـ كما إذا زنىٰ بالمرأة الخليّة

(١) انظره في: الكافي ٧: ١/١٦٣، دعائم الإسلام ١: ١٣٠، الخصال: ٢١٣، تهذيب الأحكام ٨: ٥٨٩/١٦٩، وسائل الشيعة ١٩: ٢٤٦١٩/٢٩٠، مسند أحمد ١: ١٠٤، سنن ابن ماجة ١: ٢٠٠٦/٦٤٧، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧: ٤٠٢، كنز العمّال ٥: ١٤٥٧٦/٨٧١.

. . . . . .

أو المرأة التي غاب عنها الزوج أكثر من مدّة الحمل فأولدت ـ فلا ريب في عدم جواز تزويج الزاني بالولد إذا كانت بنتاً، أو يزوّجه بنته إذا كان مذكّراً ونحو ذلك من آثار الأجنبيّ.

والحاصل: إنّ الذي ثبت حسب الأدلّة المعتبرة: عدم التوارث بين ولد الزنا ووالده بلا إشكال، وأمّا من طرف الأُمّ، فعلىٰ كلام وإشكال.

نعم، هنا روايتان تدلّان علىٰ نفي الولد وعدم إلحاقه بالحرّ الزاني.

الرواية الأُولىٰ: مرسلة عليّ بن حديد، عن بعض أصحابه، عن أحدهما عليهما السلام في رجل أقرّ علىٰ نفسه بأنّه غصب جارية رجل فولدت الجارية من الغاصب؟

قال: «تردّ الجارية والولد علىٰ المغصوب منه إذا أقرّ بذلك الغصب»[1].

فإنّها تدلّ علىٰ عدم لحوق الولد بالغاصب الزاني، وإنّما يردّ الولد علىٰ مالك الجارية، ولكن الرواية ضعيفة بالإرسال، وبعليّ بن حديد.

ورواها الشيخ عن جميل، عن بعض أصحابنا[2]، وهي ضعيفة بالإرسال.

الرواية الثانية: ما رواه الشيخ بإسناده عن الحسين بن سعيد، عن عبدالله بن يحيىٰ، عن حريز، عن زرارة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: أمة

(١) الكافي ٥: ٥٥٦ / ٩، وسائل الشيعة ٢١: ١٧٧ / ٢٦٨٣٢.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٢ / ١٩٣٦.

. . . . . .

أبقت من مواليها فأتت قبيلة غير قبيلتها فادّعت أنّها حرّة، فوثب عليها حينئذٍ رجل فتزوّجها، فظفر بها مولاها بعد ذلك وقد ولدت أولاداً؟

قال: «إن أقام البيّنة الزوج علىٰ أنّه تزوّجها علىٰ أنّها حرّة أُعتِقَ ولدها [فإنّ الوطء شبهة يوجب إلحاق الولد به؛ لأنّه في حكم العقد الصحيح، كما عرفت]، وذهب القوم بأمتهم، وإن لم يُقم البيّنة أوجع ظهره واسترقّ ولده»[1].

محل الاستشهاد إنّما هو الجملة الأخيرة، فإنّها صريحة في أنّ الوطء إذا كان محرّماً يسترقّ الولد ولا يلحق بالزاني الحرّ، والدلالة تامّة.

إنّما الكلام في السند علىٰ ما ذكره الشيخ في التهذيب صحيح؛ فإنّ عبدالله بن يحيىٰ المذكور في السند وإن لم يكن عبدالله بن يحيىٰ الكاهلي الثقة؛ لعدم إمكان رواية ابن البرقي عنه لاختلاف الطبقة، ولكنّه مع ذلك موثّق؛ لأنّه من رجال تفسير عليّ بن إبراهيم ذكره في سورة الأنبياء في تفسير قوله تعالىٰ: ﴿**وَدَاوُدَ وَسُلَيْمَـٰنَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِى ٱلْحَرْثِ**﴾[2][3]، إلّا أنّ الكليني روىٰ عين هذه الرواية في الكافي، وفيه: عبدالله بن بحر بدل: ابن يحيىٰ[4]، وعبدالله بن بحر ضعيف، ولا شكّ أنّ الكافي أضبط ولا أقلّ من

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٤٢٨/٣٥٠، الاستبصار ٣: ٧٨٩/٢١٧، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٨٦١/١٨٧.

(٢) سورة الأنبياء ٢١: ٧٨.

(٣) تفسير القمّي ٢: ٧٣.

(٤) الكافي ٥: ٣/٤٠٥.

. . . . . .

التساوي ، فلا وثوق بوجود عبدالله بن يحيىٰ في السند ؛ فالرواية ضعيفة .

فالمتعيّن : الاستدلال بروايتين معتبرتين :

الأُولىٰ : موثّقة سماعة قال : سألته عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير قبيلتها وأخبرتهم أنّها حرّة فتزوّجها رجل منهم فولدت له ؟

قال : «ولده مملوكون إلّا أن يُقيم البيّنة أنّه شهد لها شاهدان[1] أنّها حرّة فلا يملك ولده ويكونون أحراراً»[2] .

فإنّ مقتضىٰ إطلاق صدر الرواية إلحاق الولد بالأمة وكونه مملوكاً سواء كان الوطء عن الزنا أو عن شبهة ، ولكن بمقتضىٰ الاستثناء في ذيل الرواية وسائر الروايات نخرج عن مقتضىٰ صدر الرواية في صورة الشبهة ؛ فإنّ الوطء في صورة قيام البيّنة علىٰ أنّها حرّة وطء شبهة ؛ لانكشاف الخلاف وكونها مملوكة قوم ، فتبقىٰ صورة الزنا مشمولة لصدر الرواية ، ويحكم علىٰ الولد بالرقّية ، ومجرّد إجراء عقد التزويج لا أثر له إذا كان باطلاً ، ويكون الوطء زنا .

وبالجملة : لا ريب في ظهور الرواية في أنّ الوطء إذا لم يكن عن شبهة ، بل كان وطءاً ناشئاً من عقد باطل يوجب كون الولد مملوكاً ، فإنّ الوطء حينئذٍ محكوم عليه بالزنا .

---

(١) في الكافي : شاهد .

(٢) الكافي ٥ : ٢/٤٠٥ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٢٧/٣٤٩ ، الاستبصار ٣ : ٧٨٨/٢١٧ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٨٦٠/١٨٦ .

. . . . . .

الرواية الثانية : صحيحة محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضىٰ في رجل ظنّ أهله أنّه قد مات أو قتل ، فنكحت امرأته أو تزوّجت سرّيته فولدت كلّ واحدة منهما من زوجها ، ثمّ جاء الزوج الأوّل أو جاء مولىٰ السرّية .

قال : قضىٰ في ذلك : «أن يأخذ الأوّل امرأته فهو أحقّ بها ، ويأخذ السيّد سرّيته وولدها أو يأخذ رضاه من الثمن ثمن الولد»[1] .

ورواه أيضاً عن عاصم بن حميد ، عن أبي عبدالله عليه السلام[2] ، والسند صحيح أيضاً ، فإنّه دالّ علىٰ رقّية الولد وإلحاقه بالأُمّ .

ومن المعلوم أنّ التزويج بامرأة كانت متزوّجة طبعاً يحتاج إلىٰ الفحص عن زوجها الأوّل حتّىٰ يثبت موته وهلاكه أو فراقه ، فإذا تزوّجها بلا ذلك كان التزويج محرّماً ، ويكون الوطء محكوماً بالزنا .

هذا كلّه إذا كان الزاني حرّاً والطرف الآخر مملوكة ، فقد عرفت أنّ الولد يلحق بالأُمّ المملوكة لا لما ذكروه من نفي انتساب ولد الزنا بالأب الزاني ، بل لأجل هاتين الصحيحتين .

وأمّا إذا كانت الزانية حرّة والزوج عبداً ، قالوا أيضاً بـ: إلحاق الولد

---

(١) تهذيب الأحكام ٨ : ١٨٣ / ٦٤١ ، الاستبصار ٣ : ٢٠٤ / ٧٣٨ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٤٧ / ٢٦٠٥٩ .

(٢) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٥٠ / ١٤٣٠ ، الاستبصار ٣ : ٢١٨ / ٧٩١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٧ / ٢٦٨٦٤ .

. . . . . .

بالعبد؛ لنفي الولد عن الأُمّ الحرّة الزانية، وقد عرفت بما لا مزيد عليه أنّه لا أساس لهذا الكلام، فإنّ الثابت بالأدلّة عدم إرث المتولّد من الزنا من الأب الزاني، وعدم الإرث أعمّ من نفي النسب، وقد ورد المنع عن التوارث في مورد القتل وغيره، ولا يحتمل نفي الانتساب في هذه الموارد.

وبعبارة أُخرىٰ: التولّد من الزنا من جملة موانع الإرث عن الأب بلا إشكال، وعن الأُم علىٰ إشكال، ولذا ذهب جماعة إلىٰ إلحاقه بالأُمّ الحرّة وإن كانت زانية[1]، وهو الصحيح.

أمّا أوّلاً: فلأنّ الولد نماء الأُمّ الحرّة.

وثانياً: للروايات الدالّة علىٰ أنّ الولد لا يسترق إذا كان أحد أبويه حرّاً أباً كان أو أُمّاً[2].

وثالثاً: إنّ حرّيته وكذا رقّيته مشكوكة، فالمرجع عمومات وإطلاقات أدلّة الأحكام الشرعيّة التكليفيّة أو الوضعيّة وشمولها له، فإنّ الشبهة حينئذٍ حكميّة ونشكّ في شمول هذه الأحكام له، مقتضىٰ العمومات شمولها له، وبالملازمة نُثبت حرّيته بالبيان المتقدّم، ومع التنزّل نحكم بالحرّية بأصالة

---

(١) كأبي الصلاح، كما في الكافي في الفقه: ٢٩٧.

(٢) كصحيحة جميل قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحرّ يتزوّج الأمة، أو عبد يتزوّج حرّة؟

قال: فقال لي: «ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً أنّه يلحق بالحرّ منهما أيّهما كان، أباً كان أو أُمّاً».

الكافي ٥: ٤٩٢ / ٤، وسائل الشيعة ٢١: ١٢٣ / ٢٦٦٨٧.

. . . . . .

الحرّية المستفادة من قوله عليه السلام : «الناس كلّهم أحرار»[١] ، إلّا إذا ثبت الخلاف بإقراره أو بالبيّنة .

وهذه الرواية معتبرة رواها المشايخ الثلاثة بأسانيدهم الصحيحة ، وهو حكم ظاهري ثابت في كّل مورد شكّ في الحريّة والرقّية ، إلّا إذا ثبت الخلاف ، نظير أصالة الطهارة المستفادة من قولهم عليهم السلام : «كلّ شيء طاهر حتّىٰ تعلم أنّه قذر»[٢] .

ومع الغضّ عن ذلك ، فالمرجع استصحاب عدم جعل العبوديّة والرقّية ، فإنّ الرقّية تحتاج إلىٰ الجعل ، ولو شكّ فيه فالأصل العدم ولو بالأزلي ، نظير أصالة عدم جعل الإلزام وإثبات الإباحة ، فإنّ الإباحة لا تحتاج إلىٰ الجعل ، وإنّما الذي يحتاج إلىٰ الجعل هو الإلزام من الوجوب والحرمة ، وأمّا الترخيص فهو علىٰ حاله ، لو شكّ في أصل الجعل ، فالأصل عدمه .

هذا تمام الكلام في المختلفين المزدوجين من الحرّ والأمة .

وأمّا الناتج من الرقّين المملوكين ، فلا ريب في رقّيته علىٰ جميع التقادير سواء كان الوطء بعقد صحيح أو بشبهة أو عن زنا من أحدهما أو

---

(١) وهي : صحيحة ابن سنان : قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : «كان عليّ بن أبي طالب عليه السلام يقول : الناس كلّهم أحرار إلّا من أقرّ علىٰ نفسه بالرقّ وهو مدرك ، من عبد أو من أمة ، ومن شهد عليه شاهدان بالرقّ صغيراً كان أو كبيراً» .

الكافي ٦ : ١٩٥ / ٥ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ١٤١ / ٣٥١٥ ، تهذيب الأحكام ٨ : ٢٣٥ / ٨٤٥ ، وسائل الشيعة ٢٣ : ٥٤ / ٢٩٠٩٢ .

(٢) المقنع : ٥ ، مستدرك الوسائل ٢ : ٥٨٣ / ٢٧٩٤ .

وإن كان كلّ منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسويّة ، إلّا إذا اشترطا التفاوت أو الاختصاص بأحدهما[١] .

منهما معاً ؛ إذ لا موجب للحريّة أصلاً ، فإن الولد نماء المملوك ونماء المملوك مملوك أيضاً .

ثمّ إنّ هذا كلّه فيما إذا كان المملوكان لمالك واحد .

(١) وأمّا إذا كان كلّ منهما لمالك ، فذكروا أنّ الولد ينصّف بين المالكين بالسويّة في الزواج الصحيح ، إلّا إذا اشترطا التفاوت أو الاختصاص بأحدهما ، وعن أبي الصلاح جعله لمولىٰ الأمة وإلحاقه بها كسائر الحيوانات[١] .

يقع الكلام في مقامين :

أحدهما : في أصل ثبوت الاشتراك بالتنصيف بالسويّة .

ثانيهما : في صحّة الاشتراط وعدهما .

أمّا المقام الأوّل : فلا نعرف وجهاً للاشتراك ؛ لأنّ الولد نماء للأُمّ ومن ثمرتها ونتاجها ، والرجل إنّما هو مجرّد لقاح ونطفة من المعدّات ، وإلّا فالطفل يُعدّ نماء وثمرة للأُمّ .

وما يقال : بأنّ الإنسان لا يقاس بالحيوانات ، فإنّ الأب هو المنظور في الإنسان ويُهتمّ في عالم الإنسان بالانتساب إلىٰ الأب دون الأُمّ ، لا عبرة به .

فإنّ الولد لا يخرج بذلك من كونه ثمرة ونتاجاً ونماءً للأُمّ ، علىٰ أنّ

---

(١) الكافي في الفقه : ٢٩٧ .

. . . . . .

الحيوانات أيضاً مختلفة، وقد يُهتمّ بالانتساب إلىٰ الأب ويكون الأب هو المنظور، كما إذا كان من الفرس الجياد الأصيل، فدعوىٰ التنصيف والاشتراك ممّا لا وجه له ولا دليل عليه، ومقتضىٰ القاعدة هو الالتحاق بالأُمّ، فإنّها صاحبة الثمرة والنماء.

بل لو فرضنا أنّ الولد مخلوق من المائين ومتكوّن من امتزاج منيّ الرجل مع بويضة المرأة ومنيّها ـكما قيلـ ولذا قد يشبّه الطفل بالأب وقد يشبّه بالأُمّ لا يوجب ذلك اللحوق بالأب ولا التنصيف.

بل لو فرضنا أنّه متكوّن من ماء الرجل كذلك لا يوجب اللحوق بالأب؛ وذلك لأنّ ماء الرجل ليس ممّا يُملك حتّىٰ يكون المتكوّن منه ملكاً لمالك الماء، وليس حاله حال الحبّ في تبعيّة الزرع له، بل المادّة المنويّة من الفضلات التي لا مالية لها، كالبول والدم ونحوهما من فضلات الإنسان التي لا تملك.

وبالجملة: مجرّد تكوّن الطفل من ماء الرجل أو من الممتزج من المائين لا يوجب اشتراك الأب في الملكيّة.

فالصحيح: إنّ الطفل المتكوّن من توابع الأُمّ؛ لأنّه نمائها وثمرتها، كالتولّد من الحيوان الذي لا خلاف ولا ريب في لحوقه بالأُمّ، وكثمرة الشجرة اللاحقة بالشجرة، ولا فرق بين المقام والحيوانات وثمرات الأشجار، فالمرجع ما تقتضيه القاعدة من لحوق الطفل بالأُمّ المولّدة المثمرة والولد من توابعها ونمائها، نحو البيض المتكوّن في الطير والثمر في الشجرة، فلا

. . . . . .

خصوصيّة للإنسان، ولا فرق بينه وبين الحيوان من هذه الجهة، فما نُسب إلىٰ أبي الصلاح من تبعيّته للأُمّ هو الصحيح، وسيأتي ما يدلّ علىٰ ذلك.

المقام الثاني: فقد ذهبوا إلىٰ صحّة هذا الاشتراط، بل في الجواهر: بلا خلاف أجده فيه؛ لعموم «المؤمنون عند شروطهم»[١][٢]، أو: «المسلمون عند شروطهم»[٣]، كما في عدّة من الروايات المعتبرة.

ولكن الظاهر بطلان هذا الاشتراط؛ لما ذكرنا غير مرّة أنّ دليل نفوذ الشرط ليس بمشرّع، وإنّما يُلزم المشروط عليه بالعمل بالشرط فيما إذا كان أمر المشروط بيد المكلّف وتحت اختياره وقدرته، فحينئذٍ يجب علىٰ المكلّف العمل بالشرط، نظير قولهم: إنّ المؤمن عند عدّته[٤].

وأمّا إذا كان الشيء خارجاً عن تحت قدرة المكلّف وكان أمره بيد الشارع فلا يوجب الشرط نفوذه وإلزام المكلّف بإتيانه، بل يكون هذا الاشتراط علىٰ خلاف الكتاب والسنّة.

وبعبارة أُخرىٰ: إنّما ينفذ الشرط فيما إذا كان الشيء المشروط مشروعاً وسائغاً في نفسه وتحت اختيار المكلّف بحيث له أن يفعل وله أن لا يفعل،

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١ ضمن ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ضمن ح ٨٣٥، وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦ ضمن ح ٢٧٠٨١.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢١٣.

(٣) الكافي ٥: ٤٠٤ ضمن ح ٨، من لا يحضره الفقيه ٣: ١٢٨/ ٣٤٧٦، تهذيب الأحكام ٧: ٢٢/ ٩٣، وسائل الشيعة ١٨: ١٦/ ٢٣٠٤١.

(٤) موسوعة الإمام الخوئي ٤٠: ٢٧ بحث الشروط.

. . . . . .

ودليل وجوب الوفاء بالشرط يقتضي لزوم العلم به .

وأمّا إذا كان أمر ذلك بيد الشارع وكان خارجاً عن اختيار المكلّف ، فالشرط لا يشرّعه والحريّة والرقّية ليس أمرهما بيد المكلّف حتّىٰ ينفذ بالشرط ، بل أمرهما بيد الشارع ، فلو فرضنا أنّ القاعدة تقتضي إلحاق الولد بالأُمّ ؛ لأنّه نتاجها ، فلا أثر للاشتراط ، ولذا لا ينفذ الشرط في كثير من الموارد .

منها : مسألة الإرث في المكاتب إذا اشترط المولىٰ عليه في ضمن عقد المكاتبة بأن يكون إرثه لمولاه ولا يرثه ورّاثه ، فإنّ هذا الاشتراط لا ينفذ ؛ لأنّ الإرث أمره بيد الشارع وليس باختيار المكلّف ، فلا يشرع بالشرط .

ومنها : اشتراط جعل أمر الطلاق والجماع باختيار المرأة في ضمن عقد النكاح ، فإنّ الطلاق بيد من أخذ بالساق ، وكذلك الجماع أمره بيد الزوج[1] .

وبالجملة : كلّ أمر لم يكن مشروعاً في نفسه لم يكن مشروعاً بالشرط ولا يسوّغه الشرط ، ولذا لا ينفذ هذا النحو من الشروط في ضمن عقد لازم آخر ، وهذا هو المعبّر عنه بشرط النتيجة ، مثل أن يشترط لها إن تزوّج عليها

---

(١) كصحيحة محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضىٰ عليّ عليه السلام في رجل تزوّج امرأة وأصدقها ، واشترطت أن بيدها الجماع والطلاق ، قال : خالفت السنّة وولت الحقّ من ليس أهله .

قال : فقضىٰ عليّ عليه السلام أنّ علىٰ الرجل النفقة وبيده الجماع والطلاق ، وذلك السنّة » .

تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٩٧/٣٦٩ .

. . . . . .

أو هجرها فهي طالق علىٰ نحو شرط النتيجة ، بأن يقع الطلاق بمجرّد تخلّف الشرط من دون إيجاد سببه الخاص من الزوج .

نعم ، قسم من شرط النتيجة يمكن تصحيحه ، وهو ما إذا كان الأمر المشروط تحت قدرة المكلّف ولم يكن سبب خاص في الشريعة المقدّسة ، كملكيّة أثاث البيت فيما إذا باع داره واشترط المشتري علىٰ البائع ملكيّة أثاث البيع ، فإنّه لا مانع من تملّك الأثاث بنفس هذا الاشتراط ؛ لأنّ ملكيّة الأثاث للغير تحت قدرة الشارط واختياره ، والملكيّة إنّما هي أمر اعتباري نفساني يتحقّق بمُظهر ومُبرز خارجي ، ولا يعتبر حصول الملكيّة شيء آخر أزيد من ذلك الاعتبار النفساني وإبرازه ، والمفروض تحقّقهما بنفس هذا الاشتراط ، فالشيء الذي ليس له بالفعل ولم يكن له مالكاً له فعلاً لا يصحّ ولا ينفذ بالاشتراط ، كما إذا اشترط في ضمن العقد إرث الأجنبي من والده .

والضابط : إنّ كلّ شيء له بالفعل وكان أمره بيد المكلّف وهو له سائغ في نفسه وليس له سبب خاص يصحّ اشتراطه .

وأمّا إذا لم يكن له بالفعل ولم يكن تحت اختياره ، أو كان له بالفعل ولكن كان له سبب خاص ، كالطلاق ، فليس له اشتراطه .

وأمّا الحريّة والرقّية ، فليس أمرهما بيد المكلّف حتّىٰ يصحّ اشتراطهما ، فلا أثر لهذا الاشتراط .

ثمّ إنّه لولا ما ذكرنا من أنّ القاعدة تقتضي إلحاق الولد بالأُمّ لم يكن وجه لإلحاق الولد بالأُمّ إذا كانت الأُمّ مشتبهة ، فإنّهم اتّفقوا علىٰ أنّه لو زنىٰ

. . . . . .

العبد بالأمة يلحق الولد بالأُمّ ، فإنّ ما ذكروه من عدم العبرة بماء الرجل إذا كان زانياً خاصّ بالزاني الحرّ ولا يشمل العبد الزاني ، فإلحاق الولد بالأُمّ فيما إذا كان العبد زانياً ليس إلّا لأجل أنّ الولد نتاج الأُمّ ونمائها .

وخلاصة الكلام في نفوذ الشرط : إنّ الشرط إنّما يجب العمل به إذا كان أمر المشروط تحت اختيار المكلّف ، وأمّا إذا كان أمره بيد الشارع وكان لدليله إطلاق من حيث تعلّق الشرط به وعدمه ، فلا ينفذ الشرط ، كاشتراط إرث الأجنبي من والده أو إرث الطبقة اللاحقة مع وجود الطبقة السابقة ، فإنّ دليل إرث الطبقة السابقة مطلق من حيث اشتراط إرث الطبقة اللاحقة وعدمه .

وأمّا إذا لم يكن للدليل إطلاق من حيث الاشتراط وعدمه ، فلا مانع من نفوذ الشرط ، كاشتراط إرث الزوجة المنقطعة ؛ لأنّ الدليل الدالّ على عدم إرثها من الأوّل مقيّد بصورة عدم الاشتراط ، كقوله عليه السلام : « تزويج المتعة نكاح بميراث ، ونكاح بغير ميراث إن اشترطت كان ، وإن لم تشترط لم تكن »[1] .

وعليه ، فلا مانع من اشتراط إرث المتمتّعة .

وممّا ذكرنا ظهر أنّ ما اختاره ابن الجنيد من نفوذ اشتراط حريّة الولد إذا تزوّج الحرّ بالأمة بناءً على ما اختاره من لحوق الولد بالأُمّ ، لا مانع منه من حيث صحّة الاشتراط ؛ لأنّ ما دلّ على الرقّية ولحوق الولد بالأُمّ لا إطلاق له من حيث اشتراط الحريّة وعدمه .

---

(١) الكافي ٥ : ٤٦٥ / ٢ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٦٤ / ١١٤٠ ، الاستبصار ٣ : ١٤٩ / ٥٤٦ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٦٦ / ٢٦٥٤٦ .

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين أو مع عدم الإذن من واحد منهما ، وأمّا إذا كان بإذن من أحدهما ، فالظاهر أنه كذلك . ولكن المشهور أنّ الولد حينئذٍ لمن لم يأذن[1] . ويمكن أن يكون مرادهم في صورة إطلاق الإذن بحيث يستفاد منه إسقاط حقّ نمائيّة الولد ، حيث إنّ مقتضىٰ الإطلاق جواز التزويج بالحرّ أو الحرّة ، وإلّا فلا وجه له .

وعليه ، فلا مانع من اشتراط الحريّة للنصّ ، نظير نذر الإحرام قبل الميقات ، فإنّ دليل المنع من الإحرام قبل الميقات لا إطلاق له من حيث النذر وعدمه ، فلا مانع من نذره قبل الميقات ؛ للنصّ الذي هو مشرّع ، والمفروض دليل المنع لا إطلاق له يشمل صور النذر .

(١) ثمّ إنّ المصنّف ﷺ بعد ما ذكر أنّ التولّد بين المملوكين إذا كانا لمالكين وأنّه ينصّف بالسويّة بين المالكين إلّا إذا اشترطا التفاوت أو الاختصاص بأحدهما ، وأنّ التزويج بينهما قد يكون بعقد صحيح ، وقد يكون عن شبهة ، وقد يكون عن زنا .

ذكر هذا إذا كان العقد بإذن المالكين أو مع عدم الإذن من واحد منهما ، وأمّا إذا كان بالإذن من أحدهما ، فالظاهر أنّه كذلك ، ولكن المشهور أنّ الولد حينئذٍ لمن لم يأذن ؛ لأنّ الآذن قد فوّت علىٰ نفسه الولد إلىٰ آخر ما يتعلّق بذلك .

والظاهر أنّه لا مجال لذكر هذه الأُمور ، فإنّه لا يرجع إلىٰ محصّل بعد ذكر الأقسام الثلاثة من العقد الصحيح ، والشبهة ، والزنا .

فإنّه لو فرضنا أنّه لم يكونا مأذونين ، يكون الوطء من الزنا ، ويلحق

وكذا لو كان الوطء شبهة منهما ، سواء كان مع العقد أو شبهة مجرّدة ، فإنّ الولد مشترك [١] .

وأما لو كان الولد عن زنا من العبد ، فالظاهر عدم الخلاف في أنّ الولد لمالك الأمة ، سواء كان من طرفها شبهة أو زنا .

مسألة ٩ : إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّ ، لا يصحّ اشتراط رقّيّته علىٰ الأقوىٰ [٢] **في ضمن عقد التزويج ، فضلاً عن عقد خارج لازم .**

الولد بالأُمّ وإن كانت زانية ، وإذا كان العبد غير مأذون فهو زان ، فإن لم تعلم به الأمة فهي مشتبهة ، فالولد ملحق بها أيضاً .

وبالجملة : ما ذكره هنا داخل في الأقسام الثلاثة من العقد الصحيح ، أو الشبهة ، أو الزنا ، وليس هو قسم رابع .

(١) ثمّ إنّه بناءً علىٰ اشتراك الولد بين المالكين ، أو إلحاقه بالأُمّ ، قالوا : إنّ الولد لا يحلق بالآذن ، سواء كان مالكاً للعبد أو مالكاً للأمة ؛ لأنّه تنازل عن رقّية الولد ، ويكون حاله حال الاشتراط .

ولكن الظاهر أنّه لا أثر لهذا التنازل بعد إلحاق الولد بالأُمّ أو تنصيفه بالسوّية بينهما ، فإنّ إلحاق الولد بالمملوك وكونه من توابعه حكم شرعي لا يقبل الإسقاط والتنازل إلّا إذا رجع إلىٰ التمليك إلىٰ المالك الآخر .

(٢) وقع الخلاف في صحّة اشتراط الرقّية وعدمها فيما إذا تزوّج العبد بالحرّة أو بالعكس .

ذهب جماعة ـ ولعلّه المشهور ـ إلىٰ الصحّة[١] ، وتمسّكوا بعمومات

---

(١) كما في شرائع الإسلام ٢ : ٥٣٣ ، و قال في جواهر الكلام ٣٠ : ٢١٥ : لم أجد فيه تردّداً .

. . . . . .

نفوذ الشرط، كقولهم: «المؤمنون عند شروطهم»[١].

وقد عرفت حال الاشتراط، وأنّ دليل نفوذ الشرط ليس مشرّع، وإنّما يدلّ علىٰ النفوذ فيما إذا كان المشروط أمراً سائغاً ومشروعاً في نفسه.

وأمّا الرقّية، فلم يعتبرها الشارع في المقام؛ إذ ليس يسترقّ الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً، كما في النصّ[٢]، فلا تشرع بالاشتراط، علىٰ أنّ دليل نفوذ الشرط إنّما يُلزم العمل بالشرط بالنسبة إلىٰ الشارط والمشروط عليه لا بالنسبة إلىٰ شخص آخر أجنبي عنهما، والحريّة والرقّية كلاهما أمر قائم بشخص آخر، وهو الولد لا ينفذ بالشرط بين شخصين آخرين، نظير ما إذا اشترط أحدهما علىٰ الآخر بأن يخيط الشخص الثالث ثوبه ونحو ذلك.

واستدلّوا أيضاً برواية أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لو أنّ رجلاً دبّر جارية ثمّ زوّجها من رجل فوطأها، كانت جاريته وولدها مدبّرين، كما لو أنّ رجلاً أتىٰ قوماً فتزوّج إليهم مملوكتهم، كان ما ولد لهم مماليك»[٣].

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١ ضمن ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ضمن ح ٨٣٥، وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦ ضمن ح ٢٧٠٨١.

(٢) وهو صحيحة جميل قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحرّ يتزوّج الأمة، أو عبد يتزوّج حرّة؟

قال: فقال لي: «ليس يسترقّ الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً أنّه يلحق بالحرّ منهما أيّهما كان، أباً كان أو أُمّاً».

الكافي ٥: ٤٩٢/ ٤، وسائل الشيعة ٢١: ١٢٣/ ٢٦٦٨٧.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٣٦/ ١٣٧٨، الاستبصار ٣: ٢٠٣/ ٧٣٥، وسائل الشيعة ٢١: ١٢٣/ ٢٦٦٨٩.

. . . . . .

بناءً علىٰ حملها علىٰ صورة اشتراط الرقّية، كما عن الشيخ[١].

ويقع الكلام في الرواية سنداً ودلالة.

أمّا من حيث السند: فالظاهر أنّها غير معتبرة؛ لأنّ إبراهيم بن هاشم يرويها عن أبي جعفر، عن أبي سعيد، أو عن أبي سعد، عن أبي بصير، ولم يعلم المراد من أبي جعفر الذي روىٰ عنه إبراهيم بن هاشم، فإنّ أبا جعفر كنية لكثير من الرواة، ولكن أبا جعفر الذي يمكن رواية إبراهيم بن هاشم عنه إنّما هو أحمد بن محمّد بن عيسىٰ الأشعري، المكنّىٰ بأبي جعفر؛ لاتّحاد طبقتهما، ولكن مع ذلك لم نعهد في مجموع روايات إبراهيم بن هاشم التي تبلغ ٦٤١٤ رواية واحدة عن أحمد بن محمّد بن عيسىٰ.

وهناك رواية واحدة يروي إبراهيم بن هاشم، عن أبي جعفر، عن أبي بصير بدون توسّط أبي سعيد، ويبعد جدّاً أن يكون أبو جعفر هذا هو أحمد ابن محمّد بن عيسىٰ؛ لعدم إمكان روايته عن أبي بصير؛ لبُعد الزمان والفصل الطويل بينهما.

وأمّا احتمال كونه البزنطي-لأنّه مكنّىٰ بأبي جعفر أيضاً- فساقط جدّاً؛ لأنّ البزنطي وإن كان مكنّىٰ بأبي جعفر ولكنّه غير معروف به بحيث ينصرف إليه إطلاق أبي جعفر، وإنّما هو معروف بالبزنطي أو بابن أبي نصر، علىٰ أنّ الشيخ ذكر أنّه قيل: إنّ كنيته أبو عليّ؛ فالرجل مجهول، علىٰ أنّ أبا سعيد أو أبا سعد مجهول أيضاً لم يُعلم من هو.

---

(١) أُنظر الهامش السابق.

ولا يضرّ بالعقد إذا كان في ضمن عقد خارج[١].

وأمّا إذا كان في ضمن عقد التزويج فمبنيّ علىٰ فساد العقد بفساد الشرط وعدمه ، والأقوىٰ عدمه[٢].

وأمّا من حيث الدلالة : فقد دلّت الرواية علىٰ أنّ الرجل الحرّ إذا تزوّج بالأمة كان الولد رقّاً مطلقاً ، وقع اشتراط من مالك الأمة أم لا .

ولكن الشيخ حملها علىٰ صورة اشتراط الرقّية ؛ جمعاً بينها وبين ما دلّ علىٰ حريّة الولد المتولّد بين الحرّ والأمة ، وأنّه لا يسترقّ الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً[١].

وفيه ما لا يخفىٰ ، فإنّ الظاهر من الرواية : إنّه إنّما حكم بالرقّية لأجل التبعيّة للأُمّ لا لأجل الاشتراط ، وحملها علىٰ صورة الاشتراط بعيد جدّاً ، فتكون هذه الرواية من الروايات الدالّة علىٰ تبعيّة الولد للأُمّ ، فتوافق مذهب ابن الجنيد وتعارض ما دلّ علىٰ حريّة الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً .

وقد عرفت الجواب فيما تقدّم من حمل الروايات الدالّة علىٰ الرقّية علىٰ التقيّة[٢] ، أو يتعارض الطائفتان والمرجع بعد ذلك أصالة الحريّة .

(١) ثمّ ذكر أنّ اشتراط الرقّية قد يكون في ضمن عقد النكاح ، وقد يكون في ضمن عقد خارج لازم ، كالبيع والإجارة .

أمّا إذا اشترط الرقّية في ضمن عقد آخر ، فلا يضرّ بعقد التزويج ولا يوجب فساد الشرط فساد عقد التزويج ؛ لعدم ارتباط أحد العقدين بالآخر ، فإنّ أحدهما أجنبيّ عن الآخر .

(٢) وأمّا لو وقع الشرط في ضمن عقد النكاح ، فذكر أنّ فساد عقد

---

(١) كما في تهذيب الأحكام ٧ : ٣٣٦ ذيل ح١٣٧٨ ، والاستبصار ٣ : ٢٠٣ ذيل ح٧٣٥ .

(٢) في المسألة « ٣ » من فصل المحرّمات بالمصاهرة .

. . . . . .

النكاح مبنيّ علىٰ فساد العقد بفساد الشرط وعدمه والأقوىٰ.

ثمّ ذكر الفرق بين سائر العقود وعقد النكاح.

أقول: وقع الخلاف في أنّ فساد الشرط هل يوجب فساد العقد أم يبقىٰ العقد علىٰ الصحّة ما لم يخلّ بركن من أركان العقد ولا يوجب فقد شرط من شرائط العقد؟

وبعبارة أُخرىٰ: إنّما وقع الخلاف فيما إذا كان العقد واجداً لجميع شرائط الصحّة، فهل يكون مجرّد فساد الشرط موجباً لفساد العقد أم لا؟

ذهب جماعة من الأصحاب إلىٰ فساد العقد بفساد الشرط[1]؛ بدعوىٰ أنّ المعاملة إنّما وقعت علىٰ المقيّد، والمفروض أنّ المقيّد غير ممضي وغير المقيّد لم ينشأ.

وبعبارة أُخرىٰ: التراضي إنّما وقع علىٰ العقد الواقع علىٰ النحو الخاص، فإذا تعذّرت الخصوصيّة بأن لم يمضها الشارع لم يبق التراضي؛ لانتفاء المقيّد بانتفاء القيد.

ولكن التحقيق: إنّ الشرط في باب العقود ليس من باب القيد للعقود حتّىٰ يفسد العقد بفساد القيد، وليس معنىٰ الشرط في باب العقود كشرطيّة الموضوعات ودخلها في الأحكام الشرطيّة، كالسفر الذي هو شرط ودخيل في قصر الصلاة، وكذا ليس المراد به الشرط في الفلسفة الذي هو جزء العلّة

(١) كالطباطبائي في رياض المسائل ٩: ٣١٠، والجواهري في جواهر الكلام ٢٩: ١٥١.

. . . . . .

ويكون دخيلاً في تأثير العلّة ووجود المعلول، بل الشرط في باب العقود له معنىٰ آخر ذكرناه غير مرّة في كتابنا هذا[1].

وحاصل ما ذكرناه: إنّ العقد إذا كان مشروطاً بشيء لا يخلو من أحد أمرين علىٰ سبيل منع الخلو:

أحدهما: تعليق العقد بالالتزام الحاصل من الطرف الآخر، يعني علىٰ تقدير التزام الطرف الآخر بالشرط يبيع علىٰ نحو التعليق، وإلّا فلا، وفي الإيقاعات والعقود التي لا يقبل الخيار ـكالنكاحـ يرجع الشرط فيها إلىٰ ما ذكرنا، كما إذا اشترطت الزوجة علىٰ الزوج بأن يكون حقّ السكنىٰ لها، فإنّ الشرط في أمثال المقام ـالذي لا يجري فيه الخيارـ يرجع إلىٰ تعليق العقد علىٰ الالتزام من الطرف الآخر بالشرط يتحقّق العقد، وإلّا فلا.

ولذا لو قَبل النكاح بدون الالتزام بالشرط فسد النكاح؛ لعدم تحقّق العقد وعدم حصوله علىٰ تقدير عدم الالتزام بالشرط، فلو قالت المرأة: زوّجت نفسي بشرط أن يكون حقّ الإسكان لي، وقال الزوج: قَبِلت بدون ذلك؛ بطل النكاح بلا إشكال.

ثمّ إنّه لا ضير في هذا التعليق؛ لأنّه تعليق علىٰ أمر موجود بالفعل ولا مانع من ذلك، كما لو قال: بعتك علىٰ أن تكون زيد، وكان المشتري زيداً ونحو ذلك، والمفروض وجود الالتزام حين العقد، ونتيجة الالتزام بالشرط:

---

(١) في المسألة «١» من فصل عدد الأزواج.

. . . . . .

وجوب الوفاء عليه وعدم جواز تركه، وللشارط مطالبة المشروط عليه بالعمل بالشرط وإلزامه بذلك.

نعم، لو علّق نفس الزوجيّة علىٰ أمر خار جي ـ كالإسكان ـ كان من التعليق الباطل؛ لعدم وجود المعلّق عليه بالفعل.

الثاني: ما إذا كان الشرط أمراً غير اختياري للمشروط عليه، حينئذٍ لا معنىٰ لتعليق العقد علىٰ التزام المشروط عليه، كما إذا اشترط عليه أن يكون العبد كاتباً، أو كان الفراش نسيج كرمان، أو كون القماش صوفاً ونحو ذلك ممّا ليس تحت اختيار المتعاقدين، بل إمّا هو موجود، أو غير موجود، والشرط في مثل المقام يرجع إلىٰ تعليق الالتزام بالعقد علىٰ وجود هذا الشرط لا تعليق نفس العقد والبيع، فإنّ هنا أمرين:

أحدهما: نفس البيع، وهو غير معلّق علىٰ شيء؛ إذ ليس للمشروط عليه اختيار في الشرط يمكن تعليق البيع عليه، ولو علّق عليه نفس البيع كان من التعليق الباطل.

الثاني: تعليق الالتزام بالبيع علىٰ أمر خار جي ـ كالكتابة ـ بمعنىٰ أنّ البائع بجعل الشرط يعلّق التزامه بالبيع علىٰ أمر خارجي، وأنّه لو كان الأمر الخارجي موجوداً فالبائع ملتزم بالبيع، وإلّا فهو غير ملتزم، ونتيجته الخيار، كما لو صرّح بذلك.

فالشرط علىٰ النحو الأوّل يتقضي وجوب الوفاء به علىٰ المشروط عليه، ولا يتقضي الخيار، وعلىٰ النحو الثاني يرجع إلىٰ جعل الخيار عند

.....

تخلّف الشرط ، وقد يجتمع الأمران في مورد واحد ، يعني : يجب على المشروط عليه الإتيان بالشرط ويثبت له الخيار عند التخلّف ، كما إذا اشترط الخياطة ، فإنّ إنشاء البيع وأصله معلّق على الالتزام بالخياطة ويجب على المشروط عليه الخياطة ، وكذا التزامه بعقد البيع معلّق على الخياطة الخارجيّة لا نفس البيع ، وأنّه إن لم يخط فهو غير ملتزم بالبيع ، وله الخيار في الإمضاء أو الفسخ .

إذا عرفت ذلك ، ففساد الشرط لا يسري إلى العقد ؛ لأنّه أجنبيّ عنه ، والمعلّق عليه ـ وهو البيع ـ موجود ولا فساد من ناحية البيع .

وأمّا من حيث الالتزام بأمر آخر ، فهو ممّا لم يمضه الشارع ، ويكون هو فاسداً ، كشرط النتيجة بناءً على فساده ، أو اشترط أمراً لم يمضه الشارع ، كما إذا اشترط ارتكاب أمر محرّم ، كشرب الخمر ونحو ذلك ، فيكون الشرط ملغىً وفي حكم العدم ولا يثبت به الخيار ولا يوجب فساد البيع ؛ لعدم ربطه به .

فإنّ هنا أمرين :

أحدهما : موجود ، وهو البيع .

وثانيهما : ممّا ألغاه الشارع ، وفساده لا يوجب الفساد الأمر المنضمّ إليه ، فإنّ الشرط ضمّ شيء إلى شيء آخر ، وفساد الشرط لا يسري إلى العقد ، فالفساد يحتاج إلى دليل آخر .

والحاصل : إنّ الشرط في باب العقود الإيقاعات يرجع : إمّا إلى تعليق

. . . . . .

العقد علىٰ أمر حاصل بالفعل كالالتزام من الطرف الآخر، وإمّا يرجع إلىٰ تعليق الالتزام بالعقد علىٰ أمر خارجي، وليس تعليق في نفس العقد، وقد يجتمع الأمران في مورد واحد فقد برز المقام.

وبالجملة: قد يطلق الشرط ويراد به القيد والدخل في الأثر، كالشرط في باب الحكمة والفلسفة بحيث لو انتفىٰ الشرط انتفىٰ المشروط، كالشرط الذي هو جزء من العلّة.

وقد يطلق الشرط في باب الفقه ويراد به القيد، والجامع: ارتباط شيء بشيء آخر، كدخل للاستطاعة في وجوب الحج علىٰ المكلّف، ودخول الوقت في وجوب الصلاة مثلاً، أو بلوغ النصاب في وجوب الزكاة.

وحاصل الشرط في أمثال المقام: إنّ موضوع الحكم مقيّد بالاستطاعة، أو ببلوغ النصاب ونحو ذلك.

وقد يكون القيد راجعاً إلىٰ متعلّق الحكم، كالطهارة بالنسبة إلىٰ الصلاة والقبلة بالنسبة إليها، يعني: إنّ متعلّق الحكم حصّة خاصّة من الصلاة لا الصلاة ولو إلىٰ غير القبلة، أو ولو بلا طهارة، فحينئذٍ يجب علىٰ المكلّف تحصيل القيد، كما يجب عليه تحصيل أصل الحكم، بخلاف قيود الموضوع، فإنّه لا يجب علىٰ المكلّف تحصيلها، كالاستطاعة ونحوها، والشرط في المعاملات ليس من شيء ممّا ذكرنا، بل الشرط في المعاملات: إمّا يرجع إلىٰ تعليق أصل البيع مثلاً بالالتزام الفعلي الحاصل، أو يرجع إلىٰ تعليق الالتزام بالعقد علىٰ أمر خارجي، فأصل البيع لا يرتبط بالشرط نحو

. . . . . .

الارتباط في القيد بحيث يوجب فساد القيد فساد المقيّد والمشروط ، فلا دليل علىٰ فساد العقد بفساد الشرط .

هذا ، بل يمكن استفادة عدم فساد المعاملة بفساد الشرط من عدّة من الروايات ، والمستفاد منها : فساد الشرط خاصّة دون العقد المشروط به .

منها : صحيحة الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن رجل قال لامرأته : إن تزوّجت عليك أو بتّ عنك فأنت طالق [علىٰ نحو شرط النتيجة] .

فقال : «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من شرط شرطاً سوىٰ كتاب الله عزّوجلّ لم يجز ذلك عليه ولا له»[1] .

ومنها : صحيحة عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سمعته يقول : «من اشترط شرطاً مخالفاً لكتاب الله فلا يجوز له ولا يجوز علىٰ الذي اشترط عليه ، والمسلمون عند شروطهم فيما وافق كتاب الله عزّوجلّ»[2] .

«فلا يجوز له ولا يجوز علىٰ الذي اشترط عليه» ، بمعنىٰ عدم المضي وعدم النفوذ ، والظاهر منهما أنّ الساقط والذي لا ينفذ إنّما هو نفس الشرط الذي مخالف للكتاب ، لا أصل المعاملة والعقد .

وأوضح منهما : صحيحة محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام أنّه قضىٰ

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٩٦ / ٤٧٥٢ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٤٤ / ٢٧٩٨١ .

(٢) الكافي ٥ : ١٦٩ / ١ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٢ / ٩٤ ، وسائل الشيعة ١٨ : ١٦ / ٢٣٠٤٠ .

ويحتمل الفساد وإن لم نقل به في سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلاً بفساده ؛ لأنّ في سائر العقود يمكن جبر تخلّف شرطه بالخيار بخلاف المقام ؛ حيث إنّه لا يجري خيار الاشتراط في النّكاح[١]. نعم ، مع العلم بالفساد لا فرق ؛ إذ لا خيار في سائر العقود أيضاً .

في رجل تزوّج امرأة وأصدقته هي ، واشترطت أن بيدها الجماع والطلاق ؟

قال : «خالفت السنّة ووليت حقاً ليست بأهله» .

فقضىٰ : «إنّ عليه الصداق وبيده الجماع والطلاق ، وذلك السنّة»[١] .

فإنّها دالّة أيضاً بوضوح علىٰ صحّة الزواج وفساد الشرط فقط .

ومنها : صحيحة لمحمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوّج امرأة وشرط لها إن هو تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو اتّخذ عليها سرّية فهي طالق [علىٰ نحو شرط النتيجة] .

فقضىٰ في ذلك : «إنّ شرط الله قبل شرطكم ، فإن شاء وفىٰ لها بالشرط ، وإن شاء أمسكها واتّخذ عليها ونكح عليها»[٢] .

فإنّها صريحة في صحّة الزواج وعدم فساده بفساد الشرط ، وإنّما الفاسد هو الشرط دون الزواج ، وغير ذلك من الروايات الكثيرة ، فإنّ المستفاد منها : إنّ الساقط هو الشرط الفاسد نفسه لا العقد المشروط .

(١) ثمّ إنّ المصنّف ذكر الفرق بين النكاح وسائر العقود ، واحتمل

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٢٥ / ٤٤٧٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٨٩ / ٢٧١٠٩ .

(٢) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٧٠ / ١٥٠٠ ، الاستبصار ٣ : ٢٣١ / ٨٣٢ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٩٦ / ٢٧١٢٠ .

. . . . . .

الفساد في باب النكاح دون سائر العقود ؛ لإمكان جبر تخلّف الشرط بالخيار في سائر العقود دون النكاح ؛ لعدم جريان خيار تخلّف الشرط في النكاح .

فيقع الكلام في موردين :

أحدهما : في جريان الخيار في النكاح وعدمه .

ثانيهما : في أنّ تخلّف الشرط الفاسد هل يوجب الخيار أم لا ؟

أمّا الأوّل : فالمشهور علىٰ العدم ، بل قيل : إنّه ممّا لا خلاف فيه ، بل قالوا : إنّ جعل الخيار فيه مفسد لعقد النكاح .

والصحيح : ما ذهب إليه المشهور من كون جعل الخيار في النكاح مفسداً لعقده .

بيان ذلك : إنّ جعل الخيار في العقد يوجب التقييد به ؛ لأنّ الإطلاق ـ أي بقاء العقد قبل الفسخ وبعده ـ ينافي مع جعل الخيار ، والإهمال غير ممكن في الواقعيّات ، فلا محالة جعل الخيار يوجب ملكيّة منشأه إلىٰ زمان فسخ المشتري ، أو فسخ البائع ، ولا يمكن إنشاء الملكيّة المطلقة حتّىٰ بعد الفسخ ، فالتمليك مؤقّت لا بالزمان بل مؤقّت بعدم الفسخ ، وهذا المعنىٰ لا يمكن في النكاح ؛ لأنّه إمّا دائمي ، أو مؤقّت بوقت معيّن ، وبما أنّ الوقت في المقام غير معلوم فتوقيت النكاح بأمر غير معلوم في الخارج يوجب بطلان العقد ، نظير ما إذا قالت الزوجة : زوّجت نفسي إلىٰ مجيء الحجاج .

وبعبارة أُخرىٰ : النكاح له خصوصيّة تمتاز عن سائر العقود ؛ لأنّه إمّا أن يكون دائميّاً ، وإن كان مؤقّتاً لا بدّ من تحديد الوقت وتعيينه ، فإذا لم يكن

. . . . . .

الوقت محدّداً يبطل النكاح .

وبتقريب آخر : جعل الخيار في النكاح يوجب انتفاء شرط من شرائط النكاح ، وهو معلوميّة حدّه ووقته ، نظير اشتراط أمر مجهول في المبيع ، فإنّه يوجب وقوع البيع علىٰ أمر مجهول ، فيكون البيع غررياً فيفسد ، فلا يدخل المقام حينئذٍ في عموم أنّ الشرط الفاسد غير مفسد ؛ لأنّ هذا الكلام إنّما يجري فيما إذا كان العقد واجداً لجميع شرائط الصحّة ، وأنّه لم يكن غررياً ونحو ذلك .

ثمّ يتكلّم في أنّ الشرط الفاسد مفسد أم لا .

وأمّا إذا استلزم الشرط كون البيع غررياً ، فلا مجال للقول بأنّ الشرط الفاسد هل مفسد أم لا ، فإنّ المفروض فساد العقد لفقدان شرط من شرائط الصحّة ، فلا تصل النوبة إلىٰ فساده بفساد الشرط الفاسد ، وهكذا النكاح ، فإنّه بالتوقيت بأمر مجهول يوجب فساده ؛ لعدم معلوميّة أمده وحده ، فلا تصل النوبة إلىٰ فساده بفساد الشرط الفاسد ، فتدبّر في المقام .

وأمّا الثاني : وهو دخول الخيار في سائر العقود ؛ لإمكان جبر تخلّف الشرط بالخيار .

ففيه ما لا يخفىٰ ؛ لأنّ الشرط الذي يوجب تخلّفه الخيار إنّما هو الشرط الصحيح لا الفاسد الذي ألغاه الشارع .

وبعبارة أُخرىٰ : الشرط الذي أمضاه الشارع تخلّفه يوجب الخيار ، وأمّا إذا لم يمضه الشارع وكان الشرط في حكم العدم ، فلا أثر لتخلّفه ، فلا فرق

.....

بين النكاح وسائر العقود، كالبيع من هذه الجهة، فإنّه لو اشترط البائع علىٰ المشتري مثلاً أنّه لا يصلّي، فلا ريب في فساد الشرط، ولو صلّىٰ المشتري لا يوجب ثبوت الخيار للبائع.

وبالجملة: الشرط الفاسد لا يوجب الخيار في سائر العقود أيضاً؛ لأنّه محكوم بالعدم شرعاً.

استدراك عمّا تقدّم

قد عرفت أنّ المتولّد من المملوكين مملوك أيضاً؛ لأنّ نماء المملوك مملوك أيضاً، هذا فيما إذا كانا مملوكين لمالك واحد.

وأمّا إذا كان كلّ منهما مملوكاً لمالك قالوا: إنّ الولد بين المالكين بالسويّة، وذكرنا أنّه لا وجه لذلك، بل القاعدة تقتضي إلحاق الولد بالأُمّ؛ لأنّه نتاجها ونمائها، فحاله حال الحيوانات من هذه الجهة، ويمكن أن يستدلّ لذلك بعدّة من الروايات، فإنّ المستفاد منها: إلحاق الولد بالأُمّ وتبعيّته لها.

منها: ما ورد في زنا الحرّ بالأمة، وأنّه تدفع قيمة تمام الولد لمالك الأمة.

ومنها: ما ورد في أنّ الأمة إذا دلّست نفسها بدعواها الحريّة، وكان الزوج مشتبهاً، يكون الولد لمالك الأمة.

ولو فرضنا أنّ النتاج مشترك بين مالك الأمة وصاحب الماء، فلماذا يُعطىٰ تمام القيمة لمالك الأمة؟

لأنّ المفروض أنّه ليس له إلّا النصف، فإعطاء تمام القيمة له يكشف

. . . . . .

عن كون الولد بتمامه ملحقاً بالأُمّ .

فإنّ المفروض أنّ التزويج بأمة رجل ظنّ أنّه مات من دون الفحص ـ كما في صحيحة محمّد بن قيس[١] ـ محكوم بالزنا ، وقد حكم عليه السلام بأنّ مولىٰ الأمة يأخذ أمته وولدها أو يدفع الولد إلىٰ أبيه ويأخذ مالك الأمة ثمن الولد من أبيه ، فإنّ أخذ تمام ثمن الولد يكشف عن كون الولد تابعاً للأُمّ ومن نمائها ونتاجها .

وكذا يستفاد من موثقة سماعة الواردة في الأمة التي دلّست نفسها بدعواها الحريّة فتزوّجها رجل ولو كان مشتبهاً وأولدها ، ثمّ جاء مولىٰ الأمة ، فحكم عليه السلام بأنّ علىٰ مولىٰ الأمة أن يدفع ولدها إلىٰ أبيه ويأخذ قيمته من أبيه[٢] ، فلو لم يكن الولد تابعاً للأُمّ لم يكن وجه لأخذ تمام القيمة من أب

---

(١) وهي : محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضىٰ في رجل ظنّ أهله أنّه قد مات أو قتل ، فنكحت امرأته أو تزوّجت سرّيته فولدت كلّ واحدة منهما من زوجها ، ثمّ جاء الزوج الأوّل أو جاء مولىٰ السرّية .

قال : قضىٰ في ذلك : «أن يأخذ الأوّل امرأته فهو أحقّ بها ، ويأخذ السيّد سرّيته وولدها أو يأخذ رضاه من الثمن ثمن الولد» .

تهذيب الأحكام ٨ : ١٨٣ / ٦٤١ ، الاستبصار ٣ : ٢٠٤ / ٧٣٨ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٤٤٧ / ٢٦٠٥٩ .

(٢) عن سماعة ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعمت أنّها حرّة فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولداً ، ثمّ إنّ مولاها أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنّها مملوكته ، وأقرّت الجارية بذلك ؟

فقال : «تدفع إلىٰ مولاها هي وولدها ، وعلىٰ مولاها أن يدفع ولدها إلىٰ أبيه

. . . . . .

الولد .

فيعلم من ذلك : إنّ الولد بتمامه تابع للأُمّ ؛ ولذا يأخذ تمام الثمن ، وإلّا فلا بدّ من أخذ النصف .

ومنها : روايات التدبير ، كمعتبرة عثمان بن عيسىٰ ، عن أبي الحسن الأوّل عليه السلام ، قال : سألته عن امرأة دبّرت جارية لها فولدت الجارية جارية نفيسة فلم تدر المرأة حال المولدة هي مدبّرة أو غير مدبّرة ؟

فقال لي : «متىٰ كان الحمل بالمدبّرة أقبل ما دبّرت أو بعد ما دبّرت ؟» .

فقلت : لست أدري ، ولكن أجبني فيهما جميعاً .

فقال : «إن كانت المرأة دبّرت وبها حبل ولم تذكر ما في بطنها فالجارية مدبّرة والولد رقّ ، وإن كان إنّما حدث الحمل بعد التدبير فالولد مدبّر في تدبير أُمّه»[1] .

ولا يخفىٰ أنّه لا بدّ من كون الواطئ للجارية أيضاً رقّاً ، وإلّا فالولد تابع

بقيمته يوم يصير إليه» .

قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به ؟

قال : «يسعىٰ أبوه في ثمنه حتّىٰ يؤدّيه ويأخذ ولده» .

قلت : فإن أبىٰ الأب أن يسعىٰ في ثمن أبيه ؟

قال : «فعلىٰ الإمام أن يفتديه ولا يملك ولد حرّ» .

تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٢٩/٣٥٠ ، الاستبصار ٣ : ٧٩٠/٢١٧ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٧ / ٢٦٨٦٣ .

(١) الكافي ٦ : ٥/١٨٤ ، تهذيب الأحكام ٨ : ٩٤٧/٢٦٠ ، الاستبصار ٤ : ١٠٩/٣١ ، وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٩٢٣٣/١٢٢ .

. . . . . .

لأبيه الحرّ ولا يشمله التدبير أصلاً.

فإذا كان الواطئ لها رقّاً، فإن كانت حاملاً وبعده دبّرت فلا يشمل التدبير ولدها، بل الولد رقّ؛ لأنّه موجود مستقل يحتاج إلىٰ تدبير آخر.

وأمّا إذا حدث الحمل بعد التدبير، فالولد مدبّر بتدبير أُمّه.

ثمّ إنّ إطلاق الحمل يشمل زنا العبد لها سواء كانت الأمة زانية أو مشتبهة، فإنّ الحكم بتدبير الولد يكشف عن كونه تابعاً للأُمّ، وإلّا لو كان مشتركاً بين مالك الأمة المدبّرة ومالك العبد الواطئ، فلا وجه لشمول التدبير لتمام الولد، بل لا بدّ من شمول التدبير لما يملكه مالك الجارية، وهو النصف.

ومنها: معتبرة أبان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل دبّر مملوكته، ثمّ زوّجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً، ثمّ مات زوجها وترك أولاده منها؟

قال: «أولاده منها كهيئتها، فإذا مات الذي دبّر أُمّهم فهم أحرار»[1].

ولا بدّ أيضاً من حمل الزوج الذي تزوّج بالأمة المدبّرة علىٰ كونه مملوكاً، وإلّا لو كان حرّاً فلا مجال لشمول التدبير لأولاده والرجل وإن كان أعمّ من الحرّ وغيره، إلّا أنّه لا بدّ من حمله علىٰ المملوك، كما صرّح بذلك المحقّق في الشرائع[2].

---

(١) الكافي ٦: ٦/١٨٤، تهذيب الأحكام ٨: ٩٤١/٢٥٩، الاستبصار ٤: ١٣/٢٩، وسائل الشيعة ٣: ٢٩٢٣٢/١٢٢.

(٢) شرائع الإسلام ٣: ٦٧١.

مسألة ١٠ : إذا تزوّج حرّ أمة من غير إذن مولاها ، حرم عليه وطؤها وإن كان بتوقّع الإجازة[١] . وحينئذٍ فإن أجاز المولىٰ كشف عن صحّته ، علىٰ الأقوىٰ من كون الإجازة كاشفة[٢] .

وعليه المهر ، والولد حرّ ، ولا يحدّ حدّ الزنا وإن كان عالماً بالتحريم ، بل يعزّر . وإن كان عالماً بلحوق الإجازة ، فالظاهر عدم الحرمة وعدم التعزير أيضاً .

ولا بدّ أيضاً من حمله على كونه مملوكاً لشخص آخر ؛ إذ لا شاهد علىٰ كونه مملوكاً لنفس مالك الأمة المدبّر .

فحاصل الرواية : إنّ مالك الأمة دبّر أمته ، ثمّ زوّجها لمملوك لمالك آخر وحكمه عليه السلام بأنّ أولادها من ذلك المملوك أحرار كاشف عن كون أولادها تابعين للأُمّ .

والحاصل : الرواية ولو كانت مطلقة من حيث كون الواطئ حرّاً أو عبداً ، ولكن من ناحية الحريّة نرفع اليد عن الإطلاق لأجل ما دلّ علىٰ حريّة المتولّد بين الحرّ والأمة ، ففيما إذا كان الزوج مملوكاً لشخص آخر فقد حكم عليه السلام بأنّ الولد لمالك الأمة ، ويتبع تدبير أُمّه .

(١) كلّ عقد توقّف علىٰ إجازة مَن له الإجازة والإذن ، كالعبد بالنسبة إلىٰ مولاه ، والبكر بالنسبة إلىٰ أبيه ، وبنت الأخ أو الأُخت بالنسبة إلىٰ العمّة والخالة ، فإن لم يأذن مَن له الإذن حرم الوطء ؛ لعدم صحّة العقد وتصبح المرأة أجنبيّة وإن كان العقد عليها بتوقّع الإجازة ، إذ لا أثر لتوقّع الإجازة .

(٢) **وحينئذٍ فإن أجاز المولىٰ** ومن له الإجازة **كشف عن صحّته** ؛ بناءً

. . . . . .

على الكشف الحقيقي ، فيقع الكلام في مسألتين :

الأُولىٰ : فيما إذا أجاز المالك .

الثانية : فيما إذا لم يأذن ولم يجز المالك .

أمّا الأُولىٰ : فيقع الكلام : تارة في الكشف الحقيقي ، وأُخرىٰ في الكشف الحكمي .

أمّا الأوّل : فمعناه : إنّ تمام المؤثّر إنّما هو العقد السابق ، ولا أثر للإجازة أصلاً ، وإنّما هي أمارة وعلامة لوجود الرضا ، فما لم يعلم بالإجازة لا يجوز له الوطء ويكون الوطء محرّماً بالحرمة الظاهريّة ؛ لاستصحاب عدم الإذن ، فإذا أجاز تنكشف الصحّة من الأوّل ، والولد ولد حلال ولا حدّ عليه ، والمهر المسمّىٰ ثابت في الذمّة ، فإنّه في علم الله متعقّب للإجازة ، وهذا نظير ما لو انتقل إليه المال وهو لا يعلم ، فإنّ تصرّفه في ماله حقيقة ، ولا فرق بين هذا العقد والعقد الذي سبقه الإذن من هذه الجهة .

نعم ، عليه التعزير ؛ لمخالفته للحكم الظاهري .

وأمّا لو كان عالماً بالإذن وأنّه يجيز فما بعد ، فلا حرمة ولا تعزير ؛ لصحّة العقد من الأوّل ، فلا موجب للتعزير ؛ إذ لا مخالفة للحكم الواقعي ولا الظاهري .

وأمّا علىٰ الكشف الحكميـكما هو المختارـ فمعناه : إنّه يحكم بالفعل بسبب الإجازة بالزوجيّة من الأوّل ومن كانت في الأوّل محكومة بعدم الزوجيّة ، وإنّما يحكم عليها بالزوجيّة من الأوّل بعد الإجازة .

. . . . . .

وبعبارة أُخرىٰ : قبل الإجازة محكومة بعدم الزوجيّة من حين العقد إلىٰ زمان الإجازة ، وبعد الإجازة يحكم عليها بالزوجيّة من حين صدور العقد ، ولا تنافي بين ذلك ؛ لأنّ الحكم بالزوجيّة أمر اعتباري لا يلزم من الاعتبارين محذور استحالة الجمع بين المتنافيين ، فلا مانع من اعتبار هذه المرأة من الزمان السابق زوجة واعتبار أنّها ليست بزوجة في الزمان السابق أيضاً ؛ لعدم التنافي في باب الاعتبار .

فقبل صدور الإجازة يرتّب آثار الوطء المحرّم ويحكم عليه بالزنا ويجري عليه الحدّ .

وأمّا بعد الإجازة تسقط الحرمة طبعاً ويحكم بكونها زوجته من الأوّل ، يعني فعلاً ، أي بعد الإجازة لا يعتبر الوطء زناً ، وإن كان قبل الإجازة اعتبره زناً .

والحاصل : مقتضىٰ الكشف الحكمي حرمة الوطء قبل الإجازة ؛ لعدم كونها محكومة بالزوجيّة ، وإنّما يحكم عليها بالزوجيّة من الأوّل بعد الإجازة ، فالحرمة الثابتة قبل الإجازة لا تنقلب إلىٰ الجواز ؛ لأنّ اعتبار الزوجيّة متأخّر ، فقبل الإجازة يعامل معه معاملة الزاني حتّىٰ مع العلم بتعقّب الإجازة ، فإن أجاز المولىٰ يعزّر العبد لارتكابه المعصية ، وأمّا الحدّ ، فإن حُدّ قبل الإجازة فهو ، وإلّا فيسقط الحدّ ؛ لأنّ اعتبار المولىٰ يكشف عن عدم كون الوطء زنا في وقته .

وإن لم يجز المولىٰ كشف عن بطلان التزويج ، ويُحدّ حينئذٍ حدّ الزنا إذا كان عالماً بالحكم ، ولم يكن مشتبهاً من جهة أُخرىٰ ، وعليه المهر بالدخول ، وإن كانت الأمة أيضاً عالمة علىٰ الأقوىٰ . وفي كونه المسمّىٰ ، أو مهر المثل ، أو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيّباً ، وجوه ، بل أقوال ، أقواها الأخير[1] .

---

(١) **المسألة الثانية** : وهي : ما إذا لم يجز المولىٰ ، فتارة : يقع الكلام فيما إذا كان الواطئ عالماً بالحكم ، وأُخرىٰ فيما إذا كان جاهلاً بالحكم .

أمّا الأوّل : وهو : ما إذا لم يأذن المولىٰ وكان الواطئ عالماً بالحكم ، يعني عالماً بحرمة وطئها إذا لم يأذن المولىٰ ، **كشف عن بطلان التزويج** ، ويحكم علىٰ الوطء بالزنا ويُحدّ حدّ الزنا إذا كان عالماً بالحكم ولم يكن مشتبهاً من جهة أُخرىٰ .

وأمّا الولد ، فقد عرفت أنّه يُلحق بالأب إذا كان حرّاً ، لكن إذا لم يكن زانياً ، وإلّا فيُلحق بمالك الأمة .

وأمّا **المهر** ، فلا ريب في ثبوته **وفي كونه المسمّىٰ ، أو مهر المثل ، أو العشر إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيّباً ، وجوه ، بل أقوال** .

أمّا **المسمّىٰ** ، فلا نعرف له وجهاً ؛ لبطلان النكاح ، فيدور الأمر بين : مهر المثل ، والعشر ـ أي عشر قيمة الأمة ـ ونصفه .

أمّا المثل ، فعلىٰ القاعدة .

وأمّا العشر إذا كانت بكراً ونصفه إذا كانت ثيّباً ، المعبّر عنه بالأرش ، فقد استدلّ بروايتين :

. . . . . .

الأولىٰ : صحيحة الوليد بن صبيح الواردة في الأمة التي دلّست نفسها له وتزوّجت إيّاه وليّ لها ارتجع علىٰ وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها[١] .

ولا يخفىٰ أنّ مورد الصحيحة هو استحلال فرجها ، يعني كان الوطء حلالاً لكون الزوج مشتبهاً ومورد كلامنا هو الوطء المحرّم والزنا ، فالتعدّي من مورد الصحيحة إلىٰ مورد الكلام لا وجه له .

الثانية : صحيحة فضيل بن يسار الواردة فيمن أحلّ لأخيه من أمته ما دون الوطء لم يحلّ له الوطء ، ولكن غلبته الشهوة فاقتضّها[٢] ـ أي أزال

---

(١) وهي : عن الوليد بن صبيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة دلّست نفسها له ؟

قال : «إن كان الذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد» .

قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟

قال : «إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له ، وإن كان زوجها إيّاه ولي له ارتجع علىٰ وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها» .

قال : «وتعتدّ منه عدّة الأمة» .

قلت : فإن جاءت منه بولد ؟

قال : «أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ» .

الكافي ٥ : ٤٠٤ / ١ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٩ / ١٤٢٦ ، الاستبصار ٣ : ٢١٦ / ٧٨٨ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٥ / ٢٦٨٥٩ .

(٢) اقتضّ الجارية : افترعها وأزال بكارتها . افترعت البكر : افتضضتها ، وفضضت البكارة : أزلتها ، علىٰ التشبيه بالختم . مجمع البحرين ٣ : ٤٠٧ «فضض» .

. . . . . .

بكارتها ـ وجامعها ؟

قال عليه السلام : «لا ينبغي له ذلك» .

قلت : فإن فعل أيكون زانياً ؟

قال : «لا ، ولكن يكون خائناً ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً ، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها»[1]

وهذه الرواية أيضاً لا يصحّ الاستدلال بها للمقام ؛ لأنّ موردها عدم الزنا ، كما صرّح فيها بذلك ، ومحلّ الكلام هو الزنا ، فالتعدّي يحتاج إلىٰ الدليل .

---

(١) وهي كاملة : عن الفضيل بن يسار قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : جُعلت فداك ، إنّ بعض أصحابنا قد روىٰ عنك أنّك قلت : «إذا أحلّ الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال» ؟ .

فقال : «نعم ، يا فضيل» .

قلت : فما تقول في رجل عنده جارية له نفيسة وهي بكر أحلّ لأخيه ما دون فرجها ، أله أن يقتضّها ؟

قال : «لا ، ليس له إلّا ما أحلّ له منها ، ولو أحلّ له قبلة لم يحلّ له ما سوىٰ ذلك» .

قلت : أرأيت إن أحلّ له ما دون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضّها ؟

قال : «لا ينبغي له ذلك» .

قلت : فإن فعل أيكون زانياً ؟

قال : «لا ، ولكن يكون خائناً ويغرم لصاحبها عشر قيمتها إن كانت بكراً ، وإن لم تكن فنصف عشر قيمتها» .

الكافي ٥ : ٤٦٨ / ١ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٤٤ / ١٠٦٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٣٢ / ٢٦٧١٣ .

. . . . . .

والأولىٰ: الاستدلال بخبرين آخرين معتبرين: أحدهما دلّ علىٰ ثبوت العشر، والآخر دلّ علىٰ ثبوت النصف.

أمّا الأوّل: فمعتبرة طلحة بن زيد، عن عليّ عليه السلام قال: «إذا اغتصب أمة فاقتضّها فعليه عشر قيمتها، وإن كانت حرّة فعليه الصداق»[1].

والخبر دالّ علىٰ أنّ الزنا بالأمة المعبّر عنه بالغصب إذا اقتضّها، أي أزال بكارتها، فعليه العشر.

وأمّا الثاني: فصحيح عبدالله بن سنان قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترىٰ جارية حبلىٰ ولم يعلم بحبلها فوطأها؟

قال: «يردّها علىٰ الذي ابتاعها منه ويردّ معها نصف عشر قيمتها لنكاحه إيّاها»[2].

وموردها وإن كان الوطء الصحيح، ولكن التعليل بقوله: «لنكاحه إيّاها» يدلّ علىٰ أنّ مطلق وطئها ونكاحها يوجب نصف العشر، ومورد الرواية الثيّب؛ لأنّ الحامل غير بكر غالباً أو تحمل علىٰ غير البكر بقرينة سائر الروايات.

ثمّ إنّ المهر إنّما يثبت علىٰ الزوج إذا لم تكن الأمة عالمة بالحكم.

وأمّا إذا كانت عالمة بالحرمة، فذكر المصنّف رحمه الله هنا ثبوت المهر لها،

---

(١) تهذيب الأحكام ١٠: ١٨٣/٤٩، وسائل الشيعة ٢٨: ٣٤٤٢٧/١٤٤.

(٢) الكافي ٥: ٢/٢١٤، تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٦/٦١، الاستبصار ٣: ٢٧٠/٨٠، وسائل الشيعة ١٨: ٢٣٢٤٨/١٠٥.

ويكون الولد لمولىٰ الأمة .

وأمّا إذا كان جاهلاً بالحكم ، أو مشتبهاً من جهة أُخرىٰ ، فلا يحدّ ، ويكون الولد حرّاً . نعم ، ذكر بعضهم أنّ عليه قيمته يوم سقط حيّاً ، ولكن لا دليل عليه في المقام[1] .

ودعوىٰ أنّه تفويت لمنفعة الأمة ، كما ترىٰ ؛ إذ التفويت إنّما جاء من قبل حكم الشارع بالحريّة . وعلىٰ فرضه فلا وجه لقيمة يوم التولّد ، بل مقتضىٰ القاعدة قيمة يوم الانعقاد ؛ لأنّه انعقد حرّاً ، فيكون التفويت في ذلك الوقت .

وما ذكره هنا ينافي ما تقدّم منه في المسألة الخامسة عشرة من فصل عدم جواز التزويج في عدّة الغير ، فإنّه ذكر هناك عدم ثبوت للمرأة إذا كانت عالمة حرّة كانت أو أمة .

والصحيح : ما ذكره هناك من عدم ثبوت المهر للمرأة ولو كانت أمة ، وتقدّم وجهه فلا نعيده .

(١) وأمّا الثاني : وهو : ما إذا كان أحد أبويه حرّاً فالولد حرٌّ أيضاً للنصوص[1]، والمهر ثابت ويستحقّه مالك الأمة؛ لثبوته بالدخول ، والمفروض

---

(١) منها : موثّقة سماعة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعمت أنّها حرّة ، فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولداً ، ثمّ إنّ مولاها أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنّها مملوكة ، وأقرّت الجارية بذلك ؟

فقال : « تدفع إلىٰ مولاها هي وولدها ، وعلىٰ مولاها أن يدفع ولدها إلىٰ أبيه بقيمته يوم يصير إليه . . . » .

. . . . . .

أنّ الوطء لم يكن زناً حتّىٰ يمنع من ثبوت المهر.

إنّما الكلام في الولد، فإنّه وإن كان حرّاً؛ لأنّ أحد أبويه حرٌّ، والمفروض أنّ الوطء غير محكوم بالزنا، ولكن قالوا: يجب علىٰ الأب قيمته يوم سقط حيّاً[1] ودفعها إلىٰ مالك الأمة.

وذكر المصنّف: إنّه لا دليل عليه في خصوص المقام، وهو مورد الجهل بالحكم.

وأمّا موثّقة سماعة الواردة في الأمة التي دلّست نفسها بدعواها الحريّة الدالّة علىٰ أداء قيمة الولد[2]، فموردها الشبهة الموضوعيّة، ولا تشمل المقام؛ لاختلاف المورد.

ولكن الظاهر أنّه لا قصور في شمول الموثّقة للمقام ولا خصوصيّة للمورد، فإنّ المستفاد أنّ العبرة في ضمان قيمة الولد هو الجهل بحرمة الوطء سواء كان منشأه الشبهة الموضوعيّة أو الحكميّة، فالولد من جهة حرٌّ لا يحكم برقّيته وبما أنّ الأمة أمة الغير والولد نمائها ومن منافعها لا بدّ من دفع قيمته إلىٰ مالك الأمة، والذي يؤكّد أنّ الخصوصيات المذكورة في الموثّقة غير

تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٠/ ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧/ ٧٩٠، وسائل الشيعة ٢١: ١٨٧/ ٢٦٨٦٣.

(١) كالشيخ الطوسي في الخلاف ٣: ١٥٩ المسألة «٣»، والمحقّق في شرائع الإسلام ٤: ٧٧٢، ويحيىٰ بن سعيد في الجامع في الشرائع: ٤٤٦، والعلّامة في مختلف الشيعة ٧: ٢٥٥.

(٢) انظرها في الهامش الأسبق.

مسألة ١١ : إذا لم يجز المولىٰ العقد الواقع علىٰ أمته ولم يردّه أيضاً حتّىٰ مات ، فهل يصحّ إجازة وارثه له ، أم لا ؟ وجهان ، أقواهما العدم ؛ لأنّها علىٰ فرضها كاشفة ، ولا يمكن الكشف هنا ؛ لأنّ المفروض أنّها كانت للمورّث ، وهو نظير من باع شيئاً ثمّ ملك[1] .

دخيلة في ذلك وملغاة قوله عليه السلام في آخر الرواية : «ولا يُملك ولد حرّ» بالإضافة ، فإنّ الظاهر من ذلك : إنّ العلّة في دفع قيمة الولد إلىٰ مالك الأمة كون الولد حرّاً ، وهذا لا يفرّق بين كون الوطء وطء شبهة من جهة التدليس أو من جهة أُخرىٰ ، فإنّ الميزان في دفع القيمة كون الولد حرّاً ، ومن المعلوم أنّ الولد حرّ في مورد الشبهة الحكميّة علىٰ تفصيل سيأتي بين قيام البيّنة علىٰ حريّتها وبين عدم قيام البيّنة ، والمفروض في المقام عدم قيام البيّنة علىٰ حريّتها ، فالولد وإن كان حرّاً ولكن يجب علىٰ الأب دفع قيمته ، وإنّما لا يجب دفع القيمة إذا قامت البيّنة علىٰ حريّتها أيضاً .

ثمّ إنّ العبرة بقيمة الولد بيوم سقوطه حيّاً وولادته ، فإنّ عنوان الولد لا يصدق إلّا بعد ولادته حيّاً ، فلا عبرة بقيمته يوم انعقاد النطفة .

ومع الغضّ عمّا ذكرنا وفرضنا أنّ الموثّقة لا تشمل المقام ، فلا ريب أنّ الحكم بضمان قيمة الولد في مورد الجهل بالحكم أولىٰ من مورد الجهل بالموضوع ؛ وذلك لاستحقاق العقاب في مورد الجهل بالحكم إذا كان عن تقصير ، بخلاف الجهل في مورد الشبهة الموضوعيّة ؛ لعدم استحقاق العقاب في مورده ، ولا نحتمل أن يكون الحكم في مورد الجهل بالموضوع أشدّ من مورد الجهل بالحكم .

(١) يقع الكلام في مسائل ثلاث :

. . . . . .

الأُولىٰ : إذا باع الوارث مال مورّثه في حياته فضولاً ثمّ يموت المورّث فينتقل المال إلىٰ الوارث فيجيز، وهذه مسألة مَن باع شيئاً ثمّ ملك، ويدلّ علىٰ صحّة هذه المعاملة نفس عمومات التجارة عن تراض، فإنّ المستفاد منها وقوع التجارة عن تراض عن المالك ولو كان مالكاً حين الإجازة، ولا يلزم حصول الرضا من المالك حين العقد.

والعُمدة في صحّة هذه المعاملة: ما ورد في باب الزكاة من صحّة بيع المال الزكوي قبل إخراج زكاته من صحّة البيع في جميع المال إذا اغترم المالك حصّة الفقراء، فإنّ المفروض أنّ الفقراء شركاء في عين المال، فلم يكن المالك البائع مالكاً لحصّة الفقراء حين البيع ثمّ يملكها بعد أداء الزكاة من ماله الآخر، فصحّة البيع في المورد من مسألة من باع شيئاً ثمّ ملك.

ففي صحيحة عبد الرحمن قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل لم يزكِّ إبله أو شاته عامين فباعها علىٰ من اشتراها أن يزكّيها لما مضىٰ؟

قال: «نعم، تؤخذ منه زكاتها ويتبع بها البائع أو يؤدّي زكاتها البائع»[1].

الثانية : إنّه هل يعتبر أن يكون المجيز حال الإجازة هو المالك حين العقد، أو يكفي كون المجيز هو المالك حين الإجازة وإن كان المالك حين العقد شخصاً آخر، كما إذا باع دار زيد من عمرو فضولاً ثمّ انتقلت الدار من

(١) الكافي ٣: ٥٣١ / ٥، وسائل الشيعة ٩: ١٢٧ / ١١٦٧٤.

. . . . . .

زيد إلىٰ بكر بأحد أسباب النقل ببيع أو هبة أو موت فأجاز بكر ذلك العقد الواقع فضولاً ؟

وقد ذهب جماعة إلىٰ بطلان الفضولي إذا اختلف المجيز والمالك حين العقد[١]، ومنهم المصنّف ﵀ ؛ بدعوىٰ عدم إمكان الكشف في المقام، فإنّ المالك فيه حين البيع غير المالك حين الإجازة، وعلىٰ تقدير الكشف يلزم اجتماع ملكيّتين في زمان العقد: ملكيّة المورّث، وملكيّة المشتري.

وأجاب شيخنا الأنصاري: بأنّ الكشف في المقام نلتزم به في الزمان القابل، وهو زمان الانتقال إلىٰ الورثة المجيزين، ولا يلزم ذلك محذور أصلاً[٢].

ثمّ لا يخفىٰ أنّ المقام ليس نظير مسألة من باع شيئاً ثم ملك، بل نظير المسألة الثانية ؛ لأنّ المجيز حال الإجازة غير المالك حين العقد، فإنّ المجيز هو الوارث والمالك حين العقد هو المورث.

الثالثة: إنّه قد ذكرنا في بعض المباحث السابقة: إنّ عقد النكاح المتوقّف علىٰ رضا السيّد أو الأب أو الخالة أو العمّة يفترق عن العقد الفضولي في سائر المعاملات، فإنّ العقد الفضولي يصحّ لاستناده إلىٰ المالك بالإجازة وصحّته علىٰ القاعدة، وهذا بخلاف عقد النكاح الصادر من الولد أو العبد، فإنّه بالرضا من الأب أو السيّد لا يستند العقد إلىٰ الأب أو السيّد،

(١) انظر جواهر الكلام ٢٢ : ٢٨٦ ـ ٢٨٧.

(٢) كتاب المكاسب للشيخ الأنصاري ٣ : ٤٤٢ وما بعدها.

مسألة ١٢ : إذا دلّست أمة فادّعت أنّها حرّة ، فتزوّجها حرّ ودخل بها ثمّ تبيّن الخلاف ، وجب عليه المفارقة ، وعليه المهر لسيّدها ، وهو العشر ونصف العشر علىٰ الأقوىٰ[1] ، .....

وليس العقد عقداً له ، وإنّما العقد مستند إلىٰ البنت أو العبد أو من تزوّج ببنت الأخ أو الأُخت ، وإنّما اعتبر رضا الغير فيه بمقتضىٰ النصّ .

ولكن المستفاد منه : عدم اعتبار الرضا المقارن ، بل أنّه متىٰ أجاز السيّد صحّ العقد وأنّ العبرة بحصول الرضا ، فإنّ العقد في نفسه صحيح علىٰ الفرض ؛ لأنّه لم يعص الله وإنّما عصىٰ سيّده ، فإذا أجاز جاز .

والحاصل : مقتضىٰ القاعدة : بطلان العقد لفقدان شرط من شرائطه ، وهو رضا السيّد ، ولكن النصّ دلّ علىٰ أنّه إذا رضي السيّد وأجاز صحّ العقد ، ومقتضاه عدم اشتراط المقارنة للرضا وأنّه متىٰ حصل الرضا من السيّد صحّ العقد .

ولا يخفىٰ أنّ النصّ لا يشمل ما إذا تبدّل المولىٰ والمالك ، فإنّه بالنسبة إلىٰ المولىٰ الثاني لا معصية له ، فلا أثر لإجازته ، وإنّما المعصية بالنسبة إلىٰ المولىٰ الأوّل ولا مجال لإجازته ؛ لأنّ المفروض أنّه مات .

وبعبارة أُخرىٰ : النصّ يدلّ علىٰ صحّة العقد إن كان المجيز ممّا عصاه العبد ، وليس المالك الثاني ممّن عصاه ، فعقد النكاح باطل في مثل المقام وإن قلنا بصحّة البيع في أمثال المقام .

(١) يقع الكلام في جهات :

الأُولىٰ : إنّه لو دلّست الأمة نفسها بدعواها الحريّة فتزوّجها رجل حرّ

. . . . . .

ودخل بها، ثمّ انكشف الخلاف، وجب علىٰ الزوج مفارقتها؛ لبطلان النكاح ولا تستحقّ عليه المهر لا المسمّىٰ لفساد العقد ولا المثل؛ لأنّها أباحت فرجها، وإن كان أعطاها المهر، ذكروا أنّه يستردّ منها إذا كان المال بعينه موجوداً، وإلّا تبعت به بعد العقد، فإنّ المال يثبت في ذمّتها وعليها الدفع بعد العتق، وهذا الحكم وإن كان مشهوراً بين الفقهاء وأرسلوه إرسال المسلّمات وممّا تقتضيه القاعدة، ولكن ينافيه ما في النصّ الصحيح لقوله عليه السلام: ـ في صحيح الوليد بن صبيح ـ قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟

قال: «إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له»[1].

فإنّ قوله عليه السلام: «فلا شيء له» ينافي شيء عليها في ذمّتها، هذا إذا

---

(١) وهو كاملاً: عن الوليد بن صبيح، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة دلّست نفسها له؟

قال: «إن كان الذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد».

قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟

قال: «إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له، وإن كان زوجها إيّاه ولي له ارتجع علىٰ وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها».

قال: «وتعتدّ منه عدّة الأمة».

قلت: فإن جاءت منه بولد؟

قال: «أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ».

الكافي ٥: ١/٤٠٤، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٢٦/٣٤٩، الاستبصار ٣: ٢١٦/٧٨٨، وسائل الشيعة ٢١: ١٨٥/٢٦٨٥٩.

لا المسمّىٰ ، ولا مهر المثل [١] ، وإن كان أعطاها المهر استردّ منها إن كان موجوداً ، وإلّا تبعت به بعد العتق .

كانت الآخذة للمهر نفس الأمة المدلّسة .

نعم ، إذا كان الذي زوّجها وليّها ومن يلي أمرها ـ وهو الذي زوّجها إيّاه ، ولا بدّ أن يكون غير مولاها كما فرض في النصّ ـ ارتجع الزوج علىٰ وليّها بما أخذت منه .

وبالجملة : مقتضىٰ النصّ هو التفصيل : بين ما إذا كانت الأمة المدلّسة بنفسها زوّجت نفسها فلا يرجع الزوج إليها إذا لم يجد العين ، وبين ما زوّجها من يلي أمرها وهو غير مولاها ـ إذ لو زوّجها مولاها فلا كلام في صحّة العقد فلا مجال لهذه الفروع ـ فيرجع علىٰ وليّها بما أخذت مطلقاً سواء كان موجوداً أم لا ، والنصّ كان مخالفاً للقاعدة ، لكن لا بدّ من الأخذ به ولا وجه لرفع اليد عنه .

(١) الثانية : في أنّ مالك الأمة هل يستحقّ علىٰ الزوج شيئاً أم لا ؟

مقتضىٰ ما دلّ علىٰ أنّ لا مهر لبغي عدم ثبوت المهر والأجر لها إذا كانت زانية وغير مشتبهة ، وهذه الجملة وإن لم ترد في رواية معتبرة ، ولكن مضمونها واردة في غير واحد من الروايات المعتبرة ، كقوله : «عصت الله»[١] ،

---

(١) كما عن عليّ بن أحمد بن أشيم قال : كتب إليه الريّان بن شبيب ـ يعني أبا الحسن عليه السلام ـ : الرجل يتزوّج المرأة متعة بمهر إلىٰ أجل معلوم وأعطاها بعض مهرها وأخرته بالباقي ، ثمّ دخل عليها وعلم بعد دخوله بها قبل أن يوفيها باقي مهرها أنّها زوجته نفسها ولها زوج مقيم معها ، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز ؟

. . . . . .

ومهر الفاجرة سحت[١]، وأجر الفواجر سحت[٢]، ونحو ذلك، إلّا أنّ المنفي بهذه الروايات إنّما هو خصوص الأجر والمهر، وأمّا استحقاق مالك الأمة علىٰ الزوج لاستحلال فرجها بالعشر أو نصفه فلم يكن منفيّاً، فلا مانع من ثبوته، كما دلّت عليه الروايات.

منها: صحيحة الوليد بن صبيح المتقدّمة: «ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها»[٣].

فكتب: «لا يُعطيها شيئاً؛ لأنّها عصت الله عزّ وجلّ».
الكافي ٥: ٤٦١/ ٥، وسائل الشيعة ٢١: ٦٢/ ٢٦٥٣٨.

(١) كما عن أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام -في حديث-: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: ثمن الخمر، ومهر البغي، وثمن الكلب الذي لا يصطاد من السحت».
تهذيب الأحكام ٧: ١٣٥/ ٥٩٩، وسائل الشيعة ١٧: ٩٤/ ٢٢٠٦٣.

(٢) كما في معتبرة عمّار بن مروان قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الغلول؟
فقال عليه السلام: «كلّ شيء غلّ من الإمام فهو سحت، وأكل مال اليتيم وشبهه سحت، والسحت أنواع كثيرة منها أُجور الفواجر...».
الكافي ٥: ١٢٦/ ١، تهذيب الأحكام ٦: ٣٦٨/ ١٠٦٢، وسائل الشيعة ١٧: ٩٢/ ٢٢٠٥٧.

(٣) وهي كاملة: عن الوليد بن صبيح، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة دلّست نفسها له؟
قال: «إن كان الذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد».
قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟
قال: «إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له، وإن كان

ولو جاءت بولد ففي كونه حرّاً، أو رقّاً لمولاها قولان، فعن المشهور أنّه رقّ، ولكن يجب علىٰ الأب فكّه بدفع قيمته يوم سقط حيّاً، وإن لم يكن عنده ما يفكّه به سعىٰ في قيمته، وإن أبىٰ وجب علىٰ الإمام عليه السلام دفعها من سهم الرقاب أو من مطلق بيت المال.

والأقوىٰ كونه حرّاً كما في سائر موارد اشتباه الحرّ، حيث إنّه لا إشكال في كون الولد حرّاً[1]، فلا خصوصيّة لهذه الصورة، والأخبار

ومقتضىٰ إطلاق هذه الروايات استحقاق مالك الأمة علىٰ الزوج العشر أو نصفه من دون فرق بين كون الأمة زانية أو غيرها، وحملها علىٰ صورة اشتباه الأمة بعيد جدّاً؛ لأنّه يوجب حمل الروايات علىٰ صورة جهل الأمة بحرمة النكاح بالتدليس، وهي فرد نادر جدّاً؛ لأنّ هذا الحكم من الأحكام الشايعة المعروفة، وفرض كون الأمة جاهلة بحرمة النكاح في صورة التدليس يوجب حمل الروايات علىٰ الفرد النادر، فلابدّ من حملها علىٰ الفرد الغالب وشمولها له، وهو كون المرأة عالمة بالحكم.

(١) **الثالثة**: في حكم الولد وأنّه رقّ، كما عن المشهور، ولكن يجب

زوجها إيّاه ولي له ارتجع علىٰ وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها».

قال: «وتعتدّ منه عدّة الأمة».

قلت: فإن جاءت منه بولد؟

قال: «أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ».

الكافي ٥: ٤٠٤ / ١، تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٩ / ١٤٢٦، الاستبصار ٣: ٢١٦ / ٧٨٨، وسائل الشيعة ٢١: ١٨٥ / ٢٦٨٥٩.

الدالّة علىٰ رقّيته منزَّلة علىٰ أنّ المولىٰ أخذه ليتسلّم القيمة ؛ جمعاً بينها وبين ما دلّ علىٰ كونه حرّاً ، وعلىٰ هذا القول أيضاً يجب عليه ما ذكر من دفع القيمة ، أو السعي ، أو دفع الإمام عليه السلام ، لموثّقة سماعة .

هذا كلّه إذا كان الوطء حال اعتقاد كونها حرّة .

علىٰ الأب فكّه بدفع قيمته يوم سقط حيّاً وصار ولداً ، وإن لم يكن عنده ما يفكّه به سعىٰ في قيمته ، وإن أبىٰ وجب علىٰ الإمام عليه السلام دفعها من سهم الرقاب أو من مطلق بيت المال .

أو أنّه حرٌّ ولكن يجب علىٰ الأب دفع القيمة إلىٰ مالك الأمة ، واختار الماتن قدس سره الحريّة ، وحمل الأخبار الدالّة علىٰ رقّيته ، كقوله : إنّ للمولىٰ أخذه علىٰ مقدمة استلام القيمة وأنّ للمولىٰ أخذه ليتسلّم القيمة .

ولا يخفىٰ بعده في نفسه ؛ علىٰ أنّ الدليل لم ينحصر بذلك ، بل صرّح في بعض الروايات أنّه مملوك وعبد .

والصحيح أن يقال : إنّ الروايات في المقام مختلفة ، ففي بعضها صرّح بكونه عبداً ، كصحيحة محمّد بن قيس : « في المرأة إذا أتت إلىٰ قوم وأخبرتهم أنّها منهم وهي كاذبة وادّعت أنّها حرّة وتزوّجت ، أنّها تردّ إلىٰ أربابها . . . » إلىٰ أن قال : « وما ولدت من ولد فهم عبيد »[1] .

وبطريق آخر : « تردّ إليه وولدها عبيد »[2] .

---

(١) نوادر أحمد بن محمّد بن عيسىٰ : ٧٦ / ١٦٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٢٠ / ٢٦٩٣٩ .

(٢) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٩ / ١٤٢٥ ، الاستبصار ٣ : ٢١٦ / ٧٨٦ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٧ / ٢٦٨٦٢ .

. . . . . .

ويوافقها صحيح الوليد بن صبيح المتقدّم لقوله عليه السلام -في آخر الرواية-: «فإن جاءت منه بولد؟

قال: «أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ»[1].

بناءً علىٰ حمل الجملة علىٰ الاستفهام الإنكاري لمكان الشرط، فإنّ حملها علىٰ الجملة الخبريّة الشرطيّة ممّا ليس له معنىً محصّل؛ لأنّ معناها بناءً علىٰ الجملة الخبريّة الشرطيّة: إنّ الولد حرّ إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ، وبمقتضىٰ مفهوم الشرط يكون الولد عبداً ومملوكاً إذا كان النكاح بإذن المولىٰ، وهذا أمر لا يمكن الالتزام به، فلا بدّ من حملها علىٰ الاستفهام الإنكاري، فإن أمكن هذا الحمل فهو، وإلّا فيكون صحيح الوليد معارضاً لصحيح محمّد بن قيس.

---

(١) وهي: عن الوليد بن صبيح، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة دلّست نفسها له؟

قال: «إن كان الذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد».

قلت: فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه؟

قال: «إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له، وإن كان زوجها إيّاه ولي له ارتجع علىٰ وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها».

قال: «وتعتدّ منه عدّة الأمة».

قلت: فإن جاءت منه بولد؟

قال: «أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ».

الكافي ٥: ٤٠٤ / ١، تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٩ / ١٤٢٦، الاستبصار ٣: ٢١٦ / ٧٨٨، وسائل الشيعة ٢١: ١٨٥ / ٢٦٨٥٩.

. . . . . .

وأمّا بقيّة الروايات، ففيها تفصيل بين قيام البيّنة علىٰ أنّه إذا تزوّجها مع قيام البيّنة علىٰ أنّها حرّة وكان الزوج مشتبهاً، فيحكم بحريّة الولد، وإن لم تقم البيّنة علىٰ قيام البيّنة علىٰ حريّتها وأنّه تزوّجها من دون قيام البيّنة علىٰ حريّتها، فالولد رقّ، ولكن رقّية غير مستقرّة يجب علىٰ الأب فكّه بدفع قيمته إلىٰ مالك الأمة، كما في موثّقة سماعة[1]، وهذه الموثّقة مقيّدة لصحيحة محمّد بن قيس ولصحيحة الوليد، علىٰ كلّ تقدير، فيحكم بحريّة الولد علىٰ تقدير، وبالرقّية علىٰ تقدير آخر، فطبعاً تكون مخصّصةً لما دلّ علىٰ حريّة الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً، ويحكم عليه بالرقّية.

فتحصّل من جميع ما تقدّم: إنّ المصنّف ﵀ اختار حريّة الولد فيما إذا دلّست الأمة وادّعت أنّها حرّة وتزوّجها حرٌّ؛ لأنّ ما أولده الحرّ حرٌّ، وما دلّ

---

(١) وهي: عن سماعة، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعمت أنّها حرّة فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولداً، ثمّ إنّ مولاها أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنّها مملوكته، وأقرّت الجارية بذلك؟

فقال: «تدفع إلىٰ مولاها هي وولدها، وعلىٰ مولاها أن يدفع ولدها إلىٰ أبيه بقيمته يوم يصير إليه».

قلت: فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به؟

قال: «يسعىٰ أبوه في ثمنه حتّىٰ يؤدّيه ويأخذ ولده».

قلت: فإن أبىٰ الأب أن يسعىٰ في ثمن أبيه؟

قال: «فعلىٰ الإمام أن يفتديه ولا يملك ولد حرّ».

تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٠/ ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧/ ٧٩٠، وسائل الشيعة ٢١: ١٨٧/ ٢٦٨٦٣.

.....

على رقّيته لا بدّ من حمله على وجه آخر.

ولكن الصحيح أن يقال: إنّ مقتضى الروايات العامة هو الحكم بحريّة الولد؛ لأنّه لا يسترقّ ولد إذا كان أحد أبويه حرّاً فيما إذا كان الوطء صحيحاً ولو عن شبهة، ولكن مقتضى الروايات الخاصّة الواردة في المقام هو التفصيل بين قيام البيّنة على أنّه تزوّجها بشاهدين فالولد حرّ، وإن لم تقم البيّنة على ذلك فالولد رقّ، ولكن الرقّية ليست رقّية مطلقة ومستقرّة، بل تفترق عن سائر العبيد والمماليك، فإنّ الرقّية في المقام نظير رقّية العمودين والمحارم كالخالة والعمّة، فإنّ الولد يملك أباه آناً ما وينعتق، فالملكيّة غير مستقرّة، وكذلك المقام ملكيّة الولد لمالك الأمة غير مستقرّة وله مطالبة القيمة لا العين وليس له بيعه ولا عتقه، وإنّما له المطالبة بقيمة الولد ويجب على الأب فكّه بدفع قيمته يوم سقط حيّاً، وإن لم يكن عنده ما يفكّه به لكونه مفلساً سعى في قيمته، وإن أبى فعلى الإمام دفعها، فالحريّة في فرض الرقّية في فرض آخر.

هذا هو المتحصّل من الروايات، فلنذكر الروايات:

أمّا ما دلّ على كونه عبداً ومملوكاً، فصحيح محمّد بن قيس: «في امرأة أتت قوماً فخبّرتهم أنّها حرّة، فتزوّجها أحدهم وأصدقها صداق الحرّة، ثمّ جاء سيّدها، فقال: تردّ إليه وولدها عبيد»[1].

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٤٢٥/٣٤٩، الاستبصار ٣: ٧٨٦/٢١٦، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٨٦٢/١٨٧.

. . . . . .

والرواية واضحة الدلالة، والسند صحيح، فإنّ الشيخ وإن رواها بإسناده إلىٰ عليّ بن الحسن بن فضّال وطريق الشيخ إليه ضعيف، ولكن ذكرنا أنّ كتاب عليّ بن الحسن بن فضّال وصل إلىٰ النجاشي بطريق صحيح، ونفس الكتاب قُرِئ علىٰ الشيخ ووصل إليه، ولا يضرّ ضعف طريق الشيخ لوحدة الكتاب، وأنّ الذي وصل إلىٰ الشيخ نفس الكتاب الذي وصل إلىٰ النجاشي رحمه الله.

ونحوه صحيح الوليد بن صبيح بناءً علىٰ حمل قوله: «أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ»[1] علىٰ الاستفهام الإنكاري وإلّا لو كان المراد به الحكم بالحريّة علىٰ نحو الجملة الخبريّة لا معنىٰ للاشتراط بقوله: «إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ»، فإنّ التعليق علىٰ الشرطية لا يمكن الالتزام به؛ لمكان المفهوم، فإنّ الشرط يثبت خلاف ما أثبته المفهوم، فالمعنىٰ يكون بناءً علىٰ الجملة الخبريّة الشرطيّة: إنّ الولد حرٌّ إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ، ويكون رقّاً إذا كان النكاح بإذن المولىٰ، وهذا ممّا لا يصحّ الالتزام به، فلابدّ من حمل الجملة علىٰ الاستفهام الإنكاري، وإن أبيت إلّا عن حمل الجملة الخبريّة فتكون دالّة علىٰ حريّة الولد وتعارض الصحيح الأوّل الدالّ علىٰ الرقّية، وأمّا الجملة الخبريّة تكون مجملة ولا نعتمد عليها.

وأمّا ما دلّ علىٰ التفصيل بين قيام البيّنة وعدمه، فموثّقة سماعة قال:

---

(١) الكافي ٥: ١/٤٠٤، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٢٦/٣٤٩، الاستبصار ٣: ٧٨٨/٢١٦، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٨٥٩/١٨٥.

. . . . . .

سألته عن مملوكة قوم أتت قبيلة غير قبيلتها وأخبرتهم أنّها حرّة فتزوّجها رجل منهم فولدت له ؟

قال : «ولده مملوكون إلّا أن يُقيم البيّنة أنّه شهد لها شاهدان أنّها حرّة فلا يملك ولده ويكونون أحراراً»[١] .

فإنّها صريحة في أنّه إذا تزوّجها بعد قيام البيّنة على أنّه شهد لها شاهدان أنّها حرّة ، وكان الوطء مستنداً إلىٰ بيّنة شرعيّة فولدها حرٌّ ، وإن لم تقم البيّنة علىٰ ذلك يكون ولده عبيداً مملوكين ، فهذه الصورة بخصوصها خارجة عن تلك المطلقات الدالّة علىٰ الحريّة مع أنّ الوطء في هذه الصورة عن شبهة ، ولكن الرقّية حينئذٍ ليست رقّية مطلقة وليس لمالك الأمة بيعه أو عتقه ، وإنّما له المطالبة بقيمة الولد يوم سقوطه حيّاً ، فيجب علىٰ أبيه فكّه عن الرقّية بإعطاء قيمته لمالك الأمة ، كما دلّ علىٰ ذلك موثّقة سماعة الثانية ، قال : « تدفع إلىٰ مولاها هي وولدها»[٢] ، وهذه الجملة تدلّ علىٰ الرقّية .

---

(١) الكافي ٥ : ٢/٤٠٥ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٢٧/٣٤٩ ، الاستبصار ٣ : ٧٨٨/٢١٧ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٨٦٠/١٨٦ .

(٢) وهي : عن سماعة ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعمت أنّها حرّة فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولداً ، ثمّ إنّ مولاها أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنّها مملوكته ، وأقرّت الجارية بذلك ؟

فقال : « تدفع إلىٰ مولاها هي وولدها ، وعلىٰ مولاها أن يدفع ولدها إلىٰ أبيه بقيمته يوم يصير إليه » .

قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به ؟

. . . . . .

ثمّ قال: «وعلىٰ مولاها أن يدفع ولدها إلىٰ أبيه بقيمته يوم يصير إليه» إلىٰ أن قال: «فعلىٰ الإمام أن يفتديه ولا يُملك ولدُ حرٍّ»، بنحو المضاف والمضاف إليه، وهذه الجملة تدلّ علىٰ أنّ الرقّية الثابتة ليست رقّية كاملة مطلقة، بل علىٰ المولىٰ أن يدفع الولد إلىٰ أبيه، وإنّما له المطالبة بقيمة الولد، فيكون الولد رقّاً حدوثاً وحرّاً بقاءً.

