

الكتاب: جامع الشتات (فارسي)
المؤلف: الميرزا القمي
الجزء: ٤
الوفاة: ١٢٣١
المجموعة: فقه الشيعة (فتاوى المراجع)
تحقيق: تصحيح : مرتضى رضوي
الطبعة: الأولى
سنة الطبع: ١٣٧٥ ش
المطبعة: مؤسسة كيهان
الناشر: سازمان انتشارات كيهان
ردمك:
ملاحظات:

جامع الشتات
(جلد چهارم)
تأليف: ميرزا ابو القاسم قمي
با تصحيح و اهتمام:
مرتضى رضوي
انتشارات كيهان
قمط، ميرزا ابو القاسم
جامع الشتات (جلد چهارم) ميرزا ابو القاسم قمي - تصحيح مرتضى رضوي
تهران: سازمان انتشارات كيهان - ۱۳۷۵

(۱) رجوع كنيد به مسأله شماره ۱۲، از همين مجلد.

نام کتاب: جامع الشتات (جلد چهارم)
مؤلف: میرزا ابو القاسم قمي
مصحح: مرتضی رضوي
حروفچيني، صفحه آرايی و نشر: سازمان انتشارات کيهان
ليتوگرافي، چاپ و صحافي: مؤسسه کيهان
نوبت چاپ: اول / ۱۳۷۵
تیراژ: ۳۳۰۰ نسخه
حق چاپ برای انتشارات کيهان محفوظ است
تهران خیابان فردوسي - کوچه شهيد شاهچراغي - مؤسسه کيهان
سازمان انتشارات کيهان تلفن پخش - ۳۱۱۰۲۰۱

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الوقف

من المجلد الاول

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

جواب: هر گاه وقف بر اولاد ذکور بوده بطنا بعد بطن همیشه آن اولاد مستحق آن املاک میباشند. مگر اینکه از جهت شرعی از تصرف ایشان به در رفته باشد، مثل اینکه به جهت اختلاف ارباب آن، یا منتهی شدن به خرابی، فروخته شده باشد، به تفصیلی که در محل خود محقق شده است که بیان آن طولی دارد. (۱) و هر گاه حال

و کیفیت مجهول باشد حکم به صحت آن معامله مشکل است و محتاج به مرافعه است. و امثال این مقدمات صورت دعوی است و استفتا در آن بی ثمر است، در حضور حاکم باید طی بشود.

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

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

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

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

۴: سؤال: هر گاه ملکی در دست سه برادر باشد که مشهور به وقف باشد، و جده مادری ایشان وقف کرده است، و فرزندان آن جده منحصر باشد در مادر همین برادرها و کیفیت وقف معلوم نیست. والحال یکی از سه برادر فوت شده و از او پسری

مانده، و برادر دیگر هم فوت شده بلا عقب، و برادر سوم که در حیات است سهم برادر

بلا عقب را تصرف کرده و بر پسر برادر دیگر هم ادعا میکند که آن سهم هم که از پدر تو مانده مال من است با اجرت المثل ایام تصرف رد کن. و متمسک است به اینکه " این وقف اولاد است و مادامی که طبقهء علیا از اولاد باشد طبقهء سفلی بهره [ای] ندارد. " حکم این چه چیز است؟.

جواب: این سؤال کمال اجمال دارد و محتاج است به تفصیل شقوق و احتمالات. اولاً اینکه هر گاه اصل وقفیت ملك ثابت، و مصرف و موقوف علیه به ثبوت شرعی نرسد که چه چیز است و هیچ معلوم نباشد، منافع آن باید به وجوه خیر رسانید مثل فقرا و مساکین و زوار و امثال اینها. و هر گاه معلوم شود و به ثبوت برسد - به شهود یا استفاضه - که وقف اولاد است، همین تنها بس نیست. بلکه باید

مراد واقف معلوم باشد. هر گاه ثابت بشود که واقف وقف کرده است بر اولاد و بس،

پس این وقف باطل است بنا بر قولی، به جهت آنکه منقطع الاخر است، و وقف باید

مؤبد باشد. پس باید در صورتی که خواهد وقف اولاد کند، به او ضم کند این معنی را که " هر گاه منقطع شوند، وقف باشد بر فقرا و مساکین یا مساجد و حمامات و رباطات و امثال اینها که غالبا منقرض نمیشوند. "

و صحیح است بنا بر قولی، خواه گوئیم که دوام در وقف شرط نیست یا گوئیم که از باب " حبس " است و بعد از انقطاع اولاد بر مگردد به مالك و وارث او، و اظهر قول ثانی است یعنی صحیح است و بعد از انقراض بر مگردد به مالك یا وارث او. و همچنین هر گاه واقف گفته باشد که " وقف کردم بر اولاد خود و بعد از اولاد بر اولاد اولادم " و دیگر فقرا و مساکین را نگفته باشد، هر چند بگوید " اولاد اولادم - تا آخر الدهر " که در این صورت هم هر گاه نسل او منقرض شود باز بر مگردد به مالك یا وارث او.

و آنچه به کار مدعی مآید این است که ثابت کند این ملك وقف است به این نهج که " جده ما وقف کرده بر اولاد خود که مادر ما باشد و بعد از آن بر اولاد اولاد خود، و هکذا الی آخر الدهر، و بعد انقراض آنها به فقرا و مساکین و امثال اینها ". در این صورت حق به جانب مدعی است و با وجود برادر، برادرزاده را نصیبی نمیشد. و اما هر گاه این معنی ثابت نباشد و محتمل باشد که برادرزاده را هم شریک برادر کند - به این نهج که بگوید که این را وقف کردم بر دخترم و بعد از دخترم بر اولاد دخترم به شرط آنکه اگر یکی از آنها بمیرد و از او فرزندی بماند با سایر برادرها شریک باشد - رد این صورت برادرزاده با برادرها شریک خواهد بود. چنان که در کتب فقهیه به آن تصریح کرده اند. بلکه ظاهر این است که در این صورت در مال برادر بلا عقب هم شریک خواهد بود.

و ادعای اینکه " مجمل وقف اولاد به استفاضه ثابت است افاده ترتیب را میکند " (۱) موقوف است به اثبات چنین عرفی از برای واقف، و ثبوت آن معلوم نیست. و عرف عام زمان ما هم افاده آن را نمیکند. خصوصا هر گاه استفاضه،

(۱) بنا بر این لازم نیست که مدعی (برادری که زنده است) چگونگی و خصوصیت وقف را (اثبات) نماید زیرا در صورت اجمال هم حق به جانب اوست.

خصوصیت اولاد ذکور و اناث [را] هم بیان نکند، با وجود آن که غالب آن است که

وقف بر اولاد ذکور میکنند، و مفروض در مانحن فیه آن است که طبقه اول اناث است. و هیچکس از علما اعتبار این معنی را نکرده است. و اصل "عدم شرط" هم معنی ندارد. به جهت آن که از برای واقف است که هر شرطی را که خواهد بکند و باید به شرط او عمل کرد. پس ما هر گاه ندانیم که به چه کیفیت وقف کرده است آیا ترتیب را شرط کرده یا نه و آیا شرکت [ولد] ولد را با سایر اولاد در حینی که یکی از

آنها بمیرد شرط کرده یا نه پس احتمالات همه مساوی اند، و اجرای "اصل عدم" در

حصول بعض افراد در خارج دون بعض، تحکم است.

اگر گوئی که: غالب این است که در وقف ترتیب را ملاحظه میکنند پس مظنون این است که واقف ترتیب را اعتبار کرده باشد به اعتبار غلبه.

گوئیم: بر فرض تسلیم، جواز عمل به این غلبه مسلم است در غیر وقتی که یکی از اولاد یا دو نفر [از آنها] بمیرد و یکی بماند و از آن دو نفر اولادی هم مانده باشد. و

شاهد آن این است که میبینیم مردم را که هر گاه دو پسر یا سه پسر داشته باشند، در حال حیات خود، یکی از پسرها بمیرد و از او اولادی بماند، يك سهمی به جهت آن پسر زاده در حال حیات قرار میدهند و به صیغه صلح یا امثال آن به آن منتقل میکنند که بعد از فوت بی نصیب نباشد. و غلبهء این عمل از آن عمل اگر بیشتر نباشد کمتر نیست. و به این سبب است که فقها هیچ فرقی نگذاشته اند و ملتفت به ادعای این غلبه نشده اند و تابع شرط شده اند.

بلی هر گاه مدعی اثبات کند که واقف به این عبارت گفته است که "وقف کرده ام بر اولادم، بعد از آن بر اولاد اولادم، و همچنین الی آخر الدهر" به این نهج که شهود به این اطلاق شهادت بدهند، یا استفاضه به این نهج ثابت باشد به این نحو که هر گاه از اهل استفاضه سؤال شود که این اطلاق را در صورت "مردن یکی از اولاد و

باقی ماندن فرزندی از او با سایر برادرها" هم بدانید؟ بگویند بلی. به جهت آنکه استفاضه در معنی است نه در لفظ. و ادعای استفاضه لفظ، بسیار بعید است. و از مضعفات دعوی مدعی، یکی هم این است که فقها در اولاد هم خلاف کرده اند که آیا شامل اولاد اولاد او هست یا نه؟ - هر چند اظهر این است که شامل

این است و در صورتی که شامل باشد هم متواند که مراد واقف این باشد که وقف باشد بر موجودین اولاد به این معنی که بعد از انقراض مجموع اینها وقف باشد بر آنهایی که بعد از اینها بمانند و هکذا...

و هر گاه حصهء موقوف علیهم و کیفیت شرط واقف و اعتبار ترتیب و عدم اعتبار آن معلوم نباشد، و بر فرض اعتبار و ترتیب، کیفیت ترتیب هم معلوم نباشد پس في الجملة علم حاصل میشود که مجموع این طبقات از اهل وقف هستند و لکن في الجملة نه به تفصیل. پس هر يك از این طبقات در حال اجتماع ایشان در وجود، قابل مالکیت و اهلیت و استحقاق عین موقوفه هستند. و چون حقیقت حال معلوم نیست و مرجحی ظاهر نیست نه در اصل استحقاق و نه در مقدار آن، پس باید علی السواء در ما بین ایشان قسمت کرد. چنان که علامه در تذکره و قواعد تصریح به آن کرده و همچنین شیخ علی در حال شرح قواعد. و چون از صورت سؤال معلوم

میشود که کیفیت وقف مجهول است حتی مطلق مصرف هم ثابت نیست، یا في الجملة ثابت است اما کیفیت ثابت نیست، بهتر آن است که غله و منافع موقوف علیه را به طریق مصالحه با همدیگر راضی شوند. (۱) بلکه دور نیست که بهتر آن باشد که با وجود این حاکم شرع قصد تصدق و اعانت فقرا هم بکند در دادن به ایشان هر گاه فقیر باشند، یا از سایر مصالح بر باشند. و احتمال دخول اولاد این برادر سوم (که در حال حیات است) در اهل وقف در غایت بعد است، و عدم آن در تحت "غلبه" ای که سابق ادعا شده بود باقی است، با وجود آنکه مدعی هم دعوی ترتیب میکند. والله العالم.

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

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

مگذارد -؟. و درخت چنار و نار و امثال آنها مثل درخت مذکور است یا فرقی دارد؟ -؟. همه را بیان فرمائید.

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

۶: سؤال: مال وقف را به رهن میتوان گذاشت یا نه؟ -؟.

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

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

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

مثل اینکه جایز نیست که کسی وکیل کند شخصی را در عتق غلامی که بعد از این خواهد خرید، یا طلاق زنی که او را خواهد گرفت.

و بعضی عبارات بلکه بسیاری از آنها ظاهر است در اعتبار تملك از حین توکیل الی زمان تصرف. و شیخ علی (ره) فرموده است که "ظاهر این است که متفق علیه باشد". و نسبت خلاف را به شافعیه داده.

و آخوند ملا احمد (ره) و صاحب کفایه اشکال کرده اند و ایرادات بر این کرده اند، و از جمله موارد نقض که ذکر کرده اند "توکیل در طلاق در طهر موقعه و در حال حیض" و "توکیل در تزویج زنی و طلاق بعد از آن" یا "خریدن غلامی و آزاد کردن

[ش] بعد از آن" و مثل "توکیل در تطلیق ثلاث با رجعتین بینهما"، است. و حکم کرده اند به اینکه: این شرط وجهی ندارد و دلیلی ندارد. و بعضی غفلت کرده اند و از موارد نقض این را شمرده اند که هر گاه کسی بگوید که "هر جا مال را به بینی صرف کن" پس باید اگر چیزی داخل مال آن شخص بشود بعد از اذن، نتواند این شخص مأذون در او تصرف کند.

و تو مدانی که این همه غفلت است و فرق میانه مثال های اول و این موارد نقض، بسیار است و محل نزاع جایی است که موکل را هیچ حق تصرف در موکل فیه نباشد، چنان که در مثال های اول. و موارد نقض از این قبیل نیست. و توضیح مقام این است که "طهر غیر موقعه" از شروط صحت طلاق است نه از اسباب تمکن از تصرف در امر زوجه. و همچنین "حصول ملك" از شرایط صحت عتق است نه از شرایط جواز شراء. پس مراد این است که تو وکیل در طلاق جامع الشرایط و عتق جامع الشرایط، و گاه است که انجام این دو امر موقوف به اتیان مقدمات چند باشد که از جمله انتظار طهر غیر موقعه، است. و ابتدای امکان مقدمات صادق است که ابتدای امکان فعل است و هکذا...

و همچنین در صورت "توکیل در تزویج ثم الطلاق" و "الشراء ثم العتق" موکل تسلط بر تزویج و شراء دارد، و هر دو به جهت او ممکن اند و مستتبع جواز طلاق و عتق اند، و او وکیل را مسلط کرد [ه] در آنچه خود مسلط بود بر آن در حین توکیل،

و احتیاج به واسطه، منافات با تسلط بر شیء ندارد، بخلاف مثال های متقدمه، به

جهت آنکه مطلقاً موکل را تسلطی بر طلاق وعتق بالفعل نمباشد، بلی تسلط دارد اگر تزویج کند یا بخرد. پس مآل توکیل هم به این میشود که وکیل، وکیل است در طلاق اگر تزویج حاصل شود، یا اگر عبد را بخرد، و این خود صحیح نیست، به جهت آنکه شرط توکیل آن است که منجز باشد و معلق نباشد، چنان که بیان خواهیم کرد.

و این نه از باب " انت وکیل فی بیع عبدی اذا قدم الحاج " است که علامه دعوی اجماع بر صحت آن کرده (چنان که ذکر خواهیم کرد) به جهت آنکه این کلام مبتنی

است بر اینکه قدوم حاج قید بیع باشد نه [قید] وکالت. و در اینجا نمیتوان گفت که " در این دو مثال [نیز] مطلوب وکالت است مطلقاً و اما طلاق وعتق مقیدند به وقت حصول نکاح و بیع ". به جهت آنکه تقیید مقید آن است که آن شیء مطلق قبل از تقیید تواند بر اطلاق خود وجود داشته باشد. چنان که در مثال منقول از علامه. بخلاف ما نحن فیه که طلاق وعتق قبل از حصول تزویج وملك، هیچ صورت وقوع و امکان ندارد.

و اما در صور نقض، مثل " انت وکیل فی التزویج ثم الطلاق " او " الشراء ثم العتق " پس آن توکیل در طلاق وعتق چون منفرد نیست، و جزء مجموع " توکیل در تزویج ثم الطلاق " و " البیع ثم العتق " است، پس صحیح است، که بالفعل

تسلط بر مجموع دارد، و توکیل در مجموع، معلق به چیزی نیست، و موکل فیه مجموع امرین است نه احدهما و نه کل واحد منهما منفرداً. پس صادق است که توکیل در طلاق هم منجز است و معلق نیست، گو در نفس الامر موقوف باشد به تقدم تزویج. و همچنین است حال عتق.

و به عبارة اخرى: طلاق وعتق و بیع را دو اعتبار است: یکی مفهوم کلی " رها کردن زوجه " و " آزاد کردن بنده " و نحو آن، یکی اجرای صیغه خاص بالفعل، و ایجاد این مفهوم در خارج، و این معنی کلی، مملوك صاحب زن و صاحب غلام است در جمیع اوقات زوجیت و مالکیت. گو معنی ثانی محتاج باشد به شرایط و مقدمات چند. پس صاحب زن و عبد میتوانند توکیل کنند در معنی عام و خصوصیت معنی ثانی مقید باشد به ادنی و شرطی.

و اما در مثالان متقدمان چون موکل مالك هيچ يك از معينين نيست، نمیتواند در آن توکيل کند الا معلقا. پس راجع میشود توکيل او به تعليق، به جهت آنکه مالکيت امر موکل فيه را، معلق است.

و حاصل کلام اينکه بايد در توکيل، يا تسليط در ملك بالفعل حاصل شود، يا تسليط در " تحصيل ملك و ما يستتبعه " و مثالان متقدمان هيچ يك از اين دو قسم نيستند. بخلاف موارد نقض.

و اما حکايت " اذن در تصرف در مال " که در آخر مذکور شد: پس آن قياسي است

مع الفارق. به جهت اينکه معرفت رضای مالك در تصرف در ملك کافی است، و اين

نه معنی توکيل است. حتی آنکه بعضی از علما قائلند که هر گاه و کالت فاسد شود

همچنانکه در معلق به شرط - بعد حصول شرط، پس تصرف جايز است به جهت حصول اذن. و بعضی فرق ما بين و کالت و مطلق اذن نکرده بر اين معنی اعتراض کرده اند که: " پس حکم به بطلان تعليق بی فايده میشود ". و تحقيق در او اين است که: هر گاه رضا معلوم باشد بعد از فساد عقد و کالت، جايز است تصرف به اين معنی

که معصيتی برای او نيست، لکن جميع آثار و کالت بر او مترتب نيست. مثلا هر گاه کسی نذر کرده باشد که کسی را وکيل کند در ادای زکات مال خود بعد از آن وکيل کند آن شخص را با تعليق، يا جعاله [ای] قرار دهد برای دو شخص [که] اگر [آن دو] توکيلي [را] بوجه ايجاب و قبول صحيح به عمل بياورند [فلان مبلغ به آنها خواهد داد، و آنها توکيل معلق به عمل آورند]، يا چنين توکيلي را شرط قرار بدهد در ضمن عقد لازمی، و امثال اينها، که در اينها ثمره واضح میشود از برای فساد عقد و کالت، هر چند جواز تصرف در موکل فيه حاصل باشد.

و اما آنچه وعده کردیم در بيان تحقيق تنجيز و کالت: آن اين است که:

مشهور میان علما بلکه مجمع عليه - چنان که علامه و شيخ زين الدين (ره) دعوی کرده اند - اين است که در وکالت تعليق به شرط و وصف جايز نيست. چنان که گوید

که " انت وکيلي في بيع عبدی اذا جاء زيد " يا " اذا طلعت الشمس - او - دخل

الشهر". و دو فاضل سابق (۱) در این نیز اشکال کرده اند و گفته اند که: این دلیل ندارد و فرقی نیست ما بین این و بین اینکه بگوید " و کلتک فی بیع عبدی لکن لاتبعه الا فی الشهر الاتی ". و حال آنکه آن متفق علیه است ظاهرا. و گاه است که توهم شود که " باید اشکال در بطلان تعلیق نباشد به دین جهت که مراد ایشان از این تعلیق، تعلیق اصل حصول و کالت است و انشاء قابل تعلیق نیست. به جهت آنکه باید مضمونش به همین لفظ حاصل شود در حین تلفظ. و آنچه به گوش تو رسیده از شروط ضمن العقد معنی دیگر دارد، و آن شرط این شرط نیست " و ظاهر این است که این توهم علی الاطلاق بی اصل باشد و احدی قائل به آن نباشد که تعلیق در انشاء جایز نباشد. بلی در بعضی عقود لازمه تصریح به آن شده و لکن آن نه از این راه است که انشاء قابل تعلیق نیست. همچنانکه ملا احمد (ره) در کتاب بیع تصریح کرده به عدم جواز تعلیق در عقد بیع هر گاه خواهد شرطی بکند. و استدلالی که ذکر کرده مبتنی بر این است که خلاف اجماع است، یا آنکه مقتضای صیغه در بیع نقل ملکیت است به سبب صیغه و تمام شدن صیغه. نه از راه عدم قبول انشاء تعلیق را. و در اینجا به این نحو اشکال کرده. و اما مثل " ان جاءک زید فاکرمه " و همچنین " ان لم تجدوا ماء فتیمموا " پس ظاهر

آن است که " شرط " قید " جزاء " است و جزاء اصل است در نزد اهل عربیت. و حاصل مراد از تعلیق این است که " اکرام کن زید را در وقت آمدن او " و آنچه انشاء است

طلب اکرام است، و طلب در حال است گو مطلوب مقید باشد. و همچنین است کلام در بعضی ایقاعات مثل " نذر به شرط " با وجود آنکه گفتیم که مطلق انشاء منافات با تعلیق ندارد.

و بدان که: علامه دعوی اجماع کرده است بر اینکه صحیح است که بگوید " انت و کیلی فی بیع عبدی اذا قدم الحاج " و این منافات با دعوی اجماع سابقش ندارد. به جهت اینکه ظاهر این است که قدوم حاج قید بیع است نه قید توکیل. پس اگر گوئی که این محض تغییر لفظ است، زیرا که هر گاه بیع معلق باشد به

(۱) یعنی آخوند ملا احمد و صاحب کفایه.

قدوم حاج پس لازم او این است که او وکیل نباشد در بیع بدون قدوم حاج، پس وکیل بودن او معلق است به قدوم حاج، پس تناقض لازم مآید ما بین دو دعوی اجماع او.

گوئیم که: هیچ منافاتی ما بین تنجیز توکیل و تقیید بیع، نیست. و فایده توکیل قبل، از آنچه پیش گفتیم ظاهر مشهود و فایده دیگر آنکه گاه است که موکل اراده سفری دارد و می داند که از برای او میسر نمیشود توکیل، میخواهد الحال انشاء توکیل کرده باشد. گو تصرف در آن امر، معلق باشد به انقضای مدتی معینه. [پس میان دو دعوی اجماع علامه تناقضی نیست] بلکه دو دعوی اجماع حتی از شخص واحد اوضح دلیلی است بر کمال فرق ما بین توکیل معلق و توکیل مطلق، که در او تأخیر تصرف شرط شود.

و همچنین است توکیل در فعل متاخر، مثل اینکه بگوید که "تو وکیل من باش در مال من از ماه مبارک آینده الی تمام عام" یعنی تو نایب من باش در تصرفاتی که مرا هست در مال خودم از آن وقت. زیرا که مطلق تصرفات در مال شخص بالفعل مملوک آن شخص است فی الجملة. شاید از این راه باشد که وصییت را توکیل نگویند. [زیرا] که آن سببی است علی حده و طریقه ای است منفرد و نوع تصرفی است که حق تعالی تجویز کرده و ماهیت آن معلق است، و تعلیق در حقیقت آن ملحوظ است، و انشاء بر این ماهیت وارد میشود.

پس معلوم شد از آنچه مذکور شد اینکه دلیل در مسأله یعنی عدم صحت توکیل معلق، همان اجماع منقول است، نه توهم عدم امکان تعلیق در مطلق انشاء. بلی بر این وارد مآید که غایت امر بطلان وکالت معلق است. و اما عدم صحت تصرف در موکل فیه بعد از بطلان وکالت پس آن اجماعی نیست. بلکه در آن دو قول است. چنان که در شرح لمعه تصریح به آن کرده و علامه در تذکره آن را اقرب شمرده و شیخ علی و شهید ثانی در آن توقف کرده اند و آخوند ملا احمد (ره) تقویت آن کرده و صاحب کفایه میل به آن کرده و آن دور نیست، به جهت آن که بطلان وکالت مستلزم بطلان رضای مطلق که در ضمن آن فهمیده میشود نیست، و هر چند تحقیق این است که انتفاء فصل مستلزم انتفاء جنس است لکن مگوئیم که

جهت؟ تعلیلیه غیر جهت تقییدیه است. و تکیه مادر اذن مطلق نه اذنی است که به سبب و کالت ثابت شده به علت آنکه از جهت و کالت ثابت شده، بلکه از آن حیثیت نیز اذن منتفی است. و شکی نیست که موکل در حین توکیل رضائی که از او مفهوم میشود مطلق است و معلل نیست به اینکه از توکیل و فهمیده شود، بلکه رضائی است عام که مقارن توکیل است.

و این نظیر آن است که در بیع معاطات بنا بر قول به بودن آن بیع فاسد (چنان که علامه در نهاییه قائل شده) باز جایز است تصرف، لکن نه به علت آنکه بیع است تا حرام باشد، بلکه به سبب حصول مطلق تراضی است در ضمن آن. و اما اشکال در اینکه " بطلان عقود، مستلزم عدم ترتب آثار است پس بنا بر قول به صحت تصرف، با فساد اصل و کالت تناقض لازم میآید، و این که فرقی ما بین صحیح و فاسد نماند"، مندفع است به اینکه در بطلان و فساد عقد کافی است عدم ترتب جمیع آثار، و ضرور نیست که هیچ اثری مترتب نشود. و پیش دانستی که بسیار از آثار توکیل منتفی میشود مثل مثالهایی که گفتیم در نذر و جعاله و غیر آن. پس صحت فعل موکل فیه از جهت رضای ضمنی است که جهت تقییدی میباشد نه تعلیلی که از جهت نفس و کالت باشد. بلی سخنی که در این مقام میتوان گفت این است که تبادل این دو صورت مفروضه (اعنی و کالت معلقه، و و کالت در امر غیر مملوک) منصرف از عمومات نمیشود، و بعد از ملاحظه اجماعات منقوله و عدم ظهور خلاف در آن - با وجود آنکه اصل عدم تحقق آن است،

و اصل در جمیع معاملات فساد است تا صحت از دلیل ثابت شود - لا اقل شك در صحت این عقد حاصل میشود. [و] با وجود شك در حصول آن حکم به صحت کردن محتاج است به دلیل. و به مجرد احتمال شمول عموم و کالت جرأت در مخالفت امور مذکوره نمودن، به غایت مشکل است. و لکن بسا باشد که حکم به بطلان مستلزم حرج و ضرر شدید شود، مثل آن زنی که شوهر او وکیل کند که " اگر بعد دو سال نیایم زن مرا طلاق بگوئید " و برود و مفقود الخیر شود، و کسی نباشد که نفقه بدهد، و صبر نتواند کرد. تحمل این هم مشکل است. پس الحال بر مگردیم به مسأله مسؤل عنها، و باز تمهید دو مقدمه دیگر

[می] کنیم: مقدمه اولی: اینکه در اشتراط اتصال مدت اجاره به عقد، دو قول است. واقرب آن است که هر گاه مدت اجاره در ظرف مدت معلومه [ای] باشد که جهالتی نباشد، صحیح است. و هر گاه تصریح کند به تأخیر مدت اجاره و مدت را هم معین کند، مثل اینکه بگوید " تو را اجیر میکنم در ماه مبارک رمضان آینده که فلان عمل را بکنی ". هر چند سه ماه مانده باشد تا ماه رمضان، در این نیز دو قول است. و دور نیست که اقوی جواز باشد.

و مقدمه دوم اینکه: هر گاه موقوف علیهم (در صورت مسؤوله) شش نفر را حاضر کنند و برای هر یک عقد اجاره يك ساله ببندند علی الترتیب، آیا این مخالفت شرط واقف است یا نه؟ -؟ و بر فرض عدم مخالفت (چنان که اظهر این است) آیا عقد

شش سال را به شخص واحد متعدد ببندند و احدا بعد واحد - به این نهج که صیغه سال اول را بگوید و بعد از آن صیغه سال دوم را بگوید، و همچنین... تا شش مرتبه صیغه بخواند - اقرب این است که این مخالف مقصد واقف باشد، نظر به علتی که در اول جواب ذکر کردیم.

و بنابر عدم مخالفت، و جواز انفصال مدت معینه [از عقد] اجاره، و تعیین مدت انفصال و جواز عقد شش سال متتالیا علی التعدد و متعاقبا، پس صادق است که موکل مسلط بر تصرف در آن عین موکل فیه در حین توکیل هست. پس جایز خواهد بود او را که وکیل کند مستاجر را در اجرای صیغه در سر هر سال به جهت خود.

و اما چون گفتیم که " اقرب آن است که آن اجاره خلاف مقتضای نظر واقف است "، پس تسلط موجر بر این معنی معلوم نیست. و آنچه مقتضای شرط فقها است که " باید موکل مالك آن امر باشد در حین توکیل " مراد ایشان خصوصیت آن امر است، نه فرد دیگر که به او در جنس یا نوع متحد باشد. و تسلط بر اجاره دادن به اشخاص متعدده فردا فردا در شش سال، غیر تسلط بر اجاره دادن به شخص واحد است بر این نهج. بنابر این اظهر عدم جواز صورت سؤال خواهد بود، و بی شبهه خلاف احتیاط است. بلکه خلاف مقتضای دلیل است، زیرا که غایت امر تعارض ادله و تساقط آن است. و اصل در معاملات و عبادات (همگی) فساد است،

تا صحت به دلیل برسد. والله العالم.

۸: سؤال: آیا شرط است قبض و قبول، در صحت یا لزوم وقف بر مصارف عامه مسلمین - چون وقف بر مسجد - یا نه؟ -؟ و بر فرض اشتراط آیا شرط است قبض و

قبول از جانب مجتهد یا نایب از قبل مجتهد باشد (بر فرض امکان)؟ یا نه؟. جواب: وجوب "قبول" در وقف بر مصالح عامه، معلوم نیست. نهایت "قبض" شرط است در صحت آن، و ثمری بر آن مترتب نمیشود بدون قبض. و قبض باید از ناظر شرعی باشد که واقف تعیین کرده باشد. و اگر ناظری تعیین نکرده باشد قبض حاکم یا شخصی که منصوب باشد از جانب او، کافی است.

۹: سؤال: قنات مسمی به "دولت آباد" که مصرف آب آن در اعصار سابقه به این نحو بوده که بر سر آن آب هفت صد خانه (تخمینا) و مساجد و مدارس و حمامات و

غسالخانه بنا شده باشد، به این نحو که اولاً آب دو شعبه شود هر شعبه به خانه جمعی جاری شود، و صاحبان خانه حیاض و باغچه خانه ها به سر آن آب بنا نموده و در آن آب تصرف نموده اند و منازعی نبوده، مگر وقتی که آب قنات کم شده در این وقت چون آب به خانه های آخر نرسیده دعوی مکرده اند. لکن دعوی ایشان انجام نیافته و احدی دعوی ملکیت قنات را ننموده.

و عمل عدول و علما و صلحا که در آن آب تصرف مکرده اند نه بوجه "اجرت دادن به غیر و مصرف رساندن اجرت در مصرفی" بوده. بلکه مجاناً تصرف در آن منموده اند. و هرگز در قنات مزبور مهیاتی و قراردادی نبوده بلکه هر خانه از خانه های سر آب به قدر احتیاج شرب مکرده اند و همچنین تا هر جا وفا کند. و این

امر به دست صاحب خانه ها بوده و کسی دیگر در آن دخل نکرده و گاهی شاربین "جویا"ئی (۱) تعیین میکنند که متصدی خرابی نهرها و اجرای آب به خانه های بعیده بشود، و آن هم ضابطه ندارد هر کس او را راضی کند از خانه های بعید بعضی را بر بعضی مقدم مدارد، لکن خانه های قریب فوهه (۲) همیشه در رفاه هستند

(۱) جویا: میرآب - در بعضی مناطق "جوی آر" و در بعضی دیگر "جووار" نیز گفته میشود.

(۲) فوهه: دهانه.

و جویا و غیره را در آنها مدخلیتی نمباشد.

در این وقت شخصی وقف نامه طویلی، عریضی، مذهبی، منقحی، مهور به اسما بسیار، که تاریخ آن سیصد و سی سال میشود، و هیچ کس در این عصر نه شهود را مشناسد و نه خط و نه مهر ایشان را میداند ابراز نموده که چهارده شبانه روز از جمله شانزده شبانه روز قنات مزرعه دولت آباد با قنوات؟ بسیار و حمام و دکاکین و غیره، وقف بر مسجدی است و متولی وقف اولاد واقف، و موقوفات مرقومه هیچ يك در تصرف اولاد واقف نیست به سوای حمام آن، و تتمه در تصرف غیر است.

آیا در صورت مسطوره - با وجود آن که احدی آن شهود را و خط و مهر ایشان را نمشناسد و شیاعی هم نیست در باب اینکه قنات مرقومه وقف خاص است، و معلوم نیست که قنات مرقومه را "قنات مزرعه دولت آباد" گویند، یا اینکه این اسم هم منحصر در این قنات باشد، و شرایط وقف از اقباض و صیغه و غیره نیز معلوم نیست - بفرمائید که وارث واقف را تسلطی در خصوص قنات مرقوم خواهد بود یا نه؟ - و اثبات مطلب وی موقوف است بر چند امر؟ و بر فرض محال که مطالب مرقومه را نزد مجتهد عادل اثبات کند بفرمائید که تسلط دارد که آب را از مجرای خود بگرداند و از خارج ببرد یا اختیار بعضی از آنها نموده سد باقی نماید یا نه؟ - و چنانچه شخصی آبی را مالک باشد که در قدیم الایام از نهری خاص یا انهار مشخصه جاری شود و صاحبان نهر از آن منتفع میشوند از بابت شرب و غسل و وضو و غیره، در این وقت اجرا آن از انهار قدیمه موجب عدم انتفاع مالک شود به آب مرقوم به سبب کم شدن آب و نرسیدن به آخر، در این صورت تسلط بر شق نهر مرقوم دارد یا نه؟ -

و آیا اجرای آب قنات مرقوم به نهج مذکور در خانه و مساجد و حمامات در اعصار بی شمار بدون نکیر، مقتضی شیاع وقفیت عامه قنات مرقوم هست یا نه؟ - و به هر صورت حکم به صحت و بطلان وضو و غسل و حلّیت شرب آن آب و حصول ملکیت به جهت موقوف علیهم بر فرض عصیان در تصرف و عدم آن (۱) با وجود افراط

(۱) در نسخه: ... و بر فرض عصیان در تصرف و عدم آن...

و تفریط و زیاد و کم شدن حصه آنها، چه خواهد بود؟
جواب: آنچه از آخر استفتا ظاهر میشود این است که اصل وقفیت هم محل اشکال بوده است، و حقیقت حال آن ظاهر نیست. هر گاه شیاع و استفاضه در وقفیت بر اهل آب و شاربین آن ثابت است، وقفیت بر ایشان به همین ثابت میشود. و هر گاه شیاع و استفاضه وقفیت ثابت نیست و حقیقت حال آب مجهول است، پس

در این آب احتمالات بسیار راه میابد. لکن اظهر احتمالات دو احتمال است: یکی آن که: وقف باشد بر اهل این خانه ها و انتفاع ایشان از جهات متداوله بینهم، از شرب و تطهیر و تغسیل و شرب باغچه ها و حیاض باشد. دوم اینکه: آب مملوک نشده باشد و بر اباحه اصلیه باقی مانده باشد، از راه اینکه استنباط آن در ارض مباحی شده باشد نه به نیت تملك مطلق، [بلکه] با قصد منتفع شدن مردم.

و حکم ثانی تقدم هر کس است که اسبق در حیازت است، و با تشاح، تسویه با امکان، و قرعه عدم امکان آن. و ممکن است که " تقدم اقرب به فوهه " در این زمان منوط به اسبقیت بنای خانه و حیازت باشد. و با جهالت تاریخ بنای خانه ها نیز اقریبت " مرجح تقدیم " خواهد بود، چنان که حکمت در تقدیم

اقرب به فوهه در صورت تساوی در احیای ارض، همان قرب بود. و مشکل میشود این احتمال در صورتی که قنات در ارض مملوک واقع باشد و تاریخ احیا و مملوکیت ارض مجهول باشد. و " اصل عدم محیة بودن ارض در حین حفر قنات " معارض است با " اصل تاخر حفر "، به جهت تساوی حادثین در اصل.

و در صورتی که قنات مزبور در ارض موات باشد، میتوان گفت اصل " عدم طریان ملك " است، به سبب " اصالة عدم نیت تملك ". هر چند در آن هم اشکال توان کرد

که " احیا به نیت تملك و " احیا لابنية التملك " دو فردند از مطلق احیا، و اصل نسبت به تحقق کلی در ضمن هر دو فرد، مساوی است. و لکن دفع آن هم ممکن است به اینکه این ضمیمه از بابت " مقومات مهیات حقیقیه " نیست. بلکه از بابت " ممیزات مهیات جعلیه اعتباریه " است و تفکیک در آن ممکن است. و به هر حال با تعارض این اصول، هر چند قول به عدم ملکیت و بقا بر اباحه

اصلیه قوت دارد از جهت اصل برات و اصل اباحه، و لکن ظاهر در اینجا اقتضای
 طرو ملکیت، میکند. به جهت انضمام قراین و غلبه، به جهت آن که غالب در حفر
 قنات یا قصد تملك است در ارض موات، یا حفر در ارض مملوکه که به تبعیت
 مملوك میشود هر چند قصد تملك نشده باشد. و بعد از ثبوت ملك به سبب
 ظاهر، [ظاهر] این است که این ملك طلق نیست به شهادت عمل مستمر
 مسلمین به نهج مسطور، به جهت آن که ملك طلق یا معلوم المالك است یا مجهول
 المالك، و این گونه رفتار مسلمین با هیچ يك از آنها مناسبت ندارد. کما لا یخفی.
 پس باقی ماند آنکه وقف باشد. و چون محتمل است که موقوف علیهم در اینجا
 " جهت محضه " باشد (مثل اینکه منظور واقف این باشد که صرف شود در حق
 ساکنین این محل). و محتمل است که اعیان معینه باشد (مثل آن خانه های
 موجود در آن زمان). یا لفظی گفته باشد که به لفظ جمع باشد و قابل جهت و
 اعیان و جماعتی از آن اعیان، باشد، یا جماعتی که متصف باشد به آن جهت، و
 حکم آنها متفاوت است، پس باید نظر کرد در اماراتی که تعیین کم و کیف
 موقوف علیه را بکند. و ظاهر در اینجا نیز این است (به ملاحظه عمل مسلمین) که
 مراد واقف جماعتی از اهل جهت بوده با احتمال اراده استیعاب، خصوصا در
 وقتی که قلیل بودن اند، و هر گاه در اعصار متداوله تجدید بیوتات و احداث مشارب
 جدید هم مشده بلا نکیر، احتمال مذکور قوت مگیرد.

پس بنا بر این، امر آسان میشود در تفاوت تصرفات و زیادتی و کمی و تشکیک
 در صحت و بطلان عبادات و امثال آن، لکن مقتضای چنین وقفی هر گاه واقف
 ناظری قرار نداده یا داده و منظمس شده باشد، این است که حاکم شرع متوجه
 شود آنچه صلاح و به هر که صلاح دارد برساند، و بدون اذن او تصرف جایز نباشد.
 هر چند شهید ثانی در اینجا اشکال کرده در جمیع اوقاف عامه، به جهت اینکه
 اشتراط این معنی مستلزم تفویت غرض های بسیار واقف میشود. بلکه قرینه هم
 دلالت دارد بر اینکه مراد واقف این است که هر کس از افراد آن جهت و مصلحت،
 به آن منتفع میشود، خوب است. پس گویا نظارت و تولیت را به موقوف علیهم
 مفوض کرده.

و بعد در این هم اشکال کرده بنا بر انتقال ملك در وقف به جناب اقدس الهی، خصوصا در جهت عامه، پس واقف مانند اجنبی خواهد بود و متولی حاکم خواهد بود، و آن قصد او اعتباری نخواهد داشت. و بعد از این کلام گفته است کلامی که حاصل آن این است که " تصرف موقوف علیه گناه است (۱) لکن منشا این میشود که ملك او بشود، مگر اینکه مشروط باشد تصرف، به اینکه بعد از خرج کردن بعضی منافع آن باشد در امور چند قبل از خرج کردن در موقوف علیه ". و به این کلام باز فی الجمله کار آسان میشود در صحت و حلیت بعضی تصرفات موقوف علیهم، گو معصیت کرده باشند. و دور نیست که چنین باشد که گفته است. پس ظاهر صحت تصرفات و حصول ملکیت است، (۲) خصوصا در وضو و غسل و شرب و تطهیر و امثال

آن، خصوصا در سر نهر. و بسیار شبیه است این به امر خراج، و احتیاط در این است که اذن حاکم را در همه حال اعتبار کنند.

و اما ادعای صاحب وقفنامهچه: پس اولاً باید به صورت جزم باشد نه به مجرد ملاحظه کاغذ. و بر فرض ادعا بر سبیل جزم، و مجرد همین کاغذ موصوف، حجت شرعی نمیشود، بدون شاهد حی. و اما حصول علم از برای حاکم از این کاغذ بر صدق دعوی، موقوف است بر این که علم به هم رساند بر اینکه آن آب که در وقف نامه

است همین آب است، و این که این کاغذ ساختگی نیست، به جهت آن که مجرد بلاغت و فصاحت کلام و عبارات خوش اندام باعث جزم به صدق مطلب نیست، چنان که مکرر اتفاق افتاده. و دیگر اینکه باید علم به [تحقق] شرایط وقف، از عقد و

قبض و اقباض و غیر آن حاصل شود، زیرا که گاه است که قبل از عقد کاغذی منویسند و معتبر میکنند که بعد صیغه بخوانند و قبل از این متوقف میشود به سبب برائی، یا موتی، یا غیر ذلك. و این که این شخص که ابراز آن نموده و حاصل ورقه است از او غفلتی و اشتباهی و جهالتی رو نداده باشد.

(۱) یعنی: تصرف موقوف علیه در وقف بدون نظارت ناظر و به طور خود سرانه.
(۲): در نسخه: ملکیت باشد.

به هر حال، با وجود این همه احتمالات علم به هم رسانیدن محال عادی است، خصوصاً با وجود اینکه چهارده شبانه روز چنین آبی وقف مسجد شایعی باشد در بلد چینی و چنین مهجور باشد، و خلاف آن شایع باشد. و بر فرضی که حاکمی برای او عملی به هم رسد، خود تکلیف خود را بهتر بدانند، و حاکم دیگر هم در نقض این حکم از راه آن که محل نقض داند، خود بهتر بدانند. و محتاج است به مرافعه؟ و غور در جزئیات مقام، و این دیگر از اموری نیست که در آن استفتا شود. و اما سؤال از اینکه " هر گاه شخصی مالک آبی باشد و در قدیم در نه‌های معینه جاری شده و صاحبان نه‌ها از آن منتفع شده‌اند به انحاء انتفاعات از طهارات و تطهیرات و شرب و تشریب حیاض و باغچه‌ها. و الحال مالک آب (به سبب عدم انتفاع، یا تضرر در ابقای او به حال خود از راه کمی آب یا نرسیدن [به قسمت‌های] آخر) خواهد تغییر ممر دهد که تواند استیفای منفعت بکند. آیا جایز است یا نه؟ - تا متفرع شود بر آن جواز تغییر این ممر بر فرض ثبوت مطلب صاحب وقف‌نامه چه "

پس جواب آن این است که: بر فرض ثبوت آن مطلب، یعنی اختصاص رقبه از برای مدعی (هر چند به عنوان وقف باشد) باقی نماند در جانب متصرفین الاید تصرف به ادعای استحقاق منتفع شدن از آب در مصارف مذکوره. و چون در صورت ادعای حق شرب حیاض و باغچه‌ها پای اشتراك در رقبه و عین، در میان مآید و آن منافی ثبوت اختصاص مدعی است بر رقبه (چنان که مفروض این است) پس ظاهر جواز گردانیدن معبر است " لان الناس مسلطون علی اموالهم ". و اما در صورت ادعای حق الشرب والتوضی و امثالهما به عنوان اینکه در خانه عبور کند که مآل آن این است که " من مستحکم که آب در خانه من عبور کند که از آن تنزه و تبرد حاصل کنم، و قرب نیل به مقصود هم حاصل شود در باب شرب و توضی و امثال آنها، هر چند بر سبیل کراهت مالک باشد " پس در این صورت میتوان گفت که آن دعوی منافات با اختصاص و تسلط مدعی ندارد. و از باب " جریان آب به سطح خانه همسایه و صب میزاب در ساحت دار جار " باشد. لکن در مانحن فیه - با وجود اضعف بودن این از مشبه به - در صورتی خوب

است که اضرار به مالك لازم نیاید. و تصرف متصرف [ین] هر چند داخل " عموم نفی ضرر " هست لکن مالك اولی است به دفع ضرر. بلی اشکال در صورتی است که اثبات اختصاص به جهت مدعی " بکلیته " و " بر مته " نشود. (۱) و امر مردد باشد

بینهما و مشتبه باشد که آیا استحقاق متصرفین قبل از استیفای مالك است حظ خود را، یا بعد از فاضل آمدن او است، یا موزع است بالنسبة (هر گاه مصرف صرف

کردن مالك معلوم باشد که چه چیز است)؟

و احکام این به غایت مشکل است و مآل بسیاری از آن به مصالحه طی میشود. و گاهی هم احتیاج به قرعه مافتد. و لکن چون صورت استفتا غیر این مطلب است و حال و مقام اقتضای بسط نمکند، تفصیل دادن در آن موکول استبه فرصت ارباب فرصت و حال.

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

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

(۱): بر مته: ای: بحملته.

تولیت مختص او میشود منفردا، اگر یکی باشد، و مشترکا، هر گاه متعدد باشند، و اجرتی قرار دهد، و بعد صرف منافع به مصارف آستانه و اخذ اجرت خود (اگر حاکم شرع معین کرده آن را - و اجرت المثل، هر گاه معین نکرده) آنچه مماند قسمت کند ما بین اولاد ذکور طبقه اولی.

و در صورتی که در اولاد ذکور شخصی که اهلیت داشته باشد موجود باشد - نظر به عبارت وقف نامه - اشکال به هم مرسد که آیا آن فاضل مصارف، مال همان متولی ها است که اهل تولیت اند -؟ یا تمام طبقه اولی؟. و اشکال و اجمال باعث جهالت میشود. پس چاره در آن نیز تقسیم میان همه آن طبقه است علی السویه، با ملاحظه اجرت المثل برای متولی. هر چند نظر به عبارت وقف نامه در صورتی که اهل در میان آنها نباشد و حاکم نصب متولی کند، بر نماید که تقسیم ما بین آنها بشود، به جهت آن که نوشته که "تقسیم شود میان متولی های اولاد ذکور" لکن با قرائن مقام منفهمیم که مراد واقف این است که باید به مصرف آنها برسد کائنا ما کان.

این در صورتی است که همگی معترف باشند که حجت ایشان همان وقف نامه باشد و اگر از آن دست بر دارند پس اگر عمل مستمری در میان ایشان هست از سابق ایام، به آن عمل کنند، هر چند به تشریک طبقه دوم باشد با طبقه اولی، و در باب تولیت باز باید اهلیت مراعات گردد، چنان که گفتیم.

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

بماند. آیا با عم خود شریک است؟. یا آن که ملک مختص عم است؟. جواب: هر چند در کفایه اسناد داده است ترتیب را به "اشهر ما بین علما" و از تذکره نقل کرده است که افاده ترتیب نمسکند. و لکن الحال بر حقیر ظاهر نیست اشهریت آن قول. و آنچه اظهر است در نزد حقیر عدم ترتیب است، به جهت این که ظاهر این است که این قید یعنی نسلا بعد نسل، قید اولاد است نه قید وقف. پس مراد بیان این است که وقف مختص به بطن و طبقه اول نسل اول نیست. بلکه ثابت

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

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

جواب: هر گاه معلوم شود و به ثبوت برسد که آن شخص بوجه صحیح فروخته - مثل اینکه منجر به خراب شده یا بقای آن منشأ فسادى مشده در میان موقوف علیهم یا امثال آن که در محل خود مذکور است - نمیتواند استرداد بکند. و بعضی توهم کرده اند که چون افعال مسلمین محمول بر صحت است، نمیتواند استرداد کرد. و این صحیح نیست، بلکه عموم " علی الید ما اخذت " و منع تصرف در

وقف به عنوان بیع و امثال آن، اقتضای فساد میکند. و مدعی صحت محتاج است بر بینه، و یمینی هم متوجه منکر نمیشود، مگر آن که ادعای علم بر او بکند به صحت که در این صورت " قسم نفی العلم " متوجه او میشود. و آن که در السنه علما

مشهور است که " مقدم مدارند قول مدعی صحت را " در جائی است که دعوی ما بین متعاقدین باشد. مثل بایع و مشتری، و زوج و زوجه. و در اینجا چنین نیست.

۱۳: سؤال: هر گاه کسی ملکی را وقف کند بر اولاد، و شرط کند که زیاده بر سه سال به اجاره ندهند. و بعد از موت او اولاد او آن ملک را به اجاره بدهند به زید و در

ضمن العقد شرط کنند که بعد از این سه سال، سه سال دیگر به او اجاره بدهند. و بعد از آن چهار سال دیگر اجاره بدهند. آیا این اجاره صحیح است یا فاسد؟ -؟.

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

"الوقف علی ما وقفه الواقف" (۱). و در صورت فساد اجاره رجوع به اجرت المثل میشود.

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

جواب: در مسأله صحت وقف فضولی، خلاف و اشکال است. و بر فرض صحت عقد فضولی در وقف، ادله متصوره بر آن یا قیاس به بیع و غیره است، یا عموم "اوفوا بالعقود" و امثال آن. و اول باطل است در مذهب ما، خصوصا با وجود فرق.

و استدلال دوم بر فرض تمامیت در ما نحن فیه طریق تقریر آن این است که: این عقدی است واقع در محل خود نقصی ندارد به غیر رضای مالک و هر گاه رضا به او ملحق شد، عقد تمامی است و مندرج تحت عموم آیه است. پس لازم است وفای به آن.

و بعد از تسلیم تمامیت این استدلال در ما نحن فیه، بر خصوص صورت سؤال وارد میآید که آنچه مسلم است از کفایت لحوق اجازه، همان اجازه صاحب ملک است در حین اجرای صیغه نه هر کس که مالک آن ملک بشود، و مفروض این است که آن مالک اجازه نکرده است بلکه مصالحه کردن عمرو (که صاحب ملک است در آن وقت) آن مال را قبل از اجازه وقف، به زید دلیل بطلان صیغه است، خصوصا هر گاه علم داشته باشد به اجرای صیغه وقف، به جهت آن که در اینجا ملک

را از مال خود بیرون کرده قبل از اجازه و این معنی عدم رضا به وقف است. و از اینجا معلوم شد که مالک شدن زید ملک را به مصالحه بعد از اجرای صیغه

(۱): وسائل ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.

هم افاده لزوم وقف نمکند، خصوصا هر گاه الحال زید اجازه عقد را مجدد نکند. و خصوصا بنا بر اینکه گوئیم که وقف کردن بر خود مالک، صحیح نیست. بلکه اگر اجازه هم بکند کافی نیست، به جهت آنکه گفتیم که مسلم و معتبر اجازه شخصی است که در حال عقد فضولی مالک ملک باشد، و در اینجا که چنین نیست. و اقرار و اعتراف زید بر وقفیت اگر مبتنی بر همین صیغه است هم نفعی نمیبخشد و موجب ثبوت وقفیت نمیشود.

و اگر محتمل است که مجددا خود وقف کرده (همچه احتمالی که اظهر باشد از اینکه بناى او بر همان صیغه سابقه باشد)، در آن وقت باید تفحص کرد از حال کیفیت وقف، اگر باز در اقرار وقف گفته باشد که " این وقف است بر من و اولاد من "

اشکالات سابقه عود میکند که وقف بر خود کردن، صحیح است یا نه. و هم چنین وقف بر اولاد صحیح است یا نه، به اعتبار اینکه اشکال و خلاف در صحت هر دو هست. (۱) به جهت اشتراط " اخراج از ملک و دوام "، و اولاد غالبا منقطع میشود. پس باید تصریح به اولاد اولاد و هکذا...، و تصریح به مصرف بعد از انقطاع شود. و بعد از معلوم شدن کیفیت، آن وقت بیان حکم آنها بشود.

این مسأله کتاب وقف در او درج است، من در اینجا چه بگویم و چه نویسم. هر گاه عمرو مطلع شود که زید فضولا وقف کرده است و با وجود این ملک را به زید مصالحه کرده، این در معنی عدم اجازه بلکه ابطال صیغه است و دیگر صیغه وقف اعتباری ندارد. و هر گاه بدون علم به وقف کردن زید مصالحه کرده هم اظهر این است که مالک شدن زید ملک را فایده در تصحیح و لزوم وقف ندارد. بلکه اگر زید بعد از مصالحه هم خود اجازه وقف کند وقف لازم نمیشود. بلی اگر مجددا صیغه وقف جاری کند بر نهج صحیح، لازم میشود. و در صحت وقف مالک بر نفس خود، بلکه بعلاوه اولاد خود، [بلکه به اولاد خود] به تنهایی هم اشکال است. و اما اقرار و اعتراف زید به وقفیت بعد از مصالحه، اگر مبتنی بر همان صیغه است فایده ندارد. و اگر شکلی دیگر است باید بیان شود تا حکم او معلوم شود. و تفصیلات مسأله بسیار است.

(۱): و در مسأله ما بعد (مسأله ۱۵) خواهد فرمود که " وقف بر خود " اجماعا باطل است.

کتاب الوقف

من المجلد الثانی

۱۵: سؤال: بسم الله الرحمن الرحيم. هر گاه کسی ملکی را وقف کرد به این نحو که: وقف کردم این ملک را الی آخر الابد، و تولیت آن را به جهت خود قرار دادم مادام الحیات، و بعد موت خودم به جهت ولد اکبر ارشد، و بعد از او به جهت ولد ارشد و اکبر و هکذا ما تعاقبوا و تناسلوا نسلا بعد نسل و عقباً بعد عقب، و مقرر داشتم که محصول آن را بعد از وضع اخراجات ملک و تحصیل محصول، مادام الحیات خود به مصرف برسانم، و بعد الوفات متولی شرعی بعد از وضع اخراجات، عشر آن را به "حق التولیه" متصرف، و تتمه را بین اولاد من "لذکر مثل حظ الانثیین" قسمت نماید و هر یک از اولاد اناث من که فوت میشود اولاد او را دیگر نصیبی نباشد، و حصه او به دیگران عود کند. به این معنی که اولاد اولاد اناث واقف را در آن ربطی نباشد.

و بعد از چندی واقف فوت شد و از او سه نفر اولاد ذکور باقی ماند، و بعضی از اولاد ذکور فوت شد و از او ولدی ماند. آیا نصیب او به ولدش می‌رسد؟ یا به برادرانش؟ و هکذا این ولد هر گاه فوت شود و از او ولدی بماند میراث او به ولدش می‌رسد یا به اخوان پدرش یا به اعمام پدرش؟ -؟ -؟. و آیا نظر به اینکه اولاد اولاد اناث را محروم کرده آیا اولاد اناثی که از اولاد ذکور بهم می‌رسند محروم اند یا نه؟ -؟. و بر فرضی که محروم نباشند آیا اولاد آنها محرومند یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهر این است که این وقف از اصل باطل است. به جهت آن که منافع ملك را مادام الحیات به جهت خود قرار داده، و از شرایط صحت وقف این است که واقف

اخراج کند وقف را از نفس خود. پس هر گاه وقف کند چیزی را بر نفس خود باطل است، هر چند در عقب آن، دیگری را هم ذکر کند که صحیح باشد وقف بر او. و بطلان در حق خودش ظاهراً اجماعی است، چنان که از جمعی ظاهر میشود، و در حق ما بعد او، مشهور بطلان است، به جهت عدم دلیل بر صحت، و قول به صحت نادر و ضعیف است، و استدلال به عمومات " وفای به عقود " خصوصاً در وقف ممنوع است، به جهت آنکه بعضی عقد جزماً باطل شد و باقی که ماند خود آن عقد نیست که وفای به آن لازم باشد.

و همچنین اظهر این است که هر گاه غیر را با خود شريك کند هم صحیح نیست به همان جهت که گفتیم. و همچنین هر گاه در ضمن عقد شرط کند که قرض خود را از آن ادا کند، یا مؤنه خود را از آن بردارد، و ظاهراً در این هم خلافی نقل نشده بلکه از بعضی اجماع ظاهر میشود، و بعضی اخبار هم به آن دلالت دارد. و اما اگر شرط کند در ضمن عقد که اگر محتاج شود وقف عود کند به او، در این خلاف کرده اند، و از ابن ادریس به بطلان آن دعوی اجماع نقل شده، و از سید مرتضی بر صحت آن، و مشهور صحت است، به جهت عمومات وفای به عقود و شروط، و خصوص حدیث امام حسن عسکری علیه السلام: " الوقوف علی حسب ما یقفها اهلها ". (۱)

و خصوص صحیحه اسماعیل بن الفضل " قال سألت ابا عبد الله - ع - عن الرجل یتصدق ببعض ماله فی حیاته فی کل وجه من وجوه الخیر وقال: إن احتجت الی شیء من مالی او من غلته فانا احق به. أله ذلك وقد جعله لله؟ وکیف یکون حاله اذا هلك الرجل أیرجع میراثا او یمضی صدقة؟ قال: یرجع میراثا علی امله. " (۲) ودر صحیحه دیگر اسماعیل از حضرت صادق (ع) " من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت

(۱) وسائل: ج ۱۳، احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲. توضیح: در حدیث اول به جای " یقفها " لفظ " یوقفها " آمده است.

(۲): تهذیب شیخ طوسی ۹ / ۱۴۶.

اليها فانا احق بها، ثم مات الرجل فانها ترجع الى الميراث". (۱) و شاید نظر ایشان در استدلال، به لفظ "يرجع الى الميراث" باشد، پس باید وقف صحیح باشد تا صادق بیاید که بعد موت رجوع میکند به میراث. و در این استدلال اشکال است، بلکه دلالت این دو حدیث بر بطلان بیشتر است. چنان که دیگران فهمیده اند و دلیل بر قول به بطلان کرده اند. و اما قول ابن ادریس: پس آن از مبسوط وابن جنید وابن حمزه و محقق در نافع نیز منقول است. و دلیل آن (بعد از اجماع منقول و ظاهر این دو حدیث) این است که این شرط مخالف قصد دوام است که معتبر است در وقف، و عمومات را تخصیص مدهند [به وسیله] ظاهر این دو حدیث. و این قول در نظر حقیر اظهر منماید. به جهت ظهور این دو حدیث در بطلان. و بدان که: بنا بر قول به صحت، گفته اند که هر گاه احتیاج به هم رساند و رجوع کرد به وقف، مال او میشود و وقف باطل میشود. و هر گاه محتاج نشد تا مرد، یا محتاج شد اما رجوع نکرد، در آن دو قول است: بعضی میگویند (مثل محقق در شرایع و جماعتی) اینکه این در حکم "حبس" است و به موت باطل میشود. و سید مرتضی (ره) و جماعتی میگویند که صحیح است و بر استمرار خود باقی است. و ادله طرفین که ذکر کرده اند، محل اشکال است. و لکن نظر به آن دو حدیث اظهر بطلان است به مجرد موت. و عمل به حدیث ها در اینجا مؤید بطلان است در اصل مسأله. زیرا که مقتضای صحت شرط و عمل به مقتضای آن این بود که هر گاه محتاج نشود یا محتاج شود و رجوع نکند، بر حال خود باقی باشد. و در اینجا مفروض خلاف آن است.

هر گاه دانستی که اقوی در جمیع شقوقی که واقف خود منتفع شود از وقف، بطلان است، پس بدان که در مسأله ما اشکال دیگر هست. و آن این است که مفروض واقف این است که خود را متولی کرده پس شاید مراد او منتفع شدن از باب حق التولیه باشد که مشهور جواز آن است. و منتفع شدن از باب تولیت نه از

باب منتفع شدن واقف است از وقف و داخل کردن در منافع آن و اخراج نکردن. و لکن ظاهر این است که آنچه فقها تجویز کرده اند این است که ناظر از وقف بخورد

و اطعام کند، نه آن که تمام منافع آن را در حال حیات خود متصرف باشد و احدی با او شریک نباشد. با وجود اینکه بعضی اشکال در جواز اکل واقف کرده اند هر گاه ناظر هم باشد مطلقاً.

و اما آن دو اشکال که سائل متعرض آن شده، هر چند بعد از حکم به بطلان ثمره ندارد لکن چون از مسائل مهمه است اشاره به آن میکنیم. و آن دو اشکال یکی این بود که آیا ولد احد طبقه با اعمام خود شریک میشود در صورت عدم تصریح واقف -؟ یا از قبیل میراث است که اقرب منع ابعده میکند -؟. و اظهر در نظر حقیر این است که در صورت جهالت مراتب موقوف علیهم، و عدم تصریح واقف، باید منافع را ما بین همگی کسانی که محتمل است شریک باشند علی السویه قسمت کنند. به جهت استحاله ترجیح بلا مرجح. پس در صورت سؤال ولد احد ذکور با اعمام خود علی السویه مبرند. و هکذا در مراتب تنزل اولاد. و اشکال دوم، حکایت سؤال از اولاد اناث اولاد ذکور بود. و هر چند ظاهر کلام واقف

در اول این است که اولاد دختر صلبی خود را اخراج کرده لاغیر، لکن به ملاحظه فحوی و قراین چنین مفهوم ذکور او به هم میرسند که از صلب بیگانه ها است، انها بیرون است. و اما دختر صلبی خودش و دختران صلبی پسرانش همگی داخل اند.

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

جواب: بلی صیغه شرط است و بدون آن منعقد نمیشود. و لفظ صریح آن "وقف" است. و ملحق به آن کرده اند "جعلته وقفاً" یا "جعلته صدقة مؤبده" [۱]. و

اما مثل "تصدقت" یا "ابدت" یا "سببت" یا "حرمت"، پس آنها محتاجند به قرینه. (۱) مثل اینکه بگویند "تصدقت بهذا علی فلان لاتباع ولا توهب" و مثل اینها.

(۱): مرد "قرینه لفظیه" است.

و بدون قرینه در ظاهر منعقد نمیشود. هر چند ما بین خود و خدا نیت او معتبر است و منعقد است.

و بدان که: در لزوم صیغه در خصوص مسجد مخالفتی میان علما ظاهر میشود. و ظاهر اکثر اشتراط صیغه است در آن نیز. پس اگر کسی مکانی به صورت مسجد بسازد و قصد مسجد بودن هم داشته باشد و اذن هم بدهد در نماز در آن، و نماز هم بشود، و لکن به زبان صیغه وقف جاری نشده باشد، حکم وقف بر آن جاری

نیست. و هم چنین آب انبار و غیره، مثل مقبره که زمین را وضع کند و اذن بدهد از برای دفن اموات؟ و میت هم در آن دفن بشود، تا صیغه جاری نشود فایده ندارد. چنان که در تذکره گفته است: " اما الفعل المقترن بالقرائن فقد بینا انه لا یکفی فی الوقف، مثل ان ینبی مسجدا ویأذن للناس فی الصلاة فیه، خلافا لابی حنیفة و احمد. و کذا اذا اتخذ مقبرة واذن فی الدفین، او سقایة ویأذن فی دخولها ". و خلافتی از شیعه نقل نکرده اند، و در آب کلام بعد رد استدلال عامه به قیاس به اطعام مهمان و نثار و دخول حمام و صرف آب قبل از اذن، گفته است که " وقف عقدی است محتاج به ایجاب و قبول، و از برای آن شرایطی است. و کافی نیست در آن قراین مادامی که لفظی نباشد ". بلکه علامه تصریح کرده در تذکره که هر گاه بگوید " جعلته مسجدا " هم کافی نیست. و گفته است که اگر بگوید " جعلته مسجدا لله " اقرب این است که کافی باشد. و لکن شهید در ذکری (۱) اکتفا کرده است به اینکه بگوید " جعلته مسجدا " و اذن بدهد در نمازش، همین که يك نفر نماز کرد، وقف تمام میشود. و هم چنین هر گاه حاکم قبض کند یا اذن بدهد در قبض. و بعد از آن گفته است که " هر گاه بنا کند به نیت مسجد بودن، مسجد نمیشود. بلی اگر در اینجا اذن بدهد مردم را به نماز کردن، به نیت مسجد اسلام بر ابن نحو شده ". بعد از آن نقل کرده است کلام شیخ را در مبسوط. و اطلاق این کلام مقتضی این است که کافی است که نیت کند که این مسجد باشد که نماز کنند مردم در آن، بدون لفظ. و هم چنین از ابن ادریس چنین کلامی

(۱) در مباحث مساجد

نقل کرده و گفته است که: شاید این اقرب باشد.

و ظاهر این است که این مخالفت در خصوص مسجد باشد و لکن سایر وقف ها چنین نباشد.

و محقق ثانی در شرح قواعد در این تأمل کرده است و گفته است " آنچه شهید گفته است معلوم نیست " .

و به هر حال هر چند قول شهید خالی از قوت نیست لکن قول مشهور اظهر است. و تفحص از کیفیت وقف ضرور نیست. همین که شایع است مسجد بودن، کافی است. و به هر حال این سخن در خصوص مسجد است و در سایر وقف ها ندیدم قولی به کفایت نیت در وقف. بلکه لفظ و صیغه ضرور است.

و اما اشتراط قبول: پس ظاهر اکثر علما چنان که از شهید ثانی و صاحب کفایه ظاهر میشود این است که شرط نیست مطلقا. و از جمعی نقل شده قول به اشتراط. و جمعی تفصیل داده اند به عدم اشتراط در مثل مسجد و رباط و امثال آن. چون وقف از برای مسلمین است و ممکن نیست قبول در حق آنها.

دلیل اشتراط مطلقا " اصل عدم انتقال " است. و بعضی گمان کرده اند که در تذکره دعوی اجماع شده بر اینکه " وقف از عقود است " و عقد بدون قبول نمیشود. و عبارت و ما بعد آن دلالت دارد بر اینکه مراد او بیان اشتراط قبض است و دعوی اجماع بر آن است. و ایضا: ظاهر عبارات بعد از این مسأله خصوص عنوانی که در مسأله " اشتراط قبول " کرده. بلی صاحب مسالك در بیان قول به اشتراط گفته است " والقول الثاني، اعتباره مطلقا. لا طبا فهم علی انه عقد فيعتبر فيه الايجاب والقبول "، و ظاهر این، دعوی اجماع است، و لکن با وجودی که خود از اکثر نقل عدم اشتراط کرده چگونه تواند دعوی اجماع کرد. با اینکه خود تقویت قول به تفصیل کرده.

و دلیل عدم اشتراط، " اصل عدم " است. و این معارض است با " اصل عدم انتقال " . و دلیل دیگر ایشان این است که از باب اباحه وفك ملك است مانند عتق.

خصوصاً در امور عامه مسجد وغیره. و این هم ضعیف این و قیاس است و حجتی در آن نیست.

و دلیل تفصیل، "عدم امکان قبول است از همه مسلمین"، و این که در اینجا وقف منتقل به خدا میشود. در این هم قبح متوان کرد به امکان قبول از حاکم و ناظر. و این که اقوی در وقف انتقال به موقوف علیهم است هر چند از باب مسجد باشد چون موقوف علیهم مسلمین میباشند.

و به هر حال، در همه اقوال و ادله مجال بحث هست. و لکن هر چند عدم اشتراط، اظهر است نظر به اطلاقات وقف، خصوص در امور عامه، و مؤید آن است قول به عدم اشتراط قبول، در بطن ثانی، لکن اصل و ظاهر اجماع منقول و اشتراط ایجاب و قبول در صدقه بدون خلاف ظاهری، مرجح اشتراط است. و به هر حال احوط آن است که قبول را ترك نکنند هر چند در امور عامه باشد. و بدان که: علامه در تذکره گفته است که این سخن در وقف است اما اگر بگوید "جعلت هذا للمسجد" پس این تملیک است نه وقف، و از باب هبه است و قبول قیم و ناظر و قبض او شرط است، مثل هبه کردن به طفل. و از این کلام معلوم میشود که هبه به جهت امور عامه متحقق میشود. و در جای دیگر گفته است - در آخر مسأله زوال ملك واقف از عین موقوفه - "ونمنع انتفا الملك عن المسجد و الرباط. فقد یكون لهما ملك كما یكون علیهما وقف". و اصرح از اینها در اواخر مبحث "بیع وقف" گفته است. و از اینجا معلوم میشود که اغلب بوریها که در این ازمینه در مسجدها اندازند، مال مسجد است نه وقف مسجد. چون صیغه وقف در آن جاری نمکنند.

و اما قصد قربت: پس در آن نیز خلاف است. و عجب است از شهید ثانی که "عدم اشتراط قربت" را اصح و جهین نامیده و "عدم اشتراط قبول" را احد قولین. و شهید (ره) هم در دروس گفته است "وفی اشتراط نية القربة وجه". و حال آن که علامه

در مواضع بسیار از تذکره قطع کرده به اشتراط. و در اکثر مواضعی که وقف بر آنها حرام است، استدلال کرده است به اشتراط نیت قربت. و کلمات او در تذکره مشعر به عدم خلاف است. و از ابن زهره نیز نقل شده دعوی اجماع امامیه بر آن. و قول

به آن از شیخین وابن ادریس نیز نقل شده، و بعضی ساکت شده اند از ذکر آن. و از بعضی توقف ظاهر مشهود. و از محقق در شرایع ظاهر مشهود عدم اشتراط، و شهید ثانی نیز ترجیح این را داده.

و تمسك مانعین به اطلاقات و اصل عدم اشتراط، است، و (بر اینکه) این از باب عتق است که مقصود از آن فك ملك است.

واظهر اشتراط است، به دلیل اصل عدم صحت، و عدم تحقق وقف بدون آن، و اجماع منقول از ابن زهره وغیره، و حدیث نبوی (ص) " اذا مات المؤمن انقطع عمله الا من ثلاثة ولد صالح يدعو له و علم ينتفع به بعد موته و صدقة جاریة " (۱) و در

مسالك گفته است " قال العلما المراد بالصدقة الجارية، الوقف ". و شهید در دروس تعریف وقف را به همین صدقه جاریه کرده است و احادیث معتبره و اطلاق آنها دلالت

دارد به این مضمون که " لاصدقة ولا عتق الا ما رید به وجه الله تعالی " (۲) و مدلول آن

ظاهرا نفی صحت است و حمل بر نفی کمال بعید است. و سخن که به اینجا رسید شاید توانیم گفت که از این حدیث ها و ملاحظه اطلاق

آنها، اشتراط قبول را هم میتوان اثبات کرد. چون در صدقه ایجاب و قبول را شرط کرده اند و ظاهرا خلافی در آن ندارد. پس اشتراط قبول اظهر خواهد بود. خصوصا در امور غیر عامه. و این که جمعی تجویز وقف بر دمی کرده اند، منافات با اشتراط قربت ندارد. هر گاه منظور این است که و چون بنده خدا هستند و گاه است که از ایشان مسلمی به هم رسد و باعث اعانت مسلمین هستند در امور دنیا، چنان که

صدقه کردن بر آنها هم جایز است. بلی اگر وقف کنند بر آنها از حیثیت کفر، صحیح نیست، به جهت عدم نیت تقرب. همچنانکه علت عدم صحت وقف بر " بیع " و " کنائس " و نوشتن تورات و انجیل (با وجود قول به صحت وقف بر اهل ذمه)

را همین قرار داده اند که این جهت خاصه، قربت در آن حاصل نمیشود، به جهت

(۱) الجامع الصغیر سیوطی حرف همزه: مسالك شهید ثانی ۱ / ۳۴۴ چاپ سنگی ۱۳۱۰
(۲) وسائل الشیعة ۱۳ / ۳۱۹ باب ۱۳ از کتاب الوقوف.

اعانت بر اثم و کفر.

۱۷: سؤال: هر گاه مدرسه [ای] خرابه باشد، و در دو ضلع آن بیوتات مدرسه بوده و در يك ضلع آن آب انباری است که بالفعل دایر است. و در دیگر آن حسینیّه مخروبه ای است. والحال کسی میخواهد که مدرسه را تعمیر بکند، به این نحو که در ضلع حسینیّه دو مرتبه بنا کند که حجرات تحتانیّه داخل مدرسه باشد و فوق آن حسینیّه باشد که روی آن به خارج مدرسه باشد و راه آن [نیز] از خارج مدرسه باشد.

و هم چنین در ضلع آب انبار میخواهد حجرات بنا کند که یکی از آن حجرات بر فوق سقف پله واقع میشود که از آن پائین میروند و آب از آن آب انبار بر مدارند. خلاصه آن که میخواهد بنائی بر فوق آب انبار بشود که از جمله حجرات مدرسه باشد.

و در ضلعی که حسینیّه هم بوده است محتمل است که در قدیم الایام دو مرتبه بوده است و تحتانی آن حجرات مدرسه بوده است. و محتمل است که در فوق پله آب انبار هم حجره بوده است.

آیا این تصرفات جایز است یا نه؟ - و علم به وقف بودن حسینیّه و آب انبار هم حاصل نیست. آیا وقف بودن آنها به چه چیز ثابت میشود؟ و چگونه تصرف در مدرسه و آب انبار و امثال آن جایز است؟ و کدام تصرف جایز نیست؟. جواب: بدان که اصل در هر ملکی عدم وقفیت است و وقفیت به بینه باید ثابت شود یا به شیاع. و در صورت ثبوت به شیاع، خلاف است در اینکه حصول علم شرط است؟ یا ظن نزدیک به علم؟ یا مطلق ظن؟ و اظهر قول اول است. چون دلیلی بر کفایت ظن نیست در اثبات دعاوی و مطالب، و این که در احکام در احکام شرعیّه (یا

مهیت موضوعات احکام) به ظن اکتفا میکنیم مستلزم این نیست که در اثبات مطالب هم به آن اکتفا کنیم. مگر در جائی که شارع تجویز کرده باشد، مثل بینه یا ید و امثال آن. و این که بعضی استدلال کرده اند از برای قول دوم به اینکه " هر گاه ظنی از شیاع به هم رسد بیش از ظنی که از شهادت عدلین به هم رسد، اولی است

به

قبول"، مدفوع است به این که: این در صورتی خوب است که حجیت بینه، از راه

افاده ظن باشد، و آن ممنوع است، بلکه عمل به آن محض تعبد شرعی است، و قیاس جایز نیست.

و هر گاه در مدرسه و آب انبار و غیرهما بینه عادلّه یا شیاع مفید قطع حاصل نشود، نفس آب انبار بودن و مدرسه بودن و حسینیه بودن، دلیل وقفیت نیست، تا صیغه وقف جاری نشود (هر چند بانی مسجد را بسازد و رخصت نماز هم در آن بدهد و نماز هم در آن بشود) حکم وقف بر آن جاری نمیشود تا واقف صیغه نگوید. بلکه علامه در تذکره گفته است که: هر گاه بگویند " جعلته مسجداً " هم کافی نیست.

و لکن در این مقام میتوان گفت که ید مسلمین به عنوان مسجدیت در مسجد کافی است. چون وقف مساجد از برای مسلمین است و موقوف علیهم حقیقتاً مسلمین میباشند و این از باب وقف بر " جهت " است و ضرور نیست که جماعت مسلمین - که این ید از ایشان ظاهر میشود - به حد استفاضه مفید قطع باشند. پس اگر کسی در محلی مسجدی را ببیند که یک نفر یا دو نفر به اعتقاد مسجدیت در آن نماز میکنند، و ید آنها بر این عنوان بر آن ثابت است، حکم میشود به مسجدیت. چون لفظ مسجد در این ازمنه و ازمنه سابقه بر آن، " حقیقت " است در " مسجد وقف " - بلکه " مسجد وقف عام " هر چند قائل شویم که در مسجد، وقف

خاص هم متصور میشود، یا آن که گوئیم وقف عام اظهر افراد یا معانی است و متبادر این معنی است، هر چند قائل به حقیقت بودن در وقف خاص نیز شدیم. و دور نیست که در مدرسه هم این ادعا را بکنیم. یعنی ثبوت حقیقت را. و اگر آن را دعوی نکنیم اکتفا میکنیم به ید با اعتقاد وقفیت، هر چند استفاضه مفید قطع حاصل نشود.

و اما آب انبار: پس اشکال ادعای " حقیقت " در آن بیشتر است. و ادعای وقفیت در آن تمام نمیشود در صورت فقد بینه الا به استفاضه مفیده قطع، یا به ثبوت ید مسلمین بر آن به عنوان وقف هر چند جمعی نباشد که استفاضه قطعیه از قول ایشان حاصل شود. خلاصه اینکه در این مقام از مقتضای ید نباید غافل شد، که آن

عمده است در امثال این امور که استفاضه قطعیه در آنها نیست. و هم چنین است حسینیه، پس هر گاه فرض شود که در مورد سؤال نه استفاضه قطعیه باشد و نه ید مقبوله بر نهجی که گفتیم، ملحق به مجهول المالك خواهد بود. چون مفروض این است که مالکی از برای آن معلوم نیست. و حکم مجهول المالك بر آن جاری میشود. و هر گاه احد امرین ثابت شد، و قفیت ثابت میشود. و بدان که: وقف ما دامی که بر پاست و آباد است، جایز نیست تغییر آن از هیئت خود.

پس هر گاه خانه [ای] وقفی باشد نمیتوان تغییر داد و باغ کرد، یا به عکس. یا آنها را حمام کنند، یا به عکس. مگر آن که واقف مأذون کرده باشد متولی را در تغییر، و شرط کرده باشد. بلکه هر گاه تغییر وضع آن را هم بدهد جایز نیست. مثل اینکه مسجد را بر دارد و در زیر آن آب انبار بسازد، یاد کاکین. که باعث این شود مسجد ارتفاع به هم رساند از زمین.

چنان که علامه در تذکره گفته است و خلاف را نسبت به احمد داده است از عامه، بلکه فرموده است که "چنین است حال، هر گاه زمین مسجد بر همان قرار اول مساوی زمین باشد که آب انبار در عمق زمین ساخته شود." و فرموده است که مسجد را دکان و آب انبار کنند، و بدل آن مسجد دیگر بسازند."

و به هر حال، مادامی که عین موقوفه معمور است جایز نیست تصرف در آن، هر چند منفعت آن کم شده باشد و تبدیل آن انفع باشد، مثل درخت میوه که کهنه شده باشد، و حاصل آن بسیار کم شده باشد، نمیتوان آن را کند یا فروخت و عوض آن دیگری گرفت. و هم چنین مسجدی که اهل آن بر طرف شده باشند جایز نیست خراب کردن آن و مصالح و آلات آن را در مسجد دیگر صرف کرد، بلکه باید گذاشت

که ماره در آن نماز کنند.

بلی علامه در تذکره مفرماید که "هر گاه در پشت بام مسجد تکیه گاهی بسازند که بر سر دیوار مسجد باشد و داخل مسجد بشود و به دور پشت بام بگردد، اقرب جواز است." و هم چنین تجویز کرده است که هر گاه مسجد دیوار صحیحی نداشته

باشد که محفوظ باشد از داخل شدن سگ ها در آن، و مناره داشته باشد، جایز است خراب کردن مناره از برای اینکه آلات آن را صرف دیوار بکنند. به جهت آن که

مصلحت مسجد در آن است. و محقق ثانی در شرح قواعد تجویز خراب کردن از برای گشاد کردن آن کرده، چنان که بعد خواهیم گفت. و منتهای آنچه از این کلمات بر مآید (بر فرض تسلیم آنها) این است که تصرفی که مصلحت آن بنای وقف در آن باشد، جایز خواهد بود. و اما مثل بنای حجره مدرسه در سر آب انبار، این تصرفی نیست که از مصالح آب انبار باشد، بلکه غالباً منشأ سستی بنا و پایه آن مشود به جهت سنگینی. و جواز تصرف در اعیان موقوفه تابع دلیل است.

بلی در اینجا متوان گفت که هر گاه محتمل باشد که آب انبار ملك مدرسه باشد، به این معنی که کسی آن را ساخته باشد که اهل مدرسه به آن منتفع شوند، یا اعم از اهل مدرسه، و وقف آن معلوم نباشد، و این ید مسلمین که بر آن هست از بابت آن تملیک باشد، نه وقف، در این صورت حکم وقف نیست. و در مثل آن جایز است تصرف از متولی مثل حاکم شرع در امثال مذکورات، و تصرفی که صلاح مدرسه در آن باشد، جایز باشد. چنان که تصریح شده به آن در حصیر مسجد و غیر آن، که از باب تملیک مسجد باشد نه وقف. که هر گاه صلاح در فروختن آن باشد از برای مسجد جایز باشد. و آن اشکال که در وقف هست در آن نباشد. پس هر گاه صلاح مدرسه در بنای آن حجرات باشد و ضرری هم به آن آب انبار نرسد، جایز باشد.

والحاصل: این ید شایعه که الحال برای مسلمین است هر گاه بخصوص ثابت نباشد که از راه وقفیت است و ممکن باشد که از راه همان استمرار تملیکی است که برای مدرسه شده خصوصاً هر گاه معلوم نباشد که بانی آن همان بانی مدرسه است، حکم وقف بر آن جاری نیست. و لکن این معنی نفعی در جواز تصرف نمکند. به جهت آن که چنان که در وقف نمیتوان تصرف کرد، تصرف در مطلق مال غیرهم نمیتوان کرد. و اگر پای مصلحت را در میان مآوریم در وقف هم جاری خواهد بود.

و ممکن است که بگوئیم در صورت سؤال: که آنچه الحال صورت وقوع دارد ید عامه ناس است، نه ید اهل مدرسه که طلبه باشند، و مصحح این ید بنا بر حمل افعال مسلمین بر صحت چیزی نیست الاوقف بودن، پس از این ید عامه ناس میتوانیم اثبات کرد وقفیت را. و می توان جواب گفت به اینکه تملیک انحصار ندارد در اینکه از برای مدرسه و امثال آن باشد، چه مشود از باب تملیک عامه ناس هم با حاکم است. و آنچه گفتیم در احتمال تملیک، تمام مشود در احتمال اباحه نیز. مثل خمره آبی که کسی در سر شارع عام بگذارد از برای مردم که بخورند، که ید عامه ناس بر انتفاع از آن آب ثابت است، و کسی را نمیرسد منع مسلمین و تصرف در آن آب به غیر جهت شرب، پس علی ای تقدیر ید ثابت است، خواه ید طلبه باشد (بالفعل یا بالقوه) یا ید عامه ناس بالفعل.

پس اگر گویی: که با احتمال اباحه، ملک حاصل نمیشود از برای ذوالید، پس در حکم مجهول المالك خواهد بود.

گوییم: که ثبوت حق کافی است، گو به عنوان ملك نباشد.

اگر بگویی: که آنچه در اینجا ثابت است به سبب ید " استحقاق انتفاع به آب آب انبار و شرب از آن " است مثل خمره، و اما خود آب انبار و خمره، پس بر آن یدی

نیست.

گوئیم: که ثبوت ید بر این حق و استحقاق این منفعت، مستلزم استحقاق رفع و منع از تصرفات در آن " ماؤینتفع به " است. خصوصا تصرفاتی که مضر به اصل بناء باشد، یا مظنه ضرر در آن باشد. پس در منع تصرف در آب انبار و امثال آن ضرور نیست که متمسك به وقفیت باشیم تا مورد منع و مناقشه باشیم. مگر اینکه بگوییم که قدری که به سبب استیفای

حق مستحق میشوند از عین، و می توانند منع از

تصرف غیر کرد؟ در آن، همان صورتی است که ضرری برسد که مانع از بقا

وؤاستمرار

آن باشد. و هر گاه ضرر نباشد پس عین از باب مجهول المالك است و با او معامله مجهول المالك متوان کرد.

اگر کسی بگوید: که هر گاه وقفیت ثابت نباشد پس این از باب هبه خواهد بود به جهت عامه، یا از باب اباحه، و اینها هیچ يك لزوم ندارند و بعد فوت واهب و مبیح

رجوع میکند به وارث مانند سایر حقوق که منتقل میشوند به وارث. و چون مالک اصلی و وارث هر دو مجهول اند پس باز داخل مال مجهول المالك میشود. مگوییم که: هر چند عموم " ماترك " (۱) در قرآن و خصوص حدیث نبوی (ص) " ماترك المیت من حق فلوارثه " ظاهرا شامل مانحن فیه میشود (چنان که فقها نیز به اینها استدلال کرده اند در توریث حق الشفع و حق الخیار) لکن جمعی از علما اشکال کرده اند در جریان آن در هبه. و شاید وجه آن این باشد که در هبه و اباحه، مالک از حق خود اعراض کرده، خصوصا در کسانی که جاهل اند به حق الرجوع. و اقوی این است که اعراض موجب خروج از ملك است، و جواز رجوع در هبه و اباحه

به دلیل خارج، ثابت شده. و اصل عدم آن است. و آنچه به دلیل ثابت شده رجوع خود مالک است و آن نیز معلوم نیست، بلکه ظاهر عدم آن است و [نیز] اصل عدم آن است.

و اما خیار و حق الشفع: پس در اینها اعراض متصور نیست و از ابتدای نقل ملك در نظر بایع و مشتری هستند. بخلاف رجوع در هبه و اباحه، که حادث و طاری میشوند.

تا اینجا کلام در وقف بود مادامی که بر پا است و معمور است. و اما هر گاه خراب شود: پس جایز است تعمیر آن و تصرف در آن. و هر گاه متبرعی به هم نرسد گاه است

که جایز میشود که بعضی آن را صرف بعضی دیگر کنیم. مثل آنکه دیگ شکسته را، قدری از آن را، اجرت بدهیم و از تنمه دیگ کوچکتر بسازیم و اگر ممکن نشود، طاسی یا چیزی دیگر بسازیم، و آن هم وقف خواهد بود و محتاج نیست به وقف جدید، پس خانه وقف خرابه را باز خانه میتوان ساخت. و باغ خرابه را باغ. و تغییر آن به نوع دیگر با وجود امکان بنای نوع اول، جایز نیست. و لکن واجب نیست که خانه را به همان نحو سابق بسازند. یا باغ را به همان نحو سابق اشجار غرس کنند، بلکه تغییر اوضاع جایز است، بلکه هر گاه ممکن نشود به مثل سابق آن، کوچکتر

(۱): ۷ / ۱۱، ۱۲، ۳۳، ۱۷۶، سوره نساء.

متوان ساخت. گو زیادتی زمین و ساحت از وقف بودن بیرون نرود. و ممکن است که بگوئیم که بگوئیم که جایز است که بعضی از آن وقف را خرج تته؟ کنیم.

چنان که در دیگ شکسته گفتیم، و چنان که در " بیع ملک وقف " گفته اند. و ظاهراً

فرقی ما بین دیگ و زمین خانه و مدرسه نیست. و در مسأله دیگ شکسته (که فقها تصریح کرده اند) اختصاصی ندارد به آنکه موقوف علیهم جماعت خاصه باشند، چنان که در بیع املاک، موضوع مسأله را آن قرار داده اند. شاید دیگ هم وقف بر جهت عامه باشد و عنوان مسأله شامل آن هم هست. بلی در خصوص مسجد شاید خلافی نداشته باشند که نمیتوان بعضی آن را فروخت و صرف تعمیر باقی کرد و به سبب عدم خلاف، تخصیص بدهیم، و همچنین از راه انتقال به خدا و زوال ملک بالمره، مثل عتق عبد.

مؤید این است که علامه در تذکره در مسأله " بیع وقف " متعرض مسجد شده و قول به جواز مصرف کردن بعضی آن را در باقی، نسبت به عامه داده، و از احدی از اصحاب جواز آن را نقل نکرده، و متعرض مدرسه و رباط و

امثال آن نشده، و شاید اینها را در تحت عموم مسأله " تصرف در وقف خراب محتاج به بیع " داخل کرده.

و هر گاه ممکن نشود که به نوع سابق بنا شود، تغییر نوع متوان داد. مثل آنکه آب انبار خرابه که الحال ممکن نیست که به نحو سابق ساخت به جهت عدم امکان آب، متوان آن را دکانی کرد. و همچنین... و به هر حال باید بر وضعی که اقرب به وضع واقف و غرض او باشد بنا شود. پس هر گاه متقلبی (۱) باغ یا خانه وقفی را خراب

کند و غرامت را از آن توان گرفت، به همان تنخواه بنای خانه و باغ در همان موضع باید کرد. و اگر آن ممکن نباشد، در جای دیگر. و این هم وقف خواهد بود. و ظاهراً

وقف جدید هم ضرور نباشد، مثل آنجا که عین موقوفه را کوچکتر کنند. و همچنین هر گاه کسی پلی در سر رودخانه ساخته و وقف کرده، و اتفاق افتد که سیلاب آن موضع پل را چنان خراب کند که دیگر ممکن نشود عبور کردن از پل و نه ساختن پلی در آنجا، متوان سنگ و چوب و آجر آن را در موضع دیگر از همان

(۱) نسخه بدل: متغلیبی.

رودخانه پل ساخت. و این نه مانند مسجد است که هر گاه اهل قریه بر طرف شوند و

قریه بالمره خراب شود، مسجد را نمیتوان خراب کرد بلکه مسجد را باید به حال خود گذاشت که ماره در آن نماز کنند. بلکه اگر ممکن شود تعمیر آن کنند از برای ماره. و هر گاه خراب شود و مأیوس باشند از تعمیر آن به وجهی از وجوه، در آن وقت

هر چند ساحت و فضای آن از وقف بودن بیرون نمرود، و لکن میتوان آلات و مصالح آن را آورد و خرج مسجدی دیگر کرد. و اگر آن هم ممکن نشود، به مصرف چیزی دیگر از رباطی یا حمامی یا مثل آن. و بهتر آن است که اقرب به غرض واقف را در هر حال منظور کنند.

و از آنچه گفته شد، معلوم شد که تعمیر حسینیه مذکور بر وجه مذکور، جایز است. چون محض احسان است. و با احتمال اینکه دو مرتبه بوده است (۱) هم لازم نمآید تغییر وضع وقف. بلکه هر گاه لازم آید نیز جایز خواهد بود هر گاه متبرعی نباشد که به غیر این وجه (یعنی بر طریقه اول) بنا کند. پس گویا مرتبه تحت را در خرج تعمیر مرتبه فوق، قبول کرده اند. و چون مفروض این است که یدی بر آن نیست، و وقفیت

هم ثابت نیست، و آن سخن ها که در آب انبار معمور جاری بود در اینجا جاری نیست، پس غایت امر آن است که از بابت موات مجهول المالک باشد و احیای آن از

برای همه کس جایز خواهد بود. خصوصا با اراده آنکه در ثانی وقف باشد، یا باز به وضع سابق، بعضی از آن، محل تعزیه و بعضی محل تحصیل علم باشد.

و با احتمال دو مرتبه بودن به نحوی که پیش از این مذکور شد، مندرج در تحت عموم صحیحہ عبد الله بن سنان و غیرها که مضمون آنها این است که " کل شیء فیها حلال و حرام فهو لك حلال حتی تعرف الحرام بعینه " (۲) نیز خواهد بود.

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

(۱): یعنی دو طبقه بوده است.

(۲): وسائل: ج ۱۶، ابواب الاطعمة المحرمة، باب ۶۴ ح ۲. و ابواب الاطعمة المباحة، باب ۶۱ ح ۱ و



(٤٠)

که مصلحت این اشیاء در آن باشد، میتواند کرد. و در این معنی تفاوتی نیست ما بین اینکه اصل این امور تمليك [برای] جهت عامه شده باشد، یا چیزی دیگر تمليك شود از برای آنچه تمليك شده از برای جهت عامه، مثل تمليك آب انبار از برای مدرسه. پس هر گاه متبرعی خواهد تعمیر خرابی آنها را بکند بر نحو خاصی و صلاح آنها در آن باشد، حاکم را مرسد اذن در آن. خصوصا هر گاه متبرع به غیر آن وجه تعمیر نمکند.

و به مقتضای عرف و عادت (که معیار است در این امور) پس دور نیست که آب انبار مذکور ملك مدرسه باشد، و مفروض این باشد که متبرع تعمیر مدرسه را بوجه مسئول عنه مسخواهد کرده باشد، حاکم را می رسد اذن مذکور هر گاه صلاح مدرسه یا مجموع مدرسه و آب انبار در آن باشد. و لکن چون احتمال مرود که آب انبار خود مستقل باشد و از توابع مدرسه نباشد. مهما ممکن دست از ملاحظه مصلحت آب انبار به خودی خود برداریم. پس هر گاه فرض کنیم که بنا کردن حجره بر آن، صلاحی از برای آب انبار در آن باشد، جایز باشد. و الا، فلا. و اما سؤال از تصرفات جایزه در اعیان موقوفه، مثل مدرسه و آب انبار و حسینیه و غیر اینها پس هر چند مجملا اشاره به آن شد در ضمن سخن های پیش، در اینجا نیز مگوییم که هر گاه شرطی و طریقه [ای] از واقف ثابت نباشد، حاکم به هر نحو مصلحت آنها را داند به عمل مآورد. حتی اینکه در نقض از برای توسیع گفته شده است که جایز است، و محقق شیخ علی در شرح قواعد به متابعت شهید در ذکری بعد [از] تردد میل به آن کرده و استدلال به عموم " ما علی المحسنین من سبیل " کرده. و هم چنین تجویز احداث روزن و پنجره و غیره کرده هر گاه مصلحت افتضا کند.

و شهید در ذکری تجویز کرده است صرف آلات مسجد را در مسجد دیگر هر گاه متعذر باشد استعمال آن در همان مسجد یا به جهت آنکه مسجد دیگر محتاج تر است به آن به سبب کثرت نماز گزارندگان، یا به سبب خراب بودن مسجد اول. بعد

از آن گفته است که بلی جایز نیست خراب کردن مسجد به هیچ حال، هر چند از برای این باشد که مسجدی اعظم یا افضل بسازند. و بعد از آن اشکال در توسیع

مسجد را ذکر کرده. چنان که به آن اشاره کردیم. بلی تصرف در عین مسجد به معنای فروختن بعضی آن از برای تعمیر باقی و امثال آن جایز نیست، چنان که پیش گفتیم که محتمل است که مدرسه و رباط و امثال آن نیز چنین باشد، و محتمل است که نباشد (چنان که پیش گفتیم) و هر چند فقها را در مسأله "بیع وقف" در نظر نیست

که تصریح به حکم آنها کرده باشند، لکن از کلام ایشان در مسجد، متوان یافت که اینها نیز چنین باشد. بخلاف وقف بر جماعت معنیه که در بعضی از صور جایز است بیع وقف یا بعضی از آن. و جمعی از عامه در مسجد هم تجویز کرده اند. و لکن

ظاهر این است که مخالفی از اصحاب ما نباشد، چنان که از علامه در تذکره ظاهر میشود. و وجه آن را این - گفته اند که: ازاله ملك بالمره از مسجد شده است و مانند

عتق عبد است و دیگر بیع آن صورتی ندارد.

و ممکن است که حکم مدرسه و رباط و امثال آن را مدرج در تحت عموم "جواز بیع وقف" کرده باشند. چنان که پیش گفتیم. پس آنچه ظاهر میشود که جایز است از تصرفات، آن است که مصلحت وقف در آن باشد و مستلزم اخراج آن از مقتضای وقف نباشد، مثل بنای حجره جدید یا احداث حوض یا بیت الخلاء در مکانهایی از آن اماکن، که ضرری نداشته باشد و صلاح در آن باشد، مگر آنچه به دلیل خارج شده مثل تصرف در مسجد.

و اما مثل اجاره دادن فضای مدرسه از برای سکون اجانب یا اجرای آب از اینجا به خانه های مردم و امثال آن، یا حق مجرای آب به عنوان صلح از برای همسایگان قرار دادن، جایز نیست. بلی هر گاه مدتی مدرسه مثلا خراب باشد و به هیچ نحو منتفع نمیتوان شد الا به اینکه اجاره داده شود که در آنجا مردم خیمه بزنند و ساکن شوند، و از وجه اجاره تعمیر آن بشود، جایز خواهد بود، چون مصلحت در این هست. به هر حال معرفت مصلحت موکول است به نظر حاکم.

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

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

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

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

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

رسالة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الواقف على الضمائر

المطلع على السرائر والصلاة على محمد افضل

الاولئ والاولئ المبعوث من اشرف القبائل واكرم العشائر، وآله المعصومين من

الخطايا المحفوظين عن الزلات والجرائر واصحابه المرضيين اسوة اولى الاحلام و

قدوة ذوى البصائر. اما بعد فهذه اجابة لالتماس بعض فضلاء اصحابنا الطالبين،

اعانه الله على طاعته وحباه بسعادات الدنيا والدين، في الجواب عن مسأله احتاج

اليها واستفصل حالها، وابتغى؟ بيانها مدللة على وجه مبين. وهذه صورته:

السؤال: مدرسة لانعلم ان واقفها من الشيعة الامامية او من المخالفين. لكن

المشهور في الالسنه انه من المخالفين وله مدارس في بعض البلاد الاوزبكية. و

حين بناها كان البلداوز بكيا (١) وهو في ما بينهم. ولكن لم يشهد شاهدان، بل ولا

واحد على العلم با نه من المخالفين. فنريد ان نفهم اولا ان الاصل في المكلف

الكفر او الاسلام؟ -؟ وبعد ثبوت الاسلام، هل الاصل في المسلم كونه مؤمنا او

مخالفا؟ -؟ ولما كان كل من الثلاثة موقوفا على وجود مقتضيات والاصل عدم

تحققها، يمكن القول بان " الاصل الكفر وبعد ثبوت الاسلام ليس الا اياه ". ولكن فيه

(١) وفي النسخه اوزبكية وليس في التركي حرف " دال " والكلمة تركية.

ان " كل مولود يولد على فطرة الاسلام، الا ان ابواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه (١) كما ورد به النص (٢) والاصل بقاؤه على فطرة الاسلام، وعدم انتقاض فطرته من جانب ابويه.

وبعد الاغماض عما يقتضيه الاصل، هل كون المكلف مؤمنا او مخالفا يثبت بمحض الشيوخ على بعض افواه الرجال ام لا بد من شهادة شاهدين على العلم با نه مؤمن او مخالف. وبعد ثبوت انه مخالف هل وقف المخالف صحيح؟ ام باطل - نظرا الى ان الوقف عبادة فحكمه حكم باقى عباداته -؟. وبعد صحته، هل يجوز للطلبة الامامية السكنى فيها - نظر الى ان كونها لجماعة الطلبة معلوم، واختصاصه بطلبة خاصة غير معلوم -؟ ام لا - نظرا الى ان كونها لاهل نحلتهم وطلبة مذهبهم معلوم، وطلبة غير هم غير معلوم. والى ان المعلوم احوالهم انهم يرضون بقتلهم واسرهم ويحللون دماءهم، فكيف يرضون بسكناهم في مدار سهم -؟. وهل يمكن الفرق بين العبادة والسكنى بان " المكلف لما اشتغلت ذمته بعبادة صحيحة فلا يتيقن الرءاءة من العبادة فيها، بخلاف السكنى لان الاصل في الاشياء الاباحة الى ان يعلم حظرها من الشرع وليس، فليس "؟ ام لا لان الاصل عدم جواز تصرف المكلف في غير ملكه الا ان يعلم؟ الجواز وليس، فليس -؟. وهل يمكن الاستدلال على ان واقف المدرسة مخالف، بان في ذلك الزمان كان البلد اوزبكييا والفرد المشكوك يلحق بالاعم الاغلب -؟ ام لا - نظرا الى ان غاية ما يستفاد من هذا ليس الا الظن، والاصل حرمة العمل بالظن الا ماخرج بالدليل وليس، فليس -؟. وهل يمكن الفرق بين المدرسة والمسجد بان الظاهر ان من بنى مسجدا رضى بعبادة كل من عبد فيها، بخلاف المدرسة. لكن فيه ما فيه. ومسجدنا هذا مشهور بان واقفه مخالف، مع ان العلماء قديما وحديثا لم يزلو يصلون فيها ولم ينكروا على احد من العبادة فيه. فهذا اجماع منهم على صحة العبادة فيه، وعدم اطلاعهم على مذهب الواقف بعيد غاية البعد.

(١) و (٢): اورد فى البهار نقلا عن " مصباح المنير " صدر الحديث. - ج ٦٧ ص ١٣٤. واورد فى " سفينة البحار " فى حرف " ف " كله. لكن فيه: حتى يكون ابواه...

فالا استدعاء منكم ان تكتبوا حكمها مع الدليل الاجمالي، لانها من المسائل المهمة. لان الطلاب لم يزالوا يصلون فيها فنريد ان نعلم ان عباداتهم فيها صحيحة ام لا؟ -؟ وسكناهم في مثل تلك المدرسة يجوز ام لا؟ -؟ (١) اقول (وبالله التوفيق ويده ازمة التحقيق): ان قبل الخوض في المقصود لا بد من تقديم مقدمات:

الاولى: اعلم ان التصرف في مال الغير ممنوع عقلا وشرعا، الا باذنه. والاذن ينقسم الى صريح وفحوى وشاهد حال. فالصريح كقول القائل لغيره " صل في داري ". والفحوى كقوله " كن عندنا ضيفا في دارنا الى الغد " فان ذلك يدل بمفهوم الموافقة على الرخصة في صلاته في الدار والتوضى من مائه واوانيه، وشربه منها. و شاهد الحال مثل ان يكون بينهما مصادقة دنيوية او دينية ومصافاة بحيث لو اطع على انه يريد التصرف في ماله وداره والدخول فيها والتوضى من مائه واوانيه، لرضى به، ولو استأذنه في ذلك لاذنه.

فالاولان اذن بلسان القال اما مطابقة او التزاما. والثالث اذن بلسان الحال، فالحال هي مرابطة بين الاذن والمأذون له ناطقة من جانب صاحب المال بقولها " ادخل الدار وصل ". وهذه المرابطة اما خاصة كالمرابطة الحاصلة بين صديقين متعارفين يعرف كل منهما صاحبه وصدافته. واما عامة كموادة اهل الايمان بعضهم لبعض لاجل الايمان وان لم يتعارفوا بالشخص والخصوص. وكموادة اولى الارحام بعضهم لبعض وان لم يتعارفوا. فالاذن في المتعارفين فعلى، وفي المتناكرين قوى (٢)، و في المختلفين يعتبر حال المستاذن فان عرف المرابطة، فيكفيه وان لم يعرفها الاخر، كالأب (الذى لا يعرفه ولده لنشوه في بلد آخر، اولزعمه ان اباه مات) اذا اراد دخول دار ابنه وهو يعرف انه ابنه.

ثم ان المعترف في المرابطة حصول سببها في نفس الامر بحسب اذعان المستاذن. ولكن من حيث انه مدعن بتلك السببية ومادام مدعنا به فقد يتخالف

(١): جاء في حاشية السؤال: " رسالة في تحقيق حال مدارس المشهد المقدس (مشهد) على بن موسى الرضا - ع - ".

(٢): فعلى وقوى اى بالفعل والقوة

ذلك في المتصادقين ظاهرا والمتضايفين (ابوة وبنوة وغيرهما) في نفس الامر، فيحصل بينهما مصادقة لاشتباه وقع في سببها لو ظهر خطاه لتبدل بالتباغض. كالصديق المنافق في الصداقة الذي هو في الظاهر في غاية اظهار علامات الصداقة، وهو عدو في الباطن. وكالكافر المتظاهر بالايمان المنافق. فالرفيق الاخر يحب هذا المتظاهر بالصداقة لاجل صداقته على مقتضى مافهمه من ظاهر حاله. والمؤمن الخالص يحب هذا الكافر المنافق على مقتضى مافهمه منه من الايمان بحسب ظاهر حاله ويرضى بتصرفه، فالاذن ح نما هو على ظاهر الحال، واما لو اطلع على الباطن فلا يأذن له.

فح لا اذن لذلك المنافق في التصرف في مال الاخر. كما انه في صورة العكس بالعكس، كما لو انكر احد اباه ولا يرضى بدخول احد في داره من الاجانب، ويحسب ان اباه هذا اجنبى لانكاره اياه. فيجوز للاب الدخول لان الابن لو عرف انه ابوه لرضى به اشد الرضا ولاذنه اطوع اذن.

وانما قيدنا نفس الامر بحسب اذعان المستأذن بقولنا " من حيث انه مدعن بالسببية ومادام مدعنا "، لان المرابطة العامة قد يكون سببه امرا يوجب المؤاخات والمصافات بحسب اذعان المترابطين يدعنا نه امرا ملا يما حقانيا. فيحصل الرضا في التصرف لو ظهر له انه متصف بهذا الامر، ولا يحصل له الرضا لو ظهر له انه متصف بخلاف هذا الامر، لكن ذلك انما هو لا جل انه اذعن ان هذا الامر انما هو الحق الحقيقي لان يكون سببا للمرابطة، دون الاخر. والاخر لا يوجب ذلك ولو فرض انه كان حقا لتغير رضاه جزما، كما لو رضى صاحب الدار دخول زيد داره لاجل انه يدعنه صديقا له او من ارحامه وهو في نفس الامر من اعدائه، فهو باذعانه راض بدخوله ولكن لو قيل له " ان كان زيد في نفس الامر من اعدائك اترضى بدخوله " ليقول " لا ارضى بدخوله البتة ".

وكذلك اهل التباين في المذاهب واهل التوافق. فالمتوافقان في المذهب على حالة التراضى والرضا بالتصرف لاجل هذه المرابطة باذعان ان الحق هو هذه المرابطة. من حيث انه مدعن بذلك ومادام كذلك. فلو فرض كون ذلك الامر باطلا عنده ومخالفه حقا، لتبدل الامر، لانه طالب للحق في نفس الامر. غاية الامر انه اذعن

ان الحق هو هذا لامخالفه. فالاذن الحالى لموافقته انما هو لاجل هذا الاذعان. و
الانكار الحالى لمخالفه انما هو من اجل اذعان بطلانه.
ثم على ما ذكرنا من " ان المعيار في شاهد الحال، انما هو حال المستأذن ".
فاذا اذعن ان الحق هو ما هو عليه في نفس الامر، وان الاخر لو فرض علمه بذلك
لرضى بالدخول جزما فيصح له الدخول ح. لما مران الاذن في المتناكرين قوى. و
انما المانع هنا انما هو الغلط في الاذعان. والغلطة في الاذعان (١) لا يرفع القوة النفس
الامرية.

الثانية: اعلم انه قد اشتهر " ان الالفاظ اسام للامور النفس الامرية " ومرادهم
بذلك انه اذا علق حكم على لفظ فلا ينحصر حكمه في ما علم المكلف با نه هو، بل
يتعلق بما هو في نفس الامر مسمى بهذا الاسم. مثلا اذا قيل " لله على الناس حج
البيت من استطاع اليه " فلا يكتفى المكلف بعدم علمه با نه مستطيع، فاذا كان له
مال لا يعلم قيمته ولا مقداره انه هل هو بمقدار الاستطاعة ام لا فلا يجب عليه
التفحص وجعل الاموال معرضا للبع ليعرف الحال تمسكا بان الله او جب ذلك
على المستطيع وانا لا اعلم انى مستطيع ام لا. وكذلك اذا قيل " قاصد الثمانية
فراسخ يجب عليه القصر " وهو لا يعلم ان المسافة التى قصدها هل يبلغ ذلك ام لا،
لا يكتفى بعدم العلم و [بان] يقول انى لا اعلم انى قاصد للثمانية والحكم معلق
عليه. وكذلك المالك للدرهم المغشوشة التى لا يعلم بلوغ الخالص منها النصاب.
الى غير ذلك من الامثلة.

بل الحكم معلق على المستطيع، فكأن للشارع حكمين متعلقين بعبادة:
احدهما قوله " ان المستطيعين من عبادى يجب الحج عليهم ". والاخر " ان الغير
المستطيعين لا يجب عليهم ". وكذلك " ان القاصدين الثمانية يجب عليهم
التقصير " و " الغير القاصدين لها عليهم التمام ". فيجب على المكلفين ان يتفحصوا
عن احوالهم هل هم مندرجون تحت اى الخطابين.
وليس المراد من قولهم " ان الالفاظ اسام للامور النفس الامرية والاحكام متعلقة

(١): فى الاصل: الاذن

بما في نفس الامر " انه كذلك كيف ما كان وان لم يحصل (١) العلم بعد التفحص ايضا. فالتكليف مشروط بالعلم بالمعنى الذى قدمناه، لا بالعلم مطلقا. غاية الامر الاكتفاء بالظن في تعيين نفس الامر، فاذا حصل العلم او الظن للمكلف با نه مندرج تحت احد العنوانين، يتبعه، وما بقى فيه على الجهالة، فيرجع فيه الى الاصول و القواعد والادلة الخارجة. فاذا رأينا قوله تعالى " ان جائكم فاسق نبأ فتبينوا " فلا ريب انه يجب علينا التبين في خبر معلوم الفسق، والقبول في معلوم العدالة. و اما في المجهول الحال فلا بد من التفحص. فان حصل علم او ظن بحاله فهو المتبع، والافير جمع الى الدليل الخارجى. والعلة المنصوصة في الاية هنا دليل خارجى يوجب الحاقه بالفاسق لا شتر اكهما في العلة.

وفى مثل قول الشارع " يجوز شراء الحلال ويحرم شراء الحرام " فالحكم في معلومى الحال واضح. واما المجهول، فيرجع فيه الى الدليل الخارجى وهو اصل البراة والاباحة وقولهم عليهم السلام " كل شئى فيه حلال وحرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه " (٢) هذا الكلام فى اقوال الشارع وخطاباته بالنسبة الى المكلفين.

واما كلمات نفس المكلفين: فهو ايضا يحمل على ماهو موضوع له فى نفس الامر عندهم. فاذا نذر صوم اول رجب، فهو مكلف بصوم ماهو اوله فى نفس الامر وهو مراده وان كان يحتاج فى تعيينه الى اجتهاد. ويكتفى بالظن فى مالم يحصل العلم. ويعمل بالدليل الخارجى فى ما جهل الحال. فمقتضى استصحاب الشهر عدمه حتى يحصل الدليل عليه. ولكن هيهنا دقيقة لا بد ان ينبه عليها وهو انه قد يطلق على شئى عنوانان من الاضافات والاوصاف. مثل يوم مولد النبى (ص) ويوم السابع عشر من الربيع الاول. وقد اختلف الخاصة والعامة فقيل انه يوم الثانى عشر منه. فيختلف التسمية بهذا الاختلاف.

فاذا نذر احد صوم يوم الثانى عشر باعتقاده مولد النبى (ص) او نذر صوم يوم

(١): فى الاصل: وان يحصل العلم.

(٢) الوسائل: ج ١٦، ابواب الاطعمة المحرمة، الباب ٦٤ ح ٢. وابواب الاطعمة المباحة، الباب، ٦١ خ ١ و ٧. از ج ١٧.

مولد النبي (ص) وكان يوم مولد النبي (ص) عنده اسما لليوم الثاني عشر، ايجزیه صوم هذا اليوم او يجب عليه صوم السابع عشر اذا استبصر وظهر عليه غلظه في اذعانه. والظاهر انه يجب عليه صوم يوم مولد النبي (ص) في نفس الامر وان غلط ذلك الناظر في جعله اليوم الثاني عشر، فيجب عليه صوم السابع عشر وكذلك الظاهر انه يجب على وليه (ان اراد قضاءه عنه) ان يصوم يوم المولد الواقعي لا ما حسبه مورثه. وكذلك اذا وقف ضيعة يصرف منافعه في الاطعام يوم مولد النبي (ص) وهو يعتقد انه اليوم الثاني عشر، او اليوم الثاني عشر باعتقاد انه يوم مولده ولاجل ذلك. فهل يجب علينا اليوم صرفه في الاطعام يوم الثاني عشر او اليوم الذي هو مولده عندنا. الظاهر الثاني، لان الظاهر ان المقصود ادراك فيض يوم مولد النبي من حيث انه مولده (ص).

الثالثة: التحقيق ان الحكم في مالانص فيه، وفي شبهة موضوع الحكم الشرعي، هو العمل على مقتضى اصل البراءة. للدالة الدالة عليه من العقل والنقل المقررة في محلها. قد بينها في القوانين ومن جملتها صحيحة عبد الله بن سنان عن الصادق (ع) " قال: كل شئ يكون فيه حرام وحلال فهو حلال لك ابدأ حتى تعرف الحرام منه بعينه فتدعه " (١) وان كان الاستدلال بها في شبهة الموضوع، اظهر. والشبهة في نفس الحكم يكون من جهة عدم الدليل على الشئ، او من جهة تعارض الأدلة فيصير مجهول الحكم. والشبهة في الموضوع يكون من جهة اشتباه حكمه الشرعي لاجل الشك في انه داخل تحت اى القسمين اللذين علم حالهما بالدليل الشرعي، فلوا ارتفع الجهل وحصل العلم بكونه احدهما فلا يحتاج الى دليل شرعي آخر في معرفة الحكم. واتصاف الاعيان بالحل والحرمة انما هو بسبب اتصاف افعال المكلفين المتعلقة بها بهما.

واتصاف الفعل بالحل والحرمة اما من جهة المتعلق، كالخز والميتة. واما من جهة الحال والوقت كاكل الطعام الحلال على حال خلاء المعدة، وعلى حال التخمة المضرة للبدن، واكل الميتة في حال الاضطرار والمجاعة وفي غيرها. فاذا

(١): ذكر مصدره آنفا

حصل الشك في المتعلق او الحال او الوقت ان الفعل فيها من جملة ما هو حلال او حرام، فهو يحكم با نه حلال حتى يعرف الحرام بعينه.

الرابعة: التحقيق ان اصل البراءة يجرى في الاحكام الشرعية وفي موضوعاتها و ان كان من قبيل مهيات العبادات، سيما على القول بانها اسام للاعم من الصحيحة كما حققناه في القوانين. وما ذكرناه من الحديث فيمكن الاستدلال بها في تصحيح العبادات ايضا. فاذا ورد من الشارع جواز الصلاة في اجزاء ما يؤكل لحمه والمنع عنها في اجزاء مالا يؤكل لحمه، واشتبه كون شئى انه هل هو من هذا او ذاك، فالأظهر الجواز. ومن هذا الباب الصلاة في الجلد المشتبه بالخز وغيره. و في العظام المشتبهة في انها من عظام الفيل او البعير. وغير ذلك.

الخامسة: اعلم انه اذا اندرس الوقف ولا يتعين الموقوف عليه في نظرنا، وتردد في جملة امور معينة لانعرف ايها هو، فالظاهر التسوية في الكل. ومن فروع ذلك الاشتباه الحاصل في وقف الاولاد من جهة الجهل بان الواقف هل وقفه على الترتيب بان لا يكون احد من اولاد الاولاد مستحقا لشيئ ما بقى من الاولاد واحد -؟ او انه وقفه على ان يكون ولد الولد شريكا لاعمامه؟. فيحكم بتسويتها ولا يجعل من باب الميراث حتى يمنع الاقرب الابعد. وصرح بذلك العلامة في التذكرة والقواعد. ووجه ذلك انحصار الامر فيهم ولزوم الترجيح بلا مرجح لو فرق بينهم، لعدم جواز القياس بالميراث.

السادسة: المشهور بين الاصحاب انه اذا وقف على مصلحة فبطل رسمها، صرف في وجوه البر.

السابعة: اختلف الاصحاب في ما لو وقف المسلم شيئا على المسلمين. فعن الشيخ (بل المشهور بينهم ظاهر) انه يكون لجميع المسلمين من اهل القبلة. و صرح ابن حمزة والعلامة في المختلف بلحوق اطفالهم وجانينهم ايضا. وعن ابن ادريس انه اذا وقف المسلم شيئا على المسلمين كان ذلك للمحققين من المسلمين. مستدلا بفحوى الخطاب وشاهد الحال. كما لو وقف الكافر شيئا على الفقراء كان ماضيا في فقراء أهل نحلته خاصة، بشهادة دلالة الحال عليه. ورد كلام الشيخ با نه خبر واحد اورده ايرادا لا اعتقادا. واورد [عليه] العلامة وشنع عليه

في هذه النسبة واختار التعميم الذى ذكره ابن حمزة من انه شامل لكل من اقر بالشهادتين واطفالهم وجانينهم، وادعى الاجماع قال:

لنا الاجماع على جواز الصدقة عليهم وتجوز الوقف عليهم بالخصوصية. ولا عبرة بخلاف من شذ. ولا فرق بين طوائف الاسلام الامن ارتكب ما يعلم بطلانه من دين النبي " ص " كالغلاة والمجبرة. ولو لم يصح التقرب بصلتهم لم يصح ذلك.

اقول: ومرجع كلام العلامة الى اتباع عموم اللفظ وان الاصل، الحقيقة لا يعدل عنه الا باقوى منه. واذا رأينا ان مذهب العلماء جواز الوقف بالخصوص على الفرق المخالفين، فكيف يقال ان الواقف الذى هو عالم من تلك العلماء او مقلد لاحدهم " اذا اطلق الوقف على المسلمين " فهو اخرج من اطلاقه الفرقة المخالفة -؟ سيما اذا لم يزاحموا الفرقة المؤلفة للواقف فيكون النفع اتم، ولعل ابن ادريس نظر الى العصبية والعناد لا الى ما سن الله من تعميم حكمه بين العباد وفعل المسلم محمول على الصحة ما لم يعلم فساده فالحكم بان الواقف اراد الوقف على المؤلفين غالبا، يرجع الى ملاحظة متابعة الحمية والعصبية.

فاذا وقف رجل من اهل السنة رباطا على المسلمين المترددين، فلا ينبغي ان يقال " اراد من المسلمين غير الشيعة ". وكذلك اذا وقف رجل من الشيعة رباطا على المسلمين، فلا ينبغي ان يحمل على اخراج اهل السنة منهم اذا لم يزاحموا غيرهم. وعلى هذا فالخروج عن حقيقة اللفظ واخراج الجمع المحلى [باللام] الدال على العموم لغة وعرفا عن الحقيقة بمجرد هذه القرينة، مشكل.

وكذلك الامر في المدرسة فان المسلم الذى خلا عن العصبية غرضه في الوقف تحصيل الثواب. ولا ريب ان تحصيل العلوم مما يصل نفعه الى كافة العباد. سيما اذا كان من الاليات المشتركة بين جميع المذاهب، الموجبة لفهم السنة والكتاب. فالجزم بان الواقف من اهل السنة لمدرسة، لا يرضى بان يجلس فيه واحد من الشيعة لاجل انه عدوه، اولا جل انه يحصل مسألة الامامة ويسعى في تخريب مذهبهم، او بالعكس، مما لا يتعاطاه العرفاء والعلماء والصلحاء من العوام. اذ يجوزون ان يقرء مبتدؤهم في العلوم علم التصريف والنحو والمعانى والبيان عند عالم من الشيعة، بل يرضون

اشد الرضا. سيما اذا لم يوجد هناك عالم من اهل السنة. وكذلك بالعكس. فليس محض كون بانى المدرسة سنيا، عدم رضائه بجلوس الشيعى فيها ولا بالعكس. غاية الامر عدم رضاء احد هما بالسعى في ابطال مذهب الاخر، وهذا لا يوجب عدم الرضا باصل السكنى. سيما اذا لم يكن احد آخر يسكن فيه، فانه باعتقاده طالب للثواب ومراده التسبب لايجاده ماهو خير وثواب. وماهو معصية باعتقاد البانى، فمؤاخذته على المخالف الساكن فيه. وما يفعله من موجبات الخير، فيصل ثوابه الى البانى.

اذا تمهد لك هذه المقدمات فنقول: الظاهران المدرسة المفروضة يجوز لطلبة الشيعة سكتها والاشتغال بالتحصيل فيها، ويصح صلاتهم وعباداتهم فيها. لوجوه:

الاول: انها وقف على الطلبة جزما. غاية الامر ان من المدارس ما يختص بفرقة بجعل الواقف دون فرقة، ولا يجوز التعدى عن مقتضى غرض الواقف، لان الوقف على ما وقف عليه الواقف، بالنص (١) ففعل المكلف المتعلق بالمدارس وهو " السكون فيها والاشتغال " مما فيه حلال وحرام - لان بعضها مما عينها الواقف لفرقة دون اخرى فلا يجوز للفرقة الاخرى التصرف فيها. وبعضها مما اطلق فيها الواقف فيجوز التصرف فيها للجميع - والمدرسة المجهولة الحال، مما لم يعلم كونها مما ثبت حرمة التصرف فيها. فيدل على جواز التصرف فيها ادلة اصل البراءة مطلقا، وخصوص صحيحة عبد الله بن سنان المتقدمة (٢) اذ المفروض انا لا نعلم انها من القسم الاول او الثانى.

غاية الامر حصول مظنة بانها من القسم الاول من جهة القرائن المذكورة، والمظنة لا يكفى في المنع. اذ الصحيحة ناطقة باشتراط العلم بكونها محرمة، والعلم حقيقة في القطع والجزم لولم نقل بكونه حقيقة في اليقين. وكذلك ادلة اصل البراءة من

(١) الوسائل: ج ١٣، ابواب الوقف، الباب ٢، ح ١ و ٢.
(٢) الوسائل: ج ١٦، ابواب الاطعمة المحرمة، الباب ٦٤، ح ٢. وابواب الاطعمة المباحة، الباب ٦١، ح ١ و ٧. از ج ١٧

العقل والنقل، فهنا من باب " كل شئى نظيف حتى تعلم انه قدر " (١) و " كل ماء طاهر

حتى يعلم انه قدر " (٢) حتى انهم ربما يتأملون في كفاية شهادة العدلين في الحكم بالنجاسة. نعم ورد في الحلال والحرام رواية بجواز العمل بالبينة، مثل ما روى عن الصادق (ع) " كل شئى هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، وذلك مثل الثوب عليك قد اشتريته وهو سرقة، او المملوك عندك ولعله حر قد باع نفسه، او خدع فبيع، او قهر، او امرأة تحتك وهى اختك او رضيعتك، و الاشياء كلها على هذا حتى يتبين لك غير ذلك او تقوم به البينة. " (٣) والمفروض في مانحن فيه فقد البينة على انه مما لا يجوز التصرف فيه ايضا. وبالجملة هذا من شبهة الموضوع، وقد اتفق كلمة المجتهدين والاعباريين على ان الاصل فيها براءة الذمة والحلية. بل ويجعلها الاعباريون من الحلال البين. فان قلت: حمل المشكوك فيه على الافراد الغالبة قاعدة مسلمة مستفادة من العقل والعرف والنص وعليها يبنى كثير من الاحكام والاصول، منها الاستصحاب فان من جهة تتبع موارد ما ثبت انه يدوم بحسب استعداد الموضوع يحصل الظن بان كل ما ثبت، دام بحسب استعداده فيحكم في مورد الشك على مقتضى الحال السابق. وهو المسمى بالاستصحاب. ومنها حلية اللحوم والجلود في سوق المسلمين وان كان فيه غيرهم إذا كان الغالب هم المسلمين، كما نطق به موثقة اسحاق بن عمار (٤) واذا كان كذلك فلما استفاض كون بانى المدرسة من اهل السنة مضافا الى كون البلد الذى كان هو فيه من اهل السنة وهو من جملتهم، فيحصل الظن با نه كان منهم. وقرائن الحال تشهد بان السنى لا يرضى بتصريف الشيعى في ماله، سيما تعلم علوم الشيعة وسيما في علم الامامة وسيما في الطعن على الخلفاء واثبات الفوايح عليهم. فبالا استفاضة واللاحاق بالاغلب يحكم بتسنن البانى للمدرسة. وبقرائن الحال

-
- (١): الوسائل: ج ٢، ابواب النجاسات، الباب ٣٧ ح ٤.
(٢): الوسائل: ج ١، ابواب الماء المطلق، الباب ١ ح ٢ و ٥.
(٣): الوسائل: ج ١٢، ابواب ما يكتسب به، الباب ٤ ح ٤.
(٤): الوسائل: ج ٢، ابواب النجاسات، الباب ٥٠ ح ٥.

يعلم انه وضع المدرسة لاجل طائفة خاصة، وهم اهل السنة او اطلق في الوقف لطلبة العلوم ولكن اطلاقه ايضا ينصرف الى طلبتهم خاصة. فهذه القاعدة وهذه الظنون المقتبسة من الادلة الشرعية، حجج شرعية يقوم مقام العلم، كخبر الواحد الذى يرفع اصالة البراءة. واليقين السابق الذى لا يجوز نقضه الا بيقين كما ورد في الاخبار المستفيضة.

قلت: بعد ما ذكرنا لك سابقا لا يبقى وقع لهذا الاعتراض. اذ حصول الظن بكونه من اهل السنة لا ينافى اثبات الحل في ما جهل حاله. كما ان الظن بكون مجهول الشخص في بلاد الكفر كافرا مع احتمال وجود مسلم فيه بل اليقين بوجوده فيه لا يستلزم الحكم بنجاسة ما يلاقيه مع الرطوبة. لثبوت ان الاصل طهارة الملاقى حتى يحصل العلم بنجاسته. ولذلك يحكم بطهارة السكر المجلوب عن بلاد الكفر، ونحو ذلك، فظن الحاصل من الغلبة من جملة الظواهر، والظاهر قد يرفع الاصل و قد لا يرفعه ففي مسألة الطهارة والنجاسة لا يرفع الظاهر الاصل، للدلالة القائمة عليه. وفي اللحوم والجلود يرفعه. فان الاصل وان كان عدم التذكية ولكن الشارع جعل يد المسلم قائما مقام العلم بالتذكية، وهى من الظواهر. واكتفى في الحكم بكون اليد يد مسلم اذا اخذ من يد مجهول الحال، لكون غالب اهل السوق من المسلمين. وكذلك الاخبار المعتمدة التى هى من جملة الظواهر جعلها حجة في هذا المقام في رفع المنع عن التصرف في مال الغير مع الجهل با نه مال الغير، فحكم بحلية الاكل والشراء من مال اهل الظلم والسارقين والعشارين وامثالهم، مالم يعلم الحرمة بالخصوص. مع انه معتضد بالاصل من وجه آخر، وهو " اصالة البراءة عن المنع الا فى ما حصل اليقين ".

ومما ذكر ظهر الكلام في ما تمسكت به من القرائن. فان غايته افادة الظن، ولم يعتبر الشارع هنا الا العلم. غاية الامر ان البينة ايضا كافية من جهة النص، لو سلمناه ولا مسرح للاعتماد على غيره. مع انا نقول لو فرض ثبوت كونه من اهل السنة، ففي الاعتماد على شاهد الحال وان القرائن تدل على عدم الرضا بسكنى الشيعة فيها، اشكال من جهة ما ذكرناه في المقدمة الاولى، من ان عدم رضاهم

انما هو لاجل اعتقادهم ان الشيعة مبطلون وهم محقون، ومنعهم اياهم عن التصرف وعدم رضاهم بذلك انما هو في حال اذعانهم بذلك. بل لاجل اذعانهم بذلك. فلو ظهر بطلان اذعانهم عليهم تشهد حالهم بالرضا جزماً. ولو قيل لهم في هذا الحال " لو فرض كون اهل السنة على الباطل وهم على الحق، اما ترضون بهم " فيقولون " نرضى ولكن الفرض غير واقع ". فهم على هذا الفرض راضون. والمفروض وقوع الفرض؟؟ على هذا فالاستثناء الذى انما هو بشاهد الحال، يتبع شاهد الحال ومقتضى حاله في وقت الوقف، انه انما يستثنى مخالفه في المذهب (١) لاجل انه يدعنه مبطلا وقد قلنا في المقدمة ان الذى ينكر اباه ولا يعرفه، لا يشهد حاله بالاذن في دخول داره. بل يشهد بعدمه اذا عرف من حاله انه لا يرضى بدخول احد من الاجانب في داره ممن يدعنه اجنبياً. فالاستثناء على شاهد الحال هذه انما هو في حال اذعانه؟ ذلك كذلك في نفس الامر، لا مطلقاً؟. فلو علم ان اذعانه ذلك ليس على ما هو في نفس الامر، فلا يستثنيه البتة.

والمفروض ان المؤمن الشيعى ح يعرف بان اذعانه خطأ في نفس الامر، وهو مكلف بمعتقده، فيظهر له انه غير مستثنى على هذا التقدير. فهو داخل تحت عموم " الطلبة " الذى ورد الوقف عليه.

هذا اذا فرضنا ان الواقف وقف على طلبة العلوم بعنوان العموم، وادعى الاستثناء بشاهد الحال. واما لو فرضنا انه اخرجهم باللفظ بعنوان ان يقول " قد وقفت هذه المدرسة على اهل الحق من المسلمين اعنى اهل السنة دون غيرهم ". او اكتفى باهل الحق مدعنا بانحصارهم فيهم ففيه انه ايضا غير مضر. كما بيناه في المقدمة الثانية وانه من قبيل من نذر صوم يوم مولد النبي (ص) ويعتقد انه الثانى عشر فصام الثانى عشر معتقدا انه هو مولد النبي (ص). وكذلك لو وقف ضيعة لاجل انفاق مداخلها يوم مولد النبي (ص) وهو يعتقد انه الثانى عشر، ثم ظهر عليه بعد النذر انه هو اليوم السابع عشر. فالظاهر انه يجب عليه الصرف والصوم في السابع عشر. لان مراده هو مولد النبي (ص) وقد اخطأ في اعتقاده انه الثانى عشر. وكذلك لمن جاء

(١): فى الاصل: مخالفته فى المذهب.

بعد وفاته من المسلمين واراد صرف هذا الوقف، فهم يعملون على مقتضى الواقع من مولد النبي (ص) لا ما اعتقد هو كذلك.

فكذلك نقول في مانحن فيه: اذا وقف على اهل الحق من الطلبة معتقدا انحصارهم في اهل السنة، فاذا ظهر على الواقف خلافه حال حياته فيبدل الحكم، وكذلك من يريد سكناه من الشيعة فانهم يعلمون انه غلط في معتقده ان اهل الحق من هو، ولكنه اراد اهل الحق في نفس الامر ونحن نعرف انه من هو في نفس الامر.

نعم: ان ثبت انه وقف على طلبة اهل السنة من جهة اخرى وليس مراده اخراج الغير من جهة كونهم مبطلين، فلا نمنع الاختصاص. كما لو وضع مدرسة خاصة للنحويين ووقفها عليهم واخرى للصرفيين كذلك، واخرى للفقهاء كذلك. فلاريب انه يختص كل بما وضع له. كما صرح به في كلام الفقهاء من انه يتبع مقصود الواقف. وكذلك الرباط، بخلاف المسجد فلم يظهر منهم تخصيصه بقوم دون قوم.

ومن جميع ما ذكرنا يظهر انه لو علم ان الواقف قال " وقفته على طلبة المسلمين " يحمل على العموم ايضا. كما ذكرنا في المقدمة السادسة في حكم " مالو وقف المسلم شيئا على المسلمين " انه يصرف على اهل القبلة وكل مقرر بالشهادتين، الا المنكرين للضروري من الدين. وان قرينة المقام من ان الواقف انما يريد اهل نحلته من فرق الاسلام مع صحة ابقاء العام على العموم، لا يعارض اصالة الحقيقة وحمل قول المسلم على الصحة من عدم العصبية والتعنت على الوجه الذي ذكرناه.

الوجه الثاني: انها وقف بطلت مصلحتها. فيجب صرفها في وجوه البر (كما هو المشهور). لانه لو فرض انحصار الموقوف عليه في اهل السنة، واليوم ليس احد منهم في هذه البلدة ينتفع بها، فبطل رسم المصلحة المرادة منها، فالواجب علينا صرفها في وجوه البر. هذا تكليفنا اليوم ولا كلام لنا في تكليفهم. ونحن مكلفون بما نعتقده برا في الصرف. ولاريب ان سكنى طلبة الشيعة فيها من وجوه البر عندنا في نفس الامر، ولا يضر عدم كونه برا عندهم. لان الكلام في تكليفنا. هذا المطلوب

وان كان قد يتأمل في دليله ان جعل من باب " عدم انتفاء العام بانتفاء الخاص " فان الوقف على سكنى الطلبة الخاصة اذا انتفت خصوصيتها فيبقى مطلق سكنى الطلبة. هو مبنى على " عدم علية الفصل للجنس ". وهو خلاف التحقيق. و كذلك الكلام ان جعل من باب " الاستصحاب في الاجزاء العقلية "، ومن باب " ما لا يدرك كله لا يترك كله "، و " الميسور لا يسقط بالمعسور "، وامثال ذلك. فان الظاهر انها في الاجزاء الخارجية.

لكن يمكن الاستدلال عليه با نه احسان " وما على المحسنين من سبيل ". اما على القول بعدم خروج الوقف عن الو [ا] قف وبقائه في ملكه، فاحسان اليه. واما على القول بالانتقال الى الموقوف عليهم، فلا ريب ان اسكان طلبة الشيعة فيها موجب لعمارتها ولو بقيت بلا سكنة لخربت وعطلت بالمرّة فهذا احسان اليهم ايضا. واما على القول بالانتقال الى الله تعالى، فهذا احسن ما اراد الله تعالى. ويمكن الاستيناس لهذا الاستدلال بما اشتهر ايضا بينهم من ان " ما علم كونه وقفا ولم يعلم مصرفه يصرف في وجوه البر " وبنه عليه رواية أبي علي بن راشد " قال:

سألت ابا الحسن (ع): جعلت فداك، اشتريت ارضا الى جنب ضيعتى بالفى درهم. فلما وفرت المال خبرت ان الارض وقف. قال: لا يجوز شرا الوقوف، ولا تدخل الغلة في ملكك ادفعها الى من او قفت عليه. قلت: لا اعرف لها ربا. قال: تصدق بغلتها " (١)

الوجه الثالث: ان هذا مما اندرس فيه شرط الواقف. والامر متردد بين اختصاصه بطلبة اهل السنة. او الاعم. والقول بان الواقف انما اراد التخصيص بالاول او التسوية او الترتيب بمعنى انه جوز اسكان الشيعة بعد فقد اهل السنة، يحتاج الى دليل ومرجح. والاصل بالنسبة الى الكل مساو. فالتخصيص بالاول ترجيح بلا مرجح وكذلك الترتيب، فيبقى التعميم والتسوية. لا يقال المرجح هنا هو قرينة المقام. لانا قد بينا بطلانه سابقا فتامل جدا.

ثم اذ ظهر لك حال المدرسة المسؤول عنها وحكمها ودليلها على حسب

(١): الوسائل: ج ١٣، ابواب الوقف، الباب ٦ ح ١. - وفي التهذيب " الوقف " بدل " الوقوف ".

مقتضى الوقف ومساعدة الحال، فلا بأس ان نشير الى مافى كلمات السائل من الاشكالات والغفلات. وهى امور:

الاول: الاشكال الحاصل من جهالة حال الواقف بالخصوص والسؤال عن " إن الاصل في الانسان الكفر او الاسلام " ثم " الاصل في الاسلام الايمان او اعم ". والتحقيق انك ان اردت من الاصل، الاستصحاب واستمرار العدم الازلى، فهو لا يقتضى الكفر ولا الاسلام، بل الاصل عدمهما جميعا. اذ التحقيق ان الكفر امر وجودى اختياري من فعل المكلف. وان كان من جهة استمراره لعدم العقائد الحقة، السابق الازلى والالم يستحق العقاب، ولا يتوجه لزوم العتاب على الاطلاق، ولا يناسبه الوعيد الشديد انهم خالدون في جهنم، ذا لم يكن معهم الا العدم الازلى المستمر. مثل من كان في اقصى بلاد الكفر ولم يستمع باسم نبي ولا وصى ولا شرع ولادين، ولم يتفطن لوجوب تحصيل الشرائع.

غاية الامر انه حصل بفطرته وجود صانع في الجملة وان كان جسما متحيزا في السماء. فان مقتضى العدل وقواعد الامامية، قبح تكليف الغافل والجاهل بالمرّة، و [قبح] تكليف ما لا يطاق. والقول بعدم تحقق مثل هذا الفرض، والقول بان الله تعالى لم يبق احدا من عباده الا واوضح له جميع سبل الاسلام، مكابرة صرفة. وقد حققنا هذا المطلب في القوانين. فاذن نقول: الاصل عدم الكفر ايضا كما ان الاصل عدم الاسلام. وان الكفر امر وجودى وهو الانكار صريحا، او استمرار عدم الاعتقاد بالعقائد الحقة مسامحة ومجادلة.

واما ما ذكره بعض المتكلمين من انه " عدم الملكة ": فالظاهر انهم ارادوا عدمها بالنسبة الى الجنس القريب كالعمى للانسان دون العقرب. فالكفر عدم الاسلام ممن شأنه الاسلام من المتنبهين المتفطنين القابلين له بالفعل. لاعدمه ممن لم يبلغ هذه المرتبة ايضا. او ان مرادهم تعريف الكافر الذى يجرى عليه الاحكام الفقهية من النجاسة وحرمة المناكحة والذبيحة وجواز القتل والسبى، وغير ذلك لا الاحكام الاخروية من التعذيب والخلود في النار. فالآيات الواردة في العذاب انما هو للمقصرين، ولا استحالة في اثبات احكامهم الفقهية لغير المقصرين ايضا، كما حكم الله بنجاسة الكلب والخنزير من بين سائر الحيوانات. اذ تلك الاحكام من

الاحكام الوضعية المنوطة بالمصالح الخفية ولا ملازمة بينها وبين الكفر الذى يوجب العقاب.

الاترى ان الله جوز بيع العبد الصالح المؤمن المتقى وشراءه حتى من رجل فاسق فاجر. فليس جواز سبى الكافر بالمعنى الاول اعنى المصاحب للعدم الازلى الغير المقصر، اعظم من جواز بيع هذا العبد المؤمن الصالح. ومن ذلك ظهر فساد القول بان الاصل في المسلم التشيع او التسنن.

واما ما تمسك به اخيرا من القول بان الاصل الاسلام من اجل النصوص الواردة في " ان كل مولود يولد على فطرة الاسلام " (١) فالاصل بقاؤه على الفطرة فهو من غرائب القول. فان هذه الاخبار ليست على ظاهرها جزما. بل المراد منها اما الاستعداد والقابلية بمعنى انه لو لم يسنحه سانح من متابعة الاباء والامهات وحب طريقتهم والتجافي عن التخلية والانصاف، لاذعن - بعد الاطلاع على ادلة الكفر والاسلام - للاسلام ومال اليه، وليس بخبيث (٢) لا يقبل الاسلام، ولا مجورا بالكفر.

او المراد المفطورية بالاذعان بوجود الصانع او التوحيد في الجملة. واما فروع التوحيد من التجرد ونفى التحيز ونفى القبيح وتام الصفات وعينيتهما، فكلا. ولا ريب ان الاسلام ليس محض ذلك، بل هو مع فروع التوحيد والاذعان بالرسالة وخصوص الرسول والمعاد وخصوصا الجسماني. وليس ذلك كله فطريا، كما هو معاين.

وان اراد من " الاصل "، الراجح " فهو يمكن فيه اجراء الاصل، ولكنه متفاوت بتفاوت المقامات. فالراجح في البلد الذى اغلبه المسلمون، الاسلام. وفي ما اغلبه الكفار، الكفر. وهكذا...

الثانى: السؤال عن حال ثبوت الاسلام والكفر والتشيع والتسنن، بالاستفاضة وعدمه بل ولا بد فيه من العدلين: فاعلم ان الشهيد في القواعد نقل عن بعضهم انه " يثبت

(١): البحار ج ٦٧ ص ١٣٤. واورد تمامه فى سفينة البحار، فى حرف " ف " .

(٢): فى النسخة: " بحيث " ويحتمل صحته.

بالاستفاضة اثنان وعشرون: ١ النسب الى الابوين، ٢ الموت، ٣ النكاح، ٤ الولاية،
٥ العزل، ٦ الولاء، ٧ الرضاع، ٨ تضرر الزوجة، ٩ الوقوف، ١٠ الصدقات، ١١
الملك
المطلق، ١٢ التعديل، ١٣ الجرح، ١٤ الاسلام، ١٥ الكفر، ١٦ الرشد. ١٧ السفه،
١٨ الحمل، ١٩ الولادة، ٢٠ الوصاية، ٢١ الحرية، ٢٢ اللوث، (١) - قيل: والغصب
والدين والعتق والاعسار".

والعمدة في ذلك تحقيق معنى الاستفاضة، فانهم اختلفوا فيها، فعن كثير من
الاصحاب ان المعتبر منه ما يفيد الظن المتأخم للعلم. وعن بعضهم انه ما
يفيد العلم وعن بعضهم انه ما يفيد الظن المطلق. ولا يبعد الاكتفاء بالظن المتأخم.
اذ الظن الحاصل من ادنى مراتب البيينة ليس ظنا متأخما للعلم وهو حجة، فيكون
ما هو اقوى ظنا بمراتب شتى اولى بالحجية. وقد تمسكوا في خصوص كثير مما
جوزوا فيه العمل بالاستفاضة، بالعسر والحرج وعدم التمكن من اقامة البيينة ايضا.
و [قد يقال في] القدح في الاستدلال بالاولوية: بأنه انما يتم اذا كان حجية البيينة
انما هو من جهة حصول الظن المطلق، بل لعله كان تعبدا او لحصول الظن
الخاص. [هذا القدح] وان كان ممكنا لكنه يرد على القادح ان جمهور العلماء
يستدلون في اشتراط العدالة في الشاهد باية النبأ المعللة بقوله تعالى " ان تصيبوا
قوما بجهالة " المشعرة بان قبول قول العدل لاجل حصول الظن بصدقه، دون
الفاسق. ولذلك يجوز العمل بقول الفاسق بعد التثبت. فكيف يجتمع الاستدلال
بالاية في اشتراط العدالة في الشاهد مع القول با نه تعبدى. ولكن قد اوردنا عليهم
انه لا يجتمع الاستدلال بالاية على هذا المطلب مع استدلالهم بها على حجية خبر
الواحد، اذ المقصود في الاول حجية العدل الواحد في الجملة وان احتاج الى
التيمم بانضمام الاخر. وفي الثانى كفاية الواحد وان لم ينضم اليه آخر. وبيننا ان
الاقرب ابطال استدلالهم بها في الشهادة، وابقاؤها لحجية خبر الواحد. كما بيناه
في القوانين في مواضع، منها في اوائل مبحث " الاجتهاد والتقليد " في اثبات
حجية مطلق الظن. وكيف كان فعلى مختارنا من حجية مطلق ظن المجتهد

(١): فى النسخة: حرف " و " المكرر بدل الارقام من ١ الى ٢٢.

يترجح القول بحجية الاستفاضة وان قلنا بان العمل بالبيئة تعبدى. فان الظن القوى حاصل بجواز الاعتماد [على] هذا الظن. سيما اذا انضم اليه شئ آخر من العسر والحرص وغيرهما.

واما لو اعتبر العلم فلاريب في [عدم] حجيتها وجواز التمسك بها. واما مطلق الظن، فيشكل الاعتماد عليه.

الثالث: انه هل يصح الوقف من اهل السنة ام لا؟؟ لم؟ نقف على مايدل على فساده، بل الظاهر عدم الخلاف في الصحة، بل من الكافر ايضا، كما صرح به الفقهاء ولم يذكر احدهم في شرائط الواقف الاسلام والايمان، بل انما ذكروا البلوغ والعقل والقصد. مع انهم اختلفوا في " اشتراط نية القرية "

ايضا، وان كان الاظهر اشتراطها، وعدم تحققها من

الكافر ايضا محل كلام اذ لاينافى كفره قصد التقرب الى الله، اذليس كل كافر

منكرا لله تعالى، واما ما توهم ان الوقف عبادة وعبادات المخالفين باطلة على

المشهور فهو فاسد لان الوقف كونه عبادة بالمعنى المصطلح ممنوع اولاً، وثانياً ان

عمدة الدليل على بطلان عباداتهم انها غير جامعة لشرائط الصحة مثل الصلاة مع

الوضوء الذى يغسل فيه مايجب مسحه، والسجود على مالا يصح السجود عليه، و

اداء الزكاة الى غير اهل الولاية، ونحو ذلك، وهو مفقود في الوقف على الاطلاق.

الرابع: السؤال عن " الفرق بين السكنى والصلاة، وان اصل الاباحة يقتضى جواز

السكنى، واصالة عدم صحة الصلاة يقتضى البطلان "، فهو في غاية الوهن، اذ

الاشكال في صحة الصلاة انما هو من جهة مكان المصلى، فاذا ابحت له باصالة

الاباحة فلا يبقى اشكال في الصحة. والظاهر ان توهم السائل انما نشأ من قول

بعضهم " ان التمسك بالاصل لا يتم في مهية العبادات اذا كانت اسامى للصحيحة ".

وفيه - مع ان هذا الكلام غير تمام مطلقا وخصوصا على القول المختار من كونها

اسامى للاعم. والتحقيق انه يصح اجراء الاصل وان كانت اسامى للصحيحة ايضا كما

حققناه في القوانين - انما هو في اثبات نفس المهية واجزائها وشرائطها. و

المفروض عدم الاشكال في شئ منها. وأما الاشكال في نفس جواز التصرف في

المكان والاكوان التى قد يتحد في الوجود مع اجزاء الصلاة فهى ليست من حيث

هى من اجزاء الصلاة غاية الامران المكلف يوجددها في ضمنها. والاشكال في الصحة انما هو حين تحقق كونها غصبا وحراما، على المشهور بين الاصحاب. والمفروض ان الغصب منفى باصل الاباحة، فلم يبق ما يوجب التشكيك في الصحة، واما على المختار من " عدم استحالة اجتماع الامر والنهي اذا كان بينهما عموم من وجه "، فلا اشكال في الصحة من هذه الجهة ايضا.

الخامس: السؤال عن " كفاية ظن كون الواقف من المخالفين من جهة الغلبة، مع كون الاصل في العمل بالظن، الحرمة " فنقول: ان الظاهر كفاية هذا الظن، كما يستفاد من العرف والعادة والاحبار. ولا ريب في حجية هذا الظن. ولكنه لا يضر في ما نحن فيه. اذ اشتراط العلم في حرمة التصرف في المشتبه بالحرام السمتهاد من الادلة و الاحبار اقدمنا هنا على جواز التصرف وان ظننا با نه من المخالفين، بل وان علمنا با نه منهم، كما عرفت. والقول باصالة حرمة العمل بالظن مطلقا، غير تمام في النظر القاصر، وحققته في القوانين بقدر وسعى وطاقتى.

السادس: السؤال عن " الفرق بين المسجد والمدرسة " : الظاهر وجود الفارق، والامر في المسجد اسهل. سيما في المسجد الواقع في البلدة المسؤول عنها، من جهة عمل المسلمين والعلماء في الاعصار المتداولة والازمنة المتمادية من غير نكير. ويدل عليه تقرير الائمة عليهم السلام اصحابهم على الصلاة في مساجد المخالفين، بل امرهم بالصلاة معهم في مساجدهم من غير تفصيل وفرق بين ما كان بانيها منهم او من غيرهم، وترك الاستفصال في بعض الاخبار وعموم الاخبار. منها " قول الصادق (ع) لبعض اصحابنا حين قال له: انى لاكره الصلاة في مساجد هم. فقال: لا تكره فما من مسجد بنى الاعلى قبر نبين او وصى نبى قتل فاصاب تلك البقعة رشة من دمه فاحب الله ان يذكر فيها، فأد فيها الفريضة والنوافل واقض ما فاتك " . (١)

وفي رواية الحلبي سألته عن المساجد المظلمة ايكره القيام فيها؟ قال: نعم ولكن لا تضركم الصلاة فيها اليوم. ولو كان العدل لرأيتم كيف يصنع في ذلك " . (٢) و

(١): الوسائل ج ٣، احكام المساجد، الباب ٢١ ح ١.
(٢) المرجع، الباب ٩ ح ٢ - مع تفاوت يسير في بعض اللفاظ.

كذلك ما في معناها. ويويده الاخبار الدالة على جواز الصلاة في البيع والكنائس. و حسبك دليلاً على المقصود قوله تعالى " وأقيموا وجوهكم عند كل مسجد " (١)، فقد فسر بالتوجه الى الصلاة في كل مسجد يتفق كونه فيه وصلاة ما تيسر (٢) له من الصلوات. وقوله تعالى " انما يعمر مساجد الله من آمن بالله واليوم الآخر " (٣)، فان احد تفسيريه ان المراد بتعميرها، شغلها بالعبادة، وفي حصر عمارتها في الذين آمنوا بالله واليوم الآخر اشارة الى اختصاصه بهم، ولا ريب ان اهل الحق اولى بهذا الوصف من غيرهم. والمراد من الايمان بالله، الايمان به وبكتبه وبرسله و باوصيائهم.

وعن رسول الله (ص) " قال الله تعالى: ان بيوتى في الارض المساجد، وان زوارى فيها عمارها فطوبى لعبد تطهر في بيته ثم زارنى في بيتى فحق على المزور ان يكرم زائر (٤)، الى غير ذلك من الايات والاخبار، وعلى القول بانتقال الوقف الى الله - سيما في الجهات العامة - فالامر اوضح. وفي الايات والاخبار دلالة واضحة على الانتقال الى الله في خصوص المساجد.

وممن صرح بالفرق بين المسجد والمدرسة، العلامة (ره) قال في القواعد " لو وقف مسجداً على قوم باعياهم كالفقهاء (٥)، فالاقرب عدم التخصيص. بخلاف المدرسة. والرباط والمقبرة ". وقال في الايضاح " والاصح عدم صحة الوقف - يعنى في المسجد على قوم باعياهم - والفرق بينه وبين المدرسة والرباط، الاجماع على جوازه فيهما. ولان اسم المسجد لا يصدق حقيقة الامع العموم بخلافهما ". و لكنه قال في التذكرة " ولو جعل داره مسجداً او ارضه مقبرة او بنى مدرسة او رباطاً، فلكل احد ان يصلى ويعتكف في المسجد ويدفن في المقبرة ويسكن في

(١): ٢٩، اعراف.

(٢): فى الاصل: ماتهماً

(٣): ١٨، توبه.

(٤): الوسائل: ج ١، ابواب الوضوء الباب ١٠ ح ٤ و ٥. احكام المساجد، الباب ٣ ح ٥ والباب ٣٩، ح ١. وليس فيها

بعض

الجملات المنقولة فى المتن.

(٥) وفي الايضاح، ط، كوشانپور، الفقراء بدل فقهاء ولكن ما جاء به المصنف (ره) اصح.

المدرسة بشرط الاهلية وينزل في الرباط. ولا فرق فيه بين الواقف وغيره. ولو شرط في الوقف اختصاص المسجد باصحاب الحديث والراوى او بطائفة معلومة فالاقوى الجواز. عملا بمقتضى الشرط. وهو احد وجهى الشافعية المفتى به عند هم رعاية لشرط الواقف وقطعا للنزاع في اقامة الشرط، والثانى بطلان الشرط لان جعل البقعة مسجدا، كالتحرير، فلا معنى لاختصاصه بجماعة".

اقول: ولا يبعد ترجيح مختار التذكرة، للعمومات وقول العسكري (ع) " الوقوف على حسب ما يوقفها اهلها ان شاء الله " (١). وما ذكره في الايضاح من الادلة على القول الاخر، كلها مدخولة كما لا يخفى. ويتفرع على ذلك انه لو بنى احد مسجدا و جعل التولية فيه لاحد في نصب الامام ونحوه وشرطه في ضمن العقد، يجب اتباعه (٢)، لعموم قول العسكري (ع)، ولو شرط التدريس في المدرسة، لعلم، فالامر اوضح. وصرح به ايضا في التذكرة.

وبالجملة: يدل على جواز الصلاة في المسجد المسؤول عنه، مضافا الى ما ذكرنا هنا، بعض الادلة التى تقدمت في المدرسة. وظنى ان مسألة. المسجد خالية عن الشك والريب مبراة عن النقص والعيب. والله هو العالم بالشهادة والغيب. هذا ما سنح بالبال مع ضيق المجال ولبال البال، مكتفيا بما سمحت به القريحة الجامدة و الفطنة الخامدة. ولم يتيسر لى المراجعة الى الكتاب الاستدلالية والزبر المطولة لفقدتها. مع ان الظاهر من بعض المختصرات الحاضرة ان الكلام في هذه المسألة مما لم يستقص في كلماتهم ولم يتعرضوا لبيانها في مصنفاتهم؟ فالمرجو من الله عزوجل ان لا يؤاخذنى في التقصير، وان يقبل منى اليسير، ويعفو عنى الكثير، و ان يصلى على رسوله واهل بيته اولى العصمة والتطهير وسلم تسليما كثيرا. و كتبه مؤلفه المتفتقر الى الله الدائم، ابن الحسن ابو القاسم الجيلانى نزيل دار الايمان قم صينت عن التلاطم والتصادم. حين الاقامة في مشهد مولاي ابي الحسن الرضا عليه افضل التحية والثناء في آخر شعبان المعظم من شهور سنة

(١): الوسائل: ج ١٣، احكام الوقوف، الباب ٢ ح ١ و ٢.

(٢): راجع المسألة ٣٠ من هذا المجلد.

الف وماتین واربع عشرة من الهجرة الطاهرة. والحمد لله اولاً و آخراً و ظاهرها و باطنا. تمت الرسالة.

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

وقف صحیح است یا نه؟ -؟. و از زکات بری الذمه شده یا نه؟ -؟.
جواب: اظهر و اشهر جواز است، چون از جمله فی سبیل الله است. و احوط ترك آن است با وجود فقرا مستحقین. و هر گاه در اول قصد او در وقف این بوده که خود

منتفع شود مادام الحیات به دیگران ندهد، در صحت آن اشکال است. چون " منقطع الاول " (۱) است، و شاید اظهر بطلان باشد. و هر گاه در اول قصد صحیح بوده

و در آخر منع دیگران کرده، معصیت کرده است و لکن ظاهر براءت ذمه است در زکات، و حاکم شرع آن را از دست او میگیرد.

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

جواب: هر گاه مسجدی در شرف خرابی باشد و خوف تضرر از آن باشد، متوان آن را خراب کرد و از نو همان مجسد را ساخت. بلکه گشادتر هم متوان کرد. و اما

تیر و پرتوی [آن] پس هر گاه بسیار کهنه و ضایع است که قابل سقف پوشیدن نیست،

ظاهر این است که بی اشکال متوان تبدیل کرد به نو، که بفروشد و به قیمت آن نو بخزند. و اما اگر به همان نحو سابق متوان از آن منتفع شد، پس اگر معلوم است که آن تیر و پرتو وقف است چنان که زمین مجسد وقف است تصرف در آن ظاهراً صورتی ندارد. و اما هر گاه معلوم نباشد وقفیت آن، بلکه از باب تمليك مسجد و اباحه باشد چنان که غالب این است که عوام الناس خصوص تیر و پرتو را وقف نمکنند و صیغه وقف بر آن جاری نمکنند پس درین صورت ظاهر این

(۱): راجع به " منقطع الاول " رجوع کنید به مسئله شماره ۲۶، از همین مجلد.

(۲): به معنای دقیق این لفظ پی نبردم.

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

به بهتر و بلند تر از آنها.

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

جواب: ظاهر این است که جایز باشد، چون محض احسان است و مصلحت حال وقف و واقف در آن هست. خصوصاً در صورتی که وقف بودن خصوص آن زمین معلوم نباشد و محتمل باشد که محض اباحه باشد از صاحب آن برای رفع حاجت حمام. و بهتر این است که این امر را به اذن حاکم شرع بکنند. یعنی مجتهد عادل. ۲۴: سؤال: هر گاه کسی چند جلد کتاب از کتب فقه وقف کند بر اولاد نسلاً بعد نسل. و اتفاق افتد که در این طبقه هیچ يك از اولاد قابلیت فهمیدن آن کتابها و منتفع شدن از آنها را ندارند. و بعضی قصد فروختن آنها را دارند. میتوان خرید یا نه؟ - و هر گاه ببینیم که در صدد تزویر و حک کردن علامت وقف اند که بفروشند،

واجب است استنقاذ از دست آنها یا نه؟ -

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

آیا وقف " منقطع الاخر " است به این معنی که دیگر بعد از اولاد شرط نکرده است که اگر اولاد منقرض شوند وقف باشد بر سایر طلبه علوم؟ یا شرط کرده است؟ و به هر حال، اگر معلوم باشد که مقصود مطلق انتفاع است هر چند به اجاره باشد، پس میتوان از ایشان اجاره کرد و منتفع شد، و مادامی که اولاد باقی است ایشان را منع از انتفاع نمیتوان کرد. و ایشان را باید منع کرد از بیع. و حاکم شرع باید مراقب ایشان باشد. و همچنین مؤمنین از باب نهی از منکر. و هر گاه مقصود واقف منتفع شدن به مطالعه و درس بوده، در این صورت اگر از ما بعد اولاد ساکت است، از دو حیثیت منقطع الاخر است یکی از حیثیت عدم ذکر ما بعد اولاد بر فرض انقراض ایشان. و یکی از حیثیت عدم قابلیت انتفاع بر فرض بقای اولاد. و اما حاکم صورت اولی که ساکت از ما بعد است، پس (چون حقیقتاً هنوز آخر منقطع نشده که این را داخل انقراض موقوف علیهم کنیم و رجوع کنیم به اقوالی که در منقطع الاخر، هست) مگوئیم که ظاهر این است که مندرج میشود مسأله تحت مسأله " بطلان مصلحت وقف " که فقها ذکر کرده اند که مصروف میشود در مطلق وجوه بریا اینکه ملاحظه اقرب به مقصد واقف را، میکنند.

پس بنابر این میتوان داد آن کتاب ها را به سایر طلبه و علما که منتفع شوند. و هر گاه من بعد در میان اولاد کسی به هم رسد که آن قابلیت را داشته باشد، باز عود میکند وقف بر حال سابق. به جهت آنکه واجب است عمل به شرط واقف و بیرون رفت از این، آن زمان قلیل به دلیل، و باقی مانده باقی بر حال خود. و شهید ثانی (ره) در مسالك اشاره به این معنی کرده در آخر مسأله " بطلان مصلحت وقف ". و از آنچه گفتیم حکم صورت ثانیه ظاهر میشود به طریق اولی. یعنی جواز منتفع شدن موقوف علیه ما بعد اولاد، اولی به ثبوت است، نه استرداد از ایشان، و رجوع به اولاد بعد حصول ولد قابل مستعد. زیرا که در این معنی اولویت ممنوع است اگر چه ظاهر ثبوت حکم به جواز استرداد است به مقتضای شرط اول.

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

منافع این ملك يا باغ را به چه مصرف [باید] رسانند؟.

جواب: بدان که مشهور میان علما این است که هر گاه کسی وقف بر مصلحتی کرده باشد، و رسم آن مصلحت باطل و تلف شود، باید آن را صرف کرد در " وجوه

بر " مثل فقرا و مسجد و پل و غیر آن. و در مسالك گفته است که به منکری از برای

این حکم بر نخورده ام به غیر محقق در نافع که تردد کرده است در این. و هم چنین از این فهد در مهذب ظاهر میشود مثل این، چون قول را نسبت به مشهور داده. و بعد از آن وجه تردد محقق را ذکر کرده است. بعد از آن گفته است که این نادر است یعنی اعتنائی به این اشکال و تردد محقق نیست.

و به هر حال، آنچه در نظر ارجح و اقوی است قول مشهور است. و آنچه از برای مشهور ذکر کرده اند این است که " وقف از ملك واقف بیرون رفته و عود نمکند به

او، و مصلحت عامه در ضمن مصلحت خاصه موجود است. و به انتفا جز، کل منتفی نمیشود "... و این سخن هر چند خالی از اشکال نیست، نهایت، تتبع اخبار وصیت و حج و غیره و ملاحظه نظایر کافی است در اثبات این. خصوصاً با شهرت کذائی. و در بعض جواب مسائل و صایا تحقیق این مطلب را مستوفی کرده ام. و چون یکی از جمله تنبیهات بر این مطلب شاهد حال واقف است پس میتوانیم گفت که آنچه اقرب است به مقصود واقف از وجوه بر آن را مقدم دارد. مثل آن که وقف مسجد را در مسجد، و وقف حمام را در حمام، و هکذا... صرف کند.

و لکن مشهور تعمیم داده اند. و در مسالك تفصیلی داده است و آن این است که مصلحت مذکوره یا از جمله اموری است که غالباً منقرض میشود یا غالباً مستمر ممانند یا مشکوک فیه است. مثال اول: اینکه وقف کند مالی را بر درخت انگور یا درخت انجیر. مثال دوم: اینکه وقف بر چشمه آب مخصوصی که غالباً بر حال خود است، و اتفاق افتد که آب آن بالمره فرو رود. مثال سوم: اینکه وقف کند بر مسجدی یا مدرسه [ای] که در قریه کوچکی واقع باشد. پس در صورت اولی حکم منقطع الاخر خواهد داشت. یا این، بعض افراد منقطع الاخر است. پس رجوع میکند به مال واقف یا وارث او. با همان خلافتی که در محل خود مذکور است. و در صورت ثانیه حکم همان است که مشهور علما گفته اند. و در صورت ثالثه اشکال

کرده، نظر به استصحاب بقا، پس حکم مؤبد خواهد داشت. و نظر به شك در حصول شرط انتقال ملك كه آن " تأييد " است، پس شك در مشروط حاصل ميشود. پس اکتفا ميشود به همان قدر متيقن كه مدت بقای مصلحت است و باقی ممانند باقی در ملك مالك.

و بعد از آن اشکال کرده است در حکایت همین مسجد و مدرسه كه " این مصلحت از باب مصالح عامه است، و آن في الحقيقة وقف بر مسلمین است. پس به انتفای مصلحت خاصه مصلحت عامه منتفی نمیشود. پس صرف ميشود به سایر مصالح ایشان. یا صرف ميشود به اقرب مقصود واقف، الاقرب فالاقرب. " و لکن باز بر این اشکال کرده كه: بر این وارد است جایی كه جزما منقطع ميشود - در مصالح عامه - مثل اینکه وقف کند بر حمامی كه به جزم مداند كه آن را در این سال خراب خواهند کرد. به جهت آنكه همین دلیل در آن جاری است و هم حکم منقطع الاخر بر آن جاری است.

بعد از آن گفته است كه " مگر اینکه این حکم را - یعنی اجرای حکم منقطع الاخر را كه رجوع به واقف باشد علی الخلاف - مخصوص جایی کنیم كه از مصالح عامه نباشد. مثل وقف بر اولاد بدون ذكر چیزی دیگر از فقرا و امثال آن بعد ایشان. پس اگر فرض شود انقطاع اولاد، حکم منقطع الاخر دارد. و در مصالح عامه حکم، همان

است كه فقها گفته اند " . و بعد از این تفصیل باز توقف کرده است. و بعد از آن گفته

است كه: بدان كه هر گاه بعد بطلان رسم مصلحت و صرف در وجوه بر، عود کند مصلحت، باز وقف بر مگردد به شرط سابق. زیرا كه واجب است عمل به مقتضای شرط واقف، بیرون رفتیم از مقتضای آن، در حال بطلان رسم مصلحت، به دلیل، و باقی ماند باقی بر حال خود.

۲۶: سؤال: زید ملكی را وقف اولاد ذکور نماید، و حال اولاد ذکور منقرض شده اند. آیا این وقف منقطع لآخر، صحیح است یا نه؟ -؟ و بر تقدیر صحت، حال كه موقوف علیهم منقرض شده اند به ورثه واقف مرسد یا به ورثه موقوف علیهم مرسد؟ -؟ یا به اولاد ذکوری كه از اولاد اناث او به هم رسیده باشد؟. و هر گاه زید

ملكی را وقف کند بر خود و بعد از فوت خود بر اولاد خود یا بر فقرا صحیح است یا

نه؟ -؟.

جواب: تحقیق این مسأله موقوف است بر تمهید مقدمه و ذکر چند مطلب. اما مقدمه: پس این است که شرط است در صحت وقف " تأیید " و بر این تفریع کرده اند دو مسأله را یکی آنکه هر گاه تا مدتی وقف کند - مثل يك سال یا يك ماه -

باطل میشود یا نه؟ -؟ دوم اینکه هر گاه وقف کند بر کسی که منقرض میشود غالباً در عادت، مثل اینکه وقف کند بر اولاد ذکور خود و ساکت شود از بعد انقراض

آنها که در این نیز شرط تأیید نشده صریحاً، و مستلزم تأیید هم نیست. و از کلمات ایشان بر مآید تفاوت میان این دو مسأله چنان که ملاحظه میکنی عبارت قواعد را که در مسأله اول گفته است که " وقف وقوع نمیپذیرد " و در

دومی

اشاره به خلاف کرده و گفته است که " اقرب این است که واقع میشود به عنوان حبس " و همچنین محقق در شرایع. و همچنین ظاهر میشود فرق از غیر ایشان نیز. در اینجا قائل به صحت کم است. و در مسأله دوم قائل به صحت بسیار است. و شاید وجه فرق این باشد که چون تأیید در مفهوم وقف، داخل است، پس تصریح به اینکه " وقف کردم این خانه را بر فقرا تا يك سال " - مثلاً - مناقض قصد وقف حقیقی است در نفس الامر و در نظر واقف هر دو. و اما در صورتی که بگوید " این خانه را وقف اولاد کردم نسلاً بعد نسل و بطناً بعد بطن " - مثلاً - گاه است که مطلقاً متفطن احتمال انقراض اولاد نیست و به اعتقاد دوام میکند (و این اعتقاد هم پر استبعادی ندارد. چنان که جایز است وقف بر اولاد هاشم و سادات که هیچکس متفطن این نمیشود که شاید سادات منقرض شوند) پس این اگر مناقض وقف حقیقی باشد همان در نفس الامر خواهد بود و آن هم نظر به غالب، نه نظر به اعتقاد واقف بخلاف صورت اولی. پس گاه است که نظر جماعتی که تجویز کرده اند در صورت دوم، به کفایت قصد دوام و اعتقاد دوام باشد. و عمده سخن ایشان در مثل مثال مذکور، است و نادر است که کسی وقف کند بر زید تنها که کسی توهم کند که آن هم مثل وقف تا يك سال، است پس فرقی نیست. با وجود آنکه در اینجا فرق ظاهر است. هر گاه این را دانستی، پس بدان که در اینجا چند مطلب است:

مطلب اول: در ذکر مسأله اول: و ظاهر این است که مشهور در ان بطلان است. و از این زهره نقل اجماع بر آن، هم شده است. و لکن در مسالك گفته است " و اشتراط التأیید متنازع مشکوک فيه ". و همچنین فخر المحققین منع اشتراط کرده است. و دور نیست که مراد ایشان منع اشتراط باشد در معنی اعم از حبس، چنان که اول کلام مسالك شاهد آن است آن جا که گفته است " فلو قصد الوقف الحقيقي، و جب القطع بالبطلان، لفقد الشرط ". و همچنین علامه در تذکره منع اشتراط تأیید کرده در اینجا و لکن در مسأله بعد - که گفتار در رجوع آن است به واقف، یا به وارث او، یا به ورثه موقوف علیه، بعد انقراض موقوف علیه - گفته است که " حق، رجوع به واقف است یا به وارث او. به جهت آنکه في الحقيقة حبس است

به سبب انقراض ارباب او. پس مؤبد نمیشود و رجوع میکند به وارث واقف هر گاه خود او در حیات نباشد. چون بالکلیه از ملك او بیرون نرفته است. ". و کلام او در مختلف نیز به همین روش کلام تذکره است. و از این کلمات بر میآید که ایشان مسلم دارند اشتراط تأیید را در اصل وقف حقیقی. بلکه کلام مختلف کالصریح است. و به هر حال، اقوی در این صورت، بطلان وقف است. و قولی نقل کرده است در مسالك به اینکه باطل است در این صورت وقفیت آن لکن " حبس " مشود و این مختار محقق است در نافع و علامه در تحریر و شهید در دروس.

و دلیل ما در مسأله علاوه بر اجماع منقول اصل است، و عدم انصراف عمومات به وقفی که تصریح شود در آن به مدت، بلکه ظاهر آنها اعتبار تأیید است. چنان که از ملاحظه اخباری که در اوقاف ائمه علیهم السلام وارد شده است، ظاهر میشود. و باکی نیست که بعضی آن اخبار ذکر شود. مثل روایت ربعی بن عبد الله که در تهذیب و من لا یحضره الفقیه روایت شده از حضرت صادق (ع) " قال: تصدق امیر المومنین (ع) بدار له في المدينة في بنی زریق. فکتب: بسم الله الرحمن الرحیم، هذا ما تصدق به علی بن ابی طالب وهو حی سوی، تصدق بداره التي في بنی زریق، لاتباع ولا توهب حتی یرثها الله الذی یرث السموات والارض واسکن هذه الصدقة خالاته ما عشن وعاش عقبهن، فاذا انقضوا فهی لذوی الحاجة من

المسلمين " (۱) و سند صدوق صحیح است. و نزدیک به همین مضمون است روایت عجلان ابی صالح که در کافی و تهذیب مذکور است، و سند آن در تهذیب معتبر است. چون راوی از عجلان " ابان " است، و راوی از او " فضاله " است. و دور نیست که خود عجلان هم ثقة باشد. پس حدیث موثق یا صحیح، خواهد بود. (۲) و مثل آن است روایت عبد الرحمن بن ابی عبد الله و اخبار دیگر که طول نمدهیم به ذکر آنها، که از تتبع آنها ظاهر میشود که در مفهوم وقف تأیید معتبر است. و شیخ طوسی (ره) از این اخبار، اشتراط تأیید (را) فهمیده. چون استدلال کرده است بر عدم جواز بیع وقف به این اخبار. و شیخ مفید (ره) در آخر کتاب مقنعه دستور العملی نوشته است از برای قبالة ای که در شرعیات نوشته میشود. از جمله آنها مختصر کتاب وقف است. و آن صریح است در اینکه تأیید در ماهیت وقف درج است، و محل اشکالی نبوده است در نزد ایشان.

و همچنین از اطلاق لفظ " صدقه " بر وقف در اخبار ظاهر میشود که وقف از اقسام صدقه است. و اصل در صدقه تأیید است. و مثل عمری و سکنی، به دلیل خارج است اگر مسلم باشد صدق صدقه بر آنها. و وقف را بعضی تعبیر کرده اند از آن، به " صدقه جاریه ". و در اول کتاب وقف دروس گفته است " وهو الصدقة الجارية ". و صدقه جاریه که در اخبار وارد شده علما آن را تفسیر کرده اند به وقف، و

علامه در تذکره گفته است (قال رسول الله - ص - : اذا مات ابن ادم انقطع عنه عمله الا من ثلاثة ولد صالح يدعوله وعلم ينتفع به بعد موته وصدقة جاریة - رواه العامة. قال العلماء المراد بالصدقة الجارية الوقف " . و همچنین نسبت این قول را ابن فهد در مهذب به علما داده.

و اما دلیل قول به اینکه " باطل نمیشود بلکه از باب حبس خواهد بود " - چنان که

(۱): التهذیب: ج ۲ ص ۳۷۱. والفقیه: ج ۲ ص ۲۹۳. والوسائل: ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۶ ح ۴.
 (۲): الکافی (الفروع): ج ۲ ص ۲۴۵. التهذیب ج ۲ ص ۳۷۱. الوسائل ابواب احکام الوقوف، الباب ۶ ح ۳

در مسالك گفته است - این است که مقتضی موجود است یعنی صیغه وقف که صلاحیت حبس را هم دارد، چون حبس و وقف مشترك اند در معنی و هر يك قائم مقام دیگری متوانند شد. پس چنان که هر گاه حبس را مقارن تأیید بگویند وقف خواهد بود، همچنین هر گاه صیغه وقف را مقارن عدم تأیید بگویند حبس خواهد بود. و این را پسندیده است. و بعد از آن گفته است که: لکن این در وقتی تمام می شود که قصد حبس کرده باشد. و اما هر گاه قصد وقف حقیقی کرده است واجب است قطع به بطلان آن. چون شرط آن مفقود است که تأیید باشد. و ممکن است استدلال بر این قول به صحیحه علی بن مهزیار که در کتب ثلاثه روایت شده است: " قال: قلت: روی بعض موالیک عن آبائك عليهم السلام ان كل وقف الى وقت معلوم فهو واجب على الورثة، وكل وقف الى غير وقت جهل مجهول فهو باطل مردود على الورثة. وانت اعلم بقول آبائك عليهم السلام. فكتب (ع): هكذا هو عندی " (۱). و روایت محمد بن الحسن الصفار که در تهذیب روایت شده است و علامه در خلاصه تصحیح سند آن کرده است " قال: كتبت الى ابی محمد الحسن (ع) أسأله عن الوقف الذی یصح کیف هو، فقد روی ان الوقف اذا كان غیر موقت فهو باطل مردود على الورثة، واذا كان موقتا فهو صحیح ممضی، قال قوم: ان الموقت هو الذی یدکره فیه انه على فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساکین الى ان یرث الله الارض ومن علیها، وقال اخرون: هذا موقف اذا ذکرانه لفلان وعقبه مابقوا، ولم یدکر فی اخره للفقراء والمساکین الى ان یرث الله الارض ومن علیها، والذی هو غیر موقت ان یقول هذا وقف، ولم یدکر احدا، فما الذی یصح من ذلك؟ وما الذی یبطل؟ فوقع علیه السلام: الوقوف بحسب ما یوقفها اهلها ان شاء الله " (۲).

و در کتب استدلالیه فقها که در نزد حقیر هست مثل تذکره ومهذب وتنقیح و مسالك، در هیچ يك ندیده ام که استدلال به این دو حدیث کرده باشند. و شاید

(۱): الوسائل: ابواب احکام الوقوف، الباب ۷ ح ۱ - الاستبصار: ج ۴ ص ۹۹ - الکافی (الفروع): ج ۲ ص ۲۴۴ - الفقیه: ج ۲ ص ۲۸۹.
(۲): المرجع، ح ۲ - التهذیب: ج ۲ ص ۳۷۱.

وجه آن باشد که شیخ در تهذیب بعد نقل روایت علی بن مهزیار گفته است که " مراد از موقت در این دو حدیث این نیست که مدت مذکور باشد به جهت اینکه در

وقف تأیید شرط است و هر گاه مقید به وقت معینی باشد باطل است، بلکه مراد این است که موقوف علیه مذکور باشد بر نهجی که در روایت محمد بن الحسن مذکور است ". و گفته است که " این متعارف بوده است که وقف موقوف مگفته اند و این را

مخواسته اند، ودلالت مسکند بر این روایت محمد بن الحسن الصفار ". پس به این سبب دلالت روایت متشابه میشود. چون شیخ اعرف است به اصطلاح و عرف اصحاب حدیث. هر چند در اینجا میتوان گفت که متبادر از موقت، تعیین وقت است. و مجرد اینکه از حدیث دوم بر مآید که استعمال شده است موقت در معنی مذکور، باعث این نمیشود که آن حدیث را از حقیقت خود بیرون کنیم. با وجود اینکه استشهاد به آن حدیث هم نفعی به شیخ ندارد، به جهت اینکه جواب معصوم (ع) در آخر حدیث، دلالت بر مطلب شیخ ندارد که بطلان توقیت واشترط تأیید است. و لکن میتوانیم گفت که محمد بن الحسن الصفار که از اعظام فضلاء است از اصحاب ائمه، در این مقام نقل قول ارباب روایت را در معنی " توقیت " منحصر در ذکر موقوف علیهم کرده است. و با وجود این دیگر اعتمادی به اراده معنی لغوی در حدیث علی بن مهزیار باقی نماند، خصوصاً با انضمام قول شیخ به آن.

و حاصل مراد شیخ در نظر احقر این است که صحیح نیست که مدت ذکر کنند از برای وقف، هر چند آن وقف جامع شرایط باشد، و ذکر موقوف علیه شده باشد. مثلاً فقرا را مصرف وقف کردن بر سبیل اطلاق، صحیح است. چون منافات با تأیید ندارد. و اما اگر بگویید " وقف فقرا کردم تا ده سال " شیخ این را باطل میداند، چون منافات با تأیید دارد، پس مراد از موقت در روایت علی بن مهزیار موقت به این معنی است که ترك ذکر موقوف علیهم نشده باشد، خواه اکتفا شده باشد به جماعتی که غالباً منقرض میشوند، یا بعد آنها ذکر شده باشد کسی که منقرض نمیشود غالباً. پس آنچه صحیح نیست آن است که موقوف علیه هیچ مذکور نباشد که لفظ " جهل مجهول " با تأکید در روایت علی بن مهزیار دلالت دارد بر آن.

به جهت آنکه ترك موقوف عليه غالبا مورث جهالت در مدت و موقوف عليه (هر دو) هست. پس گویا جهل بحت است.

و بنا بر این، وجه استدلال شیخ به روایت محمد بن الحسن الصفار بر " اشتراط تأیید و بطلان توقیت " نیز واضح میشود. به جهت آنکه امضای وقوف به حسب جعل واقف ممکن نیست الا در آنچه مجهول بحت نباشد، و در آنجا ممکن نیست عمل به مقتضای وقف واقف. پس گویا مراد امام (ع) این است که بنا بر هر يك از هر

دو قول که نقل کرده است محمد بن الحسن، وقف صحیح است، و به مقتضای آن باید عمل کرد. هر چند به عنوان حبس باشد. پس از اینجا معلوم شد که مذهب شیخ در مسأله اولی، یعنی توقیت مدت معین، بطلان است. و در مسأله دوم، یعنی هر گاه موقوف عليه ممن ینقرض غالبا باشد صحت است.

و بدان که: آنچه شهید ثانی (ره) در مسالك گفته است در آخر کلام، در نظر حقیر تمام نیست. به جهت آنکه بنا بر اینکه در وقف حقیقی دوام و تأیید شرط باشد، چنان که قطع کرده است به آن در اینجا، و ظاهر هم این است چنان که بیان کردیم، پس اگر بحث و کلام در صورت ملاحظه قصد است، که اگر قصد وقف حقیقی کرده باطل است جزما. و اگر قصد حبس کرده، در آن خلاف است بعضی گفته اند صحیح است و بعضی گفته اند باطل، پس نزاع در این صورت در یکی از دو

چیز خواهد بود: یا اینکه اصل عقد حبس، مشروع است و صحیح است یا نه؟ - یا اینکه بر فرض تسلیم صحت (چنان که ظاهرا در آن خلافی نیست) آیا با این لفظ مجازی میتوان عقد حبس را به عمل آورد یا نه؟ - یعنی به لفظ " وقف " با قرینه توقیت.

و اینها هیچ يك لایق بحث علما نیست. اما اول: پس به جهت عدم خلاف در آن ظاهرا. و اما ثانی: پس به جهت آنکه شکی نیست که این لفظی است مجازی با قرینه. و استعمال آن در معنی مجازی با قرینه، محل اشکال معتد به، نیست. و تحقیق در نزد حقیر این است که باید نزاع در مجهول الحال باشد. یعنی جائی که شخصی گفته باشد " وقفت داری علی الفقراء سنة " و مرده باشد. نمیدانیم که آیا مراد او وقف حقیقی بوده یا حبس. یا آنکه خود در حیات است و لکن به خاطر ندارد

که چه قصد کرده بوده است. این لایق انظار علما است. چنان که نظیر این در کتب فقهیه در مباحث ایمان و ندور و غیره بسیار است.

پس این لفظ قابل این است که وقف غلطی کرده باشد، چون معتقد این بوده که این وقف است و قابل این است که بر سبیل مجاز گفته باشد و حبس خواسته باشد. مرجح اول " اصل عدم علم به مسأله " است و " اصل عدم خروج ملك است از

مالك ". و مرجح دوم " حمل فعل مسلم بر صحت " و اصل و ظاهر در اینجا متعارض

مشوند. و دور نیست ترجیح ظاهر بر اصل. و این دو روایت هم مؤید مشوند. پس هر گاه معلوم باشد که قصد او وقف بوده، حکم مسکنیم به بطلان. و هر گاه دانیم مقصود حبس بوده، حکم مسکنیم به صحت آن. و در مجهول الحال، اظهر صحت است به عنوان حبس.

مطلب دوم: در ذکر مسأله دوم است. یعنی اینکه وقف کند بر " من ینقرض غالباً " پس مذهب مفید و شیخ وابن جنید و سلار وابن براج وابن ادریس و علامه در چند کتاب خود، و محقق و سایر متأخرین، صحت وقف است. و شیخ در مبسوط و خلاف نقل کرده است قولی به بطلان از اصحاب. و همچنین محقق در شرایع، و غیر ایشان. و معلوم نیست که قائل این قول کیست. و علامه در مختلف و فخر المحققین در ایضاح بعد از آنکه نسبت قول به صحت را به جماعت سابقه داده اند، نسبت قول به صحت به عنوان حبس را به ابن حمزه داده اند. پس بنابر این ظاهر مشود که جماعت سابقین آن را وقف حقیقی بدانند و صحیح بدانند. و ابن حمزه آن را صحیح بدانند و حبس بدانند. و این مختار علامه است در قواعد و ارشاد. و آن قول دیگر که قول به بطلان است این است که " نه وقف است نه حبس و باطل است " چنان که در ایضاح تصریح به آن کرده. و در

تحریر همان دو قول را نقل کرده، یعنی صحت وقف و بطلان وقف، و ظاهر او توقف است. و به هر حال صریح کلام ایضاح این است که اقوال در مسأله سه قول است. و قول جماعت مذکوره، صحت به عنوان وقف، است. و لکن بعضی را گمان آن است

که مراد جماعت هم حبس است. و دور نیست که چنین باشد نظر به اینکه تأیید شرط است در وقف حقیقی در نزد جمهور چنان که بیان کردیم.

و از کلام مقدماتی ظاهر میشود که خلاف در بطلان وقف حقیقی، نیست. و گفته است که دو قولی که شیخ در مبسوط نقل کرده است یکی صحت بر سییل حبس است و دوم بطلان". و گفته است که "وعليه الفتوى" یعنی که بنای فتوی بر صحت

حبس است. و اقوی در نظر حقیر هم صحت است بر سییل حبس. پس مهم بیان دلیل مسأله است: دلیل قول اول (یعنی صحت وقف حقیقی) چند چیز است: اول، اصل. دوم اینکه وقف نوع تملیکی است و صدقه ای است پس تابع اختیار مالك است. و سوم اینکه اگر شرط شود تمليك اخري در تمليك اولی، لازم میآید تقدم معلول بر علت او. و روایت ابی بصیر که در حکایت وصیت سیده النساء صلوات الله علیها وارد شده (۱) که آن حضرت وصیت فرمود در مورد هفت باغی که

داشتند از برای حضرت امیر المؤمنین (ع)، بعد از آن از برای حضرت امام حسن (ع)

و بعد از آن از برای امام حسین (ع) بعد از آن از برای اکبر اولادش، و ساکت شدند از ما بعدش. و به عموم قول عسکری (ع) "الوقوف علی ما یوقفها الواقف". (۲) و در همه این دلایل بحث هست.

اما دلیل اول: پس مگوئیم: اگر مراد اصل براءت است، معارض است به "اصل عدم صحه". و اگر مراد عموم است، اخبار وقف منصرف به "غیر مؤبد" نمیشود و وقف مذکور ممنوع است و همچنین اگر مراد عموم "اوفوا بالعقود" (۳) است. اما دلیل دوم: پس میتوان منع جواز رخصت مالك را کرد به عنوان عقد شرعی لازم. و الا لازم میآید که او هم شارع باشد. با وجود اینکه ظاهر تمليك، تأیید است و عمری و سکنی و حبس به دلیل خارجی بیرون رفته. و اما دلیل سوم: پس اینکه ما نمگوئیم که تمليك اخري علت تمليك اول است. بلکه مگوئیم شرط تمليك اول، بیان مصرف بعد از آن است. و اما روایت: پس بعد تسلیم سند، بر آن وارد است که آن معلوم نیست که وقف باشد. بلکه

(۱): وسائل: ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۱۰ ح ۱.
(۲): وسائل: ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.
(۳): آیه ۱ سوره مائده.

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

حتی یردا علی الحوض. (۱)

و اما دلیل چهارم: پس این نیز ممنوع است. چون معلوم نیست که این وقف باشد.

و اما دلیل قول به " صحت به عنوان حبس " : پس، از آنچه پیش گفتیم در مسأله اولی ظاهر مشهود. و تحقیق همان است که گفتیم که نزاع در جایی است که معلوم نباشد قصد و حال. یا معلوم باشد همین معنی که قصد او نقل منافع ملك خود است به اولاد خود (مثلا). هر چند نداند که شرط وقف تأبید است. یا غافل است از این معنی که ممکن است که اولاد منقرض شوند. یا اینکه نداند که این از جمله وقف نیست و حبس است. والحاصل اگر علم دارد که وقف به این نحو وقف حقیقی نیست، و با وجود این قصد وقف حقیقی کند، باطل است. و اما اگر جاهل است به مسأله وقف یا مداند که این حبس است و به این لفظ مگوید، و ما نمیدانیم که کدامیک از اینها بوده است، در همه صورت حبس است و صحیح. و جهالت مسأله در اینجا مضر نیست. به جهت آنکه از اخبار بر مآید و از فتاوی علما که چنین چیزی حبس است. اما اخبار پس مثل صحیحہ عمر بن اذینه که در کتب مشایخ ثلاثة مذکور است " قال: كنت شاهدا عند ابن ابی لیلی وقضى في رجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم يوقت وقتا. فمات الرجل فحضر ورثته ابن ابی لیلی وحضر قرابته الذی جعل له غلة الدار. فقال ابن ابی لیلی: اری ان ادعها علی ما ترکها صاحبها. فقال محمد بن مسلم الثقفی: اما ن علی بن ابی طالب (ع) قد قضی في هذا المسجد بخلاف ما قضیت. فقال وما علمك؟. فقال: سمعت ابا جعفر محمد بن علی (ع) یقول: قضی علی (ع) برد الحبیس وانفاذ المواریت.

(۱): قسمتی است از حدیث معروف " ثقلین ". رجوع کنید به بحار: ج ۲۳ ص ۱۰۴ به بعد که به طرز مکرر با سندهای متعدد آمده است.

فقال له ابن ابى لیلی: هذا عندك في كتابك؟ قال: نعم. قال: فارسل واتنی به. فقال له محمد بن مسلم: علی ان لا تنظر من الكتاب الا فی ذلك الحدیث، قال: لك ذلك. قال: فاحضر الكتاب واره الحدیث عن ابی جعفر "ع" فی الكتاب فرد قضیته ". (۱) وصدوق (ره) بعد نقل این روایت گفته است "والحبس كل وقف الی غیر وقت معلوم. وهو مردود علی الورثة".

و روایت عبد الرحمن جعفی که در کتب ثلاثه مروی است. سند او معتبر است، چون راوی از او عبد الله بن مغیره است. و خود او هم خالی از مدحی نیست: " قال:

كنت اختلف الی ابن ابی لیلی فی موارث لنا ليقسمها، و كان فیہ حبیس و كان يدافعی، فلما طال شكوته الی ابی عبد الله (ع) فقال: او ما علم ان رسول الله (ص) امر برد الحبیس و انفاذ الموارث. قال: فاتیته ففعل كما كان یفعل. فقلت له: انی شكوتك الی جعفر بن محمد (ع) فقال لی کیت و کیت. قال فحلفنی ابن ابی لیلی انه قال ذلك، فحلفت له فقضى لی بذلك ". (۲) پس ظاهر شد از روایات که اصل حبس، صحیح است و آن عبارت است از حبس عین بر انسانی، یا بر راه خدا علی الاطلاق یا با تعیین مدتی. هر چند فرق ما بین اقسام آن باشد چنان که بعد بیان خواهیم کرد.

و اما فتاوی علمای: پس ظاهر این است که اصل حبس اجماعی است و خلافی در آن نیست در میان اصحاب. پس در صورت مذکور که وقف کرده است بر "من ینقرض غالبا" قرینه موجود است که وقف حقیقی نیست. پس امر مردد است ما بین اینکه قصد وقف حقیقی کرده باشد به عنوان غلط، یا مراد او حبس حقیقی باشد به نصب قرینه، یا اینکه قصد حبس بدون قصد تأیید کرده باشد و نداند که حقیقت آن چه چیز است. اصل مقتضی بطلان وعدم خروج از ملك مالك است رأسا و ظاهرا. و حمل فعل مسلم بر صحت مقتضی حمل بر حبس است. و این اظهر و ارجح است از اول.

(۱): وسائل: ج ۱۳، احکام السکنی و الحبیس، باب ۵ ح ۱.

(۲): همان مرجع، ح ۲.

و از آنچه گفتیم معلوم شد دلیل قول به بطلان رأساً. و آنچه ذکر کرده اند در دلیل؟ ایشان این است که: وقف، شرط آن تأیید است و در صورت مزبوره شرط متحقق نیست. و این که این وقف منقطع است پس وقف بر مجهول خواهد بود. [و] وقف بر

مجهول باطل است. و جواب از شرط تأیید را دانستی که آن شرط وقف حقیقی است، نه شرط وقف مجازی که حبس است. و جواب از جهالت، این است که در اول امر موقوف علیه معلوم است. و بعد از انقطاع، موقوف علیه متحقق نیست که معلوم باشد یا مجهول، بلکه بر مسگردد به وارث، چنان که خواهیم گفت. و بدان که: علما در مقام ذکر خلاف، بعضی دو قول ذکر کرده اند و بعضی سه قول ذکر کرده اند. اما در مقام ذکر دلیل، همان دو دلیل را ذکر کرده اند: دلیل قول بر صحت، و دلیل [قول] بر بطلان. و این شاهد بر این است که هر کس قائل به صحت است باید قائل به حبس باشد، و مسامحه کرده اند در اطلاق وقف بر آن. چنان که از کلمات ایشان در آن مسأله و مسأله بعد ظاهر میشود و اشاره به بعضی آنها کردیم. و گویا باعث بر مسامحه ایشان این است که ثمره معتد به نیست ما بین صحت آن موقوفاً یا حبساً، مگر در نیت، یا در نذر و ایمان، مثل اینکه نذر کند که چیزی به مصارف وقف برساند، یا به مصارف حبس برساند. و امثال اینها. همچنانکه در فرق ما بین نذر و عهد و ثمرات آنها که نادر است. و لکن این منشاء اتحاد و رفع اثینیت نمیشود. و بسیاری از ابواب فقه در مصداق متشابهند و در مهیت مختلفند، و این هم از جمله آنها است.

مطلب سوم: بیان حکم ما بعد انقراض موقوف علیه مذکور است که آیا راجع میشود به واقف اگر زنده باشد، و به وارث او، اگر مرده باشد؟ و یا راجع میشود به ورثه موقوف علیه؟ یا آنکه صرف میشود در وجوه بر؟ اکثر اصحاب (چنان که در مسالك تصریح کرده) قائل اند به اول. و مذهب مفید وابن ادریس قول دوم است. و علامه در تحریر هم تقویت آن کرده است. و قول سوم از ابن زهره است. و علامه در مختلف تقویت آن کرده. و از مسالك ظاهر میشود که این خلاف بنابر قول به صحت آن وقف است بر سبیل وقف حقیقی. و اما بنابر قول به حبس پس شبهه [ای] نیست که راجع میشود به واقف یا وارث او. همچنانکه بنابر قول به

بطلان هم از ملك وارث (۱) بیرون نرفته است. پس بنا بر آنچه تحقیق کردیم سابقا که بطلان وقف حقیقی اتفاقی است (چنان که از بعضی ظاهر مشهود) یا قول اکثرین است، [این] مسأله محض فرض مشهود. یعنی بر فرض محالی که وقف صحیح باشد راجع مشهود به واقف یا وارث او. یا اینکه مراد اکثرین در اینجا همان بیان اصل فتوای ایشان است در اینجا، و این متمم بیان حبس بودن است. نه اینکه بر فرض حبس بودن متواند شد که راجع شود به غیر واقف و وارث او. زیرا که معنی حبس همین است که رجوع کند به مالك یا وارث او.

و به هر حال، حق قول اول است. به جهت استصحاب بقای ملك وعدم خروج از ملك مالك بالکلیه. و وقف مزبور متناول به اشخاص معینی است و تعدی به غیر نمکند. و بنا بر اینکه دانستی که این حبس است که اشکالی نیست. چون معنی حبس همین است. و روایتی که از حکایت ابن ابی لیلی نقل کردیم دال بر آن است. و در این مقام استدلال کرده اند به قول عسگری (ع) نیز که فرموده است "الوقف علی حسب ما یوقفه اهله" (۲) و این بنا بر سخن مسالك که "نزاع بنا بر قول به

وقفیت است" تمام نیست. به جهت آنکه وقف بودن این مسلم نیست تا این حدیث شامل آن باشد. مراد از این حدیث این نیست که جعل مهیت وقف به دست واقف است، و الا لازم مآید که واقف شارع باشد. بلکه مراد این است که وقفی که شارع بیان کرده است و مصارف آن را بیان کرده است و اختیار انحاء مختلفه مصارف و کیفیات آن را رخصت داده است واقف هر کدام را که اختیار کرد و بنا بر آن گذاشت، از آن نمیتوان تجاوز کرد.

ودلالت میکند بر قول مختار روایت جعفر بن حنان که خالی از اعتبار نیست. چون راوی از او حسن بن محبوب است، و معتضد است به عمل اصحاب و نظر و اعتبار. و آن این است "قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل اوقف غلة له علی قرابته

(۱): از ملك واقف ظ صح.

(۲): الوسائل ج ۱۳، کتاب الوقوف، باب ۲ حدیث ۱ و ۲.

من ابيه وقرابته من امه واوصى لرجل ولعقبه ليس بينه وبينه قرابة بثلاثمائة درهم في كل سنة، ويقسم الباقي على قرابته من ابيه وقرابته من امه. فقال: جائز للذى اوصى له بذلك. قلت: ارأيت ان لم يخرج من غلة الارض التى وقفها الاخمسمائة درهم. فقال: اليس في وصيته ان يعطى الذى اوصى له من الغلة ثلاثمائة درهم ويقسم الباقي على قرابته من ابيه وقرابته من امه؟ قلت: نعم. قال: ليس لقرابته ان يأخذوا من الغلة شيئا حتى يوفوا الموصى له ثلاثمائة درهم، ثم لهم ما يبقى بعد ذلك. قلت: ارأيت ان مات الذى اوصى له. قال: ان مات كانت الثلاثمائة درهم لورثته يتوارثونها بينهم، فاما اذا انقطع ورثته فلم يبق منهم احد كانت الثلاثمائة درهم لقرابة الميت يرد ما يخرج من الوقف، ثم يقسم بينهم يتوارثون ذلك ما بقوا وبقيت الغلة. [قلت: فللورثة من قرابة الميت ان يبيعوا الارض ان احتاجوا ولم يكفهم ما يخرج من الغلة؟ قال: نعم اذا رضوا كلهم وكان البيع خيرا لهم باعوا]. (١)

وجه استدلال اين است كه ظاهر حديث اين است كه وصيت به وقف شده است، و اگر نه از برای ورثه موصى چیزی نبود (٢)، چنان كه در مختلف و ايضاح تصريح به

آن شده. پس اشكال در دلالت حديث هم خوب نيست. و از خلاف نقل شده است كه دلالت مىكند بر اين قول چند روايت.

و اما دليل قول دوم: پس اين است كه وقف ناقل ملك است از واقف، و عود او محتاج است به دليل. و اين كه موقوف عليه مالك مشود وقف را پس منتقل مشود به وارث او. و اين كه در بطون ما قبل انقراض به مطلق وارث آن بطن نمدهند، بلكه به همان كه واقف گفته مدهند، مثل ذكور فقط، آن به جهت جعل واقف است. و ايضا وقف صدقه است و صدقه عود نمىكند. و بر همه اين مقدمات راه منع باز است چنان كه در حبس مسلم است، و همچنين در عمرى و سكنى كه از افراد صدقه اند.

(١): وسائل: احكام الوقوف، باب ٦ ح ٨.

(٢): زيرا اگر وصيت به مال بود از برای آن مرد وعقب او پس در حين انقراض بايست مال امام باشد كه وارث من لاوارث

له است پس وجهى نبود از برای رد به ورثه موصى. منه ره

و اما دلیل ابن زهره: پس این است که ملك منتقل شده است از واقف، و عقد وقف شامل ورثه موقوف علیه نیست. و مقصود واقف هم نقل به آنها نیست. و صرف به " وجوه بر " اقرب اشیاء است به مقصود واقف. و ضعف این قول ظاهر است.

