

جامع الشتات جلد چهارم

تأليف: الميرزا القمي

تصحیح: مرتضی رضوی

[۱]

جامع الشتات (جلد چهارم)

[۲]

جامع الشتات (جلد چهارم) تأليف: ميرزا ابو القاسم قمی با تصحيح واهتمام: مرتضی رضوی انتشارات
کيهان

[۴]

جامع الشتات (جلد چهارم) تأليف: ميرزا ابو القاسم قمی با تصحيح واهتمام: مرتضی رضوی چاپ اول:
بهار ۱۳۷۱ - پنج هزار نسخه چاپ مؤسسه کيهان حق چاپ برای انتشارات کيهان محفوظ است خيابان
انقلاب - مقابل پارك دانشجو - خيابان انوشيروان شماره ۱۰ انتشارات کيهان

نهضت ترجمه
Translation Movement
[۵]
.IRIS

[۶]

قفسه کتابخانه مجازی سایت بینش نو

<http://www.binesheno.com/Files/books.php>

[۱]

بسم الله الرحمن الرحيم

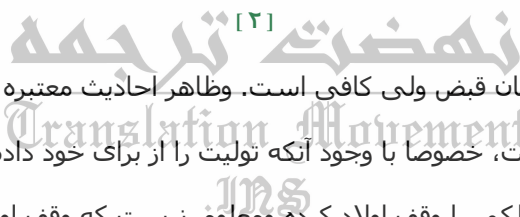
كتاب الوقف من المجلد الاول

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

جواب: هر گاه وقف بر اولاد ذکور بوده بطناً بعد بطن همیشه آن اولاد مستحق آن املاک می باشند. 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 ولیکن به فکر این نباشد که قصد قبض از جانب صغیر بکند، آیا لازم است یا نه؟ -؟ .

(۱) رجوع کنید به مسأله شماره ۱۲، از همین مجلد.



جواب: بلی لازم است و همان قبض ولی کافی است. و ظاهر احادیث معتبره و اطلاقات اکثر علما عدم احتیاج به " قصد جدید " است، خصوصاً 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 می شود؟.

جواب: علی السویه در میان همه قسمت می شود. 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 مشتبه باشد در میان جمعی. والله العالم.

۴: سؤال: هر گاه ملکی در دست سه برادر باشد که مشهور به وقف باشد، وجده مادری ایشان وقف کرده است، و فرزندان آن جده منحصر باشد در مادر همین برادرها و کیفیت وقف معلوم نیست، و الحال 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 می کند 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 بنابر قولی، به جهت آنکه منقطع الاخر است، و وقف باید

[۲]

مؤید 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 ریاضات و امثال اینها که غالباً منقرض نمی شوند. " و صحیح است بنابر قولی، خواه گوئیم که دوام در وقف شرط نیست یا گوئیم که از باب " حبس " است و بعد از انقطاع اولاد بر می گردد به مالك و وارث او، و اظهار قول ثانی است یعنی صحیح است و بعد از انقراض بر می گردد 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 می گردد به مالك یا وارث او. و آنچه به کار مدعی می آید 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 هكذا 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 نمی باشد. 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 - در این صورت برادرزاده با برادرها شریک خواهد بود. چنانکه 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 می کند " (۱) موقوف است به اثبات چنین عرفی از برای واقف، و ثبوت آن معلوم نیست. و عرف عام زمان ما هم افاده آن را نمی کند. خصوصاً هر گاه استفاضه،

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

[۴]

خصوصیت اولاد ذکور واث [را] هم بیان نکند، با وجود آن که غالب آن است که وقف بر اولاد ذکور می کنند، و مفروض در مانحن فیه آن است که طبقه اول اناث است. و هیچکس از علما اعتبار این معنی را نکرده است. واصل "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 می کنند 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 پسرزاده در حال حیات قرار می دهند و به صیغه صلح یا امثال آن به آن منتقل می کنند که بعد از فوت بی نصیب نباشد. و غلبه 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 اولاد، 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 می دانید؟ 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

[۵]

این است و در صورتی که شامل باشد هم می تواند 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 فی الجمله علم حاصل می شود که مجموع این طبقات از اهل وقف هستند و لکن فی الجمله 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 مابین ایشان قسمت کرد. چنانکه علامه در تذکره وقواعد تصریح به آن کرده و همچنین شیخ علی در حال شرح قواعد. و چون از صورت سؤال معلوم می شود که کیفیت وقف مجهول است حتی مطلق مصرف هم ثابت نیست، یا فی الجمله 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 می کند. والله العالم.

ه: سؤال: هر گاه درخت گردو و یا درخت بارده دیگر در ملك وقف اولادی، بوده باشد، آیا موقوف علیه می تواند 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 می باشد؟ یا نه، و درخت ملك مشتری است می خواهد قطع می نماید و می خواهد

Translation Movement
— MS —

(۱) عبارت باید این باشد: غله و منافع نوقوفه را به طریق مصالحه قسمت کنند و از همدیگر راضی شوند. والله العالم

[۶]

می گذارد -؟. 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 ویی کار شده باشد وامثال آن. وهر گاه حال معلوم نباشد وینه نباشد، اظهر در نزد حقیر این است که در اینجا مدعی فساد مقدم است وصحت بیع محتاج است به اثبات آنکه یکی از صور مجوزه بوده است. وفرقی مابین درخت گردو وچنار وغیرهما نیست، به جهت آنکه منفعت منحصر در میوه نیست از درخت بی میوه هم می توان منافع برد با بقا عین آنها هر چند به این نحو باشد که قطع کنند وبه آن سقف خانه بیوشند و امثال آنها. وانتفاع به آن تابع قصد واقف است.

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

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

۷: سؤال: هر گاه کسی زمینی را وقف کرده باشد بر جمعی، وشرط کرده باشد که يك 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 وصیغه بخوانند ومستأجر 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 يك سال نگاه ندارد، ومنظورش تغییر وتبدل مستأجرین باشد، این اجاره صورت ندارد. واگر غرضش این است که باید تجدید صیغه بشود وتأسيس 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، واز جمله شروط وکالت قرار داده اند که باید موکل فیه مملوک موکل باشد. به این معنی که او را عقلا وشرعا 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. وبعضی عبارات بلکه بسیاری از آنها ظاهر است در اعتبار تملك از حین توکیل الی زمان تصرف. وشيخ علی (ره) فرموده است که "ظاهر این است که متفق علیه باشد". ونسبت خلاف را به شافعیه داده. وآخوند ملا احمد (ره) وصاحب کفایه اشکال کرده اند وایرادات بر این کرده اند، واز جمله موارد نقض که ذکر کرده اند "توکیل در طلاق در طهر موقعه ودر حال حیض" و "توکیل در تزویج زنی وطلاق بعد از آن" یا "خریدن غلامی وآزاد کردن [ش] بعد از آن" ومثل "توکیل در تطلیق ثلاث با رجعتین بینهما"، است. وحکم کرده اند به اینکه: این شرط وجهی ندارد ودلیلی ندارد. وبعضی 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 میدانی 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، چنانکه در مثال های اول. و موارد نقض از این قبیل نیست. و توضیح مقام این است که " طهر غیر موقوفه " 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 الشرائط و عتق جامع الشرائط، و گاه است که انجام این دو امر موقوف به اتیان مقدمات چند باشد که از جمله انتظار طهر غیر موقوفه، 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 شیئی ندارد، بخلاف مثال های متقدمه، به

[۸]

جهت آنکه مطلقا موکل را تسلطی بر طلاق و عتق بالفعل نمی باشد، بلی تسلط دارد اگر تزویج کند یا بخرد. پس مآل توکیل هم به این می شود 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، چنانکه 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 (چنانکه ذکر خواهیم کرد) به جهت آنکه این کلام مبتنی است بر اینکه قدوم حاج قید بیع باشد نه [قید] وکالت. و در اینجا نمی توان گفت که " در این دو مثال [نیز] مطلوب وکالت است مطلقا و اما طلاق و عتق مقید به وقت حصول نکاح و بیع ". به جهت آنکه تقیید مقید آن است که آن شیئی مطلق قبل از تقیید تواند بر اطلاق خود وجود داشته باشد. چنانکه در مثال منقول از علامه. بخلاف ما نحن فیه که طلاق و عتق قبل از حصول تزویج و ملك، 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 و عتق 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 منفردا. 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 عبارت اخری: طلاق و عتق 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، مملوک

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 می توانند توکیل کنند در معنی عام و خصوصیت معنی ثانی مقید باشد به اذنی و شرطی .

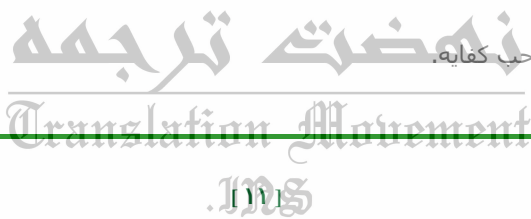
[۹]

واما در مثالان متقدمان چون موکل مالك هيچيك از معنيين نیست، نمی تواند در آن توکیل کند الا معلقا. پس راجع می شود توکیل او به تعلیق، به جهت آنکه مالکیت امر موکل فیه را، معلق است. و حاصل کلام اینکه باید در توکیل، یا تسلیط در ملك بالفعل حاصل شود، یا تسلیط در " تحصیل ملك وما يستتبعه " و مثالان متقدمان هيچيك از این دو قسم نیستند. بخلاف موارد نقض. و اما حکایت " اذن در تصرف در مال " که در آخر مذکور شد: پس آن قیاسی است مع الفارق. به جهت اینکه معرفت رضای مالك در تصرف در ملك کافی است، و این نه معنی توکیل است. حتی آنکه بعضی از علما قائلند که هر گاه وکالت فاسد شود - همچنانکه در معلق به شرط - بعد حصول شرط، پس تصرف جایز است به جهت حصول اذن. و بعضی فرق ما بین وکالت و مطلق اذن نکرده بر این معنی اعتراض کرده اند که: " پس حکم به بطلان تعلیق بی فایده می شود ". و تحقیق در او این است که: هر گاه رضا معلوم باشد بعد از فساد عقد وکالت، جایز است تصرف به این معنی که معصیتی برای او نیست، لکن جمیع آثار وکالت بر او مترتب نیست. مثلا هر گاه کسی نذر کرده باشد که کسی را وکیل کند در ادای زکات مال خود بعد از آن وکیل کند آن شخص را با تعلیق، یا جعاله [ای [قرار دهد برای دوسخس [که [اگر [آن دو] توکیلی [را] بوجه ایجاب و قبول صحیح به عمل بیاورند [فلان مبلغ به آنها خواهد داد، و آنها توکیل معلق به عمل آورند]، یا چنین توکیلی را شرط قرار بدهد در ضمن عقد لازمی، و امثال اینها، که در اینها ثمره واضح می شود از برای فساد عقد وکالت، هر چند جواز تصرف در موکل فیه حاصل باشد. و اما آنچه وعده کردیم در بیان تحقیق تنجیز وکالت: آن این است که: مشهور میان علما بلکه مجمع علیه - چنانکه علامه و شیخ زین الدین (ره) دعوی کرده اند - این است که در وکالت تعلیق به شرط و وصف جایز نیست. چنانکه گوید که " انت وکیلی فی بیع عبدی اذا جاء زید " یا " اذا طلعت الشمس - او - دخل

[۱۰]

الشهر ". و دو فاضل سابق (۱) در این نیز اشکال کرده اند و گفته اند که: این دلیل ندارد و فرقی نیست مابین این و بین اینکه بگوید " وکلنک 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 بدینجهت که مراد

ایشان از این تعلیق، تعلیق اصل حصول وکالت 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 توهّم علی الاطلاق بی اصل باشد واحدی 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 بشرط " 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 وکیل 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 اخوند ملا احمد و صاحب کفایه.

Translation Movement

.IRMS

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 می آید ما بین دو دعوی اجماع او. گوئیم که: هیچ منافاتی مابین تنجیز توکیل و تقیید بیع، نیست. و فایده توکیل قبل، از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود و فایده دیگر آنکه گاه است که موکل اراده سفری دارد و می داند که از برای او میسر نمی شود توکیل، می خواهد 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 مابین 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 وصیت را توکیل نگویند. [زیرا] که آن سببی است علی حده وطریقه 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 می شود. پس معلوم شد از آنچه مذکور شد اینکه دلیل در مسأله یعنی عدم صحت توکیل معلق، همان اجماع منقول است، نه توهّم عدم امکان تعلیق در مطلق انشاء. بلی بر این وارد می آید 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. چنانکه 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 می شود نیست، و هر چند تحقیق این است که انتفاء فصل مستلزم انتفاء جنس است لکن می گوئیم که

[۱۲]

جهت؟ تعلیلیه غیر جهت تقییدیه است. و تکیه مادر اذن مطلق نه اذنی است که به سبب وکالت ثابت شده به علت آنکه از جهت وکالت ثابت شده، بلکه از آن حیثیت نیز اذن منتفی است. و شکی نیست که موکل در حین توکیل رضائی که از او مفهوم می شود مطلق است و معلق 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 بنابر قول به بودن آن بیع فاسد (چنانکه 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 بنابر قول به صحت تصرف، با فساد اصل وکالت تناقض لازم می آید، و اینکه فرقی مابین صحیح و فاسد نمی ماند "، 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 می شود مثل مثالهایی که گفتیم در نذر و جعاله و غیر آن. پس صحت فعل موکل فیه از جهت رضای ضمنی است که جهت تقییدی می باشد نه تعلیلی که از جهت نفس وکالت باشد. بلی سخنی که در این مقام می توان گفت این است که تبادل این دو صورت مفروضه (اعنی وکالت معلقه، و وکالت در امر غیر مملوک) منصرف از عمومات نمی شود، 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 می شود. [و] با وجود شك در حصول آن حکم به صحت کردن محتاج است به دلیل. و به مجرد احتمال شمول عموم وکالت جرأت در مخالفت امور مذکوره نمودن، به غایت مشکل است. ولیکن بسا باشد که حکم به بطلان مستلزم حرج وضرر شدید شود، مثل آن زنی که شوهر او وکیل کند که " اگر بعد دو سال نیایم زن مرا طلاق بگوئید " ویرود و مفقود الخبر شود، و کسی نباشد که نفقه بدهد، و صبر نتواند کرد. تحمل این هم مشکل است. پس الحال بر می گردیم به مسأله مسؤل عنها، و باز تمهید دو مقدمه دیگر

[۱۲]

[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 می کنم 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 يك عقد اجاره يك ساله ببندند علی الترتیب، آیا این مخالفت شرط واقف است یا نه؟ - و بر فرض عدم مخالفت (چنانکه اظهر این است) آیا عقد شش سال را به شخص واحد متعدددا ببندند واحدا بعد واحد - به این نهج که صیغه سال اول را بگویند و بعد از آن صیغه سال دوم را بگویند، 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 موجد بر این معنی معلوم نیست. و آنچه مقتضای شرط فقها است که " باید موکل مالک 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 نمی شود 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 هفتصد خانه (تخمیناً) 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 یاغچه خانه ها به سر آن آب بنا نموده و در آن آب تصرف نموده اند و منازعی نبوده، مگر وقتی که آب قنات کم می شده در این وقت چون آب به خانهای آخر نمی رسیده دعوی می کرده 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 می کرده اند نه بوجه " اجرت دادن به غیر و مصرف رساندن اجرت در مصرفی " بوده. بلکه مجاناً تصرف در آن می نموده اند. و هرگز در قنات مزبور مهاباتی و قراردادی نبوده بلکه هر خانه از خانه های سر آب به قدر احتیاج شرب می کرده 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 می کنند که متصدی خرابی نهرها و اجرای آب به خانه های بعیده بشود، و آنهم ضابطه ندارد هر کس او را راضی کند از خانه های بعید بعضی را بر بعضی مقدم می دارد، لکن خانه های قریب فوهه^(۲) همیشه در رفاه هستند

(۱). جویا: میرآب - در بعضی مناطق «جوي آر» و در بعضی دیگر «جووار» نیز گفته می شود.

(۲). فوهه: دهانه.

و جویا و غیره را در آنها مداخلیتی نمی باشد. در این وقت شخصی وقفنامه طولیلی، عریضی، مذهبی، منقحی، مهور به اسما بسیار، که تاریخ آن سیصد و سی سال می شود، و هیچ کس در این عصر نه

شهود را می‌شناسد 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 قنات؟ بسیار 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 نمی‌شناسد 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 نهري 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 و وقفیت عامه قنات مرقوم هست یا نه؟ و به هر صورت حکم به صحت و بطلان وضو و غسل و حلیت 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 ...

INS

[۱۶]

و تغریط 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، و 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 می‌یابد. لکن اظهر احتمالات دوا حتمال است: یکی آن که: وقف باشد بر اهل این خانه ها و انتفاع ایشان از جهات متداوله بینهم، از شرب و تطهیر

وتغسیل و شرب باغچه ها و حیاض باشد. دوم اینکه: آب مملوك 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 حیات 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 حیات باشد. و با جهالت تاریخ بنای خانه ها نیز اقربیت " مرجح تقدیم " خواهد بود، چنانکه حکمت در تقدیم اقرب به فوهه در صورت تساوی در احیای ارض، همان قرب بود. و مشکل می شود این احتمال در صورتی که قنات در ارض مملوكه واقع باشد و تاریخ احیا و مملوكیت 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، می توان 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 واصل اباحه، و لکن ظاهر در اینجا اقتضای طرو ملکیت، می کند. 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 مملوكه که به تبعیت مملوك می شود 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 اینگونه 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 واحداث مشارب جدیدہ ہم می شدہ بلانکیر، احتمال مذکور قوت می گیرد. پس بنا بر این، امر آسان می شود در تفاوت تصرفات و زیادت 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 غرضهای بسیار واقف می شود. بلکه قرینه هم دلالت دارد بر اینکه مراد واقف این است که هر کس از افراد آن جهت و مصلحت، به آن منتفع می شود، خوب است. پس گویا نظارت و تولیت را به موقوف علیهم مفوض کرده .

[۱۸]

وبعد در این هم اشکال کرده بنابر انتقال ملک 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. وبعد از این کلام گفته است کلامی که حاصل آن این است که " تصرف موقوف علیه گناه است (۱) لکن منشا این می شود که ملک 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 می شود در صحت و حلّیت 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 زهر، 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 وقفنامه: 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 شرعیه نمی شود، بدون شاهد حی. و اما حصول علم از برای حاکم از این کاغذ بر صدق دعوی، موقوف است بر اینکه علم بهم رساند بر اینکه آن آب که در وقفنامه است همین آب است، و اینکه این کاغذ ساختگی نیست، به جهت آن که مجرد بلاغت و فصاحت کلام و عبارات خوش اندام باعث جزم به صدق مطلب نیست، چنانکه 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 می نویسند و معتبر میکنند که بعد صیغه بخوان و قبل از این متوقف می شود به سبب برائی، یا موتی، یا غیر ذلك. و اینکه 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 خودسرانه.
(۲). در نسخه: ملکیت باشد.

[۱۹]

به هر حال، با وجود این همه احتمالات علم بهم رسانیدن محال عادی است، خصوصا 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 بهم رسد، خود تکلیف خود را بهتر می داند، و حاکم دیگر هم در نقض این حکم از راه آن که محل نقض داند، خود بهتر می داند. 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 معنیه جاری می شده و صاحبان نه‌ها از آن منتفع می شده اند به انجا انتفاعات از طهارات و تطهیرات و شرب و تشرب حیاض و باغچه ها. و الحال مالک آب (به سبب عدم انتفاع، یا تضرر در ابقای او به حال خود از راه کمی آب یا ترسیدن [به قسمت های] 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 نمی ماند در جانب متصرفین الا بد تصرف به ادعای استحقاق منتفع شدن از آب در مصارف مذکوره. و چون در صورت ادعای حق شرب حیاض و باغچه ها پای اشتراك در رقبه وعین، در میان می آید و آن منافای ثبوت اختصاص مدعی است بر رقبه (چنانکه مفروض این است) پس ظاهر جواز گردانیدن معبر است " لان الناس مسلطون علی اموالهم ". و اما در صورت ادعای حق الشرب و التوضی و امثالهما به عنوان اینکه در خانه عبور کند که مال آن این است که " من مستحقم 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 می توان 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

[۲۰]

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 ومشتبه 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)؟ واحکام این به غایت مشکل است ومآل بسیاری از آن به مصالحه طی می شود. و گاهی هم احتیاج به قرعه می آفتد. ولکن چون صورت استفتا غیر این مطلب است و حال ومقام اقتضای بسط نمی کند، تفصیل دادن در آن موکول استبه فرصت ارباب فرصت و حال.

۱۰: سؤال: شخصی ملکی را بر آستانه امام زاده ای وقف کرده. و در وقفنامه نوشته است که منافع او را به مصارف معینه از خادم و روشنائی وغیره برسانند، و تولیت صرف منافع آن بر آن آستانه مادام الحیات با خودم باشد، وبعد الحیات با اولاد ذکورم نسلا بعد نسل، وعقباً 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 وقفنامه 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، خصوصاً به ملاحظه اینکه غالب این است که در وقفنامه ها مراد مشارکت طبقه دوم باشد با اول، تصریح می کنند که هر گاه یکی از آنها فوت شود واز 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 طریقه - متصف به این دو صفت باشد،

(۱). بر مته: ای: بجملمته.

[۲۱]

تولیت مختص او می شود منفرداً، اگر یکی باشد، ومشترکاً، هر گاه متعدد باشند، و اجرتی قرار دهد، وبعد صرف منافع به مصارف آستانه واخذ اجرت خود (اگر حاکم شرع معین کرده آن را - واجرت المثل، هر گاه معین نکرده) آنچه می ماند قسمت کند مابین اولاد ذکور طبقه اولی. و در صورتی که در اولاد ذکور شخصی که اهلیت داشته باشد موجود باشد - نظر به عبارت وقفنامه - اشکال بهم می رسد که آیا آن فاضل مصارف، مال همان متولی ها است که اهل تولیت اند -؟ یا تمام طبقه اولی؟. واشکال واجمال باعث جهالت می شود. پس چاره در آن نیز تقسیم میان همه آن طبقه است علی السویه، با ملاحظه

اجرت المثل برای متولی. هر چند نظر به عبارت وقفنامه در صورتی که اهل در میان آنها نباشد و حاکم نصب متولی کند، بر نمی آید که تقسیم ما بین آنها بشود، به جهت آن که نوشته که "تقسیم شود میان متولی های اولاد ذکور" لکن باقرائن مقام فهمیم که مراد واقف این است که باید به مصرف آنها برسد کائنا ماکان. این در صورتی است که همگی معترف باشند که حجت ایشان همان وقفنامه 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، چنانکه 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 باعم خود شریک است؟ یا آن که ملک مختص عم است؟

جواب: هر چند در کفایه اسناد داده است ترتیب را به "اشهر مابین علما" و از تذکره نقل کرده است که افاده ترتیب نمی کند. ولکن الحال بر حقیر ظاهر نیست اشریت 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

[۲۲]

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 بلامرجح 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 می تواند استرداد نمود یا نه؟ -

جواب: هر گاه معلوم شود و به ثبوت برسد که آن شخص بوجه صحیح فروخته - مثل اینکه منجر به خراب می شده یا بقای آن منشأ فساد می شده در میان موقوف علیهم یا امثال آن که در محل خود مذکور است - نمی تواند استرداد بکند. و بعضی توهّم کرده اند که چون افعال مسلمین محمول بر صحت است، نمی تواند 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 می کند. و مدعی صحت محتاج است بر بینه، ویمینی هم متوجه منکر نمی شود، مگر آن که ادعای علم بر او بکند به صحت که در این صورت "قسم نفی العلم"

متوجه او می شود. وآنکه در السنه علما مشهور است که "مقدم میدارند قول مدعی صحت را" در جایی است که دعوی ما بین متعاقبین باشد. مثل بایع ومشتري، وزوج وزوجه. ودر اینجا چنین نیست.

۱۲: سؤال: هر گاه کسی ملکی را وقف کند بر اولاد، وشرط کند که زیاده بر سه سال به اجاره ندهند. وبعد از موت او اولاد او آن ملك را به اجاره بدهند به زید ودر 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 میفهمیم که غرض واقف آن است که سه سال بیشتر در قید لزوم نباشد نزد احدی، خواه به عنوان نفیس اجاره وخواه به عنوان شرطی که مستلزم آن باشد یا مثل آن، پس لا اقل می گوئیم که اطلاق کلام واقف به آن منصرف نمی شود و

[۲۲]

"الوقف علی ما وقفه الواقف" (۱). ودر صورت فساد اجاره رجوع به اجرت المثل می شود.

۱۴: سؤال: هر گاه زید اولاد مزرعه عمرو را بدون اذن عمر وفضولا وقف کند بر خود واولاد خود، وبعد از مصالحه ایضا زید مقرر ومعترف به وقف باشد، وقائل باشد بر اینکه تصرف من در املاك به طریق تولیت است، وزید متوفی شده. آیا همان مصالحه که مزرعه را عمرو به زید مصالحه نموده اجازه کاشف از صحت وقفیت است؟ یا مقرر ومعترف بودن زید بعد از مصالحه نیز به وقف بودن مزرعه؟ یا هر دو باعث صحت اند؟-؟.

جواب: در مسأله صحت وقف فضولی، خلاف واشکال است. وبر فرض صحت عقد فضولی در وقف، ادله متصوره بر آن یا قیاس به بیع وغیره است، یا عموم "أوفوا بالعقود" وامثال آن. واول 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 مالك و هر گاه رضا به او ملحق شد، عقد تمامی است ومندرج تحت عموم آیه است. پس لازم است وفای به آن. وبعد از تسلیم تمامیت این استدلال در ما نحن فیه، بر خصوص صورت سؤال وارد می آید که آنچه مسلم است از کفایت لحوق اجازه، همان اجازه صاحب ملك است در حین اجرای صیغه نه هر کس که مالك آن ملك بشود، ومفروض این است که آن مالك اجازه نکرده است بلکه مصالحه کردن عمرو (که صاحب ملك 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 ملك را از مال خود بیرون کرده قبل از اجازه واین معنی عدم رضا به وقف است. واز اینجا معلوم شد که مالك شدن زید ملك را به مصالحه بعد از اجرای صیغه

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

[۲۴]

هم افاده لزوم وقف نمی کند، خصوصاً هر گاه الحال زید اجازه عقد را مجدد نکند. وخصوصاً بنا بر اینکه گوئیم که وقف کردن بر خود مالك، 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 مالك ملك باشد، ودر اینجا که چنین نیست. و اقرار و اعتراف زید بر وقفیت اگر مبتنی بر همین صیغه است هم نفعی نمیبخشد و موجب ثبوت وقفیت نمی شود. و اگر محتمل است که مجدداً خود وقف کرده (همچو احتمالی که اظهر باشد از اینکه بنای 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 می کند 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 ملك و دوام "، و اولاد غالباً منقطع می شود. 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 ملك 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 مالك شدن زید ملك را فایده در تصحیح و لزوم وقف ندارد. بلکه اگر زید بعد از مصالحه هم خود اجازه وقف کند وقف لازم نمی شود. بلی اگر مجدداً صیغه وقف جاری کند بر نهج صحیح، لازم می شود. و در صحت وقف مالك 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» اجماعاً باطل است.

[۲۵]

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، وتولیت آن را به جهت خود قرار دادم مادام الحیات، وبعد موت خودم به جهت ولد اکبر ارشد، وبعد از او به جهت ولد ارشد واکبر وهكذا ما تعاقبوا وتناسلوا نسلا بعد نسل وعقبا بعد عقب، ومقرر داشتم که محصول آن را بعد از وضع اخراجات ملک وتحصیل محصول، مادام الحیات خود به مصرف برسانم، وبعد الوفات متولی شرعی بعد از وضع اخراجات، عشر آن را به "حق التولیه" متصرف، وتتمه را بین اولاد من "لذاکر مثل حظ الانثیین" قسمت نماید و هر یک از اولاد اناث من که فوت می شود اولاد او را دیگر نصیبی نباشد، وحصه او به دیگران عود کند. به این معنی که اولاد اولاد اناث واقف را در آن ربطی نباشد. وبعد از چندی واقف فوت شد واز او سه نفر اولاد ذکور باقی ماند، وبعضی از اولاد ذکور فوت شد واز اوولدی ماند. آیا نصیب او به ولدش می رسد؟ یا به برادرانش؟. وهكذا این ولد هر گاه فوت شود واز او ولدی بماند میراث او به ولدش می رسد 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؟ -؟.

[۳۶]

جواب: ظاهر این است که این وقف از اصل باطل است. به جهت آن که منافع ملک را مادام الحیات به جهت خود قرار داده، واز 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 ظاهرا اجماعی است، چنانکه از جمعی ظاهر می شود، و در حق ما بعد او، مشهور بطلان است، به جهت عدم دلیل بر صحت، وقول به صحت نادر وضعیف است، واستدلال به عمومات "وفای به عقود" خصوصا در وقف ممنوع است، به جهت آنکه بعض عقد جزما باطل شد وباقی که ماند خود آن عقد نیست که وفای به آن لازم باشد. و همچنین اظهر این است که هر گاه غیر را با خود شریک 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، وظاهرا در این هم خلافی نقل نشده بلکه از بعضی اجماع ظاهر می شود، وبعضی اخبارهم به آن دلالت دارد. واما اگر شرط کند در ضمن عقد که اگر محتاج شود وقف عود کند به او، در این خلاف کرده اند، واز ابن ادریس به بطلان آن دعوی اجماع نقل شده، واز سید مرتضی بر صحت آن، ومشهور 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 صحیحہ اسماعیل بن الفضل " قال سألت ابا عبد الله - ع - عن الرجل يتصدق ببعض ماله في حياته في كل وجه من وجوه الخير وقال: إن احتجت الى شيء من مالي او من غلته فانا احق به. أله ذلك وقد جعله لله؟ وكيف يكون حاله اذا هلك الرجل أيرجع ميراثا او يمضى صدقة؟ قال: يرجع ميراثا على اهله. " (۲) و در صحیحہ دیگر اسماعیل از حضرت صادق (ع) " من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت

(۱). وسائل، ج ۱۳، احکام الوقوف، باب ۲، ح ۲۱ و ۲. توضیح: در حدیث اول به جای «یقفها» لفظ «یوقفها» آمده است.
(۲). تهذیب شیخ طوسی، ج ۹، ص ۱۴۶.

الیها 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 می کند به میراث. و در این استدلال اشکال است، بلکه دلالت این دو حدیث بر بطلان بیشتر است. چنانکه دیگران فهمیده اند و دلیل بر قول به بطلان کرده اند. و اما قول ابن ادریس: پس آن از مبسوط و ابن جنید و ابن 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 می دهند [به وسیله] ظاهر این دو حدیث. و این قول در نظر حقیر اظهر می نماید. به جهت ظهور این دو حدیث در بطلان. و بدان که: بنا بر قول به صحت، گفته اند که هر گاه احتیاج بهم رساند رجوع کرد به وقف، مال او می شود و وقف باطل می شود. و هر گاه محتاج نشد تا مرد، یا محتاج شد اما رجوع نکرد، در آن دو قول است: بعضی می گویند (مثل محقق در شرایع و جماعتی) اینکه این در حکم " حبس " است و به موت باطل می شود. و سید مرتضی (ره) و جماعتی می گویند 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 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

[۲۸]

باب منتفع شدن واقف است از وقف و داخل کردن در منافع آن و اخراج نکردن. ولیکن 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 مطلقا. 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 می کنیم. و آن دو اشکال یکی این بود که آیا ولد احد طبقه با اعمام خود شریک می شود در صورت عدم تصریح واقف -؟ یا از قبیل میراث است که اقرب منع ابعاد می کند -؟. و اظهر در نظر حقیر این است که در صورت جهالت مراتب موقوف علیهم، وعدم تصریح واقف، باید منافع را مابین همگی کسانی که محتمل است شریک باشند علی السویه قسمت کنند. به جهت استحاله ترجیح بلامرجح. پس در صورت سؤال ولد احد ذکور با اعمام خود علی السویه می برند. 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 صلیبی خود را اخراج کرده لاغیر، لکن به ملاحظه فحوی و قراین چنین مفهوم ذکور او بهم می رسد که از صلب بیگانه ها است، آنها بیرون است. و اما دختر صلیبی خودش و دختران صلیبی 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 نمی شود. و لفظ صریح آن " وقف است. و ملحق به آن کرده اند " جعلته وقفا " یا " جعلته صدقه مؤبدة " [را]. و اما مثل " تصدقت " یا " ابدت " یا " سببت " یا " حرمت "، پس آنها محتاجند به قرینه. (۱) مثل اینکه بگوید " تصدقت بهذا علی فلان لاتباع ولا توهب " و مثل اینها .

[۲۹]

و بدون قرینه در ظاهر منعقد نمی شود. هر چند ما بین خود و خدانیت او معتبر است و منعقد است. و بدان که: در لزوم صیغه در خصوص مسجد مخالفتی میان علما ظاهر می شود. و ظاهر اکثر اشتراط صیغه است در آن نیز. پس اگر کسی مکانی به صورت مسجد بسازد و قصد مسجد بودن هم داشته باشد

واذن هم بدهد در نماز در آن، و نمازهم بشود، ولكن 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 واذن بدهد از برای دفن اموات؟، ومیت هم در آن دفن بشود، تا صیغه جاری نشود فایده ندارد. چنانکه در تذکره گفته است: " اما الفعل المقترن بالقرائن فقد بینا انه لا یکفی فی الوقف، مثل ان یبنی مسجدا ویأذن للناس فی الصلاة فیه، خلافا لابی حنیفة و احمد. وكذا اذا اتخذ مقبرة واذن فی الدفین، او سقاية ویأذن فی دخولها ". و خلاقی از شیعه نقل نکرده اند، ودر 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، واز 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 مسجد " هم کافی نیست. و گفته است که اگر بگوید " جعلته مسجد الله " اقرب این است که کافی باشد. ولكن شهید در ذکری (۱) اکتفا کرده است به اینکه بگوید " جعلته مسجد " واذن بدهد در نمازش، همینکه يك نفر نماز کرد، وقف تمام می شود. و هم چنین هر گاه حاکم قبض کند یا اذن بدهد در قبض. وبعد از آن گفته است که " هر گاه بنا کند به نیت مسجد بودن، مسجد نمی شود. بلی اگر در اینجا اذن بدهد مردم را به نماز کردن، به نیت مسجد اسلام بر این 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.

نهضت ترجمه Translation Movement

نقل کرده و گفته است که: شاید این اقرب باشد. و ظاهر این است که این مخالفت در خصوص مسجد باشد ولكن 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 لكن قول مشهور اظهر است. و تفحص از کیفیت وقف ضرور نیست. همینکه شایع است مسجد بودن، کافی است. و به هر حال این سخن در خصوص مسجد است ودر سایر وقف ها ندیدم قولی به کفایت نیت در وقف. بلکه لفظ و صیغه ضرور است. و اما اشتراط قبول: پس ظاهر اکثر علما چنانکه از شهید ثانی و صاحب کفایه ظاهر می شود 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 ریاط 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 نمی شود ". 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، لاطبا قهم 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 .

[۲۱]

خصوصا در امور عامه مسجد و غیره. و اینهم ضعیف این و قیاس است و حجتی در آن نیست. و دلیل تفصیل، " عدم امکان قبول است از همه مسلمین "، و اینکه در اینجا وقف منتقل به خدا می شود. در این هم فسخ می توان کرد به امکان قبول از حاکم و ناظر. و اینکه اقوی در وقف انتقال به موقوف علیهم است هر چند از باب مسجد باشد چون موقوف علیهم مسلمین می باشند. 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 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 می شود که هبه به جهت امور عامه متحقق می شود. و در جای دیگر گفته است - در آخر مسأله زوال ملك واقف از عین موقوفه - " ونمنع انتفا الملك عن المسجد و الرباط. فقد يكون لهما ملك كما يكون عليهما وقف ". و اصرح از اینها در اواخر مبحث " بیع وقف " گفته است. و از اینجا معلوم می شود که اغلب بوریها که در این ازمنه در مسجد ها اندازند، مال مسجد است نه وقف مسجد. چون صیغه وقف در آن جاری نمی کنند. و اما قصد قربت: پس در آن نیز خلاف است. و عجب است از شهید ثانی که " عدم اشتراط قربت " را اصح وجهین نامیده و " عدم اشتراط قبول " را احد قولین . و شهید (ره) هم در دروس گفته است " وفی اشتراط نية القرية 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

[۲۲]

به آن از شیخین و ابن ادریس نیز نقل شده، و بعضی ساکت شده اند از ذکر آن. و از بعضی توقف ظاهر می شود. و از محقق در شرایع ظاهر می شود عدم اشتراط، و شهید ثانی نیز ترجیح این را داده. و تمسک مانعین به اطلاعات واصل عدم اشتراط، است، و (بر اینکه) این از باب عتق است که مقصود از آن فك ملك است. و اظهر اشتراط است، به دلیل اصل عدم صحت، و عدم تحقق وقف بدون آن، و اجماع منقول از ابن زهره و غیره، 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 ارید به وجه الله تعالى " (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 می توان اثبات کرد. چون در صدقه ایجاب و قبول را شرط کرده اند و ظاهرا خلاقی در آن ندارد. پس اشتراط قبول اظهر خواهد بود. خصوصا در امور غیر عامه. و اینکه 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 بهم رسد و باعث اعانت مسلمین هستند در امور دنیا، چنانکه 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 نمی شود، به جهت

(۱). الجامع الصغیر سیوطی حرف همزه، مسالك شهید ثانی، ج ۱، ص ۳۴۴، چاپ سنگی، ۱۳۱۰.

(۲). وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۳۱۹، باب ۱۳ از کتاب الوقوف.

[۲۳]

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 حسینییه مخروبه ای است. و الحال کسی می خواهد که

مدرسه را تعمیر بکند، به این نحو که در ضلع حسینه دو مرتبه بنا کند که حجرات تحتانیه داخل مدرسه باشد و فوق آن حسینه باشد که روی آن به خارج مدرسه باشد و راه آن [نیز] از خارج مدرسه باشد. و هم چنین در ضلع آب انبار می خواهد حجرات بنا کند که یکی از آن حجرات بر فوق سقف پله واقع می شود که از آن پائین میروند و آب از آن آب انبار بر میدارند. خلاصه آن که می خواهد بنائی بر فوق آب انبار بشود که از جمله حجرات مدرسه باشد. و در ضلعی که حسینه 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 حسینه و آب انبار هم حاصل نیست. آیا وقف بودن آنها به چه چیز ثابت می شود؟ 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 شیع. و در صورت ثبوت به شیع، 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 اینکه در احکام شرعی (یا مهیت موضوعات احکام) به ظن اکتفا می کنیم مستلزم این نیست که در اثبات مطالب هم به آن اکتفا کنیم. مگر در جایی که شارع تجویز کرده باشد، مثل بینه یا ید و امثال آن. و اینکه بعضی استدلال کرده اند از برای قول دوم به اینکه " هر گاه ظنی از شیع بهم رسد بیش از ظنی که از شهادت عدلین بهم رسد، اولی است به قبول "، مدفوع است به این که: این در صورتی خوب است که حجیت بینه، از راه

نهضت ترجمه

Translation Movement [۲۴]

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 عادلانه یا شیع مفید قطع حاصل نشود، نفس آب انبار بودن و مدرسه بودن و حسینه 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 نمی شود تا واقف صیغه نگوید. بلکه علامه در تذکره گفته است که: هر گاه بگوید " جعلته مسجداً " هم کافی نیست. و لکن در این مقام می توان گفت که ید مسلمین به عنوان مسجدیت در مسجد کافی است. چون وقف مساجد از برای مسلمین است و موقوف علیهم حقیقتاً مسلمین می باشند و این از باب وقف بر " جهت " است و ضرور نیست که جماعت مسلمین - که این ید از ایشان ظاهر می شود - به حد استفاضه مفید قطع باشند. پس اگر کسی در محلی مسجدی را ببیند که يك نفر یا دو نفر به اعتقاد مسجدیت در

آن نماز میکنن، وید آنها بر این عنوان بر آن ثابت است، حکم می شود 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 می شود، 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 می کنیم 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 نمی شود در صورت فقد بینه الابه 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

[۲۵]

عمده است در امثال این امور که استفاضه قطعیه در آنها نیست. و هم چنین است حسینی، 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 می شود. و هر گاه احد امرین ثابت شد، وقفیت ثابت می شود. و بدان که: وقف مادامیکه بر پاست و آباد است، جایز نیست تغییر آن از هیئت خود. پس هر گاه خانه [ای] وقفی باشد نمی توان 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، یا در کاکین. که باعث این شود مسجد ارتفاع بهم رساند از زمین. چنانکه علامه در تذکره گفته است و خلاق را نسبت به أحمد 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، نمی توان آنرا 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 می فرماید 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

[۳۶]

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، چنانکه بعد خواهیم گفت. و منتهای آنچه از این کلمات بر می آید (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 می شود به جهت سنگینی. و جواز تصرف در اعیان موقوفه تابع دلیل است. بلی در اینجا می توان 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. چنانکه 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 حجات 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 نمی کند. به جهت آن که چنانکه در وقف نمی توان تصرف کرد، تصرف در مطلق مال غیرهم نمی توان کرد. و اگر پای مصلحت را در میان می آوریم در وقف هم جاری خواهد بود.

[۳۷]

و ممکن است که بگوئیم در صورت سؤال: که آنچه الحال صورت وقوع دارید 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 می توانیم اثبات کرد وقفیت را. و می توان جواب گفت به اینکه تملیک انحصار

ندارد در اینکه از برای مدرسه وامثال آن باشد، چه می شود از باب تمليك عامه ناس هم با حاکم است .
 و آنچه گفتیم در احتمال تمليك، تمام می شود 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
 نمی رسد 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، ملك حاصل
 نمی شود 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. گوییم: که ثبوت
 ید بر این حق و استحقاق این منفعت، مستلزم استحقاق رفع و منع از تصرفات در آن " ماینتفع به " است.
 خصوصا تصرفاتی که مضربه اصل بناء باشد، یا مظنه ضرر در آن باشد. پس در منع تصرف در آب
 انبار وامثال 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 می شوند از عین، و می توانند منع از تصرف غیر
 کرد؟ در آن، همان صورتی است که ضرری برسد که مانع از بقا و استمرار آن باشد. و هر گاه ضرر نباشد
 پس عین از باب مجهول المالك است و یا او معامله مجهول المالك می توان 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 هیچیک لزوم ندارند و بعد فوت و اهب و مبیح رجوع می کند به وارث مانند سایر حقوق که
 منتقل می شوند به وارث. و چون مالك اصلی و وارث هر دو مجهول اند پس باز داخل مال مجهول المالك
 می شود. می گوییم که: هر چند عموم " ماترك " (۱) در قرآن و خصوص حدیث نبوی (ص) " ماترك المیت
 من حق فلوارثه " ظاهرا شامل مانحن فیه می شود (چنانکه فقها نیز به اینها استدلال کرده اند در
 توریث حق الشفع و حق الخيار) لکن جمعی از علما اشکال کرده اند در جریان آن در هبه. و شاید وجه آن
 این باشد که در هبه و اباحه، مالك 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 مالك است و آن نیز معلوم
 نیست، بلکه ظاهر عدم آن است و [نیز] اصل عدم آن است. و اما خيار 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 می شوند. 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 بهم نرسد گاه است که جایز می شود که بعضی آن را صرف بعض دیگر کنیم. مثل آنکه دیگ شکسته را، قدری از آن را، اجرت بدهیم و از تتمه دیگ کوچکتر بسازیم و اگر ممکن نشود، طاسی یا چیزی دیگر بسازیم، و آنهم وقف خواهد بود و محتاج نیست به وقف جدید، پس خانه وقف خرابه را باز خانه می توان ساخت. و باغ خرابه را باغ. و تغییر آن به نوع دیگر با وجود امکان بنای نوع اول، جایز نیست. ولیکن 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). آیه های ۱۲/۷، ۱۱، ۳۳، ۳۳، ۱۷۶، سوره نساء.

[۲۹]

می توان ساخت. گو زیادتى 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. چنانکه در دیگ شکسته گفتیم، و چنانکه در " بیع ملك وقف " گفته اند. و ظاهرا فرقی مابین دیگ وزمین خانه و مدرسه نیست. و در مسأله دیگ شکسته (که فقها تصریح کرده اند) اختصاصی ندارد به آنکه موقوف علیهم جماعت خاصه باشند، چنانکه 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 نمی توان بعض آن را فروخت و صرف تعمیر باقی کرد و به سبب عدم خلاف، تخصیص بدهیم، و همچنین از راه انتقال به خدا و زوال ملك بالمره، مثل عتق عبد. مؤید این است که علامه در تذکره در مسأله " بیع وقف " متعرض مسجد شده و قول به جواز مصرف کردن بعض 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 می توان داد. مثل آنکه آب انبار خرابه که الحال ممکن نیست که بنحو سابق ساخت به جهت عدم امکان آب، می توان آن را دکانی کرد. و همچنین... و به هر حال باید بروضعی 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 اینهم وقف خواهد بود. و ظاهرا 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، می توان سنگ وچوب و آجر آن را در موضع دیگر از همان

(۱). نسخه بدل: متغلیبی.

[۴۰]

رودخانه پل ساخت. واین نه مانند مسجد است که هر گاه اهل قریه بر طرف شوند و قریه بالمره خراب شود، مسجد را نمی توان 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 آنوقت هر چند ساحت وفضای آن از وقف بودن بیرون نمیرود، ولکن می توان آلات و مصالح آن را آورد وخرج مسجدی دیگر کرد. و اگر آنهم 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.

واز آنچه گفته شد، معلوم شد که تعمیر حسینیه مذکور بر وجه مذکور، جایز است. چون محض احسان است. ویا احتمال اینکه دو مرتبه بوده است (۱) هم لازم نمی آید تغییر وضع وقف. بلکه هر گاه لازم آید نیز جایز خواهد بود هر گاه متبرعی نباشد که به غیر این وجه (یعنی بر طریق 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، ووقفیت 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 المالك 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. ویا احتمال دو مرتبه بودن به نحوی که پیش از این مذکور شد، مندرج در تحت عموم صحیحه عبد الله بن سنان و غیرها که مضمون آنها این است که " كل شیئ فیها حلال و حرام فهو لك حلال حتی تعرف الحرام بعینه " (۲) نیز خواهد بود.

واز مجموع آنچه ذکر کردیم معلوم شد که نوع تملیک و اباحه در مدارس و آب انبار و امثال آنها، متحقق می تواند شد، که وقف نباشد. و چون تولیت در اینها (در صورت عدم ثبوت تولیت از مالك) 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 ۷ از ج ۱۷.

[۴۱]

که مصلحت این اشیاء در آن باشد، می تواند کرد. و در این معنی نفاوتی نیست مابین اینکه اصل این امور تملیک [برای] جهت عامه شده باشد، یا چیزی دیگر تملیک شود از برای آنچه تملیک شده از برای جهت عامه، مثل تملیک 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 می رسد اذن در آن. خصوصا هر گاه متبرع به غیر آن وجه تعمیر نمی کند. 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 می خواهد 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 می رود که آب انبار خود مستقل باشد و از توابع مدرسه نباشد. مهما امکن دست از ملاحظه مصلحت آب انبار به خودی خود بر نداریم. پس هر گاه فرض کنیم که بنا کردن حجره بر آن، صلاحی از برای آب انبار در آن باشد، جایز باشد. والا، فلا. و اما سؤال از تصرفات جایزه در اعیان موقوفه، مثل مدرسه و آب انبار وحسینیه و غیر اینها پس هر چند مجعلا اشاره به آن شد در ضمن سخن های پیش، در اینجا نیز می گوئیم که هر گاه شرطی و طریقه [ای] از واقف ثابت نباشد، حاکم به هر نحو مصلحت آنها را داند به عمل می آورد. 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 همچنین 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 محتاجتر 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

[۴۲]

مسجد را ذکر کرده. چنانکه به آن اشاره کردیم. بلی تصرف در عین مسجد به معنای فروختن بعضی آن از برای تعمیر باقی و امثال آن جایز نیست، چنانکه پیش گفتیم که محتمل است که مدرسه و رباط و امثال آن نیز چنین باشد، و محتمل است که نباشد (چنانکه 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، می توان 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، چنانکه از علامه در تذکره ظاهر می شود. ووجه آن را این - گفته اند که: ازاله ملك بالمره از مسجد شده است ومانند عتق عید است و دیگر بیع آن صورتی ندارد. و ممکن است که حکم مدرسه وریاط وامثال آن را مدرج در تحت عموم " جواز بیع وقف " کرده باشند. چنانکه پیش گفتیم. پس آنچه ظاهر می شود 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 الخلا 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 وامثال 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 نمی توان 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 وصیغه 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

[۴۲]

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) خصوصا در غیر مصالح عامه و قصد تقرب هم شرط است - علی الاظهر - خصوصا در مصالح عامه. و قباض 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 می شود، 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 نمی شنوند. در خصوص طلاق به دلیل خاصی است که می شنوند " و وقف هم از

جمله عقود است. مگر اینکه موقوف علیهم تصدیق او بکنند یا قرینه ظاهره بر صدق او باشد، ودر 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] ومشهور است که يك طاق از این است ويك طاق از آن. وبدون قرعه اجاره واستیجار می کنند. آیا بدون قرعه وقسمت، صحیح است یا نه؟ -؟.

جواب: چون در اکثر فصول طاق شب وروز تفاوت فاحشی میدارند، ومعین نیست که طاق شب از کدام است وطاق روز از کدام، مقتضای قاعده این است که مجموع شبانه روز را علی السویه می کنند میانه این دو موقوف علیه علی السویه به حسب ساعات وامثال این. وقرعه می کنند. و هر گاه حاکم شرع یا نایب او مباشر باشد احتیاج به قرعه هم نیست. وبدون تقسیم (چنانکه گفتیم) تصرف صورتی ندارد وصحیح نیست اجاره. ومتولی در اموری که متولی شرعی ندارد حاکم شرع است.

[۴۵]

رسالة

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله الواقف على الضمائر المطلع على السرائر والصلاة على محمد افضل الاوائل والاواخر 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 مدلة على وجه مبين. وهذه صورته:

۲۰: السؤال: مدرسة لانعلم ان واقفها من الشيعة الامامية او من المخالفين، لكن المشهور في الالسنة انه من المخالفين وله مدارس في بعض البلاد الا وزيكية. و حين بناها كان البلداوز (۱) بکيا وهو في ما بينهم. ولكن لم يشهد شاهدان، بل ولا واحد على العلم با نه من المخالفين. فنريد ان نفهم اولاً ان الاصل في المكلف الكفر او الاسلام؟ -؟ وبعد ثبوت الاسلام، هل الاصل في المسلم كونه مؤمناً او مخالفاً؟ -؟ ولما كان كل من الثلاثة موقوفاً على وجود مقتضيات والاصل عدم تحققها، يمكن القول بان " الاصل الكفر وبعد ثبوت الاسلام ليس الا اياه ". ولكن فيه

(۱). و في النسخه او ذکيا و ليس في التركي حرف «دال» و الكلمة تركية.

[٤٦]

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 لابد 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 نحلتههم 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 الرأفة 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 اوزيكيا والفرد المشكوك يلحق بالاعم الاغلب -؟ ام لا - نظرا الى ان غاية ما يستفاد من هذا ليس الا الظن، والاصل حرمة العمل بالظن الا ما خرج 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 مافيه. ومسجد نا هذا مشهور بان واقفه مخالف، مع ان العلماء قديما وحديثا لم يزالوا يصلون فيها ولم ينكروا على احد من العبادة فيه. فهذا اجماع منهم على صحة العبادة فيه، وعدم اطلاعهم على مذهب الواقف بعيد غاية البعد .

Translation Movement

(١) و (٢). اورد في البحار نقلا عن «مصباح المنير» صدر الحديث، ج٦٧، ص١٣٤. و اورد في «سفينة البحار» في حرف «ف» كله. لكن فيه، حتي يكون ابواه....

[٤٧]

فالا استدعاء منكم ان تكتبوا حكمها مع الدليل الاجمالى، 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 وببيده ازمة التحقيق): ان قبل الخوض في المقصود لابد 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. وشاهد الحال مثل ان يكون بينهما مصادقة دنيوية او دينية ومصادفة بحيث لو اطلع 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 وصادقته. واما عامة كمواودة اهل الايمان بعضهم لبعض لاجل الايمان وان لم يتعارفوا بالشخص والخصوص. وكمواودة اولى الارحام بعضهم لبعض وان لم يتعارفوا. فالاذن في المتعارفين فعلى، وفي المتناكرين قوى^(٢)، وفي 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 المعتبر 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: «رسالة في تحقيق حال مدارس المشهد المقدس (مشهد) علي بن موسي الرضا(ع).

(٢). فعلى و قوى بالفعل و بالقوة

ذلك في المتصادقين ظاهرا والمتضايقين (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، وبحسب ان اباه هذا اجنبى لانكاره اياه. فيجوز للاب الدخول لان الابن لو عرف انه ابوه لرضى به اشد الرضا ولاذنه اطوع اذن. وانما قيد نا نفس الامر بحسب اذعان المستاذن 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 يذعنه صديقا له او من ار حامه 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

[٤٩]

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 ج. 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 للبيع ليعرف الحال تمسكا بان الله او جب ذلك على المستطيع وان 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). في الاصل: الاذن

[٥٠]

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 بان 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 بنبا 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، والا فيرجع الى الدليل الخارجى. والعلة المنصوصة في الآية هنا دليل خارجى يوجب الحاقه بالفاسق لا شتراكمها 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 البراءة والاباحة وقولهم عليهم السلام " كل شئى فيه حلال وحرام فهو لك حلال حتى تعرف الحرام بعينه " (٢) هذا الكلام في اقوال الشارع وخطاباته بالنسبة الى المكلفين. واما كلمات نفس المكلفين: فهو ايضا يحمل على ماهو موضوع له في نفس الامر عندهم. فاذا نذر صوم اول رجب، فهو مكلف بصوم ماهو اوله في نفس الامر وهو مراده وان كان يحتاج في تعيينه الى اجتهاد. ويكتفى بالظن في مالم يحصل العلم. ويعمل بالدليل الخارجى في ما جهل الحال. فمقتضى استصحاب الشهر عدمه حتى يحصل الدليل عليه. ولكن هيهنا دقيقة لابد 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 فقليل 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). في الاصل: و ان يحصل العلم.

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

[٥١]

مولد النبى (ص) وكان يوم مولد النبى (ص) عنده اسما لليوم الثانى عشر، افيجز به صوم هذا اليوم او يجب عليه صوم السابع عشر اذا استبصر وظهر عليه غلظه في اذعانه. والظاهر انه يجب عليه صوم يوم مولد النبى (ص) في نفس الامر وان غلط ذلك الناظر في جعله اليوم الثانى عشر، فيجب عليه صوم السابع عشر وكذلك الظاهر انه يجب على وليه (ان اراد قضاءه عنه) ان يصوم يوم المولد الواقعى لا ما

حسبه مورثه. وكذلك اذا وقف ضيعة يصرف منافعه في الاطعام يوم مولد النبی (ص) وهو يعتقد انه اليوم الثانى عشر، او اليوم الثانى عشر باعتقاد انه يوم مولده ولاجل ذلك، فهل يجب علينا اليوم صرفه في الاطعام يوم الثانى عشر او اليوم الذى هو مولده عندنا. الظاهر الثانى، لان الظاهر ان المقصود ادراك فيض يوم مولد النبی من حيث انه مولده (ص). الثالثة: التحقيق ان الحكم في مالانص فيه، وفى شبهة موضوع الحكم الشرعى، هو العمل على مقتضى اصل البراءة. للدالة الدالة عليه من العقل والنقل المقررة في محلها. قد بينها في القوانين ومن حملتها 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 الدلة فيصير مجهول الحكم. والشبهة في الموضوع يكون من جهة اشتباه حكمه الشرعى لاجل الشك في انه داخل تحت اى القسمين اللذين علم حالهما بالدليل الشرعى، فلوا ارتفع الجهل وحصل العلم بكونه احمد هما فلا يحتاج الى دليل شرعى 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 التخممة المضرة للبدن، واكل الميتة في حال الاضطرار والمجاعة وفى غيرها. فاذا

(١). ذكر مصدره انفا.

نهضة ترجمة [٥٢]

حصل الشك في المتعلق او الحال او الوقت ان الفعل فيها من جملة ما هو حلال او حرام، فهو يحكم بان نه حلال حتى يعرف الحرام بعينه. الرابعة: التحقيق ان اصل البراءة يجرى في الاحكام الشرعية وفى موضوعاتها و ان كان من قبيل مهيئات 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 شئ انه هل هو من هذا او ذاك، فالأظهر الجواز. ومن هذا الباب الصلاة في الجلد المشتبه بالخز وغيره. وفي 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 بتسويتهم ولا يجعل من باب الميراث حتى يمنع الاقرب الابد. وصرح بذلك العلامة في التذكرة والقواعد. ووجه ذلك انحصار الامر فيهم ولزوم الترجيح بلامرجح لو فرق بينهم، لعدم جواز القياس بالميراث. السادسة: المشهور بين الاصحاب انه اذا وقف على مصلحة فيطل رسما، 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. وصرح ابن حمزة والعلامة في المختلف بلحوق اطفالهم وجانيهم ايضا. وعن ابن ادریس 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

[٥٢]

في هذه النسبة واختار التعميم الذي ذكره ابن حمزة من انه شامل لكل من اقر بالشهادتين واطفالهم وجانيهم، وادعى الاجماع قال: لنا الاجماع على جواز الصدقة عليهم وتجويز 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 الذي 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 ادریس نظر الى العصبية والعباد لا الى ما سن الله من تعميم حكمه بين العباد وفعل المسلم محمول على الصحة ما لم يعلم فساد فالحكم بان الواقف اراد الوقف على المؤلفين غالبا، يرجع الى ملاحظة متابعة الحمية والعصبية. فاذا وقف رجل من اهل السنة رباطا على المسلمين المترددین، 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 المحلي [باللام] الدال على العموم لغة وعرفا عن الحقيقة بمجرد هذه القرينة، مشكل. وكذلك الامر في المدرسة فان المسلم الذي خلا عن العصبية غرضه في الوقف تحصيل الثواب. ولاريب 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 حل انه يحصل مسألة

الامامة ويسعى في تخريب مذهبهم، او بالعكس، مما لا يعطاه العرفاء والعلماء والصلحاء من العوام. اذ يجوزون ان يقرء مبتدؤ هم في العلوم علم التصريف والنحو والمعاني والبيان عند عالم من الشيعة، بل يرضون

[٥٤]

اشد الرضا. سيما اذا لم يوجد هناك عالم من اهل السنة. وكذلك بالعكس. فليس محض كون باني المدرسة سنيا، عدم رضائه بجلوس الشيعي فيها ولا بالعكس. غاية الامر عدم رضاء احد هما بالسعي في ابطال مذهب الآخر، 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 الباني، فمؤاخذته على المخالف الساكن فيه. وما يفعله من موجبات الخير، فيصل ثوابه الى الباني. اذا تمهد لك هذه المقدمات فنقول: الظاهران المدرسة المفروضة يجوز لطلبة الشيعة سكنها والاشتغال بالتحصيل فيها، ويصح صلاتهم وعباداتهم فيها. لوجه: الاول: انها وقف على الطلبة جزما. غاية الامر ان من المدارس ما يختص بفرقة بجعل الواقف دون فرقة، ولا يجوز التعدي 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 الثاني. غاية الامر حصول مظنة بانها من القسم الاول من جهة القرائن المذكورة، والمظنة لا يكفي 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 ١٥١.

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

[٥٥]

العقل والنقل، فهنا من باب " كل شئئ 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 ماروى عن الصادق (ع) " كل شئئ 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. وبالجمله هذا من شبهة الموضوع، وقد اتفق كلمة المجتهدين والاختباريين على ان الاصل فيها براءة الذمة والحلية. بل ويجعلها الاختاريون 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 ماثبت انه يدوم بحسب استعداد الموضوع يحصل الظن بان كل ماثبت، 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) وإذا 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 بان كان منهم. وقرائن الحال تشهد بان السننى لا يرضى بتصرف الشيعة في ماله، سيما تعلم علوم الشيعة وسيما في علم الامامة وسيما في الطعن على الخلفاء واثبات الفواحش عليهم. فبالا استفادة واللاحاق بالاغلب يحكم بتسنن البانى للمدرسة. وبقرائن الحال

(١). الوسائل، ج٢، ابواب النجاسات، الباب ٣٧، ح٤.

(٢). الوسائل، ج١، ابواب الماء المطلق، الباب ١، ح٥٣.

(٣). الوسائل، ج١٢، ابواب مايكتسب به، الباب ٤، ح٤.

(٤). الوسائل، ج٢، ابواب النجاسات، الباب ٥٠، ح٥.

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 الملاقي حتى يحصل العلم بنجاسته. ولذلك يحكم بطهارة السكر المجلوب عن بلاد الكفر، ونحو ذلك، فظن الحاصل من الغلبة من جملة الطواهر، والظاهر قد يرفع الاصل و قد لا يرفعه ففى مسألة الطهارة والنجاسة لا يرفع الظاهر الاصل، للدلة القائمة عليه.

وفى 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 المعتبرة 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 " اصاله 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 البيئة ايضا كافية من جهة النص، لو سلمناه ولا مسرح للاعتماد على غيره. مع انا نقول لو فرض ثبوت كونه من اهل السنة، ففى 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

[٥٧]

انما هو لاجل اعتقادهم ان الشيعة مبطلون وهم محقون، ومنعهم ايا هم عن التصرف وعدم رضاهم بذلك انما هو في حال ادعائهم بذلك. بل لاجل ادعائهم بذلك. فلو ظهر بطلان ادعائهم عليهم تشهد حالهم بالرضا جزما. 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 يزعمه 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 يزعمه اجنبيا. فالاستثناء على شاهد الحال هذه انما هو في حال ادعائه؟ ذلك كذلك في نفس الامر، لا مطلقا؟ فلو علم ان ادعائه ذلك ليس على ما هو في نفس الامر، فلا يستثنيه البتة. والمفروض ان المؤمن الشيعة ح يعرف بان ادعائه خطأ في نفس الامر، وهو مكلف بمعتقدده، 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 مذعنا بانحصارهم فيهم ففيه انه ايضا غير مضر. كما بيناه في المقدمة الثانية وانه من قبيل من نذر صوم يوم مولد النبى (ص) ويعتقد انه الثانى عشر فصام الثانى عشر معتقدا انه هو مولد النبى (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.

[٥٨]

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 للضرورة من الدين. وان قرينة المقام من ان الواقف انما يريد اهل نحلته من فرق الاسلام مع صحة إبقاء العام على العموم، لا يعارض اصالة الحقيقة وحمل قول المسلم على الصحة من عدم العصبية والتعنّت على الوجه الذى ذكرناه. الوجه الثانى: 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

[٥٩]

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 عليّة 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 طلبية 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 " وينبه عليه رواية أبى على بن را شد " 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 بطلبية 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 فتأمل جدا. ثم اذ ظهر لك حال المدرسة المسؤول عنها وحكمها ودليلها على حسب

(١). الوسائل، ج ١٣، ابواب الوقف، الباب ٦، ح ١٦ - و في التهذيب الوقف بدل الوقوف.

مقتضى الوقف ومساعدة الحال، فلا بأس ان نشير الى ما فى 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 عدم 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 الحقّة، السابق الازلى والالزم يستحق العقاب، ولا يتوجه لزوم العتاب على الاطلاق، ولا يناسبه الوعيد الشديد انهم خالدون في جهنم، ذا لم يكن معهم الا عدم 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 بالمرة، و [قبح] تكليف ما لا يطاق. والقول بعدم تحقق مثل هذا الغرض، والقول بان الله تعالى لم يبق احدا من عباده الا ووضح له جميع سبل الاسلام، مكابرة صرفة. وقد حققنا هذا المطلب في القوانين. فاذا نقول: الاصل عدم الكفر ايضا كما ان الاصل عدم الاسلام. وان الكفر امر وجودي وهو الانكار صريحا، او استمرار عدم الاعتقاد بالعقائد الحقبة 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 الذي يجرى عليه الاحكام الفقهية من النجاسة وحرمة المناكحة والذبيحة وجواز القتل والسبى، وغير ذلك لا الاحكام الاخرية 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

[٦١]

الاحكام الوضعية المنوطة بالمصالح الخفية ولا ملازمة بينها وبين الكفر الذي يوجب العقاب. الا ترى ان الله جوز بيع العبد الصالح المؤمن المتقى وشراؤه 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 بغاؤه 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 مجبورا بالكفر. او المراد المفطورية بالاذعان بوجود الصانع او التوحيد في الجملة. واما فروع التوحيد من التجرد ونفى التحيز ونفى القبيح وتمام الصفات وعينييتها، فكلا. ولا ريب ان الاسلام ليس محض ذلك، بل هو مع فروع التوحيد والاذعان بالرسالة و خصوص 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 الذي اغلبه المسلمون، الاسلام. وفي ما اغلبه الكفار، الكفر. وهكذا... الثاني: 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، ج٦٧، ص١٣٤. و اورد تمامه في سفينة البحار، في حرف «ف».
- (٢). في النسخة «بحيث» و يحتمل صحته.

[٦٢]

بالا ستفاضة 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 الرشيد، ١٧ السفه، ١٨ الحمل، ١٩ الولادة، ٢٠ الوصاية، ٢١ الحرية، ٢٢ اللوث، (١) - قيل : والغصب والدين والعق 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 البينة 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 والجر وعدم التمكن من اقامة البينة ايضا. و [قد يقال في] القدح في الاستدلال بالاولوية: بأنه انما يتم اذا كان حجية البينة 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 بان 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). في النسخة: حرف «و» المكرر بدل الارقام من ١ الي ٢٢.

[٦٢]

يترجح القول بحجية الاستفاضة وان قلنا بان العمل بالبينة تعبدى. فان الظن القوى حاصل بجواز الاعتماد [على] هذا الظن. سيما اذا انضم اليه شئ آخر من العسر والجر وغيرهما. واما لو اعتبر العلم فلا ريب في [عدم] حجيتها وجواز التمسك بها. واما مطلق الظن، فيشكل الاعتماد عليه. الثالث: انه هل يصح

الوقف من اهل السنة ام لا؟؟ لم؟ نفق 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، اذ ليس 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 مطلقاً وخصوصاً 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

نهضة ترجمة [٦٤]

هى من اجزاء الصلاة غاية الامر ان المكلف يوجدها 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 والنهى 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 وال اخبار . ولا ريب في حجية هذا الظن. ولكنه لا يضر في ما نحن فيه. اذ اشتراط العلم في حرمة التصرف في المشتبه بالحرام السمتفاد من الادلة و الاخبار اقدمنا هنا على جواز التصرف وان ظننا با نه من المخالفين، بل وان علمنا با نه منهم، كما عرفت. والقول باصالة حرمة العمل بالظن مطلقاً، غير تمام في النظر القاصر، وحققته في القوانين بقدر وسعى وطاقتي. 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 ماكان بانيها منهم او من غيرهم، وترك الاستفصال في بعض الاخبار وعموم الاخبار. منها " قول الصادق (ع) لبعض اصحابنا حين قال له: انى لأكره 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)

وفى رواية الحلبي سألته عن المساجد المظلمة ايكه القيام فيها؟ قال: نعم ولكن لا تترك الصلاة فيها اليوم. ولو كان العدل لرأيتكم 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 الالفاظ.

[٦٥]

كذلك ما في معناها. ويبيده الاخبار الدالة على جواز الصلاة في البيع والكنائس. و حسبك دليلا 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، وفى 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 وباصيائهم. 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. وفى الايات والاخبار دلالة واضحة على الانتقال الى الله في خصوص المساجد. وممن صرح بالفرق بين المسجد والمدرسة، العلامة (ره) قال في القواعد " لو وقف مسجدا على قوم باعيانهم كالفقهاء (٥)، فالاقرب عدم التخصيص. بخلاف المدرسة. والرباط والمقبرة ". وقال في الابيضاح " والاصح عدم صحة الوقف - يعنى في المسجد على قوم باعيانهم - 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 مسجدا او ارضه مقبرة او بنى مدرسة او رباطا، فلكل احد ان يصلى ويعتكف في المسجد ويدفن في المقبرة ويسكن في

- (١). ٣٩، اعراف.
 (٢). في الاصل: ماتهياً.
 (٣). ١٨، توبه.
 (٤). الوسائل، ج١، ابواب الوضوء، الباب ١٠، ح٤٥هـ. احكام المساجد، الباب ٣، ح٥ و الباب ٣٩، ح١. و ليس فيها بعض الجملات المنقولة في المتن.
 (٥). و في الايضاح، ط، كوشانيور، الفقراء بدل فقهاء و لكن ما جاء به المصنف (ره) اصح.

[٦٦]

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. عملاً بمقتضى الشرط. وهو احد وجهى الشافعية المفتى به عند هم رعاية لشرط الواقف وقطعا للنزاع في اقامة الشرط، والثانى بطلان الشرط لان جعل البقعة مسجداً، 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 مسجداً و جعل التولية فيه لاحد في نصب الامام ونحوه وشرطه في ضمن العقد، يجب ابتاعه (٢)، لعموم قول العسكري (ع)، ولو شرط التدريس في المدرسة، لعلم، فالامر اوضح. وصرح به ايضا في التذكرة . وبالجمله: 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 سنج بالبال مع ضيق المجال ولبال بالبال، مكتفيا بما سمحت به القرينة الجامدة و الفطنة الخامدة. ولم يتيسر لى المراجعة الى الكتاب الاستدلالية والزبر المطولة لفقدها. مع ان الظاهر من بعض المختصرات الخاضرة ان الكلام في هذه المسألة مما لم يستقص في كلماتهم ولم يتعرضوا لبيانها في مصنفاتهم؟ فالمرجو من الله عزوجل ان لا يؤخذ نى في التقصير، وان يقبل منى اليسير، ويعفو عنى الكثير، و ان يصلى على رسوله واهل بيته اولى العصمة والتطهير وسلم تسليماً كثيراً. و كتبه مؤلفه المتفتقر الى الله الدائم، ابن الحسن ابو القاسم الجيلانى نزىل دار الايمان قم صينت عن التلاطم والتصادم. حين الاقامة في مشهد مولاى ابى الحسن الرضا عليه افضل التحية والثناء في آخر شعبان المعظم من شهور سنة

- (١). الوسائل، ج١٣، احكام الوقوف، الباب ٢، ح١٥١.
 (٢). راجع المسألة ٣٠ من هذا المجلد.

[٦٧]

الف وماتین واریع عشرة من الهجرة الطاهرة. والحمد لله أولا وآخرا وظاهرا و باطنا. تمت الرسالة.

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

جواب: اظهر واشهر جواز است، چون از جمله في سبيل الله است. واحوط ترك آن است با وجود فقر 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 می گیرد.

۲۲: سؤال: هر گاه مسجدی شروع به خرابی کرده باشد، می توان " 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، می توان آن را خراب کرد و از نو همان مجسد را ساخت. بلکه گشادتر هم می توان 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 می توان تبدیل کرد به نو، که بفروشند و به قیمت آن نو بخرند. و اما اگر به همان نحو سابق می توان از آن منتفع شد، پس اگر معلوم است که آن تیر و پرتو وقف است چنانکه زمین مجسد وقف است تصرف در آن ظاهرا صورتی ندارد. و اما هر گاه معلوم نباشد وقفیت آن، بلکه از باب تملیک مسجد و اباحه باشد چنانکه غالب این است که عوام الناس خصوص تیر و پرتو را وقف نمی کنند و صیغه وقف بر آن جاری نمی کنند پس در این صورت ظاهر این

Translation Movement
 .JMS

(۱). راجع به «منقطع الاول» رجوع کنید به مساله شماره ۲۶ از همین مجلد.

(۲). به معنای دقیق این لفظ پی نبردم.

[۶۸]

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، باذن حاکم شرع تواند آن را معاوضه کند به بهتر و بلند تر از آنها.

۲۲: سؤال: حمام وقفی هست ومتعلقات وتوابع دارد، مثل گلخن ومحل جمع کردن هیزم از برای سوختن حمام. واین توابع زیاده از قدر حاجت حمام است. وآن حمام در لیالی ماه مبارك رمضان وهمچنین از ماقبل طلوع صبح تا طلوع شمس در سایر ایام ممنوع است از دخول زنان. وزنان به جهت غسل معطل میمانند، وباید به جنابت بمانند تا صبح یا طلوع آفتاب. وبه این سبب حرج عظیم روی دهد. وطریقه وقف وشروط واقف هم معلوم نیست. آیا جایز است احداث حمام کوچکی متصل به 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 ومصلحت حال وقف وواقف در آن هست. خصوصا در صورتی که وقف بودن خصوص آن زمین معلوم نباشد ومحمتمل باشد که محض اباحه باشد از صاحب آن برای رفع حاجت حمام. وبهتر 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 نسلا بعد نسل. واتفاق افتد که در این طبقه هیچیک از اولاد قابلیت فهمیدن آن کتابها و منتفع شدن از آنها را ندارند. وبعضی قصد فروختن آنها را دارند. می توان خرید یا نه؟ -؟ و هر گاه ببینیم که در صدد تزویر و حک کردن علامت وقف اند که بفروشند، واجب است استنفاذ 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 ومردم به مطالعه آن منتفع شوند. و همچنین باید دید که در صورتی که مقصود مطالعه کردن ودرس 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 می توان از ایشان اجاره کرد ومنتفع شد، ومادامی که اولاد باقی است ایشان را منع از انتفاع نمی توان کرد. وایشان را باید منع کرد از بیع. وحاکم شرع باید مراقب ایشان باشد. و همچنین مؤمنین از باب نهی از منکر. و هر گاه مقصود واقف منتفع شدن به مطالعه ودرس بوده، در اینصورت 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. واما 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) می گوئیم که ظاهر این است که مندرج می شود مسأله تحت مسأله " بطلان مصلحت وقف " که فقها ذکر کرده اند که مصروف می شود در مطلق وجوه بریا اینکه ملاحظه اقرب به مقصد واقف را، می کنند. پس بنابر این می توان داد آن کتابها را به سایر طلبه و علما که منتفع شوند. و هر گاه من بعد در میان اولاد کسی بهم رسد که آن قابلیت را داشته باشد، باز عود می کند 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 می شود 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

[۷۰]

منافع این ملك یا باغ را به چه مصرف [باید] رساند؟.

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 مذهب ظاهر می شود 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 واقوی است قول مشهور است. و آنچه از برای مشهور ذکر کرده اند این است که " وقف از ملك واقف بیرون رفته و عود نمی کند به او، و مصلحت عامه در ضمن مصلحت خاصه موجود است. و به انتفا جز، کل منتفی نمی شود "... 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. خصوصا 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 می توانیم 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 غالبا منقرض می شود یا غالبا مستمر می ماند 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 غالبا 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 می کند 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

[۷۱]

کرده، نظر به استصحاب بقا، پس حکم مؤید خواهد داشت. و نظر به شك در حصول شرط انتقال ملك كه آن " تأبید " است، پس شك در مشروط حاصل می شود. پس اکتفا می شود به همان قدر متیقن که مدت بقای مصلحت است و باقی می ماند باقی در ملك مالك. وبعد از آن اشکال کرده است در حکایت همین مسجد و مدرسه که " این مصلحت از باب مصالح عامه است، و آن في الحقيقة وقف بر مسلمین است. پس به انتفای مصلحت خاصه مصلحت عامه منتفی نمی شود. پس صرف می شود به سایر مصالح ایشان. یا صرف می شود به اقرب مقصود واقف، الاقرب فالاقرب. " و لکن باز بر این اشکال کرده که: بر این وارد است جائی که جزما منقطع می شود - در مصالح عامه - مثل اینکه وقف کند بر حمامی که به جزم می داند که آن را در این سال خراب خواهند کرد. به جهت آنکه همین دلیل در آن جاری است و هم حکم منقطع الاخر بر آن جاری است. بعد از آن گفته است که " مگر اینکه این حکم را - یعنی اجرای حکم منقطع الاخر را که رجوع به واقف باشد علی الخلاف - مخصوص جایی کنیم که از مصالح عامه نباشد. مثل وقف بر اولاد بدون ذکر 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 که فقها گفته اند ". و بعد از این تفصیل باز توقف کرده است. و بعد از آن گفته است که: بدان که هر گاه بعد بطلان رسم مصلحت و صرف در وجوه بر، عود کند مصلحت، باز وقف بر می گردد به شرط سابق. زیرا که 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.

۳۶: سؤال: زید ملکی را وقف اولاد ذکور نماید، و حال اولاد ذکور منقرض شده اند. آیا این وقف منقطع

لاخر، صحیح است یا نه؟ - و بر تقدیر صحت، حال که موقوف علیهم منقرض شده اند به ورثه واقف می

رسد یا به ورثه موقوف علیهم می رسد؟ - یا به اولاد ذکوری که از اولاد اناث او بهم رسیده باشد؟. و هر گاه زید ملکی را وقف کند بر خود وبعد از فوت خود بر اولاد خود یا بر فقرا صحیح است یا

[۷۲]

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 " تأبید " و بر این تفریع کرده اند دو مسأله را یکی آنکه هر گاه تا مدتی وقف کند - مثل يك سال یا يك ماه - باطل می شود یا نه؟ -؟ دوم اینکه هر گاه وقف کند بر کسی که منقرض می شود غالبا در عادت، مثل اینکه وقف کند بر اولاد ذکور خود وساکت شود از بعد انقراض آنها که در این نیز شرط تأبید نشده صریحا، ومستلزم تأبید هم نیست. و از کلمات ایشان بر می آید تفاوت میان این دو مسأله چنانکه 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 می شود به عنوان حبس " و همچنین محقق در شرایع. و همچنین ظاهر می شود 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 تأبید در مفهوم وقف، داخل است، پس تصریح به اینکه " وقف کردم این خانه را بر فقرا تا يك سال " - مثلا - 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 نسلا بعد نسل و بطننا بعد بطن " - مثلا - گاه است که مطلقا متفطن احتمال انقراض اولاد نیست و به اعتقاد دوام می کند (و این اعتقاد هم بر استبعاد ندارد. چنانکه جایز است وقف بر اولاد هاشم و سادات که هیچکس متفطن این نمی شود که شاید سادات منقرض شوند) پس این اگر مناقض وقف حقیقی باشد همان در نفس الامر خواهد بود و آنهم 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 آنهم 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 :

[۷۳]

مطلب اول: در ذکر مسأله اول: و ظاهر این است که مشهور در ان بطلان است. و از ابن زهره نقل اجماع بر آن، هم شده است. و لکن در مسالك گفته است " و اشتراط التأبید متنازع مشکوک فیه ". و

همچنین فخر المحققین منع اشتراط کرده است. ودور نیست که مراد ایشان منع اشتراط باشد در معنی اعم از حبس، چنانکه اول کلام مسالك شاهد آن است آن جا که گفته است " فلو قصد الوقف الحقيقي، وجب القطع بالبطلان، لفقد الشرط ". و همچنین علامه در تذکره منع اشتراط تأیید کرده در اینجا ولیکن 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 فی الحقیقه حبس است به سبب انقراض ارباب او. پس مؤید نمی باشد ورجوع می کند به وارث واقف هر گاه خود او در حیات نباشد. چون بالکلیه از ملك او بیرون رفته است. ". و کلام او در مختلف نیز به همین روش کلام تذکره است. واز این کلمات بر می آید که ایشان مسلم دارند اشتراط تأیید را در اصل وقف حقیقی. بلکه کلام مختلف کا لصریح است. و به هر حال، اقوی در اینصورت، بطلان وقف است. و قولی نقل کرده است در مسالك به اینکه باطل است در اینصورت وقفیت آن لکن " حبس " می شود واین مختار محقق است در نافع وعلامه در تحریر و شهید در دروس. و دلیل ما در مسأله علاوه بر اجماع منقول اصل است، وعدم انصراف عمومات به وقفی که تصریح شود در آن به مدت، بلکه ظاهر آنها اعتبار تأیید است. چنانکه از ملاحظه اخباری که در اوقاف ائمه علیهم السلام وارد شده است، ظاهر می شود. و باکی نیست که بعضی آن اخبار ذکر شود. مثل روایت ربیع بن عبد الله که در تهذیب و من لا یحضره الفقیه روایت شده از حضرت صادق (ع) " قال: تصدق امیر المومنین (ع) بدار له فی المدینة فی بنی زریق. فکتب: بسم الله الرحمن الرحیم، هذا ما تصدق به علی بن ابی طالب وهو حی سوی، تصدق بداره التی فی 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

Translation Movement

[۷۴]

المسلمین ". (۱) وسند صدوق صحیح است. ونزدیک به همین مضمون است روایت عجلان ابی صالح که در کافی وتهذیب مذکور است، وسند آن در تهذیب معتبر است. چون راوی از عجلان " ابان " است، و راوی از او " فضاله " است. ودور نیست که خود عجلان هم ثقة باشد. پس حدیث موثق یا صحیح، خواهد بود. (۲) ومثل آن است روایت عبد الرحمن بن ابی عبد الله و اخبار دیگر که طول نمی دهیم به ذکر آنها، که از تتبع آنها ظاهر می شود 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 می شود. از جمله آنها مختصر کتاب وقف است. و آن صریح است در اینکه تأیید در ماهیت وقف درج است،

ومحل اشکالی نبوده است در نزد ایشان. و همچنین از اطلاق لفظ " صدقه " بر وقف در اخبار ظاهر می شود که وقف از اقسام صدقه است. واصل در صدقه تأبید است. ومثل عمری وسکنی، به دلیل خارج است اگر مسلم باشد صدق صدقه بر آنها. ووقف را بعضی تعبیر کرده اند از آن، به " صدقه جاریه ". ودر اول کتاب وقف دروس گفته است " وهو الصدقة جاریة ". وصدقه 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 جاریة الوقف ". و همچنین نسبت این قول را ابن فهد در مهذب به علما داده. واما دلیل قول به اینکه " باطل نمی شود بلکه از باب حبس خواهد بود " - چنانکه

(۱). التهذيب، ج ۲، ص ۳۷۱. و الفقيه، ج ۲، ص ۲۹۳. و الوسائل، ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، الباب ۶، ح ۴.

(۲). الکافي (فروع)، ج ۲، ص ۲۴۵. التهذيب، ج ۲، ص ۳۷۱. الوسائل، ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، الباب ۶، ح ۳.

[۷۵]

در مسالك گفته است - این است که مقتضی موجود است یعنی صیغه وقف که صلاحیت حبس را هم دارد، چون حبس ووقف مشترك اند در معنی و هر يك قائم مقام دیگری می توانند شد. پس چنانکه هر گاه حبس را مقارن تأبید بگویند وقف خواهد بود، همچنین هر گاه صیغه وقف را مقارن عدم تأبید بگویند حبس خواهد بود. واین را پسندیده است. وبعد از آن گفته است که: لکن این در وقتی تمام می شود که قصد حبس کرده باشد. واما هر گاه قصد وقف حقیقی کرده است واجب است قطع به بطلان آن. چون شرط آن مفقود است که تأبید باشد. وممكن است استدلال بر این قول به صحیحه علی بن مهزیار که در کتب ثلاثة روایت شده است: " قال: قلت: روی بعض موالیک عن أبائک علیهم السلام ان کل وقف الی وقت معلوم فهو واجب علی الورثة، وکل وقف الی غیر وقت جهل مجهول فهو باطل مردود علی الورثة. وانت اعلم بقول أبائک علیهم السلام. فکتب (ع): هكذا هو عندی " (۱). وروایت محمد بن الحسن الصفار که در تهذیب روایت شده است وعلامه در خلاصه تصحیح سند آن کرده است " قال: کتبت الی ابی محمد الحسن (ع) أسأله عن الوقف الذی یصح کیف هو، فقد روی ان الوقف اذا کان غیر موقت فهو باطل مردود علی الورثة، واذا کان موقتا فهو صحیح ممضی، قال قوم: ان الموقت هو الذی یدکره فیه انه علی فلان وعقبه فاذا انقرضوا فهو للفقراء والمساکین الی ان یرث الله الارض ومن علیها، وقال اخرون: هذا موقف اذا ذکرانه لفلان وعقبه مابقوا، ولم یدکر فی اخره للفقراء والمساکین الی ان یرث الله الارض ومن علیها، والذی هو غیر موقت ان یقول هذا وقف، ولم یدکر احدا، فما الذی یصح من ذلک؟ 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 و مهذب و تنقیح و مسالك، در هیچیک ندیده ام که استدلال به این دو حدیث کرده باشند. و شاید

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

[۷۶]

وجه آن این 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 تأبید 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 می گفته اند و این را می خواسته اند، ودلالت می کند بر این روایت محمد بن الحسن الصفار ". پس به این سبب دلالت روایت متشابه می شود. چون شیخ اعرف است به اصطلاح و عرف اصحاب حدیث. هر چند در اینجا می توان گفت که متبادر از موقت، تعیین وقت است. و مجرد اینکه از حدیث دوم بر می آید که استعمال شده است موقت در معنی مذکور، باعث این نمی شود 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 و اشتراط تأبید است. و لکن می توانیم 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 نمی ماند، 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 تأبید ندارد. و اما اگر بگویند " وقف فقرا کردم تا ده سال " شیخ این را باطل می داند، چون منافات با تأبید 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 می شوند، یا بعد آنها ذکر شده باشد کسی که منقرض نمی شود 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 .

[۷۷]

به جهت آنکه ترك موقوف عليه غالبا مورث جهالت در مدت وموقوف عليه (هر دو) هست. پس گویا جهل بحث است. و بنا بر این، وجه استدلال شیخ به روایت محمد بن الحسن الصفار بر " اشتراط تأیید وبطلان توقیت " نیز واضح می شود. به جهت آنکه امضای وقوف به حسب جعل واقف ممکن نیست الا در آنچه مجهول بحث نباشد، ودر 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. ودر 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 وتأیید شرط باشد، چنانکه قطع کرده است به آن در اینجا، وظاهر هم این است چنانکه بیان کردیم، پس اگر بحث وکلام 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 اینصورت 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 (چنانکه ظاهرا در آن خلافا نیست) آیا با این لفظ مجازی می توان عقد حبس را به عمل آورد یا نه؟- ؟ یعنی به لفظ " وقف " با قرینه توقیت، و اینها هیچیک 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. واستعمال 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 " وقف داری علی الفقراء سنة " و مرده باشد. تمیدانیم که آیا مراد او وقف حقیقی بوده یا حبس. یا آنکه خود در حیات است و لکن به خاطر ندارد

[۷۸]

که چه قصد کرده بوده است. این لایق انظار علما است. چنانکه نظیر این در کتب فقهیه در مباحث ایمان ونذور وغیره بسیار است. پس این لفظ قابل این است که وقف غلطی کرده باشد، چون معتقد این بوده که این وقف است وقابل این است که بر سبیل مجاز گفته باشد وحبس 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 " واصل وظاهر در اینجا متعارض می شوند. و دور نیست ترجیح ظاهر بر اصل. و این دو

روایت هم مؤید می شوند. پس هر گاه معلوم باشد که قصد او وقف بوده، حکم می کنیم به بطلان. و هر گاه دانیم مقصود حبس بوده، حکم می کنیم 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 و ابن جنید و سلار و ابن براج و ابن 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 می شود که جماعت سابقین آن را وقف حقیقی میدانند و صحیح میدانند. و ابن حمزه آن را صحیح می داند و حبس می داند. 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" چنانکه 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 چنانکه بیان کردیم.

[۷۹]

و از کلام مقداد ظاهر می شود که خلاف در بطلان وقف حقیقی، نیست. و گفته است که دو قولی که شیخ در مبسوط نقل کرده است یکی صحت بر سبیل حبس است و دوم بطلان. "و گفته است که" و علیه الفتوی "یعنی که بنای فتوی بر صحت حبس است. و اقوی در نظر حقیر هم صحت است بر سبیل 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 مالک است. و سوم اینکه اگر شرط شود تملیک اخیری در تملیک اولی، لازم می آید 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 دلیلهای بحث هست. اما دلیل اول: پس می گوئیم: اگر مراد اصل براءت است، معارض است به "اصل عدم صحة". و اگر مراد عموم است، اخبار

وقف منصرف به " غیر مؤبد " نمی شود و وقف مذکور ممنوع است و همچنین اگر مراد عموم " اوفوا العقود " (۳) است، اما دلیل دوم: پس می توان منع جواز رخصت مالک را کرد به عنوان عقد شرعی لازم، والا لازم می آید که او هم شارع باشد. با وجود اینکه ظاهر تملیک، تأبید است و عمری و سکنی و حبس به دلیل خارجی بیرون رفته. واما دلیل سوم: پس اینکه ما نمی گوئیم که تملیک اخری علت تملیک اول است. بلکه می گوئیم شرط تملیک اول، بیان مصرف بعد از آن است. واما 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

[۸۰]

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 خبر 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) واما دلیل چهارم: پس این نیز ممنوع است. چون معلوم نیست که این وقف باشد. واما دلیل قول به " صحت به عنوان حبس ": پس، از آنچه پیش گفتیم در مسأله اولی ظاهر می شود. 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 ملک 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. و الحاصل اگر علم دارد که وقف به این نحو وقف حقیقی نیست، و با وجود این قصد وقف حقیقی کند، باطل است. واما اگر جاهل است به مسأله وقف یا می داند که این حبس است و به این لفظ می گوید، 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 می آید و از فتاوی علما که چنین چیزی حبس است. اما اخبار پس مثل صحیحه عمر بن اذینه که در کتب مشایخ ثلاثه مذکور است " قال: کنت شاهدا عند ابن ابی لیلی وقضی فی رجل جعل لبعض قرابته غلة داره ولم یوقت 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 فی هذا المسجد بخلاف ما قضیت. فقال وما علمک؟. فقال: سمعت ابا جعفر محمد بن علی (ع) یقول: قضی علی (ع) برد الحبیس و انفاذ الموارث .

(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.

[۸۱]

فقال له ابن ابی لیلی: هذا عندك في كتابك؟ قال: نعم. قال: فارسل واتنی به. فقال له محمد بن مسلم: علی ان لا تنظر من الكتاب الا في ذلك الحديث، قال: لك ذلك. قال: فاحضر الكتاب واره الحديث عن ابی جعفر "ع" في الكتاب فرد قضيته "(۱) وصدوق (ره) بعد نقل این روایت گفته است "والحبس كل وقف الى غير وقت معلوم. وهو مردود على الورثة". وروایت 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 الى ابن ابی لیلی في موارث لنا ليقسمها، وكان فيه حبس وكان يدافعني، فلما طال شکوته الى ابی عبد الله (ع) فقال: او ما علم ان رسول الله (ص) امر برد الحبس وانفاذ الموارث. قال: فأتيته ففعل كما كان يفعل. فقلت له: انی شکوتك الى جعفر بن محمد (ع) فقال لی کیت وکیت. قال فحلفنی ابن ابی لیلی انه قال ذلك، فحلفت له ففرض 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 مابین اقسام آن باشد چنانکه بعد بیان خواهیم کرد. واما فتاوی علما: پس ظاهر این است که اصل حبس اجماعی است و خلاقی 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 نصی قرینه، یا اینکه قصد حبس بدون قصد تأیید کرده باشد و نداند که حقیقت آن چه چیز است. اصل مقتضی بطلان وعدم خروج از ملک مالک 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، ابواب السکني و الحبس، باب ۵، ح ۱.

(۲). همان، ح ۲.

[۸۲]

و از آنچه گفتیم معلوم شد دلیل قول به بطلان رأسا. و آنچه ذکر کرده اند در دلیل؟ ایشان این است که: وقف، شرط آن تأیید است و در صورت مزبوره شرط متحقق نیست. و اینکه 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. وجواب از جهالت، این است که در اول امر موقوف علیه معلوم است. وبعد از انقطاع، موقوف علیه متحقق نیست که معلوم باشد یا مجهول، بلکه بر می گردد به وارث، چنانکه خواهیم گفت. وبدان 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. واین 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. چنانکه از کلمات ایشان در آن مسأله و مسأله بعد ظاهر می شود و اشاره به بعض آنها کردیم. وگویا باعث بر مسامحه ایشان این است که ثمره معتد به نیست ما بین صحت آن موقوف یا حبس، مگر در نیت، یا در نذر وایمان، 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 اثنبیت نمی شود. 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 می شود به واقف اگر زنده باشد، و به وارث او، اگر مرده باشد؟ و یا راجع می شود به ورثه موقوف علیه؟ یا آنکه صرف می شود در وجوه بر؟ اکثر اصحاب (چنانکه در مسالك تصریح کرده) قائل اند به اول. و مذهب مفید و ابن 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 می شود 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 می شود به واقف یا وارث او. همچنانکه بنابر قول به

نهضت ترجمه

Translation Movement

بطلان هم از ملك وارث (۱) بیرون نرفته است. پس بنابر آنچه تحقیق کردیم سابقا که بطلان وقف حقیقی اتفاقی است (چنانکه از بعضی ظاهر می شود) یا قول اکثرین است، [این] مسأله محض فرض می شود. یعنی بر فرض محالی که وقف صحیح باشد راجع می شود 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 می تواند 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 نمی کند. و بنابر 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 على حسب ما يوقفه اهله " (۲) واین بنابر سخن مسالك كه " نزاع بنابر قول به وقفيت است " تمام نيست. به جهت آنكه وقف بودن اين مسلم نيست تا اين حديث شامل آن باشد. مراد از اين حديث اين نيست كه جعل مهيت وقف به دست واقف است، والا لازم مي آيد كه واقف شارع باشد. بلكه مراد اين است كه وقفى كه شارع بيان كرده است ومصارف آن را بيان كرده است واختيار انحاء مختلفه مصارف و كيفيات آن را رخصت داده است واقف هر كدام را كه اختيار كرد وبنابر آن گذاشت، از آن نمى توان تجاوز كرد. ودلالت مى كند بر قول مختار روايت جعفر بن حنان كه خالى از اعتبار نيست. چون راوى از او حسن بن محبوب است، ومعتضد است به عمل اصحاب ونظر واعتبار. وآن اين است " قال: سألت ابا عبد الله (ع) عن رجل اوقف غلة له على قرابته

(۱). از ملك واقف ظ صج.

(۲). وسائل، ج ۱۳، ابواب احكام الوقوف، باب ۲، ح ۲۰۱.

[۸۴]

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: ارايت 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: ارايت 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 باعو]. " (۱)

وجه استدلال اين است كه ظاهر حديث اين است كه وصيت به وقف شده است، واگر نه از براى ورثه موصى چيزى نبود (۲)، چنانكه در مختلف وايضاح تصريح به آن شده. پس اشكال در دلالت حديث هم خوب نيست. واز خلاف نقل شده است كه دلالت مى كند بر اين قول چند روايت. واما دليل قول دوم: پس اين است كه وقف ناقل ملك است از واقف، وعود او محتاج است به دليل. واينكه موقوف عليه مالك مى شود وقف را پس منتقل مى شود به وارث او. واينكه در بطون ما قبل انقراض به مطلق وارث آن بطن نمى دهند، بلكه به همان كه واقف گفته مى دهند، مثل ذكر فقط، آن به جهت جعل واقف است.

وایضا وقف صدقه است و صدقه عود نمی کند. و بر همه این مقدمات راه منع باز است چنانکه در حبس مسلم است، و همچنین در عمری و سکنی که از افراد صدقه اند.

(۱). وسائل، ابواب احکام الوقوف، باب ۶، ح ۸.

(۲). زیرا اگر وصیت به مال بود از برای آن مرد و عقب او پس در حین انقراض بایست مال امام باشد که وارث من لاوارث له است پس وجهی نبود از برای ردّ به ورثه موسی. منته رة.

[۸۵]

واما دلیل ابن زهره: پس این است که ملك منتقل شده است از واقف، وعقد وقف شامل ورثه موقوف علیه نیست. ومقصود واقف هم نقل به آنها نیست. و صرف به " وجوه بر " اقرب اشیاء است به مقصود واقف. وضعف 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 می آید تا روز انقراض؟ و ثمره خلاف ظاهر می شود در جایی که واقف بمیرد و دو پسر داشته باشد، وبعد از آن یکی از پسر ها بمیرد و از آن پسر ی بماند پیش از انقراض موقوف علیه. پس بنابر قول اول باید به همان پسر باقی مانده داد، و بنابر قول دوم اوو 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 " وقول ثانی را بر سبیل احتمال ذکر کرده، و ظاهر او " توقف " است، مثل شهید ثانی در شرح لمعه. ومقداد در تنقیح تقویت قول ثانی کرده. و شاید این قول ارجح باشد، چون ملك از واقف بالکلیه منتقل نشده وحق آن متعلق است به آن مال و همان حق به وارث او در حین موت منتقل می شود و همچنین تا زمان انقراض موقوف علیه. پیش از این نیست که مادامی که موقوف علیه منقرض نشده ممنوع اند از تصرف. حمل بر " ولاء عتی " 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. ودر مسالك نفی خلاف کرده، بلکه از تذکره ظاهر می شود 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 اخبار هم دلالت دارد بر این. مثل روایت علی بن سلیمان بن رشید، وروایت 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 وادخال در ملك موقوف عليه. و تمليك انسان بر نفس خود وادخال منفعت بر او، یا تجدید ملك با وجود ثبوت آن، بی معنی است و مخالف در مسأله بعض عامه است. واما بطلان آن نسبت به غیر - هر گاه بعد از خود وقف کند بر غیر -: پس آن را " منقطع الاول " می گویند (چنانکه آن دو قسمی که در دو مسأله پیش مذکور شد، [را] منقطع الاخر می گفتند) 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 بنابر قول به صحت، خلاف کرده اند که آیا منافع آن را در اول عقد به آن غیر می دهند؟ 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 هرکی [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 من " 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، چنانکه پیش گذشت. و ظاهر اخراج وقف اخراج 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 حيث المجموع"، نفعی ندارد در دفع این معنی که "عقد بعد حکم به بطلان بعض، تمام عقد، نیست." و اینکه صحیح میدانیم 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 می ماند. و دوم اینکه: صحیح باشد در سه ربع. چون فقرا جمع است و اقل جمع سه است و با خود واقف چهار نفر می شوند. 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 گذراندن معاش و مؤنه خود از آن وقف، و ظاهرا خلاقی 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. چنانکه منقول

است از فعل پیغمبر (ص) و حضرت فاطمه (ع). و ظاهرا فرقی ما بین واجب النفقه و غیر نباشد. و در اینصورت نفقه واجب النفقه ساقط می شود. و همچنین جایز است شرط کردن اکل ناظر و متولی، و اینکه 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 نیست. و صاحب کفایه در خوردن خود تأمل دارد. و بدان که: در این مقام اشکالی هست، و به سبب آن بعضی از مردم تردید می کنند. مثلاً "ملکی را وقف می کنند بر اولاد و شرط می کنند که تولیت آن مادام الحیات با واقف باشد و بعد از وفات با ارشد اولاد، و شرط می کنند 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 می شود 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 اینصورت در جواز خوردن واقف تأمل کرده اند. و تومی دانی 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. وکلام 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 هرگاه 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

[۸۹]

عدم شده بلکه از " جواز شرط حق التولیه " چنین فردی متبادر نمی شود. 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 می رود. و هر گاه مطلق فقرا باشد جایز است. (۱) چون وقف بر جهت عامه است و او خود داخل آنها است. و این ادیس 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 می شود از کلام فقها، و لکن محتاج است به تأمل دقیق و فکر عمیق. و در اینجا ما عبارت تذکره را ذکر می کنیم تأمل کن در آن تا بفهمی. و آن این است " و ان شرط أن يأكل المتولی علی الوقف شیئا منه أو يطعم صدیقا، جاز. و ان ولیها الواقف کان له ان یا کل و يطعم صدیقه عملا بالشرط. و لا یكون ذلك شرط النفع علی نفسه ". و قبل از این باز در تذکره در مقام رد بر بعض عامه 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 و بالذات خود را قصد نکرده، و انتفاع خود را شرط نکرده بلکه مقصود او انتفاع مسلمین است. و لازم آن می آید 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 این صورت خودش نیز در کنار فقرا می تواند برخورداری شود.

[۹۰]

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 می شود اینکه ابن جنید مخالف است در مسأله جواز شرط انتفاع واقف از وقف. و این عبارت او است " قال ابن الجنید: ولا بأس ان یشتط الواقف تطوعا لنفسه ولمن یولیه بعده صدقته، الاکل لثمرتها اولقیمتها اذا لم یجعل له تغیر اصلها وجنسها وکان آخرها الی ابواب البر من المساکین وغیرهم. وجماعة من اصحابنا منعوا من عود نفع الوقف الی الواقف وقالوا لا یجوز له ان یشتط ادرار مؤنته ولا الانتفاع به، لانها صدقة فلا یجوز عود نفعها الیه. للاحادیث الدالة علی 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 (چنانکه از مسالك و غیره ظاهر می شود) 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 ظاهر قول اول است به جهت اجماع منقول و ظاهر عمومات وفای به عقود و شروط، و روایت عسگری (ع) " الوقوف بحسب ما یوقفها الواقف ". (۱) و خصوص صحیحه اسماعیل بن فضل هاشمی - یا موثقه او، به سبب ابان بن عثمان " عثمان " قال سالت ابا عبد الله (ع) عن الرجل یتصدق ببعض ما له فی حیاته

(۱). وسائل، ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۲، ح ۲۰۱.

[۹۱]

فی کل وجه من وجوه الخیر وقال: ان احتجت الی شیئ من مالی او من غلته فانا احق به. الیه ذلك وقد جعله الله کیف یکون له؟ فاذا هلك الرجل يرجع میراثا او صدقة؟ قال: يرجع میراثا علی اهله ". (۱)

وصحیحه دیگر اسماعیل بن الفضل - که باز ابان در سند او هست - " عن ابی عبد الله (ع) قال: من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت اليها فانا احق بها، ثم مات الرجل، فانها ترجع الى الميراث. (۲) ووجه استدلال این است که معنی رجوع به میراث این است که پیش از موت داخل صدقه بوده است ووقف بوده و مال او نبوده. وبعد مردن، این مال بر می گردد از وقف بودن و حبس بودن، و داخل مالی می شود که از او میراث می برند. وگاه است که توهم این شود که سؤال راوی از صحت این وقف بود در حال حیات. پس هر گاه این را جواب از حال مال بعد موت بگیریم، جواب مطابق سؤال نمی شود. پس حمل می کنیم جواب را بر معنی مجازی که با بطلان بسازد، و حکم ما قبل موت و ما بعد، همه ظاهر شود. پس مراد از " يرجع میراثا " این است که آن مال از ملکیت او بیرون نرفته اصلا. و این توهم دوری است. به جهت اینکه این مجاز کمال بعد دارد، و لفظ را از حقیقت بیرون بردن بدون ضرورت وجهی ندارد. و به همین اشاره که از لفظ " رجوع " مستفاد می شود به او جز بیانی، جواب از صحت وقف و حبس بودن و میراث بودن بعد موت، همه ظاهر می شود. و مؤید آن است صحیحه دومی که در آن سؤالی مذکور نیست و همان کلام امام (ع) مذکور است که معلوم می شود از اعتبار قید اخیر 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. و عدم اشکال و احتیاج به ذکر آن قید، یا به سبب ظهور بطلان در حال حیات بوده و اشکال در بعد ممات بوده، یا به سبب ظهور صحت و حبس بودن در حال حیات

(۱). التهذيب، ج ۹، ص ۱۴۶.

