جامع الشتات

جلد چهارم

تألیف

المحقق الفقیه

میرزا ابی القاسم بن الحسن الجیلانی القمی

۱۱۵۱ — ۱۲۳۱

جامع الشتات

(جلد چهارم)

تألیف:میرزا ابوالقاسم قمی

با تصحیح و اهتمام:

مرتضی رضوی

شبكة الفكر
alfeker.net

انتشارات کیهان

قمی، میرزا ابوالقاسم
جامع‌الشتات (جلد چهارم) /میرزا ابوالقاسم قمی- تصحیح: مرتضی رضوی
تهران: سازمان انتشارات کیهان- ۱۳۷۵
...ص



نام کتاب:	جامع‌الشتات (جلد چهارم)
مؤلف:	میرزا ابوالقاسم قمی
مصحح:	مرتضی رضوی
حروفچینی، صفحه‌آرایی و نشر:	سازمان انتشارات کیهان
لیتوگرافی، چاپ و صحافی:	مؤسسهٔ کیهان
نوبت چاپ:	اول/ ۱۳۷۵
تیراژ:	۳۳۰۰نسخه

حق چاپ برای انتشارات کیهان محفوظ است
تهران خیابان فردوسی- کوچهٔ شهید شاهچراغی- مؤسسهٔ کیهان
□سازمان انتشارات کیهان تلفن پخش- ۳۱۱۰۲۰۱

جامع الشتات

فهرست مطالب

عنوان	صفحه
کتاب الوقوف	۱
رسالة	۴۹
کتاب العمری	۱۵۳
کتاب الهبات	۱۵۵
کتاب الوصایا	۲۲۵
کتاب النکاح	۳۱۵


بسم الله الرحمن الرحيم

کتاب الوقف

من المجلد الاول

۱ : سؤال: هرگاه جمعی اقرار و اعتراف کنند بـه آنکه همهٔ املاکی که در تصرف دارند که از جدّ ایشـان به ایشان منتقل شده، وقف بـر اولاد ذکور او بوده، و بعد از فوت این جماعت، بعضی از آن املاک از تصرف اولاد ایشان بیرون رفته، آیا اولاد را می‌رسد که به سبب وقفیت مطالبهٔ املاک را بنمایند یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه وقف بر اولاد ذکور بوده بطناً بعد بطن همیشه آن اولاد مستحق آن املاک می‌باشند. مگر اینکه از جهت شرعی از تصرف ایشان به در رفته باشد، مثل اینکه به جهت اختلاف ارباب آن، یا منتهی شدن به خرابی، فروخته شده باشد، به تفصیلی که در محل خود محقق شده است که بیان آن طولی دارد.[۱] و هرگاه حال و کیفیـت مجهول بـاشد حکـم به صحـت آن معاملـه مشکل اسـت و محتاج بـه مرافعه است. و امثال این مقدمات صورت دعوی است و استفتا در آن بی‌ثمر است، در حضور حاکم باید طی بشود.

۲ : سؤال: هرگاه پدر وقـف کند ملکی بر ولد صغیر خود و تولیـت به جهت خود قرار بدهد ولکن 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 قرار داده.

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

جواب: علی‌السویه در میان همه قسمت می‌شود. و این از جملهٔ مهمات مسائل است که این حقیر در این عصر به حکم آن برخوردم. و در میان علما اضطراب بسیار بود و همگی به این رجوع کرده‌اند، این را ضبط کن. و چنین است حکم در هرجا که موقوف علیهم مشتبه باشد در میان جمعی. والله العالم.

۴: سؤال: هرگاه ملکی در دست سه برادر باشد که مشهور به وقف باشد، و جدّهٔ مادری ایشان وقف کرده است، و فرزندان آن جدّه منحصر باشد در مادر همین برادرها و کیفیت وقف معلوم نیست. و الحال یکی از سه برادر فوت شده و از او پسری مانده، وبرادر دیگر هم فوت شده بلاعقب، و برادر سوم که در حیات است سهم برادر بلاعقب را تصرف کرده و بر پسر برادر دیگر هم ادعا می‌کند که آن سهم هم که از پدر تو مانده مال من است با اجرت‌المثل ایام تصرف رد کن. و متمسک است به اینکه «این وقف اولاد است و مادامی که طبقهٔ علیا از اولاد باشد طبقهٔ سفلی بهره[ای] ندارد». حکم این چه چیز است؟.

جواب: این سؤال کمال اجمال دارد و محتاج است به تفصیل شقوق و احتمالات. اولًا اینکه هرگاه اصل وقفیت ملک ثابت، و مصرف و موقوف علیه به ثبوت شرعی نرسد که چه چیز است و هیچ معلوم نباشد، منافع آن را باید به وجوه خیر رسانید مثل فقرا و مساکین و زوار و امثال اینها. و هرگاه معلوم شود و به ثبوت برسد- به شهود یا استفاضه- که وقف اولاد است، همین تنها بس نیست. بلکه باید مراد واقف معلوم باشد. هرگاه ثابت بشود که واقف وقف کرده است بر اولاد و بس، پس این وقف باطل است بنابر قولی، به جهت آنکه منقطع الآخر است، و وقف باید

مؤبد باشد. پس باید در صورتی که خواهد وقف اولاد کند، به او ضمّ کند این معنی را که «هرگاه منقطع شوند، وقف باشد بر فقرا و مساکین یا مساجد و حمامات و رباطات و امثال اینها که غالباً منقرض نمی‌شوند.»

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 برمی‌گردد به مالک و وارث او، و اظهر قول ثانی است یعنی صحیح است و بعد از انقراض برمی‌گردد به مالک یا وارث او. و همچنین هرگاه واقف گفته باشد که «وقف کردم بر اولاد خود و بعد از اولاد بر اولاد اولادم» و دیگر فقرا و مساکین را نگفته باشد، هرچند بگوید «اولاد اولادم- تا آخر الدهر» که در این صورت هم هرگاه نسل او منقرض شود باز برمی‌گردد به مالک یا وارث او.

و آنچه به کار مدعی می‌آید این است که ثابت کند این ملک وقف است به این نهج که «جدّهٔ ما وقف کرده بر اولاد خود که مادر ما باشد و بعد از آن بر اولاد اولاد خود، وهکذا 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 نمی‌باشد. و اما هرگاه این معنی ثابت نباشد و محتمل باشد که برادرزاده را هم شریک برادر کند- به این نهج که بگوید که این را وقف کرده‌ام 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 کرده‌اند. بلکه ظاهر این است که در این صورت در مال برادر بلاعقب هم شریک خواهد بود.

و ادعای اینکه «مجمل وقف اولاد که به استفاضه ثابت است افادهٔ ترتیب را می‌کند»[1] موقوف است به اثبات چنین عرفی از برای واقف، و ثبوت آن معلوم نیست. و عرف عام زمان ما هم افادهٔ آن را نمی‌کند. خصوصاً هرگاه استفاضه،

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

خصوصیت اولاد ذکور و اناث [را] هم بیان نکند، با وجود آنکه غالب آن است که وقف بر اولاد ذکور می‌کنند، و مفروض در ما نحن فیه آن است که طبقهٔ اول اناث است. و هیچکس از علما اعتبار این معنی را نکرده است. و اصل «عدم شرط» هم معنی ندارد. به جهت آنکه از برای واقف است که هر شرطی را که خواهد بکند و باید به شرط او عمل کرد. پس ما هرگاه ندانیم که به چه کیفیت وقف کرده است آیا ترتیب را شرط کرده یا نه وآیا شرکت[ولد]ولد را با سایر اولاد در حینی که یکی از آنها بمیرد شرط کرده یا نه پس احتمالات همه مساوی‌اند، و اجرای«اصل عدم» در حصول بعض افراد در خارج دون بعض، تحکّم است.

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

گوئیم: بر فرض تسلیم، جواز عمل به این غلبه مسلم است در غیر وقتی که یکی از اولاد یا دو نفر[از آنها]بمیرد و یکی بماند و از آن دو نفر اولادی هم مانده باشد. و شاهد آن این است که می‌بینیم مردم را که هرگاه دو پسر یا سه پسر داشته باشند، در حال حیات خود، یکی از پسرها بمیرد و از او اولادی بماند، یک سهمی به جهت آن پسرزاده در حال حیات قرار می‌دهند و به صیغهٔ صلح یا امثال آن به آن منتقل می‌کنند که بعد از فوت بی‌نصیب نباشد. و غلبهٔ این عمل از آن عمل اگر بیشتر نباشد کمتر نیست. و به این سبب است که فقها هیچ فرقی نگذاشته‌اند و ملتفت به ادعای این غلبه نشده‌اند و تابع شرط شده‌اند.

بلی هرگاه مدعی اثبات کند که واقف به این عبارت گفته است که «وقف کرده‌ام بر اولادم، بعد از آن بر اولادِ 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 هرگاه 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 می‌دانید؟ بگویند بلی. به جهت آنکه استفاضه در معنی است نه در لفظ. و ادعای استفاضهٔ لفظ، بسیار بعید است.

و از مضعفات دعوی مدعی، یکی هم این است که فقها در اولاد هم خلاف کرده‌اند که آیا شامل اولادِ اولاد او هست یا نه؟-؟ هرچند اظهر این است که شامل

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

و هرگاه حصهٔ موقوف علیهم و کیفیت شرط واقف و اعتبار ترتیب و عدم اعتبار آن معلوم نبـاشد، و بـر فرض اعتبـار ترتیب، کیفیـت ترتیـب هم معلـوم نباشـد پس فی‌الجمله علم حاصل می‌شود کـه مجموع این طبقات از اهل وقف هستند ولکن فی‌الجمله نه به تفصیل. پس هر یک از این طبقات درحال اجتماع ایشان در وجود، قابل مالکیت و اهلیت و استحقاق عین موقوفه هستند. و چون حقیقت حال معلوم نیست و مـرجّحی ظاهر نیسـت نه در اصل استحقـاق و نه در مقدار آن، پس بـاید علی‌السواء در مابین ایشان قسمت کرد. چنانکه علامه در **تذکره و قواعد** تصریح به آن کرده و همچنیـن شیخ علی در **شرح قواعد**. و چون از صورت سؤال معلوم می‌شـود که کیفیت وقف مجهـول است حتی مطلق مصـرف هم ثابت نیسـت، یا فی‌الجمله ثابت است اما کیفیت ثابت نیست، بهتر آن است که غله و منافع موقوف علیه را به طریق مصالحه بـا همدیگر راضی شوند.[1] بلکه دور نیست کـه بهتر آن باشد که با وجـود این حاکم شرع قصد تصدق و اعانـت فقرا هم بکند در دادن به ایشان هرگـاه فقیر باشند، یا از سایـر مصالح برّ باشند. و احتمـال دخول اولاد این برادر سوم (که در حال حیات است) در اهل وقـف در غایت بعد است، و عدم آن در تحـت «غلبه»ای که سابق ادعا شده بود باقی است، با وجود آنکه مدعی هم دعوی ترتیب می‌کند. والله العالم.

۵: سؤال: هرگاه درخت گردو و یا درخـت بارده دیگر در ملک وقف اولادی، بوده باشد، آیا موقوف علیه می‌تواند او را بفـروشد؟ یا قطع نماید؟ با وجود متضرر شدن بطون لاحقه؟ و در صورت بیـع، بعد ازفـوت او ارباب وقـف را بر مشتـری تسلطی می‌باشد؟ یا نه، و درخت ملک مشتری است می‌خواهد قطع می‌نماید و می‌خواهد

(۱): عبارت باید این طور باشد: غلّه و منافع موقوفه را به طریق مصالحه قسمت کنند و از همدیگر راضی شوند. و الله العالم.

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

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

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

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

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

جواب: اگر از حال واقف معلوم شود که مرادش این است که باید هیچکس بیش از یک سال نگاه ندارد، و منظورش تغیّر و تبدل مستأجرین باشد، این اجاره صورت ندارد. و اگر غرضش این است که باید تجدید صیغه بشود و تأسیس اجاره [شود] به جهت حصول تجدد 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 کرده‌اند، و از جملهٔ شروط وکالت قرار داده‌اند که باید موکل فیه مملوک موکل باشد. به این معنی که او را عقلاً و شرعاً مانعی از تصرف نباشد.

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

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

و آخوند ملااحمد(ره) و صاحب **کفایه** اشکال کرده‌اند و ایرادات بر این کرده‌اند، و از جملهٔ موارد نقض کـه ذکر کرده‌اند «توکیل در طلاق در طهـر مواقعه و در حال حیض» و «توکیل در تـزویج زنی و طلاق بعد ازآن» یا «خریـدن غلامی و آزاد کردن [ش] بعد از آن» و مثل «تـوکیل در تطلیق ثلاث با رجعتین بینهمـا»، است. و حکم کرده‌اند به اینکه: این شرط وجهی ندارد و دلیلی ندارد. و بعضی غفلت کرده‌اند و از موارد نقض این را شمرده‌انـد که هرگاه کسی بگوید که «هـر جا مال را به بینی صرف کن» پس باید اگر چیزی داخـل مال آن شخص بشود بعد از اذن، نتواند این شخص مأذون در او تصرف کند.

و تو می‌دانی که این همه غفلت است وفرق میانهٔ مثال‌های اول و این موارد نقض، بسیار است و محـل نزاع جایی اسـت که موکل را هیـچ حق تصرف در موکـل فیه نباشد، چنانکـه در مثال‌های اول. و مواردنقض‌از این قبیل نیسـت. و توضیح مقام این است که «طهر غیر مواقعه» از شـروط صحت طلاق است نه از اسباب تمکن از تصرف در امر زوجه. و همچنیـن «حصول ملک» از شرایط صحت عتـق است نه از شرایط جواز شراء. پس مراد این است کـه تو وکیلی در طلاق جامع‌الشرایط و عتق جامع‌الشرایط، و گاه است که انجام این دو امر موقوف به اتیان مقدمات چند باشد که از جمله انتظار طهر غیر مواقعه، است. و ابتدای امکان مقدمات صادق است که ابتدای امکان فعل است و هکذا...

و همچنین در صورت «تـوکیل در تزویج ثـم الطلاق» و «الشراء ثم‌العتـق» موکل تسلط بر تزویج وشراء دارد، و هر دو بـه جهت او ممکن‌اند و مستتبع جواز طلاق و عتق‌اند ، و او وکیل را مسلط کرد[ه]در آنچه خودمسلط بود بر آن در حین توکیل، و احتیاج به واسطه، منافـات با تسلط بر شئ ندارد، بخلاف مثال‌هـای متقدمه، به

جهت آنکه مطلقاً موکـل را تسلطی بر طلاق و عتق بالفعل نمی‌بـاشد، بلی تسلط دارد اگر تزویج کند یـا بخرد. پس مآل توکیل هم به این مـی‌شود که وکیل، وکیل است در طـلاق اگر تزویـج حاصل شـود، یا اگر عبـد را بخرد، و این خـود صحیح نیست، به جهت آنکه شرط توکیل آن است کـه منجز باشد و معلق نباشد، چنانکه بیان خواهیم کرد.

و این نه از باب «انت وکیلی فی بیع عبـدی 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 نمی‌توان گفت که «در این دو مثال [نیز] مطلوب وکالت است مطلقا و أمّا طلاق و عتق مقیدند به وقت حصول نکاح و بیع». به جهت آنکه تقیید مقیّد آن است کـه آن شیئ مطلق قبل از تقییـد تواند بر اطـلاق خود وجود داشته بـاشد. چنانکه در مثال منقول از علامه. بخلاف مانحن فیه که طلاق و عتق قبل از حصول تزویج و ملک، هیچ صورت وقوع و امکان ندارد.

و اما در صور نقـض، مثل «انت وکیلی فـی‌التزویج ثم الطـلاق» او «الشراء ثم العتق» پـس آن توکـیـل در طلاق و عتـق چون منفـرد نیست، و جـزء مجموع «توکیل در تزویج ثم الطلاق» و«البیع ثم‌العتق»است، پس صحیح است، که بالفعل تسلط بر مجمـوع دارد،و توکیل در مجموع، معلـق به چیزی نیست، و موکل فیه مجموع امرین است نه احدهما و نه کـل واحد منهما منفرداً. پس صادق است که توکیل در طلاق هم منجز است و معلق نیست، گـو در نفس‌الامر موقوف بـاشد به تقدم تزویج. و همچنین است حال عتق.

و به عبارة اخـری: طلاق و عتق و بیع را دواعتبـار است: یکی مفهوم کلـی «رها کردن زوجـه» و «آزاد کردن بنده» و نحـو آن، یکی اجـرای صیغهٔ خاص بـالفعل، و ایجاد این مفهوم در خـارج، و این معنی کلی، مملوک صاحـب زن و صاحب غلام است در جمیع اوقات زوجیت و مـالکیت. گو معنی ثانی محتاج باشـد به شرایط و مقدمـات چند. پـس صاحب زن و عبـد می‌تـوانند توکیـل کنند در معنـی عام و خصوصیت معنی ثانی مقید باشد به اذنی و شرطی.

و اما در مثالان متقدمان چون موکل مالک هیچیک از معنیین نیست، نمی‌تواند در آن توکیل کنـد الا معلقاً. پس راجع می‌شـود توکیل او به تعلیق، بـه جهت آنکه مالکیت امر موکل فیه را، معلق است.

و حاصل کلام اینکه بـاید در توکیل، یا تسلیط در ملک بالفعـل حاصل شود، یا تسلیط در «تحصیـل ملک و مـایستتبعه» و مثـالان متقدمـان هیچیک از این دو قسـم نیستند. بخلاف موارد نقض.

و اما حکایت «اذن در تصرف در مال» که در آخر مذکور شد: پس آن قیاسی است مع‌الفارق. به جهت اینکه معرفت‌رضای مالک در تصرف در ملک کافی است، و این نه معنی توکیل است. حتی آنکه بعضی از علما قائلند که هرگاه وکالت فاسد شود- همچنانکه در معلق به شرط- بعد حصول شرط ، پس تصرّف جایـز است به جهت حصول اذن. و بعضی فرق مابین وکالت و مطلق اذن نکرده بر این معنی اعتراض کرده‌اند که:«پس حکم به بطلان تعلیق بی فایده می‌شود». و تحقیق در او این است که: هرگاه رضا معلوم باشد بعد از فساد عقد وکالت، جایز است تصرف به این معنی که‌معصیتی برای او نیست،لکن جمیع آثار وکالت بر او مترتب نیست. مثلاً هرگاه کسی نذر کـرده بـاشد که کسی را وکیل کند در ادای زکـات مال خود بعد از آن وکیل کند آن شخص را با تعلیق، یا جعاله[ای] قرار دهد برای دو شخص [که] اگر [آن دو] توکیلی[را] بر وجـه ایجاب و قبول صحیح به عمل بیاورنـد [فلان مبلغ به آنها خواهد داد، و آنها تـوکیل معلق به عمل آورند]، یا چنین تـوکیلی را شرط قرار بدهد در ضمن عقد لازمی، و امثال اینها، که در اینها ثمره واضح می‌شود از برای فساد عقد وکالت، هرچند جواز تصرف در موکل فیه حاصل باشد.

و اما آنچـه وعده کردیم در بیـان تحقیق تنجیز وکـالت: آن این اسـت که: مشهُور میان علما بلکـه مجمع علیه- چنانکه علامه و شیخ زیـن‌الدین(ره) دعوی کرده‌اند- این است که در وکالت تعلیق به شرط و وصف جایز نیست. چنانکه گوید که «انـت وکیلی فـی بیع عبدی اذاجـاء زید» یـا «اذا طلعت الشمـس- او- دخل

الشهر». و دو فاضل سابق[۱] در این نیز اشکال کرده‌اند و گفته‌اند که:این دلیل ندارد و فرقی نیست مابین این و بین اینکه بگوید «وکلتک فی بیع عبدی لکن لاتبعه الا فی‌الشهر الاتی». و حال آنکه آن متفق علیه است ظاهراً.

و گاه است که توّهم 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 ضمن‌العقد معنی دیگر دارد، و آن شرط این شرط نیست». و ظاهر این است که این توّهم علی‌الاطلاق بی اصل باشد و احدی قائل به آن نباشد که تعلیق در انشاء جایز نباشد. بلی در بعضی عقود لازمه تصریح به آن شده و لکن آن نه از این راه است که انشاء قابل تعلیق نیست. همچنانکه ملااحمد (ره) در کتاب بیع تصریح کرده به عدم جواز تعلیق در عقد بیع هرگاه 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 نجدوا ماءً فتیمّموا» پس ظاهر آن است که «شرط» قیدِ «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: علّامه دعوی اجماع کرده است بر اینکه صحیح است که بگوید «انت وکیلی 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 هرگاه بیع معلق باشد به

(۱): یعنی آخوند ملااحمد و صاحب کفایه.

قدوم حاج پس، لازم او ایـن است که او وکیل نباشد در بیع بـدون قدوم حاج، پس وکیل بودن او معلق اسـت به قدوم حاج، پس تناقض لازم می‌آیـد ما بین دو دعوی اجماع او.

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

و همچنین است توکیل در فعل متاخر، مثل اینکـه بگوید که «تـو وکیل من باش در مـال من از مـاه مبارک آینده الـی تمام عـام» یعنی تو نـایب مـن باش در تصرفاتی که مرا هست در مال خـودم از آن وقت. زیرا که مطلق تـصرفات در مال شخص بالفعل مملوک آن شخص است فی‌الجملة. شاید از این راه باشد که وصیت را توکیل نگویند. [زیرا] که آن سببی است علی حده و طریقه‌ای است منفرد و نوع تصرفی است که حق تعالی تجویز کرده و ماهیت آن معلق است، و تعلیق در حقیقت آن ملحوظ است، و انشاء بر این ماهیت وارد میشود.

پس معلوم شد از آنچه مذکور شد اینکه دلیل در مسأله یعنی عدم صحت توکیل معلق، همان اجماع منقول است، نه توهم عدم امکان تعلیق در مطلق انشاء. بلی بر این وارد می‌آید که غایت امر بطلان وکالت معلق است. **واما** عدم صحت تصرف در موکل فیه بعـد از بطلان وکالت پس آن اجماعی نیسـت. بلکه در آن دو قول است. چنانکه در **شرح لمعه** تصریح به آن کـرده و علامه در **تذکره** آن را اقرب شمرده و شیخ علی و شهید ثانی در آن توقف کرده‌اند و آخوند ملااحمد(ره) تقویت آن کرده و صاحب **کفایه** میل بـه آن کرده و آن دور نیسـت، به جهت آنکـه بطلان وکـالت مستلزم بطـلان رضای مطلق کـه در ضمن آن فهمیـده میشود نیست، و هـر چند تحقیق ایـن است که انتفاء فصـل مستلزم انتفاء جنس اسـت لکن می‌گوئیـم که

جهت تعلیلیه غیر جهت تقییدیه است. و تکیهٔ ما در 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 می‌شود مطلق است و معلل نیست به اینکه از توکیل و فهمیده شود، بلکه رضائی است عام که مقارن توکیل است.

و این نظیر آن است که در بیع معاطات بنابر قول به بودن آن بیع فاسد (چنانکه علامه در **نهایه** 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 می‌آید، و اینکه فرقی مابین صحیح و فاسد نمی‌ماند»، مندفع است به اینکه در بطلان و فساد عقد کافی است عدم ترتب جمیع آثار، و ضرور نیست که هیچ اثری مترتب نشود. و پیش دانستی که بسیار از آثار توکیل منتفی می‌شود مثل مثالهائی که گفتیم در نذر و جعاله و غیر آن.

پس صحت فعل موکل فیه از جهت رضای ضمنی است که جهت تقییدی می‌باشد نه تعلیلی که از جهت نفس وکالت باشد. بلی سخنی که در این مقام می‌توان گفت این است که تبادر این دوصورت مفروضه (اعنی وکالت معلقه، و وکالت در امر غیر مملوک) منصرف از عمومات نمی‌شود، و بعد ازملاحظهٔ اجماعات منقوله و عدم ظهور خلاف در آن- با وجود آنکه اصل عدم‌تحقق آن است، و اصل در جمیع معاملات فساد است تا صحت از دلیل ثابت شود- لااقل شک در صحت این عقد حاصل می‌شود. [و] با وجود شک 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. ولکن بسا باشد که حکم به بطلان مستلزم حرج و ضرر شدید شود، مثل آن زنی که شوهر او وکیل کند که «اگر بعد دو سال نیایم زن مرا طلاق بگوئید» و برود و مفقودالخبر شود، و کسی نباشد که نفقه بدهد، و صبر نتواند کرد. تحمل این هم مشکل است.

پس الحال برمی‌گردیم به مسأله مسئول عنها، و باز تمهید دو مقدمهٔ دیگر

[می]کنیم: مقدمهٔ اولی: اینکه در اشتراط اتصال مدت اجاره به عقد، دو قول است. و اقرب آن است که هرگاه مدت اجاره در ظرف مدت معلومه[ای] باشد که جهالتی نباشد، صحیح است. و هرگاه 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». هرچند سه ماه مانده باشد تا ماه رمضان، در این نیز دو قول است. و دور نیست که اقوی جواز باشد.

و مقدمه دوم اینکه: هرگاه موقوف علیهم (در صورت مسؤوله) شش نفر را حاضر کنند و برای هر یک عقد اجارهٔ یک ساله ببندند علی‌الترتیب، 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 متعدداً ببندند واحداً بعد واحد- به این نهج که صیغهٔ سال اول را بگوید و بعد از آن صیغه سال دوم را بگوید، و همچنین... تا شش مرتبه صیغه بخواند- اقرب این است که این مخالف مقصد واقف باشد، نظر به علتی که در اول جواب ذکر کردیم.

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

و اما چون گفتیم که «اقرب آن است که آن اجاره خلاف مقتضای نظر واقف است»، پس تسلط موجر بر این معنی معلوم نیست. و آنچه مقتضای شرط فقها است که «باید موکل 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 فرداً فرداً 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 قبـض و قبول، در صحت یالزوم وقف بـر مصارف عامهٔ 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 «قبـول» در وقف بر مصـالح عامه، معلـوم نیست. نهایـت «قبض» شرط است در صحت آن، و ثمری بر آن مترتب نمی‌شود بدون قبض. و قبض باید از ناظر شرعـی باشد که واقـف تعیین کرده باشد. و اگـر ناظری تعیین نکـرده باشد قبض حاکم یا شخصی که منصوب باشد ازجانب او، کافی است.

۹: سؤال: قنات مسمی به «دولت آباد» که مصـرف آب آن در اعصار سابقه به این نحو بوده که بر سر آن آب هفتصد خانـه (تخمیناً) و مساجد و مدارس و حمامات و غسالخانه بنـا شده باشد، به این نحـو که اولاً آب دو شعبه شود هر شعبه بـه خانهٔ جمعی جـاری شود، و از هر شعبـه، شعبه‌ای وهکذا از شعبه‌هـای بسیار به خـانهٔ جمعی جاری شود، و صاحبان خانه حیاض و باغچه‌خانه‌ها به سر آن آب بنا نموده و در آن آب تصرف نموده‌اند و منازعی نبوده، مگـر وقتی که آب قنات کم می‌شده در اینوقت چون آب به خـانه‌های آخر نمی‌رسیده دعوی می‌کـرده‌اند. لکن دعوی ایشان انجام نیافته و احدی دعوی ملکیت قنات را ننموده.

و عمل عدول و علما و صلحا که در آن آب تصرف می‌کرده‌اند نه بروجه «اجرت دادن به غیر و مصرف رسـاندن اجرت در مصرفی» بوده. بلکـه مجاناً تصرف در آن می‌نموده‌انـد. و هرگز در قنات مزبور مهـایاتی و قراردادی نبوده. بلکه هـرخانه از خانه‌های سرآب به قدر احتیاج شرب می‌کرده‌اند وهمچنین تاهرجا وفا کند. و این امر به دست صاحب خانه‌ها بوده و کسی دیگر در آن دخل نکرده. و گاهی شاربین «جویا»ئی[1] تعیین می‌کننـد که متصدی خرابی نهـرها و اجرای آب به خـانه‌های بعیده بشود، و آنهم ضابطه ندارد هر کس او را راضی کند از خانه‌های بعید بعضی را بر بعضی مقدم می‌دارد، لکن خانـه‌های قریب فوهه[2] همیشه در رفاه هستند

(۱): جویا: میرآب.- در بعضی مناطق «جوی آر» و در بعضی دیگر «جووار» نیز گفته می‌شود.
(۲): فوهه: دهانه.

وجویا وغیره را در آنها مدخلیتی نمی‌باشد.

در این وقت شخصی وقفنامهٔ طویلی، عریضی، مُذهّبی، منقّحی، ممهور به اسماء بسیار، که تاریخ آن سیصد و سی سال می‌شود، و هیچکس در این عصر نه شهود را می‌شناسد و نه خط و نه مهر ایشان را می‌داند ابراز نموده که چهارده شبانه روز از جملهٔ شانزده شبانه روز قنات مزرعهٔ دولت آباد با تنوات بسیار و حمام و دکاکین و غیره، وقف بر مسجدی است و متولی وقف اولاد واقف، و موقوفات مرقومه هیچیک در تصرف اولاد واقف نیست به سوای حمام آن، و تتمه در تصرف غیر است.

آیا در صورت مسطوره- با وجود آنکه 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 مزرعهٔ دولت آباد» گویند، یا اینکه این اسم هم منحصر در این قنات باشد، وشرایط وقف ازاقباض و صیغه و غیرهٔ نیز معلوم نیست- بفرمائید که وارث واقف را تسلّطی 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 قدیم‌الایام از نهری خاص یا انهار مشخصه جاری شود و صاحبان نهر از آن منتفع می‌شوند از بابت شرب و غسل و وضو و غیره، در این وقت اجراء آن از انهار قدیمه موجب عدم انتفاع مالک شود به آب مرقوم به سبب کم شدن آب و نرسیدن به آخر، در این صورت تسلط بر شق نهر مرقوم دارد یا نه؟-؟.

و آیا اجرای آب قنات مرقوم به نهج مذکور در خانه و مساجد و حمامات در اعصار بی شمار بدون نکیر، مقتضی شیاع وقفیت عامهٔ 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 برفرض عصیان در تصرف و عدم آن[1] با وجود افراط

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

و تفریط و زیاد و کم شدن حصهٔ 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. هرگاه شیاع و استفاضه در وقفیت بر اهل آب و شاربین آن ثابت است، وقفیت برایشان به همین ثابت می‌شود. و هرگاه شیاع و استفاضهٔ وقفیت ثابت نیست و حقیقت حال آب مجهول است، پس در این آب احتمالات بسیار راه می‌یابد. لکن اظهر احتمالات دو احتمال است:

یکی آنکه: وقف باشد بر اهل این خانه‌ها و انتفاع ایشان از جهات متداوله بینهم، از شرب و تطهیر و تغسیل و شرب باغچه‌ها و حیاض باشد.

دوم اینکه: آب مملوک نشده باشد و بر اباحهٔ اصلیه باقی مانده باشد، از راه اینکه استنباط آن در ارض مباحی شده باشد نه به نیت تملک مطلق، [بلکه] با قصد منتفع شدن مردم.

و حکم ثانی تقدم هرکس است که اسبق در حیازت است، و با تشاح، تسویه با امکان، و قرعه با عدم امکان آن. و ممکن است که «تقدم اقرب به فوهه» در این زمان منوط به اسبقیت بنای خانه و حیازت باشد. و با جهالت تاریخ بنای خانه‌ها نیز اقربیت «مرجح تقدیم» خواهد بود، چنانکه حکمت در تقدیم اقرب به فوهه در صورت تساوی در احیای ارض، همان قرب بود.

و مشکل می‌شود این احتمال در صورتی که قنات در ارض مملوکه واقع باشد و تاریخ احیا و مملوکیت ارض مجهول باشد. و «اصل عدم محیاة بودن ارض در حین حفر قنات» معارض است با «اصل تاخر حفر»، به جهت تساوی حادثین در اصل. و در صورتی که قنات مزبور در ارض موات باشد، می‌توان گفت اصل «عدم طریان ملک» است، به سبب «اصالة عدم نیت تملک». هرچند در آن هم اشکال توان کرد که «احیا به نیت تملک» و «احیا لابنیة التملک» 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 جعلیهٔ اعتباریه» است و تفکیک در آن ممکن است.

و به هر حال با تعارض این اصول، هرچند قول به عدم ملکیت و بقا بر اباحهٔ

اصلیه قوت دارد ازجهت اصـل براءت و اصل اباحه، ولکن ظـاهر در اینجا اقتضای طرو ملکیت، می‌کند. به جهت انضمام قرایـن و غلبه، به جهت آنکه غالب در حفر قنات یـا قصد تملک اسـت در ارض موات، یا حفر در ارض مملـوکه که بـه تبعیت مملوک مـی‌شود هرچند قصـد تملک نشده باشـد. و بعد از ثبوت ملک بـه سبب ظاهـر، [ظاهـر] این اسـت که ایـن ملک طلـق نیست بـه شهادت عمـل مستمر مسلمین به نهج مسطور، به جهت آنکه ملک طلق یا معلوم المالک است یا مجهول المالک، و اینگونه رفتار مسلمین با هیچیک از آنها مناسبت ندارد. کمالایخفی.

پس باقی ماند اینکه وقف باشد. و چون محتمل است که موقوف علیهم در اینجا «جهت محضـه» باشد (مثل اینکـه منظور واقف این بـاشد که صرف شـود در حق ساکنیـن این محل). و محتمل است که اعیـان معینه باشـد (مثل آن خانـه‌های موجود در آن زمـان). یا لفظی گفته بـاشد که به لفـظ جمع باشد و قـابل جهت و اعیان و جماعتـی از آن اعیان، باشد، یا جمـاعتی که متصف باشـد به آن جهت، و حکم آنهـا متفاوت است، پـس باید نظـر کرد در اماراتـی که تعیین کـم و کیف موقوف علیه را بکند. و ظاهر در اینجا نیز این است (به ملاحظه عمل مسلمین) که مراد واقـف جماعتی از اهـل جهت بوده بـا احتمال ارادهٔ استیعاب، خصـوصاً در وقتی که قلیل بوده‌اند، و هرگاه در اعصار متداوله تجدید بیوتات و احداث مشارب جدیده هم می‌شده بلانکیر، احتمال مذکور قوت می‌گیرد.

پس بنابر ایـن، امر آسان می‌شود در تفاوت تصرفات و زیـادتی و کمی و تشکیک در صحت و بطـلان عبادات و امثال آن، لکن مقتضـای چنین وقفی هرگـاه واقف ناظری قرار نداده یـا داده و منطمس شده باشد، این است که حـاکم شرع متوجه شود آنچه صلاح و به هرکه صلاح دارد برسـاند، و بدون اذن او تصرف جایز نباشد. هرچند شهیـد ثانی در اینجا اشکال کـرده در جمیع اوقاف عامه، بـه جهت اینکه اشتراط این معنی مستلزم تفـویت غرضهای بسیار واقف می‌شود. بلکـه قرینه هم دلالت دارد بر اینکه مراد واقف این اسـت که هر کس از افراد آن جهت و مصلحت، به آن منتفع مـی‌شود، خوب است. پس گویـا نظارت و تولیت را به مـوقوف علیهم مفوض کرده.

و بعد در این هم اشکـال کرده بنابر انتقال ملک در وقف بـه جناب اقدس الهی، خصوصاً در جهت عامه، پس واقف مانند اجنبـی خواهد بود و متولی حاکم خواهد بود، و آن قصد او اعتباری نخواهد داشت. و بعد از ایـن کلام گفته است کلامی که حاصل آن این است که «تصرف موقوف علیه گناه است[۱] لکن منشاء این می‌شود که ملک او بشود، مگر اینکه مشروط باشد تصرف، به اینکه بعد از خرج کردن بعض منافع آن باشد در امور چند قبل از خرج کـردن در موقوف علیه». و به این کلام باز فی‌الجمله کار آسان می‌شود در صحت و حلیت بعضی تصرفات موقوف علیهم، گو معصیت کرده باشند. و دور نیست که چنین باشد که گفته است. پس ظاهر صحت تصرفات و حصول ملکیت است،[۲] خصوصاً در وضو و غسل و شرب و تطهیر و امثال آن، خصوصاً در سر نهر. و بسیار شبیه است این به امر خراج، و احتیاط در این است که اذن حاکم را در همه حال اعتبار کنند.

و اما ادعای صاحـب و قفنامچه: پس اولاً بایـد به صورت جزم باشد نه به مجرد ملاحظهٔ کاغـذ. پس هرگاه خواهد دعـوی خود را از حکم حاکم پیدا کنـد، ظاهراً صورتی ندارد. و بر فـرض ادعا بر سبیل جزم، مجرد همین کاغـذ موصوف، حجت شرعیه نمی‌شود، بدون شاهد حی. و اما حصـول علم از برای حاکم از این کـاغذ بر صدق دعوی، موقوف است بر اینکه علم بهـم رساند بر اینکه آن آب که در وقفنامه است همیـن آب است، و اینکه این کـاغذ ساختگـی نیست، به جهت آنکـه مجرد بلاغت و فصاحـت کلام و عبارات خوش اندام باعث جزم بـه صدق مطلب نیست، چنانکه مکرر اتفاق افتاده. و دیگر اینکه باید علم به [تحقق] شرایط وقف، از عقد و قبض واقباض و غیر آن حـاصل شود، زیـرا که گـاه است که قبـل از عقد کـاغذی می‌نویسند و معتبر می‌کنند که بعد صیغه بخوانند و قبل از این متوقف می‌شود به سبب بدائی، یا موتـی، یا غیر ذلک. و اینکه این شخص که ابـراز آن نموده و حامل 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.

به هـر حال، با وجود اینهمـه احتمالات علم بهـم رسانیدن محال عـادی است، خصوصاً با وجود اینکه چهارده شبانه روز چنیـن آبی وقف مسجد شایعی باشد در بلدچنینی و چنین مهجور بـاشد، و خلاف آن شایع باشد. و بر فـرضی که حاکمی برای او علمی بهـم رسد، خود تکلیف خود را بهتـر می‌داند، و حاکـم دیگر هم در نقض این حکم از راه آنکـه محل نقض داند، خود بهتر می‌دانـد. 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 «هرگاه شخصی مالک آبی باشد و در قدیم در نهرهای معینه جاری می‌شـده و صاحبان نهرها از آن منتفـع می‌شده‌اند به انحـاء انتفاعات از طهارات و تطهیرات و شرب و تشرب حیاض و باغچه‌ها. والحال مالک آب (به سبب عدم انتفـاع، یا تضـرر در ابقای او بـه حال خـود از راه کمی آب یـا نرسیـدن [به قسمت‌های] آخر) خواهد تغییر ممر دهد که تواند استیفای منفعت بکند. آیا جایز است یـا نه؟-؟ تـا متفرع شود بـر آن جواز تغییـر این ممر بـر فرض ثبـوت مطلب صاحب و قفنامچه»:

پس جواب آن ایـن است که: برفـرض ثبوت آن مطلب، یعنی اختصـاص رقبه از برای مدعی (هرچند به عنوان وقف باشد) باقی نمی‌ماند در جانب متصرفین الاید تصرف بـه ادعای استحقـاق منتفع شدن ازآب در مصـارف مذکـوره. و چون در صورت ادعای حق شـرب حیاض و باغچه‌ها پای اشتـراک دررقبه و عین، در میان می‌آیـد و آن منافی ثبوت اختصـاص مدعی است بـر رقبـه (چنانکه مفـروض این است) پس ظاهر جواز گردانیدن معبر است «لانّ الناس مسلطون علی اموالهم». و اما در صورت ادعای حق‌الشرب و التوضی و امثالهما به عنوان اینکه در خانه عبور کند که مآل آن ایـن است که «من مستحقم که آب در خانهٔ مـن عبور کند که از آن تنزّه و تبرّد حاصل کنم،و قرب نیل به مقصود هم حاصل شود در باب شرب و توضی و امثال آنها، هرچند بر سبیل کراهت مالک باشد»، پس در این صورت می‌توان گفت که آن دعوی منافـات با اختصاص و تسلط مدعی ندارد. و از بـاب «جریان آب به سطح خانهٔ همسایه و صبّ میزاب در ساحت دارِ جار» باشد.

لکن در ما نحـن فیه- با وجود اضعف بـودن این از مشبه به- در صـورتی خوب

است که اضرار بـه مالک لازم نیاید. و تصرف متصرف [ین] هـرچند داخل «عموم نفی ضرر» هست لکن مالک اولی است بـه دفع ضرر. بلی اشکال در صورتی است که اثبات اختصاص به جهت مـدعی «بکلیته» و «برمته» نشود.[1] و امر مردد باشد بینهما و مشتبه باشد که آیا استحقاق متصـرفین قبل از استیفای مالک است حظ خود را، یا بعد از فاضل آمدن او است، یا مـوزّع است بالنسبة (هرگاه مصرف صرف کردن مالک معلوم باشد که چه چیز است)؟

و احکام این به غایت مشکل است و مآل بسیاری از آن به مصالحه طی می‌شود. و گاهی هم احتیاج به قرعه می‌افتد. ولکن چون صورت استفتا غیر این مطلب است و حال و مقام اقتضای بسط نمی‌کند، تفصیـل دادن در آن موکول است به فرصت ارباب فرصت وحال.

۱۰ : سؤال: شخصی ملکـی را بر آستانهٔ امـام زاده‌ای وقف کرده. و در وقفنـامه نوشته است که منافع او را به مصـارف معینه از خادم و روشنائی و غیره برسانند، و تولیت صرف منافع آن بر آن آستانه مـادام‌الحیات با خودم باشد، و بعد الحیات با اولاد ذکورم نسلًا بعد نسل، و عقبا بعد عقب، که ایشان باید منافع را صرف مصارف آستانه نموده آنچه فاضل آید، متولیان اولاد ذکورم در میان خود علی‌السویه قسمت نمایند الاقدم فالاقدم، الاولی فالاولی، چه باید کرد؟.

جواب: چون در وقفنامه تصـریح به موقوف علیه- بعد از وضع اخـراجات آستانه متبرکه- نشده است، ظاهرتر از عبارت این است که مراد این باشد که تا طبقهٔ اولی [از] اولاد ذکور باشد، طبقهٔ دوم نبرند، خصوصاً بـه ملاحظهٔ اینکه غالب این است که در وقفنامـه‌ها هرگاه مراد مشارکـت طبقهٔ دوم باشد با اول، تصریـح می‌کنند که هرگاه یکی از آنها فوت شود و از او پسری بماند او هم شریک باشد با اعمام خود.

و چون در «ناظـر وقف» در صورتی که ناظـر غیر خود واقف باشد، عـدالت شرط است (علی‌الاشهر والاظهر) و همچنین تدبیـر و علم به کیفیت تصرف و به مصرف رسانیدن بر وفق مصلحت، پس هرکی - در هر طبقه - متصف به این دو صفت باشد،

(۱): برمته: ای: بجملته.

تولیت مختص او می‌شود منفرداً، اگر یکی باشد، و مشترکاً، هرگاه متعدد باشند، و هرگاه نباشد، حاکم شرع باید ناظری که اهل آن باشد تعیین کند و از برای او اجرتی قرار دهد، و بعد صرف منافع به مصارف آستانه و اخذ اجرت خود (اگر حاکم شرع معین کرده آن را-و اجرت‌المثل، هرگاه معین نکرده) آنچه می‌ماند قسمت کند مابین اولاد ذکور طبقهٔ اولی.

و در صورتی که در اولاد ذکور شخصی که اهلیت داشته باشد موجود باشد- نظر به عبارت وقفنامه- اشکال بهم می‌رسد که آیا آن فاضل مصارف، مال همان متولی‌ها است که اهل تولیت‌اند-؟ یا تمام طبقهٔ اولی؟. و اشکال و اجمال باعث جهالت می‌شود. پس چاره در آن نیز تقسیم میان همهٔ آن طبقه است علی‌السویه، با ملاحظهٔ اجرت‌المثل برای متولی. هرچند نظر به عبارت وقفنامه در صورتی که اهل در میان آنها نباشد و حاکم نصب متولی کند، برنمی‌آید که تقسیم مابین آنها بشود، به جهت آنکه نوشته که « تقسیم شود میان متولی‌های اولاد ذکور » لکن با قرائن مقام می‌فهمیم که مراد واقف این است که باید به مصرف آنها برسد کائناً ماکان.

این در صورتی است-که همگی معترف باشند که حجت ایشان همان وقفنامه باشد و اگر از آن دست بردارند پس اگر عمل مستمری در میان ایشان هست از سابق ایام، به آن عمل کنند، هرچند به تشریک طبقهٔ دوم باشد با طبقهٔ اولی، و در باب تولیت باز باید اهلیت مراعات گردد، چنانکه گفتیم.

