

الكتاب: كتاب النكاح

المؤلف: السيد الخوئي

الجزء: ٢

الوفاة: ١٤١١

المجموعة: فقه الشيعة من القرن الثامن

تحقيق:

الطبعة:

سنة الطبع: ١٤٠٤ - ١٩٨٤ م

المطبعة: مطبعة الآداب - النجف الأشرف

الناشر: منشورات مدرسة دار العلم

ردمك:

ملاحظات:

منشورات
مدرسة دار العلم

(٩)

مباني

العروة الوثقى

كتاب النكاح

تقريراً لبحث آية الله العظمى

السيد أبو القاسم الخوئي

دام ظلّه العالی

تأليف

محمد تقي الخوئي

الجزء الثاني

مطبعة الآداب في النجف الأشرف

٥١٤٠٤

(٢)

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

مباني العروة الوثقى كتاب النكاح
الجزء الثاني

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

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

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

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

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

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

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

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

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

بشرط تحقق الشرطين على الأحوط (١).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

يجوز له نكاح الأمة في عدتها (١). وأما إذا كان الطلاق رجعياً ففيه اشكال، وإن كان لا يبعد الجواز، لانصراف الأخبار عن هذه الصورة (٢).

(مسألة ٥) إذا زوجه فضولي حرة فتزوج أمة ثم أجاز عقد الفضولي، فعلى النقل لا يكون من نكاح الأمة على الحرة فلا مانع منه (٣)،

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

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

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

(١) النور: ٣٢.

(٢) النساء: ٢٥.

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

(١) النحل: ٧٥.

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

لم يكونا مسلوبي العبارة لكنه مشكل لانصراف سلب القدرة
عن مثل ذلك وكذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو
فضولة، فإنه ليس بحرام (١) على الأقوى وإن قيل
بكونه حراما (٢).
(مسألة ٢): لو تزوج العبد من غير إذن المولي وقف
على إجازته، فإن أجاز صح (٣).

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

وكذا الأمة على الأقوى (١).

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

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

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

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

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

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

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

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

(٤٤)

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

سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد
أولاً؟ وجهان. أقواهما: الثاني (١).
(مسألة ٣): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره
على التزويج فالمهر إن لم يعين في عين يكون في ذمة المولى (٢)
ويجوز أن يجعله في ذمة العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه
وهل له ذلك قهراً عليه؟ فيه اشكال (٣) كما إذا استدان

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

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

(١) النحل: الآية ٧٦.

وفي النفقة موثقة عمار الساباطي (١).
ولو تزوج العبد
من غير إذن مولاه ثم أجاز ففي كونه كالإذن السابق في
كون المهر على المولى، أو بتعهده، أولاً، وجهان.
ويمكن الفرق بين ما لو جعل المهر في ذمته فلا دخل له
بالمولى (٢) وإن أجاز العقد. أو في مال معين من المولى

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٧٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٧٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

أو في ذمته فيكون كما عين (١)

(٥٠)

أو أطلق، فيكون على المولى (١)

(٥١)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١) الجعفریات: ص ١٠٥.

ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من دون إذن
السيد؟ قد يقال: ليس له، بخلاف ما إذا أراد السيد
أن يسافر بها فإنه يجوز له من دون إذن الزوج والأقوى
العكس (١)،

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

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

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

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

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

(٦٤)

- (مسألة ٦): لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر
توقف صحة النكاح على إذن الجميع أو إجازتهم (١).
ولو كانا مبعوضين توقف على إذنهما وإذن المالك (٢).
وليس له إجبارهما حينئذ (٣).
(مسألة ٧): إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح (٤)

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

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١) التهذيب: ج ٧ ص ٣٥٣.

-
- (١) التهذيب: ج ٨ ص ٢٦٥.
- (٢) الوسائل: ج ١٦ باب ١٠ من أبواب التدبير، ح ٢.
- (٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

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

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

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٦.
- (٣) الوسائل: ج ١٧ باب ٦ من أبواب الغصب، ح ١.

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٦١ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

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

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

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

إلا إذا اشترطا التفاوت أو الاختصاص بأحدهما (١)،

(٨٨)

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

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

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

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

التزويج فضلا عن عقد خارج لازم. ولا يضر بالعقد
إذا كان في ضمن عقد خارج (١).
وأما إن كان في ضمن
عقد التزويج فمبني على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه
والأقوى عدمه (٢). ويحتمل الفساد وإن لم نقل به في

سائر العقود إذا كان من له

(٩٥)

-
- (١) الوسائل: ج ١٢ باب ٦ من أبواب الخيار، ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه، ح ٢.
(٣) الوسائل: ج ١٥ باب ١٣ من أبواب المهور، ح ١.

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

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

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

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

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

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

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.
- (٢) الوسائل: ج ١٨ باب ٣٩ من أبواب أحكام الزنا، ح ٥.

ويكون الولد لمولى الأمة (١). وأما إذا كان جاهلا
بالحكم أو مشتبهاً من جهة أخرى فلا يحد.
ويكون الولد

حراً. نعم ذكر بعضهم: إن عليه قيمته يوم سقط
حياً. ولكن لا دليل عليه في المقام (٣). ودعوى: أنه
تفويت لمنفعة الأمة. كما ترى،

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

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

(١٠٤)

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

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

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

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

(١٠٨)

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

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

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

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

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

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

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

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٣.
(٢) الوسائل: ج ١٦ باب ٢٩ من أبواب العتق، ح ١.

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

وإذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد (١).

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

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

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

(مسألة ١٥): إذا زنى حر بأمة فالولد لمولاها (٢) وإن كانت هي أيضا زانية. وكذا لو زنى عبد بأمة الغير فإن الولد لمولاها (٣).

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

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٢.
- (٢) المؤمنون: الآية ٥.
- (٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.

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

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

لاطلاع الأخبار (١)،

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٣.

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

(١٢٣)

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

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

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

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

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

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

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

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

(١٣٠)

والظاهر كفاية أمر أحدهم في ذلك (١).

(١٣١)

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

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

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

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

(١) المعارج: الآية ٣٠.

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

(١٣٦)

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

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

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

الصحيح (١)، وإن كان الأحوط خلافه.

(١٣٩)

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

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

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

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٩.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ٨.

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١١ .
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء، ح ١٢ .
(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٥٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١٣ .

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

(١٤٣)

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

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

(١٤٥)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١٥٢)

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

والأحوط اعتبار الماضية (١)

(١٦٥)

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

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

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

-
- (١) البقرة: ٣٦.
 - (٢) النساء: ٢١.
 - (٣) الأحزاب: ٢٨.
 - (٤) الأحزاب: ٥٩.
 - (٥) الأحزاب: ٣٧.
 - (٦) الأحزاب: ٥٠.

وأن يكون القبول بلفظ: (قبلت) ولا يبعد كفاية
(رضيت) (١)
ولا يشترط ذكر المتعلقات (٢) فيجوز
الاقتصار على لفظ: (قبلت) من دون أن يقول:
(قبلت النكاح لنفسه أو لموكلي بالمهر المعلوم) والأقوى

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

(١٧٠)

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

(١٧١)

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

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

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

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

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

(١٧٦)

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

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

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

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

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

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٨ من أبواب المتعة، ح ١ .
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب الحيوان .
(٣) الوسائل: ج ١٥ باب ١٨ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه،
ح ١ .

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

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

-
- (١) النساء: ٦.
- (٢) الوسائل: ج ١ باب ٤ من أبواب مقدمة العبادات، ح ١٢.
- (٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحكام الحجر، ح ٥.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١٩٨)

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

(١) النور: ٣٢.

(٢) النساء: ٣.

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

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

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

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

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

(٢٠٣)

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

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

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

المشهور عنها مضافا إلى مخالفتها للقواعد مع امكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها. فقول المشهور لا يخلو عن قوة (١) ومع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط. وكيف كان لا يتعدى عن موردها.
(مسألة ٢٠): لا يصح نكاح الحمل وانكاحه وإن علم ذكوريته أو أنوثيته، وذلك لانصراف الأدلة (٢). كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولي الولي، وإن قلنا بصحة الوصية له عهدية، بل أو تمليلية أيضا (٣).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد،
ح ٣٠.

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

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

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

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

خصوصا إن قلنا أنه بمنزلة الاقرار أو البينة. هذا كله
إذا كانت منكرة لدعوى المدعي، وأما إذا صدقته وأقرت
بزوجيته فلا يسمع بالنسبة إلى حق الزوج (١) ولكنها
مأخوذة باقرارها، فلا تستحق النفقة على الزوج ولا
المهر المسمى (٢) بل ولا مهر المثل إذا دخل بها، لأنها
بغية بمقتضى اقرارها إلا أن تظهر عذرا في ذلك وترد
على المدعي بعد موت الزوج أو طلاقه إلى غير ذلك.