و بدان که: خلاف کرده اند در اینکه بنابر قول به رجوع به ورثه واقف، آیا معتبر ورثه او است در روز انقراض موقوف علیه مثل " ولاء "؟ یا مراد ورثه او است از روزی

که مرده است، و همچنین به ترتیب پائین مآید تا روز انقراض -؟ و ثمره خلاف ظاهر میشود در جایی که واقف بمیرد و دو پسر داشته باشد، و بعد از آن یکی از پسرها بمیرد و از از پسری بماند پیش از انقراض موقوف علیه. پس بنابر قول اول باید به همان پسر باقی مانده داد، و بنابر قول دوم او و پسر برادرش هر دو شریک اند. شهید ثانی در مسالك ترجیح قول اول داده. و شهید در دروس قول اول را نقل کرده به عنوان " قیل " و قول ثانی را بر سبیل احتمال ذکر کرده، و ظاهر او " توقف " است، مثل شهید ثانی در شرح لمعه. و مقدار در تنقیح تقویت قول ثانی کرده. و شاید این قول ارجح باشد، چون ملك از واقف بالکلیه منتقل نشده و حق آن متعلق است به آن مال و همان حق به وارث او در حین موت منتقل میشود و همچنین تا زمان انقراض موقوف علیه. بیش از این نیست که مادامی که موقوف علیه منقرض نشده ممنوع اند از تصرف. حمل بر " ولاء عتق " قیاسی است مع الفارق.

مطلب چهارم: هر گاه کسی ملکی را وقف کند بر خود، باطل خواهد بود. خواه بعد از خود کسی را ذکر کند که وقف بر او صحیح باشد، یا نه، اما بطلان وقف نسبت به خود او: پس در آن خلافتی ظاهر نیست، و ابن ادریس دعوی اجماع بر آن کرده است، و ظاهر تذکره هم این است.

و در مسالك نفی خلاف کرده، بلکه از تذکره ظاهر میشود که جایز نیست که شرط کند واقف که بخورد چیزی از میوه های آن وقف، یا منتفع شود به آن. و خلافتی نقل نکرده مگر از بعض عامه. و بعض اخبارهم دلالت دارد بر این. مثل روایت علی بن سلیمان بن رشید، و روایت طلحه بن زید. و صاحب کفایه استدلال به دو حدیث صحیحی (که بعد ذکر خواهیم کرد) نموده و دلالت آن ممنوع است. و

ایضا: وقف تمليك واقف است و ادخال در ملك موقوف عليه. و تمليك انسان بر نفس خود و ادخال منفعت بر او، یا تجدید ملك با وجود ثبوت آن، بی معنی است و مخالف در مسأله بعض عامه است.

و اما بطلان آن نسبت به غیر - هر گاه بعد از خود وقف کند بر غیر - پس آن را " منقطع الاول " مگویند (چنان که آن دو قسمی که در دو مسأله پیش مذکور شد، [را] منقطع الاخر مگفتند) و در آن دو قول است و اظهر بطلان است. ظاهر آن است که قول اکثر اصحاب است. و مقتضای اصل هم بطلان است. و قول دوم صحت است و دلیل ایشان عموم " او فوا بالعقود " و امثال آن، و خصوص قول عسکری (ع) " الوقف علی حسب ما یوقفها الواقف " [است] و دلالت هر دو ممنوع است. چون عقد وقف بر مجموع واقع شده، و بعد از بطلان بعض آن عقد، وقف بر حقیقت خود باقی نیست.

و بنا بر قول به صحت، خلاف کرده اند که آیا منافع آن را در اول عقد به آن غیر مدهند؟ یا به موت واقف؟ و دلیل واضحی بر هیچکدام نیست. خصوصا بر اولی. و با بطلان اصل صحت حاجتی به ترجیح مسأله نیست و در حکم وقف بر نفس خود، است حکم وقف بر هر کی [که] قابل وقف نیست. مثل میت و مملوک. و اگر عکس این باشد، یعنی وقف کند بر اولاد برادرش (مثلا) و بعد از آن بر خودش پس این داخل منقطع الاخر است. و حکم آن گذشت که اقوی در آن این است که صحیح است به عنوان حبس بر همان غیر.

و اگر در این صورت مذکوره، وقف کند بعد از خودش بر غیر، پس این " منقطع الوسط " است. و حکم این مثل سابق است. یعنی محبوس است بر اول و در ما بعد باطل است. و هر گاه در اول و آخر وقف کند بر کسی که صحیح نیست، و در وسط

ذکر کند کسی را که صحیح است - مثل اینکه وقف کند بر میت و بعد از آن بر زید و

بعد از آن بر عبدی - پس این " منقطع الطرفین " است. و صحت آن نیز دلیلی ندارد. و اگر عطف کند غیر را بر خود مثل اینکه بگوید " وقف کردم این را بر خودم

و پسر " مثلا. پس در آن سه وجه است: بطلان، و صحت نسبت به غیر در نصف، و صحت نسبت به غیر در تمام.

وجه اول این است که واجب است اخراج وقف از خود، چنان که پیش گذشت. و ظاهر اخراج وقف تمام آن است. و مفروض این است که تمام را اخراج نکرده. و مفروض این است که تمام را وقف کرده نه بعض را، و وجه صحت [نسبت به غیر در نصف] این است که داخل منقطع الاول نیست. به جهت آنکه در اول محل صحیح دارد. و عمومات وفای به عقود و شروط و خصوص روایت عسکری (ع). و دلالت آنها ممنوع است، به جهت آنکه مفروض این است که عقد بر

مجموع وارد شده، و جزء که باطل شد پس این خود همان عقد نخواهد بود که وفا به آن لازم باشد.

و توجیه صحت در نصف به اینکه "عقد به هر يك واقع شده نه مجموع من حیث المجموع"، نفعی ندارد در دفع این معنی که "عقد بعد حکم به بطلان بعض، تمام عقد، نیست." و این که صحیح مدانیم بیع را در مملوک - هر گاه با بیع مملوک و غیر مملوک را به صفقه واحده فروخته باشد - به سبب دلیل خارج است از اجماع و اخبار.

و اما وجه صحت نسبت به غیر در تمام: پس این در نهایت ضعف است. و خلاف مدلول کلام واقف است.

و هر گاه بگوید "وقف کردم بر خودم و فقرا" پس کلام در آن نیز همان است. بلی در اینجا در صحت، سه احتمال است: یکی تنصیف، یعنی نصف را به فقرا بدهند. چون مقتضای عطف، شرکت بینهما، است. و نصف که باطل شد نصف فقرا به جا ممانند. و دوم اینکه: صحیح باشد در سه ربع. چون فقرا جمع است و اقل جمع سه است و با خود واقف چهار نفر میشوند. و يك ربع که حصه اوست باطل است. و سوم صحت است در کل، و مثل وقف واقف است بر خود، به شرط کردن قضای دین خود، یا گذرانیدن معاش و مؤنه خود از آن وقف، و ظاهراً خلافی در این هم نباشد، (به غیر ظاهر کلام ابن جنید که خواهیم گفت) و این شرط خلاف مقتضای عقد است. چون مقتضای آن اخراج از خود است به نهجی که دیگر حقی از برای او در این باقی نباشد.

و اما اگر شرط کند اینکه اهل و عیال او از آن بخورند، جایز است. چنان که منقول

است از فعل پیغمبر (ص) و حضرت فاطمه (ع). و ظاهراً فرقی ما بین واجب النفقه و غیر نباشد. و در این صورت نفقه واجب النفقه ساقط میشود. و همچنین جایز است شرط کردن اکل ناظر و متولی، و این که بخوراند به دیگران. و در مسالك تصریح کرده به اینکه هر گاه واقف خود متولی باشد هم جایز است که بخورد، و این از باب

شرط نفع از برای خود نسیت. و صاحب کفایه در خوردن خود تأمل دارد. و بدان که: در این مقام اشکالی هست، و به سبب آن بعضی از مردم تردید میکنند. مثلاً "ملکی را وقف میکنند بر اولاد و شرط میکنند که تولیت آن مادام الحیات با واقف باشد و بعد از وفات با ارشد اولاد، و شرط میکنند نه [و نیم] عشر منافع آن مال واقف باشد به حق التولیه، و نیم عشر را به اولاد بدهند. و بعد از موت نیم عشر را به ارشد اولاد بدهند به حق التولیه و تتمه را میان اولاد قسمت کنند". و گمان حقیر این است که این صحیح نباشد. زیرا که آنچه از کلام فقها و اخبار ظاهر میشود دو مطلب است: یکی اینکه جایز است که واقف تولیت را مادام الحیات از برای خود قرار بدهد. دوم اینکه جایز است که شرط کند که متولی از منافع وقف بخورد و بخوراند. و از این دو مطلب نتیجه گرفته اند که هر گاه شرط

کرده باشد واقف که هر کس متولی باشد از برای او باشد که بخورد و بخوراند، [پس] جایز است برای واقف (هر گاه خود متولی باشد) اینکه بخورد و بخوراند. و بعضی هم در این صورت در جواز خوردن واقف تأمل کرده اند.

و تو مدانی که مقتضای این کلمات این است که شرط اکل که مجوز است از برای متولی از حیثیت اینکه متولی است مسلم است، نه از حیثیت اینکه خود واقف، متولی باشد. و کلام فقها متفق است در ادای این مطلب به همین قدر که "جایز است که شرط کند از برای متولی وقف اینکه بخورد و بخوراند و هر گاه اتفاق

افتد که واقف متولی باشد از برای او همین که برای مطلق متولی قرار داده برای او هم هست". و در هیچ جا ندیدم که تجویز کرده باشند که واقف در وقتی که متولی

باشد جایز است که از برای خودش هر چه خواهد قرار بدهد از حیثیت اینکه خود متولی است. و شکی نیست که این از جزئیات آن مسأله است که اخراج وقف را از خود نکرده، و خود را شریک کرده. بلکه شریک اعظم. بلکه موقوف علیه در حکم

عدم شده بلکه از " جواز شرط حق التولیه " چنین فردی متبادر نمیشود. و ما نحن فیه از قبیل این است که وقف کند بر فقرا و خود فقیر شود. یا بر فقها و خود فقیه شود. بلکه ظاهر این است که فرقی نیست ما بین اینکه در حال عقد فقیر یا فقیه باشد، یا بعد بشود.

بلکه در مسالك از شهید نقل کرده قول به اینکه هر گاه شرط کند دخول خود را در فقرا، صحیح نخواهد بود. چون اخراج از خود، نکرده. و این سخن را پسندیده است، و بسیار خوب کرده و هر گاه شرط کرده باشد اخراج خود را، به سبب شرط بیرون مرود. و هر گاه مطلق فقرا باشد جایز است. (۱) چون وقف بر جهت عامه است و او خود داخل آنها است. و ابن ادریس که اصل حکم را منع کرده، به ملاحظه قاعده " اخراج وقف از نفس خود " [کرده است]. و اقوی قول مشهور است.

و آنچه ما تحقیق کردیم در مسأله (و بیان کردیم بطلان آن حیل و تزویر را) مستفاد میشود از کلام فقها، و لکن محتاج است به تأمل دقیق و فکر عمیق. و در اینجا ما عبارت تذکره را ذکر میکنیم تأمل کن در آن تا بفهمی. و آن این است " وان شرط آن يأكل المتولی علی الوقف شیئا منه او یطعم صدیقا، جاز. وان ولیها الواقف کان له ان یا کل ویطعم صدیقه عملا بالشرط. ولا یكون ذلك شرط النفع علی نفسه ". و قبل از این باز در تذکره در مقام رد بر بعضی قائلین به جواز " وقف بر نفس خود و اشتراط نفع بردن خود از آن " چون که استدلال کرده اند

به اینکه " هر گاه وقف کند شخصی بر جهت عامه مثل مسجد و آب انبار، جایز است

که خود منتفع شود از آن "، گفته است به این عبارت " و دخوله فی الوقف العام لیس بالقصد الاول " یعنی در وقف عام واقف به قصد اول وبالذات خود را قصد نکرده، و انتفاع خود را شرط نکرده بلکه مقصود او انتفاع مسلمین است. و لازم آن مافند بالتبع و به قصد ثانی دخول خود در آن. چون از جمله مسلمین است. پس خود مقصود بالعرض است.

(۱): یعنی: اگر بر " مطلق فقرا " وقف کند و برخورداری خودش را شرط نکند. در اینصورت خودش نیز در کنار فقرا میتواند برخوردار شود.

پس در مانحن فیه دخول متولی در جواز انتفاع نیز باید به قصد ثانوی و بالعرض باشد. یعنی از حیثیت آنکه داخل در کلی " متولی " است. نه اینکه بالاصاله و به قصد اول مقصود باشد، مثل ما نحن فیه.

بلی از کلام علامه در مختلف ظاهر مشهود اینکه ابن جنید مخالف است در مسأله جواز شرط انتفاع واقف از وقف. و این عبارت او است " قال ابن الجنید: ولا باس ان يشترط الواقف تطوعا لنفسه ولمن يوليه بعده صدقته، الاكل لثمرتها اولقيمتها اذا لم يجعل له تغيير اصلها وجنسها وکان آخرها الى ابواب البر من المساكين وغيرهم. وجماعة من اصحابنا منعوا من عود نفع الوقف الى الواقف وقالوا لا يجوز له ان يشترط ادرار مؤنته ولا الانتفاع به. لانها صدقة فلا يجوز عود نفعها اليه. للاحاديث الدالة على المنع منه ".

و این قول مهجور است و موافق مذهب عامه است. و غایه امر این است که نسبت ما بین " دلیل جواز انتفاع متولی با شرط از وقف " عموم و (دلیل) عدم جواز شرط منتفع

شدن واقف از آن و لزوم اخراج از خود) عموم من وجه باشد. و شکی نیست که ادله ثانی اقوی است از ادله اول. بلکه دلیلی بر اول نیست الا عموم حدیث عسگری (ع)

و عموم " المؤمنون عند شروطهم "، و آن عام مطلق است، و ادله منع شرط انتفاع و عدم اخراج از نفس؟، خاص مطلق، و خاص مطلق مقدم است بر عام. و اما هر گاه واقف شرط کند که اگر محتاج شود وقف عود کند به او، پس در آن خلاف است. و اکثر علما ظاهرا (چنان که از مسالك وغيره ظاهر میشود) قائل به صحت اند. و از جمله ایشان است سید مرتضی که دعوی اجماع امامیه کرده است بر آن. و جمعی دیگر قائل به بطلان اند، که از جمله ایشان ابن ادریس است و او هم دعوی اجماع کرده است. و اظهر قول اول است به جهت اجماع منقول و ظاهر عمومات وفای به عقود و شروط، و روایت عسگری (ع) " الوقوف بحسب ما يوقفها الواقف ". (۱) و خصوص صحیححه اسماعیل بن فضل هاشمی - یا موثقه او، به سبب ابان بن عثمان " عثمان " قال سألت ابا عبد الله (ع) عن الرجل يتصدق ببعض ما له في حياته

(۱): وسائل: احكام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.

في كل وجه من وجوه الخير وقال: ان احتجت الى شئ من مالي او من غلته فانا احق به. إله ذلك وقد جعله لله كيف يكون له؟ فاذا هلك الرجل يرجع ميراثا او صدقة؟ قال: يرجع ميراثا على اهله". (١)

وصحيحه ديگر اسماعيل بن الفضل - که باز ابان در سند او هست - " عن ابي عبد الله (ع) قال: من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت اليها فانا احق بها، ثم مات الرجل، فانها ترجع الى الميراث. (٢) و وجه استدلال اين است که معنی رجوع به ميراث اين است که پيش از موت داخل صدقه بوده است و وقف بوده و مال او نبوده. و بعد مردن، اين مال بر مگردد از وقف بودن و حبس بودن، و داخل مالي ميشود که از او ميراث مبرند.

و گاه است که توهم اين شود که سؤال راوی از صحت اين وقف بود در حال حيات. پس هر گاه اين را جواب از حال مال بعد موت بگيريم، جواب مطابق سؤال نميشود. پس حمل مکينم جواب را بر معنی مجازی که با بطلان بسازد، و حکم ما قبل موت و ما بعد، همه ظاهر شود. پس مراد از " يرجع ميراثا " اين است که آن مال از ملکيت او بيرون نرفته اصلا. و اين توهم دوری است. به جهت اینکه اين مجاز کمال بعد دارد، و لفظ را از حقيقت بيرون بردن بدون ضرورت و جهی ندارد. و به همين اشاره که از لفظ " رجوع " مستفاد ميشود به او جز بيانی، جواب از صحت وقف و حبس بودن و ميراث بودن بعد موت، همه ظاهر ميشود. و مؤيد آن است صحيحه دومی که در آن سؤالی مذکور نيست و همان کلام امام (ع) مذکور است که معلوم ميشود از اعتبار قيد اخير که لفظ " ثم مات الرجل " باشد، اینکه حکم " فانها ترجع الى الميراث " از برای حکم ما بعد موت است و در ما قبل آن اشکال نبوده.

وعدم اشکال و احتياج به ذکر آن قيد، يا به سبب ظهور بطلان در حال حيات بوده و اشکال در بعد ممات بوده، يا به سبب ظهور صحت و حبس بودن در حال حيات

(١): التهذيب ج ٩ ص ١٤٦

(٢): التهذيب ج ٩ ص ١٥٠

است و اشکال در بعد موت است. و اول بیوجه است، به سبب اینکه با ظهور بطلان،

مال بر حال خود باقی است و میراث مشود، دیگر حاجتی به بیان نیست. پس باقی ماند ثانی. و به هر حال اشکال در دلالت روایت خوب نیست. خصوصاً با اعتضاد به فهم اصحاب، و عمومات ادله، و اشتها عمل.

و دلیل قول به بطلان، اجماع منقول از ابن ادریس است و آن معارض است با اجماع سید و شاید آن اقوی باشد. چون اقرب است به زمان معصوم و این که این شرط باطل است، به جهت آنکه مخالف مقتضای عقد است و به بطلان شرط، مشروط هم باطل می شود. و بر این وارد است منع اینکه مطلق عقد وقف منافی با این شرط است و نظیر این است اشکالی که جمعی از محققین کرده اند مثل شهید ثانی در مسأله " شرط عدم اخراج زوجه از بلد " در عقد نکاح، و آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) و آقا جمال الدین محمد خوانساری (ره) در مسأله " شرط تضمین در ضمن عقد اجاره " ورد کرده اند بر کسانی که این را باطل میدانند، چون مخالف مقتضای عقد است.

و حاصل بحث این است که آنچه مقتضای عقد نکاح است این است که زوجیت اقتضای تسلط بر اختیار زوجه در مکان، ندارد. نه این که مقتضای عقد عدم جواز عدم تضمین، من کند. پس آنچه مسلم است در مانحن فیه این است که عقد وقف، اقتضای جواز شرط رجوع عند الحاجة را نمکند، نه اینکه اقتضای عدم شرط رجوع میکند. و اما توهم اینکه مقتضای عقد وقف، دوام و تأیید است و این منافی آن

است، مندفع است به اینکه: مسلم از مقتضای عقد وقف، مطلق دوام است نه دوام مطلق. پس دوام بر دو قسم است: دوام با شرط رجوع عند الحاجة، که تحقق آن ممکن است به عدم عروض حاجت که منتج جواز رجوع باشد. و دوام مطلق یا مقید به عدم شرط رجوع. و استدلال کرده اند نیز به آن دو حدیث صحیح که مذکور شد به تقریبی که گفتیم، و ظاهر شد ضعف آن. و مقدار در تنقیح استدلال کرده است از برای این قول به اینکه وقف صدقه است و هیچ صدقه در آن رجوع جایز نیست، و این دو مقدمه هر دو اجماعی اند. و

بر این وارد است که عمری و سکنی و حبس نیز صدقه اند و بی شبهه در آنها رجوع هست. و تحقیق این است که اینکه در صدقه رجوع جایز نیست، مسلم است. لکن باید دید که مراد چه چیز است؟ آنچه مفهیم این است که رجوع در صدقه جایز نیست مادامت صدقه. و هر گاه مسلم شد که صدقه اقسام دارد، بعضی الی نهاییه و بعضی الی غیر النهاییه و بعضی مطلق، پس در صدقه (ای) که مغیبی است به غایتی، قبل از غایت آن در آن رجوعی نیست، نه بعد غایت هم.

و هر گاه در ما نحن فیه احتمال این باشد که این " صدقه به غایت " است - بلکه ظاهر این است که آن باشد - چگونه دعوی اجماع می شود بر عدم جواز رجوع، و حال آنکه اگر این قسم اجماعی بود، خلاف معظم علما و دعوی اجماع سید مرتضی بر خلاف آن، چه معنی داشت؟ و به هر حال، اقوی این است که این عقد صحیح است و شرط صحیح است. و لکن حبس است نه وقف. و هر گاه حاجت

رو داد متواند رجوع کرد و بعد رجوع مال او میشود، و بعد موت میراث میشود. و بدان نیز: که هر گاه حاجت رو نداد تا مرد، باز حبس است و داخل میراث است. چنان که مقتضای آن دو حدیث است. و این قول جمعی از علما است. و قول

دیگر این است که هر گاه حاجت رو نداد تا فوت او در رسید، یا با حاجت رجوع نکرد، وقف بر حال خود مستمر است. به سبب اینکه مقتضای صحت شرط، این است که عمل شود به مقتضای آن و مقتضای عقد. پس هر گاه به مقتضای شرط، واقف رجوع کرد وقف باطل میشود. و اگر رجوع نکرد و مرد، وقف بر حال خود خواهد بود به مقتضای عقد. و این قول سید مرتضی است و علامه در مختلف. و در مسالك گفته است که این سخن خوب است اگر به روایت عمل نکنیم، و الا قول اول بهتر خواهد بود. و لکن دانستی که عمل به روایت باید کرد. پس اقوی قول اول است.

و بدان که: اشکال کرده اند در اینکه آیا محض حصول حاجت، موجب بطلان میشود؟ یا محتاج است به اختیار و فسخ از واقف؟ ظاهر عبارت اکثر علما این است - چنان که از مسالك ظاهر میشود - که به مجرد حصول حاجت باطل میشود وقف، و عودی میکند مال به او. و احتمال دارد که منفسخ نشود و محتاج باشد به

فسخ، چنان که شأن اغلب شروط این است که تسلط به فسخ حاصل میشود. و معهود از شرط هم این است. و دور نیست که بگوئیم که روایت هم ظاهر در این است هر چند بعضی ادعا کرده اند که ظاهر در اول است. و وجه ظهور در آنچه ما گفتیم این است که مراد از کلمه " احق " سزاوارتر و اولی به تصرف، باشد. یعنی هر تصرفی که خواهد بکند. خواهد مالک شود، و خواهد آن را به حال خود بگذارد. و راه خیال دیگران گویا این باشد که کلمه " احق " از بابت " اولو الارحام بعضهم اولی ببعض " باشد. و این خلاف ظاهر لفظ است هر چند گاهی در آن معنی هم استعمال میشود، بلی آن سخن خوب است هر گاه حدیث را دلیل قول به بطلان شرط بگیریم، و از کلمهء " یرجع میراثا " به تأویلی که گذشت این معنی را بفهمیم.

و تو دانستی که این نیز خلاف ظاهر است. و مراد از آن حال بعد وفات است، نه حال حیات.

و بدان که: لفظ حاجت را در روایت، بعضی به استحقاق زکات تفسیر کرده اند، چون او را محتاج مگویند. و بعضی گفته اند کسی است که قاصر باشد مال او از قوت يك شبانه روز. و بعضی به اینکه سؤال کند از غیر. و اظهر رجوع به عرف است

که در عرف بگویند که فلانی محتاج است به اینکه در این وقف تصرف کند. پس گاه است که مستحق زکات است و از شأن او زکات گرفتن است و بی مضایقه است

در آن، و کسی هم هست که همه ساله از وجه زکات کفایت او را مدهند، در عرف

او را نمگویند محتاج است به تصرف در این وقف. و گویا غافل شده اند از اینکه در حدیث کلمه " الیها " بعد " احتجت " مذکور است، و فرق است ما بین حصول نفس احتیاج و حصول احتیاج به تصرف در شیء خاص.

و بدان که: صحت این شرط منافات ندارد با " اشترط تنجیز " که در وقف شرط شده است. و ظاهراً خلافی هم در آن نیست. و تنجیز دو معنی دارد: یکی آنکه معلق نکند وقف را به شرط یا وصف. مثال اول " وقف کردم این را اگر زید آمده باشد ". و [مثال] دوم اینکه " وقف کردم این را اگر آفتاب طلوع شود ". که آمدن زید

ممکن است که در ظرف حصول بیاید و ممکن است که نیابد، بخلاف طلوع آفتاب که جز ما طلوع خواهد شد. و اما اگر بگوید " وقف کردم این را اگر امروز جمعه

باشد " و مفروض این باشد که می داند که جمعه است، در صحت این اشکال نیست. و کلام در سایر عقود هم همین است. و معنی دوم تنجیز این است که شرط خیار فسخ در آن نمیتوان کرد. و بنابر این مگوئیم که این شرط از جمله شروط مستثنی است به نص.

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

جواب: مشهور علما جواز است مطلقا. بلکه علامه در مختلف از شیخ در مبسوط نقل کرده که خلافتی در مسأله نیست. و از ابن زهره نیز نقل شده است این معنی. و وجه آن این است که این وقف بر اشخاص معین متصفین به این وصف نیست، و از این جهت است که قبول ایشان شرط نیست هر چند ممکن باشد. و تقسیط آن بر جماعت واجب نیست، بلکه جایز است که به بعضی دوز بعضی داده شود. و این را " وقف بر جهت " مگویند، یعنی مراد واقف مراعات حال جهت فقر یا جهت علم و امثال آن است، نه آن اشخاص. و ابن ادریس مخالفت کرده است نظر به " اشتراط اخراج وقف از نفس خود ". و چون عمده دلیل آن اجماع است و آن

در ما نحن فیه ممنوع است، و اگر نگوئیم که خلاف آن اجماع است. و از بعضی اخباری که دلیل آن مسأله بود حکم این را نمفهمیم، دیگر راهی از برای منع علی سبیل الاطلاق، نیست.

بلی از شهید (ره) قولی به تفصیل نقل شده. و آن این است که " خود شریک است با آنها مگر اینکه در اول قصد دخول خود کرده باشد، یا قصد منع خود کرده باشد ". (۱) و شهید ثانی این را پسندیده است. و تعلیل کرده است اول را به اینکه وقف بر خود میشود، و ثانی را به آنکه نیت او مخصوص عام است، و متابعت شرط واقف لازم است، به جهت روایت عسکری (ع). (۲) و این دور نیست. و شاید نفی

(۱): فتوای خود میرزا (ره) نیز همین بود.

(۲): وسائل: ابواب احکام: الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.

خلاف که حکایت کردیم و [نیز] شهرت فتوی، قطع نظر از این صورت بوده که قصدی داشته باشد بالخصوص. و علامه در مختلف تفصیل دیگر داده و آن این است که هر گاه وقف بر مصالح عامه شده مثل مسجد و کاروانسرا و امثال آن، جایز است

که خود در آنجا نماز کند یا ساکن شود. بخلاف آن که بر علما یا فقرا (مثلا) وقف کرده باشد. و این قول ضعیف است.

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

جواب: ظاهرا خلافی در بطلان وقف، نیست در صورت اول. و از مسالك و کفایه ظاهر میشود که اجماعی است. و اما در صورت ثانیه: پس ظاهر جواز است. و عموم روایت عسگری (ع) (۱) دلالت بر آن دارد.

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

جواب: اولاد حقیقت است در ولد صلیبی. و هر گاه عرف خاصی نباشد که از آن فهمیده شود ولد ولد، از مقتضای حقیقت بیرون نمیتوان رفت. و چون گفته است "نسلا بعد نسل" از آن جهت تعدی میکنیم به اولاد اولاد. و لکن میگوئیم که مراد اولاد ذکوری است که از اولاد ذکور به هم رسد، به جهت آنکه متبادر از اولاد ذکور

"توصیف" است نه "اضافه". و اگر اضافه هم باشد از باب اضافه موصوف به صفت،

است. و از نسلا بعد نسل چنین مفهیم - بعد از لفظ "وقف کردم بر اولاد ذکورم" - اینکه بعد از آن بر نسل همین اولاد ذکور به همین وصف، یعنی آنها هم اولادی باشند از این اولاد که متصف به ذکوریت باشند. و هکذا... تا هر جا که پایین میآید به طبقات. و ظاهرا اشکالی در این نباشد. حتی اینکه در زمان ما چنان شایع است که اگر همان اولاد ذکور تنها بگوید و دیگر "نسلا بعد نسل" را هم نگوید، همین معنی را مفهمند که گفتیم. و به هر حال جزما اولاد ذکوری که از

(۱): وسائل: احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.

انات به هم رسد در هیچ طبقه داخل نیست.

۳۰: سؤال: هر گاه کسی مدرسه و مسجدی در محوطه [ای] بسازد، و تولیت آنها را به جهت اولاد خود قرار دهد، حتی آنکه تصریح کند که حکام شرع هم در آن دخیل نشوند. و وظیفه از موقوفات خود به جهت امام و مدرس قرار دهد. و در ضمن

عقد شرط کند که تعیین امام و مدرس با متولی باشد، و در ایام صیام، مدرس در مسجد درس بگوید و در سایر ایام در مدرسه. آیا کسی بدون اذن متولی میتواند در مسجد در ماه صیام مدرس قرار بدهد، یا جماعتی اقامه کند، یا غیر این از اموری که خلاف شرط واقف باشد؟؟؟

جواب: ظاهر این است که به مقتضای عموم قول عسکری (ع) "الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها ان شاء الله" (۱) که مشهور و معمول به فقها است، این شروط

صحیح باشد و تخلف از آنها جایز نباشد. و مادامی که متولی بر سمت عدالت و رشد باقی است حاکم شرع هم مزاحم او نمیتواند شد. و در خصوص مسجد و تعیین امام: هر چند مجال توهم ورود اشکال و خلاف معهود هست که "آیا جایز است وقف مسجد بر جماعت معینی یا نه؟ -؟" و لکن ظاهر این است که آن توهم بی وجه است. خصوصاً اینکه در اصل آن خلاف هم گویا اظهر جواز تخصیص مسجد است به جماعت معینی، نظر به عموم حدیث سابق و سایر عمومات و ضعف دلیل مخالف. چنان که مختار علامه در تذکره است. و در قواعد منع کرده، و همچنین فخر المحققین. نظر به اینکه وقف مسجد مانند تحریر عبد است.

۳۱: سؤال: آیا وقف به موت واقف یا موقوف علیه قبل از اقباض عین موقوفه باطل میشود؟

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

(۱): وسائل ابواب احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.

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

جواب: شرط است در صحت و لزوم وقف، اقباض. و هر گاه واقف قبل از اقباض فوت شود وقف باطل میشود و هر گاه وقف بر مصالح عامه باشد - هر چند کافی دانیم قبض متولی خاصی را که واقف او را قیم امر کرده باشد، و هر چند به این نحو باشد که قبل از وقف در ید متولی باشد - لکن چون اظهر اشتراط قبول است هر چند

بر مصالح عامه باشد، پس (۱) باید حاکم یا ناظر شرعی قبول کند. در اینجا قبول هم

قبل از فوت متحقق نشده است. به هر حال لزوم این وقف بر حقیر ظاهر نیست.

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

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

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

(۱): در نسخه که باید...

(۲): عبارت نسخه: مساوی خواهد بود به آن دخترها و زیادتى نخواهد برداشت.

دختر پسر را مقدم داشته بر دختر دختر، یا نه - این نیز چنین خواهد بود باز باید تسویه کرد. و چنان که حکم چنین است در هر جا که موقوف علیهم مردد باشد میان

چند نفر که تقدم و تاخر هیچ يك معلوم نباشد.

۳۴: سؤال: خانه [ای] وقفی میباشد که خراب شده و خاک در او جمع گردیده. حالا خاک زیاد میباشد. این خاک را چه کند؟ مرخص مفرمایند که ناظر خاک را خشت کند و بفروشد و به مصرف وقف برساند؟ یا آنکه خاک را اذن بدهند که احتیاج داشته باشد برده باشد، تا خاک زیاده تمام شود. جواب: هر گاه آن خاک به جهت خانه ضرور نیست و ضرور هم نمیشود، و خانه محتاج به مرمت باشد، آن خاک را به مصرف مرسانند بر سبیل مصلحت، و خرج تعمیر خانه [می] کنند.

۳۵: سؤال: هر گاه خانهء شخصی در پهلوئی مسجد باشد که واسطه شارع عام باشد. آیا شخص صاحب خانه میتواند که بر روی شارع سقف بزند که يك سر سقف به دیوار مسجد باشد -؟ آیا صورت شرع دارد یا نه؟ -؟. و به حسب نفع، از برای مسجد و از برای شارع بسیار نافع است. هر گاه مقرر مفرمایند که در صورت نفع ساخته شود و الا، فلا.

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

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

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

جواب: از مسأله اولی: هر گاه این عنوان قاعده مستمره بوده. که هر يك از موقوف
علیهم که فوت شود بنا به این باشد که به وارث ذکور او که منسوب به واقف باشد
از

جهت پدر، منتقل شود. در صورت مزبوره که از متوفی عم پدری و ابن عم پدری [و
مادری] مانده با خال، ظاهر این است که به عم پدری میرسد. چون اظهر در
مسأله " میراث عم پدری با ابن عم پدری و مادری " در صورتی که خال موجود
باشد این است که ابن عم محروم است از میراث. و چون این مسأله اجماعیه خلاف
اصول و قواعد است اکتفا میکنیم در آن به مورد نص و اجماع، که آن صورتی است
که وارث منحصر باشد در يك عم پدری و يك ابن عم پدری و مادری [ی]، لا غیر.
اما جواب از مسأله ثانیه: این سؤال را نفهمیدم. و اگر مراد همان سؤال از عم و
ابن عم است، جواب همان است که مذکور شد. و اگر مراد سؤال علی حده است
که در صورت فوت موقوف علیه برادر پدری از او بماند و برادر پدر مادری، چه
باید
کرد؟

جواب این است که برادر پدر [و] مادری، مقدم است.

۳۷: سؤال: زید املاکی چند وقف کرد بر اولاد خود، به این نحو که بعد وضع
مصالح آن املاک و خراج دیوان، عشری از منافع آن را متولی متصرف شود، و
عشری را به مصرف زوار عتبات برساند، و تتمه را ما بین اولاد ذکور و اناث قسمت
کند. و آن املاک در بلاد بعیده است و از ید موقوف علیهم بیرون رفته است. و
مدت مدیدی است که غاصب متصرف است، و انتزاع ممکن نیست. آیا جایز است
که موقوف علیهم بیع کنند و در عوض آن ملکی در محل سکنای خود بخرند که
وقف باشد، و به همان مصرف برسد، یا قیمت را به مصرف خود برسانند؟
جواب: اظهر آن است که در صورت خوف باطل شدن و مضمحل شدن غرض
واقف، و عدم تمکن از انتفاع، جایز باشد از برای موقوف علیهم بیع آنها. و لکن تا
ممکن باشد به قیمت آنها ملکی بخرند که وقف باشد و به مقتضای شرط واقف

معمول دارند.

۳۸: سؤال: شخصی در مقبرهء مسلمین - که در جوار امام زاده ای است - حفر

ممر

آبی بکند که آب باران و سیل خرابی به قبرستان و قبر امام زاده نرساند. و به سبب این حفر قلیل آبی بر آید، و بعد از آن دو سه پشته قنات بالا برده و آب بسیار بیرون آورده که در ملك طلق آن شخص جاری میشود. آیا این آب مال حافر است یا مال امام زاده یا همه مسلمین؟ -؟ -؟. و متولی امام زاده مدعی است (نظر به وقف نامه که در دست دارد که سیصد سال قبل نوشته شده اینک که در سمت غربی امام زاده در قدیم چشمه ساری بوده که وقف امام زاده بوده، و شصت سال قبل از این منطمس شده) این آب همان آب امام زاده است و باید به مصرف او برسد. چه باید کرد؟.

جواب: این قبرستان اگر وقف است تصرف در آن به غیر مقصود واقف، جایز نیست. و حفر قنات جایز

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

نهج سابق باید معمول داشت.

۳۹: سؤال: آیا شخصی ملکی وقف نماید و از منافع آن قرارداد نموده که متولی بعد از وفات واقف به جهت او استیجار صوم و صلوات نماید. همچو وقفی وقف بر نفس

است؟ یا اخراج از نفس در این صورت صادق مآید؟ آیا مجموع منافع از این قبیل باشد یا بعض آن، تفاوت دارد؟

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

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

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

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

شمرده اند. و صدقه را اکثری در باب عقود ذکر کرده اند، و با وجود این گفته اند نیت (قربت) در آن شرط است. و از کلمات ایشان ظاهر است که در زکات ایجاب و

قبول در کار نیست. بلکه تصریح کرده اند به عدم لزوم اعلام به اینکه زکات است، بلکه در بعضی موارد راجح شمرده اند. و ایضا در مقام فرق ما بین عبادات و معاملات گفته اند که عبادت آن است که صحت آن موقوف است بر نیت. بخلاف معاملات. و حال آنکه عقود از جمله معاملات است. چگونه خواهد بود جمع ما

بین

این سخنها؟.

جواب: بدان که صدقه در کلام فقها و کلام شارع، اطلاقات متعدده دارد. بعضی اعم از بعضی، و بعضی مباین دیگری، اما معنی اعم از همه معانی آن است که شامل زکات و فطره است که جزما از جمله عباداتند و توقیفی، و مشتمل اند بر احکام و شرایط چند که عقول احاطه به آن نمکنند (مثل افعال حج و نماز و غسل و وضو) چون در اینها نصاب معین و وقت معین و قدر معین و جنس معین و کیفیات و آداب مخصوصه، معتبر است، که حکمت آنها بر عقول مخفی است. و امثال به آنها ممکن نیست الا به قصد محض اطاعت مولی. بخلاف توصیلات، مثل غسل جامه از برای نماز و غسل اوانی به جهت اکل و شرب و غیر آنها، که هر چند ترك اطاعت نیز در آنها حرام است و بر وجه حرام کردن منهی عنه است، لکن توصل به مقصود که حصول نماز با جامه پاک، و خوردن مأكول و مشروب پاک (باشد) بدون نیت و قصد تقرب در غسل حاصل میشود. بلکه هر چند بوجه حرام باشد که مطلب حاصل میشود.

و شامل صدقهء مستحبه و صدقه (ای) که به نذر واجب شده باشد، همه هست. و شامل وقف هم هست. بلکه بسا باشد که شامل خمس هم باشد. و بعض اطلاقات آن، همان زکات است لاغیر. مثل آیهء (انما الصدقات للفقراء والمساکین). و ممکن است که الف و لام در (الصدقات) از برای عهد باشد پس اطلاق علی حده نخواهد بود.

و بعض اطلاقات آن، صدقه ای است که غیر زکات و فطره است، بکله همان است که بدون تحدید در مقدار و وقت و نصاب و غیره، خود آن را از عین المال در راه

خدا بدهند به کسی هر چند محتاج نباشد علی الاظهر. و تعریف آن چنان که شهید در دروس گفته است: (هی العطیه المتبرع بها بالاصالة من غیر نصاب للقریة). و این را بعد از کتاب زکات و فطره گفته است. و بسیار از فقها آن را در کتاب وقف، و

بعضی در کتاب هبه ذکر کرده اند. و شهید بعد از این تعریف، آیات و اخباری که دلالت بر فضیلت صدقه دارند ذکر کرده است. و در آخر مگوید (و یملك بالایجاب والقبول والقبض وان كان بالفعل).

و شکی نیست که مراد همگی در اینجا که صدقه را از عقود شمرده اند، این (صدقه به معنی خاص) است که در آخر گفتیم. نه معنی عامی که شامل زکات و فطره و غیر آن باشد.

بلی فقها در آخر مبحث این صدقه مگویند که صدقهء واجبه بر بنی هاشم حرام است، مگر اینکه از فرقهء خود ایشان باشد. و در مستحبه خلاف کرده اند. و این سخن شامل زکات و فطره هم هست. بلکه صریحاً متوجه حکم آنها شده اند. و این منشأ تو هم این میشود که صدقه در عنوان این باب (به) معنی اعم باشد. و جز ما چنین نیست. بلکه عنوان مبحث، عقد شده از برای صدقه خاصه (ای) که از عین المال خود تبرعاً اخراج میکند و نقل مصرف زکات و فطره استطرادی و بالتبع و به ملاحظه آن الطلاق دیگر که اعم است، شده.

و اما اشکال در اینکه این صدقه اگر از عبادات است به جهت اشتراط نیت، پس چرا در زمرهء عقود حساب شده؟ و اگر از عقود است، پس چرا مشروط است به نیت؟: پس جواب آن این است که این شق ثالثی است که دو جنبه دارد، از حیثیتی اطلاق عبادت به آن میشود. و از جنبه (ای) داخل عقود (است) و اگر این را داخل عقود نکنیم وجهی از برای نقل ملك احدی به غیر، متصور نیست. و اما در زکات و فطره و خمس و امثال آن، پس خود آن مال را حقتعالی مال مستحق قرار داده. بیش از این نیست که ولی اخراج آن، مالك است. بخلاف صدقه که فقیر را در آن حقی نمباشد و مال ملك مالك است، و مجرد اباحه منشأ انتقال ملك نمشود. پس محتاج میشود به عقدی از عقود.

و بیان این مطلب این است که واجبات - بلکه مطلقاً مطلوبات شرعیه - یا از آن

باب است که خود آنها فی نفسه مقتضی اشتراط نیت هستند، خواه شارع امر به نیت بکند یا نه، مثل نماز و حج و امثال اینها از توقیفیات، به جهت آنکه حکم در آنها مخفی است و بدون قصد اطاعت، امثال عرفی متحقق نمیشود. و یا از آن باب است که فی نفسه مقتضی آن نیست، مانند توصیلات که حکمت آنها معلوم است، و آنها نیز بر دو قسم اند. بعضی از آن باب است که شارع امر کرده است به نیت و قصد تقرب و نیت را شرط صحت آن کرده، مانند عتق و صدقهء متعارفهء مباحوث عنها و وقف، که اگر امر شارع نبود با لذات صحت آنها موقوف به نیت نبود. و مانند توقیفیات که بالذات موقوف اند به نیت. و بعضی از آن باب است که شارع نیت را شرط حصول ثواب و کمال آن قرار داده نه شرط صحت آن، مثل نکاح و ادای دین و ادای امانت و غیر آن.

پس بنابر این، صدقه از جملهء عبادات مصطلحه که مقابل معاملات است و منحصر است در امور توقیفیه که عقول به تمام حکمت های آن احاطه نمیکند، نیست. و اما آنکه در بعضی عبارات مثل عبارت تذکره از جملهء عبادات شمرده، پس ظاهر این است که از راه مسامحه باشد. و مراد او از عبادات در اینجا اعم است از عبادت مصطلحه، بلکه مراد از آن مطلق هر چیزی است که منشأ رضای الهی باشد. مثل مطلق واجبات و مستحبات و ترک منهیات، که ارتکاب و اجتناب آنها را عبادت مگویند.

و بعضی فرق را به نحوی دیگر گذاشته و حاصل آن این است که صدقه با سایر عبادات فرقی این است که آن نیتی که در عبادات شرط است (به آن تفصیل و شرایط و مقارنهء فعل و خطور در خاطر) در اینجا در کار نیست. بلکه فی الجملة نیت

در اینجا کافی است، به این معنی که چون حقتعالی خواسته، میکند. هر چند در آن حال متذکر نباشد. مانند سلام کردن و جواب دادن، ورد و دیعه و امثال آن. و این فرق مشکل است. به جهت اینکه تحقیق در مسأله نیت عبادات مصطلحه نیز همین است که داعی بر فعل، قصد طاعت الهی باشد، و (اخطار به بال) ضرور نیست. بکله حقیقت نیت همان (قصد به فعل معین) است به اعانت داعی امثال. اگر آن در صدقه موجود است همان نیت عبادت مصطلحه است. و اگر نیست، جزما

صحیح نیست.

و اما مثل نکاح ورد و دیعه و امثال آن، پس هر چند ثواب بردن در آنها موقوف است بر اینکه داعی بر آنها امتثال امر الهی باشد، و لکن چنان نیست که بدون آن اثری مترتب نشود. بلکه دور نیست که سلام ورد سلام هم از این قبیل باشد. پس هر گاه کسی سلام را به محض عادت میکند (و پدر و مادر او تعلیم کرده اند که سلام کن، یا خود دیده که مردم سلام میکنند او هم سلام میکند، و مطلقاً به خاطر او خطور نکرده که مستحب است و خدای تعالی فرموده است) چنین نیست که مستحق جواب نباشد و ثمره (ای) بر سلام او مترتب نشود، و همچنین کسی که جواب مگوید.

بخلاف صدقه که هر گاه قصد قربت در آن نشود مثمر ثمره نیست. یعنی افاده ثمره عقد صدقه که انتقال ملك و لزوم آن بعد قبض است، نمکند. اگر چه محتمل است که افاده اباحه تصرف بکند اما نه از حیثیت اینکه صدقه است بلکه از حیثیت مطلق اباحه که در ضمن این صدقه فاسده است. چنان که در وکالت فاسده علامه در تذکره و غیر آن گفته اند. و قول به این خالی از وجهی نیست. بلکه اظهر این است که چنین باشد، هر چند در ظاهر حال چنین منماید که (جنس) به انتفاء (فصل) منتفی میشود، و (معنای عام) را بعد انتفای (قید) بقائی نیست (و تحقیق این مطلب را در بسیاری از فواید خود کرده ام) و این در وقتی است که رضای مطلق از صاحب مال معلوم باشد. و اگر داند که راضی نیست که به غیر وجه تصدق صرف کند، حرام خواهد بود.

و بدان که: گاه است که توان گفت که افعال حسنه (یعنی آنچه فاعل آن از حیثیت اینکه فاعل آن است مستحق مدح و ثواب است) هر چند که فاعل، آن فعل را من حیث انه حسن، میکند نه به امید مدح و نه به امید ثواب و نه از برای اینکه مطلوب الهی است، باز مستحق مدح از خدا و خلق و همچنین ثواب و شکر بوده باشد. چنان که بعض اخبار هم اشعار به آن دارد، مثل آن روایتی که رسول خدا (ص)

آن دو نفر کافر را امر کرد به امیر المؤمنین (ع) که گردن بزنند و آن حضرت عرض اسلام بر آنها کرد قبول نکردند، یکی را کشت و دیگری را جبرئیل نازل شد، که

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

پس باید بسیاری از معاملات (مثل تجارت و احیاء موات و جاری ساختن آب و غرس اشجار) که منشاء نفع خلاق است، از این باب باشد. پس ضرور نکرده است که ثواب بردن در عمل هم موقوف به نیت تقرب باشد. پس موارد اشتراط نیت و موارد ترتب ثواب، مختلف است. پس معاملاتی که شارع فرموده مستحق هستند که کاشف از حسن نفس الامر است، عدم اشتراط نیت در ترتب ثواب بر آنها دور نیست. و شاید اکثر سلام و جواب ها و دعا کردن بر کسی که عطسه میکند (۲) و آنکه جواب مدهد، از این باب باشد. و فوق این مرتبه آن است که بکند اعمالی را که شارع فرموده که هر گاه به نیت تقرب بکند مثاب خواهد بود، مکلف هم به آن امید بکند با قصد تقرب. و فوق آن، مسأله تصدق است که شارع نیت را شرط صحت آن قرار داده، و ثواب به فعل آن حاصل میشود با نیت تقرب. و فوق آن، عبادات مصطلحه است. و به آنچه گفتیم ظاهر شد فرق و وجه ذکر صدقه در جملهء عقود.

و بدان که: چنانچه مطلق ضمان اعم است از حواله و کفالت و ضمان خاص، مطلق هبه هم اعم است از هدیه و صدقه و هبه به معنی خاص. و بنابر این پس میان صدقه و هبه به معنی خاص، تباین خواهد بود. و فصل ممیز آن اشتراط به نیت قربت است. و بعد انتفای قصد تقرب نمیتوان گفت که داخل هبهء خاصه است و احکام آن بر آن مترتب میشود. و اما فرق ما بین هدیه و هبه به معنی اخص، و سایر احکام آنها پس اینجا جای آن نیست.

و بدان که: بنابر تعریف شهید در دروس که (صدقه آن عطیه ای است که متبرع بها باشد بالاصاله بدون شرط نصابی به قصد تقرب به خدا)، پس صدقات مندوره و

(۱): بحار: ج ۷۱ (باب السخاء والسماحة) ص ۳۵۴.

(۲): در نسخه: کسی که عطیه میکند.

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

۴۲: سؤال: شخصی باغی را بر اولاد خود و اولاد اولاد خود وقف نموده. و موقوف علیهم طبقه بر طبقه محصول آن را بالسویه، تا حال قسمت مکرده اند. و از آن تاریخ تا حال آب همان باغ وقفی از زمین و باغ خالد نام مرفته است که آن باغ وقف شرب مشد. و حال اولاد واقف میخواهند که آب همان باغ وقف را از جای دیگر ببرند. در این صورت میتوانند که آن استمرار قدیم را و نهر قدیم را دست بردارند و از باغ دیگر و نهر دیگر آب وقف را به باغ وقف ببرند یا نه؟-؟
جواب: اگر مراد این است که تغییر هیئت وقف بر نهجی که سابق بوده میتوان داد یا نه، جواب آن این است که آنچه مورد وقف است باغ است. و اگر آب هم وقف است معنی وقف آب همان وقف بودن مجرا است. و در صورت سؤال نه تغییری در باغ داده شده و نه در مجرای آبی که وقف است. و هر گاه صلاح حال باغ

و موقوف علیهم در این است که آب را از زمین و باغ خالد ببرند و از جای دیگر ببرند، کسی مانع ایشان نمیتواند شد. مگر اینکه مستلزم تغییر محل وقف از مجرا باشد، یا منافی شرط واقف باشد.

و اگر مراد از سؤال این است که آیا خالد میتواند منع کند از تغییر مجرا یا نه، جواب آن این است که هر گاه طریقهء مستمرهء ثابت باشد که آن آب همیشه از میان

باغ و زمین خالد عبور مکرده، و خالد هم دعوی استحقاق حق العبور میکند، و موقوف علیهم انکار کنند و بگویند که این عبور از باب عاریه بوده. یا به عنوان عدوان

و غصب بوده، و شاهی در میان نباشد، در این صورت اظهر این است که قول خالد

مقدم است با یمین. و بعد یمین ایشان را الزام میکند که باز آب را از باغ و زمین او ببرند.

۴۳: سؤال: واقعی آب خود را در میان شرکای قدیم به (هفته) وقف نموده است. و چندی قبل از این، شرکا از جهت قلت آب و مصلحت حال خود دوران و گردش آب

را به (هشت) انداخته اند. آیا در این صورت میتوانند گردش آب را به هشت انداخته به استرضای اولاد واقف و متولیان -؟ یا اینکه (باید) گردش آب از قراری که واقف وقف کرده است (باشد) و از آن قرار عمل نمایند -؟.

جواب: این سؤال، مقصود از آن معلوم نیست که چه چیز است. لکن باید دانست که وقف آب صحیح نیست، بلکه هر که خواهد آب را وقف کند باید مجرای آب را وقف کند. و وقف مشاع هر چند صحیح است لکن باید مقدار آن معین باشد.

و تعیین جزء مجرا به هفته و روز معنی ندارد. بلکه باید ملاحظه کند که چند يك آب، کفایت باغ میکند، یا هر قدرس را که منظور دارد که وقف کند همان را وقف کند. مثلا بگوید (ده يك این مجرا را وقف کردم از برای این باغ). و چون تقسیم مجرا متعذر یا متعسر است، (و) انتفاع به آن باید به طریق مہایات و نوبه باشد در اینجا

حساب روز و هفته ضرور است. پس بنا مگذارند هر شریکی از شرکا در اصل مجرا (مثلا) يك روز معین تمام آن مجرا را متصرف شده و به آب آن منتفع شود. و مہایات و نوبه از عقود لازمه نیست، و از باب (قسمت) نیست که بر هم نخورد.

پس

هر چند واقف بنای نوبه را به هفته گذاشته باشد شرکا میتوانند به ملاحظهء مصلحت، بنا را به هشت یا بیشتر یا کمتر بگذارند. و این منافات با شرط واقف ندارد. و هر گاه شرط هم کرده باشد، لزومی ندارد.

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

(1.9)

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

جواب: هر گاه آب وقفی زاید بر آن باغ باشد و احتیاجی به آن نداشته باشد، بلی میتوانند موقوف علیهم باغ نوی احداث کنند و (آن را) به قدری از آن آب، مشروب کنند. و لکن اشکال به هم میرسد در وقتی بعد از این که در آن وقت آب کم شود و وفا به هر دو نکند. که در آن وقت با تمام آب را، یا به قدر حاجت آن را باید

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

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

۴۶: سؤال: درخت وقفی، که به جهت کهنگی از حیز انتفاع افتاده، میتوان (آن را) فروخت و به مصرف پل و حمام و مسجد و خرابی آنها رسانید یا نه؟ -؟.
جواب: مادامی که عین موقوفه، ممکن است انتفاع از آن بر حالی که هست، تصرف در آن جایز نیست. و اما اگر از آن انتفاع بیفتد - مثل اینکه درخت از ریشه کنده شود - در این صورت هر گاه ممکن باشد که به مصرف موقوف علیهم برسد بعینها (مثل اینکه موقوف علیه مسجدی است و می توان همین درخت را به سقف آن کار کرد) اولی این است که جنان کنند. و همچنین هر گاه ممکن شود که به اجاره بدهند و منفعت آن را صرف موقوف علیه نمایند. و هر گاه ممکن نباشد انتفاع

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

۴۷: سؤال: بیان فرمایند که هر گاه بعضی از ضلع مدرسه به اعتبار غزارت امطار منهدم، و برخی دیگر آن مشرف بر انهدام باشد، به حیثیتی که قابل سکنی نباشد. و جمعی از اهل خبره و بنا و معمار صلاح در این دانند که به وضعی غیر وضع سابق ساخته شود. مثل آنکه سردابی بود و دو حجره در فوق آن و بعضی غیر قابل در بعضی از اطراف، (کذا) سرداب را موقوف نموده و سه حجرهء تحتانی و سه حجره

فوقانی ساخته شود. و این وضع را جمع کثیری ترجیح بر وضع سابق میدهند، به جهات عدیده. يك جهت آنکه سابق بر آن آب جاری داخل سرداب مشده و خالی از روح و صفا و برودت هوا نبود و حال مدتی است که آب جاری منقطع شده و سرداب (غیر منتفع به) شده نفعی که معتد به، باشد. آیا متولی شرعی را جایز است که به وضعی که اهل خبره صلاح دانند بسازد یا نه؟ - و در صورت عدم متولی، یا مشخص نبودن آن، آیا بعضی دیگر از مسلمین، یا طلبهء مدرسهء مذکوره را جایز است که اخراجات از مال خود نموده این اعمال به جا آورند؟
جواب: در صورت خرابی ضلع مزبور، یا اشراف بعض آن به انهدام بر نهج مسطور، ظاهر این است که لازم نیست که تجدید حجرات بر وضع سابق باشد. خصوصاً هر گاه وضع جدید اصلح باشد به حال مدرسه و اهل آن. بلی اشکالی که هست در تغییر سرداب است و تبدیل آن به حجره. و لکن در صورت عدم حصول مقصود از آن - مثل عدم تمکن جریان آب در آن، یا عدم متبرعی که تعمیر را به همان وضع کند. و به سبب تعویق مدرسه در معرض خرابی و تعطیل ممانند - تبدیل آن نیز جایز است به آن چه اصلح و اوفق باشد به حال مدرسه و اهل آن بناءً علی هذا هر چند که اذن خاص از حقیر موقوف است بر اطلاع به حقیقت حال، و تعیین

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

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

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

۴۹: سؤال: شخصی ملکی را وقف کرده است بر اولاد و برادر و برادرزاده های خود و بعضی مصارف دیگر، مثل آنکه رد مظالم و ادای زکات و استیجار حجة الاسلام

از منافع آن نیز به عمل آورند. به این نحو که محصول آن ملك را (بعد از اخراجات دیوانی) يك سال به رد مظالم. و دو سال یا سه سال در عوض زکات بدهند. و همچنین از منافع سه سال یا چهار سال آن، استیجار حجة الاسلام از برای واقف بکنند. و در ضمن عقد وقف هم چنین شرط شده که هر گاه اولادی از برای واقف، من بعد به هم رسد با موقوف علیهم شریک باشد. آیا وقف مزبور علی النهج المسطور،

صحیح است یا نه؟ -؟.

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

۵۰: سؤال اما اولاً: آیا (در) وقف بر مسجد و باقی اشیائی که مصالح عامه است مثل آن، نیت تقرب شرط است یا نه؟ -؟
اما ثانیاً: بر تقدیر اشتراط (چنان که ظاهر مشهور است) آیا جایز است از برای واقف که غیر را وکیل نماید در اجرای صیغه وقف، به این معنی که بگوید (تو وکیل در اینکه جاری نمائی صیغه وقف فلان ملک را بر فلان مسجد)؟
و اما ثالثاً: در صورتی که جایز باشد، آیا نیت تقرب را باید موکل بکند یا وکیل یا هر دو؟ -؟ -؟

و اما رابعاً: بر هر تقدیر، هر گاه احدی ادعا کند که زید عمرو را وکیل کرد در اجرای صیغه وقف. و ثابت بشود توکیل او. و مفروض این باشد که موکل و وکیل هر

دو عارف به مسائل نباشند، خصوصاً مسائل نادره مثل این مسأله. آیا به مجرد ثبوت این مرحله، حکم به این میشود که ملک وقف است - نظر به اصالت صحت، یا حمل افعال مسلمین بر صحت؟ یا اینکه ملک بر ملکیت مالک باقی است - نظر به اینکه شك در شرط موجب شك در مشروط است، و استصحاب بقای ملکیت و عدم تحقق وقفیت و امثال اینها -؟

و اما خامساً: هر گاه شخصی اقرار بکند به اینکه فلان چیز را وقف کرده ام یا هبه نموده ام، یا فروخته ام، آیا به همین اقرار حکم به لزوم هر يك خواهیم نمود - به این معنی که حکم خواهیم کرد به اینکه کل شرایط این عقود، از شرط صحت و لزوم، به عمل آمده -؟. یا نه بلکه مجرد اصل این عقود ثابت میشود به این اقرار، و در تحقیق هر يك از شرایط محتاج به دلیل و اثبات خواهیم بود -؟. و آیا احوالات مقررین باعث اختلاف حکم میشود یا نه؟ -؟ مثلاً هر گاه زید عامی باشد و مسائل این نسبت است) هر گاه اقرار نمود، و یافتیم که غرض او اخبار از صیغه است که فلان وکیل جاری نموده، و نمیدانیم که شرایط صحت عقد به عمل آمده یا نه. حکم به صحت عقد میکنیم یا نه؟ -؟. و همچنین هر گاه عالم به مسائل، اقرار به امثال این عقود نمود حال چگونه است؟ و هر گاه حال آن شخص مجهول باشد که از کدام قبیل است، حال چگونه است؟ و هر گاه متبادر از کلام مقرر (فرد صحیح)

باشد، آیا حکم بر آن متعین است یا نه؟ -؟. و آیا در اقرار به این عقود، (فرد صحیح)

متبادر است یا نه؟ -؟.

و اما سادسا: هر گاه واقفی وقف بکند بر امور عامه، مثل مسجد، و ناظر خاصی تعیین کند. آیا عدالت وی شرط صحت نظارت وی است؟ یا شرط نیست که بدون آن هم بتواند متولی وقف شود؟. و بنابر اشتراط عدالت، آیا عدالتی که معتبر است در آن، آیا در جمیع امور است یا همین که عادل است در تولی وقف به این معنی که تصرف در امور وقف به مقتضای آنچه واقف تعیین نماید از مصارف، تخلف ننماید. چنان که از حال او این معنی یافته شده کافی است؟ -؟. مثل اینکه کسی بعضی از معاصی کبیره را مرتکب میشود، یا مصر بر صغایر هست، و لکن از حقوق ناس اجتناب می نماید، و تصرف در اموال مردم بدون اذن ایشان نمکند. یا در مصارف وقوف به مقتضای شرایط عمل کرده است در وقفی دیگر. و می دانیم که اگر ناظر گردد به مقتضای وقف عمل خواهد نمود.

و اما سابعاً: بنابر اینکه عدالت معتبر باشد به هر يك از معینین، هر گاه این معنی در ناظر در حال عقد محقق نباشد. آیا بر مگردد وقفی که شده است به صورتی که تعیین ناظر نشده و اطلاق شده باشد - که تولیت آن با مالک اصل باشد، یا با موقوف علیه اگر وقف به جهت خاصی باشد و یا نایب عام است که عبارت از فقیه جامع جمیع شرایط است، اگر وقف بر جهت عامه باشد. بنابر اختلاف اقوال -؟ یا این است که صیغه باطل میشود؟.

خلاصه در اینجا چند صورت است: صورت اولی اینکه: در نظر واقف خصوص ناظری که تعیین نموده مطلوبیتی ندارد. و لکن شرط کرده است ناظر را در وقف از حیثیت اینکه احد افراد ناظر است. و مقصود او این است که ناظر تعیین نماید في الجملة و اگر چه خصوصیت شخص مطلوب وی نیست. بلکه مقصود بالذات، وقف است. صورت ثانیه: مقصود لذاته آن وقف است با ناظر معین، و عقدی که واقع ساخته است نیز به آن کیفیت است که مقصود هر دو است که اگر فساد نظارت ناظر معین، لازم بیاید وقف هم فاسد میشود. و بنابر هر تقدیر آیا فرقی است در اینکه در صیغه بگوید (وقف فلانا علی فلان و شرطت ان یکون ناظره) یا

اینکه بگوید (وقف فلانا علی فلان به شرط ان یکون ناظره) -؟. در صورت اولی احتمال مرود که شرط باطل باشد و مشروط باطل نشود. نظر به اینکه به دو لفظ تعبیر شده است. یا باطل بشود نظر به قصد آن که مقصود آن مرکب بوده است، نه وقف مطلق. و همچنین در صورت ثانیه که آیا فساد شرط در اینجا مستلزم فساد مشروط است یا نه؟ -؟.

و اما ثامنا: آیا در وقف بر امور عامه، قبض شرط است یا نه؟ -؟ و بر فرضی که قبض شرط باشد آیا حاکم شرع مبادی قبض به عمل بیاورد یا غیر می تواند قبض به عمل بیاورد، و بر فرضی که غیر تواند قبض به عمل بیاورد آیا عدالت در قابض

شرط است یا نه؟ و بر فرضی که عدالت در قابض شرط باشد، آیا هر گاه شخصی که

قبض به عمل آورده باشد عادل نباشد، قبض صحیح است یا نه؟ -؟. و بر فرضی که قبض صحیح نباشد آیا باعث بطلان وقف میشود؟ یا اینکه وقف متزلزل خواهد بود که هر گاه واقف عدول کند از وقف، ملک به ملکیت او عود خواهد نمود -؟. جواب: اما (از) سؤال اول: آنکه اظهر اشتراط نیت قربت است در اینها، بلکه مطلقا. خصوصا از جهت اینکه وقف از جمله صدقات جاریه است بالنص والفتوی. بل هو هی علی ما عرفه فی الدروس.

و اما از سؤال ثانی: بلی جایز است توکیل در اجرای صیغه. و اما از سؤال ثالث: احوط این است که هر دو نیت کنند. و اظهر این است که نیت موکل کافی است، به شرط استمرار آن نیت حکما الی جریان الصیغه. و نیت حکمیه بعینها همان داعی بر فعل است لله تعالی. و عدم طریان خلاف داعی کافی است در بقای آن. چنان که مختار در مسأله نیت زکات هم همین است در صورت توکیل در ادا.

و اما (از) سؤال رابع: همین که به ثبوت برسد توکیل و اجرای صیغه، حکم به صحت وقف میشود، حملا لفعل المسلم علی الصححة. و عامی بودن و غیر عارف بودن به مسائل مضر نیست.

مگر اینکه به ثبوت برسد که این عقد خاص بر غیر وجه صحیح به عمل آمده. چنان که گوشت و پوست سوق مسلمین حلال است، هر چند غالب سلاخ ها و دباغها

عارف به مسائل نیستند. و همچنین غالب اهل معاملات سوق خصوصا اکراد و الوار (۱) و زراع و مکارین که غلات از اطراف میخرند و می آورند و میفروشند، در

هیچ وقت تفحص نمکنیم که بیع متاع به چه نحو شده و بیع غلات به چه نحو. و حال آنکه هر یک مشتمل اند بر مسائل بسیار که به سبب ترك مراعات آنها، متاع حرام میشود.

و بخصوص در مانحن فیه که اشکال در خصوص نیت قربت است هم ظاهر حال مسلمین این است که وقفی که برای مسجد میکنند از برای تحصیل ثواب است. و همین معنی در حصول نیت قربت کافی است. چون ثواب را از جانب خدا میدانند. و (استصحاب) و (اصل عدم) و (شک در شرط) و امثال اینها معارضه با قاعدهء مسلمهء حمل افعال مسلمین بر صحت، نمکنند. بلی اشکال باقی ممانند در حصول (اقباض) که مجرد توکیل و اجرای صیغه مستلزم اقباض نیست. و اقباض در وقف شرط لزوم (است)، بلکه (شرط) صحت است علی وجه. و بعد ثبوت اقباض اشکالی نیست.

و اما از سؤال خامس: اقرار به هبه و وقف و بیع، و غیر ذلك، اقرار بر صحیح آنها است. حملا لقول المسلم علی الصحه، بل و فعله ایضا. و اما حکم به لزوم، پس آن عقدی که لزوم داخل مفهوم آن است (چنان که بیع و مصالحه و اجاره و امثال آنها) حمل بر لزوم میشود. چون اصل در اینها لزوم است. و خیارات که در آنها جاری میشود عوارض چنداند بر خلاف اصل. و همچنین احتمال (فضولی) خلاف قاعده و (خلاف) ظاهر و خلاف متبادر از لفظ، است. چنان که ادعای عدم قصد به مدلول صیغه (در کسی که جاری کند صیغه را) در عقود بیع و نکاح و غیره، مقبول نیست.

و اما مثل قبض در وقف و هبه، پس هر چند مقتضای قول به اینکه قبض در آنها شرط صحت است، این است که اقرار به انها اقرار به قبض هم باشد، لکن چنین نیست. و اقرار به آنها اقرار به قبض نیست. پس هر گاه واقف یا واهب بگوید (وقف

(۱): مراد "لرها" است.

کردم فلان را بر فلان) یا (هبه کردم فلان را بر فلان) و بعد بگویند که به قبض نداده‌ام، از او مشنونند. و مدعی اقباض باید اثبات کند، و هر گاه عاجز شود، قول واقف و واهب مقدم است با یمین. و این منافات ندارد با قول به اینکه اقباض شرط صحت است. به جهت آنکه مراد از صحت در اینجا همان ترتب اثر است، یعنی اثر ملك و تملك منافع و نماء، در حین قبض حاصل میشود. پس اگر قبض به عمل نیاید تا واقف یا واهب بمیرد، بالمره به هم مسخورد. و نما و منافع ما بعد صیغه تا آن وقت مال واقف و واهب است. و هر گاه قبض به عمل آید کاشف به عمل می‌آید که در روز اجرای صیغه هم مال موقوف علیه و متهب، شده بود و منافع آن زمان هم مال آنها است. پس معنی محمول بودن این عقود به صحت، با عدم اقرار به قبض، این است که این عقد معتنی به است مانند عقد فضولی، که اگر قبض ملحق به آنها شد ثمرات وقف و هبه بر آن مترتب میشود. و الا فلا. چنان که در فضولی هر گاه اجازه ملحق شود ثمرات بیع واقعی، مترتب میشود. و الا، فلا.

خلاصه اینکه: قبض داخل مفهوم وقف و هبه نیست. چنان که مشاهده است که در عرف مگویند که (هبه کردم و وقف کردم و به قبض ندادم). و ظاهراً خلافی ندارند در اینکه لزوم قبض، فوری نیست. و اشکال در صورتی است که مدعی در برابر نباشد که دعوی قبض کند. مثل اینکه کسی وقف کرده باشد بر امور عامه و ثابت شود اقرار او بر وقف بر امور عامه (مثل فقرا یا مسجد یا امثال آن) و کسی در برابر نیست که بگوید به قبض حاکم، یا ناظر شرعی (که خود تعیین کرده بود) داد. آیا حکم میشود به لزوم یا نه؟ و ظاهر این است که در اینجا نیز لزوم ثابت نمیشود. به جهت آنکه اصل عدم اقباض است. و از مجرد اقرار به وقف اقرار به قبض ثابت نمیشود.

و جواب از سخنهای بعد - یعنی تفاوت داشتن حال مقرین و عدم آن - از آنچه پیش گفتیم ظاهر میشود، که اصل در اقوال و افعال مسلمین صحت است. مگر اینکه فساد به ثبوت برسد. و فرقی ما بین آنها نیست. و دانستنی که مراد از حمل بر صحت با وجود عدم لزوم چه چیز است.

و اما جواب از سؤال ششم: آنکه اظهر و اشهر اشتراط عدالت است در متولی

وقف. مگر اینکه تولیت را برای خود قرار داده باشد. که در آنجا اشهر و اظهر عدم اشتراط عدالت است. و اظهر این است که عدالت در اینجا همان عدالت است در سایر امور. چون دلیل آن همان اجماع منقول است ظاهرا، و بر همین لفظ (عدالت) اجماع نقل شده است. هر چند در وصی اکتفا میکنیم به مجرد وثوق و اعتماد در امر وصایت، هر چند عدالت به معنی مصطلح نباشد. با وجود آنکه مشهور در آن نیز اشتراط عدالت است. و لکن از دلیل ایشان پیش از وثوق و اعتماد بر نمآید. و به هر حال علاوه بر عدالت باید عارف در امر تدبیرات وقف باشد، و عدالت تنها کافی نیست.

و ثمره معتد بها در تدقیقات و تفصیلات مذکوره در آن سؤال، نیست. به غیر معرفت فرق ما بین (شرط تعلیقی) و (شرط ضمن العقد). و شرط تعلیقی بر مگردد به اینکه (من این را وقف کردم اگر فلانی قبول کند نظارت را) چون تسلطی بر او نیست و قبولی بر او لازم نیست. و این از قبیل (بعثك فرسی ان جاء زید غدا) میشود. و ظاهر این است که اصل این عقد فاسد باشد. چون در حال ایجاب و قبول انشاء عقد به عمل نیامده. و هر گاه مراد (شرط ضمن العقد) باشد، مرجع آن به این بر مگردد که (این را وقف کردم و شرط کردم که فلانی را ناظر کنم) در این صورت هر گاه فلانی قبول نکند خیار اشتراط حاصل میشود، و مسلط بر فسخ میشود. نه اینکه اصل عقد فاسد شود. و همچنین هر گاه قبول کند و معلوم شود که فاسق بوده.

و ظاهر این است که فرقی میان آن دو لفظ نیست، و از هر دو (ی) آنها مراد شرط ضمن العقد است. و این که اختیار قبول تولیت به دست ناظر است منافات ندارد با صحت ایجاب و قبول. پس تعلیق که متصور است در اینجا نسبت به قبول نظارت و شرط مذکور است، نه نسبت به ایجاب. و اگر فرض شود که قرینه باشد که از عبارت دوم (تعلیق ایجاب) از آن مفهوم شود، در این صورت نیز اصل عقد فاسد خواهد بود.

و به هر حال هر گاه عدالت در ناظر متحقق نبوده است بر مگردد حکم آن به صورتی که واقف اطلاق وقف کرده و ناظری تعیین نکرده. خصوصا در صورت

عاری بودن از شرط خصوصیت آن ناظر خاص. و حکم صورت اطلاق و عدم تعیین ناظر (چنان که شهید ثانی و جمعی گفته اند) همان تفصیلی است که در سؤال مذکور است، که مبتنی است بر اقوال ثلاثه: انتقال ملك به موقوف علیهم مطلقا، (۱) یا عدم انتقال از واقف مطلقا، یا انتقال به خدا در امور عامه و به موقوف علیه در امور خاصه. پس بنابر اول نظارت با موقوف علیه است، و بنابر ثانی با واقف، و بنابر

ثالث با موقوف علیه است در امور خاصه و با حاکم است در امور عامه. و اظهر و اشهر آن اقوال این است که منتقل میشود ملك به موقوف علیهم. و علامه در تذکره نسبت آن را داده به اکثر علمای ما. و در قواعد (در کتاب قضا در مقصد چهارم) کلام او اشعاری دارد به اتفاق علمای ما. و همچنین در مختلف - در کتاب شهادت در مسأله (ثبوت وقف به شاهد و یمین) - اشعار هست به عدم خلاف در آن و این که مذهب علمای ما این است. و از ظاهر ابن زهره نیز حکایت اجماع شده. بلکه حکایت صریح اجماع بر زوال ملك واقف شده. و از اقوی شواهد این است که مشهور علما تجویز کرده اند بیع موقوف علیهم عین موقوفه را در صورت استثناء.

و بدان که گفتار در این مسأله یعنی بیان محل ثبوت ولایت در متولی وقف است که مباشر امور وقف و رساندن به مصارف آن باشد. و همین جا است که مشهور علما شرط کرده اند عدالت را. و این سخنها بعد حصول وقف صحیح، است. و تمام

شدن آن به حصول قبض است. و اگر قبض به عمل نیامده است، اصل وقف تمام نشده است. دیگر سخن در تعیین متولی بی وجه است. گاه است که متولی قبض و متولی وقف یکی میشود. و گاه است که مختلف میشوند. از این معنی نباید غافل بود. و متفرع میشود بر (این، اینکه هر) چند قائل باشیم به اشتراط عدالت در متولی وقف، ضرور نیست که قائل باشیم به اشتراط عدالت در متولی قبض. و اما جواب از سؤال هشتم: (۲) بدان که وقف بر امور عامه هر گاه وقف بر (مثل)

(۱): عبارت نسخه: ... ثلاثه در انتقال ملك در صورت وقف به موقوف علیهم مطلقا یا عدم انتقال...

(۲): پاسخ سؤال ششم و هفتم را یکجا بیان فرمود.

فقرا باشد یا فقها پس باید نصب قیمی کرد از برای قبض. و نصب قیم بر حاکم شرع است. و ظاهر این است که واقف خود میتواند قیمی نصب کند. چنان که صحیحه صفوان بن یحیی (۱) و غیر آن، دلالت دارد بر آن. و هر گاه وقف بر مصلحت

عامه باشد مثل پل و مسجد، قبض آن بر ناظر شرعی است که واقف نصب کرده باشد. چنان که فقها گفته اند و روایت سابقه (۲) دلالت بر آن دارد. (۳) و هر گاه واقف

قیمی نصب نکرده است، قبض با حاکم شرع است. و بعضی در قبض مسجد و تحقق آن، شرط کرده اند که نمازی در آن بشود به اذن واقف. و همچنین در مقبره، که میتی در آن دفن شود به اذن او و بعضی قید (اذن واقف) را نکرده اند. و بعضی شرط کرده اند که نماز کردن باید به نیت قبض باشد، پس هر گاه قبل از علم به وقف یا بعد از وقف و قبل از اذن واقف یا با فراموشی و غفلت از اینها، نماز یا دفن به

عمل آید، اعتبار ندارد. و ظاهر این است که این اقوال در صورتی باشد که حاکم یا نایب مناب او قبض نکرده باشد به اذن واقف. و الا همان قبض حاکم کافی است و ضرور به حصول نماز و دفن نیست. و گویا وجه توهم ضرور بودن او این است که چون موقوف علیهم مسلمین اند و اقباض به همه آنها ممکن نیست، پس اکتفا میشود به قبض بعض آنها. و آن حاصل میشود به نماز یکی از آنها، یا دفن یکی از آنها. و نظر اصحاب این اقوال به این باشد. و این در صورت قبض حاکم و جهی ندارد. چون آن نایب مسلمین میباشد در امثال این امور.

و از مجموع آنچه گفته شد ظاهر شد که اصل اشتراط قبض در امور عامه محل اشکال نیست. چنان که در امور خاصه ضرور است و مادامی که قبض به عمل نیامده لزومی ندارد، بلکه صحت هم ندارد، به آن معنی که پیش گفتیم، و اشتراط عدالت در قابض من حیث انه قابض، دلیلی ندارد. و ادعای اینکه باید قابض همان متولی باشد که عدالت در آن شرط است، تمام نیست. و این مطلب را به اصل و

(۱) و (۲): وسائل: ج ۱۳، احکام الوقوف، باب ۴ ح ۴.
(۲): عبارت نسخه: و روایات سابقه بر آن دلالت دارد.

عمومات و صحیحه صفار که از حضرت امام حسن عسکری (ع) روایت کرده (۱) متوان تمام کرد. هر چند در اطلاق صحیحه صفوان (۲) و امثال آن توان خدشه کرد. چون ظاهر آنها تعیین متولی اصل وقف است، نه خصوص قبض. و اشتراط عدالت در حاکم شرع در جایی که او قابض است، از حیث این است که حاکم شرع

بودن متحقق نمیشود الا به عدالت، نه از حیثیت اینکه قابض است. و اطلاق کلام ایشان در مسأله (تعیین متولی در صورت اطلاق واقف که مستلزم تحقق وقف و قبض است قبل از تعیین متولی) هم، اشعار به این دارد که مطلق اقباض کافی باشد. و همچنین اطلاق کلمات جمعی که در قبض مسجد و مقبره

اکتفا کرده اند به حصول نمازی یا دفنی، و عدالت مصلی و دفن کننده را اعتبار نکرده اند. و همچنین از تتبع بسیاری از کلمات ایشان بر مآید عدم اشتراط عدالت در قبض در مصالح عامه. و اما قابض در وقوف خاصه، پس اشکالی در عدم اشتراط عدالت قابض، نیست. چنانچه اشهر و اظهر اشتراط عدالت متولی در آنها است. چنان که پیش گفتیم.

۵۱: سؤال: اما اولاً: هر گاه شخصی عادل باشد و بعد معصیتی که موجب خروج از عدالت شود، از آن صادر شود. و بعد از آن معصیت، معصیت دیگر دیده نشود. آیا

این کس باقی است بر فسق؟ یا عدالت عود میکند اگر چه از توبه آن مطلع نشویم -؟.

و اما ثانیاً: هر گاه از توبه آن مطلع شویم، آیا دفعتاً متوان حکم به عدالت او کرد؟ یا نه بلکه لابد است از مصاحبت و مجاورت تا به مقتضای آنچه معلوم شود عمل شود -؟.

و اما ثالثاً: هر گاه شخصی تصرف در ملك مشترك نمود بدون اذن، بلکه غضب نماید آیا به همین معصیت نقض عدالت به عمل مآید یا نه؟ -؟. خلاصه: صغیره (ای) که واحده باشد و مستمر بر آن باشد، در حکم (اصرار) است - بنابر

(۱): همان مرجع، باب ۲ ح ۱.

(۲): همان مرجع، باب ۴ ح ۴.

آنکه هر وقتی مأمور به ترك تصرف است و در حکم معاصی متعدده است - یا نه؟ -؟.

و اما رابعا: هر گاه شخصی مجهول الحال است، آیا محکوم به فسق است یا به عدالت یا به هیچ يك؟ -؟ -؟ بنابر اینکه هر يك مشتمل بر بعضی امور عدمیه و وجودیه اند پس متفرع میشود بر آن متفرعاتی چند. که از آن جمله هر گاه ناظر وقف مجهول الحال باشد و عدالت شرط باشد، بنابر اصل عدالت حکم به صحت شود. بینوا توجروا.

جواب: اما از سؤال اول: آنکه آن شخص باقی است بر فسق تا از توبه او مطلع شویم. و اما از سؤال دوم: آنکه حکم میشود به عدالت او به مجرد ظهور توبه. و گویا خلافتی هم در آن نباشد. چنان که از بعضی علما ظاهر میشود. و اما از سؤال سوم:

آنکه اصرار بر صغیره در حکم کبیره است و موجب نقض عدالت است. و معنی (اصرار) بسیار کردن صغیره است. خواه تکرار يك معصیت باشد یا ارتکاب معاصی مختلفه. و در معنی اصرار است عزم بر کردن آن ثانيا. و هر گاه صغیره بکند و غافل شود از آن و عازم بر عود نباشد، آن اصرار نیست هر چند توبه نکرده باشد. و اما از سؤال چهارم: مجهول الحال در حکم فاسق است. و تکیه بر اینکه اصل در مسلمین عدالت است تا فسق ایشان ظاهر شود، ضعیف است. چنان که در محل خود بیان کرده ایم.

۵۲: سؤال: شخصی قناتی را در بلدی در مجرای خاصی وقف نموده بر اهل خانه های همان مجرا که از آن آب رفع حوائج خود را بنمایند. در این صورت آنهایی

که در فوق این مجرا میباشند مگویند که این آب زاید بر مجرا است و به خانه های ما ضرر مرساند. آیا میتوانند آنهایی که در تحت میباشند که از فوق خانه هائی که در فوق اند، شق نهر نموده آب را از مجرای دیگر به خانه های خود ببرند - به طریقی که رفع ضرر از خانه های فوق شده، آنها هم به قدر احتیاج شرب نموده باشند - یا نه؟ -؟.

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

رفع ضرر. و اما هر گاه رفع ضرر به شق نهر از فوق خانه های فوق ممکن باشد که به

سبب آن خانه های تحت هم به حق خود برسند، و صاحب خانه های تحت هم به طیب خاطر متحمل آن بشوند، و صاحب خانه های فوق هم از آن مضایقه نکنند، جایز است. و لکن به شرطی که از شرط واقف خارج نشوند. پس مقتضای قاعده این است که در اول باید صاحب خانه های فوق رفع ضرر از خود بکنند به اینکه حافتین مجرا را بلند کنند، یا اگر محتاج شود به استعمال صاروج، چنان کنند. یا تنقیهء مجرا کنند که راه آب وسیع شود که رفع ضرر از خود کرده باشند. و هر گاه متحمل ضرر آب بشوند، صاحبان خانه های تحت نمیتوانند آنها را الزام کنند که مجرا را تعمیر کنند تا آب به ایشان برسد. بلکه اگر خواهند خود درست کنند که آب به آنها برسد، بکنند.

و به هر حال، هر گاه بنا به شق النهر شود ملاحظهء مصلحت واقف و شرط او هم باید بشود. خصوصا در شق حافه مجرا. و هر گاه واقف یا متولی در میان نباشد که رجوع به آنها شود، باید این معنی به اذن حاکم شرع باشد.

۵۳: سؤال: میرزا جعفر نامی ملکی را به جهت مصلحتی وقف کرده. و تولیت آن را به اشخاص مخصوصه بر نهج خاصی مفوض کرده. به اینکه در وقفنامه چه نوشته که (تولیت وقف مزبور را مفوض ساخت به نفس خود مادام حیا باقی، و بعد فوته به اکبر اولاد ذکور خودش اگر محجور علیه نباشند. و الا به هر احدی از اولاد خودش که مذکر و به صفت عقل و رشد موصوف باشد و همچنین اولاد ذکور و اولاد اولاد ذکور او نسلا بعد نسل، و عقباً بعد عقب. و بعد فوت خود وعدم ولدی که قابل تولیت باشد از اولادش و اولاد اولادش مما تناسلوا، تولیت را مفوض کرده به دو برادر

خود میرزا محمد علی و میرزا رحیم و من ولد منهما).

به این نوع که در وقفنامه چه (توضیحا) نوشته که (بعد فوت خودش وعدم اولاد ذکوری که قابل تولیت باشد و اولاد اولاد ذکور خودش وان نزلوا، تولیت وقف مزبور

را مفوض ساخت به میرزا محمد علی و میرزا رحیم برادران امی خود مناصفة، و بعد از ایشان به اکبر اولاد ذکور ایشان و اولاد اولاد ایشان ما تناسلوا و تعاقبوا، و در هر مرتبه از مراتب تولیت، متولی اولاد ذکور خواهد بود دون اناث. که اگر در طبقهء

مقدم ذکور نباشد، ذکور در طبقه مؤخر مقدم خواهد بود. و اگر اولاد یکی از متولیان مذکوران منقرض شوند، به اولاد ذکور دیگری مفوض خواهد بود. و هر گاه اولاد ذکور هر دو - العیاذ باللہ - منقرض شوند، مفوض خواهد بود به شخص شهادوی (۱) که اقرب به ایشان است... الی آخر وقفنامچه.

و بعد که واقف فوت شده از واقف ولد ولدی مانده بود میرزا صادق نام و به صفات مذکوره که تولیت مزبور مشروط به آنها بود، موصوف بوده. و همان ملک مزبور در تولیت او بوده مادام حیاته. والحال فوت شده و از او دو پسر صغیر باقی مانده. و از میرزا رحیم (برادر امی واقف) مزبور دو نفر کبیر مذکر بلا واسطه باقی مانده. و از میرزا محمد علی (برادر امی دیگرش) دو نفر کبیر مذکر به واسطه. آیا متولی مزرعه مذکوره، صغیر میرزا صادق است؟ یا کبیر میرزا رحیم منفردا یا (با) کبیر نواده میرزا محمد علی مناصفتا؟.

جواب: در صورت مزبوره، صغیر میرزا صادق متولی نیست جزما. و نظر به ظاهر صورت وقفنامچه، منحصر میشود تولیت به کبیر میرزا رحیم. چون ظاهر حال واقف این است که مراعات طبقات کرده. و نواده در طبقه دوم است. و توضیح و تفصیل آن، این است که عبارت (نسلا بعد نسل، و عقبا بعد عقب) دلالت بر ترتیب ندارد علی الاظهر. و حقیر هم ترتیب (را) از او نفهمیدم، بلکه از آنجا که گفته است که (تولیت را مفوض ساخت به نفس خود مادام حیا و بعد فوته به اکبر اولاد ذکور خودش اگر محجور علیه نباشد و الا به هر احدی از اولاد خودش که مذکر و به صفت عقل و رشد موصوف باشد و همچنین اولاد ذکور او و اولاد اولاد ذکور او نسلا

بعد نسل و عقبا بعد عقب).

زیرا که لفظ (همچنین اولاد ذکور او و اولاد اولاد ذکور او) معنیش این است: (و همچنین که تولیت مفوض بود به نفس خودش مادام حیا و بعد فوت خود به اکبر اولاد ذکور خودش که موصوف باشد به آن صفات... - تا به آخر - همچنین تولیت مفوض خواهد بود به اولاد ذکور موصوف به آن صفات مادام حیا و بعد فوته به اکبر

(۱): کذا.

اولاد ذکور او که موصوف باشد به آن صفات. وهکذا ما تناسلوا و تعاقبوا). پس از اینجا معلوم شد که تا اولاد ذکور به وصف مذکور باشد اولاد اولاد، تولیت ندارد. و مادامی که اولاد اولاد به این وصف باشد، اولاد اولاد اولاد تولیت ندارد. وهکذا معلوم شد که تولیت که واقف قرار داده مراتب و طبقات دارد که با وجود قابل تولیت که متصف به صفات مذکوره باشد در طبقه و مرتبه اول، به طبقه ثانیه نمرسد. هر چند او هم قابل باشد و متصف به صفات مذکوره باشد. و اما بعد انقراض اولاد ذکور واقف که تولیت را به میرزا محمد علی و میرزا رحیم مفوض کرده نیز گفته است که بالمناصفه بین ایشان و بعد ایشان به اکبر اولاد ذکور ایشان و اولاد اولاد ایشان ما تناسلوا و تعاقبوا. و ظاهر این است که در اینجا نیز ترتیب را ما بین اولاد این دو نفر و اولاد اولاد ایشان منظور داشته به قراین بسیار که از جملهء آنها مراعات قرب و بعد است در اولاد خود. و بعد از آن نیز گفته است که بعد انقراض اولاد ایشان تولیت از برای کسی باشد که اقرب به ایشان باشد از سلسلهء شهداوی. و از جملهء آن این است که جزما بسیار

اموری که در حق اولاد خود اعتبار کرده در اینجا نیز معتبر است، و به مقایسه و ظهور وا گذاشته، مثلا اکبر بودن اولاد اولاد، و محجور علیه نبودن و امثال آن. و از جملهء آنها این است که بعد از آن عبارت پیش، گفته است (و در هر مرتبه از مراتب تولیت، متولی اولاد ذکور خواهد بود دون اناث، که اگر در طبقه مقدم ذکور نباشد، ذکور طبقهء مؤخر مقدم خواهد بود).

زیرا که شکی نیست که مراد از مراتب و طبقات، مراتب و طبقات اولاد است. و الا مرتبه واقف و مرتبه میرزا محمد علی و میرزا رحیم که دو مرتبه است از مراتب ملاحظه اولاد ذکور کردن در آن، معنی ندارد. پس مراد طبقات و مراتب اولاد است و تخصیص عموم هر مرتبه به اولاد واقف بی وجه است. و مراد از مرتبه و طبقه این است که مثلا تا اولاد باشد، تولیت به اولاد اولاد نرسد. و این عبارت تأکید است از برای آنچه پیش گذشته است از اعتبار ذکوریت که در اولاد واقف و اولاد این دو نفر هر دو ذکر شده بود.

و وجه آن این است که: ظاهر از مرتبه و طبقه این است که مرتبه بودن و طبقه

بودن به جعل واقف باشد، نه اینکه قسری باشد که به سبب وجود خارجی منحصر در آن باشد. و هر گاه این معنی را اعتبار نکنیم لازم می‌آید که هر گاه سه طبقه و مرتبه موجود باشد - مثل اولاد، و اولاد اولاد، و اولاد اولاد اولاد - هر کدام جمعی کثیر باشند، باید مشترك باشد میان همهء اکبرهای طبقات از اولاد هر يك از آن دو تا. و متبادر از اکبر همهء طبقات قسریه، اکبر نسبت به جمیع آنها است. نه اکبر هر يك از آنها. غایت امر مفهوم شدن اکبر سلسلهء هر يك از آن دو تا است که دو اکبر در يك طبقهء قسریه معتبر باشد. نه چهار اکبر و شش اکبر. که به ملاحظه هر يك از طبقات قسریه موجود است.

باقی ماند کلام در اینکه: بعد از تسلیم ترتیب در اولاد این دو نفر که اولاد مقدم است بر اولاد اولاد و هکذا... این در هر يك از اولاد آن دو نفر معتبر است. و بعد از فوت میرزا محمد علی و میرزا رحیم که نوبت تولیت به اولاد اینها می‌رسد پس چون میرزا رحیم پسر دارد نصف تولیت به او می‌رسد، و میرزا محمد علی که پسر ندارد به پسر پسر او می‌رسد، و ترتیب نسبت به اولاد هر يك ملاحظه شده بوده است، نه در مجموع من حیث المجموع.

و جواب از این، این است که لفظ (بعد ایشان به اکبر اولاد مفوض باشد) به منزله (سلب کلی) است. نه (سلب کل). یعنی هر گاه هیچ يك از آن دو نفر نباشد به اولاد

ذکور آن دو نفر می‌رسد. یعنی به (جنس اولاد ذکور) تا شامل صورتی باشد که یکی را اولاد باشد دون دیگری. و همچنین باید مراد از (بعد اولاد به اولاد اولاد ایشان می‌رسد) انتفای اولاد هر دو باشد نه یکی. و چنان که با وجود یکی از دو نفر به اولاد دیگری نمی‌رسد، با وجود اولاد یکی به اولاد اولاد دیگری نمی‌رسد.

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

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

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

۵۵: سؤال: هر گاه ملکی وقف باشد. و من بعد موقوف علیهم احداث نمایند در آن ملک اعیان چند از قبیل نهر آب و قطعات مزرع و اشجار و عمارت. آیا مصالحه نمودن بعض موقوف علیهم بعضی از اعیان مزبوره را به یکدیگر، مشروع است یا نه؟ -؟. و در صورت مذکوره آیا نماز در این املاک صحیح است یا نه؟ -؟. جواب: اولاً باید دانست که هر گاه غرض واقف از وقف زمین معلوم باشد که از برای زراعت است (مثلاً)، جایز نیست مخالفت شرط واقف، و جایز نیست در آن خانه ساختن و باغ ساختن و امثال آن. و این غصب است و نماز هم در آن صحیح نیست. و اما هر گاه وقف مطلق باشد یا عام باشد که هرگونه انتفاعی که موقوف علیهم بخواهند ببرند هر چند به باغ کردن و خانه ساختن باشد. در این صورت این تصرفات جایز است به اذن شرکا. و نماز صحیح است و لکن به منزله عاریه است و آن زمین مختص این شخص نمیشود. و بدون اذن سایر موقوف علیهم این تصرفات غصب است، مثل سابق. و نماز در آن صحیح نیست. و اما صلح اعیان: پس اگر مراد صلح اعیان خارجه است (مثل درختی که در آنجا غرس کرده و سنگ و آجری که از خارج آورده) پس در آن اشکالی نیست هر گاه آن

شرکا به یکدیگر صلح کنند. و اظهر این است که به غیر ایشان هم صحیح است. و همچنین صلح منافع اشجار و احجار و امثال آن در مدت معینی. و اما صلح حق انتفاع به اصل زمین (که شرکا او را در آن مأذون کرده اند و خود هم نصیبی دارد) تا مدت معینی، پس آن نسبت به حصه خود او باکی نیست. و اما در غیر آن بدون اذن شرکا - به غیر آن شرکا - پس آن صحیح نیست. چون ملک او نیست، و حق لازمی هم در آن ندارد، و عاریه دادن شرکا به او محض اباحه تصرف است از برای او. چنان که عین مستعاره را جایز نسیت اعاره و اجاره چه جای صلح.

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

۵۶: سؤال: هر گاه زید وقف کند ملکی را، و تولیت آن را مادام الحیات برای خود قرار دهد، و بعد موته از برای ارشد اولاد ذکور باشد نسلاً بعد نسل به شرط تقدم طبقه اولی بر طبقه سفلی و منافع ملك را چنین قرار دهد که اخماساً قسمت شود. خمسی از آن مصروف سبیل خیر شود. و خمسی از آن را اولاد او به مصرف برسانند به طریق ارث شرعی. و سه خمس دیگر مخصوص واقف باشد من باب التولیه مادام الحیات. و بعد موته دو خمس اول باز به طریق سابق صرف شود و سه خمس دیگر به مصرف مزار واقف و تلاوت قرآن شود از برای او. و در حین وقف

دو پسر

داشت یکی بکر و یکی عمرو. الحال بعد انقضای چندین طبقه وارث او پسری از نسل بکر مانده که به پنج پشت به زید مرسد. و پسری نیز از نسل عمرو مانده که آن نیز به پنج پشت به زید می رسد، و پسری دیگر از او مانده که به چهار پشت به زید مرسد.

الحال آن خمسی که مقرر داشته بود که به اولاد بدهند به طریق ارث شرعی، چگونه قسمت میشود؟ آیا اقرب به واقف - که آن پسر عمرو است که به چهار پشت

به واقف مرسد - منع ابعده میکند از نسل هر کدام باشد -؟. یا منع اقرب ابعده را مختص است به همان سلسلهء عمرو -؟.

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

اولاد آنها چیزی ندهند. و هر گاه در حال حیات واقف اولاد صلیبی او همه بمیرند و اولاد آنها باقی بمانند مساوی حصه پسر را به اولاد او بدهند هر چند دختر باشند. و مساوی حصه دختر را به اولاد او بدهند هر چند پسر باشند. و همچنین است کلام هر گاه واقف بمیرد و تولیت به ارشد اولاد ذکور برسد. پس اگر همان اولاد صلیبی بعینهم باقی اند (لذکر مثل حظ الانثیین) در میان آنها قسمت میکنند، و مادامی که احدی از آنها باقی است به اولاد آنها نمدهند. و هر گاه همه مردند و اولاد آنها برجا باشند پس باز مساوی حصه پسر را به اولاد او و مساوی حصه دختر را به اولاد او (به نحوی که گذشت) مدهند. و هکذا الی آخر الابد.

پس در صورت سؤال باید منافع را به آن پسر عمرو داد که اقرب است، نه (به) پسر دیگر او و نه به پسر بکر. زیرا که ظاهر این است که بطون لاحقه تلی وقف را از واقف میکنند چون او در اول از برای آنها این حق را قرار داده. نه آنکه هر بطن لاحق از سابق بر خود تلقی کند. زیرا که گاه است که (من یتقرب بموقوف علیه) هیچ حصه نداشته (باشد) که به او منتقل بشود، و با وجود این باز داخل موقوف علیهم است و حصه مبرد. مثل آنکه در حیات واقف از برای واقف پسری بود و پسر زاده (ای)، و بعد از واقف يك فرزندی از همین پسر زاده او مانده، شکی نیست که این فرزند (موقوف علیه) است و آنچه مسگیرد از پدر او به او منتقل نشده چون پدر او حصه نداشت. و اگر با وجود این، پسری هم از پسر واقف مانده باشد همه را او مبرد چون اقرب است به واقف.

و در کلام بعضی افاضل معاصرین (ره) (۱) دیدم که نوشته است که (اقرب از هر سلسله منع ابعده همان سلسله را میکند). و وجه آن را نفهمیدم. بلی اگر واقف گفته بود که (وقف کردم این ملک را بر بکر و عمرو و اولاد هر يك از اینها الی انقطاعهم) با ادعای اینکه ظاهر این کلام این است که در هر طبقه اولاد هر يك مدخلیت داشته باشد، در این صورت وجهی از برای این سخن بود. و لکن مفروض

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

سؤال غیر این است. زیرا که مفاد آن این است که (وقف کردم این را بر اولاد و اولاد

اولاد به عنوان ارث شرعی) که این هم دلالت دارد بر اینکه موقوف علیه در هر طبقه کسی باشد که ارث مبرد و هم اینکه حصه او به نحوی باشد که در ارث مقرر است. چون تنصیب بر اسم نکرده و اکتفا به همین کرده که (خمس آن باید بین الاولاد علی سبیل الارث الشرعی منقسم شود).

و منحصر بودن وارث در حین وقف در بکر و عمر مستلزم آن نیست که مراد او تخصیص آنها شود به اراده، با خصوصیت اراده اولاد هر يك از آنها بالخصوص هر چند

اولاد احدی از آنها ابعد از اولاد دیگری باشد نسبت به واقف. و اگر واقف نمگفت که علی طریق الارث الشرعی قسمت کنند، و اکتفا مکرد به همین که (خمس آن وقف است بر اولاد و اولاد اولاد الی انقطاعهم)، حکم مکردیم به تسویه جمیع در حصه بدون فرقی ما بین اقرب و ابعد، و ذکرو انثی، تا لازم نیاید ترجیح بلا مرجح. چنان که تحقیق آن کرده ام در بسیار از جواب مسائل. و علمای عصر، جمیعا رجوع کردند به آنچه این حقیر فهمیدم در این مسأله، بعد آنکه همه مخالف بودند در آن. و از تذکره و قواعد نیز مستفاد میشود.

۵۷: سؤال: زید وقف کرده است شش دانگ ملك معینی را و شش دانگ طاحونهء معینی را. و وقف نامه (ای) نوشته. واحدی از مجتهدین زمان که الحال به جوار رحمت الهی و اصل است سجلی نوشته بر آن. و حاصل وقف نامه این است که: وقف

کرد زید شش دانگ مزرعه فلان را و شش دانگ طاحونه فلان را که چهار دانگ آنها

وقف باشد بر اولاد ذکور او نسلا بعد نسل، و هر گاه منقرض شوند، بر اولاد اناث. الی ان یرث الله الارض. و دو دانگ دیگر آنها را به مصارف مفصله ذیل.

و حاصل آن مصارف مفصله این است که: در شهر مبارکه رجب و شعبان و رمضان از منافع آن به این طریق صرف خیرات نمایند به جهت واقف که هر ساله در هر يك از دو شهر اول پانزده نفر قاری قرآن را ضیافت کنند که نفری چهار جزء قرآن بخوانند. و در ازای هر جزء يك شاهی به آنها بدهند. و هر قاری را يك نیمچه (۱).

(۱۳۰)

طعام بدهند که با عیال خود به مصرف برسانند. و مقدار طبخ برنج هشت من تبریز باشد. و در ماه مبارک رمضان سی نفر را و مصرف دیگر اینکه از حین وفات واقف الی انقضاء ده سال در هر سالی یک ساله صوم و صلوات از برای واقف استیجار نمایند به انضمام نماز آیات. و آنچه از مداخل در مدت ده سال فاضل آید از مصارف

مقرره، و بعد از مدت ده سال مزبور متولی هر یک از طبقات (به) مصارف خیرات جاریات باقیات صالحات و وجوه قربات و هر چیزی که خیر و صلاح واقف و منشأ اجر اخروی باشد به جهت واقف، برسانند. و چون واقف مدتی مشغول داد و ستد دیوان بود، متولی هر طبقه از مداخل موقوفات (مهما ممکن) به مصارف رد مظالم و ابراء ذمه واقف رسانند.

و زیاده از سه سال اجاره ندهند. و شرط نموده واقف که منافع چهار دانگ طاحونه مزبوره را از حین وفات واقف الی انقضاء دوازده سال تمام، متولی تسلیم زوجه های واقف نماید علی السویه بالتمام. و بعد از آن بر نهج مقرر به اولاد رسانند.

و در سال اول وفات پانزده تومان مداخل این چهار دانگ را به سه نفر صبیای او بدهند. و شرط نمود واقف که تولیت مجموع مزرعه و طاحونه مادام الحیات با خود واقف باشد، و بعد از او با اکبر اولاد او که عمر و نام است. و بعد از او با اکبر و ارشد اولاد عمرو. و بعد از انقراض اولاد او به سایر اولاد ذکور. و بعد از انقراض آنها به

عالم متقی. و شرط کرده واقف که مادام الحیات نه عشر و نیم از مداخل جمیع مزرعه و طاحونه از باب حق تولیت از برای خودش باشد. و نیم عشر دیگر به اولاد و مصارف مفصله برسد. و بعد وفات او نیم عشر حق التولیه باشد از برای متولیان سایر طبقات. این حاصل اختصار وقف نامه است.

و اما سجلی که آن مجتهد نوشته است، این است که (بعد اعتراف الواقف المؤید دام عزه صریحا بحذافیر المسند الیه متنا وهامشا لدی وقعت الصیغه الشرعیة علی النهج المسطور، والاقباض والقبض بین یدی، وقد اشترط فی ضمن العقد خروج وجه استیجار القربات ورد مظالم العباد الی مآتی تومان عن منافع الحصة المشترطة لمصارف الوصایا المحررة خلاصا عن الشبهة). این هم آخر سجلی است که آن مجتهد نوشته.

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

جواب: ناچار است در تحقیق این سؤال از ذکر سه مطلب:

مطلب اول: در بیان صحت و فساد این وقف است. پس مگوئیم که هر گاه مستند در این وقف همین وقف نامه است، و ثبوت اینکه وقف مزبور بر همین نحوی که مسطور است در وقف نامه مسلم است، پس آنچه از ادله شرعی در نظر حقیر ظاهر میشود این است که این وقف باطل است از چند جهت: اول اینکه: در خصوص وقف دو دانگ بر مصارف مذکوره یا این است که مراد تنجیز وقف است در

حال حیات واقف و لکن مصارف آن بعد موت واقف است، یا مراد وصیت به وقف است یعنی گفته است که بعد من وقف کنند بر این مصارف.

پس اگر وقف منجز است در حال حیات، پس موقوف علیه الی حین الممات معلوم نیست که کیست. و وقف عبارت است از نقل ملك از خود به دیگری، به این نحو که به همان صیغهء وقف نقل حاصل شود، منجزا و نقل به آن مصارف بعد الموت معلق است و منجز نیست و در معلق هم مراد او منافع ما بعد الموت است. پس منافع مادام الحیات معلوم نیست که از برای کیست و موقوف علیه در آن حال مجهول است.

و اگر بگوئی که: چون که در جملهء مصارف مفصله (وجوه خیرات و مبرات) مذکور

است، پس شاید منظور او این باشد که مادام الحیات مصارف منافع آن دو دانگ سایر وجوه خیرات و مبرات مذکور، است. و بعد از ممات، آن امور دیگر که ضیافت و

تلاوت قرآن و استیجار صوم و صلوات باشد.

گوئیم که این خلاف ظاهر وقف نامه است، چنان که پوشیده نیست. و خلاف آن چیزی است که آن مجتهد فهمیده و امضا کرده است چنان که گفته است (عن منافع الحصة المشترطة لمصارف الوصایا المحررة) که از کلام او مفهوم میشود که همهء آن مصارف از باب وصایا است و وقف آن دو دانگ از برای آن وصایا است که

بعد از موت باید به عمل آید. و هر گاه موقوف علیه در حال حیات خود واقف است،

پس شکی در بطلان آن نسبت به واقف نیست، و در ما بعد واقف هم اظهر بطلان است (چنان که در جواب سؤال های سابقه در همین مجموعه بیان کرده ایم)، (۱) قطع نظر از اشمال آن بر امور دیگر که موجب بطلان مشود، چنان که خواهیم گفت.

و اگر مراد وصیت به وقف است، یعنی (بعد از من وقف کنید که به این مصارف برسد) پس با وجود اینکه منافات دارد با وقف نامه و خلاف ظاهر بلکه صریح آن است از چندین جهت. خصوصاً از جهت آنکه تولیت آن را مادام الحیات از برای خود قرار داده و تولیت قبل از وقف شدن، معنی ندارد. از جهات دیگر باطل مشود چنان که بعد خواهیم گفت.

جهت دوم این است که: چنان که وقف بر نفس واقف باطل است، انتفاع واقف از عین موقوفه و اکل از آن هم جایز نیست، و همچنین ادای دین و گذران معیشت از آن، هر چند وقف بر غیر باشد. چنان که مشهور علماست، بلکه خلافی در آن نقل

نشده از شیعه الا از ابن جنید که علامه در مختلف از او نقل کرده قول به جواز انتفاع به ثمره وقف، یا قیمت آن ثمره در صورتی که شرط کرده باشد واقف این معنی را. و شهید هم در دروس اسناد داده به او. و قولی در مختلف هم از شیخ نقل شده به جواز نشستن واقف در خانه ای که وقف کرده، و استدلال کرده به روایت ابی الجارود (قال: قال ابو جعفر - ع - لا یشتری الرجل ما تصدق به، وان تصدق به مسکن علی ذی قرابته فان شاء سکن معهم وان تصدق بخادم علی ذی قرابته خدمه ان شاء). (۲) و این روایت با ضعف سند و معارضه آن به روایت طلحه بن

زید (که سندش و دلالتش اقوی و اوضح است) دلالت آن ممنوع است و عمل به آن مهجور است. و اقوی قول مشهور است. و در مسالك گفته است که (چون قاعدهء مذهب اصحاب این است که شرط

(۱): رجوع کنید به مسئله ۲۵ و ۲۶ ج ۴، موضوع منقطع الاول.

(۲): وسائل: ابواب الوقوف، باب ۳ ح ۲.

است در وقف اخراج آن ملك وقف از خود واقف به حیثیتی که باقی نماند از برای واقف استحقاقی در آن، به جهت آنکه وقف اقتضا میکند نقل ملك و منافع آن را از خود. پس هر گاه شرط کند قضای دیون یا ادرار مؤنهء خود و امثال آن را، پس شرط

کرده است آنچه (را که) منافی مقتضای عقد است. پس شرط و وقف هر دو باطل میشوند.) و ظاهر این کلام مشعر به دعوی اجماع است. و خصوص روایت علی بن سلیمان بن رشید دلالت بر آن دارد (قال: کتبت الی ابی الحسن - ع - جعلت فداک لیس لی ولد ولی ضیاع ورثتها من ابی، وبعضها استفدتها، ولا آمن الحدیثان فان لم یکن لی ولد وحدث بی حدث فما تری جعلت فداک لی ان واقف بعضها علی فقراء اخوانی والمستضعفین، او ابیع واتصدق بثمانها علیهم فی حیاتی، فانی اتخوف ان لا ینفذ الوقف بعد موتی. فان وقفتها فی حیاتی فلی ان اکل منها ایام حیاتی ام لا؟ -؟ فکتب - ع - : فهمت کتابک فی امر ضیاعک. فلیس لک ان تا کل منها من الصدقة فان انت اكلت منها لم ینفذان کان لک ورثة. فبع و تصدق ببعض ثمنها فی حیاتک. وان تصدقت امسک لنفسک ما یقوتک، مثل ما صنع امیر المؤمنین). (۱)

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

(۱) و (۲): همان مرجع: ح ۱ و ۴.

اگر شرط منتفع شدن در ضمن عقد نفعی داشت آن حضرت بایست بفرمایند که (هر گاه شرط انتفاع خود بکنی جایز است).

ودلالت میکند بر این نیز اینکه وقف از جمله صدقات است. چنان که علما تصریح کرده اند. بلکه تفسیر کرده اند وقف را به اینکه صدقه جاریه است و جایز نیست منتفع شدن به صدقه. چنان که از اخبار مستفاد میشود و از خصوص همین روایت هم تعلیل به آن مستفاد میشود. که فرمود (فلیس لك ان تأکل منها من الصدقة). و لکن در کتاب من لا یحضره الفقیه کلمه (ولا) بعد (ان تا کل منها) موجود است. (۱) و بعضی استدلال کرده اند بر مطلب به دو حدیث صحیح اسماعیل بن فضل و ما آنها (۲) را سابق بر این در همین مجموعه ذکر کردیم و اشکال کردیم در دلالت آنها، و علی ای حال خالی از تأیید نیستند. (۳)

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

(۱): فقیه: ج ۲ ص ۲۸۹.

(۲): رجوع کنید به مسئله شماره ۱۵، از همین مجلد.

(۳): حدیث اول اسماعیل بن فضل در وسائل: ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۳ ح ۳ است، و حدیث دوم در تهذیب

شیخ ج ۹ ص ۱۵۰.

(۴): وسائل: ابواب احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.

شرط کرده باید متابعت آن را کرد. پس حقیقت این (انتفاع بردن) داخل وقوف و حکم وقوف نیست. و پر واضح است که مراد امام (ع) این نیست که جعل وقف و انشاء حقیقت وقف به دست اهل آن است که به هر نحو خواهد وقف کند. و الا لازم

مآید که واقف شارع باشد پس مراد این است که وقفی که از شرع رسیده و تصرفاتی که شارع تجویز کرده، واقف بنا را به هر يك از آن امور مجوزه شارع بگذارد، باید به همان نحو (که واقف اختیار آن کرده از وجوه مجوزه شارع) معمول داشت و تغییر آن جایز نیست. نه اینکه هر جعلی که واقف بکند و نام آن را وقف گذارد باید متابعت کرد. پس اخبار منع، معارضی ندارد. (۱) نه عموماً و نه خصوصاً.

هر گاه این را دانستی پس مگوئیم: شرط اخراج رد مظالم و استیجار صوم و صلوات و اجرت تلاوت قرآن (همه اینها) داخل شرط انتفاع خود، است. اگر بگوئی که: راوی در حدیث سؤال کرد (ه) از انتفاع در ایام حیات، و این امور انتفاع بعد از موت است. مگوئیم: اما اولاً: جواب امام (ع) عام است و عبرت به (عموم لفظ) است. و سؤال مخصوص جواب نیست. چنان که در موضع خود محقق است. و اما ثانیاً: اینکه این سؤال از فرد خفی است و غرض راوی این است که بعد از خودم توقعی از آن ندارم و احتیاج در حال زندگانی باعث این قصد من است. پس هر گاه این را امام مرخص نکرد (و گاه است که ایام حیات يك لمحہ باشد) پس چگونه مرخص میکند که بعد از ممات، چنین قرار دهد که ابد الدهر هر ساله از برای او تلاوت قرآن کنند یا استیجار عبادات کنند، یا در هر سال از باب رد مظالم احتیاطی و امثال آن چیزی قرار بدهند.

و به هر حال شکی نیست که رد مظالم واجب، از جمله دیون است مثل خمس و زکات و همچنین استیجار صوم و صلوات هم ادای دین است که بر ذمه او است. خصوصاً بنا بر قول به وجوب وصیت به آن (و قول ضعیفی هم هست که واجب است

اخراج آن از اصل مال) و همچنین استیجار به جهت تلاوت قرآن و امور مستحبیه از

(۱): عبارت نسخه: پس اخبار منع آن به غیر انتفاع خود معارضی ندارد...

سایر عبادات و صدقات. اینها همه (شرط انتفاع خود) است هر چند بعد از مردن باشد. و بسا هست که غافل از حقیقت حال در اینجا توهم کند که مطلق وقف از برای خیرات - مثل پل ساختن و مسجد ساختن و امثال اینها - همه نفعی است که به واقف می‌رسد. پس باید هیچ یک صحیح نباشد. و فرقی نیست ما بین اینکه وقف کند از برای اینکه به قاری قرآن بدهند که از برای او بعد از مرگ تلاوت قرآن کند که ثواب آن عاید او میشود. یا اینکه وقف کند بر قاریان قرآن یا اینکه وقف کند که مسجدی بسازند که ثواب آن عاید او شود.

و این توهم بسیار ضعیف است. زیرا که در آن صورتها هر کسی که در مسجد نماز میکند یا در حمام غسل میکند یا خود تلاوت قرآن میکند، آن اعمال را از برای خود میکند و ثواب آنها را از حق تعالی از برای خود مطالبد. و گاه است که کسی که هیچ خبر ندارد که حمام وقف است در آن غسل میکند و به خاطر او خطور نمیکند که کسی در ثواب او شریک باشد. و همچنین قاریان قرآن که کسی به ایشان از باب منافع وقف قراء، چیزی میدهد در حین قرائت این معنی در مخیله آنها خطور نمیکند. و اما در ما نحن فیه پس مراد این است که از این منافع به قاری بدهند که آنچه سخواند از برای واقف باشد، و ثواب آن را برای واقف قرار دهد. و هکذا سایر مثالها. پس ثوابی که به واقف می‌رسد در وقف بر خیرات عامه، آن ثواب اعانت آن جماعت و خشنود کردن بندگان خداست بدون توقع عوضی از آن بندگان. بلکه عوض بر خداوند عالمیان است. بخلاف ما نحن فیه که در

اینجا عوض از بندگان، مطلوب واقف میشود. و به عبارت اخری: در ما نحن فیه معامله ای است با بندگان که از این مال به آنها میدهد و عوض از آنها میگیرد. بخلاف مطلق وقف.

و اما ثالثاً: اینکه این نیز تصرف و انتفاعی است در حال حیات گو وقوع آن عمل و حصول نفع از آن بعد از ممات باشد. زیرا که صادق است بر آن که در حال حیات شرط نفعی از برای خود در آن مال قرار داده، چنان که در وصیت به عبادات و اعمال خیر.

وجه سوم: اشتراط نه عشر و نیم است به حق تولیت از برای واقف ما دام الحیات و

هر چند مآل کلام در این وجه هم به وجه دوم بر مگردد و لکن چون در اینجا شائبه مغایرتی هست که همان منشأ تجویز آن شده ما آن را وجهی جداگانه ساختیم و تحقیق کلام در آن این است که اینهم شرط انتفاع واقف است به وقف. بلکه از حیثیتی داخل (وقف بر نفس خود) است گویا اشتراك غیر باشد. و کسی که این را تجویز کرده غفلت او از این راه است که این را از راه شرط از برای ناظر و متولی

قرار داده، نه از برای خود، و این سخن تمام نیست و ناچار است در بیان این مطلب از ذکر چند مقدمه:

اول: اینکه مشهور این است که جایز نیست از برای واقف هر گاه وقف بر جمع خاصی کرده باشد (مثل اولاد. یا مثل سادات و خود از جمله سادات نباشد) اینکه بخورد از وقف و منتفع شود از آن. خواه شرط کند که خود بخورد یا بخوراند به دوستان خود یا نه و خلافی در مسأله به نظر نرسیده الا از ابن جنید در صورت شرط. و مختار، مذهب مشهور است و دلیل ایشان واضح است، و بیان این پیش گذشت.

دوم: اینکه هر گاه وقف کند بر مصلحت عامه مثل مسجد و رباط که از برای زوار و

مترددین مسازند، ظاهراً خلافی در جواز انتفاع واقف به آن، نباشد. خواه شرط بکند و خواه شرط نکند.

سوم: اینکه هر گاه وقف کند بر قومی به عنوان عموم مسلمین یا فقرا یا فقها، اشهر و اظهر در آن نیز جواز انتفاع خود او است هر گاه او هم از جمله آنها باشد، خواه در آن حال متصف به آن صفت باشد یا بعد متصف شود. مگر با شرط خروج خود از آنها، یا شرط دخول که در صورت شرط دخول اظهر عدم جواز است. چنان که مختار شهیدین است. و در صورت شرط خروج که اشکالی نیست در عدم جواز، و

اما در صورت اطلاق، پس جایز است انتفاع خود، خواه در آن حال متصف باشد به آن صفت یا بعد متصف شود. زیرا که صادق نیست بر او که وقف به نفس خود کرده

تا جایز نباشد. و مخالف در مسأله ابن ادریس است. و علامه در مختلف که مطلقاً تجویز نکرده. و صاحب کفایه نیز میل به این کرده و گفته است که (در صورت شرط خروج خود و (شرط) عدم خروج، سخن تمام است. و لکن در صورت اطلاق،

جواز مشارکت تمام نیست. زیرا که اطلاق اخبار منع، اقتضا میکند عدم جواز انتفاع را مطلقاً). و در آن اخبار مذکور نیست که چون وقف بر خود است جایز نیست. و در

مسأله هم اجماعی نیست.

و انصاف این است که متبادر از اخبار منع غیر این صورتی است که از راه فقیر بودن و فقیه بودن منتفع شود. و عموم حدیث عسکری (ع) (۱) مقتضی این است که جایز باشد، به سبب اینکه عمل کرده است به حسب آنچه وقف کرده واقف. چون واقف به فقرا مثلاً وقف کرده و این هم فردی است از فقرا.

چهارم: مشهور این است که جایز است که تولیت وقف را از برای خود قرار بدهد. چنان که جایز است که برای غیر قرار دهد و از علامه در مختلف ظاهر میشود دعوی اجماع و مخالف در مسأله ابن ادریس است و آن ضعیف است. پنجم: جایز است که شرط کند از برای متولی که بخورد و بخوراند. و در حقیقت در اینجا متولی از جمله موقوف علیهم میشود. و این شرط منافاتی با عقد وقف ندارد.

ششم: مشهور این است که جایز است در این صورت که برای متولی شرط کرده خوردن و خوراندن را که هر گاه خود متولی باشد اینکه بخورد و بخوراند. و صاحب

کفایه در جواز خوردن خود واقف هر گاه متولی باشد تأمل کرده. و این لازم قول ابن

ادریس و علامه است در مختلف زیرا که عموم متولی هم مثل عموم فقرا و فقها است. بلکه چون ابن ادریس تولیت واقف را جایز ندانسته، به طریق اولی این اکل و انتفاع جایز نخواهد بود چون داخل متولی نیست. و تحقیق در مسأله همان است که در وقف بر فقرا و فقها گفتیم که هر گاه شرط کرده است انتفاع خود را در صورت تولیت، جایز نیست. چون داخل (شرط انتفاع خود) است. و هر گاه شرط عدم انتفاع خود کرده، حکم عدم جواز اوضح است. و در صورت اطلاق جایز است، زیرا که مفروض این است که انتفاع از حیثیت این است که متولی است، نه از حیثیت اینکه خود واقف است. و نه از حیثیت اینکه تولیت خاصه است بلکه از این

(۱): وسائل: ابواب احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.

جهت است که فردی است از افراد متولی. والحاصل: آنچه ممنوع است تصرف او است در وقوف از حیثیت اینکه خود مقصود باشد در وقف به قصد اول. نه ثانیاً و بالعرض.

هر گاه این را دانستی، پس مگوئیم که در صورت مفروضه که شرط کرده است که مادام الحیات که خود متولی است نه عشر و نیم ببرد. و بعد الممات که ولد اکبر متولی میشود نیم عشر ببرد، اگر نگوئیم که صریح است در وقف بر خود، لا اقل داخل عموم (شرط انتفاع از برای کلی متولی) نیست، که خود از حیثیت آنکه فردی است از کلی متولی، جایز باشد که ببرد هر چه را که مطلق متولی مبرد، مثل کلی فقرا و فقها، بلکه در این صورت به قدر مساوی نیم عشر هم بر او حلال نیست. به جهت آنکه نیم عشر وقتی حلال بود بر او که استحقاق از راه بودنش فردی از متولی کلی، بود. و در اینجا قدر مشترکی میان خود و غیر قرار نداده. بلکه در وقفی متولی خاصی قرار داده و مجموع نه عشر و نیم را از برای خود قرار داده، و این نیست الا معنی شرط نفع از برای خود.

و اگر مگوید که من از حیثیت اینکه متولیم این را مبرم، این بی اصل است. به سبب اینکه هر گاه حیثیت تولیت بنفسها مقتضی این است پس باید در غیر او هم ثابت باشد. و شکی نیست که مفهوم اینکه (از حیثیت اینکه متولیم) مغایرست با مفهوم اینکه (از حیثیت اینکه خود متولیم) و گمان میکنم که این مطلب از کمال وضوح احتیاج به زیاده بر این بیان ندارد. علاوه بر اینها گوئیم که شرط انتفاع متولی از عموم حدیث عسکری (ع) مستفاد شده و این که فرموده است که (الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها) (۱) و آن منصرف میشود به افراد متعارفه شروط واقفین. و این فردی که حق التولیه اغلب منافع باشد (بلکه آنچه برای موقوف علیهم ممانند کالمعدوم است) از این حدیث متبادر نمیشود. پس معلوم نیست که چنین شرطی واجب الاتباع باشد در صورتی که از برای مطلق متولی قرار دهد، چه جای آنکه از برای خود قرار دهد که شائبه دخول آن در ضمن وقف

(۱): وسائل: ابواب احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱ و ۲.

بر نفس هم علاوه میشود.

مطلب دوم: در توضیح و بیان مطلب آن مجتهد است در سجلی که به وقف نامه نوشته است. زیرا که آنچه را که از برای خروج از شبهه از باب شرط ضمن العقد قرار

داده، مشتبه است. و معلوم نیست که مقصود ایشان خروج از شبهه در چه چیز است. و گمان حقیر این است که دو چیز در نظر ایشان آمده از طریقه وقف واقف نسبت به دو دانگ دیگر مزرعه در وصایای مفصله که مخل است به حقیقت وقف: یکی اینکه از جمله وصایای محرره رد مظالم و استیجار صوم و صلوات و تلاوت قرآن است. و اینها همه نفعی است که عاید واقف میشود. و شرط (کردن) آن منشأ، بطلان است بنابر مشهور و گویا ایشان مذهب ابن جنید را اختیار کرده اند، و از برای خروج از شبهه مخالفت مشهور از پی چاره رفته اند و چاره را این قرار داده اند که این را از باب (شرط ضمن العقد) کنند، نه داخل ماهیت وقف. پس اصل ماهیت وقف متحقق شده باشد به وقف بر سایر خیرات و مبرات، و منتفع شدن خود را از باب شرط خارج قرار داده باشند که دخلی به ماهیت وقف ندارد. به جهت اینکه البته شرط در ضمن العقد غیر از نفس عقد است و الا در ضمن عقد بودن آن بی معنی میشود. مثلاً هر گاه کسی خانه را بفروشد و در ضمن عقد بیع خانه شرط کند بایع، که مشتری هم اسب خود را به او بفروشد، بیع اسب مطلقاً مدخلیتی در ماهیت بیع خانه ندارد. و این شرط و الزامی است که از خارج شارع تجویز آن کرده.

و بر این وارد است اولاً اینکه: چنان که در تحقق حقیقت بیع تحقق امور چند لازم است - که بایع است و مشتری و عین معلومه و عوض معلوم و ایجاب و قبول - و بعد از تحقق مجموع، شرطی (را) در ما بین ایجاب و قبول ذکر میکنند. پس همچنین در حقیقت وقف چند امر معتبر است: واقف و موقوف علیه و تأیید و تنجیز و اخراج از نفس بتمامها یعنی تمام ملك و منافع آن را از خود بیرون کند و برای مصرفی معین قرار دهد ابداً بدون تعلیق به شرطی. پس هر گاه واقف بگوید (وقفته هذه المزرعة علی وجوه الخیرات و المبرات و شرطت ان یصرف مقدار مأتی تومان من منافعها لاجل رد المظالم و استیجار

العبادات)، و ناظری که متولی قبول است در امور عامه بگوید (قبلت الوقف والشرط)، پس باید به لفظ ایجاب قصد اخراج تمام موقوف و منافع آن (را) به سوی موقوف علیه کرده باشد، و بعد از آن ذکر کند شرطی را که مغایر اصل عقد است. و مفروض این است که در ایجاب، مقصود او اخراج تمام منافع و انحصار موقوف علیه در وجوه خیر و بر نیست. بلکه منظور دارد که بعض منافع آن از برای خودش باشد. پس در این صورت وقف بعض عین و منافع کرده خواهد بود. نه تمام آن. و مفروض این است که بعض را معین نکرده، و الا بایست بگوید (وقف کردم نصف این عین مثلاً و منافع آن را).

و اما مثل شرطی که جایز است در وقف از باب کیفیت تصرف، و تقسیم منافع، و ترتیب، و تسویه و امثال آنها: پس آنها داخل شرط ضمن العقد نیستند که مغایر عقد باشند بلکه آنها از باب بیان حقیقت موقوف علیه و تمام منافع عین موقوفه، هستند. و اما مثل (شرط رجوع به خود هر گاه محتاج شود) یا (ادخال هر کس (که)

بخواهد) چنان که فقها تجویز کرده اند، پس آنها از باب شرط ضمن العقدند که تجویز آن از شارع رسیده. و منافات با تأیید و اخراج از نفس است زیرا که تأیید و اخراج از نفس در طی ایجاب فی الجملة در نظر هست. یعنی منظور او این است که این عین و منافع بتمامها از نفس او خارج شود و ابتدا از برای موقوف علیهم باشد مگر اینکه حاجتی رو دهد که در آن وقت اختیار رجوع داشته باشد. بخلاف مانحن فیه که در ضمن ایجاب قصد خروج تمام منافع از نفس خود برای وجوه خیر نکرده. پس حقیقت وقف در ضمن ایجاب وقف به عمل نیامده.

و ثانیاً اینکه: چنان که ذکر کرده اند در وجوه (لزوم شرط در ضمن عقود لازمه) اینکه آن شرط داخل احد عوضین میشود و به این سبب لازم میشود پس در اینجا هم مگویییم که وقف از عقود لازمه است با انضمام قبض، مانند صدقه و هبه ذی رحم غیر معوضه، که شرط در ضمن آنها لازم میشود هر چند در طرف دیگر عوضی نباشد. بلکه مگویییم که عوض، ثواب است. چنان که بعض فقها استدلال کرده اند از برای لزوم صدقه به اینکه آن داخل هبه معوضه است، و چه عوضی است که بهتر از ثواب باشد (هر چند ما را در این، کلامی هست که در

کتاب هبه همین مجموعه بیان کرده ایم) و بنابر این پس باز لازم می‌آید (وقف بر نفس وعدم خروج وقف از نفس واشتراط نفع از برای خود). پس این راه چاره فایده (ای) نکرد از برای خروج از شبهه مخالفت مشهور.

و ثالثاً اینکه: عقد اصل است و شرط ضمن العقد تابع است. و مفروض تفصیل واقف، عکس این است. چون او عبادات را ذکر کرده و گفته است که (اگر چیزی فاضل آید صرف خیرات و مبرات کنند). پس چگونه ما اصل عقد را منصرف به خیرات و مبرات کنیم و آنها را از باب شرط قرار دهیم. و دوم (۱)، جهالت مقدار رد مظالم است. بلکه جهالت مقدار اجرت صوم و صلوات.

خصوصاً با توزیع آن بر ده سال که تغییر وجه اجاره در سنوات محتمل است. و تعیین مقدار هم صعوبت دارد. چون معلوم نیست که در هر سال چه خواهد شد. بلکه جهالت گوشت و روغن و ادویه طعام و امثال آن نیز. و به این اشاره کرده است

به قولش (إلی مآتی تومان). و توجیه این چاره به یکی از دو و چه مشهود یکی آنکه تلاوت قرآن که مقدار آن و مقدار اجرت آن معین است، و صوم و صلوات که هر چند

اجرت آن معین نیست لکن مقدار آن معین است، اولاً مقدم دارد و از دویست تومان بردارد، تتمه را به رد مظالم بدهد.

و وجه دوم اینکه اختیار را با متولی گذاشته باشد که مجموع دویست تومان را به این سه مصرف برساند. که ناسخ آن تفصیل خود واقف باشد.

و بر این وارد می‌آید: امام بر وجه اول: اینکه گاه است تلاوت قرآن و صوم و صلوات احاطه کند بر دویست تومان - هر چند این احتمال بعید است در مانحن فیه و لکن چون این چاره افاده عموم جواز آن میکند و در بسیاری از صور هست که احاطه از احتمالات ظاهر میشود - و در آن وقت

از برای رد مظالم، چیزی باقی نماند. و

حال آنکه مقصود او حصول آن است. و اما بر وجه دوم (قطع نظر از آنکه نسخ خلاف اصل است. بلکه خلاف ظاهر کلام واقف و آن مجتهد) لازم می‌آید بر این،

(۱): مراد از دوم عبارت است از آن دو چیزی که در اوایل "مطلب دوم" فرمود که "و گمان حقیر این است که دو چیز در نظر ایشان آمده... یکی... " و این دومین است که شروع میکند.

تقدم تلاوت و صوم و صلوات بر رد مظالم، یا تسویه ما بین آنها و حال آنکه رد مظالم واجب از حقوق مالیه است و از اصل مال خارج میشود، هر چند آن را در ثلث قرار بدهند. پس چگونه در اینجا مطلقاً عبادات را مقدم داریم که یا مستلزم تفویض رد مظالم شود یا تبعیض آن، و عدول به آنچه که جایز نیست عدول به آن. و از مجموع آنچه گفتیم ظاهر شد که آن مجتهد یا غافل شده است بالمره از حکایت شرط واقف نه عشر و نیم را از برای خود به حق التولیه، و الا بایست چاره آن

شبهه را هم کرده باشد و شبهه لن کمتر از اینها نبود. و یا اینکه نظر او به این بوده که فقها گفته اند که جایز است واقف از برای متولی چیزی قرار بدهد. و هم گفته اند که صورتی که خود متولی باشد جایز است که خود هم منتفع شود مانند متولی های دیگر. و جواب از این را مفصلاً بیان کردیم. و بیان کردیم که مقتضای کلام مشهور بطلان آن است. و خروج از شبهه مخالفت ایشان نیز ضرور بود. خصوصاً اینکه ابن ادریس قائل شده به عدم جواز تولیت واقف اصلاً، هر چند این شبهه ضعیف است و لکن اختیار قول ابن جنید هم بسیار ضعیف است. مطلب سوم: بنابر این که آن مجتهد سابق امضاء و تنفیذ این وقف کرده باشد، آیا جایز است از برای مجتهد دیگر که مخالف او است، نقض آن یا نه؟ -؟. بدانکه آنچه

مشهور و معروف است ما بین فقها و اصولیین این است که نقض حکم جایز نیست نه از برای خود آن مجتهد (هر گاه رأی او متغیر شود) و نه برای مجتهد دیگر و فرقی نیست در تحقق حکم ما بین تحقق خصومت و وجود متخاصمین بالفعل که رفع نزاع به آن بشود و ما بین ترقب حصول آن، مثل مانحن فیه. و نقض فتوی جایز است. و حقیر در این مسئله بسط زیادی در قوانین داده ام. و تحقیقات چند در آنجا شده که از خواص آن کتاب است. و حقیر نقض فتوی را هم در بسیاری از احکام جایز نمدانم.

و لکن عدم جواز نقض حکم و فتوی در صورتی است که بطلان حکم یا فتوای اول ظاهر نشود. و در تحقیق معنی ظهور بطلان هم سخن بسیار است و حاصل مختار در آن (چنان که مرحوم آخوند ملا احمد اردبیلی اختیار کرده) این است که ظاهر شود که مجتهد سابق مسامحه در اجتهاد کرده بوده است، و دلیل مسأله به حدی

واضح بوده که اگر تتبع تمام و بذل جهد به قدر وسع مسکرد، به آن نحو حکم نمسکرد و فتوی نمسداد. والحاصل مراد ظهور بطلان حکم و فتوای سابق است نه مجرد تغییر رای. زیرا که تغییر رای مستلزم بطلان رأی سابق نیست. بلکه مستلزم مرجوحیت آن است علی الظاهر. و هر چند ظن حقیر در خصوص این مقام این است که غفلی از آن مجتهد حاصل شده و اگر نه بایست که چنین بنا گذارد. و لکن صاحب مسأله از من حکم به نقض یا عدم آن را خواهش کرده و این که من بگویم آنچه او کرده باطل است حکمی خواهد بود از من به بطلان. و حکم بدون مرافعه صورت نمسپذیرد. و به مجرد کاغذ و قف نامه و امثال آن حکم نمس توان کرد. و فتوی دادن یعنی (اگر چنین است، چنین است. و اگر چنان است، چنان است) دخلی به حکم ندارد و از باب فتوی است. و نقض حکم به فتوی با وجود بقای خصمین بالفعل صورتی ندارد. و خصوصاً اینکه عبارت آن مجتهد هم متشابه است، و از برای من به محض آن عبارت که در کاغذ نوشته شده علم حاصل نمس شود به حکم او، خصوصاً که با آن مجتهد معاشرت نکرده ام و از طریقه او در اصول و استنباط مطلع نیستم که توانم حکم کنم که: نظر به طریقه او نبایست چنین حکم کند پس معلوم است که مسامحه کرده یا سهود و غفلت رو داده. مطلب چهارم در اشاره به بعضی از مواضع مسامحه در وقف نامه است: اول اینکه در وقف چهار دانگ که بر اولاد ذکور شده و بعد از انقراض، بر اناث، و اقتصار بر این

بلکه با تقیید به (الی ان یرث الله الارض) داخل وقف منقطع الاخر مشود. چون غالب انقراض اولاد است. و امر در این سهل است چون اظهر در آن صحت است و محمول است بر حبس. و دوم اینکه مجموع منافع چهار دانگ وقف اولاد را از روز وفات واقف تا دوازده سال تمام به سه نفر از زوجات او بدهند، و این که مبلغ پانزده تومان منافع آن را در سال اول به سه نفر صبیای او بدهند. و امر در این مشکل است، به سبب اینکه حقیقت این وقف راجع مشود به (منقطع الوسط) و موقوف علیه از اول ایام وفات، زوجات مزبوره اند. و بعد از آنها اولاد ذکور. و اگر تحدید به

دوازده سال نبود باکی نبود. اما با تحدید به این مدت چون محتمل است که قبل

از انقضای مدت همه لن زوجات یا بعض آنها بمیرند، در آن وقت معلوم نیست که موقوف علیه کیست. و وقف با جهالت موقوف علیه باطل است هر چند در قدری از زمان آن باشد.

و رجوع به خود واقف اگر منظور باشد در آن زمان آن هم صحیح نیست. و این هم معنی ندارد که موقوف علیه را بالاصاله اولاد ذکور بدانیم از اول امر و دادن به زوجات را از باب شرط ضمن العقد خارج. زیرا که معنی ندارد که موقوف علیه اولاد

ذکور باشد و تا دوازده سال بالمره محروم از منافع باشد. مگر اینکه مراد واقف این باشد که در آن ظرف مدت، وقف به زوجات باشد و هر گاه همه آنها یا بعض آنها قبل

از انقضای مدت بمیرند باز وقف بر اولاد ذکور باشد. و ظاهر این است که مراد او هم این است.

۵۸: سؤال: شخصی پنج شش نفر اولاد ذکور صغیرا و کبیرا داشته و شش دانگ ملکی هم داشته که چهار دانگ آن را وقف اولاد ذکور خود کرده، و به تصرف هم داده. و دو دانگ دیگر به رسم ثلث به جهت (مصارفی که ثواب آن عاید خودش شود) نیز وقف (کرده) که بعد از فوت اولادش از دو دانگ ثلث توقعی نکرده منافع دو دانگ به مصرف خیرات و مبرات که ثواب آن عاید خودش شود رسیده باشد. و در

وقف و مصرف چهار دانگ اولاد نیز به استحضار و تجویز مرحمت و غفران مآب مجتهد بلد و رضای خاطر کبار ولد نه عشر و نیم حق التولیه را به جهت مصرف خود

که متکفل اخراجات صغار اولاد نیز مبنی بوده است مشخص (کرده) که بعد از وفات واقف نه عشر و نیم را موقوف علیهم متصرف، و نیم عشر دیگر را به صیغه حق التولیه متولی هر عصری به مصرف رساند.

واقف مزبور سه سال بیشتر در حیات نبوده متوفی شده است. در این باب وقفنامه مبعوضی قلمی و به مهر متکی ارائك الجنان جناب مجتهد الزمان حاجی سید حسین علیه الرحمة و الغفران نیز رسیده. و وقفنامهجات دیگر هم به این مضمون سجل به خط شریف و خاتم منیف مرحوم سید می باشد. و حالا بعضی از ظاهر بیان کتب فقه که ملاهی رسمی باشد تشکیک در صحت چنین وقف منمایند. چرا که حق التولیه را زیاده بر تعارف قرار داده اند. و حال آنکه مجتهد

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

متصرف و موصی را محروم سازند. بینوا توجروا. جواب: ظاهر این است که حقیر هم از جمله ظاهر بینان و ملاحای رسمی باشم. و هر چند مقصد و مراد آن مجتهد مرحوم را علام الغیوب بدانند، و لکن آنچه سائل در بیان مقصد ایشان ذکر کرده متدافع و متناقض، و مبتنی بر قاعده (ای) از قواعد فقها نیست، و باید ساحت مرتبت آن مجتهد مرحوم را از این خیالات منزه ساخت اولاً اینکه دو دانگ را به رسم ثلث وقف کرده که بعد از فوت او به مصارف خیرات او برسد. معنی این را نمفهمم. اگر مراد این است که چون وقف از جمله منجزات است و هر گاه در مرض موت باشد

از ثلث اعتبار میشود چنان که اکثر علما گفته اند، پس (قطع نظر از ضعف این قول و این که اقوی خروج از اصل است) بر این

وارد است که مقتضای این قاعده خروج مجموع وقف است از ثلث. نه اینکه خصوص وقف به جهت این خیرات و مبرات را از ثلث اعتبار میکنند. بلکه هر گاه وقف در حکم وصیت شد از ثلث اعتبار میشود، و هر چه در ذکر مقدم است آن را مقدم مدارند تا استیفای ثلث بشود. خواه وقف برای اولاد باشد و خواه غیر، و خواه از برای نفع خودش.

اینها همه بعد از قطع نظر از (بطلان وقف از حیثیت اشتراط منتفع شدن واقف) است. و بعد از قطع نظر از اینکه مفروض این است که این وقفها در مرض موت نبوده. و با قطع نظر از اینکه موقوف علیه دو دانگ در حال حیات واقف، معلوم نیست. و در وقف تنجیز شرط است و تعلیق به موت بی معنی است. مگر در وصیت به وقف، و آن خلاف مفروض است زیرا که مفروض وقف در حال حیات است. و اگر مراد این است که واقف وصیت کرده است که آن دو دانگ را بعد از حیات او

وقف کنند، و مفروض این است که زاید بر ثلث نیست، پس این نیز خلاف ظاهر

سؤال سائل و صریح وقف نامه است به جهات شتی. و دیگر من علم غیب نخوانده
ام که

سهو کاتب چه چیز است، و مدعی چه سخنی دارد که در آخر سؤال نوشته است
که (آیا به تقریب سهو کاتب واقف را باید از ثلث خود محروم کرد) و نفهمیدم که
معنی (ثلث خود) چه چیز است. با وجود اینکه اینها همه منافی آن است که
متمسک شده به آنکه مرحوم مغفور طاب ثراه این وقف نامه را، و سایر آنها را (با
وجودی که از جمله محققین و حقیقت بین بوده اند و از جمله ظاهر بینان
نبوده اند) سجل و مهور نموده اند. چگونه شد که به این سهو کاتب که منشأ
اختلاف حکم میشود بر نخورده اند.

و ثانی اینکه از برای گریز از اینکه شرط نه عشر و نیم از برای حق التولیه از بابت
(شرط انتفاع واقف به وقف) است و آن جایز نیست - علی المشهور الذی کاد ان
یکون اجماعاً، که مخالف در آن به غیر ابن جنید کسی نیست - این معنی را ذکر
کرده اند که به رضای کبار ورثه شده و انفاق و تکفیل صغار هم در آن منظور شده
بوده و این که مرحوم مغفور طاب ثراه نیز این معنی را در نظر داشته اند (و حاشا از
ایشان که چنین معنی در نظر ایشان باشد) و به این رفع کرده اند سخن بعضی
ظاهر بینان را که گفته اند که: این حق التولیه زاید بر متعارف است.

این گریز را به هیچ طرف راهی نیست. و این چاره نفعی در تصحیح این قرار داد
نمکند. اما اولاً: پس به جهت اینکه آنچه فقها گفته اند که (از برای واقف هست
که شرط کند تولیت را از برای خود) مراد ایشان این است که این را در جمله
قرار داد وقف کنند و داخل ماهیت و حقیقت آن وقف خاص کنند نه اینکه وقف را
به

عنوان اطلاق کنند و وقف تمام شود و بعد از آن در مقام تعیین ناظر و متولی در
آیند. و فرق میان این دو مقام هویدا و آشکار است. و در مقام اول مشهور میان
علما، جواز آن است. بلکه دعوی اجماع بر آن شده، و مخالف در آن ابن ادریس
است و آن ضعیف است.

و اما مقام دوم: پس در آن خلاف عظیم است و اقوال متعدده هست. وان اقوال
مبتنی است بر مسأله انتقال ملك به موقوف علیه یا غیر آن.
که گفته اند که بنابر اینکه ملك باز از برای واقف باشد ولایت از برای او خواهد

بود مطلقاً، یعنی خواه وقف بر جهت خاصه باشد یا عامه. و بنابر اینکه از برای موقوف علیه باشد، ولایت از برای او خواهد بود مطلقاً. و شاید اینکه ملك از برای موقوف علیه باشد، هر گاه موقوف علیه جهت خاصه باشد مثل وقف اولاد. و از برای

خدا باشد، هر گاه جهت عامه باشد مثل فقرا و مسجد و امثال آن. پس در صورت اولی تولیت از برای موقوف علیه است و در صورت ثانیه از برای حاکم شرعی. و هر گاه این را دانستی، مگوئیم که: ظاهر این است که مراد واقف در شرط تولیت همان معنی اول است. یعنی شرط تولیت را از جمله شرایط حال وقف قرار داده، نه اینکه اختیار تولیت کرده از برای خود بعد از اتمام وقف بر وصف اطلاق. خصوصاً با ملاحظه اینکه اشهر و اقوی در مسأله انتقال ملك این است که منتقل میشود به موقوف علیه. خصوصاً در جهت خاصه. پس در این صورت مادامی که عقد وقف تمام نشده و ذکر شرایط آن به انجام نرسیده منتقل به موقوف علیه نشده. پس ذکر رضای کبار موقوف علیهم بی وجه است، و رضای آنها مدخلیتی در صحت تولیت و حق التولیه ندارد.

و همچنین: درج کردن نفقه صغیر که واجب است بر او قبل از وقف، بر فرضی که منافع وقف موجب غنای او شود که مسقط نفقه باشد، هنوز عقد وقف تمام نشده که او را غنی کرده باشد. و ولی میخواهد که معاوضه کرده باشد. یعنی این مقدار از منافع وقف را برای خود بردارد که در عوض آن نفقه صغیر غنی خود را بدهد. و اگر بگوئیم که مراد سائل این است که از باب نفقه ولی باشد که از مال صغیر بر مدارد (که اقوی در اینجا این است که جایز است که به قدر اجرت المثل عمل در اموال و امور صغیر، بردارد خصوصاً با فقر ولی) این نیز بی وجه است. زیرا که معنی اجرت بر عمل در مال صغیر ورتق وفتق امور او، غیر تولیت بر نفس وقف است. با وجود اینکه این نیز بعد از ثبوت ملك شدن این وقف است از برای صغیر. پس قبل از تحقق ملکیت، عملی از برای صغیر در ملك او متصور نیست که اجرتی از برای آن عمل قرار داده شود. پس ثبوت استحقاق حق خدمت از مال صغیر موقوف است بر مال شدن این ملك برای او، و مال شدن باری او موقوف است به اجرای صیغه وقف و تمام شدن ذکر شرایط آن، که از جمله آنها ذکر شرط

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

۵۹: سؤال: هر گاه املاکی چند (را) واقف به جهت اولاد خود ذکور و اناث، نسلاً بعد نسل، موافق وقفنامه چه معتبره، وقف نموده. و حال اولادی ذکور و اناث از واقف باقی مانده. و املاک مزبوره به جهت نزاعی که در میان ورثه موقوف علیهم میباشد لم یزرع و خراب گردیده. و بعضی از ورثه موقوف علیهم اجحاف و زیادتی به بعضی دیگر منمایند. و رسدی که واقف به جهت هر يك مشخص نموده به ایشان نمیرسانند. آیا ورثه موقوف علیهم میتوانند املاک مذکور را در معرض بیع، یا اینکه مفروز نمایند که هر يك از ورثه به حق خود رسیده باشند؟ قربة الى الله صورت مسأله را بیان فرمایند.

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

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

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

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

خدام بقعهء مزبوره كسانى هستند كه مطلع بر وقفيت ملك مزبور هستند. آيا شهادت بعضى از خدام بقعه مزبوره (كه مقبول الشهاده ميباشند) بر وقفيت ملك مزبور بر بقعه مزبوره مثبت وقفيت ملك مزبور مشود؟ و شهادت آنها در اثبات اين مطلب مسموع است؟ يا آنكه شهادت اين اشخاص مسموع نيست (زيرا) كه اين اشخاص را شرعا مدعى مگويند -؟.

جواب: اگر مدعى ديگرى باشد و ايشان شهادت دهند هم، قبول شهادت مطلقا محل اشكال است. زيرا كه غالب اين است كه از موقوفات امثال اين بقاع حصه اى به

خدام مدهند. پس مورد تهمت خواهند بود. پس بايد تفصيل داد كه اگر شهادت ايشان مورد تهمت هست به سبب اينكه منشأ جر نفعى مشود - هر چند به اين سبب باشد كه به سبب معمور بودن آن بقاع، انتفاع به ايشان مرسد - قبول شهادت مشكل است. و اگر معلوم باشد از خارج كه مطلقا در شهادت ايشان جر نفعى نيست براى ايشان، قبول مشود. باقى الدعاء والسلام عليكم ورحمة الله و بر كاته. والله العالم. تم كتاب الوقف.

کتاب العمری
(من المجلد الاول)

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

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

۶۳: سؤال: هر گاه کسی ملکی را به عقد عمری به کسی بدهد به هر سالی به مبلغ معینی. و آن شخص ملک را زرع نموده و قبل از رفع محصول، زارع فوت شده. صاحب ملک میخواهد ملک خود را ضبط کند. و وارث آن شخص بعضی صغیر و بعضی کبیر. صاحب ملک را مرسد ازاله زرع یا نه؟ -؟ و هر گاه مطالبهء زاید بر اجرت المثل کند در گذاشتن زرع تا اوان حصاد، میتواند یا نه؟ -؟.

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

به رضای مالک، او را اجبار به اجرت المثل نمیتوان کرد. و بهتر آن است که مطالبه بیش از اجرت المثل نکند و بگذارد که زرع برسد.

کتاب الهبات

(من المجلد الاول)

۶۴: سؤال: چه مفرماینند در باب ارثی که هنوز تقسیم نشده باشد و مشترك است در میان صغیر و کبیر. و یکی از وراث حصه خود را به مادر خود هبه نموده است که بگیرد. آیا این هبه صورت دارد یا نه؟ -؟.

جواب: هبهء مال مشترك و مشاع به قدر الحصة جایز است. و چون هبه به مادر شده (لازم) هم هست. و اما اقباض شرط است، و هبه بدون اقباض لزوم ندارد. و اقباض مشاع در هبه مثل اقباض مبیع مشاع است که کسی بفروشد. و از جانب صغیر، ولی شرعی او باید اذن در قبض بدهد تا قبض به عمل آید.

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

جواب: هر گاه آن حق عین نباشد و در ذمه آن شخص باشد، به محض ابراء ساقط میشود (خصوصا با قبول آن شخص دیگر) و دیگر رجوع نمیتواند کرد. و اما اگر عین

باشد پس ابراء منصرف میشود به هبه. و در هبه هر گاه ذی رحم و معوضه نباشد مادامی که عین در ید او باقی است رجوع میتواند کرد. و هر گاه هبه ذی رحم و (یا) معوضه باشد و عوض را هم گرفته باشد، دیگر رجوع نمیتواند کرد.

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

مزبوره در تصرف عمرو باشد، و زید مذکور به عمرو ابراء نماید، به محض ابراء حق زید ساقط است؟ آیا میتواند در تانی عود نماید؟ و هر گاه حق مزبور را زید به عمرو

هبه نماید به عوض، و چند نفر هم شاهد باشد، آیا میتواند زید مزبور رجوع نماید یا نه؟ -؟.

جواب: هر گاه هبه معوضه (باشد) با شرایط، به اینکه عوض را گرفته باشد و ایجاب و قبول لفظی حاصل شده باشد (به هر لفظی که باشد) و به ثبوت شرعی برسد، لازم است. و الا، فلا. و هر گاه عمرو ذی رحم باشد (۱) و قبول هم از او حاصل

شده باشد، رجوع نمیتواند کرد. و اگر (ذی) رحم نباشد مادامی که عین در ید او باقی است، رجوع میتواند کرد. به جهت آنکه لفظ ابراء در اینجا منصرف به هبه میشود. و هبه غیر ذی رحم و غیر معوضه، لازم نیست والله العالم.

(۱): اگر هبه غیر معوضه هم باشد.

کتاب الهبات

(من المجلد الثاني)

۶۷: سؤال: هر گاه زید يك دانگ از آب معین هبه کند به عمرو ولد خود با املاك و باغات. و املاك و باغات زید در آن قریه زیاده بر آب او است. والحال عمرو مگوید که تو يك دانگ از آب وملك به من داده ای من از همه ملك يك دانگ را مگیرم. و زید مگوید: به قدر آب ملك بگیر و زرع کن. و صیغه هبه بر مطلق آب وملك جاری شده. و تعیین نشده (؟).

جواب: هر گاه این ملك تعلق به آن آب دارد (۱) که تابع آن باشد در خرید و فروش،

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

(۱): عبارت نسخه: هر گاه این آب وملك تعلق به آن دارد.

و آنچه فرموده اند که در هبه جهالت ضرر ندارد، آن جائی است که عین موهوبه محدود و معین است، لکن کیل و وزن و ذرع آن معلوم نیست. مثل يك جوال گندم یا چند رأس گوسفند حاضر را ببخشد و هیچکدام ندانند که عدد و کیل آن چند است.

خصوصاً هر گاه متهب نداند و واهب داند ضرر ندارد. بلی، هر گاه بگوید (یکی از این

دو گوسفند را به تو بخشیدم، یا یکی از این دو باغ را) در اینجا صحیح نیست، علی الاقوی. چنان که علامه در کتاب احیاء موات تحریر تصریح کرده که صحت هبه

مشروط است به تعیین و معلومیت عین موهوبه. و متفرع کرده است بر آن اینکه هر گاه صاحب معدن اذن دهد به شخصی که (عمل کن در آن و هر چه در آید از تو

باشد) گفته است که برای عامل اجرتی هم نیست. چون عمل از برای خود کرده، و آنچه بیرون آمده است هم مال مالك است. و همچنین هبه زرع مجهول. و در آخر اختیار این کرده که آن از باب اباحه باشد، و مادامی که عین آنچه بیرون آمده باقی است میتواند رجوع کند.

و شهید در قواعد نیز تصریح کرده که هبه مجهول مطلق، صحیح نیست، مثل اینکه به گوید (به تو بخشیدم يك چیزی را). و همچنین هر گاه بگوید (بخشیدم به تو دابه ای از دوابم یا (درهمی از آنچه در کیسه من است) بدون تعیین. و لکن جهالت در کیل و وزن یا وصف ضرر ندارد. و علامه در تذکره اختیار کرده است جواز هبه مجهول را مثل اینکه بگوید: بخشیدم به تو يك گوسفند از گله ام را، یا يك قطعه از زمینم را، چنان که در نذر و وصیت جهالت مضر نیست، پس هبه مجهول صحیح است هر گاه قبول به عمل آید و تعیین کند مالك هر چه خواهد از گله و زمین بعد از

هبه و به قبض بدهد.

و قولی نقل کرده است که هر گاه جهالت از برای واهب باشد ضرر دارد. و اما هر گاه برای متهب باشد ضرر ندارد.

و تحقیق مقام این است که مثالهای مذکوره در کلام ایشان خالی از خلط نیست. و حق این است که بخشیدن گوسفندی از گله و قطعه (ای) از زمین و درهمی از کیسه و امثال آن اگر معین است نزد مالك (و) مجهول است نزد متهب پس ظاهر صحت است. چون غرری لازم نمآید و مندرج تحت عمومات است. و

(108)

همچنین هر گاه مراد او گوسفندی از گله باشد به این قصد که (هر فرد را معین کنم به اختیار من باشد) اینهم ضرر ندارد، و نقل کلی صحیح است چنان که نقل جزئی صحیح است. چنان که در بیع سلف.

و چون در بیع سلف غرر از طرفین حاصل میشود به سبب جهالت، شرط کرده اند تعیین مبیع را به وصف و وزن و مدت. و چون در اینجا مدتی نیست غرری هم نیست (چون تبرع محض است) پس همان قدر که امکان تعیین دارد کافی است در صحت. و اما جهالت وزن و ذرع در عین موهوبهء مشخصه پس در آن

اشکالی نیست. پس آنچه مضر است آن است که به هیچ وجه تعیین نداشته باشد در نفس الامر و از برای واهب هم ممکن نباشد تعیین از باب اتیان کلی در ضمن فرد، مثل مانحن فیه. و مثل اینکه بگوید (هر قدر زمین که به میراث به فلان کس برسد از املاک پدرش، من به همان قدر از زمین خودم به تو بخشیدم) و حال آنکه معلوم نیست که پدر آن شخص چه قدر ملک دارد، و چه قدر ملک در تصرف او خواهد ماند تا بمیرد، و چند نفر از اولاد او خواهند مرد، یا چند نفر دیگر خواهد به هم

رسید. و مثال تحریر در معدن هم از این قبیل است.

و اما مثال های قواعد و تذکره: پس حال آنها را دانستی که ظاهر این است که مضر نباشد. و بعض فقها از این باب گفته اند هبه آنچه در شکم حیوان است از ولد و آنچه شیر که در پستان است. و این خالی از اشکال نیست. (۱) و شاید وجه آن این

باشد که داخل معامله غرر است، و گاه است که اگر مقدار را واهب بداند و خوبی ولد را به نهایت اعلا بداند راضی نباشد. مثل کره اسبی که در شکم مادر است گاه است که صد تومان بیرزد و واهب غافل از این است. و همچنین از این طرف چون متهب متحمل منت میشود گاه است اگر داند که آن ولد و شیر قابلیت ندارد راضی نشود.

و به هر حال مسأله ما از بابت جوال گندم و چند رأس گوسفند موجود، نیست که

(۱): ممکن است اصل عبارت به صورت زیر بوده.

هبة آنچه در شکم حیوان است از ولد و آنچه شیر که در پستان است خالی از اشکال نیست.

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

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

جواب: هبهء مشاع صحیح است. و عدم تعیین حصه در حین هبه مستلزم تسویه است میان آن دو پسر. و قبض و تصرف ولی از جانب صغیر کافی است و نصف مشاع

کتابها مال صغیر است و هبه او صحیح و لازم است. و نصفه حصه کبیر چون قبض به عمل نیامده تا واهب فوت شده لزوم ندارد جزما، بلکه باطل است. چون اظهر در نظر حقیر این است که قبض شرط صحت است، چنان که اشهر هم هست. و چنان که اصل هم این است، و دعوی اجماع هم ظاهرا در تذکره بر آن شده. و از ظاهر کلام دروس هم ظاهر میشود، و بعضی اخبار معتبره ظاهر الدلاله بر آن دلالت دارد. و استدلال دیگران به عمومات (اوفوا بالعقود) و امثال آن با وجود عدم لزوم هبه غالباً، بی وجه است. و همچنین اخباری که به آن استدلال کرده اند با وجود منع دلالت آنها رأساً، یا ضعف دلالت، موافق تقیه هم هستند (چنان که شیخ (ره) تصریح کرده) و مقاومت با ادله مشهور نمکنند.

و وصی هر گاه علم دارد به طلب طلبکار، و امکان ابراء ذمه نباشد، میتواند بدون قسم ادای دین او بکند. و هر گاه محتمل باشد که طلبکار او را برئ الذمه کرده باشد، پس اگر وصی خود مجتهد عادل است (قسم استظهاری) بدهد و ادای طلب

بکند. و الا، پس ممکن نیست الا به ثبوت به بینه در نزد حاکم. و هر گاه خود وصی

طلب ثابت دارد، از باب تقاص متواند بردارد. و همچنین سایر وراثت.
۶۹: سؤال: هر گاه کسی ملك معینی را به اولاد خود هبه معوضه نماید و قباله بنویسد به این مضمون که فلان ملك را به عوض معین فلان، هبه نمود به فلان. و قبض و اقباض از طرفین واقع شد. و اقرار و اعتراف نمود مالك مزبور به هبه و اخذ عوض و اقباض ملك. و بعد از آن به صیغه اجاره عمری قبول نمود واهب مزبور ملك مزبور را از متهب مذکور به مال معینی. الحال بعضی تشكیک میکنند که چون اجاره عمری باطل است به جهت جهالت مدت، پس قبض و اقباض به عمل نیامده، و به این سبب هبه باطل است. آیا با وجود اقرار به قبض و اقباض و عقد اجاره که آن را صحیح بدانسته و الحال بطلان آن ظاهر شده، مواهبه باطل میشود یا نه؟ -؟ و هر گاه واهب فوت شده و ورثه او این ادعا را میکنند، مسموع است یا نه؟ -؟ و بر فرض بطلان آن اجاره و صحت مواهبه، اجرت المثل ایام سابقه را متهب از مال واهب متواند مطالبه نماید یا نه؟ -؟.

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

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

پس هر گاه در مانحن فیه تحقق قبض به همین عقد اجاره عمرای فاسد، شده باشد ظاهر این است که مواهبه صحیحه و لازمه باشد. و این که بعضی ها گمان کرده اند که چون این قبض فاسد است بر آن ثمره مترتب نیست - چنان که شهید ثانی ذکر کرده است در مسأله اینکه هر گاه مالی در دست غاصب باشد و مالک آن را به او بفروشد یا ببخشد، آیا اذن جدید در قبض ضرور است یا نه. اختیار لزوم اذن جدید کرده به همین جهت که آن قبض اول فاسد است و بر آن اثری مترتب نمیشود.

بر او وارد است: اولاً: که فساد قبض به معنی عدم ترتب ثمره مطلقاً، اول کلام است و مصادره است. و ظاهر این است که مراد او این است که قبض اول حرام (است) و بر حرام اثری مترتب نمیشود. در این صورت مصادره و (دور) از او بر طرف

میشود. لیکن بر او وارد است منع از اینکه حرام منشاء ترتب آثار نمیشود. آیا نمیبینی که وطی زوجه در حال حیض حرام است و منشأ لزوم مهر و غسل وغیره میشود.

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

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

(۱): در اینجا يك سطر به خاطر مشوش بودن حذف شد.

و حکم همه یکی است. و اما مثل (حق قسم بین زوجات) مثل مضاجعه و مواقعه، و نفقه و کسوه آینده و غیر آن، پس بخشیدن آن حقوق اگر چه جایز است (بلکه به عنوان معاوضه هم صحیح است) لکن هر گاه محض هبه باشد - مثل اینکه بگوید (حق مضاجعه خود، یا نفقه آینده را به تو بخشیدم) - در آن رجوع متواند کرد. پس هر گاه حق مضاجعه خود را به زوج ببخشد یا به خبوی خود ببخشد و در نصف

شب پشیمان شود و زوج خبر شود باید بیرون بیاید. با جود اینکه قبض در این جاها هم هنوز به عمل نیامده است.

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

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

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

متهب او را در اطاق واهب در دولابه (۱) گذاشته و کلید آن دولابه را خود متهب بردارد،

آیا این را تصرف معتبر در شرع مگویند یا نه؟ -؟ و هر گاه واهب یورتی (۲) را به متهب هبه نموده باشد و رفع موانع از تصرف متهب نموده (به این معنی که متهب در آن یورت آمد و شد کند و واهب مانع او نشود و لکن واهب به جهت ناخوشی و

بیماری در آن یورت خوابیده باشد) آیا این را تصرف متهب مگویند یا نه؟ -؟. جواب: بلی هبه صحیح است. و اظهر این است که در تمام مال صحیح است و منحصر در ثلث نیست. و تصرف و قبض در مطلق هبه شرط است و بدون آن لزومی ندارد. و اگر قبل از اقباض بمیرد هبه باطل میشود. مگر آنکه متهب صغیر باشد و واهب ولی (او) باشد که قبض ولی قبض صغیر است و ضرور به قبض علی حده نیست. و قبض بعض در لزوم کل کافی نیست. و در منقولات همان اخذ به ید (بخصوص به این نحو که در جائی مضبوط کند) کافی است هر چند در خانه واهب باشد.

و همچنین در اقباض یورت تخلیه ید و رفع مانع از تصرفات کافی است هر گاه به قصد اقباض بوده و خوابیدن خود را در آنجا مانع از تخلیه نمدانسته. و ظاهر این است که هر گاه بگوید (خانه از تو و تصرف کن و بیا و برو و لکن من هم چند روزی

در اینجا هستم چون بیمارم) یا آنکه در عرف و عادت مضایقه از بودن آن در آن مکان نمیشده و می گفته اند که به تصرف او داده، کافی است. و شاید که این از باب اقباض صندوق باشد با وجود آنکه متاع واهب در آن باشد.

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

(۱): دولابه: گنجه کوچک تعبیه شده در دیوار. دولاب، دولابچه، نیز گفته شده.
(۲): یورت: اطاق.

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

جواب: ظاهر این است که محض اقرار او به عدم وارث کافی نیست در نفی وارث. و به مقتضای اخبار بسیار باید تفحص از وارث او گردد به حدی که در عرف و

عادت اگر وارثی ميبود ظاهر مشد. و بعد از یأس از وارث، اظهر و اشهر این است که باید تصدق کرد به فقرا. (۱) و بهتر این است که به اذن حاکم شرع باشد. (۲)

و
دلیلی بر وجوب تعیین فقرای بلد نیست. بلی بهتر است صرف به فقرای بلد، مگر آنکه فقرای خارج بلد احوج باشند. و ظاهر این است که این وجه را به سادات هم متوان داد. و اظهر این است که بعد از عمل به مقتضای تکلیف هر گاه وارثی ثابت شود ضمانتی بر متصرف نباشد. والله العالم.

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

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

(۱) و (۲) در بیست و هفتمین مسأله از مسائل کتاب المیراث جامع الشتات فرموده است " در اینجا اذن حاکم که نایب امام است شرط است... این کار را بدون اذن حاکم نکنند باوجود امکان ". در بعضی از مسائل گذشته هم دیدیم که فرموده " ارث من لاوارث له، مال امام است " ولیکن در اینجا با لفظ " بهتر " آورده است.

مطلقاً مستلزم لزوم عوض هست، پس واجب است بر متهب که عوض بدهد و هر چند که واهب نطلبد. و ممکن است که مراد او این باشد که لزوم آن موقوف است به عوض. چنان که در مسالك گفته است. پس مخالف مشهور نخواهد بود. و ابو الصلاح گفته است که (هبه ادنی به اعلی مستلزم وجوب عوض هست، نه غیر آن. نظر به اقتضای عرف که بدون عوض راضی نیست. پس جایز نخواهد بود از برای اعلی تصرف در آن الا به عوض مثل آن یا بیشتر). و بنابر مشهور یا این است که واهب شرط میکند عدم عوض را، یا شرط میکند عوض را، یا اطلاق هبه میکند و ساکت میشود. اما بنابر اول پس اشکالی نیست در اینکه عوض لازم نیست. و هر گاه هبه به ذی رحم یا به قصد تقرب و امثال آن نباشد مادامی که عین باقی است واهب رجوع میتواند کرد.

و اگر شرط عوض کند، ظاهراً خلافی در صحت آن نیست. پس یا این است که معین میکند عوض را، یا مطلق مگوید. پس اگر معین کرد لازم است که همان را بدهد. به این معنی که اگر متهب لن را بدهد و او هم قبول کند (هبه) لازم می شود، و اگر ندهد (واهب) مسلط بر فسخ است. پس مراد از اینکه گفتیم (لازم است که بدهد) این است که اگر خواهد هبه لازم باشد باید بدهد، نه مطلقاً. و بر متهب هم واجب نیست که بدهد. یعنی اگر خواهد همان عین را رد میکند و عوض را نمدهد. و ظاهر این است که هر گاه متهب عوض را بدهد تا واهب قبول نکرده است، لزوم ندارد. چون این به منزله هبه تازه ای است و مطلقاً اخبار هم دلالت دارد بر جواز رجوع مادامی که عوض داده نشده باشد. و بر او واجب نیست قبول، بلکه هر گاه قبول بکند و هنوز قبض نکرده باشد هم میتواند بر هم زند. و چون معلوم نیست که این از عقود لازمه باشد قبل از قبول و قبض، نمیتوان به عموم (اوفو بالعقود) استدلال کرد بر لزوم، چنان که بعضی گمان کرده اند. و همچنین نمیتوان به مثل صحیحه عبد الله بن سنان استدلال کرد که در آنجا فرموده اند (تجاوز الهبة لذوی القربی والذی یتاب عن هبته، ویرجع فی غیر ذلک

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

و اما هر گاه عوض را واهب در وقت هبه معین نکند و شرط مطلق عوض بکند: پس ظاهر این است که صحیح است و جهالت در اینجا مضر نیست. و ظاهر مسالك دعوی اجماع است بر آن. و تعیین آن بعد از عقد موقوف است، یا بر تراضی طرفین، یا رجوع به مثل یا قیمت. و هر گاه تراضی واقع نشود به کمتر از عین موهوبه و متهب خواهد که لازم شود باید مثل یا قیمت را بدهد. و مادامی که متعین نشده متهب مختار است ما بین رد یا عوض دادن مثل یا قیمت. چنان که واهب هم مختار است ما بین رد و قبول، و از مسالك ظاهر میشود که از طرف متهب لازم است و نمیتواند وفا به شرط نکند.

و در کفایه این را قولی قرار داده. و شاید نظر صاحب مسالك به این باشد که چون هبه منشأ حصول ملك است از برای متهب پس خواه همان عین را رد کند یا عوض را، صادق است که نمیتواند فسخ هبه کند. چون هبه معوضه است نسبت به او و لازم است. چنان که قبل از این در مباحث سابقه گفته بود که (ولا فرق في العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره، عملا بالاطلاق ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضا عن الجملة) و عبارت مسالك در این مقام نیز این است (ویشکل با نه من طرف المتهب لازم ولا يجوز له الفسخ بنفسه و ان لم يبذل المشروط. و تخيره بين بذل العين والثواب المشروط، لا ينافيه وانما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصة) و نظر او به همان معنی است که گفتیم. یعنی رد عین همان عمل به مقتضای شرط است پس نمیتواند فسخ کند به این نحو که هیچ ندهد. بخلاف واهب که فسخ میکند و هیچ نمدهد. و عبارت کفایه این است که (وهل يجب على المتهب الوفاء بالشرط، او له

(۱): وسائل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶ ح ۱ و نیز باب ۹ ح ۳.

(۲): همان مرجع: باب ۹ ح ۱.

الخیر فیہ و فی رد العین. فیہ قولان). و ندانستم منظور او از قول اول کدام است. اگر مراد اشکال مسالك است، آن بی وجه است، و معنی آن لزوم وفا به نفس شرط نیست. و اگر در جای دیگر آن قول را دیده است پس دلیل آن واضح نیست. و تحقیق همان است که محقق و دیگران گفته اند. عبارت محقق این است که (ولا یجبر الموهوب علی دفع المشرط بل یکون بالخیار) یعنی مختار است ما بین دفع مشرط ورد عین. و اشکال صاحب مسالك هم بنابر آنچه ذکر کرده است متمر فرقی نیست، و در ثمره با قول محقق یکی است. بخلاف کلام صاحب کفایه. پس باید آن قول و دلیلش را بیان کند. و به هر حال مختار و اظهر تخیر او است (مادامی که وفا به شرط نشده و قبول و قبض و اهب به عمل نیامده) ما بین عمل به شرط ورد عین. و در اعتبار قیمت در حین قبض، یا در حین دادن عوض، دو قول است. و شاید اول اظهر باشد.

و اما اگر در حین عقد شرط عوض نشود نه مطلقا و نه معینا و لکن بعد از هبه متهب عوضی به او بدهد به قصد عوض، و واهب هم قبول کند، ظاهر فتوای علما و ظاهر اجماعات منقوله و اطلاق اخبار این است که لازم میشود. اما به این دو شرط، یعنی قصد عوض و قبول و اهب و قبض او. و همچنین ظاهر اطلاقات مذکوره عدم فرق است ما بین اینکه عوض قلیل باشد یا کثیر بعد از تراضی. و این که از همان مال که واهب داده بدهد یا غیر آن. و این مقتضای حصول ملک است به سبب قبض و لکن مشکل میشود به اینکه هر گاه در مقام رد عوض المثل تمام همان عین را بدهد، که این را در عرف عوض نگویند بلکه رد هبه مگویند.

و اما سؤال از عوض هبه مال حرام: پس اگر متهب این مال حلال را به قصد عوض داده و آن واهب هم این معنی را مدانسته و قبول کرده، ظاهرا بر او حرام است. و هر گاه جاهل بوده و بعد عالم شد به آن، با وجود بقای عین باید رد کند.

و هر گاه تلف شده باشد، لزوم رد معلوم نیست.

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

منمایند. چه صورت دارد؟.

جواب: هر گاه هبه به عمل آمده با ایجاب و قبول و قبض و تصرف، آنچه کرده است در حال حیات ممضی است و کسی بر هم نمیتواند زد. و ایجاب و قبول و قبض در صغیر همگی در عهده همان پدر او است، هر گاه ایجاب به عمل آمده و از

جانب صغیر قبول کرده همان قبض خود کافی است و ضرور به قبض علی حده نیست، و در این صورت دیگران را بر صغیر سخنی نیست.

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

جواب: هر چند مقتضای انتقال حقوق به میراث - مثل حق خیار و حق قصاص و غیره به مقتضای عموم حدیث نبوی (ص) که (ما ترك المیت من حق فلوارثه) مقتضی جواز رجوع است. و لکن فقها در بعض مسائل حقوق خلاف کرده اند، مثل حق الشفع و حق الرجوع در هبه. و اقرب در هبه عدم انتقال است به وارث چنان که علامه در قواعد ان را اختیار کرده و همچنین شهید در قواعد.

و شاید وجه آن این باشد که مالك به قصد هبه و اقباض اعراض از مال کرده و حق (او) از آن ساقط شده، خصوصا در کسانی که جاهلند به حق الرجوع. و جواز رجوع خود واهب خلاف اصل است که به دلیل ثابت شده، و اصل و دلیل اعراض اقوی است از عموم حدیث و از احتمال دخول در تحت عموم آن. بخلاف خیار بیع و حق شفع و غیر آن. و از این جهت است که مشتری در زمان خیار بایع ممنوع است از اتلاف و اخراج عین از ملك (چنان که در محل خود محقق کرده ایم) و در هبه به هیچ وجه منعی از تصرف نیست.

و حق الرجوع در هبه عارض میشود به ارده واهب بعد از عدم تصور آن مطلقا بخلاف حق شفع و خیار در مبیع که در اول امر ثابت هستند، به این معنی که غرض شارع قصدا وبالذات متعلق شده به بیان اینکه شريك را حق اخذ به شفع

هست در حین بیع شریک دیگر، و صاحب حیوان را حق رجوع تا ثلاثة ایام هست در حین بیع، و همچنین در بیع خیار شبرط. و اما در هبه قصداً وبالذات مراد بیان استحقاق رجوع نیست، به جهت آنکه استحقاق تصرف در مال خود امری بود حاصل، و این که هبه موجد آن باشد خلاف نظر حکیم است که مقتضای هبه این باشد که به مجرد حصول آن استحقاق رجوع و تصرف در آن حاصل میشود. بلی این از جمله طواری و عوارض متواند بود که بعد از نقل ملک و استمرار تملك متهب رجوع تواند کرد.

بخلاف حق شفع که در اصل وضع بیع متواند منظور حکیم استحقاق شریک باشد به اخذ شفعه. و چون اصل بیع منفک از لزوم نیست متواند منظور نظر حکیم بیان واقع آن باشد در زمان خیار. و فهم این مطلب دقتی دارد اگر خواهی نظیری بگویم که فهم آن آسان باشد. و آن این است که: اظهر این است که در وضوی تجدیدی معتبر است گذشتن مدتی که احتمال وقوع حدثی باشد یا به آن نمازی شده باشد. و احتمالی که صاحب مدارك داده که (مکرراً متوالیا وضو بسازد مستحب باشد) بسیار بعید است. و اثبات حق الرجوعی که با وضع اصل هبه شریک باشد، مانند وضوی تجدیدی صاحب مدارك است.

و این منافات ندارد با اینکه گاهی هم میشود که حق الرجوع در همان مجلس بعد عقد ثابت میشود به سبب پشیمانی، و غرض ما مجرد بیان قوت و ضعف این حقوق است و شکی نیست که ثبوت حقیقت آن در هبه از برای مالک به نحوی که به میراث منتقل شود به وارث ضعیف است و مسلم نیست که این از جملهء ماترك باشد که داخل عموم حدیث باشد. و این قول مختار فخر المحققین و محقق ثانی نیز هست. و قائلی از برای قول دیگر نقل نکرده اند.

بلکه شیخ علی (ره) آن را احتمال نامیده چنان که مآید. و مؤید مطلب است که واهب به موت متهب رجوع به وارث او نمکند چنان که در قواعد جزم به آن کرده و

نقل خلاف نکرده. و عبارت شیخ علی در این مقام در بیان وجه اختیار علامه - عدم رجوع وارث واهب بعد از موت او به متهب - این است: (و وجه القرب ان الرجوع علی

خلاف الاصل، لانه تسلط علی انتزاع مال الغیر فیقتصر فیه علی الواهب لخروجه

بالدليل. فيبقى غيره على الاصل. وهو الاصح. ويحتمل انتقاله اليه لانه حق من الحقوق فيورث كالخيار. والفرق قائم بان الخيار حق مؤكد ولهذا لا يمنعه تصرف المشتري مستقلا، ولا يسوغ للمشتري اخراج المبيع عن ملكه ولو فعل لم يعض. وحق الرجوع للواهب ضعيف ولم يدل على انتقاله دليل فيتمسك فيه بالاصل. و قريب منه موت المتهم ففي استحقاق رجوع الواهب على وارثه وجهان والاقرب العدم. والمصنف لم يسر الى الوجهين فيه بل ذكره على وجه الحزم بقوله: ولو مات المتهم لم يرجع الواهب).

و اما بناير قول به جواز رجوع ورثه اشكال در اين كه آيا رجوع به غرامت مشود يا نه. پس ظاهر اين است كه بلى. چنان كه در رجوع خود واهب هم ظاهر لزوم غرامت

است، به جهت آن كه واهب او را مغرور کرده است به سبب اذن در تصرفاتی كه منشأ ضرر متهم است، و سبب در اینجا اقوى از مباشر است، و قاعده فقها در مسأله (تقديم سبب بر مباشر) در چنین جایی است. و از جمله مواضع آن جایی است كه عين موهوبه مستحق غير بر آيد و تلف شده باشد كه مالك رجوع ميكند به متهم به مثل يا قيمت آن، و متهم رجوع ميكند به واهب در آنچه غرامت داده در صورتی كه هبه بى عوض باشد، يا عوضی داده باشد كه کمتر باشد از آنچه غرامت كشيده برای مالك.

وفخر المحققين دليل آن را چنین ذكر کرده (لانه غره باذنه باتلافها بغير عوض، او عوض اقل، غرورا يفيد الاباحة ظاهرا، وله غاية حكيمية مقصودة في نظر العقلاء. و كل مغرور كذلك فمباشرة اضعف من سببية غروره. و كلما كان كذلك رجع على الغار. وانما قلنا غرورا يفيد الاباحة: احترازا عن ان يقول: اقتل هذا عبدى وانا لا ارجع عليك بالقيمة. فانه لا يرجع اجماعا. وانما قلنا: له غاية.. الى آخره، احترازا عن قوله: اتلف مالى هذا. فانه لا يرجع على الاقوى. لان كل ما فيه ضرر ولا حكمة مقصودة له في نظر العقلاء، فهو عبث).

و اما در صورتی كه عوض داده باشد به مساوی يا اكثر، رجوع ميكند به واهب به آنچه داده است به واهب چنان كه در ايضاح گفته است. و بعد از آن گفته است (و) يحتمل عدمه لان الهبة لا يعقب الواهب ضمنا، لانها تبرع. ولان التلف في يده.

والصح الاول).

و اما سؤال از اشجار وابنيه که در آنجا احداث کرده است: پس ظاهر این است که آنها مال متهب است و واهب یا وارث نمیتواند الزام کند که آن را بی عوض و بدون غرامتی ازاله کند. بلکه مخیر است ما بین آنها را بگذارد به جا با اجرت، یا ازاله کند با ارش و تفاوت قیمت چنان که در زمین عاریه. قال في التذكرة (ولو وهبه ارضا فبنى المتهب فيها او غرس، كان للواهب الرجوع في الارض وليس له قلع البناء والغرس مجانا. بل يتخير بين الابقاء بالاجرة او التملك بالقيمة مع رضا المتهب فيهما، او القلع مع دفع ارش النقصان كما في العارية).

و به همین معنی تصریح کرده اند دیگران (مثل شهید ثانی در مسالك) و علت لزوم ارش را این قرار داده اند که وضع آن عین در آنجا به حق شده و داخل (عرق ظالم) نیست. و هر چند در امثال این مواضع میتوان گفت که متهب و مستعیر و مثلهما تقصیر کرده اند با وجود علم به عدم لزوم هبه و عاریه و ممکن بود ایشان را که بر وجه مصالحه یا عقد لازمی دیگر، بنا بگذارند. و لکن میتوان گفت که - با وجود اینکه این سخن در جمیع مواضع جاری نیست خصوصا با جهالت متهب و مستعیر به عدم لزوم - اینکه حمل قول مسلم بر صدق و وفا و این که ظاهر حال او عدم رجوع است در چنین حالی که اذن داده است او را به تحمل مشاق و ضررهای بسیار، و سکون و اطمینان به حال ظاهر او بسیار اوقات او را غافل میکند از فکر در عاقبت و تصور جواز رجوع.

پس غرور و فریب واهب و معیر غالب است بر تقصیر و عدم تدبیر متهب و مستعیر. و در عرف و عادت در چنین صورت ها اتلاف و اضرار آن را نسبت به واهب و

معیر میدهند. نه به متهب و مستعیر.

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

به عین موهوبه؟ یا اینکه به محض اجاره قبض به عمل آمده هر چند اجاره فاسد باشد چون متضمن تخلیه ید واذن در تصرف است -؟ و آیا هر گاه مدت اجاره ثانیه

زاید باشد بر مدت اولی، آن زیادتی باعث صحت قبض میشود یا نه؟ -؟. جواب: اولاً مسأله را فرض میکنیم در صورتی که عین موهوبه را به اجاره به کسی نداده باشد. و می گوئیم هر گاه منظور او این بوده که مطلقاً متهب اختیاری نداشته باشد مادام حیات واهب، و به این نیت بخشیده که ثانیاً از او اجاره کند در مدت بیست سال که اگر در این بین بمیرد اجاره منفسخ شود به موت مستأجر. پس مگوئیم که (با قطع نظر از اینکه اجاره به موت مستأجر منفسخ نمیشود علی الاظهر) اصل این هبه و اجاره صورت ندراد.

اما هبه: پس به جهت اینکه قصد اخراج عین علی الاطلاق از خود نکرده بلکه به شرطی که منافی مقتضای عقد است و اقباض هم به عمل نیامده که شرط صحت است علی الاظهر. به جهت اینکه تخلیه ید بالمره نکرده که ثانیاً از او اجاره کند. و اما اجاره: پس به جهت اینکه هنوز مال متهب نشده که از او اجاره کند. و اگر فرض کنیم که منظور او این بوده که حقیقتاً بالفعل مال متهب باشد و صاحب اختیار باشد مطلقاً، و بعد به عقد جدید اجاره کرده، پس در آن نیز اشکال هست. به جهت آنکه اقباض به عمل نیامده. مگر اینکه بگوئیم که خود استیجار از او در معنی اقباض است.

و بر این وارد است که چون تحقیق در قبض این است که تخلیه ید بکند و وصول به عین هم از برای متهب ممکن باشد. یا زمانی بگذرد که ممکن باشد وصول با تمکن متهب از وصول و تصرف - چون ظاهر این است که حکمت در حصول قبض ظهور مبدأ آثار تملك است هر چند به مثل دست گذاشتن و پا گذاشتن در آن ملك باشد - و در اینجا هر چند بگوئیم که اجاره دادن هم از جمله مبادی آثار تملك است، لکن مفروض این است که تخلیه ید نشده است. پس باز اقباض تمام حاصل نشده.

و اگر تخلیه کرده است و لکن اقباض را به نفس اجاره به عمل آورده (یعنی وصول به آن عین و تصرف در آن را به نفس اجاره به عمل آورده) پس هر چند هبه صورتی

به هم مرساند لکن صحت اجاره مشکل است. به جهت آنکه مفروض این است که قبض از اجاره حاصل شده و صحت اجاره موقوف است به سبق قبض، و مفروض عدم آن است. و تحقق اجاره و قبض به وجود واحد، هم کافی نیست. زیرا سبق قبض ضرور است.

و ثانیاً مسأله را فرض میکنیم در صورتی که قبل از هبه به دیگری اجاره داده بوده است. پس مگوئیم که تمام سخن های گذشته در اینجا نیز جاری است. و ظاهراً اشکالی در جواز هبه عین مستأجره نیست، و خلافی هم در نظر نیست. و در قواعد و غیر آن تصریح شده به اینکه (کَلِمَا يَصِحُّ بَيْعُهُ يَصِحُّ هَبْتُهُ) و بیع عین مستأجره جایز است و ظاهراً خلافی در نظر نیست به غیر عبارت تذکره که موهم است. چون گفته است (و يجوز هبة المستأجر من غير المستأجر ان يجوزوا بيعه. و الا ففيه و جهان) و شیخ علی در شرح قواعد در شرح عبارت علامه که گفته است (کَلِمَا يَصِحُّ بَيْعُهُ يَصِحُّ هَبْتُهُ) گفته است (لا خلاف بين اصحابنا في صحة هبة كلما صح بيعه من الاعيان).

و در تحریر گفته است (اذا وهب العين المستأجرة للمستأجر صح وان وهبها لغيره فكذلك مع الاقباض. ولو امتنع المستأجر منه كان له ذلك، وان اذن فيه كان له الانتفاع باقى المدة). و در قواعد گفته است (ويصح هبة المغصوب من الغاصب وغيره. والمستأجر من غير المستأجر، والابق والضال، والكلب المملوك). و شیخ علی (ره) در شرح تعلیل کرده است جواز را به امکان قبض در مغصوب و ابق و ضال، گو بالفعل مقبوض نباشد. و همچنین در عین مستأجره در صورت هبه به غیر مستأجر و تصحیح قبض به این میشود که متهب و کیل کند مستأجر را که تو از جانب من قبض کن و در نزد تو باشد. و تعدد حیثیت در قابض و مقبوض کافی است چنان که از تذکره ظاهر میشود و از تحریر نیز در مسئله هبه عین مستعاره.

پس اقباض و اهب همان اذن و رخصت او است در قبض و وصول به عین به همان توکیل مستأجر در قبض از جانب متهب حاصل میشود. پس بنابر این ظاهر شد صحت هبه عین مستأجره لکن موقوف است به قبض از مستأجر. هر چند به توکیل

او باشد در قبض و اقباض به نفس خود، و اجاره عین مستأجره بعد هبه صحیح اقباض واهب نمیشود، هر چند مدت اجارهء ثانیه از ید باشد از اولی به جهت آنکه هنوز ملك برای متهب حاصل نشده که اجاره بدهد به واهب. پس مسلط کردن واهب متهب را بر اجاره دادن او به واهب، این کافی نیست در صحت قبض هبه. چون رفع ید مستأجر نشده و اقباض حاصل نشده که ملك او شود و ثانیاً از او اجاره کند.

و آن که سائل گفته است که ظهور بطلان اجاره باعث بطلان قبض میشود یا نه: گویا سائل چنین فهمیده که ملکی که در اجارهء غیر باشد اجارهء آن به دیگری باطل است. و آن چنین نیست بلکه صحیح است و موقوف است به اجازهء مستأجر از باب

فضولی. و هر گاه اجازه نکند باطل میشود. مگر در صورتی که زمان اجارهء ثانیه زاید بر اجارهء اولی باشد، که در آن جا با عدم اجازهء مستأجر اول آن مقدار زاید بر حال

خود باقی است، و لکن موقوف است به اجازهء مالك. و چون مفروض این است که اجازه کرده پس این منشأ اقباض میشود. و احتمال دارد که مصحح هبه بشود و لکن معلوم نیست که صحیح باشد. بلکه در صحت هبه هم اشکال است. چون در حال عقد بالفعل اقباض ممکن نیست.

و اشکال دیگر هم هست که زمان مدت اجاره متراخی است از زمان عقد. و میتوان گفت که در حین عقد هبه ید مالك بر عین در زاید بر مدت اجارهء سابقه باقی است. و در این وقت که متهب را مسلط میکند بعد هبه بر اجاره دادن در مدتی که زاید بر زمان اجارهء اولی است (و مفروض هم این باشد که تخلیه کرده است، به این معنی که ید خود را بالمره از او برداشته، و نسبت به آن قدر زائد هم رفع (ید) شده و به تسلیط متهب بر اجاره (ای) که مشتمل است بر آن زاید که ید واهب بر آن هست اقباض هم به عمل آمده است. پس با اقباض واهب هبه صحیح میشود).

و لکن مشکل میشود (به) اینکه این را ید نمگویند در عرف بلکه مراد از ید آن ید فعلیه است، و ید فعلیه الحال مختص مستأجر است و عرفاً نمگویند در صورت مذکوره واهب الحال رفع ید خود کرد از عین موهوبه در زمان بعد از مدت اجارهء

مستأجر و به قبض او داد عین را الحال به سبب تسلیط بر اجاره و اجرای صیغه. پس این هبه صورتی نخواهد داشت. پس اشکال در صحت و بطلان اجاره نیز راجع میشود به سوی کلام در حصول قبض و عدم قبض، چنان که بیان آن را کردیم. و اما آنچه در این مقام توان اشکال کرد که اصل هبه باطل است از راه عدم تمکن اقباض. چون در ید غیر است و ممکن نیست تخلیه ید و رفع مانع. پس اصل هبه باطل خواهد بود. چون اقباض ممکن نیست. چنان که فقها گفته اند در مسأله هبه ولی به صغیر که قبض ولی قبض صغیر است لکن به شرطی که عین موهوبه در ید ولی باشد و در اجاره غیر نباشد و عاریه نزد غیر نباشد که وجه بطلان را عدم صحت

اقباض گرفته اند در صورت اجاره. چون در ید ولی نیست. منافع میشود (۱) به اینکه: مراد ایشان همین است که ید مستأجر ید ولی نیست. چنان که ید ودعی و وکیل ید او است. پس استمرار قبض سابق در اول، کافی نیست چنان که در اخیرین کافی است و در عاریه اشکال کرده اند نه اینکه به هیچ وجه اقباض ممکن نیست در عین مستأجره. و حال آنکه تصریح کرده اند به جواز هبه عین مستأجره به مستأجر و غیر مستأجر. چنان که گفتیم پیش که ممکن است قبض به اینکه متهب وکیل کند مستأجر را که از جانب او قبض کند و در ید او باشد. پس هر گاه در کبیر جایز باشد پس چرا در صغیر جایز نباشد. و اما اشکال در صحت قبض در صورت عدم اجازه مستأجر اول، و بطلان اجاره یا (اشکال) از راه بطلان اجاره به سبب عدم تقدم قبض در صورت اولی که فرض کردیم که اجاره پیش (کذا) از هبه متحقق نشده باشد، در صورت عدم تحقق اقباض به وجهی از وجوه الا به اجاره فاسده به تقریب اینکه چون اجاره فاسد است پس اقباضی که به آن حاصل میشود نیز فاسد خواهد بود. چنان که شهید ثانی (ره) در صورت عین مغصوبه. کرده است که هر گاه هبه یا بیع به غاصب بشود و اکتفا شود به همان قبض اول صورتی ندارد، چون حرام است و اثری شرعا بر آن مترتب نیست.

(۱): این حمله به اصطلاح ادبی، جواب اما است که فرمود: اما آنچه در این مقام...

مندفع است (۱) به اینکه این کلام مصادره است. وعدم ترتب آثار شرعی بر حرام هم ممنوع است. چنان که مشاهده میشود در ترتب لزوم مهر به وطی در حال حیض و غیر آن.

پس حاصل جواب از سؤال این است که مسلط ساختن مالك متهب را بر اجاره دادن به او در معنی اقباض نیست که مصحح هبه او باشد. چون عین در ید مستأجر است و مالك ممنوع است از آن. و در تصحیح هبه شرط است که واهب عین را سربسته به قبض متهب بدهد پس هبه فاسد است به جهت عدم حصول قبض. پس صحت و فساد اجاره در اینجا مدخلیتی ندارد، به جهت آنکه قبض و اذن مالك به محض اجاره ممکن الحصول نیست، چون یدی ندارد. پس هبه صحیح نیست.

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

جواب: اما مسأله دوم: پس ظاهراً صحیح است و بر مگردد به ابراء. والحال خلافی در نظر نیست (به غیر اینکه علامه نسبت تردد به شیخ داده) و خبر صحیح هم دال بر آن است. (۲) اما مسأله اولی: پس هر چند اشهر بطلان است و لکن اظهر

صحت است. چنان که مذهب ابن ادریس است و شیخ، و علامه در مختلف. و عبارت

شیخ (چنان که در تذکره نقل کرده است) مشعر به نقل اجماع است. زیرا که گفته است که: آنچه مقتضای مذهب ما است صحت بیع و هبه است.

و قائلین به بطلان متمسک شده اند به عدم امکان قبض چون دین امر کلی است و کلی وجودی در خارج ندارد که قبض توان کرد. و بر این وارد است که قبض

کلی ممکن است به قبض بعض جزئیات. و کلی ملك مالك است در ذمه مدیون، و مانع از برای انتقال آن به ملك غیر نیست. و از این جهت است که بیع دین را هم جایز میدانیم مطلقاً. بلکه قبل از حلول اجل هم، هر چند مطالبه نتوان کرد الا بعد

(۱): جواب است بر " اما " .

(۲): وسایل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱ ح ۱ و ۲. و باب ۷ ح ۳.

حلول اجل. و فرقی شیخ علی (ره) ما بین هبه و بیع گذاشته است در شرح قواعد، و آن تمام نیست. و چنان که صحت هبه موقوف است بر قبض صحت بیع هم موقوف است بر قدرت تسلیم.

و چنان که (در بیع) تسلیم کلی به تسلیم فرد متحقق میشود قبض کلی در هبه هم به قبض فرد حاصل میشود. و لکن باید مالک بگیرد آن فرد را و به قبض متهب بدهد یا او را مأذون کند که از جانب او بگیرد و در ثانی خود از جانب خود قبض کند یا حواله کند به دیگری.

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

جواب: ظاهر سؤال این است که زید باغ را به عمر و هبه کرده. هر گاه ایجاب و قبول

هبه به عمل آمده و به تصرف متهب داده، پس هر گاه متهب که عمر و است ذی رحم

است، یا هبه معوضه است به هیچ وجه رجوع صورتی ندارد. و هر گاه غیر این باشد هم اظهر این است که به موت واهب، لازم میشود و ورثه واهب رجوع نمیتوانند کرد. و بنابر قول به جواز رجوع هم اظهر این است که متهب میتواند در غرامت هائی که کشیده رجوع کند به مال واهب، بعد ملاحظه وضع عوض اگر عوضی داده باشد. یعنی در صورت هبه معوضه رجوع به عوض میکند. و آنچه زاید بر آن بماند از غرامت ها. و ظاهر این است که هر گاه مالی از واهب نمانده

باشد از همین عین متواند استیفای غرامت ها را بکند. چون اینهم داخل میراث میشود.

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

جواب: علامه در تذکره تصریح کرده است به جواز آن مطلقاً. به سبب زوال غرر به ابراء مجموع ما فی الذمه. و از شافعی نقل کرده است که گفته است هر گاه خواهد ابراء مجهول کند باید بگوید (بری کردم تو را از هر چه منخوادم از يك درهم تا هزار درهم:). و از احمد نقل کرده که او گفته است (صحیح است هر گاه راهی به معرفت مقدار نباشد). و حق این است که اگر مراد در این مسأله حکم (به) جواز و عدم جواز است به این معنی که طلبکار با جهالت طلب آیا جایز است که بری کند غریم را علی الاطلاق یا نه، پس در اینجا حق جواز است. به سبب عمومات حسن ابراء و انتفاء غرر.

و همچنین حق بری شدن غریم است به همین ابراء در صورتی که هر دو جاهل به مقدار باشند، یا طلبکار عالم باشد و غریم جاهل. اما هر گاه طلبکار جاهل باشد و غریم عالم، پس اگر طلبکار بگوید که تو را بری کردم هر چند هزار تومان از تو طلب

داشته باشم، و حال آنکه طلب بسیار کمتر از آن باشد، هم بری الذمه میشود. و اما اگر به آن نحو نگوید بلکه بگوید که تو را بری کردم از طلب خود، پس در اینجا تفصیل مدهیم و می گوئیم: یا این است که غریم مداند که طلبکار طلب خود را مقدار کمی مداند - مثل اینکه چنین اعتقاد دارد که ده تومان بیشتر طلب ندارد و لکن مقدار طلب را نمیداند و اگر مدانست که صد تومان طلب دارد همه را بری نمکرد. در اینجا برائت حاصل نمیشود از تمام طلب، بلکه باید تابع حصول یقین به مقدار ابراء بود.

و هر گاه از حال او بداند که مطلقاً بری کرده طلب هر قدر خواهد باشد، در اینجا برائت از همه حاصل میشود. و هر گاه حال طلبکار مجهول باشد که غریم نداند که اعتقاد او در مقدار طلب چه چیز است و حال او در رضای به ابراء چون است، در اینجا نیز برائت از همه حاصل میشود، نظر به ظاهر لفظ که گفته است تو را بری کردم از هر چه طلب داشتم و اما هر گاه دعوی رو دهد و غریم بگوید (تو مرا از همه

طلب بری کردی نظر به عموم لفظ تو و اقرار تو). و طلبکار بگوید که (من چون اعتقاد (به) کمی طلب داشتم، به عموم بری کردم و اگر بدانستم بیشتر است نمکردم. در اینجا اشکال است.

(و) چون مستلزم انکار بعد اقرار است، پس باید دعوی او مسموع نباشد. لکن اظهر این است که دعوی او مسموع است چون این از امور غالبه الوقوع است. مثل (اقرار علی رسم القبالة). پس قسم متوجه غریم میشود. و هر گاه نکول کرد باید طلبکار را راضی کند. و شاید دعوی عود کند در تعیین مقدار، و قسم در نفی زیادتی متوجه طلبکار شود که بیش از آن مقدار منظور او نبوده در ابراء و بعد از آنچه نقل کردیم از تذکره گفته است که هر گاه او را بری کند از صد درهم در حالی

که اعتقاد او اینست که صد درهم طلب ندارد و لکن در واقع طلب داشته باشد، پس در آن اشکال است از این جهت که او را بری کرده است از چیزی که در نفس الامر

ملك او است. و از این جهت که ابراء کرده است چیزی را که اعتقاد ملکیت آن را ندارد. و این از باب (بیع مال مورث) است به اعتقاد حیات او و حال آنکه مرده باشد و

مال بایع شده باشد. و دور نیست ترجیح وجه دوم.

