

الحجوة الوثيقة

للفقيه الأعظم السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي رحمه الله

والتعليق عليها

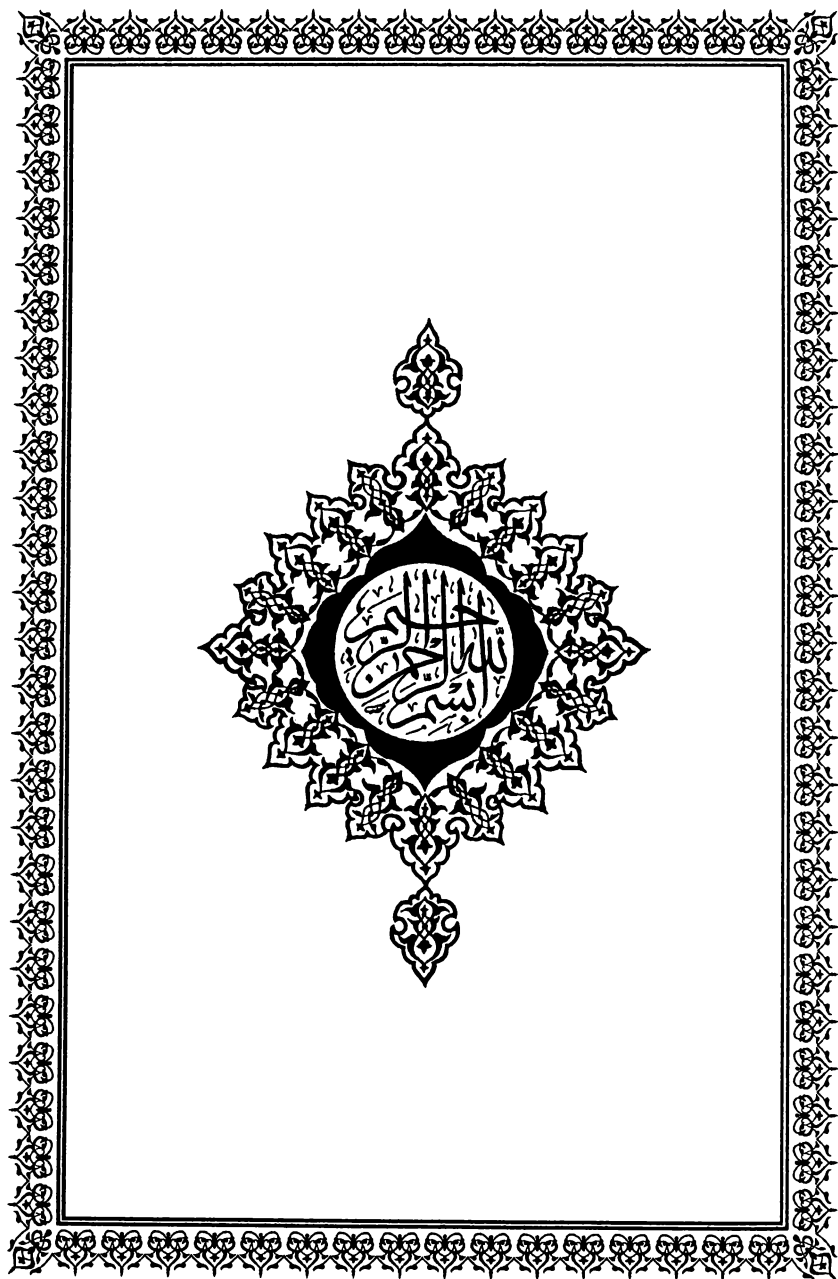
الجزء الخامس عشر
الضمان. الحوالة. النكاح. الوصية

إعداد وتحقيق

مؤسسة مركز الدراسات والبحوث الإسلامية
الطباطبائي



الْحُرُوةُ الشَّجَرِيَّةُ
وَالْتَعْلِيَّاتُ عَلِمَا



الْحُرُوفُ الثَّقِيلُ

تَأَلَّفَتْ

الْفَقِيهَ الْأَعْظَمَ السَّيِّدَ مُحَمَّدَ كَاسِمَ الطَّبَّاطْبَانِي الْبَزْدِي

وَالْتَعْلِيفَاتُ عَلَيْهَا

الْجُزْءُ الْخَامِسُ عَشَرُ

الضمان. الحوالة. النكاح. الوصية

إعداد وتحقيق:

مُؤَسَّسَةُ السَّيِّدَاتِ الْعَالِمِيَّاتِ

العروة الوثقى. شرح.
 العروة الوثقى، تأليف آية الله العظمى السيد محمد كاظم الطباطبائي
 اليزدي رحمته الله والتعليقات عليها/ اعداد مؤسسة السبطين رحمته الله العالمية.
 قم: مؤسسة السبطين رحمته الله العالمية، ١٤٣٩ ق = ١٣٩٧ ش
 ج ١٥.
 فهرستونيسي بر اساس اطلاعات فيبا.
 عربي.
 مندرجات: الحج
 يزدي، محمد كاظم بن عبد العظيم، ١٤٢٧ - ١٣٣٨. العروة الوثقى - نقد و
 تفسير.
 فقه جعفرى - قرن ١٤.
 BP ٥ / ١٨٣. / ٤ ع ٢٩٧/٣٤٢٤٠٣٨٣
 كتابخانه ملی ایران ١١٦١٤٥٩

ایران: قم - شارع انقلاب (چهارمردان) - زقاق ٢٦ - رقم ٤٧ و ٤٩
 هاتف: ٠٢٥-٣٧٧٠٣٣٣٠ - ٠٢٥-٣٧٧٠٦٢٣٨
 قم - شارع معلم - مجتمع ناشران - الطابق الأول - رقم ١٠٦
 هاتف: ٠٢٥-٣٧٨٤٢٤١٩ - ٠٢٥-٣٧٨٤٢٤٢٠
 www.sibtayn.com & Email: sibtayn@sibtayn.com



هوية الكتاب

الكتاب: العروة الوثقى والتعليقات عليها/ ج ١٥
 تأليف: ... الفقيه الأعظم السيد محمد كاظم الطباطبائي اليزدي رحمته الله
 إعداد وتحقيق: مؤسسة السبطين رحمته الله العالمية
 الناشر: مؤسسة السبطين رحمته الله العالمية
 الطبعة: الأولى
 المطبعة: گل وردی
 التاريخ: ١٤٤٠ هـ. ق / ١٣٩٨ هـ. ش
 الكمية: ١٥٠٠ نسخة
 شابك ج ١٥: ٩٧٨-٦٠٠-٧٠٧٠-١٩-٢
 شابك دوره: ٩٧٨-٩٦٤-٨٧١٦-٥٠-٤

حقوق الطبع محفوظة لمؤسسة السبطين رحمته الله العالمية

أصحاب التعليقات لهذا الكتاب

التعليقات على العروة الوثقى التي قامت المؤسسة بجمعها في هذه الموسوعة القيّمة هي إحدى وأربعون تعليقة، مدرجة حسب تاريخ الوفاة للمتوفين (قدس سرهم)، وبالنسبة لمن على قيد الحياة (أدام الله ظلهم) حسب تاريخ الولادة، مع الإشارة إلى مقدار تعليقة كل منهم حسب النسخ المعتمدة، وهم:

صاحب التعليقة

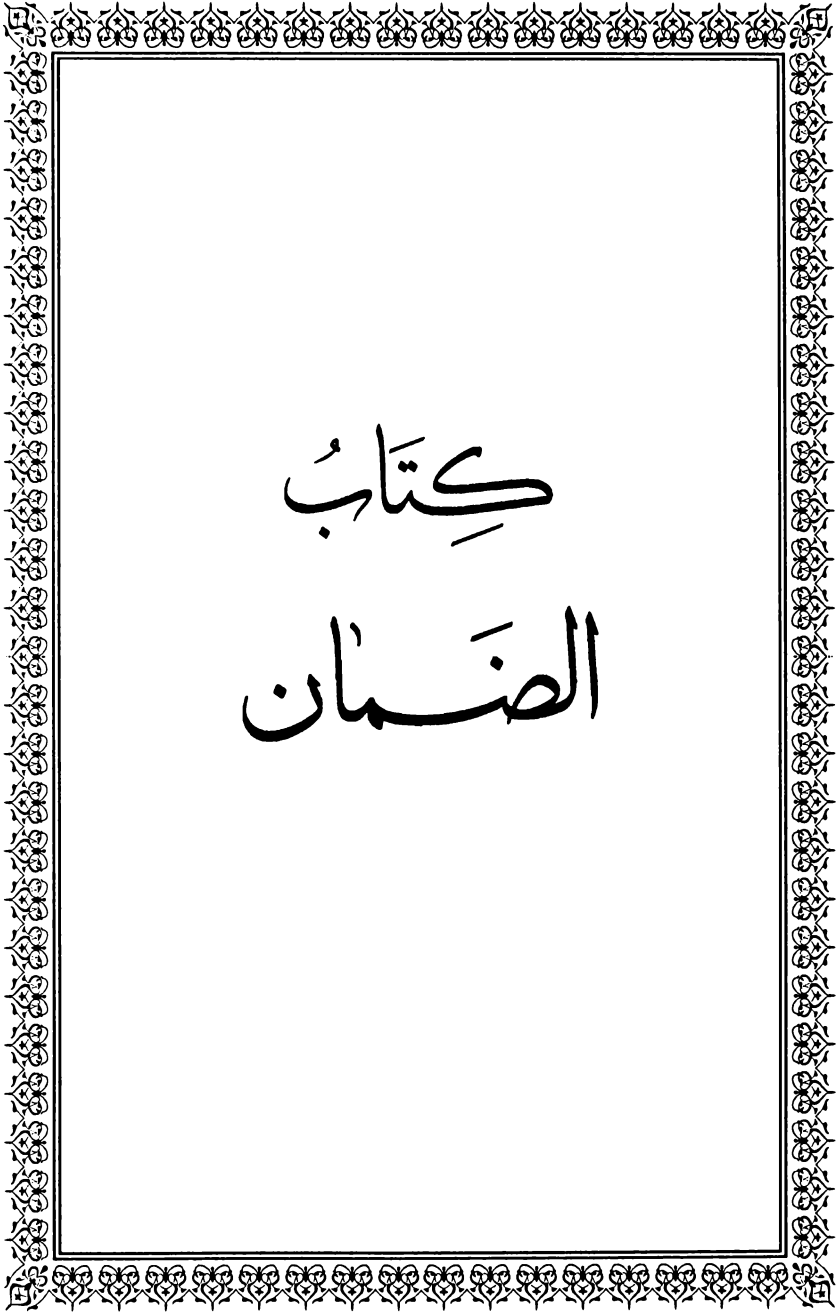
مقدار التعليقة

- ١ - الشيخ علي الجواهري (وفاته ١٣٤٠ هـ. ق.)
إلى آخر كتاب الخمس.
كاملة.
- ٢ - السيّد محمّد الفيروزآبادي (وفاته ١٣٤٥ هـ. ق.)
كاملة.
- ٣ - الميرزا محمّد حسين النائيني (وفاته ١٣٥٥ هـ. ق.)
إلى آخر كتاب الخمس إلا
أنّ له تعليقات على كتاب
الإجارة والمضاربة والنكاح.
كاملة.
- ٤ - الشيخ عبدالكريم الحائري (وفاته ١٣٥٥ هـ. ق.)
كاملة.
- ٥ - الشيخ ضياء الدين العراقي (وفاته ١٣٦١ هـ. ق.)
كاملة.
- ٦ - السيّد أبو الحسن الإصفهاني (وفاته ١٣٦٥ هـ. ق.)
إلى كتاب الصلاة. فصل في
الشكوك.
كاملة.
- ٧ - السيّد آقا حسين القميّ (وفاته ١٣٦٦ هـ. ق.)
إلى آخر كتاب الخمس.
إلى كتاب الإجارة. فصل
أحكام العرضين.
كاملة.
- ٨ - الشيخ محمّدرضا آل ياسين (وفاته ١٣٧٠ هـ. ق.)
إلى كتاب الإجارة. فصل
أحكام العرضين.
كاملة.
- ٩ - السيّد محمّد تقي الخونساري (وفاته ١٣٧١ هـ. ق.)
كاملة.
- ١٠ - السيّد محمّد الكوه كَمَرِي (وفاته ١٣٧٢ هـ. ق.)
كاملة.
- ١١ - السيّد صدر الدين الصدر (وفاته ١٣٧٣ هـ. ق.)
كاملة.
- ١٢ - الشيخ محمّد حسين كاشف الغطاء (وفاته ١٣٧٣ هـ. ق.)
كاملة.
- ١٣ - السيّد جمال الدين الكلبيگاني (وفاته ١٣٧٧ هـ. ق.)
كاملة.
- ١٤ - السيّد إبراهيم الحسيني الإصطهباناتي (وفاته ١٣٧٩ هـ. ق.)
كاملة.
- ١٥ - السيّد حسين الطباطبائي البروجردی (وفاته ١٣٨٠ هـ. ق.)
كاملة.
- ١٦ - السيّد مهدي الشيرازي (وفاته ١٣٨٠ هـ. ق.)
إلى كتاب المساقاة.

صاحب التعليقة

مقدار التعليقة

- ١٧ - السيّد عبدالهادي الشيرازي (وفاته ١٣٨٢ هـ. ق). كاملة.
- ١٨ - السيّد محسن الطباطبائي الحكيم (وفاته ١٣٩٠ هـ. ق). إلى آخر كتاب الخمس.
- ١٩ - السيّد محمود الشاهرودي (وفاته ١٣٩٤ هـ. ق). إلى آخر كتاب الخمس.
- ٢٠ - السيّد أبو الحسن الحسيني الرفيعي (وفاته ١٣٩٥ هـ. ق). إلى آخر كتاب الصوم.
- ٢١ - السيّد محمّد هادي الحسيني الميلاني (وفاته ١٣٩٥ هـ. ق). إلى آخر كتاب الاعتكاف.
- ٢٢ - السيّد حسن البجنوردي (وفاته ١٣٩٥ هـ. ق). كاملة.
- ٢٣ - السيّد أحمد الخونساري (وفاته ١٤٠٥ هـ. ق). إلى آخر كتاب المساقاة.
- ٢٤ - السيّد عبدالله الشيرازي (وفاته ١٤٠٥ هـ. ق). كاملة.
- ٢٥ - السيّد كاظم الشريعتمداري (وفاته ١٤٠٦ هـ. ق). كاملة.
- ٢٦ - السيّد علي الفاني الإصفهاني (وفاته ١٤٠٩ هـ. ق). كاملة.
- ٢٧ - السيّد روح الله الموسوي الخميني (وفاته ١٤٠٩ هـ. ق). كاملة.
- ٢٨ - السيّد شهاب الدين المرعشي النجفي (وفاته ١٤١١ هـ. ق). كاملة.
- ٢٩ - السيّد أبو القاسم الموسوي الخوئي (وفاته ١٤١٣ هـ. ق). كاملة.
- ٣٠ - الميرزا هاشم الآملي (وفاته ١٤١٣ هـ. ق). إلى آخر كتاب الاعتكاف.
- ٣١ - السيّد محمّد رضا الكلبايگاني (وفاته ١٤١٤ هـ. ق). كاملة.
- ٣٢ - السيّد عبدالأعلى الموسوي السبزواري (وفاته ١٤١٤ هـ. ق). كاملة.
- ٣٣ - الشيخ محمّد علي الأراكي (وفاته ١٤١٥ هـ. ق). إلى آخر كتاب الإجارة.
- ٣٤ - الشيخ محمّد أمين زين الدين (وفاته ١٤١٩ هـ. ق). إلى آخر كتاب النكاح (باستثناء الإجارة - الحوالة) ..
- ٣٥ - السيّد محمّد الحسيني الشيرازي (وفاته ١٤٢٣ هـ. ق). كاملة.
- ٣٦ - السيّد حسن الطباطبائي القمي (ولادته ١٣٢٩ هـ. ق). كاملة.
- ٣٧ - السيّد تقي الطباطبائي القمي (ولادته ١٣٤١ هـ. ق). كاملة.
- ٣٨ - السيّد محمّد صادق الحسيني الروحاني (ولادته ١٣٤٥ هـ. ق). كاملة.
- ٣٩ - السيّد محمّد الموسوي مفتي الشيعة (ولادته ١٣٤٧ هـ. ق). إلى آخر المساقاة.
- ٤٠ - السيّد علي الحسيني السيستاني (ولادته ١٣٤٩ هـ. ق). إلى آخر كتاب الاعتكاف.
- ٤١ - الشيخ محمّد الفاضل اللنكراني (ولادته ١٣٥٠ هـ. ق). كاملة باستثناء الحجّ.



كِتَابُ الضَّمان

الضمان

وهو من الضْمَن؛ لأنَّه موجب لتضمَّن ذمَّة الضامن للمال الذي على المضمون عنه للمضمون له، فالنون فيه أصليَّة، كما يشهد له سائر تصرُّفاته من الماضي والمستقبل وغيرهما. وما قيل ^(١) من احتمال كونه من الضَمّ - فتكون النون زائدة - واضح الفساد^(أ)؛ إذ مع منافاته لسائر مشتقاته لازمه كون الميم مشدَّدة^(٢).

وله إطلاقان: إطلاق بالمعنى الأعمّ الشامل للحوالة والكفالة أيضاً، فيكون بمعنى التعهّد بالمال أو النفس.
وإطلاق بالمعنى الأخصّ^(٣)، وهو التعهّد^(٤) بالمال عيناً أو منفعةً أو عملاً،

(١) القائل أكثر علماء القوم، وقلّ منهم من وافق أصحابنا، وفي الكتب الفقهيَّة: أنَّ الضمان عند الشيعة نقل ذمَّة إلى ذمَّة، ولدَى العامَّة ضمّ ذمَّة إلى ذمَّة. (المرعشي).

(٢) لثلاً يلزم كون الفعل ذا حرفين. (المرعشي).

(٣) ولا ريب في أنَّه منقول مألوف عند الفقهاء والمتشرّعة من المعنى الأوّل إلى الثاني، كما لا ريب في مشروعيتّه بالكتاب والسنة، بل كان ثابتاً في الشرائع السابقة. ولا ريب أيضاً في أنَّ هذا المعنى المصطلح يعمّ الذمَّة المشغولة للمضمون عنه والبريئة. (المرعشي).

(٤) ويقرب منه ما عن شيخ الطائفة رحمته الله (ب) بأنّه: إثبات مالٍ في الذمَّة بعقد. (المرعشي).

وهو المقصود^(١) من هذا الفصل.

ويُشترطُ فيه أمور:

أحدها: الإيجاب: ويكفي فيه كلّ لفظٍ دالٍّ^(٢)، بل يكفي^(٣) الفعل^(٤) الدالٌّ^(٥)

(١) ولعلّ الأولى تعريف ما هو المقصود من هذا الفصل بأنّه إثبات مالٍ في الذمّة بعقد، كما في المبسوط والوسيلة^(أ). (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) ظاهر بظهور عرفيٍّ ولو بالقرينة الصارفة. (المرعشي).

* عُرفاً على الضمان. (مفتي الشيعة).

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

(٤) في كفايته تأمّل وإشكال. (الإصفهاني).

* الأحوط بل الأقوى اعتبار الألفاظ الصريحة إيجاباً وقبولاً، كغيره من العقود

اللازمة. (كاشف الغطاء).

* دلالة الفعل على التعهّد وكونه إيجاداً له مجرد فرضٍ لا واقع له. (جمال الدين

الكلبيكاني).

* محلّ تأمّل وإشكال. (الإصطهباناتي).

* من كتابةٍ ونحوها. (السبزواري).

(٥) دلالة الفعل على التعهّد وكونه إيجاداً له مجرد فرضٍ لا واقع له. (النائيني).

* لكن لا يصدق حينئذٍ الضمان العقديّ وعقد الضمان؛ لأنّ صدق العقد يتوقّف على

كون الإيجاب والقبول كلاهما لفظاً. (عبدالله الشيرازي).

* ولو مثل الكتابة. (الشريعةمداري).

ولو^(١) بضميمة^(٢) القرائن على التعهّد والالتزام بما على غيره من المال.
 الثاني: القبول من المضمون له^(٣)؛ ويكفي فيه أيضاً كلّ ما دلّ على ذلك
 من قولٍ أو فعل^(٤)؛ وعلى هذا فيكون من العقود المفتقرة إلى الإيجاب
 والقبول، كذا ذكره^(٥)، ولكن لا يبعد دعوى عدم اشتراط القبول^(٦) على حدّ

⇒ مثل الكتابة الصريحة مع قصد إنشاء التعهّد بها، ولكنّ الأحوط عدم الاكتفاء بغير
 اللفظ في الإيجاب، بل وفي القبول. (الفاني).

✽ محلّ تأمل. (الخميني).

✽ لو فرض دلالة عليه، لكنّه مجرد فرض، وكذا في القبول. (محمّد رضا الكلبيكاني).
 ✽ ومنه الكتابة، وكذا في القبول. (محمّد الشيرازي).

✽ بالدلالة الظاهرة على إنشاء الضمان به، لكنّ فرضه مشكل. (اللنكراني).

(١) كما أنّه إذا قال شخص: مَنْ يضمن ويتعهّد دين هذا المديون؟ فأشار الذي يريد
 أن يضمن إلى نفسه قاصداً به الإنشاء مع علمه بجنسه ومقداره. (البجنوردي)
 (٢) لو وجد فعل دالّ على ذلك على حدّ دلالة الألفاظ الدالة عليه، لكنّ الظاهر أنّه
 مجرد فرض. (البروجردی).

(٣) أي إظهاره الرضا بالضمان الخاصّ. (حسن القمي).

(٤) كفاية الفعل في ذلك محلّ إشكال. (الكوهكَمري).

✽ إذا لم يكن الإيجاب باللفظ، وإلّا ففيه إشكال، كما مرّ. (اللنكراني).

(٥) وهو الأقوى. (البروجردی، الخميني، محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ وهو الأظهر. (الشريعتمداري).

✽ وهو الصحيح. (الفاني).

✽ ولعلّه الأظهر. (اللنكراني).

(٦) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

سائر العقود اللازمة^(١)، بل^(٢) يكفي رضا^(٣) المضمون^(٤) له^(٥) سابقاً^(٦) أو لاحقاً، كما عن الإيضاح^(أ) والأردبيلي^(ب)، حيث قالوا: يكفي فيه الرضا، ولا يعتبر القبول العقديّ.
بل عن القواعد^(٧)؛ وفي اشتراط قبوله احتمال^(ج).

-
- (١) بل الأقوى على حدّ سائر العقود اللازمة. (مفتي الشيعة).
(٢) كفاية مجرّد الرضا القلبيّ حتّى السابق منه في غاية الإشكال، نعم، لا يبعد كفاية أن يقول: رضيت، ونحو ذلك. (جمال الدين الكلبيّكاني).
(٣) كفاية مجرّد الرضا القلبيّ حتّى السابق منه في غاية الإشكال، نعم، لا يبعد كفاية أن يقول: رضيت، ونحو ذلك. (النائيني).
(٤) لا بدّ من ظهور رضاه بوجه معتبر عند العقلاء ولو لم يكن بالقول. (السبزواري).
(٥) مع دلالة لفظ أو فعل عليه، فلا يكفي الرضا الباطني. (صدرالدين الصدر).
* مشكل جداً. (الإصطهباناتي).
* هذا إذا أبرزه في الخارج بمُبرز. (الخوئي).
(٦) في كفاية صرف الرضا القلبيّ بدون إنشاء في البين إشكال، خصوصاً الرضا السابق على إنشاء الضمان. (البجنوردي).
(٧) إذا كان معنى الضمان انتقال الذمّة والذين من المضمون عنه إلى الضامن فلا معنى لعدم اعتبار القبول، ولا يُقاس بالتبرّع في أداء الدين، كما لا يخفى. (عبدالله الشيرازي).

(أ) إيضاح الفوائد: ٨١/٢.

(ب) مجمع الفائدة للأردبيلي: ٢٨٩/٩.

(ج) قواعد الأحكام للعلامة الحلّي: ١٥٧/٢.

ويمكن استظهاره^(١) من قضية الميّت المديون الذي امتنع النبي ﷺ أن يصلي عليه حتى ضمنه عليٌّ عليه السلام (أ) (٢).

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

وأما رضا المضمون عنه فليس معتبراً فيه؛ إذ يصحّ الضمان التبرّعي، فيكون بمنزلة وفاء دين الغير تبرّعاً حيث لا يعتبر رضاه. وهذا واضح في ما لم يستلزم^(٣)

(١) الفرق بين الميّت والحيّ وجداناً أسقط هذا الاستظهار. (السبزواري).

* ويرد على ذلك بعد الغض عن سند ما تضمنها: أنّه استدّل به على القول بعدم اعتبار رضا المضمون له، والإنصاف أنّه لا يدلّ على شيءٍ منهما، والتفصيل لا يسعّه المقام، فالأولى الاستدلال له بإطلاق صحيح ابن سنان المتضمّن لقوله عليه السلام: «إذا رضي به الغرماء فقد برئت ذمة الميّت» (ب)، ولكن مع ذلك يعتبر إبرازه بمبرز خارجي. (الروحاني).

(٢) كما في الخلاف (ج)، وكذا ضمن أبو قتادة في واقعة أخرى، كما رواه جابر (د). (المرعشي).

(٣) فيه تأمل. (صدرالدين الصدر).

⇐

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

(ب) الوسائل: الباب (١٤) من أبواب الدين والقرض، ح ١.

(ج) الخلاف للطوسي: ٣/ ٣١٤.

(د) الخلاف: ٣/ ٣١٥.

الوفاء^(١) أو الضمان عنه ضرراً^(٢) عليه^(٣)، أو حرجاً^(٤)؛ من حيث كون تبرّع هذا الشخص لوفاء دينه منافياً لشأنه، كما إذا تبرّع وضّيع ديناً عن شريفٍ غنيٍّ قادرٍ على وفاء دينه فعلاً.

الثالث: كون الضامن^(٥) بالغاً عاقلاً: فلا يصحّ ضمان الصبي وإن كان مراهقاً، بل وإن أذن له الولي على إشكال^(٦).

⇒ * بل وإن استلزم. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* وفي صورة الاستلزام بالحكم بالبطلان غير واضح. (اللتكراني).

(١) فيه تأمل. (الكوهكَمري).

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

(٣) مجرّد ذلك لا يوجب نفي سلطنة المالك على استنقاذ ماله، سيّما إذا قلنا بوجود القبول عن المتبرّع، وأمّا ارتفاع الضرر والحرج لا يوجب عدم نفوذ الضمان وأداء الدين؛ حيث إنّهما جاءا بسوء اختياره؛ لأنّ المفروض تمكّنه من الأداء، نعم، فيما إذا كان في مقام الأداء ولكن سبّقه المتبرّع ففي النفوذ إشكال. (عبدالله الشيرازي).

* بل ولو استلزم ذلك؛ فإنّ التكليف لا يرتبط بالوضع. (الخوئي).

(٤) مجرّد حَرَجِيّة تخليص ذمّة غيره على صاحب الذمّة ولو بنقل الضامن ما في ذمّة الغير إلى ذمّة نفسه برضا المالك لا يوجب نفي سلطنة المالك على استيفاء ماله ولو بجعله في ذمّة غيره؛ إذ مثل هذه العمومات لا يرفع مثل هذه الإرفاقيّة؛ لأنّ في نفيها خلاف الامتنان على الغير، وليس للمديون سلطنة على إبقاء مال الغير في ذمّته، بل تمام السلطنة للمالك، والضامن الجاعل مال غيره في ذمّته بإذنه. (آقاضي).

(٥) وكذا في الدائن. (مفتي الشيعة).

(٦) عند عدم قيام مصلحةٍ عليه، وإلا فلا إشكال في جوازه؛ لعموم جهة

ولا ضمان المجنون إلا إذا كان أدوارياً في دور إفاقته.
وكذا يعتبر كون المضمون له بالغاً عاقلاً. وأمّا المضمون عنه فلا يعتبر فيه ذلك، فيصحّ كونه صغيراً أو مجنوناً. نعم، لا ينفع إذنهما في جواز الرجوع بالعوض.
الرابع: كونه مختاراً^(١):

⇨ ولايته عليه. (آقاضياء).

* أقواهما عدم الصحة. (صدرالدين الصدر).

* إذا كان في ضمانه له مصلحة وأذن الوليّ فالظاهر أنّه لا إشكال في صحّته. (البجنوردي)

* لا إشكال في عدم الصحة؛ لأنّ إذن الوليّ لا يُجوّز تصرفات الصغير مع إطلاق «لا يجوز أمر الصبيّ حتّى يحتلم»^(١). نعم، لنفس الوليّ أن يجعل الصغير ضامناً إذا اقتضت المصلحة. (عبدالله الشيرازي).

* قويّ. (الفاني).

* الظاهر الجواز إذا كانت فيه مصلحة وإن كان هذا الفرض نادراً، وأولى بالجواز ما إذا كان المضمون له صبيّاً. (الخوئي).

* لا تبعد الصحة في المراهق المأذون من وليّه. (محمّد الشيرازي).

(١) وكذا كون المضمون له مختاراً. (الإصطهباناتي).

وكذا المضمون له، فلا يصحّ قبوله مع الإكراه. (البروجردى، الروحاني).

* وكذا المضمون له في قبوله. (الخميني).

* وكذا يعتبر كون المضمون له أيضاً مختاراً، فلا يصحّ الضمان

⇨

(أ) مسند زيد بن علي: ٣٢٦، الأحكام ليحيى بن الحسين: ٤٣٧/١، كتاب الأمّ للشافعي: ٣٠/٢،

١٢٠، دعائم الإسلام للقاضي المغربي: ١٩٤/١، الخصال للصدوق: ٩٣.

فلا يصح^(١) ضمان المُكْرَه^(٢).

الخامس: عدم كونه محجوراً لِسَفَهٍ إِلَّا بِإِذْنِ الْوَلِيِّ، وكذا المضمون له. ولا بأس بكون الضامن مفلساً، فَإِنَّ ضَمَانَهُ نَظِيرُ اقْتِرَاضِهِ، فلا يشارك المضمون له مع الغرماء.

وَأَمَّا الْمَضْمُونُ لَهُ فَيَشْتَرِطُ عَدَمُ كَوْنِهِ مَفْلَساً^(٣). ولا بأس بكون المضمون عنه سفيهاً أو مفلساً، لكن لا ينفع^(٤) إِذْنُهُ^(٥)

⇨ لِلْمُكْرَه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* وكذا المضمون له أيضاً. (السبزواري).

* وهذا شرط في المضمون له أيضاً. (حسن القمي).

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

(٢) إِلَّا إِذَا رَضِيَ بَعْدَ ذَلِكَ. (صدرالدين الصدر).

* الظاهر أنّ هذا الشرط مشترك بين الضامن والمضمون له. (البجنوردي)

* وكذا المضمون له، فلا يصحّ قبوله مع الإكراه. (عبدالله الشيرازي).

* ولا الضمان للمُكْرَه. (الفاني).

* وكذا المضمون له على إشكال، إِلَّا إِذَا رَضِيَ بَعْدَ وَقُوعِ الْعَقْدِ. (المرعشي).

* وكذلك المضمون له. (الخوئي).

(٣) لا مانع أن يضمن له بإذن وليّه، ويدفع المال للوليّ. (كاشف الغطاء).

(٤) في إطلاق كلامه إشكال؛ إذ لو أُذِنَ فِي غَيْرِ مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ الْحَجَرُ أَوْ بَعْدَ رَفْعِ الْحَجَرِ

صَحَّ الرَّجُوعُ إِلَيْهِ، وَلَوْ كَانَ الْإِذْنُ فِي حَالِ الْحَجَرِ. (المرعشي).

(٥) لا مانع من الرجوع على المفلس الآذِنَ فِي مَقْدَارِ نَصِيبِ الْمَضْمُونِ لَهُ، كَمَا أَنَّهُ لَا

مَانِعَ مِنَ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ بِتَمَامِهِ بَعْدَ ارْتِفَاعِ الْحَجَرِ. (الشريعتمداري).

في جواز^(١) الرجوع^(٢) عليه^(٣).

السادس: أن لا يكون الضامن مملوكاً غير مأذونٍ من قِبَلِ مولاه
على المشهور^(٤)؛ .

⇒ * في الرجوع إلى ما تعلّق به الحجر، وأما بغيره أو بعد رفعه فلا مانع من الرجوع إليه بسبب إذنه في حال الحجر. (الخميني).

* نعم، ينفع بعد رفع الحجر، وكذا بالنسبة إلى^(أ). (محمّد الشيرازي).

* في الزائد على مقدار تعلّق به الحجر، وهو مقدار نصيب المضمون له، وأما ذلك المقدار فلا مانع من تأثير إذنه في جواز الرجوع عليه حال حجره، كما أنّه يؤثّر مطلقاً بعد رفع الحجر. (اللكراني).

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

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

(٣) بالنسبة إلى حال الفلّس، وأما بعد رفعه فأذنه نافع. (الفاني).

* أي في أمواله الموجودة التي تكون مورداً للحجر. (الخوانساري).

* ينفع بعد فكّ الحجر مطلقاً وقبله بمقدار نصيب المضمون له فقط. (السبزواري).

(٤) وهو الصحيح، نعم، لو أجاز الولي ضمانه لا يبعد الصحة، ويكون كما لو وقع بإذنه. (النائيني).

⇐

(أ) كذا في أصل النسخة، فالعبارة ناقصة، ويحتمل نقصان عبارة (المضمون عنه)، أو عبارة (حال الفلّس).

لقوله تعالى: ﴿لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾^(١)، ولكن لا يبعد^(٢) صحّة ضمانه^(٣)،

⇨ * وهو المنصور. (صدرالدين الصدر).

* وهو الصحيح، نعم، لو أجاز المولى ضمانه لا يبعد الصحّة، ويكون كما لو وقع بإذنه. (جمال الدين الكلبيگاني).

* المنصور. (الإصطهباناتي).

* وهو الحقّ المنصور. (الفاني).

* وهو الأقوى. (البروجردی، اللكراني).

* وهو الأقوى لما ذكره في المتن من أنّه لا يقدر على شيء، ودعوى الانصراف لا وجه له. (البجنوردي)

* وهو الأقوى، ودعوى الانصراف غير وجيهة، وضمان الإتلاف خارج عنها تخفيفاً. (الخميني).

* وهو المختار، وضمانه بالإتلاف قد خرج بالدليل عن الحكم تخصيصاً، أو عن الموضوع تخصّصاً. (المرعشي).

* فيه إشكال، والاحتياط لا يترك^(ب). (الخوئي).

* وهو المنصور. (محمّد رضا الكلبيگاني).

(١) وليست الآية الشريفة مختصة بالمال؛ للانصراف، كما توهم. (المرعشي).

(٢) بل بعيد في الغاية، ودعوى الانصراف عن ما لا ينافي حقّ المولى بعيدة. (المرعشي).

(٣) بل بعيد. (عبدالهادي الشيرازي).

(أ) النحل: ٧٦.

(ب) هذه التعليقة أوردناها من نسخة أخرى منه.

وكونه في ذمته يتبع به بعد العتق، كما عن التذكرة^(١) والمختلف^(ب). ونفي القدرة^(١) منصرف^(٢) عما لا ينافي حق المولى. ودعوى أن المملوك لا ذمة له كما ترى؛ ولذا لا إشكال^(٣) في ضمانه لمتلفاته، هذا. وأمّا إذا أذن له مولاه فلا إشكال في صحّة ضمانه^(٤)؛ وحينئذٍ فإن عتق كونه في ذمة نفسه أو في ذمة المملوك يتبع به بعد عتقه أو في كسبه فهو المتّبع، وإن أطلق الإذن^(٥)؛ ففي كونه في ذمة المولى، أو في كسب المملوك، أو في ذمته يتبع به بعد عتقه، أو

(١) في الانصراف المزبور إشكال، بل منع، وما أفاد به من الاستشهاد واضح البطلان في الشهادة؛ لأنّ ضمان التلف من الأحكام القهرية المترتبة على إتلافه يتبع به بعد عتقه، وهذا بخلاف الضمان العقدي المنوط بسلطنته على الإيقاع المزبور، الممنوع بعموم «لا يقدر»، بشهادة شموله لإطلاقه (ج) بنصّ الرواية (د). (آقاضياء).

(٢) فيه تأمل، بل منع. (الإصطهباناتي).

✽ فيه تأمل. (الروحاني).

(٣) تقدّم أن الضمان بالإتلاف خارج بالدليل، تخصيصاً أو تخصّصاً. (المرعشي).

(٤) على جميع المباني. (المرعشي).

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

(أ) تذكرة الفقهاء: ٢٩٩/١٤.

(ب) مختلف الشيعة: ٤٦٩/٥.

(ج) في نسخة أخرى: فشهادة شموله لإطلاقه.

(د) الوسائل: الباب (٤٥) من أبواب مقدّمات الطلاق، ح ١.

كونه متعلّقاً برقبته وجوه وأقوال، أوجهها^(١) الأوّل^(٢)؛ لانفهامه^(٣) عرفاً^(٤)، كما في إذنه للاستدانة لنفقته، أو لأمرٍ آخر، وكما في إذنه في التزويج حيث إنّ المهر والنفقة على مولاه.

ودعوى الفرق بين الضمان والاستدانة بأنّ الاستدانة موجبة لمملكته، وحيث إنّ لا قابليّة له لذلك يستفاد منه كونه على مولاه، بخلاف الضمان؛ حيث إنّ لا ملكيّة فيه مدفوعة بمنع عدم قابليّته للملكيّة، وعلى فرضه أيضاً

(١) لا يخلو من إشكال. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) لا يخلو من إشكال. (النائيني).

* الأقرب هو الثالث لو لم تكن قرينة على الخلاف والانفهام العرفي منها.

(السبزواري).

(٣) محلّ تأمل. (الخميني).

(٤) وعلى فرض عدمه فالأوجه كونه في كسب المملوك. (الإصطهباناتي).

* لا إشكال في ذلك مع انفهامه عرفاً، لكنّه راجع إلى التعيين، وأمّا مع عدمه - كما هو المفروض - فأوجهها هو الثالث. (البروجردی).

* إذا كان الانفهام مسلماً فلا إشكال فيه، وإلاّ فلا يبعد الثاني. (عبدالله الشيرازي).

* لو كان الانفهام صحيحاً لكان خارجاً عن الفرض، ولكنّ الكلام في الانفهام، وعلى فرض عدمه فالأقرب الثالث، والتنظير مع الفارق. (المرعشي).

* ولو لم يفهم منه ذلك وكان مجعلاً مردّداً بين كونه في ذمّة نفسه أو ذمّة العبد بحيث يتبع به بعد عتقه فالظاهر بطلانه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* إن أحرز الانفهام فلا إشكال، وإلاّ ففيه إشكال. (حسن القمي).

* لا إشكال فيه على فرض الانفهام، وأمّا على تقدير العدم والتردد بين كونه في ذمّة نفسه أو في ذمّة العبد فالبطالان لا يخلو من قوّة. (اللكرناني).

لا يكون فارقاً بعد الانفهام العرفي^(١).

السابع: التنجيز^(٢): فلو علّق الضمان على شرط - كأن يقول: أنا ضامن لما على فلان إن أذن لي أبي، أو أنا ضامن إن لم يَف المديون إلى زمان كذا، أو إن لم يَف أصلاً - بطل على المشهور^(٣)، لكن لا دليل عليه بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة، إلّا دعوى الإجماع^(٤) في كلّ العقود، على أنّ اللازم ترتّب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير، أو دعوى منفاة

(١) لا إشكال فيه مع الانفهام العرفي، ولكن الإشكال فيه. (الكوهكَمري).

(٢) على الأحوط. (الخميني، اللنكراني).

(٣) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي، الكوهكَمري، الإصطهباناتي، عبد الهادي الشيرازي).

* وهو الصحيح. (النائيني، جمال الدين الكلپايگاني).

* وهو المنصور. (الإصفهاني، صدر الدين الصدر، البروجردي، محمّد رضا الكلپايگاني).

* وهو الأقوى؛ لبطلان التعليق في العقود إجماعاً، لا من جهة لزوم ترتّب الأثر عند إنشاء العقد بالإجماع حتّى يقال: لا إجماع هكذا في المقام. (البجنوردي).

* الضمان عبارة عن نقل ما في ذمّة الغير إلى الذمّة، وهذا لا يقبل التعليق. (الفاني).

* فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك. (الخوائي).

* وهو الأحوط. (السبزواري).

* لا يُترك الاحتياط برعاية ما عليه المشهور. (الروحاني).

* نعم، يصحّ الضمان إذا علّق الضامن أداةً على عدم أداء المضمون. (مفتي الشيعة).

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

التعليق^(١) للإنشاء.

وفي الثاني ما لا يخفى، وفي الأوّل منع تحقّقه^(٢) في المقام.
وربّما يقال: لا يجوز تعليق الضمان، ولكن يجوز تعليق الوفاء على شرط مع كون الضمان مطلقاً.
وفيه: أنّ تعليق الوفاء^(٣) عين^(٤) تعليق الضمان، ولا يعقل التفكيك^(٥).

(١) لعدم صحّة تأخّر الوجود عن الإيجاد. (المرعشي).

(٢) وهو الحقّ المحقّق، كما أشرنا إليه. (المرعشي).

(٣) ويمكن تصحيح المطلب بأن يكون الضمان منجزاً والتعليق في عدم الوفاء؛ لأنّ الضمان بمعنى التعهّد، والتعهّد فعليّ غير معلّق على شيء، وكان متعلّقه تعليقاً ومقيّداً على عدم أداء الدين، كما هو معنى الضمان في الأعيان الخارجيّة، ويصدق الضمان عرفاً، وإذا شملته الأدلّة ولم يكن إجماع على خلافه يتمّ المطلب، ويمكن أن يكون نظر الماتن رحمته بقوله: «نعم، النخ» إلى هذا. (عبدالله الشيرازي).

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

(٥) فيه ما لا يخفى، كما يظهر من ملاحظة الديون المؤجّلة. (آقاضياء).

❖ فيه نظر وتأمل. (البجنوردي)

❖ كون تعليق الوفاء عين تعليق الضمان ممنوع، وعلى فرض عدم تعقّل التفكيك كيف يعقل فرض إمكانه في بعض الموارد؟! مع أنّه إنّما يلائم على قول غيرنا من كون الضمان عبارة عن ضمّ ذمّة إلى ذمّة، مع أنّ دعوى كون حقيقة الضمان في الأعيان المضمونة راجعة إلى قضيّة تعلقيّة ممنوعة أيضاً، وتوقّف ترتّب الأثر على مثل التلف فيها لا يوجب كون الضمان بنفسه قضيّة تعلقيّة، وإلاّ يلزم القول بمثله

نعم، في المثال الثاني^(١) يمكن أن يقال^(٢)

⇒ في المقام مطلقاً ولو في موارد عدم التعليق؛ فإنَّ أثر الضمان إنّما يظهر على تقدير بقاء الدّين وعدم سقوطه بأداء متبرّع ونحوه مثلاً، مع أنّه لم يعهد منهم دعوى التعليق في المقام في موارد العدم. (اللنكراني).

(١) هذا المثال خصوصاً فيما إذا علّق على عدم الوفاء أصلاً أولى بالطلان من سائر صور التعليق؛ لاستلزامه اشتغال ذمّتين وضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى، وهو خلاف حقيقة الضمان عندنا. (الإصفهاني).

(٢) بعد القول بعدم تعقّل التفكيك بين التعليقين كيف يصير ممكناً أو واقعاً في هذا المثال؟! ثمَّ إنّ تصحيح الضمان فيه لا يتمّ على أصلنا، بل على قول العامة من أنّه ضمّ ذمّة إلى ذمّته. (البروجردی).

* لا فرق بين المثال الأوّل والثاني في ظهور كليهما في تعليق أصل الضمان، وعلى فرض صحّة ما أفاد يكون من قبيل ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى، واشتغال ذمّتين، وهذا منافي لحقيقة الضمان التي هي عبارة عن نقل ما في ذمّة إلى ذمّة أخرى، لا اشتغال ذمّتين في عرض واحد، كما هو مذهب المخالفين لنا. (البجنوردي).

* كيف يمكن مع دعوى امتناع التفكيك مع أنّ هذا النحو من الضمان غير ما عندنا من كونه ناقلاً؟! (الخميني).

* كيف لا يصحّ هذا بعد عدم تعقّل التفكيك؟ وعلى فرض الإمكان يتمّ التفكيك على مبنى الضمّ في باب الضمان، لا النقل الذي هو المعتمد لدى الأصحاب، اللهمّ إلّا أن يؤوّل كلامه بتعهّد ما في ذمّة المضمون عنه، وعليه فالضمان محقّق، وفي صورة عدم حصول المعلق عليه ينتقل المتعهّد به إلى الذمّة، ولكنّه مع هذا التأويل فالمسألة غير صافية عن شوب الإشكال. (المرعشي).

* لعلّه يريد بذلك أنّ الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس

بإمكان تحقق^(١) الضمان^(٢)

⇒ بمعنى النقل إلى الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية؛ وعليه فالضمان فعلي، وأثره الانتقال إلى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون، كما أن أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها؛ وعلى هذا فلا بأس بما أفاده رحمته، ولا يبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية. (الخوئي).

✽ وقد أوضحه بعض الأساطين^(أ) بأن الضمان في مورد تعليق الوفاء على عدم وفاء المديون ليس بمعنى النقل إلى الذمة ليرجع تعليق الوفاء عليه إلى تعليق الضمان، بل هو بمعنى تعهد ما في ذمة الغير على حذو تعهد العين الخارجية؛ وعليه فالضمان فعلي، وأثره الانتقال إلى الذمة على تقدير عدم وفاء المديون، كما أن أثره في ضمان العين الخارجية ذلك على تقدير تلفها؛ وعلى هذا فلا بأس بما أفاده، ولا يبعد أن يكون الضمان بالمعنى المزبور من المرتكزات العرفية. انتهى. (الروحاني).

(١) امتناع أن يكون الضمان منجزاً مع تعليقه على عدم وفاء المديون، وكونه على فرض إمكان ذلك من ضمّ ذمة إلى أخرى دون الضمان الناقل بمكانٍ من الوضوح. (جمال الدين الكلبي گاني).

(٢) امتناع أن يكون الضمان منجزاً مع تعليقه على عدم وفاء المديون، وكونه على فرض إمكان ذلك من ضمّ ذمة إلى أخرى دون الضمان الناقل بمكانٍ من الوضوح. (النائيني).

✽ مع تسليم عدم معقوليّة التفكيك بين تعليق الوفاء وتعليق الضمان كيف يمكن

⇐

(أ) الظاهر أن المقصود به هو السيّد الخوئي رحمته.

منجّراً^(١)، مع كون الوفاء^(٢) معلّقاً على عدم وفاء المضمون له^(٣)؛ لأنّه يصدق^(٤) أنّه ضمن الدّين على نحو الضمان^(٥) في الأعيان المضمونة؛

⇒ القول المذكور؟! ثمّ على فرض إمكانه يكون مفاده ضمّ ذمّة إلى أخرى، كما هو مذهب العامة، لا الضمان الناقل، كما هو الصحيح عندنا. (الإصطهباناتي).
* مع تحقّق التعهّد عرفاً بالفعل. (السبزواري).

(١) لكن بمعنى تعهّد ما في ذمّة الغير، لا بمعنى الثبوت في الذمّة، وهذا قسم آخر من الضمان. (حسن القّمي).

(٢) بمعنى جعل الضمان فيه بمعناه معنى^(أ) تعليقاً، فلا ينافي ما أفاده من عدم التفكيك بين الوفاء والضمان، بمعنى نقل ذمّة الغير إلى ذمّته. (آفاضياء).

(٣) لا سبيل إلى هذه الدعوى، ولو فرض صحّة ما ادّعاه من الصدق العرفيّ التسامحيّ فظاهر أنّه ممّا لا يُعتدّ به. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٤) لا سبيل إلى هذه الدعوى، ولو فرض صحّة ما ادّعاه من الصدق العرفيّ التسامحيّ فظاهر أنّه ممّا لا يُعتدّ به. (النائيني).

* كون الصدق حقيقياً لا تسامحياً ممنوع. (الإصطهباناتي).

* صدقاً عرفياً وفيه إشكال. (المرعشي).

(٥) الضمان إذا علّق على ما يقوم موضوعه فيكون صحيحاً؛ لأنّ هذا التعليق يرجع إلى تقدير الموضوع، فقول الضامن: «أنا ضامن» إن لم يكن وفاءً بالفعل صحيح؛ لأنّ هذا الشرط عقليّ؛ حيث لا موضوع للضمان مع الوفاء الفعليّ، فهو نظير قول المطلّق: «إن كانت هند زوجتي فهي طالق»، فالفرق بين التعليق على شرط والتعليق على وجود الموضوع ظاهر بعد التأمل. (الفاني).

(أ) كذا في أصل النسخة، والظاهر زيادة كلمة (بمعناه).

إذ^(١) حقيقته^(٢) قضية^(٣) تعليلية^(٤)، إلا أن يقال بالفرق^(٥) بين الضمان العقديّ

(١) حقيقة الضمان فيها أيضاً قضية فعلية تستتبع أحكاماً تعليلية باعتبار حال التلف مثلاً، أو إعواز المثل، وغير ذلك، وليست هي عين تلك القضايا، ولتوضيح ذلك مقام آخر. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) حقيقة الضمان فيها أيضاً قضية فعلية تستتبع أحكاماً تعليلية باعتبار حال التلف مثلاً، أو إعواز المثل، وغير ذلك، وليست هي عين تلك القضايا، ولتوضيح ذلك مقام آخر. (النائيني).

* كون حقيقة ضمان اليد قضية تعليلية في محلّ المنع، ولا يسع المقام تفصيله. (الخميني).

(٣) بل حقيقته أيضاً قضية فعلية مستتبعة لأحكامٍ تعليلية باعتبارات، وهي عينها. (الإصطهباناتي).

(٤) غير خفيّ أنّه على تقدير التوجيه فالضمان فعليّ، والأحكام المترتبة عليه تعليلية. (المرعشي).

* إن كان المقصود تعليق الضمان بعدم الإعطاء فهذا عين ما هو باطل عند المشهور، وإن كان المقصود الضمان منجزاً، لكنّه يُخبر بأنّه يفي ما دام الدّين باقياً ولم يؤدّ المضمون عنه، فالظاهر أنّه ليس بتعليقٍ ولا ممنوع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الظاهر تحقّق التعهّد الفعلّي فيها في الجملة أيضاً عند العرف، ولا دليل على اعتبار أزيد منه. (السبزواري).

(٥) وهو الحقّ، كما أشرنا إليه قبلاً في الحاشية السابقة عليه. (آقاياء).

* وهو الحقّ. (الكوهكَمري).

* وبينهما فروق، منها: اختصاص العقديّ بالذمّي، واليديّ بالخارجي، وغيره. (المرعشي).

والضمان اليدي^(١).

الثامن: كون الدين الذي يضمنه ثابتاً في ذمة المضمون عنه، سواء كان مستقراً كالقرض والعوضين في البيع الذي لا خيار فيه، أم متزلزلاً^(٢)، كأحد عوضين في البيع الخياري، كما إذا ضمن الثمن الكلي للبائع، أو المبيع الكلي للمشتري، أو المبيع الشخصي^(٣)

(١) ويمكن أن يقال: إنَّ عهدة العين في ضمان اليد أيضاً فعلي، غاية الأمر أنَّ عليه الردّ مع البقاء والمثل، أو القيمة مع التلف. (محمّد رضا الكلبيكاني).

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

(٣) في المبيع الشخصي قبل القبض، وهكذا في المهر الشخصي صحّة الضمان مبنية على كفاية وجود المقتضي للدين فيه، أو الالتزام بكون مفاد عقد الضمان مجرد تبديل العهدة على وجهٍ يشمل مثل هذه الموارد من التعليقات، وإلاّ ففيه إشكال، بل منع، والمسألة بعد في محلّ النظر. (آقاضياء).

* ذكر المبيع الشخصي لا يلتزم مع عنوان الدين، وتحرير المسألة: أنَّ المضمون إمّا دين، أو عين، والأوّل: هو ضمان الأموال الكلية التي تشتغل بها الذم، كالقرض والتمن والمتمن الكليين ونحوهما، والثاني: هو ضمان العهدة، نظير ضمان اليد، وهو الأموال الشخصية، ومعنى ضمانها: كونها في عهدة الشخص: إمّا يردها عيناً، أو يدفع بدلها عيناً، أو قيمةً لو تلفت، ومن هذا القبيل المبيع الشخصي. (كاشف الغطاء).

* محلّ إشكال، مع أنّه ليس من أمثلة المقام. (الخميني).

* لا موقع لذكره في المقام؛ فإنّ الكلام إمّا هو في ضمان الدين. (الخوئي).

* بناءً على أن يكون المراد من الدين في المقام مطلق تعهّد التسليم، سواء كان الشيء ديناً، أم خارجياً. (السبزواري).

* المبيع الشخصي وكذا المهر إن كان عيناً خارجياً ليساً ديناً حتّى يكون من أمثلة

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

فلو قال: «أقرض فلاناً كذا وأنا ضامن، أو بعه نسيئةً وأنا ضامن»، لم يصحّ على المشهور^(٢)، بل عن التذكرة^(٣) الإجماع، قال: (لو قال لغيره مهما أعطيت فلاناً فهو عليّ لم يصحّ إجماعاً). ولكن ما ذكره من الشرط ينافي جملةً من الفروع الآتية.

⇒ المقام. (حسن القفي).

* هذا خارج عما هو محلّ الكلام، كما هو واضح. (الروحاني).

* ليس هذا من أمثلة المقام. (اللنكراني).

(١) لا يخفى أنّ الشخصي قبل القبض ليس مضموناً بضمان اليد، فلا ثبوت له في الذمة حتّى يمكن نقله. نعم، في صورة الإتلاف يتحقّق الضمان، لكنّه بالإتلاف، فما أفاده منظور فيه. (المرعشي).

(٢) وهو الأقوى. (صدر الدين الصدر، الإصطهباناتي، الخميني).

* وهو الأقوى، وبأتي الكلام في الفروع. (البروجردی).

* وهو المنصور. (الفاني).

* وليس ببعيد، وسيأتي الكلام في الفروع إن شاء الله تعالى. (المرعشي).

* فيه إشكال، والاحتياط لا يترك، ولا يبعد تفرّع هذا الشرط على سابقه. (الخوئي).

* وهو الأقوى، وأمّا الفروع الآتية فيأتي الكلام فيها إن شاء الله. (محمّد رضا

الكلبياني).

* وهو الأحوط، بل الأقوى. (اللنكراني).

ويمكن أن يقال ^(١) بالصحة ^(٢) إذا حصل ^(٣) المقتضي ^(٤) للثبوت وإن لم يثبت فعلاً، بل مطلقاً ^(٥)؛ لصدق الضمان ^(٦)، وشمول العمومات العامة وإن لم

(١) الاحتياط لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).

(٢) وهو بعيد. (الكوهكَمري).

※ فيه إشكال. (حسن القمي).

(٣) لو كان الحقّ المضمون متقوّماً بأن تشتغل به ذمّة شخصٍ معيّنٍ عند حدوثه - كنفقة الزوجة ونحوها - فامتناع الضمان الناقل لهما من تلك الذمّة قبل حدوثه وعدم الجدوى لوجود المقتضي - وهو الزوجيّة مثلاً - في ذلك ظاهر. نعم، يصحّ ضمان مال الجعالة ونحوه قبل أن تشتغل به ذمّة المضمون عنه؛ لكونه تعهداً والتزاماً من الضامن، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه، لا لكونه تحويلاً له من ذمّة إلى ذمّة كي يندرج فيما عرفت امتناعه. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٤) لو كان الحقّ المضمون متقوّماً بأن تشتغل به ذمّة شخصٍ معيّنٍ عند حدوثه - كنفقة الزوجة ونحوها - فامتناع الضمان الناقل لها من تلك الذمّة قبل حدوثه وعدم الجدوى لوجود المقتضي - وهو الزوجيّة مثلاً - في ذلك ظاهر. نعم، يصحّ ضمان مال الجعالة ونحوه قبل أن تشتغل به ذمّة المضمون عنه؛ لكونه تعهداً والتزاماً من الضامن، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه، لا لكونه تحويلاً له من ذمّته إلى ذمّة نفسه كي يندرج فيما عرفت امتناعه. (النايني).

※ بحيث يعتني به العرف والعقلاء. (السبزواري).

(٥) فيه نظر؛ إذ النقل فرع ثبوت شيءٍ في المنقول عنه، فلا ضمان جزماً، ولا عقد حتّى تشمل العمومات الضمائيّة أو العمومات العامّة، وعلى فرض الشكّ في الصدق فالتمسكّ بها تمسكّ بالعامّ في الشبهة المصداقيّة، وهو كما ترى. (المرعشي).

(٦) صدق الضمان بمعنى المتعارف المعهود من الشرع والعرف - أي التعهد بما في ذمّة الغير عليه - معلوم العدم. (البجنوردي).

يكن من الضمان المصطلح عندهم، بل يمكن^(١) منع عدم كونه منه أيضاً.
 التاسع: أن لا تكون ذمة الضامن مشغولة للمضمون عنه^(٢) بمثل الدين
 الذي عليه، على ما يظهر من كلماتهم في بيان الضمان بالمعنى الأعظم، حيث
 قالوا: إنه بمعنى التعهد بمال، أو نفس، فالثاني الكفالة، والأول إن كان ممّن
 عليه للمضمون عنه مال فهو الحوالة، وإن لم يكن فضمان بالمعنى الأخصّ.
 لكن لا دليل على هذا الشرط^(٣)، فإذا ضمن للمضمون عنه^(٤) بمثل ماله عليه
 يكون ضماناً، فإن كان بإذنه يتهاثران^(٥) بعد أداء مال الضمان، وإلا فيبقى

(١) بل لا يمكن إدراجه في العمومات العامة في صورتَي الجزم والشكّ، فكيف في
 عمومات الضمان؟! (المرعشي).

(٢) عن المضمون عنه. (السبزواري).

(٣) الأحسن أن يقال: إن الضمان معاملة بين الدائن والثالث، وهو الضامن، فإيجاب
 المعاملة من الثالث - أي الضامن - والقبول من الدائن فالثالث يتعهد للدائن، وأمّا
 الحوالة فهي معاملة بين المديون والدائن، فالمُجِيل مديون، والمُحْتال دائن، والمحال
 عليه ثالث، ولا دخل له في إيجاب المعاملة وقبولها ولو في فرض شرطية رضاه،
 فالمديون يُجِيل الدائن من نفسه إلى الثالث، يعني المُحَال عليه، فعلم ممّا ذكر أنّ
 المعاملتين متغايرتان مفهوماً وماهيةً، ولا دخل لاشتغال ذمة الضامن بمثل ما ضمنه
 وعدمه في دخوله تحت واحدٍ من العنوانين، ولا وجه لقول الماتن رحمهم الله من دخوله في
 كلا العنوانين. (الشريعتمداري).

(٤) أي عن المضمون عنه. (البروجردي).

* حقّ العبارة أن يقول: عن المضمون عنه، وما ذكره خلاف الاصطلاح. (البجنوردي).

(٥) هذا إذا كان كلاهما حاليين، أو كلاهما مؤجّلين بمدة متساوية، وإلا فلا وجه
 للتهاثر. (الخوئي).

الَّذِي لِلْمُضْمُونِ عَنْهُ عَلَيْهِ، وَتَفَرَّغَ ذِمَّتُهُ مِمَّا عَلَيْهِ بِضَمَانِ الضَّامِنِ تَبَرُّعًا،
وَلَيْسَ مِنَ الْحَوَالَةِ؛ لِأَنَّ الْمُضْمُونِ عَنْهُ عَلَى التَّقْدِيرَيْنِ لَمْ يَحُلَّ مَدْيُونَهُ ^(١)
عَلَى الضَّامِنِ حَتَّى تَكُونَ حَوَالَةً. وَمَعَ الْإِغْمَاضِ عَنْ ذَلِكَ غَايَةً
مَا يَكُونُ أَنََّّهُ يَكُونُ دَاخِلًا فِي ^(٢) كَلَا الْعُنَوَانَيْنِ ^(٣)،

(١) وَلَيْتَنِي شِئْتُ قُلْتُ: إِنَّ مَرْجِعَ الْحَوَالَةِ إِلَى نَقْلِ الْمَدْيُونِ مَالِ الدَّائِنِ مِنْ ذِمَّتِهِ إِلَى
ذِمَّةِ شَخْصٍ آخَرَ وَلَوْ بِاحْتِسَابِ الْمُجِيلِ مَا فِي ذِمَّةِ الْمَحَالِ عَلَيْهِ، وَفَاءً لِذَيْنِهِ
لِلْمَحْتَالِ، أَوْ بِنَحْوِ الْإِعْتِيَاظِ، وَهَذَا بِخِلَافِ بَابِ الضَّمَانِ؛ إِذَا مَرْجَعُهُ إِلَى نَقْلِ الضَّامِنِ
مَا فِي ذِمَّةِ الْمُضْمُونِ عَنْهُ إِلَى ذِمَّةِ نَفْسِهِ، عَكْسَ الْحَوَالَةِ، وَرَبَّمَا يَتَرْتَّبُ عَلَى
الْإِعْتِبَارَيْنِ ثَمَرَاتٌ مُخْتَلِفَةٌ، وَعَلَى أَيِّ حَالٍ لَا مَجَالَ لِمَا أَفَادَهُ الْمُصَنِّفُ فِي وَجْهِ
الْإِمْتِيَازِ، كَمَا لَا يَخْفَى. (أَقَاضِيَاءُ).

(٢) بَلْ إِذَا أُنْشِئَ الضَّامِنُ فَهُوَ ضَمَانٌ، وَإِنْ أُنْشِئَ مَنْ عَلَيْهِ الدَّيْنُ فَهُوَ حَوَالَةٌ، فَلَا تَدَاخُلُ
بَيْنَهُمَا، وَيَلْحَقُ كُلُّ حَكْمِهِ. (صَدْرُ الدِّينِ الصَّدْرُ).

(٣) بَعْدَ الْإِلْتِمَازِ بِمُغَايِرَةِ الْعُنَوَانَيْنِ لَا يَكْفِي مَجَرَّدُ دَخُولِهِ فِيهِمَا، بَلْ لَا بَدَّ
مِنْ قَصْدِ أَحَدِهِمَا، بَلْ مَعَ الْإِذْنِ فِي الضَّمَانِ يَرْجِعُ إِلَى الْحَوَالَةِ أَيْضًا وَإِنْ عَبَّرَ
بِلَفْظِ الضَّمَانِ. (الْكُوهِ كَمَرِي).

* لَا يَدْخُلُ عُنْوَانُ قَصْدِيٍّ فِي عُنْوَانِ قَصْدِيٍّ آخَرَ، بَلْ لَا بَدَّ مِنْ قَصْدِ كُلِّ عُنْوَانٍ
قَصْدِيٍّ بِحِيَالِ ذَاتِهِ. (الْفَانِي).

* فِيهِ نَظَرٌ؛ إِذْ كَيْفَ يُمْكِنُ ذَلِكَ بَعْدَ امْتِنَاعِ اجْتِمَاعِ لِحَاطَهُمَا مَعًا فِي مَقَامِ الْإِنْشَاءِ
وَالْبَابِ بِابِ الْإِنْشَاءِ، وَتَحَقُّقِ الْعُنْوَانِ تَابِعٍ لِلْقَصْدِ؟! (الْمَرْعِشِي).

* مَعَ التَّسْلِيمِ وَالْإِعْتِرَافِ بِتَغَايِرِ الْعُنَوَانَيْنِ، وَأَنَّ الْمُنْشَأَ فِي أَحَدِهِمَا إِثْبَاتٌ مَالٍ فِي
الذِمَّةِ وَفَرَاغٌ ذِمَّةٍ أُخْرَى، وَفِي الْآخَرِ نَقْلٌ مَا فِي ذِمَّةٍ إِلَى ذِمَّةٍ مُشْغُولَةٍ بِمِثْلِ مَا فِيهَا،
وَأَنَّ اعْتِبَارَ ذَلِكَ فِي أَحَدِهِمَا وَظِيفَةِ الضَّامِنِ، وَفِي الْآخَرِ وَظِيفَةِ الْمَدْيُونِ، فَكَيْفَ

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

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

يمكن إنشاءهما بإنشاء واحد حتى يكون داخلاً في كلا العنوانين ومورداً لكلا الأثرين، مع أن الأثر المختص بأحدهما مستلزم لما لا يجتمع مع المختص بالآخر، فيكون الجمع بينهما مستلزماً للجمع بين النقيضين، وظاهر العلماء - رضوان الله عليهم - أن المديون إذا ضمن فلا بد أن يكون حواله، بمعنى بطلان ما إذا قصد الضمان، ولا يبعد ذلك؟! وسيأتي في الحوالة ما يوضحه إن شاء الله تعالى. (محمد رضا الكلبيكاني).

* فيدور مدار القصد، ولا يبعد أن يكون ترتب الأثر الخاص مخصصاً أيضاً. (السبزواري).

(١) كيف الترتب مع ما أشرنا إليه، ومع كون الآثار متضادة؟ فلا يصح إلى ما احتمل من كونه من باب الحوالة لو كان الضمان بالإذن، غاية الأمر أن الحوالة قد أنشئت بلفظ غير صريح فيها. (المرعشي).

(٢) على الأحوط إن لم يكن أقوى. (محمد الشيرازي).

* على الأحوط. (اللكراني).

(٣) لا يبعد الجواز مع تساوي الدينين من تمام الجهات، فيبقى اشتغال ذمة المضمون عنه بأحدهما، وإن كان هناك رهن في البين يكون المضمون له مخيراً في فك أيهما شاء، ولا يبعد في الأقل والأكثر أيضاً، بدعوى أن الأقل هو المتيقن من الضمان، وقد اشتهر تحمّل الضمان للغرر ما لا يتحمّله غيره. (السبزواري).

الدَّيْنَيْنِ، ولا ضمان دَيْن أحد الشخصَيْن ولو لواحد، ولا ضمان دَيْنٍ لأحد الشخصَيْن ولو على واحد.

ولو قال: «ضمنتُ الدَّينَ الَّذِي عَلَى فلانٍ» ولم يعلم أَنَّهُ لزيدٍ أو عمرو، أو «الدَّينَ الَّذِي لفلانٍ» ولم يعلم أَنَّهُ عَلَى زيدٍ أو عمرو صحَّ^(١)؛ لأنَّه متعيَّن واقعاً. وكذا لو قال: ضمننت لك كلَّ ما كان لك عَلَى الناس، أو قال: ضمننت عنك كلَّ ما كان عليك لكلِّ من كان من الناس.

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

(مسألة ١): لا يُشترط في صحَّة الضمان العلم بمقدار الدَّين، ولا بجنسه. ويمكن أن يُستدلَّ عليه - مضافاً إلى العمومات العامَّة، وقوله ﷺ: «الزَّعِيمُ غَارِمٌ»^(٣)(أ) - بضمان^(٤) عليِّ بن الحسين عليه السلام^(٥) لِدينِ عبد الله بن

(١) هذا مع قبول المضمون له، وإلَّا فلا يصحَّ، وبذلك يظهر حال ما بعد هذا الفرع. (الخوئي).

(٢) فِراراً من الضَّرر أو الغَرر. (المرعشي).

(٣) الخبر في غاية الضعف. (المرعشي).

(٤) الاستدلال بالروايَتَيْن لا يخلو من الإشكال من جهات. (اللنكراني).

(٥) لكن في الروايَتَيْن ضعف سنداً، بل ودلالة، ولكنَّ ما في المتن لا يخلو من قوَّة

⇐

(أ) مسند أحمد: ٢٦٧/٥، سنن ابن ماجه: ٨٠٤/٢، السنن الكبرى للبيهقي: ٧٢/٦، المصنَّف

للصنعاني: ١٧٣/٨.

الحسن^(١)، وضمانه لِذَيْنِ مُحَمَّد بن أَسَامَةَ (ب). لكنَّ الصَّحَّةَ مخصوصة بما إذا كان له واقع معيَّن، وأمَّا إذا لم يكن كذلك - كقولك: ضَمِنْتُ شيئاً من دِينِكَ - فلا يصحّ.

ولعلّه مراد مَنْ قال: إِنَّ الصَّحَّةَ إِنَّمَا هي فيما إذا كان يمكن العلم به بعد ذلك، فلا يرد عليه ما يقال من عدم الإشكال في الصَّحَّة مع فرض تعيُّنه واقعاً، وإن لم يمكن العلم به فيأخذ بالقدر المعلوم. هذا، وخالف بعضهم فاشتراط العلم به لنفي الغرر والضرر، ورُدَّ بعدم العموم في الأوّل؛ لاختصاصه بالبيع، أو مطلق المعاوضات^(١)، وبالإقدام في الثاني.

ويمكن الفرق بين الضمان التبرّعي والإذني^(٢)، فيعتبر في الثاني^(٣)، دون الأوّل؛ إذ ضمان عليّ بن الحسين عليه السلام كان تبرّعيّاً^(٤). واختصاص نفي الغرر

⇒ مطلقاً، من غير فرقٍ بين الضمان التبرّعي وغيره. (الخميني).

* قد روي الخبران في بعض كتب العامة أيضاً. (المرعشي).

(١) بناءً على كون المناط منقّحاً. (المرعشي).

(٢) لكنّه بعيد. (الخوئي).

(٣) بل لا يعتبر في شيءٍ منهما. (عبدالهادي الشيرازي).

* بل لا يُعتبر فيه أيضاً. (الفاني).

(٤) ظاهر الروايتين أنّه كان بطلٍ من المديون، ولم يكن الضامن قاصداً للرجوع. (المرعشي).

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

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

بالمعاوضات ممنوع^(١)، بل يجري في مثل المقام الشبيه بالمعاوضة إذا كان بالإذن مع قصد الرجوع على الإذن. وهذا التفصيل لا يخلو من قرب^(٢).

(مسألة ٢): إذا تحقق الضمان الجامع لشرائط الصحة انتقل الحق من ذمة المضمون عنه إلى ذمة الضامن، وتبرأ ذمة المضمون عنه بالإجماع والنصوص، خلافاً للجمهور؛ حيث إنَّ الضمان عندهم ضمَّ ذمة إلى ذمة. وظاهر كلمات الأصحاب^(٣) عدم صحة ما ذكره حتى مع التصريح به

(١) لا يخلو من إشكال، وما قرَّبه من التفصيل ليس بالقريب. (المرعشي).

(٢) بل عن بُعد. (الكوهكَمَرِي).

* لكنَّ الأقرب عدم الفرق بين القسمين. (البروجردِي).

* الأقوى اشتراط نفي معظم الغرر، من غير فرق بين القسمين. وبعبارة أخرى: اشتراط كون ذلك القدر من الجهالة متعارفاً، فلو دار بين عشرة أو عشرين فلا مانع من الصحة، ولو دار بين عشرة أو آلاف مثلاً فلا يصحّ، من غير فرق بين القسمين. (الشريعتمداري).

* بل الأقرب عدم الفرق؛ لعدم الغرر، فإنَّ باب الضمان غير باب المعاوضات. (محمد رضا الكلبيگاني).

* بل الأقرب عدم الفرق. (محمّد الشيرازي).

* لا وجه له. (السبزواري).

* بل هو بعيد. (حسن القمي).

* إذا احتمل اختصاص عدم مانعية الغرر بخصوص التبرّعي، ولكنه خلاف المرتكز العرفي، فالأظهر عدم الاعتبار في شيءٍ منهما، والاحتياط سبيل النجاة. (الروحاني).

* والأقرب منه العدم. (اللنكراني).

(٣) وهو الحق. (الكوهكَمَرِي).

على هذا النحو، ويمكن^(١) الحكم^(٢) بصحّته^(٣) حينئذٍ للعمومات^(٤).

(١) ممنوع. (الإصفهاني).

* بل لا يمكن. (صدرالدين الصدر).

* ولكنّه مشكل. (اللنكراني).

(٢) الإجماع والنصوص على خلافه. (الفيروزآبادي).

* بل لا يمكن؛ لأنّه لا معنى لضمّ ذمّة إلى أخرى على نحو الاستقلال؛ لأنّ المال

الواحد لا يشغل ذمّتين بالاستقلال. (الفاني).

* بالتزام صحّة اشتغال الذم على سبيل البدليّة بمضمون واحد، ولكنّه لا يخلو من

إشكال. (المرعشي).

(٣) ضعيف غاية. (النائيني، جمال الدين الكلپايگاني، حسن القمي).

* فيه إشكال؛ إذ لم يكن في قبال الضمان المعهود معاملة أخرى مجعولة عند

العقلاء، غاية الأمر اختلفوا في حقيقة الضمان، فبعد ردعهم عمّا فهموا لا يبقى مجال

التشبّث بالعمومات بالنسبة إليها بعد ردعه. (آقاضياء).

* ممنوع جدّاً. (الإصطهباناتي).

* ممنوع. (البروجردی، السبزواري).

* لكنّه ضعيف. (عبدالهادي الشيرازي، عبدالله الشيرازي).

* محلّ إشكال. (الخميني).

* بل مشكل. (محمّد رضا الكلپايگاني).

* لكنّه ضعيف جدّاً. (الروحاني).

(٤) لكنّ الأقوى عدم صحّته، واحتمال الصحّة ضعيف جدّاً، بل ممنوع. (البجنوردي)

* فيه إشكال. (المرعشي).

* لكنّه ضعيف جدّاً. (الخوئي).

* وقد تقدّم صحّة كلّ عقدٍ عقلائيٍّ لم يَنه عنه الشارع. (محمّد الشيرازي).

(مسألة ٣): إذا أبرأ المضمون له ذمّة الضامن برئت ذمّته وذمّة (١) المضمون عنه (٢).

وإن أبرأ ذمّة المضمون عنه لم يؤثر شيئاً، فلا تبرأ ذمّة الضامن؛ لعدم المحلّ للإبراء بعد براءته بالضمان، إلّا إذا استُفيد منه الإبراء من الدين الذي كان عليه بحيث يُفهم منه عرفاً (٣) إبراء ذمّة الضامن. وأمّا في الضمان بمعنى ضمّ ذمّة إلى ذمّة (٤)؛ فإن أبرأ ذمّة المضمون عنه برئت ذمّة الضامن أيضاً، وإن أبرأ ذمّة الضامن فلا تبرأ ذمّة المضمون عنه، كذا قالوا (٥)، ويمكن أن يقال (٦)

(١) في العبارة مسامحة. (اللكراني).

(٢) في العبارة مسامحة؛ لبراءة ذمّة المضمون عنه بنفس الضمان، من دون احتياج إلى إبراء المضمون له. (البجنوردي)

* عن مال الضامن بالإبراء، وكانت بريئة عن حقّ المضمون له بالضمان على مذهبنا، ومنه ظهر أن لا موقع لبراءة ذمّته عن حقّ المضمون له. (المرعشي).

(٣) لكنّه خارج عن الفرض. (المرعشي).

(٤) بالمعنى الذي لا نقول به. (الفيروزآبادي).

(٥) وهو الأظهر. (الفيروزآبادي).

* وهو الوجه على هذا المبنى. (الخميني).

(٦) مشكل، بل ممنوع؛ فإن إسقاط الوثيقة على الدين لا يوجب سقوط نفس الدين. (الإصطهباناتي).

* ولكنّه ممنوع. (عبدالهادي الشيرازي).

* لكنّه ضعيف. (عبدالله الشيرازي).

* لوحدتهما بحسب متن الواقع، إلّا أن المبنى فاسد؛ لما مرّ من عدم اشتغال ذمتين

براءة^(١) ذمتهما^(٢) على التقديرين^(٣).

⇒ بمالٍ واحدٍ على سبيل الاستقلال. (الفاني).

* بأن يؤول الأمر إلى رفع اليد عن الدين، لكنّه خارج عن الفرض، مضافاً إلى أنّه مخدوش بأنّه إن كانت ذمّة الضامن بمنزلة الوثيقة على الدين فلا ريب في أن إسقاط الوثيقة لا يوجب سقوط الدين، وكذا لو كان الباب من باب البدليّة. (المرعشي).

* حيث لم يعلم المقصود من ضمّ الذمّة إلى الذمّة، وأنّ ذمّة الضامن هل هي وثيقة لزمّة المديون؟ كما صرّح بعض القائلين به بعدم جواز المطالبة من الضامن إلّا بعد عدم إمكان الأداء من المديون، أو أنّ ضمانها كضمان اليد مع تعدّد الأيادي - كما عن بعضهم جواز الرجوع إلى كلّ منهما على التخيير - فلا داعي لنا لتفريع الفروع، سيّما مع عدم ملائمته لبعض ما فرّعوا عليه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لكنّه ضعيف، إلّا إذا أحرز من القرائن إسقاط أصل الدين. (السبزواري).

* فيه تأمل. (محمّد الشيرازي).

* لكنّه ضعيف، على تقدير كون المراد من ضمّ الذمّة إلى أخرى أن تكون ذمّة الضامن وثيقة للدين، ضرورة أن إسقاط الوثيقة لا يلزم إسقاط الدين، وأمّا لو كان المراد منه تعدّد الذمّ بالإضافة إلى دينٍ واحد - كما في الأيادي المتعدّدة في ضمان الأعيان المضمونة، ويؤيّده حكم بعض القائلين بهذا القول بجواز رجوع المضمون له إلى كلّ واحدٍ منهما على التخيير - فهذا الاحتمال ليس بضعيف. (اللكراني).

(١) الفرع كأصله في البطلان. (الكوهكمري).

* لكنّه ضعيف على ذاك القول؛ فإنّ إسقاط الوثيقة على الدين لا يستلزم سقوط نفس الدين. (البرجودي).

(٢) مشكل، إلّا، إذا كانت قرينة على إبرائهما. (حسن القمي).

(٣) ويحتمل حينئذٍ أيضاً عدم براءة ذمّة واحدٍ منهما؛ لعدم استقلال كلّ منهما في الذمّة كي بإبراء ذمّته مستقلاً تسقط ذمّته، بل لا تسقطان إلّا بإبرائهما. (آقاضياء).

(مسألة ٤): الضمان لازم من طرف الضامن والمضمون له، فلا يجوز للضامن فسخه حتّى لو كان بإذن المضمون عنه وتبيّن إعساره، وكذا لا يجوز للمضمون له فسخه والرجوع على المضمون عنه، لكن بشرط ملاءة الضامن حين الضمان، أو علم المضمون له بإعساره، بخلاف ما لو كان معسراً حين الضمان وكان جاهلاً بإعساره، ففي هذه الصورة يجوز له الفسخ على المشهور^(١)، بل الظاهر عدم الخلاف فيه، ويستفاد من بعض الأخبار^(أ) أيضاً. والمدار كما أشرنا إليه في الإعسار واليسار على حال الضمان، فلو كان موسراً ثمّ أعسر لا يجوز له الفسخ. كما أنّه لو كان معسراً ثمّ أيسر يبقى الخيار^(٢)، والظاهر عدم الفرق في ثبوت الخيار مع الجهل بالإعسار بين كون المضمون عنه أيضاً معسراً أو لا.

(١) ولكن للمناقشة فيه مجال واسع، وليس في المسألة رواية تدلّ على الخيار وجواز الفسخ. (الخوئي).

(٢) إذا كان العلم بالإعسار بعد حصول اليسار فثبوت الخيار محلّ تأمّل وإشكال. (البروجردى، عبدالله الشيرازي).

※ فيه نظر. (حسن القتي).

※ إلّا إذا كان العلم بالإعسار بعد حدوث اليسار، ففيه يكون بقاء الخيار محلّ تأمّل وإرتياب. (اللكراني).

(أ) راجع جواهر الكلام: ١٢٨/٢٦، تبصرة المتعلّمين: ١٥٣، شرائع الإسلام للمحقّق الحليّ:

وهل يلحق بالإعسار تبين كونه مماطلاً مع يساره^(١) في ثبوت الخيار، أو لا؟ وجهان^(٢).

(مسألة ٥): يجوز^(٣)

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

(٢) أوجههما العدم. (الكوهكفري، الخميني، الخوئي).

* أقواهما الخيار إذا كان عرفاً في حكم العدم. (صدرالدين الصدر).

* أوجههما العدم، خصوصاً مع إمكان إجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم. (الإصطهباناتي).

* أقربهما العدم. (البروجردي).

* الأوجه الأول. (عبدالهادي الشيرازي).

* الأقوى العدم، خصوصاً مع إمكان إجباره ولو بالرجوع إلى الحاكم. (البجنوردي)

* إلا مع إمكان الإجبار ولو بالرجوع إلى الحاكم. (عبدالله الشيرازي).

* الأوجه ثبوت الخيار وإن كان الأحوط عدم إعماله. (الفاني).

* الأقوى العدم، وعلى فرض الثبوت هو في صورة عدم إمكان الإجبار ولو بالرجوع إلى الحاكم. (المرعشي).

* أقواهما العدم. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* أوجههما الأول، مع عدم إمكان الإجبار. (السبزواري).

* أوجههما الثاني. (محمّد الشيرازي).

* أظهر الأول. (الروحاني).

* أظهرهما العدم. (اللنكراني).

(٣) جوازه في غاية الإشكال، بل لا يبعد عدم جوازه. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

اشتراط الخيار^(١) في الضمان^(٢) للضامن والمضمون له؛ لعموم أدلة الشروط. والظاهر جواز^(٣) اشتراط شيء^(٤) لكل منهما، كما إذا قال^(٥) الضامن: أنا ضامن بشرط^(٦) أن تخط^(٧)

⇒ مع علم المضمون له ورضاه. (صدرالدين الصدر).

* على إشكال فيه، وفي ثبوت الخيار عند تخلف الشرط. (اللكراني).

(١) هذه المسألة تحتاج إلى مزيد التأمل. (الكوهكمري).

* فيه إشكال، بل منع، وكذا في ثبوت الخيار عند تخلف الشرط، والوجه فيه: أن انفساخ عقد ما إذا لم يمكن في نفسه ولو بالتقاييل فأدلة الشروط، لا تفي بصحة جعل الخيار فيه، وبذلك يظهر الحال في المسألة الآتية. (الخوئي).

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

(٣) يشكل جوازه ولو قيل به، ففي كون التخلف عنه موجباً للخيار أو كونه كالتخلف عما تضمنه عقد النكاح وجهان، والأظهر الثاني. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٤) بأن يقول: على أن تخط لي ثوباً، لا أن: خط لي ثوباً^(أ)، والظاهر أن ما ذكره رحمته الله يرجع إلى القسم الثاني، فيأتي فيه إشكال التعليق. (صدرالدين الصدر).

(٥) لا أن يقول بنحو التعليق: «إن خطت لي ثوباً» ونحوه. (المرعشي).

(٦) أي مع شرط. (اللكراني).

(٧) بنحو الالتزام في الالتزام، لا بنحو التعليق في الضمان، وجواز الفسخ لتخلف الشرط كأصل الشرط وإن كان على القاعدة لكن حيث يستلزم اشتغال ذمة المضمون عنه بعد الخلو، وذلك بدون رضاه خلاف القاعدة، فالقول بأن الفسخ مع التخلف موقوف على رضا المضمون عنه لا يخلو من سداد. (محمد رضا الكلبيكاني).

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

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

(مسألة ٧): يجوز ضمان الدين الحالّ حالاً ومؤجلاً، وكذا ضمان المؤجل حالاً ومؤجلاً بمثل ذلك الأجل أو أزيد أو أنقص. والقول بعدم صحّة الضمان إلّا مؤجلاً وأنّه يعتبر فيه الأجل كالسلم ضعيف، كالقول بعدم صحّة ضمان الدين المؤجل حالاً أو بأنقص. ودعوى أنّه من ضمان ما لم يجب كما ترى^(٣).

(مسألة ٨): إذا ضمن الدين الحالّ مؤجلاً بإذن المضمون عنه فالأجل للضمان، لا للدين^(٤)، فلو أسقط الضامن أجله وأدّى الدين قبل الأجل يجوز له الرجوع^(٥) على المضمون عنه؛ لأنّ الذي عليه كان حالاً ولم يصّر مؤجلاً بتأجيل الضمان. وكذا إذا مات قبل انقضاء أجله وحلّ ما عليه وأخذ من تركته يجوز لوارثه الرجوع على المضمون عنه. واحتمال صيرورة أصل

(١) أي على أن تخيطه لي. (البروجردى).

(٢) وذلك لكون العبد حينئذٍ مصداقاً للمفلس والمُعسر، والمفروض جهل الضامن به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) إذ المضمون الدين الثابت في الذمّة، لا الأجل. (المرعشي).

(٤) في إطلاقه تأمل، فيشكل ما فرّعه عليه. (عبد الهادي الشيرازي).

(٥) إلّا إذا أذن المضمون عنه للضامن في الضمان بشرط الأجل، ويُعكّس الحكم في المسألة التالية. (محمّد الشيرازي).

الَّذِينَ مُؤَجَّلًا حَتَّىٰ بِالنَّسْبَةِ إِلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ ضَعِيفٌ.

(مسألة ٩): إِذَا كَانَ الدَّيْنُ مُؤَجَّلًا فَضَمَنَهُ الضَّامِنُ كَذَلِكَ فَمَاتَ، وَحُلَّ مَا عَلَيْهِ وَأُخِذَ مِنْ تَرْكِهِ لَيْسَ لَوَارِثِهِ الرَّجُوعُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ إِلَّا بَعْدَ حُلُولِ أَجَلِ أَصْلِ الدَّيْنِ؛ لِأَنَّ الْحُلُولَ عَلَى الضَّامِنِ بِمَوْتِهِ لَا يَسْتَلْزِمُ الْحُلُولَ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ. وَكَذَا لَوْ أَسْقَطَ أَجَلُهُ وَأَدَّى الدَّيْنُ قَبْلَ الْأَجَلِ لَا يَجُوزُ لَهُ الرَّجُوعُ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْأَجَلِ.

(مسألة ١٠): إِذَا ضَمَّنَ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلَ حَالًا بِإِذْنِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ^(١)؛ فَإِنْ فَهِمَ مِنْ إِذْنِهِ^(٢) رِضَاهُ بِالرَّجُوعِ عَلَيْهِ يَجُوزُ لِلضَّامِنِ ذَلِكَ، وَإِلَّا فَلَا^(٣) يَجُوزُ^(٤) إِلَّا بَعْدَ انْقِضَاءِ الْأَجَلِ، وَالْإِذْنَ فِي الضَّامِنِ^(٥) أَعَمٌّ مِنْ كَوْنِهِ حَالًا.

(مسألة ١١): إِذَا ضَمَّنَ الدَّيْنُ الْمُؤَجَّلَ بِأَقْلَ مِنْ أَجَلِهِ وَأَدَّاهُ لَيْسَ لَهُ^(٦)

(١) إِذَا صَرَّحَ بِضَمَانِهِ حَالًا فَلَا اقْتِرَابَ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ مَعَ أَدَائِهِ. (الخميني).

(٢) لَا يَبْعَدُ أَنَّ الْمُتَفَاهَمَ الْعَرَفِيَّ مِنَ الْإِذْنِ بِضَمَانِهِ حَالًا أَوْ بِأَقْلَ. (حسن القمي).

(٣) الظَّاهِرُ كِفَايَةُ إِذْنِهِ فِي الضَّامِنِ حَالًا فِي جَوَازِ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ بِمَجَرَّدِ الْأَدَاءِ. (جمال الدين الكلبي يگاني).

(٤) الظَّاهِرُ كِفَايَةُ إِذْنِهِ فِي الضَّامِنِ حَالًا فِي جَوَازِ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ بِمَجَرَّدِ الْأَدَاءِ. (النائيني).

* لَا يَبْعَدُ كِفَايَةُ الْإِذْنِ فِي الضَّامِنِ حَالًا فِي جَوَازِ الرَّجُوعِ، وَلَعَلَّهُ الْمُرَادُ بِقَوْلِهِ:

«الْإِذْنَ فِي الضَّامِنِ أَعَمٌّ مِنْ كَوْنِهِ حَالًا». (محمّد رضا الكلبي يگاني).

(٥) لَعَلَّ الْمُرَادَ بِهِ: أَنَّ الْإِذْنَ فِي الضَّامِنِ حَالًا أَعَمٌّ مِنَ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ فِي الْحَالِ، وَلَا يَبْعَدُ أَنْ يُقَالَ بِكِفَايَةِ الْإِذْنِ الصَّرِيحِ فِي الضَّامِنِ حَالًا فِي جَوَازِ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ كَذَلِكَ. (اللكراني).

(٦) إِلَّا إِذَا صَرَّحَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ بِضَمَانِهِ أَقْلَ مِنْ أَجَلِهِ، فَإِنَّ الْأَقْرَبَ مَعَهُ جَوَازَ الرَّجُوعِ عَلَيْهِ مَعَ الْأَدَاءِ. (الخميني).

الرجوع^(١) على المضمون عنه إلا بعد^(٢) انقضاء أجله، وإذا ضمنه بأزيد من أجله فأسقط الزائد وأداه جاز له الرجوع عليه، على ما مر^(٣) من أن أجل الضمان لا يوجب صيرورة أصل الدين مؤجلاً. وكذا إذا مات بعد انقضاء أجل الدين قبل انقضاء الزائد فأخذ من تركته فإنه يرجع على المضمون عنه. (مسألة ١٢): إذا ضمن بغير إذن المضمون عنه برئت ذمته، ولم يكن له الرجوع عليه وإن كان أدائه بإذنه أو أمره، إلا أن يأذن له في الأداء عنه تبرعاً منه في وفاء دينه، كأن يقول: «أد ما ضمننت عني وارجع به علي» على إشكال^(٤) في هذه الصورة أيضاً^(٥)، من حيث إن مرجعه حينئذ إلى الوعد^(٦) الذي^(٧) لا يلزم الوفاء به.

(١) جواز الرجوع في صورة الإذن في الفرض غير بعيد. (المرعشي).

(٢) أو تصريحه بالإذن في الضمان كذلك، على ما ذكرناه في الحاشية السابقة. (اللكراني).

(٣) وقد مر التأمل فيه. (عبدالهادي الشيرازي).

(٤) الظاهر أنه لا إشكال فيه، وليس مرجعه إلى الوعد. (الخوئي).

* لا يبعد عدم الإشكال فيه، فإنه من قبيل: أعط الفقير الخبر وعلي تمنه، لا الوعد المجاني بالإحسان. (محمد الشيرازي).

(٥) لا إشكال فيه. (الروحاني).

(٦) هذا لا ينافي الصحة، ووجوب أداء المضمون عنه ما أداه الضامن. (صدرالدين الصدر).

* فيه إشكال. (المرعشي).

* فيه نظر. (حسن القمي).

(٧) فيه إشكال وتأمل. (عبدالله الشيرازي).

وإذا ضمن بإذنه فله الرجوع عليه بعد الأداء وإن لم يكن بإذنه؛ لأنّه بمجرد الإذن في الضمان اشتغلت ذمّته من غير توقّف على شيء. نعم، لو أذن له في الضمان تبرّعاً فضمن ليس له الرجوع عليه؛ لأنّ الإذن على هذا الوجه كلّاً إذن.

(مسألة ١٣): ليس للضامن الرجوع على المضمون عنه في صورة الإذن إلّا بعد أداء مال الضمان على المشهور، بل الظاهر عدم الخلاف^(١) فيه، وإنّما يرجع عليه بمقدار ما أدّى، فليس له المطالبة قبله: إمّا لأنّ ذمّة^(٢) الضامن وإن اشتغلت حين الضمان بمجرد الإذن أنّ ذمّة المضمون عنه^(٣) لا تشتغل إلّا^(٤).

(١) إلّا عن الشيخ رحمه الله، حيث حكم في المبسوط^(أ) بأنّه إذا ضمن بإذنه كان له مطالبة المضمون عنه بتخليصه عن الدين وإن لم يطالبه المضمون له، واختاره العلامة في التحرير (ب)، اللهم إلّا أن يكون المقصود: أن ليس له الرجوع بأخذ الدين بحيث يملكه قبل الأداء، فهو صحيح، والظاهر عدم الخلاف فيه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

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

(٣) وذلك لأنّ إذن المضمون عنه بضمان الضامن استيفاء منه للمقدار المؤدّى من قبل الضامن بالضمان الطولي، فهو استيفاء بالعوض، والنصّ الوارد في المقام موافق لهذه القاعدة. (الفاني).

(٤) هذا هو الأقوى. (الإصفهاني).

(أ) المبسوط للطوسي: ٣٢٨/٢.

(ب) تحرير الأحكام للعلامة الحلّي: ٥٦٢/٢.

بعد^(١) الأداء^(٢) وبمقداره.

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

وإمّا لأنّها وإن اشتغلت بمجرّد الضمان إلّا أنّ جواز المطالبة مشروط بالأداء.

وظاهرهم هو الوجه الأوّل^(٣)، وعلى أيّ حالٍ لا خلاف في أصل الحكم

(١) هذا هو الأقوى. (حسن القمّي).

(٢) هذا الوجه هو الصحيح. (البجنوردي)

(٣) وهو الصحيح، ومع الغضّ عن النصّ والإجماع فالقاعدة أيضاً تقتضي ذلك؛ فإنّ إذن المضمون عنه في الضمان عنه أو أداء دينه ونحو ذلك لا يوجب شيئاً من حيث نفسه، بل كونه استيفاءً لمال الضامن ونحوه في أداء دينه هو الموجب لاشتغال ذمّته بما استوفاه، وظاهر أنّ قضيّة ذلك هو الاشتغال بعد الأداء وبمقداره، ويتفرّع على ذلك من الفروع ما لا يخفى. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

※ وهو الأقوى. (الإصطهباناتي).

※ ويمكن تطبيقه على القاعدة، بل هو الظاهر. (الشريعةمداري).

※ وهو الذي تقتضيه القاعدة. (الخوئي).

※ وهو الأقوى، كما هو صريح بعضهم، وظاهر الباقي، حتّى مثل الشيخ في المبسوط^(أ)، والعلامة في التحرير^(ب)، فإنّ الحكم بجواز مطالبة الضامن المضمون

(أ) المبسوط للطوسي: ٣٢٣/٢.

(ب) تحرير الأحكام للعلامة الحلي: ٥٥٨/٢.

وإن كان مقتضى القاعدة^(١) . . .

⇒ عنه بتخليصه عن الدين غير الحكم باشتغال ذمة المضمون عنه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* وهو المطابق للقاعدة أيضاً؛ لأنّ إذن المضمون عنه لا موضوعيّة له مطلقاً، بل طريق إلى الأداء. (السبزواري).

* وهو مقتضى القاعدة، لا ما ذكره المصنّف رحمته الله. (محمّد الشيرازي).

(١) بل مع احتمال كون منشأ الرجوع وقوع الخسارة في ماله فعلاً مقتضى الأصل عدم الرجوع إلّا بعد الأداء؛ إذ مجرد اشتغال الذمة غير موجبٍ لورود الخسارة الفعلية عليه، كما لا يخفى. (آقايي).

* لم نعرف قاعدةً تقتضي ذلك. (الكوهكمري).

* لا تقتضي القاعدة جواز المطالبة قبل الأداء؛ لما عرفت من أنّ المضمون عنه ضامن بالضمان الطولي. (الفاني).

* كون مقتضى القاعدة ما ذكره ممنوع، بل الظاهر أنّ مجرد إذنه بالضمان وضمانه واشتغال ذمته لا يوجب اشتغال ذمة المضمون عنه، ولو للأصل وعدم الدليل عليه، نعم، بعد الأداء لا إشكال نصّاً وفتوىً في جواز الرجوع واشتغال ذمته، ويمكن الاستفادة ما ذكر من الرواية المشار إليها أيضاً. (الخميني).

* الظاهر أنّ الأوفق بالقاعدة ولو من جهة الأصل وعدم الدليل على خلافه هو الوجه الأول؛ فإنّ عقد الضمان لا يؤثّر إلّا في ثبوت الاشتغال للضامن، وانتقال ما في ذمة المضمون عنه إليه، وليس فيه من اشتغال ذمة المضمون عنه للضامن عين ولا أثر، وليس له الرجوع عليه من دون الإذن في الضمان، فالاشتغال إنّما هو في صورة الإذن، وحيث لا دليل على ثبوته بمجرد الضمان فمقتضى الاستصحاب عدم حدوثه إلّا بعد الأداء؛ لأنّه لا إشكال نصّاً وفتوىً في ثبوته بعده.

جواز المطالبة^(١)، واشتغال^(٢) ذمّته^(٣)

⇒ ثم لو فرضنا أنّ مقتضى القاعدة ما أفاده الماتن رحمته فثبوت الإجماع والخبر على خلافه ممنوع. أمّا الأوّل فلأنّه حكم الشيخ رحمته وبعض آخر بأنّه يجوز للضامن مطالبة المضمون عنه بتخليصه من الدين وإن لم يطالبه المضمون له، وذلك ظاهر في ثبوت الاشتغال قبل الأداء ومطالبة المضمون له، ودعوى أنّ الحكم بجواز المطالبة بذلك غير الحكم باشتغال ذمّة المضمون عنه واضحة الفساد؛ فإنّه كيف يعقل جواز المطالبة منه مع عدم اشتغال ذمّته بشيء؟! وأمّا الثاني فلأنّه لا منافاة بين كون الاشتغال من حين الضمان وبين عدم جواز الرجوع إلّا بالمقدار الذي صولح الضامن عمّا ضمنه بذلك المقدار، غاية الأمر أنّه لو كانت المصالحة بعد أخذ مال الضامن يجب عليه ردّ الزائد. (المنكراني).

(١) هذا هو الأقوى، ولا إجماع ولا خبر على خلافه، وهو مختار الشيخ وجماعة، نعم، خالفه العلامة^(أ) واشتھر بعده، وإنّما مورد الإجماع والخبر هو أنّه إذا صولح الضامن عمّا ضمنه بأقلّ منه لم يستحقّ على الأصيل إلّا ما صولح عليه، ولا منافاة بينهما، غاية الأمر أنّه يجب عليه ردّ الزائد إن صولح عليه بعد أخذ مال الضامن. (البروجردی).

* بل القاعدة أيضاً تقتضي الوجه الأوّل، كالإجماع والنصّ. (الروحاني).

(٢) لا يخلو من القوة، والإجماع على خلافه غير محقّق، والخبر لا يدلّ على خلافه. (عبدالله الشيرازي).

(٣) بل الأوفق بالقواعد هو الأوّل؛ لأنّ إنشاء الضمان إنشاء لاشتغال ذمّة الضامن بما في ذمّة المضمون عنه للمضمون له، ويُعبّر عنه بانتقال ما في ذمّة المضمون عنه إلى

⇐

(أ) تحرير الأحكام للعلامة الحلّي: ٥٥٩/٢.

من حين الضمان^(١) في قبال اشتغال ذمة الضامن، سواء أدى، أم لم يؤدّ.
فالحكم المذكور على خلاف^(٢) القاعدة^(٣) ثبت بالإجماع، وخصوص
الخبر^(٤) «عن رجلٍ ضمن ضماناً ثمّ صالح عليه، قال: ليس له إلّا الذي صالح

⇒ ذمة الضامن، وليس فيه من اشتغال ذمة المضمون عنه عين ولا أثر، ولكن حيث إنّ
أداء الضامن دينه من مال نفسه بإذنه يكون بمنزلة أداء المضمون عنه وإتلافه ذلك
المال واستيفائه، فتشتغل ذمته به له، وأمّا اشتغال ذمته بمجرد اشتغال ذمة الضامن
فلا دليل له ما لم ينجرّ إلى إتلاف المال. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) يمكن أن يكون جواز المطالبة موقوفاً على أداء دين المضمون عنه واشتغال ذمته
بما أذاه الضامن، لا مجرد براءة ذمته من الدين واشتغال ذمة أخرى به، فالحكم على
مقتضى القاعدة، ويصحّ ما فرّع عليه. (صدر الدين الصدر).

(٢) كونه على خلاف القاعدة محلّ النظر. (الإصفهاني).

(٣) محلّ تأمل. (الإصطهباناتي).

* بل هو على مقتضى القاعدة؛ إذ سبب الضمان واشتغال ذمة المضمون عنه هو
استيفاء مال الضامن في أداء دينه، لا صرف أمره بالضمان والأداء أو إذنه فيهما،
اللهمّ إلّا أن يقال: إنّ نقل ما في ذمة المضمون عنه إلى ذمته ليس مجاناً وبلا عوض،
بل باعتبار اشتغال ذمته له، وعليه بناء العقلاء وعملهم، فتأمل. (البجنوردي)
* بل هو موافق القاعدة. (حسن القمي).

(٤) رواه الكليني بسندٍ موثّق عن عمر بن يزيد^(أ) ورواه الشيخ^(ب) وابن إدريس^(ج)
بطريقٍ أخرى، وقد عرفت أنّه موافق للقاعدة. (الفاني).

(أ) الكافي: ٢٥٩/٥، ح ٧.

(ب) تهذيب الأحكام: ٢٠٦/٦، ح ٤.

(ج) السرائر لابن إدريس: ٧١/٢.

عليه»^(١). بدعوى الاستفادة منه أن ليس للضامن إلا ما خسر. ويتفرّع على ما ذكره^(١): أن المضمون له لو أبرأ ذمّة الضامن عن تمام الدين ليس له الرجوع على المضمون عنه أصلاً، وإن أبرأه من البعض ليس له الرجوع بمقداره.

وكذا لو صالح معه بالأقلّ كما هو مورد الخبر. وكذا لو ضمن عن الضامن ضامنٌ تبرّعاً فأدّى فإنّه حيث لم يخسر بشيء لم يرجع على المضمون عنه وإن كان بإذنه، وكذا لو وقّاه عنه غيره تبرّعاً^(٢). (مسألة ١٤): لو حسب المضمون له على الضامن ما عليه خُمساً أو زكاةً أو صدقةً فالظاهر أن له الرجوع^(٣) على المضمون عنه، ولا يكون ذلك في حكم الإبراء.

وكذا لو أخذه منه ثمّ ردّه عليه هبةً، وأمّا لو وهبه ما في ذمّته فهل هو كالإبراء^(٤).

(١) أي الرجوع بما أدّى. (المرعشي).

(٢) وقد يُستثنى من هذه كلّها إذا كان إعطاء الأجنبيّ عن الضامن إعطاءً من الضامن عرفاً، كما لو كان المديون فقيراً وضمن غنيّ عنه الوفاء من خُمسٍ أو زكاةٍ أو نحوهما، كما سيأتي في المسألتين (١٤) و (٣١) جواز ذلك. (محمّد الشيرازي).

(٣) لا يخلو من الإشكال. (المرعشي).

(٤) بل هو حقيقة إبراء بلفظ الهبة، وإلا فلا تصحّ الهبة إلا في الأعيان ولو من جهة استفادته من شرطية القبض فيه. (آقاياء).

أو لا؟^(١) وجهان^(٢).

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

(مسألة ١٥): لو باعه أو صالحه المضمون له بما يُسوّي أقلّ من الدين، أو

→ نعم، هو كالإبراء، والوجه واضح؛ لأنّ هبة ما في الذمّة إن كانت غير الإبراء فلا شكّ في كونها مثله في عدم خروج شيءٍ من كيس الضامن للمضمون عنه. (الفاني).
(١) بل هو حقيقة بالنسبة إلى الضامن، وأمّا بالنسبة إلى المضمون عنه ففيه وجهان. (عبدالله الشيرازي).

(٢) أقواهما الأوّل. (الفيروزآبادي، النائيني، جمال الدين الكلبيگاني، الخميني، المرعشي).

* أو جهما الثاني. (الإصفهاني).

* أقربهما الأوّل. (صدرالدين الصدر).

* أقواهما الأوّل، بل أوّله إليه واقعاً. (الإصطهباناتي).

* أو جهما الأوّل، بل ربّما يدّعى أنّه عين الإبراء حقيقة، وإن كانت هذه الدعوى ضعيفةً جدّاً. (البجنوردي).

* لا يبعد أن يكون ثانيهما أقرب. (الخوئي).

* أقربهما الثاني لو لم تكن قرينة على الخلاف. (السبزواري).

* أقربها الثاني. (محمّد الشيرازي).

* لا يبعد كون الثاني أوجه. (الروحاني).

* ولا يبعد أن يكون الثاني أقرب. (اللنكراني).

(٣) الفرق بين سقوط الدين بالهبة وسقوطه بالإرث غير واضح؛ حيث حكم في الأوّل بأنّ في كونه كالإبراء أولاً وجهان، وحكم في الثاني بعدم السقوط جزماً. (محمّد رضا الكلبيگاني).

وفاء الضامن بما يُسوَّى أقلّ منه، فقد صرّح بعضهم^(١) بأنّه لا يرجع^(٢) على المضمون عنه إلّا بمقدار ما يُسوَّى، وهو مشكل^(٣) بعد كون الحكم على خلاف القاعدة^(٤)، وكون القدر المسلّم غير هذه الصور،

(١) وهو الأظهر. (محمّد الشيرازي).

(٢) وهو الأقوى الموافق للقاعدة، وإطلاق الخبر. (حسن القمي).

(٣) لا إشكال فيه مع ظهور الخبر وعدم الاستفصال. (الفيروزآبادي).

* لا إشكال فيه. (الكوهكَمري).

* لا إشكال فيه؛ لشمول الموثقة له، وقد عرفت أنّه موافق للقاعدة أيضاً. (الفاني).

* بل لا إشكال فيه، ولا ظهور للخبر في خصوص الرضا من الدّين بأقلّ منه، وقد مرّ أنّ الحكم على القاعدة. (محمّد رضا الكلّبايگاني).

* خبر الصلح مطلق، والحكم مطابق للقاعدة، فلا وجه للإشكال. (السبزواري).

* لا إشكال فيه بعد كون الحكم على طبق القاعدة، وإطلاق خبر الصلح. (الروحاني).

* الظاهر أنّه لا إشكال فيه؛ لما مرّ من عدم كون الحكم على خلاف القاعدة، والظاهر عدم الفرق بين مورد خبر الصلح وبين هذين الموردين لو لم نقل بشموله لهما، وعدم اختصاصه به، كما لا تبعد دعواه. (اللتكراني).

(٤) بل في كلّ موردٍ كان من باب انتقال الدّين لا يمنع عن الرجوع؛ لأنّه بمنزلة الوفاء به خارجاً بإذنه، فلا ينافي ذلك كون الحكم على وفق الأصول. (آقاضيء).

* تقدّم أنّ هذا الحكم ليس على خلاف القاعدة، فلا إشكال في ما ذكره البعض، وخبر الصلح أيضاً يدلّ على ذلك. (البجنوردي).

* مرّ منع كونه على خلاف القاعدة، لكنّ المسألة مع ذلك محلّ إشكالٍ بجميع صورها. (الخميني).

وظاهر^(١) خبر^(٢) الصلح^(٣) الرضا من الذين بأقل منه، لا ما إذا^(٤) صالحه^(٥) بما^(٦) يُسوّي^(٧) أقل منه^(٨).

وأما لو باعه أو صالحه أو وقّاه الضامن بما يُسوّي أزيد فلا إشكال في عدم جواز الرجوع بالزيادة.
(مسألة ١٦): إذا دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل أدائه:

⇒ * كونه خلافها محلّ تأمل. (المرعشي).

* الظاهر أنّه لا إشكال فيه، والحكم على طبق القاعدة، وخبر الصلح مطلق.
(الخوئي).

(١) استظهار خصوص القسم الأوّل من الرواية الشريفة أضعف من دعوى كون الحكم على خلاف القاعدة. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) استظهار خصوص القسم الأوّل من الرواية الشريفة أضعف من دعوى كون الحكم على خلاف القاعدة. (النائيني).

(٣) إشارة إلى موقفتي عمر بن يزيد^(أ) وعبدالله بن بكير^(ب)، والاستظهار محلّ إشكال، والظاهر عدم الفرق. (المرعشي).

(٤) الظاهر شمول النصّ للصورتين. (صدرالدين الصدر).

(٥) الظاهر عدم الفرق بينهما. (الإصفهاني، الإصطهباناتي، عبدالله الشيرازي).

(٦) الظاهر شمول الرواية للمورد. (عبدالهادي الشيرازي).

(٧) الظاهر عدم الفرق بينهما. (البروجردي).

(٨) إلّا إذا كانت المصالحة بعنوان الرضا بأقل منه ولو من غير الجنس، بخلاف ما لو كانت المعاملة غير محاباتيّة واتفق ذلك لغبن أو غيره. (الشريعتمداري).

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

(ب) الوسائل: الباب (٦) من أبواب كتاب الضمان، ح ٢.

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

وإن كان بعنوان وفاء ما عليه: فإن قلنا باشتغال^(١) ذمّته^(٢) حين الضمان وإن لم يجب عليه دفعه إلّا بعد أداء الضامن، أو قلنا باشتغاله حينه بشرط الأداء بعد ذلك على وجه الكشف فهو صحيح، ويحتسب وفاءً، لكن بشرط حصول الأداء من الضامن على التقدير الثاني.

وإن قلنا: إنّه لا تشتغل ذمّته إلّا بالأداء وحينه كما هو ظاهر المشهور^(٣) فيشكل صحّته وفاء؛ لأنّ المفروض عدم اشتغال ذمّته بعد، فيكون في يده كالمقبوض^(٤) بالعقد^(٥) الفاسد^(٦)، وبعد الأداء ليس له الاحتساب إلّا بإذنٍ جديد^(٧)، أو العلم ببقاء الرضا به.

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

(٢) ولا يخلو من قوّة. (السبزواري).

(٣) المنصور. (الكوهكمرى، الروحاني).

✽ الموافق للتحقيق. (الفاني).

✽ وهو الأشبه، كما مرّ. (الخميني).

✽ وقد مرّ أنّه الأقوى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ وقد مرّ أنّه الأوفق بالقاعدة. (اللكراني).

(٤) لو دفعه بدلاً عمّا ضمنه عنه، فلا يبعد أن يكون كالمقبوض بالسّوم، ويملكه

الضامن بنفس الأداء بلا حاجةٍ إلى إذنٍ جديد. (الفاني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٥) الظاهر أنّ عنوان الوفاء يكون كالقبول المتقدّم على الإيجاب؛ بمعنى أنّ الرضا

الاستمراريّ بكونه وفاءً كافٍ في صيرورته وفاءً بعد الأداء. (الفاني).

(٦) يمكن المناقشة فيه. (صدر الدين الصدر).

(٧) لا يحتاج إليه. (الفيروزآبادي).

(مسألة ١٧): لو قال الضامن للمضمون عنه: «ادفع عني إلى المضمون له ما عليّ من مال الضمان» فدفّع برئت ذمّتهما معاً، أمّا الضامن فلائّه قد أدّى دينه، وأمّا المضمون عنه فلائّ المفروض أنّ الضامن لم يخسر، كذا قد يقال. والأوجه^(١) أن يقال^(٢): إنّ الضامن حيث أمر المضمون عنه بأداء دينه

⇒ * ولبقاء الإذن السابق وجه غير بعيد. (المرعشي).

(١) وأمّا على ما ذكرناه فهو واضح لا يحتاج إلى توجيه. (البروجردی).

* ولا احتمال بناء المسألة على ما تقدّم من اشتغال الذمّة من حين وقوع الضمان وعدمه وجه، لكنّه غير موجّه. (المرعشي).

* بل الأوجه التفصيل بين القول باشتغال ذمّة المضمون عنه حين الضمان، فتشتغل ذمّة الضامن للمضمون عنه بالأداء بإذنه فيتهاتران، وبين القول بعدم الاشتغال إلّا بعد أداء الضامن، فإن أدّى المضمون عنه مجاناً فلا تشتغل ذمّته؛ لعدم خسران الضامن، وإن أدّى بإذنه بقصد أخذ العوض منه فإن أعطاه الضامن عوض ما أدّى عنه بإذنه اشتغلت ذمّته له بالدين؛ لأنّه خسر بإعطائه، وإلّا فلا، كما مرّ في أداء الضامن. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) ذمّة المضمون عنه لا تشتغل إلّا بعد أداء الضامن بمقتضى الضمان الطوليّ الذي مرّ في المسألة (١٣)، والمفروض عدم تحقّق الأداء من الضامن في المقام وفي المسألة (١٨) الآتية، فبراءة ذمّتهما معاً في المسألتين أو التهاثر^(أ) أو التقاصّ^(ب) في هذه المسألة سالبة بانتفاء الموضوع. (الفاني).

⇐

(أ) التهاثر في القول بين الرجلين: هو أن يدّعي كلّ واحدٍ منهما على الآخر باطلاً. غريب الحديث لابن قتيبة: ١٠٣/١، تاج العروس: ٦٠٥/٧ (مادة هتر).

(ب) التقاصّ: هو أخذ مال التدين في قبال ما عليه من دين، أي جعل ما للغيرين مقابل ما عليه للآخر. المصطلحات (إعداد مركز المعجم الفقهي): ٧٨٥.

فقد اشتغلت ذمته بالأداء، والمفروض أنّ ذمّة المضمون عنه أيضاً مشغولة له؛ حيث إنّهُ أذن له في الضمان، فالأداء المفروض موجب لاشتغال ذمّة الضامن من حيث كونه بأمره، ولاشتغال ذمّة المضمون عنه؛ حيث إنّ الضمان بإذنه وقد وفى الضامن^(١)، فيتهاثران^(٢) أو يتقاصان^(٣)، وإشكال صاحب

⇒ * أي بناءً على ما هو ظاهر المشهور، وأمّا بناءً على القول بحدوث الاشتغال للمضمون عنه بمجرد الضمان، فهو أي - التهاثر - واضح لا ارتياب فيه. (اللكراني).
(١) بل وفي المضمون عنه، ولعلّ في العبارة تحريفاً. (كاشف الغطاء).

* في نسخة مصحّحة (المضمون عنه) بدل (الضامن). (المرعشي).

* أي المضمون عنه، والظاهر كون المقام من التهاثر، لا التقاص. (السبزواري).

(٢) هذا هو الأقوى، ولا مورد للمقاصّة. (صدرالدين الصدر).

* لا تردّد في كونه تهاتراً، ولا مورد للمقاصّة. (حسن القمي).

(٣) كونه من أظهر موارد التهاثر وأجنبياً عن باب المقاصّة ظاهر. (النائيني، جمال الدين الكلبيگاني).

* لا مورد للتقاصّ هاهنا، بل هو من باب التهاثر. (البجنوردي).

* لا معنى للتقاصّ هاهنا، وأمّا التهاثر فوجيه. (الخميني).

* قهراً، وهو المتعيّن. (المرعشي).

* لا موقع للمقاصّة في المقام، وبراءة الذمّتين إنّما هي من جهة التهاثر. (الخوئي)^(أ).

* ليس المقام من مصاديق التقاصّ، بل هو من التهاثر القهري. (محمّد الشيرازي).

* لا موقع للتقاصّ، بل هو من موارد التهاثر. (الروحاني).

* لا موقع للمقاصّة هنا. (اللكراني).

(أ) وقد وردت تعلّيقة منه ﷺ في نسخة أخرى، ولا توجد في النسخة التي بأيدينا، وهي: «الصحيح أن يقال: وقد وفى المضمون عنه، ولعلّ التبديل من سهو القلم، أو من غلط النساخ. ثمّ إنّهُ...».

الجواهر^(١) في اشتغال ذمة الضامن بالقول المزبور في غير^(١) محله^(٢).

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

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

(مسألة ٢٠): يجوز أن يضمن الدين بأقلّ منه^(٤) برضا المضمون له، وكذا يجوز^(٥) أن يضمنه بأكثر^(٦) منه^(٧)، وفي الصورة الأولى لا يرجع على

(١) بل في السّخيف من القول. (الفيروزآبادي).

(٢) بعد تحقّق استيفائه من جهة أمره بالأداء عنه. (المرعشي).

(٣) هذا يعبّن الوجه الأوّل في المسألة السابقة. (الكوهكفري).

(٤) بأن يضمن البعض مع إسقاط المضمون له البقية، أو إبراء المضمون عنه عنها. (المرعشي).

(٥) محلّ تأمل وإشكال. (اللفكراني).

(٦) فيه إشكال. (الخميني).

* ضمان الزيادة ضمان لما لم يجب، وتعهّد بما لا مطابق له خارجاً، فلا يصحّ، بل لا معنى

له. نعم، إعطاء الزائد بقصد الهبة جائز، كما هو واضح، وحكمه ما في المتن. (الفاني).

* فيه تأمل وإشكال. (الشريعتمداري).

(٧) في تحقّق الضمان بالنسبة إلى المقدار الزائد عن الدين إشكال، بل منع. (عبدالله

الشيرازي).

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

(مسألة ٢١): يجوز^(١) الضمان^(٢) بغير جنس^(٣) الدين^(٤)، كما يجوز الوفاء بغير الجنس^(٥)، وليس له أن يرجع على المضمون عنه إلا بالجنس الذي عليه إلا برضاه.

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

⇒ * فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

* بأن يشترط الزيادة ويلتزم بها للمضمون له. (المرعشي).

* مشكل، إلا بمعنى الالتزام بإعطاء شيء زائد عليه مجاناً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* يشكل، بناءً على بطلان ضمان ما لم يجب، وشموله حتّى للمقام. (السبزواري).

* فيه تأمل. (حسن القمي).

* فيه إشكال. (البروجردى، عبد الهادي الشيرازى، الخميني، الروحاني).

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

(٢) ولو بنقله إلى ذمّة بعض مراتب ما في ذمّة غيره من مراتب ماله في ضمن غيره،

كما هو الشأن في الوفاء بغير الجنس. (آقاصياء).

(٣) فيه نظر على مبنى كون الضمان موجباً للنقل، إلا أن يراد اشتراط التأدية من غير

جنس الدين. (المرعشي).

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

(٥) فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

(٦) فيعتبر في صحّة القبض، كما في سائر المرهونات. (المرعشي).

* هذا إنما يتمّ فيما إذا كان الشرط بنحو شرط النتيجة، وأمّا إذا كان الشرط بنحو

الظاهر جواز اشتراط كون المِلْك الفلانيّ رَهْنًا بنحو شرط النتيجة^(١) في ضمن عقد الضمان^(٢).

(مسألة ٢٣): إذا كان على الدّين الذي على المضمون عنه رهن فهل ينفك^(٣) بالضمان^(٤)، أو لا؟ يظهر من المسالك^(أ) والجواهر^(ب) انفكاكه^(٥)؛ لأنّه بمنزلة الوفاء، لكنّه لا يخلو من إشكال^(٦)، هذا مع الإطلاق، وأمّا مع

⇒ شرط الفعل فلا يصحّ؛ لأنّ مرجعه إلى جعل الخيار فيه، وقد تقدّم أنّ الخيار لا يدخل في عقد الضمان. (الخوئي).

(١) وعلى فرض صحّته، وعدم اشتراط سبب خاصّ توقيفيٍّ ولو بالإمضاء في تحقّقه كان لاحتمال اشتراطه بالقبض وجه. (المرعشي).

* لكنّ ذلك لا يوجب سقوط اشتراط صحّة الرهن بالقبض. (محمّد رضا الكلبيكاني).
(٢) وفي اشتراط صحّة الرهن حينئذٍ بالقبض وعدمه وجهان. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٣) الانفكاك قريب، والتفصيل فيه بين أن يكون الرهن على أصل بقاء الدّين أو على ذمّة المضمون عنه، فلا ينفكّ في الأوّل، بخلاف الثاني أقرب. (السبزواري).

(٤) الظاهر ذلك. (عبدالهادي الشيرازي، الروحاني).

(٥) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).

* وهو الصحيح. (الخوئي).

* وهو الظاهر. (اللكراني).

(٦) ولكنّه الأقوى. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

⇐

(أ) مسالك الأفهام: ٢٠٥ / ٤.

(ب) جواهر الكلام: ١٥٠ / ٢٦.

اشتراط البقاء أو عدمه فهو المتَّبِع.

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

⇒ * لا وجه للإشكال إذا كان وثيقاً للدين في ذمّة شخصه، نعم، لو كان وثيقاً لنفس ما في الذمّة - في أيّ ذمّة كان - لا وجه لفكّه. (آقاضي).

* الظاهر عدم الإشكال فيه. (الكوهكَمَرِي، الشريعةمداري).

* لا إشكال فيه أصلاً، وهو الصحيح. (البجنوردي)

* لا وجه له إذا كان وثيقاً للدين في ذمّة شخصه، وأمّا إذا كان مطلقاً ففيه إشكال، وكذا مع اشتراط البقاء. (عبدالله الشيرازي).

* لا إشكال في ذلك؛ إذ لا رهن على ذمّة بريئة، فينكّ الرهن؛ لأنّه وثيقه لما في ذمّة المديون، وبعد انتقاله إلى ذمّة أخرى لبقاء له، ومن هذا ظهر عدم صحّة اشتراط البقاء. (الغانّي).

* لكنّ الفكّ هو الأقوى. (الخميني).

* وجهه احتمال بقاء الدين بلا أداء مع كون المرهونة وثيقاً له، غاية الأمر أنّ انتقاله بالضمان من ذمّة إلى أخرى. (المرعشي).

* الظاهر أنّه لا إشكال فيه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* إن كان الرهن على هذا الدين ما لم يُعطَ بقي الرهن، وإن كان رهناً على خصوص ذمّة المضمون منه فكّ الرهن. (محمّد الشيرازي).

* لكنّه الأقوى. (حسن القمي).

(١) اشتراط ذلك وإن ادّعي عدم الخلاف في جوازه لكنّه لا يخلو عن الإشكال، خصوصاً إذا كان على وجه التقيد. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) اشتراط ذلك وإن ادّعي عدم الخلاف في جوازه لكنّه لا يخلو من الإشكال، خصوصاً إذا كان على وجه التقيد. (النائيني).

(٣) حصر التعهّد للدين بمالٍ خاصّ يقتضي عدم كون عهدة في البين إذا لم يكن ⇨

معين^(١) على وجه التقييد^(٢)، أو على نحو الشرائط في العقود؛ من كونه من

⇒ المال الخاص موجوداً، وهو غير معقول؛ لأنّ الكلّي الذمي لا يتخصّص بمالٍ خاصٍّ خارجيٍّ، فلا معنى لانتقال الدين عن ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن مع حصر الضمان بالمال الخارجي. ثمّ على فرض صحّة هذا التصوير إذا تلف المال لا بدّ وأن لا يبقى ضمان في الخارج، نعم، يجوز ذلك على نحو الالتزام في الالتزام، ونتيجة هذا الشرط ثبوت الخيار للمضمون له بتعذّر المشروط به في عالم الوفاء وللضامن؛ لأنّ لزوم الضمان عليه مع هذا الشرط ضرريٌّ؛ إذ ربّما كان الغرض الداعي لضمّانه هو تطبيق ما في ذمّته على المال الخاصّ المذكور. (الفاني).

✽ فيه تأمل. (حسن القمي).

(١) باشتراط التأدية منه. (المرعشي).

✽ بأن يشترط الأداء منه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) لم يظهر لي معنىً معقول لتقييد ما في الذمّة بالمال الموجود في الخارج، كما هو ظاهره. (البروجدي).

✽ فيه إشكال. (عبدالله الشيرازي، حسن القمي).

✽ إذا كان الضمان بمعنى نقل الذمّة فكيف يعقل تقييده بالمال الموجود في الخارج؟! اللهمّ إلّا أن يمنع ذلك، ويلتزم بكون الضمان نوع تعهّد للأداء، لكنّه خلاف المشهور. (الشريعتمداري).

✽ صحّته كذلك محلّ إشكال، بل منع، إلّا إذا كان كليّاً في المعين فإنّ له وجه صحّة؛ فإنّ الكلّي في المعين لا يخرج عن الكلّيّة، والذمّة على ما هو التحقيق، فيكون ضمّانه في دائرة المعين، فمع تلف الكلّ يبطل الضمان، ومع بقاء مقدار الدين لا يبطل ويتعيّن للأداء، ومع بقاء ما ينقص عنه يبطل بالنسبة. (الخميني).

✽ بأن يتقيّد المضمون في الذمّة بكونه في العين الخارجيّة على نحو تقيّد الكلّي في

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

⇒ المعين، لا تقيد الضمان حتى يلزم محذور التعليق. (المرعشي).

* لا يظهر معنى متحصل للتقييد في المقام، فينحصر الأمر في الاشتراط، ولا يترتب عليه إلا وجوب الوفاء بالشرط؛ لما مرّ من الإشكال في ثبوت الخيار بتخلّفه. (الخوني).

* ظاهره تقيد الضمان بأداء العين، وهو يرجع إلى التعليق الباطل بالإجماع، ولم أجد من تعرّض للمسألة إلا العلامة (أ)، وهو المتفرّد به على ما في مفتاح الكرامة (ب)، والظاهر أن مقصوده الاشتراط دون التقييد، كما أن صاحب مفتاح الكرامة حمل كلامه عليه من دون ذكر احتمال آخر. (محمّد رضا گلپايگانی).

* الظاهر أنّه من تقييد الوفي، ولا إشكال فيه، بل يصحّ فرض اعتبار العين في الذمة أيضاً تقييداً. (السبزواري).

* بأن يقيد الكلّي الذي يضمّنه في ذمّته بقيدٍ يوجب انحصار فردّه لو أريد الأداء بمالٍ معيّن خارجي. (الروحاني).

* لا يظهر معنى معقول لتقييد الضمان، الذي هو عبارة عن اشتغال ذمة الضامن بما على عهدة المضمون عنه بالمال المعين الموجود في الخارج، إلا إذا كان بنحو الكلّي في المعين؛ حيث إنّه يجتمع فيه الذمة والمعين معاً، فيكون ضمانه في حدوده ولا يتجاوز عنه، فإذا تلف الجميع يرتفع اشتغال الذمة، ومع بقاء مقداره أو بعض منه يتعيّن للأداء. (اللكراني).

(أ) تذكرة الفقهاء (ط ج): ٣٠١/١٤.

(ب) مفتاح الكرامة: ٣٤٨/١٦.

وعلى الأول إذا تلف ذلك المال يبطل الضمان^(١)، ويرجع المضمون له على المضمون عنه، كما أنّه إذا نقص^(٢) يبقى الناقص في عهده.
وعلى الثاني لا يبطل، بل يوجب الخيار^(٣) لمن له الشرط من الضامن^(٤)
أو المضمون له أو هما، ومع النقصان يجب على الضامن الإتمام مع عدم
الفسخ.
وأما جعل الضمان في مالٍ معيّن من غير اشتغال ذمّة الضامن، بأن يكون

(١) إن تلف تمامه، ولا يبطل إن بقي منه بمقدار الدّين. (المرعشي).

(٢) يبطل الضمان في هذا الفرض بالنسبة. (المرعشي).

(٣) فيه إشكال، بل لا وجه له مع فرض القول بأنّ الضامن هو المولى، كما هو
المفروض. (عبدالله الشيرازي).

* قد مرّ الإشكال في ثبوت الخيار في الضمان مطلقاً. (اللكراني).

(٤) الظاهر عدم الخيار للضامن على فرض كون الشرط له؛ إذ مرجعه حينئذٍ إلى
التزام المضمون له بقوله إن أدّاه الضامن إليه، فلا تخلّف منه حتّى يثبت به الخيار
للضامن. (البروجردی).

* لا وجه لخيار الضامن في فرض المسألة، وهو تلف ذلك المال. (عبدالهادي
الشيرازي).

* ثبوت الخيار له منفرداً أو مع المضمون له محلّ نظر. (المرعشي).

* ثبوت الخيار للضامن بالتلف عنده محلّ منع، ولو كان هو المشروط له؛ لأنّ
الشرط على المضمون له معناه عدم استنكافه من أخذه، وليس من شأنه أن يلتزم
بغير ذلك، فلا خيار للضامن إلّا مع استنكاف المضمون له من الأخذ. (محمّد رضا
الكلابايجاني).

* لا خيار للضامن في فرض المسألة، وهو تلف ذلك المال. (الروحاني).

الذين في عهدة ذلك المال^(١) فلا يصحّ.

(مسألة ٢٥): إذا أذن المولى لمملوكه في الضمان في كسبه^(٢): فإن قلنا: إنّ الضامن هو المولى للانفهام العرفي، أو لقرائن خارجيّة يكون من اشتراط الضمان في مالٍ معيّن وهو الكسب الذي^(٣) للمولى، وحينئذٍ فإذا مات العبد تبقى ذمّة المولى مشغولة إن كان على نحو الشرط في ضمن العقود، ويبطل^(٤) إن كان على^(٥) وجه التقييد^(٦)، وإن انعتق يبقى^(٧) وجوب الكسب^(٨) عليه^(٩).

(١) ولا تكون عهدة المال على الضامن. (الفيروزآبادي).

(٢) تقدّم الإشكال فيه. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٣) وقد مرّ التأمل فيه. (حسن القمي).

(٤) قد مرّ الإشكال في أصل الضمان بنحو التقييد. (محمد رضا الكلبيكاني).

(٥) وقد مرّ الإشكال فيه. (حسن القمي).

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

(٧) لا وجه لبقاء وجوب الكسب عليه مع كون الضامن هو المولى على الفرض، كما

أنّه لا وجه لبقاء ذمّة المولى مشغولة؛ لتعذر الكسب بما هو مال للمولى. (اللنكراني).

(٨) مشكل؛ بناءً على أنّ الضامن هو المولى، كما هو المفروض. (الإصفهاني).

❖ لا وجه له في الفرض. (الخميني).

(٩) بقاء الحقّ عليه مع أنّ الضامن هو المولى للانفهام العرفي أو غيره لا يتّجه.

(كاشف الغطاء).

❖ مع فرض كون الضامن هو المولى لا وجه لبقاء وجوب الكسب عليه؛ فإنّه في

حكم تلف المال الذي اشترط الأداء منه؛ فإنّ كسب العبد بعد اعتاقه لا يكون من

وإن قلنا: إنّ الضامن هو المملوك، وإنّ مرجعه إلى رفع الحجر عنه بالنسبة إلى الضمان فإذا مات لا يجب على المولى شيء، وتبقى ذمة المملوك مشغولة يمكن تفريغه بالزكاة ونحوها، وإنّ انعتق يبقى الوجوب^(١) عليه^(٢).

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

⇒ أموال المولى. (الإصطهباناتي).

* لا وجه له مع فرض القول بأنّ الضامن هو المولى بل الظاهر أنّه كتلف المال الذي اشترط أن يؤدّي منه؛ فإنّ كسب العبد على وجهه يكون من أموال المولى قد تعذّر بانتعاقه. (البروجردى، عبدالله الشيرازي).

* لا وجه لوجوب الكسب عليه، مع أنّ المفروض هو اشتغال ذمة المولى، وكونه هو الضامن. (البجنوردي)

* لا ريب في أنّ كسبه بعد انتعاقه يكون له، لا لمولاه، فلا وجوب عليه بعد الانتعاق في كسبه. (الفاني).

* فيه إشكال. (المرعشي).

* بل تبقى ذمة المولى مشغولة، كما في الموت. (الخوئي).

* بناءً على عدم الموضوعيّة لذمة المولى أبداً، بل كونها طريقاً إلى الكسب فقط، وإلا فلا وجه للوجوب. (السبزواري).

* لعلّ وجهه أنّ بمقتضى الشرط جعل كسبه قبل عتقه متعلّقاً لحقّ الغير بمقدار أداء الدين، فبعد العتق لا يسقط هذا الحق، كما لو آجره قبل عتقه ثمّ أعتقه. (حسن القمي).

* لا وجه له مع فرض كون الضامن هو المولى، بل تبقى ذمة المولى مشغولة، كما في الموت. (الروحاني).

(١) لعدم اختصاصه بزمان مملوكيّته. (المرعشي).

(٢) في إطلاقه إشكال. (محمّد الشيرازي).

فعلى الأول الضامن مَنْ رضي المضمون له ^(١) بضمانه، ولو أطلق الرضا ^(٢) بهما كان الضامن هو السابق ^(٣)، ويحتمل قوياً ^(٤) كونه كما إذا ضمنا دفعةً ^(٥)، خصوصاً بناءً على اعتبار ^(٦) القبول ^(٧) من المضمون له، فإنّ الأثر

(١) سواء كان سابقاً، أم لاحقاً. (المرعشي).

(٢) الإطلاق بمعنى الإيهام لا مصداق له، وبمعنى الإطلاق لا أثر له؛ إذ المال الواحد لا ينتقل إلى ذمتين على نحو الاستقلال، فلا بدّ من القول بالبطان. (الفاني).

(٣) لو تعقّب كلّ ضمانٍ بقبولٍ مستقلٍّ فالسابق قبوله هو الصحيح، وإن تأخّر إنشاءه من الضامن، أو كان مقارناً لإنشاء الآخر، ويُلغى ما عداه مطلقاً، ولو تعقّب الجميع بقبولٍ واحدٍ فالأظهر التقييط مطلقاً، ولا أثر للتعاقب ولا التقارن في الصدور عن الضامن مطلقاً. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

✽ للانتقال إليه أولاً، فلا مورد للانتقال الثاني، ولا للرضا به. (المرعشي).

(٤) وهو الأقوى. (المرعشي).

✽ هذا هو المتعين. (الروحاني).

✽ وهذا هو المتعين؛ لما مرّ من أنّ الأقوى اعتبار القبول، وهو الملاك في التعاقب والدفعة، لا الإيجاب. (اللكراني).

(٥) هذا هو المتعين. (الخوئي، حسن القمي).

(٦) كما هو الأقوى، وحينئذٍ لو وقع بعد كلّ ضمانٍ قبول فالسابق قبوله هو الصحيح، وإن كان إنشائه من الضامن متأخراً، أو مقارناً لإنشاء الآخر، ولو وقع بعد الجميع قبول واحد فالظاهر التقييط، بلا تفاوتٍ بين تقارن إنشاء الضمانات وتعاقبها. (الإصطهباناتي).

(٧) وهو الأقوى، كما مرّ، وعلى هذا فهو المدار في الدفعة والتعاقب. (البرجودي).

✽ كما هو الأقوى. (الفاني، محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ وهو الأقوى، هذا لو تعقّب كلّ إيجابٍ بقبولٍ منفرد، وفي صورة تعقّب الجميع بقبولٍ واحدٍ إشكال، والأوجه التقييط. (المرعشي).

حاصل بالقبول نقلاً، لا كشفاً.

وعلى الثاني إن رضي بأحدهما دون الآخر فهو الضامن، وإن رضي بهما معاً ففي بطلانه^(١) - كما عن المختلف^(٢) وجامع المقاصد^(ب) واختاره^(٣) صاحب الجواهر^(ج) - أو التقييد بينهما بالنصف، أو بينهم بالثلث إن كانوا ثلاثة، وهكذا، أو ضمان كلٍّ منهما للمضمون له مطالبة من شاء، كما في تعاقب الأيدي وجوه^(٣)، أقواها

(١) وهو الأقوى؛ لما عرفت من عدم صحة انتقال المال الواحد إلى ذمتين على سبيل الاستقلال، فالاحتمال الثالث باطل من هذه الجهة، وأمّا الاحتمال الثاني فهو باطل؛ لأنّ قبول المضمون له ضمان الضامين إنّما هو مطاوعة لإنشائهما، والمفروض أنّ كلّ واحدٍ منهما أنشأ التعهّد بتمام الدين، فمن أين يحكم بالتقييد الذي لا موجب له؟! وأمّا تعاقب الأيدي على مالٍ واحدٍ فهو لا يستلزم إلّا وجوب أدائه من كلّ واحدٍ من أرباب الأيدي، ولا يكون قرار الضمان إلّا على من تلفت في يده العين التي تعاقبت عليها الأيدي. (الفاني).

(٢) وهو المختار. (الفيروزآبادي).

(٣) هذا إذا لم يكن ضمان المتعّد من ضمان المجموع، وإلّا فلا ينبغي الشكّ في لزوم التقييد، وأمّا إذا كان بنحو ضمان المتعّد استقلالاً فهو باطل على الأظهر. (الخوئي).

(أ) مختلف الشيعة: ٤٦٦/٥.

(ب) جامع المقاصد: ٣٤١.

(ج) جواهر الكلام: ١٥٢/٢٦.

الأخير (١) وعليه (٢)

(١) هذا أضعف الوجوه مطلقاً، بل لا وجه له. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

❖ فيه تأمل. (الكوهكفري).

❖ بل الأول. (صدرالدين الصدر، محمد رضا الكلبيكاني).

❖ بل أضعفها، كما يظهر من الحاشية السابقة. (الإصطهباناتي).

❖ على ما يراه العامة؛ إذ عليه يمكن تعهدات كثيرة لما في ذمة واحدة مع بقائه على ما كان عليه، بل عليه يصح الجميع مع التعاقب أيضاً، وأمّا على مذهب أصحابنا فالأقوى هو الأول. (البروجردي).

❖ بل الأقوى هو ثاني الوجوه، أي التقييط؛ لأنّ ما في ذمة المضمون عنه إذا انتقل إلى ذمة الضامن فليس هناك شيء آخر حتّى ينتقل إلى ذمة الضامن الآخر، وقياسه بتعاقب الأيدي ليس في محله؛ لأنّ الضمانات هناك طولى، وبطلانه أيضاً لا وجه له، فلا يبقى إلّا التقييط. (البجنوردي).

❖ بل أضعفهما؛ لعدم إمكان ضمان الاثنين تمام المال على وجه النقل الذي هو معنى الضمان على المذهب الحق، ولا يبعد كون الأول أقرب الوجوه. (الخميني).

❖ لكن لا بنحو العرضيّة في الذم حتّى لا يلائم مبنى الأصحاب في باب الضمان، بل بنحو البدليّة والطوليّة، وفيه إشكال، فالمختار أوّل الوجوه إذا لم يكن الباب من ضمان المجموع، وإلّا فأوجه الوجوه الثاني. (المرعشي).

❖ إن لم يكن من ضمّ ذمة إلى ذمة أخرى. (السبزواري).

❖ فيه نظر وإشكال. (حسن القمي).

❖ لا وجه لأقوائيه على ما هو الحق في معنى الضمان، نعم، لها وجه على ما يراه غيرنا في معناه، فالأظهر على مسلكنا هو الوجه الأول. (اللتكراني).

(٢) لو كان قصد كلّ منهما ضمان تمام المال، وإلّا فإن كان قصد كلّ منهما ضمان حصّته من المال فيرجع إلى كلّ بحساب ما قصد. (آقاضياء).

إذا أبرأ^(١) المضمون له واحداً منهما برئ دون الآخر^(٢)، إلا إذا علم^(٣) إرادته إبراء أصل الدين لا خصوص ذمة ذلك الواحد.

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

وإن رضي المضمون له بأحدهما^(٥) دون الآخر كان الجميع عليه، وحينئذٍ فإن أدّى الجميع رجع على الآخر بما أدّى؛ حيث إنّ المفروض كونه مأذوناً منه، وإن أدّى البعض فإن قصد كونه ممّا عليه أصلاً أو ممّا عليه ضماناً فهو المتّبع، ويقبل قوله إن ادّعى ذلك، وإن أطلق ولم يقصد أحدهما فالظاهر^(٦)

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

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

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

(٤) بثبوت الخيار للمضمون له، وإذا فسخ ثبت الجميع على المؤسّر منهما. (المرعشي).

* وكذا في إبراء صاحب الدين دينه. (محمّد رضا گلپايگاني).

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

(٦) إنّما يجوز له الرجوع على المضمون عنه في صورة أدائه ما أذن له، كما عرفت،

وهو يحتاج إلى مؤونة زائدة. (صدرالدين الصدر).

التقسيط^(١)،

(١) في التقسيط نظر بعد اعتبار العقلاء سقوط أحد الدينين بلا عنوان، نعم، لا يسقط أثره من الرهن؛ لأنّه تابع شخص الدين المرهون عليه معيّناً، وهو بعدُ باقي بحكم الاستصحاب؛ لأنّ انتفاء أحدهما بلا عنوان لا بدّ وأن يكون في ضمن انتفاء إحدى الخصوصيّتين قهراً، وحيث لا يكون معلوماً فيرجع فيه إلى الاستصحاب. (أقاضياء).
 * إنّ ما في الذمّة لا يتعنّون بعنوان الأصليّ والضمانيّ فلا موجب للتقسيط، وأمّا القرعة فلا عموم لها يشمل المورد، فالأوجه تخيير المؤدّي في التعيين؛ لأنّ ولاية التعيين تكون لمن عليه الدين، والتعيين اللاحق امتداد لتلك الولاية، فتأمل جيّداً، نعم، الأحوط عدم ترتّب الآثار الخاصّة إلّا مع التراضي. (الفاني).

* محلّ تأمل، بل احتمال القرعة أقرب، وأقرب منه عدم جواز الرجوع إلى المضمون عنه إلّا مع العلم بالأداء لما عليه ضماناً، وكذا نظائر المسألة، فلا يفكّ الرهان إلّا مع العلم بافتكاكه بأداء الدين الذي له رهن، وكذا الحال في الإبراء. (الخميني).

* لعدم إمكان صرفه إلى أحدهما بدون مرجّح. (المرعشي).

* بل الظاهر أنّه يقع وفاءً لما في ذمّته أصلاً، فلا يجوز له الرجوع على المضمون عنه ما لم يقصد وفاء ما وجب عليه من قبله، والوجه في ذلك: أنّ الرجوع عليه من آثار أداء ما ثبت في ذمّته من قبله، فما لم يقصد بخصوصه لا يترتّب أثره، وبذلك يظهر حال نظائر المسألة. (الخوئي).

* بل الظاهر كونه ممّا عليه أصلاً، أمّا في نظائر المسألة ففيه تفصيل. (حسن القمي).
 * والأظهر وقوعه وفاءً لما في ذمّته أصلاً؛ لأنّ ترتّب الآثار الأخر من جواز الرجوع وافتكاك الرهن وسقوط الخيار إنّما يتوقّف على تعلّق القصد بموضوعاتها، وأمّا براءة الذمّة من الدين الأصليّ فترتّبها على أداء الدين قهريّ منشؤه الانصراف. (اللنكراني).

ويحتمل القرعة^(١)، ويحتمل^(٢) كونه^(٣) مخيراً في التعيين بعد ذلك، والأظهر الأوّل. وكذا الحال في نظائر المسألة^(٤)، كما إذا كان عليه دين عليه رهن، ودين آخر لا رهن عليه فأدّى مقدار أحدهما، أو كان أحدهما من باب القرض والآخر ثمن مبيع، وهكذا فإنّ الظاهر في الجميع التقييط^(٥). وكذا^(٦) الحال إذا أبرأ المضمون له مقدار أحد الدينيين مع عدم قصد كونه

(١) ويحتمل قوياً أن يكون أداءً لما في ذمته أصلاً؛ لأنّه لا يحتاج إلى مؤونة زائدة، وقصد كونه أداءً لما في ذمته أصلاً بخلاف كونه أداءً لما في ذمته ضماناً؛ فإنّه يحتاج إلى قصد الوفاء لما في ذمته ضماناً. (البجنوردي).
* فيه نظر. (المرعشي).

(٢) هذان الاحتمالان كلاهما ضعيفان مطلقاً. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

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

(٤) الحكم في نظائر المسألة محتاج إلى مزيد التأمل. (الإصفهاني).

* فرق بين ما نحن فيه وبين الموارد التي ذكرها، والمقام شبيه من عليه فريضة لنفسه ومثلها من باب الإجارة وجاء بها من غير أن يقصد إنّها عن نفسه أو عن غيره فإنّ الأظهر أنّها تقع لنفسه وما نحن فيه من هذا القبيل فعند الاطلاق بحسب ممّا عليه ويبقى ما عليه من باب الضمان. (صدرالدين الصدر).

* في غير صورة الدينين المحضين ممّا كان في البين شيء زائد عنهما إشكال وحينئذٍ ينصرف قريباً إلى ما هو لا أثر له إلّا أداء الدين. (عبدالله الشيرازي).

(٥) ويحتمل قوياً انصرافه قهراً إلى ما لا أثر لأدائه سوى براءة ذمته من الدين، من فكّ رهن، أو سقوط خيار، أو رجوع إلى الغير بعوض. (البروجردي).

* لو لم يكن تعارف على الخلاف. (السبزواري).

(٦) بل الأظهر التفصيل بين ما لو كان الدينان على نفسه أصلاً فالتقييط، وبين ما إذا

من مال الضمان أو من الدين الأصلي، ويقبل قوله إذا ادّعى التعيين في القصد؛ لأنّه لا يعلم إلّا من قبّله.

(مسألة ٢٨): لا يشترط علم^(١) الضامن^(٢) حين الضمان بثبوت الدين على المضمون عنه، كما لا يشترط العلم بمقداره، فلو ادّعى رجل على آخر ديناً فقال: «عَلَيَّ ما عليه» صحّ، وحينئذٍ فإن ثبت^(٣) بالبيّنة^(٤) يجب عليه أدائه، سواء كانت سابقة أم لاحقة. وكذا إن ثبت بالإقرار السابق على الضمان أو باليمين المردودة^(٥) كذلك.

وأما إذا أقرّ المضمون عنه بعد الضمان أو ثبت باليمين المردودة فلا يكون حجةً على الضامن إذا أنكره، ويلزم عنه^(٦) بأدائه في الظاهر^(٧).

⇨ كان أحدهما على نفسه أصلاً والآخر على غيره انتقل إليه؛ فإنّ الأداء يكون وفاءً لما تعلّق بنفسه أصلاً. (محمّد الشيرازي).

(١) والاستدلال على الاشتراط بنفي الغرر غير تامّ، سواء كان المحذور الخطر، أم الجهالة. (المرعشي).

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

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

(٤) الدين وتقدّمه على الضمان. (المرعشي).

(٥) من طرف المضمون عنه إلى المضمون له. (المرعشي).

✽ أي كذلك. (اللتكراني).

(٦) أي يلزم المضمون عنه بأداء ما أقرّ عليه أخذاً بإقراره. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ فيه إشكال. (حسن القمي).

✽ أي يلزم المضمون عنه. (اللتكراني).

(٧) مع اعتراف المضمون له بالضمان المزبور عن هذا الدين لا وجه لإلزام المقرّ

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

ولابدّ في البيّنة المثبتة للدين أن تشهد بثبوت حين الضمان، فلو شهدت بالدين اللاحق أو أطلقت ولم يعلم سبقه على الضمان أو لحوقه لم يجب على الضامن أدائه.

(مسألة ٢٩): لو قال الضامن: «عَلَيَّ ما تشهد به البيّنة» وجب عليه^(٢) أداء ما شهدت بثبوت حين التكلم بهذا الكلام؛ لأنّها طريق إلى الواقع^(٣)، وكاشف عن كون الدين ثابتاً حينه.

فما في الشرائع^(٤) من الحكم بعدم الصحّة لا وجه

⇒ ظاهراً أيضاً. (آقاضياء).

* في العبارة تحريف ظاهراً، ولعلّ الصحيح: ولا يلزم بأدائه عنه في الظاهر. (كاشف الغطاء).

* في هذه الصورة إشكال حتّى في الظاهر. (عبدالله الشيرازي).

* فيه نظر. (المرعشي).

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

(٢) إذا كان أصل الدين ثابتاً وكان المجهول مقداره، وأمّا إذا كان أصل الدين غير محقّق فقد مرّ الإشكال فيه، ولعلّه المقصود من تعليل الشرائع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) واحتمال الموضوعيّة الصرفة في حقّها ضعيف جدّاً، كما حُقّق في محلّه. (المرعشي).

له^(١)، ولا للتعليل الذي ذكره بقوله: «لأنّه لا يعلم ثبوته في الذمّة، إلّا أن يكون مراده في صورة إطلاق البيّنة المحتمل للثبوت بعد الضمان». وأمّا ما في الجواهر^(أ) من «أنّ مراده بيان عدم صحّة ضمان ما يثبت بالبيّنة من حيث كونه كذلك؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب، حيث لم يجعل العنوان ضمان ما في ذمّته لتكون البيّنة طريقاً، بل جعل العنوان ما يثبت بها، والفرض وقوعه قبل ثبوته بها» فهو كما ترى^(٢) لا وجه له^(٣).

(١) بل هو وجهه إن كان الثبوت بالبيّنة على وجه التقييد، بخلاف ما إذا كان على وجه المعرفيّة والمشيريّة إلى ما في ذمّته أو مقدار منه. (الخميني).

* له وجه غير بعيد، سواء كان المراد نفيه بالنسبة إلى الواقع، أم لحمل عبارة المحقّق. (المرعشي).

* بل لا وجه إلّا له إذا كان المراد ما يثبت بالبيّنة على وجه التقييد؛ لأنّ الضمان لا بدّ وأن يتعلّق بالدين، وما تشهد به البيّنة بهذا العنوان لا يكون كذلك. (اللكراني).

(٢) لا أرى فيه شيئاً إلّا الصحّة. (صدرالدين الصدر).

(٣) نرى له وجهاً وجيهاً، والتوجيه الذي ذكره المصنّف رحمه الله بعيد جداً. (الفيروزآبادي).

* بل هو مراد الشيخ ومن تابعه عليه قطعاً، وهو الوجه؛ فإنّ الضمان لا بدّ من تعلّقه بالدين بعنوانه أو بعنوان ملازم له ليُشار به إليه، وما تشهد به البيّنة ليس كذلك. (البروجردی).

* ويمكن رفع النزاع، وأنّ اختلافهم من جهة دلالة عبارتي الضمان والشهادة على وقوع أيّهما مقدّم والآخر مؤخّر، ولما كان اللازم وقوع الضمان بعد ثبوت الدين في

(مسألة ٣٠): يجوز الدّور^(١) في الضمان، بأن يضمن عن الضامن ضامن آخر ويضمن عنه المضمون عنه الأصيل، وما عن المبسوط^(أ) من عدم صحّته؛ لاستلزامه صيرورة الفرع أصلاً، وبالعكس؛ ولعدم الفائدة لرجوع الدّين كما كان مردود: بأنّ الأوّل غير صالح للمانعّة، بل الثاني أيضاً^(٢) كذلك، مع أنّ الفائدة تظهر في الإعسار^(٣) واليسار^(٤)، وفي الحلول والتأجيل، والإذن وعدمه، وكذا يجوز التسلسل بلا إشكال.

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

⇒ الذمّة ومقتضى العبارتين المذكورتين في المتن التقارن وهو لا يفيد (ب). (عبدالله الشيرازي).

(١) لداعٍ عقلائيّ. (المرعشي).

(٢) فيه نظر؛ لعدم شمول إطلاق الأدلّة إتياء بعد كونها محمولّةً بالانصراف أو غيره على العقود العقلانيّة ذوات الجدوى، على ما هو التحقيق في محلّه، سواء في ذلك الأدلّة العامّة والخاصّة. (المرعشي).

(٣) وكذا في الإبراء ولوازمه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) والإبراء ونحوه. (المرعشي).

(٥) فيه نظر، إلّا في صورة كون الضامن وليّاً على المضمون عنه، كالحاكم، واشتغال ذمّته بالفعل. (المرعشي).

(٦) محلّ إشكال، نعم، لا يبعد الجواز في بعض الأحيان للوليّ، فتشتغل ذمّته بعنوان

(أ) المبسوط: ٣٤٠ / ٢.

(ب) كذا في أصل النسخة، والعبارة فيها إبهام وغير تامّة المعنى.

عنه ^(١) بالوفاء ^(٢) من طرف الخمس ^(٣) أو الزكاة ^(٤) أو المظالم، أو نحوها من الوجوه التي تنطبق عليه إذا كانت ذمته مشغولة ^(٥) بها فعلاً، بل وإن لم تشتغل ^(٦) فعلاً على إشكال ^(٧).

⇨ الولاية، فيؤدي من الوجوه المنطبقة، وعليه لا دخالة فيه لاشتغال ذمته بها. (الخميني).

(١) جواز هذا الضمان في غاية الإشكال، خصوصاً فيما عدا الخمس والزكاة، بل لا يبعد عدم جوازه مطلقاً. (النائيني).

* بشرط كون الضامن ولياً عن كلّي الفقير المالك للخمس والزكاة، وإلا ففي صحته بمجرّد ولايته عن شخص الفقير إشكال؛ لعدم كونه مالكاً قبل القبض. (آقاضي).

* جواز الضمان في غاية الإشكال، خصوصاً فيما عدا الخمس والزكاة، بل لا يبعد عدم جوازه مطلقاً. (جمال الدين الكلبيگاني).

* بل لا يجوز مطلقاً. (عبدالهادي الشيرازي، الروحاني).

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

(٣) هذا ينافي الضمان المستلزم لاشتغال ذمة الضامن بالمال. (الكوهكمري).

(٤) محلّ تأمل وإشكال. (الشريعتمداري).

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

(٦) فيه إشكال. (المرعشي).

* فيه إشكال، وإن كانت ذمته مشغولة. (محمّد رضا الكلبيگاني).

(٧) بل فيه منع ظاهر؛ لاعتبار فعلية الاشتغال في صحته، ولا أقلّ من مقتضيه المعدم في المقام أيضاً، وإن كنّا بعد في شكّ من كفايته في صحة الضمان، كما تقدّم

(مسألة ٣٢): إذا كان الدّين الذي على المديون زكاةً أو خُمساً جاز أن يضمن عنه ضامن للحاكم^(١) الشرعي، بل ولآحاد الفقراء^(٢) على إشكال^(٣).

⇒ الإشكال ممّا في مثله. (آقاضيء).

* بل على إشكالٍ في الأوّل أيضاً. (الإصفهاني، البروجردي، عبدالله الشيرازي).

* أقرب الجواز. (صدرالدين الصدر).

* هذا من قبيل الضمان التبرّعيّ، سواء اشتغلت أو لم تشغل، وتوجيهه يحتاج إلى نظر، أمّا ضمان الزكاة لآحاد الفقراء فلا وجه له أصلاً؛ فإنّ الآحاد لا يملكون قبل القبض، نعم، يصحّ الضمان لحاكم الشرع باعتبار ولايته. (كاشف الغطاء).

* بل الأوّل مثله في الإشكال. (الإصطهباناتي).

* الظاهر عدم جواز الضمان في كلتا صورتين. (البجنوردي).

* لا يبعد عدم الجواز فيه، بل وفي سابقه. (الخوئي).

* الظاهر عدم الإشكال؛ لأنّ أمثال ذلك من الأمور الحسبيّة التي يصحّ للمؤمنين القيام بها. (السبزواري).

* هذا الإشكال ضعيف، خصوصاً إذا كان الضامن وليّاً عن أرباب الخمس والزكاة، كالفقيه العادل. (محمّد الشيرازي).

* بل وفي سابقه أيضاً. (حسن القمي).

* فيه بل وفي الأوّل أيضاً. (اللكراني).

(١) لكن هو وليّ في قبول الضمان للمولى عليه، وليس بالمضمون له، فيقوّي الإشكال الذي يشير إليه. (المرعشي).

(٢) لا وجه له. (الكوهكَمري).

* الظاهر عدم الإشكال فيه؛ بناءً على صحّة التبرّع عن المديون وإن كان الدّين من الحقوق الشرعيّة. (الفاني).

(٣) والأقوى عدم جوازه. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(مسألة ٣٣): إذا ضمن في مرض موته: فإن كان بإذن المضمون عنه فلا إشكال في خروجه من الأصل؛ لأنّه ليس من التبرّعات، بل هو نظير القرض والبيع بضمن المثل نسيئة. وإن لم يكن بإذنه فالأقوى خروجه من الأصل كسائر المنجزات^(١)، نعم، على القول بالثلث يخرج منه.

(مسألة ٣٤): إذا كان ما على المديون يعتبر فيه مباشرته لا يصحّ^(٢)

⇒ * بناءً على ما ذكرنا في تصويره لا مدخل لاشتغال ذمّته بهما أصلاً. (آقاسية).

* أقرب الجواز. (صدرالدين الصدر).

* بل لا وجه له؛ لأنّ آحاد الفقهاء قبل أن يصل إلى يدهم المال لا يملكون على ذمّة من عليه الخمس أو الزكاة. (البجنوردي).

* بل منع. (الخميني).

* لا وجه لجوازه. (الخوئي).

* حتّى في الضمان للحاكم، وعلى فرض الصحة فالمضمون له كلّ الفقير أو السادة، والحاكم وليّ لهم في قبول الضمان، لا أنّه المضمون له. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا إشكال، خصوصاً إن كان المديون من ذوي العقّة والصالح، وكان معتاد الأخذ، أو ممّن يستحقّ تخصيصه بها. (السبزواري).

* هذا الإشكال ضعيف أيضاً. (محمّد الشيرازي).

* إشكالاً قوياً في غاية القوّة. (حسن القمي).

* قويّ. (الروحاني).

* فيه وفي سابقه. (اللنكراني).

(١) وهو الأقوى، كما سيأتي في كتاب الوصيّة. (المرعشي).

(٢) إلّا على تكلفٍ غير خالٍ من الإشكال. (المرعشي).

ضمانه^(١)، كما إذا كان عليه خياطة ثوبٍ مباشرة، وكما إذا اشترط أداء^(٢) الدين من مالٍ معيّنٍ للمديون. وكذا لا يجوز ضمان الكلّي في المعيّن^(٣)، كما إذا باع صاعاً من صبرة معيّنة، فإنّه لا يجوز الضمان عنه^(٤) والأداء^(٥) من غيرها^(٦) مع بقاء^(٧) تلك الصبرة موجودة.

(مسألة ٣٥): يجوز ضمان النفقة الماضية^(٨) للزوجة؛ لأنّها دين على الزوج، وكذا نفقة اليوم الحاضر لها إذا كانت ممكّنة في صبيحته؛ لوجوبها

(١) ويصحّ بنحو ضمان الأعيان المضمونة، كما سيأتي. (السبزواري).