(الرابعة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة وأنكرت فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الأول وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أولاً إلا بعد فراغها من المدعي؟ وجهان، من أنها قبل ثبوت دعوى المدعي خلية ومسلطة على نفسها، ومن تعلق حق المدعي بها، وكونها في معرض ثبوت زوجيتها للمدعي. مع أن ذلك تفويت حق المدعي إذا ردت الحلف عليه وحلف، فإنه ليس حجة على غيرها (١) وهو الزوج. ويحتمل التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز، للضرر عليها بمنعها حينئذ وبين غير هذه الصورة، والأظهر الوجه الأول (٣). وحينئذ فإن أقام المدعي بينة وحكم له

بها كشف عن فساد العقد عليها، وإن لم يكن له بينة
وحلفت بقاء على زوجها، وإن ردت اليمين على المدعي
وحلف فففيه وجهان (١) من كشف كونها زوجة للمدعي

فبطل العقد عليها، ومن أن اليمين المردودة لا يكون مسقطا لحق الغير وهو الزوج، وهذا هو الأوجه، فيثمر فيما إذا طلقها الزوج أو مات عنها، فإنها حينئذ ترد على المدعي. والمسألة سيالة تجري في دعوى الاملاك وغيره أيضا (١) والله أعلم.

(الخامسة): إذا ادعى رجل زوجية امرأة فأنكرت
وادعت زوجيته امرأة أخرى لا يصح شرعا زوجيتها لذلك
الرجل مع الامرأة الأولى - كما إذا كانت أخت الأولى أو
أمها أو بنتها فهناك دعويان، إحداهما: من الرجل على
الامرأة، والثانية: من الامرأة الأخرى على ذلك الرجل
وحيثذ فإما أن لا يكون هناك بينة لواحد من المدعيين،
أو يكون لأحدهما دون الآخر أو كليهما، فعلى الأول:
يتوجه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين، فإن حلفا
سقطت الدعويان (١) وكذا إن نكلا وحلف كل من المدعيين
اليمين المردودة (٢) وإن حلف أحدهما ونكل الآخر

وحلف مدعيه اليمين المردودة سقطت دعوى الأول وثبت مدعى الثاني (١) وعلى الثاني - وهو ما إذا كان لأحدهما بينة - يثبت مدعى من له البينة. وهل تسقط دعوى الآخر أو يجري عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده؟ قد يدعي القطع بالثاني لأن كل دعوى لا بد فيها من البينة أو الحلف، ولكن لا يبعد تقوية الوجه الأول، لأن البينة حجة شرعية وإذا ثبت بها زوجية أحد الامرأتين لأمكن معه زوجية الأخرى، لأن المفروض عدم امكان الجمع بين الامرأتين، فلازم ثبوت زوجية إحداهما بالأمانة الشرعية عدم زوجية الأخرى (٢)، وعلى الثالث فيما أن

يكون البينتان مطلقتين، أو مؤرختين متقاربتين، أو تاريخ
أحدهما أسبق من الأخرى، فعلى الأولين تتساقطان ويكون
كما لو لم يكن بينة أصلا (١) وعلى الثالث ترجح الأسبق (٢)
إذا كانت تشهد بالزوجة من ذلك التاريخ إلى زمان الثانية
وإن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانية فكذلك إذا كانت الامراتان
الأم والبنت من تقدم تاريخ البنت، بخلاف الأختين والأم والبنت
مع تقدم تاريخ الأم، لامكان صحة العقدين، بأن طلق
الأولى وعقد على الثانية في الأختين، وطلق الأم مع عدم

الدخول بها وحينئذ ففي ترجيح الثانية أو التساقط وجهان
هذا ولكن وردت رواية (١) تدل على تقديم بينة الرجل

(٢٣١)

إلا مع سبق بينة الامرأة المدعية أو الدخول بها في الأختين
وقد عمل بها المشهور في خصوص الأختين، ومنهم من
تعدى إلى الأم والبنت أيضا. ولكن العمل بها حتى في
موردها مشكل، لمخالفتها للقواعد وامكان حملها على بعض
المحامل التي لا تخالف القواعد.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٢ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٨ باب ١٢ من أبواب كيفية الحكم وأحكام
الدعوى ج ١٣.

(السادسة): إذا تزوج العبد بمملوكة ثم اشتراها بإذن المولى، فإن اشتراها للمولى بقي نكاحها على حاله (١)،

-
- (١) الجواهر ج ٢٩ ص ١٦٨ .
(٢) الجواهر: ج ٣٠ ص ٢٦٣ .
(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢ .
(٤) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ .

ولا اشكال في جواز وطئها (١). وإن اشتراها لنفسه
بطل نكاحها (٢) وحلت له بالملك - على الأقوى من ملكية

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢.

العبد. وهل يفتقر وطؤها حينئذ إلى الإذن من المولى
أولاً، وجهان: أقواهما: ذلك (١) لأن الإذن السابق إنما
كان بعنوان الزوجية وقد زالت بالملك (٢) فيحتاج إلى
الإذن الجديد. ولو اشتراها لا يقصد كونها لنفسه أو للمولى
فإن اشتراها بعين مال المولى كانت له وتبقى الزوجية (٣)

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

وإن اشتراها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجية. وكذا أن اشتراها في الذمة، لانصرافه إلى ذمة نفسه (١). وفي الحاجة إلى الإذن الجديد وعدمها، الوجهان. (السابعة): يجوز تزويج امرأة تدعي أنها خلية من الزوج من غير فحص (٢) مع عدم حصول العلم بقولها،

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٥ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٢.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١٠ من أبواب المتعة ح ٣.

بل وكذا إذا لم تدع ذلك (١) ولكن دعت الرجل إلى تزويجها أو أجابت إذا دعيت إليه بل الظاهر ذلك وإن علم كونها ذات بعل سابقا وادعت طلاقها أو موته (٢). نعم لو كانت متهمة في دعواها فالأحوط الفحص عن حالها (٣) ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجة من غاب غيبة منقطعة ولم يعلم موته وحياته إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الإمارات والقرائن أو باخبار مخبرين، وإن لم يحصل العلم بقولها. ويجوز للوكيل أن يجري العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم، ولكن الأحوط الترك خصوصا إذا كانت متهمة.

(الثامنة): إذا ادعت امرأة أنها خلية فتزوجها رجل
ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل لم تسمع دعواها (١)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب المتعة ح ١.

نعم لو أقامت البينة على ذلك فرق بينها وبينه (١) وإن لم يكن هناك زوج معين، بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه الاجمال.

(التاسعة): إذا وكلا وكيلا في اجراء الصيغة في زمان معين لا يجوز لهما المقاربة بعد مضي ذلك الزمان (٢) إلا أن يحصل لهما العلم بايقاعه.

ولا يكفي الظن بذلك، وإن

حصل من اخبار مخبر بذلك، وإن كان ثقة (٣).

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٤ من أبواب ما يكتسب به ح ٤.

(٢٤١)

نعم لو أخبر الوكيل بالاجراء كفى إذا كان ثقة (١) بل
مطلقا (٢) لأن قول الوكيل حجة فيما وكل فيه.

(٢٤٢)

فصل

في أولياء العقد

وهم الأب والجد من طرف الأب (١): بمعنى أب
الأب فصاعدا فلا يندرج فيه أب أم الأب (٢) والوصي

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٢ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ١.

لأحدهما مع فقد الآخر، وللسيد بالنسبة إلى مملوكه،
والحاكم. ولا ولاية للأم (١) ولا الجد من قبلها، ولو
من قبل أم الأب،

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٣.

ولا الأخ (١)،

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٤.
(٢) راجع الوسائل: ج ١٥ باب ٥٢ من أبواب المهور.

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٤.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٧ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ١.

والعم (١)، والخال (٢) وأولادهم.
(مسألة ١): تثبت ولاية الأب والجد على الصغيرين (٣)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٢.

والمجنون المتصل جنونه بالبلوغ (١)، بل والمنفصل على
الأقوى (٢)

(٢٤٩)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٦.

(٢٥٠)

(١) البقرة: ٢٣٧.

(٢٥١)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٧.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٨.

-
- (١) الوسائل: ج ١٥ باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق
وشرائطه ح ١.
- (٢) الوسائل: ج ١٥ باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق
وشرائطه ح ٣.
- (٣) الوسائل: ج ١٥ باب ٣٥ من أبواب مقدمات الطلاق
وشرائطه ح ٢.

ولا ولاية لهما على البالغ الرشيد، ولا على البالغة الرشيدة
إذا كانت ثيباً (١)
واختلفوا في ثبوتها على البكر الرشيدة
على أقوال وهي: استقلال الولي (٢).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٦.

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ١١.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٣.
- (٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب النكاح وأولياء
العقد ح ٧.

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٨.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ١٠.
- (٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٢.

واستقلالها (١)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٥.

(٢٥٨)

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

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٤.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٨.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٧.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٨.

والتفصيل بين الدوام والانتقاع باستقلالها في الأول دون
الثاني (١)،

(٢٦٢)

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٥.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ١٢.
- (٣) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٩.
- (٤) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ٨.

والتشريك بمعنى: اعتبار إذنهما معا والمسألة مشكلة،
فلا يترك مراعاة الاحتياط بالاستيذان منهما.

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

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٤ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٥.

ولو تزوجت من دون إذن الأب أو زوجها الأب من
دون إذنها وجب (١) أما إجازة الآخر أو الفراق بالطلاق

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٧.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٨.
(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٤.

نعم إذا عضلها الولي أي: منعها من التزويج بالكفو،
سقط اعتبار إذنه (١).

(١) البقرة: ٢٣٢.

وأما إذا منعها من التزويج بغير الكفو شرعا (١)

(١) الوسائل: ج ١٢ باب ٧٨ من أبواب ما يكتسب به ح ٢.