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

جواب: در مسأله خلاف است. و علامه در تذکره از شیخ عبارتی نقل کرده است که مشعر است بر اجماع بر کراهت رجوع. گفته است که (قال الشيخ - ره - عندنا

ان الرجوع في هبة الزوج او الزوجة مكروه). و بعد از آن گفته است که جماعتی از اصحاب ما گفته اند جایز نیست رجوع مانند ذی رحم. و خود این قول را اختیار کرده. و همچنین فخر المحققین و شهید ثانی و صاحب کفایه. و قول اول را بعضی نسبت به مشهور داده اند و ادعای شهرت از جماعتی کرده اند، و آن قول ابن ادریس است و از ابن زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده.

و محقق در شرایع و نافع نیز ترجیح این قول داده بعد از تردد. و لازم قول سید مرتضی نیز این است چون دعوی اجماع امامیه کرده است در انتصار بر جواز رجوع در هبه مطلقا. و این هر چند بسیار بعید است بلکه بر خلاف آن، دعوی

اجماع از جمعی شده است بر عدم جواز رجوع در هبه اولاد به والدین و بالعکس. و اکثر

علما فتوی داده اند بر عدم جواز در مطلق ذی رحم، چنان که اقوی هم این است و اخبار

صحیحه و معتبره (۱) بر طبق آن وارد شده و لکن فی الجملة تأیید این قول مسکنند. و دلیل این قول (علاوه بر استصحاب ملکیت سابقه و اجماع منقول از ابن زهره و ظاهر شیخ و تأیید به اجماع سید) عمومات احادیثی (است) که دلالت دارند بر جواز رجوع در هبه مطلقاً، و احادیث صحیحه که دلالت دارند بر خصوص جواز رجوع در غیر ذی رحم که شامل زوجین نیز هست. و اما دلیل قول به عدم جواز رجوع:

پس آن استصحاب ملکیت متهب است (چون هبه مقتضی تملیک است) و عمومات اخباری که دلالت دارند بر منع رجوع در هبه که از جمله آنها حدیث معتبری است که در آن فرموده اند (انما مثل الذی یرجع فی الهبة کالذی یرجع فی قیئه) (۲)، و به مضمون آن نیز روایت دیگر هست. (۳)

و سید مرتضی (ره) در انتصار نیز از عامه نقل کرده که روایت کرده اند از پیغمبر (ص): (الراجع فی هبته کالراجع فی قیئه) و به لفظ دیگر هم روایت کرده اند (الراجع فی هبته کالکلب یعود فی قیئه). و خصوص صحیحه زراره از حضرت صادق (ع) در آن حدیث که فرموده (ولا ینبغی لمن اعطی لله عز وجل شیئاً ان یرجع فیه. قال: وما لم یعط لله وفي الله، فانه یرجع فیه نحلة کانت او هبة، حیزت او لم تحز. ولا یرجع الرجل فی ما یهب لامرأته ولا المرأة فی ما تهب لزوجها، حیز او لم یحز. لان الله تعالی یقول: ولا تأخذوا مما آتیتموهن شیئاً. وقال: فان طبن لکم عن شیئی منه نفساً فکلوه هنیئاً مرئياً. وهذا یدخل فیه الصدقة والهبة). (۴) و جواب از استصحاب این است که این ملکیت متزلزله افاده لزوم نمسکنند، و مطلب ما اثبات لزوم است. و (نیز این استصحاب) معارض است به استصحاب

(۱): وسائل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶ ح ۱ و ۲ _ وراجع به هبه بر والدین و بالعکس: همان مرجع باب ۵.

(۲) و (۳): وسائل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱۰ ح ۳ و ۴. و نیز باب ۷ ح ۵.

(۴) صاحب وسائل (ره) صدر این حدیث را تحت شماره ۱ از باب ۳ و ذیل آن را تحت شماره ۱ از باب ۷ آورده است.

تهذیب: ج ۲ ص ۳۷۶ فروع: ج ۲ ص ۲۴۲.

ملکیت سابقه. و اخبار عامه مانعه از رجوع، معارضند به اخبار عامه مجوزه رجوع.

و

اخبار مجوزه اکثر عددا و اصح سندا و اوضح دلالة، هستند. و دلالت ان اخبار بر حرمت ممنوع است. و استدلال به آنها بر حرمت به سبب اینکه رجوع به قی حرام است، ممنوع است. زیرا که میتوان گفت که مراد از (الراجع في قيئه) سگ است که عادت او این است که قی خود را منخورد. پس گویا فرموده اند که کسی که رجوع به هبه میکند بی رتبه و خوار است، مثل سگ. و لفظ دوم که سید نقل کرده مؤید آن است که تشبیه کرده اند شخصی را که رجوع به هبه میکند به سگ. نه اینکه تشبیه کرده باشند رجوع به هبه را به رجوع به قی که حرام است. و از کلام سید در انتصار نیز اشاره به این جواب ظاهر میشود. و در روایت ابراهیم بن عبد الحمد که در تهذیب نقل کرده هم منافات با این نیست. در آنجا فرموده اند (من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه). که ظاهر این است که الف لام از برای عهد باشد که راجع به کلب باشد. به هر حال: آن عمومات بالیقین مخصوص اند به غیر ذی رحم و به غیر هبهء معوضه و به غیر آنچه در آن قصد قربت شده باشد. و به این سبب هم ضعیفی طاری میشود هر چند مخرج آن (ها) نیست از حجیت. و احادیث صحیحه (۱) که تصریح شده در آنها به اینکه جواز رجوع مختص به غیر ذی رحم است، اخص مطلق است از آنها. پس لازم جمع میان آنها این است که حرام است رجوع در ذی رحم و جایز است در غیر ذی رحم که از جمله آن زوجین است. باقی ماند کلام در خصوص صحیحه زراره. و هر چند ان اخص مطلق است از این اخبار صحیحه و (۲) میتوان گفت که عموم غیر ذی رحم که آن اخبار دلالت دارند بر

جواز رجوع در هبه آنها، مختص اند به آن حدیث صحیح، پس مقتضای جمع این است که جایز است رجوع در غیر ذی رحم الا در زوجین، و لکن تخصیص عام و تقیید مطلق موقوف است بر مقاومت، و آن ممنوع است به جهت اینکه این

(۱): وسایل: ابواب الهبات، باب ۱۰ ح ۴.

(۲): در نسخه: پس.

صحیح زرارہ معارض است با اجماع منقول از ابن زہرہ کہ بہ منزلہ حدیث صحیح است. و ظاہر عبارتی کہ از شیخ نقل کردیم کہ ظاہر در نقل اجماع است کہ دلالت دارند بر جواز رجوع.

و این اجماع منقول معتضد است بہ آن اخبار صحیحہ و عمومات جواز رجوع مطلقا و بہ شہرت و کثرت قائل (چنان کہ گذشت) و بہ اصل براءت و استصحاب ملکیت سابقہ. و ایضا ممکن است معارضہ صحیحہ زرارہ بہ صحیحہء محمد بن مسلم (عن احدهما علیہما السلام، انه سئل عن رجل کانت له جاریة فاذتہ امرأۃ فیہا، فقال: ہی علیک صدقۃ. فقال: ان کان قال ذلک للہ فلیمضہا، وان لم یقل فلہ ان یرجع ان شاء فیہا). (۱) و تقریب استدلال این است کہ حقیقت صدقہ ہبہ است با قصد قربت. پس اگر سؤال را وی قابلیت اعم از صدقہ نداشت استفصال امام (ع) وجہی نداشت. بہ جہت آنکہ قصد تقرب داخل مفہوم صدقہ بود. پس حاصل مضمون عبارت آخر حدیث این است کہ (ہر گاہ بہ عنوان صدقہ نبودہ و از باب مطلق ہبہ بودہ، جایز است رجوع کند بہ آن کنیز بعد از آنکہ او را بہ زوجہ خود بخشیدہ بود).

و احتمال اینکہ شاید چون بہ قبض زوجہ ندادہ بودہ است جایز است رجوع، بی وجہ است. بہ سبب اینکہ فرقی نیست ما بین صدقہ و ہبہ در اینکہ مادامی کہ قبض بہ عمل نیامدہ است جایز است رجوع. پس روایت را باید حمل کرد بر صورت

حصول اقباض کہ فرق در جواز رجوع و عدم رجوع بہ سبب همان قصد قربت و عدم آن است. با وجود اینکہ در صحیحہ زرارہ ناخوشی دیگر ہم هست و آن این است کہ دلالت دارد بر آنکہ بدون اقباض ہم لازم است. و آن مخالف اجماع است. و ناخوشی دیگر اینکہ این موافق مذهب اکثر عامہ است، چنان کہ در تذکرہ نقل کردہ. و سید مرتضی در انتصار این را از ابی حنیفہ و اصحاب او نقل کردہ. پس ممکن است حمل آن بر تقیہ. و بہ ہر حال موافقت عامہ و مخالفت مشہور از مضعفات روایت است.

(۱): وسائل: ابواب الہبات، باب ۷ ح ۲.

و ناخوشی دیگر اینکه در اول روایت فرموده است که در مطلق هبه جایز است رجوع هر چند قبض به عمل آمده باشد و هبه ذی رحم باشد علی الاطلاق. و در تتمه روایت استثناء زوجین شده. با وجود اینکه ذی رحم اولی بوده به استثناء خصوصاً هبه والدین و ولد. هر چند اظهر این است که خروج بعض اجزاء حدیث از حجیت منشأ سقوط آن نمیشود، لکن در مقام ذکر مرجحات شکی نیست که اعتبار میشود.

باقی ماند کلام در ظاهر آیه که در آخر صحیحه زراره به آن استدلال شده و آن اشاره است به دو آیه از آیات قرآنی: یکی آیه ای است که در باب (خلع و مبرات) وارد شده. و لکن عبارتی که در حدیث است الحال در نظر نیست که در کجای قرآن

است. (۱) و آنچه در باب خلع وارد شده این است که (ولا یحل لکم ان تأخذوا مما آتیتموهن شیئا الا ان یخافا ان لا یقیموا حدود الله). (۲) و این هر چند نظر به ظاهر لفظ

عموم دارد، و لکن نظر به بعض روایات در حکایت ثابت بن قیس و زوجه او وارد شده

که زوجه او از او کراهت داشت. و تفسیر شده (ما آتیتموهن) به صداق و استثنای (الا ان یخافا) هم با مطلق عطیه نمسازد. زیرا که عوض خلع یا مهر است یا هر چه زوجه بدهد، خواه چیزی باشد که زوج به او داده باشد یا نه. پس نظر به غلبه بذل مهر در عوض خلع، و خصوص مقام و عهد، کمال ظهور دارد که مراد همان مهر باشد.

و آیه دوم نیز در صداق است که فرموده (وآتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لکم عن شیئی منه.. الایه) که مفهوم اطلاق (وان طبن لکم) این است که هر گاه از روی رضا ندهد، جایز نیست گرفتن آنچه داده اند به ایشان. و استدلال به این مشکل است، چون ضمیر راجع است به مهر و دلالت بر حکم هبه ندارد. زیرا که (صدقاتهن) تفسیر به مهر شده و بعضی گفته اند که در لغت اهل حجاز مهر را

(۱): ظاهراً آیه ای در قالب آنچه در حدیث آمده در قرآن نیست.

(۲): آیه ۲۲۹ سوره بقره.

(۳): آیه ۴ سوره نساء.

صدقه مگویند. و مراد از نحله این است که عطیه است از جانب خدا هر چند در ظاهر عوض بضع منماید و لکن چون زوجین هر يك به دیگری محتاج و هر يك از دیگری استمتاع میکنند پس مهر گویا نحله و عطیه است از جانب خدا بلا عوض از برای زوجه.

و به هر حال با ملاحظه شأن نزول آیه و ظهور اراده مهر نه مطلق نحله و عطیه، استدلال به آن مشکل است. و این نیز مضعف روایت میشود. والله العالم.

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

جواب: بدان که در هبه ایجاب و قبول شرط است و ظاهر این است که هر لفظی که دلالت کند بر تملیک، کافی باشد مثل (وهبتك) و (ملكتك) و (اعطيتك) و (نحلتك) و (اهدیت اليك) و (هذا لك) با نیت انشاء تملیک، یا آنچه افاده معنی آنها کند به لغت فارسی یا غیر آن. و همچنین در طرف قبول بگوید (قبلت) یا (رضیت) و امثال آن. و در مسالك گفته است که (ظاهر اصحاب اتفاق است بر اشتراط ایجاب و قبول لفظی، و ایجاب و قبول فعلی کافی نیست.

و بر این متفرع کرده است آنچه متعارف است که به عنوان هدیه مفرستند بدون لفظی، (که) بیش از اباحه افاده نمکند. پس هر گاه کنیزی باشد، و طی ان جایز نخواهد بود. زیرا که اباحه دخلی در استمتاع ندارد. و از شیخ نقل کرده است (از مبسوط) که هر کس خواهد که ملك و لزوم حاصل شود و کیل کند آن کسی را که هدیه (را) مبرد که صیغه بخواند، یا آن کسی (را) که هدیه (را) برای او مفرستد.

و در تحریر وجیه شمرده است قبول فعلی را در هدیه، در آخر باب هبه، بعد از آنکه در اول باب اختیار کرده است اشتراط ایجاب و قبول لفظی را در هدایا، هر چند در اطعمه باشد. و در آنجا گفته است که جواز تصرف از باب اباحه است.

و لازم کلام او است که ایجاب قولی را هم شرط نداند، چون شرط دانسته است تعجیل قبول را بنابر اشتراط لفظ. و لکن از تذکره ظاهر میشود میل به عدم اشتراط ایجاب و قبول قولی. چون نقل کرده است از جمعی از عامه که حاجتی

نیست در هدیه به ایجاب و قبول لفظی بلکه فرستادن مهدی به منزله ایجاب است و قبض مهدی الیه به منزله قبول است. زیرا که هدایا از جانب کسری و قیصر میبرند از برای رسول خدا (ص) و همچنین (از طرف) سایر ملوک پس قبول مفرمودند و لفظی در آنجا نبود. و حال بر این منوال باقی مانده تا این وقت در همه بلاد، و از این جهت است که هدایا را به دست اطفال مفرستند که اعتباری به لفظ آنها نیست.

بعد از آن نقل کرده از بعض عامه که اعتبار ایجاب و قبول لفظی کرده، مثل هبه، و این که حکایت رسول خدا (ص) از باب اباحه بوده است. بعد از آن گفته است: جواب داده شده است از این به اینکه: مردم این تصرفات را مالکانه میگردند نه از راه محض اباحه، و همچنین رسول خدا (ص). بعد از آن گفته است که: ممکن است اکتفا شود در خوردنی ها. نظر به حکم عادت بین الناس. بعد از آن گفته است که: تحقیق این است که خوردنی ها و غیر خوردنی مساوی اند، به جهت آنکه مردم غیر خوردنی را هم به هدیه مفرستند. و مشهور است که جامه ها و اسب ها از جانب پادشاهان به هدیه میآورند به جهت لن جناب، و ماریه قبطیه که آن حضرت از او فرزند داشت، از جمله هدایا بود.

و بعد از این کلام (کلام) دیگر دارد اصرح از این. که در مقام رد بر بعض عامه - که هدایا را از باب اباحه قرار داده - گفته است: این صحیح نیست. چون علما اجماع دارند بر اینکه نام این هدیه است و آن را اباحه نمیگویند. و اباحه مختص منافع است. و آن جناب آن اشیا را برای زوجات (خود) مفرستاد، و جامه (ای) را که هدیه برای او آورده بودند از برای امیر المؤمنین علیه السلام فرستاد. و شهید ثانی (۱) بعد نقل کلام اول تذکره (چنین که ما نقل کردیم) گفته است که (از این تحقیق که علامه گفت ظاهر میشود که اکتفا میکنند به قبول و ایجاب فعلی در هدیه). و خود نیز این را پسندیده و گفته است که میتوان این را هم از بابت معاطات بگیریم که افاده ملک متزلزل کند و مبیح تصرف، و وطی کنیز هم

(۱): در مسالك.

باشد. و لکن جایز باشد رجوع قبل از تصرف. و به این جمع کنیم ما بین قواعد مختلفه که از حیثیت اصل عدم لزوم به جهت اینکه عقد لفظی نیست باید لازم نباشد. و از حیثیت جواز تصرف بلکه وقوع آن بر نحوی که خلاف مقتضای اباحه محضه است (چنان که واقع شده از آن جناب در وطی ماریه قبطیه، و بخشیدن اموال به غیر چنان که آن جناب هدایا را به هدیه مفرستادند از برای ازواج خود. و حلیه از برای آن حضرت فرستادند آن حضرت لن را به هدیه فرستادند از برای امیر المؤمنین (ع) و نقل نشده که آن حضرت قبول لفظی فرموده باشند. یا آن اشخاصی که هدیه مآوردند ایجاب لفظی گفته باشند) باید جایز باشد تصرفات مالکانه، گو لازم نباشد.

و صاحب کفایه نیز متابعت مسالك کرده. و شهید در دروس بعد از آنکه ذکر کرده است اشتراط ایجاب و قبول را در تملیک، و گفته است بدون صیغه بیش از اباحه افاده نمکند، گفته است: محتمل است که حاجتی به ایجاب و قبول نباشد لفظاً، و کافی باشد ایجاب و قبول فعلی. به جهت آنکه هدایا را مآوردند برای پیغمبر (ص) و نقل نشده است که آن حضرت مراعات ایجاب و قبول مکردند. و دور است که حمل کنیم بر محض اباحه. به جهت آنکه آن حضرت تصرفات مالکانه در آن مکردند. و مردم در اعصار و امصار بر این منوال معمول مداشتند. این آخر کلام شهید است.

و این سخن را هر چند در اول بر سبیل احتمال گفته و لکن از استدلال او بر مآید که به این راضی باشد. خصوصاً استدلال به عمل مردم در اعصار و امصار که اشعاری دارد به دعوی اجماع، و الا استدلال به عمل مردم بی معنی خواهد بود. و اظهر در نظر حقیر هم همین است که هدایا مفید ملک هستند اما در حکم معاطات میباشند. پس انواع تصرفات مالکانه در آنها متوان کرد. هر چند قبل از اتلاف، یا تصرف، توان رجوع کرد، به هر حال این خلاف در هدیه است. و اما در هبه: پس بر نخوردیم به مصرحی به کفایت ایجاب و قبول فعلی. و هر چند هدیه اخص مطلق است از هبه، و در مسالك دعوی اجماع کرده ظاهراً بر اشتراط ایجاب و قبول لفظی. و لکن چون خود این قول را در هدیه پسندیده است،

معلوم میشود که اجماع در غیر هدیه است. و وجه اخص بودن هدیه آن است که در آن معتبر است نقل از مکانی به مکانی به قصد اکرام و تعظیم آن شخصی که برای او مفرستند. به این جهت (است) که ملك و باغ و امثال آنها را هدیه نمگویند، بلکه مگویند (هبه کرد).

و بدان که لازم کلام مسالك مافتد که در هبه نیز قایل شویم به صحت معاطات که بدون ایجاب و قبول لفظی متمر جواز تصرف باشد (هر چند وطی کنیز باشد) و اباحه محضه نباشد. و در اینجا اشکال حاصل میشود در فرق ما بین اباحه محضه و معاطات در صورت فقد ایجاب و قبول لفظی. و دور نیست که اصل را معاطات قرار دهیم که مورث ملك متزلزل باشد تا از خارج معلوم شود که اباحه محضه است،

نظر به ظاهر. و مؤید آن است روایت محمد بن مسلم که (قال: جلساء الرجل شرکاؤه في الهدية). (۱) و در روایت دیگر است (اذا اهدى الى الرجل هدية من طعام وعنده قوم فهم شركاء في الهدية، الفاكهة و غيرها). (۲)

و محتمل است که اصل را اباحه محضه قرار دهیم. نظر به اصالت عدم زوال ملك. و به هر حال آن طعامی که در نزد مهمان حاضر میکنند از باب اباحه است نه تمليك. و علامه در تذکره گفته است: خلافي نیست میان علما در اینکه آوردن طعام پیش مهمان اذن در اکل است و احتیاج به قبول ندارد. بنابر این جایز نیست از برای مهمان که آن را به مهمان های دیگر بدهد، یا به فقیری بدهد. و جایز نیست تصرف در آن به غیر خوردن. مگر اینکه شاهد حالی باشد که صاحب خانه راضی است.

پس آنچه پیش از تذکره نقل کردیم که (اباحه مختص به منافع است) مسامحه است در عبارت. و غرض او این است که مالك رقبه مال نمشود بلکه همان رخصت در انتفاع به آن است به خودی خود، هر چند به اتلاف و خوردن آن باشد. و در اینجا سخنی باقی ماند. و آن این است که هر گاه هبه را که لفظی در آن نباشد از باب معاطات بگیریم که تصرفات مالکانه در آن توان کرد، پس ثمره دعوی

(۱) و (۲): وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۹۲ ح ۱ و ۲.

اجماع بر اشتراط ایجاب و قبول لفظی چه چیز است در جائی که هبه معوضه نباشد و حال آنکه در صورت وجود لفظ هم افاده بیش از آنچه معاطات افاده میکند، نمکند -؟. و جواب آن این است که ثمره بنابر قول به عدم صحت معاطات، ظاهر میشود. و همچنین در ایمان و نذور و امثال آن ثمره میکند، پس هر گاه کسی نذر کند مثلاً که هبه به عمل آورد، بدون صیغه هبه به عمل نمآید و داخل عمومات هبه که در اخبار وارد است نمشود، تا متفرع شود بر آن لزوم و عدم لزوم در اجنبی و ذی رحم و غیر آن از مواضعی که احکام هبه در آن مختلف میشود.

و از آنچه گفتیم فرق ما بین هبه و هدیه ظاهر شد. و معلوم شد که هبه اعم مطلق است از هدیه. و همچنین هبه اعم مطلق است از صدقه. و صدقه همان هبه است به شرط قصد تقرب. و در کتاب وقف همین مجموعه فرق ما بین زکات و صدقه مذکور شد. (۱) و در صدقه هم لازم است ایجاب و قبول لفظی، و ظاهراً خلافی در آن نیست. و چون صدقه داخل هبه معوضه محسوب میشود که از عقود لازمه است، (۲) اشتراط صیغه در آن اظهر است. (۳) و کلام در معاطات آن نظیر آن

است که در هبه گفتیم. پس هر گاه صیغه با فقیر خوانده نشود جایز است رجوع مادامی که عین بر حال خود باقی است. (۴) و در اشتراط اقباض و سایر شروط مثل هبه است.

(۱): نگاه کنید به مسأله شماره ۴۱ از همین مجلد.

(۲) و (۳): عوضی که در صدقه لحاظ میشود از جانب خداوند است نه از طرف فقیر پس آن به "ایقاع" بیشتر مربوط میشود تا "عقد" بنابراین هیچگونه "اظهریت" در اشتراط صیغه وجود ندارد.

(۴): همانطور که گفته شد لزوم صدقه بیشتر (بلکه کاملاً) جنبهء ایقاعی دارد، مانند نذر واجب. و هیچ نقشی در ضرورت صیغه با فقیر ندارد. و سیرهء مسلمین در اعصار و امصار بر عدم اجرای صیغه در صدقه، مبتنی بوده و هست. و

با اینهمه باز صدقه لزوم خودش را دارد.

و همین صدقه های بدون صیغه موضوع اخبار است. یعنی اخباری که مفرماینند "صدقه لازم و غیر قابل رجوع است"

مرادشان همین صدقه های بی صیغه است. به عبارتی از احادیث توجه فرمائید:

الف: در صحیح زراره (باب ۳ ح ۱) آمده است "ولا ینبغی لمن اعطی لله شیئا ان یرجع فیه. و مالم یعط لله و فی الله.

فانه یرجع فیه نحلة کانت او هبة حیزت اولم تحز". در این حدیث هبه های غیر لازم مورد نظر است، یعنی آن هبه ها

=

و اما عطیه و نحلہ: پس گاهی گفته میشود و هبه از آن خواسته می شود. و گاهی گفته میشود و مطلق اعطاء تبرعی خواسته میشود، پس شامل وقف و صدقه و هبه و هدیه و سکنی و عمری میشود. و علامه در تذکره گفته است که اغلب استعمال نحلہ در عطایای به فرزند است. و از صحیحہ سابقہ زراره (۱) ظاهر میشود مغایرت. و می تواند شد که در آنجا نیز ناظر به این باشد که علامه گفته است. و از شیخ نقل شده است هبه و صدقه و هدیه به يك معنی است. و آن بعید

= مورد نظر هستند که نه به وسیله شرط و نه به وسیله ذی رحم بودن و نه به وسیله عوض گرفتن از متهد و نه به وسیله اتلاف، هیچکدام لازم نشده اند. در این زمینه و در این شرایط و اوضاع مفرماید آنچه برای رضای خدا و توقع ثواب داده شده، لازم است.
ب: صحیحہ محمد بن مسلم - ح ۲ همان باب - : " ولا يرجع فی الصدقة اذا ابتغى وجه الله. والهبة والنحلة يرجع فیها ان شاء، حیزت اولم تحز الالذی رحم فانه لایرجع فیہ ". این حدیث دقیقاً در مقام تقسیم عوامل لزوم به دو قسم اول: عواملی که موجب لزوم مواهب و صدقات و هدیه ها میشوند و منشأ آنها اراده و فعل و قول طرفین است. مانند صیغه، شرط، قبض و اقباض، اتلاف.
قسم دوم: عواملی که موجب لزوم میشوند و ربطی به اراده و فعل طرفین ندارند. مانند: قصد قربت و نیت ثواب تنها از جانب واهب، و طبیعت خود موضوع که " هبه به ذی رحم " باشد. این عوامل به تنهایی عامل لزوم هستند خواه عوامل قسم اول همراه اینها باشند یا نباشند.
ج: صحیحہ علی بن جعفر - باب ۵ ح ۵ - : "... قال: وسألته عن رجل تصدق علی رجل بصدقة فلم یجزها، هل یجوز ذلك؟ قال هی جایزة حیزت ام لم تحز قال وسألته عن الصدقة تجعل لله مبتوتة هل له ان یرجع فیها؟ قال: " اذا جعلها لله فهی للمساکین وابن السبیل، فلیس له ان یرجع فیها ".
این حدیث نیز دقیقاً در مقام بیان چگونگی قصد و نیت صدقه دهنده است. همانطور که نذر واجب و نذر مستحب داریم همینطور هم صدقه دهنده میتواند قصد و جوب و قصد غیر و جوب نماید، و هرگاه قصد و جوب نکرده مادامی که صدقه را به قبض نداده (لم یجزها) میتواند از نیت خود رجوع کند. و اگر قصد و جوب کرده خواه به قبض داده یا نداده در هر صورت حق رجوع ندارد.
این حدیث نیز توجهی به عوامل لزوم طرفین ندارد. تا اینجا همه سخن براساس بینش " توقیفیه " بود که مصنف (قدس سره) از جمله قائلین به آن است، و بنابر بینش " امضائیه " باید گفت همه مسلمین از آغاز بعثت تا به امروز در همه اعصار و امصار باور داشته اند

و دارند که صیغه خواندن در صدقه با فقیر رفتاری قبیح و ناپسند است و در عین حال همگی تلقی شان بر لزوم صدقه بدون صیغه بوده.
و این مورد امضای شارع شده و بوده و هست.
موضوع توقیفیه و امضائیه به طور مکرر در این مجلدات بحث شده. از آن جمله رجوع کنید به مسئله شماره ۴۱ و ۵۷، از همین مجلد و ۳۴۲ و ۳۴۴، از مجلد اول.
(۱): فرمود " نحلة كانت او هبة " ابواب الهبات، باب ۳ ح ۱.

است و خلاف مدلول اخبار است.

و اما وجه تسمیه صداق به نحله: پس به آن اشاره کردیم در مسأله سابقه.
۸۳: سؤال: هر گاه زینب به دختر خود بگوید که: میراث پدرت را به من حلال کن. و او بگوید که: حلال کردم. آیا به همین، آن میراث مال مادرش میشود، یا نه؟...؟

جواب: علامه در تذکره گفته است که (لابد است در صیغه هبه از لفظ صریح، و کافی نیست کنایات، چنان که در بیع. به جهت استصحاب عدم نقل ملك.) و ظاهر این است که صریح اعم از لفظ مجازی که با قرینه ظاهره، باشد خواسته است. و به هر حال لفظ (حلال کردم) در لغت افاده بیش از اباحه تصرف نمیکند. و بر فرضی که در عرف آن بلد حقیقت باشد در بخشش و هبه، در این صورت دو امر دیگر هست

که قدح در صحت و لزوم میکند: اول اینکه اقباض شرط است و بدون اقباض لزوم ندارد، بلکه صحت ندارد. دوم اینکه بعد از ایجاب، قبول لفظی شرط است و هر گاه مادر نگفته باشد که (قبول کردم) آن هم بی فایده است.

و باید دانست که صحت هبه بر فرض تحقق آن، در وقتی است که میراث معلوم باشد. و اگر مجهول باشد آن هم صحیح نیست. چون مستلزم غرر است. و این که گفته اند جهالت مضر نیست، در صورتی است که مستلزم غرری نباشد. و تفصیل این را در اول کتاب هبات ذکر کردیم. و هر گاه بعض میراث دینی باشد که در ذمه غیر داشته باشد، دیگر اشکال بیشتر میشود. (زیرا) باید از لفظ (حلال کردم) هم هبه خواهد و هم حواله. و این جایز نیست، با وجود اینکه در حواله هم صیغه ضرور است که ما بین محیل و محتال خوانده شود. و مشهور علما رضای محال علیه را هم شرط دانسته اند. و آن هم معلوم نمیشود.

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

من خیار فسخ از برای خود مادام الحیات گذاشته بودم و الحال فسخ کردم مصالحه را، و صداق خود را از مخلفات او بر مدارم. و بعد چند روز دیگر زوجه

مريض شده وصیت کرد که ثلث مال مرا صرف عبادات من کنید. و شخصی را وصی کرد.

بعد فوت زوجه به سمع وصی رسید که زوجه در حینی که زوج او را غسل میدادند، هنوز بر نداشته، به او خطاب منموده که من خود را حلال کردم به تو مثل شیر مادر. الحال وصی نمودند که به این عبارت براءت حاصل میشود برای زوج از صداق، و وصیت زوجه نسبت به صداق باطل است یا نه؟ -؟. جواب: بدان که صلح صداق میتواند شد که در ازای عوضی باشد که معتد به، نزد عقلا باشد و می تواند شد که در ازای عوض قلیلی باشد که اعتنائی به آن نباشد و از باب (عقود محاباتی) باشد. و می تواند شد که در ازای هیچ عوضی نباشد، زیرا که در صحت عقد مصالحه عوض شرط نیست. چنان که از علامه در تذکره ظاهر میشود که مراد از مصالحه محض اتفاق و تراضی است. چنان که گاه هست صلح میکند طلب ثابت را به اقرار مدعی علیه به نصف آن، که آن را (صلح حطیطه) مگویند. و گاه است که صلح میکند حق را و هیچ نمگیرد.

بلکه کلام در عین هم، چنین است و اختصاص به دین هم ندارد. و مؤید این مطلب است مذهب شیخ در صلح که آن را تابع یکی از عقود خمس مداند که یکی از آنها هبه است و یکی از آنها ابراء است. و در حقیقت هیچ يك عوض شرط نیست. پس هر گاه صلح زوجه از باب قسم اول باشد، و اقرار مرکبی کرده، یعنی اعتراف کرده که (من مهرم را به زوجم صلح کردم در ازای فلان عوض معتد به با شرط اینکه خیار فسخ با من باشد مادام الحیات) ظاهر این است که اصل صلح فاسد باشد. چون شرط ضمن العقد آن، جهالت دارد به سبب جهالت زمان حیات.

و به فرضی که جهالت در صلح مغتفر باشد، هر چند در عوض با سد و ضرر نداشته باشد، معلوم نیست که این قسم از جهالت مغتفر باشد. و جهالت اقسام دارد و اقسام آن را در اول کتاب صلح بیان کرده ایم. و دلیل مغتفر بودن جهالت خصوصا در عوض و خصوصا در (صلح ابتدائی) وضوح ندارد. و غایت آنچه مسلم است مقبولیت آن در صورتی است که استعلام بالفعل متعذر باشد یا متعسر.

چنان که در آنجا بیان کرده ایم و در اینجا این شرط خیار فسخ از باب عوض است،
و

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

گوئیم: که چنان که دین مستقر بعد موت متعلق به مال میت مشود، علاوه بر ذمه آن، دین متزلزل هم تعلق مگیرد. پس صداق که دین است و زوجه صلح کرده آن را بر سبیل ابراء، به سبب شرط خیار فسخ آن، سقوط متزلزل است. و چنان که سقوط آن متزلزل است تعلق آن هم به مال او بعد موت هم متزلزل است. و اینکه گفتمی که (صحیح نیست که میت بعد موت چیزی به ذمه او تعلق بگیرد) خوب است در وقتی که ما بگوئیم که حق جدیدی به ذمه او متعلق شد و لکن ما مگوئیم که همان حق سابق متزلزل به عنوان تزلزل در ذمه او بود که مرد. و الحال که زوجه عود کرد و فسخ کرد، همان مقتضای اشتغال ذمه سابق که منشأ تعلق حق به مال (می) شد، الحال تعلق آن به مال مستقر مشود هر گاه مالی باشد و هر گاه مال هم نباشد میتواند شد که باز در ذمه او مستقر شود. چنان که قبلاً بود. مثل اینکه بعد موت زوج بر او ظاهر شود عداوت شدیدیه نسبت به زوجه و خواهد در قیامت از او باز خواست کند، باز رجوع میکند و اشتغال مستقر مشود. و از اینجا ظاهر شد که نمیتوان گفت که (فسخ موجب فقد ثمرات معامله است از حین فسخ عقد، نه از اول عقد) تا آنکه مترتب شود بر آن رجوع حکم دین و برگردد به ذمه او در حال حیات که مستصحب بماند تا حین موت.

پس این شرط در حین عقد مصالحه، چون شامل صورتی هم هست که زمان فسخ اتفاقاً بعد موت زوج باشد، به منزله نذری است در وقت خاصی از اوقات مستقبله که آن وقت در نفس الامر فاقد قابلیت وقوع لن باشد. مثل آنکه زنی نذر کند که در پنجشنبه آینده روزه بدارد و اتفاقاً آن روز حیض شود. پس نذر منعقد نیست. پس این شرط در وقتی صحیح است که در حین فسخ زوجه، ذمه زوج قابل تعلق حق جدید به او باشد.

و به هر حال: در این مقام باید تفصیل داد که صلح به چه نحو واقع شده. در بعضی صور صحیح است و در بعضی صور باطل است. و در صورت بطلان احتیاجی به تصحیح شرط خیار فسخ نیست، و زوجه مهر خود را مطالبد. و در صورت صحت باز به سبب فسخ باطل مشود، و زوجه صداق خود را مطالبد. و اما اینکه زوجه خطاب کرده به زوج میت خود که صداق خود را به تو حلال

کردم که بنابر صورت سؤال قبل از فسخ صلح واقع شده - هر گاه به ثبوت برسد این خطاب. پس مگوئیم که یا این است که زوجه متذکر صلح هست یا نیست. پس اگر متذکر است که صلح کرده است، مگوئیم اما بنابر آن صورتها که صلح صحیح است و هنوز فسخی واقع نشده، پس در ظاهر چنین منماید که ابراء صحیح نباشد، زیرا که زوجه از او طلبی ندارد که او را حلال کند، و تا فسخ نکند و حق به او عود نکند چه چیز را حلال میکند. و لکن چنین نیست بلکه مگوئیم که میتوان گفت که این لفظ این معنی را در بر دارد که (فسخ کردم و حلال کردم) از باب (اعتق عبدك عنی) یعنی غلام خودت را تملیک من کن و از جانب من آزاد کن.

یا اینکه (اگر خدشه و عیبی در عقد مصالحه در نفس الامر باشد من احتیاطا او را بری کردم) و این بعید است. یا مراد زوجه این باشد که (حق فسخ و رجوع را به تو حلال کردم) و این دور نیست. و در صورتی که مراد او یکی از اینها باشد پس مگوئیم که اگر صدق عین موجودی باشد، حلال کردن آن به میت در دو صورت اول معنی ندارد. به جهت آنکه با قطع نظ از اینکه لفظ (حلال کردم) نه صریح است در هبه و نه ظاهر، و شرط است در هبه که به لفظ صریح باشد و در هبه ایجاب

و قبول، و اقباض شرط است. و اینها در میت محال است. و همچنین هر گاه مراد او از (حلال کردم) اباحه عین باشد.

و اما در صورت اخیر: پس چون راجع میشود حلال کردن به اسقاط حق رجوع و حق خیار فسخ پس تصحیح آن ممکن است و لکن این در وقتی خوب است که معلوم باشد که مراد زوجه این صورت است. و اما در صورت جهالت حال،

پس اشکال به هم میرسد. وجه بطلان این است که لفظ، احتمال (بر) هر سه صورت دارد، و اصل عدم تحقق شرط صحت است، و شك در شرط موجب شك در مشروط است، چون کلام او مردد است ما بین یکی از این سه احتمال، و صحت وقتی ثابت میشود که فرض تحقق احتمال سوم باشد.

و وجه صحت این است که: ظاهر لفظ (حلال کردم) ابراء است و اسقاط. و به این قرینه میتوان حمل کرد بر احتمال ثالث. و ایضا افعال واقوال مسلمین محمول بر صحت است. پس حمل لفظ زوجه بر معامله صحیحه اولی است از فاسده. و این اظهر است.

و اما هر گاه صدق دینی باشد: پس مگویییم که متبادر از لفظ (حلال کردم) در صورت دین بری الذمه کردن است.

و اگر کسی بگوید: که بری الذمه کردن میت مستلزم سقوط حق زوجه نمیشود زیرا که بعد فوت میت چنان که دین در ذمه او باقی است تعلق به مال او هم مگردد هر گاه مالی داشته باشد. بلکه اظهر در تفسیر آیه شریفه (من بعد وصیه یوصی بها او دین) (۱) این است که مال از ملك متوفی بیرون نمرود تا ادای دین و وصیت نشود مطلقا. یعنی خواه دین مستوعب تر که باشد یا نباشد. و چنان که دین تعلق دارد به ذمه میت تعلق مگردد به سبب موت به مال او نیز، مانند تعلق حق مرتهن به مال مرهون.

پس آن مال به منزله رهن است که اگر وفای دین از آن مال که به منزله رهن است، بشود. یا اینکه متبرعی ادا کند، یا آنکه صاحب طلب او را بری کند، مال از رهن بودن بیرون مسآید و منتقل به وارث میشود. و اگر اینها هیچ يك به عمل نیاید و مال هم تلف شود، آن مال در ذمه متوفی ممانند تا به قیامت. و تعلق دین به مال از باب تعلق زکات به عین نیست که هر گاه بدون تفریط عین تلف شود، زکات هم ساقط شود و وجه دیگر هم در تفسیر آیه هست که در رساله علی حده بیان آنها کرده ام. و اظهر وجوه (۲) این است که مذکور شد.

(۱): نساء ۱۲.

(۲): یعنی اظهر وجوه در تفسیر آیه.

و بنابر این پس ممکن است که مراد زوجه اسقاط حق قیامت باشد، نه حق در دنیا که تعلق به مال او دارد. و قرینه مقام هم شاهد است که این سخن به سبب علاقه و محبت (به) زوج است نه وارث او که مال از آنها نگیرد. و می خواهد که زوجهش معاقب نباشد. نه اینکه مهر او را وارث های او بخورند هر چند دشمنان زوجه

باشند. خصوصاً در وقتی که مداند که زوج مال بسیار دارد و حکم خدا این است که اول دین را باید ادا کرد و اگر چیزی بماند به وارث مدهند. و نفعی دیگر از آن مال به میت نمرسد. در این صورت این ابراء چندان نفعی برای زوجه ندارد که ترضیع حق خود را بکند.

و نظیر این است اینکه هر گاه مالی را غاصبی از کسی بگیرد و غاصب دیگر از آن غاصب بگیرد و هکذا...، پس همه آنها مشغول ذمه مالک هستند و لکن ممکن است که مالک یکی از آنها را برئ الذمه کند بدون اینکه از او چیزی بگیرد. و دیگران را برئ الذمه نکند و مطالبه حق خود را (در دنیا یا آخرت) از آنها بکند.

در جواب او مگوئیم: شاید چون زوجه احتمال مدهد که ممکن نشود استیفای حق خود را از مال زوج بکند به سبب اینکه وارث ممانعت کند، یا مرگ مهلت ندهد، احتیاطاً زوج را برئ الذمه میکند و اعراض میکند از حقی که در مال دارد. یا بر وارث بر فرض تحقق آن یا آنچه قائم مقام اینها شود، مثل تبرع اجنبی، که مبادا خود زوجه بمیرد و زوجهش مشغول الذمه بماند. بلکه میتوان گفت که برئ الذمه کردن زوج جمع نمیشود با بقای حق در ذمه وارث (یا کسی که قائم مقام او است) که او را بری کند و این را نکند. به جهت آنکه اشتغال ذمه وارث (یا قائم مقام او) به وفا امر مستقل متأصلی نیست. بلکه حصول آن به تبعیت اشتغال ذمهء میت است، و با نفی آن این نیز منتفی میشود.

بخلاف آن نظیری که ذکر شد که در آنجا هر يك از ایدی متعاقبه غصب مستقل اند در اشتغال ذمه. پس در مانحن فیه ابراء کردن زوج در معنی مبتنی بر

تعليق مشهود يعنى اگر وارث وفا نکند يا مال تلف شود زوجم برى باشد و در قيامت از او مؤاخذه نمکنم. و تعليق در ابراء بى صورت است. و هر گاه اين تعليق منظور نباشد و منجزا او را برى کرده باشد ديگر حقى بر گردن وارث نماند. چون ثبوت حق در گردن وارث تابع اشتغال ذمه ميت است و به انتفاى متبوع تابع منتفى مشهود. بخلاف صورت غصب که در آنجا با تنجيز ابراء باز اشتغال ذمه ديگران باقى است.

و ظاهر لفظ و اطلاق (حلال کردم) هم اين است که منجز باشد. چنان که حقيقت ابراء هم اين است.

پس نتوان گفت: که اين احتمال در جنب احتمال اول ضعيف است و اين که دلالت لفظ بر اعراض مذکور ممنوع است، و غايت امر تساوى احتمالين است، و اصل بقاى حق است تا يقين به رافع حاصل شود، و اين که در حين موت زوج دو حق از براى زوجه حاصل است يکى حقى که در ذمه زوج دارد که اگر در دنيا از مال او به او نرسد در اخرت مطالبه خواهد کرد، و يکى حقى که بر مال زوج دارد در

صورت بقاى مالى از او و استحقاق مطالبه آن را دارد از وارثى که مال در دست او است، يا از کسى که قائم مقام وارث است که اين حق از جانب خدا قهرا و قسرا ثابت است، و اسقاط اول مستلزم اسقاط ثانى نيست، و اسقاط ثانى در معنى هبه دين است به وارث، يا به منزله ابراء وارث است از حق وجوب وفا از مالى که در دست او است، و حلال کردن ميت و ابراء او دلالتى بر هبه به وارث يا ابراء او به احدى از دلالت ندارد. پس منافاتى نيست ما بين حلال کردن صداق به ميت و باقى ماندن حق صداق در مال او، هر گاه مالى داشته باشد. بلکه هر گاه مالى نداشته باشد و متبرعى از جانب او ادا کند هم جايز خواهد بود گرفتن زوجه آن را. زيرا که: دانستى که ابراء ظاهر در (تنجيز) است. و دلالت لفظ هم ظاهر است. و تبعيت اشتغال ذمه وارث به وفا هم اقتضاى همين را مىکند.

و احتمال دیگر در اینجا تصور میشود. وان این است که مراد زوجه این باشد که (حقی که بر زوج داشتم ساقط کردم و حقی که در مال او یا بر گردن وارث داشتم آن را هم منتقل کردم به زوجم که وراثت به مصرف او برسانند). و اراده این معنی بسیار بعید است، و لفظ دلالتی بر آن ندارد. تا اینجا بنای کلام در آن بود که صلح صحیح باشد.

و اما هر گاه در صورتی باشد که صلح فاسد باشد به یکی از جهات سابقه که بیان شد: پس حلال کردن و بری کردن خوب است و احتیاج به آن توجیحات سابقه نیست. لکن اشکال سابق باز وارد میآید که بری کردن زوج مستلزم سقوط حق زوجه بالمره نمیشود. و دفع آن هم بر وجهی که گفتیم ظاهر شد. پس هر گاه مطالبه صداق کند از مالی که از او مانده باشد و بگوید (که من آنچه حلال کردم آن حقی بود که در گردن زوجم بماند به قیامت. نه اینکه با وجود تمکن از ایفای حکم از مال او آن را هم ساقط کرده باشم). سماع این دعوی مشکل است. چون در معنی (انکار بعد الاقرار) است.

و اما هر گاه زوجه متذکر صلح نباشد: پس در صورتی که صلح صحیح باشد این ابراء صحیح نیست. به جهت آنکه بنابر این در نفس الامر حقی ندارد که حلال کند و سخن لغوی گفته. و آن دو احتمال که در صورت صحت با تذکر، گفتیم - یعنی فسخ کردن و بعد از آن ابراء کردن، یا اسقاط حق تسلط بر فسخ - در

اینجا راهی ندارد. چون متذکر آنها، هیچکدام، نیست. پس آن فسخ (بعد ثبوت) موجب رجوع صداق به او (میشود) و وصیت او صحیح است. و در صورتی که صلح صحیح نباشد به جهاتی که ذکر کردیم، پس ابراء او فی الجملة صحیح است. به جهت آنکه علی ای تقدیر ابراء بر حق خود وارد شده. خواه به این وجه که بر حق ثابت بلا عروض عارض، شده (چنان که در حال عدم تذکر معتقد آن است)، یا بر حق

ثابت با عروض عارضی که مثمر ثمر نیست که آن صلح فاسد باشد. و لکن همان اشکال سابق باز وارد میآید که این ابراء مسقط حق او است که

متعلق است به مؤاخذه قیامتی زوج، نه اسقاط حقی که در مال زوج یا بر وارث دارد. و جواب آن هم همان است که مذکور شد.

بلی اشکالی در اینجا هست که گاه است که با وجود فساد صلح در نفس الامر، زوجه معتقد صحت آن بوده، و لکن در حین ابراء تکیه او بر اعتقاد بقای حق ثابت است. چون صلح را فراموش کرده و اگر متذکر مبروء ابراء را منضم مسکرد به فسخ آن صلح، یا قصد همان ابراء از حق تسلط بر فسخ مسکرد. و الحال منجزا ابراء کرده. و این از باب (بیع مال مورث به اعتقاد حیات او، و حال آنکه در واقع مورث در حال بیع مرده بوده است و مال خود وارث بوده) میشود. و دور نیست که همین موافقت نفس الامری کافی باشد، هر چند علی سبیل الاتفاق باشد.

هر چند در بعض صور ابراء مجهول، این سخن تمام نباشد، چنان که علامه در تذکره فرض آن را کرده. و آن این است که شخصی بری کند دیگری را از صد درهم در حالی که معتقد این است که صد درهم طلب ندارد و لکن در واقع طلب داشته باشد و در آن دو وجه ذکر کرده: یکی براءت آن شخص است، زیرا که بری کرده او را از چیزی که در نفس الامر مالک آن است. دوم عدم براءت است، چون اعتقاد ملکیت آن را ندارد از باب بیع مال مورث است به اعتقاد حیات او و حال آنکه مرده باشد. و اظهر در این مثال علامه وجه دوم است. بخلاف آنچه گفتیم که در آنجا اظهر صحت است.

و اما هر گاه حال زوجه معلوم نیست که: متذکر صلح بوده یا نه: اصل و ظاهر مقتضی آن است که بنا را بر تذکر بگذاریم و به مقتضای آن عمل کنیم. و اگر دعوی و مخاصمه رو دهد، به مرافعه طی میشود.

و حاصل جواب از سؤال سابق این است که صلح اگر به عوض وجه معتد به، واقع شده، فاسد است. به جهت جهالت شرط. و بنابر این وصیت صحیح است که باید به مقتضای آن عمل کرد، خواه فسخ بکند و خواه نکند.

و اگر بوجه محابات شده - یعنی صلح به وجه قلیلی شده که اعتنائی به آن نیست - یا بدون عوض واقع شده، ظاهر صحت مصالحه است و صحت شرط. [و] در صورت فسخ به

مقتضای شرط، باید به مقتضای وصیت او عمل کرد. و این ها در وقتی است که حلال کردن زوجه زوج خود را در حین غسل دادن، ثابت نباشد. و اما هر گاه به ثبوت رسد، در آن نیز باید تفصیلی داد. پس اگر صدق عین موجودی است، حلال کردن آن صحیح نیست. زیرا که در اینجا ابراء نیست، بلکه هبه، یا اباحه است. و شرایط هبه و اباحه - از قبول و قبض و غیره - در اینجا متصور نیست. و همچنین هر گاه بعض صدق عین باشد، در آن بعض صحیح نیست. و اینها در صورتی است که مراد زوجه حلال کردن و بری کردن از حق الرجوع نباشد. زیرا که در اینجا ابراء صحیح است هر چند صدق عین باشد. و هر گاه دین باشد، یا بعض آن دین باشد: پس حکم دین این است که اگر زوجه متذکر صلح هست و از جمله صورت هائی است که صلح صحیح است، پس ظاهر این است که ابراء صحیح است و بالمره از میت ساقط میشود و در مال او هم حقی ندارد. و بر وارث او هم چیزی نیست. و وصیت او اعتباری ندارد نسبت به صدق او.

و اگر از جمله صورت هائی است که صلح صحیح نیست، پس ابراء صحیح است و وصیت نسبت به صدق باطل است.

و هر گاه متذکر صلح نباشد: پس در صورت صحت صلح، آن ابراء صحیح نیست، و به مقتضای وصیت باید عمل کرد. و در صورت فساد صلح، ظاهر این است که ابراء صحیح باشد و دیگر عمل به وصیت نسبت به صدق نمیتوان کرد. و در صورت جهالت حال زوجه در تذکر و عدم تذکر: ظاهر این است که بنا [را] بر مقتضای تذکر باید گذاشت. و حکم آن را در آن جاری ساخت. و هر گاه طرفین

نزاع

داشته باشند در تذکر و عدم تذکر به مرافعه طی میشود والله العالم.

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

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

اجماع بر آن کرده اند و اخبار معتبره بسیار که حاجتی به ذکر آنها نیست دلالت بر آن دارند. (۱) و مخالف آنها (۲) مطروح یا مؤول است. و اما هر گاه یکی از اینها حاصل

شده باشد لازم است جزما و به مجرد اقباض دیگر عود نمیتوان کرد. و تصرف در آن شرط نیست. و دلیل اینها هم سابقا در جواب مسائل گذشت. (۳) و هم چنین هر گاه عین موهوبه بالمهره تلف شده باشد، خواه از جانب خدا تلف شده باشد یا به فعل متهب و یا غیر او. و خلافی در این نیست. بلکه جمعی دعوی اجماع کرده اند و حسنه حلبی (۴) هم دلالت بر آن دارد و بعد از این ذکر آن مسکنیم. و اما هر گاه هیچ یک از اینها نباشد و بعد از اقباض تصرف هم به عمل آمده باشد، پس در آن سه قول است:

اول: جواز رجوع است مطلقا خواه آن عین موهوبه بعینها در ید متهب باقی باشد یا منتقل به غیر شده باشد، یا تغییری در آن به هم رسیده باشد مثل این که گندم را آرد کرده یا کرباس را قطعه، قطعه کرده. یا مطلقا تغییری به هم نرسیده مثل این که چاروا [را] سوار شده و در خانه مسکن کرده. و هم چنین سایر تصرفات. و این قول را از ابن جنید و سلار و ابو الصلاح و ابن زهره، نقل کرده اند. و محقق هم در هر دو کتاب اختیار آن کرده و از ابن زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده.

دوم: عدم جواز رجوع است مطلقا. و این را از مفید و شیخ و ابن براج نقل کرده [اند] و مختار ابن ادریس هم همین است. و در مسالك این را به اکثر متأخرین نسبت داده بلکه در جائی دیگر این را مشهور نامیده.

سوم: تفصیل است به این که هر گاه از ملك او بیرون رفته، یا صورت آن متغیر شده (مثل گازی کردن جامه و نجاری کردن چوب و وطی کردن کنیز) رجوع نمیتواند کرد. و هر گاه بدون اینها باشد (مثل سکنی کردن خانه و سوار شدن

(۱): وسائل: ابواب الهبات، باب ۳ ح ۱ و ۲. و باب ۶ ح ۱ و ۲ و ۳ و ۴.

(۲): همان مرجع: باب، ۴ ح ۶ و ۷ و ۸.

(۳): از آن جمله نگاه کنید به مسأله شماره ۷۹، همین مجلد.

(۴): وسائل: ابواب الهبات، باب ۸، ح ۱.

چاروا و پوشیدن جامه) پس لازم نیست و رجوع متواند کرد.
و این قول ابن حمزه است و شهید در دروس. و در مسالك نسبت آن را به
جماعتی از متأخرین داده. و ابن حمزه گفته است که خروج از ملك باعث لزوم
مشود هر چند باز به او برگشته باشد. و اطلاق کلام دیگران هم شامل آن است. و
ابن حمزه گفته است که رهن کردن عین، یا مکاتب مشروط کردن عبد منشأ لزوم
نمیشود، بلکه هر گاه رهن را خلاص کند یا عبد عاجز شود از ادای مال الکتابه،
رجوع متواند کرد.

دلیل قول اول، اصل و استصحاب (جواز رجوع بعد قبض و قبل از تصرف) است و
اجماعی که از ابن زهره نقل شده و احادیث معتبره بسیار که دلالت دارند بر جواز
رجوع در هبه بالعموم یا بالاطلاق. خصوصاً آن اخباری که تفصیل داده اند به این که
در ذی رحم هبه لازم است و در غیر ذی رحم جایز است رجوع و حسنه حلبي که
مآید (۱) نیز در ادله این قول متواند شد بر وجهی.

و دلیل قول دوم: آنچه در مسالك ذکر کرده ده دلیل است. و لکن اکثر آنها بی
وجه است و لایق ذکر نیست. و از جمله آنها دعوی اجماعی است، و از مسالك
ظاهر

مشود که مدعی آن صاحب کشف الرموز است. و در مسالك طعن بسیار بر این
دعوی زده. و بسیار خوب کرده، خوشم مآید که معارضه کنم این دعوی اجماع
را به دعوی سید مرتضی اجماع را بر جواز رجوع در هبه هر چند به ذی رحم باشد
حتی در والد و ولد، که در غرابت با این دعوی مشترکند.
و از جمله آنها روایت ابراهیم بن عبد الحمید از حضرت صادق - ع - است (قال:
انت

بالخيار في الهبة مادام في يدك. فاذا خرجت الي صاحبها فليس لك ان ترجع
فيها. وقال رسول الله - ص - : من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه). (۲) و این
حدیث ضعیف است. و دعوی این که ضعف آن منجر است به عمل اصحاب مدفوع
است به این که اصحاب به این عموم عمل نکرده اند. و عموم آن شامل ذی رحم و
غیر

(۱): وسائل: ابواب الهبات، باب ۸، ح ۱.

(۲): وسائل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱۰ ح ۴.

آن، و شامل صورت تصرف و عدم آن، هست. و بسیار بعید است اعتماد به همین قدر که اصحاب عمل کرده اند به این قطعه از مدلول این حدیث، یعنی از حیث این که دلالت دارد بر این صورت خاصه که مطلق تصرف است عمل به آن کرده اند.

و اما آخر حدیث: پس هر چند آن در اخبار متعدده وارد شده و سند بعضی آنها صحیح است، لکن در دلالت آن منع است. بلکه ظاهر آن کراهت است. و اگر تشبیه به رجوع به قی به سبب حرمت اکل قی است، پس لازم میآید که قبل از تصرف هم حرام باشد، و ایشان قائل به آن نیستند. وقیح و شناعة ظاهری در عرف و عادت خصوصا در نظر اهل بصیرت و صاحبان مروت مشترك است بینهما هر چند در صورت تصرف شنیعتر باشد. و تخصیص این خالی از تعسفی نیست، چون تعلیل راجع به امر عقلی یا عادی شده، نه محض تعبد که قابل تخصیص باشد. و غایت امر دلالت بر حرمت است و آن دلالت بر فساد و عدم ترتب آثار ندارد.

چنان که در مسالك اشاره به آن کرده.

و به هر حال، بعد از ملاحظه اخبار معتبره بسیار که دلالت بر جواز رجوع در هبه میکند (بالا طلاق یا در بعضی صور)، چگونه اعتماد به دلالت این روایت بر حرمت باقی ممانند.

و دلیل قول سوم: حسنه حلبی است به ابراهیم بن هاشم که به منزله صحیحه است، بلکه جمعی روایات او را صحیح شمرده اند و خالی از وجه نیست. و به هر حال شکی در جواز عمل به مثل این روایت از جهت سند نیست. و آن را حلبی از

حضرت صادق (ع) روایت کرده است (قال: اذا كانت الهبة قائمة بعینها فله ان يرجع فیها، و الا فلیس له). (۱) و در وجه دلالت گفته اند که متبادر از (قیام بعینها) این است که عین با او صاف سابقه بر جا باشد، با تغییر اوصاف صادق نیست که بعینها باقی است هر چند ذات او باقی باشد. و هم چنین با خروج از ملك متهب صادق نیست که بعینها باقی است، بلکه آن نازل منزله تلف است چه جای تغییر عین و در مسالك بر این ایراد کرده که اقامه نقل از ملك، مقام تغییر عین یا زوال

(۱): وسائل: ابواب الهبات، باب ۸ ح ۱.

عین تحکم یا تکلف است. بلکه متوان ادعا کرد بقای عین را با تغییر بسیاری از اوصاف آن، چه جای تغییر کم. و ایضا اصحاب این قول، مطلق و طی جاریه را ملحق کرده اند به تغییر عین با صدق بقای عین به حال خود با و طی. مگر این که ادعا شود که در این صورت عین باقی نیست. و این وضوحی ندارد. یا تخصیص بدهیم آن را به صورتی که کنیزام ولد شود.

پس مشکل است که به چنین حدیثی که سند آن صحیح نیست و دلالت آن واضح نیست آن احادیث صحیحه بسیار را که دلالت دارند بر جواز رجوع

مطلقا، تخصیص بدهیم.

بعد از آن اختیار کرده عمل به آن را در جائی که ظاهر باشد دلالت آن، و آن در صورتی است که عرفا صادق آید تغییر عین. و به این جمع مشود بین الاخبار. این آخر کلام مسالك است با في الجملة اختصاری.

و تحقیق مقام به مقتضای فکر قاصر این بی سر انجام این است که قولی را که نسبت به مشهور داده اند دلیلی که اعتماد توان کرد ندارد. و قول اول هر چند اقوی است از قول مشهور به حسب دلیل لکن اظهر عمل به تفصیل است به سبب همین حدیث که به منزله صحیح بلکه صحیح است. و اما کلام در دلالت آن: پس آنچه به فهم حقیر مرسد این است که مراد از (قائمة بعینها) دو چیز است به مقتضای تبادر:

یکی آن که عین قائمه باشد در نزد متهب و به جای دیگر نرفته باشد، و مراد از رجوع، رجوع به متهب است. یعنی از برای واهب است رجوع به متهب در عین موهوبه. زیرا که غالب آن است که بدون این که از متهب بگیرد رجوع متحقق نمیشود. و وقتی که منتقل به غیر شده این را رجوع نگویند، چون به او نداده بود که به او رجوع کند. والحاصل متبادر از رجوع در هبه این است که چنان که داده بود باز استاند. (۱) و این مناسب متهب است نه مشتری که از متهب خریده. و متبادر از مال باز استدن (۲) این است که در نزد او باشد و باز استاند. نه این که او را

(۱): کذا: استاند.

(۲): کذا: استدن.

الزام کند که برود و از مشتری بگیرد و بیاورد. پس در صورت خروج از ملك نگویند که (الهبة قائمة).

و علامه بر تبادر، مگوئیم که مراد از لفظ هبه، عین موهوبه است، و مشتق حقیقت است در متلبس به مبدأ، بلکه جامدات هم چنین اند و حقیقت اند در آنچه وصف عنوانی در آن باقی باشد. زیرا که هوائی که منقلب از ما باشد آن را ما نگویند به عنوان حقیقت. و عین موهوبه در وقتی که مبیعه شد به غیر، آن را مبیعه و مملو که غیر مگویند به سبب خریدن و هر چند در این اشکال متوان کرد که مبدأ اشتقاق در اینجا حال است و فعل، و آن منقضی شده در دست متهب نیز. نه از باب ملکات و حرف. و لکن باز اطلاق آن بر آن عین (مادامی که در ملك متهب است) اظهر است، و اقرب مجازات خواهد بود. پس از اینجا ظاهر شد که در صورت خروج از ملك صدق نمکند (قائمة بعینها)، هر چند مطلقا در ذات و صفات آن تغییری به هم نرسیده باشد.

دوم: این که قائم باشد بعینها و متبادر از قیام بعینها این است که قائم باشد بذاتها و صفاتها و مشخصاتها. نه این که همین ذات او قائم باشد، هر چند اوصاف و تشخیصات زایل شده باشد. پس گندم که آرد شد، بعینه باقی نیست، و کرباسی که خیاط برید برای جامه، یا قصار گازی کرد، یا صباغ رنگ کرد، هیچ يك اینها بعینها قائم نیستند. و هم چنین غلامی را که در جوانی بخشید و الحال پیر شده. و اما هر گاه غلامی را به او بخشید و يك فرسخ سوار شد، یا خانه [ای] به او بخشید و در

يك روز در آن ساکن شد، یا شمشیری به او بخشید و يك سفر آن را به کمر بست، به محض همین ها در عرف تغییری به هم نرسیده پس قاعده این است که هر چه در عرف صدق کند تغییری

به هم نرسیده پس قاعده این است که هر چه در عرف صدق کند تغییر عین رجوع جایز نباشد و آنچه صدق کند بر آن که متغیر نشده رجوع جایز خواهد بود.

و آنچه مشکوک فیه باشد رجوع به اصل باید کرد و آن در اینجا جواز رجوع است به سبب اصل و استصحاب جواز رجوع قبل از تصرف. و این مختلف میشود به حدس و وجدان و نظر اهل ادراک پس هر گاه اختلافی در افهام واقع شود

هر کس مکلف است به فهم خود. و هر گاه به سبب آن نزاع واقع شود در آن وقت باید

به مرافعه طی شود. و در آن وقت معتبر فهم و حکم حاکم است لاغیر. و از مواضع اشکال و طی جاریه است که باکره نباشد يك دفعه، که بعض اصحاب این قول آن را از جمله مغیرات عین، ذکر کرده اند. و دور نیست که چنین باشد. زیرا که محفوظیت عورت جاریه از صفات ظاهره او است والان که عورت مکشوف برای غیر شد و بضع او دست خورده شد، دور نیست که داخل تغییر عین باشد. زیرا که گفتیم که متبادر از (قائمة بعنیها) (قائمة بذاتها و صفاتها و مشخصاتها) است. و نظرها اعتباری داشته باشد، نه مطلق صفات و عوارض. و شاهد آنچه مذکور شد که معیار حدس و وجدان است [این است که] در بیان تغییر

عین نصی وارد نشده که تعبدا به آن عمل کنیم [و] از این جهت فقها بر این مطلب تفریعات کرده اند و اختلاف کرده اند در موارد خاصه، مثل این که عین موهوبه درختی باشد یا سنگی باشد و متهب داخل بنای خود کرده باشد و عین باقی باشد و اظهر لزوم است، خصوصا که محتاج است به خراب کردن بنا، و تضرر متهب. و در عرف هم تغییر صادق است، هر چند در صفتی از صفات آن است. و این کمتر از رنگ کردن جامه و امثال آن نیست. و اشکال کرده اند در صورت خروج از ملك و عود. خواه به بیع و امثال آن باشد یا به سبب خیار فسخ و امثال آن. و اظهر لزوم است، چنان که قبل بیان کردیم. به سبب آن که در حین خروج چون عین قائمه نیست در نزد متهب، لازم میشود. و حکم مستصحب است. و هم چنین در و طی امه خصوصا در وقتی که ام ولد شود هر چند ولد بمیرد و عود کند به رقیه محضه، اظهر لزوم است. و هر گاه متهب عین را به اجاره بدهد، اظهر جواز رجوع است. و لکن واهب باید انتظار بکشد تا مدت اجاره منقضی شود. الی غیر ذلك من الفروع.

و بدان که مختار صاحب مسالك که تغییر عرفی را اعتبار کرده و به خروج از ملك اعتبار نکرده خصوصا هر گاه مطلقا تغییری به آن عارض نشده باشد، ظاهرا

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

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

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

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

جواب: اولاً در هبه ایجاب و قبول شرط است، و چون عمرو کبیر است قبض او هم شرط است. و هر گاه در ید او باشد کافی است و اقباض جدید ضرور نیست. و لکن اشکال در معنی ید است. و فقها در اینجا تصریح کرده اند به این که فرقی نیست در بین ید متهب و بین ید اجاره و ید ودیعه و ید عاریه. و همه را کافی دانسته اند در کفایت قبض. و اشکال در ید غصب کرده اند. و اظهر در آن نیز کفایت است. و لکن در مسأله هبه به صغیر ید ودیعه را ید ولی دانسته اند، یعنی هر گاه ولی هبه کند مالی را به صغیر در حینی که آن مال به ودیعه در نزد غیر است، گفته اند این ودیعه در حکم ید ولی است. پس کافی است.

و در مسالك گفته است که در عاریه دو وجه است. و گفته است که (هر گاه در اجاره غیر باشد، یا مالی باشد که به ارث به ولی رسیده و هنوز متمکن از قبض نشده - و در امثال اینها - باید قبض به عمل بیاید از برای صغیر) و لازمه این کلام این است که در مسأله سابقه ید ودیعه ید واهب باشد، پس ید متهب نخواهد بود که

کافی باشد در قبض. ومع هذا اشکال در مثل ید فرزند یا ملازمی است - که در خانه او متوجه اموال او است و حیوان های او را خدمت میکنند و حیوان را به آب مبرند و عوامل را به شیار مبرند (۱) و می آورند به طویلہ مالک مبنند، و امثال اینها - که آیا ید اینها هم مثل ید ودیعه و عاریه و غیره است؟ یا بعینه مثل ید مالک است؟

هر گاه مثل ید ماک است پس قبض به عمل نیامده است و این نیابتی و وکالتی است و این اضعف است نسبت به متهب از ید ودیعتی نسبت به مالک. پس هر گاه ید ودیعتی در حکم ید مالک باشد و کافی باشد در قبض نسبت به صغیر، پس ید نیابتی به طریق اولی در حکم ید مالک است. پس چگونه حکم میشود به این که ید متهب است و کافی است در قبض او. و کلام فقها هم منافاتی ندارند با این

که ما گفتیم در ید نیابتی به سبب این که ایشان صریحا متعرض این ید نشده اند، و ید ودیعتی که آن را کافی دانسته اند در قبض مستودع، مستلزم کفایت ید نیابتی نیست. زیرا که وریعه در اصطلاح فقها عبارت است از استنابت در حفظ و عقدی است که مفید استنابت در حفظ است و بس، و جایز نیست از مستودع تصرف در ودیعه.

بخلاف این ید که استنابت در تصرف است. پس باز صادق است که در تصرف مالک است و قبض به عمل نیامده است در ماده کبیر متهب. پس از آنچه گفتیم معلوم شد که ید نیابتی که (تیابت در تصرف) باشد نه (محض محافظت) کافی نیست در قبض متهب. والحاصل: کلام ایشان در این مقام خالی از اشکال نیست. زیرا که اگر تصرف بالفعل در حصول ید معتبر است، در ودیعه حاصل نیست. نه از برای مودع و نه مستودع.

پس در هیچ يك از مسألتین کافی نیست، نه برای ولی در هبه به صغیر، و نه از برای واهب در هبه به مستودع، و حال آن که در هر دو جا کافی دانسته اند. و اگر تمکن از تصرف و جواز آن کافی است گو بالفعل حاصل نباشد، پس وجهی از برای

(۱): یعنی گاوها را برای شخم زدن مبرند.

فرق میان عاریه و ودیعه در مسأله هبه ولی به صغیر نیست. زیرا که مودع و معیر هر دو هر وقت خواهند متوانند تصرف در ودیعه و عین معاره بکنند. پس چرا در مسأله هبه به صغیر فرق گذاشته اند. و اگر افراد و استقلال ید معتبر است هر چند در محض محافظت باشد، پس آن در ودیعه از برای مستودع است، و در عاریه از برای مستعیر. پس در هبه ولی به صغیر، قبض مستودع و مستعیر هیچ يك کافی نیست. و اگر تعلق ید في الجملة کافی است (به معنی این که هر وقت خواهند تصرف میکنند) باز فرق میان مودع و معیر نیست. چنان که گذشت. بلی، فخر المحققین دعوی اجماع کرده (در هبه ولی هر گاه مال در دست مستودع باشد،

یا در دست وکیل ولی) بر این که ید آنها ید ولی است و این هم مشکل است. مگر این که
تعبد محض باشد.

و ثانیاً: این که شرط کرده است که عمرو يك تومان به دختر او بدهد، اجمال دارد. پس اگر مراد این است که تعلیق کرده است هبه را به شرط هبه کردن عمرو يك تومان را به دختر او که حقیقتاً تعلیق در انشای ایجاب باشد به حصول آن شرط. پس ظاهر آن بطلان است. چنان که در بیع هر گاه بگوید (بعتك فرسی هذا ان جا زید غدا من السفر) و اگر مراد این است که هبه معوضه واقع سازد، یعنی (هبه معوضه مشروط فیها العوض) چنان که مورد سؤال است، نه مطلق هبه معوضه، که این حقیقتاً قسمی از اقسام شرط ضمن العقد است. پس تحقیق مسأله در این موقوف است به بیان چند مطلب:

مطلب اول: این است که شرط است در لزوم هبه معوضه که شرط شده باشد که در عوض آن هبه دیگر به عمل آید از متبهب حصول ایجاب و قبول و قبض در هر يك از متبیین، پس [به] مجرد ایجاب و قبول و قبض در هبه اول، آن لازم نمیشود تا هبه ثانیه و قبض آن به عمل نیاید. و این که در مسالك گفته است که (از جانب متبهب لازم است نه از جانب واهب) محمول است بر این که متبهب نمیتواند فسخ هبه کند، به این معنی که در عوض هبه واهب هبه به عمل نیاورد و عین موهوبه را هم رد نکند. بلکه باید یا هبه عوضی را به عمل بیاورد و عین موهونه را رد کند بخلاف واهب که فسخ میکند و هیچ نمدهد. چنان که از کلام او ظاهر میشود

در بیان مسأله (آیا هبه مطلقه مقتضی عوض هست یا نه). و هم چنین از کلام او که قبل از این در لزوم هبه معوضه ظاهر میشود آنجا که گفته است که (در هبه معوضه فرقی نیست ما بین این که بعض عین موهوبه را در عوض بدهد یا غیر آن را. به سبب اطلاق و به سبب این که به سبب هبه ملك او شده است، پس صحیح است که بعض را عوض جمله بدهد). هر چند در اینجا اکتفا کرده به ذکر بعض عین موهوبه. و شاهد آن از جهت این باشد که مراد او بیان این است که عوض هر چند کم باشد، لازم میشود و این کمتر بودن نمیشود الا به این که بعض عین موهوبه باشد.

مطلب دوم: آیا شرط عوض به این نحو که (به غیر چیزی ببخشد) در حکم بخشیدن به واهب است و داخل هبه معوضه است یا نه؟ -؟ و تحقیق این موقوف است به تمهید مقدمه. و آن این است که: در هبه معوضه شرط نیست که عوض هبه، هبه دیگر باشد که لازم آن این است که نقل عینی باشد با ایجاب و قبول و قبض. بلکه هر چه قابلیت عوض داشته باشد کافی است. خواه از باب عقود باشد، مثل صلح و اجاره و امثال آنها که محتاجند به ایجاب و قبول و عقد علی حده. و خواه نفس عملی باشد، مثل دوختن جامه معین که دیگر ضرور به عقد جدیدی نیست، و به همان دوختن، هبه معوضه به عمل مآید. و خواه از باب ابرا حقی باشد در ذمه واهب یا در ذمه غیر او.

و هر چند تصریحی در کلام علما به این تعمیم در نظر نیست، و لکن اطلاق کلام ایشان شامل همه هست. و در باب صدقه که استدلال کرده اند از برای لزوم به این که (اجر و ثواب آن، عوض است، پس داخل هبه معوضه است) تنبیه بر این دارد. هر چند ما را در آن سخنی هست که بعد اشاره به این میشود. و استاد محقق ما آقا محمد باقر بهبهانی (ره) در رساله فارسیه تصریح به این تعمیم کرده. و آخوند ملا محمد باقر مجلسی (ره) در جواب مسائلی که از ایشان نقل شده فرموده است در جواب از سؤال این که (هر گاه کسی ملکی یا باغی به زوجه خود هبه کند به عوض صداق. آیا داخل هبه معوضه است؟ و مادامی که احدهما رجوع نکند دیگر نمیتواند -؟): بلی هبه معوضه است.

و اگر بگوئی: که صاحب مسالك گفته است که (هر گاه واهب خواهد رجوع کند و متهب عوض را بدهد، واجب نیست بر واهب قبول. بلکه جایز است که امتناع کند تا این که متمکن شود از رجوع از هبه. به دلیل اصل و اطلاق نصوص صحیحه در این که هبه لزوم ندارد مادامی که عوضی داده نشده است، و ثواب متحقق نشده. و تحقق عوض و ثواب حاصل نمیشود الا به قبول. و شرط است در لزوم هبه قبول کردن واهب اول، و به محض بذل و عطای متهب نمگویند که عوض و ثواب به عمل آمد. به اعتبار این که این عوض دادن به منزله هبه تازه ای است، و واجب نیست بر او قبول). و از این کلام بر مآید که عوض باید هبه [ای] باشد. چون گفته است که: این به منزله هبه تازه ای است.

گوئیم: که این کلام منافات ندارد با این که عوض غیر هبه باشد، و این از باب مثال است. و از این جهت گفته است (به منزله هبه جدیده است) و نگفته (هبه جدیده است). پس مراد او در اشتراط قبول واهب اول عوض را، این است که بر خود قرار دهد که هبه اول لازم شود. و اگر نه جایز است از برای او فسخ و عدم قبول عوض. نه این که شرط باشد در آن، قبول معهود که در مقابل ایجاب است، تا این که مختص عقود باشد، یا مختص هبه باشد.

بلی هر گاه واهب گفته باشد که (این را بخشیدم به تو به شرطی که آن جامه که در نزد تو دارم بدوزی - یا - آن نقره که در پیش تو است انگشتری کنی) و بدون اطلاع واهب بدوزد، یا انگشتری کند، در اینجا صادق است که عوض به عمل آمد دیگر پشیمانی سودی ندارد برای واهب. و در اینجا احتیاجی به قبول نیست. پس مراد این است که بذل عوض از جانب متهب کافی نیست مگر با قبول واهب. خواه محتاج باشد عوض به ایجاب و قبول مصطلح (همچنانکه هر گاه عوض، هبه دیگر یا عقدی دیگر از عقود باشد)، یا محتاج نباشد به ایجاب و قبول، مثل ابرا و عمل خیاطی و زرگری در جامه و نقره هر گاه واهب پشیمان شود و مطلع شود قبل از حصول آنها، که در اینجا میتواند قبول نکند و منع کند از ابرا و دوختن و ساختن. و آن که مشهور علما گفته اند و (اظهر هم آن است) که (ابرا محتاج به قبول نیست) در غیر چنین جائی است که ابرا در عوض چیزی باشد. چنان که پوشیده

نیست.

هر گاه این مقدمه را دانستی، ظاهر میشود که هبه معوضه متحقق میشود به این که واهب شرط کند هبه چیزی [را] به غیر خود. یا ابرا غیر، از حقی. و امثال آن. به جهت آن که عرفاً صادق است که این هم عوضی است. زیرا گاه است که نفعی

عاید واهب میشود به سبب این هبه به غیر، و داخل عموم اخبار است. و گاه است که توهم شود که هبه اول داخل هبه معوضه نبوده (۱) و جایز است رجوع در آن. بخلاف هبه ثانیه که آن معوضه است و لازم است. اما اول: پس به جهت این که این از باب (شرط عوض) نیست. بلکه از باب شرطی است که در ضمن

عقد هبه بشود. و عمل به آن لازم نیست. چون هبه از عقود جایزه است. بلکه صحیحه عبد الله بن سنان دلالت دارد بر جواز رجوع: (عن الصادق - ع - : تجوز الهبة لذوی القرابة والذی یتاب من هبته، ویرجع فی غیر ذلک ان شاء). (۲) چون مراد از جواز در اینجا لزوم است، به قرینه مقابله [با] (و یرجع فی غیر ذلک). یعنی لازم است هبه کسی که به رحم خود بخشیده باشد. و هبه کسی که در عوض آنچه هبه کرده است چیزی به او داده شود. و در غیر اینها لازم نیست و جایز است رجوع. زیرا ظاهر این حدیث این است که عوض به واهب برسد نه به غیر او. و هم چنین حسنه عبد الله بن سنان که در آنجا فرموده اند (اذا عوض صاحب الهبة فلیس له ان یرجع). (۳) یعنی هر گاه عوض داده شود به صاحب هبه (یعنی واهب) پس دیگر رجوع نمیتوان کرد. که مفهوم این حدیث این است که هر گاه عوض به غیر صاحب هبه داده شود رجوع میتواند کرد. و اما [هبه] ثانی: پس به جهت این که شرط را قسطی از ثمن میباشد. پس این شرط هبه به غیر (که در ضمن عقد هبه اول ذکر شده) باید از عین موهوبه به هبه اول، عوضی داشته باشد. پس هبه معوضه میشود و لازم میشود مگر این که

(۱): در نسخه: بوده.

(۲): وسائل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶ ح ۱.

(۳): همان مرجع، باب ۹ ح ۱.

واهب اول رجوع کند در هبه اول: پس این هم رجوع میکند در هبه ثانیه. و این توهم ضعیف است. چنان که دانستی که در عرف صادق است که این هبه به غیر هم عوضی است که نفع آن بواهب اول می‌رسد. و اگر بگویی که: متبادر از حدیث این است که عین عوض به واهب اول می‌رسد. مگوئیم: (بعد از منع تبادر) این که اگر مسلم داریم تبادر این معنی را هم، مگوئیم که متبادر از حدیث این است که عوض دادن از متهد صادر شود. و این در هبه ثانیه مفقود است. زیرا که در اینجا عوض از متهد به هبه ثانیه صادر نشده، بلکه از واهب هبه اول صادر شده نسبت به واهب هبه ثانیه. با وجود این که این سخن که (شرط را قسطی است از ثمن) سخن اول متوهم را باطل میکند. به جهت آن که شکی نیست که ثمن مضمن است، پس شرط در اینجا نیز عوض از عین موهوبه است، و مفروض این است که به عمل آمد [ه]. پس هبه معوضه در هبه اولی هم متحقق می‌شود.

والحاصل: در معنی حدیث احتمالات چند هست. زیرا که کلمه (یثاب) ممکن است که نایب فاعل آن ضمیر مستتر باشد که عاید به موصول می‌شود، که مراد از آن واهب است. و ممکن است که نایب فاعل کلمه (من هبته) باشد. و بنا بر اول، عوض باید عاید به واهب شود. و بنا بر ثانی می‌تواند شود که عاید به غیر واهب شود. و هم چنین فاعل (ثواب) می‌تواند که متهد باشد، و می‌تواند که غیر او باشد. و گویا نظر فقهای که صدقه را از جمله هبه معوضه قرار داده اند، به احتمال ثانی باشد. که فاعل عوض در اینجا خدای تعالی باشد. و لکن اظهر احتمالات همان است که نایب فاعل، ضمیر مستتر باشد، و فاعل هم متهد باشد. و اشکال همان در معنی عوض است که آیا باید عینی یا عملی باشد که عاید واهب شود؟ یا این که همین که مطلق نفعی به او می‌رسد هر چند سرور وصول نفع به غیر باشد، کافی است. و دانستی که عرفاً این معنی را عوض مگویند. و متبادر از عوض و ثواب هم اجر الهی نیست. و هر گاه فاعل ثواب را هم اعم از متهد بگیریم پس لازم می‌آید که اگر عوض را غیر متهد بدهد، لازم شود. و کسی به آن قائل نشده.

وبالجمله: در تحقق هبه معوضه شرط حصول نفعی از برای واهب در عوض هبه کافی است هر چند به دادن چیزی به غیر باشد. و از این جهت است که ما تجویز میکنیم که زوجه شرط کند در جز صدق این که به پدرش هم چیزی بدهند، بلکه خدمت کردن زوجه را از برای پدرش. چون في الجملة نفعی عاید خودش میشود. مثل تقلیل مؤنه او هر گاه زوجه موسره باشد و پدرش معسر و نفقه اش بر او لازم باشد. و این که فقها منع کرده اند صحت آن که از برای پدر قرار مدهند، محمول است بر آن که محض از برای پدر باشد در عوض بضع مثل این که صغیره را پدرش عقد کند در از خدمت زوج از برای خودش و حکایت شعیب از این باب بود. و ثبوت آن در شرع ما ممنوع است. و ما تحقیق این مطلب را در محل دیگر کرده ایم.

مطلب سوم: هر گاه شرط عوض در هبه ذی رحم اتفاق افتد، آیا فرق دارد با هبه غیر ذی رحم یا نه؟ - ممکن است که بگوئیم که نظر به آن که شرط در ضمن عقد است منشأ لزوم شرط میشود و لکن منشأ تزلزل عقد میشود. یعنی لزومی که به سبب ذی رحم بودن است متزلزل میشود. پس هر گاه عوض به عمل نیامد به این که متهب عمل به شرط نکند، جایز خواهد بود رجوع. و هم چنین جایز خواهد بود از برای واهب که قبول عوض نکند. لکن [در این صورت] لزوم بر هم نمخورد و رجوع نمیتواند کرد. به جهت آن که آنچه بر مشروط عیله لازم است همان (ایجاب) است و تخلف او منشأ جواز رجوع است، و مفروض این است که او تخلف نکرده.

و از این که جایز باشد از برای واهب عدم قبول، لازم نمآید، جواز رجوع در صورت وفای متهب به شرط.

و نمیتوان گفت که: در اینجا دو مفهوم در يك مصداق جمع شده، که ما بین آنها عموم من وجه است. پس از حیثیت این که هبه ذی رحم است باید لازم باشد مطلقاً. و از حیثیت این که هبه معوضه است باید مادامی که عوض به عمل نیامده، جایز باشد. پس ترجیح احدهما محتاج است به مرجحی.

به جهت این که آنچه در اینجا متحقق شده هبه ذی رحم است که در ضمن عقد آن، شرط عوض شده است. و این مستلزم لزوم مطلق نیست. و آنچه مستلزم لزوم است مطلقاً هبه ذی رحمی است که در ضمن آن شرطی نباشد. و هم چنین هبه

معوضه که واهب قبول عوض را نکند با بذل متهب، در صورتی منشأ جواز رجوع میشود که ذی رحم نباشد. پس مقتضای آن با مقتضای هبه معوضه منافاتی ندارد.

و بدان که: هبه ذی رحم را میتوان گفت از عقود لازمه است و شرط عوض در ضمن آن لازم شود. بخلاف هبه معوضه غیر ذی رحم. و اما هبه معوضه ای که شرط عوض در آن نشده: پس ظاهر است. به جهت آن که در حین عقد گاه است که دادن

عوض به خاطر هیچ يك خطور نکرده، چه جای ذکر آن. و داخل هبه مطلقه است که لزوم ندارد. و اما آن که عوض شرط شده در آن: پس به جهت آن که لزوم در آن

موقوف است به دادن عوض و قبول واهب، و گاه است که هیچ کدام به عمل نیاید. پس شرط عوض در ضمن عقد هبه غیر ذی رحم منشأ لزوم آن نمیشود. چون هبه غیر ذی رحم از عقود لازمه نیست بنفسه. و هر گاه بدون ذکر شرط از عقود لازمه نباشد منشأ لزوم شرط نمیشود.

و بر فرضی که به سبب شرط عوض از جمله عقود لازمه شود هم نفعی نخواهد داشت به جهت آن که در حین عقد از عقود لازمه نبوده که شرط لازم شود. چون لزوم موقوف است به وفای به شرط و قبول واهب. و اعتماد به این معنی مستلزم دور است. زیرا که لازم شدن شرایط باید به سبب لازم بودن عقد باشد. پس اگر لزوم عقده هم به سبب شرط حاصل شود این دور صریح است بلکه شرط دیگر هم اگر بشود در ضمن عقد هبه که عوض در آن شرط شود، آن نیز منشأ لزوم آن شرط نمیشود به همین جهت که گفتیم که آن عقد در اول امر از عقود لازمه نیست که هر شرطی که در ضمن آن شود لازم شود.

و اما شرط در ضمن عقد هبه ذی رحم: پس آن لازم است به جهت آن که اصل عقد از اول وهله لازم است. پس شرطی که در ضمن آن میشود هم لازم میشود. و هر گاه مشروط علیه وفا نکند منشأ تسلط بر فسخ میشود. پس جواز رجوع با شرط عوض در هبه ذی رحم به سبب تخلف مشروط علیه است از شرط. و در هبه غیر ذی رحم جواز رجوع ثابت هست. قطع نظر از تخلف از شرط. اگر بگوئی: که هبه ذی رحم نیز لزوم آن بلکه صحت آن موقوف است بر قبض، و

قبل از قبض لزومی ندارد. پس چگونه شرط در ضمن عقد قبل از تحقق قبض منشأ لزوم میشود؟ و ذکر شرط بعد تحقق قبض، خود یعنی (شرط در ضمن العقد لازم) نیست.

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

و آنچه پیش گفته بودیم که (بعید است از حکمت که در وضع هبه و تشریح آن،

(۱): رجوع کنید به مسئله شماره ۷۹ از همین مجلد.

مقصود بالذات جواز رجوع باشد، بلکه حق الرجوع در آن طاری میشود به سبب پیشمانی که حاصل شود یا به سبب حصول علم به آن بعد از آن که واهب جاهل بود به این حق)، آن در هبه که شرط عوض در آن شده باشد، جاری نیست. بلکه حکمت جواز فسخ در اینجا مقارن [ت] هبه به شرط عوض است. و از قبیل خیار مجلس و خیار حیوان و خیار شرط است در بیع. و این حق به میراث منتقل میشود و دلیلی بر سقوط آن نیست.

و چنان که مقتضای [بخش] اول صحیحہ عبد الله بن سنان مقدمه (۱) است که هبه ذی رحم و هبه [ای] که عوض آن به صاحبش رسیده، لزوم است، مقتضای [بخش] آخرش این است که هبه به غیر ذی رحم و هبه [ای] که عوض در آن نرسیده باشد، عدم لزوم است. پس در هبه غیر ذی رحمی که عوض در آن داده نشده دو جهت هست از برای جواز رجوع در آن، که یکی هبه غیر ذی رحم بودن است. و یکی غیر موصول العوض بودن است هر چند شرط عوض شده باشد در اول. پس هر چند از حیثیت اول حق الرجوع به میراث منتقل نشود به وارث. لکن از حیثیت ثانی منتقل میشود.

پس بنا بر این [این] حق الرجوع به میراث می‌رسد و به سبب موت واهب یا متهب زایل نمیشود. پس هر گاه واهب بمیرد قبل از وصول عوض، وارث او مستحق فسخ هبه میشود. بلی هر گاه متهب وفا کند به شرط در آنجا دیگر این سخن تمام نیست. به جهت آن که در این وقت دلیل جواز رجوع همان اصل جواز رجوع در هبه

است، و ما گفتیم که مختار در آن سقوط است به سبب موت. و هم چنین هر گاه متهب بمیرد قبل از تحقق عوض.

و از آنچه گفتیم در اینجا و در مطلب سابق، ظاهر شد حکم آن که واهب ذی رحم باشد. پس در صورت شرط عوض چون از لزوم مافتد و تابع شرط میشود، مقتضای شرط به میراث می‌رسد (۲) و در صورتی که متهب عوض را مدهد و واهب

(۱): وسائل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶ ح ۱.
(۲): عبارت نسخه: مقتضای شرط نیز به میراث می‌رسد.

قبول نمسکند، هبه از لزوم نمسافتد و رجوع جایز نمسشود که این معنی به میراث برسد و وارث تواند رجوع کرد. چنان که در مطلب سابق گفتیم. و صورت مسأله که

سائل سؤال کرده از باب هبه ذی رحم است. و هم چنین ظاهر شد حکم جائی که آن غیر که واهب شرط کرده است بر متهب دادن چیزی را به او فرقی نیست که او هم وارث باشد یا نه. ذی رحم باشد یا بیگانه.

مطلب پنجم: هر گاه شرط کند واهب با متهب که بعد از فوت او مالی هبه کند به غیر، حکم آن چه چیز است؟ و در صورت سؤال حکم چه خواهد بود؟ و در اینجا اشکال رو مدهد در تصحیح این شرط. از جهت این که از خواص شرط ضمن العقد این است که هر گاه مشروط علیه آن را به عمل نیاورد، از برای مشروط له خیار فسخ باشد. چنان که از جمله خواص آن این است که وفای به آن بر مشروط علیه واجب است و مشروط له را مرسد که او را اجبار کند بر وفا. و [در مانحن فیه]

ثبوت این دو (خاصه) در حال حیات نمسشود و تحقق حصول آنها از برای میت، خود بی معنی است. زیرا که میت را قدرتی نمسباشد، و احکام متعلق به او نمستواند باشد. و وارث او هم بالذات اسحقاق این معنی [را] ندارد. و حق ثابتی از برای مورث او نبوده که به ارث به او برسد.

و بر فرضی که توانیم گفت که خاصه ثانیه ثابت است، چون به سبب شرط بر مشروط علیه واجب است وفا به آن شرط، و این در حکم دینی باشد که مشروط له از مشروط علیه طلب دارد، و این حق طلب منتقل نمسشود به وارث. و لکن در خاصه اولی اشکال باقی است. چون تحقق خیار فسخ در حال حیات ثابت نشده و بعد از موت، میت اهل آن نیست که خیاری برای او باشد.

و ممکن است که بگوئیم که اصل در خیار اشتراط که ناشی از عدم وفای به شرط است، این است که اصل بقای ملك مالك است به حال خود. و قدری که مجزوم به است انقطاع سلطنت او از آن ملك در صورت [عدم] وفای به شرط است،

و چون در صورتی که مشروط علیه در نفس الامر وفا نخواهد کرد به شرط، انقطاع حق

مشروط له از آن ملك ثابت نشده، پس همان حق به میراث به وارث مرسد. پس اگر فرض کنیم که معصومی خبر بدهد به مشروط له که مشروط علیه بعد از موت

تو وفا به شرط نخواهد کرد، حق خیار فسخ برای او در حال حیات ثابت میشود و همان معنی به میراث منتقل میتوان شد به وارث.

تا اینجا کلام در عدم وفای مشروط علیه بود به شرط. و اما هر گاه او وفا کند و وارث مشروط له قبول نکند: پس کلام در آن ظاهر میشود از آنچه پیش گفتیم به همان تفصیل که اگر ذی رحم است لازم است و وارث نمیتواند فسخ کند. و هر گاه

ذی رحم نباشد نباشد تواند فسخ کرد و موت در اینجا منشأ سقوط خیار رجوع نمیشود.

باقی ماند اشکال در این که آیا این عوض که شرط شده است که ببخشد به غیر بعد از موت، داخل ملك واهب و از جمله ترکه او میشود یا نه؟ -؟. و آیا بر فرضی که داخل ترکه شد وفای به آن واجب است از اصل ترکه یا [از] ثلث آن؟ -؟. و ظاهر

این است که داخل ترکه میشود. و به همین شرط، وصیتی متحقق میشود از برای آن وارث، پس دخول آن در مال واهب و اخراج آن از باب وصیت به جعل واحد

میشود. زیرا که از حیثیت این که آن شرط در معنی عوض عین موهوبه است مال واهب میشود. و از حیث این که گفته است که بعد موت به آن وارث خاص بدهد، وصیت است.

پس وارد نمآید که کسی بگوید که (شرط بخشیدن آن مبلغ به آن غیر، وصیت است، و صحت وصیت موقوف است بر استحقاق و مالکیت موصی آن شیئی موصی به را در حال حیات. و مفروض این است که استحقاق و مالکیت او هم متحقق نشده الا به این شرط که در معنی وصیت است. و این مستلزم دور است). زیرا که این از باب (دور معی) میشود و آنچه محال است (دور توقفی) است. پس ملاحظه خروج آن ثلث میشود. و زاید بر ثلث را هر گاه ورثه امضا نکنند، ما بین همه قسمت میشود.

اگر بگوئی: که هر گاه شرط و وصیت به جعل واحد موجود میشوند، پس عدم خروج از ثلث با عدم امضای وارث کاشف از انتفای شرط میشود در زاید بر ثلث، پس باید زاید بر ثلث از عین موهوبه برگردد به ورثه. چون انتفای شرط مستلزم انتفای مشروط است. گوئیم: که هر چند وجود شرط و وصیت به جعل واحد باشد لکن شرط بالذات

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

کرده بود والحال از حرمان بر آمد.

۸۸: سؤال: هر گاه زید ملکی را به عمرو ببخشد و شرط کند در ضمن عقد هبه که بعد از فوت او دو سال نماز و روزه برای او استیجار کند، یا آن که خود عمرو برای

او به جا آورد. این هبه و شرط، صحیح است یا باطل؟ -؟. و اجرت المثل اجاره داخل ترکه میشود یا نه؟ -؟ و از اصل مال وضع میشود یا از ثلث معتبر است؟ -؟.

جواب: اشکالی که تصور میشود از برای صحت شرط، این است که نیابت در نماز و روزه از برای حی جایز نیست. و بر مکلف واجب است که قضای عبادات

خود را در حال حیات کند. پس شرط کردن این که بعد از موت او به جا آورند نا مشروع است. و این اشکال مندرج است به این که گاه است که حین ظن موت این

کار را میکند که فرصت آن نیست که خود قضا کند، یا مقصود او این است که شرط صوم و صلوات میکند علی الاطلاق و قصد این را دارد که اگر عمر یا توفیق وفا نکرد مشروط علیه عبادات واجبہ مرا قضا کند، و اگر وفا کرد عمر [و خودم] به جا آوردم باز آن عبادات را از باب احتیاط اعمالی که کرده ام بکند. و اگر اصل شرط

هم مبتنی بر قضای احتیاطی باشد که اشکالی نیست.

بلکه مگوئیم که هر چند عصیانا تأخیر کند در قضای عبادات واجبه و قصد او این است که ترك کند از راه کسالت و بی توفیقی، باز شرط صحیح است. زیرا که آنچه حرام است تأخیر و ترك مکلف است، و از این لازم نمآید که کردن مشروط علیه حرام باشد تا داخل شرط غیر مشروع باشد.

و اما سؤال از حال اجرت المثل: پس ظاهر این است این که اجرت المثل داخل تر که میشود. و از باب وصیت میشود به جعل واحد. و از ثلث اعتبار میشود.

چنان که پیش گفتیم در جواب مسأله سابقه. یعنی هر گاه غیر ملك موهوبه مالی دارد که به ضمیمه اجرت المثل آن قدر هست که اجرت المثل ثلث مجموع میشود، [در این صورت] در تمام اجرت المثل وصیت ممضی است. و هر گاه اجرت المثل از ثلث بر نیاید و ورثه امضا نکند، در مقدار ثلث معتبر است. پس هر گاه مال منحصر باشد در همان اجرت المثل، ثلث اجرت المثل را عبادات استیجار میکند و تتمه را به ورثه رد میکند.

و اما هر گاه شرط کرده باشد که خود موهوب له بنفسه به عمل آورد، پس اشکال به هم میرسد. از این حیثیت که گاه است بر وارث قضای عبادتی لازم نباشد و بر فرضی که باشد مادام الحیات مستحق آن نمیتواند شد. مگر آن که او نیز قرار دهد که (آن زاید بر ثلث را بعد از موت او بکند اگر قضای واجبی بر ذمه او باقی بماند، یا از باب احتیاط اعمالی که به جا آورده، [انجام دهد]. یا آن که از برای شخصی دیگر که [می] خواهد استیجار صوم و صلوات کند از برای میت خود که عمل را از برای او بکند و اجرت را از آن شخص بگیرد).

بلکه این سخن در آن صورت سابقه که شرط مکرد استیجار صوم و صلوات را، نیز جاری است، زیرا که شرط در آنجا نیز استیجار بود، نه اجرت المثل پس آنچه مستحق میشد ثلث استیجار بود نه اجرت المثل. خصوصاً هر گاه تعیین نکرده باشد که از غیر استیجار کند و کلام شامل فعل خود مشروط علیه هم باشد.

و بدان که جهالت مقدار اجرت در حین شرط استیجار نظر به ما بعد موت مضر نیست. زیرا که شرط به همان نفس استیجار یا نفس عمل بعد موت واقع شده. و

ملاحظه ثلث بودن و زاید بودن، بعد از موت میشود. و در آن وقت ملاحظه عوض المثل آن وقت میشود. گو در حین شرط عوض المثل مجهول باشد چون نفس شرط معلوم است. پس در هر دو صورت وارث مستحق همان عمل میشود، و مشروط علیه را نمیتوان الزام کرد بر اجرت المثل. بلی هر گاه تراضی بر اجرت المثل واقع شود جایز است اخذ زاید بر ثلث در هر دو صورت. و این از باب آن

است که (شخصی اجیر کند دیگری را که ده روز گل کاری کند و مستأجر فوت شود) پس باید که اجیر آن ده روز عمل را برای وارث مستأجر بکند. زیرا که اقوی عدم بطلان اجاره است به موت مطلقاً. بلی هر گاه اجیر شرط کرده باشد که مستأجر بنفسه استیفای منفعت را بکند اجاره باطل میشود به موت مستأجر، و ورثه مستأجر رجوع میکنند به اجرت المثل اگر به اجیر داده باشد.

و بدان که: اگر متهب شرط کند که عبادت را از برای واهب به عمل آورد، به این معنی که متفطن این شده باشد که (گاه باشد که ثلث مال واهب وفا نکند به مجموع شرط، و زاید بر ثلث به وارث منتقل شود) و به این سبب شرط کند که عمل را برای غیر واهب نکند، شرط صحیح است. و در زاید بر ثلث، هبه لازم نمیشود (و نمیتواند الزام کند ورثه را که اجرة المثل آن قدر را قبول کنند) و وارث ها از عین موهوبه به قدر آن عمل میتوانند استرداد کنند.

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

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

کتاب الوصایا

(من المجلد الاول)

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

جواب: اشهر و اظهر آن است که این وصیت صحیح نیست. به جهت عموم آیه (۱) و اخبار

بسیاری که وارد شده است در منع از حیف و جور در وصیت (۲) و هبه. و خصوص صحیحه

سعد (۳) هر چند در خصوص ماده ای است که شخصی فرزند ثابت اللقوق خود را نفی کند و

بگوید او را از میراث من بری کنید، و لکن ظاهراً قائل به فرقی ندیده ایم. و روایتی که حسن و شاذ نقل کرده (۴) در ماده وصی علی بن سری که پسرش جعفر به ام

ولد او وقاع کرده بود، و علی وصیت کرده بود که او را بری کنند، و حضرت موسی

کاظم (ع) فرمود که به وصیت او عمل کنند، بعد تسلیم سند و جواز عمل به آن، آن نیز

وارد در موضع خاص است و افاده عموم نمکند. و ابن بابویه نیز گفته است که این مخصوص صورتی است که از پسر این حدث سرزند و هم چنین شیخ فرموده که این

مختص آن واقعه جزئی است. و محقق فرموده که [این] روایت مهجور است.

۱: ... من بعد وصیة یوصی بها اودین غیر مضار وصیة من الله والله علیم حلیم _ سوره نساء آیه ۱۲.

۲: وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۵ ج ۱، ۲. و باب ۸ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵. و باب ۳۷ ح ۴.

۳ و ۴: وسائل: ابواب الوصایا، باب ۹۰ ح ۱ و ۲.

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

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

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

۹۲: سؤال: هر گاه زینب در حین مرض موت به این طریق وصیت نموده که (مهر شوهرم را که متوفی گردیده بخشیدم. و فلان هفت قفیز زمین را دو قفیز آن از پسرم باشد، و پنج قفیز باقی از برای ملا نشانیدن سر قبر و صلوات و صوم من باشد. و مهر

و
تمليك شوهر حيم را به او بخشيدم. و آنچه خانه شوهر سابقم هست از پسرم باشد.
و
فلان اطاق كه خريده ام از شوهر حالم باشد). و در باب صرف نمودن پنج قفيز زمين
در ما
ذكر اهتمام بسيار داشته و صد مرتبه اعاده نموده و سفارش به حاضرين كرده حتى آن
كه
گفته كه كسى را در آن دخلى و رجوعى نباشد و دينارى به خود عايد ننمايند و تمام
قيمت آن را به مصارف مذكوره برسانند.
و بعد از فوت زينب به دو سه يوم شوهرش نيز وفات يافته و از مرحومين يك نفر
صبيه

صغیره مانده. و پسر زینب از زوج اول، کبیر و در حیات است. و ظاهر است که تصرفات مذکوره مرتب است به ترتیب ذکری. و بعضی وصایا [است] و بعضی منجرات محاباتی، و برخی غیر محاباتی، و بعضی از ورثه غیر قابل اجازه. فحسب الوصیة المرقومه رأی شریف خود را در اخراج من الثلث بیان فرمائید. و معلوم بوده باشد که ظاهر حال موصیه دادن و قسمت نمودن تمامی مال او بوده به طریق مذکور. و تقدیم و تأخیر را (علی الظاهر بل علی یقین) در نظر نداشته و بالیقین که تفاوت تقدیم و تأخیر و (اختیار بیش از ثلث را نداشتن) ظاهراً نیز نمدانسته. و اما در صرف تمام موصی به (صومی و صلاتی) اعتنا و اهتمام تمام داشته. چنان که مذکور شد.

و چون ابرا به لفظ (بخشش) ادا کرده و مقرون به قبول نشده، آیا منشأ اختلاف حکم میشود یا نه؟ و اگر بعد از موت قبول به عمل آید بلا اثر و فایده مدانید کما هو ظاهر الاصحاب و حال سایر العقود، یا رأی شریف به اثر و فایده هست در اینجا؟

الحاصل: آنچه حکم ما ذکر است به تفصیل بیان فرمائید که به آن معمول گردد ان شاء الله تعالی.

جواب: اما از سؤال اول: بسم الله والحمد لله، پس ظاهر آن است که منجز باشد و داخل وصیت نباشد نهایت، سؤال اجمالی دارد، و تفصیل آن این است که: اگر مهر همه دین بوده است پس لفظ بخشش که ظاهر در هبه است منصرف به ابرا میشود. و ابرا ما فی الذمه هر گاه به لفظ هبه باشد و غرض بخشش به خود مدیون باشد، صحیح است

علی الاشهر الاظهر. و قبول در ابرا شرط نیست، علی الاشهر الاظهر. خصوصاً در متوفی

که ممکن نیست. و اگر غرض بخشش به وارث زوج اول باشد، پس آن صحیح نیست، به جهت (عدم امکان اقباض ما فی ذمة الغیر) و اگر مهر عین باشد، پس احتمال بخشش به زوج در اینجا بی معنی است. به جهت

آن که متوفی قابل قبض و اقباض نیست. و تاویل آن به ابرای نیز محتاج است به قبول و در عین متحقق نمیشود. و اگر مراد بخشش به وارث باشد، آن نیز محتاج است به قبول و قبض و اقباض، و اگر به عمل نیاید صحیح نیست. و اگر به عمل آمده باشد (چون وارث بالفرض ذی رحم است) هبه لازم میشود. و اگر مهر مشتمل بر عین و دین هر دو باشد، پس اشکال بیشتر میشود، به جهت استعمال لفظ در معنی حقیقی و مجازی. و بعد از قطع نظر از این اشکال با حمل آن بر

عموم مجاز، کلام در تفصیل سابق که مراد بخشش به متوفی یا وارث باشد بعد از تأمل در اینجا معلوم خواهد شد. و ظاهر حاصل سؤال با ملاحظه سؤال بعد که گفته است (هر چه در خانه شوهر سابق است از پسر م باشد که از او دارم) علی الظاهر وارث منحصر در او است - این است که زینب گفته است که آن چه به من می رسد از بابت مهر شوهر اولم، هیچ را نمیخواهم و از مال او هیچ بر نمی دارم همه را بدهید به پسر اولم که از او دارم. و لکن ظاهر حال این است که ابراهیم از دیون منجز باشد. و باقی عین و سایر ترکه او را وصیت کرده است که از پسرش باشد. و منجز هر گاه با وصیت مذکور شود، منجز مقدم است خصوصاً بنا بر قول به خروج منجزات از اصل، کما هو الاظهر فی النظر القاصر. و اما سؤال دوم: پس آن وصیت است در پنج قفیز زمین [بر] ملا نشانیدن و صوم و صلوات یقیناً، و در دو قفیز که گفته است که از پسرش باشد، علی الظاهر. و امثال این وصیت ها از ثلث ترکه عند الوفا خارج می شود. و تفصیل این کلام بعد مذکور می شود منتظر باش که خواهم گفت. و اما سؤال سوم: پس آن نیز منجز است. قرینه قائم است بر این که در این مقام از لفظ (بخشش) معنی عام مجازی خواسته، که شامل به و ابراهیم باشد. و آن صحیح است. و اما قبول نسبت به هبه عین مملکه شرط است و در تحت ید زوج بودن در اقباض کافی است و اگر در دست او نباشد، بدون اقباض لزومی ندارد. و اما سؤال چهارم و پنجم: پس آنها نیز وصیت اند، علی الظاهر. پس جواب از مجموع سؤالات آن است که منجزات را مقدم می دارند بر وصایا بالاتفاق در ما خرج من الثلث. و علی الاظهر الاقوی از اصل مال، و بعد از آن وصایا را از ثلث باقی اخراج می کنند. و

اما
کیفیت اخراج وصایا: پس آن است که آن چه مقدم است در ذکر - علی الاشهر
الاظهر
هر چند به لفظ (فا) و (ثم) و آنچه [در] معنی آنها باشد در فارسی، نگفته باشد.
بلکه
هر چند به (واو) عطف کرده باشد یا اصلاً بدون حرف عطفی گفته باشد - مقدم
مدارند.
الاول فالاول، تا ثلث مال تمام شود. و بعد از آن را اگر وارث اجازه نکند، یا اگر
اهل اجازه
نباشد (چنان که در صورت سؤال است (۱)) آن وصیت اعتبار ندارد.
و دلیل تقدیم این است که مفروض این است که هر يك از وصایا کلامی هستند

۱: زیرا وارث، دختر صغیر است.

مستقل، و هر يك از آنها صحيح اند. اما در ماقبل اتمام ثلث: پس لازم است. و اما بعد

اتمام ثلث: پس صحيح است اما لزوم آن موقوف است بر اجازه. و اين حكم از اخبار نيز

مستنبط مشود خصوصا از روايت حمران ۱. و بعضی اخبار كه دلالت دارد بر خلاف اين

مهجور است. ۲ و خلاف شيخ وابن جنيد و هم چنين خلاف ابن حمزه در مسأله، ضعيف

است. لکن در اين مقام اشکالی هست. و آن اين است كه بعض علماء مثل شهيد ثانی (ره)

وغيره، واجبات بدنیه (مثل وصيت صوم و صلوات واجبه) را مقدم مدارند بر متبرع بها -

مثل وصيت زمين برای پسر و اطاق برای شوهر كه در صورت سؤال مذکور است - هر چند

ذکر آن در وقت وصيت متأخر باشد.

و دليل آن هر چند الحال در نظر حقير وضوحی ندارد، نهايت حسب المقدور احتياط اين معنی را در نظر داشتن خوب است. و محتمل است كه نظر ایشان به اين باشد كه بنا بر قول به وجوب وصيت بدنیه (كما هو الاظهر) در آنچه عصيانا ترك کرده، لازم میآید از

تقديم متبرع بها، ترك واجب. پس وصيت به متبرع بها با وجود اشتغال ذمه به عبادت بدنیه، در صورت مذکوه، باطل [می] باشد. پس از اين جهت بايد آن را مقدم داشت. و با

وجود اين كه اين دليل اخص از مدعی است، در مقدمات آن منع ظاهر است. و دلالت مر

به شییی) بر (نهی از ضد آن) ممنوع است. و كيفما كان، واجبات بدنیه نيز از ثلث مال

اخراج مشود، الاول فالاول. و بعد از آن متبرع بها.

و اما آنچه از اصل مال خارج مشود پس آن واجبات ماليه محضه است. مثل زكات و

خمس و كفارات و نذورات ماليه. يا آنچه مشوب به بدن هم باشد، مثل حج. و هم چنين

آنچه ورثه اجازه كنند. و اما واجبات بدنیه مثل صوم و صلوات، پس آن از ثلث مال خرج مشود.

و اما آنچه سؤال شده است از اهتمام موصیه در وصیت صوم و صلوات و ملا نشانیدن
سر
قبر، و کمال تأکید او در آن، پس آن دلالت بر نسخ ما تقدم نمکند در صورت عدم
وفای
ثلث. و بنابر قول به (تقدیم واجب بدنی) پس مجرد ذکر آن هم کافی است، هر چند
مؤخر
باشد. و ضرور به اهتمام هم نیست. و آنچه سؤال شده از حال جهل موصیه به (عدم

-
- ۱: وسائل: احکام الوصایا، باب ۶۶ ح ۱.
۲: همان مرجع: باب ۱۱ ح ۴ و باب ۱۸ ح ۷.

اختیار داشتن بیش از ثلث مال) و به این که (به سبب تقدیم و تأخیر ذکری تفاوت حاصل

مشود) پس آن منشأ فرقی نمیشود، به سبب اطلاق ادله. و در احکام وضعیه، غالباً جهل را مدخلیتی نمباشد.

۹۳: سؤال: ثلث وصیت که معتبر است، آیا آنچه را وصیت کرده همان شیئی بجنسه از

ثلث کل مال اخراج میشود؟ یا از کل مال از هر شیئی ثلث اخراج میشود؟
جواب: بجنسه همان شیئی را ملاحظه میکنند اگر بعد ملاحظه یمت مجموع مال، قیمت این شیئی اضافه بر ثلث نباشد، همان را به مصرف وصیت مرسانند. و اگر اضافه

باشد، به قدری که مساوی ثلث باشد آن را به مصرف مرسانند. والله العالم.
۹۴: سؤال: شخصی در مرض موت وصیت نموده که قدری از ملك او را به سر کار امام

زاده [ای] بدهند که او را در جوار آن دفن کنند. و وقفیت آن مکان به هیچ وجه من الوجوه

معلوم نیست و آنچه به استماع معلوم شده این است که خدام آستانه مقدسه مذکوره قیمت معینی مگرفته اند و هر کس که خواهش منمود که در آنجا مدفون شود، دفن مگردند و هم چنین وصیت نموده که بعضی املاك او را بعد از وفاتش وقف نمایند. چه صورت دارد؟.

جواب: ظاهر این است که امثال این بقعه ها وقف باشند. و اگر احتمال ظاهری باشد که ملك خدمه باشد، یا آن که واقفی وقف کرده باشد که منافع آن به مصرف امام زاده

برسد که این دفن کرده هم از جمله منافع باشد - بلکه احتمال مساوی هم اگر باشد - در

این صورت به عمل مستمر میتوان عمل کرد. و آنچه را وصیت کرده که وقف کنند، آن نیز

در ثلث مال معتبر است. و بهتر آن است که آن عین موصی بها را قیمت کنند بلا منفعت و

قیمت کنند با منفعت، و تفاوت ما بین قیمتین را ملاحظه کنند. هر گاه آن تفاوت از ثلث

مال بر مآید، تمام آن معتبر است. و اگر نه در همان قدری که از ثلث بر مآید اکتفا میکنند و باقی را به ورثه رد میکنند. والله العالم.

۹۵: سؤال: زید در حین حیات خود صبیبه خود را متزوجه نموده به عمرو داده و یه

قدر سهم او از مال خود به او داده. و در پشت عقد نامچه او تفصیل داده که (به
عوض
حقوق به او داده ام و او را دیگر حقی و ادعائی با وارث باقی نباشد). و حال صبیّه
زید
متوفی یا زوج او میتواند که ادعای ارث زوجه خود را از ورثه [زید] نماید یا نه؟
جواب: کسی در حال خود تسلطی بر میراث ورثه خود ندارد. مگر این که به این

عنوان گفته باشد که (باقی اموال من بعد از باقی ورثه باشد) و این معنی، وصیتی است که در متروکات خود کرده که بعد از او به غیر آن دختر از سایر وراثت بدهند.

چنان که ظاهر صورت سؤال همین است. و در این صورت ظاهر این است که ثلث مال او را

به سایر ورثه مدهند و در ثلثین باقی دختر با سایر ورثه شریک است. والله العالم.
۹۶: سؤال: زینب صاحب فرارش دو سه یوم قبل از آن که داعی حق را لبیک اجابت گوید، جمیع مایعرف خود را از املاک و باغات و گوسفند و اثاث الدار و حق الصداق

حتی الوتد فی الجدار) به زوج خود هبه نموده. و یک نفر عمه زاده حی و یک نفر برادر -

که حال مدت چهل سال شاید متجاوز میباشد که مفقود الخبر است - وارث دارد. ترکه

او به عمه زاده، یا زوج، یا برادر مفقود او، [به] کدامیک انتقال مییابد؟ و هبه مرض موت

صحت دارد یا نه؟

جواب: علی تقدیر عمه زاده نصیبی ندارد. و اظهر آن است که هبه زوجه به زوج لازم باشد هر گاه به قبض و تصرف زوج داده باشد و اظهر آن است که در مرض موت

بودن باعث رجوع به ثلث نمیشود. الله العالم.

۹۷: سؤال: شخصی در حین حیات وصیت نموده که (بعد از آن که داعی حق را اجابت

کردم اموالی که بعد از من باقی [می] ماند، اولاد برادر من را از مال من بی نصیب و بی

بهره ننمائید). به همین لفظ وصیت نموده. نه تعیین وصی نموده و نه تعیین مقدار بهره.

آیا در این صورت اولاد برادر متوفی را مرسد که ادعای رسد خود را به عنوان این وصیت از

عموی خود نمایند یا نه؟

جواب: چون از برای این الفاظ مقدری در شرع وارد نشده است باید رجوع کرد به فهم

و تعارف وراثت که از این عبارت چه چیز فهمیده است و این که مراد از (بهره بدهید و

نصیبی) یا (بی بهره نکنید و بی نصیب نکنید) چه چیز فهمیده است. یا این که متعارف
اهل آنجا چه چیز است، آیا مفهمند که (اولاد برادر را مثل یکی از وارث ۱ خودم حساب
کنید) یا (قلیل ملکی بدهید) یا قلیل باغی بدهید) هر گاه یکی از اینها معلوم شود به
آن عمل کنند. و اگر اولاد برادر دعوی علم بر وارث کنند که: تو مراد پدرت را
مدانی، و او انکار کند. قسم میتوانند داد که او علم ندارد. و اگر هیچ يك از اینها نباشد و به
مصالحه

۱: در نسخه: اولاد برادرها را مثل یکی از وارث...

هم طی نشود، اقل ما یحتمل - یعنی کمتر چیزی که محتمل باشد که مراد موصی است -

آن را به اولاد برادرش بدهند. والله العالم.

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

جواب: حاکم شرع کمکی و معینی برای تعیین کند.

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

وصی من است، جایز نیست رد؟

جواب: بدان که مشهور میان علما جواز رد وصیت است به معنی این که قبول نکند وصی بودن را. و نقل خلافی در مسأله نشده الا از صدوق که استثنا کرده است دو صورت

را، یکی این که پدر وصیت کند که پسر وصی او باشد و دیگر در جائی که منحصر باشد امر

در همان شخص و کسی دیگر ممکن نشود. و بعضی اخبار معتبره هم دلالت بر اینها دارد. ۱ و از مختلف میل به موافقت آن، حکایت شده با تأیید به لزوم عقود در اول، و

منحصر شدن واجب کفائی در ثانی.

و بدان نیز که جایز است رد وصیت بعد از قبول وصایت در حال حیات موصی مادامی

که زنده است، به شرط آن که برسد به موصی و مطلع شود. پس اگر خبر او نرسد تا بمیرد

لازم میشود. و ظاهر این است که این اتفاقی باشد، چنان که در مسالك تصریح کرده، و

از شیخ نیز نقل شده، و فحوای اخبار هم دلالت بر آن دارد ۲ و لزوم غرر و ضرر هم دلالت

دارد. به جهت آن که به سبب قبول موصی الیه، موصی مطمئن شده و هر گاه خبر به او

نرسد وصیت به دیگری نخواهد کرد. و اشکالی کرده اند در این که مجرد بلوغ خبر رد به

موصی کافی است یا مشروط است به تمکن موصی از اقامه وصی دیگر به جای او؟ و

اطلاق فتوای اصحاب اقتضای اکتفا میکند. و لکن مستفاد میشود از علت منصوصه که

در اخبار وارد شده که تمکن شرط است. و این اظهر است. چنان که در مسالك
ترجیح آن
داده، و اما هر گاه موصی بمیرد پیش از رسیدن خبر به او پس اگر وصی قبول
وصایت
کرده و بعد از آن رد کرده و خبر به او نرسیده، پس وصیت لازم است اجماعاً. چنان
که در
مسالك تصریح کرده. و از دیگران نیز نقل شده. وفحو [۱] ی اخبار هم دلالت

۱: وسائل: احکام الوصایا، باب ۲۴ ح ۱ در مورد وصیت پدر بر پسر. — ودر مورد انحصار: باب ۲۳ ح

۲.

۲: احکام الوصایا، باب ۲۳ ح ۲ و ۳

دارد ۱ و اخبار بسیار است صحیح و غیر صحیح که دلالت دارند بر صورت عدم قبول ۲.

و اگر قبول وصایت نکرده ورد کند وصیت موصی را، پس در اینجا نیز اشهر و اقوی لزوم

است. و دعوی اجماع (از بعضی صریحا و [از] بعضی ظاهرا) بر آن شده. و اخبار بسیار هم

دلالت بر آن دارد، و از جمله آنها صحیح محمد بن مسلم است از حضرت صادق - ع -

(قال: ان اوصی رجل الی رجل وهو غایب فلیس له ان یرد وصیته، فان اوصی الیه وهو بالبلد فهو بالخیار ان شا قبل وان شا لم یقبل) ۳. و روایت منصور بن حازم از آن حضرت:

(اذا اوصی الرجل الی اخیه وهو غایب فلیس له ان یرد علیه وصیته، لانه لو کان شاهدا فابی ان یقبلها طلب غیره). ۴

و شهید ثانی (ره) از مختلف و تحریر نقل کرده قول به جواز رجوع ورد را و خود نیز

میل به آن کرده، به جهت (اصل) و لزوم حرج و ضرر. و حمل کرده اند اخبار را بر سبق

تحقق قبول یا شدت استحباب. به جهت عدم صراحت آنها در مطلوب. و تو مدانی که ظهور کافی است در استدلال. و عمومات [و] اصل و غیره، مقاومت با خاص معمول به

اصحاب نمکنند. خصوصا با دعوی اجماع بر آن.

۱۰۰: سؤال: ضعیفه ای فوت شده. و جمعی از مرد و زن - که تخمینا شش نفر یا هفت

نفر باشند - مگویند که از دو سال قبل از مردن ضعیفه مزبوره، مکرر از او مشنیدیم که مگفت که (مال من بعد از وفات من خرج من باید شود). و یکی از جمع مدعین

این

قول را، جمعی تعدیل میکنند. و شش نفر از آن جمع مدعین (که غیر آن يك نفر عادل اند) که عبارت از چهار مرد و دو زن باشند، که یکی از آنها از جمله ورثه

است و

مگوید که ضعیفه متوفیه سه روز یا ده قبل از وفاتش مگفت که اگر مال مرا خرج من

نکنید مشغول الذمه باشید.

آیا این عبارت دو سال قبل از وفات با آن عبارت که سه روز قبل از وفات مگفته،

وصیت است یا نه؟ و بعد از این که وصیت باشد آیا کی باید این وصیت را به عمل
بیاورد؟. و
هر گاه باید که وارث به عمل بیاورد میتواند که ثلث قیمت متروکات را به مصرف
وصیت
برساند یا باید عین آنها را خرج کند؟ وایضا: ورثه ضعیفه متوفی منحصرند به دو

۱: وسائل: احکام الوصایا، باب ۲۳ ح ۲ و ۳.

۲: همان باب: ح ۱ تا ۶.

۳ و ۴: همان باب ح ۱ و ۳.

خواهر زاده امی و اُبی که يك مرد باشد و يك زن. و آن از جمله آن جمعی است که عبارت مذکور را شنیده اند و بر فرض وصیت بودن آن عبارت، قبول دارد. و اما آن

مرد

مگوید: که از این عبارت که این از زبان ضعیفه مورثه من ادعا میکند، علمی و اطلاعی

ندارم و قول این جمع را هم قبول ندارم زیرا که از همه خیانت دیده ام و همه این جمع

معلل به غرض فاسد میباشند.

آیا در این صورت که آن مرد وارث قول آنها را قبول نکند، مبادی آن جمع بر آن مرد ادعای

شنیدن خود را ثابت کنند، و بعد از آن، آن مرد ثلث حصه خود را به مصرف وصیت برساند

؟ یا آن که قبل از اثبات و علم، بر آن وارث لازم است که چنین کند؟ وایضا: آن ضعیفه

متوفی بعضی وصایای مخصوصه کرده مثل این که: مرا به قم ببرید، و به غسل من فلان

رخت را بدهید، و به مکبرین پیش جنازه فلان جنس را بدهید. آیا اگر در بعض مصارف

وصیت ضعیفه که زاید بر قدر واجب است، آن زاید از ثلث مخرج است یا از اصل مال؟

و قدر واجب چه مقدار است؟

جواب: چون مفروض سؤال این است که ضعیفه، وصی تعیین نکرده ولایت او با حاکم

شرع است یعنی مجتهد عادل. و هر گاه دست به حاکم نرسد عدول مؤمنین هم میتوانند

متوجه شد، بلکه باید بشوند. و ظاهر این است که الفاطی که ضعیفه گفته است وصیت

است. پس هر گاه از برای حاکم از قول آن جماعت علم به هم رسد، به علم خود عمل

میکند. و هم چنین عدول مؤمنین، هر گاه وارث نتواند مانع آنها شد. و در غیر دو صورت

آن وارثی که اقرار دارد، اقرار او در حق او نسبت به حصه خودش مسموع است. و دور نیست که به شهادت يك مرد عادل ربع وصیت را ثابت دانست. و احتمال

اثبات
نصف هم خالی از قوت نیست. و وصیت در ثلث مال اعتبار دارد و هر گاه زاید بر
ثلث باشد
و ورثه امضا نکنند، به قدر ثلث برای او خرج میکنند. پس هر گاه حاکم یا عدول
مؤمنین
آن يك نفر عادل را در دست داشته باشند لا اقل باید سعی در انجام ربع وصیت
بکنند. و
هر گاه از حال ضعیفه معلوم نشد که مراد او به مصرف رساندن عین مال است،
ظاهر این
است که توان فروخت به قیمت عدل و صرف او کرد. خصوصا هر گاه بدون
فروختن متعذر
یا متعسر باشد. و هر گاه خواهند بفروشند باید حاکم یا عدول مؤمنین (به وارث یا
غیر
وارث) بفروشند.
و اما سؤال: از وصایای مخصوصه، و سؤال از قدر واجب: پس بدان که اگر ضعیفه

شوهر ندارد که کفن او و سدر و کافور از اصل مال او وضع مشود. خواه وصیت بکند و خواه نکند. و هم چنین حقوق مالیه مثل دین مردم و حج و زکات و خمس و کفارات و امثال آن.

و اما هر گاه وصیت کند به واجب و غیر واجب، پس واجبات مالیه را مقدم مدارند از اصل مال، و در باقی ملاحظه ثلث میکنند. پس اگر عبادات واجبه بدنیه باشد مثل صوم و صلوات، مقدم مدارند بر غیر واجب، هر چند مؤخر در ذکر باشد. و بعد از آن مستحبات را به ترتیب ذکر موصی در وصیت، تا ثلث تمام شود، و اگر وصیت کند که همه آنها را از ثلث بدهند، پس واجبات مالیه هم از ثلث اعتبار مشود، به این معنی که اگر چیزی از ثلث باقی نماند وصیت در آنها نافذ نیست. و اما اگر ثلث وفا به آنها نکند واجب است که از اصل مال تمام کنند.

۱۰۱: سؤال: هر گاه شخصی زید نام در حین حیات و صحت که اقرار شرعی از او مسموع بوده، وصیت نموده باشد، به موجب وصیت نامه به این طریق که (به وجه شرعی بر خود لازم ساخته بود که ثمن از مملکات و اموال خود را به نحوی که قلمی مشود. صرف مشاهد مشرفه ائمه طاهرین طلوات الله علیهم اجمعین، نماید بر نهج ذیل: فرزند خود عمرو را وصی شرعی خود کرده که بعد از فوت موصی اموال و متروکات او را کائنا ما کان جمع و مشخص نموده، نصف تمام کامل از مجموع را سوا و مشخص. و نصف از نصف مذکور را در وجه خمس ال محمد (ص) قدری معین از آن را به موجب تفصیل و نوشته موصی به اشخاص مشخصه تسلیم نماید، و تتمه را به سادات مستحق برساند. و نصف آن نصف دیگر را به عنوان رد مظالم به فقرا و مستحقین برساند. و نصف بقیه که باقی ممانند ۱ بیست تومان او را به شخص امینی که به زیارت مشهد مقدس برود نیابتاً

عنه، بدهد که آنجا رفته به جهت وی زیارت نماید و اخراجات خود را از وجه
مزبور
محسوب دارد. و آنچه بماند صرف روشنائی مشهد مزبور (از موم و شمع و غیرها)
نماید. و
تتمه را که اضافه بر بیست تومان باشد در مصرف اخراجات مشاهد مشرفه مکرمه
نجف
اشرف و کربلای معلا و کاظمین (ع) مصرف دارد، به این نحو که تنخواه مزبور را
ملکی
مرغوب خریداری کرده و منافع و وجه اجاره آن را سال به سال به مشاهد مشرفه
مذکوره
مرد امینی برده که اثلاثا در زیارت مذکوره صرف نماید. و یا وجه مذکور را با
شخص امین

۱: ومعادل يك هشتم می گردد.

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

به اطلاع و استحضار ناظر بوده باشد؟ یا در امری که احتیاج به شور بوده باشد استدعا این که آنچه موافق طریق شرع انور بوده وضوح آن را به طریقی که مبین باشد حکم آن را قلمی نموده

جواب: در استفتا از چند چیز سؤال شده: اولاً این که وصی چه کار باید بکند. دوم آن که ناظر چه باید بکند. سوم آن که نظر به لفظ به این که (در هر باب بالا شتراک عمل نمایند)

آیا مال باید در تصرف وصی و ناظر هر دو باشد یا در تصرف وصی بوده باشد. اما جواب از سؤال اول: پس آن موقوف است به تحقیق حال وصیت. و چون وصیت

اضافه بر ثلث مال شده باید تحقیق طریق صحت و فساد و لزوم و عدم لزوم آن را کرد. و تحقیق این است که وصیت شرعیه مثل دادن بعض مال به معتق یا غیر آن، و هم چنین وصیت به واجبات بدنیه مثل صوم و صلوات و امثال آن، پس آن در ثلث ترکه معتبر است لاغیر، مگر به امضای وارث بالغ رشید. و اما وصیت به واجبات مالیه محضه مثل دین و زکات و خمس ورد مظالم، و هم چنین مالیه مشوب به بدنیه مثل حج: پس آن در اصل مال معتبر است. چنان که اگر هیچ وصیت نکرده باشد [باز] باید از اصل مال وضع شود. و آنچه در کلام موصی مذکور است تمام مالیه محضه است به غیر دو تومان معتق. و از این جهت میتوان گفت که همه وصیت ممضی است هر چند به زیاده از ثلث متعلق شده. لکن اشکال در تشخیص مراد موصی میکند کلمات او اولاً این که گفته است که (به وجه شرعی بر خود لازم کرده بوده است. در حال حیات که ثمن مال خود را صرف مشاهده منوره کند) به آن تفصیل که نوشته، معنی آن را نفهمیدم. اگر مراد او این است که نذر کرده است مثلاً و گفته است (لله علی که ثمن مال خود را که در حال اجرای صیغه نذر مالکم به مصرف مشاهده منوره برسانم به این تفصیل.....) و بعد از آن وصیت کرده است که به مقتضای آن عمل کنند. پس این صحیح و خوب است. لکن باید ملاحظه ثمن مال را در آن وقت کرد، نه بعد از وفات. چنان که مقتضای وصیت است. و هر گاه گفته باشد (لله علی که ثمن مال را که الحال دارم وارث من بعد از من به این مصرف برساند) این صحیح نیست. به جهت این که فعلی را که مکلف نذر میکند باید خودش به جا بیاورد، نه دیگری. و هم چنین هر گاه بگوید که لله علی که ثمن مال مرا بعد از وفات من وارث من به این مصرف برساند) هم صحیح نیست، به همین جهت که

گفتیم. و اگر گفته باشد که لله علی که وصیت کنم که ثمن مال حال مرا) یا (ثمن مال بعد وفات مرا) یا مطلق بگوید که (ثمن مال را صرف به این مصرف کنند)، و بعد از آن وصیت به عمل آمد به مقتضای نذر، پس در این صورت این از جمله وصایای متبرع بها میشود، گو اصل وصیت کردن واجب شده به نذر. به جهت این که صرف کردن مال در این مصرف به سبب نذر واجب نشده است تا داخل حقوق مالیه واجبه شده باشد. چنان که پوشیده نیست.

و چون عامی است استفتا میکند از مفتی طلب حکم میکند نه احتمال، پس مگوئیم: ظاهر عبارت سؤال من حیث اللفظ - خصوصا به ملاحظه تعیین بیست تومان

در مصرف مشهد مقدس که آن مناسبت دارد با مال معین موجود که میداند که ثمن او زاید بر بیست تومان هست، نه به مالی که نمیداند که مقدار آن چه قدر خواهد بود. و بعد ملاحظه اینها - با ملاحظه حمل فعل مسلم و قول او بر وجه صحیح باید بنا گذاشت که مراد او این باشد که بر خود لازم کرده است در حال حیات به نذر یا شبه نذر این که ثمن مال خود را که در حین نذر دارد صرف این مصرف بکند. و بعد از آن وصیت کرد [ه] که چنین بکنند.

و لکن با کلمات بعد نمسازد که: بعد از مردن من وصی من مال را جمع کند و مشخص کند و تنصیف کند باز نصف را تنصیف کند و مرتبه دیگر این نصف را تنصیف کند که ثمن باشد و به آن مصرف برساند. به جهت آن که ظاهر این کلام ملاحظه نصف و ربع و ثمن بعد وفات است. و مال گاه است که در وقت نذر بسیار بوده الحال کم شده، یا بالعکس. و اگر بیشتر بوده باید ثمن آن وقت را به مصرف برساند نه این وقت را. و اگر کمتر بوده باید همان ثمن آن وقت را به مصرف برساند. و مقتضای این تنصیف ها این است که به مقتضای ثمن بعد وفات عمل کند. و اینها با هم جمع نمیشود. پس خلاص ممکن است که به همین باشد که وضعی ثمن وقت نذر را به این مصرف برساند. و اگر مال

در وقت موت موصی زیاده تر باشد در زاید ملاحظه خروج از ثلث را بکند. و هم چنین: اشکال حاصل میشود در ثمن دیگر به جهت رد مظالم و ربع خمس. به جهت آن که مقدار خمس ورد مظالم که از حقوق مالیه حساب میشود باید معین باشد تا ببینیم که این ربع و ثمن بعد از وفات مساوی این قدر معین است، یا زاید، یا ناقص. گاه

است که موصی ملاحظه ربع و ثمن مال حال وصیت را اعتبار کرده بود و اشتغال ذمه

خود را همان قدر مدانست. پس اگر مال بعد از وفات کمتر شده باید ادای آن حق را تمام کرد. هر چند از برای وارث هیچ نماند. و اگر حال زیادتز شده، پای تبرع در میان مآید. به جهت آن که گاه است که این قدر مشغول ذمه نبوده است. پس باز ملاحظه ثلث را کرد. و خلاصی در این هم به این نحو میشود که ربع و ثمن آن وقت را از اصل بدهند، و در باقی ملاحظه ثلث را بکنند هر گاه زیاد شده باشد. و چون اخراج خمس ورد مظالم به عنوان (احتیاط احتمال شغل ذمه) هم جایز است، پس تبرع در وصیت از زاید بر قدر واجب هم جایز خواهد بود. و لکن در آن ملاحظه ثلث را باید کرد

و اما سؤال از ناظر: پس بدان که (ناظر) در کتب فقها متداول نیست. بلکه و کول امر
به نظر غیر وصی از توابع وصیت است. و مانعی ندارد که موصی به جهت زیادتی
اعتماد یا
خوف از خدا، و غفلت وصی به جهت عدم خوف، یا احتمال خیانت (بنابر عدم
اشتراک
عدالت در وصی) و مثل آن، وصیت کند که تصرفات وصی به اطلاع آن ناظر باشد.
و بنابر
آن، فعل ناظر همان اطلاع و استصواب است.
لکن عمل و تصرفات با وصی است. بلی هر گاه موصی ناظر را هم شریک کرده
باشد با
وصی در عمل، متابعت باید کرد.
و اما سؤال از لفظ مذکور که آیا منشأ این میشود که باید در تصرف هر دو باشند یا
نه:
پس به ملاحظه کلمات موصی (از اول تا به اینجا) معلوم میشود که ناظر شریک در
عمل
نیست. بلی مراد اشتراك به حسب رأی است. و بر فرضی که این لفظ ناسخ ما سبق
باشد، افاده اشتراك در ضبط مال صغار، میکند. و مطلق تصرفات را نمکند، و باعث
این نمیشود که ید هر دو بر آن مساوی باشد، بلکه همان قدری که از لوازم عمل
است با
او شریک میشود در ید تصرف. و به هر حال ظاهر استقلال وصی است در مباشرت
حفظ
اموال. چنان که مستقل است در تربیت صغار، گو در بعضی اوقات محتاج باشد به
صلاح
[دید] ناظر. پس باید وصی متوجه ضبط و ربط باشد بر وفق متعارف، لکن به
صوابدید
ناظر، حتی در مکان حفظ مال و اختیار کردن اشخاص معاملین با او در اموال.
و باید دانست: که در امر زیارت مشهد مقدس هم هر گاه خواهند اجیر بگیرند به آن
نهج مزبور، پای جهالت اجرت در میان مآید و مشکل میشود. خصوصاً هر گاه
اجرت را
از برای رفتن و برگشتن هر دو قرار داده باشد. در این وقت معلوم نیست که
اخراجات چه
چیز است و زاید چه چیز است. مگر این که معلوم باشد از حال موصی که اباحه

کرده این
قدر را از برای امین به آن نحو خاص، هر چند به ظن و تخمین امین باشد، از باب
تراضی.
و هم چنین باید دانست که اشخاص را که تعیین کرده از برای خمس، باید در حین
ادا بر
وصف استحقاق باقی باشند. والله العالم
۱۰۲: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند که بعد از موت او چند سال نماز و روزه
استیجار کنند از برای او و نایب الزیاره بگیرند که در مدت معینی از برای او زیارت
کند
و فلان مبلغ را به عمرو بدهند و هر چه از ثلث او بماند به فقرا و سادات بدهند و
مبلغ
معینی هم به وصی بدهند، و وصی تعیین نکرده بمیرد. بعد از فوت او کبار ورثه
احدی را

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

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

۱۰۳: سؤال: هر گاه کسی در مرض موت وصیت کند که (ترکه مرا به اولاد ذکور

بدهید) و اولاد اناث هم امضا کنند، آیا بعد از وفات، اولاد اناث میتوانند رجوع کرد، یا نه؟
جواب: اشهر و اقوی این است که امضای ورثه کافی است خواه قبل از وفات باشد یا بعد از وفات. و فرقی ما بین صحت و مرض نیست. و هر گاه بعضی امضا کنند دون بعضی، به قدر الحصبه او ممضی است. و هم چنین هر گاه همه ورثه یا بعضی از آنها، بعضی از زاید بر ثلث را امضا کنند در همان قدر ممضی است. و مذهب علمای شیعه این است که

۱: این مسأله با همه اقوال و آرای مختلف و توضیحات مربوطه در باب "حجر و تفلیس" از مجلد دوم، بررسی شده رجوع فرمائید.

اجازه وارث از باب هبه نیست که محتاج باشد به قبض و سایر شرایط هبه، و جایز باشد

رجوع در آن قبل از تحقق قبض. بلکه از باب (تنفیذات و اجرای حکم وصیت) است. پس

بنابر این در حکم وصیت به ثلث مال است، و دیگر وارث را در آن مدخلیتی نیست. و جایز

نیست از برای وارث رجوع قبل از قبض (چنان که در هبه جایز است) و هم چنین بعد از

قبض به طریق اولی [جایز نیست]. و این حکم - یعنی این که اجازه تنفیذ است، نه هبه -

در صورت اجازه وارث در حال حیات موصی بی اشکال است. و هر گاه بعد از فوت باشد هم

خلافی از شیعه در آن نکرده اند چنان که گفتیم.

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

جواب: اظهر این است که از اصل وضع میشود. و هم چنین اقرار او به شیئی از برای غیر در آن حال. و لکن در اینجا اظهر این است که خروج از اصل مشروط است به

این که متهم نباشد بر این که قصد او محروم کردن وارث باشد. و فرقی نیست ما بین این که

اقرار از برای وارث کرده باشد یا اجنبی.

۱۰۵: سؤال: هر گاه کسی چهار نفر پسر کبیر و چهار نفر صغیر داشته باشد، و در حال حیات مال خود را تقسیم کند میان آنها، و مهر زوجه خود را بدهد و قدری آسیا

داشته باشد. و وصیت کند که (منافع هر ساله آن را از برای من استیجار صوم و صلوات

بکنند و لکن هر گاه آنچه از برای صغار قرار داده ام وفا به خرج آنها نکند منافع آسیا را هم

صرف آنها بکنند تا کبیر شوند، و بعد از کبیر شدن همه، منافع آن را به استیجار صوم و

صلوات همه ساله بدهند). والحال بعضی از کبار مانع اند که منافع را صرف صغار بکنند،

و می گویند که: (استیجار صوم و صلوات مکنیم). و دیگر این که آیا بعضی از ورثه

میتواند

که الحال تقسیمی [را] که پدر در حال حیات کرده، بر هم زند، یا نه؟
جواب: ظاهر این است که وصیت به منفعت ملك ابداء، صحیح است، همچنانکه تا
مدت معین، صحیح است. پس باید به منافع آن آسیا استیجار صوم و صلوات از برای
او بگیرند همیشه. و در ایام احتیاج صغیرها به قدر حاجت آنها، را صرف ایشان کنند.

و
کسی مانع آن نمیتواند شد، خصوصاً پسر بزرگی که واجب است قضای نماز
پدرش.

و هر گاه معلوم شود که مراد موصی. از (همه ساله) به قدر ایام تکلیف خود را
خواسته، بعد
از انقضای آن مدت باز منافع آسیا بر مگردد به ورثه.

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

متوان

زد

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

است. و مقدم در ذکر مقدم است -؟ یا در معنی وصیت به تعیین میراث است؟
جواب: هر گاه از خارج معلوم باشد به قرائن که مراد وصیت است به آن اعیان، نه قسمت میراث، پس حکم وصیت در آن جاری است هر چند مستوعب ترکه باشد. و این در

صورتی است که موصی جاهل است به مسأله و نمیداند که اختیار بیش از ثلث را ندارد

یا عالم است و اما معتقد این است که ورثه امضا خواهند کرد آنچه را که وصیت کرد. پس در این صورت ها مقدم مدارند آنچه مقدم است در ذکر تا به ثلث برسد. و ما بقی موقوف است بر اجازه و امضا ورثه. و هم چنین است هر گاه قرینه نباشد یعنی بگوید (فلان مال را به فلان بدهید و فلان مال دیگر را به فلان وارث دیگر) و هکذا... و ندانیم که مراد او وصیت به دادن آن مال است به آن وارث قطع نظر از میراث، یا مراد او تعیین حصه وارث است در آن مال. که اظهر در اینجا هم حمل به وصیت است، نه تعیین حصه میراث. و اما هر گاه دانیم که از باب (وصیت در اعیان) نیست که موصی له علاوه بر حصه خود مستحق آن باشد، بلکه از باب وصیت در تعیین اعیان است. یعنی مراد او این است که این وارث این عین معین را به عوض حصه خود از میراث بردارد، و وارث دیگر آن عین معین دیگر را، و هکذا... پس در اینجا حکم مشود به این که وصیت است. لکن نه در قیمت و قدر اعیان، بلکه در تعیین اعیان. مثلا هر گاه يك پسر دارد و يك دختر و مال او هم منحصر است در يك غلام و يك کنیز، و قیمت غلام دوپست قروش است و قیمت کنیز صد قروش. و وصیت کند که غلام را به پسر بدهید و کنیز را به دخترم. و این از باب وصیت در تعیین است. و آن نیز در ثلث معتبر است. به این معنی که خارج از میراث و زیاده بر ما فرض الله چیزی به پسر نمدهند. بلکه وصیت همین کار را میکند که پسر ثلث غلام را معینا از بابت میراث خود بر مدارد. و هم چنین دختر ثلث کنیز را. و در تتمه غلام و کنیز هر دو شريك اند (لذا کر مثل حظ الانثیین). مگر این که هر يك اجازه کنند وصیت را (چنان که از

عبارت قواعد علامه و ایضاح ظاهر مشود. و عبارت تحریر هم بر همین تنزیل مشود. و آن عبارت ها در احکام موصی له مذکور است) و در اینجا تقدم ذکر اعتبار

ندارد که بگوئیم که: هر گاه وصیت تعیین غلام از برای پسر مفدم باشد پس باید نصف

غلام از راه تعیین، مال پسر باشد، چون ثلث مجموع مال است. به جهت آن که نظر و

مقصود او مساوات است در مرتبه وصیت بالفرض.

و از اینجا معلوم مشود حکم جائی که آن اعیان موافق حصه واقعی هر يك، نباشد. مثلا سه پسر داشته باشد و سه باغ داشته باشد متفاوت در قیمت. و وصیت کند که آن

باغی که صد تومان مارزد به زید بدهید که پسر بزرگ است، و باغی که چهل تومان

مارزد به عمرو بدهید که پسر میانی است، و باغ دیگر که صد و شصت تومان مارزد به

بکر بدهید که پسر کوچک است. و در اینجا پای مسأله دیگر در میان مآید یعنی محروم کردن يك پسر از بعض حصه او. و ظاهر این است که حکم این، مثل حکم آن است که وصیت کند به حرمان او از جمیع حصه. و اقوی واشهر در آن بطلان است. و احوط آن است که حکم وصیت بر آن جاری شود. پس وضع میکنیم آنچه را که وصیت کرده به حرمان از او و حکم وصیت را بر آن جاری میکنیم، و تتمه را (کما فرض الله) قست میکنیم. و این در جائی که وصیت به حرمان از جمیع کرده باشد، و نگفته باشد که حصه او را به کی بدهید، ظاهر است (یعنی قدر حصه محروم را به سایر وارث مدهند و در باقی همه شریک اند). و اما در ما نحن فیه: پس معلوم است که اصل تر که سیصد تومان و به هر يك صد تومان مرسد. و چون منظور او قسمت میراث است، پس ظاهر این تقسیم این است که برادر بزرگ را مساوی حق به او داده، و برادر میانی را از شصت تومان محروم کرده و از برای برادر کوچک قرار داده. پس بنا بر قول به بطلان وصیت، امر ظاهر است. یعنی باید در مقدار حق و عین هر يك را مساوی صد تومان داد. و لکن بطلان حرمان و ثبوت حق، منافات با ملاحظه (وصیت به تعیین) ندارد. زیرا که او قصد دو امر کرده: یکی وصیت قسمت از مقدار مال. دوم وصیت تعیین در حصه هر يك از آنها. و چون در تعیین هم اختیار بیش از ثلث [را] ندارد (مثل اصل مال) پس اعتبار میکنیم در ثلث هر يك از باغ ها، از برای آن که وصیت کرده. پس هر يك از ایشان ثلث باغی را که برای او وصیت کرده بر سبیل تعیین مگیرند و باقی ممانند دو ثلث باقی در هر يك از آن باغ ها، مشترك میان همه. زیرا که این وصیت حقیقتاً وصیت به دو چیز است، و بطلان احدهما مستلزم بطلان دیگری نیست. و اما بنا بر این که این را از باب وصیت دانیم احتیاطاً: پس مساوی شصت تومان که

برادر
میانی را از آن محروم کرده آن را از مجموع مال وضع میکنیم برای برادر کوچک.
چون
آن را از برادر میانی وا گرفته و از برای برادر کوچک قرار داده. و زاید بر ثلث هم
نیست،
پس مال او خواهد بود. و باقی ممانند تتمه مالی که مساوی دویست و چهل تومان
است، میان آنها که همه مستحق او هستند و هر يك مستحق مساوی هشتاد تومان
میشود به حسب قدر و قیمت. و متعین میشود ثلث باغ چهل تومانی از برای میانی،
و

ثلث صد تومانی از برای بزرگ، و ثلث صد و شصت تومانی از برای کوچک. و دو ثلث

دیگر از هر يك از باغ ها مشترك است میان همه اینها که گفتیم بنابر این است که تعیین را اعتبار کنیم. چنان که اقوی و اظهر است. و قولی هم به عدم اعتبار آن هست. حتی در صورت اولی، یعنی آن جائی که وصیت منطبق

بر حصص باشد و زیاد و کمی نداشته باشد. و با کی نیست که عبارت قواعد را در اینجا

ذکر کنیم و آن این است: (لواوصی لكل واحد من الوراثة [بقدر نصیبه] (مثل ان یقول:

اعطوا بنی ثلثی مالی وابنتی ثلث مالی) ۱ فهو لغو. ولو خصص کل واحد بعین هی قدر

نصیبه، فالاقرب الافتقار الی الاجازة. لظهور الغرض فی اعیان الاموال. و کذا لو اوصی ان یباع ماله من انسان بثمان المتل. ولو باع عین ماله من وارثه بثمان المتل، نفذ). وقال ولده (ره) فی شرحه (هنا مسألتان: الاولى: اذا اوصی لكل وارث بعین هی قدر نصیبه، کما اوصی لابنه بعبد قیمته مأتان، اوصی لابنته بعبد قیمته مائة. فالاقرب عند المصنف الافتقار الی الاجازة، لتعلق الاغراض بخصوصیات الاعیان والمنافع الحاصلة منها، فکما لایجوز ابطال حق الوراثة من قدر حقه لایجوز من عینه. ویحتمل عدم الافتقار الی الاجازة لان الاصل القيمة. اذا اعیان الاموال لا اثر لها فی زیادة المالیة ونقصها مع تساوی القيمة. [و] لان اعتبار الاعیان ههنا مع عدم اعتبارها فی بیع المريض

ترکته بثمان المتل ۲. علی تقدیر التسویة بین المنجز والوصیة فی المريض ممالا یجتمعان. والثانی ثابت اجماعا فینتفی الاول. وهذا قوی، والاول اقوی. الثانی: لو اوصی بیع عین ماله بثمان المتل من شخص، فالحکم کما تقدم من اعتبار الاجازة وعدمها). [انتهی کلام الفخر فی الايضاح].

وقال فی التحریر: لو اوصی لكل وارث بشئ من ماله معین، کجاریة قیمتها ضعف قيمة العبد ولا ترکه غیرهما. فاوصی لابنه بها ولابنته بالعبد، وقف علی الاجازة فی مازاد علی الثلث.

۱: عبارت میان دو هلال از عبارت قواعد نیست، توضیحی است که میرزا (ره) داده است ولذا آن را میان دو هلال قرار دادیم - رجوع کنید: ايضاح القواعد. چاپ کوشانپور.

۲: یعنی علی القول بمساوات منجزات المريض فی مرض الموت مع الوصیة، فی الوصیة، فی الخروج من

الاصل او الثلث فكما انه
يتعلق المنجز بالاصل اذا كان بضمن المثل (وان قلنا بتعلقه بالثلث ان كان البيع محاباتيا، ولا يتغير الاعيان و
التعينات في ملاحظة الثلث) فكما لا يتغير التعينات في البيع بضمن المثل اجماعا، فكذلك لا يتغير في الوصية
بالاعيان
وتعينها للوارث.

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

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

جواب: هر گاه شاهد موجود است بر این که وصی بعضی از وصایای مزبوره را از حیثیت وصایای مزبوره، به عمل آورده به ازای عوضی، و لکن علم ندارند که این عوض را از مال خود صرف کرده یا از مال موصی، پس نمیتوان حکم به تلف مال مسلم کرد بلا عوض.

پس ورثه وصی مساوی آن مال را طلب دارند. و هر چند مقتضای وصیت این بود که این

مال معین را فروخته به مصرف برساند و مفروض آن است که موجود است و فروخته است و چون بر خلاف وصیت کرده پس مستحق عوض نباشد. لکن چون محتمل است که وصی آن مال را برای نفس خود خریده باشد و در عوض ثمن آن، آن عمل را کرده باشد، یا مأذون بوده باشد که از وجه دیگر وصیت را به عمل آورد بعد از فروختن آن عین، آن قرض را ادا نماید.

پس باید فعل وصی مسلم را حمل بر صحت کرد. و چون مقتضای اصل عدم بیع مال مزبور است مطلقاً، پس باز در حکم مال موصی است و حاکم شرع ولی امر است در چنین جائی، آن مال را مفروش و بعد از ادای حق ورثه وصی تتمه را صرف بقیه وصایا

مکند.

۱۰۸: سؤال: هر گاه شخصی در حال مرض وصیت نمود که (نیم مهجه از ملك يحيى آباد را فروخته و قیمت او را خرج دفن و کفن من بکن). و این نیم مهجه که آن

مريض وصیت نموده، خمس آن ملك است. آیا مرسد که وصی او را به معرض بیع در آورد یا نه؟

جواب: هر گاه ملك مزبور که عبارت از نیم مهجه است مساوی ثلث تمام تر که او است،

باید به مقتضای تمام وصیت عمل کرد. هر چند نیم مهجه مساوی ثلث مجموع آن ملك

نباشد.

۱۰۹: سؤال: دیگر آن که موصی سه نفر طفل صغیر دارد، و وصی نظر به صرفه و غبطه

جانب صغار، این نیم مهجه را فروخته و موصی چند محل زراعت دیگر هم دارد و ابواب

جمعی و مالیات زیادی دارد که صغار و کبار از عهده حقوق دیوانی آن بر نمایند. آیا

وصی میتواند که آن نیم مهجه ملك مرغوب را بفروشد و ملك دیگر که مالیات سنگین

دارد به معرض بیع در آورد یا نه؟

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

۱۱۰: سؤال: هر گاه غله مال صغیر به حد نصاب برسد وصی میتواند که از مال صغیر

زکات را بدهد؟

جواب: اشهر و اظهر استحباب زکات است در غلات طفل. و ولی طفل (کذا) هر گاه

پدر و جد پدری ندارد وصی ایشان میتواند زکات مال طفل را از غلات بدهد. و احوط

آن است که به قصد قربت در نیت اکتفا کند، دیگر قصد وجوب استحباب نکند.

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

زن داده،

و سه از ایشان را زن نداده است. باز در حال صحت در خصوص جمعی قرار داده

که
اخراجات عروسی آن سه نفر را بر داشته بعد از آن، ترکه را کما فرض الله قسمت
نمایند.
والحال باقی ورثه قائل ثلث ترکه هستند که به مصرف او برسانند، و قائل به وضع
اخراجات عروسی آن سه نفر نیستند.
جواب: اولاً باید وصیت به ثبوت شرعی برسد، و آنچه ثابت نشود نمیتوان عمل به
آن
کرد. و ثانیاً آن که صورت سؤال مجمل است. و معلوم نیست که وصیت مرتب
است یا غیر

مرتب. و بر فرضی که مرتب باشد معلوم نیست که کدام مقدم است و کدام مؤخر. و بر فرضی که معلوم باشد مقدم و مؤخر، معلوم نیست که لفظی که گفته است چه بوده است. آیا وصیت دوم دلالت بر نسخ اول مسکرده یا نه. و به هر حال هر گاه معلوم شود

ترتیب ما بین این دو وصیت اول را پیشتر گفته است وصیت دوم باطل است، مگر این که ثابت شود که به لفظی گفته است که نسخ وصیت او را میکند. و هر گاه مقدم و مؤخر را ندانیم کدام است، قرعه باید کرد اسم هر کدام در آید آن را

مقدم مدارند. و اگر ورثه اجازه وصیت را بکنند، در همه مسموع است. ۱۱۲: سؤال: هر گاه عمرو (مثلاً) ناخوش شود، در حین ناخوشی آنچه وصیت داشت

نمود. و عمرو و مزبور پسری داشت و پسر او عروسی در میان داشت، بعد از اتمام وصیت،

پسر عمرو نزد پدر آمده و گفت صدق زوجه مرا به چه نحو منمائی و چه چیز صدق او

منمائی؟ در حین ناخوشی گفت (هر چیز صدق او میکنید خود مدانید). و فوت شده. و حال ادعای او میکند که گفته است هر چه خواهی بکن من هر چه منخواهم میکنم.

جواب: به محض این سخن حقی ثابت نمیشود. اگر هبه است باید موهوب معلوم باشد، و مفروض خلاف آن است، و قبض هم به عمل نیامده و اهب فوت شده. و اگر توکیل است هم معلوم نیست که وکیل کیست و موکل فیه چه چیز است. و معلوم نیست

که چنین توکیلی صحیح باشد. خصوصاً هر گاه موکل فوت شود قبل از فعل موکل فیه. و

اگر وصیت است (بر فرض صحت چنین وصیتی و تسلیم این که از این کلام وصیت فهمیده شود) این خطابی است به صیغه جمع و موکول شده به خواهش و اراده همه. هر گاه رأی همه بر چیزی قرار نگرفت، چیزی لازم نیست. با وجود این که این عبارت

صریح نیست در این که (از مال من صدق کنید) مگر به ضمیمه قراین خارجیه. به هر

حال به محض این عبارت چیزی ثابت نمیشود. و ادعای پسر بی وجه است. مگر این که

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

صحت نیز به این نسبت بگوید که (وصیتی که در حال مرض کرده بودم به آن عمل نمائید که هر گاه احدی تخلف نماید مواخذ بوده باشد). و بعد مریض شود و وفات نماید.

آیا وصیت صحیح است یا نه؟

جواب: هر گاه معلوم باشد که مراد او تعیین حصه هر يك است نه ترتیب و تقدیم و تأخیر در وصیت به عین اموال و تعیین، اظهر این است که اختیار در ثلث بیشتر ندارد و

تا به حد ثلث هر يك به عنوان تعیین از آن اعیان به قدر الحصه مبرند، و در زاید بر ثلث

هم شريك اند. و بعد از اعتبار ملاحظه زاید حصه برای هر يك از ثلث، هم از حیثیت عین

و هم از حیثیت تعیین، تتمه را کما فرض الله قسمت میکنند. پس هر گاه کسی بمیرد و

از او پسری بماند و دختری [و] لاغیر، و باغی داشته باشد که هیچده تومانی بیرزد. و خانه [ای] داشته باشد که نه تومانی بیرزد [و] وصیت کند که تقسیم میراث را به این نحو

بکنید که (باغ را به پسر بدید و خانه را به دختر) پس باید مساوی شش تومانی از باغ

به پسر داد و مساوی سه تومانی از خانه را به دختر داد. و باقی باغ و خانه مشاع مماند

میان پسر و دختر (لذکر مثل حظ الانثیین) قسمت میشود.

و هر گاه همین شخص ملکی هم داشته باشد که پنجاه و چهار تومانی بیرزد، و از آن ساکت باشد. در اینجا مجموع باغ را به پسر مدهند و مجموع خانه را به دختر، و تتمه را

(کما فرض الله) قسمت میکنند. و لکن امر در اینجا مشتبه میشود به اصل (وصیت به مال)، اما چنان نیست. از برای این که مقصود آن شخص این است که این اعیان معینه را

در عوض سهم میراث بدهند. نه این که بلا عوض باشد هکذا.. و اگر معلوم باشد که مراد او وصیت است که متعارف است، نه تعیین حصه میراث. یا این که حال مجهول باشد و ندانیم که از کدامیک است. در هر صورت بنا را به وصیت

مگذاریم و به مقتضای آن عمل منمائیم که هر کدام مقدم در ذکر است [او را] مقدم

مداریم تا ثلث تمام شود. و بعد از اتمام ثلث، موقوف است به اجازه وراثت. و هر
گاه
اجازه نکردند، کما فرض الله قسمت میشود.
و اما حکایت اخراج آن يك نفر از میراث ۱: پس اظهر واشهر عدم صحت آن است
و او
هم با همه ورثه شريك است. و لکن اولی این است که این را در حکم وصیت دانیم
که از

۱: در نسخه: واما حکایت اخراج آن يك نفر زید از میراث.

برای دیگران کرده تا به قدر ثلث وضع مشهود برای آنها و در بقیه این با آنها به قدر الحصة

شريك است. ۱

۱۱۴: سؤال: عمل به وصیت مطلقا واجب است - هر چند غیر مالی باشد مثل قضای

صوم و صلوات که خود وصی قضا نماید - یا نه؟ و بنا بر وجوب هر گاه مادر وصیت کند به

ولد کبیر خود به قضای صوم و صلوات بر سبیل اجمال و قدر او را بیان نکند، و نماز او

صحیح نبوده باشد به سبب غلط اعرابی و غیره، لکن صلوات فائنه بر ذمه او نباشد. بر وصی واجب است که قضا کند کل صلوات او را؟ یا به قدری که متعارف است میان مردم

که وصیت میکنند به استیجار يك سال و یا دو سال صوم و صلوات؟

جواب: هر گاه وصیت کند به احدی که نماز کند یا روزه بگیرد، و او هم قبول کند، بر او

لازم میشود. و هر گاه خصوصیت کردن او را شرط نکند، استیجاری توان کرد. و اما نماز

و روزه فرزند از برای مادر، پس اظهر آن است که بر پسر بزرگ واجب است که روزه و

نمازها [ئی] که از مادر او به سبب عذر فوت شده (مثل مرض و یا سفر، یا فراموشی) قضا

کند و اما هر گاه عصیانا ترك کرده یا نمازهای او باطل بوده، وجوب قضا معلوم نیست.

و لکن اشهر و احوط قضا است.

و هر گاه وصیت کند به بجا آوردن صوم و صلوات و مقدار آن را نگوید، و بر وارث و وصی

معلوم نباشد مراد او که چه قدر است. ظاهر این است که به آن قدر متعارف اکتفا میتوان کرد. و هر گاه عرفی مشخص نباشد، به اقل محتمل، یعنی آن قدری که داند

از

آن کمتر نیست، اکتفا میتوان کرد. و این کلام در وصیت بود. [و] در صورتی که پسر

مخواهد که تکلیف خود را به جا آورد، قطع نظر از وصیت، و بداند که بر گردن متوفی

فائده هست و قدر آن را نداند، اظهر این است که قدری بکند که ظن غالب به ادای آن

حاصل شود.

۱۱۵: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند که (این مال معین مال غایب است. و وارث غایب، فلان کس است) و فوت شود. آیا وصی - در صورتی که وارث غایب محتاج باشد و

بگوید که (مال غایب را به من قرض بدهید و من رهن مدهم) و آن رهن را از مال زوجه

خود بدهد به اذن و رضای زوجه - جایز است که آن مال را قرض بدهد به او و رهن بگیرد

۱: بحث مشروحه این موضوع در مسأله شماره ۱۰۶ گذشت.

یا نه؟

جواب: ظاهر جواز است. و در (رهن مال غیر به اذن او) هم اشکال نیست. و لکن مکرر

به حاکم و غیره اعلام کند و وصیت کند. تا آن که به مرور ایام مخفی نماند و مال غایب از میان نرود.

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

جواب: وصی ولی طفل است، و تصرف او در مال طفل و به تجارت دادن آن باید منوط به مصلحت باشد و به دست غیر امین ندهد و ظاهر این است که به دریا فرستادن

مال، تفریط است، و منشأ ضمان است، مگر در فرض نادری که کشتی محکم باشد و از

کنار ساحل آن را به ریسمان بکشند، ظاهر در اینجا عدم ضمان است.

۱۱۷: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند به امور چند که بعد از وفات او به عمل آورند و

بعض اشیاء را هم به صیغه مصالحه بع بعض ارحام خود منتقل کند. و زوجه او و سایر

وراث او اجازه کنند بعد از فوت او، آیا وارث یا زوجه او میتوانند رجوع کنند یا نه؟
جواب: اما صلح پس آن داخل منجزات است، و هر گاه در حال غیر مرض موت است

که در صلح آن اشکالی نیست، و اجازه ورثه در آن بی معنی است. و اما اگر در مرض موت

باشد، پس اظهر این است که آن نیز در اصل مال معتبر است و احتیاج به اجازه ورثه نیست هر چند زاید بر ثلث مال باشد. و اما وصیت به اشیاء دیگر، پس آن نیز در ثلث و

کمتر از آن، صحیح است و محتاج به اجازه وارث نیست. و هر گاه زاید بر ثلث باشد و ورثه

امضا کنند، اگر بعد از موت او امضا کنند پس در آن نیز اشکالی نیست. و هر گاه در

حال حیات امضا کنند، در آن خلاف است. و اشهر و اقوی این است که صحیح است و

لازم است. و اخبار معتبره دلالت بر آن دارد. و قول به عدم لزوم، ضعیف است. و بدان که اجازه هر گاه از همه وارث است در همه وصیت، نسبت به همه لازم است. و هر گاه از بعضی ورثه است، نسبت به حصه او لازم میشود. و هم چنین هر گاه نسبت به بعضی وصیت باشد. و بدان نیز که اجازه در معنی تنفیذ و امضا است، یعنی مجری داشتن عقد وصیت، نه این که ابتدای عطیه و بخشش باشد، پس محتاج به صیغه هبه تازه نیست. و ایجاب و قبولی در آن ضرور نیست. و قبض موصی هم در آن شرط نیست. و به هر حال، مالک شدن موصی له بعد از فوت موصی است و قبل از فوت، ملک او

نمیشود. خواه اجازه قبل از فوت باشد یا بعد، و هم چنین در مطلق وصیت. هر چند خلاف کرده اند که هر گاه قبول هنوز حاصل نشده باشد آیا به مجرد موت ملك موصی له میشود؟ یا آن که قبول موصی له جز سبب است؟ یا کاشف است از ملك در حین موت؟
و اقوی این است که قبول، کاشف از حصول ملکیت در حین موت است. و بر این، فروع و ثمرات چند مترتب میشود.
۱۱۸: سؤال: هر گاه زید در حال حیات مال را به یکی از وارث ببخشد و غرض او محروم کردن دیگران باشد این هبه صحیح است یا نه؟
جواب: بلی صحیح است هر چند در مرض موت باشد و زاید بر ثلث باشد.

کتاب الوصایا من المجلد الثانی
 ۱۱۹: سؤال: هر گاه شخصی وصیت کند که (فلان ملک معین را به فروش به فلان وارث معین و قیمت آن را بگیر و صرف صوم و صلوات معینی از برای من و صرف کفن و دفن من بکن) و زاید بر ثلث بوده و ورثه هم امضا کرده اند. و گفته است (تا قیمت را نگیری به تصرف او مده. و صوم و صلوات را از آن وارث که گفته ام که به او بفروشی مگیر). و الحال آن شخص وارث معین فقیر است و قادر برای دادن قیمت نیست. آیا وصی میتواند به دیگری بفروشد یا نه؟ و مدتی است که از این معنی گذشته است. آیا اجرت آن ملک را در ایامی که در تصرف غیر بوده چه کند؟
 جواب: مقتضای ادله قاطعه، عدم جوار تبدیل و تغییر وصیت است حسب المقدور. پس در صورت سؤال که آن وارث عاجز است از خریدن، هر گاه امید این هست که متمکن شود از خریدن، باید صبر کرد تا متمکن شود، چنان که تصریح کرده اند به آن در جائی که وصیت کند کسی که عبدی از برای او بخرند به قیمت معینی و آزاد کنند، و عبدی به آن قیمت به هم نرسد و به زاید بر آن قیمت به هم رسد این که واجب نیست خریدن و باید صبر کرد تا به هم رسد، و بعد از یأس از تمکن به آن قیمت، هر گاه به کمتر از آن قیمت به هم رسد منخرند و آزاد میکنند. و به مقتضای موثقه سماعه ۱ زیادتی قیمت را به

 ۱: وسایل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۷۷ ح ۱.

آن عبد مدهند.

پس در صورت سؤال باید صبر کرد. و اگر یأس حاصل شود (از تمکن آن وارث به سبب قرائن و علامات یا به سبب آن که مراد موصی تعجیل بوده و تاخیر منشأ تبدیل وصیت میشود، در این صورت میتوان به دیگری فروخت. به جهت آن که حسب المقذور باید ترك مقتضای وصیت نکرد، و چون وصیت او مرکب بوده و به انتفای بعضی اجزا آن بعضی دیگری ساقط نمیشود. به جهت احادیث بسیار که دلالت میکنند به این که (میسور ساقط نمیشود به معسور) ۱ و (ما لا یدرك كله، لا یترك كله) ۲ و امثال اینها از احادیث.

و نظیر این در مسائل وصایا بسیار است، از جمله همان مسأله عتق عبد است که گذشت، که فقها قطع نظر از موثقه سماعه استدلال به همین اخبار کرده اند. و از جمله [آنها] مسأله (وصیت به عتق عبد مؤمن) است که هر گاه مؤمن به هم نرسد عبد از سایر ناس آزاد میکنند به شرطی که (ناصبی) نباشد، و احادیث هم دلالت بر آن دارد. ۳ و از جمله آنها وصیتی است که کسی از برای حج کند که در هر سال از برای او حج بکنند به وجه معینی، و آن وجه در هر سال وفا نکند، که باید به آن ضم کرد از اجرت سال آینده (مثل این که اجرت سه سال را بدهند و حج دو سال بکند و استدلال کرده اند به این که عمل به وصیت است به قدر امکان. و بعضی روایات هم دلالت بر آن دارد. ۴ و از جمله آنها این است که وصیت کند که حج کنند از برای او به وجه معینی از بلد، و ممکن نشود و وفا نکند. و از هر جا که ممکن شود ابین راه استیجار میکنند. و از جمله آنها وصیت است به حج مندوبی که شخصی را معین بکند و آن شخص قبول نکند، که بعضی گفته اند از دیگری استیجار میکنند. و از جمله آنها وصیت است به عتق

رقبات

چند، و ثلث وفا نکند به جماعت و ممکن باشد که يك نفر آزاد کنند، باید آزاد کرد. بلکه هر گاه ممکن نباشد الا عتق جزئی از عبدی که باید کرد. چنان که علامه و فخر المحققین اختیار کرده اند و اما هر گاه هیچ ممکن نشود، پس در آن اشکال کرده اند که آیا داخل میراث

-
- ۱، ۲: عوالی اللئالی: عن امیر المومنین "ع".
۳: وسایل: احکام الوصایا، باب ۷۳ ح ۲.
۴: وسایل احکام الوصایا، باب ۸۶ ح ۱.

مشود یا به وجوه بر صرف میشود؟ و هم چنین اشکال کرده اند در هر جا که وصیت بکند به چیزی در مصرفی و ممکن نباشد صرف آن در آن مصرف. و فخر المحققین اختیار بطلان وصیت کرده، پس داخل میراث خواهد بود. و از این باب است (وصیت به حج به وجه معینی که احدی به هم نرسد که به آن مقدار حج کند) و در آن خلاف کرده اند.

و مشهور این است که صرف وجوه بر میکنند، چون از مال ورثه بیرون رفته. و وصیت مرکب است از قصد طاعت با خصوصیت حج، و به انتفای خاص، عام منتفی نمیشود.

و هر دو ۱ مقدمه را منع کرده اند. اما اول: به جهت آن که خروج از مال موصی موقوف وصیت است بر صحت، و فقد اجیر کاشف از بطلان است. پس مال منتقل نشده است از موصی. و اما ثانی: پس به جهت آن که اصل در مرکبات عقلیه این است که کل منتفی میشود به انتفای جز و جنس تحقق نمیپذیرد بدون فصل، و این سخن در مواضع سابقه جاری نیست. به جهت آن که در آنها فی الجملة دلالتی در کلام موصی به اراده آن اجزا هست بخلاف ما نحن فیه. و از اینجا است که فخر المحققین فرق گذاشته ما بین تمکن از عتق جزئی از عبد و عدم تمکن، و در اول قائل به لزوم عتق شد و در ثانی تجویز رساندن به مصرف بر نکرده.

و قول دوم که مقابل مشهور است این است که مال ورثه میشود. و وجه آن از آنچه گفته شد ظاهر میشود.

و در اینجا قولی دیگر هست که شیخ علی (ره) قائل شده و آن این است که گفته است که (اگر قصور وجه از اجرت حج در حین وصیت بوده، مال وارث میشود. و اگر بعد عارض شده است، پس آن مال از ملک ورثه بیرون رفته است به سبب وصیت، و دیگر عود آن

محتاج به دلیل، و هر گاه متعذر شد صرف آن در آن مصرف، باید صرف گردد در
وجوه
بر. به جهت آن که نهایت امر این است که این مجهول المالك باشد و مصرف آن
وجوه بر
است). و این تفصیل را شهید ثانی (ره) پسندیده است و بعد از آن گفته است که
(هر گاه
ممکن باشد که معامله در آن مال بشود که من بعد به آن توان حج کرد هر چند بعد
مدتی
باشد، پس ظاهر وجوب آن است. و هم چنین هر گاه امید آن باشد که کسی به هم
رسد که
به آن مقدار حج کند، صبر کند و به وجوه بر نمیتوان صرف کرد الا بعد از یأس. و
از

۱: خروج از مال موصی و مرکب بودن وصیت.

برای این مسأله نظایر بسیار در فقه هست). تمام شد کلام شهید ثانی - ره. تحقیق کلام در این مقام این است که در امثال این وصایا که موصی به وفا نمکند به موصی له بتمامه، پس یا این است که به سبب قرائن از کلام موصی فهمیده میشود که مراد او اتیان به مأمور به است به حسب مقدور (هر چند به این نحو باشد که هر گاه به

هیچ نحو مقدور نشود، اکتفا به جنس آن فعل بشود. که مثل امور خیرات باشد) در آن اشکالی نیست و به مقتضای آن باید عمل کرد. و اما هر گاه از قرائن مفهوم نشود و

همان مجرد لفظی است که مگوید (حج بکنند از برای من به فلان مال) یا (بنده آزاد کنند فلان قدر و به فلان مقدار)، پس مگوئیم که فعل حج در وجود خارجی مرکب است از افعال معهوده و طی مسافت به جهت آن. پس تا ممکن باشد تحقق آن به حیثیتی که وجه صحیحی از برای آن متصور شود، باید کرد. مثل این که از بلد نتوان اجاره کرد از هر جا که توان، باید کرد.

و هر گاه مراد حج و عمره است هر گاه وفا نکند به هر دو، به احدهما میتوان اکتفا کرد. چنان که هر گاه بمیرد و مال او غرما شود ما بین دیان و حج به حصص، و حصه وفا به

حج و عمره هر دو نکند. و هم چنین مثل وصیت به عتق رقبات و ممکن شود عتق يك

رقبه یا جزئی از رقبه. در این جاها میتوانیم گفت که وجوب از راه دلالت تضمینی یا التزامی خود لفظ است. هر چند قرینه خارجه نباشد و می توانیم گفت که وجوب از راه

استصحاب است در اجزا خارجه، مثل وجوب غسل بعضی اعضای وضو در صورتی که

بعضی را نداشته باشد. و می توانیم گفت که وجوب از راه احادیث است مثل (المیسور)

لا یسقط بالمعسور) ۱ و (ما لا یدرك کله، لا یترك ۲ کله)، و امثال آن.

و اما در جائی که از خارجه آن چیزی به عمل نمآید و ممکن نیست - مثل آن که عتق جز عبد هم ممکن نیست، و اتیان باقل واجب حج، یا احدی از حج و عمره

ممکن نیست، و مفروض این است که اتیان ببعض افعال حج مثل وقوف تنها یا طواف از

این حیثیت که جز حج باشد به تنها تعبد به آن وارد نشده است - پس در اینجا کلام راجع میشود به اجزا عقلیه که آیا باید جنس حج و عتق که فعل خیر است به جا آورد

يا

١ و ٢ _ غوالي اللئالى: ٤ / ٥٨.

(٢٥٦)

نه. و اشکال در این ظاهر است. و در اینجا ادعای دلالت لفظیه تضمینه یا الترامیه لفظیه، بعید است.

و از این جهت است که جمعی منع کرده اند و گفته اند که داخل میراث میشود. و جمعی گفته اند که به وجوه بر مصروف میشود، چنان که در صورت نسیان وصیت

همچنین گفته اند. و راه خیال ایشان که مگویند داخل میراث میشود این است که: اخراج مال از ملك موصی مشروط است در نفس الامر به ممکن بودن حصول آن وصیت.

و چون بالفرض در نفس الامر ممکن نبود، هر چند موصی ممکن مدانسته و قصد اخراج کرده، لکن ظهور عدم امکان در آخر کاشف از عدم خروج است از مال او در اول. پس

داخل میراث بوده و از اول مال ورثه بوده. پس في الحقیقه در اصل میراث بوده نه این که

عود میکند به میراث چنان که ظاهر عبارت جمعی است.

و این سخن در نظر احقر ناتمام است. به جهت آن که هر چند آن وصیت ممکن الحصول نباشد لکن عدم تمکن حصول وصیت مستلزم انتقال به وارث نیست. و

بیان این آن است که: چنان که صرف مال در وصیت مشروط است به امکان، انتقال مال

از میت هم محتاج است به دلیل. و آن سخن که بعضی گفته اند که میت مالك چیزی

نمیتواند شد، ممنوع است. چنان که در رساله علی حده بیان کرده ایم. پس مگوئیم که

مال بر ملك میت باقی است و ثبوت میراث هم بعد از (وصیت) و (دین) است. چنان که

صریح آیه ۲ و اخبار، ناطق به آن است.

و در همان رساله بیان کرده ایم که ما ترك میت قبل از وفای دین و وصیت در حکم (مال میت) است و نمای آن [نیز] مال میت است. پس هر گاه مال او وفا به دین او نکند،

از نمائی که حاصل شده قبل از وصول به دیان میتوان داد. و شاهد بر این است نیز کلمات ایشان در مسأله (عدم وفای اجرت حج به حج هر گاه میت مدیون باشد و وفا نکند

مال به همه) که گفته اند: بالنسبه تقسیم میشود مال بین اجرت حج و سایر خرما، و هر گاه اجرت حج وفا نکند به حج آن را نیز به دین او مدهند، هر گاه دین باقی مانده. و این نیست الا به جهت بقای او در ملك میت، و آن اولی مصارفی است از برای نفع میت.

۱ - یعنی نسیان مورد مصرف.

۲ - سوره نساء آیه ۱۱ و ۱۲.

و قول به این که (مال وارث میشود و او دین را مدهد)، وجهی ندارد، مثل قول به این که (کاشف به عمل مآید که مال دیان بوده). چنان که دعوی اجماع کرده اند بر این که

آن مال قبل از وفای دین و وصیت، ملك دیان نیست. پس میتوانیم گفت که ملکیت میت مستصحب است، و او وصیتی کرده به اعتقاد این که ممکن است، و خود را مالك

ثلث و صاحب اختیار آن دانسته و آن را از برای مصرف خود وضع کرده، پس با وجود این

خلاف عظیم در این مسائل علم به انتقال از ملك او حاصل نمیشود. پس باید به مصرف

او رساند. و بهترین مصارف او وجوه بر است که بعد مردن به کار او مآید. پس به این نیز

قوت قول مشهور ظاهر میشود در مسألة اجرت حج.

و مؤید این است مسألة (نسیان وصی که هر گاه فراموش کرده باشد مصرف را)، که گفته اند صرف میشود در وجوه بر. و بعضی اخبار هم دلالت بر آن دارد، ۱ و مشهور

اصحاب به آن عمل کرده اند. و در این مقام نیز تعلیل کرده اند به تضمن وصیت (مطلق)

بر) را (هر چند میتوان گفت که هر وصیت مستلزم قصد قربت نیست). و نیز تعلیل کرده اند به این که: نهایت امر این است که مجهول المالك باشد و مصرف آن هم وجوه بر

است. و در این نیز اشکال هست از جهت آن که مصرف مجهول المالك (بنا بر اظهر) تصدق

است بر فقرا، نه مطلق وجوه بر. بلی از بعضی کلمات ایشان بر مآید که مصرف آن، مصرف زکات است و یکی از مصارف زکات، فی سبیل الله، است. و لکن دلیل این تعمیم

در مجهول المالك در نظر نیست.

و هم چنین مؤید مطلب حدیثی است که وارد شده در کسی که نذر از برای کعبه بکند.

که فرموده اند صرف حجاج میشود، ۲ و فقها به آن عمل کرده اند و تعمیم داده اند در

مشاهد مقدسه که صرف زوار باید کرد. چنان که در تنقیح نسبت به ایشان داده.

پس غایت

امر این است که معلوم نباشد که الحال این مال مال کیست. و استصحاب ملکیت
مالك
بر حال خود است. و چون ادله میراث جز ما مقید میباشند به دین و وصیت، و جز ما
در
اینجا وصیتی شده است، و جز ما منظور موصی بوده است که این مال به مصرف
خودش
برسد، بیش از این نیست که معتقد است که این مصرف خاص ممکن خواهد شد و
آن را

-
- ۱: وسایل: احکام الوصایا، باب ۶۱ ح ۱.
۲: وسایل: احکام الوصایا، باب ۶۰ ح ۱.

تعیین کرده. و این دلالت نمکند که غیر آن را (از مصارف که عاید او شود) نمخواهد.

و همین قدر در استصحاب کافی است، اگر نگوئیم که علاوه بر این هم متوان ادعا کرد

که: کلام او هم دلالت دارد از باب (دلالت ایما و اشاره)، مانند دلالت واجب بر وجوب

مقدمه آن، بنا بر مختار.

چنان که در آنجا مگوئیم که: آمر در حال امر متفطن مقدمات واجب نیست، و بخصوص طلب آنها نکرده است. لکن اگر از او پرسیم که راضی هستی به ترك

مقدمه

آن، البته انکار رضا میکند. و هم چنین در اینجا به عنوان جزم متوان گفت که: هر گاه از

موصی میپرسیدیم که اگر به فرضی ممکن نشود که این وصیت خاص را به عمل بیاوریم، به مصرف خیر دیگر برای تو برسانیم یا به وارث بدهیم، البته میگفت که به مصرف دیگر برسانید. و این دلالت اشاره که ضم شود به استصحاب و سایر مؤیدات از

تبع نظائر مسأله که اشاره به بعض آنها شد، قول مشهور قوت تمام مگیرد. و از این تحقیق ظاهر شد این که: طلب موصی از وصی مطلب خاصی را که به عمل بیاورد، از قبیل (واجبات مطلقه) است، نه مشروط. و هم چنین وجوب وفای وصی به

مقتضای وصیت بعد قبول، از باب واجبات مطلقه است. و هر گاه مسلم شد که مقدمات

طلب مطلق، لازم آن طلب است و مدلول کلام طالب است به دلالت اشاره هر چند مقصود به دلالت نباشد. پس هر گاه موصی طلب کند از وصی که به فلان مقدار از

برای

من حج کن، یا به فلان وجه بنده آزاد کن، و معتقد امکان آن باشد، پس هر گاه موقوف

باشد عمل آوردن آن به تحصیل مقدمات چند، این طلب نسبت به آن مقدمات، مطلق خواهد بود، نه مشروط.

پس چنان که هر گاه موقوف باشد خریدن بنده به آن قیمت خاص به این که وجه را به بلد

دیگر بفرستند که در آنجا به هم مرسد. و تحصیل آن موقوف باشد بر این، و خطری هم در

راه نیست، لازم است که وصی این مقدمه را به عمل بیاورد. یا آن که موقوف باشد خریدن آن به این قیمت، به این که به عنوان سلف در موعد دو سال یا سه سال بخرد ممکن شود، لازم میشود. و هم چنین هر گاه آن وجه را توان به معامله داد که به ضمیمه ربح آن ممکن شود اتیان به آن. و اینها همه داخل مقدمات ممکن است و از باب مقدمه لازم میشود. و چنان که از باب مقدمه بر وصی لازم است، از باب مقدمه (مطلوب تبعی موصی) نیز بوده است. هر چند در وقت وصیت متفطن آن نشده باشد.

و نظر شهید ثانی (ره) در مسأله حج که پیش اشاره کردیم (که لازم است استنما مال و طلب زیادتی کردن به ربح آن به قدری که وفا کند) ظاهراً به همین است که بیان کردیم.

پس از مجموع آنچه گفتیم ظاهر شد که در صورت سؤال، اجرت المثل ایام تصرف آن ملك مال میت است و باید به مصارفی که گفته است برسد. و هر گاه في الحال آن وارث

خاص متمکن از خریدن نیست آن ملك در ملك میت باقی است و باید به اجاره داد به

همان وارث، یا غیر آن (به هر کی صلاح باشد) و وجه اجاره را به مصرف او رساند. و بعد از

تمام شدن صوم و صلوات و غیرهما که وصیت کرده، به مصرف خیرات دیگر برسانند از

برای او. و بعد از آن که وارث متمکن شود از خریدن آن به او بفروشند و به تتمه آنچه وصیت

کرده برسانند اگر باقی مانده باشد، و الا به مصرف سایر میراث و خیرات برسانند. چون

مال میت است و دلیلی بر انتقال به وارث نیست.

و هر گاه وارث مذکور بمیرد، یا یأس حاصل شود از تمکن او از خریدن، به دیگری بفروشند و چنان که گفتیم معمول دارند، تا به مقتضای وصیت به قدر امکان عمل شده

باشد. پس خوب تأمل کن تا مطلب را بیابی. و حاصل جواب در صورت مسأله این است

که مادامی که امید هست که آن وارث متمکن شود از خریدن و ممکن شود که آن ملك را

به اجاره بدهند و امور معجله او را به انجام بیاورند، باید صبر کرد و فروخت به غیر. و

هر گاه از قرائن حال یأس حاصل باشد، یا آن که معلوم باشد که مراد موصی تعجیل بوده، و

خریدن او به این سبب ممکن نباشد، یا آن که وجهی که در مصرف کفن و دفن و اخراجات

آن شده، عوض آن را میخواهند و صبر نمکنند، میتوان به غیر آن وارث فروخته (تمام)

آن ملك را هر گاه بدون آن نشود، یا به قدری که وفا به معجلات بکند) و به

مقتضای

وصیت عمل کرد. و اجرت المثل ایام گذشته آن ملك مال میت است و آن را باید به مصارفی که وصیت کرده برسانند.

و هر گاه از آن وجه تمام وصیت به عمل آمد باز آن عین ملك، مال میت است و منافع آن

را به مصرف خیرات او برسانند، تا آن که وارث او متمکن شود از خریدن که به او مفروشند و قیمت آن را صرف خیرات دیگر او میکنند و هر گاه از وجه اجاره، تمام وصیت ها، به عمل نیامد، بعد فروختن بقیه آنها را تمام میکنند و تتمه قیمت را صرف سایر خیرات او میکنند. و هر گاه آن وارث بمیرد یا یأس از تمکن آن حاصل شود به

دیگری مفروشدند. و چنان که گفتیم مسکنند به همان تفصیل.
۱۲۰: سؤال: هر گاه کسی در سفر فوت شود و چند نفر یتیم دارد، و چند نفر

وصی

دارد که بعضی معتمد و بعضی غیر معتمد، و مال او را رفقای او آورده اند و می
خواهند که

به صاحبش برسانند، تکلیف ایشان چه چیز است؟ و حال این که ایشان نمدانند که
آیا

مقلد مجتهدی بوده یا نه، و بر فرضی که بوده، نمدانند که مجتهد او رأیش جواز
وصایت

فاسق بوده یا نه. و نمدانند که آیا میت این غیر معتمدها را به اعتقاد عدالت وصی
کرده
یا نه.

آیا عدالت در وصی شرط است یا نه؟ و بر فرضی که شرط نباشد، هر گاه عادل را
وصی کند و بعد از آن فسق او ظاهر شود آیا معزول میشود یا نه؟ و آیا تعدد اوصیا
جایز است یا نه؟ و آیا استقلال هر يك در تصرف جایز است یا نه؟ و در صورت
لزوم

اجتماع، هر گاه اختلاف کنند در رأی، چه باید کرد؟ و بعد از همه این مراحل، آیا
الحال بر

این شخص که مال در دست او است چیز است؟ مسائل را مفصلاً با اشاره اجمالی
به مأخذ بیان فرمائید.

جواب: این سؤال مشتمل است بر چند مسأله.

اما اولی: خلاف کرده اند در (اشترای عدالت). و اشهر و اظهر اشترای عدالت است.
و از

ابن زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده. و بعضی قائل شده اند به عدم اشترای. و ابن
ادریس در اول فتوی به وجوب عدالت داده، به جهت آن که وصیت امانت است و
به غیر

عادل کسی مؤتمن نمیتواند بود. و بعد از آن تعلیلی گفته است که (مقتضای مذهب
ما و

اصول ما و روایات ما این است که عدالت شرط نیست در صحت وصی کردن). و
گفته

است که: خلافتی نیست در این که [جایز] است کسی و دیعه بگذارد نزد فاسق. پس
همچنین وصیت. بلکه عدالت مستحب است در وصی. و محقق در نافع و علامه در
مختلف نیز اختیار عدم اشترای کرده اند. و بعضی گفته اند که شکی نیست که شرط

است عدم ظهور فسق او. و در اشتراط عدالت تامل کرده [اند].
دلیل (قول) اول این است که این امین گرفتن در مال غیر است و معتمد گرفتن در
ادای حقوق غیر. و فاسق محل امانت نیست، و به خبر دادن او از آنچه کرده است
نمیتوان عمل کرد. به دلیل آیه شریفه (ان جائکم فاسق بنبأ فتبینوا) ۱. و اشعار دارد بر

۱: سوره حجرات، آیه ۶.

این اخباری که دلالت دارند بر این که (هر گاه کسی بمیرد و مالی داشته باشد و ورثه صغار داشته باشد و وصی نداشته باشد، شرط است در آن کسی که مباشر امر آنها میشود عدالت او) ۱. و در این اخبار تنبیه هست به این که اگر وصی مداشت هم بایست عادل باشد. و فرق ما بین وصی و قیم و ولی شرعی گذاشتن از اره این که موصی تصرف در مال خود میکند، و حاکم در مال غیر. مدفوع است، به آن که موصی نیز تصرف در مال و حق غیر میکند. چون بعد مرگ، او را حقی و تسلطی نیست بر آن اموال. و شهرت بین الاصحاب و اجماع منقول و آنچه مذکور شد از ادله و تنبیهات، کافی است در اثبات مطلب.

و دلیل قول به جواز عموم آیات ۲ و اخبار و قیاس به وکیل و مستودع است و عمومات مخصص است به آنچه گفتیم. و قیاس باطل است خصوصاً با وجود فارق، چون موکل و مودع مطلع از حال هستند و تصرف در مال خود میکنند. بخلاف موصی که بعد از مرگ، او را خبری از حال نیست خصوصاً این که از مال او بیرون است. با وجود آن که راه منع در عدم اشتراط عدالت وکیل و مستودع، مسدود نیست. چنان که شهید ثانی (ره) اشاره به آن کرده. و به هر حال دور نیست که مجرد وثوق و اعتماد کافی باشد. چنان که بعض متأخرین میل به آن کرده اند.

و شهید ثانی (ره) فرموده است که (شرط عدالت را به جهت حصول وثوق به فعل وصی و اعتماد به خبر او کرده اند که هر گاه بگوید چنین کردم، از او قبول کنند. چنان که ظاهر دلیل ایشان مقتضی این است. و صحت فعل فی نفسه موقوف بر آن نیست). پس هر گاه شخصی ظاهر العداله بوده است و او را وصی کرده اند و کاری بکند و بعد از آن فسق او

ظاهر شود، صحیح خواهد بود. بلکه هر چند فسق او ظاهر باشد و لکن به اطلاع دو عدل یا حاکم، بکند، صحیح خواهد بود. چنان که در نایب حج ذکر کرده اند که عدالت شرط صحت استیجار و استنابت است، نه صحت نیابت و برائت ذمه منوب عنه. و لکن ظاهر عبارت ایشان در اشتراط عدالت منافی این است. و این اشکال در صحت حج نایب فاسق، هم وارد است، و اظهر بطلان آن است. چنان که در کتاب غنایم الایام بیان آن

- ۱: وسائل: ۱ حکام الوصایا، باب ۸۸ ح ۲.
۲: بقرة ۱۸۰ و ۲۴۰ - نساء ۱۱ و ۱۲.

کرده ایم. چون (نهی در معامله) در اینجا راجع به (نهی در عبادات) میشود. و اما بطلان

معامله منهی عنه لم پس آن معلوم نیست.

مسأله دوم: هر گاه کسی شخص عادلی را وصی کند و بعد از آن فسق او ظاهر شود:

پس مشهور این است - بلکه از مقدار و غیر او دعوی اجماع نقل شده - که وصایت او باطل

میشود. اما بنا بر قول به اشتراط عدالت: پس اشکالی نیست. و هم چنین بنا بر قول دیگر

هر گاه باعث بر وصی کردن او اعتقاد به عدالت او باشد. و اما در غیر آن پس آن جای

اشکال است و مقتضای ظاهر اجماع منقول از مقدار و احتمال این که شاید وصیت موصی مبتنی بر اعتقاد عدالت وصی بوده، بطلان وصیت است. و ابن ادریس در اینجا نیز حکم به صحت کرده. و نقل قول بطلان را از شیخ در مبسوط کرده و گفته است که

(قول مخالفین است و از اصحاب ما روایتی و فتوائی در این باب نیست) و استدلال کرده

است به اصل و عموم (فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه علی الذین یبدلونه). ۱ و بنا بر قول به عدم اشتراط عدالت از اصل، اظهر قول ابن ادریس است. و چون مختار

ما اشتراط است پس اظهر بطلان است. و اطلاق کلام آنان که فتوی به بطلان داده اند به

سبب ظهور فسق شامل ظهور فسق قبل از موت موصی و بعد از آن، هر دو هست. خواه

در حال حیات موصی علم به هم رساند به فسق یا نه. و بعضی اشکال کرده اند در صورت

حصول علم و عدم عزل. و بنا بر قول به عدم اشتراط عدالت، این اشکال بجا است. زیرا که

این کاشف از نفی احتمال سابق نیست. و اظهر این است که وصایت باطل میشود به مجرد ظهور فسق. و موقوف نیست بر حکم حاکم و عزل او. پس هر گاه تصرف کرده باشد

قبل از حکم حاکم و بعد ظهور فسق، نافذ نخواهد بود. خصوصاً در وقتی که معلوم شود

که داعی بر نصب او اعتقاد عدالت او بوده، هر چند قائل به عدم اشتراط عدالت باشیم. و در کفایه گفته است که: از بعض عبارات ظاهر میشود که انعزال او موقوف است به عزل حاکم. و اما هر گاه عود کند به عدالت بعد ظهور فسق: پس در آن دو قول است. و در کفایه گفته است (مشهور عدم رجوع وصایت او است). و بعد از آن نزدیک شمرده است قول به رجوع را. و اول اقوی است به جهت اصل وعدم دلیلی بر رجوع بعد از زوال آن.

۱: ۱۸۱ بقره.

مسأله سوم: جایز است تعدد اوصیا، و فتاوی و اخبار ۱ بر آن متطابق است، و اشکالی

در آن نیست.

مسأله چهارم: هر گاه شرط کند موصی [اجتماع] اوصیا را واجب است اجتماع و جایز

نیست انفراد هر يك. و ظاهرا خلافی در مسأله نیست. و فخر المحققین گفته است که

(تصرف احد هما نافذ است منفردا در رد اعیانی که مال غیر باشد، مثل ودیعه و اعیان

مغضوبه. چون واقع شده در موقع خود. و اما عقود و آنچه متعلق اجتهاد است: پس همگی اتفاق دارند بر عدم صحت آن. و از جمله آنها نفقه و کسوه صغار و حیوان است.) و

گفته است که (خلاف در صورتی است که تشاح و تنازع کنند و اتفاق نکنند بر چیزی، که

آیا جایز است تصرف در اموری که ناچار است از آن، مثل انفاق یتیم و اکسای او). و آن را

در مسأله پنجم ذکر میکنیم. و بدان که مراد از اجتماع اتفاق در رای است هر چند مباشر عمل یکی از آنها باشد به اذن دیگری.

و هر گاه به عنوان اطلاق دو نفر را وصی کند و شرط اجتماع نکند، اشهر و اظهر [در

اینجا] نیز عدم جواز انفراد است. چنان که مدلول مکاتبه محد بن الحسن صفار است ۲، و

مقتضای اصل، و عموم (فمن بدله بعدما سمعه...) ۳ است. چون ظاهر اطلاق، اجتماع

است. و از شیخ نقل قولی بر جواز انفراد شده. و استدلال بر آن کرده اند به روایت متشابه

الدلالتی که مقاومت با دلیل مشهور نمکند. و هر گاه خواهند قسمت کنند اوصیا در میان خود (که بعضی تصرف در بعضی امور کنند و بعضی در بعضی دیگر) این [نیز]

جایز

نیست. چون مخالف وصیت است. و در مکاتبه محمد بن الحسن صفار دلالت بر این

هست:

(قال: کتبت الی ابی الحسن العسکری (ع): رجل کان اوصی الی رجلین. أيجوز

لأحدهما
ان ينفرد به نصف التركة والاخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: لا ينبغي لهما ان يخالفا
الميت وان يعملوا على حسب ما امرهما، ان شاء الله). و سند روایت صحیح است
ودلالات
آن هم واضح است به قرینه تنبیه بر علت در آخر آن، که اشاره به آیه (فمن بدله بعدما

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

۲: همان مرجع: ح ۱.

۳: ۱۸۱ بقره.

سمعه... دارد، و صدوق گفته است که (توقیع در نزد من است به خط امام - ع -
(۱. و این

حدیث شامل صورت اطلاق موصی و تقییدا و (هر دو) هست.
و اما هر گاه بگوید که (خواهند به انفراد بکنند، و خواهند به اجتماع): پس در آن
نیز

اشکال نیست که جایز است تصرف هر يك مجتمعا و منفردا.
مسأله پنجم: در صورتی که باید به اجتماع رأی [عمل] بکنند، [اگر] نزاع کنند در
رای و مخالفت کنند، پس ممضی نیست آنچه احدهما به تنهایی بکند. و جمعی از
اصحاب استثنا کرده اند اموری چند [را] که ناچار است از آن و تاخیر نمیتوان کرد.
مثل

خوراك و پوشاك صغير و غلام و كنيز و حيوان. و مثل اینها است خریدن کفن از
برای

میت. و بعضی بر آن زیاد کرده اند ادای دیون او را، و انفاذ وصیت معینه او را، و
قبول هبه

از جانب صغير با خوف فوات نفع و رفع دعوی که کسی با میت داشته باشد، یا
اثبات

حقی برای میت، و هم چنین نسبت به صغير، ورد و دیعه معینه و عین مغصوبه. و از
شیخ

در مبسوط نقل شده است اطلاق منع بدون استثنا. و این را فخر المحققین نسبت به
ابن

ادریس داده و آنچه در سرائر به نظر رسیده خلاف این است. بلکه او نیز در صورت
تشاح

استثنا کرده است ماکول و ملبوس یتیم را، و نسبت او را به روایت داده است.
و از ابو الصلاح نقل شده است که (با تشاح، رد میکند امر را ناظر در مصالح امور
-

یعنی حاکم شرع - به اعلم اوصیا و اقوای آنها، و باقی را تابع آن میکند). و علامه در
قواعد گفته است که (محمتمل است در نزد من که اگر موصی نهی کرده است از
انفراد،

ضامن است در تصرف در نفقه یتیم)، و حمل کرده است اقوال علما را در عدم
ضمان، بر

صورتی که موصی مطلق وصیت کرده باشد. و صاحب کفایه نقل کرده است از
بعض

متأخرین، ضمان منفرد را مطلقا. و خود پسندیده است آن را.