۱۱ : سؤال: هرگاه کسی بگوید که این ملک را وقف کردم بر اولاد ذکور خود نسلًا بعد نسل. و از او دو نفر ذکور بماند، بعد از آن یکی از آنها بمیرد وازاو پسری بماند. آیا با عم خود شریک است؟. یا آنکه ملک مختص عم است؟.

جواب:هرچند در **کفایه** اسناد داده است ترتیب را به «اشهر مابین علما» و از **تذکره** نقل کرده است که افادهٔ ترتیب نمی‌کند. و لکن الحال بر حقیر ظاهر نیست اشهریت آن قول. و آنچه اظهر است در نزد حقیر عدم ترتیب است، به جهت اینکه ظاهر این است که این قید یعنی نسلًا بعد نسل، قید اولاد است نه قید وقف. پس مراد بیان این است که وقف مختص به بطن وطبقهٔاول و نسل اول نیست. بلکه ثابت

است از بـرای اولاد ذکور ما تعاقبـوا و تناسلوا. و مقتضای ایـن تسویه است مـابین 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: هرگاه کسی از جملهٔ موقوف علیهـم در طبقهٔ سابقه، قدری از عین موقوفه را فروخته باشد به شخصی. آیا طبقهٔ ثانیه می‌تواند استرداد نمود یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه معلوم شود و به ثبوت برسـد که آن شخص بروجه صحیح فروخته- مثل اینکـه منجر به خـراب می‌شده یـا بقای آن منشـأ فسادی می‌شـده در میان موقوف علیهم یا امثال آن که در محل خود مذکور است- نمی‌تواند استرداد بکند. و هرگاه حال مجهول باشد، ظاهر این است که طبقهٔ ثانیه می‌تواند استرداد بکند. و بعضی توهم کرده‌اند که چون افعال مسلمین محمول بر صحت است، نمی‌تواند استرداد کرد. و این صحیح نیست، بلکه عموم «علی‌الید ماأخذت» و منع تصرف در وقف به عنوان بیع و امثال آن، اقتضای فساد می‌کند. و مدعی صحت محتاج است بر بینه، و یمینـی هم متوجه منکـر نمی‌شود، مگر آنکـه ادعای علم بر او بکنـد به صحت که در این صورت «قسم نفی‌العلم» متوجه او می‌شود. و آنکه در السنهٔ علما مشهور است که «مقـدم می‌دارند قول مدعی صحت را» در جـائی است که دعوی مابین متعاقدین باشد. مثل بایع و مشتری، و زوج و زوجه. و در اینجا چنین نیست.

۱۳: سؤال: هرگاه کسی ملکـی را وقف کند بر اولاد، و شرط کند که زیاده بر سه سال به اجاره ندهند. و بعد از موت او اولاد او آن ملک را به اجاره بدهند به زید و در ضمن العقد شرط کنند که بعد از این سه سال، سه سال دیگر به او اجاره بدهند. و بعد از آن چهار سال دیگر اجاره بدهند. آیا این اجاره صحیح است یا فاسد؟-؟.

جواب: اجاره فاسد است، به جهت بطلان شرط چهار سال اجاره دادن. بلکه اگر ذکر چهار سال هم نبود، ظاهر بطلان اصـل اجاره است. به جهت آنکه اگر نگوئیم که می‌فهمیم که غـرض واقف آن است که سه سال بیشتر در قید لـزوم نباشد نزد احدی، خواه به عنـوان نفس اجـاره و خواه به عنوان شرطی کـه مستلزم آن باشد یا مثل آن، پس لااقل می‌گوئیم که اطـلاق کلام واقـف به آن منصرف نمـی‌شود و

«الوقف علی ما وقفه الواقف»[۱]. و در صورت فساد اجاره رجوع به اجرت المثل می‌شود.

۱۴ :سؤال: هرگاه زید اولًا مزرعهٔ عمرو را بدون اذن عمرو فضولاً وقف کند برخود و اولاد خود، و بعد از وقوع وقف فضولی، عمرو نیز مزرعهٔ مزبوره را مصالحهٔ شرعیه نماید به زید، و بعد از مصالحه ایضاً زید مقر و معترف به وقف باشد، و قائل باشد بر اینکه تصرف من در املاک به طریق تولیت است، و زید متوفی شده. آیا همان مصالحه که مزرعه را عمرو به زید مصالحه نموده اجازهٔ کاشف از صحت وقفیت است؟ یا مقر و معترف بودن زید بعد از مصالحه نیز به وقف بودن مزرعه؟ یا هر دو باعث صحت‌اند.؟-؟

جواب: در مسأله صحت وقف فضولی، خلاف و اشکال است. و بر فرض صحت عقد فضولی در وقف، ادلهٔ متصوره بر آن یا قیاس به بیع و غیره است، یا عموم «اوفوابالعقود» و امثال آن. و اول باطل است در مذهب ما، خصوصاً با وجود فرق. و استدلال دوم بر فرض تمامیت در ما نحن فیه طریق تقریر آن این است که: این عقدی است واقع در محل خود نقصی ندارد به غیر رضای مالک و هرگاه رضا به او ملحق شد ، عقد تمامی است و مندرج تحت عموم آیه است. پس لازم است وفای به آن.

و بعد از تسلیم تمامیت این استدلال در ما نحن فیه، بر خصوص صورت سؤال وارد می‌آید که آنچه مسلم است از کفایت لحوق اجازه، همان اجازهٔ صاحب ملک است در حین اجرای صیغه نه هر کس که مالک آن ملک بشود، و مفروض این است که آن مالک اجازه نکرده است بلکه مصالحه‌کردن عمرو (که صاحب ملک است در آن وقت) آن مال را قبل از اجازهٔ وقف، به زید دلیل بطلان صیغه است، خصوصاً هرگاه علم داشته باشد به اجرای صیغهٔ وقف، به جهت آنکه در اینجا ملک را از مال خود بیرون کرده قبل از اجازه و این معنی عدم رضا به وقف است.

و از اینجا معلوم شد که مالک شدن زید ملک را به مصالحه بعد از اجرای صیغه

(۱): وسائل: ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱و۲.

هم افادهٔ لزوم وقف نمی‌کند، خصوصاً هرگاه الحال زید اجازهٔ عقد را مجدد نکند. و خصوصاً بنابر اینکه گوئیم که وقف کردن بر خود مالک، صحیح نیست. بلکه اگر اجازه هم بکند کافی نیست، به جهت آنکه گفتیم که مسلم و معتبر اجازهٔ شخصی است که در حال عقد فضولی مالک ملک باشد، و در اینجا که چنین نیست. و اقرار و اعتراف زید بـر وقفیت اگر مبتنی بر همیـن صیغه است هم نفعـی نمی‌بخشد و موجب ثبوت وقفیت نمی‌شود.

و اگر محتمل است که مجدداً خود وقف کرده (همچه احتمالی که اظهر باشد از اینکه بنـای او بر همان صیغـه سابقه باشـد)، در آنوقت بـاید تفحص کـرد از حال کیفیت وقف، اگر باز در إقرار وقف گفته باشد که «این وقف است بر من و اولاد من» اشکالات سابقه عود می‌کند که وقف بر خود کردن، صحیح است یا نه. و همچنین وقف بر اولاد صحیـح است یا نه، بـه اعتبار اینکه اشکال و خـلاف در صحت هر دو هست.[1] به جهت اشتراط «اخراج از ملک و دوام»، و اولاد غـالباً منقطع می‌شود. پس باید تصریح به اولاد اولاد و هکذا...، و تصـریح به مصرف بعد از انقطاع شود. و بعد از معلوم شدن کیفیت، آنوقت بیان حکم آنها بشود.

ایـن مسـأله کتـاب وقف در او درج است ، من در اینجا چـه بگویم و چه نویسم. هرگاه عمرو مطلع شود که زیـد فضولاً وقف کرده است و با وجود این ملک را به زید مصـالحه کرده، این در معنی عـدم اجازه بلکه ابطال صیغـه است و دیگر صیغهٔ وقف اعتباری ندارد. و هرگاه بدون علم به وقف کردن زید مصالحه کرده هم اظهر این اسـت که مالک شدن زیـد ملک را فایده در تصحیح و لـزوم وقف ندارد. بلکه اگر زید بعد از مصالحه هم خود اجـازهٔ وقف کند وقف لازم نمی‌شود. بلی اگر مجدداً صیغهٔ وقف جاری کند بر نهج صحیح، لازم می‌شود. و در صحت وقف مالک بر نفس خـود، بلکه بعلاوهٔ اولاد خود، [بلکـه به اولاد خود] به تنهـائی 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 بـاید بیان شود تا حکم او معلوم شود. و تفصیلات مسأله بسیار است.

(۱): و در مسأله ما بعد (مسأله۱۵) خواهد فرمود که «وقف برخود» اجماعاً باطل است.

کتاب‌الوقف

من المجلد الثانی

۱۵: سؤال: بسم‌الله الرحمن الرحیم. هرگاه کسی ملکی را وقف کرد به این نحو که: وقف کردم ایـن ملک را الی آخر الابد، و تولیت آن را بـه جهت خود قرار دادم مادام‌الحیات، و بعد مـوت خودم به جهت ولد اکبر ارشد، و بعـد از او به جهت ولد ارشد و اکبر و هکذا ما تعـاقبوا و تناسلوا نسلًا بعد نسـل وعقباً بعد عقـب، و مقرر داشتـم کـه محصول آن را بعـد از وضـع اخـراجـات ملک و تحصیـل محصـول، مادام‌الحیـات خود به مصـرف برسانـم، و بعدالـوفات متولـی شرعی بعـد ازوضع اخراجـات، عشر آن را بـه «حق‌التولیـه» متصرف، و تتمه را بیـن اولاد من «للـذکر مثـل حظ‌الانثیین» قسمت نماید وهر یک از اولاد اناث من که فوت می‌شود اولاد او را دیگر نصیبی نباشد، و حصهٔ او به دیگران عود کند. به این معنی که اولاد اولاد اناث واقف را در آن ربطی نباشد.

و بعد از چندی واقـف فوت شد و از او سه نفـر اولاد ذکور باقی مـاند، و بعضی از اولاد ذکور فـوت شد و از او ولـدی مانـد. آیا نصیب او بـه ولدش مـی‌رسد؟ یـا به برادرانش؟. و هکذا این ولد هرگاه فوت شود و از او ولدی بماند میراث او به ولدش می‌رسد یا به اخوان پدرش یا بـه اعمام پدرش؟-؟-؟. و آیا نظر به اینکه اولاد اولاد اناث را محروم کـرده آیا اولاد انـاثی که از اولاد ذکـور بهم می‌رسند محـروم‌اند یا نه؟-؟. و برفرضی که محروم نباشند آیا اولاد آنها محرومند یا نه؟- ؟.

جواب : ظاهر این است که این وقف از اصل باطل است. به جهت آنکه منافع ملک را مادام الحیات به جهت خود قرار داده، و از شرایط صحت وقف این است که واقف اخراج کند وقف را از نفس خود. پس هرگاه وقف کند چیزی را بر نفس خود باطل است، هرچند در عقب آن، دیگری را هم ذکر کند که صحیح باشد وقف بر او. و بطلان در حق خودش ظاهراً اجماعی است، چنانکه از جمعی ظاهر می‌شود، و در حق ما بعد او، مشهور بطلان است، به جهت عدم دلیل بر صحت، و قول به صحت نادر و ضعیف است، و استدلال به عمومات «وفای به عقود» خصوصاً در وقف ممنوع است، به جهت آنکه بعض عقد جزماً باطل شد و باقی که ماند خود آن عقد نیست که وفای به آن لازم باشد.

و همچنین اظهر این است که هرگاه غیر را با خود شریک کند هم صحیح نیست به همان جهت که گفتیم. و همچنین هرگاه در ضمن عقد شرط کند که قرض خود را از آن ادا کند، یا مؤنهٔ خود را از آن بردارد، و ظاهراً در این هم خلافی نقل نشده بلکه از بعضی اجماع ظاهر می‌شود، و بعضی اخبار هم به آن دلالت دارد. و اما اگر شرط کند در ضمن عقد که اگر محتاج شود وقف عود کند به او، در این خلاف کرده‌اند، و از ابن ادریس به بطلان آن دعوی اجماع نقل شده، و از سید مرتضی بر صحت آن، و مشهور صحت است، به جهت عمومات وفای به عقود و شروط، و خصوص حدیث امام حسن عسگری علیه‌السلام: «الوقوف علی حسب مایقفها اهلها».[1]

و خصوص **صحیحهٔ** اسماعیل بن الفضل «قال سألت اباعبدالله -ع- عن الرجل یتصدق ببعض ماله فی حیاته فی کل وجه من وجوه الخیر و قال: إن احتجت الی شیئ من مالی او من غلّته فانا احق به. أله ذلک و قد جعله لله؟ و کیف یکون حاله اذا هلک الرجل أیرجع میراثاً اویمضی صدقة؟ قال: یرجع میراثاً علی اهله.»[2] و در **صحیحهٔ** دیگر اسماعیل از حضرت صادق -ع- «من اوقف ارضا ثم قال ان احتجت

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

الیها فانا احق بها، ثم مات الرجل فانها ترجع الی المیراث».[۱] و شاید نظر ایشان در استدلال، به لفظ «یرجع الی المیراث» 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 فهمیده‌اند و دلیل بر قول به بطلان کرده‌اند.

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 می‌دهند [به وسیلهٔ] ظاهر این دو حدیث. و این قول در نظر حقیر اظهر می‌نماید. به جهت ظهور این دو حدیث در بطلان.

و بدان که: بنابر قول به صحت، گفته‌اند که هرگاه احتیاج بهم رساند و رجوع کرد به وقف، مال او می‌شود و وقف باطل می‌شود. و هرگاه 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 می‌شود. و سید مرتضی (ره) و جماعتی می گویند که صحیح است و بر استمرار خود باقی است. و ادلهٔ طرفین که ذکر کرده‌اند، محل اشکال است. و لکن نظر به آن دو حدیث اظهر بطلان است به مجرد موت. و عمل به حدیث‌ها در اینجا مؤید بطلان است در اصل مسأله. زیرا که مقتضای صحت شرط و عمل به مقتضای آن این بود که هرگاه محتاج نشود یا محتاج شود و رجوع نکند، برحال خود باقی باشد. و در اینجا مفروض خلاف آن است.

هرگاه 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 حق‌التولیه باشد که مشهور جواز آن است. و منتفع شدن از باب تولیت نه از

(۱): تهذیب ۹/۱۵۰

باب منتفع شدن واقف است از وقف و داخل کردن در منافع آن و اخراج نکردن. ولکن ظاهر این است که آنچه فقها تجویز کرده‌اند این است که ناظر از وقف بخورد و اطعام کند، نه آنکه 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 کرده‌اند هرگاه ناظر هم باشد مطلقا.

واما آن دو اشکال که سائل متعرّض آن شده، هرچند 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 می‌شود در صورت عدم تصریح واقف-؟ یا از قبیل میراث است که اقرب منع ابعد می کند-؟. و اظهر در نظر حقیر این است که در صورت جهالت مراتب موقوف علیهم، و عدم تصریح واقف، باید منافع را مابین همگی کسانی که محتمل است شریک باشند علی السویه قسمت کنند. به جهت استحالهٔ ترجیح بلامرجح. پس در صورت سؤال ولد احد ذکور با اعمام خود علی السویه می‌برند. و هکذا در مراتب تنزل اولاد.

و اشکال دوم، حکایت سؤال از اولاد اناث اولاد ذکور بود. و هرچند ظاهر کلام واقف در اول این است که اولاد دختر صلبی خود را اخراج کرده لاغیر، لکن به ملاحظهٔ فحوی و قراین چنین مفهوم می‌شود که مراد این است که هر فرزندی که از شکم دختران او و دختران اولاد ذکور او بهم می‌رسد که از صلب بیگانه‌ها است، آنها بیرون است. و اما دختر صلبی خودش و دختران صلبی پسرانش همگی داخل‌اند.

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

جواب: بلی صیغه شرط است و بدون آن منعقد نمی‌شود. و لفظ صریح آن «وقفت» است. و ملحق به آن کرده‌اند «جعلته و قفا» یا «جعلته صدقة مؤبدة» [را]. و اما مثل «تصدقت» یا «ابّدت» یا «سبّلت» یا «حرّمت»، پس آنها محتاجند به قرینه.[1] مثل اینکه بگوید «تصدقت بهذا علی فلان لاتباع و لاتوهب» و مثل اینها.

(۱): مراد «قرینه لفظیه» است.

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

و بدان که: در لزوم صیغه در خصوص مسجد مخالفتی میان علما ظاهر می‌شود. و ظاهر اکثر اشتراط صیغه است در آن نیز. پس اگر کسی مکانی به صورت مسجد بسازد و قصد مسجد بودن هم داشته باشد و اذن هم بدهد در نماز در آن، و نماز هم بشود، و لکن به زبان صیغهٔ وقف جاری نشده باشد، حکم وقف بر آن جاری نیست. و همچنین آب انبار و غیره، مثل مقبره که زمین را وضع کند واذن بدهد از برای دفن اموات، و میت هم در آن دفن بشود، تا صیغه جاری نشود فایده ندارد. چنانکه در تذکره گفته است: «اما الفعل المقترن بالقرائن فقد بیّنا انّهُ لایکفی فی الوقف، مثل ان یبنی مسجداً و یأذن للناس فی الصلاة فیه، خلافاً لابی حنیفة و احمد. و کذا اذا اتخذ مقبرة و اذن فی الدفن، او سقایة و یأذن فی دخولها».

و خلافی از شیعه نقل نکرده‌اند، و در آخر کلام بعد رد استدلال عامه به قیاس به اطعام مهمان و نثار و دخول حمام و صرف آب قبل از اذن، گفته است که « وقف عقدی است محتاج به ایجاب و قبول، و از برای آن شرایطی است. و کافی نیست در آن قراین مادامی که لفظی نباشد». بلکه علامه تصریح کرده در تذکره که هرگاه بگوید «جعلته مسجداً» هم کافی نیست. و گفته است که اگر بگوید «جعلته مسجداً لله» اقرب این است که کافی باشد. و لکن شهید در **ذکری**[1] اکتفا کرده است به اینکه بگوید «جعلته مسجداً» و اذن بدهد در نمازش، همینکه یک نفر نماز کرد، وقف تمام می‌شود. و همچنین هرگاه حاکم قبض کند یا اذن بدهد در قبض.

و بعد از آن گفته است که «هرگاه بنا کند به نیت مسجد بودن، مسجد نمی‌شود. بلی اگر در اینجا اذن بدهد مردم را به نماز کردن، به نیت مسجد بودن، و نماز بکنند، ممکن است که مسجد بشود. چون بنای معظم مساجد 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 همچنین از ابن ادریس چنین کلامی

(۱) در مباحث مساجد

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

و ظاهر این است کـه این مخالفت در خصوص مسجد باشد و لکـن سایر وقف‌ها چنین نباشد.

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

و به هرحال هرچند قول شهید خالی از قوت نیست لکن قول مشهور اظهر است.

و تفحص از کیفیـت وقف ضرور نیست. همینکه شایع است مسجد بودن، کـافی است. و به هـرحال این سخن در خصوص مسجـد است و در سایر وقف‌هـا ندیدم قولی به کفایت نیت در وقف. بلکه لفظ و صیغه ضرور است.

و اما اشتراط قبول: پس ظاهر اکثر علما چنانکـه از شهید ثانی و صاحب **کفایه** ظاهـر می‌شود ایـن است که شرط نیسـت مطلقا. و از جمعـی نقل شده قـول به اشتراط. و جمعی تفصیل داده‌اند به عدم اشتراط در مثل مسجد و رباط و امثال آن. چون وقف از برای مسلمین است و ممکن نیست قبول در حق آنها.

دلیل اشتراط مطلقـا «اصل عدم انتقال» اسـت. و بعضی گمان کرده‌انـد که در **تذکره** دعـوی اجماع شـده بـر اینکـه «وقف از عقود اسـت» و عقـد بدون قبـول نمی‌شـود». و عبارت تذکـره این است «الوقف یلزم بالعقـد و القبض عند علمـائنا اجمع» و ملاحظهٔ این عبارت و ما بعـد آن دلالت دارد بر اینکه مراد او بیان اشتراط قبض اسـت و دعوی اجماع بر آن اسـت. و ایضا: ظاهـر عبارات بعد از این مسـأله خصوص عنوانی کـه در مسأله «اشتراط قبول» کرده، این اسـت که «عقد در اینجا اعم از ایقاع است»، چون بیان خلاف در اشتراط قبول، کرده. بلی صاحب **مسالک** در بیان قول به اشتراط گفته است «والقول الثـانی، اعتباره مطلقا. لاطبا قهم علی انه عقد فیعتبر فیه الایجاب و القبول» ، و ظاهر این ، دعوی اجماع است ، ولکن با وجودی که خود از اکثـر 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 دیگـر ایشان ایـن است که از بـاب اباحـه و فک ملـک است مانند عتق.

خصوصا در امـور عامه مثل مسجـد و غیره. و اینهم ضعیف اسـت 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 می‌شود. در اینهم قدح می‌توان کرد به امکان قبول از حاکم و ناظر. و اینکه اقوی در وقـف انتقال به موقوف علیهـم است هرچند از باب مسجـد باشد چون موقوف علیهم مسلمین می‌باشند.

و به هـر حال، در همـهٔ اقوال و ادلـه مجال بحـث هست. و لکـن هرچنـد عدم اشتراط، اظهر است نظر به اطلاقات وقـف، خصوص در امور عامه، و مؤید آن است قول بـه عدم اشتـراط قبول، در بطـن ثانی، لکـن اصل و ظـاهر اجمـاع منقول و اشتراط ایجاب و قبول در صـدقه بدون خلاف ظاهری، مرجـح اشتراط است. و به هر حال احوط آن است که قبول را ترک نکنند هرچند در امور عامه باشد.

و بدان که: علامه در **تذکره** گفته است که این سخن در وقف است اما اگر بگوید «جعلت هذا للمسجد» پـس این تملیک است نه وقف، و از بـاب هبه است و قبول قَیم و ناظـر و قبض او شرط است، مثل هبـه کردن به طفل. و از ایـن کلام معلوم می‌شود که هبه بـه جهت امور عامه متحقق می‌شود. و درجـای دیگر گفته است- در آخر مسأله زوال ملک واقف از عین موقوفه- «و نمنع انتفاءالملک عن المسجد و الربـاط. فقد یکون لهمـاملک کمایکون علیهمـا وقف». و اصرح از اینهـا در اواخر مبحث «بیع وقف» گفته است. و از اینجا معلوم می‌شود که اغلب بوریاها که در این ازمنه در مسجدها اندازند، مال مسجد اسـت نه وقف مسجد. چون صیغهٔ وقف در آن جاری نمی‌کنند.

و اما قصد قربت: پس در آن نیـز خلاف است. و عجب اسـت از شهید ثانـی که «عدم اشتراط قربت» را اصح وجهین نامیده و «عدم اشتراط قبول» را احد قولین. و شهید (ره) هم در **دروس** گفته است «و فی اشتراط نیة القربة وجه». و حال آنکه 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 نقـل شده دعوی اجماع امامیه بر آن. و قول

به آن از شیخین و ابن ادریس نیز نقل شده، و بعضی ساکت شده‌اند از ذکر آن. و از بعضی توقف ظاهر می‌شود. و از محقق در **شرایع** ظاهر می‌شود عدم اشتراط، و شهید ثانی نیز ترجیح این را داده.

و تمسک مانعین به اطلاقات و اصل عدم اشتراط، است، و (بر اینکه) این از باب عتق است که مقصود از آن فک ملک 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- «اذامات المؤمن انقطع عمله الامن ثلاثة ولد صالح یدعوله و علم ینتفع به بعد موته و صدقة جاریة»[1] و در مسالک گفته است «قال العلماء المراد بالصدقة الجاریة، الوقف». و شهید در **دروس** تعریف وقف را به همین صدقه جاریه کرده است. و در صدقه نیت قربت شرط است و آن فی‌الجمله اجماعی است. و احادیث معتبره و اطلاق آنها دلالت دارد به این مضمون که «لاصدقة و لاعتق الاما ارید به وجه‌الله تعالی»[2] ومدلول آن ظاهراً نفی صحت است و حمل بر نفی کمال بعید است.

و سخن که به اینجا رسید شاید توانیم گفت که از این حدیث‌ها و ملاحظهٔ اطلاق آنها، اشتراط قبول را هم می‌توان اثبات کرد. چون در صدقه ایجاب و قبول را شرط کرده‌اند و ظاهراً خلافی در آن ندارند. پس اشتراط قبول اظهر خواهد بود. خصوصاً در امور غیر عامه. و اینکه جمعی تجویز وقف بر ذمی کرده‌اند، منافات با اشتراط قربت ندارد. هرگاه منظور این است که چون بندهٔ 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 «بِیَع» و «کنائس» و نوشتن تورات و انجیل (با وجود قول به‌صحت وقف بر اهل ذمه) را همین قرار داده‌اند که این جهت خاصه، قربت در آن حاصل نمی‌شود، به جهت

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

اعانت بر اثم و کفر.

۱۷: سؤال: هرگاه مدرسه[ای] خرابه باشد، و در دو ضلع آن بیوتات مدرسه بوده و در یک ضلع آن آب انباری است که بالفعل دایر است. و در ضلع دیگر آن حسینیه **مخروبه‌ای** است. و الحال کسی می‌خواهد که مدرسه را تعمیر بکند، به این نحو که در ضلع حسینیه دو مرتبه بنا کند که حجرات تحتانیه داخل مدرسه باشد و فوق آن حسینیه باشد که روی آن به خارج مدرسه باشد و راه آن [نیز] از خارج مدرسه باشد.

و همچنین در ضلع آب انبار می‌خواهد حجرات بنا کند که یکی از آن حجرات بر فوق سقف پله واقع می‌شود که از آن پائین می‌روند و آب از آن آب انبار برمی‌دارند.

خلاصه آنکه می‌خواهد بنائی بر فوق آب انبار بشود که از جملهٔ حجرات مدرسه باشد.

و در ضلعی که حسینیه هم بوده است محتمل است که در قدیم‌الایام دو مرتبه بوده است و تحتانی آن حجرات مدرسه بوده است. و محتمل است که در فوق پلهٔ آب انبار هم حجره بوده است.

آیا این تصرفات جایز است یا نه؟- و علم به وقف بودن حسینیه و آب انبار هم حاصل نیست. آیا وقف بودن آنها به چه چیز ثابت می‌شود؟ و چگونه تصرّف 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 بیّنه باید ثابت شود یا به شیاع. و در صورت ثبوت به شیاع، خلاف است در اینکه حصول علم شرط است؟ یا ظن نزدیک به علم؟ یا مطلق ظن؟ و اظهر قول اول است. چون دلیلی بر کفایت ظن نیست در اثبات دعاوی و مطالب، و اینکه در احکام شرعیه (یا مهیت موضوعات احکام) به ظن اکتفا می‌کنیم مستلزم این نیست که در اثبات مطالب هم به آن اکتفا کنیم. مگر در جائی که شارع تجویز کرده باشد، مثل بینه یا ید و امثال آن. و اینکه بعضی استدلال کرده‌اند از برای قول دوم به اینکه «هرگاه ظنی از شیاع بهم رسد بیش از ظنی که ازشهادت عدلین بهمرسد، اولی است به قبول»، مدفوع است به اینکه: این در صورتی خوب است که حجیت بینه، از راه

افادهٔ ظن بـاشد، و آن ممنوع است، بلکه عمـل به آن محض تعبد شـرعی است، و قیاس جایز نیست.

و هرگاه در مـدرسه و آب انبار وغیر همـا بینهٔ عادله یـا شیاع مفید قطع حـاصل نشود، نفس آب انبار بودن و مدرسه بودن و حسینیه بودن، دلیل وقفیت نیست، تا معلوم نشود کـه وقف شده و صیغهٔ وقف بـر آن جاری شده. بلکه در مسجـد هم تا صیغهٔ وقف جـاری نشود (هرچند بـانی مسجد را بسازد و رخصـت نماز هم در آن بدهد و نماز هم در آن بشود) حکم وقف بر آن جاری نمی‌شود تا واقف صیغهٔ نگوید. بلکه علامه در **تذکره** گفته اسـت که: هرگـاه بگوید «جعلتـه مسجداً» هم کـافی نیست.

و لکن در این مقام می‌توان گفت که یـد مسلمین به عنوان مسجدیت در مسجد کافـی است. چون وقـف مساجد از بـرای مسلمین است **وموقوف** علیهـم حقیقتاً مسلمین می‌باشنـد و این از باب وقف بر «جهت» است و ضرور نیسـت که جماعت مسلمین- که این ید ازایشـان ظاهر می‌شود- به حد استفاضـهٔ مفید قطع باشند. پس اگر کسی در محلی مسجدی را ببیند که یک نفر یا دو نفر به اعتقاد مسجدیت در آن نماز مـی‌کنند، و ید آنهـا بر این عنوان بـر آن ثابت اسـت، حکم می‌شـود به مسجدیت. چون لفظ مسجد در این ازمنه و ازمنهٔ سابقه بر آن، «حقیقت» است در «مسجد وقف»- بلکـه «مسجد وقف عام» هرچنـد قائل شویم کـه در مسجد، وقف خاص هم متصـور می‌شود، یا آنکـه گوئیم وقف عـام اظهر افراد یا معـانی است و متبادر این معنی است، هرچند 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 اکتفامی کنیم به ید با اعتقـاد وقفیت، هرچند استفاضهٔ مفید قطع حاصل نشود.

و اما آب انبار: پس اشکالِ ادعایِ «حقیقت» در آن بیشتر است. و ادعای وقفیت در آن تمام نمی‌شود در صورت فقد بینه الا به استفاضهٔ مفیدهٔ قطع، یا به ثبوت ید مسلمین بـر آن به عنوان وقف هـرچند جمعیِ نباشـد که استفاضهٔ قطعیـه از قول ایشان حاصل شود. خلاصه اینکه در این مقام از مقتضای ید نباید غافل شد، که آن

عمده است در امثال این امور که استفاضهٔ قطعیه در آنها نیست. و همچنین است حسینیه، پس هرگاه فرض شود که در مورد سؤال نه استفاضهٔ قطعیه باشد و نه ید مقبوله بر نهجی که گفتیم، ملحق به مجهول‌المالک خواهد بود. چون مفروض این است کـه مالکـی از برای آن معلوم نیسـت. و حکم مجهول‌المـالک بـر آن جاری می‌شود. و هرگاه احد امرین ثابت شد، وقفیت ثابت می‌شود.

و بدان که: وقف مادامیکه بـرپاست و آباد است، جایـز نیست تغییر آن از هیئت خود.

پس هرگاه خانـه[ای] وقفی باشد نمی‌توان تغییر داد و باغ کـرد، یا به عکس. یا آنها را حمـام کنند، یا به عکـس. مگر آنکه واقف مـأذون کرده باشد متـولی را در تغییر، و شرط کرده باشد. بلکه هرگاه تغییـر وضع آن را هم بدهد جایز نیست. مثل اینکه مسجد را بـردارد و در زیر آن آب انبار بسازد، یا دکاکین. کـه باعث این شود مسجد ارتفاع بهم رساند از زمین.

چنانکه علامه در **تذکره** گفته است و خلاف را نسبت به احمد داده است از عامه، بلکه فـرموده است که «چنیـن است حال، هرگـاه زمین مسجد بر همـان قرار اول مساوی زمین بـاشد که آب انبار در عمق زمیـن ساخته شود.» و فرمـوده است که «هرگاه جـایز باشد که در زیـر مسجد دکان یا آب انبـار شود، جایز خواهـد بود که مسجد را دکان و آب انبار کنند، و بدل آن مسجد دیگر بسازند».

و به هر حـال، مادامی که عین موقـوفه معمور است جایـز نیست تصرف در آن، هرچند منفعت آن کم شده باشد و تبدیل آن انفع باشد، مثل درخت میوه که کهنه شده باشد، و حاصل آن بسیار کم شده باشد، نمی‌توان آنرا کند یا فروخت و عوض آن دیگری گرفت. و همچنین مسجدی که اهل آن برطرف شده باشند جایز نیست خراب کردن آن و مصالح و آلات آن را در مسجد دیگر صرف کرد، بلکه باید گذاشت که مارّه در آن نماز کنند.

بلی علامه در **تذکره می‌فرماید** که «هرگاه در پشت بام مسجد تکیه گاهی بسازند که بر سر دیـوار مسجد باشد و داخل مسجد بشود و به دور پشـت‌بام بگردد، اقرب جواز است». و همچنین تجویز کرده است که هرگاه مسجد دیوار صحیحی نداشته

باشد که محفوظ باشد ازداخل شدن سگ‌ها در آن، و مناره داشته باشد. جایز است خراب کردن مناره از برای اینکه آلات آن را صرف دیوار بکنند. به جهت آنکه مصلحت مسجد در آن است. و محقق ثانی در **شرح‌قواعد** تجویز خراب کردن از برای گشاد کردن آن کرده، چنانکه بعد خواهیم گفت.

و منتهای آنچه از این کلمات برمی‌آید (برفرض تسلیم آنها) این است که تصرفی که مصلحت آن بنای وقف در آن باشد، جایز خواهد بود. و اما مثل بنای حجرهٔ مدرسه در سرآب انبار، این تصرفی نیست که از مصالح آب انبار باشد، بلکه غالباً منشأ سستی بنا و پایهٔ آن می‌شود به جهت سنگینی. و جواز تصرف در اعیان موقوفه تابع دلیل است.

بلی در اینجا می‌توان گفت که هرگاه محتمل باشد که آب انبار ملک 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 آن 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 هرگاه صلاح در فروختن آن باشد از برای مسجد جایز باشد. و آن اشکالی که در وقف هست در آن نباشد. پس هرگاه صلاح مدرسه در بنای آن حجرات باشد و ضرری هم به آن آب انبار نرسد، جایز باشد.

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

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

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

گوییم: که ثبوت حق کافی است، گو به عنوان ملک 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 وخمره، پس بر آن یدی نیست.

گوئیم: که ثبوت ید بر این حق و استحقاق این منفعت، مستلزم استحقاق رفع و منع از تصرفات در آن «ماینتفع به» است. خصوصاً تصرفاتی که مضر به اصل بناء باشد، یا مظنهٔ ضرر در آن باشد. پس در منع تصرف در آب انبار و امثال آن ضرور نیست که متمسک به وقفیت باشیم تا مورد منع و مناقشه باشیم. مگر اینکه بگوییم که قدری که به سبب استیفای حق مستحق می‌شوند از عین، و می‌توانند منع از تصرف غیر کرد در آن، همان صورتی است که ضرری برسد که مانع از بقا و استمرار آن باشد. و هرگاه ضرر نباشد پس عین از باب مجهول المالک است و با او معاملهٔ مجهول المالک می‌توان کرد.

اگر کسی بگوید: که هرگاه وقفیت ثابت نباشد پس این از باب هبه خواهد بود به جهت عامه، یا ازباب اباحه، و اینها هیچیک لزوم ندارند وبعد فوت واهب و مبیح رجوع می‌کند به وارث مانند سایر حقوق که منتقل می‌شوند به وارث. و چون مالک اصلی و وارث هر دو مجهول‌اند پس باز داخل مال مجهول‌المالک می‌شود.

می‌گوییم که: هرچند عموم «ماترک»[1] در قرآن و خصوص حدیث نبوی-ص- «ماترک المیت من حق فلوارثه» ظاهراً شامل مانحن فیه می‌شود (چنانکه فقها نیز به اینها استدلال کرده‌اند در توریث حق‌الشفع و حق‌الخیار) لکن جمعی از علما اشکال کرده‌اند در جریان آن در هبه. و شاید وجه آن این باشد که در هبه و اباحه، مالک از حق خود اعراض کرده، خصوصاً در کسانی که جاهل‌اند به حق‌الرجوع. و اقوی این است که اعراض موجب خروج از ملک است، و جواز رجوع در هبه و اباحه به دلیل خارج، ثابت شده. و اصل عدم آن است. و آنچه به دلیل ثابت شده رجوع خود مالک است و آن نیز معلوم نیست، بلکه ظاهر عدم آن است و [نیز] اصل عدم آن است.

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

تا اینجا کلام در وقف بود مادامی که برپا است و معمور است. و اما هرگاه خراب شود: پس جایز است تعمیر آن و تصرف در آن. و هرگاه متبرعی بهم نرسد گاه است که جایز می‌شود که بعض 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 خانهٔ وقف خرابه را باز خانه می‌توان ساخت. و باغ خرابه را باغ. و تغییر آن به نوع دیگر با وجود امکان بنای نوع اول، جایز نیست. و لکن واجب نیست که خانه رابه همان نحو سابق بسازند. یا باغ را به همان نحو سابق اشجار غرس کنند، بلکه تغییر اوضاع جایز است، بلکه هرگاه ممکن نشود به مثل سابق آن، کوچکتر

(۱): آیه‌های: ۱۱/۷، ۱۲، ۱۷۶، ۳۳، سورهٔ نساء.

می‌توان ساخت. گو زیادتی زمین و ساحت از وقف بودن بیرون نرود.

و ممکن است که بگوئیم که جایز است که بعضی از آن وقف را خرج تتمه کنیم. چنانکه در دیگ شکسته گفتیم، و چنانکه در «بیع ملک وقف» گفته‌اند. و ظاهراً فرقی مابین دیگ و زمین خانه و مدرسه نیست. و در مسأله دیگ شکسته (که فقها تصریح کرده‌اند) اختصاصی ندارد به آنکه موقوف علیهم جماعت خاصه باشند، چنانکه در بیع املاک، موضوع مسأله را آن قرار داده‌اند. شاید دیگ هم وقف بر جهت عامه باشد و عنوان مسأله شامل آن هم هست. بلی در خصوص مسجد شاید خلافی نداشته باشند که نمی‌توان 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 ملک بالمره، مثل عتق عبد.

مؤید این است که علامه در **تذکره** در مسأله «بیع وقف» متعرض مسجد شده و قول به جواز مصرف کردن 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 مسألهٔ «تصرف در وقف خراب محتاج به بیع» داخل کرده.

و هرگاه ممکن نشود که به نوع سابق بنا شود، تغییر نوع می‌توان داد. مثل آنکه آب انبار خرابه که الحال ممکن نیست که بنحو سابق ساخت به جهت عدم امکان آب، می‌توان آن را دکانی کرد. و همچنین... و به هرحال باید بر وضعی که اقرب به وضع واقف و غرض او باشد بنا شود. پس هرگاه متقلبی[1] باغ یا خانهٔ 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 ظاهراً وقف جدید هم ضرور نباشد، مثل آنجا که عین موقوفه را کوچکتر کنند.

و همچنین هرگاه 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، می‌توان سنگ و چوب و آجر آن را در موضع دیگر از همان

(۱): نسخه بدل: متغلبی.

رودخانه پل ساخت. و این نه مانند مسجد است که هرگاه اهل قریه برطرف شوند و قریه بالمره خراب شود، مسجد را نمی‌تـوان خراب کرد بلکه مسجد را باید به حال خود گذاشت که مارّه در آن نماز کنند. بلکه اگر ممکن شود تعمیر آن کنند از برای مارّه. و هرگاه خراب شود و مأیوس بـاشند از تعمیر آن به وجهی از وجوه، در آنوقت هرچند سـاحت و فضای آن از وقف بـودن بیرون نمی‌رود، و لکن مـی‌توان آلات و مصالح آن را آورد و خرج مسجـدی دیگر کرد. و اگر آنهم ممکن نشـود، به مصرف چیزی دیگر از رباطی یا حمامی یا مثل آن. و بهتر آن است که اقرب به غرض واقف را در هرحال منظور کنند.

و از آنچه گفته شد، معلوم شدکه تعمیرحسینیهٔ مذکور بر وجه مذکور، جایز است. چون محض احسان است. و با احتمال اینکه دو مرتبه بوده است[۱] هم لازم نمی‌آید تغییر وضع وقف. بلکه هرگاه لازم آید نیز جایز خواهد بود هرگاه متبرعی نباشد که به غیر این وجه (یعنی برطریقهٔ اول) بنا کند. پس گویا مرتبهٔ تحت را در خرج تعمیر مرتبهٔ فوق، قبول کرده‌اند. و چون مفروض این است که یدی بر آن نیست، و وقفیت هم ثـابت نیست، و آن سخن‌ها کـه در آب انبار معمور جاری بـود در اینجا جاری نیست، پس غایت امر آن است که از بابت موات مجهول‌المالک باشد و احیای آن از برای همه کس جایز خواهد بود. خصوصاً با ارادهٔ آنکه در ثانی وقف باشد، یا باز به وضع سابق، بعضی از آن، محل تعزیه و بعضی محل تحصیل علم باشد.

و با احتمال دومرتبه بودن به نحوی کـه پیش از این مذکور شد، مندرج در تحت عموم **صحیحهٔ** عبدالله بن سنان و غیـرها که مضمون آنها این است کـه «کل شیئ فیها حلال و حرام فهولک حلال حتی تعرف الحرام بعینه»[۲] نیز خواهد بود.

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

(۱): یعنی دو طبقه بوده است.

(۲): وسائل: ج ۱۶، ابواب الاطعمة المحرمة، باب ۶۴ح ۲. و ابواب الاطعمة المباحة، باب ۶۱ح ۱و۷. از ج۱۷

که مصلحت ایـن اشیاء در آن باشد، می‌تـواند کرد. و در این معنی تفـاوتی نیست مابین اینکه اصل ایـن امور تملیک [برای] جهت عامه شده بـاشد، یا چیزی دیگر تملیک شود از برای آنچه تملیک شده از برای جهت عامه، مثل تملیک آب انبار از برای مدرسه. پس هرگاه متبرعی خواهد تعمیر خرابی آنها را بکند بر نحو خاصی و صلاح آنها در آن باشد، حاکم را می‌رسـد اذن در آن. خصوصاً هرگاه متبرع به غیر آن وجه تعمیر نمی‌کند.

و به مقتضای عرف و عـادت (که معیار است در این امور) پـس دور نیست که آب انبار مذکـور ملک مدرسه بـاشد، و مفروض این بـاشد که متبرع تعمیـر مدرسه را بروجه مسئـول عنه می‌خواهـد کرده باشد، حاکـم را می‌رسد اذن مذکـور هرگاه صلاح مدرسه یا مجموع مدرسه و آب انبار در آن باشد. و لکن چون احتمال می‌رود که آب انبـار خود مستقـل باشد و از تـوابع مـدرسه نباشـد، مهما امکـن دست از ملاحظهٔ مصلحت آب انبار بـه خودی خود برنداریم. پس هرگـاه 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 و حسینیه و غیر اینها پس هرچند مجملاً اشاره بـه آن شد درضمن سخن‌های پیش، در اینجا نیز می‌گوییم که هرگاه شرطی و طریقه[ای] از واقف ثابت نباشد، حاکم به هر نحو مصلحت آنها را دانـد به عمل می‌آورد. حتـی اینکه در نقض از برای تـوسیع گفته شده است که جایز است، و محقق شیخ علی در **شرح قواعد** به متابعت شهید در **ذکری** بعد [از] تردد میل بـه آن کرده و استدلال به عموم «ماعلـی المحسنین من سبیل» کرده. و همچنین تجویز احداث روزن و پنجره و غیره کرده هرگاه مصاحت اقتضا کند.

و شهید در **ذکری** تجویز کرده است صرف آلات مسجد را در مسجد د یگر هرگاه متعذر باشد استعمـال آن در همان مسجد یا به جهت آنکه مسجـد دیگر محتاجتر است به آن به سبب کثرت نمازگزارندگان، یا به سبب خراب بودن مسجد اول. بعد از آن گفته است که بلـی جایز نیست خراب کردن مسجد به هیـچ حال، هرچند از برای این باشـد که مسجدی اعظم یا افضل بسازند. و بعـد از آن اشکال در توسیع

مسجد را ذکر کرده. چنانکه به آن اشاره کردیم. بلی تصرف در عین مسجد به معنای فروختن بعض 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، ومحتمل است که نباشد(چنانکه پیش گفتیم)و هرچند فقها را در مسأله «بیع وقف»درنظرنیست که تصریح به حکم آنها کرده باشند،لکن از کلام ایشان درمسجد، می‌توان یافت که اینها نیز چنین باشد. بخلاف وقف بر جماعت معینه که در بعضی از صور جایز است بیع وقف یا بعضی از آن. و جمعی از عامه در مسجد هم تجویز کرده‌اند. ولکن ظاهر این است که مخالفی از اصحاب ما نباشد، چنانکه از علامه در **تذکره**ظاهر می‌شود. و وجه آن را این-گفته‌اند که: ازالهٔ ملک بالمرّه از مسجد شده است و مانند عتق عبد است و دیگر بیع آن صورتی ندارد.