(٢) إلّا إذا أسقط صاحب الشرط شرطه. (محمّد الشيرازي).

(٣) لا مانع من ضمانه، كضمان العين الشخصية، وهو ضمان العهدة، حسبما عرفت، وسيأتي في المسألة (٣٨). (كاشف الغطاء).

* لا يبعد ضمانه على نحو ما يأتي في المسألة الثامنة والثلاثين. (محمّد الشيرازي).

(٤) إذ المؤدّي حينئذٍ ليس بالمضمون، بل غيره. (المرعشي).

(٥) بل والأداء منها أيضاً؛ فإنّ جواز الضمان فيه مشكل. (اللنكراني).

(٦) بل ومع الأداء منها أيضاً، كما إذا كان المالك للكلّي في المعيّن من صبرة متعدّداً^(أ) فضمن أحدهما عن الآخر فإنّه يرجع إلى ضمان الأعيان، ولا يخلو من إشكال. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٧) وكذا مع عدم بقائها. (الخميني).

* وكذا مع عدم بقائها كذلك. (اللنكراني).

(٨) بناءً على ما هو ظاهر الفقهاء في كون نفقة الزوجة الماضية ديناً ثابتاً في ذمّة الزوج. (الفاني).

(أ) كذا في أصل النسخة، والظاهر (من صُبراتٍ متعدّدة).

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

وأما النفقة المستقبلية فلا يجوز^(٢) ضمانها عندهم^(٣)؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب، ولكن لا يبعد^(٤) صحّته^(٥)؛ لكفاية وجود^(٦) المقتضي^(٧) وهو الزوجيّة.

(١) أو كشفها عن عدم ثبوتها من الأوّل واقعاً. (المرعشي).

(٢) وهو الأقوى. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني، الخميني).

(٣) وهو الأقوى. (عبدالهادي الشيرازي).

✽ وهو الأظهر إن كان الضمان فعلياً؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب، والأحوط إن كان معلقاً على ثبوته في ذمّة المضمون عنه، كما مرّ. (الروحاني).

(٤) بل بعيد. (صدرالدين الصدر، محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ بل هو بعيد. (عبدالله الشيرازي).

✽ مرّ الكلام فيه في أوائل كتاب الضمان. (اللنكراني).

(٥) قد عرفت أنّه بعيد. (الكوهكمرّي).

✽ بل هو بعيد. (البروجردّي).

✽ مرّ الكلام فيه. (الخوئي، حسن القمي).

(٦) لا تكفي الزوجيّة لصدق الدين على النفقة المستقبلية. (الفاني).

✽ الكفاية محلّ نظر بعد اشتراط الثبوت في الذمّة بالنسبة إلى المضمون. (المرعشي).

(٧) في كليّة صحت الضمان بوجود المقتضي إشكال؛ للتشكيك في صدق حقيقته في اعتبار العرف، اللهمّ إلا أن يقال: إنّ المقتضي لوجود الشيء منشأ اعتبارهم لمرتبة من الوجود للشيء على وجه يرتّبون عليه بعض الآثار، ومنه التزامهم بكفاية وجود مقتضي حقّ الخيار لإسقاطه، وحينئذٍ فمن الممكن أيضاً أن يكون المقام من هذا القبيل، وتتفرّع عليه الفروع الآتية في كلمات المصنّف، فراجع، ولقد أشرنا

وأما نفقة الأقارب فلا يجوز ضمانها بالنسبة إلى ما مضى؛ لعدم كونها ديناً على مَنْ^(١) كانت عليه، إلا إذا أذن لل قريب أن يستقرض ويُنفق على نفسه، أو أذن له الحاكم في ذلك؛ إذ حينئذ يكون ديناً عليه^(٢). وأما بالنسبة إلى ما سيأتي فمن ضمان ما لم يجب^(٣)، مضافاً إلى أن وجوب الإنفاق^(٤) حكم تكليفي، ولا تكون النفقة في ذمته، ولكن مع ذلك لا يخلو من إشكال^(٥).

⇒ إليه آنفاً وسابقاً. (آقاضياء).

* في كفايته تأمل وإشكال. (الإصطهباناتي).

* بصرف وجود المقتضي لا يخرج عن كونه ضماناً ما لم يجب، فصحته بعيدة. (البجنوردي).

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

(٢) لمن أقرضه. (المرعشي).

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

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

(٥) لا إشكال في بطلان الضمان. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني، الخميني).

* بل منع؛ لعدم المقتضي في المقام أيضاً. (آقاضياء).

* لا إشكال فيه. (الكوهكَمري).

(مسألة ٣٦): الأقوى^(١) جواز^(٢) ضمان^(٣) مال المكاتب^(٤)، سواء كانت مشروطة أو مطلقة؛ لأنّه دين في ذمّة العبد وإن لم يكن مستقراً؛ لإمكان تعجيز نفسه^(٥).

⇒ * والأقوى عدم صحّة الضمان. (صدرالدين الصدر).

* بل منع جواز الضمان؛ لأنّه ليس شيء في ذمّته حتّى ينقل إلى ذمّة الضامن؛ بناءً على أنّ الضمان نقل ذمّة إلى ذمّة. (البجنوردي).

* لا إشكال فيه قطعاً. (الفاني).

* والبطلان أقرب. (المرعشي).

* لا ينبغي الإشكال في بطلان الضمان. (الخوئي).

* بل لا إشكال في عدم صحّته. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لو لم يصدق الضمان عرفاً لا وجه للصحة. (السبزواري).

* بل لا إشكال في بطلان الضمان. (حسن القمي).

* لا إشكال في عدم الجواز. (الروحاني).

* بل لا ينبغي الإشكال في البطلان. (اللنكراني).

(١) لا قوّة فيه بعد البناء على النقل في الضمان؛ إذ هو فرع الثبوت. (المرعشي).

(٢) لا يخلو من الإشكال. (جمال الدين الكلبيكاني، عبدالله الشيرازي).

* محلّ إشكال. (اللنكراني).

(٣) لا يخلو من الإشكال. (الفائيني).

* فيه إشكال. (عبدالهادي الشيرازي، محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) المكاتب عبارة عن الالتزام بأداء مال من العبد وعتق من المولى، فليست

مستلزماً لاشتغال ذمّة العبد بمال للمولى، فالأقوى عدم جواز ضمان مال الكتابة.

(الفاني).

(٥) فإذا عجز انعتق وليس عليه شيء. (الفيروزآبادي).

والقول بعدم الجواز مطلقاً، أو في خصوص المشروطة؛ معللاً بأنّه ليس بلازم^(١) ولا يؤول^(٢) إلى اللزوم ضعيف، كتعليقه. وربّما يُعلّل بأنّ لازم ضمانه لزومه، مع أنّه بالنسبة إلى المضمون عنه غير لازم، فيكون في الفرع لازماً، مع أنّه في الأصل غير لازم، وهو أيضاً كما ترى^(٣).

(مسألة ٣٧): اختلفوا في جواز ضمان مال الجعالة قبل الإتيان بالعمل، وكذا مال السبق والرماية، فقليل بعدم الجواز؛ لعدم ثبوته في الذمّة^(٤) قبل العمل.

والأقوى^(٥) - وفقاً^(٦) لجماعة -

⇒ * وبالتعجيز تبطل المكاتبة. (المرعشي).

(١) إذ له فسخها بالعجز، فلا ثبوت ولا استقرار للمضمون. (المرعشي).

(٢) إذ بالتأدية يخرج عن عنوان الكتابة. هذا في صورة الجزم، ولو فرض الشك في نفي اللزوم أو الأوّل إليه لا وجه للتمسك بالعمومات أيضاً لإثبات صحّة الضمان؛ لأنّه تمسك بها في الشبهة المصداقيّة. (المرعشي).

(٣) إذ مرجع لزوم الضمان إلى عدم قابليّته للفسخ المنتج لاستقرار ما في ذمّة غيره على ذمّته بنحو كان في الأوّل، مستقراً أو متزلزلاً. (آقاضيّاء).

* فيه إشكال. (المرعشي).

(٤) هذا هو الأقوى، والآية ليست بصدد بيان حكم شرعيّ، وأمّا عهدة الأمر فلا تشتغل بالعوض إلّا بعد عمل العامل؛ لأنّ الجعالة ونحوها إنّما تكون استيفاءً للعمل بالعوض، فما لم يتحقّق العمل في الخارج فلا عهدة. (الفاني).

(٥) لا قوّة فيه، فلا يُترك الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٦) لا قوّة فيه. (الكوهكمرّي).

* لا قوّة فيه، فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمي).

الجواز^(١)، لا لدعوى ثبوته في الذمة من الأوّل وسقوطه إذا لم يعمل، ولا لثبوته من الأوّل بشرط مجيء العمل في المستقبل؛ إذ الظاهر أنّ الثبوت إنّما هو بالعمل، بل لقوله تعالى^(٢): «وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ»^(أ)^(٣)، ولكفاية^(٤) المقتضي^(٥) للثبوت في صحّة^(٦) الضمان، ومنع اعتبار الثبوت

(١) محلّ تأمل. (البروجردى).

※ محلّ إشكال. (الخميني، اللنكراني).

※ فيه نظر، والوجوه الأربعة التي أشار إليها كلّها مخدوشة. (المرعشي).

※ فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك. (الخوئي).

(٢) بل لما تقدّم من كون الضمان بالنسبة إلى هذه الأمور التزاماً وتعهداً من الضامن بها، وإلغاءً لتعهد المضمون عنه، لا تحويلاً لها من ذمته إلى ذمة نفسه، وانطباق مفاد الآية المباركة على كون الزعيم هو المتعهد بالجعل ظاهر. (الفائني، جمال الدين الكلبيگاني).

※ الآية ليست في بيان الضمان النقليّ المصطلح، بل في مقام بيان التعهد، أو الوعد، أو أنّها واردة في بيان أصل تشريع الضمان، فهناك احتمالات أخرى، والتفصيل موكول إلى المبسوطات المؤلفة في آيات الأحكام. (المرعشي).

(٣) وفي دلالة الآية على الضمان المصطلح إشكال، والتمسك بأصالة الحقيقة في أمثال المقام منظور فيه. (آقاضياء).

(٤) فيه إشكال وبعد. (عبدالله الشيرازي).

(٥) قد مرّ الإشكال فيه. (الإصطهباناتي).

※ قد مرّ الإشكال في كفايته. (محمّد رضا الكلبيگاني).

(٦) تقدّم عدم كفاية المقتضي للثبوت في صحّة الضمان، وأنّه لا يخرج بذلك عن كونه

⇐

الفعلية، كما أشرنا إليه سابقاً.

(مسألة ٣٨): اختلفوا في جواز ضمان الأعيان المضمونة - كالغصب^(١)، والمقبوض بالعقد الفاسد، ونحوهما - على قولين: ذهب إلى كـلٍّ منهما جماعة. والأقوى^(٢) الجواز^(٣).

⇒ ضمان ما لم يجب، وأمّا قوله تعالى: ﴿وَلَمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾^(أ)، فليس المراد بقوله تعالى: ﴿أَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ إلاّ التعهد والالتزام^(ب)، لا الضمان المصطلح الذي هو عبارة عن نقل ما هو في ذمّة المضمون عنه إلى ذمّة الضامن. (البجنوردي).

(١) الأعيان المضمونة إنّما تُضمن بالمثل والقيمة بعد تلفها، وضمانها من هذه الجهة قبل التلف ضمان لما لم يجب، وهو باطل. (الفاني).

(٢) بل الأقوى العدم، وتصور الضمان فيه لا يخلو من خفاء، بل منع، وهكذا الكلام في ضمان مال المضاربة، بل هناك لازم باطل لا يمكن الالتزام به، بناءً على ما نقول به في معنى الضمان، نعم، هو صحيح بناءً على ما يقول به غيرنا. (صدرالدين الصدر).

* بل الأقوى عدم الجواز. (محمّد رضا الغلپايگانی).

(٣) عدم صلاحية المذكورات مع بقاء أعيانها لأنّ تضمّن بالضمان الناقل الذي شرّع عقده لإنشائه ظاهر، نعم، لو بنى على صحّته إذا كان من ضمّ ذمّة إلى ذمّة أمكن تصحيحه، وقد بنى الصّحّة في المتن على ذلك، لكنّه كما ترى يمكن تصحيحه بالضمان الطولي. (النائيني، جمال الدين الغلپايگانی).

* بل الأقوى عدم الجواز. (الكوهكفري).

⇐

(أ) يوسف عليه السلام: ٧٢.

(ب) في نسخة الأصل: (تعهد والتزام)، والأصح ما أثبتناه، وإلاّ فتكون العبارة منصوبةً على التنوين باعتبارها خبر ليس.

⇒ * مشكل جدًّا؛ للشك في صلوح المذكورات لتعلّق الضمان الناقل المشروع عندنا بها، وعدم كون ضمانها بمعنى ضمّ ذمّة إلى ذمّة أخرى من مذهبنا، بل من مذهب العامة، والتمسك بالعمومات مع الشك في صحّته في المذكورات عرفاً كما ترى. (الإصطهباناتي).

* لا قوّة فيه. (عبد الهادي الشيرازي).

* بل الأقوى عدم الجواز. (الخميني).

* في صورة تعهد العين وجعلها في العهدة؛ كي تترتب عليه الآثار من استحقاق المضمون له مطالبته على تقدير الوجود والعدم، ووجوب ردّها بعينها وشخصها على فرض البقاء، وبأوصافها النوعيّة وماليّتها، أو بماليّتها فقط عند تلفها، ولكنّ المسألة غير صافية عن شوب الإشكال. (المرعشي).

* الظاهر فيه التفصيل؛ فإنّ المنشأ إذا كان هو التعهد الفعلّي للعين المضمونة ليرتّب عليه وجوب ردّها مع بقائها، ودفع البدل عند تلفها فلا بأس به للعمومات، ولاسيّما أنّه متعارف في الخارج. وإذا كان اشتغال الذمّة بالبدل فعلاً على تقدير تلفها واشتغال ذمّة الضامن الأوّل به متأخراً فهو واضح الفساد، بل صحّته غير معقولة، وإذا كان اشتغال الذمّة بعد اشتغال ذمّة الضامن الأوّل به على نحو الواجب المشروط فصحّته مبتنية على عدم اعتبار التنجيز؛ وبذلك يظهر الحال في ضمان الأعيان غير المضمونة. (الخوئي).

* إذا كان المنشأ التعهد الفعلّي للعين يترتب عليه وجوب ردّها مع بقائها وردّ بدلها عند التلف، وأمّا إذا كان المنشأ اشتغال الذمّة بالبدل؛ فإن كان الاشتغال فعلاً فهو باطل قطعاً، وإن كان معلّقاً على اشتغال ذمّة الضامن الأوّل به فصحّته تبني على عدم اعتبار التنجيز، وقد تقدّم الكلام فيه، وبذلك يظهر الحال في ضمان الأعيان غير

سواء^(١) كان المراد^(٢) ضمانها بمعنى التزام ردّها^(٣) عيناً ومثلها^(٤)، أو قيمتها على فرض التلف، أو كان المراد^(٥) ضمانها بمعنى التزام مثلها،

⇒ المضمونة، فالمتحصّل جواز ضمان الأعيان مطلقاً، بل الظاهر جواز ضمان الأعيان التي عند أصحابها. (الروحاني).

* بل الظاهر العدم، سواء كان المراد به أحد الأمرين المذكورين في المتن، أم كان المراد به هو التعهّد الفعليّ لنفس العين المضمونة على حذو ثبوتها في عهدة الضامن الأول، المترتب عليه وجوب الردّ مع البقاء والبدل مثلاً، أو قيمةً مع التلف، من دون فرق بين أن يكون المراد ضمّ عهده إلى عهدة الأول، أو النقل عنها إليها. (السنكراني). (١) بمعنى التعهّد الفعليّ للعين، وأثره وجوب الردّ مع بقاء العين وردّ مثلها أو قيمتها عند تلفها، وبغير هذا المعنى فلا تخلو من إشكال. (حسن القمي).

(٢) جواز الضمان بمعناه المصطلح - أي نقل ما في ذمّة إلى ذمّة أخرى بالنسبة إلى الأعيان المضمونة كالمغصوبة والمقبوضة بالعقد الفاسد - معلوم العدم، نعم، لا مانع من التعهّد والالتزام بردّها أو ردّ مثلها عند تلفها إن كانت مثلية، وقيمتها إن كانت قيمية. (البجنوردي).

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

(٤) بل المراد جعلها بأعيانها في عهده على نحو كونها شرعاً في عهدة من هي في يده، المستتبع لاستحقاق مطالبته بها موجودة أو تالفة، ثم لوجوب ردّها بشخصها إن أمكن، وإلاّ فبنوعها أو بماليتها، ولكنّ صحّته محلّ إشكال، سواء أريد به نقلها عن عهدة ذي اليد إلى عهده أم ضمّها إليها؛ لاحتمال كونها من الأحكام الشرعية، لا من الأمور التي بيد الناس وضعاً ورفعاً. (البروجردی).

(٥) لا يخفى أنّ الضمان في موارد الضمان هو العهدة، وهي أمر فعليّ، أثره وجوب

أو قيمتها^(١) إذا تلفت؛ وذلك لعموم قوله ﷺ: «الزعيم غارم»^(أ)^(٢)، والعمومات العامة^(٣)، مثل قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(ب). ودعوى أنه على التقدير الأول يكون من ضمان العين، بمعنى الالتزام بردها - مع أن الضمان نقل الحق من ذمة إلى أخرى، وأيضاً لا إشكال في أن الغاصب أيضاً مكلف بالرد، فيكون من ضم ذمة إلى أخرى، وليس من مذهبنا - وعلى الثاني^(٤) يكون من ضمان

⇒ الرد عند وجود العين، وردّ مثلها أو قيمتها عند تلفها، ومع ذلك كونه قابلاً للضمان بأن يثبت تلك العهدة للضامن بسبب تعهده محلّ إشكال، والتمسك بعموم ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مشكل، وبعموم «الزعيم غارم» أشكل. (الإصفهاني).
* فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بترك مثل هذا الضمان. (المرعشي).

(١) هذا هو الضمان لما لم يجب، وهو باطل. (الفاني).
(٢) لا يظهر من هذه الجملة صحة كلّ التزام بعنوان الضمان، والعمومات غير متكفّلة لإثبات العناوين المعاملية، فلا يمكن تطبيقها على كلّ التزام وإن ترتبت عليه توالي فاسدة. (الفاني).

* فيه ضعف صدوراً ودلالة، وما خُيل من العمل بأنه جابر فليس ممّا يُعتدّ به.
(المرعشي).

(٣) فيه تأمل، والعمومات ليست متكفّلة لقابلية المحلّ. (عبدالله الشيرازي).
* يكفي في الصحة إقدام العرف والعقلاء عليه، وعدم ثبوت الردع، فكيف بما إذا شملته العمومات؟! وهكذا الكلام في مال الجعالة. (السبزواري).
(٤) أي بمعنى التزام مثلها أو قيمتها. (الفيروزآبادي).

(أ) مسند أحمد: ٢٦٧/٥، سنن ابن ماجه: ٨٠٤/٢، السنن الكبرى للبيهقي: ٧٢/٦، العلل لابن

حنبل: ١٨/٣، الخلاف للطوسي: ٣١٩/٣، غنية النزوع: ٢٦٠.

(ب) المائدة: ١.

ما لم يجب، كما أنّه على الأوّل أيضاً كذلك بالنسبة إلى ردّ المثل أو القيمة عند التلف مدفوعة: بأنّه لا مانع منه بعد شمول العمومات، غاية الأمر أنّه ليس من الضمان المصطلح. وكونه من ضمان ما لم يجب لا يضّرّ بعد ثبوت المقتضي^(١)، ولا دليل على عدم صحّة ضمان ما لم يجب^(٢) من نصّ أو إجماع وإن اشتهر في الألسن، بل في جملة من الموارد حكموا بصحّته، وفي جملة منها اختلفوا فيه فلا إجماع.

وأما ضمان الأعيان الغير المضمونة - كمال المضاربة والرهن والوديعة قبل تحقّق سبب ضمانها من تعدّد أو تفريط - فلا خلاف بينهم^(٣) في عدم صحّته^(٤). والأقوى^(٥) بمقتضى^(٦) العمومات^(٧)

(١) قد عرفت التأمل فيه. (المرعشي).

(٢) قد مرّ أنّ الأقوى عدم صحّته. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) والحقّ معهم. (الفاني).

(٤) وهو الصحيح. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* وهو الصحيح، والتمسك بالعمومات لصحّته قد مرّ ما فيه. (الإصطهباناتي).

* وهو الأقوى. (عبدالهادي الشيرازي).

* بل الأقوى بطلانه. (الخميني).

(٥) بل الأقوى عدمها. (الفيروزآبادي).

* فيه نظر، والتمسك بالعمومات الخاصّة أو العامّة في رفع أمثال هذه الشبهة كما

ترى. (المرعشي).

* بل الأقوى البطلان. (اللنكراني).

(٦) لا قوة فيه. (الكوهكَمَرِي).

(٧) لا يجوز التمسك بالعمومات في المقام. (عبدالله الشيرازي).

صَحَّتْهُ (١) أَيْضاً (٢).

(مسألة ٣٩): يجوز (٣) عندهم (٤) بلا خلافٍ بينهم ضمان درك (٥) الثمن (٦) للمشتري (٧) إذا ظهر كون المبيع مستحقاً للغير، أو ظهر بطلان البيع لفقد شرطٍ

(١) كيف تجدي العمومات بعد التشكيك في أصل حقيقته العرفية في أمثال المقام. (آقاضياء).

✽ بل بطلانه. (الإصفهاني، البروجردي).

✽ بل الأقوى بطلانه. (البجنوردي).

(٢) مع إقدام المتعارف عليه، كما هو الظاهر. (السبزواري).

✽ بمعنى التعهد، لا بالضمان الناقل من ذمة إلى أخرى، وكذا في الفرع السابق. (محمد الشيرازي).

(٣) محلّ إشكالٍ مع بقاء الثمن، سواء كان قبل القبض أم بعده، وأمّا فيما إذا تلف في يد البائع فلا إشكال في الجواز. (اللنكراني).

(٤) محلّ إشكال. (محمد رضا الكلبيكاني).

(٥) مع بقاء الثمن في يد البائع محلّ تردد، نعم، لا إشكال فيه مع تلفه. (الخميني).

(٦) بعد قبض البائع، واحتمال الضياع في حقّه الذي عبّر عنه الشيخ (أ) والعلامة (ب) ونجمله (ج) فخر الإسلام بضمان العهدة. (المرعشي).

(٧) محلّ تأمل وإشكال، وعدم الخلاف فيه مع قلّة التعرّض له لا يفيد. (البروجردي).

✽ حيث إنّه لم يثبت الإجماع على هذا الضمان ليخرج به عن القواعد فالحال فيه

⇐

(أ) المبسوط: ٣٢٦/٢.

(ب) مختلف الشيعة: ٤٦٤/٥ - ٤٦٥.

(ج) إيضاح الفوائد: ٨٥/٢، ١٢٧.

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

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

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

⇒ هو الحال في ضمان الأعيان المضمونة، وبذلك يظهر الحال في بقية المسألة. (الروحاني).

(١) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

(٢) في كونه أقوى تأمل. (عبد الهادي الشيرازي).

* الأقوى عدم صحّة ضمان درك الثمن إذا كان موجوداً، نعم، يصحّ هذا بعد القبض والتلف، ولكنّه ليس ضماناً للدرك ولا دليل على استثناء ضمان درك الثمن من ضمان ما لم يجب الذي قلنا بطلانه. (الفاني).

* فيه إشكال، والقليل المنقول فيه ما فيه. (المرعشي).

* بالمعنى الذي تقدّم في المسألة السابقة، وكذا في ما بعده. (حسن القمي).

(٣) الاستثناء لم يثبت، بل الحال فيه هو الحال في ضمان بقية الأعيان الخارجية، وبذلك يظهر حال بقية المسألة. (الخوئي).

* لا وجه له بعد صحّته فيها. (السبزواري).

* لم تظهر تمامية هذا القول. (محمّد الشيرازي).

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

* وهو الحقّ فيه وفي ما بعده. (اللنكراني).

(٥) وهو الصحيح، وكذا لو ردّ بالعيب أيضاً أو اختار الأرش. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

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

والأقوى^(٣) في الجميع^(٤) الدخول مع الإطلاق، والصّحة مع التصريح. ودعوى أنّه من ضمان ما لم يجب مدفوعة بكفاية^(٥) وجود السبب^(٦). هذا بالنسبة إلى ضمان عهدة الثمن إذا حصل الفسخ.

⇒ * وهو الأقوى فيه وفي ما بعده. (الإصفهاني، الإصطهباناتي، البروجردی).

* وهو الأقوى، وكذلك الأمر في ما بعده من الفسخ بالعيب السابق أو اللاحق. (البجنوردي).

* وهو الأقوى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) وهو الأقوى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) أولويّته واضحة. (الفيروزآبادي).

(٣) فيه إشكال. (المرعشي).

(٤) بل الأقوى عدم صحّة ضمان ما لم يجب في جميع الموارد، ولا معنى لكفاية وجود السبب في صحّة ضمان ما لم يجب. (الفاني).

* مع إقدام العرف والعقلاء عليه، وأمّا مع تردّدهم فيه فالمشهور هو المنصور فكيف بصورة عدم الإقدام منهم؟! (السبزواري).

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

(٦) وقد عرفت عدم كفاية وجود السبب والمقتضي للضمان، ولا يخرج بذلك عن ضمان ما لم يجب. (البجنوردي).

وأما بالنسبة إلى مطالبة الأرض فقال بعض مَنْ منع من ذلك بجوازها^(١)؛ لأنّ الاستحقاق له ثابت عند العقد، فلا يكون من ضمان ما لم يجب، وقد عرفت أنّ الأقوى صحّة الأوّل أيضاً، وأنّ تحقّق السبب حال العقد كافٍ، مع إمكان دعوى^(٢) أنّ الأرض أيضاً لا يثبت^(٣) إلّا بعد اختياره^(٤) ومطالبته، فالصحّة فيه^(٥) أيضاً من جهة كفاية تحقّق السبب. وممّا ذكرنا ظهر حال ضمان درك المبيع^(٦) للبائع.

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

(١) ولعلّه لا يخلو من قوّة. (الإصفهاني).

* لا يخلو من وجه. (الإصطهباناتي).

(٢) هذه الدعوى صحيحة بالنسبة إلى كون المورد من الضمان لما لم يجب. (الفاني).

(٣) لا يثبت الأرض بالاختيار، بل ثابت له فيختار. (الإصفهاني).

* نعم، ولكنّ الملاك هو الاستحقاق، وهو ثابت بالعقد بلا إشكال، فلا يبعد الجواز فيه. (اللكراني).

(٤) بل كان ثابتاً قبل اختياره فله اختياره. (الإصطهباناتي).

* الأرض ثابت فيختار لا أنّ ثبوته بالاختيار. (الشريعتمداری).

* هذا هو الصحيح ولكن لما كان مطالبته عين اختياره فلا إشكال في اختياره بعد العقد ومطالبته. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* فيختاره، لأنّه ثبت بالعقد لا أنّه يثبت فعلاً باختياره. (السيزواري).

(٥) لا وجه للصحّة لفرض أنّ الذمّة غير مشغولة بالأرض إلّا بعد المطالبة، وعليه فلا يصحّ ضمانه لأنّه من ضمان ما لا يجب. (الخوئي).

(٦) يأتي فيه ما قوينا في ضمان درك الثمن. (الخميني).

(٧) إذا قلنا بصحّته. (الفاني).

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

(مسألة ٤١): الأقوى^(٢) وفاقاً^(٣) للشهيدين (ب)^(٤) صحة ضمان ما يحدثه المشتري من بناء أو غرس في الأرض المشتراة إذا ظهر كونها مستحقة للغير، وقَلَع البناء والغرس فيضمن الأرض، وهو تفاوت ما بين المقلوع والثابت عن البائع، خلافاً^(٥) للمشهور^(٦)؛ لأنّه من ضمان ما لم

(١) وجهه التمسك بالعمومات الخاصة والعامّة، ولكنّه قد تقدّم النظر فيه. (المرعشي).

✽ إذا كان الضمان مقيّداً، لا مطلقاً. (محمّد الشيرازي).

(٢) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

(٣) فيه إشكال. (حسن القمي).

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

(٥) وهو الصحيح، بل لما كان منشأ ضمان البائع لأمثال هذه الخسارات الواردة على

المشتري هو قاعدة الغرور دون نفس العقد، فلو قيل بكفاية تحقّق السبب في صحة

ضمان المسبّب كان تعميمه لمثل الغرور من الضعف بمكان. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٦) وهو الصحيح، بل لما كان منشأ ضمان البائع لأمثال هذه الخسارات الواردة على

المشتري هو قاعدة الغرور دون نفس العقد، فلو قيل بكفاية تحقّق السبب في صحة

ضمان المسبّب كان تعميمه لمثل الغرور من الضعف بمكان. (النائيني).

(أ) المبسوط: ٢ / ٣٢٨.

(ب) اللمعة الدمشقيّة: ١٢٣، مسالك الأفهام: ٢٠٤ / ٤.

يجب، وقد عرفت كفاية السبب^(١).

هذا، ولو ضمنه البائع^(٢) قيل: لا يصح^(٣) أيضاً^(٤) كالأجنبي، وثبوت^(٥)ه
بحكم الشرع لا يقتضي صحة عقد الضمان المشروط بتحقق الحقّ حال

⇒ * وهو المنصور. (الإصفهاني، البروجردی، الخميني).

* وهو الأقوى. (الإصطهباناتي، محمد رضا الكلبيكاني، اللنكراني).

* وهو الأقوى؛ لما ذكرنا من أنّ وجود سبب الضمان لا يُخرج الشيء عن كونه
ضماناً ما لم يجب بالنسبة إلى المسبّب. (البجنوردي).

* وهو الحقّ المنصور. (الفاني).

* وما ذكره أحوط. (الروحاني).

(١) إن كان بحيث يعتني به العقلاء. (السبزواري).

(٢) هذا ما هو المرسوم من كتبه في أوراق الأملاك وسنداتها. (الفيروزآبادي).

(٣) وهو الأقوى، بل لا معنى له، وتعدّد الجهة لا يُجدي. (الإصفهاني).

* وهو الصحيح؛ لما ذكره بأنّه لا معنى لضمان شخص عن نفسه، وتعدّد الجهة لا
يرفع هذا الإشكال. (البجنوردي).

* وهذا هو الصحيح؛ لعدم ثبوت الحقّ حال الضمان. (الفاني).

* وهو الأقوى؛ بل لا وجه لضمان الشخص عن نفسه ولو مع تعدّد الجهة. (الخميني).

* نظراً إلى اتّحاد الضامن والمضمون عنه، وعدم جدوى تعدّد العنوان مع احتمال
كون الجهتين تعليليتين، مضافاً إلى شبهة تحصيل الحاصل. (المرعشي).

* وهو الأصحّ، وتعدّد الجهة لا يجدي في التصحيح. (الللنكراني).

(٤) وهو الأقوى، ودعوى تعدّد الجهة هنا لا محصل له. (الإصطهباناتي).

* وهو الأقوى، بل لا معنى له، وتعدّد الجهة لا يجدي. (البروجردی).

(٥) لأنّ المشتري مغرور من قبل البائع، والمغرور يرجع على من غرّه. (الفيروزآبادي).

الضمان. وقيل بالصحة؛ لأنّه لازم بنفس العقد^(١)، فلا مانع من ضمانه؛ لما مرّ من كفاية^(٢) تحقّق السبب. فيكون حينئذٍ للضمان سببان: نفس العقد، والضمان بعقده.

ويظهر الثمر فيما لو أسقط المشتري عنه حقّ الضمان الثابت بالعقد، فإنّه يبقى الضمان العقديّ، كما إذا كان لشخص خياران بسببين فأسقط أحدهما. وقد يُورَد عليه: بأنّه لا معنى^(٣) لضمّان شخصٍ عن نفسه^(٤)، والمقام من هذا القبيل.

ويمكن أن يقال: لا مانع منه^(٥) مع تعدّد الجهة^(٦). هذا كلّّه إذا كان بعنوان عقد الضمان. وأمّا إذا اشترط ضمانه فلا بأس به،

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

(٢) وقد مرّ الإشكال فيها. (المرعشي).

(٣) وهو كذلك، ولا ترجع دعوى تعدّد الجهة في المقام إلى محض. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* وهو كذلك، وتعدّد الجهة لا يُجدي في المقام. (حسن القمي).

(٤) هذا الإيراد متين جدّاً. (الروحاني).

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

(٦) لا يخفى وهن هذا البيان. (الفيروزآبادي).

* بعد فرض كون العقد سبباً لإثبات المال في ذمّة البائع، فإثبات ذلك بالضمان تحصيل للحاصل، ولا يفيد تعدّد الجهة، مع أنّ العقد الواقع على مال الغير ليس سبباً للضمان، بل السبب نفس تلف مال المشتري بتسبب البائع؛ ولذا يقال في ضمان الغير: إنّهُ ضمان لما لا يجب. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* إذا كانت الجهات منشأ الاعتبار العقلانيّ. (السبزواري).

ويكون مؤكّداً^(١) لِمَا هو^(٢) لازم العقد.

(مسألة ٤٢): لو قال عند خوف غرق السفينة: «أَلْقِ متاعَكَ في البحر وَعَلَيَّ ضَمَانُهُ» صَحَّ^(٣)، بلا خلافٍ بينهم، بل الظاهر الإجماع عليه، وهو الدليل^(٤) عندهم. وأمّا إذا لم يكن لخوف الغرق، بل لمصلحةٍ أُخرى من خِفَّةِ السفينة^(٥) أو نحوها فلا يصحَّ^(٦)

(١) فيه نظر. (المرعشي).

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

(٢) هذا الشرط إن كان بعنوان شرط النتيجة فهو غير صحيح، وإن كان بعنوان شرط الفعل فهو وإن كان صحيحاً إلاّ أنّه لا يكون مؤكّداً. (الخوئي).

* مع فرض ظهور المبيع مستحقاً للغير، وردّ المالك المبيع، وقلع البناء والشجر فالحكم بصحّة شرط الضمان الواقع في ضمن العقد وكونه مؤكّداً لما هو لازمه لا يوافق القواعد، إلاّ أن يكون المراد غير ما هو ظاهر العبارة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) لأنّه من الضمان بالاستيفاء. (الفاني).

(٤) ويمكن تطبيقه على القواعد؛ لأنّه أتلّف ماله بأمر الغير، واحترام المال يقتضي الضمان، نعم، لا بدّ أن يكون الأمر بداعٍ عقلائيّ، كحفظ السفينة من الغرق، وأمّا لمجرّد خِفَّةِ السفينة ونحوها فيمكن الخدشة في كونه عقلائيّاً؛ ولذا لم يحكموا بالصحّة، والإنصاف أنّ الموارد مختلفة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) لسرعة سيرها، أو من جهة سعة المكان على الناس. (الفيروزآبادي).

(٦) وهو الصحيح. (النائيني).

* وهو الأقوى. (الإصفهاني).

* بل هو الصحيح؛ لأنّه حكم على خلاف القاعدة ثبت في موردٍ خاصّ، سيّما إذا

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

تتمّة

قد علّم^(٥) من تضاعيف المسائل المتقدّمة الاتّفاقية أو الخلافة: أنّ ما

⇒ كان الدليل هو الإجماع. (صدرالدين الصدر).

✽ هذا المورد أيضاً من موارد الاستيفاء بالعوض. (الفاني).

✽ وهو الأقوى، وأمّا الأوّل فقد ادّعى الشيخ إجماع الفرقة، بل إجماع الأمة عدا أبي نور^(أ) عليه، ولا بأس به، لكنّه ليس من فروع هذا الكتاب، وغير مربوط بالضمان المذكور فيه. (الخميني).

(١) وهو الصحيح. (جمال الدين الكلبيكاني).

✽ عدم الصّحة هو الصحيح. (الإصطهباناتي).

✽ وهو الأقوى، بل الأوّل أيضاً موضوعاً وحكماً محلّ تأمل. (البروجردی).

✽ وهو الأقوى؛ لأنّه من ضمان ما لم يجب. (البجنوردي).

✽ وقد يدعى السيرة القطعية على الصّحة في الموردين. (الروحاني).

✽ كما هو الحقّ، بل الأوّل أيضاً محلّ تأمل. (اللنكراني).

(٢) فيه إشكال. (المرعشي).

(٣) بل السيرة القطعية العقلية قائمة على الصّحة. (الخوئي).

(٤) إلّا إذا كان العمل حراماً وعلم المأمور بالحرمة فالضمان مشكل، بل لا يبعد عدم

صحّته. (محمّد الشيرازي).

(٥) وعلم ما هو الأقوى. (صدرالدين الصدر).

ذكروه^(١) في أول الفصل من تعريف الضمان، وأنه نقل الحق الثابت من ذمة إلى أخرى، وأنه لا يصح في غير الدين، ولا في غير الثابت حين الضمان لوجه له^(٢)، وأنه^(٣) أعم^(٤) من ذلك حسب ما فصل^(٥).

(مسألة ١): لو اختلف المضمون له والمضمون عنه^(٦) في أصل الضمان، فادعى أنه ضمنه ضامن وأنكره المضمون له فالقول قوله. وكذا لو ادعى أنه ضمن تمام ديونه وأنكره المضمون له؛ لأصالة^(٧) بقاء ما كان عليه. ولو اختلفا في إعسار الضامن حين العقد ويساره فادعى المضمون له إعساره^(٨) فالقول قول^(٩).

(١) قد عرفت أن ما ذكره هو الصحيح. (الفاني).

(٢) بناءً على مبناه، وقد مرّ الكلام في المسائل المذكورة. (الخميني).

* على تفصيلٍ تقدّم كلّ في محله. (حسن القمي).

(٣) أي بناءً على مبناه^{عليه السلام}. (اللكراني).

(٤) وقد مرّ الإشكال في التعميم، وإدخال التعهّد الغير ثابت في الضمان المصطلح. (المرعشي).

(٥) قد عرفت ما فصل وما فيها ممّا ذكرنا. (البجنوردي).

* قد مرّ التفصيل. (الخوئي).

(٦) مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ومع عدم العلم بالحالة السابقة فيه إشكال. (حسن القمي).

(٧) لو لم تكن محكومةً بأصل موضوعي. (المرعشي).

(٨) إلّا إذا كان مسبقاً بالإعسار المجهول عند الضامن فالقول قوله في دعوى بقاءه. (محمد رضا الكلبيكاني).

(٩) مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ومع الجهل بالحالة السابقة

المضمون عنه ^(١).

⇒ فمحلّ إشكال. (الخميني).

* في صورة عدم تقدّم إعساره. (المرعشي).

* في خصوص ما إذا كان مسبوقاً باليسار، ومع الجهل بالحال فيه تأمّل وإشكال. (اللكراني).

(١) مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ولو لم يعلم حاله السابق ففيه إشكال. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* مع سبق يساره، وقول المضمون له مع سبق إعساره، ومع عدم العلم بالحال السابق فمحلّ إشكال. (الإصطهباناتي).

* إذا لم يكن مسبوقاً بالإعسار. (البروجردی).

* إلّا إذا كان الضامن مسبوقاً بالإعسار. (عبد الهادي الشيرازي).

* إذا كان مسبوقاً باليسار للاستصحاب، كما أنّه لو كان مسبوقاً بالإعسار فالقول حينئذٍ قول مدّعي الإعسار، أي المضمون له في المفروض، ولو لم يعلم الحالة السابقة فلاّصلان متعارضان، إلّا أن يقال: لا أثر لأصالة عدم اليسار إلّا على القول بالأصل المُثَبَّت. (البجنوردي).

* في إطلاقه نظر، فلو كان مُعَسِّراً سابقاً فالقول قول المضمون له، ولو لم يعلم حالته السابقة ففيه تأمّل وإشكال، نعم لو كان سابقاً موسراً فما في المتن لا بأس به. (الشريعتمداري).

* لأصالة اللزوم في الضمان المشروطة بيسار الضامن، مع أصالة عدم علم المضمون له بإعساره، إلّا مع علمه بسبق إعساره. (الفاني).

* هذا فيما إذا لم يثبت إعساره سابقاً. (الخوئي).

* إلّا إذا ثبت إعساره سابقاً ولو بالأصل. (السبزواري).

* مع سبق اليسار. (الروحاني).

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

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

ولو اختلفا في اشتراط تأجيله مع كونه حالاً، أو زيادة أجله مع كونه مؤجّلاً، أو وفائه، أو إبراء المضمون له عن جميعه أو بعضه، أو تقييده بكونه من مالٍ معيّنٍ والمفروض تلفه، أو اشتراط خيار الفسخ للضامن، أو اشتراط شيءٍ على المضمون له، أو اشتراط كون الضمان بما يسوّي أقلّ من الدين، قدّم قول المضمون له.

(مسألة ٣): لو اختلف الضامن والمضمون عنه في الإذن^(٣) وعدمه، أو في وفاء^(٤) الضامن^(٥) حتّى يجوز له الرجوع وعدمه، أو في مقدار الدين

(١) فالمقدّم قول مدّعي الصحّة. (المرعشي).

* القول فيه قول مدّعي الصحّة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) لموافقة قوله للأصول العديدة. (المرعشي).

(٣) في الضمان. (المرعشي).

(٤) لو ادّعى الضامن الوفاء: فإن صدّقه المضمون له يلزم المضمون عنه بالأداء، ولا يلتفت

إلى إنكاره، ولو أنكره: فإن أقام البينة على ما يدّعيه يثبت عليهما مطلقاً، وإلا لم يكن

حتّى اليمين المردودة من أحدهما حجّة له على الآخر. (النايني، جمال الدين الكلبيكاني).

* بناءً على تسالهما على الإذن فالقول قول من يدّعي عدم الوفاء. (صدرالدين الصدر).

(٥) مع التسالم على الإذن. (المرعشي).

الَّذِي ضَمَنَ وَأَنْكَرَ الْمَضْمُونُ عَنْهُ الزِّيَادَةَ، أَوْ فِي اشْتِرَاطِ^(١) شَيْءٍ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ^(٢)، أَوْ اشْتِرَاطِ الْخِيَارِ لِلضَّامِنِ قُدُّمَ قَوْلِ الْمَضْمُونِ عَنْهُ^(٣).
وَلَوْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الضَّامِنِ، أَوْ فِي مِقْدَارِ الدَّيْنِ الَّذِي ضَمَّنَهُ وَأَنْكَرَ الضَّامِنُ الزِّيَادَةَ فَالْقَوْلُ قَوْلُ الضَّامِنِ^(٤).

⇨ * مَا لَمْ يَصَدِّقْهُ الْمَضْمُونُ لَهُ. (حَسَنُ الْقَمِّي).

(١) أَيُ فِي ضَمْنِ عَقْدٍ آخَرَ؛ لِأَنَّهُ لَيْسَ طَرَفًا فِي عَقْدِ الضَّامِنِ. (اللَّنْكَرَانِي).

(٢) لَعَلَّ الْمُرَادَ اشْتِرَاطُهُ عَلَيْهِ فِي ضَمْنِ عَقْدٍ آخَرَ، وَإِلَّا فَهُوَ لَيْسَ طَرَفًا فِي عَقْدِ الضَّامِنِ

حَتَّى يَشْتَرِطَ عَلَيْهِ فِي ضَمْنِهِ. (الْبُرُوجَرْدِي).

* الْمَضْمُونُ عَنْهُ لَيْسَ طَرَفًا فِي عَقْدِ الضَّامِنِ، فَلَا مَعْنَى لِاشْتِرَاطِ شَيْءٍ

عَلَيْهِ. (الشَّرِيعَتِمَدَارِي).

* لَا مَعْنَى لِاشْتِرَاطِ شَيْءٍ عَلَى الْمَضْمُونِ عَنْهُ. (الْفَانِي).

* أَيُ فِي عَقْدٍ آخَرَ. (الْخَمِينِي).

* فِي ضَمْنِ عَقْدٍ خَارِجٍ. (الْمَرْعَشِي).

* فِي ضَمْنِ عَقْدٍ خَارِجٍ؛ حَيْثُ إِنَّ الْمَضْمُونُ عَنْهُ لَيْسَ طَرَفًا فِي عَقْدِ الضَّامِنِ حَتَّى

يَشْتَرِطَ فِيهِ شَيْءٌ عَلَيْهِ، وَاحْتِمَالُ كَوْنِهِ مُلْزَمًا بِمَا اشْتَرَطَا عَلَيْهِ بِرِضَاهُ وَإِذْنِهِ لَا وَجْهَ

لَهُ. (مُحَمَّدُ رِضَا الْكَلْبَائِجَانِي).

* فِي ضَمْنِ عَقْدٍ آخَرَ، أَوْ نَفْسِ عَقْدِ الضَّامِنِ، بِنَاءً عَلَى صَحَّةِ شَرْطِ شَيْءٍ بِغَيْرِ

طَرَفِي الْعَقْدِ أَيْضًا، كَمَا هُوَ الْحَقُّ. (السَّبْزَوَارِي).

(٣) لَوْ ادَّعَى الضَّامِنُ الْوَفَاءَ وَصَدَّقَهُ الْمَضْمُونُ لَهُ فَإِنْكَارَ الْمَضْمُونِ عَنْهُ لَا أَثَرَ لَهُ مَعَ

اعْتِرَافِهِ بِالْإِذْنِ، وَيَجُوزُ رَجُوعُ الضَّامِنِ إِلَيْهِ. (الْبَجْنَورْدِي).

* لِتَوَافُقِهِ لِلْأَصْلِ فِي الْفُرُوضِ. (الْمَرْعَشِي).

(٤) فِي عَدَمِ الزِّيَادَةِ، وَأَمَّا لَوْ اخْتَلَفَا فِي أَصْلِ الضَّامِنِ فَالْقَوْلُ قَوْلُ مُنْكَرِهِ. (صَدَرُ الدِّينِ الصَّدْر).

(مسألة ٤): إذا أنكر الضامن الضمان فاستُوفِيَ الحقُّ منه بالبَيِّنَةِ ليس له الرجوع على المضمون عنه المنكِر^(١) للإذن^(٢) أو الدَّين^(٣)؛ لاعترافه بكونه أخذ منه ظلماً. نعم، لو كان^(٤) مدَّعيًا^(٥) مع ذلك للإذن في الأداء بلا ضمانٍ ولم يكن مُنكِرًا لأصل الدَّين وفرض كون المضمون عنه أيضاً معترفاً بالدَّين والإذن في الضمان جاز له الرجوع^(٦) عليه^(٧)؛ إذ لا منافاة بين إنكار الضمان

⇒ * إن كان مُنكِرًا لأصله أو زيادته، وإلا يُقدَّم قول مَنْ كان مُنكِرًا لهما، فالإطلاق في كلامه لا يخلو من نظر. (المرعشي).

(١) هذا القيد لا دخالة له في الحكم. (المنكراني).

(٢) قيد كون المضمون عنه منكرًا للإذن أو الدَّين غير محتاج إليه؛ لأنَّ الحكم في صورتَي الاعتراف والإنكار واحد، وإرجاع القيد إلى الضامن لا مصحح له. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) الظاهر أنَّه لا فرق بين صورتَي الإنكار وعدمه. (الخوئي).

(٤) لا يخفى ما في هذا الفرض بقيوده من التشويش. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٥) لا يخفى ما في هذا الفرض بقيوده من التشويش. (النائيني).

(٦) فيه إشكال؛ إذ الإذن غير مستلزم للرجوع، بل هو أعم، اللهمَّ إلا أن يوجَّه الرجوع بالتقاصّ، وفي صدقه في المورد نظر. (المرعشي).

* إذا أذاه بقصد ما أذن له، وأمّا إذا أخذ منه قهراً من دون أن يقصد الأداء فلا وجه لرجوعه عليه؛ لاعترافه بأنَّ الدَّين باقٍ بحاله، والمال مأخوذ غصباً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٧) مقاصّة. (عبد الهادي الشيرازي).

* هذا إذا كان حين استيفاء الحقِّ منه قصد أداء دَين المضمون عنه. (حسن القمي).

* مقاصّة عمّا أخذ منه. (الروحاني).

* فيه إشكال؛ فإنَّ جواز الرجوع عليه يتفرَّع على براءة ذمّة المضمون عنه باعتقاد

وإدعاء الإذن في الأداء، فاستحقاقه الرجوع معلوم^(١)، غاية الأمر أنّه يقول: إنّ ذلك للإذن في الأداء، والمضمون عنه يقول: إنّهُ للإذن في الضمان، فهو، كما لو ادّعى على شخص أنّه يطلب منه عشرة قرانات^(أ) قرضاً والمُدّعى [عليه]^(ب) ينكر القرض، ويقول: إنّهُ يطلبه من باب ثمن المبيع، فأصل الطلب معلوم ولو لم يعترف^(٢) المضمون عنه بالضمان، أو الإذن فيه،

⇒ الضامن، والمفروض في المقام عدمه؛ لأنّ المأخوذ ظلماً لا يصلح لتحقيق البراءة، بل باقٍ على ملك الضامن باعتقاده، ولم يتعيّن بسببه كلّيّ الدين، فكيف يجوز مع ذلك الرجوع إلى المضمون عنه؟! ومما ذكرنا يظهر الفرق بين ما نحن فيه وبين ذلك المثال. (اللتكراني).

(١) إذا علم بأنّ الواقع لا يخلو من أحد الأمرين، أي صدق دعوى الضامن بأنّه مأذون في الأداء من طرف المضمون عنه، أو صدق دعوى المضمون عنه بأنّه إذن للضامن في الضمان. (البجنوردي).

※ فيه إشكال؛ فإنّ الإذن في الضمان لا يقتضي الرجوع على الآذن، إلّا مع تحقّق الضمان والوفاء به خارجاً، والمفروض في المقام أنّ الضامن يُنكر الضمان، ويعترف بأنّ ما أخذ منه إنّما أخذ ظلماً، ومعه كيف يكون استحقاقه الرجوع معلوماً؟ نعم، لا بأس بالرجوع على المضمون عنه مقاصّةً لما أخذ منه قهراً بإذن من الحاكم الشرعيّ. (الخوئي).

※ مقاصّةً، لا وفاءً بشيء. (السبزواري).

(٢) لم يظهر لي مورد المسألة، وأنّ عدم الاعتراف هل فُرض في صورة ادّعاء الضامن

⇐

(أ) أي: عشرة ريالات، وهي أقلّ عملةٍ إيرانيّةٍ متداولةٍ رسمياً حالياً.

(ب) أضيفت لأجل اقتضاء السياق.

وثبت عليه ذلك بالبيّنة فكذلك^(١) يجوز له الرجوع عليه مقاصّة^(٢) عمّا أخذ منه.
 وهل يجوز للشاهدين على الإذن في الضمان حينئذٍ أن يشهدا بالإذن^(٣)
 من غير بيان كونه الإذن في الضمان، أو كونه الإذن في الأداء؟ الظاهر^(٤)

⇒ الضمان والإذن فيه، أو فُرِضَ في صورة ادّعائه الإذن في الأداء، وكون المأخوذ منه ظلماً؟ فعلى الأول لا معنى للمقاصّة أصلاً؛ لأنّه بعد فرض الثبوت بالبيّنة يجوز له الرجوع على المضمون عنه بعنوان الضمان. وعلى الثاني لا وجه لقيام البيّنة على غير ما يدّعيه المدّعي، بل يُنكره؛ لأنّ مدّعى الضامن إنّما يدّعي مجرد الإذن ويُنكر الضمان رأساً، والمفروض إنكار المضمون عنه له أيضاً، كما أنّه لا وجه لإقامة المضمون له البيّنة، على أنّ المضمون عنه قد أذن في الضمان، فالعبرة مشوّشة جدّاً. (اللنكراني).

(١) في العبارة تشويش؛ فإنّ جواز الرجوع على المضمون عنه مقاصّةً باذنٍ من الحاكم الشرعي لا يرتبط بثبوت الضمان أو الإذن فيه بالبيّنة، بل المناط فيه اعترافه بالدين وبعدم الضمان. (الخوئي).

(٢) فيه نظر. (المرعشي).

* لم أتحقّق معنى المقاصّة في المقام؛ لأنّه إن أذن له وأداه بقصد أداء دينه فهو ضامن له، ولا مورد للتقاصّ. وإن لم يأذن أو لم يقصد الضامن أدائه فلا حقّ له عليه حتّى يتحقّق موضوع التقاصّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* هذا إذا لم يقصد حين استيفاء الحقّ منه أداء دين المضمون عنه. (حسن القمي).

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

(٤) بل الظاهر العدم؛ لما أُفيد من أنّه ليس الإذن مع قطع النظر عن متعلّقه موضوعاً متحصّلاً له أحكام حتّى تترتب عليه أحكامه بقيام البيّنة عليه بدون ذكر متعلّقه، وليس مثل الدين، فإنّ له في حدّ نفسه تحصّلاً وأحكاماً، وليس متقوّماً بأسبابه. (اللنكراني).

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

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

(١) بل الظاهر عدمه؛ إذ ليس الإذن مع قطع النظر عن متعلّقه موضوعاً متحصّلاً له أحكام حتّى ترتّب عليه أحكامه بقيام البيّنة عليه بدون ذكر متعلّقه، وليس مثل الدّين فإنّ له في حدّ نفسه تحصّلاً وأحكاماً، وليس متقوّماً بأسبابه. (البروجردى).

* بشرط أن يكون الإذن في الأداء التزاماً بالضمان الطّوليّ، بأن يكون إذنه في الأداء استيفاءً منه عن المؤدّي مقدار ما أذاه. (الفانى).

* لا معنى للشهادة بالإذن المطلق بلا ذكر المتعلّق، ولا تأثير للبيّنة فيه، وهذا بخلاف الفرض الآتي؛ فإنّ الشهادة على الدّين مؤثّرة ولو بلا ذكر السبب. (الخميني).

* فيه نظر، والظاهر عدمه. (المرعشي).

* بل الظاهر عدمه، ويظهر وجهه ممّا مرّ. (الخوئي).

* ويترتّب عليها أثرها الشرعيّ، وهو صحّة التقاض، ولا يلزم أن يكون المشهود به عنواناً مستقلاً من العناوين الخاصّة، بل المناط ثبوت الأثر الشرعيّ للشهادة. نعم، يشكل؛ من حيث إنّ المشهود به ليس تمام ما تحمّله الشاهدان؛ لأنّ المفروض أنّه الإذن في الضمان، وفيه تفصيل لا يسنّعه المقام، والظاهر أنّ نظره الشريف في الإشكال إلى هذه الجهة، وقد جزم الله بصحّة الشهادة في نظير المقام في الشهادة على النجاسة في كتاب الطهارة. (السبزواري).

* بل التفصيل بين ما إذا كان لكلّ طرفٍ أثر فسماع الشاهدين، وبين ما إذا كان الأثر مختصاً ببعض الأطراف فعدم سماعهما. (محمّد الشيرازي).

* بل الظاهر عدمه، والشهادة بالدّين ليست من نظائره؛ لأنّ الدّين له في حدّ نفسه تحقّق وأحكام، ولا يكون متقوّماً بأسبابه، بخلاف الإذن، كما لا يخفى. (الروحاني).

(٢) لا إشكال في سماع شهادتهما إذا علم أنّهما متّفقان في أنّ الإذن في الضمان، أو في الأداء. (البجنوردي).

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

(مسألة ٥): إذا ادّعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له، وحلف^(٢) ليس له الرجوع على المضمون عنه إذا لم يصدّقه في ذلك، وإن صدّقه جاز له الرجوع إذا كان بإذنه، وتقبل شهادته له بالأداء إذا لم يكن هناك مانع من تهمّة أو غيرها ممّا يمنع من قبول الشهادة.

(مسألة ٦): لو أذن المديون لغيره في وفاء دينه بلا ضمانٍ فوقّي جاز له الرجوع عليه^(٣). ولو ادّعى الوفاء وأنكر الإذن قبل قول المأذون؛ لأنّه أمين من قبله.

ولو قيّد الأداء بالإشهاد وادّعى الإشهاد وغَيّبه الشاهدان قبل قوله أيضاً، ولو علم عدم إشهاده ليس له الرجوع، نعم، لو علم أنّه وقّاه ولكن لم يشهد

(١) مع العلم بكون نظر الشاهدين إلى جهةٍ واحدةٍ لا إشكال في سماعها بالنسبة إلى تلك الجهة؛ لصدق البينة عليه. (آقاضي).

* الظاهر أنّه لا إشكال فيه. (الخوئي).

* الشهادة على أصل الدّين من دون ذكر السبب لا إشكال فيه ظاهراً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا إشكال إذا لم تكن الخصوصيات مغيرةً للحكم. (محمّد الشيرازي).

(٢) وكذا إن لم يحلف ما لم يكن يصدّقه المضمون عنه، ولم يثبت عليه شرعاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) في صورة عدم التقيد بالتبرّع. (المرعشي).

* إذا لم يقبّد إذنه بالوفاء المجاني. (محمّد رضا الكلبيكاني).

يحتمل^(١) جواز^(٢) الرجوع^(٣) عليه^(٤)؛ لأنَّ الغرض من الإِشهاد^(٥) العلم^(٦) بحصول الوفاء^(٧)، والمفروض تحقُّقه^(٨).

[تَمَّ كِتَابُ الضَّمان]

* * *

(١) لَكِنَّهُ ضَعِيفٌ، وتعليله بحصول الغرض أضعف، كما لا يخفى، والحمد لله ربَّ العالمين، والصلاة على نبيِّه وآله الطاهرين. (النائيني، جمال الدين الكلبيگاني).
* احتمالاً لا يُعَوَّل عليه بعد تقييد الإِذن بالوفاء بالإِشهاد، نعم، تبرأ ذمَّتُه، ولكن ليس للمؤدِّي الرجوع عليه. (صدرالدين الصدر).

(٢) فيه إشكال. (المرعشي).

* بل هو الظاهر فيما لو كان الغرض من الإِشهاد علم الآذن بحصول الوفاء من قبل المأذون، وأمَّا لو كان الغرض منه القدرة على إقامة البيِّنة في مقابل الدائن لو أنكر الوفاء فرضاً، أو كان الغرض منه كلا الأمرين فجواز الرجوع عليه في الفرضين بعيد. (اللتكراني).

(٣) لَكِنَّهُ ضَعِيفٌ. (حسن الفقي).

(٤) لَكِنَّهُ بَعِيدٌ فِي فَرْضِ التَّقْيِيدِ، كما هو المفروض. (الخوئي).

* لَكِنَّهُ ضَعِيفٌ. (الروحاني).

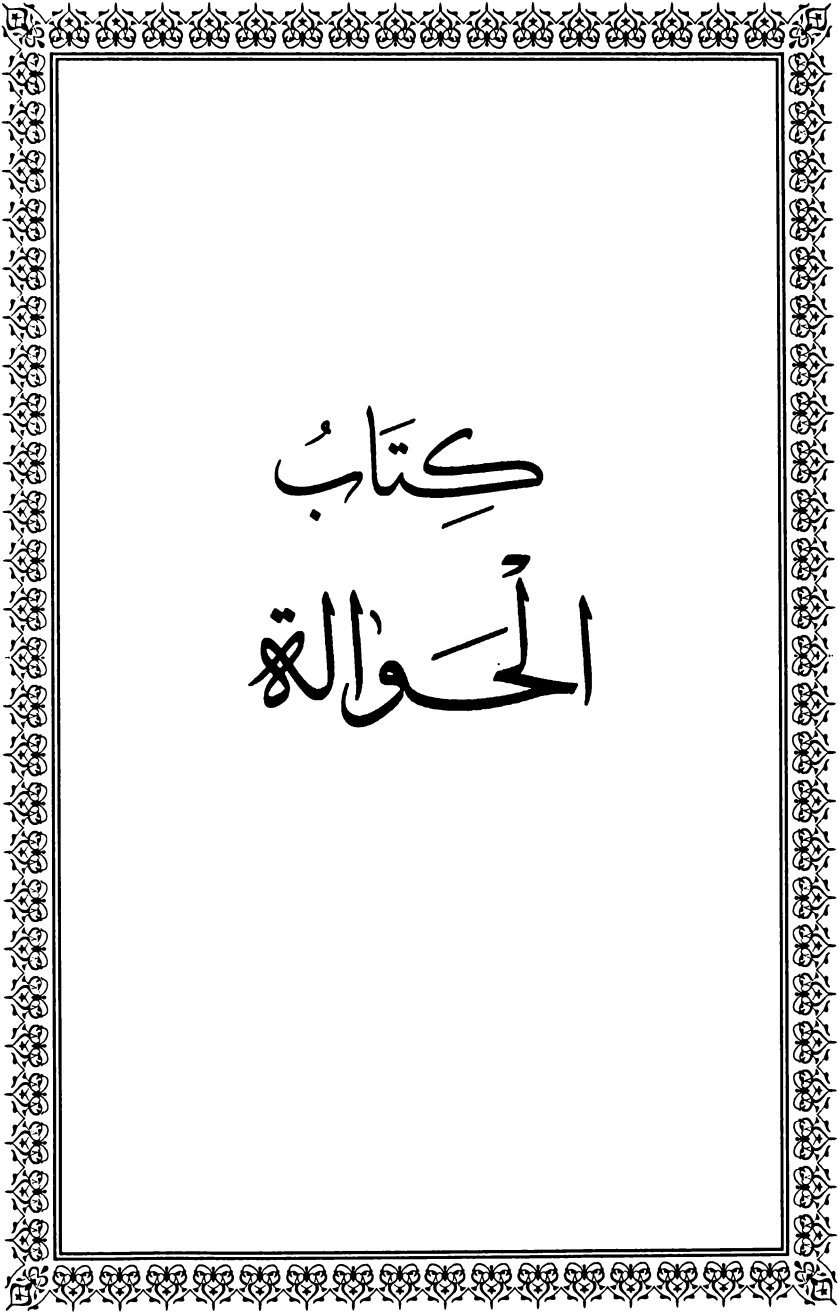
(٥) أَيِّ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ عَلَى وَجْهِ التَّقْيِيدِ. (محمَّد الشيرازي).

(٦) أَوْ احْتِمَالُ دَعْوَى الدَّائِنِ عَدَمِ الْوَفَاءِ وَنَحْوِهِ. (المرعشي).

* وَقَدْ لَا يَكُونُ ذَلِكَ، مِثْلُ أَنْ يَخَافَ مِنَ الدَّائِنِ دَعْوَى عَدَمِ الضَّمانِ، أَوْ عَدَمِ الْوَفَاءِ بَعْدَ الْأَدَاءِ. (محمَّد رضا الكلبيگاني).

(٧) لَيْسَ الْغَرْضُ مَنْحَصِراً بِهَذَا، بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّ الْغَرْضَ هُوَ وَجُودُ الْحَبَّةِ إِذَا أَنْكَرَ الدَّائِنُ الْوَفَاءَ. (البجنوردي).

(٨) الظَّاهِرُ اخْتِلَافُ ذَلِكَ بِاخْتِلَافِ الْمَوَارِدِ؛ إِذْ قَدْ يَكُونُ لِنَفْسِ الْإِشْهَادِ وَالِاشْتِيَاقِ مَوْضُوعِيَّةٌ خَاصَّةٌ. (السبزواري).



كِتَابُ الْحِوَالَةِ

الحوالة

وهي عندهم: تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة، والأوّل^(١) أن يقال: إنّها إحالة المديونِ دائنّه إلى غيره^(٢)، أو إحالة المديونِ دينّه من ذمّته إلى ذمّة غيره^(أ).

وعلى هذا فلا ينتقض طرده بالضمان؛ فإنّه وإن كان تحويلاً من الضامن للذين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّته إلّا أنّه ليس فيه الإحالة المذكورة^(٣).

(١) حيث إنّ المقصود إحالة الدائن بماله إلى غيره، والإحالة بالمال هي عين إحالة ما في ذمّته إلى ذمّة غيره، فمرجع التعبيرين واحد. (محمّد رضا الكلبيكاني).
(٢) في دينه. (الخميني).

(٣) المقصود أنّه ليس في الضمان إحالة المديون؛ لأنّ المحيل فيه هو الضامن، فإنّه بنفسه يُحيل دين المديون إلى ذمّته، من غير فرقٍ بين كون الضمان تبرّعاً أو باستدعاء المضمون عنه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(أ) الحوالة: أحلّته بدينه؛ إذا نقلته من ذمّتك إلى غير ذمّتك. وأحال عليه بدينه مثله. والاسم الحوالة. وهي في مصطلح الشرع: عقد شرّع لتحويل المال من ذمّة إلى ذمّة مشغولة بمثله، أو غير مشغولة على اختلافٍ فيه بشرط رضا الثلاثة، واقتصر على رضا المحيل والمُحتال. وهي على ما ذكره بعض المحقّقين على أقسامٍ أربعة؛ لأنّ المحيل والمحال عليه إمّا أن يكونا مشغولي الذمّة، وهذه هي الحوالة الحقيقيّة أو يكونا بريّين وهذه وكالة في إقراض مال. أو يكون المحال عليه مشغول الذمّة خاصّةً وهذه وكالة في استيفاء دين أو المحيل خاصّةً وهي ملحقة بالأوّل إن لم يشترط شغل ذمّة المحال عليه، ومع الاشتراط فهي بالضمان أوّل. مجمع البحرين: ٣٦٠/٥، (مادة حول).

خصوصاً إذا لم يكن بسؤالٍ من المضمون عنه.
ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ^(١)، والعقل، والاختيار^(٢)، وعدم
السَّفه في الثلاثة^(٣) من المُحيل والمحتال والمُحال عليه، وعدم
الحَجَر^(٤) بالسَّفه^(٥)

(١) الظاهر عدم اعتبار شيءٍ من ذلك في المحال عليه، إلّا إذا كانت الحوالة على البريء فإنّه تعتبر فيه الأمور المذكورة غير الفلّس.
(الخوئي).

(٢) إن لم يكن المحال عليه بريئاً فالأظهر عدم اعتبار الاختيار فيه، إلّا أن تكون الحوالة بغير جنس ما في ذمّته. (حسن القمي).

(٣) الظاهر أنّ حكم الحجر بالسَّفه حكمه بالفلّس. (الخوئي).

* بناءً على اعتبار رضا المحال عليه مطلقاً، أو في خصوص البريء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا يضرّ سفاهة المحيل إذا كانت الحوالة على البريء. (الروحاني).

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

(٥) بالفلّس. (الفيروزآبادي).

* كأنّه سهو من قلمه الشريف، أو من النسخ، والصحيح: عدم الحجر بالفلّس.
(الإصطهباناتي).

* هكذا في النسخ، والصحيح: وعدم الحجر بالفلّس. (عبدالهادي الشيرازي).

* تقدّم اعتبار عدم السَّفه في الثلاثة، فلعلّ العبارة كانت عدم الحجر بالفلّس وصار سهواً من قلم النسخ. (البجنوردي).

* بل بالفلّس. (الفاني).

في المحتال^(١) والمحال عليه^(٢)، بل والمحيل، إلا إذا كانت

⇒ * بل بالفلس، والظاهر اشتباه النسخة، وإنما يعتبر عدم الحَجَر بالفلس في المحتال وكذا في المحيل، إلا على البريء، وأما في المحال عليه فلا يعتبر وإن كان محجوراً عليه في أمواله الموجودة قبل رفعه. (الخميني).

* في نسخة مصححة: بالفلس، وهو الظاهر. (المرعشي).

* هذه الكلمة من سهو القلم أو غلط النسخ، وصحيحها: بالفلس. (الخوئي).

* الصواب: بالفلس؛ حيث إن عدم السَّفه مرّ ذكره. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الظاهر أن لفظ «السَّفه» سهو القلم، والصواب: الفلس. (حسن القمي).

* والصحيح عدم الحَجَر بالفلس. (الروحاني).

* الظاهر اشتباه النسخ، والصواب بالفلس، كما أن الظاهر اتحاد حكم السَّفه معه. (اللنكراني).

(١) الصواب بدل السَّفه «الفلس»، وكأنّه من سهو القلم أو غلط النسخ. (الشريعتمداري).

* الصحيح بالفلس والجنون. (السبزواري).

(٢) فيما يعتبر فيه رضاه. (الكوهكَمري).

* هكذا في النسخ، والصواب: وعدم الحَجَر بالفلس. (البروجردی).

* في الاشتراط نظر. (المرعشي).

* لا يُعلم وجهُ منع حَجَر المحال عليه عن الحوالة عليه؛ لعدم كونه تصرفاً في المال الخارجي، بل هي نقل لذمته المشغولة بدين المحيل إلى المحتال فصارت مشغولة بدينه، فإن قلنا بأنّه عين الدين السابق فالمحتال شريك للغرماء، وإن قلنا بأنّ هذا دين حادث فالمحتال لم يكن شريكاً لهم، مثل سائر الديون الحادثة بعد الحَجَر. (محمّد رضا الكلبيكاني).

الحوالة على البريء^(١) - فإنه لا بأس به^(٢)؛ فإنه نظير الاقتراض^(٣) منه - أمور:

أحدها: الإيجاب والقبول على ما هو المشهور^(٤) بينهم؛ حيث عدّوها من العقود اللازمة، فالإيجاب من المحيل والقبول من المُحتال. وأمّا المُحال عليه فليس من أركان العقد، وإن اعتبرنا رضاه^(٥) مطلقاً، أو إذا كان بريئاً؛ فإنّ مجرد اشتراط الرضا منه لا يدلّ

⇒ * لا وجه لاعتبار عدم الفلّس بالإضافة إلى المحال عليه، والحجر عليه في أمواله الموجودة لا يستلزم الحجر عليه في الحوالة. (اللنكراني).

(١) مع كون الحوالة على البريء فلا يعتبر عدم الفلّس في المحال عليه أيضاً، وفي هذه الصورة اعتبار عدم السّفه في المحيل محلّ تأمل. (حسن القمي).

(٢) أي بأن يكون المحيل محجوراً بالفلّس. (الفيروزآبادي).

* سواء كان المحيل مفلساً أم المحال عليه. (البروجدي، محمّد رضا الكلبيكاني).

* من دون فرق بين أن يكون المحيل مفلساً، أو المحال عليه. (اللنكراني).

(٣) الاقتراض الصادر من المفلس. (الفيروزآبادي).

* معاملات السّفه كلّها باطلة شرعاً اقتراضاً أو غيره، ويكفي إطلاق الآية الشريفة

﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ﴾ (أ). (كاشف الغطاء).

(٤) وهو الحقّ المحقّق. (المرعشي).

(٥) والأقوى اعتبار رضا المحال عليه في البريء وفي غير الجنس. (عبدالله

الشيرازي).

* مقارناً أو متراحياً. (المرعشي).

على كونه طرفاً وركناً للمعاملة.
ويحتمل^(١) أن يقال^(٢): يعتبر^(٣) قبوله^(٤)

(١) لكّنه بعيد جدّاً. (الإصفهاني).

* احتمالاً قريباً. (صدرالدين الصدر).

* الأقرب ذلك في الحوالة على البريء، أو الحوالة بغير جنس ما على المحال عليه. (المرعشي).

(٢) هذا لا يخلو من قوّة فيما إذا كانت الحوالة على البريء، أو بغير جنس ما على المحال عليه، نعم، لا يبعد عدم بطلان الحوالة بالفصل على النحو المتعارف فيها. (البروجردی).

* لكّنه في غاية الضعف. (حسن القمي).

* بل يقوى في الحوالة بغير الجنس، أو على البريء. (السبزواري).

(٣) لا يبعد ذلك فيما إذا كانت الحوالة على البريء، أو بغير الجنس الذي على المحال عليه، ولكن الظاهر عدم إخلال الفصل على النحو المتعارف فيها، وأمّا في غيرهما فالأحوط اعتباره بالنحو الذي ذكرنا. (اللكراني).

(٤) هذا الاحتمال قويّ بالنسبة إلى الحوالة على البريء. (البجنوردي).

* الأقوى عدم اعتبار رضاه إلّا إذا كان بريئاً؛ لأنّ الحوالة على البريء عبارة عن الاستيفاء بالضمان الطوليّ، فالبريء المحال عليه يصير برضاه ضامناً لما في ذمّة المحيل، وحيث إنّ هذا الضمان إنّما هو بإذن من المضمون عنه المستفاد من حوالة فيكون ضامناً للمحال عليه بعد أدائه ما ضمنه وبمقداره، ومن هذا البيان ظهر أنّ العقد أبداً مركّب من إيجاب وقبول، نعم، ربّما تكون قضيّة واحدة في المعاملات الدارجة تنحلّ إلى قضيتين، فيتوهم أنّ هناك إيجاباً وقبولين. (الفاني).

* الأقوى اعتباره في الحوالة على البريء، أو بغير جنس ما على المحال عليه،

أيضاً^(١)، فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين^(٢). وعلى ما ذكره
 يشترط فيها ما يشترط في العقود^(٣) اللازمة، من الموالاة^(٤) بين الإيجاب
 والقبول ونحوها، فلا تصحّ مع غيبة^(٥) المحتال أو المحال عليه^(٦) أو كليهما
 بأن أوقع الحوالة بالكتابة^(٧).
 ولكنّ الذي يقوى^(٨)

⇒ والأحوط اعتباره في غيرهما أيضاً، لكن لا يبعد عدم اعتبار عدم الفصل المعتبر في
 القبول. (الخميني).

✽ وهو الأقوى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) لكنّه بعيد جدّاً. (الخوئي).

✽ وهو ضعيف. (الروحاني).

(٢) أو منحلّاً إلى عقدّين. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

✽ لا وجه له. (الكوهكَمري).

✽ بل منحلّاً إلى عقدّين. (البجنوردي).

✽ ويصحّ التحليل إلى العقدّين أيضاً. (السبزواري).

(٣) بما هي عقود، سواء كانت لازمة أم جائزة، لا ما تقتضيه أدلّتها الخاصّة بها.
 (المرعشي).

(٤) مع كونها عقدّاً لا يضرّها تأخير القبول. (عبدالله الشيرازي).

(٥) في إطلاقه إشكال. (محمّد الشيرازي).

(٦) بناءً على كونه من أطراف العقد أيضاً. (الإصفهاني).

✽ بناءً على كونه من أركان العقد. (المرعشي).

(٧) بخلاف ما لو وقعت بوسيلة الأدوات النقالّة للصوت؛ فإنّ الموالاة محفوظة فيه
 عرفاً. (صدرالدين الصدر).

(٨) الأقوى كونها من العقود، وما ذكره لا وجه له. (الكوهكَمري).

عندي^(١) كونها^(٢) من الإيقاع^(٣)، غاية الأمر اعتبار

⇒ * بل الأقوى كونها عقداً، وهكذا الضمان والوكالة. (الإصطهباناتي).

* ما قواه^١ في غاية الضعف، والحق أنها والضمان والوكالة من العقود، وما استدللّ وعللّ لإثبات دعواه في غاية الضعف؛ إذ الحوالة نقل الدين اختياراً من ذمة إلى ذمة أخرى، وهذا المعنى نحو تصرف في ملك الغير وفي ذمته، فيحتاج إلى القبول، فأين هو من الوفاء؟! وهكذا الأمر في أخذتها، بل فيهما أظهر. (المرعشي).

(١) كون هذه العقود من الإيقاع مشكل شرعاً، نعم، لا ريب في توسعة الأمر فيها بما لم يوسّع في غيرها من العقود، وهو أعمّ من كونها إيقاعاً. (السبزواري).

(٢) لا يخفى ضعف هذه الدعوى في الحوالة وكذا في الضمان أيضاً والوكالة وانعقادها بالكتابة ومع عدم التوالي بين الإيجاب والقبول لا يوجب أن تكون من الإيقاع ولتوضيح الفرق بينهما وبين سائر العقود اللازمة في ذلك مقام آخر. (جمال الدين الكلبايغان).

(٣) فيه نظر. (الفيروزآبادي).

* لا يخفى ضعف هذه الدعوى في الحوالة، وكذا في الضمان أيضاً والوكالة وانعقادها بالكتابة، ومع عدم التوالي بين الإيجاب والقبول لا يوجب أن تكون من الإيقاع، ولتوضيح الفرق بينها وبين سائر العقود اللازمة في ذلك مقام آخر. (النائيني).

* بل الذي يقوى كونه عقداً بين المحيل والمحتمل، وكذا الضمان والوكالة، نعم، الظاهر صدق هذه المقالة في الجعالة. (الإصفهاني).

* هذا ضعيف جداً، وما استدللّ به عليه أضعف منه؛ إذ الوفاء هو تأدية الدين إلى مالكة، والمديون هو السلطان عليها بعد حلوله، وليس لصاحبه الامتناع منه، والمحيل لا يؤدي ما في ذمته إلى مالكة، بل ينقله إلى ذمة أخرى، وهو تصرف في ملك الغير وفي ذمة الغير بلا سلطنة منه عليهما، فلا يصحّ بدون قبولهما، فظهر بهذا

⇒ احتياج الضمان أيضاً إلى القبول. (البرجودي).

✽ الظاهر كون الحوالة والضمان والوكالة من العقود، ولا ينافيه عدم اعتبار ما ذكره فيها. (عبدالهادي الشيرازي).

✽ بل الأقوى كونها عقداً، وكذلك الأمر في الضمان والوكالة، والفرق بين الإذن في بيع الدار والوكالة فيه واضح. (البجنوردي).

✽ وتقدّم أنّها من العقود. (عبدالله الشيرازي).

✽ لا ملازمة بين كون الحوالة من العقود وبين اعتبار جميع ما اعتبروه في العقود اللازمة فيها؛ لعدم التسليم بالنسبة إلى جملة منها أولاً، وعدم دليل على التعميم ثانياً. (الفاني).

✽ هذا في غاية الضعف في المقام، وكذا في الضمان والوكالة، ولا إشكال في أنّ كلّها من العقود وفيها ميزانها المقوم لها، وأمّا الإذن فهو إيقاع، والفرق بينه وبين الوكالة ظاهر. (الخميني).

✽ بل الأقوى خلافه، كما أنّ الأمر كذلك في الضمان والوكالة، نعم، لا يبعد جواز الاكتفاء في جميعها بالكتابة، وعدم اعتبار الموالاة بين الإيجاب والقبول. (الخوئي).

✽ بل الأقوى أنّ حقيقة الحوالة نقل من المحيل ما في ذمته للمحتال إلى ذمّة المحال عليه، وبهذا الاعتبار تكون عقداً، وحصول الإيفاء والاستيفاء في خصوص الحوالة على المديون أمر خارج عن حقيقة العقد، كما في بيع الدين على المديون؛ ولذا تصحّ الحوالة على البريء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ بل الظاهر كونها عقداً، وكذا الضمان والوكالة. (محمّد الشيرازي).

✽ هذه الدعوى ضعيفة جدّاً، وكذا في الضمان والوكالة، وانعقاد هذه العقود بالكتابة، ومع عدم التوالي بين الإيجاب والقبول وإن كان صحيحاً إلاّ أنّه لا يوجب كونها من

الرضا^(١) من المحتال، أو منه ومن المحال عليه^(٢)، ومجرّد هذا^(٣) لا يصيّرهُ عقداً؛ وذلك لأنّها نوع من وفاء الدّين^(٤) وإن كانت توجب انتقال

⇒ الإيقاع. (حسن القمي).

* لا قوّة فيه، بل الأقوى خلافه، وما ذكره من التعليل عليل؛ إذ الفرق بينه وبين سائر أنواع وفاء الدّين ما أشار إليه بقوله: «وإن كانت توجب انتقال الدّين من ذمّته...» إلى آخره، فالأظهر أنّها من العقود، ومتقوّمه بالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال، ولا ينافيه عدم اعتبار ما ذكره فيها. (الروحاني).

* الظاهر أنّ الحوالة وكذا الضمان والوكالة كلّها من العقود، أمّا الحوالة فلأنّ حقيقتها لا ترجع إلى الوفاء، بل هي عبارة عن نقل المحيل ما في ذمّته للمحتال إلى المحال عليه، فهو تصرّف في ملك الغير من جهة، وفي ذمّة الغير من جهة أخرى، ولا يعقل تحقّقها بدون القبول. وأمّا الضمان فكذلك؛ لما ذكر. وأمّا الوكالة فلأنّها تغاير مجرّد الإذن؛ لأنّ حقيقتها النيابة المضافة إليهما، وليس لأحدهما الاستقلال فيها، والمفروض أنّه موضوع في الشرع والعرف لآثار خاصّة، وهذا بخلاف الإذن الذي هو مجرّد ترخيص. (اللكراني).

(١) مع ما يدلّ عليه لفظاً أو فعلاً. (صدرالدين الصدر).

* مع المبرز اللفظي أو الفعلي. (المرعشي).

(٢) وقد مرّ التفصيل، وأنّها من العقود؛ لصدق عنوان العقد عليه، فيشمّله حكمه، ومجرّد الرضا لا يكفي إلّا إذا كان بنحو المعاوضة. (عبدالله الشيرازي).

(٣) بل يصيّرهُ؛ إذ ليس المراد به إلّا ذلك، ومنه تعرف النظر في ما ذكره ذيلًا، سيّما بالنسبة إلى الضمان. (صدرالدين الصدر).

(٤) في كون الحوالة من سنخ الوفاء محلّ إشكال؛ لقوّة احتمال كونه من باب تبديل الذمّ، ولو لم يكن اعتياضاً، كما في البريء، ويترتّب عليه رضا الثلاثة من المحتال

الَّذِينَ^(١) مِنْ ذِمَّتِهِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَحَال عَلَيْهِ، فَهَذَا النُّقْلُ وَالْإِنْتِقَالُ

⇒ وَالْمَحَالُّ عَلَيْهِ وَالْمَحِيلُ، وَالْأَصْلُ أَيْضاً يَقْتَضِيهِ. (أَقْضَاءُ).

✽ إِفَادَةُ الْعَقْدِ فَائِدَةُ الْإِقْبَاعِ لَا يَصِيرُهُ إِقْبَاعاً، كَمَا أَنَّ إِفَادَةَ عَقْدٍ فَائِدَةُ عَقْدٍ آخَرَ بِذَلِكَ الْعَقْدِ وَإِفَادَةُ الْمَكَاتِبَةِ فَائِدَةُ الْعَتَقِ لَا يَصِيرُهَا إِقْبَاعاً. وَفَائِدَةُ الصَّلْحِ فَائِدَةُ الْإِجَارَةِ أَوْ بَيْعاً لَا يَخْرُجُهُ عَنْ كَوْنِهِ صَلْحاً وَحَقِيقَةً أُخْرَى. وَأَمَّا قَوْلُهُ أَنْتَ مَاذُونُ بَيْعِ دَارِي فَلَيْسَتْ هِيَ إِقْبَاعاً وَلَا عَقْداً، بَلْ هِيَ إِبَاحَةٌ وَرَخْصَةٌ.

وَكُونُ فَائِدَتِهِ فَائِدَةُ الْوَكَالَةِ لَا يَقْتَضِي اتِّحَادَهُمَا. أَلَا تَرَى أَنَّهُ لَوْ رَدَّ الْإِذْنَ جَازَ لَهُ الْبَيْعُ، بِخِلَافِ الْوَكَالَةِ! وَمَنْ الْغَرِيبُ قَوْلُهُ ﷺ: «وَمَجْرَدُ هَذَا لَا يَصِيرُهُ عَقْداً» فَإِنَّا لَا نَعْرِفُ ضَابِطَةً تُمَتَّازُ بِهَا الْعُقُودُ مِنَ الْإِقْبَاعَاتِ، سِوَى أَنَّ الْمَسَبِّبَاتِ الشَّرْعِيَّةَ إِذَا تَوَقَّفَتْ أَسْبَابُهَا عَلَى طَرَفَيْنِ فَهِيَ عَقُودٌ، وَإِذَا كَفَى فِي تَحَقُّقِهَا طَرَفٌ وَاحِدٌ فَهِيَ إِقْبَاعٌ. وَلَيْتَهُ - طَابَ ثَرَاهُ - ذَكَرَ لَنَا غَيْرَ هَذِهِ الضَّابِطَةِ، وَلَوْ سَلَّمْنَا أَنَّ الْحَوَالَةَ وَالضَّمَانَ إِقْبَاعٌ - وَلَكِنَّ الْإِقْبَاعَاتِ كُلَّهَا لَا تَصَحُّ، وَلَا تَقَعُ إِلَّا بِالْفَلْظِ وَالصِّيغَةِ الْخَاصَّةِ، وَلَا يَصَحُّ شَيْءٌ مِنْهَا بِالْكِتَابَةِ وَحْدَهَا، كَالطَّلَاقِ وَالْعَتَقِ وَنَحْوَهُمَا - فَمَا ذَكَرَهُ ﷺ مَمْنُوعٌ صَغَرَى وَكَبُرَى، وَسَبَّكَ مَجَازٍ بِمَجَازٍ، وَلَوْ اعْتَبَرْنَا الرِّضَا شَرْطاً أَمَكُنَ ذَلِكَ فِي جَمِيعِ الْعُقُودِ، وَلَا يَبْقَى مَائِزٌ، وَلَا فَرْقٌ بَيْنَ الْعَقْدِ وَالْإِقْبَاعِ أَصْلاً، فَتَدَبَّرْهُ جَيِّداً. (كَاشَفُ الْغَطَاءِ).

✽ لَكِنْ نَمْنَعُ كَوْنَ هَذَا النُّوعِ إِقْبَاعاً، كَمَا أَشَارَ إِلَى الْفَرْقِ بَيْنَهُ وَبَيْنَ غَيْرِهِ بِقَوْلِهِ: وَإِنْ كَانَتْ تَوَجَّبُ انْتِقَالَ الدِّينِ مِنْ ذِمَّتِهِ إِلَى ذِمَّةِ الْمَحَالِّ عَلَيْهِ. (الْإِصْطِهَابَانَتِي).

✽ لَا وَجْهَ لَهُ، وَإِنْ كَانَ فِي بَعْضِ أَنْعَاءِ وَفَاءِ الدِّينِ احْتِيَاجٌ إِلَى قَبُولِ الدَّائِنِ، وَهُوَ فِيمَا إِذَا أَرَادَ الْمُدْيُونُ أَدَاءَ الدِّينِ مِنْ غَيْرِ جِنْسِ الدِّينِ، كَأَدَاءِ التُّومَانِ فِي مَقَامِ وَفَاءِ الدِّينَارِ، إِلَّا أَنَّهُ فِي مَقَامِ الْإِسْقَاطِ، لَا فِي مَقَامِ الْإِثْبَاتِ، بِخِلَافِ الْحَوَالَةِ وَالضَّمَانَ فَإِنَّهُمَا بِحَسَبِ الظَّاهِرِ فِي مَقَامِ الْإِثْبَاتِ. (عَبْدُ اللَّهِ الشَّيْرَازِي).

(١) التَّحْقِيقُ أَنَّ الْحَوَالَةَ بَيْنَ الْمَحِيلِ وَالْمَحْتَالِ عِبَارَةٌ عَنْ تَطْبِيقِ مَا فِي ذِمَّةِ الْمَحِيلِ

نوع من الوفاء^(١)، وهو لا يكون عقداً^(٢) وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس فإنه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع.

ومن ذلك يظهر^(٣) أن الضمان أيضاً من الإيقاع؛ فإنه نوع من الوفاء. وعلى هذا فلا يعتبر فيها شيء مما يعتبر في العقود اللازمة، ويتحققان^(٤) بالكتابة ونحوها.

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

⇒ على ما في ذمة المحال عليه، وقبول المحتال ذلك، وبهذا يصح القول بأنه نوع وفاء، ونتيجة الحوالة صيرورة ما في ذمة المحال عليه مُلكاً للمحتال من دون صدق المعاوضة. (الفاني).

(١) نعم، ولكن مع سلطنة في الجملة في الحوالة، وهي الموجبة لصيرورتها عقداً. (السبزواري).

(٢) بل عقد، وليس بصرف الوفاء، بدهاءة أن الوفاء تأدية الدين إلى مالكه، والمحيل ليس بمؤد، بل له السلطة على التأدية. (المرعشي).

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

(٤) فيه إشكال، فلا يترتب عليها ما يترتب على العقد من الأحكام. (الفيروزآبادي).

(٥) لكن الأقوى أنها أيضاً من العقود؛ لأنها نيابة الوكيل عن الموكل، ولها إضافة إليهما، فليس لأحدهما الاستبداد بجعلها من دون دخالة الآخر، وليست هي كالإذن؛ فإنه قائم بنفس الآذن فقط، وإن كان ينتزع عنه بنفسه وصف المأذونية للآخر. (البروجردی).

* الأقوى أن الوكالة تارة بالعقد، وهو الفرد الحقيقي منها، وتارة بالإذن والإجازة،

كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر.

ألا ترى أنه لا فرق^(١) بين

ولا يحتاج إلى قبول الطرف [الآخر]^(أ) وإن كان يحتاج في العمل به كونه من قبل المجيز، فالفرق بينهما واضح، والإذن إعطاء السلطنة، ولها آثار. (عبدالله الشيرازي).

* الوكالة من العقود الإذنيّة. (الفاني).

* الأقوى أنّ الوكالة أيضاً عقد، وله آثار عند العرف، والمعتبر فيها إضافة مخصوصة بين الوكيل والموكل، من آثارها سلطنة الوكيل على الموكل إليه سلطنة مخصوصة ليست هي في المأذون فيه، وفي الجعالة كلام موكل إلى محله. (محمد رضا الكلبيكاني).

(١) الفرق بين الوكالة العقدية ومجرّد الإذن والرخصة ظاهر، وقد اعتبر في كلّ منهما ما لم يعتبر في الآخر، وكون الثاني من الإيقاع لا يوجب أن يكون الأول أيضاً كذلك. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* في ترتّب آثار الوكالة من نفوذ تصرفاته قبل بلوغ العزل على مجرّد الإذن نظر وإشكال؛ وحينئذٍ لا يكون ذلك شاهد الإيقاعية، وإن أمكن دعوى السيرة على عدم اعتبار ما اعتُبر في سائر العقود فيها، كما لا يخفى، وحينئذٍ فمن الممكن أن تكون هذه الموارد من قبيل الوصية شبه إيقاعٍ مشروطٍ بالقبول، ولا يكفي مجرّد الرضا الباطني. (آقازيلاء).

* الفرق بينهما في غاية الوضوح؛ حيث إنّ الأول مجرّد الرخصة والإباحة ورفع المنع، بخلاف الثاني فإنّه تفويض وإعطاء سلطنة، وهو شيء لا يتمّ إلّا بقبول الطرف المقابل، كقبوله للملكية ونحوها. (الإصفهاني).

⇐

(أ) أضيف لاقتضاء السياق.

أن^(١) يقول: أنت مأذون في بيع داري، أو قال: أنت وكيل، مع أن الأول من الإيقاع^(٢) قطعاً

الثاني: التنجيز^(٣)، فلا تصحّ مع التعليق على شرط أو وصف،

⇒ * بل الفرق بينهما واضح؛ فإنّ في الوكالة جعل نيابةً للوكيل من طرف الموكل، وتعييض وإعطاء سلطنته، ولها إضافة إليهما وقائمة بهما، فهي لا تتمّ إلا بقبول الطرف الآخر، كقبوله للملكية ونحوها، وهذا بخلاف صرف الإذن فإنّه قائم بشخص الإذن، ولا يحتاج تحقّقه إلى قبول الآخر، بل ينتزع المأذونية للآخر بمجرد صدور الإذن من الآذن. (الإصطهباناتي).

* كم من فرقٍ بينهما؛ إذ الإذن صرف رخصة، بخلاف الوكالة فإنّها إعطاء سلطةٍ للوكيل، فمن ثمّ يجوز عزل الوكيل نفسه عن الوكالة، بخلاف المأذون، وغيره من الفروق. (المرعشي).

* الفرق ظاهر؛ فإنّ الإذن في بيع الدار مثلاً ليس إلا ترخيصاً محضاً، وأمّا الوكالة فهي إعطاء سلطةٍ على التصرف، وله آثار خاصّة لا تترتب على مجرد الترخيص. (الخوئي).

* الظاهر تحقّق الفرق عرفاً فيها، فتنزّل عليه الأدلّة الشرعيّة، فإنّ في الأخير نحو سلطنةٍ من الموكل على الوكيل، بخلاف الأول. (السبزواري).

* الفرق واضح؛ إذ الإذن في البيع ترخيص محض، والوكالة جعل نيابةٍ وسلطنةٍ للوكيل، ولها آثار خاصّة. (الروحاني).

(١) الفرق: أن الأول مجرد الإذن والرخصة، بخلاف الثاني فإنّها تفويض وإعطاء سلطنة، وهو لا يتمّ إلا بقبول الطرف، ولها أحكام خاصّة. (حسن القمي).

(٢) ومع قبول الآخر ولو بالتطبيق العمليّ على وفق إذنه يكون عقداً، وإن شئت قلت: التعبير مختلف، والحقيقة واحدة، وهي الوكالة. (الفاني).

(٣) على الأحوط. (الخميني، اللنكراني).

كما هو ظاهر المشهور^(١)، لكنّ الأقوى^(٢) عدم^(٣) اعتباره، كما مال إليه بعض^(٤) متأخري المتأخرين.

الثالث: الرضا من المحيل والمحتال بلا إشكال. وما عن بعضهم^(ب): من عدم اعتبار^(٤) رضا المحيل فيما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء، بأن قال

(١) وهو الصحيح، كما تقدّم. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

✽ وهو الأقوى. (الإصفهاني، محمد رضا الكلبيكاني).

✽ وهو المنصور. (صدر الدين الصدر، الإصطهباناتي).

✽ وهو الأقوى؛ للإجماع على بطلان التعليق في العقود، وقد تقدّم أنّه من العقود. (البجنوردي).

✽ للاتفاق الذي خُيِّلَ أنّه إجماع، وقد تقدّم مراراً أنّه أعمّ منه، وفي ما نحن فيه ترى فتواهم بالاشتراط مستندة إلى وجوه مذكورة في المبسوطات. (المرعشي).

✽ الاحتياط برعاية ما عليه المشهور لا يُترك. (الروحاني).

(٢) فيه إشكال؛ لظهور الإطلاق في معاهد كلماتهم على وجه لا ينصرف عن المقام. (آقاضي).

✽ فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

✽ فيه نظر وتأمل. (عبدالله الشيرازي).

(٣) بل المشهور أقوى. (الكوهكمري).

(٤) أي يشترط الرضا منه. (الفيروزآبادي).

(أ) مجمع الفائدة للمحقّق الأردبيلي: ٣٠٧/٩، وراجع مهذب الأحكام للمحقّق السبزواري:

٣٠٨/٢٠ - ٣٠٩.

(ب) تذكرة الفقهاء (ط ج): ٤٤٢/١٤، مسالك الأفهام: ٢١٤/٤، الحقائق الناضرة: ٤٩/٢١، حاشية

مجمع الفائدة والبرهان للبهباني: ٤١٩، رياض المسائل للطباطبائي: ٥٩٠/٨.

للمحتال: «أحلتُ بالدين الذي لك على فلان على نفسي» وحينئذٍ فيشترط رضا المحتال والمحال عليه دون المحيل لا وجه له؛ إذ المفروض لا يكون من الحوالة، بل هو من الضمان^(١). وكذا من المحال^(٢) عليه إذا كان بريئاً، أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه. وأمّا إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف^(٣).

(١) ويحتمل الصحة، وإن لم تكن بضمانٍ فتشملها الأدلة العامة. (المرعشي).

(٢) الأقوى اعتباره. (الفيروزآبادي).

(٣) والأحوط للمديون قبول الحوالة في هذه الصورة. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* الأقوى اعتبار رضاه. (الإصفهاني، الإصطهباناتي).

* والأقوى العدم. (صدرالدين الصدر).

* لولا ما يحكى عن المشهور من اعتباره لكان عدم اعتباره قوياً جداً؛ لأنّ ما في ذمته ملك للمحيل، وهو مسلّط على ملكه يتصرّف فيه ما يشاء. (البرجودي).

* الأحوط اعتبار رضاه، ولا مُحَصَّلٌ لهذا التفصيل. (عبدالهادي الشيرازي).

* لكنّ الأحوط اعتباره، والتفصيل الذي ذكره لا محصّل له، وتنزيله بمنزلة الوكيل ليس في محله. (البجنوردي).

* الأقوى عدم اعتبار رضاه، ولا محصّل للتفصيل المذكور في المتن، كما يظهر بأدنى تأمل. (الفاني).

* والأحوط اعتباره، بل اعتبار قبوله، كما مرّ. (الخميني).

* والأقوى عدم اعتباره بعد كون ما على المحال عليه ملكاً للمحيل، فلو أحاله عليه لمقام سلطته فقد أحاله بملكه، سواء رضي المديون، أم لا، وسواء أُفيد المحال به، أم لا. (المرعشي).

* الأقوى عدم الاعتبار، والتفصيل لا محصّل له، والتوكيل خارج عن محلّ البحث. (الخوني).

ولا يبعد التفصيل^(١) بين أن يحوِّله عليه بماله عليه - بأن يقول: «أعطيه من الحقّ الذي لي عليك» فلا يعتبر رضاه؛ فإنّه بمنزلة الوكيل^(٢) في وفاء دينه،

⇨ * والمشهور المنصور اشتراط رضاه. (محمّد الشيرازي).

* الأقوى عدم الاعتبار من غير تفصيل. (حسن القمي).

* الأظهر عدم الاعتبار، والتفصيل لا محصل له. (الروحاني).

(١) ليس قولاً قوياً فصلاً. (الفيروزآبادي).

* الأقوى اعتبار رضاه أيضاً، كما ذكرنا. (آقاضي).

* هذا التفصيل لا محصل له، والتوكيل لا ربط له بالحوالة، وهو ليس إلاّ على نحو واحد. (الإصفهاني).

* بل بعيد بعد أن كانت الحوالة عقدًا بين المحيل والمحتال، نعم، ربّما يشترط المحتال صريحاً أو ضمناً قبول المحوّل عليه. (صدرالدين الصدر).

* لا محصل لهذا التفصيل؛ فإنّه إذا كان للمحيل على المحال عليه عشرة دنانير وأحال زيدها عليه بعشرة دنانير فقد أحاله بما يملكه عليه في ذمّته، سواء قيده بكونه له في ذمّته، أو أطلقه. (البروجردي).

* لا وجه لهذا التفصيل، والوكالة غير الحوالة. (عبدالله الشيرازي).

* بل لا وجه له، فإنّ الحوالة على المديون بنحو ما على البريء لا محصل لها، ولا ربط بين باب الحوالة والوكالة. (الخميني).

* التفصيل ممنوع، والتوكيل لا ربط له بالمقام، فعدم اعتبار رضاه مطلقاً متعيّن، وسبيل الاحتياط واضح. (السبزواري).

* لا محصل لهذا التفصيل؛ لعدم الفرق بين الحوالتين وكونهما بنحو واحد، والأحوط اعتبار رضاه، بل قبوله في المقامين. (اللكراني).

(٢) عنوان الوكالة غير عنوان الحوالة، ولا وجه لهذا التفصيل. (الكوهكمري).

وإن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة، بخلاف ما إذا^(١) وكله^(٢) فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء - وبين أن يحوله عليه من غير نظرٍ إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة^(٣) على البريء، فيعتبر رضاه؛ لأنَّ شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة. وقد يُعلَّل باختلاف الناس في الاقتضاء فلا بدَّ من رضاه، ولا يخفى ضعفه، كيف، وإلاَّ لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنَّه لا إشكال فيه؟! الرابع: أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل، سواء كان مستقراً أو متزلزلاً، فلا تصحَّ في غير الثابت، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل، ومال السبق والرماية قبل حصول السبق أم لم يوجد سببه أيضاً، كالحوالة بما يستقرضه، هذا ما هو المشهور^(٤).

⇒ * فكم من فرق بين المنزل والمنزل عليه. (المرعشي).

* عنوان الوكالة غير عنوان الحوالة، ومع ما ذكره من الفرق الواضح بينهما كيف يمكن الحكم بأتهما من وادٍ واحد؟! (الروحاني).
(١) مع هذا الفرق الظاهر بينهما كيف يكونان من وادٍ واحد؟! (النائيني، جمال الدين الكلبياني).

(٢) مع هذا الفرق الواضح بينهما كيف يكونان من وادٍ واحد؟! (الإصطهباناتي).
(٣) الظاهر أنَّ نحو الحوالة على المديون والبريء نحو واحد؛ ولذا يعتبر قبول المديون، كما مرَّ، وقد مرَّ أيضاً أنَّ حصول الإيفاء والاستيفاء في المديون خارج عن الحوالة. (محمَّد رضا الكلبياني).

(٤) وهو الصحيح، كما تقدَّم. (النائيني، جمال الدين الكلبياني).

* وهو المنصور. (الإصفهاني).

لكن لا يبعد^(١) كفاية حصول

⇒ * وهو المنصور، وربما تكون الحوالة بما يستقرضه من الحوالة على البريء. (صدرالدين الصدر).

* هذا هو الأقوى، كما مرّ. (الإصطهباناتي).

* وهو الأقوى، فلا تصحّ في ما ذكره من الفرعين. (البروجردی).

* وهو الأقوى. (عبدالهادي الشيرازي).

* وهو الأظهر. (عبدالله الشيرازي).

* وهو الصحيح الموافق لحقيقة الحوالة. (الفاني).

* وهو المنصور، بل الأقوى عدم الصحة في الفرع اللاحق. (الخميني).

* وهو المنصور؛ إذ النقل بالفعل يقتضي وجود المنقول بالفعل، والنقل بالنسبة إلى ما يوجد تعلقي. (المرعشي).

* وهو الأقوى، كما مرّ في الضمان. (محمد رضا گلپایگانی).

* قد مرّ في باب الضمان أنّه الأحوط، بل الأقوى. (اللكراني).

(١) قد تقدّم الإشكال في كفاية ذلك في باب الضمان الجاري وجهه في المقام أيضاً، فالمشهور هو المنصور. (آقاضياء).

* بل بعيد، والأقوى ما عليه المشهور. (صدرالدين الصدر).

* فيه إشكال، بل منع، وكذا في ما بعده^(أ). (الخوئي).

* مع إقدام العرف والعقلاء عليه؛ حتّى لا يكون شمول العمومات له من التمسكّ بالعامّ في الشبهة المصداقية، ثمّ إنّّه لو لم تصدق الحوالة وشملت العمومات يصحّ بناءً على مبناه^{عليه السلام}. (السبزواري).

* فيه إشكال. (حسن القمي).

(أ) وفي نسخة أخرى منه^{عليه السلام}: فيه إشكال والاحتياط لا يُترك فيه وفي ما بعده.

السبب^(١)، كما ذكرنا في الضمان^(٢)، بل لا يبعد^(٣) الصحة^(٤) فيما^(٥) إذا قال: «أقرضني كذا وخذ عَوْضَه^(٦) من زيد» فرضي ورضي زيد أيضاً؛ لصدق الحوالة^(٧)،

(١) تقدّم في فصل الضمان عدم كفاية وجود السبب في ضمان المسبّب، وفي ما نحن فيه أيضاً كذلك، فالأقوى ما ذهب إليه المشهور من لزوم كون المال ثابتاً في ذمّة المحيل في صحة الحوالة. (البجنوردي).

(٢) وقد ذكرنا أنّه بعيد. (الكوهكَمَرِي).

* وقد مرّ أنّ الأقوى اشتراط الثبوت فيه أيضاً، فما لا ثبوت للمضمون فيه ليس بضمانٍ مصطلح وإن كان صحيحاً. (المرعشي).

(٣) لو أمره زيد بالإقراض وتعهدّ به لا يبعد صحة هذا التعهدّ، ويكون أمره بالإقراض استيفاءً منه لذلك المال، ويضمنه من ذلك، لا لتوهم الضمان، ولا الحوالة. (جمال الدين الكلبيگاني).

(٤) وهذا بعيد. (الكوهكَمَرِي).

* والأقوى فيه عدم الصحة. (اللتكراني).

(٥) لو أمره زيد بالإقراض وتعهدّ به لا يبعد صحة هذا التعهدّ، ويكون أمره بالإقراض استيفاءً منه لذلك المال، ويضمنه من ذلك، لا لتوهم الضمان، ولا الحوالة. (النائيني).

(٦) يشبه أن يكون من قبيل ما يقال: يلزم من وجوده عدمه. (كاشف الغطاء).

(٧) صدق الحوالة ممنوع، ولو قلنا بصحّته فهو داخل في عنوان آخر. (الإصفهاني).

* صدقها في محلّ المنع. (الإصطهباناتي).

* صدق الحوالة بالمعنى المصطلح عليه ممنوع. (البجنوردي).

* صدق الحوالة ممنوع، ولو قلنا بصحّته فهو داخل في عنوان آخر. (عبدالله الشيرازي).

وشمول^(١) العمومات^(٢)، فتفرغ ذمّة المحيل، وتشتغل ذمّة المحال بعد العمل وبعد الاقتراض.

الخامس: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرًا للمحيل والمحتال، فلا تصحّ الحوالة بالمجهول على المشهور^(٣)؛ للغرر. ويمكن أن يقال بصحّته^(٤)

⇒ * فيه نظر؛ إذ لا يُستفاد منه على فرض الصحّة النقل إلى الذمّة الذي هو المعيار في باب الحوالة. (المرعشي).

* بل الظاهر عدم الصدق، كما أن الأقوى عدم الصحّة. (محمد رضا الكلبيكاني).

* فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمي).

(١) فيه تأمل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

(٢) شمول عمومات الحوالة مشكل، والعمومات من قبيل: «أَوْفُوا بِالْعُقُودِ»^(أ) لا تُثبت

الأحكام الخاصة. (الفيروزآبادي).

* العامة. (المرعشي).

(٣) وهو الصحيح، حَدَّوْ مَا مَرَّ فِي الضَّمان. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* وهو المنصور. (عبدالهادي الشيرازي).

* وهو الجدير بالقبول إن سُلِّمَ عدم اختصاص الغرر بالبيع. (المرعشي).

(٤) في صحّة ما أفاده من هذه الفروع إشكال؛ لعموم نفي الضرر لولا دعوى ضعف

سنده، وعدم جبره بالعمل؛ ولذا اشتهر بينهم عدم إضراره في عقد الصلح، بلا نظرٍ

منهم إلى دليلٍ مخصّص. (أفاضياء).

* في فرض العلم بأصل الدين، والجهل بمقداره. (المرعشي).

⇐

(أ) المائدة: ١.

إذا كان^(١) آيلاً إلى العلم، كما إذا كان ثابتاً في دفتره على حدّ ما مرّ في الضمان من صحّته مع الجهل بالدين، بل لا يبعد^(٢) الجواز^(٣) مع عدم أوّلِه^(أ) إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقّن، بل وكذا^(٤) لو قال: كلّ ماشهدت به البيّنة وثبت خُذُه من فلان، نعم، لو كان مُبهماً، كما إذا قال: «أحد الديّنين اللّذين لك عَلَيَّ خُذٌ من فلان» بطل، وكذا لو قال: خُذْ شيئاً من دينك من فلان.

هذا، ولو أحوال^(٥) الديّنين^(٦) على نحو الواجب التخييري^(٧)

⇒ * إذا كان أصل الدين معلوماً وكان الجهل بالمقدار، وإلّا فمشكل، كما مرّ في الضمان. (محمّد رضا الكلبيكاني).

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

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

(٣) لا يخفى ما فيه إلى آخر المسألة. (الفيروزآبادي).

* هو بعيد. (الكوهكَمَرِي).

* بل لا يصحّ. (الفاني).

(٤) فيه نظر. (المرعشي).

(٥) لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الَّذِي صرّح ببطلانه. (النائيني).

(٦) لم يظهر فرق فارق بين هذا وسابقه الَّذِي صرّح ببطلانه. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٧) محل تأمل، بل منع؛ لعدم ظهور فرقٍ بينه وبين ما تقدّمه الَّذِي حكم ببطلانه.

(الإصطهباناتي).

أمكن^(١) الحكم^(٢) بصحته^(٣)؛ لعدم الإيهام^(٤) . . .

⇒ فيه تأمل وإشكال، ولم يعلم الفرق بينها وبين الصورة التي صرح بطلانها. (الشريعةمداري).

* بأن تكون الحوالة متعلّقةً بالذَيْنِ كليهما، ولكن بحيث سقط الكلّ بإيفاء أحدهما، وهذا بخلاف الحوالة المتعلّقة بهما مردّدة؛ إذ لا واقع للمردّد بما هو مردّد، وهذا هو الفارق بين الفرض الأخير وبين ما قبله. (المرعشي).

(١) فيه إشكال، والظاهر عدم صحّة مثل تلك الحوالة وبطلانها. (البجنوردي).

* لم يعلم الفرق بينه وبين الفرض السابق الذي صرح فيه بالبطلان، إلّا إذا فرض تساوي الذَيْنِ هنا من جميع الجهات دون ذلك الفرض، أو كان الغرض هناك ما كان معيّناً في قصده وإن لم يذكر. ودعوى كون هذه الصورة أولى بالصحة ممنوعة. (اللكراني).

(٢) فيه تأمل. (الإصفهاني).

* محلّ تأمل. (الخميني).

(٣) وهو في غاية البعد. (الكوهكمردي).

* فيه تأمل. (البروجردى، حسن القمي).

* فيه إشكال. (عبدالهادي الشيرازي).

* لا يصحّ ذلك؛ لأنّه إيهام لا محالة. (الفاني).

* هذا أيضاً كالسابق في البطلان، بل لم يعلم الفرق بين الفرعين وإن كان المقصود في الفرع الأوّل ما إذا كان معيّناً في قصده مع عدم ذكره حين الحوالة، بل يخبر به حين الأخذ؛ فهو أولى بالصحة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) بل هو عين الإيهام حقيقة؛ فإنّه من قبيل النكرة، وهي أشدّ المبهمات؛ ولذا لم يجوزوا بيع عبدٍ من عبدين؛ للجهالة والغرر. (كاشف الغطاء).

فيه حينئذٍ^(١).

السادس: تساوي المالين^(٢)، أي المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً على ما ذكره جماعة^(٣) (أ)^(٤) خلافاً لآخرين، وهذا العنوان وإن كان عاماً إلا أن مرادهم بقرينة التعليل بقولهم: «تفصيلاً من التسلّط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمّته به» - إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه - فيما كانت الحوالة^(٤) على مشغول الذمّة^(٥) بغير ما هو مشغول الذمّة به، كأن يُحيل مَنْ له عليه دراهم على مَنْ له عليه دنانير بأن يدفع بدل الدنانير دراهم،

⇒ * فيه تأمل. (عبدالله الشيرازي).

* هذا إنّما يتمّ فيما إذا تساوى الدينان كمّاً وكيفاً، وإلاّ فهو عين الفرض الذي حكم فيه بالبطلان. (الخنوي).

(١) مع اتّحادهما كمّاً وكيفاً. (السبزواري).

(٢) يُغني اشتراط رضا المحال عليه في صورة اختلاف المالين عن هذا الشرط. (الفاني).

* واعتبار هذا الشرط واضح بعد اشتراط ثبوت المحال به في ذمّة المحيل ولو لم يقيم عليه دليل آخر. (المرعشي).

(٣) هذا الشرط وإن اعتبره غير واحدٍ ممّن يرى جواز الحوالة على البريء لكن لا يبعد أن يكون منشأ اشتراطه هو القول بعدم جوازها، وكيف كان فعدم اعتبار هذا الشرط ظاهر. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٤) هي بمنزلة الخبر لكلمة «أن». (المرعشي).

(٥) مع عدم رضا المحال عليه. (الفيروزآبادي).

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

فمحلّ الخلاف ما إذا أحال على مَنْ عليه جنس بغير ذلك الجنس. والوجه في عدم الصحة: ما أُشير إليه من أنّه لا يجب عليه أن يدفع إلّا مثل ما عليه، وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة، ولا إطلاق في نصوص الباب، ولا سيرة كاشفة، والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة. ووجه الصحة: أنّ غاية ما يكون أنّه مثل الوفاء بغير الجنس^(٥)، ولا بأس به^(٦).

(١) التعليل بعدم التسلّط على المحال عليه وإن لم يشمل المثاليين مع فرض رضاه لكنّ الحوالة حيث كانت نقل ما في ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه فيأحالة مَنْ له عليه الدراهم على البريء بالدنانير لا تتحقّق الحوالة، ولا تصحّ ولو مع رضاه، بل يشبه المعاوضة بتبديل الدراهم بالدنانير، نعم، إذا أحال مَنْ له عليه الدراهم على مَنْ له عليه الدنانير بالدراهم تتحقّق الحوالة، لكن لعدم تسلّطه على غير ما في ذمّته يشترط رضا المحال عليه - كما في الحوالة - على البريء، ومعه فلا مانع من صحّتها. (محمّد رضا الكلبايكاني).

(٢) عطف على قوله: على مَنْ له عليه دنانير، ومع ذلك العبارة مختلّة النظام. (الفيروزآبادي).

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

(٤) فيه نظر. (المرعشي).

(٥) فيه نظر. (المرعشي).

(٦) بعدما رضي به المحال عليه، كما هو المفروض. (الإصفهاني، البروجردي، حسن

القمي).

وهذا هو الأقوى^(١).

ثم لا يخفى أنّ الإشكال إنّما هو فيما إذا قال: «أعطِ ممّا لي عليك من الدنانير دراهم» بأن أحال عليه بالدراهم من الدنانير الّتي عليه. وأمّا إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظيرٍ إلى ما عليه من الدنانير فلا ينبغي الإشكال فيه؛ إذ هو نظير إحالة مَنْ له الدراهم على البريء بأن يدفع الدنانير. وحينئذٍ فتفرغ ذمّة المحيل من الدراهم وتشتغل^(٢) ذمّة

⇒ * مع رضا المحال عليه. (الإصطهباناتي، السبزواري، الروحاني).

* إذا رضي المحال عليه لا مطلقاً. (الفاني).

* بعد رضا الطرفين، ولكنّ الأحوط قلب ما على المحال عليه بناقلٍ شرعيٍّ بالجنس، ثمّ الحوالة. (الخميني).

* لا يخلو من بأس، فالأحوط المبادلة أولاً برضا المحال عليه، ثمّ الحوالة. (المرعشي).

* غاية الأمر أنّه يعتبر حينئذٍ رضا المحال عليه. (الخوئي).

* غاية الأمر أنّه قد مرّ اعتبار رضا المحال عليه حينئذٍ. (اللكراني).

(١) بعد الفراغ عن رضا المحال عليه أيضاً بذلك. (آقاضياء).

* إن رضي المحال عليه، وإلاّ ففيه تأمل. (صدرالدين الصدر).

* مع رضا المحال عليه، كما مرّ في الأمر الثالث. (عبدالله الشيرازي).

* فيما إذا رضي المحال عليه بأن يؤدّي دينه من غير جنس ما عليه، ولعلّه ظاهر الفرض هو هذا. (البجنوردي).

* بعد ما رضي به المحال عليه، كما هو المفروض. (عبدالله الشيرازي).

(٢) أي بمجرّد الحوالة وإن لم يتحقّق الأداء من المحال عليه، وسيأتي البحث عن ذلك في المسألة العاشرة، وأنّ الأقوى خلاف ذلك. (اللكراني).

المحال عليه^(١) بها، وتبقى ذمة المحال عليه^(٢) مشغولةً بالدنانير، وتستغل ذمة المحيل له بالدرهم^(٣)، فيتحاسبان^(٤) بعد ذلك.

ولعلّ الخلاف أيضاً مختصّ بالصورة الأولى، لا ما يشمل^(٥) هذه الصورة أيضاً؛ وعلى هذا فيختصّ الخلاف بصورة واحدة، وهي: ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمة بأن يدفع من طرف ما عليه من الحقّ بغير جنسه، كأن يدفع من الدنانير التي عليه دراهم.

(مسألة ١): لا فرق في المال المحال به أن يكون عيناً في الذمة، أو منفعةً أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة، ولو مثل^(٦) الصلاة والصوم والحجّ والزياره والقراءة، سواء كانت على بريء^(٧)، أم على مشغول الذمة بمثلها. وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام، أو قيميّاً كالعبد والثوب. والقول بعدم الصحّة في القيميّ للجهالة ضعيف، والجهالة مرتفعة^(٨) بالوصف الرافع لها.

(١) أي للمحتال بالدرهم. (الفيروزآبادي).

(٢) أي تبقى ذمة المحال عليه مشغولةً بالدنانير التي كانت عليه من قبل الحوالة. (الفيروزآبادي).

(٣) أي للمحال عليه. (الفيروزآبادي).

(٤) فيه إشكال. (المرعشي).

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

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

(٧) على إشكال، والاتفاق المدعى على فرض الثبوت ليس بإجماع. (المرعشي).

(٨) بل غير مضرّة على تقديره، كما تقدّم. (المرعشي).

(مسألة ٢): إذا تحققت الحوالة برئت ذمّة المحيل وإن لم يُبرئه المحتال، والقول بالتوقّف على إبرائه ضعيف. والخبر الدالّ^(١) على تقييد عدم الرجوع على المحيل بالإبراء من المحتال المراد منه القبول^(٢)، لا اعتبارها بعده أيضاً. وتشتغل ذمّة المحال عليه للمحتال، فينتقل الدين^(٣) إلى ذمّته، وتبرأ ذمّة المحال عليه للمحيل إن كانت الحوالة بالمثل بقدر المال المحال به. وتشتغل ذمّة المحيل^(٤) للمحال عليه إن كانت على بريء، أو كانت بغير المثل، ويتحاسبان^(٥) بعد ذلك.

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

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

(١) الإنصاف أنّه مجمل. (الفاني).

(٢) أو غيره من الوجوه والمحاميل؛ لمكان تعارض الروايات الأخرى، الدالة على عدم اعتبار الإبراء. (المرعشي).

(٣) قلنا بأنّ الحوالة تطبيق لما في ذمّة المحيل على ما في ذمّة المحال عليه في عالم الوفاء بالدين. (الفاني).

(٤) اشتغال ذمّة المحيل في الحوالة على البريء بمجرد الحوالة محلّ منع، والمحقّق اشتغال ذمّته بعد أداء المحال عليه، كما في الضمان، وقد مرّ أنّه مطابق للقواعد، وأمّا الحوالة على المشغول بغير الجنس فقد مرّ منه^{عليه السلام} أنّه وفاء بغير الجنس، فلا وجه لاشتغال ذمّته له. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) قد مرّ الإشكال في التحاسب. (المرعشي).

(٦) أي غنيّ. (الفيروزآبادي).

على المحيل.

والمراد من الإعسار: أن لا يكون له ما يوفّي دينه زائداً على مستثنيات الدين، وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم. ولا يعتبر فيه كونه محجوراً. والمناطق الإعسار واليسار حال الحوالة وتماميتهما. ولا يعتبر الفور في جواز الفسخ^(١). ومع إمكان الاقتراض والبناء عليه يسقط^(٢) الخيار؛ للانصراف على إشكال^(٣)، وكذا مع وجود المتبرّع. (مسألة ٥): الأقوى جواز^(٤) الحوالة على البريء، ولا يكون

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

(٢) الأشبه عدم السقوط. (الخميني).

* والأقرب عدم السقوط. (اللنكراني).

(٣) أقواه عدم السقوط. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني، حسن القمي).

* مجرد وجود المتبرّع أو إمكان القرض لا يوجب سقوط الخيار. (صدرالدين الصدر).

* لا وجه لدعوى الانصراف، والأظهر عدم السقوط. (البجنوردي).

* منشؤه إطلاق الأخبار، وعدم وجه للانصراف، وإن كان فهو بدوي، فالأقوى عدم السقوط. (الفاني).

* الأقوى عدم السقوط؛ إذ صرف إمكان الاقتراض ووجود المتبرّع لا يوجبه. (المرعشي).

* أظهره عدم السقوط. (الخوانساري).

* بل الأقوى عدم سقوط الخيار، والانصراف ممنوع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* هذا الإشكال ضعيف. (محمّد الشيرازي).

* الأوجه عدم السقوط، وكذا مع وجود المتبرّع. (الروحاني).

(٤) فيه إشكال. (المرعشي).

داخلاً في الضمان.

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

(مسألة ٧): يجوز الدّور في الحوالة. وكذا يجوز الترامي بتعدّد المُحال

عليه واتّحاد المحتال، أو بتعدّد المحتال واتّحاد المحال عليه.

(مسألة ٨): لو تبرّع أجنبيّ عن المحال عليه برئت ذمّته. وكذا لو ضمن

عنه ضامن برضا المحتال. وكذا لو تبرّع المحيل عنه.

(مسألة ٩): لو أحال فقبل وأدّى ثمّ طالب المحيل بما أدّاه، فادّعى أنّه

كان له عليه مال وأنكر المحال عليه فالقول قوله^(١) مع عدم البينة، فيحلف

على براءته، ويطالب عوض ما أدّاه؛ لأصالة البراءة^(٢) من شغل ذمّته للمحيل.

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

بأنّ الشكّ في حصول اشتغال ذمّته وعدمه مسبّب عن الشكّ في اشتغال ذمّة

المحال عليه وعدمه، وبعد جريان أصالة براءة ذمّته^(٤) يرتفع الشكّ.

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

(١) هذا لو لم يكن المتعارف - ولو في نوعه - اشتغال ذمّة المحال عليه، وإلاّ فيُقَدَّم

قول المحال عليه؛ لكونه موافقاً للظاهر. (الشريعةمداري).

(٢) وقد يجري الاستصحاب أيضاً. (السبزواري).

(٣) بل بأنّ المحيل والمحال عليه طَرَفانِ في هذه الدعوى، ولا ربط لها بالمحتال.

(صدرالدين الصدر).

✽ في هذا الدفع إشكال. (الخميني).

(٤) الصحيح التمسك في المقام باستصحاب عدم اشتغال ذمّته؛ فإنّه يُحرَز الموضوع

دون أصالة البراءة. (الخوئي).

(٥) قد مرّ الإشكال فيها. (المرعشي).

صَحَّتْهَا فَيُقَدَّمُ قول المحيل^(١)؛ لأنَّ مرجع الخلاف إلى صَحَّةِ الحوالة وعدمها، ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يُقَدَّمُ قول مدَّعي الصَّحَّةِ^(٢) وهو المحيل. ودعوى أنَّ تقديم قول مدَّعي الصَّحَّةِ إنَّما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين، وهما في الحوالة المحيل والمحتال، وأمَّا المحال عليه فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صَحَّتْهَا مدفوعة: أولاً؛ بمنع عدم كونه طرفاً؛ فإنَّ الحوالة مركَّبة من إيجاب وقبولين^(٣).

(١) فيه تأمل، والتعليل عليل، لصحَّةِ المعاهدة، وإن كانت بالإذن في وفاء الدَّين، كما يأتي. (الفيروزآبادي).

✽ بناءً على اقتضاء أصالة الصَّحَّةِ؛ لاشتغال ذمَّةِ المحيل. (الكوهكمري).

✽ محلّ تأمل وإشكال. (البروجردى).

✽ مشكل. (حسن القمّي).

(٢) تقديم قوله من جهة موافقة قوله لإصالة الصَّحَّةِ مخالف للقول بعدم الصَّحَّةِ، ومقتضى استصحاب عدم اشتغال ذمَّةِ المحال عليه عدم المال عنده للمحيل، ومقتضى قاعدة العَرُور الرجوع إليه، وكذا مقتضى قاعدة «ما يُضْمَنُ بصحيحه يُضْمَنُ بفاسده»^(أ). (عبدالله الشيرازي).

✽ إثبات الدَّين بإجراء أصالة صَحَّةِ الحوالة محلّ تأمل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ فيه إشكال؛ لأنَّ المعيار في المرافعات مَصَّبُ الدعوى، لا ما يُؤوّل إليه النزاع.

(محمّد الشيرازي).

(٣) قد مرَّ منع ذلك. (الإصفهاني، حسن القمّي).

⇐

(أ) المبسوط: ٤ / ٣١٠. نضد القواعد الفقهيّة للمقداد السيوري: ٣٥٧.

وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصّحة في جعل اعترافه بتحقيق المعاملة حجةً عليه بالحمل على الصّحة. نعم، لو لم يعترف بالحوالة، بل ادّعى أنّه أدّن له في أداء دينه يُقدّم قوله؛ لأصالة البراءة من شغل ذمّته، فبإدّنه في أداء دينه لم مطالبة عوضه، ولم تتحقّق هنا حوالة بالنسبة إليه حتّى تُحمّل على الصّحة، وإن تحقّق بالنسبة إلى المحيل والمحتال لا اعترافهما بها.

(مسألة ١٠): قد يُستفاد من عنوان المسألة السابقة - حيث قالوا: «أحال عليه فقبل وأدّى»، فجعلوا محلّ الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء - أنّ حال الحوالة حال الضمان^(١) في عدم جواز مطالبة العوض، إلّا بعد الأداء^(٢) فقبله، وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل لكنّ ذمّة المحيل لا تشتغل^(٣)

⇒ * الحوالة على غير البريء إيجاب من المحيل، وقبول من المحتال، وعلى البريء ضمان من البريء (المحال عليه)، وقبول لذلك من المضمون له (المحتال)، والحوالة حينئذٍ استيفاء بالعوض من المضمون عنه (المحيل). (الفاني).
* مرّ أنّها ليست كذلك. (الخوئي).
* تقدّم ما في ذلك. (الروحاني).

(١) وهو الأظهر؛ فإنّ الحوالة على البريء إنّما توجب الضمان من جهة استيفاء مال المحال عليه بأمره، ومن المعلوم أنّ قضيّة ذلك هو الاشتغال بعد الأداء وبمقداره، وبه يظهر أنّ حالها حال الضمان في بقية الأمور المذكورة في المتن. (الروحاني).
(٢) وهو الأقوى، وقد مرّ أنّه موافق للقاعدة في الضمان والحوالة على البريء، ومرّ بيانه، فراجع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) هذا هو الحقّ؛ لأنّ الحوالة على البريء استيفاء بالعوض من المحيل، وضمن من المحال عليه، فدعوى أنّ مجرد الحوالة عليه تستلزم اشتغال ذمّة المحيل للمحال عليه مصادرة محضة. (الفاني).

للمحال عليه البريء إلا بعد الأداء. والأقوى^(١) حصول^(٢) الشغل^(٣) بالنسبة إلى المحيل^(٤) بمجرد قبول المحال عليه^(٥)؛ إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة

(١) بل الأقوى عدم اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه إلا بعد الأداء، وبمقداره، خذو ما مرّ في الضمان. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* بل الأقوى عدم حصوله إلا بالأداء، وحالها حال الضمان فيه، وفي سائر ما ذكر في المسألة مثل الإبراء والوفاء بالأقل. (الخميني).

* بل الأقوى عدم، والظاهر أنها كالضمان في كلّ ما أشار إليه ﷺ، وقد يُحتمل الفرق بين اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل والمضمون عنه للضامن، بخلاف براءة ذمتهما فإنّها تحصل بمجرد قبول المحال عليه والضامن، ولكنه لا يخلو من إشكال، وقد تقدّم الكلام في الإجماع المدعى وخبر الصلح. (المرعشي).

* بل الأقوى توقّف تحقّق الشغل على الأداء، كما قد عرفت في الضمان، ومرّ هناك أنّ قيام الإجماع والخبر على خلاف ما تقتضيه القاعدة من تأخّر الاشتغال ممنوع؛ وعليه فحالها حاله في جميع الجهات المذكورة في المتن وغيرها. (اللنكراني).

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

(٣) بل الأقوى عدمه، إلا بعد الأداء بمقداره، كما مرّ في الضمان. (الإصطهباناتي).

* فيه تأمّل. (السبزواري).

* بل الأقوى عدم اشتغال ذمة المحيل إلا بعد الأداء بمقدار الأداء، كما مرّ في

الضمان، والحكم فيهما على وفق القاعدة. (حسن القمي).

(٤) بل الأقوى أنّ ذمة المحيل لا تشتغل للمحال عليه إلا بعد الأداء؛ إذ به يتحقّق استيفاءه لماله بأمره؛ وعليه يترتّب أنّ حال الحوالة حال الضمان في بقية الجهات المذكورة في المتن. (الخوئي).

(٥) فيه تأمّل وإشكال. (الإصفهاني).

إلى دَيْن المحيل بمجرد فكذا في حصوله بالنسبة إلى دَيْن المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له، وحصول شغل ذمّة المحيل له إذا كان بريئاً. ومقتضى القاعدة في الضمان^(١) أيضاً تحقق شغل المضمون عنه للضامن بمجرد ضمانه، إلا أن الإجماع^(٢) وخبر الصلح^(٣) دلّا على التوقّف على الأداء فيه، وفي المقام لا إجماع ولا خبر^(٤)، بل لم يتعرّضوا لهذه المسألة؛

⇒ * تقدّم في الضمان أنه لا تشتغل ذمّة المضمون عنه إلا بعد الأداء، وهكذا الأمر هاهنا لا تشتغل ذمّة المحيل إلا بعد أداء المحال عليه إذا كان بريئاً. (البنجوردي).

(١) مرّ في المسألة (١٣) من الضمان أن القاعدة لا تقتضي ضمان المضمون عنه للضامن قبل الأداء؛ لأنّ ضمانه له إنّما هو في طول الأداء وبسببه، وعلى مقدار ما أدّاه، وكذلك الحال في الحوالة على البريء؛ لأنّها - كما عرفت - ضمان في الحقيقة. (الفاني).

(٢) قد مرّ أن الإجماع غير محقّق، والخبر غير دالّ هناك فضلاً عن المقام. (عبدالله الشيرازي).

(٣) قد مرّ أن دلالة خبر الصلح على ذلك ممنوعة، بل مفاده عدم استحقاقه الزائد على ما صوّلح عليه، وقد مرّ أن الحكم في الضمان أيضاً على وفق القاعدة. (الإصطهباناتي).

* تقدّم في الضمان أن الأقوى هو العمل بالقاعدة، وأنّ مورد الإجماع وخبر الصلح هو عدم استحقاقه الزائد على ما صوّلح عليه، لا كون الاستحقاق بعد الأداء. (البروجردی).

(٤) بل مضافاً إلى مساعدة العرف على شرطية فعلية الأداء، علاوة على إمكان تنقيح المناط من باب الضمان في المقام أيضاً. (آقاضياء).

وعلى هذا فله الرجوع على المحيل^(١) ولو قبل الأداء، بل وكذا لو أبرأه^(٢) المحتال أو وفّاه بالأقلّ، أو صالحه بالأقلّ^(٣) فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً.

(مسألة ١١): إذا أحال السيّد^(٤) بدينه^(٥) على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صحّ، سواء كان قبل حلول النجم أم بعده؛ لثبوته في ذمّته. والقول بعدم صحّته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف؛ إذ غاية ما يكون كونه متزلزلاً فيكون كالحالة على المشتري بالثمن في زمان الخيار. واحتمال عدم اشتغال ذمّة العبد لعدم ثبوت ذمّة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفاً، كما ترى.

ثم إن العبد بقبول الحوالة^(٦) يتحرّر^(٧)؛

(١) يحتاج إلى تأمل. (الكوهنمقري).

(٢) كلّ ذلك مشكل. (السبزواري).

(٣) الظاهر أنّ حكمها حكم الضمان في ذلك؛ إذ هي مع براءة المحال عليه ضمان في المعنى وإن اختلف اللفظ، وخصوصيّة اللفظ لا دخل لها في نظر العرف، بل الظاهر أنّ الإبراء والوفاء بالأقلّ كذلك. (البروجردى).

(٤) الظاهر عندي أنّ الحوالة على المكاتب كالحالة على البريء. (الفاني).

(٥) هذه المسألة تحتاج إلى تأمل. (السبزواري).

(٦) إن كان الدين الذي أحاله السيّد على مكاتبه من جنس مال الكتابة وبمقدار فبمجرد الحوالة يتحرّر العبد من دون اعتبار قبوله. (حسن القمي).

* بل بنفسها وإن لم يقبل؛ إذ لا تتوقّف الحوالة عليه على قبوله بعد كونه عبداً مديوناً للمولى، كما هو الأظهر. (اللكناني).

(٧) الظاهر أنّه لا يتوقّف على قبوله لها؛ إذ المفروض أنّه مديون للمولى، فبتحقّق

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

وما عن المسالك^(أ) من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء - لأنّ الحوالة ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل؛ وعلى هذا إذا أعتقه المولى صحّ وبطلت الكتابة، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة؛ لأنّه صار لازماً للمحتال، ولا يضمن السيّد ما يغرمه من مال الحوالة -

⇒ الحوالة تبرأ ذمّته وتشتغل للمحتال. (الخوئي).

(١) يحتاج إلى تأمّل. (الكوهنمري).

(٢) هذا على الأصحّ من كون مال الكتابة ديناً على العبد، وأمّا لو قيل بعدم الدّين للزّوم كون المولى مديوناً لنفسه فتكون الحوالة عليه كالحوالة على البريء، ولا يُعتق ما لم يؤدّ، كما مرّ؛ وعلى هذا لو أعتقه المولى صحّ وبطلت الكتابة، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة، ولا يضمن السيّد ما يغرمه العبد بعد الحرّية، كما اختاره المسالك^(ب). (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) الأقوى عدم جواز مطالبة المحال عليه من المحيل قبل الأداء، بل وبمقدار ما يؤدّي؛ فإنّ براءة ذمّة المحيل بل والمضمون عنه تحصل بقبول المحال عليه في الأوّل، والضامن في الثاني، ولكنّ اشتغال ذمّة المحيل والمضمون عنه إنّما تحصل بعد أداء المحال عليه أو الضامن، وبمقدار ما أدّاه، وفرق بين براءة ذمّته واشتغالها، وربّما كان نظر المشهور إلى ذلك. (صدرالدين الصدر).

(أ) مسالك الأفهام: ٢٢١/٤.

(ب) مسالك الأفهام: ٢٢١/٤.

فيه نظر من وجوه. وكأنّ دعواه^(١) أنّ الحوالة ليست في حكم الأداء^(٢)، إنّما هي بالنظر إلى ما مرّ^(٣) من دعوى توقّف شغل ذمّة المحيل للمحال

(١) كون نظره إلى ما ذكر محلّ إشكال. (الخميني).

* ويمكن أن تكون دعواه مبنيّة على ما قلناه، أو على ما عن الشيخ من أنّ مال الكتابة ليس بثابت؛ لأنّ للمكاتب إسقاطه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) هذه الدعوى وإن كانت باطلة في نفسها - لأنّها تستلزم عدم براءة ذمّة المحيل عن دين المحتال بمجرد الحوالة، وهو خلاف المفروض - إلّا أنّها غير مبنيّة على الدعوى الثانية؛ فإنّ مورد الثانية هي الحوالة على البريء، لا على المديون. (الخوئي).

(٣) لا يخفى ما بين الحوالة على المديون والبريء من البون البعيد، وقصورها في القسم الثاني عن كونها موجبةً لاشتغال ذمّة المحيل للمحال عليه قبل الأداء لا يوجب أن تكون في القسم الأوّل بالنسبة إلى فراغ ذمّة المحال عليه عن دين المحيل أيضاً كذلك، وإلّا لزم اشتغال ذمّة المحال عليه قبل الأداء لكلّ من المحيل والمحتال بذلك المال. ولو قيل بابتناء ما أفاده الشهيد^(١) في المقام على المنع عن كون العبد ذا ذمّة اختيارية كان أولى من أن يُنسب إليه ما يستلزم هذا المحال، خصوصاً مع ما نقل عنه من تصريحه في غير المقام بفراغ ذمّة المحال عليه عن دين المحيل بنفس الحوالة. (النايني، جمال الدين الكلبيكاني).

* ما عن المسالك وإن كان غير صحيح إلّا أنّ عدم ابتناؤه على ذلك بمكانٍ من الوضوح. (حسن القمي).

* ولكنّ مورد ما مرّ هو الحوالة على البريء، لا المديون، إلّا أن يقال بكون المقام

◀

(أ) راجع مسالك الأفهام: ٢٢١/٤ - ٢٢٣.

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

⇒ أيضاً كذلك؛ لأنّه لا يعقل أن يكون العبد مديوناً للمولى؛ لأنّه يلزم أن يكون المولى مديوناً لنفسه، ولكنّه، كما ترى. (اللكراني).

(١) مع تسليم التوقّف المزبور في موارد رجوع المحال عليه على المحيل، كما في البريء لا مجال لدعواه في المقام؛ لأنّ بنفس الحوالة تفرغ ذمة المحال عليه من المحيل، وفراغ ذمته عنه بمنزلة أدائه، فليس للسيد حينئذٍ عتقه بمجرد الحوالة. (آقاضيء).

* حرّية العبد معلول لوصول مال الكتابة إلى مولاه، وقد فرضنا وصول ذلك بالحوالة وقبولها، ولازم ذلك حرّية العبد. (صدرالدين الصدر).

* قد عرفت صحّة التوقّف في الضمان، وأنّه لا تشتغل ذمة المضمون عنه إلّا بعد الأداء، ولكنّ الحوالة على المديون توجب براءة ذمة المحيل، ولا تتوقّف على الأداء، بخلاف الحوالة على البريء فإنّها تتوقّف على الأداء. (البجنوردي).

* اعتناق العبد مترتب على استيفاء المولى مال الكتابة، وهو يتحقّق بالحوالة إيجاباً وقبولاً، فالحرّية حاصلة. (المرعشي).

(٢) وقد مرّ أنّ التوقّف أظهر، ومع ذلك يرد عليه: أنّ مورد الدعوى الثانية الحوالة على البريء، ومورد الأولى الحوالة على المديون، فلا تتوقّف الأولى على الثانية. (الروحاني).

(مسألة ١٢): لو باع السيّد مكاتبه سلعةً فأحاله بئمنها^(١) صحّ؛ لأنّ حاله حال الأحرار، من غير فرق بين سيّده وغيره. وما عن الشيخ^(٢) من المنع^(٣) ضعيف.

(مسألة ١٣): لو كان للمكاتب دين على أجنبيّ فأحال سيّده عليه من مال الكتابة صحّ، فيجب عليه تسليمه للسيّد، ويكون موجباً لانعتاقه^(٤)، سواء أدّى المحال عليه المال للسيّد، أم لا.

(مسألة ١٤): لو اختلفا^(٥) في أنّ الواقع منهما كانت حواله أو وكالة فمع

-
- (١) هذه العبارة ناقصة، والصحيح أن يقال: لو أحال عليه غريمه بئمنها - كما عَنَوَنَ المسألة في المبسوط^(أ) كذلك. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- (٢) ولكنّ المحكيّ^(ب) عن الشيخ^(ب) هو المنع فيما لو أحاله بمال الكتابة، وأمّا الحوالة عليه بئمن السلعة التي ابتاعها فاحتمل فيها الوجهان. (اللنكراني).
- (٣) الظاهر اختصاص منع الشيخ بإحالة المولى غريمه على المكاتب، وهو فرض آخر غير ما عَنَوَنَه في المتن. (المرعشي).
- * لم يمنع الشيخ عن ذلك على سبيل الجزم، بل قال: «فيه وجهان»، وما منعه هو إحالة السيّد غريمه على المكاتب بمال الكتابة، واستدلّ عليه بعدم ثبوته؛ لجواز إسقاطه بتعجيز نفسه. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- (٤) تقدّم أنّه يحتاج إلى التأمل. (الكوه كَمَرِي).
- * على فرض ثبوت مال الكتابة. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- (٥) لا بدّ من فرض المسألة فيما إذا كان مدّعي الوكالة يدّعيها بأن يكون أمانة عند

⇐

(أ) المبسوط: ٣٢١/٢.

(ب) مسالك الأفهام: ٢٢١/٤، المبسوط: ٣٢٠/٢ - ٣٢١.

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

⇒ الوكيل، وإلا فلا يترتب على هذه الدعوى بالنسبة إلى ما بعد القبض أثر أصلاً. ضرورة اتفاقهما حينئذٍ على كون المال للمحتال، وارتفاع اشتغال ذمة المحيل له، كما أنَّ إجراء الأصول المذكورة بالنسبة إلى ما بعد القبض مخدوش في هذه الصورة، ضرورة أنَّ ارتفاع اشتغال ذمة المحيل للمحتال، وكذا ذمة المحال عليه للمحيل، وكذا ملكية المحتال للمال المأخوذ معلوم، سواء كان الواقع هي الحوالة أو الوكالة بالنحو المذكور، نعم، لو كانت الوكالة بنحو الأمانة لا بأس بجريان أكثر هذه الأصول. (اللتكراني).

(١) بناءً على كون المعيار في مِيز الخصمين المقصود والغرض الواقعي في الدعوى، لا مصبها ومطرحها، كما هو المختار، فالباب باب التداعي. (المرعشي).

(٢) لا بمعنى ثبوت الوكالة وترتيب أثرها لو كان لها أثر، وللمسألة صور، وكذا ل طرح الدعوى، ولعلَّ في بعضها يكون المرجع التحالف على إشكال. (الخميني).

(٣) لا إشكال في جريان الأصول المذكورة قبل القبض، وأمَّا بعد القبض فلا معنى لبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل؛ لأنَّه على فرض الحوالة تبرأ ذمته بمجرددها، وعلى فرض الوكالة تبرأ بأدائها إلى وكيل المحيل، والمفروض هو العلم بعدم الخروج عنهما. وكذلك ذمة المحيل في الحوالة تبرأ بمجرددها، وفي الوكالة بأخذه الوكيل بمقدار ما عليه من المحال عليه عوضاً عن دَين المحيل. نعم، لو كانت الدعوى الوكالة في أخذ المحتال بوكالة المحيل والبقاء عنده أمانةً فيصحَّ استصحاب اشتغال ذمة المحيل للمحتال، واستصحاب عدم انتقال ما أخذه إليه. (محمَّد رضا الكلبيكاني).

(٤) جريانها وجريان ما يليها قبل القبض واضح، وفي جريانها بعده في بعض

للمحيل، وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال.
ودعوى أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية
المحال، فيكون المنكر للحوالة مدّعياً، فيكون القول قول المحتال
في هذه الصورة مدفوعة: بأن مثل هذه اليد لا يكون أمانة^(١)

⇒ الصورنظر. (المرعشي).

(١) قد يقال: إن مثل هذا اليد لا يوجب تقديم قول المدعي للحوالة؛ لعدم إثباتها سبب
دعواه، ولكن لا يخرج عن الأمانة لأصل الملكية بعد كون المدار في مثل المقام
على ترجيح يد الحادثة على السابقة، وإن كان في مقام استناد الشاهد كان الأمر
بالعكس، كما يظهر من التعليل في رواية^(أ) اليد بأنه لولاه لما يبقى للمسلمين سوق؛
إذ نفس هذه العلة يقتضي تقديم اليد اللاحقة على السابقة في غير مورد الشهادة،
وتقديم السابقة في مقام استناد الشاهد بها؛ لئلا يختل أمر قيام البيّنة أيضاً.

هذا، ولكن نقول: إن ما أفيد في وجه تقديم اللاحقة على السابقة في غير باب
الشهادة وعكسه فيها للعلة المزبورة في غاية المتانة، وإنما الكلام في أمانة اليد
على أصل الملكية في المقام بعد سقوطها عن إثبات السبب، بدعوى أن قضية
سقوطها تقتضي إجراء أحكام المدعى عليه، كما هو ظاهر كلماتهم بلا خلاف فيه،
ومن المعلوم أن لازمه إجراء أصالة عدم الانتقال في حق قائله كي يصير منكراً،
ومن المعلوم أن مثل هذا الأصل مع فرض أمانة اليد على أصل الملكية لا
يجتمعان؛ لأن نتيجة مثل هذا الأصل وما هو المصحح جريانه ليس إلا ترتيب أثره
من عدم الملكية؛ إذ لولاه لا يتصور لمثل هذا الأصل أثر عملي، فلو كانت اليد
حينئذ أمانة على الملكية لا يتصور مجال لجريان الأصل المزبور، فلا يبقى حينئذ
⇒

(أ) وسائل الشريعة: الباب (٢٥) من أبواب وجوب الحكم بملكية صاحب اليد، ح ٢.

على ملكية^(١) ذِيهَا، فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخصٍ وادّعى أنّه دفعه أمانة، وقال الآخر: «دَفَعْتَنِي هِبَةً أَوْ قَرْضاً»؛ فإنّه لا يُقَدَّم قول ذي اليد. هذا كلّ إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما، وأمّا إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتّبع.

ولو علم أنّه قال: «أحلتك على فلان» وقال: «قبلت» ثمّ اختلفا في أنّه حوالة أو وكالة فربّما يقال^(٢): إنّهُ يُقَدَّم قول مدّعي الحوالة^(٣)، لأنّ الظاهر من لفظ «أحلت» هو الحوالة المصطلّحة، واستعماله

⇒ مجال جعل القائل بعدم الانتقال منكراً، فإطباقهم على جعله منكراً مساوق إجماعهم على جريان الأصل المزبور في حقّه، وهو مساوق إطباقهم على عدم أماريّة مثل هذه اليد على أصل الملكية أيضاً، ولا على استحقاق كون المال تحت يده من جهة أخرى؛ لاعترافه على نفیها، ولازمه حينئذٍ انتزاع الحاكم المال من يده، ولعلّه إلى هذه النكتة نظر شيخنا العلامة^(١) من دعوى الإجماع على انتزاع المال من يده، فلا يبقى حينئذٍ مجال إشكال المحشّين بأنّه لا وجه لانتزاعه مع بقاء اليد على أماريّة في أصل الملكية، فتأمّل وتدبّر. (آقاضياء).

(١) لا مانع من التمسك باليد، وكذا في النظر، نعم، لا يمكن التمسك بها إذا كان في البين استصحاب حال اليد بأن كان إجارةً أو غصباً، وفي الحال يدّعي الملكية من جهة تمليكه له. (عبدالله الشيرازي).

(٢) لا يبعد اختصاص ذلك بالعارف بالاصطلاح المستعمل له، وإلا فلا ظهور، وكذا في مشتقات الوصيّة. (محمّد الشيرازي).

(٣) لا يخلو من قوّة، ومنع الظهور ممنوع. (الخميني).

في الوكالة مجاز، فيُحْمَلُ عَلَى الحوالة، وفيه منع^(١) الظهور^(٢) المذكور^(٣). نعم، لفظ «الحوالة» ظاهر في الحوالة المصطلحة، وأمّا ما يُسْتَقَّ منها^(٤) كلفظ «أَحَلْتُ» فظهوره فيها ممنوع^(٥). كما أنّ لفظ

(١) في المنع منع، وتقديم مدّعي الحوالة لا يخلو من قوّة. (اللكراني).

(٢) خلاف الوجدان إنصافاً. (آقاضياء).

* لا يبعد ظهوره في الحوالة المصطلحة. (عبدالهادي الشيرازي).

* إذا كان المبدأ في المشتقات ظاهراً في مفهوم تكون المشتقات أيضاً ظاهرة فيه، على اختلاف الخصوصيات المستفادة من الهيئات، ولا يمكن التفكيك بحسب القانون المحاورى في مبدأ واحد من حيث المفهوم بلحاظ الهيئات الاشتقاقية. (الفاني).

* في المنع إشكال. (الخوئي).

(٣) ولكنّه هو الواقع، والمنع خلاف الوجدان، فتقديم قول مدّعي الحوالة في الصورة المفروضة هو الأقوى. (البجنوردي).

(٤) من المعلوم أنّ لفظ «أَحَلْتُ» ليس من الألفاظ المجملة أو المهملة، ولا شك أنّها لا تدلّ إلاّ على الحوالة بمعناها المعروف، ولو استعملت في غيره فهو مجاز لا يُصار إليه إلاّ بالقرينة المفقودة في المقام، وأصالة الحقيقة تقتضي الحمل عليه. (كاشف الغطاء).

(٥) منع اقتراحي. (الفيروزآبادي).

* فيه إشكال. (المرعشي).

* الظاهر أنّ منع الظهور فيما إذا صدر هذا اللفظ من المديون مخاطباً لدائنه لإرجاعه إلى مديونه أو إلى بريء لا يخلو من تعسف، وتقديم قول مدّعيه لا يخلو من قوّة. (محمّد رضا الكلبايكاني).

«الوصيّة» ظاهر في الوصيّة المصطلحة، وأمّا لفظ «أوصيتُ» أو «أوصيكَ بكذا» فليس كذلك. فتقديم قول مدّعي الحوالة^(١) في الصورة المفروضة محلّ منع^(٢).

(مسألة ١٥): إذا أحال البائع مَنْ له عليه دين على المشتري بالثمن، أو أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبيٍّ بريءٍ أو مديونٍ للمشتري، ثمّ بان بطلان البيع بطلت الحوالة في الصورتين؛ لظهور عدم اشتغال ذمّة المشتري للبائع، واللازم اشتغال ذمّة^(٣) المحيل للمحتال. هذا في الصورة الثانية. وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري مُحالاً عليه ويجوز الحوالة على البريء^(٤) إلّا أنّ المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث^(٥) ثبوت^(٦)

(١) تقديم قوله للظهور المذكور هو الموافق للأصل اللفظي، فلا وجه لمنعه. (الفاني).

(٢) لكنّه لا يخلو من قوّة. (النائيني، جمال الدين الكلبيإيگاني).

❖ بل لا يخلو من قوّة. (الإصطهباناتي).

❖ الظاهر أنّ المنع ممنوع. (السبزواري).

(٣) يعني اللازم في الحوالة أن تكون ذمّة المحيل مشغولةً للمحتال، وهنا ليس كذلك. (كاشف الغطاء).

(٤) الأولى أن يقال: إلّا أنّ قبوله الحوالة أو رضاه مقيد بكون الثمن في ذمّته مطلقاً. (الفيروزآبادي).

(٥) كونه من قبيل تخلف الداعي واندرج المقام في الحوالة على البريء لا يخلو من وجهٍ قويّ. (جمال الدين الكلبيإيگاني).

(٦) كونه من قبيل تخلف الداعي واندرج المقام في الحوالة على البريء لا يخلو من

الثلث (١) في ذمته (٢)، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته (٣)، لا عليه (٤). ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض، أو بعده، فإذا كان

⇒ وجه قوي. (النائيني).

* هذا إذا كانت الحوالة عليه بنحو التقييد، وأما إذا كانت بنحو يكون ثبوت الثمن في ذمته من باب الداعي فتكون من الحوالة على البريء. (عبدالله الشيرازي).
(١) إذا لم يكن بنحو تخلف الداعي، وإلا صحت الحوالة ولزم، ويرجع بعد أدائه إلى المحيل. (آقاضياء).

* إذا لم يكن من قبيل تخلف الداعي حتى يندرج في عنوان الحوالة على البريء. (الإصطهباناتي).

* إذا لم يكن بنحو تخلف الداعي. (عبدالله الشيرازي).

(٢) لكن الظاهر أن هذه الحيثية من قبيل الداعي، لا التقييد. (البجنوردي).

(٣) فيه إشكال، بل منع؛ لأن الرضا بالحوالة ليس مقيداً باستغلال ذمته بالثلث، بل من باب تخلف الداعي، والمورد من مصاديق الحوالة على البريء. (المرعشي).

* لا معنى للحوالة على ما في الذمة؛ لأنها نقل ذمة إلى ذمة، غاية الأمر في المشغول يلزم استيفاء الدين بخلافها في البريء، ومع تحقق الحوالة لا يضر عدم الاستيفاء، نظير تخلف الداعي، إلا مع تقييد رضاه بالحوالة بكونه مديوناً بالثلث فتكون باطلة. (محمد رضا الكلبيكاني).

* لا معنى للحوالة على ما في ذمته، بل الحوالة هنا على الشخص بما في ذمته، فإن كان ذلك بنحو الداعي صحت الحوالة وتكون على البريء، وإن كان بنحو التقييد بطلت. (اللكراني).

(٤) هذا ممنوع، بل حوالة عليه بما في ذمته، فإن كان بنحو التقييد بطلت الحوالة، وإن كان بنحو الداعي صحت، وتكون الحوالة على البريء. (الخميني).

بعد القبض يكون المقبوض باقياً^(١) على ملك^(٢) المشتري^(٣)، فله الرجوع به،

(١) في غير صورة إحالة المشتري البائع على الأجنبيّ البريء، وأمّا فيها فالمقبوض باقٍ على ملك الأجنبي في صورة بطلان الحوالة. (الخميني).
 * هذا في خصوص الصورة الأولى، ويؤيده التعبير بالبقاء، وأمّا الصورة الثانية بكلا شقيها فالمأخوذ باقٍ على ملك الأجنبيّ فيها، أمّا الشقّ الأوّل فواضح، وأمّا الثاني فلاّته لم يكن في البين ما يوجب خروجه عن ملك الأجنبيّ إلّا الحوالة، والأداء عقبيها بتخيّل صحتّها وقد انكشف الخلاف، فالمأخوذ باقٍ على ملكه، ومنه يظهر أنّه مع التلف يكون الراجع هو الأجنبيّ في الصورة الثانية، والظاهر جواز رجوعه إلى المحتال وإلى المحيل الذي هو المشتري، نعم، له الرجوع عليه لو رجع عليه به. (النكراني).

(٢) إلّا في صورة إحالة المشتري البائع على الأجنبيّ البريء؛ فإنّه فيها باقٍ على ملك المحال عليه البريء. (المرعشي).

(٣) في غير صورة إحالة المشتري للبائع بالثمن على الأجنبيّ البريء، وأمّا فيها فهو باقٍ على ملك البريء يأخذه منه مع بقاءه وبدله مع تلفه، وإنّ تعدّر أخذ عينه أو بدله منه كان له الرجوع على المشتري. (البروجردی).

* هذا في الصورة الأولى، وأمّا في الصورة الثانية فذلك إن أحال المشتري البائع على من هو مديونه، وأمّا إن أحاله على البريء فيكون المقبوض باقياً على ملك البريء، يرجع به إلى المحتال أو ببدله بعد تلفه. (البجنوردی).

* في غير صورة إحالة المشتري للبائع بالثمن على الأجنبيّ البريء، وأمّا فيها فهو باقٍ على ملك البريء يأخذه منه مع بقاءه وبدله مع تلفه، وإنّ تعدّر أخذ عينه أو بدله منه كان له الرجوع على المشتري. (عبدالله الشيرازي).

* هذا في غير ما إذا أحال المشتري البائع على البريء، وأمّا فيه فالمقبوض باقٍ

ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى، وعلى البائع في الثانية.
(مسألة ١٦): إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ثم انفسخ البيع بالإقالة أو بأحد الخيارات فالحوالة صحيحة^(١)؛ لوقوعها في حال اشتغال^(٢) ذمة المشتري بالثمن، فيكون، كما لو تصرف أحد المتبايعين في ما انتقل إليه ثم حصل الفسخ فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع^(٣). ولا فرق بين أن يكون

⇒ على ملك البريء فله الرجوع به، ومع تلفه جاز له الرجوع على المحيل وعلى المحتال، فإن رجع على المحيل جاز له الرجوع على المحتال. (الخوئي).
* هذا في الصورة الأولى على فرض البطلان، وأمّا على فرض الصحة فالمقبوض ملك للمحال عليه، وعلى المحيل غرامته، وفي الصورة الثانية فالمقبوض باقٍ على ملك المأخوذ منه يرده عليه مع بقاءه، ويردّ بدله مع التلف؛ لأنّ الحوالة باطلة، ولا مملّك غيرها للمشتري. (محمد رضا الكلبيكاني).

* في الصورة الأولى. (محمد الشيرازي، حسن القمي).
* هذا في غير ما إذا أحال المشتري البائع على الأجنبي البريء، وأمّا في ذلك المورد فهو باقٍ على ملك البريء يأخذه منه مع بقاءه، ومع تلفه يأخذ منه أو من المحيل بدله، وإن أخذ من المحيل يرجع هو على المحتال. (الروحاني).
(١) فيه إشكال، خصوصاً في الصورة الثانية. (عبد الهادي الشيرازي).

(٢) ولا موجب للبطلان بعده. (المرعشي).

(٣)، نعم، لا بأس بالالتزام بكون الفاسخ له السلطنة على فسخ التصرف الملزوم الوارد على ماله إن كان في بقاءه على الملزوم ضرر عليه، اللهم إلا أن يقال: إن الضرر المتصور فيه ليس إلا ضرر نقض الغرض، وإلا فمالئته مجبورة بالقيمة جزماً، ومن المعلوم أنّ هذا الضرر في غير باب نفس العقود غير مجبور، كما هو ظاهر على من راجع ولاحظ. (آقاضي).

الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده، فهي تبقى بحالها، ويرجع البائع على المشتري^(١) بالثمن.

وما عن الشيخ^(أ) وبعض^(ب) آخر من الفرق^(٢) بين الصورتين والحكم بالبطلان في الصورة الثانية^(٣) - وهي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي؛ لأنها تتبع البيع في هذه الصورة؛ حيث إنها بين المتبايعين - بخلاف الصورة الأولى ضعيف. والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة، نعم^(٤)، هي تبع

(١) بل يرجع المشتري على البائع، كما هو ظاهر، ولعل في النسخة تحريفاً. (كاشف الغطاء).

* والظاهر أنّ في العبارة اشتباه، والصحيح يرجع المشتري على البائع. (البجنوردي).
* هذا من سهو القلم، والصحيح، ويرجع المشتري على البائع. (الخوئي).

* الصحيح: يرجع المشتري على البائع. (السبزواري).