و آنچه در نظر احقر اظهر است این است که از مقتضای وصیت جایز نیست بیرون رفتن، الا در جائی که ضرر لازم آید که عقل و نقل دال بر [جواز] آن است. مثل آن که صغار گرسنه اند و برهنه اند و عسرت میکشند. در اینجا انتظار اتفاق رأی اوصیا موجب هلاک یا عسرت آنها است. و هم چنین در صورتی که عمارت آنها یا حیوان آنها در معرض تلف باشد و تأخیر موجب ضرر میشود. بلکه در غیر صورت تشاح هم هر گاه تأخیر از برای

۱: فقیه ج ۲ ص ۲۷۵.

اجتماع اوصیا منشا ضرر باشد، آن نیز چنین است. و عموم (ما علی المحسنین من سبیل) شامل آن است. و لکن از کلام فخر المحققین بر مآید که عدم جواز اتفافی است

در غیر صورت تشاح، چنانچه پیش گفتیم، و این مشکل است. بلی خوب است سخن او هر گاه متمکن از رجوع به حاکم باشد و رجوع نکند اما در

صورت عدم تمکن پس آن تمام نیست. مگر این که بگوئیم که این تصرف در این وقت از راه

این است که وصی احدی از عدول مؤمنین است که در حال فقد حاکم تصرف میتواند

کرد (یا مطلق مؤمنین در حین فقد عدول نیز) حسبة نه از باب وصایت است ۱ تا با قواعد و

اصول مخالفت بکند. و در این صورت ضمان هم حاصل نمیشود، به جهت آن که احسان

محض کرده است. و از کلام ابن ادریس بر مآید که در صورت تشاح روایتی هست. زیرا

که گفته است (فان تشاحا في الوصية والاجتماع لم ينفذ شئ مما يتصر فان فيه. الا ما يعود بمصلحة الورثة والكسوة لهم والماکول علی ماروی).

از برای کلام علامه هم به دلیلی بر نخوردم که اعتمادی به آن توان کرد. و آنچه جمعی

از علما در این مقام گفته اند [این است] که در صورت تشاح اوصیا وعدم اتفاق رأی ایشان

بر امر واحد، حاکم شرع را مرسد که اجبار کند ایشان را بر اجتماع، بدون این که آنها را

به دیگری بدل کند، با امکان، چون حاکم را با وجود وصی ولایتی نمباشد. وأبو الصلاح

در مسأله مخالفت کرده و گفته است که ناظر امر یعنی حاکم شرع امر را وا مگذارند به

اعلم و اقوای آنها [و دیگران را تابع او میکنند]. و في الحقيقة مال این دو قول یکی است.

پس بر او وارد نمآید که این منافی اجتماعی است که منظور موصی بوده. و هر گاه این هم ممکن نشود آن وقت حاکم شرع آنها را بدل میکند به دیگری. و ظاهر

این است که تعدد را بر وفق نظر موصی ملاحظه کند تا حسب الامکان از مقتضای وصیت خارج نشده باشد. و از علامه در تذکره نقل شده است تصریح به این که اوصیا به این سبب معزول نمیشوند بلکه آنها را که حاکم نصب کرده، نایب ایشانند. و ابن ادریس در سرایر گفته است که (در صورت تشاح حاکم را مرسد که استبدال کند ایشان را، به جهت ظهور فسق ایشان، چون اخلال به واجب کرده اند که قیام به مقتضای وصیت است). و

دیگر اجبار حاکم بر اجتماع را ذکر نکرده است. با وجود این که سابق بر این گفته است که

(ظهور فسق منشأ بطلان وصیت نمشود). چنانچه پیش نقل کردیم.

و بدان که: در این مقام اشکالی هست. و آن این است که بنابر اشتراط عدالت چگونه

مشود که گرفت و گیر اوصیا و مخالفت ایشان به سر حدی برسد که حاکم باید آنها را

اجبار کند بر اجتماع رأی؟ پس آنها در این صورت خود فاسق و معزول میشوند چنان که پیش گفتیم. و اگر عدالت هم شرط نباشد، [باز] (بنابر مشهور) ظهور

فسق منشأ بطلان وصایت مشود، چنان که گفتیم. خواه به مجرد مخالفت باشد اگر این

تخالف و تعاسر را کبیره دانیم، یا با اصرار بر آن اگر صغیره دانیم. ممکن است دفع آن به این که شاید مراد اصحاب در صورتی باشد که تعاسر و تخالف

اوصیا از راه عناد و لجاج [ن] باشد. بلکه از راه اختلاف نظر در مصالح و تفاوت اجتهاد آنها

باشد. و ظاهر هم این است. و بنابر این پس جمع ما بین ادله و قواعد مقتضی آن است که

در صورت عدم اجتماع، حاکم امر را به اعلم و اقوای اوصیا موکول کند و دیگران را تابع او

کند، تا از مقتضای وصیت حسب المقذور بیرون نرفته باشد. و اجبار مطلق که در کلام

اصحاب است حمل بر این شود. و الا گاه است که باید اعلم و اقوی تابع اضعف و نادانتر

بشود، و الا اجتماع ممکن نشود. و این قبیح است. و اگر خود اجتهادی بکند و همه

را تابع رأی خود بکند، پس آن عزل ایشان است و نصب خود. و آنها را به منزله نایب خود

خواهد کرد.

و در صورتی که موکول کردن امر به اعلم و اجبار دیگران به متابعت میسر نشود، پس

آن در حکم مفقود بودن وصی است که حاکم خود مستقل خواهد بود. چون عدم

اجتماع

رأى، ایشان را به منزله معدوم میکند. پس تحقیق همان قول ابو الصلاح است که تاویل

کلام مشهور هم به آن ممکن است.

و بدان که: هر گاه عجزی رو دهد به یکی از اوصیا به تمام عمل به وصیت (به سبب مرضی یا مثل آن) مشهور این است که حاکم ضم میکند به عاجز، امینی دیگر را، که کمك عاجز بکند. پس در این وقت هر سه باید متوجه شوند. و شهید (ره) در دروس قائل

شده به این که (حاکم ضم میکند به آن دیگری احدی را)، که در این وقت دو نفر متوجه

مشوند. و اقوی قول مشهور است. به جهت آن که حسب الامکان مخالفت وصیت نشده

باشد. به جهت آن که (عجز في الجملة) مانع نیست از وصی شدن ابتدائی (چنان که دعوی

۱: توضیح: مصنف (ره) بدین ترتیب جمع بین القولین میکند. یعنی قول فخر المحققین ناظر است بر اینکه " در صورت ضرر نیز وصی به عنوان وصی نمیتواند اقدام کند ". و نظر قائلین به جواز اقدام در صورت ضرر " بر این است که: وصی به عنوان احدی از مؤمنین میتواند اقدام کند.

اجماع بر آن کرده اند) پس عجز في الجملة چگونه مضر باستدامه حکم آن میشود و از این جهت بعضی گفته اند که مراد شهید هم عجز بالمره است. و آن دور نیست، بلکه

وجه ظاهری است.

و ما هر گاه احدهما بالمره عاجز شود یا بمیرد یا دیوانه شود یا غایب باشد غیبت دوری، پس در اینجا حاکم ضم میکند به آن دیگری امینی را، بنابر قول جمعی. و مشهور

این است که در این صورت احتیاج به ضم حاکم نیست و آن دیگری مستقل است در

وصایت. و دور نیست ترجیح اول، تا آن که حسب الامکان به وصیت عمل شده باشد. چون

موصی به عمل او مستقلاً راضی نبوده. و از اینجا ظاهر میشود که حاکم نتواند همه امر

را به دیگری واگذارد. بمعنی این که رخصت حاکم را به منزله ضمیمه قرار دهیم. بلی

هر گاه بالمره عجز از برای هر دو حاصل شود، در این وقت حاکم هر چه صلاح داند میکند.

خواهد يك نفر نصب میکند و خواهد بیشتر. چون در این وقت عمل به وصیت موصی، به

هیچ وجه ممکن نیست و امر منحصر است در ولایت حاکم.

و از اینجا معلوم شد که هر گاه از اول وصی یکی باشد عاجز شود في الجملة، هم، حاکم

باید به او ضم کند دیگری را. و هر گاه از اول بالمره عاجز شود، حاکم نصب میکند دیگری را. و

همچنین در جائی که دو وصی نصب کرده باشد موصی، و اذن داده باشد که هر يك مستقلاً و منفرداً عمل کنند، هر گاه یکی از آنها عاجز بالمره شود یا بمیرد، حاکم دیگری

را به او ضم نمیکند. از اینجا معلوم میشود حکم جائی که یکی را وصی مستقل کرده باشد و دیگری را به شرط اجتماع، که باید به اقتضای وصیت او عمل کرد. و حکم (عجز)

في الجملة) و عجز بالمره) و نصب حاکم از آنچه گفتیم در اینجا هم ظاهر میشود. و بدان که: جایز است که موصی مشرفی و ناظری بر اوصیا تعیین کند. به این معنی که اوصیا به رأی او عمل کنند، اما عمل مخصوص اوصیا باشد. و حکم مشرف و

ناظر هم از آنچه گفتیم ظاهر مشود.
هر گاه اینها همه را دانستی، پس بر مگردیم بر سر اصل سؤال و تمهید مقدمه
مکنیم و آن این است که: باید دانست که آیا نقض فتوای مجتهد جایز است؟ یا
فتوی
هم مثل حکم حاکم است که نقض آن جایز نیست؟ و این مسأله بسیار طویل الذیل و
از
مشکلات مسائل است. و تحقیق آن را در قوانین کرده ایم، و در آنجا قائل به
تفصیلی
شده ام که مقام وسعت ذکر آنها را ندارد. و اظهر در نظر حقیر این است که در اینجا

مجتهد تواند نقض فتوی کرد. به این معنی که هر گاه مجتهد سابق رأی او جواز وصایت فاسق باشد و مجتهد لاحق چنان نداند، تواند وصی فاسق را عزل کرد. خواه فاسق بوده باشد از ابتدا یا ظاهر شده باشد فسق او بعد از ظهور عدالت، هر گاه رأی او این باشد.

و به مقتضای مقدمات سابقه هر گاه موصی شرط انضمام کرده باشد، حاکم ضمیمه [را] در بدل آن قرار بدهد، و هر گاه شرط انفراد کرده باشد، امر را به دیگران واگذارد. و هر گاه معلوم نباشد حال، محتمل است که در حکم مطلق باشد (که اقوی در آن لزوم اجتماع بود) و به مقتضای آن عمل کند. و محتمل است که امر موکول به رأی حاکم باشد. چون اطلاق معلوم نیست. و اصل عدم تقیید، مقتضی اطلاق نیست، به جهت آن که اطلاق هم در این مقام به منزله قید است، و هر دو از حوادث و اصل عدم هر دو است. زیرا که نسبت آنها به صدور از موصی مساوی است. و اصل عدم هر دو دور نیست که ترجیح اول را بدهیم. چون اطلاق اغلب است از تعیین انفراد، بلکه غالب احد امرین است یا اطلاق یا شرط اجتماع. و مقتضای هر دو لزوم ضمیمه است.

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

جواب: این وصیت از باب وصیت به مال نیست. بلکه از باب وصیت به ولایت است. و حکم آنها متفاوت است. اما وصیت به مال: مثل این که وصیت کند که فلان قدر از مال مرا به زید بدهید، در این صورت موصی له که زید است هر گاه دو مرد عادل شاهد داشته باشد، یا چهار زن عاقله مطلب او ثابت میشود. و در وقت ضرورت و فقد عدول مسلمین

دو نفر از عدول اهل ذمه هم کافی است. و هر چند ظاهر آیه ۱ و بسیاری از اخبار
۲، اشتراط
این است که در سفر باشد، و لکن چون آن قید وارد مورد غالب است اعتماد به آن
مشکل
است. و مقتضای علت منصوصه که در بعض احادیث صحیحه و غیر صحیحه که
تعلیل
فرموده اند قبول شهادت ایشان را به این که (خوب نیست که حق احدی باطل شود
و ضایع
شود)، اعتبار مطلق ضرورت است. و بعض علما قسم دادن آنها را بعد نماز عصر هم
لازم

۱: یا ایها الذین آمنوا شهادة بینکم اذا حضر احدکم الموت حین الوصیة اثنان ذوا عدل منکم او آخران من
غیرکم ان
انتم ضربتم فی الارض فاصابتکم مصیبة الموت تحبسونهما من بعد الصلوة فیقسمان بالله... آیه ۱۰۶
سوره مائده.
۲: وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۰ ح ۶، ۷، ۸.

دانسته اند، نظر به ظاهر آیه.

و هم چنین ثابت مشهود به شهادت يك زن عادلّه در ربع وصیت. و به دو زن در نصف

آن، و به سه زن در سه ربع آن. چنان که مستفاد میشود از اخبار معتبره ۱. و ظاهراً خلافی

هم در آن ندیدیم. و اظهر این است که انضمام هم ضرور نیست. و ظاهر این است که

انضمام یمین به دو زن یا سه زن هم اثبات تمام وصیت را نمیکند. چون در اخبار فرموده اند که به شهادت دو تا، نصف ثابت میشود، و به شهادت سه تا، سه ربع. و متعرض حال یمین نشده اند. و دلیل عامی که (در همه جا دو زن قائم مقام يك مرد باشد) در نظر نیست. و خلاف کرده اند در این که آیا وصیت به مال به شهادت يك مرد با

یمین ثابت میشود یا نه؟ و دور نیست ترجیح قبول. نظر به عموم دلیلی که دلالت

دارد بر قبول آن در حقوق مالیه. و هم چنین به شهادت يك مرد و دو زن.

و آیا به شهادت يك مرد تنها بدون قسم ثابت میشود نصف، چون قائم مقام دو زن است؟ یا ربع (بنابر این که اولی است از زن به قبول)؟ یا آن که هیچ اعتبار ندارد،

چون نصی

در آن نیست؟ در این چند احتمال است. و در کفایه گفته است که (اضعف

احتمالات

وجه اول است). و دور نیست که حکم توان کرد به قبول نصف و لا اقل ربع. و

مؤید این

است روایت اسحاق بن عمار که شیخ روایت کرده (قال سألته عن رجل کانت له

عندی

دنانیر و کان مریضاً، فقال لی: ان حدث بی حدث فأعط فلانا عشرين دینارا وأعط

أخی

بقية الدنانیر، فمات و لم اشهد موته. فاتانی رجل مسلم صادق فقال لی: انه امرنی ان

اقول لك انظر و لم الدنانیر التي امرتك ان تدفعها الی اخی فتصدق منها بعشرة دنانیر

اقسمها فی المسلمین. و لم یعلم اخوه ان عندی شیئا. فقال: أری أن تصدق منها

بعشرة دنانیر كما قال). ۲ و فیها دلالة بثبوت الوصیة بقول ثقة.

و اما وصیت به ولایت: - یعنی وصیت کند که فلان کس وصی من باشد - : پس

شبهه ای نیست که به شهادت رجلین عدلین ثابت میشود. و اما شهادت زنان به

تنهایی

در آن قبول نمیشود، چون مناط قبول شهادت ایشان منفردا جائی است که از اموری

باشد که بر رجال مخفی ممانند. و گویا خلافتی هم در آن نباشد. و اما شهادت يك
مرد با

-
- ۱: وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، احادیث باب ۲۲.
۲: وسائل: احکام الوصایا، باب ۹۷ ج ۱ - تهذیب ج ۲ ص ۳۹۹.

یمین، پس مشهور عدم قبول آن است نیز. به جهت آن که قبول آن مختص (حقوق مالیه) است، و ولایت (تسلط بر مال) است. نه حق مالی. و این که گاه است وصی هم اخذ مالی میکند در ازای اجرت، یا از باب (انفاق بر سبیل معروف)، این منشأ این نمیشود که این را (حق مالی) گویند. زیرا که وضع وصایت و ولایت برای این نیست. اما شهادت دو زن و يك مرد: پس ظاهر جمعی این است که آن هم قبول نیست.

هر گاه این را دانستی بر مگردیم بر سر اصل مسأله و می گوئیم: اولاً وصیت صحیح نیست الا در ثلث، مگر به اجازه وارث. و در ثلث هر گاه وارث مطلع نباشد، بینه و بین الله ثلث مال را میتواند به مصرف خیر او برساند. و هر گاه مطلع شود محتاج است به اثبات. و اثبات وصایت به شهادت شاهد واحد نمیشود هر چند ضم کند یمین را به آن.

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

جواب: بلی مشهور آن است که وصیت متعلق به دیه میشود. و از صاحب کفایه ظاهر میشود - در کتاب وصیت و کتاب میراث هر دو - که خلافتی در مسأله نباشد. و لکن چنین نیست، چنان که خواهی دانست. و اظهر و اشهر (چنان که مقتضای اطلاق جماعتی و تصریح جماعتی دیگر است) این است که فرقی ما بین عمد و غیر آن نیست. هر چند بنا بر مشهور که اصل در عمد قصاص است نه این که وارث مخیر است ما بین قصاص و دیه - اشکال وارد مآید. از جهت آن که در این صورت قصاص حق وارث است و او بذل میکند آن را به دیه، یا بیشتر، یا کمتر، به صلح. پس میت را در آن حقی نیست که وصیت

متعلق به
آن شود. و این حق مالی نیست از برای میت که وصیت به آن تعلق بگیرد.
و رفع این اشکال را به این کرده اند که چون قبول معاوضه میکند به صلح بر مال،
پس
در قوه حق مالی است. و زیاده بر آن در خصوص دیه خطا دلالت میکند روایت
محمد بن
قیس از محمد بن مسلم از حضرت باقر - ع - (قال: قلت له: رجل اوصی لرجل
بوصیة من
ماله، ثلث او ربع، فقتل الرجل خطا (یعنی الموصی)، فقال: یجاز لهذا الوصیة من ماله
و
من دیته) ۱. این حدیث را در کافی در باب نوادر وصایا نقل کرده و در سند آن
تردید

۱: وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۱۴، ح ۱.

هست ما بین (عبد الرحمن بن ابی نجران) و غیر او. و به این سبب حدیث از صحت بیرون

مروود. و در تهذیب نیز روایت کرده به همین سند، و علاوه بر این (مضمّر) است. ۱
و در من لا یحضره الفقیه روایت کرده است از عاصم بن حمید از محمد بن قیس [از
محمد بن مسلم] ۲ و محمد بن مسلم در نسخه حقیر موجود نیست. و هر چند
طریق صدوق

تا عاصم، (حسن) است به ابراهیم بن هاشم لکن روایت در آنجا نیز مضمّر است. و
لکن

صاحب کفایه گفته است که مشایخ ثلاثه آن را به سند صحیح از محمد بن قیس
روایت

کرده اند. والحال در نظر حقیر نیست جائی از کتب ثلاثه که سند آن خالی از
اشکال

باشد. و به هر حال شکی در اعتبار سند آن نیست، به قراین و اعتضاد به عمل.
و در تهذیب از سکونی به سند معتبر روایت است روایت است از حضرت صادق -
ع - (قال

أمیر المؤمنین - ع - : من اوصی بثلثة ثم قتل خطأ فان ثلث دیتة داخل فی وصیة) ۳.
و در

من لا یحضره الفقیه نیز روایت مرسلی به همین مضمون هست. و هر چند این روایت
ها در

خصوص دیه خطا است. و لکن شیخ در سند صحیح از محمد بن قیس روایت کرده
است از

حضرت باقر - ع - (قال: قضی أمیر المؤمنین - ع - فی رجل اوصی لرجل وصیة
مقطوعة غیر

مسماة من ماله ثلثا او ربعا او اقل من ذلك او اکثر ثم قتل بعد ذلك الموصی فودی،
فقضی

فی وصیة انها تنفذ من ماله و من دیتة كما اوصی) ۴. ظاهر این روایت شامل دیه
عمد هم

هست. و صاحب کفایه در آن اشکال کرده است به این که ممکن است که این
واقعه خاصه

باشد و استدلال به آن تعمیم مشکل است.

و می توان گفت که حکایت امام (ع) این مطلب را به عنوان اطلاق از امیر المؤمنین
(ع)

ظاهر در عموم است. اگر مراد مورد خاص بود (تاخیر بیان) لازم مآمد در آنچه

(ظاهر
این است) که وقت حاجت باشد. و به هر حال شهرت با این روایت [و] با تایید به
حکم
دین، کافی است در تعمیم. و صاحب کفایه با وجودی که این اخبار را در کتاب
وصیت
نقل کرده، در کتاب میراث مگوید که (دلیلی در مسأله نیست به عنوان اطلاق و
لکن
خلاف در مسأله در میان اصحاب نمودانیم) و این غریب است. با وجود این که در
مسالك

-
- ۱: در کافی تصریح به نام امام باقر (ع) شده و مضمّر نیست. - رجوع کنید: فروع: ج ۲ ص ۲۵۲.
۲: فقیه: ج ۲ ص ۲۸۵.
۳: وسائل: همان باب ح ۲ - تهذیب: ح ۲ ص ۳۸۷ - فقیه: ج ۲ ص ۲۸۵.
۴: وسائل: همان باب ح ۳. - تهذیب: ج ۲ ص ۳۹۱.

نقل خلاف کرده.

و ظاهر این است که در این حکم فرقی ما بین دین وصیت نباشد. پس دین میت از دیه او داده میشود و احادیث در این معنی وارد شده است. و از جمله اخبار صحیحیه یحیی ازرق است (عن ابی الحسن - ع - فی قتل و عیله دین و لم یتک مالاً، فاخذ اهله

الدية من قاتله، أعلیهم ان یقضوا دینه؟. قال: نعم. قلت: وهو لم یتک شیئا. قال: انما اخذوا الدية فعلیهم ان یقضوا دینه) ۱. روایت کرده است شیخ آن را در اقرار مریض، و

بعد از آن در زیادات قضا. و هم چنین کلینی در کافی و صدوق در فقیه، و لکن روایت از

صفوان ابن یحیی ازرق کرده و این اسم در رجال نیست. و ظاهر این است که سهوالقلم

شده و تصحیف کلمه (عن) به کلمه (این) شده چون راوی صفوان بن یحیی است. به هر حال حدیث صحیح است و یحیی ازرق ظاهراً همان یحیی بن عبد الرحمن ازرق

ثقه است. و هم چنین در باب میراث تهذیب به سند صحیح از علی بن نعمان از یحیی

ازرق روایت کرده (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن الرجل یقتل و ما ترک شیئاً. قال: نعم

انما اخذوا دیته فعلیهم ان یقضوا دینه) ۲. و کلینی نیز به همین نحو روایت کرده ۳. و در

تهذیب در کتاب دیون در سند صحیح از صفوان بن یحیی از عبد الحمید بن سعید روایت

کرده است از حضرت امام رضا (ع) ۴ به مضمون صحیحیه ازرق. و از جمله آنها صحیحیه

سلیمان بن خالد است از حضرت صادق - ع - (قال: قضی أمير المؤمنین فی دية المقتول

انه یرثه الورثة علی کتاب الله سهامهم اذا لم یکن علی المقتول دین) ۵.

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

-
- ۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۴ ح ۱ کافی: فروع ج ۲ ص ۲۴۰ - فقیه ج ۲ ص ۲۸۴.
۲: تهذیب: ج ۲ ص ۳۸۰. توضیح: عبارت تهذیب با عبارت مصنف (ره) تفاوت دارد.
۳: ظاهراً این دو حدیث یکی هستند و محدثین (ره) نیز بدینگونه برخورد کرده اند.
۴: تهذیب: ج ۲ ص ۶۱.
۵: وسائل: ج ۱۷، ابواب موانع الارث، باب ۱۰ ح ۱.

قتل عمدا و صالح اولیاوه قاتله علی الدیه، فعلی من الدین، علی اولیائه من الدیه؟ او علی امام المسلمین؟ فقال: بل یؤدوا دینه من دیته التي صالحوا علیها أولیاه، فانه احق بدیته (من غیره) ۱ و در تهذیب از اسحاق بن عمار (عن جعفر - ع - ان رسول الله - ص - قال: اذا

قبلت دية العمد قصارت مالا فهي میراث کسایر الاموال) ۲ آنچه مذکور شد قول مشهور است و دو قول دیگر در مسأله هست: یکی آن که: دیه

مطلقا در دین صرف نمیشود. به جهت آن که دین در حال حیات به ذمه میت قرار گرفته،

و دیه بعد از وفات مستقر میشود، و میت بعد موت مالك چیزی نمیشود. و این قول شاذ

و نادر و اجتهاد است در مقابل نص. و قول دیگر فرق ما بین عمد و خطا است. چون عمد

موجب قصاص است نه دیه. و قصاص حق وارث است. پس هر گاه صلح کند به دیه، مال او

میشود و دخلی به میت ندارد. و بر این وارد مآید - علاوه بر آن که در قتل خطا هم دیه

بعد فوت مستقر میشود و میت مالك آن نبوده و فرق بی وجه است الا از راه فی الجملة

حجیتی که حجت شرعیه نمیشود - این که ۳ آن نیز اجتهاد است در مقابل نص. و بدان که بنابر این قول مشهور که دین متعلق به دیه میشود مطلقا، خلاف است که آیا هر گاه وراثت خواهند در صورت قتل عمد قصاص کنند و میت مالی نداشته باشد، طلبکارها میتوانند مانع شوند از قصاص - از برای این که دیه بگیرند و دین ایشان را وفا

کنند - یا نه؟ اشهر این است که مانع نمیتوانند شد. چون قصاص حق ولی است و سلطنت قصاص از برای او است. چنان که کتاب خدا به آن ناطق است ۴، و روایت علی ابن

ابی حمزه سابقه هم دلالت بر آن دارد، و هم چنین عمومات اخبار. و شیخ در نهایه و ابو الصلاح و ابن براج گفته اند که نمیتوانند قصاص کنند، مگر این که

ضامن دیه شوند. و در مختلف استدلال کرده است بر مذهب شیخ به روایت عبد الحمید

بن سعید که پیش گذشت، و منع دلالت آن کرده، به جهت آن که مدلول او جواز

منع
است ۵ در صورتی که ورثه دیه را گرفته باشند، و به جهت عدم وضوح آن در قتل
عمد. و

-
- ۱: وسائل: ج ۱۹، ابواب قصاص النفس، باب ۵۹ ح ۲.
 - ۲: وسائل: ج ۱۷، ابواب موانع الارث، باب ۱۴ ح ۱.
 - ۳: در نسخه: بنا بر اینکه...
 - ۴: ومن قتل مظلوما فقد جعلنا الولیه سلطانا... اسراء ۱۷.
 - ۵: در نسخه: ودر صورتی که...

گمان حقیر این است که شیخ به روایت ابی بصیر استدلال کرده باشد که در کتاب دین

تهذیب است (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يقتل وعليه دين وليس له مال، فهل

لاولياؤه ان يهبوا ديته لقاتله وعليه دين؟ فقال: ان اصحاب الدين هم الخصما للقاتل، فان

وهبوا اولياؤه دية القاتل فجائز، وان ارادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغرما، و الا فلا) ۱. و در فقیه همین روایت را نقل کرده و بعد از (هم الخصما للقاتل)

گفته (فان وهب اولياؤه دمه للقاتل ضمنوا الدين للغرما، و الا فلا) ۲ و مفهوم این نیز افاده میکند که اگر خواهند قصاص کنند ضامن نمیشوند. و سند حدیث ضعیف است به سبب محمد بن اسلم جبلی. و لکن شیخ در کتاب دیات روایت

کرده است موافق روایت فقیه به سند خود از یونس از ابن مسکان از ابی بصیر. و سند او تا

یونس عیبی ندارد. ۳ و به هر حال این خبر مقاومت نمیکند با دلیل مشهور. و در اینجا قول دیگر هست که در مختلف از ابی منصور طبرسی ۴ نقل کرده. و آن این

است که اگر قاتل بذل دیه کند اولیا نمیتوانند قصاص کنند مگر با ضمان دین، و اگر بذل دیه نکند جایز است قصاص بدون ضمان دین. و به هر حال این دو حدیث هم از جمله اخباری هستند که دلالت دارند بر تعلق دین به دیه و در همه جا قول مشهور اقوی

واظهر است. والله العالم.

۱۲۳: سؤال: شخصی در حینی که اراده سفر مکه کرده است وصیت کرده است میان اولادش آنچه داشته است. بعضی را زیاده داده است و بعضی را کم. و چون دو زن

داشته است بعضی را اسم برده است که عوض مهر والده اش این قدر بدهند. و بعضی را

گفته است چون عروسی برای او نکرده ام این قدر بدهند. و حال که موصی امر حق را در

سفر مذکور اجابت نموده، بعضی از ورثه که رسد ایشان کمتر است راضی نیستند.

- ۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۴ ح ۲.
- ۲: فقیه: ج ۴ ص ۱۱۹، باب ۵۷ ح ۱.
- ۳: تهذیب: ج ۲ ص ۹۵.
- ۴: احمد بن علی بن ابی طالب، صاحب کتاب معروف "احتجاج". تاریخ تولد و وفاتش به طور دقیق مشخص نیست
ولی نظر به اینکه وی استاد رشید الدین محمد بن علی بن شهر آشوب، است و او در سال ۵۸۸ قمری در سن ۹۹ سالگی وفات کرده، میتوان گفت طبرسی از شخصیت های اواخر قرن پنجم و اوایل قرن ششم است که با شیخ بزرگ ابوعلی فضل بن حسن طبرسی صاحب مجمع البیان معاصر بوده و او نیز استاد ابن شهر آشوب است

جواب: مهر والده داخل دیون است و از اصل مال وضع میشود قبل از وصیت و میراث، بعد از ثبوت مقدار، و قسم، در جائی که ضرور باشد. و زیادتی که از برای عروسی

کردن بعضی ملحوظ داشته از باب وصیت است و هر گاه از ثلث زاید نباشد باید وضع کرد

قبل از میراث. و هر گاه زاید باشد موقوف است به اجازه وارث. و اما تقسیم سایر مال بین

الوراث: پس اگر خصوص مال معینی را ملاحظه نکرده و حصه هر يك از میراث هم مساوی همان میشود که گفته است، پس آن وصیت لغو است و این معنی بدون وصیت

هم ثابت میشود. و هر گاه خصوص اموال معینه را به نظر آورده - مثل آن که فلان باغ را به

فلان وارث بدهند و فلان ملك را به فلان و هم چنین... و قیمت آن اعیان هم مساوی حصه

ایشان است - وصیت او در تعیین بیش از ثلث ممضی نیست. مگر با اجازه ورثه. پس هر

يك از آنها ثلث آنچه را که تعیین کرده متصرف میشوند، و در باقی همه شريك اند. مگر

با امضای ورثه.

و هر گاه در تقسیم زیاد و کم قرار داده باشد و منظور او وصیت در آن زاید بوده، آن هم از

ثلث مسموع است. و اما اگر قصد او این بوده که از حصه یکی کم کند و حصه او را از برای

دیگری قرار بدهد، ظاهراً صحیح نیست. هر چند احوط این است که آن را هم از باب

وصیت محسوب دارد، به این معنی که هر گاه آن قدری که این وارث را از آن محروم کرده

زاید بر ثلث نیست، ممضی باشد، و الا فلا، مگر با اجازه وارث.

۱۲۴: سؤال: شخصی فوت شده است و دو سه یوم قبل از وفات وصیت کرده است که

مجموع امور او تعلق به برادر صلبی و بطنی او داشته باشد. و برادر مادری تنها هم دارد. و

دو خواهر پدر مادری دارد. بیان فرمایند که وصیت او چه صورت دارد؟ و باز هم

بیان
فرمایند که با وجود دو خواهر و يك برادر که از ابوين خود دارد، برادر مادری تنها
چه قدر
از متروکات او مبرد؟ و وصیت کرده است که يك سال نماز از برای او استیجار
نمایند و
يك تومان هم از باب زکات بدهند. آیا اینها از اصل مال وضع میشوند یا از ثلث؟
جواب: يك تومان زکات از اصل مال وضع میشود. و يك سال نماز از ثلث مال
وضع
میشود، علی الاظهر الاشهر. و تتمه ثلث را از باب وصیت به برادر صلبی و بطنی او
مدهند. و دو ثلث دیگر را میان کل ورثه کما فرض الله قسمت میکنند به این نحو
که
سدس آن را به برادر مادری مدهند، و باقی را ما بین برادر و خواهرهای پدر مادری
(للذکر مثل حظ الانثیین) قسمت میکنند.

۱۲۵: سؤال: شخصی در حال حیات قدری از مال خود را به یکی از وارث ببخشد

و
تتمه را بگوید که (این از برای دیگران باشد) یعنی بعد فوت او. آیا بعد فوت آن یکی هم با

دیگران در تتمه شریک است یا نه؟

جواب: آنچه را در حال حیات منتقل کرده به آن یک نفر هر گاه به عنوان هبه جامع شرایط صحت (که از جمله آن اقباض است) یا به صیغه لازم دیگری مثل صلح، مختص او

خواهد بود. هر چند در حال مرض موت باشد، علی الاظهر. و در تتمه هم با دیگران شریک

است بعد موت. بلی چون ظاهر حال متوفی وصیت تتمه مال است از برای باقی وراثت، نه

بری کردن آن یکی پس این وصیت در ثلث معتبر است، و اول ثلث آن باقی مانده مال را

مدهیم به سایر ورثه و باقی را کلهم اجمعین کما فرض الله قسمت میکنند.

۱۲۶: سؤال: هر گاه زید در حال حیات مالی را به یکی از وارث ببخشد، و غرض او

محروم کردن دیگران است، این هبه صحیح است یا نه؟

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

۱۲۷: سؤال: زید عمرو را وصی، و بکر را ناظر کرد و عمرو فوت شد. و اموال زید

در دست وصی عمرو است. و بکر میخواهد از دست او انتزاع کند و بر وفق وصیت عمل

کند. آیا میتواند یا نه؟

جواب: ناظر را حق تصرف نیست. و اما وصی عمرو پس اگر وصی او است در مال و اولاد

خود عمرو لا غیر، پس او هم تصرفی نمیتواند کرد. و وصایت حق حاکم شرع است. و اگر

وصی او است در وصایای زید پس اگر زید او را مأذون کرده باشد در وصی گرفتن بر عمل

آوردن وصایای او، پس آن وصی احق است از حاکم و اگر او را منع کرده از وصی گرفتن

پس وصی گرفتن عمرو باطل است و حاکم متوجه میشود. و هر گاه زید ساکت

بوده از
اذن وعدم اذن، خلاف است در صحت این وصیت عمرو و جواز تصرف وصی او.
اشهر
و اقوی عدم جواز است. و قولی به صحت هست، و آن ضعیف است. و حدیثی که
به آن
استدلال کرده اند مجمل است دلالتی بر مطلب ایشان ندارد. بلکه ظاهر در خلاف
آن
است. ۱
۱۲۸: سؤال: کسی وصیت کرده است که بعد از فوت او چند نفر ملا در مزار او
تلاوت

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

آیات قرآن نمایند. و وصی بعد از فوت او ملاحظاتی که متعارف است که در مزار
منشینند،

در مزار منشانند. و متعارف نمیشود در آن ولایت که از قرائت آنها تفحص نمایند و
این هم

تفحص نمیکند. آیا وصیت به عمل آمده یا نه؟

جواب: هر گاه وصیت به نحوی که وصیت به آن منصرف میشود، به عمل آید،
ظاهراً

کافی است.

۱۲۹: سؤال: زید در مرض موت مگوید که (من عمرو را وصی خود کردم باید که
دو

نفر فرزند من که بکر و خالند، هر يك را از مال من به قدر آنچه که به ولید پسر
بزرگم

تملیک کرده ام بدهد. و تتمه مال مرا خود متصرف شود و کسی دیگر را در آن حقی
نباشد). آیا این وصیت صحیح است و در ثلث معتبر است؟ یا نه؟

جواب: هر چند محتمل است که آن وصیت باطل باشد - چون مستلزم حرمان آن
يك

نفر ولد کبیر است. بلکه محتمل است که مراد حرمان آن دو نفر دیگر هم باشد از
قدر زاید

حصه آن ولد کبیر - و لکن چون ظاهر این است که مراد او وصیت است از برای
دیگران،

بنا را به وصیت مگذاریم و در ثلث اعتبار میکنیم. پس ثلث ترکه (که بعد تملیک آن
يك

نفر کبیر باقی مانده) وضع میکنیم و مساوی آنچه به آن کبیر داده از آن ثلث به هر
يك از

اینها مدهیم، و تتمه را اگر بماند به وصی مدهیم و دو ثلث دیگر را بین کل ورثه
علی

ما فرض الله قسمت میکنیم. اینها در وقتی است که بنا را بر وصیت محض بگذاریم.
چنان که در صورت اشتباه حمل لفظ بر وصیت محض میشود.

و اما هر گاه معلوم شود که مراد وصیت محض نیست از برای آن دو نفر، بلکه مراد
او

رساندن حق نفس لامری، است از باب میراث. یا تصرف در آن به عنوان وصیت به
این

نهج خاص. پس در این صورت هر گاه قائل به فساد این نوع تصرف و وصیت

نباشیم،
مگویییم که مراد او این است که غیر حصه ولد کبیر باید مصروف مجموع این دو
امر شود
(یعنی رساند [ن] قدر حصه کبیر که در حال حیات به او داده، به هر يك از این دو
نفر، و
دادن زایدی - اگر بماند - به وصی). و هم چنین مراد او این است که هر گاه حصه
آن دو
نفر زیاده از حصه آن کبیر شود زیادتی به وصی داده شود و آنها محروم باشند از آن
زیادتی. پس امر آن دو نفر مردد است ما بین حرمان از بعض حق و ما بین وصیت از
برای
آنها به زیادتی.
پس گاه است که زیاد مآید چیزی از برای وصی و گاه است نماند. پس هر گاه

تصحیح وصیت کنیم ثلث مال را وضع میکنیم. و ثلثین را کما فرض الله قسمت میکنیم

میان سه نفر. و بعد از آن ملاحظه میکنیم هر گاه به هر يك از دو نفر به قدر حصه آن کبیر

رسیده تمام ثلث مال وصی میشود. و هر گاه نرسیده، از ثلث تمام میکنیم و باقیمانده ثلث را به وصی مدهیم. و هر گاه زیادتیر رسیده، از ثلث تمام میکنیم و باقیمانده ثلث را به وصی مدهیم. و هر گاه زیادتیر رسیده، زیادتی مال آنها است و به وصی نمدهیم. به

جهت آن که حرمانی که محتمل بود که منظور موصی باشد نسبت به آنها، به همان وضع

ثلث در اول دفعه نسبت به مجموع مال استیفا شده است.

۱۳۰: سؤال: هر گاه شخصی در مدت هفت ماه مرض استسقا داشته، و هفت روز قبل

از فوتش باغ و خانه [ای] که داشته به زید فروخته به قیمت نازلی، که خود مشتری و بایع

هر دو مدانستند که گنجایش بیشتر دارد. و بعد از مبیعه، زید مشتری را وصی خود کرده که (قیمت باغ و خانه مرا به فلان مصرف و فلان مصرف برسان)، و مفروض این است

که در این ظرف مدت در میان رختخواب افتاده و قادر به برخواستن نبوده. آیا در این صورت این معامله صحیح است یا نه؟ و هر گاه صحیح باشد ثلث قیمت باغ و خانه را

به مصارفی که گفته است باید برسد یا تمام؟

جواب: بیع محاباتی که به اقل از ثمن المثل واقع میشود، از جمله منجزاتی است که هر گاه در مرض الموت واقع شود در آن خلاف است. و اظهر در نظر حقیر این است که

منجزات مرض الموت از اصل مال صحیح است و اختصاص به ثلث ندارد. اما وصیتی که

کرده است که آن قیمت را زید مشتری به مصارف خاصه برساند پس اگر آن قیمت زاید بر

ثلث اصل مال میت نیست، همه را باید به آن مصارف برساند. و اگر زاید بر ثلث اصل مال

(یعنی مجموع اموال) او است، پس اگر وارث اجازه آن قدر زاید را نکند، به قدر ثلث اصل

مال را به آن مصارف مرساند. و زاید بر آن مال وارث است.
۱۳۱: سؤال: در وصی دیانت و عدالت را شرط بدانید یا نه؟
جواب: اظهر واشهر اعتبار عدالت است. و دور نیست که به مجرد وثوق و اعتماد

هم
اکتفا کنیم هر چند به وصف عدالت متصف نباشد. و ظاهر این است که شرط
عدالت یا
وثوق و اعتماد از برای قبول خبر او است در آنچه باید بکند. نه از برای صحت فعل
او در
نفس الامر. پس اگر ظاهر شود فسق او و لکن به ثبوت برسد که آن وصیت را به
عمل آورده
صحیح است، هر گاه ظهور فسق بعد از عمل آوردن وصیت باشد.

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

جواب: اظهر واشهر این است که به مجرد ظهور فسق و خیانت وصایت او باطل میشود و معزول میشود. و محتاج نیست به معزول کردن حاکم یا وارث. و هر علمی که

بعد ظهور فسق کرده نافذ نخواهد بود. و اما هر گاه عود کند به عدالت بعد ظهور فسق،

پس مشهور و اقوی این است که وصایت عود نمکند. والله العالم.

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

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

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

جواب: بعد از آن که بنا را به این گذاشتیم که (صحیح است خریدن وصی مال صغیر را

از برای خود)، به سبب خریدن، مال او میشود، و موقوف نیست جواز تصرف در مبیع به این که ثمن را داده باشد.

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

جواب: وصی خودش هر گاه طلبی از میت دارد و علم دارد به بقای آن طلب، جایز است از برای او استیفای طلب خود، و این در معنی تقاض است. و اما طلب سایر ارباب

طلب: پس اگر در نزد او ثابت است و علم دارد به بقای آن در ذمه میت - مثل این که قبل از

موت اقرار کرده بود به طلب، و این قدر وقت نگذشته که ممکن باشد در آن وقت ادای

دین. و طلبکار هم شخصی نبود که احتمال برود که او را برئ الذمه کرده باشد مانند

صغیر و مجنون و مسجد و امثال اینها - در اینجا هم میتواند ادای آن دین را بکند

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

و در این صورت هم قسم را حاکم شرع باید بدهد، یا مأذون کند وصی را در قسم دادن.

بلی هر گاه وصی خود مجتهد جامع شرایط باشد خود میتواند قسم بدهد و طلب را ادا

کند. و به مجرد این که وصی مدعی علم است به اصل دین، حاکم نمیتواند او را مأذون

کند در قسم دادن. بلکه باید در نزد خود حاکم به ثبوت برسد، و بعد ثبوت میتواند او را

مأذون کند در قسم دادن. به جهت آن که این در معنی این است که حاکم شرع اصل

مرافعه و محاکمه را به او وا گذاشته باشد و ادعای ثبوت او را به منزله ثبوت در نزد حاکم

کرده باشد. و این جایز نیست. مگر برای مجتهد عادل، و مفروض خلاف آن است و به

هر حال قبل از قسم خوردن ارباب طلب نمیتوان دین آنها را ادا کرد. والله العالم.

۱۳۶: سؤال: وصی میتواند از مال اطفال در عوض عمل خود چیزی بردارد؟
جواب: هر گاه موصی ار برای او اجرتی قرار داده، اشکالی در آن نیست هر گاه زاید

بر
ثلث نباشد. و در زاید موقوف است به اجازه. و هر گاه وصیت نکرده باشد: پس

اگر تبرعا
عمل کرده باشد، آن نیز مستحق اجرتی نیست. و هر گاه تبرعا نکرده پس اگر فقیر و

معسر
باشد پس در آن خلاف است: يك قول استحقاق اجرت المثل است و روایتی معتبر

دلالت
بر آن دارد، بلکه شیخ طبرسی نسبت داده این را به ظاهر روایات اصحاب. و این

اظهر
اقوال است. و تفصیل کلام را در کتاب حجر بیان کرده ایم در جواب مسائل حجر

و
تفلیس، به آنجا رجوع کنید.

۱۳۷: سؤال: آیا وصی میتواند از برای خود از مال صغیر متاعی را بخرد، یا از مال او

قرض بردارد؟

جواب: بلی میتواند با ملاحظه مصلحت و اطمینان از خداع نفس، به قیمتی که

دیگران مخزنند. ۱ و مباشر طرفین ایجاب و قبول هم متواند شد. و بهتر این است
در
صورتی که مورد تهمت باشد اجتناب کند. و قول به عدم خریدن از برای خود
ضعیف
است. و اما قرض برداشتن: پس مشهور و اظهر نیز جواز است. و احادیث بسیار هم
دلالت
بر آن دارد ۲. و لکن به شرط ملائمت ۳. و اظهر در تفسیر آن این است که این قدر
مال داشته

-
- ۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الوصایا، باب ۸۹ ح ۱.
 - ۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۷۶ ح ۱، ۲ و ۳.
 - ۳: همان مرجع، باب ۷۵ ح ۱، ۳ و ۴.

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

۱۳۸: سؤال: چه مفرماینده در خصوص این که زید عازم زیارت باشد و بعضی از املاک و اموال خود را به بعض اولاد خود - مثلاً به یوسف و محمد و غیرهما - فروخته یا هبه نموده. و وصیت کرده که (در فلان و فلان ملک من یوسف و محمد را دخلی نبوده، از سایر ورثه ام باشد). و در مرض الموت گفته که (وصیت سابقم را اخفا داشته مجموع ثلث ترکه مرا به مصرف فلان صرف نمائید). حال والدان مزبوران از ملکین مزبورین ارث

میرند یا نه؟ شقوق محتمله مسأله را (کما ینبغی حسبة لله) بیان فرمایند. جواب: آنچه را به عنوان بیع یا هبه لازم (یعنی با ایجاب و قبول و قبض و اقباض) به یوسف و محمد منتقل کرده، مال آنها است. و دیگری را در آنها حقی نیست. و وصیت

ثلثی را که کرده است که [به] فلان مصرف برسانید، باید دانست که وصیت سابق که

گفته بود (فلان و فلان ملک را به سایر ورثه بدهید) آن را هم اگر سایر وارث از اصل

ممنوع ندارند، آن را هم باید از ثلث اعتبار کنیم. پس اول فلان و فلان ملک را به جهت

سبقت ذکر و تاکید در امضای آن مقدم داشته. ثلث را به مصرف معینی که گفته مرسانند. و اگر ثلث زیاده بر آن ملک ها نباشد و ورثه اجازه نکند، چیزی برای آن مصرف

که [در] آخر گفته به جا نماند. و یوسف و محمد را دخلی و تصرفی در آنچه به وصیت

حق سایر ورثه شده جایز نیست.

۱۳۹: سؤال: شخص عالمی به رحمت خدا رفته است، بیست سال قبل از این. و

چند
جلد کتاب عربی از او مانده است. و وصیت نموده که (بعد از من از اولاد من
هرکی
صاحب کمال تر باشد، این کتاب ها مال او میباشد). و حال يك نوه او سواد عربی
دارد. آن
کتاب ها به او میرسند؟ یا تقسیم کنند؟ بیان فرمایند.
جواب: هر گاه در حین وصیت در میان اولاد صلبی او صاحب کمالی بوده از همه
کامل تر، یا همان اولاد موجود [اگر] یکی از آنها بعد او صاحب کمال تر باشد، به
او
مدهند، و بعد فوت او به وارث او مدهند. و به این نواده او نمدهند. و هر گاه
قرینه
باشد که مراد او از اولاد اعلم از صلبی و ولد باشد، و بعد از فوت او صاحب
اکملیت نوه

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

۱۴۰: سؤال: زید در حین سفر مکه معظمه وصیت نامه نوشت که عمرو و بکر را وصی شرعی خود کردم که اگر من حج نکرده فوت شدم حجه از برای من از بلد بگیرند. و بعد از ادای دیونی که احیانا به ثبوت برسد، پنجاه تومان از مال من وضع نموده فلان قدر معین را ستیجار صوم و صلوات و تلاوت قرآن، و فلان قدر را به رد مظالم بدهند. و قدری را هم مدت پنج سال معامله نموده و ربح آن را در عیدهای غدیر به فقرای سادات بدهند.

و در سال پنجم مجموع را به آنها بدهند. و آنچه باقی مال است کما فرض الله قسمت کنند. و حصه صغار را ضبط کنند تا زمان رشد و اگر صلاح دانند معامله کنند که ربحی برای آنها حاصل شود. و مجموع اینها به نظارت و اطلاع ولید باشد). و اتفاق افتاد که زید صحیحا سالما با ادای حج معاودت کرد، و تا دو سال دیگر هم در

حیات بود. در اوقات این دو سال بعضی وصیت های دیگر به خالد میکند که بعد وفات او به عمل آورد، و می گوید (وصیت نامه برای تو منویسم)، و دو سه نفر از رجال ونسا هم اعتراف او را به وصیت و وعده وصیت نامه نوشتن شنیده باشند، و لکن بعد از فوت او اثری از کاغذ موعود در میان متروکات او نیست. و وصیت نامه اول موجود است. آیا به سبب این (وصیت کردن به خالد) و وعده نوشتن وصیت نامه، وصایت عمرو و بکر بر هم مخورد یا نه؟

و بر فرضی که بر هم نخورد، لکن یکی از آنها غایب باشد و دیگری حاضر، آیا
غیبت
احدهما باعث بطلان وصیت یا جواز تاخیر عمل به مقتضای وصیت تا آمدن شریک
هر چند ضرر حاصل شود، میشود؟ یا نه بلکه جایز است - یا واجب است - که
منفردا
عمل کند به نظارت ولید؟ و آیا هر گاه در صورت جواز انفراد وعدم انتظار، عاجز
باشد از
اتمام وصیت به تنهایی، این معنی موجب انفساخ وصیت یا جواز رد آن، میشود یا نه؟
جواب: بعد از ثبوت وصیت حین سفر به مکه معظمه و وصایت آن دو نفر وصی به
حجت شرعیه یا به حصول علم از قرائن به جهت اوصیا، ۱ لازم است عمل به
مقتضای آن از

۱: عبارت نسخه: ... و وصایت آن دو نفر وصی به حجهء شرعیه بالحصول علم از قرائن به جهت اوصیا...

برای اوصیا هر گاه در حین حیات قبول کرده باشند، ۱ یا بعد وفات مطلع شوند. ۲ و ظاهر این است که وصایت آنها در امور مزبوره به سبب ادراك حج - که عدم آن موهم شرطیت است - در آنها بر هم نمخورد. و در کیفیت ادای وصیت ملاحظه خروج پنجاه تومان از ثلث مال، در غیر آنچه از اصل [مال] خارج میشود (مثل رد مظالم) باید بشود ۳ و به

منزله آن است (إجازة من له الاجازة) در زاید بر ثلث. و محض وصیت کردن به شخص دیگر در بعض امور، عزل اوصیای سابقه لازم نمآید. و هم چنین به سبب اعتراف به وصیت کردن و وعده وصیت نامه نوشتن، عزل آنها و وصی بودن این شخص ثالث منفردا، بر نمآید. و هر گاه مراد سائل اعتراف به وصایت باشد نه خصوص وصیت معینه به بعض اشیاء، در وقتی مضر است به وصایت اوصیای سابقه که

وصی بودن این شخص ثالث در جمیع امور ظاهر شود بدون شرکت آنها. و این معنی از عبارت مستفاد نمیشود. زیرا شاید مراد او این باشد که این شخص هم ثالث اوصیا باشد. پس بر این شخص هم لازم است (بعد ثبوت وصیت) که عمل به مقتضای مامور به خود بکند هر گاه قبول وصیت کرده یا قبول بر او لازم شده بر نهجی که سابق اشاره به آن شد. ۴

و به سبب غایب بودن احد وصیین وصایت حاضر بر هم نمخورد. بلکه در آن تفصیلی هست. و آن این است که هر گاه هر دو را وصی کرده به شرط اجتماع، یا اطلاق کرده و قید اجتماع و انفراد نکرده (چنان که ظاهر سؤال و عبارت وصیتنامهچه هم این است) پس در این دو صورت - یعنی شرط اجتماع، و صورت اطلاق - هر دو باید مراعات اجتماع رأی را بکنند. و (در صورت اول اتفاقا، و در ثانی علی الاظهر) هیچ يك منفردا نمیتوانند

امری
را به جای آورد. مگر در بعضی ضروریات، مثل نفقه یتیم و تعمیر مسکن مشرف به
انهدام،
که تأخیر به سبب اجتماع رأی موجب ضرر یا عسر شدید شود.
و اما در صور عجز بالمره یا موت یا جنون یا غیبت بعیده احدهما، اظهر این است
که
حاکم باید دیگری را با آن حاضر شریک کند تا حسب الممكن با مقتضای وصیت
(که)

۱ و ۲: میرزا (ره) و اکثر اصحاب تنها در این دو صورت وصایت را " لازم " میدانند.
۳: در نسخه: باید ثابت بشود.
۴: مراد همان لزوم وصایت در دو صورت است که در پی نویس دوم همین مسأله گفته شد.

عدم انفراد وصی است) عمل کرده شود. و انتظار حضور آن غایب را نباید کشید،
خصوصاً

با حصول ضرر به سبب انتظار، و هر گاه با وجود ضم دیگری به این شخص حاضر
هم

عجزی از برای حاضر به سبب عدم تمکن بر اتمام، حاصل شود که این شخص
ضمیمه

[شده از طرف] حاکم هم وفا به بیش از حصه خود نمکند، باز هم حاکم باید معینی
از، برای این حاضر تعیین کند. و به سبب عجز او از بعض بلکه از کل نیز رد وصیت
نمیتواند
کرد.

اینها همه در وقتی است که اصل وصیت و وصایت ثابت باشد. و محض کاغذ
وصیت نامه

حجت شرعیه نیست. و بر فرض عدم ثبوت، وعدم جد، ولایت در وصایت با حاکم
شرع

است، آنچه صلاح داند چنان میکند. و با عدم تمکن از حاکم شرع ثقات مؤمنین
متوجه

امور ایتم میشوند. و هم چنین است امر در وصیت ثابته قطع نظر از تعلق به ایتم.
۱۴۱: سؤال: شخصی در این اوقات متوفی شده. چند یوم قبل از وفات وصیت به
دیون چند کرده. از روز وصیت تا زمان فوت این قدر زمان گذشته که امکان ادا
بود. و ارباب

دیون هم از جمله اشخاصی میباشند که امکان ادای حق ایشان متصور است. یعنی
مثل

طفل و مسجد نیستند. و به حسب العاده ارا نمودن همچو ارباب دیون، کمال اشکال
دارد، و وصیی مزبور علم دارد که موصی ادای دیون ننموده. و علم شرعی هست که
ارباب

دیون هم ابرا نموده اند. آیا وصی میتواند بدون قسم استظهاری ادای دیون موصی
نماید؟ یا محتاج به قسم است؟ و چنانچه محتاج به قسم باشد احدی را در این ولا
صلاح

دانند مرخص فرمایند تا طی دعوی شود. رسیدن خدمت حاکم شرع صعوبتی دارد.
در اینجا خدمت عالی جناب مقدس القاب آقا سید باقر اظهار شد در خصوص دیون،
فرمودند که اگر وصی قطع به عدم ادا و عدم ابرا داشته باشد، بدون قسم استظهاری
میتواند ادای دیون نماید. و موصی وصیت به ثلث هم نکرده. و صغیر هم دارد. آنچه
رأی

عالی قرار یابد مقرر فرمایند. و اگر میت کسی را وصی اطفال صغار نکرده باشد
مؤمنین

میتوانند چند نفر را که متدین بدانند تعیین نمایند که متوجه صغار و اموال ایشان
باشند و اموال صغار را به نحوی که غبطه و مصلحت صغار دانند تصرف نمایند. این
را هم
مقرر فرمایند.

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

باشد به اشتغال ذمه وعدم ابرا الی الحین میتواند بدون قسم، بدهد. و لکن فرض حصول علم در صورت مسأله نادر است. و به هر حال چون اصل مسأله نفس الامری است

و قطع نظر از مناقض و منازع است، در میانه خود و خدای هم حاکم و هم وصی و هم مقاص همگی با حصول علم به بقا در ذمه وعدم وفای میت وعدم ابرا غرما بدون قسم

استیفای حق جایز است.

و در باب ولایت صغار و تفویض امر آنها به احدی، حقیر عالی جناب سابق الالقاب را ثقه

و معتمد و بصیر بدانم، آنچه مصلحت دانند چنان کنند.

و در سؤال سائل بعضی قیود هست. از جمله این که (علم شرعی هست که ارباب دیون او را ابرا نموده اند)، [که] مظنه خلط و اشتباه هست. لهذا اعلام منمایم که: باید

دانست که علمی که در اینجا کافی بدانیم در سقوط قسم، علم جزمی قطعی است، نه از باب علم شهود که غالباً مناط آن استصحاب است. و الا بایست که اکتفا به بینه بشود.

بلکه در این مقام ما اکتفا به علم حاکمی که از راه استصحاب باشد هم نمکنیم. به هر

حال هر گاه علم قطعی از برای حاکم یا وصی یا مقاص باشد، بدون قسم استظهاری میتواند وفا کرد. و الا، فلا. و استصحاب شغل ذمه که مزیل آن معلوم نباشد (محتمل است که مراد سائل در علم شرعی آن باشد) کافی نیست. والله العالم.

۱۴۲: سؤال: هر گاه کسی تعیین وصی و ناظری نموده باشد، با وجود وصی عمل ناظر

مطلق، چه خواهد بود که به نظارت عمل نموده مؤاخذ نباشد؟

جواب: با وجود وصی، ناظر بدون اذن وصی نمیتواند تصرف کند. مگر این که ناظر هم

وصی باشد از جانب موصی.

۱۴۳: سؤال: زید از قریه خود رفته و در کربلای معلی مجاور شده، و در آنجا شنیده که

یکی از اولاد او از عمارت او اعراض نموده و عاریه نشین مردم شده. از کربلای معلی

مکتوبی ارسال نموده که (هر يك از اولاد من که از عمارت من اعراض کند خارج

المیراث
است در آن عمارت). آن ولد عاریه نشین که این سخن را شنیده عازم شده که نقل
مکان
کند به آن عمارت، پیش از نقل مکان خبر فوت والد را شنیده و در این اوقات نقل
مکان
نموده به آن عمارت. آیا در این صورت آن ولد به آن ولد به آن مکتوب، خارج
المیراث میشود در آن
عمارت یا نه؟
جواب: هر چند علاوه بر مکتوب همین سائل شنیدن از لفظ پدر را هم نوشته بود و

محض همین مکتوب نیست لکن اظهر این است که این وصیت صحیح نباشد. و آن پسر

از آن عمارت محروم نیست. واللہ العالم.

۱۴۴: سؤال: هر گاه زید به عمرو بگوید در حضور ورثه که (تو وصی منی). و او قبول

کند. و بعد فوت هم ورثه اقرار کنند که تو وصی منی). و او قبول کند. و بعد فوت هم ورثه اقرار کنند که تو وصی پدر مائی. و بعد ورثه انکار کنند و بگویند

(اقرار ما برای این بود که تو در امور کفن و دفن وصی ای نه مطلقا). آیا عمرو وصی مطلق

است و سخن ورثه مسموع نیست؟ یا وصی است در همان چه که اقرار کرده اند؟ یا اصل

وصیت باطل است؟.

جواب: هر گاه موصی اکتفا کند به همین لفظ یا (او وصیت الیک) و آنچه به معنی اینها

است، و ساکت شود، و قرینه نباشد که مراد از وصی در چه چیز است. آن وصیت لغو است چنان که در کتب علما مذکور است. و در کفایه نسبت این را داده به علما و گفته

است (فقی کلامهم انه لغو). وفخر المحققین در ایضاح گفته است که (خلافی در این

نیست). و اما آنچه را ورثه اقرار کرده اند: پس شاید در آن مسموع باشد، یعنی همان کفن

و دفن. بلی هر گاه بگوید (تو را وصی کردم در امور اطفالم) و ساکت شود از کیفیت

تصرف در آن، و قرینه هم نباشد، در اینجا علما سه وجه ذکر کرده اند: یکی آن که تصرف

میتواند کرد در آنچه مصلحت حال ایشان است، نظر به فهم عرف. و صاحب کفایه این را

پسندیده. و در مسالك تقویت آن کرده بعد از آن که فتوی بوجه ثانی داده. و مؤید این

است این که (جمع مضاف) یا (مفرد مضاف) در (امر اولادی) یا (امور والادی) افاده عموم

میکند. و هم چنین ظاهر این لفظ این است که تو قائم مقام منی.

دوم: آن که حمل مشود بر این که از برای او است محافظت مال اینها خاصه. چون آن
یقینی است، و مجمع علیه است. و غیر آن مشکوک فیه است. و این مختار فخر
المحققین
است. و سوم: این است که باطل است. چون بیان کیفیت تصرف نکرده، و اظهار
وجوه
وجه اول است: به جهت آن که ذکر کردیم. و اضعف وجوه وجه سوم است. و از
کلام
فخر المحققین ظاهر مشود که این خلاف اجماع ایشان باشد. و به این سبب این
احتمال را ذکر نکرده. و هم چنین علامه در قواعد اکتفا به همان احتمال دوم کرده
است.

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

خودت داشته باشد. مریض گفته (بعد از آنچه گفته ام، آنچه باقی ماند ثلث آن را سه رسد

نمائید، يك را به خمس و زکات و دو ثلث دیگر را به مصرف صوم و صلوات بدهید). و

ورثه بعد از فوت امضای مراتب را نموده اند. آیا وصایای مزبوره را در چنین صورتی مرتب

دارند در اخراج ثلث که ابتدا به اول فالاول نمایند تا هر قدر که ثلث کفایت نماید؟ یا

مجموع را با هم حساب نمایند و از هر يك ثلث بگیرند؟
جواب: اولاً ملکی که گفته است به رد مظالم بدهند، تمام آن را به رد مظالم بدهند.

و
ثلث ثلث باقیمانده را بعد از وضع ملکی که گفته است به رد مظالم بدهند و ملکی که

گفته است به پسر بدهند، به مصرف خمس و زکات مرسانند. و چون تعیین مقدار نکرده نصف آن ثلث را به خمس بدهند و نصفی به زکات. باقی ممانند آن ملکی که

برای
پسر بزرگ وصیت کرده و دو ثلث ثلث باقی که از برای صوم و صلوات وصیت کرده. پس

باید ملاحظه کرد هر گاه قیمت آن ملك و دو ثلث از آن ثلث باقی، مساوی ثلث مجموع

مال هست، بعد وضع رد مظالم و خمس و زکات به همان نحو وصیت معمول مدارند و

ملك را به پسر بزرگ مدهند و مساوی دو ثلث ثلث باقی را به مصرف صوم و صلوات

مرسانند. و هم چنین هر گاه کمتر از ثلث مجموع مال باشد.
و هر گاه بیشتر از ثلث مجموع مال باشد. پس هر گاه ورثه اجازه کنند به آن، چنین خواهد بود. و هر گاه ورثه اجازه نکنند مقدم مدارند وصیت ملك را از برای پسر بزرگ.

پس هر گاه آن ملك مساوی ثلث است، دیگر چیزی برای صوم و صلوات نماند. و هر گاه

کمتر است باز ملك را به پسر بزرگ مدهند بالتمام و تتمه را صرف صوم و صلوات میکنند. و هر گاه بیشتر است به قدر ثلث اصل مال را از ملك به او مدهند و تتمه

داخل

میراث است. در صورتی که بنا به گرفتن صوم و صلوات شد ظاهر این است که در صورت اطلاق از برای هر سال نماز يك ماه روزه مگیرند. و دور نیست که نماز آیات هم داخل باشد هر گاه از او فوت شده باشد. و اینها که گفته شد مبتنی بر آن است که رد مظالم و خمس و زکات حقیقت است در واجبات این حقوق، و هر گاه از قرائن معلوم شود که وصیت به آنها از راه احتیاط است، آنها هم حکم وصیت خواهند داشت، و از ثلث اعتبار میشوند نه از اصل. والله العالم.

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

فلان مال مرا به فلان شخص بده). و از آن سفر صحیح و سالم مراجعت کند، و بعد از چند سال دیگر فوت شود. آیا مجرد آن کاغذ وصیت ثابت میشود یا نه؟ و آیا وصی [را].

لازم است عمل کردن به آن یا نه؟
جواب: این مسأله مشتمل است بر چند مطلب: اول: این که این وصیت مطلق نیست و مقید است به موت در آن سفر. و چون از سفر برگشته وصیت باطل میشود. دوم: این که وصیت عقدی است از عقود و محتاج است به ایجاب و قبول، و ظاهراً خلافی در لزوم ایجاب نیست، بلکه اجماع بر آن نقل شده. و اما قبول: پس آن نیز فی الجمله ثابت است بدون خلاف ظاهری در امور خاصه. بلی خلاف در امور عامه هست مثل وصیت از برای فقرا، یا از برای جهت عامه مثل صرف در مسجد و امثال آن، که در این محتاج به قبول نیست. چون شخص خاصی نیست و ترجیح احدی از مسلمین یا فقرا برای قبول، ترجیح بلا مرجح است.

و این سخن مدفوع است به جواز صدور قبول از حاکم، چنانچه در وقف بر امور عامه. و لکن شهید ثانی در شرح لمعه گفته است که (در اینجا قائلی نیست به لزوم قبول از حاکم). و هر چند ظاهر دعوی ابن زهره اجماع را بر اشتراط قبول، شامل، این موضع

هست، لکن با وجود خلاف جمعی و ملاحظه کلام شرح لمعه اعتمادی بر آن اطلاق دعوی باقی نممانند. بلی اصل عدم انتقال مال از موصی و ورثه، دلیلی قوی است. و اعتماد به اطلاق آیات و اخبار هم نمیتوان کرد. زیرا آنها در خصوص بیان حقیقت وصیت وارد نشده اند که توان اعتماد به اطلاق آنها کرد. و از این جهت است که منکرین اشتراط

قبول استدلال به آن نکرده اند. والحاصل در اینجا دلیلی در مقابل اصل نیست. ونفی قائل در شرح لمعه معارض است به اطلاق دعوی اجماع ابن زهره. و به هر حال

شکی نیست که مقارنه ایجاب و قبول در اینجا شرط نیست. بلکه خلاف کرده اند در صحت قبول قبل از موت، و مقتضای اصل، عدم صحت آن است. سوم: آن ظاهر این است که در قبول کافی است آنچه دلالت بر رضا کند، هر چند به لفظ نباشد مثل اخذ و تصرف. و در ایجاب شرط کرده اند که به لفظی باشد که دلالت کند بر مطلوب، مثل این که بگویند که (اوصیت لفلان بكذا) یا (افعلوا بعد وفاتی كذا) خواه به عربی بگویند یا غیر آن. پس هر گاه بگویند (پنجاه تومان بعد از فوت من به زید بدهید) یا (فلانی وصی من است که متوجه اطفال و ادای دیون من باشد) کافی است. و هر گاه لال

باشد یا زبان او بسته شود یا مانعی داشته باشد از سخن گفتن، به اشاره و نوشتن اکتفا

میشود، به شرطی که دلالت داشته باشد بر مقصود، چنانچه صحیحه حلبی در حکایت

امامه (بنت ابی العاص) که مادر او زینب دختر رسول خدا (ص) بود وارد شده که حسنین

علیهما السلام در وصیت او اکتفا کردند به اشاره. چون نمیتوانست سخن بگوید. ۱ و

همچنین روایت سدیر از حضرت باقر (ع) در حکایت وصیت محمد بن حنفیه که زبان او

بسته شده بود و آن جناب امر کردند که طشتی را در آن، رمل کردند و امر فرمودند که

بنویس. ۲

و اما هر گاه عاجز نباشد از سخن گفتن، پس اکتفا نمیشود به اشاره و نوشتن. و از ظاهر کلام محقق در نافع ظاهر میشود که اکتفا به اشاره [ای] که دلالت کند بر

مقصود

و هم چنین کتابتی که دلالت کند بر اراده وصیت، میتوان کرد مطلقا، یعنی در غیر حال

ضرورت هم. و هم چنین علامه در تذکره احتمال داده است که اشاره و کتابتی که قائم

مقام تصریح به لفظ باشد در حصول علم به مراد، کافی باشد. مثل این که بنویسد و بعد

بگوید که من قصد کردم به این کتابت وصیت را برای فلان کس. و استدلال کرده اند بر

این به این که: صادق است بر آن وصیت عرفا و شرعا و اطلاقات شامل آن است و تایید

کرده اند این را به اخباری که نهی کرده اند در آنها از آن که انسان بخوابد بدون این که

وصیت نامه او در زیر سر او باشد. ۳

و این استدلال خالی از اشکال نیست. چنان که ظاهر میشود از اشکال در بیع معاطات، و امثال آن، و اما احادیث مذکوره: پس در آنها دلالتی بلکه تایید [ی] هم

نیست.

زیرا که شاید وصیت نامه از برای یاد داشت تفصیل است از برای شهود و غیرهم.

چنان که
قباله و وثیقه منویسند در معاملات بعد از اجرای صیغه صحیحه. پس در اینجا هم
مراد
وصیت صحیحه جامع شرایط صحت است که تفصیل آن در مکتوب نوشته شده. و
شهیدان در لعمه و شرح آن تقیید کرده اند قبول اشاره و کتابت را به صورت عذر،
و جایز
ندانسته اند از برای قادر.

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

۲: همان مرجع: باب ۴۸، ح ۱.

۳: همان مرجع: باب ۱ ح ۵ و ۷.

وشهید ثانی (ره) گفته است در شرح لمعه (کافی نیست کتابت هر چند بینی نوشتن آن را، یا علم داشته باشی که به خط او است. یا بگوید که این خط من است و من علم دارم
 به آن. یا این وصیت است پس شما شاهد باشید به این وصیت من. یا مثل این. و به امثال
 اینها نمیتوان شهادت داد بلکه ناچار است از تلفظ به مضمون آن نوشته. یا آن که دیگری
 آن نوشته را بخواند بر او و او اعتراف کند به مضمون آن. زیرا که شهادت مشروط است به
 علم و آن در صورت اول حاصل نمیشود.) و گفته است که: اقوی این است که اگر شاهد
 از برای خود بخواند آن کتاب را بدون آن که به قصد سماع موصی باشد و لکن موصی بعد از
 قرائت اعتراف کند به این که این وصیت من است، هم کافی است.
 و در شرح لمعه در دو وضع خلاف ذکر کرده: یکی بعد از آن که گفته است که (یا علم
 داشته باشی که به خط او است) گفته است (خلافا للشیخ). و مراد او خلاف شیخ است در
 نهاییه. و عبارت نهاییه این است که (واذا وجدت وصیة به خط المیت و لم یکن اشهد علیها ولا
 اقربها، کان الورثة بالخیار بین العمل بها و بین ردها و ابطالها، فان عملوا بشی منہا
 لزمهم العمل بجمیعها). و دوم بعد از آن که گفته است که (شهادت مشروط است به علم و
 آن در صورت اول حاصل نمیشود) گفته است (خلافا لابن الجنید حیث اکتفی به مع حفظ الشاهد له عنده) یعنی ابن جنید گفته است که کافی است با محافظت کردن
 شاهد آن مکتوب را نزد خود تا ایمن باشد از تزویر.
 و این هر دو قول مخالف اصل اند. و دلیل شیخ مکاتبه ابراهیم بن محمد همدانی است (الی ابی الحسن - ع - رجل کتب کتابا بخطه و لم یقل لورثته: هذه وصیتی. و لم
 یقل: انی قد اوصیت. الا انه کتب کتابا فیه ما اراد ان یوصی به. هل یجب علی ورثته
 القیام فی الکتاب بخطه و لم یأمرهم بذلك؟. فکتب علیه السلام: ان کان له وولد
 ینفذون
 کل شیء یحدونه فی کتاب ابیهم فی وجه البر وغیره). ۱ این روایت هر چند در فقیه

۲ به

سند صحیح است و لکن متن آن خالی از اجمال نیست. و لکن علامه در تذکره
علاوه [ای]
ذکر کرده که به آن دلالت آن واضح میشود و آن این است (فکتب - ع - : ان کان
له ولد
ینفذن شیئا منه وجب علیهم ان ینفذوا اکل شیئی یجدونه فی کتاب ایهم).
و در تذکره جواب گفته است از آن مجمل به این که ایشان اعتراف کرده باشند به
صحت
آن، پس باید عمل به همه بکنند. و اما اگر اعتراف به صحت بعض آن بکنند و باقی
را انکار
کنند واجب نیست عمل در آنچه قبول ندارند. و ممکن است حمل بر این که عمل
به بعض

۱ - وسائل ج ۱۳، احکام الوصایا باب ۴۸ ح ۲.
۲ - فقیه ۲ / ۲۷۳.

قرینه است بر صحت باقی، پس الزام میشوند بر عمل به جمیع در ظاهر حکم شرعی، هر چند در نفس الامر برایشان معصیتی نباشد بر ترك آنچه علم ندارند به آن). و در

حمل

اول باکی نیست هر چند محتاج به تقدیر است و آن خلاف اصل و ظاهر است اما

حمل

ثانی، پس آن ممنوع است. زیرا که بر فرض اعتراف به صحت بعض، لازم نمآید

اعتراف

به جمیع. چه آن که اعتراف به بعض هم ظاهر نیست. و به هر حال این روایت با

وجود

اضطراب و اجمال و شذوذ قائل به آن، مقاومت با اصل عدم انتقال مال به موصی له،

و

شهرت عظیمه، نمکند.

و در مقام سخنی دیگر هست. و آن این است که ظاهر روایت بیان ثبوت وصیت و

عدم آن است به مکتوب، نه بیان تحقق وصیت به خط و عدم آن. یعنی هر گاه

اشکالی

نیست که اگر ثابت شود وصیت به این مکتوب وصیت صحیحه قولی، خواهد بود. و

لکن

اشکال در ثبوت وقوع آن است که آیا به این خط ثابت میشود یا نه. پس ذکر

خلاف شیخ

در این مقام مناسب نخواهد بود. و در این صورت میتوانیم گفت که هر گاه علم به

هم رسد از

خط موصی [بر] این که وصیت قولی به عمل آورده، کافی است. بخلاف آنجا که

جزم کنیم

که از نوشتن قصد وصیت کرده. زیرا که مانع ندارد که شارع لفظ را (ناقل) کرده

باشد

لاغیر، و اعتبار را به تلفیظ کرده باشد. نه به مجرد رضای باطنی. و هم چنین است

کلام

در ثبوت و کالت و اقرار و غیره به مکتوب.

۱۴۷: سؤال: هر گاه قدری مال به کسی بسپارد که بعد از وفات او در حال فقر و

استیصال ورثه کما فرض الله ما بین ایشان قسمت کند و به تدریج حصه هر يك را به

قدر

احتیاج به او برساند، و هر گاه احتیاج نداشته باشد به فقرای دیگر بدهد. آیا در این

صورت

مؤمن چه کند؟ و چه مقدار صبر کند و انتظار فقر ورثه را بکشد؟ و حقوقی که بر آن مال
تعلق میگیرد مثل زکات، ادای آن بر کی واجب است؟
جواب: هر گاه آن مقدار زاید بر ثلث نیست، وصیت ممضی است، و در زاید بر
ثلث
موقوف است بر اجازه ورثه. و به شرط موصی عمل میکند و انتظار فقر و حاجت
آنها را
میکشد. و از کلام موصی بیش از انتظار در مدت حیات وصی مستفاد نمیشود. پس
هر گاه ظن موت از برای وصی حاصل شود، باید به مقتضای آن عمل کند، و ظاهر
این
است که معیار همان حصول ظن است. یعنی نگاه مدارد تا وقتی که مظنه حاصل
شود
از برای او که من بعد حاجتی از برای وارث به هم نمرسد به سبب حصول سرمایه

معتد بهی، یا تحصیل کسبی و حرفه ای. و هر گاه این معنی از برای بعضی حاصل شود
 دون بعضی به قدر سهم آن را که ظاهراً غنی است به فقرا مدهد. و هم چنین هر يك از
 وارث که محتاج شدند به قدر نصیب او، به او مدهد به تدریج.
 و اما سؤال از حقوق مالیه: هر گاه وصی علم داشته باشد که خمس یا زکات متعلق به
 آن مال بوده و الحال هم آن مال باقی است، باید بدهد. و هر گاه علم ندارد
 خمس در آن واجب نمیشود. و اما زکات، پس هر گاه حصه هیچ يك از وراثت به
 قدر نصاب نیست، به هیچ وجه زکات به آن متعلق نمیشود. و هم چنین است هر گاه به قدر
 نصاب باشد مادامی که وارث متمکن از تصرف در آن نشده و ملکیت او مستقر نشده به
 سبب
 عدم ظهور فقر و حاجت، زکاتی متعلق به آن نمیشود هر چند در دست وصی بماند تا
 سال بر آن بگذرد، زیرا که شرط است در وجوب زکات، استقرار ملك و تمکن از
 تصرف و
 گذشتن سال بر آن (در آنچه حلول سال در آن شرط است) در دست مالك.
 و مفروض این
 است که در اینجا نه استقرار ملك حاصل شده و نه تمکن از تصرف.
 ۱۴۸: سؤال: شخصی وصیت نموده که (بعد از من طفلی دارم باید خاله ام متوجه
 شود و وصی من است که مال مرا بعد از من به هر نهج که صرفه صغیر باشد از آن
 قرار
 عمل نماید). آیا چنین وصیتی صحیح است یا نه؟ و با وجود وصیت، همین صغیر را
 خاله مادری میباشد و می گوید که حضانت طفل همشیره ام به من می رسد. در این
 صورت
 کدامیک اولی تر است به حضانت و متوجه شدن [به] اموال او؟. و هر گاه هیچ يك
 [از] اینها
 قابلیت نداشته باشند (با وجود عدم ولی شرعی) امر صغیر را چه باید کرد؟.
 جواب: وصیت پدر در مال صغیر نافذ است، و باید به مقتضای آن عمل کرد. و اما
 وصیت در حضانت و محافظت صبی، پس ظاهر این است که منوط به وصیت پدر
 نیست.

و آن حقی است که حق تعالی از برای پدر و مادر در حیات ایشان قرار داده است، و بعد از آن از برای اقارب، و نمیتوان آن را به وصیت از برای غیر قرار داد. پس باید دانست که حق حضانت و محافظت بعد از پدر از برای کیست. و چون از ظاهر سؤال معلوم میشود که آن طفل مادر ندارد، حق حضانت و محافظت بعد از پدر از برای کیست. و چون از ظاهر سؤال معلوم میشود که آن طفل مادر ندارد، حق حضانت بعد از فوت پدر و مادر (هر دو) اظهر این است که به اقارب رجوع میشود، الاقرب فالاقرب. یعنی هر کدام میراث مبرند از طفل، مقدم است بر آن میراث نمبرد. و در جایی که هر دو میراث مبرند باید قرعه کرد. و زیادت بر بودن میراث منشأ تقدم نمیشود. چنان که در صورت سؤال خاله پدر دارد و خاله مادر. و

همچنین ظاهر مشهود که اقرب از آنها ندارد، مثل جد و برادر پس باید قرعه کرد چون

هر دوی آنها وارث طفل اند هر چند تفاوت دارند در میراث.

۱۴۹: سؤال: چنانچه نوشته [ای] به خط میتی بر آید، قطع به هم رسد که این نوشته خط آن میت است. به وصایای او آنچه نوشته باشد میتوان عمل کرد؟ و هر گاه شاهد

شهادت اجمالی به این مضمون بدهد که (موصی گفت که من در دستك خود چیزی نوشته ام و فلانی را وصی نموده ام) و قرینه ظنیه باشد که نوشته همین است، کافی است یا نه؟

جواب اشهر و اظهر این است که کتابت، وصیت نیست، هر چند قطع به اراده وصیت حاصل شود. زیرا که میتواند شد که تلفظ به صیغه را مدخلیت در انعقاد آن باشد، مانند

نکاح وغیره. هر چند قول به اکتفا به آن - در صورت حصول قطع به آن سبب قرائن قوتی دارد. لکن اول اقوی است. و اما ثبوت وصیت به کتابت در صورت حصول قطع به آن، پس آن مسأله دیگر است و ظاهر این است که میتوان به آن اکتفا کرد. مانند قطع به توکیل به مکتوب کسی.

۱۵۰: سؤال: شخصی در مرض الموت وجهی را به شخصی هبه نمود. و آن شخص نیز در عوض آن قرار داد نموده که مدت بیست سال صوم و صلوات به جهت او استیجار

نموده یا خود به عمل آورد. آیا از اصل است یا از ثلث، یا باطل؟ و بر تقدیر صحت، آیا اجرت المثل صوم و صلوات داخل تر که است یا نه؟
جواب: هر گاه آن شخص هبه آن ملک را به آن شخص کرد و شرط کرد در ضمن عقد

که متهب بعد موت او دو سال عبادت از برای او استیجار کند، یا خود به عمل آورد. ظاهر

این است که شرط صحیح است و از باب وصیت مشهود و معاوضه و وصیت به جعل واحد

به عمل آمده و توجیه صحت معاوضه با وجود این که انتقال عوض به واهب در حال حیات

صحیح نیست چون عبادات واجبه به نیابت احیا صحیح نیست این است که استحقاق

این عوض در حال حیات به وجهی از وجوه استحقاق، فی الجمله کافی است در
معاوضه و
چون عبادت کردن متهب ممکن است منتقل شدن آن به واهب به این نحو که
وصیت
کند که آن را بعد از موت برای او به عمل آورد، یا در حال حیات از برای پدر او
بکند و
امثال آن، پس گویا گفته است (من ملک را به تو بخشیدم که در عوض آن بیست
سال
عبادت بکنی و آن بیست سال را از برای خودم بکنی بعد از وفاتم).

و هر گاه به این مواهبه وصیت متحقق شد پس آن هم در ثلث معتبر است. و وارث مستحق بر زاید بر ثلث است از آن عمل مشروط هر گاه اجازه نکند زاید را، و مستحق

اجرت المثل نمیشود. بلکه مستحق نفس عمل است که استیجار باشد، یا عمل کردن خود متهب. بلکه حقیقتاً عوض، همان عبادت است و تخییر در طریق وفا به آن است. بلی

هر گاه تراضی واقع شود بر اجرت ضرر ندارد و وارث میخواهد آن عمل و استیجار را از

برای خود قرار مدهد بعد از موت، یا به دیگری منتقل میکند. و بدان که: هر گاه معین کند که عوض، استیجار بیست سال عبادت باشد و بگوید (یا

خود بکن یا استیجار کن) گاه است توهم اشکالی بشود که [در] عوض جهالت به هم

میرساند. زیرا که گاه است که وجه اجاره مختلف میشود بعد از موت، پس منشأ بطلان

میشود. و آن منافع است به این که عوض هبه حقیقتاً همان عبادت است، و آن خود معین

است. پس غرض تحصیل آن عبادت است به هر قیمتی که باشد. و در این جهالتی نیست. با وجود این که در عوض هبه مشروط به عوض، شرط نیست تعیین عوض. بلکه

شرط عوض مبهم هم صحیح است و رجوع میشود به عوض المثل. و وصیت راجع میشود به عوض المثل. و اما حقیقت این است که در اینجا هیچ نحو ابهامی نیست. چنان که گفتیم.

۱۵۱: سؤال: چون عمرو و اخوان او مدتی خدمت زید را کرده اند، زید وصیت نمود که

عوض اجرت ملازمت و حق خدمت، قطعه معینی از سرای زید و قطعه زمینی از ملک مزروعی او را به عمرو و اخوان او واگذارند به جهت آن که ایشان راضی شده اند حقوق

خدمت را ابرا نمایند. و بعد از فوت [او] قطعه سرا را به تصرف عمرو داد [اند] و عمرو در

آنجا خانه ساخت و چهل سال است که در تصرف دارد. و قطعه زمین مزروعی را به عمرو

نداده اند. والحال بعضی از نواد [ه] های زید متعرض حال عمرو شده که (یا نصف

آن
سرائی که در این قطعه معینه بنا نموده [ای] به ما واگذار، یا از این مکان بیرون رو
و عمرو
می گوید: قطعه زمین مزروعی را هم میخواهم. آیا در این صورت کدامیک تسلط
دارند؟
جواب: هر گاه عمرو و اخوان او اجیر باشند، یا این که ایشان را امر کرده باشد و
ایشان هم
تبرعا خدمت نکرده اند، در صورت اول ایشان مستحق وجه اجازه اند، و در صورت
ثانی
مستحق اجرت المثل. پس الحال که وصیت کرد که آن قطعه سرا را و آن قطعه محل

زراعت را به آنها بدهند در عوض حق ایشان، پس اگر قیمت اینها در حین انتقال (که بعد

از موت است) زاید بر اجرت یا اجرت المثل نیست، ایشان مستحق [هر] دو قطعه میشوند. و هر گاه قیمت آنها بیشتر باشد از حق آنها، پس اگر زیادتی قیمت زاید بر ثلث

مال موصی نیست، باز مستحق تمام دو قطعه هستند. و اظهر این است قبض موصی له شرط در تملك نیست.

و اگر زاید بر ثلث باشد و ورثه امضا نکنند، به قدر حق آنها از اجرت به قیمت ما بعد

موت از آن دو قطعه، مال طلبکارها است، هر چند قیمت نکرده باشند آنها را در حین ادا و

چون تملك را در وصیت مشروط به قبض نمودانیم، از آن قطعه که به قبض آنها در نیامده به قدر متهم اجرت مستحق هستند و مطالبه میکنند، هر چند وارث تواند زاید از

حق آنها را در صورت عدم وفای به آنها ندهد. پس در این صورت مساوی اجرت خود را

با آنچه ثلث وفا بکند به آن از مقدار زاید بر اجرت، به آنها مدهند. و تتمه مال وراثت است. و هر گاه آن دو قطعه کمتر از اجرت آنها باشد و تراضی بر همان واقع نشود، باقیمانده اجرت را مستحق اند که از مال موصی بگیرند. و لکن چون مفروض سؤال این

است که تراضی واقع شده ما تفصیل را بر آن فرض قرار داده ایم.

کتاب الوصیة
من المجلد الثالث

۱۵۲: سؤال: چه مفرمایند در باب این مسأله که شخصی وصیت نموده که فلان ملك مرا به زوجه ام بدهید. و حال قیمت آن ملك صد تومان است، و مهر متعارف این سرزمین جزئی است. و موصی در وصیت گفته است که این ملك را به جای مهر و قرض او بدهید که من قرض دار زوجه ام هستم. ورثه دیگر مگویند که به زوجه قرض دار نیست از راه این که ورثه دیگر را محروم کند این وصیت را کرده است. محضاً لله صورت شرعی آن را بیان فرمائید.

جواب: این سخن موصی مشتمل است بر اقرار به اشتغال ذمه [به] مساوی قیمت این ملك از برای زوجه از بابت حق الصداق و دین. و بر وصیت به این که این ملك خاص را بدهند در عوض طلب. اما اقرار: پس اگر در حال غیر مرض موت است، پس از اصل مال بیرون مرود. و اگر در حال مرض موت است، پس اگر متهم نیست به قصد حرمان ورثه، آن نیز چنین است علی الاظهر. و اگر متهم است پس اگر بعد وضع مهر زاید بر ثلث مشود، اعتبار ندارد در زاید، مگر به اجازه وارث.

پس اول باید دعوی مهر را طی کرد به مرافعه، خواه قرار گیرد بر مقدار معینه بینه یا غیر آن، و خواه بنابر مهر المثل شود در صورت عجز از اثبات. و بعد از آن ملاحظه باقی قیمت ملك شود نسبت به ثلث بودن یا زاید بر ثلث بودن.

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

۱۵۳: سؤال: چه مفرماید که شخصی ملکی برای فروختن و استیجار حج، معین
نموده، و به وصی خود تاکید تمام کرده که زود فروخته استیجار حج نماید. وصی
سهل
انگاری نموده تا فوت شده. و پسرهای موصی خود ملك مزبور را فروخته و به
مصرف خود

رسانیده اند. آیا شرعا باید ورثه دیگر یا عادل حسبتالله از ایشان گرفته به وصیت
عمل
نمایند و بر فرض جواز، همان قیمت را که پسرها فروخته اند از ایشان بگیرد چند
سال
است که از فروختن ایشان مگذرد والحال ملك مزبور به اضعاف مضاعف قیمت به
هم
رسانیده، هر گاه فروختن ایشان خلاف شرع باشد و به توان استرداد نمود با تفاوت
قیمت،
بیان فرمایند.

جواب: اظهر این است که به قدر حج میقاتی را موصی مستحق است، خواه ثلث مال
آن وفا کند به آن یا نه. و زاید بر اجرت حج میقاتی را از ثلث اعتبار میکنند هر گاه
از ثلث
مال بر آید، یا وارث امضا کند استیجار میکنند، و الا، فلا. و اگر وفا به بعض اجرت
[حج]
بلدی کند دون بعضی، به همان قدر از مسافت هم حج را استیجار میکنند. و هم
چنین
وصیت فروختن ملك خاص را هم باز در آن اعتبار ثلث مشود. زیرا که چنان که
وراث بر

زاید در ثلث قیمت عین مستحق اند هر گاه آن ملك مخصوص زاید بر ثلث مال باشد، وارث را مرسد که بگوید زاید بر ثلث را از جای مدهم و آنچه در مقابل است از ملك برای خود نگاه مداریم.
و علی ای تقدیر: در قدری که وصی میتواند فروخت به اذن و نفروخت، و بعد از او وارث فروخته و تصرف کرده (خواه تمام ملك باشد یا بعض آن)، پس چون حاکم شرع -

۱: توضیح: یعنی از نظر تعیین، فقط ثلث ملك مزبور مشمول تعیین میشود، و وارث میتواند تعیین کردن موصی را نسبت به دو مثلث آن ملك رد کند.

یعنی مجتهد عادل - وصی کسی است که وصی ندارد، ولایتا تصرف با او است.
باید به

مقتضای وصیت عمل کند. پس اگر مصلحت در امضای بیع است [امضا] میکند، و
الا

فسخ میکند. و در صورت عدم امضا میتواند مطالبه ملك را از بايع کند و می تواند از
مشتري مطالبه عين ملك [را] بکند، و اجرت المثل ایام تصرف را هم از آن بگیرد.
و اگر مشتري جاهل بوده به این که [این] ملك حق غیر است، یا این که عالم بوده و
لکن

بايع ادعای اذن و جواز تصرف در آن کرده بوده است، مشتري رجوع میکند به بايع
به

قیمت ملك که داده است و غرامتی که کشیده از اجرت المثل هر چند استیفای
منفعت

از آن ملك کرده باشد (علی الاظهر). و هر گاه عالم بوده به غصبیت و خریده است،
پس

اگر قیمتی که به بايع داده تلف شده، رجوع نمیتواند کرد. هر چند دور نیست که بر
بايع

واجب باشد رد آن. هر چند از برای مشتري جایز نباشد مطالبه آن. و هر گاه باقی
باشد

میتواند رجوع کرد.

هر گاه حاکم شرع رجوع کرد به بايع و غرامت از او گرفت به استرداد عين یا
قیمت و

اجرت المثل، پس اگر مشتري عالم بوده به غصبیت، بايع رجوع میکند به او در
غرامتی

که کشیده به غیر غرامتی که در عوض منافع قبل از بیع، کشیده. و اما قیمتی که
مشتري

به او داده پس حکم آن همان است که پیش گذشت (که اگر عين آن باقی است پس
مگیرد، و اگر تلف شده، نمیتواند مطالبه کند. هر چند دور نیست که بر بايع واجب
باشد رد آن) و اگر مشتري جاهل بوده به غصبیت، باز بايع رجوع میکند به غرامتی
که

کشیده در عوض ایامی که در تصرف مشتري بوده.

واظهر این است که هر گاه قیمتی که بگیرد حاکم از بايع، زاید است بر قیمتی که
مشتري به او داده، بايع نمیتواند آن زیادتی را از مشتري بگیرد. چون مشتري مغرور
است و دادن آن زیادتی ناشی از فعل او است که غاصب است. چنان که در صورت

سابق

که حاکم رجوع میکند بر مشتری، زاید بر ثمن، مشتری رجوع میکند بر غاصب، به سبب مغرور بودن. و هر گاه دسترس به حاکم شرع واقعی نباشد، عدم مومنین حسبتا این کار را میکنند.

و اما حکایت زیاد شدن قیمت ملك الحال: پس ظاهر این است که آن زیادتی مال موصی است و به وارث بر نمگردد. چنان که اجرت المثل تصرف مال او بود. پس هر چند الحال این ملك زاید بر ثلث باشد، امضای وارث شرط نیست. پس ملك را

مفروشد و استیجار حجه میکنند، و زیادتی آن را صرف خیرات و مبرات میکنند برای او. و دور نیست که اکمل افراد را ملاحظه کنند چون اشخاص مستأجرین متفاوتند و گاه است وفا کند قیمت به اکمل افراد، و حسب المقدور عمل به مقتضای وصیت شده باشد. به این معنی که اجرت المثل اکمل اشخاص را وضع کنند برای حجه، نه این که زاید از اجرت المثل اکمل اشخاص را به او بدهند. مگر آن که زاید بر اجرت المثل از باب سایر خیرات و مبرات باشد هر گاه آن شخص اکمل، مستحق تصدق وصله باشد که افضل از سایر خیرات باشد. و الا باید در خیرات هم اصلح به حال میت را منظور داشت.

۱۵۴: سؤال: اوصی زید بمرزعة مخصوصة من ماله لاجل المبرات لنفسه، ثم آجرها باولاده اجارة محاباتیة الى ثلاثین عاما مرض الموت. بمعنی ارتفاع ثلاثین من محصولها من شتوی و صیفی، و شرط في ضمن العقدان يكون خيار الفسخ لوصیه حين الممات فهل یصح هذه الوصية والاجارة والشرط ام لا؟

جواب: لا یحضرنی فی کلام الاصحاب تصریح بهذه المسألة الان. نعم قال العلامة فی القواعد: ولو اوصی له بسکنی دار سنة ثم آجرها سنة، لم ینفسخ، فان مات فالاقرب ان له سنة كاملة بعد اتقضا مدة الاجارة). وهو مناسب لهذه المسألة، و تحقیق المقام یتدعی رسم مباحث.

الاول: ان الوصية من العقود الجائزة من الطرفين، یجوز للموصی الرجوع فیها، سوا كان الوصية بالمال او بالولاية. ویتحقق الرجوع اما بصریح اللفظ مثل (فسخت) و (رجعت)، او بفعل ما ینافیها كالبيع والعنق والهبة مع القبض او بدونه (وان لم یثبت الملك للمتهب بدونه) والوصية بالبيع، ونحو ذلك، او بالشروع فی مقدمات ذلك الفعل كالعرض للبيع، ومجرد الايجاب فی الرهن والهبة. وبالجملة، كلما دل علی الفسخ صریحا، او ظاهرا، او مع القرينة. واما مثل تزویج العبد والامة واجارتها وختانها و تعلیمها ووطؤها مع العزل فلیس برجوع. وبدونه دلیل علی قصد الرجوع لانه من باب التسری.

الثانی: ان منجزات المریض ومعاملاته المحاباتیة یمضی من الاصل (علی الاظهر). الا الاقرار فی المتهم بحرمان الوارث، فمن الثلث.

الثالث: انه لا بد فی الاجارة (اذا كان تعیین المنفعة بالمدة) تعیین المدة. فمثل

تقديرها بقدم الحاج او ارتفاع المحصول ونحو ذلك، لاينفع. ويطل الاجارة بسبب

(٣٠٠)

الجهالة. وظاهر التذكرة انه اجماع العلماء. الرابع: انه لا تحديد فيجوز بلحظة وبالف سنة وباكثر، وان كان في حال المرض. نظرا الى الاستصحاب، سيما مع القول بعدم البطلان بالموت كما هو الاظهر. والظاهر انه لاخلاف فيه بين الاصحاب. وادعى في التذكرة اجماع علمائنا. الخامس: كما يجوز الوصية بالعين، يجوز بالمنفعة ايضا مادام عمر الوصى له، او مادام بقا العين، او في مدة معينة مع اعتبار الثلث في الجميع. وفي كيفية معرفته تفصيل مذكور في محله ليس هنا مقام ذكره.

اذا تمهد هذا فلنرجع الى الكلام في المسألة فنخص البحث اولا بما ذكره العلامة ثم نتكلم في اصل المسألة. فنقول: لو اوصى لاحد بسكنى داره سنة ثم اجرها سنة لم يفسخ،

اي الوصية. اذا الاجارة ليست مما يدل على الفسخ بل يجمع الوصية كما ذكره في اجارة

العبد والامة الموصى بهما. لكن ان مات ولما يتم مدة الاجارة، فهل يبطل الوصية؟ ام لا بل يصح ويستأنف سنة جديدة للموصى له بعد انقضاء مدة الاجارة؟ فيه وجهان. اختار ثانيهما العلامة وولده في الايضاح مستدلا بان الموصى له مستحق لمنفعة سنة و لم يمكن ابطال الاجارة فكان له بعدها، ولان الوصية تناول سنة مطلقة وانما اوجبنا السنة

الاولى مبادرة الى توفية حقه فاذا منع مانع، اعطى سنة غيرها. بخلاف الاجارة فانها تقتضى الاتصال بالعقد والابطال، لعدم تعيين مبدئها، هذا خلف. ولانه لا منافاة بين الاجارة المعينة والوصية المطلقة فلا يدل على الرجوع، والاصل عدمه.

واستدل للوجه الاول باقتضا اطلاق الوصية سنة متصلة بالموت. ولهذا وجب على الوراثة تسليمها اليه بعد الموت على الفور مع عدم المانع، ولا يتخير السنة بعينها ١ وهي

قد استحقت لغيره، فيبطل. قال: والاصح الاول ٢ ونمنع اقتضا الوصية السنة الاولى بعينها. فعلى الوجه الثاني لو انقضت مدة الاجارة قبل انقضاء سنة من يوم الموت، فمنفعة

بقية السنة للموصى له. ويبطل الوصية في ما مضى. وان انقضت بعد سنة من يوم الموت، بطل الوصية. لان الوصية تناول منفعة السنة الاولى فاذا صرفت الى غيره بطلت الوصية.

١: وفي النسخة: سنة بعينها. - وفي الايضاح نسخة كوشانيور: سنة تعيينها.
٢: اي: قال الفخر: والاصح الاول. - ومراده من الاول، الاول في كلامه، الذي هو الوجه الثاني في كلام المصنف. وهو

عدم البطلان.

(٣٠١)

قال: وهذا الاحتمال ضعيف. ويتفرع على الوجهين انه لو لم يكن آجرها الموصى ولم يسلم الوارث الى الموصى له بلا عذر ومضت سنة، فعلى الوجه الاول يسلم الى الموصى

له سنة اخرى، وعلى الوجه الثانى يغرم الوارث منفعة السنة. واصل المسألة مبنى على ان الاجارة لا تبطل بموت الموجر، وهو المختار عند المصنف وعندى. انتهى كلامه (ره)

. اقول: وحاصل المسألة: انه لو حصل وصية بمنفعة عين في سنة لاحد واجارة لهذه العين المشخصة مع تقديم الوصية على الاجارة، فالاجارة صحيحة ولا يضربها الموت في

اثنا المدة، على الاظهر. وكذلك لا ينافى الاجارة الوصية ولا يوجب فسخ الوصية (كالبيع و

الهبة). لكنه هل يبقى الوصية بحالها ان مات قبل انقضا مدة الاجارة ام لا؟ فيه وجهان مبنيان على ان الوصية بمنفعة سنة مطلقة، هل ينصرف الى عام اول الموت؟ او مطلق يجوز للوارث تسليمها في اى عام؟. فعلى الاول: فهل يبطل اثره بترك الفور او يجوز الاتيان به في السنوات الاتية وان عصى بالتأخير.

والتحقيق في المسألة مختارهما (ره) من عدم الفورية. اذ المطلق لا يدل على المقيد. فلا بد من الوفا بمقتضى الاجارة اولاسوا كان تعيين مبدأ مدتها بسبب الاطلاق وانصرافه

الى حين صدور الصيغة كما هو الاظهر الاشهر او بتعيين الموجر. واما ما ذكره للوجه الثانى من بطلان الوصية لو لم يصادف حين الموت من وجوب في الفور في العمل بالوصية،

فغاياته تسليم الفورية، وهو لا يستلزم انتفا الوجوب في الان الثانى. والتحقيق منع الفورية. فينبغى تقديم الاجارة وتتميمها، ثم العمل على مقتضى الوصية. وفروع المسألة واضحة.

والذى كان ينبغى التعرض له (ما لو صرح في الوصية بالسنة الاولى بعد الموت). وبعد تحقيق الكلام فيه يظهر الكلام في اصل المسألة التى سئل عنها. فنقول: اذا اوصى بمنفعة عقار لزيد سنة من حين موته، ثم آجرها بسنة، واتفق الموت قبل اتمام مدة الاجارة: فالذى يظهر لى بطلان الاجارة في تنمة المدة. كما لو تلف العين المستاجرة

في اثنا المدة، او تعذر الانتفاع بها راسا. فان الموت قبل انقضا المده كاشفه عن عدم كونه

مالكا لهذه المنفعة حين الاجارة. ولا ينافى ذلك ما ذكر نافي المقدمات من عدم منافات

الاجارة للوصية، بل ذلك يحقق ما نحن فيه. اذا معنى قولهم (ان الاجارة لا ينافى الوصية)
ان الوصية باقيه بحالها وليس [ت] من باب البيع والهبة والعتق.
فكون مقتضى ذلك بقا الوصية معناه لزوم العمل بالوصية. ومع العمل بها لا يكن

بقا الجارة بحالها في تمام المدة. لانها اجارة في مال الغير في نفس الامر. فعاية الامر تعارض السببين، ولا دليل على تقديم مقتضى الاجارة، سيما مع ظنه بقاه الى زمان انقضا الاجارة ان فرض ١ موته في اثنائها بغتة. ومقتضى الجمع بين الدليلين والعمل بمقتضى السببين تصحيح الاجارة الى زمان الموت وابطالها ما بعد الموت، الامع اجارة الموصى له لتمامها. ان قلنا بعدم اشتراط وجود المجيز حين العقد في الفضولي، كما هو الاقوى. ٢

وهذا مع امكان الاجارة، وقد لا يمكن الاجازة. كما لو اوصى ببيعه بعد الموت وصرفه في استيجار العبادات. اذ لم يمكن للموصى الاجازة بوجه من الوجوه. وايضا: هذا من قبيل اجارة الولي مال الصغير في زمان لا يعلم حصول البلوغ في اثنائه. فانهم ذكروا: انه لو اجر الولي في زمان يحصل القطع ببلوغة بالسن قبل انقضائها - كمالو

اجر ملك من له عشر سنين، في عشرين سنة - فيبطل في الزايد، فيحصل خيار التبعض في الباقي. واما لو آجره في زمان لا يقطع ببلوغة قبل اتمامه بالسن، لكن يحتمل حصوله في اثنائه بالانبات، او الاحتمام، فالاصل [ان] الاجارة صحيحة في ظاهر الحال. نظر الى الاستصحاب. واما استمرارها بعد البلوغ: ففيه وجهان. فعن الشيخ في الخلاف انها تبقى

بحالها. لانه تصرف من الولي على وجه المصلحة، فيلزم ويستصحب اللزوم. كمالو
زوجه

ثم بلغ، او باع داره كذلك. والوجه الثاني انفساحها في الزائد، قال في التذكرة: (وهو المعتمد عندنا، الا ان يجيز الصبي بعد البلوغ فيلزم. لا نايينا انه قد زاد على مدة ولايته وقد تصرف في منافع لا يملك

التصرف فيها ولا ولاية عليه فيها، شبيهه ما اذا عقد عليه بعد البلوغ) وحينئذ نقول: ان زمان الاجارة في المثال مما يمكن حصول الموت قبل انقضائها، ويكون الموت كاشفا عن عدم

تسلطه على منفعة في هذا الزمان لاجل الوصية. فيصح قبل الموت دون ما بعده، وان كان ٣ الموصى به منفعة العين مادامت باقية. فلا يمكن استيفا مدة الاجارة مما بقي بعد الموت. وليس هذا من باب انتقال المال الى الوارث (حيث لا ينافى بقا الاجارة على

الاصح فينقل العين الى الوارث ويبقى الاجارة بحالها). بخلاف مالو اوصى بمنفعة السنة

-
- ١: وفي النسخة: وان فرض.
 - ٢: راجع المسألة المشروحة المفضلة " البيع الفضولي " في اواخر كتاب التجارة من المجلد الثاني.
 - ٣: في النسخة: فان كان.

الاولى وما بعدها. فان الموصى [به] ليس من مال الوارث.
اذا عرفت هذا فارجع الى اصل المسألة وهو الوصية بالعين. وهي هنا ايضا لا بد من
التفصيل: فان كان الوصية بنقل الملك الى غير حين الموت، فهو لا ينافى صحة
الاجارة،

فانه يصح وصية العين لاحد وايجارها لآخر، مع موته قبل الانقضاء. لجواز الجمع بين
الحقين. امالو اوصى ببيع الملك بعد الموت وصرفه في استيجار الصوم والصلوة حيث
يعلم ان مراده ذلك، فلا. خصوصا ان طال مدة الاجاره ولم يكن للخالية عن المنافع
قيمة
باعتدبها.

واما شرط خيار فسخ الوصى في ضمن عقد الاجارة: فهو ان كان يوهم بطلان
الاجارة

من اصلها (لجهالة الشرط بسبب جهالة وقت الموت. وجهالة الشرط مستلزمة الفساد
العقد) ولكنه ليس كذلك. اما اولاً: فلاحتمال تطرق الاشكال في ضرر الجهالة في
الشرط

في المعاملات المحاباتية - كما هو مورد السؤال - لان دليله اما الاجماع، او لزوم
السفه. و

كلاهما [ممنوع] في محل المحاباتيات. واما ثانياً: فلان الظاهر ان الموصى حسب ان
الاجارة لازم من قبله ولا يصح جعل الخيار لنفسه لكونه ميتاً، ح. فجعل الخيار
للموصى. و

مراده من ذلك التحرز عن عدم تأثير الوصية وامضائها حين الموت بسبب عقد الاجارة
اللازمة من باب الحيلة الشرعية، ولم يفهم انه لا حاجة الى ذلك في مثل مالو كان مراده
في الوصية ان يصرف العين الموصى بها ببيعها بقيمتها الواقعية في السنة الاولى في ما
اوصى له. يعنى عدم سقوط ماينزل قيمتها بسبب بقا مدة الاجارة.

ومثل مالو اوصى بمنفعتها في السنة الاولى وما بعدها لبطلانها بالذات بسبب الموت
ح. فليس لاحدان يقول: شرط الفسخ معناه ان له الخيار في الفسخ وعدمه، وهذا قرينة
على عدم ارادته ببيعه في السنة الاولى حتى ينافى بقا الاجارة. فمقتضى ذلك انه لو لم
يفسخ تبقى الاجارة بحالها. ومقتضى عدم منافات الاجارة للوصية ابقا الاجارة بحالها
الى

تمام مدتها.

لا نناقول: معنى هذا الشرط انه ليس للمستاجر دعوى بقا الاجارة ولزومها له، بل
الامر للموصى له. لا بمعنى انه مختار في الفسخ والابقا. بل بمعنى انه ليس للمستاجر
حق فيها، وان كان يجب على الوصى البيع. والحاصل: ان المراد انه ليس هناك اجارة

الامر بيد الوصى بعمل بمقتضى الوصية، لا ان يكون اجارة ولكن الخيرة بيد الوصى في ابقائها وفسخها. فتامل جدا تعرف المراد. وكيف كان فهذا الشرط لغو وجوده

كعدمه لامحل له هنا. لا انه يمكن الشرط الصحيح ولكن [هو جعله] على الوجه الفاسد،

بل هو راجع الى تحصيل الحاصل وهو محال.

وهذا كله مع تقدم الوصية على الاجارة. واما مع تقديم الاجارة فلا يصح الوصية بماينا فيها، الامع اجازة المستاجر، بنا على صحة الفضولي فيها (كما هو الاظهر). وهذا كله مع

تعيين مدة الاجارة بالشهور والايام. واما تفسير (السنوات) برفع ثلثين محصولا: فهو باطل

للجهالة، كقدوم الحاج ورواح القافلة. لاختلاف رفع المحصول بسبب حرارة الهوى و برودتها، وحصول الموانع من الحصاد والجذاذ وغير ذلك. فهو تفسير مجهول، بمجهول، وبجهالته يبطل العقد.

١٥٥: سؤال: شخصي ديگر در كربلا فوت شده، و وارثي چند در وطن داشته، شخص

مزبور در سه يوم قبل از فوت وصيتي کرده و به جهت هر يك از وارث خود مالي مشخص و

معيني [را] وصيت کرده. و يكي از اولاد آن شخص متوفى، پانزده ساعت قبل از او فوت

شد. آيا آن مالي را كه به جهت آن پسر متوفى وصيت کرده بود به آن پسر متوفى مرسد

كه به وارث آن پسر متوفى بدهند؟ يا آن كه چون پانزده ساعت قبل [از پدر] فوت شده به

آن چيزى از وصيت نمرسد و مال ساير ورثه است؟ و هم چنين آيا از براى اين پسر متوفى شده، حصه از مال پدر متوفى مباشد يا نه؟

جواب: هر گاه موصى وصيتي کرده از براى احد وراث، و قرينه نباشد بر اين كه مقصود

همان فرزند باشد نه اولاد او، و آن وارث قبل از موصى بميرد، و موصى هم از وصيت خود

رجوع [ن] کرده بود، آن موصى به، منتقل مشود به وارث آن موصى له هر گاه وارث

خاصى دارد. چنان كه حق قبول هم منتقل به او مشود، على الاشهر الاظهر. و اما سؤال

از ميراث بردن آن ولد متوفى از آن اموال، پس آن وجهى ندارد و ميراث بردن

مشروط

است به حیات وارث بعد از موت مورث. والله العالم.

۱۵۶: سؤال ضعیفه [ای] مثلاً خود را مستطیعه دانسته تدارك سفر مکه را مهیا کرده و به سفر مکه مشرف شد. و در آن وقت وصیت نامه نوشت به این مضمون که حاکم

شرع را وصی نموده و برادر و شوهر خود را ناظر قرار داده. و وصیت کرده به این که

(سیصد تومان از مال من به فقرای عوام و سادات بالسویة باید برسد. و اگر به مکه نرسیدم

حجه از برای من گرفته شود. و تتمه را، ثلث آن را سی سال صوم و صلوات از برای من

بگیرند، و نعش مرا به نجف ببرند، و تتمه ثلث را به فقرا برسانند، و باقی مال وارث است).

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

آن

وصیت اول با وجود این دخل و تصرفات به جا ممانند یا نه؟ و هر گاه وقف صحیح نباشد به وصیت اول باید عمل کرد یا نه؟ و اگر وقف صحیح باشد در آن يك طاق قنات بایر هم صحیح است یا نه؟

جواب: اولاً موصی حاکم شرع [را که] وصی نموده، معلوم نیست. اگر حاکم شرع معینی است خوب است، و الا پس وصی تعیین نکرده، و در آن وقت ولایت و اختیار وصایت

با حاکم شرع است هر کی [را] او بخواهد او باشد. و ثانیاً مراد از این که (سیصد تومان از

مال من باید به فقراى سادات و عوام بالسویه برسد) هم معلوم نیست. هر چند ظاهر این

است که نصف سیصد تومان به طایفه سادات و نصف دیگر به عوام. یعنی حصه هر يك از دو صنف مساوی دیگری باشد هر چند عدد اشخاص هر يك مساوی دیگری نباشد. و همچنین نباید به هر يك از اشخاص هر صنف مساوی باقی اشخاص همان صنف داد. و لکن معلوم نیست که مرا این است که حق هر يك از دو صنف، از حقوق واجبه است، مثل خمس و زکات، یعنی نصف سیصد تومان از باب خمس واجب بدهید به سادات و نصف آن را از باب زکات واجب (یا امثال آن) بدهید؟ که در این صورت از اصل مال وضع میشود (نه [از] خصوص ثلث) مثل حجة الاسلام اگر نمکورد. و یا این که محض تبرع است؟ پس اگر قرینه بر مراد باشد، باید تبعیت آن کرد. و اگر مراد به هیچ وجه معلوم نباشد، ظاهر این است که قول وارث مسموع باشد. و اگر او هم نداند یا حاضر نباشد یا صغیر باشد، ظاهر این است که حمل بر وصیت تبرعی بشود، از جهت اصل برائت پس بنا بر این از ثلث مال اعتبار میشود. و اما ثلثی که بعد از این وصیت، [وصیت] کرده که به مصرف صوم و صلوات و بردن نعش به نجف برسد، پس آن ناسخ این وصیت نیست. و باید بعد از وضع سیصد تومان از ثلث مال برای فقرای سادات و عوام، اگر چیزی از ثلث باقی ماند صرف صوم و صلوات واجبه شود، و بعد از آن به تبرعات. و هم چنین آنچه در ذکر مقدم است بر غیر آن در مطلق تبرعات. بلکه ظاهر این است که گفته است بعد از وصیت اول (ثلث مال مرا صرف من کنید به آن نهج). و اگر می گفت که (ثلث مرا) یا (ثلثی که متعلق است به من) یا (ثلثی که وصیت من در آن نافذ است)، در

این صورت این وصیت دوم رافع لزوم اول مشد، اگر چه رافع صحت آن نبود با امضای وارث.
و اما حکایت وقف کردن آن دو طاق آب ناسخ وصیت قبل نمیشود، و آن هم صحیح و ممضی است هر چند يك طاق بایر باشد و نفع بالفعل نداشته، چون قابل تعمیر و آباد کردن است - مثل این که کره اسبی یا گوساله [ای] وقف کرده که بعد از بزرگ شدن انتفاع حاصل میشود.
و اما قرار دادن اکثر منافع به جهت حق التولیه خودش، اگر چه در نظر حقیر مشکل است، و لکن چون مفروض این است که به تقلید دو مجتهد کرده، حکم به بطلان آن نمکنیم هر گاه صیغه خوانده و قصد قبض را هم کرده، و آن گفتگوها که با ضعیفه شده

در باب نقل مخالفت مجتهد ثالث و خواهش کردن هبه از او که بعد از وفات به مصرف خیر

او برسانند، با سکوت ضعیفه عیبی به وقف او نمکنند. و نقصی به آن نمرسد و این تصرفات وقف کردن ملک، و تجدید وصیت، منشا رفع حکم وصیت سابقه نمشود. ۱۵۷: سؤال: هر گاه وصیت کند زید به این نحو که (اولاد من در حینی که قسمت اموال من کنند رسدی هم به نبیره من بدهند، و ثلث مال مرا خرج من کنند). آیا نبیره را

چه باید داد؟ و ثلث را خرج چه باید کرد؟

جواب: اگر لفظ (رسد) در عرف به (حصه) تعبیر میشود مانند (بهره) در عجمی، و (قسط) و (حظ) و (نصیب) در عربی، بیانی از برای آنها در شرع وارد نشده - چنان که از

برای لفظ (جز) و (شیء) و (سهم) وارد شده - و لکن دور نیست که بگوئیم که در اینجا به

قرینه مقام مفهیم که رسدی مثل رسد یکی از اولاد مراد باشد، اگر ذکور است موافق

ذکور و اگر اناث است موافق اناث. بخلاف این که هر گاه بگوید (بهره ای از مال من، یا

نصیبی از مال من از بر این آن نبیره باشد) که در اینجا مبهم است و حکایت قسمت کردن

میراث مذکور نیست. و حکم مبهم آن است که در تفسیر آن رجوع به وارث میشود، و اگر

وارث هم چیزی نداند یا صغیر باشد، اقل محتمل را مدهند. و در صورت مخالفت، قول

وارث مقدم است. و هر گاه موصی له تعیین قدری کند و وارث انکار کند و موصی له بر او

دعوی علم کند، تسلط (قسم نفی العلم) ی دارد.

که صوم و صلوة مقدم است واجب است حتی بر سیصد تومان هم بنا بر این که از باب

تبرع باشد و آنچه از وصایای مذکور زاید بر ثلث باشد موقوفست به امضای ورثه و این

به جهت این است

و به هر حال آنچه قرار یافت که حق نبیره باشد، در ثلث مال معتبر است. و هر گاه زاید

بر ثلث باشد موقوف است به امضای وارث.
اما این که بعد از آن گفته (ثلث مال مرا خرج من کنید) پس ظاهر این است که اگر چیزی باقی ماند از ثلث بعد وضع رسد نبیره، به خرج او مرسانند. و اگر چیزی نماند، وصیت اخری موقوف است به امضای وارث. و اگر به جای (ثلث مال من) بگوید (ثلث مرا) یا (ثلثی که متعلق به من است) یا (ثلثی که وصیت من در آن نافذ است خرج من کنید)،
ظاهر این است که این را مقدم مدارند بر رسد نبیره. و در آن موقوف است ۱ به اجازه وارث. و این در وقتی است که خرجی که باید کرد از باب واجبات مالیه مثل دین و زکات و خمس نباشد، بلکه مثل نماز و روزه واجبه نیز نباشد. و الا پس واجبات مالیه مقدم است

۱: یعنی: و در رسد نبیره موقوف مشود به اجازه وارث.

بر وصايا مطلق. خواه وصيتى به واجب بدنى باشد يا تبرعى. بلکه خواه وصيت کرده باشد يا نه. و خواه وصيت را در ثلث کرده باشد يا مطلق. و هم چنین واجبات بدنيه و

تبرعيه على الاظهر.

و اشكال در اين مقام هست كه: هر گاه چند وصيت تبرعيه بکند به ترتيب در ذكر، آيا

هر گاه اولى مستوعب ثلث باشد وصيت بعد از آن ناسخ آن مشود - بالتمام اگر آن هم به

قدر ثلاث باشد يا به قدرى كه مساوى آن باشد هر گاه کمتر از ثلث باشد -؟ يا ناسخ

نميشود؟. يا آن كه فرقى ما بين الفاظ هست؟.

فنقول: ان قال (اعطوا زيدا ثلثا، واعطوا عمرو او ثلثا)، فالقاعدة تقتضى لزوم العمل بالوصية الاولى لصحتها ومصادفتها محل النفوذ. كما ورد في الشريعة (ان وصيته في الثلث لا يتوقف على اجازة الوارث). وطرو وصية اخرى بعدها لا يغير حكمها. كما لوباع ماله

من زيد ثم باعه من عمرو. لان المفروض ان كل واحد من الجملتين تامة مستقلة، ولا ينتظر آخر الكلام. بخلاف ما لو قال (اعطوا زيدا وعمروا كذا). ويستفاد ذلك من رواية

حمران ١ ايضا. فلا وجه لكون الجملة الثانية ناسخة للاولى، ولكن لا ينافى ذلك بقا الجملة

الثانية ايضا على الصحة، بمقتضى العموم. غايتها كونها منزلة موقوفة على امضا الورثة،

فان اجازوها لزمتم، والا بطلت.

وكذلك الكلام لو قال (اعطوا زيدا ثلثا وعمروا ربعا وبكرا سدسا). وكذلك لو قال (اعطوا زيدا نصفا وعمروا ربعا). بل ولو قال (اعطوا زيدا جميع المال وعمروا نصفا او ثلثا) و

هكذا... وكذلك اذا لم يذكر شيئا من الكسور وقال (اعطوا فلانا بقدر نصيب فلان من

الميراث - او عشرة دنانير) وامثال ذلك. اذ يمكن مطابقتها للكسور بعد الحساب. اما لو قال

(اعطوا زيدا ثلثي) او (ثلثي الذى يتعلق بى) او (الثلث الذى ينفذه وصيتي) ثم قال (اعطوا عمرو الثلث) بالصفة المذكورة: فيكون الثانية ناسخة للاولى. لان الثلث الموصوف ليس الا امرا واحدا. فهي بمنزلة ان يقول (اعطوا ضيعتى الفلانية زيدا) ثم

قال

(اعطوها عمروا).

وقد نسه في التحرير الى علمائنا ولكن جعل فيه نظرا. وكذلك استشكل فيه في القواعد. ولعله لان مجرد اضافته الى نفسه لا يقتضى الرجوع. لان جميع ماله مادام

١: وسائل: ج ١٣، احكام الوصايا، باب ٦٦ ح ١.

حياله. وانما يخرج عن ملكه بعد الموت. ورده في المسالك بان خصوص هذه الاضافة قرينة على الرجوع، وقد يتوهم ان لفظ (ثلث مالى) ايضا بمنزلة (ثلثى) وما في معناه. وليس كذلك، اذ ضمير المتكلم مضاف اليه للمالك. لا لثلث المال. مثل (حبة رمانى) اذا

كان له رمان واراد حبة. لا ما كان له حبة من دون ان يكون له رمان. غاية الامر احتمال

الامرین، ومع الشك لا يرجع عن اليقين.

والحاصل: ان البالغ العاقل يجوز ان يوصى بماله كيف يشاء، والميراث انما هو بعد الوصية، بنص الكتاب والسنة. غاية الامر انه يثبت ان لزومه في مازاد على الثلث موقوف

على اجازة الوارث. واما صحتها فكلا. فالاصل في الوصايا المستقلة المتتابعة، صحتها جميعا وان كان للاجازة مدخلية في اللزوم في الجملة. واما بطلان بعضها ومنسوخيتها: فيتوقف على الدلالة، كنا هي موجودة في المثال المتقدم، اعنى قوله (اعطوا زيدا ثلثى

-

او ما في معناه - واعطوا عمروا كذلك).

وقال في المسالك: (لو قال لزيد ثلث) ثم قال (اعطوا عمروا ثلثى)، كان ناسخا للاول. ولو عكس فقال (اعطوا زيدا ثلثى) ثم قال (اعطوا عمروا ثلثا)، لم يكن الثانى ناسخا للاول.

ثم قال ما حاصله انه لو وجدت قرينة خارجية فيتبع. يعنى في مثل هذين المثالين الذين ذكرهما لوجود القرينة وعدمها. ونظره الى ان اضافة الثلث الى نفسه (المقتضية لا اختصاصه به، انما هو الثلث الذى له امضاؤه بدون توقف على شىء آخر) قرينة على رجوعه عن الوصية الاولى. اذا الوصية الاولى وان كانت مقتضية باستقلالها وتام الكلام

فيها اصابتها مخبرها ومصادفتها محل النفوذ، لكن لا وقع ذلك النفوذ من باب الاتفاق لاجل وقوعها في ابتدا الوصايا. فهذا نفوذ تبعى غير مقصود بالذات. ١

اما الوصية الثانية لعمرو فانما قصد فيها ان يكون هى بالخصوص ما يقتضى النفوذ بذاتها من دون توقف على شىء. فكانه قال (اسقطت ما حصل من جهة الابتدا بالوصية الاولى من النفوذ وجعلت النفوذ الذى لا يتوقف على اجازة الوارث فى الثانية). فيكون [كونه] ناسخا للاولى، اقوى.

ويرد عيله: ان غاية ذلك اسقاط النفوذ، ولكنه

لا يسقط اصل الصحة بوقفه على اجازة

الوارث. اذ ظاهر كلامه (ره) انه يسلم كون الوصية الاولى لا بشرط كون النفوذ تبعيا، فالذى

يرفعه الوصية الثانيه هو مقتضى ابتدائية الاولى من النفوذ لا بشرط. واما النفوذ بشرط امضا الوارث فكلالا. ولا يرد ان يقال (انتفا اللازم مستلزم لانتفا الملزوم سوا كان اللازم

١: اين سطر مبهم است.

اعلم من الملزوم او مساويا له). اذ ذلك انما يسلم في اللوازم الذاتية وعدم التوقف على اجازة الورثة في المطلق من اللوازم الاتفاقية. وان شئت فقل: انه لازم مالم يجئى المنافى، لامطلقا. فالوصية الثانية انما يرفع الكلازم ويبقى الاولى على حالها صحيحة موقوفة على الاجازة.

مع ان ما ذكره في الوصية الثانية انها ليست بناسخة للاولى لاينافى كونه قائلا بصحتها لكنها موقوفة على الاجازة: بل الظاهر انه يقول بها. وكذلك اذا تقدم المطلق و تأخير المقيد. والحاصل ان المطلق المبتد في الذكر للمقيد وغيره لكنه يحمل على المقيد مالم يظهر مناف له. وان جا المقيد بعده فيرتفع حكم لزوم الحمل على المقيد ويبقى حكم الاطلاق في الجملة (وهو صحة الوصية) موقوفة على الاجازة. اذ لا

منافات بين المطلق والمقيد رأسا حتى حكم المطلق مطلقا. ثم: ان ما ذكره (ره) اخيرا من لزوم اتباع القرينة المخرجة عن مقتضى ما اقتضته القرينة في المثالين المذكورين، اراد ان اضافة الثلث الى نفسه وان كان مقتضاها الناسخية في الصورة الاولى ١، فهو ليس بمطرد. اذ قد يتخلف بسبب بعض العوارض. مثل

ان نفرض الموصى معتقدا بان ثلث المال له لاجل ان يصرف في مصارف نفسه وانه هو الثلث الذى يتعلق به فيقول (اعطوا زيدا ثلثا واصرفوا ثلثى في مصارفى)، ويعتقد ان ساير وصاياه ايضا ماضية بدون اجازة الوارث. ولم يفهم ان المراد من الثلث المتعلق به انه

مما ينفذ تصرفه فيه بدون اجازة الوارث كائنا ما كان، ولا ينفذ في غيره بدون اجازة الوارث.

فحينئذ لا يكون الوصية الثانية ناسخة للاولى في المثال الاول على معتقده، وان كان مقتضى اطلاق اللفظ ذلك.

وكذلك في صورة العكس لو اعتقد ان الوصية بالثلث المطلق بعد الوصية بالثلث المتعلق به رجوع عن الاول يكون ناسخا. فلو علم حال الموصى في المقامين عل ما ذكرنا

فهذان من العوارض والامور الخارجية التى اوجب الخروج عن مقتضى القرينه التى جعلها

معيارا للفسخ في الصورة الاولى، والقرينة التى ٢ جعلها معيارا لعدمه في الصورة الثانية. ولكن هذا خارج عن اللفظ.

١: وهى تقدم المطلق وتاخر المقيد.

٢: اى: اوجب الخروج عن مقتضى القرينة التى جعلها معيارا لعدمه...



(۳۱)

ثم انه: حكى [عن] المحقق الشيخ على (ره) انه بنى المسألة على اصل آخر، وقال بان الثانية ناسخة للاولى اذا اطلق الثلث فيها. فاذا قال (اوصيت لزيد بثلث ولعمرو بثلث) فيكون الثانى ناسخا للاول فيقدم. واولى منه مالو قال (ثلث مالى). ثم فرع عليه انه لو اوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع ولخالد بسدس، وانتفت القرائن، ان يكون الوصية الاخيرة رافعة للاولى. مع اعترافه با نه مخالف لما صرح به جميع الاصحاب. والحاصل له

على ذلك مافهمه من ان اطلاق الوصية محمول على النافذة. لان الاصل في الوصية ان يكون نافذة فيجب حملها على ما يقتضى النفوذ، بحسب الامكان. وانما يكون الثانية نافذة اذا كان متعلقها هو الثلث اذى يجوز للمريض الوصية به، فيجب حملها عيله. كما

يجب حمل اطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه، وحملا للبيع على معناه الحقيقى.

ثم رده بان الاطلاق في الوصية وغيرها من العقود انما يحمل على الصحيحة. اما النافذة بحيث لا يترتب عليه فسخ بوجه فلا اعتبار به قطعا. الا ترى ان الوصية بجميع المال

يوصف بالصحة مع وقوف مازاد على الاجازة. وكذلك في البيع بالخيار. واما المثال المذكور لبيع الشريك وانه محمول على استحقاقه فلا يؤثر هنا. للفرق بينه و بين المشاع. لان جميع التركة مستحقة للموصى حال حياته اجماعا فقد اوصى بما يستحقه.

اقول: والاخر ١ كما ذكره في الرد. ويلزمه ايضا ٢ القول بان الثانى ناسخ لو قال (اعطوا زيدا

ثلثى وعمروا ثلثا). والتحقيق ما حققناه. وللشيخ (ره) هنا اضطراب في فتاويه وتخالف لا نطيل بذكره: وان شئت الاطلاع عليه فراجع المسالك.

١٥٨: سؤال: موصى وصيت كرده كه ثلث مال مرا به مصارف واجب و مستحب برسانيد، و وصى حاضر نبوده، بعد از موت موصى وصى مطلع شده كه چنين وصيت كرده، و وصى يقين مداند كه واجب بر ذمه موصى زياده از ثلث است، حال تكليف وصى در صرف ثلث است به امر واجب؟ يا آن كه موافق وصيت به آن عمل بايد بكنند؟

و عرض ديگر اين كه: [شخصى] وصيت كرده كه مبلغ معينى را صرف واجب و مبلغ

١: كذا. ولعله "والحق" او "والاصح".

٢: تقوية وتمة لما ذكره في الرد.



(۳۱۲)

معینی را صرف مستحب نمایند. و وصی بعد از موت که مطلع شده، صرف واجب میت را

زیاده بر آنچه معین کرده مداند، آیا وصی میتواند که بعض مستحبات را موقوف دارد و

صرف واجبات موصی نماید یا نه؟

جواب: اگر آن واجب واجب مالی است (مثل دین و زکات و خمس و امثال اینها) و زاید

بر ثلث است، ثلث را تمام به مصرف آنها مرساند. و اگر وفا نکند از اصل مال تمام میکند، و برای مستحب چیزی نماند، مگر وارث اجازه کند. و اگر واجب بدنی باشد

مثل نماز و روزه، پس اظهر این است که هر گاه ثلث زاید بر آن نباشد تمام ثلث را به مصرف

آن مرساند، و از برای مستحب چیزی نماند. و اگر زاید باشد اول واجب را به جا مآورد و تتمه را صرف مستحب میکند. و در اینجا واجب از اصل مال اخراج نمیشود هر گاه ثلث وفا نمکند.

و از اینجا ظاهر میشود حکم آن که مالی و بدنی (هر دو) باشد که باز بدنی تعلق به ثلث

دارد و از اصل در نمرود و مالی از اصل تمام میشود هر گاه ثلث به آن وفا نمکند. و

باید دانست که حج واجب حکم آن حکم واجب مالی است، هر چند بدن هم در آن شریک

است.

و حکم مسأله ثانیه از مسأله سابقه معلوم میشود. زیرا که واجب اگر مالی است از اصل مال بیرون مرود هر چند زاید بر ثلث باشد، و هر چند تمام مال باشد. پس اگر بعد از

وضع آن چیزی مماند باید ملاحظه کرد که آن قدر برای مستحب تعیین کرده هر گاه

زاید بر ثلث باقیمانده نیست بیرون میکنند. و هر گاه زاید باشد، در قدر زاید موقوف است

به اجازه وارث. و هر گاه آن واجب بدنی باشد، پس وصیت به آن نیز در ثلث معتبر است

مثل مستحب. و لکن در این صورت باز اظهر لزوم تقدیم واجب است بر مستحب هر گاه ثلث

زائد بر قدر واجب است و مستحب را از تتمه ثلث به قدر ممکن اخراج میکنند و الا فلا.

مگر به اجازه وارث.

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

جواب: اظهر واشهر اشتراط عدالت است در وصی. و هم چنین اشهر و اظهر این است

که هر گاه شخص عادل را وصی کند و بعد از آن فسق او ظاهر شود، باز وصایت باطل

میشود و معزول میشود. و اظهر این است که عزل مشروط به حکم حاکم هم نیست.

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

کتاب النکاح
(من المجلد الاول)

۱۶۰: سؤال: هر گاه شخصی وفات یافته باشد، و وارث شرعی او منحصر به زوجه غیر ذات الولد، و دختر خاله، و دختر خالو بوده باشد. و از برای شخص مذکور در مدت العمر با وجود اختیار نمودن چند تأهل فرزندی حاصل نشده باشد. و موت پنج سال قبل از فوت نیز متهم به عدم قدرت بر وقاع بوده باشد، زوجه مشار الیه نیز گوید که

پنج شش سال است چیزی که دلالت بر حصول امکان ولد بوده باشد از آن شخص مسطوره ندیده ام. ومع ذلك شخص مذکور را جاریه [ای] بوده باشد که در وصیتنامه چه

به خط خود نوشته قید کرده باشد که (فلان جاریه آزاد است). و تاریخ وصیتنامه چه مدت

دو سال قبل از ظهور حمل جاریه بوده باشد. و عقدی بعد از آن واقع نشده باشد. بعد از فوت مشار الیه از برای جاریه مسطوره حمل ظاهر شود. و مذکور نماید که حمل از آقای من است پنج شش یوم قبل از بیماری به من دخل نموده حمل ظاهر شده.

و جاریه مزبوره مقرر شده باشد که آقای من قبل از این به من دخل نکرده. ومع هذا زوجه شخص مرقوم مدعیه بوده باشد که (زوجم جاریه مرقومه را پنج شش سال قبل از

فوت خود به عوض جاریه ای که به من باید [مداد] داده بود، و مال من بود). و بر مطلب

خود پنج شش نفر مرد و زن شاهد اقامه نماید. و از زوجه مذکوره سؤال شود که هر گاه

جاریه مال تو بود چرا در وصیت نامه زوجت نوشته که فلان جاریه آزاد است؟ مذکور نماید که: چند سال قبل از این شوهرم صاحب فراش گردید. روزی جاریه و

غلام که مال زوجم بودند در حضور او ایستاده بودند، زوجم به نظر حسرت برایشان نگاه کرد و گفت که مترسم که بعد از من جاریه و غلام به دست غیر گرفتار شوند. من

گفتم که ایشان را آزاد کن تا خدا تو را شفا بدهد. گفت ایشان را آزاد کردم. بعد از آن که

شفا یافت روزی خواست که غلام را بفروشد. من به او گفتم که تو ایشان را آزاد کرد [ه ا] ی. مذکور نمود که من صیغه نگفته ام، تو گفتی که ایشان را آزاد کن.

من در

جواب گفتم آزاد کردم.

و حال وارث نفی ولد مذکور را از شخص مزبور منماید. و می گوید که این ولد از زنا به هم رسیده و از وارث ما نیست. به علت این که از برای مورث ما در مدت عمر ولد

حاصل نشده و در اواخر عمر خود مقرر بود که قادر به وقاع نمباشد. و زوجه شخص

مرقوم نفی صریح منماید و می گوید من نمدانم که این ولد از کیست، اما جاریه مال

من است. و از زوجه شخص مزبور سؤال منماید که بر فرض این که جاریه مزبوره از تو

بوده و بر تقدیر این که زوجت دخول کرده باشد، تو اذن دخول داده بودی که دخول نماید

یا نه. مذکور منماید که من اذن دخول نداده بودم، اما در میان اترک متعارف است که

زوج به هر نحو تصرف که خواهد در مال زوجه منماید، اگر زوجم دخول کرده باشد او

را حلال منماید. و وکیل شرعی وارث، مذکور منماید که شخص مذکور هرگز به جاریه مزبوره دخول ننموده و این ولد از زنا به هم رسیده.

آیا به مجرد ادعای جاریه دخول را، وعدم علم احدی به دخول، جاریه مذکوره (فراش) میشود؟ و ولد مزبور ملحق به شخص مرقوم مگردد یا نه؟؟ بینوا جمیع

مراتب السؤال لیتحقق علینا حقایق الحال.

جواب: چون در آخر مسائل نوشته اند که (بینوا جمیع مراتب السؤال)، امر صعوبتی به هم مبرساند. به جهت آن که بعضی از مسائل آن، صورت دعوی و مرافعه است.

و ذکر آن

به جهت عوام بی فایده، و خواص را خود حاجتی به آن نخواهد بود. و چون مطلب

مشترك شد ما بين عوام و خواص، بالضرورة اشاره به مأخذ هم لا بدمنه است. و با وجود این هر دو، فروع جميع مراتب سؤال بسیار است. و حال و مقام مقتضی بیان آنها نیست. و اما آنچه از صورت صحیفه معلوم میشود که محل حاجت و مقصود سائل است بیان سه مطلب است:

مطلب اول مسأله حمل جاریه است: آنچه در نظر حقیر ظاهر میشود این است که

با قطع نظر از اثبات حریت و رقیت و بدون تکلف اثبات او، جاریه مردد است در نفس الامر، بین الامرین بل الامور الثلاثة. یا حره است یا رقیق زوجه، یا بر رقیت مولی

باقی است. و علی ای تقدیر آن ولد ملحق به متوفی نمیشود. اما بر فرض حریت: پس به

جهت آن که آن محتاج است به ثبوت عقد جدیدی از دوام یا منقطع، یا وطی ب شبهه، که

انتساب یکی از آنها به متوفی ثابت باشد. و مفروض خلاف این است. زیرا که محض دعوی جاریه مثبت مدعی نیست. خصوصاً با وجود این که متضمن (اقرار بر غیر) است، و

وارث منکر است. خصوصاً با وجود آن که ظاهر عبارت جاریه که گفته است که (این حمل

را از آقای خود دارم) منافی دعوی حریت و عقد جدید است.

و اما بر فرض بقا بر رقیت مولی هم ولد ملحق به متوفی نمیشود. به جهت آن که (ملك مجرد از وطی) باعث ثبوت فراش نیست، بدون خلافی از علما بلکه دعوی

اجماع

بر آن شده. چنان که شهید ثانی (ره) در کتاب مسالك در کتاب لعان ادعا نموده است.

هر چند ظاهر عبارت شرح لمعه در کتاب موهوم وجود خلاف است. و در این که گفتیم ملك مجرد باعث ثبوت فراش نیست، فرقی نیست ما بین این که ممکن باشد حصول وطی و لحوق یا نه. چنان که تصریح به آن کرده اند. و اخباری که دلالت بر ثبوت

فراش از برای جاریه دارد همگی در صورت ثبوت و تحقق دخول است. و بر فرض ثبوت

وطی هم فراش شدن جاریه محل خلاف و اشکال است. خصوصاً هر گاه آن وطی خاصی

که به ثبوت رسیده وطی [ی] باشد که ممکن نباشد که این ولد از آن باشد.

و ظاهر اکثر علما و اشهر روایات این است که وطی جاریه هم منشأ ثبوت فراش نمیشود، مادامی که اقرار مالك به ولد حاصل نشود. هر چند مالك اعتراف به وطی داشته باشد. لیکن تحقیق این مقام و رفع منافات آن با حکمی که کرده اند در مبحث (احکام اولاد) به لحوق ولد با وطی، و سایر شرایط، محتاج است به تفصیلی که

اینجا

مقام آن نیست. و به هر حال عمده فرض ما این است که چون دخول بر فرض رقیت

هم
ثابت نیست، فراش بودن جاریه ثابت نمیشود. و ولد ملحق به متوفی نمیشود. و از آنچه مذکور شد حال مسأله بر فرض رقیت آن به جهت زوجه هم معلوم میشود. خصوصا
با تصریح زوجه که من اذن دخولی نداده ام به او.
مطلب دوم مسأله حریت و رقیت جاریه است. و هر چند که تحقیق این مسأله به جهت لحوق ولد ثمره ندارد. چنان که معلوم شد. لکن به جهت تعلق حق وراثت به آن و غیر

آن باید معلوم شود. و امارات در اینجا متعارضند. اصل، اقتضای بقای رقیب جاریه
مکند بر حال سابق. و وصیتنامهچه اقتضای حریت او را میکند. و هم چنین حکایت
زوجه آزاد کردن غلام و کنیز را، و دعوی زوجه با شهود و بینه اقتضای مالکیت
زوجه را

مکند. و ظاهر کلام جاریه هم موافق رقیب سابقه است.
اولاً: وصیتنامهچه شرعاً اعتباری ندارد. مگر این که به جهت حاکم یا وارث افاده قطع
و یقین کند به این که جاریه را آزاد کرده است. یعنی در صورت واقعه، عتق متحقق
نشده

است. و بعد از حصول یقین به آن، اگر بینه زوجه مقبول نیست و مجروح است،
اشکالی

نیست. خصوصاً به انضمام حکایت زوجه آزاد کردن غلام و کنیز را. و هر گاه بینه
زوجه

عادل باشد پس اگر تاریخ وصیت نامه مقدم است بر تاریخ بینه، باز بینه را اعتباری
نیست.

به جهت آن که بینه مفید ظن است و مفروض این است که وصیت نامه مفید یقین
است به

صورت واقعه. خصوصاً با ملاحظه حکایت کردن زوجه آزادی غلام و کنیز را. و
اگر فرض

کنیم از قول بینه هم علم حاصل شود به صورت واقعه، پس باز بینه اعتباری ندارد. به
اعتبار این که واقعه اعلم است از امر متحقق در نفس الامر.

و اگر فرض شود حصول یقین به مؤدای بینه یا وصیت نامه در نفس الامر پس آن متبع
خواهد بود. و در اینجا فرض تعارض دو یقین محال است. و اگر تاریخ بینه مقدم
است

مقتضای آن را باید مقدم داشت. خصوصاً هر گاه بینه مستصحبه باشد و اقتضای بر
حصول سبب في الجملة نکرده باشد. و مقتضای وصیت نامه قطع به حصول صورت
واقعه

است بدون ثمره [ای] که بر آن مترتب شود. مگر این که فرض کنیم از وصیت نامه
یقین

نفس الامری به آزادی حاصل شود، که آن متبع خواهد بود. و این فرض قریب به
محال

است.

بنابر این جاریه مال زوجه مشود. و لکن حکایت کردن زوجه آزاد غلام و
کنیز را باعث بی اعتباری بینه او مشود در اثبات ملك او. به جهت آن که اقرار مقدم

است برینه، مگر این که از جانب زوجه بگوئیم که آن حکایت دلالت بر آزادی ندارد. و

آنچه به گمان حقیر مرسد که مراد زوجه از جمیع این سخن ها با هم [در] صورت سؤال (با وجود ظهور منافات آنها با یکدیگر) این است که: شوهرم در حال بیماری اول گفت غلام و کنیز را آزاد کردم، و بعد از آن تمليك من کرد در عوض طلبی که داشتم. و این مبتنی بر این بود که چنین فهمیده بود که به مجرد

لفظ - آزاد کردم - آزاد نمیشود و صیغه علی حده عربی نخواهد. پس آنها را در
ملک
خود باقی مدانست در عوض مهر، جاریه را تمليك من کرد و نوشتن وصیت نامه
مبتنی
است بر محض آن لفظی که در حال بیماری گفته است. و چون من هم چنین اعتقاد
کرده بودم و اعتقاد هم دارم که این لفظ اعتباری ندارد، پس الحال مال من خواهد
بود.
این توجیه گفتار زوجه است.
و لیکن ظاهر آن است که صیغه عربی واجب نباشد. خصوصا در صورت عجز از
عربی
و صراحت لفظ غیر عربی در لغت متکلم به آن، چنان که در ما نحن فیه لفظ (آزاد
کردم)
خصوصا در جواب سؤال زوجه صریح است در عتق. پس زوجه ماخود خواهد بود به
اقرار
خود. خصوصا با تایید آن به وصیت نامه. و معلوم میشود تمليك جاریه که بینه بر آن
قائم
شده صورت تملیکی بوده که حقیقت آن بر بینه معلوم نبوده، یا چنین گمان مسکرده
اند
که لفظ (آزاد کردم) مفید عتق نیست. این سخن ها که گفتیم در اثبات حریت در
صورت
حصول قطع به وصیت نامه است نسبت به همه ورثه و [با] قطع نظر از حصول قطع
نیز
نسبت به زوجه فقط، به سبب اقرار خود بر آن حکایت.
و اما بنا بر این که وصیت نامه افاده قطع نکند پس جاریه در رقیق سابقه باقی است و
مال ورثه است، و زوجه از آن ممنوع است به اقرار خود که مقدم بر بینه او است.
مگر
این که خدشه در دلالت آن لفظ بر عتق بشود. و اگر قبول کنیم عدم دلالت آن را،
پس
جاریه مال زوجه خواهد بود، به سبب بینه. و اظهر قبول دلالت است، پس جاریه آزاد
خواهد بود نسبت به حصه زوجه، و رقیق است نسبت به حصه دیگران.
مطلب سوم: بعد از آن که عدم لحوق ولد ثابت شد (چنان که گفتیم) وراثت منحصر
میشوند در زوجه غیر ذات ولد و دختر خالو و دختر خاله. ربع ترکه مال زوجه است
از

عین منقولات و ما فی معناها، و محروم است از اعیان و اثمان اراضی. خواه املس
باشد و
خواه مشغول به بنا و اشجار. و محروم است از اعیان ابنیه و آلات و اشجار مثمره و
غیر
مثمره، نه از قیمت آنها. و باقی ترکه تقسیم میشود ما بین دختر خالو و دختر خاله
علی
السویه، هر گاه در مرتبه واحده باشند. والله العالم.
۱۶۱: سؤال: هر گاه زنی بعد از عقد بگوید که (دختر من شیر والده زوج خود
[ش]
را به قدری که حد رضاع به عمل آمده است، خورده). و جمعی از زنان و مردان
هم
شهادت میدهند. و می گوید که (من قبل از نکاح عالم به حرمت نبوده ام). و مادر
زوج او

انکار میکند. حکم آن را بیان فرمائید.

جواب: به مجرد ادعای مادر زوجه، رضاع ثابت نمیشود. و هر گاه شهود مقبول الشهاده از مردان عادل، یا زنان عادله، یا مردان و زنان عدول، که در عدالت و عدم پسندیده حاکم شرع باشند و به تفصیل رضاع و عدد و سایر شرایط در نزد حاکم شرع

شهادت بدهند، و ثابت شود، بعد از آن حاکم تفریق خواهد کرد. و این بدون مرافعه حاکم نمیشود. والله العالم.

۱۶۲: سؤال: اولا بیان کنید که هر گاه زن به عنوان جزم ادعای مهر بر شوهر خود بکند - یا وارث او بر وارث زوج ادعا کند، یا وارث زوجه بر خود زوج ادعا کند، یا خود

زوجه بر وارث زوج ادعا کند - و در همه صورتها مدعی علیه بگوید تو مهر نداری چه باید

کرد؟. و فرقی ما بین مدخوله و غیر مدخوله هست؟ یا نه؟.

ثانیا: هر گاه زوجه مهر نامه در دست دارد و به عنوان جزم ادعا میکند به مطابق آن بر زوج، و شاهد زنده در میان نیست و شوهر انکار اصل مهر میکند. یا شوهر مرده باشد و ورثه او صغار باشند، یا منکر اصل مهر باشند، یا بگویند که ما هیچ نمیدانیم، و

همچنین هر گاه مهر نامه در دست وارث زوجه باشد و چنین دعوی کنند، چه باید کرد؟.

ثالثا: هر گاه وارث زوجه ادعا کند بر زوج مهر را به محض این که غالب و متعارف این

است که زن مهری دارد و ادای آن ثابت نشده باشد و اقرار کند به این که من جزم ندارم به

اشتغال ذمه زوج. یا آن که مهر نامه در دست ندارد نهایت به حقیقت آن مطلع نیست و علم

و جزم به این ندارد. و به غیر آن کاغذ و طریقه متعارفه که (هر زنی مهری دارد) چیزی به

دست ندارد. و هم چنین هر گاه وارث گمانی به استحقاق مهر در ذمه زوج دارد، یا آن که

خود آن زوجه بیش از گمان به اصل مهر نداشته باشد - مثل این که صغیر بوده و پدر او را

عقد کرده باشد - و مهرنامه هم ندارد، یا دارد نهایت به جهت او مفید جزم نیست. چه

باید کرد؟.
و رابعا: هر گاه، زوجه یا وارث ساکت باشد و معلوم نباشد که علم به حال دارد یا نه.
یا زوجه مجنونه باشد، یا وارث زوجه صغیر باشد، یا غایب باشد و حال معلوم نباشد آیا
استفسار لازم است از حال ساکت یا نه؟-؟. و بر حاکم شرع لازم است استفسار
حق
مجنون و صغیر و غایب یا نه؟-؟. و هر گاه حاکم علم به ثبوت اصل مهر داشته
باشد (اما
در این صورت که وارث زوجه غایب یا مجنون یا صغیر باشد، یا خود زوجه مجنونه
باشد)

علم به بقای حق ندارد اما ظن استصحابی که منشأ شهادت باشد، دارد. متواند به علم

سابق خود عمل کند یا نه؟ -؟.

و خامسا: هر گاه زوجه به عنوان جزم ادعای مهر معینی بکند و زوج بگوید نمیدانم، یا فراموش کرده ام، یا وارث زوج بگوید نمیدانم. چه باید کرد؟
و سادسا: هر گاه نزاع زوجین، یا وارثین یا احدهما، با دیگری در مقدار مهر باشد قول کدام مقدم است؟.

جواب: اما از سؤال اول: هر گاه زوجه مدخوله باشد، در آن سه قول است: جمعی مگویند بر زوج چیزی لازم نیست. و بعضی مگویند (اقل ما يتمول) مثل (دو غاز) و بیشتر و کمتر. و بعضی مگویند مهر المثل واجب است، و این در نظر حقیر اقوی است.

و هر گاه مدخوله نباشد و معلوم نباشد: پس خلافی نیست در این که مهری ندارد. و لکن ظاهر این است که این سخن در وقتی است که علم به عدم (تفویض) نباشد. و مراد

از تفویض آن است که عقد بی مهر شده باشد. و هر گاه علم به عدم تفویض باشد، و

احتمال نداشته باشد که زوج صغیر و فقیر بوده و پدر او را عقد کرده که مهر در ذمه پدر

باشد - یا غلام بوده و آقا او را تزویج کرده، یا آن که زوج طلبی از زوجه داشته و در عوض آن

به او شوهر کرده و امثال اینها در این صورت باز آن اقوال ثلاثه جاری است، و اقوی اعتبار مهر المثل است.

و اما از سؤال دوم: این است که انکار زوج مسموع نیست. و اقوی لزوم مهر المثل است، مگر این که آنچه در مهر نامچه نوشته شده باشد کمتر از مهر المثل باشد. که در

این صورت باز مستحق همین خواهد بود. و هم چنین است حکم (یعنی ثبوت مهر المثل

است) در وقتی که شوهر مرده باشد (به جمیع اقسام) و در اینجا زوجه باید قسم بر بقای

حق خود یاد کند و بگیرد. و هم چنین هر گاه مدعی وارث زوجه باشد [که] در اینجا (قسم

نفی العلم) است.

و اما از سؤال سوم: این است که دعوی زوجه و وارث (هیچ کدام) مسموع نیست. مگر هر گاه دعوی مظنه شغل ذمه زوج را با خود زوج بکند، که در این وقت دور نیست که تواند قسمی به زوج بدهد و اما هر گاه ظن استصحابی داشته باشد وارث یا زوجه - یعنی مهر را ثابت بدانستند و رافع از برای آن نمدانند - در این وقت به صورت جزم ادعا کنند، با ایشان معامله مشهود معامله دعوی قطع. چنان که دانستی.

و اما از سؤال چهارم: این است که بر حاکم استفسار لازم نیست. و استیفای حق از برای غایب و صغیر و مجنون نمیتواند کرد. به جهت آن که استحقاق ثابت نشده. و هر گاه

حاکم علم قطعی به حال داشته باشد به علم خود میتواند عمل کند. و اما هر گاه ظن استصحابی (که مناط شهادت تواند شد) داشته باشد، به این استصحاب و ظاهر حال، عمل میتواند کرد در صورتی که مدعی علیه حاضر و کامل باشد و معلوم شود از حال او

که اگر سخنی مداشت میگفت. مثل این که حاکم علم داشته باشد به اصل مهر و مدعی علیه انکار اصل مهر بکند، و رجوع به دعوی وفا و ادا نکند ۱. بخلاف آن که مدعی

علیه غایب نباشد. به جهت آن که گاه است که اگر حاضر میشود یا کامل میبود، میگفت که ادا کرده ام. در این وقت به استصحاب عمل نمیکند. و اما از سؤال پنجم: این است که باز مهر المثل ثابت است، مگر این که آنچه دعوی میکند کمتر باشد. و بعضی گفته اند که همان چه ادعا میکند مدهند. به جهت آن که

معارضی ندارد.

و اما از سؤال ششم: این است که مشهور ما بین علما این است که قول زوج مقدم است بعد از قسم خوردن. خواه زوجه مدخوله باشد و خواه غیر مدخوله. و اظهر این است

که این در وقتی که دعوی در مسمی باشد. یعنی اتفاق داشته باشند در عدم (تفویض). و

اگر دعوی مطلق باشد و قابل تسمیه و تفویض - هر دو - باشد: پس در آنجا باید استفسار

کرد. و هر گاه معلوم شود که دعوی در مسمی است قول زوج مقدم است با یمین. و

هر گاه معلوم شود که دعوی در عوض بضع است که مبتنی است بر تفویض: پس بر زوج

است که اثبات کند ادای زاید بر مدعای خود را از مهر المثل.

و اگر دلیل مأخذ این مسائل را خواهی، مگوئیم: لو ادعی المرأة المهر وانکر الزوج، فان کان قبل الدخول، فالقول قوله. لاصالة البراءة، وعدم تفویض البضع، وعدم استلزام العقد المهر الجواز التفویض. والظاهر انه لاخلاف فيه. ولکنه انما يتم في غير ما

علم انتفا التفویض، و علم مع ذلك عدم الاحتمالات الاتیة. والا فيجری فيه القولان

الآآآان: من آبوت مهر المآل؁ وائل ماآمول. واقربهما الال. وان كان بعد الدآول:
فذهب جماعة من الالصحاب الال ان القول قوله آضا لاصالة البراة؁ واحآمال ان آكون
الزوج عبدا زوجته مولاه؁ از صغآرا معسرا زوجته ولبه فآ ماله؁ [أ] وكان للزوج آقا
على

أ: آعنى: اءعاى وفا وپرداخت؁ نآند.

الزوجة او عينا عندها تزوجها في عوضه. وقيل: عيله مهر المثل. واختاره العلامة في الارشاد والشهيد الثاني في التمهيد والمسالك في صورة انتفا الاحتمالات الاتية. وقيل: أقل ما يتمول. والظاهر ثبوت مهر المثل. اما في ما لم يوجد احد من الاحتمالات المذكورة الموجبة لبقا حكم اصل البراءة فظاهر، اذا لبضع المحترم لا يكون بلا عوض، اتفقا. والمفروض تفويته من الزوج، ولم يثبت احتمال تعلقه بذمة احد غيره بالفرض. فاذا ضم الى ذلك اصالة عدم التسمية فثبت مهر المثل. لانه حكم المفوضة مع الدخول.

لا يقال: ان النكاح على اقسام: منها ما انعقد على سبيل التفويض. ومنها ما انعقد على سبيل التسمية. فالتفويض ايضا امر وجودى فلامعنى للاصل في دعوى تحقق الكلى في ضمن بعض الافراد دون بعض.

لانا نقول: المستفاد من تتبع الاخبار وكلام الاصحاب ان النكاح شئى والمهر شئى آخر، فالاتفاق على النكاح لا ينافى اصالة عدم ذكر المهر. فليتامل.

فان قيل: ان الاصل وان كان عدم التسمية لكن الظاهر التسمية. قلنا: الاصل مقدم على الظاهر. سلمنا، لكن الظاهر على فرض التسمية ايضا هو مهر المثل، فيطابق الاصل والظاهر. وأقل ما يتمول احتمال بعيد.

واما في ما يحتمل فيه احد الاحتمالات المذكورة: فنقول ايضا الاظهر اعتبار مهر المثل. فان القول بان الاصل مطلقا مقدم على الظاهر، لا برهان عيله، بل فيه تفصيل. واما في ما كان الظاهر من الادلة المشهورة الشرعية والامارات المنصوبة من قبل

الشارع (كالخبر والشهادة والاقرار ونحو ذلك) فلا اشكال فيه. واما في ما يستفاد من القرائن (من العرف والعادة والشيوع والغلبة وغيرها) ففي بعض المواضع ايضا وقع الاتفاق عليه واختلف في كثير منها. وتقدمه على الاصل في الشرع في غاية الكثرة، كالايدى اللاحقة للملك السابق، والحكم بحلية اللحوم والجلود في ايدي المسلمين، و الحكم بصحة معا ملتهم وتناكحهم وتوارثهم، وعدم اعتبار الشك بعد الوضوء وبعد الصلاة

وبعد خروج الوقت، الى غير ذلك مما لا يحصى. وان كان تقديم الاصل على الظاهر ايضا

في غاية الكثرة. سيما في ابواب الطهارة والنجاسة والاحداث. والحق ان كان ذلك مما ثبت عليه الدليل بالخصوص في الموارد في تقديم كل منهما على الاخر. ولذلك اختلفوا في بعضها كغسالة الحمام والجواد في ايدي المخالفين وغيرهما، لتعارض ادلة

الطرفين بالخصوص. فلنفرض الكلام في ما تعارض الاصل والظاهر ولم يكن دليل خاص على تقديم احدهما من حيث خصوصية المادة على الاخر، كما نحن فيه. فنقول: تعارض هنا ظهور مهر المثل مع اصالة براءة ذمة الزوج. فحينئذ نقول: الاشكال والاختلاف في تقديم الظاهر على الاصل انما يصح اذا كان الظاهر ايضا مما يجوز الاعتماد به شرعا، والا فلا معنى لمعارضة الدليل الشرعى بغير الدليل الشرعى. وينبغى ان يعلم ان تقديم الظاهر على الاصل من غير اعتضاده بدليل شرعى كالفروض المتقدمة موجودة في الفقه والظاهر انه ايضا اتفانى في الجملة. فلا بد من تحقيق معنى الظاهر، ليكون قاعدة كلية يمكن متابعة مقتضاها حين تعارضها مع الاصل.

والذى يحصل من التتبع في الفقه ان القاعدة فيه (ماحصل الظن بوجود السبب للحكم الشرعى فيحصل الظن بحصول المسبب).

وذلك الظن اما يحصل بسبب كون فعل المسلم محمولا على الصحة (يعنى ليس بمعصية). او كون الغالب في افعالهم ومعاملاتهم او معاملات غالب الناس وان لم يكونوا

مسلمين هو ذلك. او غلبة الظن من جهة القرائن. فمن الاول مالو وقع النزاع في ثمن المبيع انه كان خمرا او عصيرا. ومن الثانى النزاع في وقوع المعاملة حال الصغر او الكبير

او الجنون او العقل. ومن الثالث حضور المشتري حين الكيل والوزن، فانه يدل على التمام فيقدم قول البائع عليه اذا اختلفا في الزيادة والنقصية. وهكذا.

ولا يخفى على من تتبع الفقه ان جعلهم (الغلبة) معيارا في الظهور وتقديم ذلك على الاصل، فوق حد الاحصا. ويظهر من تتبع الاخبار وكلام الاصحاب ان المعيار فيه

(حصول الظن بوقوع سبب الحكم المخالف للاصل) فتتبع. ولاخط الاخبار الواردة في مسألة تداعى الزوجين في متاع البيت، ومسألة غسالة الحمام، وحكمهم بلزوم الصلاة على ميت وجد في دار الاسلام لان الغالب فيها الاسلام. وكذلك استحباب التسليم على مجهول الحال فيها، ورد السلام على طريقة الاسلام.

فح نقول: اى غلبة از يد من غلبة ثبوت المهر للزوجة في ذمة الزوج، ثم ثبوت مهر المثل حتى نتبعها في غيرها دونه (كذا) -؟. والاحتمالات التى ذكروها لتوجيه اصل

البراءة، احتمالات نادرة لايلتفت اليها. وصرح بعدم الالتفات اليها جماعة منهم فخر المحققين في مواضع من الايضاح في غاية التاكيد، ومنهم الفاضل المقداد في التنقيح. وكما ان الظاهر من الشريعة والفتوى اعتبار الغلبة، فكذلك الظاهر منها هجر

(۳۲۴)

النادر. مع ان قاعدة الاتلاف تقتضى تقديم المباشر في الغرامة، والمفروض ان الزوج هو المفوت للبضع.

ولو منع ثبوت عموم هذه القاعدة من حيث التنصيص فلا يمكن منع ثبوتها من حيث الغلبة. فالغلبة الحاصلة من تتبع موارد الاتلاف يقتضى ان الحكم في (مفوت البضع) هو اشتغال الذمة، ولا معنى لاصل البراءة بسبب تلك الاحتمالات النادرة. وهذا مثل ما لو قال (هذا اخى لا يرث من تركة ابي)، فان المحتاج الى الاثبات انما هو نفى الميراث، لا الميراث. كما نبه على ذلك فخر المحققين (ره). ويظهر في مواضع من كلماته (ره) ايضا تقوية ما اخترناه من ترك العمل بالاصل وعدم الالتفات اليه. ولا ريب ان الظاهر من

الاشتغال هو ثمن المثل، كما في النظائر.

وبالجملة: تقديم الظن الحاصل من الغلبة على الاصل، فوق حد الاحصاء. وليس ذلك لخصوص الاجماع في ما قدموده، ولا دليل خاص (كما يظهر من اختلافاتهم في الموارد)، بل اما من جهة حصول الظن بسبب الحكم المخالف لمقتضى الاصل، او لخصوص انه ظن حاصل من الغلبة، ولا ريب انه موجود في ما نحن فيه، بل وهو اظهر مواردها واقويها.

ثم: ان حجية الاصل، اما للاستصحاب من جهة ان ما ثبت، الظاهر دوامه. وانه ظن من ظنون المجتهد يجب اتباعه. فحصول الظن في ما نحن فيه مع ملاحظة ذلك الظاهر ممنوع بل مقتضى الاصل هنا موهوم واما لا جل الاخبار الدالة على (عدم جواز نقض اليقين الا بيقين مثله) اما بالعموم او بالا ستقرا. وفيه ان المراد باليقين الذى ينقض به الشك، لا بدان يكون ماهو اعم من الظن المعلوم الحجية. كما لا يخفى على من له ادنى ارتباط بالفقه، فتتبع ولاحظ المواضع التى عملوا فيها بالظن. سيما ما قدم فيها الظاهر على الاصل من جهة انه ظاهر، لا من حيث دليل خاص آخر. والظن الحاصل للمجتهد، من الظنون المعلوم الحجية، سواء كان في نفس الحكم او موضوعه، وسواء كان من القرائن او العرف والعادة، او غيرها. ولا ريب ان الظن بالسبب يوجب الظن بالمسبب.

و

الظن بحصول الموضوع يوجب لحوق حكمه به. وما يقال (ان الاصل حرمة العمل بالظن

الاما اخرج الدليل) كلام ظاهرى لا برهان عيله. لمنع عمومها اولا، ودعوى ظهورها في اصول الدين، او في ما ينسب الى المسلمين من الامور الشنيعة بسبب الافحام - كما

اشعر به قوله تعالى: يا ايها الذين آمنوا اجتنبوا كثيرا من الظن ان بعض الظن اثم - ثانيا.

(۳۲۵)

ومنع شمولها لحال (انسداد باب العلم)، ثالثا. وان المعتمد في حجية ظواهر الكتاب الدالة على حرمة العمل بالظن ايضا انما هو ظن المجتهد، لا غير. وهو في ما نحن فيه ممنوع، رابعا. وبان الاستدلال بتلك العمومات يستلزم المحال. لان العمل عليها يستلزم

عدم العمل عيها، وما يستلزم وجوده انتفا، فهو محال جزما خامسا. وبيان ذلك ان تلك العمومات لا يفيد الا الظن والا لما صح الاستثنا عنها لاستحالة الاستثنا من القطعي. واذا كان ظنيا فما الدليل على جواز العمل به؟ فان كان الدليل هو كونه ظن المجتهد من حيث انه ظن المجتهد، فلا وجه لترجيحه على ظنه في خصوص المقام. و ان كان الدليل دل على حجيته من حيث هو الظن الخاص فعليك اثبات هذا الدليل. فاصالة حرمة العمل بالظن يقتضى حرمة العمل باصالة حرمة العمل بالظن، لانه ايضا ظن. وهذا ما ذكرنا من (استلزام وجوده انتفا).

وما قد يدعى من الاجمال على جواز العمل بالاخبار والايات بالنوع، بمعنى (ان الاصل جواز العمل عليها الا ما خرج بالدليل) فهو في غاية الصعوبة. وقد بينا ضعفها في رسالة مفردة، من اراد التحقيق فليراجعها. ونكتفى هنا بذكر واحد من الوجوه الدالة على بطلان هذه الدعوى. وهو: ان الفقهاء المجمعين على جواز العمل على ما ادعاه هذا المدعى، لم يظهر اجماعهم الا من جهة استدلالهم بتلك الظواهر من غير نكير، او بقولهم لجواز العمل بها. وذلك يحتمل ان يكون لاجل كونها من جملة الظنون التي انقطع المناص الا بالعمل عليها، كما يحتمل ان يكون لاجل كونها حجة بالخصوص. والذي يجدى في المقام اتفاهم على الاحتمال الثانى. وانى لك باثباته. مع انك ترى كثيرا منهم يعتمدون في الاستدلال بظواهر الايات والاخبار على كونها من جملة الظنون الاجتهادية التي لا مناص عن العمل عيها عند انسداد باب العلم (كما حققناها في القوانين المحكمة). بل حجية اصل خبر الواحد ليس الا من جهة كونه ظن المجتهد، على ما هو التحقيق في مسألة (حجية الاخبار الاحاد) كما بيناه فيه ايضا. مع ان في خصوص هذه الاخبار الف كلام، وقد نوقش فيها سندا ودلالة، وان كان الاظهر ضعف تلك المناقشات لصحة سند بعضها وظهور دلالتها. كما بيناه في كتاب مناهج الاحكام وغيره. وبعد التيا والتى، اعتمادنا على حجية الاستصحاب من جهة هذه الاخبار انما هو في ما حصل الظن من جهتها للمجتهد ب (عدم جواز نقض اليقين بالشك). وحصول الظن من جهتها في مانحن فيه اول الكلام.

لا يقال: ان حجية لفظ (الخبر) يستلزم حجية في جميع افراد العام الذى تضمنه. فيلزم عدم جواز تقض شئى من افراد اليقين بشئى من افراد الشك. لانقول: لم يقم دليل على حجية هذه الرواية بالخصوص من حيث انها رواية من حيث اللفظ. والاجماع الذى ادعا الشيخ على حجية خبر الواحد، لو سلم فانما هو على

حجيتة في الجملة، لا في جميع افراده. وسائر الادلة اقاموها على حجية خبر الواحد، اما ممنوع الدلالة، واما ممنوع العموم. فالمعتمد في حجتيه انما هو كونه ظن المجتهد، وانه حجة لا نسداد باب العلم، واستحالة تكليف مالا يطاق، مع كون بقا التكليف ضروريا. والا اعتماد على هذا الدليل لا يقتضى الا حجية ما يحصل الظن بدخوله

في افراد العام. لا ما يشمله لفظ العام بدلالته اللغوية او العرفية. وحصول الظن بدخول هذا اليقين وهذا الشك تحت مدلول الرواية بحسب ظن المجتهد، ممنوع. بل لا يمكن دعوى حصول الظن حينئذ. نعم لو ثبت حجية قوله - ع - (لا تنقض اليقين بالشك) بسبب

انه هذا اللفظ وانه حجة بمدلوله اللغوى. لا ما يظن ارادته منه، فهو كما ذكر، وانى لك با ثباته.

وقد فصلنا جميع ما ذكرنا با وضح بيان في القوانين المحكمة فليراجعها من ارادها.

ومما ذكرنا يظهر الجواب عما لو اريد من الاصل هو البراءة الاصلية، التى ثبت بحكم العقل، يعنى انه (لا تكليف الا بعد البيان). فان البيان في مالا سبيل الى العلم، منحصر في ظن المجتهد. ولا ريب ان ثبوت مهر المثل هو المظنون الراجح، لما ذكرنا. على انا

نقول - قبال للتمسك باصل البراءة - ان الاصل عدم التسمية، والدخول مسلم، وكما ان

اصل البراءة يقتضى عدم اشتغال ذمة الزوج بشئى فاصالة عدم التسمية ايضا يقتضى الدخول في حال عدم التسمية، وهو يقتضى مهر المثل وما يقال (ان اعمال الاصل انما يصح لو لم يكن مثبتا للحكم الشرعى) فهو كلام ظاهرى يكذبه تتبع تضاعيف الفقه. الاترى ان اصالة عدم التذكية يثبت النجاسة؟! وامثلته كثيرة.

لا يقال: ان وجه ثبوت مهر المثل حينئذ هو كونها مفوضة البضع. والدليل في المفوضة هو الاجماع والاخبار. واجماعهم في الصورة المذكورة غير معلوم، وكذلك دلالة الاخبار. فان المفوضة اسم لما كان مفوضة في نفس الامر، لاما يحكم عليها بكونها

مفوضة من جهة استصحاب عدم التسمية. بل يصير هذا من باب (تعارض

(٣٢٧)

الاستصحابيين)، كما لو القى ثوب مغسول من المنى على محل نظيف ثم شك في زوال

نجاسته، فيحكم بنجاسة الثوب دون المحل.

لانا نقول، لا واسطة في نفس الامر بين التسمية وعدمها، وحكم الثاني مهر المثل. فان علم كونها عدم التسمية، فهو، والا فالظن به كاف في ذلك، كما في نظائره. مثل العدالة مثلا، فان الظن بالعدالة كافي في الحكم بكون الرجل عادلا، ولا ريب ان الاستصحاب يفيد ذلك. فالحكم الوارد للمفوضة وارد للمفوضة النفس الامرية، لاما علمنا انها مفوضة، ويكتفى في الحكم بكونها مفوضة بالظن، كما في نظائرها. وعلى هذا

فمخالفة جماعة من الاصحاب، بحكمهم باصالة البراءة، لا ينافي انعقاد الاجماع على الحكم في المفوضة النفس الامرية. فانها مبنية على غفلتهم عن ان هذه مفوضة. ثم: ان حكم كل واحد من الاستصحابيين المتعارضين باق على حاله في الثوب الملقى على محل ظاهرا. فاننا نحكم بنجاسة الثوب وطهارة المحل. ومن حكم النجس التنجيس للغير، ومن حكم الطاهر عدم وجوب تطهيره. فكل منهما باق على حاله ولكن

لمالم يمكن الجمع بينهما في ما يصل اثر حكمها الى محل الاخر فيتساقط مقتضاها فيه ويرجع الى الاصل، وهو اصل البرائة (مثلا) اذالم يكن مرجع لا حدهما على الاخر، والا فيرجع الى المرجح. فنقول في ما نحن فيه: ان مقتضى عدم التسمية، التفويض و حكمه مهر المثل. ومقتضى اصالة البراءة، عدم اشتغال ذمة الزوج بمهر اصلا. فان لم يكن مرجح فيتساقطان، وان ثبت مرجح فهو المتبع.

ولا يخفى ان المرجح في جانب (اصالة عدم التسمية) موجود من وجوه كثيرة: احدها: كون مقتضاها مطابقا للظاهر، فلا رجحان للظاهر عليه، بخلاف اصل البراءة. فان

الظاهر يخالفه، لان الظاهر اشتغال ذمة الزوج بالمهر دون غيره، بل بمهر المثل ايضا. و مقابلة ظهور التسمية باصالة عدم التسمية، لا يضره (كما عرفت) لتطابقه مع الاصل، بخلاف ظهور شغل ذمة الزوج، فانه يضر اصالة البراءة.

وثانيها: ان الاصل في الغرامة هو المباشر في قاعدة الاتلاف، وهو الزوج هيهنا، ولو سلم عدم عموم النص في هذا المعنى وبحيث يشمل ما نحن فيه، فلا ريب ان الظن القوي يحصل باستقرا النظائر ان هذا ايضا كذلك. ومقتضى القاعدة ضمان ثمن المثل، فيصير الاصل حينئذ لزوم مهر المثل في الوطى المحلل في غير المملوكة، و يحتاج ثبوت قدر خاص الى التسمية الحاصلة في عقد صحيح، فيصير المسمى الزائدو

(۳۲۸)

الناقص، خلاف الاصل، المحتاج الى الاثبات. لامهر المثل. وثالثها: انه يلزم من الحكم باصالة البراءة، خلو البضع المحترم عن العوض، وهو خلاف الاتفاق. والاكتفا في ذلك بالاحتمالات البعيدة التي كلها خلاف الاصل، لا يمكن التوصل اليها ايضا بكون الاصل عدما. وبراءة ذمة المولى والاب وغيرهما بعيد.

ورابعها: الاخبار المتواترة معنى الدالة على وجوب المهر بالدخول، الظاهرة في وجوبها على الزوج، خرج ما علم تعلقه بذمة الغير وبقي الباقي. مع ان الظاهر من الوجوب والامر بالاتيان هو صورة الامكان، وفي مثل الصور المفروضة لامتعلق للوجوب،

لعدم العلم به، فلا معنى بالوفا فيلزم خلو البضع عن العوض. واما القول باقل ما يتمول فهو ضعيف. لانه ان قيل باصل البراءة، فلا شئ اصلا. و ان قيل باصالة عدم التسمية، فحكمها مهر المثل. وان قيل بتقدم الظاهر وهو التسمية على الاصلين فمقتضاه ايضا مهر المثل، اذ هو الظاهر. فكما ان ظهور التسمية يرفع اصل

البراءة فظهور تسمية مهر المثل يرفع اصل البراءة عن الزائد على اقل ما يتمول. فان قيل: هذا القول مبناه ليس ترجيح الظاهر، بل هو ان اصل البراءة يقتضى التسمية، لان عدم التسمية لا ينفك عن مهر المثل، لكن التسمية ينفك عن اشتغال ذمة الزوج لاجل الاحتمالات المتقدمة.

فنقول: مع ان هذا لا دخل له في اثبات اقل ما يتمول على الزوج فيعارض بما عورضا به من ان التفويض الاستصحاب لا يوجب مهر المثل، بل انما هو التفويض اليقيني. فنقول ان التسمية الاستصحابية لا يوجب اشتغال ذمة احد بشئ، فضلا عن الزوج. وربما يقال: (ان المرأة حينئذ تستحق اقل ما يحتمل، لا اقل ما يتمول). والظاهر انه ليس قولنا جديدا في المسألة. فان اختيار اقل ما يتمول انما هو لاجل انه اقل ما يحتمل بالنسبة الى المهر. لا بالنسبة الى خصوص الزوجين والبلد وغيرهما.

وللعلامة هنا تفصيل في التحرير، ضعيف. فقال (اذا وقع الاختلاف في اصل المهر بعد الدخول، يستفسر هل سمي ام لا. فان ذكر التسمية كان القول قوله مع اليمين. وان

ذكر عدما، لزمه مهر المثل. وان لم يجب بشئ، حبس حتى يتبين). واورد عليه اولا بمنع الاستفسار، لانه انما يجب مع عدم افادة الكلام فائدة، وقد عرفتھا. وثانيا بمنع تقديم قول مدعى التسمية فانه مدعى الحبس لامنكر. وثالثا بمنع الحبس من دون

حصول السبب.

وقال في القواعد: (والتحقيق انه ان انكر التسمية، صدق باليمين. لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة، ومع الدخول مهر المثل. والاقرب ان دعواها ان قصرت عنهما ثبت مادعته. ولو انكر الاستحقاق عقيب دعواها اياه، او دعواها التسمية، فان اعترف بالنكاح فالاقرب عدم سماعه) انتهى. ومراده ب (النكاح) الوطى مع اعترافهما بالعقد، كما نقل عنه. مراده ب (عدم سماع الدعوى) التزامه بالمهر، فهذا ابطال للعمل بالاصل وان لم يصرح بثبوت مهر المثل. وشيد ذلك ولده (رضى الله عنه) في الشرح

و

حققه وشدد الانكار على الاعتماد على اصل البراءة.

وقال الفاضل المقداد في التنقيح: (اذا اختلفا في الاستحقاق فقالت هي انى استحق عليك مهرا. وقال هو لا تستحقين قبلى شيا. فان كان قبل الدخول، فالقول قوله. لامكان التفويض والمتعة انما يجب بالطلاق ولم يقع، فالقول قوله. وان كان بعده

فيحتمل ان يكون كذلك، لامكان براءة ذمته من المهر. كما لو زوجه الاب وهو صغير فقير، او السيد وهو رق. لكنه نادر فلا يلتفت اليه. وح يلزم بجواب سديد) انتهى. ثم: ان الشهيد الثانى (رضى الله عنه) جعل من فروع المسألة (ان تدعى الزوجة المهر فيقول الزوج نعم لك عندى در هم مثلا) او (تدعى عليه الفامهرا فيقول ليس لك عندى مهر). يعنى ان هذا ليس من التنازع في المقدار لان النزاع في المقدار يستلزم اتفاقهما على الثبوت في الجملة، مع ادعا كل منهما قدرا معيناً، ولم يجتمعا فى المثالين.

ثم قال: (ويمكن ان يقال ان دعوى اصل المهر غير مسموعة، بنا على عدم سماع الدعوى المجهولة. فلا بد من تحريرها بالقدر، فيرجع جوابه بالقدر الى الاختلاف فيه).

و

فيه ان الدعوى المجهولة مسموعة كما حقق في محله، لامكان الاستفسار. وثانيا ان الجهالة ممنوعة، لتعينها في الشرع - كطالب الدية وارش الجناية مع عدم علمه بحقيقته.

فقد يمكن ان يكون المرأة عالمة باستحقاق المهر في ذمة الزوج مع جهالتها راسا، لتردها بين التفويض والتسمية المجهولة لها. كما لو عقدها وكيلها المطلق في التزويج او وليها، او نسيت الحال وعلمت بانتفا الاحتمالات الموجبة للمهر في ذمة غير الزوج. فيصح دعواها ويجيب الاقول السابقة. وقد عرفت ترجيح مهر المثل. ومما ذكرنا يظهر حال مالو ادعت التسمية وانكرها فان الحكم هو مهر المثل، لان الاصل عدمها، وظاهر

(۳۳۰)

التسمية ايضا مطابق لمهر المثل).

ثم: انه (ره) قال في المسالك: (ربما يتوهم بعض القاصرين ان هذه المسألة اجماعية وان الاصحاب متفقون على قبول قول الزوج في المهر مطلقا. نظر الى اطلاق المصنف و

جماعة قليلين منحصرين: الحكم كذلك. وان قول العلامة بخلافه في الارشاد نادر لا يقدر فيه و هو ناش من عدم تحرير حقيقة الاجماع على الوجه الذى يصير حجة عند الاصحاب، ومع ذلك فكلام اكثر المتقدمين - حتى الشيخ في المبسوط والنهاية - خال عن فرض المسألة. وانما ذكروا مسألة الاختلاف في قدره خاصة تبعا للنص الوارد فيه. والمتعرضون لهذه المسألة ذكروها بطريق الاجتهاد. واختلف لذلك آراؤهم من الواحد في ازمة مختلفة، كما اتفق للعلامة. والمرجع فيها الى ما ساق اليه الدليل على الوجه الذى ذكره او غيره). انتهى.

وهو كما ذكره. ومن جميع ما ذكرنا تعرف ان حكم مايتفق كثيرا في هذه الازمان من ادعا الزوجة مهرا مطابقا لورقة في يدها من دون بينة معتبرة، وكان الزوج منكر لاصل المهر - او كان الزوج ميتا وورثته صغارا، او منكرين لاصل المهر، او قائلين بانا لانعرف شيئا في ذلك - فان كان مايدعيها از يد من مهر المثل، فيرد عليه اتكالا على الظاهر (كما حققناه) وان لم يمكن فيه اجرا (اصالة عدم التسمية)، فيرجع الى التفويض، والزائد مهر المثل منفى باصالة البراءة.

لايقال: ان المثبت للحقوق منحصر فى الامور المعلومة مثل البينة واليمين المردودة ونحوهما، وليس في مثل ما لو كان وارث الزوج صغيرا او غايبا او نحو ذلك مايبث شيئا.

فكيف يحكم بمهر المثل؟.

لانا نقول: ان الزوجة على ذكرنا بمنزلة المنكر. لانها تدعى الظاهر. والاصل ثبوت المهر وعدم ادائه، فلا يحتاج الى الاثبات، لانه وظيفة المدعى. فالحلف المتوجه عيها في الحقيقة انما هو لاجل ادعا البقا وعدم الاحذ. فهذا دعوى تقديرية ثبت الحلف فيها على المنكر وثبت حقه به. ولو كان المسمى في الورقة الذى تدعيه اقل من مهر المثل، فقد فوت [ت] الزائد عن مهر المثل على نفسها، بسبب اعتراف بالاقل. مع ان الظهور الذى يبتنى عليه اثبات مهر المثل يفيد ظهور هذا القدر من باب البينة (كذا) فلا اشكال.

فان المراد من ظهور المثل ليس محض ظهور المقدار الخاص فقط. بل ظهور كون المهر

زائدا على اقل ما يتمول، وهو متحقق في ما نحن فيه ايضا.

وقال الشهيد (ره) في القواعد: (اذا ادعت تسمية قدر، وقال الزوج لا اعلم - وكان قد زوجه وكيله، او قال نسيت - حلف على نفى العلم وثبت مهر المثل. ويحتمل ما ادعته، اذ لا معارض لها. وكذا لو ادعت على الوارث، واجاب بنفى العلم). انتهى. وفيه

تنبيه على حكم ما لو كان الوارث صغيرا او غائبا، كما يذكره ايضا. واما لو ادعى وارث الزوجه على الزوج مهرا - بمحض ان الغالب والمتعارف ان للزوجة

مهرا على الزوج ولم يثبت ادائه عنده، واقر با نه لم يكن جاز ما ببقائه في ذمته، بل انما

يعتمد في الدعوى على ما ذكرنا -: فهو مما لا يصغى اليه. وكذلك لو كان في يده ورقة

كتب فيها مسمى لها ولم يكن جازما باستحقاقها الآن كذلك. وكذا لو كان الوارث ظانا

بذلك وادعى الظن ايضا. نظرا الى ان الظاهر عنده تعلقه بذمة الزوج وان احتمل عدم تعلقه بذمته في اول الامر. الا ان يقال بسماع الدعوى الظنية وكان المدعى عليه هو الزوج وجوزنا تحليفه. واما لو كان المدعى عليه هو وارث الزوج، فلا يتم ذلك ايضا. لان التحليف هنا لا يمكن الا مع ادعائه عليه العلم، وهو فرض غريب. وكذلك لا يمكن له

الحلف كما هو مقتضى الدعوى على الميت.

فان قيل: ان النص الوارد في (الدعوى على الميت ولزوم اليمين الاستظهارى) يدل على ان ذلك الفرض ليس من افراد ما يجب فيه اليمين. قلنا: ما يمكن ان يستدل به على جواز الدعوى الظنية ايضا انما يسلم في ما يمكن تحليف المنكر بنفسه، لا على نفى العلم

بفعل الغير. مع قطع النظر عن عدم امكانه او عدم تحقق مثل هذا الفرض. ومن ذلك يظهر ان المرأة بنفسها ايضا اذا كانت شاكة في استحقاقها (مثل ان تشك في اخذ المهر او ابرا الزوج بحيث لم يبق لها ظن من جهة الاستصحاب) فلا يجوز لها الادعا ولا يصغى

اليها. واما مع احتمالها لانتفا المهر رأسا - مثل ان تحتمل كون الصداق في ذمة والد الزوج، او كون الزوج عبدا زوجها مولاه، او نحو ذلك - فالامر اوضح.

والكلام مع الظن في اصل الثبوت في اول الامر، كما مر. واما لو ثبت اصل المهر، فيجوز للوارث الدعوى بسبب الاستصحاب. بل وللمرأة ايضا اذا كان الظن

الاستصحابى

باقيا لهما. فحينئذ يدعيان بصورة الجزم ويعامل معهما معاملة الجازم. ومن جميع ذلك

يظهرانه لوسكت الزوجة والوارث ولم يعلم من حالهما انهما يعلمان ببقا حق لهما،
او كانت الزوجة مجنونة، او كان وارث الزوجة صغيرا او غائبا ولم يعلم الحال، فلا يجب
على
الحاكم استفسار ولا يجوز استيفا حق الصغير والغائب والمجنون. لعدم ثبوت

الاستحقاق، سيما اذا احتل ان لا يكون المهر في ذمة الزوج في اول الامراض. بل وليس له ان يعتمد على الاستصحاب ولا بالظهور اذا لم يكن مدعى عليه حاضرا او كاملا. - - فان غاية الامر انه يجوز له العمل بعلمه الحقيقي ولو بالاقرار في مجلس القضا وان لم يسمعها غيره. او بالاستصحاب الذي لم يعارضه شئ كالاستصحاب الحاصل باقرار المدعى عليه في غير مجلس القضا مع انكاره الان. او بسبب علمه بالمهر مثلا كما لو كان العاقد هو نفسه، ولم يظهر له مزيل، سيما اذا كان قريب العهد. مع انكار الزوج لاصل المهر وعدم رجوعه الى دعوى الوفا والابرا. واما اذا لم يكن هناك صورة دعوى ولم يدع ولم احد ولا انكراحد، فما كان عند الحاكم من الاستصحاب فهو معارض باحتمال دعوى المنكر (لو كان حيا او حاضرا او كبيرا) الا اذا. وهذا الاحتمال مما يعتنى به كما افاده دليل وجوب اليمين الاستظهارى في الدعوى على الميت، ونظرائه. فلا يجوز للحاكم العمل بالاستصحاب مع هذا الاحتمال. واما مع وجود المدعى عليه وكمال: فلو كان الظاهر فيه انه لو كان له كلام لذكره، فمع عدم ذكره يحكم الحاكم بعلمه، ولو كان من جهة الاستصحاب بعدم المعارض. ومن اجل ذلك لا يكتفى الحاكم بالبينه ايضا في استصحاب الدعوى على الميت حتى يحلف المدعى على البقا. فاذا لم يعتمد على ظن عدلين حصل لهما من جهة الاستصحاب ١، فكيف يكتفى بظن حاصل له من غيره. سيما مع عدم التمكن من اليمين الاستظهارى. ويوضح ذلك ايضا ان البينة اذا اقيمت واثبت المدعى عدالتها، يسأل الحاكم المنكر عن الجرح. وان كان يجوز له العمل بالبينه فقط، لم يسأله. فحجية البينة ايضا انما هو اذا لم يعارضها شئ بالفعل، او لم يكن في معرض المعارض. وبالجملة: فالاعتقاد بالاستصحاب علم الحاكم، او ظهور ثبوت مهر المثل انما يجرى في صورة التذاعى. واما في صورة السكوت، او عدم كمال المدعى او المدعى عليه، فلا يجوز الاعتماد عليها.

وتوضيح هذا المقام: ان الاقوى انه يجوز للحاكم ان يحكم بعلمه، سوا كان علما قطعيا او ظنيا يكون حجة، ككونه شاهدا في المطلب. فيكون المراد من قولهم (يعمل بعلمه) انه لا يحتاج الى اطلاع غيره من المتداعيين وغيرهما عليه. لا انه يعمل بعلمه

١: وفي النسخة: ... على الظن بينتين عدلين حصل لهما من جهة الاستصحاب.

(٣٣٣)

الحقيقي لا بظنه. فيجوز الحكم اذا حصل له الظن الذي هو مناط الشهادة من جهة الاستصحاب. كما يستفاد من القواعد الدالة على حجية تلك الظنون بعمومها، وطريقة عملهم وفتاويهم.

فانهم بعد ما اختلفوا في جواز عمل الحاكم بعلمه، افتوا على جوازه في مواضع: منها تزكية العدل وجرحه. مع ان ذلك مما يثبت بالظن، كالاستفاضة والمعاشرة المفيدة للظن، وغيرهما. وكذلك استثنوا اقرار المدعى عليه عند الحاكم سرا ولو في غير مجلس

القضا. فان ذلك يستلزم جواز عمله باستصحاب مقتضى الاقرار مع احتمال الاداء والابرا. وغير ذلك من المواضع المستثنيات. فيظهر من المواضع المستثنيات ان المستثنى منه اعم من القطع، كما لا يخفى. ولكن يظهر في مسألة اليمين الاستطاري ان الاستصحاب الذي هو مناط الشهادة، لا يكفي. فكما ان الحاكم لا يحكم بلزوم الحق مع البيئة الا باليمين، فكذلك لا يحكم مع كونه عالما بعنوان الشهادة. نعم لو كان علمه العلم

القاطع، فلا يحتاج الى اليمين. والحاصل: ان ماورد في مسألة الدعوى على الميت من الرواية، يدل من باب التنبيه على ان الاستصحاب مع احتمال اداء الحق والابرا، لا يكفي الا في ما كان المدعى عليه في معرض ادعاء الاداء، او الابرا كما لو كان حيا رشيدا حاضرا. واما لو لم يكن كذلك (كالميت والصغير والغائب) فلا يكفي فيه البيئة ولا علم الحاكم الذي هو من قبيل البيئة.

ولذلك صرحوا في كتاب الوصايا ب (ان الوصى اذا كان له على الميت دين يعلمه جزما،

جاز المقاصة بدون اذن الحاكم وبدون اليمين. واما لو علم بدين غيره عليه من باب الشهادة، فلا يجوز ادائه عنه) لامكان تجدد البراءة. فلا حظ المسالك وغيره. فيجب في الاداح اليمين الاستظهارى والمراجعة الى الحاكم لاجل اليمين. نعم لو علم بحق الغير من باب القطع، فيجوز الاداء بدون [اذن] الحاكم واليمين.

و [قال] الشهيد الثانى - في شرح كلام الشهيد في اللمعة حيث قال (ويجوز للموصى استيفاء دينه مما فى يده، وقضا ديون الميت التى يعلم بقاها) -: ويتحقق العلم بسماعه اقرار الموصى بها قبل الموت بزمان لا يمكنه بعده القضاء، ويكون المستحق

ممن لا يمكن فى حقه الاسقاط كالطفل والمجنون. اما لو كان اربابها مكلفين يمكنهم اسقاطها، فلا بد من احلافهم على بقائها وان علم بها سابقا. ولا يكفي احلافه اياهم الا اذا

كان مستجمعا لشرائط الحكم. وليس للحاكم ان يأذن في التحليف استنادا الى علمه،
بل

(٣٣٤)

لابد من ثبوته عنده. لانه تحكيم لايجوز لغير اهله. نعم له بعد ثبوته عنده بالبينة، توكيله في الاحلاف. - الى آخر ما ذكره.

ومن فروع هذه المسألة: ان استصحاب اشتغال ذمة الميت بالزكاة والخمس ورد المظالم وغيرها، لا يكفي للوصى ولا للحاكم ولا للمؤمنين عند فقدهما. بل لابد من العلم

بالبقاء. فلو احتمل الاداء حين الحياة، او محاسبة عوضها على فقير كان له عليه دين، او ابراء ارباب المظالم، فلا يجوز الاخراج الا للوارث الكبير من باب الاحسان.

واما الصورتان اللتان نقلناهما عن الشهيد (ره) في القواعد، فلا ينفيان ما ذكرنا. اذ المفروض فيهما عدم انكار الزوج ولا الوارث لاصل المهر، وكون المدعى جازما في الدعوى، فيرجع مع الحلف على عدم العلم الى مهر المثل بنا على الظاهر. ويحتمل قبول قول الزوجة، لعدم المعارض له. والرجوع الى مهر المثل اولى ان لم يكن ماتدعيه اقل منه. ثم ان الشهيد الثاني (ره) ايضا قال في المسالك (ان هذا الاختلاف - يعنى الاختلاف في اصل المهر - لو وقع بين ورثتهما، او من احدهما مع ورثة الاخر فحكمه حكم

مالو وقع بينهما. ومثله مالو ادعته الزوجة وقال وارث الزوج لا اعلم الحال، او كان صغيرا او غائبا) انتهى.

ومقتضى ما ذكره ان الخلاف السابق يجرى فيه. فمن كان يعتمد على اصل البراءة ثمة، يعتمد عليها هيهنا. ومن يعتمد على اثبات مهر المثل ثمة، يعتمد عليه هيهنا. و هكذا... وقد ظهر الوجه مما ذكرناه. واما وجه سماع دعواها مع صغر وارث الزوج، او غيبته:

فلحتمل قول المسلم على الصدق والصحة، مع عدم المعارض. والبينة واليمين انما يحتاج اليهما مع المعارضة والدعوى. وقد نبه عليه كلام الشهيد (ره) الذي نقلناه. نعم يجب عليهما اليمين للدعوى التقديرية. وهى انه كان للميت ونظرائه لسان لعلمهم كانوا يدعون عليها الاداء والوفاء، فتحلف على البقاء لذلك. هذا كله اذا كان النزاع في اصل المهر.

واما لو تنازعا في المقدار - بان ادعت انها تستحق عنده من جهة المهر مائة دينار سواء كان ذلك جميعه او بعضه، وسوا كان قبل الدخول او بعدها فقال الزوج بل خمسون -: فقال في المسالك (المشهور بين الاصحاب - لانعلم فيه مخالفا ظاهرا - ان

القول قول الزوج مع يمينه. سواء كان ما يدعيه مما يبذل مهرا عادة لامثالها ام لا. والاصل

فيه قبل الاتفاق ظاهرا صحيحة ابي عبيدة). اقول وهذه الاطلاقات لا يستفاد من

صحیحة

(۳۳۵)

ابى عبيدة. ودعوى الاتفاق عليه ايضا غير مسموعة. والمتبادر من الصحيحة هو الدعوى

في المسمى. والرواية رواها في الكافي في الحسن، والشيخ في الصحيح عن ابى عبيدة (عن ابى جعفر - ع - في رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها، فادعت ان صداقها مائة دينار، و

ذكر الزوج ان صداقها خمسون دينارا وليس بينهما بينة على ذلك. فقال: القول قول الزوج مع يمينه). ١

ورواها الشيخ ايضا في الصحيح (عن ابى عبيدة عن ابى جعفر - ع - في رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها، وادعت ان صداقها مائة دينار. وذكر الرجل انه اقل مما قالت. وليس

لها بينة على ذلك. قال: القول قول الزوج مع يمينه). ٢ فيشكل القول مع اتفاقهما على عدم التسمية مع الدخول. فان الفريضة فيه مهر المثل، فدعوى الاقل من مهر المثل من الزوج في قوة ايضا الزايد ونحوه. فلا يسمع منه.

وكذلك لو اعترفا بالتسمية [وادعت] انها اكثر مما يدعيه الزوج. و اشار الى ذلك في المسالك ايضا. وقال (الحق حمل الفتوى على ما لو اطلقا الدعوى، او ادعى تسمية هذا القدر وادعت هى تسمية الازيد. بل الشيخ في المبسوط فرض المسألة في هذا القسم ثم

استشكل في الصورتين ايضا. اما في الاولى: فلان الاطلاق كما يحتمل كونه بطريق التسمية، يحتمل كونه بطريق عوض البضع المحترم وعوضه مطلقا مهر المثل. وانما يتعين غيره بالتسمية، والاصل عدمها وهذا الاصل مقدم على اصالة البراءة، لوجود الناقل عنها. واما في الثانية: فلان باختلافهما في قدرها يكون كل منهما منكرا لما يدعيه الاخر. فلو قيل بالتحالف ووجوب مهر المثل، كان حسنا، الا ان اطلاق الرواية الصحيحة المتناول لمحل النزاع يونس ترجيح ما اطلقه الاصحاب على ما فيه من الحزارة.

ومن ثم قال العلامة في القواعد: وليس بعيدا من الصواب تقديم من يدعى مهر المثل). اقول: وفي ما ذكره نظر. اما في الثانية: فقولها (يكون كل منهما منكرا) ممنوع. بل المنكر انما هو الزوج، لانهما يتفقان في الاقل فالدعوى انما في الزيادة، وينكرها الزوج.