فلا يكون عضلا (١). بل وكذا لو منعها من التزويج
بغير الكفو عرفا (٢) ممن في تزويجه غضاضة وعار عليهم
وإن كان كفوا شرعيا. وكذا لو منعها من التزويج بكفو
معين مع وجود كفو آخر (٣) وكذا يسقط اعتبار إذنه
إذا كان غائبا لا يمكن الاستئذان منه مع حاجتها إلى التزويج (٤)
(مسألة ٢): إذا ذهبت بكارتها بغير الوطئ من
وثبة ونحوها فحكمها حكم البكر (٥)،

وأما إذا ذهبت بالزنا أو الشبهة ففيه اشكال (١) ولا يبعد

(١) الواقعة: ٣٥، ٣٦.

(٢) الرحمن: ٥٦.

(٣) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء

العقد ح ٨.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٤.
(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ١٢.

اللاحق بدعوى أن المتبادر من البكر من لم تتزوج (١)
وعليه فإذا تزوجت ومات عنها أو طلقها قبل أن يدخل
بها لا يلحقها حكم البكر (٢) ومراعاة الاحتياط أولى.
(مسألة ٣): لا يشترط في ولاية الجد حياة الأب
ولا موته (٣)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٩ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٣.

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ١.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٧.
- (٣) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٨.

والقول بتوقف ولايته على بقاء الأب - كما اختاره جماعة -
ضعيف (١)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٤.

وأضعف منه القول بتوقفها على موته (١) كما اختاره
بعض العامة.

(مسألة ٤): لا خيار للصغيرة إذا زوجها الأب أو
الجد بعد بلوغها ورشدها، بل هو لازم عليها (٢)،

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ٧.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد ح ٩.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٦ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٨.

(٢٧٨)

وكذا الصغير على الأقوى (١)

-
- (١) الوسائل: ج ٢٧ باب ١١ من أبواب ميراث الأزواج، ح ٤.
(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ٢٨ من أبواب المهر، ح ١.
(٣) الوسائل: ج ١٥ باب ٢٨ من أبواب المهور، ح ٢.

والقول بخياره في الفسخ والامضاء (١) ضعيف.

(٢٨٠)

وكذا لا خيار للمجنون بعد إفاقته (١).
(مسألة ٥): يشترط في صحة تزويج الأب والجد
ونفوذه عدم المفسدة (٢). وإلا يكون العقد فضوليا

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٢.

كالأجنبي، ويحتمل عدم الصحة بالإجازة أيضا (١)،

(٢٨٢)

بل الأحوط مراعاة المصلحة (١)، بل يشكل الصحة إذا
كان هناك خاطبان أحدهما أصلح من الآخر بحسب الشرف
أو من أجل كثرة المهر أو قلته بالنسبة إلى الصغير فاختار
الأب غير الأصلح لتشهي نفسه (٢).
(مسألة ٦): لو زوجها الولي بدون مهر المثل أو زوج

(١) الأنعام: ١٥٢.

صح العقد والمهر ولزم (١) وإلا ففي صحة العقد وبطلان
المهر والرجوع إلى مهر المثل، أو بطلان العقد أيضا
قولان (٢) أقواهما: الثاني. والمراد من البطلان عدم

النفوذ بمعنى: توقفه على إجازتها بعد البلوغ، ويحتمل
البطلان ولو مع الإجازة بناء على اعتبار وجود المجيز في
الحال (١).
(مسألة ٧): لا يصح نكاح السفية المبذر (٢) إلا بإذن
الولي (٣)

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

(٢٨٦)

وعليه أن يعين المهر والمرأة (١) ولو تزوج بدون إذنه
وقف على إجازته فإن رأى المصلحة وأجاز صح، ولا
يحتاج إلى إعادة الصيغة، لأنه ليس كالمجنون والصبي
مسلوب العبارة (٢) ولذا يصح وكالته عن الغير في اجراء
الصيغة ومباشرته لنفسه بعد إذن الولي.
(مسألة ٨): إذا كان الشخص بالغاً رشيداً في المآليات
لكن لا رشد له بالنسبة إلى أمر التزويج وخصوصياته
من تعيين الزوجة وكيفية الامهار ونحو ذلك فالظاهر كونه
كالسفيه في المآليات في الحاجة إلى إذن الولي (٣)، وإن
لم أر من تعرض له.

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

(مسألة ٩): كل من الأب والجد مستقل في الولاية (١)
فلا يلزم الاشتراك، ولا الاستئذان من الآخر، فأيهما

سبق مع مراعاة ما يجب مراعاته لم يبق محل للآخر،
ولو زوج كل منهما من شخص، فإن علم السابق منهما فهو
المقدم ولغي الآخر.

وإن علم التقارن قدم عقد الجدة (٢)
وكذا إذا جهل التاريخان. وأما إذا علم تاريخ

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٣.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٢.

أحدهما دون الآخر، فإن كان المعلوم تاريخ عقد الجد
قدم أيضا وإن كان المعلوم تاريخ عقد الأب احتمل
تقدمه (١) لكن الأظهر تقديم عقد الجد لأن المستفاد من
خبر عبيد بن زرارة أولوية الجد ما لم يكن الأب زوجها
قبله، فشرط تقديم عقد الأب كونه سابقا (٢) وما لم
يعلم ذلك يكون عقد الجد أولى.
فتحصل: أن اللازم تقديم عقد الجد في جميع الصور
إلا في صورة معلومية سبق عقد الأب.

ولو تشاح الأب والجد فاختار كل منهما واحدا قدم اختيار
الجد (١)

(٢٩١)

ولو بادر الأب فعقد، فهل يكون باطلاً أو يصح؟ وجهان
بل قولان (١) ومن كونه سابقاً فيجب تقديمه ومن أن لازم
أولوية اختيار الجد عدم صحة خلافه. والأحوط مراعاة

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ١.

(٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٧.

الاحتياط.
ولو تشاح الجد الأسفل والأعلى هل يجري
عليهما حكم الأب والجد أو لا؟ وجهان، أو جههما: الثاني
لأنهما ليسا أبا وجدا بل كلاهما جد فلا يشملهما ما دل على
تقديم الجد على الأب (١).

-
- (١) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٥.
- (٢) الوسائل: ج ١٤ باب ١١ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٨.

(مسألة ١٠): لا يجوز للولي تزويج المولى عليه بمن به عيب. سواء كان من العيوب المجوزة للفسخ أو لا، لأنه خلاف المصلحة (١). نعم لو كان هناك مصلحة لازمة المراعاة جاز وحينئذ لا خيار له ولا للمولى عليه إن لم يكن من العيوب المجوزة للفسخ، وإن كان منها ففي ثبوت الخيار للمولى عليه بعد بلوغه أو إفاقة، وعدمه لأن المفروض اقدام الولي مع علمه به. وجهان، أوجههما: الأول، لاطلاق أدلة تلك العيوب وقصوره بمنزلة جهله (٢)

وعلم الولي ولحاظه المصلحة لا يوجب سقوط الخيار للمولى عليه، وغاية ما تفيد المصلحة إنما هو صحة العقد، فتبقى أدلة الخيار بحالها بل ربما يحتمل ثبوت الخيار للولي أيضا من باب استيفاء ما للمولى عليه من الحق. وهل له اسقاطه أم لا؟ مشكل (١) إلا أن يكون هناك مصلحة ملزمة لذلك (٢) وأما إذا كان الولي جاهلا بالعيب ولم يعلم به إلا بعد العقد، فإن كان من العيوب المجوزة للفسخ فلا اشكال في ثبوت الخيار له (٣) وللمولى عليه إن لم يفسخ، وللمولى عليه فقط إذا لم يعلم به إلى أن بلغ أو أفاق. وإن كان

من العيوب الأخر فلا خيار للولي (١) وفي ثبوته للمولى عليه وعدمه وجهان، أوجههما: ذلك لأنه يكشف عن عدم المصلحة في ذلك التزويج. بل يمكن أن يقال: أن العقد فضولي حينئذ لا أنه صحيح وله الخيار (٢). (مسألة ١١): مملوك المملوك كالمملوك في كون أمر

تزويجه بيد المولى (١).
(مسألة ١٢): للوصي أن يزوج المجنون المحتاج إلى
الزواج (٢).

(١) البقرة: ١٨١ - ١٨٣.

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩٢ من أبواب الوصايا، ح ١.
- (٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٩٢ من أبواب الوصايا، ح ٢.

بل الصغير أيضا لكن بشرط نص الموصي عليه (١) سواء
عين الزوجة أو الزوج أو أطلق. ولا فرق بين أن يكون

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ١.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٢ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد ح ١.

(٣٠٢)

وصيا من قبل الأب أو من قبل الجد، لكن بشرط عدم وجود الآخر (١) وإلا فالأمر إليه.
(مسألة ١٣): للحاكم الشرعي تزويج من لا ولي له (٢) من الأب والجد والوصي بشرط الحاجة إليه أو قضاء

المصلحة اللازمة المراعاة.
(مسألة ١٤): يستحب للمرأة المالكية أمرها أن تستأذن
أبها أو جدها (١) وإن لم يكونا فتوكل أخاها وإن تعدد
اختارت الأكبر.

(مسألة ١٥): ورد في الأخبار أن إذن البكر سكوتها عند العرض عليها وأفتى به العلماء لكنها محمولة على ما إذا ظهر رضاها وكان سكوتها لحيائها عن النطق بذلك (١).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٣ من أبواب عقد النكاح وأولياء العقد، ح ١٥.