(٢) الفرق بين الصورتين: أنّ في الثانية بالفسخ ينتفي الموضوع وهو الدين المحال، وفي الأولى يصير كالحوالة على البريء، لكنّ ذلك لا يؤثر؛ لأنّ الفسخ بعد الحوالة بمنزلة الفسخ بعد سائر النواقل - مثل البيع أو الصلح - لا يفيد في رفع أثر الحوالة. (محَمَّد رضا الكلبيكاني).

(٣) أي الثانية المذكورة في المسألة السابقة. (الفيروزآبادي).

(٤) هذا إذا أخذ الثمن على نحو الداعي، أو لم يُلحَظ أصلاً، أو أخذ على نحو الشرط

⇐

(أ) الخلاف: ٣/٣٠٨ - ٣٠٩.

(ب) المبسوط للسرخسي: ٢٠/٨٧، البحر الرائق لابن نجيم البصري: ٦/٩١، المغني لابن قدامة:

٥/٦٢، الانصاف للمرداوي: ٥/٢٢٩.

للبيع؛ حيث إنها واقعة على الثمن^(١). وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين. وربما يقال بطلانها إن قلنا: إنها استيفاء، وتبقى إن قلنا: إنها اعتياض. والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء؛ لأنّها^(٢) معاملة^(٣) مستقلة^(٤) لازمة لا تنفسخ بانفساخ البيع، وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة، كما إذا اشتري شيئاً بدراهم مكسرة فدفعت إلى البائع الصّحاح، أو دفع بدلها شيئاً آخر^(٥) وفاء؛ حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصّحاح أو الشيء الآخر، لا الدارهم المكسرة؛ فإنّ الوفاء بهذا النحو ليس معاملةً

⇒ وأسقط الشرط، أمّا إذا أخذ الثمن على نحو القيد أو كان مصبّ الحوالة بطلت. (محمّد الشيرازي).

(١) الصورة الثانية - وهي تحويل البائع أجنبيّاً على المشتري بالثمن أيضاً - الحوالة واقعة على الثمن، فلا فرق بين الصورتين. (كاشف الغطاء).

✽ وقوعه من البائع في الأولى، ومن المشتري في الثانية، ولكن مع هذا لا يخلو عدم الفرق من الإشكال. (المرعشي).

(٢) كون الدعوى المذكورة خروجاً عن الفرض ورجوعاً إلى دعوى الاعتياض ظاهر. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٣) كون الدعوى المذكورة خروجاً عن الفرض ورجوعاً إلى دعوى الاعتياض ظاهر. (النائيني).

(٤) هذا إنكار للمبنى، لا للبناء بعد تسليم المبنى، وإنكار المبنى وجيه، وفرق بين كونها استيفاءً أو لازمها ذلك. (الخميني).

✽ وهو الحقّ الحقيقي بالقبول. (المرعشي).

(٥) في صدق الأداء في هذا الفرض إشكال. (المرعشي).

لازمة^(١)، بل يتبع البيع في الانفساخ، بخلاف ما نحن فيه؛ حيث إنّ الحوالة عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء.

(مسألة ١٧): إذا كان له عند وكيله أو أمينه مالٌ معيّنٌ خارجيّ فأحال دائئه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال^(٢) والمحال عليه^(٣) وجب عليه الدفع إليه وإن لم يكن من الحوالة^(٤) المصطلّحة^(٥).

وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل؛ لبقاء شغل ذمّته. ولو لم يتمكّن من الاستيفاء منه ضمن^(٦)

(١) الظاهر أنّها معاملة لازمة، فلا تتبع البيع في الانفساخ. (الخوئي).

(٢) هذا الفرع من أوّله إلى آخره لا يخلو من اغتشاش، فإن كان المقصود الوكالة في ردّ عين ماله إلى غريمه فهذا لا يحتاج إلى قبول المحتال والمحتال عليه؛ فإنّ الأمين يكفي في جواز الردّ له إذن المالك، ولا يلزم عليه الردّ إلى الغريم ولو مع قبول الوكالة، بل عليه الردّ: إمّا على المالك، وإمّا على من أمر بالردّ إليه. وأمّا الغريم فإن كان ما أمر بالردّ إليه مصداقاً لدينه فملزم بالقبول، وهذا ليس من الحوالة في شيء، لا المصطلّحة ولا غير المصطلّحة، والحكم بالضمان لقاعدة الغرر في المقام محلّ منع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) فيترتب على قبوله الضمان؛ لعنوان الغرور من جهة اطمئنانه بالوفاء. (المرعشي).

(٤) بل ليس من الحوالة أصلاً، ولا يحتاج إلى قبول المحال عليه؛ لأنّه وكيل على ما هو المفروض، بل وقبول المحتال إذا كان ذلك المال مصداقاً لدينه. (اللكراني).

(٥) لعدم النقل من الذمّة إلى الذمّة ولا الضمّ، كما عليه القوم. (المرعشي).

(٦) تخلف الوكيل عن أمر المالك وإن كان موجباً لصيرورة يده على المال يد ضمانٍ ويضمنه لمالّكه لكنّ ضمانه للمحتال لا موجب له، والتشبيث بقاعدة الغرور ضعيف

الوكيل^(١) المحال عليه^(٢) إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستنداً إليه للغرور.

[تَمَّ كِتَابُ الْحَوَالَةِ]



⇒ غايته، والحمد لله رب العالمين، والصلاة على رسوله وآله الطاهرين. (جمال الدين الكلبي يگاني).

✽ فيه نظر وإشكال. (السنكراني).

(١) تخلف الوكيل عن أمر المالك وإن كان موجباً لصيرورة يده على المال يد ضمان ويضمنه لمالكة لكن ضمانه للمحتال لا موجب له، والتشبيث بقاعدة الغرور ضعيف غايته، والحمد لله رب العالمين، والصلاة على رسوله وآله الطاهرين. (النائيني).

✽ لا موجب لضمانه؛ إذ لا مجرى لقاعدة الغرور بعد بقاء الدين في ذمة المديون، وعدم احتساب امتناعه عن الأداء خسارة، وعلى فرض تسليم الخسارة فهي مستندة إلى المديون. (الفاني).

(٢) لا يخلو من إشكال؛ لأن عصيانه ومخالفته لأمر الموكل بعد قبوله الإعطاء ليس موجباً للضمان للمحتال، وقاعدة الغرور لا تأتي هنا، نعم، يده بعد المخالفة تصير يد ضمان للمحيل المالك للعين التي عنده. (البجنوردي).

✽ لا أثر لقبول المحال عليه في الحكم، أي وجوب الدفع، نعم، له أثر في الضمان لأجل الغرور. (الخميني).

✽ فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

✽ فيه إشكال. (حسن القمي).

✽ ضمانه للمالك لا كلام فيه؛ إذ بعد التخلف عن أمر المالك تكون يده يد ضمان، وأما ضمانه للمحتال فلم يظهر وجهه، والتمسك بقاعدة الغرور ضعيف. (الروحاني).

كِتَابُ النَّكاحِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وَلَهُ الْحَمْدُ وَالْمِنَّةُ

كتاب النكاح

النِّكَاحُ مُسْتَحَبٌّ فِي حَدِّ نَفْسِهِ بِالْإِجْمَاعِ وَالْكِتَابِ وَالسُّنَّةِ الْمُسْتَفِيزَةِ، بَلِ
الْمُتَوَاتِرَةِ، قَالَ اللَّهُ تَعَالَى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَى مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ
إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُعْزِهِمْ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ﴾ (أ).

وَفِي النَّبَوِيِّ الْمَرْوِيِّ بَيْنَ الْفَرِيقَيْنِ «النِّكَاحُ سُنَّتِي فَمَنْ رَغِبَ عَنْ سُنَّتِي فَلَيْسَ
بِمِنِّي» (ب).

وَعَنْ الصَّادِقِ عَلَيْهِ السَّلَامُ عَنْ أَمِيرِ الْمُؤْمِنِينَ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ: «تَزَوَّجُوا فَإِنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ قَالَ:
مَنْ أَحَبَّ أَنْ يَتَّبِعَ سُنَّتِي فَإِنَّ مِنْ سُنَّتِي التَّزْوِيجَ» (ج).

وَفِي النَّبَوِيِّ: «مَا بُنِيَ بِنَاءٌ أَحَبَّ إِلَى اللَّهِ تَعَالَى مِنَ التَّزْوِيجِ» (د).

وَعَنْ النَّبِيِّ ﷺ: «مَنْ تَزَوَّجَ أَحْرَزَ نِصْفَ دِينِهِ، فَلْيَتَّقِ اللَّهَ فِي النِّصْفِ الْآخَرِ» (ه).

بَلِ يُسْتَفَادُ مِنْ جُمْلَةٍ مِنَ الْأَخْبَارِ اسْتِحْبَابُ حُبِّ النِّسَاءِ.

(أ) النور: ٣٢.

(ب) وسائل الشيعة: الباب (٢) من أبواب كراهة الغزوة، ح ٩.

(ج) وسائل الشيعة: الباب (١) من أبواب استحباب النكاح، ح ١٤.

(د) وسائل الشيعة: الباب (١) من أبواب استحباب النكاح، ح ٤.

(ه) أمالي الطوسي: ١٣٢/٢.

ففي الخبر، عن الصادق عليه السلام: «من أخلاق الأنبياء حب النساء»^(أ).
وفي آخر عنه عليه السلام: «ما أظن رجلاً يزداد في هذا الأمر خيراً إلا ازداد حباً للنساء»^(ب).

والمستفاد من الآية وبعض الأخبار أنه موجب لسعة الرزق^(١).
ففي خبر إسحاق بن عمار: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الحديث الذي يرويه الناس حق: إن رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله فشكا إليه الحاجة، فأمره بالتزويج، حتى أمره ثلاث مرّات، قال أبو عبد الله عليه السلام: «نعم، هو حق» ثم قال عليه السلام: «الرزق مع النساء والعيال»^(ج).

(١) استفادة الاستحباب منها مشكل. (المرعشي).

✽ الظاهر أنّ ما وعده الله تعالى شأنه عباده من إغناء الفقراء بالنكاح وأرشد نبيه صلى الله عليه وآله ذا الحاجة إليه أمر إرشادي محسوس بحسب العادة فإن الرجل ما لم يلتزم على نفسه مؤنة العيال لا داعي له في السعي في طلب المال ويفني عمره بالتسويق والإهمال وأمّا إذا رأى نفسه متعهداً لتأمين حوائج العيال فلا محالة يسعى ويجد في الطلب ويتحمّل المشقة والتعب، وكذلك المرأة حيث تجد نفسها مديرة للعائلة والأولاد تستعدّ لإعانة الزوج في التحصيل والحفظ فالزواج جزء معظم لسياسة المدن، وتسهيل لإدارة المعاش لمعظم الناس، مضافاً إلى ما فيه من كسر الشهوة ودفع مفاسدها، وبقاء النسل وتكثيره، ومن هذا يظهر صحّة القول بمحبوبيّته حتى لمن لم يكن له اشتياق إليه، بل للمريض والعينين إذا لم تترتب عليه مفسدة أخرى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(أ) وسائل الشيعة: الباب (٣) من أبواب استحباب حب النساء والمحلّلات....، ح ٢.

(ب) الكافي للكليني: ٥ / ٣٢٠، ح ٢ وفيه (في الإيمان) بدل (في هذا الأمر).

(ج) وسائل الشيعة: الباب (١١) من أبواب استحباب التزويج ولو عند الاحتياج والفقر، ح ٤.

(مسألة ١): يُستفاد من بعض الأخبار كراهة العزوبة، فعن النبي ﷺ: «رَذَالٌ مَوْتَاكُمُ الْعَزَابُ»^(١). ولا فرق على الأقوى في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تشق؛ لإطلاق الأخبار، ولأن فائدته^(٢) لا تُحصَر في كسر الشهوة^(٣)، بل له فوائد، منها: زيادة النسل، وكثرة قائل: لا إله إلا الله. فعن الباقر عليه السلام: «قال رسول الله ﷺ: ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلاً، لعل الله أن يزرقه نسمةً تثقل الأرض بلا إله إلا الله»^(ب).

(مسألة ٢): الاستحباب لا يزول بالواحدة، بل التعدد مستحب^(٣) أيضاً.

(١) الزوجية بين الرجل والمرأة بنفسها مرغوب فيها؛ لأنها خروج عن الوحدة بتشكيل النظام العائلي، وتأسيس التعايش على نحو الاشتراك، قال الله تعالى: ﴿اسْكُنْ أَنْتَ وَزَوْجُكَ الْجَنَّةَ﴾^(ج). (الفاني)

(٢) ليست الفائدة المهمة من النكاح كسر الشهوة البهيمية قطعاً، بل فوائده لا تخفى، وكفى فائدة بقاء النسل أو زيادته. (الكوهكمري).

(٣) لا دليل على استحباب التعدد، والآية في مقام تشريع أصل جواز التعدد، وفعل المعصومين عليهم السلام لا يدلّ عليه، كما لا يخفى، إلا أن يلتزم بكون كلّ صادرٍ منهم عليهم السلام راجحاً، وفيه كلام في علم الكلام. (المرعشي).

* لمن احتاج إليه ولغيره أن تُعَنون بعنوان آخر راجح، والآية الكريمة في مقام أصل التشريع في الجملة، لا في بيان استحباب التعدد مطلقاً، واستحباب التسري مطلقاً أيضاً فيه كلام. (السبزواري).

(أ) وسائل الشيعة: الباب (٢) من أبواب كراهة العزوبة وترك التزويج والتسري، ح ٣.

(ب) وسائل الشيعة: الباب (١) من أبواب استحباب النكاح، ح ٣.

(ج) البقرة: ٣٥.

قال تعالى^(١): «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ»^(أ). والظاهر عدم اختصاص^(٢) الاستحباب بالنكاح الدائم أو المنقطع، بل المستحب أعم منهما ومن التسرّي بالإماء.

(مسألة ٣): المستحب هو الطبيعة، أعم من أن يقصد به القرية، أو لا، نعم عباديته^(٣) وترتب الثواب عليه^(٤) موقوفة على قصد القرية^(٥).

(١) في دلالة الآية الشريفة على استحباب أزيد من الواحدة إشكال. (اللفكراني).

(٢) لا دليل على استحباب تعدّد التسرّي لغير المشتاق، وقد مرّ عدم تمامية الاستدلال بفعلهم ﷺ في أمثاله. (المرعشي).

(٣) بالمعنى الأعم. (الكوهكفري).

* لا يصير عملٌ عبادةً بمجرد قصد القرية به، ففرق بين كون العمل طاعةً للمولى وبين كونه عبادةً وطاعةً غير الله في مثل المباحات جائزة، ولكن عبادة غيره تعالى محرمة، بل شرك، فالعبادية معنى خاص، وليس النكاح داخلياً فيها، نعم، لا بأس بإطلاق العبادة عليه تجوّزاً أو بالمعنى الأعم. (الشريعتمداري).

* بالمعنى الأعم المصطلح لدى المتشرّعة. (المرعشي).

* يعني إطاعة أمره تعالى وامتناله. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) أي بمعنى ترتّب الثواب عليه؛ لأنّ العبادات حقائق قصديّة، وليس كلّ ما يؤتّى به امتثالاً لأمر الله عبادة، اللهم إلّا بالمعنى الأعم. (الفاني).

* ترتّب الثواب غير محتاج إلى قصد القرية؛ إذ كيف يكون الاستحباب مطلقاً، مع تقييد ترتّب الثواب، نعم، العبادية متوقّفة بلا إشكال. (محمّد الشيرازي).

(٥) إن قلنا بتقوم الثواب بقصد القرية، وفيه بحث جدّاً وإن كان معروفاً، ثم إنّ المراد

◀

(مسألة ٤): استحباب النكاح إنّما هو بالنظر إلى نفسه وطبيعته. وأمّا بالنظر إلى الطوارئ فينقسم بانقسام الأحكام الخمسة:
فقد يجب بالنذر^(١) أو العهد^(٢) أو الحلف، وفيما^(٣) إذا كان مقدّمةً لواجب^(٤) مطلق^(٥)، أو كان في تركه مظنة

⇒ بالعبادية في المقام: العبادية بمعنى الأعم، لا ما تَقَوّمَ تحقّقها بقصد القرية. (السبزواري).

(١) مرّت المناقشة في وجوب المندور بعنوانه الذاتي، بل الواجب هو عنوان الوفاء بالنذر، وإنّما ينطبق في الخارج على المندور، والخارج ليس ظرفٌ تعلّق الوجوب، وكذا الحال في العهد واليمين، وكذا في سائر أمثله من كونه مقدّمةً للواجب المطلق وما يتلوه؛ فإنّها مع ورود الإشكال المتقدّم عليها أو على بعضها تَرِدُ عليها إشكالات آخر ليس المقام مقتضياً لبيانها. وكذا الكلام في النكاح المحرّم والأمثلة المذكورة. وأمّا الزيادة على الأربع ونكاح المحرّمات عيناً وجمعاً فإنّها محرّمات وضعيّة، أي لا يقع النكاح فيها، لا أنّه يقع محرّماً، وتأتي المناقشة في النكاح المكروه بما ذكره أيضاً. (الخميني).

* لا بعنوانه الأوّل الذي هو النكاح؛ فإنّ الوجوب الآتي من قبل النذر وشبهه يكون متعلّقه الوفاء بالنذر وأختيه، ولا يسري منه إلى العناوين الأوّلية المتعلّقة للنذر ونحوه، وهكذا الحال في مقدّمة الواجب وسائر الأمثلة. (اللكراني).

(٢) وجوبه بالعهد مبنيّ على الاحتياط. (تقي القمي).

(٣) في جميع الفروع المذكورة إشكال. (تقي القمي).

(٤) بناءً على القول بوجوب المقدّمة، وكذا في ما كان مقدّمةً للحرام. (محمّد الشيرازي).

(٥) مقدّمة الواجب لا تكون واجبةً شرعاً؛ إذ وجوبها العقليّ - وهو حكم العقل - بلابدية إتيانها للتوصّل إلى الواجب الشرعي كافٍ في رتبة الامتثال، ولا مجال

الضرر^(١)، أو الوقوع^(٢) في الزنا أو محرّم آخر.
وقد يحرم^(٣)، كما إذا أفضى إلى الإخلال بواجب من تحصيل علم واجب، أو ترك حق من الحقوق الواجبة، وكالزيادة^(٤) على الأربع^(٥).

⇒ المولوية من قبل الشارع في رتبة امتثال حكمه؛ وبذلك يظهر أنّ مقدّمة الحرام ليست بحرام، ومقدّمة المكروه ليست بمكروه. (الفاني)
(١) لا اعتبار بالظنّ في غير الضرر من الوقوع في المحرّمات ما لم يطمئنّ به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

※ أي الضرر البالغ الذي يحرم تحمّله لا مطلقاً، وفي مثله يكفي خوف الضرر الشامل لبعض مراتب الوهم بالشكّ. (محمّد الشيرازي).
(٢) الظنّ بالوقوع في الزنا أو محرّم آخر إذا ترك النكاح لا يوجب صيرورته واجباً، إلّا إذا بلغ إلى حدّ الاطمئنان المتأخّم للعلم. (اللنكراني).
(٣) الأمر بالشيء لا يقتضي النهي عن ضده شرعاً، وكون فعل النكاح سبباً مفوّتاً للواجب حتّى تكون حرمة للتفويت باطل؛ لمنع السببية، بعد ما نرى من أنّ ترك الواجب - وهو عدم إخراجه إلى الوجود - اختياراً ليس معلولاً لفعل النكاح، فلا سببية. (الفاني)

※ يجري ما ذكرناه في النذر وشبهه هنا أيضاً، وكذا في المكروه. (اللنكراني).

(٤) الظاهر أنّ الفرض خارج عن المقسم. (صدرالدين الصدر).

※ عدّه كعدّ المحرّمات الأبدية من أمثلة المحرّم بالطوارئ ممنوع. (المرعشي).

※ الزيادة على الأربع وسائر المحرّمات عيناً وجمعاً ممّن لا يصحّ نكاحها ليست في عداد ما ذكر قبل ذلك ممّن يحرم نكاحها تكليفاً، وكذا في المنكوحه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) حرمتها وضعيّة أيضاً، كنكاح المحرّمات، بمعنى عدم وقوع نكاحها وفساده، لا

وقد يُكرّه، كما إذا كان فعله موجباً للوقوع في مكروه.

وقد يكون مباحاً، كما إذا كان في تركه مصلحة^(١)

⇒ أنه واقع، ولكنه محرّم، كما في المثالين الأوّلين. (الإصطهباناتي).

* الزيادة على الأربع لا يقع نكاحها، لا أنه يقع ويكون محرّماً، كما في سائر الأمثلة، وكذا نكاح المحرّمات. (البروجردی).

* النكاح الزائد على الأربع فاسد في نفسه، ولا يحرم إلاّ تشريعاً. (عبدالهادي الشيرازي).

* الزيادة على الأربع لا يقع نكاحها، لا أنه يقع ويكون محرّماً، كما في سائر الأمثلة، وكذا نكاح المحرّمات، نعم، يحرم كلّها بالتشريع. (عبدالله الشيرازي).

* العقد على الخامسة بما هو أمر إنشائيّ ليس بحرام تكليفاً، نعم، هو فاسد، فترتيب أثر الزوجيّة على هذا العقد حرام تكليفاً؛ لكونها أجنبيّة ولو بعد العقد عليها. (الفاني)

* بمعنى أنه يقع فاسداً، فحرمتها وضعية، وليس من قبيل ما يعرض الحرمة بالعنوان الثانوي، بمعنى وقوعه صحيحاً محرّماً. (الشريعتمداري).

* ينبغي أن يكون هذا مثلاً لأصل بطلان النكاح، لا الحرمة التكليفية، كما هو والله في مقام بيانها. (السبزواري).

* في العبارة مسامحة؛ فإنّ الزائدة على الأربع يكون نكاحها باطلاً، لا أن يصحّ ويكون محرّماً، وكذلك نكاح المحرّمات عيناً أو جمعاً، وكذا بالنسبة إلى المنكوحة. (زين الدين).

* مع ترتيب آثار النكاح عليها، وإلاّ تكون الحرمة حرمةً وضعية، لا تكليفية، وكذا بالنسبة إلى المنكوحة جمعاً أو عيناً. (حسن القمي).

* الظاهر أنّ الزيادة على الأربع من المحرّمات الوضعية، ومعناها عدم وقوع النكاح، لا وقوعه محرّماً، وكذا في نكاح المحرّمات عيناً أو جمعاً. (اللكراني).

(١) التزام بين المستحبّين في رتبة الامتثال لا يستلزم انقلاب حكمهما إلى الإباحة؛ لعدم الموجب. (الفاني)

معارضة^(١) لمصلحة فعله مساوية^(٢) لها.

وبالنسبة إلى المنكوحة أيضاً ينقسم إلى الأقسام الخمسة:

فالأوجب^(٣) كمن يقع في الضرر لو لم يتزوجها، أو يبتلى بالزنا معها لولا تزويجها.

والمحرّم نكاح المحرّمات^(٤) عيناً أو جمعاً.

والمستحبّ المستجمع للصفات المحمودة في النساء.

والمكروه النكاح المستجمع للأوصاف المذمومة في النساء، ونكاح

القابلة المريّة ونحوها. والمباح^(٥) ما عدا ذلك.

(مسألة ٥): يستحبّ^(٦)

(١) ويُعبّر عن مثل هذه الإباحة: بالإباحة القهرية تارةً، واللا اقتضائية أخرى. (المرعشي).

(٢) في الحكم بالإباحة لذلك مسامحة غير خفيّة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) عقلاً. (الفاني)

(٤) الظاهر أنّ الفرض أيضاً خارج عن المقسم. (صدرالدين الصدر).

* نكاح المحرّمات فاسد، ولا يحرم العقد عليهنّ إلّا تشريعاً. (عبدالهادي الشيرازي).

* بحسب الحكم الوضعي، أي الفساد. (الفاني)

* هذا أيضاً من المحرّمات الوضعيّة دون التكليفيّة، إلّا إذا كان بنحو التشريع. (السبزواري).

(٥) لا تتصوّر المباح إلّا مع التزام في مقام الجعل. (تقي القمي).

(٦) لا بأس بالعمل بجميعها رجاءً؛ لعدم الاطمئنان بمستند كثير منها، بعدما أشرنا

عند^(١) إرادة^(٢) التزويج^(٣) أمور^(٤)؛
منها^(٥)؛ الخطبة^(٦).

ومنها: صلاة ركعتين عند إرادة التزويج قبل تعيين المرأة وخطبتها،
والدعاء بعدها بالمأثور، وهو «اللهم إني أريد أن أتزوج، فقدر لي من النساء

⇒ مراراً بأن اتّكال المشهور على رواية لا تصلح لجبر سندها في باب المستحبات؛
لا احتمال بنائهم على إثبات الاستحباب بقاعدة التسامح في أدلة السنن، وهكذا في
المكروهات بملاحظة رجحان تركها، كما لا يخفى. (آقاضياء).

(١) الإتيان بالمستحبات المذكورة برجاء المطلوبة أوفق بدرك الواقع؛ لعدم وضوح
المستند في بعضها، وكذا ترك المكروهات برجاء الكراهة. (محمّد رضا الكلبيكاني).
* استحباب بعض ما ذكر في هذه المسألة وفي المسائل الآتية، وكذا كراهة ما ذكر
في المسائل الآتية محلّ تأمل يؤتى بها رجاءً. (حسن القمي).

(٢) جملة من الآداب المذكورة في المقام استحباباً أو كراهةً مبنية على قاعدة
التسامح، أو بعنوان الرجاء. (الكوهكَمري).

(٣) استحباب بعض هذه الأمور من باب التسامح. (الشريعتمداري).

(٤) الأحوط رعاية تلك الأمور وغيرها ممّا لم يتعرّض لها من المستحبات بقصد
الرجاء، لا الورد؛ لضعف الجُلّ صدوراً، أو دلالةً، أو جهةً. (المرعشي).
* تسامحاً في بعضها. (السبزواري).

(٥) بعض المستحبات المذكورة في هذه المسألة مبنية على قاعدة التسامح، فاللازم
أن يكون الإتيان بها برجاء المطلوبة، وكذا بعض المكروهات في المسألة اللاحقة
يفترق برجاء الكراهة، وكذلك سائر المستحبات والمكروهات المذكورة في هذا
الفصل. (زين الدين).

(٦) بكسر الخاء: الاستدعاء. (الفيروزآبادي).

أَعْفَنَ فرجاً، وأحفظهنَّ لي في نفسها ومالي، وأوسعهنَّ رزقاً، وأعظمهنَّ بركة، وقدَّر لي ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي»^(١).
ويستحبُّ أيضاً أن يقول: أقررت بالذي أخذ الله إمساكاً بمعروف أو تسريحاً بإحسان (ب).

ومنها: الوليمة يوماً أو يومين لا أزيد؛ فإنه مكروه، ودعاء المؤمنين^(١).
والأولى كونهم فقراء، ولا بأس بالأغنياء، خصوصاً عشيرته وجيرانه وأهل حرفته، ويستحبُّ إجابتهم^(٢) وأكلهم.
ووقتها بعد العقد، أو عند الزفاف ليلاً أو نهاراً.
وعن النبي ﷺ: «لا وليمة إلا في خمس: عرس^(٣)، أو خُرْس^(٤)، أو عِذار^(٥)، أو

(١) أي طلبهم لحضور مجلس الوليمة. (الفيروزآبادي).

(٢) مع عدم تسرعهم إلى الذهاب؛ لقوله ﷺ: «إِذَا دُعِيتُمْ إِلَى الْوَلَائِمِ فَأَبْطِئُوا، فَإِنَّهُ تَذَكَّرَكُمْ الدُّنْيَا...» (ج) إلى آخره. (السبزواري).

(٣) بكسر العين. (الفيروزآبادي).

(٤) بضمّ الخاء وسكون الراء، والمراد: الولادة. (الفيروزآبادي).

(٥) بكسر العين. (الفيروزآبادي).

(أ) المقنع للصدوق: ٣٠٢، النهاية ونكتها للطوسي: ٤٨٠، الكافي للكليني: ٥٠١/٥، ح ٢، الوسائل:

الباب (٥٣) من أبواب مقدمات النكاح، ح ١، مع اختلافٍ يسيرٍ في الألفاظ.

(ب) الكافي: ٥٠٢/٥، ح ٥، الوسائل: الباب (٥٥) من أبواب مقدمات النكاح، ح ٤. وفيهما (بالميثاق الذي) بدل (بالذي).

(ج) من لا يحضره الفقيه: ١/١٦٩، ح ٤٩٥، الوسائل: الباب (٣٤) من أبواب الاحتضار وما يناسبه،

ح ٢، وفيهما: «إِذَا دُعِيتُمْ إِلَى الْجَنَازَةِ فَأَسْرِعُوا، وَإِذَا دُعِيتُمْ إِلَى الْعَرَّاسِ فَأَبْطِئُوا».

وِكَارٍ، أَوْ رِكَازَ»^(١) العِرْس: التزويج، والخُرْس: النفاس، والعِذار^(١): الخِتان، والوِكَار: شراء الدار، والرِكَاز: العود من مكّة.

ومنها: الخطبة أمام العقد بما يشتمل على الحمد والشهادتين والصلاة على النبي ﷺ^(٢) والأئمة عليهم السلام، والوصية بالتقوى، والدعاء للزوجين، والظاهر كفاية اشتمالها على الحمد والصلاة على النبي وآله. ولا يبعد استحبابها أمام الخطبة أيضاً.

ومنها: الإشهاد^(٣) في الدائم والإعلان به، ولا يُشترط في صحّة العقد عندنا.

ومنها: إيقاع العقد ليلاً^(٤).

(مسألة ٦): يُكره عند التزويج أمور^(٥):

منها: إيقاع العقد والقمر في العقرب، أي في برجها، لا المنازل المنسوبة إليها، وهي: القلب والإكليل والزبانا والشولة.

(١) بكسر العين. (الفيروزآبادي).

(٢) بل الظاهر كفاية الحمد فقط أيضاً. (السبزواري).

(٣) لعلّ استحبابه لا يختصّ بالدائم إذا كان معرضاً لتوليد الولد. (حسن القمي).

(٤) الظاهر ورود الخبر في الزفاف، لا العقد. (المرعشي).

(٥) قد تقدّم أنّ الأحوط رعايتها ورعاية غيرها المذكورة في كتب السنن رجاءً. (المرعشي).

(أ) من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٤٠٢، ح ٤٤٠٤، الوسائل: الباب (٤٠) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٥.

ومنها: إيقاعه يوم الأربعاء^(١).

ومنها: إيقاعه في أحد الأيام^(٢) المنحوسة^(٣) في الشهر، وهي الثالث، والخامس، والثالث عشر، والسادس عشر، والحادي والعشرون، والرابع والعشرون، والخامس والعشرون.

ومنها: إيقاعه في محاق الشهر، وهو الليلتان^(٤) أو الثلاث^(٥) من آخر الشهر.

(مسألة ٧): يُستحب^(٦) اختيار امرأة تجمع صفات: بأن تكون بكرًا، ولودًا، ودودًا^(٧)، عفيفة، كريمة الأصل، بأن لا تكون من زناً أو حيضٍ أو

(١) النصّ الذي وجدته خاصّ بالدخول في ليلة الأربعاء، لا العقد، ولا الزفاف بدون دخول، ولا في يوم الأربعاء. (محمّد الشيرازي).

(٢) لم أجد به نصّاً في هذه المُجالة، ولكنّ باب التسامح واسع. (محمّد الشيرازي).

(٣) لم يَقم دليل يُعتدّ به على ذلك وإن نُسب إلى رواية^(أ). (الكوهكَمَري).

* لا دليل مُعتدّ به على ذلك، وإن نسب إلى الرواية. (الشريعتمداري).

* لا دليل يُعتدّ به على الكراهة فيها. (المرعشي).

(٤) النصوص مطلقة، ولا تخصّ الليل. (محمّد الشيرازي).

(٥) بل هو ليلة أو ليلتان. (عبدالله الشيرازي).

(٦) الحكم بالاستحباب لا يخلو من إشكال. (المرعشي).

(٧) التذكير من سهو القلم؛ إذ الوداد ليست من الصفات المختصّة بها كالولادة، والنبويّ المتضمّن لها ذكرت فيها مؤنّثة في النسخ المصحّحة. (المرعشي).

(أ) راجع الوسائل: الباب (٢٧) من أبواب آداب السفر، ح ١.

شبهة، أو ممّن تنال الألسن آباءها أو أمهاتها، أو مستهم رقٌّ أو^(١) كفر أو فسق معروف. وأن تكون سمراء^(٢) عيناء^(٣) عجزاء^(٤) مربوعة^(٥)، طيبة الريح، ورمّة الكعب^(٦)، جميلة ذات شعر، صالحة تُعين زوجها على الدنيا والآخرة، عزيزة في أهلها، ذليلة مع بعلمها، متبرجة مع زوجها، حصاناً مع غيره.

فعن النبي ﷺ: «إِنَّ خَيْرَ نِسَائِكُم: الْوَلُودُ الْوَدُودُ، الْعَفِيفَةُ الْعَزِيزَةُ فِي أَهْلِهَا، الذَّلِيلَةُ مَعَ بَعْلِهَا، الْمَتَبَرِّجَةُ مَعَ زَوْجِهَا، الْحِصَانُ عَلَى غَيْرِهِ، الَّتِي تَسْمَعُ قَوْلَهُ وَتُطِيعُ أَمْرَهُ، وَإِذَا خَلَا بِهَا بِذَلَّتْ لَهُ مَا يُرِيدُ مِنْهَا، وَلَمْ تَبْذَلْ^(٧) كَتَبَذَلِ الرَّجُلُ»^(أ).

(١) في كراهة تزوّج من مسّ بعض آبائها كفر أو رقّ تأمل، بل إشكال. (محمّد الشيرازي).

(٢) أي يضرب لونها إلى الحمرة. (الفيروزآبادي).

(٣) واسعة العين. (الفيروزآبادي).

(٤) عظيمة كبيرة الألبتين. (الفيروزآبادي).

(٥) متوسطة قامتها. (الفيروزآبادي).

(٦) أسقط المصنّف من الخبر جزءاً، والخبر هكذا: رمّة الكعب، عظيمة الكعّث، والمراد من قوله الأوّل: «رمّة الكعب» أي خفيّ العظم النابت في طرفي الساق منها يمينها وشمالها، ومن الثاني سمينة عريض فرجها. وضبط الكعّث بتقديم العين، كما في المجمع^(ب) وبتقديم الثاء، كما في القاموس^(ج). (الفيروزآبادي).

(٧) أي تتصاون، فتمنع في الجملة على الدّلال، كأنّها تشتهي وتُظهر عدم الميل. (الفيروزآبادي).

(أ) الكافي: ٥ / ٣٢٤، الوسائل: الباب (٦) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

(ب) مجمع البحرين: ٤ / ٤٩، مادة كعّث.

(ج) القاموس المحيط: ١ / ١٢٢، مادة كعّث.

ثم قال: «ألا أخبركم بشرار نسائكم: الذليلة في أهلها، العزيزة مع بعلمها، العقيم الحَقُود، التي لا تدرع^(١) من قبيح، المتبرِّجة^(٢) إذا غاب عنها بعلمها، الحصان معه إذا حضر، لا تسمع قوله، ولا تطيع أمره، وإذا خلا بها بعلمها تمنّعت منه، كما تمنع الصعبة عن ركوبها، لا تقبل منه عُذراً، ولا تغفر له ذنباً»^(١).

ويكره اختيار العقيم، ومن تضمّنته الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة التي يجمعها^(٣) عدم كونها نجية.
ويكره الاقتصار على الجمال والثروة.
ويكره تزويج جملة أخرى.
منها: القابلة^(٤) وابنتها للمولود.
ومنها: تزويج ضرة كانت لأمه مع غير أبيه.
ومنها: أن يتزوج أخت أخيه^(٥).
ومنها: المتولدة من الزنا^(٦).

(١) أي لا تجتنب. (الفيروزآبادي).

(٢) أي الظاهرة بالمشي والسوق. (الفيروزآبادي).

(٣) لا يخفى أنّ عدم النجاسة ليس بجامع لجميع ما ذكر. (المرعشي).

(٤) المربية، كما تقدّم في المسألة الرابعة. (زين الدين).

(٥) أي من الرضاعة. (الفيروزآبادي).

(٦) قد مرّ منه الحكم بكراهة تزويج المتولدة من الزنا، ولا وجه للإعادة. (اللفكراني).

(أ) الكافي: ٥ / ٣٢٥، ح ١، من لا يحضره الفقيه: ٣ / ٣٩١، ح ٤٣٧٦، تهذيب الأحكام: ٧ / ٤٠٠، ح ٧.

الوسائل: الباب (٧) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١، وفي المصادر الثلاثة الأخيرة (عند ركوبها)

بدل (عن ركوبها).

ومنها: الزانية^(١).

ومنها: المجنونة.

ومنها: المرأة الحمقاء، أو العجوزة.

وبالنسبة إلى الرجال: يكره تزويج سَيِّئِ الخلق، والمُخَنَّث، والزنج، والأكراد^(٢)، والخَزَر، والأعرابي^(٣)، والفاسق، وشارب الخمر.

(مسألة ٨): مستحبات الدخول^(٤) على الزوجة أمور:

منها: الوليمة^(٥) قبله أو بعده.

ومنها: أن يكون ليلاً؛ لأنّه أوفق بالسّتر والحياء، ولقوله ﷺ: «زُقُوا عرائسكم ليلاً، وأطعموا ضحى»^(١). بل لا يبعد استحباب السّتر المكاني أيضاً.

(١) تراجع المسألة السابعة عشرة من فصل: لا يجوز التزويج في عدّة الغير. (زين الدين).

✽ إذا كانت معلنة لا يجوز تزويجها إلّا مع التوبة. (تقي القمي).

(٢) ولعلّ بعض ما ذكر كان مختصاً بزمان صدور الرواية، كما ربّما يؤيّده بعض العلل المذكورة فيها، كما في الخَزَر، وبعض ما ذكر لاختلاف العادات كثيراً ممّا يؤدّي غالباً إلى الشجار، ونحو ذلك من الإرشادات التي ما أكثرها في روايات الأحكام غير الإلزاميّة، كما هو ظاهر للمتتبّع فيها. (محمّد الشيرازي).

(٣) أي أهل البادية. (المرعشي).

(٤) الكلام في أكثر هذه الأمور هو الكلام الذي تقدّم مراراً. (المرعشي).

(٥) وقد أطبق أهل القبلّة على استحبابها، وإن اختلفوا في بعض خصوصياتها.

(المرعشي).

(أ) الكافي: ٣٦٦/٥، ح ٢، دعائم الإسلام للمغربي: ٢١٠/٢، من لا يحضره الفقيه: ٤٠١/٣، ح ٤٠٣،

تهذيب الأحكام: ٤١٨/٧، ح ٤٨، الوسائل: الباب (٣٧) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢.

ومنها: أن يكون على وضوء.

ومنها: أن يصلي ركعتين، والدعاء بعد الصلاة - بعد الحمد والصلاة على محمد وآله - بالألفة وحسن الاجتماع بينهما، والأولى المأثور، وهو: «اللهم ارزقني ألفتها ووَدَّها ورضاها بي، وأرضني بها، واجمع بيننا بأحسن اجتماع وأنفس ائتلاف، فإنك تحبّ الحلال وتكره الحرام»^(أ).

ومنها: أمرها بالوضوء والصلاة، أو أمر من يأمرها بهما.

ومنها: أمر مَنْ كان معها بالتأمين على دعائه ودعائها.

ومنها: أن يضع يده على ناصيتها مستقبل القبلة ويقول: «اللهم بأمانتك أخذتها، وبكلماتك استحلتها، فإن قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقياً من شيعة آل محمد ﷺ، ولا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً»^(ب) أو يقول: «اللهم على كتابك تزوّجتها، وفي أمانتك أخذتها، وبكلماتك استحلت فرجها، فإن قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً، ولا تجعله شرك شيطان»^(ج) ويكره الدخول ليلة الأربعاء.

(مسألة ٩): يجوز أكل ما يُنثر في الأعراس مع الإذن ولو بشاهد الحال،

(أ) الكافي: ٥/٥٠٠، ح ١، دعائم الإسلام للمغربي: ٢/٢١١، ح ٧٧٣، الوسائل: الباب (٣٧) من أبواب بَقِيَّة الصلوات المندوبة، ح ١، مع اختلاف في بعض الألفاظ.

(ب) فقه الرضا: ٢٣٥، الكافي: ٥/٥٠٣، ح ٥، الوسائل: الباب (٥٥) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٢، مع اختلاف في بعض الألفاظ.

(ج) الكافي: ٥/٥٠١، ح ٣، تهذيب الأحكام: ٧/٤٠٧، ح ١، الوسائل: الباب (٥٣) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

إِنْ كَانَ عَامًّا فَلِلْعُمُومِ، وَإِنْ كَانَ خَاصًّا فَلِلْمَخْصُوصِينَ. وَكَذَا يَجُوزُ^(١) تَمْلُكُهُ مَعَ الْإِذْنِ فِيهِ^(٢)، أَوْ بَعْدَ الْإِعْرَاضِ^(٣) عَنْهُ^(٤) فَيُملِكُ، وَلَيْسَ لِمَالِكِهِ الرُّجُوعُ فِيهِ^(٥) وَإِنْ كَانَ عَيْنُهُ مَوْجُودًا. وَلَكِنْ الْأَحْوَطُ لَهُمَا

(١) فِيهِ تَأَمَّلْ. (السَّنْكَرَانِي).

(٢) الْإِذْنُ فِي التَّمْلُكِ مِمَّا لَا مُحْصَلَّ لَهُ؛ فَإِنَّ التَّمْلِيكَ وَالتَّمْلُكَ مِنْ ذَوَاتِ الْأَسْبَابِ الَّتِي لَا تَحْصُلُ إِلَّا بِأَسْبَابِهَا الْخَاصَّةِ شَرْعًا، وَالْإِذْنُ بِالتَّمْلُكِ لَيْسَ مِنَ الْأَسْبَابِ الشَّرْعِيَّةِ، فَلَوْ قَالَ لَكَ رَجُلٌ: «تَمْلِكْ دَارِي»، فَقُلْتَ: «تَمْلِكُتُهَا» لَمْ تَحْصُلِ الْمِلْكِيَّةُ قِطْعًا، نَعَمْ، لَهُ أَنْ يُوَكِّلَكَ عَلَى تَمْلِكِهَا لَكَ عَنْهُ، فَتَجْرِي بَيْعًا أَوْ صَلَاحًا بِالْوَكَالَةِ عَنْهُ. أَمَّا نِشَارُ الْأَعْرَاسِ وَمَا يُبْذَلُ مِنَ الطَّعَامِ فِي الْوَلَائِمِ فَلَيْسَ فِيهِ شَيْءٌ مِنْ ذَلِكَ، وَإِنَّمَا هُوَ إِبَاحَةٌ صَرْفَةً، أَوْ إِذْنٌ فِي الْإِتْلَافِ فَقَطْ، فَلَهُ الرُّجُوعُ مَعَ بَقَاءِ عَيْنِهِ قِطْعًا، وَلَا يَجُوزُ لَهُ بَيْعُهُ وَأَخْذُ عَوْضٍ عَنْهُ. (كَاشَفُ الْغَطَاءِ).

* وَلَوْ بِشَاهِدِ الْحَالِ. (الْمَرْعَشِي).

* وَلَوْ مِنْ شَاهِدِ الْحَالِ. (السَّبْزَوَارِي).

* الْإِذْنُ فِي التَّمْلُكِ لَيْسَ مِنَ الْمَمْلُكَاتِ شَرْعًا، فَلَا اعْتِبَارُ بِهِ إِلَّا أَنْ يَرْجِعَ إِلَى نَحْوِ مِنَ التَّمْلِكِ، أَوْ إِلَى الْإِعْرَاضِ، كَمَا هُوَ غَيْرُ بَعِيدٍ. (زَيْنُ الدِّينِ).

(٣) بِنَاءً عَلَى خُرُوجِ الْمُعَرِّضِ عَنْهُ عَنْ مَلِكٍ الْمُعَرِّضِ بِالْكَسْرِ. (الْمَرْعَشِي).

* هَذَا مَبْنِيٌّ عَلَى كَوْنِ الْإِعْرَاضِ عَنِ الشَّيْءِ مُخْرِجًا لَهُ مِنَ الْمَلِكِ، كَمَا لَا يَبْعُدُ؛ وَعَلَيْهِ فَيَصِحُّ التَّمْلُكَ لِلْعُمُومِ. (مُحَمَّدُ رِضَا الْكَلْبَائِجَانِي).

* التَّمْلُكَ بِمَجْرَدِ الْإِعْرَاضِ بِلَا إِذْنٍ فِيهِ، وَكَذَا عَدَمُ جَوَازِ الرُّجُوعِ عَلَى فَرْضِ صِحَّةِ التَّمْلُكِ مُحَلَّلٌ إِشْكَالًا. (حَسَنُ الْقَمِّي).

(٤) بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ يَوْجِبُ زَوَالَ مُلْكِ مَالِكِهِ. (السَّبْزَوَارِي).

(٥) فِيهِ إِشْكَالٌ، وَالْإِحْتِيَاظُ لَا يُتْرَكُ. (الْخَوْنِي).

مراعاة الاحتياط^(١).

(مسألة ١٠): يُستحبّ عند الجماع الوضوء، والاستعاذة، والتسمية، وطلب الولد الصالح السويّ، والدعاء بالمأثور، وهو أن يقول: «بسم الله وبالله، اللهمّ جَنِّبني الشيطان، وجَنِّب الشيطان ما رزقتني»^(أ)، أو يقول: «اللهمّ بأمانتك أخذتها» إلى آخر الدعاء السابق، أو يقول: «بسم الله الرحمن الرحيم، الذي لا إله إلا هو، بديع السماوات والأرض، اللهمّ إن قضيت ممّي في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظاً، واجعله مؤمناً مخلصاً مصقّى من الشيطان ورجزه، جلّ ثناؤك»^(ب). وأن يكون في مكانٍ مستور.

(مسألة ١١): يُكره^(٢) الجماع: ليلة خسوف القمر، ويوم كسوف الشمس، وفي الليلة واليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحمراء، واليوم الذي فيه الزلزلة، بل في كلّ يومٍ أو ليلةٍ حدّث فيه آية مخوفة. وكذا يُكره عند الزوال، وعند غروب الشمس حتّى يذهب الشفق، وفي

⇒ * لا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

* فيه تأمل. (الروحاني).

(١) لا ينبغي تركه. (المرعشي).

(٢) الكلام فيه هو الكلام في أضرابه، وقد تقدّم مراراً، والأظهر أن أكثر ما ذكره منه في إرشاداً. (المرعشي).

(أ) الكافي: ٥/ ٥٠٣، ح ٣، مسند أحمد: ١/ ٢٨٦، صحيح البخاري: ٤/ ٩٤، الوسائل: الباب (٦٨) من

أبواب مقدّمات النكاح، ح ٣.

(ب) الكافي: ٥/ ٥٠١، ح ٢، الوسائل: الباب (٦٨) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٤.

المَحاق، وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي أوّل ليلةٍ من كلّ شهر، إلّا في الليلة الأولى من شهر رمضان فإنّه يُستحبّ فيها، وفي النصف من كلّ شهر، وفي السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال، وبين الأذان والإقامة، وفي ليلة الأضحى.

ويُكره في السفينة، ومستقبل القبلة ومستديرها، وعلى ظهر الطريق، والجماع وهو غُرَيان، وعقيب الاحتلام قبل الغُسل أو الوضوء^(١)، والجماع وهو مختضب أو هي مختضبة، وعلى الامتلاء، والجماع قائماً، وتحت الشجرة المثمرة، وعلى سُقُوف البُنيان، وفي وجه الشمس إلّا مع السّتر. ويكره أن يجامع وعنده مَنْ ينظر إليه ولو الصبيّ الغير المميّز، وأن ينظر إلى فرج المرأة حال الجماع، والكلام عند الجماع إلّا بذكر الله تعالى، وأن يكون معه خاتم فيه ذكر الله أو شيء من القرآن.

ويُستحبّ الجماع ليلة الاثنين والثلاثاء والخميس والجمعة، ويوم الخميس عند الزوال^(٢)، ويوم الجمعة بعد العصر. ويستحبّ عند مِيل الزوجة إليه.

(مسألة ١٢): يُكره للمسافر أن يطرُق أهله ليلاً^(٣) حتّى يُصبح.

(مسألة ١٣): يُستحبّ السعي في التزويج والشفاعة فيه بإرضاء الطرّفين.

(١) لم نقف للوضوء على مستند، سوى فتوى بعض الفقهاء به، كصاحب الشرائع رحمته الله. (زين الدين).

(٢) بل بعده، وأمّا عنده فلم أرَ دليلها. (الخميني).

(٣) مع عدم علمهم قبلاً بوروده في الليل، وعدم تهيتهم له. (السبزواري).

✽ إلّا مع الإعلام بذلك، أو الاطلاع عليه. (اللكراني).

- (مسألة ١٤): يُسْتَحَبُّ تعجيل تزويج البنت وتحسينها بالزوج عند بلوغها، فعن أبي عبدالله عليه السلام: «مِنْ سَعَادَةِ الْمَرْءِ أَنْ لَا تَطْمَثَ ابْنَتُهُ فِي بَيْتِهِ»^(١).
- (مسألة ١٥): يُسْتَحَبُّ حبس المرأة^(١) في البيت فلا تخرج إلا للضرورة، ولا يدخل عليها أحد من الرجال^(٢).
- (مسألة ١٦): يُكْرَهُ تزويج الصغار قبل البلوغ.
- (مسألة ١٧): يُسْتَحَبُّ تخفيف مؤونة التزويج وتقليل المهر.
- (مسألة ١٨): يُسْتَحَبُّ ملاعبة الزوجة قبل المواقعة.
- (مسألة ١٩): يجوز للرجل تقبيل أيّ جزءٍ من جسد زوجته، ومسّ أيّ جزءٍ من بدنه ببدنها.
- (مسألة ٢٠): يُسْتَحَبُّ اللبث وترك التعجيل عند الجماع.
- (مسألة ٢١): يُكْرَهُ المجامعة تحت السماء.
- (مسألة ٢٢): يُسْتَحَبُّ إكثار الصوم، وتوفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميّله وعدم طّوله.
- (مسألة ٢٣): يُسْتَحَبُّ خلع خفّ العروس إذا دخلت البيت، وغسل رجلها، وصبّ الماء من باب الدار، إلى آخرها.

(١) فيما لا ينافي العشرة بالمعروف المأمور بها، ولا ينافي سيرة المعصومين عليهم السلام مع زوجاتهم. (محمّد الشيرازي).

(٢) أي الأجنبي، لا المحارم. (محمّد الشيرازي).

(أ) الكافي: ٣٣٦/٥، ح ١، من لا يحضره الفقيه: ٤٧٢/٣، ح ٤٦٤٧، الوسائل: الباب (٢٣) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

(مسألة ٢٤): يُسْتَحَبُّ^(١) منع^(٢) العروس^(٣) في أسبوع العرس من الألبان والخَلِّ والكزبرة والثَّقَّاح الحامض.

(مسألة ٢٥): يُكره اتِّحاد خرقَة الزوج والزوجة عند الفراغ من الجماع.

(مسألة ٢٦): يجوز لمن يريد تزويج امرأة^(٤) أن ينظر إلى وجهها وكفَّيها وشعرها^(٥) ومحاسنها^(٦). بل لا يبعد^(٧) جواز النظر إلى سائر جسدها^(٨)

(١) مع الدخول بها. (صدرالدين الصدر).

(٢) الظاهر الاختصاص بالمدخولة. (المرعشي).

(٣) يعني بعد الدخول بها. (زين الدين).

(٤) ليست في حَبَالَة أحد^(أ)، ولا في عِدَّتِه. (المرعشي).

(٥) الأحوط الاقتصار على الوجه. (عبدالله الشيرازي).

* الأحوط الاقتصار على الوجه والكفَّين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٦) الأحوط إن لم يكن أقوى هو الاقتصار على الوجه والكفَّين. (البروجردی).

(٧) بل بعيد، والأحوط الترك. (صدرالدين الصدر).

بل هو الأقوى بعد ما كانت مبتاعةً بأعلى الثمن، والمناقشة في بعض النصوص أو تقييدها ضعيفة، والتفصيل في المبسوطات. (المرعشي).

* بل أظهر اختصاص جواز النظر بالوجه واليدين، بما فيهما المِعَصَم والشَّعَر والسَّاقَيْن. (الخوئي).

(٨) يشكّل ذلك، فلا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

* في الجواهر (ب): فلا محيص للفقهاء الذي كشف الله تعالى عن بصيرته عن القول بجواز النظر إلى جميع جسدها، وهو متين. (الروحاني).

(أ) أي في ملكه وتحتة.

(ب) جواهر الكلام: ٦٧/٢٩.

ماعداء عورتها، وإن كان الأحوط خلافه^(١). ولا يشترط أن يكون^(٢) ذلك بإذنها ورضاها، نعم، يشترط^(٣) أن لا يكون بقصد التلذذ وإن علم أنه يحصل بنظرها قهراً. ويجوز تكرار النظر إذا لم يحصل الغرض، وهو الاطلاع على حالها بالنظر الأول، ويشترط أيضاً^(٤) أن لا يكون مسبقاً بحالها^(٥) وأن يحتمل اختيارها^(٦) وإلا فلا يجوز.

(١) كما أن الأحوط الاقتصار على الوجه والكفين. (الحائري).

* لا يُترك؛ لعدم تمامية المستند في قبال عمومات حرمة النظر إلى الأجنبية^(أ). (آقازياع).

* لا يُترك. (الكوهكمري، الإصطهباناتي، الشريعةمداري، السبزواري).

* لا يُترك جداً. (عبدالله الشيرازي).

(٢) بشرط احتمال قبولها التزويج معه احتمالاً عقلاً^(ب). (المرعشي).

(٣) على الأحوط. (تقي القمي).

* كما أنه يشترط أيضاً خُلُو المرأة عن المانع، فلا يجوز النظر إلى المرأة ذات البعل والمعتدة. (اللنكراني).

(٤) ويشترط أيضاً أن تكون المرأة خَلِيَّةً عن المانع، فلا يجوز النظر إلى ذات البعل والعدة. (الخميني).

(٥) بشرط أن لا يكون تجديد النظر إليها موجباً لزيادة البصيرة، فيجوز في هذه الصورة. (الفاني).

(٦) أي اختياره إياها، وكذا يشترط أن يحتمل اختيارها إياه. (اللنكراني).

(أ) الوسائل: الباب (١٠٤) من أبواب مقدمات النكاح، أحاديث الباب.

ولا فرق بين أن يكون قاصداً لتزويجها^(١) بالخصوص، أو كان قاصداً لمطلق التزويج، وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار^(٢)، وإن كان الأحوط^(٣) الاقتصار^(٤) على الأول^(٥).

وأيضاً لا فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر من توكيل امرأة تنظر إليها وتُخبره أو لا؟ وإن كان الأحوط الاقتصار^(٦) على الثاني. ولا يبعد جواز نظر^(٧).

(١) واختيارها مع موافقتها لطبعه. (الفيروزآبادي).

(٢) مع احتمال اختيارها^(أ) بالخصوص. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) لا يُترك. (البرجودي، اللكنائي).

(٤) لا يُترك. (الإصفهاني، الكوهكَمَرِي، الإصطهباناتي، عبدالهادي الشيرازي، عبدالله الشيرازي).

* بل الأقوى. (صدرالدين الصدر).

* لا يُترك، وكذا ما بعده. (السبزواري).

(٥) لا يُترك. (الخميني، حسن القمي).

* هذا الاحتياط لا يُترك؛ لأنّ الإذن ورد في الروايات بالنسبة إلى التي أراد تزويجها، لا التي إذا اختارها يتزوَّجها. (البجنودي).

* بل الأقوى ذلك^(ب). (الخوني).

(٦) لا ينبغي تركه. (الكوهكَمَرِي).

(٧) فيه إشكال. (عبدالهادي الشيرازي).

(أ) وفي نسخة أخرى: (اختبارها)، والصحيح ما أثبتناه من نسختي الأصل.

(ب) وفي نسخة أخرى: (لا يُترك الاحتياط).

المرأة^(١) أيضاً^(٢) إلى الرجل الذي يريد تزويجها، ولكن لا يُترك الاحتياط^(٣) بالترك.

وكذا يجوز النظر إلى جارية يريد شراءها وإن كان بغير إذن سيدها، والظاهر اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه، فلا يشمل الوكيل^(٤) والولي والفضولي. وأمّا في الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص.

(مسألة ٢٧): يجوز النظر إلى نساء أهل الذمة^(٥)، بل مطلق الكفار مع^(٦) عدم التلذذ والريبة^(٧)، أي خوف الوقوع في الحرام^(٨)، والأحوط الاقتصار^(٩)

(١) فيه إشكال. (الخوئي).

* وهو موضع تأمل. (زين الدين).

(٢) فيه إشكال. (عبدالله الشيرازي، الروحاني).

(٣) بل لا يخلو من قوة. (صدرالدين الصدر).

* بل عدم الجواز لا يخلو من قوة. (البروجردى).

* لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).

* هذا الاحتياط يجوز تركه. (محمّد الشيرازي).

(٤) على الأحوط في غير الفضولي وفيه، فالأقوى عدم الشمول. (محمّد الشيرازي).

(٥) لخروجهن عن آية الغض بالدليل. (المرعشي).

(٦) على الأحوط. (نقي القمي).

(٧) والأحوط أن لا يكون النظر مقصوداً أصلياً. (الحائري).

* وخوف الاقتتان. (المرعشي).

(٨) أو الميل للوقوع في محرم مع المنظور، وإن لم يخف الوقوع فيه. (زين الدين).

(٩) لا يُترك الاحتياط. (الحائري).

* لا يُترك. (الكوهكَمري).

على المقدار الذي جرت ^(١) عاداتهنّ ^(٢) على عدم ستره ^(٣). وقد يلحق بهم نساء أهل البوادي والقرى من الأعراب وغيرهم ^(٤)، وهو مشكل ^(٥). نعم، الظاهر عدم حرمة التردد في الأسواق ونحوها مع العلم بوقوع ^(٦)

(١) في الأزمنة السابقة. (عبدالله الشيرازي).

(٢) في الأزمنة السابقة. (البروجردى، الروحاني).

* في زمان صدور النصوص إذا أحرز، وفي صورة الشك لا يُترك الاحتياط بالترك. (المرعشي).

* والأحوط الاقتصار على ما كانت عاداتهنّ على عدم ستره في زمان النبي ﷺ والأئمة عليهم السلام، وأمّا ما استُحدث في زماننا من عدم ستر المحاسن فالأحوط ترك النظر. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* المناط على عادة ذوات العفة والنجاة في الأزمنة القديمة، لا عادة المتبرّجات مطلقاً. (السبزواري).

* في الزمان السابق - قبل هذا القرن - من مقدار الوجه والكفّين وبعض الذراعين، وبعض الشعر والقدّمين. (محمّد الشيرازي).

(٣) بل الاقتصار على ما جرت عاداتهنّ على عدم ستره في زمان الرسول والأئمة عليهم السلام، لا في الأزمنة الحاضرة. (زين الدين).

(٤) بل لا يجوز في غير الرأس والشعر، وفيهما لا مانع منه. (عبدالله الشيرازي).

(٥) لا يبعد الإلحاق. (الفاني).

* لا إشكال فيه. (الخوئي).

* لكنّ الأظهر جواز الترك. (حسن القمي).

* لا وجه للإشكال. (تقي القمي).

(٦) مع التصميم على ترك النظر العمديّ. (المرعشي).

النظر^(١) عليهنّ. ولا يجب غضّ البصر^(٢) إذا لم يكن هناك خوف افتتان^(٣).
 (مسألة ٢٨): يجوز لكلّ من الرجل والمرأة النظر إلى ما عدا العورة من
 مماثله، شيخاً أو شاباً، حسن الصورة أو قبيحها، ما لم يكن بتلذّذٍ أو ريبة^(٤).
 نعم، يكره كشف المسلمة بين يدي اليهوديّة والنصرانيّة، بل مطلق
 الكافرة^(٥)، فإنّهنّ يصفن ذلك لأزواجهنّ. والقول بالحرمة للآية، حيث قال
 تعالى: ﴿أَوْ نَسَائِهِنَّ﴾^(٦)، فخصّ بالمسلمات ضعيف؛ لاحتمال كون^(٦) المراد
 من نسائهنّ الجوّاري^(٧) والخدم لهنّ من الحرائر.

(١) مع توطين النفس على ترك النظر عمداً، والصرف على تقدير وقوعه اتفاقاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) إن كان فيه الحرج، وهو المناط، لا خوف الافتتان. (الفيروزآبادي).

✽ محلّ تأمل إذا كان عالماً بوقوع النظر عليهنّ. (البروجردی).

✽ مع عدم التعمّد في مقدّمات النظر. (السبزواري).

(٣) أو تلذّذ أو ريبة، كما تقدّم في نظيره. (زين الدين).

(٤) أو خوف افتتان. (محمّد الشيرازي).

(٥) وهو الأقوى بالمناط المنقّح. (المرعشي).

(٦) ويحتمل كون المراد بهنّ: الأرحام. (المرعشي).

✽ هذا الاحتمال ضعيف جداً؛ إذ الظاهر أنّ المراد من نسائهنّ: الحرائر بقريّة قوله

تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ (ب). (الخوئي).

(٧) أو مطلق النساء، كما احتمله بعض المفسّرين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ أو مطلق النساء أو الأرحام مثل العمّة والخالة. (اللكراني).

(مسألة ٢٩): يجوز لكل من الزوج والزوجة النظر إلى جسد الآخر حتى العورة، مع التلذذ وبدونه، بل يجوز لكل منهما مسّ الآخر^(١) بكلّ عضوٍ منه كلّ عضوٍ من الآخر مع التلذذ وبدونه.

(مسألة ٣٠): الخنثى^(٢) مع الأنثى^(٣) كالذكر^(٤)، ومع الذكر^(٥) كالأنثى^(٦).

(مسألة ٣١): لا يجوز النظر إلى الأجنبية، ولا للمرأة النظر إلى الأجنبية^(٧) من غير ضرورة، واستثنى

(١) وإدخاله. (الفيروزآبادي).

(٢) في إطلاق التشبيه في المقامين إشكال؛ للتخلف في بعض الأحكام كالنظر، فيجوز لكل من الرجل والمرأة النظر إلى الخنثى، فتدبر في الأحكام المرعية من كلّ جانبٍ بالنسبة إلى الجانب الآخر، ولعلّ المصنّف رحمه الله أراد تكليف الخنثى مع الابتلاء بأحدهما، لا تكليفهما بالنسبة إليه، وإن كان ظاهر العبارة الإطلاق. (الفيروزآبادي).

(٣) أي في معاملتها مع الأنثى والذكر، لا معاملتها معها، وإن كان الأحوط لهما ذلك. (الخميني).

(٤) في صورة الابتلاء بطرفي العلم. (المرعشي).

* بناءً على كون العلم الإجمالي منجزاً بالجملة. (تقي القمي).

(٥) إذا لم يكن حرجياً، ولكنّه حرجي فلا يجب الاحتياط. (عبدالله الشيرازي).

(٦) على الأحوط. (محمّد الشيرازي).

* وهما معها كمثالهما. (اللكراني).

(٧) ولا يبعد الجواز، مثل الوجه والرأس والرقبة واليدين والرجلين ممّا جرت عليه السيرة في عهد المعصومين عليه السلام من غير منع ظاهر. (محمّد الشيرازي).

* الظاهر جواز نظرها إلى مثل الرأس، والوجه، والرقبة، واليدين إلى الذراع، والساقين من الرجل؛ للسيرة المتشرّعية القطعية. (الروحاني).

جماعة^(١) الوجه والكفّين، فقالوا بالجواز فيهما^(١) مع عدم الريبة والتلذّذ، وقيل (ب) بالجواز فيهما مرّة، ولا يجوز تكرار النظر، والأحوط^(٢) المنع^(٣) مطلقاً^(٤).

(١) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).

* وهو الأقوى بحسب الدليل، والأظهر عدم وجوب التستر عليها بالنسبة إليهما أيضاً. (الروحاني).

* الضمير راجع إلى الوجه والكفّين دون الرجل والمرأة، وإن كان القائل بالجواز مطلقاً أو في الجملة لم يفرّق بينهما، وظاهر العبارة أيضاً يعطي ذلك، إلا أنه على تقدير ثبوت الاستثناء في المرأة - كما هو غير بعيد - لا ملازمة بينها وبين الرجل، والإجماع غير ثابت. (اللكراني).

(٢) بل الأقوى. (النائيني، جمال الدين الكلبياني).

* لا يترك هذا الاحتياط. (زين الدين).

(٣) بل لا يخلو من قوّة. (عبدالله الشيرازي).

* مراعاة هذا الاحتياط حسن جداً. (الفاني).

* بل هو الأقوى، والتفصيل موكول إلى محلّه. (المرعشي).

* بل لا يخلو من قوّة. (محمّد رضا الكلبياني).

(٤) لا يترك. (الكوهكفري، الإصطهباناتي).

⇐

(أ) تحرير الأحكام: ٤١٩/٣، جامع المقاصد للكركي: ٤١/١٢، كفاية الأحكام للسيزواري: ٨٤/٢.

كشف اللثام للفاضل الهندي: ٢٥/٧، رياض المسائل للسيد الطباطبائي: ٦٧/١٠.

(ب) تحرير الأحكام: ٤١٩/٣، إيضاح الفوائد: ٧/٣، شرائع الإسلام: ٤٩٥/٢، جامع المقاصد:

٣٢/١٢، كشف اللثام (ط. ج.): ٢٥/٧.

(مسألة ٣٢): يجوز النظر إلى المحارم التي يحرم عليه نكاحهنّ، نسباً أو رَضاعاً^(١) أو مُصاهرة، ما عدا العورة مع عدم تلذّذٍ وريية وكذا نظرهنّ إليه.

(مسألة ٣٣): المملوكة كالزوجة^(٢) بالنسبة إلى السيّد^(٣) إذا لم تكن^(٤) مشرّكة^(٥).

⇒ * ولكنّ الأقوى الجواز مع عدم الريية مطلقاً. (كاشف الغطاء).

* وإن كان الجواز لا يخلو من قرب. (الخميني).

* وكذا الأحوط ترك نظر الأجنبية إلى وجه الأجنبية وكفّيه. (السبزواري).

* إذا كان موضع اقتتان، أو كان في الوجه والكفّين زينة. هذا، وقد تقدّم من الماتن^ب في أوّل السّتر والسائر الاحتياط الاستحبابي في سترهما. (محفّد الشيرازي).

(١) يختصّ الحكم المذكور بالمحارم الرضاعيّة التي نُزِلت بمنزلة محارم النّسب، ولا يعمّ ما ثبت تحريمه بقاعدة يحرم على أب المرتضع أن ينكح في أولاد صاحب اللبن أو أولاد المرضعة، فلا يجوز له النظر إليهنّ، ويختصّ الحكم بمحارم المصاهرة التي نشأت الحرمة فيها من جهة الزوجيّة، فلا يعمّ ما نشأت الحرمة فيها من جهة الزنا أو اللواط، وهو واضح، وإطلاق العبارة في المتن وغيره غير مراد. (زين الدين).

(٢) الظاهر أنّ المراد هو التشبيه في جواز النظر، لا في جواز الوطء؛ وعليه فاستثناء المذكورات محلّ تأمل. (اللكراني).

(٣) في جواز نظر كلّ منهما إلى الآخر. (صدرالدين الصدر).

(٤) الاستثناء من جواز الوطء، لا جواز النظر. (المرعشي).

* على الأحوط في المشتركة والمشرّكة والوثيّة والمردّة والمكاتبة، وهو في الزوجة لا يخلو من قوّة، وفي معناها المحلّلة، وكذا المعتدّة من وطء التنزويج والتحليل على الأحوط. (زين الدين).

(٥) هذا الاستثناء يحتاج إلى التأمّل والمراجعة. (الخميني).

أو^(١) وثنيّة^(٢)،

⇒ * هذه الاستثناءات تحتاج إلى المراجعة. (الإصفهاني).

* لم يظهر وجه الاشتراط بعدم كونها مشرّكة أو وثنيّة أو مرتدّة، وكان اللازم الاشتراط بعدم كونها ذات عدّة أيضاً. (الخوئي).

* يجوز للسيد النظر إلى أمته المشرّكة والوثنيّة والمزوّجة والمكاتبّة ما لم ينعق منها شيء، وكذا المرتدّة، فاستثناء المذكورات إنّما يصحّ من جواز الوطء في غير المكاتبّة قبل اعتناق شيء منها، فإنّ الظاهر فيها جواز الوطء أيضاً، وتلحق بما ذكر في عدم جواز الوطء: المعتدّة من غير السيد تزويجاً أو تحليلاً أو شبهة، وأمّا المحلّة قبل وطء المحلّل له فيجوز للسيد وطؤها بالرجوع من تحليله، وأمّا بعد الوطء فهي معتدّة من غير السيد، وقد مرّ الحكم فيها. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الاستثناء بنحو الإجمال بالنسبة إلى الوطء صحيح، وأمّا بالنسبة إلى جواز النظر بعد لم يظهر وجهه، نعم، اللازم الاشتراط بعدم كونها ذات عدّة على قوّة، أو على الاحتياط، وكذا المحلّة بعقد التحليل. (عبدالله الشيرازي).

* استثناء المشرّكة والوثنيّة والمرتدّة إنّما يكون من جهة ما ادّعاه جماعة من التلازم في الأمة بين جواز النكاح ذاتاً والنظر، وإذا لم يجز نكاحها ذاتاً لم يجز النظر إليها، وحيث أنّه لم يدلّ دليل على ذلك فالأظهر عدم الاستثناء. (الروحاني).

(١) على ما أرسله بعضهم إرسال المسلّمات، لكن ما ظفرنا على نصّ يدلّ على الاستثناء إلّا في المزوّجة. (حسن القمي).

(٢) هذا الاستثناء بالنسبة إلى جواز الوطء، لا بالنسبة إلى جواز النظر. (الإصطهباناتي).

* استثناءها إنّما هو من جواز الوطء، لا من جواز النظر. (البرجودي).

* هذا الاستثناء في هاتين بالنسبة إلى الوطء، وأمّا بالنسبة إلى جواز النظر فمحلّ

أو مزوجة^(١)، أو مكاتبّة، أو مرتدة^(٢).

(مسألة ٣٤): يجوز النظر إلى الزوجة المعتدة بوطء الشبهة وإن حرم وطؤها، وكذا الأمة كذلك، وكذا إلى المطلقة الرجعية ما دامت في العدة ولو لم يكن بقصد^(٣) الرجوع^(٤).

⇒ تأمل، إلا إذا كان بينهما ملازمة، كما توهم. (البجنوردي).

* فلا يجوز وطؤها وإن جاز النظر إليهما. (الشريعتمداري).

* إثبات ذلك بالدليل مشكل، فراجع الباب (١٦) من أبواب ما يكتسب به والباب (٦٩) من أبواب نكاح العبيد والإماء من الوسائل، وأمّا جواز النظر إليهما فلا إشكال فيه قطعاً. (الفاني).

(١) أو معتدة. (الإصطهباناتي).

* أو معتدة بعدة تزويجها للغير على الأقوى، أو محللة للغير بعقد التحليل على الأحوط، بل وكذا المعتدة من الوطء بالتحليل أو الشبهة. (البروجردی).

* أو في عدة الغير. (الفاني).

* أو محللة أو معتدة بالدخول العقدي أو التحليلي أو الشبهة. (المرعشي).

(٢) أو معتدة، كلّ ذلك وطئاً، لا نظراً، ولا بدّ من التأمل في هذه الحاشية في أحكام العبيد والإماء. (السبزواري).

* على الأحوط. (محمد الشيرازي).

(٣) ولا يتحقّق به الرجوع مع عدم التلذّذ. (جمال الدين الكلبيكاني).

* في تحقّق الرجوع بمجرد النظر المقصود به الرجوع إشكال، والأقوى عدمه في صورة عدم التلذّذ. (المرعشي).

(٤) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

* ولا يتحقّق به الرجوع مع عدم التلذّذ. (النايني).

* ولكنّ ترتّب الرجوع عليه مع عدم التلذّذ والشهوة محلّ تأمل. (حسن القمي).

(مسألة ٣٥): يُستثنى من عدم جواز النظر من الأجنبي والأجنبية مواضع: منها: مقام المعالجة، وما يتوقف عليه من معرفة^(١) نبض العروق^(٢)، والكسر، والجرح، والفصد والحجامة، ونحو ذلك إذا لم يمكن^(٣) بالمماثل^(٤)، بل يجوز المسّ واللمس حينئذٍ^(٥).

ومنها: مقام الضرورة، كما إذا توقف الاستنقاذ^(٦) من الغرق أو الحرق أو نحوهما عليه، أو على المسّ.

ومنها: معارضة كل ما هو أهم في نظر الشارع مراعاته، من مراعاة حرمة النظر أو اللمس.

ومنها: مقام الشهادة تحملاً أو أداءً مع دعاء الضرورة، وليس منها ما عن العلامة^(أ) من جواز النظر إلى الزانيين لتحمل الشهادة، فالأقوى عدم^(٧)

(١) إذا اضطر إليه ولم يمكن المعرفة من طريق آخر. (اللنكراني).

(٢) مع عدم الإمكان بمثل الآلات الحديثة. (الخميني).

(٣) وكانت مضطرة إلى معالجته. (المرعشي).

(٤) بشرط أن يكون مساوياً مع غير المماثل في الرفق والعلاج. (الفاني).

✽ وكان محتاجاً إليه بحيث يصدق عليه الاضطراب العرفي، كما هو كذلك في غالب المعاملات. (محمد رضا الكلبيكاني).

(٥) مع عدم التمكن من الآلات المعدة لمثل ذلك. (السبزواري).

(٦) هذا من مصاديق معارضة الأهم في نظر الشارع، والفرع الأول داخل في الاضطراب. (الحائري).

(٧) بل الأحوط. (حسن القمي).

الجواز^(١). وكذا ليس منها النظر إلى الفرج للشهادة على الولادة، أو الثدي للشهادة على الرضاع وإن لم يمكن إثباتها بالنساء، وإن استجوده الشهيد^(١) الثاني^(٢).

ومنها: القواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحاً^(٣) بالنسبة إلى ما هو المعتاد له من كشف بعض الشعر^(٤) والذراع ونحو ذلك، لا مثل الثدي والبطن ونحوهما ممّا يعتاد سترهنّ له.

ومنها: غير المميّز من الصبيّ والصبيّة فإنّه يجوز النظر إليهما، بل اللّمس، ولا يجب التسترّ منهما، بل الظاهر جواز النظر^(٥) إليهما قبل البلوغ إذا لم يبلغا

(١) إلّا مع الضرورة، وكذا في الشهادة على الرضاع والولادة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) ولعلّه الأصحّ. (محمّد الشيرازي).

(٣) مدلول الآية الشريفة ليس راجعاً إلى عدم وجوب تسترّ الشعر والرأس بالنسبة إليهنّ، بل راجع إلى عدم وجوب لبس الثياب فوقانيّة بالنسبة إليهنّ؛ لعدم ظهور أحجام الأعضاء، كما هو بالنسبة إلى غيرهنّ بمدلول الآية، كما كان هو المعمول في السابق بالنسبة إلى جميع المسلمات، وفي عصرنا بالنسبة إلى أكثر المسلمات، فاعتنن. (عبدالله الشيرازي).

(٤) الاختصاص ببعض الشعر مبنيّ على الاحتياط. (حسن القمي).

* الاستفادة من الأخبار جواز كشف ما يستره الخمار والجلباب من الشعر والرقبة وبعض الصدر والذراع، فلا وجه للتخصيص ببعض الشعر. (الروحاني).

(٥) في إطلاقه تأمل. (محمّد الشيرازي).

مبلغاً يترتب على النظر منهما أو إليهما ثوران^(١) الشهوة^(٢).

(مسألة ٣٦): لا بأس بتقبيل الرجل الصبيّة التي ليست له بمحرّم، ووضعها

في حُجره قبل^(٣) أن يأتي عليها ستّ سنين إذا لم يكن عن شهوة.

(مسألة ٣٧): لا يجوز^(٤) للمملوك^(٥) النظر إلى مالكته، ولا للخصيّ النظر

إلى مالكته أو غيرها، كما لا يجوز للعنّين والمُجبوب بلا إشكال، بل ولا

لكبير السنّ الذي هو شبه القواعد من النساء على الأحوط^(٦).

(مسألة ٣٨): الأعمى كالبصير في حرمة نظر المرأة إليه^(٧).

(مسألة ٣٩): لا بأس بسماع صوت الأجنبية ما لم يكن تلذّذ ولا ريبة^(٨)،

من غير فرق بين الأعمى والبصير، وإن كان الأحوط^(٩) الترك في غير مقام

الضرورة. ويحرم عليها إسماع الصوت^(١٠) الذي فيه تهيج للسامع بتحسينه

(١) لا دليل على حرمة ثوران الشهوة، نعم، النظر على التلذّذ حرام بحسب الارتكاز

المتشرّعي. (تقي القمي).

(٢) ولا مراهقاً وإن لم يوجب الثوران. (السبزواري).

(٣) الحرمة بعد بلوغها الستّ مبنية على الاحتياط. (تقي القمي).

(٤) على الأحوط. (تقي القمي).

(٥) على الأحوط. (محمّد الشيرازي).

(٦) بل على الأقوى. (صدرالدين الصدر).

(٧) في ما يحرم، وقد تقدّم آنفاً. (محمّد الشيرازي).

(٨) الحكم بالنسبة إلى الريبة مبنية على الاحتياط؛ لعدم الدليل على الحرمة. (تقي

القمي).

(٩) احتياطاً راجحاً. (الفاني).

(١٠) على الأحوط، وظاهر الآية الشريفة مختصّ بنساء النبي ﷺ. (حسن القمي).

وترقيقه، قال ^(١) تعالى ^(٢): ﴿فَلَا تَخْضَعْنَ^(٣) بِالْقَوْلِ^(٤) فَيَطْمَعَ الَّذِي فِي قَلْبِهِ مَرَضٌ^(٥)﴾.

(مسألة ٤٠): لا يجوز مصافحة الأجنبية، نعم، لا بأس ^(٥) بها من وراء الثوب ^(٦)، كما لا بأس بلمس المحارم.

(١) الظاهر أنه لا مجال للاستدلال بالآية على المدعى؛ فإنها لا تنطبق على ما أفاده، مضافاً إلى احتمال اختصاص الحكم بزوجات النبي ﷺ. (تقي القمي).

(٢) في دلالة الآية على دعواه نظر. (المرعشي).
* في شمول الآية لغير نساء النبي إشكال، ولكن لا يُترك الاحتياط في ذلك. (اللكراني).

(٣) الوارد في الآية المباركة: ﴿فَلَا تَخْضَعْنَ^(ب)﴾. (الخوئي).
(٤) الآية مختصة بنساء النبي ﷺ، فالأولى الاستدلال له بارتكاز المشرعة، فالقول بالحرمة لو لم يكن أقوى لا ريب أنه أحوط. (الروحاني).
(٥) مع عدم الريبة والتلذذ، وكذا ما بعده. (عبدالله الشيرازي).

* بشرط عدم التلذذ والريبة فيها وفي المحارم. (المرعشي).
* مع عدم الريبة والتلذذ، وكذا في ما بعده، ولا يغمز كف الأجنبية لدى المصافحة. (الخميني).

* مع عدم التلذذ والريبة، وكذا في لمس المحارم. (محمّد رضا الكلبيكاني).
(٦) مع عدم التلذذ والريبة، وكذا تاليه. (الإصطهباناتي).
* مع عدم الريبة والتلذذ، وكذا ما بعده. (البروجردي).

(أ) الأحزاب: ٣٢.

(ب) كذا في أصل التعليقة، والكلمة هي نفسها في الآية الكريمة والتعليقة.

(مسألة ٤١): يكره ^(١) للرجل ^(٢) ابتداء النساء بالسلام ^(٣) ودعاؤهنّ إلى الطعام، وتتأكّد الكراهة في الشابة ^(٤).
 (مسألة ٤٢): يكره ^(٥) الجلوس في مجلس المرأة إذا قامت عنه إلاّ بعد

⇒ * مع الأمن من الريبة والتلذّذ، وكذا ما بعده، ولا يَغْمَزُ كَفَّ الأجنبيّة، كما في الخبر ^(أ). (السبزواري).

* بدون لذّة وريبة وفتنة وغمز. (محمّد الشيرازي).

* إذا لم يكن تلذّذ وريبة، كما هو الحال في لمس المحارم، وينبغي في مصافحة الأجنبيّة من وراء الثوب أن لا يَغْمِزُ كَفَّيها. (اللكراني).

(١) لا دليل على كراهة السلام، وكذلك لا دليل على كراهة الدعاء إلى الطعام، نعم، بالنسبة إلى الشابة يُكره الابتداء بالسلام. (تقي القمي).

(٢) أو مطلقاً لأيّ رجل، لا السلام على أيّة امرأة. (الفيروزآبادي).

* لا دليل على الكراهة في غير الشابة. (الروحاني).

(٣) فيه تأمّل. (زين الدين).

(٤) بعد حمل موثقة مسعدة ^(ب) عليها. (المرعشي).

(٥) رواه الفريقان ^(ج) في المبسوطات. (المرعشي).

* لا دليل عليها. (تقي القمي).

(أ) وسائل الشيعة: الباب (١٥) من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، ح ١.

(ب) الكافي: ٥/ ٥٦٤، ح ٣٨، من لا يحضره الفقيه: ٣/ ٤٦٧، ح ٤٦١٩، الوسائل: الباب (١٤٥) من

أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

(ج) الخصال: ٥٨٦، الوسائل: الباب (١٢٣) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١، لسان الميزان لابن

حجر: ٣/ ١٤٩.

بَرْدِهِ^(١).

(مسألة ٤٣): لا يدخل^(٢) الولد^(٣) على أبيه^(٤) إذا^(٥) كانت^(٦) عنده زوجته إلا بعد الاستئذان، ولا بأس^(٧) بدخول^(٨) الوالد على ابنه^(٩)

- (١) لا مع بقاء حرارة بدنهما فيه. (الفيروزآبادي).
- (٢) لا فرق بين الوالد والولد من هذه الجهة، ولكل واحدٍ منهما يجوز الدخول على الآخر بلا إذن، إلا في صورة عروض عارضٍ خارجيٍّ. (تقي القمي).
- (٣) مع تأذيه من ذلك، وإلا فقيام الدليل عليه مشكل؛ لعدم الظفر على نصٍّ دالٍّ عليه بهذا الإطلاق. (آقاضياء).
- ✽ مع تأذيه منه وإلا ففيه إشكال. (عبدالله الشيرازي).
- ✽ على الأحوط. (الخميني، حسن القمي).
- (٤) مقتضى صحيح الخزاز^(أ) وجوب الاستئذان مطلقاً. (الروحاني).
- (٥) على الأحوط؛ لأنّ ظاهر بعض الروايات^(ب) هي الكراهة، وفي جواز دخول الوالد على الولد بدون الاستئذان مطلقاً فيه تأمل. (البجنوردي).
- (٦) والفتوى بالإطلاق في هذا الفرض وما يليه كما في بعض الكلمات غير سديدة. (المرعشي).
- (٧) في إطلاق كلتا صورتين تأمل. (اللنكراني).
- (٨) إطلاق الحكم بالجواز ممنوع جداً. (الفاني).
- ✽ في إطلاقه نظر. (محمد الشيرازي).
- (٩) محلّ تأمل. (الشريعتمداري، حسن القمي).

⇐

(أ) الكافي: ٥ / ٥٢٨، ح ٣، الوسائل: الباب (١١٩) من أبواب مقدمات النكاح، ح ١.

(ب) الوسائل: الباب (١١٩) من أبواب مقدمات النكاح، ح ١، ح ٢.

بغير إذنه^(١).

(مسألة ٤٤): يفرّق^(٢) بين الأطفال^(٣) في المضاجع إذا بلغوا عشر سنين^(أ)، وفي رواية: «إذا بلغوا ست سنين»^(ب).

(مسألة ٤٥): لا يجوز^(٤) النظر^(٥) إلى العضو المُبان من

⇒ * في إطلاقه إشكال، بل منع. (الخوئي).

* في إطلاق الحكم تأمّل. (زين الدين).

(١) في إطلاقه تأمّل. (الإصطهباناتي، الخميني).

* إطلاقه محلّ تأمّل. (البرجوردي، عبدالله الشيرازي).

* هذا الإطلاق مشكل. (السبزواري).

* إذا كان مأموماً من أن يكون في خلوتهما ما لا يجوز له التطلّع عليه. (محمّد رضا

الكلبایگانی).

(٢) يختصّ الحكم المذكور بصورة كونهما عاريّين، أو كون أحدهما عارياً. (تقي القمي).

(٣) على الأحوط، خصوصاً إذا لم يكن عُمرهم أزيد من ستّ سنين. (البجنوردي).

* إذا كان متّارَ الفتنة أو الرّيبة ونحوهما، وإلا فلا يبعد بناء الحكم على الاستحباب،

والاحتياط لا ينبغي تركه. (محمّد الشيرازي).

(٤) على الأحوط. (صدرالدين الصدر).

* لا دليل معتبر عليه. (تقي القمي).

(٥) على الأقوى. (المرعشي).

* على الأحوط. (الخوئي، حسن القمي).

(أ) الوسائل: الباب (١٢٨) من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، ح ٢.

(ب) المصدر السابق: الحديث الأوّل.

الأجنبي^(١)، مثل اليد والأنف واللسان^(٢) ونحوها، لا مثل^(٣) اللين^(٤) والظفر والشعر^(٥) ونحوها^(٦).

(مسألة ٤٦): يجوز وصل^(٧) شعر^(٨) الغير بشعرها، ويجوز لزوجها النظر إليه^(٩) على كراهة.

(١) على الأحوط. (الروحاني).

(٢) هما من أجزاء الوجه. (الفاني).

(٣) الأحوط الترك، مع العلم بكونه مبناً ممن لا يجوز له النظر إليه. (البروجردی).

(٤) وإن كان الأحوط الترك. (الإصطهباناتي).

* الأحوط الترك مع العلم بكونه مبناً ممن لا يجوز النظر إليه. (عبدالله الشيرازي).

* على الأقوى بعد خروجها عن الموضوع، وفرض حرمتها تبعية، وإن كان الأحوط الترك. (المرعشي).

(٥) الأحوط ترك النظر إليه. (الخميني، اللنكراني).

* الأحوط الترك فيه إن كان من الشعر المتعارف، ولم يكن من الفضلات عرفاً. (السبزواري).

(٦) الأحوط في الشعر عدم جواز النظر إليه إن كان مبناً من الأجنبية؛ للاستصحاب، وإن قلنا بعدم شمول الإطلاق. (البجنوردي).

(٧) على إشكال في وصله بشعر الإنسان، والأحوط الترك. (الخوئي).^(أ)

(٨) وحكم عكس المسألة، أي نظر الزوجة إلى شعر غير زوجها الموصول بشعره يعلم ممّا ذكر. (المرعشي).

(٩) تقدّم أنّ الأحوط عدم جواز النظر إليه إن كان مبناً من الأجنبية. (البجنوردي).

⇐

(أ) هذه التعليقة منه رحمته أضافها من نسخة أخرى.

بل الأحوط ^(١) الترك ^(٢).

(مسألة ٤٧): لا تلازم بين جواز النظر وجواز المسّ، فلو قلنا بجواز النظر إلى الوجه والكفين من الأجنبية لا يجوز مسّها إلّا من وراء الثوب ^(٣).

(مسألة ٤٨): إذا توقّف العلاج على النظر دون اللمس أو اللمس دون النظر يجب الاقتصار على ما اضطرّ إليه، فلا يجوز الآخر بجوازه ^(٤).

(مسألة ٤٩): يكره اختلاط ^(٥) النساء بالرجال، ويكره لهنّ حضور الجُمعة

⇒ * تقدّم منّا ومنه ﷺ حرمة النظر إليه، في المسألة الأولى من فصل: السّتر والساير من كتاب الصلاة، فراجع. (زين الدين).

(١) إذا كان شعر المرأة الأجنبية. (عبدالله الشيرازي).

* لا يُترك. (اللكراني).

(٢) لا يُترك. (البروجردى، الخميني).

* يتوجّه على المتن بأنّ الموصول: إمّا شعر غير الأجنبية فلا إشكال في جواز النظر إليه، وإن كان شعرها فقد أفتى في المسألة (٤٥) بجواز النظر إلى الشعر المُبان من الأجنبية. (المرعشي).

* لا يُترك، إلّا إذا حكم العرف بسقوط إضافة الشعر إلى من أخذت منها، وصحّة إضافتها فعلاً إلى الواصلة لو علم بكونه شعر الأجنبية، وأمّا مع التردّد بين كونه من الأجنبية أو غيرها فالظاهر جواز النظر. (السبزواري).

(٣) بدون لذة وريبة وفتنة وغمز، كما تقدّم آنفاً. (محمّد الشيرازي).

* يعني من دون تلذّذ وريبة. (اللكراني).

(٤) كما لا يجوز كلّ ذلك مع إمكان العلاج بالآلات المُعدّة له. (السبزواري).

(٥) إذا كان بتدافعٍ ومزاحمة، لا مطلقاً، ويشهد له تقرير المعصومين عليه السلام لحضور

والجماعات، إلّا للعجائز^(١).

(مسألة ٥٠): إذا اشتبه مَنْ يجوز النظر إليه بين مَنْ لا يجوز بالشبهة المحصورة^(٢) وجب الاجتناب^(٣) عن الجميع، وكذا بالنسبة إلى مَنْ يجب التستر عنه ومَنْ لا يجب. وإن كانت الشبهة غير محصورة^(٤)

⇒ النساء الجمعة والعديد والجماعات والحجّ والزيارات والاستغفار الواجبة والمستحبّة، بل والمباحة من غير نكير، والتفصيل في (الفقه). (محمّد الشيرازي).
(١) الظاهر أنّ الاستثناء عن حضور العيدين والجمعة فقط لا عن أصل الاختلاط، فيُكره لهنّ الاختلاط مع الرجال أيضاً. (السبزواري).
* الموجود في النصوص: كراهة مزاحمة النساء الرجال في الأسواق والمجمعات، من غير فرقٍ بين العجائز وغيرهنّ، وكراهة خروج النساء للجمعة والعيدين إلّا العجائز. (زين الدين).

(٢) المقرّنة بشرائط التنجّز المقرّرة في محلّه. (المرعشي).
(٣) بل الأظهر عدم الوجوب إلّا في مورد أصلٍ موضوعيّ، وإن قلنا بجواز التمسكّ بالعامّ في الشبهة المصداقيّة؛ لعدم إحراز عنوان العامّ هنا. (الفيروزآبادي).
(٤) لا يجب الاجتناب في الشبهة الغير محصورة بأن تكون امرأةً أجنبيّةً مثلاً مختلطةً بغير محصورةٍ من النساء من غيرها، ولو كانت محرّمةً نسبيّةً مختلطةً بأجنبيّاتٍ غير محصوراتٍ لا يجب الاجتناب عن نكاح بعضهنّ بما لا يوجب الخروج عن عدم الحصر، وأمّا الشبهة البدويّة بين المماثل وغيره وبين المحرّمة النسبيّة وغيرها فالأحوط الاجتناب، بل الأقوى في بعض الصور، لكن لا لِمَا في المتن؛ فإنّه ضعيف، وأمّا الشبهة البدويّة فيما كانت مجرئ الأصل كالثكّ في كونها أختاً رضاعيّةً أو أجنبيّةً فلا يجوز النظر إليها، ويجوز نكاحها. (الخميني).

أو بدويّة^(١): فإن شكّ في كونه مماثلاً أو لا، أو شكّ في كونه من المحارم النسبيّة أو لا فالظاهر وجوب الاجتناب^(٢)؛ لأنّ^(٣) الظاهر^(٤) من آية وجوب الغضّ^(٥) أنّ جواز النظر مشروط

⇨ * إن كان المراد بالشبهة غير المحصورة أن تكون المرأة الأجنبية مختلطةً بغيرها من النساء غير المحصورات فالحكم فيها هو عدم وجوب الاجتناب، كما في سائر موارد الشبهة غير المحصورة، وإن كان المراد بها العكس فالحكم فيه وإن كان وجوب الاجتناب إلا أنّ العلة فيه هو العلم الإجمالي المنجز، لا ما استظهره من الآيّة الشريفة. (اللكراني).

(١) حقيقة أو ما يلحق بها كالمحصورة الفاقدة لشرائط التنجّز. (المرعشي).

(٢) ما في المتن موافق للاحتياط وإن كان فيما استدللّ به نظر واضح. (الحائري).

* بل الأحوط. (الكوهكَمري).

* إن لم يكن أصلُ موضوعيٍّ في البين يثبت به أحدهما. (السبزواري).

(٣) ليس الوجه في الحكم ما ذكره، بل الوجه فيه جريان الأصل وإحراز عدم تَعَنُون مورد الشكّ بالعنوان الخارج. (تقي القمي).

(٤) في ظهور الآيّة في اشتراط جواز النظر بأمر وجوديٍّ تأمّل لو لم نقل بظهورها في الغضّ عن خصوص المخالف، وعلى تقدير العموم فعدم كون التخصيص في المقام موجباً للتنوع ممنوع جداً، والرجوع إلى العام ليس من باب التمسك به في الشبهة المصداقيّة، بل لأجل جريان الأصل الموضوعي النافي لعنوان المخصّص بناءً على جريان الأصل في الأعدام الأزليّة، وعلى تقدير عدم الجواز لا محيص عن الرجوع إلى البراءة؛ لعدم ثبوت قاعدة المقتضي والمانع أولاً، وعدم ثبوت كون النظر مقتضياً للحرمة ثانياً. (اللكراني).

(٥) لا دلالة في الآيّة الكريمة على أنّ جواز النظر مشروط بكون المنظور إليه مماثلاً

بأمر^(١)

⇒ أو من المحارم؛ فإنَّ المستثنيات في الآية ومنها كلمة «أو نسائهنَّ» إنّما تعود إلى حرمة إبداء الزينة، لا إلى وجوب غَضِّ البصر في أول الآية، كما هو واضح، بل الظاهر أنّ العموم في الآية غير مبين، ومقتضى ذلك أن يؤخذ منه بالقدر المتيقن، فلا يجب اجتناب النظر عمّا يشكّ فيه، بل لعلّ مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أنّ حرمة النظر تختصّ بغير المماثل. (زين الدين).

(١) قال تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾ (أ) انتهى. وأنت خبير بأنّه ليس في الآية من خبر الاشتراط عين ولا أثر، وهكذا قوله تعالى: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾ (ب)، وأمّا آية إبداء الزينة من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ (ج) فلا ربط لها بالغَضِّ المذكور من أنّ الاستثناء تخصيص كسائر التخصيصات. (الفيروزآبادي).

* وبدل نفس هذا التعليق على إناطة الرخصة والجواز بإحراز ذلك الأمر، وعدم جواز الاقتحام عند الشكّ فيه، ويكون من المداليل الالتزاميّة العرفيّة، وهذا هو الوجه في تسالمهم على أصالة الحرمة في جميع ما كان من هذا القبيل؛ وعليه يبتني انقلاب الأصل في النفوس والأموال والفروج في كلّ من الشبهات الموضوعيّة والحكميّة، وكذا أصالة انفعال الماء بملاقاة النجاسة عند الشكّ في العاصم، وغير ذلك ممّا علّق في حكم ترخيص وضعي أو تكليفي على أمر وجودي، وليس شيء

⇐

(أ) النور: ٣٠.

(ب و ج) النور: ٣١.

وجودي^(١)، وهو كونه مماثلاً^(٢) أو من المحارم^(٣)، فمع الشكّ يعمل بمقتضى

⇒ من ذلك مبنياً على التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية، ولا على قاعدة المقتضي والمانع. (جمال الدين الكلبياني).

(١) ويدلّ نفس هذا التعليق على إناطة الرخصة والجواز بإحراز ذلك الأمر، وعدم جواز الاقتحام عند الشكّ فيه، ويكون من المداليل للالتزاميّة العرفيّة، وهذا هو الوجه في تسالمهم على أصالة الحرمة في جميع ما كان من هذا القبيل؛ وعليه يبتني انقلاب الأصل في النفوس والأموال والفروج في كلّ من الشبهات الموضوعيّة والحكميّة، وكذا أصالة انفعال الماء بملاقاة النجاسة عند الشكّ في العاصم، وغير ذلك ممّا علّق فيه حكم ترخيصيّ وضعيّ أو تكليفيّ على أمر وجوديّ، وليس شيء من ذلك مبنياً على التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية، ولا على قاعدة المقتضي والمانع. (النائيني).

※ مُسْتَظْهَر، بل منصرف إليه من دليل وجوب الغضّ، والسياق بنظر العرف ولو لم يكن هناك دليل خاصّ، فعند الشكّ في تحقّقه يحكم بعدمه بالأصل؛ بناءً على جريانه في الأعدام الأزليّة، وفيه إشكال ذكرناه في الأصول. (المرعشي).

(٢) ذلك كذلك لو كان موضوع الحكم مثل هذا العنوان، كالقرشيّة، وإلاّ بأن يكون مثله حاكياً عن العناوين الذاتية فالحاقها بالعامّ بمقتضى أصالة عدم الاتّصاف منطور فيه، بل ممنوع. (آقاضيء).

(٣) لا يخفى أنّ ما يدلّ على اشتراط المماثلة في آية وجوب الغضّ كلمة «أو نسائهنّ»، وهي داخلة في الاستثناء من حرمة إبداء الزينة، ولا دخل لها بالنسبة إلى حكم أوّل الآية، أعني وجوب الغضّ، أو حرمة النظر، واشتراط جواز النظر بالمماثلة، على أنّه لا يُفهم اشتراط المماثلة عرفاً، ولو فرض فرضاً غير واقع ما يدلّ عليه في ظاهر الدليل؛ فإنّه من المعلوم

العموم، لا من باب التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية^(١)، بل لاستفادة شرطية الجواز بالمماثلة أو المحرمة أو نحو ذلك، فليس^(٢) التخصيص في المقام من قبيل التنويع^(٣) حتى يكون من موارد أصل البراءة، بل من قبيل

⇒ أن حرمة النظر مما يوجبها المخالفة في الجنس، لا أن الجواز مشروط بالمماثلة. ولا يستفاد من مثل الآية وجوب الغض من كل الناس، ووجوب التستر من جميعهم لو فرضنا عدم ذكر كلمة «أو نسائهن»، بل إنما هو بيان لمورد الجواز، كما لا يخفى، وعلى ما ذكرنا فلو شك في كونه مماثلاً فلا دليل على وجوب الاحتياط. (الشريعةمداري).

(١) الظاهر أن ما تمسك به ﷺ هو عين التمسك بالعام في الشبهة المصداقية، أما في المماثل فلا يبعد انصراف الآية والأخبار إلى غيره، فالشك فيه كالشك في كونه حيواناً أو إنساناً، وأما في المحارم فلأن التخصيص يستلزم التنويع لا محالة. نعم، بناءً على صحة استصحاب عدم النسب بالعدم الأزلي فمقتضى الاستصحاب عدم تحقق العناوين المذكورة، ومعه فلا مانع من التمسك بالعام. (محمد رضا الكلبيكاني).

(٢) التخصيص لا ينفك عن التنويع، والانفكاك غير معقول. (تقي القمي).

(٣) لا وجه لنفي التنويع مع الظهور العرفي. (الفيروزآبادي).

* بخلاف التقييد. (المرعشي).

* التخصيص يوجب التنويع لا محالة، إلا أن المخصّص في المقام بما أنه أمر وجودي فعند الشك يحرز عدمه بالأصل؛ بناءً على ما حققناه من جريانه في الأعدام الأزلية. (الخوئي).

* الظاهر أن التخصيص من قبيل التنويع مطلقاً عرفاً، نعم، يمكن أن يقال في المقام: إن مقتضى التأمل في الأدلة أصالة عدم جواز النظر، إلا ما خرج

المقتضي^(١) والمانع^(٢). وإذا شك في كونه زوجةً أو لا فيجري - مضافاً إلى ما

⇒ بالدليل، فيكون هذا الأصل في المقام نظير أصالة احترام النفس والعرض والمال، وأصالة عدم التذكية ونحوها من الأصول الثانويّة المعتمدة، مع أنّه بناءً على صحّة جريان الأصل في الأعدام الأزليّة تجري أصالة عدم المحرّميّة والممانلة، فتثبت موضوع الحرمة. (السبزواري).

✽ التخصيص مطلقاً يوجب التنويع، ومع ذلك يجب الاجتناب في المقام؛ لاستصحاب عدم الممانلة، وعدم النسب؛ بناءً على جريان الأصل في العدم الأزليّ، كما اخترناه. (الروحاني).

(١) أي كالعلم والفسق في قوله: «أكرم العلماء ولا تُكرّم الفسّاق»، وباليته بيّن في المقام ما المقتضي وما المانع حتّى يظهر الفرق، مع منع العموم في قاعدة المقتضي والمانع. (الفيروزآبادي).

فيه نظر جدّاً، كما لا يخفى على من راجع. (آقاضياء).

✽ بعد فرض عموم آية الغضّ للممانل وكون المخصّص عنواناً وجودياً فيحرز عدمه بالاستصحاب، ونقول: هذا لشخص قبل وجوده لم يكن متّصفاً بالأنثويّة، ونشكّ بعد وجوده في اتّصافه بها فاصالة العدم جارية، ويحرز عدم عنوان الخاصّ، أمّا قاعدة المقتضي والمانع لا أصل له، إلّا أن يرجع إلى ما قلنا. (حسن القمي).

(٢) لا أساس لقاعدة المقتضي والمانع إلّا إذا رجع إلى استصحاب عدم ذلك المانع، ولكنّ ما نحن فيه يمكن أن يكون من قبيل أصالة عدم كونه ممثلاً أو محرّماً، الذي هو المخصّص، بناءً على جريان وصحّة استصحاب العدم الأزليّ، ويمكن أن يكون من قبيل تعليق الترخيص على أمرٍ وجودي، فلا بدّ من إحراز ذلك الأمر، وعند الشكّ لا ترخيص في البين، لكنّ كلاً الأمرين

ذكر من رجوعه إلى الشك في الشرط - أصالة عدم حدوث الزوجية، وكذا لو شك في المحرمية من باب الرضاع.

نعم، لو شك في كون المنظور إليه أو الناظر حيواناً أو إنساناً فالظاهر عدم وجوب^(١) الاحتياط؛ لانصراف عموم وجوب الغض إلى خصوص الإنسان. وإن كان الشك في كونه بالغاً أو صبيّاً أو طفلاً مميّزاً أو غير مميّز ففي وجوب الاحتياط وجهان^(٢)؛ من العموم^(٣) على الوجه الذي ذكرنا، ومن إمكان^(٤) دعوى الانصراف، والأظهر الأوّل^(٥).

⇒ لا يخلو من نظر وإشكال. (البجنوردي).

* بجعل الممانلة من قبيل المانع عن الحرمة، والنظر مقتضياً لها، هذا بناءً على جعل المقتضي والمانع قاعدةً مستقلةً غير قاعدتي اليقين في الشك الساري، والاستصحاب في الطارئ ثابتة الحجّة عند العقلاء، وهو ممّا اختلفت كلمات المحقّقين في شأنه، فمنهم من التزم بإرجاع الثلاثة إلى مسألة المقتضي والمانع وحمل الروايات عليها، ومنهم من أنكرها، وحمل النصوص على اليقين والاستصحاب، ومنهم من أرجع الروايات بأسرها إلى الاستصحاب، والحقّ المحقّق في محلّه استظهار قاعدة اليقين من بعضها، والاستصحاب من بعضها الآخر، فما أفاده^{رحمته} في المتن من إثبات مدّعاء بتلك القاعدة ممنوع جدّاً. (المرعشي).

(١) بعد الفحص. (محمّد الشيرازي).

(٢) أظهرهما عدم الوجوب للاستصحاب. (الخوئي).

(٣) أظهرهما عدم الوجوب للاستصحاب. (عبدالله الشيرازي).

(٤) ومن إجراء أصالة عدم البلوغ أو التميّز. (الفيروزآبادي).

(٥) ولكنّ الأقوى الثاني؛ فإنّ العمومات غير شاملة للأطفال، ولا سيّما غير المميّزين ⇒

(مسألة ٥١): يجب على النساء التستر، كما يحرم على الرجال النظر، ولا يجب على الرجال التستر وإن كان يحرم على النساء النظر. نعم، حال الرجال بالنسبة إلى العورة حال النساء^(١)، ويجب عليهم التستر^(٢)

⇨ قطعاً، وكذا صورة عدم التمييز بين كونه رجلاً أو امرأة، وإنساناً أو حيواناً، والعموم في الآية غير مبين، فيؤخذ منه بالقدر المتيقن، وما استظهره من الآية من اشتراط جواز النظر بأمرٍ وجوديٍّ ممنوع. (كاشف الغطاء).

✽ بل الأحوط. (الكوه كَمَرِي).

✽ في الظهور منع، نعم، هو أحوط. (الفاني).

✽ الأقوى جواز النظر. (الخميني).

✽ بل الأظهر الثاني في غير المميز؛ لعدم الفرق بينه وبين الحيوان، مع أن استصحاب عدم البلوغ والتمييز لا مانع منه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ بل الأقوى الثاني. (زين الدين).

✽ بل الثاني؛ للأصل. (حسن القمي).

✽ بل الثاني. (تقي القمي).

✽ بل الأظهر عدم الوجوب. (الروحاني).

✽ بل الثاني، لا للانصراف، بل للاستصحاب. (اللنكراني).

(١) فيجب عليهم سترها مع عدم الأمن عن الناظر المحترم. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ العبارة لا تخلو من مسامحة. (اللنكراني).

(٢) جملة مستأنفة، أو عطف على جملة، ولا يجب على الرجال التستر. (عبد الهادي الشيرازي).

✽ على الأحوط. (الخوائي).

✽ الظاهر عدم وجوب ستر غير العورة على الرجل وإن علم بتعمّد النساء النظر إليه،

مع العلم^(١) بتعمّد النساء^(٢) في النظر^(٣)؛ من باب

⇒ وصدق الإعانة على الإثم بمجرد عدم تستره عنهنّ ممنوع، إلا إذا قصد بذلك إيقاعهنّ في المحرّم. (زين الدين).

* ستر الرجل غير عورته من سائر بدنه عن غير المحرّم غير معلوم الوجوب، وصدق الإعانة على الإثم غير واضح إلا في بعض الفروض. (محمّد الشيرازي).

* أي بالنسبة إلى غير العورة، وأمّا العورة فالوجوب بالإضافة إليها لا يكون مشروطاً بهذا الشرط المركّب من أمورٍ ثلاثة، بل مشروط بكونها في معرض النظر. (اللكراني).

(١) بل يكفي كونهم في مظانّ ذلك عادةً. (صدرالدين الصدر).

* بل مع العلم بوقوع النظر من غير تعمّد أيضاً، بل يكفي كونها في مظانّ النظر عادةً. (المرعشي).

* في غير ما جرت السيرة مستمرةً من زمان المعصوم عليه السلام إلى زماننا على عدم ستره ولو مع العلم بنظر النساء عليه مثل الوجه، نعم، مع العلم بنظرهنّ مع الريبة والالتذاذ يجب التسترّ عليهم من باب حرمة الإعانة، وإن كان المتيقّن منها حكماً وموضوعاً هو مع قصد الإعانة، وأمّا بدونه فمحلّ تأمل، نعم، التسترّ أحوط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) أو الرجال، بل ومع العلم بوقوع نظرهم إليها من غير تعمّد، بل الأحوط ذلك إذا كانت معرضاً لذلك وإن لم يكن معلوماً. (البروجردي).

* أو الرجال. (الفاني).

* بل الرجال أيضاً. (المرعشي).

* بل مع المعرضيّة العرفيّة لذلك وإن لم يعلم. (السبزواري).

(٣) إن كان مراده لزوم التسترّ بالنسبة إلى العورة لا وجه للتخصيص بالنساء، بل لا بدّ

حرمة^(١) الإعانة^(٢) على الإثم^(٣).

(مسألة ٥٢): هل المحرّم من النظر ما يكون على وجه يتمكّن من التميّز بين الرجل والمرأة، وأنّه العضو الفلانيّ أو غيره، أو مطلقه؟ فلو رأى الأجنبية من بعيد^(٤) بحيث لا يمكنه تمييزها وتمييز أعضائها، أو لا يمكنه تمييز كونها رجلاً أو امرأة، بل أو لا يمكنه تمييز كونها إنساناً أو حيواناً أو جماداً هل هو

⇒ من التعميم للرجال، وأيضاً لا وجه للتخصيص بصورة العلم؛ فإنّه في صورة الاحتمال أيضاً كذلك؛ لأنّ الحفظ المأمور به يقتضي ذلك، وإن كان المراد لزوم التستّر بالنسبة إلى غيرها فالأظهر عدم الوجوب؛ للسيرة وأصالة البراءة، وأمّا الإعانة على الإثم فلا دليل على حرمتها، مع أنّ صدقها على المقام محلّ تأمل، والتفصيل لا يسهه المجال. (الروحاني).

(١) لا دليل على حرمة الإعانة، فالحكم مبنيّ على الاحتياط. (تقي القمي).
(٢) أو النهي عن المنكر، وفي التمسك بهما في المقام نظر، بل منع. (المرعشي).
* في تحقّق الإعانة في مثل المقام إشكال، بل منع. (اللكراني).
(٣) لو فرض صدق الإعانة عليه، وذلك غير مسلمٍ إلّا في بعض الفروض. (الشريعةمداري).

* صدق الإعانة على الإثم ممنوع، فلا يجب عليهم التستّر حتّى مع العلم بتعمّدها. (الخميني).

* المحرّم التعاون على الإثم، أمّا الإعانة على الإثم فإطلاق الحكم بحرمتها محلّ إشكال، بل منع. (حسن القمي).

(٤) لعلّ الأقوى حرمة النظر في هذا الفرض، أمّا في الفروض اللاحقة فالظاهر عدم الحرمة؛ لانصراف دليل وجوب غضّ البصر عنها. (زين الدين).
* وكان الناظر ضعيف النظر، أو نحو ذلك. (محمّد الشيرازي).

حرام، أو لا؟ وجهان، الأحوط ^(١) الحرمة ^(٢).

* * *

(١) استحباباً. (الكوهكَمَرِي).

* بل الأقوى. (نقي القَمِي).

* الأقوى الجواز، والأولى الترك. (المرعشي).

* والظاهر هو الجواز. (اللكراني).

(٢) وإن كان الأقوى خلافه؛ لانصراف الدليل. (آقاضي).

* وإن كان الأقوى الجواز، كما عرفت. (صدرالدين الصدر).

* والأقوى الجواز. (عبدالهادي الشيرازي).

* يجوز ترك هذا الاحتياط خصوصاً في الأجير. (البجنوردي).

* لا موجب لهذا الاحتياط، كما هو واضح. (الفاني).

* والأقوى عدم الحرمة. (الخميني).

* بل الأقوى فيما ترى البشرة دون ما إذا يُرى سواد مردّد عن بُعد؛ لانصراف أدلّة

وجوب الغضّ عنه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل التفصيل بين ما لم يميّز الرجل عن المرأة والإنسان عن الحيوان فلا يحرم،

وبين ما لم يميّز الرأس عن الرقبة بعد تمييز كونها غير مَحَرَّمٍ فيحرم. (محمّد

الشيرازي).

فصل في ما يتعلّق بأحكام الدخول على الزوجة

وفيه مسائل:

- (مسألة ١): الأقوى وفاقاً للمشهور جواز وطء الزوجة والمملوكة دُبْرًا على كراهةٍ شديدة، بل الأحوط تركه^(١)، خصوصاً مع عدم رضاها^(٢) بذلك.
- (مسألة ٢): قد مرّ في باب الحيض الإشكال^(٣) في وطء الحائض^(٤) دُبْرًا^(٥)، وإن قلنا بجوازه في غير حال الحيض.

(١) لا يُترك. (الخوئي).

* لا يُترك في صورة عدم رضاها. (محمّد الشيرازي).

* استحباباً مع رضاها بذلك. (الروحاني).

(٢) كما أُشير إليه في خبر عبدالله بن أبي يعفور^(أ). (المرعشي).

(٣) الظاهر من الأخبار الواردة في الحيض كقوله عَلَيْهَا: «ما اتقى موضع الدم» الجواز. (الفاني).

* لا وجه للإشكال، ومقتضى القاعدة الجواز. (نقي القمي).

* وقد مرّ أنّ الأظهر الجواز. (الروحاني).

(٤) قد مرّ الحكم بشدّة الكراهة أزيد منها في حال الطهر. (الفيروزآبادي).

(٥) وقد مرّ تقوية الجواز، وإن احتمل كون الكراهة في تلك الحال أشدّ من حال الطهر، فلا يُترك الاحتياط بتركه. (المرعشي).

(مسألة ٣): ذكر بعض الفقهاء^(١) ممّن قال بالجواز: أنّه يتحقّق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دُبْرًا، وهو مشكل^(١)؛ لعدم الدليل على وجوب تمكينها في كلّ ما هو جائز من أنواع الاستمتاع حتّى يكون تركه نشوزاً.

(مسألة ٤): الوطء في دُبْر المرأة كالوطء^(٢) في قبلها في وجوب^(٣) الغسل^(٤) والعِدّة، واستقرار المهر، وبطلان الصوم، وثبوت حدّ الزنا إذا كانت أجنبيّة، وثبوت مهر المثل إذا وطئها شبهة، وكون المناط

⇒ * وقد تقدّم أنّ الظاهر اتّحاد حكم الحائض مع الطاهرة في ذلك، فراجع المسألة الثالثة من فصل: أحكام الحائض. (زين الدين).

(١) أقواهما عدم. (الفيروزآبادي).

* بل يمكن منعه. (الفاني).

* لاحتمال التحقّق وجه، فلا يُترك الاحتياط بالانفاق أو الاسترضاء. (المرعشي).

* الظاهر عدم تحقّق النشوز بذلك. (زين الدين).

* بل لا وجه له. (تقي القمي).

(٢) ترتّب الأحكام المترتبة على الوطء في القُبْل على الوطء في الدُبْر مبنيّ على الاحتياط، والجزم بالترتّب مشكل؛ لعدم الجزم بالإطلاق. (تقي القمي).

(٣) يراجع ما علّقناه على ذلك في مبحث الجماع، وإن لم ينزل من فصل غسل الجنابة. (زين الدين).

(٤) على ما هو المشهور، وإلاّ فلا يخلو أكثر الأحكام المذكورة من تأمّل وإشكال. (محمّد رضا الكلبايكاني).

(١) قواعد الأحكام: ١٠٣/٣، إيضاح الفوائد: ٢٦٧/٣، مسالك الأفهام: ٤٤٠/٨، كشف اللثام:

فيه دخول الحشفة أو مقدارها^(١)، وفي حرمة البنت والأُم^(٢)، وغير

(١) كفاية المسمّى من مقطوع الحشفة لا يخلو من قوّة، كما مرّ. (الخميني).

* إن صدق الدخول من مقطوع الحشفة بما دون ذلك، فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمّي).

* لا وجه لاعتبار المقدار في مقطوعها، بل الميزان فيها صدق الموضوع. (نقي القمّي).

* تقدّم في كتاب الصوم الإشكال في ترتّب أحكام الجماع على إدخال مقدار الحشفة من مقطوعها، وأنها تترتّب بإدخال تمام الذكر. (الروحاني).

(٢) لا دخل لدخول البنت في حرمة الأُم؛ لكونها محرّمةً مطلقاً. (الإصطهباناتي).

* لا مدخل للدخول على البنت في حرمة الأُم، ولعلّ مراده على تقدير القول بدخله فيها. (البروجردي).

* لا مدخل في حرمة الأُم. (عبدالله الشيرازي).

* الأُم محرّمة مطلقاً، سواء دخل بالبنت أم لم يدخل. (الشريعتمداري).

* حرمتها غير متوقّفة على الدخول. (الخميني).

* إن كانت بنتها مزنيّة بها على الأقوى، وأمّا المعقودة فحرمة أمّها غير مشروطة بتحقيق الدخول. (المرعشي).

* يعني حرمة الأُم المزيّني بها على القول بها، وأمّا أمّ المعقودة فتحرم بمجرد العقد، ولا مدخلية للدخول على البنت في حرمتها. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* حرمة أمّ الزوجة غير مشروطة بالدخول ببنتها، بخلاف العكس. (السبزواري).

* لعلّ المراد أمّ المزيّني بها على القول بحرمتها، وإلاّ فحرمة أمّ المعقود عليها غير مشروطة بالدخول. (زين الدين).

* المراد من الأُم: هي أمّ الموطوءة بالزنا بقرينة ما بعده؛ لأنّ حرمة أمّ المعقودة ليست من الأحكام المعلقة على الدخول. (اللفكراني).

ذلك من أحكام المصاهرة المعلقة على الدخول، نعم، في كفايته^(١) في حصول تحليل المطلقة ثلاثاً^(٢) إشكال^(٣). كما^(٤) أن في كفاية الوطء في القُبُل فيه بدون الإنزال^(٥) أيضاً^(٦)

(١) الأقوى عدم كفايته في هذه الموارد. (الكوهكَمَرِي).

(٢) عدم الكفاية في جميع المذكورات هو الأقوى. (الإصطهباناتي).

(٣) بل الأقوى عدمه. (الفيروزآبادي).

والأقوى عدم. (صدرالدين الصدر).

* أقواه عدم الكفاية فيه وفي الفئة، وفيما يجب في الأربعة أشهر، وأمّا الوطء في القُبُل بدون الإنزال فالأقوى كفايته في الأحكام الثلاثة. (البروجردِي).

* الأقوى عدم الكفاية فيه وفي الوطء الواجب في أربعة أشهر، وفي الفئة في الإيلاء. (البجنوردي).

* بل منع. (الفاني).

* الأقوى عدمها فيه، والأحوط عدم الكفاية في القبل بدون الإنزال، ولا يبعد عدم الكفاية في الوطء في الذُبُر في الفرعين المتأخّرين أيضاً، والظاهر كفاية الوطء في القُبُل بلا إنزال في الأربعة أشهر، وحصول الفئة في الإيلاء. (الخميني).

* الأظهر عدم كفاية الوطء في الذُبُر، وكفاية الوطء في القُبُل بدون الإنزال؛ لأنّ ذوق العُسَيْلَة عبارة عن لذة الجماع، والموجود في أخبارنا اعتبار ذوق عُسَيْلَتِهَا خاصّة. (الروحاني).

(٤) أقواه عدم فيه وفي الثلاثة التي بعده. (الإصفهاني).

(٥) إذا كان الإنزال خارج الرحم يكفي لصدق ذوق العُسَيْلَة. (الفاني).

(٦) الأقوى الكفاية. (محمّد الشيرازي).

كذلك^(١)؛ لما ورد في الأخبار^(أ) من اعتبار ذوق عُسَيْلَتِه^(٢) وعُسَيْلَتِهَا^(ب)

(١) بل الأقوى عدمها. (الفيروزآبادي).

* بل الظاهر كفايته، وأمّا الأخبار فلم يرد في الصحيح منها «ذوق عُسَيْلَتِه»، وإنّما الوارد «ذوق عُسَيْلَتِهَا»، والمراد به: إدراك اللذة جزماً، وهو يتحقّق بدون الإنزال. (الخوئي).

* أي إشكال، والأحوط العدم، وإن كان في تعليقه نظر. (اللتكراني).

(٢) إن تمّ دليله، والباب باب التعبّد، والمناط غير منصوص ولا منقّح، ولكنّ الأظهر كفاية الدخول في القُبُل بلا إنزالٍ في تحقّق الفنة والرجوع في الإيلاء. (المرعشي).

* لم أعر على ما يدلّ على اعتبار ذوق عُسَيْلَتِه إلّا في بعض أخبار العامة^(ج)، نعم، ورد في اعتبار ذوق عُسَيْلَتِهَا أخبار^(د) من طرقنا، لكن في دلالتها على المقصود تأمّل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لم أعر على رواية تدلّ على ذوق عُسَيْلَتِه، وعلى فرض وجودها لا تدلّ على المقصود. (حسن القمي).

* لا دليل معتبر عليه، بل الدليل قائم على اشتراط ذوق عُسَيْلَتِهَا، والظاهر عدم تحقّقه إلّا بالإدخال تاماً والإنزال. (تقي القمي).

(أ) الوسائل: الباب (٤) من أبواب أقسام الطلاق، ح ١٣.

(ب) العُسَيْلَة: لذّة الجماع الذي يكون بتغيب الحشفة في فرج المرأة، وقيل: العُسَيْلَة هي ماء الرجل. ولا يكون ذواق العُسَيْلَتَيْنِ معاً إلّا بالتغيب وإن لم يُنزَلَا. لسان العرب: ٢٠٩/٩، (مادة غسل).

(ج) مسند أحمد: ٢٨٤/٣، ٣٤/٦، صحيح البخاري: ١٤٧/٣، ١٦٦/٦، صحيح مسلم: ١٥٤/٤.

(د) الكافي: ٤٢٥/٥، ٧٦/٦، الفقيه: ٥٠٠/٣، الاستبصار: ٢٧٤/٣، تهذيب الأحكام: ٣٣/٨.

الوسائل: الباب (٣) من أبواب أقسام الطلاق، ح ٩ و ١٠.

فيه، وكذا في كفايته^(١) في الوطء الواجب في أربعة أشهر^(٢)، وكذا في كفايته في حصول^(٣) الفئة^(٤)، والرجوع في الإيلاء أيضاً.

(مسألة ٥): إذا حلف على ترك وطء امرأته في زمانٍ أو مكانٍ يستحق^(٥) الحنث^(٦)

(١) الأقوى عدمها. (الفيروزآبادي).

* الأظهر عدم الكفاية في الموارد المشار إليها، نعم، الأقوى كفاية الوطء في القُبُل ولو بدون إنزال. (صدرالدين الصدر).

* يقوى عدم الكفاية في جميع المذكورات. (جمال الدين الكلبيكاني).

* الأقوى عدم الكفاية إلّا مع الإنزال ولو خارج الرحم. (الفاني).

* الظاهر رجوع الضمير إلى الوطء في الدُبُر، وأمّا لو أُريد به الوطء في القُبُل بلا إنزال فلا يبعد الكفاية في هذا الفرع، وكذا في الفرع الذي بعده، بل هو الأقرب. (السنكراني).

(٢) والأقرب فيه كفاية الوطء في القُبُل ولو بلا إنزال. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الأظهر عدم كفاية الوطء في الدُبُر فيه، وكفاية الوطء في القُبُل بلا إنزال، وكذا في تاليه بالإضافة إلى الوطء في القُبُل، وأمّا كفاية الوطء في الدُبُر فيه فلا تخلو من إشكال، ولا يبعد دعوى أظهرية عدم الكفاية. (الروحاني).

(٣) يقوى عدم الكفاية في جميع المذكورات. (النايني).

(٤) يقوى عدم الكفاية في جميع المذكورات. (الخوئي).

* بل المشكل هو تحقّق الإيلاء بالحلف على ترك الوطء في الدُبُر ولو مع القُبُل، والمتيقّن تحقّقه بالحلف على ترك الوطء في القُبُل، وأمّا لو قيل بتحقّقه بالحلف على تركه فلا إشكال في تحقّق الفئة والرجوع به أيضاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) على الأحوط. (تقي القمي).

(٦) تحقّق الحنث تابع لقصد الحالف، وانصراف المفهوم غير دخيل فيه، نعم، لو قصد المفهوم من الوطء صحّ ما ذكره ﷺ، لكنّه نادر الوقوع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

بوطنها دُبْرًا^(١)، إلّا أن يكون هناك انصراف^(٢) إلى الوطء في القُبْل؛ من حيث^(٣) كون غرضه عدم^(٤) انعقاد النطفة.

(مسألة ٦): يجوز العزل، بمعنى إخراج الآلة عند الإنزال وإفراغ المنى خارج الفرج في الأمة وإن كانت منكوحة بعقد الدوام، والحرّة المتمتع^(٥) بها^(٦)، ومع إذنهما وإن كانت دائمة، ومع اشتراط ذلك عليها في العقد، وفي

(١) الأظهر إناطة الأمر إلى اختلاف حال الناذرين بالاعتیاد والتكرّر والكثرة وعدمها. (المرعشي).

* إذا حلف على ترك الوطء بما له من المفهوم، أمّا في غير ذلك فالحنث تابع لما قصده الحالف. (زين الدين).

(٢) الانصراف لا يتوقّف على الغرض، بل هو من شؤون اللفظ، وتحقّقه مانع عن حصول الحنث إذا كان الحالف عالمًا به. (اللكراني).

(٣) أو من حيث عدم الاعتیاد الموجب لعدم اندراجه في قصده. (الفاني).

(٤) أو من حيثيّة أخرى. (حسن القمي).

(٥) مقتضى إطلاق حديث ابن مسلم^(أ) عدم الفرق بين الدوام والمتعة. (تقي القمي).

(٦) في عدم مرجوحية العزل فيها نظر؛ لإطلاق دليله، وعدم وجهٍ لتخصيصه بالدائمة بعد بطلان دعوى الانصراف. (آقاضي).

* والمشهور الاختصاص بالدائمة. (الكوهكمری).

* فيه تأمل وإشكال. (الشريعتمداري).

* فيه إشكال، والأقوى وفاقاً لسيّدنا الشريف المرتضى^(ب) أنّها زوجة، ويثبت لها

◀

(أ) الوسائل: الباب (٧٥) من أبواب المتعة، ح ١.

(ب) الانتصار للمرتضى: ٢٧٥.

الدُّبُر وفي حال الاضطرار من ضرر^(١) أو نحوه. وفي جوازه في الحرّة المنكوحة بعقد الدوام في غير ما ذكر قولان، الأقوى ما هو المشهور^(٢) من الجواز مع الكراهة.

بل يمكن أن يقال بعدمها، أو أخفيتها في العجوزة والعقيمة والسليطة والبذية، والتي لا ترضع ولدها.

والأقوى عدم وجوب دية النطفة عليه وإن قلنا بالحرمة. وقيل بوجوبها^(٣) عليه للزوجة، وهي عشرة دنائير؛ للخبر الوارد^(٤) فيمن أفزع رجلاً عن عرسه فعزل عنها الماء من وجوب نصف خمس المائة عشرة دنائير عليه. لكنّه في غير ما نحن فيه، ولا وجه للقياس عليه مع أنّه مع الفارق^(٥).

وأما عزل المرأة - بمعنى منعها^(٦) من الإنزال في فرجها - فالظاهر حرمة بدون رضا الزوج، فإنّه منافٍ للتمكين الواجب عليها، بل يمكن^(٧)

⇒ جميع أحكام الزوجية إلّا ما خرج بالدليل، كجواز الزيادة على الأربع، وعدم التوارث وغيرهما. (المرعشي).

(١) الميزان صدق الضرورة، وأما كفاية مطلق الضرر ففيه إشكال. (تقي القمي).

(٢) ولا يخلو من إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالاسترضاء. (المرعشي).

(٣) وإن لم يقل بالحرمة. (اللكراني).

(٤) إذ السبب فيه هو الأجنبية. (المرعشي).

(٥) ولو بالنحت. (المرعشي).

(٦) الحكم بتحقيق الدية عليها مبني على الاحتياط. (تقي القمي).

(أ) الوسائل: الباب (١٩) من أبواب ديات الأعضاء، ح ١.

وجوب دية^(١) النطفة عليها^(٢).

هذا، ولا فرق في جواز العزل بين الجماع الواجب^(٣) وغيره، حتّى فيما يجب في^(٤) كلّ أربعة أشهر^(٥).

(مسألة ٧): لا يجوز ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة

(١) في إطلاق النصّ للمورد إشكال، بل منع. (الفاني).

* محلّ إشكال. (حسن القمي).

(٢) وهو مشكل. (زين الدين).

* فيه إشكال. (محمّد الشيرازي).

(٣) فيه إشكال، وهو منافٍ لما ذكره في المسألة الآتية. (عبدالله الشيرازي).

* يشكل ذلك، كما سيأتي في المسألة الآتية. (زين الدين).

(٤) فيه نظر. (حسن القمي).

(٥) فيه نظر؛ للانصراف الآتي قريباً. (أفاضياء).

* فيه إشكال، كما اعترف به ﷺ في المسألة الآتية^(أ). (الخوئي).

* يأتي في المسألة الآتية التصريح بالإشكال في كفاية الوطء بلا إنزال عن الواجب عليه، والحكم بجواز العزل في الواجب، والإشكال في كفايته عنه لا يجتمعان. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* سيأتي منه ﷺ الإشكال فيه في المسألة التالية. (السبزواري).

* يصرّح الماتن ﷺ بالإشكال في ذلك في المسألة التالية، والإشكال في محله، إن لم نستبعد حرمة العزل فيه. (محمّد الشيرازي).

(أ) أوردنا هذه التعليقة له ﷺ من نسخة أخرى.

أشهر^(١)، من غير فرق^(٢) بين الدائمة والمتمتع بها^(٣)، ولا الشابة ولا الشائبة^(٤) على الأظهر^(٥) والأمة والحرّة؛ لإطلاق الخبر^(أ).

-
- (١) بل وأقلّ أحياناً إذا كان الترك منافياً عرفاً؛ للإمساك بالمعروف المأمور به، كما في الشابة والشبيقة (ب) ونحوهما، والتفصيل في الفقه. (محمّد الشيرازي).
- (٢) بين الاعتداء والمغاضبة وغيرهما. (المرعشي).
- (٣) المشهور الاختصاص بالدائمة. (الكوهكَمري).
- * على الأحوط. (صدرالدين الصدر، البروجردي، عبدالله الشيرازي، السبزواري).
- * على الأحوط في المتمتع بها (عبدالهادي الشيرازي).
- * على الأقوى، كما أشرنا إليه. (المرعشي).
- * على الأحوط في التمتع بها والشائبة. (حسن القمي).
- (٤) مع عدم تنفّر الطبيعة عنها، بل مع التعوُّض معها برغبة ولا كُلفة. (الفيروزآبادي).
- * على الأحوط. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).
- * في جريان الحكم في الشائبة إشكال، بل منع. (زين الدين).
- * الحديث مختصّ بالشابة، فالحكم بجريانه في الشائبة احتياطي. (نقي القمي).
- (٥) بل على الأحوط الأولى. (الخوئي).
- * في الشابة، وعلى الأحوط في الشائبة. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- * بل على الأحوط غير لزومي. (الروحاني).

(أ) السنن الكبرى للبيهقي: ٢٩/٩، كنز العمال: ٥٧٣/١٦، ح ٤٥٩١٧، المغني لابن قدامة: ١٤٢/٨.

تهذيب الأحكام: ٤١٢/٧، ح ١٩، الوسائل: الباب (٧١) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ١.

(ب) الشَّبَق: شدة الغلّة وطلب النكاح، يقال: رجل شَبِق وامرأة شَبِقة. لسان العرب: ٢٠/٧، مادة شَبِق).

كما أنَّ مقتضاه^(١) عدم^(٢) الفرق^(٣) بين الحاضر والمسافر^(٤) في غير السفر^(٥) الواجب^(٦).

(١) في إطلاقه من هذه الجهة تأمل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

(٢) إطلاقه من هذه الجهة مشكل، بل ممنوع، لكنَّ الأحوط أن يكون السفر المنافي

لذلك مع عدم وجوبه برضا الزوجة. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٣) إطلاقه من هذه الجهة مشكل، بل ممنوع، لكنَّ الأحوط أن يكون السفر المنافي

لذلك مع عدم وجوبه برضا الزوجة. (النائيني).

(٤) في الوجوب على المسافر نظر؛ لقيام السيرة على خلافه. (آقاضي).

* في المسافر تأمل. (الشريعتمداري).

* لا يبعد منع الإطلاق بالنسبة إلى المسافر، والأحوط إرضاء الزوجة بالسفر.

(الفاني).

* احتمال تقييده بحضورها عنده في السفر غير بعيد. (المرعشي).

* على الأحوط في المسافر. (الخوانساري).

* فيه تأمل، سيما في إطلاقه. (حسن القمي).

* عنوان الموضوع في الدليل لا يشمل المسافر، فالحكم مبني على الاحتياط. (تقي

القمي).

* فيه تأمل، بل القول بالجواز فيه قوي. (الروحاني).

(٥) فيه تأمل. (الكوهكمرلي).

(٦) أو الضروري ولو عرفاً، كسفر التجارة، وتحصيل العلم دون ما كان لمجرد الميل

والتفريح^(أ) والتفرّج على الأحوط. (الخميني).

* بل الضروري عند المتشّعة، واجباً كان أو لا. (السبزواري).

(أ) أي الاستجمام والتنفية والترفيه.

وفي كفاية الوطء^(١) في الدُّبر إشكال^(٢)، كما مرَّ^(٣). وكذا^(٤) في الإدخال^(٥) بدون الإنزال^(٦)؛ لانصراف الخبر^(٧) إلى الوطء المتعارف^(٨) وهو

(١) الأقوى عدمها. (الفيروزآبادي).

(٢) تقدّم أن الأقوى عدم كفايته، نعم، لا يبعد كفاية الوطء بلا إنزال. (الجنوردي).

(٣) مرَّ الكلام فيه. (الخميني).

* قد مرَّ أن الأظهر كفاية الثاني دون الأول. (الروحاني).

(٤) قد مرَّ أن الأقوى كفاية الثاني دون الأول. (البروجردي).

(٥) هذا ينافي ظاهر ما سبق من جواز العزل في الجماع الواجب في كل أربعة أشهر، والأقوى كفايته. (الفيروزآبادي).

* قد مرَّ أن الأقوى كفاية الثاني دون الأول. (البروجردي).

* احتمال الكفاية غير بعيد، ولكن ينبغي الاحتياط. (المرعشي).

(٦) أي الإنزال في الفرج الذي به تكمل لذتها، وتسكن دغدغتها^(أ). (الفيروزآبادي).

* هذا ينافي ما تقدّم منه؛ في آخر المسألة السابقة، والأظهر الكفاية، ولا حاجة إلى الإنزال. (صدرالدين الصدر).

* مرَّ عدم اعتباره. (الخميني).

* لا يبعد كفاية الوطء في القُبُل بلا إنزال، كما مرَّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* قد مرَّ منه في المسألة السابقة الحكم بجواز العزل في الوطء الواجب في كلّ أربعة أشهر، وهو لا يجتمع مع الإشكال هنا، والظاهر ما هناك. (السنكراني).

(٧) لا وجه للانصراف وقد مرَّ منه ﷺ ما ينافي ذلك في المسألة السابقة. (الخوئي).

(٨) ظاهر النصّ أن الحكم المذكور للإرفاق بالزوجة؛ وعليه فلا يكفي الوطء دُبُرًا، ولا بدون إنزال. (زين الدين).

(أ) أي تهدأ فورتها بإشباع رغبتها.

مع الإنزال^(١). والظاهر عدم توقّف الوجوب على مطالبتها^(٢) ذلك. ويجوز تركه مع رضاها، أو اشتراط^(٣) ذلك^(٤) حين العقد^(٥) عليها، ومع عدم التمكن منه لعدم انتشار^(٦) العضو، ومع خوف الضرر^(٧) عليه أو عليها، ومع غيبتها^(٨) باختيارها، ومع نشوزها^(٩). ولا يجب أزيد من الإدخال والإنزال، فلا بأس بترك سائر المقدمات من الاستمتاع. ولا يجري الحكم في المملوكة الغير

(١) وإن كان خارج الرحم. (الفاني).

✽ قد مرّ منه أنّه يجوز العزل حتّى في الواجب من الوطء، والحقّ عدم اشتراط الإنزال؛ إذ الموضوع في الدليل عنوان الترك، ومع الإدخال في القُبُل لا يصدق الترك، إلّا أن يقال: إنّ الترك ينصرف إلى ما يتعارف فعله، فلا يُترك الاحتياط. (تقي القمي).

(٢) مع عسر المطالبة غالباً؛ لمكان الحياء والخجلة. (المرعشي).

(٣) فيه إشكال ناشئ عن التردّد في كونه حكماً أو حقّاً. (المرعشي).

✽ فيه إشكال؛ إذ يتوقّف الجواز على القول بجواز إسقاط ما لم يجب. (تقي القمي).

(٤) الأحوط عدم الاشتراط. (الفاني).

✽ فيه إشكال. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) لا يخلو من إشكال. (البروجردی).

(٦) للمرض، أو عقد الرجال. (المرعشي).

(٧) في إطلاقٍ فيه وفي بعده إشكال. (تقي القمي).

(٨) فيه وفي النشوز إشكال. (المرعشي).

(٩) هذا فيما إذا كان النشوز ناشئاً عن عدم تمكينها للجماع، وأمّا إن لم يكن كذلك فالسقوط مبنيّ على القول بأنّ النشوز ولو في الجملة يوجب سقوط جميع الحقوق، فلا يُترك الاحتياط. (تقي القمي).

المزوجة، فيجوز ترك وطئها ^(١) مطلقاً ^(٢).

(مسألة ٨): إذا كانت الزوجة من جهة كثرة ميلها وشبقها لا تقدر على الصبر إلى أربعة أشهر بحيث تقع في المعصية إذا لم يواقعها فالأحوط المبادرة إلى موافقتها قبل تمام الأربعة ^(٣)، أو طلاقها وتخليه سبيلها.

(مسألة ٩): إذا ترك موافقتها عند تمام الأربعة أشهر لمانع من حيض أو نكحها، أو عصياناً لا يجب ^(٤) عليه ^(٥) القضاء ^(٦)،

(١) الأحوط عدم الترك في الشابة منها. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الأحوط عدم الترك. (زين الدين).

* الأحوط عدم الترك، خصوصاً إذا كانت شابة. (اللنكراني).

(٢) فيه إشكال، خصوصاً الشابة منها. (محمّد الشيرازي).

(٣) بل قبل الوقوع في المعصية. (صدر الدين الصدر).

(٤) لكن تجب عليه المبادرة إلى الوطء على الأحوط. (تقي القمي).

(٥) ليس الوطء الواجب موقتاً برأس الأربعة أشهر حتّى يكون بعده قضاءً ويحتاج وجوبه إلى أمر جديد، بل ظاهر الدليل هو حرمة إبقائها بلا وطء في هذا المقدار وأكثر منه، فيجب بعده فوراً ففوراً، ولا يسقط بالعصيان، أو وجود المانع. (عبدالله الشيرازي).

(٦) فيه نظر واضح. (الفيروزآبادي).

* على وجه يجب عليه وطء لما سبق، ووطء آخر من جهة عدم التأخير عن زمان وطئه بأربعة أشهر مهما أمكن. (آقاضي).

* الظاهر عدم كونه من المؤقت، فسبب الوجوب تمام أربعة أشهر، ولا يسقط إلا بإرضائها. (الكوهكمرى).

⇒ * ليس الوطء الواجب مؤقتاً برأس الأربعة أشهرٍ حتّى يكون بعده قضاء ويحتاج وجوبه إلى أمر جديد، بل ظاهر الدليل هو حرمة إبقائها بلا وطءٍ في هذا المقدار وأكثر منه، فيجب بعده فوراً ففوراً، ولا يسقط بالعصيان، أو وجود المانع، نعم، لا يجب وطء آخر قضاءً لما فات. (البروجردى).

* الأحوط موافقتها وعدم تأخيرها وإن لم يكن بعنوان القضاء. (عبدالهادي الشيرازي).

* ليس هو من باب المؤقت فيصير قضاءً بخروج وقته، بل إذا تمّ أربعة أشهرٍ يجب الوطء ولا يسقط إلاّ بإتيان، فالوقت من قبيل شرط الوجوب، لا قيد الواجب. (الشريعتمداري).

* بل يجب عليه وطؤها بعد ارتفاع المانع فوراً ففوراً، ولا معنى للقضاء في المقام بلا ريبٍ ولا إشكال. (الفاني).

* أي تدارك ما فات بحيث لو ترك الثمانية لوجب عليه المَرَّتَان، لكن يجب عليه بعد مضيّ الأربعة وطؤها فوراً ففوراً، ولا يسقط بتركه في رأس الأربعة. (الخميني).

* الظاهر عدم كونه مؤقتاً حتّى يلزم تدارك الفائت من الأربعة، بل سبب الوجوب مضيّها خالية من الوطء، فلو كان المورد حقّاً لها لا يسقط، بل يجب التأدية فوراً ففوراً، أو الاسترضاء عنها. (المرعشي).

* وإن كان يجب عليه الوطء في أوّل أزمّة الإمكان. (الخوئي).

* ولكنّ الأحوط المبادرة فوراً ففوراً. (السبزواري).

* وليس معنى ذلك سقوط وجوب الوطء عنه، بل يجب عليه فوراً ففوراً، وإن لم يكن قضاءً. (زين الدين).

* بل يجب الإتيان فوراً ففوراً. (محمّد الشيرازي).

نعم، الأحوط^(١) إرضاءها^(٢) بوجهٍ من الوجوه؛ لأنَّ الظاهر^(٣) أنَّ ذلك حقٌّ لها عليه^(٤) وقد فوّته عليها.

ثمَّ اللازم عدم التأخير من وطءٍ إلى وطءٍ أزيد من الأربعة، فمبدأ اعتبار الأربعة اللاحقة إنّما هو الوطء المتقدم، لا حين انقضاء الأربعة المتقدمة.

* * *

⇒ * لا إشكال في أنّه لا يرتفع الوجوب بذلك، بل يجب بعد رفع المانع فوراً ففوراً، ولا يسقط بالعصيان، نعم، لا يجب وطء آخر قضاءً لما فات. (الروحاني).
* أي بعد مضيّ أربعةٍ أخرى بحيث تجب عليه مرّتان، ولكنّ الوجوب لا يسقط بالعصيان أو عروض المانع؛ لأنّه لا يكون مؤقتاً، بل عند انقضاء الأربعة يجب عليه الوطء فوراً ففوراً. (اللنكراني).

(١) لا بأس بتركه؛ إذ لا دليل على وجوب الإرضاء. (تقي القمي).
(٢) لم يقدّم دليل على أنّ مطلق تفويت الحقّ مستلزم لوجوب إرضاء ذيه، ولكنّ الاحتياط لا ينبغي تركه. (اللنكراني).
(٣) في كونه حقّاً قابلاً للتراضية بعد فوته نظر، وإن كان أحوط. (آفاضياء).
* محلّ إشكال. (الخميني).

(٤) المتيقّن هو الإثم على الترك، وأمّا كون ذلك حقّاً لها بحيث يوجب تفويته لزوم إرضائها فغير معلوم وإن كان الاحتياط حسناً، مع أنّ الظاهر وجوب الوطء بعد تمام الأربعة فوراً ففوراً، لكن لا يفوت بالتأخير؛ لأنّه غير مؤقت؛ وعليه فلا تفويت حتّى يجب الإرضاء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

فصل

(مسألة ١): لا يجوز وطء الزوجة^(١) قبل إكمال تسع سنين، حرّة كانت أو أمة، دوماً كان النكاح أو متعة، بل لا يجوز^(٢) وطء المملوكة^(٣) والمحلّة كذلك. وأمّا الاستمتاع بما عدا الوطء من النظر واللمس بشهوة والضمّ والتفخيذ فجائز في الجميع ولو في الرضیعة.

(مسألة ٢): إذا تزوّج صغيرةً دوماً أو متعة^(٤)، ودخل بها قبل إكمال تسع سنين فأفضاها حرّمت عليه أبداً على المشهور^(٥)، وهو^(٦) الأحوط^(٧)، وإن لم

(١) في قُبَلْهَا. (الفيروزآبادي).

(٢) على الأحوط. (محمّد رضا الكلبيكاني، تقي القمي، اللنكراني).

(٣) على الأحوط. (زين الدين).

* على احتياطٍ شديدٍ فيها. (حسن القمي).

(٤) لكونها زوجة، كما تقدّم، لا للاتّفاق المزعوم كونه إجماعاً. (المرعشي).

(٥) على الأحوط الذي لا يجوز تركه. (البجنوردي).

* الأقوى عدم ترتّب غير الإثمّ مع عدم الإفضاء، ومع الإفضاء حرمة وطئها أبداً مطلقاً، مع بقاء زوجيّتها، وترتّب جميع آثارها عليها، ويجب عليه نفقتها، وإن طلقها، بل وإن تزوّجت بعد الطلاق على الأحوط، بل لا يخلو من قوّة. (الخميني).

(٦) لا يُترك. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٧) لا يُترك الاحتياط إن كان مكلفاً. (الفيروزآبادي).

* لا يُترك هذا الاحتياط. (النائيني).

* لا يُترك. (المرعشي، السبزواري).

تخرج عن زوجيته، وقيل بخروجها عن الزوجية أيضاً. بل الأحوط^(١) حرمتها^(٢) عليه بمجرد الدخول وإن لم يفضها، ولكن الأقوى بقاؤها على الزوجية وإن كانت مفضاة، وعدم حرمتها^(٣) عليه أيضاً^(٤)، خصوصاً إذا كان جاهلاً بالموضوع أو الحكم^(٥)، أو كان صغيراً أو مجنوناً، أو كان بعد اندمال جرحها، أو طلقها ثم عقد عليها جديداً، نعم، يجب^(٦) عليه دية الإفضاء وهي

(١) لا يُترك الاحتياط إن كان مكلفاً. (الفيروزآبادي).

* لا يُترك. (المرعشي).

* لا يُترك الاحتياط بترك الوطء أبداً فيما لو دخل بها قبل التسع مطلقاً، من غير

فرق بين ما ذكر من الأقسام. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) الظاهر هي الحرمة في صورة الإفضاء. (اللكراني).

(٣) الأحوط ترك وطئها أبداً مع الدخول بها قبل التسع مطلقاً. (صدرالدين الصدر).

* ولكن لا يُترك الاحتياط. (الكوهكفري).

* المسألة محلّ إشكال وتأمل، والأحوط له ترك وطئها أبداً إذا دخل بها قبل التسع

مطلقاً. (عبدالله الشيرازي).

فيه إشكال. (المرعشي).

(٤) المسألة محلّ إشكال، والأحوط له ترك وطئها أبداً إذا دخل بها قبل التسع مطلقاً.

(البروجردی).

(٥) الظاهر عدم الفرق بين العالم بالحكم والجاهل به. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٦) وجوب الدية في صورة الجهل بالموضوع أو الحكم مبني على الاحتياط؛ إذ

مقتضى حديث عبدالصمد بن بشير^(أ) عدم ترتب الأثر عند الجهل. (تقي القمي).

(أ) تهذيب الأحكام: ٧٣/ ٥، ذح ٤٧، الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ذح ١.

دِيَّة النفس، ففي الحرّة نصف دِيَّة الرجل، وفي الأمة أقلّ الأمرين من قيمتها ودِيَّة الحرّة. وظاهر المشهور ثبوت الدِيَّة مطلقاً وإن أمسكها ولم يطلقها، إلا أنّ مقتضى حسنة^(١) حرمان^(أ) وخبر بُرَيْد^(ب) المثبتين لها عدم وجوبها عليه إذا لم يطلقها^(٢)، والأحوط ما ذكره المشهور^(٣). ويجب عليه أيضاً نفقتها ما دامت حيّة وإن طلقها، بل وإن تزوّجت^(٤) بعد الطلاق على الأحوط^(٥).

(مسألة ٣): لا فرق^(٦) في الدخول الموجب للإفضاء بين أن يكون في القُبُل أو الدُبُر.

-
- (١) وقد أوجب في الجواهر حملهما على سقوط الدية صلحاً في مقابل الإمساك، ولكنّه بعيد جدّاً. (اللتكراني).
- (٢) هذا هو الصحيح. (الخوئي).
- (٣) الأخذ بالخبرين هو الأقوى. (الفاني).
- (٤) فيه تأمل، بل منع. (صدرالدين الصدر).
- * فيه إشكال، والأقوى عدم الوجوب حينئذٍ. (المرعشي).
- (٥) الأقوى سقوط نفقتها في هذه الصورة. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).
- * بل الأقوى لإطلاق صحيحة الحلبي^(ج). (آقاسياء).
- * إطلاق الخبر لهذه الصورة ممنوع. (الفاني).
- * لعلة الأقوى. (زين الدين).
- * بل الأظهر. (الروحاني).
- (٦) عدم الفرق مبني على الاحتياط. (تقي القمي).

(أ) الوسائل: الباب (٤٥) من أبواب مقدّمات النكاح، ح ٩.

(ب) الوسائل: الباب (٣٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ٣.

(ج) الوسائل: الباب (٤٥) من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، ح ١.

والإفشاء أعمّ من أن يكون باتّحاد مَسْلَكِي البول والحيض^(١)، أو مَسْلَكِي الحيض والغائط^(٢)، أو اتّحاد الجميع، وإن كان ظاهر المشهور الاختصاص بالأوّل^(٣).

(مسألة ٤): لا يلحق بالزوجة في الحرمة الأبديّة - على القول بها -

(١) وهو الأقرب. (المرعشي).

(٢) على الأحوط في هذه الصورة. (الخميني).

(٣) وهو الأقوى، بل في تحقّق الثاني خارجاً تأمّل. (صدرالدين الصدر).

* لكنّ الأوّل متحقّق في ضمن الثالث أيضاً. (الإصطهباناتي).

* لكنّ الأوّل يشمل الثالث أيضاً. (البروجرد).

* والأوّل متحقّق في ضمن الثالث، فيعمّه حكم المشهور. (الشريعةمداري).

* في مقابل الثاني، لا الثالث. (الخميني).

* واحتمل بعض الأصحاب شمول الأوّل للثاني والثالث؛ زعماء بأنّ اتّحاد مَسْلَكِي البول والغائط أريد لا بشرط، فهو أعمّ من أن يتّحد مع غيره، أو لا، وفيه منع؛ لانصرافه إلى بشرط لا. (المرعشي).

* وتحقّقه بالثالث أيضاً معلوم، فينحصر خلاف المشهور في خصوص الثاني، ولا يبعد صدق الإفشاء عليه أيضاً. (محمّد رضا الكلبيباغاني).

* فيشمل الثالث لا محالة؛ لتحقّق الأوّل فيه أيضاً. (السبزواري).

* ولعلّه الأقوى، بل في تحقّق الثاني خارجاً تأمّل، والأمر سهل بناءً على عدم الحرمة بذلك، كما هو المختار عندنا وعند المصنّف رحمته. (زين الدين).

* بل الموضوع عرفي، والكلّ مصاديق للإفشاء. (محمّد الشيرازي).

* بمعنى عدم اعتبار اتّحاد غير المَسْلَكِينَ، وإلاّ فهو - أي الأوّل - متحقّق في ضمن الثالث ومشمول له، فيعمّه الحكم، والإشكال إنّما هو في الثاني، والأحوط فيه أيضاً جريان الحكم. (اللكراني).

وجوب النفقة المملوكة^(١)، والمحللة والموطوءة بشبهة أو زنا، ولا الزوجة الكبيرة، نعم، تثبت^(٢) الدية^(٣) في الجميع^(٤) - عدا الزوجة^(٥) الكبيرة^(٦) إذا

(١) من الجهة المذكورة، وإن وجب نفقتها من حيث الملك، وأمّا البقية فلا مورد للتوهم حتى يدفع. (صدرالدين الصدر).

* عدم ثبوت النفقة لها من حيث الإفضاء لا يوجب عدم وجوب نفقتها من حيث المملوكة. (المرعشي).

(٢) ثبوت الدية بالنسبة إلى المملوكة مبني على كون المملوك يصير مالكا، وإلا كيف يجوز أن الشخص يكون ضامناً لنفسه؟! (تقي القمي).

(٣) على الأحوط. (الفيروزآبادي).

* في غير المالك. (صدرالدين الصدر).

(٤) لا تُتصور الدية في المملوكة على القول بأنها لا تُملك؛ لاستلزامه كون المولى الجاني مالكا ومملوكاً عليه، ولعل المراد صورة كون المُفْضِي غير مولاها، أو كونها قابلةً لأن تُملك. (الإصطهباناتي).

* لا يعقل ثبوتها في المملوكة إذا أفضاها مالكاها بوطنها؛ لأنّ المستحقّ لدية الجناية عليها هو مالكاها، والمفروض أنّه هو الجاني. (البروجردي).

* ثبوتها في المملوكة إمّا مبني على القول بتملكها، أو على كون المُفْضِي قبل التسع غير مالكاها، وإلا فلا معنى لكون المُفْضِي مالكا ومملوكاً عليه. (المرعشي).

* لا دية على المالك بإفضاء المملوكة قبل التسع، نعم، يمكن الحكم بوجوب الكفارة عليه؛ إلحاقاً لما يوجب الدية الكاملة بالقتل، وكذا في وجوب التصدق بثمانها على القول به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) وعدا المملوكة إذا أفضاها مالكاها. (الخميني).

(٦) والمملوكة. (عبدالهادي الشيرازي، الروحاني).

أفضاها بالدخول بها - حتّى في الزنا، وإن كانت عالمةً مطاوعة^(١) وكانت كبيرة^(٢). وكذا لا يلحق بالدخول الإفشاء بالإصبع ونحوه، فلا تحرم عليه مؤثداً، نعم، تثبت^(٣) فيه الدية.

(مسألة ٥): إذا دخل بزوجه بعد إكمال التسع فأفضاها لم تحرم عليه،

⇒ * وعدا المملوكة؛ إذ لا معنى لوجوب الدية على المالك. (عبدالله الشيرازي، الخوئي).

* وكذلك المملوكة. (الفاني).

* وكذا المملوكة. (المرعشي).

* وعدا المملوكة إذا أفضاها مالکها. (حسن القمي).

* والمملوكة للواطئ. (السبزواري).

* وعدا المملوكة؛ من حيث إنّ الجاني هو المالك فلا تجب له الدية على نفسه.

(زين الدين).

* وعدا المملوكة؛ فإنّه لا وجه لثبوت الدية لها على مالکها. (اللكراني).

(١) فيه تأمل، والنصوص منصرفة إلى ما هو المتعارف. (صدرالدين الصدر).

* للتأمل في هذا الفرض مجال، فقد يدّعي انصراف النصّ عن الزانية الكبيرة إذا كانت عالمةً بأنّه يفضيها ومطاوعة له في ذلك، بل قد يدّعي أنّها مشاركة له في الجناية. (زين الدين).

* في ثبوت الدية في الكبيرة المطاوعة خصوصاً مع كونها عالمةً نظر وإشكال. (اللكراني).

(٢) الظاهر عدم ثبوت الدية للموطوءة الكبيرة المطاوعة؛ خصوصاً مع العلم؛ لأنّ الجناية حاصلة بمشاركتها، والنصوص الدالة عليه في الزوجة الكبيرة واردة على طبق القاعدة. (البروجردی).

* ثبوتها للكبيرة المطاوعة محلّ إشكال. (الخميني).

(٣) على الأحوط. (تقي القمي).

- ولا تثبت الدية، كما مرّ، ولكنّ الأحوط^(١) الإنفاق عليها ما دامت حيّة^(٢).
- (مسألة ٦): إذا كان المفضي صغيراً أو مجنوناً ففي كون الدية عليهما أو على عاقلتهما إشكال^(٣)، وإن كان الوجه الثاني لا يخلو من قوّة^(٤).
- (مسألة ٧): إذا حصل بالدخول قبل التسع عيب آخر غير الإفضاء ضمن أرشّه، وكذا إذا حصل مع الإفضاء عيب آخر يوجب الأرش أو الدية ضمنه مع دية الإفضاء.
- (مسألة ٨): إذا شكّ في إكمالها تسع سنين لا يجوز له وطؤها؛

(١) بل الأقوى؛ لإطلاق الصحيحة^(أ) المتقدّمة. (آقاضياء).

✽ استحباباً. (الكوه كَمَرِي).

✽ وإن كان الأقوى عدم الوجوب. (الخميني).

✽ بل الأقوى. (زين الدين).

(٢) لا يُترك؛ إذ القول بالوجوب من حيث الدليل قويّ، والمانع عن الإفتاء به ذهاب المشهور إلى عدم الوجوب. (الروحاني).

(٣) الأقوى الثاني. (المرعشي).

✽ مقتضى القاعدة كون ديتّهما على العاقلة. (تقي القمي).

(٤) محلّ تأمل. (الخميني).

✽ بل لا ينبغي الإشكال فيه في المجنون. (زين الدين).

✽ القوّة في إفضاء الصبيّ محلّ تأمل. (حسن القمي).

✽ بل الأوّل أقوى. (الروحاني).

(أ) الوسائل: الباب (٤٥) من أبواب مقدّمات النكاح وآدابه، ح ١.

لاستصحاب الحرمة^(١)

(١) بل لاستصحاب عدم بلوغها، ويترتب عليه تمام أحكام الوطء قبل البلوغ من الحرمة وما يترتب على الإفضاء. (الحائري).

* بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين، والظاهر ترتب جميع آثار الوطء قبل بلوغها تسعاً عليه، حتى الحرمة المؤبدة على القول بها. (عبدالله الشيرازي).

* لا يخفى أنه لا مجال لاستصحاب الحكم مع جريان استصحاب الموضوع، فأصالة عدم بلوغها تسعاً تجري، ويثبت جميع الآثار، حتى الحرمة الأبدية لو وطئ وأفضاها، إلا أن يشكل في جريان مثله بأنه شك في تاريخ الولادة، والشك في بلوغها تسعاً شك في أنها تولدت قبل تسعة أو قبل ثمانية أعوام، وليس شكاً في البقاء، والإشكال سيال. (الشريعةمداري).