لا يقال: ان الزوج يدعى ان المسمى خمسون بشرط ان لا يكون معه شئى. والزوجة تدعى

الخمسين بشرط ان يكون معه خمسون آخر. فالزوجة ايضا منكرا (الخمسين بشرط لا).

١: وسائل: ج ١٥، ابواب المهور، باب ١٨ ح ١.
٢: المرجع، الحديث. - الحديثان كلاهما تحت رقم واحد.

(٣٣٦)

لانا نقول: انكار المرأة يرجع القيد يعنى [الى] (بشرط لا). ونفى النفي، اثبات. فيرجع الى دعواها الزيادة. وهذا واضح. كما ان رجوع انكار الزوج الى قيد (اشتراط الانضمام) واضح.

واما ما ذكره العلامة (ره) من تقديم قول من يدعى مهر المثل: فهو مبنى على ان المدعى هو من يدعى خلاف الظاهر. فاذا ادعت الازيد فهو خلاف الظاهر، كم لو ادعى

الانقص وفيه: اولاً: ان كون المدعى في جميع المواضع هو من يدعى خلاف الظاهر، ممنوع. بل انما هو يتم اذالم يكن الاصل معه. اذ الذى ذكره في تعريف المدعى، امر آن:

احدهما (من ترك لوترك). والثانى (من يدعى امراخفيا، بان يدعى خلاف الاصل او خلاف الظاهر). فاذا كان مخالفا لا حد هما دون الاخر فيبنى على الترجيح بين الاصل و

الظاهر وتقديم الظاهر هنا على الاصل وليس بواضح. وهذا لا يشبه ما قدمناه في اصل المسألة. اذ مبنى الكلام ثمة (في ترجيح الظاهر) كان على امور كثيرة ليست بموجودة هنا. فان النافى ثمة كان بناؤه على اصل البراءة رأسا بسبب الاحتمالات النادرة المردودة، او الغير الموجودة في الاغلب. فمحض ابطال

الاعتماد على الاصل بسبب ندرته اوجب مهر المثل. لانه عوض البضع المحترم، حيث لم

يثبت التسمية. ومع ذلك فقد ينضم اليه اصالة عدم التسمية الموجبة للتفويض الموجب لمهر المثل، وغير ذلك مما مر. واما في ما نحن فيه، فالمفروض تسليم التسمية فيبقى الكلام مع اصالة عدم الزيادة وظهور مهر المثل وغلبته. فاما نمنع مقاومة هذا الظاهر، الاصل، او نقول: سلمناه ولكن الحديث الصحيح اثبت لنا المخرج عنه. فان مقتضى قولهم عليهم السلام (البينة على المدعى واليمين على من انكر) وان اوجب هنا تقديم قول مدعى مهر المثل - على فرض تسليم كونه اظهر من اصالة عدم الزيادة - ولكننا نحصله بهذه الصحيحة، كما خصص بغيره ايضا في مواضع شتى. وتخصيص القواعد في الفقه ليس ببدع.

واما الصورة الاولى: فتحقيق الكلام فيها ان الرواية ظاهرة في الدعوى في التسمية. ولا دلالة لها في حكم مهر المثل وادعاء عوض البضع، مطلقا. فان ظاهر قول الراوى (ادعت

ان صداقها مائة دينار) متبادر في المسمى. كما لا يخفى. وكذلك قوله (ليس لها بينة على

ذلك). فان البينة انما يمكن تصويرها (ظاهرا) في الجزئى الحقيقى. وايضا: فلو عممنا

الرواية لزم ارجاع الرواية الى اختلافهما في مهر المثل. وح يشكل الجواب بان (القول
قول

(٣٣٧)

الزوج) بل يرجع فيه الى العرف والعادة. الا ان نفرض المسألة في مالو كانت المرأة مجهولة الحال اصلا او نسبيا وحسبا، لا الزوج. وهو فرض نادر وخارج عن فرض التداعي في المهر ايضا.

فح نقول: اذا اطلق الدعوى بحيث يمكن ان ينزل على التسمية وعلى عوض البضع معا، بان لا يكون ما تدعيه المرأة اقل من مهر المثل، ولا ما يدعيه الرجل اكثر منه. [1] ويكون

ما تدعيه المرأة مهر المثل (او اقل) وما يدعيه الرجل اقل منه. فيشكل الاعتماد في معرفة حقيقة الدعوى بالاتكال على اصالة عدم التسمية والقول بان هذا الاصل يقتضى حمل الدعوى على هذه الصورة مع ان الظاهر والغالب هو التسمية. وكذلك ظاهر الدعوى في

المقدار. فالظاهر هنا لزوم الاستفسار. لكون الدعوى ناقصة. ولا يرد هذا على اصل المسألة. فان اصل المسألة كان دعوى المرأة المهر، وانكار الرجل له مطلقا. وذلك لا يحتاج الى الاستفسار، لان اصالة البرأة في جانب الرجل، اما يعمل عليها فلا حاجة الى معرفة مدعى المرأة. او لا يعمل عليها فيرجع الى مهر المثل، او

(اقل ما يتمول). بخلاف مدعى الرجل في هذه الصورة، فان العمل عليه يتوقف على معرفة

حال نفس الدعوى، فبعد الاستفسار فان ظهران الدعوى في عوض البضع، فيعمل على ما اقتضاه من ان الرجل اذا ادعى الاقل فهو معنى (ادعا انتفا الباقي) فيحتاج الى الاثبات. وان ظهران الدعوى في المسمى، فيرجع الى العمل بالرواية وتقدم قول الزوج. كما امر.

١٦٣: سؤال: هر گاه شخصی ضعیفه ای گرفته باشد، و چند اولاد از او به هم رسیده

باشد. و در ثانی الحال ضعیفه دیگری گرفته باشد و نتوانسته باشد که به او دخل بکند، و

زوج فوت شده باشد. و زوجه غیر مدخوله قبل از انقضای ایام عده شوهر کرده باشد. آیا

باید تفریق کرد؟ یا نه؟.

جواب: عده وفات برای زوجه غیر مدخوله ثابت است. و حکم نکاح در آن، حکم نکاح

در عده رجعیه است. و خلاصه حکم آن این است که هر گاه در عده شوهر کرده باشد و

دخول هم به عمل آمده، حرام ابدی میشود. و تفریق باید کرد. خواه هر دو عالم به عده و عالم به حرمت تزویج در آن باشند، یا هر دو جاهل به هر دو باشند، یا یکی عالم و دیگری جاهل، یا عالم به یکی از آن دو امر و جاهل به دیگری باشند. و اگر دخول واقع نشده باشد، از برای جاهل حرمت ابدی حاصل نمیشود. نهایت عقد فاسد است و بعد از

انقضای عده از نو عقد میتواند کرد. و از برای عالم حرمت ابدی حاصل میشود هر چند

دخول نکرده باشد. والله العالم.

۱۶۴: سؤال: هر گاه از برای زوج نفقه و کسوه اطفال ممکن نشود، و زوجه صاحب

ثروت باشد، نفقه و کسوه اطفال بر زوجه شرعا واجب است یا نه؟
جواب: بلی هر گاه طفل از خود مال نداشته باشد و پدر هم عاجز از انفاق باشد و جد

پدری هم موسر نباشد و مادر هم ملیه و موسره باشد، بر او نفقه اطفال واجب است.
۱۶۵: سؤال: هر گاه شخصی ضعیفه را تزویج نموده، و در دخل نمودن عاجز. و [ضعیفه] مقدار چهار ماه مرافعه خود را به نزد یکی از ملاهای این ولایت برده. و آن ملا

حکم نموده که باید این ضعیفه يك سال تمام در نزد او بوده باشد. و بعد از چهار ماه، سه

ماه دیگر در نزد او بوده. و آن مرد گفته که باید من مداوا نمایم و به شهری دیگر رفته، و

سه ماه دیگر در آنجا دوا خورده و بعد از مراجعت چهار ماه دیگر در نزد او بوده فعلی از او

متمشی نگردیده. ضعیفه فسخ نموده و به خانه پدر رفته. و چون آن مرد پر لجوج، و پدر

ضعیفه نیز مرد فقیر، وصیبه خود را مدت هشت سال بعد از فسخ نگاه داشته تا اتفاق [افتاده] آن مرد به رحمت خدا رفته. و بعد از چند یوم همان ملائی که این مرافعه در نزد

او اتفاق افتاده بود، او را عقد نموده و به شوهر داده، به سبب عنین بودن شوهر. آیا بر آن

شوهر ثانی حلال میباشد یا نه؟

جواب: دین و دینا از امثال چنین ملاها خراب است. اولاً این که مرافعه را به غیر مجتهد عادل کسی نمیتواند کرد. خصوصاً مسأله عنن و بر فرض تقدیری که کسی دیگر

تواند کرد آنچه به گوش آن ملاها رسیده این است که بعد از ثبوت عجز از مقاربت زنان مطلقاً، وعدم رضای زوجه به زوجیت آن مرد، و مرافعه بردن به سوی حاکم با شرایط، آن

حاکم شرع او را از حین مرافعه مهلت بدهد تا يك سال تمام. و بعد از تمام شدن

يك سال

زوجه مسلط بر فسخ میشود. به تفصیلی که در محل خود مذکور است.
بنابر آنچه در صورت سؤال نوشته شده است از حین مرافعه تا حین فسخ و به خانه
پدر رفتن، ده ماه گذشته است. بر فرض صحت مرافعه این فسخ قبل از تمام شدن
سال

چه معنی دارد. پس بنا علی هذا هنوز زوجه در حباله زوجیت زوج سابق بوده است
که

زوج متوفی شده. و نکاح ثانی در عده وفات شده و نکاح فاسد است. و هر گاه
طرفین عالم

به عده و حرمت نکاح بوده اند به مجرد عقد حرام ابدی است. و اگر دخول واقع
شده است

حرام ابدی است خواه دانسته و خواه ندانسته و تفریق باید کرد و طلاق نمسخواهد.
والله العالم.

۱۶۶: سؤال: هر گاه ضعیفه را پدرش بدون اذن به شوهر داده باشد، و جمعی هم شاهد به عدم رضای ضعیفه میباشند. و آن مرد نیز دخل نموده، و شوهر متوفی. آیا آن

عقد باطل میباشد؟ و در عده وفات، آن ضعیفه میتواند شوهر نمود یا باید عده وفات نگاه

دارد؟.

جواب: هر گاه به ثبوت شرعی برسد که نکاح بدون رضای زوجه بوده، و بعد از نکاح

هم اجازه نکرده و راضی نشده، آن نکاح صورتی ندارد. خصوصاً هر گاه باکره نباشد.

و اما هر گاه باکره بوده باشد هر چند اظهر در آن نیز بطلان عقد است، لکن احوط آن

است که در عده وفات آن را تزویج نکنند و امر ثبوت و عدم ثبوت و مرافعه باید در نزد

حاکم شرع - یعنی مجتهد عادل واقع شود. اکثر مفسد از راه بی اعتنائی به شرع و دین

واقع میشود. و ملاحضاتی که متصدی این امور میشوند لا اقل در اول مرتبه مسأله را سؤال کنند که فساد آن کمتر باشد. والله الموفق.

۱۶۷: سؤال: هر گاه هند بعد از مدت سه سال از مفقود الاثر بودن زوجهش حامله گردیده و عمرو از او متولد. و بعضی مردم از راه ظن مسگفته اند که هند از بکر حامله

شده است، و این عمرو از بکر به هم رسیده است. و بعد از چند وقت دیگر هند مذکوره با

وجود مفقود الخبر بودن زوج مذکور به حباله نکاح بکر مذکور در آمده. و بعد از مدت چند

سال دیگر هند مذکوره متوفیه. آیا در این صورت عمرو میتواند که شرعاً مطالبه حق الصداق والده اش را از بکر مذکور نماید یا نه؟

جواب: بنابر صورت سؤال، عمرو جز ما فرزند آن شوهر مفقود الخبر نیست. و هر گاه

معلوم شده که عمرو به زنا به هم رسیده هم ملحق به زانی نمیشود، و هم میراث از مادر

خود نمبرد. و اما تزویج هند بابکر: اگر با وجود علم طرفین به حرمت بوده است و مدانسته اند که شوهر مفقود الخبر است، این زن حرام است. و نکاح آن حرام است. پس

این نکاح هم موجب مهر نمشود و زنا را مهر نمباید. پس دعوی مهر بر فرضی که عمرو پسر مادرش محسوب شود هم صورتی ندارد. و اگر علم به حرمت نداشته اند هیچکدام، یا هند تنها علم به حرمت نداشته، پس هند مستحق مهر المثل است. و بعد از

مردن او وارث شرعی ادعای مهر میتواند کرد. و عمرو که از زنا به هم رسیده است ادعای

میراث و مهر مادر نمیتواند کرد. و اگر معلوم نشود که هند زنا کرده بود، و عمرو هم به

وطی شبهه به هم رسیده باشد، در این صورت ملحق به مادر میشود و دعوی مهر - در

صورتی که عقد او به بکر بر سبیل شبهه شده باشد - میتواند کرد. والله العالم.

۱۶۸: سؤال: هر گاه دختری در حولین ارتضاع خود تا مدت دو ماه با پسر عم خود شیر خورده. به این نحو که در ظرف مدت دو ماه متوالی که والده مرتضعه مزبوره

مریض

بوده، مکرر از زوجه عم خود که مرضعه پسر مزبور بوده ارتضاع نموده. و لکن حال از

مرضعه مزبور استفسار کمیت ارتضاع را نموده ایم مگوئید که (تا دو ماه چون والده

مرتضعه مزبوره مریض بوده من مکرر او را شیر داده ام، لیکن ده رضعه متوالیه - [و]

بلا فاصله ارتضاع دیگری - نشده. و یک شبانه روز هم بدون تخلخل ارتضاع [از]

غیری، شیر

نداده ام. بلکه گاه من شیر مدام و گاه والده مریضه اش، و گاه هم شیر گاو

مخورده.

ملحظ آن که: به تقریر مرضعه مزبوره، ده شیر متوالی بدون تخلخل شیر والده اش یا

دیگری، یا یک شبانه روز كذلك، اتفاق نیفتاده. و حال که دختری و پسر متراضعان

مزبوران

به حد بلوغ رسیده اند بنای تزویج ما بین ایشان شده. آیا حسب الشرع رضاع

مزبوره ناشر

حرمت بینهما میشود یا نه؟ و در صورتی که ناشر حرمت بینهما باشد، آیا همشیره

نسبیه مرتضعه مزبوره (که شیر مزبور را نخورده باشد) میتواند با آن پسر مزوجه شود

یا

نه؟ و اخوه نسبیه هر یک از متراضعان با اخوه ۱ نسبیه دیگری تزویج میتوانند نمود یا

نه؟

جواب: نظر به صورت سؤال تقدیر عددی و زمانی رضاع (هر دو) غیر معلوم الثبوت

[است]. خصوصاً با ملاحظه تقریر مرضعه. و اصل هم عدم حصول آنها است. و اما

(تقدیر

اثری) اعنی نبات لحم و شد عظم بادم): پس در صورت مسؤله نفی آن مشکل است.

بلی

چون از کلام اصحاب بر مآید که باید انتساب این اثر به رضاع مرضعه باشد

مستقلاً، و

مخلوط شدن چیز دیگر را مضمَر مداندند در نسبت دادن اثر به آن شیر. و ظاهراً
خلافی
در میان ایشان در این معنی ظاهر نیست. و اصل هم عدم تحقق رضاع شرعی است.
و
عمومات هم مقتضی حلیت است.
خصوصاً با ملاحظه این معنی که تتبع احادیث ائمه طاهرین علیهم السلام مفید این

۱: گویا مراد " اخوات " است.

است که امر رضاع به این شدت نیست. و تنگ گرفتن در آن از عامه ناشی شده که اکثر آنها قلیل و کثیر را موثر در حرمت بدانند. بلکه در اخبار ما حد رضاع به دو سال و يك سال هم وارد شده. ۱ و قدمای اصحاب هم بعضی به آن رفته اند. و با ملاحظه این امور در صورت مسؤول عنها اظهر حلیت و جواز نکاح است. بلکه خلاف آن را در کلام فقها نیافتیم. و لکن احوط ترك آن است. به جهت احتمال تأثیر از راه عموم و اطلاق اخبار، و خروج از خلاف این جنید نیز. اما احتیاط واجب نیست.

و بر فرض تحقق رضاع محرم، اظهر جواز تزویج همشیره نسبیه مرتضعه مزبوره است با برادر رضاعی همشیره اش. و هم چنین اخوه نسبیه هر يك از متراضعین در اخوات نسبیه دیگری جایز است تزویج بینهم. والله العالم.

۱۶۹: سؤال: در نفقه و کسوه زوجه حامله متوفی عنها زوجها، رأی شریف به کدامیک از اقوال است؟

جواب: از مال شوهر نفقه ندارد. اجماعاً. و هم چنین از مال حمل، علی الاظهر الا شهر بین المتأخرین. و جمعی از قدما بر وجوب آن از مال حمل فتوی داده اند. و قول اول اظهر است.

۱۷۰: سؤال: منزله را در رضاع اعتبار مفرماید یا نه؟

جواب: اظهر عدم [اعتبار] منزله است. بلی اعتبار احوط است.

۱۷۱: سؤال: هر گاه مادر که هند باشد (مثلاً) چنان داند که ولایت در عقد نکاح از

برای او ثابت است شرعاً، و دختر صغیر خود را به زید نکاح منقطع نماید. و شخصی هم

غافل از این که مادر را ولایتی نمیشد اجرای صیغه نماید ولایت، و شروط عقد منقطع (از)

تعیین مهر و اجل) به عمل آورد. آیا عقد صحیح است یا فاسد؟ و بر فرض فساد آیا آثار

نکاح از حلیت و محرمیت آن مادر بر زید، و حرمت نکاحش بر او، بر آن عقد مترتب

میشود؟ یا نه بلکه زید میتواند که هند را نکاح نماید؟.

و بر فرض عدم ترتب اثر، چون مادر چنان مبداند که بر زید مذکور محرم است، و زید هم چنین مبداند که آن زن به روی محرم است، با هم نشست و برخاست به عمل

۱: وسایل: ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالرضاع، باب ۲، ۱۳، ۱۶ و ۱۷ - توضیح: محدثین و فقها، این احادیث را نپذیرفته اند زیرا " نادر " و مرسل و غیر مستند هستند.

مآورند، و چنان که متعارف است شوخی و ظرافت با یکدیگر میکنند، و اصلا و قطعاً پروا نمکنند. آیا حکم جاهل به مسأله بر آنها جاری است و چون معذور نخواهند بود آثم خواهند بود؟ یا آن که حکم غافل بر آنها جاری است و آثم نیستند؟. و علی ای تقدیر آیا

بر آن شخص که اجرای صیغه نموده است عقابی خواهد بود یا نه؟ و به هر تقدیر آیا بر او است که ایشان را اخبار کند بر فساد عقد بعد از تذکر فساد؟- یا

نه؟. و بر فرض این که بر او باشد اخبار، آیا هر گاه آن زن و مرد از بلد عقد دور باشند و دست

عاقده به ایشان نرسد، عاقد باید چه کند که از عقاب و معصیت برهد؟-
جواب: مادر را ولایتی بر فرزند صغیر نیست (علی المعروف بین الاصحاب، بل المتعین فی المذهب) و به منزله فضولی است. پس هر گاه این عقد تمتع صغیره را از برای کبیر چنان قرار داده که مدت آن قبل از دخول بلوغ منقضی میشود، پس آن عقد از

اصل باطل است. و بر او هیچ ثمری مترتب نمیشود. و هر گاه مدت [تا] بعد از بلوغ

برجاست، [اگر] صغیره بعد از رشد و بلوغ اجازه کند، صحیح است. و لکن آثار عقد که از

جمله آنها محرمیت و حرمت مادر زن باشد، حاصل نمیشود مگر بعد از اجازه. هر گاه

اجازه به عمل نیاید مادر زن را میتواند نکاح کند. چنان که در صورت سابقه هم چنین بود.

و به هر حال شوخی ها و ظرافت ها اگر از باب ریه و تلذذ بوده آن در حال محرمیت

هم حرام است چه جای آن که در حال عدم [محرمیت]. و اگر همان نظر کردن بوده از غیر

تلذذ و ریه، پس اگر غافل بالمره بوده است از وجوب تحصیل مسأله، و چنین دانسته که

محرم است، بر او گناه نیست. و هر گاه مقصر باشد، گناه کرده (در غیر آنچه جایز است

[از] نظر و تکلم نسبت به اجانب). و چاره آن استغفار و توبه است.

و آن شخص عاقد در اصل عقد عاصی است هر گاه عالم یا (جاهل غیر غافل مقصر بوده. و باید توبه کند. و بر فرض تقدیری که غافل بالمره بود عاصی نیست. و به هر حال هر گاه بداند که بالفعل ثمرات عقد بر آن مترتب میشود و آنها بر آن حال مستمرند، لازم است که خبر کند ایشان را به فساد عقد

۱۷۲: سؤال: اختلافاتی که واقع است در کتب فقها در خصوص حد رضاع، راجح در نظر فیض منظر کدامیک میباشد؟ و (انبات لحم و شد عظم) به چه عنوان حاصل میشود؟.

جواب: تحقق اثر انبات لحم و شد عظم بسیار صعوبت دارد. و این، اثرش بسیار کم

ظاهر مشهود.

بلی بعضی اوقات ظاهر مشهود مثل ده بیست مرتبه یا بیشتر شیر بخورد. اما به این نحو که هر دفعه از پستان بمکد تا شیر شود و دست بر دارد. و [یا] (اگر چنین نباشد بلکه)

هر دفعه شیر ناقص بخورد و در بین این شیرها نه شیر دیگری بخورد و نه غذای دیگر، یا

در چند شبانه روز به این نحو شیر بخورد، در این صورت ها جز ما انبات لحم و شد عظم،

مشود بدون تحقق آن دو علامت دیگر که یکی (اعتبار عدد) است و دیگری (اعتبار زمان). و اقوی در نظر حقیر در اعتبار عدد (پانزده شیر) است که در میان آنها شیر کسی

دیگر را نخورد. و در زمان، معتبر يك شبانه روز است که نه شیر دیگر در میان آن بخورد و

نه طعام و شراب.

۱۷۳: سؤال: هر گاه زید هند را به حباله نکاح خود در آورد و عقد مناکحه جاری

و

مبلغ کلی نقد و جنس از زید گرفته. و حال که میخواهد تصرف کند اولیای زوجه را سخن این که (صداق را بده و زوجه خود را تصرف کن) و زید را بالقوه استطاعت ادای

صداق، حال نیست. آیا شرعا میرسد که در چنین حال مانع تصرف زید زوجه خود را

بشوند یا نه؟ و نقد جنسی که از زید گرفته اند میتواند زید به عوض صداق محسوب نماید یا نه؟

جواب: در دخول بالغه رشیده، اولیا را اختیار نمیشود. لکن در صورتی که مهر مؤجل نباشد، زوجه میتواند ممانعت کند از دخول قبل از اخذ مهر بایسار اتفاقا، و هر چند زوج معسر باشد علی الاظهره. و اموالی که [به خانه زوجه] برده است

هر گاه به نهجی برده است که شرعا استرداد آن جایز باشد میتواند مطالبه کند و در عوض صداق محسوب دارد. و الا، فلا.

۱۷۴: سؤال: زید معسر صبیبه رشید بالغه رشیده عمرو را (بازنها و اذن ابیها) به حباله نکاح خود در آورد. و در ضمن العقد زید مزبور با عمرو مذکور - که وکیل صبیبه اش بوده -

شرط نموده است که عند الیسر والاستطاعه صداق معین را مدهم. و حال که زید

مخواهد که زوجه خود را متصرف شود عمرو که پدر زوجه باشد مگوید (صداق
زوجه
را بده و بعد او را تصرف کن). نظر به عدم استطاعت زید مزبور و شرط مذکور
میتواند پدر
زوجه مانع از تصرف زوج شود یا نه؟ یا آن که بگوید هر گاه استطاعت نداری
زوجه خود
را طلاق بده آیا از او مشنونند یا نه؟

جواب: امر تصرف زوجه بالغه رشیده به اولیای او رجوعی ندارد. و در صورتی که [در] ما بین چنین

گذشته باشد که مهر دین باشد در ذمه زوج تا حین استطاعت، و زوجه خود را به تصرف بدهد و انتظار ادای مهر نکشد، پدر زوجه منع نمیتواند کرد. و علی ای تقدیر

در امر طلاق زوجه، اولیای او را بر زوج تسلطی نیست. والله العالم.

۱۷۵: سؤال: شخصی غلامی و کنیزی را دارد، و اراده تزویج ایشان را دارد. آیا همان

اذن مولی کافی است؟ یا محتاج به صیغه است؟. و صیغه به عربی و فارسی از جانب مالك (مولی) به چه نحو باید گفته شود؟.

جواب: اگر غرض تزویج است (یعنی این که زن و شوهر باشند) باید صیغه خوانده شود. و ظاهر این است که ایجاب و قبول هر دو در کار باشد. لیکن عبد و امه را اختیار

نمباشد بلکه مولی میتواند که ایشان را اجبار کند بر ایجاب و قبول یا خود از جانب هر

دو ایجاب و قبول کند. مثل این که بگوید (انکحت ریحانة من بلال علی دینار) و باز خود

بگوید (قبلت لبلال علی الصداق المذكور). و مهر [او را] از مال خود مدهد. و دور

نیست که ذکر مهر و مهر دادن هم واجب باشد هر چند جمعی از علما مستحب دانسته اند. و اگر مولی غیری را وکیل کند. در اجرای صیغه، وکیل بگوید (انکحت ریحانة

باذن مولاها من بلال علی الصداق المعین) و طرف قبول بگوید (قبلت لبلال باذن مولا

علی الصداق المعین). اینها در وقتی است که غرض تزویج باشد.

و اما اگر غرض (تحلیل) باشد - هر چند در مسأله خلاف است، و اخبار متعارضند لکن - اظهر جواز است. و در اینجا شرایط نکاح در کار نیست همین مجرد این که مولی

کنیز خود را به غلام خود یا غلام دیگری حلال کند، حلال میشود. و اظهر آن است که

در اینجا نیز صیغه در کار است، یعنی مولی لفظی بگوید که دلالت بر (انشا تحلیل) کند و ظاهر این است که مولی در اینجا قائم مقام قبول عبد هم هست، دیگر قبولی

در

کار نیست. اما در غیر عبد خود: احوط بلکه اظهر این است که آن شخص محلل له

یا
مولای آن (اگر عبد باشد) نیز قبول بکند. والله العالم
۱۷۶: سؤال: هر گاه دختری از زنا حامله شده است، بعد از چهار ماه کسی او را
خواهد تزویج نماید. عده دارد یا نه؟ و فرق ما بین زانی و غیر زانی در تزویج او
هست یا
نه؟
جواب: هر گاه آن دختر بی شوهر بوده از برای زانی جایز است عقد آن بدون عده.
و

به جهت غیر زانی هم جایز است بدون عده داشتن از برای زنا. خواه شوهر داشته بوده
است یا نه. (کذا) بلی دور نیست که ترك دخول به او قبل از گذشتن چهار ماه و ده
روز از
حین انعقاد نطفه، احوط باشد. و لکن الحال وجوب آن بر حقیر معلوم نیست، و اشهر
و
اظهر آن است که از برای غیر حامله هم عده نباشد، هر چند غیر زانی او را بگیرد. و
لیکن
احوط این است که از برای زانی عده بدارد. بلکه از موثقه اسحق بن جریر ظاهر
میشود که خود زانی هم تا (استبراء) نکند تزویج نکند. ۱ و عمل به آن طریقه احتیاط
است.

۱۷۷: سؤال: هر گاه شخصی از برای پسر بزرگ خود زنی گرفته و بعد از مدت
شش
ماه پسر فوت شده، و آن زن حامله میباشد. و این پسر با پدر خود (جمع المال)
بوده،
یعنی مال معینی از خود ندارد. و حال ارث و مهر این زن چه صورت دارد؟ و آن
طفل را
چه باید نمود؟ و آن شخص را چند نفر دیگر اولاد ذکور و اناث - غیر این متوفی -
مباشند،
حقوق هر يك را بیان فرمائید. و مدت عده این زن را بفرمائید.

جواب: هر گاه پدر مال موجود خود را مهر پسر بزرگ خود کرده، همان مال حق
زن
است. و آنچه در ذمه پسر مهر زن شده بر گردن آن پسر است هر گاه مالی دارد از
مال
او میدهند. و هر گاه ندارد خدا بدهد. و این که نوشته است که پدر و پسر جمع
المال
بوده اند: همبهری و (شراکت ابدان) باطل است هر کی هر چه تحصیل کرده مال او
است.
و هر گاه مالی در دست هر دو باشد و دست هر دو بر او مساوی باشند، بینهما علی
السویه
قسمت میشود. هر گاه دعوی ما بین طرفین بشود باید به مرافعه شرعیه حاضر شوند.
به
هر طریق گفتگوی جمع المال و ادعای مالی محتاج است به مرافعه. و بعد از مرافعه

هر گاه مالی برای پسر ثابت شد مهر و دین زن را از آن مال مدهند و تتمه مال او را در میان ورثه قسمت میکنند. شش يك را به پدر مدهند و هشت يك را به زن. و باقی مال حمل است نگاه دارند تا متولد شود. و سایر اولاد آن شخص را تا آن شخص در حیات است نصیبی از مال آن شخص نیست از باب میراث. و بعد از وفات او (کما فرض الله) قسمت میکنند. وعده این زن یا چهار ماه و ده روز است یا وضع حمل، هر کدام مدت او بیشتر است عده او همان است.

۱: وسائل: ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۴ ح ۱.

۱۷۸: سؤال: هر گاه زوج قبل از دخول فوت شود، زوجه نصف مهر را مطالبه
نماید یا کل مهر را؟

جواب: مشهور کل مهر است. و لکن احادیث معتبره دلالت بر تنصیف دارد ۱. احتیاط

در این است که صلح کند بر نصف.

۱۷۹: سؤال: هر گاه شخصی زوجه داشته باشد و مضاجعه را به آن زوجه موقوف کند. یا زوجه های متعدد داشته باشد و ترك مضاجعه را با همه بکند، مانعی دارد یا نه؟

جواب: اصل مضاجعه واجب است و بدون رضای زوجه نمیتواند کرد.

۱۸۰: سؤال: هر گاه دو طفل با هم وطی کرده باشند و فاعل خواهر مفعول را گرفته و اولادی از او به هم رسیده باشد. آیا این طفل حرام زاده است یا نه؟ و بعد از علم به

حرمت محتاج به اطلاق زوجه است یا نه؟

جواب: اگر طرفین علم به حرمت نداشته باشند، آن طفل حرام زاده نیست. و بعد از علم به حرمت، طلاقی در کار نیست.

۱۸۱: سؤال: هر گاه زید با هند در حینی که ذات بعل بوده زنا نموده. آیا در این صورت صبیبه هند مذکوره را - که قبل از ایام زنا متولد شده بوده است - شرعا زید

زانی میتواند در حباله نکاح خود در آورد یا نه؟

جواب: مشهور میان علمای امامیه، حرمت است. و احوط اجتناب است. والله العالم.

۱۸۲: سؤال: زید همشیره خود را به عمرو داده، و همشیره زید مزبور متوفیه. و اولادی که از او مانده زوجه زید مذکور شیر مدهد به قدر دو سه ماه. آیا میتواند زید

مزبور صبیبه [ای] که همین زوجه که فرزند عمرو مذکور را شیر داده است دارد، به جای

همشیره متوفیه به عمرو مزبور بدهد یا نه؟ -

جواب: نمیتواند بدهد. والله العالم.

۱۸۳: سؤال: چه مفرماینده در این که شخصی صبیبه خود را که قابل تمتع نباشد

۱: وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۸ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۰، ۱۱، ۱۲، (و ۱۳)، ۱۴، ۱۵، ۱۶ -

و دلالت میکند بر کل مهر احادیث: (۲۰) ۲۱، ۲۲، ۲۳، ۲۴ همان باب.



(۳۴۷)

به عقد انقطاع دیگری در آورده، و اصلاً قصد تمتع ندارد. آیا داماد محرم والده صبیبه میشود یا نه؟

جواب: هر گاه عقد تمتع در مدت قلیلی بشود که در آن به هیچ وجه تمتع ممکن نباشد، باعث محرمیت نمیشود. و اگر مثلاً صغیره را صیغه بخواند در وقت دو سالگی

به مدت چهار پنج سال که در اواخر مدت لذتی از آن میتواند برد. هر چند به بوسیدن، یا

نگاه کردن، یا بغل گرفتن باشد با کی نیست که دخول کردن نباشد محرم میشود. والله العالم.

۱۸۴: سؤال: هر گاه ربیبه طفل شوهر والده اش را شیر بدهد. آیا والده طفل بر پدرش حرام میشود یا نه؟

جواب: حرام نمیشود. والله العالم.

۱۸۵: سؤال: هر گاه زوجه برادر، طفل همشیره او را شیر دهد. آیا نشر حرمت میکند یا نه؟

جواب: اظهر عدم حرمت است و احوط اجتناب است.

۱۸۶: سؤال: زید متوفی و از او چند نفر اولاد مانده، سه نفر اناث کبیره، و دیگر صغیره. و مال صغار در نزد والده آنها میباشد. همشیره های کبار ادعا منمایند که حضانت صغار بما میرسند. و عمه و پسر عمه نیز این مطلب را ادعا منمایند. استدعا آن که بیان فرمائید که حضانت صغار به کدام میرسند؟

جواب: در صورت مسأله هیچ يك از همشیره ها و عمه و پسر عمه مزاحم مادر نمیتوانند شد. والله العالم.

۱۸۷: سؤال: هر گاه شوهر هند متوفی، و هند ادعای صداق و ثمن منماید. و وارث در این خصوص مساهله میکنند. و دو طفل صغیر نیز از او مانده و در نزد جدہ شان

مباشند، و والده ادعای حضانت اطفال را منماید و جدہ نیز همان ادعا را دارد و صغار را به والده شان نمدهد. استدعا آن که بفرمائید اولویت کدام بیشتر است؟ و ضعیفه صداق و ثمن باید از ترکه شوهر بگیرد یا نه؟ -؟

جواب: در باب دعوی صداق و ثمن به مرافعه حاکم شرع رجوع کنند. و در باب حضانت در صورت سؤال، مادر مقدم است. والله العالم.

۱۸۸: سؤال: هر گاه زید در ایام حیات خود قدری رخوت به جهت اولاد خود و

(٣٤٨)

عروس و زوجات خود خریداری نموده، و به ایشان هر يك داده باشد. و بعضی آنها پوشیده باشند و بعضی دیگر نپوشیده باشند، و صغیری هم از زید باقی مانده باشد.

در این صورت رخوت مزبوره تعلق به ایشان دارد که به جهت ایشان گرفته است و تسلیم

نموده است -؟ یا این که باید بین الورثه قسمت کرد.

جواب: رخوت مزبوره مال ورثه است. هر يك به قدر رسد مبرند. مگر این که تمليك آن را به ثبوت شرعی برسانند. والله العالم.

۱۸۹: سؤال: زید قدری زمین املس در نکاح زینب نموده، و قید و شرط اشجاری ننموده است. و زید قدری اشجار پیش از آن که زمین مزبور را در نکاح زینب کند به عمل

آورده بوده است. و قدری اشجار هم بعد از آن که زمین را در نکاح کرده است، به عمل

آورده است. و زینب هم هرگز اظهار ننموده است که من رضا هستم که اشجار در این

زمین به عمل بیاوری، یا رضا نیستم. آیا بعد از فوت زید زینب میتواند ادعا بکند به ورثه

زید در خصوص اشجار یا نه؟

جواب: هر گاه زمین را داخل صداق کرده و قید اشجاری نکرده، اشجار داخل نیست،

و اشجاری که بعد غرس شده هر گاه از برای زن غرس نکرده و به او نبخشیده است مال

ورثه است. بلی هر گاه اذن نداده به این نحو که شوهر را مرخص کرده باشد در غرس

اشجار به جهت خود بی اجرت و عوض، در این صورت میتواند دعوی اجرت المثل ایام

گذشته بکند و اشجار مال ورثه است. و در صورت مزبوره زینب میتواند که بگوید اشجار

را از زمین او بکنند و زمین را هموار کرده به او رد کنند. والله العالم.

۱۹۰: سؤال: ادخال بعض حشفه در فرج زن شوهردار باعث وجوب غسل و تحریم ابدی میشود یا نه؟ و فرقی ما بین قبل و دبر هست یا نه؟

جواب: فرقی ما بین قبل و دبر نیست. و تا ختنه گاه اگر داخل نشود نه غسل واجب میشود و نه تحریم ابدی. و هر گاه تا ختنه گاه مرد داخل فرج زن شد باعث وجوب

غسل

و تحریم ابدی میشود. مراد از التفاتانین که در احادیث و کلام فقها است همان غایب شدن ذکر است در فرج تا حد ختنه گاه. والله العالم.

۱۹۱: سؤال: شیربھائی کہ متعارف است کہ مگیرند - به این نحو کہ کسی مآید به خواستگاری دختر شخصی، آن شخص قبول میکند به شرط این کہ مثلا پنج تومان بدهد به آن شخص. و گاه است کہ این را مادر مگیرد، یا برادر، یا عمو، یا غیر اینها -

گرفتن آن حلال است یا نه؟ و بعد از آن که گرفت آیا آن شخص دهنده استرجاع
متواند کرد یا نه؟

جواب: آنچه در بادی نظر به گمان حقیر مرسد آن است که اگر شرط را در ضمن
عقد نکاح در آورند (اعم از آن که دختر شرط کند یا ولی بر فرض ولایت) ۱ حلال
و لازم

خواهد بود. به جهت آن که شرط مشروع است و منعی از برای آن نمیدانم. و اگر
شرط

نکند نیز ظاهر حلّیت است مادامی که پشیمانی زوج ظاهر نشده است. و اگر بعد از
نزویح پشیمان شود و خواهد که به آنچه داده رجوع کند، آنچه از آن مال موجود
باشد

متواند استرداد کند. به جهت آن که به عقد لازمی منتقل نشده و بر ملك سابق باقی
است.

و این از بابت هبه معوضه نیست، به جهت آن که عوض بضع به غیر صداق چیزی
نیست، و این که داخل صداق نیست و در هبه معوضه اقباض از طرفین تا نشود لزوم
ندارد، پس نتوان گفت که اینجا، عوض، رضا و قبول ولی، است نه دختر و بضع آن،
تا

بگوید که این پول را دادم و رضای ولی را گرفتم

بلکه این داخل هدیه (مصانعه) و (مکافات) نیز نخواهد بود. و هم چنین در تحت
هیچ يك از عقود نیست. و این مانند (اباحه) است. و تسلیط غیر است بر مال خود.

و
ظاهر این است که مجرد تصرف بلکه تبدیل عین به شیئی دیگر منشأ لزوم نمیشود، و
رجوع به هبه آنها متوان کرد، و هم چنین به نما موجود. بلی اگر تلف بالمره شده
است

دیگر دلیلی بر رجوع به آن نیست. و از این سخن غفلت نکنی در صورتی که ملکی
در

ذمه خریده باشد و بعد از آن این پول را در قیمت بدهد که این هم بدل عین است و
متوان استرداد کرد. به جهت آن که آن ملك بدل آن پول نیست، بلکه بدل، آنچه
که در

ذمه مشتری بود، میباشد.

۱۹۲: سؤال: پدری از برای پسر خود دختر بالغه [ای] را ولایتا عقد نموده. و بعد از
آن، پسر آن دختر را قبل از دخول طلاق داده. آیا پدر میتواند آن دختر را بگیرد یا
نه؟

جواب: معقوده پسر بر پدر حرام است. هر چند دخول نکرده باشد.

۱۹۳: سؤال: هر گاه والد زوج عینی را (مثل ملکی یا باغی) از مال خود داخل مهر

۱: و همین طور است اگر بر اساس وکالت از طرف دختر باشد.

زوجه ولد صغير يا كبير خود کند، بدون این که در اول والد به آنها ببخشد یا به نحو دیگر

منتقل کند. آیا صحیح است و لازم است؟ یا نه؟

جواب: بلی صحیح است و لازم است. و نقل کردن عین به ولد قبل از داخل کردن به صداق ضرور نیست.

۱۹۴: سؤال: حد رضاع را بیان فرمائید.

جواب: هر گاه پانزده عدد شیر از پستان بخورد که هر مرتبه سیر شود و دست بردارد

که شیر زنی دیگر در میانه آنها نباشد، نشر حرمت میکند. به شرط آن که شیراز ولادت

به هم رسیده باشد و خود به خود نباشد، و طفل شیرخوار هم از دو سال بیشتر نداشته

باشد. و هم چنین هر گاه يك شبانه روز غذای طفل از آن شیر باشد و شیر کسی دیگر

[را] نخورد، بلکه هیچ ماکول دیگر نخورد، [و] هر وقت از آن شبانه روز که خواهش شیر

کند شیر سیر بخورد از همان زن. و هم چنین هر گاه گوشت طفل از آن شیر حاصل شود

و استخوان او از آن سخت بشود. به شرط آن که مستقل باشد شیر در این تأثیر که مخلوط

به چیز دیگر نشود و گوشت حاصل از هر دو شود، که در آن وقت اثری نمیبخشد. و ثمره

این تقدیر سومی کم ظاهر میشود. و از جمله ثمرات آن این است که طفل در چندین روز غذای او منحصر باشد در آن شیر، نهایت پانزده عدد شیر که سیر بخورد و

دست

بردارد اتفاق نشده باشد، بلکه هزار مرتبه (مثلاً) شیر خورد اما هیچ کدام بر آن نهج نبوده. و هم چنین در يك شبانه روز بین این هزار شیر اتفاق نیفتاده که بر نهج عادت

غذای آن طفل همین شیر باشد به این نحو که هر وقت گرسنه شود شیر بخورد. و در

این صورت جزم حاصل شدن به انبات لحم و شد عظم ممکن است از برای همه کس، و

در کمتر از این هم ممکن است که جزم حاصل شود به جهت طیب حاذق. و دور نیست

که قول يك طيب حاذق عادل کافی باشد، اگر چه احوط اعتبار دو طيب است.
و بر هر يك از تقدیرات که در حد رضاع گفتیم، شرط است فحل یکی باشد، یعنی
شیر يك مرد را بخورد.

۱۹۵: سؤال: شخصی از غلات دختری از شیعه امامیه گرفته بود. و آن زن فوت
شد.

و بعد از آن، مرد مسلمان شد. و آن زن مادری دارد. آیا میراث و مهر او چگونه
قسمت

میشود.؟

جواب: آن عقد باطل است. و میراثی از برای شوهر او نمیشود. میراث او مال مادر

او است. و هر گاه آن زن عالم به حرمت و فساد عقد نبوده، مستحق مهر المثل است

هر گاه دخول شده باشد. و او را هم به مادر او مدهند

۱۹۶: سؤال: هر گاه شخصی غالی زنی داشته باشد و هر دو مسلمان شوند در عده آیا عقد جدید میخواهد یا نه؟

جواب: همان عقد اول بر حال خود باقی است و احتیاج به تجدید عقد نیست. و اگر مدخوله نباشد به مجرد اسلام احدهما عقد باطل میشود.

۱۹۷: سؤال: در صورتی که زوجه ادعای عنن منموده باشد، زوج قبول نداشته باشد عیب مذکور را. و از زوجه سابقه بر این ولدی هم از برای زوج مزبور حاصل شده

بوده او را بیان فرمائید.

جواب: دعوی عنن باید به مرافعه مجتهد عادل جامع شرایط طی شود، و تا ثابت نشود، احکام بر آن مترتب نمیشود.

۱۹۸: سؤال: حضانت طفل با مادر است یا پدر؟ و هر گاه هیچ يك زننده نباشند حضانت با کی است؟

جواب: مشهور میان علما - بلکه اجماعی ایشان است، چنان که بعضی دعوی کرده اند مثل ابن ادریس - این است که در مدت رضاع حق مادر است، هر گاه مادر تبرعا

به او شیر بدهد، یا اجرت بگیرد مساوی دیگران، یا کمتر. و صاحب مسالك گفته است

که خلافي در این نیست. و لکن ابن فهد در مذهب گفته است (وقع الاجماع علی اشتراك الحضانه بين الابوين مدة الحوالين، و علی سقوطها بعد البلوغ والخلاف في ما بينهما). و گویا مراد از اشتراك که دعوی اجماع بر آن کرده این است که هر يك را

في الجملة در ولد حقی هست. مثل این که در صورت سابق حق مادر است، و در صورتی

که شیر ندهد یا اجرت بیشتر خواهد و پدر او دیگری را از برای رضاع بگیرد. در این صورت

حق مادر از حضانت ساقط میشود.

چنان که مدلول چندین روایت است که از جمله آنها روایت ابو العباس ۱ و موثقه داود بن الحصین است، و در آخری تصریح شده است که (مادام الرضاع بينهما بالسويه)

است. ۲ و باید حمل کرد آن را بر این تفصیل که گفتیم. و شاید مراد ابن فهد هم

اين

١ و ٢: وسائل: ج ١٥، ابواب احكام الاولاد، باب ٨١ ح ٣ و ١.

(٣٥٢)

باشد. لکن اجماعی بود این معنی مشکل است. به جهت آن که در صورت اخیر هم دو قول است. و به هر حال در صورت اولی شکی و خلافی نیست که حضانت با مادر

است. و در صورت ثانیه اقوی این است که با پدر است. هر چند که ظاهر دعوی اجماع

ابن ادريس خلاف آن است، به جهت اخبار کثیره و لزوم عسر و حرج در بسیاری از صور.

و عمده در مسأله بیان حال بعد (از شیر و شیر و بالغ شدن) است. و در آن هم اختلاف عظیمی است. و احادیث هم اختلاف بسیار دارند. و اشهر اقوال این است که

مادر احق است به دختر و پدر احق است به پسر تا هفت سال. و استدلال کرده اند بر این

[به] جمع بین احادیثی که بعضی دلالت میکنند بر این که حضانت حق مادر است مطلقا

تا هفت سال، علی الاطلاق، یعنی بدون تعیین پسر و دختر. و بعضی [دلالت دارند] بر

این که حق پدر است، علی الاطلاق. پس آنها را حمل کرده اند به دختر به جهت مناسبت

تربیت او با مادر. و اینها را بر پسر به جهت مناسبت با پدر.

و حق این است که محض جمع بین الاخبار دلیل نمیتواند بود، چنان که در اصول تحقیق کرده ام. و اعتبار مناسبت هم اضعف از آن است. و لکن میتوان گفت که شهرت

در این مقام با اجماع [که] ابن ادريس بر این معنی ادعا کرده است، کافی است. و مفهوم روایت ابو الصباح کنانی از حضرت صادق (ع) که سند آن قوی است نیز مؤید

مطلب است (قال: اذا طلق الرجل المرأة وهي حبلی، انفق علیها حتی تضع حملها. فاذا وضعته اعطاها. ولا يضارها، الا ان يجد من هو ارخص اجرا منها، فان هی رضیت بذلك الاجر فهی احق بابنها حتی تطفمه) ۱ که مفهوم آن این است که غایت و نهایت

حضانت مادر (فطام) است در پسر، پس در دختر بیشتر خواهد بود.

و هر گاه به این ضم کنیم مثل صحیحه ایوب بن نوح ۲ را، مطلب حاصل میشود. و این که صاحب مسالك مفرماید که (در این باب حدیث صحیحی نیست و همه ضعیف اند و مرسل) خوب نیست. به جهت آن که روایت عبد الله بن سنان که در

باب
(لحوق ولد به حراز ابوین) وارد شده ودلالت میکند بر این که حضانت با پدر است،
صحیح است ۳. و هم چنین روایت ایوب بن نوح هم که در کتاب فقیه است دلالت
میکند

-
- ۱: همان مرجع: ح ۲.
۲: همان مرجع: ح ۶.
۳: وسائل ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۷۱ ح ۱.

بر این که مادر احق است به ولد تا هفت سال، صحیح است. ۱
و قول دوم در مسأله این است که (مادر احق است به ولد تا شوهر نکرده است) و این

قول صدوق است در مقنع نظر به روایت حفص بن غیاث یا غیر او.
و قول سوم این است که مادر احق است به دختر مادام که شوهر نکرده، و به پسر تا هفت سال. و این قول ابن جنید است، و شیخ در خلاف با دعوی اجماع و اخبار بر آن. و

ابن ادريس انكار و تشنيع بسيار بر این کرده و منع اجماع و اخبار نموده، و گفته است:

بلکه اجماع و اخبار در آن است که ما اختیار کردیم که آن قول اول است.
و قول چهارم آن است که مادر احق است به پسر در مدت دو سال، و به دختر تا نه سال. و این قول مفید است.

و قول پنجم آن است که مادر احق است به ولدت هفت سال. و دلیل او صحیحه ایوب بن نوح است. و این را صاحب کفایه اختیار کرده و نقل کرده او را از بعض متاخرین. و گویا او صاحب مدارك باشد در شرح نافع. و بعضی اقوال دیگر هم هست. و

به هر حال اظهر اقوال آن است که مذکور شد. و اینها در وقتی است که پدر و مادر هر دو

زنده باشند، و مادر هم شوهر دیگر نکرده باشد.

اما هر گاه مادر شوهر دیگر کرد باشد بعد طلاق شوهر اول، پس حق او ساقط میشود و حق حضانت مختص پدر است. و از شهید ثانی ظاهر میشود که مسأله اجماعی است، و بعضی اخبار هم دلالت بر آن دارد. و هر گاه شوهر دوم او را طلاق بدهد

اشهر بلکه اظهر این است که حق حضانت مادر عود میکند. و ابن ادريس گفته است که

عود نمکند. و وجه قولین به تأمل ظاهر میشود. و هم چنین است کلام در طلاق رجعی بعد انقضای عده

و هر گاه پدر مرده باشد، پس مادر احق است به فرزند از وصی پدر و از جمیع اقارب،

هر چند شوهر کرده باشد. و هم چنین پدر مقدم است بر جمیع اقارب هر گاه مادر مرده

باشد. و اما هر گاه پدر و مادر هر دو مرده باشند: پس در مسأله خلاف است. و اشهر این

است که حکم حضانت تعدی میکند به اقارب بر ترتیب میراث واقرب منع ابعده
میکند،
به دلیل عموم آیه (واولوا الارحام بعضهم اولی ببعض ۲). و بعضی جد پدری را مقدم

۱: فقیه: ج ۲ ص ۱۴۰ _ وسائل: ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۸۱ ح ۶.
۲: آیه ۷۵ سوره انفال.

داشته اند. و دلیل آن وضوحی ندارد. و بعضی گفته اند حق حضانت در شرع ثابت نیست

مگر برای پدر و مادر. و بعضی زیادتی نصیب را در میراث مدخلیتی داده اند در اولویت. و

اظهر قول اول است و در صورت تعدد تساوی، قرعه باید کرد.

و بدان که: اصحاب ما (ره) گفته اند که حضانت مادر در جائی که حق او است چند

شرط دارد: اول این است که مسلمه باشد، پس هر گاه کافره باشد و پدر مسلمان باشد،

حضانت مادر ساقط میشود. و هر گاه پدر هم کافر باشد و مرافعه کنند در نزد ما به همان تفصیل که مذکور شد عمل میکنیم. و ظاهر این است که هر گاه پدر کافر باشد و

مادر مسلمه نیز حضانت مختص مادر است مطلقا. به جهت اشتراك دلیل که آیه شریفه است.

دوم: این که آزاد باشد. پس اگر کنیز باشد باید ملاحظه کرد اگر فرزند آزاد است پس

حضانت او با کسی است که حضانت حق او است در وقتی که مادر نباشد. و اگر فرزند

هرق است، حضانت او با آقای او است.

سوم: آن که عاقله باشد. پس مجنون مستحق حضانت نیست. خواه دائمی باشد یا ادواری باشد. مگر این که جنون او بسیار نادر باشد.

چهارم: جمعی از علما شرط کرده اند که باید امینه باشد. پس حضانت از برای فاسقه ثابت نیست. و اشتراط عدالت مشکل است. و علامه در قواعد نزدیک شمرده قول

به عدم آن را. و ظاهر این است که همین قدر که اعتماد در محافظت او باشد، کافی باشد. و بعضی شروط دیگر هم ذکر کرده اند که دلیل آنها واضح نیست.

و هر گاه از برای طفل کسی نباشد که مستحق حضانت باشد، پس حاکم از مال او اجرت مدهد به کسی که او را حضانت کند. و اگر مال نداشته باشد بر مؤمنین واجب

است به وجوب کفائی، مثل انفاق او.

و بدان که ظاهر اخبار و ادله این است که حق حضانت از برای اهل آن ثابت است بر وجه اولویت و رخصت. نه این که واجب باشد بر او. پس هر گاه مادر منع کند از

حضانت و قبول نکند (در جایی که حق او است) بر او لازم نیست و اخبار نمیتوان کرد. و هم چنین هر گاه پدر و مادر هر دو امتناع کنند. لکن شهید (ره) در قواعد گفته است که (در این صورت پدر را اجبار میکنند). و دلیل اقتضای بیش از این نمیکند که او هم یکی از کسانی باشد که کفایتا بر او واجب باشد، و حضانت غیر معنی انفاق است تا از حکم آن

مستفاد شود.

۱۹۹: سؤال: هر گاه مخطوبه اجابت و قبول خطبه نماید و قرار بر تزویج دهد. و سابق بر اجرای صیغه نکاح، مخاطب را اخراجات متعارفه متفرعه بر اجابت خطبه مثل ضیافت و عیدی و غیر اینها روی داده، مبلغی خرج کند که تسمیه آن در حین عقد،

و دخول آن در صدق متعارف نبوده باشد. و بعد از آن اجابت رجوع کرده راضی به تزویج نشود. آیا (والحالة هذه) مخاطب مذکور را مرسد که آنچه خرج کرده باشد از

مخطوبه مذکور مطالبه نماید یا نه؟

جواب: بلی هر گاه چیزی از آن اشیاء موجود باشد میتواند رجوع کند. و آنچه تلف شده باشد رجوع نمیتواند کرد. به جهت آن که خود، ایشان را مسلط کرده بر اتلاف مال

خود، و مفروض این است که ایشان هم در حال رضامندی به مصرف رسانیده اند. و دلیلی بر ضمان و غرامت نیست. والله العالم.

۲۰۰: سؤال: هر گاه زید خواهد از برای ولد صغیرش که قدری ملك داشته باشد لیکن به قدر مهر نباشد، حره بالغه را عقد نماید. تمام مهر را بر ذمه خود یا بر ذمه صغیر

بالاختصاص، یا بالاشترک قرار بدهد. و به نحو قرار داد صیغه را (بالولاية یا بالوكالة عن

الولی) جاری سازد. حکم آن را به مقتضای رای شریف بیان فرمائید.

جواب: هر گاه پدر صغیر از برای او زنی بگیرد و آن صغیر مال داشته باشد، مهر در ذمه صغیر است. و هر گاه صغیر چیزی به قدر بعض مهر مالك باشد به همان قدر از مهر

بر ذمه او خواهد بود و باقی در ذمه پدر خواهد بود. و هر گاه صغیر مالك چیزی نباشد

تمام مهر در ذمه پدر خواهد بود، خواه پدر ضامن مهر شود و خواه نشود. و بعضی گفته اند

که هر گاه شرط کند پدر در ضمن عقد اسقاط ضمان را، ضمان او ساقط میشود. و این

قول قوی است. و هر گاه پدر مهر را از مال خود قرار بدهد، در آنجا اشکالی نیست که بر

ذمه پدر است. و اگر عین موجودی از مال خود مهر کند آن در نهایت وضوح است که

(لازم است و رجوع نمیتواند کرد، هر چند ولد کبیر و عاقل و رشید باشد. و در جایی که صغیر خود مالی دارد و پدر آن مال را داخل مهر کند به مقتضای مصلحت طفل، آن لازم خواهد بود، خواه تمام مهر او باشد یا بعض مهر، والله العالم.

۲۰۱: سؤال: هر گاه شخصی دختر برادر زوجه خود را در حال عده وفات و طی نموده، بعد از اتمام عده موطوئه مزبوره را بی اذن زوجه خود (که عمه موطوئه است) عقد کرد. آیا عقد ایشان چه صورت دارد؟.

جواب: هر چند زنا در حال عده وفات مستلزم حرمت ابدی نیست علی الظاهر. لکن عقد برادر زاده بر سر عمه بدون اذن عمه باطل است. خصوصاً هر گاه عمه بعد از عقد هم

اجازه و امضای عقد نکند. والله العالم.

۲۰۲: سؤال: زوجه خواه اولاد داشته باشد و خواه نداشته باشد مستحق تمام مهر است یا نه؟

جواب: زوجه مدخوله مستحق تمام مهر است خواه اولاد داشته باشد یا نداشته باشد.

۲۰۳: سؤال: زید املاکی در نکاح زینب نموده است و زینب هرگز ادعای ملک خود را از زید ننموده است که املاک را به تصرف من بده، یا از برای من زرع کن، یا آن که

اجرت ملک را به من بده، و رضا بوده است که زید ملک را از برای خود زرع نماید. آیا بعد

از فوت زید زینب ادعای اجرت از ورثه زید میتواند کرد یا نه؟

جواب: اگر ثابت شود که به اذن و رضای زوجه زرع کرده، اجرت به او وا گذاشته است. سخنی نمیتواند گفت. و اگر ثابت نشود ظاهراً دعوی اجرت میتواند کرد.

۲۰۴: سؤال: آیا صدق زوجه های زید را از آن چیزی که نفع از برای صغیر ندارد باید داد؟ یا از هر چه که زوجه ها خواسته باشند باید داد؟

جواب: اختیار با وارث است. صاحبان صدق حق خود را مطالبند. اگر عینی در صدق ایشان هست عین را باید به آنها داد. و اگر دین است، هر مالی که وارث خواهد

بفروشد و حق آنها را بدهد. و اگر نقد را طلب دارند [وارث] نمیتوانند آنها را الزام نمایند که جنسی را که نمخواهند بردارند. و از جانب صغیر ولی شرعی او متوجه میشود و صلاح او را باید ملاحظه بکند. و بعد از فقد جد و وصی، حاکم شرع ولی او

است. و با تعذر آن عدول مومنین حسبنا متوجه او میشوند.

۲۰۵: سؤال: هر گاه زنی در عده طلاق یا وفات عقد بشود. و بعد از اتقضای عده دخول واقع شود. و مرد و زن هر دو جاهل به عده و تحریم باشند. حرام مؤبد میشود یا نه؟

جواب: در صورت مزبوره حرام ابدی نیست، و تا دخول در عده نباشد حرام نمیشود. و لکن عقد باطل است. و ثانیاً جایز است که همان مرد او را تزویج کند. و ظاهراً در مسأله خلافی نباشد. به غیر غفلی که صاحب کفایه را حاصل شده، و

حق،

(٣٥٧)

خلاف آن است.

۲۰۶: سؤال: يك نفر از اهالی این ولایت که ملازم دیوان بوده دو سال قبل از این در شیراز بوده و با زنان زانیه آنجا عمل نامشروع انجام داده است. من بعد همان زانیه را به خانه

برده و تکلیف توبه و انابه کرده که خود مناکحه کرده باشد. و آن زن مزبوره نیز قبول

کرده و از عمل ناشایست انابه کرده. و در ایام عده همان شخصی که قبل از توبه کردن با

او زنا کرده بود و من بعدهم اراده داشته که به زنی گرفته باشد، در يك لحاف خوابیده

که مشخص و معین است و با زن مزبوره مدت عده صحبت بوس و کنار، داشته. نهایت

بعضی مگویند که مقاربه هم واقع شده و خود آن شخص ابا دارد. و معلوم نیست. و من بعد به حسب ظاهر عده منقضی شده زن را به عقد در آورده. و بعد از مدتی

طلاق

گفته است، نهایت به اکراه و اجبار. و بعد از عده طلاق شخصی دیگر آن زن را معقوده

نموده و تصرف کرده. و بعد از آن که معقوده مدخوله شخص ثانی شده آن شخص اول

اظهار اجبار و اکراه کرده [که] في الحقیقه در طلاق مجبور بوده است. و زن مزبوره را از

مضاجعت و مقاربت شخص ثانی منع نموده. در ثانی الحال از روی رضا و رغبت شخص

اول زن مزبوره را مطلقه نموده است. موافق قانون شرع نبوی (ص) علی النهج المزبور،

هر گاه شخص ثانی خواهد زن مزبوره را به عقد خود در آورد، حرام مؤبد خواهد بود و

ممکن نیست؟ یا میتواند بگیرد؟.

جواب: هر گاه شوهر اول اظهار کراهت و مجبوریت را بعد از عقد شوهر دوم کرده مسموع نیست، مگر این که به ثبوت شرعی برسد که واقعا مجبور بوده، و بعد

ثبوت، عقد

دوم باطل است. و اما حرمت ابدی بر شوهر دوم با وجود جهالت او به بطلان طلاق: پس

آن محل اشکال و خلاف است. و حرمت بر حقیر ظاهر نیست. خصوصاً هر گاه شوهر اول

با وجود مجبور بودن به طلاق قصد طلاق کرده باشد. زیرا ممکن است که کسی با وجود اجبار هم قصد طلاق بکند. مثل این که ظالمی او را اجبار کند به طلاق و این شخص راضی نیست به طلاق و لکن از راه عار و ننگ که نمخواهد دیگری با زن

او جماع کند، قصد طلاق واقعی میکند که از زنی او در رفته باشد که هر گاه دیگری او را بگیرد زن او را نگرفته باشد.

و اما تقریباتی که در اول سؤال شده است به جهت تدبیر در بطلان عقد شوهر اول

–
به احتمال این که عقد در عده واقع شده است یا از جهت آن که آن زن از جمله مشهورات به

زنا بوده که عقد دائمی بر آن حرام باشد - پس آنها ضرر ندارد به صحت عقد. به جهت

آن که در زنا عده نمباشد در صورت حمل اتفاقا، و در غیر صورت حمل علی الاظهر. و نکاح مشهورات به زنا، هم بعد توبه صحیح است. و به هر حال احتیاط مؤکد در اجتناب

است هر چند حکم به حرمت نمکنیم.

۲۰۷: سؤال: شخصی زنی را عقد کرده. و قبل از دخول به سفر رفته به جهت تدارك عروسی، سفر به طول انجامیده، و زوجه مطیعه است و ناشزه نیست. و اموال آن

شخص در نزد پدر آن زن موجود است، آیا مستحق نفقه است یا نه؟ و مستحق تمام مهر است یا نصف آن.

جواب: اختلاف کرده اند در این که آیا تمکین شرط وجوب نفقه است و نشوز مانع است یا آن که اصل وجوب نفقه است تا نشوز ثابت شود. و مراد از تمکین آن است که

تخلیه کند میان خود و شوهر در هر حال و خود را به دست او بدهد (در غیر جائی که شرعا معذور باشد مثل ایام حیض و در وقت احرام و در حال مرضی که نتواند

تمکین کند و امثال آن). و مراد از نشوز آن است که از فرمان شوهر بیرون رود هر چند به

این باشد که بی رخصت او از خانه بیرون رود، یا هر گاه خواهد با او استمتاع کند مانع

شود بدون عذری. و مشهور میان علما این است که تمکین شرط وجوب نفقه است. بلکه

مخالفی ظاهرا در نظر نیست غیر از آن که محقق در شرایع تردد کرده در حکم. و لکن بعد

گفته که (این اظهر بین الاصحاب است). و هم چنین علامه در قواعد اشکالی کرده.

و دلیل عدم اشتراط تمکین اطلاقات اخبار مستفیضه (علاوه بر اطلاق آیات [است]. و لکن اظهر واکثر آنها عموم و اطلاقی ندارند که شامل غیر ممکنه باشد. و بعضی از آنها اشعار به عموم دارد. و اصل براءت ذمه، دلیل مشهور است. بلکه ظاهر آن

است که اجماع در مسأله باشد چنان که عبارت محقق اشعاری به آن دارد و در شرح لمعه

شهادت ثانی گفته که (مخالفی در آن ظاهر نیست). و از طریق معاملات مسلمین در اعصار و امصار نیز مستفاد میشود که به مجرد عقد ملتزم نفقه نیستند، و تا زفات واقع نشود زوجه مزاحم زوج نمیشود. و به هر حال همین قدر از ظهور اجماع و شهرت عظیمه با اصل براءت میتواند مخصص عموم ادله باشد اگر عموم مسلم باشد، و اگر نباشد امر اسهل خواهد بود.

بلی: در جمله فروعی که برای مسأله گفته اند یکی (زوجه صغیره) است. و مشهور

عدم وجوب نفقه است، به جهت عدم تمکین و ابن ادریس قائل به وجوب شده با وجود
این که از جمله کسانی است که تمکین را شرط میدانند در وجوب نفقه و استدلال
کرده
است به اجماع بر این که نفقه زوجه واجب هست و او به رضا قبول زوجیت صغیره
را کرده
و ناشزه هم نیست. و توجیه کلام او این است که اجماع است بر وجوب نفقه زوجه
في الجملة و قدری که از آن بیرون است صورت عدم تمکین است هر چند ناشزه
نباشد، و
مراد از عدم تمکین کسی است که از شان او تمکین باشد، و صغیره از شان
او تمکین نیست. پس گویا تخصیص داده (اطلاعات و عمومات را به شرط تمکین) و
تمکین را مخصوص دانسته به جائی که ممکن باشد. و چون در اینجا ممکن نیست
پس
مستثنی نخواهد بود.
و هر گاه کسی منع عموم را بکند، عدم امکان تمکین در اینجا نفعی نخواهد کرد و.
به هر حال احوط و وجوب انفاق است.
و هم چنین جمعی استثنا کرده اند صورت عکس را که زوجه کبیره باشد و تمکین
بدهد لکن زوج صغیر است و اهل استمتاع نیست. و دیگران قائل به وجوب نفقه
شده اند
به جهت آن که زوجه تمکین داده. و بر این وارد است که تمکین را تأثیری نیست و
تمکین امر (اضافی) است که باید طرف قبولی هم داشته باشد.
هر گاه اینها را دانستی، بدان که در صورت سؤال مقتضای عدم تمکین عدم ثبوت
نفقه است. لکن جمعی از اصحاب گفته اند که هر گاه زوجه حاضر شود در نزد
حاکم و
بگوید که من تسلیم داده ام خود را برای شوهر و مطیعم، حاکم باید اعلام کند به
شوهر
و هر گاه شوهر آمد و به او رسید واجب است بر او نفقه. و هر گاه به قدر زمانی
که تواند به
او رسد گذشت و نیاید، حاکم نفقه از مال او جدا کند. بلکه هر گاه ناشزه بوده و
بعد غایب
شدن شوهر نزد حاکم تسلیم کند و بذل اطاعت کند هم، چنین است. و کلام ایشان
وجیه است، و نفی عسر و حرج و اطلاقات آیات و اخبار هم مؤید آن است. و ظاهر
این

است که اگر دست به حاکم نرسد، ثقات مؤمنین هم توانند این کار را کرد.
و اما سؤال از مهر: پس چون اظهر و اشهر این است که صداق به مجرد عقد ملك
زوجه مشود، لکن در نصف متزلزل است تا دخول حاصل شود، یا ارتداد یا فوت
زوج،
علی الاشهر که تمام مستقر مشود. یا طلاق بگوید یا شوهر بمیرد، علی قول قوی تا
مثل آنها [آن نضق متزلزل] عودمی کند به ملك شوهر و نمائی که در این بین حاصل

شود مال زوجه است، چون نما ملك او است، علی المختار. پس زوجه متواند نما مهر خود را به اذن حاکم بگیرد. یا این که احد امور موجه استقرار تمام، یا تنصیف، به عمل آید. و هر گاه دست به حاکم نرسد ظاهر این است که ثقات مؤمنین هم توانند کرد. ۲۰۸: سؤال: آیا زوجه هر گاه تمکین ندهد به زوج از برای دخول به ادعای صداق،

و بگوید تا صداق ندهی تمکین نمکنم. این منشأ سقوط نفقه است یا نه؟
جواب: هر گاه زوجه بگوید (من تمکین دارم از برای تو لکن منع میکنم تو را از دخول تا مهر مرا ندهی). ظاهراً این از باب (عدم تمکین در حال حیض باشد. و مسقط

نفقه نیست، به جهت این که رخصت در این منع، از شرع رسیده است. ۲۰۹: سؤال: هر گاه کسی زن کسی را قبل از دخول او ببرد و جبراً به او وطی کند

و فرزند به هم رساند زن به شوهر حرام میشود یا نه؟ و حکم فرزند چه چیز است؟...
جواب: زن به شوهر حرام نمیشود. و فرزند به مادر ملحق میشود و به زانی ملحق نمیشود.

۲۱۰: سؤال: هر گاه کسی زنی را در عده رجعیه، یا عده باینه، یا عده وفات عقد کرد، چه حکم دارد؟

جواب: هر گاه عقد واقع شود و دخول واقع شود، آن عقد باطل است جزماً. و آن زن

حرام ابدی است برای آن مرد جزماً. خواه طرفین عالم به عده و حرمت نکاح (هر دو)

باشند، یا جاهل به هر دو باشند، یا عالم به احدی از آنها و جاهل به آن دیگری. و همچنین است حال هر گاه یکی از آنها باشد و دیگری جاهل. و هر گاه دخول واقع نشود: پس اگر هر دو عالم اند به عده و به حرمت، هم عقد فاسد است و هم حرام ابدی

است. و اگر جاهل باشند به هر دو یا به احدهما، پس عقد فاسد است و لکن حرام ابدی

نیست متوانند تحدید عقد بکنند. و هم چنین هر گاه هر يك جاهل به احدا مریین باشد

و هر گاه یکی جاهل و یکی عالم، بر عالم حرام ابدی میشود، و بر جاهل نمیشود. ثمره این وقتی ظاهر میشود که بعد از تفریق، آن شخص جاهل آن شخص عالم را

نشناسد. مثل این که مرد مدانست که زن در عده است و حرام است نکاح آن، و
زن
نمدانست و نکاح واقع شد و ایشان را تفریق کردند، بعد از آن مرد مشتبه شد بر آن
زن و ثنیا ندانسته به او شوهر کرد، لکن مردمی داند که این همان زن است. در
اینجا
مرد بر زن حلال است و لکن زن بر مرد حلال نیست. و در ظاهر حکم به زوجیت
میشود

تا معلوم شود. و بعد از آن که معلوم شد باید تفریق کرد، نه از این راه که به زوج حرام ابدی است، بلکه از این راه که هر گاه زوجه من بعد اطاعت او کند اعانت بر اثم کرده است.

و بدان که در صورتی که (جاهل باشد به عده یا به حرمت نکاح در عده و دخول واقع شود در عده) حرام ابدی مشهود جزما. و اما هر گاه دخول بعد عده واقع شود: اظهر در نظر حقیر این است که منشأ حرمت ابدی نمیشود. چنان که صریح کلام بعضی و ظاهر جماعتی است. و صاحب کفایه ظاهرا غفلت کرده است و اسناد داده است به اصحاب، اطلاق را.

۲۱۱: سؤال: هر گاه زوجه با وجود تمکین و عدم نشوز، شوهر او به سفر برود و مدتی غایب باشد. و زوجه به قرض کردن معیشت خود را بگذارند. و بعد از آن زوج در سفر بمیرد. زوجه ادای دین خود را از مال زوج میتواند کرد یا نه؟

جواب: بلی به قدر ایام نفقه غیبت زوج مادام حیات زوج، مستحق است که از مال زوج مقدار نفقه ایام غیبت زوج را بگیرد.

۲۱۲: سؤال: هر گاه زوجه زید، زوج خود را بگوید که (اطفال خود را خدمت نمینمایم، شما خدمت بکنید). و زید مذکور را اوضاع نباشد که خدمتکاری نگاه دارد. و خود کاسب باشد و هر گاه خود متوجه خدمت اطفال شود از کسب و تحصیل مؤنه باز

ممانند. آیا در این صورت سخن زینب مشار الیها شرعا مسموع میباشد یا نه؟

جواب: زینب ظاهرا میتوان این سخن را بگوید، هر چند استحقاق حضانت هم با او باشد. به جهت آن که دلیلی بر وجوب حضانت عینا، بر مادر ثابت نیست. و در این صورت

هر گاه پدر فقیر باشد و نتواند جمع کند ما بین تحصیل معیشت و خدمت کردن اطفال، معیشت خود را میتواند از وجوه صدقات بگذارند، یا خادمی از آن وجوه بگیرد. و اما این که حضانت بر پدر در این صورت واجب عینی است یا کفائی آن هم خالی از

اشکال

نیست. و حضانت و پرستاری غیر از نفقه و کسوه دادن است.
۲۱۳: سؤال: هر گاه ضعیفه سر خود از جائی بیاید و ادعا نماید که من شوهر ندارم.
و بلا منازع باشد. میتوان او را به جهت دیگری عقد کرد یا نه؟.
جواب: بلی میتوان. والله العالم.
۲۱۴: سؤال: شخصی که دو اسم داشته باشد، یکی مشهور و دیگری غیر مشهور، و
غیر مشهور اسم اصلی او باشد در حین عقد نکاح به کدامیک از این دو اسم باید
تلفظ

کرد؟.

جواب: هر گاه شخص معین است، به هر يك از این دو اسم به قصد آن شخص
متوان عقد کرد.

۲۱۵: سؤال: جده صبیبه فرزند صبیبه خود را که وفات یافته باشد، متواند شیر داد
یا نه؟ -؟.

جواب: حرمت رضاع جده فرزند دختر خود را به جهت آن است که موجب حرام
شدن آن دختر است بر شوهر خود. و این که شوهر دختر دیگر از اولاد صاحب این
شیر

نمتواند خواست. و هم چنین از اولاد مرضعه نمتواند خواست. اما هر گاه دختر
مرد

باشد [و] شوهر او نمخواهد دختر دیگر از آن شخص بگیرد، مانعی نمدانم، الا
(احتیاط منزله) به جهت حرام شدن جده به شوهر خودش. و احوط ملاحظه آن است
هر چند وجوب آن بر حقیر معلوم نیست.

۲۱۶: سؤال: زید دختر عمرو را خطبه نموده، مبلغی نقد مع بعض اجناس دیگر به
خانه عمرو مذکور بر سبیل تعارفی که در آن بلد میباشد، فرستاده. و قدری تنخواه از
عمرو مذکور نیز طلب داشته [که] او را متمم تنخواه نقد مذکور که متعارف است
که خانه

عروس از داماد مگیرند و به مصرف رخوت عروس مرسانند نموده. و بعد از آمدن
عروس به خانه زید معلوم شده که از نقدین مذکورین چیزی به مصرف متعارف
مذکوره

نرسانیده اند. آیا در این صورت زید متواند مطالبه طلب و نقدی که به خانه عروس
فرستاده نماید یا نه؟

جواب: هر گاه متعارف است که آن تنخواه را به مصرف رخوت و اسباب عروس
برسانند و به این قصد داده است، و معلوم شود که به این مصرف نرسانیده اند،
متواند

مطالبه نماید. و اگر سخنی داشته باشند به مرافعه حاضر شوند. والله العالم.

۲۱۷: سؤال: هر گاه ولی کبیره به اذن او او را به عقد زید در آورد، به صدق يك
ختم قرآن یا چند سال نماز و روزه که زید از برای پدر آن ولی بکند. آیا آن عقد
صحیح

است؟ و این مهر لازم است یا نه؟ و هر گاه مهر چیز معینی باشد و امور مذکوره را
در

ضمن عقد شرط کرده باشد چه حال دارد؟ و حال آن که منکوحه مگوید که من از
این

شرط خبیر ندارم.
جواب: اجیر شدن زوج از برای ولی زوجه در امری از امور، و آن را مهر قرار دادن
به

جهت زوجه، جایز نیست بلا خلاف ظاهری. و لکن به فساد مهر عقد فاسد نمیشود،
و

رجوع میشود به مهر المثل. و اما هر گاه مهر چیز معینی باشد که صحیح باشد مهر
کردن آن، و زوجه (یا وکیل او) در ضمن عقد شرط کند که زوج عملی [را] از
برای پدر

ولی او بکند، ظاهر در نظر حقیر صحت و لزوم مهر و شرط است. چرا که شرط امر
مشروعی است بالفرض و در ضمن عقد لازمی شرط شده. و آنچه علما فتوی داده
اند و

حدیث صحیحی هم بر طبق آن وارد شده که (هر گاه نام ببرند در عقد چیزی را از
برای

زن و چیزی را از برای پدر او، جایز است آنچه از برای زوجه است و باطل است
آنچه از

برای پدر او است) ۱ ظاهر این است که مراد آن باشد که هر دو در مقابل بضع باشد
و لکن

یکی را زوجه بالا صاله مستحق باشد و یکی را پدر بالا صاله مستحق باشد. و آن
جایز

نیست به جهت آن که عوض بضع مختص زوجه است. و در صورت شرط، آن
چیزی که برای پدر شرط میکند جز مهر زوجه میشود و از

برای پدرش قرار مدهد. ظاهر این است که مضر نیست. والحاصل: مهر باید حق
زوجه

باشد، پدر او را در آن حقی نیست. مگر این که جز مهر زوجه بشود و او خود
بسبب شرط

منتقل کند به پدر خود. و آنچه بدون اذن و امضای منکوحه رشید شده است صورتی
ندارد. والله العالم.

۲۱۸: سؤال: هر گاه ضعیفه طفل صغیر خود را شیر بدهد و آن صغیر از میراث پدر
مال داشته باشد. آیا مادر میتواند اجرت رضاع را بگیرد یا نه؟ و نفقه خود را هم از
مال طفل میتواند برداشت یا نه؟ و هر گاه طفل مال نداشته باشد، آیا بر مادر واجب
است شیر دادن یا نه؟

جواب: هر گاه کسی نباشد که طفل را تبرعا شیر بدهد و طفل مالدار باشد، میتواند
اجرت بگیرد از مال طفل، هر چند مادر غنی باشد. و با وجود غنی بودن، نفقه از
مال

طفل نمیتواند گرفت. و اگر مادر فقیر باشد پس اگر اجرت رضاع کفایت مؤنه او
میکند

باز نفقه نمیتواند از طفل گرفت. و اگر کفایت نکند تتمه را از مال طفل میتواند گرفت.
و هر گاه مال نداشته باشد و کسی هم نباشد که تبرعا شیر بدهد یا اجرت رضاع بدهد و
جد پدری مال داری هم نداشته باشد، در این صورت بر مادر واجب است شیر دادن با

۱: وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۹ ح ۱

وجود تمکن از شیر دادن وعدم مانع، و مطالبه اجرت نمیتواند کرد، چنان که در سایر نفقات.

۲۱۹: سؤال: زوجه متوفی عنها زوجها [که] حامل [باشد] نفقه دارد یا نه؟ -؟. جواب: از مال شوهر ندارد. و از نصیب حمل خلاف است، و احوط آن است که نگیرد. به جهت آن که معلوم نیست که حمل حیا منفصل شود و مالک چیزی شود.

و متأخرین بر این قول اند. هر چند صحیحه کنانی ۱ دال است بر ثبوت انفاق. و اما معتده

رجعیه و باینه حامل نفقه دارد از مال زوج.

۲۲۰: سؤال: زید زوجه خود را طلاق رجعی داده، آیا قبل از انقضای عده میتواند او را به عقد جدید دائمی (یا عقد انقطاع) به مهر جدید تزویج نماید یا نه؟ -؟. و هر گاه

چنین کاری بکند آیا این در معنی رجوع است و به عقد سابق بر میگردد، یا نه؟ -؟. جواب: عقد زوج [زوجه را] در عده رجعیه باطل است مطلقا. و زوجه به سبب آن مستحق مهری نمیشود. پس هر گاه داند که عقد جایز نیست و عقد بکند، پس اگر به آن

عقد قصد رجوع دارد، رجوع ثابت میشود. و هر گاه قصد رجوع نباشد، رجوع متحقق

نمیشود. و هر گاه جاهل باشد و گمان کند که عقد صحیح است، در مسأله اشکال به هم

میرسد و اظهر این است که رجوع متحقق میشود و عقد جدید باطل است. و حکم دیگر بر آن مترتب نمیشود. و از برای دفع ما یقال اگر اشاره به دلیل مسأله شود باکی

نیست.

فنقول: ظاهر علمائنا الاجماع علی ان المطلقة الرجعية فی حکم الزوجة، الاما اخرج بالدلیل. فلذلك يجب الانفاق علیها والاسکان، وانهن لایحجن ندبا الا باذن ازواجهن. ولجواز وطئها ابتداء من غیر تلفظ بشیء. ولا شیء من غیر الزوجة كذلك، اجماعا. (کما صرح به فخر المحققین). ولجواز الرجعة من دون النکاح ولثبوت التورات

بینهما. ولجواز تغسل کل منهما الاخر اذا مات احدهما. بل ینظر من الذکری الاجماع

منا علی انه لا عبرة بانقضاء العدة حین الغسل ایضا، بل لو تزوجت جازلها تغسیله، وان

كان الفرض بعيدا. وصورة الفرض ان يموت الزوج في العدة ويبقى بلا غسل الى ان ينقضى عدة الوفاة وتزوجت الزوجة، فيجوزح تغسيله. ويدل عليه الاخبار الكثيرة

١: الوسائل: ج ١٥، ابواب النفقات، باب ١٠ ح ١

الواردة في ان المطلقة الرجعية امرأة مالم ينقض عدتها.
مثل رواية محدثين مسلم (قال سألت ابا جعفر - ع - من رجل طلق امرأته واحدة، ثم راجعها قبل ان ينقض عدتها و لم يشهد على رجعتها. قال: هي امرأته مالم ينقض عدتها)

الحديث ١. وحسنة محمد بن قيس عن ابي جعفر - ع - (قال: قضى في المرأة اذا طلقها ثم توفي عنها زوجها وهي في عدة منه لم يحرم عيله فانها ترثه ويرثها مادامت في الدم من حيضها الثالثة) الحديث ٢. وفي معناهما غيرهما. واما اخبار التوارث و سائر الاحكام: فهي فوق حد الاحصاء. ويشعر بجواز النظر اليها في حال العدة الاخبار الكثيرة الواردة في رجحان تزيينها و اظهار زينتها لزوجها معللا في بعضها باية (لعل الله يحدث بعد ذلك امرا) ٣ يعنى يرغب زوجها فيها فيراجعها.

فاذا ثبت بالاجماع المتقدم و الاخبار انها في حكم المرأة في جواز النظر اليها و تغسيلها، و غير ذلك فكيف يمكن القول بجواز نكاح الرجل امرأته. مع ان ظاهر وضع النكاح انما هو لاجل تحليل المحرمات. وليس الطلاق الرجعي الا بمنزلة الاحرام للمحرم، و حال الاعتكاف. فتوهم زوال حكم الزوجية بالطلاق و عوده: الرجعة باطل.

بل
انما يزول حكم النكاح بالطلاق و انقضا العدة معا. وليس الرجعة في حكم تجديد النكاح. بل هو ازالة لبعض الموانع و ابقا للحكم السابق. ويدل عليه استصحاب الحال السابق.

ويدل عيله ايضا قوله تعالى (الطلاق مرتان فامسك بمعروف او تسريح باحسان) ٤ فان الظاهر ان المنفصلة حقيقية، و الامسك مفسر بالرجعة، فلا ثالث هنا. وكذلك قوله تعالى (فامسكوهن بمعروف او فارقوهن بمعروف). ٥ مع ان الاصل عدم صحة العقود الا ان

يثبت بالدليل. ولا دليل على صحة هذا العقد، و ترتب الاثر عليه. و شمول العمومات لما

١: الوسائل: ج ١٥، ابواب اقسام الطلاق، الباب ١٣ ح ٦.

٢: الوسائل: ج ١٧، ابواب ميراث الأزواج، الباب ١٣ ح ١ - وفيها: عن محمد بن قيس عن ابي جعفر

(ع) قال: اذا

طلقت المرأة ثم توفي عنها زوجها وهي في عدة منه لم تحرم عليه وانها ترثه ويرثها مادامت في الدم من

حيضتها

الثانية...

٣: الآية ١، السورة الطلاق.

٤: الآية ٢٢٩، السورة البقرة.

٥ - الآية ٢، السورة الطلاق.

(۳۶۶)

نحن فيه في محل المنع. بل يمكن ان يقال ان فساد العقد ح اجماعى، كما يظهر من كلماتهم. وما يتوهم من ظاهر بعض الكلمات وجود قول به، فهو ليس كذلك. وما وقفت عليه من كلمات الاصحاب في خصوص المسألة هو ما ذكره العلامة في التحرير قال (ولو عقد في العدة، ففي كونه رجعة نظر، ينشأ من بطلانه شرعا، ودلالته على التمسك بها. وقوى الشيخ، الثاني). فان قوله - ره - (من بطلانه شرعا) على سبيل

القطع يظهر منه انه لا اشكال عند هم في بطلان الايجاب والقبول من حيث هو. وانما

اشكالهم في الدلالة على الرجوع. وقال فخر المحققين (ره) في الايضاح - في شرح قول

والده (وفي التزويج اشكال): الاشكال في قوله تزوجتك وانكحتك. فيحتمل كونه صحيحا، لانهما صالحان لا ابتدا العقدو الحل فلان يصلحا للرجعة اولى... الى ان قال: ولانه صيغة يخاطب بها الاجنبية، فيكون تقريراً للطلاق لارجعة. ثم قال: واقول الاحتمال

قائم في العقد بايجاب وقبول يوجبان النكاح ابتدا. والاصح عندى صحة الرجعة به. بل هو أكد. انتهى.

فان الظاهر من قوله (انه صيغة يخاطب بها الاجنبية) انه لا يواجه الرجعية بصيغة التزويج ابدأ. وهو مستلزم للقطع ببطلان مواجهتها بالايجاب والقبول الحقيقيين المراد بهما انشا العقد، بطريق اولى.

وقال الشهيد في غاية المراد - في شرح قول العلامة (وفي تزوجت اشكال) - :
الاشكال ناش من ان لفظ التزويج صريح في ابتدا النكاح فلا يستعمل في غيره، لانه ليس موضوعا لغيره. فلا يجوز لان التزويج يواجه به الاجنبية، والرجعية زوجة. ولان التزويج شرطه رضاها، والرجعة لا يعتبر فيها رضاها. ومن ان لفظ التزويج يوجد النكاح بعد عدمه فلان يديم الموجود، اولى. ولان المعتبر في الرجعة هو ما يدل على ارادة النكاح، وهذا دال عليها. وهو فتوى المبسوط. والاشكال في (انكحتك) كذا. وفي (متعتك على وجه. وفي ايقاع العقد بالايجاب والقبول. والاجود ان الجميع رجعة. وصرح المقداد في التنقيح ايضا بان (لفظ التزويج يواجه به الاجنبية، والرجعية زوجة) ثم اختارانه رجعة.

١: عبارة النسخة: فيحتمل كونه صريحا.

٢: وفي النسخة: والرجعة لزوجة.

(۳۶۷)

واما ما ذكرنا - ان بعض العبارات يوهم خلاف ذلك وفي الحقيقة انها ظاهرة في ما ذكرنا - [فهو] عبارة التحرير في اقسام الطلاق بعد ذكر (الطلاق العدى) الذى يوجب

حصول التسع منه التحريم الابدى. قال (امالو راجع في المختلعة بعد رجوعها في البذل ووطئها، فالاقرب انه طلاق العدة. ولو تزوجها في العدة بعقد جديد، فالوجه انه ليس طلاق العدة) وقال الشهيد الثانى (ره) في الروضة في هذه المسألة ايضا (في الحاق طلاق المختلعة اذ رجع في العدة بعد رجوعها في البذل، والمعقود عليها في العدة الرجعية به، قولان. منشأهما من ان الاول من اقسام البائن، والعدى من اقسام الرجعى، وان شرطه الرجوع في العدة، والعقد الجديد لا يعد رجوعا. ومن ان رجوعها في البذل صيره رجعيًا وان العقد في الرجعى بمعنى الرجعة. والاقوى الحاق الاول به دون الثانى. لاختلال الشرط ومنع الحاق المساوى بمثله).

واوضح العبارتين عبارة الروضة. ووجه الايهام ان العقد في الرجعى كانه مما ثبت جوازته حتى رتب عليه حكم المسألة وليس كذلك بل قوله (ان العقد في الرجعى بمعنى الرجعة) معناه انه ليس بعقد صحيح يثمر ثمره جديدة. وكذلك قوله (ومنع الحاق المساوى بمثله) معناه انه مسلم كونه بمعنى الرجعة، ولكن ليس كل ما كان في معنى شىء في الجملة مما يترتب عليه. جميع احكام ذلك الشىء. يعنى ان ذلك العقد يحصل به ثمرة الرجعة في عود الحل السابق ويفيده قسرا واستتباعا، وان لم يكن رجعة بالذات. وليس كل ما كان ثمرته وفايدته ثمرة شىء آخر يلزم ان يترتب عليه كلما يترتب

على الاخر. هذا الكلام في المسألة الاولى اعنى (عدم صحة العقد وعدم ترتب ثمرة عليه

من حيث انه عقد جديد. و كانه من الظهور بحيث لاينبغى التأمل فيه. واما المسألة الاخرى: اعنى (كون ذلك العقد مثمرا لصحة الرجعة ورجوع الزوجية): فظاهر كلام هولاء الاعلام هو ايضا ذلك. سيما هاتين العبارتين. غاية ما يقال هنا انهم اعتبروا القصد في الرجوع وصرحوا بان الوط والقبلة لو كان سهوا او بظن كونها

الزوجة، وقالوا (انه لو وطئها بعنوان الشبهة يجب عليه المهران لم يراجعها بعد ذلك. وان راجعها ايضا، على خلاف فيه. ويلزم عليه التعزير لو فعل بقصد الزنا). وانت خبير بان هذه الواضع كلها اما في ما يقصد عدم كونها زوجة محللة، يعنى

انه يواقعها مدعنا انه ليست زوجته، كما في صورة الزنا. او يواقعها لا من جهة انها زوجته

كذلك. او يواقعها مدعنا انها زوجته الاخرى، كما في الشبهة. او مدعنا أنها زوجته

ويحل

(٣٦٨)

وطؤها مادام في العدة وتحرم عليه بعدالعدة. او يطؤها سهوا، كما في الصورتين
الولييين.
ولم يظهر في كلماتهم تنصيب على ان مثل هذا الرجوع لا يكفي. فح مما يمكن ان
يستدل على كفاية ذلك أن المكلف ان كان عالما با نه لايجوز النكاح الجديد في
العدة،

فلا يتصور منه منه تجديد العقد الابمحض التصور. فيعود الكلام فيه الى الاذعان با
حد الا مرين: اما قصد الرجوع الى الزوجية السابقة، واما الى غيره الذي هو حرام، و
حكمهما واضح مما سبق. واما الجاهل، فهو وان كان حكم العقد الجديد بالنسبة اليه
منتفيا في الخارج - على ماحققناه من عدم الصحة من جهة ان الاحكام الوضعية
لا يتفاوت الحال فيها بالعلم والجهل غالبا - واما بالنسبة الى الرجوع الى حصول
الرجعة

الى الزوجية السابقة فيمكن توجيهه بان الندامة من الطلاق وحب الرجوع الى الزوجة
السابقة يكفي في حصول الرجعة اذا تحقق منه الرجوع ولو كان في ضمن عقد آخر.
لما

يستفاد من عموم قوله تعالى (لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك امرا) ١. ومن الاخبار
الواردة في التزين ٢ لان يراها الزوج معللا بأنه لعل الله يحدث بعد ذلك امرا.
فان ظاهرها انه لاجل جلب القلب والعود الى الاجتماع مع تلك الزوجة على الوجه
المحلل، كما كان قبل ذلك. وذلك عود الى الاجتماع المحلل في نفس الامر، وان لم
يعلم المكلف بان الاجتماع يحصل بالرجعة واذعن انه لايمكن الا بالعقد الجديد.
فالمطلوب هو صحة العود الى الاستمتاع المحلل، الحاصل في الزوجية الخاصة. و
المفروض ان الزوج لاجل الالفة المعهودة مال الى الرجوع اليها. غاية الامر انه يظن انه
لا يحصل الا بتجديد العقد. وهو لا ينافي تحليله تعالى له العود بالاستمتاع السابق على
الوجه المحلل. فالمقصود هو حصول القدر المشترك، وقد حصل. ولا مدخلية
لخصوصية ما يوجبه من الدواعي والالفاظ.
لخصوصية ما يوجبه من الدواعي والالفاظ.

فلا ينافي ذلك عقد الانقطاع ايضا. لحصول الرجوع المحلل في الجملة فيه، ولم
يثبت اشتراط القصد الى الاستمرار الابدي بل يكفي قصد الرجوع الى تحصيل الحلية
السابقة في الجملة. وان صعب عليك فهم ذلك فنقول: المستفاد من الادلة ان

١: الآية ١، السورة الطلاق.

٢: الوسائل: ج ١٥، ابواب العدد، الباب ٢١.

(۳۶۹)

المطلقة الرجعية زوجة. واستصحاب الحالة السابقة ايضا يقتضى بقا العلاقة السابقة و لم يثبت انقطاعها من دليل، الا مع النقضا العدة بدون رجوع اليها من احد الوجهين: اما

الرجعة المصطلحة المعهودة، او تجديد العقد عليها مع جهالة الحكم. فالحكم السابق مستصحب ولا قاطع له ولم يثبت كون مجرد الطلاق قاطعا للعلاقة مطلقا حتى يحتاج عود الحل (من اى جهة كان) الى دليل خاص. بل نقول انما يثبت التحريم بالطلاق مع الخروج عن العدة بدون احد الامرين. لا ان التحريم ثبت ولا يثبت الحل ثانيا الا بالرجعة

المصطلحة. فتدبر في ذلك وافهمه ولا تلحظه بعين الاستنكار، فانه مسلك متين. والحاصل: ان الكلام في المسألة الثانية مسبوق بالمسألة الاولى. فتقول: اما ان يكون العاقد رأيه صحة العقد الجديد، او مقلد المجتهد يرى ذلك - وفرض وجود قول بذلك - وعقد عليها جديدا فى حال العدة واراد به ذلك، لا الرجعة الى السابقة. فلا كلام ح في انه عقد جديد صحيح وليس برجعة في السابق. ولكن الكلام في صحة هذا القول، وقد عرفت بطلان. وان كان عالما بفساده (كما هو الحق) فلا معنى للعقد الجديد

حيث ان المحض العبارة والتصوير. لعلمه بعدم الوقوع شرعا. فحيث ان يقصد به الرجعة، اولا. فالاصح في الاول حصول الرجوع وبدونه لا يحصل الرجعة ولا التزويج الجديد.

وان كان جاهلا بفساد العقد الجديد وكان يظن انه يصح - اما بان يكون الحل عنده منحصر في العقد الجديد او يعتقد انه يجوز له احد الامرين ويختار العقد - فالاشكال في

المسألة انما هو في هذه الصورة. ووجه الحرمة هو بطلان العقد وعدم القصد الى الرجوع. وتوجيه الحل ما ذكرناه. فالعمدة في اثبات صحة العقد الجديد هو اقامة الدليل

على جواره. واثبات عدم كونه رجعة لا يكفى كونه عقدا صحيحا. والله العالم. ٢٢١: سؤال: دختری ده یازده ساله که پدر او غایب بود و لكن ممکن بود مطلع ساختن آن، در نزد مادر بود. شخصی او را درخواست از برای پسر صغير خود عقد کند.

در نزد بعضی از ملاحا رفته بود که او را عقد کند. به جهت تشکیک در رشد صغيره و به

جهت احتیاط از ولایت پدر، عقد نکرده بودند. و بعد از آن او را برده در نزد ملائی دیگر و

او را عقد کرده اند و به خانه آن مرد که پدر صغير است برده اند. و چند گاهی هم

در آن
خانه بوده و بعد دختر منکر است که من کسی را وکیل نکرده ام و الحال پسر کبیر
است
و مدعی است که من زن خود را میخواهم. و با وجود این که دختر منکر توکیل
است و

مدعى است که من در آن وقت عقلم به جایی نمرسید. و می گوید که مرا به رسم مهمانی به خانه آن مرد برده اند. و بینه مسموعه نه بر توکیل است و نه به رشد او در حال

عقد. آیا این دختر محکوم به زوجیت است؟ یا آن که عقد فاسد است؟. جواب: هر چند اشهر و اظهر این است که باکره بالغه رشیده مستقل است در امر تزویج، و غایب بودن و حاضر بودن پدر فرقی ندارد، لیکن اظهر در صورت مزبوره این است که باید توکیل دختر در حال بلوغ و رشد به ثبوت شرعی برسد. و هر گاه به ثبوت

نتواند رسانید قول دختر مقدم است و قسم متوجه او مشود. ولعلك قد قرع سمعك في كلمات اصحابنا من (تقديم قول مدعى الصحة في العقود) فالمقام مظنة ان يعترض علينا بان مقتضى ذلك الحكم بصحة العقد و تقديم قول الزوج. اقول: وهذه القاعدة وان كانت مشهورة بينهم ولكنها ليست باجماعية. كما

يظهر من المحقق الاردبيلي (ره) في كتاب الحجر، وصاحب الكفاية في البيع، وغيرهما. ومع ذلك فاختلافات الفقهاء في خصوص المسائل من جهة تقديم قول مدعى الصحة او الفساد في غاية الكثرة، كماستطلع على بعضها. فلا بد اولا من بيان مأخذ هذه

القاعدة والتكلم فيه، حتى يتم صحة التفريع عليها والاحتجاج بها. فنقول: وجه القول بتقديم قول مدعى الصحة، هو تقديم (الظاهر) على (الاصل) في ما يتعارضان، ووجه الظهور اما من جهة ان (افعال المسلمين محولة على الصحة) والظاهر من المسلم هو ذلك. واما من جهة ان الغالب الوقوع في المعاملات هو الصحيح

والظن يلحق الفرد المجهول بالاعم الاغلب. والمراد من الاول اما آن المسلم اذا صدر منه فعل - يحتمل كونه مباحا، ويحتمل كونه معصية، لا بدان يحتمل على الاباحة لا على المعصية، كما دل عليه الاخبار، مثل قول أمير المؤمنين (ع) في كلام له (ضع امر

اخيك على احسنه حتى ياتيك ما يقليك منه ولا تظن بكلمة خرجت من اخيك سواو انت تجدلها في الخير محملا). ۱ واما ان الغالب في افعال المسلمين انه لا يكون معصية.

وهذان المعنيان لا يستلزمان الصحة المصطلحة بمعنى ترتب الاثر. اذلا منافاة بين الاباحة وعدم ترتب الاثر. نعم قد يستلزمه نادرا كمالو ادعى البائع (انى جعلت العقد على

ان يكون الثمن خلام وقال المشتري (لا، بل على ان يكون خمرا). وانت خبيربان

١: سفينة البحار " باب الظاء بعده النون ". وفيها " ... ما يغلبك ... "

الموارد المبحوث عنهما في الغالب ليس من هذا الباب. اما لو ادعى احدهما حصول الشرط والاخر انتفاه - مثل القبض في المجلس في النقيدين والسلم، ونحو ذلك - فلا يلزم من فقد هذا الشرط فسق على المسلم حتى يحب دفعه بمقتضى هذا الاصل بهذا

المعنى، حتى يترتب عليه الاثر.

فيبقى ان يراد منه ان الغالب الوقوع من المسلم هو الصحيح اعنى الجامع للشرائط الذى يترتب عليه الاثر. والمراد الغالب الوقوع في العالم. بنا على قولهم (الزموم بما الزموا) والحكم بالمشى مع كل قوم على مشيهم. ثم ان الاعتماد على الغلبة وان كان مما يجوز ان يعتمد عليه على التحقيق. خلافا لبعض من لم يتأمل تأملا تاما في حقيقته ووجه الاضطرار اليه وجواز الركون اليه لكن لا بد من التأمل في معناه وموقعه ومناطه. فاعلم: ان المناط فيه حصول الظن في الشخص الخاص بملاحظة حصول الحكم في اغلب الاشخاص. ولا يخفى ان الاشخاص يختلف شؤونهم واطوارهم وحالاتهم. والغلبة قد يكون في الاشخاص باعتبار بعض الشؤون دون بعض. فلا بد من ملاحظة شخص المتنازع فيه، وان يكون حكم المدعى فيه الذى اريد اثباته فيه هل هو من جهة الشأن الذى وقع الحكم على وفقه في سائر الاشخاص ام لا. فيحصل الظن في الموافق دون المخالف. مثلا اذ ادعى البائع (انى بعته في حال الصغر) وادعى المشتري (انى استرته في حال الكبر)، فدكروا فيه تقديم مدعى الصحة. لان الغالب ان البيع والشرا يكونان من المباشرين لهما في حال الكبر. فيلحق مانحن فيه به.

والتحقيق ان يقال: ان هذا انما يتم اذا لم يكن تاريخ المعاملة متعينا، بل يكون مجهولا في الخارج متنازعا فيه بينهما. وهذا يرجع الى النزاع في تحققه في حال لا تشكيك في كون المباشر [فيه] بالغا او صبيا. يعنى ان النزاع يرجع الى ان البائع يقول

انه كان في حال الصغر المعلوم الذى لوسلم المشتري وقوعه في ذلك الان بحسب التاريخ لا ينكر كونه صغيرا حينئذ وكذلك الكبر. فحينئذ يمكن ان يلحق الفرد المجهول بالغالب، بمعنى ان يحكم عليه بان هذا البيع صدر من الكبير الغير المشكوك في كبره من احد لو فرض العلم بتاريخ صدوره عنه. واما لو اتفقا في وقوع البيع في الوقت الخاص المعين من اوقات عمر البائع - مثل

اوقات كونه مراهقا للبلوغ - لكن اختلافان ذلك الوقت الخاص، هل تحقق البلوغ ام لا.

فهذا ليس مما يحكم فيه بحصول الظن با نه كان بالغاً حينئذ من جهة ان غالب الوقوع بين المسلمين هو العقد في حال الكبر. لان الغالب منهم ليس الوقوع في مثل هذا القسم من الكبر.

فان قلت: نعم ولكن ظاهر حال المسلم في المعاملة في مثل ذلك انه لايفعله الا مع العلم بحصول البلوغ والوصول الى حده.

قلت: ان اردت من ظاهر حال المسلم الظهور من جهة الغلبة، فنقول: المعاملة في مثل هذا الوقت على سبيل المباشرة ان اريد في مثل الخبز والجوز والبيض الذي يتداول صدوره عن الصبيان فلامعنى للغلبة، وان اريد مثل الارض والستان والفرس والبقر، فلانسلم الغلبة، بل ذلك فردنا در الوقوع في اصله، فكيف يعين له غالباً ونادراً حتى يلحق نادره بغالبه، وان اردت من (ظاهر حال المسلم) انه لايفعل الحرام فان المحجور عيله ممنوع من التصرف، فحمل فعل المسلم على الصحيح بمعنى المشروع الجائر دون

الحرام يوجب حمل المعاملة على انما وقعت في حال الكبر، فيكون صحيحة. فنقول (حمل فعل المسلم على المشروع) المستفاد من الادلة انما قام عليه الدليل في البالغ العاقل. فيكون من شك في بلوغه، بل في اسلامه لاجل صغره، داخلاً في هذا الاصل و لزوم حمل فعله على المشروع اول الكلام. ومن ذلك يظهر الكلام في من يعتوره الجنون ادواراً، فقال البائع (بعته في حال الجنون).

وقال المشتري (بل في حال الافاقة). ويظهر الفرق مما ذكرته بين ماكان النزاع في حال خاص هو آخر افاقته من الجنون. كالمراهق المشكوك في بلوغه.

. ومما لم يكمن هذا القبيل، بل كان التداعى بين المالىن المعلوم حقيقتهم لو علم الوقت.

فما ذكره الفقهاء من تقديم قول مدعى الصحة، لابدان ينزل في ذلك على الصورة الثانية. واما الصورة الاولى، فالأظهر تقديم قول مدعى الفساد لما ذكرنا. وقال العلامة في

الارشاد في باب الحجر (ولو كان يعتوره ادواراً صح تصرفه وقت افاقته. ولو ادعى وقوع البيع مثلاً حال جنونه، فالقول قوله مع اليمين). والمحقق الاردبيلي (ره) - تمسكاً باصالة

بقا الملك والاستصحاب حال الجنون، ولانه اعرف بحاله، والاصل عدم البيع وعدم الصحة لتوقفه على الشرائط المعلومه، والاصل في الكل العدم - قال: فلا يعارض ذلك

باصل الصحة وعدم الفساد، لانه قديم منع كون الصحة اصلا، نعم قديكون ظاهرا من حال المسلم.

اقول: هذا ماذكرنا من تامله في (الاصل) المذكور. وكيف كان فالظاهر في مثل ذلك تقديم الفساد. وما نقلناه من العلامة ونسبنا اليه القول بتقديم مدعى الفساد. هو اذا قر لفظ (ادعى) على صيغة المبني للفاعل. وان قر على صيغة المبني للمفعول فمقتضاه تقديم قول مدعى الصحة كما لا يخفى. واماما نحن فيه: فيظهر حكمه مما ذكرنا، اذ المفروض ان الكلام في الصغيرة المشكوك رشدها في حال العقد، فالتداعي بينهما في كون تلك الحالة المعلومة حال الرشده وعدمه. لا ان العقد هل وقع في حال الرشده الذي لاشك فيه لو سلم تعيين وقته، او عدمه المسلم عدمه كذلك.

فان قلت: نعم ولكن هنا كلام آخر، وهو ان الكلام في مانحن فيه ليس منحصر في ترجيح احد المتداعيين بل ربما لا يكون هناك دعوى، كما لو فرض موتها او موت احدهما و لا وارث هناك يدعى حقا، لكن الحاكم او المؤمنون يريدون معرفة الحال ليعلموا كيفية المعاملة بحقوقهما واموالهما. فنقول لا ريب ان هناك وقع عقد والغالب في العقود الجارية بين المسلمين الصحة ولما كان هناك البطلان انما هو لاجل عدم تحقق شرط العقد، من الرشده او التوكيل.

فنقول ان الاصل والغالب بينهم هو الجامع للشرائط لا بمعنى ان الزوجين مسلمان وقع العقد بينهما وصارا متزاوجين ظاهرا، حتى يردان الصغيرة ليست مما ينصرف اطلاق الادلة الى لزوم فعلها على الصحة (كما اشرنا سابقا). بل بمعنى ان هذا العقد صدر من جماعة المسلمين، فان عقد غير الرشيدة قد يصح ايضا ولاية من الاب او

الحاكم او المؤمنين (ان قلنا بثبوتها لهم من جهة المال كاليتيم). والامر دائر بين ان يكون ثبت رشدها عند العاقد، او حصل العقد باحد الوجوه المذكورة. وعقد الغير الرشيدة مع ملاحظة هذا الاعتبار ليس من الامور النادرة، حتى يمنع الغلبة فيه. فقال ان هذا العقد الواقع في الخارج محمول على الصحيح. اذا الغالب في الواقع بين المسلمين هو الصحة.

[قلت]: وفيه - بعد منع كونه من الافراد الغالبة - ان المفروض غيبة الاب، وفقد الولي، وعدم الرجوع الى الحاكم، وعدم ثبوت الدليل على ولاية عدول المؤمنين في ذلك بل الامر منحصر في توكيلها للعاقد، فيرجع الحكم بغلبة صحة العقد الى الحكم

بغلبة صحة التوكيل. ويجرى فيه الكلام السابق من منع الغلبة في توكيل مثل هذه الصغيرة المشكوك رَشدها. مع ان الشهيد الثانى ذكر نظير هذه المسألة وحكم فيها بالبطلان وتقديم قول مدعى الفساد. قال (لو وكل في تزويج ابنته، فحصل موت الموكل، ووقع النكاح، وشككنا في السابق. فالاصل عدم النكاح وبقا الحياة. والمتجه عدم صحة النكاح لتعارض الاصلين، فبقى اصالة التحريم. او يقال: اذا وجب في الحادث

وجوده في اقرب زمان لزم اقترانهما في الزمان ح، فيحكم با بطلان). فنقول: ان حمل العقد المجهول الحال على الصحة لاجل الغلبة، يوجب حمل ذلك ايضا على الصحة. كونه جامعا لشرائطها التى منها حياة الاب. فكما ان احتمال كون وقوع العقد في حال الموت يوجب الحكم بالبطلان (مع ان الظاهر من حال الوكيل المسلم انه عقدها في حال العلم بالحياة)، فكذلك احتمال كون عقد العاقدا يابها في ما نحن فيه في حال عدم الرشد مع كون الظاهر عن حال المسلم عقده في حال الرشد. الا ان يقال في مثال الشهيد الثانى (ره) ان الظاهر محال المسلم انه عقدها في حال عدم العلم بالموت، سوا كان عالما بالحياة او ظانباها بالاستصحاب. فاذا تحقق الموت زال ذلك الظن، لان عدم تحقق العقد ايضا مستصحب. بخلاف ما نحن فيه، لان ظهور

عقد المسلم حال الرشد لم يثبت له رافع، بل هو باق بحاله. فان قلت: كلامهم انما هو في حصل التزواج المباشرى والمعاهدة بين الزوجين، لا محض صدور العقد في الخارج. وكلام الشهيد الثانى انما هو في الثانى. قلت: ليس كذلك. فانهم ذكروا من جملة فروع (تقديم قول مدعى الصحة) مالم زوج الاجنبى امرأة: فقال الزوج للزوجة (زوجك العاقد من غير اذنك)، فقالت (بل اذنت)، قال في الشرايع (فالقول قولها مع يمينها على القولين. لانها تدعى الصحة). و مراده بالقولين القول بفساد الفضولى، وتوقفه على الاجازة.

واقول: التحقيق ان يقال: قولهم بتقديم قول مدعى الصحة، ان كان في ما علم من حال المتعاقدين حالة تلبس بمقتضى العقد حينما، ثم حصل التداعى بينهما ولو كان با دعا الفساد من الاصل، فحينئذ الاظهرى والاقوى - بل المذهب - تقديم قول مدعى الصحة. لان افعال المسلمين واقوالهم محمولة على الحصاة مالم يظهر فساده ولم يثبت منازع. فماد اما على حالهما فيحكم بصحتهما. والذى يدعى الفساد سابقا ولا حقا فعليه

الاثبات. ومع العجز فيقدم قول مدعى الصحة.

اما ما لم يحصل ذلك ١ عن المتعاقدين (اصلا، او شك في حصوله) فيقع الاشكال فيه. مثلا اذا كانت امرأة في بيتها ورأينا في مجلس ان اخاها جا ووكل احدا في عقد اخته، او عقد [ها] با دعا الوكالة عن قبلها، وحصل العقد بينه وبين الزوج او وكيله. ثم جات المرأة بلا فاصله وقالت (انى لاخبرلى بهذا العقد ولم او كل احدا في ذلك).

وعجز اخوه من اثبات الوكالة فالحكم بمجرد ذلك بصحة عقد المرأة [تمسكا] بان الاصل تقديم مدعى الصحة على الاطلاق، مشكل. ولعل المحقق في الشرائع ايضا مراده مالو حصل تعاقد الزوجية برهنة في صورة نكاح الاجنبى، ثم بعد ذلك حصل التداعى. والا فلو انعكس الامر وقالت المرأة (انالم اذنت) ولم يقع بعد بينهما معاهدة الزوجية مطلقا، ففي تقديم قول مدعى الصحة، اشكال. الا ان كلامه مطلق. بل ظاهر في عدم اشتراط المعاهدة. فالأولى ان يرجع الى الظن للمجتهد. فربما يرجح عنده العمل على الصحة، وربما يضعف عنده الصحة ويعمل بالاصل. وذلك يختلف باختلاف العاقد والزوجة والقرائن المكتنفة بالمقام. و كذلك القول في كل متعارض الاصل والظاهر.

ثم: ان بنينا على اعتبار المعاهدة والتلبس، فلا بد ان يكون حالة المعاهدة والسلوك على مقتضى المعاهدة من مسلم رشيد غير محجور عليه، ولا بد من ثبوت ذلك حتى يحمل على الصحة ويحتاج رفعها الى الاثبات. ومع كون احدهما في ذلك الحالة على حالة السفه او الجنون او صغر فلا يكفى ذلك. وكذلك لو شك في حصول ذلك. هذا اذا

كان الامر دائرا بين المتعاقدين. والا فلا بد من اعتبار حال الاوليا ايضا، منهما وسلوكهما

على مقتضى المعاملة بسبب ولاية الولى في حكم الصحيح منهما. ففى المرأة المسئول عنها ان ثبت حال سلوك مع الزوج على سبيل التزاوج في حال الرشد (او من جانب الولى الشرعى)، ثم ادعت بطلان العقد من جهة عدم الرشد او

عدم التوكيل، فيمكن توجيه تقديم قول مدعى الصحة. واما لو ثبت عدمها، او كان الامر

مشكوكا فيه، فيرجع الى اثبات اصل العقد في الخالى عن المعاهدة. وقد قدمنا ان مدعى الفساد هناك قد يقدم، ولا يصح القول به على الاطلاق.

ثم اناشرنا سابقان بنا الفقها في تقديم قول مدعى الصحة، مبنى على تقديم

١ : اى: لم يحصل التلبس بمقتضى العقد حينما ما.

(٣٧٦)

(الظاهر) على (الاصل)، او حد الاصلين المتقوم بالظاهر على الاخر. فاعلم: ان مرادهم من (الظاهر) ما يوجب الظن بخلاف ما يقتضى الاصل. ومرادهم من (الاصل) هو الحكم

المنسحب عن دليل سابق من عقل او نقل قطعى او ظنى. وعدوا منه الاستصحاب باقسامه، واستصحاب العموم حتى يرد المخصص. و [استصحاب] المنسوخ حتى يرد الناسخ، ولكن بعد الفحص عن المخصص. وسماه الشهيد (ره) في القواعد (قاعدة اليقين). ولعله ما خوذ من قولهم عليهم السلام (لانتقض اليقين بالشك) و (لا تنقض اليقين الا يقين). ١

والمراد باليقين هو الدليل الحاصل باليقين، سوا كان علما او ظنا. او المراد به ما كان يقينى العمل وان كان من جملة الظنون كظن المجتهد. فالمراد انه لا يجوز نقض مقتضى ما ثبت يقينا الامع التيقن بحصول ما يقتضى خلافه يقينا. ففي صورة معارضة مقتضى الاصل مع الظاهر ما يلاحظ معارضة الظن الحاصل من مجرد الاستصحاب مع الظن الحاصل من الظاهر. واما يلاحظ محض حصول ما يوجب الحكم بخلاف ما اقتضاه

الدليل الاول المنسحب حكمه، وانه هل حصل من الظاهر دلالة على الحكم المخالف مثل ما ثبت من الدليل الدال على الحكم المنسحب حتى يكون هذا يقينا في مقابل يقين.

وينقدح من كلماتهم في المقام ان الاصل في ظن المجتهد، الحجية. الا ما خرج بالدليل مثل (القياس). فانهم عدوا من اقسام الظاهر هنا ما كان مستده العرف، او العادة الغالبة، او القرائن، او غلبة الظن. فلاحظ قواعدى الشهيدين (ره) وغيرهما. فلا بد ان يكون مرادهم في مسألة تعارض الاصل مع الظاهر، تعارضهما مع قطع النظر عن المعاضد والمعاند. وينقدح عن ذلك انه لو ترجح في نظر المجتهد شئ من جهة القرائن، كان مقدما بمجرد ذلك على الاصل.

و [اما] ما اتفقوا عليه من تقديم الظاهر على الاصل، فهو اما مما ثبت حجيته شرعا بالخصوص، كقبول خبر العادل في اثبات الحكم، والحكم على المنكر باشتغال الذمة بقول الشاهد، ونحو ذلك. فلا كلام فيه. وكذلك ما اتفقوا عليه من تقديم مقتضى الاصل (مثل الحكم بطهارة ثوبه وبدنه مع الظن بترشح البول ما لم يحصل العلم و

١: الوسائل: ج ١، ابواب نواقض الوضوء، الباب ١.

[بطهارة] ثوب من لا يتوقى النجاسة، كالأطفال والقصابين ومدمن الخمر والكفار. و مثل مالو وجد كلب خارجا عن بيت فيه انا مشكوك ومعه اثر مباشرته له برطوبة بل ولو كان مثل اللبن مما يظهر على العضو - كما صرح به جماعة -) وذلك ايضا لخصوص الادلة

الدالة على ذلك من الاجماع والابخار. فان المستفاد منهما في امثال ذلك لزوم حصول التيقن بطرو النجاسة وملاقاتها مثلا. ولم يكتفوا بحصول الظن به ولم يعتبروا ظهور ذلك.

وكذلك ما اتفقوا عليه من تقديم الظاهر مثل (غلبة الظن في الشك في الصلاة) وان كان الاصل يقتضى العدم. ومثل مالوشك في فعل الصلاة بعد خروج وقتها. ونحو ذلك

واما ما اختلف فيه - في تقديم الظاهر على الاصل - : فانما هو لاختلاف المجتهدين في فهم الظهور، وغلبة الظن. فبعضهم يترجح في نظره الظن الحاصل من الظاهر، و بعضهم الظن الحاصل من الاصل. فالمراد من الظاهر في موضع النزاع ما يكون ظاهرا او

مفيدا للظن في نفسه ومع قطع النظر عن المعارض. والاختلاف انما يحصل بملاحظة المعارضة، فمن يرجح الاصل فلا يبقى للظاهر عنده ظهور. لا يقال: ان اختلافهم في ذلك لعله من جهة الادلة الخارجة، فمن يرجح الظاهر، فمن جهة خبر او آية يعاضده. وكذلك العكس.

لانا نقول: وان كنا لاننكر وجود الدليل في كثير من الامثلة التي ذكروها في هذا المقام من الخارج من الاخبار وغيرها، لكنه لا يلزم ان يكون ذلك هو المعيار في جميعها.

والا فلا معنى حينئذ لتعرضهم في كتب الاصول لذلك، ولم يبق فائدة لذكرهم معارضة

الاصل مع الظاهر. بل المناط هو نفس ملاحظة الظاهر مع الاصل. ولذلك يعتبرون الظهور في مقام تعارض الاصلين ايضا ويجعلون معاضدته لاحد هما دليلا على ترجيحه.

وذلك ايضا يدل على اعتبارهم مطلق ظن المجتهد، والا فلا معنى للاعتضاد بما ليس بحجة. كما يدل ايضا قولهم [بحجية] الخبر الضعيف المنجبر بعمل المشهور. ومن جملة ما ذكروه في هذا المقام من الفروع (الجلد المطروح في بلاد الاسلام اذا ظهر عليه قرائن التذكية) كما لو كان جلدا لبعض كتبنا التي لا يتداولها ايدى الكفار عادة. فالاصل يقتضى عدم تذكيتها، والظاهر يقتضيهما. وفي تقديم ايها وجهان. و المشهور، الاول. ومنها (اختلاف الزوجين في المهر ولا بينة) فان الاصل يقتضى البراءة



(۳۷۸)

مما [تدعيه المرأة]، والظاهر يشهد بمهر المثل. (قد افردنا في هذه المسألة رسالة من ارادها فليراجعها) ومنها (اذا اسلم الزوجان قبل الدخول، وقال الزوج اسلمنا معا فنحن على نكاحنا، وقالت الزوجة بل على التعاقب ولا نكاح، فوجهان. فان الاصل مع الزوج و

الظاهر مع الزوجة. لان المعية من الفروض النادرة.

اذا تمهد هذا فنقول: ماشتهر بين الاصحاب من تقديم قول مدعى الصحة، ليس با جماعى لانهم جعلوا ذلك مما يتعارض فيه الاصل والظاهر، ووقع الاختلاف فيه كما صرح به الشهيد الثانى (ره) في تمهيد القواعد قال فيه: القسم الرابع: ماختلف فيه في ترجيح الظاهر على الاصل، او بالعكس. وهو امور،... الى ان قال: ومنه لو اختلف المتعاقد ان يبيع وغيره في بعض شرائط صحته كما لو ادعى البائع انه كان صبيا او غير ماذون له او غير ذلك، وانكر المشتري. فالقول قوله على الاقوى وان كان الاصل عدم اجتماع الشرائط، عملا بظاهر حال المسلم من ايقاعه العقد على وجه الصحة. وكذا القول في الايقاعات. ويمكن رده الى تعارض الاصلين. وقد تقدم. - انتهى.

وقد مر كلام العلامة في الارشاد في اختيار البطلان وغيره. فاذا لم يكن المسألة اجماعية، ولم يرد بخصوصها نص فالمرجح هو ظن المجتهد. فانه ان ترجح في نظره الصحة، فهو. والا، فالعمل على الاصل. وقد بينالك ان ما نحن فيه ليس مما يحصل الظن

به ويترجح في النظر صحته.

ثم لا يذهب عليك ان كلام فقهاءنا في تقديم قول مدعى الصحة متخالفة. فحسب الغافل من كثرة ذكرهم في المسائل تقديم قول مدعى الصحة ان ذلك اجماعى. مع ان مرادهم في كل موضع شىء. ومع ذلك فاختلّفوا فيها ايضا.

ففى بعض المواضع اردوا بالصحة (استمرارها)، يعنى يقدم قول من يدعى استمرارها. وفى بعضها يريدون (اصالة عدم ظهور المفسد). وفى بعضها يريدون ان (الظاهر من فعل المسلم انه فعل صحيحا) مثل الشاك في كل جز من الصوة مع خروج الى جز آخر، او الشاك فيها بعد خروج الوقت. وفى بعضها يريدون ان (عقد المعاملة على الوضع المخصوص لما كان معصية فلا بد من حمل فعل المسلم على الصحة). فمن امثلة الاول ما ذكره المحقق في الشرائع: اذا قال (بعتك بعبد، فقال بل بحر، او بنخل، فقال بل بخمر) او قال (فسخت قبل التصرف، وانكر الاخر) فالقول قول من يدعى صحة العقد، مع يمينه وعلى الاخر البيه. [انتهى]. فان المراد من الصحة في

المثال الثاني استصحابها. واما المثال الاول فهو مما اختلف فيه وليس اجماعيا كما عرفت من تمهيد القواعد. فان (كون العوضين مما يصح كونه ملكا للمسلم) من شرائط

صحة العقد ككونهما بالغين عاقلين رشيدين.

وما قرع سمعك من وجوب حمل افعال المسلمين واقوالهم على الصحة، ودعوى الاجماع على ذلك في كلامهم: فهو غير ما نحن فيه. اذ ذلك حيث لا يعارضه فعل مسلم

آخر او قوله. ١ مثل انا اذا رأيتا تردد عالم الى ابواب المظلمه، لابد ان نحمله على ارادة

الارشاد وشفاعة المظلومين. وكذلك كل متعاملين متعاهدين ماداما مقيمين على حالهما، لا يزامهما احد. ويحمل فعلهما على الصحة مالم يظهر فساده قطعا. واما في ما نحن فيه: فحمل قول احدهما هنا على الصفة يقتضى تكذيب الاخر. نعم ظاهر حال المسلم هو انه لا يعامل بالخمير، وهو (ح) يخبر بما هو خلاف ظاهر حاله في ما

قبل. او الظاهر في ما حصل بين المسلمين انه وقع على وجه الصفة، فلو ادعى احدهما فساده فهو يدعى فساد فعل كليهما. وهذا مما وقع الخلاف فيه. وقد عرفت انه يتفاوت بتفاوت المقامات، فقد يغلب الظن الحاصل من الظاهر على الظن الحاصل من الاصل، فيترجح عليه كما في المثال المذكور في الشرائع (اذا ادعى احدهما ان البيع وقد على الخمر) عالما بالحال من بالغ عاقل. بخلاف مالمو اختلفا في كون البائع او المشتري حين صدور العقد المعلوم التاريخ صبيا او غير رشيد. فلا يظهر هنا منه ظن يغلب (اصالة)

عدم تحقق المعاملة) بل الاصول المتعددة. سيما اذا لم يظهر معاهدة على المعاهدة من بالغين رشيدين، او ما في معناهما من جهة الولاية. ومن امثلة الثاني: على مافهمه الشهيد الثاني في المسالك حيث انه في شرح

قول المحقق في بيع السلم (اذا اختلفا في القبض هل كان قبل التفرق او بعده، فالقول قول من يدعى الصحة) قال ما حاصله: ان الاصلين تعارضا اصالة عدم القبض قبل التفرق وعكسه مع اتفاهما على اصل القبض. فيتسا قطان ويحكم باستمرار العقد. و في الحقيقة لانزاع بينهما في اصل الصحة وانما النزاع في طر والمفسد، ولاصل عدمه، بخلاف مالمو اختلفا في اصل القبض وان كان بعد التفرق. فانه وان كان يحكم بالصحة في اصل العقد قبل التنازع، لكن المفسد هنا ثابت بحكم الاصل. فالقول قول المنكر،

(३४०)

لان الاصل معه فهذا يصير دليلا على الفساد - قال: وهذا ليس من باب الاختلاف في وقوع العقد صحيحا او فاسدا. ومثله الاختلاف في قبض احد عوضى الصرف قبل التفرق.

اقول: وظاهره (ره) انه يقول بكون العقود اسامى للاعم من الصحيحة. ومقتضاه انه بعد صدق تحقق عقد السلف يحتاج بطلان الى دليل، والدليل في الصورة الثانية هو الاصل، بخلاف الصورة الاولى لتعارض الاصلين وتساقطهما. وانت خير بان شرط الصحة هو القبض قبل التفرق، ومثبت الصحة انما هو العلم بتحقق الشرط، لاعدم العلم بانتفائه. ولا ينفع معارضة (اصالة عدم التفرق قبل القبض) في اثبات القبض قبل التفرق وانما يتم الكلام لو اراد من (طر والمفسد) فسادا متاخرا عن الصحة النفس الامرية. مثل الفسخ قبل التصرف في المثال الذى نقلناه عن المحقق.

واما لو اريد عن ذلك طروالحكم بالفساد باثبات المفسد في اصل العقد، وان كان يحكم عيله بالصحة ظاهرا حيناما، لكونه صادرا من المسلم، فلا ريب انه اذا كان وقوعه من المسلم وتلبسه به دليلا على الحكم بالصحة فيحتاج بطلانه الى دليل. فكما ان ثمة الشك، في تحقق الشرط وهو القبض قبل التفرق ولا يوجب الحكم ببطلان فعل المسلم،

فكذلك هي هنا الشك في تحقق اصل القبض لا يوجب الحكم ببطلان فعل المسلم. وان كان النظر في اصل تحقق العقد مع قطع النظر عن فعل المسلم وتلبسه به، فالاصل عدم تحقق الشرط بالنسبة اليهما جميعا. فالتحقيق فيه ايضا ان ترك القبض مطلقا او قبل التفرق، لا يلزم ان يكون معصية، اذ قد يكون سهوا او جهالة او اضطرارا. فلا يبقى الادعوى الغلبة حتى يحكم بان الظن من المسلم انه لا يفعل المعاملة الا

جامعا لشرائط الصحة. ويجيب عليه الكلام السابق الذى ذكرنا انه تابع لحصول الظن، فربما لا يكون المسلم ممن يحصل به الظن. او الوقت لا يقتضيه ويشهد بما ذكرنا مذكوره

في تمهيد القواعد في جملة ما فرعه على (تعارض الاصل والظاهر والخلاف في ترجيح ايهما)، انه لو سمع مصليا يلحن في صلاته ويترك آية او كلمة، وكان المصلى من اهل المعرفة با لقراءة بحيث يظهر انه مافعل ذلك الاسهوا، ففى وجوب تنبيهه عليه وجهان: من اصالة عدم معرفته بذلك على الوجه المجزى، فيجب تعليمه. و [من] دلالة ظاهر حاله على كونه قد ترك ذلك سهوا والحال انه غير مبطل للصورة، فلا يجب تنبيهه على السهو وان استحب معتزدا باصالة البراة من وجوب تنبيهه. وهذا هو الاظهر. ولو احتمل في حقه الجهل بذلك وجب تعليمه لتطابق الاصل والظاهر، وعدم معارض

(३४१)

غير الاصل له، فيعمل عمله مع احتمال عدم الوجوب ايضا نظرا الى الاحتمال، مع اصالة البراءة.

ومن امثلة الثالث والرابع - ومالهما الى شئ واحد - ماتقدم من التداعي في وقوع البيع على العبد او الحر، او على الخل او الخمر. ومنها تداعي الزوجين بعد اتفاهما

على انقضا العدة وحصول الرجعة، في تقديم ايهما. فاختر المحقق تقديم قول الزوج، لانه يدعى الصحة. وفصل في المسالك تفصيلا حسنا يناسب ماحققته في اول المقال من الفرق بين ماتعيين تاريخ احدهما واختلف في تقدم الاخر عليه او تاخره، ومالم يتعين شئ بل اتفقا على حصولها معا واختلفا في تقدم ايهما على الاخر. وانما اطلعت عليه بعدما استنبطت ماحققته بفكرى الفاتر، ولا نطيل بذكره. وان شئت فراجع حتى يتبين ما قلته، ويظهر لك ان ما يذكرونه من تقديم قول مدعى الصحة ليس باجماعى ولا

بمطرد، بل يتفاوت الحال في الموارد. فلا بد للمجتهد من التحرى في كل موضع مايرجح في نظره

وفذلكة المقال في تحقيق الجواب عن السؤال، ان المرأة المسؤل عنها على فرض ثبوت توكيلها ايضا وادعائها عدم الرشد حينئذ مع تعيين تاريخ العقد، وثبوت كون ذلك

الحين محل اشتباه الرشد كما هو المفروض فلا ظهر تقديم قولها مع يمينها، والله العالم.

٢٢٢: سؤال: هر گاه زيد در سفرى مفقود الخبر شود، و خبر فوت او به اهل بلد او برسد. و اهل شرع از بلد بنا را بر ثبوت فوت او گذارند و ترکه او را تقسيم نمايند. و زن او

را بعد از انقضای عده وفات به جهت عمرو و عقد کنند. و بعد از چند روز اهل شرع بلد

تشکيك در ثبوت فوت به هم رسانند به سبب اين که مخبر يك نفر بوده. و منع کنند زوجه را

از تمكين زوج. و بعد از چند سال باز خبر برسد که زوج اول در همان اوقات که اول خبر

رسیده بود، فوت شده. و اهل شرع بلد باز بنا را بر ثبوت فوت بگذارند و زوجه او را از

برای بکر عقد کنند بدون اين که عمرو او را مطلقه نمايد. و حکم بطلان عقد اول نمايند

به سبب آن تشکیکی که در ثبوت فوت به هم رسیده بود. و به سبب آن که یکی از
دو نفری
که وکیل بودند در جاری ساختن عقد به جهت آن زوجه و عمرو، دعوی علم به
فساد عقد
نمایند و مدعی این است که من در حال اجرای صیغه عالم به فساد عقد بودم، به
سبب
این که بر من فوت زید ثابت نبود و صیغه خوانده ام. آیا در این صورت عقد اولی
باطل
است؟ و زوجه بر بکر حلال است؟ یا عقد اول صحیح است و زوجه بر بکر حرام
است؟.

جواب: این مسأله محتاج به تفصیلی است. و تفصیل این است که آن اهل شرع اگر مجتهد عادل است، ثبوت در نزد او کافی است. هر چند به سبب حصول علم باشد به

سبب خبر محفوظ به قرینه. و حکم مجتهد به جواز عقد کافی است و عدم حصول علم از

برای زوجین و وکیل (هیچ کدام) ضرر ندارد. و جایز نیست نقض حکم مجتهد عادل نه از

برای خودش و نه از برای غیر خودش. هر چند رای او متغیر شود. مگر این که ظاهر شود

بطلان حکم اول در نفس الامر. و معنی تغییر رای غیر معنی ظهور بطلان است. به جهت این که مجتهد عمل به گمان خود میکند و تغییر گمان مستلزم بطلان آن نیست.

گاه است که همان گمان اولی در نفس الامر صحیح بوده و دومی فاسد باشد. و معنی بطلان حکم اول این است که معلوم شود که مخالف آنچه یقیناً از شرع رسیده، کرده است. یا معلوم شود که در اجتهاد خود مسامحه کرده و کوتاهی کرده بوده

و اگر درست اجتهاد مکرد به دلیل گمان ثانی بر مخورد و به مقتضای آن عمل مکرد. و در این دو صورت جایز است نقض حکم اول به جهت مجتهد دیگر، یا همان

مجتهد اگر به سمت عدالت متصف باشد. به این معنی که بعد از ظهور مسامحه که منسأ فسق است تائب شده باشد.

پس در صورت سؤال تشکیک مجتهد در حکم اول باید معلوم شود که از چه راه است. اگر از راه این باشد مثلاً که مجتهد به علم خود عمل میتواند کرد یا نه بعد از آن که

در اول رای او جواز عمل بود. یا در عدالت شهود تشکیک کند بعد از ظهور آن در اول

امر. و امثال آنها، ضرر ندارد. به جهت آن که این از مسائل اجتهادیه است. و اگر به سبب

این بود که در اول جزم از برای او حاصل شده و آن را یقین انگاشته و در آخر شك به هم

رسیده و لکن علم به بقا حیات زوج به هم نرسیده، ظاهر این است که مضر نیست. به

جهت این که آنچه معتبر است در علم در احکام فقهیه همان جزم است نه یقین
مصطلح
منطقیین. و مفروض آن است که جزم برای او حاصل شده و بطلان عمل به مقتضای
آن
ظاهر نشده. و اگر چیزی دیگر بوده باید معلوم شود.
پس از اینجا معلوم شد که ادعای احد و کیلین علم به فساد را از راه عدم ثبوت فوت
شرعا در نزد او بخصوص، مضر نیست. و حکم مجتهد در ثبوت کافی است. پس
در
این صورت عقد عمرو صحیح است. عقد بکر باطل.
و اگر آن اهل شرع مجتهد عادل نبوده، پس ثبوت در نزد او نفعی ندارد و حکم او

مناط اعتبار نیست. پس در این صورت یا این است که به جهت زوجه علم شرعی به هم

رسیده بوده به فوت زوج اول، یا نه. پس اگر علم برای هیچ يك یا برای زوجه به تنهایی

به هم نرسیده بود، پس عقد عمرو باطل است. و اگر علم شرعی برای هر دو به هم رسیده

(بلکه از برای زوجه به تنهایی با عدم علم زوجه به حال، نیز - علی الاظهر) پس عقد عمرو

نیز صحیح است. و علم و کیل در حقیقت موکل فیه شرط نیست. و هر گاه زوجین با دعوی

علم به فوت، کسی را وکیل کنند در اجرا صیغه، عقد، صحیح است هر چند وکیل علم

شرعی به فوت نداشته باشد علی الاظهر.

بلی: اگر وکیل عالم باشد به حیات، جایز نیست از برای او اجرا صیغه. و ادعای علم به حیات بعد اجرا صیغه نیز منشأ بطلان نمیشود. و هم چنین ادعای عدم قصد نکاح،

اما اولاً: پس به جهت آن که ظاهر علما اجماع است بر این که دعوی عدم قصد بعد اجرا

صیغه عقود مسموع نیست. هر چند در خصوص طلاق خلافی کرده اند، و وجه آن این

است که ظاهر حال بالغ عاقل در تکلم قصد به مدلول لفظ است، و این (ظاهر) مقدم بر

(اصل) است خصوصاً با دعوی اتفاق. چنان که شهید ثانی (ره) در مسالك در کتاب طلاق

ذکر کرده. و در کلام جمعی که قایل شده اند به قبول قول او در خصوص طلاق اشکال

کرده. و سبط ایشان نیز در شرح نافع در این کلام تابع ایشان شده.

و اما ثانیاً: پس به جهت این که این اقراری است بر غیر، و اقرار بر غیر مسموع نیست.

و گاه است که توهمی در اینجا بشود که: این اقرار بر غیر نیست زیرا که حقی از غیر هنوز

ثابت نشده که این اقرار منافی آن باشد، و حال اول مرحله ثبوت است و هر گاه به ثبوت

برسد که عقدی شده است که ظاهراً صحیح بوده است، یا آن که ابتدا عاقد اعتراف

به وقوع عقد صحیح نموده باشد و بعد بگوید که من معتقد فساد بودم، در اینجا سخن عاقد مسموع نیست. زیرا اقرار در حق غیر است. و جواب این توهّم و استیفای کلام در آن طولی دارد. و مقتضای مقام نیست، و مجمل این که از آنچه پیش گفتیم معلوم شد وجه صحت. به جهت آن که کلام بالغ عاقل مسلم محمول بر صحت است، و ظاهراً او قصد به مدلول لفظ است بوجه صحیح. و همین تحقق صیغه در خارج دلیل صحت است. دیگر نه دلیل دیگر منخواهد و نه احتیاج به اقرار عاقد بر صحت دارد. و دعوی (عدم قصد به مدلول بعد اجرا صیغه به جهت علم به فساد) - خصوصاً با فاصله بسیار از زمان اجرا صیغه - ادعای فساد چیزی

است که محکوم به صحت هست شرعا. و محکوم به صحت بودن آن است که زوجیت به آن ثابت میشود از برای غیر. و دعوی علم به فساد و عدم قصد به مدلول، اقراری است بر آن غیر.

بلی اگر علم به تحقق صیغه در خارج منحصر باشد به اخبار عاقد و در حین خبر دادن به همین نحو خبر بدهد که (من عقد فاسدی کردم به جهت فلان) در آن وقت آن سخن خوب است. و مفروض خلاف آن است. و باکی نیست که مثالی بیاوریم از برای مورد توهم تا واضح شود که مانحن فیه از آن قبیل نیست. و آن این است که (زنی بگوید به مردی که: وقتی که تو طفل بودی مرا ظالمی منخواست بگیرد. من و پدرم هیچ کدام راضی نبودیم. مرا توریه به صورت عقد دوام عقد کردند از برای تو. و پدرت هم صورت قبولی ولایه جاری ساخت). و به هیچ وجه من الوجوه آن مرد حکایت این عقد نشنیده بود و کسی دیگر هم از او خبری نداشت. در این صورت آن مرد نمیتواند بگوید که (تو اقرار به صیغه کردی و دعوی این که توریه در صورت عقد بوده اقراری است بر حق غیر، آن مسموع نیست).

و شکی نیست که ما نحن فیه از آن قبیل نیست و با قطع نظر از همه این مراحل، در اینجا سخن دیگر هم هست. و آن این است که همین که انشاء عقد در اینجا متحقق شده به سبب اعتقاد به صحت و جواز عقد. هر چند به سبب توهم غیر مجتهد عادل باشد باز عقد عمرو صحیح است. به جهت آن که صادق است که عقدی واقع شده از اهل محل خود. و منشأ فسادى که متصور میشود این است که (این عقد ذات بعل است و آن باطل است). و این مندفع میشود به این که: آنچه دلیل دلالت بر آن دارد این است که

حرام است عقد ذات بعل عند العاقد یا در نفس الامر. ومفروض آن است که این هیچ کدام نیست.

اگر بگوئی: شق ثالثی هست و آن (حرمت عقد زنی است که شرعا محکوم بکونها ذات بعل باشد، هر چند در نفس الامر ذات بعل نباشد) و ما نحن فیه از این قبیل است.

گوئیم: بر فرض تسلیم، آنچه مسلم است حرمت آن، این است که محکوم بکونها ذات بعل شرعا در نزد عاقد در نزد عاقد باشد بالفعل، نه مطلقا. و قول به این که مراد محکوم بکونها ذات بعل در نفس الامر است، بی معنی است. به جهت آن که نفس الامر در این معنی مختلف است به اختلاف حکام و مطلعین. غایت امر این است که هر گاه مجتهدی که در

نزد او زوجه مزبوره محکوم بکونها ذات بعل است مطلع شود بر این عقد منع میکند
به

تفریق، مادامی که در نزد او زوجه مزبوره محکوم بکونها ذات بعل است. و هم چنین
خود

عاقده هر گاه به او ظاهر شود که محکوم بکونها ذات بعل است.
اما بعد از ثبوت موت بعل در حین عقد اول، پس دیگر حکم ذات بعل باطل میشود،
و مقتضای آن که منع و تفریق است هم باطل میشود. پس به عقد اول بازگشت
میشود. و حاصل این که حکم به بطلان در این صورت مراعی است تا زمان ظهور
(فوت)

بعل قبل از عقد). و بطلان قطعا و رأسا، ممنوع است.
و از اینجا معلوم میشود حال این که هر گاه عاقد نداند که شوهر آن زن مفقود الخبر
است. یعنی آن که عاقد زوجه را به شخصها مشناسد و [لکن] (بوصفها بانها زوجه
مفقود الخبر) است نمشناسد. یا بوصفها هم مشناخت لکن در حین عقد فراموش
کرد. در اینجا نیز دلیل بر بطلان عقد راسا نیست، به جهت آن که اگر بطلان از راه
حرمت

عقد زوجه مفقود الخبر است، مگوئیم که حرمت از احکام طلبیه است، و متوجه
جاهل

و غافل و ناسی نمیشود. و اگر از راه بطلان عقد است قطع نظر از حرمت، مگوئیم
که

دلیلی بر آن قائم نشده. به جهت آن که آنچه مسلم است بطلان عقد ذات بعل است
(به)

تفصیلی که مذکور شد) یا ذات عده. و این هیچ کدام نیست بالفرض.
پس هر گاه عاقد مجتهد باشد و گوید که من زوج و زوجه هر دو را مشناختم و
لکن

زوجه را (به وصف انها زوجه مفقود الخبر) نمشناختم که لازم آید عدم جواز نقض
حکم

مجتهد. در اینجا نیز - بر فرض سلامت از ورود دعوی و ترافع - نفعی در حکم به
فساد

عقد رأسا، نمیکند. بلکه بعد از اطلاع بر وصف مذکور، مراعی خواهد بود الی زمان
ثبوت فوت و ممنوع از ترتب ثمره میشود تا آن وقت. و بعد از آن حکم به صحت
عقد

میشود. و اشارات و تنبیهات بر این در کلام فقها نیز هست در نظائر و مناسبات آن
هم.

چنان که در مسالك شهيد ثانی (ره) در باب طلاق غایب باعدن التفات به ملاحظه گذشتن يك ماه (یا بیشتر علی اختلاف الاقوال) هر گاه ایقاع طلاق بوجه قصد بکند، و اتفاقاً در نفس الامر در طهر غیر مواقعه واقع شده باشد، حکم به صحت کرده. خصوصاً با جهل به لزوم مراعات و ملاحظه شرایط. بلکه از کلام ایشان بر مآید که با علم به وجوب مراعات هم، صحیح باشد. و هم چنین در عقدی که در حین (وفات مجهوله) غایب واقع شده باشد بر زوجه او قبل از بلوغ خبر بر وجهی که در اینجا نیز اختیار عدم ثبوت حرمت

كرده، به جهت آن كه مفروض اين است كه نه معتده است و نه ذات بعلم. و اظهر در نظر

حقير نيز همين است. و از اخبار وادله هم بطلان ثابت نمشود، ونهيبى هم در صورت مزبور واقع نشده كه بطلان از آن مستفاد تواند شد. ومفروض هم اين است كه بوجه

جائز واقع شده باشد، و قصد انشا شده باشد. و غايب امر آن است كه بعد از اطلاع حكم

به تفريق مشود، مراعا الى حين ظهور الحال.

۲۲۳: سؤال: اذا رضعت امرأة مزوجة ذات بنت من زوجها بعد اثني عشر سنة من ولادة البنت، ولد رجل آخر. بان وضعت ثديها في فم الولدو درالبن بسبب مصه (بعدها)

انقضت المدة المذكورة عن ولادة البنت وجف ثديها) فهل يجوز للرجل (والد الرضيع)

ان يتزوج ببنت المرضعة المذكورة؟ ام لا؟.

جواب: هذا السؤال يحتاج تنقيحه الى ذكر مسائل ثلاث: الاولى: اختلف الاصحاب - في جواز نكاح اب المرتضع في اولاد صاحب اللبن ولادة ورضاعا. وفي اولاد

المرضعة ولادة - على قولين. والاقوى الحرمة، للاخبار الصحيحة الدالة عليه. ۱ الثانية: يشترط في تحريم الرضا كونه في الحولين للمرتضع، بلا خلاف ظاهر. و ادعى عليه الاجماع في التذكرة والمسالك. والمشهور (بل المدعى عليه الاجماع ظاهرا من المسالك) انه لا فرق بين ان يفطم قبل تمام الحولين ثم ارتضع، اولاً. خلافاً لا بن الجنيد في مالو فطم وهو ضعيف، لرواية شاذة. وقال الشهيد (ره) انه مسبوق بالا جماع وملحوق به.

واما في ولد المرضعة بمعنى ان يكون اللبن في الحولين الاولين المتصلين بالولادة: ففيه قولان. اظهرهما العدم. لا طلاق الاية ۲ والاخبار. واحتج من اعتبره بعموم

حسنة الحلبي (عن الصادق - ع - : لا رضاع بعد فطام ۳). فان النكرة في سياق النفي تفيد

العموم. ورواية حماد بن عثمان (قال سمعت ابا عبد الله - ع - يقول: لا رضاع بعد فطام. قلت:

جعلت فداك وما الفطام؟ قال الحو لان الذي قال الله تعالى ۴). وصحيفة البقباق عنه - ع - قال: الرضاع قبل الحولين قبل ان يفطم ۵). وقول النبي - ص - لا رضاع الا ما

-
- ١: تدل عليه العمومات (وسائل: ج ١٤، ابواب ما يحرم من الرضاع، ب ١) ويدل خصوصا: ح ١٠ ب ٦.
و كذا ح ١،
ب ٢ ١٦.
- ٢: ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ماقد سلف... - حرمت عليكم امهاتكم... وامهاتكم اللآتى
ارضعنكم و
اخواتكم من الرضاة... - الآية ٢٢، ٢٣، السورة النساء.
٣ و ٤ و ٥ الوسائل: ج ١٤، ابواب ما يحرم من الرضاع، ب ٥ ح ٢ / ٥ / ٣ (فضل بن عبد الملك
البقباق).

كان في الحولين).

وانت خبير با نه لامعنى لحمل النكرة على العموم. اذ لو اريد من الفطام المعنى الحقيقى فلا يستلزم رضاع المرضعة فطام ولده. اذ قد يكون بلا ولد ومات ولدها اول الولادة. وان اريد وقت الفطام (يعنى انقضا الحولين) فقد يختلف الحولان بالنسبة الى الرضيع وولد المرضعة، وبسبب اضافة الولين اليهما يختلف معناه، ولا يجوز ارادة المعنيين المختلفين في استعمال واحد من اللفظ، وان كان اللفظ مشتركاً معنوياً. اذ ذلك في معنى العهد. كما في قولنا (جارجل) فانه لا يجوز ارادة رجلين منه على التبادل. كما لا يجوز ارادة المعنى الحقيقى والمجازى، واكثر من معنى من معانى المشترك اللفظى، فلا بد اما ان يراد من الحديث (لا اثر لرضاع المرتضع بعد فطامه) او (لا اثر لرضاع المرضعة بعد فطام ولده). واما ارادة المعنيين معاً، فكلا.

واذا دار الامر بين المعنيين، فالاولى (بل المتعين) ارادة المرتضع. لان البحث انما هو عنه ولذلك حكموا بان رضعة المرتضع بعد اكمال الحولين لا اثر له. لانه شرب محرم

لا يترتب عليه ثمر، مضافا الروايات. واما ارضاع المرضعة فلا مانع منه اصلاً، ولو بقى لبنها عشر سنين. وهو المتبادر من اللفظ.

الثالثة: يشترط في تأثير الرضاع ان يكون اللبن من امرأة حية حصل لبنها من نكاح صحيح مع حصول الولد منها - تولد منها او كان باقياً في الحمل - على اختلاف في الاخير. فلو در من ثدى رجل لبن، او امرأة لم تحمل من وطى زوج حلال، فلا ينشر الحرمة، للاجماع، ظاهراً كما نقله جماعة، ولصحيحة عبد الله بن سنان (قال سألت ابا عبد الله - ع - عن لبن الفحل. فقال: هو ما رضعت امرأتك من لبنك ولبن ولدك ولد امرأة اخرى فهو حرام) ٢. وموثقة يونس بن يعقوب عنه - ع - قال: سألته عن امرأة در

لبنها من غير ولادة فارضعت جارية وغلاماً، هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال: لا. ٣

اذا تقرر هذا فنقول: مقتضى المسألتين الاوليين تحريم البنت على اب المرتضع.

١: وسائل: ج ١٤، ابواب ما يحرم من الرضاع، ب ٥ ح ١، ٩، ١١، ١٢: عن رسول الله (ص): لا رضاع بعد فطام.

٢: الوسائل: ج ١٤، ابواب ما يحرم بالرضاع، ب ٦ ح ٤.

٣: المرجع: الباب ٩ ح ١.

كما لا يخفى. فيبقى الكلام في الحكم بان هذا اللبن هل هو محكوم عليه بكونه لبن الزوج ام هو من باب الدرو؟ والذي يحضرنى من كلام الفقهاء في ما يناسب المقام مذكره

في المسالك في جملة الصور الست التي ذكرها في (لحوق اللبن بالرجل مع مفارقة المرأة عنه بالطلاق او الموت) قال الاولى: ان يكون ارضاعها بهذا اللبن قبل ان ينكح زوجها غيره، فاللبن للاول قطعاً، كما لو كانت في حباله. فيصير الولد منسوباً بالرضاعة الى المطلق او الميت، كما هو ابن المرضعة. ولا فرق بين ان يرتضع في العدة وبعدها، ولا بين طول المدة وقصرها، ولا بين ان ينقطع اللبن ثم يعود وعدمه، مع حصول باقى الشرائط لانه لم يحدث ما يحال اللبن عليه. فهو على استمراه منسوب اليه. لكن ان اشترطنا كون الرضاع وولد المرضعة في الحولين، اعتبر كون الرضاع قبل الحولين من حين الولادة. والا فلا.

وقال في التحرير: لا يشترط دوام النكاح وقت الرضاع. فلو طلق الحامل او المرضعة، فان رضعت بعد مفارقتها بلبنه نشر الحرمة. سوا كان الرضعة قبل انقضاء العدة او بعدها، انقطع لبنها ثم عاد او ثبت ولم ينقطع. وسوا زاد او نقص. وقال في القواعد: (ولو در لبن المرأة من غير نكاح لم ينشر حرمة. سوا كانت بكر او ذات بعل، صغيرة او كبيرة). والظاهر ان مراده من النكاح (الوطئ مع حصول الحمل).

فنقول: ظاهر هذه العبارات يقتضى الحاق هذا اللبن بالرجل الذى هو والد البنت. اذ مراد الشهيد الثانى (ره) من حدوث الحادث هو حصول الحمل من الزوج الثانى. كما فرضه في ساير الصور المفروضة. وكذلك ظاهر القواعد ان حصول نكاح وولادة يكفى

في انتساب اللبن الى الزوج. ودلالة الموثقة على عدم اعتبار ذلك ايضا غير واضحة. فان لفظ (ولادة) بعد كلمة (غير) نكرة في سياق النفي. والمفروض وجود الولادة هنا فى

الجملة. الا ان يحمل على الولادة المتعارفة المعهودة التي ينسب اللبن اليها، وهى ما اتصل بها، او قريب منها. ومن ذلك يظهر ان صحيحة عبد الله بن سنان ايضا لبدان يحمل على ذلك.

فيمكن ان يقال: ان هذا اللبن المفروض في المرأة المسؤول عنها، لا يصدق عليه عرفاً انها لبن الفحل ولبن ولدها. فلا بد ان يحمل عبارة المسالك وما في معناها على ما لا ينافى طول المدة وانقطاع اللبن ثم عودها لانتسابه الى الولد والفحل عرفاً. ومراده بالاستثنا بقوله (لكن ان اشترطنا.. الى آخر). ايضا ما لا ينافى ذلك. فنقول: المرأة التي

مر من ايام ولادتها سنة ثم انقطع لبنها لمرض او عرض ثم عاد بعدا متصاص الطفل، يقال

له عرفان هذا هو اللبن الذى انقطع و هو لبن الولد الذى حصل به. وكذلك بعد انقضا عامين ايضا. وكذلك لو استمر الى عشرين سنين بان تصير ظئر او تجعل شغله ذلك. فلو حصل الانقطاع بعد عشر سنين بمثل شهر مثلا ثم عاد بسبب امتصاص الولد ايضا يقال له في العرف انه لبن ذلك الولد الذى حصل به. بخلاف ما لو انقطع عشر سنين ثم رجع بسبب امتصاص الولد. فلوفرض بقاوه عشر سنين فتأثيره ح لاما نغ منه من جهة كونه لبن الفحل ولبن ولده. بل المانع المتصور انما هو توهم اشتراط كونه في الحولين للرضعة ايضا. فبعد تقييد كلامه بصورة لا ينافى انتسابه الى الفحل والولد عرفا، فلا يضر الحكم بتأثيره الى عشر سنين، وان وقع بينه عودو انقطاع لا ينافى الانتساب، كما اشرنا. والقول با اعتبار الحولين في المرضعة خلاف التحقيق. ومن ذلك يظهر حال كلام التحرير والقواعد. فاذا الاظهر جواز تزويج الرجل المسؤول عنه بالمرأة المسؤول عنها.

٢٢٤: سؤال: ما حكم ميراث المستمتعين وشرطه؟.

جواب: اختلف الاصحاب في تورات المتمتعين. فذهب جماعة - منهم ابو الصلاح و ابن ادريس والعلامة في المختلف وولده والمحقق الشيخ على والفاضل المقداد في التنقيح - الى عدم التورات مطلقا. اى سوا شرطا التورات او عدمه اولم يشترط شيئا. و هو مقتضى اطلاق كلام المفيد حيث قال (ولا يجب به ميراث). والصدوق في المقنع حيث قال (ولا ميراث بينها اذا مات واحد منهما في ذلك الاجل). ويظهر من المحقق الا ردبيلى في كتاب آيات الاحكام، ان ذلك مذهب اكثر الاصحاب. حيث قال بعد ذكر

آية ميراث الزوجين (الظاهر انه يريد بالزوجة المعقود عليها بالعقد الدائم كما هو مذهب

اكثر الاصحاب، وان كان ظاهرها اعم، للروايات). انتهى.

ويظهر من كلام السيد في الانتظاران الامامية كانوا معروفين بهذا المذهب حيث نقل استدلال العامة على حرمة المتعة من باب النقض بقوله تعالى (والذين هم لفروجهم حافظون.... الى قوله فاولئك هم العادون) بتقريب ان المتعة ليست ملك يمين، ولو كانت زوجة لثبت التوراث فيها مع انه لا ترث ولا تورث، ولكانت عدة الوفاة فيها اربعة

اشهر وعشرا (الى آخر ما نقله عنهم) ثم قالوا وانتم تذهبون خلاف ذلك. واجاب السيد بان فقد الميراث ليس علامة على فقد الزوجية. لان الزوجة الذمية والقاتلة لا ترثن

(۳۹۰)

ولا تورثن وهن زوجات. على ان من مذهبنا ان الميراث قد ثبت في المتعة اذالم يحصل
شرط في اصل العقد بانتفائه. ويستثنى المتمتع بهامع شرط نفى الميراث من ظواهر
آيات الميراث، كما استثنيتم الذمية والقاتلة... الى آخر ما ذكره.
وذهب الباقر الى ثبوت الميراث في الجملة. فمنهم من ذهب الى (اقتضا عقد
المتعة التوراث لا بشرط شئ حتى اذا شرط السقوط كان الشرط باطلا، لمخالفته
مقتضى العقد). وهو مذهب ابن براج. ومنهم من ذهب الى عدم اقتضا العقد بذاته
التوراث بل يقتضيه اذا اشترطا. ومنهم من ذهب الى اقتضائه التوراث بشرط ان
لا يشترطا نفى التوراث. والاول مختار جماعة منهم الشيخ وابن حمزة والكيدري و
الشهيدين. والثاني مختار المرتضى وابن ابي عقيل (ره).
والاول اقوى. لنا الاصل، وان الميراث لا يثبت الا بجعل الشارع (والاخبار المثبتة له
سنحيب عنها). والاخبار المستفيضة المعتبرة جدا الدالة على ان من حدود المتعة، عدم
التوراث، مثل عدم النفقة، وكون عدتها خمسة واربعين يوما، ونحو ذلك. فلاحظ
الاخبار وتامل فيها تجدناها ناهضة على المطلوب. مثل مارواه الصدوق في الحسن عن
مؤمن الطاق (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن ادنى ما يزوج به الرجل المتعة؟ قال:
كف -

كفين خ ل - من بريقول لها: زوجيني نفسك متعة على كتاب الله وسنة نبيه نكاحا
غير
سفاح، على ان لا ارثك ولا ترثيني، ولا اطلب ولدك، الى اجل مسمى فان بدالى زدتك
و

زدتني). ١
وحسنة ابن ابي عمير عن بعض اصحابه عنه (ع) (قال: لا باس بالرجل يتمتع بالمرأة
على حكمه، ولكن لا بدله من ان يعطيها شيئا، لانه ان حدث به حدث لم يكن لها
ميراث). ٢ وما رواه الشيخ في الصحيح عن صفوان عن ابن مسكان عن عمر بن حنظله
(قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن شروط المتعة. فقال يشارطها على مايشا من
العطية، و

يشترط الولدان اراد، وليس بينهما ميراث) ٣. وحسنة ثعلبة (قال: يقول اتزوجك متعة
على كتاب الله وسنة نبيه نكاحا غير سفاح، وعلى ان لا ترثيني ولا ارثك، كذا وكذا
يوما

١: وسائل: ج ١٤، ابواب المتعة، ب ١٨ ح ٥ - محمد بن النعمان الاحول المعروف بمؤمن الطاق.

٢: المرجع، ب ٤٠ ح ١ - واورد ذيله في ب ٣٢ ح ٣.

٣: المرجع: اورد ذيل الحديث في ب ٣٢ ح ٦، وصدوره في ب ٣٣ ح ٣.



(۳۹۱)

بكذا وكذا درهما، وعلى ان عليك العدة). ١
وموثقه ابي بصير (قال: لا بد من ان يقول فيه هذه الشروط: اتزوجك متعة كذا
كذا يوما، بكذا، وكذا درهما، نكاحا غير سفاح على كتاب الله وسنة نبيه وعلى ان
لا ترثيني ولا ارثك، وعلى ان تعتدى خمسة واربعين يوما). ٢ ورواية ابا بن تغلب -
وفى

سنده ابراهيم بن الفصل ولكن الرواي منه عمرو بن عثمان وقد قال النجاشي انه نفى
الحديث صحيح الحكايات - قال (قلت لابي عبد الله - ع - كيف اقول لها اذا
خلوت بها؟

قال: تقول اتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا موروثه كذا وكذا
يوما، و

ان شئت كذا وكذا سنة، بكذا وكذا درهما. وتسمى من الاجل ماترا ضيتما عليه قليلا
كان او كثيرا. فاذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وانت اولى الناس بها. قلت:
فانى

استحيى ان اذكر شرط الايام (!) قال: هو اضر عليك قلت وكيف؟ قال: لانك ان لم
تشرط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة في العدة، وكانت وارثة، ولم تقدر على ان
تطلقها الاطلاق السنة). ٣ وقد عمل بها الاصحاح في مسألة انقلاب المتعة دواما بترك
شرط الاجل. ورواية هشام بن سالم (قال: قلت لابي عبد الله - ع - اتزوج المرأة
متعة مرة

مبهمة. قال فقال: ذلك اشد عليك ترثها و ترثك، ولا يجوز لك ان تطلقها الاعلى
طهرو

شاهدين) الحديث. ٤ وقوية عبد الله بن عمرو - فانه وان كان مجهولا لكن من الرواية
عنه

في السند جعفر بن بشير عن حماد بن عثمان - (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن
المتعة.

فقال: حلال لك من الله ورسوله. قلت: فما حدهما؟ قال: من حدودها ان لا ترثها و
لا ترثك) ٥ الحديث. وهذا كالصريح بل صريح في المطلوب.

واصرح منه الناطق بالعدم سوا اشترط ام لم يشترط هو رواية سعيد بن يسار عن
ابي عبد الله - ع - وليس في سنده من يتامل فيه الا البرقي وهو مشترك بين محمد بن
خالد البرقي واحمد ابنه واخيه الحسن. والمشهور استعماله في الاولين. وهؤلاء وان
كان كلهم ثقاتا عند الشيخ والعلامة الا ان النجاشي وابن الغضا [ير]ى طعنا في

١: المرجع: ب ١٨ ح ٢.

٢: المرجع: ب ١٨ ح ٤.

۳: المرجع: اورد صدره في ب ۱۸ ح ۱، وذيله في ب ۲۰ ح ۲ - تهذيب ج ۲ ص ۱۹۰.
۴: المرجع، ب ۲۰ ح ۳.
۵: المرجع: الباب ۳۲ ح ۸.

حديثهما. والنجاشي ضعف محمدا. وانت خبير بان توثيق الشيخ والعلامة اقوى من جرحهما. لان النجاشي وان كان اوثق الجماعة في الضبط (على ما صرح به العلامة) لكن ابن الغضائري قلماخلص عن طعنه ثقة فضلا عن غيره وبذلك يظهر قلة الاعتماد في جرحه. فالاعتماد على الاولين ارجح مع ان اعتضادها بالروايات المتقدمة وعمل الاكثرين والاصل يرجح العمل عليه. (قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث، قال: ليس بينهما ميراث اشترط ام لم يشترط). ١ وحملها الشيخ على اشتراط نفى الميراث، لا اثباته. وربما يؤيد ذلك بان المتعارف في الاخبار لما كان اشتراط نفى الميراث لا اثباته، جاز حمله على ذلك، كما فعله الشيخ. هذا التأويل على فرض تسليمه انما يفيد عدم ثبوت الميراث مع عدم الا اشتراط لا ثبوته مع الشرط. و سيحبي الكلام في ادلة المثبتين.

حجة القول الثاني: عموم الاية. فانها زوجة عرفا. ولانها لولم يكن زوجة للزم خروجها عن الحصر المذكور في قوله تعالى (الاعلى ازواجهم او ماملكت ايمانهم) ٢ الى قوله تعالى (فاولئك هم العادون). ٣ ولا يرد النقص بالذمية والقاتلة لثبوت التخصيص من

خارج، والعام المخصص حجة في الباقي. وشرط السقوط مخالف لمقتضى العقد فيكون باطلا.

وفيه: منع انصراف الازواج الى المتعة عرفا، مع ان الاخبار مصرحة بانها مستأجرات، وانها بمنزلة الاباحة ونحو ذلك. سلمنا لكنها مخصصة بتلك الاخبار المستفيضة المعمول بها عند الاكثرين. واما الحصر الموجود في الاية، ففيه انه لعله بالاضافة الى الرجل والبهائم او بالنسبة الى ازواج الغير وامائه. ٤ وتخصيص الازواج و الاما بالذكر لكونهما من الافراد الغالبة. وهذا وجه متين لا ياباه الطبع السليم. مع انه يشكل بالتحليل. وادراجه تحت ملك اليمين، فيه ما لا يخفى. اذا الظاهر (مما ملكت ايمانهم) ملك العين لاملك المنفعة. مع ان قليل المنفعة. مع ان قليل المنفعة لا يطلق عليه الملك، بل هو اباحة وامتاع. فهو ايضا لو سلم عمومها مخصصة بتلك الاخبار. فان الاقوى جواز تخصيص

١: المرجع، الباب ح ٧.
٢ و ٣: الآية ٦، السورة المؤمنون.
٤: الاماء - خ ل.

(۳۹۳)

الكتاب بمثل هذا الخبر الواحد. وبالجملة هذا القول باطلاقه لعله مخالف لاجماع الامامية. كما يظهر من السيد (ره) في الانتصار حجة القول الثالث: اما على عدم اقتضا نفس العقد ذلك: فما تقدم في حجة ما اخترناه مما يدل على ذلك. واما على اقتضائه مع الشرط: فعموم (المسلمون عند شروطهم) ١

وفيه نظر واضح اذلا معنى لوفاء الميت بشرطه، سلمنا لكنه مختص بما تقدم، و خصوص صحيحة محمد بن مسلم (قال سألت ابا عبد الله - ع - كم المهر يعنى في المتعة؟

فقال: ماتراضيا عليه الى ماشا من الاجل - الى ان قال - وان اشترط الميراث فهما على شرطهما). ٢ وحسنة احمد بن محمد بن ابى نصر البزنطى لابراهيم بن هاشم عن الرضا - ع - قال تزويج المتعة نكاح بغير ميراث ونكاح ميراث، ان اشترطت كان، وان

لم تشترط لم يكن. ٣ وفي الكافى بعد ذلك (وروى ايضا ليس بينهما ميراث اشترط ام لم يشترط). وهذه الرواية مروية ايضا في (قرب الاسناد) بسند صحيح. واورد عليها بان التوريث من جعل الشارع فلا مدخلية للشروط فيه. ورد بان الشرط من جعل الشارع لهذين الحديتين وان كان لفعل المكلف مدخلية فيها، كما لو اسلم الكافر. وفيه انه انما يتم اذا قاوم الخبران الادلة المانعة. وبان سبب الميراث ان كان هو الزوجية، فيدخل المتعة في الاية، اشترط ام لا. والا، فلا موجب له. ورد بتسليم الدخول في الاية والقول بالتخصيص بدون الشرط، يعنى ان الاية تقتضى ثبوت الميراث

للزوجة الامتعة لم يشترط لها الميراث. وفيه نظر لان الروايتين دلتا على ان ثبوت الميراث لاجل الشرط. لالانه زوجة. فالحديثان مخالفان لظاهر القرآن ولا معنى للتخصيص.

فالتحقيق في الجواب على هذا القول، منع دخولها تحت الاية، او منع كونها زوجة. واما على ما اخترناه فيتم التخصيص على القول بكونها زوجة، ومع منعها على ما اخترناه

ايضا فيقع تعارض بين ما ذكرنا من الاخبار وهاتين الروايتين. فمع ان هاتين الروايتين

١: الوسائل: ج ١٢، ابواب الخيار، الباب ٦، ح ١، ٢، ٥.

٢: المرجع

٣: المرجع

لايقا ومان ماذكرناه من الروايات من حيث الكثرة والاعتضاد مع اعتبار اسنادها ايضا، [و] وفق بالكتاب ايضا من قابلية ادراجها تحت الزوجة، وموافقتها للحصر المذكور في الاية الثانية. واماما ذكروه فلايلائم كونها زوجة وينافى ظاهر الحصر.

ثم انهم ذكروا تفريعا على هذا القول، انه لو شرطا لاحدهما دون الاخر، فيتبع، لظاهر الخبرين. وهو كذلك ولاوقع لما يستشكل من اغلبية كون الارث من الجانبين، لكثرة امثاله ايضا. مثل ارث المسلم عن الكافر، وارث الولد المنفى باللعان ١ وغير ذلك

وقال المقداد - بعدما اختار القول الاول - (لكن لو اشترطا، جاز وينزل على الوصية يتفرع عليه احكامها).

حجة القول الرابع: عموم الاية، وعموم (المسلمون عند شرطهم)، (ويظهر جوابهما مما تقدم) وموثقة محمد بن مسلم (قال: سمعت ابا جعفر - ع - يقول في الرجل

يتزوج

المرأة متعة، انهما يتوارثان اذا لم يشترطا، وانما الشرط بعد النكاح) ٢. وحملها الشيخ على ارادة ذكر الاجل من الشرط، يعنى اذالم يذكر الاجل فيصير نكاحا بتا دائما.

ويرجع

الى ما افاده رواية ابان بن تغلب المتقدمة، من انقلاب المتعة دواما بدون ذكر الاجل. و لا باس بهذا التاويل، لكن في مسألة انقلاب المتعة دواما بذلك، نحن لانوافق المشهور.

و

ذكرنا ماهو الحق في ذلك وتاويل الرواية في كتاب مناهج الاحكام. وكيف كان فهذه الرواية لا تقاوم ماذكرناه من الادلة، فاما يطرح، او يؤول بان المراد بيان حقيقة المتعة و الدوام. وان عدم ذكر الاجل من حدود النكاح الدائم الذى يوجب التوارث. ومع ذلك كله

فالا حيتاط في الدين ان لا يحرم مع الشرط، ويصالح بينهما بشيء. والله العالم.

٢٢٥: سؤال: شخصى دختری را خطبه میکند. و قبل از عقد و مزاجه از بابت

رسوم و تعارف، چیزی میپردازد برای دختر و پدر و مادر و کسان او، از ماکول و ملبوس و

غير آن. و به مصرف مرسانند و بعضی باقى است، يا هيچ باقى نيست. بعد از آن

دختر

يا کسان او پشيمان میشوند و او را رد میکنند، آیا میتواند آنچه اخراجات کرده است

استرداد نماید يا نه؟

جواب: هر چند در بادی نظر چنین منماید که چون این شخص مال را مجاناً

١: راجع المسأله ٢٧٣ من هذا المجلد.
٢: المرجع: ب ٣٢ ح ٢.

نمدهند و غرضش این است که آنها در امر دادن دختر مستمر و ثابت قدم باشند، و اگر

داند که در آخر امر نخواهند داد هرگز راضی نمیشود به این که مال او را مصرف برسانند. پس باید در صورت رد، غرامت بکشند. اما تحقیق آن است که مادامی که ایشان بر رضای خود باقی اند تصرف جایز است. و این تسلیطی است غیر را بر مال خود، و

غرامت متوجه نمیشود. و همین معنی که ایشان در آن وقت راضی اند و مستمراند بر اراده خود، کافی است به جهت اباحه تصرف و گاه است که در این وقت مطلقاً در متخیله

اولیا خطور نمیکند که او را رد کنند و این حال را هم آن شخص مخاطب از ایشان فهمیده و اباحه تصرف به جهت ایشان به این حال کرده. و اباحه از جمله انشائاتی است

که تعلیق بر ندارد.

بلی بعضی تعلیقات - مثل این که بگوید که اگر در قلب تو این است که دختر را به من

ندهی مباح نیست، و اگر در قلب تو این باشد که بدهی، - مباح است - خوب است. اما اگر

بگوید که (الحال مباح کردم به تو که تصرف کنی به شرط این که در نفس الامر عایقی رو

ندهد، یا بدائی به جهت تو حاصل نشود، پس در این صورت اباحه حالیه معنی ندارد، و

(انشا) صورت نمیپذیرد کما لا یخفی. بلی اگر بگوید که (این را الحال به تو اباحه میکنم و شرط میکنم با تو که اگر بدائی رو دهد و از جانب تو ندامتی به هم رسد، عوض

آن را به من رد کنی) خوب است. اما لزوم آن در ضمن عقد هدیه و اباحه، معلوم نیست.

و علی ای تقدیر، اگر فرض ضمان تواند شد، در صورت شرط، چنین است. و اگر نه،

دلیلی بر غرامت مطلقاً نیست. ۱ و این نظیر آن است که کسی با کسی دوست باشد و به

رسم هدیه و اباحه و غیر آن مال خود را از دوست خود مضایقه نکند و در کمال طیب

نفس مال خود را به او روا دارد، و آن دوست نیز مال بسیار از این دوست به این

نهج به
تلف آورد. بعد از آن اتفاق افتد که دشمنی شدید بینهما حاصل شود. الحال اگر از
راه
عدوات بگوید که از مال من آنچه که خورده ای به تو حلال نمکنم. یا آن که
خواهد دعوی
غرامت بکند، هر در [ی] این سخنها عاطل و باطل است. و شك نیست که اگر در
حین
دوستی تصور مسکرد که این شخص به این نحو دشمن او خواهد شد، در آن وقت به
او
مال خود را روا نموداشت.
پس اگر بگوئی: اجابت اولیا سبب اتلاف مال مخاطب شده و غرامت بر تسبیب

۱: ممکن است " دلیلی بر غرامت مطلق - یعنی در صورت عدم شرط - نیست " صحیح باشد.

مترتب میشود. گوئیم: که (با وجود آن که در این سبب عدوانی نیست و آنچه مسلم است در تأثیر

بسبب صورت عدوان است) سببیت مخاطب اقرب است که خود به ایشان داده. و اگر

گوئی که اولیا مباشر اتلاف شده اند پس باید غرامت بکشند. گوئیم غرامتی بر (مرخص

فیه) مترتب نیست. اگر گوئی که رخصت به شرط بقا بر رضا است نه مطلقا. گوئیم رخصت در حال رضا است نه به شرط بقا بر رضا و دوام آن. چنان که گذشت. و آنچه ذکر کردیم در صورتی است که خطبه [ای] بشود، و اولیاء اجازه بدهند. اما در

صورتی که مطلقا اظهار نکرده باشد و این تعارفات را به عمل آورد به طمع این که بعد از

استمالت قلب ایشان به تزویج راضی شوند و اگر خطبه کند رد نکنند، پس امر در آنجا

اسهل خواهد بود. و ظاهرا همین از جمله (هدیه مصانعه) باشد که در بعض اخبار مذکور

است. و از قبیل این است برگ سبزی که درویشان دهند. یا دسته گل، یا مهر نمازی، و

امثال اینها. و اظهر این است که آن مباح باشد بدون عوض، و عوض واجب نیست هر چند

ترك عوض خالی از کراهت نخواهد بود نظر به بعض اخبار و دلالت اعتبار. و ظاهر این

است که مثل مذکور باشد هر گاه ظهار خواستگاری نیز بکند و به گوش اولیا برساند و

هنوز وعده دادن نکرده باشند.

و این که در (هدیه مصانعه) گفتیم که مباح است بدون عوض، در صورتی است که از

حال و اهب معلوم نباشد که راضی نیست [بر] تصرف در آن بدون عوض. و اگر معلوم

باشد که راضی نیست به تصرف بدون عوض، تصرف جایز نخواهد بود. و ظاهر این است

که در صورت اجابت اولیا و تراضی طرفین بر اخراجات هر گاه اولیا بگویند که فلان قدر

مال بیاور از ماکول و غیر ماکول تا صرف شیرینی و مطبخ بشود، و بر سبیل رضا هم به

مصرف برسد هم حکم همان است که گذشت، چون عدوانی نیست.
۲۲۶: سؤال: هر گاه شخصی زوجه مدخوله خود را طلاق گوید و خواهد که به عقد

انقطاع در آورد. از برای زوجه عده میباشد یا نه؟ در حالتی که مهر خود را تمام و کمال گرفته باشد، یا نگرفته باشد، یا هبه به زوج خود نموده باشد.
جواب: اگر (طلاق به این) باشد میتواند بدون عده او را ثانیاً عقد کند. وعده داشتن در صحت عقد دیگران شرط است، نه در حق خود زوج. و اگر (طلاق رجعی) باشد،

تجدید عقد در حکم رجوع است. و ظاهر این است که عقد ثانی صحیح نیست، و رجوع

میشود به زوجیت اولی. ۱

۲۲۷: سؤال: هر گاه در طهر موقعه طلاق گفته باشد و بعد از آن صیغه متعه جاری شده باشد، چه صورت دارد؟. جواب: طلاق باطل است و صیغه متعه اعتبار ندارد.

۲۲۸: سؤال: هر گاه کسی متعه داشته باشد و آن مرضعه باشد، و مدتش نیز باقی باشد. و خواهد که تتمه مدت را به او ببخشد، به عقد جدید او را متعه نماید. آیا عده از

برای او هست یا نه؟ و هم چنین هر گاه مرضعه نباشد و من تحيض باشد، چه از برای

زوج خود یا غیر؟. و ایام مدت عده متعه چند یوم است؟. و هم چنین هر گاه مدت تمام

شده باشد و زوج یا غیره ثانيا خواهد او را متعه کند؟. جواب: متعه را عده به جهت زوج خود در کار نیست هر گاه خواهد ثانيا متعه کند یا

به عقد دوام بگیرد، خواه مدتش منقضی شده باشد یا آن که تتمه مدت را به او بخشیده

باشد، و خواه مرضعه باشد و خواه غیر مرضعه، و خواه (ذات اقرا) باشد یعنی بالفعل (حیض بین) باشد یا در سن (من تحيض) باشد و حیض نبیند. و اما غیر زوج او را عقد

نمیتواند کند، الا بعد از انقضای عده، نه به دوام و نه به تمتع. و اما عده متعه: اگر در

سن (من تحيض) باشد و حیض نبیند چهل و پنج روز است و اگر حیض مسبیند، در مسأله

اختلاف بسیار است، و احوط آن است که دو حیض بیند بعد از دست برداشتن. پس اگر

در حال حیض باشد که مدت تمام شود، آن حیض را اعتبار نکند. بلکه باید در حیض بعد

از آن ببیند. والله العالم.

۲۲۹: سؤال: زید صبیبه خود را در غیبت او به پسر عمرو شوهر داده. در حال صبیبه مذکوره مگوید که راضی نیستم. و در وقت عقد تخمینا نه سال داشته. و الحال صبیبه

مذکوره مگوید من در وقت عقد از نه سال زیادتر داشتم و راضی نیستم. آیا عقد صحیح

است به اذن پدر تنها؟ یا نه؟.

جواب: از لفظ سائل ظاهر میشود که تخمین بودن نه سال در نزد سائل متعین

است، نه در نزد پدر. و ظاهر سؤال دعوی است یعنی زوج مدعی صحت است، و
زوج مدعی فساد. و تکیه زوج در فساد این است که (من بالغه و رشیده بوده ام و
پدرم

۱: برای دریافت شرح و بیان جزئیات این مسئله رجوع کنید به مسئله شماره ۲۲۰ از همین مجلد.

بی اذن من عقد کرده و من هم اجازه نکرده ام و راضی نیستم).
و وجه صحت هم چند چیز متواند شد: یکی این که زوجه صغیره بوده، یا بالغه بوده
و رشیده نبوده، یا بوده و لکن پدر زوجه و عمرو هر دو مقلد مجتهدی بوده اند که
ولایت

پدر را در امر بالغه رشیده ثابت مدانسته. [در این صورت] در صورت فقد بینه بر
فساد،

قول مدعی صحت مقدم است. به جهت آن که (افعال مسلمین محمول است بر
صحت).

خصوصا هر گاه موافق اصل هم باشد. و ظاهر است که صورت مذکوره موافق اصل
است.

به جهت آن که اصل عدم بلوغ است و اصل عدم رشد ملکه است و
در طفل مفقود است جزما، و عدم آن مستصحب است، و غلبه حصول آن در بالغین
مزاحم این اصل نمیشود. زیرا که آنچه مسلم است از غلبه در غیر مراهقین و اوایل
بلوغ

است. و آیه شریفه هم شاهد این است زیرا که ظاهر (فان آن ستم منهم رشد افاد
فعوا

الیهم اموالهم) ۱ این است که اگر بعد از بلوغ رشدی از ایشان یافتید مال را به ایشان
بدهید. هر چند خلاف کرده اند در این که ابتلا و امتحان قبل از بلوغ است یا بعد؟
و به هر تقدیر تصرفات یتامی در اموال (که نکاح و مهر از آن باب است) شرط
است

به حصول رشد و ثبوت آن بعد بلوغ. نه این که اصل در بلوغ این است که رشید
باشد و

تصرف بالغ صحیح باشد مگر این که سفاهت ثابت شود. پس در مانحن فیه چنان که
شرط

صحت عقد خود صغیره رشد است، شرط صحت عقد پدر نیز عدم رشد است. و
چون

اصل عدم رشد است پس شرط صحت موجود است. پس در این دو صورت اصل و
ظاهر

متطابق است، و قول دختر مخالف اصل و مخالف ظاهر است. و اما مخالف اصل
بودن،

[پس] به جهت آن که اصل عدم رشد است. و اما خلاف ظاهر، پس به جهت آن که
فعل پدر

او محمول است بر صحت، به ادله [ای] که پیش گفتیم.

و به هر حال هر دو متفق به وقوع عقد هستند. و زوجه مگوید که در حالی واقع شده که باطل است. و زوج مگوید در حالی واقع شده که صحیح است. و قول

زوج

موافق اصل و ظاهر است، و قول زوجه هر چند از حیثیتی موافق اصل باشد لکن از حیثیات متعدده هم مخالف اصل و مخالف ظاهر هم هست. و از اینجا ظاهر میشود کلام در صورتی که عقد زوج هم ولایتی بوده که صغیر بوده و پدر او عقد کرده، باز قول

۱: آیه ۶ سوره نساء.

مدعی صحت مقدم است.
اینها در وقتی است که زوج در مقابل، ادعای صحت کند، خواه بگوید که (زوجه من معقوده من است و به غیر حق زن من نیست) و ساکت باشد از جهت خود. یا متمسک شود به این که صغیره بوده، یا غیر رشیده بوده و ولایتا عقد کرده شد، یا بالغه رشیده بوده. و طرفین مقلد مجتهدی مبنی بر این که پدر را مستقل در ولایت مدانست.
و اما هر گاه زوج بگوید که (من نمیدانم، این قدر میدانم که پدر زوجه او را از برای من عقد کرده). و بگوید (هر چه حکم خدا است مجتهد بگوید). پس در این صورت یا این است که پسر صغیر بوده و پدر عقد کرده، یا کبیر بوده و لکن به ادعای پدر زوجه صغیر را، یا عدم رشد را، اکتفا کرده، یا جاهل مسأله بوده، و او ایجابی کرده و این قبول کرده. پس در این، چند صورت متصور است اول: زوج کبیر بوده و والد زوجه به ادعای صغرا و یا عدم رشد او، عقد کرده و زوج هم قبول کرده، و الحال زوجه ادعای بطلان عقد میکند به سبب ادعای کبر و رشد. در اینجا مگوئیم اولاً: قول پدر مسموع است و عقد صحیح است مادامی که خلاف آن ظاهر نشده. به جهت آن که مسلمی است و ادعای ولایت میکند. چنان که و کیلی به ادعای و کالت مال کسی را بفروشد، یا زن کسی را طلاق بگوید. و در این وقت که زوجه ادعای بطلان میکند و می گوید که من در آن وقت بالغه رشیده بوده ام. هر چند مقتضای تصدیق مسلم این است که زوج تصدق او کند، و لکن مزاحم این (قول مسلم) است قول و فعل مسلم دیگر که پدر او است. پس دعوی واقع میشود ما بین زوجه و پدر او. و با فقد بینه اظهر تقدیم قول والد است، چون قول او موافق

اصل است (چنان که گفتیم). و موافق ظاهر. چون فعل مسلم است و محمول بر صحت

است، و ولایت او هم مستصحب است تا زمان عقد، و فعل او است و او اعرف است به فعل

خود، و ظاهر این است که یمین متوجه پدر زوجه هست. و بعد طی دعوی آنها زوج متصرف میشود زوجه خود را که بر وجه صحیح (علی الظاهر) عقد شده بود.

و از اینجا ظاهر میشود حکم جائی که والد مرده باشد یا غایب باشد که در اینجا زوج نیز بعد از استفتا از مجتهد و حکم مجتهد به این که (عقد محکوم به صحت است تا

خلاف آن ظاهر شود، باز زوج متمسک به صحت میشود و بر زوجه لازم میشود اثبات

بطلان. چون او مدعیه است. غایت امر این است که اگر ادعای علم بکند بر زوج که (تو

در آن وقت مدانستی من کبیره و رشیده ام)، قسم نفی العلم متوجه او میشود. و از

اینجا ظاهر میشود حکم صورتی که زوج صغیر بوده و والد او ولایتا عقد کرده. که باز اصل صحت با زوج است. و این عقدی است که از دو مسلم صادر شده بطلان آن محتاج به اثبات است.

۲۳۰: سؤال: هر گاه دو پسر نا بالغ با یکدیگر لواط کنند منشأ تحریم نکاح مادر و خواهر و دختر ملوط بر لایط، میشود یا نه؟ -؟ و فرقی ما بین عمد و سهو و جهل در نکاح هست یا نه؟ -؟ و آیا چنان که مادر و خواهر مفعول بر فاعل حرام است عکس هم چنین است یا نه؟ -؟.

جواب: هر چند از اخبار بیش از حکم لایط بالغ، ظاهر نمیشود - به جهت آن که در

همه آنها لفظ (رجل) واقع شده و آن ظاهر در بالغ است. و هم چنین است لفظ (حرمت)

در اخبار ظاهر در بالغ است، به جهت آن که حکم به حرمت به نا بالغ متحقق نمیشود. و

در مسأله هم خلاف است - لکن اشهر (بلکه اقوی و اظهر) عدم فرق است میان صغیر و

کبیر. و ممکن است که استدلال کنیم به لفظ اجماعی که سید مرتضی در انتصار نقل

کرده است و گفته است (ومما انفردت به الامامیة ان من یلوط بغلام فاوqb، لم یحل له

ام الغلام ولا اخته ولا ابنته ابداء). و کلمه (من) عموم دارد.

و اما در طرف مفعول: پس هر چند در احادیث هم لفظ (غلام) مذکور است و آن ظاهر در نا بالغ است. و لکن الحال صریحا خلافی در نظر نیست که فرقی باشد میان صغیر و کبیر. هر چند اطلاق کلام بعضی دلالت بر وجود خلاف دارد. و به هر حال فرقی

ما بین عمد و سهو و جهل نیست. به جهت آن که این از احکام وضعیه است. و در اینجا

دخول بعض حشفه کافی است در ثبوت حرمت، هر چند در وجوب غسل و غیر آن دخول

تمام حشفه معتبر است.

و اما حرمت مادر و خواهر و دختر فاعل بر مفعول: پس اشهر بلکه اظهر عدم حرمت است. و احادیث دلالت بر آن ندارد. و قولی نقل شده بر حرمت از بعض علماء، و دلیل آن واضح نیست. و بدان که حکم در صورتی که وطی قبل از نکاح باشد، واضح است. اما آن که بعد از نکاح باشد (مثل این که با برادر زن خود لواط کند) پس در آن اشکال است و خلاف است. و مقتضای اصل و عموم اخباری که مضمون آن این است که (الحرام لایحرم الحلال) این است که حرام نمیشود. و مقتضای حدیث معتبری این است که حرام میشود. و شکی نیست که احوط اجتناب است. و بنابر قول به عدم حرمت، هر گاه

آن زن را بطلاق بگوید و بعد از آن خواهد او را بگیرد به عقد تازه، اقوی حرمت است. و

بعضی فرق نگذاشته اند و عقد ثانی را تجویز کرده اند. و این ضعیف است.
۲۳۱: سؤال: هر گاه زینب شوهری رفته، و بعد از مدتی مگوید که من بلامانعم، و پدر او مگوید که من طلاق او را گرفته ام، و زوج، پدر او را وکیل کرده که او را طلاق

بگوید، اما پدر بنفسه نمیتواند طلاق گفت و در وکالت طلاق اذن در توکیل غیر نداده. و

آن ضعیفه مگوید که من خبر این نقلها ندارم و بلا ما نعم. آیا میتواند شوهر بکند یا نه؟ -؟. و هر گاه کسی او را عقد کرده باشد در این حال، آیا تفریق میتوان کرد یا نه؟ -؟.

جواب: قول زوجه مسموع است خصوصاً هر گاه متهم نباشد. یعنی از حال او معلوم نباشد که بی مضایقه است از زنا و بی پروا است از حرام. و قول پدر او که مگوید که

(من طلاق او را گرفته ام) هم مؤید صدق او است و سخن ضعیفه که (من از این نقلها خبر

ندارم) در این مقام در عرف و عادت و به مقتضای قرینه منافی تایید نیست. زیرا که مفهوم میشود که میخواهد گریز از اثبات به هم رساند، و حصول علم از برای زوجه هم به

قول پدرش ممکن الحصول است. و این گریز است به (جواب اعم). چنان که فقها تجویز

کرده اند در جواب منکر، چنان که مدعی به کسی بگوید که (قیمت اسب را که به تو

فروختم بده). خصم [او] بگوید که (من مشغول ذمه تو نیستم) و این از راه خوف عجز از

اثبات است با علم به محق بودن خود.

و هر گاه چنین عقدی شده باشد، تفریق نمیتوان کرد. و این که نوشته اند که (زوج پدر را وکیل کرده که طلاق بگوید یعنی خود بنفسه، و حال آن که خود بنفسه طلاق

نمیتواند گفت [و] در وکالت طلاق، اذن در توکیل غیر را نداده)، اینها محتاج است به

مرافعه. هر گاه به ثبوت شرعی برسد که او را وکیل مطلق نکرده، یا آن که بعد تلقین صیغه

هم قادر بر آن نبوده و بخصوص هم اذن در توکیل غیر نشده، در این صورت دعوی طلاق گرفتن پدر باطل مشود. و لکن دعوی اعم زوجه بر حال خود باقی است تا علم به بطلان از راه دیگر به هم رسد. زیرا که خلو از مانع به غیر طلاق، اسباب دیگر هم دارد.

۲۳۲: سؤال: شخصی در عهد آقا محمدخان به آذربایجان به ملازمت رفته بود. در مراجعه به اردبیل آمده بود. نظر به این که ناخوش بود او را در اردبیل رفقای او گذاشته و به ولایت آمده بودند. و پدر زن او از جمله رفقای او بود. وقتی که به ولایت آمده بودند مدتی از این مقدمه گذشته که نوشته آن شخص مریض رسید که (برادر و اقوام من بیایند

و مرا ببرند) پدر زن او و برادر او به اردبیل رفتند که او را بیاورند. صاحب خانه که آن

شخص مریض در خانه او بوده گفته بود که (آن شخص که شما تفحص او میکنید در

خانه من بود و به رحمت خدا رفت). و رخوت پوشاکی و قدری اسباب دیگر داشت که

پدر زن مریض آنها را مشناخت که آن رختها و اسبابها از شخص مریض است. آیا به این

نقلها علم حاصل میشود و زوجه او به شوهر میتواند برود یا نه؟ -؟.

جواب: امکان دارد که از برای آن شخص که رفته است، از اخبار صحاب خانه و قراین، علم حاصل شود. اگر آن شخص ادعای حصول علم کند تکذیب آن نباید کرد

و لکن از برای ضعیفه که [منخواهد] شوهر کند یا باید دو نفر عادل مدعی علم شهادت

بدهند به موت، یا از بری ضعیفه علم حاصل شود، یا از برای حاکم شرع (یعنی مجتهد

عادل) علم حاصل شود. و اگر اینها هیچ کدام نشود حکم آن حکم (زوجه مفقود الخبر)

است. و حکم همان است که با وجود عدم نفقه و عدم صبر و شکوه به حاکم شرع، او را

مهلت دهد و چهار سال تفحص کند. به تفصیلی که ذکر کرده اند.

۲۳۳: سؤال: عقد زن به زبان ترکی یا فارسی جایز است در جایی که توکیل عربی میسر باشد -؟ یا نه؟. جواب: با وجود امکان به لفظ عربی، جایز نیست از برای زوجین به هیچ لغتی دیگر.

و بر این اجماع نقل شده از شیخ در مبسوط و علامه در تذکره. و قول ابن حمزه به استحباب عربی ضعیف است. و هر گاه یکی از طرفین عربی نداند و دیگری بداند آن که

مداند به عربی بگوید و آن دیگری به لغت خودش. به شرطی که هر يك بفهمد مراد دیگری را، هر چند به واسطه مترجم ثقه باشد. و ظاهرا يك مترجم کافی است. و اگر

عربی را هیچ يك نداند و تعلم هم متعذر باشد یا متعسر باشد، به هر لغت که داند بخوانند، و توکیل غیر واجب نیست. و ظاهر صاحب مدارك در شرح نافع دعوی اجماع

است بر عدم وجوب. و اما غلط گفتن اعراب با وجود صحت لفظ عربی، پس ظاهر شهید ثانی در مسالك این است که مضر نیست در نزد اصحاب ما و احوط آن است که با وجود امکان تعلم، اکتفا به اعراب غلط نکنند.

۲۳۴: سؤال: آیا جایز است که يك نفر صیغه نکاح را ایجابا وقبولا جاری کند یا نه؟ - ۴.

جواب: بلی اشهر واطهر جواز است. بلکه در خصوص عقد نکاح از طبرسی (ره)

دعوی اجماع نقل شده بر کفایت مغایرت اعتباریه. و ظاهر این است که در سایر عقود نیز

چنین است، بلکه اولی است به جواز.

۲۳۵: سؤال: شخصی غلامی دارد و برای غلام زن آزادی بگیرد. و از برای او اولاد به هم رسد. آیا فرزند آزاد است و ملحق به مادر میشود؟ یا مملوک صاحب غلام است؟.

جواب: مشهور میان علما - بلکه از بعضی دعوی اجماع ظاهر میشود - این است که

فرزند آزاد است و ملحق به مادر میشود. و هم چنین هر گاه مرد آزاد کنیزی را عقد کند.

و احادیث معتبره بر آن دلالت دارد. ۱ و قول ابن جنید ضعیف است، و حدیثی که دلالت

بر آن دارد ۲ محمول است بر تقیه یا مؤول است. و ظاهر این است که فرقی نیست میان

آن که کنیزی را به عقد بگیرد مرد آزاد، یا صاحبش از برای او تحلیل کرده باشد. چنان که از

اخبار مستفاد میشود.

بلی اگر صاحب غلام شرط کند بر زن آزاد، مملوک بودن فرزند را، یا صاحب کنیز شرط کند بر مرد آزاد این که فرزند مملوک باشد، مشهور این است که جایز است و فرزند

مملوک میشود. و این قول ضعیف است. و حدیثی که به آن استدلال کرده اند با وجود

ضعف سند دلالت ندارد بر مدعی اصلاً. و آن دلیل، دلیل ابن جنید است بر این که (با

وجود اطلاق وعدم شرط فرزند تابع مملوک از زوجین است) و مشهور آن را حمل کرده اند بر صورت شرط. و شکی نیست که چنین دلیلی معارضه با اخبار معتبره و ظاهر

اجماع نمسکند، و مقتضای آنها این است که فرزند آزاد است.

و بنا بر مختار دور نیست که عقد هم باطل باشد، هر چند در بسیاری از مسائل نکاح تصریح شده به عدم فساد نکاح به فساد شرط. و این کلام در صورت تحلیل مبنی است بر این که (تحلیل) عقد باشد. ۳ و به هر حال با علم به فساد و حرمت وطی، هر گاه

دخول واقع شود زنا میشود، و ولد به زانی ملحق نمیشود. و با جهل به حرمت، ولد

شبهه است و محکوم به حرمت است.
۲۳۶: سؤال: مالک کنیز خود را ببخشد به شخصی دیگر به فلان مدت که به او
جماع بکند. کنیز حامله باشد. اولاد به مالک مرسد؟ یا به آن شخص واطی؟ اعم از

۱: وسائل: ج ۱۴، ابواب نکاح العیید والاماء، باب ۳۰ ح ۱ - تا - ۱۰.

۲: همان مرجع ح ۱۲.

۳: عبارت نسخه ما اینطور نبود تصحیح قیاسی شد.

آن که در وقت بخشیدن مالك شرط کرده باشد در خصوص اولاد یا نکرده باشد. و بخشیدن مالك کنیز خود را برای جماع به مرد اجنبی جایز است یا نه؟ -؟ جواب: جایز است حلال کردن کنیز از برای شخصی اجنبی از برای جماع کردن و سایر استمتاعات. و در مسأله اشکال نیست. و خلاف ضعیفی نقل شده و آن مخالف احادیث بسیار ۱ و اجماعات منقوله و عمل طایفه بوده است. و شرط کرده اند در آن

شروطی که در نکاح معتبر است. یعنی کنیز شیعه را به مخالف نمیتوان تحلیل کرد. و هم چنین کنیز کافره غیر کتابی را به مرد مسلم. و هم چنین حاصل میشود به آن نسب

و خویشاوندی و مترتب میشود بر آن احکام آنها.

و این (تحلیل) یا داخل عقد است یا داخل ملك یمین، گو ملك رقبه نباشد و ملك منفعت باشد. پس خارج از حصر آیه نیست. ۲ و اگر هم باشد تخصیص مدهیم آیه را به

اخبار و اجماعات منقوله. و شرط است در آن صیغه، به جهت آن که ظاهراً اجماع است که

محض تحلیل بر اجنبی منشأ حلیت فرج نمیشود. و به عنوان عاریه هم نمیتوان داد. و ظاهر این است که اجماعی است. چنان که از جمعی علما ظاهر میشود. و حدیث معتبری هم دلالت بر آن دارد. و هم چنین به عنوان هبه و بخشش هم صحیح نیست. بلکه باید به لفظ تحلیل باشد به این که بگوید (احللت لك وطأها) یا (جعلتك في حل من

وطئها).