(۲). همان، ص ۱۵۰.

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 می شود، دیگر حاجتی به بیان نیست. پس باقی ماند ثانی. و به هر حال اشکال در دلالت روایت خوب نیست. خصوصا 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 اینکه 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 اینکه 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 نمی کند، نه اینکه اقتضای عدم شرط رجوع می کند. و اما توهم اینکه مقتضای عقد وقف، دوام و تأبید است و این منافی آن است، من دفع 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

[۹۳]

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 میفهمیم 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 النهایه و بعضی مطلق، پس در صدقه (ای) که مغبی 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 این 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 می تواند رجوع کرد و بعد رجوع مال او می شود، و بعد موت میراث می شود. و بدان نیز: که هر گاه حاجت رو نداد تا مرد، باز حبس است و داخل میراث است. چنانکه 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 می شود. 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، والا 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 می شود؟ یا محتاج است به اختیار وفسخ از واقف؟ ظاهر عبارت اکثر علما این است - چنانکه از مسالك ظاهر می شود - که به مجرد حصول حاجت باطل می شود وقف، وعودی می کند مال به او. و احتمال دارد که منفسخ نشود و محتاج باشد به

[۹۴]

فسخ، چنانکه شأن اغلب شروط این است که تسلط به فسخ حاصل می شود. 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. ووجه ظهور در آنچه ما گفتیم این است که مراد از کلمه " احق " سزاوارتر واولی بتصرف، باشد. یعنی هر تصرفی که خواهد بکند. خواهد مالك شود، وخواهد آن را به حال خود بگذارد. وراه خیال دیگران گویا این باشد که کلمه " احق " از بابت " اولوالارحام بعضهم اولی ببعض " باشد. واین خلاف ظاهر لفظ است هر چند گاهی در آن معنی هم استعمال می شود، بلی آن سخن خوب است هر گاه حدیث را دلیل قول به بطلان شرط بگیریم، واز کلمهء " يرجع 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 می گویند. 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 واز شأن او زکات گرفتن است و بی مضایقه است در آن، وکسی هم هست که همه ساله از وجه زکات کفایت او را می دهند، در عرف او را نمی گویند 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 شیئی خاص. و بدان که: صحت این شرط منافات ندارد با " اشتراط تنجیز " که در وقف شرط شده است. و ظاهرا 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 طالع شود. " که آمدن زید ممکن است که در ظرف حصول بیاید و ممکن است که نیابد، بخلاف طلوع آفتاب که جزما طالع خواهد شد. و اما اگر بگویند " وقف کردم این را اگر امروز جمعه

[۹۵]

باشد " ومفروض این باشد که می داند که جمعه است، در صحت این اشکال نیست. وکلام در سایر عقود هم همین است. ومعنی دوم تنجیز این است که شرط خیار فسخ در آن نمی توان کرد. وبنابر این می گوئیم که این شرط از جمله شروط مستثنی است به نص.

۲۷: 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. واز ابن زهره نیز نقل شده است این معنی. ووجه آن این است که این وقف بر اشخاص معین متصفین به این وصف نیست، واز این جهت است که قبول ایشان شرط نیست هر چند ممکن باشد. وتقسیم آن بر جماعت واجب نیست، بلکه جایز است که به بعضی دین بعضی داده شود. واین را " وقف بر جهت " می گویند، یعنی مراد واقف مراعات حال جهت فقر یا جهت علم وامثال آن است، نه آن اشخاص. واین ادیس مخالفت کرده است نظر به " اشتراط اخراج وقف از نفس خود ". وچون عمده دلیل آن اجماع است وآن در ما نحن فیه ممنوع است، و اگر نگوئیم که خلاف آن اجماع است. واز بعضی اخباری که دلیل آن مسأله بود حکم این را نمیفهمیم، دیگر راهی از برای منع علی سبیل الاطلاق، نیست. بلی از شهید (ره) قولی به تفصیل نقل شده. وآن 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. وتعلیل کرده است اول را به اینکه وقف بر خود می شود، وثانی را به آنکه نیت او مخصص عام است، ومتابعت شرط واقف لازم است، به جهت روایت عسکری (ع). (۲) واین دور نیست. وشاید نفی



- (۱). فتاوی خود میرزا(ره) نیز همین بود.
(۲). وسائل، ابواب احکام الوقوف، باب ۲، ح ۲ و ۳.

خلاف که حکایت کردیم و [نیز] شهرت فتوی، قطع نظر از این صورت بوده که قصدی داشته باشد بالخصوص. وعلامه در مختلف تفصیل دیگر داده وآن این است که هر گاه وقف بر مصالح عامه شده مثل مسجد و کاروانسرا وامثال آن، جایز است که خود در آنجا نماز کند یا ساکن شود. بخلاف آن که بر علما یا فقرا (مثلا) وقف کرده باشد. واین 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: ظاهراً خلافتی در بطلان وقف، نیست در صورت اول. واز مسالك وكفايه ظاهر می شود که اجماعی است. واما در صورت ثانی: 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 بهم رسند، هست یا نه؟ - بعضی می گویند که این اضافه، بیانی است و بر آنها صادق است که اولاد ذکورند.

جواب: اولاد حقیقت است در ولد صلبی. و هر گاه عرف خاصی نباشد که از آن فهمیده شود ولد ولد، از مقتضای حقیقت بیرون نمی توان رفت. و چون گفته است " نسلا بعد نسل " از آن جهت تعدی می کنیم به اولاد اولاد. و لکن می گوئیم که مراد اولاد ذکوری است که از اولاد ذکور بهم رسد، به جهت آنکه متبادر از اولاد ذکور " توصیف " است نه " اضافه ". و اگر اضافه هم باشد از باب اضافه موصوف به صفت، است. واز نسلا بعد نسل چنین میفهمیم - 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 می آید به طبقات. و ظاهراً 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 می فهمند که گفتیم. و به هر حال جزما اولاد ذکوری که از

(۱). وسائل، احکام الوقوف، باب ۲، ح ۲۰۱.



اناث بهم 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 می تواند 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 نمی تواند 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؟ -؟ ". ولکن ظاهر این است که آن توهم بی وجه است. خصوصا 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. چنانکه مختار علامه در تذکره است. و در قواعد منع کرده، و همچنین فخر المحققین. نظر به اینکه وقف مسجد مانند تحریر عید است .

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

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 نمی شود. و اما هر گاه موقوف علیه بمیرد و مولی علیه نباشد، پس اظهر در آن نیز بطلان است مطلقا.

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

[۹۸]

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 می شود به فوت واقف؟ -؟.

جواب: شرط است در صحت لزوم وقف، اقباض. و هر گاه واقف قبل از اقباض فوت شود وقف باطل می شود 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 اناث را در آن مدخلیتی نباشد. و بعد از آن گفته " هر گاه اولاد ذکور منقطع شوند بعد از آن اولاد اناث در آن دخل بکنند ". و الحال از اولاد ذکور اناثی باقی مانده است، و از اولاد اناث اناثی. 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. چنانکه ظاهر صورت مسأله است. پس در اینصورت دختران پسر و دختران 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 بآن دخترها و زیادتى نخواهد برداشت.

[۹۹]

دختر پسر را مقدم داشته بر دختر دختر، یا نه - این نیز چنین خواهد بود باز باید تسویه کرد. و چنانکه حکم چنین است در هر جا که موقوف علیهم مردد باشد میان چند نفر که تقدم و تاخر هیچیک معلوم نباشد.

۲۴: سؤال: خانه [ای] وقفی می باشد که خراب شده و خاک در او جمع گردیده. حالا خاک زیاد می باشد. این خاک را چه کند؟ مرخص می فرمایند 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 نمی شود، و خانه محتاج به مرمت باشد، آن خاک را به مصرف میرسانند بر سبیل مصلحت، و خرج تعمیر خانه [می] کنند.

۲۵: سؤال: هر گاه خانه شخصی در پهلوی مسجد باشد که واسطه شارع عام باشد. آیا شخص صاحب خانه می تواند 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 می فرمایند که در صورت نفع ساخته شود والا، فلا.

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

۲۶: سؤال: مزرعه [ای] هست وقف. و وقفنامه او نیست که طریقه عمل معلوم شود لکن تا [جائی که] جماعت متصرفین در خاطر دارند، و از متصرف سابق شنیده اند، و فی 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 می شود. حال شخصی فوت شده و عم پدری، و عم زاده پدر و مادری، و

خال میدارد. وخال از سلسلهء موقوف علیهم نیست، اما چون خود میراث از وقف نمی برد آیا وقف مزبور حکم علی حده دارد؟. وقیل از این تا حال ،برادر پدری [و]

[۱۰۰]

مادری، را بر برادر پدری مقدم داشته اند. آیا برادرزاده پدر [و] مادری رسد می برد؟ 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 می رسد. چون اظهر در مسأله " میراث عم پدری با ابن عم پدری ومادری " در صورتی که خال موجود باشد این است که ابن عم محروم است از میراث. و چون این مسأله اجماعیه خلاف اصول وقواعد است اکتفا می کنیم در آن به مورد نص و اجماع، که آن صورتی است که وارث منحصر باشد در يك عم پدری و يك ابن عم پدری ومادری [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.

۲۷: سؤال: زید املاکی چند وقف کرد بر اولاد خود، به این نحو که بعد وضع مصالح آن املاک وخراج دیوان، عשרی از منافع آن را متولی متصرف شود، و عשרی را به مصرف زوار عتبات برساند، و تتمه را مابین اولاد ذکور و اناث قسمت کند. و آن املاک در بلاد بعیده است و از يد 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 ملک در محل سکناى 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 مضحک شدن غرض واقف، و عدم تمکن از انتفاع، جایز باشد از برای موقوف علیهم بیع آنها. ولیکن تا ممکن باشد به قیمت آنها ملک بخرند که وقف باشد و به مقتضای شرط واقف

[۱۰۱]

معمول دارند.

۲۸: سؤال: شخصی در مقبرهء مسلمین - که در جوار امام زاده ای است - حفر ممر آبی بکند که آب باران وسیل خرابی به قبرستان وقبر امام زاده نرساند. و به سبب این حفر قلیل آبی بر آید، وبعد از آن دو سه پشته قنات بالا برده و آب بسیار بیرون آورده که در ملک طلق آن شخص جاری می شود. آیا این آب مال حافر است یا مال امام زاده یا همه مسلمین؟ -؟ -؟. ومتولی امام زاده مدعی است (نظر به وقفنامه که در دست دارد که سیصد سال قبل نوشته شده اینکه در سمت غربی امام زاده در قدیم چشمه ساری بوده که وقف امام زاده بوده، وشصت 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. وحفر قنات جایز نیست. و باید آن قنات را پر کند وزمین را به حال خود بگرداند. و همچنین هر گاه وقفیت ثابت نباشد ودایر باشد ومحل قبر کردن اهل قریه باشد، باز آنهم داخل حریم قریه است وتصرف در آن صورتی ندارد. بلی هر گاه از جمع شدن آب باران وسیلاب ضرر رسد به سبب جمع شدن در بعضی از آن موضع، به قدر رفع ضرر می توان ممر آبی در آن حفر کرد به قدر رفع ضرر و بیشتر جایز نیست. وبر فرضی که کسی چنین تصرفی کرد وکسی آن قنات را هم پر نکرد، آبی که از آن، جاری است مختص همان زمین قبرستان است واختصاص به حافر ندارد. بلکه در صورت عدم ثبوت وقفیت، منافع حریم متعلق به صاحبان قریه وصاحبان حریم است ودر 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. ودور نیست که صرف تعمیر قبر همان امام زاده که در جوار قبرستان است بشود، بهتر باشد واگر محتاج نباشد، به مصرف قبرستان یا مقبره امام زاده دیگر برسانند. ودر این صورت هر گاه متولی سخن خود را به ثبوت شرعی برساند به مصرف قبر امام زاده رساندن، واضح خواهد بود. ولکن بر فرض اثبات این مطلب، باز تصرف در قبرستان وحفر قنات بی صورت بوده ویر

نهج سابق باید معمول داشت.

۲۹: سؤال: آیا شخصی ملکی وقف نماید واز منافع آن قرارداد نموده که متولی بعد از وفات واقف به جهت او استیجار صوم وصلات نماید. همچو وقفی وقف بر نفس است؟ یا اخراج از نفس در اینصورت صادق می آید؟ 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 بعضی فرقی ندارد.

۴۰: سؤال: هر گاه شخصی اقرار به وقفیت ملك موروثی خود نماید. وبعد 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 نمی شود؟ یا می شود؟ و هر گاه مدعی مزبور قسم خورد می تواند ملك مزبور را متصرف گردد؟. اشاره اجمالی به جواب مع تعیین ادله خواهند فرمود.

جواب: گویا مراد سائل این باشد که متولی با ابراز وقفنامه و امثال آن وارث را گول زده و او به سبب جهالت و نادانی (بر این) که وقفنامه بمرجعه 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 می شود. و متولی هر چند من حیث انه متولی قسم متوجه نشود به او بر نفس وقفیت. و لکن بر نفی تغیر می تواند 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 جمله عقود شمرده اند. و تصریح کرده اند به لزوم ایجاب و قبول. و خلاف صریحی هم در کلام ایشان نیست. و این چگونه جمع می شود 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 (قریت) 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 مابین 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 مابین 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 عبادات و توقیفی، و مشتمل اند بر احکام و شرایط چند که عقود احاطه به آن نمی کند (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. وامثال 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 جامهء پاک، و خوردن مأکول و مشروب پاک (باشد) بدون نیت و قصد تقرب در غسل حاصل می شود. بلکه هر چند بوجه حرام باشد که مطلب حاصل می شود. و شامل صدقهء مستحبیه 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 بعضی 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 بعضی 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

[۱۰۴]

خدا بدهند به کسی هر چند محتاج نباشد علی الاظهر. و تعریف آن چنانکه 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 می گوید (ویملك بالايجاب 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 می گویند که صدقهء واجبه بر بنی هاشم حرام است، مگر اینکه از فرقهء خود ایشان باشد. و در مستحبیه 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 می شود که صدقه در عنوان این باب (به) معنی اعم باشد. و جزماً چنین نیست. بلکه عنوان مبحث، عقد شده از برای صدقه خاصه (ای) که از عین المال خود تبرعا اخراج می کند و نقل مصرف زکات و فطره استطرادی و بالتبع و به ملاحظهء 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 می شود. 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، مالک است. بخلاف صدقه که فقیر را در آن حقی نمی باشد و مال ملک مالک است، و مجرد اباحه منشأ انتقال ملک نمی شود. پس محتاج می شود به عقدی از عقود. و بیان این مطلب این است که واجبات - بلکه مطلق مطلوبات شرعیه - یا از آن

[۱۰۵]

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 توفیقات، به جهت آنکه حکم در آنها مخفی است و بدون قصد اطاعت، امثال عرفی متحقق نمی شود. و یا از آن باب است که فی نفسه مقتضی آن نیست، مانند توصیای 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 صدقه متعارفه مباحث عنها و وقف، که اگر امر شارع نبود با لذات صحت آنها موقوف به نیت نبود. و مانند توفیقات 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 جمله عبادات مصطلحه که مقابل معاملات است و منحصر است در امور توفیقیه که عقول به تمام حکمت های آن احاطه نمی کند، نیست. و اما آنکه در بعضی عبارات مثل عبارت تذکره از جمله 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 منہیات، که ارتکاب واجتناب آنها را عبادت می گویند. 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 مقارنه 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، می کند. 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

[۱۰۶]

صحیح نیست. واما 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، ولیکن 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 می کند (ویدر و مادر او تعلیم کرده اند که سلام کن، یا خود دیده که مردم سلام می کنند او هم سلام می کند، و مطلقا به خاطر او منظور 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 می گوید. 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، نمی کند. 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. چنانکه 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 می نماید که (جنس) به انتفاء (فصل) منتفی می شود، 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، می کند 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. چنانکه 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

ترجمه
Translation Movement
MS

[۱۰۷]

حق تعالی می فرماید 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 می کند (۲) و آنکه جواب می دهد،

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 می شود با نیت تقرب. و فوق آن، عبادات مصطلحه است. و به آنچه گفتیم ظاهر شد فرق ووجه ذکر صدقه در جمله 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 نمی توان گفت که داخل هبه خاصه است و احکام آن بر آن مترتب می شود. و اما فرق مابین 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 منذوره و

(۱). بحار، ج ۷۱، (باب السخاء و السماحة) ص ۲۵۴.

(۲). در نسخه: کسی که عطیه می کند.

[۱۰۸]

شبه آنها داخل می شود. چون وجوب آنها بالاصاله نیست. و اما مشکل می شود 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 می گوئیم که در رد مظالم صدقه ی واجبی است که بدل ادای دین واجب است. و احکام صدقه بر آن جاری شود. بلکه می گوئیم اختصاص به صورت تعدی ندارد و در مطلق مجهول المالک 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 صدقه 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. چنانکه 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 می کرده اند. و از آن تاریخ تا حال آب همان باغ وقفی از زمین و باغ خالد نام میرفته است که آن باغ وقف شرب می شد. و حال اولاد واقف می خواهند که آب همان

باغ وقف را از جای دیگر ببرند. در اینصورت می توانند که آن استمرار قدیم را ونهر قدیم را دست بردارند و از باغ دیگر ونهر دیگر آب وقف را به باغ وقف ببرند یا نه؟-؟.

جواب: اگر مراد این است که تغییر هیئت وقف بر نهجی که سابق بوده می توان 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 نبرند و از جای دیگر ببرند، کسی مانع ایشان نمی تواند شد. مگر اینکه مستلزم تغییر محل وقف از مجرا باشد، یا منافی شرط واقف باشد.

[۱۰۹]

و اگر مراد از سؤال این است که آیا خالد می تواند منع کند از تغییر مجرا یا نه، جواب آن این است که هر گاه طریقه مستمره ثابت باشد که آن آب همیشه از میان باغ و زمین خالد عبور می کرده، و خالد هم دعوای استحقاق حق العبور می کند، 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 اینصورت اظهر این است که قول خالد مقدم است با یمین. و بعد یمین ایشان را الزام می کند که باز آب را از باغ و زمین او ببرند.

۴۲: سؤال: واقفی 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 اینصورت می توانند گردش آب را به هشت انداخت 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 می کند، 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 میگذارند 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 می توانند به ملاحظه 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

[۱۱۰]

موقوف علیهم می خواهند که باغ نوی احداث نمایند و قدری از آن آب وقف را می خواهند از ممر ونهر تازه ببرند. و قدر دیگر آب را می خواهند که از استمرار قدیم به باغ وقف ببرند. در اینصورت می توانند یا نه؟ -۴. و اولاد موقوف علیهم که می خواهند باغ نوی به آن آب وقف بالتامام گرفته باشند در اینصورت می توانند وقف را به جای دیگر ببرند، و موقوف علیهم باغ نوی از جهت خود و بطون متأخره، بگیرند یا نه؟ -۴.

جواب: هر گاه آب وقفی زاید بر آن باغ باشد و احتیاجی به آن نداشته باشد، بلی می توانند موقوف علیهم باغ نوی احداث کنند و (آن را) به قدری از آن آب، مشروب کنند. و لکن اشکال بهم می رسد 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 ملگ از مادر ما است، و ما معطل هستیم و می خواهیم بفروشیم. آیا این وقف صحیح است یا نه؟ -۴.

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

۴۶: سؤال: درخت وقفی، که به جهت کهنگی از حیز انتفاع افتاده، می توان (آن را) فروخت و به مصرف پل و حمام و مسجد و خرابی آنها رسانید یا نه؟ -۴.

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 اینصورت 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

[۱۱۱]

به عین، بفروشند 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 آنهم وقف باشد بر آن مصرف. و هر گاه ممکن

نباشد صرف کردن به موقوف علیه، به مصرف سایر وجوه بر برسانند، مثل پل وریاط 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 سکونی 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 می دهند، به جهات عدیده. یگ جهت آنکه سابق بر آن آب جاری داخل سرداب می شده 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 می ماند - تبدیل آن نیز جایز است به آنچه 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

Translation Movement
JMS

[۱۱۲]

شخصی که متوجه شود، موقوف است بر معرفت اشخاص آن حدود. و هیچیک 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 می توانند فروخت و قیمت آن را خرج تعمیر مذکور نمایند یا نه؟ -؟.

جواب: بلی ظاهر این است که اخشاب وادوات 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 وادای زکات و استیجار حجة الاسلام از منافع آن نیز به عمل آورند. به این نحو که محصول آن ملگ 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 بهم 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، می تواند کرد. خواه منتفع شوند اقارب باشند یا اجانب، یا غیر آن. بلی در اینجا دو اشکال است: یکی آنکه ادای زکات ورد مظالم و حجة الاسلام، از جملهء دیونی است که متعلق است به واقف، و در وقف شرط است (اخراج از نفس واقف) وادای 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 بهم رسد در استحقاق در وقف است. و ظاهر این است که با وجود (شرط در ضمن العقد) اشکالی در صحت آن نباشد.

[۱۱۳]

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 (چنانکه ظاهر مشهور است) آیا جایز است از برای واقف که غیر را وکیل نماید در اجرای صیغهء وقف، به این معنی که بگوید (تو وکیل من 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 صیغهء 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 می شود 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: هرگاه 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 می شود به این اقرار، و در تحقیق هر يك از شرایط محتاج به دلیل و اثبات خواهیم بود -؟. و آیا احوالات مقرین باعث اختلاف حکم می شود یا نه؟ -؟ مثلا 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 نمی دانیم که شرایط صحت عقد به عمل آمده یا نه. حکم به صحت عقد می کنیم 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)

[۱۱۴]

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 آنهم می تواند 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 تولى وقف به این معنی که تصرف در امور وقف به مقتضای آنچه واقف تعیین نماید از مصارف، تخلف نمی نماید. چنانکه از حال او این معنی یافته شده کافی است؟ -؟. مثل اینکه کسی بعضی از معاصی کبیره را مرتکب می شود، یا مصر بر صغایر هست، و لکن از حقوق ناس اجتناب می نماید، و تصرف در اموال مردم بدون اذن ایشان نمی کند. یا در مصارف و قوف 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 می گردد 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 می شود؟. 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 فی الجملة و اگر چه خصوصیت شخص مطلوب وی نیست. بلکه مقصود بالذات، وقف است. صورت ثانی: 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 می شود. وبنابر هر تقدیر آیا فرقی است در اینکه در صیغه بگوید (وقف فلانا علی فلان وشرطت ان یکون ناظره) یا

[۱۱۵]

اینکه بگوید (وقف فلانا علی فلان بشرط ان یکون ناظره)؟- در صورت اولی احتمال میرود که شرط باطل باشد ومشروط 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؟- واما ثامنا: آیا در وقف بر امور عامه، قبض شرط است یا نه؟- وبر فرضی که قبض شرط باشد آیا حاکم شرع میباید قبض بعمل بیاورد یا غیری هم می تواند قبض بعمل بیاورد، وبر فرضی که غیر تواند قبض بعمل بیاورد آیا عدالت در قابض شرط است یا نه؟ وبر فرضی که عدالت در قابض شرط باشد، آیا هر گاه شخصی که قبض به عمل آورده باشد عادل نباشد، قبض صحیح است یا نه؟- وبر فرضی که قبض صحیح نباشد آیا باعث بطلان وقف می شود؟ 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. واما از سؤال ثانی: بلی جایز است توکیل در اجرای صیغه. واما ازسؤال ثالث: احوط این است که هر دو نیت کنند. واطهر این است که نیت موکل کافی است، بشرط استمرار آن نیت حکما إلی جریان الصیغه. ونیت حکمیه بعینها همان داعی بر فعل است لله تعالی. وعدم طریان خلاف داعی کافی است در بقای آن. چنانکه مختار در مسأله نیت زکات هم همین است در صورت توکیل در ادا. واما (از) سؤال رابع: همین که به ثبوت برسد توکیل واجرای صیغه، حکم به صحت وقف می شود، حملا لفعل المسلم علی الصحة. وعامی بودن وغیر عارف بودن به مسائل مضر نیست. مگر اینکه به ثبوت برسد که این عقد خاص بر غیر وجه صحیح به عمل آمده. چنانکه گوشت ویوست سوق مسلمین حلال است، هر چند غالب سلاخ ها ودباغها

[۱۱۶]

عارف به مسائل نیستند. و همچنین غالب اهل معاملات سوق خصوصا اکراد والوار (۱)وزراع ومکارین که غلات از اطراف میخرند ومی آورند ومی فروشند، در هیچوقت تفحص نمی کنیم که بیع متاع به چه نحو شده وبیع غلات به چه نحو. و حال آنکه هر يك مشتمل اند بر مسائل بسیار که به سبب ترك مراعات

آنها، متاع حرام می شود. وبخصوص در مانحن فیه که اشکال در خصوص نیت قربت است هم ظاهر حال مسلمین این است که وقفی که برای مسجد می کنند 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 (شك در شرط) وامثال اینها معارضه با قاعدهء مسلمهء حمل افعال مسلمین بر صحت، نمی کنند. بلی اشکال باقی می ماند 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. وبعد 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 وفعله ایضا. و اما حکم به لزوم، پس آن عقدی که لزوم داخل مفهوم آن است (چنانکه بیع و مصالحه و اجاره و امثال آنها) حمل بر لزوم می شود. چون اصل در اینها لزوم است. و اختیارات که در آنها جاری می شود عوارض چنداند بر خلاف اصل. و همچنین احتمال (فضولی) خلاف قاعده و (خلاف) ظاهر و خلاف متبادر از لفظ، است. چنانکه 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 آنها 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) وبعد بگوید که به قبض نداده ام، از او می شنوند. 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 می شود. پس اگر قبض به عمل نیاید تا واقف یا واهب بمیرد، بالمره بهم می خورد. 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 می آید 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 می شود. والا فلا. چنانکه در فضولی هر گاه اجازه ملحق شود ثمرات بیع واقعی، مترتب می شود. والا، فلا. خلاصه اینکه: قبض داخل مفهوم وقف و هبه نیست. چنانکه مشاهد است که در عرف می گویند که (هبه کردم و وقف کردم و به قبض ندادم). و ظاهرا خلافتی ندارند در اینکه

لزوم قبض، فوری نیست. واشکال 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 می شود به لزوم یا نه؟ و ظاهر این است که در اینجا نیز لزوم ثابت نمی شود. به جهت آنکه اصل عدم اقباض است. و از مجرد اقرار به وقف اقرار به قبض ثابت نمی شود. و جواب از سخنها بعد - یعنی تفاوت داشتن حال مقرین و عدم آن - از آنچه پیش گفتیم ظاهر می شود، که اصل در اقوال و افعال مسلمین صحت است. مگر اینکه فساد به ثبوت برسد. و فرقی مابین 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 اظهر اشتراط عدالت است در متولی

[۱۱۸]

وقف. مگر اینکه تولیت را برای خود قرار داده باشد. که در آنجا اظهر 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 ظاهراً، و بر همین لفظ (عدالت) اجماع نقل شده است. هر چند در وصی اکتفا می کنیم 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 نمی آید. 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 مابین (شرط تعلیقی) و (شرط ضمن العقد). و شرط تعلیقی بر می گردد 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) می شود. 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 می گردد که (این را وقف کردم و شرط کردم که فلانی را ناظر کنم) در اینصورت هر گاه فلانی قبول نکند خیار اشتراط حاصل می شود، و مسلط بر فسخ می شود. 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 اینکه 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 اینصورت نیز اصل عقد فاسد خواهد بود. و به هر

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

[۱۱۹]

عاری بودن از شرط خصوصیت آن ناظر خاص. و حکم صورت اطلاق وعدم تعیین ناظر (چنانکه 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 بنا بر اول نظارت با موقوف علیه است، و بنا بر ثانی با واقف، و بنا بر 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 می شود 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 شهادات در مسأله (ثبوت وقف بشاهد و یمین) - اشعار هست به عدم خلاف در آن و اینکه 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 پی وجه است. گاه است که متولی قبض و متولی وقف یکی می شود، و گاه است که مختلف می شوند. از این معنی نباید غافل بود. و متفرع می شود 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.

[۱۲۰]

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 می تواند قیمی نصب کند. چنانکه صحیح 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. چنانکه 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. والا همان قبض حاکم کافی است و ضرور به حصول نماز و دفن نیست. و گویا وجه توهّم ضرور بودن او این است که چون موقوف علیهم مسلمین اند و اقباض به همه آنها ممکن نیست، پس اکتفا می شود به قبض بعض آنها. و آن حاصل می شود به نماز یکی از آنها، یا دفن یکی از آنها. و نظر اصحاب این اقوال به این باشد. و این در صورت قبض حاکم وجهی ندارد. چون آن نایب مسلمین می باشد در امثال این امور. و از مجموع آنچه گفته شد ظاهر شد که اصل اشتراط قبض در امور عامه محل اشکال نیست. چنانکه 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 ۲، ح ۴.
(۳). عبارت نسخه: و روایات سابقه بر آن دلالت دارد.
ترجمه
Translation Movement
۱۳۱۵

عمومات و صحیحه صفار که از حضرت امام حسن عسکری (ع) روایت کرده (۱) می توان 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 جائی که او قابض است، از حیث این است که حاکم شرع بودن متحقق نمی شود 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 می آید عدم اشتراط عدالت در قبض در مصالح عامه.

واما قابض در وقوف خاصه، پس اشکالی در عدم اشتراط عدالت قابض، نیست. چنانچه اشهر واطهر اشتراط عدالت متولی در آنها است. چنانکه پیش گفتیم.

۵۱: سؤال: اما اولاً: هر گاه شخصی عادل باشد وبعد معصیتی که موجب خروج از عدالت شود، از آن صادر شود. وبعد از آن معصیت، معصیت دیگر دیده نشود. آیا این کس باقی است بر فسق؟ یا عدالت عود می کند اگر چه از توبه آن مطلع نشویم -؟. واما ثانياً: هر گاه از توبه آن مطلع شویم، آیا دفعتاً می توان حکم به عدالت او کرد؟ یا نه بلکه لابد است از مصاحبت ومجاورت تا به مقتضای آنچه معلوم شود عمل شود -؟. واما ثالثاً: هر گاه شخصی تصرف در ملك مشترك نمود بدون اذن، بلکه غضب نماید آیا به همین معصیت نقض عدالت به عمل می آید یا نه؟ -؟. خلاصه: صغیره (ای) که واحده باشد ومستمر بر آن باشد، در حکم (اصرار) است - بنابر

(۱). همان مرجع، باب ۲، ح ۱.

(۲). همان، باب ۴، ح ۴.

[۱۲۲]

آنکه هر وقتی مأمور به ترك تصرف است ودر حکم معاصی متعدده است - یا نه؟ -؟. واما رابعاً: هر گاه شخصی مجهول الحال است، آیا محکوم به فسق است یا به عدالت یا به هیچیک؟ -؟ -؟ بنابر اینکه هر يك مشتمل بر بعضی امور عدمیه و وجودیه اند پس متفرع می شود بر آن متفرعاتی چند. که از آن جمله هر گاه ناظر وقف مجهول الحال باشد وعدالت 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. واما از سؤال دوم: آنکه حکم می شود به عدالت او به مجرد ظهور توبه. و گویا خلافی هم در آن نباشد. چنانکه از بعض علما ظاهر می شود. واما از سؤال سوم: آنکه اصرار بر صغیره در حکم کبیره است وموجب نقض عدالت است. ومعنی (اصرار) بسیار کردن صغیره است. خواه تکرار يك معصیت باشد یا ارتکاب معاصی مختلفه. ودر معنی اصرار است عزم بر کردن آن ثانياً. و هر گاه صغیره بکند وغافل شود از آن وعازم بر عود نباشد، آن اصرار نیست هر چند توبه نکرده باشد. واما از سؤال چهارم: مجهول الحال در حکم فاسق است. وتکیه بر اینکه اصل در مسلمین عدالت است تا فسق ایشان ظاهر شود، ضعیف است. چنانکه 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 می باشند می گویند که

این آب زاید بر مجرا است و به خانه های ما ضرر می رساند. آیا می توانند آنهایی که در تحت می باشند 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 نمی توانند مانع شرب خانه های تحت بشوند. نه اینکه آنها را الزام کنند به

[۱۲۳]

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. ولیکن بشرطی 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 نمی توانند 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. خصوصاً 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.

۵۲: 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 فوت به اکبر اولاد ذکور خودش اگر محجور علیه نباشند. والا به هر احدی از اولاد خودش که مذکر و به صفت عقل ورشد موصوف باشد و همچنین اولاد ذکور و اولاد اولادش و اولاد اولادش مما تناسلوا، تولیت را مفوض کرده به دو برادر خود میرزا محمدعلی و میرزا رحیم و من ولد منهما). به این نوع که در وقفنامه چه (توضیحا) نوشته که (بعد فوت خودش و عدم اولاد ذکوری که قابل تولیت باشد و اولاد اولاد ذکور خودش و ان 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 بالله - منقرض شوند، مفوض خواهد بود به شخص شهداوی که اقرب به ایشان است... الی آخر وقفنامهچه. وبعد که واقف فوت شده از واقف ولد و لدی 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 حیات. و الحال 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 وقفنامهچه، منحصر می شود 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 والا 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

اولاد ذکور او که موصوف باشد به آن صفات. و هکذا 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. و هکذا 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 نمی رسد. 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 واولاد اولاد ایشان ما تناسلوا وتعاقبوا. وظاهر این است که در اینجا نیز ترتیب را مابین اولاد این دو نفر واولاد اولاد ایشان منظور داشته به قراین بسیار که از جمله آنها مراعات قرب وبعد است در اولاد خود. وبعد از آن نیز گفته است که بعد انقراض اولاد ایشان تولیت از برای کسی باشد که اقرب به ایشان باشد از سلسلهء شهداوی. واز جمله آن این است که جزما بسیار اموری که در حق اولاد خود اعتبار کرده در اینجا نیز معتبر است، وبه مقایسه و ظهور واگذاشته، مثلا اکبر بودن اولاد اولاد، ومحجور علیه نبودن وامثال آن. واز جمله 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 وطبقات، مراتب وطبقات اولاد است. والا مرتبه واقف ومرتبه میرزا محمد علی ومیرزا رحیم که دو مرتبه است از مراتب ملاحظه اولاد ذکور کردن در آن، معنی ندارد. پس مراد طبقات ومرتبات اولاد است وتخصیص عموم هر مرتبه به اولاد واقف بی وجه است. ومراد از مرتبه و طبقه این است که مثلا تا اولاد باشد، تولیت به اولاد اولاد نرسد. واین عبارت تأکید است از برای آنچه پیش گذشته است از اعتبار ذکوریت که در اولاد واقف واولاد این دو نفر هر دو ذکر شده بود. ووجه آن این است که: ظاهر از مرتبه و طبقه این است که مرتبه بودن و طبقه

[۱۳۱]

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 می آید که هر گاه سه طبقه و مرتبه موجود باشد - مثل اولاد، واولاد اولاد، واولاد اولاد اولاد - هر کدام جمعی کثیر باشند، باید مشترك باشد میان همهء اکبرهای طبقات از اولاد هر يك از آن دو تا. ومتبادر 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 وشش 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 وهکذا... این در هر يك از اولاد آن دو نفر معتبر است. وبعد از فوت میرزا محمد علی ومیرزا رحیم که نوبت تولیت به اولاد اینها می رسد پس چون میرزا رحیم پسر دارد نصف تولیت به او می رسد، ومیرزا محمد علی که پسر ندارد به پسر پسر او می رسد، وترتیب نسبت به اولاد هر يك ملاحظه شده بوده است، نه در مجموع من حیث المجموع. وجواب از این، این است که لفظ (بعد ایشان به اکبر اولاد مفوض باشد) به منزله (سلب کلی) است. نه (سلب کل). یعنی هر گاه هیچیک از آن دو نفر نباشد به اولاد ذکور آن دو نفر می رسد. 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 می رسد) انتفای اولاد هر دو باشد نه یکی. وچنانکه با وجود یکی از دو نفر به اولاد دیگری نمی رسد، با وجود اولاد یکی به اولاد اولاد دیگری نمی رسد.

۵۴: سؤال: هر گاه ملکی وقف باشد بر طائفه ای از سادات (مثلا) صغیرا وکبیرا. وبعضی از ایشان در ولایات بعیده بوده باشند. آیا در حین قسمت سهمی به ایشان می رسد 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 والا حاکم شرع ضبط کند. وآن حصه مال غایب است مادامی که محکوم به موت نشده است. وبعد از

[۱۲۷]

آنکه محکوم به موت شد منتقل می شود به وارث او در حین ثبوت موت، و همچنین از او به وارث او، وهکذا... و همچنین حصه وارث - بعد از رسیدن نوبت وقف به ایشان هر گاه وقف بر اولاد باشد نسلا 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. ومن بعد موقوف علیهم احداث نمایند در آن ملک اعیان چند از قبیل نهر آب وقطعات مزرع واشجار وعمارت. آیا مصالحه نمودن بعض موقوف علیهم بعضی از اعیان مزبوره را به یکدیگر، مشروع است یا نه؟ - ودر 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 (مثلا)، جایز نیست مخالفت شرط واقف، و جایز نیست در آن خانه ساختن و باغ ساختن وامثال آن. واین غصب است و نماز هم در آن صحیح نیست. واما 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 اینصورت این تصرفات جایز است به اذن شرکا. و نماز صحیح است و لکن به منزله عاریه است و آن زمین مختص این شخص نمی شود. وبدون اذن سایر موقوف علیهم این تصرفات غصب است، مثل سابق. و نماز در آن صحیح نیست. واما صلح اعیان: پس اگر مراد صلح اعیان خارجه است (مثل درختی که در آنجا غرس کرده وسنگ 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 وامثال آن در مدت معینی. واما 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. واما در غیر آن بدون اذن شرکا - به

غیر آن شرکا - پس آن صحیح نیست. چون ملك او نیست، وحق لازمی هم در آن ندارد، و عاریه دادن شرکا به او محض اباحه تصرف است از برای او. چنانکه عین مستعاره را جایز نسیت اعاره و اجاره چه جای صلح .

[۱۲۸]

پس همچنین منفعت آن را به غیر نمی توان 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 خاك همان زمین باشد، پس این در حکم اصل زمین است. و از آن قبیل است حفر نهر و ساختن مرز در آن خاك.

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 نسلا بعد نسل بشرط تقدم طبقه اولی بر طبقه سفلی و منافع ملك را چنین قرار دهد که اخماسا 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 می رسد. 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 می رسد. الحال آن خمسی که مقرر داشته بود که به اولاد بدهند به طریق ارث شرعی، چگونه قسمت می شود؟ آیا اقرب به واقف - که آن پسر عمرو است که به چهار پشت به واقف می رسد - منع ابعاد می کند از نسل هر کدام باشد ؟- یا منع اقرب ابعاد را مختص است به همان سلسلهء عمرو - ؟.

جواب: بدان که؛ ظاهرا 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 چنانکه هر گاه واقف که مالک ملك بوده میمرد و این ملك می ماند بایست در میان اولاد (لذاکر مثل حظ الانثیین) قسمت شود و ولد صلبی مانع ارث اولاد اولاد باشد، همچنین در حیات واقف منافع (را) (لذاکر مثل حظ الانثیین) میان خود اولاد صلبی قسمت کنند، و به

[۱۲۹]

اولاد آنها چیزی ندهند. و هر گاه در حال حیات واقف اولاد صلبی 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 وتولیت به ارشد اولاد ذکور برسد. پس اگر همان اولاد صلبی بعینهم باقی اند (للدکثر مثل حظ الانثیین) در میان آنها قسمت می کنند، ومادامی که احدی از آنها باقی است به اولاد آنها نمی دهند. و هر گاه همه مردند واولاد آنها برجا باشند پس باز مساوی حصه پسر را به اولاد او و مساوی حصه دختر را به اولاد او (به نحوی که گذشت) می دهند. وهکذا الی آخر الابد. پس در صورت سؤال باید منافع را به آن پسر عمرو داد که اقرب است، نه (به) پسر دیگر او ونه به پسر بکر. زیرا که ظاهر این است که بطون لاحقه تلی وقف را از واقف می کنند 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، وبا وجود این باز داخل موقوف علیهم است وحصه می برد. مثل آنکه در حیات واقف از برای واقف پسری بود و پسرزاده (ای)، وبعد از واقف يك فرزندی از همین پسرزاده او مانده، شکی نیست که این فرزند (موقوف علیه) است وآنچه می گیرد از پدر او به او منتقل نشده چون پدر او حصه نداشت. واگر با وجود این، پسری هم از پسر واقف مانده باشد همه را او می برد چون اقرب است به واقف. ودر کلام بعض افاضل معاصرین (ره) (۱) دیدم که نوشته است که (اقرب از هر سلسله منع ابعد همان سلسله را می کند). ووجه آن را نفهمیدم. بلی اگر واقف گفته بود که (وقف کردم این ملک را بر بکر وعمرو واولاد 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 اینصورت وجهی از برای این سخن بود. ولکن مفروض
 ترجمه
 Translation Movement
 انس

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

[۱۳۰]

سؤال غیر این است. زیرا که مفاد آن این است که (وقف کردم این را بر اولاد واولاد اولاد به عنوان ارث شرعی) که این هم دلالت دارد بر اینکه موقوف علیه در هر طبقه کسی باشد که ارث می برد وهم اینکه حصه او به نحوی باشد که در ارث مقرر است. چون تنصیص بر اسم نکرده واکتفا به همین کرده (خمس آن باید بین الاولاد علی سبیل الارث الشرعی منقسم شود). ومنحصر بودن وارث در حین وقف در بکر وعمر 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. واگر واقف نمیگفت که علی طریق الارث الشرعی قسمت کنند، واکتفا می کرد به همین که (خمس آن وقف

است بر اولاد واولاد اولاد الی انقطاعهم)، حکم می کردیم به تسویه جمیع در حصه بدون فرقی مابین اقرب وابعد، وذکرو انثی، تا لازم نیاید ترجیح بلامرجح. چنانکه تحقیق آن کرده ام در بسیار از جواب مسائل. وعلمای عصر، جمیعا رجوع کردند به آنچه این حقیر فهمیدم در این مسأله، بعد آنکه همه مخالف بودند در آن. واز تذکره وقواعد نیز مستفاد می شود .

۵۷: سؤال: زید وقف کرده است ششصدانگ ملك معینی را وششصدانگ طاحونه معینی را .ووقفنامه (ای) نوشته. واحدی از مجتهدین زمان که الحال به جوار رحمت الهی واصل است سجلی نوشته بر آن. وحاصل وقفنامه این است که: وقف کرد زید ششصدانگ مزرعه فلان را وششصدانگ 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 .ودو دانگ دیگر آنها را به مصارف مفصله ذیل. وحاصل آن مصارف مفصله این است که :در شهر مبارکه رجب وشعبان 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. ودر ازای هر جزء يك شاهی به آنها بدهند. و هر قاری را يك نیمچه (۱)

(۱). یک نوع بشقاب و دوری.

[۱۳۱]

طعام بدهند که با عیال خود به مصرف برسانند. ومقدار طبخ برنج هشت من تبریز باشد. ودر ماه مبارک رمضان سی نفر را ومصرف دیگر اینکه از حین وفات واقف الی انقضاء ده سال در هر سالی يك ساله صوم وصلات از برای واقف استیجار نمایند به انضمام نماز آیات، وآنچه از مداخل در مدت ده سال فاضل آید از مصارف مقرر، وبعد از مدت ده سال مزبور متولی هر يك از طبقات (به) مصارف خیرات جاریات باقیات صالحات وجوه قریات وهر چیزی که خیر وصلاح واقف ومنشأ اجر اخروی باشد به جهت واقف، برسانند. وچون واقف مدتی مشغول داد وسند دیوان بود، متولی هر طبقه از مداخل موقوفات (مهما امکان) به مصارف رد مظالم وبراء ذمه واقف رساند. وزیاده از سه سال اجاره ندهند. وشرط 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. وبعد از آن بر نهج مقرر به اولاد رساند. و در سال اول وفات پانزده تومان مداخل این چهار دانگ را به سه نفر صباای او بدهند. وشرط نمود واقف که تولیت مجموع مزرعه وطاحونه مادام الحیات با خود واقف باشد، وبعد از او با اکبر اولاد او که عمرو نام است. وبعد از او با اکبر و ارشد اولاد عمرو. وبعد از انقراض اولاد او به سایر اولاد ذکور. وبعد از انقراض آنها به عالم متقی. وشرط کرده واقف که مادام الحیات نه عشر ونیم از مداخل جمیع مزرعه وطاحونه از باب حق

تولیت از برای خودش باشد .ونیم عشر دیگر به اولاد ومصارف مفصله برسد. وبعد وفات او نیم عشر حق التولیه باشد از برای متولیان سایر طبقات. این حاصل اختصار وقفنامه است. واما سجلی که آن مجتهد نوشته است، این است که (بعد اعتراف الواقف المؤید دام عزه صریحا بحذافیر المسند الیه متنا وهامشا لدى وقعت الصیغة الشرعية على النهج المسطور، والاقباض والقبض بین یدی، وقد اشترط في ضمن العقد خروج وجه استیجار القریات ورد مظالم العباد الی مأتی تومان عن منافع الحصة المشترطة لمصارف الوصایا المحررة خلاصا عن الشبهة). این هم آخر سجلی است که آن مجتهد نوشته .

[۱۳۳]

در اینصورت چنین وقفی صحیح است یا باطل؟ و هر گاه در نظر شما باطل باشد، آیا بطلان آن اجماعی است یا خلاقی؟ - و برهر تقدیر با وجود حکم و امضای آن مجتهد نقض آن حکم وامضا 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 وفساد این وقف است. پس می گوئیم که هر گاه مستند در این وقف همین وقفنامه است، وثبوت اینکه وقف مزبور بر همین نحوی که مسطور است در وقفنامه مسلم است، پس آنچه از ادلهء شرعیه در نظر حقیر ظاهر می شود 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 ولکن 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. ووقف عبارت است از نقل ملك از خود به دیگری، به این نحو که به همان صیغهء وقف نقل حاصل شود، منجزا ونقل به آن مصارف بعد الموت معلق است ومنجز نیست ودر معلق هم مراد او منافع ما بعد الموت است. پس منافع مادام الحیات معلوم نیست که از برای کیست وموقوف علیه در آنحال مجهول است. واگر بگوئی که : چونکه در جملهء مصارف مفصله (وجوه خیرات ومبرات) مذکور است، پس شاید منظور او این باشد که مادام الحیات مصارف منافع آن دو دانگ سایر وجوه خیرات ومبرات مذکور، است. وبعد از ممات، آن امور دیگر که ضیافت و تلاوت قرآن واستیجار صوم وصلات باشد. گوئیم که این خلاف ظاهر وقفنامه است، چنانکه پوشیده نیست. وخلاف آن چیزی است که آن مجتهد فهمیده وامضا کرده است چنانکه گفته است (عن منافع الحصة المشترطة لمصارف الوصایا المحررة) که از کلام او مفهوم می شود که همهء آن مصارف از باب وصایا است ووقف آن دو دانگ از برای آن وصایا است که

[۱۳۳]

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 (چنانکه در جواب سؤال های سابقه در همین مجموعه بیان کرده ایم) (۱)، قطع نظر از اشتغال آن بر امور دیگر که موجب بطلان می شود، چنانکه 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 وقفنامه و خلاف ظاهر بلکه صریح آن است از چندین جهت. خصوصا 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 می شود چنانکه بعد خواهیم گفت. جهت دوم این است که: چنانکه وقف بر نفس واقف باطل است، انتفاع واقف از عین موقوفه واکل از آن هم جایز نیست، و همچنین ادای دین و گذران معیشت از آن، هر چند وقف بر غیر باشد. چنانکه مشهور علماست، بلکه خلافتی 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 یشتري الرجل ما تصدق به، وان تصدق بمسکن 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 قاعده مذهب اصحاب این است که شرط

مذهب ترجمه
Translation Movement
www.IrPDF.com

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

(۲). وسائل، ابواب الوقوف، باب ۳، ح ۲.

[۱۳۴]

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 می کند نقل ملك و منافع آن را از خود. پس هر گاه شرط کند قضای دیون یا امرار مؤنه خود و امثال آن را، پس شرط کرده است آنچه (را که) منافی مقتضای عقد است. پس شرط ووقف هر دو باطل می شوند.) 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، و بعضها استغذتها، ولا آمن الحدثان فان لم یکن لی ولد وحدث بی حدث فما تری

جعلت فداك لى ان افق بعضها على فقراء اخوانى والمستضعفين، او ابيع واتصدق بثمانها عليهم في حياتى، فانى اتخوف ان لا ينفذ الوقف بعد موتى. فان وقفها في حياتى فلى ان آكل منها ايام حياتى ام لا؟ -؟ فكتب - ع -: فهمت كتابك في امر ضياعك. فليس لك ان تا كل منها من الصدقة فان انت اكلت منها لم ينفذ ان كان لك ورثة. فبيع و تصدق ببعض ثمنها في حياتك. وان تصدقت امسك لنفسك ما يقوتك، مثل ما صنع امير المؤمنين^(١).

وموثقة عبد الله (بن) مغيرة از طلحة بن زيد (عن ابى عبد الله - ع - عن ابيه - ع - ان رجلا تصدق بدار له وهو ساكن فيها، فقال: الحين اخرج منها).^(٢) ودلالات روايت على بن سليمان در كمال وضوح است در عدم جواز انتفاع واقف از عين موقوفه به عنوان اطلاق. زیرا که مراد از (اکلت) در حديث، خصوص (خوردن حقيقى) نیست، بلکه مراد آن تصرفاتى است که انسان محتاج است به آن. و مراد از کلمهء (فان اكلت منها لم ينفذ) اين است که اگر اراده داری که منتفع شوى از آن، و بناى توبه اين است، وقف نافذ نیست و صحيح نیست. و شرط انتفاع هم داخل عموم آن هست. بلکه نظر به اینکه راوى اهتمام دارد بر اینکه راهى بجويد که از برای او راهى باشد در منتفع شدن. و امام (ع) راهى از برای او قرار نداد و فرمود (بفروش آن را و تصدق کن). کالصريح است در نفی قول ابن جنيد. زیرا که

(١) و (٢). همان، ج ١ و ٤.

[١٣٥]

اگر شرط منتفع شدن در ضمن عقد نفعى داشت آن حضرت بایست بفرمایند که (هر گاه شرط انتفاع خود بکنى جایز است). و دلالت مى کند بر این نیز اینکه وقف از جمله صدقات است. چنانکه علما تصریح کرده اند. بلکه تفسیر کرده اند وقف را به اینکه صدقه جاریه است و جایز نیست منتفع شدن به صدقه. چنانکه از اخبار مستفاد مى شود و از خصوص همین روایت هم تعلیل به آن مستفاد مى شود. که فرمود (فليس لك ان تأكل منها من الصدقة). و لكن در كتاب من لا يحضره الفقيه کلمه (ولا) بعد (ان تا كل منها) موجود است.^(١) و بعضی استدلال کرده اند بر مطلب به دو حديث صحيح اسماعيل بن فضل و ما آنها را سابق بر این در همین مجموعه ذکر کردیم و اشکال کردیم در دلالت آنها،^(٢) و على ای حال خالى از تأييد نیستند.^(٣)

و قول ابن جنيد شاذ است و مهجور است و موافق عامه است چنانکه غالب فتاوى او موافق عامه است، و دليلی از برای او ظاهر نیست به غير عموم حديث امام حسن عسکرى (ع) که فرمود (الوقوف يكون على حسب ما يوقفها اهلها).^(٤) و این حديث عام است و آن اخبار خاص اند، و خاص مقدم است بر

عام. با وجود اینکه می توانیم قبح در دلالت عام کرد به اینکه مراد از لفظ (وقوف) در کلام امام (ع) اعیان موقوفه است به قرینه (علی حسب مایوقفها اهله) که ضمیر (یوقفها) راجع به اعیان است، یعنی باید معامله کرد با اعیان موقوفه بر نهجی که واقف قرار داده ووقف آن کرده، و تغییر آن نباید داد. و به هر مصرفی که حبس کرده ملك خود را، بر آن ومنع خود و غیر خود کرده از آن صرف باید کرد. پس حکم منفعت محبوسه استفاده می شود، 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 ۳، ص ۲۸۹.

(۲). رجوع کنید به مساله 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.

[۱۳۶]

شرط کرده باید متابعت آن را کرد. پس حقیقت این (انتفاع بردن) داخل وقوف و حکم وقوف نیست. ویر 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. والا لازم می آید 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 عموما و نه خصوصا.

Translation Movement

هر گاه این را دانستی پس می گوئیم: شرط اخراج رد مظالم و استیجار صوم و صلات 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. می گوئیم: اما اولاً: جواب امام (ع) عام است و عبرت به (عموم لفظ) است. و سؤال مخصص جواب نیست. چنانکه 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 می کند 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. خصوصا بنابر قول به وجوب وصیت به آن (وقول 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 معارضي ندارد...

[۱۳۷]

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 توهّم کند که مطلق وقف از برای خیرات - مثل پل ساختن و مسجد ساختن و امثال اینها - همه نفعی است که به واقف می رسد. پس باید هیچیک 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 می شود. یا اینکه وقف کند بر قاریان قرآن یا اینکه وقف کند که مسجدی بسازند که ثواب آن عاید او شود. و این توهّم بسیار ضعیف است. زیرا که در آن صورتهای هر کسی که در مسجد نماز می کند یا در حمام غسل می کند یا خود تلاوت قرآن می کند، آن اعمال را از برای خود می کند و ثواب آنها را از حق تعالی از برای خود میطلبد. و گاه است که کسی که هیچ خبر ندارد که حمام وقف است در آن غسل می کند و به خاطر او خطور نمی کند که کسی در ثواب او شریک باشد. و همچنین قاریان قرآن که کسی به ایشان از باب منافع وقف قراء، چیزی می دهد در حین قرائت این معنی در مخیله آنها خطور نمی کند. و اما در ما نحن فیه پس مراد این است که از این منافع به قاری می دهند که آنچه می خوانند از برای واقف باشد، و ثواب آن را برای واقف قرار دهد. و هکذا سایر مثال ها. پس ثوابی که به واقف می رسد 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 مانحن فیه که در اینجا عوض از بندگان، مطلوب واقف می شود. و به عبارت اخری: در مانحن فیه معامله ای است با بندگان که از این مال به آنها می دهد و عوض از آنها می گیرد. بخلاف مطلق وقف. و اما ثالثا: 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، چنانکه 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

[۱۳۸]

هر چند مآل کلام در این وجه هم به وجه دوم بر می گردد ولیکن 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 خلافتی در مسأله به نظر نرسیده الا از این 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 میسازند، ظاهراً خلافتی 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. چنانکه 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. ولیکن در صورت اطلاق،

ترجمه
Translation Movement
IMS

[۱۳۹]

جواز مشارکت تمام نیست. زیرا که اطلاق اخبار منع، اقتضا می کند 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 اینهم فردی است از فقرا. چهارم: مشهور این است که جایز است که تولیت وقف را از برای خود قرار بدهد. چنانکه جایز است که برای غیر قرار دهد و از علامه در مختلف ظاهر می شود 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 می شود. و این شرط منافاتی با عقد وقف ندارد. ششم: مشهور این است که جایز است در اینصورت 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.

[۱۴۰]

جهت است که فردی است از افراد متولی. و الحاصل: 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 می گوئیم 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 می شود 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 می برد، مثل کلی فقرا و فقها، بلکه در اینصورت 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 می گوید که من از حیثیت اینکه متولیم این را میبرم، 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 می کنم 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 اینکه فرموده است

که (الوقوف علی حسب ما یوقفها اهلها)(۱) و آن منصرف می شود به افراد متعارفه شروط واقفین. و این فردی که حق التولیه اغلب منافع باشد (بلکه آنچه برای موقوف علیهم می ماند کالمعدوم است) از این حدیث متبادر نمی شود. 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 ۲۱.

[۱۴۱]

بر نفس هم علاوه می شود. مطلب دوم: در توضیح و بیان مطلب آن مجتهد است در سجلی که به وقفنامه نوشته است. زیرا که آنچه را که از برای خروج از شبهه از باب شرط ضمن العقد قرار داده، مشتبّه 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 صلات و تلاوت قرآن است. و اینها همه نفعی است که عاید واقف می شود. 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 والا در ضمن عقد بودن آن بی معنی می شود. 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: چنانکه 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 مابین ایجاب و قبول ذکر می کنند. پس همچنین در حقیقت وقف چند امر معتبر است: واقف و موقوف علیه و تأبید و تنجیز و اخراج از نفس بتمامها یعنی تمام ملک و منافع آن را از خود بیرون کند و برای مصرفی معین قرار دهد ابداً بدون تعلیق به شرطی. پس هر گاه واقف بگوید (وقف هذه المزرعة علی وجوه الخیرات و المبرات و شرطت ان یصرف مقدار مائی تومان من منافعها لاجل رد المظالم و استیجار

[۱۴۲]

العبادات)، وناظری 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 اینصورت وقف بعض عین و منافع کرده خواهد بود. نه تمام آن. و مفروض این است که بعض را معین نکرده، والا بایست بگوید (وقف کردم نصف این عین مثلاً و منافع آن را). و اما مثل شروطی 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) چنانکه 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، ندارد. 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 ابداً 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: چنانکه ذکر کرده اند در وجوه (لزوم شرط در ضمن عقود لازمه) اینکه آن شرط داخل احد عوضین می شود و به این سبب لازم می شود پس در اینجا هم می گوئیم که وقف از عقود لازمه است با انضمام قبض، مانند صدقه و هبه ذی رحم غیر معوضه، که شرط در ضمن آنها لازم می شود هر چند در طرف دیگر عوضی نباشد. بلکه می گوئیم که عوض، ثواب است. چنانکه 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

[۱۴۳]

کتاب هبه همین مجموعه بیان کرده ایم) و بنابر این پس باز لازم می آید (وقف بر نفس و عدم خروج وقف از نفس و اشتراط 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.

ودوم^(۱)، جهالت مقدار رد مظالم است. بلکه جهالت مقدار اجرت صوم وصالات. خصوصا 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 وروغن وادویه طعام وامثال آن نیز. وبه این اشاره کرده است به قولش (إلی مأتی تومان). وتوجیه این چاره به یکی از دو وجه می شود یکی آنکه تلاوت قرآن که مقدار آن ومقدار اجرت آن معین است، وصوم وصالات که هر چند اجرت آن معین نیست لکن مقدار آن معین است، اولاً مقدم دارد واز دویست تومان بردارد، تتمه را به رد مظالم بدهد. ووجه 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. وبر این وارد می آید: امام بر وجه اول: اینکه گاه است تلاوت قرآن وصوم وصالات احاطه کند بر دویست تومان - هر چند این احتمال بعید است در مانحن فیه ولکن چون این چاره افاده عموم جواز آن می کند ودر بسیاری از صور هست که احاطه از احتمالات ظاهر می شود - ودر آنوقت از برای رد مظالم، چیزی باقی نمی ماند. و حال آنکه مقصود او حصول آن است. واما بر وجه دوم (قطع نظر از آنکه نسخ خلاف اصل است. بلکه خلاف ظاهر کلام واقف وآن مجتهد) لازم می آید 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 می کند.

تقدم تلاوت وصوم وصالات بر رد مظالم، یا تسویه مابین آنها و حال آنکه رد مظالم واجب از حقوق مالیه است واز اصل مال خارج می شود، هر چند آن را در ثلث قرار بدهند. پس چگونه در اینجا مطلقاً عبادات را مقدم داریم که یا مستلزم تفویت رد مظالم شود یا تعیض آن، وعدول به آنچه که جایز نیست عدول به آن. واز مجموع آنچه گفتیم ظاهر شد که آن مجتهد یا غافل شده است بالمره از حکایت شرط واقف نه عشر ونیم را از برای خود به حق التولیه، والا بایست چاره آن شبهه را هم کرده باشد وشبهه لن کمتر از اینها نبود. ویا اینکه نظر او به این بوده که فقها گفته اند که جایز است واقف از برای متولی چیزی قرار بدهد. وهم گفته اند که صورتی که خود متولی باشد جایز است که خود هم منتفع شود مانند متولی های دیگر. وجواب از این را مفصلاً بیان کردیم. و بیان کردیم که مقتضای کلام مشهور بطلان آن است. وخروج از شبهه مخالفت ایشان نیز ضرور بود. خصوصا اینکه ابن ادریس قائل شده به عدم جواز تولیت واقف اصلاً، هر چند این شبهه ضعیف است ولکن اختیار قول ابن جنید هم بسیار ضعیف است. مطلب سوم: بنابر این که آن مجتهد سابق امضاء وتنفیذ این وقف کرده باشد، آیا جایز است از برای مجتهد دیگر که مخالف او است، نقض آن یا نه؟ - بدانکه آنچه مشهور ومعروف است مابین فقها

واصولیین 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 مابین 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 میدانم. 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 (چنانکه 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

[۱۴۵]

واضح بوده که اگر تتبع تمام و بذل جهد به قدر وسع می کرد، به آن نحو حکم نمی کرد و فتوی نمیداد. و الحاصل مراد ظهور بطلان حکم و فتوای سابق است نه مجرد تغییر رأی. زیرا که تغییر رأی 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 خواش کرده و اینکه من بگویم آنچه او کرده باطل است حکمی خواهد بود از من به بطلان. و حکم بدون مرافعه صورت نمیپذیرد. و به مجرد کاغذ وقفنامه و امثال آن حکم نمی توان کرد. و فتوی دادن یعنی (اگر چنین است، چنین است. و اگر چنان است، چنان است) دخی به حکم ندارد و از باب فتوی است. و نقض حکم و 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 نمی شود به حکم او. خصوصاً که با آن مجتهد معاشرت نکرده ام و از طریق او در اصول و استنباط مطلع نیستم که توانم حکم کنم که: نظر به طریق او نبایست چنین حکم کند پس معلوم است که مسامحه کرده یا سهو و غفلت رو داده. مطلب چهارم در اشاره به بعضی از مواضع مسامحه در وقفنامه 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 می شود. 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 اینکه مبلغ پانزده تومان منافع آن را در سال اول به سه نفر صباای او بدهند. و امر در این مشکل است، به سبب اینکه حقیقت این وقف راجع می شود به (منقطع الوسط) و موقوف

علیه از اول ایام وفات، زوجات مزبوره اند. وبعد از آنها اولاد ذکور. و اگر تحدید به دوازده سال نبود باکی نبود. اما با تحدید به این مدت چون محتمل است که قبل

[۱۴۶]

از انقضای مدت همه لن زوجات یا بعض آنها بمیرند، در آنوقت 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 آنهم صحیح نیست. و اینهم 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 طرف 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 میرات 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 میبوده 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 رسانند. و اوقف مزبور سه سال پیشتر در حیات نبوده متوفی شده است. در این باب وقفنامه چه مبسوطی قلمی و به مهر متکی ارائك الجنان جناب مجتهد الزمان حاجی سید حسین علیه الرحمة والغفران نیز رسیده. و وقفنامهات 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 می نمایند. چرا که حق التولیه را زیاده بر تعارف قرار داده اند. و حال آنکه مجتهد

[۱۴۷]

عصر، اخراجات صغار ورثه را نیز که موقوف علیهم و متولی بایست کارسازی و متحمل شوند، در نظر داشته است. لازم بود که حقیقت این مطلب به عرض بندگان عالی برسد که آیا وقف مزبور صحیح

وواقف زیاده از اجرت را شغل ذمه موقوف علیهم می باشد؟ ویا اینکه واقف از منافع ثلث خود باید محروم گردیده و ثلث واقف را هم ورثه (به تقریب اشتباه کاتب در عبارت ویا سهود در تحریر مضمون) متصرف وموصی را محروم سازند. بینوا توجروا.

جواب: ظاهر این است که حقیر هم از جمله ظاهر بینان وملاهای رسمی باشم. و هر چند مقصد ومراد آن مجتهد مرحوم را علام الغیوب می داند، ولکن آنچه سائل در بیان مقصد ایشان ذکر کرده متدافع ومتناقض، ومبتنی بر قاعده (ای) از قواعد فقها نیست، وباید ساحت مرتبت آن مجتهد مرحوم را از این خیالات منزله ساخت اولاً اینکه دو دانگ را به رسم ثلث وقف کرده که بعد از فوت او به مصارف خیرات او برسد. معنی این را نمیفهمم. اگر مراد این است که چون وقف از جمله منجزات است و هر گاه در مرض موت باشد از ثلث اعتبار می شود چنانکه اکثر علما گفته اند، پس (قطع نظر از ضعف این قول واینکه 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 ومبرات را از ثلث اعتبار می کنند. بلکه هر گاه وقف در حکم وصیت شد از ثلث اعتبار می شود، و هر چه در ذکر مقدم است آن را مقدم میدارند تا استیفای ثلث بشود. خواه وقف برای اولاد باشد وخواه غیر، و خواه از برای نفع خودش. اینها همه بعد از قطع نظر از (بطلان وقف از حیثیت اشتراط منتفع شدن واقف) است. وبعد از قطع نظر از اینکه مفروض این است که این وقفها در مرض موت نبوده. ویا قطع نظر از اینکه موقوف علیه دو دانگ در حال حیات واقف، معلوم نیست. ودر وقف تنجیز شرط است وتعلیق به موت بی معنی است. مگر در وصیت به وقف، وآن خلاف مفروض است زیرا که مفروض وقف در حال حیات است. واگر مراد این است که واقف وصیت کرده است که آن دو دانگ را بعد از حیات او وقف کنند، ومفروض این است که زاید بر ثلث نیست، پس این نیز خلاف ظاهر

Translation Movement
MS

[۱۴۸]

سؤال سائل وصریح وقفنامه است بجهات شتی. ودیگر من علم غیب نخوانده ام که سهو کاتب چه چیز است، ومدعی چه سخنی دارد که در اخر سؤال نوشته است که (آیا به تقریب سهو کاتب واقف را باید از ثلث خود محروم کرد) ونفهمیدم 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 وقفنامه را، وسایر آنها را (با وجودی که از جمله محققین وحقیقت بین بوده اند واز جمله ظاهر بینان نبوده اند) سجل وممهور نموده اند. چگونه شد که به این سهو کاتب که منشأ اختلاف حکم می شود بر نخورده اند. وثانی اینکه از برای گریز از اینکه شرط نه عشر ونیم از برای حق التولیه از بابت (شرط انتفاع واقف به وقف) است وآن جایز نیست

- علی المشهور الذی کاد ان یکون اجماعا، که مخالف در آن به غیر ابن جنید کسی نیست - این معنی را ذکر کرده اند که به رضای کبار ورثه شده وانفاق وتکفیل صغار هم در آن منظور شده بوده واینکه مرحوم مغفور طاب ثراه نیز این معنی را در نظر داشته اند (وحاشا از ایشان که چنین معنی در نظر ایشان باشد) و به این رفع کرده اند سخن بعضی ظاهر بیان را که گفته اند که: این حق التولیه زاید بر متعارف است. این گریز را به هیچ طرف راهی نیست. واین چاره نفعی در تصحیح این قرار داد نمی کند. 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 وداخل ماهیت وحقیقت آن وقف خاص کنند نه اینکه وقف را به عنوان اطلاق کنند ووقف تمام شود وبعد از آن در مقام تعیین ناظر ومتولی در آیند. و فرق میان این دو مقام هویدا وآشکار است. ودر مقام اول مشهور میان علما، جواز آن است. بلکه دعوی اجماع بر آن شده، ومخالف در آن ابن ادریس است وآن ضعیف است. واما مقام دوم: پس در آن خلاف عظیم است واقوال 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

[۱۴۹]

بود مطلقا، یعنی خواه وقف بر جهت خاصه باشد یا عامه. وبنابر اینکه از برای موقوف علیه باشد، ولایت از برای او خواهد بود مطلقا. وشاید اینکه ملك از برای موقوف علیه باشد، هر گاه موقوف علیه جهت خاصه باشد مثل وقف اولاد. واز برای خدا باشد، هر گاه جهت عامه باشد مثل فقرا ومسجد وامثال آن. پس در صورت اولی تولیت از برای موقوف علیه است ودر صورت ثانیه از برای حاکم شرعی. و هر گاه این را دانستی، می گوئیم 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. خصوصا با ملاحظه اینکه اشهر واقوی در مسأله انتقال ملك این است که منتقل می شود به موقوف علیه. خصوصا در جهت خاصه. پس در اینصورت 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، ورضای آنها مدخلیتی در صحت تولیت وحق 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. وولی می خواهد که معاوضه کرده باشد. یعنی این مقدار از منافع وقف را برای خود بردارد که در عوض آن نفقه صغیر غنی خود را بدهد. واگر بگوئیم که مراد سائل این است که از باب نفقه ولی باشد که از مال صغیر برمی دارد (که اقوی در اینجا

این است که جایز است که به قدر اجرت المثل عمل در اموال وامور صغیر، بردارد خصوصا 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 وتمام شدن ذکر شرایط آن، که از جمله آنها ذکر شرط

[۱۵۰]

حق التولیه است. واین مستلزم دور است. و بر فرض اینکه این را از (دور حقیقی) اخراج کنیم واز باب (دور معی) بگیریم، می گوئیم که شبهه (ای) نیست که ولی از (بابت) حق خدمت صغیر و تصرف در رتق وفتق امور او زیاده از اجرت المثل نمی تواند 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 مطلقا. 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 تضییع اوقات است.

۵۹: سؤال: هر گاه املاکی چند (را) واقف به جهت اولاد خود ذکورا و اناثا، نسلا بعد نسل، موافق وقفنامه 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 می باشد لم یزرع و خراب گردیده. و بعضی از ورثه موقوف علیهم اجحاف و زیادتی به بعضی دیگر می نمایند. و رسیدی که واقف به جهت هر يك مشخص نموده به ایشان نمیرسانند. آیا ورثه موقوف علیهم می توانند املاک مذکور را در معرض بیع، یا اینکه مفروز نمایند که هر يك از ورثه به حق خود رسیده باشند؟ قریة الی الله صورت مسأله را بیان فرمایند.

جواب: اظهر و اشهر جواز بیع است در صورت مزبوره. و لکن قسمت وقف جایز نیست.

۶۰: سؤال: کاروانسرائی هست خراب و منهدم در بلوک جعفر آباد، واز 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 می تواند شد، از آجر آن کارو نسرا 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. واز تصرف بیرون رفته شخصی متصرف شده است وادعای ملکیت می کند. واز جمله

[۱۵۱]

خدام بقعهء مزبوره کسانی هستند که مطلع بر وقفیت ملك مزبور هستند. آیا شهادت بعضی از خدام بقعه مزبوره (که مقبول الشهاده می باشند) بر وقفیت ملك مزبور بر بقعه مزبوره مثبت وقفیت ملك مزبور می شود؟ وشهادت آنها در اثبات این مطلب مسموع است؟ یا آنکه شهادت این اشخاص مسموع نیست (زیرا) که این اشخاص را شرعا مدعی می گویند -؟.

جواب: اگر مدعی دیگری باشد وایشان شهادت دهند هم، قبول شهادت مطلقا محل اشکال است. زیرا که غالب این است که از موقوفات امثال این بقاع حصه ای به خدام می دهند. پس مورد تهمت خواهند بود. پس باید تفصیل داد که اگر شهادت ایشان مورد تهمت هست به سبب اینکه منشأ جر نفعی می شود - هر چند به این سبب باشد که به سبب معمور بودن آن بقاع، انتفاع به ایشان می رسد - قبول شهادت مشکل است. و اگر معلوم باشد از خارج که مطلقا در شهادت ایشان جر نفعی نیست برای ایشان، قبول می شود. باقی الدعا والسلام علیکم ورحمة الله و برکاته .والله العالم. تم کتاب الوقف .

نهضت ترجمه
[۱۵۲]
کتاب العمري
Translation Movement
(من المجلد الاول)

۶۲: سؤال: هر گاه زید مجرای معینی ویا 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. ولکن ظاهر این است که زید یا وراث او توانند امر به ازاله او کنند. و اگر خواهند بگذارند واجرت زمان بلوغ زرع را بگیرند. واین از باب عاریه ارض نیست از برای زرع وغرس 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، وایقای آن درخت مادامی که باقی است. بخلاف مانحن فیه که مدت اذن در تصرف محدود است و مفروض انقضای آن است.

۶۲: 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 می خواهد ملک خود را ضبط کند. و وارث آن شخص بعضی صغیر و بعضی کبیر. صاحب ملک را می رسد ازاله زرع یا نه؟ -؟ و هر گاه مطالبه زاید بر اجرت المثل کند در گذاشتن زرع تا اوان حصاد، می تواند یا نه؟ -؟ .

[۱۵۴]

جواب: در عقد عمری شرط اجرت و عوض، 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 بنا بر 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 می تواند 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 نمی توان کرد. و بهتر آن است که مطالبه بیش از اجرت المثل نکند و بگذارد که زرع برسد .

نهضت ترجمه
[۱۵۵]
کتاب الهیات
Translation Movement
(من المجلد الاول)

۶۴: سؤال: چه می فرمایند 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: هبه مال مشترك و مشاع بقدر 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 دیگ 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 می تواند کرد یا نه؟ -؟ .

جواب: هر گاه آن حق عین نباشد و در ذمه آن شخص باشد، به محض ابراء ساقط می شود (خصوصاً با قبول آن شخص دیگر) و دیگر رجوع نمی تواند کرد. و اما اگر عین باشد پس ابراء منصرف می شود به هبه. و در هبه هر گاه ذی رحم و معوضه نباشد مادامی که عین در ید او باقی است رجوع می تواند کرد. و هر گاه هبه ذی رحم و (یا) معوضه باشد و عوض را هم گرفته باشد، دیگر رجوع نمی تواند کرد.

۶۶: سؤال: هر گاه زید مطالبه میراثی از عمرو نموده باشد از اعیان، و اعیان

[۱۵۶]

مزبوره در تصرف عمرو باشد، و زید مذکور به عمرو ابراء نماید، به محض ابراء حق زید ساقط است؟ آیا می تواند در تانی عود نماید؟ و هر گاه حق مزبور را زید به عمرو هبه نماید به عوض، و چند نفر هم شاهد باشد، آیا می تواند 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. والا، فلا. و هر گاه عمرو ذی رحم باشد (۱) و قبول هم از او حاصل شده باشد، رجوع نمی تواند کرد. و اگر (ذی) رحم نباشد مادامی که عین در ید او باقی است، رجوع می تواند کرد. به جهت آنکه لفظ ابراء در اینجا منصرف به هبه می شود. و هبه غیر ذی رحم و غیر معوضه، لازم نیست والله العالم.

(۱). اگر هبه غیر معوضه هم باشد.

دهکت ترجمه
Translation Movement
[۱۵۷]
JMS

کتاب الهبات

(من المجلد الثانی)

۶۷: سؤال: هر گاه زید يك دانگ از آب معين هبه کند به عمرو ولد خود با املاك و باغات. و املاك و باغات زید در آن قریه زیاده بر آب او است. و الحال عمرو می گوید که تو يك دانگ از آب و ملك به من داده ای من از همه ملك يك دانگ را میگیرم. و زید می گوید: به قدر آب ملك بگیر و زرع کن. وصیغه هبه بر مطلق آب و ملك 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 و ملك را فلان كس 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 اینصورت 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، ولکن واهب املاک 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: هرگاه این آب و ملك تعلق به آن دارد.

[۱۵۸]

و آنچه فرموده اند که در هبه جهالت ضرر ندارد، آنجائی 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. خصوصا هر گاه متهم 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. چنانکه 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 اجرئی 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 می تواند رجوع کند. و شهید در قواعد نیز تصریح کرده که هبه مجهول مطلق، صحیح نیست، مثل اینکه بگوید (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. ولکن 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، چنانکه 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 متهم 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 وقطعه (ای) از زمین و درهمی از کیسه وامثال آن اگر معین است نزد مالك (و) مجهول است نزد متبهب پس ظاهر صحت است. چون غرری لازم نمی آید ومندرج تحت عمومات است. و

[۱۵۹]

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، ونقل کلی صحیح است چنانکه نقل جزئی صحیح است. چنانکه در بیع سلف. و چون در بیع سلف غرر از طرفین حاصل می شود 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 هیچوجه 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 املاك پدرش، من به همان قدر از زمین خودم به تو بخشیدم) و حال آنکه معلوم نیست که پدر آن شخص چه قدر ملك دارد، و چه قدر ملك در تصرف او خواهد ماند تا بمیرد، و چند نفر از اولاد او خواهند مرد، یا چند نفر دیگر خواهد بهم 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 بپردازد و واهب غافل از این است. و همچنین از این طرف چون متبهب متحمل منت می شود 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: هبه آن چه در شکم حیوان است از ولد و آن چه شیر که در پستان است خالی از اشکال نیست.

[۱۶۰]

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. وبعد چند وقت به کبیر بگوید (کتاب ها را به تو بخشیدم) بدون استثنای حق صغیر. وبعد از چند وقت فوت شود در حینی که همه کتابها در تصرف خود او بوده. وبعد 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، می توانند حق خود را بردارند یا نه؟ -؟.

جواب: هبه مشاع صحیح است. وعدم 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، چنانکه اشهر هم هست. و چنانکه اصل هم این است، و دعوی اجماع هم ظاهرا در تذکره بر آن شده. و از ظاهر کلام دروس هم ظاهر می شود، 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 غالبا، بی وجه است. و همچنین اخباری که به آن استدلال کرده اند با وجود منع دلالت آنها رأسا، یا ضعف دلالت، موافق تقیه هم هستند (چنانکه شیخ (ره) تصریح کرده) و مقاومت با ادله مشهور نمی کنند. و وصی هر گاه علم دارد به طلب طلبکار، و امکان ابراء ذمه نباشد، می تواند 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. والا، پس ممکن نیست الا به ثبوت به بینه در نزد حاکم. و هر گاه خود وصی طلب ثابت دارد، از باب تقاص می تواند بردارد. و همچنین سایر وراث.

۶۹: سؤال: هر گاه کسی ملك معینی را به اولاد خود هبه معوضه نماید و قبالة 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. وبعد از آن به صیغه اجاره عمری قبول نمود واهب مزبور ملك مزبور را از متهم مذکور به مال معینی. الحال بعضی تشكیک می کنند 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 می دانسته و الحال بطلان آن ظاهر

شده، مواهبه باطل می شود یا نه؟ -؟. و هر گاه واهب فوت شده وورثه او این ادعا را می کنند، مسموع است یا نه؟ -؟ وبر فرض بطلان آن اجاره وصحت مواهبه، اجرت المثل ایام سابقه را متهب از مال واهب می تواند مطالبه نماید یا نه؟ -؟.

جواب: این صورت سؤال خلط ومغالطه وتزویر است. اولاً اینکه کاغذ ونوشته به خودی خود حجت شرعیه نیست، پس اگر از خارج به ثبوت شرعی برسد عقد مواهبه با قبض واقباض، به بینه عادلّه، یا به اقرار واعتراف مدعی علیه، یا به بینه بر اقرار مدعی علیه بر آن، مواهبه صحیح است واشکال در آن نیست. وچون 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. وگمان حقیر این است که مدعی عاجز است از اثبات قبض واقباض. و وقوع عقد اجاره مذکوره مسلم طرفین است ومدعی که متهب باشد می خواهد 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 می خواند بگویند که این تصرف فاسد است پس منشاء اثر نمی تواند شد پس هبه بر هم می خورد. وتحقیق این است که بیع واجاره وامثال آنها از عقود، مصادق تصرف می شوند، وقبض به آنها حاصل می شود. 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 می شود نه اینکه بعد از قبض واقع شده است. پس همین، ثمره از برای حصول قبض می کند. (۱)

پس هر گاه در مانحن فیه تحقق قبض به همین عقد اجاره عمری فاسد، شده باشد ظاهر این است که مواهبه صحیحّه ولازمه باشد. واینکه بعضی ها گمان کرده اند که چون این قبض فاسد است بر آن ثمره مترتب نیست - چنانکه شهید ثانی ذکر کرده است در مسأله اینکه هر گاه مالی در دست غاصب باشد ومالك 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 وبر آن اثری مترتب نمی شود. بر او وارد است: اولاً: که فساد قبض به معنی عدم ترتب ثمره مطلقاً، اول کلام است ومصادره است. وظاهر این است که مراد او این است که قبض اول حرام (است) وبر حرام اثری مترتب نمی شود. در اینصورت مصادره و (دور) از او بر طرف می شود. لیکن بر او وارد است منع از اینکه حرام منشاء ترتب آثار نمی شود. آیا نمی بینی که وطی زوجه در حال حیض حرام است ومنشأ لزوم مهر وغسل وغیره می شود.

۷۰: سؤال: هر گاه زوجه حقوق شرعیه خود را به زوج خود از صداق و غیره 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 می تواند 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 نمی تواند کرد. و ظاهر این است که در اینجا قبول شرط نیست. و از اینجا حکم سایر حقوق و اموال عینی و دینی ظاهر می شود از نفقه و کسوه و غیر آن از اموال،

(۱). در اینجا یک سطر به خاطر مشوش بودن حذف شد.

[۱۶۲]

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 می تواند 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 اینجاها 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 ترک آن مسلط بر فسخ می شود. و هر گاه هبه جایز است، شرط (نیز) جایز است. و ثمره هم ندارد. و این از باب وعده می شود 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 می شود چون تعلیق در اصل ایجاب می شود. اما شروط فاسده: مثل آنکه خلاف مقتضای عقد باشد. مثل اینکه بگوید (وهبتك و شرطت عليك ان لا تتبعها 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 می فرمایند 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

[۱۶۴]

متهب او را در اطاق واهب در دولابه (۱) گذاشته وکلید آن دولابه را خود متهب بردارد، آیا این را تصرف معتبر در شرع می گویند یا نه؟ -؟ و هر گاه واهب یورتنی (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 می گویند 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 می شود. 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 نمی دانسته. 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 نمی شده 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.

۷۲: 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 وارثی نمی باشد. 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 بهم رسد؟ یا آنکه مال او را به

(۱). دولابه: گنجه کوچک تعبیه شده در دیوار، دولاب، دولابچه، نیز گفته شد.

(۲). یورت: اتاق.

[۱۶۵]

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 می توان داد؟. و بعد از آنکه آن مال

به فقرا داده شد هر گاه وارثی ظاهر شود آیا حقی دارد یا نه؟ -؟ وبر فرض ثبوت حق، از چه وجه حق آن وارث داده می شود؟

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 میبود ظاهر می شد. وبعد از یأس از وارث، اظهر واشهر 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 می توان 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؟ -؟ وبر فرضی که باشد، فرقی مابین 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 می شود که متهب در عوض آن چیزی ببخشد به واهب یا نه. واشهر واقوی این است که مطلق هبه مستلزم عوض نیست. به جهت اصل وعمومات وعدم دلیل بر وجوب آن. و بعضی گفته اند که

نهضت ترجمه

(۱) و (۲). در بیست و هفتمین مسأله از مسائل کتاب المبررات همین جامع الشیئات فرموده است «در اینجا اذن حاکم که نایب امام است شرط است... این کار را بدون اذن حاکم نکنند با وجود امکان». در بعضی از مسائل گذشته هم دیدیم که فرمود «ارث من لا وارث له، مال امام است» ولیکن در اینجا با لفظ «بهتر» آورده است.

مطلقا مستلزم لزوم عوض هست، پس واجب است بر متهب که عوض بدهد و هر چند که واهب نطلبید. و ممکن است که مراد او این باشد که لزوم آن موقوف است به عوض. چنانکه در مسالك گفته است. پس مخالف مشهور نخواهد بود. و ابو الصلاح گفته است که (هبهء 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 می کند عدم عوض را، یا شرط می کند عوض را، یا اطلاق هبه می کند وساکت می شود. اما بنابر اول پس

اشکالی نیست در اینکه عوض لازم نیست. و هر گاه هبه به ذی رحم یا به قصد تقرب وامثال آن نباشد مادامی که عین باقی است و اهب رجوع می تواند کرد. و اگر شرط عوض کند، ظاهراً خلافتی در صحت آن نیست. پس یا این است که معین می کند عوض را، یا مطلق می گوید. 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 می کند و عوض را نمی دهد. 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 می تواند بر هم زند. و چون معلوم نیست که این از عقود لازمه باشد قبل از قبول و قبض، نمی توان به عموم (اوفو بالعقود) استدلال کرد بر لزوم، چنانکه بعضی گمان کرده اند. و همچنین نمی توان به مثل صحیحہ عبد الله بن سنان استدلال کرد که در آنجا فرموده اند (تجوز الهبة لذوی القربى والذى يثاب عن هبته، ويرجع في غير ذلك

[۱۶۷]

ان شاء) (۱)، زیرا که حصول ثواب و عوض قبل از قبول و قبض، ممنوع است. و همچنین در حدیث صحیح دیگر که (إذا 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 وجهالت 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 مابین رد یا عوض دادن مثل یا قیمت. چنانکه واهب هم مختار است مابین رد و قبول، و از مسالك ظاهر می شود که از طرف متهب لازم است و نمی تواند 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 نمی تواند فسخ هبه کند. چون هبه معوضه است نسبت به او و لازم است. چنانکه قبل از این در مباحث سابقه گفته بود که (ولا فرق في العوض بين كونه من بعض الموهوب وغيره، عملاً بالاطلاق ولانه بالقبض بعد العقد مملوك للمتهب فيصح بذله عوضاً عن الجملة) و عبارت مسالك در این مقام نیز این است (ويشكل با نه من طرف المتهب لازم ولا

يجوز له الفسخ بنفسه و ان لم يبذل المشروط. وتخير بين بذل العين والثواب المشروط، لا ينافيه وانما يظهر جوازه من قبل الواهب خاصة) ونظر او به همان معنى است كه گفتيم. يعنى رد عين همان عمل به مقتضای شرط است پس نمى تواند فسخ كند به اين نحو كه هيچ ندهد. بخلاف واهب كه فسخ مى كند و هيچ نمى دهد. وعبارت كفایه اين است كه (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، باب ۹، ح ۱.

[۱۶۸]

الخير فيه وفي رد العين. فيه قولان). وندانستم منظور او از قول اول کدام است. اگر مراد اشكال مسالك است، آن بی وجه است، ومعنى آن لزوم وفا به نفس شرط نیست. واگر در جای دیگر آن قول را دیده است پس دليل آن واضح نیست. و تحقيق همان است كه محقق وديگران گفته اند. عبارت محقق اين است كه (ولا يجبر الموهوب على دفع المشرط بل يكون بالخيار) يعنى مختار است مابين دفع مشترط ورد عين. واشكال صاحب مسالك هم بنابر آنچه ذكر کرده است مثمر فرقى نیست، ودر نمره با قول محقق يکى است. بخلاف كلام صاحب كفایه. پس بايد آن قول ودليلش را بيان كند. وبه هر حال مختار واطهر تخيير او است (مادامى كه وفا به شرط نشده وقبول وقبض واهب به عمل نيامده) مابين عمل به شرط ورد عين. ودر اعتبار قيمت در حين قبض، يا در حين دادن عوض، دو قول است. وشايد اول اظهر باشد. واما اگر در حين عقد شرط عوض نشود نه مطلقا و نه معينا ولكن بعد از هبه متهب عوضى به او بدهد به قصد عوض، وواهب هم قبول كند، ظاهر فتواى علما وظاهر اجماعات منقول واطلاق اخبار اين است كه لازم مى شود. اما به اين دو شرط، يعنى قصد عوض وقبول واهب وقبض او. و همچنين ظاهر اطلاقات مذكوره عدم فرق است مابين اينكه عوض قليل باشد يا كثير بعد از تراضى. واينكه از همان مال كه واهب داده بدهد يا غير آن. واين مقتضای حصول ملك است به سبب قبض ولكن مشكل مى شود به اينكه هر گاه در مقام رد عوض المثل تمام همان عين را بدهد، كه اين را در عرف عوض نگویند بلكه رد هبه مى گویند. واما سؤال از عوض هبه مال حرام: پس اگر متهب اين مال حلال را به قصد عوض داده وآن واهب هم اين معنى را مى دانسته وقبول کرده، ظاهرا بر او حرام است. و هر گاه جاهل بوده وبعد عالم شد به آن، با وجود بقای عين بايد رد كند. و هر گاه تلف شده باشد، لزوم رد معلوم نیست.

۷۵: سؤال: زید در حال حیات خود قدری اموال خود را به چند نفر اولاد کبیر خود هبه نموده. وقدر دیگر از برای اولاد صغیر خود موضوع کرده و آن را ولایتا متصرف شده است. وال حال زید فوت شده است. اولاد کبیر نیز ادعا بر حصه صغار

[۱۶۹]

می نمایند. چه صورت دارد؟.

جواب: هر گاه هبه به عمل آمده با ایجاب وقبول وقبض وتصرف، آنچه کرده است در حال حیات ممضی است و کسی بر هم نمی تواند زد. وایجاب وقبول وقبض در صغیر همگی در عهده همان پدر او است، هر گاه ایجاب به عمل آمده واز جانب صغیر قبول کرده همان قبض خود کافی است وضرور به قبض علی حده نیست، ودر اینصورت 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، وزید فوت شد. وال حال ورثه زید مطالبه باغ را می کنند. آیا حق الرجوع باقی است یا نه؟ - ویر فرضی که باقی باشد آیا عمرو مطالبه غرامت ها که کشیده (از تعمیر وخراج سلطان وغیره) می تواند کرد یا نه؟ - وینا وعرسی که در آن شده حکم آن چه چیز است؟.

جواب: هر چند مقتضای انتقال حقوق به میراث - مثل حق خیار وحق قصاص و غیره به مقتضای عموم حدیث نبوی (ص) که (ما ترك المیت من حق فلو ارثه) مقتضی جواز رجوع است. ولكن فقها در بعض مسائل حقوق خلاف کرده اند، مثل حق الشفع وحق الرجوع در هبه. واقرب در هبه عدم انتقال است به وارث چنانکه علامه در قواعد ان را اختیار کرده و همچنین شهید در قواعد. وشاید وجه آن این باشد که مالک به قصد هبه واقباض اعراض از مال کرده و حق (او) از آن ساقط شده، خصوصا در کسانی که جاهلند به حق الرجوع. وجواز رجوع خود واهب خلاف اصل است که به دلیل ثابت شده، واصل ودلیل اعراض اقوی است از عموم حدیث واز احتمال دخول در تحت عموم آن. بخلاف خیار بیع وحق شفع وغیر آن. واز این جهت است که مشتری در زمان خیار بایع ممنوع است از اتلاف واخلع عین از ملك (چنانکه در محل خود محقق کرده ایم) ودر هبه به هیچوجه منعی از تصرف نیست. وحق الرجوع در هبه عارض می شود به ارده واهب بعد از عدم تصور آن مطلقا بخلاف حق شفع وخیار در مبیع که در اول امر ثابت هستند، به این معنی که غرض شارع قصدا وبالذات متعلق شده به بیان اینکه شریک را حق اخذ به شفع

[۱۷۰]

هست در حين بيع شريك ديگر، وصاحب حيوان را حق رجوع تا ثلاثة ايام هست در حين بيع، و همچنين در بيع خيار شبرط. واما در هبه قصدا وبالذات مراد بيان استحقاق رجوع نيست، به جهت آنكه استحقاق تصرف در مال خود امري بود حاصل، واينكه هبه موجد آن باشد خلاف نظر حكيم است كه مقتضاي هبه اين باشد كه به مجرد حصول آن استحقاق رجوع وتصرف در آن حاصل مي شود. بلي اين از جمله طواري وعوارض مي تواند بود كه بعد از نقل ملك واستمرار تملك متهب رجوع تواند كرد. بخلاف حق شفع كه در اصل وضع بيع مي تواند منظور حكيم استحقاق شريك باشد به اخذ شفعه. و چون اصل بيع منفك از لزوم نيست مي تواند منظور نظر حكيم بيان واقع آن باشد در زمان خيار. وفهم اين مطلب دقتي دارد اگر خواهي نظيري بگويم كه فهم آن آسان باشد. وآن اين است كه: اظهر اين است كه در وضوي تجديدى معتبر است گذشتن مدتي كه احتمال وقوع حادثي باشد يا به آن نمازي شده باشد. واحتمالي كه صاحب مدارك داده كه (مكررا متواليا وضو بسازد مستحب باشد) بسيار بعيد است. واثبات حق الرجوعى كه با وضع اصل هبه شريك باشد، مانند وضوي تجديدى صاحب مدارك است. واين منافات ندارد با اينكه گاهي هم مي شود كه حق الرجوع در همان مجلس بعد عقد ثابت مي شود به سبب پشيماني، وغرض ما مجرد بيان قوت وضعف اين حقوق است وشكى نيست كه ثبوت حقيقت آن در هبه از براى مالك به نحوي كه به ميراث منتقل شود به وارث ضعيف است ومسلم نيست كه اين از جملهء ماترك باشد كه داخل عموم حديث باشد. واين قول مختار فخر المحققين ومحقق ثاني نيز هست. وقائلي از براى قول ديگر نقل نكرده اند، بلكه شيخ على (ره) آن را احتمال ناميده چنانكه مي آيد. ومؤيد مطلب است كه واهب به موت متهب رجوع به وارث او نمي كند چنانكه در قواعد جزم به آن كرده و نقل خلاف نكرده. وعبارت شيخ على در اين مقام در بيان وجه اختيار علامه - عدم رجوع وارث واهب بعد از موت او به متهب - اين است: (ووجه القرب ان الرجوع على خلاف الاصل، لانه تسلط على انتزاع مال الغير فيقتصر فيه على الواهب لخروجه

ترجمه
Translation Movement
JMS

[۱۷۱]

بالدليل. فيبقى غيره على الاصل. وهو الاصح. ويحتمل انتقاله اليه لانه حق من الحقوق فيورث كالخيار. والفرق قائم بان الخيار حق مؤكد ولهذا لايمنعه تصرف المشتري مستقلا، ولا يسوغ للمشتري اخراج المبيع عن ملكه ولو فعل لم يمس. و حق الرجوع للواهب ضعيف ولم يدل على انتقاله دليل فيتمسك فيه بالاصل. و قريب منه موت المتهب ففي استحقاق رجوع الواهب على وارثه وجهان والاقرب العدم. والمصنف لم يسر الى الوجهين فيه بل ذكره على وجه الجزم بقوله: ولو مات المتهب لم يرجع الواهب). واما بناير قول به جواز رجوع ورثه اشكال در اين كه آيا رجوع به غرامت مي شود يا نه. پس ظاهر اين

است که بلی. چنانکه در رجوع خود واهب هم ظاهر لزوم غرامت است، به جهت آن که واهب او را مغرور کرده است به سبب اذن در تصرفاتی که منشأ ضرر متهب است، و سبب در اینجا اقوی از مباشر است، وقاعده فقها در مسأله (تقدیم سبب بر مباشر) در چنین جائی است. واز جمله مواضع آن جائی است که عین موهوبه مستحق غیر بر آید وتلف شده باشد که مالك رجوع می کند به متهب به مثل یا قیمت آن، ومتهب رجوع می کند به واهب در آنچه غرامت داده در صورتی که هبه بی عوض باشد، یا عوضی داده باشد که کمتر باشد از آنچه غرامت کنشیده برای مالك. وفخر المحققین دلیل آن را چنین ذکر کرده (لانه غره باذنه باتلافها بغیر عوض، او عوض اقل، غرورا یفید الاباحة ظاهرا، وله غاية حکمیة مقصودة في نظر العقلا. وكل مغرور كذلك فمباشرة اضعف من سببية غروره. وكما كان كذلك رجوع على الغار. وانما قلنا غرورا یفید الاباحة: احترازا عن ان يقول: اقتل هذا عبدي وانا لا ارجع عليك بالقيمة. فانه لا يرجع اجماعا. وانما قلنا: له غاية ..الى آخره، احترازا عن قوله: اتلف مالي هذا. فانه لا يرجع على الاقوى. لان كل ما فيه ضرر ولا حكمة مقصودة له في نظر العقلاء، فهو عبث). واما در صورتی که عوض داده باشد به مساوی یا اکثر، رجوع می کند به واهب به آنچه داده است به واهب چنانکه در ایضاح گفته است. وبعد از آن گفته است (و یحتمل عدمه لان الهبة لا یعقب الواهب ضمانا، لانها تبرع. ولان التلف في يده .

والصح الاول). واما سؤال از اشجار وابنيه که در آنجا احداث کرده است: پس ظاهر این است که آنها مال متهب است وواهب یا وارث نمی تواند الزام کند که آن را بی عوض و بدون غرامتی ازاله کند. بلکه مخیر است مابین آنکه آنها را بگذارد به جا یا اجرت، یا ازاله کند با ارش و تفاوت قیمت چنانکه 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). وبه همین معنی تصریح کرده اند دیگران (مثل شهید ثانی در مسالك) وعلت لزوم ارش را این قرار داده اند که وضع آن عین در آنجا به حق شده وداخل (عرق ظالم) نیست. و هر چند در امثال این مواضع می توان گفت که متهب و مستعیر و مثلهما تقصیر کرده اند با وجود علم به عدم لزوم هبه وعاریه وممكن بود ایشان را که بر وجه مصالحه یا عقد لازمی دیگر، بنا بگذارند. ولكن می توان 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 وانیکه ظاهر حال او عدم رجوع است در چنین حالی که اذن داده است او را به تحمل مشاق و ضررهای بسیار، وسكون واطمینان

به حال ظاهر او بسیار اوقات او را غافل می کند از فکر در عاقبت و تصور جواز رجوع. پس غرور و فریب و اهاب و معیر غالب است بر تقصیر و عدم تدبیر متهم و مستعیر. و در عرف و عادت در چنین صورت ها اتلاف و اضرار آن را نسبت به و اهاب و معیر می دهند. نه به متهم 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 غیری به اجاره داده بوده است. آیا قبض به همان اجاره حاصل می شود یا نه؟ - و ظهور بطلان اجاره باعث بطلان قبض می شود که و اهاب تواند رجوع کرد

[۱۷۳]

به عین موهوبه؟ یا اینکه به محض اجاره قبض به عمل آمده هر چند اجاره فاسد باشد چون متضمن تخلیه ید و اذن در تصرف است؟ - و آیا هر گاه مدت اجاره ٔ ثانیه زاید باشد بر مدت اولی، آن زیادتی باعث صحت قبض می شود یا نه؟ -؟.

جواب: اولاً مسأله را فرض می کنیم در صورتی که عین موهوبه را به اجاره به کسی نداده باشد. و می گوئیم هر گاه منظور او این بوده که مطلقاً متهم اختیاری نداشته باشد مادام حیات و اهاب، 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 می گوئیم که (با قطع نظر از اینکه اجاره به موت مستأجر منفسخ نمی شود علی الاظهر) اصل این هبه و اجاره صورت ندارد. اما هبه: پس به جهت اینکه قصد اخراج عین علی الاطلاق از خود نکرده بلکه به شرطی که منافی مقتضای عقد است 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 متهم نشده که از او اجاره کند. و اگر فرض کنیم که منظور او این بوده که حقیقتاً بالفعل مال متهم 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 متهم ممکن باشد. یا زمانی بگذرد که ممکن باشد وصول با تمکن متهم 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 یا 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

[۱۷۴]

بهم می رساند 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 می کنیم در صورتی که قبل از هبه به دیگری اجاره داده بوده است. پس می گوئیم 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 (کلما یصح بیعه یصح هیته) و بیع عین مستأجره جایز است و ظاهراً خلافی در نظر نیست به غیر عبارت تذکره که موهم است. چون گفته است (ویجوز هبة المستأجر من غیر المستأجر ان جوزوا بیعه. و الا فیه وجهان) و شیخ علی در شرح قواعد در شرح عبارت علامه که گفته است (کلما یصح بیعه یصح هیته) گفته است (لا خلاف بین اصحابنا فی صحة هبة کلما صح بیعه من الاعیان). و در تحریر گفته است (اذا وهب العین المستأجرة للمستأجر صح وان وهبها لغيره فکذلك مع الاقباض. ولو امتنع المستأجر منه کان له ذلك، وان اذن فیه کان له الانتفاع باقی المدة). و در قواعد گفته است (ویصح هبة المغصوب من الغاصب و غیره. و المستأجر من غیر المستأجر، و الابق و الضال، و الکلب المملوک). 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 می شود که متهم وکیل کند مستأجر را که تو از جانب من قبض کن و در نزد تو باشد. و تعدد حیثیت در قابض و مقبوض کافی است چنانکه از تذکره ظاهر می شود 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 متهم حاصل می شود. پس بنابر این ظاهر شد صحت هبه عین مستأجره لکن موقوف است به قبض از مستأجر. هر چند به توکیل

[۱۷۵]

او باشد در قبض و اقباض به نفس خود، و اجاره عین مستأجره بعد هبه مصحح اقباض و اهب نمی شود، هر چند مدت اجاره ثانیه از ید باشد از اولی به جهت آنکه هنوز ملک برای متهم حاصل نشده که اجاره بدهد به و اهب. پس مسلط کردن و اهب متهم را بر اجاره دادن او به و اهب، این کافی نیست در صحت

قبض هبه. چون رفع ید مستأجر نشده و اقباض حاصل نشده که ملك او شود وثانیا از او اجاره کند. و آنکه سائل گفته است که ظهور بطلان اجاره باعث بطلان قبض می شود یا نه: گویا سائل چنین فهمیده که ملكی که در اجاره غیر باشد اجاره آن به دیگری باطل است. و آن چنین نیست بلکه صحیح است و موقوف است به اجاره مستأجر از باب فضولی. و هر گاه اجازه نکند باطل می شود. مگر در صورتی که زمان اجاره ثانیه زاید بر اجاره اولی باشد، که در اینجا با عدم اجازه مستأجر اول آن مقدار زاید بر حال خود باقی است، و لکن موقوف است به اجاره مالك. و چون مفروض این است که اجازه کرده پس این منشأ اقباض می شود. 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 می توان گفت که در حین عقد هبه ید مالك بر عین در زاید بر مدت اجاره سابقه باقی است. و در اینوقت که متب به را مسلط می کند بعد هبه بر اجاره دادن در مدتی که زاید بر زمان اجاره 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 تسلط متب به بر اجاره (ای) که مشتمل است بر آن زاید که ید و اهب بر آن هست اقباض هم به عمل آمده است. پس با اقباض و اهب هبه صحیح می شود). و لکن مشکل می شود (به) اینکه این را ید نمی گویند در عرف بلکه مراد از ید آن ید فعلیه است، و ید فعلیه الحال مختص مستأجر است و عرفاً نمی گویند در صورت مذکوره و اهب الحال رفع ید خود کرد از عین موهوبه در زمان بعد از مدت اجاره

نهضت ترجمه [۱۷۶]

مستأجر و به قبض او داد عین را الحال به سبب تسلط بر اجاره و اجرای صیغه. پس این هبه صورتی نخواهد داشت. پس اشکال در صحت و بطلان اجاره نیز راجع می شود به سوی کلام در حصول قبض و عدم قبض، چنانکه 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. چنانکه 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. و منافع می شود (۱) به اینکه: مراد ایشان همین است که ید مستأجر ید ولی نیست. چنانکه ید و دعوی و وکیل ید او است. پس استمرار قبض سابق در اول، کافی نیست چنانکه در اخیرین کافی است و در عاریه اشکال کرده اند نه اینکه به هیچوجه اقباض ممکن نیست در عین مستأجره. و حال آنکه تصریح کرده اند به جواز

هبه عین مستأجره به مستأجر و غیر مستأجر. چنانکه 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 می شود نیز فاسد خواهد بود. چنانکه 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 جمله به اصطلاح ادبی، جواب اما است که فرمود: اما آن چه در این مقام...