(مسألة ١٦): يشترط في ولاية الأولياء المذكورين
البلوغ والعقل والحرية والاسلام إذا كان المولى عليه مسلما
فلا ولاية للصغير والصغيرة على مملوكهما (١) من عبد أو
أمة، بل الولاية حينئذ لوليها. وكذا مع فساد عقلهما (٢)
بجنون (٣) أو اغماء أو نحوه (٤)

وكذا لا ولاية للأب والجد مع جنونهما ونحوه (١).

(٣٠٩)

وإن جن أحدهما دون الآخر فالولاية للآخر (١) وكذا

(٣١٠)

لا ولاية للمملوك ولو مبعضا على ولده حرا كان أو عبدا (١)
بل الولاية في الأول للحاكم (٢) وفي الثاني لمولاه وكذا
لا ولاية للأب الكافر على ولده المسلم (٣).

(١) النساء: ١٤١.

(٢) الوسائل: ج ١٧ باب ١ من أبواب موانع الإرث، ح ١١.

فتكون للجد إذا كان مسلماً (١)
وللحاكم إذا كان كافراً
أيضاً (٢) والأقوى (٣) ولايته على ولده الكافر.

ولا يصح تزويج الولي في حال احرامه أو احرام المولى
عليه (١) سواء كان بمباشرة أو بالتوكيل (٢).

(٣١٣)

نعم لا بأس بالتوكيل حال الاحرام ليقوع العقد بعد الاحلال (١).
(مسألة ١٧): يجب على الوكيل في التزويج أن
لا يتعدى عما عينه الموكل من حيث الشخص والمهر وسائر
الخصوصيات، وإلا كان فضوليا (٢) موقوفا على الإجازة

ومع الاطلاق وعدم التعيين يجب مراعاة مصلحة الموكل (١)
من سائر الجهات، ومع التعدي يصير فضوليا (٢) ولو
وكلت المرأة رجلا في تزويجها لا يجوز له أن يزوجه من
نفسه للانصراف عنه (٣). نعم لو كان التوكيل على وجه يشمل
نفسه أيضا بالعموم أو الاطلاق جاز. ومع التصريح
فأولى بالجواز.

ولكن ربما يقال بعدم الجواز مع الاطلاق
والجواز مع العموم، بل قد يقال: بعدمه حتى مع التصريح
بتزويجها من نفسه لرواية عمار (٤)

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ١٠ من أبواب عقد النكاح وأولياء
العقد، ح ٤.

المحمولة على الكراهة (١) أو غيرها من المحامل.

(٣١٦)

(مسألة ١٨): الأقوى صحة النكاح الواقع فضولا
مع الإجازة (١) سواء كان فضوليا من أحد الطرفين أو
كليهما كان المعقود له صغيرا أو كبيرا، حرا أو عبدا

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

(٣١٨)

والمراد بالفضولي هو العقد الصادر من غير الولي والوكيل (١) سواء كان قريبا كالأخ والعم والنخال وغيرهم أو أجنبيا. وكذا الصادر من العبد أو الأمة لنفسه بغير إذن الولي. ومنه العقد الصادر من الولي أو الوكيل على غير الوجه المأذون فيه من الله أو من الموكل كما إذا أوقع الولي العقد على خلاف المصلحة أو تعدى الوكيل عما عينه الموكل. ولا يعتبر في الإجازة الفورية (٢) سواء كان التأخير من جهة الجهل بوقوع العقد أو مع العلم به وإرادة التروي، أو عدمها أيضا.

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٨٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء
ح ٠١

(٣٢٠)

نعم لا تصح الإجازة بعد الرد (١).

(٣٢١)

كما لا يجوز الرد بعد الإجازة (١) فمعها يلزم العقد.
(مسألة ١٩): لا يشترط في الإجازة لفظ خاص،
بل يقع بكل ما دل على انشاء الرضا بذلك العقد (٢).

بل تقع بالفعل الدال عليه (١).

(٣٢٤)

(مسألة ٢٠): يشترط في المجيز علمه بأن له أن لا يلتزم بذلك العقد (١) فلو اعتقد لزوم العقد عليه فرضي به لم يكف في الإجازة.

(١) راجع الوسائل: ج ١٤ باب ٢٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء.

نعم لو اعتقد لزوما الإجازة عليه بعد العلم بعدم لزوم العقد فأجاز فإن كان على وجه التقييد لم يكف (١) وإن كان على وجه الداعي يكون كافيا (٢).
(مسألة ٢١): الإجازة كاشفة عن صحة العقد من حين وقوعه (٣) فيجب ترتيب الآثار من حينه.
(مسألة ٢٢): الرضا الباطني التقديري لا يكفي في الخروج عن الفضولية (٤) فلو لم يكن ملتفتا حال العقد إلا أنه كان بحيث لو كان حاضرا وملتفتا كان راضيا لا يلزم العقد عليه بدون الإجازة، بل لو كان حاضرا حال العقد وراضيا به، إلا أنه لم يصدر منه قول ولا فعل يدل على

رضاه فالظاهر أنه فضولي (١) فله أن لا يجيز.

(٣٢٧)

(مسألة ٢٣): إذا كان كارها حال العقد إلا أنه لم
يصدر منه رد له (١) فالظاهر صحته بالإجارة (٢) نعم لو

(٣٢٩)

استؤذن فنهى ولم يأذن ومع ذلك أوقع الفضولي العقد
يشكل صحته بالإجازة لأنه بمنزلة الرد بعده ويحتمل صحته (١)
بدعوى الفرق بينه وبين الرد بعد العقد، فليس بأدون
من عقد المكره الذي نقول بصحته إذا لحقه الرضا، وإن
كان لا يخلو ذلك أيضا من اشكال (٢).

(١) الوسائل: ج ١٤ باب ٢٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١.
(٢) النساء: ٢٥.

(مسألة ٢٤): لا يشترط في الفضولي قصد الفضولية (١)
ولا الالتفات إلى ذلك. فلو تخيل كونه ولياً أو وكيلًا
وأوقع العقد، فتبين خلافه يكون من الفضولي (٢) ويصح
بالإجازة (٣).
(مسألة ٢٥): لو قال في مقام إجراء الصيغة: (زوجت

موكلتي فلانة (مثلا، مع أنه لم يكن وكيلا عنها فهل
يصح ويقبل الإجازة، أم لا؟ الظاهر الصحة (١). نعم
لو لم يذكر لفظ: (فلانة) ونحوه، كأن يقول:
(زوجت موكلتي) وكان من قصده امرأة معينة، مع عدم
كونه وكيلا عنها، يشكل صحته بالإجازة (٢).

(مسألة ٢٦): لو أوقع الفضولي العقد على مهر معين هل يجوز إجازة العقد دون المهر، أو بتعيين المهر على وجه آخر من حيث الجنس أو من حيث القلة والكثرة؟ فيه اشكال. بل الأظهر عدم الصحة في الصورة الثانية (١) وهي ما إذا عين المهر على وجه آخر. كما أنه لا تصح الإجازة مع شرط لم يذكر في العقد، أو مع الغاء ما ذكر فيه الشرط (٢).

(مسألة ٢٧): إذا أوقع العقد بعنوان الفضولية فتبين كونه وكيلا فالظاهر صحته (١) ولزومه إذا كان ناسيا لكونه وكيلا بل وكذا إذا صدر التوكيل ممن له العقد ولكن لم يبلغه الخبر على اشكال فيه (٢) وأما إذا أوقعه

بعنوان الفضولية فتبين كونه وليا ففي لزومه بلا إجازة
منه أو من المولى عليه اشكال (١).

(٣٣٧)

(مسألة ٢٨): إذا كان عالماً بأنه وكيل أو ولي ومع ذلك أوقع العقد بعنوان الفضولية، فهل يصح ويلزم، أو يتوقف على الإجازة، أو لا يصح؟ وجوه، أقواها: عدم الصحة (١) لأنه يرجع إلى اشتراط كون العقد الصادر من وليه جائزاً، فهو كما لو أوقع البالغ العاقل بقصد أن يكون الأمر بيده في الابقاء والعدم. وبعبارة أخرى، أوقع العقد متزلزلاً.

(مسألة ٢٩): إذا زوج الصغيرين وليهما فقد مر أن العقد لازم عليهما (١) ولا يجوز لهما بعد البلوغ رده أو فسخه. وعلى هذا (٢) فإذا مات أحدهما قبل البلوغ أو بعده ورثه الآخر (٣).

وأما إذا زوجهما الفضوليان فيتوقف على إجازتهما بعد البلوغ (١) أو إجازة وليهما قبله. فإن بلغا وأجازا ثبتت الزوجية ويترتب عليها أحكامها من حين العقد، لما مر من كون الإجازة كاشفة. وإن ردا، أو رد أحدهما أو ماتا أو مات أحدهما قبل الإجازة كشف عن عدم الصحة من حين الصدور (٢). وإن بلغ أحدهما وأجاز ثم مات قبل بلوغ الآخر يعزل ميراث الآخر على تقدير الزوجية،

فإن بلغ وأجاز يحلف على أنه لم يكن إجازته للطمع في الإرث فإن حلف يدفع إليه (١). وإن لم يجز، أو أجاز ولم يحلف لم يدفع (٢) بل يرد إلى الورثة. وكذا لو مات بعد الإجازة وقبل الحلف (٣). هذا إذا كان متهما بأن إجازته للرجبة في الإرث، وأما إذا لم يكن متهما بذلك كما إذا أجاز قبل أن يعلم موته، أو كان المهر اللازم عليه أزيد مما يرث أو نحو ذلك فالظاهر عدم الحاجة إلى الحلف (٤).