و ممکن است که حکم مدرسه و رباط و امثال آن را مندرج در تحت عموم « جواز بیع وقف» کرده باشند. چنانکه پیش گفتیم. پس آنچه ظاهر می‌شودکه جایز است از تصرفات، آن است که مصلحت وقف در آن باشد و مستلزم اخراج آن از مقتضای وقف نباشد، مثل بنای حجره جدیده یا احداث حوض یا بیت‌الخلا در مکانهائی 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 خانه‌های مردم و امثال آن، یا حق مجرای آب به عنوان صلح از برای همسایگان قرار دادن، جایز نیست. بلی هرگاه مدتی مدرسه مثلاً خراب باشد و به هیچ نحو منتفع نمی‌توان شد الّا 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 هرحال معرفت مصلحت موکول است به نظر حاکم.

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

که مردم طمع در آن ملک 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 هـر دو (علی الاظهر) خصوصاً در غیر مصالح عامه و قصد تقرب هم شرط است- علی الاظهر- خصوصاً در مصالح عامه. و اقباض هم شرط است جز ما. پس اگر موقوف علیهم کبار اولاد بوده‌اند و به قبض ایشان نداده تا آن که ملک را فروخته، بیـع صحیح است، و وقف باطل است. و اگر صغار بوده‌اند، همان ید ولی ید ایشان است و قبض دیگر ضرور نیست، و به محض اجرای صیغـه و قبول از جانـب ایشان، لازم مـی‌شود، و بیع صحیـح نیست. و در صورت تمام شدن وقـف و شرایط صحت و لزوم، ادعای اینکه قصـد وقف نداشتم، مسموع نیسـت. و ظاهر شهید ثـانی، در **مسالک** دعوی اجماع اسـت (در کتاب طلاق) بر اینکه «در هیچ باب از عقود و ایقاعات ادعای اینکه قصد نداشتم از عاقل بالغ مختار نمی‌شنوند. در خصوص طلاق بـه دلیل خاصی است که می‌شنوند» و وقف هم از جملهٔ عقود اسـت. مگر اینکه موقوف علیهم تصدیق او بکننـد یا قرینه ظاهره بر صدق او باشد، و در صورت قرینه ظاهر این است که قبول قول او با یمین است، والله العالم.

۱۹ :سؤال: یـک شبـانـه روز از آب مـزرعـه معینـی وقـف مسجـدی اسـت و امامزاده[ای] و مشهـور است که یک طـاق از این است و یک طـاق از آن. و بدون قرعه اجاره و استیجار می‌کنند. آیا بدون قرعه و قسمت، صحیح است یا نه؟-؟.

جواب: چون در اکثـر فصول طاق شب و روز تفـاوت فاحشی می‌دارنـد، و معین نیست که طاق شب از کدام است و طاق روز از کدام، مقتضای قاعده این است که مجموع شبانه روز را علی‌السویه می‌کنند میانهٔ این دو موقوف علیه علی‌السویه به حسب ساعات و امثال این. و قرعه می‌کنند. و هـرگاه حاکم شرع یا نایب او مباشر باشد احتیاج به قـرعه هم نیست. و بدون تقسیم (چنانکه گفتیـم) تصرف صورتی ندارد و صحیح نیست اجاره. و متولی در اموری که متولی شرعی ندارد حاکم شرع است.

رسالة

بسم‌الله الرحمن الرحيم

الحمدلله الواقف علـى الضمائر المطلع على السرائر و الصلاة علـى محمد افضل الاوائل والاواخر المبعوث من اشرف القبائل و اكرم العشائر، و آله المعصومين من الخطايا المحفوظين عن الزلات و الجرائر و اصحابه المرضيين اسوة اولى الاحلام و قدوة ذوى البصائر. **امابعد** فهذه اجابة لالتماس بعض فضلاء اصحابنا الطالبين ، اعانه الله على طاعته و حباه بسعادات الدنيا والدين، فى الجـواب عن مسألة احتاج اليها و استفصل حالها، وابتغى بيانها مدللّة على وجه مبين. **و هذه صورته:**

السؤال: مدرسة لانعلـم ان واقفها من الشيعة الا مـامية او من المخالفيـن. لكن المشهور فى الالسنة انه من المخالفيـن و له مدارس فى بعض البلاد الا وزبكية. و حين بناها كان البلداوز بكيا[1] و هو فى مابينهم. ولكن لـم يشهد شاهدان، بل ولا واحد علـى العلم بانه مـن المخالفين. فنـريد ان نفهم اولا ان الاصل فـى المكلف الكفر او الاسـلام؟-؟ و بعد ثبوت الاسـلام، هل الاصل فى المسلـم كونه مـؤمنا او مخالفا؟-؟ ولمّـا كان كـل من الثلاثة مـوقوفاً على وجود مقتضيـات والاصل عدم تحققها، يمكن القول بان «الاصل الكفر و بعد ثبوت الاسلام ليس الاایاه». ولكن فيه

(۱) و فى النسخه اوديكيا وليس فى التركى حرف «دال» والكلمه تركيه.

ان «كل مولود يولد على فطرة‌الاسلام، الا ان ابواه يهودانه و ينصرانه و يمجسانه»[۱] كماورد به النص[۲] والاصل بقاؤه على فطرة‌الاسلام، و عدم انتقاض فطرته من جانب ابويه.

و بعدالاغماض عما يقتضيه الاصل، هل كون المكلف مؤمناً او مخالفاً يثبت بمحض الشيوع على بعض افواه الرجال ام لابد من شهادة شاهدين على العلم بانه مؤمن او مخالف. و بعد ثبوت انه مخالف هل وقف المخالف صحيح؟ ام باطل- نظرا الى ان الوقف عبادة فحكمه حكم باقى عباداته-؟. و بعد صحته، هل يجوز للطلبة الامامية السكنى فيها- نظرا الى ان كونها لجماعة الطلبة معلوم، و اختصاصه بطلبة خاصة غير معلوم-؟ ام لا- نظرا الى ان كونها لاهل نحلتهم و طلبة مذهبهم معلوم، و لطلبة غيرهم غير معلوم. والى ان المعلوم من احوالهم انهم يرضون بقتلهم و اسرهم و يحللون دماءهم، فكيف يرضون بسكناهم فى مدارسهم-؟.

وهل يمكن الفرق بين العبادة والسكنى بان «المكلف لما اشتغلت ذمته بعبادة صحيحة فلايتيقن البراءة من العبادة فيها، بخلاف السكنى لان الاصل فى الاشياء الاباحة الى ان يعلم حظرها من الشرع و ليس، فليس»؟ ام لالان الاصل عدم جواز تصرف المكلف فى غير ملكه الا ان يعلم الجواز و ليس، فليس-؟. و هل يمكن الاستدلال على ان واقف المدرسة مخالف، بان فى ذلك الزمان كان البلد اوزبكيا والفردالمشكوك يلحق بالاعم الاغلب-؟ ام لا- نظرا الى ان غاية مايستفاد من هذا ليس الاالظن، والاصل حرمة‌العمل بالظن الا ماخرج بالدليل و ليس، فليس-؟.

وهل يمكن الفرق بين المدرسة و المسجد بان الظاهر ان من بنى مسجداً رضى بعبادة كل من عبد فيها، بخلاف المدرسة. لكن فيه مافيه. و مسجد ناهذا مشهور بان واقفه مخالف، مع ان العلماء قديما و حديثا لم يزالو يصلون فيها ولم ينكروا على احد من العبادة فيه. فهذا اجماع منهم على صحة‌العبادة فيه، و عدم اطلاعهم على مذهب الواقف بعيد غاية البعد.

(۱)و(۲): اورد فى البحار نقلًا عن «مصباح المنير» صدرالحديث.-ج ۶۷ص ۱۳۴. و اوردفى «سفينة البحار» فى حرف «ف» كله. لكن فيه: حتى يكون ابواه...

فالاستدعاء منكم ان تكتبوا حكمها مع الدليل الاجمالى، لانها من المسائل المهمة. لان الطلاب لم يزالوا يصلّون فيها فنريد ان نعلم ان عباداتهم فيها صحيحة ام لا؟-؟ وسكناهم فى مثل تلك المدرسة يجوز ام لا؟-؟[1]

اقول (و بالله التوفيق و بيده از مة التحقيق): انْ قبل الخوض فى المقصود لابد من تقديم مقدمات:

الاولى: اعلم ان التصرف فى مال الغير ممنوع عقلا و شرعا، الا باذنه. والاذن ينقسم الى صريح و فحوى و شاهد حال. فالصريح كقول القائل لغيره «صلّ فى دارى». والفحوى كقوله «كن عندنا ضيفا فى دارنا الى الغد» فان ذلك يدل بمفهوم الموافقة على الرخصة في صلاته فى الدار و التوضى من مائه و اوانيه،و شربه منها.و شاهد الحال مثل ان يكون بينهما مصادقة دنيوية او دينية و مصافاة بحيث لو اطلع على انه يريدالتصرف فى ماله و داره والدخول فيها والتوضى من مائه و اوانيه، لرضى به، ولو استأذنه فى ذلك لاذنه.

فالاوّلان اذن بلسان القال اما مطابقة اوالتزاما. والثالث اذن بلسان الحال، فالحال هى مرابطة بين الاذن والمأذون له ناطقة من جانب صاحب المال بقولها «ادخل الدار وصلّ». و هذه المرابطة اما خاصة كالمرابطة الحاصلة بين صديقين متعارفين يعرف كل منهما صاحبه و صداقته. و اما عامة كموادّة اهل الايمان بعضهم لبعض لاجل الايمان و ان لم يتعارفوا بالشخص والخصوص. و كموادة اولى الارحام بعضهم لبعض و ان لم يتعارفوا. فالاذن فى المتعارفين فعلى، و فى المتناكرين قوى[2]، و فى المختلفين يعتبر حال المستاذن فان عرف المرابطة، فيكفيه وان لم يعرفها الاخر، كالاب (الذى لايعرفه ولده لنشوه فى بلد آخر، او لزعمه أن اباه مات) اذا اراد دخول دار ابنه و هويعرف انه ابنه.

ثم ان المعتبر فى المرابطة حصول سببها فى نفس الامر بحسب اذعان المستاذن. و لكن من حيث انه مذعن بتلك السببية و مادام مذعنا به فقديتخالف

(۱): جاء فى حاشية السؤال: «رسالة فى تحقيق حال مدارس انمشهدالمقدس [مشهد] على بن موسى الرضا-ع-».

(۲): فعلىّ و قوّى اى بالفعل و بالقوّة

ذلک فی المتصادقین ظاهرا والمتضایفین (ابوة و بنوة و غیر هما) فی نفس الامر، فیحصل بینهما مصادقة لاشتباه وقع فی سببها لوظهر خطاه لتبدل بالتباغض. کالصدیق المنافق فی الصداقة الذی هوفی الظاهر فی غایة اظهار علامات الصداقة، و هو عدو فی الباطن. و کالکافر المتظاهر بالایمان المنافق. فالرفیق الاخر یحب هذا المتظاهر بالصداقة لاجل صداقته علی مقتضی مافهمه من ظاهر حاله. والمؤمن الخالص یحب هذا الکافر المنافق علی مقتضی مافهمه منه من الایمان بحسب ظاهر حاله ویرضی بتصرفه، فالاذن ح انما هو علی ظاهر الحال، و اما لو اطلع علی الباطن فلایأذن له.

فح لااذن لذلک المنافق فی التصرف فی مال الاخر. کما انه فی صورة العکس بالعکس، کما لوانکر احد اباه ولایرضی بدخول احد فی داره من الاجانب،و یحسب ان اباه هذا اجنبی لانکاره ایاه. فیجوز للاب الدخول لان الابن لو عرف انه ابوه لرضی به اشد الرضا ولاذنه اطوع اذن.

وانما قیدنا نفس الامر بحسب اذعان المستأذن بقولنا «من حیث انه مذعن بالسببیة و مادام مذعنا»، لان المرابطة العامة قد یکون سببه امرا یوجب المؤاخات والمصافات بحسب اذعان المترابطین یذعنانه امرا ملایما حقانیا. فیحصل الرضا فی التصرف لوظهر له انه متصف بهذا الامر، ولایحصل له الرضا لوظهر له انه متصف بخلاف هذا الامر، لکن ذلک انما هولاجل انه اذعن ان هذا الامر انما هو الحق الحقیق لان یکون سببا للمرابطة، دون الاخر. والاخر لایوجب ذلک ولو فرض انه کان حقا لتغیر رضاه جزما، کما لو رضی صاحب الدار دخول زید داره لاجل انه یذعنه صدیقا له او من ارحامه و هو فی نفس الامر من اعدائه، فهو باذعانه راض بدخوله ولکن لو قیل له «ان کان زید فی نفس الامر من اعدائک اترضی بدخوله» لیقول «لاارضی بدخوله البتة».

و کذلک اهل التباین فی المذاهب و اهل التوافق. فالمتوافقان فی المذهب علی حالة التراضی والرضا بالتصرف لاجل هذه المرابطة باذعان ان الحق هو هذه المرابطة. من حیث انه مذعن بذلک و مادام کذلک. فلو فرض کون ذلک الامر باطلا عنده و مخالفه حقا،لتبدل الامر،لانه طالب للحق فی نفس الامر.غایة الامر انه اذعن

ان الحق هو هذا لامخالفه. فالاذن الحالی لموافقه انما هو لاجل هذا الاذعان. و الانکار الحالی لمخالفه انما هو من اجل اذعان بطلانه.

ثم علی ماذکرنا من «ان المعیار فی شاهد الحال، انما هو حال المستأذن». فاذا اذعن ان الحق هوماهو علیه فی نفس الامر، و ان الاخر لو فرض علمه بذلک لرضی بالدخول جزما فیصح له الدخول ح. لما مر ان الاذن فی المتناکرین قوّی. و انّما المانع هنا انما هو الغلط فی الاذعان. والغلطة فی الاذعان[1] لایرفع القوة النفس الامریة.

الثانیة: اعلم انه قد اشتهر «ان الالفاظ اسام للامور النفس الامریة» و مراد هم بذلک انه اذا علق حکم علی لفظ فلاینحصر حکمه فی ما علم المکلف با نه هو، بل یتعلق بما هو فی نفس الامر مسمی بهذا الاسم. مثلا اذا قیل «لله علی الناس حج البیت من استطاع الیه» فلایکتفی المکلف بعدم علمه بانه مستطیع، فاذا کان له مال لایعلم قیمته ولامقداره انه هل هو بمقدار الا ستطاعة ام لافلایجب علیه التفحص و جعل الاموال معرضا للبیع لیعرف الحال تمسکا بان الله اوجب ذلک علی المستطیع و انا لااعلم انی مستطیع ام لا. و کذلک اذا قیل «قاصد الثمانیة فراسخ یجب علیه القصر» و هو لایعلم ان المسافة التی قصدها هل یبلغ ذلک ام لا، لایکتفی بعدم العلم و [بان] یقول انی لااعلم انی قاصد للثمانیة و الحکم معلق علیه. و کذلک المالک للدراهم المغشوشة التی لایعلم بلوغ الخالص منها النصاب. الی غیر ذلک من الامثلة.

بل الحکم معلق علی المستطیع، فکأنّ للشارع حکمین متعلقین بعباده: احدهما قوله «ان المستطیعین من عبادی یجب الحج علیهم». والاخر «ان الغیر المستطیعین لایجب علیهم». و کذلک «ان القاصدین الثمانیة یجب علیهم التقصیر» و «الغیر القاصدین لها علیهم التمام». فیجب علی المکلفین ان یتفحصوا عن احوالهم هل هم مندرجون تحت ای الخطابین.

ولیس المراد من قولهم «ان الالفاظ اسام للامور النفس الامریة والاحکام متعلقة

(۱): فی الاصل: الاذن

بما فی نفس الامر» انه کذلک کیف ماکان وان لم یحصل[1] العلم بعد التفحص ایضا. فالتکلیف مشروط بالعلم بالمعنی الذی قدمناه، لابالعلم مطلقا. غایة الامر الاکتفاء بالظن فی تعیین نفس الامر، فاذا حصل العلم او الظن للمکلف بانه مندرج تحت احد العنوانین، یتبعه، و مابقی فیه علی الجهالة، فیرجع فیه الی الاصول و القواعد والادلة الخارجة. فاذا رأینا قوله تعالی «ان جائکم فاسق بنبأ فتبینوا» فلاریب انه یجب علینا التبیّن فی خبر معلوم الفسق، والقبول فی معلوم العدالة. و اما فی المجهول الحال فلابد من التفحص. فان حصل علم او ظن بحاله فهو المتبع، والافیر جع الی الدلیل الخارجی. والعلة المنصوصة فی الایة هنا دلیل خارجی یوجب الحاقه بالفاسق لاشتراکهما فی العلة.

و فی مثل قول الشارع «یجوز شراء الحلال و یحرم شراء الحرام» فالحکم فی معلومی الحال واضح. و اما المجهول، فیرجع فیه الی الدلیل الخارجی و هو اصل البراءة والاباحة و قولهم علیهم السلام «کل شیئ فیه حلال و حرام فهولک حلا ل حتی تعرف الحرام بعینه»[2] هذا الکلام فی اقوال الشارع و خطاباته بالنسبة الی المکلفین.

واما کلمات نفس المکلفین: فهو ایضا یحمل علی ماهو موضوع له فی نفس الامر عندهم. فاذا نذر صوم اول رجب، فهو مکلف بصوم ماهو اوله فی نفس الامر و هو مراده و ان کان یحتاج فی تعیینه الی اجتهاد. و یکتفی بالظن فی مالم یحصل العلم. و یعمل بالدلیل الخارجی فی ماجهل الحال. فمقتضی استصحاب الشهر عدمه حتی یحصل الدلیل علیه. و لکن هیهنا دقیقة لابد ان ینبّه علیها و هو انه قد یطلق علی شیئ عنوانان من الاضافات والاوصاف. مثل یوم مولد النبی(ص) و یوم السابع عشر من الربیع الاول. و قد اختلف الخاصة و العامة فقیل انه یوم الثانی عشر منه. فیختلف التسمیة بهذا الاختلاف.

فاذا نذر احد صوم یوم الثانی عشر باعتقادانه مولدالنبی(ص) او نذر صوم یوم

(١): فی الاصل: وان یحصل العلم.

(٢): الوسائل: ج ١٦، ابواب الاطعمة المحرمة، الباب ٦٢ح ٢. و ابواب الاطعمة المباحة، الباب، ٦١خ ١و٧. از ج ١٧.

مولد النبی (ص) و کان یوم مولد النبی(ص) عنده اسماللیوم الثانی عشر، افیجزیه صوم هذا الیوم او یجب علیه صوم السابع عشر اذا استبصر و ظهر علیه غلطه فی اذعانه. والظاهر انه یجب علیه صوم یوم مولد النبی(ص) فی نفس الامر وان غلط ذلک الناذر فی جعله الیوم الثانی عشر، فیجب علیه صوم السابع عشر. و کذلک الظاهر انه یجب علی ولیه (ان اراد قضاءه عنه) ان یصوم یوم المولد الواقعی لاماحسبه مورثه. و کذلک اذا وقف ضیعة یصرف منافعه فی الاطعام یوم مولد النبی (ص) و هو یعتقد انه الیوم الثانی عشر، او الیوم الثانی عشر باعتقاد انه یوم مولده ولاجل ذلک. فهل یجب علینا الیوم صرفه فی الاطعام یوم الثانی عشر او الیوم الذی هو مولده عندنا. الظاهر الثانی، لان الظاهر ان المقصود ادراک فیض یوم مولد النبی من حیث انه مولده (ص).

الثالثة: التحقیق ان الحکم فی تمالانص فیه، وفی شبهة موضوع الحکم الشرعی، هو العمل علی مقتضی اصل البراءة. للادلة الدالة علیه من العقل و النقل المقررة فی محلها. و قد بیناها فی القوانین و من جملتها صحیحة عبدالله بن سنان عن الصادق -ع- قال: کل شیئ یکون فیه حرام و حلال فهو حلال لک ابدا حتی تعرف الحرام منه بعینه فتدعه[1] وان کان الاستدلال بها فی شبهة الموضوع، اظهر. والشبهة فی نفس الحکم یکون من جهة عدم الدلیل علی الشیئ، او من جهة تعارض الادلة فیصیر مجهول الحکم. و الشبهة فی الموضوع یکون من جهة اشتباه حکمه الشرعی لاجل الشک فی انه داخل تحت ای القسمین اللذین علم حالهما بالدلیل الشرعی، فلو ارتفع الجهل و حصل العلم بکونه احد هما فلایحتاج الی دلیل شرعی آخر فی معرفة الحکم.

و اتصاف الاعیان بالحل و الحرمة انما هو بسبب اتصاف افعال المکلفین المتعلقة بها بهما.

و اتصاف الفعل بالحل والحرمة اما من جهة المتعلق، کالخز و المیتة. و اما من جهة الحال والوقت کاکل الطعام الحلال علی حال خلاء المعدة، و علی حال التخمة المضرة للبدن، واکل المیتة فی حال الاضطرار و المجاعة و فی غیرها. فاذا

(١): ذکر مصدره آنفاً

حصل الشک فی المتعلّق او الحال او الوقت ان الفعل فیها من جملة ماهو حلال او حرام، فهو یحکم بانه حلال حتی یعرف الحرام بعینه.

الرابعة: التحقیق ان اصل البراءة یجری فی الاحکام الشرعیة و فی موضوعاتها و ان کان من قبیل مهیات العبادات، سیما علی القول بانها أسام للاعم من الصحیحة کما حققناه فی **القوانین**. و ماذکرناه من الحدیث فیمکن الاستدلال بها فی تصحیح العبادات ایضا. فاذا ورد من الشارع جواز الصلاة فی اجزاء ما یؤکل لحمه والمنع عنها فی اجزاء مالایؤکل لحمه، واشتبه کون شیئ انه هل هو من هذا او ذاک، فالاظهر الجواز. و من هذا الباب الصلاة فی الجلد المشتبه بالخز و غیره. و فی العظام المشتبهة فی انها من عظام الفیل او البعیر. و غیر ذلک.

الخامسة: اعلم انه اذا اندرس الوقف ولایتعین الموقوف علیه فی نظرنا، و تردد فی جملة امور معینة لانعرف ایّها هو، فالظاهر التسویة فی الکل. و من فروع ذلک الاشتباه الحاصل فی وقف الاولاد من جهة الجهل بان الواقف هل وقفه علی الترتیب بان لایکون احد من اولاد الاولاد مستحقا لشیئ مابقی من الاولاد واحد-؟ او انه وقفه علی ان یکون ولد الولد شریکا لاعمامه؟. فیحکم بتسویتهما و لایجعل من باب المیراث حتی یمنع الاقرب الابعد. و صرح بذلک العلامة فی **التذکرة والقواعد**. و وجه ذلک انحصار الامر فیهم و لزوم الترجیح بلامرجح لو فرق بینهم، لعدم جواز القیاس بالمیراث.

السادسة: المشهور بین الاصحاب انه اذا وقف علی مصلحة فبطل رسمها، صرف فی وجوه البر.

السابعة: اختلف الاصحاب فی ما لو وقف المسلم شیئا علی المسلمین. فعن الشیخ (بل المشهور بینهم ظاهرا) انه یکون لجمیع المسلمین من اهل القبلة. و صرح ابن حمزة و العلامة فی **المختلف** بلحوق اطفالهم و مجانینهم ایضا. و عن ابن ادریس انه اذا وقف المسلم شیئا علی المسلمین کان ذلک للمحقین من المسلمین. مستدلا بفحوی الخطاب و شاهد الحال. کما لو وقف الکافر شیئا علی الفقراء، کان ماضیا فی فقراء أهل نحلته خاصة، بشهادة دلالة الحال علیه. وردّ کلام الشیخ بانه خبر واحد اورده ایرادا لااعتقادا. و اورد [علیه] العلامة و شنع علیه

فی هذه النسبة و اختار التعمیم الذی ذکره ابن حمزة من انه شامل لکل من اقر بالشهادتین و اطفالهم و مجانینهم، وادعی الاجماع قال:

لنا الاجماع علی جواز الصدقة علیهم و تجویز الوقف علیهم بالخصوصیة. ولاعبرة بخلاف من شذ. ولافرق بین طوائف الاسلام الا من ارتکب ما یعلم بطلانه من دین النبی «ص» کالغلاة و المجبرة. ولو لم یصح التقرب بصلتهم لم یصح ذلک.

اقول: و مرجع کلام العلامة الی اتباع عموم اللفظ و ان الاصل، الحقیقة لایعدل عنه الا باقوی منه. و اذا رأینا ان مذهب العلماء جواز الوقف بالخصوص علی الفرق المخالفین، فکیف یقال ان الواقف الذی هو عالم من تلک العلماء او مقلد لاحدهم «اذا اطلق الوقف علی المسلمین» فهو اخرج من اطلاقه الفرقة المخالفة-؟ سیما اذا لم یزا حموا الفرقة المؤالفة للواقف فیکون النفع اتم، و لعل ابن ادریس نظر الی العصبیة والعناد لاالی ماسن الله من تعمیم حکمه بین العباد و فعل المسلم محمول علی الصحة مالم یعلم فساده فالحکم بان الواقف اراد الوقف علی المؤالفین غالبا، یرجع الی ملاحظة متابعة الحمیة والعصبیة.

فاذا وقف رجل من اهل السنة رباطا علی المسلمین المترددین، فلاینبغی ان یقال «اراد من المسلمین غیر الشیعة». و کذلک اذا وقف رجل من الشیعة رباطا علی المسلمین، فلاینبغی ان یحمل علی اخراج اهل السنة منهم اذا لم یزاحموا غیر هم. وعلی هذا فالخروج عن حقیقة اللفظ و اخراج الجمع المحلی [باللام] الدال علی العموم لغة و عرفا عن الحقیقة بمجرد هذه القرینة، مشکل.

و کذلک الامر فی المدرسة فان المسلم الذی خلا عن العصبیة غرضه فی الوقف تحصیل الثواب. ولاریب ان تحصیل العلوم ممایصل نفعه الی کافة العباد. سیما اذا کان من **الآلیات** المشترکة بین جمیع المذاهب، الموجبة لفهم السنة والکتاب. فالجزم بان الواقف من اهل السنة لمدرسة، لایرضی بان یجلس فیه واحد من الشیعة لاجل انه عدوه، اولاجل انه یحصّل مسألة الامامة و یسعی فی تخریب مذهبهم، او بالعکس، مما لایتعاطاه العرفاء و العلماء و الصلحاء من العوام. اذ یجوّزون ان یقرء مبتدؤهم فی العلوم علم التصریف والنحو والمعانی والبیان عند عالم من الشیعة، بل یرضون

اشد الرضا. سيما اذا لم يوجد هناك عالم من اهل السنة. و كذلك بالعكس.

فليس محض كون باني المدرسة سنيا، عدم رضائه بجلوس الشيعي فيها ولا بالعكس. غاية الامر عدم رضاء احد هما بالسعي في ابطال مذهب الاخر، و هذا لايوجب عدم الرضا باصل السكني. سيما اذا لم يكن احد آخر يسكن فيه، فانه باعتقاده طالب للثواب و مراده التسبيب لايجاده ماهو خير و ثواب. و ماهو معصية باعتقاد الباني، فمؤاخذته على المخالف الساكن فيه. و ما يفعله من موجبات الخير، فيصل ثوابه الى الباني.

اذا تمهد لك هذه المقدمات فنقول: الظاهر ان المدرسة المفروضة يجوز لطلبة الشيعة سكناها والاشتغال بالتحصيل فيها، و يصح صلاتهم و عباداتهم فيها. لوجوه:

الاول: انها وقف على الطلبة جزما. غاية الامر ان من المدارس ما يختص بفرقة بجعل الواقف دون فرقة، ولايجوز التعدي عن مقتضى غرض الواقف، لان الوقف على ما وقف عليه الواقف، بالنص[1] ففعل المكلف المتعلق بالمدارس و هو «السكون فيها والاشتغال» ممافيه حلال و حرام- لان بعضها مما عينها الواقف لفرقة دون اخرى فلايجوز للفرقة الاخرى التصرف فيها. و بعضها 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، و خصوص صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة[2] اذ المفروض انا لانعلم انها من القسم الاول او الثاني.

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

(۱): الوسائل: ج۱۳، ابواب الوقف، الباب ۲، ح ۱و۲.

(۲): الوسائل: ج ۱۶، ابواب الاطعمة المحرمة، الباب ۶۴، ح ۲. و ابواب الاطعمة المباحة، الباب ۶۱، ح ۱و۷. از ج ۱۷

العقل و النقل، فهنا من باب «كل شيئ نظيف، حتى تعلم انه قذر»[۱] و «كل ماء طاهر حتى يعلم انه قذر»[۲] حتى انهم ربما يتأملون فى كفاية شهادة العدلين فى الحكم بالنجاسة. نعم ورد فى الحلال و الحرام رواية بجواز العمل بالبينة، مثل ماروى عن الصادق-ع- «كل شيئ هولك حلال حتى تعلم انه حرام بعينه فتدعه من قبل نفسك، و ذلك مثل الثوب عليك قد اشتريته و هو سرقة، اوالمملوك عندك ولعله حر قد باع نفسه، او خدع فبيع، او قهر، او امرأة تحتك و هى اختك او رضيعتك، و الاشياء كلها على هذا حتى يتبين لك غير ذلك او تقوم به البينة.»[۳] والمفروض فى مانحن فيه فقد البينة على انه مما لايجوز التصرف فيه ايضاً.

و بالجملة هذا من شبهة الموضوع، و قد اتفق كلمة المجتهدين والاخباريين على ان الاصل فيها براءة الذمة و الحلية. بل و يجعلها الاخباريون من الحلال البين.

فان قلت: حمل المشكوك فيه على الافراد الغالبة قاعدة مسلمة مستفادة من العقل و العرف والنص و عليها يبتنى 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 فى مورد الشك على مقتضى الحال السابق. و هوالمسمى بالاستصحاب. و منها حلية اللحوم والجلود فى سوق المسلمين و ان كان فيه غيرهم إذا كان الغالب هم المسلمين، كما نطق به موثقة اسحق بن عمار[۴] و اذا كان كذلك فلما استفاض كون بانى المدرسة من اهل السنة مضافاً الى كون البلد الذى كان هو فيه من اهل السنة و هو من جملتهم، فيحصل الظن بانه كان منهم. و قرائن الحال تشهد بان السنى لا يرضى بتصرف الشيعى فى ماله، سيما تعلّم علوم الشيعة و سيما فى علم الامامة و سيما فى الطعن على الخلفاء و اثبات الفواحش عليهم.

فبالاستفاضة والالحاق بالاغلب يحكم بتسنن البانى للمدرسة. و بقرائن الحال

(۱): الوسائل: ج ۲، ابواب النجاسات، الباب ۳۷ح۴.

(۲): الوسائل: ج ۱، ابواب الماء المطلق، الباب ۱ح۲و۵.

(۳): الوسائل: ج ۱۲، ابواب مايكتسب به، الباب ۴ح۴.

(۴): الرسائل: ج ۲، ابواب النجاسات، الباب ۵۰ح۵.

یعلم انه وضع المدرسة لاجل طائفة خاصة، و هم اهل السنة او اطلق فی الوقف لطلبة العلوم ولکن اطلاقه ایضاً ینصرف الی طلبتهم خاصة. فهذه القاعدة و هذه الظنون المقتبسة من الادلة الشرعیة، حجج شرعیة یقوم مقام العلم، کخبر الواحد الذی یرفع اصالة البراءة. والیقین السابق الذی لایجوز نقضه الابیقین کما ورد فی الاخبار المستفیضة.

قلت: بعد ما ذکرنا لک سابقاً لایبقی وقع لهذا الاعتراض. اذ حصول الظن بکونه من اهل السنة لاینافی اثبات الحل فی ماجهل حاله. کما ان الظن بکون مجهول الشخص فی بلاد الکفر کافرا مع احتمال وجود مسلم فیه بل الیقین بوجوده فیه لایستلزم الحکم بنجاسة مایلاقیه مع الرطوبة. لثبوت ان الاصل طهارة الملاقی حتی یحصل العلم بنجاسته. و لذلک یحکم بطهارة السکر المجلوب عن بلاد الکفر، و نحوذ لک، فالظن الحاصل من الغلبة من جملة الظواهر، و الظاهر قد یرفع الاصل و قدلا یرفعه ففی مسألة الطهارة و النجاسة لایرفع الظاهر الاصل، للادلة القائمة علیه. و فی اللحوم والجلود یرفعه. فان الاصل وان کان عدم التذکیة ولکن الشارع جعل یدالمسلم قائما مقام العلم بالتذکیة، و هی من الظواهر. و اکتفی فی الحکم بکون الید مسلم اذا اخذ من ید مجهول الحال، لکون غالب اهل السوق من المسلمین. و کذلک الاخبار المعتبرة التی هی من جملة الظواهر جعلها حجة فی هذا المقام فی رفع المنع عن التصرف فی مال الغیر مع الجهل بانه مال الغیر، فحکم بحلیة الا کل و الشراء من مال اهل الظلم والسارقین و العشارین و امثالهم، مالم یعلم الحرمة بالخصوص. مع انه معتضد بالاصل من وجه آخر، و هو «اصالة البراءة عن المنع الافی ماحصل الیقین».

و مما ذکر ظهر الکلام فی ما تمسکت به من القرائن. فان غایته افادة الظن، ولم یعتبر الشارع هنا الا العلم. غایة الامر ان البینة ایضا کافیة من جهة النص، لوسلمناه ولامسرح للاعتماد علی غیره. مع انا نقول لوفرض ثبوت کونه من اهل السنة، ففی الاعتماد علی شاهدالحال و ان القرائن تدل علی عدم الرضا بسکنی الشیعة فیها، اشکال من جهة ما ذکرناه فی المقدمة الاولی، من ان عدم رضاهم

انما هـو لاجل اعتقـادهم ان الشيعة مبطلـون و هم محقون، و منعهـم ايا هـم عن التصرف و عدم رضا هم بذلک انما هو فی حـال اذعانهم بذلک. بل لاجل اذعانهم بذلک. فلو ظهر بطلان اذعانهم عليهم تشهد حالهم بالرضا جزما.

ولو قيل لهـم فی هذا الحال «لو فرض کون اهل السنـة علی الباطل و هـم علی الحق، اما تـرضون بهم» فيقولون «نرضـی ولکن الفرض غير واقع». فهـم علی هذا الفـرض راضـون. والسفـروض وقـوع المفـرض. و علـی هـذا فـالاستثنـاء الذی انما هو بشاهد الحال، يتبع شاهد الحال و مقتضی حاله فی وقت الوقف، انه انما يستثنی مخالفه فی المذهب[1] لاجل انه يذعنه مبطلاً و قـد قلنا فی المقدمة ان الذی ينکر اباء ولايعرفه، لايشهد حالـه بالاذن فی دخول داره. بل يشهد بعدمه اذا عرف مـن حاله انه لايـرضی بدخـول احد من الاجـانب فی داره ممن يـذعنه اجنبيا.فالاستثناء علی شاهدالحال هذه انما هـو فی حال اذعانه ذلک کـذلک فی نفس الامـر، لامطلقا. فلو علـم ان اذعانه ذلـک ليس علی مـا هو فی نفـس الامر، فلايستثنيه البتة.

والمفروض ان المؤمن الشيعی ح يعرف بان اذعانه خطأ فی نفس الامر، وهو مکلف بمعتقده، فيظهـر له انه غير مستثنـی علی هذا التقـدير. فهو داخل تحـت عموم «الطلبة» الذی ورد الوقف عليه.

هذا اذا فرضنا ان الواقف وقف علی طلبة العلوم بعنوان العموم، و ادعی الاستثناء بشاهد الحال. **واما** لوفرضنا انـه اخرجهم باللفظ بعنوان ان يقـول «قد وقفت هذه المدرسة علی اهل الحق من المسلمين اعنی اهل السنة دون غير هم». او اکتفی باهل الحق مذعنا بانحصار هم فيهم ففيه انه ايضا غير مضر. کما بيناه فی المقدمة الثانية وانه من قبيل من نذر صوم يوم مولدالنبی(ص) و يعتقد انه الثانی عشر فصام الثانی عشـر معتقدا انه هو مولدالنبـی(ص). و کذلک لو وقف ضيعـة لأجل انفاق مداخلها يوم مولدالنبی(ص) و هو يعتقد انه الثانی عشر، ثم ظهر عليه بعدالنذر انه هو اليوم السابع عشر. فالظاهر انه يجب عليه الصرف و الصوم فی السابع عشر. لان مراده هو مولدالنبی(ص) وقد اخطأ فی اعتقاده انه الثانی عشر. و کذلک لمن جاء

(۱): فی الاصل: مخالفته فی المذهب.

بعد وفاته من المسلمين و اراد صرف هذا الوقف، فهم يعملون على مقتضى الواقع من مولدالنبی(ص) لاما اعتقد هو كذلک.

فكذلک نقول فی ما نحن فيه : اذا وقف على اهل الحق من الطلبة معتقدا انحصارهم فی اهل السنة، فاذا ظهر على الواقف خلافه حال حياته فيبدل الحكم، و كذلک من يريد سكناه من الشيعة فانهم يعلمون انه غلط فی معتقده ان اهل الحق من هو، ولكنه اراد اهل الحق فی نفس‌الامر و نحن نعرف انه من هو فی نفس‌الامر.

نعم: ان ثبت انه وقف على طلبة اهل السنة من جهة اخرى وليس مراده اخراج الغير من جهة كونهم مبطلين، فلانمنع الاختصاص. كما لو وضع مدرسة خاصة للنحويين و وقفها عليهم و اخرى للصرفيين كذلک، و اخرى للفقهاء كذلک. فلاريب انه يختص كل بما وضع له. كما صُرح به فی كلام الفقهاء، من انه يتبع مقصود الواقف. و كذلک الرباط، بخلاف المسجد فلم يظهر منهم تخصيصه بقوم دون قوم.

و من جميع ماذكرنا يظهر انه لو علم ان الواقف قال «وقفته على طلبة المسلمين» يحمل على العموم ايضا. كما ذكرنا فی المقدمة السادسة فی حكم «مالو وقف المسلم شيئا على المسلمين» انه يصرف على اهل القبلة و كل مقر بالشهادتين، الا المنكرين للضرورى من الدين. و ان قرينة المقام من ان الواقف انما يريد اهل نحلته من فرق الاسلام مع صحة إبقاء العام على العموم، لايعارض اصالة الحقيقة و حمل قول المسلم على الصحة من عدم العصبية والتعنت على الوجه الذی ذكرناه.

الوجه الثانی: انها وقف بطلت مصلحتها. فيجب صرفها فی وجوه البر (كما هو المشهور). لانه لوفرض انحصار الموقوف عليه فی اهل السنة، واليوم ليس احد منهم فی هذه البلدة ينتفع بها، فبطل رسم المصلحة المرادة منها، فالواجب علينا صرفها فی وجوه البر. هذا تكليفنا اليوم ولاكلام لنا فی تكليفهم. و نحن مكلفون بمانعتقده برّاً فی‌الصرف. ولاريب ان سكنى طلبة الشيعة فيها من وجوه البر عندنا فی نفس‌الامر، ولا يضر عدم كونه برّاً عندهم. لان الكلام فی‌تكليفنا. و هذا المطلب

وان كان قد يتأمل فى دليله ان جعل من باب «عدم انتفاء العام بانتفاء الخاص» فان الوقف على سكنى الطلبة الخاصة اذا انتفت خصوصيتها فيبقى مطلق سكنى الطلبة. و هو مبنى على «عدم علية الفصل للجنس». و هو خلاف التحقيق. و كذلك الكلام ان جعل من باب «الاستصحاب فى الاجزاء العقلية»، و من باب «مالايدرک کله لايترک کله»، و «الميسور لايسقط بالمعسور»، و امثال ذلک. فان الظاهر انها فى الاجزاء الخارجية.

لكن يمكن الاستدلال عليه بانه احسان «وما على المحسنين من سبيل». اما على القول بعدم خروج الوقف عن الو[ا] قف و بقائه فى ملكه، فاحسان اليه. و اما على القول بالانتقال الى الموقوف عليهم، فلاريب، ان اسكان طلبة الشيعة فيها موجب لعمارتها ولو بقيت بلاسكنة لخربت و عطلت بالمرة فهذا احسان اليهم ايضا. و اما على القول بالانتقال الى الله تعالى، فهذا احسن ما اراد الله تعالى.

و يمكن الاستيناس لهذا الاستدلال بما اشتهر ايضا بينهم من ان «ما علم كونه وقفا ولم يعلم مصرفه يصرف فى وجوه البر» وينبه عليه رواية أبي على بن راشد «قال: سألت اباالحسن -ع-: جعلت فداک، اشتريت أرضا الى جنب ضيعتى بالفى درهم. فلما و فرت المال خبرت لن الارض وقف. قال: لايجوز شراء الوقوف، ولاتدخل الغلة فى ملکک ادفعها الى من او قفت عليه. قلت: لااعرف لها ربا. قال: تصدق بغلتها».[1]

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

ثم اذ ظهرلک حال المدرسة المسؤول عنها و حكمها و دليلها على حسب

(١): الوسائل: ج١٣، ابواب الوقف، الباب ٦ح ١.- و فى التهذيب «الوقف» بدل «الوقوف».

مقتضى الوقف و مساعدة الحال، فلا بأس ان نشير الى ما فى كلمات السائل من الاشكالات والغفلات. و هى امور:

الاول: الاشكال الحاصل من جهالة حال الواقف بالخصوص والسؤال عن «إنّ الأصل في الانسان الكفر او الاسلام» ثم «الاصل فى الاسلام الايمان او اعم». والتحقيق انك ان اردت من الاصل، الاستصحاب و استمرار العدم الازلى، فهو لايقتضى الكفر ولا الاسلام، بل الاصل عدمهما جميعا. اذ التحقيق ان الكفر امر وجودى اختيارى من فعل المكلف. وان كان من جهة استمراره لعدم العقائد الحقة، السابق الازلى والا لم يستحق العقاب، ولايتوجه لزوم العتاب على الاطلاق، ولايناسبه الوعيد الشديد انهم خالدون فى جهنم، اذا لم يكن معهم الا العدم الازلى المستمرّ. مثل من كان فى اقصى بلاد الكفر ولم يستمع باسم نبى ولا وصى ولاشرع ولادين، ولم يتفطن لوجوب تحصيل الشرائع.

غاية الامر انه حصّل بفطرته وجود صانع فى الجملة وان كان جسما متحيزا فى السماء. فان مقتضى العدل و قواعد الامامية، قبح تكليف الغافل و الجاهل بالمرة، و [قبح] تكليف مالايطاق. والقول بعدم تحقق مثل هذا الفرض، والقول بان الله تعالى لم يبق احدا من عباده الا واوضح له جميع سبل الاسلام، مكابرة صرفة. و قد حققنا هذا المطلب فى **القوانين**. فاذن نقول: الاصل عدم الكفر ايضا كما ان الاصل عدم الاسلام. وان الكفر امر وجودى و هو الانكار صريحا، او استمرار عدم الاعتقاد بالعقائد الحقة مسامحة و مجادلة.

و اما ما ذكره بعض المتكلمين من انه «عدم الملكة»: فالظاهر انهم ارادوا عدمها بالنسبة الى الجنس القريب كالعمى للانسان دون العقرب. فالكفر عدم الاسلام ممن شأنه الاسلام من المتنبهين المتفطنين القابلين له بالفعل. لاعدمه ممن لم يبلغ هذه المرتبة ايضا. او ان مرادهم تعريف الكافر الذى يجرى عليه الاحكام الفقهية من النجاسة و حرمة المناكحة والذبيحة و جواز القتل والسبى، و غير ذلك لاالاحكام الاخروية من التعذيب والخلود فى النار. فالايات الواردة فى العذاب انما هو للمقصرين، ولااستحالة فى اثبات احكامهم الفقهية لغير المقصرين ايضا، كما حكم الله بنجاسة الكلب والخنزير من بين سائر الحيوانات. اذ تلك الاحكام من

الاحكام الوضعية المنـوطة بالمصالح الخفيّة، ولاملازمة بينهـا و بين الكفر الذى يوجب العقاب.

الاترى ان الله جوّز بيع العبد الصالح المؤمن المتقى و شراءه حتى من رجل فاسق فاجر. فليس جواز سبى الكافر بـالمعنى الاول اعنى المصاحب للعدم الازلى الغير المقصر، اعظـم من جواز بيع هـذا العبد المؤمن الصـالح. و من ذلک ظهـر فساد القول بان الاصل فى المسلم التشيع او التسنن.