فالمتحصّل من جميع ما ذكرنا: إنّ محتملات موثّقة سماعة الثانية ثلاثة:

الأوّل: ما إذا أقامت الأمة المدلّسة علىٰ أنّها حرّة وتزوّجها الرجل اعتماداً علىٰ ما أقامت البيّنة علىٰ حريّتها، فيكون الولد حرّاً ويُطالب مالك الأمة بقيمة الولد.

ولكن يرد علىٰ هذا الاحتمال:

أوّلاً: بأنّ تقييد الموثّقة بقيام البيّنة علىٰ حريّتها بلا موجب، بل تقييد بغير الغالب؛ لأنّ الغالب في التزويج بالمرأة عدم قيام البيّنة علىٰ حريّتها، بل الزوج يعتمد علىٰ إخبار نفس المرأة بالحريّة.

وثانياً: إنّه لا يمكن الالتزام بقيام البيّنة علىٰ حريّتها؛ لأنّه لا يجتمع

↩ قال: «يسعىٰ أبوه في ثمنه حتّىٰ يؤدّيه ويأخذ ولده».

قلت: فإن أبىٰ الأب أن يسعىٰ في ثمن أبيه؟

قال: «فعلىٰ الإمام أن يفتديه ولا يملك ولد حرّ».

تهذيب الأحكام ٧: ٣٥٠ / ١٤٢٩، الاستبصار ٣: ٢١٧ / ٧٩٠، وسائل الشيعة ٢١: ١٨٧ / ٢٦٨٦٣.

. . . . . .

ذلك مع دفع الولد إلىٰ مولىٰ الأمة خصوصاً بالنظر إلىٰ قوله ـ في آخر الرواية ـ: «ولا يُملك ولدُ حرٍّ»، بالإضافة لا بالتوصيف، ففي فرض قيام البيّنة علىٰ أنّها حرّة لا معنىٰ لدفع الولد إلىٰ مولىٰ الأمة.

وثالثاً: إنّ البيّنة القائمة علىٰ حريّتها تعارض بيّنة المالك القائمة علىٰ كونها مملوكة، فلا يمكن ترتيب الأثر علىٰ البيّنة.

الاحتمال الثاني: أن يكون مورد الموثّقة عدم قيام البيّنة علىٰ حريّتها، كمَا هو المتعارف، ويحكم علىٰ الولد بالرقّية، ولكن رقّية غير مستقرّة، بمعنىٰ أنّ المالك للأمة يدفع الولد إلىٰ أبيه بقيمته يوم يصير إليه ويتحرّر الولد، وهذا الاحتمال هو الذي استظهرناه.

الاحتمال الثالث: أن يراد بالموثّقة ما يعمّ الاحتمالين المتقدّمين، يعني تشمل الموثّقة صورة قيام البيّنة علىٰ أنّها حرّة، وصورة عدم قيام البيّنة علىٰ حريّتها.

وفيه: إنّه علىٰ التقدير لا تبقىٰ فائدة في التفصيل الوارد في موثّقة سماعة الأُولىٰ[1]، فإنّ الموثّقة الأُولىٰ فصّلت بين قيام البيّنة علىٰ أنّه شهد لها شاهدان أنّها حرّة فالولد حرّ.

وإن فرضنا عدم قيام البيّنة فالولد مملوك.

---

(١) كما في: تهذيب الأحكام ٧: ١٣٢٧/٣٤٩، الاستبصار ٣: ٧٨٨/٢١٧، وسائل الشيعة ٢١: ١٨٦/ ٢٦٨٦٠.

وأمّا إذا وطئها بعد العلم بكونها أمة ، فالولد رقّ ؛ لأنّه من الزنا حينئذٍ ، بل وكذا[١] لو علم سبق رقّيتها فادّعت أنّ مولاها أعتقها ، ولم

وبعبارة أُخرىٰ : الموثّقة الثانية[١] بناءً علىٰ التعميم تخصّص باقي الموثّقة الأُولىٰ ، فتحمل الموثّقة الثانية علىٰ صورة الرقّية في فرض عدم قيام البيّنة ، ولكن رقّية غير مستقرّة والحريّة في صورة قيام البيّنة .

والحاصل : لو تزوّجها بعد قيام البيّنة علىٰ حريّة الأمة فالولد حرّ ، ولا يجب علىٰ الأب شيء ، ولا يجوز لمالك الأمة مطالبة قيمة الولد .

وأمّا إذا لم تقم البيّنة علىٰ حريّتها ، يجب علىٰ الأب دفع قيمة الولد إلىٰ مالك الأمة سواء قلنا بحريّة الولد ـ كما في بعض الموارد مثل التزويج بأمة الغير وعدم الإذن منه مع جهل الزوج بالحرمة ـ أو بالرقّية غير المستقرّة ، بمعنىٰ أنّه يجب علىٰ الأب فكّه بدفع القيمة إلىٰ مالك الأمة .

(١) ثمّ إنّ التزويج بالأمة المدلّسة :

قد يصدر من الرجل ولا علم بحال المرأة سابقاً ، بل يتخيّل أنّه حرّة من أوّل الأمر اعتماداً علىٰ أصالة الحريّة ، فلا ريب في شمول روايات المقام لهذه الصورة .

وقد يعلم بأنّها كانت في السابق أمة ولكن تقوم البيّنة علىٰ أنّها انعتقت وصارت حرّة ، كذلك تكون هذه الصورة مشمولة للروايات .

وثالثة : يستند في حريّتها إلىٰ قرائن أُخر موجبة للاطمئنان الشخصي

---

(١) كما في : تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٢٩/٣٥٠ ، الاستبصار ٣ : ٧٩٠/٢١٧ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٨٦٣/١٨٧ .

يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان ، فإنّ الوطء حينئذٍ أيضاً لا يجوز ؛ لاستصحاب بقائها علىٰ الرقّية [١] .

نعم ، لو لم يعلم سبق رقّيتها جاز له التعويل علىٰ قولها ؛ لأصالة الحريّة ، فلو تبيّن الخلاف لم يحكم برقّية الولد ، وكذا مع سبقها مع قيام البيّنة علىٰ دعواها .

ولو بالاعتماد علىٰ قولها ، والجامع أنّه يطمئن بحريّتها أيضاً تشمله النصوص ؛ لأنّ الرجل يكون معذوراً حينئذٍ .

(١) ورابعة : يعلم بأنّه كانت أمة ويشكّ في حالها فعلاً ، وإنّما يستند في حريّتها إلىٰ كلامها فقط من دون حصول الاطمئنان الشخصي له ، فلا حجّة له علىٰ الحريّة والاستصحاب يقتضي بقائها علىٰ الرقّية ومع ذلك تزوّجها ، فلا ريب أنّه من زنا وحكم ولد الزاني ما تقدّم من إلحاقه بالأُمّ للنصّ .

ولكن لا بدّ من التقييد بما إذا لم يحصل له شبهة ، وإلّا فلا يحكم عليه بالزنا ، فإنّ : الحدود تدرأ بالشبهة ، كما لو زعم أنّ قولها بالحريّة حتّىٰ مع سبق الرقّية حجّة ، نظير حجّة قول ذي اليد علىٰ الطهارة مع سبق النجاسة .

والحاصل : إنّما يحكم علىٰ التزويج بالزنا إذا لم تكن هناك شبهة ؛ لأصالة بقاء الرقّية ، ويكون الولد ملحقاً بالأُمّ ، وعلىٰ ذلك تحمل معتبرة زرارة قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : أمة أبقت من مواليها فأتت قبيلة غير قبيلتها فادّعت أنّها حرّة ، فوثب عليها حينئذٍ رجل فتزوّجها ، فظفر بها مولاها بعد ذلك وقد ولدت أولاداً ؟

قال : «إن أقام البيّنة الزوج علىٰ أنّه تزوّجها علىٰ أنّها حرّة أُعتِقَ ولدها

مسألة ١٣ : إذا تزوّج عبد بحرّة من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلاً ، فلا تستحقّ مهراً ولا نفقة ، بل الظاهر أنّها تُحدّ حدّ الزنا إذا كانت عالمة بالحال[١] ، وأنّه لا يجوز لها ذلك .

وذهب القوم بأمتهم ، وإن لم يُقم البيّنة أوجع ظهره واسترقّ ولده»[١] .

فإنّ إيجاع ظهره كناية عن حدّ الزنا .

وأمّا إذا تبيّن الحال وعلم بكونها أمة ، فالولد رقّ ، ولا ريب أنّه زنا حينئذٍ .

(١) ذكر في هذه المسألة أُموراً بيّن حكم أكثرها في ضمن المسائل المتقدّمة .

ولا يخفىٰ أنّ الأُمور التي ذكرها من وجوب النفقة والمهر والحدّ لا تختصّ بتزويج العبد بالحرّة ، بل تجري في كلّ عقد يتوقّف علىٰ رضا الغير ، نظير توقّف العقد علىٰ بنت الأخ علىٰ رضا العمّة ونحو ذلك ، وإنّما تختصّ مسألتنا هذه بالولد .

وحاصل ما ذُكر : إنّه لو تزوّج عبد بحرّة من دون إذن مولاه ولا إجازته ، فلا ريب في بطلان النكاح ؛ لفقدان شرطه وهو رضا مالكه ، فلا تستحقّ الحرّة النفقة ؛ لفرض بطلان النكاح ، فلا مقتضي لوجوب الإنفاق عليها .

وأمّا المهر ، فإن أجاز المولىٰ ، فتستحقّ مهر المسمّىٰ ، وإلّا فلا تستحقّ المسمّىٰ ، بل ولا المثل إن كانت المرأة عالمة بالحكم ، وأنّه لا يجوز لها

---

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٢٨/٣٥٠ ، الاستبصار ٣ : ٧٨٩/٢١٧ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٨٦١/١٨٧ .

نعم ، لو كان ذلك لها بتوقّع الإجازة واعتقدت جواز الإقدام حينئذٍ ، بحيث تكون شبهة في حقّها ، لم تُحدّ ، كما أنّه كذلك إذا علمت بمجيء الإجازة ، وأمّا إذا كان بتوقّع الإجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك ، فتُحدّ مع عدم حصولها ، بخلاف ما إذا حصلت ، فإنّها تُعزّر حينئذٍ لمكان تجرُّئِها[١] .

وإذا جاءت بولد[٢] ، فالولد لمولىٰ العبد مع كونه مشتبهاً ، بل مع كونه زانياً أيضاً ، لقاعدة النمائيّة بعد عدم لحوقه بالحرّة ، وأمّا إذا كانت جاهلة بالحال فلا حدّ ، والولد حرّ ، وتستحقّ عليه المهر يتبع به بعد العتق .

التزويج بعبد غير مأذون ؛ لأنّها زانية ، ولا مهر لبغي ، وإن كانت جاهلة بذلك فتستحقّ المثل علىٰ ذمّة العبد فيتبع العبد بعد العتق ، ولا يلزم المولىٰ بذلك ؛ لأنّ النكاح لم يكن بإجازته ، فلاموجب لاشتغال ذمّته ، وقد تقدّم أنّه لا مانع من اشتغال ذمّة العبد بالمال ، كما في موارد الضمانات ، غاية الأمر يتبعه بعد العتق .

(١) وأمّا الحدّ ، فإن أجاز المولىٰ فلا حدّ ، بل يعزّر علىٰ التجري ؛ بناءً علىٰ الكشف الحقيقي علىٰ ما ذهب إليه المصنّف ﷺ .

وأمّا علىٰ المختار من الالتزام بالكشف الحكمي ، فيُحدّ قبل حصول الإجازة وإن علم بمجيء الإجازة فيما بعد ، إلّا إذا حصلت الشبهة لارتكابها المحرّم واقعاً في ظرفه ، وإن لم يجز فيُحدّ العبد ، بل تُحدّ الحرّة حدّ الزنا إذا كانت عالمة .

(٢) وأمّا الولد ، فإن أجاز المولىٰ ، فلا ريب في حريّة الولد ، وإن لم

. . . . . .

يجز فذكر المصنّف تفصيلين : أحدهما في هذه المسألة ، والآخر في المسألة الآتية .

أمّا الأوّل : فقد فصّل بين علم المرأة وجهلها ، فإن كانت جاهلة بالحال فالولد حرّ ، وأمّا إذا كانت عالمة فهي زانية ويلحق الولد بمالك العبد ، وإن كان العبد زانياً أيضاً ؛ لأنّ الولد نماء ملك المولىٰ .

والتفصيل الثاني : ما ذكره في المسألة اللاحقة ، وحاصله : إنّه لو زنىٰ العبد بحرّة من غير عقد أصلاً ، فالولد حرّ ، وإن زنىٰ العبد بالحرّة بالعقد الفاسد يلحق الولد بمالك العقد ، ففرق بين الزنا المجرّد عن العقد ، وبين الزنا المقرون بالعقد مع العلم بفساده .

ففي الأوّل يكون الولد حرّاً ، وفي الثاني يلحق الولد بمالك العبد .

أقول : لا أثر لاقتران الزنا بالعقد ، فإنّه لو فرضنا انتفاء النسب بالزنا ، فلا فرق بين الأمرين ، فالولد رقّ في كلتا الصورتين ، كما صرّح بذلك في المسألة الثامنة ، وذكر هناك : أمّا إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحرّ بفساد العقد أو عن زنا من الحرّ منهما ، فالولد رقّ ، فلا وجه للتفصيل المذكور .

وأمّا إذا كان المدرك لذلك رواية العلاء بن رزين[1] ، فهي ضعيفة سنداً ؛

---

(١) وهي : عن العلاء بن رزين ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : في رجل دبّر غلاماً له فأبق الغلام فمضىٰ إلىٰ قوم فتزوّج منهم ولم يعلمهم أنّه عبد ، فولد له أولاد وكسب مالاً

مسألة ١٤ : إذا زنىٰ العبد بحرّة من غير عقد ، فالولد حرّ وإن كانت الحرّة أيضاً زانية ، ففرق بين الزنا المجرّد عن عقد والزنا المقرون به مع العلم بفساده ، حيث قلنا : إنّ الولد لمولىٰ العبد[١] .

للتشويش في السند ، واختلاف النسخ فيه علىٰ ما عرفت تفصيلاً ، ولو تمّت الرواية لم يختصّ الحكم بصورة العلم ، بل يعمّ صورة الجهل أيضاً ، مع أنّ المصنّف ﷺ قد حكم في صورة جهل المرأة بكون الولد حرّاً ، فقاعدة النمائيّة من طرف العبد غير ثابتة ، وإنّما هي ثابتة من طرف الأُمّ ، فالولد يلحق بالأُمّ كما هو الحال في سائر الحيوانات ؛ لأنّ الولد نتاجها ونمائها ، واستدلّنا أيضاً بعدّة روايات ، وقد تقدّمت[١] ، فلا فرق في جميع الصور إذا كانت جاهلة يلحق الولد بالحرّة ، وإذا كانت زانية أيضاً يلحق الولد بالأُمّ ؛ لعدم نفي النسب بالزنا .

نعم ، لو زنىٰ حرّ بأمة يكون الولد لمالك الأمة للنصّ ، كما تقدّم[٢] .

(١) تقدّم شرح هذه المسألة[٣] .

ومات مولاه الذي دبّره ، فجاء ورثة الميّت الذي دبّر العبد فطالبوا العبد ، فما ترىٰ ؟ فقال : «العبد وولده لورثة الميت» .

قلت : أليس قد دبّر العبد ؟

قال : «لأنّه لمّا أبق هدم تدبيره ورجع رقّاً» .

تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٣٧ / ٣٥٣ ، الاستبصار ٤ : ١١٢ / ٣٣ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١١٩ / ٢٦٦٧٥ .

(١) في المسألة «١٠» من هذا الفصل .

(٢) كما في الهامش الأسبق .

(٣) تقدّم شرحها ضمن المسألة «١٣» السابقة .

مسألة ١٥ : إذا زنىٰ الحرّ بأمة ، فالولد لمولاها وإن كانت هي أيضاً زانية ، وكذا لو زنىٰ عبد بأمة الغير ، فإنّ الولد لمولاها[١] .

مسألة ١٦ : يجوز للمولىٰ تحليل أمته لعبده ، وكذا يجوز له أن ينكحه إيّاها ، والأقوىٰ أنّه حينئذٍ نكاح لا تحليل[٢] ، **كما أنّ الأقوىٰ كفاية أن يقول له : أنكحتك فلانة ، ولا يحتاج إلىٰ القبول منه أو من العبد .**

---

(١) لو زنىٰ الحرّ أو العبد بأمة الغير يكون الولد رقّاً لمالك الأمة ، أمّا في الحرّ فللنصّ ، وأمّا في زنا العبد بالأمة ، فلأنّ الولد نماء الأُمّ ونتاجها ، ولكن المشهور ذهبوا إلىٰ التنصيف بالسويّة بين مالك العبد ومالك الأمة ، وقد عرفت أن لا شاهد عليه ، كما في المسألة الثامنة .

(٢) يقع الكلام في مقامين :

أحدهما : في تحليل المولىٰ أمته لعبده .

ثانيهما : في نكاح المولىٰ عبده أمته .

أمّا الأوّل : فمقتضىٰ الأصل والقواعد جوازه ، وأدلّته شاملة للعبد وغيره ، ومنعه جماعة[١] ، واستدلّوا بأمرين :

أحدهما : إنّ التحليل نوع تمليك ، والعبد لا يملك .

وفيه : إنّ التحليل ليس من التمليك ، بل التحليل سبب مستقلّ لجواز الوطء في قِبال عقد النكاح وملك اليمين ، وأنّه يوجب تسلّط العبد علىٰ

---

(١) كالشيخ الطوسي النهاية : ٤٩٤ ، والعلّامة في مختلف الشيعة ٧ : ٢٧٢ ، وفخر المحقّقين في إيضاح الفوائد ٣ : ١٦٨ .

. . . . . .

الانتفاع، نظير العارية، فجواز الوطء يكون مستنداً إلىٰ أحد أُمور ثلاثة: النكاح، أو ملك اليمين ـ كما في القرآن الكريم: ﴿**إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَـٰنُهُمْ**﴾[١] ـ أو التحليل إن لم يُعدّ التحليل من فروع ملك اليمين، كما في الروايات، علىٰ أنّ العبد يملك[٢]، كما تقدّم[٣]، ولكنّه محجور لا يجوز له التصرّف إلّا بإذن المولىٰ.

ثانيهما: صحيح عليّ بن يقطين، عن أبي الحسن الماضي عليه السلام أنّه سئل عن المملوك يحلّ له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟

قال: «لا يحلّ له»[٤].

وهو يخصّص إطلاق الروايات الدالّة علىٰ التحليل الذي هو قسم ثالث لموجبات جواز الوطء، ولكن الصحيح معارض بروايات الاعتزال الدالّة علىٰ جواز التحليل لعبده.

---

(١) سورة المؤمنون ٢٣: ٦.

(٢) كما عن إسحاق بن عمّار قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: ما تقول في رجل يهب لعبده ألف درهم أو أقلّ أو أكثر ـ إلىٰ أن قال ـ: قلت: فعلىٰ العبد أن يزكّيها إذا حال عليه الحول؟

قال: «لا، إلّا أن يعمل له فيها، ولا يُعطي العبد من الزكاة شيئاً».

من لا يحضره الفقيه ٣: ٢٣٢ / ٣٨٥٥، تهذيب الأحكام ٨: ٢٢٥ / ٨٠٨، وسائل الشيعة ٩: ٩٢ / ١١٦٠٢.

(٣) في المسألة «٥» من هذا الفصل.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٢٤٣ / ١٠٦٢، الاستبصار ٣: ١٣٧ / ٤٩٥، وسائل الشيعة ٢١: ١٣٠ / ٢٦٧١٠.

. . . . . .

منها: صحيح ابن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَامَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾[1]؟

قال: «هو أن يأمر الرجل عبده وتحته أمته، فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها ثمّ يحبسها عنه حتّىٰ تحيض ثمّ يمسّها، فإذا حاضت بعد مسّه إيّاها ردّها عليه بغير نكاح»[2].

فإنّ حمل صحيح عليّ بن يقطين علىٰ التقيّة كما هو غير بعيد؛ لعدم التزام العامّة بالتحليل، فهو، وإلّا فيقع التعارض وبعد التساقط يكون المرجع إطلاقات أدلّة التحليل.

ثمّ إنّ هنا رواية ربّما يقال بأنّها وجه الجمع بين الروايات، وهي رواية فضيل مولىٰ راشد قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: لمولاي في يدي مال، فسألته أن يحلّ لي ما أشتري من الجواري.

فقال: «... إن أحلّ لك جارية بعينها فهي لك حلال، وإن قال: اشتر منهنّ ما شئت فلا تطأ منهنّ شيئاً إلّا ما يأمرك إلّا جارية يراها فيقول: هي لك حلال...»[3].

فيحمل جواز التحليل علىٰ صورة التعيين، والمنع علىٰ صورة عدم

---

(١) سورة النساء ٤: ٢٤.

(٢) الكافي ٥: ٤٨١/ ٢، تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٦/ ١٤١٧، وسائل الشيعة ٢١: ١٤٩/ ٢٦٧٥٧.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٢٣٨/ ١٠٤٠، الاستبصار ٣: ١٣٨/ ٤٩٦، وسائل الشيعة ٢١: ١٣٠/ ٢٦٧٠٩.

. . . . . .

التعيين .

وفيه : إنّ حمل رواية ابن يقطين الدالّة على المنع على صورة عدم تعيين الجارية بعيد ، على أنّ الرواية ضعيفة بفضيل أو فضل ، فإنّه لم تثبت وثاقته ، وهذه من جملتها ، فالتعارض متحقّق ، والمرجع عمومات التحليل .

وأمّا الثاني : وهو جواز تزويج المولى عبده أمته ، ويدلّ عليه النصوص :

منها : صحيحة عليّ بن يقطين المتقدّمة[١] ، فإنّ الظاهر من السؤال : إنّ التزويج أمر مسلّم ، ولكن يسئل عن التحليل من غير تزويج ، والإمام عليه السلام قرّره على ذلك .

ومنها : روايات الاعتزال[٢] ، كقوله عليه السلام : «إذا زوّج الرجل عبده أمته ثمّ اشتهاها»[٣] ، أو قوله عليه السلام ـ أي للعبد ـ : «اعتزل امرأتك»[٤] .

فإنّ الظاهر من الروايات : جواز التزويج بين العبد والأمة .

وربّما يقال : بأنّه إباحة وتحليل لجواز التفريق بينهما بالأمر بالاعتزال من دون حاجة إلى الطلاق ، مع أنّ النكاح يحتاج إلى الطلاق[٥] .

---

(١) تقدّمت قبل ثلاث هوامش .

(٢) أُنظرها في وسائل الشيعة ٢١ : ١٤٩ ـ ١٥٢ / ٢٦٧٥٧ ـ ٢٦٧٦٨ .

(٣) الكافي ٥ : ٤٨١ / ١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٤٩ / ٢٦٧٥٨ .

(٤) الكافي ٥ : ٤٨١ / ٢ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٦ / ١٤١٧ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٤٩ / ٢٦٧٥٧ .

(٥) كما في السرائر ٢ : ٦٠٠ .

. . . . . .

وفيه ما لا يخفىٰ، إذ لا مانع من الالتزام بكونه نكاحاً، ولكن في خصوص المقام يحصل الفراق بلا طلاق، بل بالأمر بالاعتزال ـ كما في النصوص[١] ـ فإنّ الأحكام تعبديّة يلتزم بها إذا كان ما يدلّ عليها معتبراً، فما عن ابن إدريس أنّه تحليل وإباحة وليس بنكاح[٢]، ممنوع؛ لأنّ المستفاد من الروايات الكثيرة أنّه نكاح وتزويج وليس بتحليل.

منها: روايات طلاق العبد، ففي صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج، عن أبي إبراهيم عليه السلام، قال: سألته عن الرجل يزوّج عبده أمته، ثمّ يبدو له فينزعها منه بطيبة نفسه، أيكون ذلك طلاقاً من العبد؟

فقال: «نعم؛ لأنّ طلاق المولىٰ هو طلاقها، ولا طلاق للعبد إلّا بإذن مواليه»[٣].

فإنّ الطلاق كاشف عن النكاح، وإلّا فلا مقتضي للطلاق.

ومنها: الروايات الآمرة بالاعتزال[٤]، فإنّه قد وقع التصريح فيها بالتزويج وأنّها امرأتك، ونحو ذلك ممّا ظاهره الزواج.

ومنها: ما ورد في كيفيّة تزويج الإنسان جاريته من عبده، وسنذكرها في الفرع الآتي.

---

(١) أُنظرها في وسائل الشيعة ٢١: ١٤٩ ـ ١٥٢ / ٢٦٧٥٧ ـ ٢٦٧٦٨.

(٢) أُنظره في الهامش الأسبق.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٧ / ١٤٢٠، الاستبصار ٣: ٢١٤ / ٧٨١، وسائل الشيعة ٢١: ١٨٤ / ٢٦٨٥٤.

(٤) أُنظرها في وسائل الشيعة ٢١: ١٤٩ ـ ١٥٢ / ٢٦٧٥٧ ـ ٢٦٧٦٨.

. . . . . .

وهل يحتاج إلىٰ القبول أو يكتفي بإنشاء واحد من المولىٰ بقوله: أنكحتك فلانة من دون قبول من المولىٰ، أو من العبد؟

وجهان، اختار المصنّف الثاني؛ لإطلاق الأخبار، ولأنّه متقضىٰ القاعدة، والأمر كما ذكره.

أمّا القاعدة، فمقتضاها الاكتفاء بإنشاء واحد من المولىٰ وأنّ إيجابه مغنٍ عن القبول.

وذلك فإنّ العقد وإن كان هو ضمّ التزام بالتزام آخر وربط أحدهما بالآخر، فإنّ العقد مأخوذ من العقدة بين الحبلين، ولا يتحقّق العقد والربط إلّا بإظهار ما اعتبره في النفس، فأحدهما نشأ والآخر يقبل، ولا يكفي مجرّد الرضا القلبي والاعتبار النفسي ما لم يبرزه، فعنوان المعاقدة ـكالبيع والإجارة والصلح ونحو ذلكـ لا يصدق ما لم يبرز كلا الالتزامين، ولكن في المقام ـوهو إنكاح المولىٰ أمتهـ يكتفي بالتزام المولىٰ بالنكاح في حصول الزوجيّة بين العبد والأمة، فإنّ الزوجيّة وإن كانت قائمة بالطرفين ـالعبد الأمةـ ولكن بمقتضىٰ الآية المباركة الدالّة علىٰ أنّ العبد لا يقدر علىٰ شيء والنصوص لا عبرة بالتزام العبد والأمة، فإنّ الأمر بيد المولىٰ وهما مملوكان لا يقدران علىٰ شيء، ولا أثر لالتزامهما أو عدم التزامهما، وإنّما الذي يترتّب عليه الأثر هو الالتزام الصادر من المولىٰ، وهو منشأ الزوجيّة، فحكمه حكم الإيقاع الذي ليس له إلّا طرف واحد، كما أنّ إنشاء الفراق بين الزوجين يتحقّق من شخص واحد مع أنّه قائم بالشخصين، فمجرّد قيام الزوجيّة بالطرفين لا يوجب تحقّق

لإطلاق الأخبار، ولأنّ الأمر بيده فإيجابه مغنٍ عن القبول[١]، بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك في سائر المقامات مثل الوليّ والوكيل عن الطرفين.

عنوان العقد، فإنّ المعتبر في العقد ضمّ التزام بالتزام طرف آخر، والمفروض أنّه لا أثر لالتزام العبد والأمة، وإنّما العبرة بالتزام المولىٰ.

فموضوع العقد في المقام غير متحقّق، بل هو في الحقيقة إيقاع، فلو التزم المولىٰ بزوجيّة الأمة للعبد فهو بعينه التزام بكون العبد زوجاً لها، فإنّ الزوجيّة من الأُمور المتضايفة القائمة بالطرفين إذا تحقّق أحدهما يتحقّق الآخر.

(١) وأمّا الأخبار الدالّة علىٰ عدم الحاجة إلىٰ القبول والاكتفاء بقول المولىٰ: أنكحتك فلانة، فكثيرة.

منها: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟

قال: «يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطيها ما شاء من قِبله أو من مولاه...»[١]، الحديث.

ومنها: صحيحة أُخرىٰ لمحمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمة فيريد أن يجمع بينهما أينكحه نكاحاً، أو يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة ويعطي من قِبله شيئاً أو من قبل العبد؟

---

(١) الكافي ٥: ١/٤٧٩، من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٥٣/٤٤٩، تهذيب الأحكام ٧: ١٤١٦/٣٤٦، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٧٤٦/١٤٦.

. . . . . .

قال: «نعم، ولو مُدّاً»، وقد رأيته يعطي الدراهم[١].

وفي سند هذه الصحيحة عبدالله بن محمّد، وهو أخو أحمد بن محمّد ابن عيسىٰ، وهو ثقة أيضاً ويلقّب بـ: بنان.

وهذه الروايات واضحة الدلالة علىٰ الاكتفاء بقول المولىٰ: أنكحتك فلانة في حصول الزوجيّة من دون القبول.

وقد ناقش شيخنا صاحب الجواهر قدس سره في دلالة الروايات بوجهين[٢]:

أحدهما: إنّ الروايات غير ناظرة إلىٰ تمام العقد، وإنّما هي ناظرة إلىٰ كيفيّة العقد من قِبل المولىٰ، فلا دلالة في الروايات في عدم الحاجة إلىٰ القبول.

وفيه: إنّه لا ينبغي الريب في ظهور الروايات في حصول الزوجيّة بمجرّد قول المولىٰ: أنكحتك فلانة خصوصاً قوله في الصحيحة الثانية لابن مسلم: أينكحه نكاحاً أو يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة؟

فإنّ المراد بقوله: أينكحه نكاحاً في قِبال قوله: قد أنكحتك فلانة، هو النكاح المتعارف المشتمل علىٰ الإيجاب والقبول، أو يجتزئ بمجرّد إنكاح المولىٰ، فقال عليه السلام: إنّه يكتفي بالثاني، فدعوىٰ أنّ الروايات ناظرة إلىٰ خصوص فعل المولىٰ، وأنّه لا إطلاق لها من حيث القبول وعدمه ممنوعة جدّاً.

---

(١) الكافي ٥: ٢/٤٨٠، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٧٤٨/١٤٦.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٧٩.

. . . . . .

الثاني : إنّ الاكتفاء بهذا القول من باب دلالته على إنشاء الإيجاب والقبول معاً ، وليس الاكتفاء بهذه الجملة من باب عدم الحاجة إلىٰ القبول ، بل القبول يتحقّق بذلك أيضاً ، فهو من الاكتفاء بالقبول الضمني .

وفيه : إن أراد أنّه بذلك يستكشف رضا العبد .

فيرد عليه : إنّ مجرّد الرضا الباطني لا يكفي في القبول ، فإنّ العقد لا يتحقّق إلّا بإبراز ما في النفس .

وإن أراد أنّ إنشاء المولىٰ إنشاءً للقبول وإنشاءً لايجاب النكاح ، فالمنشأ متعدّد ، والإنشاء واحد .

فيرد عليه : إنّ هذا من استعمال اللفظ في أكثر من معنىٰ ، ولو قلنا بإمكانه ، فلا ريب أنّه خلاف الظاهر .

فالصحيح : ما ذكرنا من أنّ الالتزامين غير قائمين بالعبد والأمة ، ولا أثر لالتزامهما ، بل هو التزام واحد قائم بالمولىٰ ، وهو في الحقيقة إيقاع لا يحتاج إلىٰ القبول .

والحاصل : إنّ العقد وإن كان متقوّماً بالتزام كلّ من الموجب والقابل وربط أحدهما بالآخر ، ولكن هذا فيما إذا كان الالتزامان ممّا يترتّب عليه الأثر .

وأمّا إذا فرضنا أنّه لا أثر للالتزامين ـ لأنّهما مملوكان لا يقدران علىٰ شيء ـ فلا حاجة إلىٰ إيجاب أحدهما وقبول الآخر ، وإنّما الذي يترتّب عليه الأثر التزام المولىٰ فقط ، فإنّ الأمر بيده والعبد تحت سلطانه ، فيكون إنكاح

وكذا إذا وكّل غيره في التزويج فيكفي قول الوكيل : أنكحت أمة موكّلي لعبده فلان ، أو : أنكحت عبد موكّلي أمته .

وأمّا لو أذن للعبد والأمة في التزويج بينهما ، فالظاهر الحاجة إلىٰ الإيجاب والقبول[1] .

المولىٰ عبده أمته معنىٰ إيقاعيّاً قائماً بطرف واحد حقيقةً .

(١) ثمّ إنّه لا فرق بين أن يباشر المولىٰ النكاح ، وبين أن يوكّل غيره في التزويج ، فيكفي قول الوكيل : أنكحتك أمة موكلي لعبده فلان ، أو : أنكحتك عبد موكلي أمته ، فإنّ ما يصدر من الوكيل يصدر من الموكل ، وهو المزوّج حقيقة ، غاية الأمر بلسان الوكيل ووساطته .

وكذا لو وكّل أحد الزوجين من عبده أو أمته ، فكيفي إنشاء واحد من أحدهما .

وأمّا لو وكّلهما معاً ، وهو الذي أشار إليه بقوله : **وأمّا لو أذن للعبد والأمة في التزويج بينهما ، فالظاهر الحاجة إلىٰ الإيجاب والقبول** ، فالظاهر الاحتياج إلىٰ القبول ؛ لأنّ ظاهر توكيلهما معاً أن يكون كلّ واحد منهما وكيلاً في الجهة المختصّة به ، فيكون العبد وكيلاً في القبول ، والأمة وكيلة في الإيجاب ، فالوكيل هو المجموع من العبد والأمة .

وبالجملة : الظاهر من توكيلهما معاً أنّ كلّ واحد منهما وكيل في أحد ركني العقد من الإيجاب والقبول ، فلابدّ من صدور الصيغة من كلّ منهما ولو بأنّ يقول العبد للأمة : أنكحتك بكذا ، فتقول الأمة : نعم ، أو قَبِلت .

ثمّ إنّ المصنّف ﵀ ذكر أنّ الاكتفاء بإنشاء واحد لا يختصّ بالمقام ، بل

. . . . . .

لا يبعد جريان ذلك في سائر المقامات مثل: ما إذا كان شخص واحد وكيلاً في البيع والشراء، فيبيع المال إلىٰ المشتري ويكون البيع ماضياً من دون حاجة إلىٰ القبول، فإنّ المفروض أنّ أمر البيع والشراء بيده من باب الوكالة، وكذا لو كان شخص واحد كالجدّ وليّاً علىٰ الولد والبنت فيتزوّج أحدهما للآخر من دون صدور القبول من الطرف الآخر، فإنّ أمر تزويجهما راجع إليه؛ لكونه وليّاً عليهما.

أقول: لا يخفىٰ الفرق بين إنكاح المولىٰ عبده وبين سائر المقامات، فإنّه في باب إنكاح المولىٰ عبده لا أثر لالتزام العبد والأمة حتّىٰ يرتبط بالتزام الآخر؛ لما عرفت بما لا مزيد عليه أنّه لا أثر لالتزام العبد والأمة، ولا لعدم التزامهما؛ لأنّهما مملوكان لا يقدران علىٰ شيء ولا يترتّب أيّ أثر علىٰ التزامهما، وإنّما الأثر يترتّب علىٰ التزام المولىٰ، وهذا بخلاف سائر المقامات، فإنّ كلّ واحد من الطرفين له التزام في نفسه، كالتزام البائع والمشتري، فإذا كان شخص واحد وكيلاً عنهما فعليه أن يبرز إنشاء التمليك القائم بالبيع، كما أنّ عليه إبراز التزام آخر، وهو الالتزام القائم بالمشتري حتّىٰ يرتبط أحدهما بالآخر، فإنّ إنشاء الوكيل بمنزلة إنشاء الموكّل.

ودعوىٰ جواز إبراز الالتزامين بإنشاء واحد فاسدة؛ لأنّها توجب استعمال اللفظ الواحد في أكثر من معنىٰ، وهو أمّا مستحيل أو خلاف الظاهر؛ لأنّه خلاف السيرة المستمرّة في الاستعمالات والمحاورات، بل يُعدّ ذلك من الأغلاط، فإذا كان الإبراز متعدّداً فلا بدّ من تعدّد المبرز.

مسألة ١٧ : إذا أراد المولىٰ التفريق بينهما لا حاجة إلىٰ الطلاق ، بل يكفي أمره إيّاهما بالمفارقة[١] .

وكذلك الحال بالنسبة إلىٰ الوليّ ، فإنّ الالتزام في الحقيقة قائم بالمولّىٰ عليه ، ولكن لأجل المانع ـكالجنون والصغرـ لا يتمكّن من إعمال التزامه ، وإذا ارتفع المانع يكون هو الملتزم به حقيقة .

(١) لا ينبغي الريب في حصول المفارقة بينهما بأمر المولىٰ بالافتراق والاعتزال من دون الحاجة إلىٰ الطلاق ، ويشهد له النصوص ، ولعلّ أوضح رواية دلّت علىٰ ذلك إنّما هي صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج ، عن أبي إبراهيم عليه السلام ، قال : سألته عن الرجل يزوّج عبده أمته ، ثمّ يبدو له فينزعها منه بطيبة نفسه ، أيكون ذلك طلاقاً من العبد ؟

فقال : «نعم ؛ لأنّ طلاق المولىٰ هو طلاقها ، ولا طلاق للعبد إلّا بإذن مواليه»[١] .

فإنّ مجرّد نزعها منه يكون طلاقاً .

وأمّا باعتبار وقوع الطلاق ، فإن كان المطلِّق نفس المولىٰ ، فلا كلام ، ويدلّ عليه إطلاق عدّة من الروايات :

منها : صحيحة عبدالرحمن المتقدّمة[٢] .

ومنها : صحيحة زرارة ، عن أبي جعفر وأبي عبدالله عليهما السلام قالا : «المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلّا بإذن سيّده» .

---

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٧ / ١٤٢٠ ، الاستبصار ٣ : ٢١٤ / ٧٨١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٤ / ٢٦٨٥٤ .

(٢) في الهامش السابق .

ولا يبعد جواز الطّلاق أيضاً بأن يأمر عبده بطلاقها[١] ، وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضاً .

قلت : فإنّ السيّد كان زوّجه بيد مَن الطلاق ؟

قال : «بيد السيّد ﴿**ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلاً عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ**﴾[١] أفشيء الطلاق ؟ !»[٢] .

وبالجملة : تتحقّق الفرقة بينهما بأمر المولىٰ بالاعتزال وبطلاق المولىٰ أيضاً ، وكذا يقع الفراق بتوكيل المولىٰ غيره بطلاق الأمة .

(١) وأمّا لو أمر عبده بالطلاق :

فتارة يكون علىٰ نحو التوكيل ، وأُخرىٰ علىٰ نحو الإذن .

أمّا علىٰ نحو التوكيل ، فلا كلام ؛ لأنّ طلاق العبد طلاق المولىٰ ، والمطلّق هو المولىٰ في الحقيقة ، والعبد إنّما يصدر منه الإنشاء .

وأمّا الإذن ، فربّما يشكل فيه ؛ لأنّه عبد مملوك لا يقدر علىٰ شيء ، وإذن المولىٰ لا يجعله قادراً ، نظير إذن الوليّ للصغير في المعاملة علىٰ نحو الاستقلال . فإنّ إذنه لا يؤثّر في مشروعية المعاملة علىٰ نحو الاستقلال ، وهكذا المقام لا يؤثّر إذن المولىٰ في قدرة العبد علىٰ الطلاق .

وفيه : أوّلاً : إنّ ظاهر الآية الشريفة النافية لقدرة العبد[٣] عدم قدرته علىٰ الطلاق ونحوه علىٰ نحو الاستقلال .

وأمّا صدور الفعل عنه بإذن المولىٰ لا ينافي عدم قدرة العبد .

---

(١) سورة النحل ١٦: ٧٥.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٥٤١ / ٤٨٦٠ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٧ / ١٤١٩ ، الاستبصار ٣ : ٢١٤ / ٧٨٠ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ١٠١ / ٢٨١٣١ .

(٣) وهي قوله تعالىٰ : ﴿**ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلاً عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ**﴾ ، سورة النحل ١٦ : ٧٥ .

مسألة ١٨ : إذا زوّج عبده أمته يستحبّ أن يُعطيها شيئاً سواء ذكره في العقد أم لا[١] ، بل هو الأحوط ، وتملك الأمة ذلك ؛ بناءً على المختار من صحّة ملكيّة المملوك إذا ملّكه مولاه أو غيره .

وثانياً : إنّ جملة من النصوص المعتبرة دلّت على جواز صدور النكاح والطلاق من العبد إذا كان بإذن المولى ، فعدم الجواز مختصّ بصورة عدم الإذن، فالإشكال ضعيف جدّاً ؛ على أنّ النكاح إذا كان بإذن المولى جائز قطعاً ، ولا فرق بين النكاح والطلاق من حيث توقّفهما على إذن المولى ، ومن جملة تلك النصوص : صحيحة عبد الرحمن : «ولا طلاق للعبد إلّا بإذن مواليه»[١] .

ومنها : صحيحة العقرقوفي[٢] : «لا يقدر على طلاق ولا نكاح إلّا بإذن مولاه»[٣] .

(١) اختلفوا في إعطاء المولى شيئاً لأمته إذا زوّجها من عبده ، ذهب

---

(١) وهي كاملة : عن عبد الرحمن بن الحجاج ، عن أبي إبراهيم عليه السلام ، قال : سألته عن الرجل يزوّج عبده أمته ، ثمّ يبدو له فينزعها منه بطيبة نفسه ، أيكون ذلك طلاقاً من العبد ؟

فقال : «نعم ؛ لأنّ طلاق المولى هو طلاقها ، ولا طلاق للعبد إلّا بإذن مواليه» .

تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٧ / ١٤٢٠ ، الاستبصار ٣ : ٢١٤ / ٧٨١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٤ / ٢٦٨٥٤ .

(٢) عقرقوف : موقع في العراق بالقرب من بغداد من ناحية دُجيل . منه قدس سره .

(٣) وهي كاملة : عن شعيب بن يعقوب العقرقوفي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد ؟

قال : «ليس له طلاق ولا نكاح ، أما تسمع الله تعالى يقول : **﴿عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ﴾** » ، قال : «لا يقدر على طلاق ولا نكاح إلّا بإذن مولاه» .

تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٧ / ١٤٢١ ، الاستبصار ٣ : ٢١٥ / ٧٨٢ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٤ / ٢٦٨٥٥ .

. . . . . .

جماعة إلىٰ الوجوب[١]، ونسب إلىٰ الأكثر العدم[٢]، وأنّه يستحبّ الإعطاء، واستدلّ القائلين بالاستحباب بالأصل.

وفيه ما لا يخفىٰ، فإنّه لا يقاوم النصوص الدالّة علىٰ الوجوب[٣].

وذكر بعضهم[٤]: إنّه لا يمكن القول بالوجوب؛ لأنّ الأمة ملك للمولىٰ

---

(١) كالشيخ في المقنعة: ٥٠٧، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٠٥، وابن البرّاج في المهذّب ٢: ٢١٨، وأبي الصلاح في الكافي في الفقه: ٢٩٧.

(٢) كالعلّامة في التحرير ٣: ٥٠٦، وولده في الإيضاح ٣: ١٤٦، والمقداد السيوري في التنقيح ٣: ١٤٦.

(٣) **منها**: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟

قال: «يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة، ويعطيها ما شاء من قِبله أو من مولاه...».

الكافي ٥: ١/٤٧٩، من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٥٣/٤٤٩، تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٦/ ١٤١٦، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٧٤٦/١٤٦.

ومنها: عن الحلبي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل، كيف ينكح عبده أمته؟

قال: «يقول: قد أنحكتك فلانة، ويُعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه ولو مُدّاً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك».

الكافي ٥: ١/٤٧٩، تهذيب الأحكام ٧: ١٤١٥/٣٤٥، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٧٤٧/١٤٦.

ومنها: صحيحة أُخرىٰ لمحمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام في المملوك يكون لمولاه أو مولاته أمة فيريد أن يجمع بينهما أينكحه نكاحاً، أو يجزيه أن يقول: قد أنكحتك فلانة ويعطي من قِبله شيئاً أو من قبل العبد؟

قال: «نعم، ولو مُدّاً»، وقد رأيته يعطي الدراهم.

الكافي ٥: ٢/٤٨٠، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٧٤٨/١٤٦.

(٤) كما في جواهر الكلام ٣٠: ٢٣٠.

مسألة ١٩ : إذا مات المولىٰ وانتقلا إلىٰ الورثة ، فلهم أيضاً الأمر بالمفارقة بدون الطلاق[١] ، والظاهر كفاية أمر أحدهم بذلك .

فكيف يملّك ما يملكه ؟ فإنّه يرجع إلىٰ أنّه يملّك نفسه بنفسه .

وبعبارة أُخرىٰ : لا يعقل استحقاقه لنفسه علىٰ نفسه .

وفيه : إنّه لا مجال للاستحباب أيضاً ؛ إذ لا معنىٰ لاستحباب أمر غير معقول .

والصحيح أن يقال : إنّه لو قلنا بأنّ الأمة تملك ـكما استظهرناه من الأخبارـ فلا مانع من أن يُعطيها علىٰ وجه التمليك والتسليط ، ولو لم نقل بملكيّة الأمة فلا مانع أيضاً من الإعطاء الخارجي ؛ لأنّه لا ينافي عدم الملكيّة ، فإنّ حقيقة الإعطاء : تسليط الأمة علىٰ شيء ، وإباحة الشيء لها ، لا تمليك شيء إيّاها حتّىٰ يقال بعدم المعقوليّة .

وربّما يقال : بأنّ المدفوع لها كالمهر ، وثبت أنّ لا مهر لها ، وأنّ مهر الأمة لسيّدها .

وفيه : إنّه لا محصّل لهذا الكلام ، ولم يظهر شيء من الروايات ؛ كون المدفوع مهراً ، وإنّما هو أمر تعبّدي ثبت بالنصوص ، ولذا يُعطىٰ لها حال التزويج وبعده ، وإن لم يُذكر في ضمن العقد .

وبالجملة : ظاهر النصوص هو وجوب الإعطاء ، ولا وجه لرفع اليد عن ذلك ، ولا مانع من الالتزام بذلك .

(١) إذا كان الوارث واحداً ، فلا إشكال في أنّ له الطلاق وله الأمر بالتفريق ؛ لأنّ الوارث يقوم مقام المورث ، وهذا حقّ ينتقل إلىٰ الوارث

. . . . . .

ويكون هو المالك والمولىٰ، ويدلّ عليه إطلاق الروايات الدالّة علىٰ أنّ الطلاق أو الأمر بالفراق حقّ المالك[1] وإن لم يكن متزوّجاً؛ إذ لا اختصاص بما إذا كان المولىٰ هو المزوّج، فإنّ الروايات وإن كان موردها المولىٰ الذي زوّج عبده أمته، إلّا أنّ المورد لم يكن مخصّصاً، ولذا لو اشترىٰ العبد والأمة المتزوّجين يكون الطلاق أو الأمر بالفراق بيد المالك الجديد، فإنّ المستفاد من النصوص: إنّ هذا الحكم من أحكام المولويّة والعبوديّة، ولا خصوصيّة للمزوّج.

وكذا لا ينبغي الريب فيما إذا تعدّد الوارث واتّفقوا علىٰ التفريق يقع الفراق بأمرهم بالمفارقة.

وأن اختلفوا، فهل يكفي أمر أحدهم بالفراق في حصول الفراق أم لا؟

وجهان، اختار المصنّف الأوّل، ولا نعرف له وجهاً؛ لأنّ هذا الحقّ ثابت للمالك وأحد الوارثين ليس بمالك، وإنّما هو نصف المالك، فإنّه بالدقّة ينتصف المالك، فأحدهما يرث نصف المالكيّة من المورّث، والآخر يرث النصف الآخر منه، وإن كانت نتيجته تنصيف المملوك فقول أحدهما:

---

(١) كما عن شعيب بن يعقوب العقرقوفي، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد؟

قال: «ليس له طلاق ولا نكاح، أما تسمع الله تعالىٰ يقول: ﴿**عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَيْءٍ**﴾»، قال: «لا يقدر علىٰ طلاق ولا نكاح إلّا بإذن مولاه».

تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٧/ ١٤٢١، الاستبصار ٣: ٢١٥/ ٧٨٢، وسائل الشيعة ٢١: ١٨٤/ ٢٦٨٥٥.

. . . . . .

اعتزل ، غير مؤثّر ، وكذلك الطلاق ، فإنّ الطلاق بيد المالك ، والمالك إنّما هو المجموع بين الوارثين .

والحاصل : الطلاق بيد المالك ، وهذا ليس بمالك وإنّما هو نصف المالك .

وقد يقال : إنّه لو نهىٰ أحدهم عن الوطء يحرم الوطء بلا إشكال ، وحرمة الوطء كاشفة عن بطلان النكاح وفساده ، نظير حرمة وطء المحارم ، فإنّها كاشفة عن فساد نكاحهنّ .

وفيه : إنّه ليس للمولىٰ منع عبده عن الوطء في المقدار الواجب ـكأربعة أشهرـ فإنّه حكم شرعي لزومي لا يؤثّر فيه منع المولىٰ ، ولا طاعة لمخلوق في معصية الخالق .

نعم ، له المنع منعاً موقّتاً دون أربعة أشهر .

وبالجملة : ليس للمولىٰ المنع المطلق حتّىٰ يكون كاشفاً عن فساد النكاح ، ولو سلّمنا أنّ له المنع المطلق إلىٰ الأبد ، فلا ينافي الزوجيّة ؛ لأنّ المنافي ما كان محرّماً ذاتيّاً ، كتحريم الأُمّهات والمحارم ، لا ما كان محرّماً بالعارض ، كالحرمة في حال الحيض ، أو كان الوطء مضرّاً لها طول حياتها لأجل المرض ، فإنّه يحرم وطؤها أبداً ونحو ذلك ممّا يوجب حرمة عارضيّة ، فإنّها لا تكشف عن فساد النكاح وإن كان التحريم دائميّاً ، والحرمة في المقام حرمة عارضيّة لأجل نهي المالك ، فلا تكشف عن فساد النكاح .

وبالجملة : لا منافاة بين حرمة وطئها علىٰ العبد إذا منعه أحد المالكين ،

. . . . . .

وبين عدم حصول الفراق بأمر أحدهما بالافتراق؛ لأنّ التفريق قائم بمجموع المالك لا بالجميع.

استدراك

قد ذكرنا أنّ الطلاق بيد المولىٰ، وليس للعبد طلاق إلّا بإذنه، كما في النصوص، فإنّه عبد لا يقدر علىٰ شيء.

ولكن ربّما يتوهّم من بعض الروايات أنّ الطلاق بيد العبد، وهي:

ما رواه الشيخ بإسناده عن محمّد بن الحسن الصفّار، عن محمّد بن عيسىٰ، عن عليّ بن سليمان قال: كتبت إليه: رجل له غلام وجارية زوّج غلامه جاريته، ثمّ وقع عليها سيّدها، هل يجب في ذلك شيء؟

قال: «لا ينبغي له أن يمسّها حتّىٰ يطلّقها الغلام»[1].

فإنّ الظاهر من قوله: «حتّىٰ يطلّقها الغلام»: إنّ الطلاق بيده، ولكن الرواية مضافاً إلىٰ عدم قابليتها للاستدلال بها لأنّها معارضة بالنصوص الكثيرة الدالّة علىٰ أنّ الطلاق بيد المولىٰ وليس بيد العبد، والترجيح لتلك النصوص؛ لموافقتها للكتاب، ومخالفة هذه للكتاب الدالّ علىٰ أنّ العبد لا يقدر علىٰ شيء[2] غير ظاهرة في استقلال العبد في الطلاق؛ لأنّ الغلام غير موضوع

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٨٢٧/٤٥٧، الاستبصار ٣: ٧٨٣/٢١٥، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٧٥١/١٤٧.

(٢) وهو قوله تعالىٰ: ﴿ضَرَبَ ٱللَّهُ مَثَلاً عَبْدًا مَّمْلُوكًا لَّا يَقْدِرُ عَلَىٰ شَىْءٍ﴾، سورة النحل ١٦: ٧٥.

. . . . . .

للعبد لغة ، بل الغلام موضوع للصبي حين يقارب سنّ البلوغ المعبّر عنه بـ: الطار الشارب[١] .

نعم ، قد يصحّ إطلاقه علىٰ العبد والأجير والخدم والحشم ، ويقال : أمر غلمانه ، أو : جاء مع غلمانه ونحو ذلك ، ولكن لم يكن موضوعاً للعبد[٢] ، فلم يعلم المراد بالغلام في الرواية هو العبد ، بل لعلّ المراد به بعض خدمة زوّجه جاريته ، فتكون الرواية أجنبيّة عن المقام .

هذا ، مضافاً إلىٰ ضعف السند بعليّ بن سليمان ، فإنّ المسمّىٰ بهذا الاسم كثير ، ولم يوثّق منهم أحد سوىٰ عليّ بن سليمان أبو الحسن الزراري الذي وثّقه النجاشي ، وكان له اتّصال بصاحب الأمر عليه السلام ، وخرجت إليه توقيعات[٣] ، ولم يعلم أنّ المراد بعليّ بن سليمان الموجود في السند هو عليّ ابن سليمان الزراري الثقة ، بل يحتمل أنّه عليّ بن سليمان بن داوُد ، أو عليّ ابن سليمان بن رشيد ، ويؤيّده أنّ محمّد بن عيسىٰ بن عبيد اليقطيني العبيدي الراوي عن عليّ بن سليمان من أصحاب الرضا والجواد عليهما السلام ، ويبعد جدّاً ؛ باعتبار الطبقة أن يروي عن عليّ بن سليمان الذي هو متأخّر عنه ، فيحتمل قويّاً أنّ عليّ بن سليمان هو ابن داوُد ، أو ابن رشيد ، ولمحمّد بن عيسىٰ

---

(١) باصطلاح الفارسي : پشت لبش سبز شده ، يا سبيلش سبز شده . منه قدس سره .

(٢) وقد استعمل الغلام في العبد في كثير من الروايات ، ولكن مجرّد الاستعمال أعمّ من كونه موضوعاً له ، فإنّ استعماله فيه من باب الإطلاق علىٰ المورد . منه قدس سره .

(٣) رجال النجاشي : ٢٦٠ / ٦٨١ .

مسألة ٢٠ : إذا زوّج الأمة غير مولاها من حرّ ، فأولدها جاهلاً بكونها لغيره ، عليه العشر أو نصف العشر لمولاها وقيمة الولد ويرجع بها علىٰ ذلك الغير ؛ لأنّه كان مغروراً من قبله ، كما أنّه إذا غرّته الأمة بتدليسها ودعواها الحريّة تضمن القيمة وتتبع به بعد العتق ، وكذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين علىٰ حريّتها[١] .

اليقطيني روايات عنهما غير هذه الرواية .

وكيف كان ، لا يمكن الاعتماد علىٰ هذه الرواية ؛ لشذوذها ومخالفتها للكتاب ولضعفها دلالةً وسنداً ، فلابدّ من طرحها وردّ علمها إلىٰ أهلها .

(١) ذكر في هذه المسألة فروعاً تعرّض إليها في المسائل المتقدّمة[١] :

منها : إنّ علىٰ الواطئ عشر قيمة الأمة إذا كانت بكراً ، ونصف العشر إذا كانت ثيّباً بما استحلّ من فرجها ، كما في النصّ[٢] .

---

(١) كالمسألة « ١٢ » من هذا الفصل .

(٢) كما عن الوليد بن صبيح ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوّج امرأة حرّة فوجدها أمة دلّست نفسها له ؟

قال : « إن كان الذي زوّجها إيّاه من غير مواليها فالنكاح فاسد » .

قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟

قال : « إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذه ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له ، وإن كان زوجها إيّاه ولي له ارتجع علىٰ وليّها بما أخذت منه ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحلّ من فرجها » .

قال : « وتعتدّ منه عدّة الأمة » .

قلت : فإن جاءت منه بولد ؟

قال : « أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولىٰ » .

. . . . . .

ومنها : إنّ الولد حرّ ؛ لقوله عليه السلام : «لا يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً»[١] ، أو أنّه «لا يملك ولد حرّ»[٢] .

فإنّ الحكم بحريّة الولد لا يختصّ بما إذا كانت الأمة بنفسها مدلّسة ، فإنّ المستفاد من موثّقة سماعة[٣] : عدم الاختصاص بتدليس الأمة ، خصوصاً مع قوله عليه السلام : «لا يملك ولد حرّ» .

الكافي ٥ : ٤٠٤ / ١ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٩ / ١٤٢٦ ، الاستبصار ٣ : ٢١٦ / ٧٨٨ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٥ / ٢٦٨٥٩ .

(١) كصحيحة جميل قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الحرّ يتزوّج الأمة ، أو عبد يتزوّج حرّة ؟

قال : فقال لي : «ليس يسترق الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً أنّه يلحق بالحرّ منهما أيّهما كان ، أباً كان أو أُمّاً» .

الكافي ٥ : ٤٩٢ / ٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٢٣ / ٢٦٦٨٧ .

(٢) كما عن سماعة ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً وزعمت أنّها حرّة فتزوّجها رجل منهم وأولدها ولداً ، ثمّ إنّ مولاها أتاهم فأقام عندهم البيّنة أنّها مملوكته ، وأقرّت الجارية بذلك ؟

فقال : «تدفع إلىٰ مولاها هي وولدها ، وعلىٰ مولاها أن يدفع ولدها إلىٰ أبيه بقيمته يوم يصير إليه» .

قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به ؟

قال : «يسعىٰ أبوه في ثمنه حتّىٰ يؤدّيه ويأخذ ولده» .

قلت : فإن أبىٰ الأب أن يسعىٰ في ثمن أبيه ؟

قال : «فعلىٰ الإمام أن يفتديه ولا يملك ولد حرّ» .

تهذيب الأحكام ٧ : ٣٥٠ / ١٤٢٩ ، الاستبصار ٣ : ٢١٧ / ٧٩٠ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٨٧ / ٢٦٨٦٣ .

(٣) انظرها في الهامش السابق .

. . . . . .

ومنها : إنّه علىٰ الأب قيمة الولد يعطيها إلىٰ مالك الأمة ، ولذا ذكرنا أنّ رقّية الولد غير مستقرّة علىٰ تفصيل تقدّم[١] .

والذي ذكر في هذه المسألة زائداً علىٰ ما تقدّم : إنّ الأب يرجع بالقيمة علىٰ ذلك الغير الذي زوّج الأمة له ؛ لقاعدة الغرور ، ولو كانت الأمة هي المدلّسة يرجع إليها ، ولكن **تتبع به بعد العتق ، وكذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين علىٰ حريّتها** يرجع إليهما .

أقول : يقع الكلام في مستند هذه القاعدة المعروفة المسمّاة بقاعدة الغرور ، والظاهر أنّه لا دليل عليها بنحو الكليّة في جميع الموارد .

نعم ، ثبت جواز الرجوع في بعض الموارد إلىٰ الغارّ لكن لا لأجل قاعدة الغرور ، بل لأجل دليل خاصّ بمورده .

وأمّا ما قيل من أنّ المستند هو النبويّ المعروف : « المغرور يرجع علىٰ من غرّه »[٢] وضعفه منجبر بعمل المشهور .

ففيه : إنّه لم يثبت كونه رواية نبويّة حتّىٰ ينجبر ضعفها بعلم المشهور ، وعلىٰ فرض كونها رواية لم يعلم استناد المشهور إليها حتّىٰ تنجبر ، علىٰ إنّا لا نقول بالانجبار أصلاً .

وأمّا الروايات الخاصّة الواردة في باب شهادة الزور وإن دلّت علىٰ

---

(١) في المسألة « ١٢ » من هذا الفصل .

(٢) لم نقف عليه ـ بعد البحث ـ في كتب الحديث العامّة والخاصّة ، لكنّه مرويّ في بعض الكتب الفقهيّة .

. . . . . .

جواز الرجوع إلىٰ الشاهد الزور، ولكن الحكم المذكور في هذه الروايات خاصّ بمواردها، ولا إطلاق لها حتّىٰ يتعدّىٰ إلىٰ غير مواردها.

وقد ذكر في باب الشهادات: إنّه لو شهد الشاهدان شهادة الزور وحكم الحاكم علىٰ طبق شهادتهما ثمّ ثبت عنده أنّ شهادتهما كانت شهادة زور؛ انتقض حكمه، وعندئذٍ إن كان المحكوم به من الأموال ضمناه ووجب ردّ العين علىٰ صاحبها إن كانت باقية، وإلّا غرما، وتدلّ علىٰ ذلك عدّة من النصوص:

منها: صحيحة جميل، عن أبي عبدالله عليه السلام في شاهد الزور قال: «إن كان الشيء قائماً بعينه ردّ علىٰ صاحبه، وإن لم يكن قائماً ضمن بقدر ما أتلف من مال الرجل»[1].

وإن كان المحكوم به من الحدود، كقطع اليد، والقتل ونحوهما؛ اقتصّ من الشاهد، كما في النصوص:

منها: معتبرة السكوني-الواردة في الشهادة بالزنا- قال عليه السلام: «فإن قالوا: شهدنا بالزور قتلوا جميعاً»[2].

ولكن ذلك ليس من باب الغرور، ولذا يثبت في غير الغرور أيضاً، كما إذا رجع الشاهد عن الشاهدة خطأً واعترف بالاشتباه، فإنّ الغرور لا يصدق في مورد الخطأ والاشتباه، فإن كان الراجع أحد الشاهدين أو كلاهما يغرم

(١) الكافي ٧: ٣/٣٨٤، وسائل الشيعة ٢٧: ٣٢٧/ ٣٣٨٥٥.

(٢) تهذيب الأحكام ٦: ٢٨٥/ ٧٨٨، وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٢/ ٣٣٨٦٥.

. . . . . .

الراجع ويضمن كلّ واحد منهما النصف إذا كان المحكوم به من الأموال.

وبالجملة: لو رجع الشاهد بعد حكم الحاكم، والمفروض تلف المحكوم به، لم ينتقض حكم الحاكم؛ للنصوص الدالّة علىٰ نفوذ القضاء، وضمن الشاهد ما شهد به للنصوص، وأن يرجع الشاهد في موارد الحدود فلا يتقصّ منه[1]؛ لأنّ المفروض أنّه غير عمدي وليس بشهادة زور، وإنّما يؤخذ منه الديّة؛ لأنّ قطع اليد مثلاً مستند إلىٰ شهادته، فإنّ السبب حينئذٍ أقوىٰ من المباشر الذي هو المؤمنون في الرجم، أو الشخص الذي يقطع اليد بأمر الحاكم، فيغرم كلّ من الشاهدين النصف إذا اعترفا بالخطأ، وفي الزنا يقسّم أرباعاً.

والحاصل: جواز الرجوع إلىٰ الشاهد وتغريمه وإن كان أمراً مسلّماً ولكن ليس لأجل الغرور، بل لأجل النصّ، والحكم مختصّ بمورده، فلا يمكن التعدّي.

وقد يستدلّ لقاعدة الغرور بعدّة من الروايات:

منها: رواية رفاعة بن موسىٰ قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام... إلىٰ أن

---

(١) كما عن محمّد بن قيس، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام في رجل شهد عليه رجلان بأنّه سرق، فقطع يده، حتّىٰ إذا كان بعد ذلك جاء الشاهدان برجل آخر فقالا: هذا السارق وليس الذي قطعت يده، إنّما شبّهنا ذلك بهذا، فقضىٰ عليهما أن غرمهما نصف الديّة، ولم يجز شهادتهما علىٰ الآخر».

الكافي ٧: ٧/٣٨٤، تهذيب الأحكام ٦: ٦٩٢/٢٦١، وسائل الشيعة ٢٧: ٣٣٨٦٤/٣٣٢.

. . . . . .

قال: وسألته عن البرصاء؟

فقال: «قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوّجها وليّها وهي برصاء أنّ لها المهر بما استحلّ من فرجها، وأنّ المهر علىٰ الذي زوّجها، وإنما صار عليه المهر لأنّه دلّسها»[1].

فإنّ المستفاد من التعليل بقوله: «لأنّه دلّسها»: ضمان كلّ مدلّس غار، ولكن الإنصاف أنّه لا يستفاد من الرواية إلّا عموم الحكم بالنسبة إلىٰ المهر، وجواز الرجوع في مورد المهر مطلقاً ولو كان في غير مورد البرصاء، وكلامنا في غير المهر، وهو قيمة الولد، فلا تدلّ الرواية علىٰ جواز الرجوع علىٰ كلّ مدلّس بكلّ خسارة، علىٰ أنّ السند ضعيف بسهل بن زياد.

ومنها: رواية إسماعيل بن جابر قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل نظر إلىٰ امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأتىٰ أباها فقال: زوّجني ابنتك، فزوّجه غيرها، فولدت منه، فعلم بعد أنّها غير ابنته وأنّها أمة؟

قال: «تردّ الوليدة علىٰ مواليها، والولد للرجل، وعلىٰ الذي زوّجه قيمة ثمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غرّ الرجل وخدعه»[2].

فإنّ قوله: «كما غرّ الرجل» بمنزلة التعليل، أي لأنّه غرّ الرجل،

---

(١) الكافي ٥: ٤٠٧/ ٩، تهذيب الأحكام ٧: ٤٢٤/ ١٦٩٧، الاستبصار ٣: ٢٤٥/ ٨٧٨، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٢/ ٢٦٩٢٠.

(٢) الكافي ٥: ٤٠٨/ ١٣، وسائل الشيعة ٢١: ٢٢٠/ ٢٦٩٣٨.

. . . . . .

ويتعدّىٰ إلىٰ كلّ مورد فيه الخديعة والتغرير، والدلالة لا بأس بها، ولكن السند ضعيف بمحمّد بن سنان.

ومنها: صحيحة جميل بن درّاج، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الجارية من السوق فيولدها، ثمّ يجئ مستحقّ الجارية؟

قال: «يأخذ الجارية المستحقّ ويدفع إليه المبتاع قيمة الولد ويرجع علىٰ من باعه بثمن الجارية وقيمة الولد التي أخذت منه»[1].

وفيه: إنّ الحكم في مورد الصحيحة ثابت نلتزم به، إلّا أنّ الكلام في التعدّي إلىٰ كلّ موارد الغرور، ولا دليل علىٰ التعدّي، بل مقتضىٰ هذه الصحيحة جواز الرجوع علىٰ البائع وتضمينه وإن لم يكن غارّاً.

وبالجملة: ثبوت الحكم في مورد البيع لا يوجب جواز الرجوع في غير مورده، كالنكاح وأضرابه.

والحاصل: إنّه لا دليل علىٰ قاعدة الغرور، وأمّا الحديث المعروف في الألسن: «المغرور يرجع علىٰ من غرّه» فقد اعترف غير واحد أنّه لم يوجد في كتاب الأخبار حتّىٰ كتب الحديث العامّة[2].

نعم، ذكره بعض الفقهاء في كتبهم الفقهيّة.

وأمّا دعوىٰ قيام سيرة العقلاء علىٰ ذلك، فغير ثابتة في جميع موارد

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٨٢/ ٣٥٣، الاستبصار ٣: ٨٤/ ٢٨٥، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٩٠٤/ ٢٠٥.

(٢) كما في مستمسك العروة الوثقىٰ ١٤: ٣٥٠.

مسألة ٢١ : لو تزوّج أمة بين شريكين بإذنهما ، ثمّ اشترىٰ حصّة أحدهما ، أو بعضها ، أو بعضاً من حصّة كلّ منهما بطل نكاحه[١] ، ولا يجوز له بعد ذلك وطؤها[٢] ، وكذا لو كانت لواحد واشترىٰ بعضها .

الغرور قطعاً ، وعلىٰ فرض الثبوت فغير ممضاة عند الشرع ، كما لو غرّ رجلاً أنّ البضائع الفلانيّة تباع في مدينة أُخرىٰ بقيمة عالية وسافر الشخص إلىٰ تلك البلدة ورأىٰ خلاف ذلك ، لا يرجع إلىٰ الغارّ في مصارف سفره ونحو ذلك من موارد الغرور .

(١) إذا تزوّج أمة بين شريكين بإذنهما ، ثمّ اشترىٰ الزوج شيئاً منها بأن اشترىٰ حصّة أحدهما ، أو اشترىٰ شيئاً من حصّة أحدهما ، أو اشترىٰ بعضاً وشيئاً من حصّة كلّ منهما ، والجامع أنّ الزوج صار مالكاً لشيء منها ، بطل عقد النكاح ويحرم عليه ـأي علىٰ الزوجـ وطؤها ؛ لعدم التبعيض في أسباب النكاح ، فإنّ سبب جواز الوطء ـكما هو المستفاد من قوله تعالىٰ : ﴿**إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ**﴾[١]ـ : إمّا الزوجيّة ، وإمّا المملوكيّة ، وأُلحِق بهما التحليل ، كما في الروايات .

(٢) وهذه المرأة ليست بزوجة ولا مملوكة .

أمّا أنّها ليست بزوجة ؛ لعدم اجتماع الزوجيّة والمملوكيّة ، كما في النصوص .

وأمّا أنّها ليست بمملوكة ، فلأنّها مشتركة بين شخصين ، ولا يجوز وطء

---

(١) سورة المؤمنون ٢٣ : ٦ .

. . . . . .

الأمة المشتركة لأحد الشريكين ما لم يرض الشريك الآخر.

والذي يدلّ علىٰ عدم اجتماع الزوجيّة والمملوكيّة مطلقاً الروايات الدالّة علىٰ أنّه لا يجوز للمولىٰ أن يتزوّج بأمته إلّا أن يجعل عتقها مهرها[١].

ويدلّ عليه في خصوص المقام ـ أي شراء الزوج حصّة أحد الشريكين ـ موثّق سماعة قال: سألته عن رجلين بينهما أمة فزوّجاها من رجل، ثمّ إنّ الرجل اشترىٰ بعض السهمين؟

فقال: «حرمت عليه»[٢].

وبالإسناد عن سماعة مثله، إلاّ أنّه قال: «حرمت عليه باشترائه إيّاها؛ وذلك أنّ بيعها طلاقها، إلّا أن يشتريها من جميعهم»[٣].

وعن الشيخ في النهاية، والقاضي جواز وطؤها للزوج إذا رضي الشريك بالعقد[٤].

قال الشيخ في النهاية: وإذا تزوّج الرجل أمة بين شريكين ثمّ اشترىٰ

---

(١) **منها**: عن عبيد بن زرارة، أنّه سمع أبا عبدالله عليه السلام يقول: «إذا قال الرجل لأمته: اعتقكِ وأتزوّجكِ وأجعل مهركِ عتقكِ فهو جائز».
الكافي ٥: ٣/٤٧٦، وسائل الشيعة ٢١: ٩٦/٢٦٦٢١.
وأُنظر بقيّة أحاديث وسائل الشيعة ٢١: ٩٦ ـ ٩٨/٢٦٦٢٢ ـ ٢٦٦٢٨.

(٢) الكافي ٥: ٦/٤٨٤، تهذيب الأحكام ٨: ١٩٩/٦٩٩، وسائل الشيعة ٢١: ١٥٣/٢٦٧٦٩.

(٣) الكافي ٥: ٦/٤٨٤، تهذيب الأحكام ٨: ١٩٩/٦٩٩، وسائل الشيعة ٢١: ١٥٣/٢٦٧٧٠.

(٤) النهاية: ٤٨٠، المهذّب ٢: ٢١٩ ـ ٢٢٠.

. . . . . .

نصيب أحدهما حرمت عليه، إلّا أن يشتري النصف الآخر، أو يرضىٰ مالك نصفها بالعقد[١].

وقد وقع الكلام في المراد بالعقد:

قيل: إنّ المراد به عقد التزويج[٢]، كما هو ليس ببعيد، يعني إذا رضي مالك نصفها ـالشريك الآخرـ بعقد الزواج الواقع عليها فحينئذٍ يجوز للزوج وطؤها إذا اشترىٰ بعضهاً منها، وأمّا عقد الشراء فهو أجنبي عن الشريك؛ لأنّ الزوج إذا اشترىٰ بعضها من مالكه فرضاية المالك ـالشريك الآخرـ لا تؤثّر في صحّة البيع؛ لعدم تحقّق حقّ الشفعة في الأمة.

والحاصل: المالك الثاني أجنبي عن ذلك بالمرّة.

وقيل: إنّ المراد به عقد البيع للنصف الآخر، كما عن نكت النهاية للمحقّق[٣]، وذكر قدس سره أنّ (أو) في قوله: أو يرضىٰ من سهو الناسخ، أو بمعنىٰ الواو، واستبعد في الجواهر المعنىٰ الثاني؛ لما ذكرنا، ولكن ذكر أنّه أقرب من حمل هذا الكلام علىٰ ظاهره الذي لا ينبغي نسبته إلىٰ من له أدنىٰ معرفة بالفقه فضلاً عن شيخ الطائفة، واحتمل هو معنىٰ ثالثاً، وهو حمله علىٰ إرادة الرضا بالإباحة والتحليل[٤].

فالمراد من قوله أو يرضىٰ مالك نصفها بالعقد، أي عقد التحليل.

---

(١) النهاية: ٤٨٠.

(٢) كما في جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٠.

(٣) نكت النهاية ٢: ٣٥٠.

(٤) جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٠.

وهل يجوز له وطؤها إذا حلّلها الشريك ؟ قولان[١] ، أقواهما نعم ، للنصّ .

وكذا لا يجوز وطء من بعضه حرّ إذا اشترىٰ نصيب الرقّية ، لا بالعقد ولا بالتحليل منها[٢] .

---

(١) فيقع الكلام في أنّه هل يجوز وطؤها إذا حلّلها الشريك ؟

لا ريب في جواز الوطء بالتحليل كبرويّاً ، إنّما الكلام في أنّ التحليل هل يجري في الأمة المشتركة أم لا ؟

قيل : بعدم الجواز[١] ؛ لعدم الدليل علىٰ التلفيق ، فإنّ سبب الإباحة والتحليل لا يتبعّض .

وقيل : تحلّ ، وهو مروي صحيحاً ، كصحيح محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن جارية بين رجلين دبّراها جميعاً ثمّ أحلّ أحدهما فرجها لشريكه ؟

قال : « هو له حلال . . . »[٢] ، الحديث .

والرواية صحيحة صريحة في الجواز ، وقد عمل بها جماعة وليست ممّا أعرض عنه الأصحاب ، فلا موجب لرفع اليد عنها ، ويمكن حمل كلام الشيخ علىٰ ذلك ، كما صنعه في الجواهر[٣] .

(١) ثمّ إنّ المصنّف تعرّض لحكم آخر ذكر في الصحيحة ، وهو أنّه لا

---

(١) قاله ابن الجنيد علىٰ ما نقله العلّامة في المختلف ٧ : ٢٦٢ .

(٢) الكافي ٥ : ٤٨٢ / ٣ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٤٢ / ٢٦٧٤٢ .

(٣) جواهر الكلام ٣٠ : ٢٤١ .

نعم ، لو هاياها[١] فالأقوىٰ جواز التمتع بها في الزمان الذي لها ؛ عملاً بالنصّ الصحيح وإن كان الأحوط خلافه .

يجوز وطء من بعضه حرّ بالتحليل منها ، فإنّ الرجل إذا اشترىٰ نصيب الرقّية وكان النصف الآخر حرّاً ليست لها أن تحلّل نفسها لمن اشتراها ؛ لأنّ الحرّة لا يحلّ فرجها بالتحليل ولا تهب فرجها ولا تعيره ولا تحلّله ، كما في النصّ المذكور[١] .

(١) نعم ، لو هاياها[٢] علىٰ الزمان يجوز أن يعقد عليها متعة في الزمان المختصّ بها ؛ عملاً بالنصّ الصحيح قال عليه السلام ـ في النصّ المتقدّم ـ : «ولكن لها [أي للمدبّرة التي صار بعضها حرّاً وبعضها الآخر ملكاً] من نفسها يوم وللذي دبّرها يوم ، فإن أحبّ أن يتزوّجها متعة بشيء في اليوم الذي تملك فيه نفسها فيتمتّع منها بشيء قلّ أو كثر»[٣] .

ولكن تردّد فيه المحقّق في الشرائع ؛ لعدم جواز التبعيض في سبب التحليل[٤] ، وفي المقام يتبعّض ؛ لأنّ بعضها بالملك وبعضها بالتزويج ، ولكن ذلك لا يقاوم النصّ الصحيح .

---

(١) وهو صحيح محمّد بن قيس المتقدّم في الهامش الأسبق .

(٢) هاياه في الأمر مهاياة : وافقه ، هاياه في دار كذا بينهما : أي سكنها هذا مدّة وذاك مدّة ، وقيل : انتفع كلّ منها بقدر سهمه وحصّته . أقرب الموارد ٢ : ١٤١٢ «هاءَ» .

(٣) الكافي ٥ : ٤٨٢ / ٣ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٤٢ / ٢٦٧٤٢ .

(٤) شرائع الإسلام ٢ : ٥٣٤ .

فصل في الطوارئ

وهي : العتق ، والبيع ، والطلاق .

أمّا العتق : فإذا أُعتقت الأمة المزوّجة كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد[١] ، .....

---

(١) يقع الكلام فيما يطرأ على عقد الأمة المزوّجة ، وهو ثلاثة : العتق ، والبيع ، والطلاق .

أمّا العتق : فإذا أُعتقت الأمة المزوّجة ، فإن كانت تحت عبد كان لها فسخ نكاحها ولها الخيار ، بلا خلاف ولا إشكال ، ويدلّ عليه النصوص المعتبرة المستفيضة ، كصحيح الحلبي[١] ، وموثّق عبد الله بن سنان[٢] وغيرهما[٣] .

---

(١) وهو : عن الحلبي ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن أمة كانت تحت عبد فأُعتقت الأمة ؟ قال : « أمرها بيدها ، إن شاءت تركت نفسها مع زوجها ، وإن شاءت نزعت نفسها منه » .

قال : وذكر : « إنّ بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة وأعتقتها فخيّرها رسول الله صلى الله عليه وآله ، وقال : إن شاءت أن تقرّ عند زوجها ، وإن شاءت فارقته » .

الكافي ٥ : ٤٨٥ / ١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٦١ / ٢٦٧٩٠ .

(٢) وهو : عبدالله بن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام ـ في حديث ـ قال : سألته عن الرجل يُنكح عبده أمته ثمّ يعتقها ، تُخيّر فيه أم لا ؟

قال : « نعم ، تُخيّر فيه إذا أُعتقت » .

الكافي ٥ : ٤٨٦ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٣ / ١٤٠٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٦١ / ٢٦٧٨٩ .

(٣) كصحيحة محمّد بن مسلم قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن المملوكة تحت العبد ثمّ

بل مطلقاً وإن كانت تحت حرّ علىٰ الأقوىٰ[١] .

---

(١) وأمّا إذا كانت تحت حرّ ، فلا دليل علىٰ الخيار ، والأدلّة مختصّة بما إذا كانت تحت عبد ، فدليل لزوم عقد النكاح ووجوب الوفاء به وإمضائه محكّم ، ولا يرتفع إلّا بأسبابه المقرّرة في الشريعة ، كالطلاق والكفر .

ولكن ذهب جماعة ، بل المشهور إلىٰ عدم الفرق بين الحرّ والعبد ، وأنّها إذا أُعتقت لها الخيار سواء كانت تحت حرّ أو عبد[١] .

واستدلّوا بإطلاق بعض الأدلّة وروايات خاصّة ، ولو تمّ إطلاق بعض الروايات يكفينا في الحكم بعدم الفرق بين الحرّ والعبد ، والروايات المستفيضة وإن وردت في العبد ولكن ذلك لا يوجب الاختصاص بالعبد ؛ لأنّ ذلك من باب بيان المورد ، فلو صحّت الروايات المطلقة فلا مجال إلّا من العمل بها والحكم علىٰ طبقها ، ولكن هذه الروايات بأجمعها ضعيفة ، وقد عرفت غير مرّة أنّ الانجبار ممّا لا أساس له عندنا ، وهو مخدوش كبرىٰ وصغرىٰ .

أمّا الروايات المطلقة :

فمنها : خبر محمّد بن الفضيل ، عن أبي الصباح الكناني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « أيّما امرأة أُعتقت فأمرها بيدها ؛ إن شاءت أقامت معه ، وإن

تُعتق ؟

فقال : « تُخيّر ، فإن شاءت أقامت علىٰ زوجها ، وإن شاءت فارقته » .

تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٠٢/٣٤٣ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٧٩٥/١٦٣ .

(١) كما في الحدائق الناضرة ٢٤ : ٢٥٠ .

. . . . . .

شاءت فارقته»[١].

وهو ضعيف بمحمّد بن الفضيل؛ فإنّه لم يوثّق، ولم يثبت اتّحاده مع محمّد بن القاسم بن الفضيل الثقة، فتعبير صاحب الجواهر عنه بالصحيح[٢] في غير محلّه، كما أنّ ما حكاه في الحدائق عن الشهيد وصفه بالصحّة عجيب[٣].

ومنها: مرسل ابن بكير ـ الوارد في خصوص الحرّ ـ عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل حرّ نكح أمة مملوكة ثمّ أُعتقت قبل أن يطلقّها؟

قال: «هي أملك ببضعها»[٤].

وهو ضعيف بالإرسال.

ومنها: ما صرّح فيه بالتعميم بين الحرّ والعبد، كخبر محمّد بن آدم، عن الرضا عليه السلام، أنّه قال: «إذا أُعتقت الأمة ولها زوج خُيّرت، إن كانت تحت عبد أو حرّ»[٥].

وهو ضعيف أيضاً بالإرسال من الشيخ؛ إذ لم يذكر الواسطة بينه وبين محمّد بن آدم، وضعيف أيضاً بمحمّد بن آدم؛ فإنّه لم يوثّق.

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٤١/ ١٣٩٤، وسائل الشيعة ٢١: ١٦٣/ ٢٦٧٩٦.

(٢) جواهر الكلام ٣٠: ٢٤٤.

(٣) مسالك الأفهام ٨: ٣٣، وعنه في الحدائق الناضرة ٢٤: ٢٤٩.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٢/ ١٣٩٩، وسائل الشيعة ٢١: ١٦٤/ ٢٦٧٩٩.

(٥) تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٢/ ١٤٠٠، وسائل الشيعة ٢١: ١٦٤/ ٢٦٨٠٠.

والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع[١]. نعم، الحكم مخصوص بما إذا أُعتق كلّها، فلا خيار لها مع عتق بعضها على الأقوىٰ[٢].

ومنها: رواية أبي جميلة المصرّحة بما إذا كانت تحت عبد أو حرّ[١].

وهي ضعيفة بأبي جميلة مفضّل بن صالح؛ فإنّه ممّن ضعّفه النجاشي صريحاً[٢].

(١) ثمّ لا فرق بين النكاح الدائم والمنقطع؛ لأنّ موضوع الحكم للأمة المتزوّجة، ولا ريب في صدق عنوان الزواج أو النكاح علىٰ الدائم والمنقطع علىٰ حدّ سواء، فتوهّم اختصاص الحكم بالدائم لا وجه له أصلاً، خصوصاً بعد قوله عليه السلام: «أمرها بيدها»[٣].

فإنّ المستفاد منه: إنّ المرأة لها السلطنة علىٰ الفسخ، وذلك لا يفرق بين كون النكاح من الدائم أو المنقطع.

(٢) ولو عتق بعضها فلا خيار لها؛ لأنّ موضوع الحكم أن تكون الأمة معتقة وممّن أُعتقت، فإذا أُعتق بعضها لا يصدق عليها أنّها ممّن اعتقت، بل قسم منها مملوك، بل قوله عليه السلام: «أمرها بيدها» يدلّ علىٰ أنّ عتق البعض لا يكفي؛ لأنّ ما أُعتق بعضها لا يكون أمرها بيدها؛ لأنّ ذلك من خواصّ

---

(١) وهي: عن أبي جميلة، عن زيد الشحّام، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا أُعتقت الأمة ولها زوج خُيّرت، إن كانت تحت عبد أو حرّ».
تهذيب الأحكام ٧: ٣٤٢ / ١٤٠١، وسائل الشيعة ٢١: ١٦٤ / ٢٦٨٠١.

(٢) نبّه النجاشي علىٰ ضعفه عند ترجمة جابر بن يزيد، رجال النجاشي: ١٢٨ / ٣٣٢.

(٣) كما في صحيحة الحلبي المتقدّمة في بداية هذا الفصل.

نعم ، إذا أُعتق البعض الآخر أيضاً ـ ولو بعد مدّة ـ كان لها الخيار[١] .

الحريّة المحضة وهذه مختلطة بين الحريّة والرقّية .

(١) ثمّ إنّه لا فرق في ترتّب الحكم بين حصول العتق دفعيّاً أو تدريجيّاً ، ولا يختصّ الحكم بما إذا أُعتقت دفعة واحدة ، فلو أُعتق بعضها في زمان وأُعتق البعض الآخر بعد مدّة كان لها الخيار[١] .

وبالجملة : قد عرفت أنّ مقتضىٰ النصوص المعتبرة : إنّ الأمة إذا كانت متزوّجة بالعبد وأُعتقت فلا خيار لها ، وهنا صورة ثالثة ، وهي :

ما إذا كانت الأمة متزوّجة بالعبد وأُعتقا جميعاً ، فهل يثبت لها الخيار أم لا ، سواء كانا مملوكين لشخص واحد أو مملوكين لشخصين ؟

مقتضىٰ القاعدة الأوّليّة : عدم الخيار لها ؛ لأنّ في زمان حريّتها زوجها حرٌّ أيضاً ، وليس زمان تكون الزوجة حرّة والزوج عبداً ، فهذه الصورة غير مشمولة للنصوص ، فتلحق هذه الصورة بما إذا كان الزوج حرّاً ، ولكن ظاهر صحيح عبدالله بن سنان ثبوت الخيار لها ، قال : سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : «إذا أعتقت مملوكيك رجلاً وامرأته ، فليس بينهما نكاح» ، وقال : «إن أحبّت أن يكون زوجها كان ذلك بصداق»[٢] ، الحديث .

فإنّ الظاهر من قوله : «ليس بينهما نكاح» : عدم ثبوت النكاح اللازم ،

---

(١) كتب السيّد الشهيد قدس سره في هامش هذه الصفحة : الأحد ٢٥ جمادىٰ الأُولىٰ ١٤٠٢ ، ١ / ١ / ١٣٦١ش .

(٢) الكافي ٥ : ٤٨٦ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٤٣ / ١٤٠٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٦٥ / ٢٦٨٠٣ .

. . . . . .

وهو عبارة عن ثبوت الخيار لها ؛ لعدم إمكان الالتزام ببطلان النكاح ، فيحمل النفي علىٰ كون الزوج عبداً وثبوت الخيار لها ، وقد ورد نظير ذلك في باب خيار التأخير وأنّه «إن جاء بالثمن بينه وبين ثلاثة أيّام وإلّا فلا بيع له»[١] ، أو : «فلا بيع بينهما»[٢] ، مع أنّ البيع لا يبطل بالتأخير قطعاً .

والذي يدلّ علىٰ أنّ المراد بالنفي نفي اللزوم لا نفي أصل النكاح قوله : «إن أحبّت أن يكون زوجها [وتبقىٰ معه] كان ذلك بصداق» الذي أخذته ، ولو فرض بطلان النكاح وأنّه لا نكاح بينهما فلا معنىٰ لقوله عليه السلام : «إن أحبّت أن يكون زوجها» ؛ لأنّه إذا فرضنا أنّ عتقهما معاً يوجب نفي النكاح بينهما ، فالفراق يحصل بذلك أحبّت المرأة أو لم تحبّ ، ويؤيّد ما ذكرنا قوله في ذيل الرواية : سألته عن الرجل ينكح عبده أمته ثمّ يعتقها تخيّر فيه أم لا ؟

قال : «نعم ، تخيّر فيه إذا أُعتقت»[٣] .

---

(١) وهو : عن زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : الرجل يشتري من الرجل المتاع ثمّ يدعه عنده ، فيقول : حتّىٰ آتيك بثمنه ؟

قال : «إن جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيّام وإلّا فلا بيع» .

الكافي ٥ : ١٧٠ / ٤ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٨٨ / ٢١ ، وسائل الشيعة ١٨ : ٢١ / ٢٣٠٥٠ .

(٢) كما عن علي بن يقطين أنّه سأل أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يبيع البيع ولا يقبضه صاحبه ولا يقبض الثمن ؟

قال : «فإنّ الأجل بينهما ثلاثة أيّام ، فإنّ قبض بيعه وإلّا فلا بيع بينهما» .

تهذيب الأحكام ٧ : ٩٢ / ٢٢ ، الاستبصار ٣ : ٢٥٩ / ٧٨ ، وسائل الشيعة ١٨ : ٢٢ / ٢٣٠٥٢ .

(٣) الكافي ٥ : ٣ / ٤٨٦ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٠٤ / ٣٤٣ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٦١ / ٢٦٧٨٩ .

. . . . . .

فكأنّ السائل فهم من الجملة الأُولىٰ في صدر الرواية التخيير، ولذا يسأل عن أنّ التخيير يختصّ بما إذا أُعتقا جميعاً أو يجري فيما إذا أُعتقت الأمة وحدها، فأجاب الإمام عليه السلام بأنّ التخيير لا يختصّ بهذا الفرض، بل يجري في هذه الصورة أيضاً، وهي ما إذا أُعتقا جميعاً.

والحاصل: لا مانع من الالتزام بالخيار في مورد الصحيحة، ولو اشترط عليها عدم إعمال الخيار ينفذ الشرط؛ لأنّه شرط سائغ في نفسه ويشمله أدلّة لزوم الوفاء بالشرط.

نعم، لو اشترط عليها عدم ثبوت الخيار لها لا ينفذ؛ لأنّه شرط مخالف للسنّة، نظير ما لو اشترط علىٰ المرأة بأن لا ترث فيدخل في قوله: «شرط الله قبل شرطكم»[1]، هذا ما تقتضيه القاعدة.

ولكن صحيح سليمان بن خالد الواردة في المكاتبة دلّ علىٰ نفوذ مثل هذا الشرط وإن كان علىٰ نحو عدم ثبوت الخيار لها، فإنّ المستفاد منه: نفوذ الشرط حتّىٰ علىٰ نحو النتيجة في خصوص المقام وإن لم يرجع إلىٰ شرط الفعل والإعمال.

ففي صحيح سليمان بن خالد قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبة قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لكِ

(١) وهو: عن ابن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة تزوّجها رجل وشرط عليها وعلىٰ أهلها إن تزوّج عليها امرأة أو هجرها أو أتىٰ عليها سرية فإنّها طالق، فقال: شرط الله قبل شرطكم...».
تفسير العيّاشي ١: ٢٤٠ / ١٢١، وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٧ / ٢٧٠٨٣.

مسألة ١ : إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر[١] . وهل هو لمولاها ، أو لها ، أو تابع للجعل في العقد[٢] ؟ فإن جعل لها فلها ، وإلّا

أن أُعينكِ في مكاتبتكِ حتّىٰ تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لكِ الخيار علىٰ أبي إذا أنت ملكتِ نفسكِ ؟ قالت : نعم ، فأعطاها في مكاتبتها علىٰ أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك .

قال عليه السلام : «لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم»[١] .

وهذا الصحيح يكشف عن أنّ الحكم ليس بمطلق وإنّما الحكم يثبت ما لم يشترط ، نظير إرث المتمتّعة ، فإنّها لا ترث ما لم تشترط الإرث ، وإذا اشترطت ترث ، فليس ثبوت الإرث في المتعة أو عدم ثبوت الخيار في المقام مخالفاً للسنّة ، وليس فيه تغيير وتبديل ، وإنّما الحكم من الأوّل مقيّد بعدم الاشتراط ، نظير جواز الإحرام قبل الميقات بالنذر ، فإنّ الإحرام قبل الميقات وإن كان غير جائز في نفسه ولكن إنّما لا يجوز إذا لم ينذر الإحرام قبل الميقات ، وإلّا فيصحّ الإحرام قبل الميقات بالنذر ، فالحكم مقيّد من الأوّل بعدم النذر أو بعد الاشتراط ، فلا يكون اشتراط عدم الخيار مخالفاً للسنّة .

(١) لا ريب في استحقاق المهر واستقراره بتمامه بالدخول ، وإنّما الكلام فيمن يأخذه ويستحقّه .

(٢) فنقول : إنّ جعله للمولىٰ في العقد فهو وإن أطلق فهو للمولىٰ أيضاً ؛ لأنّه من منافع المملوك ومنافعه للمولىٰ ، وإن جعل للمملوك فهو له

---

(١) الكافي ٦ : ١٨٨ / ١٣ ، تهذيب الأحكام ٨ : ٢٦٩ / ٩٧٩ ، وسائل الشيعة ٢٣ : ١٥٥ / ٢٩٢٩٩ .

فله ، ولمولاها في الصورة الأُولىٰ تملّكه كما في سائر الموارد ؛ إذ له تملّك مال مملوكه بناءً علىٰ القول بالملكيّة ، لكن هذا إذا كان قبل انعتاقها ، وأمّا بعد انعتاقها فليس له ذلك[١] .

وإن كان قبل الدخول[٢] ففي سقوطه ، أو سقوط نصفه ، أو عدم سقوطه أصلاً وجوه ، أقواها الأخير ، وإن كان مقتضىٰ الفسخ الأوّل ، وذلك لعدم معلوميّة كون المقام من باب الفسخ ؛ لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة ، والقياس علىٰ الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له .

بناءً علىٰ جواز ملكيّة العبد والأمة .

نعم ، للمولىٰ انتزاعه عن المملوك .

(١) وأمّا إذا أُعتقت الأمة ، فلا يمكن للمولىٰ انتزاع المهر منها ، فجواز تملّك المولىٰ المهر إنّما هو قبل العتق ، وأمّا بعده فلا تملّك في البين جزماً ، هذا بعد الدخول .

(٢) وأمّا قبله ، فمن حيث المهر ما تقدّم ، فهل يملك المولىٰ المهر أو الأمة ، يتبّنىٰ علىٰ ما تقدّم من كونه تابعاً للجعل في العقد ، وإذا اختارت الفراق قبل الدخول ، فهل يثبت تمام المهر ، أو يسقط بتمامه ، أو يسقط نصفه ؟ وجوه ، اختار في المتن عدم السقوط أصلاً .

والذي ينبغي أن يقال : إنّ الفسخ في العقد يرفع أثر العقد من الأوّل ، وكأنّه لم يقع العقد فلا يؤثّر أثره أصلاً ويرجع العوض بتمامه إلىٰ صاحبه ، وكذلك المعوّض ، فإنّ الفسخ يوجب قلب العقد ويرجع العوض والمعوّض إلىٰ محلّهما .

. . . . . .

وأمّا بطلان العقد، فهو رفعه بقاءً ومن حين وجود سبب البطلان، كالطلاق، فإنّه يرفع العقد حين صدور الطلاق، وكالرضاع الحاصل الموجب لرفع عقد النكاح من حين صدور الرضاع بشرائطه، كما إذا أرضعت الجدّة من قبل الأُمّ ولد بنتها، فإنّه يوجب حرمة البنت علىٰ زوجها؛ لما ثبت أنّ أبا المرتضع لا ينكح في أولاد صاحب اللبن، وأمّا نزعها من الزوجيّة فلم يثبت أنّه كالفسخ، بل إنّما الثابت أنّ لها السلطنة علىٰ زوال زوجيّتها، وهو كالطلاق من الزوج، فإنّ الزوج كما له السلطنة علىٰ زوال الزوجيّة بالطلاق، كذلك المرأة المعتقة لها السلطنة علىٰ زوال زوجيّتها بالفسخ، فلا يوجب لسقوط المهر بالمرّة، كما في الفسخ، فإنّ مجرّد زوال النكاح بسبب من الأسباب ليس من باب الفسخ، بل هو نظير باب بطلان النكاح لوجود مانع منه، نظير النكاح لوجود مانع منه، نظير الرضاع الذي يوجب بطلان النكاح.

وأمّا تنصيف المهر، فالمفروض أنّ الزوجة تملك تمام المهر بمجرّد العقد لا أنّها تملك النصف، بل الصحيح: إنّ العقد سبب لملكيّة الزوجة تمام المهر، غاية الأمر يستقرّ تمام المهر بالدخول، وإذا طلّقها قبل الدخول يرجع الزوج إليها في النصف، كما دلّت عليه الكتاب العزيز[1] والنصوص، ولا دليل على التنصيف في غير الطلاق، وإنّما الذي يوجب التنصيف إنّما هو الطلاق.

فتحصّل: إنّ أقوىٰ الوجوه: عدم سقوط المهر أصلاً؛ لما عرفت من

---

(١) في قوله تعالىٰ: ﴿**وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ**﴾، سورة البقرة ٢: ٢٣٧.

مسألة ٢ : إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده ، فإن كان المهر جعل لها فلها .

وإن جعل للمولىٰ ، أو أطلق ، ففي كونه لها أو له قولان ، أقواهما الثاني [١] ؛ لأنّه ثابت بالعقد ، وإن كان يستقرّ بالدخول ، والمفروض أنّها كانت أمة حين العقد .

أنّه لا يوجب للسقوط ولا للتنصيف ، وقد تعرّض لنظير هذه المسألة في المسألة السابعة من الفصل السابق ، وهي ما إذا اشترت العبد زوجته ، فيبطل النكاح ، فإنّ كان قبل الدخول ذكر الوجوه الثلاثة بالنسبة إلىٰ المهر ، ولم يرجّح أحدها علىٰ الآخر ، وفي المقام قوّىٰ عدم السقوط بالمرّة ، وهو الصحيح ، كما عرفت[١] .

(١) حاصل ما تقدّم من الصور المذكورة أنّ العتق إذا كان بعد الدخول ، فلا ريب في استقرار تمام المهر ، وإن كان العتق قبل الدخول ، فإنّ رضيت المرأة البقاء مع زوجها ، فلا كلام ، وإن فسخت العقد قبل الدخول ، فهل يسقط تمام المهر ، أو نصفه ، أم لا يسقط شيء منه ؟ وجوه ، والصحيح هو الأخير .

وأمّا إذا كان العتق قبل الدخول ولكن فسخت العقد بعد الدخول ، فلا ريب أيضاً في استقرار المهر بالدخول ، فإن كان المهر جعل للأمة فلها ، وإن جعل للمولىٰ أو طلّق ، ففي كونه للأمة أو للمولىٰ قولان ، وقد جعل في المتن هذه المسألة مبتنية علىٰ أنّ استحقاق المهر بالعقد أو بالدخول .

---

(١) في المسألة « ٧ » من فصل في نكاح العبيد والإماء .

مسألة ٣: لو كان نكاحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر فالظاهر أنّ حاله حال ما إذا عيّن في العقد، وإن كان بتفويض البضع [١]، .....

فإن قلنا باستحقاق المهر بالعقد وأنّه يثبت بالعقد وإن كان يستقرّ بالدخول ـ كما هو الصحيح ـ يكون المهر للمولىٰ؛ لأنّه حين العقد كانت الزوجة أمة ومالها للمولىٰ.

وإن قلنا باستحقاق المهر بالدخول، يكون المهر للمرأة؛ لأنّه قبل الدخول لا تملك المرأة المهر، وبعد الدخول تكون حرّة وهي تملك المهر.

ولكن الصحيح: الوجه الأوّل؛ لما ثبت في محله أنّ العقد سبب ملكيّة المهر، والدخول إنّما سبب لاستقرار تمام المهر.

(١) النكاح بالتفويض: قد يتحقّق بتفويض المهر، وقد يتحقّق بتفويض البضع.

أمّا الأوّل: فهو ما يذكر المهر في العقد ويفوّض تعيينه إلىٰ شخص آخر سواء كان نفس الزوج أو شخص آخر أجنبي أو من بيده أمر النكاح من الوليّ ونحوه، والظاهر أنّ حكمه حكم التعيين في العقد.

وأمّا الثاني: وهو التفويض بالبضع، بمعنىٰ العقد وإخلائه عن المهر وأن لا يذكر المهر في العقد لا إجمالاً ولا تفصيلاً، فإنّ المتسالم عليه عند الأصحاب صحّة العقد مع إخلائه عن المهر، كما تدلّ عليه الآية الكريمة، فإن لم يدخل بها وطلّقها في هذه الحال، فيعطيها شيئاً من المال، كما في قوله تعالىٰ: ﴿**لاَ جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَاءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ**

فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين[1] فحاله حال ما إذا عيّن حين العقد ، وإن كان قبل الدخول فالظاهر أن المهر لها ؛ لأنّه يثبت حينئذٍ بالدخول ، والمفروض حريّتها حينه .

تَفْرِضُوا﴾[1] ، يعني : لا جناح عليكم في طلاق النساء قبل الدخول ، وكذلك يجوز طلاقهنّ إذا لم يفرضوا لهنّ فريضة ومهراً ، لكن إذا طلّقها قبل الدخول ولم يذكر لها مهراً يعطي لهنّ شيئاً من المال ؛ لقوله تعالىٰ : ﴿**وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ**﴾ ، وإن لم يدخل بها ، فعليه مهر المثل ، هذا في غير الأمة المعتقة .

(١) وأمّا إذا كانت الزوجة أمة فأُعتقت ، والمفروض أنّه لم يذكر المهر في العقد ، بل كان النكاح بتفويض البضع ، وفرضنا أنّه لم يدخل بها ، فلا مهر لها ؛ لأنّ المهر يثبت بأحد أمرين : أمّا الدخول ، وأمّا ذكره في العقد ، ولم يثبت شيء منهما .

والحاصل : إذا كان نكاح الأمة بتفويض البضع وأُعتقت بعد الدخول أو بعد التعيين ، فحال المهر حاله مع التعيين حال العقد .

والصحيح في عبارة المتن أن يكون العطف بـ : «أو» لا «الواو» ، ولعلّ ما في المتن غلط من النسّاخ ، فالمعنىٰ أنّه مع الدخول أو مع التعيين قبل الدخول يكون حال المهر حاله مع التعيين حال العقد .

وبالجملة : لو دخل بها قبل اختيار الفراق فالمهر لها ، وأمّا إذا اختارت

---

(١) سورة البقرة ٢ : ٢٣٦ .