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

(مسألة ٣٠): يترتب على تقدير الإجازة والحلف جميع الآثار المترتبة على الزوجية (١) من المهر وحرمة الأم والبنت (٢) وحرمتها إن كانت هي الباقية على الأب والابن ونحو ذلك. بل الظاهر ترتب هذه الآثار بمجرد الإجازة من غير حاجة إلى الحلف (٣) فلو أجاز ولم يحلف مع كونه متهما لا يرث، ولكن يترتب سائر الأحكام. (مسألة ٣١): الأقوى جريان الحكم المذكور في

المجنونين
بل الظاهر التعدي إلى سائر الصور (١) كما إذا
كان أحد الطرفين الولي والطرف الآخر الصغير، أو
كان أحد الطرفين المجنون والطرف الآخر الصغير، أو
كانا بالغين كاملين، أو أحدهما بالغاً والآخر صغيراً أو
مجنوناً أو نحو ذلك. ففي جميع الصور إذا مات من لزم
العقد بالنسبة إليه لعدم الحاجة إلى الإجازة، أو لإجازته
بعد بلوغه أو رشده وبقي الآخر، فإنه يعزل صحة الباقي
من الميراث إلى أن يرد أو يجيز. بل الظاهر عدم الحاجة
إلى الحلف في ثبوت الميراث في غير الصغيرين من سائر
الصور، لاختصاص الموجب له من الأخبار بالصغيرين (٢)
ولكن الأحوط الاحلاف في الجميع بالنسبة إلى الإرث،
بل بالنسبة إلى سائر الأحكام أيضاً.

(مسألة ٣٢): إذا كان العقد لازماً على أحد الطرفين من حيث كونه أصيلاً أو مجيزاً والطرف الآخر فضولياً ولم يتحقق إجازة ولا رد، فهل يثبت على الطرف اللازم تحريم المصاهرات (١)؟ فلو كان زوجاً يحرم عليه نكاح أم المرأة وبناتها وأختها والخامسة، وإذا كانت زوجة يحرم عليها التزويج بغيره. وبعبارة أخرى: هل يجري عليه آثار الزوجية وإن لم تجر على الطرف الآخر أو لا؟ قولان، أقواهما:

الثاني، إلا مع فرض العلم بحصول الإجازة بعد ذلك الكاشفة
عن تحققها من حين العقد (١). نعم الأحوط الأول،
لكونه في معرض ذلك بمجيء الإجازة.
نعم إذا تزوج
الأم أو البنت مثلاً ثم حصلت الإجازة كشف عن

بطلان ذلك (١).
(مسألة ٣٣): إذا رد المعقود أو المعقودة فضولا
العقد ولم يجزه لا يترتب عليه شيء من أحكام المصاهرة،
سواء أجاز الطرف الآخر أو كان أصيلا أم لا. لعدم
حصول الزوجية بهذا العقد الغير المجاز وتبين كونه كأنه

لم يكن. وربما يستشكل في خصوص نكاح أم المعقود عليها (١) وهو في غير محله، بعد أن لم يتحقق نكاح، ومجرد العقد لا يوجب شيئاً. مع أنه لا فرق بينه وبين نكاح البنت (٢) وكون الحرمة في الأول غير مشروطة بالدخول بخلاف الثاني لا ينفع في الفرق.

(مسألة ٣٤): إذا زوجت امرأة فضولا من رجل ولم تعلم بالعقد، فتزوجت من آخر، ثم علمت بذلك العقد، ليس لها أن تجيز لفوات محل الإجازة (١). وكذا إذا زوج رجل فضولا بامرأة وقبل أن يطلع على ذلك تزوج أمها أو بنتها أو أختها، ثم علم. ودعوى: أن الإجازة حيث إنها كاشفة إذا حصلت تكشف عن بطلان العقد الثاني. كما ترى.

(مسألة ٣٥): إذا زوجها أحد الوكيلين رجل
وزوجها الوكيل الآخر من آخر، فإن علم السابق من
العقدين فهو الصحيح (١) وإن علم الاقتران بطلا معا (٢)
وإن شك في السبق والاقتران فكذلك لعدم العلم بتحقق
عقد صحيح والأصل عدم تأثير واحد منهما (٣). وإن علم
السبق واللحوق ولم يعلم السابق من اللاحق فإن علم تاريخ

أحدهما حكم بصحته (١) دون الآخر، وإن جهل التأريخان
ففي المسألة وجوه: أحدها: التوقيف حتى يحصل العلم (٢)
الثاني: خيار الفسخ للزوجة. الثالث: إن الحاكم يفسخ.

الرابع: القرعة. والأوفق بالقواعد هو الوجه الأخير (١)
وكذا الكلام إذا زوجه أحد الوكيلين برابعة والآخر بأخرى

أو زوجه أحدهما بامرأة والآخر ببنتها (١) أو أمها أو أختها.
وكذا الحال إذا زوجت نفسها من رجل وزوجها وكيلها
من آخر أو تزوج بامرأة وزوجه وكيله بأخرى لا يمكن
الجمع بينهما. ولو ادعى أحد الرجلين المعقود لهما السبق،
وقال الآخر: لا أدري من السابق، صدقت المرأة

المدعي للسبق، حكم بالزوجة بينهما، لتصادقهما عليها (١)

(٣٥٦)

كتاب الوصية

(٣٥٧)

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب الوصية)

وهي إما مصدر (وصى يصي) بمعنى الوصل (١) حيث
إن الموصي يصل تصرفه بعد الموت بتصرفه حال الحياة،
وإما اسم مصدر بمعنى العهد من (وصى يوصي توصية) (٢)

أو (أوصى يوصي ايصاء).
وهي إما تمليلية أو عهدية (١)

(١) النساء: ١١.

(٢، ٣) النساء: ١٢.

(٤) البقرة: ١٨٠.

وبعبارة أخرى (١): إما تمليك عين أو منفعة، أو تسليط
على حق (٢)، أو فك ملك، أو عهد متعلق بالغير، أو
عهد متعلق بنفسه كالوصية بما يتعلق بتجهيزه. وتنقسم
انقسام الأحكام الخمسة.
(مسألة ١): الوصية العهدية لا تحتاج إلى القبول (٣)

وكذا الوصية بالفك كالعق (١).
وأما التمليلية فالمشهور
على أنه يعتبر فيها القبول جزءاً، وعليه تكون من العقود (٢)

أو شرطاً على وجه الكشف أو النقل فيكون من
الايقاعات (١).

(٣٦٤)

(١) البقرة: ١٨٠ - ١٨٢.

(٣٦٥)

(١) المائدة: ٢٥.

(٣٦٦)

ويحتمل قويا عدم اعتبار القبول فيها، بل يكون الرد مانعا (١) وعليه تكون من الايقاع الصريح. ودعوى: أنه يستلزم الملك القهري، وهو باطل في غير مثل الإرث مدفوعة: بأنه لا مانع منه عقلا، ومقتضى عمومات الوصية ذلك، مع أن الملك القهري موجود في مثل الوقف (مسألة ٢): بناء على اعتبار القبول في الوصية يصح ايقاعه بعد وفاة الموصي بلا اشكال (٢).

وقبل وفاته على الأقوى (١). ولا وجه لما عن جماعة من
عدم صحته حال الحياة، لأنها تمليك بعد الموت،
فالقبول قبله كالقبول قبل الوصية، فلا محل له ولأنه
كاشف أو ناقل وهما معا منتفیان حال الحياة. إذ نمنع
عدم المحل له، إذ الانشاء المعلق على الموت قد حصل،

فيمكن القبول المطابق له (١). والكشف والنقل إنما
يكونان بعد تحقق المعلق عليه فهما في القبول بعد الموت لا مطلقا (٢).

(مسألة ٣) تتضيق الواجبات الموسعة بظهور أمارات الموت (١) مثل قضاء الصلوات والصيام والندور المطلقة والكفارات ونحوها، فيجب (٢) المبادرة إلى اتيانها مع

الامكان، ومع عدمه يجب الوصية بها سواء فات لعذر
أو لا لعذر، لوجوب تفرغ الذمة بما أمكن في حال الحياة
وإن لم يحز فيها النيابة فبعد الموت تجري فيها ويجب التفرغ
بها بالايضاء.

وكذا يجب رد أعيان أموال الناس التي
كانت عنده (١) كالوديعة والعارية ومال المضاربة ونحوها
ومع عدم الامكان يجب الوصية بها.
وكذا يجب أداء

ديون الناس الحالة (١)، ومع عدم الامكان أو كونها
مؤجلة يجب الوصية بها (٢) إلا إذا كانت معلومة، أو
موثقة بالاسناد المعتبرة. وكذا إذا كان عليه زكاة أو خمس
أو نحو ذلك، فإنه يجب عليه أدائها أو الوصية بها. ولا
فرق فيما ذكر بين ما لو كانت له تركة أو لا إذا احتتمل
وجود متبرع أو أدائها من بيت المال.