و اما ما تمسک به اخيرا من القول بان الاصل الاسلام من اجل النصوص الواردة فى «ان كل مولود يـولد على فطرة الاسلام»[1] فالاصل بقاؤه علـى الفطرة فهو من غرائب القـول. فان هذه الاخبـار ليست على ظاهـرها جزمـا. بل المراد منهـا اما الاستعداد و القـابلية بمعنى انه لـو لم يسنحه سانـح من متابعة الابـاء و الامهات وحب طريقتهم والتجـافى عن التخلية والانصاف، لاذعن- بعـد الاطلاع على ادلة الكفر والاسلام- للاسلام و مـال اليه، وليس بخبيث[2] لايقبل الاسلام، ولامجبورا بالكفر.

او المراد المفطورية بـالاذعان بوجود الصانع او التوحيد فـى الجملة. و اما فروع التوحيد من التجـرد و نفى التحيز و نفى القبيح و تمام الصفـات و عينيتها، فكلاّ. ولاريب ان الاسلام ليس محض ذلک، بل هو مع فروع التوحيد والاذعان بالرسالة و خصوص الرسول و المعـاد و خصوصا الجسمانى. و ليس ذلک كله فطـريا، كما هو معاين.

وان اراد من «الاصـل»، «الراجح» فهـو يمكن فيـه اجراء الاصل، ولكنـه متفاوت بتفاوت المقـامات. فالراجـح فى البلد الـذى اغلبه المسلمون، الاسلام. و فـى ما اغلبه الكفار، الكفر. و هكذا...

الثانى: السؤال عن حال ثبوت الاسلام والكفر والتشيع والتسنن، بالاستفاضة وعدمه بل ولابد فيه من العدلين: فاعلم ان الشهيد فى **القواعد** نقل عن بعضهم انه «يثبت

(۱): البحار ج ۶۷ ص ۱۳۴ واوردتمامه فى سفينة البحار، فى حرف «ف».

(۲): فى النسخه «بحيث» و يحتمل صحته.

بالاستفاضة اثنان و عشرون: ۱النسب الى الابوين، ۲الموت، ۳النكاح، ۴الولاء، ۵العزل، ۶الولاء، ۷الرضاع، ۸تضرّر الزوجة، ۹الوقوف، ۱۰الصدقات، ۱۱الملك المطلق، ۱۲التعديل، ۱۳الجرح، ۱۴الاسلام، ۱۵الكفر، ۱۶الرشد، ۱۷السفه، ۱۸الحمل، ۱۹الولادة، ۲۰الوصاية، ۲۱الحرية، ۲۲اللوث.[1]- قيل: والغصب والدين والعتق والاعسار».

والعمدة فى ذلك تحقيق معنى الاستفاضة، فانهم اختلفوا فيها، فعن كثير من الاصحاب ان المعتبر منه مايفيد الظن المتأخم للعلم. و عن بعضهم انه ما يفيدالعلم و عن بعضهم انه ما يفيد الظن المطلق. ولايبعد الاكتفاء بالظن المتاخم. اذ الظن الحاصل من ادنى مراتب البينة ليس ظنا متأخما للعلم و هو حجة، فيكون ما هو اقوى ظنا بمراتب شتى اولى بالحجية. و قد تمسكوا فى خصوص كثير مما جوزوا فيه العمل بالاستفاضه، بالعسر والحرج و عدم التمكن من اقامة البينة ايضا.

و [قد يقال فى] القدح فى 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 فى اشتراط العدالة فى الشاهد بآية النبأ المعللة بقوله تعالى «ان تصيبوا قوما بجهالة» المشعرة بان قبول قول العدل لاجل حصول الظن بصدقه، دون الفاسق. و لذلك يجوز العمل بقول الفاسق بعدالتثبت. فكيف يجتمع الاستدلال بالاية فى اشتراط العدالة فى الشاهد مع القول بانه تعبدى. ولكن قد اوردنا عليهم انه لايجتمع الاستدلال بالاية على هذا المطلب مع استدلا لهم بها على حجية خبر الواحد، اذ المقصود فى الاول حجية العدل الواحد فى الجملة وان احتاج الى التتميم بانضمام الاخر. و فى الثانى كفاية الواحد وان لم ينضم اليه آخر. و بيّنا ان الاقرب ابطال استدلالهم بها فى الشهادة، و ابقاؤها لحجية خبرالواحد. كما بيّناه فى القوانين فى مواضع، منها فى اوائل مبحث «الاجتهاد والتقليد» فى اثبات حجية مطلق الظن. و كيف كان فعلى مختارنا من حجية مطلق ظن المجتهد

(۱): فى النسخة: حرف «و» المكرر بدل الارقام من ۱الى ۲۲.

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 والحرج و غير هما.

واما لو اعتبر العلم فلاريب فى [عدم] حجيتها و جواز التمسك بها. و اما مطلق الظن، فيشكل الاعتماد عليه.

الثالث: انه هل يصح الوقف من اهل السنة ام لا؟ ثم نقف على مايدل على فساده، بل الظاهر عدم الخلاف فى الصحة، بل من الكافر ايضا، كما صرح به الفقهاء ولم يذكر احدهم فى شرائط الواقف الاسلام والايمان، بل انما ذكروا البلوغ و العقل والقصد. مع انهم اختلفوا فى «اشتراط نية القربة» ايضا، و ان كان الاظهر اشتراطها، و عدم تحققها من الكافر ايضا محل كلام اذ لاينافى كفره قصد التقرب الى الله، اذليس كل كافر منكراً لله تعالى، و امّا ما توهم ان الوقف عبادة و عبادات المخالفين باطلة على المشهور فهو فاسد لان الوقف كونه عبادة بالمعنى المصطلح ممنوع اولاً، و ثانياً ان عمدة الدليل على بطلان عباداتهم انها غير جامعة لشرائط الصحة مثل الصلاة مع الوضوء الذى يغسل فيه مايجب مسحه، والسجود على مالايصح السجود عليه، و اداء الزكاة الى غير اهل الولاية، و نحو ذلك، و هو مفقود فى الوقف على الاطلاق.

الرابع: السؤال عن «الفرق بين السكنى والصلاة، و ان اصل الاباحة يقتضى جواز السكنى، و اصالة عدم صحة الصلاة يقتضى البطلان»، فهو فى غاية الوهن، اذ الاشكال فى صحة الصلاة انما هو من جهة مكان المصلى، فاذا ابحته له باصالة الاباحة فلايبقى اشكال فى الصحة. و الظاهر ان توهم السائل انما نشأ من قول بعضهم «ان التمسك بالاصل لايتم فى مهية العبادات اذا كانت اسامى للصحيحة». و فيه- مع ان هذا الكلام غير تمام مطلقاً و خصوصاً على القول المختار من كونها اسامى للاعم. والتحقيق انه يصح اجراء الاصل و ان كانت اسامى للصحيحة ايضا كما حققناه فى القوانين- انما هو فى اثبات نفس المهية و اجزائها و شرائطها. و المفروض عدم الاشكال فى شيئ منها. و أمّا الاشكال فى نفس جواز التصرف فى المكان والاكوان التى قديتحد فى الوجود مع اجزاء الصلاة، فهى ليست من حيث

هی من اجزاء الصلاة، غایة الامر ان المکلف یوجدها فی ضمنها. و الاشکال فی صحة انما هو حین تحقق کونها غصبا و حراما، علی المشهور بین الاصحاب. و المفروض ان الغصب منفی باصل الاباحة، فلم یبق مایوجب التشکیک فی الصحة، و اما علی المختار من «عدم استحالة اجتماع الامر و النهی اذا کان بینهما عموم من وجه»، فلا اشکال فی الصحة من هذه الجهة ایضا.

الخامس: السؤال عن «کفایة ظن کون الواقف من المخالفین من جهة الغلبة، مع کون الاصل فی العمل بالظن، الحرمة» فنقول: ان الظاهر کفایة هذا الظن، کما یستفاد من العرف و العادة و الاخبار. و لاریب فی حجیة هذا الظن. ولکنه لایضر فی مانحن فیه. اذ اشتراط العلم فی حرمة التصرف فی المشتبه بالحرام المستفاد من الادلة و الاخبار اقدمنا هنا علی جواز التصرف و ان ظننا بانه من المخالفین، بل وان علمنا بانه منهم، کما عرفت. والقول باصالة حرمة العمل بالظن مطلقا، غیر تمام فی النظر القاصر، و حققته فی **القوانین** بقدر وسعی و طاقتی.

السادس: السؤال عن «الفرق بین المسجد و المدرسة»: الظاهر وجود الفارق، والامر فی المسجد اسهل. سیما فی المسجد الواقع فی البلدة المسؤول عنها، من جهة عمل المسلمین والعلماء فی الاعصار المتداولة والازمنة المتمادیة من غیر نکیر. و یدل علیه تقریر الائمة علیهم السلام اصحابهم علی الصلاة فی مساجد المخالفین، بل امرهم بالصلاة معهم فی مساجدهم من غیر تفصیل و فرق بین ماکان بانیها منهم او من غیرهم ، و ترک الاستفصال فی بعض الاخبار و عموم الاخبار. منها «قول الصادق(ع) لبعض اصحابنا حین قال له: انی لاکره الصلاة فی مساجدهم . فقال: لاتکره فما من مسجد بنی الاعلی قبر نبی او وصی نبی قتل فاصاب تلک البقعة رشة من دمه فاحب الله ان یذکر فیها، فأدّ فیها الفریضة والنوافل واقض ما فاتک».[1]

و فی **روایة** الحلبی سألته عن المساجد المظللة ایکره القیام فیها؟ قال: نعم ولکن لاتضرکم الصلاة فیها الیوم. ولو کان العدل لرأیتم کیف یصنع فی ذلک».[2] و

(۱): الوسائل ج ۳، احکام المساجد، الباب ۲۱ ح ۱.

(۲): المرجع، الباب ۹ ح ۲- مع تفاوت یسیر فی بعض الالفاظ.

كذلك ما فى معناها. ويؤيده الاخبار الدالة على جواز الصلاة فى البِيَع والكنائس. و حسبك دليلا على المقصود قوله تعالى «وأقيموا وجوهكم عند كل مسجد»[۱]، فقد فسر بالتوجه الى الصلاة فى كل مسجد يتفق كونه فيه و صلاة ماتيسر[۲] له من الصلوات. و قوله تعالى «انما يعمر مساجد الله من آمن بالله و اليوم الاخر»[۳]، فان احد تفسيريه ان المراد بتعميرها، شغلها بالعبادة، و فى حصر عمارتها فى الذين آمنوا بالله و اليوم الاخر اشارة الى اختصاصه بهم، ولاريب ان اهل الحق اولى بهذا الوصف من غيرهم. والمراد من الايمان بالله، الايمان به و بكتبه و برسله و باوصيائهم.

وعن رسول الله(ص) «قال الله تعالى: ان بيوتى فى الارض المساجد، و ان زوارى فيها عمارها فطوبى لعبد تطهر فى بيته ثم زارنى فى بيتى فحق على المزور ان يكرم زائره[۴]»،الى غير ذلك من الايات والاخبار، و على القول بانتقال الوقف الى الله- سيما فى الجهات العامة- فالامر اوضح. وفى الايات و الاخبار دلالة واضحة على الانتقال الى الله فى خصوص المساجد.

و ممن صرح بالفرق بين المسجد و المدرسة، العلامة(ره) قال فى **القواعد** «لووقف مسجدا على قوم باعيانهم كالفقهاء[۵]، فالاقرب عدم التخصيص. بخلاف المدرسة. و الرباط و المقبرة». وقال فى **الايضاح** «والاصح عدم صحة الوقف- يعنى فى المسجد على قوم باعيانهم- والفرق بينه و بين المدرسة و الرباط، الاجماع على جوازه فيهما. ولان اسم المسجد لايصدق حقيقة الامع العموم بخلافهما». و لكنه قال فى التذكرة «ولو جعل داره مسجدا او ارضه مقبرة او بنى مدرسة او رباطا، فلكل احد ان يصلى و يعتكف فى المسجد و يدفن فى المقبرة و يسكن فى

(۱): ۲۹، اعراف.

(۲): فى الاصل: ماتهيّأ

(۳): ۱۸، توبه.

(۴): الوسائل: ج ۱، ابواب الوضوء الباب ۱۰ ح ۴و۵. احكام المساجد، الباب ۳ ح۵ و الباب ۳۹، ح ۱. و ليس فيها بعض الجملات المنقولة فى المتن.

(۵): و فى الايضاح، ط، كوشانپور، الفقراء بدل فقهاء ولكن ماجاء به المصنف (ره) اصح.

المدرسة بشرط الاهلية و ينزل فى الرباط. ولافرق فيه بين الواقف و غيره. ولو شرط فى الوقف اختصاص المسجد باصحاب الحديث و الراوى او بطائفة معلومة فالاقوى الجواز. عملا بمقتضى الشرط. و هو احد وجهى الشافعية المفتى به عندهم رعاية لشرط الواقف و قطعا للنزاع فى اقامة الشرط، و الثانى بطلان الشرط لان جعل البقعة مسجدا، كالتحرير، فلامعنى لاختصاصه بجماعة».

اقول: ولايبعد ترجيح مختار التذكرة، للعمومات و قول العسكرى-ع- «الوقوف على حسب مايوقفها اهلها ان شاءالله»[1]. و ماذكره فى **الايضاح** من الادلة على القول الآخر، كلها مدخولة كما لايخفى. و يتفرع على ذلك انه لو بنى احد مسجدا و جعل التولية فيه لاحد فى نصب الامام و نحوه و شرطه فى ضمن العقد، يجب اتباعه[2]، لعموم قول العسكرى(ع)، ولو شرط التدريس فى المدرسة، لعلم، فالامر اوضح. و صرح به ايضا فى **التذكرة**.

و بالجملة: يدل على جواز الصلاة فى المسجد المسؤول عنه، مضافا الى ماذكرنا هنا، بعض الادلة التى تقدمت فى المدرسة. و ظنى ان مسألة المسجد خالية عن الشك و الريب مبراة عن النقص و العيب. والله هوالعالم بالشهادة و الغيب. هذا ما سنح بالبال مع ضيق المجال و بلبال البال، مكتفيا بما سمحت به القريحة الجامدة و الفطنة الخامدة. و لم يتيسرلى المراجعة الى الكتب الاستدلالية والزبر المطولة لفقدها. مع ان الظاهر من بعض المختصرات الحاضرة ان الكلام فى هذه المسألة ممالم يستقص فى كلماتهم و لم يتعرضوا لبيانها فى مضنفاتهم. فالمرجو من الله عزوجل ان لايؤاخذ نى فى التقصير، و ان يقبل منى اليسير، و يعفو عنى الكثير، و ان يصلى على رسوله و اهل بيته اولى العصمة و التطهير و سلم تسليما كثيرا. و كتبه مؤلفه المفتقر الى الله الدائم، ابن الحسن ابوالقاسم الجيلانى نزيل دار الايمان **قم** صينت عن التلاطم و التصادم. حين الاقامة فى مشهد مولاى **ابى الحسن الرضا** عليه افضل التحية و الثناء، فى آخر شعبان المعظم من شهور سنة

(۱): الوسائل: ج ۱۳، احكام الوقوف، الباب ۲ ح ۱و۲.

(۲): راجع المسألة ۳۰ من هذا المجلد.

الف و ماتین و اربـع عشرة من الهجرة الطـاهرة. و الحمدلله اولاً و آخراً و ظـاهراً و باطناً. تمت الرسالة.

۲۱: سؤال: آیا جایز است از وجه زکات، کسی کتب علمیـه بخرد و وقف کند از برای عامهٔ مؤمنین یا نه؟-؟. و بر فرض جواز هرگاه خود نگاه دارد و به دیگری ندهد وقف صحیح است یا نه؟-؟. و از زکات بریء الذمه شده یا نه؟-؟.

جواب: اظهر و اشهر جواز است، چون از جملهٔ فی سبیل‌الله است. و احوط ترک آن است با وجود فقراء مستحقین. و هرگاه در اول قصد او در وقف این بوده که خود منتفع شـود مادام الحیـات به دیگران نـدهد، در صحـت آن اشکال اسـت. چون «منقطع الاول»[1] است، و شاید اظهر بطلان باشد. و هرگاه در اول قصد صحیح بوده و در آخر منع دیگران کرده، معصیت کرده اسـت و لکن ظاهر براءت ذمه است در زکات، و حاکم شرع آن را از دست او می گیرد.

۲۲: سؤال: هرگـاه مسجدی شـروع به خـرابی کـرده باشـد، می‌تـوان «تیر» و «پرتو»[2]ی آن را فروخت و تیروپرتوی تازه گرفت و مسجد را بهتر از پیش ساخت-؟.

جواب: هرگاه مسجدی در شرف خرابی باشـد و خوف تضرر از آن باشد، می‌توان آن را خراب کرد و از نو همان مسجد را ساخت. بلکه گشادتر هم می‌توان کرد. و اما تیر و پرتوی [آن] پس هرگاه بسیار کهنه و ضایع است که قابل سقف پوشیدن نیست، ظاهر این اسـت که بی اشکال می‌توان تبدیل کرد به نو، که بفروشند و به قیمت آن نو بخرنـد. و اما اگر به همان نحو سـابق می‌توان از آن منتفع شد، پـس اگر معلوم است کـه آن تیر و پرتو وقـف است چنانکـه زمین مسجد وقف اسـت تصرف در آن ظاهـراً صورتی نـدارد. و اما هرگـاه معلوم نباشـد وقفیت آن، بلکه از بـاب تملیک مسجد و اباحه باشـد چنانکه غالب این است که عوام النـاس خصوص تیر و پرتو را وقف نمی کنند و صیغـهٔ وقف بر آن جاری نمی کنند پس در این صـورت ظاهر این

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

(۲): به معنای دقیق این لفظ پی نبردم.

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

۲۳: سؤال: حمام وقفـی هست و متعلقات و تـوابع دارد، مثل گلخـن و محلّ جمع کردن هیزم از بـرای سوختن حمام. و این توابع زیادِه از قـدر حاجت حمام است. و آن حمام در لیالی ماه مبارک رمضـان و همچنین از ماقبل طلوع صبح تا طلوع شمس در سایر ایام ممنوع است از دخول زنان. و زنان به جهت غسل معطل می‌ماننـد، و باید به جنابـت بمانند تا صبـح یا طلوع آفتاب. و به ایـن سبب حرج عظیم رو می‌دهـد. و طریقهٔ وقف و شروط واقـف هم معلوم نیست. آیا جـایز است احداث حمام کوچکی متصل به همان حمام در همان زمین وسیع که محل جمع کردن هیزم است با بقای مقدار حاجـت از آن و عدم حصول ضرری به حمام ؟ یا نه؟.

جواب: ظاهر این است که جایز باشد، چون محض احسان است و مصلحت حال وقف و واقف در آن هسـت. خصوصاً در صورتـی که وقف بودن خصـوص آن زمین معلوم نباشد و محتمل باشد که محض اباحـه باشد از صاحب آن برای رفع حاجت حمام. و بهتر این است که این امر را به اذن حاکم شرع بکنند. یعنی مجتهد عادل.

۲۴: سؤال: هرگاه کسی چند جلد کتاب از کتب فقه وقف کند بر اولاد نسلاً بعد نسل. و اتفاق افتد کـه در این طبقه هیچیک از اولاد قابلیت فهمیـدن آن کتابها و منتفع شـدن‌از آنها را ندارند. و بعضی قصد فروختن آنها رادارند. می‌توان خرید یا نه؟-؟ و هرگاه ببینیم که در صدد تزویر و حکّ کردن علامت وقف‌اند که بفروشند، واجب است استنقاذ از دست آنها یا نه؟-؟.

جواب: اولًا باید دید کـه واقف در وقف قصد مطلق انتفاع کرده هـرچند به اجاره دادن باشـد، یا خصوص اینکـه نگاه دارند و مـردم به مطـالعهٔ آن منتفع شـوند. و همچنین باید دید که در صورتی که مقصـود مطالعه کردن و درس خواندن باشد،

آیا وقف «منقطع‌الاخر» است به این معنی که دیگر بعد از اولاد شرط نکرده است که اگر اولاد منقرض شوند وقف باشد بر سایر طلبهٔ علوم ؟ یا شرط کرده است؟. و به هرحال، اگر معلوم باشد که مقصود مطلق انتفاع است هرچند به اجاره باشد، پس می‌توان از ایشان اجاره کرد و منتفع شد، و مادامی که اولاد باقی است ایشان را منع از انتفاع نمی‌توان کرد. و ایشان را باید منع کرد از بیع. و حاکم شرع باید مراقب ایشان باشد. و همچنین مؤمنین از باب نهی از منکر.

و هرگاه مقصود واقف منتفع شدن به مطالعه و درس بوده، در اینصورت اگر از ما بعد اولاد ساکت است، از دو حیثیت منقطع‌الاخر است یکی از حیثیت عدم ذکر ما بعد اولاد بر فرض انقراض ایشان. و یکی از حیثیت عدم قابلیت انتفاع بر فرض بقای اولاد. و اما حکم 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 منقطع‌الاخر، هست) می‌گوئیم که ظاهر این است که مندرج می‌شود مسأله تحت مسألهٔ «بطلان مصلحت وقف» که فقها ذکر کرده‌اند که مصروف می‌شود در مطلق وجوه برّ یا اینکه ملاحظهٔ اقرب به مقصد واقف را، می‌کنند.

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

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

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

جواب: بدان که مشهور میان علما این است که هرگاه کسی وقف بر مصلحتی کرده باشد، و رسم آن مصلحت باطل و تلف شود، باید آن را صرف کرد در «وجوه برّ» مثل فقرا و مسجد و پل و غیر آن. و در **مسالک** گفته است که به منکری از برای این حکم بر نخورده‌ام به غیر محقق در **نافع** که تردد کرده است در این. و همچنین از ابن فهد در **مهذب ظاهر** میشود مثل این، چون قول را نسبت به مشهور داده. و بعد از آن وجه تردد محقق را ذکر کرده است. بعد از آن گفته است که این نادر است یعنی اعتنائی به این اشکال و تردد محقق نیست.

و بهرحال، آنچه در نظر ارجح و اقوی است قول مشهور است. و آنچه از برای مشهور ذکر کرده‌اند این است که «وقف از ملک واقف بیرون رفته و عود نمی‌کند به او، و مصلحت عامه در ضمن مصلحت خاصه موجود است. و به انتفاء جزء، کلّ منتفی نمی‌شود».. و این سخن هرچند خالی از اشکال نیست، نهایت، تتبع اخبار وصیت و حج و غیره و ملاحظه نظایر کافی است در اثبات این. خصوصاً با شهرت کذائی. و در بعض جواب مسائل و صایا تحقیق این مطلب را مستوفی کرده‌ام. و چون یکی از جمله تنبیهات بر این مطلب شاهدِ حال واقف است پس می‌توانیم گفت که آنچه اقرب است به مقصود واقف از وجوه برّ آن را مقدم دارد. مثل آنکه وقف مسجد را در مسجد، و وقف حمام را در حمام، و هکذا.. صرف کند.

ولکن مشهور تعمیم داده‌اند. و در **مسالک** تفصیلی داده است و آن این است که مصلحت مذکوره یا از جملهٔ اموری است که غالباً منقرض می‌شود یا غالباً مستمر می‌ماند یا مشکوک فیه است. مثال اول: اینکه وقف کند مالی را بر درخت انگور یا درخت انجیر. مثال دوم: اینکه وقف بر چشمهٔ آب مخصوصی که غالبا برحال 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 منقطع‌الاخر خواهد داشت. یا این، بعض افراد منقطع‌الاخر است. پس رجوع می‌کند به مال واقف یا وارث او. با همان خلافی که در محل خود مذکور است. و در صورت ثانیه حکم همان است که مشهور علما گفته‌اند. و در صورت ثالثه اشکال

کرده، نظـر به استصحاب بقا، پـس حکم مؤبد خـواهد داشت. و نظر بـه شک در حصول شرط انتقال ملک از مالک که آن «تأبید» است، پس شک در مشروط حاصل می‌شود. پس اکـتفا می‌شود به همـان قدر متیقّن که مدت بقای مصلحت است و باقی می‌ماند باقی در ملک مالک.

و بعد از آن اشکـال کرده اسـت در حکایـت همین مسجـد و مدرسـه که «ایـن مصلحت از باب مصالح عامه است، و آن فی‌الحقیقه وقف بر مسلمین است. پس به انتفای مصلحت خاصه مصلحت عامه منتفی نمی‌شود. پس صرف می‌شود به سایر مصالح ایشان. یا صرف می‌شود به اقرب مقصود واقف، الاقرب فالا قرب.» ولکن باز بر ایـن اشکال کرده که: بـر این وارد است جائی کـه جزماً منقطع مـی‌شود- در مصالح عامه- مثل اینکه وقف کند بر حمامی که بـه جزم می‌داند که آن را در این سال خراب خواهند کرد. به جهت آنکه همین دلیل در آن جاری است و هم حکم منقطع‌الاخر بر آن جاری است.

بعد از آن گفته است که «مگر اینکه این حکم را- یعنی اجرای حکم منقطع‌الاخر را که رجوع به واقف باشد علی‌الخلاف- مخصـوص 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 منقطع‌الاخر دارد. و در مصالح عامه حکم، همان است که فقها گفته‌اند». و بعد از این تفصیل باز توقف کرده است. و بعد از آن گفته است که: بدان کـه هرگاه بعد بطلان رسم مصلحت و صرف در وجـوه برّ، عود کند مصلحت، باز وقف برمی‌گردد به شرط سابق. زیرا که واجب است عمل به مقتضای شرط واقف، بیرون رفتیم از مقتضای آن، در حال بطلان رسم مصلحـت، به دلیل،و باقی ماند باقی برحال خود.

۲۶: سؤال: زیـد ملکی را وقـف اولاد ذکور نمـاید، و حـال اولاد ذکور منقـرض شده‌اند. آیا این وقف منقطع لاخر، صحیح اسـت یا نه؟-؟ و بر تقدیر صحت، حال که موقوف علیهم منقرض شده‌اند به ورثهٔ واقف می‌رسد یا به ورثه موقوف علیهم می‌رسد؟-؟ یا به اولاد ذکوری کـه از اولاد اناث او بهم رسیده باشد؟. و هـرگاه زید ملکی را وقف کند برخود و بعد از فوت خود بـر اولاد خود یا بر فقرا صحیح است یا

نه؟-؟.

جواب: تحقیق این مسأله موقوف است بر تمهید مقدمه و ذکر چند مطلب. **اما مقدمه**: پس این است که شرط است در صحت وقف «تأبید» و بر این تفریع کرده‌اند دو مسأله را یکی آنکه هرگاه تا مدتی وقف کند- مثل یک سال یا یک ماه- باطل می‌شود یانه؟-؟ دوم اینکه هرگاه وقف کند بر کسی که منقرض می‌شود غالباً در عادت، مثل اینکه وقف کند بر اولاد ذکور خود و ساکت شود از بعد انقراض آنها که در این نیز شرط تأبید نشده صریحا، و مستلزم تأبید هم نیست.

و از کلمات ایشان بر می‌آید 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 می‌شود به عنوان حبس» و همچنین محقق در **شرایع**. و همچنین ظاهر می‌شود فرق از غیر ایشان نیز. در اینجا قائل به صحت کم است. و در مسألهٔ 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 یک سال»- مثلا- مناقض قصد وقف حقیقی است در نفس‌الامر و در نظر واقف هر دو.

و اما در صورتی که بگوید «این خانه را وقف اولاد کردم نسلاً بعد نسل و بطنا بعد بطن»- مثلًا- گاه است که مطلقا متفطن احتمال انقراض اولاد نیست و به اعتقاد دوام می‌کند (و این اعتقاد هم پر استبعادی ندارد. چنانکه جایز است وقف بر اولاد هاشم و سادات که هیچکس متفطن این نمی‌شود که شاید سادات منقرض شوند) پس این اگر مناقض وقف حقیقی باشد همان در نفس‌الامر خواهد بود و آنهم نظر به غالب، نه نظر به اعتقاد واقف بخلاف صورت اولی. پس گاه است که نظر جماعتی که تجویز کرده‌اند در صورت دوم، به کفایت قصد دوام و اعتقاد دوام باشد. و عمدهٔ 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 یک سال، است پس فرقی نیست. با وجود آنکه در اینجا فرق ظاهر است.

هرگاه این را دانستی، پس بدان که در اینجا چند مطلب است:

مطلب اول: در ذکر مسألهٔ اول: و ظاهر این است که مشهور در آن بطلان است. و از ابن زهـره نقل اجماع بـر آن، هم شده اسـت. ولکن در **مسالک** گفته است «و اشتراط التأبید متنازع مشکوک فیه». و همچنین فخرالمحققین منع اشتراط کرده است. و دور نیسـت که مـراد ایشان منع اشتـراط باشـد در معنی اعـم از حبس، چنانکه اول کلام **مسالک** شاهـد آن است آن جا که گفتـه است «فلو قصدالـوقف الحقیقی، وجب القطع بالبطلان، لفقـد الشرط». و همچنین علامه در **تذکره** منع اشتراط تأبید کـرده در اینجا ولکن در مسألهٔ بعد- که گفتـار در رجوع آن است به واقف، یا به وارث او، یا به ورثهٔ موقوف علیـه، 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 مؤبد نمی‌باشد و رجوع می کند به وارث واقف هرگاه خود او در حیات نباشد. چون بالکلیه از ملک او بیرون نرفته است.».

و کـلام او در **مختلف** نیز بـه همین روش کـلام **تذکره** است. و از ایـن کلمات برمی‌آید کـه ایشان مسلم دارند اشتراط تأبید را در اصل وقـف حقیقی. بلکه کلام **مختلف** کالصـریح است. و بـه هرحال، اقـوی در اینصورت، بطلان وقـف است. و قولی نقل کرده است در **مسالک** به اینکه باطل است در اینصورت وقفیت آن لکن «حبس» می‌شود و ایـن مختار محقق است در **نافع** و علامه در **تحریر** و شهید در **دروس**.

و دلیل ما در مسأله علاوه بر اجماع منقول اصل است، و عدم انصراف عمومات به وقفی که تصریح شود در آن به مدّت، بلکه ظـاهر آنها اعتبار تأبید است. چنانکه از ملاحظهٔ اخباری که در اوقاف ائمه علیهم السلام وارد شده است، ظاهر می‌شود. و باکـی نیست که بعـض آن اخبار ذکر شـود. مثل **روایت** ربعی بـن عبدالله کـه در **تهذیب و من لایحضره الفقیه** روایت شده از حضرت صـادق-ع- «قال: تصدق امیرالمـومنین-ع- بدار له فـی المدینة فی بنـی زریق . فکتب: بسم‌الله الـرحمن الرحیم؛ هذا ما تصدق به علی بن ابی طالب و هو حیّ سویّ، تصدق بداره التی فی بنی زریق، لاتباع و لاتوهب حتی یـرثها الله الذی یرث السموات و الارض و اسکن هذه الصدقة خالاتـه ما عشن و عاش عقبهن، فاذا انقرضوا فهی لذوی الحاجة من

المسلمین».[۱] و سند صدوق **صحیح** است.

و نزدیک به همین مضمون است **روایت** عجلان ابی صالح که در **کافی و تهذیب** مذکور است، و سند آن در تهذیب معتبر است. چون راوی از عجلان «ابان» است، و راوی از او «فضاله» است. و دور نیست که خود عجلان هم ثقه باشد. پس حدیث موثق یا صحیح، خواهد بود.[۲] و مثل آن است **روایت** عبدالرحمن بن ابی عبد الله و اخبار دیگر که طول نمی‌دهیم به ذکر آنها، که از تتبع آنها ظاهر می‌شود که در مفهوم وقف تأبید معتبر است. و شیخ طوسی(ره) از این اخبار، اشتراط تأبید (را) فهمیده. چون استدلال کرده است بر عدم جواز بیع وقف به این اخبار.

و شیخ مفید(ره) در آخر کتاب **مقنعه** دستورالعملی نوشته است از برای قباله ای که در شرعیات نوشته می‌شود. از جملهٔ آنها مختصر کتاب وقف است. و آن صریح است در اینکه تأبید در ماهیت وقف درج است، و محل اشکالی نبوده است در نزد ایشان.

و همچنین از اطلاق لفظ «صدقه» بر وقف در اخبار ظاهر می‌شود که وقف از اقسام صدقه است. و اصل در صدقه تأبید است. و مثل عمریٰ و سکنیٰ، به دلیل خارج است اگر مسلم باشد صدق صدقه بر آنها. و وقف را بعضی تعبیر کرده‌اند از آن، به «صدقهٔ جاریه». و در اول کتاب وقف **دروس** گفته است «و هوالصدقة الجارية». و صدقهٔ جاریه که در اخبار وارد شده علما آن را تفسیر کرده‌اند به وقف، و علامه در **تذکره** گفته است «قال رسول‌الله -ص-: اذامات ابن آدم انقطع عنه عمله‌الامن ثلاثة ولد صالح يدعوله و علم ينتفع به بعد موته و صدقة جارية- رواه العامة. قال العلماء المراد بالصدقة الجارية الوقف». و همچنین نسبت این قول را ابن فهد در **مهذّب** به علما داده.

و اما دلیل قول به اینکه «باطل نمی‌شود بلکه از باب حبس خواهد بود»- چنانکه

(۱): التهذیب: ج۲ص ۳۷۱. و الفقیه: ج۲ص ۲۹۳. والوسائل: ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۶ح۴.
(۲): الکافی (الفروع): ج ۲ ص۲۴۵. التهذیب ج ۲ص ۳۷۱. الوسائل ابواب احکام الوقف، الباب ۶ح۳

در **مسالک** گفته است- این است که مقتضی موجود است، یعنی صیغهٔ وقف که صلاحیت حبس را هم دارد، چون حبس و وقف مشترک‌اند در معنی و هر یک قائم مقام دیگری می‌توانند شد. پس چنانکه هرگاه حبس را مقارن تأبید بگویند وقف خواهد بود، همچنین هرگاه صیغهٔ وقف را مقارن عدم تأبید بگویند حبس خواهد بود. و این را پسندیده است. و بعد از آن گفته است که: لکن این در وقتی تمام می‌شود که قصد حبس کرده باشد. و اما هرگاه قصد وقف حقیقی کرده است واجب است قطع به بطلان آن. چون شرط آن مفقود است که تأبید باشد.

و ممکن است استدلال بر این قول به **صحیحهٔ** علی بن مهزیار که در کتب ثلاثه روایت شده است: «قال: قلت: روی بعض موالیک عن آبائک علیهم السلام ان کل وقف الی وقت معلوم فهو واجب علی الورثة، و کل وقف الی غیر وقت جهل مجهول فهو باطل مردود علی الورثة. وانت اعلم بقول آبائک علیهم السلام. فکتب-ع-: هکذا هو عندی»[1]. و **روایت** محمدبن الحسن الصفار که در تهذیب روایت شده است و علامه در خلاصه تصحیح سند آن کرده است «قال: کتبت الی ابی محمدالحسن-ع- أسأله عن‌الوقف الذی یصح کیف هو، فقد روی ان الوقف اذا کان غیر موقت فهو باطل مردود علی الورثة، و اذا کان موقتا فهو صحیح ممضی، قال قوم: ان الموقت هوالذی یذکر فیه انه علی فلان و عقبه فاذا انقرضوا فهوللفقراء والمساکین الی ان یرث الله الارض و من علیها، و قال آخرون: هذا موقت اذا ذکرانه لفلان و عقبه مابقوا، و لم یذکر فی آخره للفقراء والمساکین الی ان یرث الله الارض و من علیها، والذی هو غیر موقت ان یقول هذا وقف، و لم یذکر احدا، فما الذی یصح من ذلک؟ و ماالذی یبطل؟ فوقع علیه‌السلام: الوقوف بحسب مایوقفها اهلها ان شاءالله».[2]

و در کتب استدلالیهٔ فقها که در نزد حقیر هست مثل تذکره و مهذب و تنقیح و مسالک، در هیچیک ندیده‌ام که استدلال به این دو حدیث کرده باشند. و شاید

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

(۲): المرجع، ح ۲ - التهذیب: ج ۲ ص ۳۷۱.

وجه آن 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 هرگاه مقید به وقت معینی باشد باطل است، بلکه مراد این است که موقوف علیه مذکور باشد بـر نهجی که در روایت محمدبن الحسن مذکور است». و گفته است که «این متعارف بوده است که وقف موقت می‌گفته‌اند و این را می‌خواسته‌اند، ودلالت می‌کند بر این روایت محمدبن الحسن الصفار».

پس بـه این سبـب دلالت روایت متشـابه مـی‌شود. چون شیـخ اعرف اسـت به اصطلاح و عـرف اصحاب حدیـث . هرچند در اینجا مـی‌توان گفت کـه متبادر از موقت، تعیین وقت است. و مجرد اینکه از حـدیث دوم برمی‌آید که استعمال شده است موقت در معنی مـذکور، باعث این نمی‌شود که آن حـدیث را از حقیقت خود بیرون کنیم. باوجود اینکه استشهاد به آن حدیث هم نفعی به شیخ ندارد، به جهت اینکه جـواب معصوم(ع) در آخر حـدیث، دلالت بر مطلـب شیخ ندارد کـه بطلان توقیت و اشتراط تأبید است. و لکن می‌توانیم گفت که محمدبن الحسن الصفار که از اعاظم فضلاء است از اصحاب ائمـه، در این مقام نقل قول ارباب روایت را در معنی «تـوقیت» منحصر در ذکر مـوقوف علیهم کـرده است. و با وجود ایـن دیگر اعتمادی به ارادهٔ معنی لغوی در حـدیث علی بن مهزیار باقی نمـی‌ماند، خصوصاً با انضمام قول شیخ به آن.

و حاصل مراد شیخ در نظر احقر این اسـت که صحیح نیست که مدت ذکر کنند از برای وقف، هرچند آن وقف جامع شرایط بـاشد، و ذکر موقوف علیه شده باشد. مثلاً فقرا را مصـرف وقف کردن بر سبیل اطـلاق، صحیح است. چون منـافات با تأبید ندارد. و اما اگر بگوید «وقف فقرا کردم تا ده سال» شیخ این را باطل می‌داند، چون منافات با تأبید دارد، پس مراد از موقت در روایت علی بن مهزیار موقت به این معنی اسـت که ترک ذکر مـوقوف علیهم نشـده باشد، خـواه اکتفا شده باشـد به جماعتی که غالباً منقرض می‌شوند، یـا بعد آنها ذکر شده باشد کسی که منقرض نمی‌شـود غالباً. پـس آنچه صحیح نیست آن اسـت که موقـوف علیه هیچ مـذکور نباشد که لفظ «جهل مجهول» با تأکید در روایت علی بن مهزیار دلالت دارد بر آن.

به جهت آنکه ترک موقوف علیه غالباً مورث جهالت در مدت و موقوف علیه (هر دو) هست. پس گویا جهل بحت است.

و بنابر ایـن، وجه استدلال شیخ به روایـت محمدبن الحسن الصفـار بر «اشتراط تأبید و بطـلان توقیت» نیز واضح می‌شـود. به جهت آنکه امضای وقـوف به حسب جعل واقف ممکن نیست الا در آنچه مجهول بحـت نباشد، و در آنجا ممکن نیست عمل به مقتضای وقف واقف. پس گویا مراد امام(ع) این است که بنابر هر یک از هر دوقول که نقل کرده است محمدبـن الحسن، وقف صحیح است، و به مقتضای آن باید عمل کرد. هـرچند به عنوان حبس باشد. پس از اینجا معلـوم شد که مذهب شیخ در مسأله اولی، یعنی توقیت مدت معین، بطلان است. و در مسأله دوم، یعنی هرگاه موقوف علیه ممن ینقرض غالباً باشد صحت است.

و بدان که: آنچه شهیـد ثانی(ره) در **مسالک** گفته است در آخـر کلام، در نظر حقیر تمـام نیست. به جهت آنکـه بنابر اینکـه در وقف حقیقی دوام و تأبیـد شرط باشد، چنانکه قطـع کرده است به آن در اینجا، و ظاهر هم ایـن است چنانکه بیان کردیـم، پس اگر بحث و کـلام در صورت ملاحظهٔ قصـد است، که اگر قصـد وقف حقیقی کرده باطل است جزماً. و اگر قصد حبس کرده، در آن خلاف است بعضی گفته‌اند صحیح است و بعضی گفته‌انـد 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 صحـت (چنانکه ظاهراً در آن خلافی نیست) آیـا با این لفظ مجازی می‌توان عقد حبـس را به عمل آورد یا نه؟-؟ یعنی به لفظ «وقـف» با قرینهٔ توقیت.

و اینها هیچیک لایق بحث علما نیست. امـا اول: پس به جهت عدم خلاف در آن ظاهراً. و اما ثانـی: پس به جهت آنکه شکی نیست که ایـن لفظی است مجازی با قرینه. و استعمـال آن در معنی مجازی با قـرینه، محل اشکال معتـد به، نیست. و تحقیق در نزد حقیر این است که باید نـزاع در مجهول‌الحال باشد. یعنی جائی که شخصی گفته باشد «وقفت داری علی الفقراء سنة» و مرده باشد. نمی‌دانیم که آیا مراد او وقف حقیقی بوده یا حبس. یا آنکه خود در حیات است ولکن به خاطر ندارد

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

پس این لفظ قابل این است که وقف غلطی کرده باشد، چون معتقد این بوده که این وقف است و قابل این است که بر سبیل مجاز گفته باشد و حبس خواسته باشد. مرجح اول «اصل عدم علم به مسأله» است و «اصل عدم خروج ملک است از مالک». و مرجح دوم «حمل فعل مسلم بر صحت». و اصل و ظاهر در اینجا متعارض می‌شوند. و دور نیست ترجیح ظاهر بر اصل. و این دو روایت هم مؤید می‌شوند. پس هرگاه معلوم باشد که قصد او وقف بوده، حکم می‌کنیم به بطلان. و هرگاه دانیم مقصود حبس بوده، حکم می‌کنیم به صحت آن. و در مجهول‌الحال، اظهر صحت است به عنوان حبس.

مطلب دوم: در ذکر مسألهٔ دوم است. یعنی اینکه وقف کند بر «من ینقرض غالباً» پس مذهب مفید و شیخ و ابن جنید و سلّار و ابن برّاج 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 فخرالمحققین در **ایضاح** بعد از آنکه نسبت قول به صحت را به جماعت سابقه داده‌اند، نسبت قول به صحت به عنوان حبس را به ابن حمزه داده‌اند.

پس بنابر این ظاهر می‌شود که جماعت سابقین آن را وقف حقیقی می‌دانند و صحیح می‌دانند. و ابن حمزه آن راصحیح می‌داند و حبس می‌داند. 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. ولکن بعضی را گمان آن است که مراد جماعت هم حبس است. و دور نیست که چنین باشد نظر به اینکه تأبید شرط است در وقف حقیقی در نزد جمهور. چنانکه بیان کردیم.

و از کلام مقداد ظاهر می‌شود که خلاف در بطلان وقف حقیقی، نیست. و گفته است که «دو قولی که شیخ در مبسوط نقل کرده است یکی صحت بر سبیل حبس است و دوم بطلان». و گفته است که «وعلیه 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 صدقه‌ای است پس تابع اختیار مالک است. و سوم اینکه اگر شرط شود تملیک اخری در تملیک اولی، لازم می‌آید تقدم معلول بر علت او. و **روایت** ابی بصیر که در حکایت وصیت سیدة‌النساء صلوات‌الله علیها وارد شده[۱] که آن حضرت وصیت فرمود در مورد هفت باغی که داشتند از برای حضرت امیرالمؤمنین(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 مایوقفها الواقف».[۲] و در همهٔ این دلیلها بحث هست.

اما دلیل اول: پس می‌گوئیم: اگر مراد اصل براءت است، معارض است به «اصل عدم صحة». و اگر مراد عموم است، اخبار وقف منصرف به «غیر مؤبد» نمی‌شود و وقف مذکور ممنوع است و همچنین اگر مراد عموم «اوفوا بالعقود»[۳] است.

و اما دلیل دوم: پس می‌توان منع جواز رخصت مالک را کرد به عنوان عقد شرعی لازم. والا لازم می‌آید که او هم شارع باشد. با وجود اینکه ظاهر تملیک، تأبید است و عمریٰ و سکنیٰ و حبس به دلیل خارجی بیرون رفته.