* بل لاستصحاب أنها لم تبلغ تسعاً بنحو السلب الرابط، ويترتب عليه جميع الأحكام، وأما استصحاب عدم بلوغها بنحو السلب المحمولي فمثبت، وكذا في نظائر المقام مما يترتب الحكم على الكون الرابط أو السلب الرابط، والتفصيل موكول إلى محله. (الخميني).

* وهناك استصحاب موضوعي مقدّم عليه، وهو استصحاب عدم بلوغها تسعاً، أو استصحاب صغرها، إلا أن يناقش في جريانه. (المرعشي).

* بل لاستصحاب عدم البلوغ، وكون المرأة في أقل من تسع سنين، ويترتب عليه جميع الآثار. (الخنوي).

* إن لم يجز الأصل الموضوعي، وإلا فهو مقدّم عليها. (السبزواري).

* لا تصل النوبة إلى الاستصحاب الحكمي، مع عدم المانع من جريان استصحاب عدم البلوغ. (محمّد الشيرازي).

* بل لاستصحاب أنها لم تبلغ تسعاً، ويترتب عليه جميع الأحكام، حتى الحرمة

السابقة^(١)، فإن وطئها مع ذلك فأفضاها ولم يعلم بعد ذلك أيضاً كونها حال الوطء بالغة أو لا لم تحرم^(٢) أبداً ولو على^(٣) القول بها^(٤)؛ لعدم إحراز كونه قبل التسع^(٥)،

⇒ المؤيدة في الوطء مع الإفضاء، ودعوى أن الشك في البلوغ هو بعينه شك في تاريخ الولادة، وأنها تولدت قبل التسعة أو قبل الثمانية مثلاً مدفوعة: بأن موضوع الحكم في النصوص بل الفتاوى هي المرأة التي لم تبلغ تسعاً، وهو بعينه مجرى الاستصحاب. (اللتكراني).

(١) بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين، الذي لا مجال معه للاستصحاب الحكمي. (الإصطهباناتي).

* بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين، والظاهر ترتب جميع آثار الوطء قبل بلوغها تسعاً عليه، حتى الحرمة المؤيدة على القول بها. (البروجردى).

* استصحاب عدم بلوغها تسع سنين مقدّم؛ لأن الاستصحاب الموضوعي مقدّم على الاستصحاب الحكمي إذا كان الشك في الثاني مسبباً عن الشك في الأول، وإن كانت النتيجة واحدة. (الفاني).

* الأصل الجاري في الموضوع حاكم على الأصل الجاري في الحكم، وفي المقام الأصل يقتضي بقاؤها على عدم البلوغ فيترتب عليه الحكم. (تقي القمي).

* بل لاستصحاب عدم بلوغها تسع سنين. (الروحاني).

(٢) لا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادي).

(٣) بل تحرم أبداً على القول بها. (عبدالهادي الشيرازي).

(٤) لا تبعد الحرمة الأبديّة على القول بها؛ لأنّ ظاهر الدليل أن موضوعهما الأمر العدمي فيجري استصحابه، لا الأمر الوجودي حتى يكون مثبتاً. (محمّد الشيرازي).

(٥) ما أفيد في غاية المتانة لو لم نقل بكونه كناية عن صغرها، كما يُشعر به بعض

والأصل^(١) لا يثبت^(٢)

⇒ أخبار الباب (أ). (آقاضيء).

* والقلبية أمر وجودي لا بد من إحرازها، ولا مُحَرِّز إلا الأصل وهو مثبت.
(المرعشي).

* موضوع الحكم على ما يستفاد من الأدلة هو أن الموطوءة لم تبلغ تسعاً، فإذا جرى الأصل فيه يثبت له جميع أحكامه حتى الحرمة المؤبدة على القول بها، إلا أن يقال: إن مرجع الشك في ذلك إلى الشك في تاريخ الولادة، وإن الموطوءة ولدت قبل تسع سنين أو أقل من ذلك، ولا يكون من الشك في البقاء، فلا يجري الاستصحاب. (زين الدين).

(١) لا يخفى أنه ليس في لسان الدليل الإفضاء الذي هو قبل التسع يوجب الحرمة الأبدية، بل هكذا إن دخل بها فأفضاها ولم تبلغ تسع سنين إلى آخره، فالدخل والإفضاء وجدانان، وعدم بلوغ التسع يستصحب، ولا يحتاج إلى التوصيف وإثبات الوصف والتقييد حتى يرد إشكال الإثبات، وإن فرض استفادة التوصيف من بعض الأخبار أيضاً لا يفيد؛ لوجود العنوان الذي ذكرنا فيها، فعنوان المحرم أعم، فافهم.
(الفيروزآبادي).

* الظاهر أن لا يكون استصحاب عدم البلوغ مثلاً أو الصغر إلى زمان الوطء من الأصول المثبتة. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) الظاهر أن استصحاب عدم البلوغ، أو عدم بلوغها تسعاً، أو استصحاب صغرها ليس بمثبت؛ لأن الآثار المترتبة شرعاً إنما رتب على هذه الموضوعات.
(صدر الدين الصدر).

⇐

(أ) الوسائل: الباب (٤٥) من أبواب مقدمات النكاح وآدابه.

ذلك^(١).

نعم، يجب^(٢) عليه الدِّية والنفقة عليها^(٣) ما دامت حيّة.

(مسألة ٩): يجري عليها بعد الإفضاء جميع أحكام الزوجة: من حرمة الخامسة، وحرمة الأخت، واعتبار الإذن في نكاح بنت الأخ والأخت، وسائر الأحكام ولو على القول بالحرمة الأبديّة^(٤). بل يلحق به الولد وإن قلنا

⇒ * هذا إذا كان الحكم معلّقاً على عنوان القبليّة، ولكنّ الظاهر من الأخبار تعلّقه على عدم بلوغها تسعاً، فلا يكون الاستصحاب مثبّتاً، نعم، يمكن أن يقال بأنّ الظاهر من تلك الأخبار - حيث فصل في الحكم بين بلوغ التسع، وعدم بلوغه - هو التنويع - والأصل لا يثبت النوع، لكنّه فاسد جدّاً؛ لأنّ أحد النوعين إذا كان متيقناً سابقاً يصحّ استصحابه بلا إشكال. (الفاني).

(١) الظاهر إثباته له، وعدم كونه من الأصول المثبّته. (الروحاني).

(٢) لا يخلو من شوب الإشكال. (المرعشي).

(٣) هذا تفكيك غريب؛ فإنّ الأصل إذا كان لا يُثبِت الحرمة الأبديّة فكذلك لا يثبت الدِّية والنفقة ما دامت حيّة؛ لوضوح أنّ استصحاب الصِّغر لا يُثبِت وقوع الوطء للصغيرة حتّى تترتّب تلك الأحكام الثلاثة، والحكم بها غير مرتّبٍ على مطلق الوطء المحرّم. (كاشف الغطاء).

(٤) بمعنى حرمة الوطء، لا بمعنى حرمة المرأة على حدّ سائر المحرّمات. (البروجردی).

* أي بالنسبة إلى الوطء. (المرعشي).

* أي حرمة الوطء أبداً، لا الحرمة الأبديّة الملازمة للافتراق على حدّ سائر المحرّمات. (اللنكراني).

بالحرمة؛ لأنَّه على القول^(١) بها يكون كالحرمة حال الحيض.

(مسألة ١٠): في سقوط وجوب الإنفاق عليها ما دامت حيَّةً بالنشوز إشكال^(٢)؛ لاحتمال^(٣) كون هذه النفقة لا من باب إنفاق الزوجة؛ ولذا تثبت بعد الطلاق بل بعد التزويج^(٤) بالغير، وكذا في تقدُّمها على نفقة الأقارب. وظاهر المشهور أنَّها كما تسقط بموت الزوجة تسقط بموت الزوج^(٥) أيضاً.

(١) بمعنى حرمة الوطء، لا بمعنى حرمة المرأة على حدِّ سائر المحرَّمات. (عبدالله الشيرازي).

* أي على القول بحرمة وطئها أبداً. (الخميني).

(٢) أقربُه عدم السقوط. (الإصطهباناتي، البروجردي).

* الأقوى عدم السقوط. (الشريعتمداري).

* لا إشكال في عدم السقوط؛ لِمَا يظهر من كلمة «الإجراء» في الرواية أنَّ هذا الحكم ليس موقوفاً على التمكين، بل الإنفاق عليها جريمة تعبدية على الزوج لتعيِّب الزوجة. (الفاني).

* الأقرب عدم السقوط. (الخميني).

* بل منع. (السبزواري).

* والأقوى عدم السقوط بالنشوز، وإن كان من باب الإنفاق على الزوجة. (زين الدين).

* الأظهر عدم السقوط. (الروحاني).

* والأقرب عدم. (اللكراني).

(٣) الأقوى عدم السقوط. (عبدالهادي الشيرازي).

(٤) لا وجوب للإجراء في هذه الصورة؛ لانصراف الإطلاق عنها، كما مرَّ. (الفاني).

(٥) وهو الأظهر. (المرعشي).

* وهو الأقوى كذلك. (زين الدين).

لكن يُحتمل ^(١) بعيداً ^(٢) عدم سقوطها بموته. والظاهر عدم سقوطها بعدم
 تمكّنه، وتصير ديناً عليه، ويحتمل بعيداً ^(٣) سقوطها.
 وكذا تصير ديناً إذا امتنع من دفعها مع تمكّنه ^(٤)؛ إذ كونها حكماً
 تكليفاً ^(٥) صرفاً بعيد ^(٦). هذا بالنسبة إلى ما بعد الطلاق ^(٧)، وإلاّ فما دامت في
 حبالته الظاهر ^(٨) أنّ حكمها حكم الزوجة.

* * *

(١) ضعيف غايته. (النائيني، جمال الدين الكلپايگاني).

(٢) لا يُعتنى بهذا الاحتمال البعيد، بل الضعيف. (الفاني).

* ضعيف غايته، وكذا ما بعده. (الروحاني).

(٣) هذا الاحتمال ضعيف. (الخميني).

(٤) بالأولوية لو قيل بعدم السقوط في فرض عدم التمكن. (المرعشي).

(٥) لظهور جملة «عليه الإجراء» في الحكم الوضعي. (الفاني).

(٦) بل قريب، فإنّه لا يُستفاد من حديث الحلبي ^(أ) إلّا الحكم التكليفي. (تقي القمي).

(٧) بل لا يبعد أن يكون حكم النفقة بعد الطلاق حكم النفقة قبل الطلاق في جميع

الآثار، إلّا في عدم السقوط بالنشوز؛ لانتفاء موضوعه. (محمّد رضا الكلپايگاني).

(٨) وهو الأقوى. (المرعشي).

(أ) الوسائل: الباب (١) من أبواب النفقات، ح ٩.

فصل

لا يجوز^(١) في العقد الدائم الزيادة على الأربع، حرّاً كان أو عبداً، والزوجة^(٢) حرّة أو أمة، وأمّا في الملك والتحليل فيجوز ولو إلى ألف، وكذا في العقد الانقطاعي^(٣).

ولا يجوز للحرّ^(٤) أن يجمع بين أزيد من أمتين^(٥)، ولا للعبد أن يجمع بين أزيد من حُرّتين^(٦)؛ وعلى هذا فيجوز للحرّ أن يجمع بين أربع حرائر أو

(١) وضعا لا تكليفاً. (اللنكراني).

(٢) في العبارة نوع حرازة. (الفيروزآبادي).

(٣) مع أنّها زوجة، كما قدّمنا، لكنّها خرجت عن هذا الحكم بالنصّ المقدم على معارضه. (المرعشي).

(٤) في هذه العبارة وكذا العبارة اللاحقة مسامحة، تظهر بالتأمل فيهما وفي بعض ما فرّعه عليهما. (اللنكراني).

(٥) لكنّ الأمتين ليستا تمام النصاب بالنسبة إلى الحرّ، بخلاف الحرّتين بالنسبة إلى العبد، كما يظهر ذلك من الفروع المذكورة. (الإصطهباناتي).

* لكنّهما ليستا تمام نصابه، بخلاف الحرّتين للعبد فإنّهما تمام نصابه، وعلى هذا يتفرّع ما ذكره من الفروع. (البروجردي).

* من الإماء بأن ينكح ثلاث إماء أو أكثر، أمّا نكاح أمتين وحرّة أو حرّتين فلا مانع منه، كما يأتي. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الاستفادة من النصّ أنّ العبد مخير بين الجمع بين حرّتين، أو يجمع بين أربع إماء، ويترتب عليه عدم جواز جمع بين الحرّة والأمة على الإطلاق. (تقي القمي).

(٦) من مطلق النساء حتّى الإماء، يعني إذا كانت تحت العبد حرّتان لا يجوز له

ثلاثَ وأمة، أو حُرَّتَيْنِ وأُمَّتَيْنِ^(١)، وللعبد أن يجمع بين أربع إماءٍ، أو حرّةٍ وأُمَّتَيْنِ، أو حُرَّتَيْنِ^(٢)، ولا يجوز له أن يجمع بين أُمَّتَيْنِ وحُرَّتَيْنِ^(٣)، أو ثلاث حرائر، أو أربع حرائر، أو ثلاث إماءٍ^(٤) وحرّة^(٥)، كما لا يجوز للحرّ أيضاً أن يجمع بين ثلاث إماءٍ^(٦) وحرّة.

(مسألة ١): إذا كان العبد مُبْعَضاً أو الأمة مُبْعَضَةً ففي لحوقهما بالحرّ أو القنّ إشكال، ومقتضى الاحتياط^(٧)

⇨ تزويج غيرهما من النساء، حرّةً كانت أو أمة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* وإذا جمع بين حُرَّتَيْنِ فهما تمام نصابه. (زين الدين).

(١) أي لا يجوز له تزويج أكثر منهما من جنسهنّ، وأمّا الحرائر فيجوز أن يتزوَّج منهنّ، كما سيأتي. (المرعشي).

(٢) لا أزيد منهما من جنسهما ومن الإماء. (المرعشي).

(٣) ولا أمة وحُرَّتَيْنِ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) هذا الحكم وإن كان صحيحاً لكن ليس متفرّغاً على عدم جواز الجمع بين أزيد من حُرَّتَيْنِ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) ولا بين حُرَّتَيْنِ وأمة. (صدرالدين الصدر).

* ولا بين أمةٍ وحُرَّتَيْنِ. (زين الدين).

(٦) يعلم حكمه من عدم جواز الأزيد من أُمَّتَيْنِ. (المرعشي).

* بعد ما علم عدم جواز الجمع له بين أزيد من أُمَّتَيْنِ علم عدم جواز الجمع بين ثلاث إماء، سواء كانت معهنّ حرّة أم لا، فذكر الحرّة غير محتاجٍ إليه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٧) لا يُترك. (الإصفهاني، الإصطهباناتي، البروجردی، عبدالله الشيرازي، الخميني،

أن يكون^(١) العبد المبعض كالحرّ بالنسبة إلى الإماء، فلا يجوز له الزيادة على أمتين، وكالعبد القنّ بالنسبة إلى الحرائر فلا يجوز له الزيادة على حُرَّتَيْن، وأن تكون الأمة المبعّضة كالحرّة إلى العبد، وكالأمة بالنسبة إلى الحرّ. بل يمكن أن يقال: إنّه بمقتضى القاعدة بدعوى أنّ المُبْعَضَ حرّ وعبد والمبعضة حرّة وأمة، فمن حيث حرّيّته لا يجوز له أزيد من أمتين، ومن حيث عبدّيّته لا يجوز له أزيد من حُرَّتَيْن. وكذا بالنسبة إلى الأمة المبعضة. إلّا أن يقال: إنّ الأخبار الدالّة على أنّ الحرّ لا يزيد على أمتين والعبد لا يزيد على حُرَّتَيْن منصرفه^(٢) إلى .

⇒ السبزواري، اللنكراني.

* لا يُترك الاحتياط. (الحائري).

* بل لا يخلو من قوّة؛ لأنّ المبعض ذات له الوصفان، ويترتب على كلّ وصفٍ ما يقتضيه ذلك الوصف، ويمنع عن كلّ ما يمنعه، فبالنسبة إلى الحكم الاقتضائي لا نحتاج إلى الاستصحاب، وبالنسبة إلى دفع ماعده لا يجري الاستصحاب أيضاً، بل إطلاق الدليل المقابل محكم، وإن شئت قلت: مقتضى وجود الوصفين الجمع بين الدليّتين. (الفاني).

* لا ينبغي تركه. (المرعشي).

(١) هذا الاحتياط لا يُترك. (البجنوردي).

(٢) ولو سلّم دعوى الانصراف فكونه من الانصرافات البدويّة التي لا عبرة بها ظاهر.

(النائيني، جمال الدين الكلبياني).

* الانصراف ممنوع. (محمّد رضا الكلبياني).

* لكنّه بدويّ لا اعتبار به. (السبزواري).

الحرّ^(١) والعبد الخالصين، وكذا في الأمة. فالمبعض قسم ثالث^(٢) خارج عن الأخبار، فالمرجع عمومات الأدلة على جواز التزويج، غاية الأمر عدم جواز الزيادة على الأربع، فيجوز له نكاح أربع حرائر أو أربع إماء، لكنّه بعيد^(٣)؛ من حيث لزوم كونه أولى من الحرّ الخالص.

وحينئذٍ فلا يبعد أن يقال: إنّ المرجع الاستصحاب^(٤)، ومقتضاه إجراء حكم العبد والأمة عليهما. ودعوى تغيير الموضوع^(٥)، كما ترى. فتحصل: أنّ الأولى الاحتياط الذي ذكرنا أولاً، والأقوى العمل بالاستصحاب^(٦)، وإجراء حكم العبيد والإماء عليهما.

⇒ * ليس من الانصراف، بل لأنّ موضوع الحكم في الأدلة هو الإنسان الحرّ والإنسان العبد، فلا يشمل المُبعض، فالمرجع فيه هو العمومات، ولا بُد في ذلك، ولكن لا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

(١) وهو الحقّ الذي لا محيص عنه، والاحتياط في باب الفروج أخرى. (المرعشي).

(٢) هذا الاحتمال مقتضى الصناعة، ولا بُد فيه. (نقي القمي).

(٣) في الاستبعاد منع. (المرعشي).

* لا بُد فيه، بل هو الأظهر. (الروحاني).

(٤) بناءً على اعتبار استصحاب التعليقي. (السبزواري).

* فيه نظر؛ لكونه من الاستصحاب التعليقي. (الروحاني).

(٥) هذه الدعوى موافقة للوجدان، فلا يجري استصحاب الموضوع بعد العلم باجتماع

الوصفين على نحو ما بيّناه، فالأقوى عدم جريان الاستصحاب. (الفاني).

(٦) فيه تأمل. (الكوهكّري).

* في جريان الاستصحاب نظر. (عبدالهادي الشيرازي).

(مسألة ٢): لو كان عبد عنده ثلاث أو أربع إماء فاعتق وصار حرّاً لم يجز إبقاء الجميع؛ لأن الاستدامة كالابتداء^(١)، فلا بدّ من إطلاق^(٢) الواحدة أو الاثنتين. والظاهر كونه مخيراً بينهما^(٣)، كما في إسلام الكافر عن أزيد من أربع^(٤).

ويحتمل القرعة^(٥)، والأحوط^(٦) أن يختار^(٧).

⇒ * لو أغمض عن المناقشات في جريانه. (المرعشي).

* فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

* فيه نظر. (محمّد الشيرازي).

* فيه إشكال. (حسن القمي).

(١) في خروجه عن الزوجيّة قهراً. (آقاضياء).

(٢) بل مقتضى القاعدة انتفاء الزوجيّة بالنسبة إلى جميع الأطراف؛ لعدم المرجّح،

ودليل القرعة لا يشمل المقام. (تقي القمي).

(٣) هذا هو الصحيح، والقرعة فيما إذا كان له واقع مجهول ظاهراً، فلا مورد لها هاهنا.

(البجنوردي).

(٤) وكما في العقد على الأختين دفعةً واحدة، وفي العقد على خمسٍ في عقدةٍ

واحدة، وفي العقد على امرأتين لمن عنده ثلاث. (الفاني).

(٥) فيه منع؛ إذ القرعة على الأقوى مختصةً بالمشتبه ظاهراً والمتعين واقعاً، وفي

المورد لا تعيين حتّى يستكشف بها تعبّداً. (المرعشي).

(٦) لا يُترك، وكذا فيما يأتي. (السبزواري).

* لا يُترك الاحتياط بأن يُقرعَ بينهما، ثم يختار من عيّنتها القرعة منهنّ، وأحوط من

ذلك أن يطلّقهنّ جميعاً ثم يُجّدّد العقد على من يشاء منهنّ. (زين الدين).

* لا يُترك. (اللكراني).

(٧) لا يُترك هذا الاحتياط باختيار القرعة واختيار ما خرج بها. (الإصفهاني).

هو القرعة^(١) بينهن^(٢).

ولو أعتقت أمة أو أمتان: فإن اختارت الفسخ^(٣) حيث إن العتق موجب لخيارها بين الفسخ والبقاء فهو^(٤)، وإن اختارت البقاء يكون الزوج

⇒ * لا يُترك هذا الاحتياط باختيار القرعة. (عبدالله الشيرازي).

* بل الأحوط طلاق الجميع، ثم العقد على الواحدة أو الاثنتين. (محمّد رضا

الكلبائي).

(١) لا يُترك الاحتياط باختيار القرعة ثم اختيار ما خرج بها. (الإصطهباناتي).

* لا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمي).

(٢) لا يُترك الاحتياط باختيار القرعة ثم اختيار ما خرج بها. (الروحاني).

* لا يُترك الاحتياط بالقرعة في الفرعين. (الخميني).

* بل هو الأظهر (الخوئي)^(أ).

(٣) سقوط اختيار الزوج بفسخها محلّ تأمل، لكنّ الأحوط حينئذٍ اختيار إبقاء

النصاب من غيرها. (البروجردی).

* اللازم ملاحظة زمان انعقاد الأمة أو الأمتين، وأنّه هل للزوج حينئذٍ أزيد من

أمتين وحرّتين، أم لا؟ وبالجملّة: لا بدّ وأن يلاحظ أنّ المورد مصداق لأيّ حكم؛

لأنّه لو لم يكن عنده أزيد من الحدّ المعتبر الشرعيّ فلا يكون مجالاً لبقاء اختيار

الزوج، إلّا أن يقال بأنّه بعد عتقه كان مأموراً بإطلاق أزيد من الأمتين، ومقتضى

ذلك بطلان نكاح الزائد عليهما لا على نحو التعيين، ولا يرجع الحكم بالبطلان إلى

الصحة بعد انعقاد الأمة، وهذا هو التحقيق. (الغانّي).

(٤) أي فهو واضح، ولا إشكال فيه. (الفيروزآبادي).

⇐

(أ) وفي حاشية أخرى له رحمته في نسخة أخرى: «لا يُترك الاحتياط».

مخيراً^(١)، والأحوط اختياره القرعة^(٢)، كما في الصورة الأولى.

(مسألة ٣): إذا كان عنده أربع وشكّ في أنّ الجميع بالعقد الدائم، أو البعض المعيّن، أو غير المعيّن منهم بعقد الانقطاع ففي جواز نكاح الخامسة دواماً إشكال^(٣).

⇒ سقوط اختيار الزوج بالفسخ من قبلها موضع تأمل، فلا يُترك الاحتياط بأن يُقرع بين الباقي منهم، ثمّ يختار منهم من عيّنته القرعة. (زين الدين).

(١) هذا إذا كانت عنده أربع إماء، أو كانت المعتقدة أمتين، وأمّا إذا كانت عنده ثلاث إماء وكانت المعتقدة إحداها فلا مانع من الجمع بينها وبين الباقيتين؛ فإنّه من الجمع بين حرّة وأمتين. (الخوئي).

(٢) قد تقدّم أنّ المورد ليس من مواردها. (المرعشي).

(٣) فلا يُترك الاحتياط. (الفيروزآبادي).

* الأقوى جوازه للاستصحاب الجاري في جواز أصل التزويج. (آقاضياء).

* والأقوى الجواز. (صدرالدين الصدر).

* وإن كان الجواز أشبه. (الخميني).

* الأحوط الترك. (المرعشي).

* أظهره الجواز. (الخوئي).

* بل يمكن إثبات الدوام بأصالة عدم ذكر الأجل؛ بناءً على القول بأنّ الدوام والمتعة من قبيل الزائد والناقص. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* مقتضى أصالة الإباحة هو الجواز بعد كون التمسك بالعمومات من التمسك بالعام في الشبهة المصداقيّة، ومعارضة أصالة عدم ذكر الأجل بأصالة عدم المانع من أخذ الخامسة، وطريق الاحتياط أن يفارق إحداهنّ بالطلاق وهبة المدّة، ثمّ يعقد عليها انقطاعاً، ثمّ يتزوّج بالخاصة. (السبزواري).

(مسألة ٤): إذا كان عنده أربع فطَّق واحدةً منهنَّ وأراد نكاح الخامسة: فإن كان الطلاق رجعيًّا لا يجوز له ذلك إلَّا بعد خروجها عن العِدَّة، وإن كان بائنًا ففي الجواز قبل الخروج عن العِدَّة قولان: المشهور على الجواز؛ لانقطاع العصمة بينه وبينها. ورمَّا قيل ^(١) بوجوب الصبر ^(٢) إلى ^(٣) انقضاء عدَّتْها ^(٤)؛ عملاً بإطلاق جملةٍ من الأخبار ^(أ)،

⇒ * فلا يُترك الاحتياط، بل المنع أقوى. (زين الدين).

* والجواز غير بعيد، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه. (محمد الشيرازي).

* مقتضى القاعدة عدم الجواز؛ فإنَّ الاستفادة من الكتاب عدم جواز التزويج بالخامسة على الإطلاق، والانقطاعي خارج بالدليل المنفصل، ومنفي بالأصل. (تقي القمي).

* الأظهر هو الجواز. (الروحاني).

* والأظهر الجواز. (اللنكراني).

(١) وهو الأحوط اللازم رعايته، والتعليل بانقطاع العصمة إن تمَّ لا فرق حينئذٍ بين الخامسة التي هي أخت المطلقة وبين غيرها، وحمل الروايات على الكراهة منظور فيه. (المرعشي).

(٢) هذا القول إن لم يكن أظهر فهو أحوط. (الخوئي).

* وهو الأقوى؛ لإطلاق نصوص المنع. (تقي القمي).

* هذا القول أظهر بحسب الدليل، إلَّا أنَّ تسالم الأصحاب على عدم وجوبه يمنع عن الافتاء به، فالاحتياط بالترك لا يُترك. (الروحاني).

(٣) وهذا هو الأحوط. (البجنوردي).

(٤) وهو إن لم يكن أقوى فهو أحوط، فلا يُترك. (زين الدين).

(أ) الوسائل: الباب (٣) من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد، ح ١ - ٤.

والأقوى^(١) المشهور^(٢)، والأخبار محمولة^(٣) على الكراهة.
هذا، ولو كانت الخامسة أخت المطلقة فلا إشكال^(٤) في جواز^(٥) نكاحها
قبل الخروج عن العدة البائنة^(٦)؛ لورود النص^(٧) فيه^(٨)؛ معللاً بانقطاع العصمة.

(١) فيه تأمل، والأحوط الصبر إلى انقضاء العدة، حتى فيما إذا كانت الخامسة أخت
المطلقة، والنص الوارد فيها ساكت عن حيثية كونها خامسة، والتعليل بانقطاع العصمة لا
ظهور له في كونه تمام العلة بحيث يتعدى إلى غير الأختين. (محمد رضا العليايكاني).
(٢) فيه نظر، ولا يترك الاحتياط بالصبر. (حسن القمي).
(٣) هذه الأخبار محمولة على العدة الرجعية؛ لأن الرجعية بمنزلة الزوجة، فيمكن
جريان الملاك لحرمة الخامسة، وهو اجتماع ماء الرجل في خمس فيها بالرجوع،
وليس الأمر في البائنة على ما ذكر. (الفاني).
(٤) لا فرق بين أخت المطلقة وغيرها؛ لعموم التعليل وهو انقطاع العصمة بينهما.
(البجنوردي).

(٥) بل لا إشكال في عدم الجواز؛ لعدم جامع بين المقامين. (نقي القمي).
(٦) بل هو مشكل كسابقه، والنص والتعليل إنما جَوَزَ نكاحها بما هي أخت مطلقة،
ولا يقتضي جواز نكاحها بما هي خامسة، فلا يترك فيها الاحتياط. (زين الدين).
(٧) لا دلالة للنص على جواز الخامسة إذا كانت أختاً بعنوان الخامسة، بل هي تدلّ
على جواز تزويج الأخت في عدة أختها المطلقة بائناً، فهي في مقام دفع توهم عدم
جواز الجمع، والتعليل قد عرفت أنه على تقدير التمامية يعم الأخت وغيرها. (المرعشي).
* النص المذكور دالّ على الجواز من حيث الجمع بين الأختين، لا من حيث الجمع
بين الخمس. (حسن القمي).

(٨) النص لا يدلّ على الجواز فيها من حيث كونها خامسة، إلا من جهة التعليل
بانقطاع العصمة، ولا فرق حينئذ بين كونها أختاً أو غيرها، ولا ينبغي ترك الاحتياط

كما أنّه لا ينبغي الإشكال إذا كانت العدة لغير الطلاق كالفسخ بعيبٍ أو نحوه. وكذا إذا ماتت الرابعة فلا يجب الصبر إلى أربعة أشهرٍ وعشر. والنصّ الوارد بوجوب الصبر معارض بغيره^(١)، ومحمول على الكراهة. وأمّا إذا كان الطلاق أو الفراق بالفسخ قبل الدخول فلا عدة حتّى يجب الصبر، أو لا يجب.

* * *

⇒ في كلتا المسألتين. (البروجردى).

* تقريب ذلك: أن إطلاق جواز نكاح الأخت بعد الطلاق البائن لأختها من دون فصلٍ له نحو حكوميّة على الأخبار السابقة إن سلّمنا إطلاقها بالنسبة إلى العدة البائنة. (الفانى).

* أي يُستفاد من النصّ وإن لم يرد في خصوص المسألة. (الخميني).

* لم يرد نصّ في المقام، وإنّما ورد في جواز نكاح المرأة في عدة أختها إذا كان الطلاق بائناً، وبين المسألتين بون بعيد؛ وعليه فلا فرق في الخامسة بين كونها أختاً للمطلقة وعدمه. (الخوئي).

* النصّ ورد من حيث الجمع بين الأختين، لا من حيث تزويج الخامسة، فيشكل بناءً على هذا القول لو كانت الأخت خامسة، إلّا أن يتمسك بالإطلاق. (السبزواري).

* النصّ وارد في الجواز من حيث الجمع بين الأختين، لا من حيث الجمع بين الخمس، فلا فرق بين كون الخامسة أختاً أو غيرها. (الروحاني).

* لم يرد نصّ في خصوص الفرض، بل إنّما ورد في نكاح الأخت في عدة أختها، دالّاً على جواز الخطبة إذا أبرأ عصمتها فلم يكن له عليها رجعة، ويمكن دعوى الإطلاق فيه بحيث يشمل المقام، لكنّها بعيدة، كما أنّه قد استُفيد منه أنّ الملاك كون الطلاق بائناً، بلا فرق بين مورده وبين سائر الموارد، والاستفادة غير واضحة، فلا يمكن الاستناد إليه للجواز في الطلاق البائن مطلقاً. (السنكراني).

(١) والرجحان معه لكونه أحدث. (تقي القمي).

فصل

لا يجوز التزويج^(١) في عدّة الغير^(٢) دواماً^(٣) أو متعة، سواء كانت عدّة الطلاق بآئنة أم رجعية، أو عدّة الوفاة، أو عدّة وطء الشبهة، حرّة كانت المعتدّة أو أمة.

ولو تزوّجها حرمت عليه أبداً إذا كانا عالمين بالحكم والموضوع، أو كان أحدهما عالماً بهما مطلقاً، سواء دخل بها أم لا، وكذا مع جهلها بهما^(٤) لكن بشرط الدخول بها.

ولا فرق في التزويج بين الدوام والمتعة، كما لا فرق في الدخول بين القُبُل والدُبُر^(٥).

(١) وكذا الخِطبة على الأقوى في الرجعية، وفي غيرها على الأحوط الأولى. (المرعشي).

* وأمّا تزويج ذات البعل فسيأتي حكمه في المسألة التاسعة. (اللنكراني).

(٢) وكذا لا يجوز التصريح بالخِطبة في عدّة الغير مطلقاً، ويجوز التعريض في غير الرجعية، وأمّا فيها فلا يجوز؛ لأنّها زوجة، نعم، للزوج التصريح بالخِطبة والتزويج لنفسه في عدّة البائن إذا لم يكن مانع من تزويجها. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) إن كان قوله: «دواماً أو متعة» راجعاً إلى الغير الذي هي في عدّته فلا وجه لترك ذكر عدّة المتعة في أقسام العدّد، وإن كان راجعاً إلى التزويج الذي لا يجوز فلا مجال للتصريح به ثانياً، فالبارة غير كاملة. (اللنكراني).

(٤) أو بأحدهما. (اللنكراني).

(٥) لإطلاق الدخول الوارد في النصّ؛ ولما ورد أنّه أحد المأثّنين، ولما في الحكم

ولا يلحق بالعدّة أيّام استبراء الأمة، فلا يوجب التزويج فيها حرمةً أبديةً ولو مع العلم والدخول. بل لا يبعد جواز تزويجها فيها وإن حرم الوطء قبل انقضائها، فإنّ المحرّم فيها هو الوطء دون سائر الاستمتاعات.

وكذا لا يلحق بالتزويج الوطء بالملك أو التحليل، فلو كانت مزوجةً فمات زوجها أو طلقها - وإن كان لا يجوز لمالكها وطؤها ولا الاستمتاع بها في أيّام عدّتها ولا تحليلها للغير - لكن لو وطئها أو حلّلها للغير فوطئها لم تحرم^(١) أبداً عليه^(٢)، أو على ذلك الغير ولو مع العلم بالحكم والموضوع.

(مسألة ١): لا يلحق بالتزويج في العدّة وطء المعتدّة شبهةً^(٣) من غير عقد، بل ولا زناً إلا إذا كانت العدّة رجعيةً، كما سيأتي. وكذا إذا كان بعقدٍ فاسد؛ لعدم تماميّة^(٤) أركانه.

وأما إذا كان بعقدٍ تامّ الأركان وكان فساداً لتعبد شرعيّ - كما إذا تزوّج^(٥) أخت زوجته في عدّتها أو

⇨ بالتحريم أبداً من الاحتياط، نعم، لو عقدها بعد العدّة اتفاقاً فلا يُترك الاحتياط بالطلاق أيضاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

※ على الأحوط. (تقي القمي).

(١) إذا كان الزنا في العدّة الرجعية يوجب الحرمة. (تقي القمي).

(٢) هذا في غير العدّة الرجعية، وأما فيها فيجري عليها حكم الزنا بذات البعل. (الخوئي).

(٣) قيد للوطء، لا للمعتدّة. (اللنكراني).

(٤) لعدم صدق العقد عليه عند المتشرّعة. (المرعشي).

(٥) التمثيل بالأثم مطلقاً، وبالبنّت في صورة الدخول بالأثم لا مورد له لحرمتها مع قطع النظر عن ذلك. (صدرالدين الصدر).

أُمُّهَا^(١) أَوْ بَنَّتْهَا^(٢) أَوْ نَحْوَ ذَلِكَ مِمَّا يَصْدُقُ عَلَيْهِ التَّزْوِيجُ وَإِنْ كَانَ فَاسِدًا شَرْعًا

(١) لَا يَخْفَى أَنَّ أُمَّ الزَّوْجَةِ لَكُونَهَا مِنَ الْمَحْرَمَاتِ الْأَبَدِيَّةِ بِنَفْسِهَا وَلَا يَعْقِلُ أَنْ يَتَرَتَّبَ أَثَرُ عَلَى الْعَقْدِ عَلَيْهَا فِي عَدَّتِهَا فَذَكَرَهَا فِي الْمَقَامِ مِنْ غُلْطِ النَّاسِخِ، أَوْ سَهْوِ الْقَلَمِ، بَلْ لَا يَسْتَقِيمُ ذِكْرُ بَنَّتِهَا أَيْضًا فِي الْمَقَامِ إِلَّا مَعَ التَّقْيِيدِ بِعَدَمِ الدَّخُولِ بِأُمِّهَا لَا مُطْلَقًا. (النَّائِنِي، جَمَالُ الدِّينِ الْكَلْبَايْكَانِي).

* هَذِهِ الْكَلِمَةُ مِنْ سَهْوِ الْقَلَمِ، أَوْ غُلْطِ النَّسَاخِ. (الْخَوْثِي).

* لَا رَيْبَ فِي أَنَّ أُمَّ الزَّوْجَةِ مِنَ الْمَحْرَمَاتِ الْأَبَدِيَّةِ بِنَفْسِهَا وَإِنْ لَمْ يَعْقِدْ عَلَيْهَا فِي الْعِدَّةِ، وَكَذَلِكَ بَنَتُ الزَّوْجَةِ مَعَ الدَّخُولِ بِأُمِّهَا؛ وَلِذَلِكَ جَعَلَ بَعْضُ الْأَعَاظِمِ^(أ) مِنَ الْمُحَشِّينَ عِبَارَةَ الْمُتَنِّ مِنْ غُلْطِ النَّاسِخِينَ أَوْ مِنْ سَهْوِ الْقَلَمِ، وَقَدْ يَتَكَلَّفُ لِتَصْحِيحِ الْفَرَضِ بِأَنْ يَكُونَ تَزْوُجٌ كَلًّا مِنَ الْأُمِّ وَالْبَنَتِ بِعَقْدٍ وَاحِدٍ وَكَانَا جَمِيعًا فِي الْعِدَّةِ مِنَ الْغَيْرِ، فَإِنَّ كُلَّ وَاحِدَةٍ مِنْهُمَا تَكُونُ مِنْ صَفَرِيَّاتِ الْمَسْأَلَةِ، وَلَكِنَّ الْفَرَضَ بَعِيدٌ. (زَيْنُ الدِّينِ).

* ذِكْرُ الْأُمِّ مُطْلَقًا وَإِطْلَاقُ ذِكْرِ الْبَنَتِ كِلَاهُمَا مِنْ سَهْوِ الْقَلَمِ، أَوْ غُلْطِ النَّاسِخِ. (الْأَنْكُرَانِي).

(٢) إِذَا لَمْ يَدْخُلْ بِالْأُمِّ وَأَمَّا أُمَّ الزَّوْجَةِ فَهِيَ مُحْرَمَةٌ أَبَدِيَّةً مُطْلَقًا، وَلَا وَجْهَ لَذِكْرِهَا فِي الْمَقَامِ. (الْكُوهِ كَمَرِي).

* لَا وَجْهَ لَذِكْرِ أُمِّ الزَّوْجَةِ فِي الْمَقَامِ؛ لِإِنَّ الْكَلَامَ فِيمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ مُوجِبَ آخِرِ لِلْحَرَمَةِ الْأَبَدِيَّةِ - كَأَخْتِ الزَّوْجَةِ مَثَلًا - حَتَّى يَتَكَلَّمَ فِي أَنَّ تَزْوِيجَهَا فِي الْعِدَّةِ مُوجِبٌ لِحَرَمَتِهَا أَبَدًا أَمْ لَا، وَأَمَّا أُمَّ الزَّوْجَةِ فَهِيَ مُحْرَمَةٌ أَبَدًا وَلَوْ لَمْ تَزُوجْ فِي الْعِدَّةِ، وَكَذَا بَنَتُ الزَّوْجَةِ مَعَ الدَّخُولِ بِأُمِّهَا، نَعَمْ، لَوْ لَمْ يَدْخُلْ بِأُمِّهَا كَانَتْ دَاخِلَةً فِي مُحَلِّ الْكَلَامِ، فَذَكَرَهَا عَلَى الْإِطْلَاقِ أَيْضًا لَا وَجْهَ لَهُ. (الْإِسْطَهْبَانَاتِي).

* وَحَيْثُ إِنَّ أُمَّ الزَّوْجَةِ وَكَذَلِكَ بَنَّتِهَا بَعْدَ الدَّخُولِ بِأُمِّهَا مِنَ الْمَحْرَمَاتِ الْأَبَدِيَّةِ فَالْعَقْدُ

⇐

(أ) وَهُمَا الْمِيرْزَا مُحَمَّدٌ حَسِينُ النَّائِنِي وَالسَّيِّدُ جَمَالُ الدِّينِ الْكَلْبَايْكَانِي رَحِمَهُمَا اللَّهُ.

- ففي كونه كالتزويج الصحيح إلا من جهة كونه في العِدَّة وعدمه - لأنَّ المتبادر من الأخبار التزويج الصحيح مع قطع النظر عن كونه في العِدَّة -

⇒ في العِدَّة أو الدخول فيها لا تأثير لهما في التحريم أبداً، فالتمثيل بهما في المقام من اشتباه النَّسَاح، أو سهو من قلمه الشريف. (البجنوردي).

* في الأمِّ والبنت سهو من القلم، أو اشتباه من النَّسَاح، نعم، في البنت مع عدم الدخول بالزوجة يصحَّ فرضه، وإن كان خارجاً عن مفروض المسألة. (عبدالله الشيرازي).

* لا يخفى أنَّ أمَّ الزوجة محرَّمة أبداً، سواء فرض وقوع عقدٍ عليها في العِدَّة أم لا، فلا يدخل في محلَّ التردد، فكأنَّه من سهو القلم، أو غلط النَّسَاح، وفي مثال أمَّ الزوجة لا بدَّ من التقييد بعدم الدخول بأُمِّها. (الشريعتمداري).

* تحرم أمَّ الزوجة أبداً وبنت الزوجة بشرط الدخول بأُمِّها. (الفاخي).

* لا وجه لذكرهما؛ إذ الأمُّ محرَّمة قبل العقد وبعده، والبنت كذلك بشرط الدخول بالأمِّ. (المرعشي).

* ذكر الأمِّ في المقام لعلَّه من سهو الناسخ؛ لأنَّ أمَّ الزوجة من المحرَّمات الأبديَّة، وعقدها في العِدَّة لا تأثير له في التحريم، وكذلك الزبيبة مع الدخول بأُمِّها، ومع عدم الدخول بالأمِّ فالعقد عليها بعد بينونة الأمِّ صحيح لولا العِدَّة. نعم، لو تزوَّج الأمِّ والبنت بعقدٍ واحدٍ في عدَّتْهما فكانت من صغريات هذه المسألة، وكذا الأختين. (محمَّد رضا الكلبيكاني).

* أمَّ الزوجة من المحرَّمات الأبديَّة، لا تصلح مثلاً للمقام، وكذا بنتها مع الدخول بأُمِّها، فلا بدَّ وأن تُقيَّد بعدم الدخول حتَّى تصلح للمثاليَّة، والأمر سهل. (السبزواري).

* ذكر الأمِّ بل والبنت مع عدم التقيَّد بعدم الدخول لعلَّه من سهو القلم. (حسن القمي).

* ذكر الأمِّ من سهو القلم؛ لأنَّها من المحرَّمات الأبديَّة، وأمَّا البنت فلا بدَّ من تقييدها بما إذا لم يدخل بالأمِّ. (الروحاني).

إشكال، والأحوط^(١) الإلحاق^(٢) في التحريم^(٣) الأبدي، فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً، ومع الدخول في صورة الجهل.

(مسألة ٢): إذا زوّجه الولي^(٤) في عدة الغير^(٥) مع علمه

(١) الأولى: (الفاني).

* لا يُترك. (المرعشي).

* بل الأظهر؛ فإنّ الموضوع في لسان الأدلة عنوان التزويج في العدة، ولا إشكال في صدق العنوان المذكور؛ إذ الألفاظ لا تكون موضوعةً للصحيح الشرعيّ. (تقي القمي).

(٢) الأولى: (الكوهكّري).

* في أخت الزوجة، وأمّا بالنسبة إلى أمّ الزوجة وبنتها فينبغي التأمل فيه حكماً وموضوعاً. (صدرالدين الصدر).

* لا بأس بتركه. (الخوئي).

* لا ينبغي ترك الاحتياط، وإن كان الأقوى عدم الإلحاق. (زين الدين).

* هذا الاحتياط لا ينبغي تركه، وإن كان غير لازم. (محمّد الشيرازي).

(٣) بل الأقوى عدمه؛ لعدم مساعدة الدليل بعد كون الحكم على خلاف القاعدة. (أفاضياء).

* بأن لا يتزوّجها، ولكن لو عقد عليها ولو جهلاً فلا يُترك الاحتياط بالطلاق. (محمّد رضا الكليبايگاني).

* يعني مراعاة مقتضى الاحتياط. (حسن القمي).

(٤) علم المولّي عليه وجهله لا دخل لهما في ترتّب الحكم وعدمه؛ إذ موضوع الحكم عنوان التزويج، والتزويج مستند إلى الولي، لا إلى المولّي عليه. (تقي القمي).

(٥) لا ولاية لأحدٍ على غيره بالنسبة إلى التزويج في العدة؛ ولذا لا يترتّب عليه شيء

بالحكم^(١) والموضوع، أو زوجه الوكيل في التزويج بدون تعيين^(٢) الزوجة^(٣) كذلك لا يوجب الحرمة الأبديّة؛ لأنّ المناط^(٤) علم الزوج، لا وليّه أو وكيله، نعم، لو كان وكيلًا في تزويج امرأة معيّنة^(٥) وهي في

من آثار العقد في العدة مطلقاً، ولو مع الدخول وعلم الولي، وكذلك الوكيل في العقد الصحيح، سواء كان وكيلًا في عقد امرأة معيّنة أو غير معيّنة. نعم، لو كان وكيلًا للعقد في العدة أو لعقد امرأة معيّنة في عدتها ففيه وجهان: من بطلان الوكالة، والمتيقن ممّا يوجب الحرمة الأبديّة عقده مباشرة، ومن صدق العقد في العدة ولو بالنسب، والمناط حينئذ علم الموكل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) ظاهر ما يأتي من التعليل بقوله: «لأنّ المناط» رجوع الضمير إلى الولي، وكذا في الوكيل؛ وعليه فلا وجه لزيادة فرع ثالث بقوله: «نعم، لو كان». وإن أرجع الضمير إلى المولى عليه صحّت الفروع الثلاثة، ولكن لا يلائمه التعليل، وعلى أيّ حال فلا تخلو هذه المسألة من الاضطراب في التعبير. (الكوه كَمَفَرِي).

(٢) أي تعيين الموكل مرأةً وهي في العدة مع علم الوكيل. (الفيروزآبادي).

(٣) بل حتّى لو كانت الزوجة معيّنة وكان الموكل جاهلاً بأنّها في عدة، وكان الوكيل عالماً فإنّها لا تحرم عليه أبداً إلّا بالدخول. (زين الدين).

(٤) بل لأنّ هذا التزويج خارج عن دائرة الوكالة؛ لتعلّقها بالتزويج الصحيح، ومع خروجه يصير فضوليّاً لا يتفاوت الحال فيه بين علم الموكل وعدمه، نعم، لو أجازاه مع العلم وقلنا بشمول الأدلّة للعقد الفضوليّ أيضاً لا يبعد الحكم بالحرمة الأبديّة. (اللنكراني).

(٥) أو إحدى المعيّنات تخبيراً، وكانت إحداهنّ في العدة فاخترها الوكيل فإنّ تزويجه بها يوجب الحرمة الأبديّة، كمباشرة بنفسه إن علم أنّها في العدة، ومع الدخول إن لم يعلم. (كاشف الغطاء).

العدة^(١) فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه، لكن المدار علم الموكل^(٢)، لا الوكيل^(٣).

(مسألة ٣): لا إشكال في جواز تزويج من في العدة لنفسه^(٤)، سواء كانت عدة الطلاق، أم الوطء شبهة، أم عدة المتعة، أم الفسخ بأحد الموجبات^(٥) أو المجوزات له، والعقد صحيح، إلا في العدة الرجعية فإن

⇒ لا يظهر فرق بين التوكيل في تزويج امرأة معينة وامرأة غير معينة؛ إذ المدار في كليهما على عدم الموكل، ولو فرض جهل الموكل مع الدخول بها حرمت في كلتا صورتين، فلا فرق. (الشريعتمداري).

* لا فرق بين المعينة وغيرها، بل الميزان علم الموكل بالموضوع والحكم، فلا وجه للتفريق. (تقي القمي).

(١) وكذا لو أذن في تزويج إحدى المعينات على سبيل التخيير، وكانت إحداهن في العدة فاختر الوكيل تزويج من في العدة فإن الظاهر في هذه الصورة أيضاً أنه كمباشرته بنفسه في أنه يوجب الحرمة الأبديّة إن علم بكونها في العدة، وبشرط الدخول إن جهل بذلك. (الحائري).

* أو إحدى المعينات تخييراً، وكانت إحداهن في العدة فاخترها الوكيل فإنها تحرم عليه أبداً بالتزويج إذا كان هو عالماً بأنها ذات عدة، وإذا كان جاهلاً لم تحرم إلا بالدخول. (زين الدين).

(٢) أو دخوله مع الجهل. (اللكراني).

(٣) بعد كون المدار على علم الموكل لا فرق بين كون الوكالة على تزويج امرأة معينة أو لا، فالتقييد به لم يظهر وجهه. (السبزواري).

(٤) أي في العدة التي تترتبها المرأة من جهة نفس الزوج. (الفيروزآبادي).

(٥) فلا مورد للتزويج في العدة حيثما ينفسخ العقد لنفسه. (صدرالدين الصدر).

التزويج فيها باطل^(١)؛ لكونها^(٢) بمنزلة الزوجة، وإلا في الطلاق الثلاث الذي يحتاج إلى المحلل فإنه أيضاً باطل، بل حرام^(٣)، ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الأبديّة، وإلا في عدّة الطلاق التاسع في الصورة التي تحرم أبداً، وإلا في العدّة لو طئه زوجة الغير شبهة، لكن لا من حيث كونها في العدّة، بل لكونها ذات بعل^(٤)، وكذا في العدّة لو طئه في العدّة شبهة إذا حملت منه؛ بناءً على عدم تداخل العدّتين؛ فإنّ عدّة وطء شبهة حينئذٍ مقدّمة على العدّة السابقة التي هي عدّة الطلاق أو نحوه؛ لمكان الحمل، وبعد وضعه تأتي بتتمّة العدّة السابقة، فلا يجوز له تزويجها في هذه العدّة - أعني عدّة وطء شبهة -

(١) التعليل لا يوافق المعلّل، بل التعليل الموافق أن يقال: إنّها زوجة، والعُلقة باقية، وانقطاعها موقوف على انقضاء العدّة، والأظهر كونها بمنزلتها بمقدار ما ثبت من ترتيب الآثار، ولا يبطل عقدها لنفسه. (الفيروزآبادي).

✽ ويمكن أن يجعل التزويج أمانةً على الرجوع. (المرعشي).

✽ والظاهر أنّه رجوع. (الكوهكفري).

(٢) ويحتمل أن يكون رجوعاً، ويحتمل أن يكون العقد صحيحاً، فتقلب الزوجيّة التنزيلية إلى الزوجيّة الحقيقيّة. (السبزواري).

(٣) في الحرمة التكليفية إشكال. (المرعشي).

✽ في الحرمة التفكيكية إشكال. (السبزواري).

✽ على الأحوط. (تقي القمي).

✽ لم أقف عاجلاً على ما يدلّ على حرمة العقد التكليفية، نعم، لا إشكال في بطلانه.

(الروحاني).

(٤) ويأتي حكمها من حيث الحرمة الأبديّة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

وإن كانت لنفسه، فلو تزوّجها فيها عالماً أو جاهلاً بطل^(١)، ولكن في إيجابه التحريم الأبدي إشكال^(٢).

(مسألة ٤): هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبديّة^(٣) في صورة الجهل أن يكون في العدة، أو يكفي كون التزويج في العدة مع الدخول بعد انقضاءها؟ قولان، الأحوط الثاني، بل لا يخلو من قوّة^(٤)؛

(١) في بطلانه تأمل؛ لعدم شمول العمومات المانعة، نعم، لولا العمومات المجوّزة مقتضى الاستصحاب بطلانه. (آقاصياء).

* على تأمل، ولا يبعد عدم إيجابه التحريم. (الخميني).

(٢) فلا يُترك الاحتياط. (الفيروزآبادي زين الدين).

* لا يبعد جريان حكم التزويج في العدة عليه. (الخوئي).

* المستفاد من الدليل ترتّب الحكم على التزويج في عدة الغير، والمفروض عدم وقوع العقد فيها. (تقي القمي).

(٣) في صورة التزويج في العدة. (الفيروزآبادي).

(٤) لكن الأول أقوى. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* في القوّة منع. (الإصفهاني، البروجردي، عبدالله الشيرازي).

* في القوّة تأمل. (الكوه كمري).

* القوّة في محلّ المنع. (الإصطهباناتي).

* بل الأول. (صدرالدين الصدر).

* لا قوّة فيه، نعم هو أحوط. (عبدالهادي الشيرازي).

* لا قوّة فيه، نعم، هو الموافق للاحتياط، كما ذكره رحمته. (البجنوردي).

* لا قوّة فيه. (الشريعتمداري، الفاني).

* بل لا يخلو من ضعف. (المرعشي).

لإطلاق الأخبار^(١) بعد منع الانصراف إلى الدخول في العدة.

(مسألة ٥): لو شكّ في أنّها في العدة أم لا مع عدم العلم سابقاً جاز التزويج، خصوصاً^(١) إذا أخبرت بالعدم، وكذا إذا علم كونها في العدة سابقاً وشكّ في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء. وأمّا مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها، وهل تحرم أبداً إذا تزوّجها مع ذلك؟ الظاهر ذلك^(٢).

⇒ * لا قوة فيه، ولكن لا يُترك الاحتياط بترك التزويج، وبالطلاق على فرض التزويج. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* القوة مشكلة إن لم تكن ممنوعة. (السبزواري).

* الأقوى الأوّل، ولا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

* في القوة إشكال، بل منع، والاحتياط لا ينبغي تركه. (محمّد الشيرازي).

* القوة ممنوعة، ولكن لا يُترك الاحتياط. (اللكراني).

(١) بعد الفحص على الأحوط، وكذا في المسائل الآتية. (محمّد الشيرازي).

(٢) إذا دخل بها ولم ينكشف الخلاف، وأمّا مع الانكشاف فلا تحرم، ومع عدم

الدخول لا يخلو من إشكال. (البروجردی).

* فيه إشكال، إلّا إذا دخل بها. (عبدالهادي الشيرازي).

* حرمة ظاهريّة، مع فرض الدخول بها ما لم ينكشف الخلاف. (الشريعةمداري).

* ظاهر الأخبار اشتراط العلم بالعدة في الحرمة الأبديّة، والاستصحاب لا يكون

علماً، فإذا تزوّجها في مورد استصحاب العدة لم يمكن الحكم بالحرمة الأبديّة، نعم،

⇐

(أ) الوسائل: الباب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٤، ٥، ٦، ٩، ١٠.

وإذا تزوّجها باعتقاد خروجها عن العدة، أو من غير التفات إليها ثم أخبرت^(١) بأنّها كانت في العدة فالظاهر قبول^(٢) قولها^(٣)، وإجراء

⇨ إذا دخل بها ولم ينكشف الخلاف فتحرم؛ لأنّها بحكم الاستصحاب معتدة، وأمّا إذا انكشف الخلاف فلا تحرم، دخل بها أم لم يدخل. (الفاني).

* أي محكوم بذلك ظاهراً ما لم ينكشف الخلاف، ومع ذلك في صورة عدم الدخول لا يخلو من إشكال. (الخميني).

* ما لم ينكشف الخلاف. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* إلّا أن ينكشف الخلاف. (زين الدين).

* إذا لم ينكشف الخلاف. (محمّد الشيرازي).

* إذا دخل بها ولم ينكشف الخلاف، وإذا انكشف الخلاف لم تحرم، ومع عدم الدخول أيضاً كذلك، والأحوط الترك. (الروحاني).

* مع عدم انكشاف الخلاف، وفرض الدخول، وبدونه محلّ إشكال. (اللنكراني).

(١) ولم تكن متّهمة. (الفاني).

(٢) في الظهور تأمّل، لكنّه أحوط. (حسن القمي).

(٣) في قبول قولها بعد إقدامها بالعقد تأمّل، نعم، مقتضى الاستصحاب بقاء العدة. (الكوه كَمَرِي).

* محلّ تأمّل. (البروجردی).

* فيه إشكال وتأمّل. (عبدالله الشيرازي).

* قبول قولها بعد إقدامها على العقد غير ظاهر. (الشريعةمداري).

* فيه إشكال، مع فرض الدخول، ومعارضة أصالة الصّحة، وفي صورة عدم الدخول لا يُترك الاحتياط بالعقد ثانياً، أو الطلاق إن لم تدّع العلم بالموضوع والحكم. (المرعشي).

حكم^(١) التزويج في العِدَّة، فمع الدخول بها تحرم^(٢) أبداً^(٣).

(مسألة ٦): إذا علم أن التزويج كان في العِدَّة مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً، ولكن شك في أنه دخل بها حتى تحرم أبداً، أو لا يبيني على عدم الدخول.

⇒ * فيه إشكال، بل منع، نعم، إذا أخبرت قبل الدخول بها أنها في العِدَّة لزم الفحص؛ على ما دلَّت عليه صحيحة أبي بصير^(١). (الخوئي).

* بل الظاهر أنها لا تُصدَّق بعد الدخول، كما في النص، فالعقد محكوم بالصحة ما لم يقطع بصدقها ولم يثبت شرعاً، ومع ذلك لا يُترك مراعاة الاحتياط. وأمّا قبل الدخول فالأحوط التفحص، فإن انكشف الحال فهو، وإلا فلا يُترك الاحتياط بالطلاق، أو العقد الجديد بعد العلم بخروجها عن العِدَّة، نعم، لو ادّعت العلم بالعِدَّة وحرمة التزويج فالأحوط ترك تزويجها مطلقاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل الظاهر أن قولها بعد العقد والدخول لا يقبل، وبعد العقد قبل الدخول إن أخبرت لزوم الفحص، كما دلَّت على ذلك الأخبار. (الروحاني).

* محلّ تأمل، بل منع. (اللنكراني).

(١) فيه تأمل إذا لم يقدِّم أخبارها القطع، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه، بل لا يُترك. (الإصفهاني).

* فيه إشكال، بل منع إذا لم يحصل القطع من قولها، ولكن الاحتياط مع ذلك لا يُترك. (البجنوردي).

(٢) على الأحوط. (جمال الدين الكلبيكاني).

* على الأحوط الذي لا يُترك. (الإصطهباناتي).

(٣) على الأحوط. (النائيني، صدر الدين الصدر، عبد الهادي الشيرازي، الخميني، زين الدين).

وكذا إذا علم بعدم الدخول بها وشكّ في أنّها كانت عالمةً أو جاهلة^(١) فإنّه يبيّن على عدم علمها، فلا يحكم بالحرمة الأبدية^(٢).

(مسألة ٧): إذا علم إجمالاً بكون إحدى امرأتين المعيّنتين في العدة ولم يعلمها بعينها^(٣) وجب عليه ترك^(٤) تزويجهما. ولو تزوّج أحدهما بطل، ولكن لا يوجب^(٥).

(١) ولم يسبق علمها. (المرعشي).

* إلّا إذا كانت جاهلةً وكان حكمها استصحاب العدة إلى حين وقوع العقد. (زين الدين).

(٢) إلّا إذا كانت مسبوقاً بالعلم بالعدة؛ حيث إنّ مقتضى استصحابها إلى زمان وقوع العقد الحرمة الأبدية. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* ولو علم إجمالاً بانقضاء العدة والدخول، وشكّ في المتقدّم والمتأخّر منها تجري فيه الصّور الأربع المعروفة. (السبزواري).

(٣) ما أفاده في المقام وفي ما بعده مبنيّ على تنبّز العلم الإجماليّ بالجملة، وهو محلّ الإشكال، وإنّما يكون منجزاً في الجملة، فالحكم في كلا الموردین مبنيّ على الاحتياط. (تقي القمي).

(٤) إذا لم تكن إحداها خارجةً عن محلّ الابتلاء. (محمّد الشيرازي).

(٥) إلّا إذا كانتا معتدّتين وعلم بخروج أحدهما. (صدر الدين الصدر).

* بل يوجبها أيضاً في الظاهر إذا كانتا معتدّتين وعلم إجمالاً بخروج إحداها من العدة. (عبدالله الشيرازي).

* إلّا إذا كانت كلّ واحدةٍ منهما مستصحبّة العدة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* نعم، فيما إذا كانتا معتدّتين وعلم بخروج إحداها منها يكون مقتضى الاستصحاب وقوع التزويج في العدة، فيوجب الحرمة الأبدية ما لم ينكشف الخلاف مع فرض الدخول، وبدونه محلّ إشكال، كما مرّ. (اللكراني).

الحرمة^(١) الأبديّة^(٢)؛ لعدم إحراز كون هذا التزويج في العِدّة.
نعم لو تزوّجها معاً حرمتا عليه^(٣) في الظاهر؛ عملاً بالعلم الإجمالي^(٤).
(مسألة ٨): إذا علم أنّ هذه المرأة المعيّنة في العِدّة لكن لا يدري
أنّها في عِدّة نفسه^(٥)، أو في عِدّة لغيره جاز له^(٦)

- (١) إذا لم يسبق العلم التفصيليّ باعتدادهما، والإجماع بخروج إحداهما. (المرعشي).
* الأحوط يجابها إذا كانتا معتدّتين، وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العِدّة، إلّا إذا انكشف الخلاف. (الخميني).
* إلّا إذا كانتا في العِدّة وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العِدّة، فالأحوط إن لم يكن أقوى الحرمة الأبديّة في الظاهر. (حسن القمي).
(٢) بل يوجبها أيضاً في الظاهر إذا كانتا معتدّتين وعلم إجمالاً بخروج إحداهما من العِدّة. (الإصفهاني).
* إلّا إذا كانتا كلتاهما مُستصحبتيّ العِدّة. (زين الدين).
(٣) ولا يبعد جريان القرعة للتعين. (عبدالهادي الشيرازي).
* يمكن التعيين بالقرعة. (عبدالله الشيرازي).
* بل مقتضى العلم الإجماليّ الاحتياط؛ من حيث حرمة وطئهما، ووجوب الإنفاق عليهما، وسائر الأحكام ممّا يمكن فيه الاحتياط، إلّا أن يطلقهما. (محمّد رضا الكلبيكاني).
(٤) إلّا أنّ هنا علماً إجمالياً آخر، وهو العلم الإجماليّ بحرمة وطء كلّ واحدةٍ منهما، أو وجوبه قبل مضيّ أربعة أشهر، فيدور أمر كلّ منهما بين المحذوّرين، فلا مناصّ عندئذٍ من الرجوع إلى القرعة في المقام، أو إلى طلاق كليهما. (الخوئي).
(٥) أي بغير العِدّة الرجعيّة. (اللنكراني).
(٦) إلّا إذا كان طرف العلم هو العِدّة الرجعيّة لنفسها، والمسألة مطلقاً لا تخلو من تأملٍ وإشكال. (الخميني).

تزويجها^(١)؛ لأصالة^(٢) عدم كونها في عدة الغير، فحاله حال الشك البدوي.
(مسألة ٩): يلحق^(٣) بالتزويج^(٤) في العدة^(٥) في إيجاب الحرمة الأبديّة
تزويج ذات البعل، فلو تزوّجها مع العلم بأنّها ذات بعل^(٦) حرمت عليه أبداً

(١) في إطلاقه تأمل. (الروحاني).

(٢) إذا لم يكن الأصل عدم كونها في عدته أثراً^(أ) أصلاً، وأمّا لو كانت لها أخت مثلاً
فيتعارضان. (صدرالدين الصدر).

* وإتما يجري هذا الأصل إذا لم يكن لأصالة عدم كونها في عدته هو أثر شرعي،
وأمّا إذا كان لها أثر شرعي، كما إذا كانت للمرأة أخت لا يجوز له أن يتزوّجها في
عدة أختها؛ فإنّ الأصلين يتعارضان، ولا بدّ من الاحتياط باجتنابهما. (زين الدين).
(٣) على الأقوى نصّاً وفتوى. (صدرالدين الصدر).

* على إشكال. (البروجدي).

* على الأقوى. (المرعشي).

* التعبير بالحق إنّما يشعر بكون المستند هي نصوص المعتدّة بضميمة الأوليّة،
أو إلغاء الخصوصية، مع أنّه وردت هنا أيضاً روايات متعدّدة بين موثقة وصحيحة،
والضميمة المذكورة غير ثابتة، نعم، بين المقامين فرق في بعض صور المسألة، وهي
صورة جهل الزوج وعلم الزوجة، فإنّ مقتضى إطلاق بعض ما ورد هنا عدم ثبوت
الحرمة الأبديّة في هذه الصورة، ومع ذلك كلّه فالمسألة مشكلة. (اللنكراني).

(٤) على إشكال. (عبدالله الشيرازي).

* فيه إشكال، لكن لا يترك مراعاة الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) فيه تأمل وإشكال. (الشريعةمداري).

(٦) وبأنّه لا يجوز تزويج ذات البعل، فإنّه يمكن أن يتحقّق الجهل به نادراً. (اللنكراني).

(أ) كذا في الأصل، والأولى أن يقال: (إذا لم يكن الأصل عدم كونها في عدته ذا أثر أصلاً).

مطلقاً، سواء دخل بها، أم لا.

ولو تزوّجها مع الجهل^(١) لم تحرم^(٢) إلاّ مع الدخول^(٣) بها، من غير فرق بين كونها حرّةً أو أمة مزوّجةً، وبين الدوام والمتعة في العقد السابق واللاحق. وأمّا تزويج أمة الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوّجةً فلا يوجب الحرمة الأبديّة، وإن كان مع الدخول والعلم.

(مسألة ١٠): إذا تزوّج امرأةً عليها عدّة ولم تشرع فيها - كما إذا مات زوجها ولم يبلغها الخبر، فإنّ عدّتها من حين بلوغ الخبر - فهل يوجب الحرمة الأبديّة، أم لا؟ قولان، أحوطهما الأوّل^(٤)، بل

(١) يعني مع جهل كلّ من الرجل والمرأة بأنّ لها بعلاً، فلو علم به أحدهما حرّمت المرأة عليه مؤبداً وإن لم يدخل، وكان الآخر جاهلاً، كما تقدّم نظيره في ذات العدّة (زين الدين).
(٢) سواء علمت الزوجة بالموضوع والحكم أم لا، بخلاف المعتدّة فإنّه فيها التفصيل، كما تقدّم. (المرعشي).

※ حتّى مع علم الزوجة بالحال على الأظهر، وبذلك يظهر الفرق بين المعتدّة وذات البعل. (الخوئي).

※ وإن كانت الزوجة عالمة على الأقوى. (حسن القمي).

※ العقد على ذات البعل مع الجهل لا يوجب الحرمة الأبديّة وإن دخل بها، بل وإن علمت الزوجة بالحال. (الروحاني).

(٣) في إيجاب الدخول الحرمة الأبديّة مع الجهل إشكال، لكنّ الاحتياط لا يُترك. (حسن القمي).

(٤) وأقواهما الثاني، وفي تقوية الأوّل ضعف بيّن، نعم، العقد فاسد فلا بدّ من تجديده. (المرعشي).

※ وأظهرهما الثاني. (نقي القمي).

لا يخلو من قوّة^(١).

(مسألة ١١): إذا تزوّج امرأةً في عدّتها ودخل بها مع الجهل، فحملت مع كونها مدخولةً للزوج الأوّل فجاءت بولد: فإن مضى من وطء الثاني أقلّ من ستّة أشهرٍ ولم يمضِ من وطء الزوج الأوّل أقصى مدّة الحمل لحق الولد بالأوّل.

(١) والأقوى هو الثاني، لكنّ الظاهر فساد العقد وجواز تجديده بعد خروجها من العدة. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* لولا مساعدة الإطلاقات على جواز نكاحه، وإلاّ فيقدّم المطلقات على الاستصحاب التعليقيّ الجاري في المقام لإثبات الحرمة. (آقاضياء).

* في القوّة منع. (الإصفهاني، البروجردی، عبدالله الشيرازي، السبزواري، حسن القمي).

* لا قوّة فيه وإن كان العقد فاسداً. (الكوهكمري).

* في القوّة منع، بل الثاني لا يخلو من وجه، وإن كان الظاهر فساد العقد وجواز تجديده بعد العدة، ولكنّ الاحتياط لا يُترك. (الإصطهباناتي).

* بل الثاني لا يخلو من قوّة. (صدرالدين الصدر، الخميني).

* بل هو خالٍ من القوّة. (البجنوردي).

* عدة الوفاة من حين بلوغ الخبر، كما في المتن أيضاً، فقبل الخبر لا عدة، فلا تزويج في عدة، فالأقوى الثاني. (الفاني).

* لا قوّة غير معلومة. (الشريعتمداري).

* لا قوّة فيه، فلا يُترك مراعاة الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* القوّة ممنوعة، نعم، لا بدّ من تجديد العقد إذا أراد التزويج بها بعد العدة. (زين الدين).

* لا قوّة فيه، ولكنّ الاحتياط سبيل النجاة. (محمّد الشيرازي).

* القوّة ممنوعة. (اللنكراني).

* بل الأقوى الثاني وإن كان العقد فاسداً؛ للإجماع. (الروحاني).

وإن مضى من وطء الأول أقصى المدة ومن وطء الثاني ستة أشهر أو
أزيد إلى ما قبل الأقصى فهو ملحق بالثاني.
وإن مضى من الأول أقصى المدة ومن الثاني أقل من ستة أشهر فليس
ملحقاً بواحد^(١) منهما.
وإن مضى من الأول ستة فما فوق وكذا من الثاني فهل يلحق بالأول،
أو الثاني، أو يُقرَع؟^(٢) وجوه، أو أقوال^(٣)

(١) ولا استبعاد في الأمور التعبدية، فكم له من نظير في أبواب الفقه. (المرعشي).

(٢) لأنه مشكل، ومن المشتبه ظاهراً والمتعين واقعاً. (المرعشي).

(٣) لم أظفر على أكثر من قولين لأصحابنا: أحدهما: ما قواه في المتن وهو مختار
النهاية^(أ) ومستند هذا القول رسالة جميل بن درّاج على نقل الفقيه^(ب) الواردة في
خصوص المورد، يعني التزويج في العدة، والأخبار الواردة في التزويج بذات البعل
بعد إلغاء الخصوصية. وثانيهما: القرعة، وهي مختار المبسوط^(ج)، مشيراً إلى كونها
مجمعة عليها بقوله: «عندنا». وأمّا الإلحاق بالأول ففي المسالك^(د): أنه لا خلاف
في عدمه، نعم، في المبسوط وعند قوم: يرجع إلى القافة^(هـ)، ويلحق الولد بمن
↵

(أ) النهاية وتكتها للطوسي: ٤٥٤.

(ب) الوسائل: الباب (١٧) من أبواب أحكام الأولاد، ذ ١٣، عن الفقيه: ٣/ ٤٧٠، ح ٤٦٣٩.

(ج) المبسوط: ٢٠٧/ ٥.

(د) مسالك الأفهام: ٣٨٢/ ٨ - ٣٨٥.

(هـ) القافة: جمع القائف؛ الذي يعرف الآنار، ويعرف شبّه الرجل بأخيه وأبيه. النهاية في غريب

الحديث لابن الأنير: ١٢١/ ٤، (مادة قوف).

والأقوى^(١) لحوقه بالثاني^(٢)؛ لجملة^(٣) من الأخبار^(٤). وكذا إذا تزوّجها^(٥)

⇒ ألحقه به، ومع عدم التمكن أو حصول الشبهة لهم يلحق بمن ينتسب به بعد البلوغ، والظاهر أنّ مقصوده من القوم هو العامة^(أ). (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) لا قوّة فيه؛ لعدم دليلٍ معتبرٍ عليه، كما أنّ دليل القرعة لا يشمل المقام، فلا بدّ من العمل على طبق القواعد الجارية في موارد الشكّ. (تقي القمي).

(٢) فيه تأمل. (عبدالله الشيرازي).

* لصدق الفراش. (المرعشي).

* فيه إشكال، ولا يبعد الرجوع إلى القرعة. (الخوئي).

(٣) بل لخصوص رواية جميل بن درّاج - على نقل الصدوق في محكيّ الفقيه - الظاهر في عدم الإرسال، نعم، قد وردت في الفرع الآتي روايات دالة على ذلك. (السنكراني).

(٤) لم يظهر من تلك الأخبار جعل أصلٍ تعبديٍّ للإلحاق بالثاني في صورة الإمكان مطلقاً؛ لأنّ المقابلة بين خمسة أشهر وستّة أشهر تكشف عن الأخذ بأماريّة الزمان للحقوق، واستصحاب عدم انعقاد النطفة في الزمان السابق - زمان الزوجيّة للزوج الأوّل - لا يثبت للحقوق بالثاني، فلا يوجب انحلال العلم بكون الولد لأحدهما لا على التعيين، مضافاً إلى أنّه معارض باستصحاب القهقريّ من الزمان المعلوم حمل المرأة إلى الزمان السابق، ومعارض أيضاً بأصالة عدم الانتساب إلى الزوج الأوّل، وليس الأصل الأوّل حاكماً على الأخير، بل لا أثر له أصلاً، فما ذهب إليه الشيخ في المبسوط وجماعة من الرجوع إلى القرعة - التي هي في طول الحجج والأصول - أوفق بالصناعة. (الفاني).

(٥) إلحاق الولد بالثاني فيه أقوى من إلحاقه به في الفرع الأوّل للأخبار الواردة في
⇒

(أ) كتاب الأمّ للشافعي: ٦٤/٨، مختصر الثزني: ١١٥، ١٣٧، ٢٢٩، ٣١٧، المجموع: ٣٠٥/١٥.

الثاني بعد تمام العدة^(١) للأول واشتبه حال الولد^(٢).

(مسألة ١٢): إذا اجتمعت عدة وطء الشبهة مع التزويج أو لا معه، وعدة الطلاق أو الوفاة، أو نحوهما فهل تتداخل العِدَّتَانِ، أو يجب التعدد؟ قولان، المشهور على الثاني^(٣)، وهو الأحوط^(٤).

⇒ المسألة ولذا لم يختار الشيخ فيه القرعة وإن نسبها إليه غير واحد من الأساطين ولكن لم نجدها في مظانّ التعرّض مع كثرة التفحص فراجع أنت لعلّه خفي علينا. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) إن كانت بالأشهر في الطلاق وهكذا في عدة الوفاة. (الفيروزآبادي).

(٢) فتجري فيه الفروض المتقدمة كلّها وتنطبق عليه أحكامها، وفي الفرض الأول منها يلحق الولد بالزوج الأول، وينكشف بذلك أنّ وطء الثاني وقع في العدة، فتحرم عليه مؤبداً. (زين الدين).

(٣) وهو الأقوى. (صدرالدين الصدر، البروجردي، الروحاني).

* وهو الأحوط لو لم يكن أقوى، فلا يُترك. (الخميني).

(٤) بل هو المتعين، وليست الروايتان إلّا معارضتين لما يدلّ على عدم التداخل، ولعدم العمل بهما إلّا من الشاذّ لا تصلحان لذلك. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* لا يُترك، بل لا يخلو من قوّة؛ لكون الروايتين الدالّتين على التداخل معارضتين بما دلّ على عدمه المعمول به عند الأكثر بخلافهما، فإنّهما لم يعمل بهما إلّا الشاذّ. (الإصطهباناتي).

* لا يُترك. (عبد الهادي الشيرازي، عبدالله الشيرازي، الشريعتمداري، السبزواري، محمّد الشيرازي، تقي القمي، اللكناني).

* بل هو مقتضى القاعدة؛ لأنّ التداخل خلاف الأصل؛ إذ تعدّد السبب موجب لتعدّد المسبّب، والخبران أعرض عنهما المشهور، فلا مقتضى للخروج عن مقتضى

وإن^(١) كان الأول لا يخلو^(٢) من قوة^(٣)؛ حملاً^(٤) للأخبار الدالة^(٥) على

⇒ القاعدة، وهو تعدّد العدة. (البجنوردي).

* فلا يُترك. (المرعشي).

* بل الأقوى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) ولا يُترك. (الكوهكَمري).

(٢) وحيث إنّ الشهرة العظيمة على خلافه لا يُترك الاحتياط. (الإصفهاني).

(٣) فيه تأمل. (الكوهكَمري).

* بل الثاني لا يخلو من قوة. (صدرالدين الصدر).

* بل هو الأقوى؛ لتصريح المعصوم بأنّ التعدّد مذهب العامة، ولا يُعتنى بالشهرة الفتوائية بعد سقوط أصالة الحجّة في جهة صدور الأخبار الدالة على التعدّد. (الفاني).

* فيه إشكال. (المرعشي).

* ولكن بما أنّه خلاف شهرة عظيمة فالاحتياط لا يُترك. (حسن القمي).

(٤) المشهور أعرضوا عن الأخبار المعارضة لما دلّ على التعدّد، فلا مقتضى لهذا الحمل، بل هو في غير محلّه؛ لعدم التكافؤ حينئذٍ. (صدرالدين الصدر).

(٥) لا وجه للحمل على التقيّة، والظاهر هو التفصيل بين عدة الوفاة وغيرها بالالتزام بالتعدّد في الأولى، والتداخل في الثانية؛ وذلك لأنّ الروايات على طوائف ثلاث: إحداها تدلّ على عدم التداخل مطلقاً، وثانيها تدلّ على التداخل مطلقاً، وثالثها تدلّ على عدم التداخل في خصوص الموت، وبما أنّ النسبة بين الطائفة الثالثة والطائفة الثانية عموم مطلق فتقيّد الطائفة الثالثة إطلاق الطائفة الثانية، وبعد ذلك تنقلب النسبة بين الطائفة الثانية والطائفة لأولى، فتصبح الطائفة الثانية أخصّ من الطائفة الأولى، فتقيّد إطلاقها، فالنتيجة هي عدم التداخل في خصوص الموت، والتداخل في غير الموت، فإذن لا معارضة بين الروايات. (الخوئي).

التعدّد على التقيّة^(١) بشهادة خبر زرارة^(أ) وخبر يونس^(ب). وعلى التعدّد يقدّم ما تقدّم سببه^(٢)، إلّا إذا كانت إحدى العدّتين بوضع الحمل فتقدّم وإن كان سببها متأخراً؛ لعدم إمكان التأخير حينئذٍ.

ولو كانت المتقدمة عدّة وطء الشبهة، والمتأخرة عدّة الطلاق الرجعيّ فهل يجوز الرجوع قبل مجيء زمان عدّته؟

وهل تترث الزوج إذا مات قبله في زمان عدّة وطء الشبهة؟ وجهان، بل قولان، لا يخلو الأوّل منهما^(٣) من قوّة^(٤). ولو كانت المتأخرة عدّة الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلّق لها في زمان عدّة الوطء قبل مجيء زمان عدّة الطلاق؟ وجهان^(٥):

(١) بعيد يظهر بالتّبع والتأمّل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) قد عرفت أنّه لا تعدّد إلّا فيما إذا كان الوطء بشبهة في عدّة الوفاة، ولا بدّ فيه من إتمام عدّة الوفاة أوّلاً ثمّ الاعتماد بعدّة الوطء بالشبهة. (الخوئي).

(٣) بناءً على وقوع البينة في الطلاق الرجعيّ بنفسه يمكن الفرق بين الحكمين بالاستصحاب، بعد عدم إضرار الفصل بينهما في الحكم الظاهريّ وإن لم يكن كذلك واقعاً. (آقاسيائي).

❖ محلّ تأمّل. (الإصطهباناتي).

(٤) فيه تأمّل. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازي).

(٥) فيما لا يحتاج إلى المحلّ كالبائن الخلعيّ، لا المطلقة ثلاثاً. (الفيروزآبادي).

⇐

(أ) الوسائل: الباب (١٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٧.

(ب) الوسائل: الباب (٣٨) من أبواب العدد، ح ٢.

لا يبعد^(١) الجواز^(٢)؛ بناءً على أن الممنوع في عدة وطء الشبهة وطء

⇒ * كيف لا يبعد والحال أنه يصدق عليه التزويج في العدة، وتترتب عليه الحرمة الأبدية إذا كان شرطها موجوداً؟! (تقي القمي).

(١) بل الأقوى عدم الجواز بمقتضى دليل العدة، وعدم بطلان النكاح بعدة الوطء بالشبهة لا يستلزم جواز النكاح فيها. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) فيه إشكال. (الإصفهاني، السبزواري).

* محلّ إشكال. (الإصطهباناتي).

* بل لا يُترك الاحتياط. (عبدالهادي الشيرازي).

* ولكنّ الأقوى عدم الجواز، واجتماع عدة وطء الشبهة مع بقاء الزوجية التي وقع الوطء في أثنائها غير مستلزم لجواز إحداثها ثانياً بعد زوالها، فعموم الأدلة المانعة من التزوُّج في العدة على حاله. (البروجدي).

* بل الظاهر عدم الجواز؛ لأنّه عقد في عدة الغير - أي الواطئ بالشبهة - فيترتب عليه جميع آثار العقد في العدة المذكورة سابقاً من التحريم المؤبد مع العلم أو الدخول. (البجنوردي).

* بل بعيد، ولا يبعد جريان حكم التزويج في العدة. (عبدالله الشيرازي).

* لا يُترك الاحتياط. (الشريعتمداري).

* بل هو بعيد على مبنى التعدّد. (الفاني).

* بل لا يبعد عدم الجواز، ولا يبعد كونه موجباً للحرمة الأبدية. (الخميني).

* الأحوط الترك. (المرعشي).

* بل هو بعيد، ولا يبعد جريان حكم التزويج في العدة عليه. (الخوئي).

* فيه تأمل. (محمّد الشيرازي).

* بل مقتضى دليل العدة المنع عن التزويج، وعن جميع الاستمتاعات. (زين الدين).

الزوج لها، لا سائر الاستمتاع بها، كما هو الأظهر^(١). ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذٍ للمطلق فيحتمل كونه موجباً للحرمة الأبديّة أيضاً^(٢)؛ لصدق التزويج في عدّة الغير، لكنّه بعيد^(٣)؛ لانصراف أخبار^(٤) التحريم^(٥) المؤبّد عن هذه الصورة.

هذا، ولو كانت العدّتان لشخص واحد، كما إذا طلق زوجته بائناً ثم وطئها شبهةً في أثناء العدّة فلا ينبغي^(٦) . . .

⇒ فيه إشكال قويّ. (حسن القمّي).

* بل هو بعيد، والظاهر جريان حكم التزويج في العدّة عليه حتّى الحرمة الأبديّة. (الروحاني).

* بل العدم غير بعيد، والملازمة بين بقاء الزوجيّة بعد الوطء بالشبهة وبين جواز إحداثها في عدّته غير ثابتة. (اللنكراني).

(١) فيه تأمل. (حسن القمّي).

(٢) وهو الظاهر، والانصراف ممنوع. (زين الدين).

(٣) لا بُعد فيه بعد شمول الأدلّة، وكون الانصراف في محلّ المنع. (البروجردى، عبدالله الشيرازي).

* الاستبعاد بعيد، والانصراف منظور فيه. (المرعشي).

* بل لا بُعد فيه، والانصراف ممنوع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل لا بُعد فيه؛ لشمول الأدلّة، ومنع الانصراف. (اللنكراني).

(٤) في الانصراف تأمل. (حسن القمّي).

(٥) لا وجه لانصرافها. (الفاني).

(٦) بل ينبغي الإشكال فيه بالإضافة إلى الغير، نعم، فيما إذا كانت إحداها عدّة

الإشكال^(١) في التداخل^(٢)، وإن كان مقتضى إطلاق بعض^(أ) العلماء^(٣) التعدّد^(٤) في هذه الصورة^(٥) أيضاً.

(مسألة ١٣): لا إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطء بالشبهة المجردة عن التزويج إذا كانت الموطوءة مشتبهة، وإن كان الواطئ عالماً. وأمّا إذا كان

⇒ الطلاق الرجعي، والأخرى عدة الوفاة يكون مقتضى النصّ الوارد فيه انقلاب الأولى إلى الثانية، ولزوم الاعتداد بخصوص عدة الوفاة التي هي أبعد الأجلين، نعم، في إطلاقه وشموله لجميع الموارد إشكال. (اللكراني).

(١) بل فيه إشكال. (عبدالله الشيرازي).

* الأحوط التعدّد في هذه الصورة أيضاً. (الخميني).

(٢) بل فيه إشكال، خصوصاً إذا كانت إحداها للطلاق، والأخرى للوفاة. (البروجردی).

* وإن كان التعدّد أحوط. (عبدالهادي الشيرازي).

* تقدّم أنّ عدم التداخل هو مقتضى القاعدة، ولا وجه للخروج عن ذلك. (البجنوردي).

* بل لا وجه للتداخل بالنسبة إلى الغير، وأمّا لنفسه فلا عدة لها أصلاً، وأمّا في عدة الطلاق والوفاة فهو تبديل، لا تداخل، ودليله النصّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) وهو الأحوط. (محمّد الشيرازي).

(٤) ويؤيده قاعدة عدم تداخل الأسباب (ب). (آقاضي).

(٥) وهو الأحوط. (الشريعتمداري).

(أ) جواهر الكلام: ٣٢ / ٣٨٠.

(ب) راجع جواهر الكلام: ٣٢ / ٢٦٦ وكشف الثام: ٨ / ١٥٠. ط. جماعة المدرّسين.

بالتزويج ففي ثبوت المسمى أو مهر المثل قولان، أقواهما الثاني^(١). وإذا كان التزويج مجرداً عن الوطء فلا مهر أصلاً.

(مسألة ١٤): مبدأ العدة في وطء الشبهة المجردة عن التزويج حين الفراغ من الوطء، وأمّا إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك، أو من حين تبين الحال؟ وجهان، والأحوط^(٢) الثاني، بل لعله الظاهر من الأخبار^(٣).

(مسألة ١٥): إذا كانت الموطوءة بالشبهة عالمةً بأن كان الاشتباه من طرف الواطئ فقط فلا مهر لها إذا كانت حرة؛ إذ لا مهر لبغي. ولو كانت أمةً ففي كون الحكم كذلك، أو يثبت المهر؛ لأنّه حقّ السيّد وجهان^(٤).

(١) محلّ تأمل. (الخميني).

* في كون الثاني أقوى تأمل، والأحوط المصالحة في التفاوت. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل الأقلّ من المسمى والمثل. (محمّد الشيرازي).

* بل الأوّل. (الروحاني).

(٢) لا يُترك. (المرعشي).

(٣) بل ويساعده الاستصحاب أيضاً. (آقايي).

* لكنّ معتبرة زرارة^(أ) واضحة الدلالة على أنّ المبدأ من حين الفراغ من وطء الشبهة، وأنّ الاستبراء إنّما يكون بثلاثة قروء من حين الوطء. (الخوئي).

* لا يبعد أنّ المستفاد منها أنّ مبدأ العدة هو تبين الحال، وارتفاع الشبهة في جميع الأقسام، حتّى المجرد عن التزويج. (زين الدين).

(٤) وهنا وجه ثالث، وهو عُشر القيمة إن كانت بكرًا، ونصف العُشر إن كانت ثيبًا،

◀

(أ) الوسائل: الباب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٢.

لا يخلو^(١) الأوّل منهما^(٢) من قوّة^(٣).

→ لصحيحتي فضيل بن يسار^(أ) ووليد بن صبيح^(ب). (الفاني).

* هنا وجه آخر لا يبعد أن يكون أوجه منهما، وهو ثبوت عُشر قيمتها للمولى إن كانت بكرًا، ونصف العُشر إن كانت ثيبًا. (الخميني).

* الظاهر ثبوت الأرش للسيد، وهو عشر قيمتها إذا كانت بكرًا، ونصف العُشر إذا كانت ثيبًا، سواء كانت جاهلةً بحرمة الوطء أم كانت عالمة. (زين الدين).

(١) فلا يُستحقّ شيءٌ بعنوان المهر، وأمّا بعنوان الأرش فلا يبعد ثبوت عُشر قيمتها للمولى إن كانت بكرًا، ونصفه إن كانت ثيبًا. (اللكراني).

(٢) لا قوّة فيه. (الكوهنمري).

(٣) فيه تأمل، وسيأتي منه في أحكام العبيد والإماء ما ظاهره المنافاة لما اختاره هنا. (الفيروزآبادي).

* في القوّة نظر؛ للتشكيك في عموم «لا مهر لبغي»^(ج) بالنسبة إلى المقام، فيبقى إطلاق خبر وليد^(د) لإثبات عشر ثمنها أونصفه بلا معارض. (آقاضي).

* بل لا إشكال فيه. (الإصفهاني).

* مع علم المولى بذلك لا مطلقاً. (صدرالدين الصدر).

* خصوصاً إذا كان المولى دخيلاً في بغائها. (الإصطهباناتي).

←

(أ) الوسائل: الباب (٣٥) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(ب) الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(ج) الخصال: ٤١٨، ح ١٠، مسند أحمد: ٢٣٥/١، ٣٠٩/٤، السنن الكبرى للبيهقي: ٦/٦، الوسائل:

الباب (٥) من أبواب ما يكتسب به، ح ١٣، ١٤.

(د) الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(مسألة ١٦): لا يتعدّد (١) المهر (٢) بتعدّد الوطء (٣) مع استمرار الاشتباه. نعم لو كان مع تعدّد الاشتباه تعدّد (٤).

⇒ * لا قوّة فيه، إلّا إذا كان المولى دخیلاً في بغائها. (البروجردی).

* بل الثاني. (عبدالهادي الشيرازي).

* فيه تأمل وإشكال، إلّا أن يكون المولى دخیلاً في وقوع ذلك الوطء. (البجنوردي).

* لا قوّة فيه، إلّا إذا كان المولى دخیلاً في بغائها. (عبدالله الشيرازي).

* بل الثاني حيثما لم يكن تسبیب، ويحتمل لزوم عشر القيمة للمالك في صورة البكارة، ونصف العشر في الثبوة. (المرعشي).

* بل الأقوى هو الثاني، إلّا إذا أذن المولى لها في المعصية. (محمّد رضا الكلایكاني).

* خصوصاً مع التفات المولى ببغائها. (السبزواري).

* فيه تأمل، هذا من حيث المهر، ويحتمل ثبوت الأرض للسید، وهو عُشر قيمتها إن كانت بکراً، ونصف العُشر إن كانت ثیباً. (حسن القمي).

(١) مع العقد، وأمّا بدونه فلا یعدّ تعدّده بتعدّد الوطء. (صدرالدين الصدر).

* يحتاج إلى التأمل. (البروجردی).

(٢) يحتاج إلى التأمل. (عبدالله الشيرازي).

* لا یخلو من إشكال. (المرعشي).

* لا یخلو من تأمل. (حسن القمي).

* محلّ تأمل، خصوصاً في بعض صورته. (اللكراني).

(٣) فيه إشكال، نعم، الظاهر ذلك في وطء المعقود عليها في العدة جهلاً. (الخوئي).

* في غير وطء المعقود عليها في العدة جهلاً تأمل. (الروحاني).

(٤) محلّ تأمل في بعض صورته، لكنّه أحوط مطلقاً، وأقوى في بعض الصور. (الخميني).

(مسألة ١٧): لا بأس بتزويج المرأة الزانية غير ذات البعل^(١) للزاني وغيره.

والأحوط^(٢) الأولى^(٣) أن يكون بعد استبراء رحمها بحیضة من مائه^(٤) أو ماء غيره إن لم تكن حاملاً، وأمّا الحامل فلا حاجة فيها إلى الاستبراء، بل يجوز تزويجها ووطؤها بلا فصل.

نعم، الأحوط^(٥) ترك^(٦) تزويج المشهورة بالزنا^(٧) إلا بعد ظهور توبتها،

(١) وفي حكمها ذات العدة الرجعية. (الخوئي).

(٢) لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين).

* لا يُترك هذا الاحتياط لخصوص الزاني. (حسن القمي).

(٣) منشأ الاحتياط وجود المقيّدات الضعيفة الواردة في المقام، مع إعراض المشهور عنها في قبال المطلقات. (آقاضي).

* لا يُترك حتّى الإمكان. (الخميني).

* لا يُترك الاحتياط في تزويج نفس الزاني. (الخوئي).

* لا ينبغي ترك هذا الاحتياط، وكذا الاحتياطات التالية في هذه المسألة. (محمّد الشيرازي).

* بل الأحوط وجوباً. (الروحاني).

(٤) لا يُترك الاحتياط بالنسبة إلى ماء نفسه. (تقي القمي).

(٥) لا يُترك هذا الاحتياط للزاني بها ولغيره. (زين الدين).

* الأولى. (الروحاني).

* لا يُترك. (اللكراني).

(٦) لا يُترك. (الخوئي).

(٧) لا يُترك. (الشريعةمداري).

بل الأحوط ذلك بالنسبة إلى الزاني^(١) بها، وأحوط من ذلك ترك تزويج الزانية مطلقاً^(٢) إلا بعد توبتها. ويظهر ذلك بدعائها^(أ) إلى الفجور، فإن أبت ظهرت توبتها^(٣).

(مسألة ١٨): لا تحرم^(٤) الزوجة على زوجها بزناها وإن كانت مصرّة^(٥) على ذلك^(٦)، ولا يجب عليه أن يطلقها^(٧).

(١) لا يُترك بالنسبة إليه. (حسن القمي).

(٢) وإن لم تكن مشهورةً بالزنا. (الفيروزآبادي).

(٣) إذا لم تكن قرينة على خلافه. (عبدالله الشيرازي).

* إذا عرف أنّ الإبراء ليس لسبب آخر. (محمّد الشيرازي).

(٤) مقتضى خبر ابن يقطين (ب) أنّها لو زنت بعد العقد قبل الدخول تحرم على زوجها. (تقي القمي).

(٥) لكن إذا صارت مشهورةً يأتي فيها الاحتياط المذكور في المسألة السابقة؛ لعدم الفرق بين الابتداء والاستدامة بحسب الآية والأخبار، فالأحوط اعتزالها بمجرد الاشتهار، وتجديد عقدها بعد التوبة مع عدم إرادة الطلاق، وإلا فالطلاق. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* إلا إذا صارت مشهورةً فيجري فيها على الأحوط الاحتياط المتقدم. (اللنكراني).

(٦) إلا إذا أصبحت مشهورةً بالزنا، فيأتي فيها الاحتياط المتقدم في المسألة السابقة. (زين الدين).

(٧) ولكنه الأولى من جهات لا ينبغي إهمالها. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(أ) كذا في الأصل، والأصحّ (بدعوتها).

(ب) وسائل الشريعة: الباب (١٢) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ١.

(مسألة ١٩): إذا زنى بذات بعلٍ دواماً أو متعةً حرمت^(١) عليه أبداً^(٢)، فلا يجوز له نكاحها بعد موت زوجها، أو طلاقه لها، أو انقضاء مدتها إذا كانت متعة.

ولا فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالماً بأنّها ذات بعلٍ، أو لا، كما لا فرق بين كونها حرةً أو أمةً وزوجها حراً أو عبداً، كبيراً أو صغيراً^(٣)، ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها، أو لا، ولا بين أن يكون ذلك بإجراء العقد عليها وعدمه بعد فرض العلم^(٤) بعدم^(٥) صحّة العقد^(٦). ولا بين أن تكون

(١) مبنية على الاحتياط. (تقي القمي).

(٢) على الأقوى، كما تقدّم. (المرعشي).

* على الأحوط. (الخوئي، حسن القمي).

* فيه إشكال، بل منع. (اللنكراني).

(٣) في الصغير الواطئ إشكال. (الفاني).

(٤) بل الدخول، وهو المعيار. (المرعشي).

(٥) لا أثر للعلم في التحريم بعد فرض الدخول، نعم، لو كان جاهلاً بفساد العقد لم يكن زناً. (الكوهكَمَرِي).

* يعني لو تزوّجها جاهلاً بكونها ذات بعلٍ ثمّ انكشف له قبل الدخول ودخل بها يكون زناً، وأمّا إن دخل بها قبل الانكشاف فيدخل في المسألة التاسعة. (محمّد رضا الكلّيبكاني).

(٦) ظاهر عنوان المسألة فرض تحقّق الدخول؛ لأنّه هو المقسم؛ وعليه فلا أثر للعلم بالتحريم، فسواء كان عالماً أم لم يكن تحرّم أبداً مع الدخول؛ بناءً على ما مرّ من الماتن^(٧) في المسألة التاسعة. (الشريعةمداري).

الزوجة مشبهةً أو زانيةً أو مكرهة، نعم، لو كانت هي الزانية وكان الواطئ مشتبهاً^(١) فالأقوى^(٢) عدم الحرمة^(٣) الأبدية^(٤).

ولا يلحق بذات البعل الأمة المستفرشة^(٥)، ولا المحللة، نعم، لو كانت الأمة مزوجةً فوطئها سيدها لم يبعد الحرمة الأبدية عليه وإن كان لا يخلو من إشكال^(٦).

ولو كان الواطئ مكرهاً على الزنا فالظاهر^(٧)

⇒ * الفرق بين هذه المسألة والمسألة التاسعة المتقدمة بحسب الموضوع والمورد واضح فيما إذا لم يتحقق هنا إجراء العقد. وأمّا مع تحققه فالفرق: أنّ المفروض هناك إما العلم بالبطلان حال العقد، وإما الدخول مع الجهل، وأمّا هنا فالمفروض هو الزنا المتحقق بالعلم بالحرمة حال الدخول، وإن لم يعلم بكونها ذات بعل في تلك الحال؛ وعليه فالمراد من العلم بالبطلان هو العلم بعد إجراء العقد وقبل الدخول، ولا يكون الحكم بالحرمة الأبدية في فرض الدخول في المسألة السابقة ملازماً للحكم بها هنا. (اللكرناني).

(١) إذا لم يكن الاشتباه من جهة اعتقاد صحة العقد، كما تقدّم. (الكوهكفري).

* حيث لا يكون الاشتباه من جهة اعتقاده صحة العقد مثلاً. (المرعشي).

(٢) إن لم يكن عقد في البين، وإلاّ فيدخل في المسألة التاسعة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) لعدم شمول النصوص له، مع عدم حجّة الأولوية المزعومة. (المرعشي).

(٤) إذا كان الوطء من غير عقد، وإلاّ حرمت عليه مؤبداً، وكان من صغريات المسألة التاسعة المتقدمة. (زين الدين).

(٥) أي الموطوءة من مولاها. (الفيروزآبادي).

(٦) لكن ضعيف. (تقي القتي).

(٧) بل الظاهر عدمه. (الفيروزآبادي).

* بل الأحوط. (الخميني).

لحقوق^(١) الحكم، وإن كان لا يخلو من إشكال أيضاً.

(مسألة ٢٠): إذا زنى بامرأة في العدة الرجعية حرمت^(٢) عليه أبداً^(٣)، دون البائنة وعدة الوفاة وعدة المتعة^(٤) والوطء بالشبهة^(٥) والفسخ. ولو شك في كونها في العدة أو لا، أو في العدة الرجعية، أو البائنة فلا حرمة ما دام^(٦) باقياً على الشك، نعم، لو علم كونها في عدة رجعية وشك في انتقضائها وعدمه فالظاهر الحرمة^(٧)، خصوصاً إذا أخبرت^(٨) هي بعدم الانقضاء. ولا فرق بين أن يكون الزنا في القبل أو الدبر، وكذا في المسألة السابقة.

(مسألة ٢١): مَنْ لاط بغلام فأوقب ولو بعض الحشفة^(٩) حرمت

(١) بل الظاهر عدم اللحق. (تقي القمي).

(٢) هذه كسابقته مبنية على الاحتياط. (تقي القمي).

(٣) على الأحوط. (الخوئي، حسن القمي).

* فيه إشكال، بل منع. (اللنكراني).

(٤) الأقوى دخولها في العموم. (المرعشي).

(٥) ولو كانت ذات الزوج معتدة لوطء الشبهة لم يجز لزوجها وطؤها، لكن لو فعل لم تحرم عليه وإن أثم، ولا يُحَدِّدُ الزاني، بل يُعزَّر. (كاشف الغطاء).

(٦) أو انكشف عدم كونها في العدة، أو عدم كونها رجعية. (اللنكراني).

(٧) حتى مع إخبارها بعدم العدة، لكونها متهمة لا يسمع دعوها. (آقاياء).

(٨) بل وإن أخبرت بالانقضاء؛ بناءً على عدم حجّة قولها وإخبارها؛ لاستصحاب بقائها وعدم انتقضائها. (البجنوردي).

(٩) على الأحوط. (النائيني، جمال الدين الكلبيگاني، الإصطهباناتي، الشريعةمداري،

عليه أمّه^(١) أبداً وإن علت^(٢)، وبنته وإن نزلت^(٣)، وأخته، من غير فرق^(٤) بين كـونهما كبيرين أو صغيرين^(٥)

⇒ زين الدين، محمد الشيرازي، اللكنراني.

* الحكم بالحرمة في هذه الصورة مبني على الاحتياط. (الخوئي).

* الحكم مبني على الاحتياط؛ فإن النصوص الواردة في المقام كلها مخدوشة سنداً.
(تقي القمي).

(١) على الأحوط في جميع ما ذكر، لكن الظاهر عدم جريان الحكم إذا كان الواطئ صغيراً. (حسن القمي).

(٢) فيه نظر، ولكن الاحتياط بالترك أولى. (المرعشي).

(٣) فيه نظر، نعم، لا ينبغي ترك الاحتياط. (المرعشي).

* الأخبار وإن كانت مختصة بالأم والبنت ولكن الظاهر صدقهما على الجدة وبنت البنت. (الروحاني).

(٤) هذا الحكم بالنسبة إلى أخت الموطوء مع كون الواطئ كبيراً والموطوء صغيراً مسلّم، وفي غيرها لا يخلو من إشكال، بل الظاهر عدم جريان الحكم مع كون الواطئ صغيراً مطلقاً. (حسن القمي).

* في أكثر النصوص ذكر عنوان الرجل للفاعل والغلام للمفعول، نعم، في حديث واحد ذكر عنوان أخي امرأته للمفعول، فعموم الحكم مبني على الاحتياط. (تقي القمي).

(٥) لو كان الواطئ صغيراً فالحرمة لا تخلو من الإشكال. (النائيني، جمال الدين الكلبيگاني).

* في الدليل ذكر الرجل، ولكن التعميم أحوط. (كاشف الغطاء).

* على الأحوط في الواطئ الصغير. (الإصطهباناتي).

* على إشكال في الواطئ الصغير. (الشريعتمداري).

أو مختلفين^(١). ولا تحرم على الموطوء أمّ الواطئ وبنته وأخته على الأقوى. ولو كان الموطوء خنثى^(٢) حرمت أمّها و^(٣) بنتها^(٤) على الواطئ؛ لأنّه إمّا لواط، أو زنا^(٥).

⇒ * في الصغير الواطئ إشكال. (الفاني).

* الظاهر اختصاص الحكم بما إذا كان الواطئ كبيراً والموطوء صغيراً. (الخوئي).

* في الدليل ذكر الرجل، فلا يشمل الواطئ الصغير. (زين الدين).

* الأظهر عدم شمول الحكم لما إذا كان الواطئ صغيراً، كما أنّ ظاهر النصّ يقتضي البناء على عدم الشمول لما إذا كان الموطوء كبيراً، فالأظهر اختصاص الحرمة بما إذا كان الواطئ كبيراً والموطوء صغيراً. (الروحاني).

* إذا كان الواطئ صغيراً أو كانا كبيرين فالحكم محلّ إشكال. (اللنكراني).

(١) المتيقّن من ذلك ما إذا كان الواطئ بالغاً، والموطوء يسمّى غلاماً، والحكم في غير هذه الصورة مبنيّ على الاحتياط. نعم، لو كان الواطئ غير بالغ، أو كان الموطوء صغيراً جدّاً فالحكم بالحرمة مشكل. (محمّد الشيرازي).

(٢) إذا كان في دُبُرّها. (أقاضياء).

* إذا وطئ في كلتا الثقبين أو في دُبُرّها، وأمّا لو وطئ في قُبُلّها فلا يعلم أحد الأمرين، بل يحتمل أن لا تكون أحدهما. (عبدالله الشيرازي).

* وكان الوطء في دُبُرّها. (الخميني).

(٣) على الأحوط، أمّا الدخول في قُبُلّها فقط فالظاهر عدم إيجابه التحريم. (حسن القمي).

(٤) على الأقوى. (المرعشي).

(٥) إذا وطئ في تلك الثقبين أو في دُبُرّها، وأمّا لو وطئ في قُبُلّها فلا يعلم أحد الأمرين، بل يحتمل أن لا يكون أحدهما. (الإصفهاني).

* إلّا مع الدخول في قُبُلّها فقط. (حسن القمي).

وهو مُحَرَّم^(١) إذا كان سابقاً، كما مرَّ^(٢).
والأقوى: (أ)^(٣) حرمة^(٤)

(١) بتشديد الراء المكسورة، أي يوجب الحرمة. (الفيروزآبادي).

✽ على الأحوط. (حسن القمي).

(٢) هذا من سهو القلم، والصحيح، كما يأتي. ثم إنه يأتي ما هو المختار من أن الزنا بالمرأة لا يوجب تحريم أمها وبناتها إلا في الخالة والعمة، وعليه فلا تحرم أم الخنثى وبناتها على الواطئ؛ لعدم إحراز كونه ذكراً. (الخنثي).

✽ بل كما يأتي. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ بل سيأتي في المسألة (٢٨) من فصل: المحرّمات بالمصاهرة. (السبزواري).

✽ بل كما سيجيء في المسألة الثامنة والعشرين من فصل: محرّمات المصاهرة. (زين الدين).

✽ بل يأتي في الفصل الآتي، وستعرف أن الزنا لا يكون مُحَرَّمًا. (الروحاني).

(٣) ندباً. (الفيروزآبادي).

✽ بل الأقوى خلافه؛ للأصل بعد عدم جريان أصالة الصّحة في التزويج في أمثال المقام، الذي يكون الشك في أصل العنوان عرفاً. (آقاضيء).

✽ وإن كان الأقوى خلافه. (صدرالدين الصدر).

✽ وإن كان الأقوى عدمها. (الخميني).

(٤) سيأتي خلافه في الفصل اللاحق لِلاحِقِ هذا الفصل في المسألة (٢٨). (الكوهكَمَرِي).

✽ الأولى. (الإصفهاني).

(أ) كذا في أصل النسخ الخطيّة وبعض النسخ المطبوعة ممّا بأيدينا، ولكنّ أكثر النسخ المتأخّرة فيها كلمة (الأحوط) بدل (الأقوى)، ويظهر من استقصاء التعليقات أنّ بعضها ناظر إلى ما في أصل المخطوط، وبعضها الآخر إلى ما في النسخ المطبوعة، فلاحظ.

المذكورات^(١) على^(٢) الواطئ^(٣) وإن كان ذلك بعد^(٤) التزويج^(٥)،
خصوصاً إذا طلقها^(٦) وأراد^(٧).

(١) لا يُترك الاحتياط في غير صورة تجديد العقد بعد الطلاق، وأمّا فيها فالأظهر
الحرمة. (الروحاني).

(٢) في الأخت الاحتياط أظهر. (محمّد الشيرازي).

(٣) لكنّ الأقوى خلافه، نعم، لو طلقها ففي تزويجها جديداً إشكال، والاحتياط لا
يُترك. (البجنوردي).

(٤) لكنّ الأقوى خلافه، نعم، لو طلق زوجته السابق نكاحها فجواز تزويجها جديداً
لا يخلو من الإشكال. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٥) لكنّ الأقوى خلافه، نعم، لو طلق زوجته السابق نكاحها فجواز تزويجها جديداً
لا يخلو من الإشكال. (النائيني).

* لكنّ الأقوى خلافه، وقد صرح الماتن^{رحمته} بخلاف ما ذكره هنا في المسألة الثامنة
والعشرين من فصل المحرّمات بالمصاهرة. (الشريعتمداري).

* الأقوى عدم الحرمة. (الفاني، المرعشي).

* وقبل الدخول، وأمّا بعد الدخول فالأقوى عدم الحرمة، كما يأتي منه^{رحمته}. (محمّد
رضا الكلبيكاني).

* والأقوى عدم التحريم إذا كان ذلك بعد الدخول، كما سيأتي في المسألة الثامنة
والعشرين من فصل: محرّمات المصاهرة، نعم، إذا طلق تلك الزوجة لم يجز له
تجديد نكاحها. (زين الدين).

(٦) لا بأس بترك الاحتياط في غير هذه الصورة. (الخوئي).

(٧) في غير هذه الصورة لا يجب الاحتياط. (حسن القمي).

* الظاهر هو الحرمة في هذه الصورة، ولا بأس بترك الاحتياط في غيرها. (تقي
القمي).

تزويجها جديداً^(١).

والأم الرضاعية كالنسبية، وكذلك الأخت والبنت. والظاهر عدم^(٢) الفرق^(٣) في الوطء^(٤) بين أن يكون عن علم وعمد واختيار، أو مع الاشتباه^(٥)، كما إذا تخيل أمراًته، أو كان مكرهاً، أو كان المباشر^(٦) للفعل هو المفعول^(٧). ولو كان الموطوء ميئاً ففي التحريم إشكال^(٨).

(١) في غير هذه الصورة لا بأس بترك الاحتياط. (محمّد الشيرازي).

(٢) بل يفرّق بين العالم والجاهل، كما أنّه يفرّق بين الاختيار والإكراه، وأيضاً لا يترتب الحكم إذا لم يكن الفعل مستنداً إلى الفاعل، كما لو باشر المفعول أو الثالث. (تقي القمي).

(٣) على إشكال في بعضها. (الكوه كَمَرِي).

✽ فيه إشكال. (محمّد الشيرازي، حسن القمي، اللنكراني).

(٤) فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

(٥) في تلك الصور الثلاث فضلاً عن الصورة الرابعة إشكال. (الفاني).

(٦) على الأحوط في هذه الصورة إذا لم يتحقّق من الفاعل العمل. (الخميني).

(٧) إن شمله النصّ. (المرعشي).

✽ على الأحوط في هذا الفرض. (زين الدين).

✽ فيه تأمل، والاحتياط لا يُترك. (الروحاني).

(٨) بل منع. (الخميني).

✽ الأقوى جواز التزويج. (المرعشي).

✽ أظهره عدم التحريم. (الخوئي).

✽ ولعلّ المنع أقرب. (محمّد الشيرازي).

✽ والأقرب عدم التحريم. (حسن القمي).

ولو شكَّ في تحقُّق الإيقاب وعدمه بنى على العدم. ولا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكورة، فلا بأس بنكاح ولد الواطئ ابنة الموطوء أو أخته أو أمه، وإن كان الأولى^(١) الترك في ابنته^(٢).

* * *

⇒ * الأظهر عدم التحريم. (الروحاني).

* ولا يبعد عدم التحريم. (اللكراني).

(١) لم يظهر وجه للأولوية. (الخوئي).

(٢) للمرسلة الضعيفة، فراجع^(أ). (آقاضيء).

فصل

من المحرّمات الأبدية^(١): التزويج حال الإحرام

لا يجوز للمحرم أن يتزوَّج امرأةً مُحَرِّمةً أو مُحِلَّةً، سواء كان بالمباشرة أم بالتوكيل مع إجراء الوكيل العقد حال الإحرام، سواء كان الوكيل مُحَرِّماً أم مُحِلّاً، وكانت الوكالة قبل الإحرام أو حاله.

وكذا لو كان بإجازة عقد الفضوليّ الواقع حال الإحرام أو قبله مع كونها حاله، بناءً على النقل، بل على الكشف^(٢) الحكمي،^(٣) بل الأحوط مطلقاً. ولا إشكال في بطلان النكاح في الصور المذكورة.

وإن كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجة عليه أبداً، سواء دخل بها أم لا. وإن كان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الأقوى، دخل بها أو لم يدخل، لكنّ العقد باطل على أيّ حال. بل لو كان المباشر للعقد مُحَرِّماً بطل وإن كان من له العقد مُحِلّاً.

ولو كان الزوج مُحِلّاً وكانت الزوجة مُحَرِّمة فلا إشكال في بطلان العقد،

(١) بتشديد الراء المكسورة خبر مقدّم، والمبتدأ المؤخّر قوله: التزويج حال الإحرام. (الفيروزآبادي).

(٢) في استفادة الكشف الحكمي من القواعد نظر وإشكال، تعرّضناه في كتاب البيع، فراجع. (آقاضيء).

※ على الأحوط فيه. (الخميني).

(٣) في الكشف الحكمي نظر. (عبدالله الشيرازي).

لكن هل يوجب الحرمة^(١) الأبديّة؟ فيه قولان، الأحوط الحرمة^(٢)، بل لا يخلو^(٣) من قوّة^(٤).

(١) الظاهر أنّ مناط الحكم في المسألتين واحد؛ لأنّ المذكور في الروايات ليس إلّا المحرم، فإن كان محمولاً على الجنس يُحمّل عليه في كلا الحكمين، وذكر الرجل في بعض الأخبار يُحمّل على كونه من باب المثال، وإن أخذ بالمتيقّن من المُحرّم - وهو الرجل - فالمتيقّن بطلان عقد المُحرّم دون المُحرّمة، والأقوى ما في المتن، كما صرّح به في الخلاف^(أ)، مستدلاً بالأخبار والإجماع منه. (محمّد رضا العليپايگاني).

(٢) الأولى. (الإصفهاني).

✽ لأنّ الظاهر إرادة الجنس من المُحرّم، فمناط التحريم في الزوجين واحد. (المرعشي).

(٣) لا لأنّ الأخذ بظاهر الأخبار الواردة في مورد المُحرّم والرجل يوجب التفكيك بين الحكمين، أعني البطلان والحرمة الأبديّة، مع أنّه لا مجال لتوهم الاختصاص في الأوّل؛ فإنّه لا مانع من كون العموم فيه مستفاداً من دليل آخر، كالإجماع ونحوه، بل لإلغاء العرف الخصوصية من كلمة «الرجل»، وعدم حمل «المُحرّم» على خصوص الرجل المتّصف بالإحرام. (اللكراني).

(٤) في القوّة نظر؛ لعدم وفاء دليل بها، فراجع. (آقاضيء).

✽ في القوّة نظر. (الكوهكمري).

✽ فيه تأمّل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

✽ لا قوّة فيه. (البروجردى، السبزواري).

✽ القوّة ممنوعة. (عبدالهادي الشيرازي).

ولا فرق في البطلان والتحريم الأبديّ بين أن يكون الإحرام لحجٍّ واجبٍ أو مندوبٍ أو لعمرَةٍ واجبةٍ أو مندوبة، ولا في النكاح بين الدوام والمتعة.

(مسألة ١): لو تزوّج في حال الإحرام مع العلم بالحكم لكن كان غافلاً عن كونه مُحَرِّماً أو ناسياً له فلا إشكال^(١) في بطلانه، لكن في كونه مُحَرِّماً أبداً إشكال^(٢)، والأحوط^(٣) ذلك^(٤).

(مسألة ٢): لا يلحق وطء زوجته الدائمة أو المنقطعة حال الإحرام بالتزويج في التحريم الأبديّ، فلا يوجب وإن كان مع العلم بالحرمة والعقد.

(مسألة ٣): لو تزوّج في حال الإحرام ولكن كان باطلاً من غير جهة الإحرام - كتزويج أخت الزوجة، أو الخامسة - هل يوجب التحريم،

⇒ فيه نظر. (عبدالله الشيرازي).

* لا قوّة فيه لو لم يكن الأقوى خلافه. (الشريعتمداري).

* الدليل وارد في المُحرِّم، فالتعدّي إلى المُحرِّمة لا وجه له. (الفاني).

* في القوّة إشكال. (محمّد الشيرازي).

(١) الأقوى عدم. (المرعشي).

(٢) لا يبعد دعوى أظهريّة عدم التحريم. (الروحاني).

(٣) الاحتياط المذكور لا يكون واجباً. (تقي القمي).

(٤) بل الأقوى؛ لأنّ علمه بحرمتها له الَّذي هو مضمون الرواية المقيّدة ملازم مع

التفاته بحرمتها له. (آقاسي).

* يمكن القول بعدم التحريم، بل لا يخلو من قوّة. (الفاني).

* لا بأس بتركه. (الخوئي).

أو لا؟ الظاهر ذلك^(١)، لصدق التزويج^(٢).

(١) لا ظهور فيه. (الكوه كَمَرِي).

* فيه تأمل، بل منع؛ لأنّ ظاهر الدليل أنّ التزويج الصحيح لولا وقوعه في حال الإحرام يوجب التحريم، ومنه يظهر النظر في قوله: لصدق التزويج. (صدر الدين الصدر).

* بل الأحوط ذلك. (الإصطهباناتي).

* محلّ تأمل، نعم، هو أحوط. (البروجردى، عبدالله الشيرازي).

* فيه إشكال، نعم، هو أحوط. (عبدالهادي الشيرازي).

* في كونه ظاهراً إشكال، وكذلك في شمول الأخبار له، نعم، هو أحوط. (البجنوردى).

* غير ظاهر وإن كان أحوط. (الشريعتمداري).

* بل الظاهر العدم. (الفاني).

* قد استشكل عليه وتوقّف سابقاً في نظيره، ولم يستظهر البطلان، كما استظهر هنا. (المرعشي).

* فيه إشكال، والأظهر عدم التحريم، وقد مرّ منه عليه الإشكال في نظيره في الفصل السابق. (الخوني).

* بل الأحوط. (السبزواري).

* تقدّم منه عليه الإشكال في نظيره ذلك في المسألة الأولى من الفصل السابق، والأقوى عدم التحريم، كما قلنا هناك، وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه. (زين الدين).

* في ظهوره إشكال، نعم، هو أحوط. (محمّد الشيرازي).

* فيه نظر. (حسن القمي).

* قد مرّ منه الإشكال في نظيره في الفصل السابق، وهو الحقّ، كما تقدّم. (الروحاني).

(٢) بل هو مقتضى الاحتياط. (الحائري).

* وربما يُستأنس ذلك ممّا رواه في التهذيب، عن حكم بن عيينة، قال: سألت أبا

فتشملة^(١) الأخبار^(٢)، نعم، لو كان بطلانه لفقد بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.

(مسألة ٤): لو شك في أنّ تزويجه هل كان في الإحرام أو قبله؟ بنى على^(٣) عدم كونه فيه^(٤). بل وكذا لو شك في أنّه كان في حال الإحرام أو بعده على إشكال^(٥).

⇒ جعفر عليه السلام عن مُحَرِّمٍ تزوّج امرأة في عدّتها قال عليه السلام: «يُفَرِّقُ بينهما، ولا تحلّ له أبداً»^(أ)، وإن كان الفرق بين المسألتين واضحاً. (محمّد رضا العليپايگاني).

(١) فيه إشكال. (الخميني).

* فيه إشكال، وقد مرّ منه الإشكال في الشمول في تزويج ذات العدة. (اللنكراني).

(٢) فيه إشكال؛ لانصرافها إلى ما كان صحيحاً من غير جهة الإحرام. (آقاضياء).

(٣) أي بنى على صحّته، وكذا في ما يتلوه على الأقوى. (الخميني).

(٤) بمعنى بنائه على صحّة التزويج، كما لا يخفى. (آقاضياء).

* بمعنى بنائه على الصحّة، وإلّا فاستصحاب عدم كونه فيه لا مورد له. (البجنوردي).

* بعد الفحص واليأس، وكذا ما بعده. (محمّد الشيرازي).

(٥) الفرق بين المسألتين بإجراء الإشكال هنا دون الفرع قبله مختصّ بصورة العلم بتاريخ التزويج. (الفيروزآبادي).

* أصالة الصحّة في العقد جارية، فلا إشكال مطلقاً. (صدرالدين الصدر).

* البناء على الصحّة لا يخلو من القوّة. (عبدالله الشيرازي).

* لكنّه ضعيف. (الخوئي).

* مع تقدّم أصالة الصحّة على الاستصحاب لا وجه للإشكال. (تقي القمي).

* لا إشكال فيه. (الروحاني).

(أ) الوسائل: الباب (١٧) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١٥.

وحينئذٍ فلو اختلف الزوجان في وقوعه حاله أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً قُدِّم قول مَنْ يدَّعي الصحة، من غير فرقٍ بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما، نعم، لو كان مُحَرِّماً وشكَّ في أنه أحلَّ من إحرامه أم لا، لا يجوز له التزويج. فإن تزوّج مع ذلك بطل (١) وحرمت (٢) عليه (٣) أبداً (٤)، كما هو مقتضى استصحاب (٥)

(١) إلا مع انكشاف الخلاف. (الفاني).

(٢) في الظاهر إذا لم ينكشف الخلاف. (عبدالله الشيرازي).

(٣) في الظاهر إذا لم ينكشف الخلاف. (البروجردي).

* مع علمه بالحرمة، وإنما تكون الحرمة في الظاهر ما لم ينكشف الخلاف. (الخميني).

* في الظاهر ما لم ينكشف الخلاف. (المرعشي).

* أي بالحرمة الظاهرية ما لم ينكشف الخلاف. (اللكراني).

(٤) ما لم ينكشف الخلاف. (الشريعتمداري).

* ظاهراً ما لم ينكشف الخلاف. (السبزواري).

* في الظاهر ما لم ينكشف الخلاف. (زين الدين).

* حرمةً ظاهريّةً إن لم ينكشف الخلاف. (محمّد الشيرازي).

(٥) ولا مجال لأصالة الصحة في المقام؛ إذ الأصل المزبور في فعل الشخص لا يجري إلا فيما مضى منه. نعم، في فعل الغير لا بأس بجريانها حتّى قبل مضيه ومدركه السيرة غير الجارية في المقام، وإنما يجري في فعل الشخص عموم «كل ما شككت فيه ممّا قد مضى» (أ) فامضيه كما هو (ب). (آقاضيء).

(أ) أضفناه من المصدر لاقتضاء السياق.

(ب) الوسائل: الباب (٢٤) من أبواب الخلل الواقع في الصلاة، ح ٣.

بقاء الإحرام^(١).

(مسألة ٥): إذا تزوّج حال الإحرام عالماً بالحكم والموضوع ثمّ انكشف فساد إحرامه صحّ العقد، ولم يوجب الحرمة، نعم، لو كان إحرامه صحيحاً فأفسده^(٢) ثمّ تزوّج ففيه وجهان^(٣): من أنّه قد

(١) الاستصحاب لا يقوم مقام العلم المأخوذ في الموضوع، وحيث إنّ المأخوذ في موضوع التحريم العلم فلا يكفي الاستصحاب لترتبه. (الروحاني).

(٢) لكنّه فرض غير واقع، وما هو محلّ الكلام هو فساد الحجّ في بعض الموارد؛ لإفساد الإحرام، فإنّ الظاهر عدم فساده مع فساد الحجّ. (الخميني).
* لم يعلم فرض فساد الإحرام؛ فإنّ الفاسد هو الحجّ، لا الإحرام، فلا محيص عن القول بالبطلان والحرمة الأبديّة. (اللنكراني).

(٣) أوجههما الأوّل. (الفيروزآبادي).

* أوجههما البطلان. (صدرالدين الصدر).

* أوجههما الصّحة؛ لأنّ الحكم بالفساد على خلاف القاعدة، فيقتصر فيه على المتيقّن. (كاشف الغطاء).

* أقواهما الثاني. (عبدالهادي الشيرازي، السبزواري).

* لكنّ الظاهر هو الثاني، وأمّا بناءً على تحقّق الفساد في الإحرام - بمعنى خروجه عنه بعد أن وقع صحيحاً - فالمتعّين هو الثاني، ولا يبقى وجه للأوّل. (البجنوردي).

* الظاهر أنّ الفاسد على القول به هو الحجّ، لا الإحرام، فالعقد باطل، وموجب للحرمة الأبديّة وجهاً واحداً. (عبدالله الشيرازي).

* الأقوى أنّ الحجّ الثاني عقوبة، فلا معنى لفساد الإحرام بالافساد، بل لا معنى له مطلقاً. (الفاني).

* أظهرهما الثاني فيما إذا كان الإفساد بجماعٍ أو نحوه، وأمّا إذا كان بترك أعمال

فسد^(١)، ومن معاملته معاملة الصحيح في جميع أحكامه.

(مسألة ٦): يجوز للمُحَرِّم الرجوع في الطلاق في العِدَّة الرجعية، وكذا تملك الإمام.

(مسألة ٧): يجوز للمُحَرِّم أن يوكل مُحِلًّا في أن يزوجه بعد إحلاله، وكذا يجوز له أن يوكل مُحَرِّمًا في أن يزوجه بعد إحلالهما.

(مسألة ٨): لو زوجه فضولي في حال إحرامه لم يجز له إجازته في حال إحرامه^(٢)، وهل له ذلك بعد إحلاله؟ الأحوط^(٣) عدم^(٤) ولو على القول

⇒ الحج أو العمرة بحيث لا يتمكّن من الإتيان بها بعد ذلك فالأظهر هو الأوّل. (الخنوي).

* والأقرب الثاني. (محمّد الشيرازي).

* أظهرهما الثاني. (الروحاني).

(١) إفساد الإحرام بعد النية وعقده بالتلبية غير متصوّر؛ لأنّ بقيّة المحرّمات أحكام ثابتة في حاله، وبمثله يمتاز عن الصوم. (آقاضي).

* الفاسد على القول به هو الحجّ، لا الإحرام، فالعقد باطل، وموجب للحرمة الأبديّة وجهاً واحداً. (البروجردي).

* هذا على القول بفساد الحجّ، وفساد الإحرام بفساده، أمّا على القول بعدم فساد الحجّ - كما هو الظاهر من بعض الأخبار، أو عدم فساد الإحرام بفساده - فالوجه الثاني هو المتعيّن. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) أي المزوّج بالفتح. (الفيروزآبادي).

(٣) هذا الاحتياط لا يكون واجباً. (تقي القمي).

(٤) والأقوى الجواز. (الفاني).

* لا بأس بتركه. (الخنوي).

بالنقل. هذا، إذا كان الفضوليّ مُحِلًّا، وإلّا فعقده باطل^(١) لا يقبل الإجازة ولو كان المعقود له مُحِلًّا.

* * *

⇒ * بل لا يخلو من قوّة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا يُترك هذا الاحتياط، ولجواز الإجازة وجه على القول بالنقل، بل وكذا على القول بالكشف الحكمي. (زين الدين).

* الأظهر الجواز على القول بالنقل، أو الكشف غير الحقيقي. (الروحاني).

(١) في إطلاقه إشكال. (حسن القمي).

فصل

في المحرّمات بالمصاهرة^(١)

وهي علاقة بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزوجيّة، أو الملك^(٢) عينا، أو انتفاعاً بالتحليل، أو الوطء شبهة أو زناً أو النظر واللمس في صورة مخصوصة.

(مسألة ١): تحرم زوجة كلٍّ من الأب والابن على الآخر فصاعداً في الأول، ونازلاً في الثاني - نسباً أو رضاعاً دواماً أو متعاً - بمجرد العقد وإن لم يكن دخل. ولا فرق في الزوجين والأب والابن بين الحرّ والمملوك.

(١) أريد منها المعنى الأعمّ من المصطلح، حتّى تشمل أمّ المزنيّ بها وبنتها نسباً أو رضاعاً. (المرعشي).

(٢) صرف التملك عينا أو انتفاعاً غير مقتضى لحدوث المصاهرة، فلا بدّ من تقييد الكلام بالدخول ونحوه. (المرعشي).

* حدوث العلاقة المذكورة بمجرد الملك عينا أو انتفاعاً غير معلوم، والمتيقّن هو حدوثها بالوطء، مملوكة كانت أو محلّلة، وبالنظر واللمس في المملوكة، نعم، في الزوجة تحدث بمجرد الزوجيّة وإن كان التحريم في بعض المحرّمات مشروطاً بالدخول. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* في حدوث العلاقة المذكورة بمجرد الملك عينا أو انتفاعاً من دون تحقّق الوطء إشكال، مضافاً إلى اختصاص المصاهرة لغة وعرفاً بالزوجيّة، كما في الجواهر^(أ). (اللفكراني).

(مسألة ٢): لا تحرم^(١) مملوكة الأب على الابن وبالعكس مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر، وتحرم مع الدخول أو أحد الأمرين^(٢) إذا كان بشهوة^(٣). وكذا لا تحرم المحللة لأحدهما على الآخر إذا لم تكن

(١) هذه المسألة ونظائرها من المسائل المتعلقة بأحكام العبيد والإماء، لا نتعرض لها. (تقي القمي).

(٢) على الأحوط في الأمرين. (عبدالله الشيرازي).

(٣) والأحوط نشر الحرمة إذا نظر إلى عورتها وإن لم يكن بشهوة، بل لا يخلو من قرب. (الحائري).

* بل الأحوط تركه باللمس وإن لم يكن عن شهوة؛ لإطلاق نصّه (أ)، كما أنّ في إطلاق النظر ولو بشهوة لمثل الوجه والكفين أيضاً نظر؛ لعدم مساعدة الدليل عليه، كما لا يخفى على من راجع. (آقايضاء).

* وكان النظر إلى ما لا يحلّ لغير مالکها النظر إليها، والحكم عندي محلّ إشكال لكنّه أحوط. (البروجردی).

* على الأحوط في الأمرين. (عبدالهادي الشيرازي).

* وفي النظر إذا كان إلى ما لا يحلّ لغير المالك النظر إليه وكان بشهوة. (البجنوردي).

* وكان النظر إلى فرج المملوكة. (الفاني).

* على الأحوط، بل الأحوط مطلق اللمس والنظر إلى ما لا يحلّ لغير المالك. (الخميني).

* بل مطلقاً على الأحوط، إن كان المنظور ما يحرم النظر إليه لغير المالك بالزمام. (المرعشي).

◀

(أ) الوسائل: الباب (٣) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ١ و ٣ وغيرهما.

مدخولة^(١).

(مسألة ٣): تحرم على الزوج أم الزوجة وإن علت، نسباً أو رضاعاً مطلقاً، وكذا بنتها وإن نزلت بشرط الدخول^(٢) بالأم، سواء كانت في حُجره أم لا، وإن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته. وكذا تحرم أم المملوكة الموطوءة على الواطئ وإن علت مطلقاً، وبنتها.

(مسألة ٤): لا فرق في الدخول بين القُبُل والدُبُر، وتكفي الحشفة أو مقدارها^(٣).

⇒ * بل وإن لم يكونا بشهوةٍ على الأحوط، إلّا إذا كان النظر إلى ما لا يحرم لغير المالك النظر إليه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* وتلاحظ المسألة الثامنة والثلاثون من هذا الفصل. (زين الدين).

* إيجاب أحد الأمرين للحرمة من دون تجريدها ومن دون تقبيلها محلّ نظر، لكنّه الأحوط، ولو جرّدها ومسّها من دون الشهوة فالأحوط أيضاً الحرمة. (حسن القمي).

* وكان النظر إلى ما لا يبدو غالباً من الجوّاري. (الروحاني).

* يأتي الكلام فيه في المسألة (٣٦) وما بعدها. (اللنكراني).

(١) ولا ملموسة ولا منظورة. (الفيروزآبادي).

* ولملموسة ومنظورة. (الخميني).

* ولا منظورة ولا ملموسة على الأحوط، بل الأقوى. (المرعشي).

* الظاهر أنّ للمحلّلة حكم المملوكة، فتحرم على الأب والابن مع الدخول ومع اللمس أو النظر بشهوة. (زين الدين).

* أو ما بحكم الدخول. (اللنكراني).

(٢) وتراجع المسألة السابعة والثلاثون من هذا الفصل. (زين الدين).

(٣) كفاية المسمّى في مقطوع الحشفة لا تخلو من قوّة. (الخميني).

ولا يكفي الإنزال على فرجها من غير دخول وإن حبلت به. وكذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظة أو النوم، اختياراً أو جبراً منه أو منها.

(مسألة ٥): لا يجوز لكل من الأب والابن وطء مملوكة الآخر من غير عقد ولا تحليل وإن لم تكن مدخولة له، وإلا كان زانياً.

(مسألة ٦): يجوز للأب أن يقوم مملوكة ابنه الصغير على نفسه ووطؤها^(١).

والظاهر إلحاق الجدّ بالأب والبنت بالابن^(٢)، وإن كان الأحوط^(٣) خلافه^(٤). ولا^(٥) يعتبر

⇒ * لو صدق الدخول بأقل من ذلك فلا يُترك الاحتياط. (حسن القمي).

* الميزان صدق عنوان الوطء والدخول وأمثالهما. (تقي القمي).

* بل لا يبعد الاكتفاء بالمستوى في المقطوع. (اللكراني).

(١) مع الاشتراء. (الفيروزآبادي).

(٢) الظاهر إلحاق البنت بالابن، ولا يترك الاحتياط في الجدّ، فلا يلحق بالأب إذا كان

ذلك من باب الولاية وتمت شروطها، فيعتبر حينئذٍ وجود المصلحة للصبي والملاءة

وإجراء الصيغة. (زين الدين).

(٣) لا يُترك في الجدّ، وكذا في اعتبار الملاءة. (عبدالله الشيرازي).

* لا يُترك بالنسبة إلى الجدّ. (الفاني).

* لا يُترك. (المرعشي).

* لا يُترك فيه وفي ما قبله. (حسن القمي).

(٤) لا تُترك الاحتياطات الثلاثة. (السبزواري).

* لا يُترك في الجدّ. (الروحاني).

(٥) لا يُترك في الجدّ، وكذا في اعتبار الملاءة. (البروجردی).

إجراء^(١) صيغة^(٢) البيع^(٣) أو نحوه وإن كان أحوط^(٤).
وكذا لا يعتبر كونه مصلحة^(٥) للصبي، نعم، يعتبر عدم المفسدة^(٦).
وكذا لا يعتبر الملاءة^(٧) في الأب وإن كان أحوط^(٨).
(مسألة ٧): إذا زنى الابن بمملوكة الأب حُدَّ. وأمّا إذا زنى الأب

-
- (١) لا يُترك الاحتياط فيه، بل اعتباره لا يخلو من وجه. (محمّد رضا الكلبيكاني).
(٢) بل المعتبر إيقاع المعاوضة عليها بالقيمة في ذمّته ولو لم يكن هناك مبرز ومظهر. (المرعشي).
(٣) لكن يكون التقويم بعنوان التملّك في مقابل العوض. (الخميني).
(٤) لا يُترك. (الفيروزآبادي، الكوهكمري).
* بل لا يخلو من وجه. (البروجدي).
* لا يُترك الاحتياط فيه وفي ما قبله وفي ما بعده. (الخوئي).
* وله وجه، فلا يُترك الاحتياط. (الروحاني).
(٥) في غير الجَدِّ والبنت؛ للاقتصار في إطلاق النصّ الخاصّ بغيرهما^(أ). (آقازي).
(٦) المحرّمة، وأمّا المفسدة غير المحرّمة فالحكم فيها مبنيّ على الاحتياط. (محمّد الشيرازي).
(٧) التقويم معتبر شرعاً، ومع عدم القدرة على أداء الثمن ولو في المستقبل يكون لغواً، فلا بدّ من اعتبار القدرة على أداء الثمن. (الفاني).
(٨) لا يُترك فيه وفي ما قبله من صورتين، بل لا يخلو اعتبار إجراء صيغة البيع ونحوه من وجه، وعلى فرض عدم لادّ من أن يكون التقويم بعنوان التملّك في مقابل العوض. (اللكراني).

(أ) الوسائل: الباب (٧٨) من أبواب ما يُكتسب به، ح ٣، ح ١٠، والباب (٧٩)، ح ١ و ٢.

بمملوكة الابن فالمشهور^(١) عدم الحدّ عليه^(٢)، وفيه إشكال^(٣).
 (مسألة ٨): إذا وطئ أحدهما مملوكة الآخر شبهةً لم يُحدّ، ولكن عليه مهر المثل.
 ولو حبلى فإن كان الواطئ هو الابن عتق الولد^(٤) قهراً مطلقاً، وإن كان الأب لم ينعق^(٥)، إلا إذا كان

(١) وهو الأقوى. (الإصفهاني، السبزواري).

* وهو المنصور. (صدرالدين الصدر).

(٢) وهو الأقوى، والفارق بينه وبين الابن هو الإجماع فيه على عدم الحدّ دون الابن. (البجنوردي).

(٣) لا إشكال فيه. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* كما يومئ إليه في الجواهر، فراجع (أ). (آقاصياء).

* الأقوى ما عليه المشهور. (الإصطهباناتي).

* لم نظفر على دليل على قول المشهور. (الفاني).

* بل الظاهر ثبوت الحدّ عليه، ويظهر من المسالك^(ب) في المسألة الرابعة من حدّ

السارق المفروغة عن ترتّب حدّ الزاني على الأب لو زنى بجارية الابن. (الخوئي).

(٤) لعدم تملك الأب ولد ولده، ذكوراً كانوا أو إناثاً، فالرقية مستلزمة للانعقاد. (المرعشي).

(٥) إذ الولد حينئذٍ أخٌ للمالك، ولا مانع من رقية الأخ للأخ. (المرعشي).

* الظاهر هو الانعقاد، كما صرح به في المسألة الثامنة في فصل نكاح العبيد

⇐

(أ) جواهر الكلام: ٣٥٥/٢٩.

(ب) مسالك الأفهام: ٥٣٠/١٤ - ٥٣١.

أنتى^(١)، نعم، يجب^(٢) على الأب^(٣) فكّه إن كان ذكراً.

(مسألة ٩): لا يجوز نكاح بنت الأخ^(٤) أو الأخت على العمّة^(٥) والخالة إلا بإذنهما، من غير فرق بين الدوام والانتقطاع، ولا بين علم العمّة والخالة وجهلهما، ويجوز العكس وإن كانت العمّة والخالة جاهلتين^(٦) بالحال على الأقوى^(٧).

(مسألة ١٠): الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين^(٨) والكبيرتين

⇒ والإماء. (الخوئي).

* بل يكون حرّاً، كما سيأتي في المسألة الثامنة من فصل «نكاح العبيد والإماء»: أنّ الولد يلحق بأشرف الأبوين، ولا ينافي ذلك أنّ على الأب ضمان قيمة الولد يوم يولد حيّاً. (زين الدين).

(١) أو مات الابن فانتقلت الموطوءة إلى الأب. (صدرالدين الصدر).

* لأنّها حينئذٍ من المحارم، ولا يملك الشخص محارمه. (المرعشي).

(٢) يحتاج إلى المراجعة. (الخميني).

(٣) سيأتي تفصيل هذه المسألة في المسألة (٨) من فصل نكاح العبيد والإماء. (السبزواري).

(٤) بنت أخ الزوجة أو أختها. (الفيروزآبادي).

(٥) قد يقال: إنّ هذه المسألة من انفراديات أصحابنا الإماميّة، وفيه تأمّل. (المرعشي).

(٦) فيه تأمّل. (اللكراني).

(٧) هذه الصورة محلّ تأمّل وإشكال، وكذا صورة الاقتران. (البروجردي).

(٨) من بنت الأخ أو الأخت والعمّة والخالة. (الفيروزآبادي).

* وفي كفاية إجازة الوليين إشكال. (المرعشي).

والمختلفتين^(١)، ولا بين اطلاع العمّة والخالة على ذلك، وعدم اطلاعهما أبداً، ولا بين كون مدّة الانقطاع قصيرةً ولو ساعة أو طويلة، على إشكال^(٢) في بعض^(٣) هذه الصورة؛ لإمكان دعوى^(٤) انصراف^(٥) الأخبار^(٦).

(مسألة ١١): الظاهر^(٧)

⇒ في كفاية إجازة الولي في العمّة والخالة الصغيرتين إشكال، فالأحوط ترك العقد ولو مع إجازة الولي. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) وإذا كانت العمّة والخالة صغيرتين فالأحوط ترك العقد على ابنة الأخ وابنة الأخت، ولا يكفي إذن ولي الصغيرة. (زين الدين).

(٢) لا إشكال فيه بعد إطلاق الأخبار، ودعوى الانصراف ممنوعة. (صدرالدين الصدر).

* لا إشكال بعد إطلاق الأخبار وعدم الموجب للانصراف. (الفاني).

* الإشكال ضعيف، والانصراف ممنوع. (زين الدين).

* لكنّه ضعيف. (تقي القمي).

* أقواه التعميم. (الروحاني).

(٣) لكنّ الأقوى هو التعميم. (البروجردی).

* أقواه التعميم. (عبدالهادي الشيرازي).

* الأقوى التعميم. (الخميني).

(٤) لكنّه على فرض التسليم بدويّ، والأقوى التعميم. (المرعشي).

(٥) لا وجه لهذه الدعوى. (الكوهكمری).

(٦) لا وجه لدعوى الانصراف ظاهراً، ولو كان فهو بدويّ لا اعتبار به. (البجنوردي).

* الانصراف بدويّ. (عبدالله الشيرازي).

* دعوى الانصراف ممنوعة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لكنّه انصراف بدويّ لا يضرّ بالإطلاق. (اللكراني).

(٧) فيه إشكال، بل الأشبه عكسه. (الخميني).

- أنَّ (١) حكم (٢) اقتران (٣) العقدَيْن (٤) حكم سبق العمّة (٥) والخالة (٦).
 (مسألة ١٢): لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين.
 (مسألة ١٣): لا فرق في العمّة والخالة بين الدنيا منهما والعليا.

⇒ * فيه إشكال، والاحتياط لا ينبغي تركه. (الخوئي).

* لا منشأ لذلك الاستظهار، نعم، هذا الحكم مطابق للاحتياط. (محمّد رضا
 الكلبيكاني).

* على الأحوط. (حسن القمي).

* بل الظاهر خلافه، ومقتضى القاعدة صحّة العقد؛ لعدم تحقّق عنوان الموضوع
 للحرمة. (تقي القمي).

* فيه نظر، بل ظاهر الدليل الاختصاص بصورة السبق، وخروج صورة الاقتران.
 (اللكراني).

(١) فيه تأمّل؛ لانصراف النصّ (أ). (آقايضاء).

* فيه إشكال. (السبزواري).

(٢) لا ظهور فيه وإن كان أحوط. (الكوهكَمري).

(٣) فيه إشكال، وقُلَّ مَنْ تعرّض له فيما أعلم، وإلحاقه بسبق العمّة والخالة محلّ
 إشكال. (المرعشي).

(٤) فيه إشكال. (البجنوردي).

(٥) فيه تأمّل، نعم، هو الأحوط. (عبدالله الشيرازي).

(٦) فيه تأمّل واضح، ولكنّه احتياط لا يُترك. (زين الدين).

* بل حكم لحوقهما. (الروحاني).

(أ) الوسائل: الباب (٣) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها. أحاديث الباب.

- (مسألة ١٤): في كفاية الرضا الباطنيّ منهما من دون إظهاره^(١) وعدمها^(٢)، وكون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلاً وجهان^(٣).
- (مسألة ١٥): إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوّج لم يكفِه

(١) على الوجه الظاهر المتعارف. (الفيروزآبادي).

(٢) وهو الأظهر. (تقي القمي).

(٣) أوجههما الكفاية. (الفيروزآبادي).

* أوجههما الأول؛ لظهور النصّ^(أ) في كفاية الرضا. (آقاسي).

* أوجههما الأول مع العلم بذلك. (الكوهكَمري).

* أوجههما الثاني. (صدرالدين الصدر).

* أحوطهما الثاني. (عبدالهادي الشيرازي).

* الأقرب هو كفاية الرضا الباطنيّ منهما، من دون الاحتياج إلى الإذن قولاً أو فعلاً. (البجنوردي).

* لا يبعد الأول. (عبدالله الشيرازي).

* إنشاء الإذن قولاً أو فعلاً معتبر. (الفاني).

* الأحوط الثاني. (الخميني).

* الأقرب الكفاية. (المرعشي).

* والأوجه هو الأول. (الخوئي).

* أقواهما الأول في صورة العلم بالرضا، وأحوطهما الثاني. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* والثاني أحوط إن لم يكن أقوى. (محمّد الشيرازي).

* أظهرهما عدم. (الروحاني).

* والأحوط الثاني. (اللتكراني).

(أ) الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ٣.

الإذن السابق.

(مسألة ١٦): إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثر^(١) في البطلان.

(مسألة ١٧): الظاهر كفاية إذنهما وإن كان عن غرور، بأن وعدّها أن

يُعطيها شيئاً فرضيت ثم لم يف^(٢) بوعده، سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد^(٣) أم لا^(٤). نعم^(٥)، لو قيّد الإذن بإعطاء شيءٍ فتزوّج ثم لم يُعطِ

كشف عن بطلان الإذن^(٦) والعقد، وإن كان حين العقد بانياً على العمل به.

(مسألة ١٨): الظاهر^(٧) أنّ اعتبار^(٨) إذنهما من باب الحكم

(١) أي لا يبطل العقد الواقع بعد صحّته. (الفيروزآبادي).

(٢) إذا كان الوعد إعطاءها قبل العقد، وإلاّ ففي البطلان مع عدم الإعطاء تأمّل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

(٣) مع العزم على عدم الوفاء لا يخلو من إشكال. (عبدالله الشيرازي).

(٤) مع العزم على عدم الوفاء مشكل. (الإصطهباناتي).

* مع العزم على عدم الوفاء لا يخلو من إشكال. (البروجدي).

* بل عازماً على عدمه. (المرعشي).

(٥) التعميم باطل، فلا حاجة إلى الاستدراك؛ لأنّ الرضا في صورة وعد الإعطاء مقيد، لا مطلق. (الفيروزآبادي).

(٦) لا يتّصف الإذن بالصحة والبطلان؛ فإنّه: إمّا موجود، أو معدوم، ولعلّه يريد بذلك عدم تحقّقه باعتبار عدم تحقّق المعلّق عليه. (الخوئي).

(٧) منشأ الاستظهار غير معلوم، نعم، مقتضى الاستصحاب عدم التأثير، لا الإسقاط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٨) فيه إشكال. (عبدالهادي الشيرازي).

* بل الظاهر أنّ الحكم المذكور من قبيل الحقّ، وملاك جعله التشريف. (الفاني).

الشرعي^(١)، لا أن يكون لحقّ منهما، فلا يسقط^(٢) بالإسقاط^(٣).

(مسألة ١٩): إذا اشترط^(٤) في عقد العمّة أو الخالة إذهما في تزويج بنت الأخ أو الأخت، ثمّ لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط لم يصحّ العقد على إحدى البنتين، وهل له إجبارهما^(٥) في الإذن؟^(٦) وجهان^(٧)، نعم،

(١) بل هو بالحقّ أشبه. (محمّد الشيرازي).

(٢) فإن أسقطتاً ثمّ أظهرتاً عدم الرضا لا يصحّ عقدهما. (الفيروزآبادي).

(٣) ويمكن أن يكون حقّاً غير قابلٍ للإسقاط؛ إذ ليس كلّ حقّ قابلاً له، ففي دعوى الظهور إشكال. (السبزواري).

(٤) في صحّة هذا الشرط تأمل، إلّا إذا رجع إلى الصورة الأولى، فكيف كان فالأقوى فساد العقد مع إظهار الكراهة. (صدرالدين الصدر).

(٥) الظاهر أنّ المعتبر هو الإذن الكاشف عن الرضا، أو الرضا وحده، ولا وجه للإجبار على ذلك. (الكوهكَمَرِي).

* لكنّه مع الإجبار لا يتحقّق الإذن الكاشف عن الرضا الباطني، والمعتبر هو المكشوف فقط، أو مع ضمّ الكاشف القوليّ أو الفعلِي. (اللكراني).

(٦) الإذن الإجماليّ لا يكشف عن الرضا وهو المعتبر، كما ورد التعبير به في بعض الأخبار. (الفاني).

(٧) لا ينفع الإجبار. (الفيروزآبادي).

* مع دخل الرضا الباطنيّ بنحو الحكميّة في صحّة العقد لا يتصوّر فيه إجبارهما عليه. (آقاضيء).

* الإذن ليس قابلاً للإجبار. (الشريعةمداري).

* الأظهر الأوّل بعد كون الاشتراط مستلزماً لثبوت حقّ للمشروط له على

إذا اشترط^(١) عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد^(٢) على ابنة الأخ أو الأخت فالظاهر^(٣) الصّحة^(٤)،

⇒ المشروط عليه، ولكنّ الظاهر أنّ الإذن شرط من جهة كشفه عن الرضا، فحينئذٍ لا وجه للإجبار. (المرعشي).

* الظاهر هو جواز الإجبار، إلّا أنّه لا يجدي؛ فإنّ الموضوع لصحة العقد على بنت الأخ أو الأخت رضا العمّة أو الخالة، وهو لا يتحقّق به. (الخوئي).

* لو كان المعتبر الإذن الكاشف عن الرضا كما هو الظاهر فلا يتحقّق بالإجبار. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا يبعد ذلك. (السيزواري).

* ظاهر الأدلّة أنّه يعتبر الإذن الكاشف عن الرضا، ومثل هذا الإذن غير قابلٍ للإجبار. (زين الدين).

* الأوّل غير بعيدٍ وإن كان الثاني أحوط. (محمّد الشيرازي).

* والأوجه جوازه. (تقي القمي).

* أظهرهما أنّ له ذلك. (الروحاني).

(١) في صحّة هذا الشرط نظر؛ لأنّه بإطلاقه خلاف السنّة الدالّة على اعتبار رضاها بالتزويج، وتوهم انصرافه إلى صورة عدم الشرط فاسد بعد اقتضاء العنوانين دخل رضاها في صحّة العقد المزبور. (آقاضياء).

* فيه إشكال. (عبدالهادي الشيرازي).

(٢) فيه تأمل. (الكوهكفري).

(٣) الظاهر أنّ الشرط المذكور إن لم يقيّد بالرضا ولا بعدمه يكون بمنزلة الإذن، فيصحّ العقد ما لم تظهر الكراهة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) فيه إشكال. (المرعشي).

وإن أظهرت^(١) الكراهة^(٢)

⇒ * فيها إشكال. (عبدالهادي الشيرازي)

* بل الظاهر الفساد. (البروجردى، الروحاني).

* محلّ إشكال. (الشريعتمداري).

* لو رجع الشرط إلى سقوط إذنه فالظاهر بطلان الشرط. (الخميني).

* فيه تفصيل. (السبزواري).

* وهو في غاية الإشكال. (زين الدين).

* مشكل غاية الإشكال؛ فإنّ الشرط من قبيل الشرط المخالف للكتاب. (حسن القمي).

* هذا إذا كان مرجع الشرط إلى توكيلها الزوج في الإذن، وأمّا لو كان مرجعه إلى كون الأمر بيده فلا يصحّ. (تقي القمي).

* إن كان مرجع الشرط إلى سقوط اعتبار إذنهما فالظاهر فساد، وإن كان مرجعه إلى لزوم الإذن البعديّ فيرجع إلى الصورة الأولى، وإن كان مرجعه إلى الإذن الفعليّ حال العقد فهو معتبر ما لم يتحقّق الرجوع عنها. (اللنكراني).

(١) بل البطلان؛ لأنّ الشرط خلاف السنّة، وليس حقّاً حتّى يرجع الشرط إلى إسقاط الحقّ، اللهمّ إلا أن يقال: يشترط أن يكون الزوج مأذوناً من قبلهما في تزويجهما. (الفيروزآبادي).

* فيه إشكال. (الإصفهاني).

* فيه إشكال، بل لا يبعد الفساد. (عبدالله الشيرازي).

(٢) محلّ إشكال. (الإصطهباناتي).

* بل الظاهر هو الفساد؛ لأنّ هذا الشرط مخالف للكتاب لو كان مقيداً بعدم إذنهما ورضاهما، أو كان مطلقاً بالنسبة إلى ذلك. (البجنوردي).

بعد هذا^(١).

(مسألة ٢٠): إذا تزوّجها من غير إذنٍ ثمّ أجازتا صحّ على الأقوى^(٢).
 (مسألة ٢١): إذا تزوّج العمّة وابنة الأخ وشكّ في سبق عقد العمّة أو سبق عقد الابنة حكم بالصّحة^(٣)، وكذا إذا شكّ في السّبق والاقتران بناءً على البطّان مع الاقتران.

(مسألة ٢٢): إذا ادّعت العمّة أو الخالة عدم الإذن، وادّعى هو الإذن منهما قدّم قولهما^(٤). وإذا كانت الدعوى بين العمّة وابنة الأخ مثلاً في الإذن وعدمه فكذلك قدّم قول العمّة.

(مسألة ٢٣): إذا تزوّج ابنة الأخ أو الأخت وشكّ^(٥) في أنّه هل كان عن إذنٍ من العمّة والخالة أو لا؟ حمل فعله على الصّحة^(٦).

⇒ * إظهار الكراهة كاشف عن عدم الرضا، والمعتبر هو الرضا. (الفاني).

* فيه إشكال إن كانت قبل العقد على بنت الأخ أو الأخت، بل وبعده أيضاً، إلّا إذا كان بنحو ما مرّ في المسألة (١٦) فلا إشكال حينئذٍ. (السبزواري).

(١) بل الظاهر الفساد. (الخوئي).

(٢) لكنّ الأحوط عدم الاكتفاء به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) إن لم يعلم بغفلته عن ذلك حال العقد. (صدرالدين الصدر).

* يشكّل الحكم بالصّحة إذا علم بغفلته عن ذلك حال العقد، وكذا في الفرض اللاحق؛ بناءً على البطّان. (زين الدين).

(٤) إذ شرط الصّحة قائم بمن يدّعي عدمه، وكذا الحال في تالي المسألة. (المرعشي).

(٥) سواء حصل الشكّ منه أم من الغير. (الفيروزآبادي).

(٦) إذا لم يعلم بغفلته عن ذلك حال العقد. (زين الدين).

- (مسألة ٢٤): إذا حصلت بنتية الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل^(١)، وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم على وجه^(٢).
- (مسألة ٢٥): إذا طلق العمة أو الخالة طلاقاً رجعيّاً لم يجز تزويج أحد البنتين إلا بعد خروجهما عن العدة، ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه.
- (مسألة ٢٦): إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت؛ لأنّ طلاق الخلع بائن، وإن رجعت في البذل لم يبطل^(٣) العقد^(٤).
- (مسألة ٢٧)^(٥): هل يجري الحكم في المملوكتين^(٦) والمختلفتين؟

- ⇒ * كيف يحمل فعله على الصحة، والحال أنّ سلطنته على العقد غير محرزة، ودليل أصالة الصحة منحصر في السيرة، ولا إطلاق لها؟! (تقي القمي).
- (١) مشكل، بناءً على بطلان الجمع بينهما مطلقاً ولو بقاءً. (السبزواري).
- (٢) لا يخلو من قوة. (عبدالهادي الشيرازي، الفاني).
- * فيه تأمل. (الخميني).
- * غير صافي عن شوب الإشكال. (المرعشي).
- * قابل للخدشة. (السبزواري).
- * وهو مشكل، بل ممنوع. (زين الدين).
- * ولا يبعد كونه وجيهاً. (محمّد الشيرازي).
- (٣) بل وإن رجع الزوج لم يبطل أيضاً. (تقي القمي).
- (٤) ولكنه إذا أراد الرجوع بها فالأحوط له أن يستأذنها في العقد على البنت.
- (زين الدين).
- (٥) لا نتعرض لهذه المسألة وأمثالها. (تقي القمي).
- (٦) لا من جهة أصل الملك، بل بلحاظ الوطء فيه. (للنكراني).

وجهان، أقواهما العدم^(١).

(مسألة ٢٨): الزنا الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة إذا كان بعد الوطء، بل قبله^(٢) أيضاً^(٣) على الأقوى^(٤). فلو تزوّج امرأة ثمّ زنى بأُمّها أو بنتها لم تحرم عليه امرأته^(٥). وكذا لو زنى الأب بامرأة الابن لم تحرم

(١) إن كانت العمّة أو الخالة حرّة وبنت الأخ أو الأخت مملوكّة تجري الأحكام ظاهراً. (الفيروزآبادي).

(٢) فيه إشكال، ولا يُترك الاحتياط ولو من جهة وجود مقيدات، وإن قيل بضعفها سنداً. (أفاضياء).

* بل يوجب فيه على الأحوط. (اللنكراني).

(٣) لا يُترك الاحتياط فيما إذا كان الزنا قبل الوطء، وكذا في اللواط الطارئ قبل الوطء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا يُترك الاحتياط في هذه الصورة. (زين الدين).

* الاحتياط في هذه الصورة ممّا ينبغي رعايته، وإن كان الأقوى ما أفاده. (الروحاني).

(٤) لا يُترك الاحتياط بالطلاق. (الحائري).

* ينبغي في هذه الصورة رعاية الاحتياط. (البروجردی).

* لا يُترك الاحتياط. (عبدالله الشيرازي).

* فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك^(أ). (الخوئي).

* لا ينبغي ترك الاحتياط. (السبزواري).

* في القوّة إشكال، والأحوط أنّه يوجبها. (حسن القمي).

(٥) تقدّم خلافه في الفصل المتقدّم على الفصل السابق، والأقوى ما في المقام. (الكوه كَمَرِي).

(أ) هذه التعليقة منه رحمته أوردناها من نسخة أخرى.