مسألة ٤: إذا كان العتق في العدّة الرجعيّة فالظاهر أن الخيار باقٍ[١]، فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذٍ، وإن اختارت البقاء بقي له حقّ الرجوع، ثمّ إذا اختارت الفسخ لا تتعدّد العدّة، بل يكفيها عدّة واحدة، ولكن عليها تتميمها عدّة الحرّة[٢].

الفراق قبل الدخول فلا مهر لها؛ لعدم المقتضي له لا العقد؛ لأنّ المفروض عدم ذكر المهر في العقد ولا الدخول.

(١) لا ريب في أنّ الأمة المتزوّجة إذا أُعتقت يثبت لها الخيار، فإن شاءت تبقىٰ مع زوجها، ومتىٰ شاءت نزعت نفسها من الزوجيّة.

وكذلك لا ريب في شمول هذا الحكم لما إذا أُعتقت في أيّام العدّة الرجعيّة؛ لأنّ المعتدّة بالعدّة الرجعيّة:

أمّا زوجة حقيقة، كما مرّ منّا مراراً، وذكرنا أنّ الطلاق إنّما يؤثّر بعد انقضاء أيّام العدّة، فالخيار لها باق ولا يستحق الزوج الرجوع إليها إذا اختارت الفسخ، وإن اختارت البقاء بقي له حقّ الرجوع.

وأمّا هي زوجة حكماً، كما التزم بها المشهور، فتجري عليها جميع أحكام الزوجيّة إجماعاً.

(٢) ثمّ إذا اختارت الفسخ لا تعتدّ بعدّتين، بل يكفيها الاعتداد بعدّة واحدة، غاية الأمر تنقلب عدّتها إلىٰ عدّة الحرّة؛ لكونها صارت حرّة، وقد دلّت علىٰ ذلك النصوص، ففي صحيحة جميل وهشام، عن أبي عبدالله عليه السلام في أمة طلّقت ثمّ أُعتقت قبل أن تنقضي عدّتها؟

. . . . . .

قال : «تعتدّ بثلاث حيض . . .»[١] ، الحديث .

ولا يخفىٰ أنّ نظره ومراده قدس سره من الاعتداد بعدّة واحدة ليس هو التداخل بين عدّتي الفسخ والطلاق ، بل نظره قدس سره من هذا الكلام انقلاب عدّتها إلىٰ عدّة الحرّة ، كما هو المتسالم عليه ودلّت عليه النصوص أيضاً[٢] ؛ إذ ليس في المقام سببان للعدّة حتّىٰ يقال بالتداخل ، فإنّ الفسخ في المقام ليس سبباً للعدّة ، فإنّ العدّة إنّما تثبت بالدخول حتّىٰ إذا كان عن شبهة .

نعم ، لو فسخ العقد والحال كون المرأة زوجته ولم يطلّقها ، وجب الاعتداد منه ، كالفسخ في موارد العيوب[٣] بعد الدخول .

وأمّا الفسخ في أثناء العدّة ، ولو كانت رجعيّة وبعد تطليقها ، فلا دليل علىٰ الاعتداد منه .

وبالجملة : حيث إنّها صارت حرّة تنقلب عدّتها إلىٰ عدّة الحرّة ، كما في النصوص .

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٥٤٣ / ٤٨٧٢ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٢٧٢ / ٢٨٥٧٥ .

(٢) كما عن جميل ، عن أبي عبدالله عليه السلام في أمة كانت تحت رجل فطلّقها ثمّ أُعتقت ؟ قال : «تعتدّ عدّة الحرّة» .

تهذيب الأحكام ٨ : ١٣٥ / ٤٧٠ ، الاستبصار ٣ : ٣٣٥ / ١١٩٦ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٢٧٣ / ٢٨٥٧٧ .

(٣) كما عن أبي عبيدة ، عن أبي جعفر عليه السلام ـ في حديث ـ قال : «إذا دلّست العفلاء والبرصاء والمجنونة والمفضاة ومن كان بها زمانة ظاهرة فإنّها تردّ علىٰ أهلها من غير طلاق . . .» .

الكافي ٥ : ٤٠٨ / ١٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٠٨ / ٢٦٩٠٩ .

وإن كانت العدّة بائنة فلا خيار لها ، علىٰ الأقوىٰ[١] .

مسألة ٥ : لا يحتاج فسخها إلىٰ إذن الحاكم[٢] .

---

(١) ثمّ ذكر في المتن ـ تبعاً للجواهر[١] ـ : إنّ العدّة إذا كانت بائنة فلا خيار لها علىٰ الأقوىٰ .

أقول : الظاهر أنّه لا معنىٰ لجريان الخيار في البائنة أصلاً ؛ لأنّها ليس بزوجة حتّىٰ يكون لها الخيار وليس لها أن تنزع نفسها عن الزوجيّة ؛ لأنّه تحصيل للحاصل ، فإنّ البينونة حاصلة وإن لم تفسخ ، فلا حاجة إلىٰ قوله : علىٰ الأقوىٰ المشعر بإمكان جريان الخيار فيها ، وصاحب الجواهر وإن ذكر هذا الفرع لكن علىٰ نحو إرسال المسلّم ، وغرضه التنبيه علىٰ أنّ الخيار الثابت يجري في الزوجة والمعتدّة بالعدّة الرجعيّة .

(٢) إذ لا مورد له أصلاً ، فإنّ كلّ عقد إذا توقّف علىٰ إذن الغير لا يتوقّف إذنه وإعمال خياره إلىٰ إذن الحاكم ، فإنّ ذلك حكم شرعي يتوقّف علىٰ إذن من له الإذن ، نظير اعتبار صحّة العقد علىٰ بنت الأخ ، أو الأُخت علىٰ إذن العمّة والخالة ، فإنّ إذن العمّة أو الخالة غير منوط علىٰ إذن الحاكم ، فإنّ ذلك من الأحكام الثابتة للمرأة .

ولعلّ ما ذكره إشارة إلىٰ خلاف بعض الشافعيّة القائل بالحاجة إلىٰ إذن الحاكم[٢] .

---

(١) جواهر الكلام ٣٠ : ٢٤٧ .

(٢) كما نسب ذلك صاحب الجواهر ٣٠ : ٢٤٨ ، وانظر المغني لابن قدامة ٧ : ٥٩٦ .

مسألة ٦ : الخيار علىٰ الفور ـ علىٰ الأحوط ـ فوراً عرفيّاً[١] . نعم ، لو كانت جاهلة بالعتق ، أو بالخيار ، أو بالفوريّة ، جاز لها الفسخ بعد العلم ، ولا يضرّه التأخير حينئذٍ .

---

(١) إنّما احتاط في فوريّة الخيار لشبهة وجود الإجماع عليها فيما إذا كانت عالمة

وأمّا إذا كانت جاهلة بالعتق ، أو بالخيار ، أو كانت جاهلة بالفوريّة ، فلا إجماع في البين ، فيجوز لها الفسخ بعد العلم ، ولا يضرّه التأخير حينئذٍ .

ولكن الظاهر عدم فوريّته .

وتوضيح ذلك : إنّه وقع الكلام ـ علىٰ تفصيل في محلّه ـ : إنّه لو ورد عام ومخصّص زماني ، كما في قوله تعالىٰ : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[١] وقام دليل علىٰ الخيار ، فبالنسبة إلىٰ الزمان الأوّل المتّصل بالعقد لا ريب في ثبوت الخيار ، وأمّا في الزمان الثاني ، فهل يستصحب حكم المخصّص ، أو يرجع إلىٰ العام ؟ فيه خلاف وكلام طويل .

هذا ، ولكن مقامنا لا يدخل تحت هذه الكبرىٰ ؛ لأنّ ذلك البحث إنّما هو فيما إذا لم يكن للمخصّص عموم أو إطلاق ؛ لأنّ إطلاق الدليل الخاصّ أو عمومه يقدّم علىٰ عموم العام ولا تصل النوبة إلىٰ استصحاب حكم المخصّص ، ومقامنا كذلك ؛ لأنّ ما دلّ علىٰ الخيار مطلق لم يقيّد بالزمان الأوّل أو الثاني ، فإنّ موضوع الحكم عتق المرأة المزوّجة وأنّها متىٰ أُعتقت

---

(١) سورة المائدة ٥ : ١ .

مسألة ٧: إذا كانت صبيّة أو مجنونة فالأقوىٰ أنّ وليّها يتولّىٰ خيارها[١].

يثبت لها الخيار، ولم يقيّد في الأدلّة بالفوريّة.

(١) يمكن تصوير المسألة إلىٰ صورتين:

الأُولىٰ: ما إذا لم تستلزم المفسدة من الفسخ أو من عدم إعمال الخيار ولا تفوت مصلحة من الصبيّة، كما إذا كانت الصبيّة قريبة البلوغ جدّاً وتختار لنفسها ما تشاء بعد زمان قصير، أو كانت مجنونة إدواريّاً ولكن لها أن تختار لنفسها ما تشاء في أيّام إفاقتها، ففي هذه الصورة لا دليل علىٰ الولاية للوليّ.

والظاهر أنّ المصنّف قدس سره غير ناظر إلىٰ هذه الصورة.

الصورة الثانية: ما إذا احتمل الوقع في المفسدة أو احتمل تفويت المصلحة العظيمة عن الصبيّة، فالظاهر ثبوت الولاية للوليّ في هذه الصورة لأجل التحفّظ علىٰ حقوق المسلمين وعدم جواز تضييعها، فإنّه وإن لم يرد نصّ بالخصوص في ثبوت الولاية في خصوص المقام، ولكن يمكن استفادة الولاية من مجموع الروايات وضمّ بعضها إلىٰ بعض، فإنّ المستفاد من بعض الروايات الدالّة علىٰ حرمة مال المسلم وأنّ حرمته كحرمة دمه[١] حرمة عرضه

---

(١) كما في وصيّة النبيّ صلى الله عليه وآله لأبي ذرّ: «... يا أبا ذر، سباب المسلم فسوق، وقتاله كفر، وأكل لحمه من معاصي الله، وحرمة ماله كحرمة دمه...».
الأمالي للشيخ الطوسي: ٥٣٧، وسائل الشيعة ١٢: ٢٨٠ / ١٦٣٠٨.
ومنها: عن أبي بصير، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: سباب المؤمن فسوق، وأكل لحمه معصية الله، وحرمة ماله كحرمة دمه».
الكافي ٢: ٣٥٩ / ٢، وسائل الشيعة ١٢: ٢٨١ / ١٦٣١١.

. . . . . .

أيضاً[١]، فإنّ العرض أولىٰ من المال بلا ريب، فإنّ بقاء الحرّة تحت زوجيّة العبد ربّما يكون كسراً لشأنها وخلافاً لشؤنها واحترامها، وربّما تفوت منه مصلحة عظيمة في التزويج بالحرّ ونحو ذلك من الشؤون والاعتبارات التي تكون مراعاتها أهم من المال.

وبالجملة: المستفاد من هذه النصوص: إنّ العرض أيضاً حقّ محترم تجب مراعاته، بل هو أولىٰ من المال، ويستفاد من روايات أُخر معتبرة أنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد ويلزم مراعاته والتحفّظ عليه، ففي معتبرة يزيد الكناسي: «ولا تبطل حقوق المسلمين بينهم»[٢].

وفي موثّق سماعة: «لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد»[٣].

---

(١) لا يخفىٰ أنّ كلمة العرض ـ كما ذكرنا ـ لم ترد في الروايات المعتبرة، وإنّما وردت في بعض المراسيل عن الحسين بن سعيد الأهوازي في كتاب المؤمن: عن الصادق عليه السلام قال: «قال النبيّ صلى الله عليه وآله: المؤمن كلّه حرام عرضه وماله ودمه».
المؤمن: ٧٢ / ١٩٩، مستدرك الوسائل ٩: ١٣٦ / ١٠٤٧٨.

(٢) وهي كاملة: عن يزيد الكناسي، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «الجارية إذا بلغت تسع سنين ذهب عنها اليتم، وزوّجت، وأُقيمت عليها الحدود التامّة لها وعليها».
قال: قلت: الغلام إذا زوّجه أبوه ودخل بأهله وهو غير مدرك، أتقام عليه الحدود علىٰ تلك الحال؟
قال: «أمّا الحدود الكاملة التي يؤخذ بها الرجال فلا، ولكن يُجلد في الحدود كلّها علىٰ مبلغ سنّه، ولا تبطل حدود الله في خلقه، ولا تبطل حقوق المسلمين بينهم».
الكافي ٧: ٢ / ١٩٨، وسائل الشيعة ٢٨: ٢٠ / ٣٤١١٦.

(٣) وهو كاملاً: عن سماعة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن شهادة أهل الذمّة؟

مسألة ٨: لا يجب علىٰ الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها[١].

مسألة ٩: ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها، أو آذنها فاختارت هي زوجاً برضاها[٢]، ولكن يمكن دعوىٰ انصراف الأخبار إلىٰ صورة مباشرة المولىٰ بلا اختيار منها.

وبالجملة: المستفاد من هذه النصوص: لزوم مراعاة حقّ المسلمين وعدم جواز تضييعه وجعله هدراً، فإذا دار الأمر في القيام بذلك بين الولي وغيره، فلا إشكال أنّ الوليّ هو المتعيّن.

(١) لعدم الدليل علىٰ لزوم إخبارها، وكذلك لا يجب علىٰ الولي أو الأجنبي، كما لا يجب إعلامها بأنّ لها الخيار، فإنّ ثبوت الخيار لها حكم شرعي ثابت لها، وعليها أن تتعلّم الأحكام الشرعيّة، ولا يجب علىٰ أحد إعلامها بذلك.

(٢) لا فرق في ثبوت الخيار لها بين كون المباشر للتزويج هو المولىٰ، أو نفس الأمة بإذن المولىٰ لإطلاق الأخبار[١]؛ لأنّ موضوع الحكم: الأمة

﴿ قال: فقال: «لاتجوز إلّا علىٰ أهل ملّتهم، فإن لم يوجد غيرهم جازت شهادتهم علىٰ الوصيّة؛ لأنّه لا يصلح ذهاب حقّ أحد».

الكافي ٧: ٢/٣٩٨، وسائل الشيعة ٢٧: ٣٩٠/ ٣٤٠٣١.

(١) كصحيحة الحلبي، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن أمة كانت تحت عبد فأُعتقت الأمة؟ قال: «أمرها بيدها، إن شاءت تركت نفسها مع زوجها، وإن شاءت نزعت نفسها منه». ﴾

مسألة ١٠: لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها، فالظاهر صحّته[١].

المزوّجة، ودعوىٰ انصراف الأخبار إلىٰ صورة مباشرة المولىٰ بلا اختيار منها غير مسموعة، ولم يعلم وجه الانصراف ولو كان بدويّاً.

(١) قد تقدّم شرح هذه المسألة[١]، ولا نعيد.

وحاصل ما ذكرنا هناك: إنّ الشرط قد يكون علىٰ نحو شرط النتيجة بأن لا يكون لها خيار وتكون مسلوبة الاختيار، وهذا النحو من الاشتراط محكوم بالبطلان؛ لأنّه مخالف للسنّة، ولكن يستفاد من صحيحة سليمان بن خالد[٢] الواردة في المكاتبة: إنّ الخيار مشروط بعدم اشتراط سقوطه، ولو اشترط عدمه لم يثبت الخيار، نظير عدم إرث المتمتّعة مشروط بعدم اشتراط إرثها، فعليه لا مانع من الاشتراط، وقد يكون علىٰ نحو الإعمال الخارجي، فلا إشكال في نفوذه؛ لأنّه أمر سائغ في نفسه.

إنّما الكلام في أنّه إذا خالفت الشرط وفسخت، فهل ينفذ فسخها أم

قال: وذكر: «إنّ بريرة كانت عند زوج لها وهي مملوكة فاشترتها عائشة وأعتقتها فخيّرها رسول الله ﷺ، وقال: إن شاءت أن تقرّ عند زوجها، وإن شاءت فارقته».
الكافي ٥: ٤٨٥ / ١، وسائل الشيعة ٢١: ١٦١ / ٢٦٧٩٠.

(١) في بداية هذا الفصل.

(٢) وهي: عن سليمان بن خالد قال: سألته عن رجل كان له أب مملوك، وكانت لأبيه امرأة مكاتبة قد أدّت بعض ما عليها، فقال لها ابن العبد: هل لكِ أن أُعينكِ في مكاتبتكِ حتّىٰ تؤدّي ما عليك بشرط أن لا يكون لكِ الخيار علىٰ أبي إذا أنت ملكتِ نفسكِ؟ قالت: نعم، فأعطاها في مكاتبتها علىٰ أن لا يكون لها الخيار عليه بعد ذلك.
قال عليه السلام: «لا يكون لها الخيار المسلمون عند شروطهم».
الكافي ٦: ١٣/١٨٨، تهذيب الأحكام ٨: ٩٧٩/٢٦٩، وسائل الشيعة ٢٣: ١٥٥/ ٢٩٢٩٩.

مسألة ١١ : لو أُعتق العبد لا خيار له[١] ولا لزوجته[٢] .

لا ؟ الظاهر هو النفوذ وإن ارتكبت محرّماً ، فإنّ الشرط يوجب علىٰ المشروط عليه لزوم العمل ، فهو تكليف محض ولا موجب لسلب القدرة عنه بالنسبة إلىٰ الحكم الوضعي ، كما لو اشترط عدم بيع داره فباع داره ، فإنّه ينفذ بيعه وإن فعل حراماً ، فالفسخ نافذ ، ولكن ارتكتب أمراً محرّماً ؛ لأنّها خالفت ما وجب عليها بالشرط .

(١) أمّا بالنسبة إلىٰ العبد ، فلعدم المقتضي ثبوتاً وإثباتاً .

أمّا ثبوتاً ، فلعدم الدليل ؛ لأنّه منحصر بصورة عتق المرأة المتزوّجة .

وأمّا إثباتاً ، فلأنّه لا يفوت منه شيء لو لم يكن له خيار ، ولا يلزم عليه شيء ، وله أن يطلّقها ولا ينحصر الفراق بالفسخ ، ونُسب إلىٰ ابن الجنيد ثبوت الخيار له قياساً علىٰ الأمة[١] ، وعن ابن حمزة ثبوت الخيار له إذا كان المولىٰ قد أكرهه علىٰ النكاح[٢] .

أمّا عن ابن الجنيد ، فضعفه ظاهر ؛ إذ القياس ليس بحجّة عندنا .

وأمّا عن ابن حمزة ، ففيه : إنّه لو كان مكرهاً حين العقد والعبوديّة لكان موجباً للبطلان ، علىٰ أنّ كراهة العبد لا أثر لها ؛ لأنّ كراهته علىٰ الحقّ لا الباطل ، فإنّ المفروض أنّ المولىٰ له إنكاح العبد بدون رضاه .

(٢) وأمّا بالنسبة إلىٰ الزوجة ، فلا مورد للخيار لها ؛ لأنّ مقامها صار

---

(١) عنه العلّامة في المختلف ٧ : ٢٦٥ .

(٢) الوسيلة : ٣٠٥ .

مسألة ١٢: لو كان عند العبد حرّة وأمتان، فأُعتقت إحدىٰ الأمتين[١]، فهل لها الخيار أو لا؟ وجهان.

وعلىٰ الأوّل إن اختارت البقاء، فهل يثبت للزوج التخيير أو يبطل

أعظم لأجل حريّة زوجها، فإذا رضيت به عبداً فأولىٰ أن ترضىٰ به حرّاً، ويدلّ علىٰ ذلك خبر عليّ بن حنظلة[١]، وصحيح أبي بصير[٢].

(١) لا يخفىٰ أنّه لا يجوز للعبد أن يجمع بين حرّتين وأمة، وإنّما يجوز له أن يتزوّج بأمتين وحرّة، وعليه لو كان عنده حرّة وأمتان فأُعتقت إحدىٰ الأمتين يكون العبد قد جمع بين حرّتين وأمة.

فإن قلنا بعدم الخيار لها، فالجمع بين حرّتين والأمة حاصل.

ولو قلنا بثبوت الخيار لها ففسخت، فلا كلام، وإن اختارت البقاء استلزم الجمع بين حرّتين وأمة، فلابدّ من العلاج.

---

(١) وهو: عن عليّ بن حنظلة، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل زوّج أُمّ ولد له من عبد فأُعتق العبد بعد ما دخل بها، هل يكون لها الخيار؟

قال: «لا، قد تزوّجته عبداً ورضيت به، فهو حين صار حرّاً أحقّ أن ترضىٰ به».

تهذيب الأحكام ٧: ١٤٠٥/٣٤٣، وسائل الشيعة ٢١: ١٦٦/ ٢٦٨٠٥.

(٢) وهو: عن أبي بصير -يعني المرادي-، عن أبي عبدالله عليه السلام في العبد يتزوّج الحرّة ثمّ يعتق فيصيب فاحشة؟

قال: فقال: «لا يُرجم حتّىٰ يواقع الحرّة بعد ما يعتق».

قلت: فللحرّة الخيار عليه إذا أُعتق؟

قال: «لا، قد رضيت به وهو مملوك، فهو علىٰ نكاحه الأوّل».

الكافي ٥: ١/ ٤٨٧، وسائل الشيعة ٢١: ١٦٥/ ١٦٨٠٤.

نكاحها ؟ وجهان ، وكذا إذا كان عنده ثلاث أو أربع إماء[١] فأُعتقت إحداها ، ولو أُعتق في هذا الفرض جميعهنّ دفعة ، ففي كون الزوج مخيّراً وبعد اختياره يكون التخيير للباقيات ، أو التخيير من الأوّل للزوجات فإن اخترن البقاء فله التخيير ، أو يبطل نكاح الجميع ، وجوه .

---

(١) وذكر قدس سره : **وكذا إذا كان عنده ثلاث أو أربع إماء .**

ولا يخفىٰ أنّ قوله : ثلاث ، أمّا من سهو القلم أو فيه سقط في العبارة ؛ لأنّه إذا أُعتقت واحدة منها فلا مانع من الجمع بينها وبين الأمتين الباقيتين ، حيث إنّه من الجمع بين حرّة وأمتين .

ويمكن أن يكون في العبارة سقط ، كقوله : فأُعتقت اثنتان منها ، فإنّه إذا أُعتق اثنتان منها كان قد جمع بين حرّتين وأمة ، وذلك لا يجوز للعبد .

وكيف كان إذا استلزم عتق إحدىٰ الإماء اللاتي عنده الجمع بين ما لا يجوز الجمع عنده لا بدّ من العلاج ، حيث إنّ الممنوع الجمع بين هذه الزوجات لا كلّ واحدة واحدة منها ، فإنّ التزويج بكلّ واحدة واحدة منها لا مانع منه ، وإنّما الممنوع الجمع بين الزوجات ، فلا بدّ من العلاج .

أمّا العلاج بالتخيير ، فغير ثابت في المقام ؛ لعدم الدليل عليه ، وما ورد من التخيير في مجوسي أسلم وله سبع نسوة[١] حكم خاص بمورده لا يمكن

---

(١) وهي : معتبرة عقبة بن خالد : في مجوسي أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه ، كيف يصنع ؟

قال : « يمسك أربعاً ويطلّق ثلاثاً » .

الكافي ٥ : ٧ / ٤٣٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٥٢٤ / ٢٦٢٥٤ .

. . . . . .

التعدّي منه .

وأمّا البطلان ، فلا دليل عليه أيضاً ؛ لأنّ الممنوع هو الجمع بين هذه الزوجات لا بكلّ واحدة واحدة منها ، فبطلان خصوص المعتقة ترجيح من غير مرجّح ، فالبطلان لا موجب له .

فإذا كان التخيير ممنوعاً وكذلك البطلان ، طبعاً تصل النوبة إلىٰ القرعة في اختيار إحداهن ، ولا يقاس المقام بما إذا كان التزويج بالمرأة ممنوعاً في نفسه ، فإنّه لا تصل النوبة هناك إلىٰ القرعة ، بخلاف المقام ، فإنّ المقتضي في المقام تمام ، إذ لا مانع من تزويج كلّ واحدة واحدة ، وإنّما الممنوع الجمع بينها ، فلابدّ من رفع اليد عن الجمع بينها .

فإذا اختارت الفسخ ، فعنوان الجمع لا يتحقّق .

وإن اختارت البقاء يستلزم الجمع بين حرّتين وأمة أو بين ثلاث إماء وحرّة ، فلابدّ من الرجوع إلىٰ القرعة للعلاج وحلّ المشكلة .

قد ذكرنا في المسألة العاشرة : إنّه لو شرط المولىٰ علىٰ الأمة في عتقها عدم فسخها النكاح صحّ الشرط ونفذ ؛ لأنّ الفسخ أمر جائز في نفسه يشمله عموم : «المسلمون عند شروطهم»[1] .

بقي الكلام في أنّه هل يعتبر قبول الأمة ورضاها في نفوذ الشرط عليها أم لا ؟

---

(١) الكافي ٥ : ٤٠٤ ضمن ح ٨ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ١٢٨ / ٣٤٧٦ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٢ / ٩٣ ، وسائل الشيعة ١٨ : ١٦ / ٢٣٠٤١ .

. . . . . .

فيه خلاف، ذهب جماعة إلىٰ أنّه لو شرط المولىٰ المعتق عبداً كان أو أمة في العتق لزم الوفاء به رضي المعتق به أم لا[١].

وذهب آخرون إلىٰ أنّه إنّما ينفذ الشرط ويلزم الوفاء به إذا رضي العبد أو الأمة بالشرط، فإذا رضي المعتَق بالشرط عند العتق يلزم عليه الوفاء، وإلّا فلا يجب عليه الوفاء[٢].

والظاهر أنّ هذا النزاع مبني علىٰ أنّ المولىٰ هل له إشغال ذمّة العبد ويتبعه بعد العتق أم لا؟

وقد ذكرنا سابقاً في مسألة[٣]: إنّ العبد هل يملك أم لا؟

إنّ المولىٰ ليس له إشغال ذمّة المملوك بشيء، وإنّما له التصرّف في العبد ممّا هو من شؤون الملك، وأمّا إشغال ذمّة العبد أو الأمة، فليس من شؤون الملك؛ ولذا ليس للمولىٰ أن يشتري شيئاً علىٰ ذمّة العبد ليدفع العبد الثمن بعد العتق.

وعلىٰ هذا، فالظاهر اعتبار إذن المملوك ورضاه في نفوذ الشرط عليه، فإن لم يلتزم العبد أو الأمة بالشرط ولم يقبله أو لم يعلم بذلك، فلا ينفذ الشرط ولا يدخل في عموم: «المؤمنون عند شروطهم»[٤].

---

(١) كما في شرائع الإسلام ٣: ٦٦٢.

(٢) عنهم جواهر الكلام ٣٤: ١١٨.

(٣) في المسألة «٣» من فصل نكاح العبيد والإماء.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧١ ضمن ح ١٥٠٣، الاستبصار ٣: ٢٣٢ ضمن ح ٨٣٥، وسائل الشيعة ٢١: ٢٧٦ ضمن ح ٢٧٠٨١.

. . . . . .

فالنتيجة : إنّه لو شرط المولىٰ علىٰ الأمة في العتق عدم فسخها للنكاح وقبلت الأمة ورضيت بذلك ينفذ الشرط ، ويجب عليها الوفاء ، وإلّا فلا .

وأمّا العلّامة في القواعد ، فقد فصّل في نفوذ الشرط واشتراط قبول العبد بين شرط الخدمة وغيره من الشرائط ، كشرط المال ونحوه ، وذكر ﵀ : إنّ شرط الخدمة لا يعتبر فيه قبول العبد ، بخلاف شرط المال ونحوه ، فإنّه يتوقّف علىٰ رضا العبد[١] .

وما ذكره هو الصحيح ؛ لأنّه يمكن أن يكون نفوذ شرط الخدمة من دون رضا العبد والأمة من قبيل العتق من بعض الجهات والتبعيض في العتق ، كالوقف لشيء من بعض الجهات ، ولا مانع من ذلك ، علىٰ أنّه يقتضيه النصوص الدالّة علىٰ صحّة العتق مع شرط الخدمة ، كصحيحة أبان بن عثمان قال : سألته عن رجل قال : غلامي حرّ وعليه عمالة كذا وكذا سنة ؟

قال : «هو حرّ وعليه العمالة»[٢] .

هذا تمام الكلام في أحكام نكاح العبيد والإماء .

وقد وقع الفراغ من ذلك يوم الأربعاء الخامس من شهر جمادىٰ الثانية سنة ١٤٠٢ هـ ، المصادف ٦١/١/١١ هـ ش ، وكان ذلك في جوار الحضرة العلويّة المباركة علىٰ مشرّفها أفضل الصلاة والسلام ، وكنّا وسائر أفراد الحوزة العلميّة المقدسّة ـ بل وسائر الشيعة ـ في منتهىٰ الشدّة والضيق والخوف من الظلم والجور ، نسأله تعالىٰ أن ينتقم لنا ممّن ظلمنا آمين .

---

(١) قواعد الأحكام ٣ : ٢٠١ ـ ٢٠٢ .

(٢) تهذيب الأحكام ٨ : ٢٣٧ / ٨٥٧ ، وسائل الشيعة ٢٣ : ٢٥ / ٢٩٠٢٢ .

فصل*
في العقد وأحكامه

مسألة ١ : يشترط في النكاح الصيغة ، بمعنىٰ الإيجاب والقبول اللّفظيين[١] ، فلا يكفي التراضي الباطني ، ولا الإيجاب والقبول الفعليين ، وأن يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج علىٰ الأحوط ،

---

(١) لا ريب ولا خلاف في اعتبار اللفظ في عقد النكاح ، ولا يقع بمجرّد التراضي الباطني ولا بالمعاطاة ، بل حكىٰ شيخنا الأنصاري في رسالة النكاح إجماع علماء الإسلام علىٰ اعتبار أصل الصيغة في عقد النكاح ، وأضاف شيخنا الأنصاري : إنّه باللفظ يمتاز النكاح عن السفاح ؛ لأنّه فيه التراضي غالباً[١] .

وينحصر الزنا بذات البعل أو بمورد الإكراه ، فالفارق بين النكاح والسفاح إنّما هو باللفظ .

أقول : أمّا دعوىٰ الإجماع والاتّفاق من علماء الإسلام علىٰ اعتبار اللفظ في عقد النكاح ، ففي محلّها ، ولكن ما ذكره الشيخ الأنصاري من امتياز النكاح عن السفاح باللفظ فأمر عجيب منه قدس سره ؛ وذلك لأنّ النكاح هو اعتبار الزوجيّة بين الطرفين ، والقرار علىٰ أنّ هذا زوجٌ لها وتلك زوجة له ، بخلاف السفاح ، فإنّه لم يكن فيه اعتبار الزوجيّة ، بل يقرّران علىٰ مجرّد الوطء

(*) كتب السيّد قدس سره تاريخ شروعه الدرس قائلاً : شرعنا في ٥ جمادىٰ الآخرة سنة ١٤٠٢هـ.

(١) كتاب النكاح للشيخ الأنصاري : ٧٧ .

. . . . . .

والتمتّع الجنسي بها، لا بعنوان الزوجيّة، بل حتّىٰ إذا كان باللفظ يكون سفاحاً، فاللفظ لم يكن مايزاً بينهما، وإنّما المايز بينهما الاعتبار النفساني علىٰ الزوجيّة.

نعم، يمكن الاستدلال لاعتبار اللفظ بالروايات الواردة في باب المتعة[1]، إذ لا فرق بين الانقطاع والدوام، فإنّ المستفاد منها اعتبار لفظ: أتزوّجك، وأنّه لو قال ـ أو قالت ـ: أتزوّجك، وأنّه إذا قالت: نعم، فهي زوجته، بل لو كنّا نحن وهذه الروايات لاقتصرنا بلفظ التزويج أيضاً، كما ورد في القرآن والروايات[2]، كما لا ريب في الاكتفاء بلفظ المتعة في العقد الانقطاع، فإنّ ذلك من الألفاظ الحقيقيّة للانقطاع، ولا إشكال في وقوع العقد الانقطاع به.

وبالجملة: لا ريب في اعتبار أصل اللفظ في وقوع عقد النكاح، بل المستفاد من الروايات اعتبار لفظ التزويج، ونتعدّىٰ إلىٰ لفظ النكاح؛ لأنّه

---

(١) **منها**: عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: «تقول: أتزوّجك متعة علىٰ كتاب الله وسنّة نبيّه...».
الكافي ٥: ٤٥٥ / ٣، تهذيب الأحكام ٢٦٥ / ١١٤٥، الاستبصار ٣: ١٥٠ / ٥٥١، وسائل الشيعة ٢١: ٤٣ / ٢٦٤٨٦.
وأُنظر بقيّة الروايات في وسائل الشيعة ٢١: ٤٣ ـ ٤٥ / ٢٦٤٨٧ ـ ٢٦٤٩١.

(٢) كما عن بريد قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿**وَأَخَذْنَ مِنكُم مِيثَاقاً غَلِيظاً**﴾؟
فقال: «الميثاق هو الكلمة التي عقد بها النكاح...».
الكافي ٥: ٥٦٠ / ١٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٢ / ٢٥٥٧٨.

فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم[١] وإن كان لا يبعد كفايته مع الإتيان بما يدلّ علىٰ إرادة الدوام .

وارد أيضاً .

(١) وهل يكتفىٰ بلفظ المتعة أم لا ؟

قوّىٰ في المتن الاكتفاء بـه مـع القـرينة الدالّـة عـلىٰ الدوام ، واحـتاط بالاقتصار بلفظ التزويج والنكاح .

ولا يخفىٰ أنّ الاحتياط في محلّه ، فإنّ الظاهر من الروايات وقوع عقد النكاح بلفظ التزويج والنكاح ، وأمّا وقوعه بلفظ المتعة فيحتاج إلىٰ الدليل ، فإنّه ليس من الألفاظ الموضوعة للنكاح الدائم ، فالاكـتفاء بـه غـير مـعلوم ، ومجرّد قيام القرينة علىٰ الدوام لا يوجب جواز الاقتصار بلفظ المـتعة ، وإلّا لجاز وقوعه بكلّ لفظ ، كالتمليك والهبة مع القرينة ، مع أنّه لا يكتفون بكلّ لفظ غير المتعة ، ولو مع القرينة الدالّة علىٰ النكاح .

وبعبارة أُخرىٰ : إنّ النكاح حاله حال البيع والإجارة ونحوهما من الأُمور الاعتباريّة التي تتحقّق بكلّ مبرز ولو من غير اللفظ كـالكتابة والإشـارة ، ولا اختصاص بمبرز خاصّ ، ولكن الروايات الواردة في المقام دلّت علىٰ اعتبار اللفظ ، والمذكور في الروايات التزويج ونتعدّىٰ إلىٰ النكـاح ، وأمّـا الاكـتفاء بغيرهما يحتاج إلىٰ الدليل .

والحاصل : لا ريب في اعتبار أصل اللفظ وعدم جواز الاكتفاء بغيره من المبرزات كالإشارة والكتابة أو فعل آخر دالّ علىٰ النكاح ، وقد عرفت أنّ الذي يدلّ علىٰ اعتبار اللفظ إنّما هو الأخبار الواردة في كيفيّة المتعة وصيغتها ،

. . . . . .

ولعلّ أظهرها معتبرة أبان بن تغلب في المتعة «تقول: أتزوّجك متعة... فإذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولىٰ الناس بها»[١].

فإنّ المستفاد منها: اعتبار التلّفظ بكلمة «نعم»، وإلّا لو كان مجرّد الرضا الباطني كافياً فلا حاجة إلىٰ أن تقول المرأة :نعم.

وممّا يدلّ علىٰ اعتبار اللفظ صحيح بريد قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿**وَأَخَذْنَ مِنكُم مِيثَاقاً غَلِيظاً**﴾[٢]؟

فقال: «الميثاق هو الكلمة التي عقد بها النكاح...»[٣]، الحديث.

فيُعلم أنّ عقد النكاح متقوّم بالكلمة.

هذا تمام الكلام في اعتبار أصل اللفظ.

وأمّا الصيغ، فلا ريب في وقوع عقد النكاح بالتزويج والنكاح؛ لأنّهما لفظان موضوعان لذلك، وقد نطق بهما الكتاب[٤] والروايات.

وأمّا لفظ المتعة، فاستعماله في العقد الانقطاعي كثير، وهو من الألفاظ الموضوعة لذلك، فلا ريب في جواز الاقتصار به في الانقطاع.

---

(١) الكافي ٥: ٤٥٥ / ٣، تهذيب الأحكام ٧: ٢٦٥ / ١١٤٥، الاستبصار ٣: ١٥٠ / ٥٥١، وسائل الشيعة ٢١: ٤٣ / ٢٦٤٨٦.

(٢) سورة النساء ٤: ٢١.

(٣) الكافي ٥: ٥٦٠ / ١٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٢ / ٢٥٥٧٨.

(٤) كقوله تعالىٰ: ﴿**إِنِّي أُرِيدُ أَنْ أُنكِحَكَ إِحْدَى ٱبْنَتَيَّ هَاتَيْنِ**﴾، سورة القصص ٢٨: ٢٧.
وقوله تعالىٰ: ﴿**وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَامَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّالِحِينَ...**﴾، سورة النور ٢٤: ٣٢.
وقوله تعالىٰ: ﴿**فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَـٰكَهَا**﴾، سورة الأحزاب ٣٣: ٣٧.

. . . . . .

وهل يكتفىٰ به في الدوام أم لا ؟

الظاهر هو الثاني ؛ لأنّ استعماله في الدوام غير حقيقي ، فيشكل استعماله فيه بلا دليل علىٰ الاقتصار به ، ولا أقل من الاحتياط الوجوبي .

وقد يستدلّ علىٰ جواز الاقتصار بلفظ المتعة في الدوام بما ورد من انقلاب المنقطع إلىٰ الدوام إذا نسي ذكر الأجل ، فيعلم أنّهما حقيقة واحدة يقع أحدهما باللفظ الموضوع للآخر .

وفيه : أوّلاً : إنّه لا توجد رواية تدلّ علىٰ الانقلاب في صورة النسيان ، وإنّما ذكر ذلك في كلمات الفقهاء[١] .

نعم ، ورد في الروايات : إنّه من ترك ذكر الأجل في عقد المتعة انقلب دائماً[٢] ، ولم يذكر في الروايات النسيان ، فإنّ المستفاد من الروايات : إنّ إنشاء الزوجيّة لو قيّد بالأجل فهو ، وإن كان مطلقاً ، فطبعاً ينعقد دواماً .

وثانياً : إنّ هذه الروايات غير ناظرة إلىٰ بقيّة الشرائط المعتبرة في عقد النكاح ، وإنّما هي ناظرة إلىٰ ذكر الأجل وعدمه .

وبعبارة أُخرىٰ : العقد في نفسه قابل لأن يكون زواجاً دواماً ، وإنّما ينعقد متعة وانقطاعيّاً إذا ذُكر الأجل ، فإن سمّي الأجل فهو متعة ، وإن لم يسمّ

---

(١) كما في جواهر الكلام ٢٩ : ١٣٢ .

(٢) **منها** : عن عبدالله بن بكير قال : قال أبو عبدالله عليه السلام ـ في حديث ـ : «إن سمّىٰ الأجل فهو متعة ، وإن لم يسمِّ الأجل فهو نكاح بات» .

الكافي ٥ : ٤٥٦ / ١ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٦٢ / ١١٣٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٤٧ / ٢٦٤٩٦ .

ويشترط العربيّة مع التمكّن منها[١] ولو بالتوكيل علىٰ الأحوط .

فهو نكاح بات دائمي ، فلا تدلّ الروايات علىٰ الانقلاب حتّىٰ إذا كان العقد فاقداً لبعض ما يعتبر فيه ، كما لو تزوّج بالأزيد من أربع ولم يذكر الأجل ، فهل تدلّ هذه الروايات علىٰ الانقلاب إلىٰ الدوام ؟!

وبالجملة : لا تنظر هذه الروايات إلىٰ فقدان أمر معتبر في الدوام ، وكما لو تمتّع بالكتابيّة ونسي ذكر الأجل ، فلا ينعقد دواماً عند من يمنع من نكاح الكتابيّة دواماً ، وكذا لو تمتّع بالبكر من دون إذن الوليّ ولم يذكر الأجل ، وقلنا بعدم جواز عقد الدوام علىٰ البكر إلّا مع إذن الوليّ ، فهل ينقلب إلىٰ الدوام ؟

والحاصل : هذه الروايات ليست في مقام بيان انقلاب المتعة إلىٰ الدوام ، حتّىٰ لو كان العقد فاقداً لما يعتبر في الدوام ، فلو قلنا باعتبار لفظ التزويج أو النكاح في الدوام ، فهذه الروايات لا تتكفّل نفيه ، فإنّها في مقام بيان مجرّد الانقلاب إذا لم يذكر الأجل ، ولا نظر لها إلىٰ بقيّة الشرائط المعتبرة في الدوام .

وبما ذكرنا ظهر ضعف ما استدلّ به الشيخ الأنصاري علىٰ عدم اعتبار الماضوية في الصيغة بهذه الروايات المشتملة علىٰ صيغة المضارع أو الأمر ؛ إذ يرد عليه ما تقدّم بعينه .

(١) وهل يشترط العربيّة في الصيغة مع التمكّن منها ولو بالتوكيل أم لا ؟

اختار في المتن ـ تبعاً لجماعة ـ اعتبار العربيّة مع التمكّن منها ولو بالتوكيل ، ومع عدم التمكّن منها ولو بالتوكيل يكفي غيرها من الألسنة .

. . . . . .

واستدلّ علىٰ اعتبار العربيّة بما حكاه الشيخ الأنصاري عن المحقّق الثاني قدس سره من منع صدق العقد علىٰ غير العربي في فرض التمكّن من العربي[١].

وفيه ما لا يخفىٰ؛ لأنّ العقد أمر نفساني قائم بها لا باللفظ، وكل طائفة لهم عقود وعهود وعموم: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[٢] يشمل جميع العقود، والخطاب متوجّه إلىٰ جميع المكلّفين دون طائفة وطائفة، بل يُعدّ هذا الكلام من الغرائب وإن حكي عمّن هو أهل التحقيق والتدقيق؛ علىٰ أنّه لو فرضنا عدم صدق العقد علىٰ غير العربي، فأيّ فرق بين التمكّن منه وعدمه، فإنّ العجز والقدرة دخيلان في التكليف ولا دخل لهما في المفاهيم.

وربّما يستدلّ علىٰ اعتبار العربية بأنّه القدر المتيقّن، فإنّ الأصل هو الفساد، ولا دليل علىٰ صحّة غير العربي[٣]، وإنّما خرجنا عن الأصل بالصيغ الواردة في الشريعة المقدسّة في الكتاب العزيز والنصوص، ومن المعلوم أنّها عربية.

وفيه: إنّ القرآن نزل علىٰ العربيّة إعجازاً وتحدّياً، ولم يذكر فيها ألفاظ غير عربية.

وأمّا الروايات، فلأنّ المخاطبين من العرب، ومن المعلوم أنّ

---

(١) جامع المقاصد ٥: ٤٦ كتاب الرهن، كتاب النكاح للشيخ الأنصاري: ٧٩.

(٢) سورة المائدة ٥: ١.

(٣) كالنراقي في مستند الشيعة ١٦: ٩٣.

نعم ، مع عدم التمكّن منها ولو بالتوكيل علىٰ الأحوط يكفي غيرها من الألسنة[١] إذا أتىٰ بترجمة اللّفظين من النكاح والتزويج .

الإمام عليه السلام يتكلّم معهم بالعربيّة ، ولا يستفاد منها الاختصاص بلفظ العربي ، بل الإطلاقات تشمل جميع أفراد العقود عربيّة كانت أم غيرها ، فلا تدلّ الروايات علىٰ أنّ غير العربي يتكلّم بالعربي ، بل كلّ قوم لهم لغتهم ولفظهم .

وبالجملة : لا دليل علىٰ اعتبار العربيّة ، نعم هو أحوط .

(١) ثمّ إنّه بناءً علىٰ اعتبار العربيّة ذكروا : إنّه لو عجز عنها ولو بالتوكيل يكفي غيرها من الألسنة ، واستدلّوا بما ورد في طلاق الأخرس[١] من الاجتزاء فيه بوضع الخمار علىٰ المرأة .

وفيه : إنّ الاجتزاء في الطلاق بالفعل الدالّ علىٰ الفراق مختصّ بالأخرس ، ولا يمكن التعدّي إلىٰ غيره ، بل لا يكتفون بالفعل الدالّ علىٰ الفراق في كلّ مورد يعجز عن التكلّم من مرض وجرح ونحوهما في لسانه ، وإنّما يختصّ الحكم بمورد الأخرس ، فلا يمكن الاستدلال بطلاق الأخرس

---

(١) **منها** : عن يونس في رجل أخرس كتب في الأرض بطلاق امرأته ؟ قال : «إذا فعل في قبل الطهر بشهود وفُهِمَ عنه كما يُفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه علىٰ السنّة» .

الكافي ٦ : ١٢٨ / ٤ ، تهذيب الأحكام ٨ : ٧٤ / ٢٥٠ ، الاستبصار ٣ : ٣٠١ / ١٠٦٨ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٤٨ / ٢٧٩٩١ .

ومنها : عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها علىٰ رأسها ثمّ يعتزلها» .

تهذيب الأحكام ٨ : ٩٢ / ٣١٤ ، الاستبصار ٣ : ٣٠١ / ١٠٦٧ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٤٨ / ٢٧٩٩٢ .

والأحوط اعتبار الماضويّة ، وإن كان الأقوىٰ عدمه[١] ، فيكفي المستقبل ، والجملة الخبريّة ، كأن يقول : أُزوّجك أو : أنا مُزوّجك فلانة .

علىٰ الاكتفاء بغير العربي عند العجز عنه ، ولذا استكشل في المستند في غير العربي حتّىٰ مع العجز عن العربي[١] .

وفيه ما لا يخفىٰ ، فإنّ نظام العالم يختلّ لو قلنا بالاقتصار بالعربي ؛ لأنّ كثيراً من البلاد والأصقاع لا يوجد فيها العربي ، فلو قيل بلزوم العربيّة لانقطع النسل ولم يتحقّق الازدواج وكثر الفساد .

وبالجمله : غاية ما تدلّ عليه الروايات ـ بناءً علىٰ دلالتها ـ إنّما هو في مورد التمكّن من العربيّة ولو بالتوكيل ، ولكن قد عرفت أنّه لا دليل علىٰ اعتبار العربيّة أصلاً .

(١) هل تعتبر الماضويّة في الصيغة أم لا ؟

المشهور هو الأوّل[٢] ، والأقوىٰ هو الثاني .

واستدلّ للمشهور : بأنّ صيغة الماضي هي القدر المتيقّن ، وغيرها مشكوك فيه ؛ فيجب الاقتصار علىٰ القدر المتيقّن .

وبأنّها صريحة في الإنشاء ، بخلاف المضارع والأمر .

ويرد علىٰ الأوّل : إنّ المطلقات كافية في الاجتزاء بغير الماضي من المضارع ، والاقتصار علىٰ المتيقّن غير لازم بعد شمول المطلقات لغيره ، وقد

---

(١) مستند الشيعة ١٦ : ٩٣ .

(٢) كما في مسالك الأفهام ٧ : ٨٧ .

كما أنّ الأحوط تقديم الإيجاب علىٰ القبول، وإن كان الأقوىٰ جواز العكس أيضاً[١].

ورد في غير واحد من أخبار المتعة جواز التمتّع بلفظ «أتزوّجك»[١] الموجب لجواز ذلك في الدوام أيضاً؛ لعدم الفرق بين العقد المنقطع والدائم، فإنّ كلّاً منهما عقد موجب للزوجيّة.

وبما ذكر ظهر الجواب عن الثاني.

فإنّ المطلقات كما تشمل الصريح تشمل الظاهر أيضاً، ولا يلزم أن يكون ما يشمله الإطلاق صريحاً، علىٰ أنّه لا صراحة في الماضي، فإنّه كالمضارع مشترك بين الإخبار والإنشاء، وكما يصحّ استعمال الماضي في الإنشاء كذلك المضارع يصحّ استعماله في مورد الإنشاء.

بقي الكلام في أمرين ذكرهما في المتن:

(١) أحدهما: هل يجوز تقدّم القبول علىٰ الإيجاب، أو يلزم تقديم الإيجاب علىٰ القبول؟

الأكثر علىٰ عدم لزوم تقديم الإيجاب علىٰ القبول، بل لو قال الزوج: تزوّجت، فقالت الزوجة: زوّجتك صحّ، كما صرّح بذلك في الشرائع[٢]؛ إذ لا دليل علىٰ لزوم تقديم الإيجاب، بل الميزان صدق العقد، ولا ريب في

---

(١) كما عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: «تقول: أتزوّجك متعة علىٰ كتاب الله وسنّة نبيّه...».
الكافي ٥: ٤٥٥/ ٣، تهذيب الأحكام ٢٦٥/ ١١٤٥، الاستبصار ٣: ١٥٠/ ٥٥١، وسائل الشيعة ٢١: ٤٣/ ٢٦٤٨٦.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٤٩٩.

. . . . . .

صدقه علىٰ ما إذا تقدّم القبول وتأخّر الإيجاب، فإطلاق الأدلّة هو المرجع، مضافاً إلىٰ روايات المتعة الدالّة علىٰ جواز تقديم القبول علىٰ الإيجاب، كصحيحة أبان[1] الدالّة علىٰ تقديم «أتزوّجك»، فإنّه قبول؛ لأنّه من باب التفّعل وقبول الفعل، وأمّا «نعم» الصادر من المرأة، فهو إيجاب.

والحاصل: إذا كان القبول المتقدّم علىٰ نحو يرتبط بالإيجاب المتأخّر بحيث يصدق عليه عنوان المعاقدة، كقوله: تزوّجت، أو: أتزوّجك، وقالت الزوجة: زوّجت نفسي، فلا فرق بين تقدّم الإيجاب وتأخّره.

وأمّا إذا كان القبول المتقدّم، مثل قوله: قبلت، أو: رضيت، فإن لم يذكر المتعلّق أصلاً فلا يصدق عليه الإنشاء ولم يكن قبولاً للإيجاب عرفاً ولا يرتبط بالإيجاب المتأخّر، فلا يصدق علىٰ ذلك عنوان العقد، نظير تحريك الرأس، فإنّه لو كان مسبوقاً بالسؤال فحرّك رأسه إلىٰ الفوق يدلّ علىٰ النفي، وإن حرّكه إلىٰ التحت فهو علامة الإثبات، وأمّا إذا حرّك رأسه من دون أن يسبقه سؤال، فلا دلالة في تحريك الرأس علىٰ شيء أصلاً.

---

(١) وهي: كما عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟

قال: «تقول: أتزوّجك متعة علىٰ كتاب الله وسنّة نبيّة لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً، وإن شئت كذا وكذا سنة، بكذا وكذا درهماً، وتسمّي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولىٰ الناس بها».

الكافي ٥: ٣/٤٥٥، تهذيب الأحكام ١١٤٥/٢٦٥، الاستبصار ٣: ٥٥١/١٥٠، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٤٨٦/٤٣.

وكذا الأحوط أن يكون الإيجاب من جانب الزوجة والقبول من جانب الزوج ، وإن كان الأقوىٰ جواز العكس[١] .

وكذلك القبول والرضا لا بدّ من تعلّقهما بشيء ، فإنّ القبول والرضا الحبّ والبغض ، وإن صحّ تعلّقه بأمر استقبالي ولكن إنّما يرتبط بالأمر المتأخّر إذا ذكر المتعلّق فيه ، وأمّا إذا لم يذكر المتعلّق ، فلا يرتبط بالإيجاب المتأخّر .

فمراد الماتن ﷺ من تقدّم القبول ليس تقدّمه من دون ذكر المتعلّق ، بل المراد جواز تقدّمه مع المتعلّق .

وأمّا إذا ذكر المتعلّق وقال : قبلت التزويج ، فلا بأس به ، فإنّه نظير تقديم : أتزوّجك ، ولا فرق بينهما ، إلّا أنّه في الثاني يختلف القبول عن الإيجاب بالهيئة وفي الأوّل بحسب المادة ، كقوله : قبلت ، أو : رضيت التزويج ، فإنّ المتفاهم منهما شيء واحد عرفاً .

(١) ثانيهما : الظاهر جواز كون الإيجاب من الزوج والقبول من الزوجة ؛ لأنّه لا دليل علىٰ صدور الإيجاب من جانب الزوجة والقبول من جانب الزوج كما هو المتعارف ، بل يجوز العكس ؛ لأنّ الزوجيّة من الأُمور المتضايفة متشابهة الطرفين ـ كالأُخوّة ـ وليست مثل الأُبوّة والبنوّة والفوقيّة والتحتيّة ، فإنّها وإن كانت متضايفة لكنّها مختلفة الطرفين .

بمعنىٰ : إنّ النسبة في كلّ منهما تختلف عن الآخر ، فإنّ هذا أب ، وذاك ابن ، وهذا فوق ، وذاك تحت ، وهذا بخلاف الأُخوّة ، فإنّه كما هذا أخ له كذلك ذاك أخ له ، فإنّ النسبة في كلّ واحد منهما واحدة ، وكذلك الزوجيّة ، فإنّ الرجل زوج للمرأة وكذلك المرأة زوج للرجل ، فإنّ الزوجيّة مقابل

. . . . . .

الفرديّة ، فإذا تزوّج أحدهما بالآخر صار هذا زوجاً لذاك ، وكذلك الآخر صار زوجاً له .

وقد استعمل لفظ «الزوج» في كثير من الآيات الكريمة علىٰ الزوجة ، كقوله تعالىٰ : ﴿وَقُلْنَا يَـٰٓـَٔادَمُ ٱسْكُنْ أَنتَ وَزَوْجُكَ ٱلْجَنَّةَ﴾[١] ، وقوله تعالىٰ : ﴿يَـٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ قُل لِّأَزْوَٰجِكَ﴾[٢] ، وقوله تعالىٰ : ﴿ٱلنَّبِيُّ أَوْلَىٰ بِالْمُؤْمِنِينَ مِنْ أَنفُسِهِمْ وَأَزْوَٰجُهُ أُمَّهَـٰتُهُمْ﴾[٣] ، وقوله تعالىٰ : ﴿فَلَمَّا قَضَىٰ زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَـٰكَهَا لِكَىْ لَا يَكُونَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِىٓ أَزْوَٰجِ أَدْعِيَآئِهِمْ﴾[٤] ، وغير ذلك من الآيات .

وبالجملة : الزوجيّة قائمة بكلّ منهما ، فيجوز لكلّ منهما إنشاء الزوجيّة ، ويصحّ لكلّ منهما جعل نفسه زوجاً للآخر ، وإذا قبِلَه الآخر يصدق عنوان المعاقدة ويجب الوفاء به ، وصحيحة أبّان[٥] أيضاً تدلّ علىٰ ذلك ؛ بناءً علىٰ أنّ «نعم» قبول منها ، ولكن قد استظهرنا أنّ «نعم» من الإيجاب

---

(١) سورة البقرة ٢ : ٣٥ .

(٢) سورة الأحزاب ٣٣ : ٢٨ .

(٣) سورة الأحزاب ٣٣ : ٦ .

(٤) سورة الأحزاب ٣٣ : ٣٧ .

(٥) وهي : كما عن أبان بن تغلب قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : « تقول : أتزوّجك متعة علىٰ كتاب الله وسنّة نبيّة لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً ، وإن شئت كذا وكذا سنة ، بكذا وكذا درهماً ، وتسمّي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً ، فإذا قالت : نعم ، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولىٰ الناس بها » . الكافي ٥ : ٤٥٥ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٢٦٥ / ١١٤٥ ، الاستبصار ٣ : ١٥٠ / ٥٥١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٤٣ / ٢٦٤٨٦ .

وأن يكون القبول بلفظ : قبلت ، ولا يبعد كفاية : رضيت[١] .

ولا يشترط ذكر المتعلّقات ، فيجوز الاقتصار علىٰ لفظ : قبلت من دون أن يقول : قبلت النكاح لنفسي أو لموكّلي بالمهر المعلوم[٢] .

المتأخّر ؛ لأنّ «أتزوّجك» من باب التفعّل وقبول الفعل .

(١) ويكفي في القبول كلّ لفظ دالّ عليه سواء كان بلفظ : قبلت ، أو رضيت ؛ لعدم الدليل علىٰ الاختصاص بلفظ خاصّ ، فإنّ المقصود ربط الإيجاب بالقبول باللفظ بأيّ مادّة أو هيئة كان ، ولا ينحصر في مادّة مخصوصة ولا هيئة مخصوصة ، فإنّ العقد يصدق علىٰ ذلك كلّه ، كما يظهر من كلمة : «نعم» الواردة في صحيحة أبان[١] بعد مسبوقيتها بقول الزوج : «أتزوّجك» ، فإنّها بعد البناء علىٰ كونها قبولاً تدلّ علىٰ عدم اختصاص القبول بلفظ خاصّ .

(٢) ولا يشترط ذكر المتعلّقات ، فيجوز الاقتصار علىٰ لفظ : قبلت ، أو رضيت من دون أن يقول : قبلت النكاح لنفسي بالمهر المعلوم ، فإنّ القبول يتعلّق بالواقع الخارجي فلا يلزم الإعادة وذكر المتعلّق ثانياً ، ويدلّ علىٰ ذلك أيضاً الصحيحة المتقدّمة[٢] للاقتصار فيها بلفظ «نعم» من دون ذكر المتعلّقات .

---

(١) أُنظر الهامش السابق .

(٢) وهي : صحيحة أبان بن تغلب قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : «تقول : أتزوّجك متعة علىٰ كتاب الله وسنّة نبيّه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً ، وإن شئت كذا وكذا سنة ، بكذا وكذا درهماً ، وتسمّي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً ، فإذا قالت : نعم ، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولىٰ الناس بها» . الكافي ٥ : ٤٥٥ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٢٦٥ / ١١٤٥ ، الاستبصار ٣ : ١٥٠ / ٥٥١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٤٣ / ٢٦٤٨٦ .

والأقوىٰ كفاية الإتيان بلفظ الأمر[١] كأن يقول: زوِّجني فلانة، فقال: زوّجتكها، وإن كان الأحوط خلافه.

---

(١) وأمّا الاكتفاء في القبول من الزوج أو وكيله بصيغة الأمر، كأن يقول: زوّجني نفسك، أو يقول لوليّها: زوّجني فلانة، فمبنيٌّ علىٰ أحد أمرين:

أحدهما: أن يكون الأمر الصادر من الزوج قبولاً منه بالعقد، فتدخل المسألة في مسألة جواز تقدّم القبول علىٰ الإيجاب.

وفيه: إنّ إرادة القبول من الأمر بعيدة عن المتفاهم العرفي جدّاً، فإنّ الأمر وإن يكشف عن الرضا الباطني بالتزويج، ولكن الرضا بالتزويج غير إنشاء التزويج واعتباره.

وبعبارة أُخرىٰ: القبول إنّما هو اعتبار الزوجيّة وإنشائها من قبله، واستعمال الأمر في إنشاء الزوجيّة واعتبارها غريب وبعيد عن المتفاهم العرفي، فإنّ المتفاهم عن الأمر: هو طلب إيجاد الزوجيّة وطلب لاعتبارها، وليس بنفسه اعتباراً للزوجيّة.

ثانيهما: إنّه لا حاجة إلىٰ القبول فيما إذا كان الشخص الواحد له الأمرين من الإيجاب والقبول كالوكيل عنهما أو الوليّ عليهما، فإذا قال الزوج لوكيل المرأة أو وليّها: زوّجني فلانة، يكون قبولاً من الزوج وإيجاباً من الزوجة، فيكتفي بلفظ واحد عنهما.

ويرد عليه:

أوّلاً: إنّه يلزم من ذلك استعمال اللفظ الواحد في أكثر من معنىٰ واحد، وهو: إمّا غير ممكن، أو خلاف الظاهر.

. . . . . .

وثانياً: إنّ الأمر بالشيء قد يكون في مورد فعله نفسه وما هو وظيفته، فيرجع الأمر إلىٰ التوكيل، كما إذا قال لأحدٍ: بع لي داري، وقد يكون المورد غير راجع إليه، وليس من وظائفه، كما إذا قال لشخص آخر: بع لي دارك، فإنّ ذلك لا يرجع إلىٰ التوكيل، وليس معنىٰ ذلك أنّك وكيل عنّي في قبول البيع الصادر منك، وإنّما هو طلب للبيع، فإذا باعه وقال له: بعتك داري يحتاج إلىٰ القبول، والأمر السابق لا يصلح للقبول ولا بيع البائع قبولاً له بالوكالة عن الآمر، فالاكتفاء بالأمر في القبول ممنوع.

وأمّا الخبر الصحيح المستشهد به للاكتفاء بلفظ الأمر في القبول الذي حكىٰ قصّة مجيئ امرأة إلىٰ النبيّ صلى الله عليه وآله، فقالت: زوّجني.

فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «مَن لهذه؟».

فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله زوّجنيها.

فقال صلى الله عليه وآله: «ما تُعطيها؟».

فقال: ما لي شيء.

قال: «لا».

فأعادت، فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام.

فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: «أتحسن من القرآن شيئاً؟».

قال: نعم.

قال: «قد زوّجتكها علىٰ ما تحسن من القرآن، فعلّمها إيّاه»[1]:

---

(١) الكافي ٥: ٥/٣٨٠، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٤٤/٣٥٤، وسائل الشيعة ٢١: ٢٤٢/ ٢٦٩٩٧.

. . . . . .

فالظاهر منه الاكتفاء بأمر الزوج ، وقوله : زوّجنيها في القبول ، إذ لم يرد في الرواية أنّ الرجل أعاد القبول بعد تزويج النبيّ صلى الله عليه وآله ، فيكون أمر الرجل قبولاً مقدّماً علىٰ الإيجاب .

فـفيه :إنّ حـمل الخـبر عـلىٰ صـورة التـوكيل يـعني أنّ الرجـل وكّـل النبيّ صلى الله عليه وآله في تزويج المرأة بعيد جدّاً ؛ لعدم وجود ما يشهد لذلك في الخبر ، وإنّما الموجود فيه طلب التزويج من النبيّ صلى الله عليه وآله ، وأبعد منه حمله علىٰ صورة كون أمر الرجل وقوله قبولاً مقدّماً علىٰ الإيجاب ؛ وذلك لأنّ الطلب ليس فيه ظهور في الإنشاء ، فإنّ الأمر طلب للإنشاء ولإيجاب النكاح لا أنّه بنفسه إنشاء وإيجاب للنكاح ولا سيّما في المقام ، فإنّه لو كان قبولاً لزم الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول بالكلام الكثير الذي ليس من متعلّقات الإيجاب ، والمعروف بينهم اعتبار التوالي علىٰ أنّه لم يذكر المهر في القبول ، فلا تطابق بين الإيجاب والقبول .

فلابدّ من حمل الخبر علىٰ أنّ الراوي لم يذكر جميع ما وقع في ذلك المجلس ، ولم يكن في مقام بيان جميع خصوصيّات العقد ، وإنّما غرضه وهمّه في مقدار المهر وأنّه لا يقدر بشيء ، فنقل القصّة بالمقدار الذي يهتمّ به .

أو يحمل الخبر علىٰ أنّ ما صدر من النبيّ صلى الله عليه وآله قام مقام الإيجاب والقبول ؛ لثبوت الولاية المطلقة له ، فيكون ذلك في خصائص النبيّ صلى الله عليه وآله .

وبعبارة أُخرىٰ : يكون إيجابه صلى الله عليه وآله قبولاً من الرجل أيضاً سواء كان

مسألة ٢ : الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول بالإشارة مع قصد الإنشاء وإن تمكّن من التوكيل علىٰ الأقوىٰ[١] .

الزوجان راضيين أو لم يرضيا ؛ للولاية المطلقة له ﷺ .

فظهر : إنّه لا يمكن إنشاء القبول بالأمر ، وكذا لا يصحّ إنشاء الإيجاب بالأمر ؛ لأنّ الأمر ـ كما عرفت ـ طلب للإنشاء عرفاً ، واستعماله في نفس الإنشاء مستنكر عرفاً .

(١) إن قلنا بأنّ دليل اعتبار اللفظ هو الإجماع وتسالم الأصحاب فيقتصر علىٰ القدر المتيقّن وهو غير الأخرس ، فإطلاق العقد في الأخرس بعد صدقه علىٰ فعله وإشارته بقصد الإنشاء محكّم ، بل يلزم التعدّي إلىٰ كلّ مورد عجز عن التكلّم لعاهة أو مرض في لسانه وإن لم يكن أخرساً ، فإنّ القدر المتيقّن من الإجماع هو صورة التمكّن من الكلام ، وأمّا إذا كان عاجزاً عن التكلّم سواء لخرس أو لعروض مرض ، فلا يشمله الدليل ، بل المرجع حينئذٍ إطلاق نفوذ العقد .

وإن قلنا بأنّ دليل اعتبار اللفظ هو الدليل اللفظي ، كإطلاق بعض الروايات المتقدّمة[١] ، فلا فرق في الاعتبار بين القادر والعاجز ، فلا بدّ من

---

(١) كروايات المتعة ، منها : عن أبان بن تغلب قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟

قال : « تقول : أتزوّجك متعة علىٰ كتاب الله وسنّة نبيّة لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً ، وإن شئت كذا وكذا سنة ، بكذا وكذا درهماً ، وتسمّي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً ، فإذا قالت : نعم ، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولىٰ الناس بها » .

الكافي ٥ : ٤٥٥ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٢٦٥ / ١١٤٥ ، الاستبصار ٣ : ١٥٠ / ٥٥١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٤٣ / ٢٦٤٨٦ .

. . . . . .

التماس دليل آخر للاكتفاء بالإشارة في الأخرس ، وهو أحد أمرين :

أحدهما : ما ورد في طلاق الأخرس[١] من الاكتفاء بكلّ فعل دالّ عليه ، فإذا كان الطلاق جائزاً ونافذاً بالإشارة ونحوها من الأفعال الدالّة عليه فالنكاح أولىٰ ؛ فيُعلم من الرواية[٢] الاكتفاء بغير اللفظ في حقّه .

ثانيهما : ما ورد في قراءته وتشهّده وتلبيته من الإشارة وتحريك اللسان[٣] ، وقد ورد في بعض تلك الروايات وما أشبه ذلك[٤] ، فإنّه يشمل

---

(١) **منها :** عن يونس في رجل أخرس كتب في الأرض بطلاق امرأته ؟
قال : «إذا فعل في قبل الطهر بشهود وفُهِمَ عنه كما يُفهم عن مثله ويريد الطلاق جاز طلاقه علىٰ السنّة» .
الكافي ٦ : ١٢٨ / ٤ ، تهذيب الأحكام ٨ : ٧٤ / ٢٥٠ ، الاستبصار ٣ : ٣٠١ / ١٠٦٨ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٤٨ / ٢٧٩٩١ .
ومنها : عن أبي بصير ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «طلاق الأخرس أن يأخذ مقنعتها ويضعها علىٰ رأسها ثمّ يعتزلها» .
تهذيب الأحكام ٨ : ٩٢ / ٣١٤ ، الاستبصار ٣ : ٣٠١ / ١٠٦٧ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٤٨ / ٢٧٩٩٢ .

(٢) الواردة في الهامش السابق .

(٣) كما عن السكوني ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «تلبية الأخرس وتشهّده وقراءته القرآن في الصلاة : تحريك لسانه ، وإشارته بإصبعه» .
الكافي ٤ : ٣٣٥ / ٢ ، تهذيب الأحكام ٥ : ٩٣ / ٣٠٥ ، وسائل الشيعة ٦ : ١٣٦ / ٧٥٥١ .

(٤) كما عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر البزنطي أنّه سأل أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الرجل تكون عند المرأة يصمت ولا يتكلّم ؟
قال : «أخرس هو ؟» .

مسألة ٣: لا يكفي في الإيجاب والقبول الكتابة[١].

مسألة ٤: لا يجب التطابق بين الإيجاب والقبول في ألفاظ المتعلّقات، فلو قال: أنكحتك فلانة، فقال: قبلت التزويج، أو بالعكس كفى، وكذا لو قال: علىٰ المهر المعلوم، فقال الآخر: علىٰ الصداق المعلوم، وهكذا في سائر المتعلّقات[٢].

المقام، ولا بدّ من ضمّ تحريك اللسان إلىٰ الإشارة بإصبعه؛ لوروده في إحدىٰ الروايتين[١]، بل يمكن استفادة تحريك اللسان من روايات طلاق الأخرس؛ لأنّ الوارد في تلك الروايات طلاقها بالذي يعرف به من أفعاله، والمفهم هناك حسب المتعارف تحريك اللسان، وكذا المقام.

(١) لا ريب في عدم الاجتزاء بالكتابة؛ لأنّها كسائر الأفعال التي لا عبرة بها في باب النكاح ولو كانت مبرزة للاعتبار النفساني؛ وذلك لاعتبار كون المبرز لفظاً في باب النكاح.

(٢) لا تعتبر المماثلة بين الإيجاب والقبول، ويجوز الاختلاف بينهما بالنسبة إلىٰ المتعلّقات، فلو قال: أنكحتك فلانة، فقال: قبلت التزويج أو

قلت: نعم، ويُعلم منه بغض لامرأته وكراهة لها، أيجوز له أن يطلّق عنه وليّه؟

قال: «لا، ولكن يكتب ويشهد علىٰ ذلك».

قلت: فإنّه لا يكتب ولا يسمع كيف يطلّقها؟

قال: «بالذي يعرف به من أفعاله مثل ما ذكرت من كراهته وبغضه لها».

من لا يحضره الفقيه ٣: ٥١٥/ ٤٨٠٦، تهذيب الأحكام ٨: ٧٤/ ٢٤٧، الاستبصار ٣: ٣٠١/ ١٠٦٥، وسائل الشيعة ٢٢: ٤٧/ ٢٧٩٨٨.

(١) كما في الهامش الأسبق.

مسألة ٥ : يكفي ـ على الأقوى ـ في الإيجاب لفظ : نعم بعد الاستفهام[١] ، كما إذا قال : زوّجني فلانة بكذا ؟ فقال : نعم ، فقال الأوّل : قبلت ، لكن الأحوط عدم الاكتفاء .

بالعكس كفى ، وكذا لو قال : على المهر المعلوم ، فقال الآخر : على الصداق المعيّن ، وهكذا في سائر المتعلّقات ؛ للإطلاق ، وصدق العقد على ذلك ، وعدم الدليل على اعتبار المماثلة في المتعلّقات .

(١) أمّا أصل الإيجاب بلفظ نعم ، ففي نفسه لا إشكال فيه ؛ لأنّ الميزان كون اللفظ مبرزاً للاعتبار النفسي بحسب العرف ، ولم يكن الاستعمال مستنكراً وغريباً بنظر العرف ، فلا خصوصيّة للفظٍ دون لفظ ، وقد ورد التصريح بالاكتفاء بلفظ نعم في صحيحة أبان[١] المتقدّمة .

وأمّا الإيجاب بقوله : نعم بعد الاستفهام ، فقد يمنع عنه ؛ لأنّ جواب الاستفهام إخبار لا إنشاء ، واستعماله في مقام الإنشاء في مورد الجواب عن الاستفهام غريب وغير معهود ، كقوله : هل بعت دارك من زيد ؟ فقال : نعم ، فإنّ قوله : نعم ليس في نفسه إنشاءً وإيجاباً ، وإنّما هو إخبار ، ولو استعمل في الإنشاء فأمر غريب غير متعارف .

---

(١) وهي : صحيحة أبان بن تغلب قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : « تقول : أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنّة نبيّة لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً ، وإن شئت كذا وكذا سنة ، بكذا وكذا درهماً ، وتسمّي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً ، فإذا قالت : نعم ، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها » .
الكافي ٥ : ٤٥٥ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٢٦٥ / ١١٤٥ ، الاستبصار ٣ : ١٥٠ / ٥٥١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٤٣ / ٢٦٤٨٦ .

مسألة ٦: إذا لحن في الصيغة، فإن كان مغيِّراً للمعنىٰ لم يكف، وإن لم يكن مغيِّراً فلا بأس به[١] إذا كان في المتعلّقات.

وإن كان في نفس اللفظين، كأن يقول: جوّزتك بدل: زوّجتك[٢] فالأحوط عدم الاكتفاء به، وكذا اللحن في الإعراب.

---

(١) فقد فصّل بين اللحن في المادّة والهيئة.

فإنّ اللحن قد يكون في المادّة ومغيِّراً للمعنىٰ ولم يكن مبرزاً عرفاً للعقد وهو المعبّر عنه باللحن الشخصي، فلا ريب في عدم الاكتفاء به.

وأمّا إذا كان اللحن في الهيئة ويُفهم منه المعنىٰ عرفاً، فلا بأس به وإن كان غلطاً وغير مطابق للقواعد العربيّة، إذ الميزان هو اللفظ الدالّ علىٰ الاعتبار بحسب الفهم العرفي، والمفروض أنّه لا قصور فيه حسب الفهم العرفي، كما إذا قال: بِعْتـ بكسر العين وسكون التاء ـ أو كان غلطاً حسب الإعراب، وقال: أنكحت هندٍ من زيدٌ ونحو ذلك ممّا لا يغيّر المعنىٰ.

(٢) وكذا لو كان اللحن بحسب المادّة أيضاً، ولكن مفهم للمعنىٰ عرفاً، كما إذا قال: جوّزتك، بدل: زوّجتك، كما هو المتعارف عند الأعراب والبوادي، أو يُبدِّل بعض الحروف حسب لغة بعض الطوائف ولهجتهم، كما يقول اللبناني: أبلت، بدل: قبلت، أو: زوّگت، بدل: زوّجت، كالمصري، أو الفارسي يبدّل الحاء بالهاء، أو التركي يبدّل القاف بالكاف العجمي وهكذا، فإنّا قد ذكرنا عدم اعتبار العربيّة، فكيف بالملحون باللحن النوعي المتعارف عند أهله، فإنّ اللفظ قالب للمعنىٰ العرفي ولو كان غلطاً بحسب القواعد العربيّة.

مسألة ٧ : يشترط قصد الإنشاء في إجراء الصيغة[١] .

مسألة ٨ : لا يشترط في المجري للصيغة أن يكون عارفاً بمعنىٰ الصيغة تفصيلاً[٢] **، بأن يكون مميِّزاً للفعل والفاعل والمفعول ، بل يكفي علمه إجمالاً بأنّ معنىٰ هذه الصيغة إنشاء النكاح والتزويج ، لكن الأحوط العلم التفصيلي .**

وبالجملة : المعتبر إنّما هو إتيان اللفظ الدالّ علىٰ المعنىٰ بحسب الفهم العرفي بحيث لا يكون مغيِّراً للمعنىٰ ولم يكن استعماله فيه غريباً وغير متعارف ، وإلّا فلا يعتبر إعمال القواعد العربيّة الأدبيّة من الإفصاح بالكلمات وتأديتها طبقاً للقواعد العربيّة .

نعم ، فيما يعتبر فيه لفظ خاصّ كقراءة القرآن لا بدّ من قراءتها علىٰ طبق القواعد العربيّة ؛ لأنّ القرآن نزل بالعربيّة وباللهجة الصحيحة والمتغيّر لم ينزل ولم يكن بقرآن .

وأمّا العقود والإيقاعات ، فليس الأمر فيها كذلك ؛ لصدق العقد علىٰ الملحون ، والميزان في لزوم العقد ونفوذه أن يكون اللفظ مبرزاً ومُفهماً للاعتبار النفسي ، ولا يضرّ كونه غلطاً وملحوناً .

(١) المتكلّم قد لا يقصد معنىٰ اللفظ أصلاً وإنّما يتلفّظ به ، وقد يقصد الإخبار به ويستعلمه فيه ، وقد يقصد الإنشاء به ، ولا رابع .

لا ريب في عدم وقوع العقد بالأوّليين ، وإنّما يقع بالثالث .

(٢) فإنّ الميزان حصول المعاقدة بين الطرفين ، وهي تحصل بإبراز أمر اعتباري نفساني ولا يلزم أن يكون المجري للصيغة عالماً بالخصوصيّات ،

مسألة ٩ : يشترط الموالاة بين الإيجاب والقبول[١] ، وتكفي العرفيّة منها ، فلا يضرّ الفصل في الجملة بحيث يصدق معه أنّ هذا قبول لذلك الإيجاب ، كما لا يضرّ الفصل بمتعلّقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت .

مسألة ١٠ : ذكر بعضهم : إنّه يشترط اتّحاد مجلس الإيجاب والقبول ، فلو كان القابل غائباً عن المجلس ، فقال الموجب : زوّجت فلاناً فلانة وبعد بلوغ الخبر إليه قال : قبلت ، لم يصّح .

وفيه : إنّه لا دليل علىٰ اعتباره من حيث هو ، وعدم الصحّة في الفرض المذكور إنّما هو من جهة الفصل الطويل ، أو عدم صدق المعاقدة والمعاهدة ؛ لعدم التخاطب ، وإلّا فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدّد المجلس صحّ ، كما إذا خاطبه وهو في مكان آخر لكنّه يسمع صوته ويقول : قبلت ، بلا فصل مضرّ فإنّه يصدق عليه المعاقدة .

ولعلّ كثيراً من أهل البوادي والعرب لا يعرفون الخصوصيّات فضلاً عن غير العرب ، بل يكفي علمه بأنّ هذه الألفاظ دالّة علىٰ التزويج .

(١) إنّما اعتبروا الموالاة بين الإيجاب والقبول وأمثالهما لأجل الارتباط بين الكلامين ، وإلّا فلا يرتبط أحدهما بالآخر ويحكم علىٰ طبق الكلام الأوّل ، كالفصل في كلمة التوحيد بين الاستثناء والمستثنىٰ منه ، فلو قال : لا إله وبعد يومين قال : إلّا الله يحكم بكفره ؛ إذ لا ترتبط الجملة الثانية بالأُولىٰ ، وهذا جارٍ في غير مورد من الموارد ، نظير ما لو أقرّ لزيد علىٰ ذمّته ألف

. . . . . .

دينار، ثمّ بعد أيّام قال: إلّا خمسين ديناراً، لا يسمع منه، ويكون استثنائه من الإنكار بعد الإقرار ويحكم عليه باشتغال ذمّته بالألف.

ولا ريب أنّ ما ذكروه من اعتبار الموالاة بالنسبة إلىٰ القرينة وذي القرينة أمر واضح لا غبار عليه، وقد ذكرنا في المباحث الأُصوليّة: إنّه لو تنصب القرينة ينعقد الظهور للكلام[1]، ولذا ذكرنا أنّ القرينة المتّصلة كالاستثناء المتّصل ترفع الظهور وتمنع من انعقاد الظهور لذي القرينة.

وأمّا القرينة المنفصلة فلا ترفع الظهور وإنّما ترفع الحجيّة وتكون قرينة علىٰ المراد.

وأمّا اعتبار الموالاة بين أجزاء العقد كالإيجاب والقبول فلا دليل عليه؛ وذلك لأنّ عنوان المعاقدة غير متوقّف علىٰ اللفظين، وإنّما يعتبر اللفظ باعتبار كشفه عمّا في النفس، فاللفظ ليس مورداً للعقد إلّا من جهة كشفه وإبرازه لما في نفسه، فلا يضرّ الفصل بين اللفظين مع وجود الالتزام النفساني، كما هو الحال في المعاملات الجارية بواسطة المكاتبة والبرقيّات، أو في مجلس واحد إذا تأخّر القبول.

وبالجملة: الفصل لم يكن مضرّاً بالالتزامين، وإنّما العبرة ببقاء الالتزامين.

نعم، لو أعرض عن التزامه من جهة الفصل فلا يؤثّر العقد؛ لعدم بقاء

---

(١) كما في أجود التقريرات ١: ٥٢٩.

مسألة ١١ : ويشترط فيه التنجيز[١] كما في سائر العقود ، فلو علّقه علىٰ شرط أو مجيء زمان بطل . نعم ، لو علّقه علىٰ أمر محقّق معلوم ـكأن يقول : إن كان هذا يوم الجمعة زوّجتك فلانة ، مع علمه بأنّه يوم الجمعة ـ صحّ ، وأمّا مع عدم علمه فمشكل .

عنوان المعاقدة وعدم بقاء الالتزام .

والحاصل : لا يمكن إثبات الموالاة بدليل ، فما عن بعضهم من اعتبار الموالاة ـبل بالغ بعضهمـ بالفصل بالحمد لله واعتبر الموالاة الحقيقيّة[١] ، ضعيف جدّاً .

وممّا ذكرنا ظهر عدم اعتبار اتّحاد المجلس .

ودعوىٰ اشتراط اتّحاد مجلس الإيجاب والقبول واضحة البطلان ، بل يصحّ العقد ولو مع تعدّد المجلس واختلافه ؛ لصدق عنوان المعاقدة ، كالمعاقدة بين الطرفين بسبب التليفون ، أو يرفع صوته حتّىٰ يسمعه الآخر في المجلس الآخر ، ولو تأخّر مجلس القبول يتبنّىٰ الحكم بالصحّة علىٰ اعتبار الموالاة ، وقد عرفت عدم اعتبار الموالاة .

وبما ذكرنا ظهر حكم المسألة العاشرة .

(١) وتفصيل الكلام : إنّ التعليق يكون علىٰ وجوه :

الأوّل : إنّ التعليق قد يكون متحقّقاً في نفسه ذكره في العقد أم لم يذكره ، كالطلاق المعلّق علىٰ الزوجيّة ، والبيع المعلّق علىٰ كون المبيع ملكاً له

---

(١) أُنظر كشف اللثام ٧ : ٤٨ .

. . . . . .

ونحو ذلك .

ولا ريب في عدم بطلان العقد بذلك ، ولا نحتمل شمول الإجماع المدّعىٰ ، علىٰ اعتبار التنجيز لمثل هذه التعليقات .

الثاني : التعليق علىٰ أمر معلوم الحصول فعلاً أو بعداً بنحو الشرط المتأخّر .

ولا ريب أيضاً في صحّته ، فإنّ الاشتراط وعدمه لا يؤثّران في وقوع العقد وعدمه ، كما إذا قالت : زوّجتك نفسي علىٰ تقدير كون هذا اليوم من النهار ، والمفروض وقوع العقد في النهار ، أو قالت : زوّجتك نفسي علىٰ تقدير طلوع الشمس غداً ، وكلاهما يعلمان ذلك ، فإنّ المفروض وقوع المنشأ فعلاً .

الثالث : ما إذا كان المعلّق عليه معلوم العدم ، او مشكوك العدم ، ولكن في الواقع لا وجود له .

ولا ريب في بطلان البيع سواء قلنا باعتبار التنجيز أم لا ؛ لأنّ المفروض أنّ المعلّق عليه غير موجود ، فالبيع غير متحقّق في الحقيقة .

وبعبارة أُخرىٰ : في صورة عدم وجود المعلّق عليه لم ينشأ البيع .

الرابع : التعليق علىٰ أمر مشكوك فعلاً أو استقبالاً ، وهذا مورد اعتبار التنجيز .

فحاصل ما تقدّم من الأقسام : إنّه قد يعلّق العقد علىٰ ما هو معلّق عليه واقعاً وفي الحقيقة ، فالتعليق حاصل في نفسه سواء ذكره في العقد أم لم

. . . . . .

يذكره ، كتعليق الطلاق علىٰ الزوجيّة ، وتعليق بيع الشيء علىٰ ملكيّته ونحو ذلك .

ولا ريب في عدم بطلان العقد بذلك ؛ لعدم شمول دليل بطلان العقد بالتعليق لمثل ذلك .

وقد يعلّق العقد علىٰ غير ذلك ممّا ليس بمعلّق عليه واقعاً :

فتارة : يكون ذلك الشيء المعلّق عليه معدوم الوجود .

وأُخرىٰ : معلوم الوجود .

وثالثة : مشكوك الوجود .

أمّا إذا كان معدوماً بالفعل أو فيما بعد ، فلا إشكال في بطلان العقد ؛ لعدم وجود المعلّق عليه ، فالعقد غير متحقّق في الحقيقة .

وأمّا إذا كان المعلّق عليه أمراً موجوداً بالفعل ومعلوماً للطرفين ، فلا ريب في الصحّة ؛ لأنّه في الحقيقة لا تعليق في البين ، بل التعليق لغو ، كما إذا باعه في النهار ، وقال : بعت إذا كانت هذه الساعة من النهار .

وأمّا إذا كان المعلّق عليه غير فعلي ، بل كان أمراً استقبالياً ، فإن كان التعليق من قبيل الشرط المتأخّر بالنسبة إليه ، كما إذا باع بشرط أن تطلع الشمس غداً ، فهذا أيضاً محكوم بالصحّة ؛ لأنّ العقد تنجيزي في الحقيقة ، وتعليقي في الصورة ؛ لأنّ الإنشاء فعلي والملكيّة حاصلة بالفعل ، فهو كالتعليق علىٰ أمر معلوم الحصول بالفعل الذي لا ريب في صحّته .

وإن كان التعليق من قبيل الشرط المقارن ، بمعنىٰ إنشاء الملكيّة من الآن

. . . . . .

وحصول الملكيّة في الاستقبال ؛ لأنّ المفروض أنّ الشرط من الشرط المقارن ، فالملكيّة تتحقّق عند وجود الشرط في المستقبل وإن كان معلوم الحصول ، كما إذا قالت : زوّجت نفسي في الشهر المقبل .

وهذا أحد الموردين الذي ادّعوا فيه اعتبار التنجيز ، وذهبوا إلىٰ بطلان مثل هذا العقد ، واستثنوا من ذلك الوصيّة التمليكيّة المعلّقة علىٰ الموت ، والتدبير ، فإنّ الإنشاء فيهما فعلي ، والمنشأ استقبالي .

وربّما يقال بأنّ إجارة الدار من بعد شهر أو سنة من هذا القبيل ، بمعنىٰ أنّ إنشاء ملكيّة المنافع فعلي والملكيّة متأخّرة .

وفيه : إنّ إجارة المنفعة المتأخّرة نظير الواجب التعليقي ، فإنّ المالك يملك المنفعة الفعليّة كذلك يملك المنفعة الاستقباليّة ، وله أن يملّك المنفعة الفعلية ، كما له أن يملّك المنفعة الاستقباليّة ، فالتمليك متحقّق من الآن ، غاية الأمر متعلّق الملكيّة استقبالي ، فإنشاء الملكيّة والمنشأ تحقّقا في زمان واحد ، غاية الأمر متعلّق الملكيّة متأخّر .

المورد الثاني : ما إذا كان المعلّق عليه مشكوكاً فيه سواء كان المعلّق عليه فعليّاً وموجوداً بالفعل واقعاً ولكن لا يعلمان بذلك ـكما إذا قالت : زوّجتك نفسي إن كنت هاشميّاًـ أو استقباليّاً كتعليق العقد علىٰ مجيء ولده من السفر ، فهذان المورد ان ممّا حكموا عليه بالبطلان لأجل التعليق ، ويقع الكلام في دليله .

وقد يقال : إنّ البطلان علىٰ حسب القاعدة ، فإنّ الإنشاء والمنشأ

. . . . . .

كالإيجاد والوجود وهما مختلفان اعتباراً، وإلّا فهما شيء واحد وحقيقة واحدة وأحدهما عين الآخر، فإنّ الوجود إذا أُضيف إلىٰ الماهيّة فهو وجود كوجود الإنسان والحيوان والشجر، وإذا أُضيف إلىٰ الموجد فهو إيجاد منه فلا ينفصل الوجود عن الإيجاد، وكذلك المنشأ عن الإنشاء، فإنشاء الزوجيّة بالفعل ووجود الزوجيّة في الزمان المتأخّر أمر غير معقول؛ لأنّه يوجب انفصال الإيجاد عن الوجود.

وفيه: إنّ صحّ هذا الكلام، فهو في الأُمور الحقيقيّة، وأمّا في الأُمور الاعتباريّة فالأمر سهل.

علىٰ أنّه مبنيّ علىٰ كلام المشهور في الإنشاء من أنّه إيجاد للمعنىٰ، وقد ذكرنا في بحث الأُصول: إنّه لا أساس لهذا التعريف أصلاً.

وإنّما الإنشاء: إبراز أمرٍ اعتباري في النفس كالإخبار، فإنّه إبراز لما في النفس لكن حكاية عمّا هو في الخارج، والإنشاء إنّما هو إبراز لما في النفس من الأمر الاعتباري، ولا علاقة له بالحكاية عمّا في الخارج، فمن حيث الإبراز لا فرق بين الإخبار والإنشاء، وكما يمكن أن يكون الإخبار فعليّاً والمخبر به استقباليّاً، كذلك الإنشاء يمكن أن يكون فعليّاً والمنشأ والمعتبر أمراً استقباليّاً، وأدلّ دليل علىٰ إمكان ذلك وقوعه، كالوصيّة التمليكيّة والتدبير، فإنّ الاعتبار فيهما فعلي والمعتبر استقبالي.

وقد يقال: إنّ تعليق الشيء كالعقد ونحوه علىٰ أمرٍ مشكوك فيه ومجهول أمر غير معقول؛ لأنّ الشيء إمّا يوجد أو لا يوجد، ولا معنىٰ لإيجاد

. . . . . .

فعل علىٰ تقدير مثلاً العقود إمّا أن يتحقّق في الخارج أم لا ، فإنّ الشخص إمّا يعقد أو لا يعقد ، ولا معنىٰ لإيجاد العقود علىٰ تقدير .

والجواب عن ذلك : قد ظهر من أنّه لا إيجاد في المقام ، بل ليس في البين إلّا الاعتبار ، ويصحّ الاعتبار علىٰ تقدير ـ كالواجبات المشروطة ـ وهكذا يصحّ التقدير في الإخبار ، فقد يقال : زيد قائم ، وقد يقال : إذا كانت الساعة كذا فالشمس طالعة ، فإنّ جميع القضايا الخبريّة الشرطيّة تعليقيّة ، وهكذا يمكن التعليق في الإنشاء فلابدّ من اعتبار هذا الشرط ـ أعني التنجيز ـ من التماس دليل آخر غير ما تقدّم من عدم الإمكان ، فإنّه ـ كما عرفت ـ ممكن ، بل واقع كما في الوصيّة والتدبير .

وعمدة الدليل علىٰ اعتباره إنّما هو الإجماع المدّعىٰ في كلام غير واحد من أصحابنا ، والظاهر ثبوته إذا لم ينقل الخلاف من أحد .

علىٰ أنّه يمكن الاستدلال بأصالة الفساد في العقود ، بتقريب أنّه لا دليل علىٰ صحّة العقد إذا كان معلّقاً ، وحيث إنّ العقد التعليقي أمر غير متعارف عرفاً خصوصاً النكاح ، بل هو أمر مستنكر عرفاً ، فلا يشمله أدلّة صحّة العقود العامّة ، فالمرجع حينئذٍ الأصل المقتضي للفساد .

بل يمكن استفادته من النصوص الدالّة علىٰ ترتّب الأثر بالفعل علىٰ مجرّد تماميّة العقد من دون انتظار شيء وحصول شرط ، إلّا في بعض الموارد الخاصّة ، فإنّ ترتّب الأثر فيها يتوقّف علىٰ القبض خارجاً ، كالصرف ، والسلم ، والهبة .

. . . . . .

وأمّا بقيّة العقود، فالظاهر من أدلّتها ترتّب الأثر على مجرّد تماميّة العقد وحصوله، ولو كان التعليق أمراً ممكناً وجائزاً في العقود، لا بدّ من التفصيل بين العقد المنجّز والمعلّق، ولا بدّ من السؤال من أنّ العقد تنجيزي أو تعليقي، فالحكم بترتّب الأثر بالفعل على العقد يكشف عن عدم صحّة التعليق في العقود، فإنّ الحكم بالزوجيّة بمجرّد قول المرأة: نعم بعد قول الرجل: أتزوّجك[1] يكشف عن ترتّب أثر الزوجيّة من دون فصل وانتظار شيء.

وكذا يستفاد من غير روايات النكاح، كشراء الأمة وأخبر المالك باستبرائها[2]، أو إذا اشتراها من المرأة المالكة[3]، فإنّه حكم عليه السلام بجواز

---

(١) كما في صحيحة أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: «تقول: أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنّة نبيّه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً، وإن شئت كذا وكذا سنة، بكذا وكذا درهماً، وتسمّي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها».
الكافي ٥: ٣/٤٥٥، تهذيب الأحكام ١١٤٥/٢٦٥، الاستبصار ٣: ٥٥١/١٥٠، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٤٨٦/٤٣.

(٢) كما عن حفص البختري، عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يشتري الأمة من رجل، فيقول: إنّي لم أطأها؟
فقال: «إذا وثق به فلا بأس بأن يأتيها...».
الكافي ٥: ٤/٤٧٢، وسائل الشيعة ١٨: ٢٦٠/ ٢٣٦٣٠.

(٣) كما عن رفاعة قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الأمة تكون لامرأة فتبيعها؟
قال: «لا بأس أن يطأها من قبل أن يستبرئها».

. . . . . .

وطئها وحصول الملكيّة بمجرّد الشراء من دون انتظار شيء وحصول الأمر المعلّق عليه .

فيكشف ذلك عن أنّ التعليق في الشراء غير جارٍ وغير صالح ، إذ لو صحّ التعليق بنحو الشرط المقارن علىٰ أمر معلوم الحصول ، أو مشكوك فيه لا يترتّب الأثر من جواز التملّك وجواز الوطء بالفعل بمجرّد الشراء وصدور العقد ، بل لا بدّ من انتظار حصول الأمر المعلّق عليه ، فلا تشمله الأدلّة العامّة ، بل يحكم عليه بالبطلان ، فمن ترتّب الأثر بالفعل وترك الاستفصال نكشف عن عدم اعتبار التعليق .

وأيضاً يمكن استفادة اعتبار التنجيز من الحكم ببطلان الطلاق المعلّق علىٰ شرط .

ففي صحيح الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام أنّه سئل عن رجل قال لامرأته : إن تزوّجت عليك أو بتّ عنك فأنت طالق ؟

فقال : «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من شرط شرطاً سوىٰ كتاب الله عزّوجلّ لم يجز ذلك عليه ولا له»[1] .

فإنّ المستفاد منه : إنّ تعليق الطلاق علىٰ التزويج عليها أو البيتوتة عنها ممّا يخالف كتاب الله .

تهذيب الأحكام ٨ : ١٧٤ / ٦٠٧ ، الاستبصار ٣ : ٣٦٠ / ١٢٩٢ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٩١ / ٢٦٦٠٦ .

(١) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٩٦ / ٤٧٥٢ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٤٤ / ٢٧٩٨١ .

. . . . . .

وبالجملة : لا ريب في اعتبار التنجيز في العقود في القسمين المتقدّمين ، وهما : التعليق علىٰ أمر معلوم الحصول بنحو الشرط المقارن ، والتعليق علىٰ أمر مشكوك فيه .

نعم ، يتمّ اعتبار هذا الشرط في العقود المعاوضيّة ، كالبيع والإجارة والصلح ونحو ذلك ، وأمّا غيرها ، كالعقود الإذنيّة كالوكالة ، فلا بأس في التعليق ـ كما صرّح بذلك المحقّق القمّي في جامع الشتات في كتاب الطلاق[١] ، وحكي عن المحقّق الأردبيلي والسبزواري في كتاب الوكالة[٢] ـ فيها ، كما إذا وكّل شخصاً علىٰ شرط ، كما إذا قال : أنت وكيلي في بيع داري إذا سافرت ، أو يقول للزوجة : أنت وكيلي في الطلاق إذا سافرت ونحو ذلك من الشروط ، فلا بأس بذلك ، إذ لا دليل علىٰ التنجيز في أمثال هذه العقود ، ولا نظن شمول الإجماع لمثل ذلك[٣] .

---

(١) جامع الشتات ٢ : ٢٧٧ .

(٢) مجمع الفائدة ٩ : ٥٣٣ ، كفاية الأحكام : ١٢٨ .

(٣) كتب السيّد المقرّر ﷺ بين طيّات أوراق هذه المسألة قصّاصات ورق تخصّ هذه المسألة ، آثارنا إيرادها في الهامش ؛ حفاظاً عليها ، وفيها :

والحاصل : لا ريب أنّ التعليق في العقود بحيث يكون الإنشاء فعليّاً والمنشأ استقباليّاً أمر مستنكر عرفاً خصوصاً في باب النكاح ، بل الظاهر من الروايات ترتّب الأثر علىٰ العقد من دون التوقّف علىٰ شيء آخر ، فلا مجال لدعوىٰ إطلاق الأدلّة ، هذا كلّه في العقود المعاوضيّة .

وأمّا العقود الإذنيّة كالوكالة ، فالظاهر أنّه لا مانع من التعليق فيها ولم يكن أمراً ﷺ

﴿مستنكراً عرفاً ، بل هو شائع عندهم ، ويقول الموكّل : أنت وكيلي في بيع داري إذا سافرت ، أو : إذا دفعوا القيمة الفلانية ونحو ذلك ، فإنّ الوكالة ليست إلّا الإذن وإبرازه ، وهما حاصلان ، ولو بالتعليق ، فما ذكره العلّامة من الفرق بين المثالين لا وجه له ، ولا نظن شمول الإجماع للتعليق في باب الوكالة ونحوها .

وذكر الشيخ (هو الشيخ الأنصاري في المكاسب ٣ : ١٦٣) : ويدلّ عليه ـ أي على التنجيز ـ فحوىٰ فتاويهم ومعاقد الإجماعات في اشتراط التنجيز في الوكالة ، مع كونه من العقود الجائزة التي يكفي فيها كلّما دلّ علىٰ الإذن ، حتّىٰ إنّ العلّامة ادّعىٰ الإجماع ـ على ما حكي عنه ـ علىٰ عدم صحّة أن يقول الموكل : أنت وكيلي في يوم الجمعة أن تبيع عبدي ، وعلىٰ صحّة قوله : أنت وكيلي ولا تبع عبدي إلّا في يوم الجمعة ، مع كون المقصود واحداً ، فإذا كان الأمر عندهم في الوكالة كذلك ، فكيف الحال في البيع ؟

وغرضي أنّ المدرك لو كان هو الإجماع ، فلا فرق بين العقود المعاوضيّة والإذنيّة ؛ لأنّ المجمعين لم يفرّقوا بين ذلك .

نعم ، حكىٰ المحقّق القمّي في جامع الشتات (٢ : ٢٧٧) في كتاب الوكالة عن الآخوند ملّا أحمد وصاحب الكفاية الخلاف ، وذكر ﷺ تأييداً لهما صحّة الوكالة إذا قال : أنت وكيلي في طلاق زوجتي لكن طلّقها بعد شهرين ، وكذلك لو قال : أنت وكيلي في بيع عبدي إذا قدم الحاج .

وحكي عن التذكرة (تذكرة الفقهاء ٢ : ١١٤ ط .ق) الإجماع علىٰ صحّة ذلك ، وقد صرّح ﷺ في كتاب الطلاق من الكتاب المذكور : إنّ الأظهر كون التعليق غير ضائر في الوكالة .

وقد أنهىٰ الأقسام في بحث المكاسب إلىٰ اثني عشر قسماً ، فإنّ المعلّق عليه : إمّا أن يكون معلوم التحقّق ، أو محتمله .

وعلىٰ التقديرين : إمّا أن يكون أمراً حالياً ، أو استقبالياً .

وعلىٰ التقادير الأربعة : إمّا يتوقّف عليه صحّة العقد شرعاً ، وإمّا لا يتوقّف عليه شرعاً ، فهذه ثمانية .

وعلىٰ التقادير الأربعة : إمّا يتوقّف عليه حقيقة المنشأ وواقعه ، كتوقّف الطلاق علىٰ ﴾

مسألة ١٢ : إذا أوقعا العقد علىٰ وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته ، فإن أرادا البقاء فاللازم الإعادة علىٰ الوجه الصحيح ، وإن أرادا الفراق فالأحوط الطلاق[١] ، وإن كان يمكن التمسّك بأصالة عدم التأثير في الزوجية .

وإن كان علىٰ وجه يخالف الاحتياط الاستحبابي ، فمع إرادة البقاء الأحوط الاستحبابي إعادته علىٰ الوجه المعلوم صحّته ، ومع إرادة الفراق فاللازم الطلاق .

---

(١) إذا كان عدم الاشتراط مثلاً مستنداً إلىٰ الفتوىٰ والدليل وأوقع العقد علىٰ ذلك ، فلا كلام في كون العقد محكوماً بالصحّة ، وإذا أراد الفراق لا بدّ من الطلاق .

نعم ، لو أراد البقاء فالأحوط استحباباً الإعادة طبقاً للشرط ، وإن كان المنشأ لاعتبار الشرط الاحتياط الوجوبي وأوقع العقد مخالفاً للاحتياط وأراد

الزوجيّة ، وإمّا يتوقّف عليه صحّته شرعاً ، كالقبض في الهبة ، وإمّا لا يكون شيء من ذلك .

فالأقسام اثني عشر ، وأضف عليه ما إذا كان المعلّق عليه مقطوع العدم أو مشكوكه ولكن لا وجود له في الخارج .

فالأقسام أربعة عشر .

ثمّ إنّه قد ناقش في الإجماع المدّعىٰ في المقام ، وذكر : إنّه لم يحصل لنا الاطمئنان برأي المعصوم عليه السلام ، ولم يثبت كونه إجماعاً تعبديّاً ، وذكر : إنّ القول بالصحّة مطلقاً وعدم اعتبار التنجيز قوي .

ثمّ إنّ الشيخ في المكاسب حكىٰ عن فخر الدين : إنّ تعليق الوكالة علىٰ الشرط لا يصحّ عند الإماميّة . كتاب المكاسب ٣ : ١٦٣ وما بعدها .

. . . . . .

البقاء فلا بدّ من تجديد العقد .

وإن أراد الفراق ذكر في المتن : الأحوط الطلاق ، ولكن ذكر أنّه يمكن القول بعدم الحاجة إلىٰ الطلاق ؛ لأصالة عدم تأثير العقد في الزوجيّة .

ولا يخفىٰ أنّ ذلك ينافي الاحتياط الوجوبي ، كما لو علم المفتي إجمالاً بلزوم أحد الأمرين واحتاط حسب العلم الإجمالي ، أو احتاط في المسألة قبل الفحص عن دليلها ، فالاحتياط في أمثال ذلك لزومي ، فكيف يمكن الرجوع إلىٰ الأصل ، فإنّ العلم الإجمالي مانع عن الرجوع إليه ، وكذلك الشبهة قبل الفحص تمنع عن الرجوع إلىٰ الأصل ، وأمّا المقلّد فليس له الرجوع إلىٰ الأصل الحكمي .