و اما دلیل سوم: پس اینکه ما نمی‌گوئیم که تملیک اخری علت تملیک اول است. بلکه می‌گوئیم شرط تملیک اول، بیان مصرف بعد از آن است. و اما روایت: پس بعد تسلیم سند، بر آن وارد است که آن معلوم نیست که وقف باشد. بلکه

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

وصیت است. و ایضـا آن حضرت چون علم داشـت که اولاد او باقی اسـت به بقای دهر، پس از جملهٔ «مـن ینقرض غالبا» نیست. چون ایشان را خبـر داده بوده‌اند به بقای ائمه«ع» با بقای دنیا. و به سبب حدیث نبوی «ص» حبلان متصلان لن یفترقا حتی یردا علی الحوض.(۱)

و اما دلیل چهارم: پس این نیـز ممنوع است. چون معلوم نیست کـه این وقف باشد.

و اما دلیل قـول به «صحت به عنـوان حبس»: پس، از آنچه پیـش گفتیم در مسأله اولی ظاهر می‌شود. و تحقیق همان است که گفتیم که نزاع در جایی است که معلوم نبـاشد قصد و حال. یا معلوم بـاشد همین معنی که قصد او نقـل منافع ملک خود اسـت به اولاد خود (مثلًا). هرچند نـداند که شرط وقف تأبیـد است. یا غافل است از این معنی که ممکن است کـه اولاد منقرض شوند. یا اینکه نداند که این از جملهٔ وقف نیست و حبس است. و الحاصل اگر علم دارد که وقف به این نحو وقف حقیقی نیست، و با وجود این قصد وقف حقیقـی کند، باطل است. و اما اگر جاهل است به مسألهٔ وقف یا می‌داند که این حبس است و به این لفظ می‌گوید، 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 برمی‌آید و از فتاوی علما که چنین چیزی حبس است. اما اخبار پس مثل **صحیحهٔ** عمربن اذینه که در کتب مشایخ ثـلاثه مذکور است «قال: کنـت شاهدا عند ابن ابی لیلـی وقضی فی رجل جعل لبعض قرابتـه غلة داره و لم یوقت وقتا. فمات الرجـل فحضر ورثته ابن ابی لیلی و حضر قرابته الذی جعل لـه غلةالدار. فقال ابن ابی لیلی: اری ان ادعها علی ماترکها صاحبها. فقال محمدبن مسلم الثقفی: اما ان علی بن ابی طالب-ع- قد قضی فی هـذا المسجد بخلاف ما قضیت. فقال و ما علمک؟. فقال: سمعت ابا جعفر محمدبـن علی-ع- یقول: قضی علـی-ع- برد الحبیس و انفاذ المـواریث.

(۱): قسمتی است از حدیث معروف «ثقلین». رجوع کنید به بحار: ج۲۳ص ۱۰۴ به بعد که به طرز مکرر با سندهای متعدد آمده است.

فقال له ابن ابی لیلی: هذا عندک فی کتابک؟. قال: نعم. قال: فارسل واتنی به. فقال له محمدبن مسلم: علی ان لاتنظر من الکتاب الا فی ذلک الحدیث، قال: لک ذلک. قال: فاحضر الکتاب واراه الحدیث عن ابی جعفر«ع» فی الکتاب فردّ قضیته».[۱] و صدوق(ره) بعد نقل این روایت گفته است «والحبس کل وقف الی غیر وقت معلوم. و هو مردود علی الورثة».

و روایت عبدالرحمن جعفی که در کتب ثلاثه مروی است. و سند او معتبر است، چون راوی از او عبدالله بن مغیره است. و خود او هم خالی از مدحی نیست: «قال: کنت اختلف الی ابن ابی لیلی فی مواریث لنا لیقسّمها، و کان فیه حبیس و کان یدافعنی، فلمّا طال شکوته الی ابی عبدالله-ع- فقال: او ما علم انّ رسول‌الله-ص- امر بردّالحبیس و انفاذالمواریث. قال: فاتیته ففعل کماکان یفعل. فقلت له: انی شکوتک الی جعفربن محمد-ع- فقال لی کیت و کیت. قال فحلّفنی ابن ابی لیلی انّه قال ذلک، فحلفت له فقضی لی بذلک».[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. هرچند فرق مابین اقسام آن باشد چنانکه بعد بیان خواهیم کرد.

و اما فتاوی علما: پس ظاهر این است که اصل حبس اجماعی است و خلافی در آن نیست در میان اصحاب. پس در صورت مذکور که وقف کرده است بر «من ینقرض غالباً» قرینه موجود است که وقف حقیقی نیست. پس امر مردّد است مابین اینکه قصد وقف حقیقی کرده باشد به عنوان غلط، یا مراد او حبس حقیقی باشد به نصب قرینه، یا اینکه قصد حبس بدون قصد تأبید کرده باشد و نداند که حقیقت آن چه چیز است. اصل مقتضی بطلان و عدم خروج از ملک مالک است رأساً و ظاهراً. و حمل فعل مسلم بر صحت مقتضی حمل بر حبس است. و این اظهر و ارجح است از اول.

(۱): وسایل: ج۱۳، احکام السکنی و الحبیس، باب ۵ ح ۱.
(۲): همان مرجع، ح ۲.

و از آنچه گفتیم معلوم شد دلیل قول به بطلان رأساً. و آنچه ذکر کرده‌اند در دلیل ایشان این است کـه: وقف، شرط آن تأبید است و در صورت مـزبوره شرط متحقق نیست. و اینکه این وقف منقطع است پس وقـف بر مجهول خواهد بود.[و] وقف بر مجهول باطـل است. و جواب از شرط تـأبید را دانستی که آن شـرط وقف حقیقی است، نه شرط وقـف مجازی که حبس است. و جواب از جهالـت، این است که در اول امر موقوف علیه معلوم است. و بعد از انقطـاع،موقوف علیه متحقق نیست که معلوم باشد یا مجهول، بلکه برمی‌گردد به وارث، چنانکه خواهیم گفت.

وبدان که: علما در مقـام ذکر خلاف، بعضی دو قـول ذکر کرده‌اند و بعضـی سه قول ذکر کرده‌اند. اما در مقام ذکر دلیل، همان دو دلیل را ذکر کرده‌اند: دلیل قول بر صحت، و دلیـل [قول] بربطلان. و ایـن شاهد بر ایـن است که هرکـس قائل به صحت است باید قـائل به حبس باشد، و مسامحه کرده‌انـد در اطلاق وقف بر آن. چنانکه از کلمات ایشان در آن مسـأله و مسأله بعد ظاهر می‌شـود و اشاره به بعض آنها کردیم. و گویا باعث بر مسامحهٔ ایشان این است که ثمرهٔ معتد به نیست مابین صحت آن موقوفاً یـا حبساً، مگر در نیت، یا در نذر و ایمان، مثل اینکـه نذر کند که چیزی بـه مصارف وقـف برسـاند، یا بـه مصارف حبـس برسـاند. و امثـال اینها. همچنانکه در فرق مـابین نذر و عهد و ثمرات آنها که نادر اسـت. ولکن این منشاء اتحاد و رفع اثنینیـت نمی‌شود. و بسیاری از ابواب فقه در مصـداق متشابهند و در مهیت مختلفند، و این هم از جملهٔ آنها است.

مطلب سوم: بیان حکم مـا بعد انقراض موقوف علیـه مذکور است کـه آیا راجع می‌شود به واقف اگر زنده باشد، و به وارث او، اگر مرده باشد-؟ و یا راجع می‌شود به ورثهٔ موقوف علیه؟ یا آنکه صرف مـی‌شود در وجوه بَر؟ اکثر اصحاب (چنانکه در **مسالک** تصریح کرده) قائل‌اند به اول. و مذهب مفید و ابن ادریس قول دوم است. و علامه در تحریر هم تقویت آن کرده اسـت. و قول سوم از ابن زهره است. و علامه در **مختلف** تقویت آن کرده. و از **مسالک** ظاهر می‌شود که این خلاف بنابر قول به صحـت آن وقف اسـت بر سبیـل وقف حقیقـی. و امـا بنابـر قول بـه حبس پـس شبهه[ای] نیست کـه راجع می‌شود به واقـف یا وارث او. همچنانکه بنابـر قول به

بطلان هم از ملک وارث[۱] بیرون نرفته است.

پس بنابر آنچه تحقیق کردیم سابقاً که بطلان وقف حقیقی اتفاقی است (چنانکه از بعضی ظاهر می‌شود) یا قول اکثریـن است، [این] مسأله محض فرض می‌شود. یعنی بر فرض محالـی که وقف صحیح باشد راجع می‌شـود به واقف یا وارث او. یا اینکه مراد اکثـرین در اینجا همان بیـان اصل فتوای ایشان اسـت در اینجا، و این متمم بیان حبس بودن است. نه اینکه بر فرض حبس بودن می‌تواند شد که راجع شود بـه غیر واقف و وارث او. زیرا کـه معنی حبس همیـن است که رجوع کنـد به مالک یا وارث او.

و به هر حال، حق قول اول است. به جهت استصحاب بقای ملک و عدم خروج از ملک مالک بالکلّیـة. و وقف مزبور متناول به اشخاص معینی اسـت و تعدی به غیر نمی‌کند. و بنابر اینکه دانستی که این حبس است که اشکالی نیست. چون معنی حبس همیـن است. و روایتی که از حکـایت ابن ابـی لیلی نقل کردیـم دال بر آن است. و در این مقام استـدلال کرده‌اند به قول عسگری-ع- نیز کـه فرموده است «الوقف علی حسب مایوقفه اهله»[۲] و این بنابر سخن **مسالک** که «نزاع بنابر قول به وقفیت است» تمام نیست. به جهت آنکه وقف بودن این مسلم نیست تا این حدیث شامل آن باشد. و مراد از این حدیث این نیست که جعل مهیت وقف به دست واقف است، والا لازم می‌آید که واقف شارع باشد. بلکه مراد این است که وقفی که شارع بیان کرده اسـت و مصارف آن را بیان کرده است و اختیار انحـاء مختلفهٔ مصارف و کیفیات آن را رخصـت داده است واقـف هر کـدام را که اختیـار کرد و بنـابر آن گذاشت، از آن نمی‌توان تجاوز کرد.

و دلالت می‌کند بر قول مختار **روایت** جعفربن حنان که خالی از اعتبار نیست. چون راوی از او حسـن بن محبوب است، و معتضـد است به عمل اصحـاب و نظر واعتبار. و آن این است «قال: سألت‌اباعبدالله-ع- عن رجل اوقف غلة له علی قرابته

(۱): از ملک واقف ظ صح

(۲): الوسائل ج ۱۳، کتاب الوقوف، باب ۲ حدیث ۱و۲

من ابیه و قرابته من امّه و اوصی لرجل و لعقبه‌لیس بینه‌و بینه قرابة بثلاثماة در هم فی کل سنة، و یقسم الباقی علی قرابته من ابیه و قرابته من امّه. فقال: جائز للذی اوصی له بذلک. قلت: ارایت ان لم یخرج من غلة الارض التی وقفها الاّخمسماة در هم. فقال: الیس فی وصیته ان یعطی الذی اوصی له من الغلة ثلاثماة درهم ویقسم الباقی علی قرابته من ابیه و قرابته من امه؟ قلت: نعم. قال: لیس لقرابته ان یأخذوا من الغلة شیئاً حتّی یوفوا الموصی له ثلاثماة درهم، ثم‌لهم مایبقی بعد ذلک. قلت: ارایت ان مات الذی اوصی له. قال: ان مات کانت الثلاثماة درهم لورثته یتوارثونها بینهم، فاما اذا انقطع ورثته فلم یبق منهم احد کانت الثلاثماة درهم لقرابة المیت یرد مایخرج من الوقف، ثم یقسم بینهم یتوارثون ذلک مابقوا و بقیت الغلة. [قلت: فللورثة من قرابة المیت ان یبیعوا الارض ان احتاجوا ولم یکفهم ما یخرج من الغلة ؟ قال : نعم اذا رضوا کلهم و کان البیع خیراً لهم باعو].»[1]

وجه استدلال این است که ظاهر حدیث این است که وصیت به وقف شده است، و اگر نه از برای ورثهٔ موصی چیزی نبود[2]، چنانکه در **مختلف** و ایضاح تصریح به آن شده. پس اشکال در دلالت حدیث هم خوب نیست. و از خلاف نقل شده است که دلالت می کند بر این قول چند روایت.

و اما دلیل قول دوم: پس این است که وقف ناقل ملک است‌از واقف، و عود او محتاج است به دلیل. و اینکه موقوف علیه مالک می‌شود وقف را پس منتقل می‌شود بهٔ وارث او. و اینکه در بطون ماقبل انقراض به مطلق وارث آن بطن نمی‌دهند، بلکه به همان که واقف گفته می‌دهند، مثل ذکور فقط، آن به جهت جعل واقف است. و ایضا وقف صدقه است و صدقه عود نمی کند. و بر همهٔ این مقدمات راه منع باز است چنانکه در حبس مسلم است، و همچنین در عمریٰ و سکنیٰ که از افراد صدقه‌اند.

(۱): وسائل: احکام الوقوف، باب ۶ح 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 موصی. منه ره

و اما دلیل ابـن زهره: پس این است کـه ملک منتقل شده اسـت از واقف، و عقد وقف شامـل ورثهٔ موقوف علیه نیسـت. و مقصود واقف هم نقـل بـه آنها نیست. و صرف به «وجوه بر» اقرب اشیاء است به مقصود واقف. و ضعف این قول ظاهر است.

و بدان که: خلاف کرده‌اند در اینکـه بنابر قول به رجوع به ورثـهٔ واقف، آیا معتبر ورثهٔ او است در روز انقراض موقوف علیـه مثل «ولاء»؟ یا مراد ورثهٔ او است از روزی که مرده است، و همچنیـن به ترتیب پائین می‌آید تـا روز انقراض-؟ و ثمرهٔ خلاف ظاهر می‌شود در جُـایی که واقف بمیرد ودوپسر داشته بـاشد، و بعد از آن یکی از پسرها بمیرد و از او پسری بماند پیش از انقـراض موقوف علیه. پس بنابر قول اول باید به همان پسـر بـاقی مانده داد، و بنـابر قـول دوم او و پسر برادرش هـر دو شریک‌اند. و شهید ثانی در **مسالک** ترجیح قـول اول داده. و شهید در **دروس** قول اول را نقل کرده به عنوان «قیل» و قول ثـانی را بر سبیل احتمال ذکر کرده، و ظاهر او «توقـف» است، مثل شهید ثانی در شرح لمعه. و مقـداد در تنقیح تقویت قول ثانـی کرده. و شاید این قول ارجـح باشد، چون ملک از واقف بـالکلیه منتقل نشده و حق آن متعلق است به آن مال و همان حق به وارث او در حین موت منتقل می‌شود و همچنین تازمان انقراض موقوف علیه. بیش از این نیست که مادامی که موقوف علیه منقرض نشده ممنوع‌اند از تصرف. و حمل بر «ولاء عتق» قیاسی است مع‌الفارق.

مطلب چهارم: هرگاه کسی ملکی را وقف کند برخـود، باطل خواهد بود. خواه بعد از خود کسـی را ذکر کند که وقـف بر او صحیح باشـد، یا نه، اما بطـلان وقف نسبت به خود او: پس در آن خلافی ظاهر نیست، و ابن ادریس دعوی اجماع بر آن کرده است، و ظاهر تذکره هم این است.

و در **مسالک** نفی خلاف کرده، بلکه از **تذکره** ظاهر می‌شود که جایز نیست که شرط کنـد واقف کـه بخورد چیزی از میـوه‌های آن وقف، یـا منتفع شـود به آن. و خلافی نقـل نکرده مگر از بعض عامـه. و بعض اخبار هم دلالت دارد بـر این. مثل **روایت** علی بن سلیمان بن رشید، و **روایت** طلحه بن زید. و صاحب **کفایه** استدلال به دو حدیث صحیحی(که بعد ذکر خواهیم کرد) نموده و دلالت آن ممنوع است. و

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

و اما بطلان آن نسبت به غیر- هرگاه 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. و ظاهر آن است که قول اکثر اصحاب است. و مقتضای اصل هم بطلان است. و قول دوم صحت است. و دلیل ایشان عموم «اوفوابالعقود» و امثال آن، و خصوص قول عسکری-ع- «الوقف علی حسب مایوقفها 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 کرده‌اند که آیا منافع آن را در اول عقد به آن غیر می‌دهند؟ یا به موت واقف؟ و دلیل واضحی بر هیچکدام نیست. خصوصاً 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 برخودش 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 مابعد باطل است. و هرگاه 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 پسرم» 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 کـه واجب است اخراج وقف از خود، چنانکـه پیش گذشت. و ظاهـر اخراج وقـف اخراج تمام آن اسـت. و مفروض این اسـت که تمـام را اخراج نکرده. و مفروض این است که تمام را وقف کرده نه بعض را، و وجه صحت [نسبت به غیر در نصـف] این است که داخـل منقطع الاول نیست. به جهـت آنکه در اول محـل صحیـح دارد. و عمـومـات وفـای بـه عقـود و شـروط و خصـوص روایـت 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 توجیـه صحت در نصف بـه اینکه «عقد بـه هر یک واقـع شده نه مجمـوع من حیث‌المجموع»، نفعی ندارد در دفع این معنی که «عقد بعد حکم به بطلان بعض، تمام عقد، نیست.» و اینکه صحیح می‌دانیم بیع را در مملوک- هرگاه بایع مملوک و غیر مملوک را به صفقهٔ واحده فروخته باشد- به سبب دلیل خارج است از اجماع و اخبار.

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

و هرگاه بگوید «وقف کردم بر خـودم 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 کـه باطل شد نصف فقرا به جا می‌ماند. و دوم اینکه: صحیح باشد در سـه ربع. چون فقرا جمع است و اقل جمع سه است و با خود واقف چهار نفر می‌شوند. و یک ربع که حصهٔ اوست باطل است. و سوم صحت است در کـل، و مثل وقف واقف است برخود، بـه شرط کردن قضای دین خود، یا گذرانیـدن معاش و مؤنهٔ خود از آن وقف، و ظاهراً خـلافی 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 ظاهراً فرقی مابین واجب النفقه و غیر نباشد. و در اینصورت نفقهٔ واجب النفقه ساقط می‌شود. و همچنین جایز است شرط کردن اکل ناظر و متولی، و اینکه بخوراند به دیگران. و در **مسالک** تصریح کرده به اینکه هرگاه 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 می‌کنند. مثلا «ملکی را وقف می‌کنند بر اولاد و شرط می‌کنند که تولیت آن مادام‌الحیات با واقف باشد و بعد از وفات با ارشد اولاد، و شرط می‌کنند نه [ونیم] عشر منافع آن مال واقف باشد به حق‌التولیه، و نیم عشر را به اولاد بدهند. و بعد از موت نیم عشر را به ارشد اولاد بدهند به حق‌التولیه و تتمّه را میان اولاد قسمت کنند». و گمان حقیر این است که این صحیح نباشد. زیرا که آنچه از کلام فقها و اخبار ظاهر می‌شود دو مطلب است: یکی اینکه جایز است که واقف تولیت را مادام‌الحیات 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 گرفته‌اند که هرگاه شرط کرده باشد واقف که هرکس متولی باشد ازبرای او باشد که بخورد و بخوراند، [پس] جایز است برای واقف (هرگاه خود متولی باشد) اینکه بخورد و بخوراند. و بعضی هم در اینصورت در جواز خوردن واقف تامل کرده‌اند.

و تو می‌دانی که مقتضای این کلمات این است که شرط اکل که مجوّز است از برای متولّی از حیثیت اینکه متولّی است مسلّم است، نه از حیثیت اینکه خود واقف، متولی باشد. و کلام فقها متفق است در ادای این مطلب به همین قدر که «جایز است که شرط کند از برای متولی وقف اینکه بخورد و بخوراند،و هرگاه اتفاق افتد که واقف متولی باشد از برای او همین که برای مطلق متولی قرار داده برای او هم هست»،ودر هیچ جا ندیدم که تجویز کرده باشند که واقف در وقتی که متولّی باشد جایز است که از برای خودش هرچه خواهد قرار بدهد از حیثیت اینکه خود متولی است. و شکی نیست که این از جزئیات آن مسأله است که اخراج وقف را از خود نکرده، و خود را شریک کرده. بلکه شریک اعظم. بلکه موقوف علیه در حکم

عدم شده. بلکه از «جواز شرط حق‌التولیه» چنین فردی متبادر نمی‌شود. و ما نحن فیه از قبیل این است که وقف کند بر فقـرا و خود فقیر شود. یا بر فقها و خود فقیه شود. بلکه ظاهر ایـن است که فرقی نیست مابین اینکه در حـال عقد فقیر یا فقیه باشد، یا بعد بشود.

بلکه در **مسالک** از شهید نقل کرده قول به اینکه هرگاه شرط کند دخول خود را در فقرا، صحیح نخواهد بود. چون اخـراج از خود، نکرده. و این سخن را پسندیده است، و بسیار خوب کرده و هرگاه شرط کـرده باشد اخراج خود را، به سبب شرط بیرون می‌رود. و هـرگاه مطلق فقرا باشد جـایز است.[1] چون وقف بر جهـت عامه است و او خـود داخل آنهـا است. و ابـن ادریس کـه اصل حکـم را منع کـرده، به ملاحظهٔ قاعدهٔ «اخراج وقف از نفس خود» [کرده است]. و اقوی قول مشهور است. و آنچه ما تحقیق کردیم در مسأله (و بیان کردیم بطلان آن حیله و تزویر را) مستفاد می‌شود از کلام فقها، ولکن محتاج است به تأمل دقیق و فکر عمیق.

و در اینجا ما عبـارت تذکره را ذکر می‌کنیـم تأمل کن در آن تـا بفهمی. و آن این است «و ان شرط آن یأکل المتولی علی الـوقف شیئاً منه اویطعم صدیقاً، جاز. و ان ولیها الواقـف کان له ان یاکل ویطعم صـدیقه عملاً بالشرط. ولایکـون ذلک شرط النفع علی نفسه». و قبـل از این باز در **تذکره** در مقام رد بر بعض عامـهٔ قائلین به جواز «وقف بر نفس خود و اشتراط نفع بردن خود از آن» چون که استدلال کرده‌اند به اینکه «هرگاه 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 فی‌الوقف العام لیس بالقصد الاول» یعنی در وقف عام واقف به قصد اول و با لذات خود را قصد نکرده، و انتفاع خود را شرط نکرده بلکه مقصود او انتفاع مسلمین است. و لازم آن می‌افتد بالتبع و به قصـد ثانی دخول خود در آن. چون از جملهٔ مسلمیـن است. پس خود مقصود بالعرض است.

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

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

بلی از کلام علّامه در **مختلف** ظاهر می‌شود اینکه ابن جنید مخالف است در مسأله جواز شرط انتفاع واقف از وقف. و این عبارت او است «قال ابن الجنید: ولا باس ان یشترط الواقف تطوعاً لنفسه و لمن یولیه بعده صدقته، الأکل لثمرتها اولقیمتها اذالم یجعل له تغییر اصلها و جنسها وکان آخرها الی ابواب البرّ من‌المساکین و غیرهم. و جماعة من اصحابنا منعوا من عود نفع‌الوقف الی الواقف وقالوا لایجوزله ان یشترط ادرار مؤنته ولا الانتفاع به. لانها صدقة فلا یجوز عود نفعها الیه. للاحادیث الدالّة علی المنع منه».

و این قول مهجور است و موافق مذهب عامه است. و غایة امر این است که نسبت مابین «دلیل جواز انتفاع متولی با شرط از وقف» و «[دلیل] عدم جواز شرط منتفع شدن واقف از آن و لزوم اخراج از خود» عموم من وجه باشد. و شکی نیست که ادلهٔ ثانی اقوی است از ادلهٔ اول. بلکه دلیلی بر اول نیست الا عموم حدیث عسگری(ع) و عموم «المؤمنون عند شروطهم»، و آن عام مطلق است، و ادلهٔ منع شرط انتفاع و عدم اخراج از ففس، خاص مطلق، و خاص مطلق مقدم است بر عام.

و **اما هرگاه** واقف شرط کند که اگر محتاج شود وقف عود کند به او، پس در آن خلاف است. و اکثر علما ظاهراً (چنانکه از مسالک و غیره ظاهر می‌شود) قائل به صحت‌اند. و از جملهٔ ایشان است سید مرتضی که دعوی اجماع امامیه کرده است بر آن. و جمعی دیگر قائل به بطلان‌اند، که از جملهٔ ایشان ابن ادریس است و او هم دعوی اجماع کرده است. و اظهر قول اول است به جهت اجماع منقول و ظاهر عمومات وفای به عقود و شروط، و روایت عسگری-ع- «الوقوف بحسب مایوقفها الواقف».[1] و خصوص **صحیحهٔ** اسماعیل بن فضل هاشمی- یا «وثقهٔ او، به سبب ابان بن عثمان «قال سألت اباعبدالله-ع- عن الرجل یتصدق ببعض ماله فی حیاته

(۱): وسائل: احکام الوقوف، باب ۲ح ۱و۲.

فی کل وجه من وجوه الخیر و قال: ان احتجت الی شیئ من مالی او من غلته فانا احق به. الـه ذلک و قد جعله لله کیف یکون لـه؟ فاذا هلک الرجل یرجـع میراثاً او صدقة ؟ قال: یرجع میراثاً علی اهله ».[۱]

و **صحیحهٔ** دیگر اسماعیل بـن الفضل- که باز ابان در سند او هسـت- «عن ابی عبدالله -ع- قـال: من اوقـف ارضا ثـم قال ان احتجـت الیها فـانا احـق بها، ثـم مات‌الرجل، فانها ترجع‌الی المیراث».[۲] و وجه استدلال این است که معنی رجوع به میراث این اسـت که پیش ازموت داخل صدقه بوده اسـت و وقف بوده و مال او نبوده. و بعد مردن، این مال برمی‌گردد از وقف بودن و حبس بودن، و داخل مالی می‌شود که از او میراث می‌برند.

و گاه اسـت که توهم ایـن شود که سـؤال را وی از صحت این وقف بـود در حال حیات. پس هرگاه این را جواب از حال مال بعـد موت بگیریم، جواب مطابق سؤال نمی‌شود. پس حمل می کنیم جواب را برمعنی مجازی که با بطلان بسازد، و حکم ماقبل موت و مابعـد، همه ظاهر شود. پس مراد از «یرجع میـراثاً» این است که آن مال از ملکیت او بیـرون نرفته اصلاً. و این تـوهم دوری است. به جهـت اینکه این مجاز کمال بعد دارد، و لفظ را از حقیقت بیرون بردن بدون ضرورت وجهی ندارد. و به همیـن اشاره که از لفـظ «رجوع» مستفاد مـی‌شود بـه اَوجَز بیانـی، جواب از صحت وقف و حبس بودن و میراث بودن بعد موت، همه ظاهر می‌شود. و مؤید آن است **صحیحه** دومی که در آن سؤالی مذکور نیسـت و همان کلام امام(ع) مذکور است که معلوم می‌شـود از اعتبار قید اخیر که لفظ «ثم مات‌الـرجل» باشد، اینکه حکم «فـانها ترجع الـی المیراث» از برای حکم مـا بعد موت است و در مـاقبل آن اشکال نبوده.

و عدم اشکال و احتیـاج به ذکر آن قید، یـا به سبب ظهور بطـلان در حال حیات بوده و اشکال در بعد ممات بوده،یا به سبب ظهور صحّت وحبس‌بودن‌در حال‌حیات،

(۱): التهذیب ج ۹ص ۱۴۶
(۲): التهذیب ج ۹ص ۱۵۰

است و اشکال در بعد موت است. و اول بیوجه است، به سبب اینکه با ظهور بطلان، مال بر حال خود بـاقی است و میراث می‌شود، دیگر حاجتـی به بیان نیست. پس باقی مـاند ثانی. و بـه هرحال اشکال در دلالـت روایت خوب نیست. خصـوصاً با اعتضاد به فهم اصحاب، و عمومات ادله، و اشتهار عمل.

و دلیل قول به بطلان، اجماع منقول از ابن ادریس اسـت و آن معارض است با اجماع سید و شـاید آن اقوی باشد. چـون اقرب است به زمان معصـوم و اینکه این شرط بـاطل است، به جهـت آنکه مخالف مقتضـای عقد است و به بطـلان شرط، مشروط هم باطل می‌شود. و بر این وارد است منع اینکه مطلق عقد وقف منافی با این شرط است و نظیـر این است اشکالـی که جمعی از محققیـن کرده‌اند مثل شهید ثـانی در مسـأله «شـرط عدم اخراج زوجـه از بلد» در عقـد نکاح، و آخـوند ملااحمد اردبیلـی(ره) و آقا جمال‌الدیـن محمد خوانساری (ره) در مسـأله «شرط تضمین در ضمن عقد اجـاره» و ردّ کرده‌اند بر کسانی که این را بـاطل می‌دانند، چون مخالف مقتضای عقد است.

و حاصل بحث این است که آنچه مقتضـای عقد نکاح است این است که زوجیت اقتضای تسلط بر اختیـار زوجه در مکان، ندارد. نه اینکه مقتضـای عقد عدم جواز تسلط است. و همچنین عقـد اجاره اقتضای تضمین نمی‌کند، نـه اینکه اقتضای عدم تضمین، می‌کند. پس آنچه مسلم است در مانحن فیه این است که عقد وقف، اقتضای جواز شـرط رجوع عندالحاجه را نمـی‌کند، نه اینکه اقتضـای عدم شرط رجوع می‌کند. و اما توهم اینکه مقتضـای وقف، دوام و تأبید است و این منافی آن است، مندفع است به اینکه: مسلّم از مقتضای عقد وقف، مطلق دوام است نه دوام مطلق. پس دوام بر دو قسـم است: دوام با شرط رجوع عندالحـاجه، که تحقق آن ممکن است بـه عدم عروض حاجت کـه منتج جواز رجوع باشـد. و دوام مطلق یا مقید بـه عدم شرط رجـوع. و استدلال کرده‌انـد نیز بـه آن دو حدیث صحیـح که مذکور شد به تقریبی که گفتیم، و ظاهر شد ضعف آن.

و مقداد در **تنقیح** استدلال کـرده است از برای این قـول به اینکه وقف صـدقه است و هیچ صدقه در آن رجوع جایز نیسـت، و این دو مقدمه هر دو اجماعی‌اند. و

بر این وارد است که عمریٰ و سکنیٰ و حبس نیز صدقه‌اند 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 ما دامت صدقة. و هرگاه مسلّم شد که صدقه اقسام دارد، بعضی الی نهایه و بعضی الی غیرالنهایه و بعضی مطلق، پس در صدقه[ای] که مغیّیٰ است به غایتی، قبل از غایت آن در آن رجوعی نیست، نه بعد غایت هم.

و هرگاه در مانحن فیه احتمال این باشد که این «صدقه به غایت» است- بلکه ظاهر این است که آن باشد- چگونه دعوی اجماع می‌شود بر عدم جواز رجوع، و حال آنکه اگر این قسم اجماعی بود، خلاف معظم علما و دعوی اجماع سیدمرتضی برخلاف آن، چه معنی داشت؟ و به هرحال، اقوی این است که این عقد صحیح است و شرط صحیح است. ولکن حبس است نه وقف. و هرگاه حاجت رو داد می‌تواند رجوع کرد و بعد رجوع مال او می‌شود، و بعد موت میراث می‌شود.

و بدان نیز: که هرگاه 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 هرگاه 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 هرگاه به مقتضای شرط، واقف رجوع کرد وقف باطل می‌شود. و اگر رجوع نکرد و مرد، وقف بر حال خود خواهد بود به مقتضای عقد. و این قول سید مرتضی است و علامه در **مختلف**. و در **مسالک** گفته است که این سخن خوب است اگر به روایت عمل نکنیم، والا قول اول بهتر خواهد بو د. و لکن دانستی که عمل به روایت باید کرد. پس اقوی قول اول است.

و بدان که: اشکال کرده‌اند در اینکه آیا محض حصول حاجت، موجب بطلان می‌شود؟ یا محتاج است به اختیار و فسخ از واقف؟ ظاهر عبارت اکثر علما این است-چنانکه از مسالک ظاهر می‌شود- که به مجرد حصول حاجت باطل می‌شود وقف، و عود می کند مال به او. و احتمال دارد که منفسخ نشود و محتاج باشد به

فسخ، چنانکه شأن اغلب شروط این است که تسلط به فسخ حاصل می‌شود. و معهود از شرط هم این است. و دور نیست که بگوئیم که روایت هم ظاهر در این است هرچند بعضی ادعا کرده‌اند که ظاهر در اول است. و وجه ظهور در آنچه ما گفتیم این است که مراد از کلمه «احق» سزاوارتر و اولی بتصرف ، باشد. یعنی هر تصرفی که خواهد بکند. خواهد مالک شود، و خواهد آن را به حال خود بگذارد.

و راه خیال دیگران گویا این باشد که کلمهٔ «احق» از بابت «اولو الارحام بعضهم اولی ببعض ،» باشد. و این خلاف ظاهر لفظ است هرچند گاهی در آن معنی هم استعمال می‌شود، بلی آن سخن خوب است هرگاه حدیث را دلیل قول به بطلان شرط بگیریم، و از کلمهٔ «یرجع میراثاً» 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 کرده‌اند، چون او را محتاج می‌گویند. و بعضی گفته‌اند کسی است که قاصر باشد مال او از قوت یک شبانه روز. و بعضی به اینکه سؤال کند از غیر. و اظهر رجوع به عرف است که در عرف بگویند که فلانی محتاج است به اینکه در این وقف تصرف کند. پس گاه است که مستحق زکات است و ازشأن او زکات گرفتن است و بی مضایقه است در آن، و کسی هم هست که همه ساله از وجه زکات کفایت او را می‌دهند، در عرف او را نمی‌گویند محتاج است به تصرف در این وقف. و گویا غافل شده‌اند از اینکه در حدیث کلمهٔ «الیها» بعد «احتجت» مذکور است، و فرق است مابین حصول نفس احتیاج و حصول احتیاج به تصرف در شیئ خاص.

و بدان که: صحت این شرط منافات ندارد با «اشتراط تنجیز» که در وقف شرط شده است. و ظاهراً خلافی هم در آن نیست. و تنجیز دو معنی دارد: یکی آنکه معلق نکند وقف را به شرط یا وصف. مثال اول «وقف کردم این را اگر زید آمده باشد». و [مثال] دوم اینکه «وقف کردم این را اگر آفتاب طالع شود». که آمدن زید ممکن است که در ظرف حصول بیابد و ممکن است که نیابد، بخلاف طلوع آفتاب که جزماً طالع خواهد شد. و اما اگر بگوید «وقف کردم این را اگر امروز جمعه

باشد» و مفروض این باشد که می‌داند که جمعه است، در صحت این اشکال نیست. و کلام در سایر عقود هم همین است. و معنی دوم تنجیز این است که شرط خیار فسخ در آن نمی‌توان کرد. و بنابر این می‌گوئیم که این شرط از جمله شروط مستثنی است به نصّ.

۲۷: سؤال: هرگاه کسی چیزی را وقف کند بر علما یا بر فقرا (مثلاً) و خود از جمله فقرا باشد، یا بعد از وقف فقیر شود مثلاً. 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 خلافی در مسأله نیست. و از ابن زهره نیز نقل شده است این معنی. و وجه آن این است که این وقف بر اشخاص معین متصفین به این وصف نیست، و از این جهت است که قبول ایشان شرط نیست هرچند ممکن باشد. و تقسیط آن بر جماعت واجب نیست، بلکه جایز است که به بعض دون بعض داده شود. و این را «وقف بر جهت» می‌گویند، یعنی مراد واقف مراعات حال جهت فقر یا جهت علم و امثال آن است، نه آن اشخاص. و ابن ادریس مخالفت کرده است نظر به «اشتراط اخراج وقف از نفس خود». و چون عمدهٔ دلیل آن اجماع است و آن در مانحن فیه ممنوع است، و اگر نگوئیم که خلاف آن اجماع است. و از بعض 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. و آن این است که «خود شریک است با آنها مگر اینکه در اول قصد دخول خود کرده باشد، یا قصد منع خود کرده باشد».[۱] و شهید ثانی این را پسندیده است. و تعلیل کرده است اول را به اینکه وقف برخود می‌شود، و ثانی را به آنکه نیت او مخصّص عام است، و متابعت شرط واقف لازم است، به جهت روایت عسکری(ع).[۲] و این دور نیست. و شاید نفی

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

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

خلاف که حکـایت کردیم و [نیز] شهـرت فتوی، قطع نظر از این صـورت بوده که قصدی داشته باشد بالخصوص.وعلامه در مختلف تفصیل دیگر داده و آن این است که هرگاه وقف بر مصالح عامه شـده مثل مسجد و کاروانسرا وامثال آن، جایز است که خود در آنجـا نماز کند یا ساکن شـود. بخلاف آنکه بر علما یا فقـرا(مثلاً) وقف کرده باشد. و این قول ضعیف است.

۲۸: سؤال: هرگاه واقـف شرط کند که هرکـه را خواهد اخراج کند، یـا هرکه را خواهد داخل کند. جایز است یا نه؟-؟.

جواب:ظاهراً خلافی در بطلان وقف، نیست در صورت اول. و از **مسالک و کفایه** ظاهر مـی‌شود که اجماعی است. و امـا در صورت ثانیه: پس ظاهـر جواز است. و عموم روایت عسگری(ع)[1] دلالت بر آن دارد.

۲۹:سؤال: هرگاه بگوید «وقف کردم بر اولاد ذکـورم نسلاً بعد نسل». آیا شامل اولاد ذکوری کـه از اناث او بهم رسند، هست یـا نه؟-؟ بعضی می‌گوینـد که این اضافه، بیانی است و بر آنها صادق است که اولاد ذکورند.

جواب:اولادحقیقت است در ولـد صلبی. و هرگاه عـرف خاصی نباشـد که از آن فهمیده شود ولدِ ولد، از مقتضای حقیقت بیرون نمی‌توان رفت. و چون گفته است «نسلاً بعد نسل» از آن جهت تعدی می‌کنیم به اولادِ اولاد. ولکن می‌گوئیم که مراد اولاد ذکوری اسـت که از اولاد ذکور بهم رسـد، به جهت آنکه متبـادر از اولاد ذکور «توصیف» است نه «اضافه». و اگر اضافه هم باشد از باب اضافهٔ موصوف به صفت، است. و از نسـلاً بعد نسـل چنین می‌فهمیـم- بعد از لفـظ «وقف کـردم بر اولاد ذکورم»- اینکه بعد از آن بـر نسل همین اولاد ذکور به همین وصـف، یعنی آنها هم اولادی باشند از این اولاد که متصف به ذکوریت باشند. و هکذا.. تا هرجا که پایین می‌آید بـه طبقات. و ظاهراً اشکالی در ایـن نباشد. حتی اینکه در زمـان ما چنان شایـع است که اگر همـان اولاد ذکور تنها بگویـد و دیگر «نسلاً بعد نسـل» را هم نگوید، همین معنی را می‌فهمند که گفتیـم. و به هر حال جزماً اولاد ذکوری که از

(۱): وسائل: احکام الوقوف، باب ۲ ح ۱و۲.

اناث بهم رسد در هیچ طبقه داخل نیست.

۳۰: سؤال: هرگاه کسی مدرسه و مسجدی در محوطه [ای] بسازد، و تولیت آنها را به جهت اولاد خود قرار دهد، حتی آنکه تصریح کند که حکام شرع هم در آن دخیل نشوند. و وظیفه از موقوفات خود به جهت امام و مدرس قرار دهد. و در ضمن عقد شرط کند که تعیین امام و مدرس با متولی باشد، و در ایام صیام، مدرس در مسجد درس بگوید و در سایر ایام در مدرسه. آیا کسی بدون اذن متولی می‌تواند در مسجد در ماه صیام مَدرس قرار بدهد، یا جماعتی اقامه کند، یا غیر این از اموری که خلاف شرط واقف باشد؟.؟.؟

جواب: ظاهر این است که به مقتضای عموم قو ل عسکری -ع- «الوقوف علی حسب مایوقفها اهلها ان شاءالله»[1] 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 حا کم شرع هم مزاحم او نمی تواند شد. و در خصوص مسجد و تعیین امام: هرچند مجال توهم ورود اشکال و خلاف معهود هست که «آیا جایز است وقف مسجد برجماعت معینی یا نه؟-؟». ولکن ظاهر این است که آن توهم بی وجه است. خصوصاً اینکه در اصل آن خلاف هم گویا اظهر جواز تخصیص مسجد است به جماعت معینی، نظر به عموم حدیث سابق و سایر عمومات و ضعف دلیل مخالف. چنانکه مختار علامه در **تذکره** است. و در **قواعد** منع کرده، و همچنین فخرالمحققین. نظر به اینکه وقف مسجد مانند تحریر عبد است.

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

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

(۱): وسائل ابواب احکام الوقوف، باب ۲ح ۱و۲.

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

جواب: شرط است در صحت و لزوم وقف، اقبـاض. و هرگاه واقف قبل از اقباض فوت شود وقف باطل مـی‌شود و هرگاه وقف بر مصالح عامه بـاشد- هرچند کافی دانیم قبض متولی خاصی را که واقف او را قیم امر کرده باشد، وهرچند به این نحو باشد که قبل از وقف در ید متولی باشد-لکن چون اظهر اشتراط قبول است هرچند بر مصالح عامه باشد، پس[۱] باید حاکم یا ناظر شرعی قبول کند. در اینجا قبول هم قبل از فوت متحقق نشده است. به هرحال لزوم این وقف بر حقیر ظاهر نیست.

۳۳: سؤال: زید ملکـی را وقف اولاد ذکـور خود نمـوده که اولاد انـاث را در آن مدخلیتی نباشد. و بعد از آن گفته «هـرگاه اولاد ذکور منقطع شوند بعد از آن اولاد اناث در آن دخل بکننـد». والحال از اولاد ذکور اناثـی باقی مانـده است، و از اولاد اناث اناثی. آیا در این حال کدام مقدم‌اند؟.

جواب: هرگاه به این نهج وقف کرده است کـه وقف باشد بر اولاد ذکور نسلاً بعد نسل، به این معنی که موقوف علیـه پسران او باشد و بعد از آن، پسرانِ پسران او، و همچنین الی آخر الابد، و اگر پسران او نباشند یا پسرانِ پسران او نباشند، دختران او و دختران پسران او و دخترانِ دختران او مدخلیت داشتـه باشند. یعنی آنها هم موقوف علیه باشند هرچند پسری از دختران او یادختری‌ازپسران‌اودر میان باشد. چنانکه ظاهر صورت مسأله اسـت. پس در اینصورت دخترانِ پسر و دختران دختر مساوی خواهند بود. و هرگاه پسر دختـری یا پسر دختر پسری ، هم در میان باشد او هم مساوی خواهد بود با آن دخترها، و زیادتی نخواهد بود.[۲]

و هرگاه 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 زیادتی نخواهد برداشت.

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

۳۴:سؤال: خانه[ای] وقفی می‌باشد که خراب شده و خاک در او جمع گردیده. حالا خاک زیاد می‌باشد. این خاک را چه کند؟ مرخص می‌فرمایند که نظر خاک را خشت کند و بفروشد و به مصرف وقف برسانـد؟ یا آنکه خاک را اذن بدهند که احتیاج داشته باشد برده باشد، تا خاک زیاده تمام شود.

جواب: هرگاه آن خاک به جهت خانه ضـرور نیست و ضرور هم نمی‌شود، و خانه محتاج به مرمت باشد، آن خاک را به مصرف می‌رسانند بر سبیل مصلحت، و خرج تعمیر خانه [می] کنند.

۳۵:سؤال: هرگاه خـانهٔ شخصی در پهلوی مسجـد باشد که واسطـه شارع عام باشد. آیا شخـص صاحب خانه می‌توانـد که بر روی شارع سقف بزنـد که یک سر سقف به دیوار مسجـد باشد-؟ آیا صورت شرع دارد یا نـه؟-؟. و به حسب نفع، از برای مسجد و از برای شارع بسیار نافع است. هرگاه مقرر می‌فرمایند که در صورت نفع ساخته شود والا، فلا.

جواب: ظاهر این است که هرگاه صلاح مسجـد در این باشد و به ماره هم ضرری نمی‌رسد بلکه نفع می‌رسد جایز باشد. ولکن این را به اطلاع حاکم شرع بکنند. و هرگاه دسترس نباشد و ثقات مؤمنیـن و عدول اهل خبره تصدیق مصلحت بکنند، شاید کافی باشد.