[۱۷۷]

مندفع است (۱) به اینکه این کلام مصادره است. و عدم ترتب آثار شرعی بر حرام هم ممنوع است. چنانکه مشاهده می شود در ترتب لزوم مهر به وطی در حال حیض و غیر آن. پس حاصل جواب از سؤال این است که مسلط ساختن مالک متهب را بر اجاره دادن به او در معنی اقباض نیست که مصحح هبه او باشد. چون عین در ید مستأجر است و مالک ممنوع است از آن. و در تصحیح هبه شرط است که واهب عین را سر بسته 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 مالک 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 می گردد به ابراء. و الحال خلافتی 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. چنانکه مذهب ابن ادریس است و شیخ، و علامه در مختلف. و عبارت شیخ (چنانکه 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. وکلی ملك مالك است در ذمهء مدیون، و مانع از برای انتقال آن به ملك غیر نیست. واز 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). وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱، ح ۱ و ۲ و باب ۷، ح ۳.

[۱۷۸]

حلول اجل. و فرقی شیخ علی (ره) مابین هبه و بیع گذاشته است در شرح قواعد، و آن تمام نیست. و چنانکه صحت هبه موقوف است بر قبض صحت بیع هم موقوف است بر قدرت تسلیم. و چنانکه (در بیع) تسلیم کلی به تسلیم فرد متحقق می شود قبض کلی در هبه هم به قبض فرد حاصل می شود. و لکن باید مالك 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 منافع حاصل نمی شده، به تملیک و اختصاص عمرو بدهد. و تا عرض پنج شش سال عمرو مذکور اوقات و اخراجات به مصرف باغ مزبور برساند و مبالغی دیگر خرج دیوار و خراج سلطان همان باغ نموده باشد، و منفعی از آن باغ مزبور عاید عمرو نشده تا دو سال و بعد از وفات زید مزبور که باغ مذکور حاصلی بهم رسانیده، و حال ورثه زید که ملاحظهء محصول باغ را نموده اند، می توانند باغ مزبور را از ید عمرو انتزاع نمایند یا نه (و جمعی مطلع به مراتب سنوات ماضیه و حاصل این سال شده باشند)؟ - و عمرو مطالبهء اخراجات خود را که در سنوات ماضیه نموده است به باغ مزبور می تواند از ورثه زید نماید یا نه؟

جواب: طاهر سؤال این است که زید باغ را به عمرو هبه کرده. هر گاه ایجاب و قبول هبه به عمل آمده و به تصرف متهب داده، پس هر گاه متهب که عمرو است ذی رحم است، یا هبه معوضه است به هیچوجه رجوع صورتی ندارد. و هر گاه غیر این باشد هم اظهر این است که به موت واهب، لازم می شود و ورثه واهب رجوع نمی توانند کرد. و بنابر قول به جواز رجوع هم اظهر این است که متهب می تواند در غرامت هائی که کشیده رجوع کند به مال واهب، بعد ملاحظهء وضع عوض اگر عوضی داده باشد. یعنی در صورت هبه معوضه رجوع به عوض می کند. و آنچه زاید بر آن بماند از غرامت ها. و ظاهر این است که هر گاه مالی از واهب نمانده

[۱۷۹]

باشد از همین عین می تواند استیفای غرامت ها را بکند. چون اینهم داخل میراث می شود.

۸۰: سؤال: ابراء از مجهول صحیح است یا نه؟ -

جواب: علامه در تذکره تصریح کرده است به جواز آن مطلقا. به سبب زوال غرر به ابراء مجموع ما فی الذمه. واز شافعی نقل کرده است که گفته است هر گاه خواهد ابراء مجهول کند باید بگوید (بری کردم تو را از هر چه می خواهم از يك درهم تا هزار درهم: واز احمد نقل کرده که او گفته است (صحیح است هر گاه راهی به معرفت مقدار نباشد). وحق 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 وانتفاء 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 می شود. و اما اگر به آن نحو نگوید بلکه بگوید که تو را بری کردم از طلب خود، پس در اینجا تفصیل می دهیم و می گوئیم: یا این است که غریم می داند که طلبکار طلب خود را مقدار کمی می داند - مثل اینکه چنین اعتقاد دارد که ده تومان بیشتر طلب ندارد ولیکن مقدار طلب را نمی داند و اگر میدانست که صد تومان طلب دارد همه را بری نمی کرد. در اینجا برائت حاصل نمی شود از تمام طلب، بلکه باید تابع حصول یقین به مقدار ابراء بود. و هر گاه از حال او بداند که مطلقا بری کرده طلب هر قدر خواهد باشد، در اینجا برائت از همه حاصل می شود. 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 می شود، 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 همهء

[۱۸۰]

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 میدانستم بیشتر است نمی کردم. 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 می شود. و هر گاه نکول کرد باید طلبکار را راضی کند. و شاید دعوی عود کند در تعیین مقدار، و قسم در نفی زیادتى 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 ولیکن 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 شرایط 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 مطلقاً. و این هر چند بسیار بعید است بلکه بر خلاف آن، دعوی

[۱۸۱]

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، چنانکه اقوی هم این است و اخبار صحیحه و معتبره (۱) بر طبق آن وارد شده ولیکن في الجملة تأیید این قول می کند. 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 منتهی است (چون هبه مقتضی تمليك 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 يرجع في الهبة كالذی يرجع في 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 في هبة كالراجع في قیئه) و به لفظ دیگر هم روایت کرده اند (الراجع في هبة كالکلب يعود في قیئه). و خصوص

صحيحه زرارہ از حضرت صادق (ع) در آن حديث كه فرموده (ولا ينبغي لمن اعطى الله عز وجل شيئا ان يرجع فيه. قال: ومالم يعط الله وفي الله، فانه يرجع فيه نحلة كانت او هبة، حيزت او لم تحز. ولا يرجع الرجل في ما يهب لامرأته ولا المرأة في ما تهب لزوجها، حيز او لم يحز. لان الله تعالى يقول: ولا تأخذوا مما آتيتموهن شيئا. وقال: فان طبن لكم عن شيئي منه نفسا فكلوه هنيئا مريئا. وهذا يدخل فيه الصدقة والهبة). (٤)

و جواب از استصحاب اين است كه اين ملكيت متزلزله افاده لزوم نمي كند، و مطلب ما اثبات لزوم است. و (نيز اين استصحاب) معارض است به استصحاب

- (١). وسائل، ج ١٣، ابواب الهبات، باب ٦، ح ٢١٠. و راجع به هبه بر والدين و بالعكس، همان مرجع، باب ٥.
(٢) و (٣). وسائل، ج ١٣، ابواب الهبات، باب ١٠، ح ٣٠٤. و نيز باب ٧، ح ٥.
(٤). صاحب وسائل (ره) صدر اين حديث را تحت شماره ١. از باب ٣ و ذيل آن را تحت شماره ١ از باب ٧ آورده است. تهذيب، ج ٢، ص ٣٧٦، فروع، ج ٢، ص ٢٤٢.

[١٨٢]

ملكيت سابقه. و اخبار عامه مانعه از رجوع، معارضند به اخبار عامه مجوزه رجوع. و اخبار مجوزه اكثر عددا و اصح سنداً و اوضح دلالة، هستند. و دلالت ان اخبار بر حرمت ممنوع است. و استدلال به آنها بر حرمت به سبب اينكه رجوع به قى حرام است، ممنوع است. زيرا كه مى توان گفت كه مراد از (الراجع في قيئه) سگ است كه عادت او اين است كه قى خود را مى خورد. پس گويا فرموده اند كه كسى كه رجوع به هبه مى كند بى رتبه و خوار است، مثل سگ. و لفظ دوم كه سيد نقل كرده مؤيد آن است كه تشبيه كرده اند شخصى را كه رجوع به هبه مى كند به سگ. نه اينكه تشبيه كرده باشند رجوع به هبه را به رجوع به قى كه حرام است. و از كلام سيد در انتصار نيز اشاره به اين جواب ظاهر مى شود. و در روايت ابراهيم بن عبد الحمد كه در تهذيب نقل كرده هم منافات با اين نيست. در آنجا فرموده اند (من رجع في هبته فهو كالراجع في قيئه). كه ظاهر اين است كه الف لام از براى عهد باشد كه راجع به كلب باشد. به هر حال: آن عمومات باليقين مخصوص اند به غير ذى رحم و به غير هبهء معوضه و به غير آنچه در آن قصد قربت شده باشد. و به اين سبب هم ضعفى طارى مى شود هر چند مخرج آن (ها) نيست از حجيت. و احاديث صحيحه (١) كه تصريح شده در آنها به اينكه جواز رجوع مختص به غير ذى رحم است، اخص مطلق است از آنها. پس لازم جمع ميان آنها اين است كه حرام است رجوع در ذى رحم و جايز است در غير ذى رحم كه از جمله آن زوجين است. باقى ماند كلام در خصوص صحيحه زرارہ. و هر چند ان اخص مطلق است از اين اخبار صحيحه و (٢) مى توان گفت كه عموم غير ذى رحم كه آن اخبار دلالت دارند بر جواز رجوع در هبه آنها، مخصص اند به آن حديث صحيح، پس مقتضاى جمع اين است كه جايز

است رجوع در غیر ذی رحم الا در زوجین، ولکن تخصیص عام و تقييد مطلق موقوف است بر مقاومت، و آن ممنوع است به جهت اینکه این

(۱). وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱۰، ح ۴.

(۲). در نسخه: پس.

[۱۸۳]

صحیحه زراره معارض است با اجماع منقول از ابن زهره که به منزله حدیث صحیح است. و ظاهر عبارتی که از شیخ نقل کردیم که ظاهر در نقل اجماع است که دلالت دارند بر جواز رجوع. و این اجماع منقول معتضد است به آن اخبار صحیحه و عمومات جواز رجوع مطلقا و به شهرت و کثرت قائل (چنانکه گذشت) و به اصل برائت و استصحاب ملکیت سابقه. و ایضا ممکن است معارضه صحیحه زراره به صحیحه محمد بن مسلم (عن احدهما علیهما السلام، انه سئل عن رجل کانت له جاریه فاذته امرأته فیها، فقال: هی علیک صدقه. فقال: ان کان قال ذلك الله فلیمضها، وان لم یقل فله ان یرجع ان شاء فیها). (۱) و تقریب استدلال این است که حقیقت صدقه هبه است با قصد قربت. پس اگر سؤال را وی قابلیت اعم از صدقه نداشت استفصال امام (ع) وجهی نداشت. به جهت آنکه قصد تقرب داخل مفهوم صدقه بود. پس حاصل مضمون عبارت آخر حدیث این است که (هر گاه به عنوان صدقه نبوده و از باب مطلق هبه بوده، جایز است رجوع کند به آن کنیز بعد از آنکه او را به زوجه خود بخشیده بود). و احتمال اینکه شاید چون به قبض زوجه نداده بوده است جایز است رجوع، بی وجه است. به سبب اینکه فرقی نیست مابین صدقه و هبه در اینکه مادامی که قبض به عمل نیامده است جایز است رجوع. پس روایت را باید حمل کرد بر صورت حصول اقباض که فرق در جواز رجوع و عدم رجوع به سبب همان قصد قربت و عدم آن است. با وجود اینکه در صحیحه زراره ناخوشی دیگر هم هست و آن این است که دلالت دارد بر آنکه بدون اقباض هم لازم است. و آن مخالف اجماع است. و ناخوشی دیگر اینکه این موافق مذهب اکثر عامه است، چنانکه در تذکره نقل کرده. و سید مرتضی در انتصار این را از ابی حنیفه و اصحاب او نقل کرده. پس ممکن است حمل آن بر تقیه. و به هر حال موافقت عامه و مخالفت مشهور از مضعفات روایت است.

(۱). وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۷، ح ۲.

[۱۸۴]

وناخوشی 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 بعضی اجزاء حدیث از حجیت منشأ سقوط آن نمی شود، لکن در مقام ذکر مرجحات شکی نیست که اعتبار می شود. باقی ماند کلام در ظاهر آیه که در آخر صحیح زراره به آن استدلال شده و آن اشاره است به دو آیه از آیات قرآنی: یکی آیه ای است که در باب (خلع و مبارات) 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 یقیما حدود الله). (۲) و این هر چند نظر به ظاهر لفظ عموم دارد، و لکن نظر به بعضی روایات در حکایت ثابت بن قیس و زوجه او وارد شده که زوجه او از او کراهت داشت. و تفسیر شده (ما آتیتموهن) به صدق و استثنای (الا ان یخافا) هم با مطلق عطیه نمیسازد. 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 وعهد، کمال ظهور دارد که مراد همان مهر باشد. و آیه دوم نیز در صدق است که فرموده (وأتوا النساء صدقاتهن نحلة فان طبن لکم عن شیئی منه .. الا یه) (۳) 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



[۱۸۵]

صدقه می گویند. و مراد از نحله این است که عطیه است از جانب خدا هر چند در ظاهر عوض بضع می نماید و لکن چون زوجین هر يك به دیگری محتاج و هر يك از دیگری استمتاع می کنند 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 می شود. والله العالم .

۸۲: سؤال: آیا در هبه صیغه خواندن شرط است یا نه؟ - و فرق مابین 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 (وهبتک) و (ملکتک) و (اعطیتک) و (نحلتک) و (اهدیت الیک) و (هذا لک) 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 میفرستند بدون لفظی، (که) بیش از اباحه افاده نمی کند. پیش هر گاه کنیزی باشد، و طی آن 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 وکیل کند آن کسی را که هدیه (را) می برد که صیغه بخواند، یا آن کسی (را) که هدیه (را) برای او میفرستد. و در تحریر وجیهه 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 می شود میل به عدم اشتراط ایجاب و قبول قولی. چون نقل کرده است از جمعی از عامه که حاجتی

[۱۸۶]

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 می برند از برای رسول خدا (ص) و همچنین (از طرف) سایر ملوک پس قبول میفرمودند 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 میفرستند که اعتباری به لفظ آنها نیست. بعد از آن نقل کرده از بعض عامه که اعتبار ایجاب و قبول لفظی کرده، مثل هبه، و اینکه 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 می کردند 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 میفرستادند. و مشهور است که جامه ها و اسب ها از جانب پادشاهان به هدیه می آورند 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 نمی گویند.

واباحه مختص منافع است. وآن جناب آن اشیا را برای زوجات (خود) میفرستاد، وجامه (ای) را که هدیه برای او آورده بودند از برای امیر المؤمنین علیه السلام فرستاد. وشهید ثانی(۱) بعد نقل کلام اول تذکره (چنین که ما نقل کردیم) گفته است که (از این تحقیق که علامه گفت ظاهر می شود که اکتفا می کنند به قبول وایجاب فعلی در هدیه). و خود نیز این را پسندیده وگفته است که می توان این را هم از بابت معاطات بگیریم که افاده ملك متزلزل کند ومیبیح تصرف، ووطی کنیز هم

(۱). در مسالك.

[۱۸۷]

باشد. ولكن جایز باشد رجوع قبل از تصرف. وبه این جمع کنیم مابین قواعد مختلفه که از حیثیت اصل عدم لزوم به جهت اینکه عقد لفظی نیست باید لازم نباشد. واز حیثیت جواز تصرف بلکه وقوع آن بر نحوی که خلاف مقتضای اباحه محضه است (چنانکه واقع شده از آن جناب در وطی ماریه قبطیه، وبخشیدن اموال به غیر چنانکه آن جناب هدایا را به هدیه میفرستادند از برای ازواج خود. و حلیه از برای آن حضرت فرستادند آن حضرت لن را به هدیه فرستادند از برای امیر المؤمنین (ع) ونقل نشده که آن حضرت قبول لفظی فرموده باشند. یا آن اشخاصی که هدیه می آوردند ایجاب لفظی گفته باشند) باید جایز باشد تصرفات مالکانه، گو لازم نباشد. وصاحب کفایه نیز متابعت مسالك کرده. وشهید در دروس بعد از آنکه ذکر کرده است اشتراط ایجاب وقبول را در تملیک، وگفته است بدون صیغه بیش از اباحه افاده نمی کند، گفته است: محتمل است که حاجتی به ایجاب وقبول نباشد لفظاً، وكافی باشد ایجاب وقبول فعلی. به جهت آنکه هدایا را می آوردند برای پیغمبر (ص) ونقل نشده است که آن حضرت مراعات ایجاب وقبول می کردند. و دور است که حمل کنیم بر محض اباحه. به جهت آنکه آن حضرت تصرفات مالکانه در آن می کردند. ومردم در اعصار وامصار بر این منوال معمول میداشتند. این آخر کلام شهید است. واین سخن را هر چند در اول بر سبیل احتمال گفته ولكن از استدلال او بر می آید که به این راضی باشد. خصوصاً استدلال به عمل مردم در اعصار وامصار که اشعاری دارد به دعوی اجماع، والا استدلال به عمل مردم بی معنی خواهد بود. واطهر در نظر حقیر هم همین است که هدایا مفید ملك هستند اما در حکم معاطات می باشند. پس انواع تصرفات مالکانه در آنها می توان کرد. هر چند قبل از اتلاف، یا تصرف، توان رجوع کرد، به هر حال این خلاف در هدیه است. واما در هبه: پس بر نخوردیم به مصرحی به کفایت ایجاب وقبول فعلی. و هر چند هدیه اخص مطلق است از هبه، ودر مسالك دعوی اجماع کرده ظاهراً بر اشتراط ایجاب وقبول لفظی. ولكن چون خود این قول را در هدیه پسندیده است،

[۱۸۸]

معلوم می شود که اجماع در غیر هدیه است. ووجه 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 میفرستند. به این جهت (است) که ملك و باغ و امثال آنها را هدیه نمی گویند، بلکه می گویند (هبه کرد). و بدان که لازم كلام مسالك می آفتد که در هبه نیز قایل شویم به صحت معاطات که بدون ایجاب و قبول لفظی مثمر جواز تصرف باشد (هر چند وطی کنیز باشد) و اباحه محضه نباشد. ودر اینجا اشکال حاصل می شود در فرق مابین 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 شركاؤه في الهدية). (۱) ودر روایت دیگر است (إذا أهدى إلى الرجل هدية من طعام وعنده قوم فهم شركاء في الهدية، الفاكهة وغيرها). (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 می کنند از باب اباحه است نه تمليك. و علامه در تذکره گفته است: خلافی نیست میان علما در اینکه آوردن طعام پیش مهمان اذن در اكل 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 نمی شود بلکه همان رخصت در انتفاع به آن است به خودی خود، هر چند به اتلاف و خوردن آن باشد. ودر 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 مایکتسب به، باب ۹۲، ح ۱ و ۲.

[۱۸۹]

اجماع بر اشتراط ایجاب و قبول لفظی چه چیز است در جایی که هبه معوضه نباشد و حال آنکه در صورت وجود لفظ هم افاده بیش از آنچه معاطات افاده می کند، نمی کند- ؟. و جواب آن این است که ثمره بنابر قول به عدم صحت معاطات، ظاهر می شود. و همچنین در ایمان و نذور و امثال آن ثمره می کند، پس هر گاه کسی نذر کند مثلاً که هبه به عمل آورد، بدون صیغه هبه به عمل نمی آید و داخل عمومات هبه که در اخبار وارد است نمی شود، 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 می شود. واز آنچه گفتیم فرق مابین هبه وهدیه ظاهر شد. ومعلوم 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. ودر کتاب وقف همین مجموعه فرق مابین زکات و صدقه مذکور شد. (۱) ودر صدقه هم لازم است ایجاب وقبول لفظی، وظاهرا خلافی در آن نیست. وچون صدقه داخل هبه معوضه محسوب می شود که از عقود لازمه است،(۲) اشتراط صیغه در آن اظهر است. (۳) وکلام 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) ودر اشتراط اقباض وسایر شروط مثل هبه است .

(۱). نگاه کنید به مساله ۴۱ از همین مجلد.

(۲) و(۳). عوضی که در صدقه لحاظ می شود از جانب خداوند است نه از طرف فقیر پس آن به «ایقاع» بیشتر مربوط می شود تا «عقد» بنابراین هیچ گونه «اظهریت» در اشتراط صیغه وجود ندارد. (۴). همان طور که گفته شد لزوم صدقه بیشتر (بلکه کاملاً) جنبه ایقاعی دارد. مانند نذر واجب، و هیچ نقشی در ضرورت صیغه با فقیر ندارد. و سیره مسلمین در اعصار و امصار بر عدم اجرای صیغه در صدقه، مبتنی بوده و هست و با این همه باز صدقه لزوم خودش را دارد. و همین صدقه های بدون صیغه موضوع اخبار است. یعنی اخباری که می فرمایند «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 ینبغي لمن اعطی الله شیئا ان یرجع فیه. و ما لم یعط الله 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 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، هیچ کدام لازم نشه اند. در این زمینه و در این شرایط و اوضاع می فرماید: آن چه برای رضای خدا و توقع ثواب داده شده، لازم است.

ب) صحیح محمد بن مسلم، ح ۲. همان باب: «ولا یرجع فی الصدقة اذا ینبغي وجه الله. و الهبة و النحلة یرجع فیها ان شاء حیزت اولم تحز الا لذي رحم فانه لا یرجع فیه». این حدیث دقیقاً در مقام تقسیم عوامل لزوم به دو قسم است.

قسم اول: عواملی که موجب لزوم مواهب و صدقات و هدیه ها می شوند و منشاء آنها اراده و فعل و قول طرفین است، مانند صیغه، شرط، قبض و اقباض، اتلاف.

قسم دوم: عواملی که موجب لزوم می شوند و ربطی به اراده و فعل طرفین ندارد. 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 نباشد.

ج) صحیه علی بن جعفر، باب ۵، ح ۵: «قال: وسألته عن رجل تصدق علی رجل بصدقة فلم یجزها، هل یجوز ذلک؟ قال هی جایزة حیزت ام لم تحز قال و سألته عن الصدقة تجعل لله میتوته هل له ان یرجع فیها؟ قال: اذا جعلها لله فهي للمساکین و ابن السبیل، فلیس له ان یرجع فیها».

این حدیث نیز دقیقاً در مقام بیان چگونگی قصد و نیت صدقه دهنده است. همان طور که نذر واجب و نذر مستحب داریم همین طور هم صدقه دهنده می تواند قصد وجوب و قصد غیر وجوب نماید، و هرگاه قصد وجوب نکرده مادامی که صدقه را به قبض نداده (لم یجزها) می تواند از نیت خود رجوع کند و اگر قصد وجوب 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 بر اساس بینش «توقیفیه» بود که مصنف (ره) 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 م ورد 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 مساله شماره ۴۱ و ۵۷ از همین مجلد و ۲۴۲ و ۲۴۴ از مجلد اول.

[۱۹۰]

واما عطیه ونحله: پس گاهی گفته می شود وهبه از آن خواسته می شود. و گاهی گفته می شود ومطلق اعطاء تبرعی خواسته می شود، پس شامل وقف و صدقه وهبه وهدیه وسکنی وعمری می شود. وعلامه در تذکره گفته است که اغلب استعمال نحله در عطایای به فرزند است. واز صحیحه سابقه زواره(۱) ظاهر می شود مغایرت. ومی تواند شد که در آنجا نیز ناظر به این باشد که علامه گفته است. واز شیخ نقل شده است هبه وصدقه وهدیه به يك معنى است. وآن بعید

(۱). فرمود « نحلة كانت اوهبة» ابواب الهبات، باب ۳، ح ۱.

[۱۹۱]

است وخلاف مدلول اخبار است. واما وجه تسمیه صداق به نحله: پس به آن اشاره کردیم در مسأله سابقه.

۸۲: سؤال: هر گاه زینب به دختر خود بگوید که: میراث پدرت را به من حلال کن. واو بگوید که: حلال کردم. آیا به همین، آن میراث مال مادرش می شود، یا نه؟؟...؟

جواب: علامه در تذکره گفته است که (لابد است در صیغه هبه از لفظ صریح، و کافی نیست کنایات، چنانکه در بیع. به جهت استصحاب عدم نقل ملك.) وظاهر این است که صریح اعم از لفظ مجازی که با قرینهء ظاهره، باشد خواسته است. و به هر حال لفظ (حلال کردم) در لغت افاده بیش از اباحه تصرف نمی کند. وبر فرضی که در عرف آن بلد حقیقت باشد در بخشش وهبه، در اینصورت دو امر دیگر هست که قدح در صحت ولزوم می کند: اول اینکه اقباض شرط است وبدون اقباض لزوم ندارد، بلکه صحت ندارد. دوم اینکه بعد از ایجاب، قبول لفظی شرط است و هر گاه مادر نگفته باشد که (قبول کردم) آنهم بی فایده است. وباید دانست که صحت هبه بر فرض تحقق آن، در وقتی است که میراث معلوم باشد. واگر مجهول باشد آنهم صحیح نیست. چون مستلزم غرر است. واینکه گفته اند جهالت مضر نیست، در صورتی است که مستلزم غرری نباشد. وتفصیل این را در اول کتاب هبات ذکر کردیم. و هر گاه بعض میراث دینی باشد که در ذمه غیر داشته باشد، دیگر اشکال بیشتر می شود. (زیرا) باید از لفظ (حلال

کردم) هم هبه خواهد وهم حواله. واین جایز نیست، با وجود اینکه در حواله هم صیغه ضرور است که مابین محیل ومحتال خوانده شود. ومشهور علما رضای محال علیه را هم شرط دانسته اند. وآنهم معلوم نمی شود.

۸۴: سؤال: هر گاه ضعیفه در حال حیات زوج خود، اقرار نموده که (من صدق خود را مصالحه نمودم به زوج خود. وما 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 والحال فسخ کردم مصالحه را، وصداق خود را از مخلفات او بر میدارم. وبعد چند روز دیگر زوجه

[۱۹۲]

مريض شده وصیت کرد که ثلث مال مرا صرف عبادات من کنید. وشخصی 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 می نموده که من خود را حلال کردم به تو مثل شیر مادر. الحال وصی نمی داند که به این عبارت برائت حاصل می شود برای زوج از صدق، ووصیت زوجه نسبت به صدق باطل است یا نه؟ -؟.

جواب: بدان که صلح صدق می تواند شد که در ازای عوضی باشد که معتد به، نزد عقلا باشد ومی تواند شد که در ازای عوض قلیلی باشد که اعتنائی به آن نباشد و از باب (عقود محاباتیه) باشد. ومی تواند شد که در ازای هیچ عوضی نباشد، زیرا که در صحت عقد مصالحه عوض شرط نیست. چنانکه از علامه در تذکره ظاهر می شود که مراد از مصالحه محض اتفاق وتراضی است. چنانکه گاه هست صلح می کند طلب ثابت را به اقرار مدعی علیه به نصف آن، که آن را (صلح حیطه) می گویند. وگاه است که صلح می کند حق را وهیچ نمی گیرد، بلکه کلام در عین هم، چنین است واختصاص به دین هم ندارد. ومؤید این مطلب است مذهب شیخ در صلح که آن را تابع یکی از عقود خمس می داند که یکی از آنها هبه است ویکی از آنها ابراء است. ودر حقیقت هیچیک عوض شرط نیست. پس هر گاه صلح زوجه از باب قسم اول باشد، واقرار 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. وبه فرضی که جهالت در صلح مغتفر باشد، هر چند در عوض با سد وضرر نداشته باشد، معلوم نیست که این قسم از جهالت مغتفر باشد. وجهالت اقسام دارد واقسام آن را در اول کتاب صلح بیان کرده ایم. ودلیل مغتفر بودن جهالت خصوصا در عوض وخصوصا در (صلح ابتدائی) وضوح ندارد. وغایت آنچه مسلم است مقبولیت آن در صورتی است که استعلام بالفعل متعذر باشد یا متعسر.

[۱۹۳]

چنانکه 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. می تواند خیار فسخ را مثلاً در سی سال قرار بدهد یا بیشتر، به قدری که مظنون او آن است که بیش از آن عمر نمی کند، و اگر فوت شود هم، خیار فسخ موروث می شود. و به هر حال بعد از تعارض ادله چون اصل عدم صحت معامله است، صحت این مصالحه مشکوک فیه است. و ظواهر ادله، ممنوع الدلالة والانصراف است به این قسم از جهالت. با وجود اینکه می گوئیم 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 فیه مفقود است، به جهت آنکه لزوم نسبت به وارث، لزوم نسب به متعاقدين نیست. و هر گاه صلح صداق از باب یکی از دو قسم دیگر باشد: پس ظاهر این است که این جهالت شرط مضر به آن نباشد. چون مصالحه در اینصورت مبتنی بر مسامحه است. و با معامله عقلاً هم منافاتی ندارد. چون ممکن است که غرض صحیحی در آن باشد. و مستلزم غرر نیست. و توهّم اینکه (بر فرضی که از باب قسم ثالث باشد 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 افوی این است که صلح عقد مستقلى است و تابع احدی از عقود خمسّه 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 بگوئیم: که در صورت صلح مطابق ابراء حق ساقط می شود و فسخ صلح بعد موت زوج چگونه مستلزم عود حق می شود 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 می شود. چون در آنوقت دینی ندارد که متعلق به مال او شود. و در حال موت، حق از ذمه او ساقط بود.

[۱۹۴]

گوئیم: که چنانکه دین مستقر بعد موت متعلق به مال میت می شود، علاوه بر ذمه آن، دین متزلزل هم تعلق می گیرد. پس صداق که دین است و زوجه صلح کرده آن را بر سبیل ابراء، به سبب شرط خیار فسخ آن، سقوط متزلزل است. و چنانکه سقوط آن متزلزل است تعلق آن هم به مال او بعد موت هم

متزلزل است. و اینکه گفתי 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 می گوئیم 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 می شود هر گاه مالی باشد و هر گاه مال هم نباشد می تواند شد که باز در ذمه او مستقر شود. چنانکه قبلاً بود. مثل اینکه بعد موت زوج بر او ظاهر شود عداوت شدید به نسبت به زوجه و خواهد در قیامت از او باز خواست کند، باز رجوع می کند و اشتغال مستقر می شود. و از اینجا ظاهر شد که نمی توان 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 مصلحه، چون شامل صورتی هم هست که زمان فسخ اتفاقاً بعد موت زوج باشد، به منزله نذری است در وقت خاصی از اوقات مستقبلی که آنوقت 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 می طلبد. و در صورت صحت باز به سبب فسخ باطل می شود، و زوجه صداق خود را می طلبد. و اما اینکه زوجه خطاب کرده به زوج میت خود که صداق خود را به تو حلال

نهضت ترجمه

Translation Movement

[۱۹۵]

کردم که بنابر صورت سؤال قبل از فسخ صلح واقع شده - هر گاه به ثبوت برسد این خطاب. پس می گوئیم که یا این است که زوجه متذکر صلح هست یا نیست. پس اگر متذکر است که صلح کرده است، می گوئیم اما بنابر آن صورتهای که صلح صحیح است و هنوز فسخی واقع نشده، پس در ظاهر چنین می نماید 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 می کند. و لکن چنین نیست بلکه می گوئیم که می توان گفت که این لفظ این معنی را در بر دارد که (فسخ کردم و حلال کردم) از باب (اعتق عبدك عنی) یعنی غلام خود را تمليك من کن و از جانب من آزاد کن. یا اینکه (اگر خدشه و عیبی در عقد مصلحه در نفس الامر باشد من احتیاطاً 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 می گوئیم که اگر صداق عین

موجودی باشد، حلال کردن آن به میت در دو صورت اول معنی ندارد. به جهت آنکه با قطع نظر 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 می شود حلال کردن به اسقاط حق رجوع و حق خیار فسخ پس تصحیح آن ممکن است ولیکن این در وقتی خوب است که معلوم باشد که مراد زوجه این صورت است. و اما در صورت جهالت حال، پس اشکال بهم می رسد. 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 مابین یکی از این سه احتمال، و صحت وقتی ثابت می شود که فرض تحقق احتمال سوم باشد.

[۱۹۶]

ووجه صحت این است که: ظاهر لفظ (حلال کردم) ابراء است و اسقاط. و به این قرینه می توان حمل کرد بر احتمال ثالث. و ایضا افعال و اقوال 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 می گوئیم که متبادر از لفظ (حلال کردم) در صورت دین بری الذمه کردن است. و اگر کسی بگوید: که برئ الذمه کردن میت مستلزم سقوط حق زوجه نمی شود زیرا که بعد فوت میت چنانکه دین در ذمه او باقی است تعلق به مال او هم می گیرد 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 نمیرود تا ادای دین و وصیت نشود مطلقاً. یعنی خواه دین مستوعب ترکه باشد یا نباشد. و چنانکه دین تعلق دارد به ذمه میت تعلق می گیرد 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 می آید و منتقل به وارث می شود. و اگر اینها هیچیک به عمل نیاید و مال هم تلف شود، آن مال در ذمه متوفی می ماند 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 و جوه (۲) این است که مذکور شد.

(۱). نساء، ۱۲.

(۲). یعنی اظهر و جوه در تفسیر آیه.

وینابر این پس ممکن است که مراد زوجه اسقاط حق قیامت باشد، نه حق در دنیا که تعلق به مال او دارد. وقرینه 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 زوجش معاقب نباشد. نه اینکه مهر او را وارث های او بخورند هر چند دشمنان زوجه باشند. خصوصا در وقتی که می داند که زوج مال بسیار دارد و حکم خدا این است که اول دین را باید ادا کرد و اگر چیزی بماند به وارث می دهند. و نفعی دیگر از آن مال به میت نمی رسد. در اینصورت این ابراء چندان نفعی برای زوجش ندارد که تضییع 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 می گوئیم: شاید چون زوجه احتمال می دهد که ممکن نشود استیفای حق خود را از مال زوج بکند به سبب اینکه وارث ممانعت کند، یا مرگ مهلت ندهد، احتیاطا زوج را برئ الذمه می کند و اعراض می کند 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 زوجش مشغول الذمه بماند. بلکه می توان گفت که برئ الذمه کردن زوج جمع نمی شود 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 منأصلی نیست. بلکه حصول آن به تبعیت اشتغال ذمه میت است، و یا نفی آن این نیز منتفی می شود. 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

ترجمه
Translation Movement

تعلیق می شود یعنی اگر وارث وفا نکند یا مال تلف شود زوجم بری باشد و در قیامت از او مؤاخذه نمی کنم. و تعلیق در ابراء بی صورت است. و هر گاه این تعلیق منظور نباشد و منجزا او را بری کرده باشد دیگر حقی بر گردن وارث نمی ماند. چون ثبوت حق در گردن وارث تابع اشتغال ذمه میت است و به انتفای متبوع تابع منتفی می شود. بخلاف صورت غصب که در آنجا با تنجیز ابراء باز اشتغال ذمه دیگران باقی است. و ظاهر لفظ واطلاق (حلال کردم) هم این است که منجز باشد. چنانکه حقیقت ابراء هم این است. پس نتوان گفت: که این احتمال در جنب احتمال اول ضعیف است و اینکه دلالت لفظ بر اعراض مذکور ممنوع است، و غایت امر تساوی احتمالین است، و اصل بقای حق است تا یقین به رافع حاصل شود، و اینکه در حین موت زوج دو حق از برای زوجه حاصل است یکی حقی که در ذمه زوج دارد که اگر

در دنیا از مال او به او نرسد در اخرت مطالبه خواهد کرد، ویکی حقی که بر مال زوج دارد در صورت بقای مالی از او واستحقاق مطالبه آن را دارد از وارثی که مال در دست او است، یا از کسی که قائم مقام وارث است که این حق از جانب خدا قهراً و قسراً ثابت است، واسقاط اول مستلزم اسقاط ثانی نیست، واسقاط ثانی در معنی هبه دین است به وارث، یا به منزله ابراء وارث است از حق وجوب وفا از مالی که در دست او است، وحلال کردن میت و ابراء او دلالتی بر هبه به وارث یا ابراء او به احدی از دلالت ندارد. پس منافاتی نیست مابین حلال کردن صدق به میت و باقی ماندن حق صدق در مال او، هر گاه مالی داشته باشد. بلکه هر گاه مالی نداشته باشد و متبرعی از جانب او ادا کند هم جایز خواهد بود گرفتن زوجه آن را. زیرا که: دانستی که ابراء ظاهر در (تنجیز) است. و دلالت لفظ هم ظاهر است. و تبعیت اشتغال ذمه وارث به وفا هم اقتضای همین را می کند.

[۱۹۹]

وا احتمال دیگر در اینجا تصور می شود. و آن 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 وبری کردن خوب است و احتیاج به آن توجیهات سابقه نیست. لکن اشکال سابق باز وارد می آید که بری کردن زوج مستلزم سقوط حق زوجه بالمره نمی شود. و دفع آن هم بر وجهی که گفتیم ظاهر شد. پس هر گاه مطالبه صدق 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. به 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 صدق به او (می شود) 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 اینوجه که بر حق ثابت بلا عروض عارض، شده (چنانکه در حال عدم تذکر معتقد

آن است)، یا بر حق ثابت با عروض عارضی که مثمر ثمر نیست که ان صلح فاسد باشد. ولکن همان اشکال سابق باز وارد می آید که این ابراء مسقط حق او است که

[۲۰۰]

متعلق است به مؤاخذه قیامتی زوج، نه اسقاط حقی که در مال زوج یا بر وارث دارد. وجواب 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، ولکن در حین ابراء تکیه او بر اعتقاد بقای حق ثابت است. چون صلح را فراموش کرده و اگر متذکر میبود ابراء را منضم می کرد به فسخ آن صلح، یا قصد همان ابراء از حق تسلط بر فسخ می کرد. و الحال منجزا ابراء کرده. و این از باب (بیع مال مورث به اعتقاد حیات او، و حال آنکه درواقع مورث در حال بیع مرده بوده است و مال خود وارث بوده) می شود. و دور نیست که همین موافقت نفس الامر کافی باشد، هر چند علی سبیل الاتفاق باشد. هر چند در بعض صور ابراء مجهول، این سخن تمام نباشد، چنانکه 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 ولکن درواقع طلب داشته باشد و در آن دو وجه ذکر کرده: یکی برائت آن شخص است، زیرا که بری کرده او را از چیزی که در نفس الامر مالک آن است. دوم عدم برائت 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 مقتضای آن است که بنا را بر تذکر بگذاریم و به مقتضای آن عمل کنیم. و اگر دعوی و مخاصمه رو دهد، به مرافعه طی می شود. 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 بنا بر این وصیت صحیح است که باید به مقتضای آن عمل کرد، خواه فسخ بکند و خواه نکند. و اگر بروجه 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

[۲۰۱]

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 بعضی صدق عین باشد، در آن بعضی صحیح نیست. و اینها در صورتی است که مراد زوجه حلال کردن ویری کردن از حق الرجوع نباشد. زیرا که در اینجا ابراء صحیح است هر چند صدق عین باشد. و هر گاه دین باشد، یا بعضی 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 می شود و در مال او هم حقی ندارد. ویر 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 نمی توان 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 می شود والله العالم.

۸۵: سؤال: هبه غیر ذی رحم بعد از اجرای صیغه اقباض در چه صورت لازم می شود و در چه جا نمی شود؟ - و در جایی که لازم نیست به مجرد اقباض، آیا به سبب تصرف در آن منشاء لزوم می شود یا نمی شود؟ - و هر گاه منشاء لزوم می شود آیا در چه گونه تصرف منشاء لزوم می شود.

جواب: هبه غیر ذی رحم هر گاه معوضه نباشد و قصد قربت در آن نشده باشد، به مجرد اقباض لازم نمی شود جزما. و ظاهر اخلاقی در این نیست، و جمعی دعوی

نهضت ترجمه Translation Movement [۲۰۲]

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 نمی توان کرد. و تصرف در آن شرط نیست. و دلیل اینها هم سابقا در جواب مسائل گذشت. (۳)

و هم چنین هر گاه عین موهوبه بالمره تلف شده باشد، خواه از جانب خدا تلف شده باشد یا به فعل متهم و یا غیر او. و خلاقی در این نیست. بلکه جمعی دعوی اجماع کرده اند و حسنه حلبی (۴) هم دلالت بر آن دارد و بعد از این ذکر آن می کنیم. و اما هر گاه هیچ يك 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 متهم باقی باشد یا منتقل به غیر شده باشد، یا تغییری در آن بهم رسیده باشد مثل این

که گندم را آرد کرده یا کرباس را قطعه، قطعه کرده. یا مطلقاً تغییری بهم نرسیده مثل این که چاروا [را] سوار شده ودر خانه مسکن کرده. و هم چنین سایر تصرفات. واین 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 مطلقاً. واین را از مفید و شیخ و ابن براج نقل کرده [اند] و مختار ابن ادریس هم همین است. ودر 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 ووطی کردن کنیز) رجوع نمی تواند کرد. و هر گاه بدون اینها باشد (مثل سکنی کردن خانه و سوار شدن

(۱). وسائل، ابواب الهبات، باب ۳، ح ۲ و ۱ و باب ۶، ح ۱ الي ۴.

(۲). همان، بب ۴، ح ۶ الي ۸.

(۳). از آن جمله نگاه کنید به مساله ۷۹ همین مجلد.

(۴). وسائل، ابواب الهبات، باب ۸، ح ۱.

[۲۰۳]

چاروا و پوشیدن جامه) پس لازم نیست و رجوع می تواند کرد. واین قول ابن حمزه است و شهید در دروس. ودر مسالك نسبت آن را به جماعتی از متأخرین داده. و ابن حمزه گفته است که خروج از ملك باعث لزوم می شود هر چند باز به او برگشته باشد. واطلاق کلام دیگران هم شامل آن است. و ابن حمزه گفته است که رهن کردن عین، یا مکاتب مشروط کردن عید منشأ لزوم نمی شود، بلکه هر گاه رهن را خلاص کند یا عید عاجز شود از ادای مال الکتابه، رجوع می تواند کرد. دلیل قول اول، اصل و استصحاب (جواز رجوع بعد قبض و قبل از تصرف) است و اجماعی که از ابن زهره نقل شده واحادیث معتبره بسیار که دلالت دارند بر جواز رجوع در هبه بالغوم یا بالاطلاق. خصوصاً آن اخباری که تفصیل داده اند به این که در ذی رحم هبه لازم است ودر غیر ذی رحم جایز است رجوع و حسنه حلبی که می آید (۱) نیز در ادله این قول می تواند شد بر وجهی. و دلیل قول دوم: آنچه در مسالك ذکر کرده ده دلیل است. ولیکن اکثر آنها بی وجه است و لایق ذکر نیست. و از جمله آنها دعوی اجماعی است، واز مسالك ظاهر می شود که مدعی آن صاحب کشف الرموز است. ودر مسالك طعن بسیار بر این دعوی زده. و بسیار خوب کرده، خوشم می آید 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. واز جمله آنها روایت ابراهیم بن عبد الحمید از حضرت صادق - ع - است (قال: انت بالخيار في الهبة مادام في يدك. فاذا خرجت الى صاحبها فليس لك أن ترجع فيها. وقال رسول الله - ص -: من رجع في

هَبْتَهُ فَهُوَ كَالرَّاجِعِ فِي قِيَّتِهِ). (۲) واین 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.

[۲۰۴]

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 می آید که قبل از تصرف هم حرام باشد، و ایشان قائل به آن نیستند. و قبح و شناخت ظاهری در عرف و عادت خصوصا در نظر اهل بصیرت و صاحبان مروت مشترک 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. چنانکه در مسالك اشاره به آن کرده. و به هر حال، بعد از ملاحظه اخبار معتبره بسیار که دلالت بر جواز رجوع در هبه می کند (بالا طلاق یا در بعضی صور)، چگونه اعتماد به دلالت این روایت بر حرمت باقی می ماند. 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 بعينها فله ان يرجع فيها، والا فليس 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 متهد 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.

[۲۰۵]

عین تحکم یا تکلف است. بلکه می توان ادعا کرد بقای عین را با تغییر بسیاری از اوصاف آن، چه جای تغییر کم. وایضا 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. واین 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 جایی که ظاهر باشد دلالت آن، و آن در صورتی است که عرفا صادق آید تغییر عین. و به این جمع می شود 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. واما کلام در دلالت آن: پس آنچه به فهم حقیر می رسد این است که مراد از (قائمة بعینها) دو چیز است به مقتضای تبادر: یکی آن که عین قائمه باشد در نزد متب به جای دیگر نرفته باشد، و مراد از رجوع، رجوع به متب است. یعنی از برای واهب است رجوع به متب در عین موهوبه. زیرا که غالب آن است که بدون این که از متب بگیرد رجوع متحقق نمی شود. و وقتی که منتقل به غیر شده این را رجوع نگویند، چون به او نداده بود که به او رجوع کند. و الحاصل متبادر از رجوع در هبه این است که چنانکه داده بود باز استاند. (۱) و این مناسب متب است نه مشتری که از متب خریده. و متبادر از مال باز استندن (۲) این است که در نزد او باشد و باز استاند. نه این که او را



(۱). کذا: استاند.

(۲). کذا: استندن.

[۲۰۶]

الزام کند که برود و از مشتری بگیرد و بیاورد. پس در صورت خروج از ملك نگویند که (الهبه قائمة). و علامه بر تبادر، می گوئیم 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 هوایی 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 مملوکه غیر می گویند به سبب خریدن و هر چند در این اشکال می توان کرد که مبدأ اشتقاق در اینجا حال است و فعل، و آن منقضى شده در دست متب نیز. نه از باب ملکات و حرف. و لکن باز اطلاق آن بر آن عین (مادامی که در ملك متب است) اظهر است، و اقرب مجازات خواهد بود. پس از اینجا

ظاهر شد که در صورت خروج از ملك صدق نمی کند (قائمة بعینها)، هر چند مطلقا در ذات وصفات آن تغییری بهم 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 اينها 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 بهم نرسیده پس قاعده این است که هر چه در عرف صدق کند تغییری بهم 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 فيه 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 می شود به حدس و وجدان و نظر اهل ادراك پس هر گاه اختلافی در افهام واقع شود

[۲۰۷]

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 لا غیر. و از مواضع اشکال و طی جاریه است که باکره نباشد يك دفعه، که بعضی 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 و الا آن 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 بعینها) (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، چنانکه قبل بیان کردیم. به سبب آن که در حین خروج چون عین قائمه نیست در نزد متهب، لازم می شود. و حکم مستصحاب است. و هم چنین در

وطی امه خصوصا در وقتی که ام ولد شود هر چند ولد بمیرد وعود کند به رقیبت 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

[۲۰۸]

مخالف فتوای اصحاب قول به تفصیل است، و موهم خرق اجماع مرکب می شود. و این توهّم هم ظاهرا 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

[۲۰۹]

کافی باشد در قبض. ومع هذا اشكال در مثل يد فرزند يا ملازمی است - که در خانه او متوجه اموال او است و حیوان های او را خدمت می کنند و حیوان را به آب می برند و عوامل را به شیار می برند (۱) و می آورند به طویل مالک میبندند، و امثال اینها - که آیا يد اینها هم مثل يد ودیعه و عاریه و غیره است؟ یا بعینه مثل يد مالک است؟ هر گاه مثل يد مالک است پس قبض به عمل نیامده است و این نیابتی و وکالتی است و این اضعف است نسبت به متهب از يد ودیعتی نسبت به مالک. پس هر گاه يد ودیعتی در حکم يد مالک باشد و کافی باشد در قبض نسبت به صغیر، پس يد نیابتی به طریق اولی در حکم يد مالک است. پس چگونه حکم می شود به این که يد متهب است و کافی است در قبض او. و کلام فقها هم منافاتی ندارند با این که ما گفتیم در يد نیابتی به سبب این که ایشان صریحا متعرض این يد نشده اند، و يد ودیعتی که آن را کافی دانسته اند در قبض مستودع، مستلزم کفایت يد نیابتی نیست. زیرا که وریعه در اصطلاح فقها عبارت است از استنابت در حفظ و عقدی است که مفید استنابت در حفظ است و پس، و جایز نیست از مستودع تصرف در ودیعه. بخلاف این يد 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 يد نیابتی که (نیابت 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 يد 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 می برند.

[۲۱۰]

فرق میان عاریه و ودیعه در مسأله هبه ولی به صغیر نیست. زیرا که مودع و معیر هر دو هر وقت خواهند می توانند تصرف در ودیعه و عین معاره بکنند. پس چرا در مسأله هبه به صغیر فرق گذاشته اند. و اگر افراد و استقلال يد 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 يد في الجملة کافی است (به معنی این که هر وقت خواهند تصرف می کنند) باز فرق میان مودع و معیر نیست. چنانکه گذشت. بلی، فخر المحققین دعوای 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 اینهم مشکل است. مگر این که تعبد محض باشد. وثانیا: 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 حقیقتا تعلیق در انشای ایجاب باشد به حصول آن شرط. پس ظاهر آن بطلان است. چنانکه 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) چنانکه مورد سؤال است، نه مطلق هبه معوضه، که این حقیقتا 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 متبیه حصول ایجاب و قبول و قبض در هر يك از متبیین، پس [به] مجرد ایجاب و قبول و قبض در هبه اول، آن لازم نمی شود تا هبه ثانیه و قبض آن به عمل نیاید. و اینکه در مسالك گفته است که (از جانب متبیه لازم است نه از جانب واهب) محمول است بر این که متبیه نمی تواند 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 می کند و هیچ نمی دهد. چنانکه از کلام او ظاهر می شود

[۲۱۱]

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 می شود آنجا که گفته است که (در هبه معوضه فرقی نیست مابین 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 می شود و این کمتر بودن نمی شود 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 می آید. 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، ولیکن 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 می شود. 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 صادق. آیا داخل هبه معوضه است؟ و مادامی که احدهما رجوع نکند دیگر نمی تواند -؟): بلی هبه معوضه است.

[۲۱۲]

و اگر بگوئی: که صاحب مسالك گفته است که (هر گاه واهب خواهد رجوع کند و متهم 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 نمی شود الا به قبول، و شرط است در لزوم هبه قبول کردن واهب اول، و به محض بذل و عطای متهم نمی گویند 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 می آید 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 جدید است) و نگفته (هبه جدید است). پس مراد او در اشتراط قبول واهب اول عوض را، این است که بر خود قرار دهد که هبه اول لازم شود. و گرنه 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 توبه 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 متهم 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 می تواند قبول نکند و منع کند از ابرا و دوختن

وساختن. وآنکه مشهور علما گفته اند و (اظهر هم آن است) که (ابرا محتاج به قبول نیست) در غیر چنین جایی است که ابرا در عوض چیزی باشد. چنانکه پوشیده

[۲۱۳]

نیست. هر گاه این مقدمه را دانستی، ظاهر می شود که هبه معوضه متحقق می شود به این که واهب شرط کند هبه چیزی [را] به غیر خود. یا ابرا غیر، از حقی. وامثال آن. به جهت آن که عرفا صادق است که این هم عوضی است. زیرا گاه است که نفعی عاید واهب می شود به سبب این هبه به غیر، وداخل عموم اخبار است. وگاه 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 یناب من هبته، ویرجع فی غیر ذلک ان شا). (۲) چون مراد از جواز در اینجا لزوم است، به قرینه مقابله [با] (ویرجع 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 نمی توان کرد. که مفهوم این حدیث این است که هر گاه عوض به غیر صاحب هبه داده شود رجوع می تواند کرد. و اما [هبه] ثانی: پس به جهت این که شرط را قسطنطینی از ثمن می باشد. 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 می شود و لازم می شود مگر این که

(۱). در نسخه: بوده.

(۲). وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶، ح ۱.

(۳). همان، باب ۹، ح ۱.

[۲۱۴]

واهب اول رجوع کند در هبه اول: پس این هم رجوع می کند در هبه ثانیه. و این توهم ضعیف است. چنانکه دانستی که در عرف صادق است که این هبه به غیر هم عوضی است که نفع آن بواهب اول

می رسد. واگر بگویی که: متبادر از حدیث این است که عین عوض به واهب اول برسد. می گوئیم: (بعد از منع تبادر) این که اگر مسلم داریم تبادر این معنی را هم، می گوئیم که متبادر از حدیث این است که عوض دادن از متهب صادر شود. واین در هبه ثانیه مفقود است. زیرا که در اینجا عوض از متهب 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 می کند. به جهت آن که شکی نیست که ثمن مثنی است، پس شرط در اینجا نیز عوض از عین موهوبه است، ومفروض این است که به عمل آمد [ه]. پس هبه معوضه در هبه اولی هم متحقق می شود. والحاصل: در معنی حدیث احتمالات چند هست. زیرا که کلمه (یثاب) ممکن است که نایب فاعل آن ضمیر مستتر باشد که عاید به موصول می شود، که مراد از آن واهب است. وممکن است که نایب فاعل کلمه (من هبته) باشد. وبنابر اول، عوض باید عاید به واهب شود. وبنابر ثانی می تواند شود که عاید به غیر واهب شود. و هم چنین فاعل (ثواب) می تواند که متهب باشد، و می تواند که غیر او باشد. وگویا نظر فقهای که صدقه را از جمله هبه معوضه قرار داده اند، به احتمال ثانی باشد. که فاعل عوض در اینجا خدای تعالی باشد. ولکن اظهر احتمالات همان است که نایب فاعل، ضمیر مستتر باشد، وفاعل هم متهب باشد. واشکال همان در معنی عوض است که آیا باید عینی یا عملی باشد که عاید واهب شود؟ یا این که همینکه مطلق نفعی به او می رسد هر چند سرور وصول نفع به غیر باشد، کافی است. ودانستی که عرفا این معنی را عوض می گویند. ومتبادر از عوض وثواب هم اجر الهی نیست. و هر گاه فاعل ثواب را هم اعم از متهب بگیریم پس لازم می آید که اگر عوض را غیر متهب بدهد، لازم شود. و کسی به آن قائل نشده.

نهضت ترجمه

Translation Movement

۱۳۱۵

وبالجمله: در تحقق هبه معوضه شرط حصول نفعی از برای واهب در عوض هبه کافی است هر چند به دادن چیزی به غیر باشد. واز این جهت است که ما تجویز می کنیم که زوجه شرط کند در جز صداق این که به پدرش هم چیزی بدهند، بلکه خدمت کردن زوجه را از برای پدرش. چون في الجملة نفعی عاید خودش می شود. مثل تقلیل مؤنه او هر گاه زوجه موسره باشد وپدرش معسر ونفقه اش بر او لازم باشد. واینکه فقها منع کرده اند صحت آن که از برای پدر قرار می دهند، محمول است بر آن که محض از برای پدر باشد در عوض بضع مثل این که صغیره را پدرش عقد کند در ازا خدمت زوج از برای خودش وحکایت شعیب از این باب بود. و ثبوت آن در شرع ما ممنوع است. وما 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 می شود ولیکن منشأ تزلزل عقد می شود. یعنی لزومی که به سبب ذی رحم بودن است متزلزل می شود. پس هر گاه عوض به عمل نیامد به این که متب به 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 نمی خورد و رجوع نمی تواند 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 نمی آید، جواز رجوع در صورت وفای متب به شرط. و نمی توان 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

[۲۱۶]

معوضه که واهب قبول عوض را نکند با بذل متب، در صورتی منشأ جواز رجوع می شود که ذی رحم نباشد. پس مقتضای آن با مقتضای هبه معوضه منافاتی ندارد. و بدان که: هبه ذی رحم را می توان 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 نمی شود. چون هبه غیر ذی رحم از عقود لازمه نیست بنفسه. و هر گاه بدون ذکر شرط از عقود لازمه نباشد منشأ لزوم شرط نمی شود. 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،

(۱). رجوع کنید به مساله شماره ۷۹ از همین مجلد.

[۲۱۸]

مقصود بالذات جواز رجوع باشد، بلکه حق الرجوع در آن طاری می شود به سبب پشیمانی 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. واز قبیل خیار مجلس و خیار حیوان و خیار شرط است در بیع. واین حق به میراث منتقل می شود و دلیلی بر سقوط آن نیست. وچنانکه مقتضای [بخش] اول صحیحہ عبد الله بن سنان مقدمه (۱) این 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 می شود. پس بنابر این [این] حق الرجوع به میراث می رسد و به سبب موت واهب یا متهب زایل نمی شود. پس هر گاه واهب بمیرد قبل از وصول عوض، وارث او مستحق فسخ هبه می شود. 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 می آفتد و تابع شرط می شود، مقتضای شرط به میراث می رسد (۳) و در صورتی که متهب عوض را می دهد و واهب

— ۱۱۸ —

(۱). وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۶، ح ۱.

(۲). عبارت نسخه: مقتضای شرط نیز به میراث می رسد.

[۲۱۹]

قبول نمی کند، هبه از لزوم نمی آفتد و رجوع جایز نمی شود که این معنی به میراث برسد و وارث تواند رجوع کرد. چنانکه در مطلب سابق گفتیم. و صورت مسأله که سائل سؤال کرده از باب هبه ذی رحم است. و هم چنین ظاهر شد حکم جایی 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؟. ودر اینجا اشکال رو می دهد 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. چنانکه از جمله خواص آن این است که وفای به آن بر مشروط علیه واجب است و مشروط له را می رسد که او را اجبار کند بر وفا. و [در مانحن فیه] ثبوت این دو (خاصه) در حال حیات نمی شود و تحقق حصول آنها از برای میت، خود بی معنی است. زیرا که میت را قدرتی نمی باشد، و احکام متعلق به او نمی تواند باشد. و وارث او هم بالذات اسحقاق این معنی [را] ندارد. وحق 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 می شود 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 می رسد. پس اگر فرض کنیم که معصومی خبر بدهد به مشروط له که مشروط علیه بعد از موت

[۲۲۰]

تو وفا به شرط نخواهد کرد، حق خیار فسخ برای او در حال حیات ثابت می شود و همان معنی به میراث منتقل می توان 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 می شود از آنچه پیش گفتیم به همان تفصیل که اگر ذی رحم است لازم است و وارث نمی تواند فسخ کند. و هر گاه ذی رحم نباشد نباید تواند فسخ کرد و موت در اینجا منشأ سقوط خیار رجوع نمی شود. باقی ماند اشکال در این که آیا این عوض که شرط شده است که ببخشد به غیر بعد از موت، داخل ملك و اهب و از جمله ترکه او می شود 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 می شود. و به همین شرط، وصیتی متحقق می شود از برای آن وارث، پس دخول آن در مال و اهب و اخراج آن از باب وصیت به جعل واحد می شود. زیرا که از حیثیت این که آن شرط در معنی عوض عین موهوبه است مال و اهب می شود. و از حیث این که گفته است که بعد موت به آن وارث خاص بدهد، وصیت است. پس وارد نمی آید که کسی بگوید که (شرط بخشیدن آن مبلغ به

آن غیر، وصیت است، وصحت وصیت موقوف است بر استحقاق ومالکیت موصی آن شیئی موصی به را در حال حیات. ومفروض این است که استحقاق ومالکیت او هم متحقق نشده الا به این شرط که در معنی وصیت است. واین مستلزم دورااست). زیرا که این از باب (دور معی) می شود وآنچه محال است (دور توقفی) است. پس ملاحظه خروج آن ثلث می شود. وزاید بر ثلث را هر گاه ورثه امضا نکنند، ما بین همه قسمت می شود. اگر بگوئی: که هر گاه شرط ووصیت به جعل واحد موجود می شوند، پس عدم خروج از ثلث با عدم امضای وارث کاشف از انتفای شرط می شود 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 ووصیت به جعل واحد باشد لکن شرط بالذات

[۳۳۱]

تقدم دارد بر وصیت، بلکه تقدم وجود خارجی هم دارد. چون از توابع هبه است و هبه مقدم است در ذکر، ووصیت هم هر چند تابع است ولکن تابع تابع است وتابع مقدم است وبر تابع تابع. پس هبه به سبب تقدم وضعی وطبعی اثر خود را در تمليك مجموع في الجملة کرده است. پس حکایت نقضی که به سبب ملاحظه ثلث متصور می شود بر همان شرط وارد می آید، 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 وورثه فسخ هبه کنند، بنابر توجیهی که سابق کردیم از برای جواز فسخ، آن ملك مشترك خواهد بود میان ورثه کما فرض الله. وحکم آن وصیتی که از شرط مستفاد شده بود نیز باطل می شود، و موصی له از این حیثیت مستحق چیزی نخواهد بود، خصوصا در صورت سؤال چون باعث بر آن شرط این بود که آن ملك را به بعض ورثه داده بود وغیر را محروم کرده بود والجال از حرمان بر آمد.

۸۸: سؤال: هر گاه زید ملکی را به عمرو ببخشد وشرط کند در ضمن عقد هبه که بعد از فوت او دو سال نماز وروزه برای او استیجار کند، یا آن که خود عمرو برای او به جا آورد. این هبه وشرط، صحیح است یا باطل؟ -؟ واجرت المثل اجاره داخل ترکه می شود یا نه؟ -؟ و از اصل مال وضع می شود یا از ثلث معتبر است؟ -؟.

جواب: اشکالی که تصور می شود از برای صحت شرط، این است که نیابت در نماز وروزه 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. واین اشکال مندرج است به این که گاه است که حین ظن موت این کار را می کند که فرصت آن نیست که خود قضا کند، یا مقصود او این است که شرط صوم

وصلات می کند علی الاطلاق وقصد این را دارد که اگر عمر یا توفیق وفا نکرد مشروط علیه عبادات واجبه 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

[۲۲۲]

هم میتنی بر قضای احتیاطی باشد که اشکالی نیست. بلکه می گوئیم که هر چند عصیانا تأخیر کند در قضای عبادات واجبه وقصد 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 نمی آید 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 ترکه می شود. و از باب وصیت می شود به جعل واحد. و از ثلث اعتبار می شود. چنانکه پیش گفتیم در جواب مسأله سابقه. یعنی هر گاه غیر ملک موهوبه مالی دارد که به ضمیمه اجرت المثل آن قدر هست که اجرت المثل ثلث مجموع می شود، [در این صورت] در تمام اجرت المثل وصیت ممضی است. و هر گاه اجرت المثل از ثلث برنیاید ورثه امضا نکند، در مقدار ثلث معتبر است. پس هر گاه مال منحصر باشد در همان اجرت المثل، ثلث اجرت المثل را عبادات استیجار می کند و تتمه را به ورثه رد می کند. و اما هر گاه شرط کرده باشد که خود موهوب له بنفسه به عمل آورد، پس اشکال بهم می رسد. از این حیثیت که گاه است بر وارث قضای عبادتی لازم نباشد و بر فرضی که باشد مادام الحیات مستحق آن نمی تواند 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 می کرد استیجار صوم و صلوات را، نیز جاری است، زیرا که شرط در آنجا نیز نیز استیجار بود، نه اجرت المثل پس آنچه مستحق می شد ثلث استیجار بود نه اجرت المثل. خصوصا 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

[۲۲۳]

ملاحظه ثلث بودن وزاید بودن، بعد از موت می شود. و در آن وقت ملاحظه عوض المثل آن وقت می شود. گو در حین شرط عوض المثل مجهول باشد چون نفس شرط معلوم است. پس در هر دو صورت وارث مستحق همان عمل می شود، ومشروط علیه را نمی توان 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 ومستأجر فوت شود) پس باید که اجیر آن ده روز عمل را برای وارث مستأجر بکند. زیرا که اقوی عدم بطلان اجاره است به موت مطلقا. بلی هر گاه اجیر شرط کرده باشد که مستأجر بنفسه استیفای منفعت را بکند اجاره باطل می شود به موت مستأجر، و ورثه مستأجر رجوع می کنند به اجرت المثل اگر به اجیر داده باشد. و بدان که: اگر متهم 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، وزاید 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 نمی شود (و نمی تواند الزام کند ورثه را که اجرة المثل آن قدر را قبول کنند) و وارث ها از عین موهوبه به قدر آن عمل می توانند استرداد کنند.

۸۹: سؤال: زید ادعا می نماید که املاك و بیوتات و اثاث البيت و غیر این اشیاء، حصه پدری را همشیره (وهی المسماة) زینب خانم به من هبه و عطیه نموده است. و حال آن که همشیره زید که زینب خانم باشد تقریر می نماید 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] نمیشناسد. و هبه بی عوض هم می باشد. 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،

ولكن ظاهرا قائل به فرقی ندیده ایم. وروایتی که حسن و شوا نقل کرده(ع) در ماده وصی علی بن سری که پسرش جعفر به ام ولد او وقاع کرده بود، وعلی وصیت کرده بود که او را بری کنند، وحضرت موسی کاظم (ع) فرمود که به وصیت او عمل کنند، بعد تسلیم سند وجواز عمل به آن، آن نیز وارد در موضع خاص است وافاده عموم نمی کند. واین بابویه نیز گفته است که این مخصوص صورتی است که از پسر این حدث سر زند و هم چنین شیخ فرموده که این مختص آن واقعه جزئی است. ومحقق فرموده که [این روایت مهجور است.

- (۱). ... من بعد وصية يوصي بها اودين غير مضار وصية من الله و الله عليم حليم - سورة نساء آیه ۱۲.
(۲). وسائل، ج ۱۳، احكام الوصايا، باب ۵، ح ۲۱ و باب ۸، ح ۱ الي ۵ و باب ۳۷، ح ۴.
(۳) و(ع). وسائل، ج ۱۳، احكام الوصايا، باب ۹۰، ح ۲۱.

[۲۳۶]

وقول 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 می کند به مقدار سهم او، پس مقدار حصه او مختص باقی است. و او با سایر ورثه در ثلثین باقی حصه می برد. و اگر وفا نمی کند هر قدر آن که از ثلث خارج شود به باقی ورثه می دهند. 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 نمی شود به هیچ يك از دلالات حتی به دلالت تبعیه که آن را (دلیل اشاره) می گویند. بلی لازم کلام این است - بر فرض قبول واستماع آن - این که همه مال از باقی ورثه شود. به جهت آن که امر منحصر است در این. و این از بابت امور خبریه و قسریه است - مثل انتقال ملك به سبب موت اولاد، ومثل حصول عتق از برای پدر، هر گاه او را فرزند بخرد هر چند نداند پدر است، وامثال 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 نمی گویند تا قصد وصیت نداشته باشد.

۹۱: سؤال: هر گاه شخصی در حال بیماری وصیت نموده که جمیع متروکات او را صرف حمام یا

کاروانسرا ووجه بر نمایند، واولاد 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. وفلان هفت قفیز زمین را دو قفیز آن از پسرم باشد، و پنج قفیز باقی از برای ملا نشاندن سر قبر و صلوات و صوم من باشد. و مهر و تمليك شوهر حیم را به او بخشیدم. و آنچه خانه شوهر

سابقم هست از پسر زینب باشد. و فلان اطاق که خریده ام از شوهر حالم باشد). و در باب صرف نمودن پنج قفیز زمین در ما ذکر اهتمام بسیار داشته و صد مرتبه اعاده نموده و سفارش به حاضرین کرده حتی آن که گفته که کسی را در آن دخی و رجوعی نباشد و دیناری به خود عاید ننمایند و تمام قیمت آن را به مصارف مذکوره برسانند. و بعد از فوت زینب به دو سه یوم شوهرش نیز وفات یافته و از مرحومین يك نفر صبیّه

[۲۲۷]

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 محاباتیّه، و برخی غیر محاباتیّه، و بعضی از ورثه غیر قابل اجازه. فحسب الوصیه 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 الیقین) در نظر نداشته و بالیقین که تفاوت تقدیم و تأخیر و (اختیار بیش از ثلث را نداشتن) ظاهراً نیز نمی دانسته. و اما در صرف تمام موصی به (صومی و صلاتی) اعتنا و اهتمام تمام داشته. چنانکه مذکور شد. و چون ابرا به لفظ (بخشش) ادا کرده و مقرون به قبول نشده، آیا منشأ اختلاف حکم می شود یا نه؟ و اگر بعد از موت قبول به عمل آید بلا اثر وفایده می دانید کما هو ظاهر الاصحاب و حال سایر العقود، یا رأی شریف به اثر وفایده هست در اینجا؟ الحاصل: آنچه حکم ما ذکر است به تفصیل بیان فرمائید که به آن معمول گردد ان شا 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 است پس لفظ بخشش که ظاهر در هبه است منصرف به ابرا می شود. و ابرا ما فی الذمه هر گاه به لفظ هبه باشد و غرض بخشش به خود مدیون باشد، صحیح است علی الاظهر الاظهر. و قبول در ابرا شرط نیست، علی الاظهر 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 مافی ذمه 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 ابرا نیز محتاج است به قبول و در عین متحقق نمی شود. 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 می شود. و اگر مهر مشتمل بر عین و دین هر دو باشد، پس اشکال بیشتر

می شود، به جهت استعمال لفظ در معنی حقیقی و مجازی .و بعد از قطع نظر از این اشکال با حمل آن بر

[۲۲۸]

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 من باشد که از او دارم) علی الظاهر وارث منحصر در او است - این است که زینب گفته است که آنچه به من می رسد از بابت مهر شوهر اولم، هیچ را نمی خواهم و از مال او هیچ بر نمیدارم همه را بدهید به پسر اولم که از او دارم. ولیکن ظاهر حال این است که ابرا 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 بنابر قول به خروج منجزات از اصل، كما هو الاظهر في النظر القاصر. و اما سؤال دوم: پس آن وصیت است در پنج قفیز زمین [بر] ملا نشان دادن 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 ابرا 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 میدانند 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 آنچه مقدم است در ذکر - علی 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 میدانند. الاول فالاول، تا ثلث مال تمام شود. و بعد از آن را اگر وارث اجازه نکند، یا اگر اهل اجازه نباشد (چنانکه 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.

[۲۲۹]

مستقل، وهر يك از آنها صحيح اند. اما در ماقبل اتمام ثلث: پس لازم است. واما بعد اتمام ثلث: پس صحيح است اما لزوم آن موقوف است بر اجازه. واین حکم از اخبار نیز مستنبط می شود خصوصا از روایت حمران. (۱) و بعضی اخبار که دلالت دارد بر خلاف این مهجور است. (۲) و خلاف شیخ و ابن جنید و هم چنین خلاف ابن حمزه در مسأله، ضعیف است. لکن در این مقام اشکالی هست. و آن این است که بعضی علما مثل شهید ثانی (ره) و غیره، واجبات بدنیه (مثل وصیت صوم و صلوات واجبه) را مقدم میدانند بر متبرع بها - مثل وصیت زمین برای پسر و اطاق برای شوهر که در صورت سؤال مذکور است - هر چند ذکر آن در وقت وصیت متأخر باشد. و دلیل آن هر چند الحال در نظر حقیر وضوحی ندارد، نهایت حسب المقدور احتیاط این معنی را در نظر داشتن خوب است. و محتمل است که نظر ایشان به این باشد که بنابر قول به وجوب وصیت بدنیه (کما هو الاظهر) در آنچه عصایا ترك کرده، لازم می آید از تقدیم متبرع بها، ترك واجب. پس وصیت به متبرع بها با وجود اشتغال ذمه به عبادت بدنیه، در صورت مذکوه، باطل [می] باشد. پس از این جهت باید آن را مقدم داشت. و با وجود این که این دلیل اخص از مدعی است، در مقدمات آن منع ظاهر است. و دلالت مر به شیئی (بر نهی از ضد آن) ممنوع است. و کیفما کان، واجبات بدنیه نیز از ثلث مال اخراج می شود، الاول فالاول. و بعد از آن متبرع بها. و اما آنچه از اصل مال خارج می شود پس آن واجبات مالیه محضه است. مثل زکات و خمس و کفارات و نذورات مالیه. یا آنچه مشوب به بدن هم باشد، مثل حج. و هم چنین آنچه ورثه اجازه کنند. و اما واجبات بدنیه مثل صوم و صلوات، پس آن از ثلث مال خرج می شود. 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 نمی کند در صورت عدم وفای ثلث. و بنابر قول به (تقدیم واجب بدنیه) 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، باب ۱۱، ح ۴ و باب ۱۸، ح ۷.

[۲۳۰]

اختیار داشتن بیش از ثلث مال) و به این که (به سبب تقدیم و تأخیر ذکری تفاوت حاصل می شود) پس آن منشأ فرقی نمی شود، به سبب اطلاق ادله. و در احکام وضعیه، غالبا جهل را مدخلیتی نمی باشد.

۹۲: سؤال: ثلث وصیت که معتبر است، آیا آنچه را وصیت کرده همان شیئی بجنسه از ثلث کل مال اخراج می شود؟ یا از کل مال از هر شیئی ثلث اخراج می شود؟

جواب: بجنسه همان شیئی را ملاحظه می کنند اگر بعد ملاحظه یمت مجموع مال، قیمت این شیئی اضافه بر ثلث نباشد، همان را به مصرف وصیت میرسانند. و اگر اضافه باشد، به قدری که مساوی ثلث باشد آن را به مصرف میرسانند. 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. ووقفیت آن مکان به هیچ وجه من الوجوه معلوم نیست وآنچه به استماع معلوم شده این است که خدام آستانه مقدسه مذکوره قیمت معینی میگرفته اند وهر کس که خواهش می نمود که در آنجا مدفون شود، دفن می کردند و هم چنین وصیت نموده که بعضی املاك 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 می توان عمل کرد. وآنچه 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 می آید، تمام آن معتبر است. و اگر نه در همان قدری که از ثلث بر می آید اکتفا می کنند و باقی را به ورثه رد می کنند. والله العالم.

۹۵: سؤال: زید در حین حیات خود صبیّه خود را متزوجه نموده به عمرو داده و به 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 می تواند 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

[۲۳۱]

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 وراث بدهند. چنانکه ظاهر صورت سؤال همین است. و در این صورت ظاهر این است که ثلث مال او را به سایر ورثه می دهند و در ثلثین باقی دختر با سایر ورثه شریک است. والله العالم.

۹۶: سؤال: زینب صاحب فراش دو سه یوم قبل از آن که داعی حق را لبیک اجابت گوید، جمیع مایعرف خود را از املاك و باغات و گوسفند و اثاث الدار و حق الصداق حتی التود فی الجدار) به زوج خود هبه

نموده. و يك نفر عمه زاده حى و يك نفر برادر - كه حال مدت چهل سال شايد متجاوز مى باشد كه مفقود الخبر است - وارث دارد. تركه او به عمه زاده، يا زوج، يا برادر مفقود او، [به] كداميك انتقال مى يابد؟ و هبه مرض موت صحت دارد يا نه؟

جواب: على تقدير عمه زاده نصيبى ندارد. و اظهر آن است كه هبه زوجه به زوج لازم باشد هر گاه به قبض و تصرف زوج داده باشد و اظهر آن است كه در مرض موت بودن باعث رجوع به ثلث نمى شود. الله العالم.

۹۷: سؤال: شحصى در حين حيات وصيت نموده كه (بعد از آن كه داعى حق را اجابت كردم اموالى كه بعد از من باقى [مى] ماند، اولاد برادر من را از مال من بى نصيب و بى بهره ننمائيد). به همين لفظ وصيت نموده. نه تعيين وصى نموده و نه تعيين مقدار بهره. آيا در اين صورت اولاد برادر متوفى را مى رسد كه ادعاى رسد خود را به عنوان اين وصيت از عموى خود نمايند يا نه؟

جواب: چون از براى اين الفاظ مقدري در شرع وارد نشده است بايد رجوع كرد به فهم و تعارف وارث كه از اين عبارت چه چيز فهميده است و اينكه مراد از (بهره بدهيد و نصيبى) يا (بى بهره نكنيد و بى نصيب نكنيد) چه چيز فهميده است. يا اين كه متعارف اهل آنجا چه چيز است، آيا مى فهمند كه (اولاد برادر را مثل يكي از وارث (۱) خودم حساب كنيد) يا (قليل ملكى بدهيد) يا (قليل باغى بدهيد) هر گاه يكي از اينها معلوم شود به آن عمل كنند. و اگر اولاد برادر دعوى علم بر وارث كنند كه: تو مراد پدريت را ميدانى، و او انكار كند. قسم مى توانند داد كه او علم ندارد. و اگر هيچ يك از اينها نباشد و به مصالحه

(۱). در نسخه، اولاد برادرها را مثل يكي از وارث..

ترجمه
Translation Movement

هم طى نشود، اقل ما يَحْتَمَل - يعنى كمتر چيزى كه محتمل باشد كه مراد موسى است - آن را به اولاد برادرش بدهند. والله العالم.

۹۸: سؤال: هر گاه وصى را پيرى و خرافت و عجز در يابد چه بايد كرد؟

جواب: حاكم شرع كمكى و معينى براى تعيين كند.

۹۹: سؤال: آيا جايز است رد وصيت؟ يا اين كه مجرد وصيت كردن به اين كه فلان كس وصى من است، جايز نيست رد؟

جواب: بدان كه مشهور ميان علما جواز رد وصيت است به معنى اين كه قبول نكند وصى بودن را. و نقل خلافى در مسأله نشده الا از صدوق كه استثنا کرده است دو صورت را، يكي اين كه پدر وصيت كند كه پسر وصى او باشد و ديگر در جائي كه منحصر باشد امر در همان شخص و كسى ديگر ممكن نشود.

وبعضی اخبار معتبره هم دلالت بر اینها دارد. (۱) واز 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 می شود. و ظاهر این است که این اتفاقی باشد، چنانکه در مسالك تصریح کرده، و از شیخ نیز نقل شده، و فتوای 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 می کند. و لکن مستفاد می شود از علت منصوصه که در اخبار وارد شده که تمکن شرط است. و این اظهر است. چنانکه در مسالك ترجیح آن داده، و اما هرگاه 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. چنانکه در مسالك تصریح کرده. و از دیگران نیز نقل شده. و فتو [۱] ی اخبار هم دلالت

(۱). وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۴، ح ۱. در مورد وصیت پدر بر پسر - و در مورد انحصار: باب ۲۳، ح ۲.

(۲). وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۳، ح ۳ و ۴.

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، لا نه 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 میدانی که ظهور کافی است در استدلال. و عمومات [و] اصل و غیره، مقاومت با خاص معمول به اصحاب نمی کند. خصوصا با دعوی اجماع بر آن.

۱۰۰: سؤال: ضعیفه ای فوت شده. وجمعی از مرد وزن - که تخمیناً شش نفر یا هفت نفر باشند - می گویند که از دو سال قبل از مردن ضعیفه مزبوره، مکرراً از او می شنیدیم که میگفت که (مال من بعد از وفات من خرج من باید شود). و یکی از جمع مدعین این قول را، جمعی تعدیل می کنند. 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 می گوید که ضعیفه متوفیه سه روز یا ده قبل از وفاتش میگفت 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 میگفته، 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 می تواند که ثلث قیمت متروکات را به مصرف وصیت برساند یا باید عین آنها را خرج کند؟ و ایضاً: ورثه ضعیفه متوفی منحصرند به دو

(۱). وسائل، ج ۱۲، احکام الوصایا، باب ۲۳، ح ۲ و ۳.

(۲). همان باب، ح ۱ تا ۶.

(۳) و (۴). همان باب ح ۱ و ۲.

[۲۳۴]

خواهر زاده امی و ابی 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 می گوید: که از این عبارت که این از زبان ضعیفه مورثه من ادعا می کند، علمی و اطلاعی ندارم و قول این جمع را هم قبول ندارم زیرا که از همه خیانت دیده ام و همه این جمع مغلل به غرض فاسد می باشند. آیا در این صورت که آن مرد وارث قول آنها را قبول نکند، میباید 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؟ و ایضاً: 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 می توانند 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 بهم رسد، به علم خود عمل می کند. 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 می کنند. 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

[۲۲۵]

شوهر ندارد که کفن او و سدر و کافور از اصل مال او وضع می شود. 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 هرگاه وصیت کند به واجب و غیر واجب، پس واجبات مالیه را مقدم میدارند از اصل مال، و در باقی ملاحظه ثلث می کنند. پس اگر عبادات واجبه بدنیه باشد مثل صوم و صلات، مقدم میدارند 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 می شود، 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 وصحت که اقرار شرعیه از او مسموع بوده، وصیت نموده باشد، به موجب وصیتنامه به این طریق که (به وجه شرعی بر خود لازم ساخته بود که ثمن از ممتلكات و اموال خود را به نحوی که قلمی می شود. صرف مشاهد مشرفه ائمه طاهرين طلوات الله عليهم اجمعين، 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 می ماند (۱) بیست تومان او را به شخص امینی که به زیارت مشهد مقدس برود نیابتا 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 وکربلای معلو کاظمین (ع) مصرف دارد، به این نحو که تنخواه مزبور را ملکی مرغوب خریداری کرده و منافع ووجه اجاره آن را سال به سال به مشاهد مشرفه مذکورہ مرد امینی برده که اثلاثا در زیارت مذکورہ صرف نماید. ویا وجه مذکور را با شخص امین

(۱). و معادل یک هشتم می گردد.

[۲۳۶]

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 مذکورہ را جایز نداند. و ناظر گردانید در خصوص وصایای خود بکر ولد خالد را، که در امور مذکورہ ولوازم آن، وصی مؤمی الیه به اطلاع و صوابدید او عمل نماید و در هر باب بالا شترک عمل نمایند. و نیز وصیت نموده که وصی و ناظر (مزبوران) به مشورت با خالد مشار الیه معمول دارند و صایا را و نیز قرار داده و مأذون ساخته وصی و ناظر مزبوران، را که با تغذیر یا تعسر خریدن ملک و معامله [ای] که در فوق قلمی شد، همان اصل وجه مذکور را اثلاثا در مشاهد مشرفه مذکورہ مصرف 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 وصیتنامه مذکورہ 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 وصیتنامه؟ یا آن که باید تمام تنخواه از بابت وصایا و تنخواه صغار در تصرف وصی بوده باشد، و به مصارفی که می رسد و عملی که می شود 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 و ضوح آن را به طریقی که مبین باشد حکم آن را قلمی نموده

جواب: در استفتا از چند چیز سؤال شده: اول 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 شترک 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

[۲۳۷]

اضافه بر ثلث مال شده باید تحقیق طریق صحت و فساد ولزوم وعدم 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 و رد مظالم، و هم چنین مالیه مشوب به بدنیه مثل حج : پس آن در اصل مال معتبر است. چنانکه 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 می توان گفت که همه وصیت ممضی است هر چند به زیاده از ثلث متعلق شده. لکن اشکال در تشخیص مراد موصی می کند 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 مشاهد 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 مشاهد 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. چنانکه 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 می کند 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 مرا 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 می شود، گواصل 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. چنانکه پوشیده نیست. و چون عامی است استفتا می کند از مفتی طلب حکم می کند نه احتمال، پس می گوئیم: ظاهر عبارت سؤال من حیث اللفظ - خصوصاً به ملاحظه تعیین بیست تومان

[۲۳۸]

در مصرف مشهد مقدس که آن مناسبت دارد با مال معین موجود که می داند که ثمن او زاید بر بیست تومان هست، نه به مالی که نمی داند که مقدار آن چه قدر خواهد بود. و بعد ملاحظه اینها - با ملاحظه

حمل فعل مسلم وقول 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). وبعد از آن وصیت کرد [ه] که چنین بکنند. ولیکن با کلمات بعد نمیسازد 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 بیسار 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 نمی شود. پس خلاص ممکن است که به همین باشد که وصی 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 می شود در ثمن دیگر به جهت رد مظالم و ربع خمس. به جهت آن که مقدار خمس ورد مظالم که از حقوق مالیه حساب می شود 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 میدانست. 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 زیادتر شده، پای تبرع در میان می آید. 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 می شود 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. ولیکن در آن ملاحظه ثلث را باید کرد

Translation Movement
[۲۳۹]

و اما سؤال از ناظر: پس بدان که (ناظر) در کتب فقها متداول نیست. بلکه وکول 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 اشتراط 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 می شود که باید در تصرف هر دو باشند یا نه: پس به ملاحظه کلمات موصی (از اول تا به اینجا) معلوم می شود که ناظر شریک در عمل نیست. بلی مراد اشتراك به

حسب رأی است. ویر فرضی که این لفظ ناسخ ما سبق باشد، افاده اشتراك در ضبط مال صغار، می کند. ومطلق تصرفات را نمی کند، وباعث این نمی شود که ید هر دو بر آن مساوی باشد، بلکه همان قدری که از لوازم عمل است با او شريك می شود در ید تصرف. و به هر حال ظاهر استقلال وصی است در مباشرت حفظ اموال. چنانکه 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 می آید ومشکل می شود. خصوصا هر گاه اجرت را از برای رفتن ویر گشتن هر دو قرار داده باشد. در این وقت معلوم نیست که اخراجات چه چیز است وزاید 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 وتخمین 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 وفلان مبلغ را به عمرو بدهند و هر چه از ثلث او بماند به فقرا و سادات بدهند و مبلغ معینی هم به وصی بدهند، ووصی تعیین نکرده بمیرد. بعد از فوت او کبار ورثه احدی را

نهضت ترجمه [۲۴۰]

تعیین نمایند که وصایای او را از ثلث ترکه به مصارفی که گفته برسانند. وحق 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 ووصایای چند کرده باشد، تولیت امر او با حاکم شرع است. وبدون رجوع به او صورتی ندارد. و هر گاه ممکن نشود رجوع به حاکم، آحاد عدول مؤمنین هم می توانند کرد بلکه ظاهر این است که واجب باشد بر ایشان متوجه شدن. واما حق السعی در عمل: پس آنچه جمعی [از] فقها تصریح به آن کرده اند وظاهر جمعی دیگر است نقل اقوال در (وصی بر یتیم) است وحکم متولی امر یتیم خواه وصی باشد یا ولی شرعی. که بعضی گفته اند هر گاه تعیین نشده باشد حق السعی، اجرت المثل بر میدارد. وبعضی گفته اند به قدر کفایت، وبعضی گفته اند اقل امرین از اجرت المثل وكفایت. ولکن از ظاهر کلام جمعی واز ظواهر بعضی [از] ادله که ذکر کرده اند - مثل این که گفته اند که عمل مباحی است ومفروض 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 وثقات مؤمنین حسبنا متوجه شده باشند، آنچه را صلاح دانسته باشند جایز باشد. و طاهر این است که در صورت تعذر حاکم احدی از عدول مؤمنین حسبنا می تواند 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 میدارد و اگر چیزی بماند به فقرا و سادات می دهند.

۱۰۲: 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 می توانند رجوع کرد، یا نه؟

جواب: اشهر واقوی 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 بعض، به قدر الحصة 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 مساله با همه اقوال و آرای مختلف و توضیحات مربوطه در باب «حجر و تفلیس» از مجلد دوم، بررسی شده رجوع فرمایید.

[۲۴۱]

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 مداخلیتی نیست. و جایز نیست از برای وارث رجوع قبل از قبض (چنانکه 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 خلافتی از شیعه در آن نکرده اند چنانکه گفتیم.

۱۰۴: سؤال: منجزات مریض از اصل مال می شود؟ یا در حکم وصیت است و در ثلث معتبر است؟

جواب: اظهر این است که از اصل وضع می شود. و هم چنین اقرار او به شیئی از برای غیر در آن حال. ولیکن 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 قدردی آسیا داشته باشد. و وصیت کند که (منافع هر

ساله آن را از برای من استیجار صوم و صلات 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، وبعد از کبیر شدن همه، منافع آن را به استیجار صوم و صلات همه ساله بدهند). و الحال بعضی از کبار مانع اند که منافع را صرف صغار بکنند، و می گویند که: (استیجار صوم و صلات می کنیم). و دیگر این که آیا بعضی از ورثه می تواند که الحال تقسیمی [را] که پدر در حال حیات کرده، بر هم زند، یا نه؟

جواب: ظاهر این است که وصیت به منفعت ملك ابدی، صحیح است، همچنانکه تا مدت معین، صحیح است. پس باید به منافع آن آسیا استیجار صوم و صلات از برای او بگیرند همیشه. و در ایام احتیاج صغیرها به قدر حاجت آنها، را صرف ایشان کنند. و کسی مانع آن نمی تواند شد، خصوصا 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 می گردد به ورثه.

[۲۴۲]

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 ابدی قیمت کنند و بی منفعت در آن مدت هم قیمت کنند، و ببینند که تفاوت مابین قیمتین، از ثلث بر می آید یا نه. مثل این که می گویند آسیا با جمیع منافع به دوازده تومان می آزد، و هر گاه منافع ده ساله او را وضع کنیم شش تومان می آزد. و تفاوت میان دو قیمت شش تومان است. پس اگر این شش تومان از ثلث ترکه بر می آید، 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 منفعت ابدی قیمت کنند و بی منفعت هم قیمت کنند. و تفاوت مابین دو قیمت را ملاحظه کنند که از ثلث بر می آید 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 می ماند. مثل این که آن مال که منفعت آن را وصیت می کند 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 ملك ورثه باشد تسلط بر آن دارند به انجا 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 می شود. 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 نمی تواند بر هم بزند. و هر گاه به قبض کبار نداده باشد در حصه کبار بر هم می توان زد

۱۰۶: سؤال: هر گاه کسی وصیت کند که فلان باغ را به فلان پسر بدهید، و فلان ملك را به فلان دختر، و فلان خانه را به پسر دیگر، و هکذا.... تا همه اموال را به این نهج وصیت کند. آیا این معنی (وصیت) است - که در عین مال ویا 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 نمی داند که اختیار بیش از ثلث را ندارد

[۲۴۲]

یا عالم است و اما معتقد این است که ورثه امضا خواهند کرد آنچه را که وصیت کرد. پس در این صورت ها مقدم میدانند 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 می شود به این که وصیت است. لکن نه در قیمت و قدر اعیان، بلکه در تعیین اعیان. مثلاً هر گاه يك پسر دارد و يك دختر و مال او هم منحصر است در يك غلام و يك كنيز، و قیمت غلام دویست قروش است و قیمت كنيز صد قروش. و وصیت کند که غلام را به پسر بدهید و كنيز را به دختر. 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 نمی دهند. بلکه وصیت همین کار را می کند که پسر ثلث غلام را معینا از بابت میراث خود بر میدارد. و هم چنین دختر ثلث كنيز را. و در تتمه غلام و كنيز هر دو شريك اند (لذكر مثل حظ الانثيين). مگر این که هر يك اجازه کنند وصیت را (چنانکه از عبارت قواعد علامه و ایضاح ظاهر می شود. و عبارت تحریر هم بر همین تنزیل می شود. و آن عبارت ها در احکام موصی له مذکور است) و در اینجا تقدم ذکری اعتبار ندارد که بگوئیم که: هر گاه وصیت تعیین غلام از برای پسر مقدم 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 می شود 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 می آرزد به زید بدهید که پسر بزرگ است، و باغی که چهل تومان می آرزد به عمرو بدهید که پسر میانی است، و باغ دیگر که صد و شصت تومان می آرزد به

[۲۴۴]

بكر بدهید که پسر كوچك است. و در اینجا پای مسأله دیگر در میان می آید 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 و اشهر در آن بطلان است. و احوط آن است که حکم وصیت بر آن جاری شود. پس وضع می کنیم آنچه را که وصیت کرده به حرمان از او و حکم وصیت را بر آن جاری می کنیم، و تتمه را (کما فرض الله) قسٹ می کنیم. و این د رجائی 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 می دهند و در باقی همه شریك اند). و اما در ما نحن فیه: پس معلوم است که اصل ترکه سیصد تومان و به هر يك صد تومان می رسد. 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 كوچك قرار داده. پس بنابر 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 می کنیم 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 سهیل تعیین میگیرند و باقی می ماند دو ثلث باقی در هر يك از آن باغ ها، مشترك میان همه. زیرا که این وصیت حقیقتا وصیت به دو چیز است، و بطلان احدهما مستلزم بطلان دیگری نیست. و اما بنابر این که این را از باب وصیت دانیم احتیاطا: پس مساوی شصت تومان که برادر میانی را از آن محروم کرده آن را از مجموع مال وضع می کنیم برای برادر كوچك. چون آن را از برادر میانی وا گرفته و از برای برادر كوچك قرار داده. و زاید بر ثلث هم نیست، پس مال او خواهد بود. و باقی می ماند تتمه مالی که مساوی دویست و چهل تومان است، میان آنها که همه مستحق او هستند و هر يك مستحق مساوی هشتاد تومان می شود به حسب قدر و قیمت. و متعین می شود ثلث باغ چهل تومانی از برای میانی، و

[۲۴۵]

ثلث صد تومانی از برای بزرگ، وثلث صد وشصت تومانی از برای کوچک. ودو ثلث دیگر از هر يك از باغ ها مشترك است میان همه اینها كه گفتیم بنابر این است كه تعیین را اعتبار كنیم. چنانكه اقوی واطهر است. و قولی هم به عدم اعتبار آن هست. حتی در صورت اولی، یعنی آنجائی كه وصیت منطبق بر حصص باشد و زیاد و كمی نداشته باشد. و با كی نیست كه عبارت قواعد را در اینجا ذكر كنیم وآن این است: (لواوصی لكل واحد من الوراث [بقدر نصيبه] (مثل ان يقول: اعطوا بنی ثلثی مالی وابنتی ثلث مالی) (۱) فهو لغو. ولو خصص كل واحد بعین هی قدر نصيبه، فالاقرب الافتقار الى الاجازة. لظهور الغرض في اعيان الاموال. وكذا لو اوصی ان يباع ماله من انسان بثلث المثل. ولو باع عين ماله من وارثه بثلث المثل، (نفذ). وقال ولده (ره) في شرحه (هنا مسألتان: الاولى: اذا اوصی لكل وارث بعین هی قدر نصيبه، كما اوصی لابنه بعبد قيمته مأتان، اوصی لابنته بعبد قيمته مأة. فالا قرب عند المصنف الافتقار الى الاجازة، لتعلق الاغراض بخصوصيات الاعيان والمنافع الحاصلة منها، فكما لايجوز ابطال حق الوارث من قدر حقه لايجوز من عينه. ويحتمل عدم الافتقار الى الاجازة لان الاصل القيمة. اذا اعيان الاموال لا اثر لها في زيادة المالية ونقصها مع تساوى القيمة. [و] لان اعتبار الاعيان هنهنا مع عدم اعتبارها في بيع المريض تركته بثلث المثل. (۲) على تقدير التسوية بين المنجز والوصية في المريض ممالا يجتمعان. والثانى ثابت اجماعا فينتفى الاول. وهذا قوى، والاول اقوى. الثانى: لو وصی ببيع عين ماله بثلث المثل من شخص، فالحكم كما تقدم من اعتبار الاجازة وعدمها). [انتهى كلام الفخر في الايضاح]. وقال في التحرير: لو اوصی لكل وارث بشئ من ماله معين، كجارية قيمتها ضعف قيمة العبد ولا تركة غيرهما. فاوصی لابنه بها ولابنته بالعبد، وقف على الاجازة في مازاد على الثلث .

نہضت ترجمہ

(۱). عبارت میان دو هلال از عبارت قواعد نیست، توضیحی است كه میرزا(ره) داده است و لذا آن را میان دو هلال قرار دادیم - رجوع كنید: ايضاح القواعد، چاپ كوشا تپور.
(۲). يعني علي القول بمساوات منجزات المريض في مرض الموت مع الوصية في الخروج من الاصل او الثلث فكما انه يتعلق بالمنجز بالاصل اذا كان بثلث المثل (و ان قلنا بتعلقه بالثلث ان كان البيع محاباتيا، و لا يتغير الاعيان و التعينات في ملاحظة الثلث) فكما لايتغير التعينات في البيع بثلث المثل اجماعا فكذلك لايتغير في الوصية بالاعيان و تعينها للوارث.

[۲۴۱]

وظاهر عبارت تحرير همان است كه از قواعد مستفاد می شود. ومراد از اجازه در زايد بر ثلث، اجازه به تعيين است نه نفس اعيان. چنانكه پيش بيان كرديم. وبعضی از افاضل معاصرین این عبارت را حمل کرده بر اجازه وصیت در اعيان. وتائيد آن کرده به عبارتی كه بعد از این در تحرير مذكور است، وآن این است كه (ولو اوصی لهما - یعنی للوارث و الاجنبی - بمازاد على الثلث، بطلت في مازاد على الثلث . فان رتب،

دخل النقص على الاخير، سوا كان اجنبيا او وارثا. وان شرك، دخل النقص عليهما با لسوية). واين حمل بعيد است واين استشهاد هم در محل خود نيست، ومقام مختلف است.

۱۰۷: سؤال: هر گاه وصی که معین شده که فلان مال را بفروشد و به مزارف او برساند، ووصی مال کذائی را نفروخته وموجود وحاضر است. وبعضی از وصایای او را به عمل آورده وفوت شده. ورثه وصی ادعا می کنند که فلان قدر مورث ما (که وصی بود) از مال خودش به مصرف وصایای موصی رسانیده، وعین موصی به موجود است، یا او را بر میداریم وتتمه را به مصرف وصایای او میرسانیم، یا آن که آن مبلغ را ورثه موصی به ما بدهند. وشاهد بر آن که آن قدر خرج شده، هست. لکن علم ندارند که از مال موصی است یا وصی از مال خود خرج نموده. ورثه وصی می گویند 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، ولکن علم ندارند که این عوض را از مال خود صرف کرده یا از مال موصی، پس نمی توان حکم به تلف مال مسلم کرد بلا عوض. پس ورثه وصی مساوی آن مال را طلب دارند. وهر چند مقتضای وصیت این بود که این مال معین را فروخته به مصرف برساند ومفروض آن است که موجود است ونفروخته است وچون بر خلاف وصیت کرده پس مستحق عوض نباشد. لکن چون محتمل است که وصی آن مال را برای نفس خود خریده باشد ودر 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. وچون مقتضای اصل عدم بیع مال مزبور است مطلقا، پس باز در حکم مال موصی است وحاکم شرع ولی امر است در چنین جائی، آن مال را می فروشد و بعد از ادای حق ورثه وصی تتمه را صرف بقیه وصایا

ترجمه
Translation Movement
IMS

[۲۴۷]

می کند.

۱۰۸: سؤال: هر گاه شخصی در حال مرض وصیت نمود که (نیم مهجه از ملك یحیی آباد را فروخته وقیمت او را خرج دفن وكفن من بكن). واين نیم مهجه که آن مریض وصیت نموده، خمس آن ملك است. آیا می رسد 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 ترکه 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، ووصی نظر به صرفه وغبطه جانب صغار، این نیم مهجه را نفروخته وموصی چند محل زراعت دیگر هم دارد وابواب جمعی ومالیات زیادی دارد که صغار وکبار از عهده حقوق دیوانی آن بر نمی آیند. آیا وصی می تواند که آن نیم مهجه ملك مرغوب را نفروشد وملك دیگر که مالیات سنگین دارد به معرض بیع در آورد یا نه؟

جواب: باید به مقتضای وصیت عمل شود وتغییر وتبذیل نمی توان کرد.

۱۱۰: سؤال: هر گاه غله مال صغیر به حد نصاب برسد وصی می تواند که از مال صغیر زکات را بدهد؟

جواب: اشهر واطهر استحباب زکات است در غلات طفل. وولی طفل (کذا) هر گاه پدر وجد پدری ندارد وصی ایشان می تواند زکات مال طفل را از غلات بدهد. واحوط 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). ودیگر آن که پنج نفر اولاد ذکور دارد، دو نفر از ایشان را زن داده، وسه 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 کمافرض الله قسمت نمایند. والحال باقی ورثه قائل ثلث ترکه هستند که به مصرف او برسانند، وقائل به وضع اخراجات عروسی آن سه نفر نیستند.

جواب: اولاً باید وصیت به ثبوت شرعی برسد، وآنچه ثابت نشود نمی توان عمل به آن کرد. وثانیاً آن که صورت سؤال مجمل است. ومعلوم نیست که وصیت مرتب است یا غیر



مرتب. ویر فرضی که مرتب باشد معلوم نیست که کدام مقدم است וכدام مؤخر. ویر فرضی که معلوم باشد مقدم ومؤخر، معلوم نیست که لفظی که گفته است چه بوده است. آیا وصیت دوم دلالت بر نسخ اول می کرده یا نه. ویه 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 می کند. وهر گاه مقدم ومؤخر را ندانیم کدام است، قرعه باید کرد اسم هر کدام در آید آن را مقدم میدانند. واگر ورثه اجازه وصیت را بکنند، در همه مسموع است.

۱۱۲: سؤال: هر گاه عمرو (مثلاً) ناخوش شود، در حین ناخوشی آنچه وصیت داشت نمود. وعمرو ومزبور پسری داشت وپسر او عروسی در میان داشت، بعد از اتمام وصیت، پسر عمرو نزد پدر آمده وگفت صداق زوجه مرا به چه نحو می نمائی وچه چیز صداق او می نمائی؟. در حین ناخوشی گفت

(هر چیز صداق او می کنید خود می دانید). وفوت شده. و حال ادعای او می کند که گفته است هر چه خواهی بکن من هر چه می خواهم می کنم.

جواب: به محض این سخن حقی ثابت نمی شود. 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 صداق کنید) مگر به ضمیمه قرائن خارجی. به هر حال به محض این عبارت چیزی ثابت نمی شود. و ادعای پسر بی وجه است. مگر این که سخن دیگر داشته باشد که امر منجر به مرافعه می شود.