على الابن. وكذا لو زنى الابن بامرأة الأب لا تحرم على أبيه. وكذا الحال في اللواط الطارئ على التزويج^(١)، فلو تزوج امرأة ولاط بأخيها أو أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته، إلا أن الاحتياط^(٢) فيه^(٣) لا يترك^(٤).
وأما إذا كان الزنا سابقاً على التزويج، فإن كان بالعمة^(٥) أو بالخالة يوجب

(١) لا يترك الاحتياط في الطارئ بعد العقد وقبل الدخول. (زين الدين).

(٢) يجوز تركه. (الفيروزآبادي).

* تقدّم ما هو الأقوى في ذلك. (جمال الدين الكلبيكاني).

* إذا كان اللواط قبل الوطء، وأما إذا كان بعد الوطء فالأقوى عدم وجوب مراعاته.

(محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) تقدّم ما هو الأقوى في ذلك. (النائيني).

* في خصوص ما إذا كان اللواط قبل الوطء، كما في الزنا، على ما مرّ. (اللتكراني).

(٤) تقدّم أن الأقوى عدم الحرمة في اللواط الطارئ على التزويج، فيجوز ترك هذا

الاحتياط، نعم، لا يجوز ترك الاحتياط في العقد الجديد بعد طلاقها؛ لأنّ اللواط

بالنسبة إلى العقد الجديد ليس طارئاً على التزويج، بل سابق عليه. (البجنوردي).

* لا بأس بتركه. (الفاني).

* لا ينبغي تركه. (الخميني).

* فيما كان ارتكاب الحرام قبل الوطء، وأما بعده فلا أثر له قطعاً، سواء في ذلك

الزنا واللواط. (المرعشي).

* لا بأس بتركه في غير ما إذا أراد التزويج بها ثانياً. (الخوئي).

* لا بأس بتركه، إلا بعد بطلان العقد الأوّل بطلاق أو غيره وأراد التزويج ثانياً.

(حسن القمي).

(٥) الحكم بالنسبة إليها مبني على الاحتياط. (تقي القمي).

حرمة بنتيهما^(١)، وإن كان بغيرهما فيه خلاف^(٢). والأحوط التحريم^(٣)، بل لعلّه لا يخلو من قوّة^(٤).

وكذا الكلام في الوطء بالشبهة^(٥) فإنّه: إن كان طارئاً لا يوجب الحرمة،

(١) على الأحوط في بنت العمّة. (الخوئي).

* على الأحوط في بنت العمّة، وهو الأقوى في بنت الخالة. (زين الدين).

* الحكم في العمّة مبني على الاحتياط. (حسن القمي).

* على الأحوط، وعدم التحريم أقوى. (الروحاني).

(٢) لا يُترك الاحتياط فيه وفي الوطء بالشبهة. (صدرالدين الصدر).

(٣) لا يُترك هذا الاحتياط، أمّا القوّة فهي موضع تأمل، وفي حكم بنت المزنيّ بها

المرأة المزنيّ بها على أب الزاني ولده. (زين الدين).

(٤) القوّة محلّ منع، وكذا في الوطء بالشبهة. (البروجردی).

* في القوّة محلّ التأمل، وكذا في الوطء بالشبهة. (عبدالله الشيرازي).

* القوّة ممنوعة، نعم، هو أحوط. (الشريعتمداري، السبزواري).

* بل هو قويّ جدّاً؛ إذ يظهر من الروايات أنّ الحكم بالحلّ ورد تقيّةً، فتأمل فيها

دقيقاً. (الفاني).

* في القوّة إشكال، وكذا في الوطء بالشبهة. (الخميني، اللنكراني).

* في التقوية ضعف. (المرعشي).

* في القوة إشكال، بل منع. (الخوئي).

* في القوّة إشكال. (محمّد الشيرازي).

* بل الأقوى عدم التحريم. (حسن القمي).

* في إطلاقها إشكال. (تقي القمي).

* في القوّة منع، بل عدم التحريم أقوى، وكذا في الوطء بالشبهة. (الروحاني).

(٥) إلحاق وطء الشبهة بالزنا في الحكم مبني على الاحتياط. (حسن القمي).

وإن كان سابقاً على التزويج أوجبها^(١).

(مسألة ٢٩): إذا زنى بمملوكة^(٢) أبيه: فإن كان قبل أن يطأها الأب حرمت^(٣) على الأب^(٤)، وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم. وكذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكة ابنه.

(مسألة ٣٠): لا فرق في الحكم بين الزنا في القُبْل أو الدُبُر.

(مسألة ٣١): إذا شكَّ في تحقق الزنا وعدمه بنى على العدم. وإذا شكَّ في كونه سابقاً، أو لا بنى^(٥)

(١) فيه إشكال. (المرعشي).

* فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

* على الأحوط. (زين الدين).

* لا دليل عليه، لكن الاحتياط لا يُترك. (تقي القمي).

(٢) هذه المسألة وأمثالها خارجة عن محلّ الابتلاء. (تقي القمي).

(٣) للأخبار المقيّدة بعموم العلة بأنَّ «الحلال لا يحرمه الحرام»^(أ)، وعملهم بها في

المقام يكشف عن اعتبارها، وهو الفارق بين المقام والمقام السابق. (آقاصياء).

(٤) فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

(٥) إذا جهل كلّ من تاريخ العقد على المرأة وتاريخ الزنا بها حكم بصحة العقد

وثبوت الزوجيّة، وإذا علم تاريخ العقد وشكَّ في تاريخ الزنا حكم بالحلّ وعدم

التحريم المؤبّد، أمّا إذا علم تاريخ الزنا بالمرأة وشكَّ في تاريخ العقد عليها فالحكم

هو التحريم المؤبّد، وكذلك مملوكة الأب والابن إذا زنا بها الآخر منهما، فإذا جهل

⇐

(أ) الوسائل: الباب (٤) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ونحوها، ح ٣.

على كونه لاحقاً^(١).

(مسألة ٣٢): إذا علم أنه زنى بأحد الامرأتين^(٢) ولم يدر أيتهما هي؟ وجب^(٣) عليه الاحتياط إذا كان لكل منهما أم أو بنت. وأمّا إذا لم يكن^(٤) لإحدهما أم ولا بنت^(٥) فالظاهر^(٦) جواز^(٧) نكاح الأم أو البنت من الأخرى^(٨).

(مسألة ٣٣): لا فرق^(٩) في الزنا^(١٠) بين كونه اختياريّاً أو إجباريّاً أو

⇒ تاريخ وطء المالك للأمة وتاريخ زنا الآخر بها حكم بالحلّ، وكذلك يحكم بالحلّ إذا علم بتاريخ الوطء وشكّ في تاريخ الزنا، وأمّا إذا علم تاريخ الزنا وشكّ في تاريخ الوطء فالحكم هو التحريم. (زين الدين).

(١) لأصالة الصّحة، لا للاستصحاب كي يشكل في إطلاقه. (آقاضياء).

* في الإطلاق نظر. (المرعشي).

* فيه تفصيل. (السيزواري).

(٢) بحيث كانت هي أيضاً زانية. (اللكراني).

(٣) الوجوب مبنيّ على كون العلم الإجماليّ منجزاً بالجملة. (تقي القمي).

(٤) أو لم يكن أحد طرفي علمه مسبوقاً بالحرمة برضاع أو غيره. (صدرالدين الصدر).

(٥) أو كانت خارجة عن محلّ الابتلاء. (محمّد الشيرازي).

(٦) للاستصحاب فيهما بلا معارض. (آقاضياء).

(٧) هذا إذا كانت المرأة زانية، لا مشتبهة. (الخميني).

(٨) وكذلك إذا كانت إحدهما المعيّنة محرمةً عليه قبل ذلك برضاع أو نحوه، فلا

يحرم عليه نكاح أم الأخرى وينتج بسبب هذا الزنا المعلوم بالإجمال. (زين الدين).

(٩) عدم الفرق في الفروع المذكورة مبنيّ على الاحتياط. (تقي القمي).

(١٠) على الأحوط فيه وفي ما بعده. (محمّد الشيرازي).

اضطرابياً، ولا بين كونه في حال النوم^(١) أو اليقظة، ولا بين كون الزاني بالغاً أو غير بالغ، وكذا المزنيُّ بها. بل لو أدخلت المرأة ذكر الرضيع في فرجها نشر الحرمة على إشكال^(٢). بل لو زنى بالميتة^(٣) فكذلك على إشكال^(٤) أيضاً.

وأشكل من ذلك لو أدخلت ذكر الميت المتّصل. وأمّا لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

(مسألة ٣٤): إذا كان الزنا لاحقاً^(٥) فطلّقت الزوجة رجعيّاً ثمّ رجع الزوج في أثناء العدة لم يُعدّ سابقاً حتّى ينشر الحرمة؛ لأنّ الرجوع إعادة^(٦)

(١) الظاهر عدم شمول الحكم لما إذا كان الواطئ نائماً؛ وذلك لاعتبار الاختيار في مفهوم الزنا. (الخوئي).

(٢) كلّ ذلك لشبهة الانصراف في الأدلة إلى غيرها، ولا يُترك الاحتياط فيها. (آقاضي).

✽ الأقوى فيه وفي ما بعده عدم نشر الحرمة. (كاشف الغطاء).

✽ ضعيف جداً، وكذا الحال في ما بعده. (الخوئي).

✽ قوي، وكذا في الإشكال التالي. (محمّد الشيرازي).

(٣) الحرمة في ذلك ممنوعة. (الكوهقمري).

(٤) الحرمة فيها ممنوعة. (الشريعتمداري).

✽ قوي، فلا يُترك الاحتياط بالرعاية. (المرعشي).

✽ الإشكال فيه وفي لاحقه قوي، ولكن لا يُترك الاحتياط فيها. (زين الدين).

✽ الأقرب عدم نشر الحرمة به وبما بعده. (حسن القمي).

(٥) لو لم يكن من تفويت مورد الإجازة عرفاً. (السبزواري).

(٦) إعادة المعدوم غير معقول، لكن النتيجة واحدة. (ثقي القمي).

الزوجية^(١) الأولى. وأمّا إذا نكحها بعد الخروج عن العدة، أو طَلقت بائناً فنكحها بعقدٍ جديدٍ ففي صحّة النكاح وعدمها وجهان^(٢): من أنّ الزنا حين وقوعه لم يؤثّر في الحرمة؛ لكونه لاحقاً فلا أثر له^(٣) بعد هذا أيضاً، ومن أنّه سابق بالنسبة إلى هذا العقد الجديد، والأحوط^(٤) النشر^(٥).

(مسألة ٣٥): إذا زوّجه رجل امرأةً فضولاً فزنى بأمّها أو بنتها، ثمّ أجاز العقد: فإن قلنا بالكشف الحقيقي^(٦) كان الزنا لاحقاً^(٧)، وإن قلنا

(١) بل الزوجية الأولى باقية حقيقةً، والرجوع إبطال لأثر الطلاق. (الخوئي).

(٢) أوجههما الصحة. (عبدالهادي الشيرازي).

* والصحة أقرب. (محمّد الشيرازي).

(٣) وهو الأوجه. (الفيروزآبادي).

(٤) بل الأقوى. (صدرالدين الصدر، المرعشي، زين الدين).

* بل الأظهر. (تقي القمي).

(٥) بل الأقوى؛ لصدق سبقه على العقد الجديد. (آقاسية).

* لا يجوز ترك هذا الاحتياط، وقد تقدّم نظير ذلك في اللواط الطارئ بالنسبة إلى العقد الجديد. (البجنوردي).

* على القول به في الزنا، وقد مرّ عدم كون الزنا مؤثراً في الحرمة مطلقاً. (الروحاني).

(٦) أو الحكمي. (تقي القمي).

(٧) هذا إنّما يتمّ على الكشف اللغوي، وأمّا على الكشف الحقيقي المصطلح فلا. (الكوهكَمري).

* يمكن أن يقال بعدم صحّة الإجازة ولو على الكشف الحقيقي؛ فإنّ الزنا مَفُوت

بالكشف^(١) الحكمي^(٢) أو النقل كان سابقاً^(٣).

(مسألة ٣٦): إذا كان للأب مملوكة منظورة^(٤) أو ملموسة له بشهوة^(٥) حرمت على ابنه^(٦). وكذا العكس على الأقوى فيهما، بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغير شهوة، كما إذا كان^(٧) للاختبار^(٨) أو للطبابة، أو كان اتفاقياً، بل

⇒ لمحلّ الإجازة، كما في نظائره. (الشريعةمداري).

✽ وكذا على الكشف الانقلابي، كما هو الظاهر. (زين الدين).

(١) فيه نظر. (اللنكراني).

(٢) فيه تأمل. (الخميني).

✽ فيه نظر. (المرعشي).

✽ الكشف الحكمي كالحقيقي حكماً. (محمّد الشيرازي).

✽ فيه إشكال إن قلنا بالكشف الانقلابي. (حسن القمي).

(٣) الحكم بسبق الزنا مخالف للكشف الحكمي؛ لأن مقتضاه الحكم بسبق الزوجية، لكن لا يُترك الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) إلى فرجها. (الفاني).

(٥) ولم يكن المنظور أو الملموس هو الوجه أو الكفّين، وأمّا هما فيأتي حكمهما في

المسألة (٣٨). (اللنكراني).

(٦) تقدّم الكلام فيه، فراجع^(أ). (آقاضي).

✽ تقدّم الكلام فيه في المسألة الثانية. (حسن القمي).

(٧) مرّ الكلام فيه. (الخميني).

(٨) لا يُترك الاحتياط فيما إذا تعمّد النظر إلى الفرج ولو للاختبار. (محمّد رضا

الكلبيكاني).

(أ) أي في المسألة الثانية من هذا الفصل.

وإن أوجب شهوة^(١) أيضاً^(٢)، نعم، لو لميسها لإثارة الشهوة - كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمّها لتحريك الشهوة - فالظاهر النشر.

(مسألة ٣٧): لا تحرم أمّ المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس والناظر على الأقوى، وإن كان الأحوط الاجتناب. كما أنّ الأحوط اجتناب الرّبيبة الملموسة أو المنظورة أمّها، وإن كان الأقوى عدمه.

بل قد يقال: إنّ اللّمس والنظر يقومان مقام الوطء في كلّ موردٍ يكون الوطء ناشراً للحرمة، فتحرم الأجنبية الملموسة أو المنظورة شبهةً أو حراماً على الأب والابن، وتحرم أمّها وبنتها، حرّةً كانت أو أمة، وهو وإن كان أحوط إلا أنّ الأقوى خلافه. وعلى ما ذكر فتنحصر الحرمة في مملوكة كلّ من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسةً أو منظورة^(٣) بشهوة^(٤).

(مسألة ٣٨): في إيجاب النظر أو اللّمس إلى الوجه والكفّين إذا كان بشهوةٍ نظر، والأقوى العدم^(٥)، وإن كان

(١) الظاهر التحريم في هذه الصورة. (زين الدين).

(٢) فيه تأمل، والاحتياط لا يُترك. (الروحاني).

(٣) إلى فرجها. (الفاني).

(٤) أو كانت ملموسةً لإثارة الشهوة، كما مرّ في المسألة (٣٦). (اللكراني).

(٥) في النظر، لا اللّمس. (البروجردی).

* في النظر، لا في اللّمس؛ لأنّه ورد التحريم^(أ) في التّقبيل بشهوة، وهو من مصاديق لمس الوجه. (البجنوردي).

* لا يُترك الاحتياط سيّما في اللّمس. (عبدالله الشيرازي).

هو أحوط^(١).

(مسألة ٣٩): لا يجوز الجمع بين الأختين في النكاح دواماً أو متعة، سواء كانتا نسيبتين أو رضاعيتين^(٢).

⇒ * في إطلاق الحكم في لمس الوجه بمثل التقبيل والشَمِّ ونحوهما من أنواع الاستمتاع منع، فالأقوى في مثل ذلك نشر الحرمة. (زين الدين).

* ما لم يكن تقبيل. (حسن القمي).

* في النظر - كما تقدّم - دون اللّمس. (الروحاني).

* في خصوص النظر، وأمّا اللّمس فلا يُترك الاحتياط فيه. (اللنكراني).

(١) سيّما في اللّمس. (صدرالدين الصدر).

* لا يُترك في خصوص اللّمس. (عبدالهادي الشيرازي).

* بالنسبة إلى اللّمس. (الفاني).

* لا يُترك في اللّمس بشهوة. (الخميني).

* لا يُترك في اللّمس. (محمّد رضا الكلبيكاني، السبزواري).

* لا يُترك الاحتياط في اللّمس. (الخوئي).

* لا يُترك في خصوصه اللّمس. (محمّد الشيرازي).

(٢) وفي بعض النسخ زيادة (أو مختلفتين)^(أ)، والظاهر أنّه غلط من النسخ؛ لأنّ الأختيّة من النسب المتكرّرة المتشابهة الأطراف، فلا يعقل أن تكونا مختلفتين، ومن ذلك تعرف ما في بعض المحامل الذي ذكره. (البجنوردي).

⇐

(أ) وهذه العبارة موجودة في النسخ التي بأيدينا، ولكن لا يُستبعد ما استظهره السيّد البروجردي رحمه الله.

ومن بعده بإرجاع اختلاف الانتساب إمّا للأب أو للأمّ، وهو الملاك في كونهما أختين، فراجع

تعليقته في نهاية هذه الصفحة بعد التعليقة رقم (٢). (لجنة التحقيق).

أو مختلفتين^(١).

⇒ * في بعض الكتب الغير المصححة كُتِبَتْ بعد الرضاعتين كلمة (أو مختلفتين)، لكن في النسخة التي عندي لم تكن تلك الكلمة، وهي مصححة في عصر المصنف رحمه الله (محمد رضا الكلبيكاني).

* وفي بعض النسخ (أو مختلفتين)، والأولى تركه. (اللكراني).
(١) بأن نشأت الأختية بينهما بارتضاع كلتيهما من امرأة واحدة أو إحداهما. (صدرالدين الصدر).

* تصوّر المختلفتين في الأختين مشكل، بل غير ممكن، وقد راجعناه رحمه الله فألغاه في الطبعة الثانية، أمّا في الثلاثة وما زاد فواضح. (كاشف الغطاء).
* أي مختلفي الانتساب إلى أبيهما أو أمهما، الذي هو الملاك لكونهما أختين. (البروجردی).

* المقصود اختلاف الانتساب من جهة الولادة والرضاع، بأن كانت إحداها بنتاً نسيباً لمرأة، والأخرى بنتاً رضاعية لها، فتتحقق^(أ) الأختية بينهما. (عبدالله الشيرازي).

* كرضيعة من لبن فحلٍ مع بنته النسبية التي لم ترتضع من لبنه، فهما أختان مختلفتا الانتساب، لم تحصل أختيتهما بالرضاعة ولا بالنسب، بل بهما على الاختلاف. (الخميني).

* بأن تكون إحداها ارتضعت من لبن فحلٍ هو أب نسبي للأخرى، هذا أظهر الوجوه في تصوير الفرض، وفيه: أن في صدق الأختية إشكالاً، بل لا أختية في البين حتى تكون مختلفة؛ إذ ليس كلّ مرتضعة أختاً لأولاد صاحب اللبن في صورة
⇐

(أ) في ألفاظ بعض العبارات تحوير لفظي إملائي، وقد أجرينا التعديل كما ترى، فلاحظ.

وكذا لا يجوز^(١) الجمع بينهما في الملك مع وطئهما^(٢).

وأما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطء فلا مانع منه.

وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطء، بأن لم يطأهما أو وطئ إحداهما واستمتع بالأخرى بما دون الوطء؟ فيه نظر، مقتضى بعض النصوص^(٣) الجواز. وهو الأقوى^(٤).

⇒ عدم اشتراكهم معها في إحدى الجهتين. (المرعشي).

* يريد بذلك ما إذا كانت الأختية بين المرأتين ناشئة من ولادة إحداهما وارتضاع الأخرى. (الخوئي).

* أي دواماً وانقطاعاً، أو من حيث النسب والرضاع، أو من حيث الاختلاف في الأب أو الأم، أو من حيث العقد والملك. (السبزواري).

* توجد هذه الكلمة في بعض نسخ الأصل، وقد يتكلف لتصحيحها بأن المراد أن تنتسب إحداهما إلى الأم أو الأب بالولادة، وتنتسب الأخرى إليه بالرضاع. (زين الدين).

* هذه الكلمة إن لم تكن غلطاً يراد بها: ما إذا كانت الأختية بينهما ناشئة من ولادة إحداهما وارتضاع الأخرى. (الروحاني).

(١) ما لا يجوز هو وطئهما بالملك، لا جمعهما فيه مع وطئهما. (الخميني).

(٢) المقتضي لعدم الجواز هو الوطء في الملك، لا الجمع، والوطء بالاشتراك في العلنية. (المرعشي).

(٣) النص^(أ) الوارد في المقام ضعيف جداً. (الخوئي).

(٤) في القوة إشكال، بل منع. (الخوئي).

* يشكل ذلك، فلا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

(أ) الوسائل: الباب (٢٩) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١١.

لكن الأحوط ^(١) العدم ^(٢).

(مسألة ٤٠): لو تزوّج بإحدى الأختين وتملّك الأخرى ^(٣) لا يجوز له وطء المملوكة ^(٤) إلّا بعد طلاق المزوّجة، وخروجها عن العِدّة إن كانت رجعية. فلو وطئها قبل ذلك فعل حراماً، لكن لا تحرم عليه الزوجة بذلك، ولا يُحدّد حدّ الزنا بوطء المملوكة، بل يُعزّر، فتكون حرمةً وطئها كحرمة وطء الحائض.

(مسألة ٤١): لو وطئ إحدى الأختين بالملك ثمّ تزوّج الأخرى فالأظهر ^(٥).

(١) لا يُترك. (المرعشي).

(٢) لا يُترك. (الكوهكَمري، الروحاني).

(٣) بعد التزويج بأختها. (الفيروزآبادي).

(٤) على احتياطٍ شديد. (حسن القمي).

(٥) لا دليل عليه، والنهي عن الجمع لا يقتضي البطلان، بل بمقتضى الأخبار ^(أ) الممنوع الجمع في الوطء، ويمكن الاجتناب عنه بترك الأولى، والاعتزال عنها أو بيعها أو هبتها ولو لابنه وولده. (الفيروزآبادي).

✽ ولو للأصل بعد حرمة الجمع بينهما. (آقاسية).

✽ فيه تأمل. (عبدالله الشيرازي).

✽ محلّ تأمل. (الخميني).

✽ الأظهرية ممنوعة، وعلى تقدير الصحة فالحكم بحرمة وطئ الأولى إلّا بعد إطلاق الثانية ممنوع أيضاً. (اللكراني).

(أ) الوسائل: الباب (٢٩) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، أحاديث الباب.

بطلان^(١) التزويج^(٢)، وقد يقال^(٣) بصحّته^(٤) وحرمة وطء^(٥) الأولى^(٦)، إلّا

(١) البطلان ليس بواضح. (البروجردى).

(٢) الظاهر صحّته، وحرمة وطء الثانية مادامت الأولى في ملكه لسبق وطئها. (الفانى).

* بل الأحوط. (الشريعتمداري، السبزواري).

* فيه إشكال^(أ). (الخنوي).

* فيه تأمل، نعم، يجوز له الاستمتاع بالأولى، ويحرم بالثانية، ولا يُترك الاحتياط بطلاقها. (زين الدين).

* في كونه أظهر نظر. (محمّد الشيرازي).

* فيه نظر. (حسن القمي).

(٣) لوجوهٍ ضعيفةٍ لا تصلح لرفع اليد بها عن الأصل المتيقن. (آقاضيء).

* كما لا يبعد. (صدرالدين الصدر).

(٤) الأظهر صحّته وحرمة وطء الثانية ما دامت الأولى في ملكه. (عبدالهادي الشيرازي).

* وهي الأظهر. (الروحاني).

(٥) مستندها غير واضح، بل مقتضى الاستصحاب حليّة وطء الأولى، وحرمة وطء الثانية، ولو على فرض صحّة النكاح بعد العلم بحرمة الجمع في الوطء، وعدم معيّن لإحداهما. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٦) فيه إشكال، والأقوى الجواز، والنصوص المتمسّك بها لإثبات عدم الجواز كرواية زرارة^(ب) مجاب عنها في محلّه، نعم، هو أحوط. (المرعشي).

(أ) هذه التعليقة منه ﷺ أوردناها من نسخةٍ أخرى.

(ب) الوسائل: الباب (٢٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

بعد^(١) طلاق الثانية.

(مسألة ٤٢): لو تزوّج بإحدى الأختين ثمّ تزوّج بالأخرى بطل عقد الثانية، سواء كان بعد وطء الأولى أو قبله، ولا يحرم بذلك وطء الأولى وإن كان قد دخل بالثانية، نعم، لو دخل بها مع الجهل بأنّها أخت الأولى يكره^(٢) له وطء الأولى قبل خروج الثانية عن العدة^(٣)، بل قيل^(٤): يحرم، للنص^(٥) الصحيح، وهو الأحوط^(٥).

(١) أو إلّا بعد إخراج الأولى من الملك. (صدرالدين الصدر).

(٢) بل يحرم. (تقي القمي).

(٣) إن كانت رجعية. (المرعشي).

(٤) والقاتل الشيخ رحمته الله (ب)، ولكن حمّله جماعة (ج) على الكراهة؛ لضعف سندها، والمسألة لمخالفة الشيخ والنصوص لا تخلو من إشكال، لا يُترك الاحتياط فيه. (آقاضي).

(٥) لا يُترك الاحتياط. (الحائري).

* لا يُترك. (صدرالدين الصدر، الإصطهباناتي، البروجردی، عبدالله الشيرازي، الشريعةمداري، الفاني، الخميني، محمّد رضا گلپايگاني، السبزواري، حسن القمي، الروحاني، اللكراني).

↩

(أ) الوسائل: الباب (٢٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١ و ٢.

(ب) النهاية وتُكنّها للطوسي: ٤٥٤.

(ج) راجع إيضاح الفوائد: ٨١/٣، جامع المقاصد: ٣٣٨/٣، الحدائق الناضرة: ٥٣٧/٢٣.

(مسألة ٤٣): لو تزوّج بالأختين ولم يعلم السابق واللاحق: فإن عَلِمَ^(١) تاريخ أحد العقدَين حكم بصحّته^(٢) دون المجهول، وإن جهل تاريخهما^(٣) حرم عليه وطؤهما، وكذا وطء أحدهما إلّا بعد طلاقهما^(٤)، أو طلاق الزوجة الواقعيّة منهما^(٥)، ثمّ تزويج^(٦) مَنْ شاء منهما بعقدٍ جديدٍ بعد خروج الأخرى

⇒ * لا ينبغي ترك هذا الاحتياط. (البجنوردي).

* لا ينبغي تركه. (المرعشي).

* لا يُترك، بل هو الأظهر. (الخوئي).

* لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين).

(١) لا فرق بين معلوم التاريخ ومجهوله؛ فإنّ الاستصحاب يجري في كليهما، كما حُقّق في محلّه، فعلى تقدير القول بتعارض الأصلين وتنجّز العلم الإجماليّ بالجملة يلزم الاحتياط في كلا الطرفين، نعم، على ما سلكتاه من جريان الأصل في بعض الأطراف يكون العلم الإجماليّ منجزاً في الجملة، وعلى فرض الدخول بهما يثبت لإحدهما مهر المسمّى، وللأخرى مهر المثل، فعلى فرض الاحتياط لابدّ من ملاحظة هذه أيضاً. (تقي القمي).

(٢) فيه إشكال، بل منع؛ وذلك لما بنينا عليه من معارضة الاستصحابيين في أمثال المقام. (الخوئي).

* فيه منع. (حسن القمي).

* حكم العلم بتاريخ أحدهما حكم الجهل بتاريخهما. (الروحاني).

(٣) مع العلم بعدم الاقتران، وعدمه. (الفيروزآبادي).

(٤) أي طلاق كلّ منهما، أو الرجوع إلى الاقتراع، كما ذهب إليه جمع. (المرعشي).

(٥) على إشكال فيه. (الإصطهباناتي).

(٦) على إشكال في ذلك. (الإصفهاني).

عن العِدَّة^(١) إن كان دخل بها أو بهما.

وهل يُجَبَّر^(٢) على هذا الطلاق^(٣) دفعاً لضرر الصبر^(٤) عليهما؟
لا يبعد ذلك^(٥)؛

(١) إن كانت رجعيةً. (المرعشي).

(٢) أو يفسخ الحاكم بلا إيجاب. (المرعشي).

(٣)، نعم، يُجَبَّر عليه؛ فإن لم يطلّق طلقهما الحاكم الشرعيّ قهراً عليه، وله أن يتزوَّج بمن يشاء منهما. (كاشف الغطاء).

(٤) وتخلّصاً من الحقوق الواجبة عليه في حقّ الزوجة الواقعية، منهما المعلومة بالإجمال. (المرعشي).

* بل فِراً عن ترك الواجب المبتلى به؛ حيث يعلم إجمالاً بوجوب الاضطجاع عليه في كلّ أربعة ليالٍ، ووجوب الوطء في كلّ أربعة أشهر، ولا يتمكّن من أداء الواجب، ولا التخلّص منه إلّا بالطلاق. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) فيه تأمّل، ولا يبعد التعيين بالقرعة. (عبد الهادي الشيرازي، عبدالله الشيرازي).
* فيه بُعد. (الكوهكَمري).

* مع مطالبتهما، وعدم صبرهما. (صدر الدين الصدر).

* الأقرب هو الرجوع إلى القرعة في تعيين السابق منهما، فتسقط الاحتمالات اللاحقة، وكذا الحال في الرجوع إلى القرعة في نظائر المقام إلّا بعض الموارد النادرة ممّا خرج عنها بالنصّ؛ فحينئذٍ تستعمل بالنسبة إلى المهر لو طلقها. وما هو المعروف بين المتأخّرين من الإشكال في أدلّة القرعة قد فرغنا عن جوابه في محلّه، وأتّه ممّا لا أساس له، وأمّا الآية الشريفة التي تمسّك بها في المتن فهي غير مربوطة بالمسألة، وإن تمسّك بها

لقوله تعالى^(١): ﴿فَأَمْسَاكَ^(٢) بِمَعْرُوفٍ^(٣) أَوْ تَسْرِيحٍ بِإِحْسَانٍ﴾^(٤).
وربما يقال بعدم وجوب الطلاق عليه، وعدم إجباره^(٥)، وأنه يعين بالقرعة^(٥).

⇒ العلامة (ب) أيضاً. (الخميني).

* لا دليل عليه، والآية الكريمة على ما فسرت راجعة إلى النفقة، فإذا انتهى الأمر إلى القرعة. (الخوانساري).
* بل لا يخلو من قوة مع مطالبتها وعدم صبرهما. (زين الدين).
(١) لم يظهر لي وجه الاستدلال بالآية الشريفة، وإن كان المدعى لا يخلو من وجه. (البروجردى).

* الاستدلال بالآية الشريفة على وجوب الطلاق في المقام غير ظاهر، وكذا الاستدلال له بالعلم الإجمالي بوجوب الاضطجاع والوطء، فإنه لا يقتضي وجوب الطلاق إذا كان هناك طريق للتشخيص، ولو كانت هي القرعة؛ بناءً على شمول دليلها لمثل المقام، وعدم الافتقار إلى عمل الأصحاب، كما حققناه في محله. (اللكراني).

(٢) فإنه تعالى حصر في هذين، وبدون الطلاق ليس أحد هذين. (البجنوردى).

(٣) لأن الإمساك لا عن وطءٍ ليس بمعروف. (الفاني).

(٤) إعمال القرعة والتعيين بها ليس ببعيدٍ كل البعد؛ لأن المفروض أن له واقعاً معيناً، ولكنه مجهول. (البجنوردى).

(٥) وهو الأظهر. (الفيروزآبادى).

⇐

(أ) البقرة: ٢٢٩.

(ب) قواعد الأحكام: ٣/٣٥، وراجع إيضاح الفوائد: ٨٣/٣.

وقد يقال: إنَّ الحاكم يفسخ نكاحهما.

ثم مقتضى العلم الإجماليّ بكون إحداهما زوجةً وجوبُ الإنفاق عليهما^(١) ما لم يطلّق^(٢)، ومع الطلاق قبل الدخول^(٣) نصف المهر^(٤) لكلّ منهما^(٥)، وإن كان بعد الدخول فتمامه^(٦). لكن ذكر بعضهم^(٧) (أ): أنّه لا

⇒ * وليس ببعيد، وتكفي تلك القرعة عن القرعة في تعيين المهر لو قيل بها فيه. (المرعشي).

* وهو غير بعيد، ومعه لا تصل النوبة إلى فسخ الحاكم. (محمّد الشيرازي).
(١) ويحتمل الرجوع إلى القرعة؛ دفعاً لضرر الزوج بإفناقه على مَنْ ليس بزوجه واقعاً. (المرعشي).

* لا يبعد القول بتنصيف النفقة الواحدة الواجبة بينهما أيضاً. (الروحاني).
(٢) أو يعيّن بالقرعة، كما مرّ. (اللنكراني).

(٣) يجب نصف المهر، ويدفع لمن تُعيّنها القرعة منهما، فيدفع لها نصف مهرها المسمّى، وأمّا مع الدخول بهما فلا بدّ من دفع المهرين؟ فإنّ الدخول موجب للمهر ولو في غير الزوجة إذا كانت شبهة، وأمّا النفقة فتُعطى لمن تُعيّنها القرعة منهما. (زين الدين).
(٤) ولكن يحرم على كلّ منهما التصرف فيه، فطريق الاحتياط إنّما هو بتمليكه إيّاه على تقدير عدم الاستحقاق. (آقاضيء).

(٥) لكلّ منهما نصف مهرها، سواء تساوى المهران كمّاً وكيفاً، أم لا. (المرعشي).

(٦) لكلّ بقدر تمام مهرها كذلك. (المرعشي).

(٧) والظاهر ما ذكره ذلك البعض في صورة عدم الدخول، وفي فرض الدخول لا بدّ من المهرين فإنّ الدخول موجب للمهر ولو في غير الزوجة إذا كان شبهة، فكذلك

⇐

يجب^(١) عليه^(٢) إلّا نصف المهر^(٣) لهما، فلكلّ منهما الرُّبُع^(٤) في صورة عدم

⇒ النفقة، فتعطى واحدة وتجعل بينهما. (الشريعةمداري).

※ والظاهر أنّه مع عدم الدخول يُنصف نصف المهر بينهما، وكذا النفقة، ومع الدخول بإحدهما واشتباهاها ينصف كلّ المهر بينهما، ومع الدخول بكليتهما ينصف المهر المسمّى مع مهر المثل بينهما، والأحوط مع ذلك التصالح. (محمّد الشيرازي).

※ الظاهر ما ذكره ذلك البعض في فرض عدم الدخول، لكن إذا كان المهران متفقين قدرّاً وجنساً ووصفاً يقسّم نصف المهر عليهما، ومع اختلافهما تُعطى كلّ واحدةٍ منهما ربع ما سُمّي لها، هذا مع قطع النظر عن الرجوع إلى القرعة، وأمّا معها - كما عرفت - فلا بدّ من التعيين بها وإعطاء نصف مهرها إياها. وأمّا في فرض الدخول فاللازم كلا المهرين مطلقاً؛ بناءً على ثبوت المهر المسمّى في الوطاء بالشبهة في النكاح الفاسد. (اللفكراني).

(١) هذا لا يخلو من وجه، لكن بمعنى أن تُعطى كلّ واحدةٍ منهما نصف ما سُمّي لها من المهر أو رבעه، لا أن يقسّم نصف مجموع المهرين أو رבעه بينهما، بل لا يبعد القول بتنصيب النفقة الواحدة الواجبة بينهما أيضاً. (البروجردي).

(٢) هذا وجهه. (الروحاني).

(٣) أي نصف مهر كلّ واحدة، وهو يوازي نصف مجموع المهرين في صورة تساويهما كمّاً وكيفاً، بخلاف صورة الاختلاف، ومنه يستظهر حكم النفقة وتقسيمها أيضاً. (المرعشي).

※ والظاهر ما ذكره ذلك البعض، وكذلك في النفقة فتُقسّم النفقة الواحدة بينهما. (الشريعةمداري).

(٤) لا يبعد ملاحظة التوزيع بالنسبة إلى مقدار المهر، وكذا النفقة لو كان اختلاف بينهما فيها. (السبزواري).

الدخول، وتتمام أحد المَهْرَيْن^(١) لهما في صورة الدخول^(٢)، والمسألة محلّ إشكال^(٣)، كنظائرها من العلم الإجماليّ في الماليّات.

(مسألة ٤٤): لو اقترن عقد الأختين بأن تزوّجهما بصيغة واحدة، أو عقد على إحداهما^(٤) ووكيله على الأخرى في زمان واحد بطلًا معاً. وربما يقال بكونه مخيراً^(٥) في اختيار

(١) المُسَمَّيْن مع تمام مهر المثل لإحداهما مع الدخول بهما. (الفيروزآبادي).

* لا يكفي مهر واحد في صورة الدخول بهما؛ فإنّ الدخول موجب لتتمام المهر ولو كان شبهة. (الشريعةمداري).

* إن لم تنقص حصّة كلّ منهما عن مهر مثلها. (الفاني).

(٢) إذا فرض الدخول فيهما معاً وجب عليه تمام المهر لكلّ منهما، غاية الأمر أنّ أحد المَهْرَيْن مهر المثل، والآخر مهر المُسَمَّى، وتعيين ذلك إنّما هو بالقرعة، وكذا الحال في فرض عدم الدخول فإنّ نصف المهر يتعيّن بالقرعة. (الخوئي).

(٣) لو مكن كلّ واحدةٍ منها من نفقةٍ واحدةٍ أو نصف المهر مع عدم الدخول أو تمامه مع الدخول قام بما يجب عليه، ويبقى الكلام في حكم كلّ واحدةٍ منها مع الأخرى. (صدرالدين الصدر).

(٤) ولا احتمال صحّة عقد نفسه وجه غير بعيد. (المرعشي).

(٥) لا تبعد صحّة هذا القول؛ فإنّ الرواية صحيحة، وظاهرة الدلالة، وقد عمل بها جماعة^(أ) من الأصحاب، فلا وجه لحملها على خلاف ظاهرها. هذا في الصورة الأولى. وأمّا الصورة الثانية فلا تبعد صحّة عقد نفسه فيها، وبما ذكرنا يظهر ما في الحكم بطلانها في فرض الشكّ في السبق والاقتران؛ وعليه فإن كان محتمل

↵

(أ) النهاية ونُكته للطوسي: ٢/ ٢٩٦، مختلف الشيعة: ٧/ ٤٩، إيضاح الفوائد: ٣/ ٨٥.

أَيُّهُمَا شَاءَ^(١)؛ لرواية^(أ) محمولة^(٢) على التخيير^(٣) بعقدٍ

⇒ السبق عقد إحداهما معيَّنة فيؤخذ به، وإن كانت غير معيَّنة فالمرجع هو القرعة لتعيين السبق والاقتران. (الخوئي).

* صحّة هذا القول غير بعيدة؛ إذ الرواية صحيحة عمل بها جمع من الأعيان، ودلالتها ظاهرة. (محمّد الشيرازي).

* هذا هو الصحيح في الصورة الأولى، ولا وجه لحمل الرواية الصحيحة الظاهرة الدلالة على خلاف ظاهرها، أمّا في الصورة الثانية محلّ إشكال. (حسن القمي).

* هذا القول هو الأظهر، لكن بشرط كون العقد الواقع عليهما واحداً، كما نصّ به في الخبر، وأمّا لو عقد هو على واحدة والوكيل على الأخرى يكون كلا العقدَيْن فاسدين. (تقي القمي).

(١) وهو الأظهر، ولا موجب لحمل الصحيحة على ما أفاد. (زين الدين).

(٢) بعد الغضّ عن المناقشة بالإرسال فلاحتمال قبولها والعمل بها وجه وجيه. (المرعشي).

* ولا ينبغي ترك الاحتياط بالعمل بمقتضى الرواية، بأن يختار إحداهما ثم يطلّقا، أو يُمسكها بعقدٍ جديد. (اللنكراني).

(٣) لا مانع من العمل بظاهرها، وتحمّل على صحّة عقد كلّ منهما مراعاةً بفراق الأخرى. (كاشف الغطاء).

* هذا الحمل خلاف ظاهر النصّ الصحيح المعمول به عند جماعة، فالأظهر هي الصحّة، والتخيير في اختيار أيّتهما شاء، وبه يظهر ما في الحكم بطلانها في فرض الشكّ في السبق والاقتران. (الروحاني).

(أ) الوسائل: الباب (٢٥) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ٢.

جديد^(١). ولو تزوّجهما وشكّ في السّبق^(٢) والاقتران حكم^(٣) ببطلانهما^(٤) أيضاً^(٥).

(مسألة ٤٥): لو كان عنده أختان^(٦) مملوكتان فوطئ إحدى إحداهما حرمت عليه الأخرى حتّى تموت الأولى، أو يخرجها عن ملكه ببيع أو صلح أو هبة أو نحوهما، ولو بأن يهبهما من ولده. والظاهر كفاية^(٧)

(١) ومع ذلك الأحوط له اختيار إحداهما، ثمّ الطلاق إذا أراد التسريح، والعقد الجديد إذا أراد الإمساك. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) في إطلاقه تأمّل؛ لأنّه بعد تعارض أصالتي الصّحة يرجع إلى الاستصحاب ويجري فيه التفصيل في السّبق واللقوق. (آقاصياء).
* مع كونهما مجهولي التاريخ. (المرعشي).

* مع الجهل بتاريخهما. (الخميني).
(٣) الأحوط في هذه الصورة أن يطلّقهما، ثمّ يجدد العقد على من يختارها منهما. (زين الدين).

(٤) إن لم يكن تاريخ أحدهما معلوماً، وإلاّ فيحكم بصّحة معلوم التاريخ. (عبدالهادي الشيرازي).

* واحتمال صّحة أحد العقدین واقعاً، واستخراجه بالقرعة بعيد جدّاً؛ لمكان احتمال التقارن. (المرعشي).

* يعني لا يمكن الحكم بصّحتهما، أو بصّحة واحدة معيّنة منهما. (حسن القمي).
(٥) على الأحوط، وإن كان قد يحتمل القرعة. (محمّد الشيرازي).

(٦) عدم الابتلاء بهذه المسألة ومثلها ممّا يتعلّق بالإماء والعبيد من المسائل الآتية اقتضى رفع اليد عن الورود فيها والتعرّض لأحكامها. (اللكراني).

(٧) محلّ تأمّل. (الإصطهباناتي).
* مشكل. (البروجردی).

التملك^(١) الذي له فيه الخيار، وإن كان الأحوط اعتبار لزومه.
ولا يكفي - على الأقوى^(٢) - ما يمنع من المقاربة مع بقاء الملكية،
كالتزويج للغير، والرهن، والكتابة، ونذر عدم المقاربة ونحوها.
ولو وطئها من غير إخراج للأولى لم يكن زنا^(٣) فلا يُحدّ، ويُلحق به
الولد، نعم، يُعزّر.

(مسألة ٤٦): إذا وطئ الثانية بعد وطء الأولى حرّمتا^(٤) عليه مع علمه
بالموضوع والحكم، وحينئذٍ فإن أخرج الأولى عن ملكه حلت الثانية مطلقاً
وإن كان ذلك بقصد الرجوع إليها، وإن أخرج الثانية عن ملكه يشترط^(٥) في

(١) مشكل. (الفاني).

(٢) لنص ابن سنان المعلق فيه الجواز بالخروج عن الملكية^(أ). (آقاضياء).

(٣) المسألة محل إشكال؛ لأنّ الجمع بين الأختين المملوكتين بالوطء إذا كان حراماً
فيكون وطء أخت المملوكة الموطوءة نظير وطء أمّها، ولا أظنّ أحداً أن لا يحكم
بأنّه زنا، ولكن مع ذلك الحدود تُدْرَأ بالشبهات. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ يشكل الحكم بأنّ وطأها لا يكون زناً، وبأنّ الولد يلحق به، نعم، لا يحدّ حدّ
الزنا، بل يُعزّر، كما تقدّم في المسألة الأربعين؛ فإنّ الحدود تُدْرَأ بالشبهات. (زين الدين).

(٤) لعموم حرمة الجمع بين الأختين المخصوص في الاماء بوطئها، وعدم الجمع
يقتضي تحريم الثانية بعد وطء الأولى، ومع وطئها ينطبق وطء كلّ واحدة مع وطء
الأخرى، ولا كذلك في العقد؛ فإنّ العقد على الثانية لا يكون صحيحاً، نعم، لو عقدا
مرّة واحدة بطل العقدان؛ لبطلان الترجيح بلا مرجّح. (آقاضياء).

(٥) لما في خبر أبي الصلاح الكناني^(ب) من الإشارة إلى هذا التقييد. (المرعشي).

(أ) الوسائل: الباب (٢٩) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

(ب) المصدر السابق: ح ٩.

حِلِّيَّةُ الْأُولَى أَنْ يَكُونَ إِخْرَاجُهُ لَهَا لَا بِقَصْدِ الرَّجُوعِ إِلَى الْأُولَى، وَإِلَّا لَمْ تَحُلْ.
وَأَمَّا فِي صُورَةِ الْجَهْلِ بِالْحَرَمَةِ مَوْضُوعاً أَوْ حُكْماً فَلَا يَبْعُدُ بَقَاءُ الْأُولَى
عَلَى حِلِّيَّتِهَا، وَالثَّانِيَةُ عَلَى حَرَمَتِهَا^(١)، وَإِنْ كَانَ الْأَحْوَطُ عَدَمُ حِلِّيَّةِ الْأُولَى إِلَّا
بِإِخْرَاجِ الثَّانِيَةِ وَلَوْ كَانَ بِقَصْدِ الرَّجُوعِ إِلَى الْأُولَى، وَأَحْوَطُ مِنْ ذَلِكَ كَوْنُهَا
كَصُورَةِ الْعِلْمِ.

(مَسْأَلَةٌ ٤٧): لَوْ كَانَتْ الْأُخْتَانِ كِلْتَاهُمَا أَوْ إِحْدَاهُمَا مِنَ الزَّانَا فَالْأَحْوَطُ^(٢)
لِحُقُوقِ الْحُكْمِ، مِنْ حَرَمَةِ الْجَمْعِ بَيْنَهُمَا فِي النِّكَاحِ وَالْوَطْءِ إِذَا كَانَتَا مَمْلُوكَتَيْنِ.
(مَسْأَلَةٌ ٤٨): إِذَا تَزَوَّجَ بِإِحْدَى الْأُخْتَيْنِ ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلَاقاً رَجْعِيّاً لَا يَجُوزُ لَهُ
نِكَاحُ الْأُخْرَى إِلَّا بَعْدَ خُرُوجِ الْأُولَى عَنِ الْعِدَّةِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَائِناً - بِأَنْ كَانَ
قَبْلَ الدَّخُولِ، أَوْ ثَلَاثاً، أَوْ كَانَ الْفِرَاقُ بِالْفَسْخِ لِأَحَدِ الْعَيُوبِ، أَوْ بِالْخُلْعِ، أَوْ
الْمُبَارَاةِ - جَازَ لَهُ نِكَاحُ الْأُخْرَى. وَالظَّاهِرُ عَدَمُ صَحَّةِ^(٣) رَجُوعِ الزَّوْجَةِ فِي
الْبَذْلِ بَعْدَ تَزْوِيجِ أُخْتِهَا، كَمَا سَيَأْتِي فِي بَابِ الْخُلْعِ إِنْ شَاءَ اللَّهُ.
نَعَمْ، لَوْ كَانَ عِنْدَهُ إِحْدَى الْأُخْتَيْنِ بَعْدَ الْإِنْقِطَاعِ وَانْقَضَتْ الْمُدَّةُ لَا يَجُوزُ

(١) لصحيحة الحلبي (أ). (المرعشي).

(٢) لَا يُتْرَكُ. (المرعشي).

* بِلِ الْأَقْوَى. (نقي القمي).

(٣) لِأَنَّهُ عَلَى تَقْدِيرِ رَجُوعِهَا لَا إِمْكَانَ لِرَجُوعِ الزَّوْجِ إِلَى الزَّوْجَةِ، الَّذِي هُوَ أَحَدُ
الْعُوضِينَ. (المرعشي).

* بِلِ الْأَحْوَطِ. (محمّد الشيرازي).

له على الأحوط^(١) نكاح أختها في عدتها وإن كانت بائنة؛ للنص^(أ) الصحيح^(٢). والظاهر^(٣) أنه كذلك إذا وهب مدتها، وإن كان مورد النص انقضاء المدة.

(مسألة ٤٩): إذا زنى بإحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى في مدة استبراء الأولى. وكذا إذا وطئها شبهةً جاز له نكاح أختها في عدتها؛ لأنها بائنة^(٤).

نعم، الأحوط^(٥) اعتبار الخروج^(٦) عن العدة^(٧)، خصوصاً^(٨) في صورة

(١) والأقوى الجواز، كما هو المشهور، والنص معارض بأقوى منه، فهو محمول على نوع كراهة. (الفيروزآبادي).

✽ ولكنّه خلاف المشهور. (الكوهقمري).

(٢) ولكنّ الشأن في الركون إليه، مع شذوذ نقله، وقلة العمل به. (المرعشي).

✽ الساقط عن الحجّة بإعراض المشهور عنه. (الروحاني).

(٣) في الظهور إشكال، بل منع. (تقي القمي).

(٤) ولكنّ الأحوط ترك الوطء حتّى تنقضي عدّة الموطوءة بشبهة. (الحائري).

(٥) وإن كان الأقوى الجواز مع الكراهة. (صدرالدين الصدر).

(٦) لا يُترك. (محمّد الشيرازي).

✽ بناءً على احتمال التعدي عن مورد الخبر، إنّما يحسن الاحتياط بترك وطء

الأخت في مدة عدّة وطء الشبهة، لا ترك التزويع. (حسن القمي).

(٧) الأقوى الجواز على كراهة. (زين الدين).

(٨) لم يظهر وجه للخصوصيّة. (الخوئي).

كون الشبهة من طَرَفه، والزنا من طرفها، من جهة الخبر^(١) الوارد^(٢) في تدليس الأخت التي نامت في فراش أختها بعد لبسها لباسها.

(مسألة ٥٠): الأقوى جواز الجمع^(٣) بين فاطميتين على

(١) وإن كان منطوقه النهي عن وطء الزوجة بعد وطء أختها لشبهة حتى تنقضي عدّتها، لكن الظاهر عدم الفرق بينه وبين نكاح أخت الموطوءة، كما أنه لا فرق بين كون الموطوءة زانية أو مشتبهة. (البروجردی).

* هو صحيحة بريد العجلي^(أ) وهي غير مربوطة بالمقام، بل يمكن دعوى إشعارها بخلاف ما ذكره، نعم، الأحوط ترك وطء الأخت التي هي زوجته مع وطء أختها المدّسة؛ للصحيحة. (الخميني).

* ولكن جعله مستنداً في قبال عموم الحِلّ مشكل، خصوصاً مع التعدي عن مورده، اللهم إلا أن يدعى تنقيح المناط. (المرعشي).

* الخبر صحيح، ومثله صحيح زرارة بن أعين^(ب) في الدلالة على هذا الحكم، وإن كان مورده غير صورة التدليس. (الخوئي).

* مفاد الخبر لا يرتبط بالمقام. (تقي القمي).

(٢) ومورده وإن كان وطء الزوجة قبل خروج أختها الموطوءة شبهة من عدّتها إلا أن الظاهر عدم الفرق بينه وبين نكاح أخت الموطوءة. (الروحاني).

* لكنّ الخبر يدلّ على النهي عن قرب الزوجة قبل خروج أختها الموطوءة شبهة عن عدّتها، وهو غير ما نحن فيه، إلا أن يُستفاد منه حكم المقام؛ لعدم الفرق، لكنّه محلّ تأمل. (اللنكراني).

(٣) لا ينبغي تركه. (المرعشي).

(أ) الوسائل: الباب (٩) من أبواب العيوب والتدليس، ح ١.

(ب) الوسائل: الباب (٢٦) من أبواب ما يحرم بالمصاهرة، ح ١.

كراهة^(١). وذهب جماعة^(أ) من الأخبارية^(٢) إلى الحرمة والبطلان بالنسبة إلى الثانية، ومنهم^(ب) من قال بالحرمة دون البطلان. فالأحوط الترك. ولو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانية، أو طلاق الأولى، وتجديد العقد على الثانية بعد خروج الأولى عن العدة، وإن كان الأظهر على القول بالحرمة عدم البطلان؛ لأنها تكليفية فلا تدلّ على الفساد.

ثم الظاهر عدم الفرق في الحرمة أو الكراهة بين كون الجامع بينهما فاطمياً، أو لا^(٣).

كما أن الظاهر^(٤) اختصاص الكراهة أو الحرمة بمن كانت فاطمية من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجري في المنتسب إليها - صلوات الله عليها - من طرف الأم^(٥)، خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدّات العاليات. وكيف كان فالأقوى عدم الحرمة وإن كان النص^(٦) الوارد في المنع

(١) لا وجه للكراهة، وقاعدة التسامح لا تشمل مواردّها. (تقي القمي).

(٢) هو صاحب الحقائق ومن تبعه من علماء البحرين، واستظهر من صاحب الوسائل أيضاً. (المرعشي).

(٣) بل الظاهر اختصاص المنع بالثاني. (الإصفهاني).

(٤) وهو الأقوى، واستفادة التعميم من كلمة «ولد فاطمة» مخدوشة. (المرعشي).

※ بل الظاهر من الخبر خلافه؛ فإن المذكور فيه عنوان: ولد فاطمة عليها السلام. (تقي القمي).

(٥) لا يخلو من تأمل. (حسن القمي).

(٦) النصّ المشار إليه مخدوش سنداً. (تقي القمي).

(أ) الحقائق الناضرة: ٢٣/ ١٠٨ - ١٠٩ وص ٥٤٣ - ٥٥١، الوسائل: الباب (٤٠) من أبواب ما يحرم

بالمصاهرة، ح ١.

(ب) راجع جواهر الكلام: ٢٩/ ٣٩٢.

صحيحاً^(١)، على ما رواه الصدوق في العلل، بإسناده عن حمّاد قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: «لا يحل لأحد أن يجمع بين ثنتين من ولد فاطمة عليه السلام إن ذلك يبلّغها فيشق عليها»^(٢)، قلت: يبلغها؟ قال عليه السلام: «إي والله»^(أ).
وذلك لإعراض^(٣) المشهور عنه^(٤)، مع أن تعليله ظاهر^(٥) في الكراهة؛ إذ لا نسلم^(٦) أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها إيذاء لها، حتّى يدخل في قوله عليه السلام:

(١) النصّ غير صحيح؛ لأنّ في سنده محمد بن عليّ ماجيلويه^(ب)، وهو لم يوثّق، ومجرّد كونه شيخاً للصدوق لا يدلّ على وثاقته، وعليه فالحكم بالكراهة مبنيّ على قاعدة التسامح. (الخوئي).

(٢) لحنانها على ذراريها وإن كان الأمر جائزاً؛ لأنّ الضرة بنفسها توجب مشقة الضرة، وتكره الأمّ الحنونة مشقة بنتها، ومجرّد ذلك ليس إيذاءً محرّماً على الزوج بالنسبة إلى الزهراء عليه السلام. (الفاني).

(٣) إعراض المشهور لا يوجب سقوط الخبر المعتبر، لكنّ الحديث بنفسه غير تامّ سنداً. (تقي القمي).

(٤) إعراض المشهور لا يسقط الصحيح عن الاعتبار على ما حقّقناه في محلّه، والتعليل غير ظاهر في الكراهة، فلا مناص عن القول بالحرمة، نعم، الحرمة تكليفية، لا وضعيّة، كما يظهر بالتأمّل^(ج). (الخوئي).

(٥) فيه نظر. (اللكراني).

(٦) فيه نظر، ولا مساع لإنكار ظهور المشقة في المقام فيما لا يستلزم الإيذاء،

⇐

(أ) علل الشرائع: ٢ / ٥٩٠، ح ٣٨.

(ب) المصدر السابق.

(ج) هذه التعليقة منه عليه السلام أضفناها من نسخة أخرى.

«مَنْ آذَاهَا فَقَدْ آذَانِي»^(أ).

(مسألة ٥١):^(١) الأحوط^(٢) ترك تزويج الأمة^(٣) دواماً مع عدم الشرطين: من عدم التمكن من المهر للحرّة، وخوف العنت^(ب)، بمعنى

⇒ ويؤيده ما روي (ج) مرسلًا من نهيا - روعي لها الفداء - من إلقاء البغضاء والسّحناء بين أولادها، نعم، ما أفاده من الإعراض حتّى من القدمات هو المانع من العمل به. (المرعشي).
* كيف لا يسلم، والحال أنّ المشقّة تلازم الإيذاء؟! (تقي القمي).

(١) هذه المسألة إلى «فصل في العقد وأحكامه» لا تكون محلّ الابتلاء. (تقي القمي).

(٢) بل الأقوى. (زين الدين).

(٣) بل لا يخلو من قوّة. (الفاني).

* عدم الابتلاء بهذه المسألة وما بعدها من المسائل الراجعة إلى أحكام العبيد والإماء أغنانا عن التعرّض لها^(د). (الخوئي).

* عدم الابتلاء بهذه المسألة وما بعدها من مسائل أحكام العبيد والإماء يغنينا عن التعرّض لها. (الروحاني).

(أ) من لا يحضره الفقيه: ١٢٥/٤، شرح الأخبار للنعمان المغربي: ٣٠/٣، السنن الكبرى للبيهقي:

٢٠١/١٠، شرح نهج البلاغة لابن أبي الحديد: ٢٧٣/١٦، الاستغاثة لأبي القاسم الكوفي:

١١/١.

(ب) العنت: الوقوع في الإثم، والعنت: الفجور والزنا. والعنت: الهلاك، وأصله المشقّة والصعوبة.

والعنت: الوقوع في أمرٍ شاقّ. والعنت: الخطأ، وهو مصدر من باب تعب. مجمع البحرين:

٢٥٧/٣، (مادة عنت).

(ج) انظر الغدير: ٣١٦/٧.

(د) هذه التعليقة منه ^{بني} أوردها من نسخة أخرى.

المشقة^(١)، أو الوقوع في الزنا، بل الأحوط^(٢) تركه متعةً أيضاً^(٣)، وإن كان القول بالجواز فيها غير بعيد^(٤).

وأما مع الشرطين فلا إشكال في الجواز؛ لقوله تعالى: «وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ» إلى آخر الآية^(أ)، ومع ذلك الصبر أفضل في صورة عدم خوف الوقوع في الزنا^(٥).

كما لا إشكال في جواز وطئها بالملك، بل وكذا بالتحليل.
ولا فرق بين القنّ وغيره. نعم، الظاهر جوازه^(٦) في

(١) هذا هو المتعين؛ لعدم ثبوت الحقيقة الشرعية. (الغانى).

* العنت: المشقة الشديدة، وخشية العنت الخوف من وطأته بما يجلبه على النفس من ضغوط، وبما قد يتبعه من آثار ومحاذير عرفية أو شرعية، ولا تختص محاذيره بخوف الوقوع في الزنا. (زين الدين).

(٢) لا يُترك. (الخميني، المرعشي).

* بل الأقوى. (زين الدين).

(٣) لا يُترك. (حسن القمي).

(٤) الظاهر عدم الفرق بين الدائم والمتعة في الجواز والمنع. (الكوهكمري).

* فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

* مستند التفصيل بين المتعة والدوام غير معلوم. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) وعدم خوف الوقوع في محذورٍ آخر من المرض أو المحرّمات الشرعية الأخرى. (زين الدين).

(٦) لا ظهور فيه. (الكوهكمري).

المُبْعُضَةُ^(١)؛ لعدم صدق^(٢) الأمة^(٣) عليها، وإن لم يصدق الحرّة أيضاً.
 (مسألة ٥٢): لو تزوّجها مع عدم الشرطين فالأحوط^(٤) طلاقها، ولو
 حصل بعد التزويج جدّد نكاحها إن أراد على الأحوط^(٥).
 (مسألة ٥٣): لو تحقّق الشرطان فتزوّجها ثمّ زالا، أو زال أحدهما لم
 يبطل، ولا يجب الطلاق.
 (مسألة ٥٤): لو لم يجد الطّول أو خاف^(٦) العنت ولكن أمكنه الوطء

(١) في الظهور تأمل. (الإصطهباناتي).

* محلّ إشكال. (البروجردی).

* فيه تأمل. (الخميني، محمّد الشيرازي).

* لا يُترك الاحتياط بعدم تزويجها. (المرعشي).

* مشكل. (السبزواري).

* بل الظاهر أنّ المبعضة في حكم الأمة؛ من جهة مملوكيّة بعضها. (محمّد رضا
 الكلبيكاني).

(٢) محلّ التأمل. (عبدالله الشيرازي).

(٣) بل لا يمكن دعوى الانصراف، ولكنّها غير مسموعة. (الفاني).

(٤) لا يُترك. (المرعشي).

* لا يُترك هذا الاحتياط، وإن كان الظاهر بطلان التزويج لفقد الشرطين من غير
 حاجة إلى طلاق. (زين الدين).

(٥) لا يُترك. (المرعشي).

* بل الأقوى. (زين الدين).

(٦) في النسخة المصحّحة من الكتاب (الواو) بدل (أو)، وهو الظاهر. (المرعشي).

بالتحليل أو يملك اليمين يشكل جواز التزويج^(١).

(مسألة ٥٥): إذا تمكّن من تزويج حرّة لا يقدر على مقاربتها لمرضٍ أو رتقٍ أو قرنٍ^(أ) أو صغرٍ، أو نحو ذلك فكما لم يتمكّن^(٢). وكذا لو كانت عنده^(٣) واحدة^(٤) من هذه، أو كانت زوجته الحرّة غائبة^(٥).

(مسألة ٥٦): إذا لم تكفّه في صورة تحقّق الشرطين أمة واحدة يجوز

⇒ * الظاهر أنّ كلمة «أو» اشتباه من الناسخ، والصحيح «وخاف»، لكن مع التمكن من وطء الأمة بالملك أو التحليل ينتفي موضوع خوف العنت. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* كلمة «أو» اشتباه من الناسخ؛ فإنّ المراد: وخاف العنت، والظاهر عدم جواز التزويج في مفروض المسألة. (زين الدين).

(١) والأقوى عدم الجواز. (المرعشي).

(٢) إذا لم يتمكّن من سائر الاستمتاعات على وجه يزول خوف العنت. (عبدالله الشيرازي).

* الجواز فيه وفي ما ذكره بعده مشروط بإذن الحرّة، كما سيأتي. (المرعشي).

(٣) إن تمكّن من بعض الاستمتاعات بحيث يزول خوف العنت فمحلّ إشكال، أو منع. (حسن القمي).

(٤) مع إذن الحرّة في نكاحها، مضافاً إلى الشرطين. (الإصطهباناتي).

* لكن يعتبر حينئذٍ في نكاحها مع الشرطين إذن الحرّة أيضاً. (البروجردی).

* ويعتبر حينئذٍ مع الشرطين إذن الحرّة الموجودة عنده. (زين الدين).

(٥) مع إذنهما في صورتين. (السبزواري).

(أ) القرن: لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر، كالغدة الغليظة، وقد يكون عظماً. القاموس الفقهي:

اللاثنين، أمّا الأزيد فلا يجوز، كما سيأتي^(١).

(مسألة ٥٧): إذا كان قادراً على مهر الحرّة لكنّها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يُعَدُّ ضرراً^(٢) عليه^(٣) فكصورة عدم القدرة^(٤)؛ لقاعدة نفي الضرر^(٥)، نظير سائر المقامات، كمسألة وجوب الحجّ إذا كان مستطيعاً ولكن يتوقّف تحصيل الزاد والراحلة على بيع بعض أملاكه بأقلّ من ثمن المثل، أو على شراء الراحلة بأزيد من ثمن المثل، فإنّ الظاهر سقوط الوجوب وإن كان قادراً على ذلك. والأحوط^(٦) في الجميع^(٧) اعتبار

(١) وتقدّم. (عبدالله الشيرازي).

(٢) أو حرجاً وعسراً. (المرعشي).

(٣) بل حرجاً عليه، وكذا في أمثال المقام، وأمّا قاعدة الضرر ففيها إشكال. (الخميني).

(٤) فيه إشكال. (عبدالهادي الشيرازي).

* فيه منع؛ فإنّ قاعدة نفي الضرر إنّما توجب نفي الإلزام، لا صحّة العقد، والعبرة في عدم جواز العقد على الأمة إنّما هي القدرة على عقد الحرّة وهي موجودة هنا. (الخوئي).

(٥) قاعدة نفي الضرر تقتضي عدم وجوب نكاح الحرّة إذا كان ضرريّاً، لكن لا يقتضي جواز عقد الأمة مع التمكن من مهر الحرّة، نعم، إذا كان بحيث يصدق عليه أنّه لا يتمكّن ولا يستطيع فيتحقّق الشرط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٦) لا يُترك. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازي).

* بل هو المتمعّن، فيجوز له التزويج بالأمة حينئذٍ؛ لعدم الاستطاعة عرفاً لمهر الحرّة، وكذا في مسألة الحجّ، وتراجع المسألة السابعة من الاستطاعة الماليّة في كتاب الحجّ. (زين الدين).

(٧) لا يُترك الاحتياط. (الحائري).

كون^(١) الزيادة ممّا يضرّ^(٢) بحاله^(٣) لا مطلقاً^(٤).

* * *

⇒ * لشبهة جريان العلة في باب الوضوء في أمثال المقام، فيكون تمام المدار فيها على عموم نفي الحرج، ومن هذه ربّما مال المصنّف ﷺ في باب الاستطاعة على كون المدار على الضرر المُجحف بحاله، فراجع، ولكن في عموم العلة نظر، والمسألة حينئذٍ محلّ النظر، ولا يُترك الاحتياط في أمثال المقام. (آقاضياء).
* لا يُترك. (محمّد الشيرازي، حسن القمي).

(١) لا يُترك. (البجنوردي).

(٢) بل ممّا لا يستطيعه عرفاً. (صدرالدين الصدر).

(٣) بمقدارٍ يُعدّ النكاح المنوط عليه ممّا لا يُستطاع عرفاً. (الإصطهباناتي).

* بحيث يكون نكاحها لتوقّفه عليه ممّا لا يستطاع عرفاً. (البروجردي).

* ويُعدّ من غير المستطاع في حقّه. (المرعشي).

(٤) بناءً على المبنى المشهور. (تقي القمي).

فصل

الأقوى جواز نكاح الأمة^(١) على الحرّة مع إذن^(٢)ها. والأحوط^(٣) اعتبار الشرطين^(٤)؛ من عدم الطول، وخوف العنت. وأمّا مع عدم إذن^(٥)ها فلا يجوز، وإن قلنا في المسألة المتقدّمة بجواز عقد الأمة مع عدم الشرطين^(٥)، بل هو باطل.

نعم لو أجازت بعد العقد صحّ^(٦) على الأقوى^(٧)، بشرط تحقّق الشرطين^(٨) على الأحوط.

ولا فرق في المنع بين كون العقدين دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين، بل الأقوى عدم الفرق بين إمكان وطء الحرّة وعدمه؛ لمرض أو قرن أو رتق

(١) لكن يحتمل خيار الحرّة بين بقائها مع الأمة وبين ذهابها إلى أهلها، فلا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمي).

(٢) في كون الإذن مجوّزاً إشكال، فضلاً عن الإجازة اللاحقة. (الحائري).

(٣) بل الأقوى. (زين الدين).

(٤) لا يُترك. (المرعشي).

(٥) في النسخة المصحّحة من الكتاب مع عدم الشرطين بدون كلمة «إلا»، وهو الأظهر. (المرعشي).

(٦) لا يخلو من إشكال. (البروجردی).

(٧) مشكل، فلا يُترك الاحتياط بتجديد العقد عند إرادة الإمساك، والطلاق عند إرادة

التسريح. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٨) بل هو الأقوى. (زين الدين).

إلا^(١) مع عدم الشرطين^(٢)، نعم، لا يبعد الجواز^(٣) إذا^(٤) لم تكن الحرّة قابلةً للإذن؛ لصغرٍ أو جنون، خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعياً. ولكنّ الأحوط^(٥) مع ذلك^(٦) المنع^(٧).

وأما العكس وهو نكاح الحرّة على الأمة فهو جائز ولازم إذا كانت الحرّة عالمةً بالحال، وأما مع جهلها فالأقوى خيارها في بقائها مع الأمة وفسخها ورجوعها إلى أهلها. والأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال، فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرّماً.

(١) الظاهر زيادة كلمة «إلا»، (زين الدين).

(٢) الظاهر أنّ كلمة «إلا» هنا زائدة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) مشكل، فلا يُترك الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل لا يبعد عدم الجواز. (زين الدين).

(٤) فيه تأمل. (الكوهكَمري).

(٥) لا يُترك جداً؛ لشبهة إطلاقات الباب، وعدم الانصراف فيها، كما في الجواهر^(أ)،

فراجع. (آقاضيء).

* لا يُترك. (البجنوردي، عبدالله الشيرازي).

(٦) لا يُترك الاحتياط. (المرعشي).

* لا يُترك. (السبزواري).

(٧) بل لا يخلو من قوّة. (البروجردي).

* لا يُترك. (حسن القمي).

(مسألة ١): لو نكح الحرّة والأمة في عقدٍ واحدٍ مع علم الحرّة صحّ، ومع جهلها صحّ بالنسبة إليها وبطل^(١) بالنسبة إلى الأمة، إلّا مع إجازتها^(٢). وكذا الحال لو تزوّجها بعقدين في زمانٍ واحدٍ على الأقوى.

(مسألة ٢): لا إشكال^(٣) في جواز^(٤) نكاح المبعّضة^(٥) على المبعّضة. وأمّا على الحرّة ففيه إشكال^(٦)، وإن كان لا يبعد^(٧) جوازه^(٨)؛ لأنّ الممنوع

(١) في بطلانه تأمل، فلا يُترك الاحتياط، وكذا في كفاية الإجازة، كما مرّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) لا يخلو من إشكال، كما مرّ. (البروجردى).

✽ في الصحّة مع إجازتها وكذا في الفرع التالي إشكال. (حسن القمي).

(٣) قد مرّ الإشكال في المبعّضة. (المرعشي).

(٤) الظاهر أنّه لا مورد لهذه المسألة. (صدرالدين الصدر).

✽ فيه إشكال. (الفاني).

(٥) قد مرّ أنّ المبعّضة في حكم الأمة من جهة مملوكيّة بعضها، فنفي الإشكال عن نكاح كلّ منهما على الآخر غير موجّه، ولا أقلّ من أنّه خلاف الاحتياط ومنع الصدق حقيقةً محلّ منع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٦) والاحتياط لا يُترك. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني، الإصطهباناتي).

✽ لا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

(٧) فيه أيضاً تأمل. (الكوهكمرى).

(٨) مشكل، بل عدم الجواز لا يخلو من وجه. (البروجردى).

✽ لا يُترك الاحتياط بالتجسّب. (عبدالهادي الشيرازي).

✽ لا يُترك الاحتياط. (عبدالله الشيرازي).

✽ بل يقوى عدم جوازه. (الفاني).

نكاح الأمة على الحرّة، ولا يصدق الأمة على المبعّضة وإن كان لا يصدق^(١) أنّها حرّة أيضاً.

(مسألة ٣): إذا تزوّج الأمة على الحرّة فماتت الحرّة، أو طلقها، أو وهب مدّتها في المتعة، أو انقضت لم يثمر في الصّحة^(٢)، بل لا بدّ من العقد على الأمة جديداً إذا أراد.

(مسألة ٤): إذا كان تحتها حرّة فطلقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الأمة^(٣) في عدّتها^(٤)، وأمّا إذا كان الطلاق رجعيّاً ففيه إشكال^(٥)، وإن كان لا يبعد

⇒ * تقدّم الإشكال فيه. (السبزواري).

* فيه إشكال. (محمّد الشيرازي).

(١) بل لا نصّراف الأمة إلى غير المبعّضة في أمثال المقام. (صدرالدين الصدر).

(٢) لا تُترك مراعاة الاحتياط. (عبدالهادي الشيرازي).

* بل يثمر؛ لأنّ اشتراط الإذن حينئذٍ سالبه بانتفاء الموضوع، وبطلان العقد صدوراً إنّما كان بمعنى توقّف الصّحة على الإذن، لا لخللٍ في العقد. (الفاني).

(٣) مع الشرطين احتياطاً، وهكذا في الفروع الآتية المبنيّة على صحّة نكاح الأمة سابقاً على الحرّة (أقاضياء).

(٤) مع عدم الطّول وخوف العنت. (البجنوردي).

* مع وجود الشرطين. (زين الدين).

(٥) لا يُترك فيه الاحتياط. (الإصفهاني).

* فلا يُترك الاحتياط. (صدرالدين الصدر).

* والاحتياط فيه لا يُترك. (الإصطهباناتي).

* لا يُترك الاحتياط فيه، بل الظاهر عدم الجواز؛ لأنّها ما لم تنقض عدّتها زوجة، والانصراف بدوي. (البجنوردي).

الجواز^(١) لانصراف^(٢) الأخبار^(٣) عن هذه الصورة.
 (مسألة ٥): إذا زوجه فضولي حرّة فتزوّج أمة ثمّ أجاز عقد
 الفضولي، فعلى النقل^(٤) لا يكون من نكاح^(٥) الأمة على الحرّة^(٦) فلا مانع

⇒ * عدم الجواز قوي؛ لأنّ الرجعية زوجة، والانصراف بدوي. (الفاني).

* لا يُترك الاحتياط. (حسن القمي).

(١) بل عدم الجواز قوي. (البروجردی).

* بل فيه بعد. (عبدالهادي الشيرازي).

* فيه إشكال. (السبزواري).

* والأقوى المنع، إلّا بإذنها. (زين الدين).

* فيه تأمل. (محمّد الشيرازي).

(٢) دعوى الانصراف ممنوعة، والاحتياط لا يُترك. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٣) بل عدم الجواز قوي. (عبدالله الشيرازي).

* فيه إشكال، والأظهر التمسك بأدلة^(أ) كونها بمنزلة الزوجة. (المرعشي).

* لو كان المدرك الأخبار الدالة على عدم جواز نكاح الأمة على الحرّة يمكن

دعوى الانصراف، وأمّا ما دلّ من الأخبار والإجماع على كون المطلقة الرجعية

بمنزلة الزوجة بل هي زوجة يشمل ذلك الأثر أيضاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).

(٥) بل من باب نكاح الحرّة على الأمة. (المرعشي).

(٦) بل من نكاح الحرّة على الأمة، وكذا على الكشف الحقيقيّ دون الكشف اللغويّ.

(الكوه كَمَرِي).

(أ) فقه القرآن للقطب الراوندي: ١٨٨/٢، المبسوط للسرخسي: ١٩/٦، السرائر لابن إدريس

الحلي: ٦٦٧/٢، ٢٨٣/٣، جامع الخلاف والوافق لعلي بن محمد القمي: ٤٢٣.

منه^(١)، وعلى الكشف^(٢) مشكل^(٣).

(مسألة ٦): إذا عقد على حرّة وعقد وكيله له على أمة وشك في السابق منهما لا يبعد^(٤) صحتهما^(٥) وإن لم تُخبر الحرّة^(٦).

(١) وأن للحرّة الخيار في عقد نفسها. (الإصطهباناتي).

* وإن كان للحرّة الخيار في عقد نفسها. (البروجردی).

* مع الخيار للحرّة في نكاحها. (السبزواری).

(٢) وهو المختار. (عبدالهادي الشيرازي).

* حتّى الحكمي منه، وعلى النقل يكون من نكاح الحرّة على الأمة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) بل على النقل أيضاً. (الإصفهاني).

* لا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

(٤) بل بعيد، وتقدّم منه قريباً بطلان عقد الأمة إلّا مع الإجازة. (صدرالدين الصدر).

(٥) لا وجه للحكم بصحّة عقد الأمة، وإن سلّمنا وجود أصلٍ مُحَرِّز لها بعد العلم الإجمالي بفساده، أو ثبوت الخيار للحرّة في عقد نفسها، فلا يُترك الاحتياط بما ذكر. (البروجردی).

* بل هو قوي؛ لأنّ الشكّ في اشتراط إذن الحرّة بدويّ، وكونه عدلاً لخيار الحرّة في فسخ عقدها لا يوجب تشكيل علمٍ مؤثّر في البين، إلّا إذا فسخت الحرّة عقد نفسها ولم تأذن في عقد الأمة، وحينئذٍ يتشكّل العلم الإجمالي للزوج بحرمة إحداها عليه. (الفاني).

(٦) الحكم بصحّة عقد الأمة في غاية الإشكال؛ للعلم الإجمالي: إمّا بفساد عقد الأمة إذا كان عقد الحرّة هو السابق، وإمّا بثبوت الخيار للحرّة في عقد نفسها إذا كان عقدها هو اللاحق، فلا يُترك الاحتياط بما في المتن، بل لا يُترك الاحتياط بطلاق الحرّة أيضاً إذا اختارت فسخ عقدها. (زين الدين).

والأحوط ^(١) طلاق ^(٢) الأمة ^(٣) مع عدم إجازة الحرّة.
 (مسألة ٧): لو شرط في عقد الحرّة أن تأذن في نكاح الأمة عليها صحّ ^(٤)، ولكن إذا لم تأذن لم يصحّ، بخلاف ما إذا شرط ^(٥) عليها ^(٦) أن

(١) لا يُترك. (الإصفهاني، جمال الدين الكلبيكاني، السبزواري).

* هذا الاحتياط لا يُترك. (النائيني، الإصطهباناتي).

* لا يُترك الاحتياط. (المرعشي).

* كما أن الأحوط طلاق الحرّة عند اختيار فسخ عقد نفسها، بل لا يُترك الاحتياط بطلاقهما عند عدم إجازة الحرّة مطلقاً، اختار الفسخ أو لا؛ مراعاةً للعلم الإجمالي. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).

(٣) قبل فسخ الحرّة نكاح نفسها، وأمّا إذا فسخت نكاح نفسها قبل طلاق الأمة ثمّ طلقها فالأحوط الاجتناب عن الحرّة أيضاً. (عبدالهادي الشيرازي).
 * لا يُترك. (محمّد الشيرازي، حسن القمي).

(٤) إذا أُذِنَتْ. (زين الدين).

(٥) في هذه الصورة أيضاً يبطل عقد الأمة إذا لم تأذن الحرّة. (الفاني).

(٦) فيه إشكال، كما تقدّم نظيره في العمّة والخالة بعد الشكّ في كون ذلك من الحقوق القابلة للإسقاط، واحتمال كونه من الأحكام بملاحظة اقتضاء حرّيّة الزوجة ذلك مطلقاً. (أفاضياء).

* النتيجة واحدة؛ فإنّ قبولها الشرط إذن إذاً، فالصحّة أقرب. (كاشف الغطاء).

* في صحّة هذا الشرط إشكال. (عبدالهادي الشيرازي).

* فيه إشكال. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازي).

* قد مرّ أنّ الشرط المذكور بمنزلة الإذن، فيصحّ نكاح الأمة ما لم تُظهر الكراهة.

يكون^(١) له^(٢) نكاح^(٣) الأمة^(٤).

* * *

⇒ (محمّد رضا الكلّبايگاني).

* محلّ تردّد. (السبزواري).

* على إشكال. (محمّد الشيرازي).

(١) فيه إشكال. (البروجردي).

(٢) في صحّة هذا الشرط إشكال. (الكوهكَمَرِي).

* الظاهر بطلان هذا الشرط، ولكنّ العقد صحيح. (صدرالدين الصدر).

* فيه إشكال، وقد تقدّم نظيره وأنّ الشرط مخالف للكتاب، إن [كان]^(أ) مقيداً بعدم إذنه أو كان مطلقاً. (البجنوردي).

* المسألة مبتنية على كونه من الحقّ أو الحكم، فعلى الأوّل صحيح، وأنّه من باب شرط النتيجة، بخلاف الثاني. (المرعشي).

* مشكل غاية الإشكال. (حسن القمي).

(٣) قد مرّ الكلام في نظير المسألة. (الفيروزآبادي).

(٤) وهو في غاية الإشكال، وقد تقدّم نظيره في المسألة التاسعة عشرة من فصل: محرّمات المصاهرة. (زين الدين).

(أ) أضفناه كي يستقيم السياق.

فصل

في نكاح العبيد والإماء^(١)

(مسألة ١): أمر تزويج العبد والأمة بيد السيّد، فيجوز له تزويجهما ولو من غير رضاهما، أو إجبارهما على ذلك. ولا يجوز لهما العقد على نفسيهما من غير إذنه، كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك، حتّى لو كان لهما أب حرّ^(٢). بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً^(٣)

(١) قد أغمضنا عن هذا الفصل والفصلين التاليين ممّا يتعلّق بالعبيد والإماء، لعدم الابتلاء بهما. (الخميني).

(٢) وقد أوقع عليهما العقد وهما صغيران. (الإصفهاني).

* وقد أوقع العقد عليهما وهما صغيران. (الإصطهباناتي).

* هذا حيث أوقع العقد عليهما في حال صغرهما، وأمّا في حال كبرهما فلا فرق بين الأب والأجنبيّ. (المرعشي).

* وكانا صغيرين. (محمّد رضا گلپايگاني).

* وهما صغيران، وإلّا فالأب والأجنبيّ فيهما سيّان. (السبزواري).

(٣) تشريعاً، كما لا يخفى. (آقا ضياء).

* مجرد إيقاع العقد على المملوك ولو بقصد ترتيب الأثر لا يكون تصرفاً محرّماً. (الفاني).

* ليس هذا حراماً شرعياً، بل هو داخل في نيّة المعصية، وهو نوع من التجري. (الخوئي).

* إن قيل بأنّ العزم على الحرام حرام، أو آل الأمر إلى التشريع. (المرعشي).

* على الأحوط. (محمّد رضا گلپايگاني).

إذا كان^(١) ذلك^(٢) بقصد ترتيب الأثر ولو لا مع إجازة المولى^(١)، نعم، لو كان ذلك بتوقع الإجازة منه فالظاهر عدم حرمة؛ لأنّه ليس تصرفاً^(٣) في مال الغير عرفاً، كبيع الفضوليّ مال غيره.
وأما عقدهما على نفسيهما^(٤) من غير إذن المولى ومن غيرهما^(٥) بتوقع الإجازة فقد يقال بحرمة^(٦)؛

-
- (١) بل هو حينئذٍ من نيّة الحرام والعزم على ارتكابه. (البروجردى).
* أي حراماً تشريعياً؛ لأنّه ليس تصرفاً فيهما حتّى يكون حراماً ذاتياً بدون إذن المولى. (البحروردى).
(٢) تشريعاً أو تجريباً. (عبدالله الشيرازى).
(٣) خارجياً. (المرعشى).
(٤) هذا تكرار لما سبق في صدر المسألة، ولعلّه إنّما أعاد البيان على طوله لبيان قضيّة سلب القدرة، ولكن ليس حقّ البيان ذلك، فتدبره. (كاشف الغطاء).
(٥) أي يكون تزويجهما وعقدهما بإيقاع من غير العبد والأمة عليهما، كأنّه عطف على ضمير «هما» في قوله: عقدهما. (الفيروزآبادى).
* في العبارة تشويش، والمراد ظاهر؛ فإنّ موضع هذه العبارة قبل سطرين يعني: بعد قوله: «نعم، لو كان ذلك» كما يظهر وجهه بأدنى تأمل. (الخوئى).
* لعلّ عبارة «ومن غيرهما» زائدة، فقد تقدّم حكم غيرهما عليهما، على أنّ التعليل بسلب القدرة لا يناسب ذلك. (زين الدين).
(٦) لا وجه للقول بالحرمة أصلاً؛ فإنّ سلب القدرة لا يكون منشأً للحرمة، وإنّما يكون منشأً لعدم النفوذ. (الخوئى).

(أ) والأفضل أن يقال: (ولو مع عدم إجازة المولى).

لَسَلْبِ قَدَرْتَهُمَا^(١) وَإِنْ لَمْ يَكُنَا مَسْلُوبِي الْعِبَارَةِ، لَكِنَّهُ مُشْكَلٌ^(٢)؛ لِانْصِرَافِ^(٣) سَلْبِ^(٤) الْقَدْرَةِ^(٥) عَنْ مِثْلِ ذَلِكَ.

وَكَذَا لَوْ بَاشَرَ أَحَدُهُمَا الْعَقْدَ لِلْغَيْرِ بِإِذْنِهِ أَوْ فَضُولَةٍ؛ فَإِنَّهُ لَيْسَ بِحَرَامٍ عَلَى الْأَقْوَى^(٦)، وَإِنْ قِيلَ بِكَوْنِهِ حَرَامًا.

(مَسْأَلَةٌ ٢): لَوْ تَزَوَّجَ الْعَبْدُ مِنْ غَيْرِ إِذْنِ الْمَوْلَى وَقَفَ عَلَى إِجَازَتِهِ، فَإِنْ أَجَازَ صَحَّ، وَكَذَا الْأُمَةُ عَلَى الْأَقْوَى. وَالْإِجَازَةُ كَاشِفَةٌ^(٧)، وَلَا فَرْقَ فِي صَحَّتِهِ

(١) التعليل لا يناسب قوله: «أو من غيرهما»، وهو ناظر إلى الأول، ووجه الثاني مرّ قبل ذلك. (الفيروزآبادي).

(٢) بل ممنوع؛ لأنّ سلب القدرة وضعاً لا يستلزم حرمة إنشاء التزويج تكليفاً. (الفاني).
* إِلَّا مَعَ نَهْيِ الْمَوْلَى؛ حَيْثُ إِنَّ مَخَالَفَتَهُ حَرَامٌ تَكْلِيْفًا، وَأَمَّا نَفْوْذُهُ فَمَوْقُوفٌ عَلَى إِجَازَةِ الْمَوْلَى. (مُحَمَّدُ رِضَا الْكَلْبَايْكَانِي).

(٣) قَدْ تَعَرَّضْنَا فِي كِتَابِ الْبَيْعِ بَطْلَانِ الْانْصِرَافِ الْمَزْبُورِ فِي أَمْثَالِ الْمَقَامِ، فَرَاجِعْ مَحَلَّهُ. (آقَاضِيَاءَ).

(٤) الْأَظْهَرُ الْانْسِلَابُ، وَعَدَمُ قَدَرْتَهُمَا عَلَى شَيْءٍ، سَيِّمًا فِي الْمَهَامِّ، كَأَمْثَالِ التَّزْوِيجِ، وَالْانْصِرَافِ مَمْنُوعٍ. (المرعشي).

(٥) الْانْصِرَافُ مَمْنُوعٌ، وَكَذَا فِي الْفَرْضِ الْلاحِقِ. (زَيْنُ الدِّينِ).

(٦) فِيهِ وَفِي مَا تَقَدَّمَ مِنَ الْانْصِرَافِ نَظَرٌ. (حَسَنُ الْقَاضِي).

(٧) الْإِجَازَةُ - بِمَا هِيَ سَبَبٌ لِرَبْطِ الْإِنْشَاءِ بِالْأَصِيلِ - نَاقِلَةٌ، بِمَعْنَى صَيُورَتِهَا سَبَبًا لِرَبْطِ الْمُنْشَأِ بِالْمُجِيزِ. (الفاني).

* كَشَفًا اِنْقِلَابِيًّا، وَمَعْنَى الْكَشْفِ الْاِنْقِلَابِي: أَنَّ الشَّارِعَ بَعْدَ تَحَقُّقِ الْإِجَازَةِ مِنَ السَّيِّدِ يَحْكُمُ بِصَحَّةِ عَقْدِ الْعَبْدِ، وَثَبُوتِ مَضْمُونِهِ مِنْ أَوَّلِ الْأَمْرِ وَمِنْ حِينَ صُدُورِ الْعَقْدِ مِنْهُ،

بها بين أن يكون بتوقعها، أو لا، بل على الوجه المحرّم، ولا يضرّه النهي؛ لأنّه متعلّق بأمرٍ خارج^(١) متّحد. والظاهر اشتراط عدم الردّ منه قبل الإجازة، فلا تنفع الإجازة^(٢) بعد الردّ^(٣).

وهل يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالردّ بعد العقد، أو لا؟ وجهان، أقواهما^(٤) الثاني^(٥).

(مسألة ٣): لو باشر المولى تزويج عبده، أو أجبره^(٦) على التزويج

⇒ لا حين الإجازة فيكون نقلاً، ولا بمجرد ترتيب الآثار من أوّل الأمر فيكون كشفاً حكماً، ولا بصحّة العقد بالإجازة على نحو الشرط المتأخّر فيكون كشفاً حقيقياً. (زين الدين).

(١) التعليل ضعيف جدّاً، والصحيح أن يقال: إنّه على تقدير الحرمة فهي في المعاملات لا توجب الفساد. (الخوئي).

(٢) فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

(٣) على المشهور، بل أدّعي عليه الإجماع. (حسن القمي).

(٤) فيه إشكال. (الفيروزآبادي).

(٥) بل الأوّل. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* بل الأوّل؛ فإنّ النهي قبله أشدّ من الردّ بعده. (كاشف الغطاء).

* في أقوائيه تأمل. (الإصطهباناتي).

* فيه إشكال. (عبدالله الشيرازي).

* لا يخلو أولهما من قوّة. (المرعشي).

* فيه تأمل. (حسن القمي).

(٦) في صورة جبره على التزويج إشكال، والأحوط للمولى التعيين في هذه الصورة.

(زين الدين).

فالمهر إن لم يُعَيَّن في عينٍ يكون في ذمّة المولى^(١)، ويجوز أن يجعله في ذمّة العبد^(٢) يتبع^(٣) به^(٤) بعد العتق^(٥) مع رضاه. وهل له ذلك قهراً عليه؟ فيه إشكال^(٦)، كما إذا استدان على أن يكون

(١) إذا كانت تصرّفات العبد وتحركاته وكسبه بيد مولاه وتحت رعايته، وأمّا إذا كان مطلق الإرادة في التصرف من قبل مولاه فلا يبعد أن يكون المهر في ذمّة العبد. (زين الدين).

(٢) قدرة المولى بهذا المقدار - أي إشغال ذمّة عبده ودخول ذمّته تحت سلطته - محلّ إشكال، وكذا الاستدانة. (المرعشي).

* جواز جعله في ذمّة العبد على هذا الوجه ولو مع رضاه محلّ إشكال، واستدانة المولى بهذا النحو أشدّ إشكالاً، والتفصيل لا يسعه المقام. (البروجردى).

(٣) إن لم يكن له مال ولم يتمكّن من الاكتساب بإذن المولى. (صدرالدين الصدر).

(٤) حيث لا مال ولم يقدر على الاكتساب بإذن المولى. (المرعشي).

* سلطنة المولى على اشتغال ذمّة العبد مستقلاً بحيث يتبع به بعد العتق محلّ إشكال، بل منع ولو مع رضاه؛ لأنّ رضاه غير مؤثّر في شيء، وسلطنة المولى محدودة بحدود ملكه، ولا معنى لعهدّة العبد إلّا عهدّة المولى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) أو يؤدّيه من كسبه إذا كان كسوباً بإذن مولاه. (الفاني).

(٦) لعدم مالكيّة السيّد لذمّة العبد التابع له بعد عتقه. (أقاضياء).

* ولكنّه الأقوى. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* الظاهر عدم الإشكال؛ لأنّه مملوكه وتحت سلطانه يتصرّف فيه كيفما يشاء، إلّا في ما نهى الشارع عنه. (البجنوردي).

* بل منع؛ لأنّ عهدّة العبد ليست مملوكَةً للمولى، نعم، إذا رضي العبد بذلك فيصحّ؛ لعدم الموجب للمنع. (الفاني).

* الظاهر أنّ له ذلك، وكذلك الاستدانة. (زين الدين).

الدين في ذمة العبد من غير رضاه.

وأما لو أذن^(١) له في التزويج: فإن عيّن كون المهر في ذمته^(٢) أو في ذمة العبد أو في عين معيّن تعيّن، وإن أطلق^(٣) ففي كونه في ذمته، أو ذمة العبد مع ضمانه له وتعهد^(٤) أدائه، عنه أو كونه في كسب العبد^(٥) وجوه^(٦): أقواها

(١) الظاهر أنّ المهر في عهدة العبد، إلّا أن يجعله في ذمة المولى، أو في ماله المعيّن بإذنه. (صدرالدين الصدر).

(٢) وتعهد ابتداءً، إلّا أنّه ينتقل إليه من ذمة العبد؛ كي يكون من باب الضمان. (المرعشي).

(٣) تقدّم تفصيل الكلام فيه. (صدرالدين الصدر).

(٤) أو في ذمة العبد وكون اشتغال ذمته بشيء بإذن المولى عين اشتغال ذمة المولى بذلك الشيء، كما أنّ مالكيته لشيء عين مالكيته، ولعلّ هذا أقرب الوجوه، ولا تنافيه الرواية، والظاهر عدم الفرق بين الإذن والإجازة. (البروجردى).

(٥) أو في ذمة العبد يتبع به بعد عتقه، فلا تعهد للمولى في أدائه ولو من ماله الخاص. (آقاضياء).

(٦) وله وجه آخر، وهو كونه في ذمة العبد، لكنّ معنى اشتغال ذمته اشتغال ذمة المولى، والأقوى الأول؛ لأنّ ذلك الوجه أيضاً يحتاج إلى مؤونة واعتبار زائد، بل هو من أقسام التعيين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الأقوى ثبوت المهر والنفقة في ذمة العبد، ولكن على المولى أن يفي بما في ذمة العبد من بعض أمواله أو أموال العبد، وهذا إذا كان المولى نافذ السلطان في العبد وفي تصرفاته، بأن كانت تحت رعاية مولاه في جميع شؤونه، وأمّا إذا كان العبد مطلق الإرادة - كما تقدّم - فلا يبعد عدم تعهد المولى بذلك، والروايتان لا تدلّان على أكثر من ذلك. (زين الدين).

الأول^(١)؛ لأنَّ «الإذن في الشيء»^(٢) إذن في لوازمه^(أ)، وكون المهر عليه بعد عدم قدرة العبد على شيء، وكونه كلاً على مولاه من لوازم^(٣) الإذن في التزويج عرفاً، وكذا الكلام في النفقة.

ويدلُّ عليه^(٤) أيضاً في المهر: رواية علي بن أبي حمزة^(ب)، وفي النفقة موثقة عمّار الساباطي^(ج).

(١) تقدّم تفصيل الكلام فيه. (صدرالدين الصدر).

(٢) في هذه الكليّة نظر، فالعمدة في المسألة النصوص الخاصّة، وإلاّ فالأقوى ما ذكرنا من الاحتمال؛ لعدم اقتضاء إذن السيّد تعهّده في ماله في ذمّته أو في غيرها، فقهرّاً يستقرّ المهر في ذمّة الزوج يتبع به بعد عتقه؛ للعمومات. نعم، لا يبعد الالتزام في النفقة بما ذكر من كونها على السيّد بلا خصوصيّة في كسبه؛ لاحتساب العرف كونها من عيال السيّد، وإن أمكن النظر في ملازمة العيلولة العرفيّة مع وجوب النفقة، فمن المحتمل كونها بمقتضى القواعد ممّن لا يقدر على نفقة عياله ولا على طلاقها، فيجب على الناس كفاية القيام بأمرها، ولكن لا أظنّ التزام هذا المعنى أيضاً من أحد، بل هو أيضاً خلاف السيرة، بل السيرة قائمة على قيام السيّد بأمرها في نفقتها، ومنها يُستكشف كون نفقتها عليه، وكونها من عيالاته الواجب نفقتها عليه. (آقاضياء).

※ بل لأنّ الظاهر من المقام تعهّد السيّد لمهره. (الفاني).

(٣) فيه تأمّل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

(٤) في اعتبار الروايتين بل وفي دلالتها تأمّل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

(أ) مختلف الشيعة: ١٥٣/٦، كشف اللثام، ط. ج: ١٩٩/٨، القواعد والفوائد للشهيد الأول: ١/٢٣٠.

مستند الشيعة للنراقي: ١٨٤/١٦، جواهر الكلام: ٨٤/٢٥.

(ب) الوسائل: الباب (٧٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(ج) الوسائل: الباب (٧٣) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

ولو تزوّج العبد من غير إذن مولاه، ثمّ أجاز ففي كونه^(١) كالإذن السابق في كون المهر على المولى، أو بتعهده، أو لا؟ وجهان^(٢).
ويمكن الفرق^(٣) بين ما لو جعل^(٤) المهر في ذمّته^(٥) فلا دخل له^(٦) بالمولى وإن أجاز العقد، أو في مالٍ معيّنٍ من المولى، أو في ذمّته، فيكون كما عيّن أو أطلق فيكون على المولى.

(١) الأظهر أنّ الإجازة توجب صحّة العقد على ما وقع، فيأتي فيه التفصيل المتقدّم.
(صدرالدين الصدر).

(٢) أقربهما الأوّل؛ لأنّ الإجازة كالإذن السابق في كون المهر على المولى، إلّا إذا جعل العبد المهر في ذمّته. (البجنوردي).

✽ الأظهر الأوّل. (المرعشي).

✽ الإجازة توجب صحّة العقد على حسب ما وقع؛ فإنّ كان العبد قد عيّن شيئاً كانت الإجازة تعييناً له عند المولى، وإن لم يعيّن جرى في الإجازة ما ذكرناه في الإذن السابق سواء بسواء. (زين الدين).

(٣) ولعلّ هذا أوجه. (الكوهكَمري).

(٤) وهذا هو الأقوى. (عبدالهادي الشيرازي).

(٥) هذا التفصيل حسن جميل. (الفاني).

✽ هذا إذا لم يكن له مال، ولم يتمكّن من الاكتساب بإذن المولى، وهذا التفصيل لا يخلو من قوة، ولا يصغى من رجوعه إلى جعله في ذمّة المولى؛ لمكان حكم العرف باتّحاد ذمّة العبد مع ذمّة مولاه. (المرعشي).

(٦) الظاهر هو أنّ التفصيل غير وجيه؛ لأنّ ذمّة العبد ليس إلّا ذمّة المولى، فبإجازته تشتغل ذمّته. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ مع كون أدائه في كسب العبد بعد العتق. (حسن القمّي).

ثم إنَّ المولى^(١) إذا أذن: فتارةً يعيّن مقدار المهر، وتارةً يعمّم، وتارةً يطلق.

فعلى الأولين لا إشكال، وعلى الأخير ينصرف إلى المتعارف^(٢)، وإذا تعدّى وقف على إجازته.

وقيل^(أ): يكون^(٣) الزائد في ذمته يتّبع به بعد العتق^(٤). وكذا الحال بالنسبة إلى شخص الزوجة، فإنّه إن لم يعيّن ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعّة، فإن تعدّى وقف على إجازته^(٥).

(مسألة ٤): مهر الأمة المزوّجة للمولى، سواء كان هو المباشر

(١) يأتي التفصيل المتقدّم في كلّ من هذه الأقسام الثلاثة. (صدرالدين الصدر).

(٢) إذا أذن المولى في جعل المهر في ذمته أو في عينٍ خارجيّة يملكها ولكن اطلق من حيث الكميّة فيرجع إلى المتعارف، فإذا تعدّى وقف على إجازته، سواء قلنا بأنّ الزائد في ذمّة المولى أم في ذمّة العبد. (صدرالدين الصدر).

* وهو مهر المثل، وليس له التعدي عنه، وعدم ملاحظة المصلحة. (المرعشي).

* في الصورة التي يجب فيها على المولى أن يفي بما في ذمّة العبد، على ما تقدّم بيانه، وأمّا في الصورة الثانية فإنّ وجوب الوفاء على العبد نفسه. (زين الدين).

(٣) ولكنه ضعيف. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) أو يؤدّيه من كسبه إذا كان كسوباً بإذن مولاه. (الفاني).

(٥) على الأحوط، إلّا إذا كان تعدياً عن اللائق بحال المالك فيلزم ذلك على الأقوى. (زين الدين).

أُم هـي، بإِذنه أو بإِجازته، ونفقتها على الزوج، إلّا إذا منعها^(١)
مولاهها^(٢) عن التمكين^(٣) لزوجها^(٤)، أو اشترط^(٥) كونها^(٦)

(١) وامتنعت عن التمكين، ولكن في شمول دليل النشوز للمورد تأمل، كلّ ذلك إذا قلنا: إنّ للمولى منعها بعد إِذنه أو إِجازته، وفيه تأمل؛ لأنّ التمكين من أظهر آثار التزويج، سيّما في الدوام الذي هو محلّ الكلام. (صدرالدين الصدر).
* ونشزت هي. (المرعشي).

(٢) لا بمثل الحبس؛ لأنّها معذورة في عدم التمكين، والأوّلَى إلحاق النشوز بالمنع. (عبدالله الشيرازي).

* الظاهر أنّ المناط في عدم وجوب النفقة على الزوج، نشوز الزوجة ومنع المولى وعدمه لا تأثير فيه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بغير حقّ، كما هو الظاهر؛ فإنّ صحّة التزويج للأمة والتزام المولى بلوازم الزوجيّة تقتضي وجوب التمكين عليها، فلا يملك المولى أن يمنعها عنه، فإذا منعها كذلك وأطاعت فلم تمكّنه كانت ناشزة فلا نفقة لها، وإذا منعها المولى بحقّ - كما قد يتفق - فأطاعت مولاهها ولم تمكّن الزوج لم يكن ذلك نشوزاً، فلا تسقط نفقتها. (زين الدين).
(٣) ولم تمكّن. (الإصطهباناتي).

* وعملت على طبق منعه. (البروجردي).
* وهي امتنعت من منعها، أو كان منعه إيّاها منعاً تكوينيّاً بأن حبسها مثلاً. (البجنوردي).

* سقوط نفقتها على الزوج ما لم تصير ناشزة محلّ نظر. (حسن القمي).
(٤) ولم تتمكّن أيضاً بحيث صارت ناشزة. (السبزواري).
(٥) صحّة هذا الشرط محلّ إشكال، بل منع، نعم، يصحّ شرط الإنفاق على المولى فيجب عليه الوفاء، ولو عصى فالنفقة على الزوج. (محمّد رضا الكلبيكاني).
(٦) هذا من الوعد الإبتدائي. (الفاني).

عليه^(١) وللمولى استخدامها بما لا ينافي حق الزوج^(٢).
 والمشهور أنّ للمولى^(٣) أن يستخدمها نهاراً^(٤)، ويُخَلّي بينها وبين الزوج
 ليلاً، ولا بأس به^(٥).

⇒ * صحّة هذا الاشتراط محلّ إشكال، إلّا أن يؤوّل إلى اشتراط أداء النفقة على
 المولى، لا أصل ثبوته. (المرعشي).

* المراد أن يشترط الزوج على المولى أن يقوم بالاتفاق عليها، وأمّا شرط أن
 تجب النفقة على المولى فهو شرط مخالف للكتاب. (زين الدين).
 (١) صحّة هذا الشرط محلّ إشكال. (البروجردى).

* يعني أدائها لا ثبوتها شرعاً، وإلا فصحة مثل هذا الشرط ممنوعة. (السبزواري).
 (٢) ولا يختصّ أحدهما بليل أو نهار على الأقوى، فللزواج حق الاستمتاع بها ولو
 نهاراً. (زين الدين).

(٣) الظاهر أنّ هذا التوزيع إنّما هو نظر إلى أنّ زمان الخدمة في الأغلب إنّما هو النهار
 وزمان الاستمتاع الليل، ويستفاد ذلك ممّا ورد في الجعفرات^(أ)، ونقل
 المجلسي^(ب) هذه الرواية أيضاً في المجلد (٢٣) من البحار، طبع الكمباني، الباب
 (٧٣) عن نوادر^(ج) الراوندي ولعلّ قوله: «يُستفاد من بعض الأخبار» ذلك. (الفاني).
 (٤) الأقوى جواز الانتفاع للمولى في الليل والنهار ما لم يزاحمه حق الزوج.
 (المرعشي).

(٥) ولكنّ الأقوى أنّ للزوج حق الاستمتاع بها ولو نهاراً. (كاشف الغطاء).

(أ) الجعفرات: ١٠٥.

(ب) بحار الأنوار: ١٠٠/٣٤٤، ح ٣٥.

(ج) النوادر للراوندي: ١٨٥.

بل يُستفاد^(١) من بعض^(أ) الأخبار^(٢) ولو اشترطاً غير ذلك فهما على شرطهما.

ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من دون إذن السيّد؟ قد يقال: ليس له^(٣)، بخلاف ما إذا أراد السيّد أن يسافر بها فإنه يجوز له من دون إذن الزوج.

والأقوى العكس^(٤)؛ لأن السيّد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم

(١) فيه وفي جواز أن يسافر بها الزوج أو السيّد تأمّل، فالأحوط التصالح والتراضي. (حسن القمي).

(٢) لكنّه ضعيف، والأوجه ما ذكره أولاً. (الخوئي).

(٣) ولعلّه الأقرب. (محمّد الشيرازي).

(٤) بعد تراحم مقتضى الملكية والزوجيّة، وقصور شمول الدليل من كلّ طرفٍ صورة قصور المحلّ عن القابليّة؛ لعدم كون إطلاقاتها في مقام البيان من تلك الجهة، فالمرجع في الترجيح هو الأصل الجاري في طرف المالك بعد منع الكلّيّة من اقتضاء الالتزام بالشيء الالتزام باللوازم. (آقاضياء).

✽ هذا لا يخلو من المناقشة؛ فإنّ إذن السيّد بالتزويج وإن كان التزاماً بلوازم الزوجيّة وأحكامها إلّا أنّ من أحكامها وجوب إطاعة الزوج لو لم تراحم بما هو الأهمّ، والتزامه بأحكامها ليس مزيلاً لسيادته وأحكامها ولوازمها، فكما أنّ مقتضى زوجيّة الزوج وجوب طاعته كذلك مقتضى سيادة السيّد وجوب إطاعته، فإذا أمر كلّ منهما بخلاف ما أمره الآخر يقع التراحم بين الإطاعتين، فيراعى ما هو الأهمّ،

⇐

-
-
- ⇒ ولا يبعد أن يكون رعاية السيّد الذي يكون مالكاً لرقبتها ألزم. (الإصفهاني).
- * مع توقف الاستمتاع على المسافرة، وكذا المسافرة ليلاً إن قلنا: إنّه يجب أن يُخلّى بينها وبين الزوج ليلاً. (الكوهكمري).
- * لا يخلو من مناقشة وإشكال، بل الظاهر تقديم إرادة السيّد عند تراحمها مع إرادة الزوج. (البجنوردي).
- * هذا لا يخلو من المناقشة؛ فإنّ إذن السيّد بالتزويج وإن كان التزاماً بلوازم الزوجيّة وأحكامها إلّا أنّ من أحكامها وجوب اطاعة الزوج لو لم تراحم بما هو الأهمّ، والتزامه بأحكامها ليس مزيلاً لسيادته وأحكامها ولوازمها، فكما أنّ مقتضى زوجيّة الزوج وجوب إطاعته، فإذا أمر كلّ منهما بخلاف ما أمره الآخر يقع التراحم بين الإطاعتين، فيراعى ما هو الأهمّ، ولا يبعد أن يكون رعاية السيّد الذي يكون مالكاً لرقبتها ألزم، إلّا أن يقال: إذنه بالتزويج المستلزم للإذن باللوازم بمنزلة إسقاط حقّ المولى بالنسبة إلى آثار المزاجعة من الاستمتاع، وهذا ربّما مراد المصنّف رحمته؛ وبناءً عليه لا يجب إطاعته حتّى في غير الوطاء الواجب. (عبدالله الشيرازي).
- * في صورتَي المسافرة ليلاً وإرادة الاستمتاع في السفر. (المرعشي).
- * يعني يجوز للعبد أن يسافر بها من دون إذن مولاه، دون العكس، لكن المسلّم منه فيما إذا أراد منها الاستمتاع في السفر، وإلّا فوجوب السفر عليها بأمر الزوج غير معلوم. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- * لا يبعد كون مراعاة حقّ السيّد أعمّ عرفاً. (السبزواري).
- * القدر المسلّم من ذلك ما إذا أراد الزوج الاستمتاع بزوجه في السفر فلا يجوز للمولى أن يمنعها من ذلك، أمّا في غير ذلك فالمسألة محلّ إشكال. (زين الدين).

الزوجية^(١)، و﴿الرَّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾^(٢).

وأما العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته، إلا ما كان واجباً عليه من الوطء في كل أربعة أشهر، ومن حق القسم.

(مسألة ٥): إذا أذن المولى للأمة في التزويج وجعل المهر لها صحَّ على الأقوى من ملكية العبد والأمة^(٣)، وإن كان للمولى أن يملك^(٤) ما ملكاه، بل الأقوى^(٥) كونه مالكا لهما ولمالهما

(١) فيه نظر واضح؛ لأنه لا يفهم العرف من الإذن في تزويج الأمة الإذن في أخذها معه في الأسفار المانع من الخدمة والمنافية لحق الملكية، وهذا ليس من اللوازم الظاهرة في نظر العقلاء، ولمعارضة «الناس مسلطون على أموالهم»^(ب) والزواج يلتزم بلوازم ملكية الزوجية. (الفيروزآبادي).

(٢) ولكنهما محجوران عن التصرف في ما يملكانه إلا بإذن المولى. (زين الدين).

(٣) مع رضاها. (صدرالدين الصدر).

(٤) بل الأقوى كون المهر لمولاه المالك لبضعها، وأنها لا تملك إلا ما ملكها مولاه، وأن المهر المزبور ليس منها. (آقاضي).

* بل الأقوى أن المملوك كغيره^(ج) من الأحرار، ولكنه محجور عليه، ولا يجوز له التصرفات المالية إلا بإذن مولاه، ومنه تعرف أنه ليس للمولى التصرف في أموال

⇐

(أ) النساء: ٣٤.

(ب) الخلاف: ١٧٦/٣، السرائر: ٣٨٢/٢، مختصر المزني: ٩٢، المجموع: ٣٥/١٣.

(ج) في نسخة الأصل: (المملوكة كغيرها)، ونظراً لارتباك اللفظ فالصحيح ما أثبتناه.

ملكيّةً طويلةً^(١).

(مسألة ٦): لو كان العبد أو الأمة لِمَالِكَيْنِ أو أكثر توقّف صحّة النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم، ولو كانا مبعّضين توقّف على إثنين وإذن المالك، وليس له إجبارهما.

(مسألة ٧): إذا اشترت العبدَ زوجته بطل النكاح، وتستحقّ المهر إن كان ذلك بعد الدخول. وأمّا إن كان قبله ففي سقوطه^(٢)، أو سقوط نصفه^(٣)،

⇒ مملوكه، نعم، لو اكتسبها بإذن المولى على أن تكون له كانت له. (صدرالدين الصدر).
* بل الأقوى عدم؛ لدلالة بعض النصوص^(أ) على عدم جواز تملك السيّد ما ملكه العبد فكيف بالملكيّة الطويلة؟. (الفاني).

* هذا القول ضعيف. (زين الدين).

(١) وعلى ذلك فالمهر لها دائماً؛ لكون المهر بدل المنافع عرفاً، وإن كانت هي ومالها لمولاها. (الكوهكفري).

* بجعل الملكيّة للعبد بالنسبة إلى المال، وملكيّة المولى للمال المملوك للعبد، وعليه فالمهر لها وهو ملكها. (المرعشي).

(٢) هذا هو الأظهر. (الفاني).

* كما في فسخ أحد الزوجين بسبب عيب من العيوب المعلومة في صاحبه، وعليه لا يلزم خلوّ البيع عن العوض لترتب السقوط على تملك الزوجة زوجها المتأخّر عن الزوجيّة، المستلزمة لثبوت المهر، ولا يخلو من مناقشة. (المرعشي).

(٣) وهو الأظهر وإن كان الأحوط التصالح. (عبدالهادي الشيرازي).

* كما في الطلاق قبل الدخول. (المرعشي).

(أ) النهاية ونُكته للطوسي: ٥٤٣، المهذب لابن البراج: ٣٥٩/٢، المحلّي: ٢٤٤/٩.

أو ثبوت تمامه^(١) وجوه^(٢)، مبنية^(٣) على أنه بطلان، أو

(١) سقوط جميعه وإن كان قوياً لكنه لا يخلو من الإشكال، وعلى تقديره فحيث إنه معلول لتملك الزوجة رقبة زوجها، ومتأخر عنه في الرتبة ففي رتبة إنشاء البيع يكون ثابتاً على كل تقدير، ولو جعل ثمناً لا يلزم منه خلو البيع عن العوض في شيء من الصور. (جمال الدين الكلبي كافي).

* كما في الموت قبل الدخول على ما هو الأقوى. (المرعشي).

* لا يبعد أنه المتعين. (الخوئي).

* المهر لها أجمع، فقد ملكته جميعه بالعقد، ولا دليل على سقوطه بالانفساخ الطارئ، ولا على إلحاقه بالطلاق. (زين الدين).

(٢) لا يبعد الأول. (السبزواري).

(٣) سقوط جميعه وإن كان قوياً لكنه لا يخلو من الإشكال، وعلى تقديره فحيث إنه معلول لتملك الزوجة رقبة زوجها، ومتأخر عنه في الرتبة ففي رتبة إنشاء البيع يكون ثابتاً على كل تقدير، ولو جعل ثمناً لا يلزم منه خلو البيع عن العوض في شيء من الصور. (النائيني).

* أوجهها أولها. (الإصفهاني).

* بعد القطع بأن الشراء ليس في حكم الطلاق؛ لعدم الدليل على هذا التنزيل، وعلى فرض وجوده فلا يدل على عموم التنزيل، فالقول بالسقوط لا تخلو من قوة، ولم أعرف أن ثبوت تمام المهر يترتب على أي الوجوه؟ (صدر الدين الصدر).

* الأقوى أنه لها أجمع؛ لأنها ملكته بالعقد، ولا دليل على سقوطه، ولا على إلحاقه بالطلاق. (كاشف الغطاء).

* وإن كان وجه الأول لا يخلو من وجه، لكنه لا يخلو من الإشكال أيضاً، ثم على تقدير السقوط لا يلزم بطلان الشراء؛ لخلو البيع عن العوض؛ لكون السقوط معلولاً

انفساخ^(١).

ثم هل يجري عليها حكم الطلاق قبل الدخول، أو لا؟
وعلى السقوط كلاً إذا اشترته بالمهر الذي كان لها في ذمة السيد بطل

⇨ لتملك الزوجة رقة زوجها، ومتأخراً عنه رتبة، ففي مرتبة إنشاء البيع المتقدم على السقوط يكون المهر ثابتاً، فلا يلزم خلو البيع من العوض، فتأمل. (الإصطهباناتي).
* في جعلهما المبنى نظر. (المرعشي).

(١) والأقوى ترتيب آثار البطلان عليه، ويظهر من الجواهر^(أ) تسليم الانفساخ، ولكن لا يساعده أخباره، والأصل أيضاً يقتضي عدم سقوط تمام المهر عنه لولا قيام إجماع عليه. (أقاضي).

* الظاهر أنّ المراد من البطلان: هو كون العقد كأن لم يكن، ومن الانفساخ: انحلال العقد من حين الاشتراء، ولا فرق ظاهراً بينهما، إلا أن يكون المراد بالبطلان: البطلان من الأول، وهو لا وجه له، ومقتضى القواعد هو استحقاق تمام المهر أو نصفه؛ بناءً على إلحاقه بالطلاق قبل الدخول لو كان المهر في ذمة مولى العبد، وأما لو كان في ذمة نفس العبد فمقتضى القاعدة سقوط تمامه؛ لأنه لا معنى لأن يكون مالاً لما في ذمة مملوكه. (البجنوردي).

* لا يظهر الفرق بين البطلان والانفساخ إلا إذا أريد من الأول: من الأول (ب)، ومن الثاني من حين ظهور السبب، ولا يبعد الأول. (عبدالله الشيرازي).

* بناءً على كون الانفساخ من أول العقد لا فرق بينه وبين البطلان، بل لا يبعد عدم الفرق بينهما في ما ذكر لو كان من حينه أيضاً. (السبزواري).

(أ) جواهر الكلام: ٢١٠/٣٠، آخر المسألة الأولى من نكاح الإمام.

(ب) كذا في نسخة الأصل.

الشراء^(١)؛ لِلزَّوْمِ خَلْوٌ^(٢) الْبَيْعِ^(٣) عَنِ الْعَوْضِ^(٤)، نَعَمْ، لَا بِأَسْ بِهِ إِذَا كَانَ^(٥) الشَّراءُ^(٦) بَعْدَ الدَّخُولِ؛ لِاسْتِقْرَارِ الْمَهْرِ حِينَئِذٍ.

وَعَنِ الْعَلَّامَةِ فِي الْقَوَاعِدِ^(أ) الْبَطْلَانِ إِذَا اشْتَرَتْهُ بِالْمَهْرِ الَّذِي فِي ذِمَّةِ الْعَبْدِ وَإِنْ كَانَ بَعْدَ الدَّخُولِ؛ لِأَنَّ تَمَلُّكَهَا لَهُ يَسْتَلْزِمُ بَرَاءَةَ ذِمَّتِهِ مِنَ الْمَهْرِ، فَيَخْلُو الْبَيْعُ

(١) فِيهِ نَظَرٌ، بَلْ مَنَعَ. (عَبْدُ الْهَادِي الشَّيْرَازِي).

❖ لَا يَبْطُلُ؛ لِأَنَّ الْبَيْعَ كَانَ مَعَ الْعَوْضِ، وَسَقُوطُ الْعَوْضِ يَسْتَلْزِمُ الرَّجُوعَ إِلَى بَدَلِهِ، لَا بَطْلَانَ الْبَيْعِ. (الْفَانِي).

❖ مُشْكَلٌ، بَلْ مَمْنُوعٌ. (السَّبْزَوَارِي).

(٢) فِيهِ وَفِي مَا بَعْدَهُ نَظَرٌ. (حَسَنُ الْقَمِّي).

(٣) إِذَا كَانَ الْفَرَاغُ فِي رَتْبَةٍ مُتَأَخِّرَةٍ عَنِ الْبَيْعِ؛ لِأَنَّهُ مُتَرَتَّبٌ عَلَيْهِ، فَلَا يَعْقِلُ أَنْ يَكُونَ فِي رَتْبَتِهِ، فَالْبَيْعُ لَا يَكُونُ خَالِيًا مِنَ الْعَوْضِ فِي رَتْبَتِهِ، فَسَقُوطُ الْمَهْرِ فَرَعُ الْفَرَاغِ، وَالْفَرَاغُ فَرَعُ الْبَيْعِ، فَهُوَ مُتَأَخَّرٌ عَنِ الْبَيْعِ بِرَتْبَتَيْنِ. هَذَا إِذَا كَانَ قَبْلَ الدَّخُولِ، وَأَمَّا إِذَا كَانَ بَعْدَهُ فَلَا إِشْكَالَ. (صَدْرُ الدِّينِ الصَّدْر).

(٤) لَا يَلْزِمُ ذَلِكَ؛ لِتَأَخُّرِ رَتْبَةِ السَّقُوطِ عَلَى فَرْضِهِ عَنِ رَتْبَةِ الْبَيْعِ، فَفِي رَتْبَةِ نَفْسِ الْبَيْعِ لَمْ يَتَحَقَّقْ سَقُوطٌ، إِلَّا أَنْ يُقَالَ بَعْدَ كِفَايَةِ تَقَدُّمِ الرَّتْبِيِّ مَعَ اتِّحَادِهِمَا زَمَانًا، كَمَا هُوَ شَأْنُ الْعَلَّةِ وَالْمَعْلُولِ وَهُوَ الصَّحِيحُ. (الْبَجْنُورِي).

(٥) تَبَيَّنَ عَدَمُ الْفَرْقِ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ، وَكَذَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَهْرُ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ أَوْ سَيِّدِهِ، مِنْ الْحَاشِيَةِ السَّابِقَةِ^(ب). (جَمَالُ الدِّينِ الْكَلْبِيَاكِنِي).

(٦) تَبَيَّنَ عَدَمُ الْفَرْقِ بَيْنَ الصُّورَتَيْنِ، وَكَذَا بَيْنَ أَنْ يَكُونَ الْمَهْرُ فِي ذِمَّةِ الزَّوْجِ أَوْ سَيِّدِهِ، مِنْ الْحَاشِيَةِ السَّابِقَةِ^(ج). (النَّائِنِي).

(أ) قَوَاعِدُ الْأَحْكَامِ: ٥٥/٣.

(ب) وَ(ج) كَذَا فِي أَوَّلِ النُّسخَتَيْنِ.

عن العوض. وهو مبني^(١) على عدم صحّة^(٢) ملكيّة المولى في ذمّة العبد. ويمكن^(٣) منع^(٤) عدم الصحّة^(٥) مع أنّه لا تجتمع^(٦) ملكيّتها له

(١) على فرض عدم الصحّة إنّما السقوط مترتب على الانتقال وما هو لازم هو الثبوت في رتبة سابقة أو مقارنة، كما لا يخفى. (أفاضياء).

(٢) هذا المنع غير موجّه. (عبدالله الشيرازي).

✽ هذا الوجه ذكره غير واحد من شراح القواعد، لكنّ الظاهر عدم ابتناء خلوّ البيع عن الثمن على ذلك، بل يلزم ذلك ولو على القول بصحّة ملكيّة المولى لذمّة عبده؛ وذلك لأنّها اشترت عبداً وجعلت ثمنه فراغة ذمّته، وهذا نفع يعود إلى العبد، ولا يعود إلى البائع؛ لأنّ براءته بعد الخروج عن ملكه غير مرتبطة به، فيصدق أنّه بلا ثمن يرجع إلى البائع، لكنّ هذا مبنيّ على أن يكون الثمن براءة ذمّته، لا انتقال ما في ذمّته إلى المولى؛ وعليه فيأتي حكمه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) صحّة مالكيّة المولى في ذمّة عبده غير الضريبة ومال الكتابة مشكلة، وسواء صحّ أم امتنع ذلك فالمقام أجنبّي عنه. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٤) صحّة مالكيّة المولى في ذمّة عبده غير الضريبة ومال الكتابة مشكلة، وسواء صحّ أم امتنع ذلك فالمقام أجنبّي عنه. (النائيني).

✽ لمنع المنع وجه موجّه. (المرعشي).

(٥) الصحّة في غير الضريبة ومال الكتابة محلّ تأمّل وإشكال. (الإصطهباناتي).

✽ هذا المنع غير موجّه. (البروجردی).

✽ لا وجه للمنع؛ لما ذكرنا في بعض الحواشي السابقة. (البجنوردي).

(٦) يعني يستحيل أن تجتمع رقبة العبد وما في ذمّته معاً ملكاً لهما كي يسقط ما في ذمّته بذلك؛ لأنّ ما في ذمّته من المهر كان قبل البيع ملكاً لها، وكانت رقبته لسيّده، وبالباع ينتقل كلّ منهما من مالكة إلى مالكٍ آخر، ولا يجتمعان معاً في ملكها ولو آناً ما؛ كي يلزم ما ذكره العلامة رحمته الله من المحذور. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

ولما في ذمته^(١)، بل ينتقل ما في ذمته^(٢) إلى المولى^(٣) بالبيع حين انتقال^(٤) العبد^(٥) إليها.

(مسألة ٨): الولد بين المملوكين رقّ، سواء كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجازٍ، أو عن شبهة مع العقد أو مجردة، أم عن زناً منهما أو من أحدهما بلا عقد، أو عن عقدٍ معلوم الفساد عندهما، أو عند أحدهما.

وأما إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرٌّ إذا كان عن عقدٍ صحيح، أو شبهة مع العقد أو مجردة، حتّى فيما لو دلّت الأمة نفسها بدعواها الحرّية فتزوّجها حرّاً على الأقوى^(٦)، وإن كان يجب عليه حينئذٍ دفع قيمة الولد إلى مولاها.

(١) فيه إشكال. (المرعشي).

(٢) لا يخفى أنّ الثمن إن كان نفس ما في ذمة العبد ففي فرض عدم صحّة تملّك المولى ما في ذمة عبده يكون الحكم بصحّة البيع مستلزماً للدور؛ لأنّ صحّة البيع تتوقّف على قابليّة الثمن لملكيّة البائع، وهي تتوقّف على صحّة البيع؛ لأنّ العبد ما لم ينتقل إلى الزوجة لم يكن ما في ذمته قابلاً لتملّك البائع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) باع العبد ثمناً للعبد؛ وبناءً على هذا يملكه البائع في ذمة العبد يتبع به بعد العتق، ويسعى به بعده. (الفيروزآبادي).

(٤) فكأنّ العبد مشغول الذمة لمولاه السابق يتبع به بعد العتق. (آقاضياء).

(٥) بجعل ذمة العبد مشغولة لمولاه السابق يتبع به بعد العتق، ولا يخلو من شوب الإشكال. (المرعشي).

(٦) الأقوائية محلّ الإشكال والتأمّل. (عبدالله الشيرازي).

* تراجع المسألة الثانية عشرة من هذا الفصل. (زين الدين).

وأما إذا كان عن عقدٍ بلا إذنٍ مع العلم^(١) من الحرِّ بفساد العقد، أو عن زناً من الحرِّ أو منهما^(٢) فالولد رِقٌّ^(٣).

ثم إذا كان المملوكان لمالكٍ واحدٍ فالولد له، وإن كان كلٌّ منهما لمالكٍ فالولد بين المالكين^(٤) بالسوية^(٥)، إلا إذا اشترطا^(٦) التفاوت، أو الاختصاص بأحدهما.

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين، أو مع عدم الإذن من واحدٍ منهما^(٧).

(١) ولكن إذا كان بتوقع الإذن أو رجاء الإجازة فالحكم بالرقيّة مشكل. (كاشف الغطاء).

(٢) إذا كان الحرّ الزاني هو الرجل، ويشكل الحكم إذا كانت الحرّة الزانية هي المرأة. (زين الدين).

(٣) هذا إذا كانت الأمّ أمة، وأما إذا كانت الأمّ حرّة فلا يبعد أن يكون الولد حرّاً، وإن كانت الأمّ زانية. (الخوني).

(٤) الحكم في هذا الفرض مشكل، وكذا في بقيّة فروض المسألة، والتعليقات المذكورة لا يمكن الاعتماد عليها، فلا يُترك الاحتياط ما أمكن. (زين الدين).

(٥) لا يبعد أن يكون الولد لمالك الأمّة على أساس أنّه نماؤها، كما هو الحال في الحيوانات. (الخوني).

✽ على المشهور، لكنّ الخروج عن قاعدة تبعيّة الولد للأمّ في الملك محلّ تأمل، وكذا في ما يتفرّع عليه. (حسن القمي).

(٦) الظاهر أنّه لا أثر لهذا الاشتراط إذا كان على نحو شرط النتيجة، وبذلك يظهر حال ما بعده. (الخوني).

(٧) لعلّه يريد بذلك وبما بعده عدم العلم بفساد العقد ليكون الوطء شبهة، وإلا فهو

وأما إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنّه كذلك^(١)، ولكنّ المشهور^(٢) أنّ الولد^(٣) حينئذٍ لمن^(٤) لم يأذن^(٥).

ويمكن أن يكون مرادهم في صورة إطلاق الإذن بحيث يُستفاد منه إسقاط حقّ نمائيّة الولد؛ حيث إنّ مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحرّ أو الحرّة، وإلا فلا وجه له^(٦). وكذا لو كان الوطاء شبهةً منهما، سواء كان مع العقد أم شبهة مجرّدة فإنّ الولد مشترك.

⇒ داخل في ذيل المسألة، وهو قول الماتن: «وأما لو كان الولد عن زناً من العبد...» إلى آخره. (الخوئي).

(١) المسألة محتاجة إلى التأمل التام. (عبدالله الشيرازي).

(٢) وهو الأقوى. (الإصطهباناتي، عبدالهادي الشيرازي).

(٣) وهو الأصحّ. (محمّد الشيرازي).

(٤) وهو الأقوى. (البروجردی).

(٥) وهو الأقوى. (النائيني، جمال الدين الكلبيگاني).

* وهو الأظهر. (البجنوردي).

* لعدم الحرمة لماء المأذون من أحدهما؛ حيث أفرغه في محلّ لم يؤذّن بالإفراغ فيه. (الفاني).

(٦) والوجه الذي ذكر للمشهور أيضاً غير وجيه، والمسألة تحتاج إلى المراجعة ومزيد التأمل. (الإصفهاني).

* إلا الشهرة وأدعاء النصّ من بعض المؤيّد بذكره في الكتب المبنيّة على ذكر ما في النصوص بصورة الفتوى. (محمّد رضا الكلبيگاني).

* ما ذكره من الوجه للمشهور أيضاً غير وجيه، والمسألة محتاجة إلى مزيد التأمل. (حسن القمي).

وأما لو كان الولد عن زناً من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد لمالك الأمة^(١)، سواء كان من طرفها شبهةً أو زناً.

(مسألة ٩): إذا كان أحد الأبوين حرّاً فالولد حرّاً، لا يصحّ اشتراط^(٢) رقيته^(٣) على الأقوى^(٤) في ضمن عقد التزويج، فضلاً عن عقدٍ خارجٍ لازم،

(١) كما سيأتي في المسألة الخامسة عشرة. (زين الدين).

(٢) لكونه خلاف الحكم الشرعيّ الاقتضائيّ، وليس الإلحاق من باب الحقّ. (المرعشي).

❖ فيه إشكال، بل منع. (السبزواري).

(٣) صحّة اشتراطها في ضمن عقد التزويج لا يخلو من وجه. (البروجردی).

❖ الأقوى صحّة هذا الشرط في ضمن عقد التزويج. (الفاني).

❖ على تأمل. (محمّد الشيرازي).

(٤) ولذا كان المشهور على خلافه؛ لعموم الشرط غير الشامل لما خالف الكتاب، وأما المطلقات المشتملة على الرقيّة من النصوص الخاصّة^(أ) فهي محمولة على التقييد، فحملها على صورة الشرط لا شاهد فيها؛ فحينئذٍ فالأقوى ما أفاده المصنّف رحمه الله خلاف المشهور. (آقاياء).

❖ بل الأقوى صحّة اشتراطها. (الإصفهاني، عبد الهادي الشيرازي).

❖ بل الأقوى صحّة هذا الشرط ونفوذه إذا كان في ضمن العقد، وأما إذا كان في

ضمن عقدٍ خارجٍ لا يخلو من إشكال. (صدرالدين الصدر).

❖ لا قوّة فيه، والمشهور على خلافه؛ لعموم أدلّة الوفاء بالشروط، وعدم كونه مخالفاً للكتاب، ولا لمقتضى العقد. (البجنوردي).

⇐

(أ) الوسائل: الباب (٢٠) من أبواب المهور، ح ٤.

ولا يضرّ بالعقد إذا كان في ضمن عقدٍ خارج.

وأما إن كان في ضمن عقد التزويج فمبنيّ على فساد العقد بفساد الشرط، وعدمه، والأقوى عدمه. ويحتمل^(١) الفساد^(٢)، وإن لم نقل به في سائر العقود إذا كان مَن له الشرط جاهلاً بفساده^(٣)؛ لأنّ في سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه^(٤) بالخيار، بخلاف المقام^(٥)؛ حيث إنّهُ لا يجري خيار^(٦) الاشتراط في النكاح. نعم، مع العلم بالفساد لا فرق؛ إذ

⇒ * الأقوائية محلّ التأمل. (عبدالله الشيرازي).

* في القوّة إشكال. (حسن القمي).

(١) احتمالاً ضعيفاً. (الفيروزآبادي).

* بعيداً جداً. (الإصفهاني).

(٢) بل الأقوى عدم الفساد، وهذا الاحتمال ضعيف. (زين الدين).

* بعيد. (حسن القمي).

(٣) وكان المورد من باب التقييد بنحو وحدة المطلوب، فالإطلاق في العبارة محلّ نظر. (المرعشي).

(٤) الشرط الفاسد لا يوجب الخيار في سائر العقود أيضاً. (الخوئي).

(٥) ولكنّه لا يوجب الفرق. (الكوهكمري).

* هذا الفرق غير فارق، مع أنّ الخيار بتخلف الشرط الفاسد غير مذكور في كلمات العلماء، نعم، في الجواهر لا بأس بالالتزام به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٦) في المسألة مجال التأمل، ولقد أجاد في الجواهر حيث قال: «إنّ مقتضى القاعدة جريان خيار تخلف الشرط في باب النكاح أيضاً»^(أ)، فراجع. (آقاضياء).

لا خيار^(١) في سائر العقود أيضاً^(٢).

(مسألة ١٠): إذا تزوّج حرّ أمةً من غير إذن مولاهما حرم عليه وطؤها وإن كان بتوقع الإجازة. وحينئذٍ فإن أجاز المولى كشف عن صحته على الأقوى من كون الإجازة كاشفة^(٣)، وعليه المهر، والولد حرّ، ولا يحدّد حدّ الزنا^(٤) وإن كان عالماً بالتحريم، بل يُعزّر.

وإن كان عالماً بلحوق الإجازة فالظاهر^(٥) عدم الحرمة^(٦)، وعدم التعزير

(١) هذه الدعوى واضحة المنع، كما تقدّم في نظائر المقام. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) إن رجع إلى إسقاط العمل بالشرط عرفاً، وسيأتي في الأولى من المسائل المتفرقة بعض ما يرتبط بالمقام. (السبزواري).
* فيه نظر وإشكال. (حسن الفتّي).

(٣) الإجازة ناقلة، فيترتب على الوطء السابق آثاره من الحرمة وغيرها. (الفاني).
(٤) وكذلك على القول بالكشف الانقلابي كما هو الأقوى؛ فإنّ العقد وإن كان باطلاً قبل الإجازة والوطء حراماً ولكنّ الحكم قد تبدّل بالإجازة، فحكم الشارع بصحة العقد، وحلّ الوطء من حين وقوعهما، فلا يحدّد بعد ذلك حدّ الزنا، بل يُعزّر. (زين الدين).
(٥) بل الظاهر أنّ الإجازة بناءً على الكشف إنّما تؤثر من حين حصولها، لا من حين العلم بوقوعها. (صدر الدين الصدر).

(٦) بل الظاهر ثبوتها حتّى على الكشف على المختار المشهور، لا الكشف المرضي لدى الفصول. (آقاسياء).

* بل الظاهر ثبوت الحرمة؛ حتّى مع علمه بلحوق الإجازة على الصحيح في معنى الكشف، وإن أمكن القول بعدم ثبوت التعزير؛ لثبوت الخلاف في المسألة. (الكوهكفري).

أَيْضاً^(١).

وإن لم يُجَزِ المولى كشف عن بطلان التزويج، ويُحَدِّد حينئذٍ حدَّ الزنا إذا كان عالماً بالحكم، ولم يكن مشتتباً من جهةٍ أُخرى، وعليه المهر بالدخول، وإن كانت الأمة^(٢) أَيْضاً عالمةً^(٣)

⇨ * محلّ إشكال. (البروجردى).

* بل الظاهر هي الحرمة إن تصرف فيها؛ لأنّه في وقت التصرف في مال الغير لا إذن، ولا إجازة الإنباء على الكشف الحقيقي. (البجنوردى).

* فيه إشكال. (المرعشى).

* بل الظاهر هو التحريم، ولا ينافي ذلك الحكم بعدم الحرمة بعد الإجازة، وكذلك الحال في التعزير، إلّا إذا فُرض أنّه كان مشتتباً. (الخوئي).

* بل الظاهر الحرمة على ما هو الصحيح من معنى الكشف، نعم، يمكن القول بعدم التعزير؛ لوقوع الخلاف فيه، والحدود تُدرأ بالشبهات. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* أمّا على الكشف الانقلابيّ فالحكم قبل تحقّق الإجازة هو التحريم وإن كان يعلم بلحوق الإجازة، فإذا لم يُحدّد حتّى تحققت الإجازة كان عليه التعزير، وسقط الحدّ. (زين الدين).

* بناءً على الكشف الحقيقيّ، وإلّا ففيه إشكال. (حسن القميّ).

(١) بناءً على الكشف الحقيقيّ. (السبزواري).

(٢) قد مرّ في المسألة الخامسة والعشرين^(أ) في الفصل الرابع ما يخالف ذلك. (الإصطهباناتي).

(٣) قد تقدّم منه ﷺ خلاف ذلك في المسألة الخامسة عشرة من الفصل الرابع. (البروجردى).

⇨

(أ) كذا في نسخة الأصل، والظاهر أنّ الصحيح (الخامسة عشرة) من فصل (لا يجوز التزويج في عِدّة الغير). فلاحظ ما بعده.

على الأقوى^(١). وفي كونه المسمى^(٢)، أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكرًا، ونصفه إن كانت ثيبًا وجوه، بل أقوال، أقواها الأخير^(٣)، ويكون الولد لمولى الأمة.

وأما إذا كان^(٤) جاهلاً بالحكم، أو مشتبهًا من جهة أخرى فلا يُحدّ، ويكون الولد حرًّا^(٥).

⇒ فيه إشكال، بل منع، وقد تقدّم منه ما يخالف المقام في المسألة (١٥) من فصل: لا يجوز التزويج في عدّة الغير. (السبزواري).

※ تقدّم منه^(١) ما ينافي ذلك. (محمّد الشيرازي).

(١) في ثبوت المهر في هذا الفرض إشكال. (الخوئي).

※ تقدّم من المصنّف تقوية عدم استحقاق المهر، فلا وجه لكونه المسمى أو مهر المثل، وينحصر في الأخير بعنوان الأرش بلا ترديد. (حسن القمي).

(٢) ما أفاده هنا غير ملائم؛ لما مرّ في المسألة (١٥) من تقوية عدم استحقاقها المهر. (المرعشي).

(٣) بل مهر المثل أقوى. (كاشف الغطاء).

※ وهو الأقوى كذلك، ولكنّه أرش لا مهر، كما تقدّم في المسألة الخامسة عشرة من فصل: لا يجوز التزويج في عدّة الغير. (زين الدين).

(٤) فيه تأمل، بل منع. (صدرالدين الصدر).

(٥) حرّيّة الولد إذا كانت الشبهة من جهة جهله بالحكم أو احتمال الإذن من مولاها محلّ إشكال، بل عدمها لا يخلو من وجه. (البروجدي).

※ إذا كان جهله بالحكم عن قصور. (عبدالهادي الشيرازي).

※ لأصالة عدم المملوكيّة، ولما يُستفاد من أخبار التزويج على أنّها حرّة بعد إلغاء خصوصيّة العقد، وإلحاقاً للشبهة بالعقد، حتّى في أنّ الولد تابع للحرّ من الوالدين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

نعم، ذكر بعضهم (أ): أَنَّ عليه قيمته يوم^(١) سقط^(٢) حيّاً^(٣). ولكن لا دليل عليه^(٤).

- (١) وهو الصحيح؛ إذ الاستيلاد لكونه استيفاءً لهذه المنفعة من أمة الغير، فيضمنها المستوفي لها، وتكون العبرة بيوم سقوطه حيّاً من ذلك، وهذا هو المراد من تفويت المنفعة في المقام ونظائره، لا إعدامها بلا استيفاء، كما توهم. (جمال الدين الكلبيكاني).
- (٢) وهو الصحيح؛ إذ الاستيلاد لكونه استيفاءً لهذه المنفعة من أمة الغير، فيضمنها المستوفي لها، وتكون العبرة بيوم سقوطه حيّاً من ذلك، وهذا هو المراد من تفويت المنفعة في المقام ونظائره، لا إعدامها بلا استيفاء، كما توهم. (النائيني).
- (٣) بل قيمة يوم يصير إليه؛ لأنّه يوم استلام الأب ابنه، ويدلّ على ذلك أيضاً موثقة سماعة (ب) وغيرها. (الفاني).

- * هذا هو الصحيح؛ لمعتبرة سماعة وغيرها، وعليه فمن الغريب من الماتن عليه السلام حيث إنّه نفى الدليل عليه في المقام؛ وذلك لأنّ مورد الروايات هو هذا المقام، وهو ما إذا كان الواطئ جاهلاً بالحكم، أو مشتبهاً. (الخوئي).
- (٤) يمكن استفادته من أخبار متفرقة، فليراجع. (الإصفهاني).
- * إن أغمض عن موثقتي سماعة (ج) وجميل (د) عن الصادق عليه السلام. (المرعشي).
- * بل هو ظاهر النصوص المتفرقة الدالة على ضمان قيمة الولد فإنّه إنّما يكون ولداً بولادته حيّاً. (زين الدين).

(أ) المبسوط ١: ٢٣١، مختلف الشيعة: ٢٥٥/٧، إيضاح الفوائد: ١٤٣/٣، المهذب البارع: ٣٣١/٣.

جامع المقاصد: ٨١/١٣، مسالك الأفهام: ١٩/٨.

(ب) الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

(ج) المصدر السابق نفسه.

(د) الوسائل: الباب (٨٨) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٥.

في المقام^(١).

ودعوى^(٢) أنّه تفويت لمنفعة الأمة كما ترى^(٣)؛ إذ التفويت إنّما جاء من قبل حكم الشارع بالحرّية. وعلى فرضه فلا وجه لقيمة يوم التولد، بل

(١) وإن كان عليه الدليل في مقام آخر، كما في الأمة المشتراة جهلاً بحالها فأولدها، ثمّ ظهر كونها مستحقّةً للغير، لكنّ الظاهر شمول قوله لِلْغُلَامِ: «ويأخذ الرجل» أي المشتري الواطئ ولده بقيمته لغير مورده، وما ذكره من القاعدة خلاف مقتضى النصّ وظاهره، ونسبة التفويت إلى الشارع، كما ترى. (الفيروزآبادي).

✽ استفادة ذلك ممّا دلّ عليه في المسألة الآتية غير بعيدة على فرض القول بالحرّية في المقام، لكنّه محلّ إشكال، كما مرّ. (البروجردى).

✽ يمكن استفادته من الأخبار الواردة في اشتراء الأمة فأولدها، ثمّ تبين أنّها مال الغير. (البجنوردى).

✽ الظاهر أنّه نحو استيفاء لمنفعة الأمة عرفاً، فتكون قيمة الولد كعوض المنفعة المستوفاة، وحيث إنّ يوم الانعقاد من حيث هو لا وجه لاعتباره؛ إذ لا مالّة فيه أبداً، بل هو طريق محض للبروز والسقوط، فالمدار على يوم السقوط. (السبزواري).

✽ بل يمكن استفادته من أخبار متفرقة. (محمّد الشيرازي).

✽ الظاهر أنّ الاستيلاد استيفاء للمنفعة من الأمة، فيضمنها المستوفي لها، ويمكن استفادته من أخبار متفرقة، ومن خصوص رواية سماعة. (حسن القفّي).

(٢) هذه الدعوى لا تخلو من صحّة. (صدرالدين الصدر).

(٣) لكن لا يبعد دعوى أنّ ولد الحرّ يُعدّ منفعةً مستوفاةً من أمة الغير عرفاً، ومعلوم أنّه يحسب منفعة يوم ولد حيّاً، ويمكن استفادة ذلك من رواية سماعة بعد حمل جملة «يوم تصير إليه» على يوم الولادة، أي يوم تصير ذات ولدٍ دون يوم التسليم؛ لأنّها بهذا المعنى غير معمولٍ بها. (محمّد رضا الكلبيكاني).

مقتضى القاعدة قيمة يوم الانعقاد^(١)؛ لأنّه انعقد حرّاً فيكون التفويت في ذلك^(٢) الوقت.

(مسألة ١١): إذا لم يُجْزِ المولى العقد الواقع على أمته، ولم يردّه أيضاً حتّى مات، فهل يصحّ إجازة وارثه له، أم لا؟ وجهان^(٣)، أقواهما^(٤) عدم^(٥)؛

(١) لكن لا مألّة له إلّا بلحاظ حين التولّد. (الكوهكفري).

* ولكنّ ظاهر النصوص قيمة يوم الولادة. (البجنوردي).

* لو لم يكن الدليل النصّ التعبدّي، ثمّ لا يخفى أنّ مألّة يوم الانعقاد ليس إلّا بلحاظ حال التولّد. (المرعشي).

(٢) لكن في ذلك الوقت لم يكن متمولاً حتّى يُقوّم، وإنّما يُقوّم ويُتموّل حال سقوطه حيّاً، فالعبرة بتلك الحال. (الإصفهاني).

(٣) للصحة وجه، ولكنّ الاحتياط لا يُترك. (زين الدين).

(٤) بل الأقوى نفوذ إجازته، وليس المحذور المتوهّم في المقام كونه من قبيل «مَن باع شيئاً ثمّ ملك»، وإنّما المتوهّم هو كونه من قبيل مغايرة المالك حال العقد للمالك حال الإجازة، وخروج العقد بذلك عن صلاحية أن يجيزه المالك الثاني على كلّ من الكشف والنقل، ومنشأ ذلك هو قياس ملك الوارث بالانتقال إلى الأجنبيّ مع ما بينهما من البون البعيد؛ فإنّ ملك الوارث هو بعينه ملك المورث، وبموته يقوم وارثه مقامه في قيام تلك الإضافة بجميع شؤونها التي منها السلطنة على إجازة العقد الواقع على ذلك المال، وصلاحيتها للتأثير على كلّ من الكشف والنقل؛ وعلى هذا يبتني بقاء الحقوق المتعلقة بذلك المال ممّا يكون من قبيل حقّ الرهانة ونحوها مع الانتقال إلى الوارث بحالها، بخلاف ما إذا انتقل إلى الأجنبيّ في جميع ذلك. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٥) بل الأقوى نفوذ إجازته، وليس المحذور المتوهّم في المقام كونه من قبيل «مَن

لأنّها على فرضها كاشفة، ولا يمكن^(١) الكشف^(٢) هنا^(٣)؛ لأنّ المفروض أنّها

⇒ باع شيئاً ثمّ ملك»، وإنّما المتوهم هو كونه من قبيل مغايرة المالك حال العقد للمالك حال الإجازة، وخروج العقد بذلك عن صلاحية أن يجيزه المالك الثاني على كلّ من الكشف والنقل، ومنشأ ذلك هو قياس ملك الوارث بالانتقال إلى الأجنبيّ مع ما بينهما من البون البعيد؛ فإنّ ملك الوارث هو بعينه ملك المورث، وبموته يقوم وارثه مقامه في قيام تلك الإضافة به بجميع شؤونها التي منها السلطنة على إجازة العقد الواقع على ذلك المال، وصلاحيتها للتأثير على كلّ من الكشف والنقل؛ وعلى هذا يبتني بقاء الحقوق المتعلقة بذلك المال ممّا يكون من قبيل حقّ الرهانة ونحوها مع الانتقال إلى الوارث بحالها، بخلاف ما إذا انتقل إلى الأجنبيّ في جميع ذلك. (النائيني).

✽ بل الصّحة أقوى، وليس هو من باب من باع ثمّ ملك، بل حقّ إجازة المورث انتقل إلى الوارث. (كاشف الغطاء).

✽ محلّ التأمل والنظر. (عبدالله الشيرازي).

✽ الأقوى الصّحة، وليس المقام نظير من باع شيئاً ثمّ ملك، وعلى فرض كونه منه فالأقوى صّحة الإجازة أيضاً. (الفاني).

✽ كونه أقوى مشكل، بل ممنوع. (السبزواري).

✽ بل نفوذ إجازة الوارث لا يخلو من قوّة، ولكن لا يترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمي).

(١) لاجتماع المالكيّن. (المرعشي).

(٢) في عدم إمكان الكشف في المقام نظر؛ بناءً على المختار في معنى الكشف، والفارق بين المقام وبين بيع ما ليس عنده النصف المخصوص بالبيع دون المقام، فتأمل. (آقاضيّاء).

(٣) فيه تأمل. (محمّد الشيرازي).

كانت للمورث، وهو نظير^(١) من باع^(٢) شيئاً^(٣) ثم ملك^(٤).

(١) والفارق تغاير المالك الثاني مع الفضولي في المشبه، واتّحادهما في المشبه به. (المرعشي).

(٢) في جواز إجازة مَنْ لم يكن مالكاً حين البيع ثم ملك، سواء كان هو البائع أم غيره بحث في محلّه. (الكوهكفري).

* أي يكون نظيره في مغايرة المالك حين العقد لمالك حال الإجازة، ولكنّ تلك المغايرة في المقام ليست على حدّها في غيره أو في المقام ليس الانتقال^(أ) إلى الوارث نظير الانتقال من المالك الأول إلى الأجنبي؛ فإنّ ملك الوارث كأ أنّه ملك المورث، وبموته يقوم الوارث مقامه في قيام تلك الإضافة بجميع شؤونها التي منها السلطنة على إجازة العقد الواقع على ذلك المال وصلوحها للتأثير مطلقاً، سواء قلنا بالنقل أم الكشف، ومن هذه الجهة يحكم بقاء الحقوق المتعلقة بذلك المال للوارث إذا انتقل إليه. (الإصطهباناتي).

(٣) بل هو نظير ما إذا بيع مال شخص فضولاً ثمّ انتقل إلى شخص آخر قبل إجازة المالك الأول، وفي صحّة إجازة المالك الثاني وعدمها كلام طويل لا يسعه المقام. (الإصطهباني).

(٤) بل هو نظير بيع مال شخص فضولاً ثمّ انتقل قبل إجازة المالك أيضاً قبل ردّه إلى شخص آخر فأجاز المالك الثاني، وما ذكره في المتن من عدم إمكان الكشف هنا صحيح، ولا فرق بين أن يكون المالك الثاني هو وارث المالك الأول في هذا الشكل أو غيره، وما ذكر من الفرق دعوى بلا بُرهان. (البجنوردي).

* ليس المقام نظير ذلك، بل هو نظير ما إذا بيع دار زيد فضولاً، من عمرو ثمّ انتقلت

◀

(أ) كذا في الأصل، والظاهر أنّ الصحيح (وليس الانتقال).

(مسألة ١٢): إذا دلّست أمة^(١) فادّعت أنّها حرّة، فتزوَّجها حرّاً ودخل بها، ثمّ تبين الخلاف وجب عليه المفاارقة^(٢)، وعليه المهر لسيدّها وهو العُشُر^(٣) ونصف العُشُر على الأقوى، لا المسمّى^(٤)، ولا مهر المثل^(٥). وإن كان أعطّاها المهر استردّ منها إن كان موجوداً، وإلاّ تبعت

⇒ الدار منه إلى بكر ببيع أو نحوه، فأجاز بكر ذلك العقد الواقع فضولاً، هذا، مضافاً إلى أنّه قد ثبت صحّة العقد فيمن باع شيئاً ثمّ ملك بالنصّ، وأمّا المقام فلا نصّ فيه، ومقتضى القاعدة فيه هو البطلان. (الخوئي).

✽ من حيث وقوع العقد قبل انتقال الملك إلى المجيز، والأقوى اشتراط كون الإجازة من المالك حين العقد. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ من قبيل اختلاف المالك حين البيع وحين الإجازة، وفي نفوذ الإجازة حينئذٍ بحث. نعم، لو كان الاختلاف لأجل الإرث كما في المقام يكون أخفّ إشكالاً، بل يمكن تقوية النفوذ. (السبزواري).

(١) هذه المسألة تحتاج إلى مجالٍ واسع، وعدم الابتلاء بها يمنع عن صرف الوقت فيها. (السبزواري).

(٢) إن لم يجز مولاها العقد. (صدرالدين الصدر).

✽ على تقدير عدم إجازة مولاها العقد. (المرعشي).

✽ إذا لم يُجِز مولاها تزويجها. (زين الدين).

(٣) كما هو المتراءى من إطلاق صحيحة ابن سيّار^(أ). (المرعشي).

(٤) لمكان فساد العقد. (المرعشي).

(٥) لمكان عموم النفي بالبغاء. (المرعشي).

(أ) الوسائل: الباب (٤٣) من أبواب القصاص، ح ١.

به (١) بعد العتق (٢).

ولو جاءت بولدٍ ففي كونه حُرّاً أو رِقّاً لمولاها قولان، فعن المشهور: أنّه رِقٌّ (٣)، ولكن يجب على الأب فكّه بدفع قيمته يوم سَقَطَ حَيّاً (٤)، وإن لم يكن عنده ما يفكّه به سعى في قيمته، وإن أبى وجب على الإمام عليه السلام دفعها من سهم الرقاب (٥)، أو من مطلق بيت المال.

(١) كسائر ديونه، وخبر ابن الوليد مأوّل، أو مطروح. (المرعشي).

* هذا خلاف النصّ، ففي صحيح ابن الوليد «وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له» لكن لما كان الظاهر من بعض أن الحكم من المسلّمات فالأحوط التصالح في ما تلف من المهر. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) هذا الحكم وإن كان مشهوراً بين الفقهاء بل أرسلوه إرسال المسلّمات إلا أنّه مشكل جدّاً، بل لا يبعد عدمه بمقتضى قوله عليه السلام في صحيحة الوليد بن صبيح: «وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها» (أ) فإنّه ينافي ثبوت شيءٍ عليها في ذمتها. (الخوئي). * فيه نظر؛ لأجل دلالة ظاهر النصّ بأنّه لا شيء له مع عدم كونه موجوداً. (حسن القمي).

(٣) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).

(٤) بل قيمة يوم يصير إلى أبيه؛ لموتة سماعة (ب)، كما مرّ. (الفاني).

* فيه إشكال؛ ولاحتمال قيمة يوم الدفع وجه؛ بالنظر إلى ظاهر بعض النصوص وإطلاق الآخر. (المرعشي).

(٥) لا يخلو هو وما يليه من شوب الإشكال. (المرعشي).

(أ) الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(ب) المصدر السابق: ح ٥.

والأقوى كونه حرّاً^(١) كما^(٢) في سائر موارد اشتباه الحرّ، حيث إنّه لا إشكال في كون الولد حرّاً، فلا خصوصيّة لهذه الصورة. والأخبار^(أ) الدالّة على رقيّته^(٣)

(١) الأقوائيّة غير معلومة؛ لأنّ المسألة محلّ البحث الطويل. (عبدالله الشيرازي).

* إذا كان الرجل قد اعتمد في تزويجه من الأمة على بيّنة شهدت لها بالحرّيّة، وأمّا إذا اعتمد على أصل الحرّيّة، أو على مجرّد دعواها ذلك فالظاهر أنّ الولد رقّ، وعلى الأب أن يفكّه بالقيمة، ولا موجب للتصرّف في الأخبار الدالّة على الرقيّة. (زين الدين).

(٢) بل الأقرب بمقتضى الجمع بين الأخبار هو ما تضمّن موثقة سماعة وفيها ولده مملوك، إلّا أن يقيم البيّنة أنّه شهد لها شاهدان أنّها حرّة فلا يملك ولده ويكونون أحراراً، وعلى الأب بمقتضى الخبر الآخر فكّه بالقيمة. (حسن القمي).

(٣) الصحيح في المقام أن يقال: إنّ مقتضى عدّة من الروايات العامّة (ب): أنّ الولد حرّ إذا كان أحد أبويه حرّاً فيما إذا كان الوطء صحيحاً ولو كان شبهة، ولكن لا بدّ من رفع اليد عن إطلاق تلك الروايات بالروايات الواردة في المقام، المفصّلة بين ما إذا كان الوطء بالشبهة مستنداً إلى بيّنة شرعيّة، وما إذا لم يكن مستنداً إليها، فعلى الأوّل الولد حرّ، وعلى الثاني رقّ، فهذه الصورة - بمقتضى هذه الروايات - خارجة عن تلك المطلقات رغم أنّ الوطء فيها كان بشبهة، نعم، يجب على أبيه أن يفكّه عن الرقيّة بإعطاء قيمته لمولى الأمة يوم سقط حيّاً، وهو اليوم الذي يصير إليه، كما في موثقة سماعة، وإن لم يكن عند الأب ما يفكّه به سعى في قيمته وإن أبى فعلى الإمام عليه السلام أن يفديه، وبذلك يظهر الحال في ما بعده. (الخوئي).

(أ) الوسائل: الباب (٦٧) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٧ و ٨.

(ب) الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب نكاح العبيد والإماء، أحاديث الباب.

منزلة^(١) على أن للمولى أخذه ليتسلم القيمة، جمعاً بينها وبين ما دلّ على كونه حرّاً. وعلى هذا القول أيضاً يجب عليه ما ذُكر: من دفع القيمة^(٢)، أو السعي، أو دفع الإمام عليه السلام، لموثقة سماعة^(٣).

هذا كله إذا كان الوطاء حال اعتقاده كونها حرّة، وأمّا إذا وطئها بعد العلم بكونها أمة فالولد رِقٌّ؛ لأنّه من زناً حينئذٍ.

(١) أو مردودة. (المرعشي).

(٢) لكنّ دفعها على هذا القول من باب الضمان، لا لأجل فكّه من الرّقّة، ومقتضاه قيمة يوم وضعه حيّاً، كما مرّ، وهو خلاف صريح موثقة سماعة؛ حيث جعل فيه العبرة بقيمة الولد حين تسليمه إلى أبيه الذي ولّده، فالظاهر أن الموثقة أجنبية عن هذا القول، بل تناسب القول المشهور. (الإصفهاني).