۳۶:سؤال: مزرعه[ای] هست وقـف. و وقفنامهٔ او نیست که طریقـهٔ عمل معلوم شود لکن تـا [جائی که] جماعت متصـرفین در خاطر دارند، و از متصـرف سابق شنیده‌اند، و فی‌مـابین ایشان معمول بوده است، [این است کـه] هرگاه احدی از ایشان فوت شود، رسد او به وارث ذکورش کـه منسوب به واقف باشد از جهت اَب، منتقل می‌شود. حال شخصی فوت شده و عم پدری، و عم زادهٔ پدر و مادری، و خال می‌دارد. و خال از سلسلهٔ موقوف علیهم نیست، اما چون خود میراث از وقف نمی‌برد آیا وقـف مزبور حکم علی حده دارد؟. و قبل از این تـا حال برادر پدری[و]

مـــادری، را بـــر بـــرادر پـــدری مقـــدم داشتـــه‌انـــد. آیـــا بـــرادرزادهٔ پـــدر [و] مـــادری رسـد مـــی‌بـــرد؟ یـــا عـــم پدری؟. و تا حال چنین مقدمه نشده است.

جواب: از مسأله اولی: هرگاه این عنوان قاعدهٔ مستمره بوده.که هر یک از موقوف علیهم که فوت شود بنا به این باشد که به وارث ذکور او که منسوب به واقف باشد از جهت پدر، منتقل شـود. در صورت مزبوره که از متوفی عم پدری‌وابن عم پدری [و مادری] مانـده با خال، ظاهـر این است که بـه عم پدری می‌رسـد. چون اظهر در مسأله «میـراث عم پدری با ابـن عم پدری و مادری» در صـورتی که خال مـوجود باشد این است که ابن عم محروم است از میراث. و چون این مسأله اجماعیه خلاف اصول و قواعد است اکتفا می کنیم در آن به مورد نص و اجماع، که آن صورتی است که وارث منحصر باشد در یک عم پدری و یک ابن عم پدری و مادر [ی]، لاغیر.

اما جواب از مسألـه ثانیه: این سؤال را نفهمیدم. و اگر مـراد همان سؤال از عم و ابن عم است، جواب همـان است که مذکور شد. و اگر مراد سـؤال علی حده است که در صورت فوت موقوف علیه برادر پدری از او بماند و برادر پدر مادری، چه باید کرد؟

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

۳۷: **سؤال**: زید املاکی چنـد وقف کرد بر اولاد خود، به این نحـو که بعد وضع مصالـح آن املاک و خراج دیـوان، عشری از منافـع آن را متولی متصـرف شود، و عشری را به مصرف زوار عتبات برسانـد، و تتمه را مابین اولاد ذکور و اناث قسمت کند. و آن امـلاک در بلاد بعیده اسـت و از ید موقـوف علیهم بیرون رفتـه است. و مدت مدیدی است که غاصب متصرف است، و انتزاع ممکن نیست. آیا جایز است که موقوف علیهـم بیع کنند و در عوض آن ملکی در محل سکنای خـود بخرند که وقف باشد، و به همان مصرف برسد، یا قیمت را به مصرف خود برسانند؟

جواب: اظهر آن اسـت که در صورت خـوف باطـل شدن ومضمحل شدن غرض واقف، و عدم تمکن از انتفاع، جـایز باشد از برای موقوف علیهم بیـع آنها. ولکن تا مـمکن باشد به قیمـت آنها ملکی بخرند که وقف باشـد و به مقتضای شرط واقف

معمول دارند.

۳۸:سؤال: شخصی در مقبرهٔ مسلمین-- که در جوار امام زاده‌ای است-حفر ممر آبی بکند که آب باران و سیل خرابی به قبرستان و قبر امام زاده نرساند. و به سبب این حفر قلیل آبی بر آید، و بعد از آن دو سه پشته قنات بالا برده و آب بسیار بیرون آورده که در ملک طلق آن شخص جاری می‌شود. آیا این آب مال حافر است یا مال امام زاده یا همهٔ مسلمین ؟-؟-؟. و متولی 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، و شصت سال قبل از این منطمس شده)این آب همان آب امام زاده است و باید به مصرف او برسد. چه باید کرد؟.

جواب: این قبرستان اگر وقف است تصرف در آن به غیر مقصود واقف، جایز نیست. و حفر قنات جایز نیست. و باید آن قنات را پر کند و زمین رابه حال خود بگرداند. و همچنین هرگاه وقفیت ثابت نباشد و دایر باشد و محل قبر کردن اهل قریه باشد، باز آنهم داخل حریم قریه است و تصرف در آن صورتی ندارد. بلی هرگاه از جمع شدن آب باران و سیلاب ضرر رسد به سبب جمع شدن در بعضی از آن موضع، به قدر رفع ضرر می‌توان ممر آبی در آن حفر کرد به قدر رفع ضرر و بیشتر جایز نیست. و بر فرضی که کسی چنین تصرفی کرد و کسی آن قنات را هم پر نکرد، آبی که از آن ؛جاری است مختص همان زمین قبرستان است و اختصاص به حافر ندارد. بلکه در صورت عدم ثبوت وقفیت، منافع حریم متعلق به صاحبان قریه و صاحبان حریم است و در صورت وقفیت هم متعلق به همان قبرستان است.

و هرگاه قبرستان را به آن حاجتی نیست به جهت تعمیر یا رفع ضرر، ظاهر این است که باید به مصارف خیر برسد. و دور نیست که صرف تعمیر قبر همان امام زاده که در جوار قبرستان است بشود، بهتر باشد و اگر محتاج نباشد، به مصرف قبرستان یا مقبره امام زادهٔ دیگر برسانند. و در این صورت هرگاه 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 و حفر قنات بی صورت بوده و بر

نهج سابق باید معمول داشت.

۳۹: سؤال: آیا شخصی ملکی وقف نماید و از منافع آن قرارداد نموده که متولی بعداز وفات واقف به جهت او استیجار صوم وصلات نماید. همچه وقفی وقف بر نفس است؟ یا اخراج از نفس در اینصورت صادق می‌آید ؟ 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 هرگاه منحصر باشد بر این، عیبی دیگر هم دارد که «منقطع الاول» است. چون مادام‌الحیات، موقوف علیه ندارد. و اظهر این است که کل و بعض فرقی ندارد.

۴۰: سؤال: هرگاه شخصی اقرار به وقفیت ملک موروثی خود نماید. و بعد ادعا نماید که متولی وقف مرا گول داده. و شخص مقر نیز عامی است و این ادعا در حق او مستبعد نیست. آیا مسموع است یا نه؟-؟. و بر تقدیر سماع، آیا یمین که متوجه است، متولی را قسم متوجه نمی‌شود؟ یا می‌شود؟. و هرگاه مدعی مزبور قسم خورد می‌تواند ملک مزبور را متصرف گردد؟. اشارهٔ اجمالیه 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 (براین) که وقفنامچه بمجردها حجت شرعیه نیست، اقرار کرده. هرگاه چنین باشد، از این جمله سخنان مسموعه است در حق کسی که از شأن او جهالت باشد. و در حکم دعوی است و قسم متوجه منکر می‌شود. و متولی هرچند من‌حیث‌انه متولی قسم متوجه نشود به او بر نفس وقفیت. و لکن بر نفی تغریر می‌تواند قسم خورد. چون دعوی متوجه او است. و هرگاه 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 جملهٔ عقود شمرده‌اند. و تصریح کرده‌اند به لزوم ایجاب و قبول. و خلاف صریحی هم در کلام ایشان نیست. و این چگونه جمع می‌شود با اینکه فقه را منقسم کرده‌اند به «عبادات» و «عقود» و «ایقاعات»، و «احکام» و زکات را که از جملهٔ صدقات است در زمرهٔ عبادات

شمرده‌اند. و صدقـه را اکثری در باب عقود ذکر کرده‌اند، و با وجـود این گفته‌اند نیت «قربت» در آن شرط است. و از کلمات ایشان ظاهر است که در زکات ایجاب و قبول در کار نیست. بلکه تصریح کرده‌اند بـه عدم لزوم اعلام به اینکه زکات است، بلکه در بعضـی موارد راجـح شمرده‌انـد. و ایضا در مقـام فرق مـابین عبـادات و معاملات گفته‌انـد که عبادت آن است که صحت آن موقوف اسـت بر نیت. بخلاف معاملات . و حال آنکه عقود از جملهٔ معاملات است. چگونه خواهد بود جمع مابین این سخنها؟.

جواب: بدان کـه صدقه در کلام فقهـا و کلام شارع ، اطلاقـات متعدده دارد . بعضی اعم از بعضی، و بعضی مباین دیگری، امـا معنی اعم از همهٔ معانی آن است که شامل زکات و فطره است که جزماً از جملهٔ عباداتند و توقیفی، و مشتمل‌اند بر احکام و شرایط چند که عقول احاطه به آن نمی‌کند (مثل افعال حج و نماز و غسل و و ضو) چون در اینها نصاب معین و وقت معین و قدر معین و جنس معین و کیفیات و آداب مخصوصه، معتبر است، که حکمت آنهـا بر عقول مخفی است. و امتثال به آنها ممکن نیست الا بـه قصد محض اطاعت مولی. بخلاف تـوصلیات، مثل غسل جامـه از برای نماز و غسل اوانی به جهت اکـل و شرب و غیر آنها، که هرچند ترک اطاعت نیز در آنها حرام است و بروجه حـرام کردن منهی عنه است، لکن توصل به مقصود که حصول نماز با جامهٔ پاک، و خوردن مأکول و مشروب پاک [باشد] بدون نیت و قصد تقرب در غسـل حاصل می‌شود. بلکه هـرچند بروجه حرام باشـد که مطلب حاصل می‌شود.

و شامل صدقهٔ مستحبه و صدقه[ای] که به نذر واجب شده باشد، همه هست. و شامل وقف هم هست. بلکه بسا باشد که شامل خمس هم باشد. و بعض اطلاقات آن، همان زکات است لاغیر. مثل آیهٔ «انما الصدقات للفقراء و المساکین». و ممکن است که الف و لام در «الصدقات» از برای عهد باشد پس اطلاق علی حده نخواهد بود.

و بعض اطلاقات آن، صدقه‌ای است که غیر زکات و فطره است، بلکه همان است که بـدون تحدید در مقدار و وقت و نصاب و غیره، خود آن را از عیـن المال در راه

خدا بدهند به کسی هرچند محتاج نباشد علی‌الاظهر. و تعریف آن چنانکه شهید در **دروس** گفته است: «هی العطیة المتبرع بها بالا صالة من غیر نصاب للقربة». 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 کرده‌اند. و شهید بعد از این تعریف، آیات و اخباری که دلالت بر فضیلت صدقه دارند ذکر کرده است. و در آخر می‌گوید «ویملک بالایجاب و القبول و القبض و ان کان بالفعل».

و شکی نیست که مراد همگی در اینجا که صدقه را از عقود شمرده‌اند، 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 می‌گویند که صدقهٔ واجبه بر بنی‌هاشم حرام است، مگر اینکه از فرقهٔ خود ایشان باشد. و در مستحبه خلاف کرده‌اند. و این سخن شامل زکات و فطره هم هست. بلکه صریحاً متوجه حکم آنها شده‌اند. و این منشأ توهم این می‌شود 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 تبرعاً اخراج می‌کند و نقل مصرف زکات و فطره استطرادی و بالتبع و به ملاحظهٔ آن اطلاق دیگر که اعم است، شده.

و اما اشکال در اینکه این صدقه اگر از عبادات است به جهت اشتراط نیت، پس چرا در زمرهٔ عقود حساب شده؟ و اگر از عقود است، پس چرا مشروط است به نیت؟: پس جواب آن این است که این شق ثالثی است که دو جنبه دارد، از حیثیتی اطلاق عبادت به آن می‌شود. و از جنبه[ای] داخل عقود [است] و اگر این را داخل عقود نکنیم وجهی از برای نقل ملک 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 نمی‌باشد و مال ملک مالک است، و مجرد اباحه منشأ انتقال ملک نمی‌شود. پس محتاج می‌شود به عقدی از عقود.

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

باب است که خـود آنها فی نفسه مقتضی اشتراط نیت هستند، خـواه شارع امر به نیت بکند یا نـه، مثل نماز و حج و امثال اینها از توقیفیات، بـه جهت آنکه حِکم در آنها مخفی است و بـدون قصد اطاعت، امتثال عرفی متحقـق نمی‌شود. و یا از آن باب است که فی نفسه مقتضی آن نیست، مـانند توصلیات که حکمت آنها معلوم است، و آنها نیز بـر دو قسم‌اند. بعضی از آن باب است که شارع امـر کرده است به نیت و قصـد تقرب و نیت را شرط صحـت آن کرده، ماننـد عتق و صدقهٔ متعـارفهٔ مبحوث عنها و وقـف، که اگر امر شـارع نبود با لذات صحـت آنها موقوف بـه نیت نبود. و مانند توقیفیات که بالذات مـوقوف‌اند 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 بنـابر این ، صدقـه از جملهٔ عبادات مصطلحه کـه مقابل معامـلات است و منحصر است در امور توقیفیه که عقول به تمام حکمت‌های آن احاطه نمی‌کند، نیست. و اما آنکه در بعضـی عبارات مثل عبارت **تذکره** از جملهٔ عبادات شمرده، پس ظاهر این است که از راه مسامحه باشد. و مراد او از عبادات در اینجا اعم است از عبادت مصطلحه، بلکه مـراد از آن مطلق هرچیزی است که منشـأ رضای الهی باشد. مثل مطلق واجبات و مستحبات و ترک منهیات، که ارتکاب و اجتناب آنها را عبادت می‌گویند.

و بعضی فرق را به نحوی دیگر گذاشته و حاصل آن ایـن است که صدقه با سایر عبادات فرقـش این است که آن نیتـی که در عبادات شرط اسـت (به آن تفصیل و شرایط و مقارنهٔ فعل و خطور در خاطر) در اینجا در کار نیست. بلکه فی‌الجمله نیت در اینجا کافی است، به این معنی که چون حقتعالی خواسته، می‌کند. هرچند در آن حال متذکر نباشد. مانند سلام کردن وجواب دادن، و ردّ ودیعه و امثال آن. و این فرق مشکـل است. به جهـت اینکه تحقیق در مسألـه نیت عبادات مصطلحـه نیز همین است کـه داعی بر فعل، قصـد طاعت الهی بـاشد، و «اخطار به بـال» ضرور نیست. بلکه حقیقت نیت همان «قصد به فعل معین» است به اعانت داعی امتثال. اگر آن در صدقه موجود است همان نیت عبادت مصطلحه است. و اگر نیست، جزماً

صحیح نیست.

و اما مثل نکاح و ردّ ودیعه و امثال آن، پس هرچند ثواب بردن در آنها موقوف است بر اینکه داعی بر آنها امتثال امر الهی باشد، ولکن چنان نیست که بدون آن اثری مترتب نشود. بلکه دور نیست که سلام و رد سلام هم از این قبیل باشد. پس هرگاه کسی سلام را به محض عادت می‌کند (و پدر و مادر او تعلیم کرده‌اند که سلام کن، یا خود دیده که مردم سلام می‌کنند او هم سلام می‌کند، و مطلقا به خاطر او خطور نکرده که مستحب است و خدای تعالی فرموده است) چنین نیست که مستحق جواب نباشد و ثمره[ای] بر سلام او مترتب نشود، وهمچنین کسی که جواب می‌گوید.

بخلاف صدقه که هرگاه قصد قربت در آن نشود مثمر ثمره نیست. یعنی افادهٔ ثمرهٔ عقد صدقه که انتقال ملک و لزوم آن بعد قبض است، نمی‌کند. اگر چه محتمل است که افادهٔ اباحهٔ 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 گفته‌اند. و قول به این خالی از وجهی نیست. بلکه اظهر این است که چنین باشد، هرچند در ظاهر حال چنین می‌نماید که «جنس» به انتفاء «فصل» منتفی می‌شود، و «معنای اعم» را بعد انتفای «قید» بقائی نیست (و تحقیق این مطلب را در بسیاری از فواید خود کرده‌ام) 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) هرچند که فاعل، آن فعل را من حیث انه حسن، می‌کند نه به امید مدح و نه به امید ثواب و نه از برای اینکه مطلوب الهی است، باز مستحق مدح از خدا و خلق و همچنین ثواب و شکر بوده باشد. چنانکه بعض اخبار هم اشعار به آن دارد، مثل آن روایتی که رسول خدا(ص) آن دو نفر کافر را امر کرد به امیرالمؤمنین(ع) که گردن بزند و آن حضرت عرض اسلام بر آنها کرد قبول نکردند، یکی را کشت و دیگری را جبرئیل نازل شد، که

حق تعالی می‌فرماید 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 خلایق 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 مستحب هستند که کاشف از حسن نفس الامری است، عدم اشتراط نیت در ترتب ثواب بر آنها دور نیست. و شاید اکثر سلام وجواب‌ها و دعا کردن بر کسی که عطسه می‌کند[۲] و آنکه جواب می‌دهد، از این باب باشد. و فوق این مرتبه آن است که بکند اعمالی را که شارع فرموده که هرگاه به نیت تقرب بکند مثاب خواهد بود، مکلف هم به آن امید بکند با قصد تقرب. و فوق آن، مسأله تصدق است که شارع نیت را شرط صحت آن قرار داده، و ثواب به فعل آن حاصل می‌شود با نیت تقرب. و فوق آن، عبادات مصطلحه است. و به آنچه گفتیم ظاهر شد فرق و وجه ذکر صدقه در جملهٔ عقود.

و بدان که: چنانچه مطلق ضمان اعمّ 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 ممیّز آن اشتراط به نیتّ قربت است. و بعد انتفای قصد تقرب نمی‌توان گفت که داخل هبهٔ خاصه است و احکام آن بر آن مترتب‌می‌شود. 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 عطیه‌ای است که متبرع بها باشد بالاصاله بدون شرط نصابی به قصد تقرب به خدا»، پس صدقات منذوره و

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

(۲): در نسخه: کسی که عطیه می‌کند.

شبه آنها داخل می‌شود. چون وجوب آنها بالاصاله نیست. و امّا مشکل می‌شود به کفارات و به رد مظالم، چون در کفارات حدّ معینی هست از شارع، و در ردّ مظالم تبرع بالاصاله نیست، چون بالذات هم واجب است مگر اینکه بگوئیم فعل مکلف در تعدی به غیر باعث بر این شده، پس می‌گوئیم که در ردّ مظالم صدقه‌ی واجبی است که بدل ادای دین واجب است. و احکام صدقه بر آن جاری شود. بلکه می‌گوئیم اختصاص به صورت تعدی ندارد و در مطلق مجهول المالک ساری است و همان صدقهٔ مستحبّه است که بر متصرف واجب است، و بر صاحب مال، مستحب. و این از قبیل وکیل و وصی است در اخراج صدقهٔ مندوبه. و به این جهت است که گفته‌اند که مصرف آن مصرف صدقات مندوبه است. چون اینهم بالاصل مندوب است و وجوب آن عارضی است. چنانکه در **مسالک** در مسائل دین تصریح به آن کرده. و همچنین در کفاره هم صدقه‌ای 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 اولادِ اولاد خود وقف نموده. و موقوف علیهم طبقه بر طبقه محصول آن را بالسویه، تا حال قسمت می‌کرده‌اند. و از آن تاریخ تا حال آب همان باغ وقفی از زمین و باغ خالد نام می‌رفته است که آن باغ وقف شرب می‌شد. و حال اولاد واقف می‌خواهند که آب همان باغ وقف را از جای دیگر ببرند. در اینصورت می‌توانند که آن استمرار قدیم را و نهر قدیم را دست بردارند و از باغ دیگر و نهردیگر آب‌وقف را به باغ وقف ببرند یا نه؟-؟.

جواب: اگر مراد این است که تغییر هیئت وقف بر نهجی که سابق بوده می‌توان داد یا نه، جواب آن این است که آنچه مورد وقف است باغ است. و اگر آب هم وقف است معنی وقف آب همان وقف بودن مجرا است. و در صورت سؤال نه تغییری در باغ داده شده و نه در مجرای آبی که وقف است. و هرگاه 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 نمی‌تواند شد. مگر اینکه مستلزم تغییر محل وقف از مجرا باشد، یا منافی شرط واقف باشد.

و اگر مراد از سؤال این است که آیا خالد می‌تواند منع کند از تغییر مجرا یا نه، جواب آن این است که هرگاه طریقهٔ مستمرّهٔ ثابت باشد که آن آب همیشه از میان باغ و زمین خالد عبور می کرده، وخالد هم دعوای استحقاق حق‌العبور می کند، و موقوف علیهم انکار کنند و بگویند که این عبور از باب عاریه بود. یا به عنوان عدوان و غصب بوده، و شاهدی 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.

۴۳: 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 وگردش آب را به «هشت» انداخته‌اند. آیا در اینصورت می‌توانند 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 هرچند صحیح است لکن باید مقدار آن معین باشد. وتعیین جزء مجرا به هفته و روز معنی ندارد. بلکه باید ملاحظه کند که چند یک آب، کفایت باغ می کند، یا هر قدری را که منظور دارد که وقف کند همان را وقف کند. مثلاً بگوید «ده یک این مجرا را وقف کردم از برای این باغ». و چون تقسیم مجرا متعذر یا متعسر است،[و] انتفاع به‌آن باید به‌طریق مهایات ونوبه باشد در اینجا حساب روز و هفته ضرور است. پس بنا می گذارند هر شریکی از شرکا در اصل مجرا [مثلاً] یک روز معین تمام آن مجرا را متصرف شده و به آب آن منتفع شود. و مهایات و نوبه از عقود لازمه نیست، و از باب «قسمت» نیست که بر هم نخورد. پس هرچند واقف بنای نوبه را به هفته گذاشته باشد شرکا می‌توانند به ملاحظهٔ مصلحت، بنا را به هشت یا بیشتر یا کمتر بگذارند. و این منافات با شرط واقف ندارد. و هرگاه شرط هم کرده باشد، لزومی ندارد.

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

موقـوف علیهم می‌خواهنـد که باغ نـوی احداث نمایند و قـدری از آن آب وقف را می‌خواهنـد از ممر و نهر تازه ببرنـد. و قدر دیگر آب را می‌خواهنـد که از استمرار قدیم به باغ وقف ببرند. در اینصورت مـی‌توانند یا نه؟-؟. و اولاد موقوف علیهم که می‌خواهنـد باغ نوی به آن آب وقف بالتمـام گرفتهٔ باشند در اینصورت مـی‌توانند وقف را به جای دیگر ببرند، و موقوف علیهم باغ نوی از جهت خود و بطون متأخره، بگیرند یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه آب وقفی زاید بر آن باغ باشد و احتیـاجی به آن نداشته باشد، بلی می‌تـوانند مـوقوف علیهم بـاغ نوی احـــداث کنند و [آن را] بـه قدری از آن آب، مشروب کنند. ولکن اشکال بهم می‌رسد در وقتی بعد از این که در آن وقت آب کم شود و وفا به هر دو نکند. که در آن وقت باز تمـام آب را، یا به قدر حاجت آن را باید به باغ قدیم برد. هرچند 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 رسیـد ، گفتند ما راضی نیستیم به این وقف، و این ملک از مـادر ما است، و ما معطل هستیم و می‌خواهیـم بفروشیم. آیا این وقف صحیح است یا نه؟-؟.

جواب: بعد از آنکه ثابت باشد که ملـک از پدر آنها است، [باز] اشهر و اظهر عدم صحت آن است. چون «قبول» شرط است در وقف. خصـوصاً در غیر مصالح عامه. چنانکه اظهر اشتراط «نیت قربت» هم هست.

۴۶: **سؤال**: درخت وقفی، که به جهت کهنگی از حیز انتفاع افتاده، می‌توان [آن را] فروخت و به مصرف پل و حمام و مسجد وخرابی آنها رسانید یا نه؟-؟.

جواب: مادامی کـه عین موقوفه، ممکـن است انتفاع از آن بر حالـی که هست، تصرف در آن جایز نیست. و اما اگر از آن انتفـاع بیفتد- مثل اینکه درخت از ریشه کنده شود- در اینصـورت هرگاه ممکن باشد کـه به مصرف موقوف علیهـم برسد بعینها (مثل اینکه موقوف علیه مسجدی است و می‌توان همین درخت را به سقف آن کار کرد) اولـیٰ این است که چنان کننـد. و همچنین هرگاه ممکن شـود که به اجاره بدهند و منفعت آن را صرف موقوف علیه نمایند. و هرگاه ممکن نباشد انتفاع

به عین، بفروشند و به مصرف موقوف علیه برسانند. و اولیٰ ایـن است که تا ممکن شود اقرب بـه نظر واقف را به عمل بیاورنـد مثل اینکه باز درختی بخرنـد که آنهم وقف باشـد بر آن مصرف. و هرگاه ممکن نبـاشد صرف کردن به موقـوف علیه، به مصرف سایـر وجوه برّ برسـانند، مثل پل و ربـاط و غیر آن، و به هر حـال اقرب به مقصود واقـف را منظور داشتـه باشند. و بـه هرحال، منـع از بیع در صـورت عدم انتفاع، خوب نیست، بلکه داخل لغو و عبث است.

۴۷: سؤال: بیان فرمایند که هرگاه بعضـی ازضلع مدرسه به اعتبار غزارت امطار منهدم، و برخی دیگر آن مشرف بر انهدام باشد، به حیثیتی که قابل سکنی نباشد. و جمعی از اهـل خبره و بنّا و معمـار صلاح در این دانند کـه به وضعی غیـر وضع سابق ساخته شود. مثل آنکه سردابی بود و دو حجره در فوق آن و بعضی غیر قابل در بعضی ازاطراف، (کذا) سرداب را موقوف نموده و سه حجرهٔ تحتانی و سه حجرهٔ فوقانی ساخته شود.و این وضع را جمع کثیری ترجیح بر وضع سابق می‌دهند، به جهات عـدیده. یک جهت آنکـه سابق بـر آن آب جاری داخل سرداب مـی‌شده و خالی از روح و صفـا و برودت هوا نبود و حـال مدتی است کـه آب جاری منقطع شده و سرداب «غیر منتفع بـه» شده نفعی که معتد به، باشد. آیـا متولی شرعی را جایز است کـه به وضعی که اهل خبره صلاح دانند بسـازد یا نه؟-؟. و در صورت عدم متـولی، یا مشخص نبـودن آن، آیا بعضی دیگـر از مسلمین، یا طلبهٔ مـدرسهٔ 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 اسـت که لازم نیست که تجدید حجـرات بر وضع سابق باشـد. خصوصاً هرگاه وضع جدید اصلح باشد به حال مدرسه و اهل آن. بلی اشکالی که هست در تغییر سرداب است و تبـدیل آن به حجره. ولکن در صورت عـدم حصول مقصود از آن- مثل عدم تمکن جـریان آب در آن، یا عدم متبرعی که تعمیـر را به همان وضع کند. و به سبب تعویـق مدرسه در معرض خرابی و تعطیل می‌مـاند- تبدیل آن نیز جایـز است به آنچه اصلـح و اوفق باشـد به حال مـدرسه و اهل آن بناءاً علـی هذا هرچنـد که اذن خاص از حقیر مـوقوف است بـر اطلاع به حقیقت حـال، و تعیین

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 هرگاه متولی شرعی نباشد، عدول مؤمنین متوجه شده به تصدیق امنای اهل خبره آنچه مصلحت دانند چنان کنند. والله الولی.

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

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

۴۹: **سؤال**: شخصی ملکی را وقـف کرده است بر اولاد و بـرادر و برادرزاده‌های خود و بعضی مصارف دیگر، مثل آنکه رد مظالم و ادای زکات و استیجار حجة‌الاسلام از منافع آن نیز به عمل آورند. به این نحو که محصول آن ملک را (بعد از اخراجات دیوانـی) یک سال به رد مظـالم. و دو سال یا سـه سال در عوض زکات بـدهند. و همچنین از منافع سـه سال یا چهار سال آن، استیجار حجـة‌الاسلام از برای واقف بکنند. و در ضمن عقد وقف هم چنین شـرط شده که هرگاه اولادی از برای واقف، من بعد بهم رسد باموقوف علیهم شریک باشد. آیا وقف مزبور علی‌النهج المسطور، صحیح است یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه شخصی بالغ و عاقل خواهـد ملکی وقف کند در حال حیات بر هر مصرف برّی، می‌تواند کرد. خواه منتفع شونـده اقارب باشند یا اجانب، یا غیر آن. بلی در اینجا دو اشکال است: یکی آنکـه ادای زکات و رد مظالم و حجة‌الاسلام، از جملهٔ دیونی است کـه متعلق است به واقف، و در وقف شـرط است «اخراج از نفس واقف» و ادای دیون واقف داخـل انتفاع خود واقف است به این عین مـوقوفه. پس بنابر این، [این] وقف صحیح نخواهـد بود. هرچند 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 استحقـاق در وقف است. و ظاهر این است کـه با وجود «شرط در ضمن‌العقد» اشکالی در صحّت آن نباشد.

۵۰: سؤال: اما اولاً: آیا [در] وقف بـر مسجد و باقی اشیـائی که مصالح عـامه است مثل آن، نیت تقرب شرط است یا نه؟-؟

اما ثانیاً: بر تقدیـر اشتراط (چنانکه ظاهـر مشهور است) آیا جایـز است از برای واقف که غیـری را وکیل نماید در اجرای صیغهٔ وقـف، به این معنی که بگـوید «تو وکیلی در اینکه جاری نمائی صیغهٔ وقف فلان ملک را بر فلان مسجد»؟.

و اما ثالثاً: در صورتی که جایز باشد، آیا نیت تقـرب را باید موکل بکند یا وکیل یا هر دو؟-؟-؟.

و اما رابعاً: بر هـر تقدیر، هرگـاه احدی ادعا کنـد که زید عمرو را وکیـل کرد در اجرای صیغهٔ وقف. و ثابت بشود توکیل او . و مفروض این باشد که موکل و وکیل هر دو عارف به مسـائل نباشند، خصوصاً مسائل نـادره مثل این مسأله. آیـا به مجرد ثبوت این مرحله، حکم به این می‌شود که ملک وقف است- نظر به اصالت صحت، یا حمل افعال مسلمین بر صحت؟ یا اینکه ملک بر ملکیت مالک باقی است- نظر به اینکه شک در شرط موجب شک 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 کرده‌ام یا هبه نموده‌ام، یا فروخته‌ام، آیا به همین اقرار حکم به لزوم هر یک خواهیم نمود- به این معنی که حکم خواهیم کرد به اینکه کـل شرایط این عقود، از شرط صحت و لزوم، به عمل آمده-؟. یا نـه بلکه مجرد اصل این عقود ثابت مـی‌شود به این اقرار، و در تحقیق هـر یک از شرایط محتـاج به دلیل و اثبـات خواهیم بود-؟. و آیـا احوالات مقرین باعث اختلاف حکم می‌شود یا نـه؟-؟ مثلا هرگاه زید عامی باشد و مسائل عقد را نداند و در جریان صیغه عمرو را وکیل کنـد (چنانکه غالب صیغه‌ها حال به این نسبت است) هـرگاه اقرار نمود، و یافتیم که غرض او اخبـار از صیغه است که فلان وکیل جـاری نموده، و نمی‌دانیم که شرایـط صحت عقد به عمل آمـده یا نه. حکم به صحت عقد مـی کنیم یا نه؟-؟. وهمچنین هرگاه عالـم به مسائل، اقرار به امثال این عقود نمود حال چگونه است؟ و هـرگاه حال آن شخص مجهول باشد که از کدام قبیل است، حـال چگونه است؟ و هرگاه متبادر از کـلام مقرّ «فرد صحیح»

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

و اما سادساً: هرگاه 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 می‌تواند متولی وقف شود؟. و بنابر اشتراط عدالت، آیا عدالتی که معتبر است در آن، آیا در جمیع امور است یا همین که عادل است در تولی وقف به این معنی که تصرف در امور وقف به مقتضای آنچه واقف تعیین نماید از مصارف، تخلف نمی‌نماید. چنانکه از حال او این معنی یافته شده کافی است؟-؟. مثل اینکه کسی بعضی از معاصی کبیره را مرتکب می‌شود، یا مصر بر صغایر هست، ولکن از حقوق ناس اجتناب می‌نماید، و تصرف در اموال مردم بدون اذن ایشان نمی‌کند. یا در مصارف وقوف به مقتضای شرایط عمل کرده است در وقفی دیگر. و می‌دانیم که اگر ناظر گردد به مقتضای وقف عمل خواهد نمود.

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

خلاصه در اینجا چند صورت است: صورت **اولی** اینکه: در نظر واقف خصوص ناظری که تعیین نموده مطلوبیتی ندارد. ولکن شرط کرده است ناظر را در وقف از حیثیت اینکه احد افراد ناظر است. و مقصود او این است که ناظر تعیین نماید فی‌الجمله و اگرچه خصوصیت شخص مطلوب وی نیست. بلکه مقصود با لذات، وقف است. **صورت ثانیه**: مقصود لذاته آن وقف است با ناظر معین، و عقدی که واقع ساخته است نیز به آن کیفیتی است که مقصود هر دو است که اگر فساد نظارت ناظر معین، لازم بیاید وقف هم فاسد می‌شود. و بنابر هر تقدیر آیا فرقی است در اینکه در صیغه بگوید «وقفت فلاناً علی فلان و شرطت ان یکون ناظره» یا

اینکه بگـوید «وقفت فلانـاً علی فلان بشـرط ان یکون ناظره»-؟. در صـورت اولی احتمال می‌رود که شرط باطل باشد و مشروط باطل نشود. نظر به اینکه به دو لفظ تعبیر شده است. یا باطل بشود نظر به قصد آن که مقصود آن مرکب بوده است، نه وقف مطلق. و همچنین در صـورت ثانیه که آیا فساد شـرط در اینجا مستلزم فساد مشروط است یا نه؟-؟.

و اما ثامناً: آیا در وقف بر امـور عامه، قبض شرط است یا نه؟-؟ و بـر فرضی که قبض شرط باشد آیا حـاکم شرع می‌باید قبض بعمل بیاورد یا غیـری هم می‌تواند قبض بعمل بیاورد؛ و بر فرضی که غیر تواند قبض بعمل بیاورد آیا عدالت در قابض شرط است یا نه؟ و بر فرضی که عدالت در قابض شرط باشد، آیا هرگاه شخصی که قبض به عمل آورده باشد عادل نباشد، قبض صحیح است یا نه؟-؟. و برفرضی که قبض صحیح نباشد آیـا باعث بطلان وقف می‌شود؟ یا اینکه وقـف متزلزل خواهد بود که هرگاه و اقف عدول کند از وقف، ملک به ملکیت او عود خواهد نمود-؟.

جواب: **اما [از] سؤال اول**: آنکه اظهر اشتـراط نیت قربت اسـت در اینها، بلکه مطلقا. خصوصا ازجهت اینکه وقف از جملهٔ صـدقات جاریه است بالنص والفتوی. بل هو هی علی ما عرّفه فی‌الدروس.

و اما از سؤال ثانی:بلی جایز است توکیل در اجرای صیغه.

و اما از سؤال ثالث: احوط این است که هر دو نیـت کنند. و اظهر این است که نیت موکل کـافی است، بشرط استمرار آن نیت حکماً الی جـریان الصیغة. و نیت حکمیه بعینها همان داعی بر فعل است لله تعالی. و عدم طریان خلاف داعی کافی است در بقای آن. چنانکـه مختار در مسأله نیت زکات هـم همین است در صورت توکیل در ادا.

و اما [از] سؤال رابع: همین که به ثبوت برسد تـوکیل و اجرای صیغه، حکم به صحت وقف می‌شود، حملاً لفعل المسلم علـی الصحة. و عامی بودن و غیر عارف بودن به مسائل مضر نیست.

مگر اینکه بـه ثبوت برسد کـه این عقد خاص بـر غیروجه صحیح بـه عمل آمده. چنانکه گوشت و پوست سوق مسلمین حلال است، هرچند غالب سلاخ‌ها و دباغها

عارف بـه مسائل نیستند. و همچنین غـالب اهل معـاملات سوق خصوصـاً اکراد والوار[۱] و زراع و مکارین که غلات از اطراف می‌خـرند و می‌آورند و می‌فروشند، در هیچوقت تفحص نمی‌کنیم که بیع متاع به چه نحو شده و بیع غلات به چه نحو. و حال آنکه هر یک مشتمل‌اند بر مسائل بسیـار که به سبب ترک مراعات آنها، متاع حرام می‌شود.

و بخصوص در مانحن فیه که اشکال در خصوص نیت قربت است، هم ظاهر حال مسلمین این است که وقفی که برای مسجد می‌کنند از برای تحصیل ثواب است. و همین معنـی در حصول نیت قـربت کافـی است. چـون ثواب را از جانـب خدا می‌دانند. و «استصحاب» و «اصل عدم» و «شک در شـرط» و امثال اینها معارضه با قاعدهٔ مسلمهٔ حمل افعال مسلمین بر صحت، نمی‌کنند. بلی اشکال باقی می‌ماند در حصول «اقبـاض» که مجـرد توکیـل و اجرای صیغـه مستلزم اقبـاض نیست. و اقباض در وقـف شرط لزوم [اسـت]، بلکه [شرط] صحـت است علی وجـه. و بعد ثبوت اقباض اشکالی نیست.

و اما از سؤال خامس: اقرار به هبه و وقف و بیع، و غیر ذلک، اقرار بر صحیح آنها است. حملاً لقول المسلم علی الصحة، بل و فعله ایضاً. و اما حکم به لزوم، پس آن عقدی که لزوم داخل مفهوم آن است (چنانکـه بیع و مصالحه و اجاره و امثال آنها) حمل بر لـزوم می‌شود. چون اصل در اینهـا لزوم است. وخیارات که در آنها جاری می‌شـود عوارض چندانـد بر خلاف اصل. و همچنیـن احتمال «فضولـی» خلاف قاعده و [خلاف] ظاهر و خلاف متبادر از لفـظ، 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 هرچنـد مقتضای قول به اینکه قبض در آنها شرط صحت است، این اسـت که اقرار به آنها اقرار به قبض هـم باشد، لکن چنین نیست. و اقرار به آنها اقرار به قبض نیست. پـس هرگاه واقف یا واهب بگوید «وقف

(۱): مراد «لرها» است.

کردم فلان را بر فلان» یا «هبه کردم فلان را بر فلان» و بعد بگوید که به قبض نداده‌ام، از او می‌شنوند. و مدعی اقباض باید اثبات کند، و هرگاه 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 ملک و تملک منافع و نماء، در حین قبض حاصل می‌شود. پس اگر قبض به عمل نیاید تا واقف یا واهب بمیرد، بالمره بهم می‌خورد. و نما و منافع ما بعد صیغه تا آن وقت مال واقف و واهب است. و هرگاه قبض به عمل آید کاشف به عمل می‌آید که در روز اجرای صیغه هم مال موقوف علیه و متّهب، 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 معتنیٰ به است مانند عقد فضولی، که اگر قبض ملحق به آنها شد ثمرات وقف و هبه بر آن مترتب می‌شود. والاّ فلا. چنانکه در فضولی هرگاه اجازه ملحق شود ثمرات بیع واقعی، مترتب می‌شود. والا، فلا.

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

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

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

وقف. مگر اینکه تولیت را برای خود قـرار داده باشد. که در آنجا اشهر و اظهر عدم اشتراط عدالت است. و اظهر این است کـه عدالت در اینجا همان عدالت است در سایـر امور. چـون دلیل آن همـان اجماع منقـول است ظـاهراً، و بـر همین لفـظ «عدالت» اجماع نقل شده است. هرچنـد در وصی اکتفا می‌کنیم به مجرد وثوق و اعتماد در امـر وصایت، هـرچند عدالت بـه معنی مصطلح نبـاشد. با وجـود آنکه مشهور در آن نیز اشتراط عدالت است. ولکن از دلیل ایشان بیش از وثوق و اعتماد برنمی‌آید. و بـه هرحال علاوه بر عدالـت باید عارف در امر تدبیـرات وقف باشد، و عدالت تنها کافی نیست.

و ثمرهٔ معتـدّبها در تدقیقـات و تفصیلات مذکـوره در آن سؤال، نیست. بـه غیر معـرفت فـرق مابیـن «شرط تعلیقـی» و «شـرط ضمن العقـد». و شرط تعلیقـی برمی‌گـردد به اینکه «من این را وقف کـردم اگر فلانی قبول کنـد نظارت را» چون تسلطی بر او نیست و قبولی بر او لازم نیسـت. و این از قبیل «بعتک فرسی ان جاء زید غداً» مـی‌شود. وظاهر این است که اصل این عقـد فاسد باشـد. چون در حال ایجاب و قبول انشاء عقد به عمل نیامده. و هـرگاه مراد «شرط ضمن العقد» باشد، مرجع آن به این بـرمی‌گردد که «این را وقف کردم و شرط کردم کـه فلانی را ناظر کنم» در اینصورت هرگاه فلانی قبول نکند خیار اشتراط حاصل می‌شود، و مسلط بر فسخ مـی‌شود. نه اینکه اصـل عقد فاسد شـود. و همچنین هرگاه قبـول 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 ضمن‌العقد است. و اینکه اختیار قبول تولیت بـه دست ناظر است منافات ندارد با صحت ایجاب و قبول. پس تعلیق که متصور است در اینجا نسبت به قبول نظارت و شرط مـذکور است، نه نسبـت به ایجاب. و اگـر فرض شود کـه قرینه باشـد که از عبارت دوم «تعلیـق ایجاب» از آن مفهوم شـود، در اینصورت نیـز اصل عقد فـاسد خواهد بود.

و به هرحـال هرگاه عدالت در ناظـر متحقق نبوده است برمی‌گـردد حکم آن به صورتـی که واقف اطلاق وقـف کرده و ناظـری تعیین نکرده. خصوصـا در صورت

عاری بودن از شرط خصوصیت آن ناظر خاص. و حکم صورت اطلاق و عدم تعیین ناظر (چنانکه شهید ثانی وجمعی گفته‌اند) همان تفصیلی است که در سؤال مذکور است، که مبتنی است بر اقوال ثلاثه: انتقال ملک به موقوف علیهم مطلقا،[۱] یا عدم انتقال از واقف مطلقا، یا انتقال به خدا در امور عامه و به موقوف علیه در امور خاصه. پس بنابر اول نظارت با موقوف علیه است، و بنابر ثانی با واقف، و بنابر ثالث با موقوف علیه است در امور خاصه و با حاکم است در امور عامه. و اظهر و اشهر آن اقوال این است که منتقل می‌شود ملک 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 ملک واقف شده. و از اقوی شواهد این است که مشهور علما تجویز کرده‌اند 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 کرده‌اند عدالت را. و این سخنها بعد حصول وقف صحیح، است. و تمام شدن آن به حصول قبض است. و اگر قبض به عمل نیامده است، اصل وقف تمام نشده است. دیگر سخن در تعیین متولی بی وجه است. گاه است که متولی قبض و متولی وقف یکی می‌شود. و گاه است که مختلف می‌شوند. از این معنی نباید غافل بود. و متفرع می‌شود بر [این، اینکه هر] چند قائل باشیم به اشتراط عدالت در متولی وقف، ضرور نیست که قائل باشیم به اشتراط عدالت در متولی قبض.

و اما جواب از سؤال هشتم:[۲] بدان که وقف بر امور عامه هرگاه وقف بر [مثل]

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

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

فقرا باشد یـا فقها پس باید نصب قیّمـی کرد از برای قبض. و نصب قیم بـر حاکم شرع است. و ظـاهر این است کـه واقف خود می تواند قیّمی نصب کند. چنـانکه **صحیحهٔ** صفوان بن یحیی[۱] و غیر آن، دلالت دارد بر آن. و هرگاه وقف بر مصلحت عامه باشد مثـل پل و مسجد، قبض آن بر ناظر شرعی اسـت که واقف نصب کرده باشد. چنانکـه فقها گفته‌اند و **روایت** سابقه[۲] دلالت بر آن دارد[۳]. و هرگاه واقف قیّمی نصب نکـرده است، قبض با حـاکم شرع است. و بعضـی در قبض مسجد و تحقّق آن، شرط کرده‌اند که نمازی در آن بشود به اذن واقف. وهمچنین در مقبره، که میتی در آن دفن شود به اذن او و بعضـی قید «اذن واقف» رانکرده‌اند. و بعضی شرط کرده‌اند کـه نماز کردن باید به نیـت قبض باشد، پس هرگـاه قبل از علم به وقف یا بعد از وقف و قبل از اذن واقف یا با فراموشی و غفلت از اینها، نماز یا دفن به عمل آید، اعتبار ندارد. و ظاهر این است که این اقوال در صورتی باشد که حاکم یا نایب مناب او قبض نکرده باشد به اذن واقف. و الاّ همان قبض حاکم کافی است و ضرور به حصول نماز و دفـن نیست. و گویا وجه توهم ضرور بـودن او این است که چون موقـوف علیهم مسلمین‌اند و اقباض بـه همهٔ آنها ممکن نیسـت، پس اکتفا می‌شود به قبض بعض آنها. و آن حاصل می‌شود به نماز یکی از آنها، یا دفن یکی از آنها. و نظر اصحـاب این اقوال به این بـاشد. و این در صورت قبض حـاکم وجهی ندارد. چون آن نایب مسلمین می‌باشد در امثال این امور.