(مسألة ٤): رد الموصى له للوصية مبطل لها (١) إذا كان قبل حصول الملكية وإذا كان بعد حصولها لا يكون مبطلا لها، فعلى هذا إذا كان الرد منه بعد الموت وقبل القبول أو بعد القبول الواقع حال حياة الموصي مع كون الرد أيضا كذلك يكون مبطلا لها (٢) لعدم حصول الملكية بعد. وإذا كان بعد الموت وبعد القبول لا يكون مبطلا سواء كان القبول بعد الموت أيضا أو قبله، وسواء كان قبل القبض أو بعده، بناء على الأقوى من عدم اشتراط القبض في صحتها، لعدم الدليل على اعتباره (٣) وذلك لحصول الملكية حينئذ له، فلا تزول بالرد. ولا دليل على كون الوصية جائزة بعد تماميتها بالنسبة إلى الموصى له كما أنها جائزة بالنسبة إلى الموصي، حيث إنه يجوز له

الرجوع في وصيته، كما سيأتي.
وظاهر كلمات العلماء حيث
حكموا ببطالانها بالرد عدم صحة القبول بعده لأنه عندهم
مبطل للإيجاب الصادر من الموصي، كما أن الأمر كذلك
في سائر العقود حيث إن الرد بعد الإيجاب يبطله وإن رجع
وقبل بلا تأخير وكما في إجازة الفضولي حيث إنها لا تصح
بعد الرد. لكن لا يخلو عن إشكال إذا كان الموصي باقيا
على إيجابه بل في سائر العقود أيضا مشكل (١) إن لم يكن
اجماع خصوصا في الفضولي حيث إن مقتضى بعض الأخبار
صحتها ولو بعد الرد. ودعوى: عدم صدق المعاهدة عرفا

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

(٣٧٧)

إذا كان القبول بعد الرد ممنوعة. ثم إنهم ذكروا أنه لو كان القبول بعد الرد الواقع حال الحياة صح. وهو أيضا مشكل (١) على ذكره من كونه مبطلا للإيجاب، إذ لا فرق حينئذ بين ما كان في حال الحياة أو بعد الموت. إلا إذا قلنا أن الرد والقبول لا أثر لهما حال الحياة،

وأن محلها إنما هو بعد الموت، وهو محل منع (١).
(مسألة ٥): لو أوصى له بشيئين بإيجاب واحد فقبل
الموصى له أحدهما دون الآخر صح فيما قبل وبطل فيما
رد (٢) وكذا لو أوصى له بشيئ فقبل بعضه مشاعاً أو
مفروزاً ورد بعضه الآخر وإن لم نقل بصحة مثل ذلك في
البيع ونحوه، بدعوى: عدم التطابق حينئذ بين الإيجاب
والقبول لأن مقتضى القاعدة الصحة في البيع أيضاً إن لم
يكن اجماع. ودعوى عدم التطابق ممنوعة.

نعم لو علم من حال الموصي إرادته تمليك المجموع من
حيث المجموع لم يصح التبعض (١).
(مسألة ٦): لا يجوز للورثة التصرف في العين
الموصى بها قبل أن يختار الموصى له أحد الأمرين من

القبول أو الرد (١). وليس لهم إجباره على اختيار
أحدهما معجلاً (٢).

(٣٨٢)

إلا إذا كان تأخيرها موجبا للضرر عليهم، فيجبره الحاكم حينئذ على اختيار أحدهما (١).
(مسألة ٧): إذا مات الموصى له قبل القبول أو الرد فالمشهور قيام وارثه مقامه في ذلك (٢) فله القبول إذا لم يرجع الموصي عن وصيته من غير فرق بين كون موته في

حياة الموصي أو بعد موته وبين علم الموصي بموته وعدمه. وقيل بالبطلان بموته قبل القبول. وقيل بالتفصيل بين ما إذا علم أن غرض الموصي خصوص الموصى له فتبطل وبين غيره فلورثته. والقول الأول وإن كان على خلاف القاعدة مطلقا بناء على اعتبار القبول في صحتها لأن المفروض أن الإيجاب مختص بالموصى له وكون قبول الوارث بمنزلة قبوله ممنوع. كما أن دعوى انتقال حق القبول إلى الوارث أيضا محل منع صغرى وكبرى لمنع كونه حقا، ومنع كون كل حق منتقلا إلى الوارث حتى مثل ما نحن فيه من الحق الخاص به الذي لا يصدق كونه من تركته وعلى ما قويننا من عدم اعتبار القبول فيها بل كون الرد مانعا أيضا يكون الحكم على خلاف القاعدة

في خصوص صورة موته قبل موت الموصى له، لعدم ملكيته في حياة الموصي. لكن الأقوى مع ذلك هو اطلاق الصحة كما هو المشهور. وذلك لصحيفة محمد بن قيس الصريحة في ذلك حتى في صورة موته في حياة الموصي.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.

المؤيدة بخبر الساباطي وصحيح المثني، ولا يعارضها صحيحنا
محمد بن مسلم ومنصور بن حازم بعد اعراض المشهور عنهما
وامكان حملهما على بعض المحامل منها التقية لأن المعروف
بينهم عدم الصحة.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٣.
- (٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٤.

نعم يمكن دعوى انصراف الصحيحة عما إذا علم كون
غرض الموصي خصوص شخص الموصى له على وجه
التقييد. بل ربما يقال إن محل الخلاف غير هذه الصورة
لكن الانصراف ممنوع، وعلى فرضه يختص الاشكال بما
إذا كان موته قبل موت الموصي وإلا فبناء على عدم اعتبار
القبول بموت الموصي صار مالكا بعد فرض عدم رده
فينتقل إلى ورثته.

(١) ج ١٣ باب ٣٠ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٥.

بقي هنا أمور:
أحدها: هل الحكم يشمل ورثة الوارث، كما إذا مات
الموصى له قبل القبول ومات وارثه أيضا قبل القبول،

فهل الوصية لو ارث الوارث أولاً، وجوه الشمول (١) وعدمه
لكون الحكم على خلاف القاعدة والابتناء على كون
مدرك الحكم انتقال حق القبول فتشمل، وكونه الاخبار فلا

الثاني إذا قبل بعض الورثة ورد بعضهم فهل تبطل
أو تصح ويرث المراد أيضا مقدار حصته أو تصح بمقدار
حصة القابل فقط أو تصح وتماهه للقابل أو التفصيل بين
كون موته قبل موت الموصي فتبطل أو بعده فتصح بالنسبة
إلى مقدار حصة القابل، وجوه (١).

الثالث: هل ينتقل الموصى به بقبول الوارث إلى الميت ثم إليه أو إليه ابتداء من الموصي؟ (١) وجهان: أوجههما الثاني (٢).

وربما بينى (١) على كون القبول كاشفاً أو ناقلاً فعلى الثاني:
الثاني، وعلى الأول: الأول. وفيه: أنه على الثاني أيضاً
يمكن أن يقال بانتقاله إلى الميت أنا ما ثم إلى وارثه.
بل على الأول يمكن أن يقال بكشف قبوله عن الانتقال
إليه من حين موت الموصي، لأنه كأنه هو القابل فيكون
منتقلاً إليه من الأول.

الرابع: هل المدار على الوارث حين موت الموصي له
إذا كان قبل موت الموصي أو الوارث حين موت الموصي
أو البناء على كون القبول من الوارث موجبا للانتقال إلى

الميت ثم إليه، أو كونه موجبا للانتقال إليه أولا من الموصي
فعلى الأول: الأول، وعلى الثاني: الثاني؟ وجوه (١)،
الخامس: إذا أوصي له بأرض فمات قبل القبول، فهل
ترث زوجته منها أو لا؟ وجهان مبنيان على الوجهين في
المسألة المتقدمة (٢)، فعلى الانتقال إلى الميت ثم إلى الوارث

لا ترث وعلى الانتقال إليه أولاً لا مانع من الانتقال إليها لأن المفروض أنها لم تنقل إليه إرثاً من الزوج بل وصية من الموصي. كما أنه يبنى على الوجهين اخراج الديون والوصايا من الموصى به بعد قبول الوارث وعدمه (١). أما إذا كانت بما يكون من الحبة ففي اختصاص الولد الأكبر به بناء على الانتقال إلى الميت أولاً فمشكل (٢) لانصراف الأدلة عن مثل هذا.

السادس: إذا كان الموصى به ممن ينعق على الموصى له (١). فإن قلنا بانتقاله إليه أولاً بعد قبول الوارث فإن قلنا به كشفاً،

وكان موته بعد موت الموصي (١) انعتق عليه، وشارك الوارث ممن في طبقته، ويقدم عليهم مع تقدم طبقته فالوارث يقوم مقامه في القبول ثم يسقط عن الوارثية لوجود من هو مقدم عليه، وإن كان موته قبل موت الموصي أو قلنا بالنقل وأنه حين قبول الوارث ينتقل إليه أنا ما فينعتق (٢) لكن لا يرث إلا إذا كان انعتاقه قبل قسمة الورثة، وذلك لأنه على هذا التقدير انعتق بعد سبق ساير الورثة بالإرث. نعم لو انعتق قبل القسمة في صورة تعدد الورثة شاركهم، وإن قلنا بالانتقال إلى الوارث من الموصي لا من الموصى له (٣) فلا ينعتق عليه لعدم ملكه،

بل يكون للورثة إلا إذا كان ممن ينعق عليهم أو على بعضهم فحينئذ ينعق ولكن لا يرث إلا إذا كان ذلك مع تعدد الورثة وقبل قسمتهم.

السابع: لا فرق في قيام الوارث مقام الموصى به بين التمليلية والعهدية (١).