۱۱۲: سؤال: هر گاه زید در حال مرض وصیت نماید که (بعد از من فلان اولاد را از ترکه من چیزی ندهید به علت این که قدری از مال 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

[۲۴۹]

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 مرض 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 بقدر الحصة می برند، و در زاید بر ثلث هم شریک 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 می کنند. پس هر گاه کسی بمیرد و از او پسری بماند و دختری [و] لاغیر، و باقی داشته باشد که هیچده تومان بیرزد. و خانه [ای] داشته باشد که نه تومان 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 تومان از باغ به پسر داد و مساوی سه تومان از خانه را به دختر داد. و باقی باغ و خانه مشاع می ماند میان پسر و دختر (لذاکثر مثل حظ الانثیین) قسمت می شود. و هر گاه همین شخص ملکی هم داشته باشد که پنجاه و چهار تومان

بیرزد، واز آن ساکت باشد. در اینجا مجموع باغ را به پسر می دهند و مجموع خانه را به دختر، و تتمه را (کما فرض الله) قسمت می کنند. ولیکن امر در اینجا مشتبّه می شود 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 میگذاریم و به مقتضای آن عمل می نمائیم که هر کدام مقدم در ذکر است [او را] مقدم میداریم تا ثلث تمام شود. و بعد از اتمام ثلث، موقوف است به اجازه وراث. و هر گاه اجازه نکردند، کما فرض الله قسمت می شود. و اما حکایت اخراج آن يك نفر از میراث (۱): پس اظهر و اشهر عدم صحت آن است و او هم با همه ورثه شريك است. ولیکن اولی این است که این را در حکم وصیت دانیم که از

(۱). در نسخه: و اما حکایت اخراج آن یک نفر زید از میراث.

[۲۵۰]

برای دیگران کرده تا به قدر ثلث وضع می شود برای آنها و در بقیه این با آنها بقدر الحصة شريك است. (۱)

۱۱۴: سؤال: عمل به وصیت مطلقا واجب است - هر چند غیر مالی باشد مثل قضاى صوم و صلوات که خود وصی قضا نماید - یا نه؟ و بنا بر وجوب هر گاه مادر وصیت کند به ولد کبیر خود به قضاى 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 فائده 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 می کنند 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 می شود. 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. ولیکن 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 می توان کرد. و هر گاه عرفی مشخص نباشد، به اقل محتمل، یعنی آن قدری که داند از آن کمتر نیست، اکتفا می توان کرد. و این کلام در وصیت بود. [و] در صورتی که پسر می خواهد 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) وفوت شود. آیا وصی - در صورتی که وارث غایب محتاج باشد و بگوید که (مال غایب را به من قرض بدهید و من رهن می دهم) 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 مساله شماره ۱۰۶ گذشت.

[۲۵۱]

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 بعضی اشیاء را هم به صیغه مصالحه بعهده بعضی ارحام خود منتقل کند. و زوجه او و سایر وراث او اجازه کنند بعد از فوت او، آیا وارث یا زوجه او می توانند رجوع کنند یا نه؟

جواب: اما صلح پس از 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 از 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 واقوی این است که صحیح است و لازم است.

واخبار معتبره دلالت بر آن دارد. وقول به عدم لزوم، ضعیف است. ویدان 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 می شود. و هم چنین هر گاه نسبت به بعض وصیت باشد. ویدان نیز که اجازه در معنی تنفیذ وامضا است، یعنی مجری داشتن عقد وصیت، نه این که ابتدای عطیه و بخشش باشد، پس محتاج به صیغه هبه تازه نیست. وایجاب و قبولی در آن ضرور نیست. وقبض موصی هم در آن شرط نیست. ویه هر حال، مالك شدن موصی له بعد از فوت موصی است وقبل از فوت، ملك او

[٢٥٢]

نمی شود. 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 می شود؟ یا آن که قبول موصی له جز سبب است؟ یا کاشف است از ملك در حین موت؟ واقوی این است که قبول، کاشف از حصول ملکیت در حین موت است. و بر این، فروع و ثمرات چند مترتب می شود.

١١٨: 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 وزاید بر ثلث باشد .

[٢٥٣]
 نهضت ترجمه
 کتاب الوصایا
 Translation Movement
 من المجلد الثانی

١١٩: سؤال: هر گاه شخصی وصیت کند که (فلان ملك معین را بفروش 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) وزاید بر ثلث بوده و ورثه هم امضا کرده اند. وگفته 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 می تواند به دیگری بفروشد یا نه؟ و مدتی است که از این معنی گذشته است. آیا اجرت آن ملك 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، چنانکه تصریح کرده اند به آن در جائی که وصیت کند کسی که عیدی از برای او بخرند به قیمت معینی و آزاد کنند، و عیدی به آن قیمت بهم نرسد و به زاید بر آن قیمت بهم رسد این که واجب نیست خریدن و باید صبر کرد تا بهم رسد، و بعد از یأس از تمکن به آن قیمت، هر گاه به کمتر از آن قیمت بهم رسد میخرند و آزاد می کنند. و به مقتضای موثقه سماعه (۱) زیادتی قیمت را به

(۱). وسائل، ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۷۷، ح ۱.

[۲۵۴]

آن عبد می دهند. 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 می شود، در این صورت می توان به دیگری فروخت. به جهت آن که حسب المقدور باید ترك مقتضای وصیت نکرد، و چون وصیت او مرکب بوده و به انتفای بعضی اجزا آن بعضی دیگری ساقط نمی شود. به جهت احادیث بسیار که دلالت می کنند به این که (میسور ساقط نمی شود 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 بهم نرسد عبد از سایر ناس آزاد می کنند بشرطی 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 می کنند. 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 می کنند. 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 عیدی که باید کرد. چنانکه 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) و (۲). غوالي التالي: عن امیرالمؤمنین (ع).

(۳). وسائل: احکام الوصایا، باب ۷۳، ح ۲.

(۴). وسائل: احکام الوصایا، باب ۸۶، ح ۱.

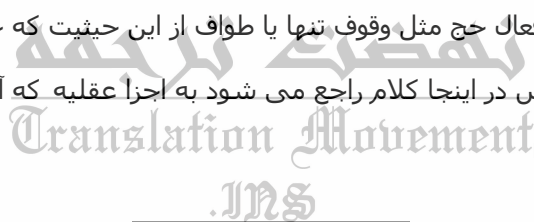
[۲۵۵]

می شود یا به وجوه بر صرف می شود؟ و هم چنین اشکال کرده اند در هر جا که وصیت بکند به چیزی در مصرفی و ممکن نباشد صرف آن در آن مصرف. وفخر المحققین اختیار بطلان وصیت کرده، پس داخل میراث خواهد بود. و از این باب است (وصیت به حج به وجه معینی که احدی بهم نرسد که به آن مقدار حج کند) و در آن خلاف کرده اند. ومشهور این است که صرف وجوه بر می کنند، چون از مال ورثه بیرون رفته. و وصیت مرکب است از قصد طاعت با خصوصیت حج، و به انتفای خاص، عام منتفی نمی شود. 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 می شود به انتفای جز و جنس تحقق نمیپذیرد بدون فصل، و این سخن در مواضع سابقه جاری نیست. به جهت آن که در آنها فی الجمله دلالتی در کلام موصی به اراده آن اجزا هست بخلاف ما نحن فیہ. و از اینجا است که فخر المحققین فرق گذاشته مابین تمکن از عتق جزئی از عبد وعدم 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 می شود. و وجه آن از آنچه گفته شد ظاهر می شود. 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 می شود. 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 بهم نرسد که به آن مقدار حج کند، صبر کند و به وجوه بر نمی توان صرف کرد الا بعد از یأس. و از

(۱). خروج از مال موصی و مرکب بودن وصیت.

[۲۵۶]

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 نمی کند به موصی له بتمامه، پس یا این است که به سبب قرائن از کلام موصی فهمیده می شود 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 می گوید (حج بکنند از برای من به فلان مال) یا (بنده آزاد کنند فلان قدر و به فلان مقدار)، پس می گوئیم 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 وعمره است هر گاه وفا نکند به هر دو، به احدهما می توان اکتفا کرد. چنانکه هر گاه بمیرد و مال او غرما شود مابین دیان و حج به حصص، و حصه وفا به حج وعمره هر دو نکند. و هم چنین مثل وصیت به عتیق رقبات و ممکن شود عتیق يك رقبه یا جزئی از رقبه. در اینجاها می توانیم گفت که وجوب از راه دلالت تضمینی یا التزامی خود لفظ است. هر چند قرینه خارج نباشد و می توانیم گفت که وجوب از راه استصحاب است در اجزا خارجی، مثل وجوب غسل بعض 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 خارجیه آن چیزی به عمل نمی آید و ممکن نیست - مثل آن که عتیق جز عبد هم ممکن نیست، و اتیان باقل واجب حج، یا احدی از حج وعمره ممکن نیست، و مفروض این است که اتیان بعض 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 می شود به اجزا عقلیه که آیا باید جنس حج و عتیق که فعل خیر است به جا آورد یا



(۱) و (۲). غوالي اللثالي: ۵۸/۴.

[۲۵۷]

نه. و اشکال در این ظاهر است. و در اینجا ادعای دلالت لفظیه تضمینیه یا التزامیه لفظیه، بعید است. و از این جهت است که جمعی منع کرده اند و گفته اند که داخل میراث می شود. و جمعی گفته اند که به وجوه بر مصروف می شود، چنانکه در صورت نسیان وصیت (۱) همچنین گفته اند. و راه خیال ایشان که می گویند داخل میراث می شود این است که: اخراج مال از ملک موصی مشروط است در نفس الامر به ممکن بودن حصول آن وصیت. و چون بالفرض در نفس الامر ممکن نبود، هر چند موصی ممکن می

دانسته وقصد اخراج کرده، لکن ظهور عدم امکان در آخر کاشف از عدم خروج است از مال او در اول. پس داخل میراث بوده واز اول مال ورثه بوده. پس فی الحقیقه در اصل میراث بوده نه این که عود می کند به میراث چنانکه ظاهر عبارت جمعی است. واین 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: چنانکه صرف مال در وصیت مشروط است به امکان، انتقال مال از میت هم محتاج است به دلیل. وآن سخن که بعضی گفته اند که میت مالک چیزی نمی تواند شد، ممنوع است. چنانکه در رساله علی حده بیان کرده ایم. پس می گوئیم که مال بر ملك میت باقی است وثبوت میراث هم بعد از (وصیت) و (دین) است. چنانکه صریح آیه (۲) و اخبار، ناطق به آن است. ودر همان رساله بیان کرده ایم که ما ترك میت قبل از وفای دین ووصیت در حکم (مال میت) است ونمای 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 می توان داد. وشاهد 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 می شود مال بین اجرت حج وسایر غرما، و هر گاه اجرت حج وفا نکند به حج آن را نیز به دین او می دهند، هر گاه دین باقی مانده. و این نیست الا به جهت بقای او در ملك میت، وآن اولی مضافی است از برای نفع میت.

(۱). یعنی نسیان مورد مصرف.

(۲). سوره نساء آیه ۱۱ و ۱۲.

نهضت ترجمه [۲۵۸]

وقول به این که (مال وارث می شود و او دین را می دهد)، وجهی ندارد، مثل قول به این که (کاشف به عمل می آید که مال دیان بوده). چنانکه دعوی اجماع کرده اند بر این که آن مال قبل از وفای دین ووصیت، ملك دیان نیست. پس می توانیم گفت که ملکیت میت مستصحب است، و او وصیتی کرده به اعتقاد این که ممکن است، و خود را مالک ثلث وصاحب اختیار آن دانسته وآن را از برای مصرف خود وضع کرده، پس با وجود این خلاف عظیم در این مسائل علم به انتقال از ملك او حاصل نمی شود. پس باید به مصرف او رساند. وبهترین مصارف او وجوه بر است که بعد مردن به کار او می آید. پس به این نیز قوت قول مشهور ظاهر می شود در مسأله اجرت حج. ومؤید این است مسأله (نسیان وصی که هر گاه فراموش کرده باشد مصرف را)، که گفته اند صرف می شود در وجوه بر. وبعضی اخبار هم دلالت بر آن دارد، (۱) و مشهور اصحاب به آن عمل کرده اند. ودر این مقام نیز تعلیل کرده اند به تضمن وصیت (مطلق بر) را (هر چند می توان گفت که هر وصیت مستلزم قصد قربت نیست). ونیز 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 (بنابر اظهر) تصدق است بر فقرا، نه مطلق وجوه بر. بلی از بعضی کلمات ایشان بر می آید که مصرف آن، مصرف زکات است و یکی از مصارف زکات، فی سبیل الله، است. ولیکن 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 می شود، (۲) و فقها به آن عمل کرده اند و تعمیم داده اند در مشاهد مقدسه که صرف زوار باید کرد. چنانکه در تنقیح نیست به ایشان داده. پس غایت امر این است که معلوم نباشد که الحال این مال مال کیست. و استصحاب ملکیت مالک بر حال خود است. و چون ادله میراث جزما مقید می باشند به دین و وصیت، و جزما در اینجا وصیتی شده است، و جزما 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). وسائل: احکام الوصایا، باب ۶۱، ح ۱.

(۲). وسائل: احکام الوصایا، باب ۶۰، ح ۱.

تعیین کرده. و این دلالت نمی کند که غیر آن را (از مصارف که عاید او شود) نمی خواهد. و همین قدر در استصحاب کافی است، اگر نگوئیم که علاوه بر این هم می توان ادعا کرد که: کلام او هم دلالت دارد از باب (دلالت ایما و اشاره)، مانند دلالت واجب بر وجوب مقدمه آن، بنابر مختار. چنانکه در آنجا می گوئیم که: آمر در حال امر متفطن مقدمات واجب نیست، و بخصوص طلب آنها نکرده است. لکن اگر از او بپرسیم که راضی هستی به ترك مقدمه آن، البته انکار رضا می کند. و هم چنین در اینجا به عنوان جزم می توان 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 تتبع نظائر مسأله که اشاره به بعض آنها شد، قول مشهور قوت تمام می گیرد. 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 چنانکه هر گاه موقوف باشد خریدن بنده به آن قیمت خاص به این که وجه را به بلد دیگر بفرستند که در آنجا بهم می رسد. 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 می شود. 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 نمکن است و از باب مقدمه لازم می شود. و چنانکه از باب مقدمه بر وصی لازم است، از باب مقدمه (مطلوب تبعی موصی) نیز بوده است. هر چند در وقت وصیت متغفن آن نشده باشد.

[۳۶۰]

و نظر شهید ثانی (ره) در مسأله حج که پیش اشاره کردیم (که لازم است استنما مال و طلب زیادتى 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، والا 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 چنانکه گفتیم معمول دارند، تا به مقتضای وصیت به قدر امکان عمل شده باشد. پس خوب تامل 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 نفروخت 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 می خواهند و صبر نمی کنند، می توان 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

میرسانند، تا آن که وارث او متمکن شود از خریدن که به او می فروشند و قیمت آن را صرف خیرات دیگر او می کنند و هر گاه از وجه اجاره، تمام وصیت ها، به عمل نیامد، بعد فروختن بقیه آنها را تمام می کنند و تتمه قیمت را صرف سایر خیرات او می کنند. و هر گاه آن وارث بمیرد یا یأس از تمکن آن حاصل شود به

[۳۱۱]

دیگری می فروشند. و چنانکه گفتیم می کنند 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 نمیدانند که آیا مقلد مجتهدی بوده یا نه، و بر فرضی که بوده، نمیدانند که مجتهد او رأیش جواز وصایت فاسق بوده یا نه. و نمی دانند که آیا میت این غیر معتمد 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 می شود 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 این زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده. و بعضی قائل شده اند به عدم اشترای. و ابن ادریس د راول فتوی به وجوب عدالت داده، به جهت آن که وصیت امانت است و به غیر عادل کسی مؤتمن نمی تواند 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 اشترای عدالت تأمل 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 نمی توان عمل کرد. به دلیل آیه شریفه (ان جائکم فاسق بنیاً فقیبنوا) (۱). و اشعار دارد بر

[۳۶۲]

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 می شود عدالت او) (۱). و در این اخبار تنبیه هست به این که اگر وصی میداشت هم بایست عادل باشد. و فرق ما بین وصی و قیم و ولی شرعی گذاشتن از اره این که موصی تصرف در مال خود می کند، و حاکم در مال غیر. مدفوع است، به آن که موصی نیز تصرف در مال و حق غیر می کند. 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 خصوصا با وجود فارق، چون موکل و مودع مطلع از حال هستند و تصرف در مال خود می کنند. بخلاف موصی که بعد از مرگ، او را خبری از حال نیست خصوصا این که از مال او بیرون است. با وجود آن که راه منع در عدم اشتراط عدالت وکیل و مستودع، مسدود نیست. چنانکه شهید ثانی (ره) اشاره به آن کرده. و به هر حال دور نیست که مجرد وثوق و اعتماد کافی باشد. چنانکه 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 بگویند چنین کردم، از او قبول کنند. چنانکه 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. چنانکه 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. چنانکه در کتاب غنایم الایام بیان آن

(۱). وسائل: احکام الوصایا، باب ۸۸، ح ۲.

(۲). بقره: ۱۸۰ و ۲۴۰ - نساء: ۱۱ و ۱۲.

[۳۶۲]

کرده ایم. چون (نهی در معامله) در اینجا راجع به (نهی در عبادات) می شود. و اما بطلان معامله منهی عنه لم پس آن معلوم نیست. مسأله دوم: هر گاه کسی شخص عادل 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 می شود. اما بنابر قول به اشتراط عدالت: پس اشکالی نیست. و هم چنین بنابر 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 فتوایی در این باب نیست) و استدلال کرده است به اصل و عموم (فمن بدله بعد ما سمعه فانما اثمه علی الذین یبدلونه). (۱)

و بنابر 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 آنانکه 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 بهم رساند به فسق یا نه. و بعضی اشکال کرده اند در صورت حصول علم و عدم عزل. و بنابر 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 می شود 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. خصوصا 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 می شود که انزال 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 و عدم دلیلی بر رجوع بعد از زوال آن.

Translation Movement
IMS

(۱). ۱۸۱ بقره.

[۳۶۴]

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 خلافتی 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 مغصوبه. 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 واکسای او). و آن را در مسأله پنجم ذکر می کنیم. وبدان 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 واطهر [در اینجا] نیز عدم جواز انفراد است. چنانکه مدلول مکاتبه محدبن الحسن صفار است(۲)، و مقتضای اصل، وعموم (فمن بدله بعدما سمعه...) (۳) است. چون ظاهر اطلاق، اجتماع است. واز شیخ نقل قولی بر جواز انفراد شده. واستدلال بر آن کرده اند به روایت متشابه الدلالاتی که مقاومت با دلیل مشهور نمی کند. و هر گاه خواهند قسمت کنند اوصیا در میان خود (که بعضی تصرف در بعضی امور کنند و بعضی در بعض دیگر) این [نیز] جایز نیست. چون مخالف وصیت است. ودر مکاتبه محمد بن الحسن صفار دلالت بر این هست: (قال: كتبت الى ابي الحسن العسكري (ع): رجل كان اوصى الى رجلين. أيجوز لأحدهما ان ينفرد بنصف التركة والاخر بالنصف؟ فوقع عليه السلام: لا ينبغي لهما ان يخالفا الميت وان يعملوا على حسب ما امرهما، ان شاء الله). وسند روایت صحیح است ودلالت آن هم واضح است به قرینه تنبیه بر علت در آخر آن، که اشاره به آیه (فمن بدله بعدما

(۱). وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۵۱، ح ۱۲۰ و ۱۲۱.

(۲). همان مرجع: ۱.

(۳). ۱۸۱ بقره.

سمعه...) دارد، وصدوق گفته است که (توفیع در نزد من است به خط امام - ع -) (۱). واین حدیث شامل صورت اطلاق موصی و تقیید و (هر دو) هست: واما هر گاه بگوید که (خواهند به انفراد بکنند، وخواهند به اجتماع): پس در آن نیز اشکال نیست که جایز است تصرف هر يك مجتمعا ومنفردا. مسأله پنجم: در صورتی که باید به اجتماع رأی [عمل] بکنند، [اگر] نزاع کنند در رای ومخالفت کنند، پس ممضی نیست آنچه احدهما به تنهایی بکند. وجمعی از اصحاب استثنا کرده اند اموری چند [را] که ناچار است از آن وتاخیر نمی توان کرد. مثل خوراك وپوشاك صغير و غلام وكنيز وحيوان. ومثل اینها است خریدن كفن از برای میت. و بعضی بر آن زیاد کرده اند ادای دیون او را، و انفاذ وصیت معینه او را، وقبول 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 ودیعه معینه وعین مغضوبه. واز شیخ در مبسوط نقل شده است اطلاق منع بدون استثنا. واین را فخر المحققین نسبت به ابن ادریس داده وآنچه در سرائر به نظر رسیده خلاف این است. بلکه او نیز در صورت تشاح استثنا کرده است ماکول وملبوس یتیم را، ونسبت او را به روایت داده است. واز ابو الصلاح نقل شده است که (با تشاح، رد می کند امر را ناظر در مصالح امور - یعنی حاکم

شرع - به اعلم اوصیا و اقوای آنها، و باقی را تابع آن می کند). و علامه در قواعد گفته است که (محتمل 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 می شود. بلکه در غیر صورت تشاح هم هر گاه تأخیر از برای

(۱). فقیه، ج ۲، ص ۲۷۵.

[۳۶۶]

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 می آید که عدم جواز اتفاقی 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 می تواند کرد (یا مطلق مؤمنین در حین فقد عدول نیز) حسبیه نه از باب وصایت است (۱) تا با قواعد و اصول مخالفت نکنند. و در این صورت ضمان هم حاصل نمی شود، به جهت آن که احسان مخض کرده است. و از کلام ابن ادریس بر می آید که در صورت تشاح روایتی هست. زیرا که گفته است (فان تشاحا في الوصية والاجتماع لم ينفذ شیئ 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 و عدم اتفاق رأی ایشان بر امر واحد، حاکم شرع را می رسد 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 نمی باشد. و أبو الصلاح در مسأله مخالفت کرده و گفته است که ناظر امر یعنی حاکم شرع امر را و می گذارد به اعلم و اقوای آنها [و دیگران را تابع او می کند.] وفي الحقيقة مآل این دو قول یکی است. پس بر او وارد نمی آید که این منافی اجتماعی است که منظور موصی بوده. و هر گاه این هم ممکن نشود آن وقت حاکم شرع آنها را بدل می کند 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 نمی شوند بلکه آنها را که حاکم نصب کرده، نایب ایشانند. واین ادريس در سراير گفته است که (در صورت تشاح حاکم را می رسد که استبدال کند ایشان را، به جهت ظهور فسق ایشان، چون اخلاص به واجب کرده اند که قیام به مقتضای وصیت است). و

(۱). توضیح: مصنف(ره) بدین ترتیب جمع بین القولین می کند. یعنی قول فخر المحققین ناظر است بر این که «در صورت ضرر نیز وصی به عنوان وصی نمی تواند اقدام کند». و نظر قائلین به جواز اقدام در صورت ضرر، بر این است که وصی به عنوان احدی از مؤمنین می تواند اقدام کند.

[۲۶۷]

دیگر اجبار حاکم بر اجتماع را ذکر نکرده است. با وجود این که سابق بر این گفته است که (ظهور فسق منشأ بطلان وصیت نمی شود). چنانچه پیش نقل کردیم. و بدان که: در این مقام اشکالی هست. و آن این است که بنا بر اشتراط عدالت چگونه می شود که گرفت وگیر 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 می شوند چنانکه پیش گفتیم. و اگر عدالت هم شرط نباشد، [باز] (بنا بر مشهور) ظهور فسق منشأ بطلان وصایت می شود، چنانکه 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 بنا بر این پس جمع مابین ادله و قواعد مقتضی آن است که در صورت عدم اجتماع، حاکم امر را به اعلم و اقوی اوصیا موکول کند و دیگران را تابع او کند. تا از مقتضای وصیت حسب المقدور بیرون نرفته باشد. و اجبار مطلق که در کلام اصحاب است حمل بر این شود. والا گاه است که باید اعلم و اقوی تابع اضعف و نادانتر بشود، والا 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 رأی، ایشان را به منزله معدوم می کند. 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 می کند 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 می کند به آندیگری احدی را)، که در این وقت دو نفر متوجه می شوند. و اقوی قول مشهور است. به جهت آن که

حسب الامكان مخالفت وصیت نشده باشد. به جهت آن که (عجز في الجملة) مانع نیست از وصی شدن ابتدائی (چنانکه دعوی

[۳۶۸]

اجماع بر آن کرده اند) پس عجز في الجملة چگونه مضر باستدامه حکم آن می شود 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 می کند به اندیگری امینی را، بنا بر 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 الامكان به وصیت عمل شده باشد. چون موصی به عمل او مستقلاً راضی نبوده. و از اینجا ظاهر می شود 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 می کند. خواهد يك نفر نصب می کند 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 می کند دیگری را. و همچنین در جایی 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 نمی کند. از اینجا معلوم می شود حکم جایی 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 می شود. 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 می شود. هر گاه اینها همه را دانستی، پس بر می گردیم بر سر اصل سؤال و تمهید مقدمه می کنیم 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

[۳۶۹]

مجتهد تواند نقض فتوی کرد. به این معنی که هر گاه مجتهد سابق رأی او جواز وصایت فاسق باشد ومجتهد 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. ومحتمل است که امر موکول به رأی حاکم باشد. چون اطلاق معلوم نیست. واصل عدم تقیید، مقتضای اطلاق نیست، به جهت آن که اطلاق هم در این مقام به منزله قید است، و هر دو از حوادث واصل عدم هر دو است. زیرا که نسبت آنها به صدور از موصی مساوی است. واصل عدم هر دو است. و دور نیست که ترجیح اول را بدهیم. چون اطلاق اغلب است از تعیین انفراد، بلکه غالب احد امرین است یا اطلاق یا شرط اجتماع. ومقتضای 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 می کند. 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 عادل طلب او ثابت می شود. و در وقت ضرورت وفقد 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، ومقتضای 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 اثنتان ذوا عدل منکم او احران من غیرکم ان انبتم ضربتم فی الارض فاصابتکم مصیبة الموت تحبسونهما من بعد الصولة فیقسمان بالله... آیه ۱۰۶، سوره مائده.
(۲). وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۰، ح ۷-۶ و ۸.

دانسته اند، نظر به ظاهر آیه. و هم چنین ثابت می شود به شهادت یک زن عادل در ربع وصیت. و به دو زن در نصف آن، و به سه زن در سه ربع آن. چنانکه مستفاد می شود از اخبار معتبره (۱). و ظاهرا خلاقی 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 نمی کند. چون در اخبار فرموده اند که به شهادت دو تا، نصف

ثابت می شود، 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 می شود 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 می شود 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 كانت له عندی دنانیر و كان مریضا، فقال لی: ان حدث بی حدث فأعط فلانا عشرین دینارا وأعط أخی بقیة الدنانیر، فمات ولم اشهد موته. فاتانی رجل مسلم صادق فقال لی: انه امرنی ان اقول لك انظر ولم الدنانیر التی امر تك ان تدفعها الی اخی فتصدق منها بعشرة دنانیر اقسامها فی المسلمین . ولم 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 می شود. و اما شهادت زنان به تنهایی در آن قبول نمی شود، چون مناط قبول شهادت ایشان منفردا جایی است که از اموری باشد که بر رجال مخفی می ماند. و گویا خلافی هم در آن نباشد. و اما شهادت يك مرد با

(۱). وسائل: ج ۱۲، احکام الوصایا، باب ۲۲. (۲). وسائل: احکام الوصایا، باب ۹۷، ج ۱ - تهذیب، ج ۲، ص ۳۹۹.

ترجمت ترجمه
Translation Movement

۱۳۸

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 مالیه. و اینکه گاه است وصی هم اخذ مالی می کند در ازای اجرت، یا از باب (انفاق بر سبیل معروف)، این منشأ این نمی شود که این را (حق مالیه) 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 می گردیم 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 می تواند به مصرف خیر او برساند. و هر گاه مطلع شود محتاج است به اثبات. و اثبات وصایت به شهادت شاهد واحد نمی شود 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، وبعد از فوت او وارث آن شخص با قاتل صلح کنند به دیه. آیا برادر موصی له از ثلث دیه می برد، یا نه؟

جواب: بلی مشهور آن است که وصیت متعلق به دیه می شود. واز صاحب کفایه ظاهر می شود - در کتاب وصیت و کتاب میراث هر دو - که خلافتی در مسأله نباشد. ولکن چنین نیست، چنانکه خواهی دانست. و اظهر واشهر (چنانکه مقتضای اطلاق جماعتی و تصریح جماعتی دیگر است) این است که فرقی مابین 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 می آید. از جهت آن که در این صورت قصاص حق وارث است و او بذل می کند 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 می کند به صلح بر مال، پس در قوه حق مالی است. و زیاده بر آن در خصوص دیه خطا دلالت می کند 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 خطأ (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 تردیدی

(۱). وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۱۴، ح ۱.

نهضت ترجمه
[۲۷۲]

Translation Movement
MS

هست ما بین (عبد الرحمن بن ابی نجران) و غیر او. و به این سبب حدیث از صحت بیرون می رود. و در تهذیب نیز روایت کرده به همین سند، و علاوه بر این (مضمّر) است (۱).

و در من لایحضره 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. ولکن صاحب کفایه گفته است که مشایخ ثلاثه آن را به سند صحیح از محمد بن قیس روایت کرده اند. و الحال 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 أمير المؤمنين - ع -: من اوصی بثلثة ثم قتل خطأ فان ثلث دیته داخل فی وصیة) (۳). و در من لایحضره

الفقيه نیز روایت مرسلی به همین مضمون هست. و هر چند این روایت ها در خصوص دیه خطا است. ولکن شیخ در سند صحیح از محمد بن قیس روایت کرده است از حضرت باقر - ع - (قال: قضی أمير المؤمنين - ع - في رجل اوصى لرجل وصية مقطوعة غير مسماة من ماله ثلثا او ربعا او اقل من ذلك او اكثر ثم قتل بعد ذلك الموصى فودی، فقضى في وصيته انها تنفذ من ماله ومن ديته كما اوصى) (٤). 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 أمير المؤمنين (ع) ظاهر در عموم است. اگر مراد مورد خاص بود (تاخیر بیان) لازم می آمد 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 می گوید که (دلیلی در مسأله نیست به عنوان اطلاق ولکن خلاف در مسأله در میان اصحاب نمیدانیم) و این غریب است. با وجود این که در مسالك

(١). در كافي تصريح به نام امام باقر(ع) شده و مضمون نیست - رجوع کنید، فروع، ج٢، ص٢٥٢.

(٢). فقيه، ج٢، ص٢٨٥.

(٣). وسائل، همان باب، ج٢ - تهذيب، ج٢، ص٢٨٧، فقيه، ج٢، ص٢٨٥.

(٤). وسائل، همان باب، ج٣ - تهذيب ج٢، ص٢٩١.

نقل خلاف کرده. و ظاهر این است که در این حکم فرقی ما بین دین وصیت نباشد. پس دین میت از دیه او داده می شود و احادیث در این معنی وارد شده است. و از جمله اخبار صحیحه یحیی ازرق است (عن ابی الحسن - ع - في قتل وعيله دين ولم يترك مالا، فاخذ اهله الدية من قاتله، أعلیهم ان يقضوا دینه؟. قال: نعم. قلت: وهو لم يترك شيا. قال: انما اخذوا الدية فعليهم ان يقضوا دینه). (١) 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، ولکن روایت از صفوان ابن یحیی ازرق کرده و این اسم در رجال نیست. و ظاهر این است که سهو القلم شده و تصحیف کلمه (عن) به کلمه (این) شده چون راوی صفوان بن یحیی است. به هر حال حدیث صحیح است و یحیی ازرق ظاهرا همان یحیی بن عبد الرحمن ازرق ثقة 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 يقتل وما ترك شيئا. قال: نعم انما اخذوا ديته فعليهم ان يقضوا دینه) (٢). و کلینی نیز به همین نحو روایت کرده (٣). 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) (٤) به مضمون صحیحه ازرق. و از جمله آنها صحیحه

سليمان بن خالد است از حضرت صادق - ع - (قال: قضى أمير المؤمنين في دية المقتول انه يرثه الورثة على كتاب الله سهامهم اذا لم يكن على المقتول دين). (٥)

واطلاق اخبار شامل ديه عمد هم هست، بلکه بعض آنها صريح است در حکم عمد، مثل روايت على بن ابى حمزه از حضرت کاظم (ع) که در کتاب فقيه مذکور است (قال: قلت له: جعلت فداك رجل قتل قتلا متعمدا او خطأ وعليه دين و [ليس له] مال، فاراد اولياؤه ان يهبوا دمه للقاتل؟ قال: ان وهبوا دمه ضمنوا دينه. فقلت: ان هم ارادوا قتله؟ قال: ان قتل عمدا قتل قاتله وادى عنه الامام الدين من سهم الغارمين. قلت: فانه

- (١). وسائل: ج ١٢، ابواب الدين، باب ٢٤، ح ١، كافي، فروع، ج ٢، ص ٢٤٠، فقيه، ج ٢، ص ٢٨٤.
- (٢). تهذيب، ج ٢، ص ٢٨٠. توضيح: عبارت تهذيب با عبارت مصنف (ره) تفاوت دارد.
- (٣). ظاهراً اين دو حديث يکي هستند و محدثين (ره) نيز بدین گونه برخورد کرده اند.
- (٤). تهذيب، ج ٢، ص ٦١.
- (٥). وسائل، ج ١٧، ابواب موانع الارث، باب ١٠، ح ١.

[٢٧٤]

قتل عمدا وصالح اولياؤه قاتله على الديه، فعلى من الدين، على اوليائه من الديه؟ او على امام المسلمين؟ فقال: بل يؤدوا دينه من دينه التى صالحوا عليها أولياؤه، فانه احق بديته من غيره) (١) ودر تهذيب از اسحاق بن عمار (عن جعفر - ع - ان رسول الله - ص - قال: اذا قبلت دية العمد قصارت مالا فهى ميراث كسائر الاموال) (٢)

آنچه مذکور شد قول مشهور است و دو قول ديگر در مسأله هست: يکى آن که: ديه مطلقاً در دين صرف نمى شود. به جهت آن که دين در حال حيات به ذمه ميت قرار گرفته، و ديه بعد از وفات مستقر مى شود، و ميت بعد موت مالك چيزى نمى شود. و اين قول شاذ و نادر و اجتهاد است در مقابل نص. و قول ديگر فرق ما بين عمد و خطا است. چون عمد موجب قصاص است نه ديه. و قصاص حق وارث است. پس هر گاه صلح کند به ديه، مال او مى شود و دخلی به ميت ندارد. و بر اين وارد مى آيد - علاوه بر آن که در قتل خطا هم ديه بعد فوت مستقر مى شود و ميت مالك آن نبوده و فرق بى وجه است الا از راه في الجملة حجيتى که حجت شرعيه نمى شود - اينکه (٣) آن نيز اجتهاد است در مقابل نص.

ويدان که بنابر اين قول مشهور که دين متعلق به ديه مى شود مطلقاً، خلاف است که آيا هر گاه وراثت خواهند در صورت قتل عمد قصاص کنند و ميت مالی نداشته باشد، طلبکارها مى توانند مانع شوند از قصاص - از برای اين که ديه بگيرند و دين ايشان را وفا کنند - يا نه؟ اشهر اين است که مانع نمى توانند شد. چون قصاص حق ولى است و سلطنت قصاص از برای او است. چنانکه کتاب خدا به آن ناطق

است(۴)، وروایت علی ابن ابی حمزه سابقه هم دلالت بر آن دارد، و هم چنین عمومات اخبار. وشیخ در نهاییه و ابو الصلاح وابن براج گفته اند که نمی توانند قصاص کنند، مگر این که ضامن دیه شوند. ودر 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: بنابر اینکه....

(۴). و من قتل مظلوما فقد جعلنا لولیه سلطاناً. اسراء آیه ۱۷.

(۵). در نسخه: و در صوتی که...

[۲۷۵]

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 لاوليائه ان يهبوا دية لقاتله وعليه دين؟ فقال: ان اصحاب الدين هم الخصما للقاتل، فان وهبوا لوليائه دية القاتل فجائر، وان ارادوا القود فليس لهم ذلك حتى يضمنوا الدين للغرما، والا فلا). (۱) ودر فقیه همین روایت را نقل کرده و بعد از (هم الخصما للقاتل) گفته (فان وهب اولياؤه دمه للقاتل ضمنوا الدين للغرما، والا فلا) (۲)

و مفهوم این نیز افاده می کند که اگر خواهند قصاص کنند ضامن نمی شوند. و سند حدیث ضعیف است به سبب محمد بن اسلم جلی. 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 نمی کند 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 نمی توانند 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 و اظهر است. والله العالم.

۱۲۲: 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 ۱۲، 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 مح مد بن علی بن شهر آشوب است و او در سال ۵۸۸ قمری در سن ۹۹ سالگی وفات کرده، می توان گفت طبرسی از شخصیت های اواخر قرن پنجم و اوایل قرن ششم است که با شیخ بزرگ ابو علی فضل بن حسن طبرسی صاحب مجمع البیان معاصر بوده و او نیز استاد ابن شهر آشوب است.

[۲۷۱]

جواب: مهر والده داخل دیون است و از اصل مال وضع می شود قبل از وصیت و میراث، بعد از ثبوت مقدار، و قسم، در جائی که ضرور باشد. و زیادتى 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 می شود که گفته است، پس آن وصیت لغو است و این معنی بدون وصیت هم ثابت می شود. 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 می شوند، و در باقی همه شریك اند. مگر با امضای ورثه. و هر گاه در تقسیم زیاد و کم قرار داده باشد و منظور او وصیت در آن زاید بوده، آنهم 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 آنرا 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، والا 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 می برد؟ و وصیت کرده است که يك سال نماز از

برای او استیجار نمایند و يك تومان هم از باب زكات بدهند. آیا اینها از اصل مال وضع می شوند یا از ثلث؟

جواب: يك تومان زكات از اصل مال وضع می شود. و يك سال نماز از ثلث مال وضع می شود، علی الاظهر الاظهر. و تتمه ثلث را از باب وصیت به برادر صلیبی و بطنی او می دهند. و دو ثلث دیگر را میان کل ورثه کما فرض الله قسمت می کنند به این نحو که سدس آن را به برادر مادری می دهند، و باقی را ما بین برادر و خواهرهای پدر مادری (لذاکثر مثل حظ الانثیین) قسمت می کنند .

[۲۷۷]

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 يك 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 وارث، نه بری کردن آن یکی پس این وصیت در ثلث معتبر است، و اول ثلث آن باقی مانده مال را می دهیم به سایر ورثه و باقی را کلهم اجمعین کما فرض الله قسمت می کنند.

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 می خواهد از دست او انتزاع کند و بر وفق وصیت عمل کند. آیا می تواند 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 نمی تواند 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 می شود. و هر گاه زید ساکت بوده از اذن و عدم اذن، خلاف است در صحت این وصیت عمرو و جواز تصرف

وصی او. اشهر واقوی عدم جواز است. وقولی به صحت هست، وآن ضعیف است. وحديثی 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.

[۲۷۸]

آیات قرآن نمایند. ووصی بعد از فوت او ملاهائی که متعارف است که در مزار مینشینند، در مزار مینشاند. ومتعارف نمی باشد در آن ولایت که از قرائت آنها تفحص نمایند واینهم تفحص نمی کند. آیا وصیت به عمل آمده یا نه؟

جواب: هر گاه وصیت به نحوی که وصیت به آن منصرف می شود، به عمل آید، ظاهرا کافی است.

۱۲۹: سؤال: زید در مرض موت می گوید 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 تمليك کرده ام بدهد. وتتمه مال مرا خود متصرف شود وكسی دیگر را در آن حقی نباشد). آیا این وصیت صحیح است ودر 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 - ولکن چون ظاهر این است که مراد او وصیت است از برای دیگران، بنا را به وصیت میگذاریم ودر ثلث اعتبار می کنیم. پس ثلث ترکه (که بعد تمليك آن يك نفر کبیر باقی مانده) وضع می کنیم ومساوی آنچه به آن کبیر داده از آن ثلث به هر يك از اینها می دهیم، وتتمه را اگر بماند به وصی می دهیم ودو ثلث دیگر را بین کل ورثه علی ما فرض الله قسمت می کنیم. اینها در وقتی است که بنا را بر وصیت محض بگذاریم. چنانکه در صورت اشتباه حمل لفظ بر وصیت محض می شود. واما 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 ووصیت نباشیم، می گوئیم 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 وآنها 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 می آید چیزی از برای وصی و گاه است نمی ماند. پس هر گاه

[۲۷۹]

تصحیح وصیت کنیم ثلث مال را وضع می کنیم. وثلثین را کما فرض الله قسمت می کنیم میان سه نفر. وبعد از آن ملاحظه می کنیم هر گاه به هر يك از دو نفر به قدر حصه آن کبیر رسیده تمام ثلث مال وصی می شود. و هر گاه نرسیده، از ثلث تمام می کنیم و باقیمانده ثلث را به وصی می دهیم. و هر گاه زیادتیر رسیده، از ثلث تمام می کنیم و باقیمانده ثلث را به وصی می دهیم. و هر گاه زیادتیر رسیده، زیادتی مال آنها است و به وصی نمی دهیم. 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.

۱۲۰: 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 میدانستند که گنجایش بیشتر دارد. وبعد از میایعه، 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 می شود، 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 می رساند. و زاید بر آن مال وارث است.

۱۲۱: سؤال: در وصی دیانت و عدالت را شرط می دانید یا نه؟

جواب: اظهر و اشهر 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.

[۲۸۰]

۱۳۲: سؤال: هر گاه وارث موصی مطلع شوند به عدم دیانت و خیانت وصی، آیا می توانند 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 می شود و معزول می شود. 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 واقوی این است که وصایت عود نمی کند. والله العالم.

۱۳۳: سؤال: وصی می تواند 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. والا، فلا.

۱۳۴: سؤال: هر گاه وصی از اموال صغیر آنچه قیمت می کند و به جهت خودش میخرد، آیا تصرف می تواند 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 می شود، 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 می تواند داد یا این که موقوف به حاکم است؟ تا هنوز قسم را نخورده باشد می تواند 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 تقاضاست. 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 اینقدر 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 می تواند ادای آن دین را بکند بدون مراغه 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 نمی تواند داد، هر چند اصل طلب در نزد او ثابت باشد.

[۲۸۱]

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 الشرایط باشد خود می تواند قسم بدهد و طلب را ادا کند. و به مجرد این که

وصی مدعی علم است به اصل دین، حاکم نمی تواند او را مأذون کند در قسم دادن. بلکه باید در نزد خود حاکم به ثبوت برسد، وبعد ثبوت می تواند 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 نمی توان دین آنها را ادا کرد. والله العالم.

۱۳۶: سؤال: وصی می تواند 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 می تواند از برای خود از مال صغیر متاعی را بخرد، یا از مال او قرض بردارد؟

جواب: بلی می تواند با ملاحظه مصلحت و اطمینان از خداع نفس، به قیمتی که دیگران می خرند. (۱) و مباشر طرفین ایجاب و قبول هم می تواند 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 ملائت (۳). و اظهر در تفسیر آن این است که این قدر مال داشته

نهضت ترجمه
Translation Movement
IMS

(۱). وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۸۹، ح ۱.

(۲). وسائل، ج ۱۲، ابواب مایکتنسب به، باب ۷۶، ح ۲، ۳، ۴.

(۳). همان مرجع، باب ۷۵، ح ۱، ۲، 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 می فرمایند در خصوص این که زید عازم زیارت باشد و بعضی از املاک و اموال خود را به بعض اولاد خود - مثلا 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 می برند یا نه؟ شقوق محتمله مسأله را (کما ینبغی حسبۃ الله) بیان فرمایند.

جواب: آنچه را به عنوان بیع یا هبه لازمه (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 ممضی 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 میرسانند. و اگر ثلث زیاده بر آن ملک ها نباشد و ورثه اجازه نکند، چیزی برای آن مصرف که [در] آخر گفته به جا نمی ماند. و یوسف و محمد را دخلی و تصرفی در آنچه به وصیت حق سایر ورثه شده جایز نیست.

۱۲۹: 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 کمالتر باشد، این کتابها مال او می باشد). و حال يك نوه او سواد عربی دارد. آن کتابها به او می رسد؟ یا تقسیم کنند؟ بیان فرمایند .

جواب: هر گاه در حین وصیت در میان اولاد صلبی او صاحب کمالی بوده از همه کاملتر، یا همان اولاد موجود [اگر] یکی از آنها بعد او صاحب کمالتر باشد، به او می دهند، و بعد فوت او به وارث او می دهند. و به این نواده او نمی دهند. 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 می دهند. و اینها در وقتی است که آن کتابها زاید بر ثلث مال او نباشد. والا، 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 می شود.

۱۴۰: سؤال: زید در حین سفر مکه معظمه و وصیتنامه 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 اخیانا 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 وصیتهای دیگر به خالد می کند که بعد وفات او به عمل آورد، و می گوید (وصیتنامه برای تو می نویسم)، و دو سه نفر از رجال و نسا هم اعتراف او را به وصیت و وعده وصیتنامه نوشتن شنیده باشند، و لکن بعد از فوت او اثری از کاغذ موعود در میان متروکات او نیست. و وصیتنامه اول موجود است. آیا به سبب این (وصیت کردن به خالد) و وعده نوشتن وصیتنامه، وصایت عمرو و بکر بر هم می خورد 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، می شود؟ 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، می شود 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 حجت شرعیه بالحصول علم از قرائن به جهت اوصیا...

[۲۸۴]

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 ادارک حج - که عدم آن موهم شرطیت است - در آنها بر هم نمی خورد. و در کیفیت ادای وصیت ملاحظه خروج پنجاه تومان از ثلث مال، در غیر آنچه از اصل [مال] خارج می شود (مثل رد مظالم) باید بشود (۳) و به منزله آن است (إجازة من له الإجازة) در زاید بر ثلث. و محض وصیت کردن به شخص دیگر در بعض امور، عزل اوصیای سابقه لازم نمی آید. و هم چنین به سبب اعتراف به وصیت کردن و وعده وصیتنامه نوشتن، عزل آنها ووصی بودن این شخص ثالث منفردا، بر نمی آید. 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 نمی شود. 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 و 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 نمی خورد. 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

(چنانکه ظاهر سؤال و عبارت وصیتنامه چه 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 اتفاقاً، و در ثانی علی الاظهر) هیچ يك منفرداً نمی توانند 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 ادهما، 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» می دانند.

(۳). در نسخه: باید ثابت بشود.

(۴). مراد همان لزوم وصایت در دو صورت است که در پی نویسن دوم همین مساله گفته شد.

[۲۸۵]

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 نمی کند، باز هم حاکم باید معینی از، برای این حاضر تعیین کند. و به سبب عجز او از بعض بلکه از کل نیز رد وصیت نمی تواند کرد. اینها همه در وقتی است که اصل وصیت و وصایت ثابت باشد. و محض کاغذ وصیتنامه حجت شرعیه نیست. و بر فرض عدم ثبوت، و عدم جد، ولایت در وصایت با حاکم شرع است، آنچه صلاح داند چنان می کند. و با عدم تمکن از حاکم شرع ثقات مؤمنین متوجه امور ایتمام می شوند. و هم چنین است امر در وصیت ثابته قطع نظر از تعلق به ایتمام.

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 می باشند که امکان ادای حق ایشان متصور است. یعنی مثل طفل و مسجد نیستند. و به حسب العاده ارا نمودن همه ارباب دیون، کمال اشکال دارد، ووصیی مزبور علم دارد که موصی ادای دیون ننموده. و علم شرعی هست که ارباب دیون هم ابرا ننوده اند. آیا وصی می تواند 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 می تواند 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 می توانند چند نفر را که متدین میدانند تعیین نمایند که متوجه صغار واموال ایشان باشند واموال صغار را به نحوی که غبطه ومصلحت صغار دانند تصرف نمایند. این راهم مقرر فرمایند.

جواب: آنچه عالی جناب قدسی انتساب محامد اکتساب علامی فرزند نور العیون آقا سید باقر حرسه الله تعالی فرموده محض حق وصواب است. ودر صورتی که وصی قاطع

[۲۸۶]

باشد به اشتغال ذمه وعدم ابرا الی الحین می تواند بدون قسم، بدهد. ولکن فرض حصول علم در صورت مسأله نادر است. وبه هر حال چون اصل مسأله نفس الامری است وقطع نظر از مناقض ومنازع است، در میانه خود و خدای هم حاکم وهم وصی وهم مقاص همگی با حصول علم به بقا در ذمه وعدم وفای میت وعدم ابرا غرما بدون قسم استیفای حق جایز است. ودر باب ولایت صغار وتفویض امر آنها به احدی، حقیر عالی جناب سابق الالقباب را ثقه ومعتمد وبصیر میدانم، آنچه مصلحت دانند چنان کنند. ودر سؤال سائل بعضی قیود هست. از جمله این که (علم شرعی هست که ارباب دیون او ابرا ننموده اند)، [که] مظنه خلط واشتباه هست. لهذا اعلام می نمایم که: باید دانست که علمی که در اینجا کافی میدانیم در سقوط قسم، علم جز میقطعی است، نه از باب علم شهود که غالبا مناط آن استصحاب است. والا بایست که اکتفا به بینه بشود. بلکه در این مقام ما اکتفا به علم حاکمی که از راه استصحاب باشد هم نمی کنیم. به هر حال هر گاه علم قطعی از برای حاکم یا وصی یا مقاص باشد، بدون قسم استظهاری می تواند وفا کرد. والا، فلا. واستصحاب 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 وناظری 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 نمی تواند تطرف کند. مگر این که ناظر هم وصی باشد از جانب موصی.

۱۴۲: سؤال: زید از قریه خود رفته ودر کربلای معلی مجاور شده، ودر آنجا شنیده که یکی از اولاد او از عمارت او اعراض نموده وعاریه نشین مردم شده. از کربلای معلی مکتوبی ارسال نموده که (هر يك از اولاد من که از عمارت من اعراض کند خارج الميراث 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 ودر این اوقات نقل مکان نموده به آن عمارت. آیا در این صورت آن ولد به آن ولد به آن مکتوب، خارج الميراث می شود در آن عمارت یا نه؟

جواب: هر چند علاوه بر مکتوب همین سائل شنیدن از لفظ پدر را هم نوشته بود و

[۲۸۷]

محض همین مکتوب نیست لکن اظهر این است که این وصیت صحیح نباشد، و آن پسر از آن عمارت محروم نیست، والله 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 همانچه که اقرار کرده اند؟ یا اصل وصیت باطل است؟.

جواب: هر گاه موصی اکتفا کند به همین لفظ یا (او صیت 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 چنانکه در کتب علما مذکور است، و در کفایه نسبت این را داده به علما و گفته است (ففی کلامهم انه لغو)، و فخر 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 می تواند 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 اولادی) افاده عموم می کند، و هم چنین ظاهر این لفظ این است که تو قائم مقام منی، دوم: آن که حمل می شود 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 اظهر وجوه اول است: به جهت آن که ذکر کردیم، و اضعف وجوه سوم است، و از کلام فخر المحققین ظاهر می شود 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

[۲۸۸]

خودت داشته باشد. مریض گفته (بعد از آنچه گفته ام، آنچه باقی ماند ثلث آن را سه رسد نمائید، يك را به خمس وزکات 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 وزکات میرسانند. و چون تعیین مقدار نکرده نصف آن ثلث را به خمس بدهند و نصفی به زکات. باقی می ماند 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 وزکات به همان نحو وصیت معمول میدارند و ملك را به پسر بزرگ می دهند و مساوی دو ثلث ثلث باقی را به مصرف صوم و صلوات میرسانند. 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 میدارند وصیت ملك را از برای پسر بزرگ. پس هر گاه آن ملك مساوی ثلث است، دیگر چیزی برای صوم و صلوات نمی ماند. و هر گاه کمتر است باز ملك را به پسر بزرگ می دهند بالتمام و تتمه را صرف صوم و صلوات می کنند. و هر گاه بیشتر است به قدر ثلث اصل مال را از ملك به او می دهند 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 میگیرند. 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 وزکات 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 می شوند نه از اصل. والله العالم.

۱۴۶: سؤال: هر گاه کسی وصیتنامه 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

[۲۸۹]

فلان مال مرا به فلان شخص بده). واز آن سفر صحیح وسالم مراجعت کند، وبعد از چند سال دیگر فوت شود. آیا مجرد آن کاغذ وصیت ثابت می شود 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 می شود. دوم: این که وصیت عقدی است از عقود و محتاج است به ایجاب و قبول، و ظاهراً خلافتی 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 نمی ماند. بلی اصل عدم انتقال مال از موصی و ورثه، دلیلی قوی است. و اعتماد به اطلاق آیات و اخبار هم نمی توان 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. و الحاصل در اینجا دلیلی در مقابل اصل نیست. و نفی 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 بگوید که (اوصیت لفلان بكذا) یا (افعلوا بعد وفاتی کذا) خواه به عربی بگوید یا غیر آن. پس هر گاه بگوید (پنجاه تومان بعد از فوت من به زید بدهید) یا (فلانی وصی من است که متوجه اطفال وادای 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 می شود، 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 نمی توانست سخن بگوید. (۱) و همچنین روایت سدید 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 نمی شود به اشاره و نوشتن. و از ظاهر کلام محقق در نافع ظاهر می شود که اکتفا به اشاره [ای] که دلالت کند بر مقصود و هم چنین کتابتی که دلالت کند بر اراده وصیت، می توان 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 بخواهد بدون این که وصیتنامه او در زیر سر او باشد. (۳)

و این استدلال خالی از اشکال نیست. چنانکه ظاهر می شود از اشکال در بیع معاطات، و امثال آن، و اما احادیث مذکوره: پس در آنها دلالتی بلکه تایید [ی] هم نیست. زیرا که شاید وصیتنامه از برای یاد داشت تفصیل است از برای شهود و غیرهم. چنانکه قباله و وثیقه می نویسند 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 ۷۵.

و شهید ثانی (ره) گفته است در شرح لعمه (کافی نیست کتابت هر چند ببینی 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 نمی توان 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 نمی شود.) 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 (خلافاً للشيخ). و مراد او خلاف شیخ است در نهاییه. و عبارت نهاییه این است که (وإذا وجدت وصية بخط الميت ولم يكن أشهد عليها ولا أقربها، كان الورثة بالخيار بين العمل بها وبين ردها وإبطالها، فان عملوا بشيئ منها لزمهم العمل بجميعها). و دوم بعد از آن که گفته است که (شهادت مشروط است به علم و آن در صورت اول حاصل نمی شود) گفته است (خلافاً لابن الجنيد حيث اكتفى 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 كتب كتاباً بخطه ولم يقل لورثته: هذه وصيتي. ولم يقل: اني قد اوصيت. الا انه كتب كتاباً فيه ما اراد ان يوصي به. هل يجب على ورثته القيام في الكتاب بخطه ولم يأمرهم بذلك؟). فكتب عليه السلام: ان كان له ولد ينفذون كل شيء يحدونه في كتاب ابیهم في وجه البر (و غیره). (۱) این روایت هر چند در فقیه (۲) به سند صحیح است ولیکن متن آن خالی از اجمال نیست. ولیکن علامه در تذکره علاوه [ای] ذکر کرده که به آن دلالت آن واضح می شود و آن این است (فكتب - ع -: ان كان له ولد ينفذون شيئاً منه وجب عليهم ان ينفذوا كل شيء يحدونه في كتاب ابیهم). 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 بعضی آن بکنند و باقی را انکار کنند واجب نیست عمل در آنچه قبول ندارند. و ممکن است حمل بر این که عمل به بعضی



(۱). وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۴۸، ح ۲.
(۲). فقیه، ۲/۲۷۳.

قرینه است بر صحت باقی، پس الزام می شوند 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 بعضی، لازم نمی آید اعتراف به جمیع. چه آن که اعتراف به بعضی 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، نمی کند. 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. ولیکن اشکال

در ثبوت وقوع آن است که آیا به این خط ثابت می شود یا نه. پس ذکر خلاف شیخ در این مقام مناسب نخواهد بود. و در این صورت می توانیم گفت که هر گاه علم بهم 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 وکالت 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 مابین 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 مؤتمن چه کند؟ و چه مقدار صبر کند و انتظار فقر ورثه را بکشد؟ و حقوقی که بر آن مال تعلق می گیرد مثل زکات، اداي 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 می کند و انتظار فقر و حاجت آنها را میکشد. و از کلام موصی بیش از انتظار در مدت حیات وصی مستفاد نمی شود. 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 میدارد تا وقتی که مظنه حاصل شود از برای او که من بعد حاجتی از برای وارث بهم نمی رسد به سبب حصول سرمایه

معتمد 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 می دهد. و هم چنین هر يك از وارث که محتاج شدند به قدر نصیب او، به او می دهد 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 نمی شود. و اما زکات، پس هر گاه حصه هیچ يك از وارث به قدر نصاب نیست، به هیچ وجه زکات به آن متعلق نمی شود. 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 نمی شود هر چند در دست وصی بماند تا سال بر آن بگذرد، زیرا که شرط است در وجوب زکات، استقرار ملك و متمکن 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؟ ویا وجود وصیت، همین صغیر را خاله مادری می باشد 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 نمی توان 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 می شود که آن طفل مادر ندارد، حق حضانت و محافظت بعد از پدر از برای کیست. و چون از ظاهر سؤال معلوم می شود که آن طفل مادر ندارد، حق حضانت بعد از فوت پدر و مادر (هر دو) اظهر این است که به اقارب رجوع می شود، الاقرب فالاقرب. یعنی هر کدام میراث می برند از طفل، مقدم است بر آن میراث نمی برد. و در جائی که هر دو میراث می برند باید قرعه کرد. و زیادت بر بودن میراث منشأ تقدم نمی شود. چنانکه در صورت سؤال خاله پدر دارد و خاله مادر. و

[۲۹۴]

همچنین ظاهر می شود 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 بهم رسد که این نوشته خط آن میت است. به وصایای او آنچه نوشته باشد می توان 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) وقرینه ظنی 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 می تواند شد که تلفظ به صیغه را مدخلیت در انعقاد آن باشد، مانند نکاح و غیره. 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 می توان 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 ترکه است یا نه؟

جواب: هر گاه آن شخص هبه آن ملك را به آن شخص کرد و شرط کرد در ضمن عقد که متب 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 می شود 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 متب 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 ملك را به تو بخشیدم که در عوض آن بیست سال عبادت بکنی و آن بیست سال را از برای خودم بکنی بعد از وفاتم).

[۲۹۵]

و هر گاه به این مواهبه وصیت متحقق شد پس آنهم 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 نمی شود. بلکه مستحق نفس عمل است که استیجار باشد، یا عمل کردن خود متب. بلکه حقیقتاً عوض، همان عبادت است و تخیر در طریق وفا به آن است. بلی هر گاه تراضی واقع شود بر اجرت ضرر ندارد و وارث می خواهد آن عمل و استیجار را از برای خود قرار می دهد بعد از موت، یا به دیگری منتقل می کند. 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 بهم می رساند. زیرا که گاه است که وجه اجازه مختلف می شود بعد از موت، پس منشأ بطلان می شود. و آن مندفع 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 می شود به عوض المثل. و وصیت راجع می شود به عوض المثل. و اما حقیقت این است که در اینجا هیچ نحو ابهامی نیست. چنانکه 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 ملك مزروعی او را به عمرو و اخوان او

واگذارند به جهت آن که ایشان راضی شده اند حقوق خدمت را ابرا نمایند. وبعد از فوت [او] قطعه سرا را به تصرف عمرو داد [اند] وعمرو در آنجا خانه ساخت وچهل سال است که در تصرف دارد. وقطعه 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) وعمرو می گوید: قطعه زمین مزروعی را هم می خواهم. آیا در این صورت کدامیک تسلط دارند؟.

جواب: هر گاه عمرو واخوان او اجیر باشند، یا این که ایشان را امر کرده باشد وایشان هم تبرعا خدمت نکرده اند، در صورت اول ایشان مستحق وجه اجازه اند، ودر صورت ثانی مستحق اجرت المثل. پس الحال که وصیت کرد که آن قطعه سرا را و آن قطعه محل

[۲۹۶]

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 می شوند. و هر گاه قیمت آنها بیشتر باشد از حق آنها، پس اگر زیادتى قیمت زاید بر ثلث مال موصی نیست، باز مستحق تمام دو قطعه هستند. واطهر این است قبض موصی له شرط در تملك نیست. و اگر زاید بر ثلث باشد وورثه 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 نمودیم، از آن قطعه که به قبض آنها در نیامده به قدر متهم اجرت مستحق هستند ومطالبه می کنند، 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 می دهند. وتتمه مال وارث است. و هر گاه آن دو قطعه کمتر از اجرت آنها باشد وتراضی بر همان واقع نشود، باقیمانده اجرت را مستحق اند که از مال موصی بگیرند. ولکن چون مفروض سؤال این است که تراضی واقع شده ماتفصیل را بر آن فرض قرار داده ایم .

[۲۹۷]

کتاب الوصیه

من المجلد الثالث

۱۵۲: سؤال: چه می فرمایند در باب این مسأله که شخصی وصیت نموده که فلان ملك مرا به زوجه ام بدهید. وحال قیمت آن ملك صد تومان است، ومهر متعارف این سرزمین جزئی است. وموصی در

وصیت گفته است که این ملك را به جای مهر وقرض او بدهید که من قرضدار زوجه ام هستم. ورثه دیگر می گویند که به زوجه قرضدار نیست از راه این که ورثه دیگر را محروم کند این وصیت را کرده است. محضالله 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 میرود. 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 می شود، 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، 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.

[۲۹۸]

و اما حکایت وصیت کردن به دادن این ملك معین: پس آن نیز در ثلث معتبر است (۱). زیرا که چنانکه 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 ولیکن آن عین زاید بر ثلث مال باشد، وارث می تواند گفت که ما به قدر ثلث مال از این عین می دهیم و زاید بر ثلث را از اموال دیگر می دهیم.

۱۵۳: سؤال: چه می فرمایند که شخصی ملکی برای فروختن و استیجار حج، معین نموده، و به وصی خود تاکید تمام کرده که زود فروخته و 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 نماید و بر فرض جواز، همان قیمت را که پسرها فروخته اند از ایشان بگیرد چند سال است که از فروختن ایشان میگذرد و الحال ملك مزبور به اضعاف مضاعف قیمت بهم رسانیده، هر گاه فروختن ایشان خلاف شرع باشد و بتوان 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 می کنند هر گاه از ثلث مال بر آید، یا وارث امضا کند استیجار می کنند، والا، فلا. و اگر وفا به بعض اجرت [حج] بلدی کند دون بعضی، به همان قدر از مسافت هم حج را استیجار می کنند. و هم چنین وصیت فروختن ملك خاص را هم باز در آن اعتبار ثلث

می شود. زیرا که چنانکه وراثت بر زاید در ثلث قیمت عین مستحق اند هر گاه آن ملک مخصوص زاید بر ثلث مال باشد، وراثت را می رسد که بگوید زاید بر ثلث را از جای می دهم و آنچه در مقابل است از ملک برای خود نگاه میداریم. و علی ای تقدیر: در قدری که وصی می تواند فروخت به اذن و نفروخت، و بعد از او وراثت فروخته و تصرف کرده (خواه تمام ملک باشد یا بعض آن)، پس چون حاکم شرع -

(۱). توضیح: یعنی از نظر تعیین، فقط ثلث ملک مذکور مشمول تعیین می شود، و وراثت می تواند تعیین کردن موسی را نسبت به دو ثلث آن ملک رد کند.

[۲۹۹]

یعنی مجتهد عادل - وصی کسی است که وصی ندارد، ولایت تصرف با او است. باید به مقتضای وصیت عمل کند. پس اگر مصلحت در امضای بیع است [امضا] می کند، والا فسخ می کند. و در صورت عدم امضا می تواند مطالبه ملک را از بایع کند و می تواند از مشتری مطالبه عین ملک [را] بکند، و اجرت المثل ایام تصرف را هم از آن می گیرد. و اگر مشتری جاهل بوده به این که [این] ملک حق غیر است، یا این که عالم بوده ولیکن بایع ادعای اذن و جواز تصرف در آن کرده بوده است، مشتری رجوع می کند به بایع به قیمت ملک که داده است و غرامتی که کشیده از اجرت المثل هر چند استیفای منفعت از آن ملک کرده باشد (علی الاظهر). و هر گاه عالم بوده به غصبیت و خریده است، پس اگر قیمتی که به بایع داده تلف شده، رجوع نمی تواند کرد. هر چند دور نیست که بر بایع واجب باشد رد آن. هر چند از برای مشتری جایز نباشد مطالبه آن. و هر گاه باقی باشد می تواند رجوع کرد. هر گاه حاکم شرع رجوع کرد به بایع و غرامت از او گرفت به استرداد عین یا قیمت و اجرت المثل، پس اگر مشتری عالم بوده به غصبیت، بایع رجوع می کند به او در غرامتی که کشیده به غیر غرامتی که در عوض منافع قبل از بیع، کشیده. و اما قیمتی که مشتری به او داده پس حکم آن همان است که پیش گذشت (که اگر عین آن باقی است پس می گیرد، و اگر تلف شده، نمی تواند مطالبه کند. هر چند دور نیست که بر بایع واجب باشد رد آن) و اگر مشتری جاهل بوده به غصبیت، باز بایع رجوع می کند به غرامتی که کشیده در عوض ایامی که در تصرف مشتری بوده. و اظهر این است که هر گاه قیمتی که می گیرد حاکم از بایع، زاید است بر قیمتی که مشتری به او داده، بایع نمی تواند آن زیادتى را از مشتری بگیرد. چون مشتری مغرور است و دادن آن زیادتى ناشی از فعل او است که غاصب است. چنانکه در صورت سابق که حاکم رجوع می کند بر مشتری، زاید بر ثمن، مشتری رجوع می کند بر غاصب، به سبب مغرور بودن. و هر گاه دسترس به حاکم شرع واقعی نباشد، عدم مومنین حسبتا این کار را می کنند. و اما حکایت زیاد شدن قیمت ملک الحال: پس ظاهر این است که آن زیادتى مال موصی است و به وراثت بر نمی گردد.

چنانکه اجرت المثل تصرف مال او بود. پس هر چند الحال این ملک زاید بر ثلث باشد، امضای وارث شرط نیست. پس ملک را

[۲۰۰]

می فروشند واستیجار حجه می کنند، وزیادتی آن را صرف خیرات ومبرات می کنند برای او. ودور نیست که اکمل افراد را ملاحظه کنند چون اشخاص مستأجرین متفاوتند وگاه است وفا کند قیمت به اکمل افراد، وحسب 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 ومبرات باشد هر گاه آن شخص اکمل، مستحق تصدق وصله باشد که افضل از سایر خیرات باشد. والا باید در خیرات هم اصلح به حال میت را منظور داشت.

۱۵۴: سؤال: اوصی زید بمرزعة مخصوصة من ماله لاجل المبرات لنفسه، ثم أجرها باولاده اجارة محاباتیة الى ثلاثین عاما مرض الموت. بمعنى ارتفاع ثلاثین من محصولها من شتوی وصیفی، وشرط في ضمن العقدان يكون خيار الفسخ لو صیه حين الممات فهل یصح هذه الوصیة والاجارة والشرط ام لا؟

جواب: لا یحضرنی في كلام الاصحاب تصریح بهذه المسألة الان. نعم قال العلامة في القواعد: ولو اوصی له بسكنی دار سنة ثم أجرها سنة، لم یفسخ، فان مات فلا قرب ان له سنة كاملة بعد اتقضا مدة الاجارة). وهو مناسب لهذه المسألة، وتحقیق المقام یستدعی رسم مباحث. الاول: ان الوصیة من العقود الجائزة من الطرفين، یجوز للموصی الرجوع فیها، سوا كان الوصیة بالمال او بالولاية. ویتحقق الرجوع اما بصریح اللفظ مثل (فسخت) و (رجعت)، او بفعل ما ینافیها كالبیع والعق و الهبة مع القبض او بدونه (وان لم یثبت الملك للمتھب بدونہ) والوصیة بالبیع، ونحو ذلك، او بالشروع في مقدمات ذلك الفعل كالعرض للبیع، ومجرد الايجاب في الرهن والهبة. وبالجملۃ، كلما دل على الفسخ صریحا، او ظاهرا، او مع القرینة. واما مثل تزویج العبد والامة واجارتھما وختانھما و تعلیمھما ووطؤھا مع العزل فلیس برجوع. وبدونه دلیل على قصد الرجوع لانه من باب التسرۃ. الثانی: ان منجزات المریض ومعاملاتھ المحاباتیة یمضی من الاصل (على الاظهر). الا الاقرار في المتھم بحرمان الوارث، فمن الثلث. الثالث: انه لابد في الاجارة (اذا كان تعین المنفعة بالمدة) تعین المدة. فمثل تقدیرھا بقدوم الحاج او ارتفاع المحصول ونحو ذلك، لا ینفع. ویبطل الاجارة بسبب

[۲۰۱]

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 لاختلاف 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 أجرها سنة لم يفسخ، اى الوصية. اذا الاجارة ليست مما يدل على الفسخ بل يجامع 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 اوجبت 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 الوراث تسليمها اليه بعد الموت على الفور مع عدم المانع، ولا يتخير السنة بعينها (١) وهى قد استحققت لغيره، فيبطل. قال: والاصح الاول (٢) ونمنع اقتضا الوصية السنة الاولى بعينها. فعلى الوجه الثانى 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 .

Translation Movement

(١). و في النسخة: سنة بعينها - و في الايضاح نسخة كوشانيور: سنة تعيينها.

(٢). اى: قال الفخر: و الاصح الاول - و مراده من الاول، الاول في كلامه، الذي هو الوجه الثانى في كلام المصنف، و هو عدم البطلان.

[٢٠٢]

قال: وهذا الاحتمال ضعيف. ويتفرع على الوجهين انه لو لم يكن أجرها 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 المورث، 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

الهبّة). لكنه هل يبقى الوصية بحالها ان مات قبل انقضاء 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 الآتية 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، فغايتة 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. والذي 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 المستأجرة في اثنا المدة، او تعذر الانتفاع بها راسا. فان الموت قبل انقضاء المدة 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 والهبّة والعق. فكون مقتضى ذلك بقا الوصية معناه لزوم العمل بالوصية. ومع العمل بها لا يكن

نهضة ترجمه [٢٠٢]

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 طئه بقاها الى زمان انقضاء الاجارة ان فرض (١) موته في اثنائها بغنة. 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 الفضولى، كما هو الاقوى. (٢)

وهذا مع امكان الاجارة، وقد لا يمكن الاجارة. كما لو اوصى ببيعه بعد الموت وصرفه في استيجار العبادات. اذ لم يمكن للموصى الاجارة بوجه من الوجوه. وايضا: هذا من قبيل اجارة الولي مال الصغير في زمان لا يعلم حصول البلوغ في اثنائه. فانهم ذكروا: انه لو آجر الولي في زمان يحصل القطع ببلوغه بالسن قبل انقضائها - كما لو آجر ملك من له عشر سنين، في عشرين سنة - فيبطل في الزايد، فيحصل خيار التبعض في الباقي. واما لو آجره في زمان لا يقطع ببلوغه قبل اتمامه بالسن، لكن يحتمل حصوله في

اثنا بالانبات، او الاحتلام، 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 للزوم. كمالو زوجه ثم بلغ، اوباع داره كذلك. والوجه الثاني انفساها في الزائد، قال في التذكرة: (وهو المعتمد عندنا، الا ان يجيز الصبي بعد البلوغ فيلزم. لا نأبينا انه قد زاد على مدة ولايته وقد تصرف في منافع لا يملك التصرف فيها ولا ولاية عليه فيها، شبيه 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 استيفاء مدة الاجارة مما بقي بعد الموت. وليس هذا من باب انتقال المال الى الوارث (حيث لا ينفى بقا الاجارة على الاصح فينقل العين الى الوارث ويبقى الاجارة بحالها). بخلاف مالو اوصى بمنفعة السنة

(١). و في النسخة و ان فرض.

(٢). راجع المساله المشروحة المفصلة «البيع الفضولي» ي اواخر كتاب التجارة من المجلد الثاني.

(٣). في النسخة: فان كان...

الاولى وما بعدها. فان الموصى [به] ليس من مال الوارث. اذا عرفت هذا فنرجع الى اصل المسألة وهو الوصية بالعين. وهي هنا ايضا لا بد من التفصيل: فان كان الوصية بنقل الملك الى غير حين الموت، فهو لا ينفى صحة الاجارة، فانه يصح وصية العين لاحد وابعارها لآخر، مع موته قبل الانقضاء. لجواز الجمع بين الحقين. امالو اوصى ببيع الملك بعد الموت وصرفه في استئجار الصوم والصلوة حيث يعلم ان مراده ذلك، فلا. خصوصا ان طال مدة الاجارة ولم يكن للخالية عن المنافع قيمة يعتد بها. 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 اولا: 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 ثانيا: فلان الظاهر ان الموصى حسب ان الاجارة لازم من قبله ولا يصح جعل الخيار لنفسه لكونه ميتا، 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 ما ينزل قيمتها بسبب بقا مدة

الاجارة. ومثل مالواوصى بمنفعتها في السنة الاولى وما بعدها لبطانها بالذات بسبب الموت ح. فليس لاحدان يقول: شرط الفسخ معناه ان له الخيار في الفسخ وعدمه، وهذا قرينة على عدم ارادته بيعه في السنة الاولى حتى ينافى بقا الاجارة. فمقتضى ذلك انه لو لم يفسخ تبقى الاجارة بحالها. ومقتضى عدم منافات الاجارة للوصية ايضا الاجارة بحالها الى تمام مدتها. لا نأقول: 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 و الامر بيد الوصى بعمل بمقتضى الوصية، لا ان يكون اجارة ولكن الخيرة بيد الوصى في ابقائها وفسخها. فتأمل جدا تعرف المراد. وكيف كان فهذا الشرط لغو وجوده

[٢٠٥]

كعدمه لاملح 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 اجارة 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 والجاذب وغير ذلك. فهو تفسير مجهول بمجهول، وبعهالته يبطل العقد.

١٥٥: سؤال: شخصی دیگر در كربلا فوت شده، و وارثی چند در وطن داشته، شخص مزبور در سه يوم قبل از فوت وصیتی کرده و به جهت هر يك از وارث خود مالی مشخص و معینی [را] وصیت کرده. و یکی از اولاد آن شخص متوفی، پانزده ساعت قبل از او فوت شد. آیا آن مالی را که به جهت آن پسر متوفی وصیت کرده بود به آن پسر متوفی می رسد که به وارث آن پسر متوفی بدهند؟ یا آن که چون پانزده ساعت قبل [از پدر] فوت شده به آن چیزی از وصیت نمی رسد و مال سایر ورثه است؟ و هم چنین آیا از برای این پسر متوفی شده، حصه از مال پدر متوفی می باشد یا نه؟

جواب: هر گاه موصی وصیتی کرده از برای احد وراث، وقرینه نباشد بر این که مقصود همان فرزند باشد نه اولاد او، و آن وارث قبل از موصی بمیرد، و موصی هم از وصیت خود رجوع [ن] کرده بود، آن موصی به، منتقل می شود به وارث آن موصی له هر گاه وارث خاصی دارد. چنانکه حق قبول هم منتقل به او می شود، علی الاظهر. واما سؤال از میراث بردن آن ولد متوفی از آن اموال، پس آن وجهی ندارد و میراث بردن مشروط است به حیات وارث بعد از موت مورث. والله العالم.

۱۵۶: سؤال: ضعیفه [ای] مثلا خود را مستطیعه دانسته تدارك سفر مکه را مهیا کرده و به سفر مکه مشرف شد. و در آن وقت وصیتنامه 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 فقرا و عوام و سادات بالسویه 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).

[۲۰۶]

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 می شود، 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 بهم 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 مبدا 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 هیجده تومان آن را می تواند 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 التولیه چنینی را صحیح نمی داند. 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 (عرض 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 می ماند 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، والا پس وصی تعیین نکرده، و در آن وقت ولایت و اختیار وصایت با حاکم شرع است هر کی [را]

او بخواهد او باشد. وثانیا مراد از این که (سیصد تومان از مال من باید به فقرای سادات و عوام بالسویه برسد) هم معلوم نیست. هر چند ظاهر این

[۲۰۷]

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 لكن 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 می شود (نه [از] خصوص ثلث) مثل حجة الاسلام اگر نمی کرد. 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 بنابر این از ثلث مال اعتبار می شود. 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 می شد، اگر چه رافع صحت آن نبود با امضای وارث. و اما حکایت وقف کردن آن دو طاق آب ناسخ وصیت قبل نمی شود، 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 می شود. و اما قرار دادن اکثر منافع به جهت حق التولیه خودش، اگر چه در نظر حقیر مشکل است، و لكن چون مفروض این است که به تقلید دو مجتهد کرده، حکم به بطلان آن نمی کنیم هر گاه صیغه خوانده و قصد قبض را هم کرده، و آن گفتگوها که با ضعیفه شده

[۲۰۸]

در باب نقل مخالفت مجتهد ثالث وخواهش کردن هبه از او که بعد از وفات به مصرف خیر او برسانند، با سکوت ضعیفه عیبهی به وقف او نمی کند. و نقضی به آن نمی رسد واین تصرفات وقف کردن ملک، وتجديد وصیت، منشا رفع حکم وصیت سابقه نمی شود.

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، وثلث مال مرا خرج من کنند). آیا نبیره را چه باید داد؟ وثلث را خرج چه باید کرد؟

جواب: اگر لفظ (رسد) در عرف به (حصه) تعبیر می شود مانند (بهره) در عجمی، و (قسط) و (حظ) و (نصیب) در عربی، بیانی از برای آنها در شرع وارد نشده - چنانکه از برای لفظ (جز) و (شیئی) و (سهم) وارد شده - ولکن دور نیست که بگوئیم که در اینجا به قرینه مقام میفهمیم 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 می شود، و اگر وارث هم چیزی نداند یا صغیر باشد، اقل محتمل را می دهند. 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 بنابر 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 میرسانند. 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)، اظهر این است که این را مقدم میدارند 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. والا پس واجبات مالیه مقدم است

(۱). یعنی: و در رسد نبیره موقوف می شود به اجازه وارث.

بر وصايا مطلق. خواه وصيتی به واجب بدنی باشد یا تبرعی. بلکه خواه وصیت کرده باشد یا نه. و خواه وصیت را در ثلث کرده باشد یا مطلق. و هم چنین واجبات بدنی و تبرعی علی الاظهر. و اشکال در این مقام هست که: هر گاه چند وصیت تبرعی بکند به ترتیب در ذکر، آیا هر گاه اولی مستوعب ثلث باشد وصیت بعد از آن ناسخ آن می شود - بالتامام اگر آن هم به قدر ثلث باشد یا به قدری که مساوی آن باشد هر گاه کمتر از ثلث باشد -؟ یا ناسخ نمی شود؟. یا آن که فرقی مابین الفاظ هست؟. فنقول: ان قال (اعطوا زیدا 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 لو باع ماله من زيد ثم باعه من عمرو. لان المفروض ان كل واحد من الجملتين تامة مستقلة، ولا ينتظر آخر الكلام. بخلاف ماله قال (اعطوا زیدا وعمروا كذا). ويستفاد ذلك من رواية حمران (١) ايضا. فلا وجه لكون الجملة الثانية ناسخة للاولی، ولكن لا ينافی ذلك بقا الجملة الثانية ايضا على الصحة، بمقتضى العموم. غايتها كونها منزلة موقوفة على امضا الورثة، فان اجازوها لزم، والا بطلت. وكذلك الكلام لو قال (اعطوا زیدا ثلثا وعمروا ربعا وبكرا سدسا). وكذلك لو قال (اعطوا زیدا نصفًا وعمروا ربعًا). بل ولو قال (اعطوا زیدا جميع المال وعمروا نصفًا او ثلثًا) 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 زیدا ثلثی) او (ثلثی الذی يتعلق بى) او (الثلث الذی ينفذه وصيتی) ثم قال (اعطوا عمروا الثلث) بالصفة المذكورة: فيكون الثانية ناسخة للاولی. لان الثلث الموصوف ليس الا امرا واحدا. فهی بمنزلة ان يقول (اعطوا ضیعتی الفلانية زیدا) ثم قال (اعطوها عمروا). وقد نسبه 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

Translation Movement
JMS

(١). وسائل: ج ١٣، احكام الوصايا، باب ٦٦، ح ١.

[٣١٠]

حیاله. وانما يخرج عن ملكه بعد الموت. ورده في المسالك بان خصوص هذه الاضافة قرينة على الرجوع، وقديتوهم ان لفظ (ثلث مالى) ايضا بمنزلة (ثلثی) وما في معناه. وليس كذلك، اذ ضمير المتكلم مضاف اليه للمالك. لا لثلث المال. مثل (حبة رمانی) 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 فكلًا. فالاصل في الوصايا المستقلة

المتابعة، صحتها جميعا وان كان للاجازه 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 عمرو 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 شئ آخر) قرينة على رجوعه عن الوصية الاولى. اذا الوصية الاولى وان كانت مقتضية باستقلالها وتامام الكلام فيها اصابها 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 شئ. فكانه قال (اسقطت ما حصل من جهة الابتدا بالوصية الاولى من النفوذ وجعلت النفوذ الذى لايتوقف على اجازة الوارث في الثانية). فيكون [كونه] ناسخا للاولى، اقوى. ويرد عليه: ان غاية ذلك اسقاط النفوذ، ولكنه لايسقط اصل الصحة بوقوفه على اجازة الوارث. اذ ظاهر كلامه (ره) انه يسلم كون الوصية الاولى لا بشرط كون النفوذ تبعيا، فالذى يرفعه الوصية الثانية هو مقتضى ابتدائية الاولى من النفوذ لا بشرط. واما النفوذ بشرط امضا الوارث فكلما. ولا يرد ان يقال (انتفا اللازم مستلزم لانتفا الملزوم سوا كان اللازم

نهضت ترجمه

(١). اين سطر مبهم است.

Translation Movement

اعلم من الملزوم او مساويا له). اذ ذلك انما يسلم في اللوازم الذاتية وعدم التوقف على اجازة الورثه في المطلق من اللوازم الاتفاقية. وان شئت فقل: انه لازم مالم يجنى 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 الذي يتعلق به فيقول (اعطوا زيدا ثلثا واصرفوا ثلثي في مصارفي)، 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 المتعلقة به رجوع عن الاول يكون ناسخا. فلو علم حال الموصى في المقامين عل ما ذكرنا فهذان من العوارض والامور الخارجية التي اوجب الخروج عن مقتضى القرينة التي(٢) جعلها معيارا للفسخ في الصورة الاولى، والقرينة التي جعلها معيارا لعدمه في الصورة الثانية. ولكن هذا خارج عن اللفظ.

(١). و هي تقدم المطلق و تأخر المقيد.

(٢). اي: اوجب الخروج عن مقتضى القرينة التي عليها معياراً لعدمه...

[٣١٢]

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 الثاني ناسخا للاول فيقدم. واولى منه ماله قال (ثلث مالي). ثم فرع عليه انه لو اوصى لزيد بثلث ولعمرو بربع ولخالد بسدس، وانتفتت القرائن، ان يكون الوصية الاخيرة رافعة للاولى. مع اعترافه بان مخالفا لما صرح به جميع الاصحاب. والحاصل له على ذلك ما فهمه 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 عليه. كما يجب حمل اطلاق بيع الشريك النصف على استحقاقه، وحملها للبيع على معناه الحقيقي. 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 وبين 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 الثاني ناسخ لو قال (اعطوا زيدا ثلثي وعمروا ثلثا). والتحقيق ما حققناه. وللشيخ (ره) هنا اضطراب في فتاويه وتخالفا لا تطيل بذكره: وان شئت الاطلاع عليه فراجع المسالك.

۱۵۸: سؤال: موصی وصیت کرده که ثلث مال مرا به مصارف واجب ومستحب برسانید، ووصی حاضر نبوده، بعد از موت موصی وصی مطلع شده که چنین وصیت کرده، ووصی بقین می داند که واجب بر ذمه موصی زیاده از ثلث است، حال تکلیف وصی در صرف ثلث است به امر واجب؟ یا آن که موافق وصیت به آن عمل باید بکند؟ وعرض دیگر این که [شخصی] وصیت کرده که مبلغ معینی را صرف واجب ومبلغ

(۱). کذا. و لعله «والحق» او «والاصح».

(۲). تقویة و تتمه لما ذکره فی الرد.

[۳۱۳]

معینی را صرف مستحب نمایند. ووصی بعد از موت که مطلع شده، صرف واجب میت را زیاده بر آنچه معین کرده می داند، آیا وصی می تواند که بعض مستحبات را موقوف دارد و صرف واجبات موصی نماید یا نه؟

جواب: اگر آن واجب واجب مالی است (مثل دین وزکات وخمس وامثال اینها) وزاید بر ثلث است، ثلث را تمام به مصرف آنها می رساند. واگر وفا نکند از اصل مال تمام می کند، و برای مستحب چیزی نمی ماند، مگر وارث اجازه کند. واگر واجب بدنی باشد مثل نماز وروزه، پس اظهر این است که هر گاه ثلث زاید بر آن نباشد تمام ثلث را به مصرف آن می رساند، واز برای مستحب چیزی نمی ماند. واگر زاید باشد اول واجب را به جا می آورد وتتمه را صرف مستحب می کند. و در اینجا واجب از اصل مال اخراج نمی شود هر گاه ثلث وفا نمی کند. و از اینجا ظاهر می شود حکم آن که مالی وبدنی (هر دو) باشد که باز بدنی تعلق به ثلث دارد واز اصل در نمی رود ومالی از اصل تمام می شود هر گاه ثلث به آن وفا نمی کند. و باید دانست که حج واجب حکم آن حکم واجب مالی است، هر چند بدن هم در آن شریک است. وحکم مسأله ثانیه از مسأله سابقه معلوم می شود. زیرا که واجب اگر مالی است از اصل مال بیرون می رود هر چند زاید بر ثلث باشد، وهر چند تمام مال باشد. پس اگر بعد از وضع آن چیزی می ماند باید ملاحظه کرد که آن قدر برای مستحب تعیین کرده هر گاه زاید بر ثلث باقیمانده نیست بیرون می کنند. 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. ولکن در این صورت باز اظهر لزوم تقدیم واجب است بر مستحب هر گاه ثلث زائد بر قدر واجب است ومستحب را از تتمه ثلث به قدر ممکن اخراج می کنند والا فلا. مگر به اجازه وارث.

۱۵۹: سؤال: در وصی عدالت شرط است یا نه؟ وعلم 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 می شود و معزول می شود. و اظهر این است که عزل مشروط به حکم حاکم هم نیست .

[۲۱۴]

خصوصا 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 نمی شود .

[۲۱۵]

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. و مع ذلك شخص مذکور را جاریه [ای] بوده باشد که در وصیتنامه به خط خود نوشته قید کرده باشد که (فلان جاریه آزاد است)، و تاریخ وصیتنامه 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 مفره بوده باشد که آقای من قبل از این به من دخل نکرده. و مع 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 [میداد] داده بود، و مال من بود). و بر مطلب خود پنج شش نفر مرد وزن شاهد اقامه نماید. و از زوجه مذکوره سؤال شود که هر گاه جاریه مال تو بود چرا در وصیتنامه زوجت نوشته که فلان جاریه آزاد است؟ مذکور نماید که: چند سال قبل از این شوهرم صاحب فراش گردید. روزی جاریه و

[۳۱۶]

غلام که مال زوجم بودند در حضور او ایستاده بودند، زوجم به نظر حسرت برایشان نگاه کرد و گفت که میترسم 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 می نماید. و می گوید که این ولد از زنا بهم رسیده و از وارث ما نیست. به علت این که از برای مورث ما در مدت عمر ولدی حاصل نشده و در اواخر عمر خود مقرر بود که قادر به وقاع نمی باشد. و زوجه شخص مرقوم نفی صریح نمی نماید و می گوید من میدانم که این ولد از کیست، اما جاریه مال من است. و از زوجه شخص مزبور سؤال می نمایند 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 می نماید که من اذن دخول نداده بودم، اما در میان اترک متعارف است که زوج به هر نحو تصرف که خواهد در مال زوجه می نماید، اگر زوجم دخول کرده باشد او را حلال می نمایم. و وکیل شرعی وارث، مذکور می نماید که شخص مذکور هرگز به جاریه مزبوره دخول ننموده و این ولد از زنا بهم رسیده. آیا به مجرد ادعای جاریه دخول را، و عدم علم احدی به دخول، جاریه مذکوره (فراش) می شود؟ و ولد مزبور ملحق به شخص مرقوم می گردد یا نه؟؟ بینوا جمیع مراتب السؤال لیتحقق علینا حقایق الحال .

جواب: چون در آخر مسائل نوشته اند که (بینوا جمیع مراتب السؤال)، امر صعوبتی بهم می رساند. 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 مشترک شد مابین عوام و خواص، بالضرورة اشاره به مأخذ هم لا بدمنه است. و با وجود این هر دو، قروع جمیع مراتب سؤال بسیار است. و حال و مقام مقتضی بیان آنها نیست. و اما آنچه از صورت صحیفه معلوم می شود که محل حاجت و مقصود سائل است بیان سه مطلب است: مطلب اول مسأله حمل جاریه است: آنچه در نظر حقیر ظاهر می شود این است که

[۳۱۷]

با قطع نظر از اثبات حریت و بدون تکلف اثبات او، جاریه مردد است در نفس الامر، بین الامرین بل الامور الثلاثة. یا حره است یا رقیق زوجه، یا بر رقیق مولی باقی است. و علی ای تقدیر آن ولد ملحق به

متوفی نمی شود. 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. ومفروض خلاف این است. زیرا که محض دعوی جاریه مثبت مدعی نیست. خصوصا با وجود این که متضمن (اقرار بر غیر) است، و وارث منکر است. خصوصا با وجود آن که ظاهر عبارت جاریه که گفته است که (این حمل را از آقای خود دارم) منافای دعوی حریت وعقد جدید است. واما بر فرض بقا بر رقیه مولى هم ولد ملحق به متوفی نمی شود. به جهت آن که (ملك مجرد از وطی) باعث ثبوت فراش نیست، بدون خلافی از علما بلکه دعوی اجماع بر آن شده. چنانکه شهید ثانی (ره) در کتاب مسالك در کتاب لعان ادعا نموده است. هر چند ظاهر عبارت شرح لمعه در کتاب موهوم وجود خلاف است. ودر این که گفتیم ملك مجرد باعث ثبوت فراش نیست، فرقی نیست ما بین این که ممکن باشد حصول وطی ولحوق یا نه. چنانکه تصریح به آن کرده اند. و اخباری که دلالت بر ثبوت فراش از برای جاریه دارد همگی در صورت ثبوت وتحقق دخول است. و بر فرض ثبوت وطی هم فراش شدن جاریه محل خلاف واشکال است. خصوصا 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 واشهر روایات این است که وطی جاریه هم منشأ ثبوت فراش نمی شود، 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، وسایر شرایط، محتاج است به تفصیلی که اینجا مقام آن نیست. و به هر حال عمده فرض ما این است که چون دخول بر فرض رقیه هم ثابت نیست، فراش بودن جاریه ثابت نمی شود. و ولد ملحق به متوفی نمی شود. و از آنچه مذکور شد حال مسأله بر فرض رقیه آن به جهت زوجه هم معلوم می شود. خصوصا با تصریح زوجه که من اذن دخولی نداده ام به او. مطلب دوم مسأله حریت و رقیه جاریه است. و هر چند که تحقیق این مسأله به جهت لحوق ولد ثمره ندارد. چنانکه معلوم شد. لکن به جهت تعلق حق وراثت به آن و غیر

[۲۱۸]

آن باید معلوم شود. و امارات در اینجا متعارضند. اصل، اقتضای بقای رقیه جاریه می کند بر حال سابق. و وصیتنامه چه اقتضای حریت او را می کند. و هم چنین حکایت زوجه آزاد کردن غلام و کنیز را، و دعوی زوجه با شهود و بینه اقتضای مالکیت زوجه را می کند. و ظاهر کلام جاریه هم موافق رقیه سابقه است. اولاً: وصیتنامه چه شرعا 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. خصوصا به انضمام حکایت زوجه آزاد کردن

غلام وکنیز را. و هر گاه بینه زوجہ عادلہ باشد پس اگر تاریخ وصیتنامہ مقدم است بر تاریخ بینه، باز بینه را اعتباری نیست. به جهت آن کہ بینه مفید ظن است و مفروض این است کہ وصیتنامہ مفید یقین است بہ صورت واقعہ. خصوصاً با ملاحظہ حکایت کردن زوجہ آزادی غلام وکنیز را. و اگر فرض کنیم از قول بینه ہم علم حاصل شود بہ صورت واقعہ، پس باز بینه اعتباری ندارد. بہ اعتبار این کہ واقعہ اعلم است از امر متحقق در نفس الامر. و اگر فرض شود حصول یقین بہ مؤدای بینه یا وصیتنامہ در نفس الامر پس آن متبع خواہد بود. و در اینجا فرض تعارض دو یقین محال است. و اگر تاریخ بینه مقدم است مقتضای آن را باید مقدم داشت. خصوصاً ہر گاہ بینه مستصحہ باشد و اقتصار بر حصول سبب فی الجملہ نکرده باشد. و مقتضای وصیتنامہ قطع بہ حصول صورت واقعہ است بدون ثمرہ [ای] کہ بر آن مترتب شود. مگر این کہ فرض کنیم از وصیتنامہ یقین نفس الامری بہ آزادی حاصل شود، کہ آن متبع خواہد بود. و این فرض قریب بہ محال است. بنابر این جاریہ مال زوجہ می شود. ولکن حکایت کردن زوجہ آزاد غلام و کنیز را باعث بی اعتباری بینه او می شود در اثبات ملک او. بہ جهت آن کہ اقرار مقدم است برینہ، مگر این کہ از جانب زوجہ بگوئیم کہ آن حکایت دلالت بر آزادی ندارد. و آنچه بہ گمان حقیر می رسد کہ مراد زوجہ از جمیع این سخن ہا با ہم [در] صورت سؤال (با وجود ظہور منافات آنہا با یکدیگر) این است کہ: شوہرم در حال بیماری اول گفت غلام وکنیز را آزاد کردم، و بعد از آن تملیک من کرد در عوض طلبی کہ داشتم. و این مبتنی بر این بود کہ چنین فہمیدہ بود کہ بہ مجرد

[۳۱۹]

لفظ - آزاد کردم - آزاد نمی شود وصیغہ علی حدہ عربی می خواہد. پس آنہا را در ملک خود باقی میدانست در عوض مہر، جاریہ را تملیک من کرد و نوشتن وصیتنامہ مبتنی است بر محض آن لفظی کہ در حال بیماری گفتہ است. و چون من ہم چنین اعتقاد کردہ بودم و اعتقاد ہم دارم کہ این لفظ اعتباری ندارد، پس الحال مال من خواہد بود. این توجیہ گفتار زوجہ است. ولیکن ظاہر آن است کہ صیغہ عربی واجب نباشد. خصوصاً در صورت عجز از عربی و صراحت لفظ غیر عربی در لغت متکلم بہ آن، چنانکہ در ما نحن فیہ لفظ (آزاد کردم) خصوصاً در جواب سؤال زوجہ صریح است در عتق. پس زوجہ ماخود خواہد بود بہ اقرار خود. خصوصاً با تائید آن بہ وصیتنامہ. و معلوم می شود تملیک جاریہ کہ بینه بر آن قائم شدہ صورت تملیکی بودہ کہ حقیقت آن بر بینه معلوم نبودہ، یا چنین گمان می کردہ اند کہ لفظ (آزاد کردم) مفید عتق نیست. این سخن ہا کہ گفتیم در اثبات حریت در صورت حصول قطع بہ وصیتنامہ است نسبت بہ ہمہ ورثہ و [با] قطع نظر از حصول قطع نیز نسبت بہ زوجہ فقط، بہ سبب اقرار خود بر آن حکایت. و اما بنابر این کہ وصیتنامہ افادہ قطع نکند پس جاریہ در رقیق سابقہ باقی است و مال ورثہ

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 (چنانکه گفتیم) وراثت منحصر می شوند 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 می شود 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 می دهند. و می گوید که (من قبل از نکاح عالم به حرمت نبوده ام). و مادر زوج او

[۲۲۰]

انکار می کند. حکم آن را بیان فرمائید.

جواب: به مجرد ادعای مادر زوجه، رضاع ثابت نمی شود. 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 نمی شود. والله العالم.

۱۶۲: سؤال: اولاً 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 مابین مدخوله و غیر مدخوله هست؟ یا نه؟ ثانیاً: هر گاه زوجه مهر نامه در دست دارد و به عنوان جزم ادعا می کند به مطابق آن بر زوج، و شاهد زنده در میان نیست و شوهر انکار اصل مهر می کند. 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؟ ثالثاً: هر گاه وارث زوج 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 دارد 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 - ومهرنامه هم ندارد، یا دارد نهایت به جهت او مفید جزم نیست. چه باید کرد؟ و رابعا: هر گاه، زوجه یا وارث ساکت باشد ومعلوم نباشد که علم به حال دارد یا نه. یا زوجه مجنونه باشد، یا وارث زوجه صغیر باشد، یا غایب باشد وحال معلوم نباشد آیا استفسار لازم است از حال ساکت یا نه؟ -؟. و بر حاکم شرع لازم است استفسار حق مجنون وصغیر و غایب یا نه؟ -؟. وهر 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)

[۳۲۱]

علم به بقای حق ندارد اما ظن استصحابی که منشأ شهادت باشد، دارد. می تواند به علم سابق خود عمل کند یا نه؟ -؟. وخامسا: هر گاه زوجه به عنوان جزم ادعای مهر معینی بکند وزوج بگوید نمیدانم، یا فراموش کرده ام، یا وارث زوج بگوید نمیدانم. چه باید کرد؟. وسادسا: 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 می گویند بر زوج چیزی لازم نیست. و بعضی می گویند (اقل ما يتمول) مثل (دو غاز) و بیشتر و کمتر. و بعضی می گویند مهر المثل واجب است، و این در نظر حقیر اقوی است. و هر گاه مدخوله نباشد ومعلوم نباشد: پس خلاقی نیست در این که مهری ندارد. ولکن ظاهر این است که این سخن در وقتی است که علم به عدم (تفویض) نباشد. ومراد از تفویض آن است که عقد بی مهر شده باشد. وهر 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 ودر عوض آن به او شوهر کرده وامثال اینها در این صورت باز آن اقوال ثلاثه جاری است، و اقوی اعتبار مهر المثل است. واما از سؤال دوم: این است که انکار زوج مسموع نیست. و اقوی لزوم مهر المثل است، مگر این که آنچه در مهر نامه 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. واما 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 واما هر گاه ظن استصحابی داشته باشد وارث یا زوجه - یعنی مهر را

ثابت میدانستند ورافع از برای آن نمیدانند - در این وقت به صورت جزم ادعا کنند، با ایشان معامله می شود معامله دعوی قطع. چنانکه دانستی .

[۲۲۲]

واما از سؤال چهارم: این است که بر حاکم استفسار لازم نیست. واستیفای حق از برای غایب وصغیر ومجنون نمی تواند کرد. به جهت آن که استحقاق ثابت نشده. و هر گاه حاکم علم قطعی به حال داشته باشد به علم خود می تواند عمل کند. واما هر گاه ظن استصحابی (که مناط شهادت تواند شد) داشته باشد، به این استصحاب وظاهر حال، عمل می تواند کرد در صورتی که مدعی علیه حاضر وکامل باشد ومعلوم شود از حال او که اگر سخنی میداشت میگفت. مثل این که حاکم علم داشته باشد به اصل مهر و مدعی علیه انکار اصل مهر بکند، ورجوع به دعوی وفا وادا نکند. (۱) بخلاف آن که مدعی علیه غایب نباشد. به جهت آن که گاه است که اگر حاضر می شود یا کامل میبود، میگفت که ادا کرده ام. در این وقت به استصحاب عمل نمی کند. واما از سؤال پنجم: این است که باز مهر المثل ثابت است، مگر این که آنچه دعوی می کند کمتر باشد. وبعضی گفته اند که همانچه ادعا می کند می دهند. به جهت آن که معارضی ندارد. واما 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 وخواه غیر مدخوله. وظاهر این است که این در وقتی که دعوی در مسمی باشد. یعنی اتفاق داشته باشند در عدم (تفویض). و اگر دعوی مطلق باشد وقابل تسمیه وتفویض - 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 بر تفویض است: پس بر زوج است که اثبات کند ادای زاید بر مدعای خود را از مهر المثل. و اگر دلیل مأخذ این مسائل را خواهی: می گوئیم: لو ادعی المرأة المهر وانکر الزوج، فان کان قبل الدخول، فالقول قوله. لاصالة البراءة، وعدم تفویت البضع، وعدم استلزام العقد المهر الجواز التفویض. والظاهر انه لاخلاف فيه. ولكنه انما يتم في غير ما علم انتفا التفویض، وعلم مع ذلك عدم الاحتمالات الاتية. والا فيجری فيه القولان الاتيان: من ثبوت مهر المثل، واقل مايتمول. واقربهما الاول. وان کان بعد الدخول: فذهب جماعة من الاصحاب الى ان القول قوله ايضا لاصالة البراءة، واحتمال ان يكون الزوج عبدا زوجه مولاه، از صغیرا معسرا زوجه ولیه في ماله، [۱] وكان للزوج حقا على

(۱). یعنی: ادعای وفا و پرداخت، نکند.

[٢٢٣]

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 مالم يوجد احد من الاحتمالات المذكورة الموجبة لبقا حكم اصل البراة فظاهر، اذا لبضع المحترم لا يكون بلا عوض، اتفاقا. والمفروض تفويته من الزوج، ولم يثبت احتمال تعلقه بذمة احد غيره بالفرض. فاذا ضم الى ذلك اصاله 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 وجودي فلامعنى للاصل في دعوى تحقق الكلى في ضمن بعض الافراد دون بعض. لاننا نقول: المستفاد من تتبع الاخبار وكلام الاصحاب ان النكاح شئى والمهر شئى آخر، فالاتفاق على النكاح لا ينافى اصاله عدم ذكر المهر. فليتأمل. 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 يحتل فيه احد الاحتمالات المذكورة: فنقول ايضا الاظهر اعتبار مهر المثل. فان القول بان الاصل مطلقا مقدم على الظاهر، لبرهان 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. وتقديمه على الاصل في الشرع في غاية الكثرة، كاليد 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 والتجاسة والاحداث. والحق ان كان ذلك مما ثبت عليه الدليل بالخصوص في الموارد في تقديم كل منهما على الآخر. ولذلك اختلفوا في بعضها كغسالة الحمام والجواد في ايدي المخالفين وغيرهما، لتعارض ادلة

[٢٢٤]

الطرفين بالخصوص. فلنفرض الكلام في ما تعارض الاصل والظاهر ولم يكن دليل خاص على تقديم احدهما من حيث خصوصية المادة على الآخر، كما نحن فيه. فنقول: تعارض هنا ظهور مهر المثل مع اصاله 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.