* وكذلك في صورة شهادة البيّنة لها بالحرّيّة على ما اخترناه من حرّيّة الولد فيها؟ والمراد من القيمة هنا هي قيمة الولد يوم سقوطه حيّاً، وأمّا في الصورة الثانية التي قلنا فيها برقيّة الولد فهل يفكّه الأب بدفع قيمته يوم سقوطه حيّاً، أو بقيمته يوم الدفع؟ فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط ولو بالتصالح، وتراجع المسألة العشرون. (زين الدين).

(٣) في دلالتها تأمل، مضافاً إلى إعراض المشهور عنها. (صدرالدين الصدر).

* لكن مع طرح ما كان مخالفاً لعمل الأصحاب من مفادها، وهو كون العبرة بقيمته يوم تسليمه إلى أبيه. (الإصطهباناتي).

* بعد ترك ما كان من مضمونها مخالفاً لعمل الأصحاب؛ من كون العبرة بقيمته يوم تسليمه إلى أبيه. (البروجردی).

* ولا يضرّ اشتغالها على ما ليس بمفتى به عندنا، لما تقرّر في محلّه من باب التراجع في الأصول وفي علم الدراية: أنّ اشتغال الخبر على جملة ليست بممولة لا يوجب سقوط حجّيته بالنسبة إلى جملها الآخر. (المرعشي).

* على ما مرّ لها من المعنى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

بل وكذا لو علم سَبَق رِقَّتْهَا فَادَّعَتْ أَنَّ مَوْلَاهَا أَعْتَقَهَا، ولم يحصل له العلم بذلك، ولم يشهد به شاهدان^(١) فَإِنَّ الوَطءَ حِينَئِذٍ أَيْضاً لَا يَجُوزُ؛ لاستصحاب^(٢) بقائها^(٣) عَلَى الرِّقَّةِ^(٤)، نعم، لو لم يعلم^(٥) سَبَق رِقَّتْهَا جاز له التعويل عَلَى قولها؛ لأصالة الحرِّية.

فلو تَبَيَّنَ الخلاف لم يحكم^(٦) بِرِقَّةِ الولد^(٧)، وكذا مع سَبَقِهَا مع قيام

(١) ولم يكن مصداقاً للواطئ بشبهة كان زعم عدم حجّية الاستصحاب في حقّه، أو اعتقد حجّية قولها، أو حصل القطع من قولها ونحوها من موجبات الشبهة. (المرعشي).

* ولم يتحقّق شيء آخر يَصَحُّ الاعتماد عليه، أو اعتقد صحّة الاعتماد عليه ولو لاعتقاد عدم حجّية الاستصحاب؛ حيث إنّ الولد في جميع ما ذكر ولد شبهةً وحرّاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) بناءً عَلَى عدم حجّية الدعوى بلا معارض، وإلّا فهو حاكم عَلَى الأصل المزبور. (آقاضي).

* مع توجّهه إِلَى حجّيته في المورد. (المرعشي).

(٣) لو لم يكن إخبارها بالحرّية مقدّمةً عليه. (السبزواري).

(٤) هذا إذا لم تكن شبهة، وإلّا - كما إذا اعتقد أنّ قولها حجة فتزوّجها ثم وطأها - كان الوطاء وطء شبهة، وحكمه ما عرفت، بالإضافة إِلَى الولد، يعني أنّ الولد رقّ، ولكن يجب عَلَى أبيه فكّه، عَلَى ما تقدّم. (الخوئي).

(٥) ولو لم يعلم بحجّية الاستصحاب، أو اعتقد حجّية قولها وإن لم يحصل له العلم كان شبهة، والولد حرّاً. (الكوهكَمَرِي).

(٦) وقد سبق بيان الحكم فيه، فليلاحظ. (زين الدين).

(٧) عَلَى مختاره. (الفيروزآبادي).

البَيِّنَةُ^(١) على دعوها.

(مسألة ١٣): إذا تزوّج عبد بِحُرَّةٍ من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلاً، فلا تستحقّ مهراً ولا نفقة. بل الظاهر أنّها تُحدّ حدّ الزنا إذا كانت عالمةً بالحال، وأنّه لا يجوز لها ذلك، نعم، لو كان ذلك لها بتوقع الإجازة واعتقدت جواز الإقدام حينئذٍ بحيث تكون شبهةً في حقّها لم تُحدّ، كما أنّه كذلك^(٢) إذا علمت^(٣) بمجيء الإجازة^(٤).

وأما إذا كان بتوقع الإجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتُحدّ مع

(١) أو حصول شبهةٍ له، كما فصلنا في الحاشية السابقة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) في عدم الحدّ وإن كان الوطء محرّماً، كما مرّ نظيره. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) قد عرفت عدم كفاية العلم بذلك على التحقيق في معنى الكشف الحقيقي. (الكوهكفري).

* فيه تأمل، إلّا على بعض الوجوه في الكشف الذي لا نقول به. (صدرالدين الصدر).

* بناءً على الكشف الحقيقي، وإلّا ففيه إشكال ونظر، كما مرّ نظيره. (حسن القمي).

(٤) أي وإن لم تجيء الإجازة. (الفيروزآبادي).

* لا يفيد العلم بلحوق الإجازة في درء الحدّ إلّا إذا كان سبباً للشبهة؛ لاعتقاد جواز الإقدام. (الفاني).

* مجرد العلم بتحقيق الإجازة فيما بعد لا يوجب سقوط الحدّ عنها ما لم تتحقّق في الخارج، إلّا إذا كانت مشتبهةً وكانت معتقدةً بالجواز في هذا الفرض. (الخوئي).

* وكان ذلك شبهةً في حقّها، فلا تُحدّ حينئذٍ، وأما إذا انتفت الشبهة في حقّها فالظاهر لزوم الحدّ، فإذا هي لم تُحدّ حتّى حصلت الإجازة سقط عنها الحدّ، على ما هو المختار من الكشف الانقلابي، ولزم التعزير، وقد تقدّم نظير ذلك في المسألة العاشرة. (زين الدين).

عدم حصولها^(١)، بخلاف ما إذا حصلت^(٢) فإنّها تُعزَّر حينئذٍ؛ لمكان تجرّيها^(٣).

وإذا جاءت بولدٍ فالولد لمولى^(٤) العبد^(٥) مع كونه مشتبهاً، بل مع كونه زانياً^(٦) أيضاً؛ لقاعدة النمائية^(٧) بعد عدم لحوقه بالحرّة.

(١) بل قبل حصولها، كما تقدّم في التعليقة السابقة. (زين الدين).

(٢) بل وإن حصلت. (الفاني).

(٣) بل لفعلها الحرام. (الكوهكَمري).

* بل لارتكابها المحرّم واقعاً في ظرفه. (الخوئي).

* بل لما فعلت من الحرام. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا يخلو من إشكال. (محمّد الشيرازي).

(٤) على إشكال، فلا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

(٥) إطلاق الحكم لا يخلو من إشكال. (المرعشي).

* فيه نظر. (حسن القمي).

(٦) فيه تأمل، وفي التعليل نظر أيضاً؛ فإنّ النمائية لعلّها في نظر العرف تقتضي الإلحاق بالأمّ في الأنساب، كما في سائر الحيوانات، وعدم ثبوت النسب بالزنا لا يُثبت مرامه. (الفيروزآبادي).

* الولد في هذه الصورة أيضاً حرّ، وخبر العلاء^(أ) معارض مع صحيح محمّد بن

مسلم^(ب) (الباب ١١ من العيوب) من كتاب الوسائل. (الفاني).

(٧) جريان تلك القاعدة بالنسبة إلى الأب مشكل، خصوصاً مع كونه زانياً، نعم، الحكم

◀

(أ) الوسائل: الباب (١١) من أبواب العيوب والتدليس، ح ١.

(ب) الوسائل: الباب (١١) من أبواب العيوب والتدليس، ح ٣.

وأما إذا كانت جاهلةً بالحال فلا حَدَّ، والولد حُرٌّ^(١)، وتستحقّ عليه المهر يتَّبَع به بعد العتق.

(مسألة ١٤): إذا زنى العبد بِحُرّة من غير عقدٍ فالولد حُرٌّ^(٢) وإن كانت

⇒ مشهور، والنصّ عليه مفقود، وتوهم دلالة خبر العلاء عليه خطأ؛ لأنّ مورده علم العبد واشتباه الحرّة، ولا عامل به في مورده أيضاً. (البروجردی).

* هذا التعليل عليل. (الجنوردي).

* مجيء قاعدة النماءية بالنسبة إلى الأبّ مشكل، خصوصاً مع كونه زانياً. (عبدالله الشيرازي).

* إجراؤها مطلقاً لا يخلو من الإشكال. (المرعشي).

* لم تثبت هذه القاعدة في طرف العبد، وإنّما هي ثابتة من طرف الأمّة، وعلى تقدير ثبوتها فلا فرق بين الزنا المجرد عن العقد الفاسد والزنا المقرون به، ولا دليل على هذا الفرق أصلاً، وأمّا إذا كان المدرك لذلك رواية العلاء بن رزّين فهي ضعيفة سنداً، ولو تمّت الرواية لم يختصّ الحكم بصورة العلم، بل يعمّ صورة الجهل أيضاً، مع أنّ الماتن عليه السلام قد حكم في صورة جهل المرأة بكون الولد حرّاً. (الخوئي).

* تماميّة تلك القاعدة في طرف الأبّ مشكّلة، نعم، يمكن التمسك بخبر علاء بعد حمله على عدم تحقّق الشبهة من طرف الزوجة؛ لأنّها كانت مكلفّة بالتفحص، وزوّجت نفسها متساهلةً في التكليف. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) إلحاقاً للشبهة بالعقد الصحيح، حتّى في أنّ الولد تابع لأشرف أبويه في الحرّيّة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* إطلاق الحكم بحرّيّة الولد محلّ تأمّل. (حسن القمي).

(٢) بناءً على عدم جريان قاعدة تبعيّة النماء. (المرعشي).

* لأصالة عدم الرقيّة، وعدم تماميّة قاعدة النماء في طرف الأبّ، كما مرّ، وعدم

الحرّة أيضاً زانية^(١). ففرق^(٢) بين^(٣) الزنا^(٤) المجرّد عن عقد^(٥) والزنا المقرون به^(٦) مع العلم بفساده، حيث قلنا^(٧): إنّ الولد لمولى العبد.

⇒ شيء آخر يقتضي الرّقية. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ إذا كانت الحرّة مشتبّهة، وأمّا إذا كانت زانيةً فالحكم في الولد مشكل، والفرق بين الزنا المجرّد عن العقد والزنا المقرون بعقدٍ يعلم فسادَه في غاية البعد، وخبر العلاء بن رزين^(أ) مع ضعفه لا عامل به. (زين الدين).
(١) الحكم في هذه الصورة محلّ إشكال، والفرق بين الزنا المجرّد والمقرون بالعقد الفاسد في غاية البعد. (البروجدي).
(٢) والفارق النصّ. (صدرالدين الصدر).
(٣) مع التأمّل في الفرق وفي الحكم الأوّل والنصّ الذي أنّه الفارق ضعيف. (حسن القمي).

(٤) لم نظفر على الفارق. (الفاني).
✽ لو جعل الفارق النصّ بناءً على المستظهر منه، وإلاّ فالفرق مشكل، كما أنّ الاستظهار المذكور أشكل. (المرعشي).
✽ والفارق خبر علاء، على ما مرّ من معناه. (محمّد رضا الكلبيكاني).
✽ وهو خبر ابن رزين، ولكنّه قاصر سنداً، ومهجور عملاً. (السبزواري).
(٥) تقدّم أنّه لا فرق بينهما. (الخوئي).
(٦) والفارق هو النصّ الوارد في أنّ الولد لمولى العبد في الثاني دون الأوّل. (الإصفهاني، الإصطهباناتي).
(٧) كما تقدّم سابقاً. (آقاضياء).

- (مسألة ١٥): إذا زنى حُرّاً بأمةٍ فالولد لمولاها، وإن كانت ^(١) هي أيضاً زانية ^(٢). وكذا لو زنى عبد بأمة الغير فإنّ الولد لمولاها ^(٣).
- (مسألة ١٦): يجوز للمولى تحليل أمته لعبد، وكذا يجوز له أن يُنكِحها إياها. والأقوى أنّه حينئذٍ نكاح، لا تحليل. كما أنّ الأقوى كفاية ^(٤) أن يقول ^(٥)

(١) لا يخلو من الإشكال، فلا يُترك الاحتياط. (المرعشي).

(٢) محلّ تأمل، وكذا ما بعده. (البروجردی).

* لفحوى ما دلّ عليه في الأمة المدلّسة مع عدم الشهية من طرف الزوج، لكنّ الإنصاف أنّ الفرق بين زنا العبد بالحرّة وزنا الحرّ بالأمة محلّ إشكال؛ لتحقّق الفحوى في المسألتين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) لقاعدة النماء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا يخلو من إشكال. (حسن القمي).

(٤) لكنّ الأحوط عدمها. (عبدالله الشيرازي).

* مشكل، وكذا ما بعده. (السبزواري).

* خلاف الاحتياط، وكذا الفرع التالي. (محمّد الشيرازي).

* فيه إشكال، ولا يُترك الاحتياط بالقبول. (حسن القمي).

(٥) في الاكتفاء بصرف الإيجاب في هذه الموارد نظر جدّاً، والتعليان عليان، فيشمّله إطلاق معاهد الإجماعات من أنّ النكاح يحتاج إلى العقد ولو من شخص واحد، فتدبّر. (آقازي).

* فيه إشكال. (الإصفهاني).

* بل لا يكفي، وإطلاق الأخبار غير ناظرٍ إلى تلك الجهة. (الكوهكمري).

* الأحوط اعتبار القبول في الجميع، بل في الوكيل والولي لا يخلو من القوّة. (الإصطهباناتي).

له^(١): أَنْكَحْتُكَ^(٢) فَلَانَّةً، وَلَا يَحْتَاجُ^(٣) إِلَى الْقَبُولِ^(٤) مِنْهُ أَوْ مِنَ الْعَبْدِ؛ لِإِطْلَاقِ^(٥) الْأَخْبَارِ^(٦)، وَلَأنَّ الْأَمْرَ بِيَدِهِ^(٦)، فَيُجَابِهِ مَغْنٍ عَنِ الْقَبُولِ^(٧)، بَلْ لَا يَبْعُدُ^(٨) أَنْ يَكُونَ الْأَمْرُ . . .

(١) لَكِنَّ الْأَحْوَطَ عَدْمُهَا. (البروجردى).

(٢) فِي كَفَايَةِ ذَلِكَ بِنَاءً عَلَى أَنَّهُ نِكَاحٌ لَا تَحْلِيلٌ - كَمَا قَوَّاهُ - نَظَرٌ، وَكَذَلِكَ فِي مَا بَعْدَهُ مِنَ الْوَلِيِّ وَالْوَكِيلِ. (البجنوردى).

(٣) مُشْكَلٌ، فَلَا يُتْرَكُ الْاِحْتِيَاظُ بِالْقَبُولِ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) فِيهِ وَفِيمَا أَلْحَقَ بِهِ نَظَرٌ. (الفيروزآبادى).

✽ الْأَحْوَطُ اعْتِبَارُ الْقَبُولِ فِي الْجَمِيعِ. (عبدالهادي الشيرازى).

(٥) وَلِكُشْفِ الْإِجَابِ عَنْ رِضَا الْمَوْلَى الدَّالِّ عَلَيْهِ الْقَبُولُ، وَلَهُ الْوَلَايَةُ عَلَى جُزْءٍ مِنَ الْإِنْشَاءِ. (المرعشى).

(٦) لِكُونِهِ مَالِكاً لَا لَصْرِفِ الْوَلَايَةِ. (المرعشى).

(٧) الْأَحْوَطُ اعْتِبَارُ الْقَبُولِ فِي الْجَمِيعِ، بَلْ هُوَ الْأَقْوَى فِي الْوَلِيِّ وَالْوَكِيلِ مُطْلَقاً. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

✽ الْأَحْوَطُ اعْتِبَارُ الْقَبُولِ فِي جَمِيعِ هَذِهِ الْمَوَارِدِ مِمَّنْ بِيَدِهِ أَمْرُ الْعَقْدِ إِنْ لَمْ يَكُنْ هُوَ الْأَقْوَى. (صدرالدين الصدر).

✽ يُعْتَبَرُ الْقَبُولُ فِي جَمِيعِ الْفُرُوضِ عَلَى الْأَحْوَطِ، وَخُصُوصاً فِي الْوَلِيِّ وَالْوَكِيلِ عَنِ الطَّرْفَيْنِ. بَلْ لَا يَخْلُو مِنْ قُوَّةٍ فِي الْوَلِيِّ وَالْوَكِيلِ. ثُمَّ إِنَّ الْقَبُولَ فِي الْفَرْضِ يَكُونُ مِنَ الْمَوْلَى، أَوْ مِنَ الْعَبْدِ بِإِذْنِهِ. (زين الدين).

(٨) بَعِيدٌ جَدّاً. (الإصفهاني، البروجردى، عبدالله الشيرازى).

⇐

(أ) الوسائل: الباب (٤٣) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢، ١، ٣.

كذلك^(١) في سائر المقامات^(٢)، مثل الوليِّ والوكيل عن الطرفين.
وكذا إذا وُكِّل غيره في التزويج فيكفي قول الوكيل: أنكحتُ أمةً موكَّلي
لعبدِهِ فلان، أو أنكحتُ عبدَ موكَّلي أُمَّتَهُ.
وأما لو أُذِن للعبد والأمة في التزويج بينهما فالظاهر الحاجة إلى الإيجاب
والقبول.

(مسألة ١٧): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا حاجة إلى الطلاق، بل
يكفي أمره إياهما بالمفارقة. ولا يبعد جواز الطلاق أيضاً، بأن يأمر عبده
بطلاقها، وإن كان لا يخلو من إشكال^(٣) أيضاً.
(مسألة ١٨): إذا زوج عبده أُمَّتَهُ يستحب^(٤) أن يعطيها شيئاً^(٥)، سواء
ذكره في العقد أم لا، بل هو الأحوط^(٦). وتملك الأمة ذلك بناءً على المختار

⇒ * بل بعيد. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بعيد. (حسن القمي).

(١) بل هو بعيد. (الخوئي).

(٢) فيه إشكال، والأحوط اعتبار القبول فيها. (المرعشي).

(٣) لا إشكال في الصحة، ولا يعتبر مباشرة المولى إياه. (المرعشي).

* ظاهرهم التسالم على الصحة إن كان بإذن السيّد وأمره. (السبزواري).

* ولكنته ضعيف. (زين الدين).

(٤) لا ينبغي تركه. (المرعشي).

(٥) ولو مُدّاً من الطعام أو درهماً، والظاهر عدم كون المُعطى مَهراً. (المرعشي).

* لا يبعد وجوبه. (الخوئي).

(٦) بل لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين).

* لا يُترك. (حسن القمي).

من صحّة ملكيّة المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

(مسألة ١٩): إذا مات المولى وانتقلا إلى الورثة فلهم أيضاً الأمر بالمفارقة بدون الطلاق، والظاهر كفاية^(١) أمر^(٢) أحدهم^(٣) في ذلك^(٤).

(مسألة ٢٠): إذا زوج الأمّة غير مولاه من حرٍّ فأولدها جاهلاً بكونها لغيره عليه العُشُرُ أو نصف العُشُرِ لمولاه وقيمة الولد، ويرجع بها على

(١) في حرمة مقاربتها، لا في حصول الفرقة؛ إذ يتوقّف ذلك على أمر الجميع. (صدرالدين الصدر).

✽ بل الظاهر عدمها. (عبدالله الشيرازي).

✽ بل الظاهر عدم الكفاية. (الفاني).

✽ في حرمة الوطء، لا في بطلان الزوجيّة وتحقّق الفرقة، وإطلاق الإخبار ناظر إلى جهةٍ أخرى، فالأحوط اعتبار القبول في ما نحن فيه وغيره من الموارد الشبيهة له. (المرعشي).

(٢) بل الظاهر عدمها. (البروجردي).

(٣) محلّ تأمّل. (الإصطهباناتي).

✽ فيه إشكال. (عبدالهادي الشيرازي).

✽ لا يخلو من إشكال، بل منع. (الخوئي).

✽ في حرمة الوطء، لا في الخروج عن الزوجيّة مطلقاً، إلّا إذا كانت ملازمة بينهما عرفاً. (السبزواري).

✽ تحرم عليه مقاربتها بذلك، وأمّا حصول الفرقة بينهما فلا يكون إلّا بأمر الجميع. (زين الدين).

(٤) لا يخلو من إشكال، نعم، لو منع أحدهم من الوطء يحرم عليه الوطء. (البجنوردي).

✽ فيه نظر. (محمّد الشيرازي).

ذلك^(١) الغير، لأنّه كان مغروراً من قبّله، كما أنّه إذا غرّته الأمة بتدليسها ودعواها الحرّيّة تضمن القيمة وتنبّع به بعد العتق^(٢)، وكذا إذا صار مغروراً من قبّل الشاهدين على حرّيتها.

(مسألة ٢١): لو تزوّج أمةً بين شريكين بإذنهما، ثمّ اشترى حصّة أحدهما أو بعضها، أو بعضاً من حصّة كلّ منهما بطل نكاحه، ولا يجوز له بعد ذلك وطؤها^(٣).

وكذا لو كانت لواحدٍ واشترى بعضها. وهل يجوز له وطؤها إذا حلّ لها الشريك؟ قولان، أقواهما نعم؛^(٤) للنصّ^(٥). وكذا لا يجوز وطء من بعضه حرّ

(١) لا دليل عليه؛ لأنّ قاعدة الغرور غير ثابتة مطلقاً، والرواية الدالّة على ذلك ضعيفة سنداً، بل لا يبعد أن يكون المستفاد من صحيحة ابن الوليد عدم وجوب شيءٍ عليه غير المهر. (الخوئي).

(٢) لا دليل على ذلك، وتقدّم الكلام في نظير ذلك. (الخوئي).

(٣) بدون إذن الشريك ما دامت الشركة. (الفيروزآبادي).

(٤) الأحوط الترك. (البروجردى، عبدالله الشيرازي).

(٥) لكنّ الأحوط الترك، والنصّ^(أ) لم يعمل به إلّا ابن إدريس (ب) والمتأخرون (ج). نعم، لا يبعد أن لا يكون الحكم على خلاف القاعدة حتّى يحتاج إلى النصّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(أ) الوسائل: الباب (٤١) من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

(ب) السرائر: ٣٥٣/٢.

(ج) المهدّب البار: ٣٣٦/٣، جامع المقاصد: ٩٧/١٣، مسالك الأفهام: ٣١/٨، نهاية المرام

للعالمي: ٢٨٠/١، كشف اللثام: ٣١٦/٧.

إذا اشترى نصيب الرقبة لا بالعقد ولا بالتحليل منها. نعم لو هاياها فالأقوى جواز التمتع^(١) بها في الزمان الذي لها، عملاً بالنص الصحيح وإن كان الأحوط^(٢) خلافه^(٣).

* * *

(١) أي يتزوجها متعةً. (الفيروزآبادي).

(٢) لا يُترك. (البروجردى، المرعشى، محمد رضا الكلبيكاني).

(٣) لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).

فصل في الطوارئ

وهي العتق والبيع والطلاق.

أما العتق: فإذا أعتقت الأمة المزوجة كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد، بل مطلقاً وإن كانت تحت حرٍّ على الأقوى^(١).

والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع، نعم، الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلها فلا خيار لها مع عتق بعضها على الأقوى، نعم، إذا أعتق البعض الآخر أيضاً ولو بعد مدة كان لها الخيار.

(مسألة ١): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر، وهل هو لمولاه^(٢)، أولها، أو تابع^(٣).

(١) خلافاً للشيخ في مبسوطه. (آقاسية).

* فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

* لا يخلو من تأمل في هذه الصورة. (حسن القمي).

(٢) الأقوى كونه لمولاه مطلقاً. (الإصطهباناتي).

* هذا هو المتعين بلا إشكال، ولا يصح جعل المهر لها على وجه لا يرجع إلى المولى. (البروجردي).

* وهو الأقوى، والترديد لا يلائم ما سبق منه عليه السلام في المسألة الرابعة من الجزم بكونه للمولى. (المرعشي).

* وهو المتعين، وقد مرّ منه عليه السلام في المسألة (٤) من أوّل الفصل ذلك أيضاً. (السبزواري).

(٣) هذا هو المتعين لو صحّحنا جعل المهر لها، وإلا فالمتعين هو الأوّل. (الإصفهاني).

للجعل^(١) في العقد؟ فإن جعل لها فلها، وإلاّ فله، ولمولاها في الصورة الأولى تملكه، كما في سائر الموارد؛ إذ له تملك مال مملوكه^(٢) بناءً على القول بالملكية، لكن هذا إذا كان قبل انعقادها، وأمّا بعد انعقادها فليس له ذلك. وإن كان قبل الدخول ففي سقوطه أو سقوط نصفه أو عدم سقوطه أصلاً وجوه^(٣)، أقواها الأخير^(٤)، وإن كان مقتضى الفسخ الأول؛ وذلك لعدم

⇨ * الظاهر أنّه لمولاها على كلّ حال: إمّا أولاً وبالذات، أو من جهة أنّه يملك ما تملكه أمته، وسلطانه عليها وعلى مالها. (البجنوردي).

(١) هذا هو المتعين لو صحّحنا جعل المهر لها، وإلاّ فالمتعين هو الأول. (عبدالله الشيرازي).

(٢) في النصّ دلالة على عدم الجواز. (الفاني).

(٣) أقواها الثاني، والأحوط التصالح. (عبدالهادي الشيرازي).

(٤) كما تقدّم نظيره أيضاً في فرض تملك الزوجة زوجها قبل الدخول، ولكنّ الإنصاف أنّ المستفاد من التعبير بالتخيير في أخبار المقام كون المقام من باب الفسخ المتعارف، مثل هذا التعبير عنه في أبواب المعاملات، بل هو مقتضى الأصل أيضاً. (آقاسياء).

* بل الأول، وكونه من باب الفسخ لا شبهة فيه، كما أنّ كون مقتضاه ذلك ممّا لا مزية تعتريه. (الإصفهاني).

* فيه تأمل وإشكال. (الكوهكَمَرِي).

* بل الأول، وكون المقام من باب الفسخ ظاهر. (الإصطهباناتي).

* بل الأول. (البروجردی).

* تقدّم في بعض المسائل السابقة ما هو الحقّ في المقام. (البجنوردي).

* بل الأول. (الفاني، المرعشي).

معلومية^(١) كون المقام من باب^(٢) الفسخ^(٣)؛ لاحتمال^(٤) كونه من باب بطلان النكاح^(٥) مع اختيارها المفارقة. والقياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له.

(مسألة ٢): إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده^(٦): فإن كان المهر

⇒ * بل الأول، والظاهر كونه من الفسخ دون غيره. (السبزواري).

* فيه إشكال. (محمّد الشيرازي).

* لا يخلو من إشكال، والأحوط التصالح. (حسن القمي).

(١) ظاهر النصوص عدم كونه من باب البطلان. (المرعشي).

(٢) كونه فسخاً وموجباً لسقوط المهر ظاهر، بل لا يرجع احتمال البطلان ولا استقرار المهر على تقديره إلى محصل. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٣) كونه فسخاً وموجباً لسقوط المهر ظاهر، بل لا يرجع احتمال البطلان ولا استقرار المهر على تقديره إلى محصل. (النائيني).

(٤) بل يحتمل أن يكون اختيار الزوجة المفارقة رافعاً للزوجيّة، نظير الطلاق من قبل الزوج، لا ناقضاً لعقد النكاح، فلا يكون موجباً لسقوط المهر، ولا ينتصف به كما ينتصف بالطلاق قبل الدخول؛ وحينئذٍ فيكون مقتضى الأصل عدم سقوطه، ولعلّ هذا هو مراد المصنّف رحمه الله. أمّا بطلان النكاح فهو لا يختلف عن الفسخ في النتيجة. (زين الدين).

(٥) البطلان والفسخ كلاهما موجبان لسقوط المهر، ولا فرق بينهما في سقوطه، لكن من جهة احتمال ثالث وكون الفرق بينهما من قبيل الطلاق، فالمسألة في غاية الإشكال، وتحتاج إلى التأمل التام. (عبدالله الشيرازي).

* بل الظاهر من الأخبار أنّه مفارقة ونزع شبه الطلاق، ومع ذلك لا يقاس به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٦) إذا لم يسقط الخيار. (المرعشي).

جعل لها فلها، وإن جعل للمولى أو أطلق^(١) ففي كونه لها أوله قولان، أقواهما الثاني؛ لأنّه ثابت بالعقد وإن كان يستقرّ بالدخول، والمفروض أنّها كانت أمة حين العقد.

(مسألة ٣): لو كان نكاحها بالتفويض^(٢)؛ فإن كان بتفويض المهر^(٣) فالظاهر أنّ حاله حال ما إذا عيّن في العقد، وإن كان بتفويض البضع^(٤)؛ فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين^(٥) فحاله حال ما إذا عيّن حين العقد،

⇒ * في صورة عدم سقوط خيارها. (صدرالدين الصدر).

(١) الظاهر كون المهر لها في صورة الإطلاق. (صدرالدين الصدر).

(٢) أي يذكر المهر إجمالاً، ويفوّض تعيينه إلى أحد الزوجين. (الفيروزآبادي).

(٣) بذكره في العقد، لا مطلقاً وإجمالاً، وتفويض التعيين إلى أحد الزوجين. (المرعشي).

* وهو أن يذكر المهر في العقد على وجه الإجمال، ويفوّض تعيينه إلى أحد

الزوجين، وتفويض البضع أن لا يذكر المهر في العقد، لا على وجه الإجمال، ولا

على وجه التفصيل. (زين الدين).

(٤) أي بعدم ذكر المهر في العقد. (الفيروزآبادي).

* بعدم ذكره أصلاً، حتّى على نحو الإجمال. (المرعشي).

(٥) بل يكفي كونه بعد أحدهما في ذلك، وإنّما يكون المهر لها إذا كان قبل الدخول

والتعيين كليهما. (البروجردى).

* وهكذا قبل الدخول وبعد التعيين، وأمّا قبل التعيين وبعد الدخول فمهر المثل.

(المرعشي).

* لا يبعد أن يكون المراد أحدهما، بمعنى أنّه مع الدخول أو مع التعيين قبل

الدخول يكون حال المهر حاله مع التعيين حال العقد. (الخنوي).

وإن كان قبل الدخول^(١) فالظاهر أنَّ المهر لها؛ لأنَّه يثبت حينئذٍ بالدخول، والمفروض حرَّيتها حينه.

(مسألة ٤): إذا كان العتق في العِدَّة الرجعية فالظاهر أنَّ الخيار باقٍ^(٢).

⇒ * وكذا لو كان قبل الدخول وبعد التعيين. (محمَّد رضا الكلبيكاني).

* للمسألة صور: الأولى: أن يتحقَّق الدخول وتعيين المهر، ثمَّ يحصل بعدهما الانعتاق واختيار الفراق، فيجب المهر المعين ويكون للسيد، من غير فرقٍ بين أن يتقدَّم الدخول أو التعيين.

الصورة الثانية: أن يحصل التعيين، ثمَّ يكون بعده العتق، ثمَّ يكون بعدهما الدخول، فيجب المهر المعين، ويكون للسيد كما في الصورة الأولى.

وكذلك الصورة الثالثة، وهي: ما إذا حصل التعيين، ثمَّ حصل العتق واختيار الفراق من غير دخول؛ بناءً على ما اخترناه في ما تقدَّم من عدم سقوط المهر بذلك، وعدم تنصيفه.

الصورة الرابعة: أن يدخل بها من غير تعيين، ثمَّ يحصل بعده الانعتاق، فيثبت مهر المثل ويكون للسيد.

الصورة الخامسة: أن يحصل العتق، ثمَّ يكون بعده الدخول، ثمَّ يكون بعده اختيار الفراق، فيثبت مهر المثل ويكون لها.

الصورة السادسة: أن يحصل العتق واختيار الفراق، من غير دخولٍ ولا تعيين، وفي ثبوت المهر في هذه الصورة إشكال. (زين الدين).

(١) وقبل أن يعيَّن فالمهر لها إن تحقَّق الدخول، وإلا فثبوت المهر فيه إشكال. (المرعشي).

* وقبل التعيين. (محمَّد رضا الكلبيكاني).

(٢) بقاؤه لا يخلو من إشكال، وثبوت تمام أحكام الزوجة للمعتدة الرجعية محلّ

فإن اختارت الفسخ لم يبقَ للزوج الرجوع حينئذٍ، وإن اختارت البقاء بقي له حق الرجوع. ثم إذا اختارت الفسخ لا تتعدّد العِدّة، بل يكفيها عِدّة واحدة، ولكن عليها تتميمها^(١) عِدّة الحرّة. وإن كانت العِدّة بائنة فلا خيار لها على الأقوى^(٢).

(مسألة ٥): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم.

(مسألة ٦): الخيار على الفور على الأحوط^(٣) فوراً عرفياً، نعم، لو كانت

⇒ تأمل، سيّما التمسك بالألويّة، فلا يُترك الاحتياط بعدم الفسخ وما يترتب عليه. (المرعشي).

* ثبوت الخيار بالعتق في العِدّة محلّ تأمل، فلا يُترك مراعاة الاحتياط فيها بعدم اختيار الزوجة الفسخ، وعدم رجوع الزوج لو اختارت الفسخ، وعدم إمساكها بلا عقدٍ جديدٍ إذا رجع بعد الفسخ، وعدم تزويج الزوجة بدون الطلاق مع الرجوع بعد الفسخ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) لا يُترك الاحتياط باستئناف عِدّة الحرّة من زمان تحقّق الفسخ. (المرعشي).

* بل الأحوط في الفرض استئناف عِدّة الحرّة من حين الفسخ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل عليها استئناف عِدّة الحرّة. (زين الدين).

* الأحوط استئناف العِدّة من حين الفسخ. (حسن القمي).

(٢) إشارة إلى خلاف القواعد بثبوت الخيار قال ﷺ فإن فسخت بطل الطلاق، وإلاّ وقع. (الغريز آبادي).

(٣) وإن كان أظهر عدم فورّيته. (الخوئي).

* لا يُترك الاحتياط في ذلك، فلا تختار الفراق مع التأخير. ثم إذا هي اختارت

جاهلةً بالعتق أو بالخيار أو بالفورية^(١) جاز لها الفسخ^(٢) بعد العلم، ولا يضره التأخير حينئذٍ.

(مسألة ٧): إن كانت صبيّةً أو مجنونةً فالأقوى^(٣) أن وليّها^(٤) يتولّى خيارها^(٥).

(مسألة ٨): لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها.

(مسألة ٩): ظاهر المشهور^(٦) عدم^(٧) الفرق^(٨) في ثبوت الخيار لها بين أن يكون المولى هو المباشر لتزويجها أو أذنّها فاختارت هي زوجاً برضاها، ولكن يمكن دعوى^(٩)

⇒ الفراق فلا تتزوج غير زوجها إلا بعد الطلاق منه، ولا ترجع إليه إلا بعقدٍ جديد. (زين الدين).

* الأقوى عدم كونه فورياً إن لم يثبت الإجماع على الفورية. (حسن القمي).

(١) في بقاء الخيار مع الجهل بالفورية تأمل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) على الأقوى. (المرعشي).

(٣) فيه إشكال، بل نظر؛ لعدم ثبوت الولاية بهذه التوسعة، فلا يُترك الاحتياط. (المرعشي).

(٤) فيه نظر. (حسن القمي).

(٥) وهو مشكل. (زين الدين).

(٦) وهو المنصور. (الكوهكَمري، عبد الهادي الشيرازي).

(٧) وهو الأقرب. (محمّد الشيرازي).

(٨) وهو الأقوى. (الفيروزآبادي).

(٩) لولا إلجاؤها في اختيارها مثل هذا الشخص ولو من جهة عدم إقدام الشرفاء

انصراف^(١) الأخبار^(٢) إلى صورة مباشرة المولى بلا اختيارٍ منها.
(مسألة ١٠): لو شرط^(٣)

⇒ لنكاح الإماء، ومن المعلوم أنَّ هذا المقدار من الاختيار لا ينافي بقاء خيارها؛ إرفاقاً لها لتحصيل الأشرف نسباً وحسباً، ولا وجه لانصراف الأخبار عن مثلها أيضاً.
(آقاضياء).

✽ ولكَّنها غير مسموعة. (صدرالدين الصدر).

✽ لكَّنها بعيدة جداً. (الإصطهباناتي).

✽ هذه الدعوى لا تخلو من مجازفة. (البروجردي).

✽ هذه الدعوى غير مسموعة. (الفاني).

✽ لكَّنها غير مسموعة. (المرعشي).

(١) هذه الدعوى لا تخلو من مجازفة. (الإصفهاني).

✽ لكنَّ هذه الدعوى ضعيفة جداً؛ لأنَّ الأخبار مطلقة، والانصراف بدوي لا اعتبار به. (البجنوردي).

✽ فيه منع. (السبزواري).

✽ هذه الدعوى مجازفة فلا اعتبار بها. (حسن القمي).

(٢) هذا الانصراف ممنوع. (كاشف الغطاء).

✽ لا وجه لهذه الدعوى. (الخنوي).

✽ دعوى الانصراف في المقام لا وجه لها، ولا مانع من الأخذ بالإطلاق. (محمدرضا الكلپايگاني).

✽ هذه الدعوى ضعيفة، بل لا تخلو من مجازفة. (زين الدين).

(٣) بأن يكون مرجع الشرط عدم فعل الفسخ أو إسقاطه، لا عدم استحقاقها ذلك فإنَّه شرط فاسد. (صدرالدين الصدر).

✽ أي أن لا يفسخ، أو أن يسقط حق الفسخ، لا أن يشترط عدم الاستحقاق. (المرعشي).

مولاهما^(١) في العتق^(٢) عدم فسخها^(٣) فالظاهر صحته^(٤).
 (مسألة ١١): لو أعتق العبد لا خيار له^(٥) ولا لزوجه.
 (مسألة ١٢): لو كان عند العبد حرّة وأمتان فأعتقت^(٦) إحدى الأمتين فهل
 لها الخيار، أو لا؟ وجهان^(٧)، وعلى الأول إن اختارت البقاء فهل يثبت للزوج

(١) الظاهر عدم صحّة هذا الشرط، والاحتياط بعدم اشتراط المولى ذلك لا يُترك.
 (الفاني).

(٢) وألحق بعضهم به شرطه في ضمن العقد الخارج اللازم، ولا يخلو من الإشكال.
 (المرعشي).

(٣) بأن يشترط على أتمته أن لا تختار فراق زوجها بعد عتقها، وأمّا أصل الخيار فهو
 حكم شرعي لا يسقط بالشرط. (زين الدين).

(٤) ولكنّ الأظهر عدم السقوط؛ فإنّه حكم شرعي، لا حقّ مالي، فلا يسقط بالشرط.
 (كاشف الغطاء).

* هذا الشرط وإن كان صحيحاً ويجب عليها العمل به إلاّ أنّها إذا فسخت كان
 فسخها مؤثراً وموجباً لبطلان العقد. (الخوئي).

* وفي اشتراط القبول وجه، لكنّه غير موجّه. (المرعشي).

(٥) لعدم سلطته على نفسه حين العقد، سواء كان مكرّهاً على النكاح، أم لا. (المرعشي).

(٦) فاجتمعت لدى العبد حرّتان وأمة. (المرعشي).

(٧) أقواهما ثبوت الخيار. (صدرالدين الصدر).

* الأظهر هو الوجه الأول؛ وعليه: فإن اختارت الفسخ بطل نكاحها فحسب، وإن
 اختارت البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعة، كما مرّ نظيره سابقاً. (الخوئي).

* الأشبه بطلان نكاح الجميع، وكذلك في بقيّة فروض المسألة. نعم، إذا كان عند
 العبد ثلاث إماء وأعتقت إحداهنّ يكون قد جمع بين حرّة وأمتين، ولا إشكال في

التخيير^(١)، أو يبطل نكاحها؟ وجهان^(٢)، وكذا إذا كان عنده ثلاث^(٣) أو أربع إماء^(٤) فأعتقت إحداها. ولو أعتق في هذا الفرض جميعهنّ دفعةً^(٥) ففي كون

• ⇒ ذلك، فلا مانع من تخيير المعتقة في هذا الفرض. (زين الدين).

* الأقوى أنّ لها الخيار إن لم نقل ببطان الجميع. (حسن القمي).

(١) بين إبقاء المعتقة والإعراض عن الأمة الأخرى، أو إبقائها والإعراض عن المعتقة. (الغبروز آبادي).

(٢) ولو من جهة دعوى انصراف الأخبار إلى صورة إمكان بقائها على حالها بعد اختيار البقاء، وفي المقام ليس كذلك ولو من جهة اختيار الزوج غيرها فضلاً عما لو قيل ببطان نكاحها. ثمّ على فرض ثبوت الخيار لها ولو بإطلاق الأخبار لمثل المورد لا وجه للالتزام ببطان نكاح غيرها، فلا يبعد حينئذٍ إجراء حكم تخيير الزوج الثابت في إسلام الزوجات في المقام أيضاً لوحدة المناط، وإن كان الأحوط عدم اختيارها. (آقاضي).

* أقواهما التخيير للزوج. (صدر الدين الصدر).

(٣) ليس فرض الثلاث ممّا نحن فيه، أي البطان. (عبدالله الشيرازي).

* هذا من سهو القلم؛ فإنّه إذا أعتقت واحدة منها فلا مانع من الجمع بينها وبين الأمتين الباقيتين؛ حيث إنّ من الجمع بين حرّة وأمتين. (الخوئي).

* لو كان عنده ثلاث إماء وأعتقت إحداها فقد جمع بين حرّة وأمتين، ومَرَّ أنّه لا إشكال فيه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) يظهر حكم ذلك ممّا تقدّم. (الخوئي).

(٥) الظاهر أنّ جهات المسألة في جميع الفروض متماثلة، فلا وجه للفرق بين الفرض والفرضين السابقين، والأشبه في الجميع البطان، وعلى القول بعدمه فالتخيير للزوج ابتداءً، ثمّ للباقيات، ويظهر وجهه بالتأمّل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

الزوج مـخـيـراً، وبعـد اخـتـياره^(١) يـكـون التـخـيـير للـبـاقـيـات، أو التـخـيـير من الأوّل للزوجات، فإن اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع؟ وجوه^(٢).

* * *

(١) لا وجه لتقديم تخيير أحدهما على الآخر، بل لكلّ من الزوج والباقيات الاختيار في عرض واحد إن لم نقل ببطلان الجميع. (حسن القمي).

(٢) ثبوت الخيار لهما كالبطلان له وجه. (المرعشي).

* قد عرفت أنّ الأظهر هو ثبوت الخيار لهنّ جميعاً، فإن اخترن البقاء فالأظهر رجوع الزوج إلى القرعة، وإن اخترن الفسخ بطل نكاحهنّ جميعاً، وبذلك يظهر حال التبعض. (الخوئي).

تتمّة: إنّ الماتن عليه السلام لم يتعرّض لحكم البيع والطلاق، فالمناسب أن نتعرّض له، فنقول: إذا باع المالك أمته المزوّجة كان ذلك طلاقاً، سواء كان زوجها حرّاً أم كان عبداً، ولكن يتخيّر المشتري بين إمضاء عقد النكاح وفسخه، والمشهور على أنّ خياره فوريّ، وفيه إشكال، بل منع. نعم، إذا أمضى المشتري العقد ولم يفسخه سقط خياره، وليس له الفسخ بعد ذلك، وكذلك العبد المزوّج من أمته فإذا بيع كان ذلك طلاق زوجته، وكان للمشتري الخيار. وأمّا لو كانت زوجته حرّة فبيع فالمشهور أنّ بيعه أيضاً طلاق زوجته، إلّا أنّه لا يخلو من إشكال، بل منع. وإذا زوّج المولى عبده من أمته كان الطلاق بيد المولى، بل له أن يفرّق بينهما بلا طلاق، كما مرّ. وأمّا إذا زوّجه من أمةٍ لغيره، أو حرّة، أو تزوّج العبد بإذنه فالطلاق بيد العبد، وليس للمولى إجباره على الطلاق. ولو بيعت الأمة المطلقة أثناء عدّتها أتمّت العدة، وهل عليها الاستبراء زائداً على ذلك؟ قيل^(١)، نعم، ولكنّ الأظهر عدم لزومه. (الخوئي).

فصل في العقد وأحكامه

(مسألة ١): يشترط في النكاح: الصيغة، بمعنى الإيجاب والقبول اللفظيين، فلا يكفي التراضي الباطني، ولا الإيجاب والقبول الفعليين. وأن^(١) يكون الإيجاب بلفظ «النكاح» أو «التزويج» على الأحوط^(٢)، فلا^(٣) يكفي بلفظ «المتعة»^(٤) في النكاح الدائم، وإن كان لا يبعد كفايته^(٥) مع الإتيان^(٦) بما يدل^(٧) على إرادة الدوام.

(١) الميزان والمعيار صدق عنوان عقد النكاح، بلا فرق بين المصاديق المتصورة، فلا وجه لهذه القيود المذكورة في المتن. (تقي القمي).

(٢) هذا الاحتياط لا يُترك. (النايني، الخوئي).

* اعتبار الماضوية لا يُترك، بل لا يخلو من القوة. (الإصطهباناتي).

* لا يُترك. (جمال الدين الكلبي، البروجردي، البجنوردي، عبدالله الشيرازي، المرعشي).

* لما كان أمر النكاح خطيراً جداً أبقينا جملةً من الاحتياطات، وأمّا بحسب الصناعة فيمكن الحكم بأوسعية أمر الإيجاب والقبول ممّا اعتبره الفقهاء في المقام، والاحتياط المذكور من جملة ما لا ينبغي تركه. (الفاني).

* لا ينبغي ترك هذا الاحتياط. (محمد الشيرازي).

(٣) لا يُترك. (حسن القمي).

(٤) على الأحوط. (المرعشي).

(٥) لا يُترك الاحتياط. (الشريعتمداري).

(٦) أو عدم ذكر الأجل، ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه. (اللكراني).

(٧) على وجهٍ يوجب ظهور لفظه فيه عرفاً. (آقاسية).

ويشترط العريّة^(١) مع التمكن منها^(٢) ولو بالتوكيل^(٣) على الأحوط^(٤)،

⇒ * أي يجعله ظاهراً في الدوام، ومع ذلك لا ينبغي ترك الاحتياط. (الخميني).

(١) لا دليل على هذا الشرط، بل هو أحوط، كما في المتن. (الفاني).

* الأقوى عدم اشتراطها في النكاح وسائر العقود، والوجوه المتمسكة بها للاشتراط: كالإجماع والشهرة، وكون غير العريّة من الكنايات، ورجحان الاحتياط في الفروج كلّها مردودة غير مصغاة إليها بعد وجود الإطلاقات والعمومات، ومن أقوى ما تمسك به: التأسي بصاحب الشرع والأئمة عليهم السلام، وأنت خير بفساده بعد التأمل في أنّه عليه السلام وخلفاءه كانوا عربيّين اللسان واللغة، وإذا أنشؤوا عقداً بأسنتهم فهل يُصار إلى اشتراط العريّة في تأثيره؟ ولا أظنّ أن يُلتزم به. (المرعشي).

* على الأحوط. (حسن القمي).

(٢) لا دليل على اعتبارها، نعم، رعايتها أحوط؛ لدعوى الشيخ^(أ) والعلامة^(ب) الإجماع على ذلك، وعلى فرض الاعتبار يختصّ ذلك بصورة التمكن. (الروحاني).

(٣) وإن كان الجواز مع عجز نفسه لا يخلو من قوّة، وإن تمكّن من التوكيل. (الخميني).

* لكنّ الظاهر كفاية غيرها لغير المتمكّن منها ولو مع التمكن من التوكيل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الظاهر هو الجواز للعاجز وإن تمكّن من التوكيل، بل مطلقاً ولو لغير العاجز، ولكن لا ينبغي ترك الاحتياط. (اللنكراني).

(٤) لا يُترك الاحتياط بالصبر إلى أن يتمكّن من التوكيل، كما لا يخفى، والله العالم. (أفاضياء).

⇐

(أ) المبسوط: ١٩٤/٤.

(ب) تحرير الأحكام: ٤٢٧/٣ - ٤٢٨.

نعم، مع عدم التمكن^(١) منها ولو بالتوكيل يكفي غيرها من الألسنة إذا أتى بترجمة اللفظين^(٢) من النكاح والتزويج. والأحوط^(٣) اعتبار^(٤) الماضوية^(٥)، وإن كان الأقوى^(٦) عدمه، فيكفي المستقبل والجملة^(٧) الخبرية، كأن يقول: أزوّجك، أو أنا مزوّجك فلانة. كما أنّ الأحوط^(٨) تقديم الإيجاب^(٩) على القبول، وإن كان الأقوى

⇒ * لا يبعد صحة النكاح من كلّ قوم بلسانهم. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* لا يُترك. (السبزواري).

* وإن كان الظاهر صحة نكاح كلّ قوم إذا أنشئ بلسانهم. (زين الدين).

* الظاهر الصحة بغير العريّة مع عدم تمكّنها من العريّة وإن أمكن التوكيل. (حسن

القمي).

(١) بل ومع التمكن منها مطلقاً على الأقوى. (صدر الدين الصدر).

(٢) أو لفظ «المتعة». (اللنكراني).

(٣) بل لا يخلو من قوة. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* لا يُترك هذا الاحتياط في باب الصيغة وإن كانت القواعد غير موجبة لها، لكنّ

شدة الاهتمام بأمر النكاح أوجبت النهي عن تركها أجمع. (آقاضي).

(٤) لا يُترك. (البروجردى، عبدالله الشيرازي).

(٥) لا يُترك. (السبزواري).

(٦) ولا سيما إذا كان بلفظ «تزوّجت» و«نكحت». (الفاني).

(٧) في كفاية الجملة الخبرية إشكال. (الكوهكمري).

(٨) هذا الاحتياط لا يُترك، وكذا ما بعده. (النائيني).

* لا يُترك، وكذا ما بعده. (جمال الدين الكلبيكاني).

* لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).

⇒ (٩) فيما كان القبول بصيغة «نكحت» و«تزوّجت» وأضرابهما ممّا يكون له أهلية

جواز^(١) العكس^(٢) أيضاً^(٣).

⇒ التقدّم، دون «قَبِلْتُ» و«رَضِيتُ» وأترابهما ممّا لا قابليّة له لذلك. (المرعشي).
(١) بل الأقوى عدم جواز العكس؛ إذ الزوجيّة - كما حُقّق في محلّه - علاقة بين الطرفين حاصلّة من تسليط الزوجة الرجل على بضعها وقبوله إيّاه، لا أنّه صرف علاقة في قبال الفرديّة حتّى توجد بإيجاد أيّ منهما وقبول الآخر، وذلك من الوضوح بمكان. (المرعشي).

* في خصوص ما يدلّ على إنشاء النكاح، مثل «تزوّجتُ»، لا ما يدلّ على المطاوعة، كـ«قَبِلْتُ» و«رَضِيتُ». (اللكراني).
(٢) إذا كان القبول بغير لفظ «قبِلْتُ»، (الإصفهاني).

* إذا لم يكن بأفعال المطاوعة على الأحوط. (صدرالدين الصدر).
* إذا كان القبول بمثل: «تزوّجتُ» و«نكحتُ»، لا بمثل «قَبِلْتُ» و«رَضِيتُ». (البروجردی).

* في غير ما يدلّ على المطاوعة مثل: «رَضِيتُ» و«قَبِلْتُ» ونحوهما. (عبدالهادي الشيرازي).

* إن أُريد بالعكس إيجاب الزوج بلفظ «أنكحتُك نفسي» مثلاً فصَحّته محلّ إشكال، بل عدمها لا يخلو من رجحان. وإن أُريد به إيجابه بلفظ «نكحتُك» أو «تزوّجتُك» فلا بأس به، لكنّه راجع إلى تقديم القبول، كما مرّ. (عبدالله الشيرازي).
* بمثل «تزوّجتُ»، لا بمثل «قبِلْتُ». (الخميني).

* الأحوط في «رَضِيتُ» و«قَبِلْتُ» ونحوهما تقديم الإيجاب. (محمّد الشيرازي).
(٣) إذا كان بلفظ قابلٍ للتقدّم، لا مثل «قبِلْتُ» و«رَضِيتُ». (الكوهكمري).

* إذا كان القبول بلفظ «تزوّجتُ» و«نكحتُ» لا بلفظ «قبِلْتُ» و«رَضِيتُ»، وإن كان الأحوط فيه أيضاً الترك. (الإصطهباناتي).

وكذا الأحوط^(١) أن يكون . . .

⇒ * إذا لم يكن القبول بألفاظ المطاوعة كـ «قَبِلْتُ» و«رَضِيتُ» و«تَزَوَّجْتُ» وأشباهها. (البجنوردي).

* إن لم يكن القبول بمثل: «قَبِلْتُ» وأشباهه. (السبزواري).

* إذا كان القبول بمثل: «تَزَوَّجْتُ» و«نَكَحْتُ»، لا بلفظ «قَبِلْتُ» أو «رَضِيتُ»، ولعلّه إيجاب من جانب الزوج، كما في الفرض اللاحق. (زين الدين).

* إذا كان القبول بغير لفظ «قَبِلْتُ» على الأحوط. (حسن القمي).

* كان ذلك بلفظ «تَزَوَّجْتُ» ونحوه، فتقول هي: «قَبِلْتُ»، أو كان بلفظ «أَنكَحْتُكَ» نفسي، أو «زَوَّجْتُكَ» نفسي ونحوهما. (الروحاني).

(١) هذا الاحتياط لا يُترك. (الإصفهاني، الإصطهباناتي).

* لا يُترك. (الخميني).

* بل الأقوى؛ لأنَّ حقيقة النكاح على ما هو الظاهر اعتبار إضافة، وعلاقة بين الزوجين، مستلزمة لتسلُّط الزوج على الزوجة في لوازم المزاوجة وآثارها، وإن كان لها عليه حقوق أيضاً، فيعتبر الإيجاب من قبل الزوجة باعتبار تسلُّطها على نفسها بأن تجعلها تحت سلطنة الزوج بإنشاء زوجيّتها له، ولا سلطنة للزوج عليها حتّى يجعلها تحت سلطنته بإنشاء زوجيّتها لنفسه أو زوجيّته لها، فلا محالة يعتبر منه قبول ما أنشأت، والقول بأنّ المزاوجة علاقة بينهما من دون استلزام سلطنة من أحدهما على الآخر، وإنّما أوجب عليهما الشارع ما أوجب لمصالح، فهو خلاف ما يُترأى من العرف والشرع، حيث قال عزّ وجلّ ﴿الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ﴾^(١) وخيرهم في إمساكهنّ بالمعروف، أو تسريحهنّ بالإحسان، وغير ذلك من الأحكام

(١) النساء: ٣٤.

الإيجاب^(١) من جانب^(٢) الزوجة، والقبول من جانب الزوج، وإن كان الأقوى^(٣) جواز العكس^(٤).

وأن يكون القبول بلفظ «قبلت»، ولا يبعد^(٥) كفاية «رضيت»^(٦).

⇒ ممّا لا مجال لذكره في المقام. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا يُترك، خصوصاً إذا كانت المادّة التزويج دون النكاح ونحوه. (اللنكراني).

(١) لا يُترك هذا الاحتياط. (حسن القمي).

(٢) لا يُترك. (البجنوردي).

(٣) في إطلاقه تأمل. (صدرالدين الصدر).

(٤) إن أُريد بالعكس إيجاب الزوج بلفظ «أنكحتك» نفسي مثلاً فصحتّه محلّ إشكال، بل عدمها لا يخلو من رجحان. وإن أُريد به إيجابه بلفظ «نكحتك» أو «تزوّجتك» فلا بأس به، لكنّه راجع إلى تقديم القبول، كما مرّ. (البروجردی).

* صحّة الإيجاب من طرف الزوج غير ظاهرة، بل الظاهر العدم. (الشريعتمداري).

* وهو الموافق للآيات الكريمة، كقوله تعالى: ﴿وَزَوَّجْنَاكَهَا﴾^(أ)، وقوله تعالى: ﴿وَزَوَّجْنَاهُمْ بِحُورٍ عِينٍ﴾^(ب)، وقوله تعالى: ﴿أُنكِحَكَ إِحْدَى ابْنَتَيَّ﴾^(ج). (السبزواري).

* إذا كان مفاد الإيجاب من الزوج إنشاء الزوجيّة بضمّ الزوجة إليه وتبعيّة له، كما إذا قال: «تزوّجتك» أو «نكحتك»، لا بمثل «زوّجتك نفسي» ممّا يدلّ على تبعيّة هو للزوجة. (زين الدين).

(٥) بل الكفاية هو الأقرب. (المرعشي).

(٦) ومثله كـ«تزوّجتك» و«نكحتك». (اللنكراني).

(أ) الأحزاب: ٣٧.

(ب) الدخان: ٥٤، الطور: ٢٠.

(ج) القصص: ٢٧.

ولا يشترط ذكر المتعلقات، فيجوز الاختصار على لفظ «قبلت» من دون أن يقول: «قبلت النكاح لنفسي»، أو «لموكلّي بالمهر المعلوم».

والأقوى^(١) كفاية^(٢) الإتيان^(٣) بلفظ «الأمر»^(٤)، كأن يقول: زوّجني فلانة فقال: زوّجتكها، وإن كان^(٥) الأحوط^(٦) خلافه^(٧).

(مسألة ٢): الأخرس يكفيه^(٨) الإيجاب والقبول بالإشارة^(٩) مع قصد الإنشاء، وإن تمكّن من التوكيل على الأقوى^(١٠).

(١) في القوة تأمل، بل منع، ولقد شرحنا وجهه في كتاب البيع، فراجع. (آقاضياء).

(٢) الكفاية تختصّ بما إذا^(أ) كان الأمر أريد به قبول الإيجاب المتأخّر. (تقي القمي).

(٣) في قوّته منع. (الكوه كَمَرِي).

(٤) محلّ إشكال. (البروجردى، عبدالله الشيرازي).

* فيه تأمل وإشكال. (البجنوردي).

(٥) لا يُترك. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٦) لا يُترك. (اللنكراني).

(٧) هذا الاحتياط لا يُترك. (النائيني).

* لا يُترك. (الإصطهباناتي، عبدالهادي الشيرازي، الخميني، السبزواري، حسن القمي).

* لا يُترك الاحتياط. (الخوئي).

* لا يُترك هذا الاحتياط. (زين الدين).

(٨) الجزم بالكفاية مشكل، فلا يُترك الاحتياط. (تقي القمي).

(٩) وبتحريك لسانه أيضاً. (الخوئي).

(١٠) الأولى والأحوط توكيله، خصوصاً إذا كان أحد طرفي العقد، بل لا يُترك

◀

(أ) أضفناه لاقتضاء السياق.

(مسألة ٣): لا يكفي^(١) في الإيجاب^(٢) والقبول الكتابة^(٣).

(مسألة ٤): لا يجب التطابق^(٤) بين الإيجاب والقبول في ألفاظ^(٥)

المتعلقات، فلو قال: «أنكحتك فلانة»، فقال: «قبلت التزويج»، أو بالعكس كفى^(٦). وكذا لو قال: «على المهر المعلوم»، فقال الآخر: «على الصداق المعلوم». وهكذا في سائر المتعلقات.

⇒ الاحتياط فيه؛ لإمكان التشكيك في شمول الدليل لمثل ذلك. (آقاضياء).

* والأحوط التوكيل مع إمكانه. (الكوهكفري).

(١) للقادر على التكلم، وأمّا للعاجز ففيه إشكال، وكذا في الاكتفاء بالإشارة مع القدرة على الكتابة، فالأحوط للعاجز عن التكلم الجمع بين الكتابة والإشارة مع عدم التوكيل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بالإضافة إلى المختار القادر على التكلم، وأمّا العاجز فعدم الكفاية بالنسبة إليه محلّ إشكال، بل لا يبعد تقدّمها على الإشارة الكافية في الأخرس. (اللنكراني).

(٢) على الأحوط في غير الأخرس فإنّها نوع إشارة، ولعلّها أقوى منها. (محمّد الشيرازي).

(٣) على الأحوط. (الروحاني).

(٤) الأحوط رعايته. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* الأحوط التطابق فيما إذا لم يترادفا. (عبدالهادي الشيرازي).

* في المترادفات. (المرعشي).

(٥) بل في نفس ألفاظ الإيجاب والقبول أيضاً، فيجوز القبول بلفظ «نكحت» إذا كان الإيجاب بلفظ «زوّجت»، وكذا العكس. (اللنكراني).

(٦) محلّ إشكال. (الإصفهاني، البروجردی، عبدالله الشيرازي).

* مشكل. (الإصطهباناتي).

* وإن كان الأولى رعاية المطابقة. (السبزواري).

(مسألة ٥): يكفي على الأقوى في الإيجاب^(١) لفظ «نعم»^(٢) بعد الاستفهام، كما إذا قال: «زَوَّجْتَنِي فَلَانَةَ بِكَذَا؟» فقال: «نعم»، فقال الأول: «قَبِلْتُ»، لكنَّ الأحوط^(٣) عدم^(٤) الاكتفاء^(٥).

(مسألة ٦): إذا لَحَنَ في الصيغة: فَإِنْ كَانَ مَغْيِراً لِّلْمَعْنَى لَمْ يَكْفِ^(٦)، وإن لم يكن مَغْيِراً فلا بأس به إذا كان في المتعلّقات، وإن كان في نفس اللفظَيْن كأن يقول: «جَوَّزْتُكَ»^(٧) بدل

(١) فيه نظر، وإن كان يشعر به بعض الروايات لكن لا وثوق في اعتنائهم بسندها ومضمونها. (آقاضياء).

(٢) إن قصد به إنشاء الإيجاب، لا جواب الاستفهام. (المرعشي).

(٣) هذا الاحتياط لا يُترك. (النائيني، الكوهكَمَرِي).

* بل الأقوى. (صدرالدين الصدر).

* لا يُترك. (الإصفهاني، البروجردِي، عبدالهادي الشيرازي، عبدالله الشيرازي، الخميني،

المرعشي، محمّد رضا الكلبيكاني، السبزواري، اللكراني).

(٤) لا يُترك. (جمال الدين الكپايگاني).

* بل لا يخلو من قوّة. (زين الدين).

(٥) لا يُترك. (الإصطهباناتي، البجنوردي، الفاني، حسن القمي، الروحاني).

* بل لا يبعد أن يكون هو الأظهر. (الخوني).

(٦) على الأحوط. (محمّد الشيرازي).

(٧) هذا من اللحن المغيّر للمعنى، فلا يكفي جزماً. (الإصطهباناتي).

* هذا من اللحن المغيّر للمعنى، ولا يكفي بلا إشكال. (البروجردِي).

* هذا في اللغة الدارجة (العامية) المصريّة ليس مَغْيِراً للمعنى، وإلاّ فكونه بحسب

- «زَوَّجْتُكَ»^(١)، فالأحوط^(٢) عدم الاكتفاء^(٣) به^(٤). وكذا اللحن في الإعراب.
 (مسألة ٧): يشترط قصد الإنشاء^(٥) في إجراء الصيغة.
 (مسألة ٨): لا يشترط في المُجْرِي للصيغة أن يكون عارفاً بمعنى

⇒ اللغة الفُصْحَى مغيّراً للمعنى واضح، وكيف كان فلا يُترك الاحتياط بعدم الاكتفاء بمثله. (الفاني).

- * لا يكفي بمثل ذلك ممّا يكون اللحن مغيّراً للمعنى. (الخميني).
- * الأقوى عدم كفايته لأنّه لحن مغيّر للمعنى. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- * هذا من اللحن المغيّر للمعنى، ولا وجه للاكتفاء به. (اللنكراني).
- (١) لا إشكال في عدم الاكتفاء به. (الكوهكَمَرِي).
- (٢) لا يُترك، والمثال مناقش فيه؛ لكونه مغيّراً، فلا يكفي قطعاً. (المرعشي).
- (٣) لا يُترك، وأمّا قوله: «جَوَّزْتُكَ»، بدل: «زَوَّجْتُكَ»، الَّذِي مُثِّلَ به فالظاهر فيه عدم الجواز، وهو من اللحن المغيّر للمعنى وإن كان يُستعمل الآن في اللسان الدارج.
- (البجنوردي).
- * لا يُترك هذا الاحتياط فيه وفي ما بعده. (زين الدين).

(٤) استحباباً. (محمّد الشيرازي).

- * الأظهر هو الاكتفاء إن كان بنحو لا يضرّ بظهور الكلام عرفاً في إرادة النكاح، وعدم الاكتفاء إن لم يكن له ذلك، ولعلّ المثال المذكور في المتن يختلف بحسب الأمكنة والأفراد، فإنّ «جَوَّزْتُ» لغة أهالي سواد العراق في هذا الزمان، محرّفة عن اللغة العربيّة الأصيلة، فلا بأس به إذا كان المباشر للعقد من أهالي تلك اللغة. (الروحاني).

- (٥) لكنّه خفيف المؤونة جدّاً، فلا ينبغي الدقّة فيه، الموجبة للوسوسة وقد نهى الشارع عنها. (محمّد الشيرازي).

الصيغة تفصيلاً، بأن يكون مميّزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل يكفي^(١) علمه إجمالاً^(٢) بأن معنى هذه الصيغة^(٣) إنشاء النكاح والتزويج، لكن الأحوط^(٤) العلم التفصيلي^(٥).

(مسألة ٩): يشترط الموالاة^(٦) بين الإيجاب والقبول^(٧)، وتكفي العرفية منها، فلا يضرّ الفصل في الجملة بحيث يصدق معه أن هذا قبول لذلك الإيجاب، كما لا يضرّ الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت.

(مسألة ١٠): ذكر بعضهم: أنّه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو كان القابل غائباً عن المجلس فقال الموجب: «زوّجت فلاناً فلانة» وبعد بلوغ الخبر إليه قال: «قَبِلْتُ» لم يصحّ.

وفيه: أنّه لا دليل على اعتباره من حيث هو، وعدم الصحة في الفرض

(١) إذا كان جاهلاً باللغة بحيث لا يفهم أنّ العلة تحصل بلفظ «زوّجت» مثلاً، أو بلفظ «موكّلتني» فصحّته محلّ إشكال، وإن علم أنّ هذه الجملة لهذا المعنى. (الخميني).

(٢) لا يكفي هذا النحو من الإجمال. (الكوهكَمَرِي).

(٣) بأن يقصد إنشاء الزوجية بها، كما أنّ غير العربي يُنشئ التحية بجملة «السلام عليكم»، مع عدم العلم التفصيلي بمعنى هذه الجملة. (الفاني).

(٤) لا يترك. (البروجردى، عبدالله الشيرازي، المرعشي، محمّد رضا الكلبيكاني، اللنكراني).

(٥) هذا أيضاً من زمرة الاحتياطات السابقة التي يمكن دعوى القاعدة على خلافه، ولكنّ شدّة الاحتياط بأمر النكاح أوجب. (آقاضي).

(٦) بحيث تصدق المطابقة والمعاهدة، بل المطاوعة. (المرعشي).

(٧) على الأحوط، وإن كان لا دليل عليه. (الروحاني).

المذكور إنّما هو من جهة الفصل الطويل، أو عدم صدق المعاقدة والمعاهدة؛ لعدم التخاطب، وإلاّ فلو فرض صدق المعاقدة وعدم الفصل مع تعدّد المجلس صحّ، كما إذا خاطبه وهو في مكانٍ آخر لكتّه يسمع^(١) صوته^(٢)، ويقول: «قَبِلْتُ»^(٣) بلا فصلٍ مضرٍّ فإنّه يصدق عليه المعاقدة.

(مسألة ١١): ويشترط فيه التنجيز، كما في سائر العقود، فلو علّقه على شرطٍ أو مجيء زمانٍ بطل، نعم، لو علّقه على أمرٍ محققٍ معلومٍ كأن يقول: «إن كان هذا يوم الجمعة زوّجتك فلانة» مع علمه بأنّه يوم الجمعة صحّ، وأمّا مع عدم علمه^(٤) فمشكل^(٥).

(١) ولو بواسطة الآلات الحديثة الموصّلة للصوت، كالهاتف ونحوه. (زين الدين).

(٢) ولعلّ من اعتبر اتّحاد المجلس يعتبره في غير هذه الصورة. (الإصفهاني).

* ولو بواسطة الأدوات الجديدة الاختراع على الأقوى. (صدرالدين الصدر).

* كما هو الحال في بعض وسائل المخابرات كالتلفون. (عبدالله الشيرازي).

* وإن كان ذلك بسبب آلات المخابرات الحديثة، بشرط الجزم بكونه صوته. (الفاني).

* ولو بالآلات المستحدثة في عصرنا على إشكالٍ فيها. (المرعشي).

(٣) كالهاتف واللاسلكي ونحوهما. (محمّد الشيرازي).

(٤) بل الظاهر بطلانه. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٥) بل الظاهر بطلانه. (النائيني).

* لا يصحّ قطعاً، بل في الصورة الأولى أيضاً لا يخلو من إشكال. (الإصفهاني).

البروجردى، عبدالله الشيرازي).

* بل غير صحيح. (الكوهكمري).

* في الفرض الأوّل، وأمّا الثاني فباطل. (صدرالدين الصدر).

(مسألة ١٢): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته: فإن أرادا البقاء فاللازم الإعادة على الوجه الصحيح، وإن أرادا الفراق فالأحوط ^(١) الطلاق ^(٢)، وإن كان ^(٣) يمكن ^(٤) التمسك ^(٥)

⇒ * بل الظاهر بطلانه، كما أن الصورة الأولى لا تخلو من إشكال. (الإصطهباناتي).

* بل باطل، ومع علمه فمشكل. (البجنوردي).

* بل يجري الإشكال في الفرض الأول أيضاً. (الشريعتمداري).

* الأقوى الصحة في هذه الصورة أيضاً، ولا إجماع يشمل المورد قابلاً للاعتماد عليه. (الفاني).

* بل باطل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) أي الوجوبي. (اللنكراني).

(٢) هذا الاحتياط لا يُترك. (البجنوردي، الخوئي).

* لا محيص عنه. (السبزواري).

* لا يُترك. (الروحاني).

(٣) فيه تأمل. (صدرالدين الصدر).

(٤) الإمكان يختص بما تكون الشبهة بعد الفحص، وأمّا إذا كانت قبل الفحص، أو

كانت مقرونةً بالعلم الإجمالي المنجز فجريان الأصل مشكل. (تقي القمي).

(٥) لو لم يكن وجه احتياظه تزلزله في اجتهاده ولو من جهة عدم اطمئنانه بفحصه،

أو استظهاره من الدليل ولو لشوب ذهنه وأتّهامه في حدسه، كما أن كثيراً من

احتياطاتنا من هذا القبيل، مع وضوح كون مواردها مجاري العمومات، أو الأصول

النافية التي لا بدّ من المجتهد أن ينتهي إليهما بعد قصور يده عن المثبتات للتكليف،

ولقد أشرنا آنفاً أيضاً إلى وجه عدم ترك الاحتياط المذكور من المصنّف في باب

النكاح؛ فإنّها طُرّاً من هذا القبيل، وإلاّ فشأن المجتهد بعد تماميّة فحصه المشي على

بأصالة^(١) عدم التأثير^(٢)

⇒ طبق القواعد والأصول، عصمنا الله عن الخطأ والزلل. (آقاضياء).

✽ هذا وظيفة المجتهد، ويُفتي نتيجته للمقلد الشاك. (عبدالله الشيرازي).

✽ لا يخفى أنّ إجراء الأصل في الشبهات الحكميّة من وظيفة المجتهد، ولو كان المجتهد جازماً بجريان الأصل، أو أمكنه ذلك لما حكم بالاحتياط اللازم، فلا محيص عن الطلاق لو أرادا الفراق. (الشريعةمداري).

✽ التمسك بأصالة عدم التأثير كالتمسك بمطلقات الصحة، ينافي الحكم بالاحتياط الوجوبي؛ إذ مع جريان الإطلاق أو الرجوع إلى أصالة الفساد لا معنى للاحتياط الوجوبي. (الفاني).

✽ للمجتهد بشروطه. (محمّد الشيرازي).

(١) لكن يُجرّيها المجتهد الفاحص عن الأدلّة وليس إجراؤها من وظيفة المقلد العامّي. (البروجردى).

✽ يعني يمكن للفقيه التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجيّة. (محمّد رضا العكبايگاني).

✽ يردّ على التمسك بهذا الأصل - مضافاً إلى كونه موجباً للخروج عن الفرض - أنّ إجراءه في الشبهات الحكميّة من وظائف المجتهد، مع أنّ جريان الأصل في الأعدام الأزليّة محلّ إشكال. (اللكرناني).

(٢) ✽ لكن يُجرّيها المجتهد الفاحص عن الأدلّة، وليس إجراؤها من وظيفة المقلد العامّي. (الإصفهاني).

✽ هذا الأصل ممّا لا أصل له، نعم، يجري بعض أصول آخر، لكنّ المُجرّي هو المجتهد. (الخميني).

✽ والمجرّي لها هو المجتهد، وجريانها متوقّف على عدم جريان أصالة الصحة في الشبهات الحكميّة، وإلاّ فهي حاکمة عليها. (المرعشي).

في الزوجية^(١).

وإن كان على وجهٍ يخالف الاحتياط الاستحبابي فمع إرادة البقاء الأحوط الاستحبابي إعادته على الوجه المعلوم صحته، ومع إرادة الفراق فاللازم الطلاق.

(مسألة ١٣): يشترط في العاقد المُجري للصيغة: الكمال بالبلوغ والعقل، سواء كان عاقداً لنفسه، أم لغيره، وكالة^(٢) أو ولايةً أو فضولاً، فلا اعتبار^(٣) بعقد الصبي، ولا المجنون ولو كان أدوارياً حال جنونه، وإن أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقته على المشهور، بل لا خلاف فيه.

⇒ * لو لم تجرِ أصالة الصحة في الشبهات الحكمية، وعلى كل حالٍ فإجراء مثل هذه الأصول من وظائف المجتهد المتفحص الجازم بمجراها دون المتردد، فكيف بالعامي؟ (السبزواري).

* فيه إشكال، والاحتياط لا يُترك. (حسن القمي).

(١) لا يُترك الطلاق على الأحوط. (النائيني، جمال الدين الكلپايگاني، عبد الهادي الشيرازي).

* بل الأحوط الطلاق. (الإصطهباناتي).

* إمكان التمسك بالأصل المذكور يعني: أنَّ الاحتياط غير واجب المراعاة، وهو خلاف المفروض في المسألة، أمّا في فرض المسألة فلا بد من الطلاق الاحتياطي إذا أراد الفراق. (زين الدين).

(٢) في إطلاق الحكم إشكال. (تقي القمي).

(٣) لانصراف الأدلة عنه، وكذا السكرى، والنص فيها مؤول أو مطروح، كما سيجيء. (المرعشي).

لكنّه في الصبيّ الوكيل عن الغير محلّ تأمّل^(١)؛ لعدم^(٢) الدليل^(٣) على

(١) الأحوط عدم الاعتداد بعقده مطلقاً. (النائيني، الإصطهباناتي).

* لا تأمّل في عدم الاعتبار به مطلقاً. (صدرالدين الصدر).

* والأقوى الصحّة. (الفاني).

* بل منع. (الخوئي).

* فلا يُترك فيه مراعاة الاحتياط وكذا في عقده لنفسه بإذن الوليّ أو إجازته. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الأظهر نفوذ عقد الصبيّ إذا كان بإذن الوليّ، أو كان وكيلاً في إجراء الصيغة خاصّة، وبطلانه إذا كان مستقلاً في التصرف، وبه يظهر الحال في ما قبله وما بعده. (الروحاني).

(٢) بل الأقوى اعتبار إجراء^(أ) النكاح وعقده وصحّته منه. (الفيروزآبادي).

* الأحوط عدم الاعتداد بعقده مطلقاً. (جمال الدين الكلبيكاني).

* النصّ الخاصّ دالّ على أنّ عمده وخطأه واحد، فلا أثر لفعله على الإطلاق، ولا يصحّ عقده بإجازته بعد البلوغ، ولا بإجازة وليّه. (تقي القمي).

(٣) يكفي فيه إطلاق معاهد الإجماعات، وبعض وجوه آخر تعرّضناه في كتاب البيع. (آقايضا).

* بل الدليل هو الإجماع، بل الضرورة، كما ادّعاها صاحب الجواهر^(ب) على كون الصبيّ مسلوب العبارة؛ وعليه لا فرق بين هذه الصورة وما إذا كان لنفسه بإذن الوليّ أو إجازته. (اللكراني).

(أ) في أصل التعليقة: «أجر»، والصحيح ما أثبتناه.

(ب) جواهر الكلام: ٢٦ / ٢١.

سلب عبارته^(١) إذا كان عارفاً بالعربية وعلم قصده^(٢) حقيقة^(٣)، وحديث^(أ) «رفع القلم»^(٤) منصرف عن مثل هذا. وكذا إذا كان لنفسه بإذن الولي^(٥)، أو إجازته، أو إجازته هو بعد البلوغ. وكذا لا اعتبار بعقد السكران^(٦)، فلا يصح ولو مع الإجازة بعد الإفاقة.

وأما عقد السكرى إذا أجازت بعد الإفاقة ففيه قولان^(٧)، فالمشهور^(٨) أنه كذلك^(٩).

-
- (١) الأقوى سلب عبارته. (الخميني).
- (٢) الظاهر صحة عقده في هذه الصورة إذا كان وكيلاً عن الغير. (حسن القمي).
- (٣) بل الصحة حينئذٍ غير بعيدة. (محفّد الشيرازي).
- (٤) هذا الحديث ناظر إلى رفع العقوبة من حيث ملاك الرفع وهو الامتنان، ومن حيث سياق الحديث وهو وجود النائم. (الفاني).
- (٥) لا ينفذ تصرف الصبي ولو بإذن الولي، نعم، لو أجاز الولي عقده نفذ؛ بناءً على عدم كونه مسلوب العبارة. (الكوهكَمري).
- (٦) إذا بلغ سكره إلى حدّ عدم التحصيل والتمييز بأن لم يلتفت إلى ما يقول، ولعلّه المراد من العبارة بقرينة حمل الرواية الواردة في السكرى على غير هذه الصورة. (اللكراني).
- (٧) أقواهما عدم الاعتبار به مطلقاً. (صدرالدين الصدر).
- (٨) وهو الأقوى. (الشريعتمداري، السبزواري).
- (٩) وهو الأقوى. (الكوهكَمري).

(أ) كتاب الأئمّ للشافعي: ٣٠/٢، ٢٧٥/٥، قرب الإسناد للحميري: ١٥٥، الخصال: ٩٣ ح ٤٠، مسند أحمد: ١٠٠/٦، المستدرک للنيسابوري: ٥٩/٢، سنن الدارقطني: ١٠٣/٣.

وذهب جماعة^(١) إلى الصَّحَّة؛ مستندين إلى صحيحة ابن بزيع^(ب)، ولا بأس^(١) بالعمل بها^(٢) وإن كان الأحوط خلافه؛ لإمكان حملها^(٣) على ما إذا لم يكن سُكرها^(٤) بحيث لا التفات لها إلى ما تقول، مع أنَّ المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل، فلا يُترك^(٥) الاحتياط.

(مسألة ١٤): لا بأس بعقد السَّفيه إذا كان وكيلاً عن الغير في إجراء

(١) مشكل فيما إذا كان السُّكر بحيث لا التفات لها إلى ما تقول. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) في ما هي ظاهرة فيه، وهو كون السُّكرى ملتفتةً إلى ما تقول، كما يدلّ عليه قول السائل فيها: «فَزَوَّجَتْ نَفْسَهَا رَجُلًا فِي سُكْرِهَا». (زين الدين).

(٣) وحمل إنكار المرأة على كون الزواج خلاف صلاحها. (المرعشي).

* هو بعيد جدًّا، والعمدة دعوى إعراض المشهور، وهي غير ثابتة؛ لعمل جماعةٍ من

المتقِّمين بها على أنَّ كبرى هذه الدعوى غير ثابتة. (الخوئي).

* لا وجه للحمل المذكور؛ فإنَّ الحديث تامٌّ سنداً ودلالةً، فلا بدّ من العمل على طبقه. (تقي القمي).

* بل لعلّه الظاهر منها. (اللنكراني).

(٤) بل لعلّه الظاهر من الصحيحة. (الفاني).

(٥) بل الأقوى بطلانه؛ لعدم الاعتناء بالرواية؛ لضعفها، وعدم صحَّة إطلاق العقد على ما صدر من السُّكران. (آقاضي).

(أ) النهاية ونُكته للطوسي: ٤٦٨، المختصر النافع للمحقّق: ١٧٠، كشف الرموز للآبي: ٩٩/٢، شرح

للمعة: ١١٢/٥، نهاية المرام: ٢٩/١.

(ب) الوسائل: الباب (١٤) من أبواب عقد النكاح، ح ١.

الصيغة، أو أصيلاً مع إجازة^(١) الولي. وكذا لا بأس^(٢) بعقد المُكرّه على إجراء الصيغة للغير، أو لنفسه إذا أجاز^(٣) بعد ذلك^(٤).

(مسألة ١٥): لا تُشترط الذكورة في العاقد، فيجوز للمرأة الوكالة عن الغير في إجراء الصيغة، كما يجوز إجراؤها لنفسها.

(مسألة ١٦): يُشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد، فلو أوجب ثمّ جنّ أو أُغمي عليه قبل مجيء القبول لم يصحّ^(٥). وكذا لو أوجب ثمّ نام، بل أو غفل عن العقد بالمرّة، وكذا الحال في سائر العقود، والوجه^(٦) عدم صدق المعاقدة^(٧) والمعاهدة^(٨)، مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدلة.

(مسألة ١٧): يشترط تعيين الزوج والزوجة على وجهٍ يمتاز كلّ منهما عن غيره بالاسم، أو الوصف الموجب له، أو الإشارة، فلو قال: «زوّجتك

(١) على الأحوط. (تقي القمي).

(٢) بل فيه بأس، ولا أثر للإجازة المتأخّرة. (تقي القمي).

(٣) أي إذا كان العقد لنفسه. (صدرالدين الصدر).

(٤) يعني في الصورة الثانية. (زين الدين).

(٥) في إطلاقه نظر. (عبدالهادي الشيرازي).

✽ على الأحوط. (محمّد الشيرازي).

(٦) في جريان الأدلة في جميع صور المسألة وفروضها إشكال. (اللكراني).

(٧) فيه تأمل. (محمّد الشيرازي).

(٨) هذا الوجه لا يتمّ، وبيان وجه العدم كبيان وجه الاشتراط لا يسعه المجال. (الروحاني).

إحدى بناتي»^(١)، بطل، وكذا لو قال: «زوّجت بنتي أحد ابنيك» أو «أحد هذين». وكذا لو عيّن^(٢) كلّ منهما غير ما عيّنه الآخر، بل وكذا لو عيّنا معيّناً من غير^(٣) معاهدة بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر، وأمّا لو كان ذلك^(٤) مع المعاهدة^(٥) لكن لم يكن^(٦) هناك دالّ^(٧)

(١) من دون قصدٍ لواحدةٍ معيّنةٍ أيضاً. (اللكراني).

(٢) أي في القصد والنية. (اللكراني).

(٣) لا فرق بين المعاهدة السابقة وعدمها؛ فإنّ الميزان في الصحة وقوع الإيجاب والقبول على موردٍ واحد، ويصدق أنّهما عقداً وزوّجا المرأة الفلانية، فإذا صدق هذا المعنى ولو صدفةً يصحّ النكاح. (تقي القمي).

(٤) لا فرق بين هذه الصورة وسابقتها في الإشكال والدفع. (الفاني).

(٥) إذا تقاولا وتعاهدا على معيّنين فعقداً بلا فصلٍ مبنياً عليه فالظاهر الصحة، كما إذا قال بعد ذلك: زوّجت بنتي منك، لكنّه من قبيل القرينة الخارجية الحافّة بالكلام. نعم، لو قال بعد التعاهد: «زوّجتُ إحدى بناتي» تشكل الصحة. (الخميني).

* بأن يكون الزوجان معلومين عندهما، من غير أن يذكر في العقد إلاّ بعباراتٍ مشتركة، مثل: ابني وبنتي، وابنك وبنّتك. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٦) مع دخل اللفظ في إبراز المعاهدة في باب النكاح الأقوى اعتباره، كما لا يخفى. (آقاضياء).

* ولم يكن في اللفظ أيضاً ما يدلّ بظاهره على خلافه، مثل أن يقول بعد التعاهد على معيّنة: «زوّجتك إحدى بناتي»، فإنّ الظاهر البطлан في مثل هذا الفرض. (اللكراني).

(٧) بأن عيّنا في المناقشة، ويقول أحدهما: «أنكحتُ» والآخر: «قبلتُ». (عبدالله الشيرازي).

على ذلك^(١): من لفظ، أو فعل، أو قرينة خارجية^(٢) مفهمة فلا يبعد الصحة^(٣)، وإن كان الأحوط^(٤) خلافه، ولا يلزم تميز ذلك^(٥) المعين عندهما حال العقد، بل يكفي التميز^(٦) الواقعي^(٧) مع إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: «زوّجتك بنتي الكبرى» ولم يكن حال العقد عالمًا بتاريخ تولّد البنّتين،

⇒ * المعاهدة الخارجية ملازمة مع تحقّق الدالّ عرفاً، فكيف يفرض الانفكاك بينهما؟! (السبزواري).

(١) العبارة لا تخلو من إجمال؛ فإنّ تحقّق المعاهدة مع انتفاء ما يدلّ على وحدة المقصود غير متصوّر، وإجراء العقد مبنياً على المعاهدة يدلّ على وحدته في العقد أيضاً. (البروجردی).

* بأن اتّفقا على معيّن ولم يذكرهما في العقد إلّا باللفظ المشترك، فقال مثلاً: «زوّجتك ابنتي» مع تعدّد بناته في الخارج. (زين الدين).
(٢) أي غير المعاهدة. (اللكراني).

(٣) بل يبعد. (الكوهكمری).

* مشكل، فلا يُترك الاحتياط. (الشريعتمداري).

* إن قيل بوقوع العقد مبنياً وكفاية البناء في باب الإنشاء، ولا تخلو الصغرى والكبرى من شوب الإشكال. (المرعشي).

(٤) لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).

(٥) الأحوط اعتباره. (النائيني، جمال الدين الكلپايگاني).

(٦) فيه تأمّل. (الإصفهاني).

(٧) محلّ تأمّل. (الإصطهباناتي).

* لا يخلو من نظر وإشكال، بل الأحوط اعتبار التمييز عندهما حال العقد. (البجنوردي).

* فيه تأمّل. (حسن القمي).

لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم، نعم، إذا كان مميزاً واقعاً ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً - كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ولم يمكنه العلم به - فالأقوى^(١) البطلان^(٢)؛ لانصراف الأدلة عن مثله. فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعة ضعيف.

-
- (١) بل لا يُترك الاحتياط. (صدرالدين الصدر).
- * لا قوّة فيه إن لم يكن الأقوى خلافاً. (تقي القمي).
- (٢) بل الأقوى إجراء حكم الشبهة المحصورة عليهما. (آقاسية).
- * محلّ تأمل، فلا يُترك الاحتياط بالطلاق. (البروجردى، عبدالله الشيرازى).
- * محلّ إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالطلاق. (الإصطهباناتى).
- * لا يُترك الاحتياط بالطلاق. (عبدالهادهى الشيرازى).
- * ولكنّ الأحوط لزوم الطلاق. (البجنوردى).
- * لا بدّ من رعاية الاحتياط بالطلاق. (الفانى).
- * محلّ إشكال، فلا يُترك التخلّص بالاحتياط. (الخمينى).
- * ولا احتمال القرعة وجه، ولكن لا يُترك الاحتياط بالطلاق؛ حتّى يكون عدم المانع من التزويج بالغير محرّزاً بالوجدان. (المرعشى).
- * فى القوّة إشكال، بل الصّحّة غير بعيدة. (الخوئى).
- * لا يُترك فيه مراعاة الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيغانى).
- * والأحوط التخلّص بالطلاق. (السبزواري).
- * وهو مشكل، فلا تُترك فيه مراعاة الاحتياط بالطلاق، ثمّ تجديد العقد علىّ المعيّن إذا أراد. (زين الدين).
- * فيه إشكال، والأحوط الطلاق. (محمّد الشيرازى).
- * الصّحّة لا تخلو من وجهٍ وجه، فلا يُترك الاحتياط بالطلاق. (الروحانى).
- * فيه منع، والاحتياط لا يُترك. (اللتكرانى).

(مسألة ١٨): لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة^(١) أخذ بما هو المقصود وألغي ما وقع غلطاً^(٢)، مثلاً لو قال: «زَوْجَتُكَ الْكَبْرَى مِنْ بَنَاتِي فَاطِمَةَ»، وتبيّن أنّ اسمها خديجة^(٣) صحّ^(٤) العقد على خديجة التي هي الكبرى.

ولو قال: «زَوْجَتُكَ فَاطِمَةَ» وهي الكبرى، فتبيّن أنّها صغرى صحّ على فاطمة؛ لأنّها المقصود^(٥)، ووصفها بأنّها كبرى وقع غلطاً فيلغى. وكذا لو قال: «زَوْجَتُكَ هَذِهِ» وهي فاطمة أو وهي الكبرى فتبيّن أنّ

(١) لكن إذا كان المقصود العقد على الكبرى فتخيّل أنّ المرأة الحاضرة هي الكبرى فقال: «زَوْجَتُكَ هَذِهِ» وهي الكبرى فالصحة بالنسبة إلى الحاضرة لا تخلو من وجه، لكن لا يُترك الاحتياط بتجديد العقد أو الطلاق. (الخميني).

(٢) هذا صحيح، ولكن ليس ذكرها أولاً دليلاً على كونها المقصود، وذكرها ثانياً دليلاً على أنّ الغلط فيها، بل يختلف بحسب المقامات، والتشخيص موكول إلى القرائن. (الشريعةمداري).

✽ وتمييز ما هو المقصود منهما عمّا وقع غلطاً إنّما يكون بالقرائن الدالة على ذلك، وليس ذكره أولاً دليلاً على أنّه هو المقصود دائماً، وذكره ثانياً دليلاً على أنّه وقع غلطاً كذلك. (زين الدين).

(٣) إن كان المقصود الكبرى، والاشتباه وقع في الاسم وعلى فاطمة إن كانت هي المقصودة، والاشتباه وقع في كونها كبرى، وكذا في ما ذكره بعد هذا، ولا اعتبار بالعنوان المذكور أولاً. (الفيروزآبادي).

(٤) مع كون الكبرى هي المقصودة. (اللنكراني).

(٥) أي على تقدير كونها هي المقصودة، كما يستفاد من عبارة الإيجاب أيضاً، وكذلك في الفرض الآتي. (اللنكراني).

اسمها خديجة، أو أنها صغرى فإنّ المقصود تزويج المشار إليها، وتسميتها بفاطمة، أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى.

(مسألة ١٩): إذا تنازع^(١) الزوج والزوجة^(٢) في التعيين^(٣) وعدمه^(٤) حتّى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً فالقول قول مدّعي الصحة^(٥)، كما في سائر

(١) العبارة لا تخلو من إجمالٍ وتشويش. (صدرالدين الصدر).

(٢) أي وليها، والنزاع إنّما هو في التعيين وعدمه بحسب القصد؛ إذ لا أثر لعدمه في العقد، فمدّعي التعيين إنّما يدّعي صحّة العقد الراجعة إلى وقوع العقد على المعيّن، وخصمه يدّعي البطلان الراجع إلى وقوعه على غير المعيّن، فالنزاع إنّما هو في الوصف، ومدّعي الصحة مقدّم. (اللكراني).

(٣) ظاهر العبارة هو كون النزاع في وقوع العقد عليها أو على امرأةٍ أخرى، فيكون أجنبياً عن جريان أصالة الصحة فيه، بل يقدّم قول المنكر بيمينه، نعم، لو تسالما على وقوع العقد عليها وكان النزاع في صحّته أو فساده يقدّم قول مدّعي الصحة. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* بعد اتّفاقيهما في وقوع العقد، والاختلاف في التعيين واللاتعيين. (الخميني).

(٤) إن كان النزاع في عدم التعيين حتّى قبل العقد فهو يرجع إلى النزاع في وقوع العقد على المعيّن، والأصل عدمه. وإن كان النزاع في التعيين عند ذكر اللفظ بأن يدّعي بعدم إتيان لفظ دالٍّ على التعيين وإن كان الزوجان معيّنين عند العاقدَيْن فقد تقدّم منه ﷺ الحكم بالصحة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) إذا لم يرجع إلى التنازع في وقوع العقد على المعيّن، وعدمه، وإلاّ فالقول قول المنكر مع يمينه. (الإصفهاني، البروجردى، عبدالله الشيرازي).

* إذا لم يكن راجعاً إلى التنازع في وقوع العقد على المعيّن، وعدمه، وإلاّ فالقول قول المنكر بيمينه. (الإصطهباناتي).

⇨ * إذا لم يرجع النزاع إلى إنكار الزوجة إنشاء الزوجية لنفسها، أو إنكار الزوج قبول الزوجية لنفسه، وإلا فالقول قول المنكر. (الغاضي).

* في صورة عدم أول^(أ) التنازع إلى النزاع في وقوع العقد على المعين قبل العقد أو عدمه، وإلا فالأصل عدمه، والقول قول منكره مع اليمين. (المرعشي).

* إذا اعترفا بوقوع العقد وكان النزاع في وجود الخصوصيات التي تشترط في صحة العقد وعدمها، وأما إذا كان النزاع في أصل وقوع العقد على المعين وعدمه فالقول قول المنكر، ولا مجال لأصالة الصحة. (البجنوردي).

* الاختلاف في الترديد أو عدم التعيين نظراً إلى الأمثلة التي ذكرها الماتن في المسألة السابعة عشرة على وجوه: الأول: أن يدعي أحدهما التعيين، والآخر يدعي وقوعه على وجه الترديد، فتقول هند: «إنك زوجتني»، ويقول الزوج: «إني زوجت إحدى الأخنتين» ففي هذه الصورة أصالة الصحة لا تثبت وقوع العقد على هند. الثاني: أن يدعي أحدهما الإيجاب والقبول في المعين، ويدعي الآخر اتفاقهما على هند مثلاً، وفي هذه الصورة - مضافاً إلى ما ذكر في الأول - أن أصالة الصحة إنما تجري إذا أحرز عنوان العقد، والفرض احتمال اختلاف الإيجاب والقبول في المعين، وعلى الاحتمال فلا عقد حتى تجري فيه أصالة الصحة؛ إذ العقد لا يتحقق إلا مع القبول، ولا قبول إلا إذا تضمن الرضا بالإيجاب. الثالث: أن يتفقا على التعيين والمعين، ويختلفا في نصب القرينة، وفي مثله تجري أصالة الصحة، فتحصل أن إجراء أصالة الصحة لا يصح إلا في الفرض الثالث. (الشريعةمداري).

* إذا كان النزاع في وقوع العقد على المعين وعدمه - كما هو ظاهر العبارة - لم

(أ) كذا في أصل النسخة، والكلمة مبهمة، والظاهر (تأول).

الشروط إذا اختلفا فيها، وكما في سائر العقود^(١). وإن اتفقا الزوج ووليّ الزوجة على أنّهما عيّنا معيّناً وتنازعا فيه أنّها فاطمة أو خديجة فمع عدم البيّنة المرجع التحالف^(٢)، كما في سائر العقود.

⇒ يمكن مجال للتمسك بأصالة الصّحة. (الخوئي).

* مع اتفاقهما على وقوع العقد على معيّن، والنزاع في صحّته وفساده، وإن كان النزاع في أصل وقوع العقد على المعيّن وعدمه فيقدّم قول المنكر بيمينه. (السبزواري).

* تعيين الزوجة والزوج من مقومات عقد النكاح، وإذا شكّ فيه لم يحرز موضوع العقد، وأصالة الصّحة إنّما تجري بعد إحراز عنوان العقد، فالقول قول المنكر مع يمينه. (زين الدين).

* في إطلاقه نظر. (محمّد الشيرازي).

* إذا لم يرجع النزاع في وقوع العقد على المعيّن وعدم وقوعه، وإلاّ فالقول قول المنكر مع يمينه. (حسن القمي).

* جريان أصالة الصّحة مع عدم إحراز أركان العقد محلّ الإشكال؛ وعليه لا يمكن الحكم بالصّحة في مفروض الكلام، بل النتيجة هي البطلان. (تقي القمي).

(١) وكذلك سائر العقود إنّما تجري أصالة الصّحة فيها إذا كان الشكّ في شرائط العقد، لا في مقوماته. (زين الدين).

(٢) ويترتب عليه سقوط الدعوى فقط، فليس لكلّ من طرفي الدعوى إلزام الآخر بما يدّعيه. وأمّا كون التحالف موجباً لانفساخ العقد كما في الجواهر^(أ) فمحلّ منع، بل اللازم على كلّ منهما أن يعمل بما هو وظيفته في الواقع. (الخوئي).

⇐

(أ) جواهر الكلام: ٢٩/١٥٤ - ١٥٧.

نعم، هنا صورة واحدة اختلفوا فيها، وهي: ما إذا كان لرجلٍ عِدَّة بناتٍ فزَوْج واحدةٌ ولم يسمّها عند العقد، ولا عَيْنَهَا بغير الاسم، لكنّه قصدها معيّنةً واختلفا فيها فالمشهور على الرجوع^(١) إلى التحالف^(٢)، الَّذي هو مقتضى

⇒ * في إطلاق هذا الحكم تأمل. (زين الدين).

* لكن لا يترتب عليه فساد العقد، بل لكل واحدٍ من الطرفين العمل بما تكون وظيفته له بينه وبين ربّه. (تقي القمي).

(١) في ثبوت الشهرة إشكال، بل منع. (السبزواري).

(٢) الرجوع إلى التحالف محلّ نظر، بل مقتضى القاعدة تقديم قول الأب فإنّه أعلم بقصده، غايته أنّ للزوج حقّ اليمين عليه، بل في الحقيقة لا معنى لمنازعة الزوج للأب في ما قصده كي يدخل في باب التحالف، بل الحكم هو أن يحلف الأب أنّه عين فلانة، فإمّا أن يقبل الزوج بها أو يطلّق، ويجري عليه أحكام الطلاق قبل الدخول، نعم، لو أخبره الأب بما عين فتنازعا في ما أخبره كان الحكم هو التحالف، فإن حلفا أو نكّلا بطل كلّ من الدعويين، والأحوط مع ذلك الطلاق لهما معاً، وإن حلف أحدهما مضى قوله على الآخر. (كاشف الغطاء).

* بل المشهور بين من تعرّض للمسألة هو ما تضمّنته الرواية، فقد أفتى بها الشيخ^(أ) والقاضي^(ب) والمحقّق^(ج) والعلامة^(د) وغيرهم، نعم، خرّجها المتأخرون على أنّه إذا رآهنّ كان قد وكلّ التعيين إلى أبيهنّ وقبل نكاح من نواها هو، فيرجع
⇐

(أ) النهاية ونُكتهما للطوسي: ٣١٧/٢.

(ب) المهذب لابن البرّاج: ١٩٦/٢.

(ج) شرائع الإسلام: ٢٤٧/٢.

(د) مختلف الشيعة: ١١٨/٧.

قاعدة الدعاوي.

وذهب جماعة^(١) إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رَاهُنَّ جميعاً فالقول قول الأب^(١)، وما لو لم يَرَهْنْ فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحة أبي عُبَيْدَةَ الحَدَّاء (ب).

وهي وإن كانت صحيحةً إِلَّا أَنَّ إِعْرَاضَ^(٢) المشهور^(٣) عنها^(٤)، مضافاً

⇒ النزاع إلى تعيين مَنْ نواها، فيكون القول قوله؛ لأنَّه كالوكيل، وهو أعرف بِنَيْتِهِ. (البروجردي).

(١) لأنَّه أعرف بما قصده بعد كونه كالوكيل. (المرعشي).

(٢) لم يثبت الإِعْرَاضُ. (اللنكراني).

(٣) في إسناده إليهم تأمّل؛ إذ هم بين عاملٍ به وبين غير متعرِّضٍ للفرع، ولكنَّ الأقوى التحالف بعد فرض صدق النكاح عليه عرفاً، وفيه تأمّل. (المرعشي).

(٤) الإِعْرَاضُ عن الصحيحة غير ثابت، ومخالفتها للقواعد غير مضرٍّ بحجَّتِهَا، ولا موجبٌ لحملها على بعض المحامل، فالمتعيّن القول بالتفصيل، والاحتياط لا ينبغي تركه. (زين الدين).

* غير ثابت إِعْرَاضُ المشهور؛ ولذا فالاحتياط لا يُترك. (محمّد الشيرازي).

* الأصحاب لم يُعْرِضُوا عنها، نعم، جماعة منهم حملوها على غير ظاهرها، فإذا العمل بما تضمَّنَه الصحيح متعيّن، ومع ذلك الاحتياط برعاية ما عليه المشهور لا ينبغي تركه. (الروحاني).

(أ) النهاية ونُكْتَهَا لِلطُّوسِي: ٣١٧/٢، المَهْذَبُ لابن البرّاج: ١٩٦/٢، شرائع الإسلام: ٢٤٧/٢.

المختصر النافع: ١٧٠، قواعد الأحكام: ١٠/٣، اللعة الدمشقية: ١١٣.

(ب) الوسائل: الباب (١٥) من أبواب عقد النكاح، ح ١.

إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها^(١) على بعض المحامل يمنع عن العمل بها، فقول المشهور لا يخلو من قوّة^(٢)، ومع ذلك الأحوط^(٣) مراعاة الاحتياط^(٤)، وكيف كان لا يتعدّى عن موردها.

(مسألة ٢٠): لا يصحّ نكاح الحمل^(أ) وإنكاحه وإن علم ذكوريّته أو أنثويّته؛ وذلك لانصراف^(٥) الأدلّة^(٦). كما لا يصحّ

(١) كتوكيل الزوج أبا البنات في تزويج أيتهنّ شاء له، وذلك في صورة رأيته لهنّ. (الفاني).

(٢) فيه إشكال، والاحتياط لا يترك. (الخوئي).

* في القوّة منع، والاحتياط لا يترك. (حسن القمي).

* الصناعة تقتضي العمل بما يُستفاد من الرواية بعد كونها معتبرة سنداً وواضحة دلالة، وإعراض المشهور عنها لا يوجب سقوطها عن الاعتبار، نعم، الاحتياط حسن، وهو طريق النجاة. (تقي القمي).

(٣) لا يترك. (الخميني، اللنكراني).

(٤) لا يترك. (السبزواري).

(٥) أو لغير الانصراف من بعض الوجوه. (الللنكراني).

(٦) الظاهر أنّه لا يوجد إطلاق يعمّ نكاح الحمل حتّى يُدعى انصرافه. (الخوئي).

* لا يبعد عدم اعتبار النكاح للحمل عند العرف، فلا يكون نكاحه نكاحاً حتّى يحتاج إلى التمسك بانصراف الأدلّة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل لقصور أدلّة الولاية عن شموله. (زين الدين).

* ولأنّه قبل ولوج الروح ليس إنساناً، وبعده وإن كان إنساناً إلّا أنّه لم يثبت الولاية على الحمل بالنسبة إلى ذلك، فيكون المتصرّف قاصراً. (الروحاني).

(أ) أي الجنين الذي في بطن أمّه...

البيع^(١) أو الشراء منه ولو بتولّي الولي^(٢)، وإن قلنا بصحة^(٣) الوصية له عهديّة^(٤)، بل أو تمليكيّة^(٥) أيضاً.

(مسألة ٢١): لا يشترط^(٦) في النكاح علم كلّ من الزوج والزوجة بأوصاف الآخر ممّا تختلف به الرغبات، وتكون موجبةً لزيادة المهر أو قلّته، فلا يضرّ بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها، فلا تجرئ قاعدة الغرر هنا.



(١) إلّا في بعض الموارد. (اللنكراني).

(٢) فيه منع. (السبزواري).

※ فيه تأمل. (زين الدين).

(٣) القول بالصحة على حسب القاعدة مشكل. (تقي القمي).

(٤) مع انضمام البالغ إليه. (المرعشي).

※ أي منضمّاً إلى البالغ. (الروحاني).

(٥) مع قبول الولي أو قبوله بعد الولادة والبلوغ إن قيل بتوقّف التمليكيّة عليه. (المرعشي).

(٦) الحكم بالصحة في صورة كثرة الجهالة لا يخلو من إشكال. (المرعشي).

فصل في مسائل متفرقة

الأولى: لا يجوز^(١) في النكاح دواماً أو متعةً اشتراط الخيار في نفس العقد، فلو شرطه بطل، وفي بطلان العقد به قولان: المشهور^(٢) على أنه^(٣) باطل^(٤)، وعن ابن إدريس: أنه لا يبطل بطلان الشرط المذكور، ولا يخلو

(١) لا يخلو من إشكال، فلا يُترك الاحتياط بتركه. (المرعشي).

(٢) وهو المنصور. (صدرالدين الصدر).

(٣) وهو الصحيح. (جمال الدين الكلبي).

(٤) وهو الصحيح. (النائيني).

✽ وهو الأقوى. (الإصطهباناتي).

✽ وهو الصحيح، والفرق بينه وبين سائر الشروط الفاسدة هو: أن اشتراط الخيار يرجع إلى تحديد الزوجية بما قبل الفسخ لا محالة، وهو ينافي قصد الزواج الدائم أو المؤجل إلى أجلٍ معلوم، وهذا بخلاف سائر الشروط الفاسدة؛ فإنها بحسب الارتكاز العرفي لا ترجع في خصوص النكاح إلى جعل الخيار على تقدير التخلف، وإنما ترجع إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على وجود الشرط ففسادها لا يسري إلى العقد. (الخوئي).

✽ لا يُترك الاحتياط بتجديد العقد إذا أراد الإمساك، وإيقاع الطلاق إذا أراد الفراق. (زين الدين).

✽ لا يخلو هذا القول من وجه، والاحتياط لا يُترك. (حسن القمي).

✽ وهو الأظهر. (الروحاني).

قوله من قوّة^(١)؛ إذ لا فرق^(٢) بينه وبين سائر الشروط الفاسدة فيه، مع أنّ المشهور على عدم كونها مفسدة للعقد. ودعوى كون هذا الشرط منافياً^(٣) لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط

(١) لا قوّة فيه. (الكوهكَمَرِي).

✽ يحتاج إلى التأمل. (البروجردي).

✽ القوّة ممنوعة، والفرق بين شرط الخيار وغيره: أنّ شرط الخيار يرجع إلى تجديد الزوجيّة، بخلاف الدوام المقصود في الدائم، وخلاف ما عيّن في المنقطع، بخلاف سائر الشروط. (عبدالله الشيرازي).

✽ لولا الإجماع على خلافه، كما ادّعاه الشيخ ١ في الخلاف. (أ) (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) ويمكن إبداء الفرق بينه وبينها بأوّلها إلى محدوديّة الزوجيّة إلى حين الفسخ، سواء كانت دائميّة أم موقّعة، وهي تنافي نيّة الدوام والتأجيل في مقام الإنشاء. (المرعشي).

✽ ودعوى أنّ الفرق هو رجوع اشتراط الخيار إلى تحديد الزوجيّة بما قبل الفسخ لا محالة - وهو ينافي قصد الزواج الدائم أو المؤجّل إلى أجلٍ معلوم، بخلاف سائر الشروط الفاسدة - مدفوعة، بمنع رجوع اشتراط الخيار إلى ذلك؛ فإنّ حقيقة الفسخ تغاير مع الغاية والحدّ، بل هي رفع الأمر الثابت المستمرّ، كيف، وإلّا يلزم بطلان البيع ومثله من سائر العقود إذا اشترط الخيار فيها؛ لرجوعه إلى التحديد المنافي لحقيقة البيع ونحوه؟ فإنّ الدوام وإن لم يكن ملحوظاً فيها إلّا أنّ التحديد خصوصاً بالأمر المجهول من حيث الوقت ينافيها قطعاً. (اللانكراني).

(٣) هذه الدعوى ذكرها صاحب الجواهر رحمته الله (ب) ويمكن توجيهها بأنّ شرط الخيار

(أ) الخلاف: ١٦/٣.

(ب) جواهر الكلام: ١١٢/٣٠ - ١١٣.

الفاسدة - التي لا يقولون بكونها مفسدة - كما ترى. وأمّا اشتراط الخيار في المهر^(١) فلا مانع منه^(٢)، ولكن لابدّ من تعيين مدّته^(٣). وإذا فسخ قبل انقضاء المدّة يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع^(٤) إلى مهر المثل. هذا في العقد الدائم الذي لا يلزم فيه ذكر المهر، وأمّا في المتعة - حيث إنّها لا تصحّ بلا مهر - فاشتراط الخيار في المهر فيها مشكل^(٥).

⇒ مرجعه إلى تحديد الزوجيّة بما قبل الفسخ، وهذا ينافي قصد الدوام أو المؤجّل إلى أجلٍ معلوم، وأمّا سائر الشروط فهي إنّما يكون مرجعها إلى تعليق الالتزام بترتيب الآثار على وجودها، لا جعل الخيار على تقدير التخلّف، فتدبّر. (الروحاني).
(١) في عدم المنع إشكال، وعلى فرض القول بالجواز لا وجه لاشتراط تعيين المدّة. (تقي القمي).

(٢) كما هو المشهور، ولكن لا يخلو من كلام. (محمّد رضا الغلّايگاني).

(٣) فيه إشكال، بل منع. (الخوئي).

(٤) في شمول دليل الرجوع إلى مهر المثل للمقام إشكال. (تقي القمي).

(٥) فلا يُترك الاحتياط. (الفيروزآبادي).

✽ وحكم مفسديّتها، كما تقدّم منه. (آقاضياء).

✽ إلّا إذا عيّن المهر وجعل له الخيار في فسخ ذلك فلا يبعد الصحّة. (صدرالدين الصدر).

✽ اشتراط الخيار في المهر له صورتان: فتارةً يشترط أنّ له الخيار أن يعيّن مهراً، أو لا يعيّن، وهذا يصحّ في الدوام، فإن عيّن لزم، وإلّا فمهر المثل، وفي المتعة يبطل؛ لاتّفاقهم على أنّ المهر ركن فيه يبطل بدون ذكره، ولكن لو قيل بأنّه يُراعى فإن عيّن صحّ وإلّا بطل لم يكن بعيداً. وأخرى أن يعيّن المهر ثوباً مثلاً ويشترط أنّ له الخيار أن يبدله بدراهم إلى سنة، وهذا لا مانع منه متعةً ودواماً. (كاشف الغطاء).

الثانية: إذا ادّعى رجل زوجية امرأة فصدّقه، أو ادّعت امرأة زوجية رجل فصدّقها حكم لهما^(١) بذلك في ظاهر الشرع، ويرتّب جميع آثار الزوجية بينهما؛ لأنّ الحق لا يعدوهما، ولقاعدة الإقرار^(٢). وإذا مات أحدهما ورثه الآخر^(٣). ولا فرق في ذلك بين كونهما بلديين معروفين أو غريبين. وأمّا إذا ادّعى أحدهما الزوجية وأنكر الآخر فتجري عليهما قواعد الدعوى، فإن كان للمدّعي بيّنة، وإلاّ فيحلف^(٤) المنكر،

⇒ * لأوّله إلى اشتراط الخيار في العقد. (المرعشي).

* إن رجع الخيار فيه إلى الخيار في أصل العقد، وإلاّ فلا إشكال فيه، ومن ذلك يُعلم حكم جعل الخيار في المدة أيضاً. (السبزواري).

* لا يترك الاحتياط السابق؛ لأنّه من الخيار في نفس العقد. نعم، لو عيّن مهراً في المتعة وشرط أنّ له الخيار في أن يبدّله في مدّة فالظاهر الصحة. (زين الدين).

* إن كان الخيار في أصل المهر، وإن كان الخيار في المهر كمّاً أو كيفاً فينبغي عدم الإشكال فيه، والاحتياط سبيل النجاة. (محمّد الشيرازي).

(١) مع الاحتمال. (الخميني).

(٢) وفي كفاية قاعدة الإقرار في أمثال المقام نظر؛ إذ ليس شأنها إلّا ترتيب ما كان ضرراً على المقرّ، لا مطلقاً. (آقاضياء).

(٣) في كفاية هذه القاعدة لترتيب جميع أحكام الزوجية منها وراثته المقرّ من المدّعي نظر. (عبدالله الشيرازي).

(٤) إن كان مُنكراً بتّاً، وإن كان يُظهِر الشكّ فالظاهر عدم السماع إلّا بالبيّنة؛ لعدم جواز الحلف مع الشكّ، ولا الردّ، من غير فرق بين كون المدّعي عليه الزوج أو الزوجة، ولعلّ هذه الصورة هي المراد من عبارة القواعد؛ حيث قال:

أو يردّ اليمين فيحلف المدّعي ويحكم له بالزوجيّة، وعلى المنكر ترتيب آثاره^(١) في الظاهر^(٢). لكن يجب على كلّ

⇒ «لو ادّعى رجل زوجيّة امرأة لم تسمع إلّا بالبينة، سواء كانت معقوداً عليها أم لا»^(أ). (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) بل يجب عليه ترتيب آثار الواقع مهما تيسّر. (الفاني).

✽ بقدر اضطراره من المحرّمات والواجبات في نظره وما لا مندوحة عنه، حيث كان إنكاره عن بتّ وجزم. (المرعشي).

✽ يعني آثارها المحلّلة، مثل الإنفاق على الزوجة، وترك الخروج بدون إذن الزوج، وأمّا المحرّمة مثل الوطء فيجب على المحكوم عليه العالم بالخلاف طلاق المرأة في الظاهر؛ لئلا يُجبر على وطء المحرّم باعتقاده، ويجب على المحكوم عليها إرضاء الزوج بالطلاق، أو ترك الوطء ولو ببذل المال، وعلى فرض عدم التمكن من التخلّص لكلّ منهما فليقتصر على المقدار المضطرّ إليه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ يعني الآثار المحلّلة، كالإنفاق، وعدم الخروج إلّا بإذن الزوج. (زين الدين).

✽ بالمقدار المضطرّ إليه مع العلم بطلان الدعوى، كما هو المفروض؛ فإنّه لو كان المنكر هي الزوجة فالواجب عليها أولاً التخلّص منه بإرضائه بالطلاق، أو ترك الوطء من أيّ طريق أمكن ولو ببذل المال، ومع عدم الإمكان يقتصر على مقداره لا يمكن التخلّص منه. ولو كان المنكر هو الزوج فاللازم عليه أولاً الطلاق، ولو بأن يقول: «إن كانت هذه زوجتي فهي طالق»، أو تجديد النكاح لو أمكن. (السنكراني).

(٢) بالمقدار الذي يُجبر عليه، ولا مندوحة له عنه من الآثار المحرّمة إن كان إنكاره

⇐

(أ) قواعد الأحكام ١١/٣، وفيه: «لو ادّعى رجل زوجيّة امرأة لم يُلْتَفَتْ إليه، سواء عقد عليها غيره أو لا».

منهما^(١) العمل على الواقع بينه وبين الله^(٢).

وإذا حلف المنكر حُكِمَ بعدم الزوجية بينهما، لكن المدعي مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه، فليس له - إن كان هو الرجل - تزويج الخامسة، ولا أم المنكرة، ولا بنتها مع الدخول بها، ولا بنت أخيها أو أختها إلا برضاها، ويجب^(٣) عليه إيصال المهر^(٤) إليها^(٥)، نعم، لا يجب عليه نفقتها؛ لنشوزها بالإنكار^(٦).

⇒ عن علم منه بعدم. نعم، إن كان مبنياً على الأصل فالظاهر أن الحكم حجة عليه في الظاهر، فله وعليه ترتيب آثارها مطلقاً. (البروجردي).

* إن لم تكن من الآثار المحرمة باعتقاده، وإلا فبالمقدار الذي هو مجبور عليه، ولا يمكنه المخالفة. (البجنوردي).

* بمقدار لا يمكن التخلص عنه لو كان عالماً بخلاف مدعي الزوجية، وإن كان المنكر هو الزوج يجب عليه الطلاق في الظاهر، أو تجديد النكاح مع الإمكان. (الخميني).

(١) الظاهر أنه ليس له ذلك، ولا على واحدٍ منهما. (حسن القمي).

(٢) فلا يطاق إذا لم تكن زوجته واقعاً، ولا تُمكنه هي من الوطء، وهكذا، ولا تمتنع عنه إذا كانت زوجته واقعاً. (زين الدين).

(٣) الوجوب يختص بصورة العلم بكونها زوجةً له، وأما إقراره باستحقاق الزوجة المهر فهو معارض بإقرار المرأة بعدم استحقاقها، فلا أثر لإقرار الزوج. (تقي القمي).

(٤) كما أن عليه إيصال إليها بأي طريق، وعليها عدم الأخذ. (المرعشي).

(٥) ولا يجوز لها أخذه، فلو كان الزوج عالماً بالواقعة يجب عليه إيصال المهر بنحو إليها. (الخميني).

(٦) على إشكال في كون هذا النشوز موجباً لسقوط النفقة. (السبزواري).

وإن كانت هي المدّعية لا يجوز لها التزويج بغيره إلا إذا طلقها^(١)، ولو بأن يقول: هي طالق إن كانت زوجتي.
ولا يجوز^(٢) لها^(٣) السفر من دون^(٤) إذنه^(٥)، وكذا كل ما يتوقّف^(٦) على إذنه.

ولو رجع المنكر إلى الإقرار هل يُسمع منه ويُحكّم بالزوجيّة بينهما؟ فيه قولان: والأقوى السماع^(٧) إذا أظهر عذراً

⇒ * إذا عملت وفق إنكارها وكانت غير معذورة فيه. (زين الدين).

* مجرد الإنكار ليس نُشُوزاً؛ فإنّه تمرد على الزوج، والامتناع من أداء حقوقه الواجبة، فإن لم تمتنع منها فليست ناشزة، فإن امتنعت بغير عذر شرعيّ فهي ناشزة، وإن امتنعت لعذر شرعيّ ففيه نظر. (حسن القمي).

(١) وأمّا إذا امتنع عن الطلاق فللحاكم الشرعيّ أن يطلقها. (الخوئي).

(٢) فيه إشكال، وكذا في غير السفر ممّا يتوقّف على إذنه. (اللكراني).

(٣) عندي في المسألة إشكال. (الفيروزآبادي).

(٤) في هذا الحكم وفيها بعده إشكال. (حسن القمي).

(٥) فيه وفي ما بعده إشكال. (الخوئي).

* لا يبعد انصراف الأدلّة عن منكر الزوجيّة، بل لا يبعد أن إنكاره لزوجيّتها إسقاط لحقّه، من وجوب استئذانه في السفر ونحوه. (زين الدين).

* على الأحوط فيه وفي ما بعده. (محمّد الشيرازي).

(٦) في حرمة ما يتوقّف على إذنه بدونه إشكال؛ لانصراف الأدلّة عن منكر الزوجيّة عمداً، بل يمكن أن يكون إنكاره بمنزلة إسقاط حقّه أو إذنه. نعم، لو اشتبه عليه الأمر فعلى المرأة المراعاة لحقّه الواقعي. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٧) في سماع إقراره على نفسه بلوازم إنكاره نظر جداً. (أفاضياء).

لإنكاره^(١)، ولم يكن متَّهماً^(٢)، وإن كان ذلك بعد الحلف^(٣). وكذا المدَّعي إذا

⇒ * في غير الحقوق التي تكون عليه محلّ إشكال، وفيها اعتبار إظهار العذر، وعدم كونه متَّهماً محلّ نظر، وكذلك في رجوع المدَّعي عن دعواه. (حسن القمي).

* الذي يختلج بالبال في هذه العجالة أن يفصل بين الموارد بأن يقال: يسمع قوله بالنسبة إلى ما يكون عليه، وأمّا بالنسبة إلى ما يكون له فهو مجرد ادّعاء بعد الإنكار، ويحتاج إلى الإثبات، بلا فرق في ما ذكر بين إظهار العذر وعدمه، وبلا فرق بين كون الرجوع قبل إقامة البينة أو بعدها. (تقي القمي).

* هذا بالإضافة إلى الحقوق التي تكون على المدَّعي، وأمّا بالنسبة إلى الحقوق التي ادَّعى عليه فالظاهر أنّه لا يعتبر في السماع شيء من القيدين، وكذا الحال فيما إذا رجع المدَّعي عن دعواه وكذّب نفسه، من غير فرق بين الرجوع قبل إقامة البينة أو بعدها. (الروحاني).

* بل ومع عدم الشرطين، خصوصاً إذا كان قبل الحلف، ولا فرق في ذلك بين الحقوق التي ادَّعى عليه، وبين الحقوق التي ادَّعاها على المدَّعي برجوعه عن الإنكار بعد إقراره على نفسه، وعدم تجاوز الحقّ عنهما. (اللكراني).

(١) هذا بالإضافة إلى الحقوق التي ادَّعيت عليه، والظاهر أنّه لا يعتبر في سماعه حينئذٍ أن يُظهر عذراً لإنكاره؛ وأن لا يكون متَّهماً، وأمّا بالإضافة إلى حقوقه على المدَّعي ففي سماعه إشكال، وكذلك الحال فيما إذا رجع المدَّعي عن دعواه وكذّب نفسه، بلا فرق بين الرجوع قبل إقامة البينة والرجوع بعدها. (الخوئي).

(٢) بل مطلقاً يسمع إقراره، حتّى مع عدم إظهار عذر، أو مع كونه متَّهماً. (محمّد الشيرازي).

(٣) لو حلف منكر النكاح على نفيه ثمّ كذّب نفسه فيشكل سماعه؛ لقوّة احتمال أن يكون حلفه فاسخاً تعديلاً للزوجيّة، ولو حلف المدَّعي يمين الردّ ثمّ رجع عن دعواه، أو كذّب نفسه فالظاهر بطلان يمينه وسقوط دعواه. (النايني).

رجع عن دعواه وكذّب نفسه، نعم، يشكل^(١) السماع^(٢) منه إذا كان ذلك بعد إقامة البينة^(٣) منه^(٤) على دعواه، إلا إذا كذبت البينة

⇒ * لو حلف منكر النكاح على نفيه ثم كذّب نفسه يشكل سماعه؛ لقوة احتمال أن يكون حلفه فاسخاً تعدياً للزوجيّة، ولو حلف المدّعي يمين الردّ ثمّ رجع عن دعواه، وكذّب نفسه فالظاهر بطلان يمينه وسقوط دعواه. (جمال الدين الكلبياني).

* بعد الحلف يشكل سماعه؛ لأنّه يحتمل قوياً كون حلفه فاسخاً تعدياً للزوجيّة. (الإصطهباناتي).

* في السماع بعد الحلف مطلقاً وفي حقوقه على المدّعي عليه ولو قبل الحلف إشكال، وكذا الحال بالنسبة إلى المدّعي إذا رجع عن دعواه، ويحتمل عدم الفرق بين قيام البينة وعدمه. (عبدالله الشيرازي).

* إذ كونه فسخاً تعدياً للزوجيّة غير معلوم. (المرعشي).

* بناءً على عدم كون الحلف فسخاً، كما احتمله بعض. (محمّد رضا الكلبياني).

(١) الظاهر عدم الإشكال في سقوط النزاع، وانتفاء موضوع الحكم برجوع المدّعي عن الدعوى، سواء كان قبل الحكم أم بعده كذبت البينة نفسها، أو لا. (محمّد رضا الكلبياني).

* الظاهر أنّه لا إشكال في هذه الصورة أيضاً. (اللنكراني).

(٢) لولا معارضته بإقراره السابق كان إقراره مقدّماً على البينة؛ لعموم أصدقيّة الإنسان على نفسه على ما هو مضمون النصّ. (آقاضي).

(٣) لو كذّب المشهود له بيّنته فلا إشكال في سقوطها، بلا حاجة إلى أن تكذّب هي أيضاً نفسها، من دون فرق بين أن يكون قبل حكم الحاكم بها أو بعده، ويسقط الحكم أيضاً بذلك. (جمال الدين الكلبياني).

(٤) لو كذّب المشهود له بيّنته فلا إشكال في سقوطها، فلا حاجة إلى أن تكذّب هي

أيضاً نفسها^(١).

الثالثة: إذا تزوّج امرأة تدّعي خلوّها من الزوج، فادّعي زوجيّتها رجل آخر لم تُسمع دعواه^(٢) إلّا^(٣) بالبيّنة^(٤)، نعم،

⇒ أيضاً نفسها، من دون فرقٍ بين أن يكون قبل حكم الحاكم بها أو بعده، ويسقط أيضاً بذلك الحكم. (الناثيني).

(١) بل وإن لم تكذب البيّنة نفسها، وكذب المدّعي نفسه ورجع عن دعواه يسمع إقراره، وتبطل دعواه بالنسبة إلى ما عليه. (البجنوردي).

(٢) يعني لم تُسمع بحيث كانت حجةً على الزوج والزوجة، فلا ينافي قوله بعد ذلك: «نعم، ... إلى آخره»، لكنّ ظاهر النصّ وفتوى الأكثر على ما قيل عدم السماع مطلقاً إلّا بالبيّنة، فلا محلّ لتوجّه اليمين على أحدهما. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بحيث كانت موجبةً للحكم ببطان الزوجيّة الفعلية وعدم صحّتها. (اللنكراني).
(٣) ما ذكره أولاً من أنّ هذه الدعوى لا تُسمع إلّا بالبيّنة هو الصحيح، ومع عدمها فلا موقع لتوجيه اليمين، لا إلى الزوج ولا الزوجة، ويسقط جميع ما فرّعه على ذلك. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٤) ما ذكره أولاً من أنّ هذه الدعوى لا تُسمع إلّا بالبيّنة هو الصحيح، ومع عدمها فلا موقع لتوجيه اليمين، لا إلى الزوج ولا الزوجة، ويسقط جميع ما فرّعه على ذلك. (الناثيني).
* والظاهر أنّه حينئذٍ ليس له إحلاف الزوج ولا الزوجة، أمّا الزوج فيكفي له عدم علمه بالحال، وأمّا الزوجة فلأنّ اعترافها بالزوجيّة لا أثر له حتّى يكون لحلفها أثر، وبذلك يظهر الحال في بقية المسألة. (الخوئي)^(أ).

⇐

(أ) وفي نسخة أخرى وردت حاشية له هكذا: «والظاهر أنّه حينئذٍ ليس له إحلاف الزوج ولا الزوجة، نعم، إذا كان المدّعي ثقةً فالأحوط للزوج أن يطلّقها».

له^(١) مع عدمها^(٢) على كلّ منهما^(٣) اليمين^(٤)، فإن وجّه الدعوى على المرأة فأنكرت وحلفت سقطت دعواه عليها.

وإن نكلت أو ردّت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجةً على الزوج^(٥)، وتبقى على زوجة الزوج مع عدمها، سواء كان عالماً بكذب

⇒ * إذا أقام البينة تُسمع دعواه، وإلا فإن كان ثقةً فالأحوط أن يطلقها الزوج، وإن لم يكن ثقةً لا تُسمع دعواه، وليس له حينئذٍ إحلاف الزوج ولا الزوجة، وبذلك يظهر الحال في بقية المسألة. (الروحاني).

(١) مقتضى مكاتبة ابن سعيد^(أ) بقاء الزوجية بحالها، إلا أن تقوم البينة على الدعوى، فلا مجال للترافع إلا مع وجود البينة، ومما ذكر يظهر أن الفروع المذكورة في المتن لا موضوع لها. (تقي القمي).

(٢) أي عدم البينة. (اللكراني).

(٣) على فرض صدق المنكر البتّي^(ب) عليهما. (المرعشي).

* الظاهر أنه ليس له ذلك، ولا على واحدٍ منهما. (محمد الشيرازي).

(٤) إن كان الزوج أيضاً منكراً لدعواه على البتّ^(ج). (البروجردي).

* وإنما تكون له اليمين على الزوج، إذا كان منكراً لدعواه على سبيل القطع، أما إذا قال: «لا أعلم» وإنما تزوّجتها اعتماداً على أخبارها بأنها خلية فالظاهر عدم اليمين عليه. (زين الدين).

(٥) ولا ميزاناً للفصل بينه وبين المدّعي حتّى يحكم الحاكم له على الزوج بسببه،

⇐

(أ) الوسائل: الباب (٢٣) من أبواب عقد النكاح، ح ٣.

(ب) أي القطعي.

(ج) أي على القطع.

المدّعي، أم لا، وإن أخبر ثقة^(١) واحد^(٢) بصدق المدّعي، وإن كان الأحوط^(٣) حينئذٍ طلاقها، فيبقى النزاع^(٤) بينه وبين الزوج، فإن حلف سقطت^(٥) دعواه

→ وهذا فيما إذا كان الزوج منكراً لدعواه على البتّ، وأمّا إذا قال: «أنا لا أعلم، وإنّما تزوّجتها بإخبارها» فالظاهر أنّ الحاكم يُلزمه الحكم بيمين المدّعي إذا ردّها^(أ) الزوجة عليه، ويكون حكمه حجّة على الزوج أيضاً، ولا يبقى بعده نزاع بينهما. (البروجردي).

✽ في صورة الإنكار البتّي. (المرعشي).

(١) قد تقدّم مراراً في هذه التعليقة عدم ثبوت حجّة خبره في غير صورة الاطمئنان. (المرعشي).

(٢) إن كان الثقة هو المدّعي للزوجيّة فالأحوط إن لم يكن أقوى قبول قوله، فالأحوط للزوج طلاقها، ولا يُترك. (حسن القمي).

(٣) ينبغي رعايته لرواية سماعة^(ب). (المرعشي).

✽ الظاهر أنّ منشأ الاحتياط في هذه الصورة وجود رواية دالّة على تصديق الثقة، لكنّ المفروض فيها ما إذا كان المدّعي ثقةً، لا ما إذا أخبر ثقة بصدق المدّعي. (السنكراني).

(٤) تفريع على قوله: «وتبقى على زوجيّة الزوج» قوله: «بينه وبين الزوج»، أي بين المدّعي. (الفيروزآبادي).

(٥) الظاهر أنّ حلف الزوج إنّما هو على عدم العلم، لا على نفي الواقع، كما في حلف الزوجة، وإن كان ظاهر النصّ، والأكثر - على ما قيل - عدم ثبوت هذا الحقّ للمدّعي هنا مطلقاً. (السنكراني).

(أ) كذا في الأصل، والظاهر زيادة الضمير (ها).

(ب) الوسائل: الباب (٢٣) من أبواب عقد النكاح، ح ٢.

بالنسبة إليه أيضاً.

وإن نكل^(١) أو ردّ اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجة إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجة^(أ) بعد الردّ عليه، وإن كان قبل تمامية الدعوى مع الزوجة^(ب) فيبقى النزاع بينه وبينها، كما إذا وجّه الدعوى أولاً عليه.

والحاصل: أنّ هنا دعوى على كلٍّ من الزوج والزوجة، فمع عدم البيّنة إن حلفا سقطت دعواه عليهما، وإن نكلا^(٢) أو ردّ اليمين عليه فحلف ثبت مدّعه.

وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكلّ حكمه، فإذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقطت بالنسبة إليه، والزوجة لم تحلف بل ردّت اليمين على المدّعي، أو نكلت وردّ الحاكم عليه فحلف وإن كان لا يتسلّط عليها لمكان حقّ الزوج إلاّ أنّه لو طلقها أو مات عنها ردّت إليه، سواء قلنا: إنّ اليمين المردودة بمنزلة الإقرار^(٣)، أم بمنزلة البيّنة^(٤)، أم قسم ثالث^(٥).

(١) الظاهر عدم ثبوت الحقّ بمجرد النكول، بل يردّ الحاكم الحلف على المدّعي، فإن حلف يثبت الحقّ، والمسألة سيّالة. (الخميني).

✽ مع ردّ القاضي اليمين عليه. (المرعشي).

(٢) مرّ الكلام فيه. (الخميني).

(٣) كي يثبت الحقّ على المنكر وحده. (المرعشي).

(٤) كي يثبت الحقّ بجميع آثاره. (المرعشي).

(٥) كي يتبعّض في لوازم الحقّ الثابت به. (المرعشي).

(أ) و (ب) كذا في المخطوطة، وفي نسخة أخرى: (الزوجة).

نعم، في استحقاقها النفقة والمهر المسمّى على الزوج إشكال^(١)، خصوصاً^(٢) إن قلنا: إنّه بمنزلة الإقرار أو البيّنة.

هذا كلّ إذا كانت منكراً لدعوى المدّعي. وأمّا إذا صدّقه وأقرّت بزوجيّته فلا تُسمّع بالنسبة إلى حقّ الزوج، ولكنّها مأخوذة بإقرارها، فلا تستحقّ^(٣) النفقة على الزوج، ولا المهر المسمّى، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها؛ لأنّها بعيّة بمقتضى إقرارها، إلّا أن تُظهر عذراً في ذلك، وتردّ على المدّعي بعد موت الزوج، أو طلاقه، إلى غير ذلك.

الرابعة: إذا ادّعى رجل زوجيّة امرأة وأنكرت، فهل يجوز لها أن تتزوّج من غيره قبل تماميّة الدعوى مع الأوّل، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أو لا إلّا بعد فراغها من المدّعي؟ وجهان: من أنّها قبل ثبوت دعوى المدّعي خليّة ومسلّطة على نفسها، ومن تعلّق^(٤) حقّ المدّعي^(٥) بها^(٦)، وكونها في معرض

(١) وجوبها عليه لا يخلو من وجه، فلا يُترك الاحتياط بإيصالهما إليها بأيّ طريق، أو الاسترضاء والاستبراء. (المرعشي).

(٢) ولكن يجب على الزوج بمقتضى إقراره دسّه في مالها. (آقاضياء).

(٣) لكن يجب على الزوج دفعهما؛ لأنّها بحكم الشرع زوجته. (تقي القمي).

(٤) غير خفيّ أنّ صرف المعرضيّة قبل الحكم والإثبات غير مانع عن إعمال سلطنته نفسها، ولا هو موجب للتفويت المحرّم. (المرعشي).

(٥) لا دليل شرعاً على مانعيّة حقّ الدعوى عن إنشاء الزوجيّة. (الفاني).

* مجرد دعوى المدّعي لا يثبت له حقّاً حتّى يحرم تفويته. (زين الدين).

(٦) الظاهر أنّ حقّ المدّعي ليس إلّا أنّ له أن يدّعي، لكن قبل الإثبات وحكم الحاكم لا يمنع المدّعي عليه من التصرفات، ولا يثبت بمجرد الدعوى حقّ حتّى يحكم بحرمة تفويته. (محمّد رضا الكلبيكاني).

ثبوت زوجيتها للمدعي، مع أنّ ذلك تفويت حقّ المدعي إذا ردّت الحلف عليه وحلف، فإنّه ليس حجةً على غيرها وهو الزوج.

ويحتمل التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى - فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذٍ - وبين غير هذه الصورة. والأظهر الوجه ^(١) الأوّل ^(٢)، وحينئذٍ فإن أقام المدعي بيّنةً وحكّم له بها كشف عن فساد العقد ^(٣) عليها. وإن لم يكن له بيّنة وحلفت ^(٤) بقيت على . . .

(١) بل الثاني؛ إذ مقتضى ما تقدّم من عدم توجّه الحلف على الزوجة هو كون التزويج من الغير تفويتاً لهذا الحقّ الثابت للمدعي بنفس الدعوى، فلا يجوز. (جمال الدين الكلبياني).

(٢) بل الثاني؛ إذ مقتضى ما تقدّم من عدم توجّه الحلف على الزوجة هو كون التزويج من الغير تفويتاً لهذا الحقّ الثابت للمدعي بنفس الدعوى، فلا يجوز. (النائيني).
* لا يُترك الاحتياط. (الكوهكَمري).

* ولكنّ الأقوى هو الثاني، إلّا إذا استوجب ضرراً عليها فتتزوّج، وإذا ثبتت دعوى مدّعي الزوجيّة السابقة ظهر بطلان عقد الثاني. (كاشف الغطاء).

* لعدم تعلق الحقّ بمجرّد الدعوى قبل ثبوتها، وعدم كون التزويج موجباً للتفويت فيما إذا حلف بعد الردّ عليه؛ لعدم ثبوت الحقّ حاله. (اللكرناني).

(٣) إذ البيّنة طريق إلى الملزوم واللوازم. (المرعشي).

(٤) الظاهر عدم سماع الدعوى، وكذلك الحكم في نظائرها. (محمّد رضا الكلبياني).

* قد تقدّم أنّ الطريق الوحيد للمدعي إقامة البيّنة، ومع عدمها لا مجال للترافع، فلا تصل التوبة إلى الحلف أو رده. (تقي القمي).

* يمكن أن يقال بعدم ثبوت حقّ الحلف للمدعي في مثل هذه الموارد، وعدم سماع دعواه إلّا مع البيّنة، كما أشرنا إليه في المسألة المتقدّمة. (اللكرناني).

زوجيتها^(١). وإن ردت اليمين على المدعي وحلف فيه وجهان: من كشف كونها زوجةً للمدعي فيبطل العقد عليها، ومن أن اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير وهو الزوج، وهذا هو الأوجه^(٢)، فيثمر فيما إذا طلقها

(١) تقدّم أن الحلف لا يتوجّه على الزوجة بعد التزويج، كما هو المفروض هنا؛ حيث لا موضوع لحلفها؛ فإنّ موضوعه إنّما هو فيما إذا كان لاعترافها أثر، ولا أثر له في المقام، وبذلك يظهر حال اليمين المردودة^(أ). (الخوئي).

(٢) بل الأوجه هو الأول؛ فإنّه إنّما يحلف اليمين المردودة لإثبات ما كان ادّعاء عليها حينما كانت خليةً من هذا الزوج، ولم يكن لدعواه توجّه إليه أصلاً. (البروجدي).
* لا يُترك الاحتياط في هذه المسألة وسابقتها. (عبدالهادي الشيرازي).

* بل الأوجه هو الأول؛ لأنّ اليمين المردودة بمنزلة البيّنة على الزوجية السابقة على العقد، فيكشف عن بطلان العقد، ووقوعه على زوجة الغير إثباتاً. (البجنوردي).
* بل لا يبعد كون الأوجه هو الأول؛ فإنّه إنّما يحلف اليمين المردودة لإثبات ما كان ادّعاء عليها حين ما كانت خليةً من هذا الزوج، ولم يكن لدعواه توجّه إليه أصلاً. (عبدالله الشيرازي).

* فيه إشكال. (زين الدين، اللنكراني).

* فيه تأمل. (محمد الشيرازي).

* بما أنّ الدعوى في هذه المسألة سابقة على العقد فتفترق عن المسألة السابقة وعن مورد النصّ، فيتوجّه اليمين على المرأة، ومع الردّ يتوجّه على المدعي، وبعد يمينه تثبت زوجيته، ومعه يمكن الحكم بانتفاء زوجية الآخر؛ لأنّه من أحكامها،

⇐

(أ) وفي نسخة أخرى منه بَيِّنَةٌ هكذا: «فيه إشكال، ولا يبعد أن يكون الوجه الأول أوجه؛ فإنّ اليمين المردودة في مفروض المسألة تُثبت الدعوى السابقة على العقد».

الزوج أو مات عنها فإنّها حينئذٍ تردّ على المدّعي. والمسألة سيّالة تجري في دعوى الأملاك وغيرها^(١) أيضاً، والله العالم.

الخامسة: إذا ادّعى رجل زوجيّة امرأة، فأنكرت وادّعت زوجيّة امرأة أخرى لا يصحّ شرعاً^(٢) زوجيّةا لذلك الرجل مع المرأة الأولى، كما إذا كانت أخت الأولى أو أمّها أو بنتها، فهناك دعويان:

إحداها: من الرجل على المرأة.

والثانية: من المرأة الأخرى على ذلك الرجل.

وحينئذٍ: فإمّا أن لا يكون هناك بيّنة لواحدٍ من المدّعين، أو يكون لأحدهما دون الآخر، أو لكليهما.

فعلى الأوّل^(٣) يتوجّه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين، فإن حلفا سقطت الدعويان^(٤). وكذا إن نكلا^(٥) وحلفت كلّ من

⇒ ولكن لا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمي).

✽ لا يبعد كون الوجه الأوّل أظهر؛ من جهة أنّ اليمين المردودة تُثبت الدعوى حين ما كانت خليّةً من الزوج، ولم يكن لدعواه توجّه إليه أصلاً. (الروحاني).

(١) ولا تُسمّع الدعوى في شيء ممّا يكون من هذا القبيل إلّا بالبيّنة. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) الجملة صفة لقوله: امرأة أخرى. (الفيروزآبادي).

(٣) لتقديم قولها بيمينها على فرض الدخول، ولتقديم يمينه على فرض عدمه وجهه، فلا يُترك الاحتياط. (المرعشي).

(٤) بمقتضى الحلفين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) لكنّ سقوط الدعويين في الأوّل يكون للعمل بكلا الحلفين، وفي الثاني

المدَّعِيَيْن^(١) اليمين المردودة^(٢). وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدَّعيه اليمين المردودة سقطت دعوى الأوَّل وثبت مدَّعى^(٣) الثاني.
وعلى الثاني - وهو ما إذا كان لأحدهما بيِّنة^(٤) - ثبت مدَّعى مَنْ له البيِّنة، وهل تسقط دعوى الآخر، أو تجري عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو ردّه؟

⇒ لسقوطهما عن الاعتبار بالتعارض. (البرجودي).

- * ولكنَّ سقوط الدعويَيْن في صورة النكول للتعارض والتساقط. (الشريعةمداري).
- * أي سقطت الدعويان، لكن لتعارض الحلفَيْن. (محمَّد رضا الكلبيكاني).
- * لكنَّ السقوط في هذه الصورة إمَّا هو لأجل عدم إمكان الثبوت؛ للتعارض الموجب للتساقط. (اللكراني).

(١) لكنَّ سقوط الدعويَيْن في هذه الصورة بواسطة تعارضهما؛ إذ لا يمكن ثبوت كليهما؛ لعدم جواز الجمع، كما هو المفروض، وثبوت أحدهما ترجيح بلا مرجح، فلا بدَّ من سقوط كليهما. (البجنودي).

(٢) بناءً على الاكتفاء بلوازم اليمين على إثبات مدَّعاه في وظيفة المنكر في مقام إسقاط دعوى الغير عنه، وإلاَّ فيتساقطان، فتبقى الدعوى بلا ميزان، فينتظر إلى زمان وجود البيِّنة، ولا معنى حينئذٍ لسقوط الدعويَيْن، اللهمَّ إلاَّ أن يحمل السقوط على السكوت، وعدم الحكم بواحدٍ من الدعويَيْن إلى زمان التمكَّن من الميزان للفصل، وهو بعيد عن سَوِّ العبارة، فراجع. (آقاضياء).

* سقوط الدعويَيْن في الفرض الأوَّل للعمل بحلف كلٍّ من المنكرين، وسقوطهما في الفرض الثاني لتعارض اليمين المردودة من المدَّعِيَيْن. (زين الدين).

(٣) الإطلاق لا يخلو من إشكال. (المرعشي).

(٤) ولو كان ذلك المنكر منهما؛ بناءً على قبول بيِّنته، وكونها بدلاً عن يمينه. (المرعشي).

قد يُدعى القطع بالثاني^(١)؛ لأنّ كلّ دعوى لابدّ فيها من البيّنة أو الحلف. ولكن لا يبعد^(٢) تقوية الوجه الأوّل^(٣)؛ لأنّ البيّنة حجة شرعية^(٤)، وإذا ثبت بها زوجيّة إحدى امرأتين لا يمكن معه زوجيّة الأخرى؛ لأنّ المفروض عدم إمكان الجمع بين امرأتين، فلازم^(٥) ثبوت زوجيّة إحداهما بالأمانة الشرعية عدم زوجيّة الأخرى^(٦).

(١) وهو أقرب. (محمّد الشيرازي).

(٢) الأقرب هو الوجه الأوّل. (الخميني).

※ فيه إشكال. (السبزواري).

※ محلّ نظر، بل منع. (اللكراني).

(٣) هذا يتمّ بناءً على قبول بيّنة المنكر بدلاً عن يمينه، وكان مستند البيّنة العلم، لا وقوع العقد، وكون الظاهر وقوعه صحيحاً، وإلاّ ففيه نظر وإشكال. (حسن القمي).

(٤) حجّة البيّنة في لوازم مدلولها في مقام العمل لا تستلزم كونها ميزاناً لفصل

الخصومة الواقعة في اللوازم، مع كون من له البيّنة مدعى عليه في تلك الخصومة.

(البروجردی).

※ حجّة البيّنة في اللوازم في غير مقام القضاء لا يوجب أن يكون كذلك في مقام

القضاء إذا كان هناك دعوياّن أحدهما في الملزوم، والآخر في اللازم، والمدعى في

أحدهما غير المدعى في الآخر. (الشريعتمداري).

※ إثبات تمام اللوازم بها حتّى في صورة كونها مورد النزاع غير صافي عن شوب

الإشكال. (المرعشي).

※ لا تكفي البيّنة لإثبات الدعوى الثانية، فلا بدّ فيها من فصلٍ جديد؛ فإنّ حجّة

البيّنة في اللوازم في مقام العمل لا تلازم حجّيتها في فصل الخصومات. (زين الدين).

(٥) الإطلاق مبنيّ على المبنيّ المتقدّم. (المرعشي).

(٦) مجرّد استلزام البيّنة عدم زوجيّة الأخرى لا يقتضي فصل الخصومة فيها، بل

وعلى الثالث^(١): فإما أن تكون البيّتان مطلقتين^(٢)، أو مورّختين^(٣)،
مقارنتين، أو تاريخ إحداها أسبق^(٤) من الأخرى^(٥).
فعلى الأولين تتساقطان، ويكون كما لو لم يكن بينة أصلاً.
وعلى الثالث ترجّح الأسبق^(٦) إذا كانت تشهد بالزوجيّة من ذلك التاريخ

⇒ يحتاج إلى فصل آخر جديد ولو يمين المنكر فيها، اللهم [إلا]^(أ) أن يقال: إن سلطنة
المدعي في الأخرى على دعواه إنما هو في ظرف إمكان إثباته واستنقاذ حقه، وهو
في ظرف الفصل في الأولى غير ممكن، فتأمل. (أقاضياء).
(١) الذي يختلج بالبال في هذه العجالة أن التعارض: إما يتحقّق فيما لا مزيّة لإحدى
البيّتين على الأخرى، وإما إذا كان مستند إحداها العلم الوجداني، ومستند الأخرى
الظاهر أو الأصل، تقدّم ما يكون مستنداً إلى العلم، كما أن المستند إلى الظاهر يُقدّم على
المستند إلى الأصل. هذا فيما لا يمكن الجمع بين الأمرين. وأمّا فيما يمكن فيؤخذ
بكلا الدليّين، كما لو أخبر أحدهما على الزوجيّة السابقة والآخر على اللاحقة
فيؤخذ بكليهما، إلا فيما لا يمكن، كما لو كانت زوجيّة البنت مقدّمة على زوجيّة
الأمّ، ويلحق بها ما لو كانت زوجيّة الأمّ مقدّمة بشرط تحقّق الدخول. (تقي القمي).
(٢) مع الدخول وبدونه في هذه الصورة وفي ما تليها من الصور. (المرعشي).
(٣) أو إحداها مورّخة، والأخرى مطلّقة بوقوع الأول. (المرعشي).
(٤) بناءً على مرجّحيّة الأسبقية من الرواية الآتية مطلقاً، وإلا ففي إطلاقه تأمل، كما لا
يخفى. (أقاضياء).

(٥) أو تكون إحداها مؤرّخة، والأخرى مطلّقة. (المنكراني).
(٦) هذا إذا شهدت المتقدّمة بوقوع العقد السابق وبقائه إلى زمانٍ تشهد المتأخّرة
⇒

(أ) أضفناها لاقتضاء السياق.

إلى زمان الثانية^(١)، وإن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانية فكذلك إذا كانت الامرأتان الأمّ والبنت مع تقدّم تاريخ البنت، بخلاف الأختين والأمّ والبنت مع تقدّم تاريخ الأمّ؛ لإمكان صحّة العقدین بأن طلق الأولى وعقد على الثانية في الأختين، وطلق الأمّ مع عدم الدخول بها، وحينئذٍ ففي ترجيح الثانية أو التساقط وجهان^(٢).

⇒ بوقوع العقد الثاني فيه، فإن مقتضى العمل بكلتا البيّتين بطلان العقد الثاني، وأمّا إذا شهدت البيّتان على زوجيّتهما الفعلية فالظاهر تعارض البيّتين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ إن كان مستند بيّنة اللاحق العلم ومستند بيّنة الأسبق الاستصحاب فتقدّم بيّنة اللاحق، كما أنّه إن كان مستندهما جميعاً هو العلم فالظاهر أنّهما يتعارضان، فلا بدّ من ملاحظة المستند في البيّنة، وكذا في ما بعده. (حسن القمي).

(١) وتشهد الثانية بنفس وقوع العقد الظاهر في كونه صحيحاً، وأمّا إذا شهدت أيضاً بالزوجيّة الفعلية فالظاهر وقوع التعارض وإن كانت الأولى أسبق، وهنا فروض آخر من جهة اختلاف مستند البيّتين يختلف فيها الحكم. (اللكراني).

(٢) فيه تفصيل. (الخميني).

✽ تارةً يفرض شهادة البيّتين على العقد، وأخرى يفرض شهادتهما على الزوجيّة، فعلى الأوّل لا تنافي بينهما إلّا في الأمّ والبنت، وكان تاريخ عقد البنت مقدّماً على تاريخ عقد الأمّ، وفي مثله تتقدّم البيّنة الأولى على البيّنة الثانية؛ لأنّها ترفع موضوعها، وأمّا في غير الأمّ والبنت كما في الأختين أو فيهما إذا كان تاريخ عقد الأمّ مقدّماً على عقد البنت فعندئذ لا تنافي بين البيّتين؛ لإمكان صحّة كلا العقدین معاً؛ إذ من المحتمل أن يطلق الأولى ويتزوّج بالأخرى؛ وعليه فيؤخذ على طبق البيّنة الثانية، فيحكم بصحّة العقد على المرأة الأخرى؛ لأصالة الصحّة. وعلى الثاني

هذا، ولكن وردت رواية^(١) تدلّ على تقديم بيّنة الرجل، إلا مع سبق بيّنة المرأة المدّعية أو الدخول بها في الأختين. وقد عمل بها المشهور في خصوص الأختين.

⇒ فإن كانت البيّنة الأولى قائمة على زوجيّة المرأة الأولى فعلاً فعندئذٍ تسقط من جهة المعارضة مع البيّنة الثانية التي تدلّ على زوجيّة المرأة الأخرى، فيكون المرجع في المسألة هو استصحاب بقاء زوجيّة الأولى، إلا فيما كانت المعارضة بينهما في الأمّ والبنت وكانت زوجيّة البنت متقدّمة على زوجيّة الأمّ؛ فإنّه حينئذٍ كما أنّ البيّنة الثانية تعارض البيّنة الأولى في البقاء كذلك تعارضها في الحدوث؛ وعليه فبعد سقوطهما لا يمكن الرجوع إلى استصحاب بقاء زوجيّة الأولى. وأمّا الرواية الواردة في المسألة فهي ضعيفة لا يمكن الاعتماد عليها؛ وبذلك يظهر ما في قول المانن قبل أسطر: «ترجّح الأسبق إذا كانت تشهد...» إلى آخره. وإن كانت البيّنة الأولى قائمة على زوجيّة المرأة الأولى فحسب من دون دلالتها على أنّها زوجته فعلاً فعندئذٍ حال هذا الفرض حال الفرض الأوّل. (الخوني).

* مع فرض إمكان الجمع لا وجه للترديد بين الترجيح والتساقط، بل يعمل بكلتا البيّنتين، ولو شهدت كلتاها بالزوجيّة الفعلية فلا وجه إلا التساقط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا يبعد دعوى أقربيّة الأوّل. (الروحاني).

* بعد ما كان المفروض عدم شهادة الأسبق بالبقاء إلى زمان الثانية - ولازم ذلك الشهادة بنفس وقوع العقد صحيحاً، وحدوث الزوجيّة قبلاً - لا مجال للترديد في ترجيح الثانية عليها؛ لإمكان صدقها واجتماعها مع الأولى، من دون فرق بين أن تشهد بالزوجيّة الفعلية أو بوقوع العقد الظاهر في كونه صحيحاً. (السنكراني).

(١) الرواية ضعيفة سنداً، وعمل المشهور بها لا يوجب اعتبارها. (تقي القمي).

ومنهم من تعدّى^(١) إلى الأم^(٢) والبنت أيضاً. ولكن العمل بها حتّى في موردها مشكل^(٣)؛ لمخالفتها^(٤) للقواعد^(٥)، وإمكان حملها على بعض

(١) في التعدّي إشكال. (المرعشي).

(٢) لا يجوز التعدّي؛ لأنّ الحكم على خلاف القاعدة. (الفاني).

(٣) لا إشكال فيه بعد عمل المعظم، وإنّما الإشكال في التعدّي. (البروجدي).

* العمل بالرواية في موردها هو المتعيّن. (عبدالهادي الشيرازي).

* لا بأس بالعمل بها في موردها. (الشريعتمداري).

* لا إشكال فيه، ولا بأس بمخالفتها للقواعد. (الخميني).

* لا إشكال في العمل بها في موردها، نعم، في التعدّي إشكال. (محمّد رضا

الكلبيگاني).

* بل يتعيّن بها في موردها، ولا يتعدّى إلى غيره. (زين الدين).

* لا بأس بالعمل بها في موردها. (محمّد الشيرازي).

* العمل بالرواية في موردها متعيّن، نعم، لا وجه للتعدّي. (الروحاني).

* لا إشكال فيه، ومجرّد المخالفة للقواعد على فرضها لا يمنع عن العمل بالرواية،

خصوصاً بعد عمل المشهور بها. (اللنكراني).

(٤) يمكن أن يقال: لا إشكال فيه بعد عمل المعظم، وإنّما الإشكال في التعدّي. (عبدالله

الشيرازي).

* مخالفتها للقواعد بعد انجبار ضعفها بالعمل، ولزوم الشاهد في الحمل المفقود في

المقام لا توجب طرحها، فالعمل بها في موردها متعيّن. (الفاني).

(٥) مجرّد المخالفة للقواعد لا يوهن الرواية المعمول بها ولو لدى جمع من الأعظم.

(أقاضياء).

* كالقديم بلا مرجّح، وكالأخذ ببيّنة المنكر. (المرعشي).

المحامل^(١) التي لا تخالف القواعد.

السادسة: إذا تزوّج العبد بمملوكة ثم اشتراها بإذن المولى: فإن اشتراها للمولى بقي نكاحها^(٢) على حاله^(٣)، ولا إشكال في جواز وطئها^(٤). وإن اشتراها لنفسه بطل نكاحها^(٥)، وحلّت له بالملك على الأقوى من ملكية العبد^(٦). وهل يفتقر وطؤها حينئذٍ إلى الإذن من المولى، أو لا؟ وجهان:

(١) ككون المورد من مصاديق قضية في واقعة. (المرعشي).

(٢) وللمولى الخيار. (المرعشي).

* تقدّم أن بيع الأمة طلاقها، وعلى هذا فيثبت الخيار للمولى على أساس أنه المشتري لها، فإن أجاز بقي النكاح، وإلا انفسخ؛ وعليه فلا يجوز للعبد وطؤها إلا بإجازة المولى. (الخوئي).

* ولكن للمولى الخيار في الفسخ والإمضاء، والأحوط للعبد ترك وطئها بدون إمضاء المولى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) ما لم يفسخ المولى. (اللنكراني).

(٤) بشرط كون رضا المالك محرراً ولو بالاستصحاب؛ بناءً على صحته، ولا يخلو من إشكال. (المرعشي).

* ما لم يفسخ الولي نكاحهما، أو يعلم بعدم إذنه في وطئها. (زين الدين).

* إذا رضي مولاهما الجديد. (محمّد الشيرازي).

* وإن كان الأحوط الاستئذان لا بلحاظه، بل بلحاظها. (اللنكراني).

(٥) على إشكال. (اللنكراني).

(٦) كون ملكيته التي هي عين ملكية المولى موجباً لترتب هذه الأحكام محلّ تأمل. (البروجردی).

* ملكيته محلّ تأمل، كما أن بطلان النكاح بها محلّ تأمل. (الخميني).

أقواهما ذلك^(١)؛ لأنّ الإذن السابق إنّما كان بعنوان الزوجيّة، وقد زالت بالملك فيحتاج إلى الإذن الجديد^(٢).

ولو اشتراها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى؛ فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له وتبقى الزوجيّة^(٣)، وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجيّة. وكذا إن اشتراها في الذمّة؛ لانصرافه إلى ذمّة نفسه. وفي الحاجة إلى الإذن الجديد وعدمها الوجهان^(٤).

السابعة: يجوز تزويج امرأة تدّعي أنّها خليّة من الزوج، من غير فحص مع عدم حصول العلم^(٥) بقولها، بل وكذا^(٦) إذا لم تدّع ذلك ولكن دعت

(١) بل الأوفق بالقواعد أنّه لا يفتقر إلى الإذن بمقتضى الملكيّة، نعم، للمولى منعه عن الوطاء بمقتضى مالكيّته الطوليّة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل أحوطهما. (زين الدين).