و جماعتی تجویز کرده اند لفظ اباحه را که بگوید. ابحت لك فرجها و آن خالی از اشکال نیست خصوصاً با ملاحظه آن حدیثی که منع شده در آن از عاریه و تصریح شده

به این که که تحلیل کند و از مقابله تحلیل با عاریه (با وجود آن که از عاریه نیز اباحه فهمیده

میشود) ظاهر میشود که خصوص لفظ (تحلیل) معتبر است. و مطلق الفاظی که دال بر رخصت باشد کافی نیست. و در اشتراط قبول خلاف است، و در اخبار تصریحی به آن

ندیدیم. و بعضی دعوی ظهور (اتفاق اصحاب) بر آن کرده اند. و شکی نیست که اشتراط

احوط بلکه اظهر است.

و در جواز تحلیل آقا کنیز خود را به غلام خود اشکال است و خلاف است، به

جهت

۱: وسائل: ج ۱۴، ابواب نکاح العیید والاماء، باب ۳۲.
۲: آیه های ۶ و ۷ سوره مؤمنون.

(۴۰۵)

تعارض اخبار. و اقوی جواز است به جهت اکثریت اخبار [جواز]، و موافقت خبر منع با مذهب عامه. و لکن هر گاه به صیغه نکاح کنیز خود را به غلام خود بدهد و چیزی از مال خود به کنیز بدهد، اولی و احوط است. و ظاهر این است که ایجاب و قبول هر دو در نکاح واجب است. و دور نیست که ذکر مهر و دادن هم واجب باشد، هر چند جمعی از علما مستحب دانسته اند. و رضای کنیز و غلام شرط نیست. بلکه مولی میتواند اجبار کند آنها را بر ایجاب و قبول، یا خود از جانب آنها ایجاب و قبول کند، یا احدی را وکیل کند که صیغه بخواند. و به هر حال اظهر جواز تحلیل کنیز به عبد خود غیر هر دو هست. اما حکایت اشتراط قبول تحلیل در اینجا، پس آن آسانتر است، بلکه ظاهر آن است که در تحلیل کنیز به عبد خود، قبول در کار نیست و همین انشا او قائم مقام ایجاب و قبول (هر دو) است. اما در صورت تحلیل از برای عبد غیر، احوط بلکه اظهر این است که ترک نشود. و آن عبد به اذن مولی، یا مولی خود قبول کند. و اما مسأله لحقوق فرزند: پس اما در صورتی که کنیز را حلال کرده باشد مالک از برای آزاد، پس در صورت شرط آزادی، است اجماعا. و در صورت شرط رقیت، همان خلاف سابق در مسأله سابقه موجود است. و اقوی عدم اعتبار شرط است، و ولد حراست به همان ادله سابقه در تزویج و خصوص اخبار معتبره در اینجا بالخصوص. و در صورت عدم شرط نیز خلاف است، و اقوی در اینجا نیز حریت است. و جمعی گفته اند در صورت اطلاق و عدم شرط، ولد مملوك صاحب کنیز است مگر این که پدر او قیمت او را بدهد و او را آزاد کند. و دلیل ایشان تمام نیست. و ظاهر این است که در صورت شرط آزادی، این جماعت نیز دادن قیمت را شرط نمودند در آزادی. پس بنابر این، اجماعی

خواهد بود. چنان که گذشت.
و اما در صورتی که حلال کرده باشد از برای عبد، پس فرزند هم عبد است اجماعاً
مطلقاً. و اما حکم لحقوق به صاحب کدامیک پس ظاهر این است که در صورت
اطلاق
مشترك باشد ما بین صاحب غلام و کنیز. چون نسب صحیح ۱ و نما ملك هر دو
است و
مرجحی نیست. چنان که مشهور است. و بعضی تابع مادر میدانند چنان که در
حیوان. و

رجوع کنید به مسأله ما بعد.

آن قیاس است. و لکن اگر شرط کنند به عقد که مال یکی از آنها باشد، پس باید که متابعت شرط گردد. و هم چنین هر گاه شرط در ضمن [عقد] کنند که دو ثلث از یکی

باشد و ثلث از دیگری و هم چنین.

۲۳۷: سؤال: کسی کنیزی داشته باشد، اگر کسی بی اذن مالک با [آن] کنیز جماع کند و فرزند به هم رسد. آن فرزند ولد الزنا است یا نه؟ -؟. به مالک مرسد یا به آن شخص؟ -؟.

جواب: آن کسی که با کنیز جماع کرده اگر آزاد است به گمان حلّیت کرده از راه شبهه یا جهالت، فرزند از او است، و ولد الزنا نیست، و آزاد است. و هر گاه آن کس با علم

به حرمت کرده زانی است و فرزند به او ملحق نمیشود و تابع کنیز است، و ملک صاحب

او است. هر گاه آن کس غلام دیگری بود، پس اگر با علم به حرمت کرده و زنا به عمل

آمده، فرزند ملحق به صاحب کنیز است و مملوک او است. و بر این نقل اجماع شده،

چون در اینجا (نسب) معدوم است. بخلاف صورتی که به عنوان حلال شده باشد و حکم

آن در مسأله سابقه گذشت.

۲۳۸: سؤال: دختر بی اذن پدر و مادر، شوهر میتواند کرد یا نه؟ -؟ و عقد ایشان صحیح است؟ یا شرط است رضای پدر و مادر که اگر بی رضای پدر و مادر عقد به عمل

آید. صحیح نمیشود؟ و اگر بفرمائید که بی رضای والدین عقد صحیح است، آیا (عاق

والدین) میشود یا نه (اعم از این که باکره باشد یا ثیب؟).

جواب: رضای مادر مطلقاً شرط نیست و در لزوم رضای پدر در (دختر بالغه باکره خلاف است. و اقوی و اشهر و اظهر عدم اشتراط است، و عقد بدون اذن پدر صحیح است. و لکن احوط مراعات رضای او است. و اما هر گاه پدر غایب باشد، یا در موقوف

داشتن عقد بر رضای پدر حرج و عسر لازم آید، آنجا احتیاط هم ضرور نیست. و در صورت احتیاج دختر به شوهر و متضرر شدن او به ترك شوهر کردن، هر گاه مخالف

بکند معلوم نیست که گناه باشد، چه جای آن که عاق باشد. بلی هر گاه دو نفر

خواستگار او باشند، و [از] اختیار هر يك از آنها ضرری به دختر نمرسد، پس مخالفت در اینجا دور نیست که معصیت باشد. و به هر حال تحصیل رضای پدر و مادر در امور مباحه لازم است مگر این که منشأ ضرر و حرج باشد. در اینجا فرقی در ما بین باکره و غیر باکره نیست.

۲۳۹: سؤال: هر گاه زوج قبل از دخول فوت شود، زوجه نصف مهر را مطالبه
منماید یا کل مهر را؟

جواب: مشهور کل مهر است. و لکن احادیث معتبره دلالت بر تنصیف دارد. و
احتیاط در این است که صلح کنند بر نصف.

۲۴۰: سؤال در صورتی که زوجه ادعای عنن منموده باشد، و زوج قبول نداشته
باشد عیب مذکور را، بلکه از زوجه سابقه بر این ولدی هم از برای زوج مزبور
حاصل شده

باشد. آن را نیز بیان فرمایند.

جواب: دعوی عنن باید به مرافعه مجتهد جامع الشرائط طی شود، تا ثابت نشود
احکام بر آن مترتب نمیشود.

۲۴۱: سؤال: بعضی از ملاحا مگویند (مادر زن محرم نیست، و دلیلی بر محرمیت
نیست). اصلی دارد یا نه؟ -؟

جواب: این سخن بی اصل است. و محرمیت مادر زن اجماعی است. چنان که از
طریقه مستمره علما و صلحا و اهل دیانت در اعصار و امصار ظاهر میشود بدون
منکری

که اعتماد به شأن او باشد. و در کلام علما (ی معتین [به هم]) بر نخوردم به
مخالفی، و

کلام همگی بالعموم والخصوص دال است بر محرمیت وعدم اشکال. چنان که در
مواضع

بسیار معلوم میشود. از جمله در (کتاب جنایز) همگی ذکر کرده اند در جواز تغسیل
محارم، که مراد به محرم (کسی است که حرام باشد نکاح او ابدًا از جهت نسب یا
رضاع

یا مصاهره) و تصریح به آن شده در همه کتابها، نظر کن مسالك و مدارس و دروس
و

ابن فهد در نکاح مهذب و غیر آنها را.

بلکه کلام مقداد در تنقیح صریح است در دعوی اجماع در کتاب نکاح، در آنجا
که

گفته (المحرم هو كل امرأة يملك وطأها، او حرم مؤبدا بنسب. از رضاع، او مصاهره
به عقد

او ملك یمین. ام التی یملك وطأها فیجوز النظر الیها كالزوجة باطنا و ظاهرا و اما من
حرم وطؤها فیباح النظر فیهن الی الوجه و الکفین و القدمین اجماعا، و یحرم النظر الی
القبل و الدبر به غیر ضرورة من مباشرة علاج و مشاهدة ایلاج. و اما غیر ذلك من
البدن:

فعلی ثلاثة اقسام... الی آخر ما ذکره). و هم چنین در کتاب حدود در مسأله زنا به
ذات
محرم، تصریح شده به محرم بودن. و اگر چه قتل به سبب زنا به ذات محرم
بسی خلاف کرده اند.

و هر گاه کسی بخصوص مطالبه حدیث بکند در مسأله، از او مطالبه حدیث در بسیاری از محارم خواهیم کرد مثل بسیاری از اقسام رضاع. و آنچه او در آنجا گوید، ما در اینجا مگوئیم. و اگر نباشد در مسأله مگر شهرت، ما را کافی است. چون مورث ظن قوی است فکیف مع حصول العلم بالاجماع، او ثبوت الاجماع المنقول. و چون وقت تنگ بود به این دو کلمه اکتفا شد.

۲۴۲: سؤال: بر فرض صحت بیع کنیز حامله، آیا ولد از مشتری است یا بایع؟ -؟. جواب: فرض صحت در وقتی میشود که حمل از مولی نباشد. یا باشد و لکن از صورتهائی باشد که بیع (ام ولد) جایز باشد. پس هر گاه حمل از مولی باشد بی شک فرزند ملحق به پدر او است و ملک مشتری نمیشود. و هم چنین هر گاه حمل از شخص

آزادی باشد - به وجه حلال بین یا شبهه - باز ولد ملحق به پدر است. و هر گاه حمل از زنا

باشد، یا از غلام مولی باشد، یا از غلام غیر باشد، و به سبب شرط مال مولی شده باشد،

پس هر گاه شرط شده باشد در حال بیع که ولد مال مشتری باشد، مال مشتری است.

و الا مال بایع است بنابر اشهر و اظهر. و اگر ولد به سبب شرط مال صاحب غلام باشد،

مال صاحب غلام است.

پس هر گاه بایع کنیز را بفروشد و بعد از آن ادعا کند که حمل کنیز از من به هم رسیده، مشتری انکار کند، و جزم حاصل شود به آن که کنیز در حال بیع حامله بوده -

مثل این که در کمتر از شش ماه بعد خریدن متولد شود، یا ظن به آن حاصل شود، مثل

این که اقصای حمل یا کمتر گذشته باشد اما مشتری به آن دخول نکرده باشد - پس اگر

حمل داخل بیع نبوده، بی اشکال ولد ملحق به بایع میشود. و اگر حمل داخل در بیع بوده، یا بالاصاله چنان که قول بعضی است، یا به سبب شرط چنان که اشهر و اظهر است

پس در این صورت اشکال به هم میرسد. و اظهر و اقوی آن است که اقرار بایع در

حق خود
مسموع است و نافذ است. نه در حق مشتری. و دعوی او در فساد بیع مسموع
نیست. و
ثمره این در وقتی ظاهر میشود که کنیز ثانیاً بر وجهی از وجوه منتقل شود به بایع که
حکم میشود به آزادی فرزند.
۲۴۳: سؤال: آیا مشتری میتواند با کنیز حامله که خریده جماع کند یا نه؟-؟.
جواب: جماعتی از قدما گفته اند که حرام است جماع کردن تا چهار ماه از حمل
بگذرد. و از ظاهر ابن زهره دعوی اجماع بر آن نقل شده. و از شیخ در نهاییه و
جمعی از

متاخرین، چهار ماه و ده روز نقل شده. چنان که صحیحه رفاعه بر آن دلالتی دارد ۱ و
اظهر عمل به آن است خصوصا با استصحاب حرمت. و علی ای تقدیر حرمت جماع
کردن
قبل از انقضای مدت مزبوره مشهور ما بین علما است و مدلول احادیث معتبره بسیار
است

و از شیخ در خلاف وابن ادریس قول به کراهت نقل شده. و شیخ دعوی اجماع
کرده. و دلیل ایشان عموم (ماملکت ایمانهم) ۳ است، و بعضی اخبار غیر معتبره ۴
هم

اشعار به آن دارد. و بعد از معارضه اجماع منقول به مثل خود، و معارضه آیه به آیه
دیگر

یعنی (اولات الاحمال اجلهن ان یضعن حملهن) ۵، و معارضه آن روایت با ضعف
سندو

دلالت به اخبار مستفیضه قریب به تواتر، و استصحاب حرمت سابقه، ضعف این
مذهب به

غایب ظاهر است. هر چند متبادر از آیه (اولات الاحمال) مطلقا است، چنان که
پوشیده

نیست به ملاحظه سیاق. لکن چون در حدیث صحیح وارد شده که (احلتها آیه
و حرمتها

آیه) ظاهر این است که مراد روایت همین باشد.

و می توان منع عموم آیه اولی هم کرد نسبت به اوقات وطی. پس آیتین متعارض
مشوند و متساقط مشوند و احادیث قریب به تواتر با عمل مشهور و ظاهر اجماع
منقول و استصحاب، مرجح حرمت است.

و اما بعد از انقضای عده - چهار ماه یا چهار ماه و ده روز - باز خلاف کرده اند
که آیا

بعد از آن مدت حرام است تا وضع حمل بشود؟ یا مکروه است؟. مشهور کراهت
است. و

ظاهرا دعوی اجماع ابن زهره هم مقتضی آن است. و صحیحه رفاعه دلالت بر آن
دارد. و

به اینها تقیید میشود اخبار کثیره که (باطلاقها) دلالت بر منع دارد. و از مفید قول به
حرمت حکایت شده در موضعی از مقنعه (و از علامه در مختلف و شهید و شیخ علی
- ره - نیز) تا این که وضع حمل بشود. و دلیل ایشان آیه (اولات الاحمال) است و
احادیث

-
- ۱ - وسائل: ج ۱۴، ابواب نکاح العبيد والاماء باب ۸ ح ۳.
 - ۲ - احاديث همان باب، واحاديث باب ۹.
 - ۳ - آيه ۶ سوره مؤمنون.
 - ۴ - اين اشعار در ح ۲ باب ۸ هست.
 - ۵ - آيه ۴ سوره طلاق.
 - ۶ - همان حديث ۲ باب ۸.

معتبره که در آنها منع شده از وطی تا بعد وضع حمل. و بعد از تأمل در ادله هر چند این قول خالی از قوت نیست، و لکن صحیحه رفاعه با شهرت بین الاصحاب و ظاهر اجماع منقول با تایید آنها به ادله (قول به مطلق جواز)، با

ملاحظه اعتبار عقلی که آن اجتناب از (اختلاط و میاه و انساب) است، کافی است در ترجیح مشهور. و لکن احوط اجتناب است تا وضع حمل بشود. و بدان که: ظاهر اکثر اصحاب (بلکه مشهور، چنان که شهید - ره - در دروس گفته

است) و متبادر از ادله و اخبار، وطی در قبل است. و لکن احوط اجتناب است از دبر او

نیز. و در صورت جواز وطی مستحب است عزل، و شاید وجه آن این است که آن احادیثی که دلالت میکنند بر (مطلوب بودن آزاد کردن آن بدون عزل و این که نفروشد او

را و جدا کند برای او حصه ای از مال خود به جهت معیشت او). و علت آن را فرموده اند که

نطفه او غذای او شده که شبهه فرزندگی در آن راه بیابد. پس از برای خروج از آن شبهه

عزل بکند تا آن ناخوشی لازم نیاید، اگر خواهد مملوک خالص باشد. والحاصل: آن که از احادیث مستفاد میشود که ناخوش است که نطفه او داخل رحم مملوک بشود در حال حمل. و چون دلالت آن [ها] به سرحد و جوب نرسیده، حمل بر

استحباب میشود. و اما هر گاه عزل نکرده باشد، پس خلاف کرده اند در این که بیع او

جایز است یا نه. جمعی از قدمای اصحاب حرام دانسته اند بیع او را، و از ابن زهره دعوی

اجماع بر آن نقل شده. و قول دیگر کراهت است. و شاید اقوی قول به حرمت باشد، و

چند حدیث معتبر دلالت میکنند بر وجوب آزاد کردن. و لکن مشهور استصحاب آن است.

و احوط آن است که او را آزاد کند و مستحب است که حصه ای از برای او از میراث

خود قرار بدهد، یعنی چیزی از مال خود به جهت او قرار بدهد که به او زندگانی کند. نه

این که او را از جمله وراثت قرار بدهد. چنان که مؤثقه اسحاق بن عمار (بلکه صحیحه او) دلالت بر آن دارد، و ظاهر آن هر چند وجوب است لکن قول به وجوب آن در نظر نیست. مگر این که بگوئیم صدوق قائل به آن است چون در من لا یحضره الفقیه آن را روایت کرده.

۲۴۴: سؤال: هر گاه زید متوفی، و زوجه او نیز متوفی، و ورثه زوجه مهر نامچه در دست دارند به خط و مهر عدول، و شاهی ندارند، و ادعای مهر منمایند، چه چیز مطالبند؟

جواب: هر گاه وارث زوجه در صورت جزم ادعای خود را ادا میکند مطابق مهر نامچه، یعنی مگوید که (این مقدار مهر) مادر من از مال پدر شما میخواهد. به ما

بدهید). پس در این وقت باید که جواب مدعی علیهم چه چیز است. هر گاه بگویند مادر شما مهر ندارد، و انکار کنند از اصل، اظهر در نظر حقیر این است که مدعی مستحق مهر المثل است، مگر آنچه ادعا میکند کمتر از مهر المثل باشد، که در آن وقت به

اقرار خود مأخوذ است. و هر گاه در جواب بگویند که ما علم نداریم که مادر شما مهر دارد

یا نه، پس هر گاه مدعی برایشان دعوی علم کند، قسم نفی العلم به آنها مدهند و باز رجوع به مهر المثل میشود بر نهج سابق.

و هر گاه بگوید که ما قدر آن را نمیدانیم، باز در صورت ادعای علم و قسم نفی العلم، رجوع به مهر المثل میشود بر نهج سابق. و ظاهراً در این دو صورت دور نیست که

مسمی را که ادعا میکند بگیرد. به جهت عدم معارضی. و در هر يك از صور ثلاث باید

قسم بر عدم علم به استخلاص ذمه زوج از حق مورث خود یاد کند.

و اگر مدعی به صورت جزم ادعا نکند و اعتماد به محض کاغذ باشد، پس در این صورت دعوی غیر مسموعه است. و اگر نحو دیگر باشد باید معلوم شود. و این مسأله از

مشکلات است و شقوق و شعب بسیار دارد. و رساله ای در این خصوص نوشته ام. و چون

محتاج به مرافعه است و مرافعه را مجتهد عادل باید بکند، در وقت مرافعه حقیقت حال

معلوم میشود. گاه است از برای حاکم به سبب کاغذی و قراین علم حاصل شود، و به

علم خود عمل کند. و گاه است نحو دیگر بشود. در حین عجز از وصول به حاکم چنین

مطالب به مصالحه طی شود بهتر است.

۲۴۵: سؤال: شخصی متوفی، و دو زوجه دارد و وارث دیگر هم دارد. و از جمله مخلفات او قطعه ای باغچه است که پانزده قفیز میباشد. و ده قفیز آن در صدق دو زوجه او است. آیا الحال که اراده قسمت دارند باید اثلاثاً قسمت کرد و دو ثلث را به دو

زوجه بدهند و باقی را میان وارث تقسیم کرد؟ یا باید به مساحت ده قفیز را وضع نموده

به دو زوجه داد و آنچه باقی بماند میان وارث قسمت کرد؟.
جواب: در این مقام باید ملاحظه حال نکاح و صداق را کرد که در وقت صداق کردن

منظور چه بوده. هر گاه منظور از پانزده قفیز، دو ثلث بوده و ذکر (قفیز) بنابر مسامحه و

شهرت عرفی بوده، مهر صحیح است و دو ثلث آن مال زوجه ها است، و این در معنی

ثلثان است. و ظاهر این است که (جز مشاع معلوم النسبه به اصل) را مثل نصف و ثلث و

غیر ذلک، با معلوم بودن هر چند مشاهده باشد در مثل زمین و باغ، جایز است مهر کردن. چنان که جایز است فروختن.

و هر گاه منظور ده قفیز از پانزده قفیز بوده با معلوم بودن مساحت مجموع - به این معنی که زوجه ها ده قفیز را از هر جا خواهند از آن باغچه بگیرند ۱ - پس در آن اشکال

است. و در خصوص صدق الحال از کلام علما چیزی در نظر نیست. و لکن مقتضای

آنچه در بیع گفته اند (که جایز نیست بیع قفیزی از زمین معینی یا زرعی از کرباس معینی) بطلان است. مگر آن که تعیین شده باشد که مبیع از این سرزمین باشد تا ده قفیز تمام شود، در [این صورت در] آن خلاف است. و اظهر صحت است. بلکه آخوند ملا احمد

اردبیلی (ره) در صورت عدم تعیین هم میل به صحت کرده به جهت آن که عموماً مقتضای صحت میکنند و غرر و جهالت در عرف و عادت لازم نمآید که منشأ فساد شود هر گاه مشتری ببیند و راضی شود و هم چنین هر گاه بگوید از این سر کرباس يك

ذرع را به تو فروختم.

و چون امر در صدق آسانتر است از بیع - چون نکاح از معاملات محضه نیست چنان که فقها تصریح کرده اند و مسامحه کرده اند حتی این که تجویز کرده اند صدق کردن

خادم غیر معین، و دار غیر معین را، و گفته اند که خادم وسطی یا دار وسطی باید داد

-

پس حکم به بطلان مهر در ما نحن فیه نمکنیم و می گوئیم ده قفیز را مساحت کنند و بر

دارند و بعد از آن باقی را تقسیم کنند. مگر این که قرینه عرفی و عادت باشد که فهمیده

شود که مراد ثلثان باغچه بوده است، که در این وقت قرینه [عرف و] عادت متبع خواهد

بود. و احوط مصالحه است به ثلثان، خصوصاً هر گاه در میان وارث صغیری یا مجنونی یا

غائبی باشد.

و هر گاه منظور ده قفیز باغچه بوده با مجهول بودن مساحت کل - هر چند در

السنه

با پانزده قفیز مشهور باشد و لکن معلوم باشد که باغچه جزما مشتمل برده قفیز
هست -

پس در آن اشکال بیشتر است. دور نیست که در آنجا نیز حکم به صحت کنیم و بر
مساحت ده قفیز را وضع کنیم و باقی را به وارث تقسیم کنیم.

۱ - عبارت نسخه: یا معلوم بودن مساحت مجموع باین معنی که زوجه ها پانزده قفیز...

۲۴۶: سؤال: دختر بالغه ای که غیر رشیده باشد و ولی هم نداشته باشد، متوان به جهت عمرو عقد نمود یا نه؟ -؟ و بر فرض آن که عقد کرده باشند، آیا عقد او

صحیح

است یا نه؟ -؟ و بر فرض عدم صحت عقد آیا باید تفریق شود یا نه؟ -؟ و هر گاه عمرو

اطلاع نداشته باشد که دختر مزبوره غیر رشیده میباشد، و دخول واقع شده، چه حکم

دارد؟ و در صورت آن که حاکم شرع حکم به تفریق کند صداق او چه صورت دارد؟.

جواب: هر گاه پدر و جد پدری ندارد ولی او حاکم شرع است و بدون اذن او عقد صحیح نیست. و هر گاه شده باشد، تفریق میشود. و هر گاه بعد از اطلاع حاکم

شرع

اجازه کند شاید صحیح باشد، و اگر نکند باطل است. و مراد از حاکم شرع مجتهد عادل

است. و ضعیفه با وجود جهالت حال مستحق مهر المثل است. و هر گاه زوج علم به حقیقت حال نداشته بوده است، پس هر گاه کسی تدلیس کرده است و بر او عیب را پوشانیده و [او] فریب خورده است، رجوع میکند به آنچه به آن زن داده از او پس بگیرد، و از خود زن چیزی پس نگیرد. و اگر فرض شود که آن زن خود تدلیس کرده باشد مستحق مهر نیست.

اینها همه در وقتی است که زن دیوانه نباشد بلکه همین سفیه و بی رشد باشد. چنان که صورت مسأله است ظاهراً. و هر گاه دیوانه بوده حکم او هم همین است به غیر

آن که در اینجا تدلیس از جانب زوجه متصور نیست.

۲۴۷: سؤال: هر گاه شخصی زنی را به عقد خود در آورده. بعد از آن که او را تصرف

نموده آزاری به آن زوجه عارض شده که باعث زایل شدن عقل آن زوجه بوده. و آن شخص مدتی به مداوا و ادعیه کوشیده به گمان این که این آزار حال عارض او شده.

بعد از

مدتی که معلوم شده آن ضعیفه چند سال قبل از این مصروعه بوده. و آن شخص نیز به

ثبوت شرعی رسانیده که این ضعیفه قبل از این صاحب آزار بوده.

و حال به متعلقان زوجه ادعا میکند که شما مرا فریب داده اید در وقت تزویج مرا خبر نکرده اید که این ضعیفه آزارمند میباشد. و من که این قدر خرج او کرده ام به

گمان
این که در خانه خودم آزار دار شده، و حال که فهمیدم قبل از آن مریض بوده، حال
این زن
را نمخواهم. و متعلقان زوجه نیز حال قائلند که قبل از این زوجه آزارمند بوده. و
حال
چون که تصرف شده و دخول واقع شده، در خصوص فسخ و لزوم این عقد و
صداقش چه
مفرمایند؟.

جواب: زوال عقل [اگر] به سرحد جنون است، که از جمله عیوب است. و در صورت جهالت به حال، عقد شده الحال که زوج مطلع شده میتواند فسخ نکاح کند و هر گاه به سرحد جنون نیست و همین صرعی است که منشأ اغما و بیهوشی است، این داخل عیوب نیست که بالذات منشأ تسلط بر فسخ باشد. بلی اگر با شرط صحت وعدم آزار گرفته و خلاف آن ظاهر شود میتواند فسخ کرد. و اگر کسی امر را بر او تدلیس کرده و عیب را پوشانیده و او به گمان صحت گرفته هم ظاهر این است که مسلط باشد بر فسخ. و لکن در اینجا الحال تأملی دارم و فرصت مراجعه نیست. احوط این است که فسخ نکند، یا طلاق بگوید ۲ و اما حکایت مهر بعد از دخول پس اگر کسی تدلیس بر او کرده او باید غرامت مهر را بکشد. هر گاه زوجه خود تدلیس کرده هم مستحق مهر نیست. و در صورتی که غیر تدلیس کرده زوجه مستحق (مهر مسمی) است به سبب دخول، مگر در صورت جنون و در وقتی که ولی شرعی او را عقد نکرده باشد. که در اینجا مستحق (مهر المثل) است. و ولی شرعی مجنون (هر گاه جنون از حال صغر بوده متصل به آن باقی مانده) پدر و جد پدری است، و اگر پدر و جد نباشد ولی حاکم شرع است. و هر گاه بعد کبر عارض شده، ولی او حاکم شرع است. ۲ و باید دانست که خیار فسخ فوری است. و هر گاه بعد از اطلاع راضی شده و بعد پشیمان شده دیگر خیاری ندارد. والله العالم.

۲۴۸: سؤال: چه مفرمایند در این مسأله که شخصی مدتی است به سفر رفته و مفقود الخبر است. و يك زوجه و چهار اولاد - که یکی ذکور کبیر و سه اناث صغیر - از او باقی است. و قدری املاك و جنس داشته. و در زمان حضور خود ولد ذکور کبیر خود را از خانه بیرون کرده. و حال مدت ده سال مشود که رفته و مفقود الخبر است.

زوجه او یکی از صبیبه ها را برداشته و به خانه بکر رفته. و قدری ملك که بوده با اجناس دیگر همه را تصرف نموده. و به ولد ذکور و دو صبیبه دیگر (که زوج او از زوجه دیگر داشته) تصرفی و دخلی نداده. و فروخته و به مصرف خود رسانیده. و ادعا منماید که پاره ای از این اموال را که فروخته ام از عوض صداق برداشته ام. و پاره دیگر را از عوض نفقه و کسوه خود و صبیبه مذکوره برداشته ام.

۱ - کذا. - یعنی چون در صحت فسخ تأمل است پس بهتر است (در صورت تصمیم به جدائی) طلاق بگوید.
۲ - رجوع کنید به باب "الحجر والتفلیس" از مجلد دوم.

از برای خدا و رسول او که دو کلمه قلمی فرمایند که بیع اموال مذکوره صحیح است؟ و نفقه و کسوه خود را حال متواند ادعا نماید و از اموال مذکوره اخذ نماید یا

نه؟ -؟ و با وجود عدم شهود به بقای صدق متواند صدق خود را بگیرد یا نه؟ -؟ و آن

دو صبیبه دیگر که برادر ایشان اخراجات ایشان کشیده تا کبیر شده اند، حال هر گاه برادر

ایشان قسم یاد نماید که (به این نیت خرج کرده ام که هر گاه پدر ما آمد از او بگیرم و الا از

متروکات او بردارم)، به او مرسد که اخراجات ایشان را بردارد یا نه؟ -؟ و زن با وجودی

که مدعیه موت شوهر باشد نفقه و کسوه نخواهد یا نه و این اموال را [متوان] میان ورثه قسمت کرد یا نه.

جواب: زوجه مدخوله غیر ناشزه مستحق نفقه است. و در حال غیبت زوج حاکم شرع باید از اموال او نفقه زوجه را بدهد. و هر گاه دست به حاکم شرع نرسد، عدول

مؤمنین متوجه شوند و از اموال او بدهند. و هر گاه ممکن نشود زوجه خود متواند نفقه

خود را از مال زوج بردارد. و هر گاه موقوف باشد بر فروختن مالی از اموال هم بیع صحیح خواهد بود. و هر گاه تصرف بر وجه صحیح نشده باشد و بیع صحیح نباشد، باز

نفقه او ساقط نمیشود، و می تواند از مال او بگیرد.

و اما نفقه اولادی که فقیر باشند و واجب النفقه پدر باشند، این نیز در حال غیبت پدر در مال او ثابت است. و باید به اذن حاکم شرع یا عدول مؤمنین بردارند و اگر اذن

حاکم شرع و عدول مؤمنین ممکن نباشد، خود نیز متوانند بردارند. و هر گاه دسترسی

به مال غایب نباشد و همان اولاد قرض بکنند در ذمه پدرشان و انفاق کنند، در ذمه پدر

ثابت میشود و از مال او آدا میشود.

و اما انفاق برادر بزرگ آن صغیرها به نیت قرض، پس اگر قرض را به ذمه پدر میکند که اگر پیدا شود از او بگیرد، پس اگر به اذن حاکم شرع است خوب است متواند بگیرد.

و

همچنین هر گاه حسباً کرده باشد با عدم امکان اذن حاکم شرع، و لکن محتاج است به ثبوت و دور نیست که با عدم تمکن از ثبوت، قول او در نیت مسموع باشد. و اما حکایت صداق، پس او محتاج است به مرافعه، و هر گاه مقدار صداق ثابت است دیگر شاهی بر بقا آن در ذمه زوج ضرور نیست بلی اظهر این است که قسم استظهاری بر بقا آن باید بخورد. و اما استیفای آن از مال، هر گاه غیر معین باشد و محتاج به تعیین باشد با فروختن

بعض اموال، پس آن موقوف است به اذن حاکم. علی ای حال چون پای قسم و مرافعه در میان است، محتاج است به رجوع به حاکم، و تصرفی که بدون این شده در باب صداق

بی صورت است.

و هر گاه زن مدعیه موت شوهر باشد مستحق نفقه نیست، خصوصاً هر گاه حامله نباشد و در عده نباشد.

و اما قسمت اموال، پس آن موقوف است به این که موت محقق شود، یا آن قدر از موت

غایب بگذرد که عادتاً بیش از آن عمر نمکند. و در این زمان صد و بیست سال (بلکه صد

سال هم) ظاهر این است که کافی باشد.

۲۴۹: سؤال: هر گاه زید با هند در حینی که ذات بعل بوده و زنا نموده. آیا در این صورت صبیّه هند مذکوره را که قبل از ایام زنا متولد شده بوده است. شرعاً زید زانی

متواند در حباله نکاح خود در آورد یا نه؟

جواب: مشهور میان علمای امامیه حرمت است. و احوط اجتناب است. والله العالم.

۲۵۰: سؤال: هر گاه دو طفل با هم وطی کرده باشند، و فاعل خواهر مفعول را گرفته باشد، اولادی از او به هم رسیده باشد. آیا آن طفل حرام زاده است یا نه؟ - و بعد از

علم به حرمت محتاج به طلاق زوجه هست یا نه؟ -؟

جواب: اگر طرفین علم به حرمت نداشته باشند آن طفل حرام زاده نیست. و بعد از

علم به حرمت، طلاق در کار نیست. ۱

۲۵۱: سؤال: پدر به جهت پسرش زنی بگیرد و مهری تعیین کند. و پسر فوت شود

و

چیزی از او باقی نماند که به مهر داده شود. آیا پدر ضامن مهر هست یا نه؟

جواب: بلی پدر ضامن است در صورتی که عقد را در حال صغر پسر کرده باشد. و

آن صغیر هم مالی نداشته باشد. اما اگر صغیر مال از خود داشته بوده است، پدر

ضامن

نیست بلکه تمام مهر بر ذمه صغیر است اگر مساوی تمام مال داشته باشد. و مساوی

آنچه داشته باشد بر ذمه او است هر گاه مساوی تمام مال ندارد. و در حالی که

صغیر فقیر

بوده باشد هر چند بعد از عقد مالدار بشود هم بر صغیر واجب نیست، چه جای آن

که به
همان فقر باقی مانده باشد. بلی دور نیست که هر گاه پدر در حال فقر صغیر، در
عقد

۱ - رجوع کنید به مسأله ۲۷۵.

شرط کند که ضامن نباشد، بگوئیم که ضامن نیست. هر چند ظاهر اکثر علما در اینجا

نیز ضامن است.

و هر گاه پسر کبیر بوده و پدر و کیل بوده، پس مهر بر ذمه پسر است. مگر آن که پدر

عینی از مال خود مهر او قرار داده باشد، یا مهر را در ذمه پسر قرار داده باشد و خود ضامن شده باشد.

۲۵۲: سؤال: زن میتواند ممانعت کند شوهر را از دخول تا مهر خود را بگیرد یا نه؟

جواب: بلی هر گاه مهر حال باشد - یعنی موعده معین از برای آن قرار نداده باشند و شرط هم نکرده باشد که عند الاستطاعه بدهد، و معنی از دخول هم نباشد - میتواند منع کند. پس تا مهر را نگیرد (به دست خود، یا به دست عادل، یا به دست کسی که

طرفین به او راضی شوند) جایز است از برای او ممانعت. و بعضی علما در صورت اعسار

زوج گفته اند که (مانع نمیتواند شد). و اشهر بلکه اظهر جواز ممانعت است در این صورت

نیز.

و تحقیق این مسأله مبتنی است بر این که نکاح از عقود معاوضات باشد نه محض (تعبد). و دور نیست که چنین باشد. و در (عقود معاوضه) جایز است ممانعت از اقباض

هر يك از طرفین قبل از اخذ عوض. و هر گاه صدق مؤجل باشد، جایز نیست ممانعت

هر چند دخول نکرده باشد تا اجل منقضی شود.

۲۵۳: سؤال: هر گاه زنی شوهر بکند به شخصی به مهر معینی، و شرط کند در ضمن عقد که ده سال هم از برای او یا از برای پدرش کار کند، یا آن که اصل مهر خود را به

این قرار بدهد که: شوهر ده سال از برای او یا برای پدر او کار کند. آیا این عقد و مهر

صحیح است یا فاسد؟

جواب: اما صورت اولی: پس مشهور علما ظاهراً جواز است. و تمام ادله از عمومات و

آیات در اصل مهر افاده میکنند که (هر چیزی که تراضی به آن حاصل شود، خوب

است) و هم چنین عمومات آیات و اخبار که دلالت دارند بر وجوب (وفای به شرط
و عقد)
و غیر آن، دلیل آن است. و بعضی اخباری که دلالت بر منع این شرط دارد، دلالت
آنها
مقدوح است. و در آنجا که فقها ذکر کرده اند که (هر گاه در حین عقد نام ببرند
از برای
زن چیزی و از برای پدرش چیزی، آنچه از برای زن است لازم است و آنچه از برای
پدر

است باطل است) و حدیث صحیحی هم بر این مضمون هست، پس آن در صورتی است

که شرط ضمن العقد نباشد. چنان که در رساله دیگر تحقیق آن کرده ام. و آنچه ظاهر مشهود از شهید ثانی (ره) در مسالك که (اجیر شدن شوهر از برای پدر زن، در شرع ما جایز نیست) بر اطلاق خود باقی نیست و مسامحه کرده است در

تقریر. و آن قدری که ما مسلم داریم از این (منع) این است که: پدر زن، شوهر را از برای

خود اجیر کند در عوض مهر دخترش بدون این که دختر خود مباشر آن باشد، یا راضی به

آن باشد، و صغیر و محجور علیه نباشد. اما هر گاه به رضای دختر باشد (خصوصا هر گاه

مهر چیزی دیگر هم باشد و این شرطی باشد در ضمن آن) پس در آن امر آسانتر است. و

از آنچه گفتیم حکم باقی سؤال ها معلوم میشود.

بلی، خفائی که هست در آن صورت اخری است که مجموع مهر را این قرار بدهد که

شوهر از برای پدر کار کند. دلیل بر بطلان آن نیز بر حقیر ظاهر نیست. و اخباری که بر

بطلان آن اشعار دارند همگی مشتمل اند یا بر ضعف سند، یا ضعف دلالت، یا چیزی که

باعث وهن در اعتماد بر آن هست. و حکایت موسی و شعیب ظاهرا مبتنی بر استقلال

شعیب بوده در آن امر که ما آن را تجویز نمکنیم. و می گوئیم این در شرع او بوده است،

و در شرع ما چنین نیست. نه آن که مطلقا تجویز آن نکنیم و نفی آن کنیم از شرع خودمان. و شاهد آن این است که در آن احادیث بر منع استدلال کرده اند علت که مذکور است در اینها این است که (چون شوهر نموداند که زنده مماند که وفا کند یا

نمیتواند که این کار را بکند و اما موسی (ع) مدانست که وفا خواهد کرد). و تو مدانی که این علت موجه نیست. و اگر به این قائل شویم اکثر صدق ها باطل میشود.

و حال آن که از جمله آنهاست تعلیم قرآن و غیر آن.

۲۵۴: سؤال: هر گاه شخصی دختر خود را تزویج کند به شخصی، و ده تومان
(مثلاً)
به مصرف اخراجات عروسی آن برساند. و شرط کند که ده سال هم داماد خدمت
او را
بکند و اگر وفا به شرط نکند ده تومان را رد کند. و برادر داماد هم ضامن شود که
(هر گاه)
این داماد کوتاهی در وفا کند ورد کردن وجه بر او لازم شود و ندهد من ضامن باشم
و آن
وجه را من بدهم). و داماد وفا به شرط نکرد و فوت شد. و پدر دختر هم فوت شد.
آیا این

شرط و این ضمان صحیح است یا نه؟ و وارث پدر ادعای وجه مزبور را بر آن برادر
متواند کرد یا نه؟ و بر فرضی که تواند، آیا برادر رجوع به ترکه برادر خود که فوت
شده، به جهت غرامت متواند کرد یا نه؟

جواب: اظهر و اشهر صحت شرط مزبور است. و با انقضای ۱ وفا به شرط، پدر
مستحق ده تومان میشود. و آن حق منتقل به وارث میشود و وارث او از برادر داماد
متواند مطالبه کند. به جهت آن که مقتضای ضمان همین است. و توهم این که این
داخل (ضمان مالیم یجب) است پس باطل است، توهم فاسدی است. به جهت آن که
هر چند در حال شرط ضمان هنوز چیزی بر گردن داماد ثابت نشده و واجب نشده
که

برادر ضامن او شود، لکن او ضامن وی شده بر تقدیر تخلف از شرط. و در صورت
تخلف آن

مال بر گردن او لازم است. پس برادر ضامن او است در ادای آن مال بر تقدیر ثبوت.
چنان که در (ضمان عهده درك ثمن مبیع) چنین است. یعنی هر گاه کسی ملکی
بفروشد

به دیگری به ثمن معینی، و ثالثی ضامن شود از برای مشتری که اگر مبیع مستحق غیر
بر آید، ضامن رد ثمن باشد. این صحیح است. و حال آن که در وقت این معامله و
عقد،

ضمان چیزی بر بایع لازم نیست در ظاهر.

و بدان که: این مسأله داخل در (ضمان حال) است بر (دین حال). به جهت آن که
تعلق وجوب رد به ذمه داماد، و تعلق ضمان به ذمه برادر، در (آن) واحد است، که آن
زمان تخلف از شرط است. گوازهین عقد تا آن وقت مدتی فاصله شود. و بعضی از
عمومات ادله صحت ضمان مؤجل است از دین. چنان که اگر ضمان را در اینجا
مؤجل

کند هم صحیح است. مثل این که بگویند که (هر گاه برادرم که داماد است تخلف
کند از

شرط و تا يك ماه بعد از تخلف ادا نکند من متعهد رد وجه تو هستم).
و به هر حال هر گاه برادر که ضامن است وجه را رد کرد به وارث پدر زن، متواند
رجوع کند به ترکه مضمون عنه، یعنی داماد که فوت شده است.

و اینها همه در وقتی است که دختر بالغه رشیده باشد و پدر را وکیل در تزویج و
شرط ضمن العقد و غیره کرده باشد. و الا از برای ولی ثابت نیست جواز این شرط.

چنان که در مقام خود تحقیق کرده ایم ۱ که: شرط ضمن العقد در حکم جز احد طرفین است. و جز مهر مال زن است و مال پدر نمیتواند شد الا به اذن او. و جایز نیست که پدر آن را از برای خود قرار دهد.

۲۵۵: سؤال: چه مفرمایند در این سؤال شرعیه که زید و عمرو با هم در چند قطعه اراضی شریک میباشند. و زید مزبور یک قطعه مشخص و معین از آن اراضی مشترکه را در مهر زوجه خود منماید. بعد از چند وقت دیگر که آن اراضی مشترکه را

عمرو و زید تقسیم منمایند آن قطعه زمین که زید در مهر زوجه اش نموده، رسد عمرو میشود. و زید عوض آن را در جای دیگر به زوجه نمدهد و فوت میشود. آیا زوجه مزبوره را مرسد که بعد از فوت زید مزبور در عوض قطعه زمین مذکور را ترکه زید زمین دیگر متصرف شود یا نه؟

جواب: به قدر حصه زید از آن زمین که صدق زوجه کرده ممضی است و مال زوجه است و قسمت مذکوره باطل است. به جهت آن که مال غیر داخل اموال مشترکه است

یعنی زوجه. و تقسیم مال غیر بدون اذن او صورتی ندارد. و در ازای آن نصف دیگر که

مال شریک او بوده، باید زید از عهده بر آید. و ظاهر این است که به نسبت به آن از مهر المثل تنخواه مگیرد. یعنی بر آورد مهر المثل زوجه را میکند و نصف مهر المثل را

عوض نصف زمین مگیرد. و محتمل است که اگر زوجه خواهد، دست از همه زمین بردارد و رجوع به مهر المثل بکند. به جهت آن که تراضی میان آنها بر همه زمین واقع شده

بوده است، و چون آن به عمل نیامد از آن دست بر مدارد و به مهر المثل رجوع میکند.

۲۵۶: سؤال: دختر بالغه عاقله رشیده باکره بدون اذن پدر و جد پدری میتواند شوهر بکند یا نه؟

جواب: در این مسأله شش قول یا هفت قول است و اکثر اقوال بسیار ضعیف است و مجال ذکر آنها و تضعیف آنها نیست. و اقوای آنها سه قول است: اول استقلال

دختر در
ولایت امر خود. دوم: استقلال پدر و جد بدون مداخلیتی از دختر. سوم: تشریک و
لزوم
اذن از هر دو.
و اقوای اقوال در نظر حقیر قول اول است. به جهت (اصالة عدم لزوم اذن)، و

۱ - در رساله مستقل " شرط ضمن العقد "

عمومات آیات با اطلاقاتی که راجع میشود به عموم در کلام حکیم. مثل قوله تعالی (فانکحوا ما طاب لکم من النساء) ۱ و (فلا تعضلوهن ان ینکحن ازواجهن) ۲ و (حتی تنکح

زوجا غیره) ۳ و (فلا جناح علیکم فی ما فعلن فی انفسهن بالمعروف) ۴ و امثال اینها که

نکاح در آنها نسبت داده شده است به زنان بدون فرقی و تفصیلی. و مراد از (معروف) در

آیه تعرض از برای ازدواج و عدم حد او است. واجماع منقول که سید مرتضی (ره) در

انتصار نقل کرده. و خصوص اخبار کثیره مثل صحیحہ فضلا ۵ که صدوق آن را به سند

صحیح و کلینی به سند حسن روایت کرده [اند].

و تعجب از شهید ثانی [است] که آن را وصف به حسن کرده و منع صحت آن کرده. و

شاید کتاب فقیه در نظر او نبوده. با وجود آن که (حسن به ابراهیم بن هاشم) هم (کالصحیح) است. ۶

از امام باقر (ع) که فرموده (المرأة التي قد ملک نفسها غیر السفیہة ولا المولی علیها، تزویجها به غیر ولی جایز). و در متن این حدیث گفتگو بسیار کرده اند، و شبها در آن

طرح کرده اند. و حق این است که این سخن ها همه دور از صواب است، و محتاج به ذکر نیست.

و بر این استدلال ایراد مصادره کرده اند که (ما قبول نداریم که باکره مالک نفس خود است یا آن که مولی علیها نیست. و همین اول دعوی است). و حق این است که در

اینجا مصادره نیست، و ظاهر حدیث این است که زنی که مالک نفس خود باشد، یعنی

آزاد باشد و مملوکه نباشد، و این صفت داشته باشد که سفیه نباشد، و این صفت داشته

باشد که مولی علیها نباشد، یعنی مجنونه و صغیره نباشد. پس به درستی و به تحقیق که

شوهر کردن او بدون ولی جایز است. و می تواند شد که (غیر السفیہة ولا المولی علیها)

وصف توضیحی باشد بر (ملك نفسها). یعنی هر زنی که محجور عیلهای نیست در مال،

۱ - آیه ۳ سوره نساء.

۲ - آیه ۲۳۲ سوره بقره.

۳ - آیه ۲۳۰ سوره بقره.

۴ - آیه ۲۳۴ سوره بقره.

۵ - وسائل: ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۳ ح ۱.

۶ - عبارت نسخه: با وجود آنکه حسن به ابراهیم بن هاشم، که آن صحیح نیست از امام.

محجور علیها نیست در نکاح. چنان که از اخبار بسیار دیگر هم مستفاد میشود که مراد از (مالکیت امر) همین است. ۱

و به هر حال دلالت حدیث در کمال وضوح است. ودعوی این که (مالکیت نفس به زوال بکارت به جماع حاصل میشود). با وجود خفای آن و محل اشتباه بودن، اولی بود

به تصریح و بیان، از سفیهه نبودن و مجنونه و صغیره نبودن. پس ذکر این وصف ها، بدون آن، شاهد صدق است بر این که از (مالکیت نفس) مراد (ثبوت) نیست. پس باید مراد از مالک نفس بودن، امر معهود واضحی باشد تا همین که بفرماید (هر زنی که مالک نفس خود است، نکاح او بدون اذن ولی جایز است) مخاطبین بدانند. و شکی نیست که ثیب بودن از امور معهوده نیست. و هر گاه مراد امر مجهولی است و محتاج به تفسیر است و آن دو صفت مذکوره تفسیر آن هستند پس هر گاه ثیب بودن هم داخل بود، آن اولی بود

به ذکر و بیان.

و هر گاه این را دانستی ظاهر میشود بر تو وجه صحت استدلال بر مذهب ما نیز به صحیحہ عبد الرحمن بن ابی عبد الله از حضرت صادق - ع - (قال تتزوج المرأة من شائت

اذا كانت مالكة لامرها، فان شائت جعلت وکیلا) ۲ به جهت آن که مراد از مالکیت امر همان است که گفتیم. و بعد هم خواهد آمد. و مثل صحیحہ منصور بن حازم - و قدح در سند

آن به سبب وجود عباس [به ادعای این که او] مشترك [است] میانه ثقه و غیر ثقه، خوب نیست. به جهت آن که ظاهر این است که (عباس بن معروف) ثقه است به قرینه روایت

محمد بن علی بن محبوب از او. با وجود آن که غالب الوقوع در اسناد (خصوصا در این طبقه) او است و اطلاق هم منصرف به او میشود. و مدار در علم رجال و تصحیح اسناد،

به امثال این ظنون است - از حضرت صادق (ع) روایت کرده است (قال: تستأمر
الكبر و
غيرها ولا تنكح الا بامرها) ۳. یعنی بکرو غير بکر مساوی است که باید نکاح به اذن
آنها
باشد و هیچ زنی را نکاح نمیتوان کرد مگر به امر و رخصت او.
و در این هم قدح کرده اند به این که (این حدیث نفی شریک نمسکند، و ضرور بودن

-
- ۱ - همان مرجع: باب ۹ ح ۱.
 - ۲ - ابواب عقد النکاح، باب ۳ ح ۸.
 - ۳ - همان مرجع: ح ۱۰.

اذن او دلالت نمکند به این که اذن پدر و جد در کار نیست). و این بسیار بعید است

خصوصا از طریقه امامیه و اجماع ایشان در غیر بکر که اذن ولی را شرط نمدانند. و سیاق حدیث به يك سیاق است. و دیگر این که مفهوم (حصر) این است که نکاح میشود

بکر و غیر بکر به امر خودشان. و متبادر از حرف (ب) در اینجا (سببیه تامه مستقله) است،

و این در کمال وضوح است.

و مثل روایت سعدان بن مسلم (قال: قال ابو عبد الله (ع) لا باس به تزویج البکر اذا رضیت به غیر اذن ایها) ۱. و دلالت حدیث در کمال وضوح است، و قدح در سند آن به

سبب سعدان بن مسلم (چون توثیقی برای او نقل نکرده اند) ممکن است و لکن در ترجمه او ذکر کرده اند که او از جمله آن کسانی است که صفوان بن یحیی از او روایت

مکند، و او از اهل اجماع عصا به است. و این از مقومات سند است. و عمل اصحاب به

آن جابر ضعف او است.

و خصوص روایت زراره از حضرت باقر - ع - (قال: اذا كانت المرأة مالكة امرها تبیع و

تشری و تعتق و تشهد و تعطی مالها ما شات، فان امرها جائز تتزوج ان شات به غیر اذن

ولیها، وان لم یکن كذلك فلا یجوز تزویجها الا بامر ولیها). ۲ و قدح در سند روایت به

جهت موسی بن بکر، بی وجه است. به جهت آن که علمای رجال گفته اند که کتاب او

معتمد است. و علامه (ره) تصحیح کرده است سندی را که موسی بن بکر در او هست. و

راوی او هم در این سند فضالة بن ایوب است و در حق او ادعای اجماع عصا به شده است

بر (تصحیح مایصح عنه).. همچنین ابن ابی عمیر و صفوان هم گاهی از او روایت میکنند و حال ایشان هم معلوم است. و به هر حال چنین حدیث [ی] در معنی صحیح

است. خصوصا با اعتضاد به عمل جمهور اصحاب.

و روایت ابی سعید قماط ۳ و روایت حلبی ۴ و غیر آنها صریح الدلاله اند بر
مطلوب. از
تتبع اخبار بر مآید که همین که حجر مالی زائل شده حجر نکاحی هم زائل میشود.
و
مؤید مطلوب است این که جمعی استدلال کرده اند که مناط تصرف، بلوغ و رشد
است و

۱ - وسائل: ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۹ ح ۴.

۲ - همان مرجع: ح ۶.

۳ - موفق به دریافت این حدیث نشدم.

۴ - ظاهراً ح ۴، از باب ۴ باشد.

آن در مال و نکاح مساوی است. و بعد از جزم به علیت از ملاحظه اخبار، اشکالی در استدلال به آن نیست. و لکن بنفسه دلیل بودن آن محتاج است به قطعی بودن علت تا از

قیاس خارج شود. و به این سبب ما آن را مؤید شمردیم، نه دلیل. و دلیل قول دوم روایات بسیار است مثل صحیحہ محمد بن مسلم از یکی از دو امام علیهما السلام (قال: لا تستأمر الجارية ادا کانت بین ابویها، لیس لها مع الاب امر، وقال:

یستامرها کل احد ما عدا الاب) ۱. و بر این حدیث وارد است که دلالت میکند بر منع

ولایت جد. و مثل این است صحیحہ زراره (قال سمعت ابا جعفر - ع - يقول: لا ینقض النکاح

الا الاب) ۲. و صحیحہ حلبی از حضرت صادق - ع - (فی الجارية یزوجها ابوها به غیر رضا

منها، قال: لیس لها مع ابیها امر، اذا انکحها جاز نکاحه وان کانت کارهه) ۳. و این حدیث

مخالف اعتبار است و مستلزم عسر و حرج عظیم، بلکه ظلم و تعدی بر نفس ضعیفی عاجزی، خصوصا هر گاه مراد پدر در آن معنی، محض مراعات دنیا و خواهش خود باشد.

آیا چنین حدیثی چگونه مایستد در برابر اصل برائت و اصل عدم و لزوم عدل و رجحان احسان، و موافقت ملة سمحه سهله بیضا. خصوصا این که حدیثی که روایت شده

در حکایت تزویج فاطمه علیها السلام، دلالت بر نفی آن دارد. و پسر شیخ طوسی (ع) آن را

در امالی خود روایت کرده است به سند خود از ضحاک بن مزاحم از جناب امیر المؤمنین (ع) که آن حضرت حکایت کرده تزویج فاطمه (ع) را و این که آن حضرت طلب

کرد آن سیده را از رسول خدا (ص) پس آن جناب فرمودند: یا علی پیش از تو مردان چند

خواهش کردند پس هر گاه در نزد او میگفتم در روی او علامت کراهت او میدیدم. پس

تو درنگ کن تا من بیرون آیم.

پس آن حضرت داخل شد و خبر داد فاطمه (ع) را و فرمود که علی در امر تو سخن

مگ‌گوید پس رأی تو چه چیز است؟ پس فاطمه (ع) ساکت شد و روی خود را نگردانید و رسول خدا در او کراهت مشاهده نکرد. پس برخاست و فرمود (الله اکبر سکوتها اقرارها). پس هر گاه پدر مستقل بود در امر دختر، آن جناب اولی بود به عدم رد آنهایی که قبل خطبه کرده بودند.

۱، ۲ - همان مرجع: باب ۴ ج ۳ و ۱.
۲ - همان مرجع: باب ۹ ح ۷.

وصحيحه ابن يعفور از حضرت صادق - ع - (قال: لا تزوج ذوات الابا من الابكار الا باذن آبائهن). و بر این حدیث مناقشه شده به این که دلالت بر نفی شریک نمکند. و

صحيحه عبد الله بن الصلت (قال: سألت ابا الحسن عن الجارية الصغيرة يزوجهها ابوها،

ألها امر اذا بلغت؟ قال: لا. وسألته عن البكر اذا بلغت مبلغ النسا ألها مع ايها امر؟ قال: لا ليس لها مع ايها امر مالم تثيب). و چند روایت ضعیف دیگر هم هست. و به هر حال: هر چند در این طرف احادیث بیشتر باشد موجب و هن آن بیشتر میشود که جمهور فقها از آنها اعراض کرده اند و بنای عمل را به اخبار سابقه گذاشته اند.

و ظاهر این است که باید این اخبار را حمل بر تقیه کرد. چون اکثر عامه بنای ایشان بر این است، بلکه در ثیب هم ولی را در کار میدانند. والحال هم متعارف در میان ایشان است و قطع نظر از این هم این احادیث مقاومت با ادله مشهور نمکند. به جهت

اعتضاد به شهرت و موافقت کتاب و سنت و اعتبار و اصل نفی عسر و حرج و امثال به

طریقه عدل و تجافی از ظلم و جور. و در این طرف هیچ مؤیدی نیست. الا کثرت اخبار، و

آن هم فایده ندارد. به جهت این که اخبار صحیحه آنها مقدوح اند (چنان که گفتیم) و اخبار

ضعیفه جابری ندارند. و بر فرضی که خبر صحیح و بی قدح باشند هم مقاومت با آن اخبار نمکند. و در احادیث نبویه نیز از ابن عباس دو حدیث روایت شده که صریح در مطلوب ما است.

و اما دلیل قول به تشریک: موثقه صفوان بن یحیی است: قال: (استشار عبد الرحمن موسی بن جعفر - ع - في تزويج ابنته لابن اخيه، فقال: افعل ويكون ذلك

برضاها فان لها في نفسها نصيبا. قال: واستشار خالد بن داود موسی بن جعفر - ع - في

تزويج ابنته علی بن جعفر فقال، افعل ويكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظا) ۱ و

این که در تشریک حاصل میشود جمع بین الاخبار. و تو مدانی که ترجیح مقدم است

بر جمع. و دلیلی بر لزوم جمع (به هر نحو اتفاق افتد) نیست. خصوصا آن که در بسیاری از اخبار طرفین نفی تشریک شده است. و اما موثقه صفوان: پس آن هم چون از حضرت کاظم (ع) مروی است و تقیه در زمان آن

۱ - همان مرجع: باب ۹ ح ۲.

حضرت شدید بود، تصریح به این که (کل امر با او است) نتوانسته اند کرد، وبالمرّة هم از استرضای آن دست برد نداشته اند. و بر فرض تسلیم دلالت بر وجوب، شکی نیست که این حدیث مقاومت نمکند با آن ادله. پس اولی حمل آن است بر استحباب. و هم چنین اکثر اخبار قول دوم. و به هر حال احتیاط در جمع بین رضای هر دو است هر وقت که ممکن باشد.

و اما در وقتی که پدر غایب باشد و دست به او نرسد: پس اشکال کمتر است، خصوصاً هر گاه مستلزم عسر و حرج باشد. بلکه در اینجا احتیاط در استقلال بکر است خصوصاً با رغبت به شوهر.

و این نزاع در مسأله وقتی است که ولی او با وجود کفو مانع از نکاح او نباشد. و اما هر گاه ولی منع کند او را از شوهر کردن با وجود کفو و خواهش داشتن دختر به شوهر کردن، پس ولایت پدر و جد ساقط میشود بلا خلاف. و اجماع بر آن نقل کرده اند. و ظاهر این است که رجوع به حاکم و اثبات منع در نزد او و اذن گرفتن از او (چنان که از بعضی کلمات علامه - ره - در تذکره مستفاد میشود) ضرور نیست. و خود علامه در تذکره تجویز استقلال کرده و نقل کرده است آن را از جمیع علمای ما، با تصریح به عدم اشتراط مراجعه به حاکم.

۲۵۷: سؤال: هر گاه کسی از برای او رعا ف حاصل شد و بر حاصل شد و بعد از آن چند روز دیگر هم باز حاصل شد و بر حاصل شد. و هم چنین چند دفعه عارض شود و رفع شود و در مرتبه آخر به سبب رعا ف فوت شود. و همین شخص در حالی که رعا ف رفع شده بوده زنی عقد کرده و بعد از مدتی فوت شود به رعا ف آخری. آیا زوجه

مستحق صداق هست یا نه؟ -؟
جواب: هر گاه دخول واقع شده است اشکالی در صحت عقد و استحقاق تمام مهر
و
میراث نیست. اما هر گاه دخول واقع نشده باشد، در مسأله اشکال حاصل میشود از
راه
این که این افراد مسأله نکاح مریض باشد. که مشهور علما بلکه خلاف صریحی،
بلکه
خلاف ظاهری ندیدیم در این که در صورتی که به همان مرض بمیرد با عدم دخول،
نکاح
باطل میشود، و نه مستحق مهر المثل است و نه میراث. و اخبار معتبره بر آن دلالت

دارد. ۱ بلکه از بعضی حکایت دعوی اجماع هم بر آن شده. و اما هر گاه از آن
مرض صحت
بیابد و به مرض دیگر بمیرد، یا بعد از دخول بمیرد عقد صحیح است، و همه احکام
آن بر
آن مترتب است.

پس باید ملاحظه کرد که رعا ف را مرض مسگویند یا نه؟ -؟ و این که مجموع رعا ف
ها
یک مرض است یا هر یک مرض علی حده اند. پس بنا بر این که رعا ف را مرض
نگویند، یا
آن که هر یک از آنها مرض علی حده باشد، باز عقد صحیح است و آثار آن بر آن
مترتب
میشود. به جهت آن که مفروض این است که در حال رفع عقد کرده. و اما بنا بر
این که مرض باشد و مجموع را یک مرض بدانیم که صادق باشد که در حال رفع
رعا ف عقد
کرده آن هم در حال مرض بوده، پس عقد باطل میشود به جهت عدم دخول. نه مهر
مببرد و نه میراث. و در این معنی رجوع باید کرد به اطبا.

و بدان که: محتمل است که در این مسأله جاری بشود همان سخنی که در مسأله
(منجزات مریض) ذکر کرده اند که (آیا شرط است در مرض این که مخوف باشد یا
مطلق
مرض کافی است) و فقها در آنجا مثل درد چشم و درد دندان و فالج و امثال آنها را
در
حکم صحت گرفته اند. و امثال آزارهایی که قطع به هلاک در آنها هست، مثل قطع
حلقوم و مری، و دریدن شکم و بیرون آوردن احشا، یا ظن غالب، مثل طاعون
واسهال
مفرط، و زخمی که به سر بخورد و به اماغ برسد، آنها را از جمله آزار مخوف که
جزما
حکم منجزات بر آن مترتب میشود، گرفته اند. و بعضی مساوی الطرفین است مثل
تب
مطبقه. بخلاف تب غب و ربع که اظهر در آن عدم خوف است مگر این که با آنها
سرسام
یا رعا ف مفرط یا ذات الجنب باشد.

و به هر حال: هر چند در مسأله منجزات، اظهر در نظر حقیر (خروج از اصل) است
و

محتاج به دانستن آنها نیستیم. لکن اظهر این است که بنابر قول اعتبار ثلث، مخوف بودن مرض شرط باشد. و از اخبار چنین مستفاد میشود که حکمت چون عدم اضرار به ورثه است، و غالب این است که اضرار در این وقتی است که در مرض مخوف تنجیز بکند. و چون دور نیست که حکمت در مسأله ما هم حرمان ورثه باشد از مقداری که به این زوجه مرسد از میراث، و از این جهت است که اظهر و اقوی این است که در همین

۱ - وسائل: ج ۱۷، ابواب میراث الازواج باب ۱۸ ح ۱ و ۲ و ۳.

مسأله هر گاه زوجه قبل از دخول، پیش از زوج بمیرد و زوج هم در همان مرض بمیرد و زوج از زوجه میراث مبرد. زیرا آن حکمت در اینجا نیست، بلکه خلاف آن هست. با وجود آن که اصل حکم به بطلان عقد خلاف اصل است، پس باید اکتفا کرد به قدر متیقن

که صورت موت زوج است قبل از زوجه. لهذا باید بگوئیم که در اینجا هم مخوف بودن مرض معتبر باشد. و لکن اخبار مطلق اند، و قول صریح هم از علما در اینجا ندیده ام که متعرض مخوف بودن مرض شده

باشند. پس در مسأله اشکال حاصل میشود از جهت اطلاق مرض در اخبار. ۱ و از جهت آن که اصل حکم خلاف قرآن و سنت است و به این جهت هم از کلام شهید

در دروس و محقق در شرایع، در اصل حکم نوعی تردد و توقف ظاهر میشود. هر چند در

نافع ولمعه جزم کرده اند به حکم. و حق این است که جای تردد در اصل حکم نیست.

و لکن بعد از بنای بر آن، اشکال در شمول مطلق مرض هست، به جهت ملاحظه حکمت.

پس حکم به بطلان این عقد که از او سؤال شده موقوف است به این که مجموع ایام حصول رعاف و رفع آن، همه را مرض گویند و مخوف هم دانند (بنابر اعتبار آن)، یا اکتفا

کنند به صدق مرض بنابر عدم اعتبار آن. و دور نیست ترجیح صحت آن عقد. خصوصاً در

صورتی که قصد اضرار ورثه نداشته است. به سبب عمومات و اطلاقات کتاب و سنت، و

عدم تبادر این قسم مرض، خصوصاً در حال رفع رعاف از اطلاقات (اخبار نکاح مریض

که اطلاق مریض بر آن مشکل است و هم چنین حصول خوف هلاک. و بر فرض عدم صدق مرض بر آن، منشأ الحاق به (مریض) نمیشود. چنان که مشهور علما در مسأله (منجزات مریض) حال طلق حامل، و حال مرامات کثیره در حرب در وقتی که دو قشون درهم بریزند و از هر طرف تیرباران باشد (و امثال آن) را ملحق به مرض نکرده اند. بلی هر گاه آزار دیگر هم داشته باشد مثل تب و لکن به سبب

رعاف
ازهاق روح او شده - هر چند عقد در حال رفع رعاف باشد - اظهر دخول آن اشت
در
اخبار. و حکم به بطلان در این صورت که گفتیم دور نیست. و اگر بنا را بر صحت
بگذاریم،
در باب مهر همان خلاف عظیم در میان مآید. مشهور این است که تمام مهر را
مستحق
مشود. و قول دیگر تنصیف است. و از طرفین اخبار معتبره هست. و احتمال تقیه در

۱ - وسائل: ج ۱۷ ابواب میراث الازواج باب ۱۸ ح ۱، ۲، ۳

اخبار مشهور، هست. و بنای عمل حقیر تا به حال بر مصالحه به نصف است. ۱
۲۵۸: سؤال: هر گاه کسی چیزی را مهر زوجه خود بکند که ملك مسلم به آن تعلق
نمگیرد، یا مطلق ملك به آن تعلق نمگیرد (مثل انسان آزاد. یا آن که آن مال غیر
بوده

و او صداق کرده بعد از آن مستحق غیر بر آید تمام آن یا بعض آن). چه باید کرد؟ و
حق

زوجه چه چیز است؟

جواب: اختلاف کرده اند علما در این که هر گاه مسلم مهر زوجه بکند چیزی را که
مالك آن نمشود (مثل خمر و خنزیر) یا ملك تعلق به آن نمگیرد مثل آن که شخص
حری را مهر کند - بعد از آن که اتفاق کرده اند بر این که آن مهر فاسد است - آیا
۲ عقد هم

فاسد است یا نه؟ -؟. مشهور و اقوی صحت است، به جهت عمومات ادله. و موید
این آن

است که اخلا عقد از ذکر مهر مطلقا جایز است. و وجهی از برای بطلان تصور
نمیشود

الا این که در عقد تراضی ضرور است، و مفروض این است که تراضی واقع نشده الا
به مهر

فاسد، و به بطلان مهر تراضی بر آن منتفی میشود، پس مطلق تراضی منتفی میشود،
پس عقد فاسد میشود.

و جواب آن این است که: بطلان مهر مستلزم انتفای مطلق تراضی نیست. و آنچه
دلیل بر آن قائم شده لزوم تراضی است در حین عقد، نه در استمرار. و بسیار اوقات
هست که بعد از تنبه باز بر بقای عقد راضی اند. پس استلزام ممنوع است. و
شهادت

مدهد نیز حکم علما و اخبار بر این که (به فساد شرط، عقد فاسد نمیشود). و حال
آن که

تراضی در عقد بر آن شرط موقوف بوده است. بلکه امر در اینجا و اضح تر است.
پس

معلوم شد که قول به بطلان عقد به فساد مهر، ضعیف است.

و بعد از این خلاف، اختلاف کرده اند که آیا بر زوج چه چیز لازم است از برای
زوجه؟.

و مشهور اقوال نیز در اینجا (مهر المثل) است هر گاه دخول کرده باشد. خواه آن
شیء

قیمتی داشته باشد مثل خمر و خنزیر که في الجملة قیمتی دارند، و خواه نداشته باشد

مثل حر. و بعضی گفته اند: قیمت آن چیز را در نزد مستحلین آن، مدهد، و اگر مثل
حر
باشد که قیمتی ندارد، آن را عبد فرض میکنند و قیمت میکنند. و بعضی گفته اند
که:

۱ - رجوع کنید به مسأله ۲۳۹ از همین مجلد
۲ - در نسخه: در اینکه...

در چیز قیمت دار قیمت را مدهد و در بی قیمت مثل حر رجوع به مهر المثل
مشود.
و دلیل قول اول این است که: مسمی باطل میشود، و به سبب دخول مستحق مهر
المثل
مشود، بنا بر قاعده اتلاف. و بعضی این را ملحق کرده اند به (مفوضة البضع)، به
جهت
آن که مسمای باطل در حکم عدم است. و لازم این قول این است که با دخول مهر
المثل
لازم باشد، و بدون دخول متعه یعنی زوج چیزی مبخشد به زوجه به اندازه وسع
خود. و
این را در شرح لمعه نقل کرده است و معلوم نیست قائل آن کیست. و ظاهر کلام
علامه
این است که مطلقا رجوع به مهر المثل میشود. یعنی هر چند دخول نشده باشد، به
جهت آن که از باب مفوضة البضع نیست، چون مسمی، في الجملة مذکور است، و
هر گاه
مسمی باطل شد رجوع میشود به بدل او که مهر المثل است. و بدلیت ممنوع است
در
مهر، بلکه مهر المثل بدل تفویت بضع است که به دخول حاصل میشود.
و دلیل رجوع به قیمت این است که مسمی طرف (عموم مالیت) دارد، و طرف
(تشخص و تعیین) هم دارد. به بطلان ثانی، اول باطل نمیشود. پس ملاحظه قیمت را
باید کرد. و این مدفوع است به منع مالیت شرعا و از اینجا دلیل و جواب قول به
(تفصیل) هم معلوم میشود.
پس در صورتی که مهر المثل و قیمت مسمی مختلف باشند در مقدار، اشکال به هم
میرسد. اصل برائت زوج، مقتضی ترجیح اقلهما است. و اشتغال ذمه به مهر مقتضی
ترجیح اکثر. و اظهر اعتبار اقل است. و احوط اعتبار اکثر. و بهتر آن است که بنا را
به
صلح بگذارند.
اینها همه در وقتی است که بدانند آن مسمی خمر یا خنزیر یا حراست، و عقد بر
آنها بکنند. و هر گاه عقد کنند بر خمره مسکره معینه به اعتقاد آن که سرکه است،
و کاشف
به عمل آید که شراب بوده. یا بر عبدی، و کاشف به عمل آید که حر بوده. پس در
آنجا
ظاهر اخلاقی در صحت عقد نیست. و اما در مهر، پس بعضی گفته اند مهر المثل با

دخول یا مطلقاً. و وجه آن همان که مذکور شد. و بعضی گفته اند که مثل خمر از سرکه بدهد. و حاصل دلیل آن این است که: مسمی مرکب است از (کلی) و (تشخص).
یعنی قصد کرده اند که مهر این سرکه خاص باشد و هر گاه تعیین باطل شد به سبب ظهور
خمر بودن، پس کلی سرکه که مقصود بود آن باقی است در ضمن شخص دیگر باید
ادا
کرد.

و این هم باطل است. به جهت این که (جنس بدون فصل بقا ندارد) تاضم شود به او فصل دیگر، و دلیلی دیگر گفته اند که (این اقرب است به مقصود از مهر المثل و قیمت).

و این هم مدفوع است به این که قصد بر آن واقع نشده و دلیلی نیست بر این که مثل شیء قائم مقام آن شیء بشود. و بعضی گفته اند که قیمت آن را نزد مستحلین خمر، مدهد.

به جهت آن که اقرب به آن شیء است، و به جهت آن شیء طرف مالیتی دارد و طرف تعیین و تشخیص، و هر گاه طرف تعیین و تشخیص او باطل شد طرف مالیت آن را اعتبار میکنند، چون انتفاع از مالیت آن متعذر است شرعا، پس رجوع به قیمت میشود. و این

هم مدفوع است به این که ترازی بر خمر واقع نشده و مقصود هم نبوده. پس چگونه

منتقل به قیمت آن میشود.

و این اقوال در مثلی خوب است، اما در قیمی مثل عبد که کاشف به عمل آید که حر

بوده، پس در آنجا قول به مثل ساقط میشود. و رجوع به قیمت میشود به معنی این که او

را فرض میکنند عبدی به همین صفت و قیمت آن را مگیرند. بخلاف قول به قیمت در

مثل خمر، که در اینجا خمر را قیمت مگردند.

و اما هر گاه مال غیر را صدق کنند: پس یا این است که با علم طرفین است به آن، یا به اعتقاد مالکیت است در آن. اما در صورت اولی یعنی این که بدانند که مال غیر است

و صدق کنند، پس حکم آن هم مثل خمر و خنزیر و حر است در فساد مهر. و اظهر در آن

رجوع به مهر المثل است، چنان که گفتیم. و قول دیگر ضعیف است. و تصریح به حکم این

الحال در نظرم نیست در کلام فقها، و آنچه در نظر است همان حکم خمر و خنزیر و حر

است. و اما صورت ثانیه یعنی آن که به اعتقاد مالکیت زوج، صدق شده باشد و بعد معلوم

شود که مال غیر است - و مفروض سؤال در مسأله هم همین است - پس هر چند
ظاهر
عبارت محقق در شرایع تسویه حکم او است با خمر و خنزیر و حر، و لکن تحقیق
این
است که فرق دارد.
و چون اسباب فساد مهر که یکی از آن [ها] عدم ملکیت نوع است، و عدم ملکیت
بر
سه قسم است: یکی آن که نه مال است به حسب اسم، و نه به حسب اشاره، مثل
صورت
اول. و یکی آن که مال است به حسب اسم، نه اشاره، مثل صورت ثانیه. و سوم آن
که مال
است به حسب اسم و اشاره هر دو، و لکن مال غیر است مثل ما نحن فیه، و در
اینجا دو
قول ذکر کرده اند: یکی قول به مهر المثل. و دوم به قیمت اگر قیمتی باشد، و به
مثل اگر

مثلی باشد. و ظاهر علامه در قواعد ترجیح دوم است و مهر المثل را احتمال قرار داده،

بخلاف خمر و خنزیر و حر که در آن جا ترجیح مهر المثل داده. و در تحریر گفته (اذا اصدقها عبدا فبان مستحقا للغير كان لها قيمتها، ولو بان حرا قال الشيخ الاقوى قيمته لو كان عبدا، ولو قيل به مهر المثل كان وجهها). و فخر المحققین

مبنای این دو قول را بر این گذاشته که آیا مهر (عوض) است؟ یا (نحله و عطیه) است؟

پس بنابر این که عوض باشد مهر المثل لازم میشود. به جهت آن که هر گاه احد عوضین

فاسد شد صاحب آن عوض دیگر رجوع به عوض خود میکند، و چون بالفرض ممتنع است به جهت آن که نکاح فاسد نمیشود، پس قیمت آن عوض خود را که بضع است

مگیرد و قیمت آن مهر المثل است. و بنابر آن که عطیه باشد و عوض نباشد ذکر مهر نه از

برای تعیین عطیه خواهد بود و نه از برای بیان معاوضه. پس هر گاه تشخیص و تعیین آن

باطل شد به سبب این که ملك غير است، پس باید رجوع [کرد] به مثل آن اگر مثلی باشد، یا به قیمت آن اگر قیمی باشد. و فخر المحققین میل به عطیه بودن کرده.

واظهر در نظر حقیر این است که از بابت معاوضه است، به دلالت آیات و اخبار و اعتبار، که اینجا محل ذکر آنها نیست. پس اظهر بنای بر مهر المثل است. و از اینجا حکم

آن که مال غیر را مهر کرده باشد با علم به آن، هم ظاهر میشود که اقوی مهر المثل است.

چنان که گذشت. و هم از اینجا ظاهر میشود حکم آن که صدق مرکب باشد. مثل آن که

صدق کند يك حر و يك عبد را، یا ده من خمر و ده من نخل، یا دو غلام را واحدهما

ظاهر شود که حر بوده، یا احدهما مال غیر بوده. و آنچه از عبارات ایشان در این باب

[ظاهر میشود] دو نظر است: علامه در قواعد گفته (ولو تزوجها علی عبدین فبان احدهما حرا لم ينحصر الصداق في الاخر بل يجب به قدر حصة الحر المثل او قيمته لو كان

عبداء). و در تحریر گفته (ولو تزوجها علی عبدین فبان احدهما حرا فسد فیہ ووجبت
قیمتہ لو کان عبدا وضح فی الآخر. وهل لها المطالبة بقيمتها و دفع الآخر؟ اشكال.).
پس هر گاه کسی ملکی را مهر زوجه خود بکند و نصف آن مستحق غیر بر آید،
بنابر
اقوی و اظهر زوجه مستحق نصف ملك است و نصف مهر المثل. و محتمل است که
تواند
مهر المثل بگیرد و از آن ملك دست بردارد. به جهت آن که تراضی در عقد بر
مجموع بوده
و الحال آن متعذر است. پس رجوع میکند به مهر المثل.
۲۵۹: سؤال: شخصی صدیقی به جهت زوجه خود قرار داده و بعضی آن را معجل و

بعضی را مؤجل. و قبل از دخول معجل را کاسازی کند و به دخول راضی شود. آیا مؤجل ساقط میشود یا نه؟

جواب: سقوط مؤجل در این صورت راهی ندارد. و علما در اینجا دو مسأله ذکر کرده اند: یکی این است که هر گاه کسی دخول کند به زوجه و هنوز هیچ از مهر او را

نداده باشد، یا بعضی را داده باشد و دخول کند، آیا مهر یا تتمه مهر ساقط میشود یا نه.

و مشهور علما این است که ساقط نمیشود، به جهت عموم قرآن و اخبار و خصوص احادیث معتبره و استصحاب و غیر آن. بلی شیخ نقل قولی کرده به سقوط مهر یا تتمه

مهر، و بعضی آن را از ابو الصلاح نیز نقل کرده اند و کلام او ظهوری در این ندارد. و دلیل

این قول اخباری چند است که دلالت بر آن دارد. ۱ و آن اخبار (با وجودی که معارض اند به اقوی از خود به مراتب شتی) از برای آنها تأویل ظاهری هست که در کتاب نکاح مناهج بیان کرده ام. و از جمله آن احادیث خبری

است که دلالت دارد بر این که (هر گاه کسی دخول کرد به زوجه، مهر عاجل او ساقط

میشود) ۲ و این حدیث با وجودی که دلالت دارد بر عدم سقوط آجل و این خلاف مطلوب مستدل است، تاویل آن این است که از اخبار بسیار ظاهر میشود که در صدر

اول مهر را دو حصه مکردند بعضی را عاجل مکردند و بعضی را آجل. و گویا عاجل آن

شرط دخول بوده، پس چون دخول واقع شده، ظاهر این است که یا عاجل مهر را گرفته

یا از زوج ساقط کرده و تمکین داده. و گویا مراد این باشد که در صورت دعوی زوجه مهر

را بعد دخول و انکار زوج، قول قول زوج است بنابر آن ظاهری که در آن عرف و عادت

قدیم بوده.

و اما در امثال زمان ما که چنین عرف و عادت نیست، پس این تأویل هم جاری نیست و بعضی این خبر را بر تقیه کرده اند.

و مسأله دوم مفوضه البضع است. یعنی زنی که در حین عقد مهری از برای او تعیین

نشده، که هر گاه زوج به او چیزی بدهد. قبل از دخول، همان مهر او است، مگر
این که
شرط کند که مهر غیر این است و این مهر نیست، یا این بعض مهر است و بعض
دیگر را

-
- ۱ - وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۸ ح ۴، ۵، ۶، ۸، ۱۳، ۱۴.
۲ - همان باب: ح ۴، ۵، ۶.

مدهم. و این فتوی مشهور است در میان علمای ما، بلکه از ابن زهره وابن ادریس دعوی اجماع بر آن نقل شده. و شیخ استدلال کرده بر این مطلب به بعض اخبار که دلالت آنها وضوحی ندارد، و اظهر آن روایات صحیحه فضیل بن یسار است ۱. و ظاهر آن

است که مورد آن، مسأله اولی باشد. چنان که در تهذیب روایت شده. ۲ و ظاهر آن این

است که چیزی از شوهر گرفته قبل از دخول به این که در عوض مهر باشد. چنان که در

کافی روایت شده. ۳

و به هر حال متن حدیث مضطرب است و علامه (ره) در مختلف گفته که (علمای ما اعتماد بر همین حدیث کرده اند. و وجه در نزد من تفصیل است که اگر زوجه راضی شده

که چیزی که گرفته است در عوض مهر او باشد، دیگر مطالبه نمیتواند کرد. و الا میتواند مطالب کرد). بعد از آن توجیه کرده این حدیث و امثال آن را به این که (در زمان

اول عادت چنین بوده که زوج دخول نمکرده است تا مهر را نمداده پس شاید منشأ حکم، عادت زمان بوده. اما عادت زمان ما خلاف آن است. پس اگر الحال هم در بعضی

بلاد عادت چنین باشد باز حکم چنین خواهد بود). تا اینجا کلام علامه است.

و از کلام مفید (ره) هم این سخن مستفاد میشود. و از ابن حمزه نقل کرده است در مختلف که (هر گاه زوج قبل از دخول چیزی از برای زوجه بفرستد، پس اگر زوجه رد

کند یا قبول نکند که از مهر او باشد، بر او مهر المثل لازم است. و هر گاه رد نکند و بعد

نزاع کنند و زوجه بگوید که آن هدیه بود، و زوج بگوید که آن مهر بوده. قول، قول زوج

است بایمین. پس اگر قسم خورد، دعوی زوجه ساقط میشود. و اگر نکول کرد باید مهر

را بدهد). و تو مدانی که اثبات این حکم مشهور (با وجود آن که خلاف اصل و خلاف

مقتضای عمومات است که [مقتضای شان] لزوم مهر المثل است به مجرد امثال این اخبار که دلالت واضحی ندارند، به غایب مشکل است. لکن شهرت عظیمه و اجماعین

منقولین با و جود این (مخالفات با ظواهر ادله)، مرجح است. والله اعلم به حقائق احکامه.

۲۶۰: سؤال: شخصی شصت ساله متعه نود سال میکند. جایز است یا نه؟

۱ - وسائل: ج ۱۵ ابواب المهور، باب ۸ ح ۱۳.

۲ - تهذیب، ج ۲ ص ۲۱۵.

۳ - کافی (فروع) ج ۲ ص ۲۳.

جواب: بلی جایز است. حد معینی در متعه در جانب قلت و کثرت در شرع ثابت نشده. اما در جانب قلت، پس مشهور آن است که هر چند به مقدار يك جماع کردن هم نباشد [صحیح است]. و تحدید ابن حمزه به ما بین طلوع شمس تا نصف النهار، ضعیف است. و اما در جانب کثرت: پس خلافتی در مسأله ندیدم. و شاید اجماعی باشد چنان که بعضی گفته اند که ظاهر این است که اجماعی است. و به مقتضای عمومات هم صحیح است و مانعی از برای آن نیست، به غیر احتمال مرگ قبل از تمام شدن. و این مضر نیست با وجود تراضی طرفین. والله العالم.

کتاب النحاح
(من المجلد الثانی)

۲۶۱: سؤال: هر گاه زوجه زید برادر خود عمرو را شیر بدهد، بر زید حرام میشود یا نه؟ -؟. بعضی شبهه میکنند که حرام میشود از دو جهت: اول این که عمرو فرزند رضاعی زید میشود و زید پدر رضاعی او میشود. و این زوجه که مرضعه برادر خود است

بر پدر نسبی عمرو حرام است. پس باید بر پدر رضاعی او هم حرام باشد که شوهر همین

زوجه است یعنی زید. به مقتضای عموم (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب). ۱ و دوم

این که مرتضع ولد رضاعی زوج است. و خواهر ولد در نسب حرام است پس پدر باید در رضاع هم حرام باشد.

جواب: اظهر و اقوی عدم حرمت است. به جهت عدم دلیل بر حرمت و با وجود این که

حقیر (منزله) را اعتبار نمکنم، این مسأله داخل عموم منزله هم نیست. و این دو شبهه مذکوره ضعیف است، خصوصا شبهه اول که مطلقا مناسبتی به مسائل رضاع ندارد. اولاً

این که پدر نسبی عمرو بر مرضعه حرام است، نه از جهت آن است که پدر نسبی عمرو

است. بلکه از جهت آن است که مرضعه دختر او است. و هر گاه فرض مکرریم که زوجه

زید که مرضعه عمرو است دختر پدر نسبی عمرو نبود و زن بیگانه بود، مطلقا بر پدر عمرو حرام نبود. بلکه واضح است که مادر رضاعی فرزند به جای زوجه این کس میشود

۱ - وسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالرضاع، باب ۱ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، ...

و زوجه حلیله زوج است نه از محارم زوج. پس مرضعه فرزند از حیثیت این که
مرضعه
فرزند است حرام نیست بر پدر نسبی تا آن که حرام شود بر پدر رضاعی نیز. و دیگر
آن که:
مراد از (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب) این است که هر اسمی از اسمای
نسب که
به سبب نسب [به] هم مرسد هر گاه در رضاع به هم رسد، حکم نسب را دارد. و
در اینجا
از نسب چیزی حاصل نشده الا پسری پسر، و دختری دختر. و از رضاع حاصل
نشده الا
پسری پسر. اما دختری دختر (یعنی این که زوجه او به سبب رضاع به منزله دختر او
بشود) حاشا و کلا. پس کلام معصوم را باید دید که فرموده است (یحرم من الرضاع
ما
یحرم من النسب)، و فرموده است که (یحرم فی سلسله المراضع والفحول ما یحرم
فی
سلسله الانساب).
و دیگر این که: قاعده رضاع و نسب امور کلیه است، و جزئیات حقیقیه بنفسها
مورد
آن نمیشود.
و اما شبهه دوم: پس هر چند در ظاهر وجیه منماید و لکن آن نیز از صواب دور
است. به جهت آن که دلیلی نیست بر این که خواهر فرزند حرام است. بلکه آنچه
ثابت است
حرمت چیزی است که یکی از عنوانات سبعة بر او صادق باشد. و شکی نیست که
خواهر
فرزند داخل هیچ یک نیست. بلکه بنت یا ربیبه در نسب حرام است. و حرمت خواهر
فرزند به یکی از این دو عنوان است. ۱ نه از جهت خواهر فرزند بودن. هر چند غالباً
این
مفهوم خارج از دو مصداق [مذکور] نباشد. و در اینجا زوجه زید نه دختر زید
مشود به
سبب رضاع و نه ربیبه او. با وجود این که حرمت ربیبه از راه مصاهره است نه
نسب.
و هم چنین: مادر فرزند که بر آدمی در نسب حرام است، در رضاع حرام
نیست. به جهت آن که حرمت آن در نسب از این جهت نیست که مادر فرزند

فرزند است، بلکه به اعتبار این است که یا دختر او است یا زن پسر او. و اینها در رضاع حرام نیستند. با وجود این که حرمت زن پسر از راه مصاهره است، نه نسب. پس معیار صدق عنوانات سبعه است. نه آنچه در بعض اوقات یا غالبا موافق باشد با آنها در مصداق، و از این جور امثله باز هست.

۱ - عبارت نسخه: بلکه یا بنت یا ربیبه که در نسب حرام است و حرمت خواهر فرزند به یکی از این دو عنوان است...
است...

و علامه (ره) و زمخشری اینها را استثنا کرده اند از قاعده (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب). و آن غفلت است. به جهت این که داخل نبودند تا خارج شوند. و فهمیدن

این قاعده که (حکم تابع عنوانات است، نه مطلق مصادیق توافقیه اتفاییه) از برای فقیه از جمله مهمات است. و این حقیر فروع بسیاری از برای آن در فقه پیدا کرده ام که به

سبب این احکام متفاوت میشود. و محتاج است به تأمل تام.

۲۶۲: سؤال: هر گاه شوهر هند به سفر مکه رفته و در معاودت در منزل بحرین مشرف بر موت باقی مانده. و بعد با اخبار محفوف به قراین از برای هند علم حاصل شده

به فوت زوج و در نزد حاکم به ثبوت نرسیده. آیا میتواند شوهر کند یا نه؟ -؟ و کسی

مانع او میتواند شد یا نه؟ -؟. و از برای کسی که علم به جهت او حاصل نشده اکتفا به

حصول علم از برای هند میتواند کرد که او را بگیرد یا نه؟ -؟ و هم چنین جایز است کسی که علم برای او حاصل نشده که وکیل بشود از جانب هند در اجرای صیغه یا نه؟ -؟.

جواب: هند بینها و بین الله در صورت مزبوره میتواند شوهر بکند. و کسی مانع او نمیتواند شد. مگر علم قطعی به کذب او حاصل شود. و هر گاه هند ادعا کند که (بلامانعم)، کسی که به هیچ وجه از حال او مطلع نیست جایز است که او را بگیرد. و

همچنین جایز است و کالت کسی که جاهل به حال است در اجرای صیغه. و اما هر گاه

تصریح کند به این که (شوهر داشتم و علم دارم که فوت شده) هر گاه آن کسی که میخواهد او را بگیرد هم علم دارد، بی اشکال است، و هم چنین کسی که وکیل میشود

در اجرای صیغه. و اگر علمی از برای این کس (که میخواهد او را بگیرد) به فوت زوج

حاصل نباشد هم اظهر این است که میتواند اعتماد کند بر دعوی هند علم به فوت زوج

را، و او را بگیرد.

و هم چنین اظهر جواز وکیل شدن کسی است که علم ندارد، در اجرای صیغه. خصوصاً هر گاه این زوجه یا این وکیل از برای آنها ظن به فوت، از قراین حاصل

باشد. و
خصوصاً هر گاه هند مأمونه باشد. و بهتر این است که به کسی شوهر کند که مطلع
از
حقیقت حال نباشد و به (ادعای خلو از مانع) و کسی را وکیل کند در اجرای صیغه
که
مطلع نباشد بر حال، به ادعای خلو از مانع والله العالم.
۲۶۳: سؤال: هر گاه کسی زن خود را طلاق بدهد، و آن زن ادعا کند که من حمل

دارم از زوج خود. و بعد از گذشتن اقصای حمل از حین طلاق فرزندى از او متولد شود.

آیا این فرزند ملحق به زوج میشود یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهراً اشکالی نیست در حکم به لحوق. و عبارت بسیاری از فقها تصریح به این دارد. مثل عبارت وسیله ابن حمزه و شرایع و قواعد و تحریر و ارشاد. و شهید ثانی در مسالك اشکال کرده بر محقق که گفته است (ولو طلقها فاعتدت ثم جائت بولد

ما بین الفراق واقصى مدة الحمل، لحق به، اذا لم توطأ به عقد ولا شبهة) که چرا گفته (ما

بین الفراق واقصى مدة الحمل) بلکه بایست بگویند (ما بین الوطی...) به جهت آن که معتبر زمان وطی است نه طلاق. چون باید طلاق در (طهر غیر مواقعه) باشد. و گاه است

که زمان طویلی ما بین وطی و طلاق فاصله شده باشد و لازم مآید که از اقصای حمل تجاوز کند و آن باطل است جزماً.

وارد نیست بر محقق. به جهت آن که مراد ایشان حکم در ظاهر شرع است. چون ممکن است که وطی کرده باشد در زمان متصل به طلاق از باب شبهه. و معتده در حکم

(فراش) است و ولد ملحق به فراش میشود. بلی اگر معلوم باشد که در طهر بعد حیض وقاع به عمل نیامده است واقصى حمل از حین طلاق بگذرد، در این صورت ولد ملحق به او نمیشود.

۲۶۴: سؤال: در صورت فقد پدر و اجداد پدری حضانت طفل مختص مادر است بدون خلاف. هر گاه بعضی اقارب یا اجانب بگویند که ما حضانت طفل میکنیم و انفاق

طفل را از مال خود میکنیم. و مادر بگوید که حضانت طفل را خودم میکنم و نفقه طفل را هم از مال طفل میگیرم، آیا جایز است که طفل را از مادر بگیرند و به آن متبرع بدهند یا نه؟

جواب: حضانت حق مادر است. و طفل مالدار هم نفقه او از مال خود او است. و ملاحظه مصلحت طفل منشأ سقوط حق مادر نمیشود. و این که در مسأله رضاع گفته اند

که (هر گاه متبرعی باشد که شیر بدهد بدون اجرت، یا کسی باشد که اجرت میگیرد

و لکن مادر اجرت بیش از او میخواهد که شیر بدهد در این صورت پدر میتواند طفل
را بگیرد و به غیر بدهد که شیر بدهد) مستلزم این نیست که غیر پدر از اقارب یا
اجانب
توانند حق حضانت مادر را ساقط کرد. زیرا که اولویت در رضاع حق جدائی است
و
اولویت حضانت حق جدائی.

با وجود آن که در مسأله رضاع [هم] معلوم نیست که حق حضانت ساقط شود. و منافاتی نیست ما بین این که حق رضاع او ساقط بشود و حق حضانت ساقط نشود، به این نحو که مادر برود در نزد مرضعه و متوجه حضانت طفل باشد، یا به عکس. بلی در صورتی که ممکن نباشد جمع ما بین حضانت مادر و رضاع غیر مادر، آنجا حق حضانت ساقط مشود. به جهت لزوم عسر و حرج. و در اینجا تعارض حقیق شده و حسب المقذور باید جمع کرد بینهما. چون بر پدر لازم است نفقه رضاع و او مختار است در افراد نفقه لایقه، و حق حضانت بالفرض با مادر است و اجرت زیاد دادن رضاع، منشأ ضرر و عسر است خصوصاً با التزام ابقای حق حضانت مادر. و اما اجرت کمتر گرفتن مادر منشأ ضرر و عسری نیست، پس در صورت عدم رضاع مادر به تبرع در رضاع یا به مساوات، حق منفق را مقدم مدارند. بلکه متوائیم بگوئیم: در مسأله رضاع که هر گاه پدر مرده باشد و طفل مال داشته باشد اجرت رضاع متعلق به مال طفل است در اینجا، و هر گاه احدی از اقارب یا اجانب تبرعاً طفل را شیر بدهد یا به کمتر از آن اجرتی که مادر مطالبد، متوان مقدم داشت متبرع را مادامی که منافات با حق حضانت نداشته باشد. والحاصل: این که رضاع در معنی انفاق است، و انفاق با وجود پدر و عدم تمول فرزند با پدر است، و با فقد پدر در مال طفل است، و در افراد انفاق لایقه به منفق علیه اختیار با منفق است، و آنچه صلاح او باشد ملحوظ مدارند. بیش از این نیست که در صورتی که مادر مساوی باشد در مرتبه انفاق با سایر افراد یا بهتر و آسان تر باشد اولویت دارد، و این حق را حق تعالی از برای او قرار داده، پس تسلطی بر اضرار منفق ندارد، بخلاف حق حضانت که آن در اصل با مادر است. و با فقد پدر کسی را در آن دخلی نیست، و

تضرر

طفل در انفاق منشأ اسقاط آن نمشود.

۲۶۵: سؤال: هر گاه زوجه مریضه باشد و محتاج به دوا، و زوج او تعلل کند در معالجه و قیمت دوا دادن. آیا میتوان جبرا از او گرفت یا نه؟.

جواب: ظاهر این است که قیمت دوا بر زوج لازم نیست. و این داخل نفقه نیست. و همچنین اجرت حمام، و نه اجرت حمام. مگر این که هوا سرد باشد و از برای غسل محتاج به حمام باشد. چنان که علامه در قواعد و تحریر تصریح به آنها کرده.

۲۶۶: سؤال: هر گاه زید خطبه کند دختر عمرو را، و عمرو با او چنین قرار دهد که

زید اجیر او بشود به مبلغ سه تومان در مدت سی سال، و بعد از آن عقد واقع بشود.
این

عقد صحیح است؟ و شرط لازم است یا نه؟

جواب: هر گاه این گفتگو ما بین زید و عمرو بشود قبل از اجرای عقد و در ضمن عقد

شرط نشود یعنی ما بین ایجاب و قبول، اشهر و اظهر عدم لزوم شرط است. و ظاهر صحت عقد است. و اما هر گاه در ما بین ایجاب و قبول شرط بشود، پس در

خصوص لزوم

این شرط خاص اشکال هست از دو جهت: اول این که: آیا جایز است اجیر شدن زوج از

برای پدر زوجه در عوض مهر چنان که موسی از برای شعیب شد، یا نه؟ و مشهور علما

این است که در شرع ما جایز نیست، بلکه دعوی اجماع بر آن شده است. و لکن قدری که

مسلم است که مراد ایشان باشد در این فتوی - و ظاهر روایت سکونی ۱ هم - این است که

پدر، خودش او را اجیر کند در ازا مهر. نه این که زوجه خود راضی باشد به این معنی.

مثل این که زوجه صغیره باشد و پدر او را عقد کند در عوض این اجازه. و اما در صورتی که زوجه خودش راضی شود که مهر او این نفع باشد هر چند عاید پدر او مشود نه او، خصوصا هر گاه این جز مهر باشد و چیز دیگری هم در مهر او باشد،

پس در بطلان آن اشکال است، و روایت دلالت بر آن ندارد. و هم چنین اجماع منقول. و

فتاوی هم بیش از آن [افاده] نمکند.

و دوم این که: حدیث صحیحی هم وارد شده است به این مضمون که (هر گاه مردی

زنی بگیرد و مهر او را بیست هزار کند، و از برای پدر او هم ده هزار قرار بدهد، مهر

جایز است و آنچه از برای پدر او قرار داده فاسد است) ۲. و فقها هم بر طبق آن فتوی

داده اند به این مضمون که (هر گاه نام ببرد در عقد از برای زوجه چیزی را و از برای

پدرش چیزی را، لازم است آنچه که برای زن نام برده است، و ساقط است آنچه که برای پدر او نام برده). و ظاهراً خلافی هم ندارد. و گمان حقیر این است که مراد از حدیث و فتوای فقها این باشد که هر گاه مجموع در برابر بضع زوجه باشد یعنی دو عوض را عوض بضع زوجه قرار داده به این نحو که بعض از آن از برای او باشد و بعض از برای پدر او. نه این که همه را از برای زوجه قرار داده باشد و زوجه بعض آن را شرط کند در ضمن العقد که از برای پدر او باشد. چنان که بعض ایشان تصریح کرده اند که مراد همان اول است. و

-
- ۱ - وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۲۲ ح ۲.
۲ - وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۹ ح ۱.

ظاهر روایت هم همان است. و فرق این است که در صورت اول آنچه را از برای پدر قرار داده داخل مهر نیست، پس آن را در مقابل بضع قرار دادن صحیح نیست. به جهت آن که آنچه را در برابر بضع قرار بدهند مهر است و مهر مستحقی ندارد به غیر زوجه. پس آن را برای پدر قرار دادن وجهی و دلیلی ندارد. و در صورت ثانیه شرط داخل مهر میشود و مجموع مهر است. و مانعی نیست از این که زوجه بعضی از مهر خود را شرط کند از برای پدرش. به جهت آن که گاه است نفع آن باز عاید زوجه میشود، مثل این که پدرش به این سبب غنی میشود و نفقه او از گردن او ساقط میشود. نظیر این که زنی شوهر کند و طفلی داشته باشد و علاوه بر مهر شرط کند به شوهر که در چند سال نفقه طفل را بدهد. پس بنابر این شرط اجیر شدن از برای پدر در ضمن عقد هم صحیح خواهد بود. آنچه در نظر حقیر ظاهر است این است، و لکن فتوای علما مطلق است و تقییدی در آن ندیده ام به غیر اشکالی که در مسالك و کفایه شده است در صورتی که آن تسمیه که در عقد از برای پدر کرده است باعث کم کردن مهر شود که: اگر او را قرار نمداد، زوجه مهر را بیشتر میخواست. پس از اینجا ظاهر میشود که مجموع داخل مهر میشود و رضا در عقد بدون آن نشده است. پس چگونه حکم میشود به صحت مهر و تعیین آنچه برای زوجه نام برده، بلکه یا باید عوض آنچه برای پدر نام برده را هم بگیرد و یا مهر از اصل فاسد شود و رجوع به مهر المثل شود. و نظر به آنچه حقیر روایت را حمل بر آن کردم، اشکال مندفع میشود. و آنچه را حقیر در اینجا اختیار کردم نظیر آن مسأله میشود که مهر زن را مثلاً سی اشرفی بکند و شرط کند که ده اشرفی از جمله سی اشرفی را به پدر او بدهند. که در اینجا هر چند مشهور باز عدم صحت شرط است و لکن ابن جنید و جمعی از متأخرین قائل به جواز آن

شده اند. و این اقرب است، به جهت آن که شرطی است که زوجه در مال خود
مکند و

(الناس مسلطون علی اموالهم).

۲۶۷: سؤال: هر گاه زوج قبل از دخول به زوجه فوت شود، زوجه مستحق تمام
مهر

است؟ یا نصف؟. و هر گاه زوجه قبل از دخول فوت شود. آیا مستحق تمام مهر
است؟ یا

نصف؟.

جواب: هر چند مشهور میان علما این است که مهر تمام مرسد در صورت اولی - و

ظاهر آیه ۱ و استصحاب مقتضی آن است. و اخبار معتبره صحیحه و غیر صحیحه هم دلالته بر آن دارد. ۲ و بعضی از آنها مصرح است به این که احادیثی که به تنصیف وارد شده از سهو روایت است، و امام فرموده است که ماتنصیف را در طلاق گفته ایم و آنها در موت گفته اند ۳ - و لکن احادیث بسیار، صحیح و غیر صحیح، که نزدیک به حد تواتر است دلالته دارند بر تنصیف. ۴ و صدوق در مقنع قائل به آن شده. و ظاهر کلینی هم این است، چون اقتصار به نقل این اخبار کرده. و هم چنین صدوق در من لا یحضره الفقیه. و صاحب کفایه این قول را نسبت به اشهر بین قدمای اصحاب داده. و از جمعی از متأخرین قول به آن نقل شده. و شیخ حر (ره) در وسائل آن اخبار اولی را حمل بر تقیه کرده. و هم چنین صاحب کفایه و غیر او، چون مذهب اکثر عامه است. پس مرجع قول اول، اصل، و موافقت ظاهر کتاب و شهرت بین الاصحاب و اجماع منقول است چنان که سید در مسائل ناصریه نقل کرده. و مرجع ثانی مخالفت عامه و کثرت اخبار و صراحت و وضوح دلالت آنها و ارجحیت تأویل در اخبار اولی [است]. و مسأله خالی از اشکال نیست. و احوط بنابر مصالحه است بر تنصیف. و اگر ممکن نشود شاید عمل به قول مشهور اولی باشد. و اما مسأله دوم: پس از اکثر اصحاب نیز نقل شده قول به تمام مهر، نظر به اصل و ظاهر آیه. و جمعی از اصحاب قائل به تنصیف شده اند، به جهت اخبار معتبره. و در اینجا معارضی از جانب اخبار نیست. و ظاهر آیه اگر اطلاقی داشته باشد مقید خواهد بود به این اخبار کثیره. پس اقوی قول ثانی است.

۲۶۸: سؤال: هر گاه زید جاریه عمر و را عقد نماید، و بعد از آن بخرد آن جاریه را، فرموده اند که آن جاریه به سبب عقد بر او حلال شده، نمیشود که به سبب خریدن حلال شود. وجه این چه چیز است؟

جواب: نمیدانم این سخن را کی گفته است و در کجا است؟؟ و این سخن اصلی

ندارد. بلی ملک احد زوجین دیگری را منشأ بطلان عقد مشود بلا خلاف. و اما مالکیت

-
- ۱: آیه ۴ سوره نساء، وآتوا النساء صدقاتهن...
 - ۲ - وسائل: ابواب المهور (ج ۱۵) باب ۵۸.
 - ۳ - ح ۲۴، همان باب.
 - ۴ - همان مرجع، همان باب.

زوج کافی است در حلال بودن وطی زوجه به سبب ملکیت، گو به سبب عقد نباشد. بلی
در صورت عکس که زوجه زوج را بخرد، دیگر وطی حلال نیست. به سبب آن که عقد باطل
میشود و غلام زن بر زن حلال نیست به سبب ملك. و شاید به گوش سائل خورده است
آن مسأله که هر گاه دو شريك در يك كنيز، عقد کنند كنيز را از برای شخصی و بعد از آن
آن شخص حصه یکی از شريك ها را بخرد. در آنجا مشهور عدم بقای حلیت است به
جهت بطلان عقد. و به سبب مالك شدن نصف، حلال نمیشود وطی. و بعضی گفته اند
امضای آن شريك دیگر عقد را کافی است. و آن ضعیف است.
و این مسأله مبتنی است بر عدم جواز تبعض سبب، بلکه باید حلیت فرج یا به زوجیت باشد یا به ملك یمین. و مرکب از هر دو، غیر هر يك از آنها است. و آیه و اخبار
دلالت بر آن دارد. و هم چنین خلاف کرده اند که اگر آن شريك دیگر (تحلیل) کند وطی
او را، مشهور باز حرمت است. و ابن ادریس قائل به جواز است. و قول اوقوت دارد، نظر
به حدیث صحیح. ۱ و قول اکثر احوط است. و هم چنین هر گاه کنیزی بعضی او آزاد باشد
و کسی آن بعضی دیگر را بخرد، که به عقد حلال نمیشود، و به سبب ملك بعضی هم وطی
جایز نیست.
بلی خلاف کرده اند در صورتی که کنیز به آقای خود مہایات کند. یعنی يك روز را از
برای خود قرار دهد و يك روز را برای مولی. خلاف کرده اند که در روز نوبه خود
میتوان متعه آقا بشود یا نه.
مشهور عدم جواز است. و بعضی قائل به جواز شده اند، نظر به خبر صحیحی که دلالت بر آن دارد ۲. و محقق در نافع متردد است نظر به ملاحظه آن حدیث صحیح و نظر

به این که (تبعض سبب) لازم مآید و این که منافع بضع قابل مہایات نیست، و اگر
نه لازم
مآید کہ تواند در روز نوبہ خود متعہ دیگری ہم بشود و آن باطل است بالاتفاق.
چنان کہ
در مسالك و غير آن دعوی اتفاق بر آن شدہ.
و دور نیست ترجیح عمل بہ حدیث صحیح. و بطلان صورت مزبورہ بہ سبب
اجماع،
منشأ بطلان مانحن فیہ نمیشود.
۲۶۹: سؤال: ہند را عقد کردند از برای زید بہ رضا واذن طرفین. و بعد از چند روز

۱ و ۲ - وسائل: ج ۱۴، ابواب نکاح العیید والاماء باب ۴۱ ح ۱.

عمرو ادعا میکند که هند خالد را وکیل کرده بود که او را از برای من عقد کند. و خالد

هم او را پیش از عقد زید برای من عقد کرد. و هند هم اعتراف کرد که چنین بوده است، آیا عقد کدام صحیح است و کدام باطل؟

جواب: عقد زید صحیح است و هند زوجه او است. و تا عمرو به بینه عادلّه ثابت نکند

سبقت عقد خود را بوجه صحیح، سخن او مسموع نیست. بلی اگر عمرو ادعا کند بر

زید که (تو علم داری بر سبقت عقد من)، تسلط (قسم نفی العلم) بر او دارد. و اما حکایت

اعتراف هند به سبقت عقد عمرو. پس آن ضرری به زید ندارد و منشأ بطلان [عقد] او

نمیشود. چون اقراری است بر غیر. و آن مسموع نیست، و اشکالی در این نیست. بلی اشکال در این است که آیا دعوی عمرو در این صورت مطلقاً مسموع نیست نسبت

به زوجه؟ یا مسموع هست و لکن ضرر به زید ندارد؟. ظاهر کلام محقق در شرایع و

علامه در ارشاد این است که مطلقاً مسموع نیست، به جهت آن که دعوی را در وقتی

حاکم گوش میدهد و متوجه مرافعه میشود که فایده بر آن مترتب شود. و بر این دعوی

هیچ فایده مترتب نمیشود. به جهت آن که اگر زوجه اقرار کند بر زوجیت او، نفعی به

مدعی نمیرسد. چون اقرار بر غیر است و مسموع نیست. و اگر انکار کند و قسم متوجه

او شود و قسم را رد کند به مدعی و مدعی هم قسم بخورد، باز نفعی به مدعی نمیرسد.

به جهت آن که قسم مردوده - خواه به منزله اقرار منکر باشد و خواه به منزله بینه مدعی

اثبات امری بر زید نمیکند، و خللی به نکاح او نمیرسد. پس نفعی نخواهد داشت برای

مدعی

و از جمعی [از] اصحاب نقل کرده اند قول به سماع دعوی را. به جهت آن که

فایده بر
آن مترتب میشود. و آن فایده این است که هر گاه زوجه اقرار کند به عقد اولی، لازم
میشود بر او که مهر المثل را به مدعی بدهد. چون به اقرار خود تفویض بضع از او
کرده،
و حایل شده به سبب شوهر کردن ما بین مدعی و بضع. و عوض بضع مهر المثل
است.
همچنانکه هر گاه کسی مالی را بفروشد به ادعای این که از خود او است و بعد از
بیع اقرار
کند که مال غیر است که در آنجا باید غرامت آن مال را بکشد از برای آن غیر.
و این مبتنی بر آن است که (منافع بضع مضمونه میشود به تفویض)، نظر به این که
بضع متقوم میشود مثل مال. و اما بنابر این که (ضمانی در تفویض منافع بضع نباشد،
چون بضع مال نیست بلکه حق است و منافع حق مضمونه نیست چون داخل تحت
الید

نمیشود)، پس باز نزاع بی ثمر می ماند. و بر هر دو طرف شواهد از مسائل شرعیه هست.

اما از طرف ضمان: پس مثل ضمان مرضعه مهر المثل معقوده را که به سبب ارضاع او بر

شوهرش حرام شود. و اما از طرف عدم ضمان: پس مثل عدم وجوب مهر از برای زانیه و

شوهر او، و ثبوت مهر از برای [خود] مدخوله به شبهه دون زوج او. و شهید ثانی (ره) ترجیح سماع دعوی را داده، و ثبوت غرامت. نظر به عموم (الیمین علی من انکر) و به این که این معنی زاجری باشد از امثال این امور که دیگر زنان چنین

کاری نکنند. و این خالی از قوت نیست.

و بدان که: آنچه مذکور شد کلام در این بود که (کسی بر زوجه معقوده غیر، دعوی

کند که من سابق بر این او را عقد کرده ام). و اما اگر زن بی شوهری باشد و کسی دعوی

کند که معقوده من است، پس در آنجا دعوی مسموع است بدون اشکال. و با عدم بینه

قسم متوجه زوجه میشود با انکار او. و حکم به زوجیت و لزوم عقد میشود با اقرار او یا با

انکار ورد قسم بر زوج، با قسم خوردن زوج. و هر گاه قسم خورد زوجه، دعوی زوج ساقط میشود.

و هر گاه هنوز دعوی طی نشده همین زن شوهر کند به شخص دیگری غیر از مدعی،

آیا عقد او صحیح است یا نه؟ و دعوی مدعی در این حال مسموع است یا نه؟ نظر به مقتضای این که هنوز کسی را تسلط بر آن زن حاصل نشده، عقد او باید صحیح باشد. و

دعوی آن مرد در این حال بر مگردد به مسأله سابقه که دعوی است بر معقوده، و اختلاف سابق در اینجا هم جاری میشود. و بنا بر قول به سماع دعوی، همان چه بر آن

مترتب میشد (از اخذ مهر المثل و امثال آن) [در اینجا نیز] جاری میشود. لکن بضع زوجه حق این زوج است، و مدعی بر آن تسلطی ندارد.

بلی اشکال در این است که چون عقد این زوج قبل از طی دعوی منشأ سقوط حق

مدعی مشهود در دعوائی که دارد، و حق او مقدم است، پس این زوج نمیتواند عقدی کند که منشأ اسقاط حق او بشود. مگر این که مدعی مسامحه کند در طی دعوی از برای

این که طول بکشد مدت و آن زن ر مضطر کند به این که راضی شود به تزویج با او. در

این صورت صحیح است عقد، به جهت نفی ضرر و عسر و حرج. و اما بنابر قول به عدم سماع دعوی: پس نظر به این تعلیل - یعنی این که منشأ سقوط حق مدعی مشهود - دامر ظاهر تر است که باید جایز نباشد. چون در آنجا باز ثمره

از برای مدعی باقی مماند و در اینجا بالمره بی حق مشود. پس جایز نخواهد بود عقد مگر در صورت مسامحه و ممانده، چنان که پیش گفتیم. اما نظر به این که تا به حال بر

زوجه امری ثابت نشده و اختیار خود را دارد، باید صحیح باشد. و دور نیست ترجیح جواز

عقد، در صورت مسامحه و ممانده که مستلزم حرج و ضرر باشد، دون غیر این صورت.

خصوصا در صورت دوم، یعنی عدم سماع دعوی بعد عقد. چنان که ظاهر صاحب مسالك است.

۲۷۰: سؤال: بعد از فوت پدر حضانت طفل با مادر است یا وصی پدر؟

جواب: بعد از موت پدر، مادر احق است به حضانت ولد از وصی پدر و جد مطلقا. خواه حضانت ما در در حال حیات [پدر] منقطع شده بوده یا نه. به دلالت آیه (اولوا الارحام) ۱ و بعض اخبار معتبره. ۲ و ظاهر اخلاقی در مسأله نیست.

۲۷۱: سؤال: زید مجنون شده، و زوجه دائمه او به قدر مقدور در خانه او توقف کرده. و الحال طاق ماندن ندارد. آیا بدون طلاق متواند برود و فسخ نکاح کند؟ یا محتاج است به طلاق؟ و اگر محتاج است به طلاق، کی مباشر طلاق متواند شد؟ و آیا

زوجه مهر خود را از مال زید متواند بردارد یا نه؟

جواب: هر گاه جنون قبل از عقد بوده و به سر حدی بوده که مستغرق اوقات صلاة بوده که وقت نمازهای خود را نمشناخته، و زن بعد از تزویج مطلع بر آن شده، بلا خلاف زوجه اختیار فسخ دارد. احتیاج به طلاق نیست. و هم چنین هر گاه اوقات نماز

را نمشناخته علی الاظهر الاشهر بل کادان یکون اجماعا. و هر گاه جنون بعد عقد عارض شده قبل از دخول یا بعد از دخول، پس اگر به سرحدی است که اوقات نماز را

نمشناسد پس زوجه مسلط بر فسخ است نیز بلا خلاف ظاهری. و اما هر گاه اوقات نمازها را نمشناسد پس اظهر واشهر این است که مسلط بر فسخ نیست و باید صبر کند. و حدیث مرسلی در فقیه و عبارت فقه الرضا بر آن دلالت دارد. ۳ بلی اگر صلاح

مجنون در طلاق دادن زوجه باشد، اظهر واشهر این است که ولی مجنون متواند

- ۱ - آیه ۷۵ سوره انفال.
- ۲ - وسائل: ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۷۱ ح ۱ - ونیز مرسله ابن ابی عمیر در تهذیب: ج ۲ ص ۲۳۸، که در وسائل، همان باب تحت ح ۲، اشاره به آن کرده است.
- ۳ - وسائل: ج ۱۴، ابواب العیوب، باب ۱۲ ح ۲.

طلاق بگوید. و اگر ولی ندارد حاکم شرع (یعنی مجتهد [عادل] میتواند او را طلاق بگوید.

و بدان که در صورت ثبوت خیار فسخ، خیار فوری است. پس هر گاه رضی شود زن

به عیب یا تأخیر کند در فسخ بدون عذر، دیگر تسلط ندارد. مگر در صورت جهل به خیار فسخ یا جهل به فوریت آن علی الاظهر. که در آنجا باز [خیار] باقی است. و بعد از

حصول علم و زوال عذر باید فوراً فسخ کند.

و اما مسأله صداق زوجه پس اگر دخول واقع نشده، مهری نیست. و هر گاه بعد دخول است، پس مشهور ثبوت مهر مسمی است، خواه عیب قبل از عقد حاصل بوده، یا

بعد حاصل شده. و بنای عمل بر این است. پس اگر در صورت سؤال مهر او اعیان موجوده چند است و کسی مزاحم او نیست، میتواند خود بردارد. و اما هر گاه دین است

باید به ولی مجنون رجوع کند در اخذ آن از مال مجنون. و هر گاه در این صورت محتاج باشد به بینه و اثبات، و عاجز باشد از اثبات، در صورت علم به بقای حق بینها و بین الله

میتواند به قدر حق خود از مال او تقاص کند.

۲۷۲: سؤال: آیا در تعیین مدت عقد متعه همین کافی است که طرفین بنای مدت عقد را بر مدت اجل دین زید بگذارند که از عمرو منخواهد؟ و در نزد زید و عمرو و

شهود دین معین است گو عاقدین ندانند آن را در حین عقد.

جواب: شرط است تعیین مدت تمتع در نزد متعاقدین در حال عقد، و تعیین در نزد شهود دین زید و عمرو کافی نیست. و الا بایست تعیین مدت قدوم حاج در نزد حق تعالی

اولی به کفایت باشد. و حال آن که تصریح کرده اند به آن که هر گاه آخر مدت را قدوم حاج

قرار دهند، باطل است. چون قابل زیاده و نقصان است. و حال آن که اولی است از مانحن

فیه، چون فی الجملة ظهوری دارد در نزد متعاقدین تخمیناً. بخلاف مانحن فیه که هیچ معلوم نیست.

۲۷۳: سؤال: هر گاه کسی به بعض اولاد خود بگوید که او فرزند من نیست. آیا سخن او مسموع است یا نه؟
جواب: بدان که هر گاه فرزند از زن دائمی (که مدخوله باشد) به هم رسد، و ممکن باشد که از او به هم رسیده باشد - به این که از زمان دخول او شش ماه گذشته باشد، و زیاده
از اقصی مدت حمل نگذشته باشد - ملحق میشود به شوهر. هر چند در این بین دیگری

با آن زن زنا کرده باشد. بلکه هر چند شباهت به زانی هم داشته باشد. و واجب است که او را ولد خود داند. و حرام است بر او که او را از خود نفی کند. و به مجرد این که آن شوهر بگوید که این فرزند من نیست، آن فرزند از او منتفی نمیشود، و ملحق به او میشود، و میراث از طرفین ثابت است. مگر این که (لعان) به عمل آید که بعد از لعان، آن ولد از او منتفی میشود. و اگر در بین لعان هم تکذیب خود کند باز ولد ملحق میشود به او. به این معنی که ولد از او میراث مبرد، و لکن او از ولد میراث نمبرد، و هم چنین قبیله اعمام. بلکه میراث او به قبیله احوال مرسد هر گاه مادر نباشد. و اما هر گاه فرزند از مملوکه او باشد: پس با امکان لحوق به او و وجود شرایط سابقه، ملحق میشود به او. و جایز نیست نفی او، مگر این که علم داشته باشد که از او نیست. و در صورت حصول ظن غالب و تهمت، خلاف است. و هر گاه نفی ولد کند و بگوید از من نیست، در ظاهر از او منتفی میشود. و ظاهراً خلافی در مسأله نیست. و جمعی دعوی اجماع کرده اند. و در اینجا لعانی نیست. و هر گاه بعد از آن عود کند و بگوید ولد از من است، ملحق میشود به او. و اطلاق کلام ایشان مقتضی آن است که از طرفین توارث حاصل شود. و لکن مقتضای استدلال ایشان به عموم (اقرار العقلا) و فحوای حکم ولد ملاءنه - که تفصیل بود، چنان که ذکر کردیم - این است که اینجا هم مثل ولد ملاءنه باشد، که ولد از پدر میراث ببرد، بخلاف عکس. و اما ولد متعه: پس مشهور این است که حکم آن نیز حکم ولد مملوکه است. و خلاف در انتفای ولد است بدون لعان، سید مرتضی (ره) در آن خلاف کرده و آن را ملحق به دائمه کرده، و بر خلاف او دعوی اجماع هم شده است از شهید ثانی. و شاید اقوی قول مشهور باشد. خصوصاً به ملاحظه اخباری که دلالت دارد بر این که متعه به منزله امه

است.
اینها که مذکور شد در وقتی است که در اول اعتراف به ولد نکرده باشد. اما هر گاه کسی در اول اعتراف به ولدی بکند و بعد از آن او را نفی کند، پس از او قبول نمکنند.

و ظاهراً در مسأله خلافی نیست، و دعوی اجماع بر آن موجود و اخبار معتبره بر آن ناطق است.

۲۷۴: سؤال: هر گاه کسی با غلامی فعل قبیح مرتکب شده، و حال شك است که آیا وطی به عمل آمده یا نه. آیا منشأ تحریم میشود یا نه؟

جواب: در اینجا دخول تمام حشفه شرط نیست بلکه به ادخال بعض حشفه تحریم حاصل میشود. و اگر در آن هم شك دارد، تحریم مادر و خواهر مفعول بر آن مترتب نمیشود.

۲۷۵: سؤال: هر گاه زید با زن خود بد سلوکی کند و بگوید مهر خود را به من حلال

کن و میراث مادر خود را از پدرت بگیر و به خانه من بیاور تا بد سلوکی نکنم. چون آن زن

قبول این معنی نکرد، زید به او گفت که: تو به من حرامی به جهت آن که من با برادر تو در

صغر سن لواط کرده ام، و نمیدانستم که حرام است تزویج تو، و از خانه من بیرون رو. و

آن فقیره را بیرون کرده. آیا به مجرد همین قول، حرمت ثابت میشود یا نه؟ و آیا احتیاج به طلاق هست یا نه؟ و آیا مستحق مهر هست یا نه؟

جواب: هر چند از فقها این مسأله را بخصوص ندیده ام که در جائی به آن تصریح کرده باشند، والحال در نظرم نیست که کسی متوجه آن شده باشد، لکن مقتضای قواعد شرعیه این است که زوج در صورت مزبوره، مدعی است و سخن او در حق خودش مسموع است. به این معنی که دیگر تسلط بر زوجه ندارد به هیچ وجه. و اگر زوجه

بمیرد از او میراث نمبرد. و اما زوجه: پس این سخن نسبت به او اقراری است بر غیر، و

بمجرده ضرری به او ندارد. پس یا این است که از برای او علم حاصل میشود به صدق

زوج، یا نه. اگر علم حاصل است برای او پس در حق او هم مسموع است و حقوق او هم

ساقط میشود. و اگر زوج بمیرد میراث از او نمبرد. و احتیاج به طلاق هم ندارد. و اما

مهر: پس اگر در وقت دخول علم به حرمت نداشته است، مستحق مهر المثل هست. و

اگر داشته، مستحق چیزی نیست.

و اگر علم از برای زوجه حاصل نشود، پس اگر ظن به صدق حاصل شود و زوجه هم تکذیب او نمکند و منکر قول او نمیشود، ظاهر این است که قول زوج مسموع است در حق هر دو، و زوجه هم باید تصدیق او کند. اگر زوجه بگوید که تو دروغ مگوئی، (به عنوان قطع)، پس آنجا زوج باید بینه بیاورد و اثبات کند، و هر گاه

عاجز

شود، به زوجه قسم مدهند، و هر گاه قسم خورد مطالبه تمام حقوق خود را از زوج
مکند. و لکن زوج به سبب اقرار خود ممنوع است از حقوق خود.
و اگر زوجه به عنوان جزم تکذیب نمکند و لکن به سبب ظن کذب، متمسک
مشود به بقای زوجیت و می گوید (من دست از حقوق خود بر نمیدارم و قول تو را

قبول نمکنم تا اثبات نکنی این عمل را) و متمسک شود به استصحاب بقای زوجیت،
ظاهر این است که میتواند. و باز بر زوج لازم است بینه و هر گاه عاجز شد، پس
قسم

متوجه زوجه میشود. و لکن چون زوجه علم به عدم وقوع آن فعل ندارد بالفرض،
قسم

نمیتواند خورد به عنوان قطع. به اعتبار این که این از باب آن مسأله میشود که (مدعی
بر کسی ادعای حقی بکند. و او بگوید که من علم ندارم). پس اگر زوجه ادعا به
عنوان

ظن میکند بر زوج که (من گمان دروغ دارم به تو)، اظهر این است که میتواند زوج
را

قسم بدهد. و در اینجا دیگر ردی نمیشود. و هم چنین هر گاه ادعای ظن کذب
بکند

لکن بگوید که (من صدق تو را نمیدانم و دست از حق خود بر نمیدارم تا مطلب
خود را

ثابت نکنی). در اینجا ظاهر این است که قسم متوجه مدعی میشود و هر گاه قسم
خورد

نکاح منفسخ میشود و حرمت ثابت میشود. و لکن مهر المثل را مطالبید.

و این مطالب در غایت اشکال است. و در رساله مفرده که در (دعوی زوج طلاق
را، و)

انکار زوجه) تحقیق کرده ام به قدر مقدور این مطلب را منقح کرده ام ۱. اشکال در
يك جا

است که آیا زوجه با وجود عدم علم به حال بالمره، میتواند متمسک به (استصحاب
بقای احکام زوجیت) بشود در میانه خود و خدایا نه؟! و آنچه رجحان دارد در نظر
حقیر تفصیل است. که اگر از قول زوج ظنی برای او حاصل میشود بیش از ظنی که
از

استصحاب زوجیت دارد، نمیتواند متمسک شود به استصحاب. و اگر ظن او به سبب
استصحاب زوجیت بیشتر است، میتواند متمسک بشود و بعد تمسک به آن، حکم
همان

است که مذکور شد، که زوج را قسم میدهند و حقوق زوجیت از طرفین ساقط
میشود.

این حال مرافعه و حکم در ظاهر است. و اما حکم میان خود و خدای ضعیفه: پس
این

است که مادامی که ظن به کذب زوج ندارد میتواند که به همان اکتفا کند، و شوهر

کند، و تصدیق زوج خود کند. و باز هم احتیاج به قسم دارد. و لکن به سبب دخول
با

عدم علم به حرمت مستحق مهر المثل هست. والله العالم.

۲۷۶: سؤال: هر گاه کسی کنیز خود را به غلام خود بدهد و غلام بگریزد. آیا
حکم

کنیز چه چیز است و مهر او مال کیست؟

جواب: اظهر واشهر صحت عقد مولی است ما بین غلام و کنیز خود. و اظهر این

۱: این رساله در " کتاب الطلاق " - جلد پنجم از همین مجلدات - خواهد آمد.

است که لازم باشد که مهری از برای او قرار دهد. و اظهر این است که کنیز مالک مهر

مشود، هر چند بگوئیم که بنده مالک مال نمشود. به جهت ظاهر روایات. و این منافات ندارد با این که مملوك محجور علیه است. و در عقد آنها رضای طرفین شرط نیست. بلکه همان رضای مولی معتبر است. و در صورت سؤال اختیار طلاق با مولی است. و ظاهراً خلافی در نظر نیست، خصوصاً در صورت گریختن بنده که بخصوص

احادیث معتبره هست که اگر معقوده او حره باشد هم اباق او طلاق او است ۱. و قائل به

آن هم از اصحاب موجود است.

و ظاهر این است که لفظ فسخ هم در طلاق مولی کافی باشد. بخلاف آنجا که آزادی را برای او عقد کرده باشند، یا کنیز [شخص] دیگری را، که در آنجا اشهر و اظهر

این است که طلاق با عبد است و لکن مولی میتواند او را اجبار کند بر طلاق. و در صورت اباق عبد کلام همان است که مذکور شد. و اگر عقد نکرده و به عنوان (تحلیل)

داده است - هر چند ۲ اشهر و اظهر عدم جواز تحلیل است از برای مملوك. هر چند قول

به جواز با کراهت، هم خالی از قوت نیست - پس حکم به جواز رجوع مولی اظهر خواهد بود.

۲۷۷: سؤال: هر گاه کسی زن آزادی را عقد کند از برای عبدی، و عبد فرار کند و مدتی است که ناپیدا است. آیا آن زن را چه باید کرد؟ و نفقه او با کیست؟ و هم چنین

نفقه فرزند او اگر فرزندی از غلام مانده باشد -؟.

جواب: روایت موثقی دلالت دارد بر این که (اباق عبد در صورت مذکوره طلاق او است). و بعضی احادیث دیگر هم مؤید آن است. و شیخ در نهاییه عمل به آن کرده (و همچنین ابن حمزه در صورتی که آن زن کنیز دیگری باشد) و ظاهر صدوق هم عمل به

این است. چون در من لا یحضره الفقیه روایت را نقل کرده ۳ پس هر گاه عبد نیامده تا عده

او تمام شود، فراق حاصل میشود، چنان که مضمون روایت است. و لکن علامه در تحریر

انكار قول شيخ كرده. و هم چنين صاحب مسالك و صاحب مدارك در شرح نافع، و
به

-
- ۱ - وسائل: ج ۱۴، ابواب نكاح العبيد، باب ۷۳ ح ۱.
 - ۲ - در نسخه: پس هر چند...
 - ۳ - زيرا كتاب مذكور كتاب فتوائى صدوق است.

استصحاب زوجیت را ثابت بدانند و نفقه زوجه را بر مولای عبد لازم بدانند. و محقق

تردد کرده است در مسأله. و دور نیست ترجیح عمل به روایت، چون معتبر است. و استصحاب معارض آن نمیشود. و دور نیست که احوط این باشد که مولای عبد طلاق

زوجه را بگوید نظر به روایتی که ابن ادریس در آخر سرائر نقل کرده است ۱ که آن روایت

هم مؤید مطلب است. والله العالم.

۲۷۸: سؤال: هر گاه دو طفل توأم از برای کسی به هم رسد يك گوسفند از برای عقیقه هر دو کافی است یا نه؟

جواب: دلیلی از برای جواز آن ندیدم. و مقتضای اصل و اخبار این است که برای هر يك گوسفندی علی حده بکشد.

۲۷۹: سؤال: آیا زن میتواند به غلام خود شوهر کند یا نه؟

جواب: نمیتواند. و ظاهر این است که خلافی در مسأله نباشد. و شاید علت در آن استلزام تسلط از طرفین باشد. و اخباری که وارد شده است در این که (هر گاه زوج زن

آزاد، مملوك باشد و بعد ملك او شود به میراث یا به خریدن یا به غیر آن، نکاح آنها باطل

میشود) اشعار به این مطلب دارد. بلکه علت منصوصه در آنها دلالت دارد. چنان که در

حسنه محمد بن قیس فرموده اند (اذهبی فانه عبدك ليس له عليك سبيل) ۲ و در صحیحه عبد الله بن سنان (قال: تفارقه وليس له عليها سبيل وهو عبد) ۳. و در صحیحه

سعید بن یسار (هل يبطل نكاحه؟ قال: نعم، لانه عبد مملوك لا يقدر على شيء). ۴ و حکم

این مسأله از مسأله انتقال عبد به زوجه و بطلان عقد او صریحا و اشعارا مستفاد میشود.

و هم چنین در غیر آن.

علامه (ره) در قواعد گفته است (ولیس للسیدان ینکح امته بالعقد، ولو ملك منکوحته انفسخ العقد. ولا للحره ان تنکح عبدها لا بالعقد ولا بالملك. ولو ملكت زوجها

انفسخ النکاح). و در تحریر گفته است (الحره اذا اشترت زوجها المملوك، او ورثته، او

انتقل اليها باحد وجوه التمليكات، بطل النكاح وليس لها ان تبينه او تعقد عليه. فان اراد ذلك لم يكن لها ذلك الابان تعتقه وتزوج به). والحاصل ظاهرا اشكالي در عدم

١ - وسائل ج ١٤، ابواب نكاح العبيد باب ٧٣ حديث ٢
٢ و ٣ و ٤: وسائل ج ١٤ ابواب نكاح العبيد باب ٤٩ به ترتيب حديث ٣ و ١ و ٢.

جواز نیست. و بدان که: در صورتی که زوجه کنیز بوده باشد و زوج آزاد، و بعد از آن زوجه منتقل شود به زوج به نحوی از انحا ملك، در آن صورت نیز عقد باطل است و خلافتی در آن نیز نیست. هر چند در اینجا وطی حلال است به سبب ملك.

۲۸۰: سؤال: آیا ولد زنا به هیچ وجه ملحق نمیشود به ابوین؟ یا به بعض وجوه میشود.

جواب: به هیچ وجه ملحق نمیشود، الا در تحریم نکاح. پس جایز نیست از برای زانی وطی دختری که از او به هم رسیده است به زنا. و هم چنین جایز نیست که زانیه شوهر کند به پسر خود که از زنا به هم رسانیده. و هم چنین است حکم جمیع انسان. پس جایز نیست دختری که از زنا به هم رسیده شوهر کند به برادر خود که از پدر یا مادر او به هم رسد خواه او هم از زنا باشد یا نه. و هم چنین اعمام و احوال و غیره. و تصریح به حکم پدر و مادر نسبت به فرزند در بسیاری از کتب، مذکور است لاغیر. و ظاهراً مراد تمثیل است. و در تحریر علامه تصریح به حکم همه شده. و ظاهراً خلافتی در میان شیعه نباشد. بلکه دعوی اجماع بر آن شده.

۲۸۱: سؤال: هند شوهری دارد. و مدت ده سال است که حامله نشده، و از شوهر پیش فرزند دارد. الحال طفلی را به پستان خود بیندازد و رضاع شرعی به عمل آید. آیا

این رضاع نسر حرمت میکند یا نه؟

جواب: هر گاه بعد از ولایت فرزند سابق تا به حال چنین اتفاق افتاده باشد که شیر او

باقی مانده باشد مثل این که دایگی مسکرده و اطفال را شیر مدهاده - هر چند گاهی بخشکد و گاهی عود کند که در عرف و عادت بگویند (این شیر همان فرزند است)، نسر

حرمت میکند. و اما هر گاه بالمره شیر سابق خشک شده و این مدت طولانی گذشته که در عرف نمگویند از آن ولادت سابق است، نسر حرمت نمکند. و از باب آن است

که دختر با کره، یا مردی طفلی را به پستان خود بیندازد و به مکیدن، شیر حاصل شود.

۲۸۲: سؤال: زید مثلاً غایب گردیده و ملک معینی از او مانده، و هند زوجه زید مزبور ادعا نماید که ملک مزبور در صدق من است، و صدقنامهچه و شهودی نداشته باشد. و هند مزبوره متوفیه گردیده و اولادی ندارد. و پسر برادری از هند مزبوره مانده

عمر و نام. عمرو مزبور املاک زید غایب را میتواند به محض قول مرقوم هند متوفی، ضبط نماید قبل از آن که به اثبات شرعی برساند؟ یا نه؟ و خالد اقوام زید مزبور غایب را

مرسد که املاك زید غایب را از حاکم شرع اجاره نماید و ضبط کند که حق زید غایب

مزبور تلف نشود -؟

جواب: هر چند اظهرا این است که سخن هند در حین غایب بودن زوج او مسموع است، و لکن اظهر نیز این است که (قسم استظهاری) باید بخورد که این عین ملك باقی

است بر حقیقت او، و به زوج خود ثانیاً منتقل نکرده. و بدون قسم مالك بودن او تمام

نمیشود. و مفروض این است که هند قبل از قسم خوردن فوت شده، و در آن هنگام دعوی وارث هند به عنوان جزم نخواهد بود. بلکه به عنوان مظنه صدق هند است در دعوی او، و قسم هم نمیتواند خورد. پس چیزی که مثبت دعوی باشد در دست ورثه هند نیست.

بلی هر گاه وارث هند به عنوان جزم ادعای مهر معینی بر غایب بکند و قسم هم بخورد مستحق مهر المثل میشود، علی الاظهر، بلکه دور نیست که آنچه دعوی میکند

بگیرد، چون معارضی در برابر ندارد، هر چند زاید بر مهر المثل باشد. و قسم او به طریق

(نفی العلم) است که ما علم نداریم که مورث ما حق خود را گرفته باشد یا بخشیده باشد.

و ولی غایب حاکم شرع است به هر کس مصلحت داند اجاره مدهد.

۲۸۳: سؤال: هر گاه طفلی با طفل دیگر لواط کرده و فاعل همشیره مفعول را گرفته، و لکن

شك دارد که حشفه داخل شده یا نه.

جواب: اظهر این است که دخول تمام حشفه - یعنی تا ختنه گاه - در اینجا ضرور نیست و

همین که قلبی از آن داخل شد منشأ حرمت میشود و باید تفریق کرد و اما هر گاه در آن

هم شك دارد پس منشأ حرمت نمیشود.

:

۲۸۴: سؤال: هر گاه مورثی وفات نماید که مهر زنش معلوم نباشد که چه چیز است.

و ورثه قبول داشته باشند که آن ممهور است. -؟

جواب: هر گاه زوجه یا وارث او ادعای مهر مسمی کنند [بر ورثه زوج] و بینه

نباشد،
زوجه [یا ورثه او] بعد از قسم خوردن بر بقای مهر در ذمه زوج، مستحق مهر المثل
است
(علی الاظهر) مگر این که ادعای کمتر از مهر المثل کنند که در آن وقت مستحق
همان
قدرند که اعاد میکنند.

۲۸۵: سؤال: هر گاه زن در شب زفاف طلب مهر نکند، حق او باقی است یا نه؟ -
؟

جواب: حق او باقی است و به دخول ساقط نمیشود. بعض اخبار که دلالت دارد بر

۱ - این سؤال تکرار سؤال ۲۷۴: است. ولذا حذف گردید فقط موضوع سؤال قبلی " کسی با غلامی "
است و
موضوع این سؤال " طفلی با طفلی است.

خلاف این، ۱ مطروح یا [مؤ] ول است.

۲۸۶: سؤال: واطی و موطوء اگر نا بالغ باشند و لواط نمایند، بعد متوانند خواهر یکدیگر را بگیرند یا نه؟

جواب: اشهر و اظهر عدم جواز است. یعنی عدم جواز تزویج فاعل خواهر مفعول را.
۲۸۷: سؤال: حضانت و نگاهداری طفل رضیع با والده است یا والد؟
جواب: حضانت رضیع با مادر است هر گاه آن را تبرعا شیر دهد، یا به قدر دیگران اجرت بگیرد، یا کمتر از دیگران. و بعد از او شدن از شیر، اشهر و اظهر این است که

حضانت پسر تا هفت سال با پدر، و دختر تا هفت سال با مادر است.

۲۸۸: سؤال: شخصی با کسی مصافحه و ملامت نموده، و به شهوت به او نظر کرده و بوسیده. آیا متواند مادر یا خواهر یا دختر او را بگیرد یا نه؟
جواب: اشهر و اظهر جواز است. خصوصا هر گاه آن نظر و ملامسه به عنوان حرام شده باشد، یعنی به اجنبی شده باشد که معقوده و مملوکه نباشد.

۲۸۹: سؤال: در صورتی که مادر صغیر فوت شده باشد، اقربای ارثی صغیر منع اباعد را از نگاهداشتن صغیر متوانند کرد؟ یا این که تقدیم اقارب، الاقرب فالاقرب رجحان دارد؟ و حضانت مادر را تا چند سال قائل میباشند بیان فرمایند؟

جواب: بدان که حضانت طفل در ایام رضاع با مادر است، و او احق است به آن هر گاه تبرعا شیر دهد یا اجرت مساوی دیگران یا کمتر بگیرد، اجماعا. و هر گاه غیر این

باشد پدر احق است به آن علی الاقوی. و اما بعد از بلوغ هم حق حضانت از برای هیچ يك نیست، و بر این نیز دعوی اجماع شده. و اما ما بین فطام و بلوغ: پس در آن

اقوال بسیار است - متجاوز از هفت قول - و اقوی و اشهر این است که پدر احق است به

پسر، و مادر به دختر تا هفت سال. و اما بعد هفت سال تا زمان بلوغ پس حضانت حق پدر

است. پس معنی این که حضانت پسر تا هفت سال با پدر است این است که مادر تسلطی

ندارد تا هفت سال، نه اینکه حضانت پدر بعد هفت سال ساقط میشود.

اینها همه وقتی است که پدر و مادر هر دو زنده باشند، و مادر هم شوهر دیگر

۱ - وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۸ ح ۴، ۵ و ۶.

۲ - در مسأله ۲۶۴ فرمود: مسأله رضاع با مسأله حضانت ملازمه ندارد، و میشود که زن دیگری متصدی

رضاع
باشد ودر عین حال حضانت با مادر باشد.

(۴۵۷)

نکرده باشد. اما هر گاه مادر شوهر دیگر کرده باشد بعد طلاق شوهر اول، حق حضانت

مختص پدر است. و ظاهراً خلافتی در این نیست. و هر گاه شوهر دوم او را طلاق دهد

اشهر و اظهر این است که حضانت عود میکند. و این حکم در وقتی است که طلاق شوهر دوم (به این) باشد. و هم چنین است حکم هر گاه رجعی باشد وعده منقضی شده

باشد. و هر گاه پدر بمیرد مادر احق است به حضانت از وصی پدر و از جمیع اقارب هر چند شوهر کرده باشد. و هم چنین پدر مقدم است بر جمیع اقارب هر گاه مادر مرده باشد.

و اما هر گاه پدر و مادر هر دو بمیرند: اشهر و اظهر این است که حضانت تعدی میکند به اقارب به ترتیب میراث، و اقرب منع ابعده میکند. و اظهر این است که زیادتى حصه ارث منشأ اولویت بر غیر نمیشود. بلکه همان ملاحظه وارث بودن، میشود. و در

صورت تعدد اقارب که در درجه میراث مساوی اند، رجوع به قرعه میشود. ۲۹۰: سؤال: در نکاح و طلاق باید زوج و زوجه به اسم و شخص یا اوصاف معروف

مجری صیغه باشند؟ - و در طلاق باید به آن طریق، معروف شاهدین [نیز] باشند؟ یا

آن که به محض این که مگویند (فاطمة زوجة زيد طالق) و (انکحت زوجت فاطمة زيدا

على المهر المعلوم) کافی است؟.

جواب: مجری صیغه اگر خود زوجین باشند با هم، یا وکیل آنها باشد، البته باید معین و مشخص باشند زوجین، هر چند به اسم و وصف یا اشاره باشد، و خود شخص

بشخصه معروف نباشد. و اما عاقد فضولی - که ظاهر این است که مراد سائل آن است.

چنان که در اغلب بلاد کاغذ مأورند در نزد عالمی که صیغه جاری کند و توکیل به ثبوت

نمیرسد، و آن عالم هم صیغه را به اسم آن زن و مردی که به کاغذ نوشته [شده] میخواند. و اعتماد در آنجا بر فضولی است که بعد از آن که خبر میرسد به زوجین و اجازه کنند، صحیح میشود. و الا، فلا - پس مگوئیم که البته باید این عالم در نظر

خود
معین کند زوجین را، هر چند به همان کاغذ و کسان حامل کاغذ که عادل نیستند،
باشد. و مجرد این که (فاطمه نامی را برای زید نامی عقد میکنم که هر فاطمه نام و
زید
نام که به آن مطلع شوند و اجازه کنند، کافی باشد) این صحیح نیست. بلکه باید
مراد او
این باشد که (همین فاطمه نامی و زید نامی که در اینجا نوشته اند و این کسان
مگویند
عقد میکنم).

و احتمال این که کاغذ بالمرة ساختگی باشد یا آن اشخاص دروغ گویند و مرادشان این باشد که اگر برخوردارند به چنین دو نفری که اسم شان آن باشد، بگویند ما صیغه شما

را خواندیم. مندفع است به حمل قول و فعل مسلم بر صحت. وعدم ثبوت وکالت به کاغذ و به کسان غیر عادل، مستلزم عدم تصدیق آن کسان بر این که چنین دو نفری هستند که میخواهند مزاجه بکنند، نیست. پس آن عالم صیغه را مخواند از برای آن در نفری که مسلمی اسم آنها را در کاغذ نوشته و مسلمی یا دو مسلمی آمده اند و ادعای

وکالت خود، با توکیل آن عالم را میکنند، پس هر گاه در واقع هم صیغه خواندن عالم

موافق افتد با مزاجه آن دو نفر و اجازه بکنند، تمام میشود. و الا آن عالم فعل لغوی کرده خواهد بود.

پس به هر حال باید مجری صیغه زوجین را به وصفی یا رسمی که رافع جهالت باشد في الجملة و منشأ تعیین شود في الجملة معین کند و صیغه بخواند. گو در نظر او ممتاز

از کل ماسوی نباشد. بخلاف خود زوجین و وکیلین که باید زوجین در نظر آنها متمیز و

متعین باشند از کل ماعدا. هر چند آنها را بشخصه شناسند.

و هم چنین کسی که صیغه طلاق جاری میکند، مثل زوجین و وکیل آنها است در نکاح. به جهت آن که در طلاق، فضولی نمیشود. پس باید مجری صیغه معینا بداند

که زوج کیست و زوجه کیست. گو بشخصه آنها را شناسند. و اما شاهد طلاق: پس ظاهر

این است که شرط است در آن معرفت زوجین به شخص یا به وصف رافع جهالت في الجملة به قدری که در نکاح فضولی کافی بدانستیم که تواند شهادت بدهد به نحوی از انحا که مقتضای اشهاد و مدلول آن به عمل بیاید. و مجرد حضور آنها در مجمع اطلاق بدون معرفت به وجهی از وجوه، نفعی ندارد علی الاظهر. و معرفت بر وجهی

که ممتاز از کل ماعدا باشند هم ضرور نیست، و الا عسر شدید و حرج عظیم لازم میآید.

و گویا خلافتی هم نباشد در عدم اشتراط آن. ۱

۲۹۱: سؤال: هر گاه کسی دختر با کره بگیرد و بعد معلوم شود که ثیب بوده. آیا مسلط بر فسخ نکاح هست یا نه؟ و بر فرض عدم فسخ، آیا از مهر او چیزی کم

مشود
یا نه؟

۱ - شرح بیشتر در مسائل طلاق - جلد پنجم.

جواب: هر گاه معلوم نباشد که قبل از عقد ثبت بوده و محتمل باشد که بعد از عقد بکارت او رفته باشد، در اینجا خیار فسخی ثابت نیست و عقد لازم است. و ظاهراً خلافی

در آن نباشد. چنان که اگر معلوم شود که بعد از عقد زوال بکارت شده که در آن هم خیار

فسخی نیست. و اما هر گاه معلوم شود که قبل از عقد ثبت بود - به این که آن زن خود اقرار

کند یا شهادتی باشد یا از قرائن علم حاصل شود - پس در این صورت مگویییم که اگر

عقد را به شرط بکارت کرده، اکثر متأخرین بر اینند که خیار فسخ از برای او هست. چنان که مقتضای شرط ضمن العقد است. و قول دیگر عدم تسلط بر فسخ است. و این

قول را بعضی نسبت به اکثر اصحاب داده اند. و قول اول اظهر است.

و اما اگر در ضمن عقد شرط بکارت نشده باشد و لکن خبر به او داده باشند که باکره

است، و به گمان بکارت و به سبب تدلیس مرتکب آن شده باشد: پس در الحاق آن به

شرط ضمن العقد دو وجه است. و اظهر عدم الحاق است. چنان که هر گاه هیچ کس به او

خبری هم نداده باشد و خود به گمان بکارت عقد کرده باشد که در آنجا نیز خیاری نیست. به جهت آن که ثبوت از عیوب زنان نیست.

و اما حکایت مهر: پس در هر جا که خیار ثابت است و زوج اختیار فسخ کرد، پس اگر

قبل از دخول است در آنجا مهري نیست. و هر گاه بعد از دخول است مهر مستقر میشود. پس اگر تدلیس در میان باشد، زوج رجوع میکند به مدلس و مهر را از او مگيرد هر چند مدلس خود زوجه باشد. بلی در صورتی که مدلس خود زوجه باشد در

آن خلافی دارند که آیا چیزی استثنا میشود یا نه. و اظهر و اظهر عدم استثنا است. و جماعتی استثنا کرده اند (اقل ما یصلح ان یکون مهرا) [را] مثل دو غاز پول سیاه. و بعضی استثنا کرده اند اقل مهر امثال او را. و دلیل واضحی از برای استثنا در نظر نیست.

و هر گاه فسخ نکند خواه اختیار بر فسخ نباشد، یا اختیار ثابت باشد و لکن راضی شود زوج بر بقای نکاح، پس در آن صورت خلاف است که آیا از مهر چیزی کم

مشود یا
نه. اشهر و اظهر این است که چیزی کم مشود. و ابو الصلاح و ابن براج مخالفت
کرده اند [وقائل به عدم کسر شده اند]. و [قائلین به عدم کسر نیز] در تقدیر آن
خلاف
کرده اند، بعضی تعیین نکرده اند بلکه گفته اند چیزی کم مشود چون ظاهر صحیحه
محمد بن مسلم جز این نیست (قال: کتبت الی ابی الحسن - ع - اسأله عن رجل
تزوج

جارية بکرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق وافيًا، او ينتقص؟ قال: ينتقص). ۱ و قطب

راوندی گفته است که (شش يك) کم میشود. نظر به این که در روایت ظاهرًا لفظ (شیء)

مقدر است و لفظ شی در اخبار وصیت حمل بر سدس شده. و این قیاس است. و ابن ادريس و علامه و محقق گفته اند ناقص میشود به نسبت ما بین مهر ثیب و بکر، و ملاحظه مهر المثل و تفاوت آن را میکنند و به همان نسبت از مهر مسمی کم میکنند. و بعضی از متأخرین گفته اند منوط است به نظر حاکم شرع. و دور نیست که

مقتضای نظر حاکم هم باید همین قول آخر باشد. و دور نیست که از روایت هم فهمیده شود.

۲۹۲: سؤال: هر گاه زوجه خواهد طفل خود را یا طفل غیر را شیر بدهد، شوهر میتواند منع کرد؟ و آیا تسلط دارد زوج که بگوید (طفل فلان را شیر بده) یا نه؟ و این که مگویند شیر زن از مرد است، صحیح است یا نه؟
جواب: بدان که فقها بعد از آن که اتفاق کرده اند بر جواز اجاره دادن زن خود را از برای رضاع به اذن زوج، خلاف کرده اند در این که زن میتواند خود را به اجاره بدهد از

برای شیر دادن بدون اذن شوهر. پس اگر منع کند اجاره از استمتاع زوج پس آن موقوف

است به اجازه زوج. هر گاه زوج اجازه کند صحیح است، و الا باطل میشود. و بعضی عقد

اجاره را از اصل باطل میدانند در این صورت. و اما هر گاه مانع از استمتاع زوج نیست، در

آن دو قول است. اظهر صحت است، چنان که مختار محقق و شهید ثانی و دیگران است،

به جهت آن که مفروض این است که زن آزاد است و شخص آزاد مالك منافع خود است، و

عمومات اجاره هم شامل آن است. و از شیخ و جماعتی نقل کرده اند که جایز نیست، به

جهت عدم دلیل و به جهت این که منافع زوجه به سبب عقد ملك زوج میشود. و اظهر

قول اول است. چنان که گفتیم. و تملك زوج جميع منافع زوجه را ممنوع است،

بلکه

همان مالک منافع استمتاع است.

هر گاه این را دانستی ظاهر شد که شیر زن آزاد ملك خود او است و شوهر در آن حقی ندارد. و آن سخن که شیر زن از مرد است، بی وجه است. و آن عبارتی که در مسائل رضاع مذکور است که (اللبن للفحل) معنی دیگر دارد. و زوج تسلط ندارد که

۱ - وسائل: ج ۱۴، ابواب العیوب والتدلیس، باب ۱۰ ح ۲.

منع کند که زوجه ولد خود را که از آن زوج دارد شیر بدهد. خصوصا این که در مسائل

رضاع مذکور است که (مادر احق است بر رضاع هر گاه متبرعه باشد، یا اجرت زیادتر از

دیگران نطلبند). و هم چنین مانع شیر دادن فرزند دیگران هم نمیتواند شد در صورت تبرع. مگر این که مانع استمتاع باشد، که در همان قدر میتواند مانع شد. و اما این که به زوجه بگوید که (طفل فلان را شیر بده) پس این تسلط را ندارد جزما، و

در آن اشکالی نیست.

۲۹۳: السؤال: اذا زوج زيد بنته الرضیعة بعمر وفي مدة ساعة بازا درهم متعة، لاجل محرمية امهاله، لاغير. ثم مات زيد واراد عمرو نکاح امها. فهل يحرم - لانها من

امهات النساء وهي محرمة بنص الكتاب والادلة -؟ او يجوز نکاحها لبطلان نکاح الصغيرة

(لعدم قصد المناکحة الواقعية، بل لمحض المحرمية، مع انها غير مدخولة بالفرض)؟ و على تقدير الحرمة، فهل يجوز لعمرو ان يتزوج بها تقليدا لابن ابى عقيل (على القول بجواز تقليد الميت بسبب اعتقاد انه اعلم من مجتهدى زمانه) ويجعل ذلك حيلة لكثرة شوقه الى هذه المرأة، وخوف وقوعه في الزنا -؟. فاذا تزوجها والحال هذه وهو معتقد بصحة عقد الرضیعة وصيرورة امها من امهات النساء، فهل يجب التفريق بينهما ام لا؟ - .؟

و ما حال الاولاد الحاصل بينهما؟.

الجواب: اما المسألة الاولى - اعنى صحة هذا العقد - فالاقرب عندى العدم. لاصالة عدم الصحة، فانها حکم شرعى يحتاج الى دليل شرعى ولا دليل عيله (كما ستعرف) و لاستصحاب الحكم السابق. وليس للقول بالصحة دليل سوى اطلاق الاية ۱ و الاخبار.

و انت خبير بان كلها اما صريح في غير ما نحن فيه او ظاهر فيه. بل لا يكاد يوجد رواية يمكن

انصرافها الى هذا الفرد، او شمولها له. بل نقول في الاية و الاخبار دلالة على خروجه منها، فان الظاهر من الاية حصول الاستمتاع او التمكن منه، كما نعتبره في غيره من العقود ايضا. وليس في ما نحن فيه احد الامرین. مضافا الى اشعار كلمة (اجورهن) ۲ بذلك، لان الاجر في مقابل الانتفاع وهو مفقود. و ايضا الاخبار الدالة على انهن مستأجرات، دالة على ذلك. ۳ لان الاستيجار تقتضى عملا من الاجير و المفروض عدمه

-
- ۱ - آیه های ۲۴ و ۲۵ سوره نساء.
 - ۲ - علاوه بر دو آیه مذکور، در آیه ۱۰، سوره ممتحنه نیز آمده است.
 - ۳ - الوسائل ج ۱۴: ابواب المتعة، الباب ۴ ح ۲، ۴. والباب ۲۶ ح ۱. والباب ۴۳ ح ۱.

من الرضيعة وعدم تمكنها منه مع فرض كون المدة غير قابلة لخروجه عن القوة الى الفعل. ويؤيده ايضا الاهتمام في تعيين المدة و تعيين الاجرة في الاخبار في حقيقة المتعة، ١ بحيث يعلم انهما معتنى بهما عند الشارع بحيث جعلنا ركنا للعقد. والمفروض

عدم الاعتنا بالمدة هنا وان ذكر في متن العقد، بل ولا بالاجرة. كما هو الغالب في مثل ذلك [و] ايضا يستفاد من الاخبار الواردة في وجوه النكاح ان العلة في تشريع المتعة تسهيل الامر في استحلال الفروج للذين لا يقدر على النكاح البات، او ملك الميمين. و

ايضا (العقود تابعة للقصود) ولا قصد هنا الى حقيقة العقد الواقعي المستلزم لحلية الاستمتاع، لعدم امكانه بالفرض.

ومما ذكرنا يظهر انه لا يتم الاستدلال بمثل (اوفوا بالعقود) فانه لا معنى لارادة كل عقد يتصور، لا ستلزامه التخصيص الغير المرضي، فلا بد من حملها على (العقود المعهودة) في زمان الشارع، ولم يثبت كون هذا العقد معهودا في زمان الشارع، ٢. و ادعاه من افراد عقد النكاح وهو معهود، يحتاج الى الاثبات. لما عرفت انحصاره في الدائم والمنقطع، ودخول ذلك فيهما ممنوع. واحتمال الدخول لا يكفي، لان الاصل عدم الصحة، ولا يرتفع مقتضى الاصل الا بثبوت دخوله في العقد ولا يكفي الاحتمال. نعم هنا شبهة قوية. وهو ان من المسلمات الواضحات جواز الحيل الشرعية و الفرار من الحرام الى الحلال، كما في حيل الربا وحيل اسقاط الشفعة وغيرهما مما لا يحصى كثرة فكما يجب عما اورد عليها (من ان العقود تابعة للقصود والمقصود

بالذات من بيع المعاملة المحاباتية بشرط القرض - مثلا - انما هو النفع، فيكيف يقال بصحته مع انه ليس مقصودا بالذات). باننا انما نقول بالصحة اذا قصد البيع على الوجه الصحيح وكان غرضه الفرار من الربا على وجه يأمن العذاب بان يدرج ذلك في عنوان (احل الله البيع) ويخرجها من عنوان (وحرم الربا). ويكفي في ترتب آثار المعاملة و صحتها، ترتب بعض الآثار. فنحن ايضا نقول في ما نحن فيه: يقصد بذلك العقد عقد التمتع وان لم يترتب عليه الا بعض آثاره، وهو حلية النظر الى امها وان لم ينفع ذلك في حلية النظر الى الرضيعة لثبوتها قبله وبعده، ولا في حصول الاستمتاع والتمكّن منه في هذه المدة القليلة.

١ - المرجع، الباب ١٧.

٢ - وفي النسخة: ولم يثبت معهودية هذا العقد في زمان الشارع.

فاقول في دفع هذه الشبهة - بعد منع كون حصول المحرمة وحلية النظر اثر الكل تزويج بحيث يشمل ما نحن فيه. اذا دليله انما هو الاجماع وهو ممنوع هنا، لعدم استلزام

التحريم المحرمة مطلقا. فجواز جعله اثرا مقصودا من هذا العقد في محل المنع - بمنع كون هذا عقد تزويج يمكن ترتب اثر جواز النظر الى الام، عليه. ولا بد في تحقيق المقام

من تمهيد مقدمة وهو: ان كل مصلحة تترتب على فعل فهي من حيث كونها متولدة منه

ونتيجة له، تسمى فايده له. ومن حيث انها طرف له وفي آخره، تسمى غاية. ومن حيث

كونها باعثة للفاعل على الاقدام به، تسمى علة غائية. ومن حيث كونها مطلوبة للفاعل في الاقدام به، تسمى غرضا.

فالاخيران متحدان بالذات ومختلفان بالاعتبار، لانه اذا اعتبر كونها منتسبا الى الفاعل فهي غرض. واذا اعتبر منتسبا الى الفعل فهي علة غائية. كما ان الاولين ايضا كذلك فمن حيث تولدها، فائدة. ومن حيث وقوعها في النهاية، وغاية. والاولان اعم من

الاخبرين مطلقا فليس كل فائدة وثمرة يترتب على الفعل، علة غائية وغرضا لفاعله. اذا تحقق هذا فاعلم: ان افعاله سبحانه وتعالى معللة بالاغراض (كما هو محقق عند اهل الحق) ولكن قد يترتب على افعاله آثار ليس باغراض. فان تحريم الزنا (مثلا) معللا بعدم اختلاط المياه وتشويش الانساب ونحو ذلك. ولكنه يترتب عليه اجرا الحد مثلا و - من الظاهر انه - ليس الغرض من التحريم ذلك وان ترتب عليه، وان كان الترتب

ايضا بجعله تعالى، فضلا عما لم يكن بجعله مثل قتل اهل المرأة الزانى. فان ذلك قد يكون من آثار التحريم لانفس الزنا. وكذلك تحليل النكاح معللة بسد باب الفجور

و تكثير النسل وابقا النوع، ولذلك ورد على وجوه مختلفة من الدوام والانقطاع وملك اليمين على حسب مقدرة العباد (كما ورد في الاخبار) وقد يترتب عليه آثار ليست من جملة اغراضه تعالى (اولم يعلم منه تعالى كونها غرضاله) فامثال العباد في تلك الاحكام والافعال لا بد ان يكون على وفق اغراضه تعالى. ولا يجوز ان يجعل مالم ليس بغرض

غرضا، سيما بحيث انحصر الغرض فيه وانطوى باب اصل الغرض المطلوب فيه. وكذلك الكلام في مالم يكن اصل العمل من مبتدعاته تعالى بل كان من افعال العباد ولكنه تعالى جوزه وامضاه كالبيع. فان وضع البيع في العرف والعادة لاجل نقل

الملك والتسلط على العوضين على الوجه الخاص، وهذا هو غرض الواضعين. فاذا
جوزه تعالى فتجويزه انما هو على وفق مواضعهم، فلا بد لمن يريد البيع قصد هذا
الغرض

الخاص من البيع، يعنى النقل والتسليط المذكورين. فلو لم يقصده او قصد به غيره، فلا يصح. ولذلك قيل (ان العقود تابعة للقصد). فمن جملة آثار البيع ان وارث البائع لا يرث من المبيع، فمن كان غرضه حرمان وارثه وباع ملكه من اجنبى ولم يكن غرضه نقل الملك اليه حقيقة فلا ينفع ذلك في تصحيح البيع جزما ولا يترتب عليه تلك الثمرة قطعا.

فنقول في ما نحن فيه: ان حرمة ام الزوجة ومحرميتها انما هما من الآثار المترتبة على النكاح وفوائده وان كان بجعل الشارع، وليس من جملة الاغراض - اولم يثبت كونها غرضا اذ عدم الثبوت كاف في ثبوت العدم - فلوفرز اجرا صيغة النكاح لمحض

ذلك ولم يكن الغرض المطلوب من النكاح مطلوبا. سيما مع عدم امكان مطلوبيته، فلا يكفى ذلك في تصحيح العقد ولا يترتب عليه الاثر والفائدة اصلا. ولا ريب ان الغرض

من عقد النكاح والمتعة هو التمتع او النسل وحلية النظر الى الزوجة وامثال ذلك، و كلها منتفية في ما نحن فيه. ومحض لفظ الايجاب والقبول بدون ملاحظة ما وضعنا لاجله وقصد وضعهما له وكان غرضا وعلة غائية في تشريعه، لا ينفع في شئ بمحض جعل ما ليس بغرض غرضا لمناسبة كونه اثرا من الآثار.

ومما ذكرنا يظهران عبارة المسالك في هذا المقام لا يخلو عن شئ فانه بعد ما ذكر قول المحقق (وقد يتخلص من الربابان يبيع احد التبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها ثم يشتري الاخرى بالثمن ويسقط اعتبار المساواة وكذا لو وهبه سلعته ثم وهبه [1] لاخر، او اقرضه صاحبه ثم اقرضه هو وتباريا. وكذا لو تبايعا ووهبه الزيادة. كل ذلك

من غير شرط). قال (ولا يقدر في ذلك كون هذه الامور غير مقصودة بالذات والعقود تابعة للقصد لان قصد التخلص من الربا انما يتم مع القصد الى بيع صحيح او قرض او غيرهما من الانواع المذكورة، وذلك كاف في القصد. اذ لا يشترط في القصد الى عقد

صحيح، قصد جميع الغايات المترتبة عليه. بل يكفى قصد غاية صحيحة من غاياته فان من اراد شرا دار مثلا ليواجهها ويتكسب بها فان ذلك كاف في الصحة وان كان لشرا الدار غايات اخر اقوى من هذه واطهر في نظر العقلا. وكذلك القول في غير ذلك من افراد العقود. وقد ورد في اخبار كثيرة ما يدل على جواز الحيلة على نحو ذلك) انتهى. وفيه: انه بعد القصد الى عقد صحيح لا حاجة الى القصد الى ترتب اثر من آثاره. و وجه الاشتباه هنا الخلط بين آثار مطلق النقل والانتقال و آثار الانتقال من جهة بيع مبيع

خاص وآثار البيع من حيث انه بيع. والخلط بين العلل الغائية والفاعلية واللوازم الذاتية والمقارنات الاتفاقية.

فنقول: ان الاستيجار والتكسب والسكنى وغير ذلك في نقل الدار انما هي من آثار الانتقال المطلق، لا خصوص البيع. كما لا يخفى. وحصول خيار الحيوان وثبوت الشفعة

في غير المنقول (على القول بالتخصيص) وغير ذلك، من خواص بيع مبيع خاص و آثاره. وثبوت خيار المجلس وترتب حق الشفع في الجملة، من آثار نفس البيع من حيث

هو. وكل ذلك يمكن ان يصير علة غائية للبيع، كما انها غاية له وفائدة من فوائده. ولا ريب انه يكفى في تصحيح البيع مجرد القصد الى نقل ملك معلوم بازا عوض معلوم على وجه الايجاب والقبول المعهودين، وان لم يقصد الى حصول جميع آثارها. بل وان

لم يكن الانتفاع بجميع آثارها وان كان من جهة فقر الاثر في نفس الامر. فما ذكره من جعل الاستيجار والتكسب من آثار البيع، لا وجه له. اذ هو من آثار الانتقال المطلق لا خصوص البيع من حيث انه بيع. والمقصود في المقام القصد الى البيع من حيث انه بيع. وجعل التخلص من الربا من آثاره ايضا لا وجه له. اذ هو بمنزلة العلة الفاعلية لا مما يترتب على الشيء ويكون اثرا له. اذ كما يمكن الانتفاع بالمال على

الوجه الحلال كالبيع، يمكن على الوجه الحرام كالربا. بل نقول اذا اطع المكلف على الحلال والحرام واراد تحصيل النفع بالمال فالداعى الى ارتكابه للحلال هو الاجتناب عن المعصية والخوف عن العقاب بارتكاب التكسب على وجه المعصية. فالتقوى و الخوف من الله هو العلة لارتكاب البيع، والتخلص من الربا حينئذ من اللوازم الاتفاقية. فمن اردان يعاوض رطلا من الغزل برطلين من القطن يمكنه ان يجعل ذلك في قالب الربا ويقول (اعطيتك هذا الرطل في عوض الرطلين) ويقبل الاخر. ويمكنه أن يجعل في قالب البيع ويقول (بعتك هذا الرطل من الغزل بدرهمين) ويقبل الاخر، ثم يقول الاخر (بعتك الرطلين من القطن بدرهمين)، ثم يتباريان.

ولما كان الاول حراما والاخر حلالا فنفس الحرمة وخوف العقاب يصير مرجحا لترك الاول. ونفس الحيلة والجواز مرجحا لفعل الثانى. فما صدر من المكلف هو فعل اختياري وترك اختياري ناشيان من مرجح خارجي وكلاهما متساويان في مرتبة الحصول في الوجود. لا ان ذلك الترك من آثار هذا الفعل. غاية ما يمكن [هو] ان يقال:

ان التخلص من الربا من آثار اختيار البيع من بين المعاملتين، لا من غايات نفس البيع

واحدتهما غير الاخر جزما. فليفهم ذلك.
فحينئذ نقول: ان هذين البيعين مما يترتب عليهما جميع آثار البيع وغاياته، من خيار المجلس واللزوم بعد التفارق. حتى انهما اذا تفارقا قبل التقابض والتبارى يجوز لكل منهما ان لا يعطى الغزل او القطن. بل يقول ليس على الا الدرهمين. والا فلا يصح القصد الى البيع، فان قصد البيع على هذا الوجه يصح، والا فلا يتم البيع ويدخل في الربا. ولا يكفي في تصحيح ذلك محض قصد التخلص من الربا. وهكذا غيره من الآثار المترتبة على البيع والمقاصد المطلوبة فيه. فالعمدة هو القصد الى البيع الصحيح الجامع للشرايط والآثار.
وقوله (بل يكفي... الى آخره) يشعر بلزوم قصد غاية من الغايات، وليس كذلك. فان قصد نفس البيع المتضمن لقصد الانتقال، يكفي وان لم يقصد فردا خاصا من آثار الانتقال، فضلا عن غيرها من الآثار الخارجة مثل ثبوت حق الشفع وغيره، فضلا عن مثل عدم ميراث الوراثة.

والحاصل: ان القصد بيع صحيح يوجب ترتب جميع آثاره ولا يضر عدم القصد الى واحد منها، فضلا عن الجميع بل لا يضر عدم امكان حصول كثير منها بسبب مانع. فالمعتمد هو قصد نفس البيع الصحيح بينه وبين الله تعالى، ويلزمه ترتب جميع الآثار الممكنة.

فحاصل المقام: ان النكاح المذكور لم يقصد الى النكاح الصحيح حتى يترتب عليه جميع آثاره او بعض آثاره. لا انه حصل القصد الى النكاح الصحيح ووقع لكن لم يقصد من آثاره الابعضها. والمفروض انه لم يثبت من الشارع حقيقة لعقد المتعة الا انه عقد يوجب تملك الانتفاع ببضع امرأة والتمتع بها من جهة البضع والاستمتاع المعهودة في النساء، وليس ذلك موجودا في ما نحن فيه. وليس عقد المتعة نفس لفظ الايجاب والقبول الخاليين عن القصد الى ذلك. فيكون الالفاظ بهما حينئذ بمنزلة الهازل والعابث. بل نقول: اذا امكن التمتع منها لكن لم يكن في خصوصها مثل ان [ي] نكح صغيرة مراهقة امكن التمتع منها بالقبلة وغيرها من الاستمتاع، غايته بعيدة عنه بمنازل في ظرف ساعتين لمحض محرمة امها، لا يصح ايضا. وكذلك المجنونة الكبيرة. بل ويمكن ان يقال: اذا فرض ان يعقد دواما على امرأة لمحض محرمة امها لا غير، بحيث لم يتصور الانتفاع ببضعها ابدا، يشكل الحكم بالصحة.

وبالجملة: ترك الاغراض المقصودة في وضع العقود والاكتفا بالاثار القسرية، مخالف لحكمة الواضع وحكمة الوضع.

وقد يقال في هذا المقام - في ابطال اثبات الصحة بقصد بعض آثار العقد، وهو حصول المحرمية - (ان اثبات صحة العقد بثبوت حلية النظر الى الام، واثبات حلية النظر الى الام بثبوت العقد، دور واضح). ففيه: ان تصحيح العقد بقصد حلية النظر واثبات صحته من اجل ذلك لا يستلزم ان يكون جواز النظر موقوفا على اثبات صحة العقد

ليستلزم الدور. بل انما هو موقوف على العقد الصحيح لا على اثبات صحة العقد. والحاصل: ان القائل يثبت صحة العقد الخاص - بقصد حصول المحرمية الممكنة الحصول بنفس مهية العقد وكليته - في نظره، وحصول المحرمية بالفعل يثبت من نفس العقد الخاص الذي من افراد ذلك الكلي. فاختلف طرفا الدور. وان كان ولا بد، فهو دور معي لا توقفي.

ويمكن تقرير الدور بنحو آخر. وهو: ان القصد الى حصول المحرمية بهذا العقد، موقوف على امكان حصولها به. وامكان حصولها به، موقوف على صحة. فحينئذ نقول

صحة هذا العقد (على ما ذكره المستدل في اثبات الصحة) موقوف على القصد الى حصول المحرمية به. والقصد الى حصول المحرمية به، موقوف على امكان حصولها به.

وامكان حصولها به، موقوف على صحته. وهذا دور مضمّر. ولا بأس به. وعماد الزام الدور

منع كون حصول المحرمية وامكان حصوله من آثار مهية العقد من حيث هي. بل انما المسلم انه من آثار غير هذا الفرد من الافراد الصحيحة المسلمة. هذا كله اذا لم يكن مفسدة في العقد (على الاشهر الاظهر) او كان فيه مصلحة على القول باشتراطها. والا فلا يصح ورأسا.

واما المسألة الثانية: وهي ان عمرا كان يعتقد صحة العقد، وان ام الصيغرة ام زوجته شرعا، ومن محارمه ومن جملة المحرمات عليه. لكن بعد فوت الزوج يريد الحيلة

في تحليل امها بان يبذل الامر ويفرالى تقليد ابن عقيل في (ان ام الزوجة اذا كانت غير مدخولة، ليست بمحرمة الاجمعا). والمفروض ان هذه هي ام الزوجة الغير المدخولة. مع فرضه ان ابن ابي عقيل اعلم من علما زمانه. فيجوز العدول وان عمل بقول غير الاعلم. كما هو المشهور. ففيه اولا: ان قول ابن ابي عقيل شاذ مهجور مخالف للمشهور والادلة القويمة، بل كاد ان يكون بطلانه اجماعيا، كما في شرح

(٤٦٨)

اللمعة. بل هو اجماعى كما فى مسائل الناصرية والغنية وصحيحة منصور ناطقة با نه مذهب الشيعة وأن الشيعة كانوا يفتحزون بفتوى على (ع) فى ذلك. ١
وثانيا: ان ذلك مبنى على جواز تقليد الميت. وهو (وان كان قويا عندى، خلافا للمشهور المدعى عليه الاجماع من بعضهم) لكنه لا يجوز العدول عن العدول عن العمل من فتوى

المجتهد الاول بعد العمل به. وما ذكره السائل من المناص - با نه يعتقد اعلميته من علما عصره ومجتهده الذى تزوج الصغيرة بتقليده - لا يضمن ولا يغنى من شئ. فانا ولو

سلمنا جواز العدول مع الاعلمية، وسلمنا اعلمية ابن ابى عقيل من علما عصره، لكننا نقول اعلميته من جميع فقهاءنا الماضين، فيه منع واضح. فلا يتم الكلام. اذ جواز العدول الى الاعلم والاورع مبنى على حصول الرجحان والظن با نه اقرب الى الحق من جهة وفور علمه او تقواه. وترجيح المرجوح قبيح. وهذا مع سلامته انما يتم اذالم يكن فى السابقين افضل منه او اتقى منه، وهو ممنوع، بل الافضل كثير. فيكف يحصل الرجحان وظن الاقربى الى الحق بمحض افضلية ابن ابى عقيل من مجتهده الحى. سيما مع اتفاق الافضلين او المساوين الكثيرين فى خلافه. والمفروض ان الكلام مبنى على جواز تقليد الاموات، فاذا كان السائل يلاحظ ميتا واحدا بمحض التشهى، فيكف لا يلاحظ الاموات الكثيرين فى حصول الظن بالاقربى الى الحق

. وثالثا: ان ما تمسك به السائل من جواز العدول مبنى على ما قرع سمعه من جواز نقض الفتوى دون الحكم (كما ذكره فى كتب الاصول). وهو فى ما لو كان العقد من باب الحكم - كما لو كان بحكم مجتهد خاص فى تلك الواقعة الخاصة او بمباشرة للعقد

بقصد الالتزام والحكم - لا يتم. واما لو كان بمحض اتباعه فى الفتوى: فالتحقيق ان ذلك

ايضا لا يجوز نقضه. اذ ما يثبت جواز نقضه اما فى جانب المفتى: فعدوله عن الفتوى السابقة (بعد تجدد رأيه) فى ساير ما يرد عليه من خصوصيات هذه الكلية. واما فى جانب

المستفتى فكذلك ايضا. وكذا فى مالولم يعمل بعد بالفتوى، واما فى ما عمل به فلا بد فيه من تفصيل طويل بيناه فى القوانين ولا يسعه المقام.

ومجمله: ان تلك الواقعة اما من باب العقود والمعاملات التى يترتب عليها آثار استمرارية كالنكاح الذى يوجب الاستمرار الى الابد، والمنقطع الذى يوجب الاستمرار

الى الغاية المعينة، ويترتب عليهما آثارهما (من لزوم الانقاق وجواز الاستمتاع وحرمة الام والولد وثبوت الميراث وغير ذلك). ولا ينقطع اثرهما الا بما وضعه الشارع للقطع،

مثل الطلاق والارتداد وانقضا المدة او هبتها او غير ذلك. وكذلك البيع وغيره. واما من باب فتوى الطهارة والنجاسة والحلية والحرمة، وكالحكم بان الماء القليل ينجس بالملاقاة، (بل القدح من الماء صار نجسا بالملاقات)، وان لحم الغراب حرام، او حلال، وكذلك الخطاف ونحو ذلك.

فانها امور تجديدية، فيجوز ان يجتنب المقلد من الماء القليل الملقى للنجس بسبب فتوى مجتهده، ويستعمل ذلك الماء بعينه في يوم آخر لتجدد رأيه وحكمه بعدم التنجس. وكذلك ترتب غسل ملاقية وعدم غسله. ويجوز ترك السورة في الركعة الاولى بتقليد مجتهد القائل بالاستحباب، ويجب قرائته في الركعة الثانية من تلك الصلاة بسبب تجدد رأى مجتهده بين الركعتين. وهكذا... واما ثبوت الزوجية (مثلا) اذا حصل بتقليد مجتهد (يجوز نكاح المتراضعين بعشر رضعات) او (يجوز نكاح الباكرة الكاملة بدون اذن الولي)، فيقتضى ثبوت ثمراتها وآثارها

مستمرا، من تملك الصداق وصحة بيع ما هو الصداق وترتب الميراث بعد فوت المشتري وهلم جرا. فان قلنا بجواز نقض هذا العقد بتجدد رأى المجتهد او بموته او بظهور فسقه او غير ذلك، فيلزم فسخ العقد من رأس. وظهور بطلانه من باب حصول العلم بالرضاع السابق لامن باب الارتداد، فيبطل من رأس. ويبطل المهر ويرجع الى مهر المثل ويسترد الصداق ويبطل البيع الواقع عليه والتوراث وغير ذلك ويجوز للمرأة التزوج بعد العدة.

ثم اذا تجدد بعد ذلك رأى ذلك المجتهد وحكم بصحة العقد ثانيا، فهو يكشف عن صحته اولا، فيجوز له وطى هذه المرأة المزوجة والنظر اليها، وغير ذلك. ثم اذا تجدد ثالثا فيتبدل الحال ويحصل الهرج والمرج وعدم استقامة الشريعة. بل نقول: ان جواز نقض الفتوى ليس معناه الاجواز العمل بخلافها في الواقعة الحادثة، ونقض [نفس] الفتوى السابقة بعد تجدد رأى مثلا آثارها وثمراتها. ومما يؤيد ذلك بنا العلما في جميع الاعصار والامصار على صحة معاملات الناس

وترتيب الآثار عليها مع احتمال كونها واقعة على خلاف رأيهم. ولا يمكن ان يقال (ان ذلك انما هو لاجل حمل افعالهم على الصحة). اذ الصحة والفساد مختلفان بحسب آرا

العلماء. الا ترى انهم يحكمون بصحة المزاوجات المجهولة الحال ولا يتفحصون ان النكاح هل وقع على الوجه الصحيح ام لا. فانه ربما كان النكاح بينهما على سبيل اذن الباكرة الكاملة وعلما العصر يعتقدون بطلانه، او بالعكس. وكذلك الاحتمالات في حصول الرضاع ومقداره، وغيره. وهكذا ينكحون المطلقات ويقنعون باعتراف الزوجة بالطلاق، ولا يتفحصون ان الطلاق هل وقع على الوجه الصحيح ام لا، وهل وقع عند عدلين خارجين عن المطلق، او كان هو احدهما. وهل العدلان كانا يعرفان الزوجين بشخصيهما ولو بالوصف، او اكتفيا بمحض حضور مجلس الطلاق. وهل عدالة الشاهدين كانت على وفق رأى علما العصر، او خلافه.

والحاصل: ان مقتضى حمل فعل المسلم على الصحة، حمله على ما هو صحيح عند الفاعل، لا عند الحامل. وهو مختلف جدا. والقول بان (الغالب الموافقة، فيحمل على الغالب) لا يخفى بطلانه على من مارس الفقه وابوابه، لمنع هذه الغلبة جدا، سيما في اكثر ابوابه. فالظاهر ان بناهم هذا وعدم تفحصهم، مبنى على ما ذكرنا من عدم جواز نقض الفتوى، وترتيب ثمرات الفتاوى على مقتضياتها. فمن طلق طلاقا صحيحا عنده، فيجب ترتيب ثمراته عليه. من جواز نكاحها للغير وعدم ميراثها عن الزوج، وغير ذلك ولا يجب التفحص عن صحته وفساده. بل لو ظهر فساده عنده على وفق الادلة الاجتهادية (لا في نفس الامر) ايضا.

فعلى هذا نقول في مانحن فيه: اذا تجدد رأى المجتهد او مات وجا مجتهد آخر مخالف للاول، فلا يجوز الحكم بجواز تزويج ام الزوجة - فضلا عما لو كان مجتهده حيا و

لم يتغير رأيه ولا ظهر فسقه - وجعل المناص تقليد ابن ابي عقيل [لا يفيد فائدة] لان العقد الاول حرما ابدا. لا يقال: ان من ترجح عنده حرمة اكل الخطاف (مثلا) او حرمة غراب الزرع، فهو يحرمه ابدا وليس تحريمه محدودا بامد. فلم جعلتها مما يتجدد حكمها

وجعلت حكم ام هذه الصيغة المعقودة حرمة ابدية ولا فرق بينهما -؟. لانا نقول: الفتوى

بحرمة الغراب معناه انى افهم ان الشارع حرمه ابدا، لا ان خصوص فتوائى بالحرمة صار سببا لحرمة ابدا. فاذا تجدد رأيه بالحل فظهر عليه انه ليس بحرام ابدا. فيصير حكمه الحل حينئذ. واما الفتوى بصحة عقد الصيغة يوجب جواز العمل بها، والعمل بها

يوجب حرمة امها بسبب هذا العقد ابدا. فصحة العقد حينئذ يستلزم محرمة الام ابدا. وهذا شئ واحد نازل منزلة صلوة صلى بتقليد مجتهده، ثم تجدد رأيه بالبطلان. او

اكل شيئاً بتقليده ثم ظهر حرمة عليه، فلا جناح عليه في ما فعل. فجواز العدول عن الفتوى السابقة لا يوجب جوازه في آثارها الحاصلة منه بسبب الحكم الوضعي المستنبط من اجتهاده الاول فكما ان حصول الاجزا بالتقليد الاول صار سببا لجواز العمل بالرأى الاول فصار سببا لما يترتب عليه من الآثار المستمرة المرتبة على الوضع والجعل المستنبط من تلك الفتوى بوضع الشارع وجعله. نعم يظهر ثمرة جواز العدول عن الرأى

الاول في (عدم جواز العمل بهافي موضع آخر). فلا يجوز عقد صغيرة اخرى كذلك. لا انه

بيطل العقد الحاصل بالرأى الاول وجميع آثاره المترتبة عليه. نعم قد يحصل الاشكال في الاول، يعنى في اصل الفتوى وما يكون آثاره استمرارية. مثل الاجر المعمول من الطين النجس اذا جعل فرشاً للمسجد بتقليد من يجعل الخزفية مطهراً، بعد تجديد رأيه، فيتفرع عليه وجوب نزع وعدمه ووجوب تطهير

ملاقية وعدمه. ويمكن دفعه بان المعيار هنا ملاقاتة النجس وهو امر حاصل بالفعل على الرأى الثانى. ويمكن القول بعدم وجوب نزع مع وجوب غسل الملقى، وهو مشكل.

واشكال من هذا لوبنى المسجد منه ويترتب عليه لزوم خرابه، ان قلنا بوجوب تجنب المسجد برمته عن النجاسة.

واما التمسك بخوف الوقوع في الزنا (كما يظهر من السائل) فهو غريب. لان ارتكاب نفس المعصية اشد من خوف الوقوع في المعصية. فكيف يجعل ذلك وسيلة الى

الخلاص عن هذا. واما السؤال عن حال الولد: فان فرض له شبهة ووقع العقد بسببها، فلا يحكم بكونه ولد الزنا، ويلحق بمن اشتبه عليه الامر من الوالدين.

هذا ما تيسر لى الان من الكلام في هذه المسألة على العجال، في حال كان من اسو الاحوال. عفى الله عن زلاتنا حين يلزمنا الجواب عن السؤال في يوم القلق و الزلزال. والصلوة على محمد واله الطيبين واصحابه المرضيين خير صحب وآل. وكتبه مؤلفه الفقير الى الله الدائم، ابن الحسن الجيلانى ابو القاسم نزيل دار الايمان قم صينت عن التصادم والتلاطم. في اواخر جمادى الاخرة من شهور سنة الف ومأتين وسبع عشرة. والحمد لله اولا وآخرا و ظاهرا وباطنا.

٢٩٤: سؤال: هر گاه كسى با زن اجنبیه زنا كند. آیا دختر او را (در غير عمه و خاله)

متواند نکاح كند يا نه؟ -؟ و چون شيخ مفيد و سيد مرتضى رحمهما الله در مسأله

خلاف کرده اند، متوقع است که ادله طرفین را از کتاب و سنت با رأی عالی تحریر فرمایند.

جواب: بدان که بعد از آن که علما اتفاق کرده اند بر این که (زناى لاحق) نشر حرمت

نمکند - مثل این که کسی زنی دارد با مادر او زنا کند، یا با دختر او زنا کند، یا پدر با زن

پسر خود زنا کند، یا به عکس. و این مقتضای اخبار هم هست - خلاف کرده اند در این که

آیا زناى سابق بر نکاح (مثل این که کسی با زنی زنا کرده بود بعد خواهد که دختر او را

بگیرد، یا مادر او را بگیرد) نشر حرمت میکند یا نه؟ مشهور متأخرین حرمت است. و

مذهب شیخ مفید و سید مرتضی و صدوق در مقنع و سلار و ابن ادریس - چنان که از ایشان نقل شده - جواز است. و هم چنین علامه در تذکره و ارشاد. و هم چنین حکایت

شده از شیخ (در تبیان در خصوص مادر زنی که با آن زن زنا کرده باشد، یا دختر آن) این

است که نشر حرمت نمکند. بلکه از تذکره و سرایر ظاهر میشود که این قول اکثر علما است. و از سید مرتضی در مسائل ناصریات نقل اجماع شده بر عدم حرمت. و همچنین از شیخ در تبیان در خصوص مادر و دختر زنی که با او زنا کرده است. و همچنین ظاهر ابن ادریس دعوی اجماع است بر آن.

و دلیل قول اول احادیث بسیار است که ما اکتفا میکنیم به ذکر یکی از آنها که آن صحیحه محمد بن مسلم است (عن احدهما - ع - انه سئل عن رجل یفجر بامرأة یتزوج

ابنتها؟ قال: لا، و لکن ان کانت عنده امرأة ثم فجر بامها او ابنتها لم تحرم عیله امرأته، ان

الحرام لا یفسد الحلال). ۱

و دلیل قول دوم اجماعات منقوله است که نقل کردیم، و عمومات آیات و اخبار خصوصا آیه شریفه (واحل لکم ماورا ذلکم) ۲ که بعد ذکر محرمات نساء است. و عموم

لفظ (ان الحرام لا یفسد الحلال)، و (لا یحرم الحرام الحلال) که در احادیث بسیار وارد

شده. و خصوص احادیث بسیار که ما اکتفا میکنیم به ذکر یکی از آنها که صحیحه

سعيد بن يسار است (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل فجر بامرأة يتزوج
اننتها؟ فقال:

نعم ياسعيدان الحرام لا يفسد الحلال). ٣

-
- ١ - وسائل: ج ١٤، ابواب ما يحرم بالمصاهرة، باب ٨ ح ١. - وفيها "اختها" بدل "ابنتها".
٢ - آية ٢٤ سورة نساء.
٣ - همان مرجع: ب ٦، ح ٦.

واظهر در نظر حقیر قول ثانی است. چون معتضد است به اصل و استصحاب و عموماً و موافقت کتاب و مخالفت عامه. ۱ در تذکره گفته است که این قول را عامه نسبت به علی (ع) و ابن عباس داده اند. و مرجع قول اول چیزی نیست به غیر از ادعای شهرت، و آن هم معلوم نیست. زیرا که ظاهر اجماعات منقوله این است که آن قول

بین القدماء شهر بوده است. و هم چنین ظاهر تذکره و ابن ادریس این است. پس در این

مرجع، ضعف راه میابد. و اما احادیث: پس از طرفین متعارضند. و دور نیست که بگوئیم دلالت اخبار مجوزه اظهر است. و اما در کثرت و صحت سند و غیرهما هم ظاهر

نیست که اخبار مجوزه ارجح باشند اخبار محرمه ارجحند. و چون مقام اقتضای ذکر آنها را نمکند به همین اکتفا کردیم و اکثر اخبار طرفین را در کتاب مناہج الاحکام ذکر کرده ام.

و به هر حال شکی نیست که احوط اجتناب است. و بنای عمل را به آن میگذاریم چون امر فروج است. و اما اگر کسی این کار را کرده باشد حکم به تفریق نمکنیم و

هر گاه، زوجین خود خواهند احتیاط بکنند به مجرد دست برداشتن اکتفا نمکنیم، بلکه البته باید طلاق بگویند و بدون آن نمیتواند آن زن به دیگری شوهر کند. هر گاه این را دانستی بدان که قائلین به جواز، [نیز] در خصوص عمه و خاله مزنی بهما موافقند با محرمین، الا ابن ادریس. پس هر گاه (معاذ الله) کسی با عمه یا خاله خود

زنا کرده باشد، دختر آنها بر او حرام میشود. و سید مرتضی دعوی اجماع بر این کرده. و

همچنین علامه در تذکره. و استدلال کرده اند بر این به حسنہ محمد بن مسلم ۲، و در

دلالت آن تأمل است. و تکیه بر اجماع منقول است، و شهرت بین الاصحاب. و ابن ادریس منع اجماع کرده و بنا را به جواز گذاشته، و آن ضعیف است. و اقوی حرمت است.

۲۹۵: سؤال: زید لواط کرده است با عمرو. آیا جایز است که و خواهر رضاعی عمرو را

نکاح کند یا نه؟ و اگر کرده باشد تفریق لازم است یا نه؟

۱ - شیخ حر (ره) در وسائل حدیث سعید مذکور را حمل بر تقیه میکند. یعنی همین قول ثانی را موافق
عامه
میدانند.

۲ - وسائل: ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، ب ۱۰ ح ۱.

جواب: علامه در قواعد در این اشکال کرده، و در تحریر گفته است که اقرب حرمت است. و هم چنین شهید ثانی در شرح لمعه، و فاضل اصفهانی در شرح قواعد. و

در تنقیح هم حکایت آن شده. و اظهر در نظر حقیر حرمت است، به سبب عموم حدیث

(یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب). پس چنان که خواهر رضاعی زوجه (جمعا) حرام

است و مادر رضاعی زوجه حرام است، همچنین خواهر رضاعی مفعول حرام است. و

وجه جواز، اصل است، و عمومات، و این که رضاع منشأ اثبات حقیقت شدن اسم (اخت) و (ام)

و (بنت) از برای اخت وام و بنت رضاعی نمیشود. و در اخبار لواط لفظ اخت وام و بنت بر حقیقت خود حمل میشود. و این استدلال ضعیف است، به جهت آن که اصل مقاومت

با دلیل نمیکند. و عموم (یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب) اخص است از دیگر عمومات مثل (فانکحوا ما طاب لکم) و غیر آن. و ضرور نیست که دلالت به عنوان حقیقت

باشد هر گاه نص افاده حقوق در حکم کند.

و اما هر گاه این نکاح واقع شده باشد: پس اگر به فتوی یا حکم مجتهد جامع شرایط شده، حکم به تفریق نمیکنیم. و هر گاه بدون متابعت حجتی شده باشد، تفریق

باید کرد. و احوط این است که طلاق هم بگویند.

۲۹۶: السؤال: اذا تزوج شخص بنتا صغيرة من ابیه ربع ساعة بصیغة المتعة. و قصدهما ان يجعل امها محرما علیه في جميع المدة. و جرى بينهما الصیغة فمات زوجها

بعد مدة قليلة. و اراد تزویج زوجته (وهی ام المعقود علیها في هذه الصورة) بالعقد الدائم

او المنقطع بعد انقضا العدة. هل یصح تزویجها به - لان قصدهما علی عدم المناکحة، بل جرى بينهما الصیغة للمحرمة. وهی غیر مدخولة -؟ ام یحرم (لاطلاق الایة مع ان هذه المسألة اتفاقیة، بل کاد ان یكون اجماعیة)؟ و علی تقدیر الحرمة یقول المکلف (انا)

مقلد في هذه المسألة لابن ابی عقیل علیه الرحمة حیث ذهب الی ان هذه المناکحة صحیحة لانها غیر مدخولة. وانا معتقد بان هذا الفاضل افضل من المجتهدین في هذه

المحوظة). فحينئذ على رأيكم العالي هل يجوز تزويجها به بمحض تقليده للفاضل المذكور - لمظنة الوقوع في المعصية، على انه معتقد للاعلمية -؟ ام لا (لان هذه المناكحة محرمة مشهورة)؟

وعلى فرض الحرمة مع علم الناكح بان هذه المناكحة محرمة، وتقليده لذلك الفاضل لكمال شوقه الى تلك المرأة اذا زوجها فهل يجب التفريق بينهما بمحض فساد

هذه النية؟ ام لا لمظنة الوقوع في المعصية -؟. وما قولكم (زاد الله امثالكم وادام الله بقائكم) في الاولاد المتخلفة من هذه المرأة؟. بينوا حكم ما عرض عليكم مع الاشارة الى

الادلة. اجركم على الله تعالى في الدنيا والاخرة، وحشركم مع النبي والوصي والائمة عليهم السلام الى ابد الابد وصلوته والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته. الجواب: بسم الله خير الاسما. الاظهر في النظر الاحقر عدم صحة مثل هذا العقد، و عدم ترتب اثر شرعى عليه. لان وضع عقد المتعة لاجل التمتع من الزوجة. كما يستفاد من ظاهر الاية والاحبار. سيما ما علل في وجوه النكاح بانها وضعت على مقتضى مقدرة

العباد في التمكن من تحليل الفروج، وهو غير ممكن هنا جزما، والمراد التمتع بالزوجة لا بامها جزما. وايضا الاخبار الدالة على كونها مستأجرات تدل على ذلك. ١ فان الاجرة

بازا العمل، ولا عمل يتصور هنا في جانب الاجير ولا منفعة هنا تتصور من جانبها حتى يكون المهر اجرا لها.

وايضا تعيين المدة وجعلها ركنا في هذا العقد يقتضى كمال الاعتنا بشأنها و مدخليتها في جواز التمتع وعدمه. والنظر الى تلك الرضيعة في المدة وبعدها وقبلها، غير متفاوت الحال. وبالجملة: اصالة عدم الصحة وبقا ما كان على ما كان، وعدم انصراف العمومات والاطلاقات الى مثل هذا العقد، كافية في بطلانها. بل لم نقف على

عموم او اطلاق قابل لحمله عليه لان كلها ظاهرة او صريحة في عقد من يمكن التمتع منها. فاذا لم يصح العقد لم يصح اطلاق الزوجة عليها. اذ مجرد اجرا صيغة العقد بدون القصد اليه، لا يفيد في شئ اذ (العقود تابعة للقصود) والقصد لم يتعلق بالعقد المعهود الوارد من الشريعة.

واذا لم يتم كونها زوجة، فلا دليل على محرمية امها ايضا للاصل والاستصحاب. مع ان الدليل على محرمية ام الزوجة انما هو الاجماع (اذلم نقف في الاخبار مايدل عليه او يشعربه) وهو في ما نحن فيه ممنوع. وحرمة ام الزوجة ليست عين محرميتها ولا مستلزمة لها. مع ان حرمتها ايضا لم يثبت من دليل كما ذكرنا. وما يتوهم ان (قصد شئ

من غايات العقد يكفى في تصحيح القصد اليه وصحته ولا يجب القصد الى جميع الغايات. لا سيما وفي الاغلب لايمكن حصول جميع الغايات. فيكفى قصد محرمية امها

١ - وسائل: ج ١٤، ابواب المتعة، الباب ٤ ح ٢، ٣. والباب ٢٦ ح ١. والباب ٤٣ ح ١.