وينبغي ان يعلم ان تقديم الظاهر على الاصل من غير اعتضاده بدليل شرعى كالفروض المتقدمة موجودة في الفقه والظاهر انه ايضا اتفاقى في الجملة. فلا بد من تحقيق معنى الظاهر، ليكون قاعدة كلية يمكن متابعة مقتضاها حين تعارضها مع الاصل. والذي يحصل من تتبع 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 الكبر 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 الاحصاء. 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 مناع 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 تتبعها 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

نهضة ترجمه
Translation Movement

١٣٥١

النادر. مع ان قاعدة الائلاف 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 الائلاف يقتضى ان الحكم في (مفوت البضع) هو اشتغال الذمة، ولا معنى لاصل البراءة بسبب تلك الاحتمالات النادرة. وهذا مثل ما لو قال (هذا اخى لايرث من تركه ابنى)، 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 مواردنا 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 الذي ينقض به الشك، لا بدان يكون ماهو اعم من الظن المعلوم الحجية. كما لا يخفى على من له ادنى ارتباط بالفقه، فتتبع ولاحظ المواضع التي 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 لحقوق حكمه به. وما يقال (ان الاصل حرمة العمل بالظن الا ما اخرج الدليل) كلام ظاهري لا برهان عيلى. 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 .

[٢٣٦]

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 عيلىها، وما يستلزم وجوده انتفا، فهو محال جزما خامسا. وبيان ذلك ان تلك العمومات لا يفيد الا الظن والا لما صح الا ستثنا عنها لاستحالة الاستثنا من القطعى. 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 اخرج 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 التى لا مناص عن العمل عليها عند انسداد باب العلم (كما حققناها في القوانين المحكمة). بل حجة 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 سنداً ودلالة، وان كان الاظهر ضعف تلك المناقشات لصحة سند بعضها وظهور دلالتها. كما بيناه في كتاب مناهج الاحكام وغيره. وبعد اللتيا والتى، اعتمادنا على حجة الاستصحاب من جهة هذه الاخبار انما هو في ما حصل الظن من جهتها للمجتهد بـ (عدم جواز نقض اليقين بالشك) . وحصول الظن من جهتها في مانحن فيه اول الكلام .

[٢٢٧]

لا يقال: ان حجة لفظ (الخبر) يستلزم حجة في جميع افراد العام الذى تضمنه. فيلزم عدم جواز تقضى شئ من افراد اليقين بشئ من افراد الشك . لاننا نقول: لم يقد دليل على حجة هذه الرواية بالخصوص من حيث انها رواية من حيث اللفظ. والاجماع الذى ادعا الشيخ على حجة خبر الواحد، لو سلم فانما هو على حجة في الجملة، لا في جميع افرادها. وسائر الادلة اقاموها على حجة خبر الواحد، اما ممنوع الدلالة، واما ممنوع العموم. فالمعتمد في حجة انما هو كونه ظن المجتهد، وانه حجة لا نسداد باب العلم، واستحالة تكليف مالا يطاق، مع كون بقا التكاليف ضروريا. والا اعتماد على هذا الدليل لا يقتضى الا حجة 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 حجة قوله - ع - (لا تنقض اليقين بالشك) بسبب انه هذا اللفظ وانه حجة بمدلوله اللغوى. لا ما يظن ارادته منه، فهو كما ذكر، وانى لك باثباته. 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 بشئ 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. الا ترى ان اصاله 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)

[٢٢٨]

الاستصحابين)، 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 الا مر 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 الاستصحابين المتعارضين باق على حاله في الثوب الملقى على محل ظاهر. فانا نحكم بنجاسة الثوب وطهارة المحل. ومن حكم النجس التنجيس للغير، ومن حكم الطاهر عدم وجوب تطهيره. فكل منهما باق على حاله ولكن لما لم يمكن الجمع بينهما في ما يصل اثر حكمها الى محل الاخر فيتساقط مقتضاهما 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. ومقابلة 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 ههنا، 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

[٣٢٩]

الناقص، خلاف الاصل، المحتاج الى الاثبات. لامهر المثل. وثالثها: انه يلزم من الحكم باصالة البراءة، خلو البضع المحترم عن العوض، وهو خلاف الاتفاق. والاكثفا في ذلك بالاحتمالات البعيدة التى كلها خلاف الاصل، لا يمكن التوصل اليها ايضا بكون الاصل عدما. وبراة 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، وفى 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 شئى 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 بشئى، فضلا عن الزوج. وربما يقال: (ان المرأة حينئذ تستحق اقل ما يحتمل، لا اقل ما يتمول). والظاهر انه ليس قولا 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 بشئى، حبس حتى يتبين). وأورد عليه أولا بمنع الاستفسار، لانه انما يجب مع عدم افادة الكلام فائدة، وقد عرفت. وثانيا بمنع تقديم قول مدعى التسمية فانه مدعى الحبس لامنكر. وثالثا بمنع الحبس من دون

[٣٣٠]

حصول السبب. وقال في القواعد: (والتحقيق انه ان انكر التسمية، صدق باليمين. لكن يثبت عليه قبل الدخول مع الطلاق المتعة، ومع الدخول مهر المثل. والاقر 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 (النجاح) 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 وحققه وشدد الانكار على الاعتماد على اصل البراءة. وقال الفاضل المقداد في التنقيح: (اذا اختلفا في الاستحقاق فقالت هى انى استحق عليك مهرا. وقال هولا تستحقين قبلى شيئا. 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 المثاليين. 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). وفيه 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 وبجيئ الاقول السابقة. وقد عرفت ترجيح مهر المثل. ومما ذكرنا يظهر حال مالو ادعت التسمية وانكرها فان الحكم هو مهر المثل، لان الاصل عدمها، وظاهر



١٣١٥

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 وجماعة 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 ذكرها مسألة الاختلاف في قدره خاصة تبعا للنص الوارد فيه. والمتعرضون لهذه المسألة ذكروها بطريق الاجتهاد. واختلف لذلك آراؤهم من الواحد في ازمنة 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 منكرا لاصل المهر - اوكان 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 غائبا او نحو ذلك ماثبت 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 عيلا 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] الزايد 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 مايتمول، وهو متحقق في ما نحن فيه ايضا .

[٢٢٢]

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 الزوج على الزوج مهرا - بمحض ان الغالب والمتعارف ان للزوجة مهرا على الزوج ولم يثبت ادائه عنده، واقر با نه لم يكن جاز ما يتقائه في ذمته، بل انما يعتمد في الدعوى على ما ذكرنا -: فهو مما لا يصغى اليه . وكذلك لوكان في يده ورقة كتب فيها مسمى لها ولم يكن جازما باستحقاقها الآن كذلك. وكذا لوكان 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 لوكان المدعى عليه هو وارث الزوج، فلا يتم ذلك ايضا. لان التحليف هنا لايمكن الا مع ادعائه عليه العلم، وهو فرض غريب. وكذلك لايمكن 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 مايجب فيه اليمين. قلنا :مايمكن ان يستدل به على جواز الدعوى الظنية ايضا انما يسلم في مايمكن 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 شاكاة في استحقاقها (مثل ان تشك في اخذ المهر او ابرا الزوج بحيث لم يبق لها ظن من جهة الاستصحاب) فلا يجوز لها الادعاء ولا يصغى اليها. واما مع احتمالها لانتفا المهر رأسا - مثل ان تحتل 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 وللرأة ايضا اذا كان الظن الاستصحابي باقيا لهما. فحينئذ يدعيان بصورة الجزم ويعامل معهما معاملة الجازم. ومن جميع ذلك يظهر انه لو سكنت 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

[٣٣٣]

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 شيء 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 انكر احد، فما كان عند الحاكم من الاستصحاب فهو معارض باحتمال دعوى المنكر (لو كان حيا او حاضرا او كبيرا) الادا. 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 وكما له: 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 بالبينة 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 بالبينة فقط، لم يسأله. فحجية البينة ايضا انما هو اذا لم يعارضها شيء بالفعل، ولم يكن في معرض المعارض. وبالجمل: فالاعتناء باستصحاب علم الحاكم، او ظهور ثبوت مهر المثل انما يجرى في صورة التداعى. 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). و في النسخة... علي الظن بينتين عدلين حصل لهما من جهة الاستصحاب.

[٣٣٤]

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 الادا 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 البينة 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 ادا الحق والابرا، لا يكفي الا في ماكان المدعى عليه في معرض ادعا الاداء، او الابرا كما لو كان حيا رشيدا حاضرا. واما لو لم يكن كذلك (كالميت والصغير والغائب) فلا يكفي فيه البينة ولا علم الحاكم الذي هو من قبيل البينة. ولذلك صرحوا في كتاب الوصايا بـ (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 الادا اليمين الاستظهار والمراجعة الى الحاكم لاجل اليمين. نعم لو علم بحق الغير من باب القطع، فيجوز الاداء بدون [اذن] الحاكم واليمين. و [قال] الشهيد الثاني - 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 في 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

[٣٣٥]

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 المطالم وغيرها، لايكفى للوصى ولا للحاكم ولا للمومنين عند فقدهما. بل لابد من العلم بالبقاء. فلو احتمل الاداء حين الحياة، او محاسبة عوضها على فقيركان له عليه دين، او ابراء ارباب المطالم، فلا يجوز الاخراج الا للوارث الكبير من باب الاحسان. واما صورتان اللتان نقلناهما عن الشهيد (ره) في القواعد، فلا ينافيان 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 ما يدعيه اقل منه. ثم ان الشهيد الثانى (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 ماله وقع بينهما. ومثله ماله 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 هيئنا. ومن يعتمد على اثبات مهر المثل ثمة، يعتمد عليه هيئنا. وهكذا... وقد ظهر الوجه مما ذكرناه. واما وجه سماع دعواها مع صغر وارث الزوج، او غيبته: فلحمل قول المسلم على الصدق والصحة، مع عدم المعارض. والبينة واليمين انما يحتاج اليهما مع المعارضة والدعوى. وقد نبه عليه كلام الشهيد (ره) الذى 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، وسواء 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 ابى عبيدة). اقول وهذه الاطلاقات لا يستفاد من صحيحة

[٣٣٦]

ابى عبيدة. ودعوى الاتفاق عليه ايضا غير مسموعة. والمتبادر من الصحيحة هو الدعوى في المسمى. والرواية رواها في الكافى 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 اعترفوا 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 هي 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 الآخر. 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 الحزاة. ومن ثم قال العلامة في القواعد: وليس بعيدا من الصواب تقديم من يدعى مهر المثل). اقول: وفي ما ذكره نظر. اما في الثانية: فقله (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 شيء. والزوجة تدعى الخمسين بشرط ان يكون معه خمسون آخر. فالزوجة ايضا منكرا (الخمسيتين بشرط لا).

ترجمة
Translation Movement

INS

(١). وسائل، ج ١٥، ابواب المهور، باب ١٨، ح ١.

(٢). المرجع، الحديث - الحديثان كلاهما تحت رقم واحد.

[٣٣٧]

لانا نقول: انكار المرأة يرجع القيد يعنى [الى] (بشرط لا). ونفى النفى، 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: أولا: ان كون المدعى في جميع المواضع هو من يدعى خلاف الظاهر، ممنوع. بل انما هو يتم اذا لم 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). فإذا كان مخالفا لا حد هما دون الآخر 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 اصاله عدم التسمية الموجبة للتفويض الموجب لمهر المثل، وغير ذلك مما مر. واما في ما نحن فيه، فالمفروض تسليم التسمية فيبقى الكلام مع اصاله 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 اصاله عدم الزيادة - ولكننا نحصله بهذه الصحيحة، كما خصص بغيره ايضا 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 الراوي (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 الجزئي الحقيقي. وايضا: فلو عممنا الرواية لزم ارجاع الرواية الى اختلافهما في مهر المثل. وح يشكل الجواب بان (القول قول

نهضة ترجمه [٣٣٨]

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. [١] ويكون ما تدعيه المرأة مهر المثل (او اقل) وما يدعيه الرجل اقل منه. فيشكل الاعتماد في معرفة حقيقة الدعوى بالاتكال على اصاله 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 لاحتياج الى الاستفسار، لان اصاله البراءة 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 الدعوی، فبعد الاستفسار فان طهران الدعوی فی عوض البضع، فیعمل علی ما اقتضاه من ان الرجل اذا ادعى الاقل فهو معنی (ادعا انتفا الباقی) فیحتاج الی الاثبات. وان طهران الدعوی فی المسمى، فیرجع الی العمل بالروایة وتقدم قول الزوج. کماמר.

۱۶۲: سؤال: هر گاه شخصی ضعیفه ای گرفته باشد، وچند اولاد از او بهم رسیده باشد. ودر 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 می شود. 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 و امر و جاهل به دیگری باشند. و اگر دخول واقع نشده باشد، از برای جاهل حرمت ابدی حاصل نمی شود. نهایت عقد فاسد است و بعد از

[۳۳۹]

انقضای عده از نو عقد می تواند کرد. و از برای عالم حرمت ابدی حاصل می شود 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 اتفاق 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، و صبیحه 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 می باشد یا نه؟

جواب: دین و دنیا از امثال چنین ملاها خراب است. اولاً این که مرافعه را به غیر مجتهد عادل کسی نمی تواند 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 باشرایط، آن حاکم شرع او را از حین مرافعه مهلت بدهد تا يك سال تمام. وبعد از تمام شدن يك سال زوجه مسلط بر فسخ می شود. بتفصیلی 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. ونکاح ثانی در عده وفات شده ونکاح 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

[۲۴۰]

حرام ابدی است خواه دانسته و خواه ندانسته و تفریق باید کرد و طلاق نمی خواهد. والله العالم.

۱۶۶: سؤال: هر گاه ضعیفه را پدرش بدون اذن به شوهر داده باشد، و جمعی هم شاهد به عدم رضای ضعیفه می باشند. و آن مرد نیز دخل ننموده، و شوهر متوفی. آیا آن عقد باطل می باشد؟ و در عده وفات، آن ضعیفه می تواند شوهر نمود یا باید عده وفات نگاه دارد؟.

جواب: هر گاه به ثبوت شرعی برسد که نکاح بدون رضای زوجه بوده، وبعد از نکاح هم اجازه نکرده و رضای 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 وعدم ثبوت و مرافعه باید در نزد حاکم شرع - یعنی مجتهد عادل واقع شود. اکثر مفسد از راه بی اعتنائی به شرع و دین واقع می شود. و ملاهائی که متصدی این امور می شوند 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 زوجش حامله گردیده و عمرو از او متولد. و بعضی مردم از راه ظن میگفته اند که هند از بکر حامله شده است، و این عمرو از بکر بهم 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 اینصورت عمرو می تواند 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 بهم رسیده هم ملحق به زانی نمی شود، و هم میراث از مادر خود نمی برد. و اما تزویج هند بابکر: اگر با وجود علم طرفین به حرمت بوده است و می دانسته اند که شوهر مفقود الخبر است، این زن حرام است. و نکاح آن حرام است. پس این نکاح هم موجب مهر نمی شود و زنا را مهر نمی باشد. 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 می تواند کرد. و عمرو که از زنا بهم رسیده است ادعای

[۲۴۱]

میراث و مهر مادر نمی تواند کرد. و اگر معلوم نشود که هند زنا کرده بود، و عمرو هم به وطی شبهه بهم رسیده باشد، در این صورت ملحق به مادر می شود و دعوی مهر - در صورتی که عقد او به بکر بر سیبیل شبهه شده باشد - می تواند 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 می گوید 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 تخلل ارتضاع [از] غیری، شیر نداده ام. بلکه گاه من شیر میدادم و گاه والده مریضه اش، و گاه هم شیر گاو می خورده. ملحض آن که: به تقریر مرضعه مزبوره، ده شیر متوالی بدون تخلل 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 می شود یا نه؟ و در صورتی که ناشر حرمت بینهما باشد، آیا همشیره نسبیه مرتضعه مزبوره (که شیر مزبور را نخورده باشد) می تواند با آن پسر مزوجه شود یا نه؟ و اخوه نسبیه هر يك از متراضعان باخوه^(۱) نسبیه دیگری تزویج می توانند نمود یا نه؟

جواب: نظر به صورت سؤال تقدیر عددی وزمانی 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 می آید که باید انتساب این اثر به رضاع مرضعه باشد مستقلاً، و مخلوط شدن چیز دیگر را مضمّن میدانند در نسبت دادن اثر به

آن شیر. وظاهرا خلافی در میان ایشان در این معنی ظاهر نیست. واصل هم عدم تحقق رضاع شرعی است. و عموماً هم مقتضی حلیت است. خصوصاً با ملاحظه این معنی که تتبع احادیث ائمه طاهرین علیهم السلام مفید این

(۱). گویا مراد «اخوت» است.

[۳۴۲]

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 میدانند. بلکه در اخبار ما حد رضاع به دو سال و یک سال هم وارد شده. (۱) و قدمای اصحاب هم بعضی به آن رفته اند. و با ملاحظه این امور در صورت مسؤول عنها اظهار 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 ابن جنید نیز. اما احتیاط واجب نیست. و بر فرض تحقق رضاع محرم، اظهار 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 اظهار است.

۱۷۰: سؤال: منزله را در رضاع اعتبار می فرمائید یا نه؟

جواب: اظهار 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 نمی باشد 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 می شود؟ یا نه بلکه زید می تواند که هند را نکاح نماید؟ و بر فرض عدم ترتب اثر، چون مادر چنان می داند که بر زید مذکور محرم است، و زید هم چنین می داند که آن زن بروی محرم است، با هم نشست و برخاست به عمل

(۱). وسایل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالرضا، باب ۲ و ۱۳ و ۱۶ و ۱۷ - توضیح: محدثین و فقها، این احادیث را نپذیرفته اند زیرا «نادر» و مرسل و غیر مستند هستند.

[۲۴۳]

می آورند، وچنانکه متعارف است شوخی و ظرافت با یکدیگر می کنند، و اصلاً و قطعاً پروا نمی کنند. 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 عاقد 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 می شود، پس آن عقد از اصل باطل است. و بر او هیچ ثمری مترتب نمی شود. 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 نمی شود مگر بعد از اجازه. هر گاه اجازه به عمل نیاید مادر زن را می تواند نکاح کند. چنانکه در صورت سابقه هم چنین بود. و به هر حال شوخی ها و ظرافت ها اگر از باب ربه 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 ربه، 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 می شود 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 می باشد؟ و (انبات لحم و شد عظم) به چه عنوان حاصل می شود؟ .

جواب: تحقق اثر انبات لحم و شد عظم بسیار صعوبت دارد. و این، اثرش بسیار کم

[۲۴۴]

ظاهر می شود. بلی بعضی اوقات ظاهر می شود 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 جزما انبات لحم و شد عظم، می شود بدون تحقق آن دو علامت دیگر که یکی (اعتبار عدد) است و دیگری (اعتبار زمان). واقوی 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 می خواهد 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 می رسد که در چنین حال مانع تصرف زید زوجه خود را بشوند یا نه؟ و نقد جنسی که از زید گرفته اند می تواند زید به عوض صداق محسوب نماید یا نه؟

جواب: در دخول بالغه رشیده، اولیا را اختیار نمی باشد. لکن در صورتی که مهر مؤجل نباشد، زوجه می تواند ممانعت کند از دخول قبل از اخذ مهر بایسار اتفاقا، و هر چند زوج معسر باشد علی الاظهر. و اموالی که [به خانه زوجه] برده است هر گاه به نهجی برده است که شرعا استرداد آن جایز باشد می تواند مطالبه کند و در عوض صداق محسوب دارد. والا، فلا.

۱۷۴: سؤال: زید معسر صبیّه رشید بالغه رشیده عمرو را (باذنهای او) به حباله نکاح خود در آورد. و در ضمن العقد زید مزبور با عمرو مذکور - که وکیل صبیّه اش بوده - شرط نموده است که عند الیسر والاستطاعه صداق معین را می دهم. و حال که زید می خواهد که زوجه خود را متصرف شود عمرو که پدر زوجه باشد می گوید (صداق زوجه را بده و بعد او را تصرف کن). نظر به عدم استطاعت زید مزبور و شرط مذکور می تواند 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 می شنوند یا نه؟

[۲۴۵]

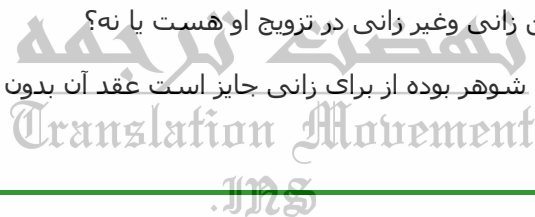
جواب: امر تصرف زوجه بالغه رشیده به اولیای او رجوعی ندارد. و در صورتی که [در] ما بین چنین گذشته باشد که مهر دین باشد در ذمه زوج تا حین استطاعت، و زوجه خود را به تصرف بدهد و انتظار ادای مهر نکشد، پدر زوجه منع نمی تواند کرد. و علی ای تقدیر در امر طلاق زوجه، اولیای او را بر زوج تسلطی نیست. والله العالم.

۱۷۵: سؤال: شخصی غلامی وکنیزی را دارد، واراده تزویج ایشان را دارد. آیا همان اذن مولی کافی است؟ یا محتاج به صیغه است؟. وصیغه به عربی وفارسی از جانب مالك (مولی) به چه نحو باید گفته شود؟.

جواب: اگر غرض تزویج است (یعنی این که زن وشوهر باشند) باید صیغه خوانده شود. وظاهر این است که ایجاب وقبول هر دو در کار باشد. لیکن عبد وامه را اختیار نمی باشد بلکه مولی می تواند که ایشان را اجبار کند بر ایجاب وقبول یا خود از جانب هر دو ایجاب وقبول کند. مثل این که بگوید (انکحت ریحانة من بلال علی دینار) ویا خود بگوید (قبلت لبلال علی الصداق المذكور). ومهر [او را] از مال خود می دهد. ودور نیست که ذکر مهر ومهر دادن هم واجب باشد هر چند جمعی از علما مستحب دانسته اند. واگر مولی غیری را وکیل کند. در اجرای صیغه، وکیل بگوید (انکحت ریحانة باذن مولاها من بلال علی الصداق المعین) وطرف قبول بگوید (قبلت لبلال باذن مولاہ علی الصداق المعین). اینها در وقتی است که غرض تزویج باشد. واما اگر غرض (تحلیل) باشد - هر چند در مسأله خلاف است، و اخبار متعارضند لکن - اظهر جواز است. ودر اینجا شرایط نکاح در کار نیست همین مجرد این که مولی کنیز خود را به غلام خود یا غلام دیگری حلال کند، حلال می شود. واطهر آن است که در اینجا نیز صیغه در کار است، یعنی مولی لفظی بگوید که دلالت بر (انشا تحلیل) کند وظاهر 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؟ وفرق ما بین زانی وغیر 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 وده روز از حین انعقاد نطفه، احوط باشد. ولكن الحال وجوب آن بر حقیر معلوم نیست، واشهر و اظهر آن است که از برای غیر حامله هم عده نباشد، هر چند غیر زانی او را بگیرد. ولیکن احوط این است که از برای زانی عده بدارد. بلکه از موثقه اسحق بن جریر ظاهر می شود که خود زانی هم تا (استبراء) نکند تزویج نکند. (۱) وعمل به آن طریقه احتیاط است.

۱۷۷: سؤال: هر گاه شخصی از برای پسر بزرگ خود زنی گرفته وبعد از مدت شش ماه پسر فوت شده، و آن زن حامله می باشد. 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 - می باشد، 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 می دهند. و هر گاه ندارد خدا بدهد. و اینکه 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 می شود. هر گاه دعوی ما بین طرفین بشود باید به مرافعه شرعیه حاضر شوند. به هر طریق گفتگوی جمع المالی 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 می دهند و تتمه مال او را در میان ورثه قسمت می کنند. شش يك را به پدر می دهند 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 می کنند. و عده 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.

نهضة ترجمه
[۲۴۷]

Translation Movement
MS

۱۷۸: سؤال: هر گاه زوج قبل از دخول فوت شود، زوجه نصف مهر را مطالبه می 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 نمی تواند کرد.

۱۸۰: سؤال: هر گاه دو طفل با هم وطی کرده باشند و فاعل خواهر مفعول را گرفته و اولادی از او بهم رسیده باشد. آیا این طفل حرامزاده 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 حرامزاده نیست. وبعد از علم به حرمت، طلاق در کار نیست.

۱۸۱: سؤال: هر گاه زید با هند در حینی که ذات یعل بوده زنا نموده. آیا در این صورت صبیّه هند مذکوره را - که قبل از ایام زنا متولد شده بوده است - شرعا زید زانی می تواند در حباله نکاح خود در آورد یا نه؟

جواب: مشهور میان علمای امامیه، حرمت است. واحوط 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 می دهد به قدر دو سه ماه. آیا می تواند زید مزبور صبیّه [ای] که همین زوجه که فرزند عمرو مذکور را شیر داده است دارد، به جای همشیره متوفیه به عمرو مزبور بدهد یا نه؟ - **جواب:** نمی تواند بدهد. والله العالم.

۱۸۳: سؤال: چه می فرمایند در این که شخصی صبیّه خود را که قابل تمتع نباشد

(۱). وسایل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۸، ح ۱۶ الی ۱۷ - و دلالت میکند بر کل مهر احادیث ۲۰ الی ۲۴ همان باب.

[۲۴۸]

به عقد انقطاع دیگری در آورده، و اصلا قصد تمتع ندارد. آیا داماد محرم والده صبیّه می شود یا نه؟ **جواب:** هر گاه عقد تمتع در مدت قلیلی بشود که در آن به هیچ وجه تمتع ممکن نباشد، باعث محرمیت نمی شود. و اگر مثلا صغیره را صیغه بخواند در وقت دو سالگی به مدت چهار پنج سال که در اواخر مدت لذتی از آن می تواند برد. هر چند به بوسیدن، یا نگاه کردن، یا بغل گرفتن باشد با کی نیست که دخول کردن نباشد محرم می شود. والله العالم.

۱۸۴: سؤال: هر گاه ربیبه طفل شوهر والده اش را شتر بدهد. آیا والده طفل بر پدرش حرام می شود یا نه؟

جواب: حرام نمی شود. والله العالم.

۱۸۵: سؤال: هر گاه زوجه برادر، طفل همشیره او را شیر دهد. آیا نشر حرمت می کند یا نه؟

جواب: اظهر عدم حرمت است واحوط 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 می باشد. همشیره های کبار ادعا می نمایند که حضانت صغار بما می رسد. و عمه و پسر عمه نیز این مطلب را ادعا می نمایند. استدعا آن که بیان فرمائید که حضانت صغار به کدام می رسد؟.

جواب: در صورت مسأله هیچ يك از همشیره ها وعمه وپسر عمه مزاحم مادر نمی توانند شد. والله العالم.

۱۸۷: سؤال: هر گاه شوهر هند متوفی، وهند ادعای صداق و ثمن می نماید. و وارث در این خصوص مسأله می کنند. و دو طفل صغیر نیز از او مانده ودر نزد جدّه شان می باشند، ووالده ادعای حضانت اطفال را می نماید وجده نیز همان ادعا را دارد و صغار را به والده شان نمی دهد. استدعا آن که بفرمائید اولویت کدام بیشتر است؟ وضعیفه صداق و ثمن باید از ترکه شوهر بگیرد یا نه؟-؟.

جواب: در باب دعوی صداق و ثمن به مرافعه حاکم شرع رجوع کنند. ودر 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

[۲۴۹]

عروس وزوجات خود خریداری نموده، وبه ایشان هر يك داده باشد. وبعضی آنها پوشیده باشند وبعضی دیگر نپوشیده باشند، وصغیری هم از زید باقی مانده باشد. در این صورت رخوت مزبوره تعلق به ایشان دارد که به جهت ایشان گرفته است وتسلیم نموده است -؟ یا این که باید بین الورثه قسمت کرد.

جواب: رخوت مزبوره مال ورثه است. هر يك به قدر رسد می برند. مگر این که تملیک آن را به ثبوت شرعی برسانند. والله العالم.

۱۸۹: سؤال: زید قدری زمین املس در نکاح زینب نموده، وقید وشرط اشجاری ننموده است. وزید قدری اشجار پیش از آن که زمین مزبور را در نکاح زینب کند به عمل آورده بوده است. وقدری اشجار هم بعد از آن که زمین را در نکاح کرده است، به عمل آورده است. وزینب هم هرگز اظهار ننموده است که من رضا هستم که اشجار در این زمین به عمل بیاورم، یا رضا نیستم. آیا بعد از فوت زید زینب می تواند ادعا بکند به ورثه زید در خصوص اشجار یا نه؟

جواب: هر گاه زمین را داخل صداق کرده وقید اشجاری نکرده، اشجار داخل نیست، واشجاری که بعد غرس شده هر گاه از برای زن غرس نکرده وبه 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 وعوض، در این صورت می تواند دعوی اجرت المثل ایام گذشته بکند واشجار مال ورثه است. ودر صورت مزبوره زینب می تواند که بگوید اشجار را از زمین او بکنند وزمین را هموار کرده به او رد کنند. والله العالم.

۱۹۰: سؤال: ادخال بعض حشفه در فرج زن شوهردار باعث وجوب غسل وتحریم ابدی می شود یا نه؟ وفرقی ما بین قبل و دبر هست یا نه؟

جواب: فرقی ما بین قبل ودبر نیست. و تا ختنه گاه اگر داخل نشود نه غسل واجب می شود و نه تحریم ابدی. و هر گاه تا ختنه گاه مرد داخل فرج زن شد باعث وجوب غسل و تحریم ابدی می شود. مراد از التفا ختانی که در احادیث و کلام فقها است همان غایب شدن ذکر است در فرج تا حد ختنه گاه. والله العالم.

۱۹۱: سؤال: شیربھائی که متعارف است که میگیرند - به این نحو که کسی می آید به خواستگاری دختر شخصی، آن شخص قبول می کند به شرط این که مثلاً پنج تومان بدهد به آن شخص. و گاه است که این را مادر می گیرد، یا برادر، یا عمو، یا غیر اینها -

[۲۵۰]

گرفتن آن حلال است یا نه؟ و بعد از آن که گرفت آیا آن شخص دهنده استرجاع می تواند کرد یا نه؟

جواب: آنچه در بادی نظر به گمان حقیر می رسد 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 حلیت است مادامی که پشیمانی زوج ظاهر نشده است. و اگر بعد از نزویج پشیمان شود و خواهد که به آنچه داده رجوع کند، آنچه از آن مال موجود باشد می تواند 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 شینی دیگر منشأ لزوم نمی شود، و رجوع به هبه آنها می توان 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 می توان استرداد کرد. به جهت آن که آن ملك بدل آن پول نیست، بلکه بدل، آنچه که در ذمه مشتری بود، می باشد.

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 می تواند 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.

[۳۵۱]

زوجه ولد صغیر یا کبیر 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 می کند. به شرط آن که شیراز ولادت بهم 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 نمی بخشد. و ثمره این تقدیر سومی کم ظاهر می شود. 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 لخم 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 طبیب حاذق عادل کافی باشد، اگر چه احوط اعتبار دو طبیب 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 می شود.؟

جواب: آن عقد باطل است. و میراثی از برای شوهر او نمی باشد. میراث او مال مادر

[۲۵۲]

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 می دهند

۱۹۶: سؤال: هر گاه شخصی غالی زنی داشته باشد و هر دو مسلمان شوند در عده آیا عقد جدید می خواهد 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 می شود.

۱۹۷: سؤال: در صورتی که زوجه ادعای عنن می نموده 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 نمی شود.

۱۹۸: سؤال: حضانت طفل با مادر است یا پدر؟ و هر گاه هیچ يك زنده نباشند حضانت با کی است؟.

جواب: مشهور میان علما - بلکه اجماعی ایشان است، چنانکه 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 خلافتی در این نیست. و لکن ابن فهد در مهذب گفته است (وقع الاجماع على اشتراك الحضانه بين الابوين مدة الحوالين، وعلى سقوطها بعد البلوغ والخلاف في مابينهما). و گویا مراد از اشتراك که دعوی اجماع بر آن کرده این است که هر يك را في الجملة در ولد حق 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 می شود. چنانکه 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 بالنسويه) است. (۲) و باید حمل کرد آن را بر این تفصیل که گفتیم. و شاید مراد ابن فهد هم این

(۱). (۲) وسائل، ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۸۱، ح ۳۰.

[۲۵۲]

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 خلافتی نیست که حضانت با مادر است. و در صورت ثانیه اقوی این است که با پدر است. هر چند که ظاهر دعوی اجماع ابن ادریس خلاف آن است، به جهت اخبار کثیره و لزوم

عسر و حرج در بسیاری از صور. وعده در مسأله بیان حال بعد (از شیر و اشیدن تا بالغ شدن) است. و در آن هم اختلاف عظیمی است. واحادیث 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 می کند 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 نمی تواند بود، چنانکه در اصول تحقیق کرده ام. و اعتبار مناسبت هم اضعف از آن است. و لکن می توان گفت که شهرت در این مقام با اجماع [که] ابن ادریس 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 حلی، انفق علیها حتی تضع حملها. فاذا وضعته اعطاها. ولا یضارها، الا ان یجد من هو ارخص اجرا منها، فان هی رضیت بذلك الاجر فهی احق بابنها حتی تفضمه) (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 می شود. و این که صاحب مسالك می فرماید 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 ابوبن) وارد شده و دلالت می کند بر این که حضانت با پدر است، صحیح است. (۳) و هم چنین روایت ایوب بن نوح هم که در کتاب فقیه است دلالت می کند



(۱). همان مرجع، ج ۲.

(۲). همان مرجع، ج ۶.

(۳). وسائل، ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۷۱، ج ۱. IIS

[۲۵۴]

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 ادریس انکار و تشنیع بسیار 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 بدختر تا نه سال. و این قول مفید است. و قول پنجم آن است که مادر

احق است به ولدت هفت سال. ودلیل اوصحیحه ایوب بن نوح است. واین را صاحب کفایه اختیار کرده و نقل کرده او را از بعض متاخرین. وگویا 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 می شود و حق حضانت مختص پدر است. و از شهید ثانی ظاهر می شود 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 می کند. و این ادیس گفته است که عود نمی کند. و وجه قولین به تأمل ظاهر می شود. 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 می کند به اقارب بر ترتیب میراث و اقرب منع ابعد می کند، به دلیل عموم آیه (و اولوا 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

[۲۵۵]

داشته اند. و دلیل آن وضوحی ندارد. و بعضی گفته اند حق حضانت در شرع ثابت نیست مگر برای پدر و مادر. و بعضی زیادتى نصیب را در میراث مداخلیتی 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 می شود. و هر گاه پدر هم کافر باشد و مرافعه کنند در نزد ما به همان تفصیل که مذکور شد عمل می کنیم. و ظاهر این است که هر گاه پدر کافر باشد و مادر مسلمه نیز حضانت مختص مادر است مطلقاً. 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 مجنونه 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. واشتراط عدالت مشکل است. وعلامه در قواعد نزدیک شمرده قول به عدم آن را. وظاهر این است که همین قدر که اعتماد در محافظت او باشد، کافی باشد. وبعضی 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 می دهد به کسی که او را حضانت کند. و اگر مال نداشته باشد بر مؤمنین واجب است به وجوب کفائی، مثل انفاق او. ویدان که ظاهر اخبار وادله این است که حق حضانت از برای اهل آن ثابت است بر وجه اولویت ورخصت. نه این که واجب باشد بر او. پس هر گاه مادر منع کند از حضانت و قبول نکند (در جائی که حق او است) بر او لازم نیست و اخبار نمی توان 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 می کنند). و دلیل اقتضای بیش از این نمی کند که او هم یکی از کسانی باشد که کفایتا بر او واجب باشد، و حضانت غیر معنی انفاق است تا از حکم آن

[۲۵۶]

مستفاد شود.

۱۹۹: سؤال: هر گاه مخطوبه اجابت و قبول خطبه نماید وقرار بر تزویج دهد. و سابق بر اجرای صیغه نکاح، خاطب 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) خاطب مذکور را می رسد که آنچه خرج کرده باشد از مخطوبه مذکور مطالبه نماید یا نه؟

جواب: بلی هر گاه چیزی از آن اشیاء موجود باشد می تواند رجوع کند. و آنچه تلف شده باشد رجوع نمی تواند 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 بالاخص، یا بالاشتراك 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

وخواه نشود. وبعضی گفته اند که هر گاه شرط کند پدر در ضمن عقد اسقاط ضمان را، ضمان او ساقط می شود. واین 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 ورجوع نمی تواند کرد، هر چند ولد کبیر وعاقل ورشید باشد. ودر جایی که صغیر خود مالی دارد وپدر 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؟ .

[۲۵۷]

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. خصوصا هر گاه عمه بعد از عقد هم اجازه وامضای عقد نکند. والله العالم.

۲۰۲: سؤال: زوجه خواه اولاد داشته باشد وخواه 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 وزینب 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، ورضا بوده است که زید ملک را از برای خود زرع نماید. آیا بعد از فوت زید زینب ادعای اجرت از ورثه زید می تواند کرد یا نه؟

جواب: اگر ثابت شود که به اذن ورضای زوجه زرع کرده، اجرت به او وا گذاشته است. سخنی نمی تواند گفت. و اگر ثابت نشود ظاهرا دعوی اجرت می تواند کرد.

۲۰۴: سؤال: آیا صداق 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 را وارث است. صاحبان صداق حق خود را میطلبند. اگر عینی در صداق ایشان هست عین را باید به آنها داد. و اگر دین است، هر مالی که وارث خواهد بفروشد وحق آنها را بدهد. و اگر نقد را طلب دارند [وراث] نمی توانند آنها را الزام نمایند که جنسی را که نمی خواهند بردارند. و از جانب صغیر ولی شرعی او متوجه می شود وصلاح او را باید ملاحظه بکند. و بعد از فقد جد ووصی، حاکم شرع ولی او است. و یا تعذر آن عدول مومنین حسبنا متوجه او می شوند.

۲۰۵: سؤال: هر گاه زنی در عده طلاق یا وفات عقد بشود. وبعد از اتقضای عده دخول واقع شود. ومرد وزن هر دو جاهل به عده وتحریم باشند. حرام مؤید می شود یا نه؟

جواب: در صورت مزبوره حرام ابدی نیست، و تا دخول در عده نباشد حرام نمی شود. ولکن عقد باطل است. وثانیا جایز است که همان مرد او را تزویج کند. و ظاهرا در مسأله خلافتی نباشد. به غیر غفلتی که صاحب کفایه را حاصل شده، وحق،

[۲۵۸]

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 وتکلیف توبه وانابه کرده که خود مناکحه کرده باشد. و آن زن مزبوره نیز قبول کرده و از عمل ناشایست انابه کرده. ودر 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 ومعین است وبازن مزبوره مدت عده صحبت بوس وکنار، داشته. نهایت بعضی می گویند که مقاربه هم واقع شده و خود آن شخص ابا دارد. ومعلوم نیست. و من بعد به حسب ظاهر عده منقضی شده زن را به عقد در آورده. وبعد از مدتی طلاق گفته است، نهایت به اکراه واجبار. وبعد از عده طلاق شخصی دیگر آن زن را معقوده نموده وتصرف کرده. وبعد از آن که معقوده مدخوله شخص ثانی شده آن شخص اول اظهار اجبار واکراه کرده [که] في الحقیقه در طلاق مجبور بوده است. وزن مزبوره را از مضاجعت ومقاربت شخص ثانی منع نموده. در ثانی الحال از روی رضا ورغبت 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 در آورد، حرام مؤید خواهد بود و ممکن نیست؟ یا می تواند بگیرد؟.

جواب: هر گاه شوهر اول اظهار کراهت ومجبوریت را بعد از عقد شوهر دوم کرده مسموع نیست، مگر این که به ثبوت شرعی برسد که واقعا مجبور بوده، وبعد ثبوت، عقد دوم باطل است. واما حرمت ابدی بر شوهر دوم با وجود جهالت او به بطلان طلاق: پس آن محل اشکال وخلاف است. وحرمت بر حقیر ظاهر نیست. خصوصا هر گاه شوهر اول با وجود مجبور بودن به طلاق قصد طلاق کرده باشد. زیرا ممکن است که کسی با وجود اجبارهم قصد طلاق بکند. مثل این که ظالمی او را اجبار کند به طلاق واین شخص راضی نیست به طلاق ولکن از راه عاروننگ که نمی خواهد دیگری با زن او جماع کند، قصد طلاق واقعی می کند که از زنی او در رفته باشد که هر گاه دیگری او را بگیرد زن او را نگرفته باشد. واما

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

[۳۵۹]

زنا بوده که عقد دائمی بر آن حرام باشد - پس آنها ضرر ندارد به صحت عقد . به جهت آن که در زنا عده نمی باشد در صورت حمل اتفاقا، ودر 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 نمی کنیم.

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 هرگا 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 اطلاعات اخبار مستفیضه (علاوه بر اطلاق آیات] است. [و لکن اظهر و اکثر آنها عموم و اطلاقی ندارند که شامل غیر ممکنه باشد. و بعضی از آنها اشعار به عموم دارد. و اصل برائت دمه، دلیل مشهور است. بلکه ظاهر آن است که اجماع در مسأله باشد چنانکه عبارت محقق اشعاری به آن دارد و در شرح لمعه شهید ثانی گفته که (مخالفی در آن ظاهر نیست). و از طریق معاملات مسلمین در اعصار و امصار نیز مستفاد می شود که به مجرد عقد ملتزم نفقه نیستند، و تا زفات واقع نشود زوجه مزاحم زوج نمی شود. و به هر حال همین قدر از ظهور اجماع و شهرت عظیمه با اصل برائت می تواند 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

[۳۶۰]

عدم وجوب نفقه است، به جهت عدم تمکین واین ادريس قائل به وجوب شده با وجود این که از جمله کسانی است که تمکین را شرط میدانند در وجوب نفقه واستدلال کرده است به اجماع بر این که نفقه زوجه واجب هست و او به رضا قبول زوجیت صغیره را کرده وناشزه هم نیست. وتوجیه کلام او این است که اجماع است بر وجوب نفقه زوجه في الجملة وقدری 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، وصغیره از شان او تمکین نیست. پس گویا تخصیص داده (اطلاعات وعمومات 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 وجوب انفاق است. و هم چنین جمعی استثنا کرده اند صورت عکس را که زوجه کبیره باشد وتمکین بدهد لکن زوج صغیر است واهل استمتاع نیست. ودیگران 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 ومطیعم، 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 وبعد غایب شدن شوهر نزد حاکم تسلیم کند و بذل اطاعت کند هم، چنین است. وکلام ایشان وجیه است، ونفی عسر و حرج واطلاقات آیات و اخبار هم مؤید آن است. وظاهر این است که اگر دست به حاکم نرسد، ثقات مؤمنین هم توانند این کار را کرد. واما سؤال از مهر: پس چون اظهر واشهر این است که صداق به مجرد عقد ملك زوجه می شود، لکن در نصف متزلزل است تا دخول حاصل شود، یا ارتداد یا فوت زوج، علی الاشهر که تمام مستقرمی شود. یا طلاق بگوید یا شوهر بمیرد، علی قول قوی تا مثل آنها [آن نطق متزلزل] عودمی کند به ملك شوهر ونمائی که در این بین حاصل

[۳۶۱]

شود مال زوجه است، چون نما ملك او است، علی المختار. پس زوجه می تواند نما مهر خود را به اذن حاکم بگیرد. یا این که احد امور موجهه 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 نمی کنم. این منشأ سقوط نفقه است یا نه؟

جواب: هر گاه زوجه بگوید (من تمکین دارم از برای تولکین منع می کنم 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 بهم رساند زن به شوهر حرام می شود یا نه؟ و حکم فرزند چه چیز است؟...

جواب: زن به شوهر حرام نمی شود. و فرزند به مادر ملحق می شود و به زانی ملحق نمی شود.

۲۱۰: سؤال: هر گاه کسی زنی را در عده رجعی، 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 ولیکن حرام ابدی نیست می توانند تحدید عقد بکنند. و هم چنین هر گاه هر يك جاهل به احداً باشد و هر گاه یکی جاهل و یکی عالم، بر عالم حرام ابدی می شود، و بر جاهل نمی شود. ثمره این وقتی ظاهر می شود که بعد از تفریق، آن شخص جاهل آن شخص عالم را شناسد. مثل این که مرد میدانست که زن در عده است و حرام است نکاح آن، وزن نمیدانست و نکاح واقع شد و ایشان را تفریق کردند، بعد از آن مرد مشتبّه شد بر آن زن و ثانیاً ندانسته به او شوهر کرد، لکن مرد می داند که این همان زن است. در اینجا مرد بر زن حلال است ولیکن زن بر مرد حلال نیست. و در ظاهر حکم به زوجیت می شود

[۳۶۲]

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 می شود جزماً. و اما هر گاه دخول بعد عده واقع شود: اظهر در نظر حقیر این است که منشأ حرمت ابدی نمی شود. چنانکه صریح کلام بعضی و ظاهراً جماعتی است. و صاحب کفایه ظاهراً غفلت کرده است و اسناد داده است به اصحاب، اطلاق را.

۲۱۱: سؤال: هر گاه زوجه با وجود تمکین وعدم نشوز، شوهر او به سفر برود و مدتی غایب باشد. وزوجه به قرض کردن معیشت خود را بگذارند. وبعد از آن زوج در سفر بمیرد. زوجه ادای دین خود را از مال زوج می تواند 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 نمی نمایم، شما خدمت بکنید). وزید مذکور را اوضاع نباشد که خدمتکاری نگاه دارد. و خود کاسب باشد و هر گاه خود متوجه خدمت اطفال شود از کسب وتحصیل مؤنه باز می ماند. آیا در این صورت سخن زینب مشار الیها شرعا مسموع می باشد یا نه؟

جواب: زینب ظاهرا می توان 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. ودر این صورت هر گاه پدر فقیر باشد و نتواند جمع کند مابین تحصیل معیشت و خدمت کردن اطفال، معیشت خود را می تواند از وجوه صدقات بگذارند، یا خادمی از آن وجوه بگیرد. واما این که حضانت بر پدر در این صورت واجب عینی است یا کفائی آن هم خالی از اشکال نیست. وحضانت وپرستاری غیر از نفقه وکسوه دادن است.

۲۱۳: سؤال: هر گاه ضعیفه سر خود از جائی بیاید وادعا نماید که من شوهر ندارم. وبلا منازع باشد. می توان او را به جهت دیگری عقد کرد یا نه؟.

جواب: بلی می توان. 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

Translation Movement
IMS

[۳۶۳]

کرد؟.

جواب: هر گاه شخص معین است، به هر يك از این دو اسم به قصد آن شخص می توان عقد کرد.

۲۱۵: سؤال: جده صبیّه فرزند صبیّه خود را که وفات یافته باشد، می تواند 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. واینکه شوهر دختر دیگر از اولاد صاحب این شیر نمی تواند خواست. و هم چنین از اولاد مرضعه نمی تواند خواست. اما هر گاه دختر مرده باشد [و] شوهر او نمی خواهد دختر دیگر از آن

شخص بگیرد، مانعی نمیدانم، الا (احتیاط منزله) به جهت حرام شدن جده به شوهر خودش. واحوط 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 سیل تعارفی که در آن بلد می باشد، فرستاده. وقدری تنخواه از عمرو مذکور نیز طلب داشته [که] او را متمم تنخواه نقد مذکور که متعارف است که خانه عروس از داماد میگیرند و به مصرف رخوت عروس میرسانند نموده. وبعد از آمدن عروس به خانه زید معلوم شده که از نقدین مذکورین چیزی به مصرف متعارف مذکوره نرسانیده اند. آیا در این صورت زید می تواند مطالبه طلب ونقدی که به خانه عروس فرستاده نماید یا نه؟

جواب: هر گاه متعارف است که آن تنخواه را به مصرف رخوت واسباب عروس برسانند و به این قصد داده است، ومعلوم شود که به این مصرف نرسانیده اند، می تواند مطالبه نماید. و اگر سخنی داشته باشند به مرافعه حاضر شوند. والله العالم.

۲۱۷: سؤال: هر گاه ولی کییره به اذن او او را به عقد زید در آورد، به صداق يك ختم قرآن یا چند سال نماز وروزه که زید از برای پدر آن ولی بکند. آیا آن عقد صحیح است؟ واین مهر لازم است یا نه؟ و هر گاه مهر چیز معینی باشد وامور مذکوره را در ضمن عقد شرط کرده باشد چه حال دارد؟ و حال آن که منکوحه می گوید که من از این شرط خبر ندارم.

جواب: اجیر شدن زوج از برای ولی زوجه در امری از امور، و آن را مهر قرار دادن به

نهضت ترجمه [۳۶۴]

جهت زوجه، جایز نیست بلا خلاف ظاهری، ولکن به فساد مهر عقد فاسد نمی شود، و رجوع می شود به مهر المثل. و اما هر گاه مهر چیز معینی باشد که صحیح باشد مهر کردن آن، وزوجه (یا وکیل او) در ضمن عقد شرط کند که زوج عملی [را] از برای پدر ولی او بکند، ظاهر در نظر حقیر صحت ولزوم 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 ولکن 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 می کند جز مهر زوجه می شود و از برای پدرش قرار می دهد. 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 وامضای 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 می تواند اجرت رضاع را بگیرد یا نه؟ و نفقه خود را هم از مال طفل می تواند 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، می تواند اجرت بگیرد از مال طفل، هر چند مادر غنی باشد. و یا وجود غنی بودن، نفقه از مال طفل نمی تواند گرفت. و اگر مادر فقیر باشد پس اگر اجرت رضاع کفایت مؤنه او می کند باز نفقه نمی تواند از طفل گرفت. و اگر کفایت نکند تتمه را از مال طفل می تواند گرفت. و هر گاه مال نداشته باشد و کسی هم نباشد که تبرعا شیر بدهد یا اجرت رضاع بدهد و جد پدری مالدار هم نداشته باشد، در این صورت بر مادر واجب است شیر دادن با

(۱). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۹، ح ۱.

[۳۶۵]

وجود تمکن از شیر دادن و عدم مانع، و مطالبه اجرت نمی تواند کرد، چنانکه 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 معتدیه رجعیه و باینه حامل نفقه دارد از مال زوج.

۲۲۰ : سؤال: زید زوجه خود را طلاق رجعی داده، آیا قبل از انقضای عده می تواند 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 می گردد، یا نه؟ -؟.

جواب: عقد زوج [زوجه را] در عده رجعیه باطل است مطلقا. و زوجه به سبب آن مستحق مهری نمی شود. پس هر گاه داند که عقد جایز نیست و عقد بکند، پس اگر به آن عقد قصد رجوع دارد، رجوع ثابت می شود. و هر گاه قصد رجوع نباشد، رجوع متحقق نمی شود. و هر گاه جاهل باشد و گمان کند که عقد صحیح است، در مسأله اشکال بهم می رسد و اظهر این است که رجوع متحقق می شود و عقد جدید باطل است. و حکم دیگر بر آن مترتب نمی شود. 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، الا ما اخرج

بالدليل .فلذلك يجب الانفاق عليها والاسكان، وانهن لايجن ندبا الا باذن ازواجهن .ولجواز وطئها ابتداء من غير تلفظ بشيئ. ولا شئ من غير الزوجة كذلك، اجماعا .(كما صرح به فخر المحققين). ولجواز الرجعة من دون النكاح ولثبوت التوراث بينهما. ولجواز تغسل كل منهما الاخر اذا مات احدهما. بل يظهر من الذكرى الاجماع منا على انه لا عبرة بانقضاء العدة حين الغسل ايضا، بل لو تزوجت جازلها تغسيله، وان كان الفرض بعيدا. وصورة الفرض ان يموت الزوج في العدة ويبقى بلا غسل الى ان ينقضى عدة الوفاة وتزوجت الزوجة، فيجوز تغسيله. ويدل عليه الاخبار الكثيرة

(١). وسائل، ج١٥، ابواب النفقات، باب ١٠، ح١.

[٣٦٦]

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 ينقضى عدتها ولم يشهد على رجعتها. قال: هي امرأة مالم ينقض عدتها) الحديث (١). وحسنة محمد بن قيس عن ابي جعفر - ع - (قال: قضى في المرأة اذا طلقها ثم توفى عنها زوجها وهي في عدة منه لم يحرم عيله فانها ترثه ويرثها مادامت في الدم من حيضها الثالثة) الحديث (٢). وفي معناه ما غيرهما. واما اخبار التوارث و سائر الاحكام: فهي فوق حد الاحصاء. ويشعر بجواز النظر اليها في حال العدة الاخبار الكثيرة الواردة في رجحان تزوينها واطهار زينتها لزوجها معللا في بعضها بآية (لعل الله يحدث بعد ذلك امرا) (٣) يعنى يرغب زوجها فيها فيراجعها. فاذا ثبت بالاجماع المتقدم والاخبار انها في حكم المرأة في جواز النظر اليها و تغسيلها، وغير ذلك فكيف يمكن القول بجواز نكاح الرجل امرأته. مع ان ظاهر وضع النكاح انما هو لاجل تحليل المحرمات. وليس الطلاق الرجعى الا بمنزلة الاحرام للمحرم، وحال الاعتكاف. فتوهم زوال حكم الزوجية بالطلاق وعوده: الرجعة باطل .بل انما يزول حكم النكاح بالطلاق وانقضاء العدة معا. وليس الرجعة في حكم تجديد النكاح. بل هو ازالة لبعض الموانع وابقا للحكم السابق. ويدل عليه استصحاب الحال السابق. ويدل عيله ايضا قوله تعالى (الطلاق مرتان فامسك بمعروف او تسريح باحسان) (٤) فان الظاهر ان المنفصله حقيقية، والامسك 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، وترتب الاثر عليه. وشمول العمومات لما

(١). وسائل، ج١٥، ابواب اقسام الطلاق، الباب ١٣، ح٦.

(٢). الوسائل، ج ١٧، ابواب ميراث الأزواج، الباب ١٣، ح ١ - وفيها: عن محمد بن قيس بن أبي جعفر (ع) قال: إذا طلقت المرأة ثم توفي عنها زوجها وهي في عدة منه لم تحرم عليه و أنها ترثه و يرثها ما دامت في الدم من حيضتها الثانية...

(٣). الآية ١ سورة طلاق.

(٤). آية ٣٢٩ سورة بقره.

(٥). آية ٢ سورة طلاق

[٣٦٧]

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، ففى كونه رجعة نظر، ينشأ من بطلانه شرعا، ودلالته على التمسك بها. وقوى الشيخ، الثانى). 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 (وفى التزويج اشكال): الاشكال في قوله تزوجتك وانكحتك. فيحتمل كونه صحيحا، (١) لانهما صالحان لابتداء العقدو الحل فلان يصلحا للرجعة اولى... الى ان قال: ولانه صيغة يخاطب بها الاجنبية، فيكون تقريرها للطلاق لارجعة. ثم قال: واقول الاحتمال قائم في العقد بايجاب وقبول يوجبان النكاح ابتداء. 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 (وفى تزوجت اشكال) -: الاشكال ناش من ان لفظ التزويج صريح في ابتداء النكاح فلا يستعمل في غيره، لانه ليس موضوعا لغيره. فلا يجوز لان التزويج يواجه به الاجنبية، والرجعية زوجة. (٢) 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). عبارت النسخة: فيحتمل كونه صريحا.

(٢). و في النسخة: و الرجعة لزوجة.

[٣٦٨]

واما ما ذكرنا - ان بعض العبارات يوههم 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 رجعيا وان العقد في الرجعى بمعنى الرجعة. والاقوى الحاق الاول به دون الثانى. لاختلال الشرط ومنع الحاق المساوى بمثله). ووضح العبارتين عبارة الروضة. ووجه الايهام ان العقد في الرجعى كانه مماثبت جواز 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 شئ في الجملة مما يترتب عليه. جميع احكام ذلك الشئ. يعنى ان ذلك العقد يحصل به ثمره الرجعة في عود الحل السابق ويفيده قسرا واستتباعا، وان لم يكن رجعة بالذات. وليس كل ما كان ثمرته وفايدته ثمره شئ آخر يلزم ان يترتب عليه كلما يترتب على الآخر. هذا الكلام في المسألة الاولى اعنى (عدم صحة العقد وعدم ترتب ثمره عليه من حيث انه عقد جديد. وكأنه من الظهور بحيث لا ينبغي التامل فيه. واما المسألة الاخرى: اعنى (كون ذلك العقد مثمرا لصحة الرجعة ورجوع الزوجية): فظاهر كلام هولا الاعلام هو ايضا ذلك. سيما هاتين العبارتين. غاية ما يقال هنا انهم اعتبروا القصد في الرجوع وصرحوا بان الوط والقبلة لو كان سهوا او بطن 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

وطؤها مادام في العدة وتحرم عليه بعدالعدة. او يطؤها سهوا، كما في الصورتين الوليين. ولم يظهر في كلماتهم تنصيص على ان مثل هذا الرجوع لا يكفى. 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 الابطحض التصور . فيعود الكلام فيه الى الاذعان با حد الا مرين: اما قصد الرجوع الى الزوجية السابقة، واما الى غيره الذى

هو حرام، و حكمهما واضح مما سبق. واما الجاهل، فهو وان كان حكم العقد الجديد بالنسبة اليه منتفيا في الخارج - على ما حققناه 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 يكفى في حصول الرجعة اذا تحقق منه الرجوع ولو كان في ضمن عقد آخر. لما يستفاد من عموم قوله تعالى (لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك امرا). (١) ومن الاخبار الواردة في التنزيل (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 لا يمكن الابلعقد 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 الابتديد العقد. وهو لا ينافى تحليله تعالى له العود بالاستمتاع السابق على الوجه المحلل. فالمقصود هو حصول القدر المشترك، وقد حصل. ولا مدخلية لخصوصية ما يوجهه من الدواعى والالفاظ. لخصوصية ما يوجهه من الدواعى والالفاظ. فلا ينافى ذلك عقد الانقطاع ايضا. لحصول الرجوع المحلل في الجملة فيه، ولم يثبت اشتراط القصد الى الاستمرار الابدى بل يكفى قصد الرجوع الى تحصيل الحلية السابقة في الجملة. وان صعب عليك فهم ذلك فنقول: المستفاد من الادلة ان

(١). الآية ١، السورة الطلاق.

(٢). وسائل، ج ١٥، ابواب العدد، الباب ٢١.

المطلقة الرجعية زوجة. واستصحاب الحالة السابقة ايضا يقتضى بقا العلاقة السابقة و لم يثبت انقطاعها من دليل، الا مع النقضاء 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 حينئذ الامحض العبارة والتصوير. لعلمه بعدم الوقوع شرعا. فحينئذ اما 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 يعتقدانه 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 يكفي كونه عقدا صحيحا. والله العالم.

۲۲۱: سؤال: دختری ده یازده ساله که پدر او غایب بود ولیکن ممکن بود مطلع ساختن آن، در نزد مادر بود. شخصی او را می خواست از برای پسر صغیر خود عقد کند. در نزد بعضی از ملاها رفته بود که او را عقد کند. به جهت تشکیک در رشد صغیره و به جهت احتیاط از ولایت پدر، عقد نکرده بودند. و بعد از آن او را برده در نزد ملائی دیگر او را عقد کرده اند و به خانه آن مرد که پدر صغیر 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 می خواهم. و با وجود این که دختر منکر توکیل است و

[۲۷۱]

مدعی است که من در آن وقت عظم به جائی نمی رسید. 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 اشتهر و اظهر این است که باکره بالغه رشیده مستقل 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 می شود. ولعلک قد قرع سمعک فی کلمات اصحابنا من (تقديم قول مدعی الصحة في العقود) فالمقام مظنة ان يعترض علينا بان مقتضى ذلك الحكم بصحة العقد وتقديم 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 مدعی الصحة او الفساد في غاية الكثرة، كما ستطلع على بعضها. فلا بد اولا من بيان مأخذ هذه القاعدة والتكلم فيه، حتى يتم صحة التفريع عليها والاحتجاج بها. فنقول: وجه القول بتقديم قول مدعی 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. وأما من جهة ان الغالب الوقوع في المعاملات هو الصحيح والظن يلحق الفرد المجهول بالاعم الاغلب. والمراد من الاول اما أن المسلم اذا صدر منه فعل - يحتمل كونه مباحا، ويحتمل كونه معصية، لا بدان يحمل 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 يقلبك منه ولا تظن بكلمة خرجت من اخيك سواو انت تجدلها في الخير محملا). (١) وأما 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 خلا) وقال المشتري (لا، بل على ان يكون خمرا). وانت خبيران

(١). سفينة البحار، «باب الطاء بعده النون» وفيها «... ما يغلبك...».

[٣٧٢]

الموارد المبحوث عنها في الغالب ليس من هذا الباب. اما لو ادعى احدهما حصول الشرط والآخر انتفاه - مثل القبض في المجلس في النكدين والسلم، ونحو ذلك - فلا يلزم من فقد هذا الشرط فسق على المسلم حتى يجب دفعه بمقتضى هذا الاصل بهذا المعنى، حتى يترتب عليه الاثر. فيبقى ان يراد منه ان الغالب الوقوع من المسلم هو الصحيح اعنى الجامع للشرائط الذي يترتب عليه الاثر. والمراد الغالب الوقوع في العالم. بنا على قولهم (الزموهم 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 الذي اراد اثباته فيه هل هو من جهة الشأن الذي 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)، فذكروا 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 الذي لوسلم المشتري وقوعه في ذلك الان بحسب التاريخ لا ينكر كونه صغيرا حينئذ

وكذلك الكبير. 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

[٢٧٣]

اوقات كونه مراهقا للبلوغ - لكن اختلفا ان 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 الكبير.
لان الغالب منهم ليس الوقوع في مثل هذا القسم من الكبير. فان قلت: نعم ولكن ظاهر حال المسلم
في المعاملة في مثل ذلك انه لا يفعله 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 لا يفعل الحرام فان المحجور عليه
ممنوع من التصرف، فحمل فعل المسلم على الصحيح بمعنى المشروع الجائز دون الحرام يوجب حمل
المعاملة على انما وقعت في حال الكبير، 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 ما كان النزاع في حال خاص هو آخر افاقته من الجنون. كالمراهق المشكوك
في بلوغه. ومما لم يكمن من هذا القبيل، بل كان التداخي بين المالين المعلوم حقيقتهما لو علم الوقت.
فما ذكره الفقهاء من تقديم قول مدعى الصحة، لابدان ينزل في ذلك على الصورة الثانية. واما الصورة
الاولى، فالظاهر 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

[٢٧٤]

بأصل الصحة وعدم الفساد، لانه قديم كونه الصحة أصلاً، نعم قديكون ظاهراً من حال المسلم. أقول: هذا ما ذكرنا من تأمله في (الأصل) المذكور. وكيف كان فالأظهر في مثل ذلك تقديم الفساد. وما نقلناه من العلامة ونسبنا إليه القول بتقديم مدعى الفساد. هو إذا قرأ لفظ (ادعى) على صيغة المبنى للفاعل. وإن قرأ على صيغة المبنى للمفعول فمقتضاه تقديم قول مدعى الصحة كما لا يخفى. وإماماً نحن فيه: فيظهر حكمه مما ذكرنا، إذ المفروض أن الكلام في الصغيرة المشكوك ردها في حال العقد، فالتداعي بينهما في كون تلك الحالة المعلومة حال الرشد وعدمه. لا أن العقد هل وقع في حال الرشد الذي لا شك فيه لو سلم تعيين وقته، أو عدمه المسلم عدمه كذلك. فإن قلت: نعم ولكن هنا كلام آخر، وهو أن الكلام في مانحن فيه ليس منحصراً في ترجيح أحد المتداعيين بل ربما لا يكون هناك دعوى، كما لو فرض موتها أو موت أحدهما ولا وارث هناك يدعى حقاً، لكن الحاكم أو المؤمنون يريدون معرفة الحال ليعلموا كيفية المعاملة بحقوقهما وأموالهما. فنقول لأرباب أن هناك وقع عقد والغالب في العقود الجارية بين المسلمين الصحة ولما كان هناك البطلان إنما هو لأجل عدم تحقق شرط العقد، من الرشد أو التوكيل. فنقول أن الأصل والغالب بينهم هو الجامع للشرائط لا بمعنى أن الزوجين مسلمان وقع العقد بينهما وصارا متزاوجين ظاهراً، حتى يردان الصغيرة ليست مما ينصرف إطلاق الأدلة إلى لزوم فعلها على الصحة (كما أشرنا سابقاً). بل بمعنى أن هذا العقد صدر من جماعة المسلمين، فإن عقد غير الرشيد قد يصح أيضاً ولاية من الأب أو الحاكم أو المؤمنين (إن قلنا بثبوتها لهم من جهة المال كاليتيم). والأمر دائر بين أن يكون ثبت رشدها عند العقد، أو حصل العقد بأحد الوجوه المذكورة. وعقد الغير الرشيدة مع ملاحظة هذا الاعتبار ليس من الأمور النادرة، حتى يمنع الغلبة فيه. فقال أن هذا العقد الواقع في الخارج محمول على الصحيح. إذا الغالب في الواقع بين المسلمين هو الصحة. [قلت]: وفيه - بعد منع كونه من الأفراد الغالبة - أن المفروض غيبة الأب، وفقد الولي، وعدم الرجوع إلى الحاكم، وعدم ثبوت الدليل على ولاية عدول المؤمنين في ذلك بل الأمر منحصراً في توكيلها للعقد، فيرجع الحكم بغلبة صحة العقد إلى الحكم

[٢٧٥]

بغلبة صحة التوكيل. ويجرى فيه الكلام السابق من منع الغلبة في توكيل مثل هذه الصغيرة المشكوك ردها. مع أن الشهيد الثاني 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. فالأصل عدم النكاح وبقا الحياة. والمتجه عدم صحة النكاح لتعارض الأصليين، فبقى أصالة التحريم. أو يقال: إذا وجب في الحادث وجوده في أقرب زمان لزم اقترانهما في الزمان ح، فيحكم با بطلان). فنقول: إن حمل العقد المجهول الحال على الصحة لأجل الغلبة، يوجب حمل ذلك أيضاً على الصحة. كونه جامعاً لشرائطها

التي 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 الثاني (ره) ان الظاهر محال المسلم انه عقدها في حال عدم العلم بالموت، سوا كان عالما بالحياة او ظانابها 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 التزاوج المباشري والمعاهدة بين الزوجين، لا محض صدور العقد في الخارج. وكلام الشهيد الثاني انما هو في الثاني. قلت: ليس كذلك. فانهم ذكروا من جملة فروع (تقديم قول مدعى الصحة) مالمو زوج الاجنبي 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 والا قوى - بل المذهب - تقديم قول مدعى الصحة. لان افعال المسلمين واقوالهم محمولة على الحصة مالم يظهر فسادهم ولم يثبت منازع. فماد اما على حالهما فيحكم بصحتهما. والذي يدعى الفساد سابقا اولا حقا فعليه الاثبات. ومع العجز فيقدم قول مدعى الصحة .

نهضة ترجمه [٢٧٦]

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 مالمو حصل تعاقد الزوجية برهة في صورة نكاح الاجنبي، ثم بعد ذلك حصل التداعى. والا فلو انعكس الامر وقالت المرأة (انالم اذنت) ولم يقع بعد بينهما معاهدة الزوجية مطلقا، ففى 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 والزوج والقرائن المكتنفة بالمقام. و كذلك القول في كل ما تعارض الاصل والظاهر. ثم: ان بنينا

على اعتبار المعاهدة والتلبس، فلا بد أن يكون حالة المعاهدة والسلوك على مقتضى المعاهدة من مسلم رشيد غير مجور عليه، ولا بد من ثبوت ذلك حتى يحمل على الصحة ويحتاج رفعها إلى الإثبات. ومع كون أحدهما في ذلك الحالة على حالة السفه أو الجنون أو صغر فلا يكفي ذلك. وكذلك لو شك في حصول ذلك. هذا إذا كان الأمر دائراً بين المتعاقدين. وإلا فلا بد من اعتبار حال الأولياء أيضاً، منهما وسلوكهما على مقتضى المعاملة بسبب ولاية الولي في حكم الصحيح منهما. ففى المرأة المسئول عنها ثبت حال سلوك مع الزوج على سبيل الزواج في حال الرشد (أو من جانب الولي الشرعى)، ثم ادعت بطلان العقد من جهة عدم الرشد أو عدم التوكيل، فيمكن توجيه تقديم قول مدعى الصحة. وأما لو ثبت عدمها، أو كان الأمر مشكوكاً فيه، فيرجع إلى إثبات أصل العقد في الخالي عن المعاهدة. وقد قدمنا أن مدعى الفساد هناك قد يقدم، ولا يصح القول به على الإطلاق. ثم أناشرنا سابقان بنا الفقهاء في تقديم قول مدعى الصحة، مبنى على تقديم

(١). أي : لم يحص التلبس بمقتضى العقد حيناً ما.

[٢٧٧]

(الظاهر) على (الأصل)، أوحد الأصلين المتقوم بالظاهر على الآخر. فاعلم : أن مرادهم من (الظاهر) ما يوجب الظن بخلاف ما يقتضى الأصل. ومرادهم من (الأصل) هو الحكم المنسحب عن دليل سابق من عقل أو نقل قطعى أو 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 الابيقين). (١)

والمراد باليقين هو الدليل الحاصل باليقين، سواء كان علماً أو ظناً. أو المراد به ما كان بقينى العمل وإن كان من جملة الظنون كظن المجتهد. فالمراد أنه لا يجوز نقض مقتضى ما ثبت يقيناً إلا مع التيقن بحصول ما يقتضى خلافه يقيناً. ففى صورة معارضة مقتضى الأصل مع الظاهر ما يلاحظ معارضة الظن الحاصل من مجرد الاستصحاب مع الظن الحاصل من الظاهر. وأما يلاحظ محض حصول ما يوجب الحكم بخلاف ما اقتضاه الدليل الأول المنسحب حكمه، وأنه هل حصل من الظاهر دلالة على الحكم المخالف مثل ما ثبت من الدليل الدال على الحكم المنسحب حتى يكون هذا يقيناً في مقابل يقين. وينفد من كلماتهم في المقام أن الأصل في ظن المجتهد، الحجية. إلا ما خرج بالدليل مثل (القياس). فانهم عدوا من أقسام الظاهر هنا ما كان مستنده العرف، أو العادة الغالبة، أو القرائن، أو غلبة الظن. فلاحظ قواعدى الشهيدين (ره) وغيرهما. فلا بد أن يكون مرادهم في مسألة تعارض الأصل 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 حجته 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). وسائل، ج ١، ابواب نواقض الوضوء، الباب ١.

[٣٧٨]

[بطهارة] ثوب من لا يتوقى النجاسة، كالاطفال والقصابين ومدمن الخمر والكفار. و مثل مالو وجد كلب خارجا عن بيت فيه انا مشكوك ومعه اثر مباشرته له بر طوبة بل ولو كان مثل اللبن مما يظهر على العضو - كما صرح به جماعة - وذلك ايضا لخصوص الادلة الدالة على ذلك من الاجماع والاخبار. 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، وبعضهم الظن الحاصل من الاصل. فالمراد من الظاهر في موضع النزاع ما يكون ظاهر او مفيدا للظن في نفسه ومع قطع النظر عن المعارض. والاختلاف انما يحصل بملاحظة المعارضة، فمن يرجح الاصل فلا يبقى للظاهر عنده ظهور. لايقال: 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 ايدي الكفار عادة. فالاصل يقتضى عدم تذكيتها، والظاهر يقتضيها. وفي تقديم ايهما وجهان. و المشهور، الاول. ومنها (اختلاف الزوجين في المهر ولا بينة) فان الاصل يقتضى البراة

[٣٧٩]

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: ما اشتهر 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: ما اختلف فيه في ترجيح الظاهر على الاصل، او بالعكس. وهو امور... الى ان قال: ومنه لواختلف المتعاقدان بيع وغيره في بعض شرائط صحته كما لو ادعى البائع انه كان صبييا 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 بينا 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 شئ. ومع ذلك فاختلوا 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 بخل، فقال بل بخمر) او قال (فسخت قبل التصرف، وانكر الآخر) فالقول قول من يدعى صحة العقد، مع يمينه وعلى الآخر البينه. [انتهى]. فان المراد من الصحة في

[٣٨٠]

المثال الثانى 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، لا بد ان نحمله على ارادة الارشاد وشفاعة المظلومين. وكذلك كل متعاملين متعاهدين ماداما مقيمين على حالهما، لا يزاحمهما احد. ويحمل فعلهما على الصحة مالم يظهر فساد قطعا. واما في ما نحن فيه: فحمل قول احدهما هنا على الصلة يقتضى تكذيب الآخر. نعم ظاهر حال المسلم هو انه لا يعامل بالخمير، وهو (ح) يخبر بما هو خلاف ظاهر حاله في ما قبل. والظاهر في ما حصل بين المسلمين انه وقع على وجه الصلة، فلو ادعى احدهما فسادا 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 مالهو اختلغا 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 ما فهمه الشهيد الثاني في المسالك حيث انه في شرح قول المحقق في بيع السلم (اذا اختلفا في القبض هل كان قبل التفريق او بعده، فالقول قول من يدعى الصحة) قال ما حاصله: ان الاصلين تعارضا اصالة عدم القبض قبل التفريق وعكسه مع اتفاقهما على اصل القبض. فيتسا قطان ويحكم باستمرار العقد. و في الحقيقة لانزاع بينهما في اصل الصحة وانما النزاع في طر والمفسد، ولاصل عدمه، بخلاف مالهو اختلغا في اصل القبض وان كان بعد التفريق. فانه وان كان يحكم بالصحة في اصل العقد قبل التنازع، لكن المفسد هنا ثابت بحكم الاصل. فالقول قول المنكر،

ترجمة
Translation Movement
JMS

(١). عبارة النسخة: اذ ذلك حيث لا يعارضه قول او فعل مسلم آخر.

[٢٨١]

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 التفريق. 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 خبير بان شرط الصحة هو القبض قبل التفريق، ومثبت الصحة انما هو العلم بتحقيق الشرط، لاعدم العلم بانتفائه. ولا ينفع معارضة (اصالة عدم التفريق قبل القبض) في اثبات القبض قبل التفريق وانما يتم الكلام لو اراد من

(طر والمفسد) فسادا متاخرا عن الصحة النفس الامرية. مثل الفسخ قبل التصرف في المثال الذي نقلناه عن المحقق. واما لو اريد عن ذلك طروالحكم بالفساد باثبات المفسد في اصل العقد، وان كان يحكم عليه بالصحة ظاهرا حينما، 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 ههنا 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. ويجيء عليه الكلام السابق الذي ذكرنا انه تابع لحصول الظن، فربما لا يكون المسلم ممن يحصل به الظن. او الوقت لا يقتضيه ويشهد بما ذكرنا ماذكره 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 المصلي من اهل المعرفة با لقراءة بحيث يظهر انه مافعل ذلك الاسهوا، ففى وجوب تنبيهه عليه وجهان: من اصاله 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 معتضدا باصاله البراءة من وجوب تنبيهه. وهذا هو الاظهر. ولو احتمل في حقه الجهل بذلك وجب تعليمه لتطابق الاصل والظاهر، وعدم معارض

نهضة ترجمه [٢٨٢]

غير الاصل له، فيعمل عمله مع احتمال عدم الوجوب ايضا نظرا الى الاحتمال، مع اصاله البراءة. ومن امثلة الثالث والرابع - ومالهما الى شئ واحد - ماتقدم من التداعى في وقوع البيع على العبد او الحر، او على الخل او الخمر. ومنها تداعى الزوجين بعد اتفاقهما على انقضاء العدة وحصول الرجعة، في تقديم ايهما. فاختار المحقق تقديم قول الزوج، لانه يدعى الصحة. وفصل في المسالك تفصيلا حسنا يناسب ما حققته 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 ما حققته بفكرى الفاتر، ولا نطيل بذكره. وان شئت فراجع حتى يتبين ما قلته، ويظهر لك ان ما يذكرونه من تقديم قول مدعى الصحة ليس با جماعى ولا بمطرده، بل يتفاوت الحال في الموارد. فلا بد للمجتهد من التحرى في كل موضع ما يترجح في نظره وفذلكة المقال في تحقيق الجواب عن السؤال، ان المرأة المسئول عنها على فرض ثبوت توكيلها ايضا وادعائها عدم الرشد حينئذ مع تعيين تاريخ

العقد، وثبوت كون ذلك الحين محل اشتباه الرشد كما هو المفروض فالأظهر تقديم قولها مع يمينها، والله العالم.

۲۲۲ : سؤال: هر گاه زید در سفری مفقود الخیر شود، و خیر فوت او به اهل بلد او برسد. و اهل شرع از بلد بنا را بر ثبوت فوت او گذارند و ترکه او را تقسیم نمایند. وزن او را بعد از انقضای عده وفات به جهت عمرو و عقد کنند. و بعد از چند روز اهل شرع بلد تشکیک در ثبوت فوت بهمرسانند به سبب این که مخبریک نفر بوده. و منع کنند زوجه را از تمکین 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 این که عمرو او را مطلقه نماید. و حکم بطلان عقد اول نمایند به سبب آن تشکیکی که در ثبوت فوت بهم 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 نماید 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؟ .

[۲۸۲]

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 محفوف 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 می کند 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 می کرد به دلیل گمان ثانی بر می خورد و به مقتضای آن عمل می کرد. 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 می تواند 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. وامثال 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 بهم رسیده و لکن علم به بقا حیات زوج بهم 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 وکیلین 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

[۲۸۴]

مناط اعتبار نیست. پس در این صورت یا این است که به جهت زوج علم شرعی بهم رسیده بوده به فوت زوج اول، یا نه. پس اگر علم برای هیچ يك یا برای زوج به تنهایی بهم نرسیده بود، پس عقد عمرو باطل است. و اگر علم شرعی برای هر دو بهم رسیده (بلکه از برای زوج به تنهایی با عدم علم زوج به حال، نیز - علی الاظهر) پس عقد عمرو نیز صحیح است. و علم وکیل 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 نمی شود. 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. چنانکه 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 سبب 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 ظاهرها 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 واستیفای 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 بروجه صحیح. و همین تحقق صیغه در خارج دلیل صحت است. دیگر نه دلیل دیگر می خواهد 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

[۲۸۵]

است که محکوم به صحت هست شرعاً. و محکوم به صحت بودن آن است که زوجیت به آن ثابت می شود 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 بآکی نیست که مثالی بیاوریم از برای مورد توهّم 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 می خواست بگیرد. من و پدرم هیچ کدام راضی نبودیم. مراتب به صورت عقد دوام عقد کردند از برای تو. و پدرت هم صورت قبولی ولایت 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 نمی تواند بگوید که (تو اقرار به صیغه کردی و دعوی این که توریّه در صورت عقد بوده اقراری است بر حق غیر، آن مسموع نیست). و شکی نیست که ما نحن فیه از آن قبیل نیست و باقطع نظر از همه این مراحل، در اینجا سخن دیگر هم هست. و آن این است که همین که انشا عقد در اینجا متحقق شده به سبب اعتقاد به صحت و جواز عقد، هر چند به سبب توهّم غیر مجتهد عادل باشد باز عقد عمرو صحیح است. به جهت آن که صادق است که عقدی واقع شده از اهل خود در محل خود. و منشأ فسادی که متصور می شود این است که (این عقد ذات بعل است و آن باطل است). و این مندرفع می شود به این که؛ آنچه دلیل دلالت بر آن دارد این است که حرام است عقد ذات بعل عند العاقد یا در نفس الامر. و مفروض آن است که این هیچ کدام نیست. اگر بگوئی؛ شق ثالثی هست و آن (حرمت عقد زنی است که شرعاً 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 شرعاً در نزد عاقد در نزد عاقد باشد بالفعل، نه مطلقاً. 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 می کند به تفریق، مادامی که در نزد او زوجه مزبوره محکوم بکونها ذات بعل است. و هم چنین خود عاقد 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 می شود، و مقتضای آن که منع و تفریق است هم باطل می شود. پس به عقد اول بازگشت می شود. و حاصل این که حکم به بطلان در این صورت مراعی است تا زمان ظهور (فوت بعل قبل از عقد). و بطلان قطعا و راسا، ممنوع است. و از اینجا معلوم می شود حال این که هر گاه عاقد نداند که شوهر آن زن مفقود الخبر است، یعنی آن که عاقد زوجه را بشخصها می شناسد و [لکن] (بوصفها بانها زوجة مفقود الخبر) است نمی شناسد، یا بوصفها هم می شناخت 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، می گوئیم که حرمت از احکام طلبیه است، و متوجه جاهل و غافل و ناسی نمی شود. و اگر از راه بطلان عقد است قطع نظر از حرمت، می گوئیم 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 می شناختم و لکن زوجه را (بوصف انها زوجة مفقود الخبر) نمی شناختم که لازم آید عدم جواز نقض حکم مجتهد. در اینجا نیز - بر فرض سلامت از ورود دعوی و ترفع - نفعی در حکم به فساد عقد راسا، نمی کند. بلکه بعد از اطلاع بر وصف مذکور، مراعی خواهد بود الی زمان ثبوت فوت و ممنوع از ترتب ثمره می شود تا آن وقت. و بعد از آن حکم به صحت عقد می شود. و اشارات و تنبیها ت بر این در کلام فقها نیز هست در نظائر و مناسبات آن هم. چنانکه در مسالك شهید ثانی (ره) در باب طلاق غایب باعدن الثقات به ملاحظه گذشتن يك ماه (یا بیشتر علی اختلاف الاقوال) هر گاه ایقاع طلاق بوجه قصد بکند، و اتفاقا در نفس الامر در طهر غیر مواقعه واقع شده باشد، حکم به صحت کرده. خصوصا با جهل به لزوم مراعات و ملاحظه شرایط. بلکه از کلام ایشان بر می آید 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 ونه ذات بعل. واطهر در نظر حقير نيز همين است. واز اخبار وادله هم بطلان ثابت نمى شود، ونهيهى هم در صورت مزبور واقع نشده كه بطلان از آن مستفاد تواند شد. ومفروض هم اين است كه بوجه جايز واقع شده باشد، وقصد انشا شده باشد. وغياب امر آن است كه بعد از اطلاع حكم به تفريق مى شود، مراعا الى حين ظهور الحال.

٢٢٢: 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 دراللبن 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. (١)

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، أولا. خلافا لا بن الجنيدي 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 الآية (٢) والاخبار. واحتج من اعتبره بعموم حسنة الحلبي (عن الصادق - ع -: لا رضاع بعد فطام (٣)). 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 الحول لان الذي قال الله تعالى (٤)). وصحيفة البقباق عنه - ع - قال: الرضاع قبل

الحولين قبل ان يفطم (٥)). وقول النبي - ص - لا رضاع الا ما
 Translation of the text
 .MS

(١). تدلّ عليه العمومات (وسائل، ج١٤، ابواب ما يحرم من ارضاع، ب١، ويدل خصوصا، ح١٠، ب٦ و كذا ح٢١ و ب١٦.
 (٢). ولاتنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء الا ما قد سلف... - حرمت عليكم امهاتكم... و امهاتكم اللاتي ارضعنكم و اخواتكم من الرضاعة ... آيه ٢٢ و ٢٣ سورة نساء.
 (٣) و(٤)و(٥). الوسائل، ج١٤، ابواب ما يحرم من الرضاع، باب ٥، ح٢٢ و٢٥ (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، ويسبب اضافة

الولين اليهما يختلف معناه، ولا يجوز ارادة المعنيين المختلفين في استعمال واحد من اللفظ، وان كان اللفظ مشتركا معنويا. اذ ذاك في معنى العهد. كما في قولنا (جارجل) فانه لا يجوز ارادة رجلين منه على التبادل. كما لا يجوز ارادة المعنى الحقيقي والمجازي، واكثر من معنى من معانى المشترك اللفظي، فلا بد اما ان يراد من الحديث (لا اثر لرضاع المرتضع بعد فطامه) او (لا اثر لرضاع المرضعة بعد فطام ولده). واما ارادة المعنيين معا، فكلما. واذا دار الامر بين المعنيين، فالاولى (بل المتعين) ارادة المرتضع. لان البحث انما هو عنه ولذلك حكموا بان رضة المرتضع بعد اكمال الحولين لا اثر له. لا نه شرب محرم لا يترتب عليه ثمر، مضافا الروايات. واما ارضاع المرضعة فلا مانع منه اصلا، ولو بقى لبنها عشر سنين. وهو المتبادر من اللفظ. الثالثة: يشترط في تاثير الرضاع ان يكون اللبن من امرأة حية حصل لبنها من نكاح صحيح مع حصول الولد منها - تولد منها او كان باقيا في الحمل - على اختلاف في الاخير. فلو در من ثدى رجل لبن، او امرأة لم تحمل من وطى زوج حلال، فلا ينشر الحرمة، للاجماع، ظاهرا كما نقله جماعة، ولصحيحة عبد الله بن سنان (قال سألت ابا عبد الله - ع - عن لبن الفحل. فقال: هو ما ارضعت 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 وغلما، هل يحرم بذلك اللبن ما يحرم من الرضاع؟ قال: لا (٣). اذا تقرر هذا فنقول: مقتضى المسألتين الاوليين تحريم البنت على اب المرتضع .

(١). الوسائل، ج ١٤، ابواب ما يحرم من الرضاع، باب ٥، ١٠٩١ و ١١٢١: عن رسول الله (ص): لارضاع بعد فطام.

(٢). الوسائل، ج ١٤، ابواب ما يحرم من الرضاع، باب ٦، ج ٤.

(٣). المرجع: الباب ٩، ج ١.



كما لا يخفى. فيبقى الكلام في الحكم بان هذا اللبن هل هو محكوم عليه بكونه لبن الزوج ام هو من باب الدرو؟ والذي يحضرني من كلام الفقهاء في ما يناسب المقام مذكروه 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 استمراره 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. سواء كان الرضعة قبل انقضاء العدة او بعد ها، انقطع لبنها ثم عاد او ثبت ولم ينقطع. وسواء زاد او نقص. وقال في

القواعد: (ولو در لبن المرأة من غير نكاح لم ينشر حرمة. سوا كانت بكرا 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 التى ينسب اللبن اليها، وهى ما اتصل بها، او قريب منها. ومن ذلك يظهران صحة عبد الله بن سنان ايضا لبدان يحمل على ذلك. فيمكن ان يقال: ان هذا اللبن المفروض في المرأة المسؤول عنها، لا يصدق عليه عرفا انها لبن الفحل ولبن ولدها. فلا بد ان يحمل عبارة المسالك وما في معناها على مالا ينافى طول المدة وانقطاع اللبن ثم عودها لانتسابه الى الولد والفحل عرفا. ومراده بالاستئنا بقوله (لكن ان اشترطنا.. الى آخر). ايضا مالا ينافى ذلك. فنقول: المرأة التى

[٣٩٠]

مر من ايام ولادتها سنة ثم انقطع لبنها لمرض او عرض ثم عاد بعد امتصاص الطفل، يقال له عرفان هذا هو اللبن الذى انقطع و هو لبن الولد الذى حصل به. وكذلك بعد انقضاء 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. فلو فرض بقاؤه عشر سنين فتأثيره ح لاما نعه 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 اظهر 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 يشتر 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 ردبيلي 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 النقص 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 مانقله عنهم) ثم قالوا وانتم تذهبون خلاف ذلك. واجاب السيد بان فقد الميراث ليس علامة على فقد الزوجية. لان الزوجة الذمية والقاتلة لا ترث

[٣٩١]

ولا تورثن وهن زوجات. على ان من مذهبن 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 سنجيب عنها). والاخبار المستفيضة المعتمدة جدا الدالة على ان من حدود المتعة، عدم التوراث، مثل عدم النفقة، وكون عدتها خمسة واربعين يوما، ونحو ذلك. فلاحظ الاخبار وتامل فيها 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 يريقول 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 وزدتني). (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 مايشاء من العطية، و يشترط الولدان اراد، وليس بينهما ميراث). (٣) وحسنة ثعلبية (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، باب ١٨، ح ٥ - محمد بن انعمان الاحول المعروف بمؤمن الطاق.

(٢). المرجع، باب ٤٠، ح ١ - و اورد ذيله في باب ٣٣ ح ٣.

(٣). المرجع: اورد ذيل الحديث في باب ٣٣، ح ٦، و صدره في باب ٣٣، ح ٣.

[٢٩٢]

بكذا وكذا درهما، وعلى ان عليك العدة). (١) وموثقه ابي بصير (قال: لا بد من ان يقول فيه هذه الشروط: اتزوجك متعة كذا وكذا يوما، بكذا، وكذا درهما، نكاحا غير سفاح على كتاب الله وسنة نبيه وعلى ان لا ترثيني ولا ارثك، وعلى ان تعتدي خمسة واربعين يوما). (٢) ورواية ابان بن تغلب - وفي 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 مورثة كذا وكذا يوما، و ان شئت كذا وكذا سنة، بكذا وكذا درهما. وتسمى من الاجل ماترا ضيما عليه قليلا كان او كثيرا. فاذا قالت: نعم، فقد رضيت وهي امرأتك وانت اولى الناس بها. قلت: فاني استحيى ان اذكر شرط الايام (٣) قال: هو اضر عليك قلت وكيف؟ قال: لانك ان لم تشتط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة في العدة، وكانت وارثة، ولم تقدر على ان تطلقها الاطلاق السنة). (٣) وقد عمل بها الاصحاب 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 الرواة 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 اشتراط 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 ثقات عند الشيخ والعلامة الا ان النجاشي وابن الغضا [ير] ي طعنوا في

(١). المرجع، باب ١٨، ح ٣.

(٢). المرجع، باب ١٨، ح ٤.

(٣). المرجع، اورد صدره في باب ١٨، ح ١، و ذيله في باب ٢٠، ح ٢ - تهذيب ج ٢، ص ١٩٠.

(٤). المرجع، باب ٢٠، ح ٣.

(٥). المرجع، باب ٣٣، ح ٨.

[٢٩٣]

حديثهما. والنجاشي ضعف محمدا. وانت خيربان 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. وهذا التأويل على فرض تسليمه انما يفيد عدم ثبوت الميراث مع عدم الا اشتراط لا ثبوته مع الشرط. و سيجيى الكلام في ادلة المثبتين. حجة القول الثانى: عموم الاية. فانها زوجة عرفا. ولانها لو لم 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 النقض بالذمية والقاتلة لثبوت التخصيص من خارج، والعام المخصص حجة في الباقي. وشرط السقوط مخالف لمقتضى العقد فيكون باطلا. وفيه :منع انصراف الأزواج 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 الأزواج و الاما بالذكر لكونهما من الافراد الغالبة. وهذا وجه متين لا ياباه الطبع السليم. مع انه يشكل بالتحليل. وادراجه تحت ملك اليمين، فيه مالا يخفى. اذا الظاهر (مما ملكت ايمانهم) ملك العين لاملك المتفعة. مع ان قليل المنفعة. مع ان قليل المنفعة لا يطلق عليه الملك، بل هو اباحة وامناع. فهو ايضا لوسلم عمومها مخصصة بتلك الاخبار. فان الاقوى جواز تخصيص

Translation Movement
JMS

(١). المرجع، باب ٧.

(٢)و(٣). الآية ٦، سورة مؤمنون.

(٤). الماء - خ ل.

[٢٩٤]

الكتاب يمثل هذا الخبر الواحد. وبالجمله 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 ابي نصر البنزطى لابراهيم بن هاشم عن الرضا - ع - قال تزويج المتعة نكاح بغير ميراث ونكاح ميراث، ان اشترطت كان، وان لم تشترط لم يكن.(٣) وفى الكافى بعد ذلك (وروى ايضا ليس بينهما ميراث اشترط ام لم يشترط). وهذه الرواية مروية ايضا في (قرب الاسناد) بسند صحيح. وورد عليها بان التوريث من جعل الشارع فلا مدخلة للشروط فيه. ورد بان الشرط من جعل الشارع لهذين الحديثين وان كان لفعل المكلف مدخلة فيها، كما لو اسلم الكافر. وفيه انه انما يتم اذا قاوم الخبران الادلة المانعة. وبان سبب الميراث ان كان هو الزوجية، فيدخل المتعة في الية، اشترط ام لا. والا، فلا موجب له. ورد بتسليم الدخول في الية والقول بالتخصيص بدون الشرط، يعنى ان الية تقتضى ثبوت الميراث للزوجة الا متعة لم يشترط لها الميراث. وفيه نظر لان الروایتين 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 الية، 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 الروایتين. فمع ان هاتين الروایتين

(١). الوسائل، ح ١٢، ابواب الخيار، الباب ٦، ح ١٥٢٥.

(٢). المرجع.

(٣). المرجع.

لايضا ومان ما ذكرناه من الروايات من حيث الكثرة والاعتضاد مع اعتبار اسنادها ايضا، [و] وفق بالكتاب ايضا من قابلية ادراجها تحت الزوجة. وموافقتها للحصر المذكور في الية الثانية. واماما ذكره فلا يلائم كونها زوجة وينافى ظاهر الحصر. ثم انهم ذكروا تقريرا على هذا القول، انه لو شرطا لاحدهما دون الآخر، فيتبع، لظاهر الخبرين. وهو كذلك ولا وقع لما يستشكل من اغلبيه كون الارث من الجانبين، لكثرة امثاله ايضا. مثل ارث المسلم عن الكافر، وارث الولد المنفى باللعان وغير ذلك. (١)

وقال المقداد - بعدما اختار القول الاول - (لكن لو اشترط، جاز وينزل على الوصية يتفرع عليه احكامها. حجة القول الرابع: عموم الية، 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 يشترط، 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. ولا بأس 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 التوراث. ومع ذلك كله فلا حيتاط في الدين ان لا يحرم مع الشرط، ويصالح بينهما بشيئ. والله العالم.

۲۲۵: سؤال: شخصی دختری را خطبه می کند. وقبل از عقد ومزاجه از بابت رسوم وتعارف، چیزی می برداز برای دختر وپدر ومادر وكسان او، از ماکول وملبوس و غیر آن. ویه مصرف میرسانند وبعضی باقی است، یا هیچ باقی نیست. بعد از آن دختر یا کسان او پشیمان می شوند واو را رد می کنند، آیا می تواند آنچه اخراجات کرده است استرداد نماید یا نه؟

جواب: هر چند در بادی نظر چنین می نماید که چون این شخص مال را مجانا

(۱). راجع المساله ۲۷۳، من هذا المجلد.

(۲). المرجع، ب ۳۲، ح ۲.

[۲۹۶]

نمی دهند وغرضش این است که آنها در امر دادن دختر مستمر وثابت قدم باشند، واگر داند که در آخر امر نخواهند داد هرگز راضی نمی شود 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. واین تسلیطی است غیر را بر مال خود، و غرامت متوجه نمی شود. وهمین معنی که ایشان در آن وقت راضی اند و مستمراند بر اراده خود، کافی است به جهت اباحه تصرف وگاه است که در این وقت مطلقا در متخیله اولیا خطور نمی کند که او را رد کنند واین حال را هم آن شخص خاطب از ایشان فهمیده و اباحه تصرف به جهت ایشان به این حال کرده. و اباحه از جمله انشائاتی است که تعلیق بر نمیدارد. بلی بعضی تعلیقات - مثل این که بگوید که اگر در قلب تو این است که دختر را به من ندهی مباح نیست، واگر 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 می کنم و شرط می کنم با تو که اگر بدائی رو دهد و از جانب تو ندامتی بهم رسد، عوض آن را به من رد کنی) خوب است. اما لزوم آن در ضمن عقد هدیه و اباحه، معلوم نیست. وعلی ای تقدیر، اگر فرض ضمان تواند شد، در صورت شرط، چنین است. واگر نه، دلیلی بر غرامت مطلقا نیست. (۱) واین نظیر آن است که کسی با کسی دوست باشد و به رسم هدیه و اباحه

وغير آن مال خود را از دوست خود مضايقه نكند ودر كمال طيب نفس مال خود را به او روا دارد، وآن دوست نيز مال بسيار از اين دوست به اين نهج به تلف آورد. بعد از آن اتفاق افتد كه دشمنی شديد بينهما حاصل شود. الحال اگر از راه عدوات بگويد كه از مال من آنچه كه خورده اى به تو حلال نمى كنم. يا آن كه خواهد دعوى غرامت بكند، هر در [ي] اين سخنها عاطل وباطل است. وشك نيست كه اگر در حين دوستى تصور مى كرد كه اين شخص به اين نحو دشمن او خواهد شد، در آن وقت به او مال خود را روا نميداشت. پس اگر بگوئى: اجابت اوليا سبب اتلاف مال خاطب شده وگرامت بر تسبیب

(۱). ممكن است «دليلي بر غرامت مطلق - يعني در صورت عدم شرط - نيست» صحيح باشد.

[۳۹۷]

مترتب مى شود. گوئيم: كه (با وجود آن كه در اين سبب عدوانى نيست وآنچه مسلم است در تأثير بسبب صورت عدوان است) سببيت خاطب اقرب است كه خود به ايشان داده. واگر گوئى كه اوليا مباشر اتلاف شده اند پس بايد غرامت بکشند. گوئيم غرامتى بر (مرخص فيه) مترتب نيست. اگر گوئى كه رخصت به شرط بقا بر رضا است نه مطلقا. گوئيم رخصت در حال رضا است نه به شرط بقا بر رضا و دوام آن. چنانكه گذشت. وآنچه ذكر كرديم درصورتى است كه خطبه [اى] بشود، واولياء اجازه بدهند. اما در صورتى كه مطلقا اظهار نكرده باشد و اين تعارفات را به عمل آورد به طمع اين كه بعد از استمالت قلب ايشان به تزويج راضى شوند و اگر خطبه كند رد نكنند، پس امر در آنجا اسهل خواهد بود. وظاهرا همين از جمله (هديه مसानعه) باشد كه در بعض اخبار مذكور است. و از قبيل اين است برگ سبزی كه درويشان دهند. يا دسته گل، يا مهر نمازى، و امثال انيها. واطهر اين است كه آن مباح باشد بدون عوض، و عوض واجب نيست هر چند ترك عوض خالى از كراهت نخواهد بود نظر به بعض اخبار ودلالات اعتبار. وظاهر اين است كه مثل مذكور باشد هر گاه طهار خواستگارى نيز بكند و به گوش اوليا برساند و هنوز وعده دادن نكرده باشند. و اينكه در (هديه مसानعه) گفتيم كه مباح است بدون عوض، درصورتى است كه از حال واهب معلوم نباشد كه راضى نيست [بر] تصرف در آن بدون عوض. واگر معلوم باشد كه راضى نيست به تصرف بدون عوض، تصرف جايز نخواهد بود. وظاهر اين است كه در صورت اجابت اوليا وتراضى طرفين بر اخراجات هر گاه اوليا بگويند كه فلان قدر مال بياور از ماکول وغير ماکول تا صرف شيرينى ومطبخ بشود، و بر سبيل رضا هم به مصرف برسد هم حكم همان است كه گذشت، چون عدوانى نيست.

۲۲۶: سؤال: هر گاه شخصی زوجه مدخوله خود را طلاق گوید و خواهد که به عقد انقطاع در آورد. از برای زوجه عده می باشد 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 باین) باشد می تواند 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

[۲۹۸]

می شود به زوجیت اولی. (۱)

۲۲۷: سؤال: هر گاه در طهر مواقعه 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 ثانیاً خواهد او را متعه کند؟.

جواب: متعه را عده به جهت زوج خود در کار نیست هر گاه خواهد ثانیاً 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 نمی تواند 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 می بیند، درمسأله 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 صبیّه خود را در غیبت او به پسر عمرو شوهر داده. در حال صبیّه مذکوره می گوید که راضی نیستم. و در وقت عقد تخمیناً نه سال داشته. و الحال صبیّه مذکوره می گوید 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 می شود 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 زوجه مدعی فساد. و تکیه زوجه در فساد این است که (من بالغه ورشیده بوده ام و پدرم

(۱). برای دریافت شرح و بیان جزئیات این مساله رجوع کنید به مساله شماره ۲۲۰ از همین مجلد.

[۳۹۹]

بی اذن من عقد کرده و من هم اجازه نکرده ام و راضی نیستم). ووجه صحت هم چند چیز می تواند شد: یکی این که زوجه صغیره بوده، یا بالغه بوده ورشیده نبوده، یا بوده ولیکن پدر زوجه و عمرو هر دو مقلد مجتهدی بوده اند که ولایت پدر را در امر بالغه رشیده ثابت می دانسته. [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 واصل عدم رشد ملکه است و در طفل مفقود است جزما، و عدم آن مستصحب است، و غلبه حصول آن در بالغین مزاحم این اصل نمی شود. زیرا که آنچه مسلم است از غلبه در غیر مراقین 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 درمانجن فیه چنانکه 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 می گوید که در حالی واقع شده که باطل است. و زوج می گوید 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 می شود کلام در صورتی که عقد زوج هم ولایتی بوده که صغیر بوده و پدر او عقد کرده، باز قول

[۴۰۰]

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) وساکت باشد از جهت خود، یا متمسک شود به این که صغیره بوده، یا غیر رشیده بوده ولایتا عقد کرده شد، یا بالغه رشیده بوده. و طرفین مقلد مجتهدی میبوده ایم که پدر را مستقل در ولایت میدانست. 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 ولیکن به ادعای پدر زوجه صغر 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 می کند به سبب ادعای کبر و رشد. در اینجا می گوئیم اولاً: قول پدر مسموع است و عقد صحیح است مادامی که خلاف آن ظاهر نشده. به جهت آن که مسلمی است و ادعای ولایت می کند. چنانکه وکیلی به ادعای وکالت مال کسی را بفروشد، یا زن کسی را طلاق بگوید. و در این وقت که زوجه ادعای بطلان می کند و می گوید که من در آن وقت بالغه رشیده بوده ام. هر چند مقتضای تصدیق مسلم این است که زوج تصدق او کند، ولیکن مزاحم این (قول مسلم) است قول و فعل مسلم دیگر که پدر او است. پس دعوی واقع می شود ما بین زوجه و پدر او. و با فقد بینه اظهر تقدیم قول والداست، چون قول او موافق اصل است (چنانکه 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 می شود زوجه خود را که بر وجه صحیح (علی الظاهر) عقد شده بود. و از اینجا ظاهر می شود 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 می شود و بر زوجه لازم می شود اثبات بطلان. چون اومدعیه است. غایت امر این است که اگر ادعای علم بکند بر زوج که (تو در آن وقت میدانستی من کبیره و رشیده ام)، قسم نفی العلم متوجه او می شود. و از

[۴۰۱]

اینجا ظاهر می شود حکم صورتی که زوج صغیر بوده ووالد او ولایتا عقد کرده . که باز اصل صحت با زوج است. واین 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، می شود یا نه؟ -؟ و فرقی ما بین عمد و سهو و جهل در نکاح هست یا نه؟ -؟ و آیا چنانکه 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 نمی شود - 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 نمی شود. 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 الامامیه ان من یلوط بغلام فاقب، لم یحل له ام الغلام ولا اخته ولا ابنته ابدًا). 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 خلافتی 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 علما، 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 (الخرام لایجرم الحلال) این است که حرام نمی شود. و مقتضای حدیث معتبری این است که حرام می شود. و شکی نیست که اخوط اجتناب است. و بنابر قول به عدم حرمت، هر گاه

[۴۰۲]

آن زن را بطلاق بگوید و بعد از آن خواهد او را بگیرد بعقد 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 می گوید که من بلامانعم، و پدر او می گوید که من طلاق او را گرفته ام، و زوج، پدر او را وکیل کرده که او را طلاق بگوید، اما پدر بنفسه نمی تواند طلاق گفت و در وکالت طلاق اذن در توکیل غیر نداده. و آن ضعیفه می گوید که من خبر این نقلها ندارم و

بلا ما نعم. آیا می تواند شوهر بکند یا نه؟ -؟. و هر گاه کسی او را عقد کرده باشد در این حال، آیا تفریق می توان کرد یا نه؟ -؟.