وبالجملة : إنّ صحّ جريان الأصل ، ففي مورد عدم الاحتياط اللزومي ، وأمّا في مورد الاحتياط اللزومي إذا أراد الفراق لا بدّ من الطلاق ، وإن أراد البقاء لا بدّ من العقد جديداً ؛ لأنّ المفروض أنّه لا حجّة له علىٰ الطرفين حتّىٰ بالأصل العملي ، ولذا ذكرنا في التعليقة : إنّ هذا الاحتياط لا يترك .

وبتقريب آخر : إذا كان العقد غير مشروط بشيء خاصّ ـ كالعربيّة ـ ولكن المجتهد احتاط في اعتباره احتياطاً استحبابيّاً ، فلا ريب في جواز مخالفته ، وإذا أوقع العقد مخالفاً للاحتياط ، فلا إشكال في صحّة العقد ، وإذا أراد الفراق لا بدّ من الطلاق .

وأمّا إذا كان منشأ اعتبار الشرط احتياطاً وجوبيّاً ، فإن كان الاحتياط من باب الحكم الظاهري ، كأصالة البراءة المقتضية للجواز الظاهري ، وذلك

مسألة ١٣ : يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل [١] سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره ، وكالةً أو ولايةً أو فضولاً ، فلا اعتبار بعقد الصبيّ ولا المجنون ولو كان أدواريّاً حال جنونه ، وإن أجاز وليّه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته علىٰ المشهور، بلا خلاف فيه.

ينحصر بموردين :

أحدهما : مورد العلم الإجمالي .

والثاني : الشبهات الحكمية قبل الفحص .

وفيهما لا مجال للرجوع إلىٰ أصالة عدم التأثير في الزوجيّة ، وإن لم يكن الاحتياط من باب الحكم الظاهري ، بل لأجل وجود مانع من إظهار رأيه ، كما إذا رأىٰ المجتهد عدم المصلحة في إظهار الحكم الواقعي وترتّب المفسدة علىٰ بيانه وإظهاره ، كما لو كان فتواه طهارة الكتابي ، أو عدم تنجيس المتنجّس ، ولكن لا يفتي بذلك خوفاً من اختلاط المسلمين بالكفّار وعدم الاهتمام بأُمور النجاسة والطهارة ، فحينئذٍ العامّي ليس عليه إلّا الاحتياط ، إذ ليس له الوصول إلىٰ الحكم الواقعي وليس له جريان البراءة والرجوع إلىٰ الأُصول العمليّة في الشبهات الحكميّة .

وعلىٰ كلٍّ فليس له الرجوع إلىٰ أصالة البراءة أو أصالة عدم التأثير ، فإذا أراد الفراق يجب عليه الطلاق .

(١) أمّا اعتبار العقل وعدم العبرة بعقد المجنون ، فلا ينبغي الريب فيه ؛ لعدم تحقّق القصد منه إلىٰ المعنىٰ ، وإنّما يقصد مجرّد اللفظ ، أي يتلفّظ بألفاظ خاصّة من دون قصد إلىٰ معانيها ، كصدور بعض الألفاظ من بعض الحيوانات ، فالمعنىٰ وهو البيع أو الزوجيّة ونحو ذلك غير مقصودة له ، علىٰ

. . . . . .

أنّ أدلّة نفوذ العقود منصرفة عن عقد المجنون، فإنّ العقلاء لا يرتّبون أي أثر علىٰ لفظه وعقده، فلا عبرة بعقده ولو أجاز وليّه، أو أجاز هو بعد إفاقته.

وأمّا اعتبار الكمال بالبلوغ، فيقع الكلام في جهات ثلاث:

الأُولىٰ: استقلال الصبي في التصرّف في أمواله بحيث يكون الفعل فعله حقيقة، ويكون حاله حال البالغين في تصرّفاته ومعاملاته.

والظاهر ـ وفاقاً للمعروف ـ عدم نفوذ تصرّفات الصبي إذا كان مستقلّاً.

أمّا بالنسبة في الأموال، فيدلّ عليه الآية الشريفة ﴿**وَٱبْتَلُواْ ٱلْيَتَـٰمَىٰ حَتَّىٰٓ إِذَا بَلَغُواْ ٱلنِّكَاحَ فَإِنْ ءَانَسْتُم مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوٓاْ إِلَيْهِمْ أَمْوَٰلَهُمْ**﴾[1]، فإنّ المستفاد منها: عدم استقلال الصبي في التصرّف في أمواله، وعدم نفوذ تصرّفه إلّا إذا بلغ مبلغ النكاح، أي خرج عن حدّ الصبي وكان رشيداً أيضاً.

وأمّا في غير الأموال، فلحديث عدم وضع القلم، وعدم جريه، وإنّما يجري عليه القلم إذا بلغ، فعمله قبل البلوغ كلا عمل، ولا يؤخذ بشيء من أعماله.

ولا يخفىٰ أنّ ما دلّ علىٰ رفع القلم عن الصبي وإن كان سند جملة منه ضعيفاً، ولكن دلّت رواية معتبرة علىٰ ذلك، وهي موثّقة عمّار الساباطي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألته عن الغلام متىٰ تجب عليه الصلاة؟

قال: «إذا أتىٰ عليه ثلاث عشرة سنة، فإن احتلم قبل ذلك فقد وجبت عليه الصلاة، وجرىٰ عليه القلم...»[2].

---

(١) سورة النساء ٤: ٦.

(٢) تهذيب الأحكام ٢: ٣٨٠/ ١٥٨٨، الاستبصار ١: ٤٠٨/ ١٥٦٠، وسائل الشيعة ١: ٤٥/ ٨٢.

لكنّه في الصبيّ الوكيل عن الغير محلّ تأمّل ؛ لعدم الدليل على سلب عبارته[١] إذا كان عارفاً بالعربيّة ، وعلم قصده حقيقةً ، وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا .

فإنّها تدلّ على أنّه إذا لم يحتلم ولم يبلغ لا تجب عليه الصلاة ، ولا يجري عليه القلم .

وفي صحيح عبدالله بن سنان ـ كما في الخصال ـ عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سأله أبي وأنا حاضر عن اليتيم متىٰ يجوز أمره ؟

قال : «حتىٰ يبلغ أشدّه» .

قال : وما أشدّه ؟

قال : «احتلامه . . .»[١] ، الخبر .

فإنّه يدلّ على أنّ أمر الصبي ما لم يبلغ لا ينفذ ولا يجوز ولا يمضي ، ومقتضىٰ إطلاق الأدلّة : عدم الفرق بين كون تصرّفه بإذن الوليّ وعدمه ، كما لا فرق في البطلان بين ما لو أجاز هو بعد بلوغه أم لا .

وبالجملة : المستفاد من النصوص : عدم نفوذ تصرّفات الصبي مطلقاً .

أمّا في الأموال ، فلعموم الآية الشريفة[٢] ، وأمّا في غير الأموال ، فلعموم الروايات الشاملة للأموال وغيرها .

(١) الثانية : ما إذا كان الصبي وكيلاً في إجراء العقد فقط ، والظاهر فيه

---

(١) الخصال : ٣ / ٤٩٥ ، وسائل الشيعة ١٨ : ٤١٢ / ٢٣٩٠ بسقوط عبدالله بن سنان من السند .

(٢) وهي الآية ٦ من سورة النساء .

. . . . . .

هو الجواز، إذ لا مانع لترتيب الأثر علىٰ عقده؛ لأنّه لا دليل علىٰ سلب عبارته عن المعنىٰ، وما دلّ علىٰ المنع في تصرّفات الصبي يرجع إلىٰ ما كان العمل من أمر الصبي.

وأمّا ما كان أمراً للموكل، فالأدلّة لا تشمله.

وبعبارة أُخرىٰ: بعد ما كان الفعل الصادر من الصبي مستنداً إلىٰ البالغ، فلا يرتفع بحديث «رفع القلم»، ولا يكون الأمر أمره حتّىٰ لا ينفذ ولا يمضي.

نعم، هنا رواية واحدة استدلّ بها علىٰ سلب عبارته، وعدم نفوذ مطلق تصرّفاته، وهي ما ورد من أنّ «عمد الصبي وخطأه واحد»، وهذه الجملة وردت في طائفتين:

إحداهما: مذيّلة بقوله: «يحمل علىٰ العاقلة»[1].

ولا ريب أنّ هذه تختصّ بباب الجنايات ـ كالقتل وشبهه ـ فتكون أجنبيّة عن عدم نفوذ تصرّفات الصبي وسلب عبارته.

ثانيتهما: غير مذيّلة بذلك، كما في صحيحة محمّد بن مسلم: «عمد الصبي وخطأه واحد»[2]، ولا موجب لتقييدها بالأُولىٰ من باب حمل المطلق

---

(١) كما عن إسحاق بن عمّار، عن جعفر، عن أبيه عليهما السلام: «إنّ عليّاً عليه السلام كان يقول: عمد الصبيان خطأ يحمل علىٰ العاقلة».
تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٣ / ٩٢١، وسائل الشيعة ٢٩: ٤٠٠ / ٣٥٨٦٠.

(٢) تهذيب الأحكام ١٠: ٢٣٣ / ٩٢٠، وسائل الشيعة ٢٩: ٤٠٠ / ٣٥٨٥٩.

. . . . . .

على المقيّد ؛ لعدم التنافي بينهما لكونهما مثبتين ، فيؤخذ بظاهر الثانية ، ومقتضى إطلاقها : إنّ عمد الصبي كالعقد الصادر منه محكوم عليه بالخطأ وعلى سلب عبارته من المعنى .

ويندفع : بأنّه لم يرد في الرواية عمد الصبي كلا عمد ، وإنّما ورد أنّ عمده وخطأه واحد ، والظاهر من ذلك : اختصاصه بما إذا كان للعمد حكم ولخطأه حكم آخر .

وبعبارة أُخرى : إذا كان الحكم المترتّب على عنوان العمد مختلفاً مع الحكم المترتّب على عنوان الخطأ بالنسبة إلى البالغين ، ففي الصبي لا يختلف ، بل الحكم المترتّب على عمده كالحكم المترتّب على خطأه ، فقهراً تختصّ الرواية بباب الجنايات ؛ لأنّ في مورد الجنايات تختلف الأحكام المترتّبة على العمد مع الأحكام المترتّبة على الخطأ .

وأمّا في غير ذلك من الموارد ، فإنّ الأثر يترتّب على نفس الفعل الصادر عن العمد ، وأمّا إذا صدر عن الخطأ ، فلا يترتّب عليه الأثر ؛ لعدم صدور الفعل العمدي عنه وعدم القصد إلى الفعل لا من جهة الخطأ ، فلا أثر يترتّب على الخطأ حتّى يقال بأنّ عمده وخطأه واحد .

فإنّ العقد الخطأي إنّما يُحكم بفساده لا بعنوان أنّه عقد خطأي ، بل من جهة عدم تحقّق القصد إلى العقد الذي هو الموضوع للأثر .

على أنّه لا يمكن الأخذ بإطلاق الرواية جزماً ، فإنّ لازمه صحّة الصلاة إذا قطعها عمداً ، وصحّة صومه إذا فطر متعمّداً ؛ لأنّ عمده بحكم الخطأ ، إلى

وكذا إذا كان لنفسه بإذن الوليّ ، أو إجازته ، أو أجاز هو بعد البلوغ[١] .

غير ممّا لا يمكن الالتزام به .

والحاصل : المستفاد من الرواية : إنّ الحكم المترتّب علىٰ عمد الصبي والحكم المترتّب علىٰ خطأه لا يختلفان ، وإنّما يختلف بالنسبة إلىٰ البالغين ، ويؤيّد برواية إبراهيم بن أبي يحيىٰ الواردة في تزويج عمر بن أبي سلمة ، وهو صغير لم يبلغ الحلم أُمّ سلمة لرسول الله صلى الله عليه وآله[١] ، فما أفاده في المتن من عدم الدليل علىٰ سلب عبارته وصحّة وكالته عن الغير في إجراء الصيغة هو الصحيح .

(١) الثالثة : ما إذا كان الصبي والتصرّف عنه فضلاً عن صحّة وكالته مستقلّاً في الوكالة عن الغير ، ويتصرّف في أموال غيره وكالةً عنه ، كما هو المتعارف والمشهور عدم الجواز ، ولكن الظاهر وفاقاً لجماعة منهم المصنّف دام ظله هو الجواز ؛ لعدم الدليل علىٰ المنع ، فإنّ المستفاد من الأدلّة : عدم نفوذ أمره بالنسبة إلىٰ نفسه ، وأنّ العقد الصادر منه لا أثر له بالنسبة إلىٰ ما إذا كان العقد عقد نفسه .

وأمّا إذا كان العقد عقداً للغير حقيقة والأمر أمر الغير ، فلا تشمله الأدلّة ، فإنّ المأخوذ بالعقد والمسؤول منه حقيقة هو الموكل ، والعقد عقده ،

---

(١) وهي : عن إبراهيم بن يحيىٰ ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « تزوّج رسول الله صلى الله عليه وآله أُمّ سلمة زوّجها إيّاه عمر بن أبي سلمة وهو صغير لم يبلغ الحلم » .
الكافي ٥ : ٣٩١ / ٧ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٥ / ٢٥٦٦٣ .

. . . . . .

وموضوع الأدلّة المانعة ما إذا كان العقد راجعاً إلىٰ نفس الصبي، وكان الأمر أمره؛ فالمعاملات الصادرة منه وكالة عن الغير غير مشمولة للأدلّة.

ثمّ إنّ الحكم بالبطلان وعدم نفوذ تصرّفاته ليس هو الحكم بالبطلان بالمرّة، بل نحكم بالبطلان في الجملة، أي في زمان صباه، وما لم يبلغ.

وأمّا إذا بلغ وأجاز فلا بأس، كما هو الحال في العقد الصادر عن الإكراه، فإنّه يحكم عليه بالبطلان ما دام هذا العنوان كان متحقّقاً، وإذا زال هذا العنوان فلا مانع من الصحّة، إذ لا قصور في العقد سوىٰ الإكراه، والمفروض زواله.

وبالجملة: المانع في المقام صدور العقد عمّن لا أهليّة له، فإذا صار أهلاً فلا مانع من الصحّة، فالفساد ليس بمعنىٰ عدم القابليّة بالكليّة، بل الفساد نظير فساد الفضولي ما لم يجز المالك، أو فساد عقد المكره ما لم يرض، أو فساد العقد الصادر من العبد ما لم يأذن المولىٰ.

فتحصّل: إنّ تصرّف الصبي في مال نفسه علىٰ نحو الاستقلال غير نافذ حتّىٰ لو أذن له الوليّ في التصرّف مستقلّاً.

وأمّا إذا كان التصرّف في ماله بإذن الوليّ بحيث لا يكون الصبي مستقلّاً بالتصرّف، وكان طرف المعاملة في الحقيقة هو الوليّ والطفل إنّما يكون مباشراً، فلا بأس.

وأمّا بالنسبة إلىٰ مال الغير، فلا مانع من تصرّف الصبي مستقلّاً فيه إذا كان مع الإذن، كما إذا كان وكيلاً مفوضاً عن الغير، فيفترق التصرّف في مال

وكذا لا اعتبار بعقد السكران، فلا يصحّ ولو مع الإجازة بعد الإفاقة [١].

نفسه عن مال غيره من عدم نفوذ تصرّفاته مستقلّاً من مال نفسه، وصحّة تصرّفاته مستقلّاً في مال غيره إذا كان بإذن الوليّ؛ فيصحّ كون الصبي وكيلاً مفوّضاً في مال الغير.

(١) وأمّا عقد السكران أو السكرىٰ، فهل يصحّ أم لا؟

ولا يخفىٰ أنّ محلّ الكلام في السكر الموجب لزوال الشعور، وأمّا إذا كان السكر خفيفاً جدّاً بحيث يميّز بين الخير والشرّ ويلتفت إلىٰ الأُمور، فلا كلام في الصحّة؛ لأنّ اعتبار عدم السكر ليس لأجل التعبّد، بل إنّما اعتبر لأجل اعتبار العقد والالتفات، فإذا فرض أنّه ملتفت وشاعر، فلا مانع من السكر في نفسه.

وبالجملة: لا ريب في بطلان العقد الصادر من السكران الفاقد للشعور، فإنّه كالمجنون، غاية الأمر مجنون مؤقت بالعارض؛ لأنّ الميزان: عدم الإدراك، وعدم الشعور، وعدم تمييز الخير من الشرّ، والصلاح والفساد، فلا فرق بينه وبين المجنون؛ فلا يصحّ العقد الصادر منه.

ولو أفاق وأجاز، فإنّ الإجازة إنّما تصحّح العقد الواجد لجميع الشرائط عدا الرضا، فإنّ اعتبار الرضا أعمّ من الرضا السابق واللاحق، وأمّا إذا كان العقد فاسداً من جهات أُخرىٰ في نفسه، فلا تصحّحه الإجازة اللاحقة، فلا مجال للتشكيك والترديد في الصحّة، فما عن الشرائع والجواهر من الترديد والخلاف[١] في غير محلّه.

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٤٩٩، جواهر الكلام ٢٩: ١٤٤، وفيهما: وفي السكران الذي لا يعقل تردّد. وعبارة الجواهر: لا يحصّل بدل: لا يعقل.

وأمّا عقد السكرىٰ[١] إذا أجازت بعد الإفاقة ففيه قولان ، فالمشهور أنّه كذلك ، وذهب جماعة إلىٰ الصحّة مستندين إلىٰ صحيحة ابن بزيع ، ولا بأس بالعمل بها وإن كان الأحوط خلافه ؛ لإمكان حملها علىٰ ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلىٰ ما تقول ، مع أنّ المشهور لم يعملوا بها وحملوها علىٰ محامل ، فلا يترك الاحتياط .

---

(١) وأمّا عقد المرأة السكرىٰ إذا جازت بعد الإفاقة ، ففيه قولان :

المشهور : إنّه كعقد السكران[١] .

وذهب جماعة إلىٰ الصحّة[٢] ؛ لصحيح ابن بزيع[٣] ، وهي ظاهرة الدلالة علىٰ الصحّة ، وأنّها كانت فاقدة للشعور بحيث لم تلتفت إلىٰ ما صدر منها ، وأنكرت ذلك بالمرّة ، والحكم وإن كان علىٰ خلاف القاعدة ، ولكن الأحكام الشرعيّة تعبديّة لا محيص إلّا عن التعبّد بالنصّ الصحيح ، فتكون إجازتها بعد

---

(١) كما في السرائر لابن إدريس ٢ : ٥٧٠ ـ ٥٧١ ، والتحرير للعلّامة ٣ : ٤٢٩ .

(٢) كالشيخ في النهاية ٢ : ٣١٧ ، وابن البرّاج في المهذّب ٢ : ١٩٦ ، والبحراني في الحدائق الناضرة ٢٣ : ١٧٤ ـ ١٧٥ .

(٣) وهو : عن محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت ، فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها ، ثمّ أفاقت فأنكرت ذلك ، ثمّ ظنّت أنّه يلزمها ففزعت منه ، فأقامت مع الرجل علىٰ ذلك التزويج ، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها ؟

قال : « إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاً منها » .

قلت : ويجوز ذلك التزويج عليها ؟

قال : « نعم » .

من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٠٩ / ٤٤٣٠ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٩٢ / ١٥٧١ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٤ / ٢٥٦٦١ .

مسألة ١٤: لا بأس بعقد السفيه إذا كان وكيلاً عن الغير في إجراء الصيغة، أو أصيلاً مع إجازة الوليّ، وكذا لا بأس بعقد المكره على إجراء الصيغة للغير أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك[١].

الإفاقة بمنزلة العقد الجديد، ولا موجب لرفع اليد عن ظهور النصّ وحمله على محامل بعيدة، فإنّه على خلاف القانون المتّبع من الأخذ بظهور الرواية، وقد عمل بها جماعة من المتقدّمين، ومال إليه جمع من المتأخّرين[١].

(١) ذكر في هذه المسألة أمرين:

الأوّل: عقد السفيه، ولا ريب أنّه محجور عليه في أمواله، وليس له التصرّف فيها إلّا مع إذن الوليّ أو إجازته، وأمّا عقده فلا بأس به، إذ لا دليل على سلب عبارته، فلا مانع من جعله وكيلاً عن الغير في إجراء الصيغة أو أصيلاً مع إجازة الولي.

الثاني: عقد المكره، والإكراه قد يقع على مجرّد العقد وإجراء الصيغة، وقد يقع على نفس العمل.

أمّا الأوّل: فلا بأس بعقد المكره، إذ لا أثر بالنسبة إلى المكره حتّى يرتفع بالإكراه، وإنّما الأثر مترتّب على المعاقدة والمعاملة الواقعة بين شخصين آخرين وهما غير مكرهين.

وأمّا المكره على العقد ومجرّد إجراء الصيغة، فلا يشمله حديث رفع الإكراه[٢]؛ لعدم ترتّب الأثر على مجرّد الصيغة، فلا يضرّ الإكراه الواقع عليه.

---

(١) أُنظر الهامش الأسبق.

(٢) وهو: عن حريز بن عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «قال رسول الله صلى الله عليه وآله: رفع عن

. . . . . .

وأمّا الثاني : ـوهو الإكراه الواقع علىٰ البيع ، والنكاح وغير ذلك من الأعمال والأفعال ـ فلا ريب في عدم ترتّب الأثر علىٰ العمل الصادر عن الإكراه ما دام الإكراه موجوداً ، ولا يُلزم المكره بشيء ؛ لحديث رفع الإكراه[1] .

ثمّ إنّه لو رضىٰ بعد ذلك ، المعروف هو الصحّة .

وناقش فيه بعضهم[2] بدعوىٰ أنّ العقد حينما وقع وقع فاسداً ، وصحّته بعد ذلك يحتاج إلىٰ دليل ولا دليل .

ولا يقاس المقام بالمعاملة الفضوليّة في كون الحكم بالصحّة علىٰ طبق القاعدة ، فكما أنّ المعاملة الفضوليّة تصحّ بالإجازة اللاحقة ، كذلك يصحّ البيع المكره بالرضا اللاحق ، وذلك للفرق بين العقد الفضولي والمكره ؛ لأنّه في البيع الفضولي لم يكن البيع قبل الإجازة مستنداً إلىٰ المالك ، وإنّما يستند إليه بعد الإجازة ، فيكون العقد عقداً لنفسه بعد الإجازة ، ففي حين الإجازة يكون العقد مستنداً مع الرضا ، فالصحّة علىٰ طبق القاعدة ، وهذا بخلاف المكره ، فإنّ العقد حينما صدر مستند إليه والعقد عقد لنفسه حينما وقع ، ولكنّه محكوم عليه بالفساد ، فاستند إليه العقد فاسداً لفقدان الرضا ، ولا يصحّ ذلك

﴿أُمّتي تسعة أشياء : الخطأ ، والنسيان ، وما أُكرهوا عليه ، وما لا يطيقون ، وما لا يعملون ، وما اضطرّوا إليه ، والحسد ، والطيرة ، والتفكّر في الوسوسة في الخلوة ما لم ينطقوا بشفة» .

من لا يحضره الفقيه ١ : ٥٩ / ١٣٢ ، وسائل الشيعة ١٥ : ٣٦٨ / ٢٠٧٦٩ .

(١) أُنظره في الهامش السابق .

(٢) كالسيد الطباطبائي في رياض المسائل ١٠ : ٤٤ ـ ٤٥ .

. . . . . .

إلّا بدليل خاصّ.

وتندفع هذه المناقشة: بأنّ ما دلّ علىٰ الفساد إنّما يدلّ علىٰ الفساد بعنوان الإكراه، فما دام الإكراه موجوداً يحكم عليه بالفساد، وإذا زال هذا العنوان وارتفع فلا مقتضىٰ للفساد، فإنّ العقد والعهد الصادر منه ليس مجرّد اللفظ حتّىٰ يقال بأنّه انقضىٰ وانصرم فلا يقبل الصحّة بعد ما وقع فاسداً، بل هو التزام نفساني وله استمرار وبقاء اعتباراً فحدوثاً وإن لم يكن مع الرضا، ولكن بقاءً مقرون بالرضا، فيشمله أدلّة نفوذ العقد.

علىٰ أنّ حديث رفع الإكراه يرفع الحكم المترتّب علىٰ الشيء المكره امتناناً، والحكم بالفساد في المقام لا امتنان فيه، بل علىٰ خلاف الامتنان، بل مقتضىٰ الامتنان أنّه ما دام الإكراه كان متحقّقاً لا يترتّب الأثر علىٰ العمل المكره، وإذا زال عنوان الإكراه فلا امتنان في رفع الحكم، ولذا لا نقول بالفساد في مورد الاضطرار إلىٰ البيع، فإنّ الحكم بالفساد في مورد الاضطرار إلىٰ البيع علىٰ خلاف الامتنان.

نعم، إذا اضطرّ إلىٰ ارتكاب محرّم ـكشرب النجس ونحوهـ يرتفع الحكم بالحرمة، فالميزان في رفع الأثر وعدمه: حصول الامتنان وعدمه، فالفساد في المقام يدور مدار بقاء عنوان الإكراه وعدمه.

وقد يقال: إنّه لا يصحّ ذلك في البيع ونحوه من المعاملات التجاريّة، ويصحّ في النكاح من المعاملات غير التجاريّة؛ لأنّ البيع من الأوّل مقيّد بالتجارة عن تراضٍ، يعني تكون التجارة ناشئة عن التراضي.

. . . . . .

والظاهر من ذلك: اعتبار اقترانهابالرضا، فلا يفيد اللحوق بالرضا، فإنّ الاستثناء الواقع في الآية الشريفة[١] استثناء متّصل، خلافاً لشيخنا الأنصاري قدس سره فإنّه ذكر أنّ الاستثناء منفصل[٢].

ولكن الظاهر ـكما ذكرنا في محلّهـ: إنّ الاستثناء متّصل، والمعنىٰ: إنّه لا تأكلوا أموالكم بينكم بوجه من الوجوه إلّا بوجه التجارة عن تراضٍ، فكل وجه من الوجوه لا يجوز إلّا وجه التجارة عن التراضي، فالسبب منحصر بالتجارة عن تراضٍ، والظاهر من ذلك ـكما ذكرناـ اعتبار المقارنة بالرضا، وكون التجارة ناشئة عن الرضا.

ويندفع: إنّ التجارة ليست مجرّد اللفظ والصيغة، بل المراد بها المبادلة والمعاهدة والالتزام بذلك، والمبادلة والالتزام بها وإن لم تكن متحقّقة حدوثاً ولكن بقاءً معاوضة ومبادلة، والمفروض أنّها بقاءً مقرونة بالرضا.

وبعبارة أُخرىٰ: ليست التجارة مجرّد اللفظ حتّىٰ يقال بأنّه انقضىٰ وانصرم، وقد فرض أنّه وجد حينه فاقداً للشرط وبعده لا يعقل اتّصافه بالرضا، بل حقيقة التجارة إنّما هي المبادلة والالتزام النفساني، والمفروض بقاء ذلك واستمراره اعتباراً.

ويؤيّد ذلك: إنّ الإكراه غير صادق علىٰ العقد المتعقّب للرضا، نظير ما

---

(١) وهي قوله تعالىٰ: ﴿**لاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَن تَكُونَ تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ**﴾. سورة النساء ٤: ٢٩.

(٢) المكاسب ٣: ٣٦٤.

. . . . . .

لو غصب شخص مال أحد ثمّ رضىٰ صاحبه، فإنّه لا يصدق عليه عنوان الغاصب بقاءً بعد حصول رضا صاحب المال.

والظاهر أنّه لا فرق بين عقد الزواج وغيره، كالبيع، فإنّ الرضا الحاصل بعد العقد، نظير حصول رضا العمّة والخالة بعد العقد علىٰ بنت الأخ والأُخت.

فتحصّل: إنّ الحكم بفساد العقد المكره مطلقاً حتّىٰ إذا لحقه الرضا خلاف الامتنان، ولا يشمله حديث رفع الإكراه، بل مقتضىٰ حديث رفع الإكراه: عدم ترتّب الأثر ما دام الإكراه موجوداً، وإذا زال عنوان الإكراه فلا مانع من الحكم بالصحّة.

وتوضيح ذلك: إنّ الأمر دائر بين رفع اليد عن عموم أدلّة صحّة العقد ونفوذه ويكون العقد المكره تخصيصاً، وبين رفع اليد عن إطلاق حديث رفع الإكراه وبقاء عموم أدلّة العقود علىٰ حاله.

ولا ريب أنّ المتعيّن هو الثاني؛ لأنّ رفع اليد عن العموم والحكم بالفساد منافٍ للامتنان، بخلاف رفع اليد عن الإطلاق والحكم بترتّب الأثر.

هذا كلّه إذا التزمنا بالفعل وحكمنا بالصحّة من زمان الرضا.

وأمّا علىٰ الكشف ـ كما هو المختار عندنا ـ فحديث رفع الإكراه لا يشمل مثل هذا العقد المتعقّب للرضا، بل اللازم أنّه لو استمرّ العقد علىٰ الإكراه إلىٰ الأخير، فالعقد باطل، وإذا تعقّب بالرضا فلا يشمله الحديث من الأوّل، فالرضا من قبيل الشرط المتأخّر، فلا تخصيص ولا تقييد وإن كان

مسألة ١٥: لا يشترط الذكورة في العاقد، فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في إجراء الصيغة كما يجوز إجراؤها لنفسها[١].

مسألة ١٦: يشترط بقاء المتعاقدين على الأهليّة إلى تمام العقد، فلو أوجب ثمّ جُنّ أو أُغمي عليه قبل مجيء القبول، لم يصحّ، وكذا لو أوجب ثمّ نام، بل أو غفل عن العقد بالمرّة، وكذا الحال في سائر العقود، والوجه عدم صدق المعاقدة والمعاهدة، مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدلّة[٢].

العقد قبل حصول الرضا محكوماً بالفساد لكن ظاهراً لا واقعاً، فإذا حصل الرضا تنكشف الصحّة من الأوّل.

(١) أمّا بالنسبة إلى العقد لنفسها، فممّا لا ريب فيه، ويدلّ على ذلك صريحاً النصوص الواردة في كيفيّة عقد المتعة[١].

وأمّا بالنسبة إلى توليتها لعقد الغير، فالظاهر أيضاً جوازها؛ لإطلاق أدلّة التوكيل، كما هو الحال في غير النكاح.

(٢) استدلّ على ذلك بعدم صدق المعاقدة والمعاهدة حينئذٍ بالإجماع وانصراف الأدلّة عن ذلك، يقع الكلام في جهات ثلاث:

---

(١) كما عن أبان بن تغلب قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: «تقول: أتزوّجك متعة على كتاب الله وسنّة نبيّه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً، وإن شئت كذا وكذا سنة، بكذا وكذا درهماً، وتسمّي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وأنت أولى الناس بها». الكافي ٥: ٤٥٥/ ٣، تهذيب الأحكام ٢٦٥/ ١١٤٥، الاستبصار ٣: ١٥٠/ ٥٥١، وسائل الشيعة ٢١: ٤٣/ ٢٦٤٨٦.

. . . . . .

الأُولىٰ : في كون القابل أهلاً للقبول حين الإيجاب ، فلو كان حين الإيجاب غير بالغ وبلغ حين القبول ، لم يصحّ ؛ لأنّهم اشترطوا في صدق المعاقدة أن يكون كلّ من الموجب والقابل قابلاً للإيقاع حال إيقاع الآخر .

والظاهر أنّه لا دليل علىٰ ذلك ، وإنّما المعتبر أن يكون القابل أهلاً للقبول حين القبول ، فإنّ عنوان المعاهدة والمعاقدة يصدق علىٰ ذلك ، إذ العقد ليس إلّا ضمّ التزام بالتزام آخر ، كالعقدة بين الحبلين ، وهذا المعنىٰ يتحقّق بكون القابل له أهليّة القبول حين القبول ولا يتوقّف علىٰ أن يكون أهلاً من أوّل الإيجاب .

وأمّا الإجماع المدّعىٰ ، فغير ثابت ، وإنّما اعتبروه لأجل توقّف عنوان المعاقدة علىٰ ذلك .

وقد عرفت عدم التوقّف وإطلاق أدلّة الصحّة ونفوذ العقد محكم ولا موجب لدعوىٰ الانصراف ، بل لو كان القابل غير قابل للخطاب أصلاً حين الإيجاب ، كما إذا كان مجنوناً غير شاعر بالمرّة ـ كالحيوان ـ أو كان نائماً فأفاق واستيقظ عند القبول ، صحّ العقد ؛ لصدق عنوان المعاقدة ، ولا فرق في عدم القابليّة وتحقّقها حين القبول بين الحجر وعدم قابليّة للخطاب ، كالمجنون والنائم .

الثانية : بقاء الموجب علىٰ الأهليّة والقابليّة حال قبول القابل ، فلو أوجب ثمّ جُنّ أو أُغمي عليه أو نام أو غفل بالمرّة قبل مجيء القبول ، لم يصحّ ، ولا أثر لقبول القابل والتزامه .

. . . . . .

والوجه فيه : إنّ التزام الموجب قد زال وارتفع بالجنون ونحوه ، فلا التزام في البين حتّىٰ ينضمّ إليه التزام القابل والمشتري ، فإنّ البيع وكلّ عقد من العقود إنّما هو ضمّ التزام بالتزام آخر ، وليست المعاهدة والمعاقدة إلّا ذلك ، فإذا زال التزام الموجب لا أثر لالتزام القابل ؛ لعدم ضمّه بالتزام آخر ، كما إذا أوجب ومات قبل قبول القابل ، فالعبرة في صدق المعاقدة بقاء الالتزام من الطرف الآخر حتّىٰ ينضمّ إليه التزام آخر ، فلو مات أو جُنّ أو غفل بالمرّة أو حجر عليه قبل قبول القابل ، فقد زال التزامه إمّا حقيقة أو حكماً ، فما ذكره في المتن هو الصحيح .

الثالثة : أن تتوسّط هذه الحالة بين الإيجاب والقبول ، كما إذا أوجب وجُنّ أو نام أو غفل ثمّ أفاق وقبله القابل .

والظاهر أنّه لا مانع من ذلك ؛ لأنّ العبرة ـ كما عرفت ـ ببقاء الالتزام وعدم زواله حتّىٰ ينضمّ إليه التزام آخر ، والنوم المتخلّل لا يمنع عن بقاء الالتزام ؛ لعدم رفع اليد عن التزامه علىٰ الفرض فالتزامه باقٍ ، فيصحّ ضمّ التزام آخر إليه ، ويمكن أن يستدلّ لعدم منع ذلك بالسيرة ، كما إذا فرضنا الفصل بين الإيجاب والقبول وكانا في بلدين وحصلت المعاملة بينهما بالكتابة ، فإنّه غالباً يتحقّق بينهما النوم ولا أقلّ من الغفلة ، ومع ذلك يرتّبون عليه آثار الصحّة ولا يرون النوم ونحوه مانعاً .

نعم ، الجنون المتوسّط يزيل الالتزام حقيقة أو حكماً ، وأمّا مع الإغماء فهو كالنوم ، غاية الأمر مرتبة قويّة من النوم .

وبالجملة : الميزان في الصحّة وصدق المعاقدة بقاء الالتزام وزواله ،

مسألة ١٧ : يشترط تعيين الزوج والزوجة[١] على وجه يمتاز كلّ منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الإشارة .

فلو قال : زوّجتك إحدىٰ بناتي ، بطل ، وكذا لو قال : زوّجت بنتي أحد ابنيك ، أو : أحد هذين ، وكذا لو عيّن كلّ منهما غير ما عيّنه الآخر[٢] .

فلا بدّ من التفصيل علىٰ ما ذكرناه .

(١) والوجه فيه ظاهر ؛ لأنّ العلقة الزوجيّة تتحقّق بين شخصين خارجيين ، ولا تكون قائمة بالجامع ، ولا يكون الجامع زوجاً أو زوجة .

وبعبارة أُخرىٰ : الزوجيّة قائمة بالأفراد الخارجيّة ، وقوله تعالىٰ : ﴿**وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَامَىٰ مِنكُمْ**﴾[١] ، أي النساء الموجودة خارجاً ، وقوله تعالىٰ : ﴿**مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ**﴾[٢] ، أُريد به الأفراد والأعيان الخارجيّة لا الجامع الكلّي ، إذ لا تعيّن للزوجة الكليّة واقعاً حتّىٰ في علم الله تعالىٰ ، ولم يكن في البين زوج أو زوجة يتزوّج بهما ، والجامع وإن كان موجوداً ولكن لا وجود له في الخارج ، إلّا بوجود أفراده ، ولا يترتّب علىٰ الجامع بما هو أحكام الزوجيّة من وجوب الإنفاق ، والاضطجاع ونحوهما من الأحكام ، فلا بدّ من التعيين بالاسم أو الوصف أو الإشارة .

(٢) فلو قال : زوّجتك إحدىٰ بناتي ، بطل ، وكذا لو قال : زوّجت فلانة أحد ولديك ، بطل .

ولو اختلفا وعيّن كلّ منهما غير ما عيّنه الآخر ، بطل أيضاً ؛ لعدم تحقّق المعاقدة ؛ لأنّ المعاقدة إنّما هي ضمّ التزام بالتزام آخر والعقدة بين الالتزامين

---

(١) سورة النور ٢٤ : ٣٢ .

(٢) سورة النساء ٤ : ٣ .

بل وكذا لو عيّنا معيّناً من غير معاهدة بينهما ، بل من باب الاتّفاق ، صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر[١] .

وأمّا لو كان ذلك مع المعاهدة ، لكن لم يكن هناك دالّ علىٰ ذلك من لفظ أو فعل أو قرينة خارجيّة مفهمة ، فلا يبعد الصحّة[٢] وإن كان الأحوط خلافه ، ولا يلزم تمييز ذلك المعيّن عندهما حال العقد ، بل يكفي التمييز الواقعي مع إمكان العلم به بعد ذلك ، كما إذا قال : زوّجتك بنتي الكبرىٰ ، ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولّد البنتين ، لكن بالرجوع إلىٰ الدفتر يحصل له العلم .

وربط أحدهما بالآخر ، وأمّا صدور التزامين خارجيين من دون ربط بينهما لا يصدق عليهما عنوان المعاهدة والمعاقدة ، بل هذا التزام مستقلّ وذاك التزام آخر لا يرتبط أحدهما بالآخر ، فلو قال : زوّجتك بنتي فلانة أو الكبيرة ، وقال : قبلت الصغيرة أم فلانة ، بطل العقد .

(١) بل الأمر كذلك فيما إذا كان معيّناً واقعيّاً غير معلوم لهما ، ولكن من باب الصدفة والاتّفاق وقع الإيجاب علىٰ ما قصده القابل ، كما لو قال : زوّجت بنتي لولدك الأكبر ، وقال الآخر : قبلت لأحمد وهو لا يعلم أنّه الأكبر ولكن من باب الصدفة كان الولد الأكبر هو أحمد .

وذلك لعدم توافقهما علىٰ شيء ، بل يقصد كلّ منهما غير ما قصده الآخر ولكن من باب الصدفة تطابقا ، فلا يصدق عنوان المعاقدة ؛ لأنّ كلّاً منهما التزم خلاف ما التزم به الآخر ولم يلتزم القابل ما التزم به الموجب ، ومجرّد التطابق الخارجي من دون قصد لا يوجب صدق المعاقدة والمعاهدة .

(٢) نعم ، لو علما أنّ العقد وقع علىٰ شخص ولكن اختلفا في التعبير

نعم ، إذا كان مميّزاً واقعاً ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً ـكما إذا نسي تاريخ ولادتهما ، ولم يمكنه العلم به ـ فالأقوىٰ البطلان[١] ؛ لانصراف الأدلّة عن مثله ، فالقول بالصحّة والتشخيص بالقرعة ضعيف .

ـكما في المثال المتقدّم ـ فيما لو علما بأنّ الأكبر هو أحمد ، غاية الأمر في مقام الإظهار والإبراز هذا عبّر عنه بالأكبر وذاك عبّر عنه بأحمد ، وهذا كما لو كان لشخص اسمان أحدهما عبّر عنه باسمه ، والآخر عبّر عنه باسمه الآخر أو عبّر عنه بلقبه أو كنيته .

لا ينبغي الريب في الحكم بالصحّة ، بل لم يظهر وجه للبطلان حتّىٰ يقال : لا يبعد الصحّة ، بل لا بدّ من القطع بالصحّة ، كما في الجواهر[١] .

والسرّ في ذلك : إنّ الميزان في صدق المعاهدة هو الاتّفاق علىٰ شيء واحد ، وكان المقصود واحداً ، ومجرّد الاختلاف في التعبير مع الاتّفاق علىٰ مقصود واحد غير ضائر في صدق عنوان المعاهدة والمعاقدة .

ويكفي التمييز الواقعي في الزوج والزوجة ولو لم يعلماه ولم يشخّصاه حين العقد ، ولكن يمكن العلم به بعد ذلك ، كما إذا قال : زوّجتك الكبرىٰ والآخر قبل التزويج بالكبرىٰ ، ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولّد البنت ، ولكن بالرجوع إلىٰ الدفتر يحصل له العلم .

ولا ريب في الصحّة ؛ لتوافقهما علىٰ الالتزام بالعقد علىٰ الكبرىٰ ، غاية الأمر حال العقد لم يشخّصها ، وذلك غير ضائر .

(١) وأمّا إذا كان مميّزاً واقعاً ولكن لم يكن العلم به ظاهراً أبداً ، كما إذا

---

(١) جواهر الكلام ٢٩ : ١٥٦ .

مسألة ١٨ : لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة أُخذ بما هو المقصود[١] وأُلغي ما وقع غلطاً ، مثلاً لو قال : زوّجتك الكبرىٰ من بناتي فاطمة ، وتبيّن أنّ اسمها خديجة ، صحّ العقد علىٰ خديجة التي هي الكبرىٰ .

ولو قال : زوّجتك فاطمة وهي الكبرىٰ ، فتبيّن أنّها الصغرىٰ ، صحّ علىٰ فاطمة ؛ لأنّها المقصود ، ووصفها بأنّها كبرىٰ وقع غلطاً فيلغىٰ .

وكذا لو قال : زوّجتك هذه وهي فاطمة أو وهي الكبرىٰ ، فتبيّن أنّ اسمها خديجة أو أنّها صغرىٰ ، فإنّ المقصود تزويج المشار إليها وتسميتها بفاطمة أو وصفها بأنّها الكبرىٰ وقع غلطاً فيلغىٰ .

نسي تاريخ ولادة بناته وأبنائه ، اختار المصنّف البطلان ؛ لانصراف الأدلّة عن مثله .

ولكن الظاهر أنّه لا وجه للانصراف بعدما كانت البنت متعيّنة واقعاً ، والمفروض أنّ العقد واجد للشروط ، وإنّما التمييز بحسب الظاهر مفقود ، وكون التمييز ومعرفة الزوجين شرطاً في صحّة العقد ونفوذه يحتاج إلىٰ دليل ، فإنّ الميزان توافقهما علىٰ مورد واحد واتّحاد المقصود لهما ، ومجرّد عدم معرفة المقصود لا يضرّ بالصحّة ، كما إذا عقد علىٰ بنت معيّنة واشتبهت ببنات أُخرىٰ ، مقتضىٰ إطلاق الأدلّة هو الصحّة ، كما إذا قال : زوّجتك هذه البنت التي خرجت من الدار والقابل قبِل ذلك ، ثمّ دخلت البنت البيت واشتبهت ببنات أُخرىٰ ، ولا وجه للحكم بالفساد بحيث تتزوّجان إلىٰ شخص ، فالمرجع في التعيين هو القرعة ؛ لأنّها لكلّ أمر مشكل .

(١) فإنّ العبرة بالاتّحاد في المقصود واقعاً ، ولا عبرة بما تخيّل واشتبه ،

مسألة ١٩ : إذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه حتّىٰ يكون العقد صحيحاً أو باطلاً ، فالقول قول مدّعي الصحّة[١] ، كما في سائر الشروط إذا اختلفا فيها ، وكما في سائر العقود .

فلو قال : زوّجتك فاطمة الكبرىٰ ثمّ ظهر أنّ الكبرىٰ هي خديجة ، صحّ العقد علىٰ خديجة التي هي الكبرىٰ ؛ لأنّها المقصودة في العقد ، وكذا لو قال : زوّجتك هذه وهي فاطمة ، ثمّ علم أنّها خديجة ، صحّ العقد علىٰ خديجة ، فإنّ العبرة بما هو مقصود المتعاقدين .

وبالجملة : ولو كان مقصودهما فاطمة صحّ العقد ، وتوصيفها بالكبرىٰ ملغىٰ ، ولو كان مقصودهما الكبرىٰ فذكر فاطمة ملغىٰ ، إذ لا عبرة بما وقع غلطاً واشتباهاً .

وبعبارة أُخرىٰ : بعد الاتّحاد في المقصود لا يضرّ الاشتباه في التعبير ؛ لأنّ الإيجاب والقبول واقعين علىٰ مورد واحد وإن كان التعبير غلطاً .

(١) بعدما ذكرنا اعتبار التعيين في عقد النكاح في المسألة المتقدّمة ، ذكر في هذه المسألة مسائل ثلاث :

الأُولىٰ : إذا تنازع الزوج والزوجة ، وادّعىٰ أحدهما التعيين والآخر عدمه ، فطبعاً أحدهما يدّعي الصحّة والآخر الفساد ، فأصل وجود العقد بينهما معلوم لديهما ولكن اختلفا في الصحّة والفساد .

ذكر قدس سره : إنّ القول قول مدّعي الصحّة ؛ لأصالة الصحّة الجارية في العبادات والمعاملات ، فإنّ مقتضىٰ الأصل أنّه إذا صدر عمل في الخارج وشكّ في وقوعه صحيحاً أو فاسداً يحكم عليه بالصحّة ، إلّا إذا ثبت الفساد

وإن اتّفقا الزوج ووليّ الزوجة علىٰ أنّهما عيّنا معيّناً، وتنازعا فيه أنّها فاطمة أو خديجة، فمع عدم البيّنة المرجع التحالف[1]، كما في سائر العقود.

من دليل خارجي.

أقول: قد ذكرنا غير مرّة أنّ أصالة الصحّة لم تثبت بدليل لفظي حتّىٰ يؤخذ بإطلاقه أو عمومه، وإنّما ثبتت بالسيرة وعمل المتشرّعة، وتسمّىٰ في باب العبادات بقاعدة الفراغ، وفي باب المعاملات من العقود والإيقاعات بأصالة الصحّة، إلّا أنّ الكلام في سعة هذه القاعدة وضيقها بحسب الموارد والقدر المتيقّن منها جريانها فيما إذا كانت الأركان محرزة وشكّ من جهة وجود شرط للعقد أو اقترانه بمانع ونحو ذلك ممّا لا يرجع الشكّ إلىٰ الشكّ في أصل وجود الأركان، ففي مثل ذلك تجري الأصل.

وأمّا إذا شكّ في الأركان، فلا تجري القاعدة؛ لعدم السيرة، كماإذا اتّفقا في البيع وشكّ في أنّ البيع شاة أو خنزير، أو أنّه خلّ أو خمر ونحو ذلك ممّا يرجع الشكّ في مقوّمات العقد وأركانه والمقام من قبيل ذلك؛ لأنّ الشكّ في التعيين وعدمه يرجع إلىٰ الشكّ في أركان العقد ومقوّماته؛ لأنّ تعيين الزوج أو الزوجة من أركان العقد، بل ينعكس الأمر ومدّعي الصحّة عليه الدليل والإثبات دون مدّعي الفساد.

(١) الثانية: ما إذا اتّفق الزوج وولي الزوجة أو وكيلها علىٰ أنّهما عيّنا معيّناً، ولكنّهما اختلفا وتنازعا فيه، وادّعىٰ الزوج أنّها فاطمة، وادّعىٰ ولي الزوجة أنّها خديجة، أو تنازع الوكيلان عنهما، أو الوليّان عليهما.

. . . . . .

ذكر قدس سره : إنّ المرجع التحالف ؛ لأنّ المورد من موارد التداعي ، فإنّ كلّاً منهما يدّعي دعوىٰ مستقلّة وينكر ما ادّعىٰ الآخر ، فإنّ الزوج أو وليّه يدّعي أنّ الزوجة فاطمة وليست بخديجة ووليّ الزوجة ينكر ذلك ويدّعي أنّ الزوجة خديجة ، فهنا دعويان متعارضتان في الخارج ، والمرجع في ذلك التحالف ، ويؤخذ ببيّنة أحدهما لو كانت ومع عدمها فالتحالف ، فإن حلف أحدهما ولم يحلف الآخر ، القول قول الحالف ، وإن حلفا معاً أو لم يحلفا ونكلا ، أو لم تثبت دعوىٰ كلّ منهما والدعويان ساقطان ، هذا ممّا لا إشكال فيه حسب قانون التعارض والتحالف .

إنّما الإشكال في ما ذكر الشيخ صاحب الجواهر قدس سره وغيره من انفساخ العقد بل ادُّعي عليه الإجماع في باب البيع[1] ، كما لو ادّعىٰ أحدهما أنّ المبيع هو الدار والآخر ادّعىٰ أنّه البستان وهكذا في مقام ادّعوا بالانفساخ وأنّ العقد كأنّه لم يقع من أصله .

أقول : الانفساخ الظاهري لا إشكال فيه ، أي ليس للزوج إلزام الزوجة وترتيب آثار الزوجة علىٰ فاطمة ، مثلاً ، كما أنّ الزوجة ليس لها ترتيب آثار زوجيّة الزوج فلها أن تتزوّج بزوج آخر والزوج له أن يتزوّج بأُخت خديجة ، فإنّ دعوىٰ كلّ منهما محكوم بالعدم ظاهراً .

وبعبارة أُخرىٰ : لا يثبت دعوىٰ كلّ منهما .

وأمّا الانفساخ الواقعي ، فلا مجال له فيما إذا لم يتمكّن من إثبات

---

(١) جواهر الكلام ٢٣ : ١٩٠ .

نعم، هنا صورة واحدة اختلفوا فيها، وهي ما إذا كان لرجل عدّة بنات فزوّج واحدة، ولم يسمِّها عند العقد، ولا عيّنها بغير الاسم لكنّه قصدها معيّنة، واختلفا فيها، فالمشهور علىٰ الرجوع إلىٰ التحالف الذي هو مقتضىٰ قاعدة الدعاوي.

وذهب جماعة إلىٰ التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهنّ جميعاً فالقول قول الأب، وما لم يرهنّ فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحة

دعواه، فإنّ المفروض أنّهما في أنفسهما يعلمان بما وقع عليه العقد، فلا بدّ من ترتّب الأثر الواقعي، فإنّ الزوج يعترف بوقوع العقد علىٰ فاطمة فليس له التزويج بأُختها، وكذلك خديجة تعترف بوقوع العقد عليها، فليس لها التزويج بزوج آخر، فعلىٰ كلّ منهما أن يعمل بما هو وظيفته في الواقع.

نعم، في باب البيع وردت رواية نبويّة: «المتبايعان إذا اختلفا تحالفا وترادا»[1]، فإنّها تدلّ علىٰ الانفساخ، ويندفع أنّه لا يمكن الأخذ بظاهرها؛ لأنّ الظاهر منها مطلق الاختلاف بين المتبايعين[2]، ولا يمكن الالتزام بذلك علىٰ أنّها ضعيفة السند.

---

(١) بلفظ السنن الكبرىٰ للبيهقي هو: عن النبيّ ﷺ قال: «إذا اختلف المتبايعان وليس بينهما شاهد استحلف البائع ثمّ كان المبتاع بالخيار إن شاء ترك».
السنن الكبرىٰ للبيهقي ٥: ٣٣٣.
وبلفظ المعجم الكبير للطبراني هو: قال رسول الله ﷺ: «إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فالقول قول البائع أو يترادان».
المعجم الكبير للطبراني ١٠: ١٧٤ / ١٠٣٦٥.

(٢) أُنظر جواهر الكلام ٢٣: ١٨٩ وما بعدها.

أبي عبيدة الحذاء[١]، وهي وإن كانت صحيحة إلّا أنّ إعراض المشهور عنها، مضافاً إلىٰ مخالفتها للقواعد، مع إمكان حملها علىٰ بعض المحامل، يمنع من العمل بها، فقول المشهور لا يخلو عن قوّة، ومع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط. وكيف كان، لا يتعدّىٰ عن موردها.

---

(١) المسألة الثالثة[١]: وهي ما إذا لرجل عدّة بنات فزوّج واحدة منهنّ ولم يسمّها عند العقد، ولا عيّنها بغير الاسم من التوصيف ونحوه، ولكنّه قصدها معيّنة، ثمّ اختلفا، وادّعىٰ الأب أنّه قصد فلانة، والزوج يدّعي أنّه قَبِل غيرها، فيدّعي كلّ منهما أنّه قصد غير ما قصده الآخر.

ذكر المصنّف أنّ المشهور علىٰ التحالف الذي هو مقتضىٰ قاعدة الدعاوىٰ.

وذهب جماعة إلىٰ التفصيل: بين ما لو كان الزوج رآهنّ جميعاً فالقول قول الأب، وما لو لم يرهنّ فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحة عبيدة الحذّاء[٢].

---

(١) والفرق بين هذه المسألة والثانية: إنّه في المسألة الثانية يدّعي الزوج ويعترف بأنّه قبل وقصد ما قصده الموجب ولكن اختلفا وادّعىٰ الزوج أنّ من وقع عليها العقد كانت فاطمة، وادّعىٰ الأب أنّها خديجة، بخلاف هذه المسألة فإنّ الزوج يدّعي أنّه قصد عيناً أخرىٰ غير ما قصد به الموجب، وهكذا الموجب. منه قدس سره.

(٢) وهي: عن أبي عبيدة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كنّ له ثلاث بنات أبكار فزوّج إحداهنّ رجلاً ولم يسمّ التي زوّج للزوج ولا للشهود، وقد كان الزوج فرض لها صداقاً، فلمّا بلغ إدخالها علىٰ الزوج بلغ الزوج أنّها الكبرىٰ من الثلاثة، فقال الزوج لأبيها: إنّما تزوّجت منك الصغيرة من بناتك.

. . . . . .

وهي وإن كانت صحيحة إلّا أنّ إعراض المشهور عنها، مضافاً إلىٰ مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها علىٰ بعض المحامل، يمنع عن العمل بها، فقول المشهور لا يخلو عن قوّة.

وأقول: الذي أظن أنّ المسألة قد اشتبهت عليه قدس سره، وما ذهب إليه المشهور من التحالف يختلف مورده عمّا ذهب إليه جماعة من التفصيل: بين ما لو رآهنّ الزوج، وما لو لم يرهنّ، وليس المورد واحداً حتّىٰ يقال بمخالفة الجماعة القائلين بالتفصيل للمشهور، فإنّ هنا مسألتين أحدهما أجنبيّة عن الأُخرىٰ.

الأُولىٰ: اختلاف الزوج ووالد البنات بعد اتّفاقهما علىٰ وقوع النكاح علىٰ واحدة منهنّ متعيّنة ـ كما ادّعىٰ الوالد أو الوليّ أو الوصي ـ أنّ المعقودة هي الكبيرة، وادّعىٰ الزوج أنّها الصغيرة، فالحكم هنا هو التحالف؛ لأنّ المورد يشتمل علىٰ دعواءين مستقلّين وإنكارين، ولم يذهب في هذا المقام أحد إلىٰ التفصيل بين ما لو رآهنّ الزوج، وما لو لم يرهنّ.

الثانية: إنّ المعقودة لم تتعيّن باسم ولا بوصف، وإنّما الوالد قصدها

قال: فقال أبو جعفر عليه السلام: «إن كان الزوج رآهنّ كلّهنّ ولم يسمّ له واحدة منهنّ فالقول في ذلك قول الأب وعلىٰ الأب فيما بينه وبين الله أن يدفع إلىٰ الزوج الجارية التي كان نوىٰ أن يزوّجها إيّاه عند عقدة النكاح، وإن كان الزوج لم يرهنّ كلّهنّ ولم يسمّ له واحدة منهنّ عند عقدة النكاح فالنكاح باطل»

الكافي ٥: ١/٤١٢، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٧٤/٣٩٣، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٦٢/٢٩٤.

. . . . . .

في مكنون نفسه ولم يبيّنها للزوج ولا للشهود ، فمن وقع عليها العقد لم تكن متعيّنة لا للزوج ولا للشهود وقبل الزوج ذلك ، ثمّ وقع الاختلاف ، وقال الوالد : إنّي قصدت الكبيرة ، والزوج : إنّي قبلت العقد علىٰ الصغرىٰ ، فالتطابق بين الإيجاب والقبول غير حاصل ، ومقتضىٰ القاعدة هو البطلان ؛ لعدم إحراز التطابق .

وقد عرفت أنّ أصالة الصحّة لا تجري في أمثال المقام ممّا يرجع الشكّ والاختلاف إلىٰ الأركان .

ولكن صحيحة أبي عبيدة الحذّاء[١] دلّت علىٰ التفصيل بين ما لو رآهنّ الزوج جميعاً فالقول قول الأب ، وما لو لم يرهنّ ، فالنكاح باطل ، فإن عملنا بالرواية ، كما عن جماعة[٢] ، بل نسب في المسالك إلىٰ أكثر الأصحاب[٣] ، فلا موجب لطرح الرواية الصحيحة ، ولو قلنا بأنّ العمل بالخبر الواحد غير جائز ، كما عن ابن إدريس[٤] ، فالمرجع هو القاعدة المقتضية للبطلان ، كما عن جماعة آخرين ، ومنهم الشهيد الثاني في الروضة[٥] .

ولا يخفىٰ أنّه لا موضوع للتحالف في هذه المسألة ؛ لأنّ كلّاً منهما

---

(١) أُنظرها في الهامش السابق .

(٢) كالشيخ في النهاية : ٤٦٨ ، والمحقّق في الشرائع ٢ : ٥٠٠ ، والعلّامة في القواعد ٣ : ١٠ .

(٣) مسالك الأفهام ٧ : ١٠٤ .

(٤) أُنظر السرائر ٢ : ٥٧٣ .

(٥) الروضة البهيّة ٥ : ١١٢ .

مسألة ٢٠*: لا يصحّ نكاح الحمل وإنكاحه وإن علم ذكوريّته أو أُنوثيّته[١]، وذلك لانصراف الأدلّة. كما لا يصحّ البيع أو الشراء منه ولو بتولّي الوليّ، وإن قلنا بصحّة الوصيّة له عهديّة، بل أو تمليكيّة أيضاً.

يُخبر عن نفسه ولا ينفي ولا ينكر الآخر، فليس المقام من باب التداعي، فالأمر دائر بين البطلان كما هو مقتضىٰ القاعدة، أو الصحّة كما في الصحيحة، فلا معنىٰ لنسبة التحالف في هذه المسألة إلىٰ المشهور، فإنّ الاختلاف في المقام فيما نواه الموجب والقابل ولا مجال فيه للتحالف، فلا مانع من العمل بالرواية، والمفروض أنّها صحيحة، ولم يثبت الإعراض عنها، بل نسب في المسالك التفصيل إلىٰ الأكثر[١]، ومجرّد كونها مخالف للقاعدة غير ضائر؛ لأنّ الأحكام تعبديّة تؤخذ من الشرع المقدّس، والقواعد إنّما هي مؤخوذة من كلماتهم عليهم السلام.

(١) لعدم التعيين؛ لاحتمال كونه واحداً أو أزيد، ولانصراف أدلّة الولاية عن الحمل، ولا يقاس المقام بباب الوصيّة؛ لصحّة الوصيّة العهديّة أو التمليكيّة للحمل.

وتوضيح ذلك: إنّ الوصيّة قد تكون عهديّة، وقد تكون تمليكيّة.

أمّا الأوّل ـ وهو الوصيّة بالفعل ـ كأن يوصي بإقامة التعزية أو بإعطاء مقدار من المال إلىٰ شخص أو إلىٰ العلماء ونحو ذلك من الأفعال والأعمال.

(*) كتب السيّد المقرّر تاريخ الشروع بهذه المسألة في حاشية المخطوطة قائلاً: يوم الاثنين الساعة الثالثة والنصف بعد الظهر ٣٠ رجب سنة ١٤٠٢ هـ.

(١) مسالك الأفهام ٧: ١٠٤.

.....

وأمّا الثاني ـ وهو الوصيّة التمليكيّة ـ بأن ينشأ من الآن ملكيّة شيء لزيد بعد الموت.

وبعبارة أُخرىٰ: يجعل شيئاً من تركته لزيد أو للعلماء بعد وفاته، وفي كلا القسمين اعتبروا وجود الموصىٰ له عند موت الموصي، فإذا لم يكن موجوداً تبطل الوصيّة؛ لعدم قابليتها للنفوذ.

وبعبارة أُخرىٰ: في كلا الفرضين اعتبروا إمكان النفوذ عند موت الموصي.

ففي الوصيّة بالفعل ـ أي الوصيّة العهديّة ـ يكون المال باقياً علىٰ ملك الموصي، وبما أنّ الوصيّة غير قابلة للنفوذ علىٰ الفرض لعدم وجود العلماء، أو عدم إمكان إقامة مجلس التعزية في البلد الذي أوصىٰ به، يصرف المال حينئذٍ فيما هو أقرب إلىٰ الموصىٰ به؛ لأنّ المال باقٍ علىٰ ملك الميت ولم ينتقل إلىٰ الورثة، وحيث إنّه لا يمكن صرفه فيما أوصىٰ به بالخصوص، يصرف فيما هو الأقرب فالأقرب، فيصرف المال الموصىٰ به للتعزية في بلد آخر يمكن إقامة التعزية فيه.

وأمّا الوصيّة التمليكيّة، وهي إنشاء الملكيّة في حياته داراً أو مالاً آخر لزيد أو للعلماء، ولكن تحصل الملكيّة بعد الحياة وفي زمان الوفاة، وإذا فرضنا أنّ الموصىٰ له غير موجود وبعد لم يولد، فيبطل التمليك فينتقل المال إلىٰ الوارث؛ لأنّ المفروض أنّ التمليك باطل، وليس من القسم الأوّل الذي يبقىٰ المال في ملك الميت ولا ينتقل إلىٰ الوارث، بل أبقاه في ملكه ولا بدّ

. . . . . .

من صرفه فيما أوصاه لو أمكن، وإلّا ففي الأقرب فالأقرب، وهذا بخلاف القسم الثاني-أي التمليكيّة- فإنّ المفروض أنّه أخرج المال عن ملكه وإنشاء ملكيّته للغير وحيث إنّ المفروض فساده؛ فيصبح المال من جملة تركة الميت، كما إذا باع البيع الفاسد، فإنّه ينتقل المال إلىٰ الورثة؛ لأنّه يشمله ما تركه الميت، فلوارثه.

ولكن وقع الكلام في الوصيّة التمليكيّة في أنّه لا بدّ من وجود الموصىٰ له ولادة، أو يكفي حملاً؟

ذهب جماعة إلىٰ الاكتفاء وصحّة الوصيّة للحمل؛ للإطلاق.

وذهب جماعة إلىٰ الفساد؛ لاعتبار كون المالك موجوداً وحيّاً، ولا يصدق ذلك علىٰ الحمل.

ولو قلنا بالجواز في باب الوصيّة لا نقول بذلك في باب التزويج؛ لانصراف الأدلّة عن الحمل، فلا يقاس باب التزويج بباب الوصيّة من جوازها للحمل، بل يمكن أن يقال: إنّه لا وجود للإطلاق حتّىٰ يقال بانصرافه عن الحمل، فإنّ جميع أدلّة التزويج من الآيات والروايات منعاً وجوازاً موردها الإنسان الخارجي المولود حيّاً والموجود خارجاً عرفاً، كقوله تعالىٰ: ﴿**وَلَا تَنكِحُوا مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم**﴾[1]، أو قوله تعالىٰ: ﴿**وَأَنكِحُوا ٱلْأَيَـٰمَىٰ**﴾[2]، وغير ذلك من الآيات الشريفة، وكذلك روايات المقام كلّها

(١) سورة النساء ٤: ٢٢.

(٢) سورة النور ٢٤: ٣٢.

مسألة ٢١ : لا يشترط في النكاح علم كلّ من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر ممّا يختلف به الرغبات ، وتكون موجبة لزيادة المهر أو قلّته ، فلا يضرّ بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها ، فلا تجري قاعدة الغرر هنا[1] .

موردها المرأة الخارجيّة الموجودة المولودة حيّاً ، ولا تشمل الحمل أصلاً ، فالإطلاق في نفسه قاصر .

نعم ، لا ريب في إطلاقها من حيث الكبر والصغر ، فلا حاجة إلىٰ دعوىٰ الانصراف ، بل الأولىٰ أن يقال : إنّه لا إطلاق بالنسبة إلىٰ الحمل أصلاً .

(١) لا ريب في عدم اعتبار العلم بأوصاف كلّ من الزوج والزوجة في صحّة العقد ، وإن كانت الأوصاف توجب اختلاف الرغبات وتوجب زيادة المهر وقلّته .

وبالجملة : بعد تعيين الزوجة والزوج خارجاً لا يعتبر علم كلّ من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر ، فلو زوّجت نفسها من رجل معيّن صحّ العقد وإن كانت جاهلة بأوصافه .

وكذا لو قبل الزواج من امرأة معيّنة صحّ النكاح وإن كان جاهلاً بأوصافها نسباً وحسباً وجمالاً وقبحاً ، فلو كان الزوجان في البيداء ولم يعرف أحدهما الآخر ولا علم لأحدهما بأوصاف الآخر ولكن تراضيا وتزوّجا ، لا إشكال في الصحّة وإن كانت الأوصاف دخيلة وموجبة لزيادة المهر ، ولا تجري قاعدة نفي الغرر في أمثال المقام من النكاح ونحوه .

ولا يخفىٰ أنّ قاعدة نفي الغرر وإن لم تثبت بدليل معتبر ولكن لا ريب

. . . . . .

في جريانها في باب البيع؛ للإجماع، وتسالم الأصحاب مؤيّداً بالنبوي المعروف: «نهىٰ النبيّ صلى الله عليه وآله عن بيع الغرر»[١].

وأمّا في غير البيع، ففيه كلام طويل وإن كان ربّما يظهر من بعضهم جريانها في غير البيع أيضاً لما نسب إلىٰ النبيّ صلى الله عليه وآله النهي عن الغرر مطلقاً، كما عن العلّامة من أنّه نهي النبيّ صلى الله عليه وآله عن الغرر[٢].

وكيف كان يختصّ الغرر بالعقود المعاوضيّة التي ينظر فيها إلىٰ الماليّة، وأمّا النكاح فالماليّة غير منظورة فيه، فلا دليل علىٰ المنع من الغرر فيه، ولذا ذكروا صحّة النكاح بلا مهر، غاية الأمر إذا دخل تستحقّ مهر المثل وإن لم يدخل لم يعطها شيئاً من المال، كما في الآية[٣]، وكذا لم يلتزموا بالخيار فيه إذا ظهر أنّ المهر زائد علىٰ مهر المثل.

وبالجملة: لو سلّمنا جريان نفي الغرر في جميع العقود المعاوضيّة لا موجب لجريانه في النكاح الذي لا ينظر فيه إلىٰ الماليّة، فلا موضوع للغرر من باب النكاح.

والحاصل: لا ريب في عدم اعتبار العلم بالخصوصيّات ومعرفة

---

(١) عيون أخبار الرضا عليه السلام ١: ٥٠ / ١٦٨، وسائل الشيعة ١٧: ٤٤٨ / ٢٢٩٦٥، مسند أحمد ١: ٣٠٢، سنن أبي داوُد ٢: ١١٩ / ٣٣٧٦، سنن ابن ماجة ٢: ٧٣٩ / ٢١٩٥، سنن الترمذي ٢: ٣٤٩ / ١٢٤٨.

(٢) أُنظر تذكرة الفقهاء ١٠: ٤٨ و٢١٢.

(٣) وهو قوله تعالىٰ: ﴿**وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُ**﴾، سورة البقرة ٢: ٢٣٦.

. . . . . .

الأوصاف في باب النكاح ، مضافاً إلىٰ قيام السيرة القطعيّة علىٰ جواز ذلك مع عدم علم الزوج أو الزوجة لأوصاف الآخر ، فلا يضرّ الجهل بها بعد تعيين الزوجة أو الزوج خارجاً .

فصل في مسائل متفرِّقة

الأُولىٰ : لا يجوز في النِّكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار في نفس العقد فلو شرطه بطل[١] .

---

(١) يقع الكلام في جهتين :

الأُولىٰ : في جواز اشتراط الخيار في عقد النكاح دواماً أو متعة .

المعروف والمشهور عدم جريان الخيار في النكاح مطلقاً ، بل في الجواهر : لا أجد فيه خلافاً[١] ، ونسب الخلاف إلىٰ بعضهم ولم يُعرف القائل به ، والصحيح ما ذهب إليه المشهور ؛ لوجهين :

الأوّل : إنّ الخيار إنّما يصحّ جعله فيما إذا كان اللزوم من الحقوق وكان أمره راجعاً إلىٰ المتعاقدين ، وأمّا إذا كان اللزوم حكماً شرعيّاً ، فليس للمتعاقدين تغيير الحكم الشرعي وتبديله ، كما لا يجوز لهما جعل اللزوم للعقد الجائز في الشريعة ، كالهبة ونحوها .

ولا ريب أنّ لزوم النكاح حكم شرعي ولا يزول إلّا بمزيل خاصّ مقرّر في الشرع ، وليس اللزوم حقّاً حتّىٰ يمكن إسقاطه .

والذي يكشف عن ذلك : إنّ ما كان قابلاً للتقايل والفسخ من الطرفين يعرف أنّ اللزوم حقّ لهما ، ولهما رفع اليد عن حقّهما بالتقايل والتنازل ، بخلاف باب النكاح ، فإنّه ليس للمتعاقدين التقايل ورفع اليد عن النكاح إلّا بمزيل خاصّ .

---

(١) جواهر الكلام ٣١ : ١٠٥ .

وفي بطلان العقد به قولان ، المشهور علىٰ أنّه باطل[١] ، وعن ابن إدريس أنّه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور ، ولا يخلو عن قوّة ؛ إذ لا فرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه ، مع أنّ المشهور علىٰ عدم كونها مفسدة للعقد ، ودعوىٰ كون هذا الشرط منافياً لمقتضىٰ العقد ، بخلاف سائر الشروط الفاسدة التي لا يقولون بكونها مفسدة ، كما ترىٰ .

والحاصل : جعل الجواز في النكاح كجعل اللزوم في العقد الجائز ، فإنّ ذلك شأن الشارع ، وليس من الحقوق الراجعة أمره إلىٰ المكلّف ، بل هو حكم شرعي أمره وضعاً ورفعاً بيد الشارع .

الثاني : إنّه يظهر من النصوص : إنّ النكاح علىٰ قسمين : الدوام ، والانقطاع بمدّة معيّنة .

ولا ريب أنّ جعل الخيار يوجب تحديد الملكيّة إلىٰ زمان الفسخ ، ولا يعقل إنشاء الملكيّة المطلقة حتّىٰ إلىٰ زمان بعد الفسخ ؛ للتناقض ولزوم الخلف ، فالملكيّة المنشأة إنّما هي مقيّدة بما قبل الفسخ ، وذلك تحديد غير مضبوط ، وإذا فرضنا أنّ الزوجيّة غير مطلقة وكانت مقيّدة بما قبل الفسخ ، فالزوجيّة مؤقتة بأجل غير معلوم ، فيفسد عقد الزواج ؛ لأنّ الأجل غير معلوم .

وبعبارة أُخرىٰ : اشتراط الخيار يوجب كون المنشأ الزوجيّة إلىٰ زمان قبل الفسخ ، فيفسد لأجل الجهل بالمدّة .

والحاصل : جعل الخيار في النكاح الدائم أو المنقطع يرجع إلىٰ تحديد النكاح بوقت مجهول ، مع أنّ المستفاد من النصوص : إنّ النكاح إمّا دائم أو منقطع موقت بزمان معيّن وشيء منهما لا ينطبق علىٰ النكاح المشترط فيه الخيار ؛ فيفسد.

(١) الثانية : إنّه لو شرط الخيار فلا ريب في بطلان الشرط ، وفي

. . . . . .

بطلان العقد به قولان، المشهور أنّه باطل، ويكون الشرط الفاسد مفسداً للعقد أيضاً، وعن ابن إدريس: إنّه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور[١]، وأنّ فساد الشرط لا يسري إلىٰ المشروط ولا يضر فساده، وأنّه لا فرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة في سائر المقامات.

ولكن الصحيح ما ذهب إليه المشهور من بطلان العقد بفساد الشرط في خصوص المقام؛ وذلك لأنّ اشتراط الخيار يرجع إلىٰ تحديد الزوجيّة بما قبل الفسخ، فالأجل غير معلوم وغير مضبوط، وذلك ينافي قصد النكاح الدائم أو المؤجّل إلىٰ أجل معلوم، فإنّه نظير ما لو قالت: زوّجتك نفسي إلىٰ مجيء ولدي من السفر.

وبعبارة أُخرىٰ: جعل الخيار في عقد النكاح ينافي قصد النكاح الدائم ويوجب الجهل بالأجل، والمعتبر في النكاح المنقطع هو التحديد بمدّة معيّنة معلومة لدىٰ الطرفين.

وأمّا بقيّة الشروط الفاسدة في غير باب النكاح، فلا توجب فساد العقد، وإنّما يفسد الشرط وحده؛ وذلك لما عرفت غير مرّة أنّ الاشتراط ليس إلّا تعليق التزام بالتزام، وليس الشرط هو الشرط المصطلح عليه في الفلسفة من جزء العلّة والتوقّف، بل معنىٰ الشرط تعليق الالتزام علىٰ التزام آخر، فلو علّق العقد بأمر فاسد، كما لو قال: بعتك علىٰ أن تشرب الخمر،

(١) السرائر ٢: ٥٧٥.

وأمّا اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه[١]، ولكن لا بدّ من تعيين مدّته وإذا فسخ قبل انقضاء المدّة يكون كالعقد بلا ذكر المهر، فيرجع إلىٰ مهر المثل. هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر.

يكون الشرط ساقطاً ولا يسري فساده إلىٰ العقد ويبقىٰ أصل العقد بحاله، ولو كان الشرط صحيحاً بحسب الإتيان به.

وأمّا جعل الخيار في النكاح يرجع إلىٰ تحديد الزوجيّة بأمر مجهول ووقت غير محدود، فالصحيح هو الفرق بين اشتراط النكاح بالخيار وبين سائر الشروط الفاسدة في سائر العقود، فتأمّل جيّداً.

(١) وأمّا اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه، بأن يقول الزوج مثلاً: قبلت التزويج بشرط إسقاط المهر وعدم إعطاء المهر لكِ؛ لأنّ المهر ليس بركن في العقد.

ولا ريب في صحّة النكاح بلا مهر، فيكون كالعقد الخالي من المهر في أوّل الأمر.

نعم، إذا دخل عليه مهر المثل، وإن لم يدخل فيعطيها شيئاً من المال متعة، كما في الآية المباركة[١]، وما ذكره ممّا لا إشكال فيه ولم يشكل فيه أحد فيما نعلم.

وأمّا ما ذكره من تعيين المدّة للخيار، فلم يظهر وجهه.

نعم، يعتبر أن لا يكون مجهولاً علىٰ الإطلاق بأن يقول: لي الخيار في

---

(١) وهو قوله تعالىٰ: ﴿فَمَا ٱسْتَمْتَعْتُم بِهِۦ مِنْهُنَّ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ فَرِيضَةً﴾، سورة النساء ٤: ٢٤.

وأمّا في المتعة ، حيث إنّها لا تصحّ بلا مهر ، فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل [١] .

الثانية : إذا ادّعىٰ رجل زوجيّة امرأة فصدّقته ، أو ادّعت امرأة زوجيّة رجل فصدّقها ، حكم لهما بذلك في ظاهر الشرع ، ويترتّب جميع آثار الزوجيّة بينهما ؛ لأنّ الحقّ لا يعدوهما ، ولقاعدة الإقرار [٢] **، وإذا مات أحدهما ورثه الآخر ، ولا فرق في ذلك بين كونهما بلديّين معروفين أو غريبين .**

وقت من الأوقات علىٰ الإيهام الكلّي ، إذ لا واقع له حتّىٰ في علم الله تعالىٰ ، وعليه فلا مانع من جعل الخيار له إلىٰ الأبد ، ولعلّ مراده قدس سره من تعيين المدّة : تعيين المدّة بما كان له واقع ولو إلىٰ الأبد في مقابل الإيهام الكلّي ، وأمّا تعيين المدّة بشهر أو سنة ونحو ذلك ، فلا دليل عليه .

هذا إذا كان عقد النكاح دائماً ، فإنّه لا يلزم فيه ذكر المهر ابتداءً ، فيجوز له الخيار بقاءً .

(١) وأمّا في المتعة ، فحيث إنّ ذكر المهر فيها من الأركان ، ويعتبر المهر فيها حدوثاً وبقاءً ، فإذا فُسخ وأُلغي المهر كان النكاح باطلاً من الأوّل ؛ لأنّه يرجع إلىٰ الجهل بالمدّة والأجل .

(٢) الظاهر أنّه لا ريب في الحكم المذكور ، واستدلّ له في المتن بوجهين :

الأوّل : قاعدة الإقرار .

ولكن لا يخفىٰ أنّ قاعدة الإقرار في خصوص المقام غير تامّة ؛ لأنّها

وأمّا إذا ادّعىٰ أحدهما الزوجيّة وأنكر الآخر فيجري عليهما قواعد الدعوىٰ ، فإن كان للمدّعي بيّنة ، وإلّا فيلحف المنكر ، أو يردّ اليمين ، فيحلف المدّعي ويحكم له بالزوجيّة ، وعلىٰ المنكر ترتيب آثاره في الظاهر ، لكن يجب علىٰ كلّ منهما العمل علىٰ الواقع بينه وبين الله[1] .

إنّما تجري ويؤخذ بها فيما إذا كان الشيء ضرراً عليه ، وأمّا إذا كان نفعاً للمقرّ فلا يؤخذ بها ، والزوجيّة وإن كانت من جهة ضرراً عليه من حيث وجوب التمكين له ، وعدم الخروج من بيته إلّا بإذنه ، وعدم التزويج لها بزوج آخر أو من أبيه وولده ونحو ذلك من الآثار التي تكون عليها .

ولكن من جهة أُخرىٰ تكون نفعاً لها ، كجواز الكشف عنده ، والتوارث ومطالبة النفقة منه ، وما وجب علىٰ الزوج بالنسبة إليها من وجوب الوطئ في كلّ أربعة أشهر ونحو ذلك .

فقاعدة الإقرار لا تثبّت هذه الآثار التي تكون نفعاً عائداً إلىٰ المقرّ .

وبالجملة : الزوجيّة عنوان بسيط قد تكون ضرريّة ، وقد تكون غير ضرريّة ، فلا يثبت بقاعدة الإقرار ؛ لأنّها تختصّ بما كان عليه لا له .

الوجه الثاني : بأنّ الحقّ لا يعدوهما ، وأنّ الحقّ منحصر فيهما .

هذا هو الصحيح ، وقد جرت علىٰ ذلك السيرة القطعيّة من جميع الطوائف في جميع الأمصار والأعصار بين الغريبين غير المعروفين والبلديين المعروفين ، فلو دخل رجل غريب بلداً مع امرأته ادّعىٰ أنّها زوجته وهي مصدّقة له ، لا يُسألان عن البيّنة والشهود ، بل يُصدّقان ، بل في نفس البلدة لو ادّعىٰ رجل معروف زوجيّة امرأة وصدّقته حكم بالزوجيّة بلا إشكال .

(١) وأمّا إذا ادّعىٰ أحدهما الزوجيّة وأنكر الآخر ، فيجري عليهما قواعد

وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيّة بينهما ، لكن المدّعي مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه ، فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة ، ولا أُمّ المنكرة ولا بنتها مع الدخول بها ولا بنت أخيها أو أُختها إلّا برضاها ، ويجب عليه إيصال المهر إليها[١] . نعم ، لا يجب عليه نفقتها ؛ لنشوزها بالإنكار .

الدعاوىٰ من إثبات الدعوىٰ بالبيّنة وإلّا فيحلف المنكر أو يردّ اليمين علىٰ المدّعي ، فإن حلف فهو ، وإلّا فتسقط الدعوىٰ .

وبالجملة : إذا حكم بالزوجيّة بالبيّنة أو باليمين ، ولو باليمين المردود ، تثبت الزوجيّة الظاهريّة ، ويجب ترتيب آثار الزوجيّة علىٰ كلّ منهما ، ولكن هذا حكم ظاهري ، والقضاء لا يعيّن الحكم الواقعي ولا يبدّله ، بل هو باقٍ علىٰ حاله ويجب علىٰ كلّ منهما العمل علىٰ الواقع بينه وبين الله ، كما ورد في جملة من الروايات ، ففي صحيحة هشام ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : إنّما أقضي بينكم بالبيّنات والأيمان ، وبعضكم ألحن بحجته من بعض ، فأيُّما رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً ، فإنّما قطعت له قطعة من النار »[١] .

فلو كان المدّعي يعلم بكذبه ليس له ترتيب الآثار اعتماداً علىٰ حكم الحاكم ، فإنّ القضاء لفصل الخصومة وحصول النظام لا لبيان الحكم الواقعي .

(١) ثمّ إنّه لو لم تثبت الدعوىٰ ، وحلف المنكر حكم بعدم الزوجيّة

---

(١) الكافي ٧ : ٤١٤ / ١ ، تهذيب الأحكام ٦ : ٢٢٩ / ٥٥٢ ، وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٢ / ٣٣٦٦٣ .

وإن كانت هي المدّعية لا يجوز لها التزويج بغيره ، إلّا إذا طلّقها ولو بأن يقول : هي طالق إن كانت زوجتي[1] ، .....

بينهما ، ولكن المدّعي ملزم ومأخوذ بما أقرّ به .

فإنّ كان المدّعي هو الرجل ، ليس له التزويج بالخامسة ولا بأُمّها ولا بنتّها مع الدخول بها ولا أُختها ولا بنت أخيها أو أُختها إلّا برضاها ؛ لأنّه يرىٰ أنّها زوجته ، فيلزم عليه ترتيب آثار الزوجيّة .

وإن لم تثبت الزوجيّة بحسب الظاهر ، ولم نتمكّن من إثباتها ولكن الاعتراف حجّة في حقّه ، ذكر في المتن أنّه يجب عليه إيصال المهر إليها .

نعم ، لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالإنكار .

أقول : ظاهر عبارته أنّه ملزم بحسب إقراره واعترافه بالمهر كبقيّة المذكورات التي يلزم بها حسب إقراره ، ولكن إقراره بالمهر وضمانه له معارض بإقرار الزوجة واعترافها بعدم الاستحقاق علىٰ الرجل ، فيتساقطان .

والحاصل : لا يلزم الرجل بالمهر بإقراره ؛ لسقوطه بمعارضته بإقرار المرأة ، فالمهر يختلف عن بقيّة المذكورات الثابتة عليه حسب إقراره .

نعم ، لو علم الرجل فيما بينه وبين الله أنّ المرأة زوجته ، فهو مدين للزوجة بالمهر فيجب عليه دفعه إليها ، ولكن هذا حكم شخصي ثبت من جهة العلم الخارجي لا من باب الإلزام عليه بالإقرار والاعتراف .

(١) ولو كانت الدعوىٰ من قِبل المرأة والرجل منكر ولم نتمكّن من إثبات دعواها وحلف الرجل بعدم الزوجيّة وحكم بعدم الزوجيّة ، فمن حيث الحكم الواقعي ـ كما تقدّم ـ فإنّ حكم الحاكم كما عرفت لا يؤثّر في الحكم

ولا يجوز لها السفر من دون إذنه[١] ، وكذا كلّ ما يتوقّف علىٰ إذنه .

الواقعي ، وإنّما يترتّب الحكم الظاهري حسب حكم الحاكم ، فلا يجوز لها التزويج بغيره إلّا إذا طلّقها ولو تعليقاً بأن يقول : هي طالق إن كانت زوجتي .

وقد عرفت آنفاً أنّ هذا التعليق غير ضائر ، كما ليس لها التزويج بأبيه أو ولده .

وكان علىٰ المصنّف أن يذكر طلاق الحاكم لها أيضاً إذا امتنع الرجل عن الطلاق ؛ لأنّ الرجل لأجل إنكاره زوجيّتها يمتنع عن الإنفاق وبطبع الحال يمتنع عن الطلاق أيضاً ، فللحاكم الشرعي حينئذٍ أن يطلّقها .

وبالجملة : طلاقها لا يتوقّف علىٰ طلاق الرجل نفسه .

(١) وأمّا السفر أو الاعتكاف أو الزيارة ونحو ذلك بدون إذنه :

فقد ذكر في المتن : إنّه لا يجوز لها ذلك حسب اعترافها ، فإنّها مأخوذة بإقرارها واعترافها .

ولكن الظاهر هو الجواز ؛ لأنّ عدم جواز هذه الأُمور إنّما هو لأجل مزاحمتها لحقّ الزوج ، وإلّا فهي في نفسها غير ممنوعة عن هذه الأُمور مع قطع النظر عن المزاحمة ، ولا يجب علىٰ المرأة إطاعة الزوجة حتّىٰ في الأُمور التي لا تزاحم حقّ الزوج ، فلو فرضنا أنّ الزوج كان نائماً أو غائباً أو مريضاً ، فللمرأة السفر أو الخروج أو الاعتكاف بالمقدار الذي لا يزاحم حقّ الرجل ، وعليه إذا كان الرجل منكراً فهذه الأُمور غير مزاحمة لحقّ الرجل ؛ لأنّه لا يطالبها بشيء أصلاً ، وإنّما عليها عدم التزويج بشخص آخر حسب اعترافها .

فتحصّل : إنّ كلّاً منهما يؤخذ بإقراره ودعواه .

ولو رجع المنكر إلىٰ الإقرار، هل يسمع منه ويحكم بالزوجيّة بينهما ؟ فيه قولان، والأقوىٰ السماع[١] إذا أظهر عذراً لإنكاره ولم يكن متّهماً، وإن كان ذلك بعد الحلف.

وأمّا المهر، فلا يلزم بالإقرار؛ لأنّه معارض بإقرار المرأة، فيتساقطان.

نعم، لو علم فيما بينه وبين الله بزوجيّتها وجب عليه دفع المهر.

(١) ولو رجع المنكر إلىٰ الإقرار واعترف بالزوجيّة بعد الإنكار، هل يسمع منه ويحكم بالزوجيّة بينهما أم لا ؟

اختار في المتن السماع إذا أظهر عذراً لإنكاره، ولا يضرّ الإنكار السابق، إذ لا يعتبر في سماع الإقرار عدم مسبوقيته بالإنكار، فيؤخذ بإقراره ولو سبقه الإنكار، وإن كان الإقرار بعد الحلف.

ولكنّه مشكل جدّاً، فإنّ الإقرار بعد الإنكار وإن كان يسمع ولا يعتبر في حجيّته أن لا يسبقه الإنكار؛ لأنّ الإقرار حجّة يتقدّم علىٰ كلّ شيء إلّا أنّ الإقرار إنّما يثبت به ما كان علىٰ المقرّ دون ما كان له، فلا يمكن ترتيب جميع الآثار علىٰ الإقرار في المقام، فإنّ إقراره بالزوجيّة مستلزم لاستحقاق الزوج الإرث منها، فلو فرضنا أنّ الزوج كان منكراً، فهو في الحقيقة معترف بأنّه ليس له حقّ علىٰ المرأة أصلاً ولو اعترف الرجل بعد إنكاره بالزوجيّة، فهو دعوىٰ منه وعليه الإثبات.

وما ذكره من التفصيل في السماع بين ما إذا أظهر عذراً لإنكاره، وبين ما إذا لم يظهر عذراً، فلا يسمع منه.

لا دليل عليه.

وكذا المدّعي إذا رجع عن دعواه وكذّب نفسه[١]. نعم، يشكل السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامة البيّنة منه علىٰ دعواه، إلّا إذا كذّبت البيّنة أيضاً نفسها.

ولا فرق في حجيّة الاعتراف بين ما إذا كان لعذر أم غيره.

وبالجملة: إقراره هذا يرجع في الحقيقة إلىٰ الإنكار بعد الإقرار؛ لأنّ إنكاره في الحقيقة إقرار منه بعدم استحقاق التوارث بينهما وأنّه لا يرث منها، فلو أقرّ بالزوجيّة بعد ذلك ففي الحقيقة أنكر ما أقرّ به، ولا يسمع الإنكار بعد الإقرار.

نعم، فيما إذا شهد علىٰ نفسه بالبيع وقبض الثمن ثمّ أنكر القبض فيما بعد، فالمشهور علىٰ أنّه يقبل؛ لأنّه ادّعىٰ ما هو المعتاد، وهو دعوىٰ المواطاة، ولكن السماع في خصوص هذا المورد لأجل القرينة الخارجيّة وهي تعارف دعوىٰ المواطاة، وأنّ الإقرار صدر لا لبيان الواقع، بل لسبب من الأسباب، وكلامنا في هذا المقام ما لم تكن هناك قرينة، فلا يقاس المقام بمسألة إنكار قبض الثمن بعد اعترافه.

ولو أنكرت المرأة الزوجيّة ثمّ أقرّت، لا يسمع إقرارها؛ لأنّ إقرارها حينئذٍ ادّعاءٌ منها، فليس لها المطالبة بحقوق الزوجيّة.

والسرّ: ما ذكرنا من أنّ الإقرار إنّما يسمع بالإضافة إلىٰ الحقوق التي علىٰ المقرّ، وأمّا بالإضافة إلىٰ الحقوق التي له فلا يسمع الإقرار منه، والإقرار بعد الإنكار في المقام سواء كان من الزوج أو الزوجة ادّعاء واعتراف بما له لا عليه.

(١) وكذلك الحال فيما إذا رجع المدّعي عن دعواه وكذّب نفسه؛ لأنّ

الثالثة : إذا تزوّج امرأة تدّعي خلوّها عن الزوج فادّعىٰ زوجيّتها رجل آخر ، لم تسمع دعواه إلّا بالبيّنة[١] . نعم ، له مع عدمها علىٰ كلّ منهما اليمين ، فإن وجّه الدعوىٰ علىٰ الامرأة فأنكرت وحلفت سقط دعواه عليها ، وإن نكلت أو ردّت اليمين عليه فحلف ، لا يكون حلفه حجّة علىٰ الزوج وتبقىٰ علىٰ زوجيّة الزوج مع عدمها سواء كان عالماً

هذه الدعوىٰ مشتملة علىٰ إقرار منه ؛ لأنّ الرجل بدعواه الزوجيّة أقرّ بعدم جواز التزويج بأُمّها وبنتها وأُختها ونحو ذلك ، والإقرار حجّة مطلقاً من دون فرق بين الرجوع قبل إقامة البيّنة والرجوع بعدها ، فلو رجع عن اعترافه لا يرفع اليد عن إقراره واعترافه ، بل يؤخذ به .

وكذلك المرأة إذا رجعت عن دعواها لا يمكن رفع اليد عن إقرارها .

وبالجملة : لا بدّ من التفصيل بين الأحكام التي تكون عليه أو له .

(١) يقع الكلام في جهات ، وبه يتّضح جميع ما في المتن .

الأُولىٰ : لا ريب في ثبوت الزوجيّة للمدّعي في مفروض المسألة إذا أقام المدّعي البيّنة ؛ لعمومات حجيّة البيّنة وللنصوص الخاصّة ، كمكاتبة الحسين بن سعيد المعتبرة[١] ، فمجرّد دعوىٰ الزوجيّة لا يترتّب عليه أيّ أثر .

---

(١) وهي : عن الحسين ـ يعني ابن سعيد ـ أنّه كتب إليه يسأله عن رجل تزوّج امرأة في بلد من البلدان فسألها لك زوج ؟ فقالت : لا ، فتزوّجها ، ثمّ إنّ رجلاً أتاه فقال : هي امرأتي ، فأنكرت المرأة ذلك ، ما يلزم الزوج ؟

فقال : «هي امرأته إلّا أن يُقيم البيّنة» .

تهذيب الأحكام ٧ : ٤٧٧ / ١٩١٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٣٠٠ / ٢٥٦٧٣ .

بكذب المدّعي أو لا وإن أخبر ثقة واحد بصدق المدّعي[١]، وإن كان الأحوط حينئذٍ طلاقها.

---

(١) الثانية: إذا كان المدّعي للزوجيّة ثقة ولم يقم البيّنة، فقد ورد النصّ بترتيب الأثر علىٰ دعواه.

ففي موثّق سماعة قال: سألته عن رجل تزوّج جارية أو تمتّع بها فحدّثه رجل ثقة أو غير ثقة فقال: إن هذه امرأتي وليست لي بيّنة؟

فقال: «إن كان ثقة فلا يقربها، وإن كان غير ثقة فلا يقبل منه»[١].

ولكن لا يمكن العمل بالرواية، ولا بدّ من ردّ علمها إلىٰ أهلها؛ وذلك لأنّه لو أُريد من عدم المقاربة مجرّد ترك الوطء، فمعناه الأمر بترك الواجب، وهو الوطء في كلّ أربعة أشهر، وإن أُريد به المعنىٰ الكنائي، وهو البطلان ويشهد لذلك قوله في ذيل الرواية: «وإن كان غير ثقة فلا يقبل منه»، يعني إذا كان ثقة يقبل منه، فتبطل زوجيّتها لزوجها الفعلي، وهذا المعنىٰ مقطوع البطلان لا يمكن الالتزام به؛ لأنّ الدعوىٰ لا تثبت بدون البيّنة بلا إشكال، فإنّ القضاء لا يكون إلّا بالبيّنة أو الأيمان؛ فالرواية مقطوعة البطلان، ولأجل ذلك حملها غير واحد علىٰ المعنىٰ الكنائي، أي الطلاق استحباباً[٢]، يعني يستحبّ للزوج أن يطلّقها فراراً عن شبهة الدعوىٰ.

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٤٦١/ ١٨٤٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٣٠٠/ ٢٥٦٧٢.
(٢) كما في جواهر الكلام ٢٩: ١٦٤.

فيبقىٰ النزاع بينه وبين الزوج ، فإن حلف سقط دعواه بالنسبة إليه أيضاً ، وإن نكل أو ردّ اليمين عليه فحلف ، حكم له بالزوجيّة إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوىٰ علىٰ الزوجيّة بعد الردّ عليه ، وإن كان قبل تماميّة الدعوىٰ مع الزوجة فيبقىٰ النزاع بينه وبينها ، كما إذا وجّه الدعوىٰ أوّلاً عليه (١) .

والحاصل : إنّ هذه دعوىٰ علىٰ كلّ من الزوج والزوجة ، فمع عدم البيّنة إن حلفا سقط دعواه عليهما ، وإن نكلا أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدّعاه ، وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكلٍّ حكمه ، فإذا حلف الزوج في الدعوىٰ عليه فسقط بالنسبة إليه ، والزوجة لم تحلف بل ردّت اليمين علىٰ المدّعي أو نكلت وردّ الحاكم عليه فحلف ، وإن كان لا يتسلّط عليها لمكان حقّ الزوج ، إلّا أنّه لو طلّقها أو مات عنها ردّت إليه ، سواء قلنا إنّ اليمين المردودة بمنزلة الإقرار ، أو بمنزلة البيّنة ، أو قسم ثالث .

---

(١) **الثالثة** : لو ادّعىٰ الرجل زوجيّة المرأة المتزوّجة وصدّقته واعترفت بأنّها كانت غير خليّة ، بل ذات بعل حينما تزوّجت وأقرّت بزوجيّتها للمدّعي ، فلا يسمع إقرارها واعترافها بالنسبة إلىٰ حقّ الزوج ؛ لأنّ الإعتراف في حقّ الغير غير حجّة ، ولا يثبت به بطلان الزوجيّة ، ولكنّها مأخوذة بإقرارها .

نعم ، في استحقاقها النفقة والمهر المسمّىٰ علىٰ الزوج إشكال خصوصاً إن قلنا إنّه بمنزلة الإقرار أو البيّنة[١] .

---

(١) وذكر في المتن أنّه لا تستحقّ النفقة علىٰ الزوج ولا المهر ؛ لأنّها بغيّة بمقتضىٰ إقرارها .

أقول : إن أُريد بعدم استحقاقها النفقة عدم استحقاق المرأة مطالبة الزوج بالمهر وبالنفقة ، فهذا صحيح ؛ لأنّ المرأة حسب اعترافها بغيّة لا تستحقّ المهر والنفقة عليه ، وإن أُريد بذلك أنّه ليس لها النفقة أصلاً ولا المهر من الزوج الفعلي ؛ لأنّه أجنبي ، فهذا غير صحيح .

وبعبارة أُخرىٰ : هل يجوز للزوج أن لا ينفق عليها ولا يُعطيها المهر ـكما هو ظاهر من العبارةـ أم لا ؟

والظاهر هو الثاني ؛ لأنّ الزوج يعلم إجمالاً بحرمة الوطء أو وجوب النفقة والمهر ، فلو وطأها ولم ينفق عليها ولم يعطها المهر ، فقد ارتكب أمراً غير مشروع قطعاً ، فالالتزام بجواز الوطء لعدم حجيّة اعترافها في حقّ الزوج وبعدم وجوب الإنفاق عليها لا يجتمعان .

وكيف كان اعترافها بأنّها كانت ذات بعل غير مؤثّر في صحّة العقد ، فإنّ العقد محكوم بالصحّة في ظرفه واعترافها غير مؤثّر في حقّ الزوج ، فلا بدّ من تصحيح العبارة ، وأنّ المراد منها عدم مطالبة الزوجة النفقة والمهر ؛ لأنّها بغيّة حسب اعترافها لا أنّها لا تستحقّ النفقة والمهر أصلاً وللزوج الامتناع منهما .

وبالجملة : لا يمكن الجمع بين الحكمين ، أي : جواز الوطء ، وعدم وجوب الإنفاق .

. . . . . .

الرابعة : لو ادّعىٰ رجل بطلان زوجية المرأة لهذا الشخص وأنكرت الزوجة ، فينحلّ دعواه إلىٰ دعويين :

الأُولىٰ : دعواه علىٰ الزوج بأنّ زوجتك زوجتي .

الثانية : دعواه علىٰ المرأة بأنّكِ ليست بزوجة لهذا الرجل ، فلابدّ من القضاء مرّتين وإقامة بيّنتين لكلّ من الدعويين ، فحينئذٍ تثبت زوجيّتها له .

ومع عدم البيّنة : فتارة يحلفان معاً علىٰ بطلان دعوىٰ المدّعي سقط دعواه .

وإن نكلا أو ردّا اليمين علىٰ المدّعي فحلف ثبتت دعواه من دون فرق بين كون اليمين المردودة بمنزلة الإقرار أو البيّنة ، إذ لا أثر لذلك .

وإن حلف أحدهما دون الآخر ، فلكلّ حكمه .

فإذا حلف الزوج في الدعوىٰ عليه سقط الدعوىٰ بالنسبة إليه والزوجة لم تحلف وردّت اليمين علىٰ المدّعي فحلف المدّعي ولكن لا يتسلّط عليها ؛ لمكان حقّ الزوج فحلف المدّعي لا أثر بالنسبة إلىٰ المرأة ما دام الزوج باقياً .

نعم ، إذا طلّقها أو مات عنها ردّت إليه .

هذا ، ولكن الظاهر من النصوص الواردة في المقام ـ كالمكاتبة المتقدّمة[1] ـ : إنّ القضاء في المقام لا بدّ من أن يكون بالبيّنة خاصّة ولا تنتهي

---

(١) وهي : عن الحسين ـ يعني ابن سعيد ـ أنّه كتب إليه يسأله عن رجل تزوّج امرأة في بلد من البلدان فسألها لك زوج ؟ فقالت : لا ، فتزوّجها ، ثمّ إنّ رجلاً أتاه فقال : هي

هذا كلّه إذا كانت منكرة لدعوىٰ المدّعي ، وأمّا إذا صدّقته وأقرّت بزوجيّته فلا يسمع بالنسبة إلىٰ حقّ الزوج ، ولكنّها مأخوذة بإقرارها ، فلا تستحقّ النفقة علىٰ الزوج ولا المهر المسمّىٰ ، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها ؛ لأنّها بغيّة بمقتضىٰ إقرارها ، إلّا أن تُظهر عذراً في ذلك ، وتردّ علىٰ المدّعي بعد موت الزوج أو طلاقه ، إلىٰ غير ذلك .

الرابعة : إذا ادّعىٰ رجل زوجيّة امرأة وأنكرت ، فهل يجوز لها أن تتزوّج من غيره قبل تمامية الدعوىٰ مع الأوّل ، وكذا يجوز لذلك الغير

النوبة إلىٰ الحلف ، فإنّ الزوج ليس بمنكر حتّىٰ يحلف ، وليس للمدّعي إحلاف الزوج ؛ لأنّ الزوج استند في الزواج إلىٰ دعواها الخليّة وليس له علم بالحال حتّىٰ يحلف ، وإنّما اعتمد علىٰ دعواها الخليّة ، فليس بمنكر حتّىٰ يحلف ، ويكفيه في الحكم بالصحّة جهله بالحال ، كما هو المفروض .

وأمّا بالنسبة إلىٰ المرأة ، فإنّ الحلف إنّما يؤثّر في مورد كان الاعتراف له أثراً ، والمفروض أنّ اعترافها بالزوجيّة للمدّعي لا أثر له ؛ لأنّه اعتراف في حقّ الغير ، فلا أثر لحلفها ولا يوجب حلفها بطلان الزوجيّة .

وبعبارة أُخرىٰ : لو ردّت الزوجة الحلف علىٰ المدّعي ليس للحاكم الحكم بزوجيّتها للمدّعي ، فإنّ هذه الدعوىٰ لا تنفصل ولا تثبت إلّا بالبيّنة ، كما دلّ عليه النصّ .

﴿امرأتي ، فأنكرت المرأة ذلك ، ما يلزم الزوج ؟

فقال : «هي امرأته إلّا أن يُقيم البيّنة» .

تهذيب الأحكام ٧ : ٤٧٧ / ١٩١٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٣٠٠ / ٢٥٦٧٣ .