(٤٧٦)

في تصحيحه). فهو كلام ظاهري. اذا هو انما يتم اذا سلمنا كون ذلك العقد من تلك العقود المعهودة حتى يكتفى فيه بقصد شئ من غاياتها. مع ان هذه الغاية من الامور القسرية، لامما كان علة غائية للعقد ومما وضع العقد لاجل حصوله. واما ما ذكرت من السؤال من حال من ثبت عليه عدم صحة مثل هذا العقد، واعتقد انه غير صحيح ثم بعد ايها اراد تزويج امها بتقريب ان يبذل تقليده في هذه المسألة لمن

يطلبه، ويريد تقليد ابن ابي عقيل لتحصيل الحلية في جواز نكاح امها. فهو مما لا

مسرحة

له في هذا المضمار. اذ بعد تسليم جواز تقليد الميت (سيما [في] مثل هذا الشاذ النادر المهجور) وان فرض كونه اعلم من المجتهدين الاحياء، لا يتم ذلك في مثل مانحن فيه. اما في ما لو كان عقد الصغيرة من باب الحكم - كما لو عقدها له مجتهد حي بمباشرة، او

حكم بالصحة خصوصا - فواضح. لعدم جواز نقض الحكم ما لم يظهر بطلانه رأسا بان

يكون مخالفا لقطعيات الشريعة، اولم يظهر مسامحة المجتهد في الاجتهاد. وهو ليس كذلك.

واما في ما لو لم يكن من باب الحكم و كان من باب اتباع الفتوى: فهو وان كان الظاهر من كلماتهم جواز نقضه - حيث ذكروا ان الفتوى يجوز نقضه بخلاف الحكم -

فالتحقيق فيه التفصيل وليس بتمام على الاطلاق. والتفصيل يحتاج الى بسط واطناب لا يقتضيه المقام ولا يسعه الوقت وقد ذكرته في القوانين، فراجعه. والحاصل: اذا بنينا على جواز نقض كل فتوى، لزم الهرج والمرج في الانساب و الفروج والاموال: فاذا فرضنا ان مقلدا نكح اخته من الرضاعة، اذا حصل الرضاع بعشر رضعات بتقليد من لا يكتفى به. ثم جا مجتهد آخر ونقضه. ثم جا مجتهد آخر وصححه.

وهكذا الى آخر الابد، وكذا ما يترتب عليه من الاثار. فيخرج الشريعة من الاستقامة. بل

النقض المرخص فيه في الفتوى له مقامات خاصة. فاذا كان هذا المقلد قلد من يصح هذا العقد ويحرم به امها ويقول بمحرمة امها، وبنى ذلك المقلد عمله عليه. فكيف - يجوز له بمحض التشهى العمل في اول الوقت بتقليد المجتهد الاول والعدول عنه في آخر الامر بتبديل تقليده. مع انه لا يجوز العدول عن تقليد المجتهد بعد العمل ما لم

يمت

اولم يظهر فسقه اولم يتبدل رأيه. مع انه ايضا في ما نحن فيه، محل النظر.

وبالجملة: هذا خيال فاسد لا يمكن الاجترا عليه. بمحض التوهّمات الفاسدة. و
خوف الوقوع في المعصية ليس باشد من ارتكاب نفس المعصية. والمقام يقتضى بسطا

في الكلام لا يسعه المقام. وقد حققته في بعض تحقیقاتی. لا يسعني الوقت لاستيفائها هنا. واما حال الولد: فان فرض له شبهة ووقع العقد بسبب الشبهة، فلا يحكم بحرمة الولد. ويلحق بمن اشبهه عليه الامر من الوالدين. والا فلا مجال للحوق. والله العالم باحكامه وامناؤه المعصومون عليهم السلام.

۲۹۷: هر گاه زوجه مطلقه بگوید که (عده من منقضی شده است)، به محض قول او میتوان او را تزویج کرد؟. و هم چنین هر گاه زنی شوهری داشته است بگوید (شوهر من مرده است وعده وفات هم منقضی شده). میتواند اکتفا کرد یا نه؟
جواب: اما مطلقه: پس اگر ادعا کند انقضای عده را به حیض، یا وضع حمل، و کسی

هم معارض او نباشد و آن قدر زمان هم از طلاق گذشته [باشد] که ممکن باشد انقضای

عده در آن زمان، پس قبول میشود قول او بدون قسم. و جایز است نکاح علی الشهور.

بلکه بعضی گفته اند که خلافتی در مسأله ظاهر نیست (و لکن گمان حقیر این است که

خلاف موجود باشد هر چند نادر باشد) و عمومات (حمل اقوال و افعال مسلمین بر صحت) دلالت دارد بر آن. و هم چنین آیه شریفه (ولا يحل لهن ان يكتمن ما خلق الله في

ارحامهن) که دلالت دارد بر این که ایشان مؤتمن میباشند در قول به عدم کتمان. و در

مجمع البیان در تفسیر این آیه از حضرت صادق (ع) روایت کرده است که فرمود (قد

فوض الله الى النساء ثلاثة اشياء: الحيض والطهر والحمل) ۱

و هم چنین خصوص صحیح زراره (عن الباقر - ع - قال: العدة والحيض الى النساء) ۲ و روایت دیگر زراره که حسن کالصحیح است باز از آن حضرت (قال: العدة و

الحيض للنساء، اذا ادعت صدقت). ۳ و هم چنین روایت هائی که دلالت میکنند بر جواز

تزویج زنان به محض این که بگویند شوهر نداریم، تنبیه بر این دارند. بلکه بعضی دلالت

ظاهره دارند، مثل روایت میسر که معتبر است و دور نیست که صحیح باشد (قال: قلت

لابی عبد الله - ع - القی المرأة بالفلاة التي ليس فيها احد، فاقول لها: لك زوج؟

فتقول:

لا. فاتزوجها. قال: نعم المصدقة على نفسها) ٤. و در روایت ابان بن تغلب (عنه -

ع -:

انی اکون فی بعض الطرقات فارى المرأة الحسنا، ولا آمن ان تكون ذات بعل او من

-
- ١ - وسائل: ج ١٥، ابواب العدد، باب ٢٤ ح ٢.
 - ٢ و ٣ - وسائل: ج ٢، ابواب الحيض، باب ٤٧ ح ٢ و ١.
 - ٣ - وسائل: ج ١٤، ابواب عقد النكاح، باب ٢٥ ح ٢.

العواهر. قال: ليس هذا عليك انما عليك ان تصدقها في نفسها). ١
و هم چنین اخباری که دلالت دارند بر منع از تجسس، علاوه بر نفی از مطلق
تجسس در قرآن و حدیث، چنان که در روایت محمد بن عبد الله اشعری است (قال:
قلت

للرضا - ع - الرجل يتزوج بالمرأة فيقع في قبله ان لها زوجا. فقال: و ما عليه؟ ارأيت
لو سألتها البينة كان يجد من يشهد ان ليس لها زوج) ٢ و احادیث بسیار دیگر هم
هست که

اشعار دارند بر این مطلب. و نفی عسر و حرج هم دلالت دارد بر آن. و اطلاق ادله
مذکوره مقتضی عدم فرق است ما بین زن مأمونه و متهمه و مجهول الحال. بلکه
حدیث

ابان بن تغلب کانصریح است در عموم. بلی از حدیث صحیحی که در (مطلقه به سه
طلاق) وارد شده است (عن حماد عن الصادق - ع - في رجل طلق امرأة ثلاثا فبان
منه،

فاراد مراجعتها فقال لها: انی ارید مراجعتك فتزوجی زوجا غیری قالت له: قد تزوجت
زوجا غیرك وحللت لك نفسی. ایصدق قولها ویراجعها، وکیف یصنع؟. قال: اذا
کانت

المرأة ثقة صدقت في قولها) ٣ بر مآید اشتراط ثقه بودن. و لکن مشهور علما آن را
حمل

به استحباب کرده اند. بلکه مخالفی در این صریحا در نظر نیست. الا محقق در
شرایع و

نافع که تردد و توقف در این دارد. و شاید تردد او در اختیار (ثقه بودن) باشد، چنان
که از

نافع ظاهر میشود. و بر فرضی که عمل به آن لازم باشد در ثقه بودن در خصوص
مطلقه

ثلاث از آن لازم نمآید اشتراط در مدعیه انقضای عده مطلقا.

و هم چنین فرقی نیست ما بین آن که زوجه (مستقیمه الحيض) باشد و عادت حیض
او

زیادتر باشد از آنچه الحال ادعای انقضای عده میکند در آن، یا نه. بلی شهید در لمعه
گفته است که هر گاه خلاف معتاد ادعا کند، قبول نمیشود قول او مگر به شهادت
چهار

نفر از زنان که مطلع باشند به باطن امر او، به جهت روایت سکونی که سند آن
خالی از

قوت نیست، چون سکونی را محقق توثیق کرده در معتبر وراوی او هم عبد الله بن

المغیره است. و شیخ حمل کرده است آن را بر متهمه. و هر چند تخصیص اطلاق
ادله
و فتاوی به این حدیث مشکل است - چون قائل به آن شاذ است - و لکن چون
مطلقات
منصرف نمیشود به چنین فردی، احتیاط در عمل به مقتضای آن است.

۱ و ۲ - وسائل: ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۱۰ ح ۱ و ۵ - حدیث میسر در همین باب نیز آمده همراه
حدیث ابان
تحت يك شماره.
۳ - وسائل: ج ۱۵، ابواب اقسام الطلاق، باب ۱۱ ح ۱.

اما اقل زمانی که ممکن باشد در آن انقضای عده: پس آن بیست و شش روز و دو لحظه است در زن آزاد. و سیزده روز و دو لحظه است در کنیز. بلکه گاه است که نادرا

اتفاق مشود در بیست و سه روز و سه لحظه در آزاد. و به ده روز و سه لحظه در کنیز. به این که طلاق بگوید بعد از وضع حمل و پیش از دیدن نفاس، بعد از آن به لحظه ای نفاس

ببیند و پاک شود، بعد از آن ده روز بگذرد و سه روز حیض ببیند، بعد از آن ده روز پاک

باشد و حیض ببیند يك لحظه. چون نفاس هم حیض محسوب میشود در عده. و اما اقل امکان زمان در وضع حمل: پس آن شش ماه و دو لحظه است، از حین جماع

که يك لحظه از برای جماع باشد و يك لحظه از برای وضع حمل، و شش ماه هم اقل

حمل است. و اگر (سقط تمام الخلقه) باشد صد و بیست روز و دو لحظه. و هر گاه مضغه باشد هشتاد روز و دو لحظه. و هر گاه علقه باشد چهل روز دو لحظه.

نظر به اخبار بسیار که وارد شده است که نطفه در رحم چهل روز نطفه است. و چهل روز

علقه است، و چهل روز مضغه. بعد از آن روح در آن دمیده میشود.

و اما ادعای انقضای عده به شهور: چنان که از زنانی است که حیض نمیبینند اما در سن کسی هستند که حیض مبینند، پس هر گاه کسی معارض و مزاحم او نیست پس مشهور علما (بلکه بعضی گفته اند ظاهرا خلافی نیست) در این که قبول میشود قول او بدون قسم با امکان انقضای شهور. و جایز است نکاح او. و ادله سابقه هم دلالت

دارد بر آن.

و هم چنین خلافی نیست در این که هر گاه منازعی باشد مثل این که زوج بگوید که عده

منقضی نشده، و او بگوید که شده است، در دو قسم اول قول زوجه مقدم است بایمین. و

اما قسم سوم یعنی ادعای انقضای عده به شهور: پس در آن خلاف است. و جمعی از

علما (بلکه بعضی نسبت به مشهور داده اند) گفته اند که قول زوج مقدم است

بایمین.
چون نزاع راجع مشود به اختلاف در وقت طلاق، و اصل عدم تقدم آن است. و
لازم
این کلام این است که هر گاه زوجه ادعای عدم انقضای عده بکند (چون مسخواهد
نفقه
بگیرد مثلاً) و زوج ادعای انقضا کند قول زوجه مقدم باشد. و در اینجا اشکال
حاصل
مشود که اگر بنا به ملاحظه (اصل تأخر) باشد، در حیض و حمل هم میتوان گفت
اصل تأخر وضع حمل و انقضای حیض است. و اگر بنا را بگذاریم به ادله [ای] که
دلالت
مکنند بر این که عده و حیض با زنان است و ایشان مصدقات اند، پس باید در
انقضای به

شهورهم قول ایشان مقدم باشد. پس وجه فرق ما بین مسألتین چه چیز خواهد بود؟. و ممکن است که بگوئیم که در اینجا نزاع در نفس عده نیست. بلکه در زمان وقوع طلاق است و هر چند این کلام باز راجع میشود به نزاع در انقضای عده، لکن

متوان

منع کرد انصراف اطلاقات ادله [را] (که دلالت میکنند بر این که حیض وعده با زنان است) به چنین صورتی، و (اصل) دلیل قوی است. پس در صورت عکس که زوجه ادعای

تأخر و عدم انقضای شهور کند - به جهت اخذ نفقه - هم قبول قول او از راه تکیه بر اصل

است. نه این که امر عده موکول است به او. هر چند بعضی در این صورت هم قول زوج را

مقدم مدارند چون طلاق فعل او است و قول و او اعرف است به فعل خود. پس در صورت اول

یعنی ادعای زوج تأخر را، (فعل او بودن طلاق) معاضد اصل میشود در جانب زوج و سماع قول او اظهر میشود. و در این صورت زوجه در ادعای تقدم دلیلی ندارد به غیر اطلاقات این که (عده با زنان است).

و در ثانی که زوجه مدعی تأخر باشد، دلیل او اصل است. و احتمال شمول اطلاقات و انصراف آنها به مدعای او وضوحی ندارد. و دلیل زوج این که اعرف است به فعل خود. و

مقاومت این (ظاهر) با (اصل) مشکل است. و شاید سر منع انصراف این باشد که مراد از

ادله [ای] که دلالت دارند بر این که امر عده با زنان است، این است که امر تازه خلاف

معهودی است که موکول به ایشان شده و این در امر بضع ایشان است چون امر بضع غالباً بر غیر ایشان مخفی است. و عمده منظور در این حکم سر خود شدن و رهائی ایشان

است از قید زوجیت، و اخذ نفقه و اموری دیگر که لازم آن افتد، از لوازم اتفایه و توابع آن

است. پس هر گاه دعوی زوجه بر اموری باشد که مقتضی رهائی نباشد، بلکه مقتضی

بقای بر حبس اول باشد، پس این امری نیست که موکول به آنها شده باشد. بلکه این امری است قدیمی و ثابت بالاصل است. و آنچه موکول میشود به زنان و مرحمتی میشود از جانب شارع به ایشان و از خواص ایشان میشود، امری باید باشد که امر

تازه
باشد.
و اما این که (در صورت ثانیه این اقراری است بر نفس زن که عده خود را دراز
مکند
مسموع خواهد بود) آن نیز واقعی ندارد. چون از حیثیت اراده اخذ نفقه، اقراری
است بر
غیر و مسموع نیست، پس تعارض حاصل میشود. و اظهر این است که متمسک شویم
به
همین که متبادر از آن اطلاقات موکول بودن امر عده به زنان از برای مرخص بودن و

مالك امر خود شدن است لاغير. پس قول زوج در صورت اولی مقدم خواهد بود، به سبب مطابقت با اصل، و بودن او اعرف به فعل خود، و قول زوجه در صورت اخيره مقدم

خواهد بود، به سبب اصل. و احتمال شمول اطلاقات هم مؤيد آن خواهد بود هر چند دليل نتواند شد.

هر گاه حکم عده مطلقه معلوم شد، پس مگوييم که ظواهر ادله متقدمه اين است که قول زوجه متوفی عنها زوجها در انقضای عده [وفات] نیز مسموع باشد، هر چند مأمونه نباشد. بلی احوط و افضل اعتبار امانت است، ولا اقل متهمه نباشد. خصوصاً در

اینجا که صورت حصول دعوی هم فرض نادری است که از طرف زوج متوفی کسی مدعی شود. و هم چنین ظاهر این است که قول او در فوت زوج هم مسموع است هر گاه

معارضی و مزاحمی از برای او نباشد. و همین که بگويد شوهرم مرده است، از او مشنونند هر چند علم داشته باشیم که شوهری داشت. بلکه ظاهر این است که در زوج

مفقود الخبر که زوجه ادعای علم به فوت او میکند، با امکان آن، از او بينه نمطلبیم و

تصدیق او میکنیم. و لکن بهتر این است که شوهر کند به ادعای (عدم مانع) به کسی که

عالم نباشد به حال. و هم چنین کسی را وکیل کند در اجرای صیغه که مطلع از حقیقت

حال نباشد. و لکن واجب نیست. بلکه با وجود اطلاع بر حقیقت حال هم اظهر جواز

نکاح او است از برای زوج، و جواز و کالت است در اجرای صیغه از برای غیر. ۲۹۸: سؤال: زینب شوهر او متوفی، و کسان زینب گفته اند که عده او مقتضی شده.

و زید هم او را نکاح کرده به گمان این که عده او مقتضی شده. و بعد از آن که زینب را دخول

کرد بعض مردم مگویند چند روزی از عده او باقی بوده است که عقد شده. و لکن به

ثبوت شرعی نرسیده که در عده بوده. و زینب خود مگويد که عده من تمام شده بود.

و لکن آن معرفت و دانش را ندارد که حساب خود را داشته باشد. آیا الحال حرمت ابدی ثابت است و تفریق باید کرد؟ یا عقد باطل است و تجدید عقد متوان کرد؟ یا همان عقد صحیح است؟.

جواب: اگر زینب خود گفته است قبل از عقد که عده من تمام شده است، زید هم به این سبب عقد کرده، آن عقد صحیح است. مگر این که کذب او ظاهر شود. ومفروض این است که کذب او ظاهر نیست. و این که دانش و معرفت ندارد، اگر مراد این است که حذاقت در حساب و آن ذهن که حساب نگاه دارد، ندارد و لکن عقل دارد و داخل

مجانین نیست، پس همان قدر که مسلمی است و سخنی گفته و کذب او ظاهر نیست،
 ظاهراً میتوان تصدیق کرد. مأمونه بودن و ثقه بودن، شرط نیست در قبول قول او، هر چند احوط است.
 و اما هر گاه زینب قبل از عقد نگفته است این معنی را، و زید هم از راه جهالت از او
 نپرسیده و به آن مظنه قول کسان او یا از راه جهالت به اصل مسأله (حرمت نکاح در عده) و این که (باید تفحص کرد از انقضای عده و عدم آن) عقد کرده، پس در این صورت
 ظاهر این است که حرمت ابدی ثابت نباشد. زیرا که از اخبار و ادله آن، بیش از این بر
 نمآید که نکاح ذات عده به تنهایی در صورت علم، یا با دخول به زوجه در صورت جهل
 منشأ تحریم ابدی میشود. و مراد از ذات عده خواه ذات عده نفس الامری باشد و خواه
 ذات عده [ای] که عاقد علم داشته باشد که ذات عده است، هیچ کدام [از این دو] صوت
 در ما نحن فیه صادق نیست. زیرا که مفروض این است که علم به بقای عده حاصل نبوده. و ذات عده نفس الامری هم کاشف از آن به عمل نیامده، و تا معلوم نشود که در
 نفس الامر در عده بوده نمیتوان گفت که عقد در نفس الامر در عده شده.
 نهایت امر این است که در ظاهر شرع به سبب استصحاب محکوم است به ذات عده بودن تا خلاف آن ثابت شود. اگر چه به اعتراف زوجه باشد قبل از عقد. و دلیلی نیست بر
 این که هر زنی که محکوم باشد در ظاهر شرع به ذات عده بودن نکاح او منشأ حرمت
 ابدی است. بلکه آنچه مسلم است ذات عده نفس الامری، یا آنچه در نظر مکلف و در علم
 او ذات عده است. چنان که در صورتی که عقد در حال وفات مجهوله واقع شود و بعد از آن
 منکشف شود موت در آن حال، که منشأ تحریم ابدی نمیشود، علی الاظهر. به جهت آن که
 در حین عقد نه ذات بعل بوده در نفس الامر و نه ذات عده. چون مبدأ عده وفات،

حین
اطلاع به موت است، نه از حین موت. هر چند شرعاً محکوم است علی الظاهر به
ذات
بعل بودن.
و اما صحت همان عقد زینب یا فساد آن و لزوم تجدید عقد هر گاه خواسته باشند:
پس دور نیست که آن عقد هم بالذات فاسد نباشد. هر چند در ظاهر شرع ثمرات بر
آن
مترتب نمیشود و باید تفریق کرد و انتظار کشید که حقیقتها معلوم شود، پس اگر
معلوم شد که در عده بودن، باطل است و منشأ حرمت ابدی هم میشود هر گاه
دخول
واقع شده است در حال عده. و اگر معلوم نشود، به آن عقد اکتفا نمیتوان کرد. بلکه
باید

بعد انقضای عده وفات تجدید عقد کرد. و دور نیست که به اخبار زینب بعد از عقد هم
تون اکتفا کرد. چون مانعی نیست از برای تصدیق قول او، و مسلمی است و منازعی
ندارد. و دلیلی بر بطلان آن عقد بذاته نبود. بلکه بطلان آن مراعی بود تا هنگام ظهور
حال. و علی ای حال، اولی در این صورت (خصوصا با عدم مأمونه بودن زینب)
تجدید عقد

نکاح است. و ما حرمت ابدی پس آن دلیلی ندارد.

۲۹۹: سؤال: شخصی در سن دوازده یا بیشتر با شخصی وطی نموده، دخول
حشفه در ذهن نیست. آیا میتوانند که همشیره یکدیگر را حباله نمایند یا نه؟

جواب: مفعول همشیره فاعل را میتواند بگیرد هر چند تمام عضو داخل شده باشد
علی الاظهر الاظهر. و بر فاعل حرام است همشیره مفعول اتفاقا در صورتی که تمام
حشفه داخل شده باشد، و علی الاظهر الاظهر هر گاه بعض حشفه داخل شده باشد.

پس

همین که داند که بعض حشفه داخل شده، حرمت حاصل میشود. هر چند در سایر
مواضع (مثل وجوب غسل) معیار دخول تمام حشفه است. و ما هر گاه شك در
مطلق

ادخال داشته باشد، پس در آنجا حرمت ثابت نیست مطلقا.

۳۰۰: سؤال: آیا ناظر به نامحرم تا چه قدر از مسافت، آثم میباشد؟

جواب: مقداری از برای آن معین نیست، و حد آن رؤیت بدن او است. و اما دیدن
شبح آن از دور مضر نیست.

۳۰۱: سؤال: هر گاه از بالای حایلی مثل چادر شب که بدنش نمایان نباشد و لذت
ببرد یا نبرد، چه صورت دارد؟

جواب: در صورت عدم تلذذ اشکال در جواز نیست. و اما با وجود تلذذ در صورتی
که

حجم بدن را حکایت کند مشکل است. بلکه صورتی ندارد.

۳۰۲: سؤال: آیا زن پیر و جوان خیمه نشین و دهقان که مطلقا پروای حرف زدن و
رو گرفتن ندارند، کسی با ضرورت یا بی ضرورت با ایشان حرف زند، یا به صورت
ایشان

نگاه کند به لذت یا بی لذت، چه صورت دارد؟ به تفصیل بیان فرمایند.

جواب: هر گاه در نظر، ریه و خوف وقوع در معصیت باشد، یا به قصد تلذذ باشد،
جایز نیست. خواه پیر و خواه جوان و خواه اهل بادیه و خواه اهل بلدان و خواه اهل
ذمه و

خواه اهل اسلام و خواه محرم و خواه نامحرم. و هر گاه ریه و قصد تلذذ نباشد، نظر

کردن به (قواعد نسوان) یعنی پیران نا امید از تزوج و حصول لذت از ایشان جایز است

نظر مطلقا. همچنین به اهل ذمه و محارم نسوان به غیر عورت. و اما زنان جوان اهل بادیه و دهات بدون قصد تلذذ وریه: ظاهر در آنها نیز عدم جواز است. هر چند موافق

علتی که از بعضی اخبار به ظاهر میشود، جواز است. ۱ و علت مذکوره این است که اگر

ایشان را منع کنی، منع پذیر نمیشوند. لیکن اشکال هست در جواز اعتماد بر آن علت.

و به هر حال امر در صورت و دست و پا آسانتر است، چون در مسأله خلاف عظیم است

و لیکن اظهر در نظر حقیر منع است در مطلق نامحرم. و این که مکرر انسان مبتلی میشود و آنها منع پذیر نمیشوند، چاره آن همین است که هر وقت اتفاق افتد، روی خود را بگرداند. و نظری که غفلتا اتفاق افتد، در آن حرجی نیست.

۳۰۲: مکرر: سؤال: بعضی از زنان هستند که متعه کردن ایشان با واسطه ممکن نمیشود بلکه موقوف است به مراوده، از قبیل نگاه کردن به غمزه و اشاره و حرف زدن و

شعر خواندن آیا کسی این امور را تقدیم رساند تا به آن ثواب برسد یا آن ثواب به این گناه نمرسد.

جواب: مرتکب معصیت شدن به امید این که به ثوابی برسد از تسویلات شیطان و مخالفت خداوند دیان است.

۳۰۳: سؤال: هر گاه شخصی صاحب شوقی از حلیله خود پاره [ای] شوخی ها و اختلاطها توقع نماید، و او به اعتبار شرم یا سستی یا غلبه خواب در شب از امرا و تجاوز

کند. آثمه است یا نه؟

جواب: بر زن واجب است اطاعت شوهر در هر گونه استمتاعی که شرعا جایز است،

مگر عذر شرعی داشته باشد. و ظاهر فقها این است که در وطی دبر رضای زن شرطی

نیست بنابر مشهور اقوی که جواز آن است با کراهت و از بعض اخبار ظاهر میشود که

رضای زن شرط است و دلالت آن محل اشکال است و قائلی هم به آن ندیدم و در ترك

واجب گناه حاصل میشود.

۳۰۴: سؤال: موجب و قابل در عقد نکاح دوام یا متعه (یا سایر عقود) میتواند يك نفر شد؟ یا دو نفر باید باشند؟
جواب: بلی اشهر و اظهر جواز است.

۱ - وسائل: ج ۱۴، ابوات مقدمات النکاح، باب ۱۱۳ ح ۱.

۳۰۵: سؤال: هر گاه ناکح از قبل منکوحه و کیل شده ایجاب را واقع سازد. و از قبل

خود شخصی دیگر را، یا منکوحه را و کیل نماید. جایز است یا نه؟

جواب: ظاهر جواز است در هر دو

۳۰۶: سؤال: مهر سنت را به پول این زمان بیان فرمایند

جواب: مهر سنت دویست و شصت و دو مثقال و نیم پول تقره سکه دار است به مثقال صرافان.

۳۰۷: سؤال: شخصی زنی گرفته و در مدت ده دوازده سال تصرف ننموده. زن مدعی غنی و زوج مدعی این که عیب از تو است. آخر الامر به وساطت و سعی جمعی راضی

به طلاق شده و آن زوجه را مطلقه ساخته، و اراده تزویج دختر دیگر نموده، و در ضمن

عقد شرط کرده که (هر گاه در مدت يك سال آن دختر ریا تصرف نکند، عقد منفسخ

باشد). آیا بعد از يك سال بر فرض عدم تصرف و ثبوت عنن محتاج به رجوع به مجتهد، و

مرافعه، و مهلت به فصول بعه، هست؟ یا آن که بعد از انقضای سال عقد منفسخ و زوجه

سر خود است که به هر کی خواهد تواند شوهر کند؟. و در مدت این سال با وجود عدم

قدرت بر تصرف، آیا نفقه و کسوه آن دختر بر آن زوج لازم است یا نه؟

جواب: ظاهر این است که این عقد از اصل باطل است. و نه حاجت به مرافعه و معامله عنن دارد، و نه به طلاق. و لکن احوط آن است که صیغه طلاق بر او جاری کند.

۳۰۸: سؤال: مردی چهار زن به عقد دوام داشته و به علت عدم علم به حرمت خامسه، و عدم اطلاع عاقد به زوجات اربع، زنی دیگر به عقد در آورده و به او تصرف

نموده. بعد شنیده که زن خامسه حرام است. الحال میخواهد که یکی از زوجات اربعه

سابقه در مطلقه نماید. آن زن معقوده خامسه را (بعد از طلاق یکی از اربعه و انقضای

عده) میتواند عقد کند؟ یا حرام مؤبد است؟.

جواب: بلی جایز است که بعد از انقضای عده مطلقه، خامسه را ثانیاً بع عقد جدید

در آورد.
۳۰۹: سؤال: زید زوجه خود را طلاق دهد. و در حضور حاکم شرع اعتراف نماید
که
دخل به او نکرده. و عمر و بدون رعایت مدت عده زوجه مزبوره را عقد نماید و به
تصرف
در آورد. بعد از آن زید حاضر شود و بگوید که من دخل کرده بودم و در حضور
حاکم
شرع نظر به این که خجالت مکشیدم که بگویم که بدون مقدمات عروسی دخول

کرده ام، انکار کردم، و پیش از طلاق در حضور چند نفر اقرار در این خصوص کرده بودم

که بالفعل شاهد بر اقرار اولی مباشند آیا قول، قول زوج اول است بایمین او؟ یا قول قول زوجه است بایمین او؟ و اقرار اولی اعتبار دارد یا اقرار ثانی که در حضور حاکم شرع نموده؟

جواب: هر گاه زوج و زوجه قبل از طلاق هر دو معترف به عدم دخول بوده اند و طلاق

واقع شده، عقد عمر و صحیح و لازم است. و ثبوت اقرار به دخول به بینة نفعی به حال

زید ندارد. [زیرا] اقرار بر غیر است. و دعوی زید یا متوجه عمر و میشود یا متوجه زوجه.

هر گاه متوجه عمر و میشود (چنان که گفتیم) محض اثبات آن اقرار ضروری به عمر و نمیرساند. چون عقد او محکوم به صحت است و اقرار بر غیر مسموع نیست. و هم چنین

هر گاه دعوی متوجه به زوجه شود. بلی هر گاه ادعای بکند بر عمر و که (تو علم داری

که مدخوله من بود، و به سبب و دخول تو در عده بر تو حرام ابدی است) و غرض او این

باشد که شاید به سبب نکول زوجه مستخلص شود و بعد دعوی را با زوجه هم به همین

نحو بکند و بر فرض نکول او عده رجعیه ثابت شود و در عده رجوع کند. در این صورت ها

(همه) قول عمر و زوجه مقدم است بایمین.

۳۱۰: سؤال: مقدار نفقه زوجه که بر زوج لازم است چه چیز است؟ آیا در شرع حدی

برای آن هست یا نه؟

جواب: مشهور میان علما این است که حدی از برای آن نیست و موکول است به عرف و عادت. به جهت اطلاقات آیات ۱ و اخباری ۲ که امر شده است در آنها به انفاق

زوجه. و در فهم الفاظی که (حقیقت شرعیه) ندارند رجوع به عرف میشود. و مشهور این

است که ملاحظه متعارف حال زوجه میشود، نه متعارف حال زوج. و شیخ (ره) در

هر دو
مقام مخالفت کرده و در خلاف گفته است که (مقدار آن مدی است از طعام که دو
رطل و
ربعی باشد) [و ادعا اجماع بر آن کرده است] و ابن ادریس انکار بلیغ کرده و گفته
است که غیر شیخ کسی به آن قائل نیست، و اجماعی و روایتی در آن نیست. و در
مبسوط اعتبار حال زوج کرده و گفته است که اگر مالدار است در روزی دو مد
مدهد، و اگر پریشان است که يك مد، و اگر متوسط است يك مد و نصفی. و
اقوی قول

-
- ۱ - آیه های ۳ و ۱۹ و ۳۴ سوره نساء، و ۲۲۹ و ۲۳۳ سوره بقره و ۶ و ۷ سوره طلاق.
 - ۲ - از آن جمله اخبار باب ۱ و ۲، از ابواب النفقات، وسائل: ج ۱۵.

مشهور است. ودعوی اجماع شیخ (با وجودی که شریکی از برای او ظاهر نیست
سوای
ابن براج که از او موافقت مبسوط نقل شده) معارض است به ظاهر دعوی ابن
ادریس، و
این اقوی از آن است. به جهت شهرت خلاف آن.
و حسنه شهاب بن عبد ربه ۱ که اشعاری دارد به تجدید به مد، دلالت آن بر
وجوب،
واضح نیست. و هم چنین روایت زید شحام که اشعاری دارد به تجدید به مدین از
تمر، ۲ و
قائلی به آن هم نیست. و در این دو حدیث امام (ع) فرموده که (ما قوت عیالمان را
چنین
مدهیم) و شاید متعارف آن زمان آن قدر بوده.
و اما دلیل اعتبار حال زوج: پس شاید آیه کریمه لینفق ذوسعة من سعته و من قدر
علیه رزقة فلینفق مما آتاه الله) ۳ باشد. و دلالت آن نیز ممنوع است زیرا که مرجع
ضمیر
مطلقات و حاملات و مرضعات اولاد مطلق، است. و حمل آن بر مطلق زوجه
احتمال
مرجوحی است. و حمل آن بر (مطلق انفاق واجب النفقه) نیز تمام نیست، به جهت
عدم
وجوب نفقه بر مطلق معسر، پس (امر) بر حقیقت خود باقی نیست. ومع هذا منافاتی
ندارد با ملاحظه حال زوجه، یعنی کسی که میتواند که به موافق حال زوجه انفاق
کند پس انفاق کند به قدری که خدا به او داده است که، و اما صاحب وسعت پس
انفاق
بکند او وسعت به قدر خود حال زوجه. و اشاره دارد به آن، آیه بعد که (ولا یکلف
الله
نفسا الا ما آتاها). آیه منافات ندارد با این که هر قدر که عاجز باشد از آن در ذمه او
باقی
ماند، تا وقتی که وسعت به هم رساند قضا کند. چنان که اشاره دارد به آن، آیه بعد
که
فرموده (سیجعل الله بعد عسر یسرا) با وجود این که وجوب آن بر تقدیر عسر هم
ثابت
نیست. و در این مقام اشکالی هست. و آن این است که احادیث بسیار وار داست
در نفقه که

آنچه واجب است سیر کردن زوجه و پوشاندن او از عریانی [است]. و کسی عمل
به ظاهر
اینها علی الاطلاق، نکرده. و ممکن است حمل آنها بر معسر. چنان که در اخباری
که (من)
قدر علیه رزقه فلینفق مما آتاه الله) [را] تفسیر کرده اند که فرموده اند (اذا انفق علیها

۱ - همان مرجع: باب ۲ ح ۱.

۲ - همان مرجع: باب ۱.

۳ - آیه ۷ سوره طلاق.

ما یقیم ظهر هامع کسوة والافرق بینهما) ۱

والحاصل: اسلم این است که بایسر ملاحظه متعارف حال زوجه شود. و با عسر انفاق کند به قدری که مقدور او است. و شامل اطعام واکسا و اسکان و اخدام و آلت تنظیف و شانه و صابون و امثال اینها همه هست، به حسب متعارف حال زوجه با ملاحظه

بلد و زمان و فصول. پس گاه است که در بلدی گندم مخورند و در دیگری برنج و

در دیگری خرما. و هم چنین درنا نخورش و جامه، پس گاه است که میوه باید گرفت و گاه

است که رخت پنبه دار ضرور است و گاه است که لحاف هم ضرور است و گاه است آتش

و کرسی ضرور است و هم چنین فرش و زیر انداز و زیر سر و غیر ذلك. بلکه ثیاب تجمل

هم در صورت تعارف ملحوظ است. و هر گاه اهل خدمت کردن باشد خادم ضرور نیست،

مگر این که مریضه باشد یا عاجز شود. و هر گاه اهل خدمت کردن نباشد خادم ضرور

است. و ظاهر این است که معتبر در این عادت امثال او است در وقتی که در خانه پدر

بوده، نه به ملاحظه آن که رفعت شأن به هم رسانید وقتی که به خانه شوهر آمد. و ظاهر این

است که يك خادم کافی است و محتمل است که هر گاه در خانه پدر اهل آن بوده که

بیش از يك خادم داشته باشد بر او لازم باشد. زیرا که این هم داخل (معاشرت به معروف) است.

۳۱۱: سؤال: هر گاه زید زوجه خود را در عده رجعیه به عقد تمتع عقد کند، آیا عقد

صحیح است یا باطل؟ و بر فرض بطلان، آیا در معنی رجوع است یا نه؟ -؟.

جواب: بدان که نکاح در عده رجعیه صحیح نیست، نه متعه و نه دوام. و ظاهرا در مسأله هم خلافی نیست. هر چند بعض عبارات علما موهم صحت است. و بعض

افاضل

معاصرین هم فتوی به صحت مداد، اما چنان نیست. بلکه بعد تأمل ظاهر میشود که مراد ایشان چیز دیگر است. و اما تحقق رجوع به سبب آن: پس اگر با علم به بطلان

قصده

رجوع هم ندارد پس شکی نیست که رجوع هم حاصل نمیشود. و اگر قصد رجوع کند رجوع حاصل میشود [و] بر آن عقد غیر از رجوع ثمره دیگر مرتب نمیشود و مهری به

سبب آن لازم نمیشود.

و هر گاه مقلد کسی باشد که رأی اوصحت عقد باشد، پس به مقتضای رأی مجتهد

۱ - همان مرجع: باب ۱.

خود عمل میکند، و ثمرات عقد بر آن مترتب میشود. و هر گاه جاهل مسأله باشد و گمان کند که عقد صحیح است و قصد عدم رجوع به عقد سابق نداشته باشد (هر چند

قصد رجوع هم نداشته باشد) پس در آن اشکال است. و اظهر در نظر حقیر این است که

رجوع به آن حاصل میشود، و به زوجیت سابق برگردد. و در این مطلب رساله ای

علی حده در غایت دقت نوشته ام هر کی خواهد به آن رجوع کند.

۳۱۲: سؤال: زینب زوجه عمر و در مدت مزاجه در خانه عمرو بوده، و حال بر عمرو

ادعای چند سال معین کسوه و نفقه منماید. و عمرو ادعا منماید که نفقه و کسوه را داده. و زوجه و زوج هر دو از اثبات عاجز میباشند. آیا قسم بر زوج است؟ یزوجه؟ جواب: مرافعه کردن و قسم دادن شأن مجتهد عادل است. هر کس قسم میتواند داد، مداند که قسم متوجه کدام میشود. دیگر فایده ستفتا چه چیز است؟ و اگر غرض دانستن مسأله علمی است بدون عمل، پس باید دانست که اصل مسأله از مشکلات است. و دور نیست که در صورتی که زوجه تمکین به زوج داده و در خانه زوج

باشد و زوج هم غایب بنا شد، قول زوج مقدم است بایمین. و هر گاه زوج غایب باشد در

آن زمانی که نزاع دارند در نفقه آن زمان، قول زوج مقدم باشد که یمین. والحاصل: در

هر جا که از برای حاکم ظاهر و راجحی به دست باشد، ظاهر را مقدم دارد. و هر جا نباشد

(اصل عدم انفاق) را مقدم مدارد بایمین.

۳۱۳: سؤال: هر گاه زوج نفقه به زوجه داده به مظنه آن که واجب النفقه است.

و زوجه هم قبول نموده به علت این که خود را مستحق نفقه دانسته. و بعد کاشف به عمل آمده که

علاقه زوجیت بینهما مرتفع بوده. در این صورت زوج رجوع میتواند کرد به زوجه به استر داد نفقه یا نه، با وجود این که نه زوج قصد رجوع به عوض داشته و نه زوجه قصد رد

عوض. و اصل هم عدم شغل ذمگی است.

جواب: ظاهر این است که در صورت مزبوره زوج تواند استر داد نفقه کرد چون عوض که تکمین زوجه بوده فاسد بوده. و نفقه در مأكول و مشروب و آلات نظیفی

که
غالباً باید تلف شود، از باب تمليك است. و در اخدام واسكان، و از باب امتناع است
بالاشكال. و در كسوه نیز از باب امتناع است، علی الاقوی. اما تمليك: پس آن در
معنی
عقد معاوضه است و فساد احد عوضین مستلزم بطلان معاوضه است. و جهل به بطلان
یا به فساد عوض منشأ صحت نمیشود. پس رجوع میکند به عوض خود هر گاه باقی

است. و به عوض آن اگر تالف است.
و اما زوجه: چون عوض آن تمکین است علی الاطلاق قیمتی ندارد، بلکه آنچه ثابت است که عوض دارد تمکین زوجه دائمه است به عقد صحیح او نمیتواند رجوع کرد به زوج در عوض آن.

بلی بضع او عوض دارد. و عوض او در ما نحن فیه مهر المثل است که به سبب و خول

در عقد فاسد ثابت است، همان مستحق مهر المثل است نه مهر مسمی و نه نفقه. و اما

امتناع در کسوه و غیر آن: پس آن نیز در معنی اباحه محضه نیست که مستلزم عوض نباشد، بکله امتناعی است در عوض تمکین. و ثمره در مواضع بسیار ظاهر میشود ما

بین امتناع و تملیک. و هم ما بین اباحه و امتناع. و ثمرات اول بسیار است، و ثمره ثانی همین قدر کافی است که در اباحه مطلقا عوضی منظور نیست. و در امتناع عوض منظور است. و

حقیقت حال امتناع راجع میشود به (اذن در انتفاع از عین ما دامت باقیة و لم یثأ الزوج

تبدیلها بغیرها و لکن به قصد ان یكون عوضا عن التمکین لامطلقا).
و غایب آنچه در این مقام از جانب منع از استرداد متوان گفت این است که زوج به طیب نفس مسلط کرده است زوجه را بر اتلاف مال خود و (الناس مسلطون علی اموالهم). و استرداد محتاج است به دلیل. زیرا که زوجه نفقه زوجه در واقع نشده.. مگویی که آنچه مسلم است تسلیط او است بر اتلاف و اباحه تصرف در آن حال اعتقاد لزوم نفقه به سبب اعتقاد زوجیت، نه به شرط زوجیت و به اعتقاد به آن و علت

این که زوجه است نفقه مدهد و انفاق در حال اعتقاد به استحقاق نفقه از راه زوجیت،

غیر انفاق به علت استحقاق و اعتقاد و جوب آن است از راه زوجیت. و جهت تعلیلیه مغایر

است در حکم با جهت تقییدیه.

این منتهای کلام است در استدلال بر عدم جواز استرداد، علاوه بر اصل برائت. و ما دفع میکنیم این سخن را به این که: این در وقتی خوب است که مسلم باشد که مراد

زوج

اباحه محضه باشد در حال اعتقاد به زوجیت و استحقاق نفقه. و این مسلم نیست. بلکه

جز ما منظور او را اباحه بر سبیل نفقه است. و این معنی مستلزم اعتقاد معاوضه است
اجمالاً، هر چند متذکر تفصیل معاوضه و عوضین نباشد در آن حال. و ما پیش بیان

کردیم فرق ما بین اباحه محضه و امتناع را. پس هر چند تصریح نشده باشد که این در عوض حق نفقه است که لازم است در عوض تمکین، و لکن مستلزم آن است. مثل این که

کسی در سفری قصد مقصدی دارد که تا آنجا یقیناً هشت فرسخ هست و لکن نمیتواند و

مروود به آن سفر. در بین راه معلومش میشود که هشت فرسخ هست. هر چند دو فرسخ

مانده باشد به منزل که باید نماز را قصر کند. و مؤید مطلب ما است عموم قاعده مسلمه

(ما یضمن بصیحه، یضمن بفاسده) و حدیث نبوی مشهوری (علی الیدما اخذت حتی تؤدیه). ۱

۳۱۴: سؤال: هر گاه زوجه زید ناشزه شده، و اما عالمه نباشد که نشوز موجب سقوط نفقه و کسوه است. و مدت متمادی زوج به او نفقه داده و بعد ادعا نماید بر زوجه

که من نفقه را به قصد قرض و استرداد عوض، داده ام. و زوجه گوید که من چنان مدانستم که مستحق نفقه ام، و یا این که تو اباحه نموده ای، و اگر می دانستم که تو به

عنوان قرض یا به نیت استرداد عوض، مدهی، تصرف در آن نمیکردم. آیا در این صورت

زوج تسلط دارد بر زوجه در اخذ عوض نفقه یا نه؟

جواب: از صورت سؤال ظاهر میشود که زوج عالم بوده به (عدم استحقاق زوجه نفقه را به سبب نشوز) که در استر داد متمسک شده است به قرض دادن. و قرض دادن

بدون اطلاع متقرض، بی معنی است. الا در مواضع مخصوصه - مثل انفاق بر صغیر در

صورت فقد حاکم، که از مال او بر دارد. و امثال آن - پس زوج او را مسلط کرده بر تفویت

مال خود. و زوجه مغرور است و به قصد قرض تصرف نکرده که ضامن باشد. و علم به عدم

استحقاق نفقه نداشته که اگر به قصد نفقه خورده باشد که غاصب باشد، و بر او واجب باشد

رد. و عموم (علی الید ما اخذت) با وجود آن که ظاهر در بقای عین است لا غیر و محل منع

متواند شد در صورت تلف، وقتی تمام مشود که مالك خود سبب تلف نشده باشد. خصوصاً وقتی که در آن نوع اتلاف، متلف مغرور باشد. بلی اگر زوج مدعی این بود که (من جاهل بودم به آن که ناشزه نفقه ندارد و به قصد نفقه دادم)، و در واقع هم چنین باشد، در آنجا ظاهر ضمان بود. چون طرفین به قصد نفقه داده اند و گرفته اند و در نفس الامر استحقاق نبوده. چنان که در صورت انفاق با

۱ - مستدرک الوسائل: ج ۲ ص ۵۰۴، باب اول از کتاب الودیعه.

بطلان اصل مزاجه در نفس الامر. چون معاوضه از طرفین بوجه فاسدی واقع شده بود، و هر دو جاهل به آن بوده اند. و تراضی بر اتلاف بوجه اعتقاد استحقاق واقع شده

بوده، نه از بابت اباحه مطلقه. و در ما نحن فیه اعتقاد بوجه استحقاق نفقه را و اتلاف به

آن قصد با جهالت عدم استحقاق، در برابر (اتلاف زوج مال خود را به تسلیط غیر بر مال

خود بر وجهی که موجب اشتغال ذمه نمیشود)، واقعی ندارد. بلکه اگر زید ادعا کند که من هم جاهل بوده ام که قرض دادن بدون اطلاع، صورت ندارد، باز ظاهر این است که نتواند استرداد کرد، به جهت آن که باز زوج خود سبب اتلاف

شده و سبب غرور بوجه شده. هر چند نه به قصد فریب و نقصان داده باشد. و بعد اتلاف

مال اصل برائت بوجه شده از وجوب رد مثل (یا قیمت) است و عموم (علی الید ما اخذت) نیز

در اینجا شمول ندارد به سبب آنچه پیش گفتیم. و هم چنین است کلام در صورتی که

زوج بگوید بر سیل قرض داده ام و بگویم که من چنین دانستم که تو اباحه کرده ای

و بر سیل اباحه بوده.

تا اینجا کلام در صورتی است که زوج مدعی قبول بوجه قرض را، نباشد. و اما هر گاه

ادعا کند قبول بوجه را: هر چند در اینجا اصالت عدم خروج ملك از ملکیت زوج بالمره،

مرجح تقدیم قول زوج است (در صورتی که مدعی باشد که من به عنوان قرض داده ام و

تو قبول کرد [ه ا] ی، و بگویم که من خبر از قرض دادن ندارم و قبول قرض نکرد [ه ا] م بلکه تو اباحه محضه کرد [ه ا] ی، یا من گمان مسکرم که مستحق

نفقه ام و

صرف کرده ام) و لکن اصل برائت ذمه بوجه هم مرجح قول او است. و دور نیست تقدیم

قول زوج با یمین.

۳۱۵: سؤال: هر گاه يك دفعه نشوز از بوجه به ظهور رسید و بعد زوج به او

رجوع نکرد (یا از جهت غیظ یا از جهت آن که صرفه خود را در آن دانسته) تا معلوم شود که بر نشوز باقی است. آیا در این صورت حکم به نشوز زوجه مشود در جمیع اوقات تا امارات عدم نشوز حاصل شود -؟ یا این که در همان وقت ناشزه است، و بعد [از آن] احتیاج به دلیل مجدد دارد -؟.

جواب: همین که نشوز ظاهر شد نفقه ساقط شد و مستصحب است. و رجوع به نفقه موقوف است بر رجوع زوجه به اطاعت و تمکین تام. به این نحو که اظهار کند اطاعت را.

و ضرور نیست در تحقیق علم به رجوع، مطالبه کردن زوج تمکین را.

۳۱۶: سؤال: مخالفت امر زوج در هر باب موجب نشوز است؟ یا مخصوص است مخالفت در امر وقاع؟.

جواب: منحصر نیست نشوز در مخالفت در وقاع. بلکه نشوز متحقق میشود به خروج از اطاعت او [در] آنچه خدا بر او واجب کرده. مثل ترك مقدمات استمتاع و خلاف

خواهش زوج کردن در تنظیف و تزئین و آنچه مدخلیت در استمتاع و لذت بردن از او،

دارد. و همچنین متحقق میشود به بیرون رفتن از خانه بدون اذن. و نشوز به مجرد (فعل خلاف طاعت) حاصل میشود هر چند ملکه نشوز حاصل نشود. و خروج نشوز گاه

است به مجرد ترك آن فعل، حاصل میشود. و است که موقوف است بر ترك ملکه، مثلاً گاه است يك بار از خانه زوج بدون اذن به خانه پدر رفته. همین که برگشت به خانه

زوج، رجوع به طاعت میشود. و گاه است که مکرر بی اذن شوهر بیرون مرود و آن را

شیوه خود قرار داده. پس از برای چنین زنی در حالی که در خانه زوج است نفقه نیست، تا توبه کند و رجوع کند از آن، والله اعلم.

۳۱۷: سؤال: بفرمایند در خصوص زنانی که (قرن) یا (عقد) یا (رتق) یا آن که منخرج

بول و حیض یا غایط یکی شده باشد، یا زنی که خنثی باشد. آیا در مجموع اینها باید

شوهرشان مهر به ایشان بدهند؟ یا آن که بی مهر فسخ نکاح میکند؟.

جواب: در عیوب زن که زوج به سبب آنها مسلط بر فسخ میشود، هر گاه زوج قبل از

دخول فسخ کند مهری بر زوج لازم نیست. و خلافی در آن (ظاهراً) نیست، و دعوی اجماع بر آن شده، و اخبارهم دلالت بر آن دارد. و اما هر گاه بعد از دخول باشد (یعنی)

بعد از دخول مطلع به عیب شود و فسخ کند) اشهر و اظهر این است که مهر مسمی در

عقد را باید بدهد. بلی هر گاه مدلسی در میان باشد، یعنی کسی عیب آن زن را پوشانیده

و تدلیس کرده و او را به شوهر داده (خواه ولی او باشد، یا بیگانه) رجوع میکند زوج به

آن مدلس و مہری کہ دادہ پس مگیرد، ہر چند آن مدلس خود زوجہ باشد. یعنی آن زوجہ در این وقت مستحق مہر نیست. پس اگر ہنوز مہر را ندادہ بہ او نمدہد. نہ این کہ

مدہد و پس مگیرد. ہر گاہ پای تدلیس در میان نباشد و زوجہ ہم مطلع بہ عیب نباشد، در اینجا مستحق مہر است و بہ او رجوعی نمیشود. و این مقتضای قواعد و اخبار است.

و بدان کہ: ہر چند ظاہر اطلاقات اخبار و فتاوی (در جائی کہ زوج رجوع بہ مہر

مکند) این است که رجوع به تمام مهر میکند، لکن جمعی استثنا کرده اند - در صورتی که رجوع مشود - در اخذ مهر به زوجه (اقل ما یصلح ان یکون مهرا) یعنی (اقل

ما یتمول) را، مثل يك غاز پول سیاه. و بعضی استثنا کرده اند از برای او اقل مهر امثال او

را. چونکه او عوض بضع است. و اشهر و اظهر قول اول است. یعنی عدم استثنا چیزی مطلقاً. چون دلیلی بر استثنا نیست. و آنچه گمان دلالت آن کرده اند، بی وجه است.

و اما خنثی بودن زوجه: پس آن از جمله عیوب نیست. چنان که خنثی بودن زوج هم از جمله عیوب نیست. و قول به عیب بودن آن از برای شیخ است در دو جا از کتاب مبسوط. و در يك جای دیگر مبسوط گفته است که عیب نیست، و هم چنین در خلاف. و

این مختار اکثر اصحاب و موافق اصل و اطلاقات است. و گفته اند که آلت رجولیت در زوجه به منزله انگشت زاید است، و آلت انوثیت در زوج به منزله سوراخ زاید است. و

اینها هیچ کدام عیب نیستند. و وجهی که از برای عیب بودن گفته اند (منشأ نفرت [بودن]) است، و این که (علامات ظنی رفع شبهه و انحراف طبعی نمکند). و این ضعیف است.

و بدان: که این خلاف در خنثای واضح است، یعنی آن که به سبب علامات مقرر در

شرع حکم به رجولیت یا انوثیت او شده باشد. و الحاصل: خنثی یعنی آن که آلت مرد و زن

(هر دو [را] داشته باشد، در او رجوع مشود به علامات، مثل سبقت بول. که در وقت

بول کردن هر گاه بول مختص یکی از آنها است، حکم مشود به مقتضای آن. یعنی اگر

از مخرج رجولیت مآید مرد است. و اگر از مخرج انوثیت مآید زن است. و هم چنین

هر گاه اول از یکی از آنها بیاید باز حکم مشود به مقتضای آن. و هر گاه از هر دو بیاید،

ملاحظه انقطاع بول را باید کرد. از هر کدام بعد منقطع مشود، عمل به مقتضای آن مشود. تا به آخر آنچه گفته اند از علامات.

پس بعد ملاحظه علامات هر گاه حکم شد به رجولیت یا انوثیت، و زوج بودن

وزوجه
بودن، و عقد و نکاح صحیح شد، آن وقت خلاف کرده اند که آیا محض خنثی
بودن، یعنی
هر دو آلت داشتن، از عیوب است که منشأ خیار فسخ شود در زن یا مرد -؟ یا نه؟.
و اما خنثای مشکل - یعنی آن که این علامات در او نباشد و در بول کردن و قطع
بول
مساوی باشد - : پس ظاهراً خلافی نیست در بطلان نکاح از اصل. به جهت آن که
شرط
صحت نکاح این است که ما بین مرد و زن باشد، پس تا معلوم نشود نمیتوان نکاح
کرد. و

هر شخصی در نفس الامر یا زن است یا مرد وثالثی نمباشد به حکم آیات قرآنی و اخبار
که ظاهرا دلالت دارند بر انحصار. و در مسالك تصريح کرده به این معنی. یعنی به
این که

خلاف در خنثای واضح است نه خنثای مشکل، و از شیخ در مبسوط هم نقل کرده
که

خلاف در خنثای واضح است. و گفته است که: لکن شیخ ذکر کرده است در
میراث که

(هر گاه خنثی زوج باشد یا زوجه پس میراث به او مدهند نصف نصیب زوج و
نصف

نصیب زوجه را. چنان که در فرزند نصف نصیب مدهند و نصف نصیب انثی). و آن
در خنثای مشکل است. پس از اینجا ظاهر میشود که زوجیت خنثای مشکل، صحیح
خواهد بود پس بعضی آمده اند و حکم اینجا را مبتنی کرده اند بر آن، پس خیار فسخ
را در

صورت ظهور خنثی بودن هم قرار داده اند در خنثای مشکل. و بعد از آن گفته است
که:

آن سخن در میراث ضعیف است پس امری هم که مبتنی بر آن باشد ضعیف خواهد
بود.

و خوب گفته است.

و گویا وجه ضعف این سخن در میراث آن است که حکم به زوجه بودن و زوج
بودن،

سابق بر موت است و فعل مسلم محمول بر صحت است. پس اگر خنثی زوج بوده
باید بر

تقدیر وضوح حال او زوج شده باشد به سبب علامات. و هم چنین زوجه. پس
میراث آنها

باید بر وجهی که حق تعالی در قرآن قرار داده چنان باشد. و وصف زوج بودن یا
زوجه

بودن، بعد مرگ عارض نمیشود که امر آن مشتبه باشد و داخل خنثای مشکل باشد
تا ۱

حکم نصف نصیبین باشد.

بلی، تصحیح این قرض را میتوان کرد در مثل غرقى و مهدوم عليهم هر گاه زوجین
هر دو صاحب آلت رجولیت و انوثیت باشند و نشناسیم که کدام زوج بوده و کدام
زوجه.

که در اینجا میتوان هر يك را نصف نصیبین بدهیم. و اما این سخن در ما نحن فیه جاری نمیشود. زیرا که در آنجا (بر فرض شمول ادله دادن نصف نصیبین مرزوح و زوجه را) میتوانستیم بنا را به صحت تزویج بگذاریم (بنابر حمل فعل مسلم بر صحت) و از آن جهت نصف نصیبین را بدهیم. و در ما نحن فیه تا به حال بنای کاربرد جائی نشده و مزاجه مستقر نشده، و وقت استعمال صحت و فساد باقی است. و موقوف بودن استقرار بر استعمال حال به رجوع به علامات، منافاتی با حمل فعل

۱ - در نسخه: وداخل خشی بودن مشکل باشد.

مسلم بر صحت، ندارد. زیرا که حمل فعل مسلم بر صحت در وقتی است که مدعی در

برابر نباشد. والحال مدعی موجود است. منخواهیم بدانیم که در نفس الامر عقد صحیح است یا نه. و بدون استعلام رجولیت و انوثیت، حکم به صحت مزاجه نمیتوان

کرد. و بعد از ملاحظه علامات هر گاه خنثای واضح شد، حکم به متقضای آن میشود. و

اگر خنثای مشکل شد، حکم به بطلان میشود. و دیگر ثبوت خیار معنی ندارد. زیرا که

ثبوت خیار موقوف است بر صحت عقد.

و آنچه مذکور شد حکم فسخ زوج بود. و اما هر گاه زوجه فسخ کند نکاح را به سبب

عیوب مرد، و دخول نشده باشد: پس مستحق مهری نیست. و هم چنین هر جا که فسخ از

جانب زوجه باشد. مگر در عنن زوج که زوجه مطالبه نصف مهر میکند علی الاقوی و

همچنین هر گاه زوجه فسخ نکاح کند به سبب خصی بودن زوج مستحق مهر است بالتمام با دخول. و هر گاه با او خلوت کند بدون دخول، پس ظاهراً در این وقت در ثبوت

نصف مهر اشکالی نیست و اشکال در نصف دیگر است. و آن محتاج است به تأمل.

۳۱۸: سؤال: عده متعه مدخوله که حیض مبیند (هر گاه مدت او تمام شود، یا زوج مدت او را ببخشد) چه چیز است؟ و هم چنین عده آن که حیض نمیبیند و لکن در سن

کسی است که حیض مبیند -؟.

جواب: اما از مسأله اولی: پس در آن چهار قول است. و اشهر و اظهر آنها در قول است: یکی آن که (عده او دو طهر است). و علامه در مختلف [این قول را] نسبت به اشهر داده، و آن مختار مفید و سلار و ابن ادریس است. و دوم آن که (عده او دو حیض

است). و این مختار شیخ و ابن براج و محقق و علامه است در بسیاری از کتابهای او، و

شهدید در لمعه. و در مسالك این را گرفته است که اشهر بین الاصحاب است. و هم چنین

محقق در نافع و بعضی دیگر هم نسبت داده اند این را به اشهر.
واظهر این قول دوم است. به دلیل استصحاب حرمت، و به دلیل صحیحه زراره
(قال سألت ابا جعفر - ع - ما عدة المتمتعة اذا مات عنها الذى تمتع بها؟ قال: اربعة
اشهرو
عشرا. الى ان قال: وعدة المطلقة ثلاثة اشهر، والامة المطلقة عليها نصف ما على
الحرّة و
كذلك المتعة عليها مثل ما على الامة). ۱ به ضمیمه احادیثی که دلالت میکند بر این
که

۱ - وسائل: ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۵۲ ح ۲.

عده امه دو حیض است، مثل صحیحہ محمد بن مسلم (عن الباقر - ع - قال عدة الامة

حیضتان، وقال: اذا لم تكن حیض فنصف عدة الحر) ۱. و صحیحہ عبد الله [بن] مسكان

از سلیمان بن خالد عن الصادق (ع). ۲ و صحیحہ محمد بن قیس عن الباقر (ع). ۳ و لكن بر این استدلال وارد است اولاً این که صحیحہ زراره دلالت دارد بر تشبیه عده متعه در شهور به عده امه، نه در حیض و طهر. هر چند ممکن است دفع آن به این که اعتبار

به عموم کلمه (ما) است نه خصوص محل، با وجود این که در اخبار وارد شده است (متعه ها به منزله کنیز هابند) ۴. و لكن بعد خالی از اشکال نیست. و ثانیاً این که (قول به

این که عده کنیز دو حیض است) قول ابن جنید است و آن نادر است. و مشهور این است

که عده کنیز دو طهر است. چنان که حسنه زراره (به ابراهیم بن هاشم) دلالت دارد بر آن

(عن الباقر - ع - قال: سألته عن حرتحه امة، او عبد تحته حرة، كم طلاقها و كم عدتها؟

فقال: السنة في النسا في الطلاق، فان كانت حرة فطلاقها ثلاثا و عدتها ثلاثة اقرا، و ان كان حرتحه امة فطلاقه تطليقتان و عدتها قرئان). ۵

و ظاهر این است که مراد از (قر) طهر باشد به قرینه مقام، چون مراد از (ثلاثة اقرا) سه طهر است و به سبب اخبار بسیار که تفسیر کرده اند قر را علی الاطلاق به طهر. پس

باید حمل کرد قول ابن جنید را بر این که مراد دخول در حیض دوم است به جهت تحصیل علم به انقضای طهر. و شاید سر این که دو طهر قرار یافته با آن که مقتضای قواعد و

اخبار ایشان در این امور تنصیف است در رق نسبت به حر، عدم امکان حصول علم است

به نصف طهر الا به تمام آن، پس دو طهر اعتبار شده است. بلی میتوانیم با قطع نظر از

صحیحہ زراره به سبب اجمال آن، استدلال کنیم بر مختار به صحیحہ اسماعیل بن الفضل الهاشمی طولانی که در آنجا درج است که عبد الملك بن جریح گفت که (عده

امه دو حیض است) و حضرت صادق (ع) تصدیق او کرد. و از کتاب بحار الانوار

نیز نقل
شده حدیث صحیحی از کتاب حسین بن سعید که دلالت دارد بر این که عده او دو
حیض

-
- ۱ و ۲ و ۳ - همان مرجع: باب ۴۰ ح ۳، ۴، ۵.
 - ۴ - همان مرجع: باب ۵۲ ح ۲.
 - ۵ - همان مرجع: باب ۴۰ ح ۱.
 - ۶ - همان مرجع: باب ۱۴ ح ۱ - تا - ۹.
 - ۷ - وسائل: ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۴ ح ۸.

است ۱. و هم چنین عیاشی در تفسیر خود از ابی بصیر روایت کرده از حضرت باقر (ع) در

روایت زراره در تفسیر آیه شریفه (فما استمتعتم) ۲ که آن حضرت فرموده (عدتها حیضتان). ۳

و اما دلایل قول مفید و اتباع او: پس همان صحیحه زراره است به ضمیمه حسنه زراره که گذشتند. و بر این وارد است که تفسیر مطلق (قر) در اخبار موجب اراده طهر

در خصوص اینجا نمیشود. زیرا اقوی این است که قر مشترك لفظی است میان طهرو حیض. پس تفسیر آن علی الاطلاق به احدهما غیر ظاهر الوجه است. و این قرینه این است که مراد در این تفسیرها تفسیر لفظ قرئی است که در آیه (ثلاثة قرو) وارد شده است. و تفسیر آن به طهر در آنجا مستلزم اراده آن نیست در اینجا. و مجرد سیاق حدیث

و قرینه مقام در حسنه زراره که دلالت دارد بر اراده طهر، مقاومت نمکند با احادیث معتبره متعدده، یعنی صحیحه اسماعیل بن الفضل، و امثال آن. پس ترجیح باقول شیخ است. چنان که احتیاط هم مقتضی آن است.

و اما باقی اقوال - که یکی اعتبار يك حیض است، و یکی اعتبار يك حیض و نیم -: هر چند به مقتضای قول اول احادیث معتبره بسیار هست. ۴ و بر طبق ثانی هم حدیث

صحیح هست. ۵ لکن چون مقاومت نمکنند با ادله مشهور، لازم است تأویل آنها، یا طرح آنها.

و اما جواب از مسأله ثانیه: پس عده آن چهل و پنج روز است. و خلافی در آن نیست، و جمعی دعوی اجماع بر آن کرده اند. و اخبارهم دلالت دارد بر آن. ۶ و فرقی

ما بین آزاد و کنیز نیست، و ظاهرا خلافی در این هم نباشد. ۳۱۹ و ۳۲۰: سؤال: زید زینب را به عقد دائمی خود در آورده و دخل نموده. و متعاقدین را یقین حاصل بود که زینب خالی از مانع و مطلقه به طلاق صحیح است. و ناکح قبل از عقد از زوج اول زینب استماع نمود (من زینب را مطلقه ساخته ام). و چندی

۱ - بحار: ج ۱۰۳ ص ۳۱۵ ح ۲۰.
۲ و ۳ - آیه ۲۴ سوره نساء - وسائل ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۲۳ ح ۶.
۴ - وسائل: ابواب المتعة، باب ۲۲ ح ۱ و ۴ و ۶ و ۷.

- ٥ - وسائل: ج ١٥، ابواب العدد، باب ٥٢ ح ١. وباب ٥٣ ح ٢.
- ٦ - وسائل: ج ١٤، ابواب المتعة، باب ٢٢.

بعد از آن، جمعی ادعا نموده [اند] که ما علم داریم که زینب ذات بعل و بر زوجیت
زوج
اول باقی است به علت آن که زوج اول عمرو را در تطلیق و کیل نموده [بود] و عمرو
اجرای
صیغه طلاق ننمود. و عمرو نیز به عدم اجرای صیغه طلاق معترف [است]. و جمعی
دیگر

را ادعا آن که اعتراف به تطلیق زینب را از زوج اول استماع نمودیم.
و به این جهت اضطراب و تشکیکی فی الجملة به هم رسیده. اما متعاقدین بر عقیده
اول باقی اند.

و علی هذا بیان فرمایند که تکلیف زید چیست؟ آیا تا علم قطعی به فساد عقد برای
زید به هم نرسد، حکم به زوجیت زینب از برای زید باقی است و احکام متعلقه به
زوجیت از

برای طرفین ثابت است یا نه؟ و حکم صورت طریان شك، حکم صورت علم دارد یا
نه؟ و بقای زوجیت اول اصل است یا صحت عقد ثانی. و چنان که احدهما را علم
به

بقای زوجیت اول و فساد عقد ثانی به هم رسد دون دیگری، باید هر دو ملتزم فساد
شوند؟

یا هر يك مكلف اند به علم خود؟. و بر فرض فساد عقد (چون بر ذات بعل است و
متعاقدین جاهل به بقای زوجیت اول بوده اند، و دخل هم اتفاق افتاده) زینب حرام
مؤبد

میشود بر زید یا نه؟

و بنابر حرمت مؤبد، حرمت به جهت نص صحیح است؟ یا به سبب (قیاس بر
معتده)؟. و اولویت حکم در ذات بعل [در قیاس به معتده] مسلم است یا نه؟ با وجود
آن که احتمال مرود که علت حکم در معتده مبالغه در منع باشد تا موجب زیادی
جرأت

مکلفین نشود، بخلاف ذات بعل که احدی را جرأت عقد بر ذات بعل نیست، اما
[در]

معتده چون علاقه زوجیت سست شده و مشرف به زوال شده جرأت عقد بر او از
برای

مردم هست، و علاقه در ذات بعل مستحکم است کسی را جرأت عقد بر او نیست.
لهذا

شرع مقدس از جهت ردع مکلفین و منع ایشان، در معتده حکم به تأیید حرمت
نموده. و

این احتمال اگر چه بعید است و لیکن از جهت بطلان قیاس کافی است یا نه؟
جواب: اصل صحت نکاح متعاقبین است. و استصحاب زوجیت سابقه منقطع است
به قول و فعل و اقرار زوجین مسلمین. و قول آن جمعی که مگویند (ما علم داریم به
ذات بعل بودن زینب به علت مذکوره)، مسموع نیست.
اما اولاً: پس به جهت آن که مرافعه میان زوجین رو نداده، و دعوائی با هم ندارند که
به بینه رجوع شود، هر چند شهود عدول باشند. و ثانیاً: به جهت آن که عدم اجرای
عمرو

صیغه طلاق را دلیل عدم اجرای صیغه مطلقاً، نمشود. خصوصاً با اعتراف زوج سابق به طلاق گفتن و گفتن جماعت دیگر که (ما از زوج سابق شنیدیم اعتراف به طلاق

را)، خصوصاً با بقای زوجین بر اعتقاد خود. بلکه در صورت حصول شك از برای متزاوجین در صدق جماعت مذکوره (که گفتند ما می دانیم زینب ذات بعل است به علت

مذکوره) نیز زوجیت باقی است. چون بر وجه صحیح منعقد شده و بطلان آن معلوم نشده و در صورتی که احدهما را علم به هم رسد به فساد عقد دون آخر، هر يك مكلف اند

به اعتقاد خود. و اما هر گاه از برای هر دو علم به هم رسد به فساد عقد پس شکی در بطلان عقد نیست.

و اما این که جایز است به عقد جدید مزاجه کنند یا این که حرام مؤبد است: پس چون

دخول واقع شده، اشکال به هم می رسد. و آنچه متأخرین علما به آن متمسک شده اند که

(چون نکاح به ذات عده رجعیه با دخول، منشأ حرمت ابدی است، پس باید در ذات بعل

هم حرام مؤبد شود به طریق اولی)، در نظر حقیر محل اعتماد نیست، و اولویت ممنوع

است و قیاس باطل است. و اجماعی هم در مسأله نیست. بلکه از علامه (ره) در تحریر

ظاهر میشود که این فتوای علمای مادر این خصوص نبوده است تا زمان علامه. علامه و ما بعد او از متأخرین گفته اند (در آن دو وجه است)، و نگفته اند (دو قول است). و

وجه الحاق را، اولویت قرار داده اند. و وجه عدم را، منع اولویت و اما اخبار در مسأله: پس آن بسیار است. ۱ بسیاری از اخبار دلالت دارد بر حرام ابدی که چند حدیث آن موافق است. ۲ و روایتی هم در قرب الاسناد از علی بن جعفر

روایت شده که دلالت دارد بر آن. ۳ و صاحب کفایه گفته است که آن در نزد من به منزله

صحیح است، و ظاهر این است که وجه آن این است که عبد الله بن جعفر حمیری ثقه

جلیل که از اعظام مشایخ است روایت کرده است از عبد الله بن حسن از علی بن جعفر، و عبد الله بن حسن هر چند مهمل است لکن ظاهر این است که از جمله مشایخ اجازه است، و آن روایت را از کتاب علی بن جعفر ثقه جلیل روایت کرده است. و ظاهر این

-
- ۱: وسائل: ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۱۶، وج ۱۸ باب ۲۷ از ابواب حدالزنا.
۲ - کذا.
۳ - همان مرجع: ح ۹.

است که مشایخ اجازه معتمدند. و (شیخ اجازه بودن) به منزله توثیق است، بلکه بعضی آن را بالاتر از توثیق دانسته اند. و طایفه ای از اخبار هم دلالت بر عدم حرمت دارند، که از جمله آنها دو حدیث صحیح عبد الرحمن بن الحجاج است. و لکن دلالت آنها محل مناقشه هست.

و به هر حال: آنچه اقوی و اظهر است در نظر حقیر، این است که نکاح به ذات بعل هر گاه با علم به حال و دخول باشد، حرام ابدی است اجماعاً. و با جهل و عدم دخول، حرام نیست اجماعاً. و با جهل و دخول، حرام است علی الاظهر، خصوصاً به ملاحظه

موثقه زراره که آن را کلینی و صدوق و شیخ (هر سه) روایت کرده اند (عن الباقر - ع - : اذا نعی الرجل الی اهله او اخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت، فجا زوجها الاول، فان الاول احق بها من هذا الاخير دخل بها الاول اولم یدخل بها. ولیس للاخران یتزوجها ابداً، ولها المهر بما استحل من فرجها) ۱. و آن روایت را صدوق با سند قوی نقل کرده، و روایتی دیگر هم به همین مضمون از عبد الله [بن] بکیر روایت کرده. ۲ و هم چنین اظهر حرمت ابدی است با علم و عدم دخول، به سبب اطلاقات اخبار. والله العالم با حکامه.

و بعد از آن که این جواب نوشته شد، ثانیاً از کاشان کاغذ طویل و عریضی آمد که: سؤال در استفتا بر وفق واقعیه نبوده و جمعی از عدول علم دارند به این که زوجه در حین عقد ذات بعل بوده و مطلقه نشده بود. با وجود این آیا جایز است از برای آنها تفریق یا نه؟ و آیا جایز است که با وجود این ساکت باشند یا نه؟ و هر گاه اقامه شهادت کنند در نزد حاکم مسموع است یا نه؟ و معنی این که (هر گاه احدهما علم به فساد عقد به هم رساند دون دیگری، هر يك مكلف اند به علم خود) چه معنی دارد؟ و چگونه میشود هر گاه زوجه بگوید که (عقد من فاسد است) زوج بگوید (صحیح است) خواهد

وطی کند

زوجه را، چه باید کرد؟

جواب: من جواب استفتا نوشته ام، و حکمی ننوشته ام. و جواب آن استفتا همان است که نوشته شده. و هر گاه صورت واقعه چنین باشد که الحال نوشته اید، پس جواب

آن باز فتوی میشود، و حکم نمیشود. حکم را باید بعد از حضور و مرافعه کرد. و حاصل مقام این که در صورتی که زوج سابق غایب است و ادعائی ندارد، و زوجین با

۱ و ۲ - همان مرجع: ح ۶.

هم دعوی ندارند، مقام منجر میشود به (دعوی حسبی) و در چنین جایی هر گاه از برای حاکم علم قطعی به ذات بعل بودن حاصل شود، اظهر این است که عمل به علم خود میتواند کرد. و در صورتی که از برای حاکم علم حاصل نباشد و جمعی شهادت بدهند، پس کلام در این است که در صورت عدم اعلام حاکم، آیا آحاد مؤمنین بعد استماع شهادت عدول بر ذات بعل بودن زوجه در حین عقد، میتوانند تفریق کرد یا نه؟ -؟ و در صورت اعلام حاکم به واقعه، یا تبرع شهود به شهادت مزبوره در نزد حاکم قبل از طلبیدن حاکم، نطق به شهادت و ادای آن، مقبول است یا مردود؟ پس مگویی که در صورت اول معلوم نیست که آحاد مؤمنین به سبب شهادت آنها (من حیث انها شهادة و بینة [و] لیس من شأنها الافادة الظن) حکم به تفریق توانند کرد. و از این جهت است که فقها اشکال و خلاف کرده اند که: آیا مجرد شهادت عدول در رؤیت هلال کافی است در صوم [و] افطار؟ یا محتاج است به حکم حاکم؟ و آنها که اختیار (عدم احتیاج) کرده اند متمسک شده اند به احادیثی که وارد شده که (هر گاه بینة قائم شد بر هلال پس اگر روزه خورده قضا کند). ۱ و هر گاه بینة من حیث هی، مجوز عمل به مقتضای آن بود، ضرور نبود به استدلال به آن اخبار و مجال اشکال و خلاف نبود. بلی هر گاه از برای عدول مؤمنین علم قطعی به واقعه به هم رسید، شاید از راه نهی از منکر توانند تفریق کرد هر گاه ممکن باشد ایشان را. چنان که شهید در قواعد گفته است در جواز استیفای خمس و زکات از مانع خمس و زکات از برای آحاد عدول مؤمنین. و لکن در ظاهر شرع هر گاه زوجین مرافعه کنند و انکار (منکر بودن) کنند، سخن ایشان مسموع است، و بدون مرافعه نمیتوان ایشان را الزام کرد بر قبول. و این که برگفتیم که (جایز است از باب نهی از منکر مراد این است که از برای ایشان جایز است هر گاه مرافعه

آنها سودی نکند و از برای مؤمنین آن قوت باشد که اقامه معروف کنند. و ظاهر این است

که در صورت مزبور هر گاه زوجین استعدا کنند به [مؤمنین دیگر] غیر [از آن] مؤمنین

عالمین آمرین به معروف که عالم به حقیقت حال نیستند و فعل زوجین را محمول بر صحت بدانند، واجب نباشد بر آنها دفاع آمرین به معروف. چون ایشان نیز از مؤمنین

بلکه عدول اند و افعال ایشان نیز محمول بر صحت است.

۱ - وسائل: ج ۷، ابواب احکام شهر رمضان، باب ۵ ح ۴ و ۹ و ۱۳ و ۱۷ و ۱۹ و ۲۰ و ۲۱.

اما در صورت عرض حال به حاکم: پس یا این است که احدی از مؤمنین حسبنا مدعی مشهود و شهود بر واقعه را حاضر میکند نزد حاکم و شهادت را از صورت (نفی)

مطلقه بودن) به صورت (اثبات ذات بعل بودن) بوجه صحیح بیرون مآورد، پس ظاهر

این است که حاکم میتواند حکم کند به تفریق. و هر گاه احدی [مدعی] نشود، و لکن

خود شهود تبرعا بیابند و در نزد حاکم اقامه شهادت کنند (که این را شهادت بر سبیل

حسبه گویند) یا [احدی] مدعی شود و لکن قبل از استشهاد حاکم شهادت بدهند بر این که (ما عالم هستیم به ذات بعل بودن)، در این صورت باز اظهر جواز تفریق است، و

تبرع به شهادت مضر نیست.

زیرا که آنچه اتفاقی است که تبرع در آن مضر است حقوق محضه آدمیین، است. اما حقوق محضه الهی - مثل شرب خمر و زنا و ترك نماز و اوقات بر مصالح عامه مسلمین

مثل مسجد و پل و امثال اینها - و آنچه که حق تعالی را در آن شرکتی هست، مثل زکات

و خمس و حد قذف و وقف بر جماعت منتشرین (مثل فقرا و فقها) و یا [وقف بر] معین -

بنابر قول به انتقال وقف به خدا، هر چند ضیف است - و مثل عتق. و ما نحن فیه هم از

جمله آنها است، پس در اینها خلاف است. و اظهر و اشهر این است که تبرع به آن مضر

نیست. به جهت عمومات ادله قبول شهادت در نزد حاکم، و عمومات اجرا احکام مثل

(الزانیة والزانی...) و این که این هم مندرج است در امر به معروف، و غیر ذلك، و خصوص حدیث نبوی - ص - (خیر الشهدا الذی یأتی بالشهادة قبل ان تسألها). ۱ و به

جهت این که در این امور غالبا مدعی در میان نیست، و هر گاه شهادت متبرع مسموع

نشود لازم مآید تعطیل اکثر این احکام.

خصوصا هر گاه قائل باشیم که (متبرع هر گاه در مجلس دیگر مبادرت نکند و صبر

کند تا از او سؤال کنند، باز مسموع نیست) چنان که احد قولین است در مسأله. و هر چند در حقوق محضه الهی غالباً تخفیف و تسهیل امر، مرغوب است، و تعطیل آن مضر نیست. و لکن در حقوق مشترکه این سخن جاری نیست، وقائل به فرقی در آن نظر نیست. با وجود این که مگویییم که این سخن خوب است در جائی که کسی مطلع نشده باشد مثلاً بر زنای شخص به غیر همان شهود، و در آنجا به ملاحظه ستاریت الهی، مطلوب

۱ - حدیثی است که در زبان فقها معروف است و عامی است: سنن بیهقی: ج ۱۰ ص ۱۵۹، با مختصر تفاوتی در لفظ.

ستر وعدم فضیحت است. و لکن [این] سخن در مثل وقف مساجد و زوجه مردم را جماع کردن و امثال آن، جاری نیست. و هم چنین در صورتی که زانی در افواه و السنه

مفتضح شده، یا آن که بی مبالا است در امر زنا. و قول دیگر در مسأله این است که مضر است. و آن منقول است از شیخ در نهاییه. و

دلیل آن راه یافتن تهمت است. زیرا که مبادرت به شهادت دلالت بر حرص بر اثبات مطلب میکند و مورد تهمت میشود. چنان که در حقوق آدمیین. پس اخبار بسیاری که

دلیل عدم سماع شهادت متهم است ۱ شامل اینجا هم هست. و خصوص حدیث نبوی (ص) که در مقام مذمت فرموده اند (ثم یجیی قوم یعطون الشهادة قبل ان یسألونها) ۲ و در عبارت دیگر فرموده (ثم یفشو الکذب حتی یشهد الرجل قبل ان یشهد) ۳ و می توان خدشه کرد در دلیل اول به منع دلالت مبادرت بر شهادت در حقوق الهی بر تهمت، و منع انصراف اخبار منع قبول شهادت متهم در اینجا. چون متبادر از آن اخبار جائی است که مدعی در میان باشد، و میل به جانب مدعی متصور باشد. و اما در اینجا میلی اگر متصور باشد پس آن در اجرای احکام الهی و اقامه معروف و

ازاحه منکر [است] و از برای عدل بسیار بعید است که از راه عداوت به شخص، خواهد

اجرای حد به او بشود، و تا این حد عداوت این عدل را غافل کند که راضی به قتل او

باشد در جائی که منجر به قتل و امثال آن شود.

و به هر حال: بسیار از صور تبرع و مبادرت هست که مستلزم تهمت نیست. مثل جاهل به مسأله که گمان او این است که اقامه شهادت از واجبات است و مبادرت در آن خوب

است، خصوصا در وقتی که با مدعی عداوت داشته باشد و با منکر صداقت. و باید کلام

فقها و اخبار را هم تنزیل کرد بر غالب هر چند در حقوق آدمیین باشد. و دلیل این مطلب

متواند شد این که اکثر علما در حقوق الهی مبادرت را مضر نمدانند و قائل به این نادر

است. بلکه شیخ که قائل به آن است در مبسوط رجوع کرده از آن قول. و این اعظم شاهد است که این را داخل (منع قبول از راه تهمت) نمدانند. آیا نمیینی که

همگی در حقوق ناس متمسک به (متهم بودن) شده اند، و در اینجا مشهور اعتنا به این

۱ - وسائل: ج ۱۸، ابواب الشهادات، باب ۳۰.

۲ - مسند احمد بن حنبل: ج ۴ ص ۴۲۶.

۳ - سنن ابن ماجه: ج ۲ ص ۶۲.

معنی نکرده و تصریح به عدم رد کرده اند.
و اما حدیث نبوی: با وجود معارضه آن به مثل آن، و ضعف سند آن بدون جابر، در خصوص ما نحن فیه دلالت آن ممنوع است. زیرا که متبادر [از] آن، صورت وجود مدعی است. بلکه خصوص حقوق آدمی. کما لا یخفی. و هر چند این اشکال بر حدیث معارض

آن نیز وارد است. و لکن متوانیم گفت که متبادر از آن بیان بهترین نوع شهدا است. نه

بهترین انواع اقامه شهادت. و اشاره به این باشد که چون شهدای حقوق الهی غالباً این است که محض از راه دینداری و اقامه معروف اقامه شهادت میکنند و محتاج نیستند به این که کسی آنها را بطلبد و غالباً کسی دیگر مدعی نمیشد در این باب که ایشان را به شهادت بطلبد بلکه داعی بر آن محض ایمان و دینداری است پس این نوع

شهدا بهترین انواع شهدایند. چون شهادت دیگران غالباً محل مراقبت حال مردم و رعایت تعارف و مصاحبت متواند شد. (کذا)

سلمنا، لکن مگویییم که بهترین جمعی که ما بین این دو روایت متوان کرد همین است که اولی را حمل به حقوق الهی و ثانی را حمل بر حقوق ناس کنیم. چنان که ظاهر

استدلال مشهور هم مبتنی بر این است. و چون ظاهر این است که همین قدر که نوشته

شد در مطلب سائل کافی باشد (و حال فرصت بیش از این نبود) هر گاه بعضی از مراحل

سؤال بی جواب مانده باشد معذورم دارند.

۳۲۱: سؤال: هر گاه زید در طفولیت با عمرو شیر خورده اند از مادر عمرو. و بعد از فوت پدر عمرو، مادر عمرو شوهر دیگری کرده باشد و دختری از او به هم رسانیده. وزید

به گمان این که به سبب این که آن طفل از پدر دیگر به هم رسیده متواند آن دختر را نکاح

کند، او را نکاح کرده و اولاد به هم رسانیده. و مفروض این است که زید رضاع را فی الجمله

مداند و لیکن نمیداند که مقدار رضاع شرعی به عمل آمده است یا نه. آیا بر او واجب

است تفحص و استعلام حال؟ یا متواند به اصل عدم تحقق رضاع محرم، اکتفا

کند؟.

جواب: اولاد مرضعه بر مرتضع حرام است، هر چند از شوهر دیگر به هم رسیده باشد.

و جهل به مسأله منشأ حلیت نمشود. و اما این که علم ندارد به حصول مقدار رضاع محرم (بعد از آن که علم به هم رسانده که فی الجملة رضاع حاصل شده)، پس هر چند

متوان اشکال کرد در تمسك به اصل عدم تحقق رضاع، به جهت این که اصل عدم حلیت زن است مگر به نکاح صحیح. و چون در شرع وارد شده است که نکاح اخت

رضاعی حرام است (چنان که سایر اشخاصی که در قرآن مجید تصریح به حرمت آنها شده و نکاح غیر آنها حلال است) پس باید مکلف در حین نکاح اختیار زوجه [ای] بکند که از جمله محرّمات نباشد.

پس هر گاه زنی باشد که محتمل باشد که خواهر نسبی او است یا مادر او است و شك داشته باشد که این از جمله محارم است یا غیر آنها، به (اصل عدم) نمیتوان متمسک شد که اصل این است که خواهر و مادر من نباشد. به جهت این که اصل عدم

نسبت به بودن و نبودن هر دو مساوی است. بلی اصل عدم در تحقق رضاع در وقتی خوب است که بعد از تفحص ثابت نشود رضاع محرم. و این نظیر همان است که فقها

گفته اند که شرط است در تمسک به (اصل براءت) در احکام شرعی، تتبع و تفحص از

ادله. و بعد از عجز متمسک میشوند به اصل براءت. و اگر نه لازم مآید که هربی خبری از فقه و احادیث تکیه بکند به اصل براءت و اجتهاد نکند در تحصیل (رافع اصل

براءت) از ادله، و از این جهت است که محققین قائل شده اند که (عمل به عام قبل از

فحص از مخصص جایز نیست).

و حال این شخص بعد از حصول علم اجماعی به رضاع و شك در این که آیا به حد رضاع محرم رسیده یا نه، مثل حال مجتهد است بعد از آن که علم به هم رساند که احکام

مخالف اصل و مخالف عام در شریعت بسیار است، و احتمال وجود معارض از برای اصل

و عام از برای او حاصل شود، جایز نیست عمل به اصل و عموم مگر بعد از فحص و اجتهاد

از معارض و مخصص. خصوصاً هر گاه ظن قوی به وجود آنها باشد. پس هر گاه تفحص

کرد از حال رضاع، و نه علم قطعی و نه علم شرعی (که از راه بینه و امثال آن حاصل

شود) از برای او به هم نرسد، حلال است نکاح هر چند علم به عدم آن به هم نرسد. و در

این وقت تمسك به اصل عدم یا اصل عموم خوب است. هر چند بیش از ظنی از آنها حاصل نشود.
و هر گاه علم قطعی یا شرعی حاصل شد به رضاع محرم، پس باید تفریق کرد. و طلاق ضرور نیست.
والحاصل: هر چند رضاع امری است حادث بعد از ولادت انسان، و از باب نسب نیست (که با انعقاد نطفه حاصل است) و اصل عدم تحقق آن از اصل یا به مقدار رضاع هست. و لکن تمسك به این اصل بعد حصول رضاع في الجملة، مشکل است. زیرا که

حکم به جواز نکاح بعضی زنان وعدم جواز بعض، دو حکم شرعی اند جدید که
دخلی به
اصل برائت ندارند، و هر يك موضوعی علی حده دارند. پس باید تفحص از موضوع
کرد
تا بدانی که این داخل کدامیک است. مثل آن که مولی به غلامان خود بگوید که (هر
کدام
مالك ده دینار هستند يك دینار را تصدق کنید. و هر کدام نیستید نکنید)، پس باید
غلامها حساب مال خود بکنند و به مقتضای آن عمل کنند. و نمیتوانند گفت هر يك
که
(من نمودانم مالك ده دینار هستم یا نه، و اصل برائت ذمه من است). هر چند اصل
عدم
وصول مال به ده دینار تواند جاری شد.
و لکن: ۱ صحیحه عبد الله بن سنان از حضرت صادق (ع) که فرمود (کل شیء فیه
حرام
و حلال، فهو حلال لك ابدًا حتی تعرف الحرام منه بعینه فتدعه) ۲، و در روایت دیگر
نیز
فرمود (کل شیء هو لك حلال حتی تعلم انه حرام بعینه فتدعه من قبل نفسك وذلك
یکون مثل الثوب عليك قد اشتريته وهو سرقة، او المملوك عندك ولعله حر قد باع
نفسه، او خدع فبیع، او قهرا وامرأة تحتك وهی اختك ورضیعتك. والاشیا کلها علی
هذا
حتى یتبین لك غیر ذلك. او یقوم به البینه). ۳
دلالت دارند بر این که مادامی که معلوم نشده است رضاع محرم، حلال باشد، و
تفحص هم لازم نباشد.
و اگر بگوئی: که متبادر از حدیث (تردد امر است ما بین حلیت و حرمت) مثل گندم
مباح و مغضوب و جامه مباح و مغضوب، در صورت جهالت حال. و مراد از مجهول
الحال
آن است که بعد از تفحص حال آن مشتبه باشد، نه محض جهالت در اول امر.
چنان که در
مال مجهول المالك معنی آن این است که بعد از بذل جهد و تفحص، بر جهالت باقی
بماند. پس هر گاه بگویند (مال مجهول المالك را باید تصدیق کرد به فقرا) معنی آن
این
نیست که به مجرد همین که مالك را نمشناسی این حکم دارد، حتی این که هر گاه
داخل بلدی بشوی و خرابه [ای] را مشاهده بکنی به محض این که نمودانی که

صاحبش
کیست احیا توانی کرد به قصد تملك.

۱ - این " لکن " جواب جملهء شرطیه ای است که در آغاز جواب فرمود " هر چند میتوان اشکال کرد
در تمسك به اصل
عدم تحقق رضاع " .
۲ و ۳ - وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۴ ح ۱ و ۴ .

بلی گاه است که ید مسلم، یا سوق مسلمین قائم مقام تفحص میشود. پس هر گاه داخل بلدی شوی و دانی که گندم خلال و حرام هر دو در آن شهر هست، در آنجا تفحص

لازم نیست، اصل حلیت گندمی است که مخری تا معلوم شود حرمت آن بعینه. و چون

شارع در اول امر استمتاع به زنان را حرام کرده و بعد از آن فرموده که حلال میشود استمتاع [از] آنها به سبب نکاح (یا ملك یمین) به شرطی که انسان مذکوره در کتاب

(مثل مادر و خواهر و غیرهما) نباشد. و صاحب اسباب مذکوره در آنجا هم نباشد - مثل

اخت رضاعی و مادر زن و غیرهما - پس حلیت به سبب نکاح مشروط است به این که آن

زن یکی از اینها نباشد. پس لازم است نفحص از حال زنی که مگردد که یکی از اینها

نباشد. و این که مبینیم اغلب مردم بلا تفحص نکاح میکنند، مبنی است بر این که غالب این

است که مدانند که از اینها نیست، و ما به عیا مبینیم که هر گاه بشنوند که رضاعی،

یا مصاهره ای واقع شده، کمال تفحص وجد و جهد میکنند. و این از قبیل گندم بازار و

نان دکان خباز نیست، چون فعل مسلم (بلکه غیر مسلم هم) در این باب محمول بر صحت است. حتی این که اگر کسی غیر عادل باشد بلکه عدل واحدی هم بگوید حرام است،

اعتنا نمکنیم در حکم به حرمت. چون اصل در گندم و نان حلیت انتفاع است. و معنی که از مغضوب آن شده، در غیر آنچه معلوم الغصبیه باشد یا ید متصرفی بر آن باشد، معلوم نیست. بخلاف استمتاع به زنان که مطلق آن حرام است. و آنچه تجویز شده به

سبب نکاحی است که بر غیر آن اشخاص باشد. پس تا علم به شرط به هم نرسد جایز

نیست. و آن موقوف است بر تفحص.

و این که (بضع زنان درید ایشان است) در این مقام کافی نیست در حلیت از برای مردی که به گوش او خورده حصول رضاع فی الجملة. بلی هر گاه تفحص کرد و ثابت

نشد بر او که از جمله محرمات است، عمل به ظاهر حال مشود. چون غالب این است

که نسوان از این فرقه‌ها نیستند. و اصل عدم تحقق رضاع و مصاهره، هم مؤید مشود.

هر چند احتمال نفس الامری زایل نشود.

و حدیث دوم هم مبتنی بر این است که هر گاه زنی را بر وجه صحیح به مقتضای تکلیف خود گرفته هر گاه باز احتمال باقی باشد که همشیره او است، ضرر ندارد.

خصوصاً هر گاه احتمال بعد از عقد طاری شود به سبب اخبار کسی که قول او مثبت

حکم نباشد. و هم چنین جامه و مملوك، غرض در همه این است که احتمال فساد با وجود عمل آوردن مقتضای تکلیف، و دلالتی ندارد بر این که در اول دفعه هر گاه به گوش او خورده که رضاع به عمل آمده بر او تفحص لازم نیست. یا آن که بعد از آن هم اگر بشنود سخنی که احتمال ظاهری از برای او به هم رسد، تفحص لازم نباشد. نهایت امر این است که فرموده است امام (ع) که بر او حلال است تا علم به هم رسد که رضاع به عمل آمده. و این مستلزم این نیست که تفحص لازم نباشد. و در صورت سؤال هم مفروض این است که در اول شنیده بود نقل رضاع را، و لیکن به گمان فاسد خود خیال کرده بود که با تعدد فحل مضر نیست. بلکه تقصیر دیگر هم دارد که تحقیق نکرده که آیا اولاد مرضعه بر مرتضع مطلقاً حرام است یا نه بر فرض تحقق رضاع. پس این هم یکی از شرایط حلّیت به سبب نکاح است که شارع قرار داده، و مراعات آن را هم نکرده. پس بنابر این، مال حلّیت در حدیث آخری راجع میشود به حلّیت ناشی از اصل برائت. چون بعد از تحقق حلّیت شرعی، اصل برائت ذمه است از اشتراط آن به چیز دیگر. مثل حصول احتمال رضاع به سبب قول کسی که به قول او رضاع ثابت نشود. و حرمت ثابت نمیشود مگر با حصول علم به رضاع محرم. والحاصل: قبل از ورود شرع، اصل اباحه اشیاء، خالی از مضرت است تا نهی از شرع برسد. و بعد از آن که نهی رسید در بعضی اشیاء، حرام است تصرف در آن. و بعد از آن که معلوم شد که بعضی اشیاء حلال است و بعضی حرام، لازم است بر کسی که علم به خصوص محرّمات ندارد، تفحص از حال آن شیء و آن شبهه نفس حکم است. مثل این که بعد از آن که از شارع رسید که (گوشت بعضی دواب و طیور حرام است). و ما نمیدانیم که حرام آنها کدام است، نمیتوانیم بدون اجتهاد و بذل جهد بگوئیم (اصل حلّیت است و تفحص واجب نیست). و از این جهت است که شارع قواعد قرار داده در غیر آنهایی که به

خصوص تنصیص به حرمت آنها کرده، مثل سباع نبودن، و صغیف بیش از دغیف
نبودن،

و امثال آن.

بلی بعد از تفحص و حصول ظن به این که آن شیء از محرّمات نیست، به سبب آن
ظن

باز راجع میشود حکم آن به اصل اباحه سابق. و هم چنین در (شبهه موضوع) مثل
این که

مدانیم که گوشت میته گوسفند حرام است، و مذکاری آن حلال. و یا گندم
مغصوب

حرام است، و غیر مغصوب حلال. و زن مردم حرام است، و زن خود حلال. و
متراضعین

حرام، و غیر متراضعین حلال. و امثال آن. پس در اینجا نیز در اول وهله واجب است تفحص. مثل این که در صحرا قبه گندم ببینیم و احتمال دهیم که این گندم ما است چون

در این صحرا زراعت داریم. و احتمال دهیم که از غیر باشد، جز ما جایز نیست تصرف در

آن قبل از تفحص. و هم چنین در شب هر گاه داخل خانه شویم و زنی را ببینیم که خوابیده است و تاریک باشد و نشناسیم، و محتمل باشد که زوجه باشد یا اجنبی باشد.

جایز نیست مجامعت آن بدون تفحص.

پس این که گندم و نان [و گوشت] را از بازار مخریم بدون تفحص با وجود احتمال مغضوب بودن و میته بودن، این نیست مگر این که از راه این که ید مسلم بر این است و فعل

او محمول بر صحت است. و این اصل قائم مقام تفحص است. پس صحیحه عبد الله بن

سنان ۱ محمول است بر این صورت. و تفسیر آن در روایت مسعدة بن صدقه ۲ شده و

تمثیلی که امام (ع) فرمودند نه محض مثالی است که بگوئیم تمثیل مخصص عام نمیشود بلکه تفسیر است از برای حدیث. یعنی این حکم به حلیت در جائی است که مجوز تصرف در اول باشد، و شکی که بعد حاصل شود، یا احتمالی که در اول امر حاصل

باشد از برای حرمت، با وجود آن مجوز و مصحح، مضر نیست. و تا علم قطعی به فساد

حاصل نشود دست از آن بر نمداریم.

و هر گاه عمل به حدیث کنیم بدون تفحص و بدون مجوز شرعی و ترخیصی از جانب

او، این در معنی نفی شریعت است. چنان که اباحتیان مگویند (المال مال الله والخلق عیال الله). و آنچه مادر اول تشبیه کردیم مانحن فیه را به مال مجهول المالك، از باب

تنظیر بود. و غرض بیان همین معنی بود که به جهالت در اول وهله اکتفا نمیتوان کرد

در اباحه تصرف در مال و زن و غیره بدون تفحص از حلال و حرام، جایز نیست ارتکاب مگر

در صورتی که چیزی قائم مقام تفحص ۳ باشد که در آنجا تفحص ضرور نیست.

پس ما دست
از عموم (والذین هم لفروجهم حافظون الاعلی ازواجهم او ما ملکتم ایمانهم... فمن
ابتغی ورا ذلک فاولئک هم العادون) ۴ چگونه برداریم. در جائی که زوجیت محقق
نشده. و چگونه حکم به زوجیت کنیم در جائی که اشتراط صحت آن به بودن زوجه
غیر

۱ و ۲ - همان دو حدیث مورد بحث (وسائل: ج ۱۲، ابواب ما یکتسب به، باب ۴ ح ۱ و ۴).

۳ - در نسخه: تصرف

۴ - آیه ۵ سوره مؤمنون.

انسان و اسباب مذکوره در آیه تحریم ثابت و محقق است، که از جمله آنها رضاع است. و تکیه کنیم به اصل اباحه یا به صحیحه ابن سنان یا به آیه (وانکحوا الایامی منکم..). ۱ و حال آن که آن آیه عام است و اینها خاص.

پس مگوئیم در جواب از این ایراد ۲ بلی این سخن ها تمام است در صورتی که حلال متحقق الحلیه و حرام متحقق الحرمه، در خارج موجود باشند. و امر مردد شود ما بین آنها. نه در صورتی که شك داشته باشیم در وجود متحقق الحرمه. زیرا فرق واضح

است ما بین این که بگوئیم که (هر عین موجود خارجی که در نوع او چیزی هست که جز ما متصف به حلیت است و چیزی هست که متصف به حرمت است - مثل گوشت که بعض

انواع آن مذکی و بعضی میته است - حکم میکنیم در فرد موجود خارجی آن که نمیدانیم داخل کدامیک است که از قسم مذکی است) یعنی حکم آن را بر او جاری میکنیم که حلیت است و ما بین این که بگوئیم (هر عین موجود خارجی که دو فرد موجود

خارجی از نوع آن در خارج موجود باشند که یکی میته است و یکی مذکی و ما نمی دانیم

که این فرد معین آن میته موجود خارجی است یا مذکاری موجود خارجی است، حکم

مکنیم که این فرد همان فرد خارجی مذکی است نه فرد خارجی میته). و مال فرق این است که معنی حدیث بنابر اول این میشود که نمیدانیم که این چیز آیا متصف شده به حرمت یا نه. و بنابر دوم این میشود که آیا این چیز عین آن چیز

متصف به حلیت است یا عین آن چیز متصف به حرمت.

وبالجمله: اشتباه در موضوع حکم به یکی از چهار وجه میشود: یکی: مجرد احتمال طاری شدن حرمت بر شیء. مثل زن اجنبی که شك حاصل شود از برای مادر این که میان ما و او رضاع شرعی به عمل آمده یا نه. که مشتبه میشود بر ما که آیا این زن

خواهر رضاعی شده یا نه. حلال است بر ما یا حرام. دوم این که: حلال و حرام موجود

خارجی مخلوط و ممزوج شوند به نحوی که امتیاز نتوان کرد. مثل گندم حلال و

مغضوب که دانه های آن مخلوط شوند به هم. و روغن حلال و حرام که به هم
ممزوج
شوند.

-
- ۱ - آیه ۳۲ سوره نور.
۲ - جواب است بر " اگر بگوئی ". در چهار صفحه قبل.

سوم این که: مزج و خلط حاصل نشده و علم حاصل شود به این که این چیز یکی از آن چیزهایی است که موجودند در خارج و بعضی حرام اند و بعضی حلال. و ندانی که این کدامیک از آنها است.

و این قسم هم بر دو قسم است: یکی آن است که که آن افراد موجود خارجی محصورند. یعنی متوان بدون عسر و حرج تعداد واحاطه آنها کرد. مثل این که ده رأس گوسفند باشد که یکی یا دوتای آنها مغضوب باشد. یا دو جامه یا سه جامه که یکی از آنها مغضوب باشد. و دوم آن که: افراد موجود خارجی غیر محصور باشند و در احاطه به آن

عسر و حرج لازم آید. مثل این که بدانیم در شهری يك خانه مغضوب، یا در گله های شهر يك گوسفند مغضوب هست، و ندانیم کدام است.

ظاهر این است که خلافتی در حلیت قسم اول، و قسم دوم از قسم سوم، نیست. چنان که ظاهر این است که قسم دوم هم اشکالی در حرمت آن نباشد. و اشکال و نزاع در قسم اول از قسم سوم است که مشهور است به (شبهه محصوره). و در آن چند قول است.

و مشهور وجوب اجتناب از جمیع است. و قول دیگر جواز ارتکاب است مادامی که یقین به ارتکاب حرام نشود، به این معنی که هر گاه دیناری حرام مثلا داخل شود در میان ده

دینار حلال و ندانی کدام است، جایز است خرج کردن ده تایی آن، و اجتناب از یکی. و قول دیگر جواز ارتکاب همه است، هر چند بعد از خرج همه دنانیر جزم حاصل میشود

به شغل ذمه به آن دینار، و لکن معصیتی از برای او نیست و قول دیگر رجوع به قرعه است.

و تفصیل ادله اقوال را در کتاب قوانین استقصا کرده ام. هر گاه این را دانستی مگوئیم که لفظ انساب و اسبابی که در قرآن مذکور است، اسم چیزی است که متحقق باشد. یعنی خواهر نسبی متحقق، و هم چنین خواهر

رضاعی متحقق. پس هر گاه پدر او رفته باشد به شهر دوری، و بعد مدتی این شخص وارد

آنجا شود و احتمال بدهد

که خواهری برای او به هم رسیده باشد، یا این که احتمال بدهد که در آنجا خواهر رضاعی به هم رسانیده باشد. و احتمال بدهد که این زنی را که میخواهد بگیرد از آنها باشد. اینها داخل آیه تحریم نیستند که اجتناب از آنها واجب باشد. و تفحص از این معنی هم لازم نیست. چون اصل عدم وجود خواهر، و اصل عدم

تحقق رضاع است

بخلاف جائی که داند خواهر نسبی یا خواهر رضاعی دارد اما نمشناسد و مشتبه

است بر او، که در این صورت باید تفصیل داد که اگر در ضمن غیر محصور، مشتبه اند

اجتناب و تفحص واجب نیست به دلیل عسر و حرج، هر چند در عنوان آیه داخل اند، چون (الفاظ) اسامی (امور نفس الامریه) مباشند، نه (ما علم انه هو المسمى بذلك الاسم). و لکن تفحص و تجسس لازم است در جائی که عسر و حرج لازم نیاید. به دلیلی

که پیش گفتیم در ضمن اشکال و ایراد. و در صورت عدم حصول علم هم لازم است اجتناب بنابر مشهور در شبهه محصوره. و هم چنین بنابر قول سوم (که اظهر اقوال است

در نزد حقیر) باز تفحص لازم است، به دلیلی که پیش مذکور شد در ضمن اشکال و ایراد. و بعد از تفحص و عدم حصول علم جایز است ارتکاب. چنان که ظاهر حدیث است.

پس لزوم تفحص منافات با عمل به مقتضای حدیث ندارد. و استدلال مشهور به وجوب

مقدمه واجب، بعد از تفحص ممنوع است. زیرا که وجوب اجتناب در این وقت ممنوع است.

و به هر حال: مانحن فیه که مورد سؤال است از جمله قسم اول است از اقسام شبهه موضوعیه، و در اثبات حلیت آن، اصل برائت کافی است، و محتاج به آن حدیث صحیح

هم نیست. بلکه آن حدیث ظاهر در غیر آن قسم است، چون ظاهر از لفظ (حلال و حرام)

شیء متصف بالحلیه والحرمة است، لا امکان الاتصاف بهما. و هم چنین لفظ (بعینه) ظاهر است در موجود خارجی. بلی روایت مسعدة بن صدقه ظاهر در مانحن فیه است. و

هر گاه خواهیم ما نحن فیه را داخل آن حدیث صحیح کنیم لازم میآید استعمال لفظ واحد در معنیین مختلفین. بلکه اگر قسم دوم را هم خواهیم داخل کنیم همین لازم میآید، به اعتبار آن که ضمیر (فیه) را باید راجع به (عین موجوده) بکنیم از برای قسم دوم، و راجع به (نوع آن) کنیم در قسم اول، و راجع به نوع هم که کردیم باید اراده کنیم

(ما یمكن ان یتصف بالحل والحرمة) بنابر قسم اول، و (ما هو متصف بالحل والحرمة)

اراده کنیم بنابر غیر آن، و به هر حال تأملی نباید کرد در این که در شبهه محصوره

تفحص

لازم است. و با بقای بر اشتباه بعد از تفحص، رجوع به آن اقوال میشود.
و از آنچه گفتیم ظاهر شد ضعف قول علامه در تذکره به (وجوب استهلال ماه
رمضان و شوال، چون روزه اول آن واجب و روزه اول آن دیگر حرام است، و فعل
واجب

و ترك حرام موقوف است بر استهلال. پس استهلال مقدمه واجب است). به تقریب
آنچه گفتیم که وجوب اجتناب در شبهه محصوره در جائی است که حرام متحقق
الحرمه در

خارج موجود باشد. و در شب آخر شعبان و رمضان که احتمال دخول ماه نو باشد، هنوز

واجب یا حرام وقوع نیافته تا اجتناب از این و ارتکاب آن لازم باشد. چون اصل عدم خروج ماه است از محاق و تحت الشعاع. و شهر سابق مستصحب است. و اخبار هم دلالت بر آن دارد.

بلی هر گاه اتفاق شد که ماه رمضان را بالتمام افکار کرد به سبب عذری، الحال که قضا باید بکند باید تفحص کند. چون جز ما غره ماه را افطار کرده و گاه است که سلخ

شعبان غره بوده و ماه رمضان سلخ نداشته.

و اما حکایت امر مولی عبید خود را که (هر کس مالک ده دینار است يك دینار تصدق کند): پس این هر چند از فروع مسأله شبهه محصوره نیست، و لکن فهم عرف و

عقل مقتضی لزوم تفحص است. و بعد تفحص وعدم حصول علم، به مقتضای اصل رجوع میشود. و فروع این مسأله در احکام شرعیه از حد حصر متجاوز است. و از آن

جمله مسأله (مستطیع و غیر مستطیع) است. و مسأله (مالك نصاب و غیر مالك نصاب).

و مسأله (قاصد مسافت در صورت جهل به مسافت). و مسأله (كثير الشك) و (كثير السفر) و امثال آنها که شارع از برای هر يك حکمی قرار داده، و هر مکلفی که امر

او مردد است ما بین هر يك از اینها، بر او لازم است که تفحص کند و به مقتضای آنچه

گفتیم عمل کند.

۳۲۲: سؤال: چه مفرمایند در خصوص اموال و رخوت و تدارك دیگر که در بعضی از بلاد متعارف است که مرد به جهت زنی که مسخوهد بگیرد قبل از عروسی مبرد که زن راضی به تزویج کردن به مرد نمیشود مگر به بردن آن اشیاء و لکن در وقت

عقد کردن داخل عقد نمیشود. آیا این اموال و رخوت را شوهر تسلط دارد که بعد از تزویج نمودن از زن بگیرد؟ یا نه؟ مکرر از ملازمان عالی فتوی مرسد که رخوت زن

مال مرد است. آیا هر گاه به این نحو در بلدی تعارف یافته باشد، زنان طلا و آلات و رخوت

و نقد را مالك مشونند يا نه؟
نظر به آن كه (عقود تابع قصد است) زن راضی به مهر مسمی نگردیده مگر به وفا
نمودن شوهر به عهدی كه قبل از تزویج نموده و رختی و زیوری و نقدی كه قبل از
عروسی و عقد، نزد زن فرستاده. آیا میتواند شد كه انتقال این اموال از قبیل حق
جعاله
راضی شدن زوجه به مهر مسمی شود كه داخل یکی از عقود شرعیه باشد؟ یا نه؟ و
در

صورتی که به منزله حق الجعالة شد، چون تعارف به این نحو است که رخوت مزبوره را به جهت زوجه شرط نموده مآورند که مقصود آن است که در خانه زوج بپوشد، و احتمال مرود که حق الجعالة متمتع در رخوت مشخصه باشد. آیا احتمال تملیک در این صورت مقدم است یا تمتع؟

و هر گاه این رخوت و طلا آلات به هیچ نحو از این انحا منتقل به زوجه نشود، وجه نقدی که قبل از عروسی متعارف است به جهت زن مفرستند، آیا زوج بعد از عروسی و تصرف نمودن زن، تسلط بر گرفتن وجه نقد که خرج شده دارد؟ یا نه (به جهت آن که مباح نموده بود و عین تلف شده)؟ و هر گاه از آن وجه نقد اجناس مشخصه خریده باشد به منزله تلف شدن است؟ یا زوج تسلط دارد به عین آنها؟ مستدعی چنان است که صورت مسأله را مشروحا با اشاره اجمالی به ادله آن لطف فرموده قلمی فرمایند.

جواب: بدان که شرطی که حکم میشود به لزوم آن، شرطی است که در ضمن عقد لازمی میشود. یعنی ما بین ایجاب و قبول. نه آنچه پیش ذکر شود، و نه آنچه بعد (علی)

الاقوی بل لم نقف علی مخالف صریح فی ذلك). و بدان نیز که وفای به وعده هم واجب نیست (علی الاشهر الاقوی) بلکه مستحب است. و انتقال ملك از زوج به زوجه محتاج است به ناقل شرعی و آن مفقود است بالفرض. و این که گفته اند (العقود تابعة للقصود)

داخلی به مانحن فیه ندارد. بلکه ظاهر مراد از آن معینین است: یکی این که: از باب (لاعمل الابنیة) باشد تا خارج شود مثل عقد غافل و هازل و نائم که قصدی ندارند.

دوم این که: از باب (انما الاعمال بالنیات) ۱ باشد. چنان که در مشترکات ملاحظه میشود. پس هر گاه کسی بگوید (ملکتك هذا بهذا) قابل بیع و هبه معوضه هر دو هست. و تعیین تابع قصد است در نفس الامر. و اما تداعی: پس [آن] را مقام دیگر هست

از کلام. و همان که ذکر کردیم از اشتراط ذکر شرط در ضمن عقد و عدم عبرت به

مذکور
قبل و بعد او، اوضح شاهدهی است بر این که اعتقاد لزوم وفای به شرط منافات ندارد
با
لزوم عقد بدون آن. و بر آن مطلب متفرع میشود این که هر گاه مساومه شود در
مهر بین
زوجین و بعد از آن جاری سازند صیغه را بدون ذکر مهر، داخل مفوضه البضع
خواهد

۱ - وسائل: ج ۱، ابواب مقدمات العبادات، باب ۵.

بود. چون ذکر مهر نشده هر چند مقصود آنها مزاجه بر آن مهر معین است لاغیر.
زیرا

که الفاظ را مدخلیت تامه هست در عقود، چنان که مشاهده میشود در معاطات
(کذا)، و

وصیت به کتابت، هر چند به قرائن قطع حاصل شود به اراده وصیت. چنان که
اشهرو

اظهر است. زیرا که چنان که مزاجه به محض تراضی متحقق نمیشود چه میشود که
عقد وصیت هم محتاج لفظ باشد.

پس عقد لزوم ثبوت امور مذکوره در مال زوج برای زوجه، ناشی از تقصیر ایشان
است در عدم ذکر در ضمن عقد. و آنکه مقصود زوجه شوهر کردنی است که با
استحقاق

تملك امور مذکوره باشد، منشأ لزوم نمی شود. زیرا که لزوم از (احکام وضعیه)
است که

منوط به اسباب شرعیه است و مجرد اعتقاد این معنی از اسباب استحقاق نمیشود.
و اما انتقال از باب حق الجعالة: - که سائل آن را از حیل لزوم قرار داده - پس آن
بسیار بعید است و بی وجه است. بلی این سخن در باب (شیربھائی که متعارف است
که

اولیا می گیرند) راهی دارد و اما این که این را جعل رضای زوجه به مهر مسمی فی
العقد

کنیم، پس آن هیچ وجهی ندارد. زیرا که اگر مراد این است که زوج به زوجه می
گوید که

(هر گاه رضای شوی و به من هم شوهر کنی، من در ازای مجموع رضای شدن و
شوهر

کردن، این وجه را مدهم)، پس در این صورت در عوض بضع میشود. و عوض بضع
چیزی نیست الامهر. پس باید این هم من جمله صداق باشد. و این خلاف مفروض
است. و

عیبی دیگر هم دارد که: چون مفروض این است که آن البسه و طلا آلات را میبرند
که

زوجه بیاورد و در خانه زوج پیوشد و متمتع شود، جهالت در مال الجعالة حاصل
میشود. و آن منشأ بطلان است علی الاشهر. چون زمان عمر زوج و زوجه هیچ کدام
(و

همچنین زمان بقای عین) معلوم نیست. هر چند دور نیست که جهالت در جعالة در
اموری که غرر و سفهی در آن نباشد، مضر نباشد.

و از اینجا ظاهر میشود که هر گاه آن را از باب شرط در ضمن عقد کند هم صحیح نخواهد بود. و چون جز مهر میشود [مهر هم] فاسد میشود [و] رجوع به مهر المثل میشود کلا او بعضا. چنان که در جعاله مجهوله هم رجوع به اجرت المثل میشود. و عجب تر آن که سائل با وجود احتمال اراده تمتع به آن (بلکه اظهر احتمالین بودن) خواسته

است تمليك را اثبات کند، با وجود آن که اصل عدم انتقال است. و سخن در این مقام

بسیار است و لکن هم کاغذ تنگ است و هم دل و وقت.

و اما سؤال از زوجه نقدی که قبل از عروسی مفرستند: پس اگر از برای این است که (بعینها یا بیدلها) به خانه شوهر بیاورد پس آن مثل لباس و زینت است، چنان که گفتیم. و اگر اباحه تصرف کرده به هر نحو که خواسته باشد پس در صورت تلف، استرداد جایز نیست. چون خود او را مسلط کرده بر آن. و در صورت بقای عین یا بدل آن، جایز است استرداد. به دلیل اصل واستصحاب وعدم ناقل شرعی. ومفروض این است که از باب هبه نیست. و بر فرضی که باشد هم احکام هبه بر آن جاری میشود. و اگر خواهیم

این راهبه معوضه کنیم هم تمام نیست. واکثر اباحت سابقه، بر آن وارد است. ۳۲۳: سؤال: شخصی با زن خود ناسلوکی داشته. بعد از مدتی شخص دیگری به جبر گفته که طلاق زن خود را بده، و آن شخص از خوف آن مرد جبار، پنهانی به نزد

ملائی رفته که (من به جبر طلاق زنم را مدهم تو گواه باش در میانه). بعد از مدتی همان مرد ملا یا سهو کرده یا فراموش کرده [آن زن را] برای دیگری صیغه و نکاح کرده.

آیا آن صیغه صحیح است یا باطل؟

جواب: هر گاه در نفس الامر واقع است که طلاق به جبر بوده، نکاح دوم باطل است.

لکن نمیتوان آن زن را از دست آن مرد گرفت مگر این که او هم اقرار کند که (علم داشتم

که طلاق او جبری بود). یا شوهر اول دو شاهد عادل بگذارند که جبری بوده. در این وقت

زن را از او بگیرند و به شوهر اول مدهند.

۳۲۴: سؤال: کسی صغیره خود را به نکاح منقطع در مدت يك روز به عقد شخصی در آورده، مقصود او محرمیت زوجه وی به آن شخص باشد. آیا محرمیت حاصل میشود؟

و بعد از فوت زوج نکاح آن زوجه بر آن شخص حرام است یا نه؟

جواب: هر گاه صغیره به حدی صغیر است که به هیچ نحو استمتاعی از او حاصل نمیشود حتی به بوسیدن از روی شهوت، و محض از برای محرمیت مادرش عقد کرده،

اظهر این است که باعث محرمیت نمیشود. و آن زن بر او حرام نمیشود. و لیکن از

تزویج آن زن کمال احتیاط مرغوب است. چون امر فروج است و امر آن شدید است.

۳۲۵: سؤال: شخصی زنی را به عقد در آورده. و بعد از وقوع نکاح فی ما بین زوج

و

زوجه، قبل از دخول زوجه ادعای اکراه بر عقد نماید. وقراین اکراه هم موجود باشد
مثل

این که در تحت ید ظالمی بلا رضا و رغبت بوده باشد. در این صورت قول زوجه
مقدم است

بر قول زوج یا نه؟ -؟ و بر تقدیر تقدیم قول زوجه، بعد از حلف که از زوجه به
عمل آید،

زوجه متواند به هر کس که باشد (خواه مطلع بر آن عقد باشد یا نه) عقد مزاجه به عمل بیاورد؟ یا مختص است جواز به غیر مطلع؟.

جواب: معنی (در تحت ید ظالمی بلا رضا و رغبت باشد) را نمفهمم. اگر مراد این است که به سبب ظالم بدون رضا و رغبت شوهر کرده، و ثابت باشد، و زوجه امضا نکند،

اشکال در بطلان نیست. و اما هر گاه به رضای طرفین و اذن زوجه عقد واقع شده و بعد

از عقد زوجه ادعا کند که (من مجبور و مکره بودم در اذن). و زوج منکر باشد، قول زوج

مقدم است بایمین در صورت فقد شاهد از برای زوجه و مجرد وجود اماره ای که مظنه

به صدق زوجه حاصل شود ظاهرا، موجب تقدیم قول او نیست. پس هر گاه زوج قسم یاد

کرد بر عدم اکراه، زوجه زوجه او است. و هر گاه قسم را رد کند به زوجه و زوجه قسم یاد

کند بر اکراه و عدم اجازه، به هر جا خواهد شوهر میکند. و مانع او نمیتوان شد. و این

امور مرافعه منخواهد. و هر کس اهل مرافعه است حکم را میداند.

۳۲۶: سؤال: شخصی از حکام مثلا صاحب تسلطی، زن بیوه ای را اکراها به زید که

نوکر خود باشد عقد و تزویج نموده. صیغه مناکحه را بلا رضای زن فی ما بین ایشان جاری و واقع سازد. و بعد عقد و قبل دخول، عدم رضای زن به حد کاشف آید که مطلقا.

به این مناکحه و اصلا بدین مزاجه، زن عاجزه راضی نیست. و آن شخص آمر صاحب

تسلط مراتب مذکوره را بدین صورت و عدم رضای عورت را ملاحظه و مشخص نموده،

زید مزبور را امر به طلاق نموده که (برو و زن مکرهه مسطوره را احتیاطا یک طلاق بگو). و

بعد از اجرای طلاق شرعی از دست حاکم شرع، زید پشیمان شده. ادعای زوجیت به آن

زن شرعا متواند بکند یا نه؟ -؟ و هر گاه بگوید که (من بدین طلاق مأمور و مجبور بودم)

مسموع است یا نه؟ -؟ و می رسد زید را که او را منع کند از شوهر؟ یا تسلطی ندارد؟. اولاً

در صورت مذکوره این مناکحه و مزاجه شرعاً چه صورت دارد؟ و بر فرض تسلیم صحت

نکاح، آن طلاق احتیاطی هم که به عمل آمده باشد، زید مذکور دیگر راه گفتگو و تسلط

شرعی بر آن زن مسطوره دارد یا نه؟ -؟ و عرض ثانی این که در صورت مذکوره اگر قراین

دال بر اکراه زن بوده باشد، قول زوجه مقدم است؟ و بعد از قسم میتواند به هر کسی

برود؟

جواب: اولاً هر گاه به ثبوت برسد که نکاح زوجه به جبر و اکراه بوده و اجازه و امضا

نکرده، اصل نکاح باطل است هر جا که خواهد شوهر میکند. و هیچ کس مانع او

نمی‌تواند شد. و احتیاج به طلاق هم ندارد. و هر گاه اکراه در نکاح به ثبوت نرسد
زوجه

زن آن مرد است، و غیر تسلط قسمی به شوهر، ندارد. پس هر گاه بعد او را طلاق
گفت

هم حکم میشود به مفارقت بین آنها. و هر گاه زوج مدعی شود که در طلاق مجبور
بودم، و شاهی نداشته باشد، و زن بگوید به رضا بود، قول زوجه مقدم است با
یمین، و قسم

[را] که خورد هر جا که خواهد شوهر میکند. مگر این که دعوی زوجه به اجبار،
مقرون به

قرینه صدق باشد (مثل این که محبوس باشد یا در دست ظالم متغلبی باشد) که در آن
وقت

ظاهر این است که قول زوج مقدم است با یمین. و این مطالب چون محتاج است به
مرافعه، هر کس اهل مرافعه است حکم را مداند.

۳۲۷: سؤال: شخصی زنی را به عقد نکاح خود در آورد، قبل از دخول آن زن را
طلاق شرعی بدهد، و بعد از طلاق آن شخص مطلق پیشیمان شده مگوید (من مجبور
بودم به طلاق و به فرموده شخص آمر جابری من زن خود را طلاق گفتم). آیا این
سخن

مرد شرعا مسموع است؟ یا صورت ندارد؟ و در صورت عجز از بینه و عدم اثبات
جبریت

خود، غیر از قسم تسلط بر زن مطلقه دارد یا نه؟ و می‌تواند بعد از قسم، زن
مسطوره

مطلقه را شرعا مانع شود که شوهر اختیار بکند؟ و زن بعد از قسم خوردن اختیار
دارد که

به شوهر برود یا نه؟ و طریقه قسم خوردن را قلمی فرمائید که زن چه نحو قسم
بخورد

تا خلاص شود؟. و همه کس این زن را میتواند بعد از قسم خوردن به عقد نکاح در
آورد؟ یا مخصوص به آنهایی است که علم و اطلاع بر این مقدمه نداشته باشند؟.

جواب: قول زوج به مجرد دعوی اکراه بر طلاق - هر گاه بینه نباشد - مقدم داشته
نمیشود بر قول زوجه هر گاه زوجه منکر اکراه بر طلاق باشد (بلکه) قول زوجه
مقدم

است با یمین، مگر این که قرینه بر صدق زوج باشد (مثل این که در دست ظالمی
باشد، یا

محبوس باشد و ادعای اکراه کند) در آنجا ظاهر این است که قول او مقدم باشد

بایمین.
هر گاه قرینه بر صدق زوج نباشد، زوجه قسم بخورد هر جا که خواهد شوهر میکند
و
هیچ کس مانع او نمیشود. هر کس که بر او معلوم نشده که زوجه مجبور بوده به
طلاق، آن
زن را میتواند بگیرد.
و اما کیفیت قسم: پس چون این امور مرافعه منخواهد، و مرافعه کردن و قسم دادن
بدون حضور یا اذن مجتهد عادل (کسی را که اهل داند) نمیشود، فایده در بیان
کیفیت
قسم: نیست. هر کس اهل مرافعه است حکم و کیفیت قسم را مداند. والاقسم
زوجه به

همین نحو باید باشد که قسم بخورد که زوج مجبور نبود به طلاق، و به رضا طلاق گفت.

۳۲۸: سؤال: هر گاه کسی فضولا نکاحی کرد برای زید و زید بعد از اطلاع امضا نکرد و اظهار کراهت کرد، و بعد از مدتی گفت (الحال راضی شدم) آیا صحیح است یا باطل؟ -؟

جواب: ظاهر این است که باطل است. چون فضولی خلاف اصل است و دلیلی بر صحت آن نیست مگر با اجازه بعد اطلاع. غایت امر این که سکوت مبطل آن نباشد. اما

اظهار کراهت: پس ظاهر این است که به مجرد اظهار کراهت باطل میشود. و کلام مفید در مقنعه صریح است در آنجا که گفته است در عقد غیر ولی صغیره را، که (هر گاه

بزرگ شود و اجازه کند صحیح است. و اگر ابا کند باطل میشود) و در مختلف این را

نسبت به جمع کثیری از علما داده - پس بنابر این، دلیلی نیست بر این که رضای بعد

اظهار کراهت، تصحیح عقد سابق کند. و اگر آن عقد باطل نشده بود پس باید که جایز

نباشد شوهر کردن آن زن به دیگری. چون از جانب او لازم بود و از جانب فضولی متزلزل.

۳۲۹: سؤال: نفقه فرزند بعد از پدر بر کیست؟ و نفقه والدین بر کیست؟

جواب: نفقه فرزند هر گاه غنی باشد در مال خود او است، خواه صغیر باشد و خواه کبیر. و هر گاه فقیر باشد، بر پدر واجب است به اجماع (چنان که جمعی دعوی کرده اند) و

آیه (فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن ۱ هم دلالت دارد. وقائل به فرقی نیست ما بین اجرت رضاع و غیر آن. و حکایت هند زوجه ابو سفیان که شکوه کرد بر رسول خدا (ص) از

دست ابو سفیان که نفقه به او و اولادش نمدهد، آن حضرت فرمود (خذی ما یکفیک و

ولدک بالمعروف)، ۲ با ترک استفصال از غنی و فقر هند.

و هر گاه پدر نباشد، یا باشد و قادر نباشد: پس لازم است نفقه بر پدران پدر هر چند به صد پشت بالا روند، با تقدیم الاقرب فالاقرب. به دلیل اجماع چنان که جمعی دعوی

کرده اند. و آنچه نقل شده است از مبسوط (با اشعار به این که مذهب شیعه این است) که گفته است که (مادر پدر مقدم است بر پدران پدر هر گاه ابعد باشند از مادر پدر در مرتبه).

-
- ۱ - آیه ۶ سوره طلاق.
۲ - کنز العمال: ۸ ص ۳۰۳.

مثل این که مادر پدر دارد و جد پدر دارد مادر پدر مقدم است بر جد پدر، پس آن معاوضه نمکند با اجماعات منقوله و شهرت عظیمه. و هر گاه پدران پدر نباشند، یا باشند و قادر نباشند، یا نتوان از آنها گرفت، واجب میشود بر مادر با قدرت. و هر گاه مادر نباشد، یا باشد و قادر نباشد، واجب میشود بر پدر مادر و مادر مادر، هر چند بالا روند بالسویه. یعنی پدر مادر و مادر مادر شریک اند در نفقه دادن به شرطی که در درجه مساوی باشند. و هر گاه مساوی نباشند، واجب است بر اقرب فالاقرب نیست به فرزند. پس هر گاه مادر مادر داشته باشد و پدر پدر مادر داشته باشد مادر مقدم است و هکذا.. هر چند بالا رود، و در هر مرتبه اقرب به فرزند مقدم است بر ابعد بدون فرقی ما بین مرد و زن. و از شیخ و سایر اصحاب نقل شده است که مادر پدر به منزله مادر مادر است، و پدران و مادران مادر پدر به منزله پدران و مادران [مادر] مادرانند، پس شریک اند در وجوب نفقه علی السویه با تساوی در درجه. و اما با تفاوت درجه مختص است و وجوب انفاق به آن که اقرب است به منفق علیه. و در این حکم هم به خلافی بر نخورده ام. تا اینجا سخن در نفقه اصول بود، یعنی آنچه نفقه دهنده آبا و امهات باشند. و اما هر گاه نفقه دهنده از فروع باشد یعنی اولاد: مثل این که آن فقیر پدر و مادر و احد را ندارد، یا دارد و لکن قادر نیستند، و لکن فرزند قادر دارد. پس اگر آن فرع یک نفر است و قادر است بر نفقه، واجب است بر او نفقه اصل. و هر گاه متعدد باشند و در درجه هم مساوی باشند واجب است بر همگی. علی السویه و شریک اند در نفقه دادن. و هر گاه متفاوت باشند در درجه، وجوب مخصوص اقرب است به محتاج. و مشهور این است که فرقی ما بین ذکر و انثی نیست. و بعضی گفته اند واجب است بر ذکر به انثی. و بعضی

گفته اند واجب است بر هر دو به حسب میراث. و دلیل آنها وضوحی ندارد. و هم چنین مشهور عدم فرق است ما بین قادر بر انفاق بالفعل و قادر بالقوه. و از بعضی خلاف ظاهر میشود. و اشکال در صورتی که دو نفر باشند که یکی قادر بالفعل است و دیگری قادر بالقوه، بیشتر است. و اما هر گاه مجتمع شود اصل و فروع که آنها را (عمودان) مخوانند، مثل این که محتاج پدر دارد و پسر هم دارد، یا پدران پدر و پسران پسر، پس شریک خواهند بود در وجوب انفاق هر گاه مساوی باشند در درجه. و اقرب مختص است به وجوب با تفاوت

درجه. پس اگر پدری دارد و پسری، مساوی اند در وجوب. و هر گاه پدری دارد و پسر

پسری واجب است بر پدر. و هم چنین هر گاه پسری دارد و پدر پدری، واجب است بر پسر

و هکذا... و در مسالك اشکال کرده است در صورتی که فرع انثی باشد، مثل این که پدری

دارد و دختری. و [نیز] در صورتی که اصل مادر باشد خواه فرع ذکر باشد یا انثی. و

علامه هم در صورت اخیر در قواعد تردد دارد و بعد از این اشکال، اختیار مساوات کرده. چنان که جمعی دیگر هم این را تقویت کرده اند. تا اینجا کلام در نفقه دهنده بود.

و اما نفقه گیرنده: پس هر گاه متعدد باشند و همه فقیر باشند و نفقه دهنده هم قادر باشد، لازم است بر او نفقه همه. و هر گاه قادر بر همه نباشد مقدم مدارد اقرب

فالاقرب را، خواه از اصول باشد و خواه فروع، خواه ذکور باشد و خواه اناث. و هر گاه

وسعت منفق به قدر نفقه متعد نباشد [و نفقه گیرنده ها متعدد و در يك درجه باشند] پس آیا قسمت باید کرد بر همه؟ یا قرعه باید کرد؟ در آن دو وجه است. اظهر

ترجیح

قرعه است. چون حکمت انفاق، رفع حاجت است و آن در صورت قسمت منتفی است. و

بعضی احتمال داده اند ترجیح آن که اضعف باشد به سبب صغر یا مرض، بدون قرعه.

۳۳۰: سؤال: هر گاه زید با مادر زن خود ملاعبه کند حتی به حدی که تفخیز به عمل آید و انزال شود و اما دخول به عمل نیاید: نه در قبل و نه در دبر. آیا زوجه او بر او

حرام میشود یا نه؟ -؟ و آیا فرقی هست ما بین این که قبل از تزویج باشد یا بعد -؟.

جواب: ظاهراً قائلی به نشر حرمت در اینجا نیست. الا آنچه ظاهر میشود از

فخر المحققین که مسأله خلافی است، یعنی در صورتی که قبل از تزویج باشد.

و شهید

ثانی و صاحب مدارك تصریح کرده اند بر این که ما [به] قائلی بر تحریم بر نخوردیم

و نه

بر مستند آن، و هیچ کس غیر از فخر المحققین این قول را نقل نکرده. و به هر حال

اشکال در عدم حرمت نیست، خصوصا هر گاه بعد از تزویج باشد. بلکه اظهر در
زنای قبل
از تزویج هم عدم نشر حرمت است در غیر دختر عمه و [دختر] خاله که به آنها زنا
کرده
باشد، چه جای بعد. و ظاهرا در عدم نشر حرمت در زنای لاحق خلافی نباشد
مطلقا. و
هیچ اشکالی در عدم نشر حرمت در ملاءبه مذکوره بعد از تزویج نیست. و قبل از
تزویج
هم اشهر و اظهر همین است.
۳۳۱: سؤال: هر گاه زوجه کنیز خود را تحلیل کند به زوج خود که وطی کند و
بعد
پشیمان شود و منع کند. چه صورت دارد؟.

جواب: به تحلیل زوجه وطی حلال میشود. اشهر و اظهر این است که تعیین مدت ضرور نیست. و ظاهر این است که هر وقت پشیمان شود میتواند منع کرد. هر چند تعیین مدت کرده باشد و مدت هنوز منقضی نشده باشد.

۳۳۲: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند به شخصی بر اطفال خود. آیا جایز است که

[آن وصی] صغیر یا صغیره او را نکاح کند به شخصی؟ یا نه؟

جواب: اشهر میان علما (چنان که از مسالك و مفاتيح ظاهر میشود) این است که جایز نیست. و از شیخ در مبسوط نقل شده است جواز آن مطلقا، و هم چنین از مختلف.

و از خلاف قول به تفصیل: یعنی هر گاه وصیت به خصوص نکاح کرده، میتواند. و اگر

وصی مطلق است، نمیتواند. و قول دیگر هست در مسأله که هر گاه صغیر بالغ شود با

فساد عقل، و ضرورتی داشته باشد به نکاح، وصی ولایت دارد. و الا، فلا. و اظهر قول اول

است، و خصوص صحیحه محمد بن اسماعیل [بن] بزیر که در کافی روایت شده دلالت

دارد بر آن صریحا ۱، و (اضمار) آن ضرر ندارد. و خصوصا از مثل محمد بن اسماعیل. و

خصوصا با اعتضاد به عمل اصحاب. و هم چنین دلالت دارد بر آن صحیحه ابی عیبه حذاکه دلالت دارد بر این که (نکاح غیر پدر بر صغیرین موقوف است بر اجازه آنها بعد

بلوغ). ۲

و هم چنین اخبار بسیاری که دلالت دارند بر این که (ولایتی از برای غیر پدر و جد، نمباشد و از شیخ در تبیان و طبرسی در مجمع البیان ظاهر میشود اجماع بر انحصار ولی دراب وجد. و مؤید آن است (بلکه دلالت دارد بر آن) دو حدیث صحیح از

محمد بن مسلم (في الصبی یتزوج الصبیة یتوارثان؟ فقال: اذا كان ابواهما اللذان زواجهما فنعیم. [قلت: فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا]). ۴ که مفهوم آنها این است که

هر گاه غیر پدر تزویج آنها کرده باشد، توارثی نیست. و این نیست مگر به جهت بطلان

عقد.

و اما دليل قول دوم: پس آن عموم آيه است. يعنى (فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه

-
- ۱ - وسائل: ج ۱۴، ابواب عقد النكاح و اوليائه، باب ۸ ح ۱.
 - ۲ - وسائل: ج ۱۷، ابواب ميراث الازواج، باب ۱۱ ح ۱.
 - ۳ - وسائل: ج ۱۴، ابواب عقد النكاح و اوليائه، باب ۱۱ و ۱۲.
 - ۴ - همان مرجع: باب ۱۲ ح ۱.

علی الذین یدلونہ) ۱ و صحیحہ محمد بن مسلم (عن الباقر - ع - [سألته عن] الذی
بیدہ

عقدۃ النکاح، فقال: هو الاب والاخ والموصی الیہ والذی یجوز امرہ فی مال المرأۃ من
قرابتہا) ۲ و صحیحہ ابی بصیر ۳ و روایت دیگر او ۴ کہ قریب بہ ہمین مضمون اند.
و عموم

آیہ ممنوع است. زیرا کہ ظاہر آیہ وصیت در مال است چون فرمودہ است (کتب
علیکم

إذا حضر احدکم الموت ان ترک خیرا الوصیۃ للوالدین والاقربین حقا علی المتقین فمن
بدلہ بعدما سمعہ... الایہ). زیرا کہ مراد از (خیر) مال است. و این کہ نکاح مستلزم
صرف

مال مشود، منشأ جواز نکاح نمشود. و احادیث ہم مشتمل اند بر چیزی کہ احدی
از

اصحاب قائل بہ آن نیست کہ ولایت با برادر باشد، هر چند ظاہر این است کہ این
مضربہ

استدلال نیست و لیکن شکی نیست کہ موجب مرجوحیت مشود.

و چون این احادیث در بیان بخشیدن مهر غیر مدخولہ است کہ در تفسیر آیہ وارد
شدہ است دلالت آن بر حکم نکاح صغیر اضعف مشود. چون متبادر از عطف
(الذی

بیدہ عقدۃ النکاح) این است کہ عفو مهر باشد، پس شاید کہ مراد از موصی الیہ آن
باشد

کہ موصی وصیت کردہ باشد در امر مال، یعنی: هر گاہ زوج صغیر او خواهد طلاق
بدهد

بہ شرط عفو ہمہ مهر و صلاح صغیرہ در آن باشد وصی تواند عفو کرد. نہ این کہ
وصی

ولی باشد در اصل عقد. و ہم چنین برادر در وقتی کہ وکیل باشد از جانب زوجہ، یا
مطلق و کیلی کہ امور اموال او بہ دست او باشد، یا جد یا حاکم از حیثیت ولایتی کہ
در

مال دارند. و اما این کہ هر کس ولایت مال دارد ولایت نکاح دارد - چنان کہ این
خبر اشعار

بہ آن دارد، و اخباری کہ در مسأله نکاح بکر بالغہ است ۵ کہ دلالت دارند بر این
کہ چون

ولایت مال او بہ دست او است پس ولایت نکاح ہم با او است - پس آن تمام
نیست. زیرا

که شاید مراد در این خبر همین باشد که گفتیم. و در اخبار باکره بالغه ظاهر این است
که مراد بیان رشد باشد که فرموده اند (هر گاه بکر مالک امر خود است و منخرد و
مفروشده پس نکاح او بر نفس خود جایز است) نه این که هر کس تسلط در امر مال
دارد

-
- ۱ - آیه ۱۸۱ سوره بقره.
 - ۲ - وسائل: ج ۱۴، ابواب عقد النکاح واولیائه، باب ۸ ح ۵.
 - ۳ - وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۲ ح ۱.
 - ۴ - وسائل: ج ۱۴، ابواب عقد النکاح واولیائه، باب ۸ ح ۴.
 - ۵ - از آن جمله ح ۶، از باب ۹، ابواب عقد النکاح، وسائل ج ۱۴.

در امر نکاح [نیز] دارد.
و دلیلی بر این نیست که هر کس را ولایت مالی باشد ولایت در نکاح [هم] باشد و
از
این جهت است که حاکم هم ولایت بر نکاح صغیرین ندارد با وجود آن که ولایت
مالی
دارد. چنان که مشهور علما است. بلکه شائبه اجماع در آن هست چنان که از
مسالك ظاهر
مشود، هر چند ظاهر مشود از او توقف. و هم چنین از صاحب مدارك در شرح نافع
از
جهت عمومات ادله ولایت حاکم [توقف ظاهر مشود]. و گمان حقیر این است که
توقف وجهی ندارد. زیرا اصل و اخباری که دلالت دارند بر انحصار ولایت دراب،
۱ و آنچه
پیش ذکر شد از اخبار (با عمل اصحاب به حیثیتی که مخالفی ظاهر نیست) کافی
است
در نفی ولایت حاکم بر صغیرین.
و به هر حال مختار در مسأله نکاح وصی عدم جواز است مطلقا. و قول به جواز
مطلقا
ضعیف است، به جهت ضعف ادله آنها و ندرت قائل به آن. حتی این که بعضی نفی
قول به
آن کرده اند و گفته اند که (مراد قائل صورت تصریح به وصیت نکاح است نه
مطلقا). و
مؤید این است که آن که در کتاب وصایا گفته اند که هر گاه موصی بگوید (انت
وصی علی
اولادی) در آن سه وجه است: یکی آن که جایز است تصرف او در اموال صغیر
مطلقا بر
سبیل مصلحت. دوم این که این اطلاق منصرف مشود به همین محافظت مال، لا
غیر.
سوم این است که باطل است مادامی که بیان نکند که چه در نظر او است. و اظهر
قول
اول است. و در اینجا کسی احتمال اختیار نکاح و ولایت در آن را ذکر نکرده.
و اما دلیل قول به تفصیل: پس شاید دعوی تبادل (خصوص وصیت نکاح) باشد از
(موصی الیه)، که در اخبار قول به اطلاق ولایت وصی ذکر کردیم، و اصل عدم
ولایت در

صورت اطلاق. و به هر حال اقوی قول مشهور است به دلیل اخبار متقدمه معتضده به اصل عدم ولایت، و شهرت بین الاصحاب، و ظاهر اجماع تبیان و مجمع البیان. و اما

قول آخر: پس آن نیز دلیلی که توان اعتماد کرد، ندارد.

۳۳۳: سؤال: شخصی به مضمون (من اراد ان يطلق زوجته المسترابة فيعتزل عنها ثلاثة اشهر ثم يطلقها) علم نداشته، و زوجه را که در طهر بعد نفاس بوده و وقاعی هم اتفاق نیفتاده بود و به سبب ارضاع مسترابه بود، مطلقه ساخته بدون اعتزال به طریق

۱ - وسائل: همان ابواب: باب ۱۱ و ۱۲.

مذکور. آیا صحیح است - بنابر این که مورد حدیث مذکور بعد وقاع و مراد از آن برائت رحم بوده -؟ یا آن که صحیح نیست و حدیث موقعش عام است و محمول بر تعبد خواهد بود -؟.

جواب: حدیثی که در طلاق مستترابه وارد شده روایت داود بن ابی یزید عطار است (عن بعض اصحابنا عن الصادق - ع - قال: سألته عن المرأة یستراب بها و مثلها تحمل و

مثلها لا تحمل ولا حیض وقد واقعها زوجها، کیف یطلقها اذا اراد طلاقها؟ قال: لیمسك

عنها ثلاثة اشهر ثم یطلقها) ۱. و صحیحه اسماعیل بن سعید اشعری (قال: سألت الرضا - ع - عن المسترابة من المحیض کیف تطلق؟ قال: تطلق بالشهور) ۲. و بدان که اتفاق کرده اند علما (چنان که از محقق و علامه ظاهر مشود) بر این که حیض و نفاس در احکام مساوی اند، الادراقل و اکثر، و در رجوع به عادت نسا روایات و

تمیز و در مضی اقل الطهر بین النفاسین. پس بنابر این چنان که شرط است در صحت طلاق این که در حال حیض نباشد، شرط است که در حال نفاس هم نباشد. و اخبارهم به

خصوص دلالت دارند. ۳

و هم چنان که صحیح است طلاق بعد از انقطاع حیض و دخول در طهر به شرط عدم

مواقعه، همچنین است در نفاس. و دلالت میکند بر آن موثقه ابو العباس (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل طلق امرأته بعد ما ولدت و طهرت و هی امرأته لا تری دما مادامت

ترضع، ماعدتها؟ قال: ثلاثة اشهر). ۴ و ترك استفصال و تقریر معصوم دلالت دارد بر این که طلاق بعد حصول طهر از نفاس، صحیح است، و انتظار گذشتن سه ماه ضرور نیست.

بلی دلالت دارد بر این که عده آن زن سه ماه است، چون مستترابه است به سبب رضاع. و فتوای علما هم این است که هر گاه وقاعی حاصل شده باشد طلاق جایز نیست

تا سه ماه بگذرد. و مفروض در اینجا این است که وقاعی بعد از نفاس حاصل نشده، و

حکم وقاع از ولادت منقطع شده به سبب نفاس، خصوصا حکمت در این مکث

طهور

برائت رحم است. و از این جهت است که بر (مستبین الحمل) انتظاری ضرور نیست
و در

-
- ۱ - وسائل: ج ۱۵، ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه، باب ۴۰ ح ۱.
 - ۲ - همان مرجع، ابواب العدد، باب ۴ ح ۱۷.
 - ۳ - همان مجلد: ابواب مقدمات الطلاق، باب ۸.
 - ۴ - همان مرجع: ابواب العدد، باب ۴ ح ۶.

هر حال طلاق متوان داد. وتوهم تعبد هم در این حال معنی ندارد، به جهت این که حدیثی وارد نشده که مسترابه مطلقا باید سه ماه صبر کند.

به جهت آن که مورد روایت داود بن ابی یزید این است که (مسترابه الحمل) که زوج او

با او وقاع کرده باشد حکم او این است که بعد از وقاع امساک کند از او سه ماه و بعد از آن

طلاق بگوید. و ظاهر این است که در امساک، نیت شرط نیست که به قصد طلاق سه ماه

ترك وقاع کند. بلکه هر گاه از باب اتفاق سه ماه گذشته از وقاع، والحال به فکر طلاق

افتاد، الحال می تواند طلاق گفت، دیگر ضرور نیست سه ماه دیگر صبر کند. پس نمیتواند گفت که: نظر به امر (فلیمسک) باید ثنیا امثال حاصل شود و این نمیشود الا به قصد امثال، پس از باب تعبد خواهد بود.

پس مگویییم که: مانحن فیه نه مورد حدیث است و نه کلام فقها. به جهت این که این زن مادام الحمل (متیقن الحمل) بوده نه (مسترابه الحمل). و بعد از ولادت قبل از حصول وقاع نیز مسترابه الحمل نیست، بل متیقن العدم است. و در حال نفاس هم مسترابه الحمل نیست، چون در حکم حیض است و منع از طلاق به سبب نفاس است نه

به سبب مسترابه بودن پس وقاعی که قبل از ولادت حاصل شده، وقاع مسترابه الحمل

نیست تا مورد حدیث و کلام فقها شود. و بر فرضی که بعد از طهر از نفاس، صدق کند

مسترابه بر او - نظر به اصطلاح فقها که تعمیم داده اند لفظ مسترابه را به حیثیتی که شامل صورتی است که مطلقا احتمال حمل در آن نباشد، مثل این که حیض او منقطع شود وریه حملی نباشد - لکن از حدیث [ی] که دلیل مسأله است بر میآید که: سه ماه

صبر کند به شرط این که وقاعی حاصل شده باشد بر مسترابه در حالی که متصف است به

وصف (مسترابه بودن). چون (مشتق) حقیقت است در (متلبس بالمبدأ)، نه غیر آن. خصوصا در (ماسیتلبس فی المستقبل).

و اما صحیححه اسماعیل بن سعید: پس قطع نظر از این که محتمل است که مراد بیان عده باشد نه طلاق، مگویییم که بر فرض تسلیم اراده حکم طلاق، ظاهر این است

که اشکال راوی در این است که چون شنیده است که باید طلاق در حال حیض
نباشد و
در حال طهر غیر مواقعه باشد، و زن مسترابة الحیض که حیض و طهر آن معلوم
نیست،
حکم آن چه چیز است. و چگونه بداند که این طهر غیر مواقعه است. فرمودند که
(اعتبار
به شهور بکند) یعنی هر گاه سه ماه از وقاع گذشته همین در حکم طهر غیر مواقعه
است.

و چون نفاس در حکم حیض است و پاکی از آن در حکم طهر است پس صادق است که

طهر غیر موافقه است. پس مورد اشکال راوی و سؤال او نخواهد بود، که اطلاق جواب

شامل آن باشد. و به هر حال ظاهراً اشکالی در صحت طلاق نیست.

۳۳۴: سؤال: هر گاه شخصی دختری را در حال عقل و شعور مخفی از پدر و مادر او، از برای خود عقد نماید. و دختر نیز اقرار به عقد دارد. آیا عقد دختر بی اذن پدر صحیح است یا نه؟

جواب: در نکاح باکره عاقله رشیده بالغه، اشهر و اظهر این است که اذن پدر شرط نیست. بلی احوط است.

۳۳۵: سؤال: هر گاه دختر بعد از عقد منکر شود، آیا قبل از تحلیف میتوان او را از برای دیگری عقد نمود یا نه؟ آیا تکلیف زوج بعد از انکار دختر چه چیز است؟ هر گاه از

خوف جناب اقدس الهی طلاق بگوید نصف مهر مسمی را باید تسلیم دختر نماید یا نه؟

جواب: هر گاه مرد مدعی زوجیت دختر است و دختر منکر است و مرد بینه ندارد، قسم متوجه دختر میشود، هر گاه قسم خورد دعوی ساقط میشود در ظاهر حکم شرع.

و دختر میتواند شوهر بکند در ظاهر شرع. و هر گاه مرد علم دارد به عقد و این که دختر

قسم دروغ خورده، پس بهتر این است که او را طلاق بگوید و نصف مهری که به سبب

عقد لازم شده باید به او برساند هر چند دختر مطالبه آن را نمیتواند کرد. و مادر او را

نمیتواند عقد کند، و هم چنین دختر برادر و خواهر او را نمیتواند گرفت بدون اذن او و

همچنین خواهر او را مادامی که او را طلاق ندهد نمیتواند گرفت. و نفقه و کسوه او بر

مرد لازم نیست، به جهت عدم تمین.

و هر گاه دختر قسم نخورده ورد کرد قسم را و مرد قسم خورد، حکم میشود به زوجیت در ظاهر شرع. و بر ایشان لازم است که عمل کنند به مقتضای آنچه در

واقع

ثابت است.

و اما سؤال از این که (آیا دختر قبل از قسم خوردن میتواند شوهر کند یا نه) پس
اظهر این است که بلی میتواند. همچنانکه در سایر مواضعی که تصرفات مدعی علیه
در
آنچه در دست او است جایز است مادامی که حکم بر خلاف آن از حاکم صادر
نشده باشد.
و لکن هر وقت که مدعی خواهد او را قسم مدهد هر چند شوهر کرده باشد. و باز
به

مقتضای قسم عمل میشود. هر گاه زوجه نکول کرد از قسم، و زوجیت زوج اول ثابت میشود علی الاقوی، و بعد از رد قسم به مدعی و قسم خوردن او نیز بنا بر قول دیگر. و هر گاه آن دختر بعد از شوهر کردن، اقرار کند به عقد سابق، اقرار او ضروری به حقوق زوج ثانی نمیرساند. چون اقرار بر غیر است. اما ظاهر این است که در حق خودش مسموع باشد از سقوط نفقه و قسم و مضاجعه و مواقعه و غیره و هم چنین سقوط مهر مگر این که ادعا کند که (در حال دخول عالمه نبودم به عقد و بعد به خاطر آمدن). در این وقت مستحق مهر المثل میشود. چون این جواب طول به هم رسانید گاه است که مطلب به دست نیاید. خلاصه جواب آن سؤال این است که: اظهر این است که جایز است در ظاهر شرع که به دیگری شوهر کند. و لکن حق دعوی مدعی ساقط نمیشود و هر وقت خواهد او را قسم مدهد، و به مقتضای آن عمل میکند. و تکلیف زوج این است که او را زن خود داند و مادر او را بر خود حرام داند. و هم چنین خواهر او را هر گاه طلاق نگوید او را. و خواهر زاده و برادر زاده او را بدون اذن او عقد نکند. و نصف مهر مسمی را به او برساند. هر چند از برای او جایز نیست که مطالبه کند و بگیرد. بلی نفقه و کسوه او ساقط است، چون تمکین نداده.

۳۳۶: سؤال: آیا نکاح دو خواهر جایز است یا نه؟ و هر گاه يك خواهر را عقد کرد و بعد از آن دیگری را عقد کرد کدام حلال است و کدام حرام؟ و هر گاه خواهر را داشت و طلاق گفت، قبل از انقضای عده میتواند آن دیگری را نکاح کند یا نه؟ و آیا دو کنیزی که خواهر هم باشند میتواند به هر دو دخول کرد یا نه؟

جواب: اما از مسأله اولی: پس این است که حرام است از برای مرد این که جمع کند میان دو خواهر به نکاح دائم یا منقطع، به اجماع مسلمین و صریح آیه ۱ و اخبار ۲.

پس کسی که يك خواهر را گرفت آن خواهر ديگر را نميتواند گرفت مگر بعد از فوت اين خواهر اول يا طلاق او يا انقضای مدت او در متعه. و اگر دو خواهر را به يك صيغه عقد کند، يا به دو صيغه و لکن به دفعه واحده (مثل اين که دو نفر را وکیل کند هر یکی را برای عقد یکی از آنها، و هر دو در آن واحد صيغه را جاری کنند) پس اظهر و اشهر بطلان عقد

۱ - آیه ۲۳ سوره نساء.

۲ - وسائل ج ۱۴، ابواب ما يحرم بالمصاهرة باب ۲۴، ۲۵، ۲۶، ۲۷، ۲۸، ۲۹.

هر دو است. چون اصل عدم صحت و حلّیت است و عمومات (فانكحو ما طاب لكم من النساء). ۱ و امثال آن مخصص است به آیه (وان تجمعوا بین الاختین)، ۲ و صادق است بر این، این که جمع بین الاختین است در نکاح. و لازم نیست که مراد همین جمع در نگاه داشتن آنها باشد. و عموم (اوفوا بالعقود) تمام نیست زیرا که در صورت اجماع در صیغه واحده يك عقد واقع شده و وفای به مجموع آن جائز نیست اجماعاً و وفای به بعض عقد وفای به عقد نیست و ترجیح بلامرجح هم جایز نیست.

و شیخ در نهاییه وابن براج وابن جنید قائل شده اند به تخییر. یعنی هر کدام را که خواهد اختیار کند و آن دیگری را رها کند، و دلیل ایشان یکی این است که جائز است جمع امرأة محلله و محرمه در عقد واحد، و صحیح است در محلله دون محرمه. و آن قیاسی است مع الفارق. و دوم صحیحه جمیل بن دراج است در کتاب فقیه (عن ابی عبد الله - ع - فی رجل تزوج اختین فی عقدة واحدة: قال: یمسک ایتهما شا ویخلی سبیل الاخری [وقال فی رجل تزوج خمساً فی عقدة واحدة قال: یخلی سبیل ایتهن شا]). ۳

و هم چنین حدیث را کلینی ۴ و شیخ ۵ نیز روایت کرده اند و سند آنها هم قوی است. لکن مخالف اصول و قواعد و صریح آیه است. و تخصیص این ادله به مثل این روایت (که اکثر اصحاب او آن اعراض کرده اند) بی وجه است. خصوصاً دلالت آن هم صحیح نیست. زیرا

که ممکن است مراد این باشد که نگاه مدارد یکی از آنها را به عقد تازه و رها نمکند دیگری را و مؤید اراده این معنی است روایت عبد الله بن مسکان (عن ابی بکر الحضرمی قال: قلت لابی جعفر - ع - رجل نکح امرأة ثم اتی ارضاً فنکح اختها وهو لا یعلم، قال: یمسک ایتهما شا ویخلی سبیل الاخری). یعنی هر گاه زنی را نکاح کند و بعد از آن در [سر] زمین دیگر بیاید و خواهر او را ندانسته عقد کند هر کدام را که خواهد

نگاه مدارد و دیگری را سر مدهد. و باید در اینجا مراد این باشد که جایز است که طلاق بگوید اولی را و دومی را به عقد تازه نکاح کند. چنان که مذهب اکثر علما است،

-
- ۱ و ۲ - به ترتیب آیه های ۲۳ و ۲۶ سوره نساء.
 - ۳ - وسائل: ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۵ ح ۱ - فقیه: ج ۲ ص ۱۳۴.
 - ۴ و ۵ - کافی (فروع): ج ۲ ص ۳۷، تهذیب: ج ۲ ص ۱۹۵.
 - ۶ - همان مرجع: باب ۲۶ ح ۲.

بلکه دعوی اجماع در آن مکرر شده که عقد دومی در این صورت باطل است. و صحیحه زراره هم بر آن دلالت دارد (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن رجل تزوج بالعراق امرأة ثم خرج الى الشام فتزوج امرأة اخرى فاذا هي اخت امرأته التي بالعراق. قال: يفرق بينه و بين المرأة التي تزوجت بالشام ولا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضى عدة الشامية). ۱

و از آنچه گفتیم معلوم شد که هر گاه بر سبیل تعاقب نکاح کند، نکاح دومی باطل است. و هر گاه به دومی وطی کرده باید عده بدارد. مثل این که از روی جهالت بوده و

نمیدانسته که خواهر اولی است، به اولی دخول نمیتواند کرد تا عده دومی منقضی شود. و مخالف در این مسأله ابن ادریس است که متمسک به اصل شده و وجهی از برای

آن نیست با وجود حدیث صحیح. و این جواب مسأله دوم است. و اما مسأله سوم: هر گاه زن خود را طلاق بگوید و خواهد خواهر او را بگیرد، پس اگر طلاق او (بائن) است جایز است نکاح خواهر او قبل از انقضای عده، و ظاهراً در آن

خلافی نیست. و اخبار مستفیضه دلالت دارد بر آن. ۲ و اگر طلاق رجعی است جایز

نیست نکاح خواهر او تا عده منقضی شود. و در این هم خلافی نیست. و اخبار مستفیضه

دلالت دارد بر آن. ۳ و فحوای صحیحه زراره هم دلالت دارد بر آن. ۴ و اما عده متعه: پس

در آن خلاف است و منقول از اکثر اصحاب این است که آن در حکم عده طلاق بائن

است. و مفید و صدوق و کیدری قائل اند به عدم جواز. بلکه ظاهر شیخ هم در استبصار

این است هر چند در اول گفته است که (هر چیزی که در کتابها یافته میشود شاید صحیح باشد) و در آخر گفته است که (جایز است که این مختص متعه باشد).

و دلیل این جماعت صحیحه حسین بن سعید است (قال: قرأت في كتاب رجل الى ابي الحسن الرضا - ع - : الرجل يتزوج المرأة متعه الى اجل مسمى فينقضى الاجل بينهما، هل تحل له ان ينكح اختها قبل ان ينقضى عدتها؟ فكتب: لا يحل له ان يتزوجها

حتى تنقضى عدتها). ۵ و همین حدیث را کلینی وابن بابویه نیز روایت کرده اند. و

-
- ١ - همان مرجع: باب ٢٦ ح ١.
 - ٢ و ٣ - وسائل: ج ١٤، ابواب العدد، باب ٤٨ ح ١، ٢، ٣، ٤، ٥. وج ١٥، ابواب ما يحرم بالمصاهرة، باب ٢٨ ح ١ و ٢.
 - ٤ - وسائل: ابواب ما يحرم بالمصاهرة، باب ٢٦، ح ١.
 - ٥ - همان مرجع: باب ٢٧ ح ١.

همچنین در نوادر احمد بن محمد بن عیسی. و اما دلیل مشهور پس بر نخوردم به چیزی مگر علت منصوصه که از اخبار مستفاد میشود در مسأله طلاق، مثل صحیحہ ابی بصیر (عن ابی عبد الله - ع - قال: سألت

عن رجل اختلعت منه امرأته ایحل له ان یخطب اختها من قبل ان ینقضی عدة المختلعة؟ قال: نعم قد برأت عصمتها منه ولیس له علیها رجعة. ۱ و حسنه حلبی (به ابراهیم بن هاشم) (عنه - ع - فی رجل طلق امرأته او اختلعت او بانته، إله ان یتزوج باختها؟ قال:

فقال: اذا برأت عصمتها و لم یکن له علیها رجعة فله ان یخطب اختها). ۲ وجه استدلال

این است که در این احادیث ظاهر میشود که علت جواز نکاح، انقطاع عصمت وعدم

جواز رجوع است. و آن در عده متعه موجود است. و این خالی از قوت نیست. و لکن

ترجیح این بر آن حدیث صحیح با وجود عمل جماعتی از قدما هم مشکل است، و احتیاط بسیار مؤکد است.

و اما مسأله چهارم: یعنی حکم دو کنیز که خواهر یکدیگر باشند - شکی در جواز جمع آنها در ملك نیست. و در قول به کراهت هم اشکال هست و تصریح به آن از غیر

شیخ در نظر نیست. و لکن صحیحہ علی بن یقظین ظاهر است در کراهت آن، (قال:

سألت ابا ابراهیم - ع - عن اختین مملوکتین و جمعهما، قال: تستقیم ولا احبه لك قال: و

سألته عن الام والبنات المملوکتین، قال هو اشدھما ولا احبه لك). ۳ و شیخ این را حمل

کرده بر جمع در ملك و تعلیل کرده است کراهت را به این که گاه است نفس او مایل شود

به جماع کردن هر دو و به معصیت مبتلا شود. و هم چنین موثقه حلبی (عن ابی عبد الله - ع - قال: محمد بن علی - ع - فی اختین مملوکتین تکونان عند الرجل جمیعاً، قال: قال علی - ع - احلتھما آية و حرمتھما اخرى وانا انھی عنھما نفسی وولدی). ۴

و شیخ در کتابین اخبار گفته است که: اگر مراد از نهی، حرمت است پس مراد وطی است. و اگر مراد از آن، کراهت است پس مراد جمع در ملك است. و ظاهر این

است که
نظر شیخ به نوعی از (استخدام) باشد در ضمیر (انهی عنهما) و مراد از ضمیر
(احلتها)
و حرمتها) امتین باشد در حال جمع به عنوان وطی، و مراد از ضمیر (انهی عنهما)

۱ و ۲ - وسائل: ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۸، ح ۱ و ۲.
۳ و ۴ - وسائل: ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۹ ح ۴ و ۳.

مطلق امتین، یعنی منع میکنم نفس و ولد خود را از دو کنیز، یعنی حتی در تملك آنها. و الا بر شیخ وارد خواهد آمد که ظاهر حدیث اتحاد مورد حکم روایت است و آن نمسازد

با این تردید شیخ.

و اولی این است که بگوئیم که مراد از آیه (والذین هم لفروجهم حافظون) است که عموم آن دلالت بر حلیت جمع میکند. و آیه تحریم آیه (وان تجمعوا بین الاختین) است. و وجه دلالت آن در کنیز این است که تقدیر شود در آیه نکاح و وطی، هر

دو، یعنی حرام است نکاح امهات و وطی آنها، یا نکاح آنها هر گاه وطی به عمل نیاید. و

هكذا سایر محرمات تا برسد به (ان تجمعوا بین الاختین). یعنی حرام است نکاح

اختین

جمعا و وطی آنها جمعا، تا دلالت کند بر حرمت عقد اختین دون جماع و وطی اختین بدون عقد هر چند به سبب ملك باشد. پس بنابر این مراد این است که این دو آیه دو عام

است که نسبت ما بین آنها عموم من وجه است. و آن حضرت فرمودند که من نهی میکنم از آن نفس و ولد را. یعنی بنا را به عمل به آیه تحریم مسگدارم و تخصیص مدهم آیه ملك را.

و وجه تخصیص خود و ولد خود تقیه باشد. چنان که شیخ در استبصار کلام امیر المؤمنین (ع) را حمل بر آن کرده، و موثقه معمر بن یحیی بن نسام (یا سام، یا سالم،

بنابر اختلاف نسخ. و ظاهر اتحاد کل است) روایت کرده (قال: سألت ابا جعفر - ع - عما

یروی الناس عن امیر المؤمنین - ع - اشیاء من الفروج لم یکن یأمر بها ولا ینهی عنها الا

نفسه و ولده. قلنا کیف یكون ذلك؟ قال: احلتها آیه و حرمتها آیه اخری. فقلنا هل الا ان

تكون احديهما نسخت الاخری ام هما محکمتان ینبغی ان یعمل بهما؟ فقال: قد بین لهم

اذ نهی نفسه و ولده. قلنا: ما منعه أن یبین ذلك للناس؟ قال: خشی ان لا یطاع و لو ان امیر المؤمنین ثبتت قدمه اقام کتاب الله کله و الحق کله). ۱

و اما جواز جمع آنها در وطی: پس شکی در حرمت آن نیست. یعنی هر گاه دخول کرد به یکی از آنها جایز نیست دخول به دیگری. زیرا که اگر جماع کند با آن

دیگر صادق

۱ - این حدیث در تهذیب هم آمده (ج ۲ ص ۲۴۳) و در وسائل (ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالرضاع، باب ۸ ح ۸) ثبت شده و در هر دو نام "یحیی بن سام" آمده است و همچنین در استبصار ج ۳ ص ۱۷۳.

است جمع. مثل این که مگویند (فلانی جمع کرد ما بین ظهیرین وعشائین). با این که

چون در احکام متعلقه به اعیان تقدیری لازم است از افعال مکلفین و در آیه تحریم آنچه

ظاهر و متبادر و مناسب است قد مشترك ما بین نکاح و وطی و سایر استمتاعات است و

اجتماع حقیقی به غیر وطی از سایر استمتاعات ممکن است. و به هر حال اشکالی در

حرمت جمع در جماع و استمتاعات نیست. به عموم آیه و اخبار و اجماع. پس هر گاه وطی کرد به یکی از اختین مملوکتین حرام است بر او وطی آن دیگری بدون اشکالی و خلافی، و حلال نمیشود الا به این که آن اولی را از ملك خود بیرون کند

به بیع یا هبه یا امری دیگری ارناقات ملك. و بعد از بیرون کردن اولی از ملك خود،

حلال میشود دومی بدون اشکال و خلاف. ودلالت میکند بر این صحیحه عبد الله بن سنان (قال: سمعت ابا عبد الله - ع - يقول: اذا كانت عند الرجل الاختان المملوكتان فنكح

احديهما ثم بداله في الثانية فنكحها فليس ينبغى له ان ينكح الاخرى ١ حتى تخرج الاولى

من ملكه يهبها او يبيعها فان وهبها لولده يجزيه).

وموثقه معاوية بن عمار (قال سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل كانت عنده جاريتان اختان فوطئ احدهما ثم بداله في الاخرى قال: يعتزل هذه ويطأ الاخرى قال: قلت: فانه تنبعث نفسه للاولى، قال: لا يقربها حتى تخرج تلك عن ملكه). ٢ ولفظ (عزل) را در

این روایت باید حمل کرد بر اراده اخراج از ملك، چنان که مقتضای حمل مطلق بر مقید

است. و اشکال کرده اند بر این، که باید اخراج از ملك به عقد لازمی باشد یا به عقد

متزلزل هم میشود (مثل بیعی که خیاری از برای بایع در آن باشد، یا هبه ای که واهب

در آن رجوع تواند کرد)؟

ظاهر نص دلالت میکند بر کفایت مطلق اخراج خصوصا بنابر مختار که (ملك به مجرد عقد منتقل میشود به مشتری. نه به انقضای ایام خیاری). و راه خیال این که عقد

متزلزل کافی نیست، این است که به سبب تسلط بر فسخ، در حکم مملو که است. و
این
اجتهادی است در مقابل نص. زیرا که استنباط علتی کرده که باید از برای مالک
ممتنع
باشد و طی آن. و این ممنوع است، با وجود این که اگر [مراد] امتناع فی الجملة
است، به
همین عقد متزلزل حاصل میشود. زیرا مادامی که رجوع نکرده ممتنع است. و اگر

۱ و ۲ - همان مرجع: ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۹ ح ۱ و ۲.

[مراد] امتناع ابدی است، در عقد لازم [هم حاصل نمیشود] چون ممکن است رجوع به عقد جدید، یا به میراث. و ادعای این که مراد این است که (باید امتناعی باشد که خود مستقل نباشد در رجوع و در عقد جدید محتاج است به رضای مشتری به نقل ثانیاً، یا به موت او)، دعوائی است خالی از بینه.

و هم چنین دعوی این که (متبادر از نص اخراج به عقد لازمی است)، محل منع است. خصوصاً با ملاحظه تمثیل به هبه که افراد متزلزله او اگر بیشتر از لازمه نباشد که کمتر نیست. خصوصاً به ملاحظه این که در صحیحہ عبد الله بن سنان فرموده است (فان وهبها لولده یجزیه) که هبه به ولد [را] که از افراد لازمه شایعه است فرد خفی قرار داده اند که فرمود مجزی است. که از آن ظاهر میشود که به اجنبی دادن اولی و اظهر است. ووجه

خفا گویا این باشد که چون هبه به ولد در عرف اغلب این است که در توی خانه باشد و در حکم مال پدر باشد پس گویا هنوز از خود جدا نکرده.

و اما روایت عبد الغفار طائی که بعد از امر امام (ع) به اخراج از ملك سؤال کرد که اخراج کند به سوی کی؟ امام علیه السلام فرمود به سوی بعضی از اهل خود. ۱ آن هم

محمول به ارشاد است که ضرور نیست که از خود جدا کند بلکه همان مسمای اخراج از ملك کافی است.

و آیا کافی است امری که منشأ تحریم شود، مثل شوهر دادن کنیز، یا مکاتب کردن -؟ ابن فهد (ره) در مهذب از تذکره نقل کرده اکتفای به آن را (چون این تحریمی است که دفع آن نمیتوان کرد)، و از قواعد تردد را، و از فخر المحققین منع اکتفا

[و]

این که لا بد است که از ملك خارج شود، و خود هم این را ترجیح داده و لکن اکتفا به

کتابت کرده هر چند مشروط باشد. چنان که مختار تذکره است. و اظهر متابعت
نص است
که معتبر خروج از ملك است.
و بنابر این سایر وجوه حرمت، بی اشکال کافی نیست. مثل رهن دادن که بدون اذن
مرتحن حرام است. و هم چنین روزه و احرام و حیض. و هم چنین تحریم به جهت
قسم
خوردن، و رده گفتن، و در عده بودن به سبب وطی شبهه.
و بیع بعض آن کافی است (چنان که ابن فهد (ره) تصریح به آن کرده) چون منشأ

۱ - همان مرجع: ح ۶.

تحریم است با خروج از ملك في الجملة. و فرقی نیست در دخول که منشأ تحریم
مشود ما بین قبل و دبر. و اما در مقدمات آن مثل بوسیدن و لمس و نظر شهوت،
اشکال است. و اظهر عدم اکتفا است به آنها. و از این که در مسأله تحریم مملو که
فرزند

اگر به شهوت نظر کرده باشد، بر پدر او حرام میشود - بنابر مشهور به سبب
احادیث

صحیحه ۲ که در آن وارد شده - لازم نمآید که در اینجا هم منشأ تحریم شود،
والحاق

به آن قیاس است. تا اینجا کلام در حرمت ثانیه بود بعد و طی اولی.
و اما هر گاه و طی کند ثانیه را و مرتکب این حرام شود: پس خلاف است در این که
آیا

اولی حرام میشود یا نه؟ و در این پنج قول است. مشهور ما بین متأخرین (چنان که
در

مسالك نسبت به آنها داده) این است که اولی حرام نمیشود، به دلیل اصل ۲ و
استصحاب و احادیث مستفیضه بلکه متواتره به این مضمون که (ان الحرام لایحرم
الحلال). خصوصاً صحیحه عبد الله بن سنان (قال: قلت لابی عبد الله - ع - الرجل
یصیب من اخت امرأته حراماً ایحرم ذلك علیه امرأته؟ فقال: ان الحرام لا یفسد
الحلال، و

الحلال یصلح به الحرام). و بنابر این پس هر وقت که یکی از آنها را از ملك خود
بیرون

کند آن دیگری حلال میشود خواه اخراج کند از برای عود به اولی یا نه. و اگر
اخراج

نکند هیچ کدام را پس دومی حرام است و اولی حلال است. و این قول مختارابن
ادریس

و محقق و علامه است در قواعد، و سایر متأخرین که از ایشان نقل شده، و در کمال
قوت
است.

و لکن در اینجا احادیث معتبره بسیار هست که مخصص اصل و استصحاب و
عمومات میتوانند شد. و لکن به سبب اختلاف و اضطراب آنها اعراض کرده اند از
آنها، و

طرح آنها هم به غایت مشکل است، چون شیخ در نهاییه و جمعی بعد او مثل ابن
براج و

علامه در مختلف و ولد او در ایضاح و شیخ علی و غیر ایشان به آنها عمل کرده اند.

و لكن

به سبب اختلاف در کیفیت جمع ما بین آنها، اقوال مختلفه به هم رسیده. اصح اقوال قول

۱ - وسائل: ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۳.

۲ - در نسخه: به دلیل امر.

۳ - وسائل: ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۸ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶ و ۸. و باب ۹ ح ۳ و ۴.

۴ - همان مرجع: باب ۸ ح ۵.

۵ - همان مرجع: باب ۲۹ ح ۷، ۹، ۱۰.

شیخ است در نهاییه و اتباع او. و آن این است که هر گاه وطی کند ثانیه را با علم به حرمت

آن، حرام میشود بر او اولی تا بمیرد دومی. پس اگر اخراج کند ثانیه را از ملك خود به

علت این که رجوع کند به اولی، جایز نیست برای او رجوع به اولی، و اگر اخراج کند از

ملك خود نه از برای رجوع، جایز است از برای او رجوع به اولی. و اما اگر علم نداشته

باشد به حرمت ثانیه، جایز است از برای او رجوع به اولی به هر حال اگر اخراج کند ثانیه

را از ملك خود، و به این نحو جمع کرده است بین الاخبار.

وقول دوم تفصیلی است که شهید ثانی در شرح لمعه اختیار کرده. و این قول را محقق هم در شرایع نقل کرده و شهید ثانی (ره) در مسالك گفته است که (قائل را نمدانم کیست). و آن تفصیل این است که هر گاه وطی کند ثانیه را با علم به تحریم

حرام میشود بر او اولی نیز تا این که یا اخراج کند او را از ملك خود نه به قصد عود به

اولی، یا بمیرد ثانیه. پس اگر اخراج کند نه به علت عود به اولی، حلال است برای او اولی. پس اگر اخراج کند از برای این که عود کند به اولی پس تحریم باقی است. و هر گاه

وطی کند ثانیه را با جهل به تحریم، حرام نمیشود بر او اولی. و عبارت ابن حمزه در وسیله موافق همین قول است. و آن این است (فان ملك اختین ووطئ باحدهما، لم یجزله وطئ الاخری حتی یخرج الموطوءة من ملكه، اذا كان عالما بذلك. فان وطئ الاخری بعدها عالما بالتحریم حرمت الاولی حتی یموت الثانية، او یخرجها من ملكه لاللعود اليها، فان اخرجها من ملكه للعود اليها لم یحل له حتی تموت. وان لم یکن عالما

بالتحریم جازله العود اليها). و این قول را نسبت به دیگران هم داده اند. و این قول اظهر

است به ملاحظه جمع بین الاخبار.

پس مادر این مقام اخبار را ذکر میکنیم تا حقیقت حال ظاهر و واضح شود. و از جمله آنها حسنه حلبی است (به ابراهیم بن هاشم) - (عن الصادق - ع - قال و سئل عن

رجل کانت عنده اختان مملوکتان فوطئ احدیهما ثم وطئ الاخری. قال: اذا وطئ

الآخري حرمت عيله الاولى حتى تموت الآخري.
قلت: ارأيت ان باعها اتحل له الاولى؟ قال: ان كان بيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه
من الآخري شيئ فلا ارى لذلك باساً وان كان يبيعها ليرجع الى الاولى فلا ولا كرامة)
.١

١ - همان مرجع: ذيل ح ٩، از باب ٢٩ - فروع: ج ٢ ص ٣٧ - فقيه ج ٢ ص ١٤٤.

و این را صدوق هم روایت کرده به سند خود از علا بن رزین از محمد بن مسلم از حضرت

باقر. ۱

وموثقه علی بن ابی حمزه (عن الكاظم - ع - قال: وسألته عن رجل ملك اختين أيطأهما جميعاً؟ قال: يطئ أحدهما وإذا وطئ الثانية حرمت عليه الأولى التي وطئ حتى تموت الثانية أو يفارقها وليس له أن يبيع الثانية من أجل الأولى ليرجع إليها إلا أن يبيع لحاجة أو يتصدق بها أو تموت) ۲. وموثقه ابو بصير (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن

رجل كانت له اختان مملوكتان فوطئ أحديهما ثم وطئ الاخرى ايرجع الى الأولى فيطئها؟ قال: اذا وطئ الثانية فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت أو يبيع الثانية من غير أن يبيعه من شهوه لاجل أن يرجع الى الأولى) ۳. وصحيحه محمد بن اسماعيل بن بزيع (عن محمد بن فضيل عن ابى الصباح الكنانى عن ابى عبد الله - ع - قال: سألته عن

رجل عنده اختان مملوكتان فوطئ أحديهما ثم وطئ الاخرى [فقال: اذا وطئ الاخرى فقد] حرمت عليه الأولى حتى تموت الاخرى. قلت: رأيت أن باعها؟ فقال: ان كان انما

يبيعهما لحاجة ولا يخطر على باله من الاخرى شيئاً فلا يرى بذلك بأساً، وان كان انما يبيعهما ليرجع الى الأولى فلا) ۴ و در سند این روایت محمد بن فضيل است و ظاهر این

است که وی ثقہ باشد. و علامه مکرر سندی که او در آن هست او را تصحیح میکند. و

شہید ثانی نیز در مسالك گفته است که سند آن صحیح است و لکن اشکال در متن آن

کرده است. زیرا که لفظ (فحرمت عليه الأولى) نه مربوط است به کلام امام (ع) و نه به

کلام راوی و گویا از آن چیزی افتاده باشد. و چنین است که گفته است. و ظاهر این

است که لفظ (قال) قبل از آن ساقط شده باشد. ۵ و ممکن است که بگوئیم [از] کلام

راوی است یعنی (سؤال کردم از آن حضرت از حکم چنین مردی که وطی کرد کنیز اول

را بعد از آن وطی کرد ثانی را پس حرام شد بر او اولی تا این که دومی بمیرد. و گفتم خبر

کن مرا که اگر بفروشد او را چه حال دارد). پس گویا راوی حکم صورت موت را
مداند
و سؤال از بیع میکند. پس لفظ (قلت) یا (عطف بیان) جمله سألست است. تا آخر، یا

-
- ۱ - همان مرجع ذیل ح ۹ از باب ۲۹ - فروع: ج ۲ / ۳۷ - فقیه ج ۲ / ۱۴۴.
 - ۲ و ۳ و ۴ - وسائل: ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۹ ح ۱۰، ۷، ۹.
 - ۵ - آنچه ساقط شده عبارت " فقال: اذا وطئ الاخرى فقد " میباشد که محققین اخیر روشن کرده اند.
وما آن را در
متن حدیث میان علامت () قرار دادیم.

معطوف است بر آن به حذف عطف. و به هر تقدیر مطلب از آن حاصل مشود. و از جمله آن اخبار صحیح حلبی است در کافی و فقیه و در تهذیب هم به سند موثق (عن ابی عبد الله - ع - قال: قلت له: الرجل یشتری الاختین فیطئ احدیهما ثم یطئ الاخری بجهالة. قال: اذا وطئ الاخیره بجهالة لم تحرم علیه الاولی وان وطئ الاخیره وهو یعلم انما علیه حرام حرمتا علیه جمیعا). ۱

و این اخبار تا به صحیح حلبی همه متفق الدلالة اند، و از حیثیتی مطلق اند. چون تحریم اولی مقید به صورت علم نیست بلکه شامل علم و جهل هر دو هست. و هیچ يك

منافاتی با حرمت ثانیه ندارند بلکه حرمت از مفروغ عنه است و حال آن معلوم است. و

این که در آنها اولی ذکر شده به جهت آن است که آن محتاج است به ذکر به سبب معلوم

بودن حکم ثانیه، نه از راه این که تحریم مختص اولی است و ثانیه حرام نباشد. پس آنها از

این حیثیت منافاتی با صحیح حلبی ندارند. و از حیثیتی که حلال شدن اولی مشروط است که ثانیه بمیرد، یا اخراج کند او را از ملك خود از غیر جهت عود به اولی. و

صحیح حلبی هم از حیثیتی مطلق است چون حرمت اولی مطلق است. یعنی هر چند اخراج کند از ملك خود بدون قصد عود به اولی، حلال نمیشود. و از حیثیتی مقید است که حرمت اولی در صورت علم به حرمت ثانیه است نه در صورت جهل. پس (چنان که طریقه جمع است) مطلق هر يك از این دو طایفه اخبار را حمل مکنیم بر مقید طایفه دیگر. پس مگوئیم که کل این اخبار متفق اند در این که در صورت علم به حرمت، حرام میشوند. هر چند دلالت احادیث اول در ضمن اطلاق باشد

و دلالت صحیح حلبی به عنوان تصریح و تنصیص. و چون در صحیح حلبی تصریحی

نیست به این که (آیا راهی از برای حلال شدن یکی از آنها هست یا نه)، و در احادیث اول

تصریح است که (هر گاه دومی بمیرد یا اخراج شود از ملك بدون جهت عود). پس مگوئیم که مراد از حرمت آنها هر دو، در صورت علم، در وقتی است که باقی بماند بر

ملك و هیچ کدام نمیرند و [نیز] اخراج نشود اولی ۲ از ملك از غیر جهت عود. و اما تفصیل شیخ در نهاییه و اتباع او: پس گویا نظر ایشان جمع بین الاخبار است

۱ - همان مرجع: ح ۵ - فروع: ج ۲ ص ۳۷ - فقیه: ج ۲ ص ۱۴۴ - تهذیب: ج ۲ ص ۱۹۷.
۲ - دومی، صحیح است.

به نحوی که ما کردیم. و علاوه بر آن کرده است این که در صورتی جهل هم
مشروط است
جواز رجوع به اولی به اخراج [دومی] از ملك. و لکن مقید نکرده به این که اخراج
به نیب
عود به اولی نباشد و شاید نظر او را به جمع ما بین آن اخبار به نهجی که ما کردیم
با ملاحظه
موثقه عبد الغفار طائی باشد (عن ابی عبد الله - ع - فی رجل کانت عنده اختان
فوطئ
احدیهما ثم اراد ان یطأ الاخری. قال: یخرجها عن ملكه. قلت: الی من؟ قال: الی
بعض
اهله. قلت: فان جهل ذلك حتی وطئها. قال: حرمتها علیه کلتاهما). ۱ در تہذیب
گفته
است: قوله ع (حرمتها علیه جمیعا) یعنی به مادامتا فی ملكه. و اما اذا زال ملك
احدیهما
فقد حلت له الاخری. وقد قدمنا ما یدل علی ذلك. و بعد از آن موثقه ابی بصیر را
ذکر
کرده است برای مؤید دلالت.
و تو مدانی که این جمع، قاعده نیست. و دلیلی بر این گونه جمع نیست. با وجود
این که بنابر این فرقی بین صورت علم و جهل نمماند با وجود این که در صحیحہ
تصریح
به فرق شده. و قید (اخراج از ملك) که به سبب حسنه حلبی (و آنچه در معنی آن
است)
مستفاد شده هم به شرط عدم نیت عود است. و مقید دیگر هم نیست که بگوئیم
(فرق در
کیفیت اخراج از ملك است که در صورت علم باید به نیت عود نباشد و در صورت
جهل
مطلقا جایز است). و به هر حال جمع ما بین صحیحہ حلبی و این موثقه ممکن
نیست:
زیرا که نهایت آنچه توان گفت این است که حمل کنیم حلال بودن اولی را در
صورت
جهل به حرمت ثانیه در صحیحہ حلبی بر صورتی که اخراج کند ثانیه را از ملك. و
این که
مراد از حرمت هر دو در موثقه عبد الغفار در صورتی که اخراج از ملك باشد. و این

سخن
در صورت علم به حرمت ثانیه در صحیحہ حلبی نیز جاری است. زیرا که حرمت
اولی در
این صورت مادامی است که ثانیه را اخراج نکرده باشد. بلی اگر بگوئیم که در
صورت
علم، اخراج از ملك فایده ندارد، فرق حاصل میشود میان علم و جهل، و لکن شیخ و
اتباع او قائل به این نیستند. و صحیحہ اقوی است از موثقه، به سبب صحت و وضوح
سند
و تعدد، چون در تهذیب شیخ آن را نیز به سند موثق روایت کرده. پس باید موثقه را
طرح
کرد و به صحیحہ عمل کرد.
و قول چهارم در مسأله قولی است که محقق در شرایع نقل کرده است. و در

۱ - همان مرجع: ح ۶.

مسالك گفته است که قائل او را نمیدانم. و آن این است که وطی ثانیه موجب حرمت اولی است مطلقاً، و اولی حلال نمیشود تا ثانیه را اخراج نکند از ملك. و این عکس قول اول است. و شاید دلیل آن موثقه معاویه بن عمار باشد که گذشت. و بر این وارد است اولاً این که دلالت میکند بر فرق میانه اولی و ثانیه در این که ثانیه به مجرد اعتزال از اولی حلال میشود، و اما اولی حلال نمیشود مگر بعد از اخراج ثانیه از ملك. و ثانیاً بر فرضی که حمل کنیم اعتزال را بر اخراج از ملك، این حدیث مقاومت با اخباری که ما استدلال کردیم به آنها، نمیکند. خصوصاً با ندرت حدیث، و جهالت قائل به آن. و قول پنجم این است که هر گاه وطی کند ثانیه را با علم به تحریم، حرام میشود بر او اولی تا اخراج کند ثانیه را از ملك خود. [او] با جهل حرام نمیشود بر او اولی. و این قول را در مسالك نسبت به شیخ داده در تهذیب. و بعد از تأمل در کلام شیخ در تهذیب در طریقه جمع بین الاخبار، ظاهر میشود موافقت او با قول او در نهایه. و به هر حال دلیلی واضح بر آن نیست و موجب ترك جمیع اخبار [ی] است که مقید است اخراج از ملك به عدم قصد عود. و در مسالك گفته است که ممکن است استفاده آن از جمع ما بین روایت معاویه بن عمار و صحیح حلی. و لکن شیخ روایت معاویه بن عمار را در این باب ذکر نکرده. و به هر حال ترك اخبار معتبره مستفیضه به سبب این احتمال، صورتی ندارد. و به هر حال اظهر اقوال تفصیل دوم است که آن را از ابن حمزه نقل کردیم.

کتاب النکاح (من المجلد الثالث)

۳۳۷: سؤال: مملوکه غیر مدخوله پدر بر پسر محرم میشود یا نه؟ و تحلیل آن از برای پسر جایز است یا نه؟

جواب: مملوکه پدر محرم نیست (به مجرد ملك) از برای پسر او. بلکه بدون تحلیل مثل سایر نسوان اجنبیه است. بلی هر گاه مدخوله شد محرم میشود و حرام میشود نکاح او بر فرزند. و شاهد این مطلب آن است که فقها تصریح کرده اند به این که مراد

از محرم کسی است که حرام باشد نکاح او ابداً به نسب یا رضاع یا مصاهره. ودعوی

اجماع بر این کرده اند. و با وجود این، خلاف عظیم دارند در این که مملوکه منظوره و

ملموسه پدر حرام میشود بر فرزند و بالعکس، یا نه؟ بلی در این مسأله اقوی ۱ در نظر

حقیر حرمت است هر گاه لمس و نظر از روی شهوت شده باشد. چنان که اشهر است و

اخبار معتبره بسیار دلالت بر آن دارد. و شاید توانیم گفت که چنین کنیزی محرم میشود به سبب صدق مصاهره. چنان که خواهیم گفت. و اما مطلق مملوکه، پس دلیل واضحی بر حرمت نکاح او از برای پدر یا پسر نیست هر گاه نظر و لمس شده باشد بدون شهوت. و ظاهراً کسی هم قائل به آن نشده. به هر

حال ملك بحث با قطع نظر از لمس و نظر، نه افاده حرمت میکند و نه محرمیت. و

۱ - در نسخه: بلی چون در این مسأله اقوی...

الحاصل: مملو که پدر بدون دخول و بدون لمس و نظر به شهوت، بر پسر حرام نیست. و

به تحلیل حلال مشود.

و بدان که: مصاهره که ذکر کردیم اعم است از آن که به عقد حاصل شود یا ملک یمین. و ظاهراً این هم اجماعی است، چنان که از مقدار در تنقیح ظاهر مشود. و لکن

مقداد محرم را تعمیمی داده که شامل زوجه و مثل آن باشد. و عبارت تنقیح در کتاب

نکاح این است (المحرم هو كل امرأة يملك وطیها او حرم مؤبدا بنسب او رضاع او مصاهرة به عقد او بملك یمین، اما التي يملك وطیها فيجوز النظر اليها كالزوجة باطنا و

ظاهراً. و اما من حرم وطیها فيباح النظر فيهن الى الوجه والكفين والقدمين اجماعاً، و يحرم النظر الى القبل والدبر لغير ضرورة من مباشرة علاج و مشاهدة ايلاج. و اما غير ذلك من البدن فعلى ثلاثة اقسام) الى آخر ما ذكره.

۳۳۸: سؤال: ضعیفه مسلمه به غالی علی الهی شوهر کرده که او را از عبادات شرعیه منع میکند. آیا اولاد ایشان به زوج ملحق مشود یا به زوجه؟ و آیا این زوجه به زوج حلال است و عقد او صحیح است؟ یا این که حرام و عقد او باطل است و لازم است

تفریق؟ و بر تقدیر تفریق چه قدر باید عده بدارد؟.

جواب: عقد فاسد است و طلاق ضرور نیست. و هر گاه زوجه جاهل بوده به حرمت،

به سبب دخول مستحق مهر المثل است. و عده هم باید بدارد. و فرزند هم ملحق به او

مشود.

۳۳۹: سؤال: يك نفر متواند صیغه عقد نکاح را ایجاباً و قبولاً جاری نماید یا نه؟ -؟.

جواب: اظهر و اشهر این است که کافی است.

۳۴۰: سؤال: در عقد بالغه باکره رشیده اذن پدر شرط است یا نه؟

جواب: اظهر و اشهر استقلال باکره بالغه رشیده است در نکاح، و رضای او کافی است. بلی تشریک پدر اولی و احوط است ۱.

۳۴۱: سؤال: رضای عمه و خاله در تزویج دختر برادر و دختر خواهر، در نکاح دائم و

عقد منقطع در هر دو، شرط میباشد؟ یا در عقد منقطع رضای ایشان شرط نیست؟ و

بر

۱ - رجوع کنید به مسأله شماره ۲۳۸ و ۲۴۶ همین مجلد.

(۵۴۴)

فرض شرط بودن، هر گاه عقد دختر برادر یا خواهر هر دو مکرر بشود در هر دو دفعه

رضای عمه و خاله شرط میباشد؟ یا در دفعه اول به تنهایی و در دفعات دیگر رضای ایشان شرط نخواهد بود؟.

جواب: بلی ظاهر این است که فرق ما بین دائم منقطع نیست. چنان که تصریح شده در کلام علما بدون نقل خلافی. و معنی که از تزویج وارد شده شامل عقد منقطع هم هست. و ظاهر این است که هر گاه عقد را مکرر کند در هر عقد رضای عمه و خاله شرط

است. چنان که مقتضای عمومات است. و فرقی ما بین متعه و دوام نیست در قواعد تحریم

و احکام زوجیت در متعه جاری است مثل دوام، الا در مستثنیات مثل میراث و نفقه و قسمت.

۳۴۲: سؤال: زید زوجه معقوده داشت و قبل از این که او را تصرف کند ناخوشی (شقاقلوس) ۱ او را عارض شده، پای او را از زانو قطع نمودند. و نظر به این که شغل و عمل

زید زراعت بود و مالک چیزی هم نبود، زوجه به سبب این که قدری از مهر او در ذمه او بود

و تصور این را هم نمود که زید قادر بر نفقه دادن به او نخواهد بود، از انقیاد و تمکین

نسبت به او مضایقه منمود، بلکه مبلغ بیست تومان علاوه بر مهر او خود زوجه و منسوبان ممدادند به زید که طلاق بدهد. و راضی نشد. و چون سخن زوجه مذکوره در

خصوص عدم تمکین به سبب موجود نبودن قدر معتد به از مهر او در شرع مسموع بود،

چهار نفر از منسوبان زید به جهت دفع عذر زوجه حاضر و هر يك به قدر چهار تومان

ملك یا باغ یا خانه زید هبه نمودند، و او حسب المصالحه عوض ذمه مهر به زوجه مذکور منتقل نمود.

و بعد از این که زوجه هم چنین دانست که دیگر سخن او در عدم تمکین شرعا مسموع

نیست لابد در مقام اطاعت آمده زید در او تصرف کرد. والحال معلوم شده که چهار نفر

مذکور در مقام خدعه بودند آنچه به او منتقل نمودند مال غیر بوده. والحال زوج از ادای نفقه واجبه زوجه عاجز، و صداق غیر موجود، وضعیفه معطل است والحالة هذه. آیا بر هر يك از زوج و چهار نفر مذکور چه چیز است؟ آیا هر يك از چهار نفر ضامن چهار تومان

۱ - مردگی موضعی، مردگی عضوی از اعضا. سفاقلوس هم گفته شده، اصل آن یونانی است. در ترکی "قان قارا"
در انسان، و "یان قارا" در حیوان گفته میشود که در فارسی "قانقرا" گفته میشود.

مذکور هستند یا نه؟ و آیا با عدم ضمان بر زوجه تمکین لازم است یا نه؟ و هر گاه در

ضمن گفتگوی ایشان شخصی از جانب زوجه گفته باشد که (این اشیاء ملك غير نباشد)، و ایشان جواب گفته باشند (هر گاه مال غير باشد از عهده برمائيم)، فرقی دارد یا نه؟ استدعا آن که حکم مسأله را با اشاره اجمالی به دلیل، بیان فرمائید. جواب: اولاً جایز است از برای زوجه امتناع از تمکین تا مهر خود را تمام بگیرد. خواه

عین باشد و خواه دین، و خواه بعضی عین و بعضی دین باشد، و خواه منفعتی باشد مثل

عمل در مدت معینه. علی المشهور، بل ظاهراً خلافی نیست. و از جمعی از اصحاب دعوی اجماع بر آن شده که از جمله ایشان است شهید ثانی در مسالك و شرح لمعه. و

مؤیدات بسیار هم از اخبار دارد. و مشهور این است که فرقی ما بین موسر و معسر نباشد.