جواب: قول زوجه مسموع است خصوصا هر گاه متهم نباشد. یعنی از حال او معلوم نباشد که بی مضایقه است از زنا و بی پروا است از حرام. وقول پدر او که می گوید که (من طلاق او ارا گرفته ام) هم مؤید صدق او اشت 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 می شود که می خواهد گریز از اثبات بهم رساند، و حصول علم از برای زوجه هم به قول پدرش ممکن الحصول است. و این گریز است به (جواب اعم). چنانکه فقها تجویز کرده اند در جواب منکر، چنانکه مدعی به کسی بگوید که (قیمت اسب را که به تو فروخته ام). خصم [او] بگوید که (من مشغول دمه 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 نمی توان کرد. و اینکه نوشته اند که (زوج پدر را وکیل کرده که طلاق بگوید یعنی خود بنفسه، و حال آن که خود بنفسه طلاق نمی تواند 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 می شود. و لکن دعوی اعم زوجه بر حال خود باقی است تا علم به بطلان از راه دیگر بهم 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 واقوام من بیایند

[۴۰۳]

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 می کنید در خانه من بود و به رحمت خدا رفت). و رخت پوشاکی و قدری اسباب دیگر داشت که پدر زن مریض آنها را میشناخت که آن رختها و اسبابها از شخص مریض است. آیا به این نقلها علم حاصل می شود و زوجه او به شوهر می تواند 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 [می خواهد] 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 الخیر) است. و حکم همان است که با وجود عدم نفقه وعدم 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 می داند 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 ندانند و تعلم هم متعذر باشد یا منعسر باشد، به هر لغت که دانند 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 واحوط آن است که با وجود امکان تعلم، اکتفا به اعراب غلط نکنند.

۲۳۴: سؤال: آیا جایز است که يك نفر صیغه نکاح را ایجابا و قبولاً جاری کند یا نه؟ -؟.

جواب: بلی اشهر و اظهر جواز است. بلکه در خصوص عقد نکاح از طبرسی (ره)

نهضت ترجمه [۴۰۴]

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 بهم رسد. آیا فرزند آزاد است و ملحق به مادر می شود؟ یا مملوك صاحب غلام است؟.

جواب: مشهور میان علما - بلکه از بعضی دعوی اجماع ظاهر می شود - این است که فرزند آزاد است و ملحق به مادر می شود. 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 اوتحلیل کرده باشد. چنانکه از اخبار مستفاد می شود. بلی اگر صاحب غلام شرط کند بر زن آزاد، مملوك بودن فرزند را، یا صاحب کنیز شرط کند بر مرد آزاد این که فرزند مملوك باشد، مشهور این است

که جایز است و فرزند مملوک می شود. 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 و عدم 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 نمی کند، و مقتضای آنها این است که فرزند آزاد است. و بنابر 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 می شود، و ولد به زانی ملحق نمی شود. 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 می رسد؟ یا به آن شخص واطی؟ اعم از

(۱). وسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العیید و الاماء، باب ۳۰، ح ۱ تا ۱۰.

(۲). همان مرجع، ح ۱۲.

(۳). عبارت نسخه ما اینطور نبود تصحیح قیاسی شد.

[۴۰۵]

آن که در وقت بخشیدن مالک شرط کرده باشد در خصوص اولاد یا نکرده باشد. و بخشیدن مالک 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

نمی توان تحلیل کرد. و هم چنین کنیز کافره غیر کتابی را به مرد مسلم. و هم چنین حاصل می شود

به آن نسب و خویشاوندی و مترتب می شود 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 می دهیم 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 نمی شود. و به عنوان عاریه هم نمی توان داد.

و ظاهر این است که اجماعی است. چنانکه از جمعی علما ظاهر می شود. 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 وآن خالی از اشكال نیست خصوصا با ملاحظه آن حدیثی که منع شده در آن از عاریه و تصریح شده به این که که تحلیل کند واز مقابله تحلیل با عاریه (با وجود آن که از عاریه نیز اباحه فهمیده می شود) ظاهر می شود که خصوص لفظ (تحلیل) معتبر است. ومطلق الفاظی که دال بر رخصت باشد کافی نیست. ودر اشتراط قبول خلاف است، و در اخبار تصریحی به آن ندیدیم. وبعضی دعوی ظهور (اتفاق اصحاب) بر آن کرده اند. وشیکی نیست که اشتراط احوط بلکه اظهر است. ودر جواز تحلیل آقا کنیز خود را به غلام خود اشكال است و خلاف است، به جهت

(۱). وسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العبد و الاماء، باب ۳۲.

(۲). آیه های ۶ و ۷ سوره مؤمنون.

[۴۰۶]

تعارض اخبار. واقوی جواز است به جهت اکثریت اخبار [جواز]، وموافقت خبر منع با مذهب عامه. ولكن هر گاه به صیغه نکاح کنیز خود را به غلام خود بدهد و چیزی از مال خود به کنیز بدهد، اولی و احوط است. وظاهر 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. ورضای کنیز و غلام شرط نیست. بلکه مولی می تواند 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 ترك نشود. و آن عبد به اذن مولی، یا مولی خود قبول کند. واما مسأله لحقوق فرزندان: پس اما در صورتی که کنیز را حلال کرده باشد مالك از برای آزاد، پس در صورت شرط آزادی، است اجماعا. ودر صورت شرط رقیت، همان خلاف سابق در مسأله سابقه موجود است. واقوی عدم اعتبار شرط است، وولد حراست به همان ادله سابقه در تزویج و خصوص اخبار معتبره در اینجا بالخصوص. و در صورت عدم شرط نیز خلاف است، واقوی در اینجا نیز حریت است. وجمعی گفته اند در صورت اطلاق وعدم 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. وظاهر این است که در صورت شرط آزادی، این جماعت نیز دادن قیمت را شرط نمیدانند در آزادی. پس بنابر این، اجماعی خواهد بود. چنانکه گذشت. واما در صورتی که حلال کرده باشد از برای عبد، پس فرزند هم عبد است اجماعا مطلقا. واما حکم لحقوق به صاحب کدامیک پس ظاهر این است که در صورت اطلاق مشترك باشد مابین صاحب غلام و کنیز. چون نسب صحیح(۱)

ونما ملك هر دو است و مرجحی نیست. چنانکه مشهور است. وبعضی تابع مادر میدانند چنانکه در حیوان. و

(۱). رجوع کنید به مساله ما بعد.

[۴۰۷]

آن قیاس است. ولیکن 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.

۲۲۷: سؤال: کسی کنیزی داشته باشد، اگر کسی بی اذن مالك با [آن] کنیز جماع کند و فرزند بهم رسد. آن فرزند ولد الزنا است یا نه؟ -؟ به مالك می رسد یا به آن شخص؟ -؟.

جواب: آن کسی که با کنیز جماع کرده اگر آزاد است به گمان حلیت 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 نمی شود و تابع کنیز است، و ملك صاحب او است. هر گاه آن کس غلام دیگری بود، پس اگر با علم به حرمت کرده وزنا به عمل آمده، فرزند ملحق به صاحب کنیز است و مملوك 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 مساله سابقه گذشت.

۲۲۸: سؤال: دختر بی اذن پدر و مادر، شوهر می تواند 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 نمی شود؟ و اگر بفرومائید که بی رضای والدین عقد صحیح است، آیا (عاق والدین) می شود 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. ولیکن 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 مخالفت 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 نمی رسد، 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 .

[٤٠٨]

۲۳۹: سؤال: هر گاه زوج قبل از دخول فوت شود، زوجه نصف مهر را مطالبه می نماید یا کل مهر را؟
جواب: مشهور کل مهر است. ولکن احادیث معتبره دلالت بر تنصیف دارد. و احتیاط در این است که صلح کنند بر نصف.

۲۴۰: سؤال: در صورتی که زوجه ادعای عنن می نموده 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 الشرایط طی شود، تا ثابت نشود احکام بر آن مترتب نمی شود.

۲۴۱: سؤال: بعضی از ملاها می گویند (مادر زن محرم نیست، ودلیلی بر محرمیت نیست). اصلی دارد یا نه؟ -؟.

جواب: این سخن بی اصل است. و محرمیت مادر زن اجماعی است. چنانکه از طریق مستمره علما و صلحا و اهل دیانت در اعصار و امصار ظاهر می شود بدون منکری که اعتماد به شأن او باشد. و در کلام علما (ی معتنین [بهم]) بر نخوردم به مخالفی، و کلام همگی بالعموم والخصوص دال است بر محرمیت وعدم اشکال. چنانکه در مواضع بسیار معلوم می شود. از جمله در (کتاب جنایز) همگی ذکر کرده اند در جواز تغسیل محارم، که مراد به محرم (کسی است که حرام باشد نکاح او ایدا 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 مقدار 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 مصاهرة بعقد او ملك یمین. ام التی یملك وطأها فیجوز النظر الیها كالزوجة باطنا و ظاهرا و اما من حرم وطؤها فیباح النظر فیهن الی الوجه والكفین والقدمین اجماعا، و یحرم النظر الی القبل والدبر بغیر ضرورة من مباشرة علاج ومشاهدة ایلاج. و اما غیر ذلك من البدن: فعلى 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.

[٤٠٩]

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 می گوئیم. 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 می شود که حمل از مولی نباشد. یا باشد ولیکن 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 نمی شود. 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. والا 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 بهم رسیده، مشتری انکار کند، و حزم 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 می شود. و اگر حمل داخل در بیع بوده، یا بالاصاله چنانکه قول بعضی است، یا به سبب شرط چنانکه اشهر و اظهر است پس در این صورت اشکال بهم می رسد. و اظهر واقوی 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 می شود که کنیز ثانیاً بر وجهی از وجوه منتقل شود به بایع که حکم می شود به آزادی فرزند.

۲۴۲: سؤال: آیا مشتری می تواند 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 نهایه و جمعی از

[۴۱۰]

متاخرین، چهار ماه وده روز نقل شده. چنانکه صحیحه رفاعه بر آن دلالتی دارد، (۱) و اظهر عمل به آن است خصوصاً با استصحاب حرمت. و علی ای تقدیر حرمت جماع کردن قبل از انقضای مدت مزبوره مشهور مابین علما است و مدلول احادیث معتبره بسیار است (۲)

و از شیخ در خلاف و ابن 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 سند و 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) مطلقات است، چنانکه پوشیده نیست به ملاحظه سیاق. لکن چون در حدیث صحیح وارد شده که (احلتها آیه و حرمتها آیه) (۶) ظاهر این است که مراد روایت همین باشد. و می توان منع عموم آیه اولی هم کرد نسبت به اوقات وطی. پس آئین متعارض می شوند و متساقط می شوند 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 ظاهراً دعوی اجماع ابن زهره هم مقتضی آن است. و صحیحه رفاعه دلالت بر آن دارد. و به اینها تنقید می شود اخبار کثیره که (باطلاقها) دلالت بر منع دارد. و از مفید قول به حرمت حکایت شده در موضعی از مقنعه (واز 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 العبد و الاماء، باب ۸، ح ۳.

(۲). احادیث همان باب، و احادیث باب ۹.

(۳). آیه ۶ سوره مؤمنون.

(۴). این اشعار در ح ۲ باب ۸ هست.

(۵). آیه ۴ سوره طلاق.

(۶). همان حدیث 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 تائید 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، چنانکه 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 می کنند بر (مطلوب بودن آزاد کردن آن بدون عزل و اینکه نفروشد او را و جدا کند برای اوحصه ای از مال خود به جهت معیشت او). و علت آن را فرموده اند که نطفه او غذای او شده که شبهه فرزندی در آن راه بیابد. پس از برای خروج از آن شبهه عزل بکند تا آن ناخوشی لازم نیاید، اگر

خواهد مملوك خالص باشد. والحاصل: آن که از احادیث مستفاد می شود که ناخوش است که نطفه او داخل رحم مملوك بشود در حال حمل. و چون دلالت آن [ها] به سرحد وجوب نرسیده، حمل بر استحباب می شود. 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 می کند 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. چنانکه مؤثقه اسحاق بن عمار (بلکه صحیح 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 لایحضره 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 می نمایند، چه چیز می طلبند؟

[۴۱۲]

جواب: هر گاه وارث زوجه در صورت جزم ادعای خود را ادا می کند مطابق مهر نامچه، یعنی می گوید که (این مقدار مهر) مادر من از مال پدر شما می خواهد. به ما بدهید. پس در این وقت باید که جواب مدعی علیه چه چیز است. هر گاه بگویند مادر شما مهر ندارد، و انکار کنند از اصل، اظهار در نظر حقیر این است که مدعی مستحق مهر المثل است، مگر آنچه ادعا می کند 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 می دهند و باز رجوع به مهر المثل می شود بر نهج سابق. و هر گاه بگویند که ما قدر آن را نمیدانیم، باز در صورت ادعای علم و قسم نفی العلم، رجوع به مهر المثل می شود بر نهج سابق. و ظاهراً در این دو صورت دور نیست که مسمی را که ادعا می کند 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 می شود.

گاه است از برای حاکم به سبب کاغذی وقراین 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 می باشد. و ده قفیز آن در صداق دو زوجه او است. آیا الحال که اراده قسمت دارند باید اثلاثا 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

[۴۱۲]

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. چنانکه 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 صداق 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 عمومات اقتضای صحت می کنند و غرر و جهالت در عرف و عادت لازم نمی آید 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 صداق آسانتر است از بیع - چون نکاح از معاملات محضه نیست چنانکه فقها تصریح کرده اند و مسامحه کرده اند حتی این که تجویز کرده اند صداق 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 نمی کنیم 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، خصوصا 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 ولیکن 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 نه مجموع به این معنی که زوجه ها پانزده قفیز...

[۴۱۴]

۲۴۶: سؤال: دختر بالغه ای که غیر رشیده باشد ولی هم نداشته باشد، می توان 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 می باشد، 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 وجد پدری ندارد ولی او حاکم شرع است و بدون اذن او عقد صحیح نیست. و هر گاه شده باشد، تفریق می شود. 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. وضعیفه 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 می کند به آنچه به آن زن داده از او پس می گیرد، و از خود زن چیزی پس نمی گیرد. 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. چنانکه صورت مسأله است ظاهرا. 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 می کند که شما مرا فریب داده اید در وقت تزویج مرا خبر نکرده اید که این ضعیفه آزارمند می باشد. 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 نمی خواهم. و متعلقان زوجه نیز حال قائلند که

قبل از این زوجه آزارمند بوده. و حال چونکه تصرف شده ودخول واقع شده، در خصوص فسخ ولزوم این عقد وصداقش چه می فرمایند؟ .

[۴۱۵]

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 می تواند فسخ نکاح کند و هر گاه به سرحد جنون نیست و همین صریحی است که منشأ اغما و بیهوشی است، این داخل عیوب نیست که بالذات منشأ تسلط بر فسخ باشد. بلی اگر با شرط صحت و عدم آزار گرفته و خلاف آن ظاهر شود می تواند 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 (۱) 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 (هرگا جنون از حال صغر بوده متصل به آن باقی مانده) پدر و جد پدری است، و اگر پدر وجد نباشد ولی حاکم شرع است. (۲) و هر گاه بعد کبر عارض شده، ولی او حاکم شرع است. 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 می فرمایند 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 املاک و جنس داشته. و در زمان حضور خود ولد ذکور کبیر خود را از خانه بیرون کرده. و حال مدت ده سال می شود که رفته و مفقود الخبر است. زوجه او یکی از صبیّه هارا برداشته و به خانه بکر رفته. و قدری ملک که بوده با اجناس دیگر همه را تصرف نموده. و به ولد ذکور و دو صبیّه دیگر (که زوج او از زوجه دیگر داشته) تصرفی و دخلی نداده. و فروخته و به مصرف خود رسانیده. و ادعا می نماید 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 صبیّه مذکوره برداشته ام.

(۱). کذا - یعنی چون در صحت فسخ تأمل است پس بهتر است (در صورت تصمیم به جدایی) طلاق بگوید.

(۲). رجوع کنید به باب «الحجر التفلیس» از مجلد دوم

[٤١٦]

از برای خدا و رسول او که دو کلمه قلمی فرمایند که بیع اموال مذکوره صحیح است؟ و نفقه و کسوه خود را حال می تواند ادعا نماید و از اموال مذکوره اخذ نماید یا نه؟ -؟ و یا وجود عدم شهود به بقای صداق می تواند صداق خود را بگیرد یا نه؟ -؟ و آن دو صبیّه 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 والا از متروکات او بردارم)، به او می رسد که اخراجات ایشان را بردارد یا نه؟ -؟ و زن با وجودی که مدعیه موت شوهر باشد نفقه و کسوه می خواهد یا نه و این اموال را [می توان] 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 می تواند 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 نمی شود، 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 مومنین بردارند و اگر اذن حاکم شرع و عدول مومنین ممکن نباشد، خود نیز می توانند بردارند. و هر گاه دسترسی به مال غایب نباشد و همان اولاد قرض بکنند در ذمه پدرشان و انفاق کنند، در ذمه پدر ثابت می شود و از مال او آدامی شود. و اما انفاق برادر بزرگ آن صغیرها به نیت قرض، پس اگر قرض را به ذمه پدر می کند که اگر پیدا شود از او بگیرد، پس اگر به اذن حاکم است خوب است می تواند بگیرد. و همچنین هر گاه حسبه کرده باشد با عدم امکان اذن حاکم شرع، ولیکن 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 شاهدهی 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

[٤١٧]

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، خصوصا 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 نمی کند. و در این زمان صدویست سال (بلکه صد سال هم) ظاهر این است که کافی باشد.

۲۴۹: سؤال: هر گاه زید با هند در حینی که ذات بعل بوده زنا نموده. آیا در این صورت صبیّه هند مذکوره را که قبل از ایام زنا متولد شده بوده است. شرعاً زید زانی می تواند در حباله نکاح خود در آورد یا نه؟

جواب: مشهور میان علمای امامیه حرمت است. واحوط اجتناب است. والله العالم.

۲۵۰: سؤال: هر گاه دو طفل با هم وطی کرده باشند، وفاعل خواهر مفعول را گرفته باشد، اولادی از او بهم رسیده باشد. آیا آن طفل حرامزاده است یا نه؟ -؟ وبعد 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. وپسر 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 مساله ۲۷۵.

[۴۱۸]

شرط کند که ضامن نباشد، بگوئیم که ضامن نیست. هر چند ظاهر اکثر علما در اینجا نیز ضمان است. و هر گاه پسر کبیر بوده و پدر وکیل 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 می تواند 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، ومعنی از دخول هم نباشد - می تواند 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. وبعضی علما در صورت اعسار زوج گفته اند که (مانع نمی تواند شد). واشهر بلکه اظهار جواز ممانعت است در این صورت نیز. وتحقیق این مسأله مبتنی است بر این که نکاح از عقود معاوضات باشد نه محض (تعبد). ودور نیست که چنین باشد. ودر (عقود معاوضه) جایز است ممانعت از اقباض هر يك از طرفین قبل از اخذ عوض. و هر گاه صداق مؤجل باشد، جایز نیست ممانعت هر چند دخول نکرده باشد تا اجل منقضی شود.

۲۵۲: 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. وتمام ادله از عمومات و آیات در اصل مهر افاده می کنند 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 وعقد) و غیر آن، دلیل آن است. وبعضی اخباری که دلالت بر منع این شرط دارد، دلالت آنها مقدوح است. ودر 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

نهضت ترجمه [۴۱۹]

است باطل است) وحديث صحيحی هم بر این مضمون هست، پس آن در صورتی است که شرط ضمن العقد نباشد. چنانکه در رساله دیگر تحقیق آن کرده ام. و آنچه ظاهر می شود از شهید ثانی (ره) در مسالك که (اجیر شدن شوهر از برای پدر زن، در شرع مجایز 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، وصغير ومحجور علیه نباشد. اما هر گاه به رضای دختر باشد (خصوصاً 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 می شود. بلی، خفائی که هست در آن صورت اخیری 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. وحکایت موسی و شعیب ظاهراً مبتنی بر استقلال شعیب بوده در آن امر که ما آن را تجویز نمی کنیم. ومی گوئیم این در شرع او بوده است، ودر شرع ما چنین نیست. نه آن که مطلقاً تجویز آن نکنیم و نفی آن کنیم از شرع خودمان. وشاهد آن این است که در آن احادیث بر منع استدلال کرده اند علت که مذکور است در اینها این است که (چون شوهر نمی داند که زنده می ماند که وفا کند یا نمی تواند که این کار را بکند واما موسی (ع) میدانست که وفا خواهد کرد). وتو میدانی که این علت موجه نیست. و اگر به این قائل شویم اکثر صدق ها باطل می شود. وحال آن که از جمله آنهاست تعلیم قرآن وغیر آن.

۲۵۴: سؤال: هر گاه شخصی دختر خود را تزویج کند به شخصی، وده تومان (مثلاً) به مصرف اخراجات عروسی آن برساند. وشرط کند که ده سال هم داماد خدمت او را بکند و اگر وفا به شرط نکند ده تومان را رد کند. وبرادر داماد هم ضامن شود که (هر گاه این داماد کوتاهی در وفا کند ورد کردن وجه بر او لازم شود و بدهد من ضامن باشم و آن وجه را من بدهم). و داماد وفا به شرط نکرد وفوت شد. و پدر دختر هم فوت شد. آیا این

[۴۲۰]

شرط واین ضمان صحیح است یا نه؟ و وارث پدر ادعای وجه مزبور را بر آن برادر می تواند کرد یا نه؟ و بر فرضی که تواند، آیا برادر رجوع به ترکه برادر خود که فوت شده، به جهت غرامت می تواند کرد یا نه؟

جواب: اظهر واشهر صحت شرط مزبور است. و با انقضای (۱) وفا به شرط، پدر مستحق ده تومان می شود. و آن حق منتقل به وارث می شود و وارث او از برادر داماد می تواند مطالبه کند. به جهت آن که مقتضای ضمان همین است. وتوهم این که این داخل (ضمان مالم یجب) است پس باطل است، توهّم 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. ودر صورت تخلف آن مال بر گردن او لازم است. پس برادر ضامن او است در ادای آن مال بر تقدیر ثبوت. چنانکه در (ضمان عهده درك ثمن مبیع) چنین است. یعنی هر گاه کسی ملکی بفروشد به دیگری به ثمن معینی، وثالثی ضامن شود از برای مشتری که اگر مبیع مستحق غیر بر آید، ضامن رد ثمن باشد. این صحیح است. وحال آن که در وقت این معامله وعقد، ضمان چیزی برابیع 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، وتعلق ضمان به ذمه برادر، در (آن) واحد است، که آن زمان تخلف از شرط است. گوازه این عقد تا آن وقت مدتی فاصله شود. و بعضی از عمومات ادله صحت ضمان مؤجل است از دین. چنانکه اگر ضمان را در اینجا مؤجل کند هم صحیح است. مثل این که بگوید که (هر گاه برادرم که داماد است تخلف کند از شرط وتا یک ماه بعد

از تخلف ادا نکند من متعهد رد وجه تو هستم). وبه هر حال هر گاه برادر که ضامن است وجه را رد کرد به وارث پدر زن، می تواند 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. والا از برای ولی ثابت نیست جواز این شرط.

(۱). انتفاء ط.

[۴۳۱]

چنانکه 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 نمی تواند شد الا به اذن او. و جایز نیست که پدر آن را از برای خود قرار دهد.

۲۵۵: سؤال: چه می فرمایند در این سؤال شرعیه که زید و عمرو با هم در چند قطعه اراضی شریک می باشند. و زید مزبور يك قطعه مشخص و معین از آن اراضی مشترکه را در مهر زوجه خود می نماید. بعد از چند وقت دیگر که آن اراضی مشترکه را عمرو و زید تقسیم می نمایند آن قطعه زمین که زید در مهر زوجه اش نموده، رسد عمرو می شود. و زید عوض آن را در جای دیگر به زوجه نمی دهد و فوت می شود. آیا زوجه مزبوره را می رسد 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 صداق 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 می گیرد. یعنی بر آورد مهر المثل زوجه را می کند و نصف مهر المثل را عوض نصف زمین می گیرد. و مختل است که اگر زوجه خواهد، دست از همه زمین بردارد و رجوع به مهر المثل بکند. به جهت آن که ترازی میان آنها بر همه زمین واقع شده بوده است، و چون آن به عمل نیامد از آن دست بر میدارد و به مهر المثل رجوع می کند.

۲۵۶: سؤال: دختر بالغه عاقله رشیده باکره بدون اذن پدر و جد پدری می تواند 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».

[۴۳۳]

عمومات آیات با اطلاقاتی که راجع می شود به عموم در کلام حکیم. مثل قوله تعالى (فانكحوا ما طاب لكم من النساء) (۱) و (فلا تعضلوهن ان ينکحن ازواجهن) (۲) و (حتى 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. و اجماع 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 ملك نفسها غیر السفیہة ولا المولی علیها، تزویجها بغیر ولی جایز). و در متن این حدیث گفتگو بسیار کرده اند، و شبهات در آن طرح کرده اند. و حق این است که این سخن هاشم 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 بشد که (غیر السفیہة ولا المولی علیها) و صف توضیحی باشد بر (ملك نفسها). یعنی هر زنی که محجور علیها 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 وجد آن که حسن به ابراهیم بن هاشم، که آن صحیح نیست از امام.

[۴۳۳]

محجور علیها نیست در نکاح. چنانکه از اخبار بسیار دیگر هم مستفاد می شود که مراد از (مالکیت امر) همین است. (۱)

وبه هر حال دلالت حدیث در کمال وضوح است. ودعوی این که (مالکیت نفس به زوال بکارت به جماع حاصل می شود). با وجود خفای آن ومحل اشتباه بودن، اولی بود به تصریح و بیان، از سفیهه نبودن ومجنونه وصغیره 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 همینکه بفرماید (هر زنی که مالک نفس خود است، نکاح او بدون اذن ولی جایز است) مخاطبین بدانند. وشکی نیست که ثیب بودن از امور معهوده نیست. و هر گاه مراد امر مجهولی است ومحتاج 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 می شود 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 شئت اذا كانت مالكة لامرها، فان شئت جعلت وکیلا) (۲) به جهت آن که مراد از مالکیت امر همان است که گفتیم. وبعد هم خواهد آمد. ومثل صحیحہ منصور بن حازم - وقدح 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 واطلاق هم منصرف به او می شود. ومدار در علم رجال وتصحیح اسناد، به امثال این ظنون است - از حضرت صادق (ع) روایت کرده است (قال: تستأمر الکبر و غیرها ولا تنکح الایامرها). (۳) یعنی بکرو غیر مساوی است که باید نکاح به اذن آنها باشد و هیچ زنی را نکاح نمی توان کرد مگر به امر و رخصت او. ودر این هم قدح کرده اند به این که (این حدیث نفی شریک نمی کند، وضور بودن

(۱). همان مرجع: باب ۹، ح ۱.

(۲). ابواب عقد النکاح، باب ۳، ح ۸.

(۳). همان مرجع، ح ۱۰.

[۴۲۴]

اذن او دلالت نمی کند به این که اذن پدر وجد در کار نیست). واین بسیار بعید است خصوصا از طریقه امامیه واجماع ایشان در غیر بکر که اذن ولی را شرط نمیدانند. و سیاق حدیث به يك سیاق است. و دیگر این که مفهوم (حصر) این است که نکاح می شود بکر و غیر بکر به امر خودشان. ومتبادر از حرف (ب) در اینجا (سببیه تامه مستقله) است، واین در کمال وضوح است. ومثل روایت سعدان بن مسلم

(قال: قال ابو عبد الله (ع) لا باس بتزويج البكر اذا رضيت بغير اذن ابیها). (۱) ودلالات حدیث در کمال وضوح است، وقدر در سند آن به سبب سعدان بن مسلم (چون توثیقی برای او نقل نکرده اند) ممکن است ولكن در ترجمه او ذکر کرده اند که او از جمله آن کسانی است که صفوان بن یحیی از او روایت می کند، و او از اهل اجماع عصا به است. و این از مقومات سند است. وعمل اصحاب به آن جابر ضعف او است. وخصوص روایت زراره از حضرت باقر - ع - (قال: اذا كانت المرأة مالكة امرها تبیع و تشتري وتعتق وتشهد وتعطى مالها ما شات، فان امرها جائز تتزوج ان شات بغير اذن وليها، وان لم يكن كذلك فلا يجوز تزويجها الا بامر وليها). (۲) وقدر در سند روایت به جهت موسی بن بکر، بی وجه است. به جهت آن که علمای رجال گفته اند که کتاب او معتمد است. وعلامه (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 مایض عنه).. همچنین ابن ابی عمیر وصفوان هم گاهی از او روایت می کنند و حال ایشان هم معلوم است. و به هر حال چنین حدیث [ی] در معنی صحیح است. خصوصا با اعتضاد به عمل جمهور اصحاب.

وروایت ابی سعید قماط (۳) وروایت حلبی (۴) و غیر آنها صریح الدلالة اند بر مطلوب. از تتبع اخبار بر می آید که همینکه حجر مالی زائل شده حجر نکاحی هم زائل می شود. 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، ح ۶.
 (۳). موفق به دریافت این حدیث نشدم.
 (۴). ظاهراً ح ۴، از باب ۴ باشد.

نهضت ترجمه
 Translation Movement

[۴۲۵]

آن در مال و نکاح مساوی است. وبعد از جزم به علیت از ملاحظه اخبار، اشکالی در استدلال به آن نیست. ولكن 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. ودلیل قول دوم روایات بسیار است مثل صحیحه محمد بن مسلم از یکی از دو امام علیهما السلام (قال: لا تستأمر الجارية ادا كانت بین ابویها، لیس لها مع الاب امر، وقال: یستأمرها کل احد ما عدا الاب). (۱) و بر این حدیث وارد است که دلالت می کند بر منع ولایت جد. ومثل این است صحیحه زراره (قال سمعت ابا جعفر - ع - يقول: لا ینقض النکاح الا بالاب). (۲) وصحیحه حلبی از حضرت صادق - ع - (في الجارية یزوجها ابوها بغير رضا منها، قال: لیس لها مع ابیها امر، اذا

انکحها جاز نکاحه وان کانت کارهه). (۳) واین 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 می آید در برابر اصل برائت واصل 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 اینکه 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 می گوید پس رأی تو چه چیز است؟ پس فاطمه (ع) ساکت شد و روی خود را نگردانید و رسول خدا در او کراهت مشاهد 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 آنهائی که قبل خطبه کرده بودند.

(۱) و (۲). همان مرجع، باب ۴، ج ۳ و ۱.

(۳). همان مرجع، باب ۹، ج ۷.

[۴۳۶]

وصحیحه ابن یغفور از حضرت صادق - ع - (قال: لا تزوج ذوات الایبا من الایکار الا باذن آبائهن). و بر این حدیث مناقشه شده به این که دلالت بر نفی شریک نمی کند. و صحیحه عبد الله بن الصلت (قال: سألت ابا الحسن عن الجارية الصغیرة یزوجها ابوها، ألهما امر إذا بلغت؟ قال: لا. وسألته عن البکرا إذا بلغت مبلغ النساء ألهما مع ابیها امر؟ قال: لا لیس لها مع ابیها امر مالم تثیب). و چند روایت ضعیف دیگر هم هست. و به هر حال: هر چند در این طرف احادیث بیشتر باشد موجب وهن آن بیشتر می شود 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. و الحال هم متعارف در میان ایشان است و قطع نظر از این هم این احادیث مقاومت با ادله مشهور نمی کند. به جهت اعتضاد به شهرت و موافقت کتاب و سنت و اعتبار واصل نفی عسر و حرج و امتثال به طریقه عدل و تجافی از ظلم و جور. و در این طرف هیچ مؤیدی نیست. الا کثرت اخبار، و آنهم فایده ندارد. به جهت این که اخبار صحیحه آنها مقدوح اند (چنانکه گفتیم) و اخبار ضعیفه جابری ندارند. و بر فرضی که خبر صحیح و بی قدح باشند هم مقاومت با آن اخبار نمی کنند. و در احادیث نبویه نیز از ابن

عباس دو حدیث روایت شده که صریح در مطلوب ما است. واما دلیل قول به تشریک: موثقه صفوان بن یحیی است: قال: (استشار عبد الرحمن موسی بن جعفر - ع - فی تزویج ابنه لابن اخیه، فقال: افعل ویكون ذلك برضاها فان لها في نفسها نصيبا. قال: واستشار خالد بن داود موسی بن جعفر - ع - فی تزویج ابنه علی بن جعفر فقال، افعل ویكون ذلك برضاها فان لها في نفسها حظا) (۱) و این که در تشریک حاصل می شود جمع بین الاخبار. وتومی دانی که ترجیح مقدم است بر جمع. ودلیلی بر لزوم جمع (به هر نحو اتفاق افتد) نیست. خصوصا آن که در بسیاری از اخبار طرفین نفی تشریک شده است. واما موثقه صفوان: پس آنهم چون از حضرت کاظم (ع) مروی است وتقیه در زمان آن

(۱). همان مرجع، باب ۹، ح ۳.

[۴۲۷]

حضرت شدید بود، تصریح به این که (کل امر با او است) نتوانسته اند کرد، وبالمرة هم از استرضای آن دست بر نداشته اند. وبر فرض تسلیم دلالت بر وجوب، شکی نیست که این حدیث مقاومت نمی کند با آن ادله. پس اولی حمل آن است بر استحباب. و هم چنین اکثر اخبار قول دوم. وبه هر حال احتیاط در جمع بین رضای هر دو است هر وقت که ممکن باشد. واما در وقتی که پدر غایب باشد ودست به او نرسد: پس اشکال کمتر است، خصوصا هر گاه مستلزم عسر و حرج باشد. بلکه در اینجا احتیاط در استقلال بکر است خصوصا با رغبت به شوهر. واین نزاع در مسأله وقتی است که ولی او با وجود کفو مانع از نکاح او نباشد. واما هر گاه ولی منع کند او را از شوهر کردن یا وجود کفو وخواهش داشتن دختر به شوهر کردن، پس ولایت پدر وجد ساقط می شود بلا خلاف. واجماع بر آن نقل کرده اند. و ظاهر این است که رجوع به حاکم واثبات منع در نزد او واذن گرفتن از او (چنانکه از بعضی کلمات علامه - ره - در تذکره مستفاد می شود) ضرور نیست. وخود علامه در تذکره تجویز استقلال کرده ونقل 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 وبر حاصل شد وبعد از آن چند روز دیگر هم باز حاصل شد وبر حاصل شد. و هم چنین چند دفعه عارض شود و رفع شود ودر مرتبه آخر به سبب رعا ف فوت شود. وهمین شخص در حالی که رعا ف رفع شده بوده زنی عقد کرده وبعد 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 واستحقاق تمام مهر و میراث نیست. اما هر گاه دخول واقع نشده باشد، در مسأله اشکال حاصل می شود از راه این که این از 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 می شود، و نه مستحق مهر المثل است و نه میراث .
 و اخبار معتبره بر آن دلالت

[۴۲۸]

دارد. (۱) بلکه از بعضی حکایت دعوی اجماع هم بر آن شده. و اما هر گاه از آن مرض صحت بیاید 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 می گویند یا نه؟- ؟ و اینکه مجموع رعا ف ها يك مرض است یا هر يك مرض علی حده اند. پس بنا بر این که رعا ف را مرض نگویند، یا آن که هر يك از آنها مرض علی حده باشد، باز عقد صحیح است و آثار آن بر آن مترتب می شود. به جهت آن که مفروض این است که در حال رفع عقد کرده. و اما بنابر این که مرض باشد و مجموع را يك مرض میدانیم که صادق باشد که در حال رفع رعا ف عقد کرده آنهم در حال مرض بوده، پس عقد باطل می شود به جهت عدم دخول. نه مهر می برد 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 و اسهال مفرط، و زخمی که به سر بخورد و به اماغ برسد، آنها را از جمله آزار مخوف که جزما حکم منجزات بر آن مترتب می شود، گرفته اند. و بعضی مساوی الطرفین است مثل تب مطبقه. بخلاف تب غب و ربیع که اظهر در آن عدم خوف است مگر این که با آنها سرسام یا رعا ف مفرط یا ذات الجنه 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 می شود 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 ماهم حرمان ورثه باشد از مقداری که به این زوجه می رسد از میراث، و از این جهت است که اظهر واقوی این است که در همین

(۱). وسائل، ج ۱۷، ابواب میراث الازواج، باب ۱۸، ح ۱ و ۲ و ۳.

[۴۲۹]

مسأله هر گاه زوجه قبل از دخول، پیش از زوج بمیرد و زوج هم در همان مرض بمیرد و زوج از زوجه میراث می برد. 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. ولیکن اخبار مطلق اند، وقول صریح هم از علما در اینجا ندیده ام که متعرض مخوف بودن مرض شده باشند. پس در مسأله اشکال حاصل می شود از جهت اطلاق مرض در اخبار. (۱)

و از جهت آن که اصل حکم خلاف قرآن وسنت است ویه این جهت هم از کلام شهید در دروس و محقق در شرایع، در اصل حکم نوعی تردد وتوقف ظاهر می شود. هر چند در نافع ولمعه جزم کرده اند به حکم. وحق این است که جای تردد در اصل حکم نیست. ولیکن 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 ومخوف هم دانند (بنابر اعتبار آن)، یا اکتفا کنند به صدق مرض بنابر عدم اعتبار آن. ودور نیست ترجیح صحت آن عقد. خصوصا در صورتی که قصد اضرار ورثه نداشته است. به سبب عمومات واطلاقات کتاب وسنت، و عدم تبادر این قسم مرض، خصوصا 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) نمی شود. چنانکه مشهور علما در مسأله (منجزات مریض) حال طلق حامل، و حال مرامات کثیره در حرب در وقتی که دو قشون درهم بریزند واز هر طرف تیرباران باشد (وامثال آن) را ملحق به مرض نکرده اند. بلی هر گاه آزار دیگر هم داشته باشد مثل تب ولیکن به سبب رعاف ازهاق روح او شده - هر چند عقد در حال رفع رعاف باشد - اظهر دخول آن اشد در اخبار. وحکم به بطلان در این صورت که گفتیم دور نیست. واگر بنا را بر صحت بگذاریم، در باب مهر همان خلاف عظیم در میان می آید. مشهور این است که تمام مهر را مستحق می شود. وقول دیگر تنصیف است. واز طرفین اخبار معتبره هست. واحتمال تقیه در

(۱). وسائل، ج ۱۷، ابواب میراث الازواج، باب ۱۸، ح ۱ و ۲ و ۳.

۲۵۸: سؤال: هر گاه کسی چیزی را مهر زوجه خود بکند که ملك مسلم به آن تعلق نمی گیرد، یا مطلق ملك به آن تعلق نمی گیرد (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؟ وحق زوجه چه چیز است؟

جواب: اختلاف کرده اند علما در این که هر گاه مسلم مهر زوجه بکند چیزی را که مالک آن نمی شود (مثل خمر و خنزیر) یا ملك تعلق به آن نمی گیرد 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 واقوی 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 نمی شود 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 می شود، پس مطلق تراضی منتفی می شود، پس عقد فاسد می شود. و جواب آن این است که: بطلان مهر مستلزم انتقای 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 می دهد نیز حکم علما و اخبار بر این که (به فساد شرط، عقد فاسد نمی شود). و حال آن که تراضی در عقد بر آن شرط موقوف بوده است. بلکه امر در اینجا واضعتر 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 شیئی قیمتی داشته باشد مثل خمر و خنزیر که فی الجمله قیمتی دارند، و خواه نداشته باشد مثل حر. و بعضی گفته اند: قیمت آن چیز را در نزد مستحلین آن، می دهد، و اگر مثل حر باشد که قیمتی ندارد، آن را عید فرض می کنند و قیمت می کنند. و بعضی گفته اند که:

ترجمه
Translation Movement
IMS

(۱). رجوع کنید به مساله ۲۳۹ از همین مجلد.

(۲). در نسخه: در اینکه...

[۴۳۱]

در چیز قیمت دار قیمت را می دهد و در بی قیمت مثل حر رجوع به مهر المثل می شود. و دلیل قول اول این است که: مسمی باطل می شود، و به سبب دخول مستحق مهر المثل می شود، بنابر 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 میبخشد به زوجه به اندازه وسیع 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 می شود. یعنی هر چند دخول نشده باشد، به جهت آن که از باب مفوضه البضع نیست، چون مسمی، فی الجمله مذکور است، و هر گاه مسمی باطل شد رجوع می شود به بدل او که مهر المثل است. و بدلیت ممنوع است در مهر، بلکه مهر المثل بدل تفویت بضع است که به دخول حاصل می شود. و دلیل رجوع به قیمت این است که مسمی طرف (عموم مالیت) دارد، و طرف (تشخص و تعین) هم دارد. به بطلان ثانی، اول باطل نمی شود. پس ملاحظه قیمت را باید کرد. و این مدفوع است به منع مالیت شرعا و از اینجا دلیل وجواب قول به (تفصیل) هم معلوم می شود. پس در صورتی که مهر المثل و قیمت مسمی مختلف باشند در مقدار، اشکال بهم می رسد. اصل برائت زوج، مقتضی ترجیح اقلهما است. و اشتغال ذمه به مهر مقتضی ترجیح اکثر. و ظاهر 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 مطلقا. 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 تعین باطل شد به سبب ظهور خمر بودن، پس کلی سرکه که مقصود بود آن باقی است در ضمن شخص دیگر باید ادا کرد.

نهضت ترجمه [۴۲۲]

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 شئی قائم مقام آن شئی بشود. و بعضی گفته اند که قیمت آن را نزد مستحلین خمر، می دهد. به جهت آن که اقرب به آن شئی است، و به جهت آن شئی طرف مالیتی دارد و طرف تعین و تشخص، و هر گاه طرف تعین و تشخص او باطل شد طرف مالیت آن را اعتبار می کنند، چون انتفاع از مالیت آن متعذر است شرعا، پس رجوع به قیمت می شود. و این هم مدفوع است به این که تراضی بر خمر واقع نشده و مقصود هم نبوده. پس چگونه منتقل به قیمت آن می شود. 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 می شود. و رجوع به قیمت می شود به معنی این که او را فرض می کنند عبدی به همین صفت و قیمت آن را میگیرند. بخلاف قول به قیمت در مثل خمر، که در اینجا خمر را

قیمت می کردند. واما هر گاه مال غیر را صداق 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 صداق کنند، پس حکم آنهم مثل خمر وخنزیر وحر است در فساد مهر. واطهر در آن رجوع به مهر المثل است، چنانکه گفتیم. وقول دیگر ضعیف است. وتصریح به حکم این الحال در نظرم نیست در کلام فقها، وآنچه در نظر است همان حکم خمر وخنزیر وحر است. واما صورت ثانیه یعنی آن که به اعتقاد مالکیت زوج، صداق شده باشد وبعد معلوم شود که مال غیر است - ومفروض سؤال در مسأله هم همین است - پس هر چند ظاهر عبارت محقق در شرایع تسویه حکم او است با خمر وخنزیر وحر، ولكن تحقیق این است که فرق دارد. وچون اسباب فساد مهر که یکی از آن [ها] عدم ملکیت نوع است، وعدم ملکیت بر سه قسم است: یکی آن که نه مال است به حسب اسم، ونه به حسب اشاره، مثل صورت اول. ویکی آن که مال است به حسب اسم، نه اشاره، مثل صورت ثانیه. وسوم آن که مال است به حسب اسم و اشاره هر دو، ولكن مال غیر است مثل ما نحن فیه، و در اینجا دو قول ذکر کرده اند: یکی قول به مهر المثل. ودوم به قیمت اگر قیمتی باشد، وبه مثل اگر

[۴۲۲]

مثلی باشد. وظاهر علامه در قواعد ترجیح دوم است ومهر المثل را احتمال قرار داده، بخلاف خمر وخنزیر وحرکه در آنجا ترجیح مهر المثل داده. ودر تحریر گفته (إذا اصدقها عبداً فبان مستحقاً للغيركان لها قيمتها، ولو بان حراً قال الشيخ الاقوى قيمته لوكان عبداً، ولو قيل بمهر المثل كان وجهها). وفخر المحققين مبنای این دو قول را بر این گذاشته که آیا مهر (عوض) است؟ یا (نحله وعطيه) است؟ پس بنابر این که عوض باشد مهر المثل لازم می شود. به جهت آن که هر گاه احد عوضین فاسد شد صاحب آن عوض دیگر رجوع به عوض خود می کند، وچون بالفرض ممتنع است به جهت آن که نکاح فاسد نمی شود، پس قیمت آن عوض خود را که بضع است می گیرد و قیمت آن مهر المثل است. وبنابر آن که عطیه باشد وعوض نباشد ذکر مهر نه از برای تعیین عطیه خواهد بود ونه از برای بیان معاوضه. پس هر گاه تشخیص وتعیین آن باطل شد به سبب این که ملك غیر است، پس باید رجوع [کرد] به مثل آن اگر مثلی باشد، یا به قیمت آن اگر قیمی باشد. وفخر المحققين میل به عطیه بودن کرده. واطهر 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 می شود که اقوی مهر المثل است. چنانکه گذشت. وهم از اینجا ظاهر می شود حکم آن که صداق مرکب باشد. مثل آن که صداق کند يك حر ويك عبد را، یا ده من خمر وده من خل، یا دو غلام را

واحدهما ظاهر شود که حر بوده، یا اchiedما مال غیر بوده .وآنچه از عبارات ایشان در این باب [ظاهر می شود] دو نظر است: علامه در قواعد گفته (ولو تزوجها علی عبدین فبان اchiedما حرا لم ينحصر الصداق في الاخريل يجب بقدر حصة الحر المثل اوقيمته لوكان عبدا). ودر تحریر گفته (ولو تزوجها علی عبدین فبان اchiedما حرا فسد فيه ووجبت قيمته لوكان عبدا وصح في الاخر. وهل لها المطالبة بقيمتها ودفع الاخر؟ 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 می کند به مهر المثل.

۲۵۹: سؤال: شخصی صدیقی به جهت زوجه خود قرار داده و بعضی آن را معجل و

[۴۲۴]

بعضی را مؤجل. و قبل از دخول معجل را کاسازی کند و به دخول راضی شود. آیا مؤجل ساقط می شود 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 می شود یا نه. و مشهور علما این است که ساقط نمی شود، به جهت عموم قرآن و اخبار و خصوص احادیث معتبره و استحباب 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 می شود) (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 می شود که در صدر اول مهر را دو حصه می کردند بعضی را عاجل می کردند 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 مفوضة 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 ۱۴، ۱۳، ۸، ۶، ۵، ۴.

(۲). همان، باب ح ۴، ۵، ۶.

[۴۲۵]

می دهم. و این فتوی مشهور است در میان علمای ما، بلکه از ابن زهره و ابن ادریس دعوی اجماع بر آن نقل شده. و شیخ استدلال کرده بر این مطلب به بعض اخبار که دلالت آنها وضوحی ندارد، و اظهار آن روایات صحیحه فضیل بن یسار است. (۱) و ظاهر آن است که مورد آن، مسأله اولی باشد. چنانکه 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. چنانکه 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 نمی تواند کرد. و الا می تواند 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 نمی کرده است تا مهر را نمیداده پس شاید منشأ حکم، عادت زمان بوده. اما عادت زمان مآخلاف 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 می شود. و از این 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 می شود. و اگر نکول کرد باید مهر را بدهد). و تو میدانی 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 بحقائق احکامه.

۲۶۰: سؤال: شخصی شصت ساله متعه نود سال می کند. 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.

[۴۳۶]

جواب: بلی جایز است. حد معینی در متعه در جانب قلت وکثرت 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 مابین طلوع شمس تا نصف النهار، ضعیف است. و اما در جانب کثرت: پس خلافی در مسأله ندیدم. و شاید اجماعی باشد چنانکه 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.

[۴۳۷]

کتاب النجاح

(من المجلد الثانی)

۳۶۱: سؤال: هر گاه زوجه زید برادر خود عمرو را شیر بدهد، بر زید حرام می شود یا نه؟- بعضی شبهه می کنند که حرام می شود از دو جهت: اول این که عمرو فرزند رضاعی زید می شود و زید پدر رضاعی او می شود. 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 واقوی عدم حرمت است. به جهت عدم دلیل بر حرمت و یا وجود این که حقیر (منزله) را اعتبار نمی کنم، این مسأله داخل عموم منزله هم نیست. و این دو شبهه مذکوره ضعیف است، خصوصا شبهه اول که مطلقا مناسبتی به مسائل رضاع ندارد. اول 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 می کردیم که زوجه زید که مرضعه عمرو است دختر پدر نسبی عمرو نبود وزن بیگانه بود، مطلقا بر پدر عمرو حرام نبود. بلکه واضح است که مادر رضاعی فرزند به جای زوجه این کس می شود

(۱). وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالرضاع، باب ۱، ح ۱ الی ۷ و...

[۴۳۸]

وزوجه 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 می رسد هر گاه در رضاع بهم 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 زوج 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 حقیقه بنفسمها مورد آن نمی شود. و اما شبهه دوم: پس هر چند در ظاهر وجهی می نماید ولیکن آن نیاز 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 عناوین 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 زوج زید نه دختر زید می شود 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 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 عناوین سبعة است. نه آنچه در بعض اوقات یا غالباً 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...

[۴۳۹]

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 عناوین

است، نه مطلق مصادیق توافقیه (اتفاقیه) 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 می شود. 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 می تواند شوهر کند یا نه؟ -؟ و کسی مانع او می تواند شد یا نه؟ -؟. و از برای کسی که علم به جهت او حاصل نشده اکتفا به حصول علم از برای هند می تواند 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 می تواند شوهر بکند. و کسی مانع او نمی تواند 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 وکالت 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 می خواهد او را بگیرد هم علم دارد، بی اشکال است، و هم چنین کسی که وکیل می شود در اجرای صیغه. و اگر علمی از برای این کس (که می خواهد او را بگیرد) به فوت زوج حاصل نباشد هم اظهر این است که می تواند 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 زوج 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.

۲۶۲: سؤال: هر گاه کسی زن خود را طلاق بدهد، و آن زن ادعا کند که من حمل

[۴۴۰]

دارم از زوج خود. و بعد از گذشتن اقصای حمل از حین طلاق فرزندى از او متولد شود. آیا این فرزند ملحق به زوج می شود یا نه؟ -؟.

جواب: ظاهراً اشکالی نیست در حکم به لحوق. و عبارت بسیاری از فقها تصریح به این دارد. مثل عبارت وسیله ابن حمزه وشرایع وقواعد و تحریر وارشاد. و شهید ثانی در مسالك اشکال کرده بر محقق که گفته است (ولو طلقها فاعتدت ثم جائت بولد مابین الفراق واقصى مدة الحمل، لحق به، اذا لم توطأ بعقد ولا شبهة) که چرا گفته (ما بین الفراق واقصى مدة الحمل) بلکه بایست بگوید (مابین الوطی...) به جهت

آن که معتبر زمان وطی است نه طلاق. چون باید طلاق در (طهر غیر مواقعه) باشد. وگاه است که زمان طولیلی مابین وطی وطلاق فاصله شده باشد و لازم می آید که از اقصی حمل تجاوز کند و آن باطل است جزما. 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 می شود. بلی اگر معلوم باشد که در طهر بعد حیض وقاع به عمل نیامده است و اقصی حمل از حین طلاق بگذرد، در این صورت ولد ملحق به او نمی شود.

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 می کنیم و انفاق طفل را از مال خود می کنیم. و مادر بگوید که حضانت طفل را خودم می کنم 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 نمی شود. و اینکه در مسأله رضاع گفته اند که (هر گاه متبرعی باشد که شیر بدهد بدون اجرت، یا کسی باشد که اجرت می گیرد و لکن مادر اجرت بیش از او می خواهد که شیر بدهد در این صورت پدر می تواند طفل را بگیرد و به غیر بدهد که شیر بدهد) مستلزم این نیست که غیر پدر از اقارب یا اجانب نتوانند حق حضانت مادر را ساقط کرد. زیرا که اولویت در رضاع حق جدائی است و اولویت حضانت حق جدائی.

نَهَضَتِ تَرْجَمَه [۴۴۱]

با وجود آن که در مسأله رضاع [هم] معلوم نیست که حق حضانت ساقط شود. و منافاتی نیست مابین 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 مابین حضانت مادر و رضاع غیر مادر، آنجا حق حضانت ساقط می شود. به جهت لزوم عسر و حرج. و در اینجا تعارض حقیق شده و حسب المقدور 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 خصوصا 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 میدانند. بلکه میتوائیم 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 تبرعا طفل را شیر بدهد یا به کمتر از آن اجرتی که

مادر میطلبد، می توان مقدم داشت متبرع را مادامی که منافات با حق حضانت نداشته باشد. والحاصل: این که رضاع در معنی انفاق است، وانفاق با وجود پدر وعدم تمول فرزند با پدر است، و با فقد پدر در مال طفل است، و در افراد انفاق لایقه به منفی علیه اختیار با منفی است، و آنچه صلاح او باشد ملحوظ میدارند. بیش از این نیست که در صورتی که مادر مساوی باشد در مرتبه انفاق با سایر افراد یا بهتر و آسانتر باشد اولویت دارد، و این حق را حق تعالی از برای او قرار داده، پس تسلطی بر اضرار منفی ندارد، بخلاف حق حضانت که آن در اصل با مادر است. و با فقد پدر کسی را در آن دخلی نیست، و تضییع طفل در انفاق منشأ اسقاط آن نمی شود.

۲۶۵: سؤال: هر گاه زوجه مریضه باشد و محتاج به دوا، و زوج او تعلل کند در معالجه و قیمت دوا دادن. آیا می توان 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 حجام، و نه اجرت حمام. مگر این که هوا سرد باشد و از برای غسل محتاج به حمام باشد. چنانکه 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

[۴۴۲]

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 مابین زید و عمرو بشود قبل از اجرای عقد و در ضمن عقد شرط نشود یعنی مابین 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 چنانکه 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 می شود 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] نمی کند. 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، وساقط است آنچه که برای پدر او نام برده). و ظاهراً خلافتی 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 بعضی از آن از برای او باشد و بعضی از برای پدر او. نه این که همه را از برای زوجه قرار داده باشد و زوجه بعضی آن را شرط کند در ضمن العقد که از برای پدر او باشد. چنانکه بعضی 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.

[۴۴۳]

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 می شود 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 می شود، مثل این که پدرش به این سبب غنی می شود و نفقه او از گردن او ساقط می شود. 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، ولیکن 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 نمیداد، زوجه مهر را بیشتر می خواست. پس از اینجا ظاهر می شود که مجموع داخل مهر می شود و رضا در عقد بدون آن نشده است. پس چگونه حکم می شود 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 می شود. و آنچه را حقیر در اینجا اختیار کردم نظیر آن مسأله می شود 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 می کند 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 می رسد در صورت اولی - و

[۴۴۴]

ظاهر آیه (۱) و استصحاب مقتضی آن است. و اخبار معتبره صحیحه و غیر صحیحه هم دلالت بر آن دارد. (۲) و بعضی از آنها مصرح است به این که احادیثی که به تنصیف وارد شده از سهو روایات 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 دلالت 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 لایحضره الفقیه. و صاحب کفایه این قول را نسبت به اشرار 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 چنانکه سید در مسائل ناصریه نقل کرده. و مرجع ثانی مخالفت عامه و کثرت اخبار و صراحت و وضوح دلالت آنها و رجحان 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 عمرو را عقد نماید، و بعد از آن بخرد آن جاریه را، فرموده اند که آن جاریه به سبب عقد بر او حلال شده، نمی شود 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 می شود بلا خلاف. و اما مالکیت

(۱). آیه ۴ سوره نساء «وآتوا النساء صدقاتهن...»

(۲). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۸.

(۳). ح ۲۴، همان باب.

(۴). همان مرجع و همان باب.

[۴۴۵]

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 می شود و غلام زن بر زن حلال نیست به سبب ملک. و شاید به گوش سائل خورده است آن مسأله که هر گاه دو شریک در يك كنیز، عقد کنند كنیز را از برای شخصی و بعد از آن آن شخص حصه یکی از شریک ها را بخرد. در آنجا مشهور عدم بقای حلیت است به جهت بطلان عقد. و به سبب مالک شدن نصف، حلال نمی شود وطی. و بعضی گفته اند امضای آن شریک 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 ملک 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 شریک دیگر (تحلیل) کند وطی او را، مشهور باز حرمت است. و این ادیس قائل به جواز است. و قول اوقوت دارد، نظر به حدیث صحیح. (۱) و قول اکثر احوط است. و هم چنین هر گاه كنیزی بعضی او آزاد باشد و کسی آن بعضی دیگر را بخرد، که به عقد حلال نمی شود، و به سبب ملک بعضی هم وطی جایز نیست. بلی خلاف کرده اند در صورتی که كنیز به آقای خود مهیاات کند. یعنی يك روز را از برای خود قرار دهد و يك روز را برای مولی. خلاف کرده اند که در روز نوبه خود می توان 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 می آید و اینکه منافع بضع قابل مهیاات نیست، و گرنه لازم می آید که تواند در روز نوبه خود متعه دیگری هم بشود و آن باطل است بالاتفاق. چنانکه در مسالك و غیر آن دعوی اتفاق بر آن شده. و دور نیست ترجیح عمل به حدیث صحیح. و بطلان صورت مزبوره به سبب اجماع، منشأ بطلان مانحن فیه نمی شود.

۳۶۹: سؤال: هند را عقد کردند از برای زید به رضا و اذن طرفین. و بعد از چند روز

(۱) و (۲). وسائل، ج ۱۵، ابواب نکاح العبد و الاماء، باب ۴۱، ح ۱.

[۴۴۶]

عمرو ادعا می کند 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 بروجه 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 نمی شود. 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 ولیکن 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 می دهد و متوجه مرافعه می شود که فایده بر آن مترتب شود. و بر این دعوی هیچ فایده مترتب نمی شود. به جهت آن که اگر زوجه اقرار کند بر زوجیت او، نفعی به مدعی نمی رسد. 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 نمی رسد. به جهت آن که قسم مردوده - خواه به منزله اقرار منکر باشد و خواه به منزله بینه مدعی اثبات امری بر زید نمی کند، و خللی به نکاح او نمی رسد. 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 می شود. و آن فایده این است که هر گاه زوجه اقرار کند به عقد اولی، لازم می شود 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 مابین 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 می شود به تفویض)، نظر به این که بضع متقوم می شود 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

نمی شود)، پس باز نزاع بی ثمر می ماند. و بر هر دو طرف شواهد از مسائل شرعیّه 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 .وشهید ثانی (ره) ترجیح سماع دعوی را داده، وثبوت غرامت، نظر به عموم (الیمین علی من انکر) وبه این که این معنی زاجری باشد از امثال این امور که دیگر زنان چنین کاری نکنند. واین خالی از قوت نیست. ویدان 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). واما اگر زن بی شوهری باشد وکسی دعوی کند که معقوده من است، پس در آنجا دعوی مسموع است بدون اشکال. ویا عدم بینه قسم متوجه زوجه می شود با انکار او. وحکم به زوجیت ولزوم عقد می شود با اقرار او یا با انکار ورد قسم بر زوج، با قسم خوردن زوج. و هر گاه قسم خورد زوجه، دعوی زوج ساقط می شود. و هر گاه هنوز دعوی طی نشده همین زن شوهر کند به شخص دیگری غیر از مدعی، آیا عقد او صحیح است یا نه؟ ودعوی 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 می گردد به مسأله سابقه که دعوی است بر معقوده، و اختلاف سابق در اینجا هم جاری می شود. وبنابر قول به سماع دعوی، همانچه بر آن مترتب می شد (از اخذ مهر المثل وامثال آن) [در اینجا نیز] جاری می شود. لکن بضع زوجه حق این زوج است، ومدعی بر آن تسلطی ندارد. بلی اشکال در این است که چون عقد این زوج قبل از طی دعوی منشأ سقوط حق مدعی می شود در دعوائی که دارد، وحق او مقدم است، پس این زوج نمی تواند عقدی کند که منشأ اسقاط حق او بشود. مگر این که مدعی مسامحه کند در طی دعوی از برای این که طول بکشد مدت وآن زن ر مضطر کند به این که راضی شود به تزویج با او. در این صورت صحیح است عقد، به جهت نفی ضرر وعسر وجرح. واما بنابر قول به عدم سماع دعوی: پس نظر به این تعلیل - یعنی این که منشأ سقوط حق مدعی می شود - دامرظاهر تر است که باید جایز نباشد. چون در آنجا باز ثمره

ترجمه
Translation Movement
MS

[۴۴۸]

از برای مدعی باقی می ماند ودر اینجا بالمره بی حق می شود. پس جایز نخواهد بود عقد مگر در صورت مسامحه ومماطله، چنانکه پیش گفتیم. اما نظر به این که تا به حال بر زوجه امری ثابت نشده واختیار خود را دارد، باید صحیح باشد. ودور نیست ترجیح جواز عقد، در صورت مسامحه ومماطله که مستلزم حرج وضرر باشد، دون غیر این صورت. خصوصاً در صورت دوم، یعنی عدم سماع دعوی بعد عقد. چنانکه 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 طاقت ماندن ندارد. آیا بدون طلاق می تواند برود و فسخ نکاح کند؟ یا محتاج است به طلاق؟ و اگر محتاج است به طلاق، کی مباشر طلاق می تواند شد؟ و آیا زوجه مهر خود را از مال زید می تواند 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 نمیشناخته، وزن 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 میشناخته علی الاظهر الاظهر 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 نمیشناسد پس زوجه مسلط بر فسخ است نیز بلا خلاف ظاهری. و اما هر گاه اوقات نمازها را میشناسد پس اظهر و اشهر 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 و اشهر این است که ولی مجنون می تواند

(۱). آیه ۷۵ سوره انفال.

(۲). وسائل، ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۷۱، ح ۱ - و نیز مرسله ابن ابی عمیر در تهذیب، ج ۲، ص ۲۳۸ که در وسائل، همان باب تحت ح ۲ اشاره به آن کرده است.

طلاق بگوید. و اگر ولی ندارد حاکم شرع (یعنی مجتهد [عادل] می تواند او را طلاق بگوید. و بدان که در صورت ثبوت اختیار فسخ، اختیار فوری است. پس هر گاه راضی شود زن به عیب یا تأخیر کند در فسخ بدون عذر، دیگر تسلط ندارد. مگر در صورت جهل به اختیار فسخ یا جهل به فوریت آن علی الاظهر. که در آنجا باز [اختیار] باقی است. و بعد از حصول علم و زوال عذر باید فوراً فسخ کند. و اما مسأله صدق 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، می تواند 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 بینة واثبات، وعاجز باشد از اثبات، در صورت علم به بقای حق بینها و بین الله می تواند 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 می خواهد؟ و در نزد زید و عمرو و شهوت دین معین است گوعاقدین ندانند آن را در حین عقد.

جواب: شرط است تعیین مدت تمتع در نزد متعاقدین در حال عقد، و تعیین در نزد شهوت دین زید و عمرو کافی نیست. والا 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 تخمینا. بخلاف مانحن فیه که هیچ معلوم نیست.

۲۷۲: 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) بهم رسد، و ممکن باشد که از او بهم رسیده باشد - به این که از زمان دخول او شش ماه گذشته باشد، و زیاده از اقصای مدت حمل نگذشته باشد - ملحق می شود به شوهر. هر چند در این بین دیگری

[۴۵۰]

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 نمی شود، و ملحق به او می شود، و میراث از طرفین ثابت است. مگر این که (لعان) به عمل آید که بعد از لعان، آن ولد از او منتفی می شود. و اگر در بین لعان هم تکذیب خود کند باز ولد ملحق می شود به او. به این معنی که ولد از او میراث می برد، و لکن او از ولد میراث نمی برد، و هم چنین قبیله اعمام. بلکه میراث او به قبیله احوال می رسد هر گاه مادر نباشد. و اما هر گاه فرزند از مملوکه او باشد؛ پس با امکان لحوق به او و وجود شرایط سابقه، ملحق می شود 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 می شود. و ظاهرا خلاقی 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 می شود به او. و اطلاق کلام ایشان مقتضی آن است که از طرفین توارث

حاصل شود. ولیکن مقتضای استدلال ایشان به عموم (اقرار العقل) وفحواى حکم ولد ملاعنه - که تفصیل بود، چنانکه ذکر کردیم - این است که اینجا هم مثل ولد ملاعنه باشد، که ولد از پدر میراث ببرد، بخلاف عکس. واما 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 برخلاف او دعوی اجماع هم شده است از شهید ثانی. و شاید اقوی قول مشهور باشد. خصوصا 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 نمی کنند. و ظاهرا 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 شاک است که آیا وطی به عمل آمده یا نه. آیا منشأ تحریم می شود یا نه؟

[۴۵۱]

جواب: در اینجا دخول تمام حشفه شرط نیست بلکه به ادخال بعض حشفه تحریم حاصل می شود. و اگر در آن هم شك دارد، تحریم مادر و خواهر مفعول بر آن مترتب نمی شود.

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 نمی دانستم که حرام است تزویج تو، و از خانه من بیرون رو. و آن فقیره را بیرون کرده. آیا به مجرد همین قول، حرمت ثابت می شود 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 جایی به آن تصریح کرده باشند، و الحال 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 نمی برد. واما زوجه: پس این سخن نسبت به او اقراری است بر غیر، و بمجرد ضرری به او ندارد. پس یا این است که از برای او علم حاصل می شود به صدق زوج، یا نه. اگر علم حاصل است برای او پس در حق او هم مسموع است و حقوق او هم ساقط می شود. و اگر زوج بمیرد میراث از او نمی برد. و احتیاج به طلاق هم ندارد. واما 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 وزوجه هم تکذیب او نمی کند و منکر قول او نمی شود، ظاهر این است که قول زوج مسموع است در حق هر دو، وزوجه هم باید تصدیق او کند. اگر زوجه بگوید که تو دروغ می گوئی، (به عنوان قطع)، پس آنجا زوج باید بینه بیاورد واثبات کند، و هر گاه عاجز شود، به زوجه قسم می دهند، و هر گاه قسم خورد مطالبه تمام حقوق خود را از زوج می کند. ولکن زوج به سبب اقرار خود ممنوع است از حقوق خود. و اگر زوجه به عنوان جزم تکذیب نمی کند ولکن به سبب ظن کذب، متمسک می شود به بقای زوجیت و می گوید (من دست از حقوق خود بر نمی دارم و قول تو را

[۴۵۲]

قبول نمی کنم تا اثبات نکنی این عمل را) و متمسک شود به استصحاب بقای زوجیت، ظاهر این است که می تواند. و باز بر زوج لازم است بینه و هر گاه عاجز شد، پس قسم متوجه زوجه می شود. ولکن چون زوجه علم به عدم وقوع آن فعل ندارد بالفرض، قسم نمی تواند خورد به عنوان قطع. به اعتبار این که این از باب آن مسأله می شود که (مدعی بر کسی ادعای حقی بکند. و او بگوید که من علم ندارم). پس اگر زوجه ادعا به عنوان ظن می کند بر زوج که (من گمان دروغ دارم به تو)، اظهر این است که می تواند زوج را قسم بدهد. و در اینجا دیگر ردی نمی باشد. و هم چنین هر گاه ادعای ظن کذب بکند لکن بگوید که (من صدق تو را نمی دانم و دست از حق خود بر نمی دارم تا مطلب خود را ثابت نکنی). در اینجا ظاهر این است که قسم متوجه مدعی می شود و هر گاه قسم خورد نکاح منفسخ می شود و حرمت ثابت می شود. ولکن مهر المثل را می طلبد. 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 بالمهره، می تواند 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 می شود بیش از ظنی که از استصحاب زوجیت دارد، نمی تواند متمسک شود به استصحاب. و اگر ظن او به سبب استصحاب زوجیت بیشتر است، می تواند متمسک بشود و بعد متمسک به آن، حکم همان است که مذکور شد، که زوج را قسم می دهند و حقوق زوجیت از طرفین ساقط می شود. 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 می تواند که به همان اکتفا کند، و شوهر کند، و تصدیق زوج خود کند. و باز هم احتیاج به قسم دارد. ولکن 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 بگیرد، آیا حکم کنیز چه چیز است و

مهر او مال کیست؟

جواب: اظهر واشهر صحت عقد مولی است مابین غلام و کنیز خود. و اظهر این

(۱). این رساله در «کتاب الطلاق» چه از همین مجلدات، خواهد آمد.

[۴۵۳]

است که لازم باشد که مهری از برای او قرار دهد. و اظهر این است که کنیز مالك مهر می شود، هر چند بگوئیم که بنده مالك مال نمی شود. 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 خلافتی 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 می تواند 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 لایحضره الفقیه روایت را نقل کرده (۳)

پس هر گاه عبد نیامده تا عده او تمام شود، فراق حاصل می شود، چنانکه مضمون روایت است. و لکن

علامه در تحریر انکار قول شیخ کرده. و هم چنین صاحب مسالك و صاحب مدارك در شرح نافع، و به

- (۱). وسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العیید، باب ۷۳، ح ۱.
 (۲). در نسخه پس هر چند...
 (۳). زیرا کتاب مذکور کتاب فتوایی صدوق است.

[۴۵۴]

استصحاب زوجیت را ثابت میدانند و نفقه زوجه را بر مولای عبد لازم میدانند. و محقق تردد کرده است در مسأله. و دور نیست ترجیح عمل به روایت، چون معتبر است. و استصحاب معارض آن نمی شود. 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 بهم 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 می تواند به غلام خود شوهر کند یا نه؟

جواب: نمی تواند. و ظاهر این است که خلاقی 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، مملوک باشد و بعد ملك او شود به میراث یا به خریدن یا به غیر آن، نکاح آنها باطل می شود) اشعار به این مطلب دارد. بلکه علت منصوصه در آنها دلالت دارد. چنانکه 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 می شود. و هم چنین در غیر آن. علامه (ره) در قواعد گفته است (ولیس للسیدان ینکح امته بالعقد، ولو ملك منكوحته انفسخ العقد. ولا للحره ان تنکح عبدها لایا لعقد ولا بالملك. ولو ملكت زوجها انفسخ النکاح). و در تحریر گفته است (الحره اذا اشترت زوجها المملوك، او ورثته، او انتقل اليها باحد وجوه التملیکات، بطل النکاح ولیس لها ان تبیحه او تعقد علیه. فان اراد ذلك لم یکن لها ذلك الا بان تعتقه وتتزوج به). والحاصل ظاهرا اشکالی در عدم

- (۱). وسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العیید، باب ۷۳، ح ۲.
 (۲) و (۳) و (۴). وسائل، ج ۱۴، ابواب نکاح العیید، باب ۴۹، به ترتیب حدیث ۳ و ۱ و ۲.

[٤٥٥]

جواز نیست. و بدان که: در صورتی که زوجه کنیز بوده باشد زوج آزاد، و بعد از آن زوجه منتقل شود به زوج به نحوی از انحا ملک، در آن صورت نیز عقد باطل است و خلافتی در آن نیز نیست. هر چند در اینجا وطی حلال است به سبب ملک.

۲۸۰: سؤال: آیا ولد زنا به هیچ وجه ملحق نمی شود به ابوبین؟ یا به بعض وجوه می شود .

جواب: به هیچ وجه ملحق نمی شود، الا در تحریم نکاح. پس جایز نیست از برای زانی و طی دختری که از او بهم رسیده است به زنا. و هم چنین جایز نیست که زانیه شوهر کند به پسر خود که از زنا بهم رسانیده. و هم چنین است حکم جمیع انسان. پس جایز نیست دختری که از زنا بهم رسیده شوهر کند به برادر خود که از پدر یا مادر او بهم 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 لا غیر. 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 نشر حرمت می کند یا نه؟

جواب: هر گاه بعد از ولایت فرزند سابق تابحال چنین اتفاق افتاده باشد که شیر او باقی مانده باشد مثل این که دایگی می کرده و اطفال را شیر میداده - هر چند گاهی بخشکد و گاهی عود کند که در عرف و عادت بگویند (این شیر همان فرزند است)، نشر حرمت می کند. و اما هر گاه بالمره شیر سابق خشک شده و این مدت طولانی گذشته که در عرف نمی گویند از آن ولادت سابق است، نشر حرمت نمی کند. و از باب آن است که دختر یا 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 صداقنامه و شهودی نداشته باشد. و هند مزبوره متوفیه گردیده و اولادی ندارد. و پسر برادری از هند مزبوره مانده عمرو نام. عمرو مزبور املاک زید غایب را می تواند 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

[٤٥٦]

می رسد که املاک زید غایب را از حاکم شرع اجازه نماید ضبط کند که حق زید غایب مزبور تلف نشود - ؟

جواب: هر چند اظهرا ین است که سخن هند در حین غایب بودن زوج او مسموع است، ولیکن اظهر نیز این است که (قسم استظهاری) باید بخورد که این عین ملک باقی است بر حقیقت او، و به زوج خود ثانیاً منتقل نکرده. و بدون قسم مالک بودن او تمام نمی شود. 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 نمی تواند 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 می شود، علی الاظهر، بلکه دور نیست که آنچه دعوی می کند 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 ماحق خود را گرفته باشد یا بخشیده باشد. و ولی غایب حاکم شرع است به هر کس مصلحت داند اجازه می دهد.

۲۸۳: سؤال: (۱)

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 می کنند.

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 نمی شود. بعض اخبار که دلالت دارد بر

(۱). این سنوال تکرار سوال ۲۷۴ است و لذا حذف گردید فقط موضوع سنوال قبلي «کسي با غلامي» است و موضوع این سنوال «طفلي با طفلي» است.

[۴۵۷]

خلاف این، (۱) مطروح یا [مؤ] ول است.

۲۸۶: **سؤال:** واطی و موطو اگر نا بالغ باشند و لواط نمایند، بعد می توانند 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. وبعد از واشدن از شیر، اشهر واطهر 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 ملامست نموده، وبه شهوت به او نظر کرده وبوسیده. آیا می تواند مادر یا خواهر یا دختر او را بگیرد یا نه؟

جواب: اشهر واطهر جواز است. خصوصا هر گاه آن نظر و ملامسه به عنوان حرام شده باشد، یعنی به اجنبی شده باشد که معقوده ومملوکه نباشد.

۲۸۹: سؤال: در صورتی که مادر صغیر فوت شده باشد، اقربای ارثی صغیر منع اباعد را از نگاهداشتن صغیر می توانند کرد؟ یا این که تقدیم اقارب، الاقرب فالاقرب رجحان دارد؟. وحضانت مادر راتا چند سال قائل می باشند بیان فرمایند؟ .

جواب: بدان که حضانت طفل در ایام رضاع با مادر است، وواحق 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. (۲) واما بعد از بلوغ هم حق حضانت از برای هیچ يك نیست، و بر این نیز دعوی اجماع شده. واما ما بین فطام وبلوغ: پس در آن اقوال بسیار است - متجاوز از هفت قول - واقوی واشهر این است که پدر احق است به پسر، ومادر به دختر تا هفت سال. واما 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 انیکه حضانت پدر بعد هفت سال ساقط می شود. اینها همه وقتی است که پدر ومادر هر دو زنده باشند، ومادر هم شوهر دیگر

نهضت ترجمه
Translation Movement

(۱). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۸، ح ۶۴۵ و ۶۴۶.
(۲). در مساله ۲۶۴ فرمود: مساله رضاع با مساله حضانت ملازمه ندارد و می شود که زن دیگری متصدی رضاع باشد و در عین حال حضانت با مادر است.

[۴۵۸]

نکرده باشد. اما هر گاه مادر شوهر دیگر کرده باشد بعد طلاق شوهر اول، حق حضانت مختص پدر است. وظاهرا خلاقی در این نیست. و هر گاه شوهر دوم او را طلاق دهد اشهر واطهر این است که حضانت عود می کند. واین حکم در وقتی است که طلاق شوهر دوم (باین) 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. واما هر گاه پدر و مادر هر دو بمیرند: اشهر واطهر این است که حضانت تعدی می کند

به اقارب به ترتیب میراث، واقرب منع ابعده می کند. واطهر این است که زیادتى حصه ارث منشأ اولویت بر غیر نمى شود. بلکه همان ملاحظه وارث بودن، مى شود. ودر صورت تعدد اقارب که در درجه میراث مساوی اند، رجوع به قرعه مى شود.

۲۹۰: سؤال: در نکاح وطلاق باید زوج وزوجه به اسم وشخص یا اوصاف معروف مجرى صیغه باشند؟ -
 ودر طلاق باید به آن طریق، معروف شاهدین [نیز] باشند؟ - یا آن که به محض این که مى گویند (فاطمه زوجة زيد طالق) و (انکحت وزوجت فاطمة زيدا على المهر المعلوم) کافی است؟.

جواب: مجرى صیغه اگر خود زوجین باشند با هم، یا وکیل آنها باشد، البته باید معین ومشخص باشند زوجین، هر چند به اسم ووصف یا اشاره باشد، وخود شخص بشخصه معروف نباشد. واما عاقد فضولى -که ظاهر این است که مراد سائل آن است. چنانکه در اغلب بلاد کاغذ مى آورند در نزد عالمی که صیغه جاری کند وتوکیل به ثبوت نمى رسد، وآن عالم هم صیغه را به اسم آن زن ومردى که به کاغذ نوشته [شده] مى خواند. واعتماد در آنجا بر فضولى است که بعد از آن که خبر مى رسد به زوجین و اجازه کنند، صحیح مى شود. والا، فلا - پس مى گوئیم که البته باید این عالم در نظر خود معین کند زوجین را، هر چند به همان کاغذ وكسان حامل کاغذ که عادل نیستند، باشد. ومجرد این که (فاطمه نامى را برای زيد نامى عقد مى کنم که هر فاطمه نام وزيد نام که به آن مطلع شوند واجازه کنند، کافی باشد) این صحیح نیست. بلکه باید مراد او این باشد که (همین فاطمه نامى وزيد نامى که در اینجا نوشته اند واین کسان مى گویند عقد مى کنم) .

نهضت ترجمه [۴۵۹]

واحتمال این که کاغذ بالمرة ساختگی باشد یا آن اشخاص دروغ گویند ومرادشان این باشد که اگر برخوردند به چنین دو نفرى که اسم شان آن باشد، بگویند ما صیغه شما را خواندیم. مندفع است به حمل قول وفعل مسلم بر صحت. وعدم ثبوت وکالت به کاغذ وبه کسان غیر عادل، مستلزم عدم تصدیق آن کسان بر این که چنین دو نفرى هستند که مى خواهند مزاجه بکنند، نیست. پس آن عالم صیغه را مى خواند از برای آن درنفرى که مسلمى اسم آنها را در کاغذ نوشته ومسلمى یا دو مسلمى آمده اند وادعای وکالت خود، با توکیل آن عالم را مى کنند، پس هر گاه در واقع هم صیغه خواندن عالم موافق افتد با مزاجه آن دو نفر واجازه بکنند، تمام مى شود. والا آن عالم فعل لغوی کرده خواهد بود. پس به هر حال باید مجرى صیغه زوجین را به وصفی یا رسمى که رافع جهالت باشد فى الجملة ومنشأ تعیین شود فى الجملة معین کند وصیغه بخواند. گو در نظر او ممتاز از کل ماسوى نباشد. بخلاف خود زوجین ووکیلین که باید زوجین در نظر آنها متمیز و متعین باشند از کل ماعدا. هر چند آنها را بشخصه

نشناسند. و هم چنین کسی که صیغه طلاق جاری می کند، مثل زوجین وکیل آنها است در نکاح. به جهت آن که در طلاق، فضولی نمی باشد. پس باید مجری صیغه معینا بداند که زوج کیست و زوجه کیست. گو بشخصه آنها را نشناسند. و اما شاهد طلاق: پس ظاهر این است که شرط است در آن معرفت زوجین به شخص یا به وصف رافع جهالت فی الجملة به قدری که در نکاح فضولی کافی میدانستیم که تواند شهادت بدهد به نحوی از انحا که مقتضای اشهاد ومدلول آن به عمل بیاید. ومجرد حضور آنها در مجمع اطلاق بدون معرفت به وجهی از وجوه، نفعی ندارد علی الاظهر. ومعرفت بر وجهی که ممتاز از کل ماعدا باشند هم ضرور نیست، والا عسر شدید و حرج عظیم لازم می آید. وگویا خلافی هم نباشد در عدم اشتراط آن. (۱)

۲۹۱: سؤال: هر گاه کسی دختر با کره بگیرد وبعد معلوم شود که ثیب بوده. آیا مسلط بر فسخ نکاح

هست یا نه؟ و بر فرض عدم فسخ، آیا از مهر او چیزی کم می شود یا نه؟

(۱). شرح بیشتر در مسائل طلاق، ج ۵.

[۴۶۰]

جواب: هر گاه معلوم نباشد که قبل از عقد ثبت بوده ومحمتمل باشد که بعد از عقد بکارت او رفته باشد، در اینجا خيار فسخی ثابت نیست وعقد لازم است. وظاهرا خلافی در آن نباشد. چنانکه اگر معلوم شود که بعد از عقد زوال بکارت شده که در آن هم خيار فسخی نیست. و اما هر گاه معلوم شود که قبل از عقد ثبت بود - به این که آن زن خود اقرار کند یا شاهی باشد یا از قرائن علم حاصل شود - پس در این صورت می گوئیم که اگر عقد را به شرط بکارت کرده، اکثر متأخرین براینند که خيار فسخ از برای او هست. چنانکه مقتضای شرط ضمن العقد است. وقول دیگر عدم تسلط بر فسخ است. واین قول را بعضی نسبت به اکثر اصحاب داده اند. وقول اول اظهر است. و اما اگر در ضمن عقد شرط بکارت نشده باشد ولکن 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. چنانکه هر گاه هیچ کس به او خبری هم نداده باشد وخود به گمان بکارت عقد کرده باشد که در آنجا نیز خیار نیست. به جهت آن که ثبوت از عیوب زنان نیست. و اما حکایت مهر: پس در هر جا که خيار ثابت است وزوج اختیار فسخ کرد، پس اگر قبل از دخول است در آنجا مهری نیست. و هر گاه بعد از دخول است مهر مستقر می شود. پس اگر تدلیس در میان باشد، زوج رجوع می کند به مدلس ومهر را از او می گیرد هر چند مدلس خود زوجه باشد. بلی در صورتی که مدلس خود زوجه باشد در آن خلافی دارند که آیا چیزی استثنا می شود یا نه. واشهر و اظهر عدم استثنا است. و جماعتی استثنا کرده اند (اقل

مايصلح ان يکون مهرا) [را] مثل دو غاز پول سياه. و بعضی استثنا کرده اند اقل مهر امثال او را. و دليل واضحی از برای استثنا در نظر نیست. و هر گاه فسخ نکند خواه اختيار بر فسخ نباشد، يا اختيار ثابت باشد ولكن راضی شود زوج بريقای نکاح، پس در آن صورت خلاف است که آیا از مهر چیزی کم می شود يا نه. اشهر و اظهر اين است که چیزی کم می شود. و ابو الصلاح و ابن براج مخالفت کرده اند [و قائل به عدم کسر شده اند]. و [قائلين به عدم کسر نیز] در تقدير آن خلاف کرده اند، بعضی تعيين نکرده اند بلکه گفته اند چیزی کم می شود چون ظاهر صحيحه محمد بن مسلم جز اين نیست (قال: کتب الی ابی الحسن - ع - اسأله عن رجل تزوج

[٤٦١]

جارية بکرا فوجدها ثيبا هل يجب لها الصداق وافيًا، او ينتقص؟ قال: ينتقص (١). و قطب راوندي گفته است که (شش يك) کم می شود. نظر به اين که در روايت ظاهرا لفظ (شيئ) مقدر است و لفظ شی در اخبار وصيت حمل بر سدس شده. و اين قياس است. و ابن اديس و علامه و محقق گفته اند ناقص می شود به نسبت ما بين مهر ثيب و بکر، و ملاحظه مهر المثل و تفاوت آن را می کنند و به همان نسبت از مهر مسمی کم می کنند. و بعضی از متأخرين گفته اند منوط است به نظر حاکم شرع. و دور نیست که مقتضای نظر حاکم هم بايد همين قول آخر باشد. و دور نیست که از روايت هم فهميده شود.

٢٩٢ : سؤال: هر گاه زوجه خواهد طفل خود را يا طفل غير را شير بدهد، شوهر می تواند منع کرد؟ و آیا تسلط دارد زوج که بگوید (طفل فلان را شير بده) يا نه؟ و اين که می گویند شير زن از مرد است، صحيح است يا نه؟

جواب: بدان که فقها بعد از آن که اتفاق کرده اند بر جواز اجازه دادن زن خود را از برای رضاع به اذن زوج، خلاف کرده اند در اين که زن می تواند خود را به اجازه بدهد از برای شير دادن بدون اذن شوهر. پس اگر منع کند اجازه از استمتاع زوج پس آن موقوف است به اجازه زوج. هر گاه زوج اجازه کند صحيح است، والا باطل می شود. و بعضی عقد اجازه را از اصل باطل میدانند در اين صورت. و اما هر گاه مانع از استمتاع زوج نیست، در آن دو قول است. اظهر صحت است، چنانکه مختار محقق و شهيد ثانی و ديگران است، به جهت آن که مفروض اين است که زن آزاد است و شخص آزاد مالك منافع خود است، و عموماً اجازه هم شامل آن است. و از شيخ و جماعتی نقل کرده اند که جایز نیست، به جهت عدم دليل و به جهت اين که منافع زوجه به سبب عقد ملك زوج می شود. و اظهر قول اول است، چنانکه گفتيم. و تملك زوج جميع منافع زوجه را ممنوع است، بلکه همان مالك منافع استمتاع است. هر گاه اين را دانستی ظاهر شد که شير زن آزاد ملك خود او است و شوهر در آن حقی ندارد. و آن سخن که شير

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 و التدلیس، باب ۱۰، ح ۲.

[۴۶۲]

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 زیادت از دیگران نطلبد). و هم چنین مانع شیر دادن فرزند دیگران هم نمی تواند شد در صورت تبرع. مگر این که مانع استمتاع باشد، که در همان قدر می تواند 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.

۲۹۲: سؤال: اذا زوج زید بنته الرضیعة بعمر وفی مدة ساعة بازا درهم متعة، لاجل محرمیة امهاله، لاغیر. ثم مات زید واراد عمرو نکاح امها. فهل یحرم - لانها من امهات النساء وهی محرمة بنص الكتاب والادلة -؟ او یجوز نکاحها لبطلان نکاح الصغیرة (لعدم قصد المناکحة الواقیة، بل لمحض المحرمیة، مع انها غیر مدخولة بالفرض)؟ و علی تقدیر الحرمة، فهل یجوز لعمر و ان یتزوج بها تقلیدا لابن ابی عقیل (علی القول بجواز تقلید المیت بسبب اعتقاد انه اعلم من مجتهدی زمانه) و یجعل ذلك حيلة لكثرة شوقه الى هذه المرأة، وخوف وقوعه فی الزنا -؟ فاذا تزوجها والحال هذه وهو معتقد بصحة عقد الرضیعة و صیرورة امها من امهات النساء، فهل یجب التفریق بینهما ام لا؟ -؟ وما حال الاولاد الحاصل بینهما؟.

جواب: اما المسألة الاولى - اعنی صحة هذا العقد - فالاقرب عندی العدم. لاصالة عدم الصحة، فانها حکم شرعی یحتاج الی دلیل شرعی ولا دلیل علیه (كما سنعرف) و لاستصحاب الحكم السابق. و لیس للقول بالصحة دلیل سوى اطلاق الایة (۱) ولاخبار. و انت خیر بان کلها اما صریح فی غیر ما نحن فیہ او ظاهر فیہ. بل لا یكاد یوجد رواية یمکن انصرافها الی هذا الفرد، او شمولها له. بل نقول فی الایة والاخبار دلالة علی خروجه منها، فان الظاهر من الایة حصول الاستمتاع و التمكن منه، كما نعتبره فی غیره من العقود ایضا. و لیس فی ما نحن فیہ احد الامرین. مضافا الی اشعار کلمة (اجورهن) (۲) بذلك، لان الاجر فی مقابل الانتفاع وهو مفقود. و ایضا الاخبار الدالة علی انهن مستأجرات، دالة علی ذلك. (۳) لان الاستیجار تقتضی عملا من الاجیر و المفروض عدمه

(۱). آیة های ۲۴ و ۲۵ سوره نساء.

(٢). علاوة بر دو آية مذكور در آية ١٠ سورة ممتحنه نیز آمده است.
(٣). الوسائل، ج ١٤، ابواب المتعة، الباب ٤، ح ٤٢٥. و الباب ٣٦، ح ١ و الباب ٤٣، ح ١.

[٤٦٣]

من الرضيعة وعدم تمكنها منه مع فرض كون المدة غير قابلة لخروجه عن القوة الى الفعل. ويؤيده ايضا الاهتمام في تعيين المدة وتعيين 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 للقصد) 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 ادعا انه 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 وغيرها مما لا يحصى كثرة فكما يجب عما اورد عليها (من ان العقود تابعة للقصد والمقصود بالذات من بيع المعاملة المحاباتية بشرط القرض - مثلا - انما هو النفع، فيكف يقال بصحته مع انه ليس مقصودا بالذات). باننا 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 والتمكن منه في هذه المدة القليلة.

(١). المرجع، الباب ١٧.
(٢). و في النسخة: و لم يثبت معهودية هذا العقد في زمان الشارع.

[٤٦٤]

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 الامر، 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 الاخيرين 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 قديرتب 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) فامتثال 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 فتجوزته 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 البايع 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 ومحرمتها انما هما من

الآثار المترتبة على النكاح وفوائده وإن كان يجعل الشارع، وليس من جملة الأغراض - أولم يثبت كونها غرضا إذ عدم الثبوت كاف في ثبوت العدم - فلو فرض اجرا صيغة النكاح لمحض ذلك ولم يكن الغرض المطلوب من النكاح مطلوبا، سيما مع عدم إمكان مطلوبيته، فلا يكفى ذلك في تصحيح العقد ولا يترتب عليه الاثر والفائدة أصلا. ولا ريب أن الغرض من عقد النكاح والمتعة هو التمتع أو النسل وحلية النظر إلى الزوجة وأمثال ذلك، وكلها منتفية في ما نحن فيه. ومحض لفظ الإيجاب والقبول بدون ملاحظة ما وضعه لاجله وقصد وضعهما له وكان غرضا وعلّة غائية في تشريعه، لا ينفع في شيء بمحض جعل ما ليس بغرض غرضا لمناسبة كونه أثرا من الآثار. ومما ذكرنا يظهران عبارة المسالك في هذا المقام لا يخلو عن شيء فإنه بعد ما ذكر قول المحقق (وقد يتخلص من الربا بان يبيع أحد التبايعين سلعته من صاحبه بجنس غيرها ثم يشتري الأخرى بالثمن ويسقط اعتبار المساواة وكذا لو وهبه سلعته ثم وهبه [أ] لآخر، أو أقرضه صاحبه ثم أقرضه هو وتباريا، وكذا لو تبايعا ووهبه الزيادة، كل ذلك من غير شرط). قال (ولا يقدح في ذلك كون هذه الأمور غير مقصودة بالذات والعقود تابعة للقصد لأن قصد التخلص من الربا إنما يتم مع القصد إلى بيع صحيح أو قرض أو غيرهما من الأنواع المذكورة، وذلك كاف في القصد. إذ لا يشترط في القصد إلى عقد صحيح، قصد جميع الغايات المترتبة عليه. بل يكفي قصد غاية صحيحة من غاياته فإن من أراد شراء دار مثلا ليؤجرها ويتكسب بها فإن ذلك كاف في الصحة وإن كان لشراء الدار غايات أخرى أقوى من هذه وأظهر في نظر العقلا. وكذلك القول في غير ذلك من أفراد العقود. وقد ورد في أخبار كثيرة ما يدل على جواز الحيلة على نحو ذلك) انتهى. وفيه: أنه بعد القصد إلى عقد صحيح لا حاجة إلى القصد إلى ترتب أثر من آثاره. ووجه الاشتباه هنا الخلط بين آثار مطلق النقل والانتقال وأثار الانتقال من جهة

بيع مبيع

نهضة ترجمه
Translation Movement

[٤٦١]

خاص وأثار البيع من حيث أنه بيع، والخلط بين العلل الغائية والفاعلية واللوازم الذاتية والمقارنات الاتفاقية. فنقول: إن الاستيجار والتكسب والسكنى وغير ذلك في نقل الدار إنما 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 أن يصير علّة غائية للبيع، كما إنها غاية له وفائدة من فوائده. ولا ريب أنه يكفي في تصحيح البيع مجرد القصد إلى نقل ملك معلوم بآثاره عوض معلوم على وجه الإيجاب والقبول المعهودين، وإن لم يقصد إلى حصول جميع آثارها. بل وإن لم يكن الانتفاع بجميع آثارها وإن كان من جهة فقر الأثر في نفس الأمر. 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 الشئ ويكون اثرا له. اذ كما يمكن الانتفاع بالمال على الوجه الحلال كالبيع،
 يمكن على الوجه الحرام كالربا. بل نقول اذا اطلع المكلف على الحلال والحرام واراد تحصيل النفع بالمال
 فالداعي الى ارتكابه للحلال هو الاجتناب عن المعصية والخوف عن العقاب بارتكاب التكسب على وجه
 المعصية. فالتقوى والخوف 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 (بعثك هذا الرطل من
 هذا الرطل في عوض الرطلين) ويقبل الاخر. ويمكنه أن يجعل في قالب البيع ويقول (بعثك هذا الرطل من
 الغزل بدرهمين) ويقبل الاخر، ثم يقول الاخر (بعثك 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 الثاني. 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

[٤٦٧]

واحدهما غير الآخر 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 التقاض والتباري 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 للشرائط 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
 الوراث. 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 البعضها. والمفروض انه لم يثبت من الشارع حقيقة لعقد المتعة الا انه عقد يوجب

تملك الانتفاع ببضع امرأة والتمتع بها من جهة البضع والاستمتاعات 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 والعاث. بل نقول: اذا امكن التمتع منها لكن لم يكن في خصوصها مثل ان [ي] نكح صغيرة مراهقة امكن التمتع منها بالقبلة وغيرها من الاستمتاعات، غايته بعيدة عنه بمنازل في ظرف ساعتين لمحض محرمة امها، لا يصح ايضا. وكذلك المجنونة الكبيرة. بل ويمكن ان يقال: اذا فرض ان يعقد دوما على امرأة لمحض محرمة امها لاغير، بحيث لم يتصور الانتفاع ببضعها ابدا، يشكل الحكم بالصحة .

[٤٦٨]

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 الكلى. فاختلف طرفا الدور. وان كان ولا بد، فهو دور معنى لا توقفى. 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 هى. 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: وهى ان عمرا كان يعتقد صحة العقد، وان ام الصغيرة ام زوجته شرعا، ومن محارمه ومن جملة المحرمات عليه. لكن بعد فوت الزوج يريد الحيلة في تحليل امها بان يبدل الامر ويفرالى تقليد ابن عقيل في (ان ام الزوجة اذا كانت غير مدخولة، ليست بمحرمة الاجمعا). والمفروض ان هذه هى ام الزوجة الغير المدخولة. مع فرضه ان ابن ابى 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

[٤٦٩]

اللمعة. بل هو اجماعى كما فى مسائل الناصرية والغنية وصحيحة منصور ناطقة با نه مذهب الشيعة وأن الشيعة كانوا يفتحزون بفتوى على (ع) في ذلك. (١)

وثانيا :ان ذلك مبنى على جواز تقليد الميت. وهو (وان كان قويا عندى، خلافا للمشهور المدعى عليه الاجماع من بعضهم) لكنه لايجوز 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 - لايسمن ولا يغنى من شئ. فانا ولو سلنما جواز العدول مع الاعلمية، وسلنما اعلمية ابن ابي عقيل من علما عصره، لكننا نقول اعلميته من جميع فقهاءنا الماضين، فيه منع واضح. فلايتم 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 انمايتم اذالم يكن في السابقين افضل منه او اتقى منه، وهو ممنوع، بل الافضل كثير. فيكيف يحصل الرجحان وظن الاقربية الى الحق بمحض افضلية ابن ابي عقيل من مجتهده الحى. سيما مع اتفاق الافضلين او المساوين الكثيرين في خلافه. والمفروض ان الكلام مبنى على جواز تقليد الاموات، فاذاكان السائل يلاحظ ميتا واحدا بمحض التشهى، فيكيف لايلاحظ الاموات الكثيرين في حصول الظن بالاقربية الى الحق. وثالثا: ان ما تمسك به السائل من جواز العدول مبنى على ماقرع سمعه من جواز نقض الفتوى دون الحكم (كماذكروه في كتب الاصول). و هو فى ما لو كان العقد من باب الحكم - كما لو كان بحكم مجتهد خاص في تلك الواقعة الخاصة او بمباشرة للعقد بقصد الالتزام والحكم - لا يتم. واما لو كان بمحض اتباعه في الفتوى: فالتحقيق ان ذلك ايضا لايجوز نقضه. اذ ما يثبت جواز نقضه اما في جانب المفتى: فعدوله عن الفتوى السابقة (بعد تجدد رأيه) في ساير ما يرد عليه من خصوصيات هذه الكلية. واما في جانب المستفتى فكذلك ايضا. وكذا فى ما لو لم يعمل بعد بالفتوى، واما في ما عمل به فلا بد فيه من تفصيل طويل بيناه في 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

(١). الوسائل، ج ١٤، ابواب ما يحرم بالمصاهرة، الباب ٢٠، ح ١.

[٤٧٠]

الى الغاية المعينة، ويترتب عليهما آثارهما (من لزوم الانفاق وجواز الاستمتاع وحرمة الام والولد وثبوت الميراث وغير ذلك). ولا ينقطع اثرهما الا بما وضعه الشارع للقطع، مثل الطلاق والارتداد وانقضاء المدة اوهبتها او غير ذلك. وكذلك البيع وغيره. واما من باب فتوى الطهارة والنجاسة والحلية والحرمة، وكالحكم بان الما القليل ينجس بالملاقاة، (بل القدح من الما صار نجسا بالملاقات)، وان لحم الغراب حرام، او حلال، وكذلك الخطاف ونحو ذلك. فانها امور تجديدية، فيجوز ان يجتنب المقلد من الما القليل الملاقى للنجس بسبب فتوى مجتهده، ويستعمل ذلك الما بعينه في يوم آخر لتجدد رأيه وحكمه بعدم التنجس . وكذلك ترتب غسل ملاقيه وعدم غسله. ويجوز ترك السورة في الركعة الاولى بتقليد مجتهده 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 الباكرا 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 فينبدل الحال ويحصل الهرج والمرج وعدم استقامة الشريعة. بل نقول: ان جواز نقض الفتوى ليس معناه الاجواز العمل بخلافها فى 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). اذالصحة والفساد مختلفان بحسب آرا

[٤٧١]

العلما. 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 الباكرا الكاملة وعلما العصر يعتقدون بطلانه، او بالعكس. وكذلك المحتملات في حصول الرضاع ومقداره، وغيره. وهكذا ينكحون المطلقات ويقتنعون 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، أو اكتفيا بمحض حضور مجلس الطلاق. وهل عدالة الشاهدين كانت على وفق رأى علما العصر، أو خلافه. والحاصل: ان مقتضى حمل فعل المسلم على الصحة، حملة 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 وأبوابه، لمنع هذه الغلبة جدا، سيما في أكثر أبوابه. فالظاهر ان بنا هم 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 فسادة عنده على وفق الأدلة الاجتهادية (لافى نفس الامر) ايضا. فعلى هذا نقول في مانحن فيه: اذا تجدد رأى المجتهد أو مات وجا مجتهد آخر مخالف للاول، فلا يجوز الحكم بجواز تزويج ام الزوجة - فضلا عما لو كان مجتهد حيا ولم يتغير رأيه ولا ظهر فسقه - وجعل المناص تقليد ابن ابي عقيل [لايفيد فائدة] لان العقد الاول حرمة ابداء. لا يقال: ان من ترجح عنده حرمة اكل الخفاف (مثلا) او حرمة غراب الزرع، فهو يحرمه ابداء وليس تحريمه محدودا بامد. فلم جعلتها مما يتجدد حكمها وجعلت حكم ام هذه الصيغة المعقودة حرمة ابدية ولا فرق بينهما ؟. لانقول: الفتوى بحرمة الغراب معناه انى افهم ان الشارع حرمة ابداء، لا ان خصوص فتوائى بالحرمة صار سببا لحرمة ابداء. فاذا تجدد رأيه بالحل فظهر عليه انه ليس بحرام ابداء. فيصير حكمه الحل حينئذ. واما الفتوى بصحة عقد الصيغة يوجب جواز العمل بها، والعمل بها يوجب حرمة امها بسبب هذا العقد ابداء. فصحة العقد حينئذ يستلزم محرمية الام ابداء. وهذا شئ واحد نازل منزلة صلوة صلى بتقليد مجتهد، ثم تجدد رأيه بالبطلان. او

نهضة ترجمه

Translation Movement [٤٧٢]

اكل شيئا 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 الوضعى 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 بهافى موضع آخر). فلا يجوز عقد صغيرة اخرى كذلك. لا انه يبطل 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 مطهرا، بعد تجديد رأيه، فيتفرع عليه وجوب نزعه وعدمه ووجوب تطهير ملاقيه وعدمه. ويمكن دفعه بان المعيار هنا ملاقة النجس وهو امر حاصل بالفعل على الرأى الثانى. ويمكن القول بعدم

وجوب نزع مع وجوب غسل الملاقى، وهو مشكل. واشكل من هذا لو بنى 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 محمدا و آله الطيبين واصحابه المرضيين خير صلب وآل. وكتبه مؤلفه الفقير الى الله الدائم، ابن الحسن الجيلانى ابو القاسم نزيل دار الايمان قم صينت عن التصادم والتلاطم. في اواخر جمادى الآخرة من شهر سنة الف ومائتين وسبع عشرة. والحمد لله أولا وآخرا وظاهرا وباطنا.