تزويجها ، أو لا ، إلّا بعد فراغها من المدّعي ؟

وجهان[١] **: من أنّها قبل ثبوت دعوىٰ المدّعي خليّة ومسلّطة علىٰ نفسها ، ومن تعلّق حقّ المدّعي بها ، وكونها في معرض ثبوت زوجيّتها للمدّعي .**

---

(١) الظاهر أنّ محلّ الكلام فيما إذا كان المدّعي مستعدّاً للقضاء والتحاكم ، وأمّا إذا ماطل وعطّل وطالت الدعوىٰ بحيث تبقىٰ المرأة بلا زوج ، فيسقط دعواه ؛ لما في النصوص من أنّ المرأة لا تبقىٰ بلا زوج ، فيجوز لها التزويج للضرّر عليها بمنعها حينئذٍ منه ومن غيره .

فمحلّ الكلام : ما إذا كان المدّعي مستعدّاً للتحاكم ولإثبات دعواه .

فربّما يقال : بعدم الجواز ؛ لكونها في معرض ثبوت زوجيّتها للمدّعي .

ولا يخفىٰ ما فيه من الوهن ، فإنّ مجرّد المعرضيّة لا يمنع عن التزويج بعدما كانت خليّة ومسلّطة علىٰ نفسها ، فكون المعرضيّة مانعاً أوّل الكلام ، فإنّ الكلام في مانعية هذه المعرضيّة ، فالاستدلال للمنع بكونها في معرض الزوجيّة للمدّعي مصادرة وتغيّر في العبارة .

وربّما يستدلّ للمنع من أنّ تزويجها تفويت لحقّ المدّعي ، فإنّ المدّعي له الحقّ في إقامة الدعوىٰ عليها ، وإذا تزوّجت لا يبقىٰ مجال لإثبات مدّعاه .

وفيه : إنّ الدعوىٰ لا تسقط بالتزويج ، فإن أقام المدّعي البيّنة تثبت دعواه وتكشف عن فساد العقد الواقع عليها ، وإذا لم تكن له بيّنة ليس له إحلاف المرأة المتزوّجة ، إذ لا أثر لاعترافها لوقوعه في حقّ الغير ، فليس للمدّعي مطالبة الحلف منها .

مع أنّ ذلك تفويت حقّ المدّعي إذا ردّت الحلف عليه وحلف، فإنّه ليس حجّة علىٰ غيرها وهو الزوج.

ويحتمل التفصيل بين ما إذا طالت الدعوىٰ فيجوز، للضرر عليها بمنعها حينئذٍ، وبين غير هذه الصورة، والأظهر الوجه الأوّل.

وحينئذٍ فإن أقام المدّعي بيّنة وحكم له بها، كشف عن فساد العقد عليها، وإن لم يكن له بيّنة وحلفت، بقيت علىٰ زوجيّتها، وإن ردّت اليمين علىٰ المدّعي وحلف، ففيه وجهان: من كشف كونها زوجة للمدّعي فيبطل العقد عليها، ومن أنّ اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحقّ الغير وهو الزوج. وهذا هو الأوجه، فيثمر فيما إذا طلّقها الزوج أو مات عنها، فإنّها حينئذٍ تردّ علىٰ المدّعي، والمسألة سيّالة تجري في دعوىٰ الأملاك وغيرها[1] أيضاً، والله العالم.

ولو فرضنا أنّه التزمنا بجواز مطالبة الحلف منها، فإن حلفت فلا كلام في سقوط الدعوىٰ حينئذٍ، ولو ردّت الحلف علىٰ المدّعي وحلف لا أثر لحلفه؛ لأنّ اليمين المردودة لا تثبت بها الدعوىٰ بالنسبة إلىٰ حقّ الزوج ولا تكون مسقطة لحقّ الغير.

نعم، التزويج في المقام يوجب تعجيز المدّعي عن إثبات دعواه في بعض الصور، ولا دليل علىٰ المنع من التعجيز وأن يعمل الإنسان عملاً يمنع الشخص عن التصرّف في نفسه، فالتزويج بها غير ممنوع؛ لأنّه تزويج مع الحجّة؛ لأنّ المفروض أنّ المرأة خليّة ومسلّطة علىٰ نفسها ومصدّقة فيما تقول والمدّعي عاجز عن إثبات دعواه، فلا مانع في البين أصلاً.

(١) ثمّ ذكر قدس سره في آخر المسألة: إنّ هذه المسألة سيّالة تجري في

.....

دعوىٰ الأملاك وغيرها.

أقول: ما ذكره من كون المسألة سيّالة، لا بأس به في الجملة، ولكن يفترق الأملاك عن المقام.

بيان ذلك: إنّه لو كان ذو اليد مدّعياً ملكيّة ما في يده بإرث أو شراء ونحو ذلك من الأسباب المملّكة ثمّ ادّعىٰ شخص آخر ملكيّة الدار، لا ريب في جواز بيع الدار لذي اليد، وجواز الشراء منه قبل إثبات دعوىٰ المدّعي وقبل الرجوع إلىٰ المحاكم، فإنّ حقّ الدعوىٰ من شخص آخر لا يسقط بالبيع، فإن أقام الشخص الآخر البيّنة يحكم ببطلان البيع.

وإن فرضنا أنّه لا بيّنة له: فإن حلف المنكر ومن بيده المال فلا كلام، وأمّا إذا حلف المدّعي بعد نكول المنكر أو ردّه تفترق الحال حينئذٍ عن دعوىٰ الزوجيّة، فإن حلف المدّعي لا ينفذ في شخص المبيع ولا يؤخذ المال المبيع من المشتري؛ لأنّ حلف المدّعي بعد ردّه أو نكوله من المنكر كالاعتراف منه، والاعتراف لا ينفذ في حقّ الغير، وكذا اليمين المردودة لا أثر لها بالنسبة إلىٰ شخص ثالث وهو المشتري، ولكن المالك باعترافه لأجل ردّ الحلف إلىٰ المدّعي أو ما يشبه بالاعتراف، وهو اليمين المردودة يغرّم بقيمة الدار للمدّعي، وفي باب دعوىٰ الزوجيّة لا غرامة، بل في باب الزوجيّة يظهر أثر الحلف بعد الموت أو الطلاق.

وأمّا في الزوجيّة الفعليّة، فلا يترتّب علىٰ حلفه أي أثر، وأمّا في باب الأملاك يكون حلفه إتلافاً للمال من جهة ردّ المالك الحلف أو نكوله

الخامسة : إذا ادّعىٰ رجل زوجيّة امرأة فأنكرت ، وادّعت زوجيّته امرأة أُخرىٰ ، لا يصحّ شرعاً زوجيّتها لذلك الرجل مع الامرأة الأُولىٰ ـكما إذا كانت أُخت الأُولىٰ أو أُمّها أو بنتها ـ فهناك دعويان : إحداهما من الرجل علىٰ الامرأة ، والثانية من الامرأة الأُخرىٰ علىٰ ذلك الرجل ، وحينئذٍ فإمّا أن لا يكون هناك بيّنة لواحد من المدّعيين ، أو يكون لأحدهما دون الآخر أو لكليهما .

فعلىٰ الأوّل : يتوجّه اليمين علىٰ المنكر في كلتا الدعويين ، فإن حلفا سقطت الدعويان ، وكذا إن نكلا وحلف كلّ من المدّعيين اليمين المردودة ، وإن حلف[1] أحدهما ونكل الآخر وحلف مدّعيه اليمين المردودة ، سقطت دعوىٰ الأوّل وثبت مدّعىٰ الثاني .

للحلف ، فيغرّم ، إلّا أنّه لا يؤثّر بالنسبة إلىٰ شخص المال ، بل يغرّم إمّا مثله أو قيمته .

(١) كما إذا ادّعىٰ رجل زوجيّة فاطمة وأنكرت وادّعت خديجة علىٰ هذا الرجل زوجيّتها له وهي أُخت فاطمة ولكن الرجل أنكر ، فهنا دعويان :

الأُولىٰ : دعوىٰ الرجل علىٰ فاطمة .

الثانية : دعوىٰ خديجة ـالتي هي أُخت فاطمة ـ علىٰ الرجل .

فحينئذٍ لا تخلو الحال من أحد صور ثلاث :

أمّا لا بيّنة لكلّ واحد من المدعيين .

أو يكون لأحدهما دون الآخر .

أو يكون لكلّ منهما بيّنة .

. . . . . .

أمّا الصورة الأُولىٰ : فالحكم فيها واضح ، إذ اليمين يتوجّه علىٰ المنكر في كلتا الدعويين ، فإن حلفت فاطمة لإنكارها وحلف الرجل لإنكاره زوجيّة خديجة سقطت الدعويان ، فإن حلف أحدهما ونكل أو ردّ الآخر فمن حلف تنفىٰ الزوجيّة بالنسبة إليه ، فإذا حلفت فاطمة تنتفي زوجيّتها للرجل المدّعي ، وإذا حلف الرجل في الدعوىٰ الثانية تنتفي زوجيّة خديجة من الرجل .

وإذا فرضنا أنّ فاطمة المنكرة لم تحلف وردّت اليمين علىٰ الرجل المدّعي وحلف الرجل اليمين المردودة تثبت بها دعوىٰ المدّعي وتكون فاطمة زوجته ، فإنّ اليمين المردودة في حكم البيّنة للمدّعي ، وحينئذٍ إذا حلف الرجل المنكر بالنسبة إلىٰ الدعوىٰ الثانية تسقط زوجيّة خديجة ، وإن لم يحلف وردّ الحلف إلىٰ خديجة المدّعية وحلفت يكون حلفها مثبتاً لدعواها فكأنّه قامت البيّنة والحجّة علىٰ كلتا الدعويين ، ومقتضاها كون خديجة أيضاً زوجةً لذلك الرجل ، والمفروض عدم إمكان الجمع بينهما ؛ لأنّهما أُختان ، فدعوىٰ كلّ منهما يستلزم نفي الآخر ، فلا بدّ من التساقط وإن كان كلّ من الدعويين في نفسه لا مانع من حجيّته وصحّته ، ولكن حيث لا يمكن الجمع بينهما يتساقطان ؛ إذ لا ترجيح في البين .

وربّما يقال : إنّه إذا حلف الرجل في الدعوىٰ الأُولىٰ وأثبت دعواه باليمين المردودة من قبل فاطمة ليس له بعد ذلك ردّ اليمين إلىٰ المدّعية ـ وهي خديجة ـ في الدعوىٰ الثانية ، إذ لا أثر للحلف حينئذٍ ، فلا تصل النوبة إلىٰ اليمين المردودة والتساقط ، فعليه ثبت دعوىٰ الرجل بالنسبة إلىٰ زوجيّة فاطمة .

وبعبارة أُخرىٰ : الرجل إذا حلف في الدعوىٰ الأُولىٰ من جهة ردّ اليمين

وعلىٰ الثاني ـ وهو ما إذا كان لأحدهما بيّنة ـ : يثبت مدّعىٰ من له البيّنة[١] ، وهل تسقط دعوىٰ الآخر ، أو يجري عليه قواعد الدعوىٰ من حلف المنكر أو ردّه ؟ قد يُدّعىٰ القطع بالثاني ؛ لأنّ كلّ دعوىٰ لا بدّ فيها من البيّنة أو الحلف . ولكن لا يبعد تقوية الوجه الأوّل ؛ لأنّ البيّنة حجّة شرعيّة ، وإذا ثبت بها زوجيّة إحدىٰ الامرأتين لا يمكن معه زوجيّة الأُخرىٰ ؛ لأنّ المفروض عدم إمكان الجمع بين الامرأتين ، فلازم ثبوت زوجيّة إحداهما بالأمارة الشرعيّة عدم زوجية الأُخرىٰ .

إليه من قِبل فاطمة ليس له بعد ذلك إحلاف المدّعية في الدعوىٰ الثانية ، فإنّ العبرة بالحلف الصادر منه قبل ذلك وتثبت به دعواه ، ولا مجال لردّ الحلف منه إلىٰ المدّعية حتّىٰ تحلف ويتحقّق التساقط .

وفيه : إنّ كلّاً من الدعويين له حكمه ومجرّد التقدّم الزماني لا يوجب اختصاص الحكم به ولا يوجب سقوط الدعوىٰ الثانية ، بل ينظر إلىٰ كلّ من الدعويين ويعمل فيه بما يقتضيه قواعد الدعاوىٰ ، كما إذا ادّعىٰ شخصان مال أحد وأقام أحدهما البيّنة فإنّه لا يوجب ذلك سقوط البيّنة من المدّعي الآخر ؛ لأنّ شمول حجّية البيّنة بالنسبة إليهما علىٰ حدٍّ سواء ، ولا وجه لتقديم البيّنة الأُولىٰ علىٰ الثانية بمجرّد التقدّم الزماني .

فكذا المقام ، فإنّ الرجل المدّعي له الحلف من جهة اليمين المردودة في الدعوىٰ الأُولىٰ وله ردّ الحلف إلىٰ المدّعية في الدعوىٰ الثانية ، ولكلّ منهما حكم مستقلّ ، وكلّ منهما موضوع للدليل ، ولا بأس من إعمالهما ، والنتيجة تساقطهما بالتعارض .

(١) الصورة الثانية : ما إذا كان لأحدهما بيّنة دون الآخر ، يثبت مدّعىٰ

. . . . . .

من له البيّنة .

فإذا فرضنا أنّ الزوج أقام البيّنة يثبت بها مدّعاه ـ وهي زوجيّة فاطمة في المثال المتقدّم ـ والمفروض أنّ أُختها خديجة تدّعي زوجيّتها له ، وهل تسقط دعواها أو يجري عليه قواعد الدعوىٰ من حلف المنكر ؟ وجهان ، ربّما يقال بالثاني ؛ لأنّ كلّاً منهما دعوىٰ مستقلّة لا بدّ فيها من البيّنة أو الحلف .

ولكن المصنّف قوّىٰ الأوّل ؛ لأنّ البيّنة حجّة شرعيّة ، وإذا ثبت بها زوجيّة إحدىٰ الامرأتين لا يمكن معه زوجيّة الأُخرىٰ ؛ لعدم إمكان الجمع بينهما علىٰ الفرض ، فلازم حجيّة البيّنة عدم زوجية الثانية ، ولازم الأمارة حجّة سواء كان الشاهد ملتفتاً إلىٰ الملازمة أم لا .

وقد يقال : إنّ حجيّة البيّنة من الرجل المنكر بالنسبة إلىٰ الدعوىٰ الثانية متوقّفة علىٰ قبول بيّنة المنكر .

وفيه كلام وإشكال ، وذكروا أنّ المنكر لا تقبل بيّنته ، والمفروض أنّ الرجل منكر بالنسبة إلىٰ الدعوىٰ الثانية ، فلا تقبل بيّنته بالنسبة إلىٰ الدعوىٰ الثانية ، يعني بيّنته لا تكفي لسقوط الدعوىٰ الثانية ولا تكون بدلاً عن يمينه .

وفيه : ما ذكرناه في محلّه أنّ البيّنة حجّة مطلقاً حتّىٰ من المنكر ، ولا منافاة بين ذلك وقولهم عليهم السلام : «البيّنة علىٰ المدّعي واليمين علىٰ المدّعىٰ عليه ـ المنكر ـ»[1] ، فإنّ معنىٰ ذلك : إنّ المنكر لا يطالب بالبيّنة ، بخلاف المدّعي

---

(١) انظره في : الكافي ٧ : ١/٤١٥ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٣٢/٣٢٦٧ ، تهذيب الأحكام ٦ : ٢٢٩/٥٥٣ ، وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٣٣/٣٣٦٦٦ .

وعلىٰ الثالث : فإمّا أن يكون البيّنتان مطلقتين ، أو مؤرّختين متقارنتين ، أو تاريخ إحداهما أسبق من الأُخرىٰ ، فعلىٰ الأوّلين تتساقطان[١] ، ويكون كما لو لم يكن بيّنة أصلاً .

فإنّه يطالب بالبيّنة ، وليس في كلامهم دلالة علىٰ أنّ البيّنة من المنكر ليست بحجيّة ، ودعوىٰ الثانية غير مشروعة ؛ لأنّ المفروض أنّها لا تجتمع مع الدعوىٰ الأُولىٰ ، فما ذكره من سقوط الدعوىٰ الثانية هو الصحيح .

(١) **الصورة الثالثة** : ما إذا كان لكلّ منهما بيّنة فلا يخلو :

إمّا أن يكون البيّنتان مطلقتين من حيث الزمان .

أو مؤرّختين ومؤقتتين بوقت معيّن ، كما إذا شهد كلّ منهما بالزوجيّة من أوّل الشهر ، فلا ريب في أنّهما يتساقطان ؛ لعدم إمكان الجمع بينهما علىٰ الفرض ، ولا ترجيح لأحدهما علىٰ الآخر .

أو يختلف الزمان بأن كان تاريخ أحدهما أسبق من الآخر ترجح الأسبق إذا شهدت بالزوجيّة من ذلك التاريخ إلىٰ زمان الثانية ؛ لأنّ البيّنة السابقة في الحقيقة تشهد بالزوجيّة وباستمرارها وبقائها إلىٰ زمان الثانية ، فالشهادة ليست علىٰ الزوجيّة المطلقة ، بل علىٰ الزوجيّة المستمرّة ، وأنّ المرأة الأُولىٰ زوجة في هذا الزمان ، وعليه فلا تبقىٰ موضوعاً ومجالاً للشهادة الثانية ؛ لأنّ المفروض بموجب الشهادة الأُولىٰ هذه المرأة زوجة بالفعل ، فالمرأة الثانية غير قابلة للتزويج علىٰ الفرض ؛ لأنّها أُختها أو أُمّها ونحو ذلك ، فتسقط حجيّة البيّنة الثانية في هذه الصورة .

وكذا تسقط حجيّة البيّنة الثانية فيما إذا شهدت الأُولىٰ بمطلق الزوجيّة لا

وعلىٰ الثالث : ترجّح الأسبق إذا كانت تشهد بالزوجيّة من ذلك التاريخ إلىٰ زمان الثانية ، وإن لم تشهد ببقائها إلىٰ زمان الثانية فكذلك ؛ إذا كانت الامرأتان الأُمّ والبنت مع تقدّم تاريخ البنت ، بخلاف الأُختين والأُمّ والبنت مع تقدّم تاريخ الأُمّ ؛ لإمكان صحّة العقدين بأن طلّق الأُولىٰ وعقد علىٰ الثانية في الأُختين ، أو طلّق الأُمّ مع عدم الدخول بها ، وحينئذٍ ففي ترجيح الثانية أو التساقط وجهان[1] .

هذا ، ولكن وردت رواية تدلّ علىٰ تقديم بيّنة الرجل ، إلّا مع سبق بيّنة الامرأة المدّعية ، أو الدخول بها في الأُختين[2] ، وقد عمل بها المشهور في خصوص الأُختين ، ومنهم من تعدّىٰ إلىٰ الأُمّ والبنت أيضاً ، ولكن العمل بها حتّىٰ في موردها مشكل ؛ لمخالفتها القواعد ، وإمكان حملها علىٰ بعض المحامل التي لا تخالف القواعد .

الزوجيّة المستمرّة ، ولكن لا يمكن الجمع بين الامرأتين ، كما إذا كانت الأُولىٰ بنتاً واللاحقة أُمّها ، فإنّ الأُمّ تحرم مؤبّداً بمجرّد ثبوت الزوجيّة الأُولىٰ وإن لم تكن مستمرّة ، ففي هاتين الصورتين تقدّم البيّنة السابقة .

(١) وأمّا في غيرهما ، كالأُختين أو الأُمّ والبنت مع تقدّم تاريخ التزويج بالأُمّ ، فيمكن صحّة العقدين عليها بأن طلّق الأُخت الأُولىٰ وعقد علىٰ الأُخت الثانية ، وفي الأُمّ والأُخت يمكن أن يطلّق الأُمّ مع عدم الدخول بها ، فيصحّ العقد علىٰ بنتها وحينئذٍ فهل ترجّح البيّنة الثانية أو تتساقطان ؟

ذكر : إنّ فيه وجهين لم يرجّح أحدهما علىٰ الآخر .

(٢) ثمّ ذكر أنّه وردت رواية في المقام تدلّ علىٰ تقديم بيّنة الرجل إلّا

. . . . . .

مع سبق بيّنة المرأة أو الدخول بها في الأُختين ، وأمّا في غير هاتين الصورتين تقدّم بيّنة الرجل ، ولا عبرة ببيّنة المرأة المدّعية ؛ لأنّها تريد إفساد العقد علىٰ الأُولىٰ ، كما علّل به في النصّ ، وقد عمل بها المشهور في خصوص الأُختين ، ولكن العمل بها مع ذلك مشكل ؛ لمخالفتها للقواعد وإمكان حملها علىٰ بعض المحامل التي لا تخالف القواعد ، هذا ما ذكره في المتن .

أقول : أمّا الرواية التي ذكرها ، فقد رويت بطريقين :

أحدهما : ما رواه الكليني عن عليّ بن محمّد القاساني ، عن القاسم بن محمّد ، عن سليمان بن داوُد ، عن عيسىٰ بن يونس ، عن الأوزاعي ، عن الزهري ، عن عليّ بن الحسين عليهما السلام في رجل ادّعىٰ علىٰ امرأة أنّه تزوّجها بولي وشهود ، وأنكرت المرأة ذلك ، فأقامت أُخت هذه المرأة علىٰ هذا الرجل البيّنة أنّه تزوّجها بولي وشهود ، ولم يوقّتا وقتاً ؟

فكتب : «إنّ البيّنة بيّنة الرجل ، ولا تقبل بيّنة المرأة ؛ لأنّ الزوج قد استحقّ بضع هذه المرأة وتريد أُختها فساد النكاح ، فلا تصدّق ولا تقبل بيّنتها إلّا بوقت قبل وقتها أو بدخول بها»[1] .

ثانيهما : ما وراه الشيخ نفس المتن المذكور من دون اختلاف عن عليّ ابن محمّد ، عن القاسم بن محمّد ، عن سليمان بن داوُد ، عن عبد الوهاب بن عبد الحميد الثقفي ، عن أبي عبدالله عليه السلام[2] .

---

(١) الكافي ٥ : ٥٦٢ / ٢٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٩ / ٢٥٦٧٠ .

(٢) تهذيب الأحكام ٦ : ٢٣٦ / ٥٨١ ، وسائل الشيعة ٢٧ : ٢٥٤ / ٢٣٧٠٧ .

. . . . . .

وكلا الطريقين ضعيف .

أمّا طريق الكليني ، فبعدّةٍ من الرجال بعليّ بن محمّد القاساني الذي ضعّفه الشيخ صريحاً[١] ، وبالقاسم بن محمّد ، وهو مردّد بين الجوهري وبين المعروف بكاسولا ، وكلاهما ضعيف ، وبعيسىٰ بن يونس فإنّه مجهول ، وبالأوزاعي والزهري فإنّهما من رجال العامّة وحالهما معلوم ، ولم تثبت وثاقتهما عندنا .

وأمّا طريق الشيخ ، فبعليّ بن محمّد ، وبالقاسم بن محمّد ، وبعبد الوهاب بن عبد الحميد الذي لم يوثّق في كتب الرجال .

ومع هذا الضعف لا يمكن الاعتماد عليها عمل بها المشهور أم لا ، وقد ذكرنا غير مرّة : إنّ عمل المشهور لا يوجب الانجبار ، ولم تمّ سندها فلا مانع من العمل بها ، ومجرّد مخالفتها للقواعد غير ضائر بحجيّة الرواية والعمل بها ؛ لأنّ القواعد الشرعيّة لم تكن من القواعد العقليّة التي لا يمكن رفع اليد عنها ولا تخصيصها ، وكم رواية مخالفة للقواعد المقرّرة الشرعيّة ومع ذلك نعتمد عليها لحجيّتها ، فالعمدة ضعف السند علىٰ أنّها خاص بالأُختين ، فلا وجه للتعدّي من موردها إلىٰ الأُمّ والبنت .

وأمّا ما تقتضيه القاعدة في هذه الصورة الأخيرة التي ذكر المصنّف فيها وجهين لم يرجّح أحدهما علىٰ الآخر :

---

(١) رجال الشيخ الطوسي : ٣٨٨ / ٥٧١٢ .

. . . . . .

فنقول : تارة يفرض شهادة البنتين علىٰ العقد ، وأُخرىٰ شهادتهما علىٰ الزوجيّة .

فعلىٰ الأوّل ، لا تنافي بين البيّنتين ؛ لإمكان صحّة كلا العقدين معاً لاحتمال إن طلّق الأُولىٰ وتزوّج بالثانية ، فيحكم بصحّة العقد علىٰ المرأة الثانية ؛ لأصالة الصحّة في هذا العقد .

نعم ، لا يتمّ ذلك في الأُمّ والبنت وكان تاريخ عقد البنت مقدّماً علىٰ تاريخ عقد الأُمّ ، وحينئذٍ تقدّم البيّنة الأُولىٰ علىٰ البيّنة الثانية ؛ لأنّ الأُمّ تحرم مؤبّداً ، وإن طلّق البنت ولم يدخل بها ، والبيّنة الأُولىٰ ترفع موضوع البيّنة الثانية ولا أثر للبيّنة الثانية ؛ لأنّها واقعة علىٰ امرأة محرّمة ، ففي هذه الصورة -وهي الشهادة علىٰ مجرّد اجراء العقد ونحوها الشهادة علىٰ مجرّد الزوجيّة المطلقة من دون نظر إلىٰ الاستمرار والبقاء إذا كانت الشهادة الأُولىٰ علىٰ البنت والثانية علىٰ الأُمّ- تسقط البيّنة الأُولىٰ ؛ لأنّها ترفع موضوعها ، ولا أثر للثانية بعدما كان موردها امرأة محرّمة ، وهي أُمّ الزوجة .

والحاصل : إذا كانت البيّنتان تخبران عن مجرّد العقد ، فلا تنافي بينهما ؛ لإمكان الجمع في العقد في زمانين ، إذ يمكن أن يعقد علىٰ الأُخت أوّلاً ويطلّقها ويعقد علىٰ الأُخت الأُخرىٰ ، فالعقد الثاني محكوم بالصحّة ؛ لأصالة الصحّة ، واستصحاب بقاء الزوجيّة الأُولىٰ لا يجري مع قيام البيّنة علىٰ إجراء العقد علىٰ الثانية ، إلّا إذا كان عقد البنت مقدّماً علىٰ الأُمّ ، فإنّه لا يمكن الحكم علىٰ طبق البيّنة الثانية ؛ لأنّ الأُمّ تحرم مؤبّداً بمجرّد العقد علىٰ بنتها ،

. . . . . .

فالقعد الثاني باطل ؛ لأنّ البيّنة الأُولىٰ ترفع موضوع البيّنة الثانية ؛ لوقوعها علىٰ امرأة محرّمة ، فلا أثر للبيّنة الثانية ، والترجيح للأُولىٰ .

وعلىٰ الثاني ، وهو ما لو فرضنا شهادة البيّنتين علىٰ الزوجيّة الفعليّة ، فإن كانت البيّنة الأُولىٰ قائمة علىٰ زوجيّة المرأة الأُولىٰ فعلاً ولا شهادة لها علىٰ السابق ، والبيّنة الثانية قائمة علىٰ زوجيّة المرأة الثانية حدوثاً وبقاءً ، أي تشهد بالزوجيّة السابقة المستمرّة الباقية ؛ فكلّ من البيّنتين تشهد بالزوجيّة ، ولا يمكن الجمع بينهما بالنسبة إلىٰ الزمان المتأخّر ، فتسقطان من جهة المعارضة في هذا الزمان ـ أي الزمان المتأخّر ـ لعدم إمكان الجمع بينهما في زمان واحد .

وأمّا بالنسبة إلىٰ الزمان السابق ، فلا تنافي ولا تكاذب بينهما ؛ لأنّ إحداهما تشهد بالزوجيّة السابقة ، والأُخرىٰ ساكتة عن ذلك ، فيحكم بالزوجيّة السابقة وبقائها ؛ لأنّا نشكّ في بقاء الزوجيّة السابقة ولم يثبت ارتفاع الزوجيّة السابقة ، فنستصحب بقائها .

نعم ، إنّما يتمّ ذلك في الأُختين ، والأُمّ ، والبنت وكانت السابقة الأُمّ .

وأمّا إذا كانت المعارضة بينهما في الأُمّ ، فإنّه حينئذٍ كما أنّ البيّنة الثانية تعارض البيّنة الأُولىٰ في البقاء كذلك تعارضها في الحدوث ، فإنّ كلّاً من البيّنتين يثبت شيئاً وينفي شيئاً ، فإنّ الأُولىٰ تثبت زوجيّة البنت وتنفي زوجيّة الأُمّ ، والثانية تثبت زوجيّة الأُمّ وتنفي زوجيّة البنت ؛ لعدم إمكان الجمع بينهما ، فيقع التعارض بينهما حدوثاً وبقاءً ، فحكم هذه الصورة حكم الصورة

السادسة : إذا تزوّج العبد بمملوكة ثمّ اشتراها بإذن المولىٰ ، فإن اشتراها للمولىٰ بقي نكاحها علىٰ حاله[١] ، ولا إشكال في جواز وطئها .

التي لا بيّنة لها .

ومثل ذلك : ما إذا أخبرت البيّنة الأُولىٰ علىٰ الزوجيّة السابقة فقط من دون دلالتها علىٰ أنّها زوجته فعلاً ، والثانية شهدت بالزوجيّة الفعليّة ، كما إذا أخبرت البيّنة الأُولىٰ بالعقد علىٰ البنت أوّلاً ، وأخبرت الثانية بالزوجيّة الفعليّة للأُمّ ، فعندئذٍ يقع التعارض أيضاً .

وأمّا غير ذلك ، كالأُختين ، أو الأُمّ والبنت وكان العقد علىٰ الأُمّ متقدّماً ، فلا تنافي بين السابقة والزوجيّة الفعليّة ؛ لاحتمال الصحّة وإمكان زوجيّة الثانية ، واستصحاب بقاء زوجيّة الأُولىٰ لا يعارض قيام البيّنة .

(١) إذا تزوّج العبد بمملوكة ثمّ اشتراها ، فقد يشتريها للمولىٰ وقد يشتريها لنفسه ، فهنا صورتان :

الأُولىٰ : ما إذا اشتراها للمولىٰ .

ذكر أنّه بقىٰ نكاحها علىٰ حاله ولا حاجة إلىٰ الإذن في جواز وطئها ؛ لأنّها زوجته ووطء الزوجة لا يحتاج إلىٰ الإذن .

وقد ذكر صاحب الجواهر في مسألة بيع المالك الأمة المزوّجة بعبد مملوك أو حرّ : إنّ ذلك كالطلاق[١] ، واستدلّ بعدّة من الروايات المستفيضة جملة منها معتبرة :

---

(١) جواهر الكلام ٣٠ : ٢٦٣ .

. . . . . .

كصحيحة الحسن بن زياد[١]، وصحيحة ابن مسلم[٢]، وغيرهما[٣] الصريحة في أنّ بيعها طلاقها، إلّا أنّ المشتري بالخيار بين إمضاء عقد نكاح وفسخه، وشبّه خيار المشتري بعقد الفضولي قبل الإجازة، بمعنىٰ احتياج الصحّة إلىٰ إنشاء الرضا والإجازة.

وأمّا الفساد، فيكفي فيه عدم الرضا، ولا حاجة إلىٰ إنشاء عدم الرضا، وكذلك شبّهه بالطلاق الرجعي المتوقّف تحقّق الرجعة علىٰ انشائها دون مضيّ الطلاق الذي يكفي عدم إنشاء ما يوجب الرجوع.

وذكر وجهاً ثانياً لمعنىٰ الخيار للمشتري، وهو أنّ له المنع وإلّا فالنكاح باقٍ علىٰ حاله إلّا أن يفسخ كغيره من أفراد النكاح الخياري، ولكنّه اختار

---

(١) وهي: عن الحسن بن زياد قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترىٰ جارية يطأها، فبلغه أنّ لها زوجاً؟

قال: «يطأها، فإنّ بيعها طلاقها، وذلك أنّهما لا يقدران علىٰ شيء من أمرهما إذا بيعا».

الكافي ٥: ٤٨٣ / ١، وسائل الشيعة ٢١: ١٥٤ / ٢٦٧٧٢.

(٢) وهي: عن محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: «طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها»، وقال: في الرجل يزوّج أمته رجلاً حرّاً ثمّ يبيعها؟

قال: «هو فراق ما بينهما، إلّا أن يشاء المشتري أن يدعهما».

الكافي ٥: ٤٨٣ / ٤، وسائل الشيعة ٢١: ١٥٤ / ٢٦٧٧١.

(٣) كما عن بكير بن أعين، وبريد بن معاوية، عن أبي جعفر، وأبي عبدالله عليهما السلام قالا: «من اشترىٰ مملوكة لها زوج فإنّ بيعها طلاقها، فإن شاء المشتري فرّق بيهما وإن شاء تركهما علىٰ نكاحهما».

الكافي ٥: ٣/٤٨٣، تهذيب الأحكام ٨: ٧٠٠/١٩٩، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٧٧٤/١٥٤.

. . . . . .

الوجه الأوّل ؛ للنصوص المستفيضة الدالّة علىٰ أنّ البيع طلاق[١] .

نعم ، بإزاء هذه الروايات صحيحة عليّ بن جعفر الدالّة علىٰ أنّ البيع لا يكون بطلاق ؛ لقوله : «وهما علىٰ نكاحهما حتّىٰ ينزعها المشتري»[٢] .

المستفاد منه : ثبوت مجرّد الخيار للمشتري لا بطلان النكاح بالبيع .

هذا ، ولكن لا بدّ من طرح الصحيحة ورد علمها إلىٰ أهلها ؛ لشذوذها ومخالفتها للمشهور من الروايات ، ولم يتعرّض في الجواهر لهذه الصحيحة .

أقول : الظاهر إنّ ما ذكره هنا مخالف لما تسالموا عليه في بحث الطوارئ ، حيث التزموا هناك بأنّ بيع الأمة طلاق أو بمنزلته ، فإذا باع المالك أمته المتزوّجة كان ذلك طلاقاً سواء كان الزوج حرّاً أو عبداً ، ولكن المشتري ـوهو المالك الثانيـ يتخيّر بين إمضاء عقد النكاح وفسخه ، وعليه فلا يجوز للعبد وطؤها إلّا بإجازة المولىٰ .

وبالجملة : تزويج العبد الأمة يتوقّف علىٰ الإذن حدوثاً وبقاءً ، والمفروض أنّ الأمة بالشراء تنتقل إلىٰ المشتريـوهو مولىٰ العبدـ فيتوقّف علىٰ إجازته ، والمفروض بطلان النكاح بالبيع ، كما في النصوص

---

(١) انظر الهوامش الثلاثة السابقة .

(٢) وهي : عليّ بن جعفر ، عن أخيه موسىٰ بن جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن رجل تحته مملوكة بين رجلين ، فقال أحدهما : قد بدا لي أن أنزع جاريتي ، هل تحرم علىٰ الزوج ؟

قال : «إذا اشتراها غير الذي كان أنكحها إيّاه فإنّ الطلاق بيده ، إن شاء فرّق بينهما ، وإن شاء تركها ، فهي حلال لزوجها ، وهما علىٰ نكاحهما حتّىٰ ينزعها المشتري . . .» .

مسائل عليّ بن جعفر : ١٩٦ / ٤١٧ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٥٧ / ٢٦٧٨١ .

وإن اشتراها لنفسه بطل نكاحها[١] وحلّت له بالملك على الأقوى من ملكيّة العبد .

المستفيضة[١] .

والحاصل : أظن أنّ ما ذكره في المقام صدر منه غفلة ؛ لأنّهم ذكروا في بحث الطوارئ : إنّ بيع الأمة موجب لفساد النكاح ؛ لأنّه طلاق ، كما في الروايات[٢] سواء كان الزوج حرّاً أو عبداً ، فيتوقّف النكاح على الإجازة من المالك الجديد ، وهو مولى العبد ، ومقامنا من صغريات هذه الكبرى الكلّيّة .

(١) الصورة الثانية : ما إذا اشتراها لنفسه بطل نكاحها بلا إشكال وحلّت له بالملك بناءً على ما هو الأقوى من ملكيّة العبد .

وهل له وطؤها من دون إذن المولى ، أو يفتقر إلى الإذن ؟ وجهان .

يقع الكلام في جهتين :

الأُولى : في بطلان نكاحها بشرائها وملكيّتها له ، وليس الحكم ببطلان

---

(١) **منها :** عن الحسن بن زياد قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية يطأها ، فبلغه أنّ لها زوجاً ؟

قال : « يطأها ، فإنّ بيعها طلاقها ، وذلك أنّهما لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا » .

الكافي ٥ : ٤٨٣ / ١ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٥٤ / ٢٦٧٧٢ .

ومنها : عن محمّد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام قال : « طلاق الأمة بيعها أو بيع زوجها » ، وقال : في الرجل يزوّج أمته رجلاً حرّاً ثمّ يبيعها ؟

قال : « هو فراق ما بينهما ، إلّا أن يشاء المشتري أن يدعهما » .

الكافي ٥ : ٤٨٣ / ٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١٥٤ / ٢٦٧٧١ .

(٢) انظر الهامش السابق.

وهل يفتقر وطؤها حينئذٍ إلىٰ الإذن من المولىٰ أو لا ؟ وجهان ، أقواهما ذلك[١] ؛ لأنّ الإذن السابق إنّما كان بعنوان الزوجيّة وقد زالت بالملك ، فيحتاج إلىٰ الإذن الجديد .

النكاح مبنيّاً علىٰ عدم إمكان الجمع بين الملك والزوجيّة حتّىٰ يقال : بأنّ استحالة الجمع لا تقتضي زوال الزوجيّة ، بل يمكن العكس ، بل مبني علىٰ ما أشرنا إليه من أنّ بيع الأمة المتزوّجة طلاق أو بمنزلته ، ومن مصاديق ذلك : اشتراء العبد الأمة لنفسه ؛ لصدق عنوان الرجل الذي اشترىٰ الأمة علىٰ العبد الذي يشتري لنفسه سواء اشتراها كلّاً أو بعضاً ، فإن اشترىٰ كلّها فهي ملكه وتزول الزوجيّة وله وطؤها ، وإن اشترىٰ بعضها كذلك تزول الزوجيّة ، ولكن ليس له وطأها ؛ لأنّه لا يجوز لأحد الشريكين وطؤ الأمة المشتركة ، وهل يجوز بالتحليل من الآخر أم لا ؟ فيه كلام .

وبالجملة : الأمة المتزوّجة المشتراة كالمطلّقة ، وإنّما تحلّ للزوج بالملك .

(١) الجهة الثانية : هل يحتاج وطؤها إلىٰ الإذن الجديد أم لا ؟ وجهان .

والظاهر كفاية الإذن في الشراء لنفسه ؛ لأنّ الإذن في الشراء لنفسه له ظهور عرفي في ترتيب آثار الملكيّة من جواز الوطء ونحوه ، فلا يحتاج إلىٰ الإذن الجديد ؛ لجواز الوطء كالإذن في شراء الفرس ، فإنّه ظاهر في الإذن في الركوب ، وكالإذن في شراء القباء والعباء ، فإنّه ظاهر في جواز التصرّف فيهما باللّبس ، فلا يحتاج إلىٰ إذن آخر لخصوص الركوب أو اللّبس .

ولو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولىٰ ، فإن اشتراها بعين مال المولىٰ كانت له وتبقىٰ الزوجيّة ، وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجيّة ، وكذا إن اشتراها في الذمّة[1] ؛ لانصرافه إلىٰ ذمّة نفسه ، وفي الحاجة إلىٰ الإذن الجديد وعدمها ، الوجهان .

السابعة : يجوز تزويج امرأة تدّعي أنّها خليّة من الزوج من غير فحص ، مع عدم حصول العلم بقولها ، بل وكذا إذا لم تدّع ذلك ولكن

والحاصل : لا ريب في أنّ وطء العبد أمته المملوكة يحتاج إلىٰ الإذن ؛ لأنّ تصرّف العبد في ملكه يتوقّف علىٰ إذن المولىٰ ؛ لأنّ العبد محجور عن التصرّف في ماله ، ولكن لا يحتاج إلىٰ الإذن الجديد ، فإنّ الإذن في الشراء إذن في الوطء عرفاً .

(١) ثمّ إنّ الشراء تارة يكون بعين مال شخصي ، وأُخرىٰ بالذمّة .

فإنّ كان بعين مال شخصي للمولىٰ ، فالأمة للمولىٰ .

وإذا كان الشراء لنفسه بإذن منه ، فالأمة للعبد وإن كان بعين مال شخصي للمولىٰ .

وإذا كان الشراء بالذمّة ، فإن كان بذمّة المولىٰ ، فالأمة له ، وإن كان بذمّة نفسه فللعبد ، وإن أطلق ولم يعيّن كون الشراء بذمّة المولىٰ أو ذمّة نفسه ، فبطبع الحال ينصرّف إلىٰ ذمّة نفسه .

وأمّا الثبوت في ذمّة الغير يحتاج إلىٰ قرينة مفقودة ، فلو ادّعىٰ أنّه اشترىٰ شيئاً علىٰ ذمّة شخص آخر لم تسمع دعواه ، كما هو الحال في غير هذا المقام .

دعت الرجل إلىٰ تزويجها ، أو أجابت إذا دُعيت إليه ، بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقاً ، وادّعت طلاقها أو موته[١] .

---

(١) لا ريب في عدم اعتبار الفحص في تزويج امرأة تدّعي أنّها خليّة ، وإن لم يحصل العلم بقولها ، بل يجوز التزويج بها ، وإن لم تدّع ذلك ، ولكن عرضت نفسها للرجل للتزويج بها أو أجابت إذا دُعيت إليه ، بل الظاهر عدم لزوم الفحص وإن علم كونها ذات بعل سابقاً وادّعت طلاقها أو موته .

ويدلّ علىٰ جميع ذلك السيرة القطعيّة المستمرّة بين المتشرّعة ، ويؤيدها رواية الأشعري قال : قلت للرضا عليه السلام : الرجل يتزوّج بالمرأة فيقع في قلبه أنّ لها زوجاً .

فقال عليه السلام : «وما عليه ؟ أرأيت لو سألها البيّنة كان يجد من يشهد أنّ ليس لها زوج ؟»[١] .

فإنّ المستفاد منها : إنّ التزويج بالمرأة لا يتوقّف علىٰ الفحص والسؤال منها ؛ لعدم إمكان إقامة البيّنة علىٰ أنّه ليس لها زوج ؛ لأنّ التزويج أمر لا يُعرف إلّا من قِبلها ؛ لإمكان اتّخاذها زوجاً خفيةً لا يعلم به أحد ، مضافاً إلىٰ معتبرة ميسرة قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : ألقىٰ المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد ، فأقول لها : ألكِ زوج ؟ فتقول : لا ، فأتزوّجها ؟

قال : «نعم ، هي المصدّقة علىٰ نفسها»[٢] .

بل مقتضاها ومقتضىٰ السيرة عدم الحاجة إلىٰ السؤال منها ؛ لأنّ المرأة

---

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ٢٥٣ / ١٠٩٤ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٣٢ / ٢٦٤٤٦ .

(٢) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٧٧ / ١٥٢٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٦٩ / ٢٥٥٩٨ .

نعم، لو كانت متّهمة في دعواها، فالأحوط الفحص عن حالها[١]، ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يُعلم موته وحياته، إذا ادّعت حصول العلم لها بموته من الأمارات والقرائن أو بإخبار المخبرين، وإن لم يحصل العلم بقولها، ويجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوىٰ العلم، ولكن الأحوط الترك، خصوصاً إذا كانت متّهمةً.

مصدّقة، ولا فرق في تصديقها بين تصديق قولها أو عملها.

وبالجملة: الظاهر من قوله: «هي المصدّقة علىٰ نفسها»: عدم الفرق في تصديقها بين القول والعمل.

(١) إنّما الكلام في أنّ المرأة لو كانت متّهمة في دعواها، فهل يعتبر الفحص أم لا؟

المشهور: استحباب الفحص والتفتيش، ويشكل الحكم بالاستحباب؛ لأنّ صحيحة أبي مريم واضحة الدلالة علىٰ لزوم السؤال في مورد التهمة.

فعن أبي جعفر عليه السلام أنّه سئل عن المتعة؟

فقال: «إنّ المتعة اليوم ليست كما كانت قبل اليوم، إنّهنّ كنّ يومئذٍ يؤمنّ، واليوم لا يؤمنّ، فاسألوا عنهنّ»[١].

فيختصّ عدم لزوم السؤال من المأمونة، وأمّا التهمة فيلزم السؤال عنها، ولكن الصحيح ما عليه المشهور، فإنّ المراد بالتهمة: التهمة النوعيّة لا

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٥٩/ ٤٥٨٥، تهذيب الأحكام ٧: ٢٥١/ ١٠٨٤، وسائل الشيعة ٢١: ٢٣/ ٢٦٤٢٦.

الثامنة : إذا ادّعت امرأة أنّها خليّة فتزوّجها رجل ، ثمّ ادّعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها[١] .

نعم ، لو أقامت البيّنة علىٰ ذلك فُرِّق بينهما وإن لم يكن هناك زوج معيّن ، بل شهدت بأنّها ذات بعل علىٰ وجه الإجمال .

التهمة الشخصيّة ؛ لقوله : إنّ نساء اليوم لسن كالنساء قبل اليوم ، فالتهمة النوعيّة توجب السؤال ، ومع ذلك لا يجب السؤال حتّىٰ في مورد التهمة النوعيّة ؛ لأنّ النساء في زمان الصادق عليه السلام أشدّ تهمة من الزمان السابق علىٰ زمانه ـ وهو زمان الباقر عليه السلام ـ بحسب طبع الزمان وعصر الخلفاء العباسيين ، ومع ذلك أجاز عليه السلام بالتزويج بلا سؤال في رواية ميسرة .

(١) سواء ادّعت زوجيّة شخص معيّن أو علىٰ وجه الإجمال ، إذ لا أثر لإخبارها بالنسبة إلىٰ الفساد والبطلان بالنسبة إلىٰ الغير ؛ لعدم حجيّة الإقرار في حقّ الغير .

نعم ، بالنسبة إلىٰ نفسها يكون الإقرار نافذاً عليها فلا تستحقّ مطالبة النفقة ولا المهر من الزوج ؛ لأنّها ترىٰ نفسها بغيّة حسب إقرارها ، ولكن قد تقدّم قريباً : إنّ الزوج عليه الإنفاق والمهر للعلم الإجمالي بحرمة الوطء ووجوب النفقة والمهر ، وجواز الوطء وعدم وجوب الإنفاق عليها لا يجتمعان .

فغاية الأمر : لا تستحقّ المرأة المطالبة .

وبعبارة أُخرىٰ : متىٰ جاز له الوطء وجب عليه الإنفاق ، وإذا حرم عليه الوطء لا يجب عليه الإنفاق ، وحيث إنّ الوطء له جائز علىٰ الفرض حسب

التاسعة : إذا وكّلا وكيلاً في إجراء الصيغة في زمان معيّن ، لا يجوز لهما المقاربة بعد مضيّ ذلك الزمان ، إلّا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه ، ولا يكفي الظنّ بذلك ، وإن حصل من إخبار مخبر بذلك وإن كان ثقة[1].

العقد المحكوم عليه بالصحّة ؛ وجب عليه الإنفاق أيضاً .

والحاصل : وجوب النفقة شيء ، وعدم استحقاق النفقة شيء آخر .

(١) لاحتمال تأخير العقد عن الموعد المقّرر لنسيان أو لعروض مانع من الموانع ، فما لم يحرز وقوع العقد لا يجوز لهما ترتيب آثار الزوجيّة ، ولا يكفي الظنّ بذلك لعدم حجيّته ، وأمّا إذا حصل الظنّ من إخبار ثقة ، فقد اختار المصنّف قدس سره عدم الاكتفاء به ، إلّا إذا كان المخبر هو الوكيل ، بل يكتفىٰ بخبره وإن لم يكن ثقة ، فيقع الكلام في جهتين :

الأُولىٰ : في حجيّة إخبار الثقة غير الوكيل في الموضوعات ، أمّا إذا لم يكن ثقة ، فلا إشكال في عدم الحجيّة ، وإنّما وقع الكلام فيما إذا كان ثقة .

فقد ذهب جماعة إلىٰ اختصاص حجيّة خبر الثقة في الأحكام ومنهم المصنّف ، وذهب جماعة إلىٰ حجيّة خبر الثقة مطلقاً في الموضوعات والأحكام ، وإنّما في باب الدعاوىٰ والمحاكمات لا بدّ من البيّنة ولا يكتفىٰ بخبر الثقة .

والظاهر حجيّته مطلقاً وعدم اختصاصها بالأحكام ، وعمدة الدليل إنّما هي السيرة بين العقلاء ، وعدم ردع من الشارع المقدّس ، ولا ينافي ما ذكرنا ما في موثّقة مسعدة[1] : إنّ الأشياء كلّها علىٰ ذلك حتّىٰ يستبين أو بقوم به

---

(١) وهي : عن مسعدة بن صدقة ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : سمعته يقول : «كلّ شيء

نعم ، لو أخبر الوكيل بالإجراء كفىٰ إذا كان ثقة ، بل مطلقاً[١] ؛ لأنّ قول الوكيل حجّة فيما وكِّل فيه .

البيّنة بتوهّم حصر الحجة بالعلم وبالبيّنة ؛ وذلك لأنّ المراد بالبيّنة ليس هو البيّنة المصطلحة ، بل المراد بها الحجّة والبرهان ، كما أُطلق لفظ البيّنة في كثير من الآيات والروايات علىٰ الحجّة والبرهان ، ولا يراد بها شهادة العدلين .

فمعنىٰ الرواية : إنّ الأشياء كلّها علىٰ ذلك حتّىٰ يتّضح وينكشف ويستبين خلافه أو تقوم به الحجّة .

فالمراد بالبيّنة : ما يتبيّن به الأمر ويؤكّد ذلك ، بل يدل عليه ثبوت الأشياء بغير البيّنة قطعاً في بعض الموارد ، كالإقرار واليد أو الاستصحاب ، فحال الموضوعات حال الأحكام .

نعم ، في بعض الموارد قام الدليل علىٰ التعدّد وعدم الاكتفاء بخبر واحد وإن كان ثقة ، كمورد الدعاوىٰ ، فإنّه لا تثبت الدعوىٰ إلّا بشاهدين ، وفي بعض الموارد تحتاج إلىٰ ضمّ اليمين أيضاً ، كالدعوىٰ علىٰ الميّت ، وفي بعض الموارد لا بدّ من الأربعة ، كالشهادة علىٰ الزنا .

(١) **الثانية** : في إخبار الوكيل ، أمّا إذا كان ثقة ، فلا كلام ، وإن لم يكن

﴿هو لك حلال حتّىٰ تعلم أنّه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك ، وذلك مثل الثوب يكون عليك قد اشتريته وهو سرقة ، أو المملوك عندك ولعلّه حرّ باع نفسه ، أو خدع فبيع قهراً ، أو امرأة تحتك وهي أُختك أو رضيعتك والأشياء كلّها علىٰ هذا حتّىٰ يستبين لك غير ذلك أو تقوم به البيّنة» .

الكافي ٥ : ٧/٣١٣ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٢٢٦ / ٩٨٩ ، وسائل الشيعة ١٧ : ٨٩ / ٢٢٠٥٣ .

. . . . . .

ثقة فهل يسمع إخباره أم لا ؟

ذكروا : إنّ هذا داخل في القاعدة المعروفة من ملك شيئاً ملك الإقرار ، وحيث إنّ الوكيل يملك إجراء الصيغة وأمرها بيده فيملك الإقرار به وينفذ إقراره ، فيكون المقام من صغريات القاعدة .

ولكن إثبات هذه القاعدة علىٰ نحو الكبرىٰ الكليّة بالإجماع التعبّدي مشكل جدّاً ولا سيّما في الصبيّ إذا وصّىٰ في وجوه الخير لأرحامه ، فإنّ وصيّته تنفذ إذا بلغ عشر سنين ؛ للنصّ ، ولكن لا يسمع إقراره بدعوىٰ أنّه يملك الوصيّة .

فإثبات هذه القاعدة علىٰ نحو الكليّة غير ممكن ، فإنّ الإجماع التعبدّي غير حاصل ، وإنّما اشتهرت من زمان الشيخ إلىٰ ما بعده هذه القضيّة الكليّة من دون أن يدلّ عليها دليل معتبر ، خصوصاً أنّ المتقدّمين علىٰ الشيخ لم يتعرّضوا لذلك ، فكيف يمكن دعوىٰ الإجماع ؟!

والذي ينبغي أن يقال : إنّ الإقرار إذا تعلّق بشيء كان عليه لا له ينفذ بلا كلام ؛ لأنّ إقرار العقلاء علىٰ أنفسهم جائز للسيرة القطعيّة ، فلا حاجة إلىٰ قاعدة : من ملك شيئاً ملك الإقرار به ، وكذلك الإقرار بالفسخ خارج عن هذه القاعدة ؛ لأنّ الإقرار بالفسخ بنفسه فسخ وينفسخ به البيع ، كما أنّ الإقرار بالرجوع بنفسه رجوع ، ويتحقّق الرجوع بنفس هذا الإقرار ، فلا حاجة إلىٰ قاعدة : «من ملك» .

فما عن الشهيد في قواعده الاستشكال في تحقّق الرجوع بدعوىٰ الزوج

. . . . . .

وإقراره بالرجوع[١]، لا نعرف له وجهاً، وهو أعرف بما قال.

ويبقىٰ إخبار الوكيل والولي وهما بمنزلة الإقرار علىٰ نفسه لا لأجل القاعدة؛ لعدم الإجماع التعبّدي علىٰ القاعدة، بل لأجل السيرة، فإنّ الوكيل لا يطالب بالبيّنة وكذلك الولي، فحالهما حال الأصيل في سماع دعواه وإن لم يكن ثقة[٢].

(١) القواعد والفوائد ٢: ٢٧٩.

(٢) كتب السيّد مدّ ظله في هامش المخطوط: إلىٰ هنا بلغ البحث الأربعاء ١٣ شعبان سنة ١٤٠٢ هـ، ويقع الشروع بعد العطلة الصيفيّة وشهر رمضان المبارك إن شاء الله تعالىٰ.

فصل*

في أولياء العقد

وهم : الأب ، والجدّ من طرف الأب ، بمعنىٰ : أب الأب فصاعداً ، فلا يندرج فيه أب أُمّ الأب ، والوصيّ لأحدهما مع فقد الآخر ، والسيّد بالنسبة إلىٰ مملوكته ، والحاكم[1] .

---

(١) لا ريب في عدم الولاية لغير الأب والجدّ للأب ووكيلهما والمولىٰ والوصي والحاكم ، وسيأتي الكلام في ثبوتها لهم في المسالة الآتية .

أمّا عدم ثبوتها لغير هؤلاء ، فممّا يقتضيه الأصل لأصالة عدم ولاية أحد علىٰ أحد ، والعقد الصادر من أحدهم محكوم عليه بالفساد وعدم النفوذ ، مضافاً إلىٰ مفهوم صحيح محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يزوّج الصبيّة يتوارثان ؟

فقال : «إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم . . .»[1] .

فإنّه بمفهومه يدلّ علىٰ عدم ثبوت الولاية لكلّ أحد عدا الأبوين .

وبالجملة : لا ريب أنّ مقتضىٰ الأصل ، والمستفاد من صحيح ابن مسلم عدم ثبوت الولاية لكلّ أحد ، وهنا أدّلة تبقي الولاية في خصوص بعض الموارد .

(*) كتب السيّد دام ظلّه تاريخ شروعه الدرس قائلاً : شرع دام ظلّه في يوم الأحد اليوم الثاني من ذي القعدة الحرام سنة ١٤٠٢ هـ .

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٨٨ / ١٥٥٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٢ / ٢٥٦٥٧ .

ولا ولاية للأُمّ ولا الجدّ من قبلها ولو من قبل أُمّ الأب، ولا الأخ[١] والعمّ والخال وأولادهم.

أمّا بالنسبة إلىٰ العمّ، فيدلّ علىٰ عدم الولاية له خبر الأشعري قال: كتب بعض بني عمّي إلىٰ أبي جعفر الثاني عليه السلام: ما تقول في صبيّة زوّجها عمّها فلمّا كبرت أبت التزويج؟

فكتب لي: «لا تكره علىٰ ذلك، والأمر أمرها»[١].

ولكنّه ضعيف، فإنّ محمّد بن الحسن الأشعري القمّي أبو خالد لم يوثّق، والتعبير عنه بالصحيح ـ كما في الجواهر[٢] ـ غير صحيح، ولكن في غير محلّه.

(١) وأمّا الأُمّ، فربّما يتوهّم ولايتها لرواية إبراهيم بن ميمون: «إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر»[٣]، ونسب إلىٰ ابن الجنيد[٤].

ولكن الرواية معارضة بعدّة روايات معتبرة دالّة علىٰ أنّ أمر الجارية بيدها أو بيد أبيها، وهي تنفي كون أمرها بيد أُمّها علىٰ أنّ الرواية إنّما تدلّ علىٰ ولاية الأُمّ منضمّة إلىٰ ولاية الأب، أي مجموعهما لهما الولاية، وليس

---

(١) الكافي ٥: ٣٩٤/ ٧، تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٦/ ١٥٥١، الاستبصار ٣: ٢٣٩/ ٨٥٧، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٦/ ٢٥٦١٩.

(٢) جواهر الكلام ٢٩: ١٧٠.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٠/ ١٥٣٦، الاستبصار ٣: ٢٣٥/ ٨٤٨، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٤/ ٢٥٦٣٩.

(٤) عنه العلّامة في المختلف ٧: ١٠٧، والكركي في جامع المقاصد ١٢: ٩٣.

. . . . . .

لكلّ منهما استقلال في الولاية، وهذا خلاف الإجماع المحقّق على أنّ الأب مستقلّ في الولاية، على أنّ الرواية ضعيفة بإبراهيم بن ميمون، فالتعبير عنها بالموثّقة ـ كما في بعض الكلمات[١] ـ في غير محلّه.

وأمّا الأخ، فقد ذكر صاحب الجواهر قدس سره: يدلّ على ثبوت الولاية خبر أبي بصير قال: سألته عن الذي بيده عقدة النكاح؟

قال: «هو: الأب، والأخ، والرجل يوصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري...»[٢].

وفي مرسل الحسن بن عليّ: «الأخ الأكبر بمنزلة الأب»[٣].

وتعبيره قدس سره بالخبر مشعر بتضعيفه، وعلى كلّ حال ذكر قدس سره: إنّه لا بدّ من تأويله أو حمله على التقيّة[٤].

والخبر كما ذكر قدس سره ضعيف؛ لأنّ في سنده البرقي أو غيره، ولم يحرز أنّ الراوي هو البرقي، ولم يعلم حال ذلك الغير، إلّا أنّ الذي يهوّن الخطب أنّ الخبر الدالّ على ولايته لا ينحصر بهذا الخبر، بل ورد ذلك في عدّة من الروايات المعتبرة[٥]، بل روي عن أبي بصير بسند صحيح، عن أبي

---

(١) كالسيّد الحكيم في مستمسك العروة الوثقى ١٤: ٤٣٦.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٣/ ١٥٧٣، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٣/ ٢٥٦٣٤.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٣/ ١٥٧٥، الاستبصار ٣: ٢٤٠/ ٨٦٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٣٨٣/ ٢٥٦٣٦.

(٤) جواهر الكلام ٢٩: ١٧١.

(٥) أُنظر وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٢ ـ ٢٨٣/ ٢٥٦٣١ ـ ٢٥٦٣٦.

. . . . . .

جعفر عليه السلام[١].

لكن لا بدّ من رفع اليد عنها وتأويلها وحملها علىٰ وكالته عن الوليّ إذا فُقد عنها أبوها ـ كما هو الغالب ـ ونحو ذلك ؛ للإجماع والتسالم علىٰ الخلاف ، ولا يقدح خلاف ابن الجنيد ، علىٰ أنّه لو كانت له الولاية لظهر وبان ؛ لشدّة الابتلاء بذلك .

وفي المقام روايتان معتبرتان تدلّان علىٰ استئذان الأخ من الأُخت[٢] ، فتقع المعارضة بينهما وبين تلك الروايات ، والمرجع إلىٰ الأصل الأوّلي وصحيح محمّد بن مسلم المتقدّم التنافي لولاية غير الأبوين .

---

(١) وهو : عن أبي بصير ، عن العلاء بن رزين ، عن محمّد بن مسلم كلاهما ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن الذي بيده عقدة النكاح ؟

قال : « هو : الأب ، والأخ ، والرجل يوصىٰ إليه ، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري ، فأيّ هؤلاء عفا فعفوه جايز في المهر إذا عفا عنه » .

تهذيب الأحكام ٧ : ٤٨٤ / ١٩٤٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٨٣ / ٢٥٦٣٥ .

(٢) وهما : **الأُولىٰ** : عن داود بن سرحان ، عن أبي عبدالله عليه السلام : في رجل يريد أن يزوّج أُخته ؟

قال : « يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها وإن أبت لم يزوّجها . . . » .

الكافي ٥ : ٣٩٣ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٨٦ / ١٥٥٠ ، الاستبصار ٣ : ٢٣٩ / ٨٥٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٦٨ / ٢٥٥٩٦ .

الثانية : عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ـ في حديث ـ قال : سئل عن رجل يريد أن يزوّج أُخته ؟

قال : « يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها وإن أبت لا يزوّجها » .

الكافي ٥ : ٣٩٣ / ٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٣ / ٢٥٦١٢ .

مسألة ١ : تثبت ولاية الأب والجدّ على الصغيرين والمجنون المتّصل جنونه بالبلوغ ، بل والمنفصل على الأقوى[١] .

وبالجملة : لا ينبغي الريب في ثبوت الولاية للأب والجدّ للروايات المستفيضة[١] .

وعن ابن أبي عقيل اختصاص الولاية للأب دون الجدّ[٢] ، ولعلّه استند إلى بعض الروايات التي ذُكر فيها خصوص الأب ، كصحيح ابن أبي يعفور : «لا تنكح ذوات الآباء من الأبكار إلّا بإذن آبائهنّ»[٣] .

إلّا أنّ هنا روايات معتبرة تدلّ على ولاية الجدّ أيضاً ، بل ورد في بعض الروايات : إنّ الجدّ مقدّم على الأب ، وهو أولى بالولاية من الأب .

فقلت : فإن هوى أبوها رجلاً وجدّها رجلاً ؟

فقال : «الجدّ أولى بنكاحها»[٤] .

(١) لا خلاف في ثبوت الولاية للأب والجدّ على الصغيرين ؛ للنصوص المستفيضة ، كما لا خلاف في ثبوتها على المجنون المتّصل جنونه

---

(١) أُنظرها في وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٥ ـ ٢٧٨ / ٢٥٦١٨ ـ ٢٥٦٢٦ .

(٢) عنه العلّامة في مختلف الشيعة ٧ : ١٠٠ .

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣ : ٣٩٥ / ٤٣٩٠ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٧ / ٢٥٦٢٢ .

(٤) وهي : عن محمّد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام قال : «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز على ابنه ، ولابنه أيضاً أن يزوّجها» .

فقلت : فإنّ هوى أبوها رجلاً وجدّها رجلاً ؟

فقال : «الجدّ أولى بنكاحها» .

الكافي ٥ : ٢ / ٣٩٥ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٥٦١ / ٣٩٠ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٨٩ / ٢٥٦٤٩ .

. . . . . .

بالبلوغ ، وأمّا المنفصل ، ففيه كلام :

قال في كشف اللثام : إن تجدّد الجنون بعد البلوغ ، ففي عود ولايتهما نظر ؛ لقطع الولاية بالبلوغ ، ولا دليل علىٰ عودها بعد البلوغ[١] ، واختار المحقّق والشيخ الأنصاري ثبوت الولاية[٢] .

والظاهر أنّه لا فرق بين الجنونين ، فإن قلنا بثبوت الولاية لهما علىٰ المجنون فلا فرق بين المتّصل والمنفصل ، وإن قلنا بعدم الولاية علىٰ المنفصل فلا ولاية لهما علىٰ المتّصل ، فالتفصيل لا وجه له .

والظاهر أنّ التفصيل نشأ من جريان استصحاب الولاية في المجنون المتّصل ، وأمّا المنفصل ، فقد انقطعت ولايتهما بالبلوغ ، فلا مجال للاستصحاب بعد انقطاع الولاية .

وفيه : أوّلاً : ما ذكرناه مراراً من عدم جريان الاستصحاب في الأحكام الكليّة .

وثانياً : إنّ الموضوع يختلف ، فإنّ الحكم بثبوت الولاية في حال الكبر ليس إبقاءً لثبوتها في الصغر ، بل كلّ واحد منهما موضوع مستقلّ للولاية ، والولاية الثانية في حال الكبر ولاية جديدة تغاير الولاية الثابتة من حال الصغر وإن كانت مشابهة لها صورة ، نظير السفر والحضر في ترتّب الأحكام ، ولا

---

(١) كشف اللثام ٧ : ٦٠ .

(٢) شرائع الإسلام ٢ : ٥٠٢ ، رسالة النكاح للشيخ الأنصاري ٢٠ : ١٧٧ ـ ١٧٨ طبع المؤتمر العالمي .

. . . . . .

يمكن إثبات الأحكام الثابتة في الحضر في حال السفر؛ لاختلاف الموضوع وإن كان كلّ واحد منهما مشابهاً للآخر صورة ولكنّهما مغايران حقيقة، فلا يمكن الفرق بين الجنونين.

وقد استدلّ شيخنا الأنصاري لثبوت الولاية على المجنون المتّصل والمنفصل جنونه من البلوغ بعموم رواية الميثمي: «إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت، فإنّ أمرها جائز تزوّج إن شاءت بغير إذن وليّها، وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليّها»[1].

وربّما يناقش في دلالة الرواية بأنّها على تعيين كون الولي أباها أو جدّها أو الحاكم.

وفيه ما لا يخفى، فإنّ الظاهر من وليّها هو القائم بأمرها والمدبّر لشؤونها والمتكفّل لها، كما في الآية المباركة: ﴿**فَإِن كَانَ ٱلَّذِي عَلَيْهِ ٱلْحَقُّ سَفِيهاً أَوْ ضَعِيفاً أَو لَا يَسْتَطِيعُ أَن يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ**﴾[2]، وإرادة الحاكم منه بعيد جدّاً، إذ لا دليل على ولاية الحاكم عموماً ولا خصوصاً.

وبعبارة أُخرى: لا ريب أنّ الظاهر من وليّها خصوصاً بالنظر إلى إضافة الوليّ إلى الضمير هو المتكفّل لشؤونها، وليس ذلك إلّا الأب أو الجدّ، وإلّا لو

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧٨ / ١٥٣٠، الاستبصار ٣: ٢٣٤ / ٨٤٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٥ / ٢٥٦٤٢.

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٨٢.

. . . . . .

كان المراد من قوله: «وليّها» غير الأب والجدّ لقال: الحاكم أو الإمام، فالرواية ظاهرة في ثبوت الولاية لهما حتّىٰ علىٰ المجنون المنفصل جنونه عن البلوغ، إلّا أنّ الرواية ضعيفة بعليّ بن إسماعيل الميثمي، فإنّه وإن كان من وجوه المتكلّمين ولكنّه لم يرد فيه توثيق في كتب الرجال بالنسبة إلىٰ رواياته، علىٰ أنّ طريق الشيخ إليه ضعيف.

والذي ينبغي أن يقال: إنّ الحاكم لم تثبت ولايته علىٰ المجنون، وإنّما الثابت ولايته في الأُمور الحسبية التي تدعو الضرورة إلىٰ وقوعها، ولا يمكن إهمالها ويرجع إلىٰ الحاكم؛ لأنّه القدر المتيقّن، فالاستدلال علىٰ ولايته بأنّه وليّ من لا ولي له كالسلطان لا أساس له؛ لعدم إطلاق له يشمل غير الأُمور الحسبية، علىٰ أنّ تعميم السلطان للحاكم لا وجه له.

وذهب بعضهم إلىٰ ولاية الأب؛ لإشفاقه ورأفته ونحوهما ممّا لا فرق فيه بين الجنون المتّصل أو المنفصل[1].

هذا، ويمكن أن يستدلّ لثبوت الولاية للأب بجريان السيرة في المتّصل والمنفصل، وبإطلاق قوله تعالىٰ: ﴿**أَوْ يَعْفُوَا ٱلَّذِى بِيَدِهِ عُقْدَةُ ٱلنِّكَاحِ**﴾[2]، المفسّر بالأب، وهذه الروايات وإن أثبتت الولاية للأب علىٰ الإطلاق سواء كان الولد كبيراً أو صغيراً، عاقلاً أو مجنوناً، ولكن الكبير العاقل يخرج ويبقىٰ الباقي تحت الآية.

---

(١) كما في جواهر الكلام ٢٩: ١٨٦ ـ ١٨٧.

(٢) سورة البقرة ٢: ٢٣٧.

. . . . . .

وأيضاً يمكن أن يستدلّ بإطلاق نفوذ عقد الأب على البنت، كما في صحيح الحلبي: «ليس لها مع أبيها أمر»[١].

وفي بعض الروايات المعتبرة: «ليس يكون للولد أمر»، كما في صحيح عليّ بن جعفر[٢]، فإنّ إطلاق الولد يشمل المجنون وغيره.

نعم، خرج عنه الكبير العاقل.

وأحسن من هذه الروايات: الروايات الواردة في باب الطلاق الدالّة على أنّ الولي له أن يطلّق زوجة المعتوه الذي لا يعرف حدّ الطلاق ولا يحسنه[٣].

---

(١) وهو: عن الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام في الجارية يزوّجها أبوها بغير رضا منها؟ قال: «ليس لها مع أبيها أمر، إذا أنكحها جاز نكاحه وإن كانت كارهة».
الكافي ٥: ٣٩٣/ ٤، تهذيب الأحكام ٧: ٣٨١/ ١٥٣٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٥/ ٢٥٦٤٣.

(٢) وهو: عليّ بن جعفر، عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنها؟
قال: «نعم، ليس يكون للولد أمر إلّا أن تكون امرأة قد دُخِل بها قبل ذلك، فتلك لا يجوز نكاحها إلّا أن تستأمر».
مسائل عليّ بن جعفر: ١١٢/ ٣١، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٦/ ٢٥٦٤٤.

(٣) كمعتبرة أبي خالد القماط، قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل الأحمق الذاهب العقل يجوز طلاق وليّه عليه؟
قال: «ولم لا يطلّق هو؟».
قلت: لا يؤمن إن طلّق هو أن يقول غداً: لم أُطلّق، أو لا يحسن أن يطلّق.
قال: «ما أرى وليّه إلّا بمنزلة السلطان».
الكافي ٦: ١٢٥/ ١، تهذيب الأحكام ٨: ٢٥٣/ ٧٥، الاستبصار ٣: ٣٠٢/ ١٠٧١،

ولا ولاية لهما علىٰ البالغ الرشيد ، ولا علىٰ البالغة الرشيدة إذا كانت ثيّبةً .

واختلفوا في ثبوتها علىٰ البكر الرشيدة علىٰ أقوال ، وهي : استقلال الوليّ ، واستقلالها[١] .

والتفصيل بين الدوام والانقطاع بالاستقلال بالأوّل دون الثاني ، والعكس .

والمراد من الولي في هذه الروايات هو الأب دون الحاكم والسلطان ؛ لِتنزيل الوليّ فيها منزلة السلطان ، والإمام والحاكم والسلطان ولايتهما من باب واحد ، ولا معنىٰ لتنزيل ولاية الحاكم منزلة السلطان ، وإذا ثبتت ولايته علىٰ المجنون في الطلاق ثبتت في النكاح بالأوْلوية ؛ لأنّ أمر الطلاق أعظم ، ولذا لا ولاية للأب علىٰ الصغير في الطلاق .

وبتقريب آخر : يستفاد من هذه الروايات ولاية الأب علىٰ المجنون من باب تطبيق الكبرىٰ علىٰ الصغرىٰ ، بمعنىٰ تطبيق الولاية الثابتة للسلطان والإمام علىٰ الأب المعبّر عنه في الروايات بالوليّ ، فقوله : «وليه بمنزلة السلطان» من باب تطبيق الكبرىٰ علىٰ الصغرىٰ ، وأنّه كالسلطان ، والولاية ثابتة للسلطان ، فكذلك الوليّ .

(١) لا خلاف ولا إشكال في عدم ولاية الأب والجدّ علىٰ البالغ

وسائل الشيعة ٢٢ : ٨٤ / ٢٨٠٨٤ .

ورواية أبي خالد القماط الأُخرىٰ ، عن أبي عبدالله عليه السلام : في طلاق المعتوه ؟ قال : « يطلّق عنه وليّه فإنّي أراه بمنزلة الإمام عليه » .

الكافي ٦ : ١٢٦ / ٧ ، وسائل الشيعة ٢٢ : ٨٤ / ٢٨٠٨٦ .

. . . . . .

الرشيد؛ لعدم الدليل، مضافاً إلىٰ بعض النصوص الدالّة علىٰ استقلال الابن[١]، كما لا ولاية لهما علىٰ البالغة الثيّب؛ لاتّفاق النصّ والفتوىٰ عليه، كما في رسالة الشيخ الأنصاري[٢].

وما حكي عن الحسن بن أبي عقيل من بقاء الولاية[٣]، شاذ مخالف للنصّ والاتّفاق.

إنّما الكلام في ثبوت ولايتهما علىٰ البكر الرشيدة، واختلفوا في ذلك اختلافاً عظيماً علىٰ أقوال:

الأوّل: ما نُسب إلىٰ المشهور بين القدماء[٤] والمتأخّرين[٥] من

---

(١) **منها**: عن ابن أبي يعفور، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: قلت له: إنّي أُريد أن أتزوّج امرأة وإنّ أبويَّ أرادا أن يزوّجاني من غيرها؟

فقال: «تزوّج التي هويت ودع التي يهوىٰ أبواك».

الكافي ٥: ١/٤٠١، تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٢/١٥٦٨، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٢/ ٢٥٦٥٨.

ومنها: عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام أنّه أراد أن يتزوّج امرأة، قال: فكره ذلك أبي فمضيت فتزوّجتها...»، الحديث.

الكافي ٥: ٢/٣٦٦، تهذيب الأحكام ٧: ٤٦٦/١٨٦٨، الاستبصار ٣: ٢٢٨/١٠٧١، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩٣/٢٥٦٥٩.

(٢) كتاب النكاح للشيخ الأنصاري: ١١٩.

(٣) عنه البحراني في الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٣٤، والسيّد الحكيم في مستمسك العروة الوثقىٰ ١٤: ٤٣٩.

(٤) كابن الجنيد علىٰ ما نقله العلّامة في المختلف ٧: ٩٦، والمفيد في أحكام النساء ـ مصنّفات الشيخ المفيد ـ ٩: ٣٦، وابن إدريس في السرائر ٢: ٥٦١ ـ ٥٦٢.

(٥) كالعلّامة في القواعد ٣: ١٤، وولده في الإيضاح ٣: ٢٠ ـ ٢١، والصيمري في غاية المرام ٣: ٢٩، والمقداد في التنقيح ٣: ٣٠ ـ ٣١.

. . . . . .

استقلالها وعدم ثبوت الولاية عليها، بل عن المرتضىٰ في الانتصار والناصريات الإجماع عليه[١].

نعم، يستحبّ لها الاستئذان أو تمضي العقد الصادر من الأب.

ويدلّ علىٰ استقلالها وسقوط الولاية عنها ـ مضافاً إلىٰ القاعدة المستفادة من قوله تعالىٰ: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[٢] الدالّة علىٰ صحّة العقد الواقع بينهما علىٰ نفسها وإن لم يأذن الوليّ ـ: إطلاق جملة من الآيات والروايات الواردة في باب النكاح بالنسبة إلىٰ صورتي الإذن وعدمه، كقوله تعالىٰ: ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ**﴾[٣]، وقوله تعالىٰ: ﴿**فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ**﴾[٤]، وقوله تعالىٰ ـ في المعتدّات من الوفاة ـ: ﴿**فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِىٓ أَنفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ**﴾[٥]، أي لا جناح عليكم فيما فعلن في أنفسهن من النكاح، وغير ذلك من الآيات.

وأمّا النصوص، فكثيرة، بل لو لم تكن رواية في البين لكان حال البكر حال الثيّب، والتقييد يحتاج إلىٰ دليل خاصّ، وحينئذٍ لو كان هنا دليل علىٰ ولاية الأب واستقلاله فهو، وإلّا فهي مستقلّة.

وبالجملة: يكفي في استقلالها وعدم ثبوت الولاية عليها نفس إطلاق

---

(١) الانتصار: ٢٨٣ ـ ٢٨٤ مسألة ١٥٨، الناصريات: ٣٢٠ ـ ٣٢١ مسألة ١٥٠.

(٢) سورة المائدة ٥: ١.

(٣) سورة النساء ٤: ٢٤.

(٤) سورة النساء ٤: ٣.

(٥) سورة البقرة ٢: ٢٣٤.

. . . . . .

الآيات والروايات، ولا بدّ في ثبوت الولاية عليها وعدم استقلالها من دليل آخر، وقد استدلّ لاستقلالها بعدّة روايات أُدّعي أنّ دلالتها بالصراحة لا بالإطلاق، ولكن لا يتمّ شيء منها.

الرواية الأُولىٰ: صحيحة الفضلاء، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «المرأة التي قد ملكت نفسها غير السفيهة ولا المولّىٰ عليها تزويجها بغير وليّ جائز»[1].

والمراد من المرأة التي ملكت نفسها: المرأة التي ملكت نفسها من غير جهة النكاح، كالبيع والشراء ونحوهما ممّا به نظام معاشها، وحينئذٍ يصحّ الإخبار عنها بقوله: «تزويجها بغير وليّ جائز»، وإلّا لكان الإخبار بذلك من الحمل الضروري اللغو؛ لأنّ أخذ الحكم في الموضوع يوجب لغوية الحمل؛ لأنّ المرأة التي تملك نفسها في النكاح ولا يولّىٰ عليها أحد فيه، معناه: كونها كذلك، ويجوز تزويجها بغير وليّ.

وحاصل المعنىٰ: إنّ المرأة الرشيدة التي تملك نفسها من البيع والشراء وسائر العقود والإيقاعات، وزالت الولاية عليهما لعدم الصغر وعدم السفاهة؛ يجوز تزويجها بغير ولي، وهي مستقلّة في النكاح أيضاً، عدا السفيهة والصغيرة، فإنّ الولاية ثابتة عليهما وغير زائلة.

فيندفع بهذا التقريب ما أورد بعضهم من منع كون البكر مالكة أمرها

---

(١) الكافي ٥: ١/٣٩١، من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٩٧/٤٣٩٧، تهذيب الأحكام ٧: ٣٧٧/١٥٢٥، الاستبصار ٣: ٢٣٢/٨٣٧، وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٠/٢٥١٤٠.

. . . . . .

وغير مولّىٰ عليها، وأنّ هذا أوّل الكلام.

ولكن يرد علىٰ الاستدلال بهذه الرواية: إنّ الموضوع فيها المرأة لا البكر، فتكون دلالتها بالإطلاق لا بالصراحة، وهي تصلح للتقييد.

الرواية الثانية: خبر الميثمي المتقدّم: «إذا كانت المرأة مالكة أمرها تبيع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي من مالها ما شاءت، فإنّ أمرها جائز تزوّج إن شاءت بغير إذن وليّها، وإن لم تكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلّا بأمر وليّها»[1].

وفيه ـ مضافاً إلىٰ ضعف السند كما عرفت ـ: إنّ دلالتها بالإطلاق؛ لأنّ الموضوع فيها طبيعي المرأة لا البكر، وهي تقبل التقييد.

وأحسن ما يُستدلّ به من الروايات:

رواية سعدان بن مسلم قال: قال أبو عبدالله عليه السلام: «لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن أبيها»[2].

فإنّها صريحة في استقلال البكر في التزويج وعدم اعتبار إذن أبيها.

وصاحب الحدائق ناقش فيها بضعف السند بسعدان بن مسلم[3]، مع أنّه ليس من دأبه المناقشة في السند، ولكن لا مجال للتضعيف من هذه

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٧٨/ ١٥٣٠، الاستبصار ٣: ٢٣٤/ ٨٤٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٥/ ٢٥٦٤٢.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٠/ ١٥٣٨، الاستبصار ٣: ٢٣٦/ ٨٥٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٥/ ٢٥٦٤٠.

(٣) الحدائق الناضرة ٢٣: ٢٢٣.

. . . . . .

الجهة، فإنّ سعدان وإن لم يوثّق في الرجال ولكنّه من رجال كامل الزيارة، وتفسير عليّ بن إبراهيم.

والصحيح أن يقال: إنّ الرواية رويت بطريقين:

أحدهما: ذكر في باب عقد النكاح عن محمّد بن عليّ بن محبوب، عن العبّاس، عن سعدان بن مسلم قال: قال أبو عبدالله عليه السلام[1]، وهذا السند صحيح الطريق.

الثاني: ما رواه بعين هذا المتن عن محمّد بن أحمد بن يحيىٰ، عن العبّاس بن معروف، عن سعدان بن مسلم، عن رجل، عن أبي عبدالله عليه السلام[2]، والرواية علىٰ الطريق مرسلة، ومن المستبعد جدّاً أنّ سعدان بن مسلم يروي متناً واحداً عن الصادق عليه السلام تارة مسنداً وأُخرىٰ مرسلاً، والعباس بن معروف يروىٰ عنه ما رواه مرسلاً وما رواه مسنداً، فلم يعلم أنّ سعدان روىٰ مرسلاً أو مسنداً، فلابدّ من الالتزام بصحّة أحد الطريقين والاشتباه في الآخر، وحيث لم يحرز أحدهما تصبح الرواية ضعيفة.

وبعبارة أُخرىٰ: سعدان روىٰ هذا المتن عن الصادق عليه السلام تارة بلا واسطة وأُخرىٰ مع الواسطة، ومن المطمئن به أنّ الرواية واحدة، فتكون الرواية مردّدة بين كونها مرسلة أو مسندة.

---

(١) كما في: تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٨/٣٨٠، الاستبصار ٣: ٢٣٦/٨٥٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٥/٢٥٦٤٠.

(٢) كما في: تهذيب الأحكام ٨: ٢٥٤/١٠٩٥، وسائل الشيعة ٢١: ٣٤/٢٦٤٥٤.

. . . . . .

ومنها : صحيح أبي مريم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الجارية البكر التي لها أب لا تتزوّج إلّا بإذن أبيها» .

وقال : «إذا كانت مالكة لأمرها تزوّجت متىٰ شاءت»[١] .

بناءً علىٰ أنّ المراد من الجملة الثانية ـ«إذا كانت مالكة لأمرها» ـ الكبيرة التي تملك أمرها مقابل الصغيرة ، فيكون مفاد الرواية : إنّ الجارية الصغير التي لها أب لا تتزوّج إلّا بإذن أبيها ، وأمّا الكبيرة التي ملكت أمرها ـ أي لم تكن صغيرة وكانت كبيرة ـ تتزوّج متىٰ شاءت .

وفيه : إنّه علىٰ هذا لا يبقىٰ لذكر البكر فائدة ، ويكون ذكرها لغواً ، مع أنّ الظاهر من الرواية أنّ البكر لها خصوصيّة ودخل في الحكم ، وإلّا فالثيّب الصغيرة أيضاً كانت كذلك ولا تتزوّج إلّا بإذن أبيها ، فلا بدّ من حمل الجملة الأُولىٰ علىٰ البكر التي لها أب ، والجملة الثانية علىٰ البكر التي فقدت أباها وملكت أمرها ، أو علىٰ الثيّب ؛ فتكون الرواية علىٰ عكس المطلوب أدلّ .

ومنها : صحيح عبد الرحمن بن أبي عبدالله ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «تزوّج المرأة من شاءت إن كانت مالكة لأمرها ، فإن شاءت جعلت وليّاً»[٢] .

وفيه : إنّ الموضوع فيه المرأة ودلالته بالإطلاق ، ويشمل البكر والثيّب وقابل للتخصيص ، نظير صحيح الفضلاء المتقدّم[٣] .

---

(١) الكافي ٥ : ٢/٣٩١ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٠ / ٢٥٦٠٠ .

(٢) الكافي ٥ : ٣/٣٩٢ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ١٠١ / ٢٥١٤١ و : ٢٧٠ / ٢٥٦٠١ .

(٣) كما في : الكافي ٥ : ١/٣٩١ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٣٩٧ / ٤٣٩٧ ، تهذيب

. . . . . .

هذه عمدة ما يدلّ علىٰ القول الأوّل، وهو استقلال البنت.

القول الثاني: وهو استقلال الأب.

فقد استدلّ بعدّة من الروايات لا يبعد دعوىٰ تواترها:

منها: صحيح فضل بن عبد الملك، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا تستأمر الجارية التي بين أبويها إذا أراد أبوها أن يزوّجها هو أنظر لها، وأمّا الثيّب فإنّها تستأذن، وإن كانت بين أبويها إذا أرادا أن يزوّجاها»[1].

ومنها: صحيح الحلبي قال: سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء ألها مع أبيها أمر؟

فقال: «ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثيّب»[2].

ومنها: صحيح محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر».

وقال: «يستأمرها كلّ أحد ما عدا الأب»[3].

والموضوع فيه مطلق من حيث البكر والثيّب وغير البكر، نخرج بأدلّة

الأحكام ٧: ١٥٢٥/٣٧٧، الاستبصار ٣: ٨٣٧/٢٣٢، وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٠/ ٢٥١٤٠.

(١) الكافي ٥: ٥/٣٩٤، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٥٩٩/٢٦٩.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٤٠/٣٨١، الاستبصار ٣: ٨٥١/٢٣٦، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٠٤/٢٧١.

(٣) الكافي ٥: ٢/٣٩٣، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٧/٣٨٠، الاستبصار ٣: ٨٤٩/٢٣٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦١١/٢٧٣.

. . . . . .

أُخرىٰ .

ومنها : صحيح الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام في الجارية يزوّجها أبوها بغير رضاء منها ؟

قال : «ليس لها مع أبيها أمر إذا أنكحها جاز نكاحه وإن كانت كارهة»[١] .

ومنها : صحيح عليّ بن جعفر قال : سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنها ؟

قال : «نعم ، ليس يكون للولد أمر إلّا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك»[٢] .

وغير ذلك من النصوص ، وقد عدّها الشيخ الأنصاري إلىٰ ثلاث وعشرين رواية[٣] ، ومقتضىٰ القاعدة تقييدها الروايات المتقدّمة الدالّة علىٰ استقلال البنت إذا لم تكن لها معارضة .

وبعبارة أوضح : لا ريب أنّ مقتضىٰ إطلاق جملة من الآيات والروايات الواردة في باب النكاح ، استقلال البنت سواء كانت بكراً أو ثيّباً ، وعدم اعتبار رضا أحدٍ في العقد علىٰ نفسها ، ولكن هذه الروايات الكثيرة الدالّة علىٰ اعتبار

---

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٨٠ / ١٥٣٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٨٥ / ٢٥٦٤٣ .

(٢) مسائل عليّ بن جعفر : ١١٢ / ٣١ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٨٦ / ٢٥٦٤٤ .

(٣) كتاب النكاح للشيخ الأنصاري : ١١٦ ، قال فيه : فهذه ثلاث وعشرون رواية تدلّ علىٰ استمرار ولاية الأب علىٰ البالغة الباكرة .

. . . . . .

رضا الوالد واستقلاله إن لم تكن مبتلاة بالمعارضة تقيّد إطلاق تلك الروايات، ومقتضىٰ القاعدة حينئذٍ دخل رضاء الأب واستقلاله في خصوص العقد علىٰ البكر، لكنّها معارضة بخبرين معتبرين دالّين علىٰ دخل رضا البكر، فلا تصحّ للتقييد:

الخبر الأوّل: هو صحيح منصور بن حازم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلّا بأمرها»[1].

والثاني: صحيح صفوان قال: استشار عبد الرحمن موسىٰ بن جعفر عليهما السلام في تزويج ابنتة لابن أخيه.

فقال: «افعل ويكون ذلك برضاها، فإنّ لها في نفسها نصيباً».

قال: واستشار خالد بن داوُد موسىٰ بن جعفر عليهما السلام في تزويج ابنته عليّ بن جعفر.

فقال: «افعل ويكون ذلك برضاها، فإنّ لها في نفسها حظّاً»[2].

وهما موافقان للكتاب ومخالفان للجمهور، فإنّ مالك والشافعي وأحمد يرون استقلال الأب، عكس أبي حنيفة حيث يرىٰ استقلال البنت، وحينئذٍ لا بدّ من حمل الروايات الدالّة علىٰ استقلال الأب علىٰ التقيّة؛ لموافقتها لمعظم العامّة، أو تأويلها علىٰ أنّ الأصل الأوّلي يقتضي عدم نفوذ تصرّف

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٥/٣٨٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٠٣/٢٧١ و: ٢٥٦٣٧/٢٨٤.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٤/٣٧٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٣٨/٢٨٤.

والتشريك بمعنىٰ اعتبار إذنهما معاً[١] . والمسألة مشكلة ، فلا يترك مراعاة الاحتياط بالاستئذان منهما .

الأب .

وبالجملة : لا يمكن الالتزام باستقلال الأب ؛ لمعارضة ما دلّ عليه بما دلّ علىٰ دخل رضا البكر ، وموافقة الأوّل للعامّة .

أمّا اعتبار مجرّد إذن الأب ودخل رضائه في صحّة العقد ، فممّا دلّ عليه النصّ ولا معارض له ، فلا مانع من الالتزام به ، كما أنّه نلتزم باعتبار رضا البنت للقاعدة الأوّليّة ، فالمعتبر هو التشريك بمعنىٰ اعتبار إذنهما معاً ؛ لأنّه مقتضىٰ الجمع بين النصّ والقاعدة .

والذي ينبغي أن يقال : إنّ الروايات الدالّة علىٰ استقلال البكر ضعيفة أمّا سنداً أو دلالة علىٰ سبيل منع الخلو .

وأمّا رواية سعدان وإن كانت صريحة في استقلال البكر ولكنّها نقلت بوجهين : مرسلة ومسندة ، فتكون مردّدة بين كونها مرسلة أو مسندة ، ومع التنزّل الروايات الدالّة علىٰ استقلال البنت شاذّة جدّاً ؛ لأنّه تعارضها الروايات المتواترة ـ ولو إجمالاً ـ الدالّة علىٰ اعتبار رضا الأب استقلالاً أو تشريكاً ، فإنّها تنفي استقلال البكر .

وأمّا استقلال الأب ، فأيضاً قد عرفت أنّه لا يمكن الالتزام به ؛ لمعارضة ما دلّ عليه من النصوص الكثيرة بصحيح منصور ، وصفوان الدالّين علىٰ دخل رضا البكر .

(١) وأمّا التشريك ، بمعنىٰ اعتبار إذنهما معاً ، فيقتضيه الجمع بين

. . . . . .

الأخبار.

بيان ذلك: إنّ الروايات الواردة في المقام علىٰ طوائف:

الأُولىٰ: ما دلّ علىٰ اعتبار إذن الأب ورضاه لا علىٰ الاستقلال، كالروايات الدالّة علىٰ أنّ البكر لاتزوّج إلّا بإذن أبيها، أو إلّا بإذن آبائهنّ، وليس بينها وبين الخبرين المعتبرين ـ صحيح منصور بن حازم وصحيح صفوان[1] الدالّين علىٰ اعتبار رضا البكر ـ تعارض وتنافي.

الثانية: ما دلّ علىٰ أنّه ليس مع أبيها أمر، وهو مطلق من حيث الاستقلال أو التشريك، وإن كان بعضها ينفي الاستقلال، وما كان علىٰ نحو الإطلاق قابل للحمل علىٰ نفي الاستقلال، فلا ينافي ثبوت التشريك؛ لإمكان الجمع بينهما باعتبار رضاهما معاً.

الثالثة: ما دلّ علىٰ استقلال الأب، وأنّ عقده نافذ، وإن كانت كارهة.

كصحيح الحلبي، في الجارية يزوّجها أبوها بغير رضاء منها؟

قال: «ليس لها مع أبيها أمر إذا أنكحها جاز نكاحه وإن كانت كارهة»[2].

وصحيح عليّ بن جعفر: قال في الثاني: سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنها؟

---

(١) أُنظرهما في الهامشين السابقين.

(٢) الكافي ٥: ٣٩٣/ ٤، تهذيب الأحكام ٧: ٣٨١/ ١٥٣٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٥/ ٢٥٦٤٣.

. . . . . .

قال: «نعم، ليس يكون للولد أمر إلّا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك»[١].

ويجري في هذه الطائفة ما تقدّم من موافقتها للعامّة، والجمع بين الأُولىٰ والثانية يقتضي التشريك، ويدلّ عليه صريحاً صحيح صفوان المتقدّم[٢]، فإنّ قوله: «فإنّ لها في نفسها حظّاً»، أو: «في نفسها نصيباً» صريح في اعتبار رضاها، مضافاً إلىٰ رضا الأب، وأنّ الأب لا يزوّجها من دون مراجعتها.

بقي هنا روايتان:

الأُولىٰ: صحيحة زرارة قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول: «لا ينقض النكاح إلّا الأب»[٣].

الثانية: صحيحة محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «لا ينقض

---

(١) مسائل عليّ بن جعفر: ١١٢ / ٣١، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٦ / ٢٥٦٤٤.

(٢) وهو: عن صفوان قال: استشار عبد الرحمن موسىٰ بن جعفر عليهما السلام في تزويج ابنة لابن أخيه.
فقال: «افعل ويكون ذلك برضاها، فإنّ لها في نفسها نصيباً».
قال: واستشار خالد بن داوُد موسىٰ بن جعفر عليهما السلام في تزويج ابنته عليّ بن جعفر.
فقال: «افعل ويكون ذلك برضاها، فإنّ لها في نفسها حظّاً».
تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٤ / ٣٧٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٤ / ٢٥٦٣٨.

(٣) الكافي ٥: ٨ / ٣٩٢، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٢ / ٣٧٩، الاستبصار ٣: ٨٤٦ / ٢٣٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٠٩ / ٢٧٢.

. . . . . .

النكاح إلّا الأب»[١].

فإنّه ربّما يتوهّم دلالتهما علىٰ استقلال الأب.

والصحيح أن يقال: إنّ النقض المقابل للإبرام إن أُريد به النقض المقابل للإبرام الفعلي، يعني أنّ الأب له أن ينقض ويهدم العقد الصحيح النافذ، فهذا ممّا لا يمكن الالتزام به؛ لعدم تسلّط الأب علىٰ نقض العقد الصادر من الثيّب قطعاً أو البكر بناءً علىٰ استقلالها.

وبالجملة: إنّه ليس للأب خيار في فسخ العقد الصحيح المبرم، فلا بدّ من إرادة الإبرام الإنشائي وأنّ له نقضه، وقد استعمل النقض في مورد الإبرام الشأني، كما ورد في باب وجوب الإعادة علىٰ من ترك الجهر في محلّه «أي فعل ذلك متعمّداً فقد نقض صلاته وعليه الإعادة»[٢].

فإنّه مع أنّ صلاته باطلة أطلق النقض في هذا المورد، وليس ذلك إلّا للشأنيّة والقابلية، وهكذا المقام.

فالمستفاد من النص: إنّ العقد الصادر من البنت قابل للصحّة؛ لأنّه عقد

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٣/٣٧٩، الاستبصار ٣: ٨٤٧/٢٣٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦١٣/٢٧٣.

(٢) كما عن زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام في رجل جهر فيما لا ينبغي الإجهار فيه، وأخفىٰ فيما لا ينبغي الإخفاء فيه.

فقال: «أي ذلك فعل متعمّداً فقد نقض صلاته وعليه الإعادة...».

تهذيب الأحكام ٢: ٦٣٥/١٦٢، الاستبصار ١: ١١٦٣/٣١٣، وسائل الشيعة ٦: ٧٤١٢/٨٦.

. . . . . .

صدر من أهله، ولكن الأب له النقض والردّ، وينحصر ذلك بالعقد الصادر من البكر لا الثيّب، فإنّ الأب ليس له نقضه.

فالروايتان من جملة أدلّة القول بالتشريك، ولا بأس بالاستدلال بهما علىٰ اعتبار التشريك.

وبتقريب آخر: لا ريب أنّ المستفاد من إطلاق الصحيحين ـ حيث لم يذكر فيهما خصوص البكر ـ ولاية الأب علىٰ نقض النكاح الصادر من البكر أو الثيّب أو الولد الصغير كان أو كبيراً، ولكن ثبت من الخارج عدم ولايته علىٰ الثيّب والولد الكبير، فتبقىٰ البكر تحت الإطلاق.

والمراد بالنقض ـ علىٰ ما عرفت ـ النقض المقابل للإبرام الشأني، بمعنىٰ أنّ عقد البكر له صحّة شأنيّة، وثبوت الصحّة الشأنيّة للعقد الصادر من البكر معناه دخل إذن الأب فيها، وأنّ العقد الصادر منها إذا اقترن بإذن الأب نفذ وصحّ، فيوافق مفاد الصحيحين مفاد صحيح صفوان الدالّ علىٰ أنّ لها حظاً ونصيباً، ولو لم يكن إذن الأب دخيلاً في صحّة العقد وكانت البكر مستقلّة لكان لها تمام الحظ لا شيئاً منه.

وبالجملة: الصحيحان ممّا دلّ علىٰ التشريك، وأمّا صحيح منصور المتقدّم[1] الذي استدلنا به علىٰ التشريك، فيردّه أنّه مطلق من حيث كون

(١) وهو: عن منصور بن حازم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلّا بأمرها».

. . . . . .

المستأمر منها الأب أو غيره، ويقيّد بصحيح ابن مسلم الدالّ علىٰ أنّ الأب لا يستأمرها[١]، فصحيح منصور غير دالّ علىٰ التشريك، بل بعد تخصيصه بصحيح محمّد بن مسلم يدلّ علىٰ استقلال الأب وأنّه لا يستأمرها، فيكون من الروايات الدالّة علىٰ استقلال الأب التي قد عرفت حالها.

فتحصّل: إنّ الأقوىٰ اعتبار إذنهما معا.

وأمّا بقيّة الأقوال:

فمنها: ما حكاه في الشرائع من استقلالها في العقد الدائم دون المنقطع[٢]، بل للأب له الولاية في الانقطاع، وهذا قول لم يعرف قائله ولا وجهه.

ومنها: استقلالها في المتعة وعقد الانقطاع، ووجهه إطلاق أدلّة المتعة، وما دلّ علىٰ اعتبار الإذن من الأب في النكاح منصرف إلىٰ الدائم، ولكن دعوىٰ الانصراف ممنوعة ولا موجب لها؛ لأنّ المتعة من أفراد النكاح ويجري

تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٥/٣٨٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٠٣/٢٧١ و: ٢٥٦٣٧/٢٨٤.

(١) وهو: عن محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر».

وقال: «يستأمرها كلّ أحد ما عدا الأب».

الكافي ٥: ٢/٣٩٣، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٧/٣٨٠، الاستبصار ٣: ٨٤٩/٢٣٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦١١/٢٧٣.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٥٠٢.

. . . . . .

فيها جميع ما يجري في النكاح، وقد عرفت حال النكاح الدائم من اعتبار إذنهما معاً.

هذا، مضافاً إلىٰ روايتين معتبرتين دالّتين علىٰ اعتبار إذن الأب في المتعة:

الأُولىٰ: صحيحة البزنطي: «البكر لا تتزوّج متعة إلّا بإذن أبيها»[1].

الثانية: صحيحة أبي مريم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «العذراء التي لها أب لا تتزوّج متعة إلّا بإذن أبيها»[2].

فالنتيجة: هي التشريك من دون الفرق بين المتعة والدائم.

نعم، هنا روايتان تدلّان علىٰ جواز التمتّع بها بلا إذن أبيها لكن بشرط عدم الدخول بها.

إحداهما: خبر أبي سعيد القمّاط، عمّن رواه قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: جارية بكر بين أبويها تدعوني إلىٰ نفسها سرّاً من أبويها، فأفعل ذلك؟

قال: «نعم، واتّق موضع الفرج».

قال: قلت: فإن رضيت بذلك؟

قال: «وإن رضيت فإنّه عار علىٰ الأبكار»[3].

---

(١) قرب الإسناد: ١٢٩٤/٣٦١، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٤٥١/٣٣.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٩٩/٢٥٤، الاستبصار ٣: ٥٢٧/١٤٥، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٤٥٨/٣٥.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٠٩٦/٢٥٤، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٤٥٣/٣٣.

. . . . . .

ثانيتهما : رواية أبي سعيد ، عن الحلبي قال : سألته عن التمتّع من البكر إذا كانت بين أبويها بلا إذن أبويها ؟

قال : «لا بأس ما لم يقتض ما هناك لتعفّ بذلك»[١] .

إلّا أنّ الروايتين ضعيفتا السند ، أمّا الأُولىٰ فبمحمّد بن سنان وبالإرسال ، والثانية بأبي سعيد فإنّه مجهول ولم يُعلم أنّه أبو سعيد القمّاط ، وقد ذكر الشيخ في الفهرست (أبو سعد) له كتاب الطهارة[٢] ، ولم يوثّقه ، علىٰ أنّ طريقه إليه ضعيف ؛ لأنّ فيه أبا المفضل ، ولو فرضنا أنّه أبو سعيد القمّاط إلّا أنّ الشيخ لم يذكر طريقه إليه .

بقي هنا شيء ، وهو أنّ المعروف بينهم ـ في مورد الحاجة إلىٰ إذن الأب استقلالاً واشتراكاً ـ : عدم الفرق بين الأب والجدّ .

وبعبارة أُخرىٰ : الولاية علىٰ البكر ثابتة للأب والجدّ ، وذكر بعضهم : إنّ الولاية تثبت لخصوص الأب ولا تعم الجدّ[٣] ؛ لعدم ذكر الجدّ في شيء من روايات الباب .

نعم ، ورد في رواية واحدة علىٰ بعض النسخ ذكر الجدّ[٤] ، ولم يثبت .

---

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ٢٥٤ / ١٠٩٨ ، الاستبصار ٣ : ١٤٥ / ٥٢٦ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٣٤ / ٢٦٤٥٥ .

(٢) الفهرست للشيخ الطوسي : ٢٦٨ / ٨٢٧ .

(٣) كما في مستمسك العروة الوثقىٰ للسيّد الحكيم ١٤ : ٤٤٨ .

(٤) وهي : صحيحة زرارة قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : «لا ينقض النكاح إلّا

. . . . . .