(مسألة ٨): اشتراط القبول على القول به مختص بالتمليلية كما عرفت فلا يعتبر في العهدية (٢) ويختص

بما إذا كان لشخص معين أو أشخاص معينين، وأما إذا كان للنوع أو للجهات كالوصية للفقراء والعلماء أو للمساجد فلا يعتبر قبولهم (١) أو قبول الحاكم فيها للجهات (٢)

وإن احتمل ذلك أو قيل. ودعوى أن الوصية لها ليست من الوصية التمليكية بل هي عهدية، وإلا فلا يصح تمليك النوع أو الجهات. كما ترى (١). وقد عرفت سابقا قوة عدم اعتبار القبول مطلقا وإنما يكون الرد مانعا وهو أيضا لا يجري في مثل المذكورات فلا تبطل برد بعض الفقهاء مثلا، بل إذا انحصر النوع في ذلك الوقت في شخص فرد لا تبطل (٢).

(مسألة ٩): الأقوى في تحقق الوصية كفاية كل ما دل عليها من الألفاظ ولا يعتبر فيه لفظ خاص (٣) بل

يكفي كل فعل دال عليها (١) حتى الإشارة والكتابة ولو في حال الاختيار. إذا كانت صريحة في الدلالة بل أو ظاهرة، فإن ظاهر الأفعال معتبر كظاهر الأقوال. فما يظهر من جماعة اختصاص كفاية الإشارة والكتابة بحال الضرورة لا وجه له. بل يكفي وجود مكتوب منه بخطه ومهره إذا علم كونه إنما كتبه بعنوان الوصية (٢). ويمكن أن يستدل عليه بقوله (ع): (لا ينبغي لامرء مسلم أن يبيت ليلة إلا ووصيته تحت رأسه) (٣). بل يدل عليه

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٧.

ما رواه الصدوق عن إبراهيم بن محمد الهمداني (١) قال:
(كتبت إليه: كتب رجل كتابا بخطه، ولم يقل لورثته
هذه وصيتي، ولم يقل أني قد أوصيت، إلا أنه كتب كتابا
فيه ما أراد أن يوصي به، هل يجب على ورثته القيام بما

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٨ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.

في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟ فكتب: إن كان له ولد ينفذون كل شيء يجدون في كتاب أبيهم في وجوه البر وغيره).

(مسألة ١٠): يشترط في الموصي أمور:
الأول: البلوغ، فلا تصح وصية غير البالغ (١).
نعم الأقوى وفاقا للمشهور صحة وصية البالغ عشرا، إذا كان عاقلا في وجوه المعروف للأرحام أو غيرهم (٢)
لجملة من الأخبار المعتبرة (٣) خلافا لابن إدريس وتبعه جماعة.

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٣.
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٤.
(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٥.
(٤) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٦
(٥) الوسائل: ج ١٣ باب ٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٧.

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٢.
- (٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٤.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.

الثاني: العقل، فلا تصح وصية المجنون (١). نعم

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ٤٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.
(٢) البقرة: ١٨٠.

تصح وصية الأذاري منه إذا كانت في دور إفاقته (١).
وكذا لا تصح وصية السكران حال سكره (٢).
ولا
يعتبر استمرار العقل فلو أوصى ثم جن لم تبطل (٣).

كما أنه لو أغمي عليه (١) أو سكر لا تبطل وصيته. فاعتبار العقل إنما هو حال انشاء الوصية.

الثالث: الاختيار (٢).

الرابع: الرشد، فلا تصح وصية السفیه (٣) وإن كانت بالمعروف سواء كانت قبل حجر الحاكم أو بعده.

(١) الوسائل: ج ١٦ باب ١٢ من أبواب الايمان، ح ١٢.

(١) النساء: ٦.
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٢ من أبواب أحكام الحجر، ح ٥.

وأما المفلس فلا مانع من وصيته وإن كانت بعد حجر الحاكم، لعدم الضرر بها على الغرماء (١) لتقدم الدين على الوصية.

الخامس: الحرية. فلا تصح وصية المملوك بناء على عدم ملكه وإن أجاز مولاه (٢). وكذا بناء على ما هو

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٥ من أبواب أحكام الوقوف والصدقات ح ٢.

الأقوى من ملكه لعموم أدلة الحجر (١)، وقوله (ع):
(ولا وصية لمملوك) (٢)

(١) النحل: ٧٥.

- (٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١.
(٣) الوسائل: ج ١٣ باب ٨١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.
(٤) الوسائل: ج ١٣ باب ٧٨ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢.

بناءً على إرادة نفي وصيته لغيره (١) لا نفي الوصية له.
نعم لو أجاز مولاة صح (٢) على البناء المذكور.
ولو
أوصى بماله ثم انعتق وكان المال باقياً في يده صحت (٣)

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

على اشكال (١).
نعم لو علقها على الحرية فالأقوى صحتها (٢)

(٤٢٢)

ولا يضر التعليق المفروض، كما لا يضر إذا قال: هذا
لزيد إن مت في سفري (١). ولو أوصى بدفنه في مكان
خاص لا يحتاج إلى صرف مال فالأقوى الصحة (٢).

وكذا ما كان من هذا القبيل.
السادس: أن لا يكون قاتل نفسه بأن أوصى بعد ما
أحدث في نفسه ما يوجب هلاكه من جرح أو شرب
سم أو نحو ذلك فإنها لا تصح وصيته على المشهور (١)
المدعى عليه الاجماع. للنص الصحيح الصريح (٢) خلافا

(١) النحل: ٧٥.

(٢) الوسائل: ج ١٥ باب ٤٥ من أبواب مقدمات الطلاق وشروطه، ح ١.

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

لابن إدريس وتبعه بعض والقدر المنصرف إليه الاطلاق
الوصية بالمال (١).
وأما الوصية بما يتعلق بالتجهيز ونحوه
مما لا تعلق له بالمال فالظاهر صحتها كما أن الحكم مختص
بما إذا كان فعل ذلك عمدا (٢)

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٥٢ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

لا سهواً أو خطأً وبرجاء أن يموت (١) لا لغرض آخر
وعلى وجه العصيان (٢) لا مثل الجهاد في سبيل الله. وبما
لو مات من ذلك، وأما إذا عوفي ثم أوصى صحت وصيته
بلا اشكال (٣):
وهل تصح وصيته قبل المعافاة؟ اشكال (٤)

ولا يلحق التنجيز بالوصية (١). هذا ولو أوصى قبل أن يحدث في نفسه ذلك ثم أحدث صحت وصيته، وإن كان حين الوصية بانياً على أن يحدث ذلك بعدها، للصحيح المتقدم مضافاً إلى العمومات.
(مسألة ١١): يصح لكل من الأب والجد الوصية بالولاية على الأطفال (٣)

مع فقد الآخر، ولا تصح مع وجوده (١). كما لا يصح

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٩٢ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

ذلك لغيرهما حتى الحاكم الشرعي (١) فإنه بعد فقدهما له
الولاية عليهم ما دام حيا، وليس له أن يوصي بها لغيره
بعد موته فيرجع الأمر بعد موته إلى الحاكم الآخر، فحاله
حال كل من الأب والجد مع وجود الآخر.
ولا ولاية

في ذلك للأم (٢) خلافا لابن الجنييد حيث جعل لها بعد
الأب إذا كانت رشيدة (٣). وعلى ما ذكرنا فلو أوصى
للأطفال واحد من أرحامهم أو غيرهم بمال وجعل أمره
إلى غير الأب والجد وغير الحاكم لم يصح (٤).

بل يكون للأب والجد مع وجود أحدهما وللحاكم مع فقدهما
نعم لو أوصى لهم علي أن يبقى بيد الوصي ثم يملكه لهم
بعد بلوغهم، أو علي أن يصرفه عليهم من غير أن يملكهم
يمكن أن يقال بصحته (١) وعدم رجوع أمره إلى الأب
والجد أو الحاكم.

فصل

في الموصى به

تصح الوصية بكل ما يكون فيه غرض عقلائي محلل
من عين أو منفعة أو حق قابل للنقل (١)، ولا فرق في
العين بين أن تكون موجودة فعلا أو قوة، فتصح الوصية
بما تحمله الجارية أو الدابة أو الشجرة (٢)

وتصح بالعبد الأبق منفردا (١) ولو لم يصح بيعه إلا بالضميمة. ولا تصح بالمحرمات (٢) كالخمر والخنزير ونحوهما ولا بآلات اللهو ولا بما لا نفع فيه ولا غرض عقلائي (٣) كالحشرات وكلب الهراش، وأما كلب الصيد فلا مانع منه (٤) وكذا كلب الحائط والماشية والزرع وإن قلنا بعدم مملوكية ما عدا كلب الصيد إذ يكفي وجود الفائدة فيها (٥)، ولا تصح بما لا يقبل النقل من الحقوق (٦) كحق القذف ونحوه وتصح بالخمر المتخذ للتخليل (٧). ولا فرق في عدم صحة الوصية بالخمر والخنزير بين كون

الموصي والموصى له مسلمين أو كافرين أو مختلفين لأن الكفار أيضا مكلفون بالفروع (١). نعم هم يقرون على مذهبهم وإن لم يكن عملهم صحيحا.
ولا تصح الوصية
بمال الغير ولو أجاز ذلك الغير إذا أوصى لنفسه (٢).

نعم لو أوصى فضولا عن الغير احتمال صحته إذا أجاز (١).