و از مجموع آنچه گفته شد ظاهر شد کـه اصل اشتراط قبض در امور عامهٔ محل اشکال نیسـت. چنانکه در امـور خاصه ضـرور است و مادامـی که قبض بـه عمل نیامده لزومی ندارد، بلکه صحت هـم ندارد، به آن معنی که پیش گفتیم، واشتراط عدالت در قابض من حیث انه قابض، دلیلی ندارد. و ادعای اینکه باید قابض همان متولی باشـد که عدالت در آن شرط است، تمام نیست. و ایـن مطلب را به اصل و

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

عمومات و **صحیحهٔ** صفار کـه از حضرت امام حسـن عسکری(ع) روایـت کرده[۱] می‌توان تمام کـرد. هرچند در اطلاق **صحیحهٔ** صفوان[۲] و امثال آن توان خـدشه کرد. چون ظاهـر آنها تعیین متولی اصل وقف است، نـه خصوص قبض. و اشتراط عدالت در حاکم شرع در جائی که او قابض است، از حیث این است که حاکم شرع بودن متحقق نمی‌شود الا به عدالت، نه از حیثیت اینکه قابض است.

و اطلاق کلام ایشان در مسأله «تعیین متولی در صورت اطلاق واقف که مستلزم تحقق وقف و قبـض است قبل از تعیین متولـی» هم، اشعار به ایـن دارد که مطلق اقباض کافی باشد. و همچنین اطـلاق کلمات جمعی که در قبض مسجد و مقبره اکتفا کرده‌اند بـه حصول نمازی یا دفنی، و عدالت مصلـی و دفن کننده را اعتبار نکرده‌انـد. و همچنین از تتبـع بسیاری از کلمات ایشـان برمـی‌آید عـدم اشتراط عدالت در قبض در مصالح عامه. واما قابض در وقوف خاصه، پس اشکالی در عدم اشتراط عدالت قابض، نیست. چنانچه اشهر و اظهر اشتراط عدالت متولی در آنها است. چنانکه پیش گفتیم.

۵۱: سؤال: اما اولاً: هرگاه شخصی عادل باشد و بعد معصیتی که موجب خروج از عدالت شود، از آن صادر شود. و بعد از آن معصیت، معصیت دیگر دیده نشود. آیا این کـس باقی است بـر فسق؟ یا عدالـت عود می‌کنـد اگر چه از توبـه آن مطلع نشویم-؟.

واما ثانیاً: هرگاه از تـوبهٔ آن مطلع شویم، آیـا دفعتاً می‌توان حکم بـه عدالت او کرد؟ یا نه بلکـه لابد است از مصاحبت و مجاورت تا به مقتضـای آنچه معلوم شود عمل شود-؟.

واما ثالثاً: هرگاه شخصی تصرف در ملک مشتـرک نمود بدون اذن، بلکه غصب نمایـد آیا بـه همین معصیت نقـض عدالـت به عمـل می‌آید یـا نه؟-؟. خـلاصه: صغیره [ای] که واحـده باشد و مستمر بر آن بـاشد، در حکم «اصرار» اسـت- بنابر

(۱): همان مرجع، باب ۲ ح ۱.

(۲): همان مرجع، باب ۴ ح ۴.

آنکه هـر وقتی مأمـور به ترک تصـرف است و در حکم معـاصی متعدده اسـت- یا نه؟-؟.

و اما رابعا: هرگاه شخصـی مجهول‌الحال است، آیـا محکوم به فسق اسـت یا به عدالت یـا به هیچیک؟-؟-؟ بنابر اینکه هـر یک مشتمل بر بعضی امـور عدمیه و وجودیه‌اند پس متفـرع می‌شود بر آن متفرعاتی چند. که از آن جملـه هر گاه ناظر وقف مجهول‌الحال باشـد و عدالت شرط باشد، بنابر اصل عـدالت حکم به صحت شود. بیّنوا توجروا.

جواب: اما از سؤال اول: آنکـه آن شخص باقی اسـت بر فسق تا از تـوبهٔ او مطلع شویم. و امـا از سؤال دوم: آنکه حکم می‌شود بـه عدالت او به مجرد ظهـور توبه. و گویا خلافی هم در آن نباشد. چنانکه از بعض علما ظاهر می‌شود. واما از سؤال سوم: آنکه اصرار بـر صغیره در حکم کبیره است و مـوجب نقض عدالـت است. و معنی «اصرار» بسیار کردن صغیره است. خواه تکرار یک معصیت باشد یا ارتکاب معاصی مختلفه. و در معنی اصرار است عزم بر کردن آن ثانیاً. و هرگاه صغیره بکند و غافل شود از آن و عازم بر عود نبـاشد، آن اصرار نیست هرچند توبه نکـرده باشد. و اما از سؤال چهارم: مجهول‌الحال در حکم فاسق است. و تکیه بر اینکه اصل در مسلمین عدالت است تا فسـق ایشان ظاهر شود، ضعیف است. چنانکـه در محل خود بیان کرده‌ایم.

۵۲: **سؤال**: شخصی قنـاتی را در بلدی در مجرای خـاصی وقف نموده بـر اهل خانه‌های همان مجرا که از آن آب رفع حوایج خود را بنمایند. در این صورت آنهائی که در فـوق این مجـرا می‌باشنـد می‌گـویند کـه این آب زاید بـر مجرا اسـت و به خانه‌های ما ضرر می‌رساند. آیا می‌تـوانند آنهائی که در تحت می‌باشند که از فوق خانه‌هائی که در فوق‌اند، شق نهر نمـوده آ ب را از مجرای دیگر به خانه‌های خود ببرند- به طریقی که رفع ضرر از خانه‌های فوق شده، آنها هم به قدر احتیاج شرب نموده باشند- یا نه؟-؟.

جواب: اولا صاحب خانه‌های فوق باید خود رفع ضرر را از خود بکنند. و به سبب تضرر نمی‌توانند مـانع شرب خانه‌های تحت بشوند. نه اینکـه آنها را الزام کنند به

رفع ضرر. و اما هرگاه رفع ضرر به شق نهر از فوق خانه‌های فوق ممکن باشد که به سبب آن خانه‌های تحت هم به حق خود برسند، و صاحب خانه‌های تحتِ هم به طیب خاطر متحمل آن بشوند، و صاحب خانه‌های فوق هم از آن مضایقه نکنند، جایز است. ولکن بشرطی که از شرط واقف خارج نشوند.

پس مقتضای قاعده این است که در اول باید صاحب خانه‌های فوق رفع ضرر از خود بکنند به اینکه حافتین مجرا را بلند کنند، یا اگر محتاج شود به استعمال صاروج، چنان کنند. یا تنقیهٔ مجرا کنند که راه آب وسیع شود که رفع ضرر از خود کرده باشند. و هرگاه متحمل ضرر آب بشوند، صاحبان خانه‌های تحت نمی‌توانند آنها را الزام کنند که مجرا را تعمیر کنند تا آب به ایشان برسد. بلکه اگر خواهند خود درست کنند که آب به آنها برسد، بکنند.

و به هرحال، هرگاه بنا به شق النهر شود ملاحظهٔ مصلحت واقف و شرط او هم باید بشود. خصوصاً در شق حافّه مجرا. و هرگاه واقف یا متولی در میان نباشد که رجوع به آنها شود، باید این معنی به اذن حاکم شرع باشد.

۵۳: سؤال: میرزا جعفر نامی ملکی را به جهت مصلحتی وقف کرده. و تولیت آن را به اشخاص مخصوصه بر نهج خاصی مفوض کرده. به اینکه در وقفنامچه نوشته که «تولیت وقف مزبور را مفوض ساخت به نفس خود مادام حیاً باقیاً، و بعد فوته به اکبر اولاد ذکور خودش اگر محجور علیه نباشند. والا به هر احدی از اولاد خودش که مذکر و به صفت عقل و رشد موصوف باشد و همچنین اولاد ذکور و اولادِ اولاد ذکور او نسلاً بعد نسل، و عقباً بعد عقب. و بعد فوت خود و عدم ولدی که قابل تولیت باشد از اولادش و اولاد اولادش مماتناسلوا، تولیت را مفوض کرده به دوبرادر خود میرزا محمدعلی و میرزا رحیم و من ولد منهما».

به این نوع که در وقفنامچه [توضیحاً] نوشته که «بعد فوت خودش و عدم اولاد ذکوری که قابل تولیت باشد و اولادِ اولاد ذکور خودش و ان نزلوا، تولیت وقف مزبور را مفوض ساخت به میرزا محمد علی و میرزا رحیم برادران امی خود مناصفةً، و بعد از ایشان به اکبر اولاد ذکور ایشان و اولادِ اولاد ایشان ماتناسلوا و تعاقبوا، و در هر مرتبه از مراتب تولیت، متولی اولاد ذکور خواهد بود دون اناث. که اگر در طبقهٔ

مقدم ذکـور نباشد، ذکـور در طبقه مؤخـر مقدم خـواهد بود. و اگـر اولاد یکی از متولیان مذکوران منقرض شوند، به اولاد ذکـور دیگری مفوض خواهد بود. و هرگاه اولاد ذکور هـر دو -العیاذبـالله- منقرض شـوند، مفـوض خواهـد بود بـه شخص شهداوی[1] که اقرب به ایشان است»... الی آخر وقفنامچه.

و بعد کـه واقف فوت شـده از واقف ولد ولـدی مانده بـود میرزا صادق نـام و به صفات مذکوره که تـولیت مزبور مشروط به آنها بود، مـوصوف بوده. و همان ملک مزبور در تولیـت او بوده مادام حیاته. والحال فوت شده و از او دو پسـر صغیر باقی مانده. و از میرزا رحیم (بـرادر امی واقف) مزبور دو نفر کبیر مذکـر بلا واسطه باقی مانده. و از میرزا محمد علّی (برادر امی دیگـرش) دو نفر کبیر مذکر به واسطه. آیا متولی مزرعه مذکوره، صغیر میرزا صـادق است؟ یا کبیر میرزا رحیم منفرداً یا [با] کبیر نوادهٔ میرزا محمد علی مناصفتاً؟.

جواب: در صورت مزبوره، صغیر میرزا صادق متولی نیست جزماً. و نظر به ظاهر صورت وقفنامچه، منحصر می‌شود تولیت به کبیر میرزا رحیم. چون ظاهرحال واقف این است که مراعات طبقات کـرده. و نواده در طبقه دوم است. و توضیح و تفصیل آن، این است که عبارت «نسلاً بعد نسل، و عقبـاً بعد عقب» دلالت بر ترتیب ندارد علی الاظهر. و حقیر هـم ترتیب [را] از او نفهمیدم، بلکه از آنجا کـه گفته است که «تولیت را مفـوض ساخت به نفـس خود مادام حیاً و بعـد فوته به اکبـر اولاد ذکور خودش اگـر محجور علیه نباشـد والا به هر احـدی از اولاد خودش که مذکـر و به صفت عقل و رشد موصوف باشد و همچنین اولاد ذکور او و اولاد اولاد ذکور او نسلاً بعد نسل و عقبا بعد عقب».

زیرا که لفـظ «همچنین اولاد ذکور او و اولاد اولاد ذکور او» معنیـش این است: «و همچنین که تولیت مفوض بود به نفس خـودش مادام حیا و بعد فوت خود به اکبر اولاد ذکور خودش که مـوصوف باشد به آن صفات...- تا به آخـر- همچنین تولیت مفوض خواهد بود به اولاد ذکور موصوف به آن صفات مادام حیا و بعد فوته به اکبر

(۱): کذا.

اولاد ذکور او که موصوف باشد به آن صفات. و هکذا ماتناسلوا و تعاقبوا». پس از اینجا معلوم شد که تا اولاد ذکور به وصف مذکور باشد اولادِ اولاد، تولیت ندارد. و مادامی که اولادِ اولاد به این وصف باشد، اولادِ اولادِ 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 مرتبهٔ اول، به طبقهٔ ثانیه نمی‌رسد. هرچند او هم قابل باشد و متصف به صفات مذکوره باشد. و اما بعد انقراض اولاد ذکور واقف که تولیت را به میرزا محمد علی و میرزا رحیم مفوض کرده نیز گفته است که بالمناصفه بین ایشان و بعد ایشان به اکبر اولاد ذکور ایشان و اولاد اولاد ایشان ماتناسلوا و تعاقبوا. و ظاهر این است که در اینجا نیز ترتیب را مابین اولاد این دو نفر و اولادِ اولاد ایشان منظور داشته به قراین بسیار که از جملهٔ آنها مراعات قرب و بعد است در اولاد خود.

و بعد از آن نیز گفته است که بعد انقراض اولاد ایشان تولیت از برای کسی باشد که اقرب به ایشان باشد از سلسلهٔ شهداوی. و از جملهٔ آن این است که جزماً بسیار اموری که در حق اولاد خود اعتبار کرده در اینجا نیز معتبر است، و به مقایسه و ظهور واگذاشته، مثلا اکبر بودن اولادِ اولاد، و محجور علیه نبودن و امثال آن. و از جملهٔ 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 طبقهٔ مؤخر مقدم خواهد بود».

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

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

بودن به جعل واقف باشد، نه اینکه قسری باشد که به سبب وجود خارجی منحصر در آن باشد. و هـرگاه این معنی را اعتبار نکنیـم لازم می‌آید که هرگـاه سه طبقه و مرتبه مـوجود باشد- مثل اولاد، و اولادِ اولاد، و اولادِ اولادِ اولاد- هـر کدام جمعی کثیر باشند، بـاید مشترک باشد میان همهٔ اکبرهـای طبقات از اولاد هر یک از آن دوتا. و متبادر از اکبر همهٔ طبقات قسریه، اکبر نسبت به جمیع آنها است. نه اکبر هر یـک از آنها. غایت امـر مفهوم شدن اکبر سلسلـهٔ هر یک از آن دو تا اسـت که دواکبر در یک طبقهٔ قسریه معتبر باشد. نـه چهار اکبر و شش اکبر. که به ملاحظهٔ هر یک از طبقات قسریه موجود است.

باقی ماند کلام در اینکه: بعد از تسلیم ترتیب در اولاد این دو نفر که اولاد مقدم است بـر اولاد اولاد و هکذا... این در هر یـک از اولاد آن دو نفر معتبر اسـت. و بعد ازفوت میرزا محمد علی و میـرزا رحیم که نوبت تولیت به اولاد اینهـا می‌رسد پس چون میرزا رحیم پسر دارد نصف تولیت بـه او می‌رسد، و میرزا محمدعلی که پسر ندارد به پسـرِپسر او می‌رسد، و ترتیب نسبـت به اولاد هر یک ملاحظـه شده بوده است، نه در مجموع من حیث‌المجموع.

و جواب از این، این است که لفظ «بعد ایشان به اکبر اولاد مفوض باشد» به منزلهٔ «سلب کلی» است. نه «سلب کل». یعنی هرگاه هیچیک از آن دونفر نباشد به اولاد ذکور آن دو نفر می‌رسد. یعنی به «جنس اولاد ذکور» تا شامل صورتی باشد که یکی را اولاد باشد دون دیگری. و همچنین باید مراد از «بعـد اولاد به اولاد اولاد ایشـان می‌رسد» انتفای اولاد هر دو باشد نه یکی. و چنانکه با وجود یکی از دو نفر به اولاد دیگری نمی‌رسد، با وجود اولاد یکی به اولادِ اولاد دیگری نمی‌رسد.

۵۴: سؤال: هرگاه ملکی وقف باشد بر طائفه‌ای از سادات (مثلا) صغیراً و کبیراً. و بعضی از ایشان در ولایات بعیده بوده باشند. آیا در حین قسمت سهمی به ایشان می‌رسد یا نه؟-؟ لکن بعض متفرق بعد از وقـف که چندین سال متفرق شده[اند] الآن اولاد ایشان، بلکه اولادِ اولاد ایشان باقی مانده‌اند.

جواب: حصّهٔ غایـب را باید متولی شرعـی اگر بوده باشد والا حاکـم شرع ضبط کند. و آن حصه مال غایب است مادامـی که محکوم به موت نشده است. و بعد از

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

۵۵: سؤال: هرگاه ملکی وقف باشد. و من بعد موقوف علیهم احداث نمایند در آن ملک اعیان چند ازقبیل نهر آب و قطعات مزرع و اشجار و عمارت. آیا مصالحه نمودن بعض موقوف علیهم بعضی ازاعیان مزبوره را به یکدیگر، مشروع است یا نه؟-؟. و در صورت مذکوره آیا نماز در این املاک صحیح است یا نه؟-؟.

جواب: اولا باید دانست که هرگاه 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 و امثال آن. و این غصب است و نماز هم در آن صحیح نیست. و اماهرگاه وقف مطلق باشد یا عام باشد که هرگونه انتفاعی که موقوف علیهم بخواهند ببرند هرچند به باغ کردن و خانه ساختن باشد. در اینصورت این تصرفات جایز است به اذن شرکا. و نماز صحیح است ولکن به منزلهٔ عاریه است و آن زمین مختص این شخص نمی‌شود. و بدون اذن سایر موقوف علیهم این تصرفات غصب است، مثل سابق. و نماز در آن صحیح نیست.

و اما صلح اعیان: پس اگر مراد صلح اعیان خارجه است (مثل درختی که‌درآنجا غرس‌کرده‌و سنگ وآجری که از خارج آورده) پس در آن اشکالی نیست هرگاه آن شرکا به یکدیگر صلح کنند. و اظهر این است که به غیر ایشان هم صحیح است. و همچنین صلح منافع اشجار و احجار و امثال آن در مدت معینی . و اما صلح حق انتفاع به اصل زمین (که شرکا او را در آن مأذون کرده‌اند و خود هم نصیبی دارد) تا مدت معینی، پس آن نسبت به حصهٔ خود او باکی نیست. و اما در غیر آن بدون اذن شرکا- به غیر آن شرکا- پس آن صحیح نیست. چون ملک او نیست، و حق لازمی هم در آن ندارد، و عاریه دادن شرکا به او محض اباحهٔ تصرف است از برای او. چنانکه عین مستعاره را جایز نیست اعاره و اجاره چه جای صلح.

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

۵۶: سؤال: هرگاه زید وقف کند ملکی را، و تولیت آن را مادام‌الحیات برای خود قرار دهد، و بعد موته از برای ارشد اولاد ذکور باشد نسلاً بعد نسل بشرط تقدم طبقه اولی بر طبقه سفلی و منافع ملک 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 وتلاوت 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 می‌رسد. و پسری نیز از نسل عمرو مانده که آن نیز به پنج پشت به زید می‌رسد، و پسری دیگر از او مانده که به چهار پشت به زید می‌رسد.

الحال آن خمسی که مقرر داشته بود که به اولاد بدهند به طریق ارث شرعی، چگونه قسمت میشود؟ آیا اقرب به واقف - که آن پسر عمرو است که به چهار پشت به واقف می‌رسد- منع ابعد می‌کند از نسل هر کدام باشد-؟. یا منع اقرب ابعد را مختص است به همان سلسلهٔ عمرو-؟.

جواب: بدان که: ظاهراً مراد از قسمت بر سبیل ارث شرعی آن است که درهر 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 هرگاه واقف که مالک ملک بوده می مرد و این ملک می‌ماند بایست در میان اولاد «للذکر مثل حظ الانثیین» قسمت شود و ولد صلبی مانع ارث اولادِ اولاد باشد، همچنین در حیات واقف منافع [را] «للذکر مثل حظ الانثیین» میان خود اولاد صلبی قسمت کنند، و به

اولاد آنها چیزی ندهند. وهرگاه در حال حیات واقف اولاد صلبی او همه بمیرند و اولاد آنها باقی بمانند مساوی حصهٔ پسر را به اولاد او بدهند هرچند دختر باشند. و مساوی حصهٔ دختر را به اولاد او بدهند هرچند پسر باشند.

و همچنین است کلام هرگاه واقف بمیرد و تولیت به ارشد اولاد ذکور برسد. پس اگر همان اولاد صلبی بعینهم باقی‌اند «للذکر مثل حظ الانثیین» در میان آنها قسمت می‌کنند، و مادامی که احدی از آنها باقی است به اولاد آنها نمی‌دهند. و هرگاه همه مردند و اولاد آنها برجا باشند پس باز مساوی حصهٔ پسر را به اولاد او و مساوی حصهٔ دختر را به اولاد او (به نحوی که گذشت) می‌دهند. و هکذا الی آخر الابد.

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

و در کلام بعض افاضل معاصرین(ره)[1] دیدم که نوشته است که «اقرب از هر سلسله منع ابعد همان سلسله را می‌کند». و وجه آن را نفهمیدم. بلی اگر واقف گفته بود که «وقف کردم این ملک را بر بکر و عمرو و اولاد هر یک از اینها الی انقطاعهم» با ادعای اینکه ظاهر این کلام این است که در هر طبقه اولاد هر یک مدخلیت داشته باشد، در اینصورت وجهی از برای این سخن بود. ولکن مفروض

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

سؤال غیر این است. زیرا که مفاد آن این است که «وقف کردم این را بر اولاد و اولادِ اولاد به عنوان ارث شرعی» که این هم دلالت دارد بر اینکه موقوف علیه در هر طبقه کسی باشد که ارث می‌برد و هم اینکه حصهٔ او به نحوی باشد که در ارث مقرر است. چون تنصیص بر اسم نکرده و اکتفا به همین کرده که «خمس آن باید بین الاولاد علی سبیل الارث الشرعی منقسم شود».

و منحصر بودن وارث در حین وقف در بکر و عمر مستلزم آن نیست که مراد او تخصیص آنها شود به اراده، با خصوصیت ارادهٔ اولاد هر یک از آنها بالخصوص هرچند اولاد احدی از آنها ابعد از اولاد دیگری باشد نسبت به واقف. و اگر واقف نمی‌گفت که علی طریق الارث الشرعی قسمت کنند، و اکتفا می‌کرد به همین که «خمس آن وقف است بر اولاد و اولادِ اولاد الی انقطاعهم»، حکم می‌کردیم به تسویه جمیع در حصه بدون فرقی مابین اقرب و ابعد، و ذکرو انثی ، تا لازم نیاید ترجیح بلامرجح. چنانکه تحقیق آن کرده‌ام در بسیاری از جواب مسائل. و علمای عصر، جمیعا رجوع کردند به آنچه این حقیر فهمیدم در این مسأله، بعد آنکه همه مخالف بودند در آن. و از **تذکره** و **قواعد** نیز مستفاد می‌شود.

۵۷: سؤال: زید وقف کرده است ششدانگ ملک معینی را و ششدانگ طاحونهٔ معینی را. و وقفنامه[ای] نوشته. و احدی از مجتهدین زمان که الحال به جوار رحمت الهی واصل است سجلی نوشته بر آن. و حاصل وقفنامه این است که: وقف کرد زید ششدانگ مزرعهٔ فلان را و ششدانگ طاحونهٔ فلان را که چهار دانگ آنها وقف باشد بر اولاد ذکور او نسلاً بعد نسل ، و هرگاه منقرض شوند ، بر اولاد اناث. الی ان یرث الله الارض. و دو دانگ دیگر آنها را به مصارف مفصّله ذیل.

و حاصل آن مصارف مفصله این است که: در شهور مبارکهٔ رجب و شعبان و رمضان از منافع آن به این طریق صرف خیرات نمایند به جهت واقف که هر ساله در هر یک از دو شهر اول پانزده نفر قاری قرآن را ضیافت کنند که نفری چهار جزء قرآن بخوانند. و در ازای هر جزء یک شاهی به آنها بدهند. و هرقاری را یک نیمچه[1]

(۱): یک نوع بشقاب و دوری.

طعام بدهند که با عیال خود به مصرف برسانند. و مقدار طبخ برنج هشت من تبریز باشد. و در ماه مبارک رمضان سی نفر را و مصرف دیگر اینکه از حین وفات واقف الی انقضاء ده سال در هر سالی یک ساله صوم و صلات از برای واقف استیجار نمایند به انضمام نماز آیات. و آنچه از مداخل در مدت ده سال فاضل آید از مصارف مقرّره، وبعد از مدت ده سال مزبور متولی هر یک از طبقات [به] مصارف خیرات جاریات باقیات صالحات و وجوه قربات وهر چیزی که خیر و صلاح واقف و منشأ اجر اخروی باشد به جهت واقف، برسانند. و چون واقف مدتی مشغول داد و ستد دیوان بود، متولیَ هر طبقه از مداخل موقوفات (مهما امکن) به مصارف رد مظالم و ابراء ذمهٔ واقف رساند.

و زیاده از سه سال اجاره ندهند. و شرط نموده واقف که منافع چهار دانگ طاحونهٔ مزبوره را از حین وفات واقف الی انقضاء دوازده سال تمام، متولی تسلیم زوجه‌های واقف نماید علی‌السویه بالتمام. و بعد از آن بر نهج مقرر به اولاد رساند. و در سال اول وفات پانزده تومان مداخل این چهاردانگ را به سه نفر صبایای او بدهند. و شرط نمود واقف که تولیت مجموع مزرعه و طاحونه مادام الحیات با خود واقف باشد، و بعد از او با اکبر اولاد او که عمرو نام است. و بعد از او با اکبر و ارشداولاد عمرو. و بعد از انقراض اولاد او به سایر اولاد ذکور. و بعد از انقراض آنها به عالم متقی. و شرط کرده واقف که مادام الحیات نُه عشر و نیم از مداخل جمیع مزرعه و طاحونه از باب حق تولیت از برای خودش باشد. و نیم عشر دیگر به اولاد و مصارف مفصّله برسد. و بعد وفات او نیم عشر حق‌التولیه باشد از برای متولیان سایر طبقات. این حاصل اختصار وقفنامه است.

و اما سجلی که آن مجتهد نوشته است، این است که «بعد اعتراف الواقف المؤید دام عزّه صریحاً بحذافیر المسندالیه متناً و هامشاً لدیّ وقعت‌الصیغة الشرعیة علی النهج المسطور، والاقباض و القبض بین یدی، و قد اشترط فی ضمن العقد خروج وجه استیجار القربات و ردّ مظالم العباد الی مأتی تومان عن منافع الحصّة المشترطة لمصارف الوصایا المحررة خلاصاً عن الشبهة». این هم آخر سجلی است که آن مجتهد نوشته.

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

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

مطلب اول: در بیان صحت و فساد این وقف است. پس می‌گوئیم که هرگاه مستند در این وقف همین وقفنامه است، و ثبوت اینکه وقف مزبور بر همین نحوی که مسطور است در وقفنامه مسلم است، پس آنچه از ادلهٔ شرعیه در نظر حقیر ظاهر می‌شود این است که این وقف باطل است از چند جهت: **اول اینکه**: در خصوص وقف دودانگ بر مصارف مذکوره یا این است که مراد تنجیز وقف است در حال حیات واقف و لکن مصارف آن بعد موت واقف است، یا مراد وصیت به وقف است یعنی گفته است که بعد من وقف کنند بر این مصارف.

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

و اگر بگوئی که: چونکه در جملهٔ مصارف مفصله «وجوه خیرات و مبرات» مذکور است، پس شاید منظور او این باشد که مادام الحیات مصارف منافع آن دو دانگ سایر وجوه خیرات و مبرات مذکور، است. و بعد ازممات، آن امور دیگر که ضیافت و تلاوت قرآن و استیجار صوم و صلات باشد.

گوئیم که این خلاف ظاهر وقفنامه است، چنانکه پوشیده نیست. و خلاف آن چیزی است که آن مجتهد فهمیده و امضا کرده است چنانکه گفته است «عن منافع الحصة المشترطة لمصارف الوصایا المحررة» که از کلام او مفهوم می‌شود که همهٔ آن مصارف از باب وصایا است و وقف آن دو دانگ از برای آن وصایا است که

بعد از موت باید به عمل آید. و هرگاه موقوف علیه در حال حیات خود واقف است، پس شکی در بطلان آن نسبت به واقف نیست، و در مابعد واقف هم اظهر بطلان است (چنانکه در جواب سؤال‌های سابقه در همین مجموعه بیان کرده‌ایم)[1]، قطع نظر از اشتمال آن بر امور دیگر که موجب بطلان می‌شود، 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 تولیتَ قبل از وقف شدن، معنی ندارد. از جهات دیگر باطل می‌شود چنانکه بعد خواهیم گفت.

جهت دوم این است که: چنانکه وقف بر نفس واقف باطل است، انتفاع واقف از عین موقوفه و اکل از آن هم جایز نیست، و همچنین ادای دین و گذران معیشت از آن، هرچند وقف بر غیر باشد. چنانکه مشهور علماست، بلکه خلافی در آن نقل نشده از شیعه الا از ابن جنید که علامه در **مختلف** از او نقل کرده قول به جواز انتفاع به ثمرهٔ 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 خانه‌ای که وقف کرده، و استدلال کرده به روایت ابی الجارود «قال: قال ابوجعفر -ع-: لایشتری الرجل ماتصدق به، وان تصدق بمسکن علی ذی قرابته فان شاء سکن معهم و ان تصدق بخادم علی ذی قرابته خدمه ان شاء»[2] و این روایت با ضعف سند و معارضهٔ 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 **مسالک** گفته است که «چون قاعدهٔ مذهب اصحاب این است که شرط

(۱): رجوع کنید به مسئلهٔ ۲۵و۲۶ ج۴، موضوع منقطع الاول.

(۲): وسائل: ابواب الوقوف، باب ۳ح۲.

است در وقف اخراج آن ملک وقف از خود واقف بـه حیثیتی که باقی نماند از برای واقف استحقاقی در آن، به جهت آنکه وقف اقتضا می کند نقل ملک و منافع آن را از خود. پس هرگاه شرط کند قضای دیون یا ادرار مؤنهٔ خود و امثال آن را، پس شرط کرده است آنچه [را که] منافی مقتضای عقـد است. پس شرط و وقف هر دو باطل می‌شوند.» و ظاهر این کلام مشعر به دعوی اجماع است. و خصوص روایت علی بن سلیمان بـن رشید دلالـت بر آن دارد «قـال: کتبت الـی ابی الحسـن-ع- جعلت فداک لیـس لی ولـد ولی ضیاع ورثتهـا من ابـی، و بعضها استفـدتها، ولا آمـن الحدثان فان لم یکـن لی ولد وحدث بی حدث فماتری جعلـت فداک لی ان اقف بعضها علـی فقراء اخوانی والمستضعفیـن، او ابیع و اتصدق بثمنها علیهـم فی حیاتی، فـانی اتخوف ان لاینفذ الوقف بعـد موتی. فان وقفتها فی حیـاتی فلی ان آکل منها ایام حیاتی ام لا؟-؟ فکتب-ع-: فهمت کتـابک فی امر ضیاعک. فلیس لک ان تاکل منهامـن الصدقة فان انت اکلت منها لم ینفـذان کان لک ورثة. فبع و تصدق ببعض ثمنها فـی حیاتک. و ان تصدقت امسک لنفسک مایقـوتک، مثل ما صنع امیرالمؤمنین».[1]

و موثقة عبدالله [بن] مغیره از طلحة بـن زید «عن ابی عبدالله-ع- عن ابیه-ع- ان رجلاً تصـدق بدارله و هـوساکن فیهـا، فقال: الحین اخـرج منها».[2] و دلالت روایت علی بـن سلیمان در کمال وضوح اسـت در عدم جواز انتفاع واقـف از عین موقـوفه به عنوان اطـلاق. زیرا که مـراد از «اکلت» در حد یث، خصـوص «خوردن حقیقـی» نیست، بلکه مراد آن تصرفاتی است که انسان محتاج است به آن. و مراد از کلمهٔ «فان اکلت منهـا لم ینفذ» این است که اگـر اراده داری که منتفع شوی از آن، و بنای توبـه این است، وقف نافـذ نیست و صحیح نیست. و شـرط انتفاع هم داخل عموم آن هست. بلکـه نظر به اینکه راوی اهتمام دارد بر اینکـه راهی بجوید که از برای او راهـی باشد در منتفع شـدن. و امام(ع) راهی از برای او قـرار نداد و فرمود «بفروش آن را و تصدق کن».کالصریـح است در نفی قول ابن جنید. زیرا که

(۱)و(۲): همان مرجع: ح ۱و۴.

اگر شرط منتفع شدن در ضمن عقد نفعی داشت آن حضرت بایست بفرمایند که «هرگاه شرط انتفاع خود بکنی جایز است».

و دلالت می کند بر این نیز اینکه وقف ازجملهٔ صدقات است. چنانکه علما تصریح کرده‌اند. بلکه تفسیر کرده‌اند وقف را به اینکه صدقهٔ جاریه است و جایز نیست منتفع شدن به صدقه. چنانکه از اخبار مستفاد می‌شود و از خصوص همین روایت هم تعلیل به آن مستفاد می‌شود. که فرمود «فلیس لک ان تأکل منها من الصدقة». و لکن در کتاب **من لایحضره الفقیه** کلمهٔ «ولا»بعد «إن تاکل منها» موجود است.(۱) و بعضی استدلال کرده‌اند بر مطلب به دو حدیث **صحیح** اسماعیل بن فضل و ما آنها را سابق بر این در همین مجموعه ذکر کردیم و اشکال کردیم در دلالت آنها،(۲) و علی ایّ حال خالی از تأیید نیستند.(۳)

و قول ابن جنید شاذ است و مهجور است و موافق عامه است چنانکه غالب فتاوی او موافق عامه است، و دلیلی از برای او ظاهر نیست به غیر عموم حدیث امام حسن عسکری(ع) که فرمود« الوقوف یکون علی حسب مایوقفها اهلها».(۴) و این حدیث عام است و آن اخبار خاص‌اند، و خاص مقدم است بر عام. با وجود اینکه می‌توانیم قدح در دلالت عام کرد به اینکه مراد از لفظ «وقوف» در کلام امام(ع) اعیان موقوفه است به قرینهٔ «علی حسب مایوقفها اهلها» که ضمیر «یوقفها» راجع به اعیان است، یعنی باید معامله کرد با اعیان موقوفه بر نهجی که واقف قرار داده و وقف آن کرده، و تغییر آن نباید داد. و به هر مصرفی که حبس کرده ملک خود را، بر آن و منع خود و غیر خود کرده از آن صرف باید کرد.

پس حکم منفعت محبوسه استفاده می‌شود، از روایت، نه حکم منفعتی که برای خود گذاشته و اخراج از خود نکرده، تا بگوئیم چون در حال وقف انتفاع خود را

(۱): فقیه: ج ۲ص ۲۸۹.

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

(۳):حدیث اول اسماعیل بن فضل در وسائل: ج ۱۳، ابواب احکام الوقوف، باب ۳ح ۳ است، و حدیث دوم در تهذیب شیخ ج ۹ص ۱۵۰.

(۴): وسائل: ابواب احکام الوقوف، باب ۲ح ۱و۲.

شرط کرده باید متابعت آن را کرد. پس حقیقت این «انتفاع بردن» داخل وقوف و حکم وقوف نیست. و پر واضح است که مراد امام(ع) این نیست که جعل وقف و انشاء حقیقت وقف به دست اهل آن است که به هر نحو خواهد وقف کند. والّا لازم می‌آید 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 یک از آن امور مجوزهٔ شارع بگذارد، باید به همان نحو (که واقف اختیار آن کرده از وجوه مجوزهٔ 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.[1] نه عموماً و نه خصوصاً.

هرگاه این را دانستی پس می‌گوئیم: شرط اخراج ردّ 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. می‌گوئیم: امّا اوّلاً : 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 هرگاه این را امام مرخص نکرد (و گاه است که ایام حیات یک لمحه باشد) پس چگونه مرخص می‌کند که بعد ازممات، چنین قرار دهد که ابدالدهر 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 هرحال شکی نیست که رد مظالم واجب، از جملهٔ دیون است مثل خمس و زکات و همچنین استیجار صوم و صلات هم ادای دین است که بر ذمهٔ او است. خصوصاً 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 وامور مستحبه از

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

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

و این توهم بسیار ضعیف است. زیرا که در آن صورتها هرکسی که در مسجد نماز می‌کند یا در حمام غسل می‌کند یا خود تلاوت قرآن می‌کند، آن اعمال را از برای خود می‌کند و ثواب آنها را از حق تعالی از برای خود می‌طلبد. و گاه است که کسی که هیچ خبر ندارد که حمام وقف است در آن غسل می‌کند و به خاطر او خطور نمی‌کند که کسی در ثواب او شریک باشد. و همچنین قاریان قرآن که کسی به ایشان از باب منافع وقف قراء، چیزی می‌دهد در حین قرائت این معنی در مخیله آنها خطور نمی‌کند. و اما در مانحن فیه پس مراد این است که از این منافع به قاری می‌دهند که آنچه می‌خواند از برای واقف باشد، و ثواب آن را برای واقف قرار دهد. و هکذا سایر مثال‌ها. پس ثوابی که به واقف می‌رسد در وقف بر خیرات عامه، آن ثواب اعانت آن جماعت و خشنود کردن بندگان خداست بدون توقع عوضی از آن بندگان. بلکه عوض بر خداوند عالمیان است. بخلاف مانحن فیه که در اینجا عوض از بندگان، مطلوب واقف می‌شود. و به عبارت اخری: در مانحن فیه معامله‌ای است با بندگان که از این مال به آنها می‌دهد و عوض از آنها می‌گیرد. بخلاف مطلق وقف.

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

وجه سوم: اشتراط نُه عشر و نیم است به حق تولیت از برای واقف مادام الحیات و

هر چند مآل کلام در این وجه هم به وجه دوم برمی‌گردد و لکن چون در اینجا شائبهٔ 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 برنفس‌خود» است گو با اشتراک غیر باشد. و کسی که این را تجویز کرده غفلت او از این راه است که این را از راه شرط از برای ناظر ومتولی 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 هرگاه وقف بر جمع خاصی کرده باشد (مثل اولاد. یا مثل سادات و خود از جملهٔ سادات نباشد) اینکه بخورد از وقف و منتفع شود از آن. خواه شرط کند که خود بخورد یا بخوراند به دوستان خود یا نه و خلافی در مسأله به نظر نرسیده الا از ابن جنید در صورت شرط. و مختار، مذهب مشهور است و دلیل ایشان واضح است، و بیان این پیش گذشت.

دوم: اینکه هرگاه وقف کند بر مصلحت عامه مثل مسجد و رباط که از برای زوار و مترددین می‌سازند، ظاهراً خلافی در جواز انتفاع واقف به آن، نباشد. خواه شرط بکند و خواه شرط نکند.

سوم: اینکه هرگاه وقف کند بر قومی به عنوان عموم مسلمین یا فقرا یا فقها، اشهر و اظهر در آن نیز جواز انتفاع خود او است هرگاه او هم از جملهٔ 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 مطلقا 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. ولکن در صورت اطلاق،

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 کـه متبادر از اخبار منع غیر این صـورتی است که از راه فقیر بودن وفقیه بودن منتفع شود. و عموم حـدیث عسکری(ع)[1] مقتضی این است که جایـز باشد، به سبب اینکه عمـل کرده است به حسب آنچه وقـف کرده واقف. چون واقف به فقرا مثلا وقف کرده و اینهـم فردی است از فقرا.

چهارم: مشهور ایـن است که جـایز است کـه تولیـت وقف را از برای خـود قرار بدهـد. چنانکه جایـز است که بـرای غیر قرار دهـد و از علامه در مختلف ظـاهر می‌شود دعوی اجماع و مخالف در مسأله ابن ادریس است و آن ضعیف است.

پنجم: جایز است که شرط کند از برای متولی که بخورد و بخوراند. و در حقیقت در اینجا متولی از جملهٔ مـوقوف علیهم می‌شود. و این شرط منافـاتی با عقد وقف ندارد.

ششم: مشهور این است که جایز است در اینصـورت که برای متولی شرط کرده خوردن و خورانیدن را که هرگاه خود متولی باشد اینکه بخورد و بخوراند. و صاحب **کفایه** در جواز خوردن خود واقف هرگاه متولی باشد تأمل کرده. و این لازم قول ابن ادریس و علامه است در **مختلف** زیرا که عموم متولی هـم 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 وقـف بر فقرا و فقهـا گفتیم که هـرگاه شـرط کرده است انتفـاع خود را در صورت تولیت، جـایز نیست. چون داخل «شرط انتفاع خود» اسـت. و هرگاه شرط عدم انتفاع خود کرده، حکم عدم جواز اوضح است. و در صورت اطلاق جایز است، زیرا کـه مفـروض این است که انتفاع از حیثیـت این است که متولـی است، نه از حیثیت اینکه خود واقف است. و نه از حیثیت اینکـه تولیت خاصه است بلکه از این

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

جهت است که فـردی است از افراد متولی. والحاصل: آنچه ممنوع است تصرف او است در وقف از حیثیـت اینکه خود مقصود باشـد در وقف به قصد اول. نـه ثانیاً و بالعرض.

هرگاه این را دانستی، پس می‌گوئیم که در صورت مفروضه که شرط کرده است که مادام الحیات که خود متولی است نُه عشر و نیم ببرد. و بعدالممات که ولد اکبر متولی می‌شود نیـم عشر ببرد، اگر نگوئیم که صریح اسـت در وقف برخود، لااقل داخل عموم «شـرط انـتفاع از برای کـلی متولی» نیـست، که خود از حیثیت آنکه فردی است از کلـی متولی، جایز باشـد که ببرد هرچه را که مطلـق متولی می‌برد، مثل کلّی فقرا و فقها، بلکه در اینصـورت به قدر مساوی نیم عشر هم بر او حلال نیسـت. به جهت آنکـه نیم عشر وقتی حـلال بود بر او کـه استحقاق از راه بودنش فـردی از متولی کلی، بود. و در اینجـا قدر مشترکی میان خـود وغیر قرار نداده. بلکه در وقفـی متولی خاصـی قرار داده و مجموع نُه عشـر و نیم را از برای خود قرار داده، و این نیست الا معنی شرط نفع از برای خود.

و اگر می‌گوید که من از حیثیت اینکه متـولیم این را می‌برم، این بی اصل است. به سبب اینکه هرگـاه حیثیت تولیت بنفسها مقتضی این است پـس باید در غیر او هم ثابت باشد. و شکی نیست که مفهوم اینکه «از حیثیت اینکه متولیم» مغایرست با مفهـوم اینکه «از حیثیت اینکه خـود متولیم» و گمـان می‌کنم که ایـن مطلب از کمال وضوح احتیـاج به زیاده بر ایـن بیان ندارد. علاوه بـر اینها گوئیم کـه شرط انتفاع متولی از عمـوم حدیث عسکری(ع) مستفاد شده و اینکه فـرموده است که «الوقوف علی حسب مـا یوقفها اهلها»[1] و آن منصرف مـی‌شود به افراد متعـارفهٔ شروط واقفین. و ایـن فردی که حق التـولیه اغلب منافـع باشد (بلکه آنچـه برای موقوف علیهم می‌ماند کالمعدوم است) از این حدیث متبادر نمی‌شود. پس معلوم نیست که چنین شرطـی واجب الاتباع باشد در صورتی که از بـرای مطلق متولی قرار دهد، چه جای آنکه از برای خود قـرار دهد که شائبه دخول آن در ضمن وقف

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

بر نفس هم علاوه می‌شود.

مطلب‌دوم: در توضیح و بیـان مطلب آن مجتهد است در سجلی که بـه وقفنامه نوشته است. زیرا که آنچه را که از برای خروج از شبهه از باب شرط ضمن‌العقد قرار داده، مشتبه است. و معلوم نیسـت که مقصود ایشان خروج از شبهـه در چه چیز است. و گمان حقیر ایـن است که دو چیز در نظر ایشان آمده از طـریقهٔ وقف واقف نسبت به دو دانگ دیگر مزرعه در وصایای مفصله که مخل است به حقیقت وقف:

یکی اینکه از جمله وصـایای محرره رد مظالم و استیجار صـوم وصلات و تلاوت قرآن است. و اینهـا همه نفعی است که عـاید واقف می‌شـود. و شرط [کردن] آن منشأ، بطلان است بنابر مشهور و گویا ایشان مذهب ابن جنید را اختیار کرده‌اند، و از برای خـروج از شبههٔ مخـالفت مشهور از پـی چاره رفته‌انـد و چاره را ایـن قرار داده‌اند که این را از باب «شرط ضمن العقد» کنند، نه داخل ماهیت وقف. پس اصل ماهیت وقـف متحقق شده باشد به وقـف بر سایر خیرات و مبـرات، و منتفع شدن خود را از بـاب شرط خارج قرار داده بـاشند که دخلی بـه ماهیت وقف نـدارد. به جهت اینکه البته شرط در ضمن العقد غیـر از نفس عقد است والّا در ضمن عقد بودن آن بی معنی می‌شـود. مثلا هرگاه‌کسی خانـه را بفروشد و در ضمن عقد بیع خـانه شرط کند بایع، کـه مشتری هم‌اسب خود را به او بفـروشد، بیع اسب مطلقا مدخلیتی در مـاهیت بیع خانه ندارد. و این شر ط 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- کـه بایـع است و مشتری و عیـن معلومـه و عوض معلـوم و ایجـاب و قبول- و بعد از تحقق مجموع، شرطی [را] در مابین ایجاب و قبول ذکر می‌کنند. پس همچنین در حقیقت وقف چند امر معتبر اسـت: واقف و موقوف علیه و تأبید و تنجیز و اخراج از نفس بتمامها یعنی تمـام ملک و منافع آن را از خود بیرون کند و برای مصرفی معین قرار دهد ابداً بدون تعلیق به شرطی.