ولكن الظاهر عموم الحكم للجدّ أيضاً، وما ذكره المشهور من ثبوت الولاية للجدّ هو الصحيح، ويشهد له عدّة من الروايات الدالّة علىٰ أنّ الولاية الثابتة للأب ثابتة للجدّ أيضاً، فتكون حاكمة علىٰ هذه الأدلّة.

منها: موثّقة عبيد بن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز علىٰ ابنه»، قال: «ولابنه أيضاً أن يزوّجها، فإن هوىٰ أبوها رجلاً وجدّها رجلاً فالجدّ أولىٰ بنكاحها»[1].

وهي مطلقة من حيث كون البنت صغيرة أو كبيرة، ولكن تخرج الكبيرة بدليل خارجي وتبقىٰ الصغيرة، وحيث إنّ موردها ولاية الأب فتشمل الولاية علىٰ البكر.

وبعبارة أُخرىٰ: المستفاد من هذه الرواية: إنّ ولاية الجدّ كولاية الأب، وكما أنّ الولاية ثابتة للأب ثابتة للجدّ، وحيث إنّ الأب له الولاية علىٰ البكر كذلك الجدّ.

ومنها: صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه موسىٰ بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته، فهوىٰ أن يزوّج أحدهما وهوىٰ أبوه الآخر، أيُّهما أحقّ أن ينكح؟

﴿الأب»:

الكافي ٥: ٣٩٢/ ٨، تهذيب الأحكام ٧: ٣٧٩/ ١٥٣٢، الاستبصار ٣: ٢٣٥/ ٨٤٦، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧٢/ ٢٥٦٠٩.

وفي إحدىٰ نسخ التهذيب أُضيف في حاشيتها: «الجدّ».

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٥/ ١٥٤٧، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩١/ ٢٥٦٥٥.

ولو تزوّجت من دون إذن الأب ، أو زوّجها الأب من دون إذنها ، وجب إمّا إجازة الآخر أو الفراق بالطلاق .

نعم ، إذا عضلها الولي ، أي منعها من التزويج بالكفء مع ميلها سقط اعتبار إذنه[1] .

قال : «الذي هوىٰ الجدّ أحقّ بالجارية ؛ لأنّها وأباها للجدّ»[1] .

فإنّ التعليل شاهد علىٰ أنّ ولاية الأب ثابتة للجد أيضاً .

ومنها : صحيح الفضل بن عبد الملك ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجدّ مرضيّاً جاز . . .»[2] ، الحديث .

والمراد بالجواز بمقتضىٰ القرينة المتقدّمة هو الجواز والنفوذ علىٰ ابنه ، لا أنّه جاز العقد مطلقاً .

وبالجملة : لا ينبغي الريب في ثبوت الولاية للجدّ أيضاً ، فالمراد بالأب هو الجامع بين من له الواسطة ـ كالجدّ ـ ومن ليس له الواسطة كالوالد .

(١) ثمّ إنّ الولاية الاستقلاليّة أو الاشتراكيّة الثابتة للأب أو الجدّ ليس معناها منعها عن التزويج علىٰ الإطلاق حتّىٰ بالكفء مع ميلها إلىٰ ذلك ، وقد استدلّ لذلك بقوله تعالىٰ : ﴿**فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ إِذَا تَرَٰضَوْا**

---

(١) قرب الإسناد : ١١٢٨/٢٨٥ ، مسائل عليّ بن جعفر : ١٩/١٠٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩١ / ٢٥٦٥٦ .

(٢) الكافي ٥ : ٥/٣٩٦ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٥٦٤/٣٩١ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٠ / ٢٥٦٥٢ .

. . . . . .

بَيْنَهُم بِالْمَعْرُوفِ﴾[١]، أي لا تمنعوهنّ عن التزوّج بأزواجهنّ السابقين الذين طلّقوا، أو بأزواج آخرين.

وفيه: إنّ الاستدلال بها أجنبيّ عن المقام؛ لأنّ الموضوع في الآية المطلّقات اللاتي دخل بهنّ بشهادة الاعتداد لقوله تعالىٰ في صدر الآية: ﴿**وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ**﴾، أي انقضت عدّتهنّ ﴿**فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ**﴾، أي لا تمنعوهنّ عن التزويج، وإنّما الخيار لهنّ في اختيار الزوج، فلا تشمل الأبكار التي لم تتزوّج.

والصحيح أن يستدلّ لسقوط الولاية عنها: إذا عضلها الوليّ بأن الغرض من جعل الولاية عليها ـ بقرينة مناسبة الحكم والموضوع ـ قيام الولي بشؤونها وأُمورها الراجعة إلىٰ مصالحها ومنافعها لا القيام بما يكون ضرراً عليه ويوجب التضيّق عليها، مضافاً إلىٰ ما يستفاد من التعليل الوارد في صحيح أبي حمزة الدالّ علىٰ أنّ الأب يأخذ من مال ابنه بقدر الحاجة ممّا لا بدّ منه، وعلّله عليه السلام بـ: «إنّ الله لا يحب الفساد»[٢]، غير مجعول له، وإذا كانت الولاية

---

(١) سورة البقرة ٢: ٢٣٢.

(٢) وهي: عن أبي حمزة الثمالي، عن أبي جعفر عليه السلام: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لابيك».

قال أبو جعفر عليه السلام: «ما أحبّ أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج إليه ممّا لا بدّ منه، إنّ الله لا يحب الفساد».

تهذيب الأحكام ٦: ٩٦٢/٣٤٣، الاستبصار ٣: ١٥٨/٤٨، وسائل الشيعة ١٧: ٢٢٤٨٠/٢٦٣.

. . . . . .

بالنسبة إلىٰ الأموال غير ثابتة له في الأموال في مورد الفساد، ففي العرض بطريق أولىٰ؛ لأنّه أهمّ، ويمكن أن يستدلّ أيضاً بما ورد في المطلّقة المؤمنة الشيعية إذا طلّقها زوجها المخالف السنّي علىٰ مذهبه وأنّه يحكم علىٰ طلاقها بالصحّة معلّلاً بـ: «إنّ المرأة لا تترك بلا زوج»[1].

وقد يستدلّ بعموم نفي الحرج.

وتقريب ذلك: إنّ أمر الزواج بحسب إطلاق الأدلّة من الآيات والروايات الأوّليّة راجع إليها، وقد خصّصت في مورد البكر، وما دلّ علىٰ استقلال البنت يقيّد بالبكر لأجل الروايات الخاصّة الدالّة علىٰ عدم استقلالها، وهذا المخصّص يخصّص بمورد الحرج، يعني إذا كان عدم استقلال البنت أو ولاية الأب عليها حرجيّاً ينتفي، فيرجع إلىٰ الروايات المطلقة الأوّليّة؛ لعدم ورود التخصيص عليها حينئذٍ علىٰ الفرض.

---

(١) كما عن عبد الرحمن البصري، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: قلت له: امرأة طُلِّقت علىٰ غير السنّة؟

فقال: «يُتزوّج هذه المرأة لا تترك بغير زوج».

تهذيب الأحكام ٨: ٥٨ / ١٨٨، الاستبصار ٣: ٢٩١ / ١٠٢٩، وسائل الشيعة ٢٢: ٧٣ / ٢٨٠٥٤.

وكذا عن عبدالله بن سنان قال: سألته عن رجل طلّق امرأته لغير عدّة ثمّ أمسك عنها حتّىٰ انقضت عدّتها، هل يصلح لي أن أتزوّجها؟

فقال: «نعم، لا تترك المرأة بغير زوج».

تهذيب الأحكام ٨: ٥٨ / ١٨٩، الاستبصار ٣: ٢٩١ / ١٠٣٠، وسائل الشيعة ٢٢: ٧٣ / ٢٨٠٥٥.

وأمّا إذا منعها من التزويج بغير الكفء شرعاً، فلا يكون عضلاً[١]، بل وكذا لو منعها من التزويج بغير الكفء عرفاً ممّن في تزويجه غضاضة وعار عليهم، وإن كان كفءاً شرعيّاً.

وبالجملة: إنّما تثبت الولاية للأب فيما إذا لم يكن حرجيّاً، وإلّا فلا ولاية له لنفي الحرج؛ ولذا لا تثبت الولاية له فيما لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها إلىٰ التزويج، كما إذا كان مسافراً غائباً أو مسجوناً لا يمكن الوصول إليه، فإن ثبوت الولاية في أمثال هذه الموارد حرجي ومناف لحقّ البنت.

هذا كلّه في العضل والمنع عن التزويج علىٰ الإطلاق.

(١) وأمّا المنع عن التزويج في مورد خاصّ، ذكرﷺ وإذا منعها من التزويج بغير الكفء شرعاً فلا يكون عضلاً.

يريدﷺ من غير الكفء الشرعي الموارد التي يُكره التزويج به، كتارك الصلاة، وشارب الخمر، والمتجاهر بالفسق، فإنّ منعه حينئذٍ يكون نافذاً، ولا يريد بغير الكفء الشرعي الكفاءة المعتبرة في النكاح، كالتزويج بغير المؤمن، فإنّ النكاح بغير الكفء يكون باطلاً أذِنَ الأب أم لا، بل له المنع عن غير الكفء العرفي وإن كان كفءاً شرعاً، كما إذا كان الزوج فقيراً أو ممّن لا يناسب شؤون البنت، فإنّه لا مانع من شمول المطلقات الدالّة علىٰ ولاية الأب هذه الموارد، وإنّما نخرج عن هذا الإطلاق في خصوص المنع عن التزويج بالمرّة.

وكذا لو منعها من التزويج بكفء معيّن مع وجود كفء آخر[١].

وكذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائباً لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها إلىٰ التزويج.

مسألة ٢: إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء ـ من وثبة ونحوها ـ فحكمها حكم البكر، وأمّا إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه إشكال، ولا يبعد الإلحاق بدعوىٰ أنّ المتبادر من البكر من لم تتزوّج، وعليه فإذا تزوّجت ومات عنها أو طلّقها قبل أن يدخل بها، لا يلحقها حكم البكر، ومراعاة الاحتياط أولىٰ[٢].

---

(١) بل له المنع عن التزويج بكفء معيّن مع وجود كفء آخر، مع أنّها سواء في الكفاءة الشرعيّة والعرفيّة لأجل مصلحة وغبطة راجعة إلىٰ البنت في الكفء الذي يريده الولي، كما إذا أراد الولي تزويجها بابن أخيه مع وجود كفء آخر مساوٍ للكفوء الذي يريده الولي.

والحاصل: لا مانع من شمول المطلقات الدالّة علىٰ ولاية الأب لهذه الموارد، وإنّما نخرج عنها في مورد العضل عن التزويج بالكفوء بالمرّة.

(٢) المحتمل في معنىٰ البكر ثلاثة: بقاء عذرتها، ومن لم تتزوّج، ومن لم يدخل بها.

وقد كثر ذكر البكر والثيّب في الروايات، والذي يظهر من اللُّغة: إنّ البكر من لم يدخل بها[١]، وهو المتفاهم عرفاً، بل يمكن استفادة هذا المعنىٰ

---

(١) أُنظر: العين ٥: ٣٦٤، الصحاح للجوهري ٢: ٥٩٥، لسان العرب ٤: ٧٨ «بكر».

. . . . . .

من بعض الآيات الكريمة بعد ضمّ بعضها إلىٰ بعض، كقوله تعالىٰ في وصف الحور: ﴿فَجَعَلْنَـٰهُنَّ أَبْكَارًا﴾[١]، وقال تعالىٰ أيضاً: ﴿حُورٌ مَّقْصُورَٰتٌ فِى ٱلْخِيَامِ... لَمْ يَطْمِثْهُنَّ إِنسٌ قَبْلَهُمْ وَلَا جَآنٌّ﴾[٢]، أي لم يفتضهنّ ولم يطأهنّ ولم يغشهنّ.

بل قد وقع التصريح بذلك في صحيح عليّ بن جعفر، عن أخيه موسىٰ ابن جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنها؟

قال: «نعم، ليس يكون للولد أمر إلّا أن تكون امرأة قد دُخِل بها قبل ذلك»[٣].

وهذه الصحيحة لصراحتها شارحة للموضوع.

والنتيجة: من ذهبت بكارتها بالوثبة ونحوها فهي بكر، ومن زُني بها وشبهه وإن لم تتزوّج فهي ثيّبة، فالموضوع في الحقيقة المرأة التي لم يدخل بها ولم يطأها أحد، فالبكارة لا تزول بغير الوطء.

نعم، يظهر من خبر إبراهيم بن ميمون ـ إنّ الميزان بالتزويج والموضوع: المرأة التي لم تتزوّج ـ قال: «إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر، وإذا كانت قد تزوّجت لم يزوّجها إلّا برضا منها»[٤].

---

(١) سورة الواقعة ٥٦: ٣٦.

(٢) سورة الرحمن ٥٥: ٧٢، ٧٤.

(٣) مسائل عليّ بن جعفر: ١١٢/ ٣١، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٦/ ٢٥٦٤٤.

(٤) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٦/ ٣٨٠، الاستبصار ٣: ٨٤٨/ ٢٣٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٤/ ٢٥٦٣٩.

. . . . . .

ولكن قد عرفت أنّه ضعيف السند بإبراهيم بن ميمون، ولا يمكن رفع اليد عن صحيح عليّ بن جعفر الصريح في أنّ العبرة بالدخول لأجل هذه الرواية الضعيفة، على أنّه يمكن حمل خبر إبراهيم على المتعارف من التزويج، فإنّه يلازم الدخول غالباً.

وبعبارة أجلى: صحيح عليّ بن جعفر صريح في أنّ العبرة بالدخول فقط؛ للحصر الواقع فيه، وبه يرفع اليد عن ظهور غيره في الخلاف، ويكون صحيح عليّ بن جعفر قرينة على التصرّف في الخبر الآخر الدالّ على الخلاف بحمله على التزويج المتعارف الملازم للدخول غالباً.

ثمّ إنّه بعدما ظهر أنّ العبرة بالدخول والوطء، فهل يعتبر خصوص الوطء الشرعي أو الأعمّ منه ومن المحرّم؟

ربّما يقال: بأنّ البنت ما لم تتزوّج ـ وإن كانت مدخولة ـ أمرها بيد الوليّ، وأنّ ولايته باقية عليها ما لم تتزوّج، فالموضوع هو التزويج، فإذا ذهبت عذرتها بالزنا محكومة بالبكر.

واستدلّ بعدّة روايات:

منها: صحيحة الحلبي، عن أبي عبدالله عليه السلام قال في المرأة الثيب تخطب إلى نفسها، قال: «هي أملك بنفسها، تولّي أمرها من شاءت إذا كان كفواً بعد أن تكون قد نكحت رجلاً قبله»[1].

---

(١) الكافي ٥: ٣٩٢ / ٥، تهذيب الأحكام ٧: ٣٧٧ / ١٥٢٧، الاستبصار ٣: ٢٣٣ / ٨٣٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٩ / ٢٥٥٩٧.

مسألة ٣: لا يشترط في ولاية الجدّ حياة الأب ولا موته، والقول بتوقّف ولايته علىٰ بقاء الأب ـ كما اختاره جماعة ـ ضعيف، وأضعف منه القول بتوقّفها علىٰ موته، كما اختاره بعض العامّة[١].

فإنّ المستفاد منها: إنّ الثيّب من تزوّجت ونكحت، فمن لم تتزوّج فهي غير ثيّبة وملحقة بالبكر، وأمرها بيد الوليّ.

ونحوها رواية عبد الرحمن بن أبي عبدالله قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الثيّب تخطب إلىٰ نفسها؟

قال: «نعم، هي أملك بنفسها، تولّي أمرها من شاءت إذا كانت تزوّجت زوجاً قبله»[١].

وهي ضعيفة بالقاسم.

وفي معناها روايات أُخر كلّها ضعيفة السند، والمعتبرة منها إنّما هي الصحيحة المتقدّمة.

والجواب: إنّه لا يستفاد من الروايات عنوان الشرطيّة، وأنّ الثيّب من نكحت رجلاً قبل ذلك، بل كلامه بيان للموضوع الخارجي وللمسؤول عنه، وليس تقييداً للثيّب وتحديداً لها، يعني أنّ المرأة المتزوّجة مالكة لنفسها ولا تقيّد الثيّب بالنكاح الصحيح.

وبعبارة أُخرىٰ: يستفاد من الصحيحة: إنّ المرأة في صورة التزويج بها مالكة لأمرها، فهي في مقام بيان الموضوع لا التقييد.

(١) اختلف الأصحاب في أنّه هل يشترط في ولاية الجدّ بقاء الأب

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٤/ ١٥٤٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٧١/ ٢٥٦٠٥.

. . . . . .

وحياته أم لا ؟

وأمّا توقّف ولايته علىٰ موت الأب ، كما ذهب إليه بعض العامّة ، فباطل قطعاً ، ويردّه الروايات المستفيضة المطلقة الدالّة علىٰ ولاية الجدّ مع وجود الأب ، بل في بعضها : إنّه وليّ علىٰ الابن وبنته ، والعبرة بالقولين المتقدّمين :

أحدهما ـ ولعلّه المعروف والمشهور ـ : إنّه لا يشترط في ولاية الجدّ بقاء الأب وحياته ، بل الجدّ وليّ سواء كان الأب موجوداً أو ميّتاً ، وهو الصحيح ، وليس الوجه في بقاء ولايته حال موت الأب استصحاب الولاية الثابتة للجدّ حال حياة الأب ؛ لأنّ الاستصحاب في الأحكام الكليّة غير جار عندنا ، علىٰ أنّه لا يتمّ في جميع الموارد ؛ لعدم ثبوت الحالة السابقة في بعض الموارد ، كما إذا مات الأب في حال كون الطفل حملاً ، بل الوجه في ثبوت ولايته الروايات المطلقة الدالّة علىٰ ثبوت الولاية للجدّ حال حياة الأب وموته وعدم ورود التقييد عليها ، فيقع الكلام في مقامين :

أحدهما : في بيان المطلقات .

ثانيهما : في بيان المقيّد .

أمّا الأوّل : الروايات الكثيرة الدالّة علىٰ ولاية الجدّ ، وهي مطلقة من حيث وجود الأب وموته ، ومجرّد كونها واردة مورد وجود الأب لا يوجب التقييد .

فإنّ المستفاد منها : ثبوت الولاية للجدّ ولم تقيّد بوجود الأب في شيء منها ، بل بعض الروايات صريحة في أنّ ولاية الجدّ أولىٰ من ولاية الأب وأنّ

. . . . . .

تزويجه جائز ونافذ علىٰ ابنه .

ففي صحيح محمّد بن مسلم ، عن أحدهما عليهما السلام قال : «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز علىٰ ابنه ، ولابنه أيضاً أن يزوّجها» .

فقلت : فإنّ هوىٰ أبوها رجلاً وجدّها رجلاً ؟

فقال : «الجدّ أولىٰ بنكاحها»[1] .

وأوضح من ذلك صحيح عليّ بن جعفر ؛ لاشتماله علىٰ التعليل بأنّ «الجارية وأباها للجدّ»[2] ، وليس المراد من النصوص ثبوت الولاية لمجموع الجدّ والأب ، بل الظاهر منها أنّ كلّ واحد منهما له الولاية بالاستقلال ، بل يظهر منها : إنّ ولاية الجدّ مقدّمة علىٰ ولاية الأب ؛ لقوله في الصحيح : «الذي هوىٰ الجدّ أحقّ بالجارية» ممّا هواه الأب .

وبالجملة : لا ريب في ثبوت الإطلاق ، ومقتضاه ثبوت الولاية للجدّ مطلقاً حال حياة الأب أو موته .

---

(١) الكافي ٥ : ٢/٣٩٥ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٥٦١/٣٩٠ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٨٩ / ٢٥٦٤٩ .

(٢) وهو : عليّ بن جعفر ، عن أخيه موسىٰ بن جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته ، فهوىٰ أن يزوّج أحدهما وهوىٰ أبوه الآخر ، أيُّهما أحقّ أن ينكح ؟

قال : «الذي هوىٰ الجدّ أحقّ بالجارية ؛ لأنّها وأباها للجدّ» .

قرب الإسناد : ١١٢٨/٢٨٥ ، مسائل عليّ بن جعفر : ١٩/١٠٩ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩١ / ٢٥٦٥٦ .

مسألة ٤ : لا خيار للصغيرة إذا زوّجها الأب أو الجدّ بعد بلوغها ورشدها ، بل هو لازم عليها[١] .

المقام الثاني : في بيان المقيّد لهذه المطلقات .

ربّما يقال : بأنّ مفهوم معتبرة الفضل بن عبد الملك يدلّ على ثبوت الولاية للجدّ حال حياة الأب دون موته ؛ لقوله عليه السلام : «إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجدّ مرضيّاً جاز . . .»[١] ، وإلّا لكان التقييد بقوله : «وكان أبوها حيّاً» لغواً ، ولذا التزم جماعة بتوقّف ولاية الجدّ على حياة الأب وزوالها عند موت الأب[٢] .

وفيه : إنّه لا مفهوم لها ؛ لأنّ الرواية بصدد بيان مضيّ العقد الصادر من الجدّ وجوازه على الابن ، وأنّه ليس له أن يعارض أباه ـ جدّ البنت ـ فالقضيّة سيقت لبيان الموضوع ، فإنّ عدم المزاحمة وعدم المعارضة له يتوقّف على وجود الأب وحياته طبعاً ، إذ لا معنى للنفوذ والمضيّ على الأب إذا كان ميّتاً .

وبالجملة : المطلقات محكّمة ، ولا معارض ولا مقيّد لها ، وممّا ذكرنا ظهر ضعف القول الآخر لضعف مستنده ، كما عرفت .

(١) يدلّ على عدم الخيار للصغيرة روايات كثيرة مستفيضة :

منها : صحيحة عبدالله بن الصلت قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الجارية الصغيرة يزوّجها أبوها لها أمر إذا بلغت ؟

---

(١) الكافي ٥ : ٣٩٦ / ٥ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٩١ / ١٥٦٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٠ / ٢٥٦٥٢ .

(٢) أُنظر مستمسك العروة الوثقى ١٤ : ٤٤٨ .

. . . . . .

قال: «لا، ليس لها مع أبيها أمر»[١].

ومنها: صحيح ابن يقطين قال: سألت أبا الحسن عليه السلام: تزوّج الجارية وهي بنت ثلاث سنين أو يزوّج الغلام وهو ابن ثلاث سنين وما أدنىٰ حدّ ذلك الذي يزوّجان فيه فإذا بلغت الجارية فلم ترض، فما حالها؟

قال: «لا بأس بذلك إذا رضي أبوها أو وليّها»[٢].

وبإزائها رواية بريد (يزيد) الكناسي قال: قلت لأبي جعفر عليه السلام: متىٰ يَجوز للأب أن يزوّج ابنته ولا يستأمرها؟

قال: «إذا جازت تسع سنين فإن زوّجها قبل بلوغ التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين»[٣]، الحديث.

فإنّها صريحة في ثبوت الخيار لها إذا بلغت، ولكن الكلام في السند، مضافاً إلىٰ اشتمال الرواية علىٰ أمر يبعد الالتزام به، وهو: عدم ثبوت الخيار لها إذا بلغت تسع سنين ولا يستأمرها إذا زوّجها الأب، وثبوت الخيار لها إذا زوّجها قبل بلوغها تسع سنين.

أمّا ضعف السند، فبيانه: إنّ الرواي يزيد الكناسي-بالمثنّاة- لا بريدة

---

(١) الكافي ٥: ٦/٣٩٤، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٤٠/٣٨٠، الاستبصار ٣: ٨٥١/٢٣٦، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٢٠/٢٧٦.

(٢) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٤٢/٣٨١، الاستبصار ٣: ٨٥٣/٢٣٦، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٢٤/٢٧٧.

(٣) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٤٤/٣٨٢، الاستبصار ٣: ٨٥٥/٢٣٧، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٢٦/٢٧٨.

. . . . . .

ـبالموحّدة ـ لأنّ الموجود في التهذيب والاستبصار: يزيد الكناسي، فما ذكره الوسائل اشتباه.

ثمّ إنّ يزيد الكناسي بعنوانه لم يوثّق، وإنما النجاشي وثّق يزيد أبا خالد القمّاط، وقال: كوفي ثقة[1]، فإن كان متّحداً مع يزيد الكناسي، كما لعلّه يظهر من الشيخ قدس سره؛ لأنّه لم يذكر في رجاله إلّا يزيد أبا خالد الكناسي[2]، ولم يذكر يزيد أبا خالد القمّاط بهذا العنوان، فلو لم يكن الكناسي متّحداً مع القمّاط لم يكن لترك ذكره وجه، وكذا في الفهرست، مع أنّ كتابه موضوع لذكر المصنّفين.

ويؤيّد الاتّحاد: إنّ يزيد أبا خالد القمّاط كوفي، والكناسة محلّة من محلّات الكوفة، فيكون يزيد أبو خالد قمّاطاً كوفيّاً كناسيّاً.

هذا، ولكن ذكر البرقي ـ وهو أسبق من الشيخ ـ أبا خالد الكناسي، ويزيد أبا خالد القمّاط كلّاً من العنوانين في أصحاب الصادق عليه السلام، وذلك يشعر بالتعدّد، فيكون يزيد الكناسي مردّداً بين الثقة وغيره[3].

بقي الكلام في صحيحة محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام: عن الصبيّ يزوّج الصبيّة؟

قال: «إن كان أبوهما اللذان زوّجاهما فنعم جائز، ولكن لهما الخيار إذا

(١) رجال النجاشي: ٤٥٢ / ١٢٢٣.

(٢) رجال الشيخ الطوسي: ١٤٩ / ١٦٥٥.

(٣) معجم رجال الحديث ٢١: ١١١ / ١٣٦٦١.

وكذا الصغير علىٰ الأقوىٰ[١]، والقول بخياره في الفسخ والإمضاء ضعيف، وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته.

أدركا، فإن رضيا بعد ذلك فإنّ المهر علىٰ الأب»[١].

فإنّها صريحة في ثبوت الخيار لهما إذا أدركا، وأنّ العقد غير لازم عليهما، إلّا أنّ موردها ما إذا كانا الزوجان صبيّين، فتقيّد الروايات النافية للخيار عن الصغيرة إذا بلغت، ولا تعارض بينهما وبين تلك الروايات؛ لأنّ الاختلاف بينهما بالإطلاق والتقييد، فمقتضىٰ القواعد والجمع بين الرويات: إنّ الصغيرة إذا زوّجت بالكبير فليس لها الخيار، وإذا زوّجت بالصغير فلها الخيار، ولا مانع من الالتزام بذلك، إلّا إذا كان في البين إجماع علىٰ الخلاف وعدم الفرق، وإلّا فيتعيّن العمل بالصحيحة وحمل الخيار فيها علىٰ الطلاق إذا بلغا، كما صنعه الشيخ[٢] بعيد جدّاً.

(١) ثمّ ذكر المصنّف: **وكذا الصغير علىٰ الأقوىٰ**، أي لا خيار له.

ولا يخفىٰ أنّ قوله: **علىٰ الأقوىٰ**: إشارة إلىٰ وجود الخلاف في خصوص المقام، فالصبيّ يختلف عن الصبيّة، كما نسب جماعة من المتقدّمين[٣] لتطرّق الضرر إليه من جهة إثبات النفقة عليه، بخلاف البنت فإنّها لاتتضرّر بشيء، فإنّ المهر والنفقة لها.

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٤٣/٣٨٢، الاستبصار ٣: ٨٥٤/٢٣٦، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٢٥/٢٧٧.

(٢) كما في تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٢ ذيل الحديث ١٥٤٣.

(٣) كالشيخ في النهاية ٢: ٣١٦ وابن البرّاج في المهذّب ٢: ١٩٧، وابن حمزة في الوسيلة: ٣٠٠ وابن إدريس في السرائر ٢: ٥٦٨.

. . . . . .

وفيه ما لا يخفىٰ، فإنّه لا يمكن الاعتماد في الأحكام الشرعيّة إلىٰ هذه الوجوه الاستحسانيّة؛ علىٰ أنّه يمكن قلب الدليل بأنّ البنت تتضرّر بالتزويج عليها بخلاف الصبي فإنّه وإن كان يتضرّر بالإنفاق وبذل المهر ـ مثلاً ـ ولكن النكاح وإن لم يكن معاوضة إلّا أنّه يشبهها من جهة حصوله علىٰ الاستمتاع بها بإزاء ما ينفقه، ولا يكون الإنفاق مجانيّاً، فلابدّ من النظر إلىٰ الروايات.

ولا ريب أنّ مقتضىٰ إطلاق جملة منها نفوذ العقد عليه، كصحيحة فضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير؟

قال: «لا بأس»[1].

وأمّا ما ورد في ذيله: «إذا زوّج الرجل ابنه فذاك إلىٰ ابنه» وإن كان صريحاً في ثبوت الخيار له، ولكن الظاهر منه ـ بقرينة المقابلة مع الصدر ـ هو الولد الأكبر.

وموثق عبيد بن زرارة قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير؟

قال: «إن كان لابنه مال فعليه المهر، وإن لم يكن للابن مال فالأب ضامن»[2].

---

(١) الكافي ٥: ٤٠٠ / ١، تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٩ / ١٥٥٩، وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٧ / ٢٧١٠٥.

(٢) الكافي ٥: ٤٠٠ / ٢، تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٩ / ١٥٥٨، وسائل الشيعة ٢١: ٢٨٧ / ٢٧١٠٤.

. . . . . .

وصحيح الحلبي قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الغلام له عشر سنين فيزوّجه أبوه في صغره، أيجوز طلاقه وهو ابن عشر سنين؟

قال: فقال: «أمّا تزويجه فهو صحيح»[1].

وصحيح عليّ بن جعفر قال: سألته عن الرجل هل يصلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنها؟

قال: «نعم، ليس يكون للولد أمر»[2].

فإنّ إطلاقه يشمل الابن الصغير.

وبالجملة: مقتضىٰ الحكم بعدم البأس: نفوذ العقد الصادر من الأب وصحّته وجوازه، وفي بعضها نفوذ العقد الصادر من الجدّ علىٰ الأب، فالصحّة أمر مسلّم.

وأمّا عدم الخيار له إذا بلغ، فيمكن أن يستدلّ له بنفس هذه الروايات، فهي دالّة علىٰ الصحّة واللزوم معاً، ودعوىٰ عدم الملازمة بين الصحّة واللزوم وإن كانت صحيحة لكن في مورد ثبتت الصحّة في الجملة.

وأمّا ثبوت الصحّة علىٰ الإطلاق يلازم الحكم باللزوم.

وبعبارة أُخرىٰ: اللزوم يستفاد من إطلاق الحكم بالصحّة لا من نفس الصحّة ليقال بأنّ الصحّة لا تلازم اللزوم، بل الحكم بالصحّة علىٰ الإطلاق واستمرار العقد حتّىٰ بعد البلوغ يلازم عدم الخيار ولزوم العقد، ولا يعارض

---

(١) من لا يحضره الفقيه ٤: ٣١٠ / ٥٦٦٥، وسائل الشيعة ٢٦: ٢٢٠ / ٣٢٨٦٥.

(٢) مسائل عليّ بن جعفر: ١١٢ / ٣١، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٦ / ٢٥٦٤٤.

مسألة ٥ : يشترط في صحّة تزويج الأب والجدّ ونفوذه عدم المفسدة ، وإلّا يكون العقد فضوليّاً كالأجنبي[١] ، ويحتمل عدم الصحّة بالإجازة أيضاً .

هذه الروايات سوىٰ خبر يزيد الكناسي الدالّ علىٰ أنّ الولد له الخيار ، فقال : « يا أبا خالد ، إنّ الغلام إذا زوّجه أبوه ولم يدرك كان بالخيار إذا أدرك وبلغ خمس عشر سنة . . . »[١] .

وقد عرفت أنّه ضعيف السند ؛ لأنّ يزيد الكناسي لم يعلم اتّحاده مع يزيد أبي خالد القمّاط الثقة .

نعم ، إذا كانت زوجته صغيرة أيضاً كان لهما الخيار ؛ لصحيح محمّد بن مسلم المتقدّم[٢] ، وممّا ذكرنا ظهر حال المجنون إذا أفاق ، فإنّ إطلاق الصحّة يقتضي اللزوم .

(١) ذكر في هذه المسألة فروعاً :

الأوّل : الظاهر أنّه لا خلاف في اعتبار عدم المفسدة في صحّة تزويج الأب والجدّ ونفوذه ، والولاية غير ثابتة لهما في مورد المفسدة ، ويمكن أن

---

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٨٢ / ١٥٤٤ ، الاستبصار ٣ : ٢٣٧ / ٨٥٥ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٨ / ٢٥٦٢٦ .

(٢) وهو : محمّد بن مسلم قال : سألت أبا جعفر عليه السلام : عن الصبيّ يزوّج الصبيّة ؟ قال : « إن كان أبوهما اللذان زوّجاهما فنعم جائز ، ولكن لهما الخيار إذا أدركا ، فإن رضيا بعد ذلك فإنّ المهر علىٰ الأب » .
تهذيب الأحكام ٧ : ٣٨٢ / ١٥٤٣ ، الاستبصار ٣ : ٢٣٦ / ٨٥٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٧ / ٢٥٦٢٥ .

. . . . . .

يستدلّ له ـ مضافاً إلىٰ التسالم وعدم الخلاف ـ بنفي الضرر، فإنّ حديث نفي الضرر حاكم علىٰ جميع الأدلّة، فما دلّ علىٰ ثبوت الولاية لهما محكوم بنفي الضرر ويقتصر بالولاية في مورد عدم المفسدة، وبالتعليل الوارد في صحيح أبي حمزة الوارد في أخذ الأب مال ابنه بمقدار الحاجة[1]، ممّا لا بدّ منه، معللاً بـ: «إنّ الله لا يحب الفساد»، والتعليل يشمل الأموال وغيرها.

وبروايتين معتبرتين:

معتبرة الفضل بن عبد الملك، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجدّ مرضيّاً جاز...»[2].

فإنّ المراد بالمرضيّ ـ ولو بمناسبة الحكم والموضوع ـ: مراعاته لمصلحة البنت وعدم إيقاعها في المفسدة بسبب التزويج.

وأمّا المرضيّ من غير هذه الجهة ـ كما لم يكن فاسقاً أو شارباً للخمر ونحو ذلك ـ فلا يناسب التزويج بالبنت؛ لأنّ رُبَّ رجل فاسق يراعي مصلحة البنت، فالمقصود من المرضي: كونه مرضيّاً في تزويجه البنت بأنّ لا يوقعها

---

(١) وهو: عن أبي حمزة الثمالي، عن أبي جعفر عليه السلام: «إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال لرجل: أنت ومالك لابيك».
قال أبو جعفر عليه السلام: «ما أحبّ أن يأخذ من مال ابنه إلّا ما احتاج إليه ممّا لا بدّ منه، إنّ الله لا يحب الفساد».
تهذيب الأحكام ٦: ٩٦٢/٣٤٣، الاستبصار ٣: ١٥٨/٤٨، وسائل الشيعة ١٧: ٢٢٤٨٠/٢٦٣.

(٢) الكافي ٥: ٥/٣٩٦، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٦٤/٣٩١، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٥٢/٢٩٠.

. . . . . .

في المفسدة .

ومعتبرة عبيد بن زرارة . . . فقال : «الجدّ أولىٰ بذلك ما لم يكن مضارّاً»[١] .

الفرع الثاني : إذا زوّج الأب أو الجدّ مع المفسدة يكون العقد فضوليّاً ، ويحكم بالصحّة إذا جاز الولد بعد البلوغ ، أو أنّه يحكم بالفساد بالمرّة ولا يقبل الصحّة حتّىٰ بالإجازة ، كما احتمله في المتن ، وذكر وجهه في المسألة الآتية ، وهي : ما لو زوّجها بدون مهر المثل .

والوجه الذي أشار إليه : هو أنّ العقد حال صدوره لا بدّ أن يكون قابلاً للصحّة ، وإلّا فلا يقبل الصحّة حتّىٰ بعد الإجازة ، والمفروض أنّ العقد حال صدوره ليس قابلاً للصحّة ؛ لأنّ الولي ليس له الولاية إذا كان العقد مشتملاً علىٰ المفسدة .

وأمّا الصبيّ ، فحال العقد غير قابل للإجازة .

وبعبارة أُخرىٰ : يعتبر في صحّة عقد الفضولي وجود المجيز حال صدور العقد ، والمفروض فقدانه في المقام .

---

(١) وهي : عن عبيد بن زرارة قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل ، ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر ؟

فقال : «الجدّ أولىٰ بذلك ما لم يكن مضارّاً إن لم يكن الأب زوّجها قبله ، ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ» .

الكافي ٥ : ١/٣٩٥ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٢٥٦٠/٣٩٠ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٨٩ / ٢٥٦٥٠ .

بل الأحوط مرعاة المصلحة .

بل يشكل الصحّة إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر[١] بحسب الشرف ، أو من أجل كثرة المهر أو قلّته بالنسبة إلىٰ الصغير ،فاختار الأب غير الأصلح لتشهّي نفسه .

أمّا الولي ، فليس له الإجازة ؛ لعدم ثبوت ولايته إذا كان العقد مشتملاً علىٰ الفساد .

وأمّا الصبيّ ، فهو غير قابل للإجازة .

وهذه المسألة مبتنية علىٰ صحّة الفضولي علىٰ القاعدة ، أو لأجل أدلّة خاصّة إن قلنا بأنّ صحّته لأدلّة خاصّة ، فلهذا الشرط مجال واسع ؛ لأنّ تلك الأدلّة الخاصّة واردة في مورد وجود المجيز حاصل صدور العقد ، فلا تشمل غيره ، وإن قلنا بالأوّل وأنّ صحتّه علىٰ القاعدة ، فلا مجال لهذا الشرط ؛ لأنّ الأمر اعتباري قابل للّحوق والالتصاق بالمجيز متىٰ أجاز فتحكم بالصحّة من زمان الانتساب إليه ، ومن المعلوم أنّ العقد إنّما ينتسب إليه ويكون العقد عقده إذا جاز ، غاية الأمر الإجازة أمّا كاشفة أو ناقلة ، فحينئذٍ لا موجب لاعتبار وجود المجيز حال العقد ، ولا يلزم أن يكون العقد قابلاً للإجازة حال العقد ، بل يكفي متىٰ صحّ انتسابه إلىٰ المجيز وكان واجداً للشرط وإن كان حين الصدور غير واجد للشرط ، وتفصيل ذلك موكول إلىٰ محلّه .

(١) الفرع الثالث : هل يعتبر وجود المصلحة في التزويج أم لا ؟

المشهور : اعتبار وجود المصلحة في تصرّف الولي في الأموال ؛ لظاهر قوله تعالىٰ : **﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِى هِىَ أَحْسَنُ﴾**[١] ، والخطاب

---

(١) سورة الأنعام ٦ : ١٥٢ .

مسألة ٦ : لو زوّجها الوليّ بدون مهر المثل ، أو زوّج الصغير بأزيد منه ، فإن كان هناك مصلحة تقتضي ذلك صحّ العقد ولزم[١] ، وإلّا ففي صحّة العقد وبطلان المهر والرجوع إلىٰ مهر المثل ، أو بطلان العقد أيضاً

وإن كان متوجّهاً إلىٰ الجدّ ـ لأنّه مع وجود الأب لا يصحّ إطلاق اليتيم ـ ولكن لا فرق بين الجدّ والأب من حيث اعتبار المصلحة أو عدمه في تصرّفاتهم ، وهل يعتبر وجود المصلحة في التصرّف في الأموال أم لا ؟

فيه بحث طويل عريض تعرّضنا إليه في محلّه .

وأمّا في خصوص المقام ، فالصحيح عدم اعتبار وجود المصلحة ؛ لإطلاق النصوص ، وممّا ذكرنا يظهر حال :

الفرع الرابع : وهو عدم اعتبار مراعاة الأصلح ؛ لإطلاق الأدلّة .

(١) إذا كان هناك مصلحة تقتضي ذلك ، لا ريب في صحّة العقد والمهر ؛ لإطلاق أدلّة الولاية وعدم ورود التخصيص عليها ، وإن لم تكن هناك مصلحة ، ففي صحّة العقد والمهر ولزومهما ، أو صحّة العقد وفساد المهر ، أو فسادهما أقوال ، نسب إلىٰ الشيخ صحّتهما ولزومهما[١] ؛ عملاً بإطلاق أدلّة الولاية .

وفيه ما لا يخفىٰ ؛ لما عرفت من عدم ثبوت الولاية في مورد المفسدة والضرر ، ودليل نفي الضرر حاكم علىٰ جميع الأدلّة ، وتنفىٰ الولاية في مورد الضرر ، فهذا القول باطل قطعاً ، وحينئذٍ يدور الأمر بين القولين الآخرين : صحّة العقد وفساد المهر ، أو فسادهما بالمرّة ؛ لعدم إمكان التفكيك بين صحّة

---

(١) كما في الخلاف ٤ : ٣٩٢ المسألة ٣٧ .

. . . . . .

العقد والمهر .

ذهب الشيخ الأنصاري إلىٰ صحّة العقد وفساد المهر[١] ؛ بدعوىٰ انحلال الأمر إلىٰ أمرين : التزويج ، والمهر الكذائي ، والذي فيه المفسدة والضرر هو المهر وولايته غير ثابتة فيه .

وأمّا أصل العقد ، فلا ضرر ولا مفسدة فيه ، فلا مانع من صحّته ونفوذه ، فتستحقّ الزوجة مهر المثل ، ولا مانع من التفكيك بين العقد والمهر .

وفيه : إنّ المنشأ ليس هو التزويج علىٰ الإطلاق ، وإنّما المقيّد بهذا المهر هو المنشأ ، والمفروض أنّ هذا المهر ضرر علىٰ البنت إذا كان أقلّ ، أو علىٰ الولد إذا كان أكثر ، هذا إذا كان للولد مال وكان المهر عليه .

وأمّا لو لم يكن له مال أو كان المهر علىٰ الأب ، فلا كلام في الصحّة .

والحاصل : لو كان هنا إنشاءان صحّ كلامه وأمكن التفكيك ، ولكن المفروض أنّه إنشاء واحد مقيّد بأمر ضرري ، وولايته إنّما تثبت في مورد عدم وجود الضرر ، وفي مورده لا ولاية له .

مضافاً إلىٰ أنّه لو قلنا بصحّة العقد وبطلان المهر خاصّة وثبوت مهر المثل ، فلا تطابق بين الإيجاب والقبول حتّىٰ إذا كان إنشاءين ، فيحكم بالبطلان من هذه الجهة ؛ لما ثبت في محلّه من اعتبار التطابق بين الإيجاب والقبول حتّىٰ في الأُمور الخارجيّة ، فضلاً عمّا يقتضيه العقد ، فلو قال : بعتك

---

(١) كتاب النكاح للشيخ الأنصاري ٢٠ : ١٧٣ طبع المؤتمر العالمي .

قولان ، أقواهما الثاني ، والمراد من البطلان عدم النفوذ ، بمعنىٰ توقّفه علىٰ إجازتها بعد البلوغ ، ويحتمل البطلان ولو مع الإجازة ، بناءً علىٰ اعتبار وجود المجيز في الحال (١) .

مسألة ٧ : لا يصحّ نكاح السّفيه المبذِّر إلّا بإذن الوليّ (٢) .

بمائة ، وقال : اشتريت بخمسين بطل البيع ، وكذا لو قال : بعتك بشرط أن تخيط ثوبي ، وقال : اشتريت بدون الشرط بطل البيع ، وكذا الحال في الفضولي إنّما يصحّ إذا تعلّقت الإجازة بنفس العقد الواقع عن الفضولي ، ولو اختلفا يحكم عليه بالفساد .

والحاصل : المعتبر تعلّق القبول أو الإجازة بما أنشأه الآخر .

وأمّا إذا تعلّق بأمر آخر ، لا يصحّ العقد ، فما ذكره المصنّف قدس سره من بطلان العقد والمهر معاً هو الصحيح .

(١) هل لهما الإجازة إذا بلغا ، أو يحكم بالبطلان حتّىٰ مع الإجازة ؟

يجري فيه ما تقدّم من اعتبار وجود المجيز حال العقد وحين وقوعه ، فيبطل ، وإلّا فهو قابل للصحّة بلحوق الإجازة ، وقد عرفت أنّه لا يعتبر وجود المجيز حال وقوع العقد ، وإنّما يعتبر وجوده حال الاستناد ، وهو زمان الإجازة .

(٢) الظاهر أنّ المراد بالسفيه : من لا يعلم صلاحه وفساده ، وعليه فإن أراد بالمبذِّر أمراً زائداً علىٰ معنىٰ السفاهة ، فلا دليل علىٰ اعتباره ، إلّا إذا كان القيد توضيحيّاً لا احترازياً .

وكيف كان ، الكلام في دليل ثبوت الولاية علىٰ السفيه في النكاح ، ربّما

.....

يستدلّ لذلك بأنّه لا إشكال في ثبوت الولاية عليه في الماليّات، كما نطق به الكتاب العزيز[١]، والنكاح مشتمل علىٰ التصرّف في المال من حيث المهر والنفقة، فالولاية ثابتة فيه.

وبعبارة أُخرىٰ: السفيه محجور عن التصرّف في الأموال والنكاح مشتمل علىٰ التصرّف في الأموال فيحجر عنه.

وفيه ما لا يخفىٰ، إذ يرد عليه:

أوّلاً: إنّ ذلك يوجب اختصاص الولاية علىٰ الولد، وأمّا البنت فلا؛ لعدم اشتغال ذمّتها بشيء من المال.

وثانياً: إنّ الممنوع هو تصرّف السفيه في الأموال الموجودة دون غير الموجودة، بأن يجعل نقوده أو داره مهراً، وأمّا إذا كان في الذمّة فلا تصرّف في المال ولا إجماع علىٰ عدم اشتغال ذمّة السفيه بالمال، وإنّما الإجماع قائم علىٰ عدم نفوذ تصرّفاته في الأموال الموجودة، بل يمكن التزويج والمهر والنفقة من الغير، ولا يلزم أن يكون المهر من الزوج نفسه.

والأولىٰ الاستدلال بصحيحة عبدالله بن سنان الواردة في الولد، وفيه: «إذا بلغ وكُتب عليه الشيء جاز عليه أمره، إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً»[٢].

---

(١) كقوله تعالىٰ: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْداً فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾، سورة النساء ٤: ٦.

(٢) وهي: عبدالله بن سنان، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سأله أبي-وأنا حاضر- عن اليتيم متىٰ يجوز أمره؟

وعليه أن يعيّن المهر والمرأة، ولو تزوّج بدون إذنه وقف علىٰ إجازته، فإن رأىٰ المصلحة وأجاز صحّ[1]، ولا يحتاج إلىٰ إعادة الصيغة؛ لأنّه ليس كالمجنون والصبيّ مسلوب العبارة، ولذا يصحّ وكالته عن الغير في إجراء الصيغة ومباشرته لنفسه بعد إذن الوليّ.

وأمّا بالنسبة إلىٰ البنت، فيدلّ عليه صحيح الفضلاء: «المرأة التي قد ملّكت نفسها غير السفيهة ولا المولّىٰ عليها تزويجها بغير ولي جائز»[1].

فيُعلم أنّ السفيهة تحتاج إلىٰ الولّي.

والحاصل: مجرّد الحجر علىٰ السفيهة في الأموال أجنبي عن ثبوت الولاية عليه في النكاح، فالمتعيّن الاستدلال بالخبرين المعتبرين؛ لثبوت الولاية عليه في النكاح.

(١) وبعد ثبوت الولاية للوليّ، عليه أن يعيّن المهر؛ لأنّ ذلك من شؤون الولاية، وليست الولاية علىٰ النكاح إلّا القيام بشؤونه من تعيين مقدار المهر والمرأة، ولا بدّ أن يكون النكاح بشؤونه بنظر الوليّ كولاية الأب علىٰ

↩ قال: «حتّىٰ يبلغ أشدّه».

قال: وما أشدّه؟

قال: «احتلامه».

قال: قلت: قد يكون الغلام ابن ثمان عشرة سنة أو أقلّ أو أكثر ولم يحتلم؟

قال: «إذا بلغ وكُتب عليه الشيء جاز أمره، إلّا أن يكون سفيهاً أو ضعيفاً».

الخصال: ٣/ ٤٩٥، وسائل الشيعة ١٨: ٤١٢/ ٢٣٩٠.

(١) الكافي ٥: ١/ ٣٩١، من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٣٩٧/ ٣٩٧، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٢٥/ ٣٧٧، الاستبصار ٣: ٨٣٧/ ٢٣٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥١٤٠/ ١٠٠.

مسألة ٨: إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليّات، لكن لا رشد له بالنسبة إلىٰ أمر التزويج وخصوصيّاته من تعيين الزوجة وكيفيّة الأمهار ونحو ذلك، فالظاهر كونه كالسفيه في الماليّات في الحاجة إلىٰ إذن الوليّ[1] وإن لم أر من تعرّض له.

الصغير أو علىٰ البكر.

لو تزوّج السفيه بدون إذن الولي وقف علىٰ إجازته، فإن أجاز صحّ، ولا يحتاج إلىٰ إعادة الصيغة، إذ لا دليل علىٰ سلب عبارته، ولا ينافي في صحّة عقده بالإجازة اللاحقة أو الإذن السابق ثبوت الولاية عليه، إذ معنىٰ الولاية عليه عدم نفوذ أمره وعقده وتصرّفه، لا عدم قابلية عقده للصحّة بالإجازة.

وبعبارة أُخرىٰ: ثبوت الولاية عليه لا يوجب سلب عبارته عن المعنىٰ، ولذا يصحّ وكالته عن الغير في إجراء الصيغة أو مباشرته لنفيه بعد إذن الوليّ.

(١) لأنّ الظاهر من صحيح الفضلاء -بمناسبة الحكم والموضوع-: إنّ المرأة التي ملّكت نفسها ولم تكن سفيهة في أمر التزويج تزويجها بغير ولي جائز[1].

وأمّا إذا كانت سفيهة في أمر التزويج، فيحتاج تزويجها إلىٰ الوليّ،

---

(١) وهي: عن ابن أبي عمير، عن عمر بن أُذينة، عن الفضيل بن يسار ومحمّد بن مسلم وزرارة بن أعين وبريد بن معاوية، عن أبي جعفر عليه السلام قال: «المرأة التي قد ملّكت نفسها غير السفيهة ولا المولّىٰ عليها تزويجها بغير ولي جائز».
الكافي ٥: ١/٣٩١، من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٩٧/٤٣٩٧، تهذيب الأحكام ٧: ٣٧٧/ ١٥٢٥، الاستبصار ٣: ٢٣٢/ ٨٣٧، وسائل الشيعة ٢٠: ١٠٠/ ٢٥١٤٠.

مسألة ٩: كلّ من الأب والجدّ مستقلّ في الولاية، فلا يلزم الاشتراك ولا الاستئذان من الآخر، فأيّهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محلٌّ للآخر[١]، ولو زوّج كلّ منهما من شخص.

فالسفيهة في أمر التزويج هي القدر المتيقّن من الرواية، ويتعدّىٰ إلىٰ السفيه في أمر التزويج؛ لعدم الفرق بينهما جزماً.

(١) لا ريب في استقلال كلّ من الجدّ والأب في الولاية، والنصوص في ذلك متضافرة، فأيُّهما سبق نفذ، ولم يبق محلّ للآخر.

فإذا زوّج أحدهما البنت نفذ أمر التزويج، ولا مجال لتزويجها ثانياً، وربّما استظهر من عبارة الجواهر التوقّف في ذلك؛ لأنّه قال ﵀ في شرح عبارة الشرائع: **لو اختار الأب زوجاً والجدّ آخر، فمن سبق عقده صحّ، وبطل الآخر.**

قال ﵀ في الشرح: بناءً علىٰ استقلال كلّ منهما بالولاية[١].

فإنّ قوله ﵀ بناءً... إلىٰ آخره، يشعر بالخلاف والتوقّف، ولكن الأمر ليس كذلك ولم يكن مراده من هذه العبارة التوقّف في الاستقلال؛ لأنّه يصرّح في آخر عبارته بقيام الإجماع علىٰ الاستقلال وتأثير السابق، بل يريد ﵀ من هذه العبارة: الاحتراز من اشتراك البنت البكر في الولاية مع الجدّ أو الأب.

فالمعنىٰ: إنّ عقد كلّ من الأب والجدّ إذا سبق يؤثّر وينفّذ بناءً علىٰ عدم اشتراك البنت البكر مع الأب والجدّ واستقلال كلّ من الأب والجدّ،

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٢٠٨.

فإن علم السابق منهما فهو المقدّم ولغي الآخر، وإن علم التقارن قدّم عقد الجدّ[١]، وكذا إذا جهل التاريخان[٢].

فالسابق ينفذ؛ لاستقلال كلّ منهما.

وأمّا إذا قلنا باشتراك البنت، فلا يؤثّر السابق المجرّد عن رضاها، فالاستقلال في قبال عدم اشتراك البنت.

وبالجملة: لا إشكال في استقلال كلّ منهما، فأيُّهما سبق ينفذ.

(١) وإذا تقارنا، فمقتضىٰ القاعدة هو البطلان؛ لعدم الترجيح، ولكن النصّ دلّ علىٰ تقديم الجدّ، كصحيح هشام بن سالم ومحمّد بن حكيم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا زوّج الأب والجدّ كان التزويج للأوّل، فإن كانا جميعاً في حال واحدة، فالجدّ أولىٰ»[١].

وإطلاق مفهوم عبيد بن زرارة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل، ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر؟

فقال: «الجدّ أولىٰ بذلك ما لم يكن مضارّاً إن لم يكن الأب زوّجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ»[٢].

فإنّ المستفاد من قوله: «إن لم يكن الأب زوّجها قبله»: إنّ تزويج الجدّ مقدّم في جميع الصور، إلّا في صورة واحدة وهي ما لو سبق تزويج الأب.

(٢) يبقىٰ الكلام فيما لو شكّ في التقدّم والتأخّر، ذكر قدس سره: إنّه إذا جهل

---

(١) الكافي ٥: ٣٩٥/ ٤، من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٩٥/ ٤٣٩٣، تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٠/ ١٥٦٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٩/ ٢٥٦٥.

(٢) الكافي ٥: ٣٩٥/ ١، تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٠/ ١٢٥٦٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٩/ ٢٥٦٥٠.

وأمّا إذا علم تاريخ أحدهما دون الآخر، فإن كان المعلوم تاريخ عقد الجدّ قدّم أيضاً، وإن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمل تقدّمه[١]، لكن الأظهر تقديم عقد الجدّ؛ لأنّ المستفاد من خبر عبيد بن زرارة أولويّة الجدّ ما لم يكن الأب زوّجها قبله، فشرط تقديم عقد الأب كونه سابقاً، وما لم يعلم ذلك يكون عقد الجدّ أولىٰ.

فتحصّل: إنّ اللّازم تقديم عقد الجدّ في جميع الصور، إلّا في صورة معلوميّة سبق عقد الأب.

التاريخان، أو كان المعلوم تاريخ عقد الجدّ قدّم عقد الجدّ في الصورتين.

(١) وإن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمل تقدّم عقد الأب؛ لأنّ المفروض كون تاريخ عقد الأب معلوماً، فلا يجري فيه الأصل، وإنّما يشكّ في تقدّم غيره عليه، والأصل عدم تقدّم عقد الغير عليه، ولكن عدل عن ذلك واختار تقدّم عقد الجدّ في هذه الصورة أيضاً؛ لخبر عبيد بن زرارة المتقدّم[١] الدالّ علىٰ تقدّم عقد الجدّ في جميع الصور، إلّا في صورة واحدة، وهي العلم بسبق عقد الأب عليه، وإلّا ما لم يحرز أسبقيته يحكم بعقد الجدّ.

وبعبارة أُخرىٰ: المستفاد من موثّق عبيد: أولويّة الجدّ ونفوذ عقده مطلقاً، والمستثنىٰ من ذلك: ما إذا أحرز كون عقد الأب سابقاً، وأصالة عدم سبق الأب تجري، ولا أثر للجهل بتاريخ عقد الجدّ؛ لأنّ استصحاب عدم عقد الجدّ لا يثبت سبق عقد الأب، إلّا علىٰ المثبت.

---

(١) في الهامش السابق.

ولو تشاحّ الأب والجدّ فاختار كلّ منهما واحداً، قدّم اختيار الجدّ[١].

وتوضيح ذلك: إنّه لا ريب في عدم اعتبار عنوان السبق في نفوذ عقد الجدّ؛ بدعوىٰ أنّ السبق واللحوق متضائفان، فلا بدّ من اعتبار السبق واللحوق، ولذا لو عقد الأب ولم يلحقه أي عقد صحّ ونفذ عقده، ولو كان عنوان السبق معتبراً لا بدّ من لحوقه بعقد الجدّ مثلاً، بل المعتبر -كما هو المستفاد من الموثّق-: إنّ عقد الجدّ نافذ علىٰ الإطلاق، إلّا إذا سبق عقد الأب فيتقدّم، ففي خصوص مورد المزاحمة بين عقد الجدّ وعقد الأب يحكم بصحّة عقد الجدّ مطلقاً، إلّا في مورد واحد، وهو كون الأب سابقاً، وهو عنوان وجودي لا يمكن إثباته بالأصل؛ لأنّه يكون مثبتاً حينئذٍ.

والحاصل: السبق بمعنىٰ أن يلحقه عقد الجد غير معتبر قطعاً، بل المعتبر في صحّة عقد الجدّ وتزويجه عدم سبق عقد الأب عليه، فالقيد عدمي، فلو شكّ عند صدور عقد الجدّ في أنّه هل سبقه عقد الأب أم لا؟

مقتضىٰ الأصل عدم صدور عقد الأب قبل الجدّ، وهذا بخلاف عقد الأب، فإنّ المعتبر فيه قيد وجودي، يعني صدور عقد الأب قبل عقد الجدّ، وأصالة عدم عقد الجدّ لا تثبت صدور عقد الأب قبله.

(١) ولو تشاحّ الجدّ والأب، وهوىٰ الجدّ رجلاً والأب رجلاً آخر، قدّم اختيار الجدّ وهواه؛ لعدّة روايات:

منها: صحيحة ابن مسلم: فإنّ هوىٰ أبوها رجلاً وجدّها رجلاً؟ فقال: «الجدّ أولىٰ بنكاحها»[١].

---

(١) وهي: عن محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو

ولو بادر الأب فعقد فهل يكون باطلاً، أو يصح ؟ وجهان، بل قولان[١] من كونه سابقاً فيجب تقديمه، ومن أنّ لازم أولويّة اختيار الجدّ عدم صحّة خلافه، والأحوط مرعاة الاحتياط.

ونحوها موثقتي عبيد بن زرارة[١].

(١) ولو أراد الجدّ تزويجها برجل ولكن بادر الأب وسبق وزوّجها برجل آخر، فهل يكون باطلاً أو يصحّ ؟ وجهان، بل قولان:

ذهب جماعة إلىٰ الصحّة[٢]؛ لسبقه، وهذا المقدار من المخالفة مع الجدّ غير ضائر بصحّة العقد، فإطلاق نفوذ عقد الأوّل محكّم وإن كان الجدّ

جائز علىٰ ابنه، ولابنه أيضاً أن يزوّجها».

فقلت: فإنّ هوىٰ أبوها رجلاً وجدّها رجلاً ؟

فقال: «الجدّ أولىٰ بنكاحها».

الكافي ٥: ٢/٣٩٥، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٦١/٣٩٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٩/ ٢٥٦٤٩.

(١) **الأُولىٰ**: عن عبيد بن زرارة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل، ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر ؟

فقال: «الجدّ أولىٰ بذلك ما لم يكن مضارّاً إن لم يكن الأب زوّجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ».

الكافي ٥: ١/٣٩٥، تهذيب الأحكام ٧: ١٢٥٦٠/٣٩٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٩/ ٢٥٦٥٠.

والثانية: عن عبيد بن زرارة، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا زوّج الرجل ابنة ابنه فهو جائز علىٰ ابنه»، قال: «ولابنه أيضاً أن يزوّجها، فإن هوىٰ أبوها رجلاً وجدّها رجلاً فالجدّ أولىٰ بنكاحها».

تهذيب الأحكام ٧: ١٥٤٧/٣٨٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩١/ ٢٥٦٥٥.

(٢) كالشهيد الثاني في مسالك الأفهام ٧: ١٦٩.

. . . . . .

يهوىٰ شخصاً آخر.

وذهب بعضهم إلىٰ البطلان، ويظهر من صاحب الجواهر وجود القائل به، ولكنّه قول نادر؛ لقوله قدس سره: وقد يقال ببطلان عقده حينئذٍ؛ لأولويّة الجدّ منه في هذا الحال[1].

فإنّ التعبير بقوله: قد يقال، مشعر بالندرة والقلّة، ولا يبعد صحّة هذا القول؛ لأنّ أولويّة الجدّ معناها: سقوط ولاية الأب في مقام التشاحّ، فإنّ المتفاهم من الأولويّة ـحسب المتفاهم العرفيـ: سلب الولاية عن الأب في مقام التزاحم والتشاحّ مع الجدّ، كما هو المتفاهم من استعمال لفظ الأولىٰ في غير المقام، وعليه لا بدّ من تقييد إطلاق صحيحة هشام[2] وغيره[3] الدالّة علىٰ صحّة السابق بغير هذه الصورة؛ لما عرفت من أنّ لازم أولويّة اختيار الجدّ عدم صحّة خلافه وعدم مزاحمته، وحمل الأولويّة علىٰ الاستحباب أو

---

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٢٠٩.

(٢) وهي: عن صحيح هشام بن سالم ومحمّد بن حكيم، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إذا زوّج الأب والجدّ كان التزويج للأوّل، فإن كانا جميعاً في حال واحدة، فالجدّ أولىٰ».
الكافي ٥: ٣٩٥/ ٤، من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٩٥/ ٤٣٩٣، تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٠/ ١٥٦٢، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٩/ ٢٥٦٥.

(٣) كما عن عبيد بن زرارة قال: قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل، ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر؟
فقال: «الجدّ أولىٰ بذلك ما لم يكن مضارّاً إن لم يكن الأب زوّجها قبله، ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ».
الكافي ٥: ٣٩٥/ ١، تهذيب الأحكام ٧: ٣٩٠/ ١٢٥٦٠، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٩/ ٢٥٦٥٠.

ولو تشاحّ الجدّ الأسفل والأعلىٰ هل يجري عليهما حكم الأب والجدّ أو لا ؟ وجهان ، أوجههما الثاني ؛ لأنّهما ليسا أباً وجدّاً ، بل كلاهما جدّ ، فلا يشملهما ما دلّ علىٰ تقديم الجدّ علىٰ الأب[1] .

علىٰ مجرّد التكليفيّة في مورد الاقتران بين العقدين خلاف الظاهر ، فيشكل عقد الأب في صورة التشاحّ وإن كان سابقاً .

(١) بعدما عرفت من أولويّة الجدّ علىٰ الأب ، وتقديم الجدّ علىٰ عقد الأب في صورة اقتران العقدين ، بل وتقديم هوىٰ الجدّ في صورة التشاحّ ، فهل يجري هذا الحكم علىٰ الجدّ الأعلىٰ والأسفل أو لا ؟

وجهان ، أوجههما الثاني ، وأنّ الحكم لا يشمل الجدّين ؛ لأنّهما ليسا أباً وجدّاً ، بل كلاهما جدّ ، فلا يشملهما ما دلّ علىٰ تقديم الجدّ علىٰ الأب ؛ لاختصاصه بالجدّ الأسفل والأب .

وقد يقال : بالإلحاق ، وأنّ الجدّ الأعلىٰ والأسفل كالجدّ والأب ، وحال الجدّ الأعلىٰ بالنسبة إلىٰ الأسفل كحال الجدّ بالنسبة إلىٰ الأب ، فإنّ مقتضىٰ التعليل الوارد في روايتين : إنّ الجدّ الأعلىٰ يتقدّم علىٰ الأدنىٰ ؛ لأنّ الجدّ الأدنىٰ ولد للأعلىٰ ، وهو وماله لأبيه وهو الأعلىٰ ، والتعليل يقتضي التعدّي إلىٰ الجدّين وعدم اختصاص الحكم بالجدّ والأب ، فإحدىٰ الروايتين :

رواية عبيد بن زرارة ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «إنّي لذات يوم عند زياد بن عبدالله[1] ، إذ جاء رجل يستعدي علىٰ أبيه ، فقال : أصلح الله الأمير

---

(١) في الكافي : زياد بن عبيد الله الحارثي .

. . . . . .

إنّ أبي زوّج ابنتي بغير إذني ؟

فقال زياد لجلسائه الذين عنده : ما تقولون فيما يقول هذا الرجل ؟

فقالوا : نكاحه باطل .

قال : ثمّ أقبل عَلَيَّ ، فقال : ما تقول يا أبا عبدالله ؟

فلمّا سألني أقبلت علىٰ الذين أجابوه ، فقلت لهم : أليس فيما تروون أنتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّ رجلاً جاء يستعديه علىٰ أبيه في مثل هذا ، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله : أنت ومالك لأبيك ؟

قالوا : بلىٰ .

فقلت لهم : فكيف يكون هذا وهو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه ؟!

قال : فأخذ بقولهم وترك قولي»[1] .

وقوله : «أنت ومالك» يقرأ بفتح اللّام ، وحرف «ما» من الموصولة ، أي كلّ ما يكون لك من الولاية وغيرها لأبيك ، ولو كان المراد من «مالك» بمعنىٰ المال وبضمّ اللّام لا تدلّ الرواية علىٰ ولاية الجدّ بالنسبة إلىٰ بنت الابن .

وبالجملة : يستفاد من الرواية : جريان حكم الجدّ والأب علىٰ الجدّين ؛ لأنّ الجدّ الأدنىٰ ولد للجدّ الأعلىٰ ، والتعليل يشمل الجدّين أيضاً .

وفيه : لا دلالة في الرواية علىٰ تقديم عقد الجدّ الأعلىٰ علىٰ الأدنىٰ في صورة اقتران العقدين ولا علىٰ تقديم هوىٰ الجدّ في صورة التشاحّ ، وإنّما تدلّ الرواية علىٰ ثبوت الولاية للجدّ الأعلىٰ ، وأنّه لا تختصّ الولاية بالأب ،

---

(١) الكافي ٥ : ٣/٣٩٥ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٥٦٥٣/٢٩٠ .

. . . . . .

وأنّ النكاح الصادر منه صحيح، كما أنّ نكاح الأب صحيح، وأمّا إذا تقارن العقدان أيُّهما يتقدّم أو يسقطان، فلا يستفاد من الرواية.

فغاية ما تدلّ عليه الرواية: ثبوت الولاية للجدّ، وأنّ كلّ ما كان للأب أن يفعله فللجدّ ذلك ولقدم مقامه.

علىٰ أنّ الرواية ضعيفة السند بسهل بن زياد.

الرواية الثانية: صحيحة عليّ بن جعفر، عن أخيه موسىٰ بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته، فهوىٰ أن يزوّج أحدهما وهوىٰ أبوه الآخر، أيُّهما أحقّ أن ينكح؟

قال: «الذي هوىٰ الجدّ أحقّ بالجارية؛ لأنّها وأباها للجدّ»[1].

فإنّ عموم التعليل ـ طبعاً ـ يدلّ علىٰ تقديم الجدّ الأعلىٰ علىٰ الجدّ الأدنىٰ؛ لأنّ كلّ ولد لوالده، كما أنّ والد البنت لأبيه، كذلك الجدّ القريب لأبيه، وهو الجدّ الأعلىٰ.

هذا، ولكن الرواية لا تدلّ علىٰ تقديم الجدّ الأعلىٰ علىٰ الجدّ الأسفل في تقارن عقدهما وكون الجدّ الأسفل للجدّ الأعلىٰ؛ لأنّه ولده لا دلالة فيه علىٰ تقديم الأعلىٰ في التقارن، كما هو محلّ الكلام، بل يكون عقدهما حينئذٍ من باب التزاحم.

وغاية ما تدلّ عليه الرواية: ثبوت أحد الحكمين المتقدّمين دون

---

(١) قرب الإسناد: ١١٢٨/٢٨٥، مسائل عليّ بن جعفر: ١٩/١٠٩، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٩١/ ٢٥٦٥٦.

. . . . . .

الثاني ، فالتعليل أجنبيّ بالنسبة إلىٰ تقارن العقدين .

بل الظاهر أنّه لم يحكم في الرواية بتقديم هوىٰ الجدّ علىٰ أبيه ، بل حكم بأنّ الرجل الذي خطب البنت وهواه الجدّ مقدّم علىٰ الرجل الآخر ، فالتقدّم في الزوج وهو أحقّ بالجارية .

وقد ذكرنا أنّ كلامنا في الولاية المستقلّة ، أي الولاية علىٰ الصغيرة ، وأمّا في مورد الولاية غير المستقلّة كالكبيرة البكر لا أثر لهذا الكلام ؛ لأنّ الاختيار للبنت تختار أيّاً من الرجلين شاءت سواء تقارن العقدان أو تقدّم أحدهما علىٰ الآخر ، ولا يُلزم البنت باختيار ما عقد جدّها أو أبوها ، ولكن من الأفضل أن تختار ما اختاره الجدّ ، كما صرّح بذلك في بعض الروايات[1] .

والظاهر أنّ مورد الصحيحة البالغة البكر التي تكون الولاية عليها غير مستقلّة ، وليس موردها الصغيرة التي تكون الولاية عليها مستقلّة ؛ لما ذكرنا من أنّه لم يذكر في الرواية تقدّم ولاية الجدّ الأعلىٰ علىٰ الجدّ الأدنىٰ ، بل قال : «إنّ الزوج الذي هواه الجدّ أحقّ بالجارية» ، وهو أولىٰ وأحقّ أن يزوّج الجارية ، ولم يذكر فيها الصغيرة ، كما يظهر من قوله : يخطبان ، فإنّ الغالب

---

(١) **منها** : صحيح الفضل بن عبد الملك ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجدّ مرضيّاً جاز» .

قلنا : فإنّ هوىٰ أبو الجارية هوىٰ ، وهوىٰ الجدّ هوىٰ وهما سواء في العدل والرضا ؟

قال : «أحبّ أن ترضىٰ بقول الجدّ» .

الكافي ٥ : ٣٩٦ / ٥ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٩١ / ١٥٦٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٠ / ٢٥٦٥٢ .

مسألة ١٠: لا يجوز للوليّ تزويج المولّىٰ عليه بمن به عيب، سواء كان من العيوب المجوّزة للفسخ أو لا؛ لأنّه خلاف المصلحة[١].

نعم، لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز، وحينئذٍ لا خيار له ولا للمولّىٰ عليه إن لم يكن من العيوب المجوّزة للفسخ، وإن كان منها، ففي ثبوت الخيار للمولّىٰ عليه بعد بلوغه أو إفاقته، وعدمه ـ لأنّ المفروض إقدام الوليّ مع علمه به ـ وجهان، أوجههما الأوّل[٢]؛

خطبة البالغة الرشيدة.

والحاصل: محلّ كلامنا في مورد الولاية المستقلّة ونفوذ كلّ منهما إذا سبق، ومورد الرواية هو البكر البالغة، وتدلّ الرواية علىٰ أنّ الزوج الذي هواه الجدّ أحقّ بالجارية، بمعنىٰ أنّ الآخر لا ولاية له، بل الرواية في مقام بيان أنّ الزوج الذي هواه الجدّ أحقّ بالبنت.

نعم، الأفضل للبالغة أن تختار ما اختار لها الجدّ؛ لعموم التعليل.

(١) ذكر في هذه المسألة أُموراً:

الأمر الأوّل: إذا زوّج الولي المولّىٰ عليه بمن به عيب، سواء كان من العيوب المجوّزة للفسخ أو لا، يكون العقد باطلاً إن لم يكن فيه مصحلة، ويريد ﷺ من عدم المصلحة ـ ولو بمناسبة الحكم والموضوع ـ: وجود المفسدة؛ لأنّه ضرر علىٰ الطفل، فإنّ الولاية في مورد المفسدة غير ثابتة.

(٢) الثاني: إذا اقتضت المصلحة تزويجها بمن فيه عيب، كما إذا كانت البنت مريضة وكان الزوج طبيباً وتوقّف علاجها ذلك، فحينئذٍ لا إشكال في نفوذ النكاح، فإن لم يكن العيب من العيوب الخياريّة، فالعقد نافذ ولا

.....

يثبت الخيار أصلاً، وإن كان من العيوب الخياريّة، فهل يثبت الخيار للمولّىٰ عليه إذا بلغ أم لا؟

اختار في المتن ثبوت الخيار؛ لأنّ الولاية غاية ما تقتضيه هو الحكم بالصحّة، وأمّا ثبوت الخيار وعدمه، فدليل الصحّة أجنبي عن ذلك، وإطلاق أدلّة تلك العيوب محكّم ولا مانع من شمولها للمقام، ولا مانع من الخيار له إذا بلغ.

والحاصل: صحّة العقد لا تلازم سقوط الخيار، وأدلّة الولاية إنّما تقتضي صحّة العقد، وأمّا سقوط الخيار بدعوىٰ إن عليم الوكيل بمنزلة علم الموكل أو علم الولي بمنزلة علم المولّىٰ عليه، كما أنّ فعل الوكيل فعل الموكل، فلا يمكن ثبوت الخيار للمولّىٰ عليه إذا بلغ لسقوطه بالعلم بالعيب.

وفيه: إنّ غاية ما يستلزم من الوكالة أو الولاية كون فعله فعل الموكل، وفعل الوليّ فعل المولّىٰ عليه، ولا دليل علىٰ أنّ علم الوكيل بمنزلة علم الموكل، فلو علم الوكيل بالعيب دون الموكل لا يوجب ذلك سقوط الخيار عن الموكل، كما إذا وكّله في تزويج امرأة معيّنة أو غير معيّنة وزوّج له امرأة معيبة لا يوجب ذلك سقوط الخيار عن الموكل.

والحاصل: لا ريب في أنّه لا دليل علىٰ أنّ علم الوكيل بمنزلة علم الموكل.

نعم، فعله فعله، وبيع الوكيل بمنزلة بيع الموكل، وأمّا قيام علمه مقام علم الموكل فلا دليل عليه أيضاً، إلّا في بعض الموارد، كخيار الغبن، فإنّ

لإطلاق أدلّة تلك العيوب ، وقصوره بمنزلة جهله[١] ، وعلم الوليّ ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولّىٰ عليه ، وغاية ما تفيد المصلحة إنّما هو صحّة العقد فتبقىٰ أدلّة الخيار بحالها .

علم الوكيل بالغبن بمنزلة علم الموكل بالغبن فلا يثبت الخيار ، فالوكيل أو الوليّ إذا اشترىٰ شيئاً مع علمه بالغبن وكانت المصلحة مقتضية له ، لا يثبت له الخيار حتّىٰ بعد البلوغ .

والسرّ في ذلك : إنّ خيار الغبن منشأه الشرط الضمني ، فإنّه ضمن البيع يبنيان علىٰ التساوي بين العوضين ، التحفّظ علىٰ المالية ، وعدم الاختلاف وعدم التفاوت ، إلّا بمقدار يسير .

فإذا أقدم الوكيل أو الوليّ مع علمه بالتفاوت ، فقد ألغىٰ هذا الشرط الضمني ، ومعه لا أساس لثبوت خيار الغبن .

وأمّا إذا كان الحكم ثابتاً في مورد وكان موضوعه العلم ومقيّداً به كعلم الزوج أو الزوجة ، فلا دليل علىٰ أنّ علم الوكيل عنه أو الولي عليه بمنزلة علم الموكل أو المولّىٰ عليه .

وبالجملة : صحّة العقد ونفوذه شيء ، وثبوت الخيار لأسبابه للمولّىٰ عليه شيء آخر ، ولا ملازمة بين صحّة العقد ونفوذه وبين سقوط الخيار .

(١) الأمر الثالث : ثمّ ذكر المصنّف : إنّ علم الصبيّ أو الصبيّة بالعيب لا أثر له ، وقصوره بمنزلة جهله ، ولا يلزم الصبي بشيء ، ولا يؤخذ بأي شيء ، وعلمه كلا علم ، كما أنّ فعله كلا فعل ؛ لحديث رفع القلم[١] عنه .

---

(١) وهو : عن ابن ظبيان قال : أُتي عمر بامرأة مجنونة قد زنت ، فأمر برجمها .
فقال عليّ عليه السلام : «أما علمت أن القلم يرفع عن ثلاثة : عن الصبي حتّىٰ يحتلم ، وعن

.....

والصحيح ما في المتن من الحكم بالصحّة وثبوت الخيار للصبيّ، بل يمكن ثبوت الخيار للوليّ أيضاً؛ لأنّه وليّ على الطفل، وله أن يفسخ العقد إذا اقتضت المصلحة.

فتحصّل من جميع ما ذكرنا: إنّ صحّة العقد لا تلازم عدم الخيار، فإنّ العقد يحكم عليه بالصحّة؛ لأدلّة الولاية، وثبت الخيار؛ لإطلاق دليله، وعلم الولي بالعيب لا أثر له في سقوط الخيار؛ لأنّ مقتضى الولاية كون فعل الوليّ فعل المولّى عليه، كما أنّ الوكالة تقتضي أن يكون فعل الوكيل فعل الموكل.

وأمّا علم الوليّ أو الوكيل بمنزلة علم الموكل والمولّى عليه فلا دليل عليه.

نعم، لو كان علم الوكيل أو الوليّ يؤثّر تكوّنيّاً في سقوط شيء وعدمه يكون علمه كعلم الموكل، كما هو الحال في خيار الغبن، فإنّ خيار الغبن منشأه بناء المتعاملين على تساوي الماليّة بين العوضين على نحو الشرط الضمني الارتكازي، فلو كان الوكيل عالماً بالتفاوت الفاحش ومع ذلك أقدم على المعاملة، فقد ألغى هذا الشرط ولم يكن الشرط الضمني موجوداً تكوّنيّاً، فلا موضوع للخيار.

وهذا بخلاف المقام؛ لأنّ ثبوت الخيار فيه لأجل ما يقتضيه من إطلاق الأدلّة ولا دليل على أنّ علم الوليّ بالغيب كعلم المولّى عليه.

فإذاً لا مانع من ثبوت الخيار للمولّى عليه وإن كان الوليّ عالماً بالغيب،

المجنون حتّى يفيق، وعن النائم حتّى يستيقظ؟!».

الخصال: ٩٣ / ٤٠، وسائل الشيعة ١: ٤٥ / ٨١.

بل ربّما يحتمل ثبوت الخيار للوليّ ـ أيضاً ـ من باب استيفاء ما للمولّىٰ عليه من الحقّ ، وهل له إسقاطه أم لا ؟ مشكل ، إلّا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك[١] .

وأمّا إذا كان الوليّ جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلّا بعد العقد ، فإن كان من العيوب المجوّزة للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار له وللمولّىٰ عليه إن لم يفسخ ، وللمولّىٰ عليه فقط إذا لم يعلم به الوليّ إلىٰ أن بلغ أو أفاق .

وإن كان من العيوب الأُخر فلا خيار للوليّ ، وفي ثبوته للمولّىٰ عليه وعدمه وجهان ، أوجههما ذلك ؛ لأنّه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج ، بل يمكن أن يقال : إنّ العقد فضوليّ حينئذٍ ، لا أنّه صحيح وله الخيار[٢] .

وإذا ثبت الخيار للمولّىٰ عليه يثبت الخيار بالملازمة للوليّ أيضاً ، وإن كان عالماً ؛ لأنّه وليّ عليه ، وكلّ ما كان للمولّىٰ عليه كان للوليّ ، ولو كان الصبيّ المولّىٰ عليه عالماً بالعيب لا أثر له ؛ لأنّ قصوره بمنزلة جهله وعلمه كلا علم .

(١) **الرابع** : هل للوليّ إسقاط الخيار قبل البلوغ كما أنّ المولّىٰ عليه له ذلك بعد البلوغ ، أم ليس له إسقاطه ؟

ذكر في المتن : إنّه مشكل ، إلّا إذا كان هناك مصلحة ملزمة لذلك ، وأمّا إذا لم تكن مصلحة ، فليس له الإسقاط ؛ لأنّه تفويت للمصحلة علىٰ المولّىٰ عليه وإضرار عليه .

(٢) **الخامس** : إذا كان الولي جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلّا بعد العقد ،

.....

فقد يفرض أنّه من العيوب الخياريّة، وقد يفرض أنّه من العيوب غير الخياريّة.

أمّا الأوّل: فالظاهر ثبوت الخيار له قبل بلوغ الطفل؛ لأنّ في الخيار مصلحة، بل التحمّل والصبر إلىٰ أن يبلغ فيه مفسدة، فلا موجب لسقوطه، كما أنّه يثبت للمولّىٰ عليه إن لم يفسخ الوليّ، وإن لم يعلم به الوليّ إلىٰ أن أفاق وبلغ يثبت الخيار لخصوص المولّىٰ عليه.

وأمّا الثاني-وهو ما كان العيب من العيوب الأُخر التي لا توجب الخيار-:

ذكر قدس سره: إنّه لا خيار للوليّ؛ لأنّ الزوج المولّىٰ عليه لو كان مباشراً وبالغاً لا خيار له، فكيف بالوليّ الذي هو فرع سلطنة المولّىٰ عليه.

وفي ثبوته للطفل بعد البلوغ وعدمه وجهان، اختار في المتن ثبوت الخيار له؛ لأنّه يكشف عن عدم المصلحة ووجود المفسدة في التزويج، بل يمكن أن يقال: إنّ العقد حينئذٍ فضولي ويتوقّف علىٰ إجازته بعد البلوغ، لا أنّه صحيح وله الخيار.

والذي ينبغي أن يقال: إنّ فرض عدم المفسدة في هذا العقد وإن لم تكن فيه مصحلة يحكم عليه بالصحّة، ولا خيار للمولّىٰ عليه؛ لأنّ الخيار إنّما ثبت في عيوب خاصّة.

وبالجملة: لا مانع من الحكم بصحّة العقد إذا لم تكن فيه مفسدة وإن لم تكن فيه مصلحة؛ لما تقدّم من أنّ المعتبر في صحّة العقد عدم المفسدة

مسألة ١١ : مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولىٰ .

مسألة ١٢ : للوصيّ أن يزوِّج المجنون المحتاج إلىٰ الزواج ، بل الصغير أيضاً[١] .

فيه ، لا وجود المصلحة فيه .

وإن كان العقد ذات مفسدة لا يمكن الحكم بصحّته من أوّل الأمر ، بل هو فاسد من الأوّل ، فالجمع بين الحكم بالصحّة وثبوت الخيار ممّا لا يمكن .

وبعبارة أُخرىٰ : الحكم بصحّة العقد يتوقّف علىٰ عدم وجود المفسدة فيه ، فإذا كان صحيحاً فلا خيار له ، وإن كانت فيه المفسدة فالعقد فاسد من أوّل الأمر وحكمه حكم الفضولي ، ولا معنىٰ لجريان الخيار فيه .

(١) يقع الكلام في مقامين :

أحدهما : في ولاية الوصيّ علىٰ المجنون .

ثانيهما : ولايته علىٰ الصغير .

أمّا المقام الأوّل :

الظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب في ولاية الوصيّ علىٰ المجنون ، وإنّما وقع الخلاف بينهم في الجنون المنفصل .

وبالجملة : يظهر منهم الاتّفاق علىٰ ولايته علىٰ المجنون المتّصل جنونه بالصغر ، أي من بلغ فاسد العقل .

وأمّا إذا جُنَّ بعد البلوغ ، فلم يظهر منهم الاتّفاق علىٰ ذلك .

وكيف كان ، لا ريب في ثبوت الولاية علىٰ المجنون للوصيّ في

. . . . . .

الجملة، ولا يخفىٰ أنّه لا يمكن إثبات ولايته بدليل خاصّ، والعمدة في ذلك بعض الآيات الواردة في نفوذ الوصيّة بعد ضمّ بعضها إلىٰ بعض.

ويستفاد من مجموع ذلك: ولايته، قال الله تعالىٰ: ﴿**كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ ٱلْمَوْتُ إِن تَرَكَ خَيْرًا ٱلْوَصِيَّةُ لِلْوَٰلِدَيْنِ وَٱلْأَقْرَبِينَ بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى ٱلْمُتَّقِينَ * فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَآ إِثْمُهُ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ إِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ * فَمَنْ خَافَ مِن مُّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا فَأَصْلَحَ بَيْنَهُمْ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ**﴾[1].

فإنّ المستفاد من هذه الآيات: نفوذ الوصيّة مطلقاً، وعدم جواز تبديلها وتغييرها، فإنّ صدر الآية وإن كان في خصوص الأموال ولكن قوله تعالىٰ: ﴿**فَمَن بَدَّلَهُ**﴾ يدلّ علىٰ عدم جواز تبديل مطلق الوصيّة، والمورد غير مخصّص، إلاّ الوصيّة بالإثم أو ما يستلزم الحرمان والجنف والجور والإضرار.

فإذا وصّىٰ الأب أو الجدّ بتزويج ولده المجنون يجب علىٰ الوصيّ تنفيذ وصيّته، وقد استشهد في الروايات الكثيرة بهذه الآية[2] علىٰ نفوذ

---

(١) سورة البقرة ٢: ١٨٠ ـ ١٨٢.

(٢) كما عن محمّد بن مسلم، قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل أوصىٰ بماله في سبيل الله؟

قال: «أعطه لمن أوصىٰ له به وإن كان يهودياً أو نصرانيّاً، إنّ الله عزّ وجلّ يقول: ﴿**فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى ٱلَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ**﴾».

الكافي ٧: ١/١٤، من لا يحضره الفقيه ٤: ٥٤٦٢/٢٠٠، تهذيب الأحكام ٩: ٨٠٨/٢٠٣، الاستبصار ٤: ٤٨٨/١٢٩، وسائل الشيعة ١٩: ١٤٧٢٢/٣٣٧، وفيه: سألت أبا جعفر عليه السلام، بدل: سألت أبا عبدالله عليه السلام.

وانظر: وسائل الشيعة ١٩: ٢٤٧٤٧/٣٥٢ ـ ٢٤٧٤٨.

. . . . . .

الوصيّة مطلقاً.

وبالجملة: المستفاد من الآية الكريمة والروايات الواردة في تفسيرها والتي استشهدت بها: وجوب العمل بالوصيّة ونفوذها على الإطلاق في الأموال وغيرها، إلّا ما استثناه في الآية من الوصيّة بالجنف والإثم، ولا فرق في نفوذ الوصيّة بين الوصيّة بالأموال والأولاد، ويؤكّده عدّة روايات دالّة على وجوب نفوذ الوصيّة، وقد استشهد فيها بالآية الكريمة.

ثمّ إنّه لا ينبغي الإشكال في ثبوت ولايته على المجنون المنفصل، كولايته على المتّصل؛ وذلك لأنّ الولاية الثابتة للأب أو الجدّ لا تختصّ بالمتّصل، بل تعمّ المتّصل والمنفصل، فإذا كان هذا الحقّ ثابتاً له في حال حياته، فله تفويضه إلى الغير بعد مماته.

وبالجملة: ما كان له في حال حياته له أن يفوّضه إلى الغير بعد مماته بالوصيّة، والمفروض ثبوت ولاية الأب أو الجدّ على المجنون المنفصل وعدم اختصاصها بالمتّصل، ولا موجب بالتقييد بالمتّصل.

نعم، لو قلنا باختصاص ولايته في حال حياته بالمتّصل دون المنفصل ليس له الوصيّة بالمنفصل؛ لتقييد ولايته بالمتّصل.

والحاصل: العمدة في ثبوت الولاية للوصيّ الآية الشريفة الدالّة على نفوذ الوصيّة مطلقاً سواء كانت بالنسبة إلى الأموال أو الأولاد، حتّى بالنسبة إلى المجنون المنفصل، فحال الوصيّ حال الأب أو الجدّ الموصي.

وقد يتوهمّ أنّ الروايات المفسّرة للآية كلّها في المال، فلا دليل على

. . . . . .

نفوذ الوصيّة في غير الأموال[١].

وبعبارة أُخرىٰ: المنصرف من الآية بضميمة الروايات المفسّرة لها: الإيصاء بما ترك من المال، لا بما يتعلّق بغيره من التصرّف في شؤونه، فإنّه خارج عن منصرف الآية.

وفيه: أوّلاً: إنّ إطلاق الآية يدفعه وإن كان صدرها في المال؛ لأنّ المراد بالخير المال، ولكن قوله تعالىٰ: ﴿**فَمَن بَدَّلَهُ**﴾ يدلّ علىٰ وجوب تنفيذ الوصيّة وعدم جواز تبديل الإيصاء وتغييره، ومجرّد ورود الآية في مورد المال أو في خصوص الوالدين والأقربين لا يوجب التخصيص بذلك؛ لأنّ المورد غير مخصّص، والمنبع إطلاق قوله تعالىٰ: ﴿**فَمَن بَدَّلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ**﴾.

وثانياً: إنّه يستفاد من روايتين وردتا في باب الوصيّة بالمضاربة إحداهما معتبرة[٢]، والأُخرىٰ غير معتبرة[٣]: لزوم تنفيذ الوصيّة سواء

---

(١) أُنظر مستمسك العروة الوثقىٰ ١٤: ٤٧٣.

(٢) وهي: عن محمّد بن مسلم، عن أبي عبدالله عليه السلام أنه سئل عن رجل أوصىٰ إلىٰ رجل بولده وبمال لهم وأذن له عند الوصيّة أن يعمل بالمال، وأن يكون الربح بينه وبينهم؟ فقال: «لا بأس به من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حيّ».
الكافي ٧: ٦٢ / ١٩، من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٣٧ / ٥٥٣٨، تهذيب الأحكام ٩: ٢٣٦ / ٩٢٠، وسائل الشيعة ١٩: ٤٢٧ / ٢٤٨٨٥.

(٣) وهي: عن خالد الطويل قال: دعاني أبي حين حضرته الوفاة، فقال: يا بنيّ اقبض مال أُخوتك الصغار واعمل به، وخذ نصف الربح واعطهم النصف، وليس عليك

. . . . . .

كانت في الأموال أم في غيرها، حيث علّل لزوم التنفيذ فيهما بأنّ الأب قد أذن له وهو حيّ.

فيُعلم: إنّ كلّ ما كان للأب حال حياته له تفويضه إلىٰ الغير والإيصاء به بعد مماته، فقال عليه السلام: «لا بأس» من أجل أنّ أباه قد أذن له في ذلك وهو حيّ.

وممّا يؤكّد ثبوت الولاية للوصيّ في النكاح الروايات التي ذكرت الوصي في جملة الذين بيدهم عقدة النكاح[1].

والمراد بالوصيّ في هذه الروايات بمناسبة الحكم والموضوع هو

ضمان، فقدّمتني أُمّ ولد بعد وفاة أبي إلىٰ ابن أبي ليلىٰ، فقالت: إن هذا يأكل أموال ولدي، قال: فاقتصصت عليه ما أمرني به أبي، فقال لي ابن أبي ليلىٰ: إن كان أبوك أمرك بالباطل لم أجزه، ثمّ أشهد عَلَيَّ ابن أبي ليلىٰ إن أنا حرّكته فأنا له ضامن، فدخلت علىٰ أبي عبدالله عليه السلام فقصصت عليه قصّتي، ثمّ قلت له: ما ترىٰ؟

فقال: «أمّا قول ابن أبي ليلىٰ فلا أستطيع ردّه، وأمّا فيما بينك وبين الله عزّ وجلّ فليس عليك ضمان».

من لا يحضره الفقيه ٤: ٢٢٨ / ٥٥٣٩، وسائل الشيعة ١٩: ٤٢٧ / ٢٤٨٨٦.

(١) **منها**: عن أبي بصير، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: سألته عن الذي بيده عقدة النكاح؟

قال: «هو الأب والأخ والرجل يوصىٰ إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع ويشتري فأي هؤلاء عفا فقد جاز».

تهذيب الأحكام ٧: ١٥٧٣ / ٣٩٣، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٣ / ٢٥٦٣٤.

ومنها: عن العلاء بن رزين، عن محمّد بن مسلم كلاهما، عن أبي جعفر عليه السلام مثله، إلّا أنّه قال: «فأي هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه».

تهذيب الأحكام ٧: ١٩٤٦ / ٤٨٤، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٨٣ / ٢٥٦٣٥.

لكن بشرط نصّ الموصي عليه سواء عيّن الزوجة أو الزوج أو أطلق[١].

الوصي في أمر النكاح واشتمالها علىٰ ذكر الأخ مع أنّه لا ولاية له لا يسقطها عن الحجيّة في غيره مع إمكان حمله علىٰ كونه وكيلاً.

هذا تمام الكلام في ولاية الوصي علىٰ المجنون.

(١) المقام الثاني: في ولاية الوصيّ علىٰ الصغير.

فهل له الولاية علىٰ الصيغر مطلقاً، أم ليست له الولاية مطلقاً، أم يفصّل بيَن نصّ الموصىٰ والتصريح بالنكاح وبين غيره، وجوه اختار المصنّف الثالث، فيقع الكلام في موردين:

أحدهما: ما إذا نصّ الموصي علىٰ النكاح، ولا يخفىٰ أنّ جميع الأدلّة المتقدّمة من إطلاق الآية وروايات من بيده عقدة النكاح والرواية الواردة في باب الوصيّة بالمضاربة تدلّ علىٰ الولاية في هذه الصورة.

وبإزائها أمران:

أحدهما: صحيح ابن بزيع الوارد فيمن زوّجها الوصي ثمّ زوّجها الآخر، فقيل للجارية: اختاري أيُّهما أحبّ إليك الزوج الأوّل أو الزوج الآخر، فقال عليه السلام: «إنّها للزوج الأخير»[١].

---

(١) وهي: محمّد بن إسماعيل بن بزيع، قال: سأله رجل عن رجل مات وترك أخوين وابنة والبنت صغيرة، فعمد أحد الأخوين الوصيّ فزوّج الابنة من ابنه، ثمّ مات أبو الابن المزوّج، فلمّا أن مات قال الآخر: أخي لم يزوّج ابنه، فزوّج الجارية من ابنه، فقيل للجارية: أي الزوجين أحبّ إليك الأوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر، ثمّ إنّ الأخ

. . . . . .

فلو كانت الولاية ثابتة للوصيّ كيف يكون النكاح الثاني صحيحاً ؟ وهل هو إلّا من قبيل تزويج المتزوّجة ؟

فيكشف ذلك عن عدم صحّة نكاح الزوج الأوّل ، وليس ذلك إلّا لعدم الولاية للوصيّ .

وفيه : إنّه لم يذكر في الرواية كونه وصيّاً في النكاح ، فتحمل على الوصاية في المال ، ومحلّ كلامنا في الوصاية بالنكاح .

ثانيهما : صحيح محمّد بن مسلم ، عن أبي جعفر عليه السلام في الصبيّ يزوّج الصبيّة يتوارثان ؟

فقال : «إذا كان أبواهما اللذان زوّجاهما فنعم . . .»[1] .

فإنّه بمفهومه يدلّ على عدم التوارث إذا لم يزوّجهما الأبوان ، وعدم التوارث يكشف عن بطلان العقد الصادر من غير الأبوين .

وفيه : إنّ الرواية في مقام بيان أنّ التزويج إذا كان صادراً عمّن بيده الأمر يترتّب عليه آثاره ، وليس فيه دلالة على اعتبار خصوصيّة الأب ، بل إنّما ذكر من باب المثال ، حيث إنّ الأب ممّن بيده أمر النكاح ، والقائل بالولاية يلتزم بأنّ فعل الوصيّ فعل الموصى .

الثاني مات وللأخ الأوّل ابن أكبر من الابن المزوّج ، فقال للجارية : اختاري أيهما أحبّ إليك الزوج الأوّل أو الزوج الآخر ، فقال : الرواية فيها : «إنّها للزوج الأخير ؛ وذلك أنّها قد كانت أدركت حين زوّجها وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها» .

الكافي ٥ : ٣٩٧ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٨٧ / ١٥٥٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٨٢ / ٢٥٦٣١ .

(١) تهذيب الأحكام ٧ : ٣٨٨ / ١٥٥٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٢ / ٢٥٦٥٧ .

ولا فرق بين أن يكون وصيّاً من قبل الأب أو من قبل الجدّ ، لكن بشرط عدم وجود الآخر ، وإلّا فالأمر إليه[١] .

فتحصّل : إنّ الآية الشريفة لا تختصّ بالأموال ، بل يظهر منها أنّ كلّ ما كان أمره راجعاً إليه يجوز له الإيصاء والتفويض إلىٰ الغير ويجب تنفيذه ولا يجوز لأحد تغييره وتبديله ، ولكن ذلك مشروط بعدم وجود وليّ آخر عليه ، وإلّا فالأمر إليه ، مثلاً لو أوصىٰ الأب ومات وكان الجدّ موجداً لا تثبت الولاية للوصيّ ، بل الوليّ إنّما هو الجدّ ، وكذا لو أوصىٰ الجدّ ومات وكان الأب موجوداً لا تنفذ وصيته ويكون الأب مستقلّاً في الولاية ، كما هو الحال بالنسبة إلىٰ الوصيّة في أموال الطفل .

والظاهر أنّهم تسالموا علىٰ ذلك مع أنّه لا نصّ فيه ، ولعلّ الوجه فيه استثناء الجنف والإثم من نفوذ الوصيّة ، ومثل هذه الوصيّة فيها جنف أو إثم ، حيث إنّها مستلزمة للتقييد في ولاية الجدّ أو الأب وتعدّي عليها وإقصاء لهما من دون فرق بين الوصيّة بالمال أو بالنكاح ، فما ذكروه موافق للآية الكريمة .

(١) المورد الثاني : ما لو أوصىٰ إلىٰ شخص ولم يصرّح بالنكاح :

فتارة : يذكر الموصي أُموراً خاصّة أجنبيّة عن النكاح ولا يحتمل شمولها له ، كما إذا أوصىٰ بصرف ماله في موارد خاصّة ، أو أوصىٰ لرجل للقيام في تجهيزه ونحو ذلك من الأُمور الأجنبيّة عن النكاح ، ففي هذه الصورة لا ريب في أنّه لا ولاية للوصيّ في أمر النكاح .

وأُخرىٰ : يعيّن الوصيّ للأُمور الراجعة إلىٰ الطفل والقيام بشؤونه المعبّر عن ذلك بـ: القيّم علىٰ الطفل ، فحينئذٍ قد يفرض أنّ لا مصلحة في نكاح الطفل ولا حاجة له إلىٰ التزويج أصلاً ، وإنّما الوصيّ يرغب ويشتهي أن

. . . . . .

يزوّجه ، ففي هذا الفرض لا ينفذ نكاحه .

وأمّا إذا اقتضت الضرورة والمصلحة التزويج ، كما إذا كانت البنت مريضة ولا يعالجها الطبيب ، إلّا بعد التزويج بها ، ففي هذه الصورة ذكروا أنّ الولاية للحاكم ؛ لعدم ثبوت الولاية للوصيّ علىٰ الفرض لعدم تعيينه في القيام بأمر النكاح ، وحيث إنّ الضرورة تقتضي النكاح ، فلابدّ من قيام الحاكم بذلك .

ولكنّه يشكل بأنّ ولاية الحاكم لم تثبت بدليل خاصّ يؤخذ بإطلاقه ، إلّا النبويّ : «السلطان ولي من لا ولي له»[1] ، وشموله للحاكم غير معلوم ، فإنّ السلطان منصرف إلىٰ الخلفاء ومن قام بزمام الأُمور ، علىٰ أنّه ضعيف السند لم يرو عن طريقنا .

وأمّا معتبرة أبي خديجة : «فإنّي قد جعلته قاضياً»[2] ، فهي واردة في مورد القضاء والترافع وأجنبيّة عن الولاية له .

نعم ، تثبت الولاية له من باب القدر المتيقّن ، كما في المثال المتقدّم ،

---

(١) مسند أحمد ٦ : ١٦٥ ، سنن ابن ماجة ١ : ٦٠٥ / ١٨٧٩ ، السنن الكبرىٰ للبيهقي ٧ : ١٠٥ ، كنز العمال ١٦ : ٣٠٩ / ٤٤٦٣٧ .

(٢) وهي : عن أبي خديجة سالم بن مكرم الجمال قال : قال أبو عبدالله جعفر بن محمّد الصادق عليه السلام : «إيّاكم أن يحاكم بعضكم بعضاً إلىٰ أهل الجور ! ولكن انظروا إلىٰ رجل منكم يعلم شيئاً من قضايانا فاجعلوا بينكم فإنّي قد جعلته قاضياً ، فتحاكموا إليه» .
الكافي ٧ : ٤١٢ / ٤ ، من لا يحضره الفقيه ٣ : ٣٢١٦ / ٢ ، تهذيب الأحكام ٦ : ٥١٦ / ٢١٩ ، وسائل الشيعة ٢٧ : ٣٣٠٨٣ / ١٣ .

مسألة ١٣ : للحاكم الشرعيّ تزويج من ولا وليّ له ، من الأب والجدّ والوصيّ ، بشرط الحاجة إليه ، أو قضاء المصلحة اللّازمة المراعاة[١] .

الذي لا بدّ من تصدّي شخص له وقيامه به .

ولا ريب أنّ الحاكم هو القدر المتيقّن ؛ إذ لا نحتمل تقدّم غيره عليه وولايته دون الحاكم .

وبعبارة واضحة : قيام الحاكم بهذه الأُمور من باب الحسبة ، بمعنىٰ أنّه لا بدّ من وقوع الفعل في الخارج ولا يمكن إهماله ، ولا بدّ من قيام أحد به ويتصدّ به شخص .

ولا ريب أنّ الحاكم هو القدر المتيقّن في التصدّي والقيام به ، ولذا لو لم يمكن الوصول إلىٰ الحاكم يتصدّىٰ الفعل آحاد المؤمنين .

وبالجملة : قيام الحاكم من باب القدر المتيقّن ، وفي صورة تعيين الوصي وتفويض الأُمور إليه لم يكن الحاكم هو القدر المتيقّن من التصرّف في شؤون الطفل ، كما أنّ الوصيّ لم يكن هو القدر المتيقّن في التصرّف ، فلا بدّ من الإذن منهما معاً ؛ لأنّ ولاية كلّ منهما مستقلّاً غير معلومة ؛ لما عرفت من عدم ثبوت الولاية للوصيّ في هذه الصورة ، وولاية الحاكم أيضاً غير ثابتة وغير متيقّنة في هذه الصورة ، والمفروض أنّه لا بدّ من وقوع الفعل ، فالاحتياط يقتضي الاستئذان منهما معاً .