* بل الوجه الثاني قويّ. (للنكراني).

(٢) نعم، إلّا أنّ الإذن في الشراء لنفسه إذن له فيه، فلا يحتاج إلى إذن آخر. (الخوئي).

(٣) وللمولى الخيار. (المرعشي).

* مع الخيار للمولى بنحو ما مرّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* على نحو ما مرّ، وكذا البطلان في الفرض الآتي. (للنكراني).

(٤) والأوجه عدم الحاجة إلى الإذن هنا. (كاشف الغطاء).

* الأحوط الاحتياج إليه. (المرعشي).

* وقد مرّ أنّ الأوفق بالقواعد عدم الحاجة إلى الإذن. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) الأحوط في هذه الصورة ترك الاعتماد على قولها، إلّا إذا ادّعت أنّها خليّة. (محمّد

رضا الكلبيكاني).

(٦) في إطلاق الحكم إشكال؛ فإنّ النصّ لا يشمل هذه الصورة. (تقي القمي).

الرجل إلى تزويجها، أو أجابت إذا دعت إليه، بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقاً وادّعت طلاقها، أو موته. نعم، لو كانت متهمّة في دعواها فالأحوط^(١) الفحص^(٢) عن حالها^(٣).

ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته إذا ادّعت حصول العلم لها بموته^(٤) من الأمارات^(٥) والقرائن، أو بإخبار المخبرين وإن لم يحصل العلم بقولها، ويجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم، ولكن الأحوط^(٦) الترك^(٧)، خصوصاً

(١) والأولى. (الخميني، اللنكراني).

* لا بأس بتركه. (تقي القمي).

(٢) لا بأس بتركه فيما إذا لم يكن اطمئنان بكذبها. (الخوئي).

* لا دليل على وجوب هذا الاحتياط، لكن تركه ليس ينبغي، وكذا الاحتياط التالي. (محمد الشيرازي).

(٣) إلى أن يعلم حالها، ولا يكفي الظن بالعدم؛ لأنّه لا يُغني عن الحق شيئاً. (آقاضياء).

(٤) لا بل إذا أخبرت بأنّها لا زوج لها. (البروجردی).

* والأحوط إذا أخبرت بأنّها لا زوج لها. (عبدالله الشيرازي).

(٥) ما لم يكن حدسيّة محضة، وإلاّ ففيه إشكال، ووجه واضح. (آقاضياء).

(٦) هذا الاحتياط لا يُترك. (النائيني).

* لا يُترك هذا الاحتياط. (الكوهكمری).

* الأحوط بل الأقوى في مثل هذه الفروع أو الفروض الرجوع إلى حاكم الشرع العارف بالشؤون العرفيّة، مضافاً إلى الموازين الشرعيّة، فيطلق ويزوّج أو يمنع حسبما يظهر له بعد التحري والتحقيق. (كاشف الغطاء).

(٧) لا يُترك. (الإصطهباناتي).

إذا كانت متَّهمة.

الثامنة: إذا ادّعت امرأة أنها خلية فتزوَّجها رجل، ثمّ ادّعت بعد ذلك كونها ذات بعل^(١) لم تُسمَع دعوها^(٢)، نعم، لو أقامت البيّنة على ذلك فُرّق بينها وبينه^(٣)، وإن لم يكن هناك زوج معيّن بل شهدت بأنّها ذات بعل^(٤) على وجه الإجمال.

التاسعة: إذا وكّلا وكّلا في إجراء الصيغة في زمانٍ معيّن لا يجوز لهما المقاربة بعد مضيّ ذلك الزمان، إلّا إذا حصل لهما العلم^(٥) بإيقاعه، ولا يكفي الظنّ بذلك وإن حصل من إخبار مُخبرٍ بذلك وإن كان ثقة^(٦).

(١) أي حين وقوع التزويج. (اللكراني).

(٢)، نعم، لو ادّعت ذلك قبل الدخول فالأحوط للزوج التفحص، وإن كان الأقوى عدم لزومه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) ظاهره سماع الحاكم دعوها والحكم لها ببيّنتها على الزوج إن كان منكراً، وهو مشكل، وإن كان اتّباع البيّنة واجباً على الزوج في عمل نفسه مع جهله. (البروجردی).

(٤) بأن تشهد بأنّها كانت ذات بعلٍ وتزوَّجت من الثاني حين كونها كذلك. (الخميني).

(٥) أو الاطمئنان. (المرعشي).

(٦) إخبار العدل كافٍ. (الفيروزآبادي).

* خبر الواحد الموثوق به حجة. (الفاني).

* على الأحوط. (الخميني).

* لا يبعد حجّة قول الثقة وإن لم يحصل الظنّ منه. (الخوني).

* احتمال الكفاية بأخبار الثقة قوي، ولكن لا يُترك الاحتياط. (حسن القمي).

نعم^(١)، لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقةً، بل مطلقاً^(٢)؛ لأنّ قول الوكيل حجة^(٣) في ما وُكِّلَ فيه.

* * *

⇒ قول^(أ) الثقة الواحد حجة في الموضوعات، كما هو كذلك في الأحكام. (تقي القمي).

* الأظهر حجّة خبر الثقة. (الروحاني).

(١) لا تبعد الكفاية، ولكن الاحتياط لا ينبغي تركه في المقام. (محمّد الشيرازي).

(٢) فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالترك إلى حصول العلم أو الاطمئنان. (المرعشي).

* فيه إشكال. (تقي القمي).

(٣) إذا لم يكن متّهماً. (الفاني).

(أ) في أصل النسخة: (قوله)، والصحيح ما أثبتناه.

فصل في أولياء العقد

وهم الأب والجَدّ من طرف الأب، بمعنى أب الأب فصاعداً، فلا يندرج فيه أب أمّ الأب، والوصيّ^(١) لأحدهما^(٢) مع فقد الآخر، والسَيّد بالنسبة إلى مملوكه، والحاكم^(٣).

ولا ولاية للأُمّ ولا الجَدّ من قبلها ولو من قبل أمّ الأب، ولا الأخ والعمّ والخال وأولادهم.

(مسألة ١): تثبت ولاية الأب والجَدّ على الصغيرين، والمجنون المتّصل جنونه بالبلوغ، بل والمنفصل^(٤) على . . .

(١) الماتن يتعرّض لحكم الوصيّ والسَيّد والحاكم في ما بعد، فانتظر. (تقي القمي).
* يأتي الكلام فيه. (اللكراني).

(٢) على إشكالٍ يأتي. (الكوهكَمَرِي، الروحاني).
* المسألة مشكّلة، لا يُترك فيها الاحتياط. (الخميني).
* على ما يأتي الكلام فيه وفي الحاكم أيضاً. (حسن القمي).
(٣) في بعض الموارد، ويأتي الكلام فيه. (الخميني).

* في الإطلاق نظر. (المرعشي).
(٤) الأقوى أنّ الولاية فيه للحاكم، وإن كان الأحوط الاستئذان من أبيه أو جدّه مع إمكان ذلك. (صدرالدين الصدر).

* لا دليل على امتداد ولايتهما على الصغيرين في الجنون المنفصل عن البلوغ، بل وفي المتّصل به؛ وحيث إنّ ولاية الحاكم في صورتين أيضاً غير مستفادة من الأدلّة

الأقوى^(١).

ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد، ولا على البالغة الرشيدة إذا كانت ثبّة. واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة على أقوال، وهي: استقلال الوليّ

⇒ فلا بدّ من المصير إلى تولّي الأب والجّد أمرهما مع الاستئذان من الحاكم الشرعي. (الفاني).

* بل الأقوى فيه ولاية الحاكم، والأحوط الاستئذان من أحدهما أيضاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) الأقوى اختصاص الولاية في المنفصل بالحاكم الشرعيّ. (النائيني).
* والأقوى اختصاص الولاية في المنفصل بالحاكم الشرعيّ. (جمال الدين الكلبيكاني).
* الأحوط الاستئذان من الحاكم أيضاً في الجنون المنفصل عن البلوغ. (البجنوردي).

* الأحوط الاستئذان من الحاكم أيضاً. (عبدالله الشيرازي).
* بل على الأحوط، والأحوط منه الاستئذان من الحاكم أيضاً. (المرعشي).
* فيه إشكال، والأحوط الاستئذان من الحاكم أيضاً^(أ). (الخوئي).
* لا يترك الاحتياط بالاستئذان من الحاكم أيضاً. (السبزواري).
* يشكل ذلك، والأحوط الاستئذان منهما ومن الحاكم الشرعيّ إذا اقتضت الضرورة تزويجه. (زين الدين).

* لا يترك الاحتياط في المنفصل بالاستئذان من الحاكم أيضاً. (حسن القمي).
* والأحوط الاستئذان من الحاكم. (اللنكراني).

(أ) هذه التعليقة أوردناها من نسخة أخرى غير ما بأيدينا.

واستقلالها^(١)، والتفصيل^(٢) بين الدوام والانقطاع باستقلالها في الأول دون الثاني، والعكس، والتشريك^(٣) بمعنى اعتبار إثنين معاً^(٤).

(١) وهو الأقوى. (عبدالهادي الشيرازي، السبزواري).

✽ هذا هو الأقوى، وإن كان الأحوط الاستئذان من الولي، بل هو أليق بمقام تشريف الولي المرغوب فيه شرعاً. (الفاني).

✽ وهذا لا يخلو من وجه، ولكن لا يُترك ما ذكره من الاحتياط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ هذا هو الأقوى، ولكن الاحتياط بالاستئذان من الأب أيضاً لا ينبغي تركه. (الروحاني).

(٢) وكالتفصيل بين الأب والجَدّ، كما جنح إليه بعض الأعلام^(أ)؛ زعماً منه عليه السلام أنّه وجه جمع بين النصوص، والمختار هو ثاني الوجوه المذكورة في المتن مطلقاً في الدوام والانقطاع، سواء تساوى الزوجان في الشأن أم لا، وسواء تزوّجت الزوجة قبله وطلّقت قبل الدخول أم لا، ولا يُلتفت إلى بقيّة الوجوه؛ لمكان ضعف مستنداتها صدوراً أو دلالة أو جهة. (المرعشي).

(٣) الجمع بين النصوص يقتضي ذلك. (تقي القمي).

(٤) واستقلال كلّ منهما كولاية الجَدّ والأب على الصغيرة اختاره في المستند (ب). (الإصفهاني).

✽ واستقلال كلّ منهما كولاية الأب والجَدّ على الصغيرين اختاره في المستند، وإن
↵

(أ) شرائع الإسلام: ٥٠٣/٢ - ٥٠٥، راجع مختلف الشيعة: ٩٦/٧ - ١٠٧، إيضاح الفوائد: ٢٧ - ١٦/٣.

(ب) مستند العروة الوثقى (كتاب النكاح): ٢٧٦/٢.

والمسألة^(١) مشكلة^(٢)، فلا تُترك مراعاة الاحتياط بالاستئذان

⇒ كان القول الثاني لا يخلو من قوّة، إلّا أنّ الاحتياط بالاستئذان منهما لا يُترك.
(الإصطهباناتي).

* وهناك احتمال آخر، وهو استقلال كلّ واحدٍ منهما، كولاية الأبّ والجَدّ.
(البجنوردي).

(١) الأقوى استقلالها بالأمر، وإن كان الأحوط ما في المتن. (صدرالدين الصدر).
(٢) وإن كان أوّل الأقوال أوفق بالجمع بين الأخبار ثمّ التشريك. (الفيروزآبادي).
* بل الأقوى استقلالها مطلقاً؛ حملاً للناحية المطلقة المفصلة على الكراهة الناشئة
من الاستقباحات العرفيّة، ولا أظنّ حينئذٍ إشكالاً في المسألة بعد وضوح الجمع
المزبور، والله العالم. (آقا ضياء).

* وإن كان القول الثاني لا يخلو من قوّة. (الإصفهاني).
* ولكن لا يبعد صحة القول الثاني، وهو استقلالها، وعدم الاحتياج إلى إذن الولي،
وهو المشهور بين القدماء والمتأخّرين^(أ)، وادّعي عليه الإجماع، وبه وردت
الروايات (ب) الصحيحة. (البجنوردي).

* الأقوى استقلال كلّ من البكر الرشيدة ومن أبيها بالأمر؛ وفاقاً لصاحب المستند
والسيد الأستاذ رحمته، فإذا عقدت هي نفسها صحّ عقدها ونفذ وإن لم تستأذن أباه،
وإن عقدها الأب نفذ عقده إياها كذلك وإن لم يستأذنها، نعم، الأفضل بل الأحوط
⇒

(أ) الانتصار: ٢٨٣، من لا يحضره الفقيه: ٣/٣٩٧، ح ٤٣٩٧، الخلاف: ٤/٢٥٠، غنية النزوع: ٣٤٣.

الوسيلة: ٢٩٩، قواعد الأحكام: ١١/٣ و ١٤، السرائر: ٢/٥٦١، شرح اللمعة: ١١٦/٥.

(ب) الوسائل: الباب (٤) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٢، والباب (٤٤) من أبواب مقدّمات

النكاح، ح ٢ و ٣.

منهما^(١).

ولو تزوّجت من دون إذن الأب، أو زوّجها الأب من دون إذنها وجب^(٢)؛
إمّا إجازة الآخر، أو الفراق بالطلاق^(٣).

نعم، إذا عَضَلَهَا الوليّ - أي منعها من التزويج بالكُفُو مع ميلها - سقط^(٤)

⇒ لكلّ منهما أن يستأذن الآخر إذا أراد العقد، بل يجوز للأب أن ينقض عقد البنت إذا عقدت هي نفسها من غير إذنه وإن كان صحيحاً، وكلّ ذلك مع مراعاة شروط ولايته عليها، ولا أمر للجَدّ ولا لغيره من الأولياء معها. (زين الدين).

✽ وإن كان القول الثاني هو الأقوى، ويحتمل استقلال الأب أيضاً، كما أنّه يحتمل أن يكون له فسخ العقد لو تزوّجت من دون إذنه، فلو تزوّجت من دون إذن أبيها ثم فسخ العقد، أو زوّجها الأب من دون إذنها فلا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمي).
✽ وإن كان القول الثاني - وهو استقلالها - لا يخلو من قوّة، ومع ذلك فلا تُترك مراعاة الاحتياط بالاستئذان من الأب أو الجَدّ أيضاً. (اللتكراني).

(١) وإن كان القول الثاني في صور الاختلاف أوجه. (محمّد الشيرازي).

(٢) لو لزم الاحتياط، وقد عرفت الحال. (المرعشي).

✽ تقدّم أنّ الأقوى صحّة العقد في كلا الفرضين، نعم، يجوز للأب أن يفسخ عقد ابنته إذا لم تستأذنه. (زين الدين).

(٣) على الأحوط، لكنّ استقلالها في الأمر ونفوذ العقد الصادر منها دون أبيها هو الأقوى. (النائيني).

✽ على الأحوط، لكنّ استقلالهما في الأمر ونفوذ العقد الصادر منها دون أبيها هو الأقوى. (جمال الدين الكلبيكاني).

✽ قد عرفت أنّ الأقوى استقلالها. (الفاني).

(٤) الجزم بالسقوط مشكل، ويحتمل كفاية تصدّي الحاكم نيابةً وأصالةً للإذن إذا كان المقام مقام الضرورة واللابدّة. (تقي القمي).

اعتبار إذنه^(١). وأما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعاً فلا يكون^(٢) عَضَلاً. بل وكذا لو منعها^(٣) من التزويج بغير الكفو عرفاً^(٤) ممّن في تزويجه غَضَاضَةٌ^(٥) وعار عليهم وإن كان كفواً شرعياً. وكذا لو منعها من التزويج بكفو معيّنين مع وجود كفو آخر.

وكذا يسقط اعتبار إذنه إذا كان غائباً^(٥) لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها إلى التزويج.

(مسألة ٢): إذا ذهبت بكارتها^(٦) بغير الوطاء من وثبة ونحوها فحكمها حكم البكر^(٧).

(١) مع عدم كفو آخر فعلاً. (السبزواري).

(٢) لكن الاحتياط لا يترك في جميع الصور المذكورة. (تقي القمي).

(٣) بل ربّما يقال بجواز منع الولي عن التزويج بغير الكفو عرفاً، وإن لم تكن الولاية ثابتة له بوجه، غاية الأمر أنها لو خالفت وزوّجت نفسها منه يصحّ نكاحها، ولكنّه مشكل، كما أنّ ما في المتن أيضاً كذلك. (اللنكراني).

(٤) مع وجود الكفو العرفي، وإلا فمشكل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* مع وجود الكفو العرفي، وإلا فمحلّ إشكال، بل منع. (محمّد الشيرازي).

(٥) الأحوط استئذان حاكم الشرع لولايته عن الغائب. (كاشف الغطاء).

(٦) يعني عذرتها، وإلا فالبكرة لا تزول بغير الوطاء. (الخوئي).

(٧) في ولاية الأب على غير البكر على فرض ولايته إشكال. (عبدالهادي الشيرازي).

وأما إذا ذهبنا بالزنا أو الشبهة ففيه إشكال^(١)، ولا يبعد^(٢) الإلحاق^(٣)؛

⇒ * فيه تأمل، والاحتياط في محله. (محمد الشيرازي).

* على الأحوط. (حسن القمي).

* على القول بولاية الأب ولايته على غير البكر مشكلة. (الروحاني).

(١) ولا يبعد عدم الإلحاق. (صدر الدين الصدر).

* بعيد جداً، ودعوى التبادر ممنوعة. (جمال الدين الكلبيگاني).

* لا إشكال في عدم الإلحاق بالبكر، ودعوى أن البكر من لم تزوج حتى يترتب عليها الإلحاق في هذه الصورة، وعدم الإلحاق في الصورة الأخيرة مدفوعة: بعدم الدليل على هذه الدعوى، بل البكر عبارة عمّن لم تزل بكارتها بالوطء، والذي يسهل الخطب استقلال البكرة، نعم، الأحوط والأليق بمقام تشريف الأب والجَد الاستئذان منهما. (الفاني).

* الأقوى أنها بحكم البكر؛ لظهور بعض النصوص بأن الثيبوبة بدخول الزوج، وأما دعوى التبادل كما في المتن فهي ممنوعة. (زين الدين).

(٢) فيه إشكال. (الفيروزآبادي).

* بل بعيد. (محمد رضا الكلبيگاني).

* بعيد جداً، ودعوى التبادر ممنوعة. (النائيني).

* بل بعيد غايته، والميزان المستفاد من مجموع النصوص انتفاء الولاية بالدخول الناشئ عن الزوجية. (تقي القمي).

(٣) فيه بُعد. (الكوه كمري).

* بل بعيد، ودعوى التبادر ممنوعة. (الإصطهباناتي).

* الإلحاق مشكل جداً. (الشريعتمداري).

* بل لا يبعد عدمه، لكن لا يُترك الاحتياط فيه وفي تاليه. (الخميني).

بدعوى^(١) أن المتبادر من البكر مَنْ لم تتزوَّج؛ وعليه فإذا تزوّجت^(٢) ومات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها لا يلحقها حكم البكر^(٣)، ومراعاة الاحتياط أولى^(٤).

⇒ * بل هو بعيد، ودعوى التبادر لا أساس لها. (الخنوي).

* بل بعيد. (محمّد الشيرازي).

* فيه وفي ما بعده إشكال، فلا يُترك الاحتياط فيهما، بل بعيد جدّاً، ودعوى التبادر ممنوعة. (حسن القمي).

* بل هو بعيد غايته، ودعوى التبادر كما ترى. (الروحاني).

(١) فيها نظر، بل منع. (صدرالدين الصدر).

* الدعوى ممنوعة، بل عدم الإلحاق غير بعيد. (اللكراني).

(٢) أي البكر الرشيدة، قوله: «لا يلحقها حكم البكر»، أي بعد هذا التزويج لا تحتاج إلى إذن الأب وإن كانت العذرة وجلدة البكارة باقية لفوات العنوان، أي عنوان عدم التزويج. (الفيروزآبادي).

* يعني إذا تزوّجت البكر ومات عنها زوجها قبل الدخول، أو طلقها مع كونها بكراً، والأقوى كونها حينئذٍ محكومةً بحكم البكر، وما ذكره مستنداً لعدم الإلحاق ضعيف. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) بل يلحقها. (الكوهكَمري).

* فيه نظر. (عبدالهادي الشيرازي).

* فيه تأمل، بل منع. (الروحاني).

(٤) بل لا يُترك. (الإصطهباناتي، البروجردی، المرعشي، اللكراني).

* بل مراعاته بناءً على القول بعدم استقلالها لازم. (البجنوردي).

* لا يُترك. (عبدالله الشيرازي، الشريعتمداري).

(مسألة ٣): لا يُشترط في ولاية^(١) الجدّ حياة الأب ولا موته. والقول بتوقّف ولايته على بقاء الأب - كما اختاره جماعة^(أ) - ضعيف^(٢)، وأضعف منه القول بتوقّفها على موته، كما اختاره بعض^(ب) العامة^(٣).

(مسألة ٤): لا خيار للصغيرة^(٤) إذا زوّجها الأب^(٥) أو الجدّ بعد بلوغها

(١) فيه إشكال، والأحوط اشتراط حياة الأب. (حسن القمي).

(٢) لضعف مستنده صدوراً ودلالةً. (المرعشي).

✽ بل قويّ، ولا يُترك الاحتياط. (تقي القمي).

(٣) وتبعه بعض الخاصة^(ج). (الفاني).

(٤) الخيار مشكل، وعدمه أشكل، والأحوط الطلاق بعد البلوغ، لا الفسخ، ونحوه المجنون. (محمّد الشيرازي).

✽ في خصوص تزويج الصبيّ بالصبيّة إذا زوّجها أبواهما يحتمل أن يكون لهما الخيار بعد بلوغهما، للنصّ^(د) الصحيح، وإن ادّعي عدم العمل به، ولا يُترك مقتضى الاحتياط في هذه الصورة. (حسن القمي).

✽ مقتضى النصّ الخاصّ الخيار للصغيرين إذا زوّجهما أبواهما في زمان صغرهما، فيكون لهما الخيار بعد البلوغ. (تقي القمي).

(٥) هذا هو المعروف، بل ادّعي فيه عدم الخلاف، إلّا أنّ في رواية صحيحة^(هـ) ثبوت

⇐

(أ) تحرير الأحكام: ٤٣٤/٣، المختصر النافع: ١٧٣، كشف الرموز: ١١٠/٢.

(ب) كتاب الأم: ١٤/٥، مختصر المزني: ١٦٥، التمهيد لابن عبد البر: ٩٥/١٩.

(ج) راجع مسالك الأفهام: ١١٧/٧، بلغة الفقيه: ٢٦٨/٣.

(د) الوسائل: الباب (٦) من أبواب عقد النكاح، ح ٨.

(هـ) الوسائل: الباب (٦) من أبواب عقد النكاح، ح ٩.

ورشدها، بل هو لازم عليها، وكذا الصغير^(١) على الأقوى^(٢)، والقول بخياره في الفسخ والإمضاء ضعيف. وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته.
(مسألة ٥): يشترط^(٣) في صحة تزويج الأب والجَدّ ونفوذه عدم المفسدة، وإلا يكون العقد فضولياً كالأجنبي. ويحتمل^(٤)

⇒ الخيار لها وللصغير بعد بلوغهما فيما إذا زوّجهما أبواهما حال الصغر، فلاحتياط في هذه الصورة لا يُترك. (الخوني).

(١) الاحتياط لا يُترك فيهما. (عبدالله الشيرازي).

(٢) القول بخياره في الفسخ والإمضاء له وجه؛ لورود رواية حسنة^(أ) به، وقد أفتى بمضمونها جماعة^(ب)، ولكن الأظهر عدم الخيار له، والاحتياط لا ينبغي تركه. (الروحاني).

* وإن ورد في رواية صحيحة ثبوت الخيار لهما إذا زوّجهما الأبوان، لكن النصوص^(ج) المتظافرة والإجماع المدعى على عدم الخيار للصغيرة بعد بلوغها توجب حمل الخيار فيها مطلقاً على معنى آخر غير ما هو المصطلح. (اللكراني).
(٣) الجزم بالاشتراط مشكل، والاحتياط لا يُترك. (تقي القمي).
(٤) احتمالاً ضعيفاً. (صدرالدين الصدر).

* لكنّه ضعيف. (الخميني).

* سنده احتمال اعتبار كون المُجيز جائز التصرف في حال العقد، وفيه منع. (المرعشي).

←

(أ) الوسائل: الباب (٦) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٩.

(ب) المهذب البارع: ٢١٨/٣، مختلف الشيعة: ١٢٢/٧، مسالك الأفهام: ١١٩/٧، نهاية المرام: ٦٦/١، كشف اللثام: ٩٨/٧.

(ج) الوسائل: الباب (٦) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١ و ٣ و ٧.

عدم^(١) الصحة^(٢) بالإجازة^(٣) أيضاً، بل الأحوط^(٤) مراعاة المصلحة^(٥). بل يشكل^(٦) الصحة^(٧) إذا كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب

⇒ * هذا الاحتمال في مسألة التزويج ضعيف. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* هذا الاحتمال ضعيف. (تقي القمي).

* احتمالاً في غاية الضعف، وكذا الإشكال في الصحة في الفرض الآتي. (اللنكراني).

(١) الأقوى كفاية الإجازة بعد البلوغ. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) وهو ضعيف جداً. (آقازيلاء).

* هذا الاحتمال ضعيف جداً. (الفاني).

* لكنّه ضعيف. (السبزواري).

* لكنّه بعيد، وكذلك الحال في المسألة الآتية. (الخوئي).

* هذا الاحتمال غير قويّ، والاحتياط التالي مستحبّ. (محمّد الشيرازي).

* الأظهر هي الصحة بالإجازة بعد البلوغ. (الروحاني).

(٣) وهو ضعيف، وخلاف إطلاق الأدلة، فالأقوى هي الصحة مع الإجازة.

(البجنوردي).

* هذا الاحتمال ضعيف، فإذا أجزى العقل بعد البلوغ نفذ. (زين الدين).

(٤) لا يترك. (المرعشي).

* لا بأس بتركه. (تقي القمي).

(٥) وإن كان الأظهر عدم لزومها. (الروحاني).

(٦) إشكالاً ضعيفاً. (صدر الدين الصدر).

* بل لا إشكال فيها ما لم تكن فيه مفسدة، وإن كان الأحوط والأولى للأب مراعاة

الأصلح. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٧) ولعلّه في مثل هذا الفرض يصدق على مثل هذا التزويج خيانة على الصغير،

الشرف، أو من أجل كثرة المهر أو قلّته بالنسبة إلى الصغير، فاختار الأب غير الأصلح لتشهي نفسه.

(مسألة ٦): لو زوّجها الوليّ بدون مهر المثل، أو زوّج الصغير بأزيد منه: فإن كان هناك مصلحة^(١) تقتضي ذلك صحّ العقد والمهر، ولزم؛ وإلا ففي صحّة العقد^(٢) وبطلان المهر والرجوع إلى مهر المثل، أو بطلان العقد أيضاً قولان: أقواهما^(٣) الثاني^(٤).

⇒ وأدلة الولاية منصرفة عن هذه الحالة. (آقاضياء).

* الظاهر الصحّة مع عدم المفسدة، كما هو المفروض. (زين الدين).

* لا إشكال فيها، وإن كان الأولى مراعاة الأصلح. (محمّد الشيرازي).

* لا إشكال فيها. (الروحاني).

(١) رعاية المصلحة في تزويج البنت الصغيرة مبنية على الاحتياط. (تقي القمي).

* أو لم تكن مفسدة ومنقصة وضرر في العقد بذلك المهر. (الروحاني).

(٢) أو صحّتهما أقوال. (المرعشي).

(٣) الأقوى هو صحّة العقد مع عدم المفسدة، وتوقّف صحّة المهر على الإجازة ومع

عدم الإجازة يرجع إلى مهر المثل. (الخميني).

(٤) بل الأقوى هو الأوّل إذا لم يكن أصل التزويج على خلاف المصلحة. (الإصفهاني).

* بل الأوّل، حتّى بالنسبة إلى ثبوت المهر مع عدم المفسدة. (صدرالدين الصدر).

* الأقوائية ممنوعة، بل الأوّل إذا لم يكن أصل التزويج على خلاف المصلحة لا

يخلو من القوّة. (الإصطهباناتي).

* القوّة في محلّ المنع. (البروجردی، عبدالله الشيرازي).

* بل الأوّل. (عبدالهادي الشيرازي، الفاني).

والمراد من البطلان: عدم النفوذ، بمعنى توقّفه على إجازتها بعد البلوغ. ويحتمل ^(١) البطلان ^(٢) ولو مع الإجازة ^(٣)؛ بناءً على اعتبار وجود المُجيز في الحال.

⇨ * فيه تأمل. (الشريعتمداري).

* مشكل، بل ممنوع، مع مراعاة المصلحة في أصل التزويج. (السبزواري).

* بل الأول، وقد تقدّم أنّ الاحتمال التالي ليس قوياً. (محمّد الشيرازي).

* فيه إشكال. (حسن القمي).

* إذا كان في نفس العقد مفسدة، وإلاّ ففيه إشكال، بل لا يخلو القول بصحّة العقد

وبطلان المهر - بمعنى التوقّف على الإجازة - من قوّة. (اللنكراني).

(١) تقدّم أنّ الأقوى خلافه. (جمال الدين الكلبيكاني).

* مرّ ضعفه. (الخميني).

* المبتنى والمبنى ضعيفان. (المرعشي).

* قد مرّ ضعف هذا الاحتمال في المقام. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* قد مرّ ضعفه. (تقي القمي).

(٢) تقدّم أنّ الأقوى خلافه. (النائيني).

* وهو ضعيف جداً، ووجهه واضح. (آقا ضياء).

* وهو ضعيف. (عبدالله الشيرازي).

* وهذا الاحتمال ضعيف، كما تقدّم في المسألة الخامسة، فإذا أُجيز العقد نفذ.

(زين الدين).

* لكنّه ضعيف. (الروحاني).

* مرّ ضعف هذا الاحتمال في المسألة السابقة. (اللنكراني).

(٣) تقدّمت قوّة الصحّة، مع لحوق الإجازة منها بعد البلوغ. (البجنوردي).

(مسألة ٧): لا يصح نكاح السفية^(١) المبدّر^(٢) إلا بإذن الولي، وعليه أن يعين^(٣) المهر والمراة^(٤)، ولو تزوّج بدون إذنه وقف على إجازته، فإن رأى المصلحة وأجاز صح، ولا يحتاج إلى إعادة الصيغة؛ لأنّه ليس كالمجنون والصبي^(٥) مسلوب^(٦) العبارة^(٧)؛ ولذا تصحّ وكالته عن الغير في إجراء

(١) إذا حُجر عليه للتبذير، نعم، السفية المتّصل سفهه بزمان الصغر محجور مطلقاً. (الخميني).

* لا دليل معتبر على الولاية على السفية، نعم، بالنسبة إلى السفية الدليل تامّ، ومما ذكر يظهر الإشكال في الفرع الآتي. (تقي القمي).

(٢) الظاهر أنّه أراد بهذا القيد من لا يعلم صلاحه وفساده؛ ولأجل ذلك يكون القيد توضيحياً، لا احترازياً؛ حيث إنّ ذلك معنى السفية في الماليات، وإلا فلا يكاد يظهر وجه للتقييد. (الخوئي).

* أي المحجور عليه للتبذير، كما وقع التعبير به في عبارة الشرائع^(أ) وغيرها. (اللكراني).

(٣) ظاهره وجوب التعيين على الولي، ولازمه صيرورته مفراً مع عدم التعيين إذا زوّج بمهرٍ موجبٍ لإتلاف ما له، مع أنّه لم يدلّ عليه دليل، بل اللازم عليه الإذن بما فيه المصلحة، وعدم إجازة ما وقع بغيرها. (اللكراني).

(٤) ليس تعيين المرأة بيد وليّ السفية. (الفاني).

* على إشكال. (المرعشي).

(٥) الصبي غير مسلوب العبارة إذا أجزاها بإذن وليّه أو بالوكالة عن غيره. (زين الدين).

(٦) تقدّم الكلام في الصبي. (حسن القمي).

(٧) تقدّم أنّ الصبي المميّز لا دليل على سلب عبارته. (محمّد الشيرازي).

الصيغة، ومباشرة لنفسه بعد إذن الولي.

(مسألة ٨): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في المآليات لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج وخصوصياته - من تعيين الزوجة^(١)، وكيفية الإمهار ونحو ذلك - فالظاهر^(٢) كونه كالسفيه^(٣) في المآليات^(٤)، في الحاجة إلى إذن الولي^(٥)، وإن لم أرَ من تعرّض له.

(مسألة ٩): كلُّ من الأب والجَدَّ مستقلّ في الولاية، فلا يلزم الاشتراك، ولا الاستئذان من الآخر، فأيهما سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبقَ محلّ للآخر.

ولو زوج كلّ منهما من شخصٍ: فإن عُلِمَ السابق منهما فهو المقدم ولنغى الآخر، وإن عُلِمَ التقارن قدّم عقد الجدّ، وكذا إن جهل^(٦)

(١) مشكل. (الفاني).

(٢) الظهور ممنوع لو لم يكن الظاهر خلافه، نعم، الأحوط له الاستئذان من الولي. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) مشكل، والأحوط له الاستئذان من الولي. (عبدالله الشيرازي).

* لا يبعد فيمن اتّصل زمان سفهه بزمان صغره دون غيره. (الخميني).

* على الأحوط. (المرعشي).

* فيه إشكال، بل تبعد صحّة نكاحه. (محمّد الشيرازي).

* فيما إذا اتّصل سفّه بزمان صغره. (اللنكراني).

(٤) مشكل، نعم، الأحوط له الاستئذان من الولي. (البروجردي).

(٥) الظاهر عدم الحاجة إلى إذن الولي، إلّا إذا رجع إلى السفّه في المال الخاصّ من المهر والنفقات، والأحوط الاستئذان. (زين الدين).

(٦) يحتمل قريباً كونه مورد القرعة. (عبدالله الشيرازي).

التاريخان^(١). وأمّا إن عُلِمَ تاريخ أحدهما دون الآخر: فإن كان المعلوم تاريخ

⇒ * الأقوى فيه لزوم إجراء حكم العلم الإجماليّ بكونها زوجةً لأحدهما. (الخميني).
 * ولا احتمال جريان حكم المعلومة إجمالاً كونها زوجةً لأحد الرجلين وجه:
 لمكان العلم الإجماليّ بذلك، وعدم أصالتي التأخّر أو تعارضهما، فاللازم الاحتياط
 عليهما بعدم المباشرة والنظر وسائر الآثار، وكذا عليها بعدم التمكين ونحوه، كلّ
 ذلك لمكان العلم الإجماليّ، وعدم جريان أصالتي التأخّر في أطرافه، أو سقوطها
 بالتعارض. (المرعشي).

* لا وجه للتقديم في هذه الصورة، بل اللازم إجراء حكم العلم الإجماليّ بكونها
 زوجةً لأحد الرجلين، كما في سائر موارد وجود العلم الإجماليّ في البين.
 (اللكراني).

(١) الأقوى فيه إجراء حكم المرأة المعلوم إجمالاً كونها زوجةً لأحد رجلين.
 (البروجردی).

* لا وجه لتقدّم عقد الجّد في هذه الصورة بعد احتمال سبق عقد الأب، وما ذكره
 من التعليل عليل. (الشريعتمداري).
 * لا بدّ من مراعاة العلم الإجماليّ. (الفاني).

* بل فيه يعلم إجمالاً بكون المرأة زوجةً لأحدهما، ولا معيّن في البين؛ لعدم
 جريان الأصلين مع جهل التاريخين، أو تعارضهما على فرض الجريان على
 اختلاف المبنى، فعلى المرأة الاحتياط بترك التمكين لهما وترك التزويج إلّا بعد
 طلاقهما، وكما يجب عليها الاحتياط كذلك يجب على الرجال الاحتياط بترك
 تزويجها حتّى الرجلين المشتبهين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* فيه إشكال، ويجري عليه حكم العلم الإجماليّ بصحّة أحد العقدّين. (السبزواري).
 * بناءً على عدم جريان الأصل في مجهوليّ التاريخ، كما هو المختار، وأمّا بناءً على

عقد الجَدِّ قُدِّمَ أيضاً، وإن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمال تقدّمه^(١). لكنّ الأظهر^(٢) تقديم عقد الجَدِّ؛ لأنّ المستفاد^(٣) من خبر عُبَيْد بن زُرَّارة^(أ) أولويّة

⇒ تساقط الأصلين فيهما - كما هو القول الآخر - فلا مجال لتقديم عقد الجَدِّ، بل تكون المرأة معلومة الزوجيّة لأحد الرجلين على نحو الإجمال، فيجري فيها ماتقدّم في المسألة الثالثة والأربعين من فصل «محرمات المصاهرة»، في مسألة التزوّج بالأختين إذا جهل تاريخ العقدّين، فلتراجع. (زين الدين).

(١) بل هو المتعيّن، ولا دلالة في خبر عبید علیّ خلافه. (البروجردی).

* بل هذا هو المتعيّن. (عبد الهادي الشيرازي).

* هذا الاحتمال متعيّن، ولا دلالة في الرواية على خلافه. (الشريعتمداري).

* بل هو المتعيّن، وما استظهره من خبر عبید بن زُرَّارة يكون على خلاف ظاهره،

فراجع. (الفاني).

* ولا يخلو من قوّة، ولا ينافية موثقة عبید؛ إذ المستفاد منها صحّة عقد الأب إن

كان سبقه محرّزاً، فلا مَسَاسَ له بما نحن فيه. (المرعشي).

* بل هو المتعيّن، والرواية تدلّ على صحّة عقد الأب مع سبقه في الواقع، من دون

دخالة العنوان، ولا الإحراز. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل هو المتعيّن، وموثقة عبید بن زُرَّارة لا تدلّ على خلافه. (زين الدين).

* هذا الاحتمال غير بعيد. (محمّد الشيرازي).

(٢) بل الأظهر تقدّمه، وما تشبّث به غير وجهه. (الخميني).

(٣) فيه نظر قد عرفت بُعيد هذا. (المرعشي).

(أ) الوسائل: الباب (٩) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٢.

الجَدِّ ما لم يكن الأب زَوْجَها قبله. فشرط تقديم^(١) عقد الأب كونه سابقاً^(٢)، وما لم يُعلَم ذلك يكون عقد الجَدِّ أولى.

فتحصَّل: أنَّ اللازم تقديم عقد الجَدِّ في جميع الصور، إلّا في صورة معلوميّة سبق عقد الأب.

ولو تشاحَّ الأب والجَدِّ فاختر كلُّ منهما واحداً قُدِّم اختيار الجَدِّ. ولو بادر الأب فعقد فهل يكون باطلاً، أو يصحّ؟ وجهان^(٣)، بل قولان^(٤)؛ من كونه سابقاً فيجب تقديمه^(٥)، ومن أنَّ لازم أولويّة اختيار الجَدِّ^(٦) عدم صحّة خلافه. والأحوط^(٧)

(١) ليس في الرواية تعرّض لتقديم عقد الأب حتّى يكون سبقه شرطاً له، بل هي مسوّقة لبيان تقديم عقد الجَدِّ مشروطاً بعدم كون الأب زَوْجَها قبله؛ وعليه فالشرط إنّما هو لهذا التقديم، ومع عدم الإحراز لا مجال له، فلا محيص إلّا عن تقديم عقد الأب. (اللكراني).

(٢) في الواقع، ولا يكفي عدم العلم بذلك. (الكوهكَمَرِي).

(٣) الأقوى الصّحّة. (الفاني).

(٤) أقواهما الأوّل، ودعوى أنَّ لازم الأولويّة البطلان ممنوعة، والاحتياط سبيل النجاة. (صدرالدين الصدر).

✽ أقواهما الأوّل. (عبدالهادي الشيرازي).

✽ أقواهما الصّحّة. (الروحاني).

(٥) وهذا أظهر. (محمّد الشيرازي).

(٦) لا يبعد أن يكون هذا هو الأظهر. (الخوئي).

(٧) هذا الاحتياط لا يُترك. (النائيني).

✽ لا يُترك. (الإصفهاني، جمال الدين الكلّبايگاني).

مراعاة^(١) الاحتياط^(٢).

ولو تشاحَّ الجدُّ الأسفل والأعلى هل يجري عليهما حكم الأب والجدِّ، أو لا؟ وجهان، أوجههما^(٣) الثاني^(٤)؛ لأنَّهما ليسا أباً و جدّاً، بل كلاهما جدٌّ، فلا يشملهما ما دلَّ على تقديم الجدِّ على الأب.

(مسألة ١٠): لا يجوز^(٥) للوليّ تزويج المولّى عليه بمن به عيب^(٦)، سواء كان من العيوب المجوّزة للفسخ، أم لا؛ لأنَّه خلاف المصلحة^(٧)، نعم، لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز، وحينئذٍ لا خيار له ولا للمولّى عليه إن لم

(١) لا يُترك. (عبدالله الشيرازي).

(٢) لا يُترك هذا الاحتياط. (الإصطهباناتي).

* هذا الاحتياط لا يُترك. (البجنوردي).

* لا يُترك الاحتياط: إمّا باسترضاء الجدِّ وتجديد العقد، وإمّا بطلاق الزوج. (زين الدين).

(٣) في كونه وجيهاً إشكال، فكيف بكونه أوجه، وعموم حديث ابن جعفر المعلّل يشمل المقام؟! (تقي القمي).

(٤) بل الأوّل. (عبدالهادي الشيرازي، المرعشي، محمّد الشيرازي).

* لا يبعد أوجهيّة الأوّل. (الخميني).

* بل الأوّل؛ لما يُستفاد من وجه تقدّم الجدِّ من النصّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الأوجهيّة ممنوعة، بل لا يبعد دعوى أوجهيّة الأوّل. (اللكراني).

(٥) إطلاق الحكم مبنيّ على الاحتياط. (تقي القمي).

(٦) موجب للضرر عرفاً، لا مطلق العيب، كنقص بعض الأصابع مثلاً أو زيادته، فإنّه لا يمنع من الصحّة. (اللكراني).

(٧) بل لأنّ فيه المفسدة. (الفاني).

يكن من العيوب المجوّزة للفسخ، وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولّي عليه بعد بلوغه، أو إفاقة، وعدمه؛ لأنّ المفروض إقدام الوليّ مع علمه به وجهان^(١)، أو جههما الأوّل^(٢)؛ لإطلاق أدلّة^(٣) تلك العيوب، وقصوره بمنزلة جهله.

وعلم الوليّ ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولّي عليه، وغاية ما تفيد المصلحة إنّما هو صحّة العقد، فتبقى أدلّة الخيار بحالها.

(١) لا يبعد أوجهيّة عدم إذا أعمل الوليّ جهده في إحراز المصلحة، وكشف عدم المصلحة لا تأثير له. (الخميني).

(٢) بل الثاني، فيسقط ما فَرَعَ عليه. (الفيروزآبادي).

* بل الثاني، مع فرض المصلحة، وعلم الوليّ بالغيّب. (صدرالدين الصدر).

* بل الثاني، والاحتياط لا ينبغي تركه. (عبدالهادي الشيرازي).

* بل الأوجه الثاني. (الشريعتمداري).

* بل الثاني، وليس قصوره بمنزلة جهله. (الفاني).

* والثاني لا يخلو من قوّة في صورة وجود المصلحة وعلم الوليّ. (المرعشي).

* يشكل ذلك إن لم يكن الأوجه الثاني؛ فإنّه لا يبعد خروج صورة علم الوليّ بالغيّب وإقدامه عليه؛ لاقتضاء المصلحة عن منصرف أدلّة الخيار، ولكن لا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

* بل الثاني. (تقي القمي).

(٣) مقتضى الإطلاق ثبوت الخيار في حال القصور أيضاً، ولا دلالة فيه على الحدوث بعد البلوغ أو الإفاقة، كما هو ظاهر المتن؛ وعليه فاحتمال ثبوته للولّي أيضاً إنّما يكون مورده تلك الحال. وبالجملّة: الحكم بالحدوث بعد ارتفاع القصور لا يكاد يجتمع مع احتمال الثبوت للولّي أيضاً. (اللنكراني).

بل ربّما يحتمل^(١) ثبوت الخيار للوليّ أيضاً من باب استيفاء ما للموّلّى عليه من الحقّ، وهل له إسقاطه، أم لا؟ مشكل، إلّا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك.

وأما إذا كان الوليّ جاهلاً بالعيب ولم يعلم به إلّا بعد العقد: فإن كان من العيوب المجوّزة للفسخ فلا إشكال في ثبوت الخيار^(٢) له^(٣) وللموّلّى عليه^(٤) إن لم يفسخ^(٥)، وللموّلّى عليه فقط إذا لم يعلم به الوليّ إلى أن بلغ أو أفاق. وإن كان من العيوب الأخر فلا خيار للوليّ، وفي ثبوته للموّلّى عليه وعدمه وجهان^(٦)، أوجههما

(١) بناءً على ثبوت الحقّ للموّلّى عليه. (المرعشي).

❖ لو كان الخيار للموّلّى عليه بعد البلوغ أو الإفاقة، كما هو ظاهر المتن، فقبله لا حقّ حتّى يستوفيه الوليّ، نعم، لو كان للموّلّى عليه حقّ فعلاً فللوليّ الخيار نيابةً، وهو غير بعيد، كما نفى عنه البعد في الجواهر^(أ). (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) عن قبل الموّلّى عليه. (المرعشي).

(٣) نيابةً، وأما أصالةً فلا وجه له. (محمّد رضا الكلبيكاني).

❖ بالنيابة عن الموّلّى عليه أخذاً له بحقه، ولا خيار للوليّ بالإصالة، ولا ينبغي ترك الاحتياط. (زين الدين).

(٤) لا خيار له، بل هو للموّلّى عليه خاصّة. (الروحاني).

(٥) إلّا أن يكون الصلاح بنظره قرار العقد وثبوته وبقاؤه. (الفيروزآبادي).

(٦) إذا كان العيب كاشفاً عن وجود المفسدة في التزويج كان العقد باطلاً، ولا يصحّ إلّا

⇐

ذلك^(١)؛ لأنَّه يكشف عن عدم

⇒ بالإجازة بعد البلوغ في الصبي، والإفاقة في المجنون، وإذا لم يوجب المفسدة كان العقد صحيحاً، ولا خيار للولي ولا للموّلّى عليه. (زين الدين).
(١) بل أوجههما عدم، وما ذكره من التعليل عليل، سيّما دعوى كون العقد فضولياً. (صدر الدين الصدر).

- * بل أوجههما عدم، مع فرض وقوع العقد صحيحاً. (البروجردى).
- * بل الأوجه عدم، بعد فرض كون العقد صحيحاً. (عبد الهادي الشيرازي).
- * فيه إشكال، بل منع؛ فإنّ تزويج الأب إن كان نافذاً في حقّه على أساس أنّ المعتبر في ولايته عليه عدم المفسدة فلا يكون عدم المصلحة مانعاً عن نفوذ تصرفه في حقّه، كما مرّ سابقاً؛ وعليه فلا خيار له، وإن لم يكن نافذاً فالعقد فضولي، تتوقّف صحته على إجازة الموّلّى عليه بعد البلوغ^(أ). (الخوئي).
- * بل الأوجه عدم الخيار مع فرض المصلحة، وأمّا مع عدمها فالعقد فضولي موقوف على إجازة الموّلّى عليه بعد البلوغ أو الإفاقة. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- * الظاهر أنّه لا وجه له، والوجه الذي ذكره وجه لكونه فضولياً يحتاج إلى الإجازة، فلا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمي).
- * بعد فرض كون العقد صحيحاً الأوجه عدم. (الروحاني).
- * بل الأوجه الثاني؛ لأنّه بعد ما كان المفروض وجود المصلحة في النكاح حاله بحسب نظر الولي لا وجه للخيار مع عدم كون العيب من العيوب المجوّزة للفسخ، وانكشاف عدم المصلحة لا يؤثّر في ما وقع صحيحاً. ودعوى الفضوليّة في هذا الفرض ممنوعة جدّاً. (اللنكراني).

(أ) وله من حاشية ثانية قصيرة أوردناها من نسخة أخرى، وهي هكذا: «فيه إشكال، بل منع».

المصلحة^(١) في ذلك التزويج، بل يمكن^(٢) أن يقال: إنَّ العقد فضولي^(٣) حينئذٍ، لا أنَّه صحيح وله الخيار.

(مسألة ١١): مملوك^(٤) المملوك كالمملوك في كون أمر تزويجه بيد المولى^(٥).

(مسألة ١٢): للوصي^(٦) أن يزوّج^(٧)

(١) يكفي عدم المفسدة، فلو لم يكن في العقد المذكور مفسدة لم يكن للمولى عليه الخيار. (الفاني).

(٢) بل لا محيص عنه، كما هو ظاهر. (آقاضياء).

※ فيه إشكال^(أ). (الخنوي).

※ هذا متعين؛ فإنَّ الأمر دائر بين الفساد والصحة مع عدم الخيار. (تقي القمي).

(٣) ولكنَّه ضعيف. (الروحاني).

(٤) الفرع المذكور وأمثاله لا تكون محلَّ الابتلاء في زماننا. (تقي القمي).

(٥) الأحوط اعتبار رضا مالك المملوك أيضاً. (صدرالدين الصدر).

※ الأحوط رعاية رضا مالك المملوك أيضاً. (المرعشي).

(٦) في مورد ثبوت الولاية للموصي، كالمُتَّصَل جنونه بصغره، والأحوط الَّذي لا

يُترك ضمَّ إذن الحاكم، وأمَّا المجنون الَّذي عرض جنونه بعد البلوغ فالأقرب أنَّ

أمره إلى الحاكم حتَّى مع وجود الأب والجَد، وإن كان الاحتياط حسن، وأمَّا أمر

الصغير مشكل، فلا يُترك الاحتياط فيه. (الخميني).

(٧) لا يُترك الاحتياط بالاستئذان من الحاكم الشرعي أيضاً حتَّى في الصغير، كما أنَّ

الأحوط له الاستئذان من الوصي لو كان، ثمَّ إنَّ ما ذكره رحمته في الجنون المتَّصل

⇐

(أ) أوردنا هذه التعليقة له رحمته من نسخة أخرى، غير ما بأيدينا.

المجنون^(١)

⇒ بالصغر، وأمّا المنفصل فلا ولاية للوصيّ عليه، وتختصّ بالحاكم الشرعيّ.
(السبزواري).

(١) مع اتصال جنونه بصغره، كما تقدّم. (النائيني، جمال الدين الكلپايگاني).

* بإذن الحاكم على الأحوط. (الإصطهباناتي).

* الأحوط انضمام إذن الحاكم في المجنون المحتاج إلى التزويج، والاقتصار عليه دون الصغير. (البرجوردي).

* ولكن بشرط اتصاله بصغره، وأمّا في ما عداه وفي الصغير إن لم ينصّ الموصي فلا يُترك الاحتياط. (البحروردی).

* في صورة اتصال جنونه بصغره، وأمّا المنفصل فالأقوى اعتبار إذن الحاكم.
(المرعشي).

* هذا في الجنون المتصل بالصغر، وأمّا في غيره فالاحتياط بالاستجازه من الحاكم لا يُترك^(أ). (الخوئي).

* المتصل جنونه بصغره، وفي المنفصل فالأقوى أن الولاية للحاكم، كما مرّ، نعم، الأحوط الاستئذان من الوصيّ أيضاً. (محمّد رضا الكلپايگاني).

* الذي اتصل جنونه بصغره بشرط نصّ الموصي، كما في الصغير، أمّا المنفصل فالأحوط الاستئذان منه ومن الحاكم الشرعيّ إذا اقتضت الضرورة تزويجه.
(زين الدين).

* فيه وفي الصغير لا يُترك الاحتياط بالجمع بين إذنه وإذن الحاكم الشرعيّ، سواء نصّ الموصي أم لم ينصّ، ومع ذلك لا يُترك الاحتياط أيضاً بالاقتصار على مورد

⇐

(أ) أوردنا هذه التعليقة له ﷺ من نسخة أخرى غير ما بأيدينا.

المحتاج^(١) إلى الزواج، بل الصغير^(٢) أيضاً^(٣)، لكن بشرط نصّ الموصي^(٤) عليه^(٥)، سواء عيّن الزوجة أو الزوج أو أطلق.

⇒ الحاجة والضرورة الملزمة. (حسن القتي).

* لا ولاية للموصي على تزويج المجنون. (الروحاني).

* إذا كان جنونه متصلاً بالصغر؛ لأنه المسلم من مورد ثبوت الولاية للموصي، وأمّا مع الانفصال فالأحوط الاستئذان من الحاكم، كما في الموصي. (اللكراني).

(١) هذا في الجنون المتصل بالصغر، وأمّا في غيره فالأحوط الاستجازه من الحاكم أيضاً. (عبدالله الشيرازي).

(٢) لا يخلو من الإشكال. (النائيني).

* ثبوت الولاية للموصي على الصغير محلّ إشكال، وعلى تقديرها لا فرق بين تصريح الموصي وبين إطلاقه، والاحتياط في كلتا صورتين لا يُترك. (اللكراني).

(٣) لا يخلو من الإشكال. (جمال الدين الكلبيگاني).

* المسألة في غاية الإشكال، فلا يُترك الاحتياط. (الإصفهاني).

* فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط، بل ينبغي مراعاته في المجنون أيضاً. (الكوهكَمري).

* المسألة مشكلة جداً، فلا يُترك الاحتياط. (الإصطهباناتي).

* الأحوط فيه عدم التزويج، إلّا مع اقتضاء الضرورة اللازمة. (محمّد رضا الكلبيگاني).

* لا ولاية له على تزويجه. (الروحاني).

(٤) في الصغر إذا لم ينصّ، فالاحتياط الاستجازه من الحاكم في صورة اللزوم. (عبدالله الشيرازي).

* لا يشترط، ويكفي عموم الوصية لمثل الزواج. (محمّد الشيرازي).

(٥) إذا لم ينصّ الموصي على الزواج، ولكن كان للموصي التصرف في مال الصغير ⇒

ولا فرق بين أن يكون وصياً من قبل الأب أو من قبل الجدّ، لكن بشرط^(١) عدم وجود الآخر^(٢)، وإلا فالأمر إليه^(٣).

(مسألة ١٣): للحاكم الشرعي^(٤) تزويج مَنْ لا وليّ له - من الأب والجدّ والوصيّ - بشرط الحاجة^(٥) إليه، أو قضاء المصلحة اللازمة للمراعاة.

(مسألة ١٤): يُستحبّ^(٦) للمرأة المالكة أمرها أن تستأذن أبها أو جدّها، وإن لم يكونا فتوكّل أخاها، وإن تعدّد اختارت الأكبر.

(مسألة ١٥): ورد في الأخبار^(أ): أن إذن البكر سكوتهما عند العرض عليها.

⇨ بالبيع والشراء، فالاحتياط بالجمع بين إذنه وإذن الحاكم لا يُترك. (الخوئي).

(١) في تقديم الأب على وصيّ الجدّ تأمل؛ لأنّه ينوب مناب الجدّ. (آقاضياء).

* هذا الاشتراط مبنيّ على الاحتياط؛ إذ لا دليل على الطوليّة. (تقي القمي).

(٢) أي الأب والجدّ. (الفيروزآبادي).

* فيه تأمل. (محمّد الشيرازي).

(٣) فيه تأمل، ولا يُترك الاحتياط. (زين الدين).

(٤) من باب الحسبة. (المرعشي).

* الأحوط لغير الأب والجدّ من الأولياء عدم تزويج الصغير، إلّا مع الضرورة

اللازمة للمراعاة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) على وجه يدخل في الحسيّات، وإلّا ففيه إشكال. (آقاضياء).

* بشرط كونه من الحسيّات. (عبدالله الشيرازي).

(٦) على الأحوط. (المرعشي).

* لم نجد دليلاً عليه. (تقي القمي).

(أ) الوسائل: الباب (٥) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١، ٢، ٣.

وأفتى به العلماء^(١)، لكنّها محمولة^(١) على ما إذا ظهر رضاها، وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك.

(مسألة ١٦): يشترط في ولاية الأولياء المذكورين: البلوغ والعقل والحرية^(٢)، والإسلام^(٣) إذا كان المولى عليه مسلماً، فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما من عبد أو أمة، بل الولاية حينئذٍ لوليّهما، وكذا مع فساد عقليهما^(٤) بجنون أو إغماء^(٥) أو نحوه.

(١) وهو المتعَيّن. (المرعشي).

* لا وجه للحمل المذكور؛ فإنّ الاستفادة من النصوص كفاية سكوتها. نعم، إذا عُلِمَ عدم كونها راضيةً تشكل الكفاية؛ فإنّ اعتبار الأمانة يختصّ بصورة الشك والاطمئنان، مثل العلم والبيئة مثلهما. (تقي القمي).

(٢) هذا الفرع لا يكون مورد الابتلاء في زماننا. (تقي القمي).

(٣) بل والعدالة على الأحوط في غير الأب والجَدّ. (زين الدين).

* على الأحوط. (تقي القمي).

(٤) هذه الجملة وليدة طغيان القلم، والصحيح هكذا: وكذا مع فساد عقل المالكين الكبيرين؛ إذ السبب في حَجَر الصغيرين هو الصغر، كانا فاسِدَي العقل أم لا. (المرعشي).

* أي وإن لم يكونا صغيرين. (اللكراني).

(٥) الإغماء ونحوه لا يوجب سقوط الولاية، نعم، إذا طال وكان التزويج ضرورياً بحيث دخل في الأمور الحسبية يتصدّى الحاكم للإذن نيابةً عن الولي. (تقي القمي).

وكذا لا ولاية للأب والجَدَّ مع جنونهما ونحوه^(١)، وإن جُنَّ أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر.

وكذا لا ولاية^(٢) للمملوك ولو مُبْعَضاً على ولده، حرّاً كان أو عبداً، بل الولاية في الأوّل للحاكم، وفي الثاني لمولاه.

وكذا لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم، فتكون للجدِّ إذا كان مسلماً، وللحاكم إذا كان كافراً^(٣) أيضاً. والأقوى^(٤) ثبوت ولايته على ولده^(٥) الكافر^(٦).

ولا يصحّ تزويج الوليّ في حال إحرامه أو المولّى عليه، سواء كان بمباشرة أم بالتوكيل، نعم، لا بأس بالتوكيل حال الإحرام ليوَقَعَ

(١) إذا كان المراد من نحو الجنون الإغماء ظهر الإشكال فيه ممّا تقدّم آنفاً. (تقي القمي).

(٢) على الأحوط؛ إذ لا دليل على المدّعى، وقاعدة الإلزام غير تامّة عندنا. (تقي القمي).

(٣) أي الجدّ. (الفيروزآبادي).

(٤) إذا لم يكن له جدّ، أو كان ولم يكن مسلماً، وإلاّ فدعوى اختصاصها به غير بعيدة. (اللكراني).

(٥) بل الظاهر أنّه يُعامل في باب ولايته حسب عقيدته. (محمّد الشيرازي).

(٦) فيه تأمل. (صدرالدين الصدر).

* إذا لم يكن له جدّ مسلم، وإلاّ فلا يبعد ثبوت الولاية له دون الأب الكافر. (الخميني).

* وذلك حيث لا يكون له في العمود الأعلى من طرف الأب جدّ مسلم، وإلاّ فالولاية له على الأحوط، بل على الأقوى. (المرعشي).

العقد بعد الإحلال.

(مسألة ١٧): يجب على الوكيل في التزويج أن لا يتعدّى عمّا عيّنه الموكل من حيث الشخص والمهر وسائر الخصوصيات، وإلا كان فضولياً موقوفاً على الإجازة، ومع الإطلاق وعدم التعيين يجب^(١) مراعاة مصلحة الموكل^(٢) من سائر الجهات، ومع التعدّي يصير فضولياً. ولو وكّلت المرأة رجلاً في تزويجها لا يجوز له أن يزوّجها من نفسه؛ للانصراف عنه، نعم، لو كان التوكيل على وجه يشمل^(٣) نفسه أيضاً بالعموم أو الإطلاق^(٤) جاز، ومع التصريح^(٥) فأولى بالجواز. ولكن ربّما يقال بعدم الجواز مع الإطلاق، والجواز مع العموم. بل قد يقال بعدمه^(٦) حتّى مع التصريح بتزويجها من

(١) لا وجه للوجوب مع الإطلاق إلا مع الانصراف إلى صورةٍ خاصّة. (تقي القمي).

(٢) بحسب المتعارف. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ بل عدم المفسدة على الموكل الشامل لما لا مصلحة ولا مفسدة فيه. (محمّد الشيرازي).

(٣) وكان هناك مانع عن الانصراف المذكور. (المرعشي).

(٤) لا يترك الاحتياط. (الفيروزآبادي).

✽ أي من دون انصراف. (اللنكراني).

(٥) الأحوط الاقتصار في التزويج من نفسه بصورة التصريح، أو ما في قوّته. (النائيني).

(٦) لا تبعّد صحّة هذا القول، ورعاية الاحتياط أولى^(أ). (الخوئي).

⇐

(أ) هذه التعليقة منه رحمته أضفناها من نسخة أخرى غير ما بأيدينا.

نفسه، لرواية (أ) عمّار^(١) المحمولة على الكراهة^(٢)، أو غيرها من المحامل^(٣).
 (مسألة ١٨): الأقوى صحة النكاح الواقع فضولاً مع الإجازة، سواء كان فضولياً من أحد الطرفين أم كليهما، كان المعقود له صغيراً أو كبيراً، حرّاً أو عبداً.

والمراد بالفضولي: العقد الصادر^(٤) من غير الولي^(٥) والوكيل، سواء كان قريباً - كالأخ والعَمّ والخال وغيرهم - أم أجنبيّاً، وكذا الصادر^(٦) من العبد أو

⇒ * لا تبعد صحة هذا القول، ولا موجب لحمل موثقة عمّار على الكراهة وغيرها.
 (زين الدين).

(١) الرواية ظاهرة في عدم جواز تولّي الإيجاب والقبول بنفسه، ولا ربط لها بما أفاده، فلا وجه للكراهة أيضاً؛ وعليه فله أن يوكل عنها مَنْ يتولّى الإيجاب عنها، ولا بأس له أن يوكلها فتتولّى الإيجاب منها والقبول عنه. (الروحاني).
 (٢) لا وجه لحملها على الكراهة مع وضوح الدلالة وكونها من الموثق، فلاحتماء لا يُترك. (حسن القمي).

* وجه للكراهة في الأحكام الوضعيّة. (تقي القمي).

(٣) كدالتها على عدم كفاية الإشهاد ونحوه. (المرعشي).

(٤) في العبارة مسامحة واضحة، من حيث الشمول بظاهرها للعقد الصادر من الزوجين؛ لأنّهما غير الولي والوكيل، ومن حيث كون الفضولي وصفاً للعقد، لا للعقد. (اللنكراني).

(٥) بل كلّ مَنْ ليس بيده زمام العقد. (المرعشي).

(٦) وكذا ما إذا لم يصدر العقد منهما، بل وكلاً الغير في العقد لنفسهما. (اللنكراني).

(أ) الوسائل: الباب (١٠) من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٤.

الأمة لنفسه بغير إذن الولي، ومنه العقد الصادر من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكل، كما إذا أوقع الولي العقد على خلاف المصلحة^(١)، أو تعدى الوكيل عما عيّنه الموكل.

ولا يعتبر في الإجازة الفورية، سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أم مع العلم به وإرادة التروّي، أو عدمها أيضاً.

نعم، لا تصحّ^(٢) الإجازة^(٣) بعد الردّ^(٤)، كما لا يجوز الردّ بعد الإجازة، فمعها يلزم العقد.

(مسألة ١٩): لا يشترط في الإجازة لفظ خاص، بل تقع بكلّ ما دلّ على إنشاء الرضا بذلك العقد، بل تقع بالفعل^(٥) الدالّ عليه.

(١) بل إذا كانت فيه المفسدة. (الفاني).

* في ما اعتبر فيه المصلحة. (اللكراني).

(٢) لا دليل على اشتراط الإجازة بعدم الردّ قبلها. (نقي القمي).

(٣) مشكل، ولا يُترك الاحتياط. (محمّد الشيرازي).

(٤) فيه إشكال، بل لا يبعد نفوذها^(أ). (الخوئي).

* على الأحوط، إن لم يكن الأقوى. (زين الدين).

* على ما ادّعى الإجماع عليه، ولم يثبت، فلا يُترك مقتضى الاحتياط. (حسن القمي).

* أظهر الصحة. (الروحاني).

(٥) في وقوعها بدون الإنشاء اللفظي إشكال. (عبدالله الشيرازي).

(أ) هذه تعليقة ثانية له رحمه الله أوردناها من نسخة أخرى غير ما بأيدينا، وهي هكذا: «على إشكال، والأحوط رعاية الاحتياط».

(مسألة ٢٠): يشترط^(١) في المُجيز علمه^(٢) بأنّ له أن لا يلتزم بذلك العقد، فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضي به^(٣) لم يكف^(٤) في الإجازة^(٥)، نعم، لو اعتقد لزوم الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز: فإن كان على وجه التقييد^(٦) لم يكف، وإن كان على وجه الداعي يكون كافياً.

(١) لا دليل على الاشتراط المذكور. (تقي القمي).

(٢) العبرة في صحّة العقد إضافته إليه بإجازته ورضاه بذلك العقد حقيقةً، ولا يعتبر في ذلك علمه بأنّ له ذلك. (الخوئي).

(٣) أي مجرّد الرضا باعتقاد كونه لازماً عليه، وأمّا لو أظهر الرضا بالعقد قولاً أو فعلاً فلا يبعد كفايته. (الخميني).

(٤) لاحتمال الكفاية في صورة إظهاره بأحد الكاشفين: القول أو الفعل وجه. (المرعشي).

(٥) إن كان رضاه به بمعنى إرادة ترتيب الأثر عليه فقط، وأمّا إن رضي بمفاده وبني عليه فلا يبعد كفايته، ولا يضّر اعتقاده لزوم العقد. (البروجردی).

* لا يبعد كفاية الرضا الحقيقي ولو لا اعتقاد لزوم العقد، نعم، لا يكفي التسليم الخالي عن الرضا باعتقاد ذلك. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* إذا كان تسليماً مجرّداً عن الرضا الباطني، وأمّا الرضا الباطني له [إذا]^(أ) حصل كفى. (محمّد الشيرازي).

* إن كان رضاه بمعنى إرادة ترتيب الأثر عليه. (الروحاني).

(٦) إن أجاز العقد الخارجي وقّده بذلك على وجه التوصيف بأن قال: «أجَزْتُ هذا العقد الذي يجب عليّ إجازته» فلا يبعد كفايته، نعم، لو رجع التقييد إلى الاشتراط لا يكفي. (الخميني).

(أ) أضفناه لاقتضاء السياق.

(مسألة ٢١): الإجازة كاشفة^(١) عن صحّة العقد^(٢) من حين وقوعه، فيجب ترتيب الآثار^(٣) من حينه.

(مسألة ٢٢): الرضا الباطنيّ التقديريّ لا يكفي^(٤) في الخروج عن الفضوليّة، فلو لم يكن ملتفتاً حال العقد إلّا أنّه كان بحيث لو كان حاضراً وملتفتاً كان راضياً لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة، بل لو كان حاضراً حال العقد وراضياً به إلّا أنّه لم يصدر منه قول ولا فعل^(٥) يدلّ^(٦) على رضاه^(٧) فالظاهر أنّه من الفضوليّ^(٨)، فله أن لا يجيز.

(١) المسألة مشكلة لا بدّ فيها من الاحتياط. (الخميني).

* كشفاً انقلابياً. (زين الدين).

* على إشكالٍ في أصل الكشف، وكذا في نوعه من جهة كونه حقيقياً أو حكماً. (اللكراني).

(٢) حكماً لا حقيقةً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) في زمان الإجازة من زمان العقد، لا في زمانه، حتّى مع العلم بمجيء الإجازة. (آقايضاء).

* في زمان الإجازة. (عبدالله الشيرازي).

* الإجازة ناقلّة بالنسبة إلى الأحكام التكميلية. (الفاني).

(٤) على الأحوط. (نقي القمي).

(٥) ولم يكن سكوته كاشفاً عرفاً عن الرضا. (المرعشي).

(٦) ولا قرائن قامت على أنّ سكوته إجازة. (الخميني).

(٧) إن لم يكن حضوره وسكوته عن الاعتراض إجازةً له عرفاً. (البروجدي).

(٨) فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط. (عبدالهادي الشيرازي).

(مسألة ٢٣): إذا كان كارهاً حال العقد إلا أنه لم يصدر منه رد^(١) له فالظاهر صحته بالإجازة، نعم، لو استؤذن فنهى ولم يأذن، ومع ذلك أوقع الفضولي العقد يشكّل صحته^(٢) بالإجازة^(٣) لأنّه بمنزلة^(٤) الردّ^(٥) بعده^(٦). ويحتمل^(٧) صحته^(٨) بدعوى الفرق بينه وبين الردّ بعد العقد، فليس بأدون من

⇒ * بشرط أن لا يُعدّ سكوته إجازة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل الظاهر اختلافه باختلاف الموارد، فقد يكون منه، وقد لا يكون. (السبزواري).

* بل الظاهر عدم كونه منه. (الروحاني).

* إلا أن يكون سكوته قرينةً عرفيّةً فعليّةً على الرضا، فإنّه حينئذٍ يُعدّ إجازة. (اللكراني).

(١) تقدّم أنّ الردّ لا أثر له. (الخوئي).

* تقدّم أنّ الردّ لا يُفسد الإجازة المتأخّرة. (تقي القمي).

(٢) لا يُترك الاحتياط وكذا في المُكره. (الفيروزآبادي).

* لا إشكال في صحته بالإجازة. (الفاني).

(٣) صحته بالإجازة لا تخلو من قوّة. (عبدالهادي الشيرازي).

* الأظهر صحته بالإجازة. (الشريعتمداري).

(٤) كونه بمنزلة الردّ ممنوع، كما تقدّم. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٥) كونه بمنزلة الردّ ممنوع، كما تقدّم. (النائيني).

(٦) الفرق بين عدم الإذن قبل العقد والردّ بعده ظاهر، فاحتمال الصحة غير بعيد. (البجنوردي).

* كونه بمنزلة الردّ ممنوع، كما أنّ الإشكال في صحّة عقد المُكره بعد لحوق الرضا ضعيف غايةً. (حسن القمي).

(٧) هذا الاحتمال قويّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٨) هذا الاحتمال بعيد جدّاً، بل الظاهر كونه بمنزلة الردّ، ودعوى الفرق بينه وبينه

عقد المُكرَه الذي نقول بصحّته إذا لحقه الرضا، وإن كان لا يخلو ذلك أيضاً من إشكال^(١).

(مسألة ٢٤): لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّة، ولا الالتفات إلى ذلك، فلو تخيّل كونه وليّاً أو وكيلاً وأوقع العقد فتبيّن خلافه يكون من الفضوليّ، ويصحّ بالإجازة.

(مسألة ٢٥): لو قال في مقام إجراء الصيغة: «زوّجت موكّلتني فلانة» مثلاً

⇒ ممنوعة، كدعوى عدم كونه أدون من عقد المُكرَه إذا لحقه الرضا؛ لوضوح التفاوت بينهما. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازي).

✽ وهو الأرجح. (الكوهكمري).

✽ هذا الاحتمال بعيد مع سبقه بالنهي، وقريب مع عدم الإذن والسكوت. (الخميني).

✽ هذا الاحتمال هو الأظهر، حتّى على القول بكون الردّ بعد العقد مانعاً عن الإجازة. (الخوئي).

✽ وهو الظاهر، وكونه بمنزلة الردّ ممنوع. (زين الدين).

✽ وهو الأقرب، والإشكال ضعيف. (محمّد الشيرازي).

✽ وهي الأقرب. (تقي القمي).

✽ الأقوى الصّحة، وكذا في صورة الإجازة بعد الردّ، كما مرّ. (الروحاني).

✽ على قوّة، إلّا أن يكون النهي السابق دليلاً عرفياً على الردّ بعد العقد، فإنّ الاحتمال حينئذٍ في غاية الضعف، لكنّ الدلالة العرفيّة ممنوعة. (اللكراني).

(١) لا إشكال في صحّتها إن شاء الله تعالى. (آقاضي).

✽ والأقوى الصّحة. (صدرالدين الصدر).

✽ نعم، هو مشكل، واللازم تجديد العقد. (كاشف الغطاء).

✽ ضعيف. (السبزواري).

مع أنّه لم يكن وكيلاً عنها فهل يصحّ وتُقبل الإجازة، أو لا؟ الظاهر الصحة، نعم، لو لم يذكر لفظ «فلانة» ونحوه، كأن يقول: «زوّجت موكلتي»، وكان من قصده امرأةً معيّنةً مع عدم كونه وكيلاً عنها يشكل^(١) صحّته^(٢) بالإجازة^(٣).

(مسألة ٢٦): لو أوقع الفضوليّ العقد على مهرٍ معيّنٍ هل يجوز إجازة العقد دون المهر، أو بتعيين^(أ) المهر على وجهٍ آخر من حيث الجنس أو من حيث

(١) الظاهر أنّه لا وجه معتبر للإشكال. (تقي القمي).

(٢) مع جعل هذا العنوان مرآةً إلى ذاتها لا إشكال في الصحة، كما أنّه مع جعله عنواناً للمعقود عليه الأقوى بطلانه، إلّا مع تشريعه في تطبيقه عليه فإنّه حينئذٍ يمكن المصير إلى تصحيح إجازته. (آقا ضياء).

* مع جعل هذا العنوان مرآةً إلى ذبها لا إشكال في الصحة. (عبدالله الشيرازي).
 * لم يظهر وجه الإشكال؛ لأنّ معنى عقد الفضوليّ إجراؤه على مَنْ لم يأذن. (الفاني).

* لا إشكال فيها إذا كانت المرأة معيّنةً بالقرينة. (الخوئي).
 * إذا لم تُعيّن المرأة في العقد ولو بالقرائن، أمّا إذا كانت معيّنةً ولو بالقرائن فالظاهر صحّة العقد إذا لحقته الإجازة. (زين الدين).

* لا تبعد صحّته بالإجازة. (محمّد الشيرازي).
 * لا إشكال فيها مع تعيين المرأة بالقرينة. (الروحاني).
 * وإن كان الأقرب بعد كون المرأة معيّنةً هي الصحة. (اللنكراني).
 (٣) الأقوى صحّته بالإجازة. (عبدالهادي الشيرازي).
 * صحّته بالإجازة هي الأقوى. (الشريعتمداري).

(أ) كذا في الأصل أيضاً، والظاهر (تعيين).

القلة والكثرة؟ فيه إشكال^(١)، بل الأظهر عدم الصحة^(٢) في الصورة^(٣) الثانية^(٤)، وهي ما إذا عيّن المهر على وجه آخر. كما أنه لا تصح الإجازة مع شرط لم يُذكر في العقد، أو مع إلغاء ما ذكر فيه من الشرط^(٥).

(مسألة ٢٧): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلًا فالظاهر صحته^(٦)، ولزومه إذا كان ناسياً؛ لكونه وكيلًا، بل وكذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على إشكال^(٧)

(١) الإشكال ضعيف، والفرق بين صورتين غير ظاهر، وكذا الكلام في زيادة أو نقيصة الشرط. (محمد الشيرازي).

(٢) فيه إشكال. (المرعشي).

* الظاهر أنّ جميع الصور الأربع المذكورة في هذه المسألة متّحدة في الحكم، فلا يناسب الإشكال في بعضها والجزم بالبطلان في بعضها الآخر. (السبزواري).

(٣) وكذلك الأولى. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٤) وكذا الأولى. (النائيني، الخميني، الروحاني).

* بل في الصورة الأولى أيضاً. (الخوئي).

* الأظهر عدم الصحة في جميع الفروض. (زين الدين).

* وفي الصورة الأولى. (تقي القمي).

* لا فرق بين صورتين على الظاهر. (محمد رضا الكلبيكاني).

(٥) الأظهر صحتها في الموردين، نعم، في الأوّل لا يجب الوفاء بالشرط، وفي الثاني الخيار للطرف. (الروحاني).

(٦) بشرط عدم اشتراط صحة الوكالة بالعلم بها. (المرعشي).

(٧) غير معتبر. (الفيروزآبادي).

فيه^(١).

وأما لو أوقعه بعنوان الفضوليّة فتبيّن كونه وليّاً ففي لزومه بلا إجازةٍ منه أو من المولى عليه إشكال^(٢).

⇒ * بل الأقوى فيه الصّحة، وقياسه بعزله قبل بلوغ الخبر إليه بكون نصبه أيضاً منوطاً بالبلوغ واضح البطلان. (آقا ضياء).

* والأظهر الصّحة فيه وفي ما يليه، وعدم الحاجة إلى الإجازة. (صدرالدين الصدر).

* لا إشكال في صحّته ولزومه. (عبدالله الشيرازي).

* الأظهر لزومه بلا حاجةٍ إلى الإجازة فيما راعى الولي ما يجب مراعاته. (الشريعتمداري).

* الأقرب عدم الخروج عن الفضوليّ. (الخميني).

* الأظهر اللزوم بدون الاحتياج إلى الإجازة. (المرعشي).

* لا فرق بين الفروع الثلاثة المذكورة في هذه المسألة في الصّحة مع تحقّق الشروط. (السبزواري).

* الظاهر الصّحة واللزوم فيه وفي الفرض اللاحق. (زين الدين).

* لكنّه ضعيف، والاحتياط لا يُترك. (تقي القمي).

(١) بل لا يبعد عدم اللزوم. (الخوئي).

* الإشكال غير ظاهر. (محمّد الشيرازي).

* لا يُترك الاحتياط معه. (حسن القمي).

(٢) الأظهر عدمه. (الفيروزآبادي).

* والأقوى لزومه بلا حاجةٍ إلى الإجازة. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* مبنيّ على الداعي والتقيد، وهكذا الأمر في الفرع الآتي، ويلزمه على الثّانية قابليّته للإجازة، وما وجّه به عدم صحّته رأساً على وجهٍ يخرج عن قابليّة لحوق

(مسألة ٢٨): إذا كان عالماً بأنّه وكيل أو وليّ، ومع ذلك أوقع ^(١) العقد ^(٢)

⇒ الإجازة أيضاً منظور فيه، كما لا يخفى، والله العالم. (آقاسياء).

* لا فرق بين الصورتين، والأظهر الصحة بلا إجازة في المقامين. (كاشف الغطاء).

* أقربه للزوم بلا إجازة. (الإصطهباناتي).

* الأقوى لزومه بلا حاجة إلى الإجازة. (عبدالهادي الشيرازي، الروحاني).

* لا إشكال فيه، ولا يحتاج إلى الإجازة؛ لأنّه عقد صدر من أهله. (البجنوردي).

* لا إشكال في الصحة. (الفاني).

* الظاهر صحّته ولزومه مع مراعاة الغبطة. (الخميني).

* أظهره الزوم، وعدم الحاجة إلى الإجازة. (الخوئي، حسن القمي).

* لا يبعد الصحة، من دون حاجة إلى الإجازة إذا كان مراعيّاً لمصلحة المولّي عليه،

كما هو المفروض. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* إن كان على وجه التقييد، وإلّا فالظاهر لزومه بلا حاجة إلى الإجازة. (محمّد

الشيرازي).

* مقتضى القاعدة عدم الإشكال، وعدم الحاجة إلى الإجازة. (تقي القمي).

* والأظهر للزوم، من دون إجازة إذا كان واجداً لشرط الصحة من الولي.

(اللنكراني).

(١) قد مرّ منه أنّه لا يشترط في الفضوليّ قصد الفضوليّة، ولا الالتفات إليها، والظاهر

جريان هذا في الوكالة والولاية، وأنّه لا يعتبر فيهما القصد، ولا الالتفات، وعليه فلا

يبقى محصّل للفرض، بل يتعيّن الصحة والّلزوم. نعم، يمكن إيقاع العقد منهما معلقاً

على رضا جديد من الموكل، أو من المولّي عليه، أو نفسه متأخراً، وحينئذٍ

فلا إشكال فيه إنّما هو من ناحية التعليق. (اللنكراني).

(٢) لا محصّل للفرض، والأقوى صحّته ولزومه. (الشريعةمداري).

ب عنوان الفضوليّة^(١) فهل يصحّ ويلزم، أو يتوقّف على الإجازة، أو لا يصحّ؟ وجوه^(٢)، أقواها^(٣) عدم^(٤) الصّحة^(٥)؛ لأنّه يرجع إلى اشتراط كون العقد

(١) أي بقصد الفضوليّة. (الفيروزآبادي).

(٢) أقواها الصّحة، وما ذكره من التعليل عليل جداً. (صدر الدين الصدر).

✽ أقواها الصّحة، نعم، لو علّق عقده على رضاه أو رضا موكله متأخراً جاء فيه إشكال التعليق، ولعلّ مراده ﷺ هو هذه الصورة. (الخوئي).

(٣) بل الأقوى هو الصّحة، نعم، لو قيّد المنشأ بالعقد بتوقّفه على الإجازة اللاحقة يشكل الصّحة. (جمال الدين الكلبيّ).

(٤) بل الصّحة، إلّا أن يعلّق العقد على كون العاقد فضولياً. (تقي القمي).

(٥) بل الأقوى الصّحة وال لزوم، والتعليل عليل؛ فإنّه لا يرجع إلى الاشتراط، بل قصد الفضوليّة، وهذا القصد وقع لغواً، كتصرّف الحاكم بقصد أنّه متولّ خاص، أو بالعكس، أو بقصد أنّه ليس بمتولّ عام، أو تصرّف المالك بقصد أنّه أجنبيّ. (الفيروزآبادي).

✽ بل الأقوى هو الصّحة، نعم، لو قيّد المنشأ بالعقد بتوقّفه على الإجازة اللاحقة يشكل الصّحة. (النافيني).

✽ بل أقواها الصّحة، وما ذكر وجهاً لعدم الصّحة محلّ المناقشة. (الإصفهاني، عبدالله الشيرازي).

✽ بل الأقوى الصّحة إذا لم يقيّد المنشأ بالعقد بكونه متوقّفاً على الإجازة، وإلّا فمشكل. (الإصطهباناتي).

✽ بل أقواها الصّحة وال لزوم، ورجوعه إلى اشتراط الجواز ممنوع. (البروجردی).

✽ بل الأقوى الصّحة. (عبد الهادي الشيرازي، السبزواري).

✽ بل أقواها الصّحة، ولا يرجع إلى ما ذكره من الاشتراط. (البجنوردي).

الصادر من وليّه جائزاً، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الإبقاء والعدم، وبعبارة أخرى: أوقع العقد متزليلاً.

(مسألة ٢٩): إذا زوّج الصغيرين وليّهما فقد مرّ أنّ العقد^(١) لازم عليهما^(٢)،

⇒ * بل الأقوى الصّحة واللزوم ولغوّة قصدها، وما ذكره من الرجوع إلى اشتراط الجواز ممنوع، ومع تسليمه فكونه موجباً للبطلان محلّ إشكال. (الخميني).

* بل الأقوى الصّحة واللزوم، والتعليل عليل. (المرعشي).

* هذا إذا قيّد المنشأ بالتزلزل ليرجع إلى عدم قصد إنشاء النكاح، وأمّا إذا أنشأ النكاح واشترط جوازه وكونه موقوفاً على إجازة الموكل أو المولى عليه فهذا شرط فاسد ومفسد على القول بإفساده. وأمّا إذا أنشأ النكاح بغير عنوان الوكالة، بل بعنوان الإنشاء من قبل نفسه بلا قيد ولا شرط، كما هو الظاهر من عنوان المسألة، فالظاهر صحّة العقد، وعدم توقّفه على الإجازة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* الأقوى الصّحة، إلّا إذا قصد بعنوان الفضوليّة إنشاء توقّف العقد على الإجازة، أو جعل الخيار فيه، فيبطل العقد إذا لم يتطابق فيه الإيجاب والقبول، وتشكل الصّحة إذا تطابقا. (زين الدين).

* فيه تفصيل ذكرناه في الفقه. (محمّد الشيرازي).

* فيه إشكال. (حسن القمي).

* أظهر الصّحة، نعم، إذا علّق العقد على رضاه أو رضا موكله جاء فيه إشكال التعليق. (الروحاني).

(١) قد مرّ أنّ لهما الخيار بمقتضى النصّ، راجع المسألة الرابعة من هذا الفصل. (تقي القمي).

(٢) مرّ الإشكال فيه، ولكنّه مع ذلك يثبت بينهما التوارث؛ لأنّ المفروض صحّة العقد وإن ثبت لهما الخيار بعد البلوغ. (الخوئي).

ولا يجوز لهما بعد البلوغ ردّه أو فسخه^(١). وعلى هذا فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر.

وأما إذا زوجهما الفضوليّان فيتوقّف على إجازتهما بعد البلوغ، أو إجازة وليّهما قبله، فإن بلغا وأجازا ثبتت الزوجيّة، ويترتب عليها أحكامها من حين العقد؛ لما مرّ^(٢) من كون الإجازة كاشفة.

وإن ردّا أو ردّ أحدهما، أو ماتا^(٣)، أو مات أحدهما قبل الإجازة كشف عن عدم الصّحة من حين الصدور.

وإن بلغ أحدهما^(٤) وأجاز ثمّ مات قبل بلوغ الآخر يعزل^(٥) ميراث الآخر على تقدير الزوجيّة، فإن بلغ وأجاز يحلف على أنّه لم تكن إجازته

⇒ * وقد تقدّم الإشكال فيه. (محمّد الشيرازي).

* قد مرّ أنّه يحتمل أن يكون لهما في صورة واحدة فسخ العقد، ومع عدم الفسخ يتوارثان، ومع الفسخ في تلك الصورة محلّ إشكال. (حسن القمي).

(١) إذا كان موافقاً لمصلحتهما، وإلاّ فلهما الردّ. (كاشف الغطاء).

(٢) قد مرّ الإشكال في الكشف ولزوم الاحتياط، وإن لا يبعد الالتزام به في المقام؛ لأجل النّص الخاصّ. (الخميني).

(٣) في العبارة قصور؛ حيث إنّ البطلان بالموت ليس كالأثر المترتب على الإجازة، والردّ في التفرّع على البلوغ. (السنكراني).

(٤) الحديث يختصّ بصورة موت الزوج فيشكل الجزم بالعموم. (تقي القمي).

(٥) كما في رواية الحذاء^(أ)، والمراد بالوليّ فيها: من يلي أمرهما عرفاً، لا الشرعيّ؛ كي ينافي ما تقدّم من لزوم النكاح الصادر منه. (المرعشي).

(أ) الوسائل: الباب (٥٨) من أبواب المهور، ح ٢.

للطمع^(١) في الإرث، فإن حلف يدفع إليه، وإن لم يُجزَّ أو أجاز ولم يحلف لم يدفع، بل يردّ إلى الورثة، وكذا لو مات بعد الإجازة وقبل الحلف. هذا، إذا كان متّهماً بأن إجازته للرغبة في الإرث، وأما إذا لم يكن متّهماً بذلك - كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته، أو كان المهر اللازم عليه أزيد ممّا يرث، أو نحو ذلك - فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف.

(مسألة ٣٠): يترتب على تقدير الإجازة والحلف جميع الآثار المرتبة على الزوجيّة - من المهر، وحرمة الأمّ والبنت^(٢) وحرمتها إن كانت هي

(١) هذا ما عبّر به الفقهاء تتبع، وفي الرواية يحلف على أنّه ما دعاه على أخذ الميراث إلّا رضاه بالتزويج، والفرق بين التعبيرين واضح، ولعلّهم استفادوا من الرواية ما عبّروا به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) حيث إنّ المفروض موت الزوجة بعد إجازتها وقبل بلوغ الزوج، فلا وجه لحرمة بنتها عليه على تقدير الإجازة والحلف منه؛ لأنّها غير مدخول بها، إلّا أن يفرض دخوله بها قبل بلوغه. (صدرالدين الصدر).

* لا محلّ لذكر البنت بعد أن كانت لا تحرم إلّا بعد الدخول، والمفروض أنّ الزوجة قد ماتت قبل بلوغ الزوج، فتدبّره، ومثله في المسألة (٣٢). (كاشف الغطاء).

* ذكر البنت لا مورد له في الفرض. (البجنوردي).

* هذه الكلمة من سهو القلم، أو غلط النسخ. (الخوئي).

* ذكر حرمة البنت في الفرض لعلّه من سهو القلم. (زين الدين).

* كيف تتصوّر الحرمة بالنسبة إلى البنت مع فرض الموت؟! (تقي القمي).

* هذه الكلمة زائدة. (الروحاني).

* هو من سهو القلم، كما يأتي. (اللنكراني).

الباقية على الأب والابن ونحو ذلك - بل الظاهر^(١) ترتّب هذه الآثار^(٢) بمجرد^(٣) الإجازة^(٤) من غير حاجة^(٥) إلى الحلف^(٦). فلو أجاز ولم يحلف

(١) فيه تأمل، بل منع؛ لأنّه خلاف ظاهر النصّ^(أ). (صدرالدين الصدر).

* بل ظاهر صحيح الحدّاء الوارد في المقام عطف استحقاق المهر على الميراث في الترتّب على الحلف، وهما وإن كانا مشتركين في الاتّهام إلّا أنّ الظاهر عدم الفرق بين المهر وبين سائر أحكام الزوجيّة، مضافاً إلى أنّ الحكم على خلاف القاعدة، ولا بدّ من الاقتصار فيه على المتيقّن، نعم، الاحتياط لا ينبغي أن يُترك. (السنكراني).

(٢) من حين العقد. (المرعشي).

(٣) على الأحوط. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٤) على الأحوط. (النائيني، زين الدين، حسن القمي).

* مشكل، ومراعاة الاحتياط لازمة. (الإصطهباناتي).

* فيه إشكال، نعم، هو أحوط^(ب). (الخوئي).

(٥) محلّ إشكال، بل الحاجة إليه لا تخلو من وجه؛ فإنّ ظاهر النصّ هو: أنّ الإجازة التي بها يتمّ سبب الزوجيّة هي الصادرة لا عن طمع في الميراث، وأنّ الطريق لإحراز ذلك هو الحلف، فمع عدمه لا طريق إلى إحراز تمام السبب، والأصل عدمه. (عبدالله الشيرازي).

* الحلف أوفق بظاهر الرواية. (الفاني).

* الأقرب هو الحاجة إليه في ترتّب الأحكام ظاهراً. (الخميني).

(٦) محلّ إشكال، بل الحاجة إليه لا تخلو من وجه؛ فإنّ ظاهر النصّ هو أنّ الإجازة

⇐

(أ) الوسائل: الباب (٥٨) من أبواب المهور، ح ٢.

(ب) هذه التعليقة له رحمته أو ردناها من نسخة أخرى غير ما بأيدينا.

مع كونه متّهماً لا يرث، ولكن يرتّب^(١) سائر الأحكام^(٢).
 (مسألة ٣١): الأقوى^(٣) جريان الحكم المذكور في المجنّون، بل
 الظاهر^(٤) التعدي إلى سائر الصور، كما إذا كان أحد الطرفين الولي والطرف

⇒ التي بها يتمّ سبب الزوجيّة هي الصادرة لا عن طمع في الميراث، وأنّ
 الطريق لإحراز ذلك هو الحلف، فمع عدمه لا طريق إلى إحراز تمام السبب،
 والأصل عدمه. (البرجودي).

* ممنوع؛ فإنّ تصحيح العقد بعد موت واحدٍ منهما الذي هو بمنزلة تلف ركن العقد
 بإجازة الطرف الآخر على خلاف القاعدة، فليقتصر على المتيقّن؛ على أنّ ذلك
 ظاهر الرواية فإنّها تدلّ على أنّ الحلف تمام السبب؛ باعتبار كونه كاشفاً عن إجازة
 العقد، لا عن طمع في الميراث. (الشريعتمداري).

* الأحوط الاحتياج إليها. (المرعشي).

* الظاهر الاحتياج إليها في ترتيب الآثار أيضاً. (محمّد الشيرازي).

* يتمّ ذلك في غير المهر، وأمّا المهر فحكمه حكم الميراث. (الروحاني).

(١) محلّ إشكال. (الإصفهاني).

(٢) محلّ إشكال. (عبدالله الشيرازي).

* الظاهر أنّ موضوع ترتّب الأحكام هو العقد المتعقّب بالإجازة والحلف
 أيضاً، فبدون الحلف لم يتحقّق ما هو موضوع الأحكام، فحال سائر الأحكام
 حال الإرث. (البحرودي).

(٣) في الأقاويّة إشكال، بل منع؛ إذ كيف يجوز التعدي عن مورد الحديث إلى غيره
 مع كون الأحكام الشرعيّة تعبدية؟! (نقي القمي).

(٤) بعد الاستفادة من الرواية أنّ الملاك في الحلف هو رفع الاتّهام - والمفروض
 وجوده في المقام - لا يبقى مجال لدعوى الظهور، فلا يُترك الاحتياط بالإحلاف في
 الإرث وأخذ المهر، وكذا سائر الأحكام. (السنكراني).

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 مَنْ لزم العقد بالنسبة إليه - لعدم الحاجة إلى الإجازة أو لإجازته بعد بلوغه أو رشده - وبقي الآخر فإنه يعزل حصّة الباقي من الميراث إلى أن يردّ أو يجيز. بل الظاهر عدم الحاجة إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر الصور؛ لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين.

ولكنّ الأحوط ^(١) الإحلاف ^(٢)

(١) هذا الاحتياط لا يُترك. (النائيني).

* هذا الاحتياط لا يُترك، خصوصاً بالنسبة إلى الإرث. (الإصطهباناتي).

* لا يُترك. (جمال الدين الكلبيگاني).

* لا يُترك الاحتياط، خصوصاً بالنسبة إلى الإرث. (عبدالله الشيرازي).

* لا يُترك، ومع عدم التمكن منه فالأحوط التخلّص بالصلح. (البروجردی).

* لا يُترك بالنسبة إلى الإرث. (عبدالهادي الشيرازي).

* لا يُترك في ترتّب جميع الأحكام، بل لا ينبغي ترك الاحتياط بالتخليص بالصلح في جميع الصور الخارجة عن النصّ. (الخميني).

* لا يُترك، سيّما بالنسبة إلى الإرث والمهر، والأحوط منه التخلّص بالتصالح في تمام الفروض المذكورة التي لم تُذكر في الخبر. (المرعشي).

(٢) لا يُترك الاحتياط، خصوصاً بالنسبة إلى الإرث. (الإصفهاني).

* يعني الأحوط على أخذ الإرث الحلف ثمّ الأخذ، وأمّا الأحوط على المُعطي فالإعطاء مع الإجازة ولو لم يحلف إلّا مع التراضي

في الجميع^(١) بالنسبة إلى الإرث، بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً.
 (مسألة ٣٢): إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً
 أو مُجيزاً، والطرف الآخر فضولياً، ولم تتحقق إجازة ولا ردّ فهل يثبت على
 الطرف اللازم تحريم المصاهرات، فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة
 وبنتها^(٢) وأختها والخامسة، وإذا كانت زوجةً يحرم عليها التزويج بغيره؟
 وبعبارة أخرى: هل تجري عليه آثار الزوجية وإن لم تجرِ على الطرف
 الآخر، أو لا؟ قولان، أقواهما الثاني^(٣).

⇨ والتصالح. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* لا يُترك. (السبزواري).

* لا يُترك هذا الاحتياط بالنسبة إلى الإرث والمهر. (زين الدين).

* لا يُترك، وإذا رتب الأثر المضادّ ففي صحّة الإجازة إشكال. (محمّد الشيرازي).

* هذا الاحتياط لا يُترك. (حسن القمي).

(١) هذا الاحتياط لا يُترك في الإرث. (البجنوردي).

* لا يُترك الاحتياط بل الظاهر الاحتياج إلى الحلف، كما تقدّم وجهه. (الشريعتمداري).

* لا يُترك الاحتياط بالإضافة إلى الإرث وإلى أخذ المهر، وأمّا بالإضافة إلى بقيّة

الأحكام فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف، مع أنّه أحوط. (الخوئي).

* لا يُترك بالنسبة إلى المهر والإرث. (تقي القمي).

* لا يُترك بالنسبة إلى الإرث وأخذ المهر. (الروحاني).

(٢) الظاهر أنّه من سهو القلم، كما مرّ؛ لعدم ترتّب حرمة البنت على مجرّد العقد، بل

توقّف على الدخول. (اللكراني).

(٣) بل الأوّل. (النافيني، جمال الدين الكلبيكاني).

إلا^(١) مع فرض^(٢) العلم^(٣) بحصول^(٤)

⇒ * حتّى مع فرض العلم بحصولها بعد ذلك، حتّى بناء على الكشف، إلا بناءً على بعض وجوهها الشاذّة. (صدرالدين الصدر).

* حتّى مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك؛ بناء على الكشف الانقلابي كما هو المختار. (زين الدين).

(١) لا وجه للاستثناء؛ فإنّه ما لم تتحقّق الإجازة يجوز كلّ تصرّف للأصيل، ومع فرض تصرّفه تصرّفاً وضعيّاً لا يبقى مجال للإجازة، نعم، لو قيل بكونها كاشفة حقيقة يكون التصرف على الإجازة باطلاً، لكنّ القول المذكور باطل من أصله. (تقي القمي).

* في الاستثناء تأمل، بل منع. (اللنكراني).

(٢) في الاستثناء إشكال، بل منع. (الخميني).

(٣) يمكن منعه على التحقيق في معنى الكشف، ولا يُترك الاحتياط. (الكوه كَمَرِي).

* بل أقواهما الأوّل، حتّى مع العلم بحصول الإجازة بعد ذلك؛ لبطلان الكشف الحقيقيّ الذي هو مبنى القول الثاني، ومن هنا تعرف أنّه لو تزوّج الأمّ أو البنت لا يبقى محلّ للإجازة. (البجنوردي).

* بل ولو مع العلم بحصول الإجازة من الآخر، ولو أتى بما ينافي الزوجيّة لم يبق موضوع للإجازة. (الفاني).

* الحكم بثبوت التحريم في فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك لا يجتمع مع القول بكون الإجازة كاشفة حكماً وناقلة حقيقة، كما هو المختار. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* بل حتّى مع فرض العلم أيضاً. (السبزواري).

* الأقوى هو الثاني مطلقاً. (الروحاني).

(٤) مع فرض العلم أيضاً لا يخلو من إشكال. (حسن القمي).

الإجازة^(١) بعد ذلك^(٢)، الكاشفة عن تحققها من حين العقد. نعم، الأحوط^(٣) الأول^(٤)؛ لكونه في معرض ذلك^(٥) بمجيء الإجازة. نعم، إذا تزوج الأم أو البنت مثلاً ثم حصلت الإجازة^(٦) كشفت^(٧) عن

(١) بل ولو مع فرض العلم بالإجازة. (الشريعتمداري).

(٢) بل مع فرض العلم بحصولها أيضاً، وإن كان يجب من حين الإجازة ترتيب آثار الصحة من حين العقد، كما أشرنا إليه سابقاً، وهو الذي تقتضيه القواعد في باب الفضولي من كل عقد، والتزم به المشهور القائلين بالكشف. (آقاياء).
* بل مع هذا الفرض أيضاً. (الخوني).

(٣) لا يُترك. (البروجردی).

(٤) لا يُترك. (الإصطهباناتي).

* لا وجه لهذا الاحتياط؛ لأنّ له التصرف الموجب لعدم بقاء العقد على قابلية لحق الإجازة. (الفاني).

* ويحتمل القرعة، وكذا اللازم مراعاة الاحتياط. (محمد الشيرازي).

(٥) معرضيته لذلك موقف على بقاء الموضوع، ولا مانع من القول بانتفائه بتزويج الأم، فلا تؤثر الإجازة بعده، نعم، على القول بلزوم العقد على الأصل يحرم ذلك عليه تكليفاً، ولكن لو تزوج صحّ وتكفي الإجازة، لكن مع ذلك لا يُترك الاحتياط. (محمد رضا الكلبيكاني).

(٦) لا تصحّ الإجازة؛ لخروج العقد المذكور عن القابلية للتصحيح؛ بسبب وقوع العقد على الأم والبنت عقداً صحيحاً سابقاً على الإجازة. (الفاني).

(٧) الكشف في حقّ البنت التي لم تكن أمها مدخولة^(أ)، كما ترى. (المرعشي).

⇐

(أ) كذا في الأصل، والأصحّ (مدخولاً بها).

بطلان^(١) ذلك^(٢).

(مسألة ٣٣): إذا ردّ المعقود أو المعقودة فضولاً للعقد ولم يُجزَّه لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة، سواء أجاز الطرف الآخر أم كان أصيلاً أم لا؛ لعدم حصول الزوجية بهذا العقد الغير مجاز، وتبين كونه كان لم يكن. وربما يستشكل في خصوص نكاح^(٣) أمّ المعقود عليها، وهو في غير محله بعد أن لم يتحقق نكاح. ومجرد العقد لا يوجب شيئاً، مع أنه لا فرق

⇒ * بل لا يبقى موقع للإجازة إلا على تقدير الكشف الحقيقي ببعض معانيه. (اللكراني).

(١) ويمكن الالتزام ببطلان الإجازة. (الكوه كَمَرِي).

(٢) بل تقع الإجازة باطلة. (الشريعةمداري).

* فيه منع، نعم، يتم ذلك على الكشف الحقيقي ببعض معانيه على إشكال فيه أيضاً. (الخوئي).

* مشكل، بل ممنوع، إلا بناءً على الكشف الحقيقي، وفيه منع، ثم إنَّ المشار إليه بكلمة «ذلك» إن كان عقد الأمِّ والبنت فهو مخالف لما يأتي في المسألة (٣٤)، وإن كان عقد الفضولي فهو خلاف الظاهر من الاستدراك بقوله ﷺ، «نعم». ثم إنَّ حقَّ التعبير أن يقال: «إذا كان أحد الطرفين ملتزماً بالعقد، أصيلاً كان أو مُجِزاً...» إلى آخره؛ إذ لا لزوم في البين مطلقاً، إلا بناءً على الكشف الحقيقي، وهو ممنوع. (السبزواري).

* فيه إشكال. (حسن القمي).

* بل أظهر بطلان الإجازة. (الروحاني).

(٣) وفي نكاح أب المعقود أو ابنه أيضاً. (اللكراني).

بينه وبين نكاح البنت^(١). وكون الحرمة في الأوّل غير مشروطة بالدخول، بخلاف الثاني، لا ينفع في الفرق.

(مسألة ٣٤): إذا زوّجت امرأة فضولاً من رجلٍ ولم تعلم بالعقد، فتزوّجت من آخر، ثم علمت بذلك العقد ليس لها^(٢) أن تُجيز؛ لفوات محلّ الإجازة. وكذا إذا زوّج رجل فضولاً بامرأة، وقبل أن يطّلع على ذلك تزوّج أمّها أو بنتها أو أختها ثم علم.

ودعوى أنّ الإجازة حيث إنّها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني كما ترى^(٣).

(مسألة ٣٥): إذا زوّجها أحد الوكيلين من رجل، وزوّجها الوكيل الآخر من آخر: فإن علّم السابق من العقدین فهو الصحيح، وإن علّم الاقتران بطلا

(١) الأمر وإن كان كذلك في المقام حيث لم يتحقّق عقد قبل الإجازة إلّا أنّ بين نكاح الأمّ ونكاح البنت فرقاً من جهةٍ أُخرى، وهي: أنّ مجرد نكاح الأمّ لا يوجب بطلان العقد على البنت فلو عقد على البنت والحال هذه بطل عقد الأمّ، وهذا بخلاف عقد البنت فإنّه بمجردّه يوجب بطلان العقد على الأمّ. (الخوئي).

(٢) لكونها ذات بعلٍ فيحرم عليها التزويج الحاصل بالإجازة، أو لانصراف أدلّة صحّة الفضوليّ عن الفرض، ومنه يُعلم الحال في الزوج أيضاً. (المرعشي).

(٣) إذ كشف الإجازة فرع سلطنة المُجيز، وهو فرع بطلان نكاحه، فكيف يؤثر في بطلانه؟! (آقا ضياء).

※ مناط حكم المسألة والمسألة الإحدى والثلاثين من حيث الحكم الوضعيّ واحد، نعم، لا تجب الإجازة في الفرض على غير الأصيل تكليفاً، وله إفناء الموضوع ولو مع الالتفات، بخلاف المسألة السابقة حيث إنّّه يجب على الأصيل الوفاء، ويحرم عليه إفناء الموضوع، لكن تكليفاً لا وضعاً، كما مرّ. (محمّد رضا الكلبيكاني).

معاً، وإن^(١) شَكَّ^(٢) في السبق والاقتران^(٣) فكذلك^(٤)؛ لعدم العلم بتحقيق عقدٍ

(١) الظاهر أن يكون ملحقاً بما عُلِمَ عدم الاقتران، لا بما علم الاقتران، فلو كان أحدهما معلوم التاريخ يُحْكَمُ بصحته. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) الظاهر أن يكون ملحقاً بما عُلِمَ عدم الاقتران، لا بما علم الاقتران، فلو كان أحدهما معلوم التاريخ يُحْكَمُ بصحته. (النائيني).

* إذا كان أحدهما معلوم التاريخ فالظاهر الصحة فيه، كصورة العلم بعدم الاقتران والعلم بتاريخ أحدهما. (صدرالدين الصدر).

(٣) مع الجهل بتاريخهما، وأمّا مع العلم بتاريخ أحدهما فيحكم بصحته دون الآخر، كما في صورة العلم بالسبق واللاحق. (عبدالله الشيرازي).

* إلّا مع العلم بتاريخ أحدهما فيحكم بصحته. (الشريعتمداري).

* نعم، لو عُلِمَ تاريخ أحدهما فيحكم بصحته، ومجرد الشك في المقارنة لا يوجب البطلان؛ لعدم إحرازها. (الفاني).

* في فرض كونهما مجهولَي التاريخ، وأمّا في صورة العلم بتاريخ أحدهما فالحكم بصحة المعلوم تاريخه هو الأقوى، والأحوط طلاقها من طرف كلا الزوجين، ثمّ من أرادها تزوّجها بعقدٍ جديد. (المرعشي).

(٤) الظاهر أنّه إذا علم تاريخ أحدهما في هذه الصورة يُحْكَمُ بصحته كالصورة اللاحقة، وعدم العلم بتحقيق عقدٍ صحيح في هذه الصورة دونها ليس بفارق بينهما بعد احتمال صحة كلّ منهما، والعلم ببطلان واحدٍ منهما في كلّ منهما، فكما يُحْكَمُ بعدم وقوع العقد الآخر إلى زمان وقوع ما عُلِمَ تاريخه في تلك الصورة فيحكم بصحته وتأثيره كذلك في هذه الصورة، غاية الأمر في تلك الصورة يُدْفَعُ بالأصل احتمال سبق العقد الآخر على ما عُلِمَ تاريخه، وفي هذه الصورة احتمال سبقه وتقارنه. (الإصفهاني).

⇒ * الظاهر أنَّ حكم هذه الصورة الثالثة، في أنَّ مع العلم بتاريخ أحدهما يُحكَّم بصحَّته دون الآخر. (الإصطهباناتي).

* مع الجهل بتاريخهما، وأمَّا مع العلم بتاريخ أحدهما فيُحكَّم بصحَّته دون الآخر، كما في صورة العلم بالسَّبق والحق. (البرجودي).

* مع عدم العلم بتاريخ أحدهما، وإلَّا فيُحكَّم بصحَّة ما علم تاريخه. (عبد الهادي الشيرازي).

* الظاهر أنَّه إذا عُلِمَ تاريخ أحدهما يُحكَّم بصحَّته؛ بناءً على جريان استصحاب عدم في مجهول التاريخ دون معلومه. (الجنودي).

* مع الجهل بتاريخهما، وأمَّا مع العلم بتاريخ أحدهما يُحكَّم بصحَّته دون الآخر. (الخميني).

* مع الجهل بتاريخهما، وأمَّا مع العلم بتاريخ أحدهما فيُحكَّم بصحَّته فقط. (السبزواري).

* إذا كانا معاً مَجْهُولَي التاريخ، وأمَّا إذا كان أحدهما معلوم التاريخ فالظاهر الحكم بصحَّته، كما في الفرض اللاحق. (زين الدين).

* إلَّا مع العلم بتاريخ أحدهما، فهو - أيَّ المعلوم - محكوم بالصحَّة، وفي بعض الحواشي (أ): استصحاب عدم تحقُّق المجهول إلى زمانٍ مقارنٍ للمعلوم لا يترتَّب عليه أثر شرعيٍّ كي يلحق ذلك بمعلوم السَّبق، كما أفاده غير واحدٍ من أكابر المحشِّين؛ لأنَّ بطلان العقد المقارن بمثله عقليٌّ، لا شرعيٌّ، بخلاف المسبوق بمثله حيث إنَّ بطلانه شرعيٌّ، فيُستصَحَب عدم وقوع العقد السابق، فيترتَّب عليه عدم

(أ) وهي حاشية السيّد محمد رضا الكلبيكاني رحمته الله المذكورة في الصفحة التالية في الهامش رقم (١).

صحيح، والأصل عدم تأثير^(١) واحدٍ منهما.

وإن عُلِمَ السبق واللاحق ولم يُعْلَمَ السابق من اللاحق: فإن عُلِمَ تاريخ أحدهما حُكِمَ بصحّته^(٢) دون الآخر^(٣)، وإن جُهِل

⇒ البطلان شرعاً، انتهى.

وَيَرَدُّ عليه: أَنَّهُ لا فرق بين المقارن والمسبوق في كون البطلان شرعياً؛ فإنَّ حكم العقل بالبطلان إنّما هو لأجل قيام الدليل الشرعيّ على امتناع ثبوت الزوجين بالإضافة إلى زوجة واحدة، ومع قطع النظر عن ذلك لا مجال للعقل للحكم بالبطلان، فالملاك موجود في المقامَيْن من دون فرق، مع أنّ استصحاب عدم وقوع العقد السابق إن كان بنحو «ليس» التامّة فالظاهر عدم جريانه أصلاً، وإن كان بنحو «ليس» الناقصة فليس له حالة سابقة متيقّنة. (اللكراني).

(١) واستصحاب عدم تحقّق المجهول إلى زمانٍ مقارنٍ للمعلوم لا يترتّب عليه أثر شرعيّ كي يلحق ذلك بمعلوم السبق، كما أفاده غير واحدٍ من أكابر المحشّين؛ لأنّ بطلان العقد المقارن بمثله عقليّ، لا شرعيّ، بخلاف المسبوق بمثله حيث إنّ بطلانه شرعيّ، فيستصحب عدم وقوع العقد السابق، فيترتّب عليه عدم البطلان شرعاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) والأولى رعاية الاحتياط بالطلاق - كما مرّ - إن لم يناقش بالإثبات، وهي ممنوعة، والتفصيل في محلّه. (المرعشي).

* الظاهر أنّ حكم المعلوم تاريخه حكم مجهوله. (الخوئي، الروحاني).

* هذا يتمّ على مسلكه؛ حيث يرى عدم جريان الأصل في معلوم التاريخ، وأمّا على المسلك المنصور فلا وجه للتفصيل. (تقي القمي).

(٣) لا يخلو من الإشكال. (الكوهكفري).

* الأظهر أنّ الحكم في المعلوم التاريخ والمجهول التاريخ سواء، وإن كان مراعاة الاحتياط أولى. (حسن القمي).

التاريخان^(١) ففي المسألة وجوه:
 أحدها: التوقيف^(٢) حتّى يحصل العلم.
 الثاني: خيار الفسخ للزوجة.
 الثالث: أنّ الحاكم يفسخ.
 الرابع: الفرعة، والأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير^(٣).

(١) ولم يحتمل الاقتران، وإلاّ فيُحكّم بطلانهما، كما مرّ. (الخميني).

✽ وكان عدم الاقتران معلوماً. (المرعشي).

(٢) هذا هو المتعيّن وعلى طبق القاعدة، إلّا أن يصل الأمر إلى حدّ يدخل المقام في الأمور الحسبيّة، فيقوم الحاكم ويتصدّى الطلاق نيابةً عن الزوج، وباقي الوجوه المذكورة مخدوشة. (تقي القمي).

(٣) لا يخلو من الإشكال، والأحوط الطلاق منهما، ولو امتنعا فلا يبعد أن يكون للحاكم إلزامهما بذلك، وكذا في نظائر المسألة، والحمد لله ربّ العالمين، والصلاة على رسوله وآله الطاهرين. (النائيني).

✽ على فرض ثبوت جبر الرواية بعملهم، وإلاّ فالأوّل أولى. (آقاضي).

✽ لا يُترك الاحتياط. (صدرالدين الصدر).

✽ بل الذي قبله، وهو فسخ الحاكم، بمعنى أنّ الحاكم يلزمهما بالطلاق، فإن طلقا وإلاّ طلقها قهراً عليهما، أمّا الفسخ بغير الطلاق فلا وجه له، فتدبره. (كاشف الغطاء).

✽ لا يخلو من الإشكال، والأحوط الطلاق منهما، ولو امتنعا فلا يبعد أن يكون للحاكم إلزامهما^(أ) بذلك، وكذا في نظائر المسألة، والحمد لله ربّ العالمين، والصلاة على رسوله وآله الطاهرين. (جمال الدين الكلبيكاني).

⇐

(أ) كذا في أصل النسخة، والظاهر أنّ الصحيح (الإلزامهما) أي الزوجين، بقرينة ما قبله (ولو امتنعا).

ولاحظ حاشية النائيني وكاشف الغطاء رحمتهما قبلها وبعدها.

⇒ * وإن كان الأحوط أن يطلقها. (الإصطهباناتي).

* والأحوط الطلاق منهما. (عبد الهادي الشيرازي).

* ولكنّ الأحوط طلاقهما؛ لمعارضة الأصلين، وعدم أمارَةٍ على إثبات صحّة أحدهما المعيّن، فمع العلم ببطلان أحدهما ليس لكل واحدٍ منهما ترتيب آثار الزوجيّة، فلا مناص إلا الطلاق باختيارهما، أو باجبار الحاكم لهما؛ دفعاً لضرر المرأة، وكذلك الأمر في الفروع التي ذكرها بعد ذلك. (البجنوردي).

* على فرض حجّة القرعة في المقام، وإلا فالأحوط أن يطلقها أحدهما، والآخر يعقدها بعقدٍ جديدٍ إن أراد تزويجها، وإلا فهو أيضاً يطلقها، وهكذا الحال بالنسبة إلى الفروع الآتية. (عبد الله الشيرازي).

* يمكن علاج المشكلة بالطلاق، فلا يُجزم بكون المورد من موارد القرعة، فالأحوط لو لم يكن الأقوى الطلاق. (الغانّي).

* وينبغي الاحتياط بالطلاق، كما تقدّم. (المرعشي).

* وإن كان الأحوط أن يطلقها أحد الرجلين، فإن شاء الآخر تزوّجها بعقدٍ جديدٍ وإلا فالأحوط أن يطلقها هو أيضاً، وكذلك يُراعى الاحتياط في الفروع الآتية. (الخوئي).

* لكنّ الأحوط على الزوجة إرضاءهما للطلاق مع التمكن ولو بإعطاء شيء عليهما، وصرف النظر عن الصداق، كما أنّ الأحوط عليهما الطلاق. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* والأحوط لكلّ منهما التخلّص بالطلاق، وكذا في نظائر المقام. (السبزواري).

* الأحوط أن يُطلق الرجلان معاً، أو يطلقها أحدهما ويتزوّجها الثاني بعقدٍ جديدٍ، وكذا في الفروض اللاحقة. (زين الدين).

وكذا الكلام إذا زوجه أحد الوكيلين برابعةٍ والآخر بأخرى، أو زوجه أحدهما بامرأةٍ والآخر ببنتها^(١) أو أمها أو أختها.

وكذا الحال إذا زوجت نفسها من رجلٍ وزوجها وكيلها من آخر، أو تزوج بامرأةٍ وزوجه وكيله بأخرى لا يمكن الجمع بينهما.

ولو ادعى أحد الرجلين المعقود لهما السبق، وقال الآخر: «لا أدري من السابق» صدقت المرأة المدعى للسبق حُكْم بالزوجية^(٢) بينهما؛ لتصادقهما عليها.

[هذا آخر ما صنّفه - دام ظلّه - من النكاح]

* * *

⇒ * الأحوط التفريق بينها وبينهما بالطلاق، أو تجديد العقد لأحدهما مع طلاق الآخر لها أولاً، فإن امتنعا من الطلاق فالأوجه هو القرعة، وكذلك في الفروع الآتية، فلا يُترك الاحتياط بالطلاق إن أمكن، وإلا فالقرعة. (حسن القمي).

* هذا وإن كان قوياً إلا أن الأحوط أن يطلقها أحد الزوجين ويزوجها الآخر، وإن لم يشأ تزويجها طلقها أيضاً، وكذا الحال في الفروع الآتية. (الروحاني).

(١) الظاهر أن عقد البنت صحيح وعقد الأم باطل، كما تقدّم. (الخوئي).

(٢) الظاهر أن للآخر عليهما الحلف. (الفيروزآبادي).

كِتَابُ الْوَصِيَّةِ

كتاب الوصية

وهي: إمّا مصدر^(١) «وَصِيَ يَصِي» بمعنى الوصل؛ حيث إنّ المُوصِي يصل تصرّفه بعد الموت بتصرّفه حال الحياة. وإمّا اسم مصدر بمعنى العهد^(٢)،

(١) الظاهر أنّها ليست بمصدر من الثلاثي، ولا اسمه، سواء كان تفعيلاً أم إفعالاً، وأنّها - على أيّ حالٍ - بمعنى العهد في تمام اشتقاقاتها وفروعها أينما ذكرت وكلّما استعملت، كما لا يخفى على من جاس خلال ديار استعمالها في الكتاب والسنة وألسنة المتشرّعة، غاية الأمر أنّ متعلقاتها تختلف، ككونها تملك العين أو المنفعة أو الحقّ أو التسليط على الفكّ أو التحرير وصنوف العقود والإيقاعات، وأمّا المأخوذة من وَصِيَ يَصِي لو سلّم ذلك فهي بمعنى الوصل بلا ريب، ووجه التسمية على كلا الفرضين واضح. (المرعشي).

* لم يذكر الوصية مصدراً للثلاثي، بل المصدر له هو الوصيّ بفتح الواو وسكون الصاد، فيتعيّن أن يكون اسم مصدرٍ من الرباعي، ويبقى حينئذٍ اختلاف الثلاثي والرباعي في المعنى، حيث إنّ الأوّل بمعنى الوصل، والثاني بمعنى العهد. ودعوى أنّهما مادّتان متباينتان ليس بينهما أيّ نوع من الاشتقاق، كما في بعض الشروح، مندفة، بما ذكره الزمخشريّ في أساس البلاغة من قوله: وأصيّ البلدُ البلدَ: واصله، فإنّها ظاهرة في مجيء الرباعي أيضاً بمعنى الوصل، فلا محيص عن أن يقال: إنّ العهد أيضاً نوع من الوصل؛ لتقومه بالطرفين، وتحقق اتّصال في البين. (اللنكراني).

(٢) هذا هو المتعيّن، والعهد هنا هو الذي يستعمل متعدّياً بلفظة «إلى»، ويرادفه أو يقرب منه لفظة «سفارش» في لغة الفرس، قال الله تعالى: ﴿أَلَمْ أَعْهَدْ إِلَيْكُمْ يَا بَنِي آدَمَ

من وصّى يوصي توصيةً، أو أوصى يوصي إيصاءً. وهي إمّا تمليكية،
أو عهديّة^(١)، وبعبارة

﴿أَنْ لَا تَعْبُدُوا الشَّيْطَانَ...﴾^(أ) الآية، ﴿وَلَقَدْ عَهِدْنَا إِلَى آدَمَ...﴾^(ب) الآية، ﴿قَالُوا إِنَّ اللَّهَ
عَهِدَ إِلَيْنَا أَلاَّ نؤمنَ...﴾^(ج) الآية، وقال تعالى: ﴿وَوَصَّي بِهَا إِبْرَاهِيمَ بَنِيهِ وَيَعْقُوبَ...﴾^(د)
إلى آخره، ﴿أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ وَصَّاكُمْ اللَّهُ بِهَذَا...﴾^(هـ) إلى آخره. ﴿ذَلِكُمْ وَصَّاكُمْ
بِهِ...﴾^(و) إلى آخره، نعم، غلب استعمالها في عهد الإنسان إلى غيره بما يريد حصوله
من بعد موته في ماله أو بدنه. (البروجردي).

* هذا هو الظاهر من اللغويين، نعم، يمكن إرجاع جميع ما يذكر من معانيها إلى
الوصل بالغاء خصوصيات موارد تطبيق هذه الكلمة «الوصية»، لكنّه لا يخلو من
تكلف. (الفاني).

* هذا هو المتعين يظهر من موارد استعماله في القرآن المجيد وفي الأخبار. (حسن
القمي).

(١) اعتبار العهد متحقّق في التمليكية أيضاً؛ إذ كما تتعلّق التوصية والعهد بالعمل كذا
يتعلّق بالأُمور الوضعيّة كالولاية وافتكاك الملك ويؤيّد قوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللَّهُ

(أ) يسن: ٦٠.

(ب) طه عَلَيْهِ السَّلَام: ١١٥.

(ج) آل عمران: ١٨٣.

(د) البقرة: ١٣٢.

(هـ) الأنعام: ١٤٤.

(و) الأنعام: ١٥١ و ١٥٢ و ١٥٣.

أخرى^(١): إمّا تملك عين أو منفعة، أو تسليط على حق، أو فك ملك، أو عهد متعلّق بالغير، أو عهد متعلّق بنفسه، كالوصية بما يتعلّق بتجهيزه. وتنقسم انقسام الأحكام الخمسة.

(مسألة ١): الوصية العهديّة لا تحتاج إلى القبول^(٢)، وكذا

⇒ في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين^(أ). ومرجعه إلى الإيصاء بترتيب آثارها. (البروجردی).

* يمكن فرض الجامع القريب بينهما، فلا تكون إلّا قسمًا واحدًا تختلف باختلاف المتعلّق. (السبزواری).

* إن كان المراد بالعهد هو العهد المتعلّق بخصوص العمل - سواء كان راجعاً إلى الغير أو إلى نفسه - فجعل الوصية الراجعة إلى التسليط على الحق، أو فك الملك من أقسام الوصية العهديّة كما هو ظاهر العبارة غير ظاهر، وإن كان المراد به هو العهد بالمعنى الأعمّ ممّا يتعلّق بالعمل - وهو الذي يعبر عنه في الفارسيّة به «سفارش» - فجعل التمليكية قسماً للعهديّة غير واضح؛ إذ حينئذٍ تصير التمليكية من أقسام العهديّة أيضاً، ويؤيده: ما أفاده من كونها بمعنى العهد إذا أخذت من الرباعي. (اللكراني).

(١) ما ذكره ليس عبارة أخرى لما سبق؛ لأنّ الوصية بالفك ليست من القسمين، ولو جعلت العهديّة أعمّ من الفك لا تكون الوصية إلّا قسمًا واحدًا، والأمر سهل. (الخميني).

(٢) أي إلى قبول الموصى له، وإن كانت ربّما احتاجت إلى قبول الموصى إليه^(ب) في بعض أحكامها. (البروجردی).

⇐

(أ) النساء: ١١.

(ب) كذا في أصل النسخة.

الوصية^(١) بالفك كالعق، وأمّا التمليكية^(٢) فالمشهور^(٣) على أنه يعتبر فيها القبول^(٤) جزءاً؛ وعليه تكون من . . .

⇒ * أي قبول الموصى له، أمّا قبول الموصى إليه^(أ) فهو لازم غالباً أو دائماً. (عبدالله الشيرازي).

* يعني قبول الموصى له. (الشريعةمداري).

* أي قبول الموصى له. (المرعشي).

(١) قد ظهر ممّا قدّمناه في الحاشية السابقة أن جعل الوصية بالفك قسيماً للوصية العهديّة لا مساغ له. (المرعشي).

(٢) الأقوى أنّ الوصية التمليكية مطلقاً يعتبر فيها القبول جزءاً في حياة الموصي أو بعد موته. (صدرالدين الصدر).

* ضعفه ظاهر. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٣) سواء جعل جزءاً ناقلاً أم كاشفاً، وسواء جعل شرطاً للانتقال من حين العقد أم من حين القبول كشفاً أو نقلاً، أو سبباً لاستقرار الملك وثباته. (المرعشي).

(٤) وهو الأقوى لأنّ أدلّة الوصية غايتها الدلالة على نفوذ عهد الإنسان عند موته فيما كان قبله تحت سلطانه، وأنّ سلطنته عليه باقية إذا عهد فيه بأمر، وأمّا كونه سلطاناً عند موته على ما لم يكن سلطاناً عليه قبل ذلك، كما هو قضية الملك القهري فلا تدلّ عليه. (البروجردي).

* الظاهر أنّ تحقق الوصية وترتب الأحكام عليها من حرمة التبديل وغيرها لا يتوقّف على شيء، لكنّ حصول الملكية للموصى له يتوقّف على عدم الرد، بحيث

⇐

(أ) كذا في أصل النسخة.

العقود^(١)

⇒ يكون الردّ مانعاً لظهور^(أ) الإجماع، ولولاه لم يتوقف عليه أيضاً.
وما أفاده سيّدنا العلامة الأستاذ^{رحمته} دليلاً على اعتبار القبول، من أن أدلة الوصية غايتها الدلالة على نفوذ عهد الإنسان عند موته في ما كان قبله تحت سلطانه، وأن سلطنته عليه باقية إذا عهد فيه بأمر، وأما كون سلطانه عند موته على ما لم يكن سلطاناً عليه قبل ذلك، كما هو قضية الملك القهري فلا تدلّ عليه، يمكن المناقشة فيه بمنع كون أدلة الوصية غايتها الدلالة على مجرد ذلك.

كيف، والمحذور لا يندفع بمجرد اعتبار القبول بعد مغايرتها مع سائر العقود في حصول الموت بين الإيجاب والقبول، وتحقيق الفصل الطويل وغيرهما، وكون الملك القهريّ خلاف الارتكاز العرفي غير ثابت؟! فالظاهر أنه مع عدم قيام الإجماع لم يكن يتوقف حصول الملكية على شيء، ولم يمنع عنها شيء، كما عرفت. (اللكراني).

(١) الذي يقتضيه التحصيل هو: أن القبول وإن كان معتبراً في تحقق الموصي به جزءاً أو شرطاً لكنه غير معتبر في تحقق الوصية حتّى تكون من العقود بذلك، فالإيجاب من الموصي كافٍ في صدق أنه أوصى بكذا، وفي ترتّب أحكامها من حرمة التبدّل والتصرّفات المباحة وإن كان غير كافٍ في تحقق الموصي به في الجملة فالوصية بما هي وصية من الإيقاعات مطلقاً وإن كانت جزء السبب للملكية؛ ولذا لا تبطل بتخلّل الموت بين إيجابها وقبولها، مع أن اعتبار المعاقدة مع تخلّله غير معقول. (البروجردى).

* الظاهر أن تحقق الوصية وترتّب الأحكام عليها من حرمة التبدّل وغيرها

⇐

(أ) كذا في نسخة الأصل، والظاهر أن الأصحّ (مانعاً من ظهور).

⇒ لا يتوقف على القبول، لكن تملك الموصى له متوقف عليه، فلا يتملك قهراً، فالوصية من الإيقاعات، لكنّها جزء سبب لحصول الملك للموصى له. (الخميني).
 * وهو الأقوى، والظاهر أنّ الوصية اصطلاحاً: عبارة عن العهد المتعلق بأمرٍ راجعة إلى [ما]^(أ) بعد الموت، وهي ليست عنواناً قبال سائر العناوين من العقود والإيقاعات حتّى يبحث في أنّها من أيّهما، فكما أنّ العهود الراجعة إلى أمور الناس حال حياتهم مختلفة - بعضها عقود وبعضها إيقاعات وبعضها شرائط وبعضها وعد وبعضها استدعاء - كذلك العهود الراجعة إلى [ما]^(ب) بعد الموت.
 فإن كان تمليك عينٍ أو منفعةٍ أو نقل حقٍّ أو تسليطاً أو وكالةً فهو عقد، كما في حال الحياة.

وإن كان عتقاً أو إبراءً أو إسقاطاً فهو إيقاع.
 وإن كان عهداً راجعاً إلى تجهيزه وصلاته وصومه وحجّه وردّ أمانته وأمثال ذلك فهو إذن واستدعاء.

والفرق: أنّ العهود الراجعة إلى [ما]^(ج) بعد الموت معلقة بالموت، بخلاف الراجعة إلى حال الحياة؛ حيث إنّها منجزة. وأمّا نفوذ أيّ عقدٍ أو إيقاعٍ وجواز العمل بأيّ عهدٍ أو وجوبه أو عدمه فهو تابع للدليل. وحيث إنّها اعتبرت للتصرّف بعد الموت فلا يضرّها التعليق بالموت، وتخلّل الموت بين الإيجاب والقبول، ولا بين الإنشاء والمنشأ عقداً كان أو إيقاعاً.

والحاصل أنّه يعتبر في التمليكية القبول، وكذا في العهديّة إن كانت راجعة إلى التصرف في ماله أو بدنه، أو إلى أمرٍ من يكون عليه الولاية؛ لأنّ هذه في

⇐

(أ) و (ب) و (ج) أضفناها لاقتضاء السياق.

أو شرطاً^(١) على وجه الكشف أو النقل، فتكون من الإيقاعات^(٢).
ويحتمل^(٣) قوياً^(٤)

⇒ الحقيقة وكالة وتحتاج إلى القبول، وإن لم تكن راجعة إليه كاستدعاء عمل بعد موته فلا يعتبر في جواز العمل بها القبول وإن كان في وجوبه على الموصي إليه يحتاج إليه أحياناً.

وأما إذا كانت عهداً بتملك الغير أو إعطاء شيءٍ إياه فلا إشكال في اعتبار قبول ذلك الغير بعد تملك الوصي أو إعطائه إياه، وإن ردّ فالمال للوارث، أو يصرف في الخيرات إن كان من الثلث. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) الظاهر من موارد استعمالاته ومشتقاته في هذا الباب هو كونها اسم مصدر، بمعنى العهد إلى الغير، وهو الجامع بين الوصية التمليلية والعهدية، وإتّما الاختلاف في متعلّق العهد إلى الغير، فتارةً يكون مالاً، عيناً كان أو منفعةً أو حقّاً متعلّقاً بهما، وتارةً يكون عتق عبده، وتارةً يكون فعل الغير المتعلّق بما يرجع إلى نفسه أو إلى صغاره وأموالهم. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٢) الأصحّ أنّها برزخ بين العقد والإيقاع، ومثلها الوكالة والجمالة والوقف في بعض أنواعه، كما شرحنا ذلك في تحرير المجلة وغيرها من مؤلفاتنا، فراجع (كاشف الغطاء).

(٣) وهو الظاهر. (جمال الدين الكلبيكاني).

* بل الأظهر عدم الاعتبار، بل لا دليل على مانعية الردّ إلّا أن يتمّ الأمر بالضرورة الفقهية. (تقي القمي).

(٤) ضعفه ظاهر. (النائيني).

* هذا هو الأقوى؛ لعدم الدليل على اعتبار القبول في الوصية مطلقاً، والذي يظهر

عدم اعتبار^(١) القبول^(٢)

⇒ من الأخبار^(أ) ويساعده الاعتبار العرفي أن الرد رادّ. (الفاني).

* وأما ما قرره بعض الأعظم رحمته (ب) من أن أدلة الوصية إنما تدلّ على بقاء سلطان الشخص في ما كان قبله تحت سلطانه، ولا تدلّ على سلطنته على ما لم يكن سلطاناً عليه قبل موته كالملك القهري، ففيه: أنه لا بُدّ في دلالة الأدلة على أزيد من ذلك، كما هو ظاهر قوله تعالى: ﴿فَمَنْ بَدَّلَهُ بَعْدَمَا سَمِعَهُ فَإِنَّمَا إِثْمُهُ عَلَى الَّذِينَ يُبَدِّلُونَهُ﴾ (ج) كيف، ولا يندفع المحذور باشتراط القبول؛ فإنّ الفصل الطويل بين إنشاء التملك وقبوله قد يكون بعشرة أعوام، ولا يجوز مثل ذلك في حال الحياة، وعلم القابل والتفاتة من حين الإيجاب إلى القبول يعتبر في العقود المعهودة، ولا يعتبر في الوصية التملكية قطعاً. (الشريعتمداري).

* التقوية لا تخلو من شوب الإشكال، فلا يُترك الاحتياط بالقبول. (المرعشي).

* بل الأقرب أن الوصية التملكية عقد، والقبول كاشف، لا ناقل. (محمّد الشيرازي).

* الظاهر عدم كون القبول جزءاً، ولولا الإجماع لقلنا بعدم اعتباره أصلاً، وعدم كون الرد مانعاً؛ وعليه فهذا الاحتمال هو الصحيح؛ لأنّه المتيقّن من معقده. (الروحاني).

(١) بل الأقوى بمقتضى الأصل الاحتياج إلى القبول مطلقاً، غاية الأمر بنحو الشرطيّة للإيجاب، لا بنحو الجزئية لعقدٍ على حدّ سائر العقود. (آقاضي).

* هذا هو الأقوى. (حسن القمي).

(٢) الأقوى ما عليه المشهور؛ لأنّ أدلة الوصية لا تدلّ على أزيد من نفوذ ما عهد

⇐

(أ) الوسائل: الباب (٨) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١، ٢، ٣، ٤، ٥.

(ب) راجع كتاب الوصايا والموارث للشيخ الأنصاري: ٢٦ - ٢٨.

(ج) البقرة: ١٨٢.

فيها^(١)، بل يكون الردّ مانعاً^(٢)؛ وعليه تكون من الإيقاع الصريح^(٣).
ودعوى: أنّه يستلزم الملك القهري^(٤) - وهو باطل في غير مثل الإرث -

⇒ الإنسان عند موته في ما كان قبله تحت سلطانه، فلا تدلّ على سلطنته عند موته على ما لم تكن له السلطنة عليه قبل ذلك. (الإصطهباناتي).
* لا قوّة في هذا الاحتمال، بل الظاهر أنّها تحتاج إلى القبول، كما ذهب إليه المشهور. (البجنوردي).

(١) هذا الاحتمال هو الصحيح، بل لا دليل على كون الردّ مانعاً سوى ظهور التسالم عليه، فإن تمّ إجماع، وإلا فلا وجه له أيضاً. (الخوئي).
(٢) على ما ادّعي الاتفاق عليه، فإن ثبت إجماع فهو وإلا فمقتضى عموم الأدلّة وإطلاقها عدم كون الردّ مانعاً أيضاً. (حسن القمي).
(٣) فيه تأمل. (المرعشي).

* هذا خلاف ما ارتكز عند العرف من كون التملك والتملك عقداً لا إيقاعاً، فلا بدّ لإثباته من دليل شرعيّ تعبدّي، وليس في أدلّة الوصيّة ما يدلّ على ذلك، إلا ما دلّ على أنّه لو مات الموصي له قبل موت الموصي فالوصيّة لوارثه، وظاهر بعضه عدم اعتبار القبول حتّى من الوارث، ويُبّده: ما ذُكر من ارتكاز احتياجها إلى القبول عند العامة، فيحمل على أنّ الوصيّة لوارث الموصي له مع قبوله، فالمتيقّن ممّا ثبت به تعبداً على خلاف القاعدة قيام الوارث مقامه مع قبوله، لا بدون القبول. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) الوصيّة من الأسباب المُملّكة شرعاً وعرفاً، فلا معنى للإشكال بأنّ عدم اشتراط القبول يستلزم قهريّة حصول الملك، اللهمّ إلا أن يراد بذلك أنّه لا سلطنة لشخص على آخر وإن كان بتمليك شيء له، ويدفع ذلك: أنّ سلطنة الردّ بيده، فهذا المحذور مندفع. (الغانّي).

مدفوعة: بأنه لا مانع منه عقلاً، ومقتضى^(١) عمومات^(٢) الوصية ذلك، مع أن الملك القهريّ موجود في مثل الوقف.

(مسألة ٢): بناءً على اعتبار القبول في الوصية يصحّ إبقاعه بعد وفاة الموصي بلا إشكال، وقبل وفاته على الأقوى^(٣). ولا وجه لما عن جماعة: من عدم صحته حال الحياة؛ لأنّها تملك بعد الموت، فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية فلا محلّ له؛ ولأنّه كاشف أو ناقل، وهما معاً منتفیان حال الحياة؛ إذ نمنع عدم المحلّ له؛ إذ الإنشاء المعلق على الموت قد حصل فيمكن القبول المطابق له^(٤)، والكشف والنقل إنّما يكونان بعد تحقّق^(٥) المعلق عليه، فهما في القبول بعد الموت لا مطلقاً.

(١) بل ومقتضى القاعدة توقّف الوصية على قبول الوصيّ إذا تضمّنت إلزامه بعمل، إلّا أن يثبت خلاف ذلك، وأمّا الوصية التملّكية إذا كانت وصيةً بالنتيجة فلا بدّ من دليل يدلّ على نفوذها من دون قبول الموصي له. (صدرالدين الصدر).

* بل المقتضى توقّفه عليه؛ لما أشرنا إليه، وخلافه لو ثبت لكان من باب التعبد المحض، على خلاف القاعدة الارتكازية الشرعية والعرفية. (المرعشي).

(٢) لا يذهب على المتأمل أن غاية الاستفادة من أدلة الوصية نفوذ عهد الموصي بعد موته فيما كانت له عليه سلطة في حياته، ولا تدلّ على سلطته على ما ليس له التسلّط عليه في حياته. (المرعشي).

(٣) بناءً على كون الوصية من العقود، وإلّا ففي كفايته إشكال. (الكوهكمري).

* محلّ تأمل وإشكال. (البروجردی).

(٤) والقياس على بيع ما سيملكه وقبوله مع الفارق. (السنكراني).

(٥) غاية الأمر عدم ترتّب ثمرة على الكشف والنقل في خصوص هذه الصورة، وهو لا يقدح في أصل المطلب. (السنكراني).

(مسألة ٣): تتضيّق الواجبات الموسّعة بظهور أمارات الموت، مثل قضاء الصلوات، والصيام، والنذور المطلقة، والكفّارات ونحوها، فيجب^(١) المبادرة إلى إتيانها مع الإمكان، ومع عدمه تجب^(٢) الوصية بها، سواء فاتت لعذر أم لا لعذر؛ لوجوب تفرّغ الذمّة بما أمكن في حال الحياة، وإن لم تجر^(٣) فيها النيابة، فبعد الموت تجري فيها يجب^(٤) التفرّغ^(٥) بها بالإيصاء. وكذا يجب^(٦) ردّ^(٧) أعيان^(٨).

(١) لا وجه للبدار وجوباً؛ فإنّ الاستصحاب الاستقباليّ في البقاء يقتضي جواز التأخير. (تقي القمي).

(٢) إذا كان عنده أموال الناس، أو كان عليه حقوق وواجبات يعلم بها الورثة، ويطمئن بإيصالهم وتأديتهم على ما هي عليها لا يجب الإيصاء بها وإن كان أولى، بل أحوط. (الخميني).

* هذا فيما يكون الامتثال متوقفاً على الوصية، ويعلم الموصي بأن الوصي يقوم بالمهمة. (تقي القمي).

(٣) كالصلاة والصوم. (المرعشي).

(٤) إطلاقه بحيث يشمل صورة العلم بعدم العمل بالوصية مشكل. (اللنكراني).

(٥) أي تفرّغ الذمّة عنها بالنيابة. (الفيروزآبادي).

(٦) لا وجه للوجوب مع كون المالك راضياً بالتأخير. (تقي القمي).

(٧) وذهب بعض إلى التخيير بين الردّ والإشهاد والوصية، وفيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالردّ في صورة الإمكان. (المرعشي).

(٨) إن لم يعلم برضا المالك ببقائها في يد الورثة. (حسن القمي).

* أو الوصية بها أو الإشهاد، كلّ ذلك مع عدم علم الورثة بها، أو عدم الاطمئنان بردّهم، وإلا فالظاهر أنّه لا يجب شيء من ذلك. (اللنكراني).

أموال الناس^(١) التي كانت عنده، كالوديعة، والعارية، ومال المضاربة، ونحوها، ومع عدم الإمكان تجب^(٢) الوصية بها.
وكذا يجب^(٣) أداء ديون الناس^(٤) الحالة^(٥)، ومع عدم الإمكان أو مع كونها مؤجلة تجب الوصية بها^(٦)، إلا إذا كانت معلومة، أو موثقة^(٧) بالأسناد المعتمدة.

وكذا إذا كان عليه زكاة أو خمس أو نحو ذلك فإنه يجب عليه أداؤها أو الوصية بها. ولا فرق في ما ذكر بين ما لو كانت له تركة، أو لا إذا احتمل

(١) فيما كان لأصحابها مقتضى لذلك، أمّا إذا علم أنّ أصحابها راضون ببقائها عند ورثته بعد موته فلا يجب. (محمّد الشيرازي).

(٢) إطلاق الحكم ممنوع، بل لابدّ من التقييد، كما تقدّم نظيره في الواجبات الموسعة. (تقي القمي).

(٣) قد مرّ الإشكال في الإطلاق في نظير المقام. (تقي القمي).

(٤) من دون فرق بين صورة المطالبة وعدمها، كما أنّه لا يختصّ هذا الوجوب بما إذا ظهرت أمارات الموت. (اللكراني).

(٥) وإن لم تطالب. (المرعشي).

(٦) وخير بعض بين الإشهاد والوصية، ولا يخلو من الإشكال. (المرعشي).

✽ الملاك في مثل المورد هو لزوم فعل كلّ ما له دخل في حصول الفراغ، بحيث يخاف من تركه ذهاب الحقّ وتضييعه، فلا يكفي مجرد الوصية في تحقّق الموافقة، ولا مجرد العلم في عدم اللزوم. (اللكراني).

(٧) بحيث لا يكون للوصية أثر، لا في إثبات الحقّ، ولا في إيصال الحقّ إلى أهله، وإلا فالأحوط إن لم يكن أقوى وجوب الوصية بها. (حسن القمي).

وجود^(١) متبرّع، أو أداءها من بيت المال.

(مسألة ٤): ردّ الموصى له للوصية مبطل^(٢) لها^(٣) إذا كان^(٤) قبل حصول الملكية^(٥)، وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلاً لها؛ فعلى هذا إذا

(١) على الأحوط. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) الردّ في سائر العقود لا يكون مبطلاً، وكذا في العقد الفضوليّ لولا الإجماع التبعدي على خلافه، وأمّا في الوصية فقبل القبول وبعد موت الموصي قد تقدّم حاله، وأمّا فيها قبل موته فالمشهور أنّه لا يكون مبطلاً، وهو الحقّ. (الروحاني).
* قد تقدّم أنّ مقتضى القاعدة كون الوصية من الإيقاعات، فما أفاده في هذه المسألة والمسائل الآتية من دخل القبول في الصحة أو تأثير الردّ في إبطالها مبنيّ على الاحتياط. (تقي القمي).

(٣) مقتضى ما قدّمنا من إطلاق الأدلّة عدم تأثير الردّ في البطلان، كان قبل القبول أو بعده، وقبل الموت أو بعده، إلّا أنّه أدّعي الإجماع على إبطال الردّ بعد الموت قبل القبول، وفي غيره لا إجماع، ولا يبطل. (حسن القمي).

(٤) بناءً على اشتراط القبول في حصول الملكية وتحقّقه بعد الموت. (المرعشي).

(٥) المعروف بينهم أنّ ردّ الوصية حال حياة الموصي لا يبطلها، وهو الصحيح وقد عرفت حاله بعد الموت وقبل القبول، وأمّا الردّ في سائر العقود فالظاهر أنّه لا يبطلها، فلو قبل بعده صحّت، بل الأمر كذلك في العقد الفضوليّ أيضاً إن لم يقيم إجماع على خلافه. (الخوني).

* لكن لا مطلقاً، بل المسلّم مبطلتيه إذا وقع بعد الموت وقبل القبول، وأمّا الردّ قبل الموت فسيأتي حكمه. ثمّ التعبير بالمبطل يناسب القول باشتراط القبول في الملك إمّا جزءاً للعقد، وإمّا دخيلاً في الإيقاع، وأمّا على القول بحصول الملكية بالموت وكون الردّ رافعاً فيناسب التعبير بالفسخ دون المبطل، إلّا أن يلتزم بأنّ الردّ بوجوده

كان الردّ منه بعد الموت وقبل القبول، أو بعد^(١) القبول^(٢) الواقع حال حياة الموصي^(٣) مع كون الردّ أيضاً^(٤) كذلك يكون مبطلاً لها؛ لعدم

⇒ المتأخّر يمنع عن تأثير الموت حين وقوعه، وهو في غاية الإشكال، ولا يلتزم به في غير المورد. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) قد عرفت أنّ تحقق الوصيّة لا يتوقّف على مثل القبول، ولكن قام الإجماع على أنّ الردّ مانع عن حصول الملكية، والقدر المتيقّن من معقده حصوله بعد الموت وقبل القبول، وفي غيره من الصور تحصل الملكية، ولا أثر للردّ أصلاً، ومنه انقذ أن الوجه في مانعيّة الردّ هو الإجماع، لا أصالة عدم الملكية، كما هو ظاهر العبارة. كما أنّ الوجه في عدم المنع في مورده إطلاق أدلّة نفوذ الوصيّة، لا أصالة الملكية كذلك. (السنكراني).

(٢) فيه تأمل. (الفيروزآبادي).

✽ في مبطليّة الردّ بعد القبول إشكال؛ للأصل بعد الفرق في تأثيره في الرفع والدفع، فلا يتوهّم حينئذٍ استصحاب آخر في مانعيّة الردّ قبله، كما لا يخفى. (آقا ضياء).

✽ على خلاف فيه. (المرعشي).

(٣) ظاهر عبارة كثيرٍ منهم عدم الاعتبار بالردّ الواقع قبل موت الموصي مطلقاً بعد القبول أو قبله. (محمّد رضا الكلبيكاني).

✽ في مبطليّة الردّ إذا كان حال حياة الموصي وبعد القبول إشكال. (عبدالهادي الشيرازي).

(٤) وتقريب ذلك: أنّ لزوم الوصيّة على القابل مع جوازها للموجب مادام حيّاً يكون خارجاً عن إطلاق أدلّة اللزوم، وإن شئت قلت: إطلاق «أو فوّا بالعقود»^(أ)

⇐

حصول (١) الملكية (٢) بعد (٣).

⇒ لا يشمل أحد طرفي المعاقدة، مضافاً إلى ما قلناه، من أن الردّ رادّ، لا أن القبول شرط. (الفاني).

(١) التعليل لا ينتج المعلّل. (الفيروزآبادي).

* هذا بالنسبة إلى الصورة الأولى منافي لما سبق منه من قوّة احتمال عدم اعتبار القبول لحصول الملكية بموت الموصي قبل قبول الموصى له قهراً، وإن كان هو الأقوى لما سبق منّا من اعتباره في حصول ملكيته، نعم، لو قيل بأن الردّ كاشف عن عدم الملكية بالموت يرتفع التنافي، لكنّه ضعيف. (الخميني).

(٢) هذا في الصورة الثانية، وكذلك في الأولى؛ بناءً على اعتبار القبول ولو شرطاً، وأمّا على ما احتمله سابقاً من عدم اعتباره أصلاً فالملكية حاصلة بمجرد الموت، فاللازم على هذا: إمّا الالتزام بانحصار مبطلية الردّ بما إذا وقع قبل موت الموصي، أو عدم اختصاص مبطليته بكونه قبل حصول الملكية، وهو لا يقول به. (الإصفهاني).

* المنجزة. (الفاني).

* التعليل في الفرض الأول مبنيّ على جعل الردّ كاشفاً عن عدم حصول الملكية، وإلا فلا يلائم مبناه المتقدم من عدم اعتبار القبول في تحقّق الملكية. (المرعشي).

* إنّما يصحّ هذا في الصورة الأولى، أمّا في الثانية فمشكل. (محمّد الشيرازي).

(٣) هذا صحيح في الصورة الثانية، وأمّا في الأولى فمبنيّ على كون الردّ كاشفاً عن عدم حصول الملكية بعد الموت، وهو ضعيف، ولم أجد به قائلاً منّا، وإن قال به الشافعي في أحد أقواله، وأمّا على القول بحصولها بالموت وارتفاعها بالردّ - كما قال به جماعة منّا - فلا يصحّ ذلك. (البروجدي).

* هذا بناءً على ما استظهرنا من الاحتياج إلى القبول في حصول الملكية، وأمّا بناءً على ما احتمله قوياً من عدم احتياج حصول الملكية على القبول فلا يستقيم في

وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلاً، سواء كان القبول بعد الموت أيضاً أم قبله^(١)، وسواء كان قبل القبض أم بعده، بناءً على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها؛ لعدم الدليل على اعتباره؛ وذلك لحصول الملكية حينئذٍ له فلا تزول بالردّ.

ولا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة إلى الموصي له، كما أنها جائزة بالنسبة إلى الموصي؛ حيث إنه يجوز له الرجوع في وصيته، كما سيأتي.

وظاهر كلمات العلماء - حيث حكموا بطلانها بالردّ - عدم صحة القبول بعده^(٢)؛ لأنّه عندهم مبطل للإيجاب الصادر من الموصي، كما أن الأمر كذلك في سائر العقود؛ حيث إنّ الردّ بعد الإيجاب يبطله وإن رجع وقبل بلا

⇨ الصورة الأولى. (البجنوردي).

✽ هذا في الصورة الثانية، وكذلك في الأولى؛ بناءً على اعتبار القبول ولو شرطاً، وأمّا على ما احتمله سابقاً من عدم اعتباره أصلاً فالملكية حاصلة بمجرد الموت، فاللازم على هذا: إما الالتزام بانحصار مبطلية الردّ بما إذا وقع قبل موت الموصي، أو عدم اختصاص مبطليته بكونه قبل حصول الملكية، وهو لا يقول به. (عبدالله الشيرازي).

✽ بناءً على كون الوصية من العقود. (السبزواري).

(١) بناءً على كفاية ذلك. (الكوهكمرى).

(٢) صحة القبول بعد الردّ حال حياة الموصي إنّما هو لبقاء الوصية، وعدم الرجوع فيها بعد فرض عدم لزوم الموالاة. وأمّا عدم صحة القبول بعد الردّ بعد الموت فإنّما هو لعدم بقائها، فالفرق بينهما واضح، ولا تنافي بين القولين، بل ومما ذكرنا نعرف الفرق بين الوصية وسائر العقود، فالقياس مع الفارق. (صدرالدين الصدر).

تأخير^(١)، وكما في إجازة الفضولي حيث إنَّها لا تصحّ بعد الردّ، لكن لا يخلو من إشكال^(٢) إذا كان الموصي باقياً^(٣) على إيجابه^(٤). بل في سائر العقود^(٥)

(١) ويكفي في الفرق بينها وبين سائر العقود عدم لزوم الموالاة فيها. (المرعشي).
(٢) لا إشكال فيه بناءً على كون الوصية من العقود، كما لا إشكال في غيرها، نعم، بناءً على الشرطية أو عدم الاعتبار أصلاً يقع الإشكال في المقام. (الكوهكَمري).
* فيما إذا كان الموصي باقياً على إيجابه الظاهر منه حال حياته، نُسب إلى المشهور عدم تأثير الردّ، بل يجوز له القبول بعد حياته، وكيف كان لا يبعد الصحة بعد الردّ وإن قلنا بالبطان في الفضولي والإيجاب في سائر العقود، ولا أظنّ تحقق إجماع في المقام. (الخميني).

* ظاهر الإشكال يُعطي أنّهم حكموا بإبطال الردّ في حال الحياة أيضاً، مع أنّك عرفت أنّ المتيقّن بل الظاهر من كلماتهم اختصاصه بما بعد الموت. (المنكراني).
(٣) في نفسه ولم يردّه. (المرعشي).

* ظاهر هذه العبارة موهم لكون المقصود حال حياة الموصي، مع أنّهم لم يحكموا ببطان الإيجاب بالردّ حال حياة الموصي، كما مرّ في الحاشية السابقة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) إنّما حصل هذا الإشكال والإشكال الآتي من تقطيعه كلامهم؛ فإنّهم إنّما حكموا بإبطال الردّ فيما إذا ردّها بعد الموت، لا حال الحياة، كما هو الأقوى، بل علّله بعضهم ببقاء الوصية في نفس الموصي ما دام حياً، فلا يرد عليهم هذا، ولا ما سيأتي من سؤال الفرق بين الحالين، نعم، يبقى سؤال الفرق بين الردّ والقبول حال الحياة على من فرّق بينهما، وله أيضاً وجه، لكنّه محلّ تأمل. (البروجردی).

* فيكون قبوله للإيجاب المستمرّ ردّاً لردّه السابق. (الفاني).
(٥) لا مجال للالتزام به فيها؛ لمجيء الشكّ في أصل العقديّة بعده، بخلاف المقام،

أيضاً مشكل^(١) إن^(٢) لم يكن إجماع^(٣)، خصوصاً في الفضولي؛ حيث إن مقتضى^(٤) بعض الأخبار^(أ) صحّتها ولو بعد الردّ.

⇒ وهكذا أيضاً يشكّل في الفضولي؛ للشكّ معه في إضافة العقد إلى المجيز بعد ردّه. (أقاضياء).

(١) ولكنه الأقوى حتّى في الفضولي. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* لا إشكال في سائر العقود، وفي إجازة الفضولي، وإنّما يختصّ الإشكال بما نحن فيه من جهة الإشكال في كون القبول جزءاً للعقد، أو شرطاً خارجاً، بل قد مرّ سابقاً احتمال عدم كونه شرطاً أيضاً. (الإصفهاني).

* الظاهر أنّه لا إشكال في أنّ الردّ مبطل في الفضولي وفي سائر العقود أيضاً، إلّا أن يُنشئ إيجاباً جديداً. (البنجوردي).

* الظاهر عدم الإبطال أيضاً في سائر العقود وفي الفضولي ما لم يقدّم إجماع على الإبطال. (حسن القمي).

(٢) الظاهر أنّه لا إشكال فيها بعد البناء على كونها عقوداً، ولا احتياج إلى التمسك بالإجماع المعلوم عدمه، بل يكفي التوافق مع القاعدة. (المرعشي).

(٣) الأقوى في العقود أيضاً صحّة القبول بعد الردّ إذا كان الموجب باقياً على إيجابه، منتظراً لأن يبدو له فيقبله، وليست أمثال هذه ليُدعى فيها بالإجماع، نعم، إن حصل له انصراف عن الإيجاب برّدّه أو فأت الموالاة المعتبرة في المعاقدة بطل بلا إشكال. (البروجردى).

(٤) كما أنّ له خصوصيّة في عدم البطلان للخبر كذا له خصوصيّة في البطلان؛ حيث إنّ الردّ فيه متعلّق بما هو بمنزلة فعل نفسه، ولا يعتبر باقياً مع ردّه. (البروجردى).

(أ) الوسائل: الباب (٢٣) من أبواب الوصايا، ح ٦، والباب (٤٧)، ح ١.

ودعوى عدم صدق المعاهدة عرفاً إذا كان القبول بعد الردّ ممنوعة^(١).
ثم إنهم ذكروا: أنه لو كان القبول بعد الردّ الواقع حال الحياة صحّ، وهو
أيضاً مشكل^(٢) على ما ذكروه؛ من كونه مبطلاً للإيجاب؛ إذ لا فرق حينئذٍ

(١) الممنوعة ممنوعة؛ لأنّ المعاهدة اللازمة في العقود لا بدّ وأن تكون بالقول بحيث
يصدق عنوان العقد، والعقد عبارة عن الإيجاب والقبول المتصلين، وفي الفضوليّ
لا بدّ أن تكون الإجازة باللفظ غير المنفصل بالردّ عن العقد حتّى يُسند العقد إلى
المجيز؛ حيث إنّ الظاهر من قول الله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(أ) أي عقودكم، وربّما
هذا مراد صاحب الدعوى. (عبدالله الشيرازي).

* المنع ممنوع. (المرعشي).

* الإنصاف أنّ دعوى الجزم بصدق المعاهدة مع وقوع الردّ بين الإيجاب والقبول
مشكلة، والحكم بالصحة في الوصية على القول بها مبنيّ على استدلالٍ ضعيفٍ
منهم؛ بأنّ الردّ والقبول حال حياة الموصي لا أثر له، اللهمّ إلا أن يقال: إنّ بقاء
الوصية بعد الردّ بمنزلة وصية جديدة، ولكنّه ممنوع، وإلاّ فيمكن أن يقال بذلك في
سائر العقود أيضاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) لكنّه الأقوى. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* لا إشكال فيه؛ لأنّ الردّ الذي في حال الحياة مع عدم انصراف الموصي عن
وصيته وبقائه على حاله لا أثر له. (البجنوردي).

* هذا الإشكال مدفوع ببقاء الإيجاب مادام الموصي حيّاً. (الفاني).