(٤٣٤)

(مسألة ١): يشترط في نفوذ الوصية كونها بمقدار
الثلث أو بأقل منه فلو كان بأزيد بطلت في الزائد (١)

(١) راجع الوسائل: ج ١٣ باب ١١ و ٦٦ و ٦٧ من أبواب أحكام الوصايا.

إلا مع إجازة الورثة بلا اشكال (١). وما عن علي بن بابويه من نفوذها مطلقا (٢) على تقدير ثبوت النسبة شاذ.

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١٦.
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٩.

ولا فرق بين أن يكون بحصة مشاعة من التركة أو بعين معينة (١)

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٧.

ولو كانت زائدة وأجازها بعض الورثة دون بعض نفذت
في حصة المجيز فقط (١) ولا يضر التبعض كما في سائر
العقود فلو خلف ابنا وبنتا وأوصى بنصف تركته،
فأجاز الابن دون البنت، كان للموصى له ثلاثة إلا ثلث
من ستة (٢)، ولو انعكس كان له اثنان وثلث من ستة.
(مسألة ٢): لا يشترط في نفوذها قصد الموصي
كونها من الثلث الذي جعله الشارع له (٣)،
فلو أوصى

بعين غير ملتفت إلى ثلثه وكانت بقدره أو أقل صحت ولو
قصد كونها من الأصل أو من ثلثي الورثة وبقاء ثلثه سليما
مع وصيته بالثلث سابقا أو لاحقا بطل مع عدم إجازة
الورثة (١).

بل وكذا إن اتفق أنه لم يوص بالثلث أصلاً لأن الوصية
المفروضة مخالف للشرع (١) وإن لم تكن حينئذ زائدة

(٤٤٠)

عن الثالث.
نعم لو كانت في واجب نفذت، لأنه يخرج
من الأصل (١) إلا مع تصريحه باخراجه من الثالث.
(مسألة ٣): إذا أوصى بالأزيد أو بتمام تركته ولم
يعلم كونها في واجب حتى تنفذ، أو لا حتى يتوقف الزائد
على إجازة الورثة فهل الأصل النفوذ إلا إذا ثبت عدم
كونها بالواجب، أو عدمه إلا إذا ثبت كونها بالواجب؟
وجهان ربما يقال بالأول ويحمل عليه ما دل من الأخبار

على أنه إذا أوصى بماله كله فهو جائز، وأنه أحق بماله
ما دام فيه الروح. لكن الأظهر الثاني، لأن مقتضى ما دل
على عدم صحتها إذا كانت أزيد من ذلك، والخارج منه
كونها بالواجب، وهو غير معلوم (١).
نعم إذا أقر
بكون ما أوصى به من الواجب عليه يخرج من الأصل (٢)

بل وكذا إذا قال: أعطوا مقدار كذا خمسا أو زكاة أو
نذرا أو نحو ذلك، وشك في أنها واجبة عليه أو من باب
الاحتياط المستحبي فإنها أيضا تخرج من الأصل، لأن
الظاهر من الخمس والزكاة الواجب منهما (١) والظاهر من
كلامه اشتغال ذمته بهما (٢).
(مسألة ٤): إذا أجاز الوارث بعد وفاة الموصي
فلا اشكال في نفوذها (٣) ولا يجوز له الرجوع في إجازته (٤)

وأما إذا جاز في حياة الموصي ففي نفوذها وعدمه قولان (١).
أقواهما الأول كما هو المشهور للأخبار (٢)

(٤٤٤)

المؤيدة باحتمال كونه ذا حق في الثلثين (١) فيرجع إجازته

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٣ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٣ من أبواب أحكام الوصايا ح ٢.

إلى اسقاط حقه كما لا يبعد استفادته من الأخبار الدالة على أن ليس للميت من ماله إلا الثلث.

هذا والإجازة من الوارث

تنفيذ لعمل الموصي (١) وليست ابتداء عطية من الوارث، فلا ينتقل الزايد إلى الموصى له من الوارث بأن ينتقل إليه بموت الموصي أولاً ثم ينتقل إلى الموصى له بل ولا بتقدير ملكه. بل ينتقل إليه من الموصي من الأول.

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

(٤٤٧)

(مسألة ٥): ذكر بعضهم أنه لو أوصى بنصف ماله
مثلاً فأجاز الورثة ثم قالوا: ظننا أنه قليل، قضي
عليهم بما ظنوه، وعليهم الحلف على الزايد، فلو أقالوا
ظننا أنه ألف درهم فبان أنه ألف دينار، قضي عليهم
بصحة الإجازة في خمسمائة درهم: وأحلفوا على نفي ظن
الزايد، فللموصى له نصف ألف درهم من التركة وثلث
البقية، وذلك لأصالة عدم تعلق الإجازة بالزائد وأصالة
عدم علمهم بالزايد، بخلاف ما إذا أوصى بعين معينة
كدار أو عبد فأجازوا ثم ادعوا أنهم ظنوا أن ذلك
أزيد من الثلث بقليل فبان أنه أزيد بكثير، فإن لا يسمع

(١) الوسائل: ج ١٣ باب ٢١ من أبواب أحكام الوصايا ح ١٧.

منهم ذلك لأن إجازتهم تعلق بمعلوم وهو الدار أو العبد. ومنهم من سوى بين المسألتين في القبول. ومنهم من سوى بينهما في عدم القبول. وهذا هو الأقوى (١) أخذًا بظاهر كلامهم في الإجازة كما في سائر المقامات، كما إذا أقر بشيء ثم ادعى أنه ظن كذا، أو وهب أو

بل الأقوى عدم السماع حتى مع العلم بصدقهم في دعواهم (١)
إلا إذا علم كون إجازتهم مقيدة بكونه بمقدار كذا (٢)
فيرجع إلى عدم الإجازة. ومعه يشكل السماع (٣) فيما
ظنوه أيضا.

(مسألة ٦): المدار في اعتبار الثلث على حال وفاة الموصي (١) لا حال الوصية، بل على حال حصول قبض الوارث للتركة (٢) إن لم تكن بيدهم حال الوفاة، فلو

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ١١ من أبواب أحكام الوصايا، ح ١٩.
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.

أوصى بحصة مشاعة كالربع أو الثلث وكان ماله بمقدار
ثم نقص كان النقص مشتركا بين الوارث والموصي، ولو
زاد كانت الزيادة لهما مطلقا وإن كانت كثيرة جدا. وقد
يقيد بما إذا لم تكن كثيرة، إذ لا يعلم إرادته هذه الزيادة
المتجددة والأصل عدم تعلق الوصية بها. ولكن لا وجه
له للزوم العمل باطلاق الوصية (١). نعم لو كان هناك
قرينة قطعية (٢) على عدم إرادته الزيادة المتجددة صح

وما ذكر، لكن عليه لا فرق بين كثرة الزيادة وقلتها.
ولو أوصى بعين معينة كانت بقدر الثلث أو أقل ثم حصل
نقص في المال أو زيادة في قيمة تلك العين، بحيث صارت
أزيد من الثلث حال الوفاة بطلت بالنسبة إلى الزايد مع
عدم إجازة الوارث (١) وإن كانت أزيد من الثلث حال
الوصية، ثم زادت التركة أو نقصت قيمة تلك العين
فصارت بقدر الثلث أو أقل صحت الوصية فيها، وكذا
الحال إذا أوصى بمقدار معين كلي كمائة دينار مثلاً.
(مسألة ٧): ربما يحتمل فيما لو أوصى بعين معينة أو
بكلي كمائة دينار مثلاً أنه إذا تلف من التركة بعد موت
الموصي يرد النقص عليهما أيضاً بالنسبة كما في الحصة المشاعة
وإن كان الثلث وافياً. وذلك بدعوى أن الوصية بها ترجع
إلى الوصية بمقدار ما يساوي قيمتها، فيرجع إلى الوصية
بحصة مشاعة. والأقوى عدم ورود النقص عليهما ما دام
الثلث وافياً (٢). ورجوعهما إلى الحصة المشاعة في الثلث
أو في التركة لا وجه له، خصوصاً في الوصية بالعين المعينة.

(مسألة ٨): إذا حصل للموصي مال بعد الموت، كما إذا نصب شبكة فوق فيها صيد بعد موته، يخرج منه الوصية كما يخرج منه الديون، فلو أوصى بالثلث أو الربع أخذ ثلث ذلك المال أيضا مثلا، وإذا أوصى بعين وكانت أزيد من الثلث حين الموت وخرجت منه بضم ذلك المال نفذت فيها (١) وكذا إذا أوصى بكلي كمائة دينار مثلا.

بل ولو أوصى ثم قتل حسبت ديته من جملة تركته فيخرج
منها الثلث
كما يخرج منها ديونه إذا كان القتل خطأ (١)

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ٣.
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ١٤ من أبواب أحكام الوصايا ح ١.

بل وإن كان عمدا (١) ووصولها على الدية، للنصوص
الخاصة مضافا إلى الاعتبار وهو كونه أحق بعوض نفسه
من غيره.

-
- (١) الوسائل: ج ١٣ باب ١٤ من أبواب أحكام الوصايا، ح ٢.
(٢) الوسائل: ج ١٣ باب ٢٤ من أبواب الدين والقرض ح ١.
(٣) الوسائل: ج ١٩ باب ٥٩ من أبواب القصاص في النفس ح ١.

(١) الوسائل: ج ١٧ باب ١٤ من أبواب موانع الإرث، ح ١.

(٤٥٨)

وكذا لو أخذ دية جرحه خطأ بل أو عمدا (١).

(٤٥٩)