ويظهر من مجموع ما ذكرنا الحال في المجنون .

(١) قد يظهر حكم هذه المسألة ممّا تقدّم .

مسألة ١٤: يستحبّ للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أباها أو جدّها، وإن لم يكونا فتوكّل أخاها، وإن تعدّد اختارت الأكبر[١].

---

(١) مورد كلامه ما لو قلنا باستقلال البكر، فحينئذٍ يستحبّ لها الاستئذان؛ لأنّ النصوص وإن كانت ظاهرة في وجوب الاستئذان عليها، ولكن المفروض رفع اليد عن ظهورها والالتزام باستقلالها، فحينئذٍ تحمل النصوص علىٰ الاستحباب، كما هو الحال في كلّ مورد كان الدليل ظاهراً في الوجوب ورفعنا اليد عن الوجوب، فإنّه يحمل النصّ علىٰ الاستحباب.

هذا كلّه إذا قلنا باستقلال البكر.

وأمّا إذا قلنا بعدم استقلالها، كما هو المختار، فيجب عليها الاستئذان.

وأمّا الثيّب التي تملك أمرها، فلا دليل علىٰ استحباب الاستئذان لها بعنوان التزويج.

نعم، بعنوان التعظيم والتجليل فلا بأس به، ولكن لا يختصّ بالأب أو الجدّ، بل يشمل الأُمّ والعمّ، بل ورئيس البيت والعشيرة.

وقد يستدلّ علىٰ استحباب استئذان الثيّب بالروايات الدالّة علىٰ وجوب الاستئذان المحمولة علىٰ الاستحباب.

وفيه: إنّه لا رواية في المقام ولا واحدة تدلّ علىٰ استحباب استئذان الثيّب.

نعم، بعض الروايات المطلقة من حيث البكر والثيّب تدلّ علىٰ الاستئذان؛ لأنّ الموضوع فيها الجارية، ولكن الإطلاق رفعنا اليد عنه بالمخصّص، وخصّصناه بالبكر، فلا دليل علىٰ استئذان الثيّب.

مسألة ١٥ : ورد في بعض الأخبار : إنّ إذن البكر سكوتها عند العرض عليها ، وأفتىٰ به العلماء ، لكنّها محمولة علىٰ ما إذا ظهر رضاها ، وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك[١] .

وقد يستدلّ بما دلّ علىٰ أنّ التزويج بالبكر أو الثيّب من دون علم أبيها لا يكون ولا يقع[١] ، ولا بدّ من حمله علىٰ الاستحباب ؛ إذ لا ريب في استقلال الثيّب .

وفيه : إنّ الرواية تدلّ علىٰ وجوب الإعلام والإظهار والإشهاد بالنكاح ، ولذا لم يقتصر بالأب ، بل تعدّىٰ إلىٰ الأقارب ، ومفاد الرواية جواز التزويج بإعلام الأقارب وإن لم يستأذن من الأب ، فتحمل علىٰ التقيّة ؛ لاعتبار الإشهاد في النكاح عند العامّة .

(١) ورد في عدّة من الروايات : إنّ سكوت البكر رضاها وإقرارها[٢] ،

---

(١) كما عن سعيد بن إسماعيل ، عن أبيه قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوّج ببكر أو ثيّب لا يعلم أبوها ولا أحد من قراباتها ، ولكن تجعل المرأة وكيلاً فيزوّجها من غير علمهم ؟

قال : « لا يكون ذا » .

تهذيب الأحكام ٧ : ١٥٤٨/٣٨٥ ، الاستبصار ٣ : ٨٤٣/٢٣٤ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٢ / ٢٥٦٠٨ .

(٢) **منها** : عن الحلبي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ـ في حديث ـ قال : سئل عن رجل يريد أن يزوّج أُخته ؟

قال : « يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها ، وإن أبت لا يزوّجها » .

الكافي ٥ : ٤/٣٩٣ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٥٦١٢/٢٧٣ .

ومنها : عن داوُد بن سرحان ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يريد أن يزوّج أُخته ؟

. . . . . .

ولكنّه مع كشفه عن الرضا وليس الاكتفاء بالسكوت حكماً تعبّدياً، بل لكشفه عن الرضا الباطني.

وذكر صاحب الجواهر: إنّه لا إشكال في الاكتفاء بالسكوت الكاشف عن الرضا كشفاً قطعيّاً أو اطمئنانيّاً[1].

ولا يريد صاحب الجواهر الاقتصار بالكشف القطعي؛ إذ لا فرق في الاعتبار بين القطع والاطمئنان، كما أنّه لا إشكال في عدم الاكتفاء إذا كان السكوت غير كاشف قطعاً كالقرائن القطعيّة علىٰ اقتران السكوت بعدم الرضا وأنّ السكوت صدر عن خوف، كما هو المتداول في العشائر العربيّة، فهاتان الصورتان خارجتان عن مورد النصّ.

أمّا إذا كان كاشفاً عن الرضا قطعاً، فالعبرة بالرضا الباطني وهو حاصل علىٰ الفرض.

وأمّا إذا كانت كارهة، فلا عبرة بالسكوت؛ لعدم حصول الرضا الباطني، والسكوت إنّما يكتفىٰ به لكشفه عن الرضا، وإذا كان الرضا مفقوداً فلا عبرة بمجرّد السكوت.

وذكر صاحب الجواهر صوراً أربع غير الأُوليين: كالسكوت المقرون

قال: «يؤامرها فإن سكتت فهو إقرارها، وإن أبت لم يزوّجها...».

الكافي ٥: ٣٩٣/ ٣، من لا يحضره الفقيه ٣: ٣٩٧/ ٤٣٩٦، تهذيب الأحكام ٧: ٣٨٦/ ١٥٥٠، الاستبصار ٣: ٢٣٩/ ٨٥٦، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٦٨/ ٢٥٥٩٦.

(١) جواهر الكلام ٢٩: ٢٠٤.

مسألة ١٦ : يشترط في ولاية الأولياء المذكورين : البلوغ ، والعقل ، والحرية ، والإسلام إذا كان المولّىٰ عليه مسلماً ، فلا ولاية للصغير والصغيرة علىٰ مملوكهما من عبد أو أمة ، بل الولاية حينئذٍ لوليّهما[١] .

بقرائن ظنّيّة دالّة علىٰ الرضا ، والسكوت المشكوك اقترانه بالرضا وعدمه لعدم القرينة علىٰ كلّ من الطرفين ، والسكوت المقترن بقرينة ظنّيّة تدلّ علىٰ عدم الرضا ، والسكوت الذي تعارضت فيه القرائن[١] .

فهذه صور أربع اختار الاكتفاء به في الأُوليين وعدم الاكتفاء به في الأخيرين .

والذي يقتضيه التدبّر في الروايات : إنّ التنزيل بلحاظ الكشف عن الرضا كالإذن الكاشف عن الرضا ، فالعبرة في الحقيقة بالرضا الباطني ، وإنّما يكتفىٰ بالسكوت أو بالإذن الصريح ، كقولها : نعم ؛ لكشفها عن الرضا الباطني ، ولذا لو كانت كارهة لا يؤثّر الإذن حتّىٰ إذا قالت : نعم أنت وكيلي ، فضلاً عن السكوت ، وعليه لا عبرة بالظنّ بالكشف عن الرضا وجوداً وعدماً ، كحجيّة الأمارات ، فإنّها غير منوطة بالظنّ الشخصي بالوفاق أو الظنّ بعدم الخلاف ، وإنّما العبرة بالظنّ النوعي ، وهكذا المقام .

فالسكوت حاله حال سائر الأمارات والحجج في عدم اعتبار الظنّ في حجيّته ، إلّا إذا قامت قرينة قطعيّة علىٰ عدم الرضا .

(١) لا ينبغي الشكّ في اعتبار البلوغ في الوليّ ؛ إذ الصغير لا يترتّب

---

(١) جواهر الكلام ٢٩ : ٢٠٤ .

وكذا مع فساد عقلهما بجنون[١] أو إغماء ونحوه[٢].

علىٰ فعله أثر وليس له التصرّف في أمواله وشؤونه، بل هو مولّىٰ عليه، والولاية حينئذٍ لوليّه، وكذا لا ولاية للمحجور عليه بجنون وفساد العقل؛ لأنّه لا أثر لتصرّفه في أفعاله فضلاً عن أفعال الغير.

(١) وقوله: **وكذا مع فساد عقلهما بجنون**، فيه مسامحة وقصور، والضمير في عقلهما راجع إلىٰ المالكين لا إلىٰ نفس الصغير والصغيرة، فإنّهما لا ولاية لهما وإن لم يكونا مجنونين؛ لأنّ الجنون مانع من الولاية في مقابل الصغر وإن كان مع البلوغ.

فالمراد بالعبارة: إنّه لا ولاية للصغير والصغيرة علىٰ مملوكهما، بل الولاية حينئذٍ لوليّهما، وكذا مع فساد عقل المالكين من المولىٰ والمولاة.

وكيف كان، لا ريب في اعتبار العقل في الوليّ، وكان علىٰ المصنّف قدس سره أن يذكر الرشد، فإنّ السفيه أيضاً ممّن لا ولاية له، بل هو مولّىٰ عليه ومحجور عليه ولا ينفذ تصرّفه، كما صرّح بذلك في التذكرة علىٰ ما حكاه الجواهر[١].

(٢) وأمّا الإغماء ونحوه، كالسكران الذي يفقد شعوره إن أُريد باعتبار عدمهما في ولايتهما من باب السالبة بانتفاء الموضوع، بمعنىٰ أنّ المغمىٰ عليه أو السكران لا شعور لهما ولا التفات لهما أصلاً ولا ينفذ تصرّفاتهما؛ لأنّ نفوذ التصرّف يحتاج إلىٰ صدور الفعل منهما عن شعور والتفات، فلو كان

---

(١) تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٠ (الطبعة الحجريّة)، جواهر الكلام ٢٩: ٢٠٧.

. . . . . .

الشخص فاقداً لذلك لا ينفذ تصرّفه بلا ريب، إلّا أنّه علىٰ هذا لا بدّ من استثناء النائم أو الغافل، فإنّه أيضاً لا شعور لهما بالفعل، ويصحّ سلب الولاية عنهما لقصورهما، فلا يختصّ ما ذكره بالمغمىٰ عليه أو السكران، بل يعمّ النائم والغافل.

وإن أُريد بأنّ الولاية الثابتة للشخص تنتقل إلىٰ الغير إذا أُغمي عليه كالصغير والمجنون.

ففيه: إنّه لا دليل علىٰ ولاية الغير علىٰ المغمىٰ عليه أو السكران.

نعم، لو طال الإغماء أو دام، وكذا النوم، يجوز التصرّف للحاكم من باب الحسبة؛ لأنّ الفعل علىٰ الفرض لا بدّ من وقوعه في الخارج دفعاً لترتّب المفسدة علىٰ تركه وإهماله، فلا بدّ من قيام شخص بالفعل، والقدر المتيقّن هو الحاكم أو عدول المؤمنين.

ولكن ثبوت الولاية في المقام أجنبي عن انتقال الولاية إلىٰ شخص آخر، وإنّما الولاية تثبت في المقام من باب تصدّي الأُمور الحسبيّة، ولذا قد تثبت فيما إذا كان الوليّ محبوساً أو غائباً لا يمكن الوصول إليه.

وبالجملة: ذكر الإغماء في غير محلّه، وإن تعرّض إليه الفقهاء، كالمحقّق في الشرائع، والعلّامة في التذكرة، والشهيد الثاني في المسالك وغيرهم[1].

---

(١) شرائع الإسلام ٢: ٥٠٠، تذكرة الفقهاء ٢: ٦٠٠ (الطبعة الحجريّة)، مسالك الأفهام ٧: ١٦٦، كالمحقّق البحراني في الحدائق الناضرة ٢٣: ١٧٦.

وكذا لا ولاية للأب والجدّ مع جنونهما ونحوه، وإن جُنّ أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر[١].

---

(١) وأمّا الأب والجدّ، فكذلك لا ولاية لهما مع جنونهما، وإذا جُنّ أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر، فالولاية لهما لا تثبت مع الجنون؛ لأنّه لو كان مجنوناً يمنع عن التصرّف في أمواله وشؤونه فضلاً عن التصرّف في أُمور الغير، ويؤيّده أو يؤكّده عدّة روايات، كالرواية الدالّة على أنّ الجارية يستأمرها كلّ أحد عدا الأب[١]، فإنّه من الواضح أنّ المجنون لا ينفذ تصرّفه أصلاً، فالمراد من الأب الذي لا يستأمرها: هو العاقل.

وكذا قوله في معتبرة أُخرىٰ: «وكان الجدّ مرضيّاً جاز»[٢].

فإنّ المراد بالمرضي: من كان قابلاً للتصرّف في شؤون الطفل.

---

(١) وهي: عن محمّد بن مسلم، عن أحدهما عليهما السلام قال: «لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها، ليس لها مع الأب أمر».

وقال: «يستأمرها كلّ أحد ما عدا الأب».

الكافي ٥: ٢/٣٩٣، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٣٧/٣٨٠، الاستبصار ٣: ٨٤٩/٢٣٥، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦١١/٢٧٣.

(٢) وهي: عن الفضل بن عبد الملك، عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان الجدّ مرضيّاً جاز».

قلنا: فإنّ هوىٰ أبو الجارية هوىٰ، وهوىٰ الجدّ هوىٰ وهما سواء في العدل والرضا؟

قال: «أحبّ أن ترضىٰ بقول الجدّ».

الكافي ٥: ٥/٣٩٦، تهذيب الأحكام ٧: ١٥٦٤/٣٩١، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٥٢/٢٩٠.

. . . . . .

وكذا ما دلّ علىٰ أنّ المهر علىٰ الأب أو الجدّ إذا لم يكن للولد مال[١].

فإنّ الأب إذا كان مجنوناً لا تشتغل ذمّته بشيء أصلاً، فكيف يثبت المهر عليه ؟! فثبوت المهر عليه يكشف عن كونه عاقلاً غير محجور عليه.

هذا كلّه في ولاية الأب والجدّ بالنسبة إلىٰ الصغير والصغيرة، ولا ريب في سقوط ولايتهما إذا جُنّا، وهل الولاية حينئذٍ للحاكم أم لا ؟

تقدّم الكلام فيه[٢]، وقد عرفت أنّه لا دليل علىٰ ولايته إلّا من باب الحسبة.

وأمّا ولايته بالنسبة إلىٰ البكر، فلا ريب أيضاً في سقوط الولاية عنه بالجنون، وهل للبكر الاستقلال في أمر التزويج أم عليها الانتظار إلىٰ الإفاقة ـ كما إذا كان الجنون إدوارياً يزول أحياناً أو المغمىٰ عليه والسكران، فإنّ الإغماء أو السكر لا يستمرّ ولا يدوم ـ ؟

الظاهر أنّها تنتظر إلىٰ أن يفيق ؛ لأنّه وإن لم يكن لها وليّ بالفعل والأدلّة الدالّة علىٰ ولاية الأب لا تشمل المجنون والمغمىٰ عليه وأمثالهما ممّن يفقد شعوره والتفاته، ولكن الروايات التي دلّت علىٰ أنّ البكر ليس لها تزويج نفسها إلّا بإذن أبيها لا قصور فيها ؛ لشمولها للمقام كبقيّة العوارض والطوارئ

---

(١) كموثّقة عبيد بن زرارة قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يزوّج ابنه وهو صغير ؟ قال : «إن كان لابنه مال فعليه المهر، وإن لم يكن للابن مال فالأب ضامن».
الكافي ٥ : ٢/٤٠٠، تهذيب الأحكام ٧ : ١٥٥٨/٣٨٩، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٧١٠٤/٢٨٧.

(٢) في المسألة «١٢» من هذا الفصل.

وكذا لا ولاية للمملوك ولو مبعّضاً على ولده، حرّاً كان أو عبداً[١]، بل الولاية في الأوّل للحاكم، وفي الثاني لمولاه.

وكذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم، فتكون للجدّ إذا كان مسلماً[٢].

التي لا يمكن الاستئذان من الوليّ بالفعل كالسفر والحبس ونحوهما.

فإذا كانت المدّة قصيرة، لا بدّ عليها من الانتظار حتّى يفيق أو يشعر.

نعم، إذا كانت المدّة طويلة بحيث يكون التأخير حرجيّاً عليها يجوز لها تزويج نفسها، كما في الجنون المستمرّ.

وبالجملة: مجرّد سقوط الولاية عن الأب أو الجدّ لأجل عارض من العوارض لا يوجب استقلال البنت، بل لا بدّ من التفصيل كما ذكرنا.

(١) وأمّا العبد، فلا ولاية له على ولده مطلقاً سواء كان حرّاً أو عبداً.

أمّا إذا كان عبداً فالولاية لمالكه لا لأبيه.

ولو كان حرّاً فلا ولاية لأبيه عليه؛ لأنّه لا يمكن له التصرّف في نفسه وهو لا يقدر على شيء، فكيف بالتصرّف في شخص آخر.

وإن كان ولده فالحرّ مستقلّ في تصرّفاته ولا ولاية عليه، وكذا لو كان الأب مبعّضاً، فإنّه وإن لم يكن قنّاً وعبداً محضاً ولكنّه مختلط من الحريّة والعبوديّة ولا يملك تصرّفات نفسه والأُمور الراجعة إليها، فكيف بالتصرّف في الغير؟!

(٢) ولو كان الأب أو الجدّ كافراً والولد مسلماً، فالظاهر أنّه قد تسالموا على سقوط ولايته عن ولده المسلم، واستدلّوا بقوله تعالى: ﴿**وَلَن يَجْعَلَ**

. . . . . .

آللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى آلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾[١]، وبالنبويّ: «الإسلام يعلو ولا يُعلىٰ عليه»[٢]، والاستدلال بهما كما ترىٰ.

فإنّ المراد بالأوّل عدم غلبة الكافر علىٰ المؤمن في البرهان والحجج لا عدم الغلبة في الملكيّة والولاية، كما أنّ مجرّد ولاية الكافر على المسلم لا يوجب العلوّ المنفي في النبويّ، فإنّ الولاية علىٰ المسلم نظير استئجار الكافر المسلم، فإنّ المسلم يجوز له أن يجعل نفسه أجيراً للكافر بلا إشكال، ولا يوجب ذلك علوّ الكافر عليه، والعمدة في المقام أمران:

أحدهما: انصراف أدلّة الولاية عن الكافر ومنشأة: إنّ الولاية لأجل احترام الأب وتعظيمه وتوقيره، والكافر لا حرمة له.

ثانيهما: قاعدة الإلزام، فإنّ الكافر حسب ما نعلم خارجاً لا يلتزم بعدم استقلال البنت، بل يرون استقلال بناتهم في النكاح إذا كانت كبيرة، وأمّا إذا كانت صغيرة فالنكاح باطل عندهم، فإنّهم لا يرون صحّة نكاح الصغيرة، فلا دور للولاية حينئذٍ.

فولاية الكافر علىٰ الطفل من حيث النكاح غير ثابتة.

ولا يخفىٰ ما فيه، فإنّ غاية ما يمكن أن يقال: عدم ولاية الكافر علىٰ البكر البالغة، وأمّا الصغيرة، فسيرة العقلاء بأجمعهم علىٰ الظاهر علىٰ

---

(١) سورة النساء ٤: ١٤١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ٣٣٤/ ٥٧١٩، وسائل الشيعة ٢٦: ١٤/ ٣٢٣٨٣، الجامع الصغير للسيوطي ١: ٤٧٤/ ٣٠٦٣، كنز العمّال ١: ٦٦/ ٢٤٦.

. . . . . .

الولاية، ولكن الظاهر أنّه لا ولاية لهم علىٰ الطفل من حيث النكاح؛ لأنّهم يرون بطلان النكاح بالصغيرة.

ولا يستأذن آبائهنّ، فالبنت المسلمة تتمكّن من أن تلزم أباها بعدم الولاية، ويكون المقام مشمولاً لقوله عليه السلام: «ألزموهم من ذلك ما ألزموه أنفسهم»[1].

وعن محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن الأحكام؟ قال: «يجوز علىٰ أهل كلّ ذي دين بما يستحلّون»[2].

وقوله عليه السلام: «من كان يدين بدين قوم لزمته أحكامهم»[3].

فتحصّل: إنّ العبد مطلقاً قنّاً كان أو مبعّضاً لا ولاية له علىٰ ولده مطلقاً حرّاً كان أو عبداً؛ لأنّه إذا كان عبداً فولايته لمالكه، وإذا كان حرّاً فالعبد ليس له الولاية علىٰ الغير حتّىٰ إذا كان مبعّضاً؛ لأنّه بالتبعيض لا يخرج عن العبودية، وهو عبد لا يقدر علىٰ شيء ولا ينفذ تصرّفه في نفسه فضلاً عن الغير.

وبالجملة: ما دلّ علىٰ أنّ البنت ليس لها مع أبيها أمر أو شيء لا يشمل البنت المملوكة، إذ لا شيء لها أصلاً حتّىٰ مع فقد الولاية عليها، وإنّما يشمل

---

(١) تهذيب الأحكام ٨: ٥٨ / ١٩٠، الاستبصار ٣: ٩٢ / ١٠٣١ ـ ١٠٣٢، وسائل الشيعة ٢٢: ٧٣ / ٢٨٠٥٦ ـ ٢٨٠٥٧.

(٢) تهذيب الأحكام ٩: ٣٢٢ / ١١٥٦، الاستبصار ٤: ١٤٨ / ٥٥٥، وسائل الشيعة ٢٦: ٣١٩ / ٣٣٠٧٧.

(٣) من لا يحضره الفقيه ٣: ٤٠٧ / ٤٤٢١، وسائل الشيعة ٢٢: ٧٤ / ٢٨٠٦١.

وللحاكم إذا كان كافراً أيضاً، والأقوىٰ ثبوت الولاية علىٰ ولده الكافر[١].

المورد الذي إذا لم تكن الولاية ثابتة كانت البنت مالكة لأمرها، وفي المقام: البنت لا تملك أمرها، ولو لم يكن الأب وليّاً عليها؛ لأنّ المفروض أنّها مملوكة.

وأمّا الكافر، فقد عرفت أنّه لا ولاية له علىٰ الولد المسلم، والعمدة إنّما هي قاعدة الإلزام؛ لأنّهم لا يلتزمون بالولاية في البالغة الرشيدة وإن كانت بكراً ولا يرون صحّة النكاح بالصغيرة، فلا مورد للولاية.

(١) أمّا ولايته علىٰ ولده الكافر، ذكر في المتن أنّ **الأقوىٰ ثبوت الولاية**؛ لعدم قصور في أدلّة الولاية ونفي السبيل أو الاستعلاء لا يجري في المقام؛ لأنّ الأب والولد كلاهما كافر.

أقول: إذا كان الزوج أيضاً كافراً فلا أثر لهذا الاشتراط، أي اشتراط الاستئذان من الأب، لصحّة نكاح الكفّار فيما بينهم؛ لأنّ لكلّ قوم نكاحاً وإن كان الزوج مسلماً، فإن كان دليل نفي الولاية عن الكافر آية نفي السبيل[١]، و: «الإسلام يعلو ولا يُعلىٰ عليه»[٢]، فالولاية ثابتة؛ لعدم قصور في إطلاق الأدلّة وشملوها للأب والولد الكافرين، ونفي السبيل والاستعلاء لا يجريان،

---

(١) وهي: قوله تعالىٰ ﴿**وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَـٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً**﴾، سورة النساء ٤: ١٤١.

(٢) من لا يحضره الفقيه ٤: ٣٣٤/ ٥٧١٩، وسائل الشيعة ٢٦: ١٤/ ٣٢٣٨٣، الجامع الصغير للسيوطي ١: ٤٧٤/ ٣٠٦٣، كنز العمّال ١: ٦٦/ ٢٤٦.

ولا يصحّ تزويج الوليّ في حال إحرامه أو إحرام المولّىٰ عليه سواء كان بمباشرته أو بالتوكيل .

نعم ، لا بأس بالتوكيل حال الإحرام ليوقع العقد بعد الإحلال[١] .

ولكن قد عرفت أنّ عمدة الدليل علىٰ نفي الولاية للكافر قاعدة الإلزام ، والزوج المسلم له أن يُلزم الأب بعدم الولاية ويتزوّج بالبنت بغير إذن أبيها .

(١) ثمّ ذكر أنّه لا يصحّ تزويج الوليّ في حال إحرامه أو إحرام المولّىٰ عليه ؛ للنصوص الدالّة علىٰ أنّ المحرم ليس له أن يتزوج ولا يزوّج ، كصحيح ابن سنان[١] وغيره[٢] ، كما لا فرق بين مباشرته والتسبيب بالتوكيل ، بل لو وكّله قبل الإحرام وزوّج الوكيل والوليّ المحرم بطل النكاح ، فلا فرق في البطلان بين ما لو وكّله في حال الإحرام وزوّجه والوليّ محرم ، وبين ما لو وكّله قبل الإحرام وزوّجه وهو محرم .

واستدلّوا للبطلان في الزمنين بأنّ فعل الوكيل فعل الموكل حقيقة .

وربّما يشكل في التوكيل قبل الإحرام ؛ لأنّه لم يصدر من الوليّ عمل

---

(١) وهو : عن عبدالله ابن سنان ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « ليس للمحرم أن يتزوّج ولا يزوّج ، وإن تزوّج أو زوّج محلاً فتزويجه باطل » .
تهذيب الأحكام ٥ : ٣٢٨ / ١١٢٨ ، الاستبصار ٢ : ١٩٣ / ٦٤٧ ، وسائل الشيعة ١٢ : ٤٣٦ / ١٦٧٠٦ .

(٢) كما عن أبي الصباح الكناني قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن محرم يتزوّج ؟ قال : « نكاحه باطل » .
تهذيب الأحكام ٥ : ٣٢٨ / ١١٢٩ ، الاستبصار ٢ : ١٩٣ / ٦٤٨ ، وسائل الشيعة ١٢ : ٤٣٧ / ١٦٧٠٨ .

مسألة ١٧ : يجب علىٰ الوكيل في التزويج أن لا يتعدّىٰ عمّا عيّنه الموكّل من حيث الشخص والمهر وسائر الخصوصيّات ، وإلّا كان فضولياً موقوفاً علىٰ الإجازة[١] ، ومع الإطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة

يوجب البطلان ؛ لأنّ التوكيل صدر منه قبل الإحرام .

وهو كما ترىٰ لأنّ العمل إنّما ينتسب إلىٰ الولي حال صدور الفعل من الوكيل ، والمفروض أنّ الوليّ محرم ، ومن هنا لو وكّله بعد الإحرام يبطل ؛ وذلك لاستناد الفعل وانتسابه إلىٰ الوليّ .

وكذا لو طلّق ، فإنّ الفعل ينتسب إليه ، والميزان في البطلان انتساب العمل إليه حال إحرامه .

والأولىٰ أن يقال : إنّ فعل الوكيل إنّما يكون فعل الموكل إذا كانت الوكالة صحيحة ، ففي مورد الوكالة الصحيحة ينتسب الفعل الصادر من الوكيل إلىٰ الموكل ، وفي مثل المقام تكون الوكالة محرّمة وغير ممضاة عند الشرع ، وإنّما الوكالة تكون صحيحة وممضاة في مورد العقد الصحيح .

وأمّا في غيره فلا وكالة ؛ لأنّها غير ممضاة ، فيكون العقد الصادر من الوكيل كلا عقد ، فالبطلان مستند إلىٰ بطلان الوكالة .

(١) قد يعيّن الموكّل الخصوصيّات من حيث الشخص والمهر وغير ذلك من الخصوصيّات ، وحينئذٍ يجب علىٰ الوكيل الاقتصار علىٰ ما عيّنه الموكّل من حيث الخصوصيّات ، وليس له التعدّي عمّا عيّنه الموكّل ، وإلّا كان فضولياً موقوفاً علىٰ الإجازة .

الموكّل من سائر الجهات ، ومع التعدّي يصير فضوليّاً[١] .

ولو وكّلت المرأة رجلاً في تزويجها لا يجوز له أن يزوّجها من نفسه[٢] ؛ للانصراف عنه .

نعم ، لو كان التوكيل علىٰ وجه يشمل نفسه أيضاً بالعموم أو الإطلاق جاز ، ومع التصريح فأولىٰ بالجواز ، ولكن ربّما يقال بعدم الجواز مع الإطلاق ، والجواز مع العموم ، بل قد يقال بعدمه حتّىٰ مع التصريح بتزويجها من نفسه ؛ لرواية عمّار[٣] المحمولة علىٰ الكراهة أو غيرها من المحامل .

---

(١) وقد يطلق ولم يعيّن خصوصيّة ، وحينئذٍ يجب مراعاة مصحلة الموكّل ؛ لانصراف إطلاق التوكيل عرفاً إلىٰ ما يكون صالحاً للموكّل وموافقاً لشؤونه واعتباراته ، وإلّا لكان فضوليّاً أيضاً .

(٢) ولو وكّلت المرأة رجلاً في تزويجها ولم يكن في البين عموم أو إطلاق .

ففيه تفصيل ، فقد ينصرف إلىٰ غيره فيما إذا لم يكن إطلاق أو عموم يشمله ، كما أنّ إعطاء الدرهم إلىٰ شخص ليعيطه إلىٰ الفقيه ينصرف عنه ولو كان فقيراً ؛ لأنّ المعطي غير الآخذ .

وبعبارة أُخرىٰ : إنّما أعطاه الدرهم ليعطيه إلىٰ الفقير لا ليأخذه ، وكذا المقام ؛ لأنّ الوكيل وكيل في التزويج لا التزوّج ، ووكيل في الإنكاح لا في النكاح ، والإنكاح : هو إيجاب النكاح للغير لا لنفسه ، وفرق بين التوكيل في الإنكاح والنكاح ، والتزويج والتزوّج .

(٣) وقد يكون فيه إطلاق أو عموم يشمل الوكيل أيضاً ، فلا مانع من

.....

أن يزوّجها لنفسه.

إلّا أنّ جماعة استشكلوا في جواز التزويج لنفسه مع الإطلاق، بل مع التصريح بتزويجها، وأنّه لا يصحّ أن يكون الوكيل عنها زوجاً لها؛ وذلك لموثّقة عمّار الساباطي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، أيحلّ لها أن توكّل رجلاً يريد أن يتزوّجها، تقول له: قد وكّلتك فاشهد علىٰ تزويجي؟

قال: «لا».

قلت له: جُعلت فداك، وإن كانت أيّماً؟

قال: «وإن كانت أيّماً...»[1]، الحديث.

واستدلّوا بها أيضاً علىٰ عدم جواز الوكالة من الطرفين، بأن يكون موجباً وقابلاً معاً، كما حكاه في الشرائع[2]، إلّا أنّ بين الأمرين عموم من وجه، إذ يمكن أن يكون الزوج وكيلاً عنها في التزويج لنفسه ولكن يوكل لنفسه شخصاً آخر في إجراء الصيغة ويكون هو الموجب عنها والشخص الآخر قابلاً عنه، أو يوكل شخصاً آخر عنها كما إذا كان وكيلاً في التوكيل ونحو ذلك، ويمكن أن يكون موجباً وقابلاً بالنسبة إلىٰ الغير.

وكيف كان، الرواية غير ناظرة إلىٰ اتّحاد الموجب والقابل، وإنّما هي

---

(١) تهذيب الأحكام ٧: ١٥٢٩/٣٨٧، الاستبصار ٣: ٨٤١/٢٣٣، وسائل الشيعة ٢٠: ٢٥٦٤٨/٢٨٨.

(٢) شرائع الإسلام ٢: ٥٠٣.

. . . . . .

ناظرة إلىٰ جهة التوكيل في التزويج لنفسه وإن كان الموجب ـ أو مجري الصيغة ـ شخصاً آخر.

وقد ناقش الشهيد الثاني في الرواية بضعف السند[1]، وهذه المناقشة إنّما تتمّ علىٰ مسلكه من عدم اعتبار الموثّق عنده واختصاص الحجّة بالصحيح.

ولكن قد ثبت في محلّه حجيّة الموثّق أيضاً، وأمّا المصنّف قدس سره فقد حملها علىٰ الكراهة، ولا يخفىٰ ضعفه؛ إذ لا موجب له أصلاً.

والصحيح أن يقال: إنّ الرواية غير ناظرة إلىٰ التوكيل، بل هي ناظرة إلىٰ أمر آخر، وهو الإشهاد للنكاح الذي يعتبر عند العامّة، وعمّار يسأل عن أنّه هل يكفي أن يكون الزوج بنفسه شاهداً؟ لأنّ المفروض أنّ المرأة تريد الإخفاء عن أهلها، أو يلزم أن يكون الشاهد غيره، فأجاب عليه السلام بأنّه لا يكفي كون الزوج شاهداً، بل لا بدّ أن يكون الشاهد غيره، كما أنّه في باب الزنا لا يكتفىٰ بشهادة الزوج ولم يكن من الأربعة، فكذا المقام.

فتكون الرواية محمولة علىٰ التقيّة؛ لظهورها في اعتبار الإشهاد وعدم الاكتفاء بشهادة الزوج.

وبالجملة: ظاهر الرواية اعتبار الإشهاد وعدم الاكتفاء بشهادة الزوج، فتكون موافقة لمذهب العامّة؛ لمخالفتها لما تسالم عليه الشيعة من عدم اعتبار

---

(١) كما في مسالك الأفهام ٧: ١٥٣.

. . . . . .

الإشهاد في النكاح، كما في النصوص.

وبعبارة أُخرىٰ: الظاهر أن المنفي بقوله عليه السلام: «لا» هو مجموع قولها: وكّلتك فاشهد علىٰ تزويجي، بناءً علىٰ قراءة: فاشهد بصيغة الأمر إلىٰ الوكيل، يعني وكّلتك وأنت بنفسك كن شاهداً علىٰ تزويجي، كما يقتضيه مناسبة الحال؛ لأنّ المرأة تريد إخفاء زواجها عن أهلها، وإلّا لو قرئ علىٰ نحو: فاشهد بصيغة الأمر من باب الإفعال والإشهاد، بمعنىٰ وكّلتك فاطلب واحضِر الشهود، لا يجتمع مع إرادة الإخفاء.

وبالجملة: النفي راجع إلىٰ الوكالة وخصوصيّاتها من كون الوكيل شاهداً، ولا يرجع إلىٰ الوكالة المجرّدة.

فالنفي راجع إلىٰ الحلّ، بمعنىٰ أنّه لا يحلّ للمرأة أن توكّل رجلاً يريد تزويجها، وتقول له: وكّلتك فاشهد علىٰ تزويجي.

فالرواية أجنبيّة عن المقام، وتكون الرواية محمولة علىٰ التقيّة؛ لموافقتها للعامّة لاعتبار الإشهاد في النكاح عندهم، والرواية تنفي الاكتفاء بإشهاد الزوج وأنّه لا بدّ من إشهاد غيره، فإنّ المعروف عندهم اعتبار الإشهاد وعدم الاكتفاء بشهادة الزوج، وفي كفاية شهادة الوكيل وجهان.

ثمّ إنّه لا دليل علىٰ عدم جواز تولّي طرفي العقد، ويجوز أن يكون الشخص الواحد موجباً وقابلاً، كما في الوليّ للطفلين كالجدّ أو الوكيل عنهما، وحال النكاح حال سائر المعاملات كالبيع في جواز تولّي طرفي العقد لشخص واحد.

مسألة ١٨ : الأقوىٰ صحّة النكاح الواقع فضولاً مع الإجازة[١] سواء كان فضوليّاً من أحد الطرفين أو كليهما ، كان المعقود له صغيراً أو كبيراً ، حرّاً أو عبداً .

وبالجملة : فقد ظهر أنّه لا دليل علىٰ عدم شمول توكيل المرأة رجلاً لتزويجها من نفسه ، وأولىٰ بالجواز ما لو صرّحت المرأة بتزويجها من نفسه .

(١) وقع الكلام في صحّة الفضولي : قول بالمنع مطلقاً ، وقول بالجواز مطلقاً ، وقول التفصيل بين النكاح وغيره .

ذهب إلىٰ الصحّة في الأوّل دون غيره .

والصحيح : هو الجواز مطلقاً ، ويشهد له إطلاق الأمر بالوفاء بالعقد ، فإنّ المراد بالوفاء هو الإنهاء وعدم نقضه ، وأنّ العقد غير قابل للنقض بطبعه .

ولا ريب في صدق العقد علىٰ الفضولي ؛ لأنّ العقد يصدق بالصدور منه وبالانتساب إليه ولو بالإجازة ، إذ لا يعتبر في صدق العقد أن يكون مقارناً للرضا ، بل لو لحقه الرضا وانتسب إليه يصدق عليه أنّه عقد صادر من المجيز ، فلا حاجة في الحكم بصحّته إلىٰ دليل خاصّ ، مضافاً إلىٰ عدّة روايات واردة في النكاح وغيره .

أمّا في النكاح ، فصحيحة أبي عبيدة الحذّاء ، فإنّها صريحة في صحّة الفضولي في النكاح .

قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوَّجهما وليّان لهما ، وهما غير مدركين ؟

قال : فقال : « النكاح جائز ، أيّهما أدرك كان له الخيار ، فإن ماتا قبل أن

. . . . . .

يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا»[1]، الحديث.

والمراد بالوليين ـ في صدره بقرينة ما في ذيله: قلت فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك؟ قال: «يجوز عليها» ـ من له الولاية عرفاً كالأخ الأكبر والعمّ ونحوهما.

ويؤيّد بروايات تزويج العبد بدون إذن مولاه، معللاً بأنّه «لم يعص الله

---

(١) وهي كاملة: عن أبي عبيدة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما، وهما غير مدركين؟

قال: فقال: «النكاح جائز، أيّهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا».

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟

قال: «يجوز ذلك عليه إن هو رضي».

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح، ثمَّ مات قبل أن تدرك الجارية أترثه؟

قال: «نعم، يعزل ميراثها منه حتّىٰ تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلىٰ أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج، ثمَّ يُدفع إليها الميراث ونصف المهر».

قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟

قال: «لا؛ لأنّ لها الخيار إذا أدركت».

قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك؟

قال: «يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز علىٰ الغلام، والمهر علىٰ الأب للجارية».

الكافي ٧: ١/١٣١، تهذيب الأحكام ٩: ١٣٦٦/٣٨٢، وسائل الشيعة ٢٦: ٣٢٨٦٢/٢١٩.

. . . . . .

وإنما عصىٰ سيّده»[١].

فإنّ المستفاد منها: إنّ الرضا اللاحق يكفي في الصحّة ولا يلزم سبق الرضا، ومورد هذه الروايات وإن كان اعتبار رضا شخص آخر كالوليّ، ومورد كلامنا هو رضا الزوج بنفسه، ولكن المستفاد منها: عدم اعتبار التقارن بين العقد والرضا، وإنّما المعتبر حصول الرضا وعدم خلوّ العقد منه سواء كان

---

(١) **منها**: معتبرة زرارة، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده؟

فقال: «ذاك إلىٰ سيّده إن شاء أجازه، وإن شاء فرّق بينهما».

قلت: أصلحك الله، إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون: إنّ أصل النكاح فاسد، ولا تحلّ إجازة السيّد له.

فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنّه لم يعصِ الله، وإنّما عصىٰ سيّده، فإذا أجازه فهو له جائز».

الكافي ٥: ٣/٤٧٨، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٣٢/٣١٥، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٦٦٦/١١٤.

ومنها: معتبرة زرارة الأُخرىٰ، عن أبي جعفر عليه السلام، قال: سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها، ثمّ اطلع علىٰ ذلك مولاه؟

قال: «ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما، وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها، إلّا أن يكون اعتدىٰ فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحهما فهما علىٰ نكاحهما الأوّل».

فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإنّ أصل النكاح كان عاصياً؟

فقال أبو جعفر عليه السلام: «إنّما أتىٰ شيئاً حلالاً، وليس بعاصٍ لله، إنّما عصىٰ سيّده ولم يعصِ الله، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه».

الكافي ٥: ٢/٤٧٨، تهذيب الأحكام ٧: ١٤٣١/٣١٥، وسائل الشيعة ٢١: ٢٦٦٦٧/١١٥.

والمراد بالفضوليّ : العقد الصادر من غير الوليّ والوكيل سواء كان قريبًا ـ كالأخ والعمّ والخال وغيرهم ـ أو أجنبيّاً ، وكذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغير إذن الوليّ ، ومنه العقد الصادر من الوليّ أو الوكيل علىٰ غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكّل ، كما إذا أوقع الوليّ العقد علىٰ خلاف المصلحة ، أو تعدّىٰ الوكيل عمّا عيّنه الموكّل[١] .

ولا يعتبر في الإجازة الفورية[٢] سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد ، أو مع العلم به ، وإرادة التروّي أو عدمها أيضاً .

سَابقاً أو لاحقاً .

(١) ثمّ إنّ المراد بالفضولي : كلّ من ليس له العقد سواء كان أجنبيّاً بالمرّة ، أو كان وليّاً ولم يراعِ المصلحة للمولّىٰ عليه ، أو وكيلاً تعدّىٰ عن مورد وكالته .

(٢) ولا يعتبر في الإجازة الفوريّة ؛ لعدم موجب لها ، فإنّ الإجازة توجب إسناد العقد إلىٰ المجيز ، ومتىٰ شاء يسند العقد إليه ، كصدور أصل العقد منه ولا تقاس ببعض الخيارات التي تكون فوريّاً ، فإنّ ذلك باقتضاء الدليل ، ولا دليل علىٰ الفوريّة في المقام ، علىٰ أنّه يستفاد من صحيحة محمّد ابن قيس[١] جواز التأخير .

---

(١) وهي : عن محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيّدها ، وأبوه غائب ، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ، ثمّ قدم سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الآخر ، فقال : هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني .
فقال : خذ وليدتك وابنها ، فناشده المشتري ، فقال : خذ ابنه ـ يعني الذي باع

. . . . . .

نعم، إذا كان التأخير موجباً للضرر علىٰ الأصيل، كالمرأة التي زوّجت نفسها لرجل فضولاً فهل تلزم الفوريّة أم لا، وتبقىٰ معلّقة منتظرة للإجازة ـ سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به وإرادة التروّي أو عدمها ـ أو لها الفسخ ؟

وجوه مبتنية علىٰ ما ذكره الشيخ في المكاسب من أنّ الفضولي لازم من طرف الأصيل وليس له الفسخ[1].

وأمّا إذا قلنا بعدم إمكان الالتزام بذلك، إذ لا معنىٰ للّزوم من طرف واحد؛ لعدم انقعاد العقد قبل الإجازة، نظير الردّ والرجوع قبل القبول، فإنّه لا ينعقد العقد قبل القبول وللموجب رفع اليد عمّا أنشأه قبل قبول القابل، وكذلك الحال بالنسبة إلىٰ الإجازة.

والسرّ في ذلك: إنّ العقد لا ينعقد إلّا بالقبول، كما لا ينعقد إلّا بالإجازة، وعلىٰ تقدير التنزّل وصدق العقد قبل الإجازة ليس للأصيل ـ كالمرأة في المثال ـ إلزام الطرف الآخر بالإجازة، إذ لا موجب لذلك أصلاً، كما لا موجب للفسخ لها؛ لأنّ النكاح لا فسخ فيها:

أوّلاً: علىٰ أنّها هي التي أقدمت علىٰ الضرر وأوقعت نفسها في

الوليدة ـ حتّىٰ ينفذ لك ما باعك، فلمّا أخذ البيّع الابن قال أبوه: أرسل ابني، فقال: لا أرسل ابنك حتّىٰ ترسل ابني، فلمّا رأىٰ ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه».
تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٨ / ١٩٦٠، الاستبصار ٣: ٢٠٥ / ٧٣٩، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣ / ٢٦٩٠٠.

(١) المكاسب للشيخ الأنصاري ٣: ٤١٥.

. . . . . .

الضرر.

ثانياً: فلا يجري الضرر حينئذٍ، والعمدة أنّ الأصل الذي بنىٰ عليه الشيخ من اللزوم من طرف الأصيل غير صحيح، فإنّ اللزوم غير ثابت قبل الإجازة، فلها الفسخ قبل الإجازة؛ لعدم تماميّة العقد في الحقيقة.

استدراك عمّا تقدّم في فوريّة الإجازة:

قد عرفت أنّه لا موجب لفوريّة الإجازة أصلاً، فإنّها كالبيع الابتدائي وبمنزلة صدور البيع ابتداءً.

وأمّا في مورد لزوم الضرر من تأخير الإجازة، فهل تكون الإجازة فوريّةً لدفع الضرر عن الأصيل أم لا؟

ذكر الشيخ في باب خيار الغبن: إنّ الخيار يثبت للزوم الضرر من لوزم البيع وعدم إمكان الفسخ[1].

وذكرنا هناك: إنّ الضرر يرفع الأحكام الضرريّة ولا يثبت حكماً يرتفع به الضرر ويتدارك به الضرر.

وبعبارة أُخرىٰ: ثبوت الخيار وإن يرتفع به الضرر ويتدارك به، ولكن نفي الضرر إنّما ينفي الحكم الضرري الناشئ من قِبل الشارع، بمعنىٰ أنّ الشارع لمْ يجعل حكماً ضرريّاً، وكلّ حكم كان ضرريّاً فهو مرفوع منّة علىٰ

(١) أُنظر المكاسب للشيخ الأنصاري ٥: ٣٢٧ ـ ٣٢٨.

. . . . . .

العباد .

وعليه لا يمكن إثبات الخيار بلا ضرر ؛ لأنّ الضرر إنّما نشأ من نفس البيع الصادر منه أنقص القيمة المتعارفة ، فنفس البيع ضرري والحكم بصحّته ضرري ، فاللازم الحكم ببطلان المعاملة ؛ لأنّ الضرر ناشئ من الحكم بصحّته لا من اللزوم ، وإلزام المغبون بالوفاء بالعقد متفرّع على الصحّة ، فالصحّة توجب الضرر ، والمفروض أنّ المعاملة صحيحة ، غاية الأمر يثبت فيه الخيار ، فالبيع غير مرفوع وقد أقدما على الضرر ، فلا يجري نفي الضرر .

ولو سلّمنا شمول «لا ضرر» ، فلازمه الحكم ببطلان المعاملة لا جوازها ؛ لأنّ الضرر نشأ من نفس المعاملة .

وأمّا اللزوم ، فلا ضرر فيه .

نعم ، بالخيار يجبر الضرر الواقع ، ولكن لا ضرر لا يكون جابراً للضرر الواقع ، ولذا قلنا : بأنّ لا ضرر لا يكون دليلاً لخيار الغبن ، وإنّما مستنده الشرط الارتكازي بين المتعاملين .

وهكذا المقام ، فإنّ بقاء المرأة بلا زوج ضرري عليها ، ولو كان الضرر جارياً لازمه بطلان النكاح ، والمفروض صحّته ، والخيار وإن يتدارك به الضرر ، إلّا أنّ دليل «لا ضرر» قاصر عن إثبات الحكم والانجبار به ، وإنّما شأنه نفي الحكم الضرري .

كلّ ذلك مبنيّ على كون الأصيل ملزماً ، كما اختاره الشيخ[1] .

---

(١) أُنظر الهامش السابق .

نعم لا تصحّ الإجازة بعد الردّ .

كما لا يجوز الردّ بعد الإجازة ، فمعها يلزم العقد[١] .

وأمّا علىٰ ما ذكرنا من عدم إمكان التفصيل بين الأصيل ومن له الإجازة ، فاللزوم غير ثابت علىٰ الأصيل ؛ لأنّ العقد يتقوّم بالطرفين ، ولو لم يتمّ لا موجب للّزوم وقبل الإجازة لم يستند إليه العقد حتّىٰ يلزم عليه ، فلا يلزم علىٰ الطرف الآخر أيضاً .

(١) ثمّ إنّه ذكر أمرين آخرين :

أحدهما : الردّ بعد الإجازة .

ثانيهما : الإجازة بعد الردّ .

أمّا الأوّل : فالأمر فيه واضح ؛ إذ العقد بعد الإجازة يكون لازماً وليس له ردّه إلّا بالأسباب المعلومة .

وأمّا الإجازة بعد الردّ :

فقد ذكر الشيخ : إنّ الردّ بعد الإجازة والإجازة بعد الردّ هما سواء أيُّهما سبق أثّر أثره .

أمّا إذا تقدّمت الإجازة ، فلا ريب في نفوذها وعدم ترتّب الأثر علىٰ الردّ للزوم العقد بالإجازة ، ولا يكون الردّ مؤثّراً حينئذٍ .

وأمّا إذا تقدّم الردّ ، فذكروا أيضاً أنّه لا أثر للإجازة اللاحقة ؛ إذ العقد ينفسخ بالردّ فلا يبقىٰ ما يلحقه الإجازة ، واستدلّوا علىٰ ذلك بوجوه :

الأوّل : الإجماع .

وفيه : أوّلاً : إنّه لا يمكن دعوىٰ الإجماع في خصوص المقام ؛ لأنّ

. . . . . .

أوّل من تعرّض لهذه المسألة واعتبر في صحّة الإجازة عدم تقدّم الردّ الشهيد قدس سره ، ولم نعثر على من تعرّض لذلك من المتقدّمين .

وثانياً : إنّه لم يعلم أنّ الإجماع إجماع تعبّدي .

الثاني : إنّ الإجازة بمنزلة القبول في سائر العقود ، والردّ الفاصل بين الإيجاب والقبول يكون مانعاً عن لحوق القبول بالإيجاب ، فكذلك المقام .

وفيه : إنّ ردّ الموجب مانع عن قابلية الإيجاب للتبدّل لا ردّ القابل ؛ وذلك لأنّ ردّ الموجب لا يبقي مجالاً لقبول القابل ، ولا يبقى بعده إنشاء وإيجاب حتّى يقبله القابل .

وأمّا الردّ من القابل ، فلا يمنع من قبوله ثانياً ؛ لبقاء الإلزام الموجب فيقبل لحوق القبول به متى تحقّق القبول سواء سبقه الردّ أم لا ، والردّ من المالك غير مانع من قبوله ثانياً ، على أنّه فرق بين الإيجاب والقبول وبين المقام ؛ وذلك لأنّه في المقام قد حصل العقد في الخارج بين الفضولي والأصيل ، والردّ لا يهدم العقد الواقع بينهما ، فإنّ الردّ كالنهي السابق على العقد ، فإنّ النهي لا يؤثّر في هدم العقد ، فكذلك العقد .

الثالث : إنّ مقتضى سلطنة الناس على أموالهم تأثير الردّ في قطع علاقة الطرف الأخر عن ملكه .

بعبارة أُخرى : العقد الفضولي يثبت حقّاً للطرف في مال المالك ، والمالك له إسقاطه بمقتضى السلطنة .

ولو قلنا : بأنّ ردّه لا يؤثّر ينافي سلطنة المالك على ماله وشؤون ماله .

. . . . . .

وفيه : أوّلاً : إنّ «الناس مسلّطون»[١] رواية نبويّة ضعيفة .

وثانياً : إنّ قاعدة التسليط ليست مشرّعة ومثبّتة لحكم إثباتاً أو نفياً ، وإنّما مفادها نفي حجر الإنسان عن التصرّف في ماله ، ولذا لا يمكن إثبات جواز التصرّفات التي يشكّ فيها بالتمسّك بها ، بل مقتضىٰ القاعدة : إنّ المالك ليس محجوراً كالصبي والمجنون .

وثالثاً : إنّ عقد الفضولي لم يحدث شيئاً في المال حتّىٰ يقال : بأنّ عدم تأثير ردّه ينافي سلطنته ، وإنّما الفضولي تصرّف في العقد وفي الأمر الاعتباري لا في نفس المال ، وإلّا لو تصرّف في المال لكان تصرّفه باطلاً من الأوّل .

وبالجملة : مجرّد العقد لا يحدث تصرّفاً في مال أحد أو نفس أحد ، بحيث لو قلنا : بأنّ ردّ المالك غير مؤثّر لكان منافياً لسطنته علىٰ ماله أو نفسه ، وإنّما أوجد عقداً يقبل الإجازة وعدمها .

هذا كلّه ، مضافاً إلىٰ صحيح محمّد بن قيس[٢] ، فإنّ المستفاد منه : إنّ

---

(١) عوالي اللآلئ ٢ : ١٣٨ / ٣٨٣ ، بحار الأنوار ٢ : ٢٧٢ / ٧ .
وأورده الشيخ الطوسي في كتاب الخلاف ٣ : ١٧٦ ـ ١٧٧ ، المسألة ٢٩٠ ، والعلّامة الحلّي في تذكرة الفقهاء ١٠ : ٢٤٧ ، المسألة ١١٧ .

(٢) وهو : عن محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : «قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيّدها ، وأبوه غائب ، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ، ثمّ قدم سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الآخر ، فقال : هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني .
فقال : خذ وليدتك وابنها ، فناشده المشتري ، فقال : خذ ابنه ـ يعني الذي باع الوليدة ـ حتّىٰ ينفذ لك ما باعك ، فلمّا أخذ البيّع الابن قال أبوه : أرسل ابني ، فقال :

مسألة ١٩: لا يشترط في الإجازة لفظ خاصّ، بل تقع بكلّ ما دلّ علىٰ إنشاء الرِّضا بذلك العقد، بل تقع بالفعل الدالّ عليه[١].

الردّ غير مانع عن الإجازة فلاحظ.

فإنّ أخذ السيّد وليدته التي باعها بغير إذنه ردّ للبيع، ثمّ إنّ الإمام عليه السلام علّم المشتري طريقاً لتنفيذ البيع من أخذ ابن السيّد، قال: «فلمّا رأىٰ ذلك سيّد الوليدة أجاز بيع ابنه»، فإنّه صريح في تأثير الإجازة بعد الردّ، وقد اعترف الشيخ بظهور الرواية في صحّة الإجازة بعد الردّ، ولكن الإجماع ذكر: إنّه يطرح ظهورها أو يؤوّل.

(١) لا ريب أنّ الإجازة غير العقد، وإنّما توجب استناد العقد إليه، فلا تكون محكومة بما يحكم علىٰ العقد، والعبرة في الإجازة لأجل كشفها عن الرضا، ولا يعتبر في ذلك لفظ خاصّ وإن اعتبرنا مطلق اللفظ أو لفظ خاصّ في العقد، وما دلّ علىٰ اعتبار اللفظ في العقد لا يقتضي اعتباره في الإجازة، بل تقع بكلّ ما يدلّ علىٰ الرضا ولو كان فعلاً، كالإشارة ونحوها.

وربّما يقال باعتبار اللفظ في الإجازة[١] كالعقد، لوجهين:

أحدهما: إنّ الإجازة بمنزلة العقد، فما يعتبر في العقد يعتبر في الإجازة خصوصاً في باب النكاح، فإنّ عقد النكاح لا يتحقّق إلّا باللفظ إجماعاً، فكذلك إجازته.

﴿لا أرسل ابنك حتّىٰ ترسل ابني، فلمّا رأىٰ ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه».
تهذيب الأحكام ٧: ٤٨٨ / ١٩٦٠، الاستبصار ٣: ٢٠٥ / ٧٣٩، وسائل الشيعة ٢١: ٢٠٣ / ٢٦٩٠٠.

(١) كما في التنقيح الرائع لمختصر الشرائع ٢: ٢٧.

. . . . . .

وفيه : إنّ ذلك مصادرة ، وكونها بمنزلة العقد أوّل الكلام ، بل هي غير العقد وغير البيع أو النكاح الصادر من الفضولي .

ثانيهما : إنّ الاستقراء يدلّ علىٰ أنّ كلّ ما يكون سبباً للّزوم هو اللفظ ، وحيث إنّ الإجازة سبب له لا بدّ من أن تكون لفظاً .

وفيه : **أوّلاً** : إنّ الأمر ليس كذلك ، فإنّ المعاطاة لازمة علىٰ التحقيق عندنا مع أنّه لا لفظ فيها .

وثانياً : إنّ الاستقراء غير حجّة .

وثالثاً : قياس الإجازة بالعقد في غير محلّه ، فإنّ الإجازة ليست من العقد ، وإنّما توجب استناد العقد إليه ، والعبرة بالاستناد وهو يحصل بغير اللفظ ، بل يستفاد من بعض النصوص مثل ما دلّ علىٰ الاكتفاء بسكوت البنت في الرضا[1] ، فإنّ مقتضىٰ إطلاقه عدم الفرق بين ما كان العقد الواقع غير فضولي فسكتت ، أو فضوليّاً فسكتت .

ويؤيّده ما رود في الاكتفاء بسكوت المولىٰ لتزويج العبد[2] ، فإنّ مورده

---

(١) **منها** : عن داوُد بن سرحان ، عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل يريد أن يزوّج أُخته ؟ قال : « يؤامرها فإنّ سكتت فهو إقرارها ، وإن أبت لم يزوّجها » .
الكافي ٥ : ٣٩٣ / ٣ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٨٦ / ١٥٥٠ ، الاستبصار ٣ : ٢٣٩ / ٨٥٦ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٤ / ٢٥٦١٥ .
ومنها : عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر قال : قال أبو الحسن عليه السلام ـ في المرأة البكر ـ : « إذنها صماتها ، والثيّب أمرها بيدها » .
الكافي ٥ : ٣٩٤ / ٨ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٤ / ٢٥٦١٥ .

(٢) كما عن معاوية بن وهب قال : جاء رجل إلىٰ أبي عبدالله عليه السلام فقال : إنّي كنت مملوكاً لقوم

مسألة ٢٠: يشترط في المجيز علمه بأنّ له أن لا يلتزم بذلك العقد، فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضي به لم يكفِ في الإجازة. نعم، لو اعتقد لزوم الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقدفأجاز، فإن كان علىٰ وجه التقييد لم يكفِ، وإن كان علىٰ وجه الداعي يكون كافياً[1].

وإن لم يكن فضولياً بالمعنىٰ المصطلح؛ لأنّ الفضولي المصطلح أن يكون المُجيز طرفاً للمعاملة، ومورد هذه النصوص اعتبار الإجازة من المولىٰ الذي هو خارج عن طرف العقد.

ولكن المستفاد منها: إنّ الإجازة مطلقاً تقع بأي شيء دالّ عليه، ولا خصوصيّة للمبرز، والعمدة في المقام: عدم الدليل علىٰ اعتبار اللفظ في الإجازة، واعتباره في العقد ـ للإجماع أو لدليل آخر ـ لا يقتضي اعتباره في الإجازة.

(١) إذا كانت إجازته علىٰ نحو التقييد، بمعنىٰ أنّه يجيز في صورة لزوم العقد والإجازة عليه ولا يجيز في غير هذه الصورة، ولو انكشف الخلاف وعلم بعدم لزوم العقد عليه وعدم لزوم الإجازة، فلا أثر للإجازة؛ لأنّها

﴿لقوم، وإنّي تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن موالي، ثمّ أعتقوني بعد ذلك، فأُجدّد نكاحي إيّاها حين أُعتقت؟

فقال له: «أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم؟».

فقال: نعم، وسكتوا عنّي ولم يغيّروا علَيَّ.

فقال: «سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم، اثبت علىٰ نكاحك الأوّل».

الكافي ٥: ٤٧٨ / ٤، تهذيب الأحكام ٨: ٢٠٤ / ٧١٩، وسائل الشيعة ٢١: ١١٧ / ٢٦٦٧١.

مسألة ٢١ : الإجازة كاشفة عن صحّة العقد من حين وقوعه[١] ، فيجب ترتيب الآثار من حينه .

مفقودة في الحقيقة ؛ لأنّ الإجازة كانت مشروطة لزوم العقد ، والمفروض عدمه والمشروط ينتفي بانتفاء شرطه .

نعم ، إذا كان اعتقاده بلزوم العقد علىٰ نحو الداعي ، فلا يضرّ التخلّف وتكفي الإجازة في هذه الصورة .

وقد ترضىٰ المرأة بما حكم الله عليه ، وإن كانت بحسب طبعها ونفسها كارهة لذلك ، وإنّما ترضىٰ بحكم الله تعالىٰ ، غاية الأمر تزعم أنّ هذا ممّا حكم الله عليها ، ففي صورة التخلّف وعدم حكم الله تعالىٰ في الواقع ، فلا رضا منها بالتزويج ورضاها إنّما تعلّق بحكم الله تعالىٰ ولو كانت كارهة في نفسها ، كأحكام الجهاد ، وإنفاق الأموال وغير ذلك من الأحكام الشرعيّة غير الملائمة لطبع الإنسان ، ففي هذه الصورة ، لا ريب في البطلان وعدم الاكتفاء بهذه الإجازة .

وقد ترضىٰ بالفعل بنفسه وإن لم يكن ممّا حكم الله تعالىٰ ، يعني ترضىٰ بصدور هذا الفعل سواء كان واجباً عليه أم لا ، غاية الأمر اعتقدت اللزوم عليها ، وحينئذٍ لا يضرّ التخلّف لحصول الرضا منها في الحقيقة ، ومجرّد تقازن اعتقاد اللزوم بالرضا الباطني غير ضائر في حصول الرضا ، حتّىٰ في صورة التخلّف ، والمفروض أنّ الإجازة غير مقيّدة باللزوم .

(١) وقع النزاع بين الأصحاب في كون الإجازة ناقلة ، أو كاشفة .

. . . . . .

وفي صورة الكشف وقع الخلاف بينهم، فذهب جماعة إلىٰ الكشف الحقيقي، وبعضهم إلىٰ الكشف الانقلابي، ومنهم إلىٰ الكشف الحكمي بمعنىٰ ترتّب آثار الملكيّة أو الزوجيّة السابقة بعد الإجازة[1].

ففي الحقيقة تكون الإجازة ناقلة، إلّا أنّه لأجل الدليل نلتزم بترتيب آثار الملكيّة السابقة، وإلّا فالنقل من حين الإجازة.

وهنا كشف حكمي آخر التزمنا به، وحاصله: الحكم من الآن بالزوجيّة السابقة، وأنّه من الآن يعتبر الملكيّة أو الزوجيّة قبل سنة بأن ينشأ فعلاً الملكيّة السابقة من حين حدوث العقد.

فإنّ الاعتبار أمر خفيف المؤنة قد يتعلّق بأمر مقارن، وقد يتعلّق بأمر متأخّر كالوصيّة التمليكيّة، وقد يتعلّق بأمر سابق، فالاعتبار متأخّر، والمعتبر أمر سابق؛ ولذا قلنا: إنّه لو لم يكن إجماع علىٰ الخلاف لجاز أن يبيع الإنسان بالفعل ماله قبل سنة.

أمّا النقل: فخلاف ظاهر الأدلّة، فإنّ الظاهر من الإجازة أنّها تجيز العقد السابق، والعقد السابق مدلوله الملكيّة السابقة، وإلّا لو كانت الإجازة ناقلة لكان عقداً جديداً أجنبيّاً عن العقد السابق الواقع علىٰ ملكه ولم تكن إجازة وامضاءً لما صدر أوّلاً من العقد، بل القول بالنقل ينافي بعض النصوص الواردة في إرث أحد الزوجين إذا مات أحدهما، إذ لا معنىٰ للنقل مع موت

(١) أُنظر لذلك كلّه: المكاسب للشيخ الأنصاري ٣: ٤٠٧ ـ ٤٠٩.

. . . . . .

أحد الزوجين ، كصحيح أبي عبيدة[١] ، وكذا صحيح قيس[٢] الوارد في بيع

---

(١) وهو : عن أبي عبيدة ، قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوَّجهما وليّان لهما ، وهما غير مدركين ؟

قال : فقال : « النكاح جائز ، أيّهما أدرك كان له الخيار ، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر ، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا » .

قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر ؟

قال : « يجوز ذلك عليه إن هو رضي » .

قلت : فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ، ثمَّ مات قبل أن تدرك الجارية أترثه ؟

قال : « نعم ، يعزل ميراثها منه حتّىٰ تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلىٰ أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج ، ثمَّ يُدفع إليها الميراث ونصف المهر » .

قلت : فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت ، أيرثها الزوج المدرك ؟

قال : « لا ؛ لأنّ لها الخيار إذا أدركت » .

قلت : فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك ؟

قال : « يجوز عليها تزويج الأب ، ويجوز علىٰ الغلام ، والمهر علىٰ الأب للجارية » .

الكافي ٧ : ١ / ١٣١ ، تهذيب الأحكام ٩ : ١٣٦٦ / ٣٨٢ ، وسائل الشيعة ٢٦ : ٣٢٨٦٢ / ٢١٩ .

(٢) وهو : عن محمّد بن قيس ، عن أبي جعفر عليه السلام قال : « قضىٰ أمير المؤمنين عليه السلام في وليدة باعها ابن سيّدها ، وأبوه غائب ، فاشتراها رجل فولدت منه غلاماً ، ثمّ قدم سيّدها الأوّل فخاصم سيّدها الآخر ، فقال : هذه وليدتي باعها ابني بغير إذني .

فقال : خذ وليدتك وابنها ، فناشده المشتري ، فقال : خذ ابنه ـ يعني الذي باع الوليدة ـ حتّىٰ ينفذ لك ما باعك ، فلمّا أخذ البيّع الابن قال أبوه : أرسل ابني ، فقال : لا أرسل ابنك حتّىٰ ترسل ابني ، فلمّا رأىٰ ذلك سيّد الوليدة الأوّل أجاز بيع ابنه » .

تهذيب الأحكام ٧ : ١٩٦٠ / ٤٨٨ ، الاستبصار ٣ : ٧٣٩ / ٢٠٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٩٠٠ / ٢٠٣ .

. . . . . .

الوليدة بدون إذن سيّدها واستولدها المشتري.

ولو كانت الإجازة ناقلة لكان علىٰ الذي اشتراها مهر المثل بالوطء، مع أنّه لم يتعرّض لذلك أصلاً.

والحاصل: النقل مخالف لمفهوم الإجازة؛ لأنّ العقد مقتضاه الملكيّة السابقة، فإذا كانت الإجازة مقتضاها الملكيّة من الآن، فلا تكون إجازة للعقد السابق ومتعلّقه به، بل كانت انشاءً مستقلّاً.

وربّما يقال: بأنّ المنشأ هو طبيعي الملك لا خصوص الملكيّة السابقة أو المطلقة، والسبق أو التأخّر خارج عن المنشأ، وحصول الملكيّة في الزمان اللاحق بالإجازة المتأخّرة لا ينافي كون الإجازة إجازة للعقد السابق، نظير حصول الملكيّة في العقد عند حدوث القبول، فإنّه كما يصحّ تعلّق القبول بالإيجاب وأنّ الملكيّة تتحقّق بعد القبول مع أنّ الملكيّة أُنشئت بالإيجاب، فكذلك الحال في الإجازة، فحال الإجازة حال القبول.

والسرّ في ذلك: إنّ المنشأ ـ أي الملكيّة ـ لم يكن مقيّداً بالزمان، بل المنشأ هو الطبيعي، ولذا يصحّ تعلّق القبول به وتحصل الملكيّة به، مع أنّ الإيجاب سابق والإجازة بمنزلة القبول.

وفيه: ما ذكرناه غير مرّة أنّ الاعتبار لا بدّ أن يكون مطلقاً أو مقيّداً، ولا يعقل الإهمال في الواقع، وحيث إنّ الملكيّة المقيّدة غير مفروضة فالمنشأ هو الملكيّة المطلقة فتثبت الملكيّة من حين صدور العقد؛ لأنّ المنشأ الملكيّة المطلقة، أي من أوّل زمان العقد، والإجازة تتعلّق به فتثبت بها الملكيّة

. . . . . .

المطلقة .

وأمّا النقض بالقبول ، ففيه : إنّ الملكيّة في الحقيقة أُنشئت معلّقة علىٰ القبول ، ومعنىٰ قوله : بعت ، بعتك علىٰ تقدير قبولك ، وإلّا فلا أبيع ؛ لأنّ المفروض أنّه عقد يحتاج إلىٰ الطرفين لا إيقاع ، فليس المنشأ الملكيّة المطلقة قبل القبول حتّىٰ يقال بأنّ الملكيّة حاصلة قبل القبول .

وأمّا في الفضولي : فقد تحقّق العقد والمنشأ وصدور الإيجاب والقبول من الطرفين ، غاية الأمر لم يمضه الشارع ؛ لأنّه فاقد للرضا ، وإذا رضي فيرض بالعقد السابق ، فلا بدّ من تأثيره من السابق ، كما في صحيحة محمّد ابن قيس .

وأمّا الكشف الحقيقي : بمعنىٰ أنّ الإجازة المتأخّرة ليست إلّا معرفة وأمارة وعلامة عن صحّة العقد من حينه من دون أن يكون لها أي تأثير في صحّة العقد السابق ، وليس إطلاق الشرط علىٰ الشروط الشرعيّة إطلاقاً حقيقيّاً بمعنىٰ دخله في الأثر ، وإنّما الشروط الشرعيّة ليست إلّا معرفات وأمارات .

ففيه : إنّ القول بذلك مخالف لظواهر الأدلّة الدالّة علىٰ الشرطيّة ، فإنّ الظاهر منها دخل الإجازة في النقل .

وربّما يقال ـ في تفسير الكشف الحقيقي ـ : بأنّ الإجازة المتأخّرة بنفسها شرط لصحّة العقد السابق ، والالتزام بالشرط المتأخّر أو المتقدّم غير معقول في الشروط التكوينيّة الحقيقيّة ، وأمّا في الشروط الشرعيّة فلا مانع من الالتزام به .

. . . . . .

وبعبارة أُخرىٰ: الشروط الشرعيّة ليست كالشروط العقليّة بحيث يستحيل تأثير المتأخّر في السابق فيمكن تأثير الأمر السابق أو المتأخّر علىٰ نحو الشرط في الأمر السابق أو المتأخّر، وقد وقع نظير ذلك في الشرع، كتوقّف صحّة صوم المستحاضة علىٰ الغسل في الليل وقبل دخول الفجر، فيكون غسل المستحاضة قبل دخول الفجر دخيلاً في صحّة صومها، فالإجازة لم تكن مجرّد أمارة وعلامة، وإنّما هي دخيلة في الصحّة، غاية الأمر من باب تأثير الشرط المتأخّر في صحّة العقد السابق، وربّما يظهر ذلك من صاحب الجواهر قدس سره[1].

وفيه: إنّ الشرط بمعنىٰ الدخل والتأثير ونحو ذلك لا يتصوّر في الأحكام الشرعيّة، فإنّ الحكم الشرعي فعل صادر من الشارع المقدّس، ولا معنىٰ لاشتراطه بالشرط المتعارف بفعل المكلّف، بل المراد بالشرط دخله في موضوع الحكم ورجوعه إلىٰ تقييد الموضوع وقصر الحكم بموضوع خاصّ، نظير الدلوك الذي هو شرط لوجوب الصلاة، فإنّ الاشتراط به ليس معناه أنّ الوجوب ينشأ منه وأنّه يكون دخيلاً في الحكم الصادر من الشارع، بل معنىٰ الاشتراط: إنّ الدلوك قيد للوجوب، أي أنّ الشارع لم يجب مطلقاً، وإنّما أوجب وحكم في خصوص هذه الصورة، ولا فرق في بيان ذلك بنحو الجملة الشرطيّة أو الإيجابيّة، كأن يقول: يجب الحجّ علىٰ المستطيع، أو

(١) أُنظر جواهر الكلام ٢٢: ٢٨٦.

. . . . . .

يجب الحجّ على الناس إذا استطاعوا.

وبالجملة: الالتزام بالشرط المتأخّر بالنسبة إلى دخل الإجازة المتأخّرة في صحّة العقد السابق وإن كان ممكناً ولكن الظاهر من الأدلّة اعتبار الرضا المقارن ولا عبرة بالمتقدّم أو المتأخّر.

وبما ذكرنا يظهر الجواب عن احتمال آخر، وهو: إنّ الشرط وصف التعقّب بالرضا، فإنّه وإن كان ممكناً في نفسه ولكنّه لا دليل على الاشتراط بوصف التعقّب، بل الظاهر من الأدلّة اعتبار نفس الرضا لا تعقّبه، ويترتّب على القول بذلك جواز التصرّف واقعاً إذا علم لحوق الرضا بعد ذلك لتحقّق الشرط، وهو ضعيف التعقّب، ولكن عرفت أنّه لا دليل عليه.

وأمّا الكشف الانقلابي: بمعنى انقلاب الشيء عمّا هو عليه، وأنّ الملكيّة السابقة الثابتة لزيد مثلاً من الآن تنقلب إلى الملكيّة لعمرو من الأوّل وفي ظرفها وينقلب الحكم، فيكون الشيء ملكاً للثاني من الأوّل، وتكون المرأة زوجة في الظرف الأوّل، فقبل الإجازة ملك للأوّل، وبعد الإجازة ينقلب ويصير ملكاً للثاني من الزمان الأوّل ومن حين العقد.

ويقال: إنّ الانقلاب يستحيل في التكوينيات، وأمّا في الأُمور الشرعيّة الاعتبارية فلا مانع من الانقلاب.

وفيه: إنّ التناقض مستحيل في جميع الموارد، ولا يمكن أن نعتبر شيئاً موجوداً في ظرف ومعدوماً في ذلك الظرف، ولو التزمنا بهذا النحو من الانقلاب لا يجوز له التصرّف فعلاً وإن علم بصدور الإجازة فيما بعد؛ لأنّ

. . . . . .

الانقلاب يتحقّق بعد الإجازة، وقبل الإجازة يكون الشيء ملكاً لشخص آخر.

والحاصل: إنّ الكشف ببعض معانيه وإن كان ممكناً ولكن لا دليل عليه؛ لأنّ الظاهر من الأدلّة دخل خصوص الإجازة وببعض معانيه غير معقول.

فالكشف الحقيقي بجميع احتمالاته فاسد لا يمكن الالتزام به.

يبقىٰ الكلام في **الكشف الحكمي**.

فنقول: الكشف الحكمي بالمعنىٰ الذي التزم به الشيخ بمعنىٰ ترتّب آثار الملكيّة من السابق بعد الإجازة وإن كان النقل من الآن، فإنّه وإن كان أمراً ممكناً، إلّا أنّه لا دليل عليه؛ لأنّ الظاهر من الأدلّة كون الإجازة متعلّقة للعقد السابق فلابدّ من إثبات مقتضىٰ العقد وتحقّق الملكيّة والنقل من حين صدور العقد.

والذي يظهر من الأدلّة ويساعد عليه الدليل هو الكشف الحكمي بالمعنىٰ الذي ذكرناه، وهو كون الاعتبار متأخّراً، والمعتبر أمراً سابقاً، والاستناد فعلي، والمستند سابق.

فإنّ الاعتبار أمر خفيف المؤنة قد يتعلّق بالأمر الحالي، وقد يتعلّق بالأمر الاستقبالي، وقد يتعلّق بالأمر السابق، فمن الآن يعتبر الملكيّة قبل سنة وزمان الحكم متأخّر.

وربّما يورد علىٰ الكشف الحكمي علىٰ المختار بوجهين:

الأوّل: إنّ التضادّ يتحقّق ولو باختلاف زمان الاعتبارين إذا كان المعتبر

. . . . . .

واحداً، والعبرة في تحقّق التضادّ بوحدة المعتبر وإن كان زمان الاعتبار متعدّداً، ولذا قالوا: إنّ الخروج من الأرض المغصوبة لا يتّصف بالحرمة السابقة والوجوب الفعلي معاً وإن كان زمان الحرمة قبل الدخول وزمان الوجوب بعد الدخول، فإنّ العبرة في تحقّق التضادّ بزمان المعتبر لا الاعتبار، وهكذا المقام، فإنّ الشيء الواحد لا يمكن أن يكون ملكاً لشخصين وإن تعدّد زمان الاعتبار.

وفيه: إنّ الأمر وإن كان كذلك ولكن في الأُمور الواقعيّة التكوينيّة، فإنّ الموجود الواحد لا يتّصف بوصفين متضادّين من المحبوبيّة والمبغوضيّة، إلّا على نحو البداء في الأشخاص المتعارفة، وأمّا بالنسبة إلى الشارع فالأمر غير معقول؛ لأنّه يكشف عن الجهل وهو منزّه عنه.

فالخروج أمّا مغضوب بالفعل، أو محبوب بالفعل، أو من الأوّل، والجمع بين المحبوبيّة والمبغوضيّة غير معقول ولو في زمانين، إلّا أنّ الأُمور الواقعيّة التكوينيّة لا تقاس بالملكيّة التي هي أمر اعتباري خفيف المؤنة، فإنّ المصلحة قائمة بنفس الاعتبار لا بنفس المعتبر، أي الملكيّة والاعتبار خفيف المؤنة قد يتعلّق بشيء فيما إذا كان مطابقاً لمصلحته، كما أنّه قد يعتبر ثانياً نفس الأمر السابق إذا كان الاعتبار الثاني مطابقاً للمصلحة وممّا يقتضيه الدليل، فلا مانع من الاعتبارين، بل لا مانع من اعتبار الشيء الواحد ملكاً لشخصين ولكنّه يمنع عنه من جهة الأثر.

الثاني: ما ذكر من إمكان الاختلاف في الاعتبار إنّما يجوز في القضايا

مسألة ٢٢ : الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضوليّة[١] ، فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد إلّا أنّه كان بحيث لو كان حاضراً وملتفتاً كان راضياً ، لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة .

الخارجيّة الراجعة إلىٰ المكلّفين ، وأمّا الاعتبارات الشرعيّة والأحكام الكليّة الإلٰهيّة الثابتة في وعائها الشرعي فلا يمكن فيها هذا الاختلاف ، وكيف يجوز للشارع أن يعتبر شيئاً واحداً في زمان واحد ملكاً لشخص ويعتبره أيضاً ملكاً لشخص آخر ؟ فإنّ الشارع يعرف الأُمور من الأوّل ، فلا يمكن الاختلاف في الاعتبار بالنسبة إليه .

وفيه : إنّ الأحكام الشرعيّة مجعولة علىٰ نحو القضايا الحقيقيّة ، وفعليتها بفعليّة موضوعاتها ، كجعل الوجوب علىٰ المستطيع ، فإنّه قبل حصول الاستطاعة لا وجوب ، وإنّما يحدث الوجوب بعد حصول الاستطاعة وفعليتها ، فثبوت الحكم بالفعل وعدمه بفعليّة الموضوع وعدمها .

وهكذا الحكم بالملكيّة في المقام بالنسبة إلىٰ الإجازة ، فإنّ الملكيّة قبل وجود الإجازة ثابتة للمالك الأوّل ؛ لعدم فعليّة الموضوع بالنسبة إلىٰ المالك الثاني ، وبعد الإجازة تعتبر الملكيّة للثاني ، غاية الأمر الملكيّة السابقة ؛ لأنّ اعتبار الملكيّة بسبب الإجازة بعنوان الإمضاء لفعليّة موضوعها بالإجازة ، وأمّا قبل الإجازة فلا تعتبر الملكيّة له ؛ لعدم تحقّق موضوعها .

(١) الرضا الباطني التقديري معناه : عدم حصول الرضا بالفعل لغفلته وعدم التفاته ، ولكن لو توجّه والتفت كان راضياً .

والظاهر هو الاكتفاء به في التصرّفات الخارجيّة ولا يلزم حصول

بل لو كان حاضراً حال العقد وراضياً به ، إلّا أنّه لم يصدر منه قول ولا فعل يدلّ علىٰ رضاه ، فالظاهر أنّه من الفضوليّ[١] ، فله أن لا يجيز .

الالتفات من المالك بالفعل في جواز التصرّفات ، كما إذا كان المالك نائماً أو غافلاً بالمرّة وعلمنا من حاله رضاه بالتصرّف لو التفت يجوز له التصرّف ، كما لو دخل أحد بيت أخيه الحقيقي أو المؤمن ورآه نائماً أو غافلاً يجوز له الأكل من الطعام والشراب ولا يجب الاستئذان ، وهذا هو المعبّر عنه بـ: إذن الفحوىٰ ، والسيرة القطعيّة جارية علىٰ ذلك .

ولكن لا ريب في عدم الاكتفاء به في استناد العقد إليه ولا يستند العقد إليه بمجرّد الرضا الباطني التقديري .

(١) وأمّا الرضا الباطني الحاصل بالفعل الذي علمنا به بطريق آخر ، كما لو كان ملتفتاً وعلمنا رضاه بالأمر بغير الإجازة والإذن ، وأنّه راضٍ فعلاً ولكن لم يبرز رضاه بالإذن ، فهل يكفي ذلك في استناد العقد إليه وفي عدم صدق الفضولي ، أو أنّ العقد فضولي ما لم يبرز الرضا بالإذن ؟

فيه خلاف ، المشهور ذهبوا إلىٰ عدم الكفاية وصدق الفضولي حتّىٰ مع الرضا الباطني ما لم يبرزه بالإذن القولي أو الفعلي ، فإذا لم يصدر منه قول أو فعل يدلّ علىٰ رضاه تكون المعاملة فضوليّة وإن كان راضياً بالرضا الباطني ، ومنهم المصنّف ، وأنّ الذي يوجب الخروج عن الفضولي هو الإذن السابق أو الإجازة اللاحقة ، والشيخ استقرب الكفاية واستفاد من كلمات الأعلام لقولهم في عدم كفاية السكوت أنّ السكوت أعمّ من الرضا ، فيعلم أنّ العبرة بالرضا

. . . . . .

علىٰ الإطلاق ، واستظهر ذلك أيضاً من الروايات ، كقوله : «صماتها»[١] ، أو : «سكوتها إذنها»[٢] الواردة في البكر ، وفي تزويج السكرىٰ نفسها وأنّها إذا رضيت وفاقت صحّ النكاح[٣] ، وما ورد في باب خيار الحيوان فيما إذا أحدث

---

(١) كما عن : عن أحمد بن محمّد بن أبي نصر قال : قال أبو الحسن عليه السلام في المرأة البكر ـ : «إذنها صماتها ، والثيّب أمرها بيدها» .

الكافي ٥ : ٣٩٤ / ٨ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٧٤ / ٢٥٦١٥ .

(٢) كما روي عن النبيّ صلى الله عليه وآله أنّه قال : «لا تنكح الأيم حتّىٰ تستأمر ، ولا تنكح البكر حتّىٰ تستأذن ، وإنّ سكوتها إذنها» .

مسند أحمد ٢ : ٤٣٤ ، سنن أبي داوُد ١ : ٤٦٤ / ٢٠٩٢ ، كنز العمّال ١٦ : ٣١١ / ٤٤٦٥٧ .

وكما عن معاوية بن وهب قال : جاء رجل إلىٰ أبي عبدالله عليه السلام فقال : إنّي كنت مملوكاً لقوم ، وإنّي تزوّجت امرأة حرّة بغير إذن موالي ، ثمّ أعتقوني بعد ذلك ، فأُجدّد نكاحي إيّاها حين أُعتقت ؟

فقال له : «أكانوا علموا أنّك تزوّجت امرأة وأنت مملوك لهم ؟» .

فقال : نعم ، وسكتوا عنّي ولم يغيّروا علَيَّ .

فقال : «سكوتهم عنك بعد علمهم إقرار منهم ، اثبت علىٰ نكاحك الأوّل» .

الكافي ٥ : ٤٧٨ / ٤ ، تهذيب الأحكام ٨ : ٢٠٤ / ٧١٩ ، وسائل الشيعة ٢١ : ١١٧ / ٢٦٦٧١ .

(٣) كما عن محمّد بن إسماعيل بن بزيع قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت ، فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها ، ثمّ أفاقت فأنكرت ذلك ، ثمّ ظنّت أنّه يلزمها ففزعت منه ، فأقامت مع الرجل علىٰ ذلك التزويج ، أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها ؟

قال : «إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضاً منها» .

قلت : ويجوز ذلك التزويج عليها ؟

. . . . . .

المشتري ، قال : «فذلك رضا منه» ، قيل له : وما الحدث ؟ قال : «إن لامس أو قبّل»[١] .

فيعلم إنّ العبرة في الرضا ، ويؤيّده ما ذكره بعد اعتبار اللفظ في الإجازة ، والظ ،اهر من ذلك : إنّ العبرة بمجرّد الرضا ، ولا يلزم إبرازها باللفظ أو غيره ، ويبعد أن يكون للّفظ خصوصيّة .

وفيه : إنّ جميع ما ذكره مخدوش ، أمّا كلمات الأعلام ، فلا حجيّة لها ما لم تصل إلىٰ حدّ الإجماع التعبدّي ، علىٰ أنّه لا دلالة فيها علىٰ الاكتفاء بمجرّد الرضا ، فإنّ النسبة بين السكوت والرضا : التباين لا العموم والخصوص ؛ لأنّ السكوت فعل خارجي والرضا أمر نفساني باطني ، ولا يمكن انطباق الفعل الخارجي علىٰ النفساني ، والأمر النفساني لا يمكن أن يكون مصداقاً للفعل الخارجي ، والمراد بكون السكوت أعمّ من الرضا من

قال : «نعم» .

من لا يحضره الفقيه ٣ : ٤٠٩ / ٤٤٣٠ ، تهذيب الأحكام ٧ : ٣٩٢ / ١٥٧١ ، وسائل الشيعة ٢٠ : ٢٩٤ / ٢٥٦٦١ .

(١) وهو : عن عليّ بن رئاب ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «الشرط في الحيوان ثلاثة أيّام للمشتري اشترط أم لم يشترط ، فإن أحدث المشتري فيما اشترىٰ حدثاً قبل الثلاثة الأيّام فذلك رضا منه فلا شرط» .

قيل له : وما الحدث ؟

قال : «إن لامس أو قبّل أو نظر منها إلىٰ ما كان يحرم عليه قبل الشراء . . .» .

الكافي ٥ : ١٦٩ / ٢ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٠٢ / ٢٤ ، وسائل الشيعة ١٨ : ١٣ / ٢٣٠٣٢ .

. . . . . .

جهة الكاشفية، فإنّ السكوت قد يفرض كونه كاشفاً عن الرضا كسكوت البكر، فإنّ القرينة قائمة علىٰ أنّ سكوتها علامة للرضا، وقد لا تكون قرينة علىٰ ذلك، فلا يكشف عن الرضا.

وبالجملة: المراد بكون السكوت أعمّ من الرضا أنّه قد يكون كاشفاً عن الرضا، وقد يكون غير كاشف عنه، والمعتبر كشفه بمبرز، والسكوت حيث إنّه أعمّ لا يكون مبرزاً عن الرضا، فكون السكوت أعمّ من الرضا يراد به الأعمّ كشفاً لا بنفسه، وإلّا فالنسبة بين السكوت والرضا في أنفسهما: التباين، ولا يعقل أن يكون السكوت أعمّ منه.

وأمّا الروايات التي استظهر منها الاكتفاء بالرضا الباطني، فليس في بعضها الرضا كسكوت البنت وسكوت المولىٰ، بل ورد أنّ سكوتهما إقرار منهما علىٰ أنّه لا تدلّ هذه الطائفة من الروايات علىٰ الاكتفاء بالرضا الباطني وإن لم يبرز بمبرز، وإنّما تدلّ علىٰ الاكتفاء بالسكوت في إبراز الرضا وأنّه لا يلزم أن يكون المبرز لفظاً أو فعلاً آخر، مضافاً إلىٰ ما عرفت من أنّ السكوت فعل خارجي والرضا فعل نفساني لا ينطبق أحدهما علىٰ الآخر.

وبالجملة: العبرة بالرضا المبرَز وإن كان مبرزه السكوت، وكذلك الحال في سكوت المولىٰ، علىٰ أنّ مورده أجنبي عن الفضولي المصطلح؛ لأنّ المولىٰ لم يكن طرفاً للعقد وإنّما هو أجنبي عن العقد، غاية الأمر يعتبر رضاه في صحّة العقد شرعاً، نظير اعتبار رضا العمّة أو الخالة في التزويج علىٰ بنت الأخ أو الأُخت.

. . . . . .

وأمّا الخبر الوارد في باب خيار الحيوان، وما ورد في تزويج السكرىٰ نفسها، فقد ورد فيهما الرضا، إلّا أنّ كلاهما خارج عن الفضولي، علىٰ أنّه يجري فيهما ما عرفت من أنّ الرضا النفساني لا يحمل علىٰ الفعل الخارجي، فليس المراد من حمل الرضا علىٰ الفعل الخارجي إلّا الكاشفيّة وإمضاء العمل الصادر منه.

فتحصّل: إنّ الصحيح ما في المتن من عدم الاكتفاء بالرضا الباطني؛ لعدم صدق الاستناد بمجرّد الرضا الباطني، ولا يقال: إنّه باع، وإنّ البيع له بمجرّد الرضا الباطني، بل لا بدّ من إبرازه بمبرز ما حتّىٰ يصحّ الاستناد.

وما لم يبرز الرضا له الردّ كما أنّ له الإجازة، ولا يخرج العقد عن الفضوليّة بمجرّد الرضا الباطني.

تتميم للمسألة[1]: قد عرفت أنّ الرضا الباطني لا يخرج العقد عن كونه فضوليّاً، بل له الردّ والإجازة وإن كان راضياً في نفسه ما لم يبرزه بمبرز، وهل الأمر كذلك في نكاح العبد من دون إذن مولاه، أو يكتفىٰ بالرضا الباطني ولا يحتاج إلىٰ إذن المولىٰ صريحاً، وكذا في عقد المكره هل يكتفىٰ بالرضا الباطني منه في صحّته ونفوذه أو يلزم إذنه صريحاً؟

فيقع الكلام في موردين:

أحدهما: في العقد الصادر من العبد لنفسه بغير إذن سيّده.

---

(١) كتب السيّد ﷺ: تميم للمسألة المتقدّمة، وأورده بعد المسألة «٢٣»، ونقلناه هنا لإتمام المعنىٰ.

. . . . . .

ذكر الشيخ : إنّه لا إشكال في عقد العبد نكاحاً أو بيعاً إذا علم برضا المولىٰ[١] ، ولا حاجة إلىٰ الإذن منه صريحاً ؛ لأنّ المستفاد من النصّ[٢] : إنّ المانع عن الصحّة هو معصية الله ، والمفروض أنّه لم يعص الله ، وإنّما عصىٰ سيّده ، وإذا ارتفعت المعصية يحكم علىٰ العقد بالصحّة ، ومع العلم بالرضا

---

(١) المكاسب للشيخ الأنصاري ٣ : ٣٤٨ .

(٢) في عدّة روايات :

منها : معتبرة زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن مملوك تزوّج بغير إذن سيّده ؟

فقال : « ذاك إلىٰ سيّده إن شاء أجازه ، وإن شاء فرّق بينهما » .

قلت : أصلحك الله ، إنّ الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون : إنّ أصل النكاح فاسد ، ولا تحلّ إجازة السيّد له .

فقال أبو جعفر عليه السلام : « إنّه لم يعصِ الله ، وإنّما عصىٰ سيّده ، فإذا أجازه فهو له جائز » .

الكافي ٥ : ٣ / ٤٧٨ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٣٢ / ٣١٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٦٦٦ / ١١٤ .

ومنها : معتبرة زرارة الأُخرىٰ ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قال : سألته عن رجل تزوّج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثمّ اطلع علىٰ ذلك مولاه ؟

قال : « ذاك لمولاه إن شاء فرّق بينهما ، وإن شاء أجاز نكاحهما ، فإن فرّق بينهما فللمرأة ما أصدقها ، إلّا أن يكون اعتدىٰ فأصدقها صداقاً كثيراً ، وإن أجاز نكاحهما فهما علىٰ نكاحهما الأوّل » .

فقلت لأبي جعفر عليه السلام : فإنّ أصل النكاح كان عاصياً ؟

فقال أبو جعفر عليه السلام : « إنّما أتىٰ شيئاً حلالاً ، وليس بعاصٍ لله ، إنّما عصىٰ سيّده ولم يعصِ الله ، إنّ ذلك ليس كإتيان ما حرّم الله عليه من نكاح في عدّة وأشباهه » .

الكافي ٥ : ٢ / ٤٧٨ ، تهذيب الأحكام ٧ : ١٤٣١ / ٣١٥ ، وسائل الشيعة ٢١ : ٢٦٦٦٧ / ١١٥ .

. . . . . .

الباطني للمولىٰ لم تتحقّق المعصية له، فلا مانع من الحكم بالصحّة.

وبعبارة أُخرىٰ: معصية العبد للمولىٰ تكون مانعة عن الصحّة، ومع العلم بالرضا الباطني لا معصية له، فلا مانع عن الصحّة وليس العقد من الفضولي حتّىٰ يقال: بأنّ مجرّد الرضا لا يوجب الاستناد، وإنّما يتحقّق الاستناد إذا أظهر الرضا بمبرز خارجي؛ وذلك لأنّ العقد عقد العبد والفعل فعله ولا حاجة إلىٰ الاستناد إلىٰ المولىٰ.

وفيه: إنّ المستفاد من النصّ: اعتبار الإذن من المولىٰ، والمراد من المعصية للمولىٰ: صدور العقد بدون إذن المولىٰ، وإذنه رافع للمعصية ولا يكفي في رفع المعصية مجرّد الرضا الباطني، والمراد من قوله: «إنّما عصىٰ سيّده» ليس هو العصيان التكليفي والذنب، بل صرّح في بعض الروايات: «إنّه لم يعص الله»[1]، بل المراد من معصية السيّد: صدور العقد بدون الإذن من المولىٰ، وأنّ الله تعالىٰ وإن أذن له في نفسه ولكن المولىٰ لم يأذن له، فمتىٰ أذن له يرتفع المانع، ولذا قال: «إذا أجاز جاز»، ولم يقل: إذا رضي جاز.

فالعبرة في صحّة نكاح العبد: صدور الإذن من المولىٰ ولا يكفي مجرّد الرضا.

نعم، فرق بينه وبين العقد الفضولي من ناحية الاستناد، فإنّه في باب الفضولي لا يستند العقد إلىٰ المالك بمجرّد الرضا الباطني، بل لا بدّ من

---

(١) أُنظر الهامش السابق.

. . . . . .

الإجازة .

وأمّا في المقام ، فالاستناد حاصل ؛ لأنّ العقد الصادر عقد لنفس العبد ، غاية الأمر يفقد الإذن من المولىٰ ، وإنّما يحكم بصحّته إذا صدر الإذن من المولىٰ .

المورد الثاني : عقد المكره .

الظاهر الاكتفاء بالرضا الباطني في الحكم بالصحّة سواء كان راضياً حال العقد وكان الداعي هو الإكراه لصدق التجارة عن تراض ، أو كان مكرهاً حال العقد ولكن لحقه الرضا ؛ وذلك لأنّ ما دلّ علىٰ بطلان العقد الفاقد للرضا لا يشمل عقد المكره إذا لحقه الرضا ؛ لأنّ دليل البطلان .

أمّا قوله تعالىٰ : ﴿**تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ**﴾[1] بناءً علىٰ أنّ المراد بالتراضي هو الرضا المقابل للإكراه لا القصد والاختيار ، والمراد بالتجارة ليس مجرّد اللفظ والإنشاء المنصرمين حتّىٰ لا يقبل لحوق الرضا ، بل المراد نفس المعاقدة والمنشأ ، وذلك له بقاء واستمرار وقابل للحوق الرضا والتجارة الصادرة حدوثاً غير مقرونة بالرضا ، إلّا أنّه بقاءً يكون مع الرضا ، ويصدق عليه بقاءً أنّه ﴿**تِجَـٰرَةً عَن تَرَاضٍ**﴾ ، فتشمله الآية الكريمة .

وأمّا حديث رفع الإكراه ، لا يخفىٰ أنّ رفع الإكراه حكم امتناني ، وقد يفرض أنّ الحكم بالبطلان يوافق الامتنان حدوثاً وبقاءً ، وقد يفرض أنّه موافق

---

(١) سورة النساء ٤ : ٢٩ .

مسألة ٢٣ : إذا كان كارهاً حال العقد إلّا أنّه لم يصدر منه ردّ له ، فالظاهر صحّته بالإجازة[١] .

نعم ، لو استؤذن فنهىٰ ولم يأذن ، ومع ذلك أوقع الفضولي العقد ، يشكل صحّته بالإجازة ؛ لأنّه بمنزلة الردّ بعده ، ويحتمل صحّته بدعوىٰ الفرق بينه وبين الردّ بعد العقد ، فليس بأدون من عقد المكره الذي نقول بصحّته إذا لحقه الرضا ، وإن كان لا يخلو ذلك أيضاً من إشكال .

للامتنان حدوثاً لا بقاءً ، فلا يشمله حديث الرفع بقاءً كالعقد الصادر من المكره إذا لحقه الرضا ، فإنّ العقد حدوثاً فاقد للرضا وصدر عن إكراه ، ومقتضىٰ حديث الرفع عدم الحكم بالصحّة حدوثاً .

وأمّا إذا لحقه الرضا ، فلا يجري حديث الرفع ؛ لأنّ الحكم بالبطلان بقاءً حتّىٰ بعد الرضا مناف للامتنان ولذا قلنا بأنّ البيع في موارد الاضطرار يحكم عليه بالصحّة ؛ لأنّ الحكم بالبطلان ينافي الامتنان .

وبالجملة : فما ذكره الشيخ وغيره من الأعلام من الاكتفاء بالرضا الباطني في صحّة عقد المكره إذا لحقه الرضا من دون حاجة إلىٰ الإذن الصريح هو الصحيح ؛ لإطلاق ما دلّ علىٰ اعتبار الرضا من حيث الاقتران بالرضا ، أو لحوق العقد به وعدم جريان ما دلّ علىٰ البطلان للعقد الفاقد للرضا .

(١) هل الكراهة تمنع عن الإجازة ؟ وكذا النهي السابق هل يمنع عن الإجازة وأنّه بمنزلة الردّ في سقوط العقد عن قابلية لحوق الإجازة أم لا ؟

فيه وجهان :

مسألة ٢٤: لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّة ولا الالتفات إلىٰ ذلك، فلو تخيّل كونه وليّاً أو وكيلاً وأوقع العقد فتبيّن خلافه، يكون من الفضوليّ ويصحّ بالإجازة[١].

إذا قلنا بأنّ الردّ لا أثر له، فالكراهة أو النهي السابق غير مانع؛ لأنّه لا يزيد علىٰ الردّ، وكذا لو قلنا بأنّ الردّ مانع عن الإجازة؛ لأنّ عمدة الوجه في تأثير الردّ هي قاعدة السلطنة، إذ مقتضىٰ سلطنة المالك علىٰ ماله سلطنته علىٰ الغاء العقد من قابلية لحوق الإجازة.

ولو قلنا بأنّ الرد من المالك غير مؤثّر وغير نافذ ينافي ذلك سلطنة المالك علىٰ ماله بجميع شؤونه إمضاءً وردّاً، وهذا الوجه لا يجري في المقام كالنهي السابق، والقول بعدم تأثير النهي لا ينافي سلطنته علىٰ ماله؛ لعدم صدور العقد علىٰ ماله.

وبعبارة أُخرىٰ: الردّ يتوسّط بين العقد والإجازة والردّ يقطع الإجازة.

وأمّا إذا كان سابقاً علىٰ العقد، فلا موضوع للقطع، فقياس النهي السابق بالردّ قياس مع الفارق.

(١) فإنّ العبرة في صحة العقد باستناد العقد المجيز، وأمّا العاقد فلا يعتبر قصده، فلو تخيّل كونه وليّاً أو وكيلاً وأوقع فتبيّن الخلاف، كان العقد فضوليّاً ويصحّ بالإجازة، واستناده إلىٰ الأصيل بالإجازة؛ لإطلاق الأدلّة، وربّما يستفاد من صحيح أبي عبيدة[١]؛ لأنّ المراد بالوليّين المذكورين في صدر

---

(١) وهو: عن أبي عبيدة، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما، وهما غير مدركين؟

مسألة ٢٥ : لو قال في مقام إجراء الصيغة : زوّجت موكّلتي فلانة مثلاً ، مع أنّه لم يكن وكيلاً عنها ، فهل يصحّ ويقبل الإجازة أم لا ؟ الظاهر الصحّة .

نعم ، لو لم يذكر لفظ : فلانة ونحوه ، كأن يقول : زوّجت موكّلتي ، وكان من قصده امرأة معيّنة ، مع عدم كونه وكيلاً عنها ، يشكل صحّته بالإجازة[1] .

الحديث هو الوليّ العرفي كالأخ الأكبر والعمّ ونحوهما بقرينة ذكر الوليّ الشرعي وهو الأب في ذيل الحديث .

والعقد الصادر من الوليّ العرفيّ يصدر منه بتخيّل كونه وليّاً ولا يقصد الفضوليّة ، والعمدة إطلاق الأدلّة وعدم الدليل على اعتبار قصد الفضوليّة .

(١) لو قال : زوّجت موكّلتي فلانة ولم يكن وكيلاً عنها ، صحّ العقد

قال : فقال : « النكاح جائز ، أيّهما أدرك كان له الخيار ، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر ، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا » .

قلت : فإن أدرك أحدهما قبل الآخر ؟

قال : « يجوز ذلك عليه إن هو رضي » .

قلت : فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي النكاح ، ثمّ مات قبل أن تدرك الجارية أترثه ؟

قال : « نعم ، يعزل ميراثها منه حتّى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج ، ثمّ يُدفع إليها الميراث ونصف المهر » .

قلت : فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت ، أيرثها الزوج المدرك ؟

قال : « لا ؛ لأنّ لها الخيار إذا أدركت » .

قلت : فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك ؟

قال : « يجوز عليها تزويج الأب ، ويجوز على الغلام ، والمهر على الأب للجارية » .

الكافي ٧ : ١ / ١٣١ ، تهذيب الأحكام ٩ : ١٣٦٦ / ٣٨٢ ، وسائل الشيعة ٢٦ : ٣٢٨٦٢ / ٢١٩ .

مسألة ٢٦ : لو أوقع الفضوليّ العقد علىٰ مهر معيّن ، هل يجوز إجازة العقد دون المهر ، أو بتعيين المهر علىٰ وجه آخر ، من حيث الجنس ، أو من حيث القلّة والكثرة ؟ فيه إشكال ، بل الأظهر عدم الصحّة في الصورة الثانية وهي ما إذا عيّن المهر علىٰ وجه آخر[1] ، كما أنّه لا تصحّ الإجازة مع شرط لم يذكر في العقد ، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط .

فضوليّاً ويصحّ بالإجازة، وتكون موكّلتي زائدة، فكأنّه قال ابتداءً: زوّجت فلانة.

وأمّا لو قال: موكّلتي من دون ذكر فلانة وكان من قصده امرأة معيّنة، يشكل صحّته؛ لعدم وكالته وعدم ذكر المرأة في العقد، ومجرّد القصد لا يعيّنها.