۲۹۴: سؤال: هر گاه كسى با زن اجنبیه زنا كند . آیا دختر او را (در غير عمه وخاله) مى تواند نكاح كند يا نه؟ - و چون شيخ مفيد وسيد مرتضى رحمهما الله در مسأله

[۴۷۲]

خلاف کرده اند، متوقع است كه ادله طرفين را از كتاب وسنت با رأى عالى تحرير فرمايند.

جواب: بدان كه بعد از آن كه علما اتفاق کرده اند بر اين كه (زناى لاحق) نشر حرمت نمى كند - مثل اين كه كسى زنى دارد با مادر او زنا كند، يا با دختر او زنا كند، يا پدر با زن پسر خود زنا كند، يا به عكس. و اين مقتضى اخبار هم هست - خلاف کرده اند در اين كه آیا زناى سابق بر نكاح (مثل اين كه كسى با زنى زنا کرده بود بعد خواهد كه دختر او را بگيرد، يا مادر او را بگيرد) نشر حرمت مى كند يا نه؟ مشهور متأخرين حرمت است. و مذهب شيخ مفيد وسيد مرتضى و صدوق در مقنع و سلار و ابن ادریس - چنانكه از ايشان نقل شده - جواز است. و هم چنین علامه در تذكرة وارشاد. و هم چنین حكایت شده از شيخ (در تبیان در خصوص مادر زنى كه با آن زن زنا کرده باشد، يا دختر آن) اين است كه نشر حرمت نمى كند. بلكه از تذكرة و سرایر ظاهر مى شود كه اين قول اكثر علما است. و از سيد مرتضى در مسائل ناصريات نقل اجماع شده بر عدم حرمت. و همچنین از شيخ در تبیان در خصوص مادر و دختر زنى كه با او زنا کرده است. و همچنین ظاهر ابن ادریس دعوى اجماع است بر آن. و دليل قول اول احادیث بسیار است كه ماكتفا مى كنيم به ذكر يکى از آنها كه آن صحيحه محمد بن مسلم است (عن احدهما - ع :- انه سئل عن رجل يفجر بامرأة ايتزوج ابنتها؟ قال: لا، ولكن ان كانت عنده امرأة ثم فجر بامها او ابنتها لم تحرم عيله امرأته، ان الحرام لايفسد الحلال). (۱)

ودلیل قول دوم اجماعات منقوله است که نقل کردیم، وعمومات آیات و اخبار خصوصا آیه شریفه (واحل لکم ماورا ذلکم) (۲) که بعد ذکر محرمات نساء است. وعموم لفظ (ان الحرام لا یفسد الحلال)، و (لا یحرم الحرام الحلال) که در احادیث بسیار وارد شده. وخصوص احادیث بسیار که ما اکتفا می کنیم به ذکر یکی از آنها که صحیحه سعید بن یسار است (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل فجر بامرأة یتزوج انتنها؟ فقال: نعم یا سعیدان الحرام لا یفسد الحلال). (۳)

(۱). وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة باب ۸، ح ۱، و فیها «اختها» بدل «ابنتها».

(۲). آیه ۲۴ سوره نساء.

(۳). همان مرجع، باب ۶، ح ۶.

[۴۷۴]

واظهر در نظر حقیر قول ثانی است. چون معتضد است به اصل واستصحاب و عمومات و موافقت کتاب ومخالفت عامه. (۱) در تذکره گفته است که این قول را عامه نسبت به علی (ع) وابن عباس داده اند. ومرجع قول اول چیزی نیست به غیر از ادعای شهرت، وآنهم معلوم نیست. زیرا که ظاهر اجماعات منقوله این است که آن قول بین القدماء اشهر بوده است. و هم چنین ظاهر تذکره وابن ادریس این است. پس در این مرجع، ضعف راه می یابد. واما احادیث: پس از طرفین متعارضند. ودور نیست که بگوئیم دلالت اخبار مجوزه اظهر است. واما در کثرت وصحت سند وغیرهما هم ظاهر نیست که اخبار مجوزه ارجح باشند اخبار محرمه ارجحند. و چون مقام اقتضای ذکر آنها را نمی کند به همین اکتفا کردیم واکثر اخبار طرفین را در کتاب مناهج الاحکام ذکر کرده ام. وبه هر حال شکی نیست که احوط اجتناب است. وبنای عمل را به آن میگذاریم چون امر فروج است. واما اگر کسی این کار را کرده باشد حکم به تفریق نمی کنیم و هر گاه، زوجین خود خواهند احتیاط یکنند به مجرد دست برداشتن اکتفا نمی کنیم، بلکه البته باید طلاق بگویند وبدون آن نمی تواند آن زن به دیگری شوهر کند. هر گاه این را دانستی بدان که قائلین به جواز، [نیز] در خصوص عمه وخاله 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 می شود. وسید مرتضی دعوی اجماع بر این کرده. و همچنین علامه در تذکره. واستدلال کرده اند بر این به حسنه محمد بن مسلم (۲)، ودر دلالت آن تأمل است. وتکیه بر اجماع منقول است، وشهرت بین الاصحاب. وابن ادریس منع اجماع کرده وینا را به جواز گذاشته، وآن ضعیف است. واقوی حرمت است.

۲۹۵: سؤال: زید لواط کرده است با عمرو. آیا جایز است که وخواهر رضاعی عمرو را نکاح کند یا نه؟
واگر کرده باشد تفریق لازم است یا نه؟

(۱). شیخ حر در وسائل حدیث سعید مذکور را حمل بر تقیه می کند. یعنی همین قول ثانی را موافق عامه می داند.

(۲). وسائل، ج ۱۴، ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۱۰، ح ۱.

[۴۷۵]

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، وفاضل 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 مایحرم من النسب). پس چنانکه 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 اینکه رضاع منشأ اثبات حقیقت شدن اسم (اخت) و (ام) و (بنت) از برای اخت و ام و بنت رضاعی نمی شود. و در اخبار لواط لفظ اخت و ام و بنت بر حقیقت خود حمل می شود. و این استدلال ضعیف است، به جهت آن که اصل مقاومت با دلیل نمی کند. و عموم (یحرم من الرضاع مایحرم 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 لحوق 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 نمی کنیم. و هر گاه بدون متابعت حجتی شده باشد، تفریق باید کرد. و احوط این است که طلاق هم بگویند.

۲۹۶: سؤال: اذا تزوج شخص بنتا صغيرة من ابیه ربع ساعة بصیغة المتعة. و قصدهما ان يجعل امها محرما عليه في جميع المدة. و جرى بينهما الصیغة فمات زوجها بعد مدة قليلة. و اراد تزويج زوجته (وهی ام المعقود عليها في هذه الصورة) بالعقد الدائم أو المنقطع بعد انقضاء العدة. هل یصح تزويجها به - لان قصدهما على عدم المناکحة، بل جرى بينهما الصیغة للمحرمة. وهی غیر مدخولة -؟ ام یحرم (لاطلاق الایة مع ان هذه المسألة اتفاقية، بل کاد ان یكون اجماعیة)؟ وعلی تقدير الحرمة یقول المکلف (انا مقلد في هذه المسألة لابن ابی عقيل عليه الرحمة حيث ذهب الى ان هذه المناکحة صحيحة لانها غیر مدخولة. وانا معتقد بان هذا الفاضل افضل من المجتهدین في هذه المحوطة). فحینئذ علی رأيکم العالی هل یجوز تزويجها به بمحض تقليده للفاضل المذكور - لمظنة الوقوع في المعصية، علی انه معتقد للاعلمية -؟ ام لا (لان هذه المناکحة محرمة مشهورة)؟ وعلی فرض الحرمة مع علم الناکح بان هذه المناکحة محرمة، و تقليده لذلك الفاضل لکمال شوقه الى تلك المرأة اذا زوجها فهل یجب التفریق بينهما بمحض فساد

[٤٧٦]

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. اجرکم على الله تعالى في الدنيا والاخرة، وحشرکم مع النبی والوصی والائمة عليهم السلام الى ابد الابد وصلوته والسلام عليكم ورحمة الله وبركاته.

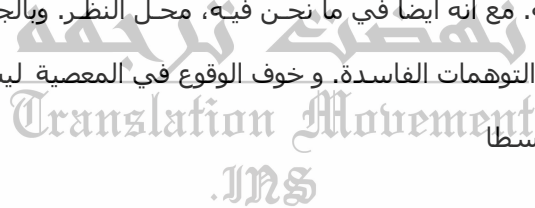
جواب: بسم الله خير الاسماء. الاظهر في النظر الاحقر عدم صحة مثل هذا العقد، وعدم ترتب اثر شرعى عليه. لان وضع عقد المتعة لاجل التمتع من الزوجة. كما يستفاد من ظاهر الآية والخبار. سيما ما علل في وجوه النكاح بانها وضعت على مقتضى مقدرة العباد في التمكن من تحليل الفروج، وهو غير ممكن هنا جزما، والمراد التمتع 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 ويعد ها وقبلها، غير متفاوت الحال. وبالجمله: اصاله 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، ج١٤، ابواب المتعة، الباب ٤، ح٢٣٥. و الباب ٣٦، ح ١٠ و الباب ٤٣، ح ١.

[٤٧٧]

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 يبطله، ويريد تقليد ابن ابي عقيل لتحصيل الحلية في جواز نكاح امها. فهو مما لا مسرح 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 حتى 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 وكان 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، فراجع. والحاصل: اذا بنينا على جواز نقض كل فتوى، لزم الهرج والمرج في الانساب و الفروج والاموال: فاذا فرضنا ان مقلدا نكح اخته من الرضا، اذا حصل الرضا 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 التشبهى العمل في اول الوقت بتقليد المجتهد الاول والعدول عنه في آخر الامر بتبديل تقليده. مع انه لايجوز العدول عن تقليد المجتهد بعد العمل ما لم يمت اولم يظهر فسقه اولم يتبدل رأيه. مع انه ايضا في ما نحن فيه، محل النظر. وبالجمله: هذا خيال فاسد لا يمكن الاجترا عليه. بمحض التوهّمات الفاسدة. و خوف الوقوع في المعصية ليس باشد من ارتكاب نفس المعصية. والمقام يقتضى بسطا



[٤٧٨]

في الكلام لا يسعه المقام. وقد حققته في بعض تحقيقاتي. لا يسعني الوقت لاستيفائها هنا. واما حال الولد: فان فرض له شبهة ووقع العقد بسبب الشبهة، فلا يحكم بحرمة الولد. ويلحق بمن اشتبه عليه الامر من الوالدين. والا فلا مجال للحقوق. والله العالم باحكامه وامناؤه المعصومون عليهم السلام.

٢٩٧: سؤال: هر گاه زوجه مطلقه بگوید که (عده من منقضی شده است)، به محض قول او می توان او را تزویج کرد؟ و هم چنین هر گاه زنی شوهری داشته است بگوید (شوهر من مرده است وعده وفات هم منقضی شده). می تواند اکتفا کرد یا نه؟

جواب: اما مطلقه: پس اگر ادعا کند انقضای عده را به حیض، یا وضع حمل، وکسی هم معارض او نباشد و آنقدر زمان هم از طلاق گذشته [باشد] که ممکن باشد انقضای عده در آن زمان، پس قبول می شود قول او بدون قسم. و جایز است نکاح علی الشهور. بلکه بعضی گفته اند که خلافتی در مسأله ظاهر نیست (ولکن گمان حقیر این است که خلاف موجود باشد هر چند نادر باشد) وعمومات (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 می باشند 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 زرارہ (عن الباقر - ع - قال: العدة والحیض الى النساء) (۲) و روایت دیگر زرارہ که حسن کالصحیح است باز از آن حضرت (قال: العدة و الحيض للنساء، اذا ادعت صدقت). (۳) و هم چنین روایتی که دلالت می کنند بر جواز تزویج زنان بمحض 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) (۴). و در روایت ابان بن تغلب (عنه - ع - انی اکون في بعض الطرقات فاری المرأة الحسناء، ولا آمن ان تكون ذات بعل او من

(۱). وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۲۴، ح ۲.
(۲) و (۳). وسائل، ج ۲، ابواب الحيض، باب ۴۷، ح ۱ و ۲.
(۴). وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح، باب ۲۵، ح ۲.
Translation Movement
[۴۷۹]

العواهر. قال: ليس هذا عليك انما عليك ان تصدقها في نفسها). (۱)
و هم چنین اخباری که دلالت دارند بر منع از تجسس، علاوه بر نفی از مطلق تجسس در قرآن و حدیث، چنانکه در روایت محمد بن عبد الله اشعری است (قال: قلت للرضا - ع - الرجل يتزوج بالمرأة فيقع في قبله ان لها زوجا. فقال: وما عليه؟ ارأيت لو سألتها البينة كان يجد من يشهد ان ليس لها زوج) (۲)
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 مابین 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 فبانت منه، فاراد مراجعتها فقال لها: انی ارید

مراجعتك فتزوجی زوجا غیرى قالت له : قد تزوجت زوجا غیرك وحللت لك نفسی. ایصدق قولها ویراجعها، وكيف یصنع؟. قال : اذا كانت المرأة ثقة صدقت في قولها (۳) بر می آید اشتراط ثقة بودن. ولكن 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 وتوقف در این دارد. وشاید تردد او در اختیار (ثقة بودن) باشد، چنانکه از نافع ظاهر می شود. و بر فرضی که عمل به آن لازم باشد در ثقة بودن در خصوص مطلقه ثلاث از آن لازم نمی آید اشتراط در مدعیه انقضای عده مطلقا. و هم چنین فرقی نیست مابین آن که زوجه (مستقیمه الحیض) باشد وعادت حیض او زیادتیر باشد از آنچه الحال ادعای انقضای عده می کند در آن، یا نه. بلی شهید در لمعه گفته است که هر گاه خلاف معتاد ادعا کند، قبول نمی شود 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. وشیخ حمل کرده است آن را بر متهمه. و هر چند تخصیص اطلاقات ادله و فتاوی به این حدیث مشکل است - چون قائل به آن شاذ است - ولكن چون مطلقات منصرف نمی شود به چنین فردی، احتیاط در عمل به مقتضای آن است.

(۱) و (۲). وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۱۰، ح ۵۱ - حدیث میسر در همین باب نیز آمده همراه حدیث ابان تحت یک شماره.
(۳). وسائل، ج ۱۵، ابواب اقسام الطلاق، باب ۱۱، ح ۱.

نهضت ترجمه [۴۸۰]

اما اقل زمانی که ممکن باشد در آن انقضای عده: پس آن بیست و شش زورودو لحظه است در زن آزاد. وسیزده روز ودو لحظه است در کنیز. بلکه گاه است که نادرا اتفاق می شود 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 می شود در عده. و اما اقل امکان زمان در وضع حمل: پس آن ششماه ودو 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 الخلفه) باشد صدوبیست روز ودو لحظه. و هر گاه مضغه باشد هشتاد روز ودو 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 می شود. و اما ادعای انقضای عده به شهر: چنانکه

از زنانی است که حیض نمیپینند اما در سن کسی هستند که حیض میپینند، پس هر گاه کسی معارض ومزاحم او نیست پس مشهور علما (بلکه بعضی گفته اند ظاهرا خلافی نیست) در این که قبول می شود قول او بدون قسم با امکان انقضای شهرور. 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 شهرور: 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 می شود 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 می خواهد نفقه بگیرد مثلا) و زوج ادعای انقضا کند قول زوجه مقدم باشد. و در اینجا اشکال حاصل می شود که اگر بنا به ملاحظه (اصل تأخر) باشد، در حیض و حمل هم می توان گفت اصل تأخر وضع حمل وانقضای حیض است. و اگر بنا را بگذاریم به ادله [ای] که دلالت می کنند بر این که عده و حیض با زنان است و ایشان مصدقات اند، پس باید در انقضای به

[۴۸۱]

شهرور هم قول ایشان مقدم باشد. پس وجه فرق مابین 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 می شود به نزاع در انقضای عده، لکن می توان منع کرد انصراف اطلاقات ادله [را] (که دلالت می کنند 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 شهرور 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 میدانند چون طلاق فعل او است و قول او اعرف است به فعل خود. پس در صورت اول یعنی ادعای زوج تأخر را، (فعل او بودن طلاق) معاضد اصل می شود در جانب زوج و سماع قول او اظهر می شود. 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 غالبا بر غیر ایشان مخفی است. و عمده منظور در این حکم سر خود شدن ورهائی ایشان است از قید

زوجیت، واخذ نفقه واموری دیگر که لازم آن افتد، از لوازم اتفاقیه وتوابع 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 وثابت بالاصل است. و آنچه موکول می شود به زنان ومرحمتی می شود از جانب شارع به ایشان و از خواص ایشان می شود، 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 می کند مسموع خواهد بود) آن نیز واقعی ندارد. چون از حیثیت اراده اخذ نفقه، اقراری است بر غیر ومسموع نیست، پس تعارض حاصل می شود. و اظهر این است که متمسك شویم به همین که متبادر از آن اطلاقات موکول بودن امر عده به زنان از برای مرخص بودن و

[۴۸۲]

مالك امر خود شدن است لاغیر. پس قول زوج در صورت اولی مقدم خواهد بود، به سبب مطابقت با اصل، وبودن او اعرف به فعل خود، وقول زوجه در صورت اخیر مقدم خواهد بود، به سبب اصل. واحتمال شمول اطلاقات هم مؤید آن خواهد بود هر چند دلیل نتواند شد. هر گاه حکم عده مطلقه معلوم شد، پس می گوئیم که ظواهر ادله متقدمه این است که قول زوجه متوفی عنها زوجها در انقضای عده [وفات] نیز مسموع باشد، هر چند مأمونه نباشد. بلی احوط وافضل اعتبار امانت است، ولا اقل متهمه نباشد. خصوصا 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 ومزاحمی از برای او نباشد. و همین که بگوید شوهرم مرده است، از او می شنوند هر چند علم داشته باشیم که شوهری داشت. بلکه ظاهر این است که در زوج مفقود الخیر که زوجه ادعای علم به فوت او می کند، با امکان آن، از او بینه نمیطالبیم و تصدیق او می کنیم. ولکن 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. ولکن واجب نیست. بلکه با وجود اطلاع بر حقیقت حال هم اظهر جواز نکاح او است از برای زوج، وجواز وکالت است در اجرای صیغه از برای غیر.

۲۹۸: سؤال: زینب شوهر او متوفی، وکسان زینب گفته اند که عده او مقتضی شده. وزید هم او را نکاح کرده به گمان این که عده او مقتضی شده. وبعد از آن که زینب را دخول کرد بعض مردم می گویند چند روزی از عده او باقی بوده است که عقد شده. ولکن به ثبوت شرعی نرسیده که در عده بوده. وزینب خود می گوید که عده من تمام شده بود. ولکن آن معرفت ودانش 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 می توان 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. و مفروض این است که کذب او ظاهر نیست. و اینکه دانش و معرفت ندارد، اگر مراد این است که حذاقت در حساب و آن ذهن که حساب نگاه دارد، ندارد ولیکن عقل دارد و داخل

[٤٨٢]

مجانین نیست، پس همان قدر که مسلمی است و سخنی گفته و کذب او ظاهر نیست، ظاهراً می توان تصدیق کرد. مأمونه بودن و وثقه 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 پرسیده و به آن مظنه قول کسان او یا از راه جهالت به اصل مسأله (حرمت نکاح در عده) و اینکه (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 نمی آید که نکاح ذات عده به تنهایی در صورت علم، یا با دخول به زوجه در صورت جهل منشأ تحریم ابدی می شود. 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 نمی توان 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 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. چنانکه در صورتی که عقد در حال وفات مجهوله واقع شود و بعد از آن منکشف شود موت در آن حال، که منشأ تحریم ابدی نمی شود، علی الاظهر. به جهت آن که در حین عقد نه ذات بعْل 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 بعْل 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 نمی شود و باید تفریق کرد و انتظار کشید که حقیقت حاملوم شود، پس اگر معلوم شد که در عده بودن، باطل

است و منشأ حرمت ابدی هم می شود هر گاه دخول واقع شده است در حال عده. و اگر معلوم نشود، به آن عقد اکتفا نمی توان کرد. بلکه باید

[٤٨٤]

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 (خصوصاً 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 می توانند که همشیره یکدیگر را حباله نمایند یا نه؟

جواب: مفعول همشیره فاعل را می تواند بگیرد هر چند تمام عضو داخل شده باشد علی الاظهر. و بر فاعل حرام است همشیره مفعول اتفاقاً در صورتی که تمام حشفه داخل شده باشد، و علی الاظهر الاظهر هر گاه بعض حشفه داخل شده باشد. پس همینکه داند که بعض حشفه داخل شده، حرمت حاصل می شود. 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 مطلقاً.

۳۰۰: سؤال: آیا ناظر به نامحرم تا چه قدر از مسافت، آثم می باشد؟

جواب: مقداری از برای آن معین نیست، و حد آن رؤیت بدن او است. و اما دیدن شبیح آن از دور مضر نیست.

۳۰۱: سؤال: هر گاه از بالای حایلی مثل چادر شب که بدنش نمایان نباشد ولذت 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 مطلقاً پروای حرف زدن و رو گرفتن ندارند، کسی با ضرورت یابی ضرورت با ایشان حرف زند، یا به صورت ایشان نگاه کند به لذت یابی 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 ربه و قصد تلذذ نباشد، نظر کردن به (قواعد نسوان) یعنی پیران نا امید از تزوج و حصول لذت از ایشان جایز است

[٤٨٥]

نظر مطلقا. همچنین به اهل ذمه و محارم نسوان به غیر عورت. و اما زنان جوان اهل بادیه و دهات بدون قصد تلذذ و ربه؛ ظاهر در آنها نیز عدم جواز است. هر چند موافق علتی که از بعضی اخبار بظاهر می شود، جواز است. (۱) و علت مذکوره این است که اگر ایشان را منع کنی، منع پذیر نمی شوند. لیکن اشکال هست در جواز اعتماد بر آن علت. و به هر حال امر در صورت ودست و پیا آسانتر است، چون در مسأله خلاف عظیم است ولیکن اظهر در نظر حقیر منع است در مطلق نامحرم. و اینکه مکرر انسان مبتلی می شود و آنها منع پذیر نمی شوند، چاره آن همین است که هر وقت اتفاق افتد، روی خود را بگرداند. و نظری که غفلتا اتفاق افتد، در آن حرجی نیست.

۲۰۲: مکرر: سؤال: بعضی از زنان هستند که متعه کردن ایشان با واسطه ممکن نمی شود 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 نمی رسد.

جواب: مرتکب معصیت شدن به امید این که به ثوابی برسد از تسویلات شیطان و مخالفت خداوند دیان است.

۲۰۲: سؤال: هر گاه شخصی صاحب شوقی از حلیله خود پاره [ای] شوخی ها و اختلاطها توقع نماید، و او به اعتبار شرم یا سنسنتی 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 دیر رضای زن شرطی نیست بنابر مشهور اقوی که جواز آن است با کراهت و از بعض اخبار ظاهر می شود که رضای زن شرط است و دلالت آن محل اشکال است و قائلی هم به آن ندیدم و در ترك واجب گناه حاصل می شود.

۲۰۴: سؤال: موجب وقابل در عقد نکاح دوام یا متعه (یا سایر عقود) می تواند يك نفر شد؟ یا دو نفر باید باشند؟

جواب: بلی اشهر و اظهر جواز است .

(۱). وسائل، ج ۱۶، ابواب مقدمات النکاح، باب ۱۱۳، ح ۱.

[٤٨٦]

۳۰۵: سؤال: هر گاه ناکح از قبل منکوحه وکیل شده ایجاب را واقع سازد. واز قبل خود شخصی دیگر را، یا منکوحه را وکیل 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 تفره 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 وسعی 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 بع، 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 می خواهد که یکی از زوجات اربعه سابقه در مطلقه نماید. آن زن معقوده خامسه را (بعد از طلاق یکی از اربعه و انقضای عده) می تواند عقد کند؟ یا حرام مؤید 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 میکشیدم که بگویم که بدون مقدمات عروسی دخول

[٤٨٧]

کرده ام، انکار کردم، وپیش از طلاق در حضور چند نفر اقرار در این خصوص کرده بودم که بالفعل شاهد بر اقرار اولی می باشند آیا قول، قول زوج اول است بایمین او؟ یا قول قول زوجه است با یمین او؟ و اقرار اولی اعتبار دارد یا اقرار ثانی که در حضور حاکم شرع نموده؟

جواب: هر گاه زوج وزوجه قبل از طلاق هر دو معترف به عدم دخول بوده اند و طلاق واقع شده، عقد عمر و صحیح و لازم است. وثبوت اقرار به دخول به بینه نفعی به حال زید ندارد. [زیرا] اقرار بر غیر است. و دعوی زید یا متوجه عمرو می شود یا متوجه زوجه. هر گاه متوجه عمرو می شود (چنانکه گفتیم) محض اثبات آن اقرار ضروری به عمرو نمی رساند. 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 عمرو که (تو علم داری که مدخوله من بود، و به سبب وخول 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 عمرو زوجه مقدم است بایمین.

۲۱۰: 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 شرعی) ندارند رجوع به عرف می شود. و مشهور این است که ملاحظه متعارف حال زوج می شود، 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 می دهد، 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 ۲۴ 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 و سائل، ج ۱۵.

مشهور است. و دعوی 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. وحسنه 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 می دهیم) و شاید متعارف آن زمان آن قدر بوده. و اما دلیل اعتبار حال زوج: پس شاید آیه کریمه لینفق ذوسعة من سعته ومن 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. و مع هذا منافاتی ندارد با ملاحظه حال زوجه، یعنی کسی که می تواند 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 بهم رساند قضا کند. چنانکه 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 د است 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. چنانکه در اخباری که (من قدر علیه رزقة فلینفق مما آتاه الله) [را] تفسیر کرده اند که فرموده اند (اذا انفق علیها



(۱). همان، باب ۲، ح ۱.

(۲). همان، باب ۱.

(۳). آیه ۷ سوره طلاق

[۴۸۹]

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 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 می خورند 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 وزیر انداز وزیر 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 بهم 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.

۲۱۱: 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 ظاهراً در مسأله هم خلافتی نیست. هر چند بعض عبارات علما موهم صحت است. و بعض افاضل معاصرین هم فتوی به صحت میداد، اما چنان نیست. بلکه بعد تأمل ظاهر می شود که مراد ایشان چیز دیگر است. و اما تحقق رجوع به سبب آن: پس اگر با علم به بطلان قصد رجوع هم ندارد پس شکی نیست که رجوع هم حاصل نمی شود. و اگر قصد رجوع کند رجوع حاصل می شود [و] بر آن عقد غیر از رجوع ثمره دیگر مرتب نمی شود و مهری به سبب آن لازم نمی شود. و هر گاه مقلد کسی باشد که رأی اوصحت عقد باشد، پس به مقتضای رأی مجتهد

(۱). همان مرجع باب ۱.

نهضت ترجمه
[۴۹۰]

Translation Movement
MS

خود عمل می کند، و ثمرات عقد بر آن مترتب می شود. 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 می شود، و به زوجیت سابق بر می گردد. و در این مطلب رساله ای علی حده در غایت دقت نوشته ام هر کی خواهد به آن رجوع کند.

۲۱۲: سؤال: زینب زوجه عمر و در مدت مزاجه در خانه عمرو بوده، و حال بر عمرو ادعای چند سال

معین کسوه و نفقه می نماید. و عمرو ادعا می نماید که نفقه و کسوه را داده. و زوجه و زوج هر دو از اثبات عاجز می باشند. آیا قسم بر زوج است؟ یزوجه؟

جواب: مرافعه کردن و قسم دادن شأن مجتهد عادل است. هر کس قسم می تواند داد، می داند که قسم متوجه کدام می شود. 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 میدارد با یمین.

۲۱۲: 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 می تواند 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 تمکین زوجه بوده فاسد بوده. و نفقه در مأكول ومشروب وآلات تنظیفی که غالباً باید تلف شود، از باب تمليك است. و در اخدام واسکان، و از باب امتناع است بالاشکال. و در کسوه 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 نمی شود. پس رجوع می کند 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 نمی تواند رجوع کرد به زوج در عوض آن. بلی بضع او عوض دارد. و عوض او در ما نحن فيه 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، بلکه امتناعی است در عوض تمکین. و ثمره در مواضع بسیار ظاهر می شود ما بین امتناع و تمليك. و هم ما بین اباحه و امتناع. و ثمرات اول بسیار است، و ثمره ثانی همین قدر کافی است که در اباحه مطلقاً عوضی منظور نیست. و در امتناع عوض منظور است. و حقیقت حال امتناع راجع می شود به (اذن در انتفاع از عین ما دامت باقیه و لم یثأ الزوج تبدیلیها بغيرها و لكن بقصد ان یکون عوضا عن التمکین لامطلقاً). و غایب آنچه در این مقام از جانب منع از استرداد می توان 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 زوج در واقع نشده.. می گوئیم 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 نه اعتقاد به آن و علت این که زوجیه است نفقه می دهد و انفاق در حال اعتقاد به استحقاق نفقه از راه زوجیت، غیر انفاق به علت استحقاق و اعتقاد وجوب آن است از راه زوجیت. وجه 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 می کنیم 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 اجمالا، هر چند متذکر تفصیل معاوضه و عوضین نباشد در آن حال. و ما پیش بیان

[۴۹۲]

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، ولیکن مستلزم آن است. مثل این که کسی در سفری قصد مقصدی دارد که تا آنجا یقیناً هشت فرسخ هست ولیکن نمی تواند و میرود به آن سفر. در بین راه معلومش می شود 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 مسلمة (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 میدانستم 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، می دهی، تصرف در آن نمی کردم. آیا در این صورت زوج تسلط دارد بر زوجه در اخذ عوض نفقه یا نه؟

جواب: از صورت سؤال ظاهر می شود که زوج عالم بوده به (عدم استحقاق زوجه نفقه را به سبب نشوز) که در استرداد 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 می تواند شد در صورت تلف، وقتی تمام می شود که مالک 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. چنانکه در صورت انفاق با

(۱). مستدرک الوسائل، ج ۲، ص ۵۰۴، باب اول از کتاب الودیعه.

[۴۹۳]

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 زوج 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 نمی شود)، 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 زوج شده. هر چند نه به قصد فریب و نقصان داده باشد. و بعد اتلاف مال اصل برائت زوج 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 سبیل قرض داده ام و زوجه بگوید که من چنین دانستم که تو اباحه کرده ای و بر سبیل اباحه بوده. تا اینجا کلام در صورتی است که زوج مدعی قبول زوج قرض را، نباشد. و اما هر گاه ادعا کند قبول زوج را: هر چند در اینجا اصالت عدم خروج ملک از ملکیت زوج بالمره، مرجح تقدیم قول زوج است (در صورتی که مدعی باشد که من به عنوان قرض داده ام و تو قبول کردی [۴۹۳] ی، و زوجه بگوید که من خبر از قرض دادن ندارم و قبول قرض نکرد [۴۹۴] م بلکه تو اباحه محضه کرد [۴۹۵] ی، یا من گمان می کردم که مستحق نفقه ام و صرف کرده ام) ولیکن اصل برائت ذمه زوج هم مرجح قول او است. و دور نیست تقدیم قول زوج با یمین.

۳۱۵: سؤال: هر گاه يك دفعه نشوز از زوجه 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 می شود 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: همینکه 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.

[٤٩٤]

سؤال: ٣١٦: 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 می شود به خروج از اطاعت او [در] آنچه خدا بر او واجب کرده. مثل ترك مقدمات استمتاع و خلاف خواهش زوج کردن در تنطیف و تزین و آنچه مدخلیت در استمتاع و لذت بردن از او، دارد. و همچنین متحقق می شود به بیرون رفتن از خانه بدون اذن. و نشوز به مجرد (فعل خلاف طاعت) حاصل می شود هر چند ملکه نشوز حاصل نشود. و خروج نشوز گاه است به مجرد ترك آن فعل، حاصل می شود. و است که موقوف است بر ترك ملکه، مثلاً گاه است يك بار از خانه زوج بدون اذن به خانه پدر رفته. همینکه برگشت به خانه زوج، رجوع به طاعت می شود. و گاه است که مکرر بی اذن شوهر بیرون میرود 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.

سؤال: ٣١٧: بفرمایند در خصوص زنانی که (قرن) یا (عقد) یا (رتق) یا آن که مخرج 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 می کند؟.

جواب: در عیوب زن که زوج به سبب آنها مسلط بر فسخ می شود، هر گاه زوج قبل از دخول فسخ کند مهری بر زوج لازم نیست. و خلافتی 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 می کند زوج به آن مدلس و مهری که داده پس می گیرد، هر چند آن مدلس خود زوجه باشد. یعنی آن زوجه در این وقت مستحق مهر نیست. پس اگر هنوز مهر را نداده به او نمی دهد. نه این که می دهد و پس می گیرد. هر گاه پای تدلیس در میان نباشد و زوجه هم مطلع به عیب نباشد، در اینجا مستحق مهر است و به او رجوعی نمی شود. و این مقتضای قواعد و اخبار است. و بدان که: هر چند ظاهر اطلاقات اخبار و فتاوی (در جایی که زوج رجوع به مهر

[٤٩٥]

می کند) این است که رجوع به تمام مهر می کند، لکن جمعی استثنا کرده اند - در صورتی که رجوع می شود - در اخذ مهر به زوجه (اقل ما یصلح ان یکون مهراً) یعنی (اقل ما یتمول) را، مثل يك غاز پول

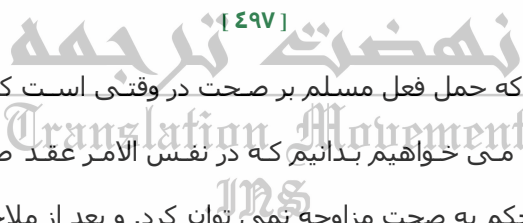
سیاه. و بعضی استثنا کرده اند از برای اواقل مهر امثال او را. چونکه او عوض بضع است. واشهر واطهر قول اول است. یعنی عدم استثنا چیزی مطلقا. چون دلیلی بر استثنا نیست. و آنچه گمان دلالت آن کرده اند، بی وجه است. و اما خنثی بودن زوجه: پس آن از جمله عیوب نیست. چنانکه خنثی بودن زوج هم از جمله عیوب نیست. و قول به 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 واطلاقات است. و گفته اند که آلت رجولیت در زوجه به منزله انگشت زاید است، و آلت انوئیت 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 اینکه (علامات ظنی رفع شبهه و انحراف طبعی نمی کند). 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 انوئیت او شده باشد. و الحاصل: خنثی یعنی آن که آلت مرد وزن (هر دو [را]) داشته باشد، در او رجوع می شود به علامات، مثل سبقت بول. که در وقت بول کردن هر گاه بول مختص یکی از آنها است، حکم می شود به مقتضای آن. یعنی اگر از مخرج رجولیت می آید مرد است. و اگر از مخرج انوئیت می آید زن است. و هم چنین هر گاه اول از یکی از آنها بیاید باز حکم می شود به مقتضای آن. و هر گاه از هر دو بیاید، ملاحظه انقطاع بول را باید کرد. از هر کدام بعد منقطع می شود، عمل به مقتضای آن می شود. تا به آخر آنچه گفته اند از علامات. پس بعد ملاحظه علامات هر گاه حکم شد به رجولیت یا انوئیت، و زوج بودن و زوجه 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 ظاهرا خلاقی 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 نمی توان نکاح کرد. و

[۴۹۶]

هر شخصی در نفس الامر یا زن است یا مرد و ثائلی نمی باشد به حکم آیات قرآنی و اخبار که ظاهرا دلالت دارند بر انحصار. و در مسالك تصریح 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 می دهند نصف نصیب زوج و نصف نصیب زوجه را. چنانکه در فرزند نصف نصیب می دهند و نصف نصیب انثی). و آن در خنثای مشکل است. پس از اینجا ظاهر می شود 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. وبعد 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 نمی شود که امر آن مشتبّه باشد و داخل خنثای مشکل باشد تا (۱) حکم نصف نصیبین باشد. بلی، تصحیح این قرض را می توان کرد در مثل غرقى و مهردوم علیهم هر گاه زوجین هر دو صاحب آلت رجولیت و انوثیت باشند و شناسیم که کدام زوج بوده و کدام زوجه. که در اینجا می توان هر يك را نصف نصیبین بدهیم. و اما این سخن در ما نحن فیه جاری نمی شود. زیرا که در آنجا (بر فرض شمول ادله دادن نصف نصیبین مرز و زوج را) می توانستیم 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 کاربر جائی نشده و مزاجه مستقر نشده، و وقت استعلام صحت و فساد باقی است. و موقوف بودن استقرار بر استعلام حال به رجوع به علامات، منافاتی با حمل فعل

(۱). در نسخه، و داخل خنثی بودن مشکل باشد.



مسلم بر صحت، ندارد. زیرا که حمل فعل مسلم بر صحت در وقتی است که مدعی در برابر نباشد. و الحال مدعی موجود است. می خواهیم بدانیم که در نفس الامر عقد صحیح است یا نه. و بدون استعلام رجولیت و انوثیت، حکم به صحت مزاجه نمی توان کرد. و بعد از ملاحظه علامات هر گاه خنثای واضح شد، حکم به مقتضای آن می شود. و اگر خنثای مشکل شد، حکم به بطلان می شود. 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 زوج 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 می کند علی الاقوی و همچنین هر گاه زوج 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 می بیند (هر گاه مدت او تمام شود، یا زوج مدت او را ببخشد) چه چیز است؟ و هم چنین عده آن که حیض نمی بیند ولیکن در سن کسی است که حیض می بیند -؟.

جواب: اما از مسأله اولی: پس در آن چهار قول است. واشهر واطهر آنها در قول است: یکی آن که (عده او دو طهر است). وعلامه در مختلف [این قول را] نسبت به اشهر داده، وآن 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 شهید 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. واطهر این قول دوم است. به دلیل استصحاب حرمت، و به دلیل صحیح زراره (قال سألت ابا جعفر - ع - ما عدة المتمتعة اذا مات عنها الذي تمتع بها؟ قال: اربعة اشهر و عشرة. الى ان قال: وعدة المطلقة ثلاثة اشهر، والامة المطلقة عليها نصف ما على الحرة و كذلك المتمتعة عليها مثل ما على الامة). (۱) به ضمیمه احادیثی که دلالت می کند بر این که

(۱). وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۵۳، ح ۲.

[۴۹۸]

عده امه دو حیض است، مثل صحیح محمد بن مسلم (عن الباقر - ع - قال عدة الامة حیضتان، وقال: اذا لم تكن تحيض فنصف عدة الحرة). (۱) و صحیح عبد الله [بن] مسکان از سلیمان بن خالد عن الصادق (ع). (۲) و صحیح محمد بن قیس عن الباقر (ع). (۳) ولیکن بر این استدلال وارد است اولاً این که صحیح زراره دلالت دارد بر تشبیه عده متعه در شهر 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 هیند). (۴) ولیکن 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. چنانکه حسن زراره (به ابراهیم بن هاشم) دلالت دارد بر آن (عن الباقر - ع - قال: سألته عن حرتي امة، او عید تحت حرة، كم طلاقها و كم عدتها؟ فقال: السنة في النسا في الطلاق، فان كانت حرة فطلاقها ثلاثا وعدتها ثلاثة اقرا، و ان كان حرتي امة فطلاقها تطليقتان وعدتها قرنان). (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. (۶) 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 می توانیم با قطع نظر از صحیح زراره به سبب اجمال آن، استدلال کنیم بر مختار به صحیح 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. (۷) 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 و ۵.

(۴). همان باب ۵۲، ح ۲.

(۵). همان، باب ۴۰، ح ۱.

(۶). همن، باب ۱۴، ح ۱ تا ۹.

(۷). وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۴، ح ۸.

[۴۹۹]

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)

واما دلایل قول مفید و اتباع او: پس همان صحیح 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 نمی شود. زیرا اقوی این است که قر مشترك لفظی است میان طهر و 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 نمی کند با احادیث معتبره متعدده، یعنی صحیح اسماعیل بن الفضل، و امثال آن. پس ترجیح باقول شیخ است. چنانکه احتیاط هم مقتضی آن است. و اما باقی اقوال - که یکی اعتبار يك حیض است، و یکی اعتبار يك حیض ونیم -: هر چند به مقتضای قول اول احادیث معتبره بسیار هست. (۴) و بر طبق ثانی هم حدیث صحیح هست. (۵) لکن چون مقاومت نمی کنند 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 متعاقدين را يقين 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 ۳۰.

(۲) و (۳). آیه ۲۴ سوره نساء - وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۲۳، ح ۶.

(۴). وسائل، ابواب المتعة، باب ۲۳، ح ۱ و ۶ و ۷.

(۵). وسائل، ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۵۲ ح ۱ و باب ۵۳، ح ۳.

(۶). وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۲۳.

[۵۰۰]

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 وکیل 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 بهم رسیده. اما متعاقدين بر عقیده اول باقی اند. و علی هذا بیان فرمایند که تکلیف زید چیست؟ آیات علم قطعی به فساد عقد برای زید بهم 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 شک، حکم صورت علم دارد یا نه؟ و بقای زوجیت اول اصل است یا صحت عقد ثانی. و چنانکه احدهما را علم به بقای زوجیت اول و فساد عقد ثانی بهم رسد دون دیگری، باید هر دو ملتزم فساد شوند؟ یا هر يك مکلف اند به علم خود؟ و بر فرض فساد عقد (چون بر ذات بعل است و متعاقدين جاهل به بقای زوجیت اول بوده اند، و دخل هم اتفاق افتاده) زینب حرام مؤبد می شود بر زید یا نه؟ و بنا بر 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 می رود 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 تأبید حرمت نموده. و این احتمال اگر چه بعید است ولیکن از جهت بطلان قیاس کافی است یا نه؟

جواب: اصل صحت نکاح متعاقدين است. و استصحاب زوجیت سابقه منقطع است به قول وفعل واقرار زوجین مسلمین. وقول آن جمعی که می گویند (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، ودعوائی با هم ندارند که به بینه رجوع شود، هر چند شهود عدول باشند. وثانیاً: به جهت آن که عدم اجرای عمرو

[۵۰۱]

صیغه طلاق را دلیل عدم اجرای صیغه مطلقاً، نمی شود. خصوصاً با اعتراف زوج سابق به طلاق گفتن وگفتن 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 متزاجین در صدق جماعت مذکوره (که گفتند مامی 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 بهم رسد به فساد عقد دون آخر، هر يك مكلف اند به اعتقاد خود. و اما هر گاه از برای هر دو علم بهم 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 مؤید است: پس چون دخول واقع شده، اشکال بهم می رسد. و آنچه متأخرین علما به آن متمسك شده اند که (چون نکاح به ذات عده رجعیه با دخول، منشأ حرمت ابدی است، پس باید در ذات بعل هم حرام مؤید 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 می شود 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، و ج ۱۸، باب ۲۷ از ابواب حد الزنا.

(۲). کذا.

(۲). همان مرجع، ج ۹.

[۵۰۲]

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. ولکن 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 نعى الرجل الى اهله او اخبروها انه قد طلقها فاعتدت ثم تزوجت، فجا زوجها الاول، فان الاول احق بها من هذا الاخير دخل بها الاول اولم يدخل بها، وليس للاخران يتزوجها 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.

وبعد از آن که این جواب نوشته شد، ثانیاً از کاشان کاغذ طویل و عریضی آمد که: سؤال در استفتا بر وفق واقعه 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 بهم رساند دون دیگری، هر يك مكلف اند به علم خود) چه معنی دارد؟ و چگونه می شود هر گاه زوجه بگوید که (عقد من فاسد است) زوج بگوید (صحیح است) خواهد و طی 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 می شود، و حکم نمی شود. 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، ج ۶.

[۵۰۳]

هم دعوی ندارند، مقام منجر می شود 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 می تواند 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، می توانند 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 وادای آن، مقبول است یا مردود؟ پس می گوئیم که در صورت اول معلوم نیست که آحاد مؤمنین به سبب شهادت آنها (من حیث انها شهادة وینه [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 بینه قائم شد بر هلال پس اگر روزه خورده قضا کند). (۱) و هر گاه بینه 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 بهم رسید، شاید از راه نهی از منکر توانند تفریق کرد هر گاه ممکن باشد ایشان را. چنانکه 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 نمی توان ایشان را الزام کرد بر قبول. و اینکه 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 میدانند، 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 ۹۰ و ۹۱ و ۱۲ و ۱۳ و ۱۹ و ۲۰ و ۲۱.

[۵۰۴]

اما در صورت عرض حال به حاکم: پس یا این است که احدی از مؤمنین حسبنا مدعی می شود و شهود بر واقعه را حاضر می کند نزد حاکم و شهادت را از صورت (نفی مطلقه بودن) به صورت (اثبات ذات بعل بودن) بوجه صحیح بیرون می آورد، پس ظاهر این است که حاکم می تواند حکم کند به تفریق. و هر

گاه احدی [مدعی] نشود، ولیکن خود شهود تبرعا بیابند و در نزد حاکم اقامه شهادت کنند (که این را شهادت بر سبیل حسبه گویند) یا [احدی] مدعی شود ولیکن 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 وزنا و ترك نماز و اوقات بر مصالح عامه مسلمین مثل مسجد و پیل 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 اینکه این هم مندرج است در امر به معروف، و غیر ذلك، و خصوص حدیث نبوی - ص - (خير 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 می آید 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) چنانکه احد قولین است در مسأله. و هر چند در حقوق محضه الهی غالبا تخفیف و تسهیل امر، مرغوب است، و تعطیل آن مضر نیست. ولیکن در حقوق مشترکه این سخن جاری نیست، و قائل به فرقی در نظر نیست. با وجود این که می گوئیم که این سخن خوب است در رجائی که کسی مطلع نشده باشد مثلا 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 و عدم فضااحت است. ولیکن [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 نهایه. و دلیل آن راه یافتن تهمت است. زیرا که مبادرت به شهادت دلالت بر حرص بر اثبات مطلب می کند و مورد تهمت می شود. چنانکه 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 یجیئ

قوم يعطون الشهادة قبل ان يسألونها) (۲) ودر عبارت دیگر فرموده (ثم يفسو الكذب حتى يشهد الرجل قبل ان يستشهد) (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 جایی 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] واز 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 جایی 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 یا منکر صداقت . و باید کلام فقها و اخبار را هم تنزیل کرد بر غالب هر چند در حقوق آدمیین باشد . و دلیل این مطلب می تواند شد این که اکثر علما در حقوق الهی مبادرت را مضر نمیدانند 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) نمیدانند. آیا نمی بینی 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 ۴۳۶.

(۳). سنن ابن ماجه، ج ۲، ص ۶۲۳.



[۵۰۶]

معنی نکرده و تصریح به عدم رد کرده اند. و اما حدیث نبوی: با وجود معارضه آن به مثل آن، وضعف 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 می توانیم 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 غالبا این است که محض از راه دینداری و اقامه معروف اقامه شهادت می کنند و محتاج نیستند به این که کسی آنها را بطلید و غالبا کسی دیگر مدعی نمی شد در این باب که ایشان را به شهادت بطلید بلکه داعی بر آن محض ایمان و دینداری است پس این نوع شهدا بهترین انواع شهدا هستند. چون شهادت دیگران غالبا محل مراقبت حال مردم و رعایت تعارف و مصاحبت می تواند شد. (کذا) سلمنا، لکن می گوئیم که بهترین جمعی که مابین این دو روایت می توان کرد همین است که اولی را حمل به حقوق الهی و ثانی را حمل بر حقوق ناس کنیم.

چنانکه 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. وبعد از فوت پدر عمرو، مادر عمرو شوهر دیگری کرده باشد و دختری از او بهم رسانیده. وزید به گمان این که به سبب این که آن طفل از پدر دیگر بهم رسیده می تواند آن دختر را نکاح کند، او را نکاح کرده و اولاد بهم رسانیده. و مفروض این است که زید رضاع را فی الجمله می داند ولیکن نمی داند که مقدار رضاع شرعی به عمل آمده است یا نه. آیا بر او واجب است تفحص واستعلام حال؟ یا می تواند به اصل عدم تحقق رضاع محرم، اکتفا کند؟.

جواب: اولاد مرضعه بر مرتضع حرام است، هر چند از شوهر دیگر بهم رسیده باشد. و جهل به مسأله منشأ حلیت نمی شود. و اما این که علم ندارد به حصول مقدار رضاع محرم (بعد از آن که علم بهم رسانده که فی الجمله رضاع حاصل شده)، پس هر چند می توان اشکال کرد در تمسک 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 (چنانکه 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 محرمات نباشد. پس هر گاه زنی باشد که محتمل باشد که خواهر نسبی او است یا مادر او است و شک داشته باشد که این از جمله محارم است یا غیر آنها، به (اصل عدم) نمی توان 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 برائت) در احکام شرعی، تتبع و تفحص از ادله. و بعد از عجز متمسک می شوند به اصل برائت. و اگر نه لازم می آید که هریک خبری از فقه و احادیث تکیه بکند به اصل برائت و اجتهاد نکند در تحصیل (رافع اصل برائت) 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 شک در این که آیا به حد رضاع محرم رسیده یا نه، مثل حال مجتهد است بعد از آن که علم بهم رساند که احکام مخالف اصل و مخالف عام در شریعت بسیار است، و احتمال وجود معارض

از برای اصل وعام از برای او حاصل شود، جایز نیست عمل به اصل وعموم مگر بعد از فحص واجتهاد از معارض ومخصص. خصوصا هر گاه ظن قوی به وجود آنها باشد. پس هر گاه تفحص کرد از حال رضاع، ونه علم قطعی ونه علم شرعی (که از راه بینه وامثال آن حاصل شود) از برای او بهم نرسد، حلال است نکاح هر چند علم به عدم آن بهم نرسد. ودر 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 تفريق کرد. و طلاقى ضرور نیست. والحاصل: هر چند رضاع امری است حادث بعد از ولادت انسان، و از باب نسب نیست (که با انعقاد نطفه حاصل است) واصل عدم تحقق آن از اصل یا به مقدار رضاع هست. ولكن تمكسك به این اصل بعد حصول رضاع في الجملة، مشکل است. زیرا که

[۵۰۸]

حكم به جواز نکاح بعضی زنان وعدم جواز بعض، دو حکم شرعی اند جدید که دخلی به اصل برائت ندارند، وهر 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 مالک 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. ونمی توانند گفت هر يك که (من نمیدانم مالک ده دینار هستم یا نه، واصل برائت ذمه من است). هر چند اصل عدم وصول مال به ده دینار تواند جاری شد.

ولكن: (۱) صحیحه عبد الله بن سنان از حضرت صادق (ع) که فرمود (كل شیء فيه حرام وحلال، فهو حلال لك ابدأ حتى تعرف الحرام منه بعینه فتدعه) (۲)، ودر روایت دیگر نیز فرمود (كل شیء هو لك حلال حتى تعلم انه حرام بعینه فتدعه من قبل نفسك وذلك يكون مثل الثوب عليك قد اشتريته وهو سرقة، او المملوك عندك ولعله حر قد باع نفسه، او خدع فبيع، او قهرا وامرأة تحتك وهى اختك ورضيعةك. والاشيا كلها على هذا حتى يتبين لك غير ذلك. او يقوم به البينة). (۳)

دلالت دارند بر این که مادامی که معلوم نشده است رضاع محرم، حلال باشد، و تفحص هم لازم نباشد. واگر بگوئی: که متبادر از حدیث (تردد امر است مابین حلیت وحرمت) مثل گندم مباح ومغصوب وجامه مباح ومغصوب، در صورت جهالت حال. ومراد از مجهول الحال آن است که بعد از تفحص حال آن مشتبه باشد، نه محض جهالت در اول امر. چنانکه در مال مجهول المالك معنی آن این است که بعد از بذل جهد وتفحص، 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 مالک را نمیشناسی این حکم دارد، حتی این که هر

گاه داخل بلدی بشوی و خرابه [ای] را مشاهده بکنی به محض این که نمیدانی که صاحبش کیست احیا توانی کرد به قصد تملك .

(۱). این «لکن» جواب جمله شرطیه ای است که در آغاز جواب فرمود: «هر چند می توان اشکال کرد در تمسک به اصل عدم تحقق رضاع». (۲) و (۳). وسائل، ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۴، ح ۱ و ۴.

[۵۰۹]

بلی گاه است که ید مسلم، یا سوق مسلمین قائم مقام تفحص می شود. پس هر گاه داخل بلدی شوی ودانی که گندم خلال و حرام هر دو در آن شهر هست، در آنجا تفحص لازم نیست، اصل حلیت گندمی است که میخری 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 می شود 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 می گیرد که یکی از اینها نباشد. و اینکه میبینیم اغلب مردم بلا تفحص نکاح می کنند، مبنی است بر این که غالب این است که میدانند که از اینها نیست، و ما به عیا میبینیم که هر گاه بشنوند که رضاعی، یا مصاهره ای واقع شده، کمال تفحص وجد و جهد می کنند. 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 بلکه عدل واحدی هم بگوید حرام است، اعتنا نمی کنیم در حکم به حرمت. چون اصل در گندم و نان حلیت انتفاع است. و معنی که از مغضوب آن شده، در غیر آنچه معلوم الغصیه 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 بهم نرسد جایز نیست. و آن موقوف است بر تفحص. و اینکه (بضع زنان درید ایشان است) در این مقام کافی نیست در حلیت از برای مردی که به گوش او خورده حصول رضاع في الجملة. بلی هر گاه تفحص کرد و ثابت نشد بر او که از جمله محرمات است، عمل به ظاهر حال می شود. چون غالب این است که نسوان از این فرقه ها نیستند. و اصل عدم تحقق رضاع و مصاهره، هم مؤید می شود. 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. خصوصا هر گاه احتمال بعد از عقد طاری شود به سبب اخبار کسی که قول او مثبت

[۵۱۰]

حکم نباشد. و هم چنین جامه ومملوك، غرض در همه این است که احتمال فساد با وجود عمل آوردن مقتضای تکلیف، ودلالتی ندارد بر این که د راول 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 بهم رسد، تفحص لازم نباشد. نهایت امر این است که فرموده است امام (ع) که بر او حلال است تا علم بهم رسد که رضاع به عمل آمده. واین مستلزم این نیست که تفحص لازم نباشد. ودر صورت سؤال هم مفروض این است که در اول شنیده بود نقل رضاع را، ولیکن 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 مطلقا حرام است یا نه بر فرض تحقق رضاع. پس این هم یکی از شرایط حلیت به سبب نکاح است که شارع قرار داده، و مراعات آن را هم نکرده. پس بنابر این، مال حلیت در حدیث آخری راجع می شود به حلیت ناشی از اصل برائت. چون بعد از تحقق حلیت 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. وحرمت ثابت نمی شود مگر با حصول علم به رضاع محرم. والحاصل: قبل از ورود شرع، اصل اباحه اشیاء، خالی از مضرت است تا نهی از شرع برسد. وبعد از آن که نهی رسید در بعضی اشیاء، حرام است تصرف در آن. وبعد از آن که معلوم شد که بعض اشیاء حلال است وبعضی حرام، لازم است بر کسی که علم به خصوص محرمات ندارد، تفحص از حال آن شئی وآن شبهه نفس حکم است. مثل این که بعد از آن که از شارع رسید که (گوشت بعض دواب وطيور حرام است). وما نمیدانیم که حرام آنها کدام است، نمی توانیم بدون احتیاط و بذل جهد بگوئیم (اصل حلیت است و تفحص واجب نیست). واز این جهت است که شارع قواعد قرار داده در غیر آنهائی که به خصوص تنصیص به حرمت آنها کرده، مثل سباع نبودن، وصفیف بیش از دفیف نبودن، وامثال آن. بلی بعد از تفحص وحصول ظن به این که آن شئی از محرمات نیست، به سبب آن ظن باز راجع می شود حکم آن به اصل اباحه سابق. و هم چنین در (شبهه موضوع) مثل این که میدانیم که گوشت میته گوسفند حرام است، ومذکاری آن حلال. ویا گندم مغصوب حرام است، وغیر مغصوب حلال. وزن مردم حرام است، وزن خود حلال. و متراضعین

[۵۱۱]

حرام، وغیر متراضعین حلال. وامثال آن. پس در اینجا نیز در اول وهله واجب است تفحص. مثل این که در صحرا قبه گندم ببینیم واحتمال دهیم که این گندم ما است چون در این صحرا زراعت داریم. واحتمال

دهیم که از غیر باشد، جزما جایز نیست تصرف در آن قبل از تفحص. و هم چنین در شب هر گاه داخل خانه شویم وزنی را ببینیم که خوابیده است و تاریک باشد و شناسیم، 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 میخریم 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 نمی شود بلکه تفسیر است از برای حدیث. یعنی این حکم به حلیت در جایی 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 مجوزو مصحح، مضر نیست. و تا علم قطعی به فساد حاصل نشود دست از آن بر نمیداریم. و هر گاه عمل به حدیث کنیم بدون تفحص و بدون مجوز شرعی و تریخی از جانب او، این در معنی نفی شریعت است. چنانکه اباحتیان می گویند (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 نمی توان کرد در اباحه تصرف در مال وزن 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 لغروجهم حافظون الاعلی ازواجهم اوما ملکیت ایمانهم... فمن ابتغی ورا ذلک فاولئک هم العادون) (۴) چگونه برداریم. در جایی که زوجیت محقق نشده. و چگونه حکم به زوجیت کنیم در جایی که اشتراط صحت آن به بودن زوجه غیر

ترجمت ترجمه
Translation Movement
www.IrPDF.com

(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.

[۵۱۲]

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 می گوئیم در جواب از این ایراد (۲) بلی این سخن ها تمام است در صورتی که حلال متحقق الحلیه و حرام متحقق الحرمة، در خارج موجود باشند. و امر مردد شود مابین آنها. نه در صورتی که شک داشته باشیم در وجود متحقق الحرمة. زیرا فرق واضح است مابین این که بگوئیم که (هر عین موجود خارجی که در نوع او چیزی هست که جزما متصف به حلیت است و چیزی هست که متصف به

حرمت است - مثل گوشت که بعضی انواع آن مذکی و بعضی میته است - حکم می کنیم در فرد موجود خارجی آن که نمیدانیم داخل کدامیک است که از قسم مذکی است) یعنی حکم آن را بر او جاری می کنیم 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 مانمی دانیم که این فرد معین آن میته موجود خارجی است یا مذکاری موجود خارجی است، حکم می کنیم که این فرد همان فرد خارجی مذکی است نه فرد خارجی میته). و مال فرق این است که معنی حدیث بنابر اول این می شود که نمیدانیم که این چیز آیا متصف شده به حرمت یا نه. و بنابر دوم این می شود که آیا این چیز عین آن چیز متصف به حلیت است یا عین آن چیز متصف به حرمت. و بالجمله: اشتباه در موضوع حکم به یکی از چهار وجه می شود: یکی: مجرد احتمال طاری شدن حرمت بر شئی. 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 می شود 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 مغصوب 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 بگویی» در چهار صفحه قبل.

[۵۱۳]

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 می توان بدون عسر و حرج تعداد و احاطه آنها کرد. مثل این که ده رأس گوسفند باشد که یکی یا دوتای آنها مغصوب باشد. یا دو جامه یا سه جامه که یکی از آنها مغصوب 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 مغصوب، یا در گله های شهر يك گوسفند مغصوب هست، و ندانیم کدام است. ظاهر این است که خلافتی در حلیت قسم اول، و قسم دوم از قسم سوم، نیست. چنانکه 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 مثلاً داخل شود در میان

ده دینار حلال وندانی کدام است، جایز است خرج کردن ده تایی آن، واجتناب از یکی. و قول دیگر جواز ارتکاب همه است، هر چند بعد از خرج همه دنانیر جزم حاصل می شود به شغل ذمه به آن دینار، ولکن معصیتی از برای او نیست وقول دیگر رجوع به قرعه است. وتفصیل ادله اقوال را در کتاب قوانین استقصا کرده ام. هر گاه این را دانستی می گوئیم که لفظ انساب واسیابی 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، وبعد مدتی این شخص وارد آنجا شود واحتمال بدهد که خواهری برای او بهم رسیده باشد، یا این که احتمال بدهد که در آنجا خواهر رضاعی بهم رسانیده باشد. واحتمال بدهد که این زنی را که می خواهد بگیرد از آنها باشد. اینها داخل آیه تحریم نیستند که اجتناب از آنها واجب باشد. وتفحص از این معنی هم لازم نیست. چون اصل عدم وجود خواهر، واصل عدم تحقق رضاع است بخلاف جائی که داند خواهر نسبی یا خواهر رضاعی دارد اما نمیشناسد ومشتبه

[۵۱۴]

است بر او، که در این صورت باید تفصیل داد که اگر در ضمن غیر محصور، مشتبه اند اجتناب وتفحص واجب نیست به دلیل عسر و حرج، هر چند در عنوان آیه داخل اند، چون (الفاظ) اسامی (امور نفس الامریه) می باشند، نه (ماعلم انه هو المسمى بذلك الاسم). ولکن تفحص وتجسس لازم است در جائی که عسر و حرج لازم نیاید. به دلیلی که پیش گفتیم در ضمن اشکال و ایراد. ودر 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. وبعد از تفحص وعدم حصول علم جایز است ارتکاب. چنانکه ظاهر حدیث است. پس لزوم تفحص منافات با عمل به مقتضای حدیث ندارد. واستدلال 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، ودر اثبات حلیت آن، اصل برائت کافی است، ومحتاج به آن حدیث صحیح هم نیست. بلکه آن حدیث ظاهر در غیر آن قسم است، چون ظاهر از لفظ (حلال وحرام) شئی متصف بالحلّیه 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 می آید استعمال لفظ واحد در معنیین مختلفین. بلکه اگر قسم دوم را هم خواهیم داخل کنیم همین لازم می آید، به اعتبار آن که ضمیر (فیه) را باید راجع به (عین موجوده) بکنیم

از برای قسم دوم، وراجع به (نوع آن) کنیم در قسم اول، وراجع به نوع هم که کردیم باید اراده کنیم (مایمکن ان یتصف بالحل والحرمة) بنابر قسم اول، و (ما هو متصف بالحل والحرمة) اراده کنیم بنابر غیر آن، وبه هر حال تأملی نباید کرد در این که در شبهه محصوره تفحص لازم است. ویا بقای بر اشتباه بعد از تفحص، رجوع به آن اقوال می شود. واز آنچه گفتیم ظاهر شد ضعف قول علامه در تذکره به (وجوب استهلال ماه رمضان وشوال، چون روزه اول آن واجب وروزه اول آن دیگر حرام است، وفعل واجب وترك حرام موقوف است بر استهلال. پس استهلال مقدمه واجب است). به تقریب آنچه گفتیم که وجوب اجتناب در شبهه محصوره در جایی است که حرام متحقق الحرمه در

[۵۱۵]

خارج موجود باشد. ودر شب آخر شعبان ورمضان که احتمال دخول ماه نو باشد، هنوز واجب یا حرام وقوع نیافته تا اجتناب از این وارتکاب آن لازم باشد. چون اصل عدم خروج ماه است از محاق وتحت الشعاع. وشهر سابق مستصحب است. وایبار 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 جزما غره ماه را افطار کرده وگاه است که سلخ شعبان غره بوده وماه رمضان سلخ نداشته. واما 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، ولكن فهم عرف و عقل مقتضی لزوم تفحص است. وبعد تفحص وعدم حصول علم، به مقتضای اصل رجوع می شود. وفروع این مسأله در احکام شرعیه از حد حصر متجاوز است. و از آن جمله مسأله (مستطیع وغیر مستطیع) است. ومسأله (مالك نصاب وغیر مالك نصاب). ومسأله (قاصد مسافت در صورت جهل به مسافت). ومسأله (كثير الشك) و (كثير السفر) وامثال آنها که شارع از برای هر يك حکمی قرار داده، و هر مکلفی که امر او مردد است مابین هر يك از اینها، بر او لازم است که تفحص کند وبه مقتضای آنچه گفتیم عمل کند.

۲۲۲: سؤال: چه می فرمایند در خصوص اموال ورخوت وتدارك دیگر که در بعضی از بلاد متعارف است که مرد به جهت زنی که می خواهد بگیرد قبل از عروسی می برد که زن راضی به تزویج کردن به مرد نمی شود مگر به بردن آن اشیاء ولكن در وقت عقد کردن داخل عقد نمی باشد. آیا این اموال ورخوت را شوهر تسلط دارد که بعد از تزویج نمودن از زن بگیرد؟ یا نه؟ مکرر از ملازمان عالی فتوی می رسد که رخوت زن مال مرد است. آیا هر گاه به این نحو در بلدی تعارف یافته باشد، زنان طلا وآلات ورخوت ونقد را مالک می شوند یا نه؟ نظر به آن که (عقود تابع قصود است) زن راضی به مهر مسمی نگردیده مگر به وفا نمودن شوهر به عهودی که قبل از تزویج نموده ورخوتی وزیوری ونقدی که قبل از عروسی وعقد،

نزد زن فرستاده. آیا می تواند شد که انتقال این اموال از قبیل حق جعاله راضی شدن زوجه به مهر مسمی شود که داخل یکی از عقود شرعیه باشد؟ یا نه؟ ودر

[۵۱۶]

صورتی که به منزله حق الجعاله شد، چون تعارف به این نحو است که رخوت مزبوره را به جهت زوجه شرط نموده می آورند که مقصود آن است که در خانه زوج بپوشد، واحتمال می رود که حق الجعاله متمتع در رخوت مشخصه باشد. آیا احتمال تملیک در این صورت مقدم است یا تمتع؟ و هر گاه این رخوت وطلا آلات به هیچ نحو از این انجا منتقل به زوجه نشود، وجه نقدی که قبل از عروسی متعارف است به جهت زن میفرستند، 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 وعین 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 می شود به لزوم آن، شرطی است که در ضمن عقد لازمی می شود. یعنی مابین ایجاب وقبول. 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. وانتقال ملك از زوج به زوجه محتاج است به ناقل شرعی وآن مفقود است بالفرض. واینکه گفته اند (العقود تابعة للقصود) دخلی به مانحن فیه ندارد. بلکه ظاهر مراد از آن معین است: یکی این که: از باب (لاعمل الابنية) باشد تا خارج شود مثل عقد غافل وهازل وناثم که قصدی ندارند. دوم این که: از باب (انما الاعمال بالنيات) (۱) باشد. چنانکه در مشترکات ملاحظه می شود. پس هر گاه کسی بگوید (ملکتك هذا بهذا) قابل بیع وهبه معوضه هر دو هست. و تعیین تابع قصد است در نفس الامر. واما 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 وبعد او، اوضح شاهی است بر این که اعتقاد لزوم وفای به شرط منافات ندارد با لزوم عقد بدون آن. و بر آن مطلب متفرع می شود 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.

[۵۱۷]

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، چنانکه مشاهده می شود در معاطات (کذا)، و وصیت به کتابت، هر چند به قرائن قطع حاصل شود به اراده وصیت. چنانکه اشهر و اظهر است. زیرا که چنانکه مزاجه به محض تراضی متحقق نمی شود چه می شود 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 نمی شود. 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 (شیریهائی که متعارف است که اولیامی 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 راضی شوی و به من هم شوهر کنی، من در ازای مجموع راضی شدن و شوهر کردن، این وجه را می دهم)، پس در این صورت در عوض بضع می شود. و عوض بضع چیزی نیست الا مهر. 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 می برند که زوجه بیاورد و در خانه زوج بپوشد و متمتع شود، جهالت در مال الجعالة حاصل می شود. 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 می شود که هر گاه آن را از باب شرط در ضمن عقد کند هم صحیح نخواهد بود. و چون جز مهر می شود [مهر هم] فاسد می شود [و] رجوع به مهر المثل می شود کلاً او بعضاً. چنانکه در جعالة مجهوله هم رجوع به اجرت المثل می شود. و عجیبتر آن که سائل با وجود احتمال اراده تمتع به آن (بلکه اظهر احتمالی بودن) خواسته است تملك 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.

[۵۱۸]

و اما سؤال از زوجه نقدی که قبل از عروسی میفرستند: پس اگر از برای این است که (بعینها یا بیدلها) به خانه شوهر بیاورد پس آن مثل لباس و زینت است، چنانکه 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 و عدم ناقل شرعی. و مفروض این

است که از باب هبه نیست. و بر فرضی که باشد هم احکام هبه بر آن جاری می شود. و اگر خواهیم این راهبه معوضه کنیم هم تمام نیست. و اکثر 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 میدهم 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 نمی توان آن زن را از دست آن مرد گرفت مگر این که او هم اقرار کند که (علم داشتم که طلاق اوجبری بود). یا شوهر اول دو شاهد عادل بگذارند که جبری بوده. در این وقت زن را از او میگیرند و به شوهر اول می دهند.

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 می شود؟ 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 نمی شود حتی به بوسیدن از روی شهوت، و محض از برای محرمیت مادرش عقد کرده، اظهر این است که باعث محرمیت نمی شود. و آن زن بر او حرام نمی شود. ولیکن 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 مابین زوج و زوجه، قبل از دخول زوجه ادعای اکراه بر عقد نماید. و قراین 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،

[۵۱۹]

زوجه می تواند 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 نمیفهمم. 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). 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 هرجا خواهد شوهر می کند. و مانع او نمی توان شد. و این امور مرافعه می خواهد. و هر کس اهل مرافعه است حکم را می داند.

۳۲۶: سؤال: شخصی از حکام مثلا صاحب تسلطی، زن بیوه ای را اکراه 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 وزن 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 می تواند 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 شرعا 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 زوج مقدم است؟ و بعد از قسم می تواند 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 هرجا که خواهد شوهر می کند. و هیچ کس مانع او

Translation Movement
[۵۲۰]

نمی تواند 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 می شود به مفارقت بین آنها. و هر گاه زوج مدعی شود که در طلاق مجبور بودم، و شاهدهی نداشته باشد، وزن بگوید به رضا بود، قول زوج مقدم است بایمین، و قسم [را] که خورد هر جا که خواهد شوهر می کند. 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 بایمین. و این مطالب چون محتاج است به مرافعه، هر کس اهل مرافعه است حکم را می داند.

۳۲۷: سؤال: شخصی زنی را به عقد نکاح خود در آورد، قبل از دخول آن زن را طلاق شرعی بدهد، وبعد از طلاق آن شخص مطلق پشیمان شده می گوید (من مجبور بودم به طلاق وبه فرموده شخص آمر جابری من زن خود را طلاق گفتم). آیا این سخن مرد شرعا مسموع است؟ یا صورت ندارد؟ ودر صورت عجز از بینه وعدم اثبات جبریت خود، غیر از قسم تسلط بر زن مطلقه دارد یا نه؟ و می تواند بعد از قسم، زن مسطوره مطلقه را شرعا مانع شود که شوهر اختیار بکند؟ وزن بعد از قسم خوردن اختیار دارد که به شوهر برود یا نه؟ وطریقه قسم خوردن را قلمی فرمائید که زن چه نحو قسم بخورد تا خلاص شود؟. وهمه کس این زن را می تواند بعد از قسم خوردن به عقد نکاح در آورد؟ یا مخصوص به آنهایی است که علم واطلاع بر این مقدمه نداشته باشند؟.

جواب: قول زوج به مجرد دعوی اکراه بر طلاق - هر گاه بینه نباشد - مقدم داشته نمی شود بر قول زوجه هر گاه زوجه منکر اکراه بر طلاق باشد (بلکه) قول زوجه مقدم است بایمین، مگر این که قرینه بر صدق زوج باشد (مثل این که در دست ظالمی باشد، یا محبوس باشد وادعای 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 می کند و هیچ کس مانع او نمی شود. هر کس که بر او معلوم نشده که زوجه مجبور بوده به طلاق، آن زن را می تواند بگیرد. واما کیفیت قسم: پس چون این امور مرافعه می خواهد، و مرافعه کردن وقسم دادن بدون حضور یا اذن مجتهد عادل (کسی را که اهل داند) نمی شود، فایده در بیان کیفیت قسم: نیست. هر کس اهل مرافعه است حکم وکیفیت قسم را می داند. والا قسم زوجه به



همین نحو باید باشد که قسم بخورد که زوج مجبور نبود به طلاق، وبه رضا طلاق گفت.

۳۲۸: سؤال: هر گاه کسی فضولا نکاحی کرد برای زید وزید بعد از اطلاع امضا نکرد و اظهار کراهت کرد، وبعد از مدتی گفت (الحال راضی شدم) آیا صحیح است یا باطل؟ -

جواب: ظاهر این است که باطل است. چون فضولی خلاف اصل است ودلیلی 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 می شود. وکلام مفید در مقنعه صریح است در آنجا که گفته است در عقد غیر ولی صغیره را، که (هر گاه بزرگ شود واجازه کند صحیح است. واگر ابا کند باطل می شود) ودر 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 (چنانکه جمعی دعوی کرده اند) و آیه (فان ارضعن لکم فاتوهن اجورهن) (۱) هم دلالت دارد. وقائل به فرقی نیست مابین 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 نمی دهد، 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 چنانکه 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، ج ۸، ص ۳۰۳.

مثل این که مادر پدر دارد و جد پدر دارد مادر پدر مقدم است بر جد پدر، پس آن معاوضه نمی کند با اجماعات منقول و شهرت عظیمه. و هر گاه پدران پدر نباشند، یا باشند و قادر نباشند، یا نتوان از آنها گرفت، واجب می شود بر مادر یا قدرت. و هر گاه مادر نباشد، یا باشد و قادر نباشد، واجب می شود 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 مادر داشته باشد مادر مادر مقدم است و هکذا.. هر چند بالا رود، و در هر مرتبه اقرب به فرزند مقدم است بر ابعد بدون فرقی مابین 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] مادرند، پس شریک اند در وجوب نفقه علی السویه با تساوی در درجه. و اما با تفاوت درجه مختص است وجوب انفاق به آن که اقرب است به منفق علیه. و در این حکم هم به خلافتی بر نخورده ام. تا اینجا سخن در نفقه اصول بود، یعنی آنچه نفقه دهنده آبا و امهات باشند. و اما هر گاه نفقه دهنده ارفروع باشد یعنی اولاد: مثل این که آن فقیر پدر و مادر و احد را ندارد، یا دارد ولیکن قادر

نیستند، ولیکن فرزند قادر دارد. پس اگر آن فرع يك نفر است وقادر است بر نفقه، واجب است بر او نفقه اصل. و هر گاه متعدد باشند ودر درجه هم مساوی باشند واجب است بر همگی. علی السویه وشريك اند در نفقه دادن. و هر گاه متفاوت باشند در درجه، وجوب مخصوص اقرب است به محتاج. ومشهور این است که فرقی مابین ذکر و انثی نیست. وبعضی گفته اند واجب است بر ذکر به انثی. وبعضی گفته اند واجب است بر هر دو به حسب میراث. ودلیل آنها وضوحی ندارد. و هم چنین مشهور عدم فرق است مابین قادر بر انفاق بالفعل وقادر بالقوه. و از بعضی خلاف ظاهر می شود. واشکال در صورتی که دو نفر باشند که یکی قارد بالفعل است و دیگری قادر بالقوه، بیشتر است. واما هر گاه مجتمع شود اصل وفروع که آنها را (عمودان) می خوانند، مثل این که محتاج پدر دارد وپسرهم دراد، یا پدران پدر وپسران پسر، پس شريك خواهند بود در وجوب انفاق هر گاه مساوی باشند در درجه. واقرب مختص است به وجوب با تفاوت

[۵۲۲]

درجه. پس اگر پدری دارد وپسری، مساوی اند در وجوب. و هر گاه پدری دارد وپسر پسری واجب است بر پدر. و هم چنین هر گاه پسری دارد وپدر پدری، واجب است بر پسر وهکذا.. ودر مسالك اشکال کرده است در صورتی که فرع انثی باشد، مثل این که پدری دارد ودختری. و [نیز] در صورتی که اصل مادر باشد خواه فرع ذکر باشد یا انثی. و علامه هم در صورت اخیر در قواعد تردد دارد وبعد از این اشکال، اختیار مساوات کرده. چنانکه جمعی دیگر هم این را تقویت کرده اند. تا اینجا کلام در نفقه دهنده بود. واما نفقه گیرنده: پس هر گاه متعدد باشند وهمه فقیر باشند ونفقه دهنده هم قادر باشد، لازم است بر او نفقه همه. و هر گاه قادر بر همه نباشد مقدم میدارد اقرب فالاقرب را، خواه از اصول باشد وخواه فروع، خواه ذکور باشد وخواه اناث. و هر گاه وسعت منفق به قدر نفقه متعد نباشد [ونفقه گیرنده ها متعدد ودر 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 وآن در صورت قسمت منتفی است. و بعضی احتمال داده اند ترجیح آن که اضعف باشد به سبب صغر یا مرض، بدون قرعه.

۲۲۰: سؤال: هر گاه زید با مادر زن خود ملاعبه کند حتی به حدی که تفخیز به عمل آید وانزال شود واما دخول به عمل نیاید: نه در قبل ونه در دبر. آیا زوجه او بر او حرام می شود یا نه؟ - و آیا فرقی هست مابین این که قبل از تزویج باشد یا بعد -؟.

جواب: ظاهراً قائلی به نشر حرمت در اینجا نیست. الا آنچه ظاهر می شود از فخر المحققین که مسأله خلافی است، یعنی در صورتی که قبل از تزویج باشد. وشهید ثانی وصاحب 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 زنا 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 زنا لاحق خلافتی نباشد مطلقا. و هیچ اشکالی در عدم نشر حرمت در ملاعبه مذکوره بعد از تزویج نیست. و قبل از تزویج هم اظهر و اظهر همین است.

۳۲۱: 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؟ .

[۵۲۴]

جواب: به تحلیل زوجه وطی حلال می شود. اظهر و اظهر این است که تعیین مدت ضرور نیست. و ظاهر این است که هر وقت پشیمان شود می تواند منع کرد. هر چند تعیین مدت کرده باشد و مدت هنوز منقضی نشده باشد.

۳۲۲: 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: اظهر میان علما (چنانکه از مسالك و مفاتيح ظاهر می شود) 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، می تواند. و اگر وصی مطلق است، نمی تواند. و قول دیگر هست در مسأله که هر گاه صغیر بالغ شود یا فساد عقل، و ضرورتی داشته باشد به نکاح، وصی ولایت دارد. والا، فلا. و اظهر قول اول است، و خصوص صحیح محمد بن اسماعیل [بن] بزیع 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 صحیح ابی عبیده 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 وجد، نمی باشد)^(۳) و از شیخ در تبیان و طبرسی در مجمع البیان ظاهر می شود 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 زوجاهما فنعم. [قلت: فهل يجوز طلاق الاب؟ قال: لا]).^(۴) که مفهوم آنها

این است که هر گاه غیر پدر تزویج آنها کرده باشد، توراخی نیست. واین نیست مگر به جهت بطلان عقد. واما دلیل قول دوم: پس آن عموم آیه است. یعنی (فمن بدله بعدما سمعه فانما اثمه

(۱). وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائه، باب ۸، ح ۱.

(۲). وسائل، ج ۱۷، ابواب میراث الازواج، باب ۱۱، ح ۱.

(۳). وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائه، باب ۱۱ و ۱۲.

(۴). همان مرجع، باب ۱۲، ح ۱.

[۵۲۵]

علی الذین یدلونہ (۱) وصحیحہ محمد بن مسلم (عن الباقر - ع - [سألتہ عن] الذی بیده عقدہ النکاح، فقال: هو الاب والاخ والموصی الیہ والذی یجوز امرہ فی مال المرأة من قرابتها) (۲) وصحیحہ ابی بصیر (۳) وروایت دیگر او (۴) که قریب به همین مضمون اند. وعموم آیه ممنوع است. زیرا که ظاهر آیه وصیت در مال است چون فرموده است (کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیرا الوصیة للوالدین والاقربین حقا علی المتقین فمن بدله بعدما سمعه... الایہ). زیرا که مراد از (خیر) مال است. واینکه نکاح مستلزم صرف مال می شود، منشأ جواز نکاح نمی شود. واحادیث هم مشتمل اند بر چیزی که احدی از اصحاب قائل به آن نیست که ولایت با برادر باشد، هر چند ظاهر این است که این مضربه استدلال نیست ولیکن شکی نیست که موجب مرجوحیت می شود. وچون این احادیث در بیان بخشیدن مهر غیر مدخوله است که در تفسیر آیه وارد شده است دلالت آن بر حکم نکاح صغیر اضعف می شود. چون متبادر از عطف (الذی بیده عقدہ النکاح) این است که عفو مهر باشد، پس شاید که مراد از موصی الیه آن باشد که موصی وصیت کرده باشد در امر مال، یعنی: هر گاه زوج صغیر او خواهد طلاق بدهد به شرط عفو همه مهر وصلاح صغیره در آن باشد وصی تواند عفو کرد. نه این که وصی ولی باشد در اصل عقد. و هم چنین برادر در وقتی که وکیل باشد از جانب زوجه، یا مطلق وکیلی که امور اموال او به دست او باشد، یا جد یا حاکم از حیثیت ولایتی که در مال دارند. واما این که هر کس ولایت مال دارد ولایت نکاح دارد - چنانکه این خبر اشعار به آن دارد، و اخباری که در مسأله نکاح بکر بالغه است (۵) که دلالت دارند بر این که چون ولایت مال او به دست او است پس ولایت نکاح هم با او است - پس آن تمام نیست. زیرا که شاید مراد در این خبر همین باشد که گفتیم. ودر اخبار باکره بالغه ظاهر این است که مراد بیان رشد باشد که فرموده اند (هر گاه بکر مالک امر خود است و می خرد و می فروشد پس نکاح او بر نفس خود جایز است) نه این که هر کس تسلط در امر مال دارد

(۱). آیه ۱۸۱ سوره بقره.

(۳). وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائه، باب ۸، ح ۵.

(۳). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۲، ح ۱.

(۴). وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائه، باب ۸، ح ۴.

(۵). از آنجمله ح ۶، از باب ۹ ابواب عقد النکاح، وسائل ج ۱۴.

[۵۳۶]

در امر نکاح [نیز] دارد. ودلیلی 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. چنانکه مشهور علما است. بلکه شائبه اجماع در آن هست چنانکه از مسالك ظاهر می شود، هر چند ظاهر می شود از او توقف. و هم چنین از صاحب مدارك در شرح نافع از جهت عمومات ادله ولایت حاکم [توقف ظاهر می شود]. وگمان 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 می شود 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 تبادر (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 المستترابة 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 مستترابه بود، مطلقه ساخته بدون اعتزال به طریق

(۱). وسائل، همان ابواب، باب ۱۱ و ۱۲.

[۵۳۷]

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: سألت عن المرأة یستربا بها ومثلها تحمل و مثلها لا تحمل ولا تحيض وقد واقعها زوجها، کیف یطلقها اذا اراد طلاقها؟ قال: لیمسک عنها ثلاثة اشهر ثم یطلقها). (۱) و صحیحہ اسماعیل بن سعید اشعری (قال: سألت الرضا - ع - عن المسترابة من المحيض کیف تطلق؟ قال: تطلق بالشهور). (۲)

و بدان که اتفاق کرده اند علما (چنانکه از محقق و علامه ظاهر می شود) بر این که حیض و نفاس در احکام مساوی اند، الادراقل و اکثر، و در رجوع به عادت نسا روایات و تمیز و در ماضی اقل الطهر بین النفاسین. پس بنابر این چنانکه 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 چنانکه صحیح است طلاق بعد از انقطاع حیض و دخول در طهر به شرط عدم مواقعه، همچنین است در نفاس. و دلالت می کند بر آن موثقه ابو العباس (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل طلق امرأته بعد ما ولدت وطهرت وهي امرأته لا ترى دما مادامت ترضع، ماعدتها؟ قال: ثلاثة اشهر). (۴) و ترك استفعال و تقرير 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 علمای 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 ازودلات منقطع شده به سبب نفاس، خصوصا حکمت در این مکث ظهور 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 می توان داد. و توهّم تعبد هم در این حال معنی ندارد، به جهت این که حدیثی وارد نشده که مستترابه مطلقا باید سه ماه صبر کند. به جهت آن که مورد روایت داود بن ابی یزید این است

که (مستترابه 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 نمی تواند گفت که: نظر به امر (فلیمسک) باید ثانیاً امتثال حاصل شود و این نمی شود الا به قصد امتثال، پس از باب تعبد خواهد بود. پس می گوئیم که: مانحن فیه نه مورد حدیث است و نه کلام فقها. به جهت این که این زن مادام الحمل (متیقن الحمل) بوده نه (مستترابه الحمل)، و بعد از ولادت قبل از حصول وقاع نیز مستترابه الحمل نیست، بل متیقن العدم است. و در حال نفاس هم مستترابه الحمل نیست، چون در حکم حیض است و منع از طلاق به سبب نفاس است نه به سبب مستترابه بودن پس وقاعی که قبل از ولادت حاصل شده، وقاع مستترابه الحمل نیست تا مورد حدیث و کلام فقها شود. و بر فرضی که بعد از طهر از نفاس، صدق کند مستترابه بر او - نظر به اصطلاح فقها که تعمیم داده اند لفظ مستترابه را به حیثیتی که شامل صورتی است که مطلقاً احتمال حمل در آن نباشد، مثل این که حیض او منقطع شود و ریه حملی نباشد - لکن از حدیث [ی] که دلیل مسأله است بر می آید که: سه ماه صبر کند به شرط این که وقاعی حاصل شده باشد بر مستترابه در حالی که متصف است به وصف (مستترابه بودن). چون (مشتق) حقیقت است در (متلبس بالمبدأ)، نه غیر آن. خصوصاً در (ماسیتلبس فی المستقبل). و اما صحیحه اسماعیل بن سعید: پس قطع نظر از این که محتمل است که مراد بیان عده باشد نه طلاق، می گوئیم 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، وزن مستترابه 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 شهر بکند) یعنی هر گاه سه ماه از وقاع گذشته همین در حکم طهر غیر مواقعه است.

[۵۲۹]

و چون نفاس در حکم حیض است و پاکی از آن در حکم طهر است پس صادق است که طهر غیر مواقعه 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.

۲۲۴: 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 واطهر این است که اذن پدر شرط نیست، بلی احوط است.

۳۲۵: سؤال: هر گاه دختر بعد از عقد منکر شود، آیا قبل از تحلیف می توان 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 بینة ندارد، قسم متوجه دختر می شود، هر گاه قسم خورد دعوی ساقط می شود در ظاهر حکم شرع. و دختر می تواند شوهر بکند در ظاهر شرع. و هر گاه مرد علم دارد به عقد و اینکه 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 نمی تواند کرد. و مادر او را نمی تواند عقد کند، و هم چنین دختر برادر و خواهر او را نمی تواند گرفت بدون اذن او و همچنین خواهر او را مادامی که او را طلاق ندهد نمی تواند 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 می شود به زوجیت در ظاهر شرع. و بر ایشان لازم است که عمل کنند به مقتضای آنچه درواقع ثابت است. و اما سؤال از این که (آیا دختر قبل از قسم خوردن می تواند شوهر کند یا نه) پس اظهر این است که بلی می تواند. همچنانکه در سایر مواضعی که تصرفات مدعی علیه در آنچه در دست او است جایز است مادامی که حکم برخلاف آن از حاکم صادر نشده باشد. و لکن هر وقت که مدعی خواهد او را قسم می دهد هر چند شوهر کرده باشد. و باز به



مقتضای قسم عمل می شود. هر گاه زوجه نکول کرد از قسم، و زوجیت زوج اول ثابت می شود علی الاقوی، و بعد از رد قسم به مدعی و قسم خوردن او نیز بنابر قول دیگر، و هر گاه آن دختر بعد از شوهر کردن، اقرار کند به عقد سابق، اقرار او ضروری به حقوق زوج ثانی نمی رساند. 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 آمد). در این وقت مستحق مهر المثل می شود. چون این جواب طول بهم 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 نمی شود و هر وقت خواهد او را قسم می دهد، و به مقتضای آن عمل می کند. 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. وخواهر زاده ویرادر 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 وبعد 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 می تواند آن دیگری را نکاح کند یا نه؟ و آیا دو کنیزی که خواهر هم باشند می تواند 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 دیگر را نمی تواند گرفت مگر بعد از فوت این خواهر اول یا طلاق او یا انقضای مدت او در متعه. و اگر دو خواهر را به يك صیغه عقد کند، یا به دو صیغه ولیکن به دفعه واحده (مثل این که دو نفر را وکیل کند هر یکی را برای عقد یکی از آنها، و هر دو در آن واحد صیغه را جاری کنند) پس اظهر و اشهر بطلان عقد

(۱). آیه ۲۳ سوره نساء.

(۲). وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۴ الي ۲۹.

[۵۳۱]

هر دو است. چون اصل عدم صحت و حلّیت است و عموماً (فانكحوا 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 نهایه و ابن براج و ابن 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 محله و محرمه در عقد واحد، و صحیح است در محله دون محرمه. و آن قیاسی است مع الفارق. و دوم صحیحه جمیل بن دراج است در کتاب فقیه (عن ابی عبد الله - ع - في رجل تزوج اختين في عقدة واحدة: قال: يمسك ایتهما شا ویخلى سبیل الاخری [و قال في رجل تزوج خمساً في عقدة واحدة قال: یخلى 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 وقواعد 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 میدارد یکی از آنها را به عقد تازه و رها می کند 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 اتى ارضا فنكح اختها وهو لا يعلم، قال: یمسك ابتهما شا ویخلى سبیل الاخری). (۶) 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 میدارد و دیگری را سر می دهد. و باید در اینجا مراد این باشد که جایز است که طلاق بگوید اولی را و دومی را به عقد تازه نکاح کند. چنانکه 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.

[۵۳۲]

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: یفرق بینة و بین المرأة التي تزوجت بالشام ولا یقرب 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 نمی دانسته که خواهر اولی است، به اولی دخول نمی تواند 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 خلافتی 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 خلافتی نیست. و اخبار مستفیضه دلالت دارد بر آن. (۳) و فحواى صحیحه زراره هم دلالت دارد بر آن. (۴) و اما عده منعه: 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 می شود شاید صحیح باشد) و در آخر گفته است که (جایز است که این مختص متعه باشد). دلیل این جماعت صحیحه حسین بن سعید است (قال: قرأت في كتاب رجل الى ابى 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 و ابن بابویه نیز روایت کرده اند. و

(۱). همان مرجع، باب ۲۶، ح ۱.

(۲) و (۳). وسائل، ج ۱۴، ابواب العدد، باب ۴۸، ح ۱ ای ۵ و ج ۱۵ ابواب ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۸، ح ۱ و ۲.

(۴). وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۶، ح ۱.

(۵). همان مرجع، باب ۲۷، ح ۱.

[۵۲۲]

همچنین در نوادر احمد بن محمد بن عیسی. و اما دلیل مشهور پس بر نخوردن به چیزی مگر علت منصوصه که از اخبار مستفاد می شود در مسأله طلاق، مثل صحیحه 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) وحسنه حلبی (به ابراهیم بن هاشم) (عنه - ع - فی رجل طلق امرأته او اختلعت اوبانت، اله ان یتزوج باختها؟ قال: فقال: اذا برأت عصمتها ولم یکن له علیها رجعة فله ان یخطب اختها). (۲) وجه استدلال این است که در این احادیث ظاهر می شود 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 ملک نیست. و در قول به کراهت هم اشکال هست و تصریح به آن از غیر شیخ در نظر نیست. و لکن صحیحه علی بن یقطین ظاهر است در کراهت آن، (قال: سألت ابا ابراهیم - ع - عن اختین مملوکتین وجمعهما، قال: تستقیم ولا احبه لك قال: و سألت عن الام والبنت المملوکتین، قال هو اشدهما ولا احبه لك). (۳) و شیخ این را حمل کرده بر جمع در ملک 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 جمیعا، قال: قال علی - ع - احلتهمآیة وحرمتهمآیة وانا انهی عنهما 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 ملک 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 ۳۹، ح ۳ و ۴.

[۵۲۴]

مطلق امتین، یعنی منع می کنم نفس و ولد خود را از دو کنیز، یعنی حتی در تملک آنها. والا بر شیخ وارد خواهد آمد که ظاهر حدیث اتحاد مورد حکم روایت است و آن نمیسازد با این تردید شیخ. واولی این است که بگوئیم که مراد از آیه (والذین هم لفروجهم حافظون) است که عموم آن دلالت بر حلیت جمع می کند. و آیه تحریم آیه (وان تجمعوا بین الاختین) است. ووجه دلالت آن در کنیز این است که تقدیر شود در آیه نکاح ووطی، هر دو، یعنی حرام است نکاح امهات ووطی آنها، یا نکاح آنها هر گاه وطی به عمل نیاید. و هکذا سایر محرمات تا برسد به (ان تجمعوا بین الاختین). یعنی حرام است نکاح اختین جمعا ووطی آنها جمعا، تا دلالت کند بر حرمت عقد اختین دون جماع ووطی 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 می کنم از آن نفس وولد را. یعنی بنا را به عمل به آیه تحریم میگذارم و تخصیص می دهم آیه ملك را. ووجه تخصیص خود وولد خود تقیه باشد. چنانکه شیخ در استبصار کلام امیر المؤمنین (ع) را حمل بر آن کرده، و موثقه معمربن 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 وولده. قلنا کیف یکون ذلك؟ قال: احلتها آیه وحرمتها آیه اخرى. فقلنا هل الا ان تكون احديهما نسخت الاخری ام هما محکمتان ینبغی ان یعمل بهما؟ فقال: قد بین لهم ان نهی نفسه وولده. قلنا: ما منعه أن یمکن ذلك للناس؟ قال: خشی ان لا یطاع ولوان امیر المؤمنین ثبتت قدماه اقام کتاب الله کله والحق 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 می گویند (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 ومتبادر ومناسب است قد مشترك ما بین نکاح ووطی وسایر استمتاعات است و اجتماع حقیقی به غیر ووطی از سایر استمتاعات ممکن است. و به هر حال اشکالی در حرمت جمع در جماع واستمتاعات نیست. به عموم آیه و اخبار واجماع. پس هر گاه ووطی کرد به یکی از اختین مملوکتین حرام است بر او ووطی آندیگری بدون اشکالی وخلافی، وحلال نمی شود الا به این که آن اولی را از ملك خود بیرون کند به بیع یا هبه یا امری دیگری ارناقات ملك. وبعد از بیرون کردن اولی از ملك خود، حلال می شود دومی بدون اشکال وخلاف. ودلالت می کند بر این صحیحه عبد الله بن سنان (قال: سمعت ابا عبد الله - ع - يقول: اذا كانت عند الرجل الاختان المملوكتان فنكح احدهما ثم بداله في الثانية فنكحها فليس ینبغی له ان ینكح الاخری حتی تخرج الاولى من ملكه یهبها او یبیعها فان وهبها لولده یجزیه). (۱) وموثقه معاویه بن عمار (قال سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل كانت عنده جارتان اختان فوطئ احدهما ثم بداله في الاخری قال: یعتزل هذه ویطأ الاخری قال: قلت: فانه تنبث نفسه للاولی، قال: لایقربها حتی تخرج تلك عن ملكه). (۲) ولفظ (عزل) را در این روایت باید حمل کرد بر اراده اخراج از ملك، چنانکه مقتضای حمل مطلق بر مقید است. واشکال کرده اند بر این، که باید اخراج از ملك به عقد لازمی باشد یا به عقد متزلزل هم می شود (مثل بیعی که خیاری از برای بایع در آن باشد، یا هبه ای که واهب در آن رجوع تواند کرد)؟ ظاهر نص دلالت می کند بر کفایت مطلق اخراج خصوصا بنابر مختار که (ملك به مجرد عقد منتقل می شود به مشتری. نه به انقضای ایام خیاری). وراه خیال این که عقد متزلزل کافی نیست، این است که به سبب تسلط بر فسخ، در حکم مملوکه است. واین اجتهادی است در مقابل نص. زیرا که استنباط علنی کرده که باید از برای مالك ممتنع باشد ووطی آن. واین ممنوع است، با وجود این که اگر [مراد] امتناع في الجملة است، به همین عقد متزلزل حاصل می شود. زیرا مادامی که رجوع نکرده ممتنع است. واگر

(۱)و(۲). همان مرجع، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۹، ح ۲۰۱.

[مراد] امتناع ابدی است، در عقد لازم [هم حاصل نمی شود] چون ممکن است رجوع به عقد جدید، یا به میراث. وادعای این که مراد این است که (باید امتناعی باشد که خود مستقل نباشد در رجوع ودر 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. خصوصا 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 می شود که به اجنبی دادن اولی واطهر 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. واما 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 مذهب از تذکره نقل کرده اکتفای به آن را (چون این تحریمی است که دفع آن نمی توان 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 ولیکن اکتفا به کتابت کرده هر چند مشروط باشد. چنانکه مختار تذکره است. واطهر متابعت نص است که معتبر خروج از ملك است. وبنابر این سایر وجوه حرمت، بی اشکال کافی نیست. مثل رهن دادن که بدون اذن مرتهن حرام است. و هم چنین روزه و احرام و حیض. و هم چنین تحریم به جهت قسم خوردن، ورده گفتن، ودر عده بودن به سبب وطی شبهه. و بیع بعض آن کافی است (چنانکه ابن فهد (ره) تصریح به آن کرده) چون منشأ

(۱). همان مرجع، ج ۶.

نهضة الترجمة [۵۲۷]

Translation Movement

تحریم است با خروج از ملك في الجملة. و فرقی نیست در دخول که منشأ تحریم می شود ما بین قبل و دبر. واما در مقدمات آن مثل بوسیدن و لمس و نظر شهوت، اشکال است. واطهر عدم اکتفا است به آنها. و از این که در مسأله تحریم مملوکه فرزند اگر به شهوت نظر کرده باشد، بر پدر او حرام می شود - بنابر مشهور به سبب احادیث صحیحہ (۱) که در آن وارد شده - لازم نمی آید که در اینجا هم منشأ تحریم شود، و الحاق به آن قیاس است. تا اینجا کلام در حرمت ثانیه بود بعد وطی اولی. واما هر گاه وطی کند ثانیه را ومرتکب این حرام شود؛ پس خلاف است در این که آیا اولی حرام می شود یا نه؟ و در این پنج قول است. مشهور ما بین متأخرین (چنانکه در مسالك نسبت به آنها داده) این است که اولی حرام نمی شود، به دلیل اصل (۲) و استصحاب واحادیث مستفیضه بلکه متواتره به این مضمون که (ان الحرام لا یحرم الحلال). (۳) خصوصاً صحیحہ 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). (٤) وبنابر این پس هر وقت که یکی از آنها را از ملك خود بیرون کند آن دیگری حلال می شود خواه اخراج کند از برای عود به اولی یا نه. و اگر اخراج نکند هیچ کدام را پس دومی حرام است واولی حلال است. واین قول مختارابن ادریس ومحقق وعلامه است در قواعد، وسایر متأخرین که از ایشان نقل شده، ودر کمال قوت است. ولکن در اینجا احادیث معتبره بسیار هست که مخصص اصل واستصحاب و عمومات می توانند شد. (٥) ولکن به سبب اختلاف واضطراب آنها اعراض کرده اند از آنها، و طرح آنها هم به غایت مشکل است، چون شیخ در نهاییه وجمعی بعد او مثل ابن براج و علامه در مختلف وولد او در ایضاح وشيخ علی وغیر ایشان به آنها عمل کرده اند. ولکن به سبب اختلاف در کیفیت جمع ما بین آنها، اقوال مختلفه بهم رسیده. اصح اقوال قول

- (١). وسائل، ج ١٤، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ٣.
- (٢). در نسخه: به دلیل امر.
- (٣). وسائل، ج ١٤، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ٨، ح ١٦ الي ٦ و ٨ و باب ٩، ح ٢٣ و ٤.
- (٤). همان، باب ٨، ح ٥.
- (٥). همان، باب ٢٩، ح ٧ و ٩ و ١٠.

[٥٣٨]

شیخ است در نهاییه واتباع او. وآن این است که هر گاه وطی کند ثانیه را با علم به حرمت آن، حرام می شود 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. واما 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 بخو جمع کرده است بین الاخبار. وقول دوم تفصیلی است که شهید ثانی در شرح لمعه اختیار کرده. واین قول را محقق هم در شرایع نقل کرده وشهید ثانی (ره) در مسالك گفته است که (قائل را نمیدانم کیست). وآن تفصیل این است که هر گاه وطی کند ثانیه را با علم به تحریم حرام می شود 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 نمی شود بر او اولی. وعبارت ابن حمزه در وسیله موافق همین قول است. وآن این است (فان ملك اختین ووطئ باحدهما، لم یجزله وطی 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 لالعود اليها، فان اخرجها من ملكه للعود اليها لم یحل له حتی تموت. وان لم یكن

عالماً بالتحريم جازله العود اليها). واين قول را نسبت به ديگران هم داده اند. واين قول اظهر است به ملاحظه جمع بين الاخبار. پس مادر اين مقام اخبار را ذكر مى كنيم تا حقيقت حال ظاهر وواضح شود. واز جمله آنها حسنه حلبى است (به ابراهيم بن هاشم) - (عن الصادق - ع - قال وسئل عن رجل كانت عنده اختان مملوكتان فوطئ احديهما ثم وطئ الاخرى. قال: اذا وطئ الاخرى حرمت عيله الاولى حتى تموت الاخرى. قلت: ارأيت ان باعها اتحل له الاولى؟ قال: ان كان يبيعها لحاجة ولا يخطر على قلبه من الاخرى شيئ فلا ارى لذلك بأساً وان كان يبيعها ليرجع الى الاولى فلا ولا كرامة) (١)

(١). همان، مرجع، ذيل ج ٩ از باب ٣٩ - فروع، ج ٢، ص ٣٧ - فقيه، ج ٢، ص ١٤٤.