و از ابن زهره دعوی اجماع بر آن منقول است ظاهراً. و خلاف ابن ادریس در معسر ضعیف است، نظر به این که نکاح از جمله عقود معاوضه و یا شبه معاوضه باشد، و از برای

هر يك از طرفی معاوضه جایز است منع از تسلیم تا قبض نکند عوض را. و منتهای امر

این است که در صورت اعسار، زوجه مطالبه نتواند کرد اما لزوم تسلیم از کجا؟ و از اینجا ظاهر شد فرق ما بین مؤجل و صورت اعسار. پس کسی نگوید که (هر گاه

در صورت مؤجل جایز نیست امتناع، پس در صورت اعسار هم جایز نیست. زیرا که در

مؤجل، زوجه اسقاط حق امتناع کرده و تن به تمکین در داده بدون اخذ عوض، و لکن

اعسار مستلزم هیچ يك از اینها نیست. و چنان که عموماً لزوم اطاعت زوجه، مقتضی

تسلط زوج است، ادله (عدم لزوم تسلیم بضع قبل از اخذ عوض) مقتضی تسلط زوجه است. و این منافات با اطاعت ندارد، زیرا زوجه مگوید من مطیعه ام و لکن تا حق خود

را نگیرم. تسلیم نمکنم بضع را). ۱ و به هر حال شهرت عظیمه و دعوی ظاهر اجماع، در

نظر ارجح است.
اینها هم در وقتی است که مهر مؤجل نباشد. یعنی مدت معینی برای آن قرار
نداده باشند، خواه اطلاق شود در عقد یا تصریح شود به نقد. و اما هر گاه مؤجل
باشد،
نمیتواند امتناع کرد از دخول، به جهت عمومات و جوب اطاعت، و عدم مانع و از
جمعی

۱ - در اینجا عبارت ناقصی در نسخه هست بدینصورت " و هر گاه کسی خدشه کند در شمول
عمومات اطاعت، مانحن
فیه را

حکایت اجماع بر آن شده. بلی اشکال در صورت است که تمکین ندهد تا اجل به سر آید
(خواه عصیانا باشد یا به سبب عذری) که آیا بعد از انقضای اجل میتواند ممانعت کرد یا نه؟ -؟ اظهر عدم جواز امتناع است. به سبب عمومات لزوم اطاعت واستصحاب حالت سابقه، خصوصاً به ملاحظه این که شرط تأجیل مستلزم اسقاط حق امتناع است و عود آن محتاج است به دلیل. و ظاهر این است که این قول اکثر باشد. بلکه در مسالك گفته است که قائلی به جواز امتناع نمیدانم مگر ظاهر اطلاق شیخ در نهایه و ظاهر این است که مراد او هم در حال باشد نه مؤجل.
و از آنچه گفتیم ظاهر میشود حکم آن که بعضی از مهر حال باشد و بعضی مؤجل. پس جایز است از برای او امتناع از برای اخذ حال دون مؤجل.
و بدان که: نظر به این که قاعده معاوضه مقتضی آن باشد که تا زوجه مهر را نگیرد میتواند امتناع کرد، پس زوج را هم مرسد امتناع از دادن [مهر] تا زوجه خود را تسلیم نماید. پس اگر زوجه مهیای استمتاع نباشد به سبب مانعی هر چند آن مانع از قبیل احرام باشد) پس واجب نخواهد بود تسلیم مهر. بلی در صغیره اشکال هست، چون خود زوج باعث شده که حق حالی را به ذمه گرفته بدون قابلیت تسلیم عوض بالفعل. و از این جهت جمعی قائل شده اند به لزوم دادن مهر هر گاه ولی صغیره مطالبه کند. و این خالی از قوت نیست. و لکن این اشکال وارد مآید در صورتی که عقد کبیره را چنان حالی بکند که ممنوع باشد از تسلیم، و فرض آن در غیر حال احرام میشود، چون عقد در آن وقت صحیح نیست.
و از مجموع آنچه گفته شد معلوم شد جواب از سؤال از هبه چهار نفر به زوج و مصالحه کردن زوج اعیان موهوبه را به زوجه در عوض مهر و تمکین زوجه که دیگر وجهی از برای امتناع باقی نماند.
و اما سؤال از این که بعد از اخذ زوجه مال را و وقوع دخول، ظاهر شود استحقاق آن

مال از برای غیر، پس بدان که خلاف کرده اند در این که هر گاه صدق مؤجل نباشد و دخول واقع شود آیا بعد از دخول مخالفت میتواند کرد چنان که قبل میتوانست؟ یا نه؟

اظهر واشهر عدم جواز امتناع است. وابن ادریس دعوی اجماع بر آن کرده، و از ابن زهره نیز دعوی اجماع حکایت شده. وایضا در صورت تسلیم اخذ عوضین در معاوضات، حق مسلم مستقر شده و رجوع آن محتاج است به دلیل. و لیکن این سخن در صورتی

خوب است که زوجه به رضای خود تسلیم کرده باشد.
و قول دیگر جواز امتناع است و آن قول مفید است، و شیخ در مبسوط نظر به این که
مهر در مقابل بضع است و هر دخولی را تعلقی به آن میباشد، و استصحاب هم
مقتضی

جواز امتناع است. و این قول خالی از قوت نیست. لکن شهرت عظیمه با آن دو
دعوی

اجماع، ارجح است از این دلیل. و قول دیگر قول ابن حمزه است که اگر دخول به
رضا

واقع شده، نمیتواند امتناع کرد. و اگر به اکراه زوج واقع شده میتواند، چون به منزله
قبض فاسدی است که بر آن اثر مترتب نمیشود. و دلیل مشهور از این نیز اقوی
است،

خصوصاً هر گاه بنا را بر این بگذاریم که نکاح از باب معاوضات نیست و بگوئیم
که هر يك

از زوجین را حقی است بر دیگری و معصیت احدهما در وفا به حق دیگری مستلزم
سقوط حق دیگری نمیشود.

پس ثبوت حق غیر بر او منشا جواز منع او از حق ثابت او نمیشود. چنان که شیخ در
خلاف استدلال کرده است به این (صورتی که دخول واقع شود) بر عدم جواز
امتناع.

و ظاهر ابن ادریس هم این است که این سخن را پسندیده در آنجا که از خلاف نقل
کرده

دلیل شیخ را. پس اعتماد او در جواز منع در اول امر هم بر اجماع است. و صاحب
مدارك هم گفته است که مقتضای فکر و نظر همین است. پس اگر اجماع تمام شود
بر

جواز امتناع از دخول، فیها. و الا پس دلیلی بر جواز نیست. زیرا که عصیان احدهما به
اخلال حق دیگری منشأ اسقاط حق آن دیگری نمیشود.

و اما سؤال از این که هبه آن چهار نفر بر سیل خدعه بوده و مال غیره بوده: پس آن
مضر نیست به آنچه مذکور شد از حکم به عدم جواز امتناع زوجه بعد از دخول.
بلکه

ظاهر این است که هر گاه زوج هم عالم بوده به این معنی، و به خدعه متمکن از
دخول

زوجه شده، آن هم چنین است. و این بالاتر از اکراه در دخول نیست. و تو دانستی
که اقوی

عدم جواز امتناع است بعد دخول مطلقاً. و اما سؤال از (عجز زوج [در] نفقه): پس

آن نیز
مضر نیست. چون اقوی این است که تجدد اعسار زوج موجب خیار فسخ نمیشود.
چنان که در محل خود بیان کردیم.
و اما سؤال از حال صداق زوجه بعد از ظهور استحقاق آن املاك [برای] غیر: پس
رجوع میکند زوجه به زوج به مهر خود، و او را حقی به آن چهار نفر نیست. مگر
این که
آنها ضامن شوند از جانب زوج از برای زوجه که هر گاه مستحق غیر بر آید صداق
را به او

برسانند که در این صورت ضمان صحیح است، و زوجه رجوع میکند به ضامن ها در صدق خود. و بدان که در اینجا دو ضمان است. یکی (ضمان تسبیب) که بر خود

زوج

لازم است پس در صورتی که مال غیر را به زوجه داده در عوض مهر و مالک ملک خود را

گرفت، زوجه رجوع میکند به مهر که قیمت آن ملک است و به آنچه غرامت کشیده از

اجرت المثل و غیر آن. و یکی دیگر ضمانی است که به عقد ضمان حاصل شده، و آن

ممکن است که به ضمان خود زوج حاصل شود، و به ضمان غیر.

و مفروض این است که عقد ضمان واقع شده به ضمان آن چهار نفر از برای زوجه که

هر گاه بر زوجه غرامتی لازم آید از تلف ثمن که مهر است (یا غیر آن) از عهده بر آیند از

برای زوجه. و چون زوجه صرفه خود را در رجوع به زوج نمیداند (چون فقیر است) اعتماد به این عقد ضمان، کرده و الا او را مرسد که راضی شود به ضمان زوج و دست

بردارد از این ضامن ها. و بر فرض که رجوع کرد به ضامن ها دیگر رجوع به زوج نمیتواند کرد. زیرا که آنها ضامن زوج نشده اند، و ضمان تسبیب هم در اینجا نیست،

چون به خدعه شده و زوج و ضامن ها هر دو عالم اند و غصبیت.

و اما سؤال از این که آیا بر زوجه لازم است تمکین با عدم ضمان یا نه؟ پس هر گاه زوجه مطالبه نقدی در ذمه زوج دارد و راضی نشود به گرفتن املاک الا به ضمان، در این صورت بر او واجب نیست تمکین الا به ضمان. بیش از این نیست که با وجود اعسار

زوج، نمیتواند او را الزام کند به دادن نقد، و اما این که لازم باشد بر او قبول کردن ملک

در عوض تا زوج و مستحق تمکین شود، پس آن دلیلی ندارد.

۳۴۳: سؤال: زید را دختری است نه ساله خدیجه نام، به عمرو نمود که من این

دختر را به تو تزویج میکنم. و بعد از آن که عقد کردند، و زن را رؤیت کرد، دید که دختر

دیگر است که سی چهل سال دارد فاطمه نام. الحال فاطمه مدعیه است که من زوجه توام چون از من اذن خواستند و برای تو نکاح کردند. و عمرو مگوید که من به

اعتقاد

این که تو دختر هشت نه ساله بودی، قبول کردم و اگر بدانستم تو آن نیستی قبول نمیکردم. آیا مدعی کدام است و مدعی علیه کدام؟؟. و حکم آن چه چیز است؟. جواب: این سؤال اغتشاشی دارد، و ممکن است که از فروع یکی از دو مسأله باشد که علما متعرض آن شده اند. پس ما و الا آن دو مسأله را بیان میکنیم و بعد از آن متعرض سؤال مشویم:

مسأله اولی این است که: هر گاه وکیل شخصی زنی را برای او تزویج کند، و بعد از تزویج موکل انکار کند توکیل آن شخص را در تزویج آن زن - خواه آن وکیل، وکیل در

مطلق تزویج باشد، یا وکیل در [تزویج] زن خاصی و او زن دیگری را تزویج کرده. و خواه

موکل انکار مطلق توکیل را کند، یا انکار توکیل در تزویج این زنی که تزویج کرده - و در

این مسأله سه قول است: یکی قولی است که منقول است از شیخ در نهاییه وابن براج. و

آن این است که قول موکل را مقدم مدارند با یمین، هر گاه شاهی در میان نباشد، [به

جهت] عموم حدیث (الیمین علی المدعی علیه) ۱. و بر وکیل لازم است که تمام مهر

مسمی را به زوجه بدهد، زیرا که مهر واجب میشود به سبب عقد و نصف نمیشود مگر

به طلاق، و در اینجا طلاق نیست. و وکیل تفویت مهر کرده بر زوجه، چون شاهی

نگرفته در توکیل و تقصیر کرده و ضامن مهر است.

و مشهور علما ۲ (چنان که در مسالك و غیر آن نسبت داده اند به ایشان) این است که

بر وکیل نصف مهر لازم است. ودلالت میکند بر این صحیحی ابی عبیده که شیخ در تهذیب باب (زیادات نکاح) روایت کرده است (عن ابی عبد الله - ع - فی رجل امر رجلا ان

یزوجه امرأة من اهل البصرة من بنی تمیم، فزوجه امرأة من اهل الكوفة من بنی تمیم. قال: خالف امره وعلى الأمور نصف الصداق لاهل المرأة، ولا عدة عليها ولا ميراث بينهما. فقال بعض من حضر: فان امره ان يزوجه امرأة و لم يسم ارضا ولا قبيلة ثم جحد الامر ان يكون امره بذلك بعد ما زوجه. فقال: ان كان للمأمور بينة انه كان امره ان

یزوجه كان الصداق على الامر. وان لم يكن له بينة كان الصداق على المأمور لا لاهل المرأة، ولا ميراث بينهما ولا عدة عليها ولها نصف الصداق ان كان فرض لها صداقا، وان

لم يكن سمى لها صداقا فلاشئ لها) ۳.

و روایت عمر بن حنظله که شیخ نیز روایت کرده در باب وکالت (عن ابی عبد الله -

ع -
قال: سألته عن رجل قال لآخر: اخطب لى فلانة فما فعلت من شىء مما قاوت من
صداق
او ضمنت من شىء او شرطت فذلك لى رضا وهو لازم لى. و لم يشهد على ذلك.
فذهب
فخطب له وبذل عنه الصداق و غير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلما رجع اليه انكر ذلك

-
- ١ - وسائل: ج ١٨، ابواب كيفية الحكم، باب ٣ ح ٢.
٢ - اين قول دوم از اقوال است.
٣ - وسائل: ج ١٤، ابواب عقد النكاح واوليائه باب ٢٦ ح ١.

کله. قال: یغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلك انه هو الذى ضیع حقها فلما لم یشهد لها

علیه بذلك الذى قال له حل لها ان تتزوج، ولا یحل للاول فی مابینه و بین الله عزوجل الا ان یطلقها، لان الله تعالى یقول: فامساک بمعروف او تسریح باحسان. فان لم یفعل فانه مأثوم فی مابینه و بین الله عزوجل، و كان الحکم الظاهر حکم الاسلام، و قد اباح الله

عزوجل لها ان تتزوج). ۱

و قول سوم آن است که: عقد فاسد است و مهری بر هیچ کس لازم نیست. اما فساد عقد: پس ظاهر است، زیرا که اصل عدم وقوع است. و مفروض هم این است که به

بینه

ثابت نشده. و در صورت ادعا هر گاه منکر قسم خورد دیگر امری که مثبت عقد باشد

نیست. و اصل و قاعده هم اقتضا میکند که مهر بر شوهر باشد، نه و کیل. و تقصیر کردن

و کیل در اشهاد هم دلیل ثبوت مهر نمیشود. با وجود این که مگوئیم گاه است که تقصیر نکرده باشد مثل این که ممکن نبود شاهد گرفتن، یا شاهد گرفته بود و لکن الحال

شهود مرده اند، یا دسترس به آنها نیست. پس دلیل اخص از مدعای قائل به وجود تمام

مهر است و به هر حال دلیلی بر وجوب تمام مهر نیست.

و هر چند اکثر این بحثها بر قول دوم هم وارد است، لکن چون حدیث صحیح دلالت

دارد بر آن و روایت دیگر هم مؤید آن است، پس این دو حدیث با عمل مشهور به آنها

مخصص قاعده میتوانند شد. و دور نیست که بگوئیم که مراد شیخ در نهاییه نیز نصف

مهر باشد، زیرا که کلام او در نهاییه مشتمل است بر آنچه در این حدیث ها است. و اطلاق

لفظ (مهر) نظر به مهر معهود باشد که آن نصف مهر است قبل از دخول، بنابر این که اصل

در ثبوت مهر نصف باشد و دخول موجب تمام شود. نه این که اصل در ثبوت، تمام باشد و

طلاق مسقط نصف باشد. چنان که احد قولین است در مسأله. و اگر این حدیث ها

نبود
قول سوم در نهایت قوت بود، و محقق در شرایع تقویت آن کرده، و شهید ثانی و
بعضی
دیگر هم میل به آن کرده اند. و به هر حال اقوی قول مشهور است.
و از آنچه گفتیم ظاهر شد که خلافی ندارند در این که عقد باطل است و آن زن
میتواند شوهر کند. و هم چنین خلافی ندارند در این که هر گاه زوج کاذب باشد در
نفس الامر، باید طلاق بگوید. چنان که در روایت هم تصریح به آن شده. و لکن
شهید ثانی

۱ - وسائل: ج ۱۳، ابواب احکام الوکالة، باب ۴ ح ۱.

و غیر او تصریح کرده اند به این که جواز شوهر کردن آن زن به دیگری، در وقتی است که

تصدیق و کیل در توکیل نکرده باشد، زیرا که در این صورت معترف است به زوجیت، و

منافاتی نیست ما بین آن که نظر به حکم ظاهر شرع نکاح نسبت به زوج فاسد باشد، و

نسبت به زوجه در حکم زوجیت باشد. و روایت هم منافات با این ندارد، زیرا که وارد

است مورد غالب که زوجه اعتماد میکند بر ادعای وکالت، نه این که وکالت در نزد او

ثابت باشد. چنان که در اغلب معاملات هم چنین است، و تا فساد توکیل ظاهر نشود

محمول است بر صحت. و در چنین صورتی هر گاه زوج امتناع کند از طلاق نمیتوان او

را اجبار کرد. زیرا که در ظاهر شرع نکاحی برای او متحقق نیست که طلاق بگوید.

و شهید ثانی و غیر او در اینجا گفته اند که در اینجا سه وجه محتمل است: یکی این که

زوجه مسلط باشد بر فسخ نکاح به جهت دفع ضرر. دوم این که حاکم مسلط باشد بر فسخ

با طلاق. سوم این که بر حال خود بماند تا این که زوج طلاق بگوید یا بمیرد. و هیچ یک از

این وجوه را ترجیح نداده اند. و وجه سوم به قواعد اوفق است، و وجه اول موافق نفی

عسرو [حرج] و ضرر است.

و ظاهر این است که در صورتی که حکم به فساد عقد شد در ظاهر شرع، پس اگر زوج طلاق بگوید به عنوان تعلیق - مثل این که بگوید (ان کانت زوجتی فهی طالق)

- جایز

باشد و مستلزم اقرار به زوجیت نیست. و بعضی را گمان این است که این در وقتی خوب

است که جازم باشد به توکیل و انکار کرده باشد، که این از باب (تعلیق بر صفت) است.

مثل (ان کان الیوم یوم الجمعة فانت طالق). با وجود علم به جمعه بودن. نه از باب

(تعليق به شرط). مثل (ان جا زيد فانت طالق). پس هر گاه انكار او توكيل او را ۱ از راه نسيان باشد (که نمداند و كيل کرده يا نه) جايز نباشد. و گمان فقير اين است که در اين صورت هم جايز باشد، زيرا که در اين صورت مراد او طلاق است به عنوان جزم بر فرض تحقق زوجيت، نه طلاق بر فرضی که زوجيت متحقق بشود بعد از اين. و هم چنين جايز باشد (بعتك ان كان هذا مالي) و فرق بينهما واضح است. و بدان که: قول ايشان در اين مقام به (تقديم قول موکل بايمين) در وقتی خوب

۱ - ودر نسخه: تعليق او را.

است که دعوی با وکیل باشد یا با زوجه در صورتی که زوجه ادعای علم به توکیل کند یا

ظن (وقائل باشیم که دعوی ظنیه مسموعه است چنان که اظهر این است). و اما هر گاه

دعوی با وکیل نباشد و زوجه هم مدعی علم یا ظن نباشد بلکه تکیه او همان بر ادعای وکالت بوده والحال ساکت است، پس ظاهر این است که مجرد انکار موکل کافی باشد

در فساد عقد.

و بدان نیز که: تقدیم قول موکل با یمین، مبتنی است بر این که موکل را (منکر) گیریم. و عمده در این باب تکیه بر ظاهر حال است. چون موکل اعرف است به آنچه

عمل او است که توکیل باشد. و بعضی در این مقام متمسک به اصل شده اند و گویا مدعی بیان منکر بودن موکل است چون توکیل خلاف اصل است. و این خوب است هر گاه انکار اصل توکیل کند. و اما هر گاه توکیل ثابت باشد و خلاف [در] تعیین باشد،

اصل نسبت به هر دو مساوی است. زیرا که توکیل در تزویج عمره یا هنده هر دو حادث اند و اصل عدم هر دو است. بلی ممکن است که مراد او این باشد که دعوی زوجیت خلاف اصل است و صادق است بر او (لو ترك، ترك). پس موکل منکر خواهد بود.

و هر گاه زوجه کسی را وکیل کند در تزویج به شخص معینی یا مطلقا، و بعد از تزویج

انکار کند توکیل را مطلقا، یا به این شخص خاص: پس قاعده مقتضی [تقدیم] قول او

است. و در باب مهر حدیثی در نظر نیست، و هم چنین در کلمات علمائی که سخن ایشان در نظر است تصریحی به این مسأله ندیده ام. هر چند میتوان گفت که از علتی که

مستفاد میشود از حدیث در صورت عکس، ۱ توان گفت که بر وکیل باشد. و این مشکل است.

مسأله ثانیه این است که: هر گاه کسی را چند دختر باشد و تزویج کند یکی از آنها را به شخصی و اسم آن دختر را مذکور نکند، و هم چنین وصفی که ممیز او باشد مذکور

نکند. پس اگر هیچ کدام قصد دختر معینی را نکنند، یا یکی قصد کند یکی از آنها را و دیگری قصد کند غیر او را، عقد باطل است. زیرا که تعیین زوجه شرط است در صحت عقد. و هم چنین باطل است هر گاه هیچ يك از آنها ندانند که آن دیگری قصد کدام را

۱ - مقصود صحیحهء ابو عبیده و روایت عمر بن حنظله است که در صورت عکس (انکار زوج توکیل را) بحث گردید.

کرده. و هر گاه قصد کند زوج نکاح هر کدام را که پدر تعیین کند (هر چند هیچ کدام را
 نشناسد) اظهر صحت عقد است. چنان که در تذکره تصریح کرده. و هر گاه هر دو
 قصد
 یکی معین را کنند جزما صحیح است. و اما هر گاه بعد از عقد اختلاف کنند که
 عقد بر
 کدامیک واقع شده - به این معنی که هر دو قائل اند که در حین عقد مقصود هر دو
 دختر
 معینی بود در نزد هر دو، و لکن اختلاف کنند که آیا هنده بوده یا عمره - پس در
 این
 مسأله خلاف است. این ادیس قائل شده است به بطلان (و تابع او شده شهید ثانی)
 که
 سبب عدم تعیین زوجه. و اظهر و اشهر صحت عقد است و این که مقدم می دارند
 قول پدر را
 با یمین، هر گاه زوج آن دخترها را دیده باشد. و دلیل ایشان صحیحه ابو عبیده است
 (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن رجل كانت له ثلاث بنات ابكار فزوج احدا هن
 رجلا و لم
 یسم التی زوج للزوج ولا للشهود وقد كان الزوج فرض لها صداقها، فلما بلغ ادخالها
 علی
 الزوج، بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة. فقال الزوج لا بیها: انما تزوجت منك
 الصغیرة
 من بناتك. قال: فقال ابو جعفر - ع - : ان كان الزوج راهن کلهن و لم یسم له
 واحدة منهن
 فالقول فی ذلك قول الاب، و علی الاب فی ما بینه و بین الله ان یدفع الی الزوج الجاریة
 التی کان نوی ان یزوجها ایاه عند عقدة النکاح، وان کان الزوج لم یرهن کلهن و لم
 یسم
 له واحدة منهن عند عقدة النکاح فالنکاح باطل) ۱.
 و محقق و علامه حمل کرده اند این حدیث را بر این که (هر گاه زوج آنها را دیده
 است و
 قبول کرده است نکاح آن را که پدر ایجاب عقد او کرده، پس راضی شده است به
 عقد
 آن که پدر تعیین او کرده. پس گویا پدر را وکیل کرده است. پس رجوع میشود در
 تعیین

به قول پدر، زیرا که امری است که به غیر او کسی نمداند. و هر گاه امر را به پدر
و انگذاشته و قصد شخص معینی را نکرده، پس نکاح باطل خواهد بود). و شهید ثانی
(ره)

رد کرده است این سخن را به این که: رؤیت آنها مستلزم تفویض امر به پدر نیست،
و عدم

رؤیت هم مستلزم عدم تفویض نیست. بلکه هر يك از رویت و عدم رؤیت اعم است
از

تفویض و عدم تفویض. و رؤیت شرط صحت عقد نیست. و روایت مطلق است و
دلالتی بر

تفویض ندارد. پس باید به ظاهر آن عمل کرد. چنان که شیخ و اتباع آن کرده اند. و
یا طرح

کنند، چنان که ابن ادریس کرده، و این اولی است - تا اینجا کلام شهید ثانی است.

۱ - وسائل: ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۱۵ ح ۱.

و آنچه به گمان حقیر می رسد این است که مراد از (ر آهن) در حدیث محض دیدن به

چشم نباشد. بلکه کنایه است از معرفت حال بنات في الجملة، هر چند به همین قدر باشد که می داند که سه دختر دارد یکی بزرگ و یکی کوچک و یکی وسط. که این قید از

برای تصحیح عقد باشد و عقد هم با وجود عدم تسمیه یکی از آنها قابلیت تعیین داشته

باشد، مثل (زوجتك ابنتی)، که چون (اضافه) ظاهر در (عهد) بلکه حقیقت در آن است

دلالت بر تعیین دارد (بخلاف این که بگوید: زوجتك بنتا من بناتی). پس در این صورت

چون پدر ایجاب عقد میکند و امر ایجاب با او است و او اعرف است به آنچه قصد کرده، پس قول اب مقدم است، چون در معنی منکر است. هر چند قبول هم از فعل زوج است

و او اعرف است به قصد خود و لیکن چون ایجاب مقدم است بر قبول پس التفاتی به جانب قبول نمیشود مادامی که فارغ نشویم از تحقق حال ایجاب.

پس گویا کلام مبتنی بر این معنی باشد که قول منکر مقدم است نه از راه این که از راه تفویض امر است به پدر، که قابل منع باشد [به این] که رؤیت بمجردها دلالت بر تفویض نمیکند. پس بنابر این محتاج به یمین خواهد بود. و حدیث هم منافاتی با قواعد

و اصول ایشان نخواهد داشت. و به هر حال ترك عمل به حدیث صحیح معمول به اکثر

اصحاب، به غایت مشکل، و حمل آن بر تفویض امر به پدر هم مشکل است. پس اولی

عمل به مقتضای حدیث است با حمل (راهن) بر معنی (عرفهن في الجملة). هر گاه این را دانستی مرویم بر سر سؤال و می گوئیم که: ظاهر این است که این از فروع مسأله دوم نیست. زیرا که مفروض این است که عقد را پدر نکرده و اذن از

دختر گرفته شده و تعیین شخص هم شده، به سبب اذن گرفتن از آن دختر معین. زیرا که مراد از تسمیه در حدیث تعیین بر وجهی است که ممیز باشد از غیر هر چند به خصوص اسم بردن نباشد. با وجود این که در اینجا فاطمه نام هم مذکور است.

و داخل مسأله اولی بودن معلوم نیست. زیرا که از سؤال معلوم میشود که دختری را که مخواستہ بگیرد بالغه رشیده بوده و موقوف بوده است عقد او بر اذن

خواستن از آن. و از ظاهر سؤال معلوم میشود که مسامحه در توکیل شده، یا وکیل مسامحه در مقتضای نفس معنی و کالت کرده قطع نظر از مخالفت مقتضای وکالت صحیحه. زیرا که ظاهر سؤال این است که زوج به کسی گفته که برو (دختر فلانی را که به من وعده کرده بعد از حصول رخصت از او، از جانب من قبول نکاح کن). و در این

مقام بر او لازم است در تصحیح توکیل، این که بیان کند از برای وکیل که (فلان دختر

خود را که هشت نه ساله است به من وعده کرده، و به این وصف است و به این اسم، او

را از برای من قبول تزویج کن). [زیرا] در صورت توکیل در عقد زن معین لازم است

تعیین آن زن از برای وکیل به نحوی که اشتباه نباشد.

و هم چنین در عمل کردن به مقتضای وکالت لازم است که بر وکیل ثابت و معین شود که این شخص که اذن داد همان است. و در اینجا وکیل مسامحه کرده و به

محض

اقرار زنی او را عقد کرده. پس اگر ۱ موکل متوجه تعیین موکل فیه نشده و مسامحه کرده،

پس توکیل باطل است. و هرگاه کرده و وکیل تعیین نکرده و نشناخته که این همان است قبول نکاح کرده، پس وکالت بوجه صحیح به عمل نیامده. و در هیچ يك از

این دو

صورت عقد وکالتی به عمل نیامده و فضولی است.

و اما صورت مسأله اولی آن است که توکیل بر وجه صحیح شده باشد و وکیل هم در

صورت وکالت صحیح بر عقد زن معین، عقد کرده است. و هرگاه مفروض این باشد در

صورت سؤال که زوج تعیین کرده زوجه را بر وجهی که اشتباه نباشد و با وجود علم رفته

دیگری را عقد کرده، پس آن داخل مسأله اولی میشود. و حکم همان است که مذکور

شد. و لکن آن عبارتی که در سؤال از زبان زوج نوشته که (من به گمان این که تو آن دختر

کوچکی، قبول کردم و اگر بدانستم توئی قبول نمیکردم) مطابق مطلب نمیشود. و ظاهر این است که مراد او این است (من کسی را که وکیل کرده بودم در قبول به

اعتقاد

گرفتن خواهر تو وکیل کرده بودم، و اگر بدانستم که تو را به وکیل منماینده، یا او

قبول عقد تو را از جانب من میکند، او را وکیل نمیکردم).

به هر حال ظاهر سؤال (به قرینه اول و آخر آن) از مسأله اولی میشود. بعد از قسم

خوردن زوج، عقد باطل است. و مهر را باید وکیل به زوجه بدهد. بلی اگر وکیل
مغرور
شده باشد - مثل این که شهود تعریف، معلوم شود که دروغ گفته بوده اند - وکیل
متواند
که رجوع کند به آنها. چون در اینجا سبب اقوی از مباشر است، به سبب غرور. و
همچنین هر گاه معلوم شود که زوجه خود تزویر کرده. و اما هر گاه غرور وکیل به
سبب
جهل خود او بوده در تحقیق معنی توکیل، [لذا] تعیین موکل فیها نکرده. یا در حین

۱ - در نسخه: پس یا...

قبول با عدم علم به آن که این همان است بوجه شرعی قبول کرده، پس آن منشأ رجوع

به غیر نمیشود. چون خود در اصل مسأله شرعیه مقصر است که معنی و کالت را نفهمیده و کیل شده است، و خود باعث نقصان خود شده. این نهایت کلام است در

این که این سؤال را از فروع مسأله اولی کنیم.

و لکن میتوان گفت که: منتهای آنچه از موکل ناشی شده این است که شخصی را و کیل کند در قبول تزویج آن دختری که معهود است میان زوج و پدر زوجه، و از برای او

جایز است قبول نکاح از کسان زوجه هر يك از آنها ادعا کنند که مأذونیم از جانب او که

عقد کنیم برای زوج. پس [در] حقیقت دعوی زوجه با و کلای خود [او] میشود، و تقصیر

از آنها ناشی شده و از پدر او. که به او گفته اند که (فلانی تو را میخواهد و کیل کن تا تو

را عقد کنیم برای او). پس تقصیر را آنها کرده اند که بدون اذن زوج او را عقد کرده اند و

بر و کیل زوج چیزی لازم نیست، به جهت این که صحیح است قبول به محض ادعای عاقد

و کالت را از جانب آن دختر معهود. چون عمل مسلم محمول بر صحت است. والحال اشکال در این است که بعد از انکار زوج و بطلان عقد آیا بر و کیل های

زوج لازم است صداق یا نه. و دلیل در این معنی در نظر نیست، و خلاف قاعده است. و در

و کیل زوج به سبب این روایت ها از قاعده بیرون رفتیم. و در اینجا چیزی نیست که تخصیص قاعده بدهد

و حاصل جواب از سؤال این است که: بعد از انکار زوج و قسم خوردن، عقد باطل است، و صداق هم از برای او نیست به هیچ وجه.

۳۴۴: سؤال: هر گاه مورثی وفات نماید، و مهر زنش معلوم نباشد که چند است. و ورثه قبول داشته باشند که این مهوره است. چه باید کرد؟

جواب: هر گاه زوجه یا وارث او ادعای مهر مسمی کنند و بینه نباشد، زوجه بعد از قسم خوردن بر بقای مهر در ذمه زوج، مستحق مهر المثل است، علی الاظهر. مگر این که

ادعای کمتر از مهر المثل کند، که در آن وقت مستحق همان مقدار است که ادعا میکند.

۳۴۵: سؤال: هر گاه شخصی در هر ماهی هشت ده یوم متوالی هر یومی در دو سه بار و هر باری به مقدار يك ساعت، گاهی کمتر و گاهی بیشتر، غش کرده و بی هوش

شده. و بعد از انقضای يك ساعت یا بیشتر به هوش آمده شخص صحیح میباشد. آیا به

همین قدر میتوان حکم به جنوان او کرد؟ و زوجه دائمه مدخوله وی که در مدت ده سال

مثلا با همین ناخوشی او در خانه او بوده، حال به مجرد فهمیدن این که جنون سابق بر

عقد موجب فسخ نکاح است، متواند که فوراً فسخ نکاح نموده شوهر دیگر اختیار نماید؟ یا این که طیب حاذق باید تشخیص بین جنون و اغما داده حکم به جنون شخص

مزبور نماید تا زوجه مزبوره قادر بر فسخ گردد؟. و در صورت حکم به جنون، در حکم به

انفساخ، حضور و وجود حاکم جامع شرایط فتوی هم شرط است یا نه؟
جواب: محض اغما جنون نیست. و جنونی که موجب فسخ میشود جنونی است که قبل از عقد بوده. و جنون حادث بعد از عقد که موجب فسخ میشود جنونی است که

به سبب آن اوقات صلاة را نشناسد. و بعد از ثبوت جنون، فسخ زوجه موقوف به حضور

حاکم نیست. و خیار فسخ فوری است مگر در صورت جهل به خیار یا به فوریت آن.

۳۴۶: سؤال: زینب و هند هر دو زوجه زیدند. و قبل از این هند صیغه خوانده طفل صغیر عمرو بوده به عقد متعه به جهت محرمیت. بعد از انقضای مدتی شوهر نمود به زید

به عقد دوام. حال که زینب که زوجه دیگر زید است شیر داده است به طفل عمرو که قبل

از این هند معقوده آن [طفل] بوده، و به حد رضاع شرعی شیر داده است. آیا شیر دادن

زینب بر این [طفل بر] هند ضرر دارد الحال که زوجه زید است، یا نه؟

جواب: اولاً این که عقد متعه محض به جهت محرمیت پدر یا مادر - مثل این که صغیره

را يك ساعت عقد کند از برای محرمیت مادر او، یا ضعیفه [ای] را از برای صغیری عقد

کنند به جهت محرم شدن بر پدر - که به هیچ نحو تمتعی از آنها متصور نباشد، صحت آن

معلوم نیست، و ترتب آثار بر آن دلیلی ندارد. هر چند احوط عمل به مقتضای آن است.

پس اگر فرض کنیم که عقد متعه بوجه صحیحی بوده ۱ و الحال زینب از شیر شوهر خود

صغیر عمرو را شیر داده که این صغیر شوهر هند بود. پس ظاهر این است که هند بر شوهر خود حرام مشود. به جهت آن که معقوده فرزند نسبی بر پدر حرام است. پس ارتضاع هم حرام خواهد بود و (الرضاع یبطل النکاح سابقا کما یحرم لاحقا) و از جمله فروع این مسأله است که شخصی زنی داشته باشد مرضعه، و زنی دیگر عقد کند صغیره رضیعه، و بعد عقد، کبیره صغیره را شیر بدهد از شیر شوهر خود، عقد هر دو باطل، و محرم ابدی میشوند. چون کبیره مادر زن او میشود و صغیره دختر زن

۱ - فرضا بر اساس فتوای مجتهدی انجام یافته که چنین عقدی را صحیح میدانست.

او. و مادر زن بر شوهر حرام است مطلقا، و دختر زن هم بر شوهر مادر او حرام است - به

شرط دخول - ابداء. و بدون دخول، جمعا. و گاه است که کسی توهم کند که: متبادر از

(معقوده پسر) آن است که (پسر بالفعل) باشد حین العقد، هر چند در حبائل عقد ثانی

نباشد. پس این داخل نیست. چون پسر بودن، بعد عقد حاصل شده به سبب رضاع. و این مندفع است به این که: در باب الحاق رضاع لاحق اکتفا به همین قدر میکنند. چنان که در حرمت دختری که مادر او شیر بدهد فرزند دختر را، حکم کرده اند به حرمت

دختر به شوهر [ش]. به جهت ادخال آن در (نکاح ابی المرتضع در اولاد صاحب لبن، و

حال آن که ابی المرتضع بودن، بعد نکاح حاصل شده. چون پیش از آن مرتضع مفقود بود.

و تضایف، فرع وجود منتسبین است.

۳۴۷: سؤال: زید دختری را که (تخمینا) هشت سال، یا نه سال داشته به عمرو نموده که عمرو آن دختر را به نکاح خود در آورد. و بعد دختر دیگر فاطمه نام را که

(تخمینا) سی چهل سال داشته به جهت عمرو عقد نموده. و عمرو فاطمه را رؤید کرد دید که آن نیست که سابق به او نموده بوده اند. و الحال فاطمه مدعیه است که (من زن

تو مباشم به علت آن که از من اذن خواستند به جهت تو و مرا عقد کردند). و عمرو

مگوید که (من به اعتقاد آن که تو آن دختر هشت نه سال هستی قبول کردم تو را به عقد، و الا قبول نمکردم). بیان فرمایند که مدعی و مدعی علیه کدام است؟ و حکم شرعی آن چه چیز است؟ و قسم متوجه زوج است یا زوجه؟
جواب: زوجه مدعیه است و زوج مدعی علیه. و با فقد بینه زوج باید قسم یاد کند که

(من کسی را در عقد تو وکیل نکرده ام و قبول عقد تو نکرده ام). و ظاهر این است که

صدیقی هم بر زوج نیست، و نه بر وکیل زوجه و نه بر وکیل زوج در قبول عقد. بلی اگر

زوج وکیل کرده باشد احدی را که (دختر کوچک عمرو را برای من تزویج کن)، و

وکیل
برود و دختر بزرگ او را تزویج کند و بعد از آن که زوج مطلع شود انکار کند و
قسم یاد
کند، در آنجا اظهر این است که بعد از حکم به بطلان عقد لازم است بر وکیل زوج
که
نصف صداق را تسلیم زوجه کند. و اما هر گاه وکلا زوجه بگویند که ما وکیلیم از
جانب
همان دختری که زید وعده کرده بود به زوج، و صیغه ایجاب بگویند و وکیل زوج
به همان
ادعا قبول تزویج کند، در اینجا معلوم نیست که بر وکیل لازم باشد چیزی از مهر و
نه بر
وکلائی زوجه.

۳۴۸: سؤال: در نکاح متعه اتصال به زمان اجرای صیغه، شرط است یا نه؟ و در صورت عدم اشتراط زن میتواند در بین آن متعه دیگری شود یا نه؟ و هبه جز اول مدت به شرط بقای جز آخر آن بر حالت خود، صورت دارد یا نه؟
جواب: اظهر و اقوی اشتراط اتصال مدت است به زمان عقد. و اطلاق عقد منصرف به اتصال میشود. و در صورت تصریح به انفصال، اظهر بطلان عقد است. و تحقیق این

مطلب را در کتاب مناهج الاحکام کرده ام و هبه جز اول به شرط بقای جز آخر جایز نیست. و ظاهر این است که اصل هبه مدت به این شرط، باطل باشد. پس نکاح بر حال

خود باقی خواهد بود در تمام مدت.

۳۴۹: سؤال: شخصی دو زوجه دارد. و هر يك را که از روز اول به خانه آورده قرارداد جا و مکان جدائی داده. و حال زوج به زوج به زوجه آخری مگوید (آن روز که بنای جا و مکان جدائی گذاشتم آن روز قوه گذرانیدن دو خانه جدا را داشتم و حال زوجه ها باید

در يك جا و يك مکان با یکدیگر سازش نمایند). و زوجه مگوید که (من از آن زوجه

تشویش و بیم جان دارم و با او سازش نمیتوانم بکنم به هر جا که بگوئی بیایم و بروم و

مطیعه و فرمانبردارم و در پیش آن زن نمآیم). و حال به این علت مدت پنج سال است

که زوج نفقه و کسوه به زوجه نمدهد و می گوید تو ناشزه ای. آیا در صورت بیم جان که

یقین دارد که آن زن قصد هلاکت را دارد، میتواند پهلوئی آن زن بنشیند؟ آیا موافق قانون شریعت نبوی (ص) چه صورت دارد؟ کیفیت را مرقوم فرمایند.

جواب: سکنائی که بر زوج واجب است از برای زوجه، باید در خور زی و حال و تعارف زوجه باشد. و زوجه را مرسد که مطالبه سکنائی علی حده کند که به غیر

زوج

کسی در نزد او نیاید. خواه خبوی او باشد خواه اقارب زوج و خواه غیر آنها. و زوج نمیتواند او را الزام کند که با خبوی خود در يك خانه به سر ببرد. خصوصاً با بیم هلاک.

و به هر حال یا حصار جدائی باید باشد هر گاه زوجه اهل این معنی باشد، یا يك حجره

معینه در حصاری که مرافق علی حده داشته باشد، یعنی راه آمد و شد آب و خلا و غیره هر گاه به همین قدر کفایت شود. و اقل مراتب این که حجره علی حده داشته باشد.

و بهانه زوج که (من طاقت اخراجات علی حده ندارم چون در سر يك سفره نان خوردن خرج آن کمتر است ممکن است، اما دو جا کردن مقدور من نیست) هر گاه این

عذر واقعی است منتهای آن این است که با وجود عجز زوج از جدا کردن، این زوجه

مستحق آنچه به او مرسد از نفقه ما بین زوجین، بگیرد و باقی را مطالبه نکند. نه این که

باید متحمل مجاورت خبو بشود که او يك خرج مکشد. هر گاه زوجه خود مسکنی دارد، یا به خانه پدرش باشد، یا به خانه عاریه (به جهت آن که زوج نمیتواند مکان جدایی

تعیین کند) و اما مطیعه است و از هیچ راه دیگر نشوزی ندارد، و شوهر هم هر وقت خواهد میتواند استمتاع کند، پس به مجرد این که مگوید بیا پهلوئ خبونشین و او نیاید، ناشزه نیست و نفقه او ساقط نمشود. بیش از این نیست که تفاوتی که در جدائی

خرج است مطالبه نتواند کرد مادام العجز.

پس به این جمع مشود ما بین ادله مثل (اسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم ولا تضاروهن لتضیقوا علیهن) ۱ و (عاشروهن بالمعروف)، ۲ و ما بین آنچه دلالت میکند بر

وجوب اطاعت زوجه در سکنی وعدم خروج بدون اذن زوج. وبالجمله با عجز از

خرج
[اگر] راضی مشود که جای او جدا باشد، خصوصاً هر گاه در همان حصار زوج باشد،

یا خانه دیگر او باشد و جدا بنشیند، منشأ نشوز نمشود، و نفقه ساقط نمشود.
۳۵۰: سؤال: ضعیفه قليلة السن را شوهر او فریفته باشد بدون اطلاع والدین او که (مهر خود را بر من حلال کن به این شرط که تو را به کربلای معلی ببرم) همچنین ابرائی صحیح است یا نه؟

جواب: هر گاه زوجه غیر رشیده است تصرف او در صداق صحیح نیست. و هر گاه رشیده است و ابرا را معلق به شرط کرده است ظاهر عدم براءت است هر چند شرط را به

عمل آورد. چون ابرا قابل تعلیق نیست. بلی هر گاه صداق عین باشد وهبه معوضه کرده

باشد و عوض هم به عمل آمده باشد، صحیح است و لازم است. و هم چنین هر گاه صلح کرده باشد.

۳۵۱: سؤال هند که در حبالة زوجیت زید بوده، حملی به هم رسانیده. و در حضور جمعی اقرار نماید (بدون اکراه و اجبار) که من زنا به عمرو داده ام و حمل مذکور به جهت

زنائی است که به عمرو داده ام. و مدتی از این گذشته فارق العنان گردیده و خود را

به
نکاح عمرو زانی مزبور در آورده. حاکم شرع مطلع گردیده و در نزد او ثابت
گردیده اقرار

۱ - آیه ۶ سوره طلاق.
۲ - آیه ۱۹ سوره نساء.

هند و هم چنین مکره نبودن در اقرار مزبور، حکم به تفریق نمود. هند مرقومه مدعیه شد

که اقرار من از راه خوف بوده. آیا در این صورت تفریق نمودن واجب و لازم است؟ و بر

عمرو زانی، هند زانیه حرام مؤبد مشود یا نه؟ و تا این که خلاف آن به عنوان قطع مشخص نشود تفریق مجتهد منتقض مشود یا نه و تا آن که جزم به خطای حکم حاصل

نشود راهی دارد ادعای صغیفه مزبور یا نه؟ چون خود اقرار نموده و بر مجتهد عادل اقرار او ثابت شده و حکم به تفریق شده در حینی که در حباله زوجیت زید بوده اقرار به

زنا دادن به عمرو زانی نموده و این که حمل مزبور را از عمرو به هم رسانیده. و بعد از [این که] فارق العنان گردیده صدق و رسد ارثیه اش [را] از اموال زید مذکور از

تمه اولادش که از زید داشته و دارد، مطالبه منماید. آیا در این صورت زن و شوهری،

صورتی دارد با این گزارش ها؟ یا نه؟ و بدون ثبوت و یاد نمودن قسم استظهاری، میتواند برداشت مهر خود را یا نه؟ و نقصانی به جهت زنا دادن به عمرو با وجود حباله زوجیت، به مؤمی الیها مرسد و تخفیفی به هم مرساند حقوق وی یا نه؟ و مدعیه نیز میباشد که (یک طفل من که از جمله اولادی بود که از زید داشتم قبل از فارق العنان شدن و (کذا) از موت زید، متوفی شده، رسد ارثیه طفل را هم (مخواهم).

آیا بدون ثبوت تأخر تسلط دارد یا نه؟

جواب: نفهمیدم راه تفریق حاکم شرع را. هر گاه مجتهد عادل جامع شرایط حکم و فتوی باشد و حکمی بکند، جایز نیست نقص آن، مادامی که قطع به بطلان آن حاصل

نشود. و لکن نظر به صورت سؤال از برای این حکم وجه صحیحی نمیدانم. زیرا که بنابر

صورت سؤال حکم حاکم به تفریق منوط به ثبوت اقرار هند است به زنا با عمرو در حالی

که زوجه زید بوده. و آن اقرار مرکب است از (اقرار بر نفس) و (اقرار بر غیر) که عمرو باشد

هر چند ثمره آن بعد از مفارقت از زید حاصل مشود. بنابر این در ظاهر شرع مانعی برای عمرو نیست در تزویج او، چون اقرار او به زنا ثابت نشده. پس این عقد عمرو

در ظاهر شرع محکوم است به صحت. چون مفروض این است که دعوای ما بین زوجین هم متحقق نیست و عمرو مدعی صحت است، و هند هم مدعی مکرهه بودن در اقرار، است.
پس باقی ماند کلام در این که احدی حسبنا از راه نهی از منکر مدعی بطلان عقد شود به تقریب اقرا زوجه (یا مدعی علم زوجه شود به حرمت عمرو بر او) و خواهد او را از حرام باز دارد. گو بر عمرو در ظاهر شرع حرام نباشد. و هم چنین مدعی حسبی اقامه شهود

بکند در نزد حاکم یا آن که شهود خود حسبنا اقامه شهادت کنند در نزد حاکم به
حجت
از احوه منکر. و گوئیم که شهادت قبل از طلبیدن حاکم صحیح است خصوصاً در
حقوق
الهیة یا مشترکه بینها و بین حقوق الناس (چنان که ظاهر این است) و به این سبب
حاکم
هم قبول شهادت کند.

و لکن در این صورت دو سخن در میان مآید: یکی این که زوجه ادعا بکند که (من
مکرهه بودن در اقرار). و این دعوی نه از باب دعوائی است که مسموعه نباشد و از
قبیل
(ادعادی عدم قصد به مدلول) نیست که نشنوند از عاقل. هر چند آن هم در بعضی از
صور

مسموع است و باید ملاحظه دعوی جدیده را کرد و به بینه و یمین طی کرد. اما در
اینجا
در صورت سماع این دعوی نمدانم حاکم باید قسم بخورد یا شهود؟ یا زوجه؟ بر
حاکم

و شهود که قسم متوجه نمیشود و راهی ندارد. و ضیعفه هر گاه قسم بخورد که (من
مکرهه بودم) - بر فرضی که بگوئیم قسم متوجه او میشود - دیگر راهی برای تفریق
نیست. و بر فرضی که بگوئیم که شاید حاکم یا مدعی حسبی به بینه اثبات کنند
عدم

اگره را بر وجهی که نفی را به صورت اثبات در آورند. در این وقت پای سخن دوم
از آن دو
سخن در میان مآید، و اشاره به آن خواهیم کرد.

سخن دوم آن که: بر فرض ثبوت اقرار زوجه و عدم سماع دعوی مکرهه بودن، یا
ثبوت مختاره بودن در اقرار. این معنی بیش از این افاده نمکند که زوجه مزبوره بعد
از

مفارتت زید نمیتواند به عمرو شوهر کند، و جایز است منع او از ازدواج با عمرو. و
اما

هر گاه مزاجه واقع شد قبل از اطلاع حاکم یا شهود، پس این عقدی است که ما
بین دو

نفر که احدهما مدعی صحت آن است و دیگری هم مدعی بطلان نیست بلکه او هم
مدعی صحت است. پس حکم به تفریق، ابطال حق عمرو است بدون جهت. چون
راه

بطلانی از جانب او ثابت نشده، نه به اقرار و نه به بینه. پس چه مانعی دارد که هر يك از آنها محکوم باشد به حکم خود. چنان که در بسیاری از مسائل شرعیه اتفاق مافتد. و بالجمله منتهای آنچه در این مقام متوان گفت این است که بعد از ثبوت اقرار ضعیفه در نزد حاکم، دیگر آن ضعیفه قادر بر ایجاب نیست. یعنی ایجابی که مثمر ثمر میباشد. پس قبول هم بر آن مترتب نمیشود زیرا که آن فرع صحت ایجاب است، پس صحت نسبت به زوج هم معنی ندارد. و حاصل جواب این است که: اولاً سلمنا که بدون ادعای اکراه علمی برای حاکم به هم

نرسیده بالفرض وضعیفه دعوی جدیده میکند و هر گاه حاکم خواهد مدعی او شود، چگونه میتواند شد و حال آن که مفروض این است که علم برای او حاصل نیست. و اهل

حسبه را نشاید که منکر را به بینه یمین بر مرتکب آن اثبات کنند تا نهی از منکر کنند.

با وجود این که (مکره بودن) امری نیست که به بینه توان اثبات کرد. و قسم خوردن برای

حاکم یا مدعی حسبی هم راهی ندارد. و هم چنین قسم دادن. منتهای امر این است که

ضعیفه را قسم بدهند و بعد قسم، دیگر سخنی باقی نمماند. و ثانیاً: غایت آنچه مسلم است از آنچه به نزد حاکم ثابت شده (ممنوع بودن زوجه است از ایجاب) و آن دلالت ندارد بر عدم ترتب اثر بر آن، به سبب احتمال اکراه و کذب

در اقرار، و وقوع عقد در حال نسیان از اقرار.

و به هر حال هر گاه عقدی واقع شده و محتمل است که بر وجه صحت باشد ثابت شدن اقرار کذائی در نزد حاکم بعد وقوع آن، چگونه مخرب آن میتواند شد. و حال آن که

از جانب زوج اقراری نیست و بر وجه صحیح شده. و بر فرضی که بر طرف زوجه ایرادی

لازم آید مستلزم ایرادی بر زوج نیست و آن متمسک میشود به (اصالت صحت) و حکم

ظاهری زوجه، حکم نفس الامری زوج را باطل نمیکند زیرا که عقد زوج نسبت به او در

ظاهر محکوم به صحت نفس الامری است تا خلاف آن ثابت شود. پس مگوئیم که حکم

حاکم بیش از حکم ظاهر شرع افاده نمیکند.

پس اگر زوجه میان خود و خدا مداند که زنا واقع نشده و آن اقرار بر سبیل اکراه بوده، پس در نفس الامر حرجی بر او نیست در متابعت و اطاعت زوج در جماع بعد از

حصول علم به مسأله پس زوج را مانعی در استمتاع از او نیست در ظاهر شرع و در باطن

نیز اگر زنا واقع نشده. و الا بر او هم در باطن حرام است. و لکن تفریق در ظاهر شرع

نیز اگر زنا واقع نشده. و الا بر او هم در باطن حرام است. و لکن تفریق در ظاهر
شرع بدون حجت صورتی ندارد. خلاصه این که به مجرد ثبوت اقرار در نزد حاکم، حکم
به
تفریق نمیتوان کرد. و ظاهر این است هر گاه متمسک حاکم همین معنی است، نقض
آن حکم هم جایز باشد. بلی اگر حاکم علم به وقوع زنا حاصل کرده باشد و به علم
خود
عمل کرده باشد، اظهر صحت حکم است و نقض آن نمیتوان کرد. و لکن چندین
استفتا که در این مسأله به اینجا آورده اند در هیچ یک این معنی مذکور نیست.
و اما سؤال از مهر و میراث بردن هند از زید، که آیا آن زنا کردن منشأ تغییری در
حکم مهر و میراث میشود یا نه؟ - پس جواب این است که این معنی موجب فرقی

نمیشود. و حکم مهر و میراث و طریق اخذ مهر به طریق سایرین، واجب است. و اما ادعای میراث طفلی که مدعیه است که بعد از فوت زید مرده است: پس آن محتاج است

به اثبات، و به محض ادعا نمدهند.

۳۵۲: سؤال: زید از بلد بعید مآید از جانب زینب، و عمرو از جانب بکر که قبول کند. و صیغه خوانده شود. صحیح است یا باطل؟ و بر فرض صحت، این عقد فضولی

است و تکیه بر اجازه است؟ یا وکالتی؟ و حال آن که وکالت ثابت نمیشود الا به شهادت عدلین.

جواب: ظاهر این است که عقد وکالتی است به ادعای دو مسلم که مگویند (زوجین شما را وکیل کرده اند که صیغه بخوانید). یا (ما را وکیل کرده اند که شما را

وکیل کنیم در اجرای صیغه). پس بنا بر این فضولی محض نیست. بلکه اجرای صیغه بر

وجه وکالت ادعائی است. خواه بگوئیم که موجب و قابل وکیل اند از جانب وکیل ادعائی، یا از اجانب زوجین به واسطه آن وکیل ها. پس در این صورت هر گاه زوجین

تصدیق توکیل کردند، عقد صحیح و لازم است. و هر گاه انکار کردند، قول ایشان مسموع است با یمین. و هر گاه احدهما تصدیق کند دون دیگری، آن هم به مرافعه ما بین

آنها طی میشود. پس صحت و بطلان عقد موقوف است به تصدیق و تکذیب موکل در

توکیل. نه بر اجازه و عدم اجازه آنها. بلی اگر انکار توکیل کنند و لکن اجازه کنند عقد

را، ظاهر این است که صحیح باشد از راه فضولی، و منافات ندارد با ایقاع عاقدین عقد را

به قصد وکالت ادعائی.

و اما آنچه گفته اند که (توکیل ثابت نمیشود الا به شهادت عدلین) هم منافات ندارد با جواز عمل بر وفق وکالت ادعائی، بلکه آن از برای ثبوت دعوی است در صورت تنازع و

تجاذب، نه مطلقا. چون ظاهر این است که خلاف ندارند در (جواز عمل بر وفق وکالت

ادعائی با بقای غایب بر حجت خود). پس شرط شهادت عدلین از برای ثبوت مطلب است در صورت عدم تصدیق. و اما این که آیا مطلق شهادت عدلین کافی است در ثبوت یا

باید منضم به حکم باشد؟ هر چند آخوند ملا احمد اردبیلی (ره) در اشتراط آن اشکال

کرده، و لکن ظاهر کلام علما این است که شرط دانسته اند حکم [را و بدون] آن [نزاع]

رفع نمیشود. ۱ پس خوب نیست اشکال در آن.

۱ - عبارت نسخه: ... دانسته اند حکم رفع آن نمیشود.

و این که در رؤیت هلال، فتوای معظم علما بر عدم اشتراط حکم حاکم است، پس ظاهر این است که نظر ایشان به این باشد که اخبار بسیار دلالت میکند بر وجوب صوم یا افطار به شهادت عدلین. با آن که در آنجا نزاع و خصامی نیست که محتاج به حکم حاکم باشد. بلی گاه است که بالتبع در آنجا هم محتاج شود به حکم حاکم هر گاه رفع نزاعی بر آن مترتب شود. مثل این که نزاع در حلول اجل معامله باشد و موقوف باشد به ثبوت رؤیت هلال.

۳۵۳: سؤال: زید زینب صغیره را بدون اذن ولی عقد میکند برای خود. و صغیره که مطلع میشود ابا میکند. بعد از آن مادر صغیره را عقد میکند و متصرف میشود. و الحال حامله است و صغیره هنوز به حد رشد نرسیده. حکم این عقدها چه چیز است؟ و

حال آن ولد چگونه است؟ و کیفیت استیفای صدق چه نحو است؟
جواب: در صورت مذکوره عقد صغیره فضولی است. و اجازه و عدم اجازه او در حال

صغر اعتبار ندارد. پس اگر بعد از بلوغ و رشد اجازه کرد، صحیح است. و هم چنین هر گاه

بالغه شود با عدم رشد و حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) اجازه کند. و هر گاه اجازه متحقق نشده، عقد باطل میشود. و اما عقدی که زید بر مادر او کرده در حال صغر یا بعد از

بلوغ و عدم رشد، و عدم اجازه حاکم شرع پس آن عقد باطل است و باید تفریق کرد چون

زوج به اعتقاد خود - یعنی به سبب آن عقد صغیره از برای [خود] - مادر صغیره مادر زن

او است، و عقد مادر زن حرام است. خواه دخول به زن شده باشد یا نه. پس باید انتظار

بکشد تا صغیره بالغه و رشیده شود. پس اگر بالغه و رشیده شد و اجازه عقدی که بر او

شده نکرد - یا بالغه شد و رشیده نیست و حاکم شرع هم اجازه نکرد - پس ظاهر این

است مجدداً آن مادر را به عقد جدید متواند گرفت. و به عقد سابق اکتفا کردن
مشکل
است، بلکه صورتی ندارد.
و اما هر گاه بعد از بلوغ و رشد اجازه کرد - یا با عدم رشد، حاکم شرع اجازه
کرد - در
این صورت آن مادر بر آن شوهر حرام ابدی است و هرگز بر او حلال نمیشود. هر
چند
دختر هم بمیرد. و در صورت حصول اجازه دختر مستحق مهر مسمی فی العقد
است.
و اما مادر: پس اگر با علم به حرمت شوهر کرده و دخول با علم به حرمت به آن
شده،
مستحق مهری نیست و اگر با جهل به حرمت بوده، به سبب دخول مستحق مهر
المثل
است.

و اما فرزند پس اگر طرفین عالم بوده اند به حرمت دخول، آن فرزند ولد زنا است و ملحق به هیچ کدام نمیشود.

و اگر هر دو جاهل بودند، فرزند ملحق به هر دو میشود. و اگر احدهما جاهل بوده

و دیگری عالم، فرزند ملحق به جاهل میشود، نه عالم.

۳۵۴: سؤال: شخصی از برای ولد سفیه خود صبیبه شخصی را به عقد در آورد. و سفیه مزبور او را تصرف نموده. تا يك سال قرار و آرامی داشته، و بعد زوجه خود را وا گذشته رفته است. والحال دو سه سال است که مفقود الخبر است و معلوم نیست به

کجا رفته است. و زوجه مزبوره در کمال معطلی و اضطراب میباشد. آیا زوجه مزبوره

متواند در خصوص حق الصداق خود رجوع به والد سفیه مزبور نماید یا نه؟ و دیگر بعضی اجناس در حین عقد به رسم تعارف به زوجه مزبوره رد نموده اند از قبیل صندوق و پیه سوز و طاس و آفتابه لگن (و اسباب دیگر که احتیاج به تفصیل نیست)

به زوجه مزبوره داده اند که بالفعل در ید زوجه مزبوره است. آیا تمليك شرعی از برای

زوجه در اسباب مزبوره هست یا نه؟ و آیا زوجه مزبوره را به خصوص نفقه و کسوه سخنی به والد سفیه هست یا نه؟ -

جواب: ظاهر این است که مراد سائل از سفیه مجنون است. و هم چنین ظاهر این است که جنون او متصل به صغر بوده و در چنین صورتی از برای پدر ولایت نکاح هست

بی اشکال. و اما حکایت صداق: پس ظاهر این است که هر گاه پدر از مال خود صداق

نکرده، صداق بر ذمه مجنون باشد، خواه مالی داشته باشد یا نه. و این مانند صغیر نیست که هر گاه پدر زنی برای او بگیرد و صغیر مالی نداشته باشد، صداق زوجه او در

ذمه پدر است. بلی اگر مجنون مالی دارد، زوجه مطالبه صداق خود را از مال او میتواند

کرد. و هم چنین است کلام در نفقه و کسوه که اگر مجنون مالی دارد مطالبه میتواند کرد. و الا فلا.

و اما اشیائی که پدر مجنون از برای زوجه فرستاده و زوجه هم اقرار دارد، یا به ثبوت برسد که آن اموال را به خانه زوجه فرستاده، پس اگر بوجه لازمی منتقل کرده، مال

زوجه است، و الا رجوع متواند کرد اگر باقى باشد آن مال ها. و اين محتاج است
به
مرافعه. والله العالم.

۳۵۵: سؤال: صاحب زوجه دایمه امه را عقد دائم متواند نمود یا نه؟
جواب: اظهر عدم صحت است بدون اذن زوجه حره. و با اذن او صحیح است. و
اظهر این است که اجازه بعد، هم کافی نیست هر گاه به اذن او نبوده، و اجرای
حکم
فضولی در آن نتوان کرد. و ظاهر این است که کنیز را بدون رضای حره به عقد تمتع
هم
نتوان گرفت، نظر به عمومات و خصوص صحیحه محمد بن اسماعیل بن بزیع ۱. و
ظاهر
این است که قائل به فرق، نباشد
۳۵۶: سؤال: زوجه و زوج، غیر امینی را در اجرای صیغه نکاح مأذون منمایند.
اخبار او در اجرای صیغه بعد غیبتهما، مقبول است یا نه؟
جواب: در وکیل عدالت شرط نیست. و بعد علم به جریان صیغه هم اشکالی نیست
در صحت. بلی اشکال در قبول اخبار او است از نکاح و اجرای صیغه. و ظاهر این
است
که جایز است عمل به اخبار او هر چند عادل نباشد. و هر گاه وکیل بگوید صیغه را
خواندم، و موکل منکر باشد قول وکیل مقدم است با یمین.
۳۵۷: سؤال: شخصی دختری گرفت و در شب زفاف. معلوم شد که دختر نبوده،
مستحق تمام مهر است یا نه؟
جواب: اظهر واشهر این است که هر گاه بعد از دخول معلوم شد که با کره نبوده
است قبل از عقد، و زوج هم راضی شود بر نگاه داشتن آن - خواه برای او خیار
فسخ باشد
(مثل این که شرط کرده باشد در ضمن عقد بکارت را) یا نه (مثل این که به گمان
بکارت
گرفته باشد) - زوجه مستحق مهر هست. و لکن چیزی از او کم میشود، و [در]
مقدار آن
خلاف است. و اظهر این است که ملاحظه میکنند مهر المثل چنان زنی را در حال
بکارت و در حال ثبوت، و به همان تفاوت [از] مسمی کم میشود. مثل این که
مهر او
دو تومان باشد و مهر المثل آن با کرتا ده تومان و ثبیا پنج تومان، تفاوت ما بین، پنج
تومان
است که نصف است. پس نصف مسمی که يك تومان است کم میشود.

١ - وسائل: ج ١٤، ابواب المتعه، باب ١٦ ح ١.

(٥٦٨)

۳۵۸: سؤال: زینب خواهر زاده خود حسن را شیر داده با شرایط موجب حرمت. و حال پدر حسن میخواهد که دختر زینب را بگیرد که خواهر رضاعی است مر حسن را. جایز است یا نه؟

جواب: جایز نیست از سه راه: یکی: عدم (جواز نکاح ابی المرتضع فی اولاد صاحب

اللبن) علی الاقوی. دوم: نکاح ابی المرتضع در اولاد نسبی مرضعه. سوم: نکاح خواهر زاده بر خاله بدون اذن خاله، و این در صورتی است که مادر حسن در حال حیات باشد و در حباله باشد.

۳۵۹: سؤال: هر گاه کسی زنی را عقد کند و صدیقی از برای او معین کند از عین یا

دین. و هنوز دخول نکرده آن زن صدیق خود را به شوهر خود هبه کند، یا او را از حق

صدیق ابرا کند، و شوهر او را طلاق بگوید قبل از دخول. حکم آن چه چیز است؟. جواب: ظاهراً خلافی نیست در این که در صورت هبه، زوجه دیگر حقی ندارد و باید

نصف صدیق را هم (علاوه بر آنچه بخشیده) به زوج بدهد. و اظهر واشهر در صورت ابرا

هم این است. و در تحقیق مقام ناچار است از تمهید مقدمه و آن این است که: فقها اختلاف کرده اند در [چگونگی تحقق مالکیت زوجه در مهر. قول مشهور این است که:] زوجه به مجرد عقد مالک مهر میشود بالتمام لکن استقرار تمام آن در ذمه زوج، به دخول حاصل میشود. پس ملکیت زوجه در همه مهر حاصل است لکن در نصف متزلزل است تا این که دخول واقع شود، یا آنچه قائم مقام [دخول] است مثل موت

زوج بنابر مشهور. و ارتداد زوج بنابر قولی. و ابن جنید قائل شده است که زوجه به سبب

عقد مالک نصف مهر میشود، و نصف دیگر را به سبب دخول (و آنچه قائم مقام آن است) مالک میشود.

و اقوی قول مشهور است. دلالت میکند بر او این که صدیق عوض بضع است و مقتضای معاوضه تملك هر يك از طرفین است عوض را، پس چنان که زوج مالک بضع

میشود، زوجه [نیز] مالک مهر میشود. و دلالت میکند بر آن احادیث بسیاری که دلالت دارند بر این که (نمای صدیق مال زوجه است)، و نما تابع عین است. پس باید

عين مال زوجه باشد. و ما یکی از آن احادیث را نقل میکنیم و آن موثقه عبید بن
زراره
است - به سبب عبد الله بن بکیر - (قال: قلت لابی عبد الله علیه السلام: رجل
تزویج امرأة
على مائة شاة، ثم ساق اليها الغنم، ثم طلقها قبل ان يدخل بها و قد ولدت الغنم. قال:
ان

كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف اولادها، وان لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها و لم يرجع من الاولاد بشيء) ۱. و سایر اخبار را در کتاب مناہج نقل کرده ام.

و هم دلالت میکند بر آن اخباری که دلالت بر جواز هبه مهر به زوج خود (یا غیر زوج) قبل از دخول، دارند ۲ - چنان که بعد اشاره به آن میشود - و هبه صحیح نیست مگر در ملک. و هم چنین آنچه در جواز ابرا مهر وارد شده ۳. و هم دلالت میکند بر آن اخباری که دلالت دارند بر وجوب تمام مهر از برای زوجه غیر مدخوله متوفی عنها زوجها ۴، زیرا که کسی نگفته که مرگ سبب وجوب نصف مهر است به این معنی که عقد

نکاح مدخلیتی در آن نداشته باشد. غایت امر این است که ملک متزلزلی به سبب عقد

نسبت به این نصف هم حاصل بود و به سبب مرگ مستقر شد. و اما دلیل ابن جنید: پس این است که: اگر ملک حاصل بود در تمام، بایست مستقر باشد و زایل نشود الا به تقایل شرعی، و ملازمه ممنوع است با وجود آن که ناقل

موجود است. و استدلال شده بر آن به اخبار نیز مثل موثقه یونس بن یعقوب که در آن

مذکور است (لا یوجب الصداق الا الوقاع) ۵. و موثقه محمد بن مسلم (عن الباقر - ع - قال

سألته: متى یجب المهر؟ قال: اذا دخل بها). ۶ و بر اینها وارد است که مراد از ایجاب، الزام است. و آن منافات ندارد با ملک متزلزل

قبل از دخول. و هم چنین جواب از سایر اخباری که به این مضمون است [مثل] صحیحہ ابی بصیر (عن الصادق - ع - [قال] سألتہ عن رجل تزوج امرأة علی بستان له

معروف وله غلة كثيرة، ثم مکث سنين لم یدخل بها ثم طلقها. قال: ینظر الی ما صار الیه

من غلة البستان من یوم تزوجها فیعطیها نصفه ویعطیها نصف البستان، الا ان تعفو فتقبل منه ویصطلحا علی شیء ترضی به منه، فانه اقرب للتقوی) ۷، این صحیحہ به

- ١ - وسائل: ج ١٥، ابواب المهور، باب ٣٤ ح ١.
- ٢ - وسائل: ج ١٥، ابواب المهور، باب ٤١ ح ١ / ٢. و باب ٣٥ ح ١. و باب ٢٦ ح ١ / ٢ / ٣ / ٤.
وج ١٣، ابواب الهبات، باب ٧
ح ١ / ٣.
- ٣ - وسائل: ج ١٣ ابواب الهبات: مفهوم ح ٣. وج ١٥، ابواب المهور، باب ٤١ ح ٢. وج ١٤، ابواب
المتعة، باب ٣٠ ح ١.
- ٤ - وسائل: ج ١٥، ابواب المهور، باب ٥٨ ح ٢٠ / ٢١ / ٢٢ / ٢٣ / ٢٤.
- ٥ و ٦ - ابواب المهور، باب ٥٤ ح ٦ و ٧.
- ٧ - همان مرجع: باب ٣٠ ح ١.

تنهایی مقاومت با ادله مشهوره نمکند. و بعض متأخرین استدلال کرده اند از برای او به احادیث معتبره بسیار که دلالت میکنند بر تنصیف مهر در زوجه غیر مدخوله که شوهر او مرده باشد ۱. و در نظر حقیق استدلال به آنها تمام نیست، زیرا که (با وجود معارضه آنها به احادیث معتبره بسیار که دلالت دارند بر وجوب تمام مهر ۲، و مشهور عمل به آنها کرده اند) مگوئیم که تنصیف مهر به موت [شوهر] منافات ندارد با حصول ملك قبل از موت. پس مگوئیم که به مقتضای ادله سابقه مهر ملك زوجه میشود به سبب عقد و لکن در نصف متزلزل است، و چنان که میتواند شد که دخول - و آنچه قائم مقام آن است - منشأ استقرار تمام بشود میتواند شد که موت ازاله ملك کند، چنان که طلاق میکند.

و از این جهت است که قول مذکور را نسبت به ابن جنید داده اند، [در حالی که] قائل به تنصیف مهر به موت، جماعتی هستند و از هیچ يك آنها موافقت با ابن جنید نقل نشده. پس میتواند شد که در مسأله (غیر مدخوله متوفی عنها زوجها) طرفین قائل باشند به حصول ملك متزلزل و مشهور قائل باشند به استقرار آن ملك متزلزل به موت و آن جماعت مخالف ایشان بگویند که حصول ملك متزلزل مسلم است و لکن رفع آن میشود به موت. پس آن ربطی به مانحن فیه نخواهد داشت و نفعی به ابن جنید نمکند.

هر گاه این را دانستی، پس فروع مسأله بسیار است مثل (جواز تصرف در مجموع مهر قبل از دخول) چنان که مشهور است. به دلیل (الناس مسلطون علی اموالهم). و مثل تبعیت نمائی که حاصل میشود بین عقد و طلاق و غیر اینها که در محل خود مذکور است.

و هر گاه این را دانستی پس بدان که: هر گاه صدق عینی باشد و هبه کند آن را به زوج خود قبل از دخول، و زوج او را طلاق بگوید، پس مشهور صحت هبه است. و این که زوج رجوع میکند به نصف و می گیرد از زوجه. و از شیخ نقل اجماع شده در خلاف و

مبسوط. پس هر گاه زنی را عقد کند به هزار اشرفی معین موجود، و زوجه قبل از
دخول

۱ - همان مرجع: باب ۵۸ ح ۱ - تا - ۱۹.

۲ - همان باب: ح ۲۰ - تا - ۲۴.

هزار اشرفی را ببخشد به زوج خود، و قبل از دخول طلاق بگوید. پس چون در ظاهر شرع مجموع ملك او بود و هبه صحیح بود، والحال زوج مطالبه پانصد اشرفی خود را میکند که به سبب طلاق مستحق آن شده و زوجه آن را تلف کرده به سبب بخشیدن به زوج که مثل آن است (که به دیگری بخشیده باشد) الحال باید زوجه غرامت را بکشد.

پس هزار اشرفی از دست او رفته و پانصد هم باید به دستی بدهد. و اگر صدق قیمی بوده (مثل باغ و بستان) پس باید نصف قیمت آن را رد کند. و مشهور این است که هر گاه صدق دین باشد و زوجه مجموع آن را قبل از دخول و طلاق، ابرا کرده باشد، باز حکم آن همین است که باید زوجه نصف آن را به زوج بدهد. و فرقی با هبه ندارد، زیرا که در حین ابرا زوجه مالك تمام مهر بود در ذمه زوج و آنچه به زوج بر میگردد به طلاق، ملك جدیدی است. پس الحال که زوج مطالبه آن را میکند زوجه آن

را تلف کرده به سبب ابرا ذمه زوج. پس باید غرامت آن را بدهد. و علامه در قواعد ذکر کرده است و جهی به عدم رجوع در صورت ابرا. و هم چنین شیخ در مبسوط. و آن قول بعض عامه است. و متمسك این وجه آن است که (زوجه چیزی از او نگرفته و نقل نکرده است صدق را به او و تلف نکرده بر او چیزی را. پس

ضامن نیست) و بر این وارد است که شکی نیست که ملك زوجه بود در ذمه زوج و از ملك خود بیرون کرد به سوی دیگری، پس صادق است که تلف کرده است مال را، چون

از ذمه او بیرون کرده و محلی دیگر از برای آن نیست. وعمده در مسأله، روایات است. مثل صحیح شهاب بن عبد ربه (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل تزوج امرأة علی الف درهم فبعث بها اليها فردتها عليه ووهبتها

له وقالت: انا فيك ارغب منى في هذا الف، هي لك. فتقبلها منها ثم طلقها قبل ان يدخل بها. قال: لا شئ لها وترد عليه خمسمائة درهم) ۱. وموثقه سماعه (قال، سألته

عن رجل تزوج جارية او تمتع بها، جعلته من صداقها في حل، ايجوران يدخل بها قبل ان

يعطيها شيئاً -؟ قال: نعم اذا جعلته في حل فقد قبضته منه، وان خلاها قبل ان يدخل بهارذت المرأة على الزوج نصف الصداق) ٢. و اين روايت ظاهر در ابرا است، ولفظ

١ - وسائل: ج ١٥، ابواب المهور، باب ٤١ ح ١.

٢ - همان مرجع: ح ٢.

(قبض) منافاتی با ابرا ندارد تا موجب توهم اراده هبه باشد، نه ابرا. زیرا که ظاهر این است که مراد این است که حلال کردن به منزله قبض کردن است.

و اما هر گاه نصف مهر را ببخشد مشاعاً - مثل این که بگوید نصف باغی که مهر من

کردی به تو بخشیدم مشاعاً - پس در آن سه وجه ذکر کرده اند: اول این که: زوج مستحق

آن نصف دیگر است که باقی مانده. چون در حین هبه، مجموع مال زوجه بوده، و هبه

مشاع صحیح است. و بعد از آن که او را طلاق گفت قبل از دخول، مستحق نصف مشاع

همان مال است. پس اگر زوجه آن نصف را منتقل به غیر نکرده همان نصف را وامی گذارد. و اگر منتقل کرده باید مثل آن را بدهد اگر مثلی باشد، یا قیمت آن را اگر قیمی باشد.

و وجه دوم این است که: زوج الحال که طلاق گفت قبل از دخول، مستحق نصف مشاع عین [غیر] موهوبه است که نصف این باقی، باشد و نصف آنچه زوجه به او بخشیده. و چون آن نصفی که زوجه به او بخشیده در حکم تلف است که زوجه تلف

کرده، پس قیمت آن نصف را باید بدهد. پس زوج مستحق ربعی است که نصف باقی،

باشد. و قیمت ربعی دیگر که نصف آن است که زوجه به او بخشیده.

والحاصل: چون زوجه نصف مشاع آنچه در ظاهر مال او است (و در نفس الامر کاشف به عمل خواهد آمد که نصف مشاع آن مال زوج خواهد بود) منتقل کرده به زوج.

پس اگر قائل باشیم که در چنین جائی منصرف به حق خود میشود (همچنانکه در بیع عینی که نصف او مال غیر است و نداند و نصف مشاع را بفروشد، گفته اند که نصف

منصرف میشود به همان حق خود) پس وجه اول تمام است، چنان که ظاهر اکثر است. و

اگر قائل شویم که در چنین جائی چون لفظ (نصف) مشاع است در جمیع، پس باید منصرف شود به ربع. و اما ربع دیگر چون هبه آن هم در ظاهر شرع صحیح بود (چون در

آن وقت ملك او بوده و طلاق آن را از ملك خارج میکند) پس مقتضای جمع بین

الدلیلین

آن است که قیمت آن را که هم هبه او صحیح است و هم قیمت آن را باید بدهد، بدهد.

[بنا بر این وجه دوم تمام است]

و وجه سوم تخییر [است] ما بین عمل به مقتضای وجه دوم و ما بین آن که اخذ کند نصف بدل مجموع را. نظر به این که به سبب طلاق مستحق نصف مشاع مجموع شد و

استیفای آن ممکن نیست چون به هبه صحیحه به زوج منتقل شده. پس رجوع مشود

به عوض آن. واقرب وجوه ثلاثه وجه اول است. و احتمال چهارمی هم از مبسوط نقل شده و آن این است که: زوج مستحق نصف باقی است که سه ربع مال زوج میشود و يك ربع مال زوجه. نظر به این که هبه متعلق شده به نصف مشاع، پس متعلق شده است به نصف هر يك از دو نصیب. پس از نصیب زوجه مالك نصف شده که ربع باشد، و نصف نصیب خود را هم پیش از وقت گرفته. پس باقی مانده است نصف نصیب خودش که ربع باشد. و ربع دیگر برای زوجه ممانند. و اما هر گاه نصف معینی را ببخشد به زوج، پس زوج مستحق نصف باقی است که نصف اصل است با نصف بدل آنچه زوجه به او بخشیده است. و وجه آن ظاهر میشود از آنچه پیش گذشت.

و اما هر گاه صدق عینی نباشد و نصف آن را ابرا کند، پس متعین است در آن، وجه اول از چهار وجه. چنان که پوشیده نیست. و از اخبار چیزی که مناسب هبه نصف است

موثقه محمد بن مسلم است (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل تزوج امرأة فامهرها الف درهم و دفعها اليها، فوهبت له خمس مائة درهم وردتها عليه. ثم طلقها قبل ان يدخل بها. قال: ترد عليه الخمس مائة الدرهم الباقية، لانها انما كانت لها خمس مائة درهم فوهبتها له، فهبتها اياها له ولغيره سوا).

و این حدیث موافق وجه اول است از چهار وجه که در هبه نصف گفتیم. و بدان که: سخن در این مقامات در هبه مبتنی است بر این که هبه زوجین را لازم دانیم، یا عین تلف شده باشد، و یا به فرض عدم لزوم، زوجه رجوع به هبه نکند. و اما بنا بر قول به جواز رجوع - چنان که اظهر است اگر چه خلاف آن ما بین متأخرین اشهر است - با رجوع زوجه جایز خواهد بود رجوع. والله العالم.

۳۶۰: سؤال: زید دختر شخصی را میخواهد به حباله نکاح خود در آورد. آن شخص به زید مگوید (به این شرط دختر خود را به تو مدهم که همشیره خود را یا دختر

خود را به من بدهی.) که هر کدام مهر علی حده داشته باشند، مثل این که یکی پنج
تومان و
دیگری بیشتر یا کمتر باشد. هر گاه نکاح واقع شد هر دو صحیح است؟ یا اول؟ یا
ثانی؟
یا هیچ کدام؟ و نکاح شغار که در شریعت حرام است کدام است؟

جواب: عقد شغاری که حرام و باطل است آن است که بضع هر يك از زنها مهر دیگری باشد، و مہری دیگر در میان نباشد. مثل این که بگوید (زوجتك بنتی او اختی علی ان تزوجنی بنتك أو أختك ویکون صداق کل منها بضع الاخری). و آن دیگری بگوید (قبلت و زوجتك بنتی او اختی هکذا). و اما هر گاه مهر معینی برای هر يك قرار

بدهند و شرط کنند با مهر تزویج هر يك را - مثل این که بگوید (زوجتك بنتی او اختی

علی صداق مائة دینار علی ان تزوجنی اختك او بنتك هکذا) و آن دیگری بگوید (قبلت و

زوجتك بنتی او اختی علی مائة دینار) - پس مشهور و اظهر در اینجا صحت عقد است و

بطلان مهر، و رجوع به مهر المثل در هر دو.

و اما هر گاه در ضمن عقد شرطی مذکور نشود، بلکه در خارج بنا به این میشود که هر يك تزویج کند دیگری را و راضی شوند به تزویج به این شرط، و بعد از آن هر يك به

عقد علی حده و مهر علی حده عقد میکنند، پس در آن اشکالی نیست. بلکه هر گاه در

ضمن عقد شرط تزویج بشود و از مهر ساکت شوند (مثل این که بگوید (زوجتك بنتی علی

ان تزوجنی بنتك) و از مهر ساکت باشند) هم عقد صحیح است. و هر يك به دخول مستحق مهر المثل میشوند. و باطل نیست، چون شرط نکرده اند که بضع هر يك

مهر

دیگری باشد تا داخل شغار باطل، باشد. والله العالم.

۳۶۱: السؤال: اذا وقع النشوز من الزوجة والشقاق بينهما وكانت مرضعة

لولدها منه فابت عن حضانه ولدها وارضاعها الا باجرة لم يرض بها الزوج فاخذ الولد منها

واعطاه زوجته الاخرى لتحضنه وترضعه. وسافر الزوج ومنع الزوجة عن رده الى امه و ان تحملت الرضاعة والحضانه مجاناً، وهددها و اوعدها بالطلاق لو خالفته. ثم جات ام الولد فطالبته مع تحمل الحضانه والرضاعة مجاناً. فهل يجوز للزوجة الأخرى رد الولد اليها؟ او لا يجوز؟ وعلى تقدير الجواز، هل يجب الردام لا؟ وهل يجوز اجبارها على الرد اذا احتمل اسقاط الزوج حقها في الحضانه والارضاع بوجه شرعى كالصلح، ام لا؟

الجواب: الحضانه والارضاع حق شرعى للام في الحولين (مع اجتماع الشرائط

المذكورة في محلها) بمعنى الاولوية والاستحقاق، لا الوجوب. فلو امتنعت فلا يجبر
عليها
ولا يسقط حقها الا ان يطلقها الزوج وتزوج بزواج آخر فيسقط حقها حينئذ، الا ان
يموت
الاب فهي اولى من غيرها وان تزوجت. واما لو امتنعت من الحضانة والرضاع مع
كونها

في حبال الزوج الاولى واخذه الزوج وتكفل هو الحضانة والارضاع (كما هو في صورة

السؤال) فالظاهر عدم سقوط اولوية الام، ويجوز لها العود ان تحملتها مجاناً. لا ستصحب بقا حقها، وللاطلاقات.

وممن صرح بذلك العلامة في القواعد حيث قال في آخر فصل الحضانة (واذا امتنع الاولى او غاب انتقل حق الحضانة الى البعيد، فان عاد رجع حقه). اقول: ويؤيده ما

ذكره في عود الحضانة لو فارقت وتزوجت ثم فارقت الاخر. كما هو المشهور بين الاصحاب، لا طلاق الادلة. خلافاً لا بن ادريس حيث قال (لا يعود حقه). واستوجهه

في الروضة بالاستصحاب حيث سقط الحق، والرجوع يحتاج الى دليل. ويدل عليه الاخبار، منها (ان امرأة قالت: يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وثديي له سقا وحجرى له حواء، وان اباه طلقني واراد ان ينتزعه مني. فقال لها النبي - ص - (انت

احق به مالم تنكحي). ١ ومثله غيره من الاخبار، فقد جعل النكاح غاية للحق وهو يدل على خروج ما بعد الغاية والا لما كانت غاية. بل ما نحن فيه اولى بذلك لان التزوج مسقط للحق بخلاف ما نحن فيه فانها امتنعت منه ولم تسقط هي حقها ولا اسقطه الشارع.

واما تهديد الزوج ووعيده بالطلاق وعدم رضائه بالعود، فلا يصير منشأ لسقوط حق العود. واما توهم انه لعله اسقط حقها بالصلح ونحوه، فالاصل عدمه، وليس من جانب الزوج من يدعى ذلك، ويجوز للحاكم الحكم على الغائب اذا لم يكن هناك مدع

من قبله. واما توهم ان الزوجة الثانية في معنى الوكيل او المستودع والطفل امانة في يدها فيكف يجوز ردها بلا حجة شرعية، فهو ايضا فاسد. لانه حينئذ امانة مستودعة تملكها على وجه متزلزل، لا لازم. افتراك تقول اذا وهب الا جنبى شيئاً ل احد واودعه المتهب عند احد عالم با نه هبة منه، وسافر المتهب ورجع الواهب الى العين، فلا يجوز

ردها لانها امانة؟! فهذا امانة ملكيتها متزلزلة ترتفع بحصول ما يوجب زوالها. واحتمال ان يكون عاوضها حتى يكون لازمة، الاصل عدمه، واليد لا تقتضى الا مطلق الملكية المطلقة، مع انا لو سلمنا الملكية المطلقة ٢ فانما هو اذا لم يعلم سببها،

- ١ - سنن البيهقي: ج ٨ ص ٤.
- ٢ - وفي النسخة: المطلقة الملكية.

وهو خلاف المفروض. واما خوف الزجة المستودعة من اضرار الزوج، فيندفع باجبار الحاكم اياها او من يقوم مقامه. نعم اذا لم يكن الام مأمونة في الحضانة والرضاع فيجوز

المنع. ولكنه خارج عن المسألة، وهو من شرائط اصل الحضانة.

٣٦٢: السؤال: اذا انقضى مدة المتمتعة وكانت حاملا، فهل لها نفقة ام لا؟ و كذلك في اصل المدة؟.

الجواب: لا يحضرني عبارة من علمائنا في ذلك. والذي يظهر لي انه لا نفقة لها لاجل انها حامل ولها نفقة لاصل الحمل. كما اليه بعض الاصحاب في نفقة المطلقة البايئة الحامل، بعد اتفاهم على ثبوت النفقة لها في الحمل، للاية ١ وغيرها. ومأخذ المسألة هو ارجاعها الى نفقة الاقارب والانساب، كما يظهر من كلماتهم في عدة المرتدة

والموطوءة بالشبهة والمطلقة البايئة وغيرها.

فان قلت: قال السيد في الانتصار في رد كلام العامة على الخاصة في ابطال المتعة ب (انها ليست زوجة فهي حرام لان حلية الفرج تنحصر في الزوجية وملك اليمين وهذه

ليست باحدهما. اما الثاني، فواضح. واما الاول فلان الشيعة قالت با نه لاسكني لهن ولا نفقة لهن ولا اجرة الرضاع. ولو كانت زوجة لثبتت فيها المذكورات). واجاب عما ذكره) ان الشيعة تذهب الى انه لا سكني للمتمتعة بها بعد انقضا الاجل ولا نفقة لها

في حال حملها ولها اجرة الرضاع ان لم يشترط عليها في ابتدا العقد رضاع الولد و الكفالة به. ويخصصون به قوله تعالى - اسكنو هن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن

لتضييقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن - كما خصصت الجماعة ذلك في من خلع زوجته على ان تنفق على نفسها في احوال حملها و

تتكفل بولدها واتفقا على ذلك). انتهى كلامه ره. فانه صريح في ان الشيعة تقول بعدم النفقة للمتعة الحامل.

قلت: لما كان مراد العامة في هذا الكلام الاستناد الى الاية المذكورة وهي حاكم بوجود السكني والنفقة للزوجة وكذلك على لزوم الاجرة، فان في اخرها (فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن)، فحاصل جواب السيد (ره) ان الشيعة خصصت عموم الاية بغير المتعة. وقول الشيعة بعدم وجوب النفقة الحامل، لا يستلزم عدمه للحمل. كما

١ - الآية ٦ السورة الطلاق.

(٥٧٧)

ذکره فی غیره. فلم یثبت من هذا الکلام ان الشیعة تقول بعدم ثبوته للحمل. فیندرج تحت نفقة (الاقارب). وثمره الخلاف فی ان النفقة للحمل او الحاصل (فی ما اختلفوا فیه)

یظهر من مواقع کثیره ذکرها فی محالها، منها وجوبها علی الجد لو کان الاب معسرا. و

عد الشهد فی القواعد نیفا و ثلاثین فرعا.

۳۶۳: سؤال: هر گاه کسی زنی دارد و مضاجعه با او او را ناخوش میکند و جدا خوابیدن بر او آسانتر است. و زوجه خواهش مضاجعه دارد. و زوج میخواهد نماز شب

هم بکند. آیا در ترک مضاجعه معصیت کرده یا نه؟

جواب: نماز شب کردن منافات با وفای به حق مضاجعه ندارد. و اما ترک مضاجعه، پس در آن خلاف است. و اشهر آن است که در زوجه واحده قسم واجب است چنان که در

اکثر از زوجه واحده واجب است. و [این] خالی از قوت نیست، و بنابر این از هر چهار

شب يك شب واجب است و سه شب دیگر را مختار است هر جا خواهد بخوابد. و قول

دیگری عدم وجوب است مگر در صورتی که متعدد باشد و شروع در مضاجعه با بعضی

کرده باشد.

۳۶۴: سؤال: هر گاه بعد از عقد نکاح، زوجه بگوید که چون پدر تو ولد الزنا است من

فسخ نکاح میکنم. می تواند یا نه؟

جواب: بر فرض ثبوت ولد الزنا بودن، این عیب منشأ تسلط بر فسخ نیست هر گاه در

خود زوج هم باشد چه جای والدا و.

۳۶۵: سؤال: معنی (افضا) چه چیز است؟ و دیه آن چه چیز است؟

جواب: تفسیر اکثر علما این است که (مسلك بول و حیض یکی شود). و بعضی تفسیر کرده اند به این که (مسلك حیض و غایط یکی شود). و به هر تقدیر ظاهر آن است

که حکم هر دو یکی است. و بدان که هر گاه افضا واقع شود پس اگر قبل از بلوغ است و

به اجماع واقع شده، باید دیه کامله زن را بدهد. خواه شوهر او کرده باشد یا اجنبی.

و
مهر هم لازم است (علاوه بر دیه) بر شوهر. و مهر المثل بر اجنبی. [و] هر گاه بعد
از بلوغ
باشد: هر گاه شوهر جماع کرده باشد بر او دیه لازم نیست، بلی جمعی از فقها گفته
اند
که اگر تفریط کرده باشد دیه لازم میشود، مثل این که زنی ضعیف باشد و مظنه افضا
باشد. اما هر گاه اجنبی کرده است باز دیه کامله لازم است مطلقاً، و مهر المثل هم
ثابت
است

و اما هر گاه افضا به غیر جماع باشد -
هر چند از شوهر شده باشد - دیه ثابت است. و
در باب مهر (که آیا تمام مهر را باید بدهد یا نصف) راجع میشود کلام به این که آیا
اصل
در عقد لزوم تمام مهر است تا تنصیف ثابت شود مثل طلاق. یا اصل عدم وجوب
تمام
مهر است. و شاید اظهر وجوب اظهر وجوب تمام مهر باشد.
و بدان که: هر گاه شوهر قبل از بلوغ با او جماع کرده است و افضا شود، حرام
ابدی
میشود. و واجب است بر او نفقه او تا زنده است او با این [نقص]، هر چند طلاق
بگوید
آن را. مگر این که شوهر کند که در آنجا اشکال هست در سقوط نفقه و عدم آن. و
همچنین هر گاه بعد از بلوغ باشد لکن در اینجا حرام ابدی نمیشود علی الاظهر. و
در
حصول تحریم ابدی بر اجنبی اشکال و دلیل واضحی در نظر نیست.
۳۶۶: سؤال: آیا عده متعه در حکم دائمه است در حرمت عقد در آن و تحریم
ابدی -؟
جواب: بلی در حکم دائمه است به عموم الاخبار و ظاهر این است که عده او [امه
صح ظ] هم چنین باشد. و لکن ایام (استبرای امه) - مثل آن که مالک خریده باشد
کنیزی
[را] که لازم است استبرای آن - در آن دو وجه است. اظهر عدم لحقوق است، زیرا
که آن
را (عده) نگویند.
۳۶۷: السؤال: هل (سل الانثیین) فقط موجب للفسخ في النكاح؟ او کل ما بحکمه؟
الجواب: الخصا وهو (سل الانثیین) موجب لخيار الفسخ (علی الاشهر الاظهر) اذا
كان قبل العقدة. وفي ما بعد العقد اشکال، سيما اذا كان بعد الدخول، والاضر عدمه.
و
اما (الوجا) - و هو رض الانثیین - فقيل بان الخصا يشمله في اللغة فهو في حكمه.
والاظهر فيه ايضا العدم، لعدم ثبوت ذلك. واما (الجب) - وهو قطع الذكر كله او
بعضه
مع عدم بقا مقدار الحشفة - فالمشهور (بل كادان يكون اجماعا، وعن المبسوط و
الخلاف عدم الخلاف) انه موجب لخيار الفسخ، ويدل عليه فحوى ما دل [علی] ثبوته
في

الخصا والعنن ١، وعموم صحيحة الكنانى ٢ وغيرها. واما لوبقى بمقدار الحشفة فلا
يوجب الخيار، وادعى بعضهم عليه الاجماع، وهو مقتضى الاصل.

- ١ - وسائل: ج ١٤، ابواب العيوب والتدليس، باب ١٣ و ١٤.
٢ - همان مرجع: ١٤ ح ٦.

ثم: انهم اختلفوا في حكم مالو حصل الجب بعد العقد. ودعوى الاجماع في كل منهما موجودة. ولا يبعد ترجيح عدم الفرق ولكن المسألة بعد لا يصفو من اشكال. و طريق الاحتياط واضح، واما العنن: فلا خلاف في كونه موجبا لخيار الفسخ في الجملة.

ولكن فيه تفصيلا ليس هنا محل بسط الكلام فيه.

۳۶۸: سؤال: خالد هند را به عقد خود در آورده و ملكى به صداق او نموده. و هند ملك را به خالد هبه نمود. و خالد ملك را فروخت. حال معلوم خالد شده كه هند بر او

حرام مؤبد است، به اعتبار اين كه شوهر اول هند، هند را در طهر موافقه طلاق داده بوده

است. و چون خالد و هند هر دو جاهل به فساد عقد بوده اند و وطى به شبهه شده است و

مهر المثل مرسد، حال هند ادعاى مهر المثل مى كند و مى گويد كه مهر مسمى فاسد بوده. و سخن خالد اين كه مهر المثل بيش از آن ملك نبود كه به من هبه نمودى. و ديگر

اين كه معنى مهر المثل را بيان فرمايند.

جواب: در صورت مفروضه چون عقد فاسد است مهر مسمى هم فاسد است و آن ملك از ملكيت خالد به در نرفته و ملك زوجه نشده. پس هبه آن هم صحيح نيست بلكه

بعينها ملك خالد است چنان كه بود و بيع آن هم صحيح است. و زوجه به سبب وطى به

شبهه مستحق مهر المثل است. و سخن خالد كه (مهر المثل بيش از آن ملك نبود كه من

به تو دادم و تو به من بخشيدى (بى وجه است. و خصوصا هر گاه هبه قبل از دخول واقع

شده باشد كه در آن وقت هنوز مستحق مهر المثل هم نبوده. و بيان اين مطلب اين است

كه ضعيفه در صورتى كه بعد از دخول اين هبه را کرده، و خالد مگويد آن را به عوض

مهر المثل محسوب دارد در جواب مگويد (تو ملك را به قصد مهر مسمى دادى نه به قصد

مهر المثل و مفروض اين است كه آن باطل است).

و هر گاه خالد برگردد و بگويد كه (هر گاه چنين است پس هبه توهم باطل است

چون در مال من کردی بی اذن من و تو چون در حکم غاصبی بر تو لازم است که مال مرا

بروجه صحیح به من رد کنی و تو بر وجه باطل رد کردی که آن هبه فاسده است پس تو

ضامن مال من هستی) ضعیفه در جواب مگوید که (نا مشروع بودن هبه منشأ عدم حصول اقباض نمیشود) وعدم ترتب اثر بر فعل حرام مسلم نیست چنان که در دخول کردن در حال حیض که هر چند حرام است [لکن] مترتب میشود بر آن ثبوت مهر و لحوق ولد. پس در اینجا هر چند هبه نامشروع باشد اما در ضمن [آن] اقباض و تسلیم به

عمل آمده.

بلی در وقتی که به مثل بیع به خالد منتقل کرده باشد اثری بر آن مترتب مشود که استرداد ثمن باشد. با وجود این که مگوئیم هر گاه از خالد بشنویم این سخن را که (هبه

تو صحیح نبوده و تو ضامنی که مال مرا به من رد کنی بوجه صحیح). ضعیفه هم مگوید (پس تصرف تو و بیع توهم صحیح نیست ملک را به من رد کن تا ثانیاً بوجه صحیح بر تو رد کنم). به هر حال نه هبه مال شخصی به خود آن شخص صحیح است و نه

بیع آن به او. و در صورت جهالت که فعل به عمل آمده و مال به دست مالک رسیده، از

ضمان مال فارغ شده. و لکن هر گاه عوض گرفته باشد باید به او رد کند. و اما هر گاه به

غیر مالک هبه کرده یا بیع کرده باید تا ممکن باشد عین را رد کند، و الا عوض آن را مثلاً

یا قیمة. و آن دخلی به ما نحن فیه ندارد و جای تفصیل آن نیست.

و مراد از مهر المثل، مهر امثال آن زن است در اموری که باعث زیادتى و نقص مهر مشود، مثل حسن و جمال و عقل و کمال و بکارت و دانستن تدبیر منزل و عیال و صراحت نسب و امثال آن با ملاحظه اقارب آن از طرفین و اضداد اینها. و ظاهر این است

که ملاحظه بلد هم مشود هر چند اقارب باشد. چون بلاد مختلف مشوند در این معنی.

۳۶۹: سؤال: دختری به سن یازده سالگی به اعتقاد آن که عقد کردن او از برای کسی موقوف به رضای نا پدری و مادرش میباشد (بنا علیه) نا پدری خود را وکیل نموده و او را معقوده شخصی کرده. و حال که دختر معقوده شده به این عقد راضی نیست و می گوید که (من آن زمان رشیده نبودم و نمی دانستم که اختیار عقد موقوف به

رضای خودم هست چنان که بدانستم اقرار نمودم) آیا سخن او مسموع است؟ و چنین عقدی صحیح است یا نه؟

جواب: هر گاه دختری را در سن یازده سالگی عقد کرده باشند و مادر و نا پدری دارد که مباشر عقد او شده اند و بعد از عقد مدعی فساد عقد باشد از دو حیثیت:

اول

این که من گمان مسکردم که اختیار مرا نا پدری و مادرم دارند و نمی توانم انکار کنم و

اقرار من به توکیل از آن جهت بود. دوم این که بر فرضی که نا پدری و مادرم اختیار
مرا
ندارند. پس من نه خود رشیده بودم در آن وقت و نه ولی شرعی من مرا نکاح کرده.
و
چون این دو دعوی از یکدیگر منفک نمیتوانند شد پس هر يك جواب علی حده [ن]

دارد. زیرا اگر واقعا رشیده بود و مدعی است که چنین مدانستم که اختیار من با نا پدری است در اینجا با وجود عدم بینة (هر چند دعوی او مسموع است و لکن) قول زوج

مقدم است با یمین. و اگر رشد او ثابت نیست و تکیه او به همان عدم رشد است، پس در

صورت عدم بینة اظهر تقدیم قول زوجه است با یمین ۱. و این امور محتاج به مرافعه است

و هر کی اهل مرافعه است حکم را هم مداند.

۳۷۰: سؤال: شخصی جاهل مسأله بوده و در این که آیا در عقد هم رشد شرط میباشد؟ اعتقاد او چنین بوده که دختر در نه ساله بالغ است و اقرار او صحیح است، و از

جانب دختر بی پدری و کیل شده و آن دختر را عقد کرده از برای شخصی. و تصرف

نشده دختر پشیمان شده و می گوید من به این عقد راضی نیستم. و وکیل دختر هم مگوید که چنان که عارف مسأله میبودم و رشد را شرط مدانستم و کیل نمشدم نظر به این که دختر غیر رشیده بوده است. آیا شهادت همین وکیل در حق آن دختر قبول

است یا نه؟ و چنین شخصی در نزد جناب اقدس الهی معاقب خواهد بود یا نه؟ جواب: هر گاه نه سال او تمام نشده هنوز بالغ نشده. و هر گاه تمام شده پس هر گاه

رشد او ثابت نیست پس نکاح او بدون اذن ولی صحیح نیست. مگر این که بعد از حصول

رشد اجازه کند، یا ولی او اجازه کند. و ولی صغیره غیر رشیده که پدر ندارد و جد پدری

هم ندارد، حاکم شرع است یعنی مجتهد جامع الشرايط. و هر گاه نزاع کنند در ثبوت

رشد و عدم آن پس اظهر تقدیم قول زوجه است با یمین. و محض شهادت يك مرد هم از

برای رشد کافی نیست، بلکه ظاهر این است که ضم یمین هم به آن نفعی ندارد. ۳۷۱: سؤال: زنی خود را متعه مردی کرده بدون اطلاع ثالثی، و معلوم نیست که صیغه بر وجه صحیح خوانده باشند. و در مدت تمتع هم عزل کرده که فرزند از او نشود.

و بعد از انقضای مدت به يك طهر عده داشته. و به مردی شوهر کرده به عقد دائم.

و بعد
از انقضای سه طهر حامله شده باشد. آیا عقد متعه صحیح است یا نه؟ و بر فرض
صحت، بر زوج ثانی حرام است یا حلال؟ و بر فرض حرمت ابدی است یا نه؟ و
اولاد از کیست؟
جواب: اظهر این است که عده متعه دو طهر است هر گاه حیض مسبیند. و چهل و

۱ - و در نسخه: اظهر تقدیم قول زوج است با یمین.

پنج روز است هر گاه حیض نمیبیند و لکن در سن کسی هست که حیض ببیند. و باید

دانست که ممکن است که اقل عده در متعه (در غیر زنی که وضع حمل او بشود) به سیزده روز و دو لحظه حاصل شود. پس اگر مدت متعه تمام بشود قبل از دخول در حیض - هر چند به يك لمحہ - يك طهر حساب میشود، و بعد از آن که حیض شد صبر

کند تا از حیض پاك شود و يك طهر تمام صبر کند که اقل آن ده روز است. و همین که

داخل حیض دوم شد، عده او تمام است. اما هر گاه در اول حیض مدت متعه تمام شود یا

شوهر تتمه مدت را ببخشد، در این وقت باید بعد از اتمام حیض دو طهر را تمام کند، و به

مجرد این که داخل طهر دوم شد عده تمام نشده، بلکه باید صبر کند تا این طهر تمام شود

و داخل حیض شود.

پس هر گاه زوجه مذکوره به نهج مزبور عده او تمام شود و شوهر کرده عیبی ندارد و

عقد دوم صحیح است و ولد ملحق به ایشان میشود. و هر گاه عده متعه تمام نشده و شوهر کرده و در عده دخول واقع شده، بر زوج ثانی حرام مؤبد است. و باید تفریق کرد.

و اما سؤال از حال عقد متعه که بدون اطلاع ثالثی شده، پس آن ضرری ندارد هر گاه

صیغه بر وجه صحیح در میان آنها واقع شده باشد. و اما هر گاه صیغه بر وجه صحیح واقع

نشده و لکن زوجین به گمان صحت کرده اند که نکاح فاسد باشد و لکن گمان کرده اند که

به همان صیغه حلال میشود، پس داخل وطی شبهه است. و از برای آن نیز عده واجب

است. و عقد دوم باطل است هر گاه در عده باشد. و هر گاه دخول هم در عده باشد باز

حرام ابدی است. و ظاهر این است که عده آن عقد فاسد در آنجا نیز عده متعه باشد، اگر

چه احوط مراعات عده طلاق است.

و توضیح این مطلب این است که: اعتبار در عده به حال زن است نه به حال مرد.
پس
عده زن آزاد مثلا سه طهر است هر گاه (ذات اقرا) باشد هر چند شوهر او عبد باشد.
و عده معقوده که مملو که غیر باشد دو طهر است هر چند شوهر او آزاد باشد. و
اقسام
کنیز هم همه مساوی اند در عده. و اگر بعض آن حر باشد و بعض آن رق، در حکم
حره
است، به جهت تغلیب جانب حریت. و هم چنین هر گاه آزادی به عقد فاسدی
کنیزی را
بگیرد عده او دو طهر است. و هم چنین هر گاه به عنوان شبهه با کنیزی که معقوده
غیر
باشد وطی کرد عده آن دو طهر است مثل طلاق صحیح، یا انقضای مدت متعه. و
هر گاه
آن کنیز موطوئه غیر است به ملك یمین، عده آن يك حیض است. و در وطی شبهه

اعتباری به گمان واطی نیست.

پس هر گاه کسی به عنوان شبهه با کنیزی و طی کرد به گمان این که زن آزاد دائمی خود است، عده او دو طهر است هر گاه آن کنیز معقوده غیر است، و يك حیض است

هر گاه موطوئه به ملك یمین است. و هم چنین هر گاه به گمان این که متعه آزاد او است. و

همچنین هر گاه با زن آزادی و طی کند به گمان این که مملوکه او است، آن زن عده زن آزاد

مگیرد.

وشهید ثانی - در حاشیه مسالك که به خط او بود دیدم که - این را نسبت به ظاهر اصحاب داده. و آن مقتضای اطلاق اخبار است. و در آن حاشیه گفته که اعتبار

مشود

گمان واطی، و شبهه را نازل منزله اصل قرار داده. و آن مقتضای اطلاق اخبار است.

پس

عده مگیرد مثلاً زن آزاد از واطی [ای] که به گمان کنیز معقوده با او و طی کرده به

دو

طهر، و از واطی [ای] که به گمان مملوکه بودن به ملك یمین کرده به يك حیضه. و

این

قول ضعیف است

و از جمله فروع مسأله (بنا [بر] مشهور) این است که شخصی با متعه گیری و طی

کند

به گمان این که زوجه دائمی خود است بر زوجه عده متعه لازم است که دو طهر

باشد از

برای و طی شبهه. و هر گاه با زوجه دائمی حره غیر و طی کند به گمان این که متعه

خودش است بر زوجه لازم است عده حره دائمه. مشکل میشود مقام در جائی که

زن

آزادی که معقوده کسی نباشد و کسی با او و طی کند به شبهه در خواب، یا کنیزی

که

معقوده غیر نباشد و مولائی هم که با او و طی کند ندارد (مثل کنیز زن یا طفل صغیر)

و

با او کسی و طی کند در خواب به عنوان شبهه. آیا بر آن زن آزاد عده طلاق لازم

است، یا

عده متعه؟ و بر آن کنیز عده معقوده لازم است، یا عده موطوئه به ملك یمین. و این

اشکال بر مشهور وارد است که گمان واطی را اعتبار نمکنند. والحال در نظرم نیست

کلامی از فقها در این. و احوط اعتبار عده [ای] است که بیشتر باشد، نظر به استصحاب.

هر چند اصل براءت مقتضی اقل باشد.

پس در صورت سؤال اصل مسأله، بنابر این که ضیغه متعه بر وجه صحیح واقع نشده و

به مظنه حلّیت دخول واقع شده، از باب واطی به شبهه مشود. و چون گمان زوجین هر

دو این است که عقد تمتع است، پس عده را عده متعه قرار میدهند. هر چند نظر به این

اشکالی که در آخر کردیم احوط آن است که عده طلاق بگیرد.

۳۷۲: سؤال: زید دختری را به عقد خود در آورده و بعد از عروسی به خانه خود آورده، و بعد از دو سه روز به سفری رفته و در مراجعت از سفر داخل خانه شده دیده که:

پسر عموی آن دختر در خانه او با زن او جمع شده و دخول کرده. از آن زن پرسیده که

این چه عمل است. زن در جواب گفت که به زور با من دخول کرد. و کیفیت را به ملای

آن ولایت نقل نموده. آن ملا گفته شما باید از هم جدا شده لعنت به همدیگر کرده باشید

آن زن نه مهری از تو خواسته باشد و نه توهم به او رجوعی داشته باشی. بعد دختر به خانه پدرش رفته و پدرش آمده مطالبه تمام مهر دخترش را زید میکند و حال آن که زید

دختر را به شرط این که باکره است نکاح کرده و در شب عروسی معلوم شده با کره نیست،

و به خود زده سر او را فاش نکرده. در این صورت زن چینی که با او خیانت کرده وزانیه

است مطالبه مهر از او میتواند کرد یا نه؟ و در صورت مطالبه مستحق تمام مهر است یا نصف؟ و با وجود این عمل و خیانت، هر گاه زید او را نخواسته باشد احتیاج به طلاق

دادن دارد یا نه؟

جواب: زوجه به سبب زنا حرام نمیشود بر زوج. هر چند اصرار به زنا کردن داشته باشد (علی الاظهر الاظهر) خصوصاً در چنین جائی که ادعای اکراه میکند. و به سبب

زنا مهر او ساقط نمیشود، بلکه هر گاه شوهر به او دخول کرده بوده تمام مهر لازم است بر زوج. و بدون طلاق از زوجیت او بیرون نمیرود. بلی هر گاه زوج به زوجه بگوید

تو زنا کردی، یا بگوید (زن من زنا کرده است و من به چشم خودم دیدم مثل میل در

سرمه دان) بلکه هر گاه بگوید (علم از برای من حاصل شده به زنا) - بنا بر قولی -، وزوجه

منکر باشد، و شاهد هم نداشته باشد. در این صورت حد قذف بر شوهر لازم میشود، به

شرطی که آن زن مشهور به زنا کاری نباشد و بی پروا در زنا نباشد.

و هر گاه خواهد حد از او ساقط شود باید لعان کند در نزد حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) به آن الفاظی که در شرع وارد شده. و بعد از لعان، حد از او ساقط میشود اما زن حرام ابدی میشود. و احتیاج به طلاق نیست. و بهتر این است که در چنین صورتی که مطلع شد به زنا و نخواهد آن زن را نگاه دارد، نسبت زنا به آن زن ندهد و او را طلاق بدهد و خود را خلاص کند. و به هر حال لعان کردن از برای خلاص شدن از حد است در صورتی که نسبت زنا به زوجه بدهد و شاهد نداشته باشد. و اگر مضایقه از حد نداشته باشد و خواهد وی را نگاه دارد هم میتواند. خصوصاً هر گاه مقلد کسی است که حد را

در زمان غیبت امام جاری نمسکند (چنان که حقیر در آن توقف دارم) هر چند مستحق

تعزیر باشد که حاکم به قدری که مصلحت داند او را بزند. پس زوجه در این صورت از

هیچ وجه بر او حرام نیست و از زنی او بیرون نمرود. و به هر حال در صورتی که زوجه اقرار کرده به وقوع فعل با دعوی جبری بودن، و زوج بگوید که تو به عنوان زنا کردی، اظهر این است که هم حد زنا از زن ساقط است

چون اقرار به زنا نکرده است صریحا. و بر فرضی که بگوید که آن مستلزم اقرار به زنا

است، چون چهار بار نگفته حد بر او لازم نشده و بر زوج هم حد قذف ثابت نمیشود.

چون زوجه تصدیق او کرده در اصل فعلی که ظاهر آن این است که بر وجه زنا باشد،

هر چند مدعی کراهت است.

و اما سؤال از حال ظهور عدم بکارت: پس اگر به شرط بکارت گرفته و ظاهر شود که

قبل از عقد باکره نبود (به اقرار زوجه یا به بینه یا به قراین مفیده علم) پس، از برای او خیار فسخ هست. هر گاه فسخ نکرد - چنان که در صورت سؤال است - پس دیگر فسخی

نیست. و ظاهر این است که در صورت فسخ هر گاه کسی تدلیس کرده و عیب او را

پوشانیده و او را فریب داده، رجوع میکند در مهر به آن که تدلیس کرده. و اگر مدلسی

دیگر نبوده و خود زوجه تدلیس کرده پس مهر بر او است، یعنی اگر داده است مهر را

پس مگیرد و اگر نداده دیگر نمدهد علی الاظهر والاضهر.

و اگر تدلیس در میان نباشد - مثل آن که نه آن زن مطلع بوده بر آن عیب و نه آن کسی که مباشر امر او بوده - پس در آنجا رجوع به مهر نمیشود، و زوجه به سبب دخول

مستحق تمام مهر است. [و] در صورتی که فسخ نکاح نشود یا به سبب آن که خیار فسخی

نباشد، یا باشد و اختیار کند بقا بر زوجیت را، اشهر و اظهر این است که مهر ناقص

میشود. و در مقدار نقص خلاف است. و اظهر این است که منوط است به رأی
حاکم
شرع. و دور نیست که بنا را بر تفاوت ما بین بکر و ثیب بگذاریم، یعنی ملاحظه
مکنیم
که اگر چنین زنی باکره باشد مهر المثل او چه قدر است، و اگر ثیب باشد چه قدر،
و به
همان نسبت از مهر مسمی کم مکنیم. مثل این که مهر مسمی دویست اشرفی است،
و
مهر المثل او اگر با کره باشد صد اشرفی است، اگر ثیب باشد پنجاه اشرفی. در
اینجا صد
اشرفی را کم مکنیم، و هکذا... و اکثر این امور محتاج است به مرافعه حاکم شرع،
یعنی مجتهد عادل. و بعد از رجوع به او خود مداند چه کند، دیگر استفتا و فتوی
فایده

ندارد.

٣٧٣: السؤال: اذا عقد الفضوليان عقدا على الكبيرين، فاجاز احدهما ومات، ثم اجاز الاخر. فهل يصح الاجازة ويتوقف اخذ الميراث على اليمين على

ان الاجازة لم يكن بطمع الميراث -؟ ام لا بل يختص الحكم بالصغيرين -؟. الجواب: روى ابو عبيدة في الصحيح (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدركين. فقال: النكاح جائز وايهما ادرك كان على الخيار، وان ما تا قبل ان يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهر الا ان يكونا قد ادركا ورضيا. قلت: فان ادرك احدهما قبل الاخر؟ قال: ذلك يجوز عليه ان هو رضى. قلت: فان كان

الرجل الذى ادرك قبل الجارية ورضى النكاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية اترثه؟. قال: نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها الى اخذ الميراث الا رضاها

بالتزويج، ثم يدفع اليها الميراث ونصف المهر. قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت

ايرثها الزوج المدرك؟ قال: لا لان لها الخيار اذا ادرك. قلت: فان كان ابوها هو الذى زوجها قبل ان تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الاب ويجوز على الغلام، والمهر على الاب
للجارية) ١.

وآخر الرواية قرينة على ان المراد بالوليين في صدرها من لولاية له في النكاح و اوقع العقد فضوليا [مثل] ٢ الوصى [او] الولي في المال فقط، او اعم من ذلك كالاخ و

العم. وعمل بها الاصحاب. وكل ما فيها موافقة للاصول والقواعد الا ايجاب الحلف في

التوريث، وسيجئ الكلام فيه. والا تنصيف المهر، بنا على المشهور بان الرواية لعلها مبنية على ما كان المعهود في القديم من تقديم بعض المهر، فلعلها اخذ النصف قبل ذلك. وهو بعيد. فان رجحنا التنصيف في المسألة (كما انه لا يخلو من قوة بالنسبة الى كثرة الاخبار ومخالفتها للعامة) فلا اشكال. وان رجحنا التمام لموافقة المشهور فلا يضر

عدم العمل بجز من الحديث في حجية باقى الاجزا. كما حقق في محله. وهي هنا مقامات من الكلام:

المقام الاول في معنى صحة الاجازة من الحى بعد موت المجيز الاول: فاعلم: انه

-
- ١ - وسائل: ج ١٧، ابواب ميراث الازواج، باب ١١ ح ١.
 - ٢ - وفي النسخة: ثم.

لا ينبغي التأمل في بطلانه على القول بكون الاجازة ناقلة. اذا لميت لا يقبل التزويج و ليس اهلا للمزاوجة ابتدا. وهذا الحديث من الادلة الدالة على بطلان القول بالنقل. و اما على القول بكونها كاشفة - كما هو الاصح - فقد يتوهم فيه اشكال ايضا اذا قطعنا النظر عن الراوية وبنينا اثبات صحة الفضولي بعموم قوله تعالى (او فوا بالعقود) وامثاله. لان المراد بالعقود، العهود الموثقة. كما فسره به اهل اللغة وجماعة من المفسرين من الخاصة والعامة. ولذلك نستدل بهذه الاية على تصحيح كل عهد موثق الا ان يثبت بطلانه من الشارع. كما هو الظاهر من الفقاهة في اكثر مباحث الفقه.

ولا يقتصر بالعقود المتداولة في الكتب الفقهية، ولا نجعله توقيفيا كما يظهر من بعضهم مثل الشهيد الثاني في المغارسة، وفخر المحققين في نكاح الايضاح، ومثل ما ذكره العلامة في التذكرة في كتاب المزارعة قال في الركن الرابع (يجب ان يكون النما مشتركا بينهما، فلو شرط احدهما نفسه خاصة لم يصح، لان المنقول عن الرسول - ص -

واهل بيته - ع - انما ورد على الاشتراك في الحصاة. والامور الشرعية متلقاة عن النبي - ص - فلا يجوز التجاوز عنها) انتهى. ولعل امثال ذلك بالنظر الى افراد عقد معين، لا الى نفس مطلق العقد.

ولا يقتصر بما جعله الفقهاء مقابل الايقاعات والاحكام والعبادات. بل المراد كل عهد موثق سوا كان من الله تعالى - كالامر بالايمان بالله واليوم الآخر - او من العبد مع الله

كالنذر والعهد، او من العباد بعضهم مع بعض كالبيع والاجارة وغيرهما، او من العبد لعبد آخر بالتزامه شيئا، او الزام الله عباده بالاحكام من وجوب شئ وحرمة آخر و تحديد الحدود والقصاص وغير ذلك.

وعلى هذا فنقول: العقد الواقع بين الفضوليين اذا اجاز احدهما بعد البلوغ فقد اوثق العهد من التزامه الزوجية للاخر بدون علم الاخر وقابليته للقبول. فيمكن ادراجه تحت العهود الموثقة بالمأمور بوجوب الوفا بها. واما اجازة الاخر بعد موت الاول: فهو مشكل. اذ معنى ايثاق العهد حينئذ المجيز الاول اوثق الزوجية والتزمها لغير المدرك بشرط اجازته ورضاه بعد ذلك. فهو عهد موثق من المجيز الاول والتزام لزوجية الغير المدرك ١ في حال حياته بشرط لحوق اجازته. والمجيز الثاني اوثق

١ - وفي النسخة: والتزام لزوجته لغير المدرك.

زوجيته للمجيز الاول الميت والتزمها بمقاومة اجازته ورضاه في حال حياة. فايثاق العهد والتزامه لكل منهما مع الاخر مما لا بدمنه. ولفظ (كل منهما) ولفظ (الاخر) حقيقة في الشخص الحي. فاذا وقع العقد بين زيد وزينب من الفضوليين، فلا بد من حصول الايثاق عن زيد بالنسبة الى زينب، ومن زينب بالنسبة الى زيد. فاذا اوثق زيد الزوجية والتزمها في حال حياة زينب فان اجازت بعد البلوغ فتم حكاية ايثاق العهد

من جانبه. واما التزام زينب لزوجية زيد وايثاق العهد بعد موته، فليس بالتزام الزوجية و ايثاق العهد لزيد. لان زيد اسم للهيكل المحسوس مع تعلقه بالنفس، وهو بعد الموت ليس بزيد بل بدن زيد. وليس التزاما لزيد في الحقيقة. وكما ان المشتق حقيقة في ما كان المبدأ موجودا في الحال فكذلك الجوامد. فاطلاق الما على الهوا المنقلب به مجاز كما ان اطلاق الهوا على الما المستحيل منه مجاز. والقول بان حقيقة الانسان هو نفسه وهو باق بعد المفارقة من البدن، خارج عن الصطلاح اهل العرف الذى هو مبنى مكالمات الشارع. فهذا ليس بايثاق العهد والتزام الزوجية لزيد حتى يقال (انه التزام لزيد زوجيتها فيجب الوفا به بدخوله تحت عموم او فوا بالعقود).

والحاصل: انه لا ايثاق من جانب زينب حال حياة زيد، ولازيد موجود حين ايثاق زينب، ولا عهد مع الميت ولا عهد موثقا من غيرهما قبل ذلك حتى يجب الوفا به. و بالجملة: ثمرة الاجازة اثبات الحكم حين الاجازة للمجاز له سوا كان باستمراره من حين العقد الى حين الاجازة وما بعده على القول بالكشف. او بايجاده من حين الاجازة و

ما بعده على القول بالنقل. وعلى اى حال فمفارقة (كذا ظ صح فمصادفة) الاجازة للمجاز له الموجود الحقيقي معتبر، وهو لا يوجد بعد موت المجيز الاول. واما المعنى المتصور لايثاق العهد بين الفضوليين فهو انه يجب عليهما ابقا حكم الفضولى حين يلحقه الاجازة بينهما وانه لا يثمر فسخهما وتقاييلهما، فالاثبات بينهما ايضا معلق باجازتهما فوجوب الوفا بذلك العهد الموثق بينهما بعد تحقق المعلق عليه. و

قد عرفت الكلام فيه. فلم يبق في المقام الا الاعتماد على الروية في صحة هذه الاجازة. ويندفع هذا الاشكال بان اشتراط وجود حال المبدأ في المشتق والوصف العوانى في الجوامد على التحقيق انما هو في وجودهما حال النسبة بهما والحكم المتعلق بهما، لاحال التكلم. فقد يكتفى بوجوده في الماضى والمستقبل بالنسبة الى زمان

التكلم وقول زينب (اجزت عقد زيد على) معناه انى اجزت العقد الواقع لزيد في الماضي على، في الحال. لا اجزت العقد الواقع في الحال لزيد. فصدق (زيد) عليه انما يلاحظ بالنسبة الى زمان العقد، لا زمان الاجازة. وهو في حال العقد زيد حقيقى متلبس

بوصف الزيدية حين العقد. فيستمر الزوجية من حين العقد الى زمان الاجازة وما بعده و ان مات، كما يستمر في العقد الباب ولا يهد مه الموت. فيصح الاستدلال بعموم الاية مع قطع النظر عن الرواية ايضا.

ومن جميع ما ذكرنا ظهران في عبارة المسالك والروضة مسامحة في معنى الاجازة. حيث فسر (التحليف على عدم سببية الارث للاجازة) بقوله (بمعنى ان الباعث على الاجازة ليس هو الارث بل لو كان حيا لرضى بالتزويج). والاصوب ان يقال (بل لولم يكن له مال وتركه لرضى بالتزويج ايضا)، اذ هو الفراد الاخفى بعد فرضه ميتا. و كيف كان

فالاشكال في فهم معنى اجازة زوجية الميت. اذ ظاهرا اجازة العقود اللازمة استمرارها هو المقصود بالذات في اجازة الفضولى، لا مجرد ما يعطيه ملاحظة الكشف وهو ترتب

الاثار الحاصلة بعد الصيغة وقبل الاجازة.

ويمكن ان يقال تصويره في النكاح بان يجيز مقتضى العقد الدائم الذى من لوازمه انه اذامات احد الزوجين بقى علاقة الزوجية الثابتة بعد الموت ايضا، كحلية النظر اليه و تغسيله ونفس الاتصاف بالزوجية اذ قد يكون موجبة للافتخار بحسب الشخص كما لو كان

علويا ونحو ذلك. ويشكل الكلام في النكاح المنقطع ووقوع الاجازة بعد انقضا المدة، سوا مات احدهما او تأخر الاجازة بسبب نسيان او تردد حتى انقضى المدة. وكذلك في كل عقد له مدة. ولا يحضرنى في كلماتهم تصريح بذلك. ولا يبعد الاكتفا بالاجازة بعد

المدة ايضاو ترتب عليه ثمرة ولم يلزم السفه فيها. بل ولا بد من ملاحظة ذلك في النكاح

الدائم اذا كان المجيز الاول هو الزوجة ولا مال لها ولا ميراث ثم بلغ الزوج بعد موتها و اجاز. فان هذه الاجازة موجبة الالتزام المهر، وهو سفه لو لم يفرض فيه مصلحة اخرى.

المقام الثاني: هل يجرى هذا الحكم في ما لو كان احدهما فضوليا والاخر بعنوان
الولاية في النكاح او بالاصالة لكونه بالغار شيذا؟. فذهب جماعة من الاصحاب الى
ثبوت هذا الحكم فيه من باب الفحوى. وعبارة الروضة في تقريره بعد نقل اصل
المسألة

مستندا بصحيحة ابي عبيدة، هي هذه (ولو زوج احد الصغيرين الولى او كان احدهما
بالغا

رشيدا، وزوج الاخر الفضولى، فمات الاول، عزل للثانى نصيبه واحلف بعد بلوغه
كذلك.

وان مات قبل ذلك بطل العقد. وهذا الحكم وان لم يكن مورد النص الا انه ثابت فيه بطريق اولي، للزوم العقد هنا من الطرف الاخر، فهو اقرب الى الثبوت مما هو جاز من الطرفين) انتهى. ومثلها غيرها ايضا.

وفيه نظر. لان المراد ان كان تصحيح الاجازة الثانية با دخال ذلك تحت (العهد الموثقة) التي يجب الوفا بها بعموم الاية، فلاحاجة الى التمسك بالاولوية ويكفي دخولها تحتها. وقد ذكرنا الاشكال فيه والجواب عنه. وان كان المراد ادخالها تحت العهد الموثق بطريق الاولوية، فيكون استدلالا لثبوت الموضوع لانفس الحكم. يعني ان عقد الفضولين كمانه عهد موثق بعد الاجازة فهذا ايضا عهد موثق بالطريق الاول فيلزم

دخوله تحت عموم الاية ويجب الوفا. ففيه ان هذا ايضا يرجع الى اثبات شمول العام لفرد من الافراد. غاية الامر كون بعض الافراد اثبت له الحكم الثابت اذ بعد تسليم كونه فراد منه يجرى فيه الحكم الثابت له.

مع انا نقول: حجية فحوى الخطاب انما يسلم اذا كانت حاصلة من الدلالة العرفية، كدلالة حرمة التأيف على حرمة الايذا الاشد منه، الا بمجرد كون العلة في الفرع اجلي،

المعبر عنه ب (القياس الجلي) الاترى ان الشارع حكم بوجود الكفارة للمحرم في الصيد

اذا كان خطأ تكرر، دون ما كان عمدا. هذا اذا اعتمدنا على عموم الاية. واذا اعتمدنا على الرواية فيشكل الاستدلال بالاولوية. لمامر. مضافا الى منع كون العلة هو ووقوع العقد فضوليا، بل لعله للخصوصية مدخلية في الحكم.

وان كان المراد في الاستدلال بالا ولوية انه في حكم الصغيرين في لزوم التحليف، فيرد عليه اولا منع الا ولوية بل الاصل اولي لثبوت اللزوم في الجملة في الفرع، فهو اقرب

الى ثبوت الزوجية المستلزمة للميراث المناسب لعدم التحليف. وثانيا منع الاستدلال بدون الدلالة العرفية، كماמר. ويظهر من جميع ما ذكر بطلان الاستدلال بالرواية على مجموع الامرين من تصحيح الاجازة والتحليف بطريق الاولوية. لان الثابت من الرواية الصحة على فرض الاجازة المقيدة بالتحليف، واولوية ذلك في الفرع ممنوع، لمامر من انه انسب باللزوم بدون التحليف فكيف ثبت بالرواية اللزوم مع الحلف.

والحاصل: ان في الفرع مقامين من الكلام: الاول: ان الاجازة بعد الموت هل هي مصححة للعقد لا. وقد عرفت أن الوجه انها مصححة نظرا الى عموم الاية، لا

بخصوص

الرواية لكون الاجازة فيها مقيدة. والثاني: على فرض التسليم هل هي موقوفة على



(၀၉၂)

الحلف المذكور ام لا. وقد عرفت عدم الدليل، لبطلان القياس ومنع الاولوية ثم اعلم: ان التحليف المذكور في الرواية يحتمل معنيين: الاول ان يحلف على القصد الى المدلول مع كون الداعى اليها هو الرغبة في نفس الزوجية ليكون استحقاق الميراث قسريا تبعا، لا ان يكون الداعى اليها بالاصالة هو الميراث وان قصد المدلول.

و
الثانى ان يحلف على القصد الى المدلول وانه لم يكن اللفظ لغوا ولم يقصد به محض اظهار ذلك اللفظ لاختذ الميراث خداعا وتغريرا، ولم يكن مراده اجازة العقد. فهيهنا احتمالات ثلاثة: الاول: ان يكون مراده من قوله (اجزت العقد) هو القصد الى اجازة العقد

بالذات، ولم يكن الداعى (ايضا) الميراث وان لزمه تبعا. والثانى: ان يكون مراده منه هو القصد الى المدلول لكن لم يكن مقصودا بالذات بل مقصودا بالذات اخذ الميراث، ولكن يقصد تحقق الزوجية لاجل ان يترتب عليه الميراث فهو الداعى والعلة الغائية الباعثة على القصد الى المدلول. والثالث: انه لا يريد اجازة العقد اصلا ولا يقصد بالمدلول مطلقا ولكن يتلفظ بهذا اللفظ لاجل الميراث.

ولا يخفى ان الظاهر عدم الاعتنا بالوجه الاخير. لان الاصل في لفظ (اجزت العقد) ان يحمل على معناه الحقيقى وهو قصد اجازة العقد، لامحض التكلم بهذا اللفظ مع عدم

القصد الى معناه. فكلام العاقل يحمل على حقيقته بحسب الامكان. و [يرجع] الكلام في ذلك الى انه هل اجاز ام لا، لا الى ان الاجازة هل هو للزوجية او لا خذ المال [كما]

هو الظاهر من المسالك، وهو بعيد)، لكن يبقى اللفظ مترددا بين ان يكون مدلوله مقصودا بالذات او بالتبع. ففي كل واحد من صورتى (القصد الى اجازة العقد مع قطع النظر عن الميراث وان استتبعه قسرا) و (القصد الى اجازته لاجل الاستيراث وان لزمه قصد امضا العقد)، الاجازة كاف ١ اذا كان قاصدا الحقيقة وان كان الداعى الى قصد الحقيقة ترتب هذا الاثر. كما في كثير من الحيل الربوية.

وليس هذا من باب (عقد التمتع على الصغيرة الرضية في يوم واحد بدرهم لاجل محرمة امها) الذى اخترنا فيه البطلان، ٢ لان صحة اصل العقد فيه ممنوع لفقد الاغراض

التي سن الشارع العقد لها. ومحرمة الام ليس من الاغراض الباعثة لتشريع العقد، بل من الاثار المترتبة عليه قسرا وان كان يجعل الشارع. وجعل مطلق الاثار غرضا غير

١ - وفي النسخة: فى الاجازة كاف.

٢ - راجع المسألة ٢٩٢ و كذا ٢٩٣ و ٣٢٣ و ٣٤٦ من هذا المجلد.



(०१२)

معقول. كما ترى انه لا يحسن ان يقال (الغرض من تحريم الزنا اجرا الحدعلى الزانى) و ان كان من الميراث المترتبة عليه. بل الغرض عدم اختلاط الانساب (مثلا). مع انا نمنع كونه اثرا للتمتع في هذا العقد الخاص. واطنبا الكلام في مسألة المتعة في الرسالة التى كتبناها فيها.

وما نحن فيه ليس من هذا القبيل، لا مكان فرض القصد الى غرض من اغراض الشارع في اجازة العقد بعد الموت. فانه يمكن ان يكون مطلوبه من الاجازة بعد الموت هو

تحقق الزوجية الصحيحة في زمان، ولا اقل من كون نفس الزوجية مطلوبة. مثلا علم هذا

المحيزان مصاهرة الرسول (ص) افتخار له وكان الميت من اولاد الرسول ويريد ان يكون

من اصهار فاطمة الزهرا عليها السلام. فبا جازته العقد كانه اختار تزويج بنت فاطمه الزهرا (ع) وليس نظره الى الميراث ولا الى المهر وغيرهما من ساير الاثار. ويتضح المسألة غاية الوضوح في مالو فرض المسألة في اجازة البيع أو الاجارة بعد الموت. ان صححناه بالا جازة فله مطالبة المبيع ونمائه وهى من جملة الاغراض المطلوبة للشارع. ولا فرق بينهما.

والحاصل: ان الرواية وردت على خلاف الاصل، وقد عمل بها الاصحاب مع صحتها، فيعمل بها في موردها. واما التعدى الى الفرع، فلا يمكن الاستدلال فيه بالرواية. لانه قياس لا نقول به. والكلام في الاولوية هو ما مر من عدم حجته الامع الدلالة العرفية، و منع اولوية الفرع في التحليف بل الاصل اولى به. نعم يمكن الاستدلال بان المفهوم من الرواية ان التحليف لاجل ظهور التهمة، اذا الغالب انه لا حكمة ظاهرة في اجازة عقد الميت الا الانتفاع بالمال. فيكون من باب (المنصوص العلة)، ولا يشترط في التعدى فيه

كون الفرع اقوى في العلة من الاصل. بل يكفى مجرد وجود العلة المنصوصة. وهو من قبيل (دخول الخاص في العام)، لا من باب (القياس الجلى) المستتبط علته من غير النص.

بقى الكلام في تحقيق معنى التهمة وموردها، وان فتوى الفقهاء عامة في التحليف، وانه لازم خذ التركة سوا كان تهمة ام لا. فنقول: ان الظاهر من اطلاقهم لزوم التحليف لاخذ التركة وان لم يكن تهمة. الا الشهيد الثانى في الروضة فانه قال (واعلم ان التهمة بطمعه في الميراث لا تأتى في جميع الموارد. اذ لو كان المتأخر هو الزوج والمهر بقدر الميراث او از يد، انتفت التهمة وينبغى هنا عدم اليمين ان لم يتعلق غرض

(९१३)

بأثبات اعيان التركة. بحيث يترجح على ما يثبت عليه من الدين او يخاف امتناعه من ادائه، او هربه ونحو ذلك مما يوجب التهمة ومع ذلك فالموجود في الرواية موت الزوج و

اجازة الزوجة وانها تحلف بالله مادعاها الى اخذ الميراث الا الرضا بالتزويج. فهي غير منافية لما ذكرنا، ولكن فتوى الاصحاب مطلقة في اثبات اليمين) انتهى.

فان ظاهره الاقتصار في التحليف على مورد التهمة، ولا ينافيه ظاهر الرواية، كما ذكره (ره). ووجه في المسالك اطلاق فتاوى الاصحاب ب (ان يكون التهمة حكمة

في ابتداء الحكم، لا علة. فلا يجب اطرادها). وهو مشكل، لظهور العلية من الرواية. ولذلك عدل عنها في الروضة، ولقد اجاد. وعلى الاطراد فيلزم الحلف لاخذ عين من اعيان التركة ولو كان في جنب ما يلزمه من المهر اقل قليل وان كان المهر عينا تحت يد الوارث

ولم يكن احتمال حرمانهم عنه بوجه من الوجوه.

ثم: ان كلماتهم في هذا المقام مشحونة بكون التحليف لاجل نفى كون الداعي على الاجازة هو الطمع في الميراث. ولم يذكروا طمعها المهر اذا كانت المتأخر هي الزوجة. و

السرفيه لعله كون اجازة الزوج بمنزلة اقراره فثبت المهر في ذمته باقراره. فلم يبق التهمة للزوجة في اجازتها بعده الا طمع الميراث، فلذلك احتيج الى الحلف لاجله.

لكن

يرد عليه ان الاقرار فقط لا يكفي من الزوج في ثبوت المهر مالم يلحق به اجازة الزوجة فيجئ اشكال احتمال التهمة في هذه الصورة ايضا في اجازة الزوجة.

ويمكن ان يكون نظرهم الى ان الاجازة لما كانت قائمة مقام اصل العقد وجعل اخذ المهر غرضا من اغراض التزويج ليس بمستنكر عند العقل والشرع، بخلاف الميراث لعدم

العلم بتقدم موت الزوج على موت الزوجة وتأخره، بل ولا الظن في الاغلب. فجعل ذلك

غرضا، بمنزلة اللغو. فيسقط اعتباره عقلا وشرعا.

ويجوز ذلك في المجيز الاول اذا كان هو الزوجة، بل في اصل التزويج الاصيل. و اما في ما نحن فيه فجعله غرضا ليس بمستنكر، لاجل تحقق تقدم موت الزوج. فتحلف الزوجة على انها لم تجز لاجل الميراث. فاذا حلفت على ذلك فتورث وان كان غرضها اخذ المهر ايضا. ولا تحلف على عدم كون الباعث هو اخذ المهر. لان اصل المعاملة

مع

الزوج وهو قد اقر في حياته بخروجه عن ماله او قطع يده عنه وعدم الطمع في رده اليه،

و
الاصل عدم انتقال المال الى الوارث الا في ما دل الدليل. فهو كالدين والوصية اللذين
هما يتقدمان على الميراث. وان الاقوى عدم انتقال المال الى الوارث الا بعد الوفا
بهما.

فلا تهمة في المهر بالنسبة الى الميت ولا حق ثابتا في مقداره للوارث. ولا يكتفى باجازته العقدحال الحياة في رفع التهمة بالنسبة الى الميراث، لانه لاحق للميت في ماله بعد الموت وهو حق الوارث فصح للوارث مزاحمتها حتى تحلف. وبالجملة: التحليف

على خلاف الاصل وقد ثبت في الرواية في مالو حصل التهمة بالنسبة الى الوارث بعد الاجازة فيتعدى عن موردها في كل ما وجد فيه العلة المذكورة. وسيجيئ تمام الكلام.

المقام الثالث: لو كان الفضوليان عقدا على الكبيرين فاجاز احد هما ومات، ثم اجاز الاخر. فهل يصح الاجازة ويتوقف اخذ الميراث على اليمين ام لا؟ -؟ ففيه اشكال.

قال في الروضة - بعد العبارة المنقولة عنه سابقا -: نعم لو كانا كبيرين وزوجهما الفضولي

ففي تعدى الحكم اليهما، نظر. من مساواته للمنصوص في كونه فضوليا من الجانبين، ولا مدخل للصغير والكبير في ذلك. ومن ثبوت الحكم في الصغيرين على خلاف الاصل

من حيث توقف الارث على اليمين وظهور التهمة في الاجازة، فيحكم في ما خرج عن المنصوص ببطلان العقد متى مات احد المعقود عليهما بعد اجازته وقبل اجازة الاخر). ويقرب منه ما ذكره في الايضاح وغيره.

اقول: وفي ما ذكره نظر. وفي الجمع بين هذا الكلام والكلام الذي نقلنا عنه سابقا في المقام الثاني مناصرة. فانه يظهر من الكلام الاول عدم الالتفات الى التحليف، بل كان نظره مقصورا على مجرد تصحيح الاجازة واثبات اللزوم بها، والا فلا معنى للاولوية في اشتراط التحليف (كما بينا سابقا) بل الاصل اولى به من الفرع. ويظهر من الوجه الثاني من وجهي الاشكال في الكلام الاخير ان نظره لم يكن مقصورا على مجرد الاجازة. حيث

ذكر اشمال حكم الصغيرين على خلاف الاصل من التحليف.

واما الكلام في نفس الكلامين: فقد عرفت ما يرد على الاول، واما الثاني فاعلم ان مناط الوجه الاول من وجهي الاشكال هو جعل كونه فضوليا علة لاثبات الحكم، يعنى مجموع صحة الاجازة وافادته اللزوم بشرط التحليف. اذ المناط هو كونه فضوليا وقع

من

فضولين على النهج المذكور. ومناط الوجه الثاني مع كونه العلة هو ما هية كونه فضوليا ان ١ هذا النوع الخاص منه (مستندا با نه حكم خاص، يثبت لفرد خاص من الفضولي) على

١ - وفي النسخة: اذ.

خلاف الاصل. ولا يخفى ما في الوجه الاول. لورود المنع الظاهر على كون الفضولية مطلقا (او مطلق ما كان طرفا العقد فضوليين من جملة افراد الفضولى) علة لهذا الحكم.

بل هو حكم خاص ورد لفضولى خاص، مع ان العلة في الحكم لايمكن ان تكون نفس الفضولية مطلقا، او نوعا منه. بل انما هو ما يدل على صحة الفضولى مثل (او فوا بالعقود) وامثاله.

فان قلت: ان مراد القائل ايضا انما هو ذلك. قلت: ان هذا يصير على هذا استدلالا بالعام على الخاص، لا بوجود العلة مع انه يصير بنا على الاعتماد على العلة قياسا، ولا اولوية ولا نص بعلية الفضولى حتى يتعدى بسببه وليس بحجة عندنا.

واما الوجه الثانى من الاشكال: فيرد عليه انه وان كان المنع متجها لكن الحكم بالبطلان محل نظر. اذ يمكن تصحيح الاجازة وجعل العقد لازما للفرع بعموم (او فوا بالعقود)، على ما بيناه في المقام الاول في طى الاشكال الذى اوردناه هنا [ك] وتصحيح

اشتراطه بالحلف بالعلة المنصوصة في الحديث في مورد التهمة. فلا يبعد القول بالصحة. نظرا الى مثل عموم (او فوا بالعقود) مع الحلف، نظرا الى العلة المنصوصة. فكون

التحليف خلاف الاصل لا ينافى تعديه الى امثاله مما هو خلاف الاصل ايضا اذا اعتبر عليته فيه.

وربما يدعى في هذا الفرع اولوية ايضا من جهة وجود المجيز في الكبيرين حال العقد، بخلاف الصغيرين. وبه يصير اقوى واولى بالصحة. اذ القائلون بصحة الفضولى اختلفوا في ما لم يكن المجيز موجودا [حال العقد] واتفقوا في صورة وجود المجيز. وفيه

ان الاقوى في مسألة (وجود المجيز) انه لا يشترط وجود المجيز بالفعل، بل يكفى (الامكان الاستعدادى) وان لم يكن اقرب مراتب الاستعداد كالطفل. نعم يعتبر كونه محدودا بحد، كالبلوغ المعلوم غايته والغايب المعتاد عوده او بلغ خبره. ولكن يرد على

هذا ان الامكان الاستعدادى في اقرب المراتب اقوى من ابعده، سيما مع وجود الاتفاق في الاول والاختلاف في الثانى. ولكن قد عرفت ان مثل هذه الاولوية (لو سلمت) لا يمكن الاعتماد عليه في اثبات الحكم، بل المعتبر الدلالة العرفية. فالاولى جعل ذلك مؤيدا للصحة.

المقام الرابع: لو عرض للمجيز الثانى مانع عن اليمين بعد الاجازة (من موت او جنون لا يرجى زواله) فلا ميراث له. لانه معلق على اليمين في الرواية. والحكم الوارد



(०११)

على خلاف الاصل - وهو اثبات ارث المتأخر من المجيزين باليمين مع ظهور التهمة في الاجازة - يقتصر على مورده. ومع انتفا اليمين يخرج عن مورده. وربما احتمل ثبوت

الميراث بدون اليمين، لتحقق العقد الكامل بالا جازتين. وفيه مالا يخفى. وغاية ما يمكن [في] توجيهه ان الرواية ظاهرة في صورة الامكان فيقتصر عليه في الحكم الوارد على خلاف

الاصل. وفيه: مع طرو المنع (لان غاية الحكم فيه الاجازة حين الادراك والحلف معا، فلو كان الاجازة حين الادراك فقط كافية لما كانت الغاية غاية) على انا نعارضه با نه على

ما اخترناه من كون لزوم الحلف في صورة الاتهام، فالظاهر من الرواية حينئذ ان التهمة مانعة عن الميراث. الا ان يرتفع بالحف. وهو منتف بالفرض. وكذا الكلام لو نكل عن الحلف.

واما لو عرض مانع يرجى زواله - كالسفر والجنون المرجو الزوال - فذكر جماعة من

الاصحاب انه يعزل نصيبه. قال في المسالك (يعزل نصيبه من الميراث الى ان يزول المانع، او يحصل اليأس منه، او يوجب التأخير ضررا على الوارث بتأخير المال، او على المال. فيتجه حينئذ دفعه الى الوارث. وتقرير الحال معه بضمائه له على تقدير ظهور استحقاق الحالف له. وانما جاز دفعه حينئذ الى الوارث لان الاستحقاق غير معلوم والاصل عدمه. لكن لما كان اكثر اجزا السبب قد حصلت روعى الجمع بين الحقين بتأخير النصيب الى وقت لا يحصل معه ضرر على الوارث، مع احتمال عدم وجوب عزله

بعد بلوغه وتأخير اليمين).

اقول: ولعل الجماعة استأنسوا العزل من الرواية في المجيز الاول. والا فالاصل عدم الوجوب وان كان الضمان ثابتا وظهر الا استحقاق في ما بعد، سوا ضمن ام لا. المقام الخامس:

لو كان المجيز المتأخر هو الزوج ولم يحلف. فاذا اجاز فقد عرفت الكلام في الميراث. واما المهر المسمى في العقد: ففي ثبوته عليه بمجرد الاجازة وجهان، اقربهما الثبوت وفاقا لجماعة من الاصحاب كفخر المحققين والشهيد الثاني وغير هما. لان اجازته يتضمن اقراره على نفسه. وانما منعنا في الميراث لتعلقه بحق غيره وهو الوارث، وتحقق التهمة، بخلاف المهر. ووجه المنع أن المهر فرع النكاح المتوقف على اليمين، والمفروض عدمها. وفيه: انا لا نسلم كونه فرع النكاح الواقعي لاغير، بل قد يترتب على مجرد الاقرار بالنكاح الغير المستلزم لوقوعه في نفس الامر. والحاصل: ان الاقرار بالنكاح



(०१४)

له حيثيتان: احديهما اقرار على النفس، وثانيهما اقرار على الغير وهو الوارث. فيسمع ما عليه دون ماله. كما لو ادعى الرجل زوجية امرأة وانكرت، فيلزم على الرجل ما يلزم الزوج، دون المرأة. فلا مناقاة بين لزوم المهر وعدم ثبوت الميراث. ثم على المختار من لزوم المهر عليه، فهل يرث نصيبه من المهر ام لا؟. فيه ايضا وجهان من جهة ان هذا ارث والايراث يتوقف على اليمين بمقتضى النص، فلا يرث شيئاً.

[و] من جهة ان اقراره بالتزويج لا يستلزم از يد من نصف المهر، لا نه ان كان صادقاً في الاجازة، والتزويج قد حصل، فله النصف بالميراث. وان كان كاذباً فالمهر كله ماله و النصف داخل في الكل. وهذا اقرب، وفاقاً لجماعة. وحاصله ان اقراره لا يستلزم الا النصف وليس للوارث مطالبة التمام، ولا نلتزم جعله ميراثاً، فان شئت سميت النصف

ميراثاً، وان شئت سميته مال الزوج الذى لم يدل دليل على خروجه من يده. والظاهر عدم الفرق بين العين والدين. مع ان المذكور في الرواية انما هو حكم ميراث الزوجة عن

الزوج، لا ميراث الزوج. فلا دلالة فيها على لزوم اليمين فيه. ولا يذهب عليك المراد بالنصف هنا ربع اصل المهر، بنا على المختار في مسألة مهر الزوجة اذا توفيت قبل الدخول. فان الاقوى فيها انه لا يثبت لها الا نصف المهر (وان كان القول بالنصف في صورة العكس ايضا لا يخلو عن قوة. وان كان المشهور التمام ولا يبعد ترجيحه). هذا كله اذا لم تكن مفوضة. كما هو ظاهر الرواية. والا فالمهر ساقط

رأساً، لعدم الدخول.

تنبيه: قال العلامة (ره) في القواعد (ولو تولى الفضولى احدى طرفى العقد، ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة. فان كان زوجاً حرم عليه الخامسة والاخت والام والبنت.

الا اذا فسخت، على اشكال في الام. وفي الطلاق نظر. لترتبه على عقد لازم فلا يبيح المصاهرة. وان كان زوجة فلا يحل لها نكاح غيره، الا اذا فسخ. والطلاق هنا معتبر). اقول: وفيه مطالب

الاول: انه كان احد طرفى العقد فضولياً والاخر عاقد نفسه مباشرة، فيثبت تحريم المصاهرة في المباشر. يعنى انه في حكم المتزوج بالعقد اللازم من الطرفين، فيحرم عليه. فان كان المباشر هو الزوج فيحرم عليه تزويج امرأة اخرى دائماً ان كانت هذه رابعة زوجاته. وكذا يحرم تزويج اخت هذه المرأة له، لحرمة الجمع بين الاختين.

كذاام المرأة، لحرمة ام الزوجة وان كانت غير مدخولة. وكذا ابنتها لحرمة الجمع

(٥٩٨)

بين الام والبنت وان لم تكن الام مدخولة. لانها بالنسبة اليه زوجة يترتب عليها احكامها.

وان كان المباشر هو الزوجة، فلا يجوز لها التزويج بغيره. لانها متزوجة باقرارها واعتقادها

بعنوان اللزوم بالنسبة اليها، فلا يجوز لها التزويج بغير زوجها في حال حيوته. الثاني: ان هذه الاحكام انما في قبل ان يفسخ المعقود فضولا، العقد. فان فسخه فان كان في الصورة الاولى وفسخت المرأة النكاح، فيحل للزوج نكاح من كانت خامسة

قبل الفسخ. لانها حينئذ رابعة. وكذا اختها لعدم الجمع بين الاختين، وكذا البنت لكون الام غير مدخولة فلم يثبت قبل تحريمها ابدا. بل انما كان الحرام هو الجمع، و التحريم الابدى من ثمرات الدخول. واما الام (يعنى اذا كانت المعقودة فضولا هي البنت) ففي تحريم امها بعد الفسخ من البنت اشكال. نظرا الى ان حرمة ام الزوجة ليست مشروطة بالدخول بينتها على الاصح، ولا يبقى البنت في حالها. بل هي محرمة ابدا. ويصدق عليها حينئذ انها ام زوجها بالعقد الصحيح اللازم بالنسبة اليه لعدم تسلطه على فسخه.

و [نظرا] الى ان الفسخ يرفع النكاح من اصل فهو كاشف عن الفساد عن اصله سوا قلنا ان الاجازة كاشفة عن الصحة من اصله، او ناقلة فوجود النكاح كعدمه. ولان تحريم

الام اما بالدخول (كما هو مذهب ابن ابي عقيل) أو بالعقد الصحيح. والاول منتف بالفرض، والثانى موقوف على تحقق ايجاب وقبول صحيحين، ويشترط صحتهما بصدورهما من الاصيل او وليه او وكيله او اجازة الاصيل او [اجازة] الولي على القول بصحة الفضولى. والمفروض عدم الجميع في الايجاب من الزوجة، فوجوده حينئذ كعدمه. فلا ينفع القبول وحده. فليس هناك ايجاب وقبول صحيحان. وهذا هو الاقوى. وان كان في الصورة الثانية - يعنى ما كان المباشر هو الزوجة وفسخ [ال] عقد الزوج - فلا اشكال في جواز تزوجها بغيره بعد الفسخ.

الثالث: اذا طلق الزوج المعقودة، فهل ينفع في شئ ام لا؟ فنقول اما في صورة الاولى (يعنى ما كان المباشر هو الزوج) فتتظر فيه علامه من جهة ان وضع الطلاق انما

هو لرفع نكاح ثابت لازم واستدامية والعقد الفضولى ليس بنكاح ثابت اذا لنكاح الثابت لا يحصل الا باذن المرأة، او اجازتها ثانيا. وكلاهما مفقودان بالفرض. ولا معنى لثبوته

١ - وفي النسخة: لا يجعل.

(٥٩٩)

من طرف واحد. فاذا لم يثبت النكاح الثابت فلا يصح الطلاق المشروط بمسبوقيته به، فلا

يبیح المصاهرة. ولا معنى للطلاق الموقوف على اجازة المرأة للنكاح مع انه لا ينفع في صورة عدم اجازتها.

واما ما قيل من وجه الصحة وافادته اباحة المصاهرة: فهو ان النكاح لازم من جهة الزوج وله طريق الى رفعه بالطلاق، لانه لا معنى لثبوت نكاح ولزومه مع عدم جواز الطلاق من الزوج البالغ العاقل قبل الدخول، ولم يرد مثله في الشرع. وفيه ان المسلم مما ورد في الشرع هو (جواز الطلاق من الشخص الكامل على النكاح الثابت من

الطرفين) لامن طرف واحد. وعدم تصريح الشرع بعد [م] جواز الطلاق في هذا النوع من

النكاح اللازم لا يستلزم الترجيح بجوازه فيه. والمحتاج اليه في الاحكام الشرعية هو التصريح با لاجواز ولا يكفي عدم التصريح بعدم الجواز. واما ما قد يقال ب (انا ان قلنا ان الاجازة في العقد كاشفة عن الصحة من حين العقد، والفسخ عن فساده حينئذ، فنقول ان الطلاق بعد وقوعه حينئذ مراعى. فان اجازت فقد وقع الطلاق على الزوجة الثابت نكاحها، فيفيد اباحة المصاهرة. وان فسخت، تعين بطلان النكاح من الاصل، فيفسخ المصاهرة ايضا). ففيه منع صحة الطلاق مراعى بالاجازة بل الظاهر ان بطلانه اجماعى كما يظهر من فخر المحققين. ومنه يظهر الكلام على القول بكونها نافذة لعدم وقوع الطلاق حينئذ على النكاح اللازم وتوقفه على الاجازة، كما مر.

واما في الصورة الثانية: - اى ما كان المباشر هو الزوجة - فلعل وجه تصحيحه للمصاهرة انه في معنى فسخ الزوج. واما كونه طلاقا صحيحا يترتب عليه احكامه فهو مشكل. لان ما ورد من الشرع هو طلاق الزوجة الدائمة الثابت نكاحها اللازم من الطرفين.

ومما ذكرنا يظهر حكم ما لو كانا فضولين واجاز احدهما قبل الاخر، في حرمة المصاهرة للمجيز. وكذا لو كان المباشر هو الولي. وكذا لو كانا صغيرين معقودين عليهما

فضولا وبلغ احدهما واجاز قبل بلوغ الاخر. مع اسقاط (البت) من بين المذكورات في اصل المسألة، اذ لا بنت للصغيرة قبل البلوغ. الا اذا افرض بلوغها قبل اجازتها لما نع من

جهل او نسيان وحصل لها بنت من نكاح او من شبهة. ثم: ان هنا دقيقة لا بد ان ينبه عليها، وهى ان الاصل في العقد الفضولى الاعتبار



(٦٠٠)

حتى يحصل الفسخ، او الاصل عدم الاعتبار حتى يحصل الاجازة؟ ومما يتفرع عليه
مالو تزوج (المعقود عليه فضولا في صورة جهالة بالعقد الفضولي) ممن يحرم عليه
تزويجه لو كان عالما بالحال في صورة الاجازة. فلو تزوجت المرأة المعقود عليها
فضولا من

مباشر بالاصالة مثلا، او بالولاية من شخص آخر، ثم اطلعت على ان الفضولي عقدها
لغيره. فهل يجوز لها امضا الفضولي وفسخ النكاح المتأخر؟ او لابل المتأخر لازم؟.
ولا يخبرني الان كلام فيه من الاصحاب. والظهر من كلماتهم في كون الفضولي
موقوفا

على الاجازة عدم الاعتبار بدونها. فما لم يتحقق الاجازة فهو على اختياره وقد عقد
على

نفسه عقدا في حال لا يمنعه مانع شرعا. غاية الامر انه لو اطلع عليه لا يجوز له التزويج
بالغير الا بعد فسخ الاول. ١ واذا صح العقد فيحتاج بطلانه الى دليل. بل ولا بد من
الطلاق
لو اراد الفراق.

وهذا الكلام ظاهر في جانب الزوجة. واما ان كان المعقود له فضولا، هو الزوج:
فيظهر المثمرة في مالو زوجه الفضولي بالبنت وهو قد تزوج بامها لجهله بالحال.
وامثال

ذلك. والا فلا منافاة بين صحة العقد واجازته للفضولي. ثم اذا وقع الطلاق فالظاهر
امكان الاكتفا باجازة الفضولي السابق، من دون تجديد عقد. لعموم الدليل.
٣٧٤: السؤال: اذا وكل الرجلان من جانب الزوجين ليذهبا عند عالم ليوكلاه في
اجرا العقد. وجا عنده ووكلاه في اجرا الصيغة. واجرى العالم الصيغة فضولا لعدم
ثبوت التوكل عنده. ثم زف بالمرأة الى زوجها. والزوج لا يعلم ان المرأة عالمة بالمهرام
لا. بل يعلم انها لا تعلم. فهل يجوز الدخول بها ام لا؟ ويصح ذلك العقدا ام لا؟
الجواب: تحقيق هذه المسألة يتوقف على ذكر مقدمات: الاولى: هل يجوز البنا في
العمل على الوكالة الادعائية بدون الاثبات ام لا؟ الظاهر الجواز، مثل ان يجيء احد و
بيده مال ويقول ان هذا مال فلان وانا وكيله في بيعه، فيجوز الشرا منه والتصرف فيه و
ان علم المشتري انه مال فلان. او جا رجل عند امرأة ويقول انا وكيل فلان في تزويجك
له، فيجوز للمرأة التزوج به. وان لم يثبت عندها الوكالة.

وما قرع سمعك انه لا يثبت الوكالة الا بشهادة رجلين عدلين، انما هو اذا كان هناك
مزاحم، او انجر الامر الى الدعوى فينكر الموكل التوكيل مثلا، فالقول قول المنكر الا
ان

١ - عبارة النسخة: ... الا بعد الفسخ الاول فى معناه فتزويجه بالغير مع الاطلاع بالحال.

(٦٠١)

يثبت الوكالة بعد لين. او اراد الوكيل قبض عين او دين من موكله ودافعه الغريم وامتنع عن الاداء الا ان يثبت الوكالة وان جازله التسليم على الاظهر، وان كان عليه الضمان لو ظهر كذبه. والحاصل: ان عدم ثبوت الوكالة (في محل الاحتياج الى الاثبات) الا برجلين

عدلين، لا ينافي جواز قول الوكيل والمشى على مقتضاه. بنا على تنزيل فعل المسلم وقوله على الصحة. ولكن هذا الاصل لا يثبت الا جواز العمل لا وجوبه. الثانية: ان معنى العقد الفضولي ان لا يكون ناشيا من مالك الامر (الواقعي) بالرضا، ولا من وليه او وكيله كذلك. فالعقد الذى صدر من المالك في ظاهر الشرع ثم انكشف

مستحقا للغير فهو موقوف على اجازة ذلك الغير. فهو فضولى في نفس الامر. وكذلك مايبيعه الغاصب لنفسه. واطهر افراد ما يبيعه احد مع العلم با نه ليس ماله بقصد انه ان اجازة فهو. والا فكان باطلا. ومن ذلك يظهر انه لو ثبت الوكالة بالعدلين وجرى العقد ثم ظهر كذبهما، فهو ايضا فضولى.

الثالثة: ان من شرايط صحة العقد انضمامه مع رضا الطرفين، سوا كان انضمامه بالمقارنة مع العقد او لحوقه به، او لحوق العقد به. مثال الاول العقد الصادر من مالكي الامر برضا هما بالفعل. وامثال الثانى هو العقد الفضولى مع الاجازة. ومثال الثالث ما وكل الطرفان ثالثا في اجرا العقدا او في توكيله الرابع في اجرائه، ثم جرى العقد. ومن فروع الثالث ان الزوجين اذا وكلا احدا في توكيل الثالث لاجل اجرا العقد بينهما على مهر معلوم او مفوض الى تعيين الوكيل، فقد رضيا حين التوكيل بعقد تضمن لتزويجهما على النهج المقرر بينهما.

فاذا فرضنا ان العاقد لم يعتمد على قولهما ولم يثبت عنده وكالتهما واحتاط وقصد الفضولى بالعقد (سوا صرح بكونه فضوليا، اونواه، او ذكر اسم

الرجل والمرأة بدون توصيفهما بالموكلية) فلاريب انه اوقع ماتراضيا عليه من العقد. و عدم قصد العاقد للتوكيل غير مضر، بل وقصد كونه فضوليا ايضا غير مضر. اذ مطلوبهما

وقوع العقد على الوجه المقرر بينهما لا بشرط شئ. ووجود القصدين وعدمهما متساويان.

وبالجملة يصدق في صورة السؤال ان الزوجين قد رضيا بان يقع العقد المذكور لا بشرط. وكون العقد واقعا وناشيا من جهة التوكيل، غير اشتراط كونه من جهته. فالوكيل وكيل في العقد وموجد للعقد بتوكيل غيره في حال التوكيل لا بشرط التوكيل.

والعاقدا ايضاً يعقد في حال عدم ثبوت الوكالة وفي حال يحكم بكونه فضولياً لا بشرط
انه

(٦٠٢)

فضولى. والحاصل: انه يمكن اجتماع تأسيس الاساس على التوكيل ووقوع العقد فضولامع الحكم بالصحة، ولا منافاة بينهما. فتأمل تفهم.

الرابعة: هل يكفى اخبار الوكيلين بوقوع العقد فى حلية تصرفات الزوجية وان لم يكونا عالمين؟. الظاهر نعم. لعدم اشتراط العدالة فى التوكيل وقولهما مسموع فى ما وكلافيه. لا يقال ان الموكل فيه، هنا توكيل العاقد وتعيين المهر (لوفوض اليهما)، واما الاخبار عن عقد العاقد فهو خارج عما وكلافيه. لاناقد ذكرنا ان المطلوب الواقع من التوكيل ايجاد العقد فى الخارج ليحصل لهما حكم الزوجية [و] هو لا يتم الا باطلاع الوكيلين على اجرا الصيغة واخبار هما عنه. سيما اذا اشترطاه، او دل العرف عليه لضيق الوقت وبعد المسافة الى العاقد وعدم ترقب من يخبرهما عن ذلك مع احتمال نسيان العاقد وتأخيره عن الوقت المنظور للزفاف.

الخامسة: جهالة المرأة المهر فى القعد الدائم غير مضر. بل وعدم ذكر المهر اصلا. مع انها قد تكون مفوضة امرها الى الوكيل فى تعيين المهر، او مفوضة البضع. ويجرى بعض هذه فى المنقطع ايضا.

السادسة: انه يمكن تفكيك الاجازتين. فان اجازت العقد دون المهر فى الفضولى صح العقد ويرجع الى مهر المثل اذا حصل الدخول. بل بطلان المهر لا يوجب بطلان العقد، كما لو كان خنزيرا او خمرا او مال الغير. فيكفى رضا الزوجة بالعقد دون المهر فى حليتها.

اذا تمهد هذه المقدمات فنرجع الى اصل السؤال ونقول: ان كان التوكيل واقعا فى نفس الامر من جانب الزوجين وادعياه عند العاقد وواقع الصيغة، صحت. - سوا قصد بها التوكيل او احتاط بقصد الفضولى او واقع الصيغة بدون ذكر التوكيل والفضول مرددا فى القصد بينهما. بل مع ذكر التوكيل بل مع ذكر الفضولى ايضا احتياطا - ولا يحتاج الى الاجازة ثانيا. واما لوجا الرجلان مدعين للوكالة وعقد العاقد على التفصيل المذكور وظهر خلافه: فهو يتوقف على الاجازة. وبعد الاجازة يصح وان قبل حين العقد بالتوكيل. اذ المراد من الاجازة امضا نفس العقد ١، كما لا يوجب قصد الغاصب المبيع لنفسه عدم صحة الاجازة من المالك.

١ - عبارة النسخة: وقيل التوكيل لا يوجب ابقاء نفس العقد.

نعم: لولم يقبل الوكالة، او قبل ثم عزل نفسه، وعقد فضولا وكان التوكيل في نفس الامر ثابتا، فيشكل المقام. فهل يحتاج الى الاجازة ثانيا ولا يصح بدونها، او يكفى

الرضا السابق؟ ويمكن الاكتفا. اذ قد بينا ان الفضولي هو ما لم يكن منضمنا الى رضا المتزاوجين اصلا. ومع استصحاب الرضا السابق لا يبعد الاكتفا، وهو ليس باقل من الرضا اللاحق.

لا يقال: انه يلزم على هذا انه لو كان الرجل والمرأة راضيين بالتزوج ما يلين اليه، واتفق ان احدا عقد بينهما من باب الاتفاق فضولا، لكان ذلك الرضا والشوق كافيا في صحة العقد غير محتاج الى لحوق الاجازة وهو باطل جزما.

لانا نقول: مانحن فيه ليس من هذا القبيل. اذ ما ذكرته من الرضا هو محض الشهوة والتمنى، ولم يتحقق فيه ارادة. والفرق بين الشهوة والارادة واضح. كالنفرة و الكراهة. فان قلت: قد يتحقق الارادة الى التزوج والقصد الى ايقاع الصيغة ويتفق ايقاعه من فضولى لا خبر له بالحال. ولا ريب انه لا يكفى. قلت: مانحن فيه ليس من هذا

الباب. لان صدور الصيغة حينئذ انما نشأ من اطلاع العاقد على ارادتهما لحصول العقد، و انما وقع العقد لتمشية امرهما، ولو كان بلحوق اجازتهما فكانما اذناه في ذلك العقد على وفق ارادتهما لوقوع العقد وانما كانت لا بشرط وقوعه توكيلا وان كان في حال تأسيسه

على التوكيل. والاحوط هنا ان يبنى على الاجازة.

٣٧٥: السؤال: اذا كان احد طرفي النكاح مباشريا بعنوان البت والزوج، والآخر بعنوان الولاية مع غيبة المولى عليه. وصار الغائب مفقود الخبر. كيف حال هذا النكاح؟

الجواب: اعلم ان عمدة الاستدلال في الفضولى هو عموم قوله تعالى (اوفوا بالعقود) وبعض الاخبار الواردة في بعض الموارد. ووجه الاستدلال بالاية في الفضولى ان مقتضاها (وجوب الوفا بالعهود الموثقة). وايثاق العهد في البيع البات اللازم [و] النكاح البات اللازم، انما هو بمجرد العقد، اى الايجاب والقبول الصادرين من مالك المال او البضع، او من يقوم مقامهما من ولى او وكيل. واما في الفضولى: فالايثاق يحصل بلحوق

الاجازة بالعقد، اذا صدرت عن المالك او وليه من جانب من عقد له فضولا. فكانه قال (التزمت الايجاب والقبول الواقعيين من الفضولى لنفسى او للمولى عليه).

وقد يتصور هنا نوع آخر من الالتزام قبل الاجازة وهو انه ليس للفضولى فسخ ما

اوقعه فضولا. فلاينفعه التقايل والفسخ لابطال الاثر الذى يترتب على الفضولى. اذترتب

(٦٠٤)

اللزوم على الفضولي من آثار لفظه واللفظ المتلقى منه من الاسباب الوضعية الشرعية التي يحتاج ازالة اثره الى سبب آخر من الاسباب الشرعية و هو ليس الافسخ من وقع العقد له أو وليه. فلا ينفع تقايل الفضوليين في اللزوم الذي يحصل باجازة من وقع العقد له بعد ذلك. وقد يحصل الايثاق بالتزام المالك للامر (اصالة او ولاية) منضمًا الى الايجاب أو القبول من الفضولي. فاذا باع زيد من عمرو فضولا بيكر، او انكح زينب وعمرو

فضولا، فالايثاق من جانب عمرو يحصل بالاجازة، وبعد الاجازة يجب عليه الوفا بمقتضاه ١. واما ايثاق عمرو من جانب بكر و زينب فانما يكون بالتزام بكر كون الثمن لعمرو وان اجاز البيع ولم يصدر منه الفسخ، وبالتزام زينب للزوجية مالم يفسخ عمرو العقد.

والاشكال هنا انما هو في تحديد الالتزام ومقداره والفرق بين الالتزام عن جانب المالك للامر من الطرفين في الفضولي، ٢ وبين الالتزام من الطرفين في العقد البت اللازم من الطرفين. فالالتزام من الطرفين في العقد البت انما يحصل بمجرد العقد، و المزيل له لا يكون الا باحد من الامور المقررة من الشارع (مثل التقايل والفسخ الحاصل من الخيارات المعهودة في البيع، وكذلك الفسخ بالعيوب والردة والطلاق واللعان وغيرها في النكاح) وكل ذلك من الطوري للعقود اللازمة.

واما الالتزام من احد الطرفين في الفضولي: فاطلاقه لا يكفي في الالتزام الابدى على الاطلاق حتى ينحصر المزيل في مقرر من جانب الشارع. بل قديكون تابعا لمقدار

الالتزام. والشارع وان قرر له مزيلا (وهو فسخ من عقد له فضولا ووليه) ولكنه قديكون المزيل من جانب العاقد الملتزم بسبب انه لم يلتزم الا مقدار خاصا. وبسبب الاشكال في تحديد مقدار الالتزام اختلفوا في صحة بيع مال الطفل فضولا اذا لم يكن ولي شرعي. فقيل: لا يصح الالتزام الى زمان البلوغ، لاشتراط الامكان الاستعدادى في اقرب

المراتب. وقيل: يصح، لكفاية مطلق الاستعداد.

وظهر من ذلك ان لايثاق العهد هناك حدا محدودا عندهم. ويظهر من كلماتهم هذه ان الالتزام مع اليأس عن التمكّن من اجازة المالك او من يقوم مقامه - كمالو عقد

١ - وفي النسخة: وبعد الاجازة يجب عليها.

٢ - عبارة النسخة: ... عن جانب المباشر المالك للامر من الطرفين في الفضولي.

الفضولي لمجنون مطبق حصل اليأس من برئه عقد النكاح - ليس من العهود الموثقة التي يحب الوفا بها. فلوفرض من باب خلاف العادة افاقة المجنون فلاينفع في اللزوم.

و

لعل السر في ذلك ان التزام الزوجة لزوجية هذا المجنون سفه، فلا يصح. ولا يجوز لوليها

ايضا امضائه لعدم المصلحة جزما. فبطلان هذا من جهة بطلان الالتزام. وقد يكون البطلان من جهة ظهور عدم التزام، كما لونهاكحها الفضولي للغائب ثم صار الغائب مفقود الخبر وطال الزمان. فانا وان جوزنا التزامها النكاح للطفل لكون زمان الصبا محدودا، وللغائب نظر الى اعتياد رجوعه عن السفر او بلوغ الخبر عنه بالرضا والفسخ. فانما ذلك لبنائها الامرعلى المحدود المتعارف، والا فلم يظهر منها الالتزام. وان صار مفقود الخبر وذهب من غيبته عشرون سنة، فالالتزام انما هو بمقدار المعتاد وهي لم تلزم الزايد عنه.

فلايحسن ان يقال (انها التزم بالزوجية بحسب نظرها الى ان يعود او يجيء عنه الخبر، فلزم من جانبها ولا يفسخ الا بفسخه. لان الالتزام مصحح للعقد من جانبها ورفع

يحتاج الى الدليل فيصير الزوجة من باب زوجة مفقود الخبر، بالنسبة اليها، وان لم يتحقق الزوجية بعد من جانب المعقود له). لانقول: العادة، من باب المقيد لاطلاق.

و

ان لم يصرح بذلك ولم يتفطن لاحتمال عدم الرجوع وبلوغ الخبر. فصيرورة الزوج مفقود الخبر بعد العقد يكشف عن عدم التزامها للزوجية رأسا، لا انه مستلزم للزوجية الى حين ظهور كونه مفقود الخبر حتى يقال: انه ثابت الزوجية في آن فهي مستمرة

و

يحتاج رفعها الى الدليل. فالمرأة الغافلة عن هذا المعنى عالمة بانها غير ملتزمة للزوجية على هذا التقدير رأسا. والعلم بالشئ لا يستلزم العلم بالعلم. ولو فرض العلم بذلك بان تتفطن بذلك وتلتزم بهامع ذلك فانه ايضا سفه، ولا يصح معاملتها ولا امضا وليها، كما

مر

لايقال: انها في العقد الدائم البت ايضا لوتفطنت بان الزوج يصير مفقود الخبر بعد يوم او يومين، فلا يلزم الاستمرار والداوم حين العقد، فلا فرق بين العقد للغائب فضولاو

لعقد البت. لانقول: ان مقتضى العقد الدائم حين حضور الزوج هو الاستمرار بالذات، والذاتى لايتخلف باجرا حكم مفقود الخبر. اذ طرودلك من الطوارى لهذه المهمة. بخلاف الفضولى فانه بالذات كالمعلق المشروط بالاجازة. فكانها قالت (التزمت بالزوجية ان أجاز الغائب)، بخلاف العقد الدائم [البات]. والقول ب (انه ليس هناك

تعليق بل هو التزام الا ان يطر عدم الاجازة لا انه التزام ان اجاز)، محض تغيير العبارة.
بل

(٦٠٦)

هو في الحقيقة تعليق والتعليق ايضا محدود بالمتعارف. لا ان يكون معلقا على اجازة الى القيامة ولا دليل على بطلان التعليق في العقود مطلقا. واما حكاية صيرورتها من باب (زوجة مفقود الخبر)، فليس منها عين ولا اثر في كلمات الاصحاب والابخار. اذ اخبارهم وفتاويهم ظاهرة بل صريحة في الزوجية الثابتة،

لافي الفضولى. فلاوجه لان يعامل مع النكاح الفضولى معاملة الزوجية الثابتة. مع ان نفى الضرر والعسر والخرج دليل مستقل، ولولا اجماع الاصحاب واخبارهم لقلنا بجواز

الفسخ اولزوم الطلاق من الحاكم، ان لم تصبر الزوجة ولم يمكن العمل على مقتضى حكم مفقود الخبر (من الفحص اربع سنين في الزوج المفقود الخبر) في النكاح الثابت البات ايضا.

ومما ذكرنا يظهر انه لو كان الغائب صغيرا وزوجه وليه ولاية بامرأة رشيدة نكاحا تاما، ثم صار الصغير مفقود الخبر، فليس حكمه حكم الفضولى. بل لابد فيه من معاملة مفقود الخبر. وقد تحقق بما ذكرنا ان لزوم العقد المذكور [و] صحته من فروع (اشتراط

وجود المجيز عند العقد اما بالفعل او بالامكان الاستعدادى في اقرب مراتبه، او با بعد منه

اذا كان محدودا بوقت مضبوط ولو كان الانضباط بالعرف والعادة).

٣٧٦: السؤال: الختان واجب او مستحب؟ وعلى الاول، فهل هو واجب لنفسه او لغيره؟ وما معناه؟ وهل يثبت فيه حقيقة شرعية ام لا؟ وكيف الحال في النساء؟
الجواب: لاختلاف في وجوب الختان للرجل بين علما الاسلام، بل هو اجماع منهم. كما عن جماعة منهم بل كادان يكون ضروريا من الدين ١. واما رجحانه فضرورى. والابخار في ذلك تقرب من التواتر ٢. ولاريب في وجوبه على البالغ العاقل بعد كماله غير

مختون فيختن نفسه. حتى ان الكافر اذا اسلم يجب ختان نفسه ولو طعن في السن، بلا خلاف ظاهر - . وفي الكافي (عن السكونى عن ابى عبد الله - ع - قال: قال: أمير المؤمنين - ع - اذا اسلم الرجل اختتن ولو بلغ ثمانين سنة) ٣. واما وجوبه على الولي قبل البلوغ: ففيه قولان، اظهرهما واشهرهما العدم. للاصل و

١ - قال صاحب الجواهر: بالضرورة من المذهب والدين، التى استغنت بذلك عن تظاهر النصوص، كغيرها من

الضروريات - الجواهر: ج ٣١ ص ٢٦١.

٢ - الوسائل: ج ١٥، ابواب احكام الاولاد، الباب ٥٢ - الى - ٥٩.

٣ - المرجع: الباب ٥٥ ح ١ - الكافي (الفروع): ج ٢ ص ٩١.

(٦٠٧)

خصوص صحيحة على بن يقطين (قال: سألت ابا الحسن - ع - عن ختان الصبي، لسبعة

ايام من السنة هو؟ او يؤخر؟ فايهما افضل؟. قال: لسبعة ايام من السنة، وان آخر فلا بأس) ١. فان اطلاق الرخصة في التأخير يشمل حين البلوغ قال في المسالك: و في الحديث (ان ابن عباس سئل: مثل من انت حين قبض رسول الله (ص)؟ قال: انا يومئذ

مختون وكانوا لا يختنون الرجل حتى يدرك). وفي صحيحة ابي بصير (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن الجارية تسبي من ارض الشرك فتسلم فيطلب لها من يخفضها فلا يقدر

على امرأة. فقال: اما السنة فالختان على الرجال، وليس على النساء). ٢ وربما يستدل عليه با نه واجب لما هو مشروط به من العبادات، فلا يجب الا بعد وجوبها. ولم سلم وجوبه لنفسه فانما هو على المكلف، لان الاصل براءة ذمة الولي. والقول الاخر في التحريم، ولم نقف على دليل عليه. واما الامر الوارد في الاخبار بختن الغلام يوم السابع، فمحمول على الاستحباب، سيما مه اقتترانه بثقب الاذن الذي ليس بواجب جزما.

واما الكلام في انه واجب لنفسه او لغيره: فنقول: انه لامنافاة بينهما فقد يجتمعان، كالايمان الذي هو شرط صحة العبادات. والظاهر انه من هذا القبيل، لا طلاقات الادلة. ولا ينبغي الاشكال في وجوبه لنفسه، وانما الاشكال في وجوبه لغيره وان الغير اى شئ هو؟ فنقول: اما الطواف فالمشهور في وجوبه له. بل قال في المدارك (ان وجوبه له مقطوع به في كلام الاصحاب) وظاهر المنتهى (انه موضع وفاق). ومثله مافى الذخيرة الا انه قال (اكثر الاصحاب). وعن ظاهر ابن ادريس التوقف.

ثم: ان الظاهر انه شرط في الصحة ايضا. وعن ابي الصلاح (انه شرط الحج با جماع آل محمد - ص -). ويدل عليه الاخبار الصحيحة الناهية عن طواف غير المختون، فان

النهى يدل على الفساد في العبادات. منها صحيحة معاوية بن عمار (عن الصادق - ع -

قال: الاغلف لا يطوف بالبيت، ولا بأس ان تطوف المرأة) وصحيح حريز بن عبد الله و ابراهيم بن عمر (عنه - ع - قال: لا بأس ان تطوف المرأة غير المخفوضة، فاما الرجل فلا يطوف الا وهو مختن). ٣ وظاهر اطلاق الاخبار والفتاوى عدم الفرق بين الواجب و

١ - المرجع: الباب ٥٤ ح ١.

٢ - الوسائل: ج ٩، ابواب مقدمات الطواف، الباب ٣٣، ح ١.

٣ - الوسائل: ج ٩، ابواب مقدمات الطواف، الباب ٣٣ ح ٣.



(7.8)

المندوب. ولا يجب في النسا كونها مخفوضة ولا يشترط حججهن به بلا خلاف، وقد
صرح
به لا اخبار.

وكذا الصبي للاصل وعدم انصراف الاخبار اليه. ويظهر الثمرة في الاعتداد بعبادته
على القول بشرعيتها، وجواز نكاحه بعد البلوغ. وكذلك الاظهر في الخنثى، العدم،
لذلك. وان كان الاحوط فيهما الاعتبار. وتام الكلام في ذلك وظيفة كتاب الحج.
واما غير الطواف: فلم اقف على مصرح به الا الشهيد الثاني في المسالك حيث
قال - في كتاب النكاح في الدليل الذي ذكره للقول بعدم وجوب الختان على الولي
قبل

البلوغ - (ان الختان شرط في صحة الصلوة ونحوها من العبادات فلا يجب الامع
وجوب

المشروط). وكذلك قال بعد ذلك في مسأله ختان الخنثى: (في وجوبه في حق
المشكل منها وتوقف صحة صلوته عليه، وجهان: من الاصل ومن عدم حصول اليقين
بصحة العبادة بدونه). وقال في مسألة امامة الاغلف (لم يصح صلوته فضلا عن
الاقتدا به) يعنى في صورة تركه مع التمكن منه.

وقال في المدارك بعد ان حقق ان المنع من امامته انما هو اذا ترك الختان بلا عذر
لفسوقه وان الكراهة انما هي مع العذر: (واعم ان المنع من امامة الاغلف مع القدرة الى
الاختتان لا يقتضى بطلان صلوته، لعدم توجه النهى الى حقيقة العبادة. الا ان نقول
باقتضا الامر بالشئ النهى عن الضد الخاص وجزما الشارع بالبطلان ولم نقف على
مأخذه). اقول: بل يظهر مما رواه زيد بن على عن آباءه عن على (عليهم السلام) (قال:
الاغلف لا يؤم القوم وان كان اقرئهم لانه ضيع من السنة اعظمها، ولا تقبل له شهادة
ولا يصلى عليه، الا ان يكون ترك ذلك خوفا على نفسه) ١ عدم الاشتراط. فان الظاهر
انه (ع) لم يمنع عن الامامة من اجل بطلان صلوته باعتبار فقد الشرط. بل منع لاجل
فوته.

والحاصل: انه لم يثبت من الادلة اشتراط شئ من العبادات به الا الطواف. ويحتمل
بعيدا ان يكون نظره في قوله باشتراط الصلوة به الى قوله - ع - (الطواف بالبيت
صلوة).

بنا على دلالة على اتحادهما في الاحكام الا ما اخرج الدليل، وثبوت هذا الحكم في
الطواف كاشف عن كون الصلوة ايضا كذلك. وفيه اشكال

(7.9)

واما السؤال عن حقيقة الختنة شرعا او عرفا: فلم يحضرني الان فيه كلام منهم في بيان ذلك، ولا ادعا (حقيقة شرعية) فيه، ولا (حقيقة عرفية فقهية)، الا عبارة الدروس حيث قال (والواجب كشف جميع البشرية، فلوزاد الفاعل ضمن وان اذن له في الختان).

اقول: البشرة هي ظاهر جلد الانسان. ومن هذا يظهر ان الغلفة الايسمى بشرة، بل هي جلدة زائدة شبه بشرة الحشفة. وظاهره وجوب قطع جميع تلك الجلدة ليكشف جميع ماتحتها وهو الحشفة. ومراده من قوله (فلوزاد الفاعل) يعنى قطع شئ من الحشفة ايضا. ثم قال (ولو فعل ذلك الحاكم في حراوبرد مفرطين، قوى الشيخ الضمان في كتاب الاشربة وعدمه في كتاب الحدود من المبسوط). انتهى.

والمرجع في امثال ذلك العرف واللغة، قال في القاموس (ختن الولد، يختنه، فهو ختين ومختون: قطع غرلته. والاسم ككتاب وكتابة. والختانة صناعته. والختان: موضعه من الذكر). وقال في باب الغرلة بالمعجمة ثم المهملة (الغرلة بالضم: القلفة. والاغرل: الاقلف). ثم قال (والأقلف من لم يختن). وقال في باب الغلف بالكسر (الرغلة بالمهملة

ثم المعجمة). وقال في باب الرغل (الرغلة بالضم: القلفة والارغل: الاقلف). وقال في باب الغلاف (رجل اغلف - محركة -: اقلف. والغلفة بالضم: القلفة). وانت خبير بان هذه

الكلمات لم تفد في بيان حقيقة الختن. لانها مستلزمة للدور. وقال في مجمع البحرين (الختان - بالكسر وهو يؤنث بالها - موضع القطع من الذكر. وقد يطلق على موضع القطع من الفرج. فالمراد بالتقا الختانيين تقابل موضع قطعهما). وقال في باب الغلف (الغلف بالضم: الجلدة التي تقطع في الختان. وجمعها غلف. مثل غرفة وغرف). وفي القاموس (الحشفة محركة: مافوق الختان). وفي مجمع البحرين (رأس الذكر من فوق الختان اذا قطعت وجبت الدية). ويحصل من ملاحظة مجموع كلماتهم أنه قطع الجلدة التي هو كالغلاف للحشفة. وله نهايتان احديهما الذكر

ويستره بحسب الخلقة غالبا ولهذا تجويف. والاخري في منتهى التجويف في اصل الذكر. فلو فرض لصوق للجلدة باصل الذكر يعالجون في فصله بادخال ميل تحت الجلدة ثم يمدون الجلدة ويجرونه الى الخارج بمقدار اذا قطعت ظهر رأس العضو غير مستتر بالجلد. هذا هو المتعارف بين الناس ولا ينافيه كلام اهل اللغة.

بقى الكلام في ان لحصول مصداقه المأمور به في الشرع حدا معينا - بمعنى انه يجب كون تمام رأس الذكر المسمى بالحشفة خارجا -؟ اويكفى ولو بقى شئ منها

(710)

مستورا -؟ فالذى يمكن ان يقال بدخوله في المصداق جزما هو ما ظهر شبيه الرأس والعنق من الانسان، وما بعد الحلقة (الذى هو محل الموسيقى) مثل جسد الانسان. وما يمكن القول بعد [م] دخوله فيه جزما [هو] مابقى بعد القطع ثقبه الاحليل مستورة بالجلدة. والاشكال في ما بين الامرين المذكورين.

ولا يمكن الاستدلال بوجود الاول بقولهم (اذا التقى الختانان وجب الغسل والحد والرجم) بتقريب تعليق الشارع. اذا لاغلب انها امور لا دخل لوضع الشارع فيها، ومعيارها

العرف واللغة. ولما كان ذلك العمل فعلا مرغوبا من حيث التلذذو والتنزه (حيث انه قد يجتمع تحت الجلدة الاوساخ والغدرات التى بعد الجماع ويتنفر ويتقذر منه) فبنى المشرفون امرهم على ذلك وصار متعارفا بينهم. ولما كان استيصال تلك الجلدة بالمرء ادخل في المقصود صار ذلك اصلا في العرف والعادة وسمى موضع استيصال تلك الجلدة ختانا عندهم بنا على الغالب والغرض الاصلى.

ولكن لم يعرف من اهل العرف انهم جعلوا لفظ الختنة حقيقة في ما حصل منه هذا الفرد الاكمل فقط، او لمطلق قطع الجلدة. وصيرورة لفظ الختان اسما للموضع الخاص الذى هو محل استيصال الغلفة بالمرء وحقيقة فيه، لا يستلزم صيرورة لفظ الختنة ايضا حقيقة في ما استوصل تلك الجلدة. وامر الشارع بالختن بقوله (اختنوا اولادكم) وامثال ذلك مما ورد في وجوب الختنة انما هو فيما كان مبدأ الاشتقاق، ومفهوم اللفظ هو مطلق قطع الجلدة. بمعنى انه لم يعلم امره باكثر من ذلك.

فالشارع علق الاحكام الكثيرة بدخول الاحليل في الفرج الى حد يلتقى موضع استيصال تلك الجلدة موضع خفض المرأة. والمراد الموضع الذى من شأنه ذلك. لاما حصل فيه بالفعل. والالم يجب الغسل على غير المختون وعلى من بقى نصف حشفته مستورا وعلى من خلق مختونا. فلا مدخلية لذلك. ولزوم ايجاب الشارع الختان

الى هذا الحد [بل وجوب الختان] امر آخر وحكم برأسه، مع قطع النظر عن الاحكام المترتبة عليه. فلا بد من معرفة ان الشارع هل اوجب ذلك على وفق الجسد الذى بنى عليه اهل العرف في الاغلب، وما يكون المقصود حصول الغرض المترتب عليه اكثر و هو حد استيصال الغلفة بالمرء -؟ او اكتفى بالمسمى (يعنى مسمى قطع تلك الجلدة، سوا تحقق ما هو مطابق لوفق مقصد اغلب الناس ومؤسس هذا العمل ام لا)؟.

والذى يتحصل من كلمات اهل اللغة هو ما يتضمن قطع الجلدة لتى هى غلاف

الحشفة. واما الاستيصال رأسا فلا يفهم. كما ان قطع الاوداج الاربعة في الذبح يحصل بفصل شئ منها من الباقي وان كان المفصول قليلا والباقي كثيرا. ولم يعلم من الشرع از يد من ذلك، مع حصول المعنى اللغوى والعرفى بذلك. فقطع الغرلة والغلفة ايضا يحصل بذلك، والاصل براءة الذمة عما هو از يد من ذلك. نعم الظاهر ان ظهور ثقبه الحشفة مما لا بد منه. فلا يكفى مع استتاره وان قطع من الجلد شئ. كما يشعر بذلك الاخبار الواردة في مذمة الاغلف، فان الظاهر منه المستتر با جمعه.

ويؤيد ذلك (بل يدل عليه) ماورد في وجوب اعادة الختان ان نبت الغلفة بعده فقد روى الصدوق في كتاب اكمال الدين بسنده عن ابى الحسين محمد بن جعفر الاسدى في ما ورد عليه من التوقيع عن محمد بن عثمان العمري في جواب مسائله عن صاحب الزمان (ع) (واما سألت عنه من امر المولود الذى تثبت غلفته بعدما يختن، هل يختن مرة اخرى. فانه يجب ان تقطع غلفته، فان الارض تضج الى الله عزوجل من بول الاغلف

اربعين صباحا) ١ ورواه الطبرسى ايضا في الاحتجاج. ووجه الدلالة: ان الظاهر ان المراد

به نبات الغلفة وصيرورتها بالصورة الاولى. وهذا لا يمكن غالبا في مالو استوصل الغلفة، بل هو في ما قطع قليل منها، فيظهر من الرواية انه لو لم تثبت ثانيا في هذه الصورة لكان كافيا. وتعليقه (ع) بضجيج الارض من بول الاغلف يشهد بان مورد السؤال كان كذلك.

ويؤيد ما ذكرنا ايضا ماورد في استحباب امرار موسى على من ولد مختونا، كما رواه الصدوق ايضا في كتاب المذكور (عن ابن ابى عمير: قال: سمعت ابا الحسن موسى

بن جعفر (ع) يقول لما ولد الرضا: ان ابني هذا ولد مختونا، وليس من الائمة - عليهم السلام - احد يولد الامختونا ظاهرا مطهرا، ولكننا سنمر عليه موسى لاصابة السنة واتباع الحنيفية). ٢ وجه التأيدانه يحصل اصابة السنة بمانحن فيه بالطريق الاولى. و يؤيده ايضا الرواية التى وردت في ان سارة لما عابت هاجر وأزرتها من اجل كونها غير مخفوضة، ولد لها اسحاق غير مختون، وأمر ابراهيم بختن اسحاق واذاقته حر الحديد لا

زرا سارة هاجر. وجرت به السنة في اولاد اسحاق بعد ذلك، بعد ما كان السيرة في اولاد

الانبياء ان يسقط غلفتهم يوم السابع مع سرهم. وان اذاقة حر الحديد يحصل وان لم

١ - المرجع: الباب ٥٧ ح ١

٢ - المرجع: الباب ٥٣ ح ١

٣ - المرجع: الباب ٥٢ ح ٦

(٦١٢)

يستاصل الغلظة. ويشير اليه الدعا الوارد في الختان انه يقول (اللهم هذه سنتك [وسنة نبيك واتباع منالك ولدينك بمشيتك وبارادتك لامراردته وقضا حتمته وامرا نفذته] فاذاقته حر الحديد في ختانه وحمامته لامرانت اعرف به منى [اللهم فطهره من الذنوب و

زد في عمره وادفع الافات عن بدنه والاوراجاع عن جسمه وزده من الغنى وادفع عنه الفقر فانك تعلم ولا تعلم]. ١

ويؤيده ايضا صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق (ع) في جملتها ان رسول الله (ص) - قال لام حبيبة التي كانت خافضة تخفض الجوارى (اذا انت فعلت فلا تنهكى ولا تستاصلى واشمى فانه اشرق للوجه واحظى عند الزوج) ٢. قوله - ص -

(واشمى) يعنى خذى منه قليلا شبه القطع اليسير في ختان المرأة با شمام الرائحة، و (النهك) المبالغة فيه. اى اقطعى بعضا وابقى بعضا. و (احظى عند الزوج) اى احب اليه.

ورواية عمرو بن ثابت (عن ابي عبد الله - ع - قال: كانت امرأة يقال لها ام طيبة تخفض

الجوارى، فدعاها النبي - ص - فقال: يا ام طيبة اذا خفضت فاشمى ولا تجحفى فانه اصفى للون الوجه واحظى عند البعل). ٣

ووجه التأييد في الخبرين ان تقييد اطلاق ماورد في خفض الجوارى بلفظ (الخفض) في بعضها ولفظ (الختن) في بعضها، بهاتين الروايتين بدون تعيين في المقدار، يفيد ان مسمى القطع كاف في حصول المكرومة والرجحان. وحاصل المقام: ان الذى ثبت في العرف كونه مطلوباً هو ظهور مجموع الحشفة بقطع الجلد التي هي غلافها وقصد ذلك. سوا حصل تمام المقصود ام لا. فمن ختن ولم يستأصل جلدته يصدق عليه انه فعل به هذا الفعل. والشارع ايضا امر بفعل ما يصدق به ذلك لا بشرط حصول تمام المقصود. ويحصل الامتثال بذلك وان لم يستأصل، والاصل عدم ثبوت الامر بالاستيصال. واما لزوم الاعادة لونت الجلد ثانيا بحيث احاط

الثقبه، فلاجل صدق (الاعلف) حينئذ فالمستفاد من الاخبار شيان: احدهما ذم الاعلف وبطلان طوافه (مثلا وغير ذلك) والمنع عن الاعلفية. والثانى كونه مختونا. فلوفرص

١ - المرجع: الباب ٥٩ ح ١.

٢ - وسائل: ج ١٢، ابواب ما يكتسب به، الباب ١٨ ح ١.

٣ - المرجع: الباب: ح ٢.

صيرورته مختونا بسبب قطع بعض الجلدة حصل الامتثال من هذه الجهة ولم يحصل ١ الامتثال من جهة لزوم الاحتراز عن كونه اغلف. فتأمل في ماذكرنا بنظر دقيق فانه تحقيق حقيق بالتصديق. فما يظهر من الدروس من وجوب كشف جميع البشرة، ان اراد منه كشف بشرة الحشفة باجمعها، لم يرتبط بدليل تام.

واما السؤال عن خفض الجوارى فلاخلاف في استحبابه، وعدم ظهور الخلاف يكفى للمسامحة في السنن. وان كان الاخبار ليست بصريحة في الاستحباب، بل في بعضها نفى كونه من السنة. ففي صحيحة عبد الله بن سنان (عن الصادق - ع - قال: ختان الغلام من السنة وخفض الجارية ليس من السنة) ٢. وقدمر صحيحة ابي بصير، و في رواية غياث بن ابراهيم (عنه عن ابيه عليهما السلام قال: قال على - ع - لا بأس ان لا تختتن المرأة. فاما الرجال فلا بد منه) ٣. وروى في الكافي عن مسعدة بن صدقة (عن الصادق - ع - قال: خفض النساء مكرمة وليس من السنة ولا شيئاً واجباً، وای شئ افضل

من المكرمة) ٤. ورواية عبد الله بن سنان (عنه - ع - قال: الختان سنة للرجال ومكرمة

للنساء) ٥. ولا يخلوان من اشعار بالاستحباب. ولعل المراد بالمكرمة كونها مكرمة عند زوجها.

واما حقيقة الخفض: فقال في القاموس (وخفض الجارية، كختن الغلام خاص بهن). ويؤدى مؤداه ما في مجمع البحرين. قال في القاموس (اما عذرة المرأة وهي جلدة كعرف الديك - وفي بعض النسخ (كفرق الديك). ولعله الاظهر - بين الشفرين في

اعلى الفرج فوق مدخل الذكر وفوق مخرج البول اذا قطعت. فهي اصلها كالنواة تشاهد

عند الهزال وتستر عند السمن. فيستحب ازلتها. ولا يملك الحاكم اجبارها، فلوا جبرها

او قطعها اجنبى حسبة ضمن السراية. وفي ضمان المقطوع عندى نظر، ولم اقف فيه على كلام. فان قلنا به، ضمن الارش في اقرب ازمنة الجرح من الاند مال. واما عذرة البكارة: فمضمونة الا على الزوج، على كلام المبسوط.

١ - عبارة النسخة: ... بسبب قطع بعض الجلدة وحصل الامتثال من هذه الجهة ولكن لم يحصل...

٢ - وسائل: ج ١٥، ابواب احكام الاولاد، الباب ٥٦ ح ٢.

٣ - المرجع: الباب ٥٢ ح ٨.

٤ - المرجع: الباب ٥٦ ح ٣.

٥ - المرجع: الباب ٥٨ ح ١.

(٦١٤)