* فيما إذا كان الموجب باقياً على إيجابه، ولم يتحقّق منه انصراف، ولم تفتّ
الموالة، وإلاّ فلا إشكال في البطلان، ومنه يظهر بطلان القبول بعد الردّ الواقع بعد

⇐

بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت، إلا إذا قلنا: إن الردّ والقبول لا أثر لهما حال الحياة، وإنّ محلّهما إنّما هو بعد الموت، وهو محلّ منع^(١).

(مسألة ٥): لو أوصى له بشيئين بإيجابٍ واحدٍ فقبل الموصى له أحدهما دون الآخر صحّ^(٢) فيما قبل^(٣)، وبطل فيما ردّ^(٤)، وكذا^(٥) لو أوصى له بشيءٍ فقبل بعضه مشاعاً أو مفروضاً وردّ بعضه^(٦) الآخر^(٧).

⇒ الموت؛ لعدم بقاء الموجب أصلاً، كما أنّه ظهر من الحاشية السابقة عدم بطلان القبول بعد الردّ مع وقوعهما حال الحياة؛ لعدم كون الردّ حالها مبطلاً. (النكراني).
(١) بل وجيه. (الكوهنمري).

(٢) لا يخلو من الإشكال. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

* هذا فيما تكون الوحدة بحسب مقام الإثبات، وأمّا لو كانت الوصيّة واقعةً على المجموع من حيث هو وقبل الموصى له أحد الأمرين أو بعض المشاع لا تصحّ، بلا فرقٍ بين كون القبول جزءاً أو شرطاً؛ إذ المفروض أنّ موضوع الأثر لم يتحقّق. (تقي القمي).

(٣) لا يخلو من الإشكال. (الإصطهباناتي).

* بناءً على الانحلال، وهو غير صافٍ عن شوب الإشكال، ولكن الأرجح الصحة. (المرعشي).

* الحكم بالصحة مشكل؛ لعدم تطابق القبول مع الإيجاب. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) بناءً على كون الردّ مبطلاً. (حسن القمي).

(٥) والإشكال المذكور هنا أقوى. (المرعشي).

(٦) الأقوى عدم تحقّق الملكية بالنسبة إلى البعض مطلقاً، وفي بطلان الوصيّة أو عدم بطلانها برّدّها في البعض إشكال. (جمال الدين الكلبيكاني).

(٧) الأقوى عدم تحقّق الملكية بالنسبة إلى البعض مطلقاً، وفي بطلان الوصيّة أو عدم بطلانها برّدّها في البعض إشكال. (النائيني).

وإن لم نقل بصحة مثل ذلك في البيع ونحوه؛ بدعوى عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب والقبول؛ لأن مقتضى^(١) القاعدة^(٢) الصحة^(٣) في البيع^(٤) أيضاً إن لم يكن إجماع^(٥). ودعوى عدم التطابق^(٦)

(١) بل مقتضاها عدم الصحة في البيع إلا في صورة كون الانحلال فيه ظاهراً في مقام الإنشاء، كما في فرض تعدد الثمن والمثمن واستقلالهما في اللحاظ وفي نظر العرف كما أن مقتضاها الصحة في الوصية، لكن لا مطلقاً. (المرعشي).
(٢) فيه نظر. (الإصفهاني).

* بل مقتضى القاعدة الصحة في الوصية مطلقاً، والبطان في البيع، إلا إذا رجع إلى تعدد الثمن والمثمن، وانحلال العقد إلى عقدين، كبيع دارين مثلاً بعقد واحد بعد معلومية كل منهما ثمناً ومثمناً، فالقياس مع الفارض. (صدرالدين الصدر).
* محلّ نظر. (الإصطهباناتي).

* بل مقتضى القاعدة في البيع البطان، إلا في بعض الموارد، كما لو جمع بين أمورٍ مستقلة في اللحاظ والقيمة في إنشاء واحد، وأمّا في الوصية فالأقوى الصحة، إلا فيما استثناه. (الخميني).

(٣) بل مقتضاها البطان في مثل البيع والصحة في الوصية. (البروجردی).

* بل مقتضى القاعدة الصحة في الوصية، والبطان في مثل البيع. (الشريعتمداري).
* بل مقتضى القاعدة البطان في مثل البيع، خصوصاً في الفرض الثاني، وعدم البطان في الوصية؛ لما عرفت من عدم اعتبار القبول في تحققها، بل الردّ مانع عن حصول الملكية؛ لقيام الإجماع؛ وعليه يمكن أن يقال بعدم البطان حتّى في الشيء أو البعض المردود؛ لأنّ القدر المتيقّن من مانعية الردّ هو ردّ المجموع. (اللنكراني).

(٤) مع خيار تبعض الصفقة للبائع. (الفاني).

(٥) ليس المانع منحصراً في الإجماع. (الكوهكفري).

(٦) عدم التطابق بين الإيجاب والقبول ظاهر، وكون القاعدة مقتضية للصحة بالنسبة

ممنوعة^(١)، نعم، لو عَلِمَ^(٢) من حال الموصي إرادته تملك^(٣) المجموع من حيث المجموع^(٤) لم يصح التبعض^(٥).

⇒ إلى بعض المبيع مثلاً عند تبعض الصفقة أجنبي عن المقام بالكليّة. (جمال الدين الكلبياني).

(١) عدم التطابق بين الإيجاب والقبول ظاهر، وكون القاعدة مقتضية للصحة بالنسبة إلى بعض المبيع مثلاً عند تبعض الصفقة أجنبي عن المقام بالكليّة. (النائيني).
* منع الدعوى المذكورة في غير محلّه. (الإصفهاني).

* ممنوعيتها ممنوعة. (الإصطهباناتي).

* عدم التطابق بين الإيجاب والقبول بحسب الظاهر واضح، إلّا أن يدعى انحلال الإيجاب إلى إيجابين، كالانحلال في باب تبعض الصفقة، وهو ليس ببعيد. (البجنوردي).

* عدم التطابق واضح، ومقتضى القاعدة البطلان، نعم، القول بكون الوصية إيقاعاً، وكون القبول شرطاً في الموصى به، أو كون الردّ رافعاً فمقتضى القاعدة صحة الوصية، والتبعض في تحقّق الوصية واستقراره، لكنّه ضعيف. (محمّد رضا الكلبياني).

(٢) بل مجرّد عدم العلم بالانحلال كافٍ في عدم الصحة. (المرعشي).

(٣) بالإرادة الإنشائية. (المرعشي).

(٤) بمعنى كون كلّ جزءٍ منه مقيّداً بكونه مع سائر الأجزاء، فلا يتطرّق فيه ما قلنا في باب تبعض الصفقة من انحلال الإيجاب إلى إيجاباتٍ متعدّدة، وأيضاً قبول البعض لا يكون حينئذٍ من قبيل تخلف الشرط. (البجنوردي).

(٥) بل صحّ فيه أيضاً؛ فإنّ تملك المجموع من حيث أنّه مجموع لا محصلّ له، إلّا أن يكون قبول الوصية في كلّ جزءٍ، أو عدم ردّها على القول بالاعتبار شرطاً في

(مسألة ٦): لا يجوز^(١) للورثة^(٢) التصرف في العين الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من القبول أو الرد. وليس لهم إجباره على اختيار أحدهما معجلاً، إلا إذا كان تأخير^(٣) موجباً للضرر عليهم^(٤)، فيجبره^(٥) الحاكم حينئذٍ على

⇒ الوصية بالجزء الآخر؛ وعليه فلا يترتب على التخلف إلا الخيار دون البطلان.
(الخوئي).

* فيه نظر. (حسن القمي).

* بل صح فيه أيضاً. (الروحاني).

* عدم الصحة غير ظاهر. (السنكري).

(١) لا بد من التفصيل بأن نقول: إن قلنا بأن القبول جزء أو شرط فيجوز التصرف لإحراز عدم القبول بالاستصحاب الاستقبالي، وإن قلنا: إن الرد مانع لا يجوز؛ لإحراز عدم الرد بالأصل. (تقي القمي).

(٢) بناءً على مبناه من عدم كون الوصية عقداً. (المرعشي).

* هذا على ما اختاره من عدم اعتبار القبول، وحصول الملك بالموت، وكون الرد مانعاً بناءً على إرادة الرفع من المنع فواضح، وأما على غير هذا المبنى فالحكم مبني على الاحتياط دون الإلزام؛ لعدم الملزم، خصوصاً على القول بكون الوصية عقداً.
(محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) تأخير الاختيار بما هو لا يوجب الضرر بوجه، بل الموجب على فرضه تأخير الرد فيما إذا اختاره، وحينئذٍ فلا وجه لإجبار الحاكم. (السنكري).

(٤) التأخير إنما يوجب تفويت الانتفاع لو أخر الرد، لا الضرر، فلا وجه لإجبار الحاكم. (الروحاني).

(٥) فيه إشكال؛ لعدم الدليل، فإن القاعدة ناظرة إلى النهي عن الإضرار. (تقي القمي).

اختيار أحدهما^(١).

(مسألة ٧): إذا مات الموصي له قبل القبول أو الردّ فالمشهور قيام وارثه^(٢) مقامه في ذلك، فله القبول إذا لم يرجع الموصي عن وصيّته، من غير فرق بين كون موته في حياة الموصي أو بعد موته، وبين علم الموصي بموته وعدمه. وقيل^(٣) بالبطان بموته قبل القبول^(أ). وقيل (ب) بالتفصيل بين ما إذا علم أنّ غرض الموصي خصوص الموصي له فتبطل، وبين غيره فلورثته. والقول الأوّل^(٤) وإن كان على خلاف^(٥)

⇒ * في صورة تضرّره في التأخير إن أمكن الإيجاب، وإلاّ فيتولّاه الحاكم بنفسه على إشكال. (المرعشي).

(١) لا وجه له ولو قلنا باعتبار القبول في صحّة الوصيّة؛ إذ لا ضرر على الورثة في التأخير، غاية الأمر أنّه يفوّت عليهم الانتفاع على تقدير تأخير الردّ. (الخوئي).

(٢) بناءً على كونه حقاً مالياً، وبناءً على صدق المتروك عليه كسائر الحقوق. (المرعشي).

(٣) وهو الأظهر. (تقي القمي).

(٤) خبره محذوف يدلّ عليه الكلام. (اللنكراني).

(٥) كونه على طبق القاعدة قريب جداً بعدما ذكرناه من أنّ القبول مع اعتباره في تحقّق الموصي به غير معتبر في الوصيّة؛ إذ ينتزع منها حينئذٍ للموصي له حقّ ماليّ يصدق عليه بعد موته أنّه من متروكاته، نظير حقّ التحجير. (البروجردى).

(أ) الدروس للشهيد الأوّل: ٢/ ٢٩٦.

(ب) شرائع الإسلام: ٢/ ٤٦٨.

القاعدة^(١) مطلقاً بناءً^(٢) على اعتبار القبول في صحتها - لأنّ المفروض أنّ الإيجاب مختصّ بالموصى له^(٣)، وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع، كما أنّ دعوى انتقال حقّ القبول إلى الوارث أيضاً محلّ منع صغرى وكبرى؛ لمنع كونه حقاً^(٤)، ومنع كون كلّ حقّ منتقلاً إلى الوارث حتّى مثل ما نحن فيه من الحقّ الخاصّ به الذي لا يصدق كونه من تركته، وعلى ما قوينا من

(١) لا ريب في أنّ ما تركه الميّت ممّا يكون قابلاً للإرث عيناً أو منفعة أو حقّاً فهو لمالكه، والوصية مستلزّمة لحقّ ماليّ قائم على مال الموصي للموصى له، فما يظهر من صحيح محمد بن مسلم^(أ) ويؤيده صحيح المشي^(ب) وخبر الساباطي^(ج) موافق للقاعدة، وهذا المعنى أظهر في الوصية التملّكية. (الفاني).

* لا يبعد أن يكون على وفقها؛ بناءً على ما مرّ في حقيقة الوصية. (الخميني).

* قد عرفت توافقه معها بناءً على ما تقدّم. (المرعشي).

(٢) وأمّا بناءً على عدم اعتباره في تحقّق الوصية - بل في تحقّق الملكيّة - فليس على خلاف القاعدة؛ لأنّه قبل القبول يكون للموصى له حقّ ماليّ متعلّق بالموصى به، كحقّ التحجير، ويرثه الوارث. (السنكراني).

(٣) فلا تطابق بين جزئي العقد بناءً على تلقّي الوارث الملك من الموصي. (المرعشي).

(٤) قد عرفت ممّا مرّ منع منع الصغرى، وأنّ احتمال صدق الحقّ المالي عليه وكونه متروكاً بعد كون قبول الوارث للمورث قريب جدّاً. (المرعشي).

* ويشهد لذلك: عدم كونه قابلاً للإسقاط والالتزام بكونه قابلاً للنقل بالإرث دون الإسقاط في غاية الإشكال. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(أ) الوسائل: الباب (٣٠) من كتاب الوصايا، ح ٤.

(ب) الوسائل: الباب (٣٠) من كتاب الوصايا، ح ٣.

(ج) الوسائل: الباب (٣٠) من كتاب الوصايا، ح ٢.

عدم اعتبار القبول فيها، بل كون الردّ مانعاً أيضاً يكون الحكم على خلاف القاعدة في خصوص صورة موته قبل موت الموصي له؛ لعدم ملكيته في حياة الموصي - لكنّ الأقوى مع ذلك هو إطلاق الصّحة، كما هو المشهور؛ وذلك لصحيحة^(١) محمد بن قيس^(٢) الصريحة في ذلك، حتّى في صورة موته في حياة الموصي، المؤيّدّة^(٣) بخبر الساباطي^(أ) وصحيح^(ب) المثنّى^(٤)، ولا يعارضها صحيحنا محمد بن مسلم^(ج) ومنصور^(د) بن حازم^(٥)، بعد إعراض^(٦)

(١) والمعارض لها مخدوش من جهة الصدور، كما سيأتي. (المرعشي).

(٢) المراد به البجلي الموثّق^(هـ) عندهم لا غيره المحتمل، كما حقّق في محله. (المرعشي).

(٣) التعبير مشير إلى تضعيفه بكون الراوي مجهولاً لديهم، وعدم ظهور الخبر في الوصيّة التملّكية. (المرعشي).

(٤) لو أغمض عن المناقشة في دلّالته. (المرعشي).

(٥) أي موثّقته؛ لمكان وجود ابن فضال الطاطريّ الفطحيّ في السند، ويمكن أن يراد بالصّحة المطلقة عليها الصّحة القدمائيّة. (المرعشي).

(٦) لو سلّم، ولم يحتمل كون عدم عملهم بهما؛ لمكان أظهريّة دلالة رواية ابن قيس. (المرعشي).

(أ) الوسائل: الباب (٩) من أبواب الوصايا، ح ٢.

(ب) الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب الوصايا، ح ٢.

(ج) الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب الوصايا، ح ٤.

(د) الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب الوصايا، ح ٥.

(هـ) راجع رجال النجاشي: ٣٢٣، رجال الطوسي: ٢٩٣، موسوعة طبقات الفقهاء: ٥١٩/٢.

المشهور^(١) عنهما، وإمكان حملهما^(٢) على محامل منها التقيّة؛ لأنّ المعروف بينهم عدم الصّحة، نعم، يمكن دعوى انصراف^(٣) الصّحيحة عمّا إذا علم كون غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه التقييد^(٤).
بل ربّما يقال: إنّ محلّ الخلاف غير هذه الصورة، لكنّ الانصراف^(٥) ممنوع^(٦)، وعلى فرضه يختصّ الإشكال بما إذا كان موته قبل موت

(١) ويمكن أن يكون المراد من قوله في الصّحيحة «ليس بشيء»، أنّ موت الموصي ليس بشيء، وليس نصّاً أو ظاهراً أقوى من ظهور صّحيحة محمّد بن مسلم. (عبدالله الشيرازي).

(٢) بل يمكن الجمع عرفاً بينهما بحسب الدلالة، بحيث لا ينافي الصّحة، وقيام الوارث مقام الموصى له بوجه. (اللكراني).

(٣) دعوى الانصراف ممنوعة، بل الغالب كون شخص الموصى له مورداً لغرض الموصي، نعم، لو قيّد الوصيّة بحياة الموصى له بأن يقول: «هذا لك بعد حياتي إن كنت حيّاً» فلا ينتقل إلى وارث الموصى له بموته في حياة الموصي؛ لرواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله، عن أبي عبدالله عليه السلام^(أ). وكذا لو قيّده بما يلازمه كأن يقول: إن فعلت كذا بعد موتي. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) لا معنى للتقييد في التملك، إلّا في الوصيّة العهديّة. (الفاني).

(٥) إلّا إذا كانت الوصيّة له مقيدةً بحياته. (عبدالله الشيرازي).

(٦) إلّا إذا كانت الوصيّة له مقيدةً بحياته. (البروجردی).

* حيث لم تقيد الوصيّة بحياة الموصى له، كما في الخبر. (المرعشي).

* فيه تأمل. (محمّد الشيرازي).

الموصي، وإلا فبناءً على عدم اعتبار القبول بموت الموصي صار مالكاً بعد فرض عدم ردّه، فينتقل إلى ورثته.
بقي هنا أمور^(١):

أحدها: هل الحكم يشمل^(٢) ورثة الوارث، كما إذا مات الموصي له قبل القبول ومات وارثه أيضاً قبل القبول، فهل الوصية لوارث الوارث، أو لا؟
وجوه^(٣): الشمول^(٤).

⇒ نعم، لو قيد الوصية ب حياة الموصي له بعد موت الموصي أو بما يلازمه فاللازم البطلان في المقام؛ للرواية، وللاعتبار. (اللكراني).
(١) بعد الإحاطة بما ذكرناه في الحواشي السابقة يجب الاقتصار في هذه الأمور وما يتفرّع عليها على ما يستفاد من الدليل، مع إمكان المناقشة في بعضها. (صدرالدين الصدر).

✽ بعد الالتزام بالبطلان لا يبقى مجال لهذه الأمور. (تقي القمي).

(٢) أقواها الشمول. (الشريعتمداري).

(٣) والأقوى الشمول. (عبد الهادي الشيرازي).

✽ أقواها الأوّل. (الخميني).

✽ ويمكن ابتناء بعضها على الوجهين الآتين في الأمر الثاني. (المرعشي).

✽ الأوّل هو الأقوى. (حسن القمي).

(٤) وهو الأظهر. (الفيروزآبادي).

✽ وهو الأقوى. (البروجردى، الفاني، الروحاني).

✽ بناءً على كونه حقاً للوارث ومتروكاً له. (المرعشي).

✽ وهو الأقرب. (السبزواري، محمّد الشيرازي).

✽ وهو الأقوى على ما ذكرنا. (اللكراني).

وعدمه^(١)؛ لكون الحكم على خلاف القاعدة. والابتناء على كون مدرك الحكم انتقال حقّ القبول فتشمل، وكونه^(أ) الأخبار^(٢) فلا^(٣).

الثاني: إذا قبل بعض الورثة وردّ بعضهم، فهل تبطل^(٤)، أو تصحّ ويرث^(٥) الراذ أيضاً مقدار حصّته، أو تصحّ بمقدار^(٦) حصّة القابل فقط، أو تصحّ وتمامه^(٧) للقابل، أو التفصيل بين كون موته قبل موت الموصي فتبطل، أو

(١) لا شكّ في أنّ الشمول هو الأظهر؛ بناءً على عدم اعتبار القبول في حصول الملكية، وكون الردّ مانعاً، وأمّا بناءً على اعتباره - كما استظهرناه - فقبل القبول ما حصل له شيء حتّى ينتقل إلى وارثه وإلى وارث وارثه، وأمّا احتمال أن يكون القبول حقاً للموصي له المتوفى، ويكون أيضاً قابلاً للانتقال، ولا يكون قائماً بشخصه حتّى ينتقل إلى وارثه وبعده إلى وارث وارثه فبعيد. (البجنوردي).

* أقواها الأول، بل لا وجه لغيره إذا كان موت الموصي له بعد موت الموصي، على ما مرّ من عدم اعتبار القبول. (الخوئي).

(٢) وهو المختار الذي جنح إليه أكثر المحقّقين. (المرعشي).

* وهو الأقوى. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) الأصحّ الشمول حتّى لو جعلنا مدركه الأخبار. (كاشف الغطاء).

(٤) قد مرّ الإشكال في قبول الموصي له بعض الوصيّة فضلاً عن وارثه. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) ولعلّه أردأ الوجوه احتمالاً ومحمّلاً. (المرعشي).

(٦) حيث لم يكن التقسيط ضرورياً، ولعلّه أوجه الوجوه احتمالاً ومحمّلاً، ويليه في القوّة الوجه الأخير منها. (المرعشي).

(٧) هو من الوجوه البشعة. (المرعشي).

بعده فتصحّ بالنسبة إلى مقدار حصّة القابل؟ وجوه^(١).

الثالث^(٢): هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى

(١) أوجههما الثاني. (الفيروزآبادي).

* أقواها الثالث. (الإصفهاني، عبد الهادي الشيرازي، البروجردی، عبدالله الشيرازي، الخميني).

* أصحّها أنّها تصحّ بمقدار حصّة القابل مطلقاً. (كاشف الغطاء).

* أوجهها الثالث. (الإصطهباناتي).

* الأظهر هو الوجه الثالث. (البجنوردي).

* ثالثها أقواها. (الفاني).

* والثالث أظهر الوجوه. (الشريعتمداري).

* إذا كان موت الموصي قبل الموصى له فلا ريب في تعيين الوجه الثاني على ما مرّ، وأمّا إذا انعكس الأمر فعلى القول باشتراط تملك الوارث بعدم ردّه فالمتعيّن هو الثالث، وأمّا على ما قوّبناه من أنّه لا أثر للردّ فيتعيّن الوجه الثاني أيضاً. (الخوئي).

* ثالثها قوي. (السبزواري).

* أقربها الثالث. (محمّد الشيرازي).

* إن مات الموصى له بعد موت الموصي فالأقوى هو الوجه الثاني، وإن مات قبله فالأقوى أنّها تصحّ بمقدار حصّة القابل وهو يرث، وفي إرث الرادّ بمقدار حصّته تأمّل، والأحوط التصالح. (حسن القمي).

* إذا مات الموصي قبل الموصى له تعيين الوجه الثاني، وإن كان بعده فعلى القول بأنّ تملك الوارث يتوقّف على عدم الردّ، وإن كان لا يخلو من إشكال تعيين الوجه الثالث. (الروحاني).

* أقربها الصّحة في خصوص مقدار حصّة القابل. (اللنكراني).

(٢) أقوى الوجوه ثالثها؛ لشمول الإطلاق له، وعدم اقتضائه أيضاً صحّة أزيد من

الميت^(١) ثم إليه، أو إليه ابتداءً^(٢) من الموصي؟ وجهان^(٣)، أو جههما^(٤) الثاني^(٥)، وربما يُبنى على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً، فعلى الثاني،

⇒ ذلك له ولغيره، من غير فرق بين كون موته قبل موت الموصي أم بعده بعد كون القبول شرطاً، لا الرد؛ فاسخاً للنقل الثابت بعد موته. (آقاضياء).

(١) والمتجه حينئذٍ ملاحظة القسمة في باب المواريث. (المرعشي).

(٢) ولازمه التسليم بالسوية لولا رعاية تبعية الحق لموضوعه الموصى به، المقسوم بينهم قسمة المواريث. (المرعشي).

(٣) بل الأول؛ لأن مقتضى الوصية ذلك، ولا يوجب موت الموصي له انقلاب حقيقة الوصية، وليست الوصية كالوقف على البطون، حيث يتلقى كل بطن الملك من الواقف، فلا تُبنى^(أ) المسألة على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً؛ وعلى هذا فينقسم الموصى به بين الورثة على حسب السهام كحق الخيار. (الفاني).

* هذا فيما إذا مات الموصى له قبل موت الموصي، وإلا فلا إشكال في انتقال المال من الموصى له إلى الورثة. (الروحاني).

(٤) لا يخلو من الإشكال. (جمال الدين الكلبيكاني).

* لكن القسمة بين الورثة على حسب قسمة المواريث. (الخميني).

(٥) لا يخلو من الإشكال. (النائيني).

* وإن كانت القسمة بين الورثة مع التعدد على حسب قسمة المواريث. (الإصفهاني).

* كما هو ظاهر النص الوارد. (الكوهكمری).

* لكن يقسم الموصى به مع تعدد الوارث على حسب قسمة المواريث، ولا ينافي

⇐

(أ) في أصل النسخة: (تبنى)، والظاهر تصحيف، والصحيح ما أثبتناه.

- ⇒ ما ذكر [من] ^(أ) كون الانتقال إلى الوارث ابتداءً؛ لكونه بتوسط وراثتهم عن الموصي له حق تملك الموصي به بالقبول. (الإصطهباناتي).
- * لكن بوراثتهم عن الموصي له حق تملك الموصي به بالقبول، ولذا يقسم بينهم مع التعدد على حسب قسمة الموارث. (البروجردى).
- * بل الأول. (عبدالهادي الشيرازي).
- * هذا إذا قلنا بتوقف حصول الملكية على القبول وموت الموصي، فلو مات الموصي له قبل موت الموصي وقبل أن يقبل فما صار مالاً حتى ينتقل منه إلى الوارث، وتقدير الملكية له آنأ ما يحتاج إلى وجه مفقود في المقام، وأما لو لم نقل بتوقفها على القبول ومات الموصي له بعد موت الموصي فالمتعين هو الوجه الأول. (البجنوردى).
- * هذا فيما إذا مات الموصي له قبل الموصي، وأما في عكسه فينتقل إلى الوارث من الموصي له، وكانت القسمة بين الورثة مع التعدد على التقديرين على حسب قسمة الموارث. (عبدالله الشيرازي).
- * ولكن القسمة بين الورثة مع التعدد على حسب قسمة الموارث. (الشريعتمداري).
- * هذا فيما إذا مات الموصي له قبل الموصي، وأما في عكسه فالمال ينتقل إلى الوارث من الموصي له، على ما مرّ. (الخوئي).
- * كما هو ظاهر الأخبار. (محمّد رضا الكلبيكاني).
- * وعلى أي حال يقسم بينهم مع التعدد بطريق قسمة الإرث. (السبزواري).
- * والوجه الأول غير بعيد. (محمّد الشيرازي).

⇐

(أ) أضفناه لاقضاء السياق.

وعلى الأول الأول.

وفيه: أنه على الثاني أيضاً يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت^(١) أنا ما، ثم إلى وارثه، بل على الأول يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال إليه من حين موت الموصي؛ لأنه كأنه هو القابل^(٢) فيكون منتقلاً إليه من الأول. الرابع: هل المدار على الوارث^(٣) حين موت الموصي له إذا كان قبل موت الموصي، أو الوارث حين موت الموصي، أو البناء على كون القبول من الوارث موجباً للانتقال إلى الميت ثم إليه، أو كونه موجباً للانتقال إليه أولاً من الموصي، فعلى الأول الأول، وعلى الثاني الثاني؟ وجوه^(٤).

⇒ * إن كان موت الموصي له بعد موت الموصي، فبناءً على ما هو الحق من عدم اعتبار القبول في الوصية فلا إشكال في انتقال الموصي به إلى الموصي له، ثم إلى وارثه. (حسن القمي).

* لكن لا على النحو الذي يكون الموصي له غير دخيل أصلاً، بل على النحو الذي ذكرنا من انتقال الحق المتعلق بالموصي به منه إليه، وهو الوجه لصحة قبوله؛ ولكون التقسيم على حسب الإرث. (اللفكراني).

(١) بناءً على فرض الأهلية، وفيه منع، إلا في موارد خاصة التزمت بها بالأدلة الخاصة. (المرعشي).

(٢) بل هو هو حقيقة. (المرعشي).

(٣) المدار على الوجه الأول. (الشريعةمداري).

(٤) * أوجهها الأول. (الإصفهاني، البروجردی، عبد الهادي الشيرازي، الخوئي، محمد الشيرازي، حسن القمي).

* أوجهها أن المدار على الوارث حين موت الموصي، والصلح أحوط. (كاشف الغطاء).

الخامس^(١): إذا أوصى له بأرضٍ فمات قبل القبول فهل تراث زوجته منها^(٢)، أو لا؟ وجهان^(٣)، مبنيان^(٤).

⇒ * أقربها الأول. (الإصطهباناتي).

* الظاهر من الأخبار التي تدلّ على قيام الوارث مقام الموصى له هو: أن يكون وارثاً حين موت الموصى له. (البجنوردي).

* أقواها أولها. (عبدالله الشيرازي).

* الأقوى الأول؛ لما ذكرنا في الحاشية السابقة من انتقال الموصى به إلى الموصى له، ثم إلى ورثته. (الفاني).

* الأوجه الأول. (الخميني، المرعشي، الروحاني).

* لا يبعد أن يكون الخبر ظاهراً في الثاني. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* أجودها الأول. (السبزواري).

* أقربها الأول؛ لظاهر الخبر^(أ). (اللكراني).

(١) أقواها أولها؛ لظهور اقتضاء استناد الوارث إلى شخص كونه وارثاً حين موت مورثه، لا موت غيره. (آقاضي).

(٢) الأحوط التصالح، وإن كان الأظهر عدم إرثها منها. (عبدالهادي الشيرازي).

* الظاهر أنّ الورثة يتلقون من الموصي، لكن حسب قسمة الموارث، حاله في جميع الأمور حال الإرث، نعم، لا ينبغي ترك الاحتياط بالتصالح. (محمّد الشيرازي).

(٣) الأقوى الثاني؛ لأنّ الزوجة لا تراث من الأرض، والمفروض انتقالها إلى الميّت أولاً، ثم إلى ورثته. (الفاني).

(٤) وقد تقدّم تفصيل الوجهين وما هو المختار منهما في المسألة السابقة، أي الأمر

⇐

(أ) الوسائل: الباب (٣٠) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١.

على الوجهين^(١) في المسألة المتقدّمة^(٢): فعلى الانتقال إلى الميّت^(٣) ثم إلى الوارث لا ترث، وعلى الانتقال إليه أولاً لا مانع من الانتقال إليها؛ لأنّ المفروض أنّها لم تنتقل إليه إرثاً من الزوج^(٤)، بل وصيّة^(٥)

⇒ الثالث. (البجنوردي).

* الأحوط التراضي. (السبزواري).

(١) وأصحّ الوجهين: أنّها تنتقل من الموصي إلى الوارث الذي قام مقام مورثه. (كاشف الغطاء).

* الأقوى إخراجها منه على الوجهين، والمتولّي للقبول بالنسبة إلى السهمين هو وصيّ الميّت أو الحاكم، والأحوط ضمّ قبول الورثة إليه. (الخميني).

(٢) وقد عرفت التفصيل فيها. (الخوئي).

(٣) لا يخفى أنّ الانتقال إلى الميّت، خصوصاً إذا كان موته في حياة الموصي انتقال تقديرّي حكمي لا يترتب عليه إلّا تصحيح الإرث دون سائر الآثار، من حرمان الزوجة أو إخراج الديون والوصايا، نعم، ظاهر أدلّة الباب أنّ الحكم من باب التوسّع في الإرث، فهو على قواعد الإرث، وكذا قالوا بالقسمة حسب قسمة الموارث؛ فعليه لا يكون ما ذكره الله مبنيّ المسألة. (الشريعتمداري).

(٤) نعم، لكنّه لمكان إرثها حقّ القبول من الموصي له، مضافاً إلى إمكان دعوى انصراف الدليل إلى الوارث على النحو المقرّر شرعاً في باب الإرث؛ وعليه فهي لا ترث مطلقاً. (المرعشي).

* لكن لا يبعد دعوى انصراف النصّ إلى الانتقال إلى وارث الموصي له بنحو الإرث المعهود في الشرع، فالزوجة محرومة على الوجهين. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) بالنحو الذي ذكرنا. ودعوى عدم البعد في الحرمان على هذا التقدير أيضاً - نظراً إلى ظهور أدلّة الحرمان في الحرمان عن الحقوق التي لا فائدة لها إلّا ملك الأرض

من الموصي^(١). كما أنه يُبنى على الوجهين^(٢) إخراج الديون^(٣)

⇒ أيضاً - ممنوعة؛ فإن تلك الأدلة لا تشمل غير الأرض بوجه، وعلى تقدير الشمول لا تبعد دعوى الانصراف عن مثل المقام. (اللكراني).

(١) لكن بتوسط ورائته عن الموصى له حق تملكها، وحينئذ لا يبعد القول بحرمانها على هذا الوجه أيضاً، بدعوى ظهور أدلة حرمانها عن الأرض في حرمانها عن الحقوق التي لا فائدة لها إلا ملك الأرض. (البروجردى)^(أ).

* لكن يمكن دعوى انصراف النص إلى الوارث المعهود شرعاً. (الكوهكفري).

* لكن بتوسط ورائته عن الموصى له حق تملكها، وحينئذ لا يبعد القول بحرمانها على هذا الوجه أيضاً، بدعوى ظهور أدلة حرمانها عن الأرض في حرمانها عن الحقوق التي لا فائدة لها إلا ملك الأرض، ويمكن الالتزام بالتفصيل المذكور في الحاشية السابقة. (عبدالله الشيرازي).

(٢) الظاهر تعيين الإخراج على كلا الوجهين، وكون المتولي للقبول بالنسبة إلى السهمين هو ولي أمر الميت من الحاكم أو الوصي لو كان في البين، والأحوط ضم قبول الوارث، وأحوط منه إمضاؤهم بعد قبولهم، خصوصاً على الوجه الثاني من الوجهين. (اللكراني).

(٣) الأحوط إخراج الديون منه بإمضاء الورثة بعد قبولهم الوصية، لكن القاعدة تقتضي عدم وجوب القبول عليهم على تقدير كون جوازه حكماً، وعلى تقدير القبول فالمسألة مبنية على القولين، كما في المتن، وعلى تقدير كون القبول حقاً لهم
⇐

(أ) في هامش الحاشية ما يلي: قد عدل - دام ظلّه - في مجلس البحث عما في الحاشية، واختار ما في المتن، وأمر بضرب الخط على هاتين الحاشيتين على ما حكاه بعض الثقات (السيد موسى الشبيري الزنجاني)، والحاشية الأخرى منه بقيت: هذا هو المتعين ... إلى آخره.

والوصايا^(١) من الموصي به بعد قبول الوارث^(٢) وعدمه^(٣). أمّا إذا كانت بما يكون من الحَبْوَة ففي اختصاص الولد الأكبر به بناءً على

⇒ بالإرث فلا يبعد جواز إلزام الدائن الورثة على القبول؛ بناءً على انتقال الملك ابتداءً إلى الميّت؛ لتعلّق حقّهم على هذا الحقّ أيضاً. وعلى القول بانتقال الملك إليهم ابتداءً فيمكن القول بجواز منع الدائن الوارث عن التملّك إلّا بعد أداء الدين؛ لِما مرّ من تعلّق حقّه بهذا الحقّ أيضاً. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(١) الأقوى إخراجها منه، والأحوط أن يكون برضا الورثة. (عبدالهادي الشيرازي).

* حكم الوصايا حكم الدّين في ما تعلّق بمال الميّت، نعم، في ما يجب على الوصيّ العمل به وإن لم يكن للميّت مال وتوقّف العمل به على القبول فيجب عليه القبول والعمل به. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) هذا هو المتعيّن بلا إشكال، لكنّ الظاهر أنّ المتولّي لقبول الوصيّة حينئذٍ بالنسبة إلى سهم الدّين والوصيّة هو وليّ أمر الميّت من الوصيّ أو الحاكم، وإن كان الأحوط الجمع بينه وبين قبول الوارث. (البروجردی).

* هذا هو الأقوى؛ للدليل المذكور في الحواشي السابقة. (الفاني).

* الأحوط إخراجها بعد القبول برضاهم، وفي كون المتولّي لقبول بالنسبة إلى المخرجات من يلي أمر الميّت أو الورثة وجهان، والأحوط الجمع. (المرعشي).

(٣) الظاهر أنّ هذا هو المتعيّن بلا إشكال، لكنّ الظاهر أنّ المتولّي لقبول الوصيّة حينئذٍ بالنسبة إلى سهم الدّين والوصيّة هو وليّ أمر الميّت من الوصيّ أو الحاكم، وإن كان الأحوط الجمع بينه وبين قبول الوارث. (عبدالله الشيرازي).

الانتقال^(١) إلى الميّت أولاً فمشكل؛ لانصراف الأدلة^(٢) عن مثل هذا.

السادس: إذا كان الموصي به ممّن ينعتق على الموصي^(٣) له فإن قلنا بالانتقال إليه أولاً بعد قبول الوارث، فإن قلنا به كشفاً وكان موته بعد موت الموصي^(٤) انعتق عليه^(٥)، وشارك

(١) وبناءً على صدق الحَبْوة^(أ) بمجرّد ذلك. (اللنكراني).

(٢) فيه إشكال. (المرعشي).

(٣) الذي مات وقبل وارثه الوصيّة. (الفيروزآبادي).

(٤) لا حاجة في هذا الفرض إلى قبول الوارث على ما مرّ، فيحكم بانعتاق الموصي به من الأول، وأمّا إذا مات الموصي بعد الموصي له فلا وجه للانعتاق أصلاً؛ لأنّ الوارث حينئذٍ يتلقّى الموصي به من الموصي دون الموصي له. (الخوئي).

✽ بناءً على ما قويناه سابقاً من عدم اعتبار القبول في الوصيّة وتلقّي الورثة من الموصي ابتداءً إن مات بعد الموصي له فلا ريب في الانعتاق مع فرض موت الموصي له بعد موت الموصي، كما أنّه لا وجه للانعتاق مع فرض موت الموصي بعد موت الموصي له. (حسن القمي).

✽ في هذا الفرض ينعتق الموصي به من الأول، بلا حاجة إلى القبول. (الروحاني).

(٥) هذا كلّ بناءً على اعتبار القبول في الوصيّة، وأمّا بناءً على عدم الاعتبار - كما لا يبعد - فينعتق من الأول في صورة كون موت الموصي له بعد موت الموصي، وأمّا إذا كان موته قبل موت الموصي فلا وجه للانعتاق؛ لأنّ تلقّي الموصي به من الموصي، لا من الموصي له. (عبدالله الشيرازي).

(أ) الوسائل: الباب (٣) من أبواب ميراث الأبوين والأولاد، أحاديث الباب. والحَبْوة إصطلاحاً: تخصيص الولد الأكبر بثياب أبيه الميّت وملابسه ومصحفه وخاتمه زائداً على حصّته من الميراث. معجم ألفاظ الفقه الجعفري: ١٥٠.

الوارث^(١) ممّن في طبقته، ويقدّم عليهم^(٢) مع تقدّم طبقته^(٣)، فالوارث^(٤) يقوم مقامه في القبول، ثمّ يسقط عن الوارثيّة؛ لوجود من هو مقدّم عليه. وإن كان موته قبل موت الموصي^(٥) أو قلنا بالنقل وأنّه حين قبول الوارث ينتقل

(١) لأنّه يكشف عن موت الموصي له عن وارثٍ معتقٍ حرٍّ وحصل الملك والانتعاق قبل [موت] ^(أ) الموصي له. (الفيروزآبادي).

(٢) في غير الكشف الحقيقي، وإلاّ فتلزم لغويّة إجازتهم للكشف عن كونهم غير الورثة من أوّل الأمر. (الخميني).

* حيث لم يكن الكشف حقيقياً محضاً. (المرعشي).

* ولا يلزم من كاشفيّة القبول عدم كاشفيّته إلّا على القول بالكشف الحكمي؛ لأنّ الكاشف قبول الوارث لولا الوصيّة، والمكشوف الوارثيّة بالوصيّة، من غير فرق بين الكشف الحقيقي أو الحكمي. (محمّد رضا الكلبيغانى).

* من دون فرق بين الكشف الحقيقي والحكمي. (اللكراني).

(٣) بناءً على الكشف الحكمي، وكون القبول شرطاً متأخراً، وأمّا على الكشف الحقيقي لو قيل به فمشكل؛ إذ يلزم من كاشفيّته تقدّمها^(ب). (البروجردى).

(٤) بل يقبل الوصيّة هو بنفسه؛ لأنّ أمر الرّد بيده؛ لأنّه ملك للموصي له ووارث له في آنٍ واحد؛ إذ بصيرورته مُلكاً للموصي له صار وارثاً له، فله حقّ الرّد من هذه الجهة، فتدبّر فإنّه دقيق. (الغانى).

(٥) في هذا الفرض بما أنّه ينتقل المال من الموصي إلى الموصي له لا وجه للانتعاق أصلاً. (الروحانى).

(أ) أضفناه لاقتضاء السياق.

(ب) في أصل التعليقة: (عدمها)، والصحيح ما أثبتناه.

إليه أنا ما فينعتق^(١)، لكن لا يرث^(٢) إلا إذا كان^(٣) انعتاقه قبل قسمة الورثة؛ وذلك لأنه على هذا التقدير انعتق بعد سبق^(٤) سائر الورثة بالإرث، نعم، لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدد الورثة شاركهم^(٥). وإن قلنا^(٦) بالانتقال إلى الوارث من الموصي لا من الموصى له فلا ينعق عليه؛ لعدم ملكه، بل يكون للورثة، إلا إذا كان ممن ينعق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعق، ولكن لا يرث إلا إذا كان ذلك مع تعدد الورثة وقبل قسمتهم.

السابع: لا فرق في قيام الوارث^(٧) مقام الموصى له بين التمليلية والعهدية^(٨).

(١) فحصل الملك والانعتاق. (الفيروزآبادي).

(٢) إذا لم يكن حرّاً في حياة الموصى له. (المرعشي).

(٣) في إرثه لقبول الوصية حتى في هذه الصورة نظر؛ لأن المنساق من الأدلة كون الوارث وارثاً مع قطع النظر عن الحقوق الموروثة بها، ولا يشمل ما كان أصل وراثته من جهة هذا الحق. (آقاضي).

(٤) وما مات الموصى له عن وارث منعتق. (الفيروزآبادي).

(٥) أو تفرد بالإرث دونهم. (البروجردي).

* في صورة التساوي في الطبقة، وتفرد عنهم في صورة تقدّمه عليهم. (المرعشي).

* مع اتحاد الطبقة، ويقدم عليهم مع تقدّم طبقته. (محمد رضا الكلبيكاني).

* إذا كان في طبقتهم، وإلا تفرد. (اللكراني).

(٦) كما هو المحتمل الثاني. (المرعشي).

(٧) الوارث يقوم مقام الموصى له في الوصية التمليلية. (الفاني).

(٨) الأقوى عدم القيام في العهدية. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

(مسألة ٨): اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليكية، كما عرفت، فلا يعتبر^(١) في العهديّة^(٢).

⇒ * الرجعة إلى الملك، كما في مورد موثقة عمّار^(أ). (الكوهكَمري).

* الأقوى عدم قيامه مقامه في العهديّة. (عبدالهادي الشيرازي).

* إن لم يضعف خبر عمّار. (المرعشي).

* إن رجعت الثانية إلى الأولى، وفي غيره مشكل. (السبزواري).

(١) في الإطلاق إشكال، والأقوى تساويها مع التمليكية لو كان المآل إلى العهد بإعطاء الموصي به إلى الموصي له، وأن القبول الفعلي كافٍ أيضاً. (المرعشي).

* أي قبول الموصي إليه، وأمّا قبول الموصي له في الوصية العهديّة - كما إذا أوصى بأن يُعطى زيد مالاً - فلا إشكال في اعتباره في تملكه، وإن كان أصل الوصية عهديّاً لا يعتبر فيه قبول الموصي إليه. (اللنكراني).

(٢) يعني قبول الموصي له، وأمّا قبول الموصي إليه إذا نصب وصياً فهو معتبر فيها أيضاً في الجملة. (الإصفهاني).

* بالنسبة إلى الموصي له، وأمّا الوصي فيعتبر قبوله. (الكوهكَمري).

* يعني قبول الموصي له، لا الموصي إليه. (الإصطهباناتي).

* يعني قبول الموصي له، لا الموصي إليه، كما مرّ، وعدم اعتباره فيها واضح فيما إذا كانت عهداً بصرف شيء في شخص أو أشخاص أو نوع أوجهة، وأمّا إذا كانت عهداً بإعطاء شخص أو أشخاص فليس بينها وبين التمليكية كثير فرق؛ بناءً على ما مرّ من أن القبول فيها معتبر في الموصي به دون الوصية. (البروجردی).

* يعني قبول الموصي له، وأمّا قبول الموصي إليه معتبر مسلماً، فإذا لم يقبل يرجع

⇐

(أ) الوسائل: الباب (١١) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١٢.

ويختص^(١) بما إذا كان لشخصٍ معيّنٍ أو أشخاصٍ معيّنين، وأمّا إذا كان للنوع أو للجهات - كالوصيّة للفقراء والعلماء، أو للمساجد - فلا يعتبر^(٢) قبولهم أو قبول الحاكم فيما للجهات وإن احتمل^(٣) ذلك، أو قيل.

⇒ إلى الحاكم في بعض الموارد، وعدم اعتباره فيها إذا لم تكن نتيجهها ملكيّة لشخص، وإلاّ يلزم كونها ملكيّة قهرية. (عبدالله الشيرازي).

✽ يعني قبول الموصى له في صحّة الوصيّة، وقد مرّ اعتباره مطلقاً، وفي العهديّة لا وجه لاعتباره، وأمّا لو عهد أن يُعطي شيئاً بشخصٍ ففي تملّكه يعتبر القبول بلا إشكال. (الخميني).

✽ في أصل تحقّق الوصيّة، أمّا في جعل الوصاية لأحدٍ فلا بدّ من قبوله. (السبزواري).

(١) الأقوى عدم الاختصاص، واعتبار القبول فيها مطلقاً، كما عرفت، غير أنّ القبول في القسم الأول معتبر من الموصى له شخصاً أو أشخاصاً، وفي القسم الثاني من القيم إن كان، وإلاّ فمن الحاكم. (صدرالدين الصدر).

✽ الأحوط إن لم يكن الأقوى عدم الاختصاص به، وأنّ القبول في الصورة الثانية ممّن يلي أمر الوصيّة إن كان، وإلاّ فمن الحاكم. (المرعشي).

(٢) الظاهر من العبارة ومن تنظيرها في المسألة الأولى بالعتق وفكّ الملك عدم اعتبار القبول في العهديّة مطلقاً، حتّى من الموصى إليه، لكنّ الظاهر منهم الإجماع على عدم الفرق بين الوصيّين في الحاجة إلى القبول في التمليكية من الموصى له، وفي العهديّة من الموصى إليه، نعم، يكفي في قبول الموصى إليه القبول الفعلي، وأمّا قبول الموصى له في العهديّة إذا كانت وصيّة بالتمليك فلا إشكال في اعتباره، لكنّه غير مربوطٍ بقبول الوصيّة. (محمّد رضا گلپايگانی).

(٣) احتمال اعتبار قبول الفقراء أو العلماء بما أنّهم من طبقات الجهات بعيد غايته،

ودعوى أنَّ الوصية لها ليست من التمليلية، بل هي عهديّة^(١)، وإلا فلا يصحّ تملك النوع أو الجهات كما ترى^(٢). وقد عرفت سابقاً^(٣) قوّة عدم اعتبار القبول مطلقاً، وإنما يكون الردّ مانعاً^(٤)، وهو أيضاً لا يجري في مثل المذكورات، فلا تبطل بردّ بعض الفقراء مثلاً، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل^(٥).

(مسألة ٩): الأقوى في تحقّق الوصية كفاية كلّ ما دلّ عليها من الألفاظ، ولا يعتبر^(٦) فيه لفظ خاصّ، بل يكفي كلّ فعلٍ دلّ عليها حتّى الإشارة والكتابة ولو في حال الاختيار^(٧) إذا كانت صريحةً في الدلالة، بل أو ظاهرة^(٨)؛ فإنّ ظاهر

⇒ لكنّ احتمال اعتبار قبول الحاكم ليس بذلك البعد وإن كان الأقرب عدمه، كما أنّ بطلانها بردّ الحاكم فيما تقتضي مصلحة سياسيّة، أو كان في قبولها مفسدة كذلك قريب. (الخميني).

(١) ولا يبعد ذلك، وإن قلنا بالكيّة الجهة أو النوع. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٢) كما أنّ دعوى كونها قسمياً ثالثاً مسمّى بالوصية التخصيصيّة؛ لامتناع تملك النوع والجهة، وعدم كونها عهديّة أيضاً كذلك. (اللكراني).

(٣) قد عرفت سابقاً ضعف ما قوّاه على الإطلاق. (المرعشي).

(٤) على ما ادّعي الإجماع عليه، كما تقدّم. (حسن القمي).

(٥) في إطلاقه نظر، بل لا يبعد البطلان بالنسبة. (محمّد الشيرازي).

(٦) ولكن ينبغي إنشاؤها بالألفاظ المتعارف استعمالها في ذاك المقام. (المرعشي).

(٧) الأحوط الاقتصار عليهما بحال الضرورة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٨) في إنشائه الوصية فعلاً بها على حدّ ظهور الألفاظ، ولا يكون مع ذلك عدم نظفه

الأفعال^(١) معتبر^(٢) كظاهر الأقوال. فما يظهر من جماعة^(أ) اختصاص كفاية الإشارة والكتابة بحال الضرورة لا وجه له، بل يكفي وجود مكتوبٍ منه بخطه ومهره إذا علم^(٣) كونه إنما كتبه بعنوان الوصية^(٤).

ويمكن^(٥) أن يستدل^(٦) عليه بقوله **عَلَيْهِ**: «لا ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه» (ب). بل يدل عليه ما رواه الصدوق^(٧)، عن إبراهيم بن

⇒ بها مع قدرته عليه، كما هو العادة في الأمور الخطيرة قرينة صارفة عن ظهورها، كما لا يبعد، ولعلّه لذا قصر الجماعة كفايتها على حال الضرورة. (البروجردى).

(١) ولكن الاحتمالات المتطرقة على الأفعال أكثر من المتطرقة على الأقوال، كما حُقِّق في محلّه من باب المجمل والمبين. (المرعشى).

(٢) في إطلاقه تأمل. (تقي القمي).

(٣) بل إذا كان ظاهره كذلك. (تقي القمي).

(٤) فعلاً بنفس الكتابة، لا لإحصاء ما يريد الوصية بها فيما بعد ليوصي بعد على طبقها ويُشهد عليها؛ فإنّ وجوب العمل بها حينئذٍ محلّ إشكال، وإن كان الأحوط، والاستدلال بالخبرين محلّ مناقشة. (البروجردى).

※ لا مقدّمة كتابتها، كما أنّه كثيراً ما يتفق ذلك. (المرعشى).

(٥) النصوص الدالة على هذه الجهة ضعيفة فلا يمكن الاستدلال بها. (تقي القمي).

(٦) مع الغض عن الإرسال وضعف الدلالة. (المرعشى).

(٧) مع الغض عن ضعف الصدور، وعن عدم عملهم بظاهره من التفصيل بين الولد وبين غيره. (المرعشى).

(أ) قواعد الأحكام: ٤٤٥/٢، جامع المقاصد: ١٩/١٠، رياض المسائل: ٤٣٣/٩.

(ب) المقنعة: ٦٦٦، عنه الوسائل: الباب (١) من أبواب كتاب الوصية، ح ٧.

محمد الهمداني قال: كتبت إليه: كتب رجل كتاباً بخطه ولم يقل لورثته: هذه وصيتي ولم يقل: إني قد أوصيت، إلا أنه كتب كتاباً فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب: «إن كان له ولّد ينقذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجه البر وغيره»^(أ).

(مسألة ١٠): يشترط في الموصي أمور^(١):

الأول: البلوغ، فلا تصح وصية غير البالغ. نعم، الأقوى^(٢) وفاقاً للمشهور صحة^(٣) وصية البالغ عسراً^(٤) إذا كان عاقلاً^(٥) في وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم^(٦)؛ لجملة من الأخبار^(ب) المعتبرة، خلافاً

(١) ولا يُعتبر الإسلام، بل تصح من الكافر على الأقوى. (المرعشي).

(٢) ولي في هذه المسألة تأمل ونظر. (الكوهكفري).

(٣) محل تأمل. (البروجردی).

(٤) الأحوط لو لم يكن الأقوى اعتبار إشراف الولي على وصيته. (الفاني).

(٥) مميّزاً مع كون الوصية عقلانية مشروعة، والأحوط الاختصار في المعروف على ذوي الأرحام دون الغرباء. (المرعشي).

(٦) صحة وصيته للغرباء محل إشكال. (الخوئي).

* لغير الأرحام إذا لم يكن للأمر الخيرية العامة مشكل، كما أنه إذا بلغ سبع سنين وأوصى باليسير من ماله ففي عدم الصحة إشكال، يراعى مقتضى الاحتياط. (حسن القمي).



(أ) من لا يحضره الفقيه ٤/ ١٩٨، ح ٥٤٥٦، عنه الوسائل: الباب (٤٨) من أبواب كتاب الوصايا، ح ٢.

(ب) الوسائل: الباب (٤٤) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١ - ٧.

لابن إدريس^(١) وتبعه جماعة^(أ).

الثاني: العقل، فلا تصح وصية المجنون، نعم، تصح وصية الأدياري منه إذا كانت في دور إفاقته. وكذا لا تصح وصية السكران حال سكره، ولا يعتبر استمرار العقل، فلو أوصى ثم جن لم تبطل^(٢)، كما أنه لو أغمي عليه أو سكر لا تبطل وصيته. فاعتبار العقل إنما هو حال إنشاء الوصية.

الثالث: الاختيار.

الرابع: ^(٣) الرشد^(٤).

⇒ * ويستفاد من حديث ابن مسلم^(ب) نفوذ وصية غير البالغ إذا حضره الموت لأرحامه. (تقي القمي).

* صحة وصيته للغرباء محل نظر، بل منع؛ للرواية. (اللكراني).

(١) ولكن مخالفته في المبني، فلا يعدّ هو ومن يحذو حذوه مخالفاً في المسألة. (المرعشي).

(٢) سواء قبل بلزوم الوصية أم جوازها، وإن كانت الصحة في الفرض الثاني على خلاف القاعدة في العقود المتزلزلة. (المرعشي).

(٣) على الأحوط. (تقي القمي).

(٤) في اعتباره إشكال، والاحتياط لا يترك. (الخوني).

* اعتباره مطلقاً حتى إذا لم تكن الوصية سفيهة مشكل، والاحتياط فيه لا ينبغي تركه. (محمد الشيرازي).

⇐

(أ) مختلف الشيعة: ٣٩١/٦، الحقائق الناضرة: ٤٠٩/٢٢.

(ب) الوسائل: الباب (٤٤) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١.

فلا تصح^(١) وصية السفیه^(٢) وإن كانت بالمعروف^(٣)، سواء كانت قبل حَجَر الحاكم^(٤) أم بعده. وأمّا المُفلس فلا مانع^(٥) من وصيته وإن كانت بعد حَجَر الحاكم؛ لعدم الضرر بها على الغرماء؛ لتقدم الدين على الوصية. **الخامس: الحرية**، فلا تصح^(٦) وصية المملوك^(٧) بناءً على عدم ملكه وإن أجاز^(٨) مولاه بل وكذا بناءً على ما هو

⇒ * لم أقف على نصٍّ أو غيره يدلّ على اعتباره، إلّا طلاق ما دلّ على المنع من تصرفه في ماله، فيختصّ المنع على فرضه بالوصية المتعلقة بماله. (الروحاني).

(١) اعتبار الرشد في صحّة الوصية في غاية الإشكال. (حسن القمي).

* محلّ إشكال، خصوصاً إذا كانت بالمعروف وكان قبل حَجَر الحاكم، بل لا تبعد الصحّة في هذه الصورة. (اللنكراني).

(٢) لا مانع من تنفيذها إذا كانت بالمعروف وعلى الموازين العقلانيّة. (كاشف الغطاء).

(٣) الحكم بعدم الصحّة في هذه الصورة، سيّما قبل الحَجَر لا يخلو عن إشكال. (المرعشي).

(٤) الأقرب صحّتها قبل حَجَره، إلّا إذا كان سفهه متّصلاً بصغره. (الخميني).

(٥) غاية الأمر أنّه لا يترتب على وصيته أثر، إلّا في مثل ما إذا خرج حال الموت عن التفليس. (اللنكراني).

(٦) احتمال الصحّة في وصية المكاتب المطلق الذي حرّر بعضه بقدر ما حرّر قويّ. (المرعشي).

(٧) في بطلانها مع إجازة مولاه نظر. (عبدالهادي الشيرازي).

(٨) قيل: لخروج وصيته عن موضوع الوصية، ضرورة كونها كقول زيد: مال عمرو لبكرٍ بعد وفاتي، وعن الفضوليّ الذي هو الوصية عن زيدٍ بعد وفاة زيد، لا وفاة غيره. وفي الاستدلال عندي نظر، ولا يبعد الصحّة مع

الأقوى^(١) من ملكه؛ لعموم^(٢) أدلة الحجر، وقوله ﷺ: «لا وصية لمملوك»^(أ) بناءً على إرادة^(٣) نفي وصيته لغيره، لا نفي الوصية له، نعم، لو أجاز مولاه صحّ على البناء المذكور.

ولو أوصى بماله ثمّ انعتق وكان المال باقياً في يده صحّت^(٤) على إشكال^(٥)، نعم، لو علّقها

⇒ الإجازة، وحديث «لا وصية لمملوك» سنده وكذا دلالته ضعيف، مع عدم ظهوره في مورد الإجازة. (الفيروزآبادي).

(١) ملكه محلّ إشكال. (الخميني).

(٢) ولو في ما ملكه مولاه، كما هو المختار. (آقاضياء).

(٣) كما هو الظاهر. (المرعشي).

(٤) مشكل، وإن علّقها على الحرّية. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) إلّا إذا أجازها جديداً، كما لا يخفى. (آقاضياء).

* بل لا تصحّ على الأقوى. (البروجردی).

* الظاهر عدم صحّته بإنشائه السابق الذي كان في حال عبوديته، إلّا أن يُنشئ الوصية ثانياً بعد انعقائه. (البجنوردي).

* يندفع هذا الإشكال إذا كان العبد باقياً على إيجابه للوصية بعد انعقائه، بالجمع بين مطلقات الصحة، وارتفاع ما يكون مانعاً عن الصحة، وهو الحجر. (الفاني).

* بل الصحة ممنوعة. (الخميني).

* قويّ فيه، وضعيف في ما يليه من الصور. (المرعشي).

⇐

(أ) دعائم الإسلام: ٣٦٢/٢، تهذيب الأحكام: ٢١٦/٩.

على الحرّية^(١) فالأقوى^(٢) صحّتها^(٣)، ولا يضرّ التعليق المفروض، كما لا يضرّ إذا قال: هذا لزيدٍ إن متُّ في سفري.
ولو أوصى^(٤) .

⇒ * الإشكال قويّ فيه وفي ما بعده، نعم، إذا أجازها بعد العتق صحّت وإن لم يجزها المولى. (الخوئي).

* لا يُترك الاحتياط فيه وفي ما بعده وبعد بعده. (حسن القمي).

* قويّ، وكذا في ما بعده. (اللكراني).

(١) كون الحرّية معلّقاً عليها للوصيّة^(أ) لا يستلزم صحّة الوصيّة من المملوك، نعم، تصحّ هذه الوصيّة بالصحة الفعلية إذا تحقّقت الحرّية مع كونه باقياً على الإيجاب، وكون المال باقياً تحت يده؛ لارتفاع المانع عن الصحة، لا لحصول المعلق عليه وهو الحرّية. (الفاني).

(٢) بل الأقوى بطلانها. (تقي القمي).

(٣) صحّتها في غاية الإشكال. (النائيني، جمال الدين الكلّبايگاني).

* في القوة نظر؛ لعدم ثبوت صحّة التعليق بغير الموت لولا دعوى عدم شمول معاهد الإجماعات لمثله، إلّا بدعوى إطلاقها في مطلق الأسباب، عقداً كان أم إيقاعاً، مطلقاً أم مشروطاً، وليس الأخير بعيد. (آقاضي).

* محلّ تأمل وإشكال. (الإصطهباناتي).

* فيه نظر. (عبدالله الشيرازي).

* لا تخلو من تأمل. (الخميني).

(٤) هذه الفروع مبنية على انصرافٍ لا يقدر إلى التصرفات المالية، وفيه نظر واضح. (آقاضي).

(أ) كذا في أصل التعليق، والظاهر (الوصيّة).

بدفنه^(١) في مكانٍ خاصٍّ لا يحتاج إلى صرف مالٍ فالأقوى^(٢) الصّحة^(٣)، وكذا ما كان من هذا القبيل.

السادس: أن لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعد ما أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه: من جرح أو شرب سُمٍّ أو نحو ذلك، فإنّه لا تصحّ وصيّته على المشهور المدعى عليه الإجماع، للنص^(٤) الصحيح الصريح^(أ). خلافاً لابن إدريس^(ب) وتبعه بعض^(ج). والقدر المنصرف إليه الإطلاق الوصيّة بالمال، وأمّا الوصيّة بما يتعلّق بالتجهيز ونحوه ممّا لا تعلّق له بالمال فالظاهر صحّتها^(٥).

كما أنّ الحكم مختصّ بما إذا كان فعل ذلك عمداً، لا سهواً أو خطأً، وبرجاء أن يموت، لا لغرضٍ آخر، وعلى وجه العصيان، لا مثل الجهاد في سبيل الله، وبما لو مات من ذلك.

(١) محلّ تأمل فيه، وفي ما كان من هذا القبيل. (الخميني).

(٢) بل الأقوى البطلان. (نقي القمي).

(٣) والأحوط أن تكون بإذنه، أو إجازته للوصيّة، أو للعمل بها. (محمّد رضا

الكلبيكاني).

※ مشكل. (اللنكراني).

(٤) وبه تُخصّص عمومات الوصيّة. (المرعشي).

(٥) بل مشكل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(أ) الوسائل: الباب (٥٢) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١.

(ب) السرائر لابن إدريس: ٣/ ١٩٧ - ١٩٨.

(ج) مسالك الأفهام: ٦/ ١٤٢، الحدائق الناضرة: ٢٢/ ٤١٣.

وَأَمَّا إِذَا عُوْفِيَّ^(١) ثُمَّ أَوْصَى صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ بِلا إِشْكَالٍ^(٢)،
وَهَلْ تَصَحَّ وَصِيَّتُهُ قَبْلَ الْمَعَاْفَةِ^(٣)؟ إِشْكَالٌ^(٤)، وَلَا يَلْحَقُ التَّنْجِيزُ
بِالْوَصِيَّةِ. هَذَا.

وَلَوْ أَوْصَى قَبْلَ أَنْ يُحْدِثَ فِي نَفْسِهِ ذَلِكَ ثُمَّ أَحْدَثَ صَحَّتْ وَصِيَّتُهُ وَإِنْ
كَانَ حِينَ الْوَصِيَّةِ بَانِيًّا عَلَى أَنْ يُحْدِثَ ذَلِكَ بَعْدَهَا؛ لِلصَّحِيحِ^(٥) الْمَتَقَدِّمِ،
مُضَافًا إِلَى الْعُمُومَاتِ.

(مَسْأَلَةٌ ١١): يَصَحُّ لِكُلِّ مِنَ الْأَبِّ وَالْجَدِّ الْوَصِيَّةُ بِالْوِلَايَةِ عَلَى الْأَطْفَالِ
مَعَ فَقْدِ الْآخَرِ، وَلَا تَصَحُّ مَعَ وَجُودِهِ، كَمَا لَا يَصَحُّ ذَلِكَ لِغَيْرِهِمَا حَتَّى
الْحَاكِمِ الشَّرْعِيِّ^(٦)؛

(١) أَوْ أَوْصَى ثُمَّ عُوْفِيَّ، وَلَا وَجْهَ لِلْإِشْكَالِ فِيهِ. (اللَّنْكَرَانِي).

(٢) لَا إِشْكَالَ فِي الصَّحَّةِ؛ لِأَنَّ تِلْكَ الْوَصِيَّةَ لَيْسَتْ وَصِيَّةً مَنْ قَتَلَ نَفْسَهُ. (الْفَانِي).
* الْأَقْوَى الصَّحَّةُ. (الْمَرْعَشِي).

(٣) ثُمَّ عُوْفِيَّ ثُمَّ مَاتَ. (الْفَيْرُوزْآبَادِي).

(٤) وَالْأَقْوَى الصَّحَّةُ. (عَبْدُ الْهَادِي الشَّيْرَازِي، مُحَمَّدُ الشَّيْرَازِي، الرُّوحَانِي).

* الظَّاهِرُ أَنَّهُ لَا إِشْكَالَ فِيهَا إِذَا أَوْصَى ثُمَّ عُوْفِيَّ. (مُحَمَّدُ رِضَا الْكَلْبَايْكَانِي).

* إِنْ أَوْصَى بَعْدَ مَا فَعَلَ السَّبَبَ ثُمَّ عُوْفِيَّ ثُمَّ مَاتَ فَالظَّاهِرُ صَحَّةُ وَصِيَّتِهِ. (حَسَنُ
الْقَمِّي).

(٥) أَخَذًا بِإِطْلَاقِهِ. (الْمَرْعَشِي).

(٦) لَكِنْ إِذَا نَصَبَ قِيَمًا عَلَيْهِمْ تَبَقَّى وَلايَتُهُ عَلَيْهِمْ وَلَوْ بَعْدَ مَوْتِ الْحَاكِمِ، نَعَمْ،
لَوْ نَصَبَ وَكِيلاً سَقَطَتْ وَكَالَتُهُ بِمَوْتِ مُوَكَّلِهِ. بِالطَّافَةِ تَعَالَى وَحَسَنُ تَوْفِيقِهِ قَدْ
تَمَّ مَا تَيَسَّرَ لَنَا مِنَ الْحَوَاشِي وَالتَّعَالِيقِ عَلَى عُرْوَةِ سَيِّدِنَا الْأُسْتَاذِ

⇒ نور الله ضريحه. (كاشف الغطاء)^(أ).

(أ) في آخر تعليقة كاشف الغطاء رحمته بيان، أحببنا إirاده لما فيه من الفائدة:

بيان: كان ولا يزال من المعلوم أن هذا المؤلف الجليل «العروة الوثقى» - الذي هو من مفاخر الفقه الجعفري وآياته الزاهرة في العصور المتأخرة - قد كان السيد الأستاذ - رضوان الله عليه - شرع فيه في السنة الثانية والعشرين بعد الألف والثلاثمائة، وكان كل يومين أو ثلاث ينتهز من وقته المستغرق بأشغال المرجعية العظمى فرصة يحزر فيها من هذا الكتاب الورتقيتين والثلاث بخطه الدقيق، يدفعها لي ولأخي آية الله الشيخ أحمد - تغمده الله برضوانه - لأجل إصلاح عباراته من حيث العربية، ورفع الركافة أو التعقيد، والنظر في أدلة الفروع، ومطابقة الفتوى للدليل؛ حذراً من أن مشغوليته العظمى أدخلت سهواً عليه في ذلك أو غفلة، ولا يعتمد على غيرنا في هذا الشأن، كسائر مهماته الأخرى وشؤونه من إرجاع المرافعات إلينا وغيرنا، واستمر اعتماده مدة حياته وبعد وفاته، حيث جعلنا أوصياءه، ولا تزال وصيته بخطه الشريف وخاتمه محفوظة في خزانة أوراقي. وكنا نستفرغ الوسع ونسهر الليالي في إصلاح العبارات، وجعلها بغاية الوضوح والسلامة بحيث يفهما حتى العامي والأمي، كما ننظر أيضاً في المدارك والأدلة. وتذاكر في كل فرع فرع مع أفاضل ذلك العصر، في دارنا الكبرى التي كانت مجمع الأعلام والأعظم يومئذ الخميس والجمعة، ومنهم: الآيتان الحجتان المرحوم الميرزا محمد حسين النائيني قبل أن يصير من المراجع، والشيخ المحقق وحيد عصره الأستاذ الشيخ حسن الكربلائي «رضوان الله عليهما»، وبعد استفرغ الوسع وسد الفراغ نعود إليه - رضوان الله عليه - بما أصلحنا، وتذاكر معه في مجلس خاص، فربما رجع إلى رأينا في الفتوى، وربما أصر واستمر على رأيه. وفي السنة الثامنة والعشرين لما توجهت إلى بغداد لطبع كتابي «الدعوة الإسلامية» - الذي حُجز وجرى فيه ما جرى - طلب مني - تغمده الله برحمته - أن أشرف على طبعها، وكنا نطبع الكتابين في مطبعة دار السلام.

فإنه بعد فقدهما^(١) له الولاية عليهم ما دام حيّاً، وليس له^(٢) أن يوصي بها لغيره بعد موته، فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله حال كل من الأب والجَدّ مع وجود الآخر.

ولا ولاية في ذلك للأمّ، خلافاً لابن الجنيّد^(٣) حيث جعل لها بعد الأب إذا كانت رشيدة^(أ).

وعلى ما ذكرنا فلو أوصى للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمالٍ وجعل أمره إلى غير الأب والجَدّ وغير الحاكم لم يصحّ، بل يكون للأب والجَدّ مع وجود أحدهما، وللحاكم مع فقدهما، نعم، لو أوصى لهم على أن يبقى بيد الوصيّ ثمّ يملكه لهم بعد بلوغهم^(٤)، أو على أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم يمكن^(٥) أن

(١) وفقد الوصيّ من قبل أحدهما أو كليهما. (المرعشي).

(٢) لقصور ولايته عن ذلك. (المرعشي).

(٣) استناداً إلى رسالة عاميّة. (المرعشي).

(٤) لكنّه خارج عن فرض الوصيّة على الأطفال. (المرعشي).

* هذا لا إشكال فيه، وغير مربوطٍ بالوصيّة على الأطفال، وأمّا الوصيّة بالصرف عليهم قبل البلوغ من دون المراجعة إلى الوليّ الشرعيّ فلا يخلو من إشكال. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٥) وهو المتيقّن. (تقي القمي).

(أ) راجع مختلف الشيعة: ٤١٢/٦، الحقائق الناضرة ٤١٦/٢٢، فتاوى ابن الجنيّد

للاشتهازي: ٢٤٤.

يقال ^(١) بصحته ^(٢)، وعدم ^(٣) رجوع أمره إلى الأب والجَدَّ أو الحاكم.

* * *

(١) لا إشكال في صحته في صورتين. (الخميني).

* بل الأقوى صحتها حينئذٍ (المرعشي).

(٢) بل هو صحيح بلا إشكال. (البروجردی).

* بل هو صحيح من دون إشكال. (الفاني).

* وهو الأقوى. (حسن القمي).

(٣) في ما فرضه لا وجه لاحتمال عدم الصحة أو الإشكال فيها، فالتعبير بالإمكان لا

يخلو من مسامحة. (البجنوردی).

فصل في الموصى به

تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائي^(١) محلل، من عين أو منفعة، أو حق قابل للنقل. ولا فرق في العين بين أن تكون موجودة فعلاً أو قوةً.

فتصح بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة^(٢).
وتصح بالعبد الآبق منفرداً ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمة.
ولا تصح بالمحرّمات^(٣)

(١) هذا القيد وما بعده من الحلية مبيّتان على الاحتياط. (نقي القمي).

(٢) وإن لم يكن معتاد الوقوع، لكن بشرط الإمكان. (المرعشي).

(٣) إن لوحظت الفائدة المحرّمة كالشرب والأكل في المثالين، وأمّا إن كان الملحوظ الفائدة المحلّلة شرعاً المقصودة العقلانية فالظاهر الصحة، إلا على مبنى حرمة التقلب في النجاسات والمحرّمات مطلقاً؛ استناداً إلى ما ليس بجدير أن يستند إليه. (المرعشي).

* لصرفها في الجهات المحرّمة، أمّا لو فرض لها جهات محلّلة فلا تبعد صحّة الوصية بها، كالوصية بالخنزير لاستعمال شعره في صنع الحبل، أو شحمه في طلي الأجر، ونحو ذلك. (محمّد الشيرازي).

كالخمر^(١) والخنزير ونحوهما، ولا بآلات اللهو، ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي، كالحشرات وكلب الهَرَّاش^(أ)، وأمَّا كلب الصيد فلا مانع منه، وكذا كلب الحائط والماشية والزرع وإن قلنا بعدم مملوكية ما عدا كلب الصيد؛ إذ يكفي وجود الفائدة فيها.

ولا تصحّ بما لا يقبل النقل من الحقوق، كحقّ القذف ونحوه. وتصحّ بالخمر المتخذ للتخليل^(٢).

ولا فرق في عدم صحّة الوصية بالخمر والخنزير بين كون الموصي والموصى له مسلمين أو كافرين^(٣) أو مختلفين؛ لأنّ الكفار أيضاً مكلفون بالفروع^(٤).

(١) لو فرض لها منافع محلّلة وأوصى بها بلحاظ تلك المنافع فالأظهر الصحّة. (حسن القمي).

(٢) لا خصوصية لهذه الفائدة فقط، فالخمر المتخذة لغيره من الفوائد المحلّلة كذلك. (المرعشي).

(٣) فيه تأمل. (الخميني).

(٤) الحكم ببطلان الوصية بالخمر والخنزير ولو من الكافر للكافر لعلّه لا يتوقّف على تكليفهم بالفروع. (الخوئي).

❖ لا تبعد وصية كلّ من تشملهم قاعدة الإلزام، كالكافر يوصي بالخمر والخنزير

⇐

(أ) الهَرَّاش: المهارشة بالكلاب، وهو تحريش بعضها على بعض. مختار الصحاح: ٣٥٥. وفي اللسان:

وكلب هَرَّاشٍ وخرَّاش، وفي الحديث: يتهارشون تهارش الكلاب، أي يتقاتلون ويتواثبون. لسان

العرب: ٧٥/١٥ (مادة هرش).

نعم^(١)، هم يُقَرَّرُونَ على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحاً.
ولا تصحّ الوصية بـمال الغير ولو أجاز^(٢) ذلك^(٣) الغير إذا
أوصى لنفسه^(٤)، نعم، لو أوصى فضولاً^(٥) عن الغير^(٦)

⇒ لكافر آخر، ولا تلازم بين صحة الوصية وبين تكليفهم بالفروع عقاباً، لا بما ينافي
قاعدة الإلزام، ويؤيده قول الماتن رحمته: نعم هم يُقَرَّرُونَ على مذهبهم وإن لم يكن
عملهم صحيحاً. (محمّد الشيرازي).

※ فيه تأمل. (حسن القمي).

(١) قاعدة الإلزام مخدوشة عندنا. (تقي القمي).

(٢) فيه نظر. (حسن القمي).

(٣) لا مانع منها مع الإجازة. (الفيروزآبادي).

(٤) قد مرّ النظر فيه. (عبدالهادي الشيرازي).

※ الأظهر الصحة في الموردين. (الروحاني).

(٥) بل يمكن تصحيح الأوّل أيضاً مع إلغاء قيدٍ لنفسه ولو كانت فائدتها راجعةً إلى
الأوّل؛ إذ بالإجازة لإنشائه السابق يصدق إضافة الوصية إليه، إلّا أن يشكّل في
الفضوليّ في مطلق الإيقاعات، ولكن في المقام يمكن جعل الإجازة وصيةً إجماليةً
بما ذكره بعد التوسعة في أمرها. (آقاضي).

※ الظاهر أنّ إجازة ذلك الغير تكون وصيةً منه، لا أنّها تنفيذ لتلك الوصية.
(صدرالدين الصدر).

※ إجازة الوصية كافية عن إنشائها، نظير ما إذا كتب وصيةً من دون قصد الإنشاء،
بل لتسجيل ما يريد أن يوصي به وتفصيله، ثمّ قال: «هذه وصيتي»؛ وذلك لعدم
اشتراط لفظٍ خاصّ في الوصية. (الفاني).

(٦) وكانت الوصية من العقود، كما هو الحقّ، وأمّا بناءً على كونها من الإيقاعات فلا

احتمل^(١) صحته^(٢) إذا أجاز^(٣).

(مسألة ١): يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار الثلث أو بأقل منه، فلو كانت بأزيد بطلت في الزائد، إلا مع إجازة الورثة بلا إشكال. وما عن علي بن

⇒ مجال للفضولية فيها حتى تلزمها الإجازة. ثم إن هذا كله لو لم تكن إجازة الغير في حكم الوصية، بل تنفيذ لها، وإلا فالصحة واضحة؛ لخروجها عن المفروض. (المرعشي).

* بأن يقول مثلاً: «دار زيد بعد وفاته للفقراء» فأمضاه زيد، والظاهر عدم الإشكال فيه على تقدير كون الوصية عقداً، نعم، على تقدير كونها إيقاعاً فجريان الفضولي فيها محل تأمل، بل منع. (محمد رضا الكلبيكاني).

(١) لو كانت الوصية بمال الغير قابلة لأن تُفسخ بالإجازة فالظاهر عدم الفرق بين الصورتين. (جمال الدين الكلبيكاني).

* بل هو الأظهر. (تقي القمي).

(٢) لو كانت الوصية بمال الغير قابلة لأن تصح بالإجازة فالظاهر عدم الفرق بين الصورتين. (النائيني).

* بل هذا هو الظاهر، وكذا في الصورة الأولى؛ لعدم الفرق. (السنكري).

(٣) بل هو الأظهر، وأما في الصورة الأولى - أي الإيضاء لنفسه بمال الغير - ففيه إشكال ولو أجاز المالك. (البجنوردي).

* هذا هو الأظهر. (الخوئي).

* وكذا في الصورة الأولى أيضاً. (السبزواري).

* بل هو الأقوى. (محمد الشيرازي).

* وهو الأقوى. (حسن القمي).

بابويه^(١) من نفوذها مطلقاً^(٢) على تقدير ثبوت النسبة شاذّ. ولا فرق بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة.

ولو كانت زائدةً وأجازها بعض الورثة دون بعضٍ نفذت^(٣) في حصة المجيز فقط، ولا يضرّ التبعض^(٤)، كما في سائر العقود. فلو خلف ابناً وبناتاً وأوصى بنصف تركته فأجاز الابن دون البنت كان للموصى له ثلاثة إلا ثلث من ستة، ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستة.

(مسألة ٢): لا يشترط في نفوذها قصد الموصي كونها من الثلث الذي جعله الشارع له. فلو أوصى بعينٍ غير ملتفتٍ إلى ثلثه وكانت بقدره أو أقلّ صحّت. ولو قصد كونها من الأصل^(٥) أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليماً مع وصيته بالثلث سابقاً أو لاحقاً^(٦)

(١) وحيث إنّ عبارته في الرسالة^(أ) هنا وفي غيره من المسائل مطابقة لعبارات الفقه الرضوي^(ب)، احتمال بعض أنّ الرضويّ هو بعينه الرسالة له، كما هو أحد الأقوال في المقام. (المرعشي).

(٢) وقد حقّقنا في محلّه عدم استقامة هذا القول، وللكلام ابن بابويه هنا محامل، منها: حملها على ما سيأتي في المسألة الثالثة. (المرعشي).

(٣) في حصة البعض المجيز، وكذا تنفذ في حصة الجميع لو أجاز الكلّ. (المرعشي).

(٤) ما لم يكن بالمجموع من حيث المجموع، وإلاّ ففيه إشكال. (حسن القمي).

(٥) البطلان في تمام ما أوصى به مع قصده من الأصل محلّ إشكال. (حسن القمي).

(٦) لا يخفى ضعفه، وكذا حكمه في الفرع اللاحق. (الفيروزآبادي).

(أ) لم تتوفر نسخته لدينا.

(ب) فقه الرضا عليه السلام: ٢٩٩.

بطلت^(١) مع^(٢) عدم إجازة الورثة. بل وكذا إن اتَّفَقَ^(٣) أنَّه^(٤)

(١) إذا كان على وجه التقييد، وإلا صحَّ وبطل ما بعده إذا لم يوصِ بالثلث قبله. (الكوهكَمَرِي).

❖ لا تبعد لغويّة قصده وصحّة وصيّته في الثلث، ولغويّة الوصيّة الثانية بالثلث، وكذا لا يبعد صحّتها في الفرض الآتي ولغويّة قصده، لكن في الفرعين إشكال، لا يُترك التخلّص بالاحتياط. (الخميني).

❖ مع وصيّته بالثلث سابقاً، وأمّا مع عدمها: فإن كان من قصده الوصيّة زائداً عن الثلث فعلاً وقصد بيان مصرف الثلث بعد ذلك فهذه عين الوصيّة بالثلث مع الزيادة، وفي الزائد موقوفة على إمضاء الورثة. وأمّا لو لم يرجع إلى الوصيّة بالثلث فعلاً مع الزيادة فقصد كون ذلك من الأصل وزائداً على الثلث لغو، سواء أوصى بعد ذلك بالثلث أم لم يوصِ، وهذه الوصيّة نافذة بمقدار الثلث، وما أوصى بعد ذلك فموقوف على الإمضاء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

❖ مع وصيّته بالثلث سابقاً، ومع عدمها فالبطان محلّ إشكال، ومع عدمها رأساً الظاهر هي الصحّة. (اللكراني).

(٢) يحتمل البطان في صورة التقييد، كما يحتمل لغويّة هذا القصد وصحّة الوصيّة بالثلث. (المرعشي).

(٣) فيه تأمّل. (الإصفهاني).

❖ إذا كان على وجه التقييد، كما عرفت. (الكوهكَمَرِي).

❖ الأقوى الصحّة في هذه الصورة. (الإصطهباناتي).

❖ فيه نظر. (عبدالهادي الشيرازي).

❖ فيه تأمّل. (عبدالله الشيرازي).

(٤) يقوّي الصحّة، وإطلاق التعليل عليل، نعم، يصحّ في صورة التقييد. (السبزواري).

لم^(١) يوص^(٢) بالثلث^(٣) أصلاً^(٤)؛ لأنّ الوصية^(٥) المفروضة^(٦) مخالفة للشرع^(٧) وإن لم تكن حينئذٍ زائدة على^(٨) الثلث^(٩)، نعم، لو كانت في

(١) الأقرب الصحة في هذه الصورة. (محمد الشيرازي).

(٢) الأقوى صحتها في هذه الصورة. (البروجردى).

(٣) والظاهر نفوذها في هذه الصورة، ولا أثر لقصد أن يكون من الأصل أو من ثلثي الورثة، بل يقع لغواً. والحاصل: أنّ المعتبر في نفوذ الوصية من غير توقّف على الاجازة أن لا يكون أزيد من الثلث، ففي كلّ موردٍ كان الموصى به أقلّ من الثلث أو مساوياً له [و] ^(أ) يكون نافذاً كان قصده من أيّ قسم من أمواله. (البجنوردى).

(٤) مشكل في غاية الإشكال. (حسن القمي).

(٥) ما لم يكن ذلك بنحو التشريع في التطبيق، وإلاّ فهو صحيح. (آقاضياء).

(٦) المدار في صحة الوصية على كونها غير زائدة عن الثلث، ولا دخل لقصد كونها من الثلث أو من غيره في الصحة والفساد. (الفاني).

(٧) إن لم يكن من مصاديق اللغو. (المرعشي).

* فيه منع ظاهر. (الخوئي).

(٨) لا سبيل إلى هذه الدعوى، ولا إلى المنع عن نفوذ الوصية قدر ما يسعه الثلث على أيّ تقدير. (جمال الدين الكلبيگاني).

(٩) لا سبيل إلى هذه الدعوى، ولا إلى المنع عن نفوذ الوصية قدر ما يسعه الثلث على أيّ تقدير. (النائيني).

* الأقوى الصحة في الفرض المذكور، بل وفي سابقه. (صدرالدين الصدر).

* بعد عدم كونها زائدة على الثلث كيف يدّعي أنّها مخالفة للشرع وباطلة؟! بل أظهر الصحة في قدر ما يسعه الثلث على أيّ تقدير. (الروحاني).

واجب^(١) نفذت؛ لأنّه يخرج من الأصل^(٢)، إلّا مع تصريحه بإخراجه من الثلث.

(مسألة ٣): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته ولم يعلم كونها في واجب حتّى تنفذ، أو لا حتّى يتوقّف الزائد على إجازة الورثة، فهل الأصل النفوذ إلّا إذا ثبت عدم كونها بالواجب، أو عدمه إلّا إذا ثبت كونها بالواجب؟ وجهان^(٣):

(١) في خصوص الماليّ، ويلحق به الحجّ، وأمّا في غيره ففيه إشكال تقدّم وجهه. (آقا ضياء).

* ماليّ دون غيره. (الخميني).

* ماليّ لازم الخروج من الأصل. (المرعشي).

* يعني في ما يخرج من الأصل. (محمّد رضا الكلبيكاني).

* إن كان من الواجبات الماليّة أقلّ توجب اشتغال ذمّته، ويلحق بها الحجّ الإسلامي من الميقات، لا في غيرها. (حسن القمي).

(٢) مرّ أنّ الواجبات البدنيّة كالصلاة والصوم لا تخرج من الأصل، وبذلك يظهر حال المسألة الآتية. (الخوئي).

* تقدّم حكمه. (الروحاني).

(٣) الأظهر أن يقال في منشأ الوجهين: إنّ التركة هل تنتقل إلى الوارث إذا كان الميّت مديوناً وتكون متعلّقة لحقّ الدّيّان، أو لا تنتقل إلّا ما زاد عن الدين؟ فإن قلنا بالأوّل فالأصل عدم تعلّق حقّ الغير بها، فيجوز للوارث التصرّف في التركة، ولا حاجة إلى إثبات أنّ مورد الوصيّة غير الواجبات الماليّة. وإن قلنا بالثاني فلا يجوز للوارث التصرّف. (صدرالدين الصدر).

* والأقرب بناء المسألة على الوجهين في باب الميراث، من أنّ تركة الميّت المديون هل تنتقل بمجرد موته إلى من يرثه وتصير ملكاً له لكنّه غير طلق، بل

ربّما يقال بالأوّل^(١)، ويحمل عليه ما دلّ من الأخبار^(٢) على أنّه «إذا أوصى بماله كلّهُ فهو جائز»^(أ)، و«أنّه أحقّ بماله ما دام فيه الروح»^(ب). لكنّ الأظهر^(٣) الثاني؛ لأنّ مقتضى^(٤) ما دلّ^(٥) على عدم صحّتها إذا كانت أزيد ذلك، والخارج منه كونها بالواجب وهو غير

متعلّق لحقّ الغرماء، أم لا تنتقل إليه إلّا الزائد عن مقدار الدين؟ فعلى الأوّل لو شكّ فتجري أصالة عدم تعلّق حقّ الغير، فلا محذور في تصرّف الوارث، ولا ضرورة إلى إثبات كون المورد من الواجبات الماليّة حتّى تخرج من الأصل. وأمّا على الثاني فلا يجوز له التصرّف في التركة. (المرعشي).

(١) وربّما يحتمل التفصيل بين ما كانت الوصيّة بالكلّ تضييعاً لحقّ الوارث، كما لو كان وارثه مجنوناً، فيحمل على الصّحة، وبين غيره ممّا يحتمل أنّه أوصى طمعاً في إجازة الوارث فلا، فتأمّل. (محمّد الشيرازي).

(٢) هي الروايات التي تمسّك بها والد شيخنا الصدوق^(ج) في إثبات النفوذ مطلقاً. (المرعشي).

(٣) الأظهرية ممنوعة. (اللنكراني).

(٤) في التعليل إشكال. (الكوهقري).

* التعليل عليل، ويُسبّه التمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة. (المرعشي).

(٥) هذا تمسّك بالعامّ في الشبهة المصداقيّة، والأوّل التمسّك بأصالة عدم نفوذها في أزيد من الثلث إلّا مع الإمضاء. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(أ) الوسائل: الباب (١١) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١٩.

(ب) الوسائل: الباب (١١) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١٢ و ١٩.

(ج) فقه الرضا: ٢٩٨، الوسائل: الباب (١٧) من أبواب كتاب الوصايا، ح ٥.

معلوم^(١)، نعم، إذا أقر^(٢) بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل. بل وكذا إذا قال: «أعطوا مقدار كذا خُمساً أو زكاةً أو نذراً» أو نحو^(٣) ذلك وشك في أنها واجبة عليه، أو من باب الاحتياط المستحبي فإنها أيضاً تخرج من الأصل^(٤)؛ لأنّ الظاهر من الخمس^(٥) والزكاة الواجب منهما. والظاهر من كلامه اشتغال ذمته بهما.

(مسألة ٤): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصي فلا إشكال في نفوذها، ولا يجوز له الرجوع في إجازته، وأمّا إذا أجاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان^(٦) أقواهما^(٧) الأوّل، كما هو

(١) هذا مبنيّ على التمسك بالعامّ في الشبهة المصدقية، وليس هنا أصل موضوعيّ منقّح لمصداق المخصّص غير مثبت. (الفيروزآبادي).

✽ وهذا من التمسك بعموم العامّ في الشبهات المصدقية؛ إذ ليس أصلاً منقّحاً للموضوع في البين، وأصالة عدم كونها من الواجبات من قبيل الاستصحاب العدم الأزلّيّ مثبت. (البجنوردي).

(٢) للأدلة الدالة على نفوذ الإقرار بالدين الخالقي والخلقيّ. (المرعشي).

(٣) النذر وأمثاله وإن كان من الواجبات الماليّة إلّا أنّ الظاهر عدم إخراجها من الأصل؛ فإنّ الواجبات الماليّة التي تخرج من الأصل هي التي توجب اشتغال الذمّة للناس. (حسن الفتّي).

(٤) بشرط كون هذا الظهور في كلام الموصي. (الكوهكمرّي).

(٥) في إطلاقه نظر، وكذا ما بعده. (محمّد الشيرازي).

(٦) بل أربعة، الثالث منها التفصيل بين غنى الوارث فلا يؤثّر الردّ، وبين عدمها فيؤثّر، والرابع التفصيل بين استدعاء الموصي، فعدم الصحّة وعدمه فالصحّة. (المرعشي).

(٧) لو بقي على إجازته إلى أن مات الموصي، بل ليس له الردّ حينئذٍ على الأقوى.

المشهور (أ)، للأخبار (١) (ب) المؤيدة باحتمال (٢) كونه ذا حق في الثلثين فيرجع إجازته إلى إسقاط حقه، كما لا يبعد (٣) استفادته من الأخبار (ج) الدالة على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث.

هذا، والإجازة من الوارث تنفيذ لعمل الموصي، وليست ابتداءً عطيةً من الوارث، فلا ينتقل الزائد إلى الموصي له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصي أولاً ثم ينتقل إلى الموصي له، بل ولا بتقدير ملكه، بل ينتقل إليه من الموصي من الأول (٤).

⇒ (جمال الدين الكلبيكاني).

* فيه إشكال. (المرعشي).

(١) وهي العمدة، وإلا فالمؤيدات موهونة. (آقاضيء).

(٢) ليس فيه تأييد من حيث كونه ذا حق، ولا في الأخبار واستفادته، ولكن أصل القول بالنفوذ تعبدًا للأخبار منصور، كما هو المشهور. (الفيروزآبادي).

* التعليل عليل، والاحتمال غير موجه، فلا تأييد في البين. (المرعشي).

* هذا الاحتمال ضعيف، كما يأتي منه رحمته. (محمد رضا الكلبيكاني).

(٣) الاستفادة منها مشكلة. (المرعشي).

(٤) الاستفادة من الأدلة أن يفصل بين كون الإجازة حال الحياة، أو بعد وفاة الموصي، فعلى الأول ينتقل المال إلى الموصي له رأساً، وفي الثاني ينتقل أولاً إلى الوارث، ثم إلى الموصي له. (تقي القمي).

(أ) جواهر الكلام: ٢٨/٢٧٦، الحقائق الناضرة: ٢٢/٤٣٦ - ٤٣٧، بلغة الفقيه لبحر العلوم: ١٠٥/٤.

(ب) الوسائل: الباب (١٣) من أبواب كتاب الوصايا، ح ١.

(ج) الوسائل: الباب (١٧) من أبواب كتاب الوصايا، ح ٢، ٦، ٧.

(مسألة ٥): ذكر بعضهم^(١): أنّه لو أوصى بنصف ماله مثلاً فأجاز الورثة، ثم قالوا: «ظننا أنّه قليل» قُضِيَ عليهم بما ظنّوه، وعليهم الحلف على الزائد^(٢). فلو قالوا: «ظننا أنّه ألف درهم فبان أنّه ألف دينارٍ قُضِيَ عليهم بصحة الإجازة في خمسمائة درهم، وأُحِلِّفُوا على نفي ظنّ الزائد^(٣) فللموصى له^(٤) نصف ألف^(٥) درهم^(٦) من التركة وتُلت البقية^(٧)؛

(١) وجهاً ضعيفاً. (الفيروزآبادي).

(٢) أي على نفيه الذي ماله إلى نفي وقوع الإجازة على الزائد، والأقرب إحلافهم على نفي إجازة الوصية على الزائد في تمام هذه المسائل. (المرعشي).

(٣) بل يحلفون على عدم إجازتهم الوصية بالزائد على الثلث كائناً ما كان، ولا زائداً على مقدار سدس ألف درهم، ويحتمل إحلافهم على أن إجازتهم كانت مبنية على زعم كذا بناءً على كونهم مدّعين، لكن لما لا يعلم إلا من قبلهم. (البروجدي).

* وليكن الحلف على وقوع الإجازة على نصف ألف درهم بمشيرية عنوان نصف المال إليه، وعدم وقوعها على مُعَوَّن نصف المال، وهو خمسمائة دينارٍ على الفرض. (الفاني).

* بل على نفي احتماله. (الخميني).

* ليرجع إلى الحلف على نفي الإجازة عن الزائد ممّا ظنّوا، وإلا فمجرد نفي الظن لا يفيد نفي الإجازة. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٤) للموصى له ثلث التركة بضميمة التفاوت بين ثلث ألف درهم ونصف ألف درهم، وهو مائة وسبعة وستون درهماً إلا ثلث درهم. (الفاني).

(٥) أو ثلث المجموع، والزائد عليه بمائة وسبعين إلا ثلاثة دراهم وثلثاً من درهم. (الفيروزآبادي).

(٦) الأولى أن يقال له: ثلث ألف دينار، وله بالإجازة سدس ألف درهم. (حسن القمي).

(٧) وإن شئت قلت: يُعطى ثلث ألف دينار، والتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه،

وذلك لأصالة^(١) عدم^(٢) تعلّق الإجازة بالزائد^(٣)،

⇒ أعني التفاوت بين ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين درهماً وثلث درهم، وبين خمسمائة درهم، وهو مائة وسبعة وستون درهماً إلا ثلث درهم؛ وذلك لأنّ الوصية في ثلث أصل المال نافذة لا تحتاج إلى الإجازة، وقد اعترف الورثة بإجازتهم ما به التفاوت بين الثلث والنصف وهو السدس، غاية الأمر مدّعون أنّه هذا المقدار وينفون الزائد، فإذا حلفوا على نفي الزائد يلزمون بهذا المقدار زائداً على ثلث أصل المال الذي نفذت فيه الوصية على كلّ حال، والمسألة بعدُ تحتاج إلى مزيد التأمل. (الإصفهاني).
* إذا كان نصف تمام ماله زائداً عن الثلث، وإلاّ فضّم الثلث على هذا الفرض أيضاً منظور فيه، ولكنّ ما أفاده ذيلاً هو الأقوى، كما لا يخفى، والله العالم. (آقاسية).
* فيه تأمل. (المرعشي).

* لا وجه لثلث البقية زائداً على خمسمائة درهم؛ لأنّه لو كان الممضى تمام خمسمائة درهم زائداً على الثلث فللموصى له ثلث المجموع زائداً على خمسمائة درهم، وإن كان الممضى سدس ألف درهم زائداً على الثلث فللموصى له ثلث المجموع وسدس ألف درهم. (محمّد رضا الكلبيكاني).
(١) هذان الأصلان غير أصيلين وإن كان المدّعى حقّاً. (الخميني).
(٢) هذا الأصل لا يُجدي في نفي وقوع الإجازة على الزائد إلاّ على تمخّل بعيد.
(المرعشي).

(٣) وتفصيله: أن يُعطى ثلث ألف دينار، والتفاوت بين ثلث ألف درهم ونصفه، أعني التفاوت بين ثلاثمائة وثلاثة وثلاثين درهماً وثلث درهم، وبين خمسمائة درهم، وهو مائة وسبع وستون درهماً إلا ثلث درهم؛ وذلك لأنّ الوصية في ثلث أصل المال نافذة لا تحتاج إلى الإجازة، وقد اعترف الورثة بإجازتهم ما به التفاوت بين الثلث والنصف وهو السدس، غاية الأمر مدّعون أنّه هذا المقدار وينفون الزائد، فإذا

وأصالة عدم^(١) علمهم بالزائد^(٢)، بخلاف ما إذا^(٣) أوصى^(٤) بعينٍ معيّنة^(٥) كدارٍ أو عبدٍ فأجازوا، ثم ادّعوا أنّهم ظنّوا أنّ ذلك أزيد من الثلث بقليل فبان أنّه أزيد بكثيرٍ فإنّه لا يُسمَع منهم ذلك؛ لأنّ إجازتهم تعلّقت بمعلومٍ وهو الدار أو العبد.

ومنهم من سوّى بين المسألتين في القبول. ومنهم من سوّى بينهما في عدم القبول. وهذا هو الأقوى^(٦)؛

⇒ حلفوا على نفي الزائد يُلزمون بهذا المقدار زائداً على ثلث أصل المال الذي نفذت فيه الوصيّة على كلّ حال. (عبدالله الشيرازي).

(١) هذا الأصل يفيد لدعوى عدم العلم، وأمّا لنفي الإجازة فغير مفيد. (محبّد رضا الكلبيكاني).

(٢) هذا الأصل غير مفيد؛ إذ يكفي في إجازة النصف كائناً ما كان احتمال الزيادة. (البروجدي).

(٣) الظاهر عدم الفرق بين الصورتين، كما أنّ الظاهر سماع الدعوى في المسألتين. (الإصفهاني).

(٤) لا يبعد عدم الفرق بين الصورتين، كما أنّ الظاهر سماع الدعوى في المسألتين. (السبزواري).

(٥) الظاهر أنّه لا فرق بين الصورتين في ظهور لفظ ما أجازاه في مجموع الزائد على الثلث أي مقدار كان، وأيضاً في إمكان ظنّهم بأنّه قليل، فإنّما ان لا يُسمَع في كليهما، أو يسمع فيهما، ولا وجه للفرق بينهما، والظاهر هو السماع في كليهما. (البجنوردي).

(٦) بل الأقوى هو الأوّل؛ لأنّ دعواهم في الفرض الثاني ترجع إلى علّة إجازتهم الوصيّة بالعبد بعد الاعتراف بها، وهذه لا أثر لها وإن كانت محقّقة أيضاً، بخلافها في

أخذاً^(١)

⇒ الأول فإنها راجعة إلى متعلق الإجازة، فإن النصف قابل للكثرة والقلّة، فإذا كانت إجازته مبنية على زعم كونه كذا وكان في الواقع أزيد منه لم تتعلق الإجازة بالزيادة. (البروجردى).

* لا يبعد كون الأول أقوى؛ لأنه في الصورة الثانية يرجع إلى العلّية وتخلّف الداعي، بخلاف الصورة الأولى، فإن النصف قابل للكثرة والقلّة، ففي الحقيقة ما تعلّقت الإجازة بالأكثر. (عبدالله الشيرازي).

* الأقوى هو الأول. (الفاني).

* التقوية في صورة الشكّ في الصدق محلّ تأمل، وأمّا في صورة العلم فالأقوى التفصيل بين الصورتين: بالسماع في الأولى، وعدمه في الثانية. (المرعشي).

* هذا مع الشكّ في الصدق، وأمّا مع العلم بصدق المدّعى فالأقوى في الصورة الأولى السماع؛ لأنّ النصف في نظر مَنْ يعلم بكون الكلّ ألف درهم ليس إلّا خمسمائة درهم، بخلاف الصورة الثانية؛ فإنّ العبد لا يتفاوت بكثرة المال وقلّته أو كثرة قيمته وقلّتها، نعم، تخيل ذلك أوجب إمضاء الدار والعبد، وهذا لا يضرّ بشيء. (محمد رضا الكلبيكاني).

(١) وإن كان الاحتياط لا ينبغي تركه. (محمد الشيرازي).

* بل الأقوى بحسب القواعد أن يقال: لو تعلّقت الإجازة بمعلوم كالعبد والدار فلا يُسمع منهم، حتّى مع العلم بصدقهم في دعواهم، إلّا ما كانت إجازتهم عند إنشائها مقيدةً بكونه بمقدار كذا، وأمّا إن تعلّقت الإجازة بالنصف مثلاً فتُسمع دعواهم، ثم هل يكونون مدّعين وعليهم الإثبات أم يكونون منكرين، أو يفصل بين ما لو علم من حال الموصي أنّه كان دأبه الاختفاء على أمواله حتّى على أقربائه وولده، فيكون قولهم موافقاً لظاهر الحال، أم لم يكن كذلك، ولعلّه يختلف في الموارد. والحمد لله أولاً وآخراً وصلى الله على مُحَمَّدٍ وآلِهِ الطّاهرين. (حسن القمي).

بظاهر^(١) كلامهم في الإجازة^(٢)، كما في سائر المقامات، كما إذا أقرّ بشيء ثم ادّعى أنّه ظنّ كذا، أو وهب أو صالح أو نحو ذلك ثم ادّعى أنّه ظنّ كذا فإنّه لا يسمع منه. بل الأقوى^(٣) عدم السماع^(٤) حتّى مع العلم^(٥) بصدقهم في دعواهم^(٦)، إلّا إذا علم كون إجازتهم

(١) تقدّم أنّ الأقوى هو السماع، حتّى مع عدم العلم بصدق دعواهم فضلاً عن صورة العلم بذلك. (البجنوردي).

* في الاستظهار إشكال. (المرعشي).

(٢) لا قوّة فيه. (الكوهكفري).

* ظهور كلامهم في الإجازة لا يوجب عدم سماع الدعوى، نعم، منافاتها للإقرار موجب له إذا لم تكن راجعةً إلى تفسيره، كما في ما نحن فيه. (البروجردى).

(٣) بل الأقوى خلافه. (الإصفهاني).

* فيه منع. (السبزواري).

(٤) بل الأقوى خلافه. (البروجردى).

* بل الأقوى خلافه في الصورة الأولى، وأمّا في الصورة الثانية - وهي تعلق الوصية بمثل الدار والعبد - وإن كان يمكن الالتزام بعدم السماع وكونها من قبيل تخلف الداعي إلّا أنّ الأحوط التصالح بين الورثة والموصى له. (عبدالله الشيرازي).

* الأقوى السماع. (الفاني).

(٥) ما أفاده في صورة الوصية بعين معلومة كالدار مثلاً، وأمّا في غيرها كالوصية بالنصف المشاع ففي عدم السماع في صورة الثبوت تأمل. (المرعشي).

(٦) هذا إنّما يتمّ في مثل الوصية بمعلوم كالعبد والدار فإنّ الإجازة حينئذ تكون نافذة ولو علم مخالفة علم المُجيز لما عليه الموصى به من المالية فإنّ التخلف حينئذ من قبيل تخلف الداعي، وهو لا يضّرّ بصحة الإجازة، وأمّا في مثل الوصية بالنصف مثلاً

مقيّدة^(١) بكونه^(٢) بمقدار كذا^(٣) فيرجع إلى عدم الإجازة، ومعه يشكل السماع^(٤) في ما ظنّوه أيضاً^(٥).

(مسألة ٦): المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة^(٦) الموصي، لا حال

⇒ فالمجاز على تقدير اعتقاد المُجيز بأنّ المال ألف درهمٍ فرضاً إنّما هي الوصية بخمسائة درهم، فلا تكون الإجازة نافذة في الزائد، وبذلك يظهر أنّه لا مانع من سماع الدعوى في هذه الصورة، إلّا أنّها محتاجة إلى الإثبات؛ لأنّها مخالفة لظاهر الكلام. (الخوئي).

(١) يعني أنّها قُيّدت عند إنشائها بذلك، فتنتفي حينئذٍ بانتفاء قيدها، ولو لم تقيّد كذلك كان على تقدير صدقهم في الدعوى المذكورة من تخلف الداعي - ولا أثر له - فلا تُسمّع دعواه. (النائيني، جمال الدين الكلبيكاني).

لا من باب تخلف الداعي. (المرعشي).

(٢) لا يخفى أنّ أصل دعواهم التقييد، فإذا علم بصدقهم لا وجه لعدم السماع، وبيان الحكم بعدم السماع مع العلم والاستثناء ركيك. (الفيروزآبادي).

(٣) فإن لم تكن كذلك يكون من قبيل تخلف الداعي، ولا أثر له. (الإصطهباناتي).

(٤) لا إشكال فيه؛ لرضاهم بما ظنّوه، والتقييد من حيث عنوان النصف مثلاً راجع إلى عدم الرضا بالزيادة على ما ظنّوه. (الفيروزآبادي).

* لعلّه من سهو القلم، وصحيحه يشكل القضاء. (الخوئي).

(٥) المقصود من هذه العبارة: أنّه مع التقييد يشكل ترتيب أثر الإجازة على ما ظنّوه أيضاً من الزيادة؛ لأنّ المفروض أنّ إجازته كانت مقيّدة بكون الزائد مقدار كذا، فإذا تخلف لم تتحقّق إجازة أصلاً، حتّى بالنسبة إلى ذلك المقدار الذي ظنّوه. (البجنوردي).

* في صورة زيادة المظنون على المقيّد. (المرعشي).

(٦) أخذاً بإطلاق الأدلّة في المقام، واستظهاراً منها. (المرعشي).

* وهو الأظهر. (تقي القمي).

الوصيّة، بل على حال حصول قبض الوارث^(١) للتركة إن لم تكن بيدهم حال الوفاة.

فلو أوصى بحصّة مُشاعةٍ كالرُّبُع أو الثُّلُث وكان ماله بمقدارٍ ثمّ نقص كان النقص مشتركاً^(٢) بين الوارث والموصى له، ولو زاد كانت الزيادة لهما مطلقاً وإن كانت كثيرة جداً.

وقد يقيّد بما إذا لم تكن كثيرة؛ إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة المتجدّدة، والأصل عدم تعلّق الوصيّة بها، ولكن لا وجه له^(٣)؛ للزوم العمل بإطلاق

(١) إذا لم يكن نقص الثلث حال قبض الوارث عن زمان الموت بتقصيرٍ منهم. (صدرالدين الصدر).

* في صورة عدم كون النقص مستنداً إلى تقصيرهم. (المرعشي).

(٢) بناءً على كون المستظهر من كلام الموصي الربع أو الثلث في حال الموت أو الوصيّة. (المرعشي).

* هذا الحكم متفرّع على أنّ الظاهر من لفظ الموصي الربع حال الوصيّة أو حال الموت؛ ولذا لو صرّح بالربع حال الوصيّة ثمّ زاد كانت الزيادة للوارث، وكذا لو نقص كان النقص عليه ما لم ينقص ربع المال حال الوصيّة عن الثلث حال الوفاة، وكذا لو صرّح بالثلث حال الوصيّة ثمّ زاد المال كانت الزيادة للوارث، نعم، لو نقص كان النقص عليهما؛ لعدم نفوذ الوصيّة في أكثر من الثلث حال الوفاة، نعم، ما ذكر من الوصيّة بالعين المعيّنة أو بالكليّ مثل مائة دينارٍ فهو من فروع كون المدار في الثلث: الثلث حال الموت. (محمّد رضا الكلبيكاني).

(٣) نفي الوجه غير متّجّه بعد تسلّم الانصراف إلى كون المعيار حال الوفاة، كما مرّ. (المرعشي).

الوصيّة. نعم، لو كان هناك قرينة قطعية^(١) على عدم إرادته الزيادة المتجدّدة صحّ ما ذكر، لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة وقتلّها.

ولو أوصى بعينٍ معيّنة^(٢) كانت بقدر الثلث أو أقلّ ثمّ حصل نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين بحيث صارت أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزائد، مع عدم إجازة الوارث. وإن كانت أزيد من الثلث حال الوصيّة ثمّ زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين فصارت بقدر الثلث أو أقلّ صحّت الوصيّة فيها، وكذا الحال إذا أوصى بمقدارٍ معيّنٍ كلّيّ كمائة دينارٍ مثلاً.

(مسألة ٧): ربّما يحتمل^(٣) فيما لو أوصى بعينٍ معيّنة أو بكلّيٍّ كمائة دينارٍ مثلاً أنّه إذا أتلف من التركة بعد موت الموصي يُردّ النقص عليهما أيضاً بالنسبة، كما في الحصّة المشاعة وإن كان الثلث وافياً؛ وذلك بدعوى أنّ الوصيّة بهما ترجع إلى الوصيّة بمقدار ما يساوي قيمتها، فيرجع إلى الوصيّة بحصّة مشاعة. والأقوى^(٤) عدم ورود النقص عليهما ما دام الثلث وافياً، ورجوعهما إلى الحصّة المشاعة في الثلث أو في التركة لا وجه له، خصوصاً في الوصيّة بالعين المعيّنة.

(١) إن لم يكن اللفظ وجه إليها صحّ أيضاً ما ذكر، والفرق بين القلّة والكثرة وجهه عرفاً في الثاني، والانصراف عنه وعدم الوجه إليه في الأولى. (الفيروزآبادي).
* أو اطمئنّاتية. (المرعشي).

(٢) وجعل المعيار حال الوفاة، كما هو الحقّ المنصور. (المرعشي).

(٣) إرجاعاً للوصيّة بالعين المعلومه مثلاً إلى الوصيّة بالحصّة المشاعة من الثلث. (المرعشي).

(٤) وهو المنصور بالنظر الدقيق. (المرعشي).

(مسألة ٨): إذا حصل للموصي مال بعد الموت - كما إذا نصب^(١) شبكة فوق فيها صيد بعد موته - يخرج منه الوصية^(٢)، كما يخرج منه الديون، فلو كان أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضاً مثلاً. وإذا أوصى بعين^(٣) وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضمّ ذلك المال نفذت فيها. وكذا إذا أوصى بكليّ كمائة دينار مثلاً، بل لو أوصى ثم قُتل حسبت ديته من جملة تركته^(٤)، فيخرج منها الثلث، كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأً، بل وإن كان عمداً وصالحوا على الدية؛ للنصوص الخاصة^(٥)، مضافاً إلى الاعتبار^(٦)، وهو كونه أحقّ بعوض^(٧) نفسه من غيره^(٨). وكذا إذا أخذ دية جرحه خطأً، بل أو عمداً.

* * *

(١) هذا مبنيّ على تامة دخول الصيد في ملك الميت بنصب الشبكة. (تقي القمي).

(٢) لاستناد هذا المال إلى الموصي، فيصدق عليه المتروك. (المرعشي).

(٣) فيه إشكال، فلا يُترك الاحتياط بالتصالح بين الورثة والموصى له. (المرعشي).

(٤) للنصوص الخاصة، وإلا الاحتساب والإخراج ممنوعان. (المرعشي).

(٥) إن أغمض عن المناقشة بعدم ورودها في الوصية. (المرعشي).

(٦) الغير الملتفت إليه في الفقه. (المرعشي).

(٧) كما يُستفاد ذلك من خبر أبي بصير^(أ). (المرعشي).

(٨) توضيح ذلك: أنّه لما كان المقتول هو الذي ملك نفس قاتله عوضاً عن نفسه، وكانت الولاية على ماله عفواً أو استيفاءً أو إيدالاً بالمال لوليّه، فلو صالح القاتل بالدية تدخل هي كالصيد الواقع في الشبكة التي نصبها المقتول في ملكه، لا في ملك الولي، ويكون سبيلها سائر أمواله. (النايني).

(أ) الوسائل: الباب (٥٩) من أبواب كتاب القصاص، ح ١ و ٢.

مسك الختام

بحمدِ اللهِ ومنه، وبتوفيقٍ وتسديدٍ من جزيل عطاياه إنتهى الجزء الخامس عشر من مجموعة «العروة الوثقى» والتعليقات عليها»، وبه تمّ هذا المشروع العلمي الخالد، الزاخر بمنهل ينابيع العلوم والحكمة الإلهية: نصوص القرآن الكريم وسنة صاحب الرسالة ﷺ وأهل بيته ﺍﻟﻤﺒﺎﺭﻛﻪ . ومن جانب آخر ومن خلال الحشد الهائل للتعليقات على متون العروة الوثقى، يتجلى بوضوح سير تطور الفقه الناتج من تتبع جهاذة العلم والاجتهاد من الطائفة الحقّة، نور الله مراقدا راحليهم وأدام ظلّ حاضريهم.

وفيه نقدّم فائق تقديرنا وشكرنا لرئاسة المؤسسة، سماحة آية الله السيّد الموسوي الإصفهانيّ دام ظلّه؛ لإشرافه وتوجيهاته القيّمة، وأيضاً دعمه وتشجيعه المباركين لهذا المشروع العلمي الكبير وسائر نشاطات المؤسسة. ونقدّم فائق شكرنا وكثير اعتزازنا لكلّ الإخوة الأساتذة والأفاضل المنتسبين للمدارس الحوزويّة والمراكز العلميّة الأخرى، ممّن ساهم وعمل في مختلف أنشطة هذا السّفر القيم وفي تحقيق أهدافه المنشودة بأقصى دقّة وسرعة.

ونُعلم أنّه سنُلحق إلى هذه المجموعة ما صنّفه الفقيه الأعظم السيّد الطباطبائيّ اليزدي ﷺ بعنوان «ملحق العروة الوثقى» قريباً إن شاء الله تعالى . والحمد لله أولاً وآخراً على جميع ما أنعم، والشكر على جميع ما أعطى وأكرم.

مؤسسة السبطين ﺍﻟﻌﺎﻟِﻤِﻴَّة

شوّال ١٤٣٧ هـ ق

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين وصلى الله على خير خلقه محمد وآله الطيبين

مسئلة يجب على كل مكلف في عباداته ومعاملاته ان يكون بحسب ما او مفقده او محظا مسئلة الاقرى
جواز العمل بالاحتياط مجتهدا كان او لا لكن يجب ان يكون عارفا بكيفية الاحتياط بالاجتهاد والتقليد
مسئلة قد يكون الاحتياط في الفعل كاذبا اقل كون الفعل واجبيا وكان قاطعا بغير حرمته وقد يكون
في الترك كاذبا اقل كون حرمته بغيره وكان قاطعا بغيره وجوبه وقد يكون في الجمع بين امرين مع التمكن من كل واحد
لم يعلم انه وظيفة القضاء او الهام مسئلة الاقرى جواز الاحتياط ولو كان مستلزما للتكليف وان كان الاحتياط
او التقليد مسئلة في مسئلة جواز الاحتياط يلزم ان يكون بحسب ما او مفقده لان مسئلة خلافية
مسئلة في الضرورات لا حاجة الى التقليد كحرب العدو والعصم وغيرها وكذا في البقايات
اذا حصل تيقن وفي غيرهما يجب التقليد ان لم يكن مجتهدا اذا لم يكن وان امكن بحسب ما او مفقده
التقليد مسئلة عمل العاقل لا التقليد ولا احتياط باطل مسئلة التقليد هو الا لزام بالعمل بغيره
بحسب مقتضى وان لم يعمل بعد بل ولم يأخذ فتواه فاذ اخذ من السنة وجب التزم بالعمل بانها كفى
في تحقق التقليد مسئلة الاقرى جواز البقاء على تقليد الميت ولا يجوز تقليد الميت ابتداء
مسئلة اذا عدل عن الميت الى الحي لم يجوز له العودة الى التقليد مسئلة لا يجوز العدول عن الحي
الى الميت الا اذا كان الشاخي اعلم مسئلة يجب تقليد الاعلم مع الامكان على الاحوط ويجب التحصن
مسئلة اذا كان هناك مجتهدان مثا وبان في القضية يتخير بينهما الا اذا كان احدهما اودع
فخما من الاربع مسئلة اذا لم يكن للاعلم فتوى في مسئلة من لمسائل عمية في تلك المسئلة الاخذ من
غير الاعلم وان امكن الاحتياط مسئلة اذا قلده مجتهدا كان يجوز البقاء على تقليد الميت فاما
ذلك المجتهد لا يجوز البقاء على تقليده في هذه المسئلة بل يجب الرجوع الى الحي الاعلم في جواز البقاء
وعدمه مسئلة الجاهل المقصر باطل وان كان مضافا للاتباع واما الجاهل الفاضل اذا امتنع
كان غافلا حينئذ العمل منه قصد القربة فان كان مضافا لفتوى المجتهد الذي قلده بعد ذلك
كان صحيحا والاحوط مع ذلك وجوب مضاف لفتوى المجتهد الذي كان يجيب عليه تقليده حين العمل
مسئلة المراد من اعلم من يكون اعرف بالتقوى والمدارك للمسئلة واكثر اطلاعا على الظواهر الشرعية واجود
فهما للاختصاص والحاصل ان يكون اجود استنباطا ومجربا في أهل الخبرة والاستنباط

مصورة الصفحة الأولى من النسخة المخطوطة بأنا مل المؤلف

الفهرست الفنیة

✓ فهرست محتویات الكتاب

✓ فهرست الإصدارات العلمیة

فهرست محتویات الجزء الخامس عشر من كتاب العروة الوثقی والتعلیقات علیها

كتاب الضمان

(١٠٨-٧)

- ٩..... معنی الضمان وإطلاقاته وشرائطه
- ١٠..... أحدها: الإیجاب
- ١١..... الثاني: القبول من المضمون له
- ١٤..... الثالث: كون الضامن بالغاً عاقلاً
- ١٥..... الرابع: كونه مختاراً
- ١٦..... الخامس: عدم كونه محجوراً
- ١٧..... السادس: عدم كون الضامن مملوكاً
- ٢١..... السابع: التنجيز
- ٢٧..... الثامن: ثبوت الدين في ذمة المضمون عنه
- ٣٠..... التاسع: عدم اشتغال ذمة الضامن
- ٣٢..... العاشر: امتیاز الدين والمضمون له والمضمون عنه
- ٣٣..... عدم اعتبار العلم بمقدار المضمون أو جنسه

انتقال الحق إلى ذمة الضامن بالضمان.....	٣٥
إبراء ذمة الضامن والمضمون عنه	٣٧
لزوم الضمان من طرف الضامن والمضمون له وحكم ضمان المعسر.....	٣٩
اشتراط الخيار وغيره في الضمان	٤٠ - ٤١
تبيين كون الضامن مملوكاً	٤٢
ضمان الدين الحال مؤجلاً وبالعكس	٤٢
حكم ضمان الدين الحال مؤجلاً	٤٢
موت الضامن وحلول الدين المؤجل	٤٣
ضمان الدين المؤجل حالاً بإذن المضمون عنه.....	٤٣
ضمان الدين المؤجل بأقل من أجله وأدائه	٤٣
حكم الضمان من غير إذن المضمون عنه	٤٤
ليس للضامن الرجوع إلا بعد الأداء بمقدار ما أدى	٤٥
احتساب المضمون له الدين على الضامن من الحقوق الشرعية	٥٠
بيع المضمون له بما يساوي أقل من الدين.....	٥١
لو دفع المضمون عنه إلى الضامن مقدار ما ضمن قبل الأداء.....	٥٣
لو دفع المضمون عنه بأمر الضامن	٥٥
إذا دفع المضمون عنه بغير إذن الضامن.....	٥٧
إذا ضمن تبرعاً فضمن عنه ضامن	٥٧
ضمان الدين بأقل منه أو أكثر	٥٧
الضمان بغير جنس الدين	٥٨
الضمان بشرط الرهانة.....	٥٨

- إذا كان على الدين رهن فهل ينفك بالضمان؟ ٥٩
- اشتراط الضمان في مالٍ معيّن وما فيه من أقسام ٦٠
- إذن المولى لعبده بالضمان في كسبه ٦٤
- ضمان إثنين عن واحد ٦٥
- ضمان كلّ من المدينين ما عليه للآخر ٦٩
- عدم اعتبار علم الضامن بثبوت الدين ٧٢
- ضمان ما تشهد به البيّنة ٧٣
- جواز الدور في الضمان ٧٥
- ضمان دين الفقير بالفداء من الخمس ونحوه ٧٥
- كون الدين زكاةً أو خمساً ٧٧
- الضمان في مرض الموت ٧٨
- ضمان ما يعتبر مباشرة المديون له وضمان الكلّي في المعيّن ٧٨
- حكم ضمان نفقة الزوجة والأقارب ٧٩
- ضمان مال الكتابة ٨٢
- حكم ضمان مال الجعالة والسبق والرماية ٨٣
- حكم ضمان الأعيان المضمونة ٨٥
- حكم ضمان درك الثمن للمشتري ٩٠
- ضمان أرش المعيب ٩٣
- ضمان عهدة الثمن وتبيّن بعض المبيع مستحقاً ٩٣
- ضمان ما يحدثه المشتري في الأرض ٩٤

٩٧	ضمان المتاع الملقى في البحر لغرض عقلائي
٩٩	اختلاف المضمون له والمضمون عنه
١٠١	اختلاف الضامن والمضمون له
١٠١	اختلاف الضامن والمضمون عنه
١٠٣	إكثار الضامن الضمان
١٠٧	لو ادعى الضامن الوفاء وأنكر المضمون له
١٠٧	لو أذن له المدين في وفاء دينه بلا ضمان فوفى

كتاب الحوالة

(١١١ - ١٦٠)

١١١	تعريف الحوالة وشروطها العامة
١١٤	الشروط المعتبرة في الحوالة
١١٤	الأول: الإيجاب والقبول
١٢٣	الثاني: التنجيز
١٢٤	الثالث: الرضا من المحيل والمحتال
١٢٧	الرابع: كون المحال به ثابتاً في ذمة المحيل
١٣٠	الخامس: كون المحال به معلوماً جنساً وقدرًا لهما
١٣٣	السادس: تساوي المالين المحال به والمحال عليه
١٣٦	حكم الحوالة بالمنفعة والعمل
١٣٧	براءة ذمة المحيل بمجرد تحقق الحوالة
١٣٧	عدم وجوب قبول الحوالة

- لزوم الحوالة ما لم تكن على معسر..... ١٣٧
- الحوالة على البريء ١٣٨
- اشتراط خيار الفسخ..... ١٣٩
- جواز الدور والترامي في الحوالة ١٣٩
- جواز التبّرع عن الغير ١٣٩
- لو ادّعى المحيل على المحال عليه مالا فأنكره..... ١٣٩
- اشتغال ذمة المحيل للبريء عند الحوالة أو الأداء..... ١٤١
- حوالة السيّد على مكاتبه بمال الكتابة وفروع في المقام..... ١٤٤
- الاختلاف في كون الواقع حوالة أو وكالة ١٤٨
- إذا وقعت الحوالة على المشتري وبالعكس وتبيّن بطلان البيع ١٥٣
- إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ١٥٦
- إذا أحال على وكيله بمال شخصي في يده..... ١٥٩

كتاب النكاح

فصل

[في فضل النكاح وآدابه]

(١٦٣ - ٥٣٢)

- التزوّج بالنساء وحبهنّ من سنن الإسلام المؤكّدة ١٦٣
- كراهة العزوبة وثبوت الاستحباب للنكاح من غير اختصاص بواحدة أو بنوع ١٦٥
- حكم النكاح بالنظر إلى الطبيعة والطوارئ ١٦٦
- مستحبات من أراد التزويج ١٧٠

- المكروه عند إيقاع العقد ١٧٣
- ترجيح جملة صفات للتزويج ١٧٤
- الأخبار في كراهة تزويج جملة من الرجال وما تحمل عليه ١٧٧
- مستحبات الدخول على الزوجة ١٧٧
- أكل ما ينثر في الأعراس ١٧٨
- مستحبات ومكروهات الجماع ١٨٠
- أوقات كراهة الجماع ١٨٠
- جملة من سنن النكاح وآدابه ١٨١
- النظر إلى المرأة لمن يريد تزويجها ١٨٣
- نظر المرأة إلى الرجل الذي يريد تزويجها ١٨٥
- النظر إلى نساء أهل الذمة وسائر الكفار ١٨٦
- نظر كل من الرجل والمرأة لمثاله ١٨٨
- حليّة كل المرأة لزوجها والرجل لزوجته ١٨٩
- نظر الخنثى إلى الذكر وبالعكس ١٨٩
- حكم النظر إلى الأجنبية وهي إلى الأجنبي وحكم الوجه والكفين ١٨٩
- النظر إلى المحارم ١٩١
- نظر السيّد إلى مملوكته ١٩١
- موارد الاستثناء من الحرمة في الأجنبي والأجنبيّة ١٩٤
- حمل وتقبيل الصبيّة من غير المحارم ١٩٦
- نظر المملوك والخصي لمالكتهما ١٩٦
- نظر المرأة للرجل للأعمى ١٩٦

١٩٦	سماع صوت الأجنبية
١٩٧	مصافحة الأجنبي للأجنبية
١٩٨	السلام على النساء من غير المحارم
١٩٨	الجلوس في مجلس المرأة قبل برده
١٩٩	الاستئذان على الأب
٢٠٠	تفريق الأطفال في المضاجع
٢٠٠	النظر إلى العضو المبان من الأجنبي
٢٠١	وصل شعر المرأة بشعر غيرها
٢٠٢	عدم اقتضاء جواز النظر جواز المس
٢٠٢	اعتبار عدم التعدي عن مقدار الضرورة
٢٠٢	كراهة خروج النساء واختلاطهن بالرجال
٢٠٣	اشتباه محلل النظر والتستر مع محرّمه بالشبهة المحصورة وغيرها
٢١٠	وجوب التستر على النساء وحرمة النظر على الرجال وحكم العكس
٢١٢	تحديد النظر المحرّم

فصل

في ما يتعلّق بأحكام الدخول على الزوجة

(٢٢٩ - ٢١٤)

٢١٤	حكم وطء الزوجة والمملوكة في الدبر
٢١٤	حكم وطء الحائض دبراً
٢١٥	هل يتحقّق النشوز بعدم تمكين الزوجة من وطئها دبراً؟

٢١٥	اشتراك الوطء في الدبر والقبل في جملة الأحكام
٢١٩	تحقق الحنث بالوطء دبراً لو حلف على الترك
٢٢٠	موارد العزل
٢٢٢	ترك وطء الزوجة أكثر من أربعة أشهر
٢٢٧	حكم ما لو كانت المرأة لا تصبر عن المواقعة إلى أربعة أشهر
٢٢٧	تدارك ما فات من ترك الوطء لمانع

فصل

[في وطء الزوجة الصغيرة]

(٢٤٢ - ٢٣٠)

٢٣٠	حرمة وطء الزوجة قبل إكمال تسع سنين
٢٣٠	التحريم بإفشاء الصغيرة قبل إكمال التسع
٢٣١	وجوب الدية وتعلق النفقة للمفوضة
٢٣٢	حقيقة الإفشاء وأنه لا فرق فيه بالدخول قبلاً ودبراً
٢٣٣	اختصاص الحكم بالزوجة الصغيرة المفوضة بالوطء دون غيرها
٢٣٥	الدخول بالزوجة بعد إكمالها التسع
٢٣٦	حكم المفضي إذا كان صغيراً أو مجنوناً
٢٣٦	ضمان من عيبت بغير الإفشاء
٢٣٦	وطء من شك في إكمالها تسع سنين
٢٤٠	جريان أحكام الزوجية بعد الإفشاء
٢٤١	عدم سقوط النفقة بنشوز المفوضة

فصل

[في ما يجوز من عدد الأزواج]

(٢٤٣ - ٢٥٢)

- ٢٤٣ حرمة الزيادة على الأربع في العقد الدائم وجوازه في الملك والتحليل والمنقطع.
- ٢٤٣ الجمع بين أزيد من أمتين للحرّ وأزيد من حرّتين للعبد.
- ٢٤٣ صور الجمع للحرّ والعبد.
- ٢٤٤ حكم العبد والأمة المبعّضين.
- ٢٤٧ عتق العبد عن ثلاث أو أربع إماء.
- ٢٤٩ الشكّ في أنّ عقد الأربع بالدائم.
- ٢٥٠ من كان عنده أربع فطلّق واحدة وأراد نكاح الخامسة.

فصل

[في التزويج في العدة]

(٢٥٣ - ٢٩١)

- ٢٥٣ حرمة التزويج في عدّة الغير.
- ٢٥٣ تحريم المزوّجة في العدة مطلقاً دواماً ومتعة قبلاً دخل أو دبراً.
- ٢٥٤ ما لا يلحق بالتزويج في العدة من الموارد.
- ٢٥٤ عدم إلحاق وطء المعتدة شبهة ولا زناً ما عدا الرجعية.
- ٢٥٧ التزويج في العدة من قبل الوليّ والوكيل.
- ٢٥٩ جواز تزويج من في العدة لنفسه.

- ٢٦١ المناط في الدخول المعتبر شرطاً في الحرمة الأبدية
- ٢٦٢ الشك في كون المرأة في العدة
- ٢٦٤ العلم بالعدة والشك في الدخول والعلم بالدخول والشك من جهة أخرى
- ٢٦٥ العلم الإجمالي بكون إحداهما في العدة
- ٢٦٦ من علم بالعدة شك في أنها لنفسه أو لغيره
- ٢٦٧ الزواج بذات البعل وصوره
- ٢٦٨ التزوج بامرأة عليها عدة لم تشرع فيها
- ٢٦٩ الزواج بذات العدة جهلاً والحمل منها
- ٢٧٢ إذا اجتمعت عدد مختلفة هل تتداخل أم تعدد؟
- ٢٧٦ حكم ما لو كانت العدتان لشخص واحد
- ٢٧٧ ثبوت المهر للمطوءة أو المزوجة في العدة
- ٢٧٨ مبدأ العدة في وطء الشبهة
- ٢٧٨ حكم المطوءة بالشبهة لو كانت عالمة في الحرّة والأمة
- ٢٨٠ حكم المهر لو تعدد الوطاء
- ٢٨١ أحكام نكاح الزانية
- ٢٨٢ لا تحرم على الرجل امرأته بزناها
- ٢٨٣ الزنا بذات البعل
- ٢٨٥ الزنا بذات العدة الرجعية
- ٢٨٥ من لا ط بغيره فأوقبه وإيجابه الحرمة على أمه وبنته وأخته وعدمها في المطوءة
- ٢٨٨ حكم اللواط بعد التزويج
- ٢٩٠ الأم الرضاعية كالنسبية من جهة الحرمة وكذا الأخت والبنات

- حكم الوطء غير العمدي ٢٩٠
- الشك في تحقق الإيقاب وعدمه ٢٩١

فصل

من المحرمات الأبدية: التزويج حال الإحرام

(٢٩٢ - ٣٠٠)

- التزويج حال الإحرام وفروع في البطلان والتحريم ٢٩٢
- من تزوج عالماً بالحرمة غافلاً عن كونه محرماً أو ناسياً ٢٩٤
- وطء الزوجة في حال الإحرام ٢٩٤
- بطلان التزويج من غير جهة الإحرام ٢٩٤
- الشك في كون التزويج في الإحرام أو قبله أو بعده ٢٩٦
- حكم إنكشاف فساد الإحرام أو إفساده ٢٩٨
- رجوع المحرم في الطلاق في العدة الرجعية ٢٩٩
- جواز التوكيل للمحرم في إيقاع التزويج ٢٩٩
- إجازة عقد الفضولي في حال الإحرام وبعده ٢٩٩

فصل

في المحرمات بالمصاهرة

(٣٥١ - ٣٠١)

- حقيقة المصاهرة ٣٠١
- حرمة زوجة الأب والابن على الآخر ٣٠١

- ٣٠٢ حرمة مملوكة الأب على الابن وبالعكس
- ٣٠٣ حرمة أم الزوجة على الزوج
- ٣٠٣ حرمة البنت على الزوج الداخل بأُمّها
- ٣٠٣ تحديد الدخول المحرّم
- ٣٠٤ وطء الأب والابن مملوكة الآخر
- ٣٠٤ جواز وطء الأب مملوكة ابنه الصغير
- ٣٠٥ حكم ما لو زنى الأب أو الابن بمملوكة الآخر
- ٣٠٦ حكم وطء الأب أو الابن مملوكة الآخر شبهة
- ٣٠٧ نكاح المرأة على عمّتها أو خالتها وبالعكس
- ٣٠٧ شمول الحكم لمطلق العمّة والخالة بلا فرق ولا استثناء حال
- ٣٠٩ - ٣٠٨ اقتران العقدين على العمّة وبنت أخيها أو الخالة وبنت أختها
- ٣٠٩ عدم الفرق في العمّة والخالة مسلمتين وغيرهما وبين الدنيا والعليا منهما
- ٣١٠ كفاية الرضا الباطني
- ٣١٠ عدم كفاية الإذن السابق في التزويج
- ٣١١ الرجوع عن الإذن بعد العقد
- ٣١١ كفاية الإذن وإن كان عن غرور
- ٣١١ اعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعي
- ٣١٢ الاشتراط على العمّة أو الخالة الإذن في تزويج بنت الأخ أو الأخت
- ٣١٥ صحّة العقد بالإذن اللاحق
- ٣١٥ حكم الشكّ في سبق أحد العقدين واقترانه
- ٣١٥ إذا ادّعتا عدم الإذن وادّعى هو الإذن

- الشكّ في حصول إذن العمّة أو الخالة ٣١٥
- صحّة التزويج إذا حصلت البتنيّة بعده أو كان الجمع بينهما حال الكفر ثمّ أسلم ٣١٦
- تزويج بنت الأخ أو الأخت لو طلق عمّتها أو خالتها ٣١٦
- حكم المملوكتين والمختلفتين ٣١٦
- الزنا الطارئ على التزويج ٣١٧
- الزنا السابق على التزويج ٣١٨
- حكم الوطء بالشبهة ٣١٩
- الزنا بمملوكة الأب والعكس ٣٢٠
- ترتب حكم الزنا بالوطء في القبل أو الدبر ٣٢٠
- بعض فروع الشكّ في الزنا ٣٢٠
- حصول الزنا بالاختياري والاضطراري بالبالغة وغيرها ٣٢١
- حكم ما لو زنا لاحقاً ثمّ طلق زوجته وأراد الرجوع لها ٣٢٢
- الزنا بعد التزويج بالفضولي ٣٢٣
- النظر واللمس بشهوة هل ينشر الحرمة؟ ٣٢٤
- الجمع بين الأختين في النكاح وفي الملك ٣٢٦
- التزويج بإحدى الأختين وملك الأخرى ٣٢٩
- وطء إحدى الأختين بالملك والتزويج بالأخرى ٣٢٩
- بطلان عقد الثانية بعد التزويج بالأولى ٣٣١
- حكم ما لو تزوّج بالأختين واشتبه السابق واللاحق ٣٣٢
- حكم اقتران عقد الأختين ٣٣٧
- حكم وطء إحدى الأختين المملوكتين ٣٣٩

٣٤٠	وطء الثانية بعد وطء الأولى
٣٤١	حكم الجمع بين الأختين من الزنا
٣٤١	حكم التزوّج بإحدى الأختين في عدّة أختها
٣٤٢	حكم التزوّج بإحدى الأختين مع الزنا بالأخرى أو وطئها شبهة
٣٤٣	حكم الجمع بين فاطميتين
٣٤٦	التزويج بالإماء
٣٤٨	تزويج الأمة مع عدم الشرطين
٣٤٨	تحقّق الشرطين وزوالهما بعد التزوج
٣٤٨	الوطء بالتحليل أو بملك اليمين
٣٤٩	تزويج حرّة لا يقدر على مقاربتها
٣٤٩	من لم تكفه مع الشرطين أمة واحدة
٣٥٠	طلب الحرّة مهراً بمقدار يعدّ ضرراً عليه

فصل

[حكم نكاح الأمة على الحرّة]

(٣٥٩ - ٣٥٢)

٣٥٢	جواز نكاح الأمة على الحرّة مع إذنهما بالشرطين
٣٥٣	نكاح الحرّة على الأمة
٣٥٤	نكاح الحرّة والأمة في عقد واحد
٣٥٤	نكاح المبعّضة على المبعّضة أو الحرّة
٣٥٥	حكم موت الحرّة أو طلاقها بعد عقد الأمة

- حكم التزويج بالأمة في عدة الحرّة. ٣٥٥
- نكاح الأمة بعد التزويج الفضولي بحرّة. ٣٥٦
- الشكّ في السابق من عقد الحرّة والأمة. ٣٥٧
- الاشتراط في عقد الحرّة إذنها في نكاح الأمة. ٣٥٨

فصل

في نكاح العبيد والإماء

(٣٦٠ - ٤٠٦)

- أمر تزويج المملوك عبداً وأمةً لسيّده. ٣٦٠
- صحّة زواج المملوك وقف على إجازة المولى وكونها كاشفة. ٣٦٢
- حكم المهر في تزويج المملوك. ٣٦٣
- مهر الأمة المزوجة للمولى ونفقتها. ٣٦٨
- جعل المهر للأمة المأذونة في التزويج. ٣٧٣
- نكاح المملوك عبداً أو أمةً المشترك والمبعض. ٣٧٤
- حكم النكاح والمهر في فرض شراء الحرّة زوجها المملوك. ٣٧٤
- الولد الحاصل من المملوكين رق وملحق بالحرّ منهما ما لم يكن عن زنا ونحو ذلك .. ٣٧٩
- ملكيّة المولود من مملوكين. ٣٨٠
- منع اشتراط رقيّة الولد من الحرّ. ٣٨٢
- تزويج الحرّ مملوكه غيره وحكم الولد والمهر. ٣٨٤
- هل للوارث إجازة العقد الواقع على أمةٍ مؤرّثة؟ ٣٨٩
- حكم الأمة المدّلسة على الحرّ من جهة النكاح والمهر والولد. ٣٩٢

٣٩٧	زواج العبد بحرّة من دون إذن مولاه وإجازته وحكم الولد.
٣٩٩	زنا العبد بحرّة من غير عقد
٤٠١	زنا الحرّ بأمة وكذا العبد بأمة الغير
٤٠١	تحليل المولى أمته لعبدته وتزويجها منه وفروع ذلك
٤٠٣	إرادة المولى التفريق بين عبده وأمته
٤٠٣	إعطاء المولى شيئاً لأمته لوزوجها من عبده
٤٠٤	انتقال الأمر بالمفارقة لورثة المولى
٤٠٤	لوزوج الأمة غير مولاهما من حرّ
٤٠٥	من تزوج بأمة بين شريكين ثم اشترى بعضها

فصل

في الطوارئ

(٤٠٧ - ٤١٧)

٤٠٧	عتق الأمة المزوجة وثبوت الخيار لها
٤٠٧	حكم المهر لو كان العتق بعد الدخول وقبله
٤٠٩	حكم المهر لو كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده
٤١٠	نكاح الأمة بتفويض المهر أو البضع
٤١١	الحكم لو كان العتق في العدة الرجعية أو البائنة
٤١٢	عدم افتقار الفسخ لإذن الحاكم
٤١٢	فورية الخيار بعد العتق للأمة المزوجة
٤١٣	الخيار فيمن لا يصحّ منها الاختيار

٤١٣	إعلام المعتقة بالحال
٤١٣	ثبوت الخيار ولو كان التزويج برضاها
٤١٤	اشتراط المولى في العتق عدم الخيار في الفسخ
٤١٥	عدم الخيار للعبد المعتق
٤١٥	الحكم لو كان للعبد حرّة وأمتان وأعتقت إحداهما

فصل

في العقد وأحكامه

(٤٤٧ - ٤١٨)

٤١٨	الصيغة وشروطها في النكاح
٤٢٤	التعاقد بالإشارة وبالكتابة
٤٢٥	التطابق بين الإيجاب والقبول في ألفاظ المتعلقات
٤٢٦	الاكتفاء بلفظ «نعم» بعد الاستفهام
٤٢٦	اللحن في الصيغة
٤٢٧	قصد الانشاء في إجراء الصيغة
٤٢٧	معرفة معنى الصيغة تفصيلاً
٤٢٨	الموالة بين الإيجاب والقبول
٤٢٨	اتحاد مجلس الإيجاب والقبول
٤٢٩	التنجيز في العقد
٤٣٠	وقوع العقد على وجه يخالف الاحتياط
٤٣٢	شرط كمال العاقد

وكالة السفیه عن الغير في العقد	٤٣٥
شرط الذكورة في العاقد	٤٣٦
شرط بقاء أهليّة المتعاقدين إلى تمام العقد	٤٣٦
شرط تعيين الزوج والزوجة	٤٣٦
اختلاف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة	٤٤٠
تنازع الزوجين في التعيين وعدمه	٤٤١
الاتفاق على التعيين والاختلاف في المعين	٤٤٣
نكاح الحمل وإنكاحه	٤٤٦
اشتراط علم كل من الزوجين بأوصاف الآخر	٤٤٧

فصل

في مسائل متفرقة

(٤٤٨ - ٤٧٥)

اشتراط الخيار في نفس العقد وفي المهر	٤٤٨
تصادق الرجل والمرأة على الزوجية ونكرانها من أحدهما	٤٥١
الإقرار بعد الإنكار ورجوع المدعى عن دعواه	٤٥٤
من تزوّج امرأة ادّعى غيره سبق زوجيّتها	٤٥٧
تزوّج من ادّعى زوجيّتها رجل مع إنكارها	٤٦١
من أنكرت دعوى زوجيّتها من رجل وادّعت زوجيّته من أختها أو أمّها أو بنتها	٤٦٤
زوجيّة العبد من مملوكة اشتراها لاحقاً له أو للمولى أو مطلقاً	٤٧١
تصديق دعوى عدم الزوجيّة من غير فحص	٤٧٢

- ٤٧٤ ادّعاء المرأة الزوجيّة بعد التزوّج بها
- ٤٧٤ لزوم العلم بإيقاع الوكيل للعقد في زمان معين قبل المقاربة منهما

فصل

في أولياء العقد

(٤٧٦ - ٥٣٢)

- ٤٧٦ ولاية الأب والجدّ الأب
- ٤٧٦ عدم ولاية الأمّ ولا الجد من قبلها ولا الأخ والعم والخال وأولادهم
- ٤٧٦ ولاية الأب والجدّ على الصغيرين والمجنون
- ٤٧٧ الولاية على البالغ والبالغة الرشيدين
- ٤٨٠ لزوم إذن البكر والأب ما لم تسقط ولايته
- ٤٨١ محتملات ذهاب البكارة
- ٤٨٤ ثبوت ولاية الجدّ في حياة الأب وموته
- ٤٨٤ نفوذ تزويج الولي الصغيرة بعد بلوغها ورشدها وكذا الصغير
- ٤٨٥ ما يشترط في صحّة تزويج الأب
- ٤٨٧ تزويج الوليّ البنت بدون مهر المثل أو الصغير بأزيد منه
- ٤٨٩ لزوم إذن الولي في نكاح السفية
- ٤٩٠ الرشد في شؤون المال وعدمه في شؤون النكاح
- ٤٩٠ استقلال الأب والجد في الولاية وما يتفرّع عليه
- ٤٩٤ تزويج الولي للمولّى عليه من ذي العيب

٤٩٦	ثبوت الخيار مع الجهل بالعيب المجوّز للفسخ
٤٩٨	تزويج مملوك المملوك
٤٩٨	الولاية للوصيّ في تزويج المجنون والصغير
٥٠١	ولاية الحاكم الشرعي
٥٠١	الاستئذان من الأب والجد والأخ
٥٠١	كفاية سكوت البكر في إحراز إذنها
٥٠٢	عامّة شرائط الأولياء
٥٠٤	تعدّي الوكيل عمّا عيّنه الموكل
٥٠٤	تزويج وكيل المرأة من نفسه
٥٠٥	النكاح الفضولي حكماً ومعنى ولزوم الإجازة وفروع في المقام

كتاب الوصيّة

(٥٣٥ - ٦٠٨)

٥٣٥	معنى الوصيّة وتقسيماتها
٥٣٧	نفوذ الوصيّة العهديّة والتوقّف في الوصيّة التمليكيّة على القبول
٥٤٤	إيقاع القبول بعد وفاة الموصي
٥٤٥	ما يجب عند ظهور أمارات الموت
٥٤٧	حكم ردّ الموصي له الوصيّة
٥٥٤	قبول أحد شيئين أو بعض شيء من قبل الموصي له
٥٥٧	تصرّف الورثة في العين الموصى بها

- موت الموصى له قبل القبول أو الردّ وقيام الوارث مقامه ٥٥٨
- فروع في مسألة موت الموصى له ٥٦٢
- الأول: هل الحكم يشمل ورثة الوارث؟ ٥٦٢
- الثاني: قبول بعض الورثة وردّ بعضهم ٥٦٣
- الثالث: الوجه في انتقال الموصى به إلى وارث الموصى له ٥٦٤
- الرابع: المدار في الوارث ٥٦٧
- الخامس: هل ترث الزوجة الأرض الموصى بها لزوجها لو مات قبل القبول؟ ٥٦٨
- السادس: كون الموصى به ممّن ينعق على الموصى له ٥٧٢
- السابع: حكم قيام الوارث مقام الموصى له في الوصيّة العهديّة ٥٧٤
- عدم اشتراط القبول في الوصيّة العهديّة وما إذا كان للنوع أو للجهة ٥٧٥
- تحقّق الوصيّة بكلّ ما دلّ عليها من لفظٍ أو فعل ٥٧٧
- شرائط الموصي ٥٧٩
- الأول: البلوغ، بيان نفوذ وصيّة البالغ عسراً ٥٧٩
- الثاني: العقل ٥٨٠
- الثالث: الاختيار ٥٨٠
- الرابع: الرشد، بيان وصيّة السفه المفلّس ٥٨٠
- الخامس: الحرّيّة، بيان وصيّة العبد لو انعتق ٥٨١
- السادس: أن لا يكون قاتل نفسه، وفيه أحكام ٥٨٤
- وصيّة الأب أو الجدّ مع فقد الآخر بالولاية على الأطفال ٥٨٥

فصل

في الموصى به

(٥٨٩ - ٦٠٨)

- ٥٨٩ ما تصح الوصية به من الأمور وما لا تصح.
- ٥٩٢ بطلان الوصية في الزائد عن الثلث إلا مع إجازة الورثة.
- ٥٩٣ وصية من لم يقصد الثلث ومن قصد كونها من الأصل أو ثلثي الورثة.
- ٥٩٦ الوصية بالأزيد أو بتمام التركة مع الجهل بكونها في واجب أو في غيره.
- ٥٩٨ نفوذ إجازة الوارث في الوصية بعد وفاة الموصي وحال حياته على كلام.
- ٦٠٠ إذا أجاز الورثة ثم ادّعوا الظنّ بقلّة المال.
- ٦٠٥ المدار في الثلث على حال وفاة الموصي لا حال الوصية.
- ٦٠٧ حكم الوصية بمقدار ثم تلف بعض التركة قبل تنفيذ الوصية.
- ٦٠٨ المال الحاصل للموصي بعد الموت.
- ٦٠٩ مسك الختام.
- ٦١٠ مصوّرّة الصفحة الأولى من نسخة الأصل لمخطوطة المؤلف رحمته الله.
- ٦١١ مصوّرّة الصفحة الأخيرة من نسخة الأصل لمخطوطة المؤلف رحمته الله.
- ٦١٢ الفهارس الفنيّة.
- ٦١٢ فهرست محتويات الكتاب.
- ٦٣٤ الإصدارات العلميّة لمؤسسة السبطين عليه السلام العالميّة.



إنتهى فهرست محتويات الكتاب

ويليه فهرست إصدارات المؤسسة

الإصدارات العلمية لمؤسسة السبطين عليه السلام العالمية

باللغة العربية

- ١ - فقه الإمام جعفر الصادق عليه السلام: تأليف العلامة محمد جواد مغنية عليه السلام، (دورة فقهية كاملة محققة في ست مجلدات).
- ٢ - قصص القرآن الكريم دليلاً وجمالاً: تأليف الأستاذ الدكتور محمود البستاني عليه السلام (في مجلدين).
- ٣ - محاضرات الإمام الخوئي عليه السلام في المواريث: بقلم السيد محمد علي الخراسان. تقديم و مراجعة مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٤ - المولى في الغدير، نظرة جديدة في كتاب الغدير للعلامة الأميني: لجنة التأليف والبحوث العلمية - القسم العربي.
- ٥ - أدب الشريعة الإسلامية: تأليف الأستاذ الدكتور محمود البستاني عليه السلام.
- ٦ - عقيلة قريش آمنة بنت الحسين عليه السلام الملقبة بسكينة: تأليف السيد محمد علي الحلو. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٧ - أنصار الحسين عليه السلام... الثورة والثوار: تأليف السيد محمد علي الحلو. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٨ - التحريف والمحرفون: تأليف السيد محمد علي الحلو. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.

- ٩ - الحسن بن علي عليه السلام (رجل الحرب والسلام): تأليف السيّد محمّد علي الحلو. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ١٠ - بضعة المصطفى عليه السلام: تأليف السيد المرتضى الرضوي، تحقيق وتنظيم مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية، يشتمل على حياة فاطمة عليها السلام من ولادتها إلى شهادتها عليها السلام.
- ١١ - الاحتميات من علائم الظهور: تأليف السيّد فاروق البياتي الموسوي رحمه الله، تحقيق وتنظيم مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ١٢ - معالم العقيدة الإسلامية: لجنة التأليف والبحوث العلمية - القسم العربي.
- ١٣ - هويّة التشيع: للدكتور الشيخ أحمد الوائلي رحمه الله، تحقيق مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ١٤ - نحن الشيعة الإمامية وهذه عقائدنا: تأليف السيد محمّد الرضي الرضوي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية (طبعة منقّحة مع إضافات).
- ١٥ - لماذا اخترنا مذهب الشيعة الإمامية: تأليف السيد محمّد الرضي الرضوي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ١٦ - المثل الأعلى: تأليف السيد محمّد الرضي الرضوي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ١٧ - الشيعة و فنون الإسلام: تأليف آيت الله السيد حسن الصدر رحمه الله، مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ١٨ - بحوث عقائدية في ضوء مدرسة أهل البيت عليهم السلام: نصوص مختارة من مؤلفات الإمام السيّد الخوئي رحمه الله. إعداد الشيخ إبراهيم الخزرجي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ١٩ - عصر الغيبة، الوظائف والواجبات. تأليف الشيخ علي العبادي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٢٠ - العروة الوثقى للفقهاء الأعظم الطباطبائي اليزدي والتعليقات عليها: (دورة (١٥) جزء، تضم ٤١ تعليقة لكبار المراجع والعلماء الأعلام. إعداد وتحقيق مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية وسيلحق بها الجزء (١٦) بعنوان ملحق العروة الوثقى.

- ٢١ - الإمام الجواد عليه السلام، الإمامة المبكرة... وتداعيات الصراع العباسي: تأليف السيد محمد علي الحلو. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٢٢ - مع السنّة أتباع المذاهب الأربعة: تأليف السيد محمد الرضي الرضوي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٢٣ - فاطمة بنت أسد، حجر النبوة والإمامة: لجنة التأليف والبحوث العلمية لمؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٢٤ - لكل شيء علامة يُعرف بها: تأليف السيد محمد الرضي الرضوي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٢٥ - أفضل كل شيء وأحسنه: تأليف السيد محمد الرضي الرضوي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٢٦ - تفسير القرآن الكريم: للسيد المرتضى علم الهدى رحمته الله. إعداد وسام الخطاوي، خزعل غازي، إشراف وتحقيق مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية. (دورة صدر منها إلى الآن أربعة أجزاء).
- ٢٧ - البيان في حوادث آخر الزمان: تأليف السيد محمد الرضي الرضوي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٢٨ - الأمير الشفيق: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٢٩ - الإمام الحنون: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٣٠ - بيعة الغدير: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٣١ - السيّد الكريمة: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٣٢ - نبي الرحمة: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٣٣ - التعازي: تأليف محمد بن علي المعروف بـ«ابن الشجري». مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.

- ٣٤ - فتح الباب للوقوف على علم عمر بن الخطاب: تأليف السيد محمد الرضي الرضوي.
مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٣٥ - اتقوا الظلم: تأليف السيد محمد الرضي الرضوي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٣٦ - الكنز الدفين: تأليف السيد محمد الرضي الرضوي. مراجعة وتصحيح مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٣٧ - معالم التشريع الإسلامي: تأليف مؤسسة السبطين العالمية عليه السلام.

باللغة الفارسية

- ٣٨ - هدية الزائر وبهجة الناظرين: تأليف ثقة المحدثين الشيخ عباس القمي رحمته الله، تحقيق مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٣٩ - قطره‌ای از دریای غدیر: لجنة التأليف والبحوث العلمية - القسم الفارسي.
- ٤٠ - مهربانترین نامه (شرح الخطبه ٣١ نهج البلاغه): تأليف السيد علاء الدين الموسوي الإصفهاني.
- ٤١ - پرسش‌ها و پاسخ‌های اعتقادی: لجنة التأليف والبحوث العلمية - القسم الفارسي.
- ٤٢ - روزشمار تاریخ اسلام: لجنة التأليف والبحوث العلمية - القسم الفارسي.
- ٤٣ - غربت یاس: لجنة التأليف والبحوث العلمية - القسم الفارسي.
- ٤٤ - حجاب حریم پاک‌ی‌ها: لجنة التأليف والبحوث العلمية - القسم الفارسي.
- ٤٥ - سکینه؛ پرده نشین قریش: قسم الترجمة.
- ٤٦ - أطيّب البيان في تفسير القرآن: (دورة تشتمل على ثلاثة وعشرين مجلداً):
تأليف آيت الله سيد عبدالحسين الطيب رحمته الله، تحقيق مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٤٧ - شبهای پيشاور (ليالي بيشاور): تأليف سلطان الواعظين الشيرازي،
تحقيق مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية (في مجلدين).

- ٤٨ - گلستان حديث: لجنة التأليف والبحوث العلميّة - القسم الفارسي.
- ٤٩ - اصالت مهدويت: لجنة التأليف والبحوث العلميّة - القسم الفارسي.
- ٥٠ - امير يتيم نواز: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٥١ - امام مهربان: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٥٢ - بيعت غدیر: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٥٣ - پیامبر رحمت: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٥٤ - دُرْدَانَةُ نَبِي: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ٥٥ - ريحانة نبي: قسم الناشئين والأشبال، مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.

باللغة الانجليزية

- ٥٦ - عقيلة قريش آمنة بنت الحسين عليه السلام الملقبة بسكينة: قسم الترجمة.
- ٥٧ - شهادة فاطمة الزهراء عليها السلام حقيقة تاريخية: قسم الترجمة.
- ٥٨ - بحوث حول الإمامة: قسم الترجمة.
- ٥٩ - بحوث حول النبوة: قسم الترجمة.
- ٦٠ - علوم قرآنية: قسم الترجمة.
- ٦١ - مفاهيم قرآنية: قسم الترجمة.

باللغة الأردوية

- ٦٢ - شهادة فاطمة الزهراء عليها السلام حقيقة تاريخية: قسم الترجمة.
- ٦٣ - قطره ای از دریای غدیر: قسم الترجمة.
- ٦٤ - مشفقانه وصیت نامه (شرح الخطبه ٣١ لنهج البلاغة): قسم الترجمة.

باللغة الفرنسية

٦٥ - مؤتمر علماء بغداد: تأليف مقاتل بن عطية، قسم الترجمة.

قيد التأليف، التحقيق، الترجمة والنشر

- ✓ ملحق العروة الوثقى. وبه تكتمل دورة العروة الوثقى والتعليقات عليها في (١٦) جزء.
- ✓ الجزء الخامس من تفسير القرآن الكريم للشریف المرتضى عليه السلام.
- ✓ مجمع البيان في تفسير القرآن: تحقيق وإضافات مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ✓ الموسوعة الإسلامية العامة: تأليف مؤسسة السبطين عليه السلام العالمية.
- ✓ منتخب التواريخ (باللغة الفارسية): تأليف ملا محمد هاشم الخراساني. يتناول تاريخ المعصومين عليهم السلام وما يتعلّق بمعاصريهم ومناطق تواجدهم ومراقدهم.
- ✓ فاطمة بنت أسد: ترجمة النسخة العربية إلى الفارسية. قسم الترجمة في المؤسسة.
- ✓ عصر الغيبة: ترجمة النسخة العربية إلى الفارسية. قسم الترجمة في المؤسسة.
- ✓ البيان في حوادث آخر الزمان: الطبعة الرابعة، مراجعة وتصحيحات جديدة.
- ✓ بحوث عقائدية: نصوص مختارة من مؤلفات الإمام الخوئي عليه السلام. الطبعة الثانية، مراجعة وتصحيحات جديدة.
- ✓ محاضرات الإمام الخوئي عليه السلام في الموارِيث: بقلم المرحوم السيّد محمدعلي الخراسان. الطبعة الثانية، مراجعة وتصحيحات جديدة.



مركز النشر و التوزيع
لمؤسسة السبطينج العالمية

١ - المعرض الرئيسي: قم - شارع انقلاب (چهارمردان) - الزقاق ٢٦ -
رقم ٤٧ و ٤٩
الهاتف: ٠٣٣٣٠٣٧٧ - ٠٢٥ الفاكس: ٠٣٧٧٠٦٢٣٨ - ٠٢٥

٢. المعرض الفرعي: قم - شارع معلم - عمارة ناشران - الطابق الأول -
جناح رقم ١٠٦
الهاتف: ٠٣٧٨٤٢٤١٩ - ٠٢٥ و ٠٣٧٨٤٢٤٢٠ - ٠٢٥

URL: www.sibtayn.com

E_mail: sibtayn@sibtayn.com