وربّما يعلّل: بأنّ العقد لا يقع بالمجازات البعيدة.

وفيه : إنّ الممنوع عدم وقوع العقد بنفسه بالمجازات البعيدة كوقوع النكاح بالهبة أو الإجارة بالبيع ونحو ذلك ، وأمّا ذكر المتعلّقات واللواحق ، فلا دليل علىٰ لزوم الصراحة فيها وعدم انعقادها في بالمجاز البعيد ، علىٰ أنّ ذكر موكّلتي وكان قصده امرأة معيّنة ليس من المجاز البعيد إذا لم يكن وكيلاً عنها ، بل قضيّة كاذبة ، والكذب لا يلزم أن يكون الاستعمال مجازيّاً ، بل الاستعمال قد يكون حقيقيّاً ومع ذلك يكون المتكلّم كاذباً ، نظير ما إذا قال : اعط هذا الفقير وهو غني ، أو جاء العالم وهو يعلم أنّه جاهل ، فإنّ الاستعمال حقيقي وإن كان المتكلّم كاذباً ، وعليه فلا إشكال في الصحّة إذا كانت المرأة معيّنة ، بل لو صرّح وقال : زوّجت موكّلتي فاطمة ولم يكن وكيلاً عنها ، صحّ العقد فضوليّاً وإن كان كاذباً في دعواه الوكالة .

(١) ذكر في هذه المسألة صورتين لاختلاف الإجازة عمّا وقع عليه

. . . . . .

العقد :

الأُولىٰ : ما إذا وقعت الإجازة علىٰ مجرّد العقد دون المهر .

الثانية : ما إذا وقعت الإجازة علىٰ العقد والمهر ، ولكن غير المهر الذي أوقع عليه الفضوليّ ، وكان المهر الذي أجازه مخالفاً لمهر الفضوليّ من حيث الجنس أو من حيث القلّة والكثرة ، كما إذا أوقع الفضوليّ علىٰ مقدار من الفضّة وأجازت علىٰ الذهب ، أو عيّن الفضوليّ المهر بمائة دينار وأجازت علىٰ الألف ، ومن جانب الزوج علىٰ العكس .

اختار عدم الصحّة في الصورة الثانية ، وجزم بالبطلان واستشكل في الصورة الأُولىٰ ولم يجز به .

والصحيح : ما جزم به من البطلان ؛ لعدم التطابق بين الإجازة والعقد ؛ لأنّ ما أجازه لم يقع عليه العقد ، وما وقع عليه العقد لم يتعلّق به الإجازة .

وكذا الحال ما لو اختلفا من حيث الشرط أو لم يكن شرط في العقد أصلاً ولكن وقعت الإجازة مع الشرط ، ففي جميع هذه يحكم بالبطلان ؛ لعدم التطابق ، وعدم انتساب العقد إليه .

ومنه يظهر : إنّه لا وجه لتوقّفه في الصورة الأُولىٰ ؛ لأنّ ذكر المهر بمنزلة الاشتراط ، فلو أوقع العقد علىٰ مهر معيّن وأجاز العقد دون المهر يحكم بالبطلان ؛ لعدم التطابق ؛ ولذا نحكم بالبطلان لو كان بين أصيليّين .

وبالجملة : لا نعرف وجهاً للجزم بالبطلان في الصورة الثانية دون الأُولىٰ ، مع أنّها من باب واحد وتشتركان في عدم التطابق وعدم انتساب

مسألة ٢٧ : إذا أوقع العقد بعنوان الفضوليّة ، فتبيّن كونه وكيلاً ، فالظاهر صحّته ولزومه إذا كان ناسياً لكونه وكيلاً ، بل وكذا إذا صدر التوكيل ممّن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر ، علىٰ إشكال فيه[1] .

العقد إليه .

(١) لعدم اعتبار قصد عنوان الوكالة في صحّة العقد ، بل العقد صدر من أهله ويقع صحيحاً ولا موجب لبطلانه ، واعتقاد كونه وكيلاً غير معتبر في صحّته .

نعم ، لو أنشأ التوكيل ممّن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر وصدر العقد منه قبل وصول خبر التوكيل إليه لا يحكم عليه بالصحّة ، أي لا يكون لازماً ولا يقاس هذا بما قبله ، فإنّ العقد في المورد الأوّل صدر من أهله ولكنّه لا يعلم به وغفل عنه والفعل صادر من الوكيل واقعاً ، والالتفات إلىٰ كونه وكيلاً غير معتبر في عمله وأفعاله ، بخلاف ما لم يصل إليه خبر التوكيل ، فإنّه ما لم يصل إليه خبره لم يتحقّق عنوان الوكالة ، يكون كالفضوليّ ، ودعوىٰ أنّه مأذون في الواقع فالفعل صادر منه حال كونه وكيلاً واقعاً وإن لم يصل إليه خبر الوكالة ضعيفة ؛ بأنّ عنوان الإذن يتقوّم بالعلم به خارجاً ، وما لم يعلم به لا يقال إنّه مأذون وإن كان الرضا الباطني حاصلاً ، ولكن الإذن الإنشائي غير الرضا الباطني ، ومجرّد إنشاء الإذن ما لم يصل إليه لا يوجب صدق الإذن عليه واقترانه بالرضا الباطني لا يوجب استناد العقد إليه .

وبعبارة أُخرىٰ : ما لم يصل إليه خبر التوكيل لا يكون مأذوناً في تصرّفاته ، والإذن الواقعي لا يوجب صدق الإذن عليه ، بل لا بدّ من وصول

وأمّا لو أوقعه بعنوان الفضوليّة فتبيّن كونه وليّاً، ففي لزومه بلا إجازة منه أو من المولّىٰ عليه إشكال[١].

الإذن إليه؛ ليستند العقد إليه.

(١) وأمّا لو أوقع بعنوان الفضوليّ فتبيّن كونه وليّاً، ففي لزومه بلا إجازة منه أو من المولّىٰ عليه إشكال.

والتزم بالفرق بين كونه وكيلاً واقعاً جزم بالصحّة.

وأمّا لو كان وليّاً واقعاً ولم يعلم به استشكل في لزومه، ففي باب نسيان الوكالة حكم بالصحّة.

وأمّا في مورد نسيان الولاية استشكل في الحكم، مع أنّهما من باب واحد ولم يظهر لنا وجه الفرق بين الولاية والوكالة.

وربّما يقال: بأنّ الوليّ بمنزلة المولّىٰ عليه والمالك، وإنّما يصحّ تصرّف المالك وينفذ فيما إذا التفت، ولو علم المالك المباشر مال أبيه معتقداً حياته، ثمّ انكشف موته وأنّه وارثه، لم يصحّ البيع، تتوقّف صحّته علىٰ إجازته؛ لعدم صدق الـ:﴿**تِجَارَةً عَن تَرَاضٍ**﴾ علىٰ هذه المعاملة، فإنّه إنّما باعه بعنوان الغير، والمفروض أنّ المال ليس له[١].

وفيه: وضوح الفرق بين المالك المباشر والوليّ، فإنّ الوليّ إنّما يعتبر رضاه في البيع الواقع علىٰ مال الغير، والمفروض غفل عن ولايته، كما قد يغفل عن الوكالة.

---

(١) القائل السيّد الحكيم في مستمسك العروة الوثقىٰ ١٤: ٥٠٧.

مسألة ٢٨ : إذا كان عالماً بأنّه وكيل أو وليّ ، ومع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضوليّة ، فهل يصحّ ويلزم ، أو يتوقّف على الإجازة ، أو لا يصحّ ؟ وجوه[١] ، أقواها عدم الصحّة ؛ لأنّه يرجع إلىٰ اشتراط كون العقد الصادر من وليّه جائزاً ، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الإبقاء والعدم ، وبعبارة أُخرىٰ : أوقع العقد متزلزلاً .

وبعبارة أُخرىٰ : الوليّ يعلم بأنّ المال مال الغير وملتفت إليه ، غاية الأمر غفل عن ولايته ، بخلاف المالك المباشر ، فإنّه لم يكن ملتفتاً إلىٰ أنّ المال ماله ، وإنّما اعتقد أنّ المال لأبيه ويبيع مال الغير لا مال نفسه ، فالمنشأ في واقع الأمر غير مرضي وغير مقصود له .

وبالجملة : الوليّ كالوكيل في الالتفات إلىٰ أنّ المال مال الغير ، غاية الأمر يتخيّل أنّه لا ولاية له ثمّ ينكشف أنّه وليّ ، فما في المتن من الفرق بين الوكيل والوليّ بالجزم بالصحّة واللزوم في الأوّل والتوقّف في الثاني ، لم يظهر وجهه .

(١) إذا كان الوليّ أو الوكيل عالماً بالولاية أو الوكالة ، ومع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضوليّة لا بعنوان الوكالة والولاية ، هل يصحّ ويلزم أم لا ، أم فيه تفصيل ؟

أقول : تارة يقع العقد من الوليّ أو الوكيل غير معلّق علىٰ أنّه ليس بوليّ أو بوكيل ، وإنّما أوقع العقد مطلقاً ، غاية الأمر يدّعي ادّعاءً كاذباً بأنّه ليس بوليّ ولا بوكيل ، أو يبني أنّ المال مال غيره بناءً كاذباً .

وأُخرىٰ : ينشئ ويوقع العقد معلّقاً علىٰ إجازة من له الإجازة ، فكأنّه

. . . . . .

يقول: إنّي وإن كنت وكيلاً عن المالك ولكن أبيعه معلّقاً على إجازته والمراجعة إليه.

فإن كان على النحو الأوّل، فلا ينبغي الريب في الصحّة واللزوم؛ إذ لا قصور في المنشئ، وإنّما اقترن عقده بالادّعاء الكاذبة، ومجرّد الاقتران بكلام لا واقع له من دون التعليق لا يوجب نقصاً في المعاملة، نظير اقتران العقد الصادر من المالك الأصيل بادّعاء كاذبة، فإنّه لو باع ماله ولكن قال ـ كذباً ـ: بأنّ هذا المال للغير، لا إشكال في صحّة البيع؛ لعدم فقدان أيّ شيء ممّا يعتبر في صحّة المعاملة.

وإن كان على النحو الثاني بأن يبيع معلّقاً على إجازة المالك الأصيل يبتني الحكم بفساده وصحّته على مسألة التعليق.

فإن قلنا بأنّ التعليق ولو على ما يعتبر في العقد موجب للبطلان نلتزم به في المقام أيضاً.

وإن قلنا بأنّ التعليق مطلقاً غير موجب للبطلان وإنّما التعليق على أمر غير حاصل وغير معتبر في العقد يوجب البطلان، فلا وجه للبطلان في المقام، ونظير ذلك: ما إذا باع المالك الأصيل مال نفسه معلّقاً على حصول رضا نفسه فيما بعد، أي يبيع خياريّاً ومتزلزلاً.

نعم، في خصوص النكاح لا يجوز أن تزوّج نفسها متزلزلاً وخياريّاً، بأن يكون الأمر بيدها في الإبقاء والعدم بناءً على عدم جريان الخيار في عقد النكاح.

مسألة ٢٩ : إذا زوّج الصغيرين وليّهما ، فقد مرّ أنّ العقد لازم عليهما ، ولا يجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه ، وعلىٰ هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر[١] .

وأمّا إذا زوّجهما الفضوليان فيتوقّف علىٰ إجازتهما بعد البلوغ أو إجازة وليّهما قبله ، فإن بلغا وأجازا ثبتت الزوجيّة ، ويترتّب عليها أحكامها من حين العقد ؛ لما مرّ من كون الإجازة كاشفة وإن ردّا أو ردّ أحدهما ، أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة ، كشف عن عدم الصحّة من حين الصّدور[٢] .

---

(١) إذا كان المزوّج هو الوليّ ، فلا كلام في لزوم العقد عليهما ولا يجوز لهما بعد البلوغ ردّه ، كما لا كلام في التوارث بينهما ؛ لأنّ العقد صدر من أهله ويترتّب عليه جميع آثار العقد ، ولكن لا يبنىٰ التوارث علىٰ لزوم العقد ، كما يظهر من المتن ؛ لقوله ﷺ : **وعلىٰ هذا** ـأي علىٰ اللزوم وعدم جواز الردّـ **فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر** ، بل يتوارثان وإن كان العقد خياريّاً غير لازم ؛ لأنّ التوارث من آثار الزوجيّة وصحّة العقد ، لا من آثار لزومه والمفروض أنّ الزوجيّة متحقّقة ، فيترتّب عليها آثارها ، كما في النصوص[١] .

هذا كلّه في العقد الصادر من الوليّ .

(٢) وأمّا إذا صدر العقد من دون إذن من له الإذن بل زوّجهما الفضوليان ، فيتوقّف علىٰ إجازتهما بعد البلوغ ، فإذا بلغا ورضيا وأجازا

---

(١) أُنظرها في المسألة « ٤ » من هذا الفصل .

وإن بلغ أحدهما وأجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر، يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجيّة، فإن بلغ وأجاز يحلف على أنّه لم يكن إجازته للطمع في الإرث، فإن حلف يدفع إليه، وإن لم يجز أو أجاز ولم يحلف، لم يدفع، بل يردّ إلى الورثة، وكذا لو مات بعد الإجازة وقبل الحلف[1].

يتوارثان ويترتّب على العقد أحكامه من حين صدوره بناءً على الكشف، وإن ردّا أو ردّ أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة، كشف عن عدم الصحّة من حين الصدور، كما تقتضيه القاعدة، وصحيحة أبي عبيدة الحذّاء[1].

(١) وإن بلغ أحدهما وأجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر، يعزل ميراث

---

(١) وهي: عن أبي عبيدة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجهما وليّان لهما وهما غير مدركين؟

قال: فقال: «النكاح جائز، أيّهما أدرك كان له الخيار، فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر، إلّا أن يكونا قد أدركا ورضيا».

قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟

قال: «يجوز ذلك عليه إن هو رضي».

قلت: فإن كان الرجل الذي أدرك قبل الجارية، ورضي النكاح، ثمّ مات قبل أن تدرك الجارية، أترثه؟

قال: «نعم، يعزل ميراثها منه حتّى تدرك وتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلّا رضاها بالتزويج، ثمّ يدفع إليها الميراث ونصف المهر».

قلت: فإن ماتت الجارية ولم تكن أدركت، أيرثها الزوج المدرك؟

قال: «لا؛ لأنّ لها الخيار إذا أدركت».

قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوّجها قبل أن تدرك؟

قال: «يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية».

الكافي ٧: ١/١٣١، تهذيب الأحكام ٩: ١٣٦٦/٣٨٢، وسائل الشيعة ٢٦: ٣٢٨٦٢/٢١٩.

هذا إذا كان متّهماً بأنّ إجازته للرغبة في الإرث ، وأمّا إذا لم يكن متّهماً بذلك ـ كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته ، أو كان المهر اللّازم عليه أزيد ممّا يرث ، أو نحو ذلك ـ فالظاهر عدم الحاجة إلىٰ الحلف .

الآخر بمقدار الزوجيّة ، وننتظر بلوغ الآخر وإجازته .

فإن بلغ وأجاز يحلف علىٰ أنّه لم تكن إجازته للطمع في الإرث ، فإن حلف يدفع إليه الميراث ، كما في صحيحة الحذّاء .

وأمّا إذا بلغ ولم يجز ، أو أجاز ولم يحلف لم يدفع إليه الميراث ، بل يرد إلىٰ الورثة .

فإنّ الظاهر من الصحيحة : إنّ الحلف لأجل كشفه عن الرضا بالتزويج حقيقة ، ولذا يلزم الحلف في مورد التهمة والطمع إلىٰ أخذ الميراث ، وإلّا لو لم يكن متّهماً وعلمنا بأنّه إنّما أجاز لأجل رضايته بالتزويج حقيقة لا حاجة إلىٰ الحلف لنفي التهمة ، كما إذا أجاز قبل أن يعلم بموته ، أو كان المهر اللازم عليه أزيد ممّا يرث ونحو ذلك .

وكذا لو مات بعد الإجازة وقبل الحلف لا يدفع إليه الميراث ؛ لأنّ الظاهر من النصّ اعتبار الحلف في الميراث ، وأمّا المهر فقد وقع الخلاف في أنّه هل ينصّف بموت أحدهما ـ كما في مورد الطلاق ـ أم لا ، والأظهر كما في الصحيحة أنّه ينصّف[1] .

---

(١) كتب السيّد الشهيد قدس سره هنا في الحاشية : انتهىٰ البحث يوم الأحد ٢٩ ذي الحجة سنة ١٤٠٢ هـ ، وعطّل الدرس حداداً وعزاءً لسيّدنا ومولانا الحسين الشهيد عليه السلام .
وفي حاشية الصفحة المقابلة كتب قدس سره :

مسألة ٣٠: يترتّب علىٰ تقدير الإجازة والحلف جميع الآثار المرتّبة علىٰ الزوجيّة من المهر، وحرمة الأُمّ والبنت، وحرمتها ـ إن كانت هي الباقية ـ علىٰ الأب والابن ونحو ذلك، بل الظاهر ترتّب هذه الآثار بمجرّد الإجازة من غير حاجة إلىٰ الحلف، فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متّهماً لا يرث، ولكن يترتّب سائر الأحكام[1].

قد عرفت أنّ الفضوليّ إذا زوّج الصغيرين وبلغ أحدهما وأجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر، يعزل ميراث الآخر بمقدار سهم الزوجيّة، فإذا بلغ وأجاز يستَحلف علىٰ أنّه لم تكن إجازته للطمع في الإرث، فإن حلف يدفع إليه، وإلّا يردّ إلىٰ الورثة، كما في صحيحة الحذّاء، وموردها وإن كان موت الزوج ولكن ذكر الفقهاء وتسالموا علىٰ أنّه لا فرق بين كون الميّت زوجاً أو زوجة، والأمر كما ذكر، ولأنّ موت الزوج إنّما ورد في سؤال السائل، وإلّا فلا خصوصيّة له وإنّما هو من باب ذكر أحد الموارد.

والحاصل: إذا أجاز أحدهما ومات سواء كان هو الزوج أو الزوجة يستحلف الآخر علىٰ عدم الطمع في الإرث، فإن حلف يُعطىٰ له ميراثه سواء كان زوجاً أو زوجة، وأمّا المهر فينصّف باعتبار عدم الدخول، كما في الصحيحة.

(١) إذا فرضنا أنّ الزوجة بلغت وأجازت ثمّ ماتت قبل بلوغ الزوج

بسم الله الرحمن الرحيم

وله الحمد وبه نستعين، وصلّىٰ الله علىٰ محمّد وآله الطاهرين، ولعنة الله علىٰ أعدائهم أجمعين.

يوم الثلاثاء ١٥ محرّم الحرام سنة ١٤٠٣ شرعنا في البحث في المعهد العلمي (دار العلم).

. . . . . .

وأجازته، ثمّ بلغ الزوج وأجاز وحلف، فلا ريب في جواز ترتيب جميع أحكام الزوجيّة وآثارها من الإرث والمهر وحرمة أُمّها عليه؛ لأنّها أُمّ زوجته بناءً علىٰ أنّ الإجازة كاشفة، وعطف في المتن بالأُمّ البنت وهي زائدة جزماً؛ لأنّ المفروض أنّ الزوج لم يدخل بالزوجة وبنت الزوجة ليست من المحرّمات، إلّا إذا دخل بأُمّها، علىٰ أنّ مورد كلامنا في تزويج الصغيرة وفرض البنت لها ممّا لا معنىٰ له أصلاً، فذكر البنت من سهو القلم أو غلط النسّاخ.

ولو أجاز الزوج ولم يحلف لم يرث؛ لأنّ الإرث يتوقّف علىٰ الحلف، كما في الصحيحة[1]، وأمّا المهر، فعليه لا له، فلا بدّ من دفعه.

وأمّا لو كان الميّت الزوج والصغيرة بلغت وأجازت، فإن حلفت فلا كلام في ترتيب جميع آثار الزوجيّة حتّىٰ الإرث ونصف المهر، كما في الصحيحة؛ لأنّ المفروض أنّها غير مدخولة فليس لها أن تتزوّج بوالد الزوج الميّت، وإن أجازت ولم تحلف فلا تستحقّ الميراث، وكذلك لا تستحقّ نصف المهر؛ للنصّ المتقدّم.

فإنّ المستفاد منه توقّفهما علىٰ الحلف مطلقاً حتّىٰ في صورة كون الميّت الزوج، ومورد النصّ الزوجة وإجازة الزوج، ولكن قد عرفت أنّه لا خصوصيّة له، والملاك في كلا الموردين واحد.

---

(١) وهي صحيحة الحذّاء، كما في المسألة السابقة.

مسألة ٣١: الأقوىٰ جريان الحكم المذكور في المجنونين، بل الظاهر التعدّي إلىٰ سائر الصور، كما إذا كان أحد الطرفين الوليّ والطرف الآخر الفضولي، أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير، أو كانا بالغين كاملين، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً، أو نحو ذلك.

ففي جميع الصور إذا مات من لزم العقد بالنسبة إليه ـ لعدم الحاجة إلىٰ الإجازة، أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده ـ وبقي الآخر، فإنّه يعزل حصّة الباقي من الميراث إلىٰ أن يردّ أو يجيز[1].

بل الظاهر عدم الحاجة إلىٰ الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور؛ لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين، ولكن الأحوط الإحلاف في الجميع بالنسبة إلىٰ الإرث، بل بالنسبة إلىٰ سائر الأحكام أيضاً.

وأمّا بقيّة آثار الزوجيّة، فلا ريب في ثبوتها.

وبالجملة: مقتضىٰ القاعدة ترتيب جميع آثار الزوجيّة بالإجازة حتّىٰ الإرث والمهر من غير حاجة إلىٰ الحلف، وإنّما النصّ دلّ علىٰ توقّف الإرث والمهر علىٰ الحلف، وأمّا سائر ا لآثار فتترتّب بمجرّد الإجازة، كما تقتضيه القاعدة، وإنّما نخرج عن القاعدة في خصوص مورد الإرث والمهر؛ لاختصاص النصّ بهما.

(١) بعد ما ذكر السيّد المصنّف قدس سره حكم التزويج بالصغيرين من الوليّ أو من الفضولي، تعرّض في هذه المسألة وما بعدها لتزويج المجنونين ولبقيّة

. . . . . .

موارد الفضولي، كما إذا كان أحد الطرفين الولي والطرف الآخر الفضولي، أو كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير، أو كان أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو مجنوناً، أو كانا بالغين كاملين ومات أحدهما ثمّ أجاز الآخر، أو كان أحدهما أصيلاً والآخر فضوليّاً ومات الأصيل قبل أن يصل الخبر إلىٰ الآخر فأجاز بعد موت الأصيل.

ففي جميع الصور يترتّب جميع آثار الزوجيّة وأحكامهما من دون حاجة إلىٰ الحلف.

وأمّا ثبوت المهر والإرث بلا حلف، ففيه إشكال، ذكر في المتن أنّه لا حاجة إليه في ثبوت الإرث؛ لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين، وفي غيرهما يرجع إلىٰ ما تقتضيه القاعدة.

وبعبارة أُخرىٰ: مقتضىٰ القاعدة هو الحكم بالزوجيّة وترتيب جميع آثارها، وانّما النصّ دلّ علىٰ توقّف الإرث والمهر علىٰ الحلف في خصوص الصغيرين، فلا موجب في غير الصغيرين، والحكم باستحقاق الإرث والمهر علىٰ طبق القاعدة، ولا حاجة إلىٰ الدليل.

ولكن الظاهر هو الحاجة إلىٰ الحلف في ثبوت الإرث والمهر في غير الصغيرين؛ لصحيح الحذّاء المتقدّم[1]، والتعدّي من مورده إلىٰ غيره من الموارد، فإنّ الصحيح ـ كما عرفت ـ مورده موت الزوج وبقاء الزوجة، ومع ذلك تعدّوا من مورده إلىٰ العكس، وهو موت الزوجة وبقاء الزوج، وذلك

(١) تقدّم في المسألة «٢٩».

مسألة ٣٢: إذا كان العقد لازماً علىٰ أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً، والطرف الآخر فضوليّاً ولم يتحقّق إجازة ولا ردّ، فهل يثبت علىٰ الطرف اللازم تحريم المصاهرات[١]؟ فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أُمّ المرأة وبنتها وأُختها والخامسة، وإذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره؟ وبعبارة أُخرىٰ: هل يجري عليه آثار الزوجيّة وإن لم تجر علىٰ الطرف الآخر أو لا؟ قولان، أقواهما الثاني.

لفهم عدم الخصوصيّة بالصغيرين، فإنّ الوجه في الحاجة إلىٰ الحلف في ثبوت الميراث والمهر لأجل الاهتمام والاحتياط في الأموال، وذلك لا يختصّ بالصغيرين، كما لا يختصّ بموت الزوج.

وبالجملة: كما نتعدّىٰ من مورده -وهو موت الزوج إلىٰ موت الزوجة- كذلك نتعدّىٰ إلىٰ سائر موارد العقد الفضوليّ؛ لوحدة ملاك التعدّي في خصوص الإرث وأخذ المهر لا بدّ من الحلف في جميع الصور.

وأمّا بالإضافة إلىٰ بقيّة الأحكام، فلا حاجة إلىٰ الحلف وإن كان أحوط.

وحاصل الصور المتقدّمة المذكورة في هذه المسائل: هو التزويج بالصغيرين وبالمجنونين وبالملفّق بينهما، أو كون أحدهما بالغاً كاملاً والآخر صغيراً أو مجنوناً، وبالكاملين إذا أجاز أحدهما ومات قبل أن يصل الخبر إلىٰ الآخر ثمّ أجاز الآخر بعد موت الأوّل.

وقد عرفت أنّ جميع الصور مشتركة في الحكم.

(١) وقع الكلام في أنّ الأصيل هل له فسخ العقد ورفع اليد عن التزامه قبل إجازة الطرف الآخر، أو إجازته، أو يفصّل بين القول بالكشف والنقل،

. . . . . .

فالأقوال ثلاثة .

ولا يخفىٰ أنّ هذه المسألة لا تختصّ بباب النكاح ، بل المسألة سيّالة في كلّ عقد كان أحد طرفيه أصيلاً والآخر فضوليّاً ، كالبيع والإجارة وغيرهما ، فإذا كان العقد عقد النكاح وكان الأصيل زوجاً يحرم عليه نكاح أُمّ المرأة وبنتها وأُختها والخامسة ، وإن كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره ونحو ذلك من آثار الزوجيّة وإن لم تجر علىٰ الطرف الآخر .

وهكذا في باب البيع ليس للأصيل إذا كان بايعاً بيع العين المبيعة إلىٰ شخص آخر ، أو أن يعمل فيه عملاً منافياً لملكيّة الطرف الآخر لهما .

اختار الماتن عدم اللزوم علىٰ الأصيل ، لكن فيما إذا لم يعلم بصدور الإجازة من الطرف الآخر .

وأمّا إذا علم بحصول الإجازة بعد ذلك ، فلا يجوز له فسخ العقد .

وذكر الشيخ في جملة ثمرات القول بين النقل والكشف : إنّه يجوز له التصرّف ، غاية ا لأمر إذا أجاز يكشف عن صحّة العقد الأوّل وبطلان الثاني ، فيقع الكلام في جهات ثلاث :

الأُولىٰ : في أنّ العقد هل هو لازم علىٰ الأصيل ، أو أنّ الأصيل له اليد عن التزامه قبل صدور الإجازة من الآخر نظير رفع الموجب يده عن العقد قبل قبول القابل ؟

يظهر منهم أنّ العقد لازم علىٰ الأصيل وليس له رفع اليد عن التزامه ، بمعنىٰ عدم نفوذ فسخه ، واستدلّوا بوجوب الوفاء بالعقد بدعوىٰ أنّه انحلالي

. . . . . .

بالنسبة إلىٰ كلّ من الطرفين .

وفيه : إنّ موضوع الوفاء هو العقد وهو الشدّ والربط بين الالتزامين ، وما لم تتحقّق الإجازة من الآخر لم يتحقّق العقد ، فإنّ العقد إنّما يتحقّق فيما إذا أجاز من الآخر ، وقد ذكرنا أنّ الأمر بالوفاء إرشادي إلىٰ بقاء الالتزام وعدم انحلاله وموضوعه العقد ، وهو غير صادق علىٰ التزام طرف واحد ما لم يشدّ وما لم يرتبط بالالتزام الصادر من الآخر ، ومجرّد صدور الإنشاء من الفضولي لا يوجب صدق العقد ؛ لأنّ الفضولي أجنبي عن العقد والمعاهدة ، وما صدر منه إنّما هو إنشاء للملكيّة وليس هو بعقد ، والخطاب في قوله تعالىٰ : ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾[1] متوجّه إلىٰ كلّ من كان طرفاً للعقد ، والفضولي ليس من أطراف العقد ، وإنّما هو أجنبي صدر منه مجرّد الإنشاء ، فالأصيل حاله حال الموجب في جواز رفع اليد عن إيجابه قبل صدور القبول من القابل .

واستدلّ شيخنا الأُستاذ قدس سره للزوم العقد علىٰ الأصيل بوجه آخر .

وحاصله : إنّ الأصيل ملّك التزامه بالملك أو بالتزويج للطرف الآخر ، وليس له رفع اليد عن التزامه الذي هو ملك للطرف الآخر[2] .

وبعبارة أُخرىٰ : إنّ الأصيل قد ملّك التزامه للآخر وانقطعت إضافته عن ماله وليس له رفع اليد عمّا التزم علىٰ نفسه ؛ لأنّ التزامه صار ملكاً للغير .

وفيه : إنّ التزامه غير مملوك لشخص وإنّما التزامه متعلّق للتمليك لا أنّ

---

(١) سورة المائدة ٥ : ١ .

(٢) منية الطالب ٢ : ٧٩ .

. . . . . .

التمليك تعلّق به، علىٰ أنّه لو فرضنا أنّه ملّك التزامه للفضولي فلا أثر له؛ إذ الفضولي أجنبيّ عن المعاملة.

وأمّا الأصيل الآخر، فهو غير مالك للالتزام؛ لعدم قبوله علىٰ الفرض لهذا التمليك، وبدون القبول لا يتحقّق الملك والانتقال، علىٰ أنّه قد عرفت أنّ العقد غير صادق عليه حقيقة، وإنّما هو صورة عقد، وإنّما هو من باب المسامحة يقال: عقد فضولي، وإلّا فالعقد هو ضمّ التزام بالتزام آخر وشدّ أحدهما بالآخر.

فتحصّل: إنّه لا دليل علىٰ لزوم العقد علىٰ الأصيل ولا مانع من أيّ تصرّف منافٍ للعقد، ويكون نافذاً وردّاً فعليّاً.

[الجهة] الثانية: لو قلنا باللزوم علىٰ الأصيل، بمعنىٰ عدم نفوذ فسخه، هل يجوز له التصّرف تصرّفاً منافياً جوازاً تكليفيّاً أم لا يجوز له؟

وبعبارة أُخرىٰ: لو فسخ وتصرّف تصرّفاً منافياً هل يرتكب معصية أم لا؟

فصّل الشيخ بين القول بالنقل والكشف، واختار الجواز بناءً علىٰ النقل، وعدم الجواز بناءً علىٰ الكشف، واستدلّ بآية الوفاء بالعقد[1][2]، فإنّ مقتضاها ترتيب آثار العقد وعدم جواز نقضها.

وما ذكره مبنيّ علىٰ ما ذكره من الوجوه الثمانية للزوم العقد، ومن

---

(١) وهي قوله تعالىٰ: ﴿**أَوْفُوا بِالْعُقُودِ**﴾، سورة المائدة ٥: ١.

(٢) المكاسب ١٦: ٤١٢، طبع المؤتمر العالمي.

. . . . . .

جملة الوجوه آية الوفاء الدالّة علىٰ وجوب ترتيب آثار العقد.

وفيه: إنّا قد ذكرنا في محلّه: إنّ الوفاء بمعنىٰ الإنهاء، المعبّر عنه بالفارسيّة: بآخر رساندن، وعدم رفع اليد عنه وصرفه عن معناه إلىٰ معنىٰ آخر كترتيب الآثار لا دليل عليه، ويحتاج إلىٰ القرينة ودليل آخر، فيدور الأمر بين الأمر بترتيب الآثار تكليفاً وبين كون الأمر إرشاداً إلىٰ أنّه لا ينفسخ العقد نظير قوله عليه السلام: «دعي الصلاة أيّام إقرائك»[1]، فإنّه إرشاد إلىٰ أنّه لا تقع الصلاة في هذه الأيّام، ونظير قوله: لا تبع ما ليس عندك، فإنّ معناه: إنّ البيع لا يتحقّق في هذا المورد.

أمّا الالتزام بأنّ المراد هو الأمر بترتيب الآثار.

ففيه: إنّ الالتزام بنفوذ فسخه مع كونه محرّماً ممّا لا يحتمل الالتزام به، فيتعيّن المعنىٰ الثاني-وهو الإرشاد- إلىٰ أنّ الالتزام مستمرّ ولا بدّ من إنهائه، هذا ما عرفت من أنّ موضوع الوفاء وترتيب الآثار إنّما هو العقد، وهو غير صادق علىٰ المقام، فلا مانع من التصرّف المنافي قبل حصول الإجازة.

وأمّا في المتن، فقيّده بما إذا لم يعلم بحصول الإجازة بعد ذلك، وإلّا فلا يجوز التصرّف.

وفيه: إنّه لا وجه لعدم جواز التصرّف حتّىٰ لو علم بحصول الإجازة بعد ذلك؛ لأنّه تصرّف في ملكه ووقع من أهله حتّىٰ علىٰ القول بالملكيّة؛

---

(١) الكافي ٣: ٨٣/ ١، تهذيب الأحكام ١: ٣٨١/ ١١٨٣، وسائل الشيعة ٢: ٢٨٧/ ٢١٥٦.

إلّا مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك الكاشفة عن تحقّقها من حين العقد[١] . نعم ، الأحوط الأوّل ؛ لكونه في معرض ذلك بمجيء الإجازة .

لأنّ الملكيّة إنّما تصل بعد الإجازة .

نعم ، بناءً علىٰ بعض معاني الكشف ، ككون الإجازة علامة وامارة يمكن أن يقال بعدم جواز التصرّف لو علم بصدور الإجازة ، ولكن الظاهر هو الجواز حتّىٰ علىٰ هذا القول ؛ لأنّ القدر الميتقّن منه هو بقاء الأصيل علىٰ التزامه ، وأمّا إذا رفع اليد عن التزامه فلا مورد للكشف .

(١) **[الجهة] الثالثة** : لو تصرّف تصرّفاً منافياً فهل يصحّ ولا يبقىٰ موضوعاً للإجازة ، أو يفسد لكشف الإجازة اللاحقة عن فساد العقد الثاني ؟

ذهب السيّد المصنّف ﷺ إلىٰ الفساد ، وإن كان التصرّف جائزاً له تكليفاً .

مثلاً : إذا تزوّج بامرأة فضولاً ثمّ تزوّج بأُمّها أو بنتها ثمّ أجازت المرأة الأُولىٰ العقد الواقع عليها ، فقد يقال بصحّة العقد الثاني فلا مورد لإجازة العقد الأوّل ، وقد يقال بفساد العقد الثاني الواقع علىٰ بنت الأُولىٰ أو أُمّها ؛ لأنّ إجازة المرأة الأُولىٰ تكشف عن بطلان العقد الثاني وهذه الجهة مبنيّة علىٰ الجهة الأُولىٰ .

فإن قلنا باللزوم علىٰ الأصيل وعدم نفوذ الفسخ ، فالأمر كما ذكروا من بطلان العقد الثاني بناءً علىٰ الكشف .

وأمّا لو قلنا بعدم اللزوم ـ لأنّ موضوعه العقد وما لم تصدر الإجازة من

نعم ، إذا تزوّج الأُمّ أو البنت مثلاً ، ثمّ حصلت الإجازة كشفت عن بطلان ذلك[١] .

الطرف الآخر ـ لا يتحقّق مفهوم المعاقدة والمعاهدة ، فالزوجيّة في الحقيقة غير متحقّقة ، فإذا تزوّج بالمرأة الثانية فقد تزوّج بامرأة ليست بأُمّ الزوجة أو بنت الزوجة ، ويكون فعله هذا ـ أي التزويج الثاني ـ فسخاً عمليّاً وفعليّاً للعقد الأوّل ، فالعقد الثاني صحيح ولا موجب لبطلانه ولا أثر لإجازة المرأة الأُولىٰ .

نعم ، لو قلنا بأنّ الإجازة امارة ومعرّفة ، كان العقد الأوّل صحيحاً من الأوّل ولا يصحّ الثاني .

هذا ، ولكن القائل بهذا المعنىٰ للكشف إنّما يلزم به فيما إذا بقي الأصيل علىٰ التزامه ولم يردّ العقد الأوّل ، وأمّا إذا ردّ العقد الأوّل ورفع اليد عنه وعن التزامه فيشكل الحكم بالصحّة حتّىٰ علىٰ هذا القول .

(١) ثمّ إنّ التمثيل بالأُمّ والبنت إنّما يتمّ بناءً علىٰ ما ذهب إليه المشهور من حرمة الجمع بين تزويج الأُمّ والبنت ؛ لأنّ التزويج بإحداهما يوجب البطلان بالأُخرىٰ ، فلو تزوّج بالأُمّ أوّلاً فضولاً ثمّ تزوّج بنتها وأجازت الأُمّ ، فإنّه بناءً علىٰ القول بالصحّة بالإجازة يحكم بصحّة العقد الواقع علىٰ الأُمّ ويفسد العقد الواقع علىٰ البنت ؛ لأنّ الإجازة تكشف عن كون الأُمّ زوجة له من الأوّل ، ولا يجوز الجمع بين الأُمّ والبنت .

وكذا لو تزوّج بالبنت فضولاً ثمّ تزوّج بأُمّها وأجازت البنت تكشف عن صحّة العقد الواقع عليها وبطلان العقد الواقع علىٰ أُمّها ؛ لعدم إمكان الجمع بين الأُمّ والبنت .

. . . . . .

وبالجملة : لو كان التزويج بالأُمّ والبنت محرّماً جمعاً نظير الجمع بين الأُختين ، فالتمثيل بالأُمّ والبنت في المقام صحيح .

ولكن الظاهر أنّه لا دليل علىٰ حرمة التزويج بالأُمّ والبنت بعنوان الجمع ، ولا مورد في الشرع لحرمة الجمع بعنوانه بين امرأتين إلّا في الأُختين ، بل المستفاد من الآية الشريفة : إنّ أُمّ الزوجة محرّمة علىٰ الإطلاق سواء دخل بالزوجة أم لا ؛ لإطلاق قوله تعالىٰ : ﴿**وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ**﴾[1] ، وأمّا بنت الزوجة بعنوانها غير محرّمة ، وإنّما تحرم بنت الزوجة المدخولة لقوله تعالىٰ : ﴿**وَرَبَائِبُكُمُ ٱلَّـٰتِى فِى حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّـٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ فَإِن لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُم بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**﴾[2] .

ثمّ ذكر تعالىٰ حرمة حلائل الأبناء والجمع بين الأُختين والمحصنات من النساء ، ثم قال تعالىٰ : ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ**﴾[3] ، فبنت الزوجة غير المدخولة تدخل في قوله تعالىٰ : ﴿**فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ**﴾ ، وقوله تعالىٰ : ﴿**وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ**﴾ .

وعلىٰ ذلك ، لو تزوّج بامرأة ولم يدخل بها فليس له أن يتزوّج بأُمّها ؛ لإطلاق قوله تعالىٰ : ﴿**وَأُمَّهَـٰتُ نِسَآئِكُمْ**﴾[4] .

وأمّا لو تزوّج بامرأة ودخل بها فليس له التزويج ببنتها ؛ لحرمة بنت

---

(١) سورة النساء ٤ : ٢٣ .
(٢) سورة النساء ٤ : ٢٣ .
(٣) سورة النساء ٤ : ٢٤ .
(٤) سورة النساء ٤ : ٢٣ .

مسألة ٣٣: إذا ردّ المعقود أو المعقودة فضولاً العقد، ولم يجزه، لا يترتّب عليه شيء من أحكام المصاهرة، سواء أجاز الطرف الآخر أو كان أصيلاً أم لا؛ لعدم حصول الزوجيّة بهذا العقد الغير المجاز، وتبيّن كونه كأن لم يكن، وربّما يستشكل في خصوص نكاح أُمّ المعقود عليها[1]، وهو في غير محلّه بعد أن لم يتحقّق نكاح، ومجرّد العقد لا يوجب شيئاً، مع أنّه لا فرق بينه وبين نكاح البنت، وكون الحرمة في الأوّل غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني، لا ينفع في الفرق.

الزوجة المدخولة.

وأمّا إذا لم يدخل بها، فلا مانع من التزوج ببنتها؛ لأنّها حلال، ومجرّد التزويج بالأُمّ لا يوجب حرمة بنتها، والمفروض أنّ عنوان الجمع بينهما غير محرّم، ولكن بمجرّد التزويج بالبنت تحرم الأُمّ؛ لأنّها من أُمّهات النساء التي لم يعتبر الدخول ببنتها في حرمة أُمّها، فيكون التزويج بالبنت نظير الرضاع الحادث الموجب للحرمة، فالزوجيّة الفعليّة لا تتحقّق للأُمّ في مورد الأصالة، بمعنىٰ أنّه لو تزوّج بالأُمّ ثمّ تزوّج بالبنت تحرم الأُمّ بمجرّد التزويج بالبنت؛ لدخول الأُمّ حينئذٍ في إطلاق قوله تعالىٰ: ﴿**وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ**﴾[1].

وأمّا في الفضولي لو تزوّج بالأُمّ فضولاً ثمّ تزوّج بالبنت وأجازت الأُمّ، لا أثر لإجازتها؛ لأنّه بمجرّد التزويج بالبنت تحرم الأُمّ ولا مجال لإجازتها، فالحرمة ثابتة للأُمّ في مورد الأصالة، فكيف في مورد الفضولي؟!

(١) لأنّ العقد لا يكون عقده إذا ردّه، وقد عرفت أنّ مجرّد العقد لا

---

(١) سورة النساء ٤: ٢٣.

. . . . . .

يؤثّر شيئاً ما لم يستند العقد إليه، وإنّما يستند إليه بالإجازة، وأمّا إذا ردّه فلا يكون العقد عقده ويجوز لكلّ منهما كلّ ما كان جائزاً له قبل العقد؛ لأنّ العقد يصبح بالردّ كأنّه لم يكن.

ولكن مع ذلك استشكل بعضهم في خصوص نكاح أُمّ المعقود عليها، فكأنّه زعم أنّ مجرّد إجراء العقد ولو فضولاً علىٰ المرأة يوجب حرمة الأُمّ.

وفيه: ما لا يخفىٰ، فإنّ المحرّم أُمّ الزوجة لا أُمّ المعقودة ومجرّد العقد لا يوجب شيئاً.

ثمّ إنّ المصنّف قدس سره أورد علىٰ المستشكل بالنقض بنكاح البنت، بمعنىٰ أنّه لو عقد فضولاً علىٰ امرأة فلازم كلام المستشكل حرمة بنتها؛ إذ لا فرق بين نكاح الأُمّ والبنت.

وفيه: إنّ أصل المطلب وإن كان صحيحاً، وأنّ مجرّد العقد علىٰ إحداهما لا يوجب حرمة العقد علىٰ الآخر قبل الإجازة، فلنفرض الكلام في الأُختين إلّا أنّ بين نكاح الأُمّ ونكاح البنت فرقاً من جهة أُخرىٰ، وهي أنّ التزويج بالبنت إنّما يحرم إذا دخل بأُمّها، وأمّا إذا لم يدخل بالأُمّ فلا يحرم العقد بالبنت، ومجرّد نكاح الأُمّ لا يوجب بطلان العقد علىٰ البنت.

نعم، لو عقد علىٰ البنت بطل عقد الأُمّ؛ لأنّها تصبح أُمّ الزوجة، وهذا بخلاف العقد علىٰ البنت، فإنّه بمجرّده يوجب بطلان العقد علىٰ الأُمّ؛ لأنّ أُمّ الزوجة محرّمة سواء دخل بالزوجة أم لا.

وبالجملة: حرمة البنت بمجرّد العقد علىٰ الأُمّ إنّما يتمّ بناءً علىٰ

مسألة ٣٤: إذا زوّجت امرأة فضولاً من رجل ولم تعلم بالعقد فتزوّجت من آخر، ثمّ علمت بذلك العقد، ليس لها أن تجيز؛ لفوات محلّ الإجازة[١]، وكذا إذا زوّج رجل فضولاً بامرأة، وقبل أن يطّلع علىٰ ذلك تزوّج أُمّها أو بنتها أو أُختها، ثمّ علم.

ودعوىٰ أنّ الإجازة ـ حيث إنّها كاشفة ـ إذا حصلت، تكشف عن بطلان العقد الثاني، كما ترىٰ.

المشهور من حرمة التزويج بالبنت في عرض التزويج بالأُمّ.

وكيف كان أصل المطلب صحيح؛ لعدم تحقّق العقد المستند إليه، وعدم تحقّق الزوجيّة في الخارج، ومجرّد إجراء العقد لا يؤثّر شيئاً.

(١) لأنّ الالتزام بالتزويج الثاني التزام بجميع لوازمه، ومنها: ردّ التزويج الأوّل وأنّها ليست بزوجة له.

هذا، بناءً علىٰ كون الردّ مانعاً عن الإجازة، كما عليه المشهور، فالأمر واضح جدّاً.

وأمّا بناءً علىٰ عدم المانعيّة كما ذكرنا، فلابدّ من التماس دليل آخر؛ لعدم إجازتها حينئذٍ، وهو ما عرفت بما لا مزيد عليه من أنّ العقد لا يكون عقداً لها ولا يستند إليها إلّا بالإجازة منها، فعند الإجازة يكون العقد عقدها ويستند إليها.

نعم، متعلّقة الأمر السابق من الملكيّة والزوجيّة، ولكن البيع أو النكاح صادر في هذا الآن وحين الإجازة والتزويج من الآن، وإنّما تحقّق من الفضولي مجرّد الإنشاء.

مسألة ٣٥: إذا زوّجها أحد الوكيلين من رجل، وزوّجها الوكيل الآخر من آخر، فإن علم السابق من العقدين فهو الصحيح[١]، وإن علم الاقتران بطلا معاً، وإن شكّ في السبق والاقتران فكذلك؛ لعدم العلم

وعلىٰ ذلك المفروض: إنّ المرأة متزوّجة؛ لأنّها زوّجت نفسها من آخر، والمتزوّجة لا تتزوّج ثانياً.

نعم، علىٰ الكشف علىٰ بعض معانيه، كالعلامة والامارة، يحتمل صحّة الأوّل ولكنّه حتّىٰ علىٰ هذا المعنىٰ لا يحتمل الحكم بالصحّة؛ لأنّه متوقّف علىٰ أن يكون العقد مستنداً ومنتسباً إليها ولم يتحقّق الانتساب في المقام.

(١) وكذا لو اختلف وكيلي الزوج فتزوّج أحد الوكيلين بامرأة والآخر بامرأة أُخرىٰ لا يمكن الجمع بينهما، كما إذا تبيّن أنّهما أُختان، أو كانت إحداهما أُمّاً والأُخرىٰ بنتاً بناءً علىٰ ما هو المشهور من عدم إمكان الجمع بينهما.

وأمّا علىٰ ما ذكرنا، فلا مانع من الحكم بصحّة العقد الواقع علىٰ البنت؛ لأنّها بنت الزوجة غير المدخولة، ولكن بطبيعة الحال تحرم الأُمّ ويحكم ببطلان العقد الواقع علىٰ الأُمّ بمجرّد العقد علىٰ البنت، وإلّا فلا تعارض بين العقدين.

وكيف كان، فإنّ علم السابق من العقدين وأحرز ذلك، فهو الصحيح، ويحكم ببطلان اللاحق.

وإن علم الاقتران بطلا معاً؛ لبطلان الترجيح بلا مرجّح، إلّا في العقد الواقع علىٰ الأُمّ، ويحكم بصحّة العقد الواقع علىٰ البنت وإن شكّ في السبق

بتحقّق عقد صحيح والأصل عدم تأثير واحد منهما وإن علم السبق واللحوق ولم يعلم السابق من اللّاحق ، فإن علم تاريخ أحدهما حكم بصحّته دون الآخر[١] .

واللحوق ، فتارة نعلم أنّ أحدهما سابق والآخر لاحق ولا نحتمل التقارن ، ولكن لا نميّز السابق أو اللاحق .

وبعبارة أُخرىٰ : لم يحرز السبق واللحوق ولا نعلم السابق أو اللاحق ، وأُخرىٰ لم يحرز السبق واللحوق ونحتمل التقارن .

أمّا في الفرض الثاني ، فأصالة الفساد في كلّ منهما جارية ؛ لاحتمال التقارن بينهما سواء كانا مجهولي التاريخ أو كان أحدهما معلوم التاريخ والآخر مجهول التاريخ بناءً علىٰ مسلكنا من جريان الأصل حتّىٰ في معلوم التاريخ ، فإنّ المعلوم التاريخ وإن لم يجر فيه الأصل بالنسبة إلىٰ عمود الزمان ؛ لعدم الشكّ فيه ، ولكن بالنسبة إلىٰ الزماني الآخر ، وهو العقد علىٰ الآخر مشكوك فيه ، فلا مانع من الأصل .

وأمّا علىٰ مسلكه من اختصاص الأصل بالمجهول وعدم جريانه في المعلوم كان عليه التفصيل بين المعلوم والتاريخ ، كما صنع في الفرض الآخر .

(١) وأمّا في الفرض الأوّل ، وهو ما إذا علمنا بالسبق واللحوق ولكن لا نميّز ولا نشخّص السابق أو اللاحق ، فلا نعلم العقد الصحيح والفاسد ، فإنّه في البين وقع عقد صحيح وعقد فاسد ، ولكن لا نعلم الصحيح من الفاسد ، فقد فصّل في المتن بين معلوم التاريخ ومجهوله ، وحكم بصحّة المعلوم دون المجهول ؛ لأصالة عدم سبق الآخر المجهول علىٰ المعلوم ، وهذا إنّما يتمّ علىٰ مسلكه ومسلك المشهور من عدم جريان الأصل في المعلوم التاريخ ،

وإن جهل التاريخان ففي المسألة وجوه ، أحدها : التوقيف حتّىٰ يحصل العلم[١] . الثاني : خيار الفسخ للزوجة . الثالث : أنّ الحاكم يفسخ . الرابع : القرعة . والأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير .

وكذا الكلام إذا زوّجه أحد الوكيلين برابعة والآخر بأُخرىٰ ، أو زوّجه أحدهما بامرأة والآخر ببنتها أو أُمّها أو أُختها ، وكذا الحال إذا زوّجت نفسها من رجل وزوّجها وكيلها من آخر ، أو تزوّج بامرأة وزوّجه وكيله بأُخرىٰ لا يمكن الجمع بينهما[٢] .

وأمّا علىٰ مسلكنا من جريان الأصل فيهما ، فلا فرق بين المعلوم والمجهول ، ولا وجه للتفصيل .

(١) ثمّ ذكر السيّد علىٰ مسلكه من الجهل بالتاريخين : إنّ فيه وجوهاً :

الأوّل : التوقيف حتّىٰ يحصل العلم ، وهذا ممّا لا يمكن الالتزام به ؛ لأنّه لو فرضنا أنّه يتمكّن من تحصيل العلم ويتمكّن من التمييز فلا ريب أنّ ذلك خارج عن محلّ الكلام ، فإنّ الرجوع إلىٰ القرعة أو ثبوت الخيار لها أو للحاكم إنّما هو في مورد عدم التمكّن من تحصيل العلم أو ما يحلق به ، كالانتظار إلىٰ خمسين سنة أو ثلاثين بحيث تبقىٰ المرأة بلا زوج ومعلّقة .

وأمّا لو تمكّنت من العلم ولو بالسؤال من الوكيل والاستفسار منه ، فلا ريب في خروج هذه الصورة عن محلّ الكلام بالمرّة ، ولذا لو تردّد الزوج بين كونه زيداً أو عمراً ولكن تتمكّن من السؤال والاستفسار لينكشف الأمر ، فلا ريب في لزوم الصبر والسؤال حتّىٰ يحصل لها العلم ، وليس المورد من موارد القرعة أو الخيار .

(٢) وأمّا الخيار لها أو للحاكم لأجل لزوم الضرر من هذه الزوجيّة ،

ولو ادّعىٰ أحد الرجلين المعقود لهما السبق ، وقال الآخر : لا أدري من السابق ، وصدّقت المرأة المدّعي للسبق ، حكم بالزوجيّة بينهما[1] ؛ لتصادقهما عليها .

فيتدارك بالخيار ، كما في المعاملة الغبنيّة .

ففيه : إنّ الضرر لا ينشأ من الزوجيّة ، فإنّ الزوجيّة الواقعيّة لا ضرر فيها ، كما لا يلزم الضرر من ترتيب آثار الزوجيّة وأحكامها ، وإنّما ينشأ الضرر من الاحتياط الذي يحكم به العقل ، ومن جهله بالتاريخ ، علىٰ أنّا ذكرنا في باب خيار الغبن : إنّ الضرر إنّما نشأ من نفس العقد ولازمه الفساد لا التدارك بالخيار ، والمستفاد من حديث : «لا ضرر» عدم جعل الضرر ، لا أنّه مجعول ويتدارك بالضرر ، ولذا ذكرنا : إنّ خيار الغبن إنّما يثبت بالشرط الارتكازي ، وعليه فالمقام من موارد القرعة ؛ لأنّها لكلّ مورد مشكلّ .

وإن أراد الاحتياط ، فاللازم أن يطلّقها أحد الرجلين ، فإن شاء الآخر تزوّجها بعقد جديد ، أو أن يطلّقها كلا الرجلين وتتزوّج بمن شاءت .

هذا كلّه في وكيلي الزوجة ، ويجري جميع ما تقدّم بالنسبة إلىٰ تزويج نفسها ووكيلها ، وكذا بالنسبة إلىٰ الزوجين أو اختلف الزوج ووكيله .

وأمّا ذكر البنت في المقام ، فقد عرفت أنّ عقد البنت بلا مزاحم ما لم يدخل بأُمّها .

نعم ، إذا عقد علىٰ البنت بطل عقد الأُمّ ، كما عرفت بما لا مزيد عليه .

(١) ثمّ لو تزوّجت المرأة بزوجين ، وادّعىٰ أحد الزوجين بالعلم بتاريخ العقد والزوجة صدّقته حكم بالزوجيّة بينهما ؛ لأنّ كلّ واحد منهما يؤخذ

. . . . . .

بالإقرار علىٰ نفسه ؛ لأنّ الزوج يقرّ علىٰ نفسه بوجوب المهر والإنفاق ، والزوجة تقرّ بوجوب التمكين له ونحو ذلك ، فيؤخذ كلّ واحد منهما بإقراره ، وعليه السيرة القطعيّة ، ويكون المقام من قبيل تصديق المدّعي إذا لم يكن له معارض .

إلىٰ هنا انتهىٰ الكلام في مباحث النكاح علىٰ يد مؤلّفه المفتاق إلىٰ ربّه الكريم السيّد رضا الخلخالي عُفي عنه ، في جوار الحضرة المقدّسة الحيدريّة علىٰ مشرّفها أفضل الصلاة والسلام ، تقريراً لأبحاث سيّدنا الأُستاذ آية الله العظمىٰ الإمام السيّد أبي القاسم الموسوي الخوئي متّع الله المسلمين بطول بقائه الشريف ، وقد ألقىٰ أكثر هذه المحاضرات والدروس في مدرسته العلميّة (دار العلم) التي شيّدها في الشارع المحاذي للصحن الشريف جنب الرأس المبارك ، والحمد لله أوّلاً واخراً ، وظاهراً وباطناً ، وصلّىٰ الله علىٰ محمّد وآله الطاهرين .

وكان الفراغ من ذلك في الواحد والعشرين من محرّم الحرام سنة ١٤٠٣ هـ.

فهرس مصادر التحقيق

١ ـ القرآن الكريم .

٢ ـ الاختصاص : للشيخ المفيد (ت ٤١٣ هـ) ، تحقيق : عليّ أكبر الغفاري ، نشر : جماعة المدرسين ـ قم .

٣ ـ أساس البلاغة : لمحمود بن عمر الزمخشري (ت ٥٣٨ هـ) ، طبع الهيئة المصرية العامّة للكتاب ، الطبعة الثالثة ١٩٨٥ م .

٤ ـ الاستبصار : للشيخ الطوسي (ت ٤٦٠ هـ) . تحقيق : السيد حسن الخرسان . نشر : دار الكتب الإسلامية . الطبعة الرابعة ١٣٦٣ هـ . ش .

٥ ـ أقرب الموارد في فُصح العربية والشوارد : لسعيد الخوري الشرتوني اللبناني . منشورات مكتبة آية الله العظمىٰ المرعشي النجفي ـ قم ١٤٠٣ هـ .

٦ ـ الأمالي : للشيخ الصدوق (ت ٣٨١ هـ) . تحقيق ونشر : مؤسسة البعثة ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٧ هـ .

٧ ـ الانتصار : للشريف المرتضىٰ علم الهدىٰ ، عليّ بن الحسين الموسوي البغدادي (ت ٤٣٦ هـ) . تحقيق ونشر : جماعة المدرسين ـ قم ١٤١٥ هـ .

٨ ـ إيضاح الفوائد : لفخر المحقّقين (ت ٧٧٠) . تحقيق : الكرماني ، والاشتهاردي ، والبروجردي . الطبعة الأُولىٰ ١٣٧٨ هـ .

٩ ـ بحار الأنوار : للشيخ محمّد باقر المجلسي (ت ١١١٠ هـ) . نشر : مؤسسة الوفاء ـ بيروت . الطبعة الثانية ١٤٠٣ هـ .

١٠ ـ بغية الباحث : للحارث بن محمّد بن داهر التميمي البغدادي ، المعروف بابن أبي أُسامة (ت ٢٨٢ هـ) ، تحقيق : الدكتور أحمد صالح البكري ، نشر : مركز خدمة السنّة ، المدينة المنوّرة ، الطبعة الأُولىٰ ١٤١٣ هـ .

١١ ـ البيان في تفسير القرآن : للسيد أبو القاسم الخوئي (ت ١٤١٣ هـ) ، نشر : دار

الزهراء ـ بيروت ، الطبعة الرابعة ١٣٩٥ هـ .

١٢ ـ تاريخ دمشق : لابن عساكر (ت ٥٧١ هـ) . تحقيق : علي شيري . نشر : دار الفكر ١٤١٥ هـ .

١٣ ـ التبيان في تفسير القرآن : للشيخ محمّد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠ هـ) . دار إحياء التراث العربي ـ بيروت .

١٤ ـ تحف العقول : للحسن بن عليّ بن شعبة الحرّاني (ق ٤) . مؤسسة النشر الإسلامي ـ قم ١٤٠٤ .

١٥ ـ تذكرة الفقهاء : للعلّامة الحلّي ، الحسن بن يوسف بن المطهّر (ت ٧٢٦ هـ) . نشرَ : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ قم .

١٦ ـ تفسير الطبري : لمحمّد بن جرير الطبري (ت ٣١٠) . دار المعرفة ـ بيروت ١٤٠٠ .

١٧ ـ تفسير العياشي : لمحمّد بن مسعود بن عيّاش (ت أواخر القرن الثالث) . تحقيق السيد هاشم الرسولي . نشر : المكتبة العلمية الإسلامية ـ طهران .

١٨ ـ تفسير القمّي : لعليّ بن إبراهيم القمّي (من أعلام القرن الثالث والرابع) . تحقيق : السيد طيب الموسوي الجزائري . نشر : مؤسسة دار الكتاب ـ قم . الطبعة الثالثة ١٤٠٤ هـ .

١٩ ـ التفسير المنسوب للإمام العسكري : مدرسة الإمام المهدي ـ قم ١٤٠٩ .

٢٠ ـ تفسير الميزان : للسيد محمّد حسين الطباطبائي (ت ١٤٠٢) . مؤسسة الأعلمي للمطبوعات ـ بيروت ١٣٩٣ .

٢١ ـ تهذيب الأحكام : للشيخ الطوسي (ت ٤٦٠ هـ) . تحقيق : السيد حسن الخرسان . نشرَ : دار الكتب الإسلامية . الطبعة الرابعة ١٣٦٥ هـ . ش .

٢٢ ـ جامع الرواة : لمحمّد بن عليّ الأردبيلي الغروي الحائري (ت ١١٠١ هـ) ، نشر : مكتبة المحمديّ ـ قم .

٢٣ ـ الجامع الصغير : لعبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي (ت ٩١١ هـ) ، نشر : دار الفكر

ـ بيروت ، الطبعة الأُولىٰ ١٤٠١ هـ .

٢٤ ـ **الجامع للشرائع** :ليحيىٰ بن سعيد (ت ٦٨٩هـ) ، نشر : مؤسسة سيد الشهداء عليه السلام ١٤٠٥هـ .

٢٥ ـ **جامع المدارك** : للسيّد الخوانساري (ت ١٤٠٥) . تحقيق : عليّ أكبر غفاري . نشر : مكتبة الصدوق ـ طهران . الطبعة الثانية .

٢٦ ـ **جامع المقاصد في شرح القواعد** : للمحقّق الثاني ، الشيخ عليّ بن الحسين الكركي (ت ٩٤٠ هـ) . نشر وتحقيق : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤٠٨ هـ .

٢٧ ـ **الجعفريات = الأشعثيات** : لأبي عليّ محمّد بن محمّد بن الأشعث الكوفي (ق ٤ هـ) ، نشر : مكتبة نينوىٰ الحديثة ـ طهران .

٢٨ ـ **جواهر الكلام في شرح شرائع الإسلام** : للشيخ محمّد حسن النجفي (ت ١٢٦٦ هـ) . نشر : دار إحياء التراث العربي ـ بيروت .

٢٩ ـ **الحدائق الناضرة في أحكام العترة** : للشيخ يوسف البحراني (ت ١١٨٦ هـ) . نشر : مؤسسة النشر الإسلامي لجماعة المدرسين ـ قم .

٣٠ ـ **الخصال** : للشيخ الصدوق (ت ٣٨١ هـ) . تحقيق : عليّ أكبر الغفاري . نشر : جامعة المدرسين ـ قم .

٣١ ـ **خلاصة الأقوال في معرفة الرجال** :للحسن بن يوسف بن المطهّر الحلّي ،العلّامة الحلّي (ت ٧٢٦) . النشر الإسلامي ـ قم ١٤١٧ .

٣٢ ـ **الخلاف** : لأبي جعفر محمّد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠ هـ) . تحقيق ونشر : جماعة المدرسين ـ قم ١٤٠٧ هـ .

٣٣ ـ **الدروس الشرعية في فقه الإمامية** : للشيخ شمس الدين بن مكّي العاملي الشهيد الأوّل . تحقيق ونشر : جماعة المدرسين ـ قم .

٣٤ ـ **دعائم الإسلام** : لنعمان بن محمّد بن منصور المغربي (ت ٣٦٣ هـ) . تحقيق :

آصف بن عليّ . نشر : دار المعارف ١٣٨٣ هـ .

٣٥ ـ ذخيرة المعاد في شرح الإرشاد : للمحقّق محمّد باقر السبزواري (ت ١٠٩٠) . حجري طبع مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٩ هـ .

٣٦ ـ رجال ابن داوُد : للحسن بن عليّ بن داوُد الحلّي (ت ٧٠٧) . الشريف الرضي قم .

٣٧ ـ رجال الشيخ الطوسي : لمحمّد بن الحسن بن عليّ الطوسي (ت ٤٦٠) . النشر الإسلامي ـ قم ١٤١٥ .

٣٨ ـ رجال النجاشي : لأحمد بن عليّ بن أحمد النجاشي (ت ٤٥٠ هـ) . تحقيق : السيد موسىٰ الشبيري الزنجاني . نشر : جامعة المدرسين ـ قم ١٤٠٧ هـ .

٣٩ ـ رسائل المرتضىٰ : للسيّد المرتضىٰ ، علم الهدىٰ (ت ٤٣٦) . تحقيق : مهدي الرجائي . نشر : دار القرآن ١٤٠٥ هـ .

٤٠ ـ روض الجنان في شرح إرشاد الأذهان : للشيخ زين الدين بن عليّ العاملي الشهيد الثاني (ت ٩٦٥ هـ) . تحقيق : مركز الأبحاث والدراسات الإسلامية . نشر : بوستان كتاب ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤٢٢ هـ .

٤١ ـ الروضة البهيّة في شرح اللمعة الدمشقيّة : لزين الدين الجبعي العاملي ، الشهيد الثاني (ت ٩٦٥) . نشر : انتشارات داوري ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٠ هـ .

٤٢ ـ رياض المسائل في تحقيق الأحكام بالدلائل : للسيد عليّ بن محمّد بن عليّ الطباطبائي (ت ١٢٣١ هـ) . تحقيق ونشر : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٨ هـ .

٤٣ ـ السرائر : لمحمّد بن منصور بن أحمد بن إدريس الحلّي (ت ٥٩٨ هـ) . تحقيق ونشر : جامعة المدرسين ـ قم . الطبعة الثانية ١٤١٠ هـ .

٤٤ ـ سنن ابن ماجة : لمحمّد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٥ هـ) . تحقيق : محمود محمّد محمود . نشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت . الطبعة الأُولىٰ : ١٤١٩ هـ .

٤٥ ـ السنن الكبرىٰ : لأحمد بن الحسين بن عليّ البيهقي (ت ٤٥٨ هـ) . نشر : دار

المعرفة ـ بيروت .

٤٦ ـ **السنن الكبرىٰ للنسائي** : لأحمد بن شعيب بن عليّ النسائي (ت ٣٠٣ هـ) ، دار الفكر ـ بيروت ١٣٤٨ هـ .

٤٧ ـ **شرائع الإسلام في مسائل الحلال والحرام** : لأبي القاسم ، جعفر بن الحسن ، المحقّق الحلّي (ت ٦٧٦ هـ) . تحقيق : السيّد صادق الشيرازي نشر : انتشارات استقلال ـ طهران . الطبعة الثانية ١٤٠٩ هـ .

٤٨ ـ **شرح نهج البلاغة** : لابن أبي الحديد (ت ٦٥٦) . تحقيق : محمّد أبو الفضل إبراهيم . نشر : مكتبة آية الله العظمىٰ المرعشي النجفي .

٤٩ ـ **الصحاح** : لإسماعيل بن حمّاد الجوهري (ت ٣٩٣) . تحقيق : أحمد عبد الغفور . نشر : دار العلم للملايين ـ بيروت . الطبعة الرابعة ١٤٠٧ هـ .

٥٠ ـ **عوالي اللآلئ** : لمحمّد بن عليّ الإحسائي (ت ٩٤٠) . مطبعة سيد الشهداء عليه السلام قم ١٤٠٣ .

٥١ ـ **علل الشرائع** : للشيخ الصدوق (ت ٣٨١ هـ) . نشر : المكتبة الحيدرية ـ النجف . الطبعة الثانية ١٣٨٥ هـ .

٥٢ ـ **العين** : للخليل بن أحمد الفراهيدي (ت ١٧٥) . دار الهجرة ـ قم ١٤٠٥ هـ .

٥٣ ـ **غاية المراد في شرح نكت الإرشاد** : للشهيد الأول ، محمّد بن مكّي العاملي (ت ٧٨٦) .

٥٤ ـ **غنية النزوع** : للسيد حمزة بن عليّ بن زهرة الحلبي (ت ٥٨٥ هـ) . تحقيق : الشيخ إبراهيم البهادري ، نشر : مؤسسة الإمام الصادق عليه السلام .

٥٥ ـ **فتح الباري** : لشهاب الدين ، أحمد بن علي بن حجر (ت ٨٥٢) . دار إحياء التراث العربي ـ بيروت .

٥٦ ـ **الفروق اللّغويّة** : لأبي هلال العسكري . تحقيق ونشر : جامعة المدرسين ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٢ هـ .

٥٧ ـ فقه القرآن : لقطب الدين الراوندي (ت ٥٧٣) . تحقيق : السيّد أحمد الحسيني . نشر : مكتبة آية الله العظمىٰ المرعشي النجفي . الطبعة الثانية : ١٤٠٥ هـ .

٥٨ ـ الفقه المنسوب للإمام الرضا عليه السلام : لعليّ بن بابويه (ت ٣٢٩ هـ) . تحقيق : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث . نشر : المؤتمر العالمي للإمام الرضا عليه السلام .

٥٩ ـ الفهرست : لشيخ الطائفة محمّد بن الحسن الطوسي (ت ٤٦٠) . تحقيق : مؤسسة نشر الفقاهة . نشر : جامعة المدرسين ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٧ هـ .

٦٠ ـ قرب الإسناد : لأبي العباس ، عبدالله الحميري البغدادي (ت ٣٠٠ هـ) . تحقيق ونشر : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٣ هـ .

٦١ ـ قواعد الأحكام : للحسن بن يوسف بن المطهّر الحلّي (ت ٧٢٦ هـ) . تحقيق ونشر : جامعة المدرسين ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٣ هـ .

٦٢ ـ الكافي : للشيخ الكليني (ت ٣٢٩ هـ) . تحقيق : عليّ أكبر الغفاري . نشر : دار الكتب الإسلامية . الطبعة الثانية ١٣٨٨ هـ .

٦٣ ـ الكافي في الفقه : لأبي الصلاح الحلبي (ت ٣٧٤ هـ) . تحقيق : رضا استادي . نشر : مكتبة الإمام أمير المؤمنين عليه السلام ـ أصفهان .

٦٤ ـ كشف اللثام عن قواعد الأحكام : للشيخ بهاء الدين محمّد بن الحسن الأصفهاني (ت ١١٣٧ هـ) . تحقيق ونشر : جامعة المدرسين ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٦ هـ .

٦٥ ـ كفاية الفقه ، المشهور بكفاية الأحكام : للمولىٰ محمّد باقر السبزواري (ت ١٠٩٠) تحقيق ونشر : جامعة المدرسين ـ قم ١٤٢٣ هـ .

٦٦ ـ كنز العمّال : للمتّقي الهندي (ت ٩٧٥ هـ) . نشر : مكتبة الرسالة ـ بيروت . الطبعة الخامسة ١٤٠٥ هـ .

٦٧ ـ لسان العرب : لمحمّد بن مكرم بن عليّ المصري ، ابن منظور (ت ٧١١) . أدب الحوزة ـ قم ١٤٠٥ .

٦٨ ـ المبسوط : لشمس الدين السرخسي (ت ٤٨٣ هـ) ، نشر : دار المعرفة ـ بيروت

١٤٠٦ .

٦٩ ـ المبسوط في فقه الإمامية : للشيخ الطوسي (ت ٤٦٠ هـ) . تحقيق : محمّد تقي الكشفي . نشر : المكتبة المرتضوية . الطبعة الثالثة ١٣٨٧ هـ .

٧٠ ـ مجمع البحرين : للشيخ فخر الدين الطريحي (ت ١٠٨٥ هـ) . تحقيق : السيد أحمد الحسيني ، نشر : المكتبة المرتضوية ـ طهران ، الطبعة الثانية ١٣٦٣ هـ ش .

٧١ ـ مجمع البيان (تفسير) : للفضل بن الحسن الطبرسي (ت ٥٤٨) . دار التقريب ـ طهران ١٤١٧ هـ .

٧٢ ـ مجمع الفائدة والبرهان : للمولىٰ أحمد الأردبيلي (ت ٩٩٣ هـ) . نشر : جماعة المدرسين ـ قم .

٧٣ ـ المجموع شرح المهذّب : لمحيي الدين بن شرف النووي (ت ٦٧٦ هـ) . طبع دار الفكر ـ بيروت .

٧٤ ـ مجموعة فتاوىٰ ابن الجنيد : جمع : الشيخ الاشتهاردي ، طبع ونشر : مؤسسة النشر الإسلامي ، الطبعة الأُولىٰ ١٤١٦ هـ .

٧٥ ـ المحاسن : لأحمد بن محمّد بن خالد البرقي (ت ٢٨٠ هـ) . تحقيق : السيد جلال الدين الحسيني . نشر : دار الكتب الإسلامية ـ قم . الطبعة الثانية .

٧٦ ـ المحيط في اللّغة : للصاحب ، إسماعيل بن عبّاد الأصبهاني (ت ٣٨٥) . عالم الكتب ـ بيروت ١٤١٤ .

٧٧ ـ المختصر النافع في فقه الإمامية : للمحقّق الحلّي (ت ٦٧٦ هـ) ، نشر : مؤسسة البعثة ـ طهران ١٤١٠ .

٧٨ ـ مختلف الشيعة : للحسن بن يوسف بن المطهّر الحلّي (ت ٧٢٦) . تحقيق ونشر : جماعة المدرسين ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٢ هـ .

٧٩ ـ المراسم العلويّة في الأحكام النبويّة : لحمزة بن عبد العزيز الديلمي (ت ٤٤٨) . تحقيق : السيّد محسن الحسيني . نشر : المجمع العالمي لأهل البيت عليهم السلام ١٤١٤ هـ .

٨٠ ـ **مسائل عليّ بن جعفر** :لعليّ بن الإمام جعفر الصادق عليه السلام (ت ١٤٧ هـ) ، تحقيق : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ، نشر : المؤتمر العالمي للإمام الرضا عليه السلام ، الطبعة الأُولىٰ ١٤٠٩ هـ .

٨١ ـ **مسائل الناصريات** : لعلم الهدىٰ السيّد عليّ بن الحسين بن موسىٰ ، الشريف الرضي (ت ٤٣٦ هـ) ، تحقيق : مركز البحوث والدراسات العلميّة ، ١٤١٧ هـ ، طهران .

٨٢ ـ **مسالك الأفهام إلىٰ تنقيح شرائع الإسلام** : لزين الدين عليّ العاملي (ت ٩٦٥ هـ) . تحقيق ونشر : مؤسسة المعارف الإسلامية . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٣ هـ .

٨٣ ـ **المستدرك علىٰ الصحيحين** : لمحمّد بن عبدالله النيسابوري (ت ٤٠٥ هـ) . نشر : دار الفكر ـ بيروت ١٣٩٨ هـ .

٨٤ ـ **مستدرك الوسائل ومستنبط المسائل** : للمحقّق النوري الطبرسي (ت ١٣٢٠ هـ) . تحقيق ونشر : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤٠٨ هـ.

٨٥ ـ **مستمسك العروة الوثقىٰ** : للسيد محسن الطباطبائي الحكيم . نشر : دار إحياء التراث العربي- بيروت .

٨٦ ـ **مستند الشيعة في أحكام الشريعة** : للعلّامة أحمد بن محمّد مهدي النراقي (ت ١٢٤٥ هـ) . تحقيق ونشر : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ مشهد . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٥ هـ .

٨٧ ـ **المستند في شرح العروة الوثقىٰ** : تقرير أبحاث السيد الخوئي . للشيخ مرتضىٰ البروجردي . نشر : مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي- قم . الطبعة الثالثة ١٤٢١هـ.

٨٨ ـ **المسند** : لأحمد بن حنبل (ت ٢٤١) . دار الفكر ـ بيروت .

٨٩ ـ **المسند** :للشافعي (ت ٢٠٤ هـ) ، نشر : دار الكتب العلمية ـ بيروت .

٩٠ ـ **معاني الأخبار** : للشيخ الصدوق (ت ٣٨١ هـ) . تحقيق : عليّ أكبر الغفاري . نشر : انتشارات اسلامي .

٩١ ـ **معاني القرآن** :لأحمد بن محمّد المرادي ، أبو جعفر النّحاس (ت ٣٣٨ هـ) .

جامعة أُمّ القرىٰ ـ الرياض ١٤٠٨ .

٩٢ ـ المعتبر في شرح المختصر : لأبي القاسم جعفر بن الحسن ، المحقّق الحلّي (ت ٦٧٦ هـ) . نشر : مؤسسة سيد الشهداء عليه السلام ـ قم .

٩٣ ـ معجم البلدان : لياقوت بن عبدالله الحموي (ت ٦٢٦) . دار إحياء التراث العربي ـ بيروت ١٣٩٩ .

٩٤ ـ معجم رجال الحديث : للسيد أبو القاسم الخوئي (ت ١٤١٣) . مدينة العلم ـ قم ١٤٠٣ .

٩٥ ـ المغني : لعبدالله بن قدامة (ت ٦٢٠ هـ) ، نشر : دار الكتاب العربي ـ بيروت .

٩٦ ـ مفاتيح الشرائع : للمولىٰ محمّد محسن الفيض الكاشاني (ت ١٠٩١ هـ) . تحقيق : مهدي الرجائي . نشر : مجمع الذخائر الإسلامية ـ قم ١٤٠١ هـ .

٩٧ ـ مفتاح الكرامة : لمحمّد جواد الحسيني العاملي (ت ١٢٢٦) . نشر : دار التراث ـ بيروت ١٤١٨ هـ .

٩٨ ـ المقنع : للشيخ الصدوق (ت ٣٨١ هـ) . تحقيق ونشر : مؤسسة الإمام الهادي عليه السلام ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤١٥ هـ .

٩٩ ـ المقنعة : للشيخ المفيد (ت ٤١٣ هـ) . تحقيق ونشر : جامعة المدرسين ـ قم . الطبعة الثانية ١٤١٠ هـ .

١٠٠ ـ من لا يحضره الفقيه : للشيخ الصدوق (ت ٣٨١ هـ) . نشر : جامعة المدرسين قم . الطبعة الثانية ١٤٠٤ هـ .

١٠١ ـ منهاج الصالحين : للسيد أبو القاسم الموسوي الخوئي . الطبعة الثامنة والعشرون . نشر : مدينة العلم ـ قم ١٤١٠ هـ .

١٠٢ ـ المهذّب : للقاضي ابن البرّاج (ت ٤٨١) . نشر : جامعة المدرسين ـ قم ١٤٠٦ هـ .

١٠٣ ـ المهذّب البارع : لابن فهد الحلّي (ت ٨٤١) . تحقيق : مجتبىٰ العراقي . نشر : جامعة المدرسين ـ قم ١٤٠٧ هـ .

١٠٤ ـ موسوعة الإمام الخوئي : تقريراً لأبحاث آية الله العظمىٰ السيد أبو القاسم الموسوي الخوئي (ت ١٤١٣ هـ) ، نشر : مؤسسة إحياء آثار الإمام الخوئي ١٤١٨ هـ .

١٠٥ ـ نقد الرجال :لمصطفىٰ بن الحسين التفرشي الحسيني (ق ١١) . مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ قم ١٤١٨ .

١٠٦ ـ النكاح : للشيخ مرتضىٰ الأنصاري (ت ١٢٨١ هـ) ، نشر : المؤتمر العالمي لميلاد الشيخ الأ نصاري ـ ١٤١٥ هـ .

١٠٧ ـ نهاية الإحكام في معرفة الأحكام : للعلّامة الحلّي ، الحسن بن يوسف بن عليّ المطهّر (ت ٧٢٦ هـ) . تحقيق : مهدي الرجائي . نشر : دار الأضواء ـ بيروت . الطبعة الأُولىٰ ١٤٠٦ هـ .

١٠٨ ـ النهاية في غريب الحديث والأثر :للمبارك بن محمّد الجزري ، ابن الأثير الشافعي (ت ٦٠٦) . إسماعيليان ـ قم .

١٠٩ ـ النهاية ونكتها : لشيخ الطائفة الطوسي (ت ٤٦٠) ، والمحقّق الحلّي (ت ٦٧٦) ، تحقيق ونشر : جامعة المدرسين ـ قم ١٤٢٣ هـ .

١١٠ ـ النوادر : لأحمد بن محمّد بن عيسىٰ الأشعري القمّي (ق ٣ هـ) ، تحقيق ونشر : مؤسسة الإمام المهدي عليه السلام قم ـ ١٤٠٨ هـ .

١١١ ـ الوسيلة إلىٰ نيل الفضيلة : لأبي جعفر محمّد بن عليّ الطوسي ، المعروف بابن حمزة ، من أعلام القرن السادس . تحقيق : الشيخ محمّد الحسون . نشر : مكتبة آية الله المرعشي النجفي ـ قم . الطبعة الأُولىٰ ١٤٠٨ هـ .

١١٢ ـ وسائل الشيعة : للحرّ العاملي (ت ١١٠٤ هـ) . تحقيق ونشر : مؤسسة آل البيت عليهم السلام لإحياء التراث ـ قم .

* * *

الفهرس الموضوعي

مسألة ٣٠ : لا فرق في الحكم بين الزنا في القُبل أو الدبر ٥
مسألة ٣١ : إذا شكّ في تحقّق الزنا وعدمه بنىٰ علىٰ العدم..... ٥
مسألة ٣٢ : إذا علم أنّه زنىٰ بإحدىٰ الامرأتين ولم يدر أيّتهما هي..... ٥
مسألة ٣٣ : لا فرق في الزنا بين كونه اختياريّاً ، أو إجباريّاً..... ٨
ولا بين كونه في حال النوم أو اليقظة ١١
ولا بين كون الزاني بالغاً أو غير بالغ..... ١٢
لو أدخلت الامرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة علىٰ إشكال..... ١٤
مسألة ٣٤ : إذا كان الزنا لاحقاً ، فطلّقت الزوجة رجعيّاً..... ١٥
وأمّا إذا كان الطلاق بائناً ، أو نكحها بعد انقضاء العدّة الرجعيّة ١٦
مسألة ٣٥ : إذا زوّجه رجل امرأة فضولاً ، فزنىٰ بأُمّها أو بنتها..... ١٧
مسألة ٣٦ : إذا كان للأب مملوكة منظورة أو ملموسة له بشهوة..... ١٨
مسألة ٣٧ : لا تحرم أُمّ المملوكة الملموسة والمنظورة علىٰ اللّامس..... ٢٠
مسألة ٣٨ : في إيجاب النظر أو اللمس إلىٰ الوجه والكفّين ٢٦
مسألة ٣٩ : لا يجوز الجمع بين الأُختين في النكاح دواماً أو متعة..... ٢٨
وأمّا الجمع بينهما في مجرّد الملك من غير وطء فلا مانع منه..... ٣٣
وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء..... ٣٤
مسألة ٤٠ : لو تزوّج بإحدىٰ الأُختين وتملّك الأُخرىٰ..... ٣٨
مسألة ٤١ : لو وطئ إحدىٰ الأُختين بالملك ثمّ تزوّج الأُخرىٰ ٤٠
مسألة ٤٢ : لو تزوّج بإحدىٰ الأُختين ثمّ تزوّج بالأُخرىٰ..... ٤١
مسألة ٤٣ : لو تزوّج بالأُختين ولم يعلم السابق واللّاحق ٤٤

وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطؤهما..... ٤٤
وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليها ؟..... ٤٧
مسألة ٤٤ : لو اقترن عقد الأُختين ـ بأن تزوّجهما بصيغة واحدة..... ٥٧
ولو تزوّجهما وشكّ في السبق والاقتران..... ٦٠
مسألة ٤٥ : لو كان عنده أُختان مملوكتان ، فوطئ إحداهما ٦٣
والظاهر كفاية التمليك الذي له فيه الخيار..... ٦٥
ولو وطئها من غير إخراج للأُولىٰ لم يكن زانياً..... ٦٦
مسألة ٤٦ : إذا وطئ الثانية بعد وطء الأُولىٰ ، حرمتا عليه..... ٦٧
فإنْ أخرج الأُولىٰ عن ملكه حلّت الثانية مطلقاً..... ٧٠
وأمّا في صورة الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً..... ٧١
مسألة ٤٧ : لو كانت الأُختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا ٧٦
مسألة ٤٨ : إذا تزوّج بإحدىٰ الأُختين ثمّ طلّقها طلاقاً رجعيّاً..... ٧٧
وأمّا إذا كان بائناً..... ٧٨
مسألة ٤٩ : إذا زنىٰ بإحدىٰ الأُختين ، جاز له نكاح الأُخرىٰ ٨٠
الشبهة من طرفه والزنا من طرفها ، من جهة الخبر..... ٨١
مسألة ٥٠ : الأقوىٰ جواز الجمع بين فاطميتين..... ٨٢
الأحوط طلاق الثانية أو طلاق الأُولىٰ وتجديد العقد على الثانية..... ٨٦
مسألة ٥١ : الأحوط ترك تزويج الأمة دوماً مع عدم الشرطين ٨٧
الأحوط تركه متعة أيضاً ، وإن كان القول بالجواز..... ٩٣٠
الصبر أفضل في صورة عدم خوف الوقوع في الزنا..... ٩٨
لا إشكال في جواز وطئها بالملك ، بل وكذا التحليل ١٠٠
مسألة ٥٢ : لو تزوّجها مع عدم الشرطين ، فالأحوط طلاقها ١٠١

مسألة ٥٣ : لو تحقّق الشرطان فتزوّجا ، ثمّ زالا أو زال أحدهما..... ١٠١
مسألة ٥٤ : لو لم يجد الطول أو خاف العنت ١٠٣
مسألة ٥٥ : إذا تمكّن من تزويج حرّة لا يقدر علىٰ مقاربتها..... ١٠٣
مسألة ٥٦ : إذا لم تكفه في صورة تحقّق الشرطين أمة واحدة ١٠٤
مسألة ٥٧ : إذا كان قادراً علىٰ مهر الحرّة ، لكنّها تريد أزيد..... ١٠٤
فصل الجمع بين الحرّة والأمة..... ١٠٧
الأقوىٰ جواز نكاح الأمة علىٰ الحرّة مع إذنها..... ١٠٧
الأحوط اعتبار الشرطين : من عدم الطَّول ، وخوف العَنَت ١٠٨
لو تزوّج بالأمة بلا إذن الحرّة ثمّ أجازت..... ١٠٩
لا فرق في المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين..... ١١٤
الأقوىٰ عدم الفرق بين إمكان وطء الحرّة وعدمه..... ١١٥
لا يبعد الجواز إذا لم تكن الحرّة قابلة للإذن لصغر أو جنون..... ١١٦
وأمّا العكس ـ وهو نكاح الحرّة علىٰ الأمة ـ فهو جائز ولازم ١١٧
هل يجب علىٰ الزوج إعلام الحرّة بأنّه متزوّج بالأمة أم لا ؟..... ١١٨
مسألة ١ : لو نكح الحرّة والأمة في عقد واحد مع علم الحرّة صحّ ١١٩
مسألة ٢ : لا إشكال في جواز نكاح المبعّضة علىٰ المبعّضة..... ١٢١
مسألة ٣ : إذا تزوّج الأمة علىٰ الحرّة فماتت الحرّة أو طلّقها..... ١٢١
مسألة ٤ : إذا كانت تحته حرّة فطلّقها طلاقاً بائناً..... ١٢٢
مسألة ٥ : إذا زوّجه الفضوليّ حرّةً فتزوّج أمةً..... ١٢٣
مسألة ٦ : إذا عقد علىٰ حرّة ، وعقد وكيله له علىٰ أمة..... ١٢٤
مسألة ٧ : لو شرط في عقد الحرّة أن تأذن في نكاح الأمة..... ١٢٦
فصل في نكاح العبيد والإماء..... ١٢٧

مسألة ١ : أمر تزويج العبد والأمة بيد السيّد ١٢٧
مسألة ٢ : لو تزوّج العبد من غير إذن المولىٰ وقف علىٰ إجازته ١٣٢
الإجازة كاشفة ١٣٩
الكشف الحقيقي ١٤٠
الكشف الانقلابي ١٤١
الكشف الحكمي ١٤١
لا تنفع الإجازة بعد الردّ ١٤٦
مسألة ٣ : لو باشر المولىٰ تزويج عبده أو أجبره علىٰ التزويج ١٥٢
وأما لو أذن له في التزويج ، فإن عيّن كون المهر في ذمّته ١٥٣
لو تزوّج العبد من غير إذن مولاه ثمّ أجاز ١٥٧
المولىٰ إذا أذن فتارة يعيّن مقدار المهر ، وتارة يعمّم ١٦٠
مسألة ٤ : مهر الأمة المزوَّجة للمولىٰ ١٦٦
ونفقتها علىٰ الزوج ١٦٨
العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه ١٧١
مسألة ٥ : إذا أذن المولىٰ للأمة في التزويج وجعل المهر لها ١٧٢
مسألة ٦ : لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر ١٨٠
مسألة ٧ : إذا اشترت العبدَ زوجتُه بطل النّكاح ١٨١
لا بأس به إذا كان الشراء بعد الدخول ١٩٢
مسألة ٨ : الولد بين المملوكين رقّ ١٩٣
وأمّا إذا كان أحد الأبوين حرّاً ، فالولد حرّ ١٩٥
وإن كان كلّ منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسويّة ٢١٨
مسألة ٩ : إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّ ٢٢٥

مسألة ١٠ : إذا تزوّج حرّ أمة من غير إذن مولاها ٢٤٢
وإن لم يجز المولىٰ كشف عن بطلان التزويج ٢٤٥
وأمّا إذا كان جاهلاً بالحكم ، أو مشتبهاً من جهة أُخرىٰ ، فلا يحدّ ٢٤٩
مسألة ١١ : إذا لم يجز المولىٰ العقد الواقع علىٰ أمته ٢٥١
مسألة ١٢ : إذا دلّست أمة فادّعت أنّها حرّة ، فتزوّجها حرّ ٢٥٤
وأمّا إذا وطئها بعد العلم بكونها أمة ٢٦٧
مسألة ١٣ : إذا تزوّج عبد بحرّة من دون إذن مولاه ولا إجازته ٢٦٩
مسألة ١٤ : إذا زنىٰ العبد بحرّة من غير عقد ٢٧٢
مسألة ١٥ : إذا زنىٰ الحرّ بأمة ، فالولد لمولاها ٢٧٣
مسألة ١٦ : يجوز للمولىٰ تحليل أمته لعبده ٢٧٣
وأمّا لو أذن للعبد والأمة في التزويج بينهما ٢٨٢
مسألة ١٧ : إذا أراد المولىٰ التفريق بينهما لا حاجة إلىٰ الطلاق ٢٨٤
ولا يبعد جواز الطّلاق أيضاً بأن يأمر عبده بطلاقها ٢٨٥
مسألة ١٨ : إذا زوّج عبده أمته يستحبّ أن يُعطيها شيئاً ٢٨٦
مسألة ١٩ : إذا مات المولىٰ وانتقلا إلىٰ الورثة ٢٨٨
مسألة ٢٠ : إذا زوّج الأمة غير مولاها من حرّ ٢٩٣
مسألة ٢١ : لو تزوّج أمة بين شريكين بإذنهما ٣٠٠
وهل يجوز له وطؤها إذا حلّلها الشريك ؟ ٣٠٣
نعم ، لو هاياها فالأقوىٰ جواز التمتع بها في الزمان الذي لها ٣٠٤
فصل في الطوارئ وهي : العتق ، والبيع ، والطلاق ٣٠٥
أمّا العتق : فإذا أُعتقت الأمة المزوّجة كان لها فسخ نكاحها ٣٠٥
مسألة ١ : إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر ٣١٢

وإن كان قبل الدخول ففي سقوطه ، أو سقوط نصفه..... ٣١٣
مسألة ٢ : إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده..... ٣١٥
مسألة ٣ : لو كان نكاحها بالتفويض..... ٣١٦
فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين فحاله..... ٣١٧
مسألة ٤ : إذا كان العتق في العدّة الرجعيّة..... ٣١٨
وإن كانت العدّة بائنة فلا خيار لها..... ٣٢٠
مسألة ٥ : لا يحتاج فسخها إلىٰ إذن الحاكم..... ٣٢٠
مسألة ٦ : الخيار علىٰ الفور ـ علىٰ الأحوط ـ فوراً عرفيّاً..... ٣٢١
مسألة ٧ : إذا كانت صبيّة أو مجنونة..... ٣٢٢
مسألة ٨ : لا يجب علىٰ الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار..... ٣٢٤
مسألة ٩ : ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين..... ٣٢٤
مسألة ١٠ : لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها ، فالظاهر صحّته..... ٣٢٥
مسألة ١١ : لو أُعتق العبد لا خيار له ولا لزوجته..... ٣٢٦
مسألة ١٢ : لو كان عند العبد حرّة وأمتان ، فأُعتقت إحدىٰ الأمتين..... ٣٢٧
فصل في العقد وأحكامه..... ٣٣٣
مسألة ١ : يشترط في النكاح الصيغة..... ٣٣٣
فلا يكفي بلفظ المتعة في النكاح الدائم..... ٣٣٥
يشترط العربيّة مع التمكّن منها..... ٣٣٨
مع عدم التمكّن منها ولو بالتوكيل علىٰ الأحوط يكفي غيرها..... ٣٤٠
الأحوط اعتبار الماضويّة ، وإن كان الأقوىٰ عدمه..... ٣٤١
الأحوط تقديم الإيجاب علىٰ القبول..... ٣٤٢
الأحوط أن يكون الإيجاب من جانب الزوجة والقبول من جانب الزوج..... ٣٤٤

وأن يكون القبول بلفظ : قبلت ، ولا يبعد كفاية : رضيت ٣٤٦
الأقوىٰ كفاية الإتيان بلفظ الأمر ٣٤٧
مسألة ٢ : الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول بالإشارة ٣٥٠
مسألة ٣ : لا يكفي في الإيجاب والقبول الكتابة ٣٥٢
مسألة ٤ : لا يجب التطابق بين الإيجاب والقبول ٣٥٢
مسألة ٥ : يكفي ـ علىٰ الأقوىٰ ـ في الإيجاب لفظ : نعم ٣٥٣
مسألة ٦ : إذا لحن في الصيغة ، فإن كان مغيِّراً للمعنىٰ لم يكف ٣٥٤
مسألة ٧ : يشترط قصد الإنشاء في إجراء الصيغة ٣٥٥
مسألة ٨ : لا يشترط في المجري للصيغة أن يكون عارفاً ٣٥٥
مسألة ٩ : يشترط المولاة بين الإيجاب والقبول ٣٥٦
مسألة ١٠ : ذكر بعضهم : إنّه يشترط اتّحاد مجلس الإيجاب والقبول ٣٥٦
مسألة ١١ : ويشترط فيه التنجيز كما في سائر العقود ٣٥٨
مسألة ١٢ : إذا أوقعا العقد علىٰ وجه يخالف الاحتياط ٣٦٨
مسألة ١٣ : يشترط في العاقد المجري للصيغة الكمال بالبلوغ والعقل ٣٧٠
لا اعتبار بعقد السكران ، فلا يصحّ ولو مع الإجازة بعد الإفاقة ٣٧٧
عقد السكرىٰ إذا أجازت بعد الإفاقة ففيه قولان ٣٧٨
مسألة ١٤ : لا بأس بعقد السفيه إذا كان وكيلاً عن الغير ٣٧٩
مسألة ١٥ : لا يشترط الذكورة في العاقد ٣٨٤
مسألة ١٦ : يشترط بقاء المتعاقدين علىٰ الأهليّة إلىٰ تمام العقد ٣٨٤
مسألة ١٧ : يشترط تعيين الزوج والزوجة ٣٨٧
مسألة ١٨ : لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة ٣٩٠
مسألة ١٩ : إذا تنازع الزوج والزوجة في التعيين وعدمه ٣٩١

إذا كان لرجل عدّة بنات فزوّج واحدة ، ولم يسمِّها عند العقد..... ٣٩٤
مسألة ٢٠ : لا يصحّ نكاح الحمل وإنكاحه وإن علم ذكوريّته..... ٣٩٨
مسألة ٢١ : لا يشترط في النكاح علم كلّ من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر..... ٤٠١
فصل في مسائل متفرِّقة..... ٤٠٥
الأُولىٰ : لا يجوز في النِّكاح دواماً أو متعة اشتراط الخيار..... ٤٠٥
اشتراط الخيار في المهر فلا مانع منه..... ٤٠٨
الثانية : إذا ادّعىٰ رجل زوجيّة امرأة فصدّقته..... ٤٠٩
وأمّا إذا ادّعىٰ أحدهما الزوجيّة وأنكر الآخر فيجري عليهما..... ٤١٠
وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيّة بينهما..... ٤١١
ولو رجع المنكر إلىٰ الإقرار واعترف بالزوجيّة بعد الإنكار..... ٤١٤
الثالثة : إذا تزوّج امرأة تدّعي خلوّها عن الزوج..... ٤١٦
الرابعة : إذا ادّعىٰ رجل زوجيّة امرأة وأنكرت..... ٤٢١
الخامسة : إذا ادّعىٰ رجل زوجيّة امرأة فأنكرت ، وادّعت زوجيّته امرأة أُخرىٰ..... ٤٢٥
السادسة : إذا تزوّج العبد بمملوكة ثمّ اشتراها بإذن المولىٰ..... ٤٣٥
السابعة : يجوز تزويج امرأة تدّعي أنّها خليّة من الزوج من غير فحص..... ٤٤٠
الثامنة : إذا ادّعت امرأة أنّها خليّة فتزوّجها رجل..... ٤٤٣
التاسعة : إذا وكّلا وكيلاً في إجراء الصيغة في زمان معيّن..... ٤٤٤
فصل في أولياء العقد..... ٤٤٩
مسألة ١ : تثبت ولاية الأب والجدّ علىٰ الصغيرين والمجنون..... ٤٥٣
مسألة ٢ : إذا ذهبت بكارتها بغير الوطء من وثبة ونحوها..... ٤٨١
مسألة ٣ : لا يشترط في ولاية الجدّ حياة الأب ولا موته..... ٤٨٤
مسألة ٤ : لا خيار للصغيرة إذا زوّجها الأب أو الجدّ بعد بلوغها..... ٤٨٧

مسألة ٥ : يشترط في صحّة تزويج الأب والجدّ ونفوذه عدم المفسدة ٤٩٣
مسألة ٦ : لو زوّجها الوليّ بدون مهر المثل ٤٩٧
مسألة ٧ : لا يصحّ نكاح السّفيه المبذِّر إلّا بإذن الوليّ ٤٩٩
مسألة ٨ : إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في الماليّات ٥٠٢
مسألة ٩ : كلّ من الأب والجدّ مستقلّ في الولاية ٥٠٣
لو تشاحّ الأب والجدّ فاختار كلّ منهما واحداً، قدّم اختيار الجدّ ٥٠٦
لو بادر الأب فعقد فهل يكون باطلاً، أو يصح ؟ ٥٠٧
لو تشاحّ الجدّ الأسفل والأعلىٰ هل يجري عليهما حكم الأب والجدّ أو لا ؟ ٥٠٩
مسألة ١٠ : لا يجوز للوليّ تزويج المولّىٰ عليه بمن به عيب ٥١٣
مسألة ١١ : مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولىٰ ٥١٩
مسألة ١٢ : للوصيّ أن يزوِّج المجنون المحتاج إلىٰ الزواج ٥١٩
لكن بشرط نصّ الموصي عليه سواء عيّن الزوجة أو الزوج أو أطلق ٥٢٤
لا فرق بين أن يكون وصيّاً من قبل الأب أو من قبل الجدّ ٥٢٦
مسألة ١٣ : للحاكم الشرعيّ تزويج من ولا وليّ له ٥٢٨
مسألة ١٤ : يستحبّ للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أباها ٥٢٩
مسألة ١٥ : ورد في بعض الأخبار : إنّ إذن البكر سكوتها ٥٣٠
مسألة ١٦ : يشترط في ولاية الأولياء المذكورين : البلوغ ، والعقل ٥٣٢
لا ولاية للأب والجدّ مع جنونهما ونحوه ٥٣٥
وكذا لا ولاية للمملوك ولو مبعّضاً علىٰ ولده ٥٣٧
وكذا لا ولاية للأب الكافر علىٰ ولده المسلم ٥٣٧
لا بأس بالتوكيل حال الإحرام ليوقع العقد بعد الإحلال ٥٤١
مسألة ١٧ : يجب علىٰ الوكيل في التزويج أن لا يتعدّىٰ عمّا عيّنه الموكّل ٥٤٢

ولو وكّلت المرأة رجلاً في تزويجها لا يجوز له أن يزوّجها من نفسه ٥٤٣
مسألة ١٨ : الأقوىٰ صحّة النكاح الواقع فضولاً مع الإجازة ٥٤٧
ولا يعتبر في الإجازة الفورية ٥٥٠
لا يجوز الردّ بعد الإجازة ، فمعها يلزم العقد ٥٥٤
مسألة ١٩ : لا يشترط في الإجازة لفظ خاصّ ٥٥٧
مسألة ٢٠ : يشترط في المجيز علمه بأنّ له أن لا يلتزم بذلك العقد ٥٥٩
مسألة ٢١ : الإجازة كاشفة عن صحّة العقد من حين وقوعه ٥٦٠
مسألة ٢٢ : الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضوليّة ٥٦٩
مسألة ٢٣ : إذا كان كارهاً حال العقد إلّا أنّه لم يصدر منه ردّ ٥٧٨
مسألة ٢٤ : لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّة ٥٧٩
مسألة ٢٥ : لو قال في مقام إجراء الصيغة : زوّجت موكّلتي فلانة ٥٨٠
مسألة ٢٦ : لو أوقع الفضوليّ العقد علىٰ مهر معيّن ٥٨١
مسألة ٢٧ : إذا أوقع العقد بعنوان الفضوليّة ، فتبيّن كونه وكيلاً ٥٨٣
وأمّا لو أوقعه بعنوان الفضوليّة فتبيّن كونه وليّاً ٥٨٤
مسألة ٢٨ : إذا كان عالماً بأنّه وكيل أو وليّ ٥٨٥
مسألة ٢٩ : إذا زوّج الصغيرين وليّهما ٥٨٧
مسألة ٣٠ : يترتّب علىٰ تقدير الإجازة والحلف جميع الآثار ٥٩٠
مسألة ٣١ : الأقوىٰ جريان الحكم المذكور في المجنونين ٥٩٢
مسألة ٣٢ : إذا كان العقد لازماً علىٰ أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً ٥٩٤
إذا تزوّج الأُمّ أو البنت مثلاً ، ثمّ حصلت الإجازة كشفت ٦٠٠
مسألة ٣٣ : إذا ردّ المعقود أو المعقودة فضولاً العقد ٦٠٢
مسألة ٣٤ : إذا زوّجت امرأة فضولاً من رجل ولم تعلم ٦٠٤

مسألة ٣٥ : إذا زوّجها أحد الوكيلين من رجل ، وزوّجها الوكيل ٦٠٥
إذا زوّجه أحد الوكيلين برابعة والآخر بأُخرىٰ ٦٠٧
فهرس المصادر ٦١١
الفهرس الموضوعي ٦٢١

* * *