[٥٣٩]

واين را صدوق هم روايت کرده به سند خود از علا بن رزين از محمد بن مسلم از حضرت باقر. (١) وموثقه على بن ابي حمزه (عن الكاظم - ع - قال: وسألته عن رجل ملك اختين أيطأهما جميعاً؟ قال: يطئ احدهما واذا وطئ الثانية حرمت عليه الاولى التى وطئ حتى تموت الثانية او يفارقها وليس له ان يبيع الثانية من اجل الاولى ليرجع اليها الا ان يبيع لحاجة او يتصدق بها او تموت). (٢) وموثقه ابو بصير (قال: سألت ابا عبد الله - ع - عن رجل كانت له اختان مملوكتان فوطئ احديهما ثم وطئ الاخرى ايرجع الى الاولى فيطئها؟ قال: اذا وطئ الثانية فقد حرمت عليه الاولى حتى تموت او يبيع الثانية من غير ان يبيعها من شهوة لاجل ان يرجع الى الاولى). (٣) وصحيحه محمد بن اسماعيل بن بزيع (عن محمد بن فضيل عن ابي الصباح الكناني عن ابي عبد الله - ع - قال: سألته عن رجل عنده اختان مملوكتان فوطئ احديهما ثم وطئ الاخرى [فقال: اذا وطئ الاخرى فقد] حرمت عليه الاولى حتى تموت الاخرى. قلت: ارأيت ان باعها؟ فقال: ان كان انما يبيعها لحاجة ولا يخطر على باله من الاخرى شيئ فلا ارى بذلك بأساً، وان كان انما يبيعها ليرجع الى الاولى فلا) (٤) ودر سند اين روايت محمد بن فضيل است وظاهر اين است كه وي ثقة باشد. وعلامه مكرر سندی كه او در آن هست او را تصحيح مى كند. و شهيد ثانی نیز در مسالك گفته است كه سند آن صحيح است ولكن اشكال در متن آن كرده است. زیرا كه لفظ (فحرمت عليه الاولى) نه مربوط است به كلام امام (ع) ونه به كلام راوى وگوياء از آن چيزى افتاده باشد. وچنين است كه گفته است. وظاهر اين است كه لفظ (قال) قبل از آن ساقط شده باشد. (٥) وممكن است كه بگوئيم [از] كلام راوى است يعنى (سؤال كردم از آن حضرت از حكم چنين مردى كه وطئ كرد كنيز اول را بعد از آن وطئ كرد ثانی را پس حرام شد بر او اولی تا این كه دومی بميرد. وگفتم خبر

کن مرا که اگر بفروشد او را چه حال دارد). پس گویا راوی حکم صورت موت را می داند و سؤال از بیع می کند. پس لفظ (قلت) یا (عطف بیان) جمله سألست است. تا آخر، یا

- (۱). همین مرجع ذیل ح ۹ از باب ۲۹ - فروع ج ۲، ص ۳۷ - فقیه ج ۲، ص ۱۴۴.
 (۲) و (۳) و (۴). وسائل، ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة، باب ۲۹، ح ۷ و ۹ و ۱۰.
 (۵). آن چه ساقط شده عبارت «فقال: اذا وطئ الاخری فقد» می باشد که محققین اخیر روشن کرده اند و ما آن را در متن حدیث میان علامت [] قرار دادیم.

[۵۴۰]

معطوف است بر آن به حذف عطف. و به هر تقدیر مطلب از آن حاصل می شود. 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 یشتري الاختین فیطئ احدیهما ثم یطئ الاخری بجهالة. قال: اذا وطئ الاخرة بجهالة لم تحرم علیه الاولى وان وطئ الاخرة 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 نمی شود. و از حیثیتی مقید است که حرمت اولی در صورت علم به حرمت ثانیه است نه در صورت جهل. پس (چنانکه طریقه جمع است) مطلق هر يك از این دو طایفه اخبار را حمل می کنیم بر مقید طایفه دیگر. پس می گوئیم که کل این اخبار متفق اند در این که در صورت علم به حرمت، حرام می شوند. 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 می گوئیم 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 نهایه و اتباع او: پس گویا نظر ایشان جمع بین الاخبار است

- (۱). همان مرجع، ج ۵ - فروع، ج ۲، ص ۳۷ - فقیه، ج ۲، ص ۱۴۴ - تهذیب، ج ۲، ص ۱۹۷.
(۲). دومی صحیح است.

[۵۴۱]

به نحوی که ما کردیم. وعلاوه بر آن کرده است این که در صورتی چهل هم مشروط است جواز رجوع به اولی به اخراج [دومی] از ملك. ولكن 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 - في رجل كانت عنده اختان فوطئ احديهما ثم اراد ان يطأ الاخرى. قال: يخرجها عن ملكه. قلت: الى من؟ قال: الى بعض اهله. قلت: فان چهل ذلك حتى وطئها. قال: حرمتها عليه كلتاهما). (۱) در تهذیب گفته است: قوله ع (حرمتها عليه جميعا) یعنی به مادامتا في ملكه. واما اذا زال ملك احديهما فقد حلت له الاخرى. وقد قدمنا ما يدل على ذلك. و بعد از آن موثقه ابی بصیر را ذکر کرده است برای مؤید دلالت. وتو میدانی که این جمع، قاعده نیست. ودلیلی بر این گونه جمع نیست. با وجود این که بنابر این فرقی بین صورت علم وجهل نمی ماند با وجود این که در صحیحه تصریح به فرق شده. وقید (اخراج از ملك) که به سبب حسنه حلبی (وآنچه در معنی آن است) مستفاد شده هم به شرط عدم نیت عود است. ومقید دیگر هم نیست که بگوئیم (فرق در کیفیت اخراج از ملك است که در صورت علم باید به نیت عود نباشد ودر صورت چهل مطلقا جایز است). وبه هر حال جمع ما بین صحیحه حلبی واین موثقه ممکن نیست: زیرا که نهایت آنچه توان گفت این است که حمل کنیم حلال بودن اولی را در صورت چهل به حرمت ثانیه در صحیحه حلبی بر صورتی که اخراج کند ثانیه را از ملك. واینکه مراد از حرمت هر دو در موثقه عبد الغفار در صورتی که اخراج از ملك باشد. واین سخن در صورت علم به حرمت ثانیه در صحیحه حلبی نیز جاری است. زیرا که حرمت اولی در ایضورت مادامی است که ثانیه را اخراج نکرده باشد. بلی اگر بگوئیم که در صورت علم، اخراج از ملك فایده ندارد، فرق حاصل می شود میان علم وجهل، ولكن شیخ و اتباع او قائل به این نیستند. وصحیحه اقوی است از موثقه، به سبب صحت ووضوح سند وتعدد، چون در تهذیب شیخ آن را نیز به سند موثق روایت کرده. پس باید موثقه را طرح کرد وبه صحیحه عمل کرد. وقول چهارم در مسأله قولی است که محقق در شرایع نقل کرده است. ودر

(۱). همان مرجع، ج ۶.

[۵۴۲]

مسالك گفته است كه قائل او را نميدانم. وآن اين است كه وطى ثانيه موجب حرمت اولى است مطلقا، واولى حلال نمى شود تا ثانيه را اخراج نكند از ملك. و اين عكس قول اول است. و شايد دليل آن موثقه معاوية بن عمار باشد كه گذشت. و بر اين وارد است اولا اين كه دلالت مى كند بر فرق ميانه اولى و ثانيه در اين كه ثانيه به مجرد اعتزال از اولى حلال مى شود، و اما اولى حلال نمى شود مگر بعد از اخراج ثانيه از ملك. و ثانيا بر فرضى كه حمل كنيم اعتزال را بر اخراج از ملك، اين حديث مقاومت با اخبارى كه ما استدلال كرديم به آنها، نمى كند. خصوصا با ندرت حديث، و جهالت قائل به آن. و قول پنجم اين است كه هر گاه وطى كند ثانيه را با علم به تحریم، حرام مى شود بر او اولى تا اخراج كند ثانيه را از ملك خود. [او] با جهل حرام نمى شود بر او اولى. و اين قول را در مسالك نسبت به شيخ داده در تهذيب. و بعد از تأمل در كلام شيخ در تهذيب در طريقه جمع بين الاخبار، ظاهر مى شود موافقت او با قول او در نهايه. و به هر حال دلى واضح بر آن نيست و موجب ترك جميع اخبار [ي] است كه مقيد است اخراج از ملك به عدم قصد عود. و در مسالك گفته است كه ممكن است استفاده آن از جمع ما بين روايت معاوية بن عمار و صحيحه حلبى. و لكن شيخ روايت معاوية بن عمار را در اين باب ذكر نكرده. و به هر حال ترك اخبار معتبره مستفيضه به سبب اين احتمال، صورتى ندارد. و به هر حال اظهار اقوال تفصيل دوم است كه آن را از ابن حمزه نقل كرديم.

[۵۴۲]

كتاب النكاح

(من المجلد الثالث)

۲۲۷: سؤال: مملوكه غير مدخوله پدر بر پسر محرم مى شود يا نه؟ و تحليل آن از براى پسر جاز

است يا نه؟

جواب: مملوكه پدر محرم نيست (به مجرد ملك) از براى پسر او. بلكه بدون تحليل مثل ساير نسوان اجنبیه است. بلى هر گاه مدخوله شد محرم مى شود و حرام مى شود نكاح او بر فرزند. و شاهد اين مطلب آن است كه فقها تصريح كرده اند به اين كه مراد از محرم كسى است كه حرام باشد نكاح او ابدًا به نسب يا رضاع يا مضاھره. و دعوى اجماع بر اين كرده اند. و با وجود اين، خلاف عظيم دارند در اين كه مملوكه منظوره و ملموسه پدر حرام مى شود بر فرزند و بالعكس، يا نه؟ بلى در اين مسأله اقوى (۱) در نظر حقير حرمت است هر گاه لمس و نظر از روى شهوت شده باشد. چنانكه اشهر است و اخبار معتبره بسيار دلالت بر آن دارد. و شايد توانيم گفت كه چنين كنيزى محرم مى شود به سبب صدق مضاھره. چنانكه خواهيم گفت. و اما مطلق مملوكه، پس دليل واضحى بر حرمت نكاح او از براى پدر يا پسر نيست

هر گاه نظر ولمس شده باشد بدون شهوت . وظاهرا کسی هم قائل به آن نشده. به هر حال ملك بحث با قطع نظر از لمس ونظر، نه افاده حرمت می کند ونه محرمیت. و

(۱). در نسخه: بلی چون رد این مساله اقوي...

[۵۴۴]

الحاصل: مملوکه پدر بدون دخول وبدون لمس ونظر به شهوت، بر پسر حرام نیست . و به تحلیل حلال می شود. وبدان که: مضاہره که ذکر کردیم اعم است از آن که به عقد حاصل شود یا ملك یمین. وظاهرا این هم اجماعی است، چنانکه از مقدار در تنقیح ظاهر می شود. ولكن مقدار محرم را تعمیمی داده که شامل زوجه ومثل آن باشد. وعبارت تنقیح در کتاب نکاح این است (المحرم هو كل امرأة يملك وطیها او حرم مؤبدا بنسب او رضاع او مضاہرة بعقد او بملك یمین، اما التی يملك وطیها فيجوز النظر اليها كالزوجة باطنا وظاهرا. واما من حرم وطیها فيباح النظر فيهن الى الوجه والكفين والقدمين اجماعا، و يحرم النظر الى القبل والدبر لغير ضرورة من مباشرة علاج ومشاہدة ايلاج. واما غير ذلك من البدن فعلى ثلاثة اقسام) الى آخر ما ذكره.

۳۲۸: سؤال: ضعیفه مسلمه به غالی علی اللهی شوهر کرده که او را از عبادات شرعیه منع می کند. آیا اولاد ایشان به زوج ملحق می شود یا به زوجه؟ و آیا این زوجه به زوج حلال است وعقد او صحیح است؟ یا این که حرام وعقد او باطل است ولازم است تفریق؟ وبر تقدیر تفریق چه قدر باید عده بدارد؟ .
جواب: عقد فاسد است وطلاقی ضرور نیست. و هر گاه زوجه جاهل بوده به حرمت، به سبب دخول مستحق مهر المثل است. وعده هم باید بدارد. وفرزند هم ملحق به او می شود.

۳۲۹: سؤال: يك نفر می تواند صیغه عقد نکاح را ایجابا وقبولا جاری نماید یا نه؟ -؟.

جواب: اظهر واشهر این است که کافی است.

۳۴۰: سؤال: در عقد بالغه باکره رشیده اذن پدر شرط است یا نه؟

جواب: اظهر واشهر استقلال باکره بالغه رشیده است در نکاح، ورضای او کافی است. بلی تشریک پدر اولی واحوط است. (۱)

۳۴۱: سؤال: رضای عمه وخاله در تزویج دختر برادر ودختر خواهر، در نکاح دائم وعقد منقطع در هر دو، شرط می باشد؟ یا در عقد منقطع رضای ایشان شرط نیست؟ وبر

(۱). رجوع کنید به مساله شماره ۲۳۸ و ۲۴۶ همین مجلد.

فرض شرط بودن، هر گاه عقد دختر برادر یا خواهر هر دو مکرر بشود در هر دو دفعه رضای عمه وخاله شرط می باشد؟ یا در دفعه اول به تنهایی ودر دفعات دیگر رضای ایشان شرط نخواهد بود؟.

جواب: بلی ظاهر این است که فرق ما بین دائم منقطع نیست. چنانکه تصریح شده در کلام علما بدون نقل خلاقی. ومعنی که از تزویج وارد شده شامل عقد منقطع هم هست. وظاهر این است که هر گاه عقد را مکرر کند در هر عقد رضای عمه وخاله شرط است. چنانکه مقتضای عمومات است. وفرقی ما بین متعه ودوام نیست در قواعد تحریم واحکام زوجیت در متعه جاری است مثل دوام، الا در مستثنیات مثل میراث ونفقه و قسمت.

۲۴۲: سؤال: زید زوجه معقوده داشت و قبل از این که او را تصرف کند ناخوشی (شفاقلوس) (۱) او را عارض شده، پای او را از زانو قطع نمودند. ونظر به این که شغل وعمل زید زراعت بود ومالك چیزی هم نبود، زوجه به سبب این که قدری از مهر او در ذمه او بود وتصور این راهم نمود که زید قادر بر نفقه دادن به او نخواهد بود، از انقیاد وتمکین نسبت به او مضایقه می نمود، بلکه مبلغ بیست تومان علاوه بر مهر او خود زوجه و منسوبان میدادند به زید که طلاق بدهد. وراضی 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 وهر يك به قدر چهار تومان ملك يا باغ يا خانه زید هبه نمودند، واو حسب المصالحه عوض ذمه مهر به زوجه مذکور منتقل نمود. وبعد 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، وصداق غیر موجود، وضعیفه معطل است والحالة هذه. آیا بر هر يك از زوج وچهار 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 می شود که در فارسی «قانقرا» گفته می شود.

مذکور هستند یا نه؟ وآیا 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 غیر نباشد)، وایشان جواب گفته باشند (هر گاه مال غیر باشد از عهده بر می آئیم)، 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 د رمسالك و شرح لمعه. و مؤیدات بسیار هم از اخبار دارد. و مشهور این است که فرقی ما بین موسر و معسر نباشد. و از این زهره دعوی اجماع بر آن منقول است ظاهراً. و خلاف این ادريس 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 چنانکه عمومات 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 می گوید من مطیعه ام و لکن تا حق خود را نگیرم. تسلیم نمی کنم 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، نمی تواند امتناع کرد از دخول، به جهت عمومات و وجوب اطاعت، و عدم مانع و از جمعی



(۱). در اینجا عبارت ناقصی در نسخه هست بدین صورت «و هرگاه کسی خدشه کند در شمول عمومات اطاعت، ما نحن فیه را».

[۵۴۷]

حکایت اجماع بر آن شده. بلی اشکال در صورت است که تمکین ندهد تا اجل به سر آید (خواه عصیان باشد یا به سبب عذری) که آیا بعد از انقضای اجل می تواند ممانعت کرد یا نه؟ -؟ اظهر عدم جواز امتناع است. به سبب عمومات لزوم اطاعت و استصحاب حالت سابقه، خصوصاً به ملاحظه این که شرط تأجیل مستلزم اسقاط حق امتناع است و عود آن محتاج است به دلیل. و ظاهر این ست که این قول اکثر باشد. بلکه در مسالك گفته است که قائلی به جواز امتناع نمیدانم مگر ظاهر اطلاق شیخ در نهاییه و ظاهر این است که مراد او هم در حال باشد نه مؤجل. و از آنچه گفتیم ظاهر می شود حکم آن که بعضی از مهر حال باشد و بعضی مؤجل. پس جایز است از برای او امتناع از برای اخذ حال دون مؤجل.

ویدان که: نظر به این که قاعده معاوضه مقتضی آن باشد که تا زوجه مهر را نگیرد می تواند امتناع کرد، پس زوج را هم می رسد 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. واز این جهت جمعی قائل شده اند به لزوم دادن مهر هر گاه ولی صغیره مطالبه کند. واین خالی از قوت نیست. ولیکن این اشکال وارد می آید در صورتی که عقد کبیره را چنان حالی بکند که ممنوع باشد از تسلیم، و فرض آن در غیر حال احرام می شود، چون عقد در آن وقت صحیح نیست. واز 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 نمی ماند. واما 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 می تواند کرد چنانکه قبل می توانست؟ یا نه؟. اظهر واشهر عدم جواز امتناع است. واین ادیس دعوی اجماع بر آن کرده، واز 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. ولیکن این سخن در صورتی

[۵۴۸]

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 مهر دخولی را تعلقی به آن می باشد، 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، نمی تواند امتناع کرد. و اگر به اکراه زوج واقع شده می تواند، چون به منزله قبض فاسدی است که بر آن اثر مترتب نمی شود. و دلیل مشهور از ابن نیز اقوی است، خصوصا 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 نمی شود. پس ثبوت حق غیر بر او منشا جواز منع او از حق ثابت او نمی شود. چنانکه 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. والاپس دلیلی بر جواز نیست. زیرا که عصیان احدهما به اخلاف حق دیگری منشأ اسقاط حق آن دیگری نمی شود. واما 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، آنهم چنین است. واین بالاتر از اکراه در دخول نیست. و تو دانستی که اقوی عدم جواز امتناع است بعد دخول مطلقا. واما سؤال از (عجز زوج [در [نفقه): پس آن نیز مضر نیست. چون اقوی این است که تجدد اعسار زوج موجب خیار فسخ نمی شود. چنانکه در محل خود بیان کردیم. واما سؤال از حال صدق زوجه بعد از ظهور استحقاق آن املاک [برای [غیر: پس رجوع می کند 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 صدق را به او

[۵۴۹]

برسانند که در این صورت ضمان صحیح است، و زوجه رجوع می کند 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 می کند 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 آید از برای زوجه. و چون زوجه طرفه خود را در رجوع به زوج نمی داند (چون فقیر است) اعتماد به این عقد ضمان، کرده والا او را می رسد 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 نمی توانند کرد. زیرا که آنها ضامن زوج نشده اند، و ضمان تسبیب هم در اینجا نیست، چون به خدعه شده و زوج و ضامن هاهو دو عالم اند و غصبیت. واما 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 الابه ضمان. بیش از این نیست که با وجود اعسار زوج، نمی تواند او را الزام کند به دادن نقد، واما این که لازم باشد بر او قبول کردن ملک در عوض تا زوج و مستحق تمکین شود، پس آن دلیلی ندارد.

۳۴۲: سؤال: زید را دختری است نه ساله خدیجه نام، به عمرو نمود که من این دختر را به تو تزویج می کنم. وبعد از آن که عقد کردند، وزن 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 می گوید که من به اعتقاد این که تو دختر هشت نه ساله بودی، قبول کردم و اگر میدانستم تو آن نیستی قبول نمی کردم. 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 والا آن دو مسأله را بیان می کنیم وبعد از آن متعرض سؤال می شویم :

[۵۵۰]

مسأله اولی این است که: هر گاه وکیل شخصی زنی را برای او تزویج کند، وبعد 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 و ابن براج. و آن این است که قول موکل را مقدم میدارند 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 می شود به سبب عقد و نصف نمی شود 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) (چنانکه در مسالك و غیر آن نسبت داده اند به ایشان) این است که بر وکیل نصف مهر لازم است. و دلالت می کند بر این صحیحی ابی عبیده که شیخ در تهذیب باب (زیادات نکاح) روایت کرده است (عن ابی عبد الله - ع - فی رجل امر رجلاً ان یزوجه امرأة من اهل البصرة من بنی تمیم، فزوجه امرأة من اهل الکوفة من بنی تمیم. قال: خالف امره و علی المأمور نصف الصداق لاهل المرأة، ولا عدة علیها ولا میراث بینهما. فقال بعض من حضر: فان امره ان یزوجه امرأة ولم یسم ارضا ولا قبيلة ثم جحد الامر ان یکون امره بذلك بعد ما زوجه. فقال: ان کان للمأمور بینة انه کان امره ان یزوجه کان الصداق علی الامر. وان لم یکن له بینة کان الصداق علی المأمور لا هل المرأة، ولا میراث بینهما ولا عدة علیها ولها نصف الصداق ان کان فرض لها صداقا، وان لم یکن سمی لها صداقا فلا شیء لها). (۳)

و روایت عمر بن حنظله که شیخ نیز روایت کرده در باب وکالت (عن ابی عبد الله - ع - قال: سألت عن رجل قال لآخر: اخطب لی فلانة فما فعلت من شیء مما قاوت من صداق او ضمانت من شیء او شرطت

فذلك لى رضا وهو لازم لى. ولم يشهد على ذلك. فذهب فخطب له وبذل عنه الصداق وغير ذلك مما طالبوه وسألوه، فلما رجع اليه انكر ذلك

(۱). وسائل، ج ۱۸، ابواب كيفية الحكم، باب ۳، ح ۲.

(۲). این قول دوم از اقوال است.

(۳). وسائل، ج ۱۴، ابواب عقد النكاح و اوليائه، باب ۳۶، ح ۱.

[۵۵۱]

کله. قال: يغرم لها نصف الصداق عنه، وذلك انه هو الذى ضيع حقها فلما لم يشهد لها عليه بذلك الذى قال له حل لها ان تتزوج، ولا يحل للاول في مابينه وبين الله عزوجل الا ان يطلقها، لان الله تعالى يقول: فامسك بمعروف او تسريح باحسان. فان لم يفعل فانه ماثوم في مابينه وبين الله عزوجل، وكان الحكم الظاهر حكم الاسلام، وقد اباح الله عزوجل لها ان تتزوج. (۱)

وقول سوم آن است که: عقد فاسد است ومهرى بر هيچ کس لازم نيست. اما فساد عقد: پس ظاهر است، زيرا که اصل عدم وقوع است. ومفروض هم اين است که به بينه ثابت نشده. ودر صورت ادعا هر گاه منکر قسم خورد ديگر امرى که مثبت عقد باشد نيست. واصل وقاعده هم اقتضا مى کند که مهر بر شوهر باشد، نه وکیل. وتقصير کردن وکیل در اشهاد هم دليل ثبوت مهر نمى شود. با وجود اين که مى گوئيم گاه است که تقصير نکرده باشد مثل اين که ممکن نبود شاهد گرفتن، يا شاهد گرفته بود ولكن الحال شهود مرده اند، يا دسترس به آنها نيست. پس دليل اخص از مدعاى قائل به وجود تمام مهر است وبه هر حال دليلى بر وجوب تمام مهر نيست. وهر چند اکثر اين بحثها بر قول دوم هم وارد است، لکن چون حديث صحيح دلالت دارد بر آن روايت ديگر هم مؤيد آن است، پس اين دو حديث با عمل مشهور به آنها مخصص قاعده مى توانند شد. ودور نيست که بگوئيم که مراد شيخ در نهايه نیز نصف مهر باشد، زيرا که کلام او در نهايه مشتمل است بر آنچه در اين حديث ها است. واطلاق لفظ (مهر) نظر به مهر معهود باشد که آن نصف مهر است قبل از دخول، بنابر اين که اصل در ثبوت مهر نصف باشد ودخول موجب تمام شود. نه اين که اصل در ثبوت، تمام باشد و طلاق مسقط نصف باشد. چنانکه احد قولين است در مسأله. و اگر اين حديث ها نبود قول سوم در نهايت قوت بود، ومحقق در شرايع تقويت آن کرده، وشهيد ثانى وبعضى ديگر هم ميل به آن کرده اند. وبه هر حال اقوى قول مشهور است. و از آنچه گفتيم ظاهر شد که خلافى ندارند در اين که عقد باطل است وأن زن مى تواند شوهر کند. و هم چنين خلافى ندارند در اين که هر گاه زوج کاذب باشد در نفس الامر، بايد طلاق بگويد. چنانکه در روايت هم تصريح به آن شده. ولكن شهيد ثانى

[۵۵۲]

وغير او تصريح کرده اند به اين که جواز شوهر کردن آن زن به ديگری، در وقتی است که تصديق وکیل در توکيل نکرده باشد، زیرا که در اين صورت معترف است به زوجيت، و منافاتی نیست ما بين آن که نظر به حکم ظاهر شرع نکاح نسبت به زوج فاسد باشد، و نسبت به زوجه در حکم زوجيت باشد. وروایت هم منافات با اين ندارد، زیرا که وارد است مورد غالب که زوجه اعتماد می کند بر ادعای وکالت، نه اين که وکالت در نزد او ثابت باشد. چنانکه در اغلب معاملات هم چنین است، و تا فساد توکيل ظاهر نشود محمول است بر صحت. ودر چنین صورتی هر گاه زوج امتناع کند از طلاق نمی توان او را اجبار کرد. زیرا که در ظاهر شرع نکاحی برای او متحقق نیست که طلاق بگوید. و شهيد ثانی و غير او در اینجا گفته اند که در اینجا سه وجه محتمل است: یکی اين که زوجه مسلط باشد بر فسخ نکاح به جهت دفع ضرر. دوم اين که حاکم مسلط باشد بر فسخ با طلاق. سوم اين که بر حال خود بماند تا اين که زوج طلاق بگوید یا بميرد. و هيچ يك از اين وجوه را ترجيح نداده اند. ووجه سوم به قواعد اوفق است، ووجه اول موافق نفی عسرو [حرج] وضرر است. وظاهر اين است که در صورتی که حکم به فساد عقد شد در ظاهر شرع، پس اگر زوج طلاق بگوید به عنوان تعليق - مثل اين که بگوید (ان کانت زوجتی فهی طالق) - جایز باشد و مستلزم اقرار به زوجيت نیست، و بعضی را گمان اين است که اين در وقتی خوب است که جازم باشد به توکيل و انکار کرده باشد، که اين از باب (تعليق 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 انکار او توکيل او را (۱) از راه نسیان باشد (که نمی داند وکیل کرده یا نه) جایز نباشد. وگمان فقير اين است که در اين صورت هم جایز باشد، زیرا 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 چنین جایز باشد (بعثتک ان کان هذا مالی) و فرق بينهما واضح است. و بدان که: قول ایشان در اين مقام به (تقديم قول موکل بايمین) در وقتی خوب

(۱). و در نسخه: تعليق او را.

[۵۵۲]

است که دعوی با وکیل باشد یا با زوجه در صورتی که زوجه ادعای علم به توکيل کند یا ظن (و فائل باشیم که دعوی ظنیه مسموعه است چنانکه اظهر اين است). و اما هر گاه دعوی با وکیل نباشد

وزوجه 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. وبدان نیز که: تقدیم قول موکل با یمین، مبتنی است بر این که موکل را (منکر) گیریم. وعمده در این باب تکیه بر ظاهر حال است. چون موکل اعرف است به آنچه عمل او است که توکیل باشد. وبعضی در این مقام متمسک به اصل شده اند وگویا مدعی بیان منکر بودن موکل است چون توکیل خلاف اصل است. واین خوب است هر گاه انکار اصل توکیل کند. واما هر گاه توکیل ثابت باشد وخلاف [در] تعیین باشد، اصل نسبت به هر دو مساوی است. زیرا که توکیل در تزویج عمره یا هنده هر دو حادث اند واصل عدم هر دو است. بلی ممکن است که مراد او این باشد که دعوی زوجیت خلاف اصل است وصادق 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، وبعد از تزویج انکار کند توکیل را مطلقا، یا به این شخص خاص: پس قاعده مقتضی [تقدیم] قول او است. ودر 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 می توان گفت که از علتی که مستفاد می شود از حدیث در صورت عکس،^(۱) می توان گفت که بر وکیل باشد. واین مشکل است. مسأله ثانیه این است که: هر گاه کسی را چند دختر باشد و تزویج کند یکی از آنها را به شخصی واسم 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

نهضت ترجمه

(۱). مقصود صحیحه ابو عبیده و روایت عمر بن حنظله است که در صورت عکس (انکار زوج توکیل را) بحث گردید.

Translation Movement

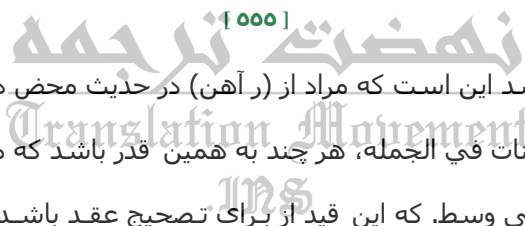
135

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. چنانکه در تذکره تصریح کرده. و هر گاه هر دو قصد یکی معین را کنند جزما صحیح است. واما 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، ولیکن اختلاف کنند که آیا هنده بوده یا عمره - پس در این مسأله خلاف است. این ادیس قائل شده است به بطلان (وتابع او شده شهید ثانی) که سبب عدم تعیین زوجه. واطهر واشهر صحت عقد است واینکه مقدم می دارند قول پدر را با یمین، هر گاه زوج آن دخترها را دیده باشد. ودلیل ایشان صحیحه ابو عبیده است (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن رجل كانت له ثلاث بنات ابكار فزوج احدا هن رجلا ولم یسم التی زوج للزوج ولا للشهود وقد

كان الزوج فرض لها صداقها، فلما بلغ ادخالها على الزوج، بلغ الزوج انها الكبرى من الثلاثة. فقال الزوج لا بيها؛ انما تزوجت منك الصغيرة من بناتك. قال: فقال ابو جعفر - ع -: ان كان الزوج راهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن فالقول في ذلك قول الاب، وعلى الاب في ما بينه وبين الله ان يدفع الى الزوج الجارية التي كان نوى ان يزوجه اياه عند عقدة النكاح، وان كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحدة منهن عند عقدة النكاح فالنكاح باطل). (١)

ومحقق وعلامه حمل کرده اند این حدیث را بر این که (هر گاه زوج آنها را دیده است و قبول کرده است نكاح آن را که پدر ايجاب عقد او کرده، پس راضی شده است به عقد آن که پدر تعیین او کرده. پس گویا پدر را وکیل کرده است. پس رجوع می شود در تعیین به قول پدر، زیرا که امری است که به غیر او کسی نمی داند. و هر گاه امر را به پدر وا نگذاشته و قصد شخص معینی را نکرده، پس نكاح باطل خواهد بود). وشهید ثانی (ره) رد کرده است این سخن را به این که: رؤیت آنها مستلزم تفویض امر به پدر نیست، وعدم رؤیت هم مستلزم عدم تفویض نیست. بلکه هر يك از رویت وعدم رؤیت اعم است از تفویض وعدم تفویض. ورؤیت شرط صحت عقد نیست. وروایت مطلق است ودلالتی بر تفویض ندارد. پس باید به ظاهر آن عمل کرد. چنانکه شیخ واتباع آن کرده اند. ویا طرح کنید، چنانکه ابن ادریس کرده، واین اولی است - تا اینجا کلام شهید ثانی است .

(١). وسائل، ج ١٤، ابواب عقد النكاح، باب ١٥، ح ١.



وآنچه به گمان حقیر می رسد این است که مراد از (راهن) 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 وعقد 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 بناتى). پس در این صورت چون پدر ايجاب عقد می کند وامر ايجاب با او است واو اعرف است به آنچه قصد کرده، پس قول اب مقدم است، چون در معنی منکر است. هر چند قبول هم از فعل زوج است واو اعرف است به قصد خود ولیکن چون ايجاب مقدم است بر قبول پس التفاتی به جانب قبول نمی شود مادامی که فارغ نشویم از تحقق حال ايجاب. 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 نمی کند. 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 حديث صحيح معمول به اكثر 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 میرویم 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 می شود که دختری را که می خواسته بگیرد بالغه رشیده بوده و موقوف بوده است عقد او بر اذن خواستن از آن. و از ظاهر سؤال معلوم می شود که مسامحه در توکیل شده، یا وکیل مسامحه در مقتضای نفس معنی وکالت کرده قطع نظر از مخالفت مقتضای وکالت صحیح. 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

[۵۵۱]

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 هر گاه 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 فصولی 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 هر گاه 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 می شود. 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 میدانستم توئی قبول نمی کردم) مطابق مطلب نمی شود. 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 میدانستم که تو را به وکیل می نمایند، یا او قبول عقد تو را از جانب من می کند، او را وکیل نمی کردم). به هر حال ظاهر سؤال (به قرینه اول و آخر آن) از مسأله اولی می شود. 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 می تواند 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...

[۵۵۷]

قبول با عدم علم به آن که این همان است بوجه شرعی قبول کرده، پس آن منشأ رجوع به غیر نمی شود. چون خود در اصل مسأله شرعیه مقصر است که معنی وکالت را نفهمیده وکیل 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 می توان گفت که: منتهای آنچه از موکل ناشی شده این است که شخصی را وکیل 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 وکلای خود [او] می شود، و تقصیر از آنها ناشی شده و از پدر او. که به او گفته اند که (فلانی تو را می خواهد وکیل 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 وکیل زوج چیزی لازم نیست، به جهت این که صحیح است قبول به محض ادعای عاقد وکالت را از جانب آن دختر معهود. چون عمل مسلم محمول بر صحت است. و الحال اشکال در این است که بعد از انکار زوج و بطلان عقد آیا بر وکیل های زوج لازم است صداق یا نه. و دلیل در این معنی در نظر نیست، و خلاف قاعده است. و در وکیل 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.

۲۴۴: 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 وینه 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 می کند.

۲۴۵: سؤال: هر گاه شخصی در هر ماهی هشت ده یوم متوالی هر یومی در دو سه بار وهر باری به مقدار يك ساعت، گاهی کمتر وگاهی بیشتر، غش کرده وبی هوش شده. وبعد از انقضای يك ساعت یا بیشتر به هوش آمده شخص صحیح می باشد. آیا به همین قدر می توان حکم به جنوان او کرد؟ وزوجه دائمه مدخوله وی که در مدت ده سال

[۵۵۸]

مثلا با همین ناخوشی او در خانه او بوده، حال به مجرد فهمیدن این که جنون سابق بر عقد موجب فسخ نکاح است، می تواند که فوراً فسخ نکاح نموده شوهر دیگر اختیار نماید؟ یا این که طیب حاذق باید تشخیص بین جنون واغما داده حکم به جنون شخص مزبور نماید تا زوجه مزبوره قادر بر فسخ گردد؟. ودر صورت حکم به جنون، در حکم به انفساخ، حضور ووجود حاکم جامع شرایط فتوی هم شرط است یا نه؟

جواب: محض اغما جنون نیست. وجنونی که موجب فسخ می شود جنونی است که قبل از عقد بوده. وجنون حادث بعد از عقد که موجب فسخ می شود جنونی است که به سبب آن اوقات صلاة را شناسد. وبعد از ثبوت جنون، فسخ زوجه موقوف به حضور حاکم نیست. وخیار فسخ فوری است مگر در صورت جهل به خیار یا به فوریت آن.

۲۴۶: سؤال: زینب دهند هر دو زوجه زیدند. وقبل 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، وبه 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، وترتب آثار بر آن دلیلی ندارد. هر چند احوط عمل به مقتضای آن است. پس اگر فرض کنیم که عقد متعه بوجه صحیحی بوده(۱) والحال 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 می شود. 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، وزنی دیگر عقد کند صغیره رضیعه، وبعد عقد، کبیره صغیره را شیر بدهد از شیر شوهر خود، عقد هر دو باطل، ومحرم ابدی می شوند. چون کبیره مادر زن او می شود وصغیره دختر زن

(۱). فرضاً بر اساس فتوای مجتهدی انجام یافته که چنین عقدي را صحیح می دانست.

[۵۵۹]

او. ومادر زن بر شوهر حرام است مطلقا، ودختر زن هم بر شوهر مادر او حرام است - به شرط دخول - ابد. وبدون دخول، جمعا. وگاه است که کسی توهّم کند که: متبادر از (معقوده پسر) آن است که (پسر بالفعل) باشد حين العقد، هر چند در حوائل عقد ثانی نباشد. پس این داخل نیست. چون پسر بودن، بعد عقد حاصل شده به سبب رضاع. واین مندفع است به این که: در باب الحاق رضاع لاحق اکتفا به همین قدر می کنند. چنانکه 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. وتضایف، فرع وجود منتسبین است.

۲۴۷: 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. وبعد دختر دیگر فاطمه نام را که (تخمینا) سی چهل سال داشته به جهت عمرو عقد نموده. وعمرو فاطمه را رؤید کرد دید که آن نیست که سابق به او نموده بوده اند. والحال فاطمه مدعیه است که (من زن تو میباشم به علت آن که از من اذن خواستند به جهت تو ومرا عقد کردند). وعمرو می گوید که (من به اعتقاد آن که تو آن دختر هشت نه سال هستی قبول کردم تو را به عقد، والا قبول نمی کردم). بیان فرمایند که مدعی ومدعی علیه کدام است؟ وحکم شرعی آن چه چیز است؟ وقسم متوجه زوج است یا زوجه؟

جواب: زوجه مدعیه است وزوج مدعی علیه. وبافقد بینه زوج باید قسم یاد کند که (من کسی را در عقد تو وکیل نکرده ام وقبول عقد تو نکرده ام). وظاهر این است که صدای هم بر زوج نیست، ونه بر وکیل زوجه ونه بر وکیل زوج در قبول عقد. بلی اگر زوج وکیل کرده باشد احدی را که (دختر کوچک عمرو را برای من تزویج کن)، ووکیل برود ودختر بزرگ او را تزویج کند وبعد از آن که زوج مطلع شود انکار کند وقسم 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. واما هر گاه وکلا زوجه بگویند که ما وکیلیم از جانب همان دختری که زید وعده کرده بود به زوج، وصیغه 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 وکلا زوجه .

[۵۶۰]

۲۴۸: سؤال: در نکاح متعه اتصال به زمان اجرای صیغه، شرط است یا نه؟ و در صورت عدم اشتراط زن می تواند 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 واقوی اشتراط اتصال مدت است به زمان عقد. و اطلاق عقد منصرف به اتصال می شود. و در صورت تصریح به انفصال، اظهر بطلان عقد است. و تحقیق این مطلب را در کتاب مناہج 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.

۲۴۹: 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 می گوید (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 می گوید که (من از آن زوجه تشویش و بیم جان دارم و با او سازش نمی توانم بکنم به هر جا که بگوئی بیایم و بروم و مطیعه و فرمانبرداریم و در پیش آن زن نمی آیم). و حال به این علت مدت پنج سال است که زوج نفقه و کسوه به زوجه نمی دهد و می گوید تو ناشزه ای. آیا در صورت بیم جان که یقین دارد که آن زن قصد هلاکت را دارد، می تواند پهلوی 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 می رسد که مطالبه سکنا 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 نمی تواند او را الزام کند که با خبوی خود در يك خانه به سر ببرد . خصوصا بابیم 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

[۵۶۱]

مستحق آنچه به او می رسد از نفقه ما بین زوجین، بگیرد و باقی را مطالبه نکند. نه این که باید متحمل مجاورت خبو بشود که او يك خرج میکشد. هر گاه زوجه خود مسکنی دارد، یا به خانه پدرش باشد، یا به خانه عاریه (به جهت آن که زوج نمی تواند مکان جدایی تعیین کند) و اما مطیعه است و از هیچ راه دیگر نشوزی ندارد، و شوهر هم هر وقت خواهد می تواند استمتاع کند، پس به مجرد این که می گوید بیا پهلوی خوبنشین و او نیاید، ناشزه نیست و نفقه او ساقط نمی شود. بیش از این نیست که تفاوتی که در جدائی خرج است مطالبه نتواند کرد مادام العجز. پس به این جمع می شود ما بین ادله مثل (اسکنوهن من حیث سکنتم من وجدکم ولا تضاروهن لتضیقوا علیهن) (۱) و (عاشروهن بالمعروف)، (۲) و ما بین آنچه دلالت می کند بر وجوب اطاعت زوجه در سکنی وعدم خروج بدون اذن زوج. و بالجمله با عجز از خرج [اگر] راضی می شود که جای او جدا باشد، خصوصاً هر گاه در همان حصار زوج باشد، یا خانه دیگر او باشد و جدا بنشیند، منشأ نشوز نمی شود، و نفقه ساقط نمی شود.

۲۵۰: 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 برائت است هر چند شرط را به عمل آورد. چون ابرا قابل تعلیق نیست. بلی هر گاه صداق عین باشد و هبه معوضه کرده باشد و عوض هم به عمل آمده باشد، صحیح است و لازم است. و هم چنین هر گاه صلح کرده باشد.

۲۵۱: سؤال: هند که در حباله 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.

[۵۶۲]

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 مؤید می شود یا نه؟ و تا این که خلاف آن به عنوان قطع مشخص نشود تفریق مجتهد منتقض می شود 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 اینکه حمل مزبور را از عمرو بهم رسانیده. و بعد از [این که] فارق العنان گردیده صدق ورسد ارثیه اش [را] از اموال زید مذکور از تتمه اولادش که از زید داشته و دارد، مطالبه می نماید. آیا در این صورت زن و شوهری، صورتی دارد با این گزارش ها؟ یا نه؟ و بدون ثبوت و یاد نمودن قسم استظهاری، می تواند برداشت مهر خود را یا نه؟ و نقصانی به جهت زنا دادن به عمرو با وجود حباله زوجیت، به مؤمی الیها می رسد و تخفیفی بهم می رساند حقوق وی یا نه؟ و مدعیه نیز می باشد که (يك 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 می خواهم). 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 می شود. 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 مکره 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 جهت ازاحه منکر. و گوئیم که شهادت قبل از طلبیدن حاکم صحیح است خصوصاً در حقوق الهیه یا مشترکه بینها و بین حقوق الناس (چنانکه ظاهر این است) و به این سبب حاکم هم قبول شهادت کند. و لکن در این صورت

دو سخن در میان می آید: 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 (ادعای عدم قصد به مدلول) نیست که نشنوند از عاقل. هر چند آنهم در بعضی از صور مسموع است و باید ملاحظه دعوی جدیده را کرد و به بینه ویمین طی کرد. اما در اینجا در صورت سماع این دعوی نمیدانم حاکم باید قسم بخورد یا شهود؟ یا زوجه؟ بر حاکم و شهود که قسم متوجه نمی شود و راهی ندارد. وضعیفه هر گاه قسم بخورد که (من مکرهه بودم) - بر فرضی که بگوئیم قسم متوجه او می شود - دیگر راهی برای تفریق نیست. و بر فرضی که بگوئیم که شاید حاکم یا مدعی حسبی به بینه اثبات کنند عدم اکراه را بر وجهی که نفی را به صورت اثبات در آورند. در این وقت پای سخن دوم از آن دو سخن در میان می آید، 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 نمی کند که زوجه مزبوره بعد از مفارقت زید نمی تواند 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. چنانکه در بسیاری از مسائل شرعیه اتفاق می افتد. و بالجمله منتهای آنچه در این مقام می توان گفت این است که بعد از ثبوت اقرار وضعیفه در نزد حاکم، دیگر آن وضعیفه قادر بر ایجاب نیست. یعنی ایجابی که مثمر ثمر می باشد. پس قبول هم بر آن مترتب نمی شود 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 بهم

ترجمه
Translation Movement
MS

[۵۶۴]

نرسیده بالفرض وضعیفه دعوی جدیده می کند و هر گاه حاکم خواهد مدعی او شود، چگونه می تواند 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 وضعیفه را قسم بدهند و بعد قسم، دیگر سخنی باقی نمی ماند. 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 می تواند 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 می شود به (اصالت صحت) و حکم ظاهری زوجه، حکم نفس الامری زوج را باطل نمی کند زیرا که عقد زوج نسبت به او در ظاهر محکوم به صحت نفس الامری است تا خلاف آن ثابت شود. پس می گوئیم که حکم حاکم بیش از حکم ظاهر شرع افاده نمی کند. پس اگر زوجه میان خود و خدا می داند 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. والا بر او هم در باطن حرام است. ولیکن تفریق در ظاهر شرع نیز اگر زنا واقع نشده. والا بر او هم در باطن حرام است. ولیکن تفریق در ظاهر شرع بدون حجت صورتی ندارد. خلاصه این که به مجرد ثبوت اقرار در نزد حاکم، حکم به تفریق نمی توان 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 نمی توان کرد. ولیکن 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 می شود یا نه؟ -؟ پس جواب این است که این معنی موجب فرقی

نهضت ترجمه [۵۶۵]

نمی شود. 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 نمی دهند.

۲۵۲: سؤال: زید از بلد بعید می آید از جانب زینب، و عمرو از جانب بکر که قبول کند. وصیغه 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 نمی شود الا به شهادت عدلین.

جواب: ظاهر این است که عقد وکالتی است به ادعای دو مسلم که می گویند (زوجین شما را وکیل کرده اند که صیغه بخوانید). یا (مارا وکیل کرده اند که شما را وکیل کنیم در اجرای صیغه). پس بنابر 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، آنهم به مرافعه ما بین آنها طی می شود. 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 ولیکن 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 نمی شود 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، ولیکن ظاهر کلام علما این است که شرط دانسته اند حکم [را و بدون] آن [نزاع] رفع نمی شود. (۱) پس خوب نیست اشکال در آن.

(۱). عبارت نسخه... دانسته اند حکم رفع آن نمی شود.

[۵۶۶]

و اینکه 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 می کند 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.

۲۵۲: سؤال: زید زینب صغیره را بدون اذن ولی عقد می کند برای خود. و صغیره که مطلع می شود ابا می کند. بعد از آن مادر صغیره را عقد می کند و متصرف می شود. 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 صداق 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 ورشد 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 می شود. 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

مادرزن او است، وعقد مادر زن حرام است. خواه دخول به زن شده باشد یا نه. پس باید انتظار بکشد تا صغیره بالغه ورشیده شود. پس اگر بالغه ورشیده شد و اجازه عقدی که بر او شده نکرد - یا بالغه شد ورشیده نیست و حاکم شرع هم اجازه نکرد - پس ظاهر این است مجدداً آن مادر را به عقد جدید می تواند گرفت. و به عقد سابق اکتفا کردن مشکل است، بلکه صورتی ندارد. و اما هر گاه بعد از بلوغ ورشد 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 نمی شود. 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.

[۵۶۷]

و اما فرزند پس اگر طرفین عالم بوده اند به حرمت دخول، آن فرزند ولد زنا است و ملحق به هیچ کدام نمی شود. و اگر هر دو جاهل بودند، فرزند ملحق به هر دو می شود. و اگر احدهما جاهل بوده و دیگری عالم، فرزند ملحق به جاهل می شود، نه عالم.

۲۵۴: سؤال: شخصی از برای ولد سفیه خود صیبه 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 و گذشته رفته است. و الحال دو سه سال است که مفقود الخبر است و معلوم نیست به کجا رفته است. و زوجه مزبوره در کمال معطلی و اضطراب می باشد. آیا زوجه مزبوره می تواند 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 تملیک 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 می تواند کرد. و هم چنین است کلام در نفقه و کسوه که اگر مجنون مالی دارد مطالبه می تواند کرد. والا 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 بروجّه لازمی منتقل کرده، مال زوجه است، والا رجوع می تواند کرد
اگر باقی باشد آن مال ها، واین محتاج است به مرافعه. والله العالم .

[۵۶۸]

۳۵۵: سؤال: صاحب زوجه دائمه امه را عقد دائم می تواند نمود یا نه؟

جواب: اظهر عدم صحت است بدون اذن زوجه حره. ویا 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 بزيع (۱). و ظاهر این است که قائل به فرق، نباشد

۳۵۶: سؤال: زوجه و زوج، غیر امینی را در اجرای صیغه نکاح مأذون می نمایند. 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 و اشهر این است که هر گاه بعد از دخول معلوم شد که با کره نبوده است قبل از عقد،
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.
ولکن چیزی از او کم می شود، و [در] مقدار آن خلاف است. و اظهر این است که ملاحظه می کنند
مهر المثل چنان زنی را در حال بکارت و در حال ثبوت، و به همان تفاوت [از] مسمی کم می شود.
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 می شود .

(۱). وسائل، ج ۱۴، ابواب المتعه، باب ۱۶، ح ۱.

[۵۶۹]

۳۵۸: سؤال: زینب خواهر زاده خود حسن را شیر داده با شرایط موجب حرمت. و حال پدر حسن می

خواهد 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 صدای خود را به شوهر خود هبه کند، یا او را از حق صدای 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 صدای را هم

(علاوه بر آنچه بخشیده) به زوج بدهد. و ظاهر و اشهر 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 می شود بالتامام لکن استقرار تمام آن

در ذمه زوج، به دخول حاصل می شود. 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 می شود، و نصف

دیگر را به سبب دخول (و آنچه قائم مقام آن است) مالک می شود. و اقوی قول مشهور است. دلالت می

کند بر او این که صدای عوض بضع است و مقتضای معاوضه تملك هر يك از طرفین است عوض را، پس

چنانکه زوج مالک بضع می شود، زوجه [نیز] مالک مهر می شود. و دلالت می کند بر آن احادیث

بسیاری که دلالت دارند بر این که (نمای صدای مال زوجه است)، و نما تابع عین است. پس باید عین

مال زوجه باشد. و ما یکی از آن احادیث را نقل می کنیم و آن مؤثقه عبید بن زراره است - به سبب عبد

الله بن بکیر - (قال: قلت لابی عبد الله عليه السلام: رجل تزویج امرأة على مائة شاة، ثم ساق اليها

الغنم، ثم طلقها قبل ان يدخل بها و قد ولدت الغنم. قال: ان

[۵۷۰]

كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف اولادها، وان لم يكن الحمل عنده رجع بنصفها ولم يرجع من

الاولاد بشيئ). (۱) و سایر اخبار را در کتاب مناهج نقل کرده ام. و هم دلالت می کند بر آن اخباری که

دلالت بر جواز هبه مهر به زوج خود (یا غیر زوج) قبل از دخول، دارند (۲) - چنانکه بعد اشاره به آن می

شود - و هبه صحیح نیست مگر در ملك. و هم چنین آنچه در جواز ابرا مهر وارد شده (۳). و هم دلالت

می کند 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 ملك متزلزلی به سبب عقد نسبت به این نصف هم حاصل بود و به سبب مرگ مستقر شد. و اما دلیل این جنید: پس این است که: اگر ملك 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 ملك متزلزل قبل از دخول. و هم چنین جواب از سایر اخباری که به این مضمون است [مثل] صحیح ابی بصیر (عن الصادق - ع - [قال [سألته عن رجل تزوج امرأة علی بستان له معروف وله غلة كثيرة، ثم مكث سنين لم یدخل بها ثم طلقها. قال: ینظر الی ما صار الیه من غلة البستان من یوم تزوجها فیعطيها نصفه وبعطيها نصف البستان، الا ان تعفو فتقبل منه ویصلحها علی شئ ترضی به منه، فانه اقرب للتقوی)،^(۷) این صحیح به

(۱). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۳۴، ح ۱.

(۲). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۴۱، ح ۲۱ و باب ۳۶، ح ۱ الی ۴ و ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۷، ح ۱ و ۲.

(۳). وسائل، ج ۱۳، ابواب الهبات، مفهوم ح ۳ و ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۴۱، ح ۲. و ج ۱۴ ابواب المتعة، باب ۳۰، ح ۱.

(۴). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۸، ح ۲۰ الی ۳۴.

(۵) و (۶). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۸، ح ۲۰ و ۲۱.

(۷). همان، باب ۳۰، ح ۱.

تنهائی مقاومت با ادله مشهوره نمی کند. و بعض متأخرین استدلال کرده اند از برای او به احادیث معتبره بسیار که دلالت می کنند بر تنصیف مهر در زوجه غیر مدخوله که شوهر او مرده باشد. (۱) و در نظر حقیر 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) می گوئیم که تنصیف مهر به موت [شوهر] منافات ندارد با حصول ملك قبل از موت. پس می گوئیم که به مقتضای ادله سابقه مهر ملك زوجه می شود به سبب عقد و لکن در نصف متزلزل است، و چنانکه می تواند شد که دخول - و آنچه قائم مقام آن است - منشأ استقرار تمام بشود می تواند شد که موت ازاله ملك کند، چنانکه طلاق می کند. 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 واز هیچ يك آنها موافقت با ابن جنید نقل نشده. پس می تواند شد که در مسأله (غیر مدخوله متوفی عنها زوجها) طرفین قائل باشند به حصول ملك متزلزل ومشهور قائل باشند به استقرار آن ملك متزلزل به موت وآن جماعت مخالف ایشان بگویند که حصول ملك متزلزل مسلم است ولکن رفع آن می شود به موت. پس آن ربطی به مانحن فیه نخواهد داشت ونفعی به ابن جنید نمی کند. هر گاه این را دانستی، پس فروع مسأله بسیار است مثل (جواز تصرف در مجموع مهر قبل از دخول) چنانکه مشهور است. به دلیل (الناس مسلطون علی اموالهم). ومثل تبعیت نمائی که حاصل می شود بین عقد وطلاق وغیر اینها که در محل خود مذکور است. و هر گاه این را دانستی پس بدان که: هر گاه صداق عینی باشد وهبه کند آن را به زوج خود قبل از دخول، وزوج او را طلاق بگوید، پس مشهور صحت هبه است. واینکه زوج رجوع می کند به نصف ومی 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، وزوجه قبل از دخول

(۱). همین مرجع، باب ۵۸، ح ۱ تا ۱۹.

(۲). همان باب ح ۲۰، تا ۲۴.

[۵۷۲]

هزار اشرفی را ببخشد به زوج خود، وقبل از دخول طلاق بگوید. پس چون در ظاهر شرع مجموع ملك او بود وهبه صحیح بود، والحال زوج مطالبه پانصد اشرفی خود را می کند که به سبب طلاق مستحق آن شده وزوجه 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 وپانصد هم باید به دستی بدهد. واگر صداق قیمی بوده (مثل باغ وبستان) پس باید نصف قیمت آن را رد کند. و مشهور این است که هر گاه صداق دین باشد وزوجه مجموع آن را قبل از دخول وطلاق، ابرا کرده باشد، باز حکم آن همین است که باید زوجه نصف آن را به زوج بدهد. وفرقی با هبه ندارد، زیرا که در حین ابرا زوجه مالك تمام مهر بود در ذمه زوج وآنچه به زوج بر می گردد به طلاق، ملك جدیدی است. پس الحال که زوج مطالبه آن را می کند زوجه آن را تلف کرده به سبب ابرا ذمه زوج. پس باید غرامت آن را بدهد. وعلامه در قواعد ذکر کرده است وجهی به عدم رجوع در صورت ابرا. و هم چنین شیخ در مبسوط. وآن قول بعض عامه است. ومتمسك این وجه آن است که (زوجه چیزی از او نگرفته ونقل نکرده است صداق را به او وتلف نکرده بر او چیزی را. پس ضامن نیست) وبر این وارد است که شکی نیست که ملك زوجه بود در ذمه زوج واز ملك خود بیرون کرد به سوی دیگری، پس صادق است که تلف کرده است مال را، چون از ذمه او بیرون

کرده ومحلی 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 على الف درهم فبعث بها اليها فردتها عليه ووهبتها له وقالت: انا فيك اربح منى في هذا الف، هي لك. فتقبلها منها ثم طلقها قبل ان يدخل بها. قال: لا شيء لها وترد عليه خمسمائة درهم). (۱) وموثقه سماعة (قال، سألته عن رجل تزوج جارية او تمتع بها، جعلته من صداقها في حل، ايجوران يدخل بها قبل ان يعطيها شيئا - قال: نعم اذا جعلته في حل فقد قبضته منه، وان خلاها قبل ان يدخل بهارت المرأة على الزوج نصف الصداق). (۲) واین روایت ظاهر در ابرا است، ولفظ

(۱). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۲۱، ح ۱.

(۲). همن، ح ۲.

[۵۷۲]

(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. واما هر گاه نصف مهر را ببخشد مشاعا - مثل این که بگوید نصف باغی که مهر من کردی به تو بخشیدم مشاعا - 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. وبعد 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. ووجه 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 تالف 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 می شود (همچنانکه در بیع عینی که نصف او مال غیر است و نداند و نصف مشاع را بفروشد، گفته اند که نصف منصرف می شود به همان حق خود) پس وجه اول تمام است، چنانکه ظاهر اکثر است. و اگر قائل شویم که در چنین جائی چون لفظ (نصف) مشاع است در جمیع، پس باید منصرف شود به ربع. واما 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 می کند)

پس مقتضای جمع بین الدلیلیں آن است که قیمت آن را که هم هبه او صحیح است و هم قیمت آن را باید بدهد، بدهد. [بنابر این وجه دوم تمام است] ووجه سوم تخیر [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 شدو استیفای آن ممکن نیست چون به هبه صحیح به زوج منتقل شده. پس رجوع می شود

[۵۷۴]

به عوض آن. واقرب وجوه ثلاثه وجه اول است. واحتمال چهارمی هم از مبسوط نقل شده وآن این است که: زوج مستحق نصف باقی است که سه ربع مال زوج می شود ویک 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. وربع دیگر برای زوجه می ماند. واما 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. ووجه آن ظاهر می شود از آنچه پیش گذشت. واما هر گاه صدق عینی نباشد و نصف آن را ابرا کند، پس متعین است در آن، وجه اول از چهار وجه. چنانکه پوشیده نیست. واز 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 ودفعها 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، فهبته اياها له ولغيره سوا). (۱)

Translation Movement

واین 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. واما بنابر قول به جواز رجوع - چنانکه 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 می خواهد به حباله نکاح خود در آورد. آن شخص به زید می گوید (به این شرط دختر خود را به تو می دهم 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؟

(۱). وسائل، ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۳۵، ح ۱.

[۵۷۵]

جواب: عقد شغاری که حرام و باطل است آن است که بضع هر يك از زنها مهر دیگری باشد، ومهری دیگر در میان نباشد. مثل این که بگوید (زوجتك ابنتی او اختی علی ان تزوجنی بنتك أو أختك ویکون صداق کل منها بضع الاخری). وآن دیگری بگوید (قبلت وزوجتك بنتی او اختی هکذا). واما 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) وآن دیگری بگوید (قبلت وزوجتك بنتی او اختی علی مائة دینار) - پس مشهور و اظهر در اینجا صحت عقد است و بطلان مهر، ورجوع به مهر المثل در هر دو. واما هر گاه در ضمن عقد شرطی مذکور نشود، بلکه در خارج بنا به این می شود که هر يك تزویج کند دیگری را و راضی شوند به تزویج به این شرط، وبعد از آن هر يك به عقد علی حده ومهر علی حده عقد می کنند، پس در آن اشکالی نیست. بلکه هر گاه در ضمن عقد شرط تزویج بشود واز مهر ساکت شوند (مثل این که بگوید (زوجتك بنتی علی ان تزوجنی بنتك) واز مهر ساکت باشند) هم عقد صحیح است. وهر يك به دخول مستحق مهر المثل می شوند. وباطل نیست، چون شرط نکرده اند که بضع هر يك مهر دیگری باشد تا داخل شغار باطل، باشد. والله العالم.

۳۶۱: سؤال: اذا وقع النشوز من الزوجة والشقاق بينهما وكانت مرضعة لولدها منه فابت عن حضانة ولدها وارضاعها الا باجرة لم يرض بها الزوج فاخذ الولد منها واعطاه زوجته الاخرى لتحضنه وترضعه . وسافر الزوج ومنع الزوجة عن رده الى امه وان تحملت الرضاعة والحضانة مجانا، وهددها واوعدها بالطلاق لو خالفته. ثم جات ام الولد فطالبته مع تحمل الحضانة والرضاعة مجانا. 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 الحضانة والارضاع بوجه شرعى كالصلح، ام لا؟

جواب: الحضانة 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 بزوجة آخر فيسقط حقها حينئذ، الا ان يموت الاب فهي اولى من غيرها وان تزوجت. واما لو امتنعت من الحضانة والرضاع مع كونها

[۵۷۶]

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 مجانا. 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. خلافا 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 بطنى له وعاء وثديى له سقا وحجرى له حوا، وان اباه طلقنى واراد ان ينتزعه منى. فقال لها النبى - ص - (انت احق به مالم تنكحى). (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 الزوج مسقط للحق بخلاف ما نحن فيه فانها امتنعت منه ولم تسقط هى 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 فيكيف يجوز ردها بلا حجة شرعية، فهو ايضا فاسد. لانه حينئذ امانة مستودعة تملكها على وجه متزلزل، لا لازم. افتراك تقول اذا وهب الا جنبى شيئا لاحد 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 اننا لو سلمنا الملكية المطلقة (٢) فانما هو اذا لم يعلم سببها،

ترجمة
Translation Movement
JMS

(١). سنن البيهقي، ج ٨، ص ٤.

(٢). و في 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: سؤال: اذا انقضى مدة المتمتع وكانت حاملا، فهل لها نفقة ام لا؟ وكذلك في اصل المدة؟.

جواب: 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 المطقة البايئة الحامل، بعد اتفاقهم على ثبوت النفقة لها في الجملة، لالاية (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 لاسكنى لهن ولا نفقة لهن ولا اجرة الرضاع. ولو كانت زوجة لثبتت فيها المذكورات). واجاب عما ذكره ان الشيعة تذهب الى انه لا سكنى للمتمتعة بها بعد انقضاء الاجل ولا نفقة لها في حال حملها ولها اجرة الرضاع ان لم يشترط عليها في ابتدا العقد رضاع الولد والكفالة به. ويخصصون به قوله تعالى - اسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن وان كن اولات حمل فانفقوا عليهن حتى يضعن حملهن - كما خصت الجماعة ذلك في من خلع زوجته على ان تنفق على نفسها في احوال حملها و تكفل 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 السكنى والنفقة للزوجة وكذلك على لزوم الاجرة، فان في اخرها (فان ارضعن لكم فاتوهن اجورهن)، فحاصل جواب السيد (ره) ان الشيعة خصت عموم الاية بغير المتعة. وقول الشيعة بعدم وجوب النفقة الحامل، لا يستلزم عدمه للحمل. كما

نهضت ترجمه

(١). آية ٦ سورة الطلاق.

Translation Movement

[٥٧٨]

ذكره في غيره. فلم يثبت من هذا الكلام ان الشيعة تقول بعدم ثبوته للحمل. فيندرج تحت نفقة (الاقارب). وثمره الخلاف في ان النفقة للحمل اوالحاصل (في ما اختلفوا فيه) يظهر من مواقع كثيرة ذكرها في محالها، منها وجوبها على الجد لو كان الاب معسرا. و عد الشهيد في القواعد نيفا وثلاثين فرعا.

٣٦٣: سؤال: هر گاه کسی زنی دارد ومضاجعه با او او را ناخوش می کند وجدا خوابیدن بر او آسانتر است. وزوجه خواهش مضاجعه دارد. وزوج می خواهد نماز شب هم بکند. آیا در ترك مضاجعه معصیت کرده یا نه؟

جواب: نماز شب کردن منافات با وفای به حق مضاجعه ندارد. واما ترك مضاجعه، پس در آن خلاف است. واشهر آن است که در زوجه واحده قسم واجب است چنانکه در اکثر از زوجه واحده واجب است.

و [این] خالی از قوت نیست، وبنابر این از هر چهار شب يك شب واجب است و سه شب دیگر را مختار است هر جا خواهد بخواهد. وقول 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 می کنم. 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 والد و.

۳۶۵: سؤال: معنی (افضا) چه چیز است؟ و دیه آن چه چیز است؟

جواب: تفسیر اکثر علما این است که (مسلك بول وحيض يكي شود). و بعضی تفسیر کرده اند به این که (مسلك حيض و غايط يكي 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 تغریط کرده باشد دیه لازم می شود، 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

[۵۷۹]

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 می شود 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 تمام مهر باشد. و بدان که: هر گاه شوهر قبل از بلوغ با او جماع کرده است و افضا شود، حرام ابدی می شود. 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 نمی شود 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 بعموم الاخبار وظاهر این است که عده او [امه صح ظ] هم چنین باشد. ولكن 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: سؤال: هل (سل الانثیین) فقط موجب للفسخ في النكاح؟ او كل ما بحكمه؟

جواب: الخصا وهو (سل الانثیین) موجب لخيار الفسخ (على الاشهر الاظهر) اذا كان قبل العقدة. وفي ما بعد العقد اشكال، سيما اذا كان بعد الدخول، والاظهر عدمه. و اما (الوجا) - وهو رض الانثیین - فقیل بان الخصا يشمله في اللغة فهو في حكمه. والاظهر فيه ایضا العدم، لعدم ثبوت ذلك. واما (الجب) - وهو قطع الذكر كله او بعضه مع عدم بقا مقدار الحشفة - فالمشهور (بل كادان يكون اجماعا، وعن المبسوط والخلاف عدم الخلاف) انه موجب لخيار الفسخ، ويدل عليه فحوى مادل [على] ثبوته في الخصا والعن^(۱)، وعموم صحيحة الكنانی^(۲) وغيرها. واما لوبقى بمقدار الحشفة فلا يوجب الخيار، وادعى بعضهم عليه الاجماع، وهو مقتضى الاصل.

(۱). وسائل، ج ۱۴، ابواب العیوب و التذلیس، باب ۱۳ و ۱۴.

(۲). همان، باب ۱۴، ج ۶.

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 العن: 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 ملکی به صداق او نموده، و هند ملک را به خالد هبه نمود. و خالد ملک را فروخت. حال معلوم خالد شده که هند بر او حرام مؤبد است، به اعتبار این که شوهر اول هند، هند را در طهر مواقعه طلاق داده بوده است. و چون خالد و هند هر دو جاهل به فساد عقد بوده اند و وطی به شبهه شده است و مهر المثل می رسد، حال هند ادعای مهر المثل می کند و می گوید که مهر مسمی فاسد بوده. و سخن خالد این که مهر المثل بیش از آن ملک نبود که به من هبه نمودی. و دیگر این که معنی مهر المثل را بیان فرمایند.

جواب: در صورت مفروضه چون عقد فاسد است مهر مسمی هم فاسد است و آن ملک از ملکیت خالد به در نرفته و ملک زوجه نشده. پس هبه آن هم صحیح نیست بلکه بعینها ملک خالد است چنانکه بود و بیع آن هم صحیح است. و زوجه به سبب وطی به شبهه مستحق مهر المثل است. و سخن خالد که (مهر المثل بیش از آن ملک نبود که من به تو دادم و تو به من بخشیدی (بی وجه است. و خصوصا هر گاه

هبه قبل از دخول واقع شده باشد که در آن وقت هنوز مستحق مهر المثل هم نبوده. و بیان این مطلب این است که ضعیفه در صورتی که بعد از دخول این هبه را کرده، و خالد می گوید آن را به عوض مهر المثل محسوب دارد در جواب می گوید (تو ملك را به قصد مهر مسمی دادی نه به قصد مهر المثل و مفروض این است که آن باطل است). و هر گاه خالد برگردد و بگوید که (هر گاه چنین 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 بوجه 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 می گوید که (نا مشروع بودن هبه منشأ عدم حصول اقباض نمی شود) و عدم ترتب اثر بر فعل حرام مسلم نیست چنانکه در دخول کردن در حال حیض که هر چند حرام است [لکن] مترتب می شود بر آن ثبوت مهر و لحوق ولد. پس در اینجا هر چند هبه نامشروع باشد اما در ضمن [آن] اقباض و تسلیم به

[۵۸۱]

عمل آمده. بلی در وقتی که به مثل بیع به خالد منتقل کرده باشد اثری بر آن مترتب می شود که استرداد ثمن باشد. با وجود این که می گوئیم 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 می گوید (پس تصرف تو و بیع توهم صحیح نیست ملك را به من رد کن تا ثانیاً بر وجه 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 مالك رسیده، از ضمان مال فارغ شده. و لکن هر گاه عوض گرفته باشد باید به او رد کند. و اما هر گاه به غیر مالك هبه کرده یا بیع کرده باید تا ممکن باشد عین را رد کند، والا 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 زیادتی و نقص مهر می شود، مثل حسن و جمال و عقل و کمال و بیکارت 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 می شود هر چند اقارب باشد. چون بلاد مختلف می شوند در این معنی.

۳۶۹: سؤال: دختری به سن یازده سالگی به اعتقاد آن که عقد کردن او از برای کسی موقوف به رضای ناپدری و مادرش می باشد (بنا علیه) ناپدری 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 چنانکه میدانستم اقرار نمیدادم) 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 ناپدری دارد که مباشر عقد او شده اند و بعد از عقد مدعی فساد عقد باشد از دو حیثیت: اول این که من گمان می کردم که اختیار مرا ناپدری و مادرم دارند و نمی توانم انکار کنم و اقرار من به توکیل از آن جهت بود. دوم این که بر فرضی که ناپدری 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 نمی توانند شد پس هر يك جواب علی حده [ن]

[۵۸۲]

دارد. زیرا اگر واقعا رشیده بود و مدعی است که چنین میدانستم که اختیار من با ناپدری 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 می داند.

۳۷۰: سؤال: شخصی جاهل مسأله بوده و در این که آیا در عقد هم رشد شرط می باشد؟ اعتقاد او چنین بوده که دختر در نه ساله بالغ است و اقرار او صحیح است، و از جانب دختر بی پدری وکیل 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 می گوید که چنانکه عارف مسأله میبودم و رشد را شرط میدانستم وکیل نمی شدم 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. ولی صغیره غیر رشیده که پدر ندارد و جد پدری هم ندارد، حاکم شرع است یعنی مجتهد جامع الشرایط. 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: اظهار این است که عده متعه دو طهر است هر گاه حیض می بیند. و چهل و

(۱). و در نسخه: اظهار تقدیم قول زوج است با یمین.

[۵۸۲]

پنج روز است هر گاه حیض نمی بیند 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 لمحه - يك طهر حساب می شود، 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 تمه 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 می شود. 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 می شود، 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 مملوکه 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 موطونه غیر است به ملك یمین، عده آن يك حیض است. و در وطی شبهه

[۵۸۴]

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 می گیرد. و شهید 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 می شود گمان واطی، و شبهه را نازل منزله اصل قرار داده. و آن مقتضای اطلاق اخبار است. پس عده می گیرد 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 غیر 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 می شود مقام در جایی 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 نمی کنند. و الحال در نظر نیست کلامی از فقها در این. و احوط اعتبار عده [ای] است که پیشتر باشد، نظر به استصحاب. هر چند اصل برائت مقتضی اقل باشد. پس در صورت سؤال اصل مسأله، بنابر این که ضیغه متعه بر وجه صحیح واقع نشده و به مظنه حلیت دخول واقع شده، از باب واطی به شبهه می شود. و چون گمان زوجین هر دو این است که عقد تمتع است، پس عده را عده متعه قرار می دهند. هر چند نظر به این اشکالی که در آخر کردیم احوط آن است که عده طلاق بگیرد.

[۵۸۵]

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 از زید می کند 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 می تواند 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 خواسته باشد احتیاج به طلاق دادن دارد یا نه؟

جواب: زوجه به سبب زنا حرام نمی شود بر زوج. هر چند اصرار به زنا کردن داشته باشد (علی الاظهر) خصوصا در چنین جایی که ادعای اکراه می کند. و به سبب زنا مهر او ساقط نمی شود، بلکه هر گاه شوهر به او دخول کرده بوده تمام مهر لازم است بر زوج. و بدون طلاق از زوجیت او بیرون نمی رود. 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) - بنابر قولی -، و زوجه منکر باشد، و شاهد هم نداشته باشد. در این صورت حد قذف بر شوهر لازم می شود، 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 می شود اما زن حرام ابدی می شود. 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 می تواند. خصوصا هر گاه مقلد کسی است که حد را

Translation Movement
www.IrPDF.com

[۵۸۱]

در زمان غیبت امام جاری نمی کند (چنانکه 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 نمی رود. 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 نمی شود. 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 - چنانکه 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 می کند 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 می گیرد و اگر نداده دیگر نمی دهد علی الاظهر والاطهر. 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 نمی شود، 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 می شود. 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 می کنیم 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 می کنیم. 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 می کنیم، و هکذا.... و اکثر این امور محتاج است به مرافعه حاکم شرع، یعنی مجتهد عادل. و بعد از رجوع به او خود می داند چه کند، دیگر استفتا و فتوی فایده

[۵۸۷]

نهضة الترجمة

ندارد.

۲۷۲: سؤال: 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 لابل يختص الحكم بالصغيرين -؟.

جواب: روی ابو عبیده فی الصحیح (قال: سألت ابا جعفر - ع - عن غلام وجارية زوجهما وليان لهما وهما غير مدرکین. فقال: النکاح جائز وایهما ادرك كان على الخيار، وان ما تا قبل ان یدرکا فلا میراث بینهما ولا مهر الا ان یكونا قد ادركا ورضیا. قلت: فان ادرك احدهما قبل الاخر؟ قال: ذلك یجوز علیه ان هو رضى. قلت: فان كان الرجل الذى ادرك قبل الجارية ورضی النکاح ثم مات قبل ان تدرك الجارية اثرته؟. قال: نعم یعزل میراثها منه حتى تدرك وتحلف بالله ما دعاها الى اخذ المیراث الا رضاها بالتزویج، ثم یدفع اليها المیراث ونصف المهر. قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت ایرثها الزوج المدرک؟ قال: لا لان لها الخيار

إذا أدرك. قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية). (١)

وآخر الرواية قرينة على أن المراد بالولي في صدرها من لولاية له في النكاح ووقع العقد فضولياً [مثل] (٢) الوصى [أو] الولي في المال فقط، أو أعم من ذلك كالإخ و العم. وعمل بها الأصحاب. وكل ما فيها موافقة للأصول والقواعد إلا إيجاب الحلف في التورث، وسيجئ الكلام فيه. والأ تنصيف المهر، بنا على المشهور بأن الرواية لعلها مبنية على ما كان المعهود في القديم من تقديم بعض المهر، فلعلها أخذ النصف قبل ذلك. وهو بعيد. فإن رجحنا التنصيف في المسألة (كما أنه لا يخلو من قوة بالنسبة إلى كثرة الأخبار ومخالفاتها للعامة) فلا إشكال. وإن رجحنا التمام لموافقة المشهور فلا يضر عدم العمل بجزء من الحديث في حجية باقي الأجزاء. كما حقق في محله. وههنا مقامات من الكلام: المقام الأول في معنى صحة الإجازة من الحي بعد موت المميز الأول: فاعلم: أنه

(١). وسائل، ج١٧، أبواب ميراث الأزواج، باب ١١، ح ١.

(٢). وفي النسخة: ثم.

لا ينبغي التأمل في بطلانه على القول بكون الإجازة نافذة. إذا لميت لا يقبل التزويج وليس أهلاً للمزاوجة ابتداءً. وهذا الحديث من الأدلة الدالة على بطلان القول بالنقل. وأما على القول بكونها كاشفة - كما هو الأصح - فقد يتوهم فيه إشكال أيضاً إذا قطعنا النظر عن الرواية وبنينا إثبات صحة الفضولي بعموم قوله تعالى (أو فوا بالعقود) وأمثاله. لأن المراد بالعقود، العقود الموثقة. كما فسره به أهل اللغة وجماعة من المفسرين من الخاصة والعامة. ولذلك تستدل بهذه الآية على تصحيح كل عهد موثق إلا أن يثبت بطلانه من الشارع. كما هو الظاهر من الفقه في أكثر مباحث الفقه. ولا يقتصر بالعقود المتداولة في الكتب الفقهية، ولا نجعله توقيفياً كما يظهر من بعضهم مثل الشهيد الثاني في المغارسة، وفخر المحققين في نكاح الأيضاح، ومثل ما ذكره العلامة في التذكرة في كتاب المزارعة قال في الركن الرابع (يجب أن يكون النما مشتركاً بينهما، فلو شرط أحدهما نفسه خاصة لم يصح، لأن المنقول عن الرسول - ص - وأهل بيته - ع - إنما ورد على الاشتراك في الحصة. والأمور الشرعية متعلقة عن النبي - ص - فلا يجوز التجاوز عنها) انتهى. ولعل أمثال ذلك بالنظر إلى أفراد عقد معين، لا إلى نفس مطلق العقد. ولا يقتصر بما جعله الفقهاء مقابل الإيقاعات والأحكام والعبادات. بل المراد كل عهد موثق سواء كان من الله تعالى - كالإيمان بالله واليوم الآخر - أو من العبد مع الله كالنذر والعهد، أو من العباد بعضهم مع بعض كالبيع والإجازة وغيرهما، أو من العبد لعبد آخر بالتزامه شيئاً، أو الزام الله عباده بالأحكام 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 للآخر بدون علم الآخر وقابليته للقبول. فيمكن ادراجه تحت العهود الموثقة المأمور بوجوب الوفا بها. واما اجازة الآخر بعد موت الاول: فهو مشكل. اذ معنى ايثاق العهد حينئذان 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). و في النسخة و التزام لزوجته لغير المدرك.

[٥٨٩]

زوجيته للمجيز الاول الميت والتزمها بمقاومة اجازته ورضاه في حال حياة. فايثاق العهد والتزامه لكل منهما مع الآخر مما لا بدمنه. ولفظ (كل منهما) ولفظ (الآخر) 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 ماكان 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 الذي 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، ولا زيد 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 سواء كان باستمراره من حين العقد الى حين الاجازة وما بعده على القول بالكشف. او بايجاده من حين الاجازة وما بعده على القول بالنقل. وعلى اى حال فمفارقة (كذا ط صح فمصادفة) الاجازة للمجازله الموجود الحقيقي معتبر، وهو لا يوجد بعد موت المجيز الاول. واما المعنى المتصور لايثاق العهد بين الفضوليين فهو انه يجب عليهما ابقا حكم الفضولي حين يلحقه الاجازة بينهما وانه لا يثمر فسخهما وتقاييلهما، فالاثبات بينهما ايضا معلق با جازتهما 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 العنوانى 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

[٥٩٠]

التكلم وقول زينب (اجزت عقد زيد على) معناه انى اجزت العقد الواقع لزيد في الماضى 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 ذكر نا 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 فلاشكال 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 الآثار 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، سواء 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 ايضا لو 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 الثانى: هل يجرى هذا الحكم في ما لوكان احدهما فضوليا والآخر 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 بصحيفة ابي عبيدة، هى هذه (ولو زوج احد الصغيرين الولى او كان احدهما بالغار شيذا، وزوج الآخر الفضولى، فمات الاول، عزل للثانى نصيبه واحلف بعد بلوغه كذلك .

[٥٩١]

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 ويكفى دخولها تحتها. وقد ذكرنا الاشكال فيه والجواب عنه. وان كان المراد ادخالها تحت العهد الموثق بطريق الاولوية، فيكون استدلالا لثبوت الموضوع لانفس الحكم. يعنى 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 التأفيف على حرمة الايذا الاشد منه، الا بمجرد كون العلة في الفرع اجلى، المعبر عنه بـ (القياس الجلى) الا ترى ان الشارع حكم بوجوب 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 مدخلة في الحكم. وان كان المراد في الاستدلال بالا ولوية انه في حكم الصغيرين في لزوم التحليف، فيرد عليه اولا منع الا ولوية بل الاصل اولى لثبوت اللزوم في الجملة في الفرع، فهو اقرب الى ثبوت الزوجية المستلزمة للميراث المناسب لعدم التحليف. وثانيا منع الاستدلال بدون الدلالة العرفية، كما مر. 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 ام لا. وقد عرفت ان الوجه انها مصححة نظرا الى عموم الاية، لا بخصوص الرواية لكون الاجازة فيها مقيدة. والثاني: على فرض التسليم هل هي موقوفة على

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 الداعي اليها هو الرغبة في نفس الزوجية ليكون استحقاق الميراث قسريا تبعا، لا ان يكون الداعي اليها بالاصالة هو الميراث وان قصد المدلول. و الثاني 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. فهيها 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 مقصود 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 الحقيقي 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 الا جازة هل هو للزوجية او لا خذالمال ([كما] هو الظاهر من المسالك، وهو بعيد)، لكن يبقى اللفظ مترددا بين ان يكون مدلوله مقصودا بالذات او بالتبع. ففى 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 الرضيعة في يوم واحد بدرهم لاجل محرمة امها) الذى اخترنا فيه البطلان، (٢) لان صحة اصل العقد فيه ممنوع لفقد الا غراض التى 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

نهضت ترجمه
Translation Movement

[٥٩٢]

معقول. كما ترى انه لا يحسن ان يقال (الغرض من تحريم الزنا اجرا الحد على الزانى) وان كان من الميراث المترتبة عليه. بل الغرض عدم اختلاط الانساب (مثلا). مع انا نمنع كونه اثرا للتمتع في هذا العقد الخاص. واطنينا الكلام في مسألة التمتع 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 المجيزان 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 فاطمة 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) المستنبط 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 لاختذ التركة وان لم يكن تهمة. الا الشهيد الثانى في الروضة فانه قال (واعلم ان التهمة بطمعه في الميراث لا تأتى في جميع الموارد. اذلو كان المتأخر هو الزوج والمهر بقدر الميراث او از يد، انتفت التهمة وينبغى هنا عدم اليمين ان لم يتعلق غرض

[٥٩٤]

باثبات 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. وهى 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 (ان يكون التهمة حكمة في ابتدا الحكم، لا علة. فلا يجب اطرادها). وهو مشكل، لظهور العلية من الرواية. ولذلك عدل عنها في الروضة، ولقد اجاد. وعلى الاطراد فيلزم الحلف لاختذ 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 الداعى على الاجازة هو الطمع في الميراث. ولم يذكروا طمعه المهر اذا كانت المتأخر هى 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 يكفى 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 الغلب. فجعل ذلك غرضا، بمنزلة اللغو. فيسقط اعتباره عقلا وشرعا. ويجرى ذلك في المجيز الاول اذا كان هو الزوجة، بل في اصل التزويج الاصيل. واما 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 .

[٥٩٥]

فلا تهمة في المهر بالنسبة الى الميت ولا حق ثابتا في مقداره للوارث. ولا يكتفى با جازته العقد حال 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 ماله 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 تعدي 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 احتمال 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 المناخ هو كونه فضوليا وقع من فضولين على النهج المذكور. ومناط الوجه الثانى مع كونه العلة هو ما هية كونه فضوليا ان (١) هذا النوع الخاص منه (مستندا با نه حكم خاص، يثبت لفرد خاص من الفضولى) على

(١). و في النسخة : اذ.

[٥٩٦]

خلاف الاصل. ولا يخفى ما في الوجه الاول. لورود المنع الظاهر على كون الفضولية مطلقا (او مطلق ما كان طرفا العقد فضولين من جملة افراد الفضولى) علة لهذا الحكم. بل هو حكم خاص ورد لفضولى خاص، مع ان العلة في الحكم لا يمكن 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 منجها لكن الحكم بالبطلان محل نظر. اذ يمكن تصحيح الاجازة وجعل العقد لازما للفرع بعموم (اوفوا 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 (اوفوا 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

[٥٩٧]

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 احتتم 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 بالحلف. 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 بضمانه 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: ففى 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 قديترتب على مجرد الاقرار بالنكاح الغير المستلزم لوقوعه في نفس الامر. والحاصل: ان الاقرار بالنكاح

[٥٩٨]

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 منافاة 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 شيئا. [و] من

جهة ان اقراره بالتزويج لا يستلزم از يد من نصف المهر، لا نه ان كان صادقا في الاجازة، والتزويج قد حصل، فله النصف بالميراث. وان كان كاذبا فالمهر كله ماله و النصف داخل في الكل. وهذا اقرب، وفاقا لجماعة. وحاصله ان اقراره لا يستلزم الا النصف وليس للوارث مطالبة التمام، ولا نلتزم جعله ميراثا، فان شئت سميت النصف ميراثا، 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 رأسا، لعدم الدخول. تنبيه: قال العلامة (ره) في القواعد (ولو تولى الفضولى احدى طرفى العقد، ثبت في حق المباشر تحريم المصاهرة. فان كان زوجا حرم عليه الخامسة والاخت والام والبنت. الا اذا فسخت، على اشكال في الام. وفي الطلاق نظر. لترتبته 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 فضوليا 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 دائما ان كانت هذه رابعة زوجاته. وكذا يحرم تزويج اخت هذه المرأة له، لحرمة الجمع بين الاختين. و كذا ام المرأة، لحرمة ام الزوجة وان كانت غير مدخولة. وكذا ابنتها لحرمة الجمع

نهضة ترجمه

Translation Movement [٥٩٩]

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. الثانى: ان هذه الاحكام انما في قبل ان يفسخ المعقود فضولا، العقد. فان فسخته 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 ايدا. بل انما كان الحرام هو الجمع، و التحريم الابدى من ثمرات الدخول. واما الام (يعنى اذا كانت المعقودة فضولا هى البنت) ففى تحريم امها بعد الفسخ من البنت اشكال. نظرا الى ان حرمة ام الزوجة ليست مشروطة بالدخول بينها على الاصح، ولا ببقا البنت في حالها. بل هى محرمة ايدا. 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 ناقله فوجود النكاح كعدمه. ولان تحريم الام اما بالدخول (كما هو مذهب ابن ابي عقيل) أو بالعقد الصحيح. والاول منتف بالفرض، والثاني موقوف على تحقق ايجاب وقبول صحيحين، ويشترط صحتهما بصورتهما من الاصيل او وليه او وكيله او اجازة الاصيل او [اجازة] الولي على القول بصحة الفضولي. 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) فتنظر فيه العلامة من جهة ان وضع الطلاق انما هو لرفع نكاح ثابت لازم واستدامة والعقد الفضولي ليس بنكاح ثابت اذا لنكاح الثابت لا يحصل (١) الا باذن المرأة، او اجازتها ثانيا. وكلاهما مفقودان بالفرض. ولا معنى لثبوته

(١). و في النسخة: لايجعل.

[٦٠٠]

من طرف واحد. فاذا لم يثبت النكاح الثابت فلا يصح الطلاق المشروط بمسبوقيته به، فلا يبيح 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 لجواز ولا يكفى عدم التصريح بعدم الجواز. واما ما قد يقال ب (انا ان قلنا ان الاجازة في العقد كاشفة عن الصحة من حين العقد، والفسخ عن فسادة 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 ناقله 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 فضوليين 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 (البنت) 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 لابد ان ينبه عليها، وهى ان الاصل في العقد الفضولى الاعتبار

[٦٠١]

حتى يحصل الفسخ، او الاصل عدم الاعتبار حتى يحصل الاجازة؟ ومما يتفرع عليه مآلوا تزوج (المعقود عليه فضولا في صورة جهالة بالعقد الفضولى) 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 الفضولى عقدها لغيره. فهل يجوز لها امضا الفضولى وفسخ النكاح المتأخر؟ او لابل المتأخر لازم؟. ولا يخضرني الان كلام فيه من الاصحاب. والظهر من كلماتهم في كون الفضولى 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 مآلوا زوجه الفضولى بالبنت وهو قد تزوج بامها لجهله بالحال. وامثال ذلك. والا فلا منافاة بين صحة العقد واجازته للفضولى. ثم اذا وقع الطلاق فالظاهر امكان الاكتفا باجازة الفضولى السابق، من دون تجديد عقد. لعموم الدليل.

٢٧٤: سؤال: 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 العقد ام لا؟

جواب: تحقيق هذه المسألة يتوقف على ذكر مقدمات: الاولى: هل يجوز البنا في العمل على الوكالة الادعائية بدون الاثبات ام لا؟ الظاهر الجواز، مثل ان يجئ احد وبيده 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:... الأ بعد الفسخ الاول في معناه فتزويجه بالغير مع الاطلاع بالحال.

[٦٠٢]

يثبت الوكالة بعد لين. او اراد الوكيل قبض عين او دين من موكله ودافعه الغريم وامتنع عن الادا 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 ينافى 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 الفضولى ان لا يكون ناشيا من مالك الامر (الواقعى) 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 ما يبيعه الغاصب لنفسه. وظهر افراد ما يبيعه احد مع العلم با نه ليس ماله بقصد انه ان اجازة فهو. والا فكان باطلا. ومن ذلك يظهر انه لو ثبت الو كالة 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 مالكى 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 رضا 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. وبالجمله 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. والعاقد ايضا يعقد فى حال عدم ثبوت الوكالة وفى حال يحكم بكونه فضوليا لا بشرط انه

[٦٠٣]

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. لايقال 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 واخبارهما 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 ووقع الصيغة، صحت. - سوا قصد بها التوكيل او احتاط بقصد الفضولى او اوقع 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 .

Translation Movement

.INS

(١). عبارة النسخة: و قبل التوكيل لا يوجب ابقاء نفس العقد.

[٦٠٤]

نعم: لولم يقبل الوكالة، او قبل ثم عزل نفسه، وعقد فضولا وكان التوكيل فى نفس الامر ثابتا، فيشكل المقام. فهل يحتاج الى الاجازة ثانيا ولا يصح بدونها، او يكفى الرضا السابق؟ ويمكن الاكتفا. اذ قد بينا ان الفضولى هو ما لم يكن منضما الى رضا المتزاوجين اصلا. ومع استصحاب الرضا السابق لا يبعد الاكتفا، وهو ليس باقل من الرضا اللاحق. لايقال: انه يلزم على هذا انه لو كان الرجل والمرأة راضيين بالتزوج مايلىن اليه، واتفق ان احدا عقد بينهما من باب الاتفاق فضولا، لكان ذلك الرضا والشوق كافيا فى صحة العقد غير محتاج الى لحوق الاجازة وهو باطل جزما. لانا نقول: مانحن فيه ليس من هذا القبيل. اذ

ماذكرته من الرضا هو محض الشهوة والتمنى، ولم يتحقق فيه ارادة. والفرق بين الشهوة والارادة واضح. كالنفرة و الكراهة. فان قلت: قديتتحقق الارادة الى التزوج والقصد الى ايقاع الصيغة ويتفق ايقاعه من فضولى لالخبر له بالحال. ولا ريب انه لايكفى. قلت: مانحن فيه ليس من هذا الباب. لان صدور الصيغة حنيئذ انما نشأ من اطلاع العاقد على ارادتهما لحصول العقد، و انماوقع 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.

٢٧٥: سؤال: اذا كان احد طرفى النكاح مباشريا بعنوان البت واللزوم، والاخر بعنوان الولاية مع غيبة المولى عليه. وصار الغائب مفقود الخبر. كيف حال هذا النكاح؟.

جواب: 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 الواقعين 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

نهضة ترجمه [٦٠٥]

اللزوم على الفضولى من آثار لفظه واللفظ المتلقى منه من الاسباب الشرعية التى يحتاج ازالة اثره الى سبب آخر من الاسباب الشرعية و هو ليس الاقسخ من وقع العقد له أو وليه. فلا ينفع تقايل الفضوليين في اللزوم الذى يحصل باجازة من وقع العقد له بعد ذلك. وقد يحصل الايثاق بالالتزام المالك للامر (اصالة او ولاية) منضمنا الى الايجاب أو القبول من الفضولى. فاذا باع زيد من عمرو فضولا ببكر، او انكح زينب لعمرو و فضولا، فالايثاق من جانب عمرو يحصل بالاجازة، وبعد الاجازة يجب عليه الوفا بمقتضاه (١). واما ايثاق عمرو من جانب بكر و زينب فانما يكون بالالتزام بكر كون الثمن لعمروان 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 الفضولى، (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 و غيرها في النكاح) وكل ذلك من الطوري للعقود اللازمة. واما الالتزام من احد الطرفين في الفضولي: فاطلاقه لا يكفي في الالتزام الابدی 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 وولييه) 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 ولى شرعى. فقول: لا يصح الالتزام الى زمان البلوغ، لاشتراط الامكان الاستعدادى في اقرب المراتب. وقيل: يصح، لكفاية مطلق الاستعداد. وظهر من ذلك ان لاثاق العهد هناك حدا محدودا عندهم. ويظهر من كلماتهم هذه ان الالتزام مع اليأس عن التمكن من اجازة المالك او من يقوم مقامه - كمالو عقد

(١). و في النسخة: و بعد الاجازة يجب عليها.

(٢). عبارة النسخة... عن جانب المباشر المالك للامر من الطرفين فيه الفضولي.

[٦٠٦]

الفضولى لمجنون مطبق حصل اليأس من برئه عقد النكاح - ليس من العهود الموثقة التى يجب الوفا بها. فلوفرز من باب خلاف العادة افاقة المجنون فلاينفع في اللزوم. ولعل 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 لونهاها الفضولى للغائب ثم صار الغائب مفقود الخبر وطال الزمان. فانا وان جوزنا التزامها النكاح للطفل لكون زمان الصبا محدودا، وللغائب نظر الى اعتياد رجوعه عن الشفر او بلوغ الخير عنه بالرضا والفسخ، فانما ذلك لبنائها الامرعلى المحدود المتعارف، والا فلم يظهر منها الالتزام. وان صار مفقود الخيرو ذهب من غيبته عشرون سنة، فالالتزام انما هو بمقدار المعتاد وهى لم تلزم الزايد عنه. فلايحسن ان يقال (انها التزم بالزوجية بحسب نظرها الى ان يعود او يجئ عنه الخبر، فلزم من جانبها ولا ينفسخ الابفسخه. 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 ذا ثبت الزوجية في آن فهى 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 ليقال: 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 فضولا ولعقد 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 بالزوجة ان أجاز الغائب)، بخلاف العقد الدائم [البات] . والقول بـ (انه ليس هناك تعليق بل هو التزام الان يطرد عدم الاجازة لا انه التزام ان اجاز)، محض تغيير العبارة. بل

[٦٠٧]

هو فى 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 والاختبار. اذ اخبارهم وفتاويهم ظاهرة بل صريحة في الزوجة الثابتة، لافى الفضولى. فلاوجه لان يعامل مع النكاح الفضولى معاملة الزوجة 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 لوكان 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 بماذكرنا 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).

٢٧٦: سؤال: 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؟

جواب: لاختلاف في وجوب الختان للرجل بين علما الاسلام، بل هو اجماع منهم. كما عن جماعة منهم بل كاذان يكون ضروريا من الدين (١). واما رجحانه فضرورى. والاختبار 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 . وفى الكافى (عن السكونى عن ابي عبد الله - ع - قال: قال: أمير المؤمنين - ع - اذا اسلم الرجل اختتن ولو بلغ ثمانين سنة). (٣)

واما وجوبه على الولى قبل البلوغ: ففيه قولان، اظهرهما واشهرهما العدم. للاصل و

- (١). قال صاحب الجواهر: بالضرورة من المذهب والدين، التي استغنت بذلك عن تطافر النصوص، كغيرها من الضروريات - الجواهر، ج ٣١، ص ٣٦١.
- (٢). الوسائل، ج ١٥، ابواب احكام الاولاد، الباب ٥٢ الي ٥٩.
- (٣). المرجع: الباب ٥٥، ح ١ - الكافي، (الفروع)، ج ٢، ص ٩١.

[٦٠٨]

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 أخر 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 تسبى 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 اقترانه بنقب 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 ما في الذخيرة الا انه قال (اكثر الاصحاب). وعن ظاهر ابن ادریس 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 النهي 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.

[٦٠٩]

المندوب. ولا يجب في النسا كونها مخفوضة ولا يشترط حجهن به بلا خلاف، وقد صرح به لـ الاخبار. وكذا الصبي للأصل 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 مسألة 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 علي عن آبائه عن علي (عليهم السلام) (قال: الاغلف لا يؤم القوم وان كان اقرنهم 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 اما اخرجه الدليل، وثبت هذا الحكم في الطواف كاشف عن كون الصلوة ايضا كذلك. وفيه اشكال

(١). الوسائل، ج ٥، ابواب صلاة الجماعة، الباب ١٣، ح ١.

[٦١٠]

واما السؤال عن حقيقة الختنه شرعا او عرفا: فلم يحضرني الان فيه كلام منهم في بيان ذلك، ولا ادعا (حقيقة شرعية) فيه، ولا (حقيقة عرفية فقهية)، الـ اعبارة الدروس حيث قال (والواجب كشف جميع البشرية، فلوزاد الفاعل ضمن وان اذن له في الختان). اقول: البشرية هي ظاهر جلد الانسان. ومن هذا

يظهر ان الغلفة الايسمى بشرة، بل هى 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 حراويرد 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، يخته، 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 (الغرلة 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 تغد 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 الختانين تقابل موضع قطعهما). وقال في باب الغلف (الغلف بالضم: الجلدة التى 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 التى هو كالغلاف للحشفة. وله نهايتان احديهما الذكر ويستتره بحسب الخلقة غالبا ولهذا تجويف. والآخرى 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 معيناً - بمعنى انه يجب كون تمام رأس الذكر المسمى بالحشفة خارجاً -؟ اويكفى ولو بقى شئ منها

المعجم للرجوع
Translation Movement
MS

[٦١١]

مستورا -؟ فالذى يمكن ان يقال بدخوله في المصداق جزماً 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 جزماً [هو] مابقى بعد القطع ثقبه الاحليل مستورة بالجلدة. والاشكال في ما بين الامرين المذكورين. ولا يمكن الاستدلال بوجوب الاول بقولهم (اذا التقى الختانان وجب الغسل والحد والرحم) بتقريب تعليق الشارع. اذا لاغلب انها امور لا دخل لوضع الشارع فيها، ومعيارها العرف واللغة. ولما كان ذلك العمل فعلاً مرغوباً من حيث التلذذ والتنزه (حيث انه قد يجتمع تحت الجلدة الاوساخ والغدرات التى بعد الجماع ويتنفر ويتقذر منه) فبنى المشرفون امرهم على ذلك وصار متعارفاً بينهم. ولما كان استيصال

تلك الجلدة بالمرة 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 بالمرة 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 الجد الذى بنى عليه اهل العرف في الاغلب، وما يكون المقصود حصول الغرض المترتب عليه اكثر وهو حد استيصال الغلفة بالمرة -؟ او اكتفى بالمسمى (يعنى مسمى قطع تلك الجلدة، سواء تحقق ما هو مطابق لوفق مقصد اغلب الناس ومؤسس هذا العمل ام لا)؟. والذي يتحصل من كلمات اهل اللغة هو ما يتضمن قطع الجلدة لتى هى غلاف

[٦١٢]

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 ان 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 الجلدة شئ. كما يشعر بذلك الاخبار الواردة في مذمة الاغلف، فان الظاهر منه المستتر باجمعه، ويؤيد ذلك (بل يدل عليه) ماورد في وجوب اعادة الختان ان نبت الغلفة بعده فقد روى الصدوق في كتاب اكمال الدين بسنده عن ابي الحسين محمد بن جعفر الاسدى في ما ورد عليه من التوقيع عن محمد بن عثمان العمري في جواب مسأله عن صاحب الزمان (ع) (واما سألت عنه من امر المولود الذى تنبت 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 لولم تنبت ثانيا في هذه الصورة لكان كافيا. وتعليقه (ع) بضجيج الارض من بول الاغلف يشهد بان مورد السؤال كان كذلك. ويؤيد ماذكرنا ايضا ماورد في استحباب امرار الموسيقى على من ولد مختونا، كما رواه الصدوق ايضا في كتاب المذكور (عن ابن ابي 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 الموسيقى لاصابة السنة واتباع الحنيفية). (٢) وجه التأييدانه يحصل اصابة السنة بمانحن فيه بالطريق الاولى. و يؤيده ايضا الرواية التي 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 ماكان السيرة في اولاد الانبيا ان يسقط غلفتهم يوم السابع مع سرهم(٣). وان اذاقة حر الحديد يحصل وان لم

(١). المرجع: الباب ٥٧، ح ١.

(٢). المرجع: الباب ٥٣، ح ١.

(٣). المرجع: الباب ٥٣، ح ٦.

[٦١٢]

يستاصل الغلفة. ويشير اليه الدعا الوارد في الختان انه يقول (اللهم هذه سنتك [وسنة نبيك واتباع منالك ولدينك بمشيتك وبارادتك لامراردته وقضا حتمته وامرا نفذته] فاذقته حر الحديد في ختانه وحجامته لامرانت اعرف به منى [اللهم فطهره من الذنوب وزد في عمره وادفع الافات عن بدنه والالوجاع عن جسمه وزده من الغنى وادفع عنه الفقر فانك تعلم ولا نعلم]). (١)

ويؤيده ايضا صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق (ع) في جملة ان رسول الله (ص) - قال لام حبيبة التي كانت خافضة تخفض الجوارى (اذا انت فعلت فلا تنهكى ولا تستاصلى واشمى فانه اشرق للوجه واحظى عن 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 المكربة والرححان. وحاصل المقام: ان الذى ثبت في العرف كونه مطلوبا هو ظهور مجموع الحشفة بقطع

الجلدة التى هى غلافها وقصد ذلك. سوا حصل تمام المقصود ام لا . فمن ختن ولم يستأصل جلده
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
لونيت الجلدة ثانيا بحيث احاط الثقبه، فلاجل صدق (الاعلف) حينئذ فالمستفاد من الاخبار شيان:
احدهما ذم الاعلف وبطلان طوافه (مثلا وغير ذلك) والمنع عن الاغلفية . والثانى كونه مختونا. فلوفرض

(١). المرجع: الباب ٥٩، ح ١.

(٢). وسائل، ج ١، ابواب مايكتسب به الباب ١٨، ح ١.

(٣). المرجع: الباب ح ٢.

[٦١٤]

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. ففى
صحيفة عبد الله بن سنان (عن الصادق - ع - قال: ختان الغلام من السنة وخفض الجارية ليس من
السنة). (٢) وقدمر صحيفة ابى بصير، و في رواية غياث بن ابراهيم (عنه عن ابيه عليهما السلام قال:
قال على - ع - لا بأس ان لا تختن المرأة. فاما الرجال فلايدمنه) (٣). وروى في الكافى عن مسعدة بن
صدقة (عن الصادق - ع - قال: خفض النساء مكرمه وليس من السنة ولا شيئا واجبا، و اى 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 مكرمه 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 وهى جلدة كعرف الديك - وفي بعض النسخ (كفرق الديك). ولعله الاظهر -
بين الشفرين في اعلى الفرج فوق مدخل الذكر وفوق مخرج البول اذا قطعت. فهى اصلها كالنواة تشاهد
عند الهزال وتستتر عند السمن. فيستحب ازالتها. 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 از منة الجرح من الاند مال. واما عذرة البكارة: فمضمونة الا على الزوج، على كلام
المبسوط . .

- (۱). عبارة النسخة... بسبب قطع بعض الجلدة و حصل الامتثال من هذه الجهة و لكن لم يحصل...
- (۲). وسائل، ج ۱۵، ابواب احكام الاولاد، الباب ۵۶، ح ۲.
- (۳). المرجع: الباب ۵۲، ح ۸.
- (۴). المرجع: الباب ۵۶، ح ۳.
- (۵). المرجع: الباب ۵۸، ح ۱.

پایان جلد چهارم کتاب جامع الشتات

مؤلف : میرزا ابوالقاسم قمی

تصحیح : مرتضی رضوی

برگرفته از سایت

الالكترونية السلام مكتبة يعسوب الدين عليه

نهضت ترجمه
Translation Movement
INS