پس هـرگاه واقف بگـوید « وقفت هذه المزرعة علی وجوه الخیرات و المبرات و شرطـت ان یصرف مقـدارمأتـی تومان مـن منافعها لاجـل ردالمظالـم و استیجار

العبادات»، و ناظری که متولی قبول است در امور عامه بگوید «قبلت الوقف والشرط»، پس باید به لفظ ایجاب قصد اخراج تمام موقوف و منافع آن [را] به سوی موقوف علیه کرده باشد، و بعد از آن ذکر کند شرطی را که مغایر اصل عقد است. و مفروض این است که در ایجاب، مقصود او اخراج تمام منافع و انحصار موقوف علیه در وجوه خیر وبرّ نیست. بلکه منظور دارد که بعض منافع آن از برای خودش باشد. پس در اینصورت وقف بعض عُین و منافع کرده خواهد بود. نه تمام آن. و مفروض این است که بعض را معین نکرده، والّا 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 هرگاه محتاج شود» یا «ادخال هرکس [که] بخواهد» چنانکه فقها تجویز کرده‌اند، پس آنها از باب شرط ضمن العقدند که تجویز آن از شارع رسیده. و منافات با تأبید و اخراج از نفس، ندارد. زیرا که تأبید و اخراج از نفس در طی ایجاب فی‌الجمله 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 کرده‌اند در وجوه «لزوم شرط در ضمن عقود لازمه» اینکه آن شرط داخل احد عوضین می‌شود وبه این سبب لازم می شود. پس در اینجا هم می‌گوئیم که وقف از عقود لازمه است با انضمام قبض، مانند صدقه و هبهٔ ذی رحم غیر معوضه، که شرط در ضمن آنها لازم می‌شود هرچند در طرف دیگر عوضی نباشد. بلکه می‌گوئیم که عوض ، ثواب است . چنانکه بعض فقها استدلال کرده‌اند از برای لزوم صدقه به اینکه آن داخل هبهٔ معوضه است، و چه عوضی است که بهتر از ثواب باشد (هرچند ما را در این، کلامی هست که در

کتاب هبه همیـن مجموعه بیان کرده‌ایم) و بنابر این پس باز لازم می‌آید « وقف بر نفس و عدم خروج وقف از نفس و اشتراط نفـع از برای خود» . پـس این راه چاره فـایده[ای] نکرد از بـرای خروج از شبههٔ مخالفت مشهور.

و ثالثاً اینکه: عقد اصل است و شرط ضمن العقـد تابع است. و مفروض تفصیل واقف، عکس این است. چون او عبادات را ذکـر کرده و گفته است که «اگر چیزی فاضل آیـد صرف خیرات و مبرات کنند». پـس چگونه ما اصل عقـد را منصرف به خیرات و مبرات کنیم و آنها را از باب شرط قرار دهیم.

و دوم[1]، جهالت مقدار رد مظالم است. بلکه جهالت مقدار اجرت صوم و صلات. خصوصاً بـا توزیع آن بر ده سال کـه تغییر وجه اجاره در سنـوات محتمل است. و تعیین مقدار هم صعوبت دارد. چون معلوم نیسـت که در هر سال چه خواهد شد. بلکه جهالت گوشت و روغن و ادویه طعام و امثال آن نیز. و به این اشاره کرده است به قولش «إلی مأتی تومان». و توجیه این چاره به یکی از دو وجه می‌شود **یکی** آنکه تلاوت قرآن که مقـدار آن ومقدار اجرت آن معین است، و صوم و صلات کـه هرچند اجرت آن معین نیست لکن مقدار آن معین است، اولا مقدم دارد و از دویست تومان بردارد، تتمه را به رد مظالم بدهد.

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

و بر این وارد می‌آید: اما بر وجه اول: اینکه گاه است تلاوت قرآن و صوم و صلات احاطه کند بر دویست تومان- هرچند این احتمال بعید است در مانحن فیه ولکن چون این چاره افادهٔ عموم جواز آن می کند و در بسیاری از صور هست که احاطه از احتمالات ظاهر می‌شود- و در آنوقت از برای رد مظـالم، چیزی باقی نمی‌ماند. و حال آنکـه مقصود او حصول آن اسـت. و اما بر وجـه دوم (قطع نظر از آنکـه نسخ خلاف اصل است. بلکـه خلاف ظاهر کلام واقف و آن مجتهد) لازم مـی‌آید 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 نظرایشان آمده... یکی...» و این دومین است که شروع می کند.

تقدم تلاوت و صوم و صلات بر رد مظالم، یا تسویهٔ مابین آنها و حال آنکه رد مظالم واجب از حقوق مالیه است و از اصل مال خارج می‌شود، هرچند آن را در ثلث قرار بدهند. پس چگونه در اینجا مطلقا عبادات را مقدم داریم که یا مستلزم تفویت رد مظالم شود یا تبعیض آن، و عدول به آنچه که جایز نیست عدول به آن.

و از مجموع آنچه گفتیم ظاهر شد که آن مجتهد یا غافل شده است بالمره از حکایت شرط واقف نُه عشر و نیم را از برای خود به حق التولیه، والا بایست چارهٔ آن شبهه را هم کرده باشد و شبههٔ آن کمتر از اینها نبود. و یا اینکه نظر او به این بوده که فقها گفته‌اند که جایز است واقف از برای متولی چیزی قرار بدهد. و هم گفته‌اند که صورتی که خود متولی باشد جایز است که خود هم منتفع شود مانند متولی‌های دیگر . و جواب از این را مفصلاً بیان کردیم . و بیان کردیم که مقتضای کلام مشهور بطلان آن است. و خروج از شبههٔ مخالفت ایشان نیز ضرور بود. خصوصا اینکه ابن ادریس قائل شده به عدم جواز تولیت واقف اصلاً، هرچند این شبهه ضعیف است ولکن اختیار قول ابن جنید هم بسیار ضعیف است.

مطلب سوم: بنابر این که آن مجتهد سابق امضاء و تنفیذ این وقف کرده باشد، آیا جایز است از برای مجتهد دیگر که مخالف او است، نقض آن یا نه؟-؟. بدانکه آنچه مشهور و معروف است مابین فقها و اصولیین این است که نقض حکم جایز نیست نه از برای خود آن مجتهد (هرگاه 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 مابین ترقب حصول آن، مثل مانحن فیه. و نقض فتوی جایز است. و حقیر در این مسئله بسط زیادی در **قوانین** داده‌ام. و تحقیقات چند در آنجا شده که از خواص آن کتاب است. و حقیر نقض فتوی را هم در بسیاری از احکام جایز نمی‌دانم.

ولکن 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 ملااحمد اردبیلی اختیار کرده) این است که ظاهر شود که مجتهد سابق مسامحه در اجتهاد کرده بوده است، و دلیل مسأله به حدی

واضح بوده کـه اگر تتبع تمام و بـذل جهد به قدر وسـع می‌کرد، به آن نحـو حکم نمی‌کرد و فتوی نمی‌داد. و الحاصل مراد ظهور بطلان حکم و فتوای سابق است نه مجرد تغییر رای. زیرا که تغییر رای مستلزم بطلان رأی سابق نیست. بلکه مستلزم مرجوحیـت آن است علی الظاهر. و هـرچند ظنّ حقیر در خصوص ایـن مقام این است که غفلتـی از آن مجتهد حاصل شده و اگـر نه بایست که چنیـن بنا گذارد. ولکن صاحـب مسأله از من حکم به نقـض یا عدم آن را خواهش کـرده و اینکه من بگویم آنچه او کرده بـاطل است حکمی خواهد بود از من بـه بطلان. و حکم بدون مرافعه صورت نمی‌پذیرد. و به مجرد کاغذ وقفنامه و امثال آن حکم نمی‌توان کرد. و فتوی دادن یعنی «اگر چنین است، چنین اسـت. و اگر چنان است، چنان است» دخلی بـه حکم ندارد و از باب فتـوی است. و نقض حکـم بفتوی با وجـود بقای خصمین بـالفعل صورتی نـدارد. و خصوصاً اینکـه عبارت آن مجتهد هم متشـابه است، و از بـرای من بـه محض آن عبارت کـه در کاغـذ نوشته شـده علم حـاصل نمی‌شود به حکـم او، خصوصاً که با آن مجتهد معاشـرت نکرده‌ام و از طریقه او در اصول و استنباط مطلـع نیستم که توانم حکم کنـم که: نظر به طریقـه 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 چهاردانگ 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 می‌شود . 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 مجمـوع منافع چهار دانگ وقف اولاد را از روز وفات واقف تا دوازده سال تمام به سه نفـر از زوجات او بدهند، و اینکه مبلغ پانزده تومان منـافع آن را در سال اول به سه نفـر صبایای او بدهند. و امـر در این مشکل است، به سبب اینکه حقیقت این وقف راجع می‌شود به «منقطع الوسط» و موقوف علیه از اول ایام وفات، زوجـات مزبوره‌اند. و بعد از آنها اولاد ذکور. و اگـر تحدید به دوازده سال نبود باکی نبود. اما با تحدیـد به این مدت چون محتمل است که قبل

از انقضای مدت همهٔ آن زوجات یا بعض آنها بمیرند، در آنوقت معلوم نیست که موقوف علیه کیست. و وقف با جهالت موقوف علیه باطل است هرچند در قدری از زمان آن باشد.

ورجوع 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 ظرف مدت، وقف به زوجات باشد وهرگاه همهٔ 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 صغیراً و کبیراً داشته و ششدانگ ملکی هم داشته که چهار دانگ آن را وقف اولاد ذکورخودکرده، و به تصرف هم داده. و دودانگ دیگر به رسم ثلث به جهت «مصارفی که ثواب آن عاید خودش شود» نیز وقف [کرده] که بعد از فوت اولادش از دودانگ ثلث توقعی نکرده منافع دودانگ به مصرف خیرات ومبرات که ثواب آن عاید خودش شود رسیده باشد. و در وقف و مصرف چهاردانگ اولاد نیز به استحضار و تجویز مرحمت و غفران مآب مجتهد بلد ورضای خاطر کبار ولد نُه عشر و نیم حق‌التولیه رابه جهت مصرف خود که متکفل اخراجات صغار اولاد نیز می‌بوده است مشخص [کرده] که بعد از وفات واقف نُه عشر و نیم را موقوف علیهم متصرف، و نیم عشر دیگر را به صیغهٔ حق‌التولیه متولی هر عصری به مصرف رساند.

واقف مزبور سه سال بیشتر در حیات نبوده متوفی شده است. در این باب وقفنامچهٔ مبسوطی قلمی و به مهر متّکی ارائک الجنان جناب مجتهدالزمان حاجی سید حسین علیه‌الرحمة والغفران نیز رسیده. و وقفنامجات دیگر هم به این مضمون سجل به خط شریف و خاتم منیف مرحوم سید می‌باشد. و حالا بعضی از ظاهربینان کتب فقه که ملاهای رسمی باشند تشکیک در صحت چنین وقف می‌نمایند. چرا که حق‌التولیه را زیاده بر تعارف قرار داده‌اند. و حال آنکه مجتهد

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 و واقف زیاده از اجرت را شغل ذمهٔ موقوف علیهم می‌باشد؟ و یا اینکه واقف از منافع ثلث خود باید محروم گردیده و ثلث واقف را هم ورثه (به تقریب اشتباه کاتب در عبارت و یا سهو در تحریر مضمون) متصرف و موصی را محروم سازند. بیّنوا توجروا.

جواب: ظاهر این است که حقیر هم از جملهٔ ظاهربینان و ملاهای رسمی باشم. و هرچند مقصد و مراد آن مجتهد مرحوم را علام الغیوب می‌داند، و لکن آنچه سائل در بیان مقصد ایشان ذکر کرده متدافع و متناقض، و مبتنی بر قاعده[ای] از قواعد فقها نیست، و باید ساحت مرتبت آن مجتهد مرحوم را از این خیالات منزه ساخت اولاً اینکه دو دانگ را به رسم ثلث وقف کرده که بعد از فوت او به مصارف خیرات اوبرسد. معنی این را نمی‌فهمم. اگر مراد این است که چون وقف از جملهٔ منجزات است و هرگاه در مرض موت باشد از ثلث اعتبار می‌شود چنانکه اکثر علما گفته‌اند، پس (قطع نظر از ضعف این قول و اینکه اقوی خروج از اصل است) بر این وارد است که مقتضای این قاعده خروج مجموع وقف است از ثلث. نه اینکه خصوص وقف به جهت این خیرات و مبرات را از ثلث اعتبار می‌کنند. بلکه هرگاه وقف در حکم وصیت شد از ثلث اعتبار می‌شود، و هرچه در ذکر مقدم است آن را مقدم می‌دارند تا استیفای ثلث بشود. خواه وقف برای اولاد باشد و خواه غیر، و خواه از برای نفع خودش.

اینها همه بعد از قطع نظر از «بطلان وقف از حیثیت اشتراط منتفع شدن واقف» است. و بعد از قطع نظر از اینکه مفروض این است که این وقفها در مرض موت نبوده. و با قطع نظر از اینکه موقوف علیه دودانگ در حال حیات واقف، معلوم نیست. و در وقف تنجیز شرط است و تعلیق به موت بی معنی است. مگر در وصیت به وقف، و آن خلاف مفروض است زیرا که مفروض وقف در حال حیات است.

و اگر مراد این است که واقف وصیت کرده است که آن دودانگ را بعد ازحیات او وقف کنند، و مفروض این است که زاید بر ثلث نیست، پس این نیز خلاف ظاهر

سؤال سائل و صریح وقفنامه است بجهات شتّیٰ.و دیگر من علم غیب نخوانده‌ام که سهو کاتب چه چیـز است، و مدعی چه سخنی دارد که در آخر سـؤال نوشته است که «آیا به تقریب سهو کاتب واقف را باید از ثلث خود محروم کرد» و نفهمیدم که معنی «ثلـث خود» چه چیـز است. با وجـود اینکه اینها همـه منافی آن اسـت که متمسک شده بـه آنکه مرحوم مغفـور طاب ثراه این وقفنـامه را، وسایر آنهـا را (با وجـودی که از جملـهٔ محققین و حقیقت بین بـوده‌انـد و از جملهٔ ظـاهر بینـان نبوده‌اند) سجـل و ممهور نموده‌اند. چگـونه شد که بـه این سهو کاتـب که منشأ اختلاف حکم می‌شود برنخورده‌اند.

و ثانی اینکه از برای گر یز از اینکه شرط نُه عشر و نیم از برای حق‌التولیه از بابت «شرط انتفاع واقـف به وقف» است و آن جـایز نیست- علی‌المشهـور الذی کاد ان یکون اجماعاً، کـه مخالف در آن به غیر ابن‌جنید کسی نیسـت- این معنی را ذکر کرده‌اند که به رضای کبار ورثه شـده و انفاق و تکفیل صغار هم در آن منظور شده بوده و اینکه مرحـوم مغفور طاب ثراه نیز این معنی را در نظر داشتـه‌اند (وحاشا از ایشان که چنیـن معنی در نظر ایشان باشـد) و به این رفع کرده‌انـد سخن بعضی ظاهر بینان را که گفته‌اند که: این حق‌التولیه زاید بر متعارف است.

این گریز را به هیچ طرف راهی نیسـت. و این چاره نفعی در تصحیح این قرارداد نمی‌کند. اما اولاً: پس به جهت اینکه آنچـه فقها گفته‌اند که «از برای واقف هست که شـرط کند تولیـت را از برای خود» مـراد ایشان ایـن است که ایـن را در جملهٔ قرار داد وقـف کنند و داخل ماهیـت و حقیقت آن وقف خـاص کنند نه اینکه وقـف را به عنوان اطلاق کنند و وقف تمام شود و بعـد از آن در مقام تعیین ناظر و متولی در آیند. و فـرق میان این دو مقـام هویدا و آشکـار است. و در مقام اول مشهـور میان علما، جواز آن است. بلکـه دعوی اجماع بر آن شده، و مخالـف در آن ابن ادریس است و آن ضعیف است.

و اما مقام دوم: پس در آن خلاف عظیم اسـت و اقوال متعدده هست. و آن اقوال مبتنی است بر مسألهٔ انتقال ملک به موقوف علیه یا غیر آن.

که گفته‌اند که بنـابر اینکه ملک باز از برای واقف باشـد ولایت از برای او خواهد

بود مطلقاً، یعنـی خواه وقف بر جهـت خاصه باشد یـا عامه. و بنابـر اینکه از برای موقوف علیه باشد، ولایت از برای او خواهـد بود مطلقاً. و شاید اینکه ملک از برای موقوف علیه باشد، هرگاه موقوف علیه جهت خاصه باشد مثل وقف اولاد. و از برای خدا باشد، هرگـاه جهت عامه باشد مثل فقرا و مسجـد و امثال آن. پس در صورت اولی تولیت از برای موقوف علیه است و در صورت ثانیه از برای حاکم شرعی.

و هرگاه ایـن را دانستی، می‌گوئیم که: ظـاهر این است که مـراد واقف در شرط تولیت همان معنی اول است. یعنی شرط تـولیت را از جملهٔ شرایط حال وقف قرار داده، نه اینکه اختیار تولیت کرده از برای خـود بعد از اتمام وقف بر وصف اطلاق. خصوصاً با ملاحظـهٔ اینکه اشهر واقوی در مسأله انتقال ملک این است که منتقل می‌شود به موقـوف علیه. خصوصاً در جهت خاصه. پس در اینصـورت مادامی که عقد وقـف تمام نشده و ذکـر شرایط آن به انجـام نرسیده منتقـل به موقـوف علیه نشده. پس ذکر رضای کبار موقوف علیهم بی وجه است، و رضای آنها مدخلیّتی در صحت تولیت و حق‌التولیه ندارد.

و همچنین: درج کردن نفقهٔ صغیـر که واجب است بر او قبل از وقـف، بر فرضی که منافـع وقف موجب غنای او شود کـه مسقط نفقه باشد، هنوز عقـد وقف تمام نشده که او را غنی کرده باشد. و ولی می‌خواهد که معاوضه کرده باشد. یعنی این مقدار از منافع وقـف را برای خود بردارد که در عوض آن نفقـهٔ صغیر غنی خود را بدهد. و اگر بگوئیـم که مراد سائل این است که از باب نفقهٔ ولـی باشد که از مال صغیر برمی‌دارد (که اقوی در اینجا این است که جایز است که به قدر اجرت‌المثل عمل در اموال و امور صغیر، بردارد خصوصاً بافقر ولی) این نیز بی وجه است. زیرا که معنی اجرت برعمل در مال صغیر ورتق و فتـق امور او، غیر تولیت بر نفس وقف است. با وجود اینکه این نیز بعد از ثبوت ملک شدن این وقف است از برای صغیر.

پس قبـل از تحقق ملکیت، عملـی از برای صغیـر در ملک او متصور نیسـت که اجرتی از بـرای آن عمل قرار داده شود. پـس ثبوت استحقاق حق خـدمت از مال صغیر موقـوف است بر مال شدن ایـن ملک برای او، و مال شدن بـرای او موقوف است به اجرای صیغهٔ وقف و تمام شدن ذکر شرایط آن، که از جملهٔ آنها ذکر شرط

حق‌التولیه است. و این مستلزم دور است. و بر فرض اینکه این را از «دور حقیقی» اخراج کنیم و از باب «دور معی» بگیریم، می‌گوئیم که شبهه[ای] نیست که ولی از [بابت] حق خدمت صغیر و تصرف در رتق و فتق امور او زیاده از اجرت‌المثل نمی‌تواند برداشت کرد. بلکه بعضی گفته‌اند مستحق قدر کفاف است. و بعضی گفته‌اند اجرة المثل و بعضی گفته‌اند اقل‌الامرین. و بعضی از برای غنی منع کرده‌اند مطلقاً. و این چگونه اجرتی است که در ازای متوجه شدن همین ملک خاص نُه عشر و نیم منافع آن را بردارد. و این فرع زیاده بر اصل است. و به هرحال ناخوشی‌های این سؤال بسیار است و توجه به آنها تضییع اوقات است.

۵۹: سؤال: هرگاه املاکی چند [را] واقف به جهت اولاد خود ذکوراً و اناثاً، نسلاً بعد نسل، موافق وقفنامچهٔ معتبره، وقف نموده. و حال اولادی ذکور و اناث از واقف باقی مانده. و املاک مزبوره به جهت نزاعی که در میان ورثهٔ موقوف علیهم می‌باشد لم یزرع و خراب گردیده. و بعضی از ورثهٔ موقوف علیهم اجحاف و زیادتی به بعضی دیگر می‌نمایند. و رسدی که واقف به جهت هر یک مشخص نموده به ایشان نمی‌رسانند. آیا ورثهٔ موقوف علیهم می‌توانند املاک مذکور را در معرض بیع، یا اینکه مفروز نمایندکه‌هر یک از ورثه به حق خود رسیده باشند؟ قربة‌الی‌الله صورت مسأله را بیان فرمایند.

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

۶۰: سؤال: کاروانسرائی هست خراب و منهدم در بلوک جعفر آباد، واز حیز انتفاع افتاده که به هیچوجه من الوجوه صورت آبادی ندارد. و خاصیتی هم ندارد. معلوم نیست که آیا وقف بوده است یا طلق. و حال اراده هست که هرگاه می‌تواند شد، از آجر آن کارو نسرا مسجدی یا حمامی بسازیم یا نه؟-؟.

جواب: ظاهر این است که در صورت مزبوره توان صرف مسجد کرد. ولکن چون مجهول‌المالک است به بازدید امنا و اهل خبره قیمت آن را به فقرا باید داد.

۶۱: سؤال: ملکی را شخصی بر بقعهٔ امام زاده وقف نموده است. و از تصرف واقف بیرون رفته شخصی متصرف شده است و ادعای ملکیت می‌کند. و از جملهٔ

خدام بقعهٔ مزبوره کسانی هستند که مطلع بر وقفیت ملک مزبور هستند. آیا شهادت بعضی از خدام بقعهٔ مزبوره (که مقبول الشهاده می‌باشند) بر وقفیت ملک مزبور بر بقعهٔ مزبوره مثبت وقفیت ملک مزبور می‌شود؟ و شهادت آنها در اثبات این مطلب مسموع است؟ یا آنکه شهادت این اشخاص مسموع نیست [زیرا] که این اشخاص را شرعاً مدعی می‌گویند-؟.

جواب: اگر مدعی دیگری باشد و ایشان شهادت دهند هم، قبول شهادت مطلقاً محل اشکال است. زیرا که غالب این است که از موقوفات امثال این بقاع حصه ای به خدام می‌دهند. پس مورد تهمت خواهند بود. پس باید تفصیل داد که اگر شهادت ایشان مورد تهمت هست به سبب اینکه منشأ جر نفعی می‌شود- هرچند به این سبب باشد که به سبب معمور بودن آن بقاع، انتفاع به ایشان می‌رسد- قبول شهادت مشکل است. و اگر معلوم باشد از خارج که مطلقاً در شهادت ایشان جرّ نفعی نیست برای ایشان، قبول می‌شود. باقی الدعا والسلام علیکم ورحمة‌الله و برکاته. والله العالم. تمّ کتاب الوقف.

کتاب العمریٰ

(من المجلد الاول)

۶۲: سؤال: هرگاه زید مجـرای معینی و یا اراضی مشخصه را به عقـد عمری به عمرو بدهد به مدت عمر عمرو. و عمـرو بعد از آنکه زرع نموده قبل از رفع محصول فوت شود. آیـا زرع موجود حال فوت عمـرو مال ورثهٔ عمرو است؟ یـا زید (اگر در حیات باشد یا ورثهٔ او)؟

جواب: زرع مال ورثهٔ عمرو است. ولکن ظاهر ایـن است که زید یا وراث او توانند امر به ازالهٔ او کنند . و اگر خواهند بگذارند و اجرت زمان بلوغ زرع را بگیرند. و این از باب عاریهٔ ارض نیست از برای زرع و غـرس که هرگاه صاحب زمین او را امر به ازاله کنـد، صاحب زرع مستحق ارش باشد. و نه از باب مغـارسه، که آن نیز چنین است. به جهت آنکه در آنجاها مفروض آن است که اذن مالک حاصل بود به ابقاء زرع تا زمان حصاد، و ابقای آن درخت مادامـی که باقی است. بخلاف مانحن فیه که مدت اذن در تصرف محدود است و مفروض انقضای آن است.

۶۳: سؤال: هرگاه کسی ملکی را بـه عقد عمری به کسی بدهد به هـر سالی به مبلغ معینـی. و آن شخص ملک را زرع نمـوده و قبل از رفع محصـول، زارع فوت شده. صاحب ملـک می‌خواهد ملک خود را ضبـط کند. و وارث آن شخص بعضی صغیر و بعضی کبیر. صـاحب ملک را می‌رسد ازالهٔ زرع یا نه؟-؟ و هـرگاه مطالبهٔ زاید بر اجرت المثل کند در گذاشتن زرع تا آوان حصاد، می‌تواند یا نه؟-؟.

جواب: در عقد عمری شرط اجرت و عوض، معنی ندارد. بلکه عمری از باب وقف است که «تحبیس اصل است و تسبیل منفعت». و هرگاه 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 معمّر مجهول است. پس بنابر این مالک مستحق اجرت‌المثل ایام تصرف است نه آنچه خود تعیین کرده. و چون اذن تصرف از جانب مالک بیش از ایام معمّر نشده می‌تواند قبل از انقضای مدت حصاد ازالهٔ زرع کند. و می‌تواند که اجرت بگیرد. و آن موقوف است به رضای مالک، او را اجبار به اجرت‌المثل[1] نمی‌توان کرد. و بهتر آن است که مطالبهٔ بیش از اجرت‌المثل نکند و بگذارد که زرع برسد.

کتاب‌الهبات

(من‌المجلدالاول)

۶۴: سؤال: چه می‌فرمایند در باب ارثی که هنوز تقسیم نشده باشد و مشترک است در میان صغیر و کبیر. و یکی از وراث حصهٔ خود را به مادر خود هبه نموده است که بگیرد. آیا این هبه صورت دارد یا نه؟-؟.

جواب: هبهٔ مال مشترک ومشاع بقدرالحصه 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: هرگاه شخصی حقی بر ذمهٔ شخص دیگر داشته باشد و آن حق را ابراء نماید، یا به عوض قلیلی هبه نماید. و جمعی شهود هم باشد بر ابراء مزبور. بعد از مدتی رجوع می‌تواند کرد یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه آن حق عین نباشد و در ذمهٔ آن شخص باشد، به محض ابراء ساقط می‌شود (خصوصاً با قبول آن شخص دیگر) ودیگر رجوع نمی‌تواند کرد. واما اگر عین باشد پس ابراء منصرف می‌شود به هبه. و در هبه هرگاه ذی رحم و معوضه نباشد مادامی که عین در ید او باقی است رجوع می‌تواند کرد. و هرگاه هبهٔ ذی رحم و [یا] معوضه باشد و عوض را هم گرفته باشد، دیگر رجوع نمی‌تواند کرد.

۶۶: سؤال: هرگاه زید مطالبهٔ میراثی از عمرو نموده باشد از اعیان، و اعیان

مزبوره در تصرف عمرو باشد، و زید مذکور بـه عمرو ابراء نماید، به محض ابراء حق زید ساقط است؟ آیا می‌تواند در ثانی عود نماید؟ و هرگاه‌حق مزبور را زید به عمرو هبه نماید به عوض، و چند نفر هم شاهد باشـد، آیا می‌تواند زید مزبور رجوع نماید یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه هبـه معوضه [باشـد] با شرایط، بـه اینکه عوض را گرفتـه باشد و ایجاب و قبول لفظی حاصـل شده باشد (به هر لفظی که باشـد) و به ثبوت شرعی برسد، لازم است. والاّ، فلا. و هرگاه عمرو ذی رحم باشد[1] و قبول هم از او حاصل شده باشد، رجوع نمی‌تواند کرد. و اگر [ذی] رحم نباشد مادامی که عین در ید او باقی است، رجوع می‌تواند کرد. بـه جهت آنکه لفظ ابراء در اینجا منصرف به هبه می‌شود. و هبهٔ غیرذی رحم و غیر معوضه، لازم نیست والله العالم.

(۱): اگر هبه غیر معوضه هم باشد.

کتاب الهبات

(من المجلد الثانی)

۶۷: سؤال: هرگاه زید یک دانگ از آب معین هبه کند به عمرو ولد خود با املاک و باغات. و املاک و باغات زید در آن قریه زیاده بر آب او است. و الحال عمرو می‌گوید که تو یک دانگ از آب و ملک به من داده‌ای من از همهٔ ملک یک دانگ را می‌گیرم. و زید می‌گوید: به قدر آب ملک بگیر و زرع کن. و صیغهٔ هبه بر مطلق آب و ملک جاری شده. و تعیین نشده(؟).

جواب: هرگاه این ملک تعلق به آن آب دارد[۱] که تابع آن باشد در خرید و فروش، که هر وقت گویند «یک دانگ آب و ملک را فلان کس فروخت» مراد مجموع یک دانگ آن زمین باشد، در اینجا قول عمرو مقدم است. و هرگاه در صورت مزبوره گفته باشد که «یک 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 هرگاه 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 یک دانگ آب باهر قدر زمین که از آن شرب شود به او ببخشد، آن نیز باطل است. به جهت جهالت. خصوصاً اینکه غالباً امر آب مختلف است به حسب اوقات و سنوات.

(۱): عبارت نسخه: هرگاه این آب و ملک تعلق به آن دارد.

و آنچه فرموده‌اند کـه در هبه جهالت ضرر ندارد، آنجائی است کـه عین موهوبه محدود و معین است، لکن کیل و وزن و ذرع آن معلوم نیست. مثل یک جوال گندم یا چند رأس گوسفند حاضر را ببخشد و هیچکدام ندانند که‌عدد وکیل آن چند است. خصوصاً هرگاه متهّب نداند وواهب داند ضرر ندارد. بلی، هرگاه بگوید «یکی از این دو گوسفنـد را به تو بخشیـدم، یا یکی از ایـن دو باغ را» در اینجا صحیـح نیست، علی‌الاقوی. چنانکه علاّمه در کتاب احیاء موات **تحریر**تصریح کرده که صحت هبه مشروط است به تعییـن و معلومیت عین موهوبه. و متفرع کـرده است بر آن اینکه هرگاه صاحـب معدن اذن دهد به شخصی که «عمل کـن در آن وهرچه‌در آید از تو باشد» گفتـه است کـه برای عـامل اجرتی هـم نیست. چون عمل از بـرای خود کرده، و آنچه بیرون آمده است هم مال مالک است. و همچنین هبهٔ زرع مجهول. و در آخر اختیار این کرده کـه آن از باب اباحه باشد، و مادامی کـه عین آنچه بیرون آمده باقی است می‌تواند رجوع کند.

و شهید در **قواعد** نیزتصریح کرده‌که هبهٔ مجهول مطلق، صحیح نیست، مثل اینکه بگویـد «به تو بخشیـدم یک چیزی را». و همچنیـن هرگاه بگـوید «بخشیدم بـه تو دابّه‌ای از دوابّم یا «درهمی از آنچه در کیسهٔ من است» بدون تعیین. ولکن جهالت در کیل و وزن یا وصف ضرر ندارد. و علامه در **تذکره**اختیار کرده است جواز هبهٔ مجهول را مثل اینکه بگوید: بخشیدم به تو یک گوسفند از گله‌ام را، یا یک قطعه از زمینم را، چنانکه در نـذر و وصیت جهالت مضر نیست، پـس هبهٔ مجهول صحیح است هرگاه قبول به عمل آید و تعیین کند مالک هرچه خواهد از گله و زمین بعد از هبه و به قبض بدهد.

و قولی نقـل کرده است که هرگاه جهـالت از برای واهب باشـد ضرر دارد. و اما هرگاه برای متهب باشد ضرر ندارد.

و تحقیق مقام این اسـت که مثالهـای مذکوره در کـلام ایشان خالـی از خلط نیست. و حق ایـن است که بخشیدن گوسفندی ازگلـه و قطعه[ای] از زمین و درهمی از کیسه و امثال آن‌اگر معین است نزد مالک [و] مجهـول است نزد متهب پس ظاهر صحت است. چون غرری لازم نمـی‌آید و مندرج تحت عمومات است. و

همچنین هرگاه مراد او گوسفندی از گله باشد به این قصد که «هر فرد را معین کنم به اختیار من باشد» اینهم ضرر ندارد، و نقل کلی صحیح است چنانکه نقل جزئی صحیح است. چنانکه در بیع سلف.

و چون در بیع سلف غرر از طرفین حاصل می‌شود به سبب جهالت، شرط کرده‌اند 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 موهوبهٔ 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 مبانحن فیه. و مثل اینکه بگوید «هرقدر زمین که به میراث به فلان کس برسد از املاک پدرش، من به همان قدر از زمین خودم به تو بخشیدم» و حال آنکه معلوم نیست که پدر آن شخص چه قدر ملک دارد، و چه قدر ملک در تصرف او خواهد ماند تا بمیرد، وچند 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 مثال‌های **قواعد** و **تذکره**: پس حال آنها را دانستی که ظاهر این است که مضرّ نباشد. و بعض فقها از این باب گفته‌اند هبهٔ آنچه در شکم حیوان است از ولد و آنچه شیر که در پستان است. و این خالی از اشکال نیست.[1] و شاید وجه آن این باشد که داخل معاملهٔ غرر است، و گاه است که اگر مقدار را واهب بداند و خوبی ولد را به نهایت اعلا بداند راضی نباشد. مثل کرهٔ اسبی که در شکم مادر است گاه است که صدتومان بیرزد و واهب غافل از این است. و همچنین از این طرف چون متهب متحمل منت می‌شود گاه است اگر داند که آن ولد و شیر قابلیتی ندارد راضی نشود.

و به هرحال مسأله ما از بابت جوال گندم و چند رأس گوسفند موجود، نیست که

(۱): ممکن است اصل عبارت به صورت زیر بوده:
هبهٔ آنچه در شکم حیوان است از ولد و آنچه شیر که در پستان است خالی از اشکال نیست.

صحیح باشد و نه از باب هبهٔ گوسفندی از گلّه. بلکه اصل عین موهوبه مجهول است. و به هرحال ظاهر این است که هبهٔ آب صحیح است، اشکال در صحت هبهٔ زمین است. و ذکر هر دو با هم در عقد واحد ضرر ندارد والله العالم.

۶۸: سؤال: هرگاه شخصی کتابهای خود را به دو پسر خود ببخشد یکی کبیر و دیگری صغیر. و از جانب صغیر تصرف کند وبه تصرف کبیر ندهد. و بعد چند وقت به کبیر بگوید «کتاب‌ها را به تو بخشیدم» بدون استثنای حق صغیر. و بعد از چند وقت فوت شود در حینی که همهٔ کتابها در تصرف خود او بوده. و بعد از آن دفتری از او ظاهر شود که بعد از زمان هبه باز کتابها را در جملهٔ اموال خود نوشته. و بعضی از ورثه بعد از بلوغ صغیر قدری مال به او قرض داده‌اند و آن صغیر بالغ فوت شده. آیا کتابها مال کیست؟ و پسر بزرگ که وصی او است چه کار کند؟ و طلبکارها از مال صغیر از بابت کتابها یا غیر، می‌توانند حق خود را بردارند یا نه؟-؟.

جواب: هبهٔ مشاع صحیح است. و عدم تعیین حصّه 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 هبهٔ او صحیح و لازم است. و نصفهٔ حصهٔ کبیر چون قبض به عمل نیامده تا واهب فوت شده لزوم ندارد جزماً، 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 ظاهراً در **تذکره** بر آن شده. و از ظاهر کلام **دروس** هم ظاهر می‌شود، و بعضی اخبار معتبرهٔ ظاهر الدلاله بر آن دلالت دارد. واستدلال دیگران به عمومات «اوفوا بالعقود» و امثال آن با وجود عدم لزوم هبه غالباً، بی وجه است. و همچنین اخباری که به آن استدلال کرده‌اند با وجود منع دلالت آنها رأساً، یا ضعف دلالت، موافق تقیه هم هستند (چنانکه شیخ(ره) تصریح کرده) و مقاومت با ادلهٔ مشهور نمی کنند.

و وصی هرگاه علم دارد به طلب طلبکار، و امکان ابراء ذمه نباشد، می‌تواند بدون قسم ادای دین او بکند. و هرگاه محتمل باشد که طلبکار او را بریٔ 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 بیّنه در نزد حاکم. و هرگاه خود وصی طلب ثابت دارد، از باب تقاص می‌تواند بردارد. و همچنین سایر وراث.

۶۹: سؤال: هرگاه کسی ملک معینی را به اولاد خود هبهٔ معوضه نماید و قباله بنویسد به این مضمون که فلان ملک را به عوض معین فلان، هبه نمود به فلان. و قبض و اقباض از طرفین واقع شد. و اقرار و اعتراف نمود مالک مزبور به هبه و اخذ عوض و اقباض ملک. و بعد از آن به صیغهٔ اجارهٔ عمری قبول نمود واهب مزبور ملک مزبور را از متهب مذکور به مال معینی. الحال بعضی تشکیک می‌کنند که چون اجارهٔ 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 می‌دانسته والحال بطلان آن ظاهر شده، مواهبه باطل می‌شود یا نه؟-؟. و هرگاه واهب فوت شده و ورثهٔ او این ادعا را می‌کنند، مسموع است یا نه؟-؟ و بر فرض بطلان آن اجاره و صحت مواهبه، اجرت‌المثل ایام سابقه را متهب از مال واهب می‌تواند مطالبه نماید یا نه؟-؟.

جواب: این صورت سؤال خلط و مغالطه و تزویر است. اولاً اینکه کاغذ و نوشتهٔ به خودی خود حجت شرعیه نیست، پس اگر از خارج به ثبوت شرعی برسد عقد مواهبه با قبض و اقباض، به بینهٔ عادله، یا به اقرار و اعتراف مدعی علیه، یا به بینه براقرار مدعی علیه بر آن، مواهبه صحیح است و اشکال در آن نیست. و چون اجارهٔ عمریٰ فاسد است، متهب مستحق اجرت‌المثل ایام تصرف است که از واهب یا مال آن بگیرد. پس دیگر سؤال از بطلان هبه به جهت عقد اجارهٔ عمریٰ معنی ندارد. و گمان حقیر این است که مدعی عاجز است از اثبات قبض و اقباض. و وقوع عقد اجارهٔ مذکوره مسلم طرفین است و مدعی که متهب باشد می‌خواهد از راه عقد اجاره قبض را اثبات کند، چون این هم نوع تصرفی است در مال موهوبه. و منکر که واهب است یا سایر ورثهٔ او می‌خواهند بگویند که این تصرف فاسد است پس منشاء اثر نمی‌تواند شد پس هبه بر هم می‌خورد.

و تحقیق این است که بیع و اجاره و امثال آنها از عقود، مصداق تصرف می‌شوند، و قبض به آنها حاصل می‌شود. هرچند در صحت خود آن عقد اشکال هست

هرچند با لذات صحیح باشد از جهت آنکه «بیع قبل از قبض» است و «اجارهٔ قبل از قبض» است. به جهت آنکه قبض به آن حاصل می‌شود نه اینکه بعد از قبض واقع شده است. پس همین، ثمره از برای حصول قبض می‌کند.(۱)

پس هرگاه در مانحن فیه تحقق قبض به همین عقد اجارهٔ عمرای فاسد، شده باشد ظاهر این است که مواهبه صحیحه و لازمه باشد. و اینکه بعضی‌ها گمان کرده‌اند که چون این قبض فاسد است بر آن ثمره مترتب نیست- چنانکه شهید ثانی ذکر کرده است در مسأله اینکه هرگاه مالی در دست غاصب باشد و مالک آن را به او بفروشد یا ببخشد، آیا اذن جدید در قبض ضرور است یا نه. اختیار لزوم اذن جدید کرده به همین جهت که آن قبض اول فاسد است و بر آن اثری مترتب نمی‌شود.

بر او وارد است: اولاً: که فساد قبض به معنی عدم ترتب ثمره مطلقاً، اول کلام است و مصادره است. و ظاهر این است که مراد او این است که قبض اول حرام [است] و بر حرام اثری مترتب نمی‌شود. در اینصورت مصادره و «دور» از او برطرف می‌شود. لیکن بر او وارداست منع از اینکه حرام منشأ ترتب آثار نمی‌شود. آیا نمی‌بینی که وطی زوجه در حال حیض حرام است و منشأ لزوم مهر و غسل و غیره می‌شود.

۷۰: سؤال: هرگاه زوجه حقوق شرعیهٔ 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 می‌تواند کرد یا نه؟-؟.

جواب: اگر صداق عینی باشد و به قبض او بدهد یا در دست شوهر باشد و شوهر هم قبول هبه کند، اظهر جواز رجوع است مادامی که عین باقی است. و هرگاه دینی باشد بر ذمهٔ زوج، به لفظ هبه ابراء آن صحیح است و لازم است و رجوع نمی‌تواند کرد. وظاهر این است که در اینجا قبول شرط نیست. و از اینجا حکم سایر حقوق و اموال عینی و دینی ظاهر می‌شود از نفقه و کسوه و غیر آن از اموال،

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

و حکم همه یکی است. و اما مثل «حق قسم بین زوجات» مثل مضاجعه و مواقعه، و نفقه و کسوهٔ آینده وغیر آن، پس بخشیدن آن حقوق اگر چه جایز است (بلکه به عنوان معاوضه هم صحیح است) لکن هرگاه محض هبه باشد- مثل اینکه بگوید «حق مضاجعهٔ خود، یا نفقهٔ آینده را به تو بخشیدم»- در آن رجوع می‌تواند کرد. پس هرگاه حق مضاجعهٔ خود را به زوج ببخشد یا به خبوی خود ببخشد و در نصف شب پشیمان شود و زوج خبر شود باید بیرون بیاید. با وجود 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، هرگاه به شرط وفا نشود آیا هبه بر صحت خود باقی است یا نه ؟-؟.

جواب: هرگاه هبه لازم است مثل هبهٔ ذی رحم، و شرط مشروع [است]، صحیح و لازم است .وبا ترک آن مسلط بر فسخ می‌شود. و هرگاه هبه جایز است، شرط [نیز] جایز است. و ثمره هم ندارد. واین از باب وعده می‌شود که مشهور استحباب وفا به آن، است. و هرگاه 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 آنصورت هبه باطل می‌شود چون تعلیق در اصلِ ایجاب می‌شود.

اما شروط فاسده: مثل آنکه خلاف مقتضای عقد باشد . مثل اینکه بگوید «وهبتک و شرطت علیک ان لاتبیعها و لاتهبها» پس در اینجا شرط فاسد است. و در فساد عقد دو وجه بلکه دو قول است، و اظهر بطلان عقد است.

۷۲: سؤال: چه می‌فرمایند در این مسأله شرعیه که هرگاه 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 هرگاه واهب موهوب را به تصرف متهب بدهد و

متهب او را در اطاق واهب‌دردولابه[۱] گذاشته و کلید آن دولابه را خود متهب بردارد، آیا این را تصرف معتبر در شرع می‌گویند یا نه؟-؟ و هرگاه واهب یورتی[۲] را به متهب هبه نموده باشد و رفع موانع از تصرف متهب نموده (به این معنی که متهب در آن یورت آمد و شد کند و واهب مانع او نشود ولکن واهب به جهت ناخوشی و بیماری در آن یورت خوابیده باشد) آیا این را تصرف متهب می‌گویند یا نه؟-؟.

جواب: بلی هبه صحیح است. و اظهر این است که در تمام مال صحیح است و منحصر در ثلث نیست. و تصرف و قبض در مطلق هبه شرط است و بدون آن لزومی ندارد. و اگر قبل از اقباض بمیرد هبه باطل می‌شود. مگر آنکه متهب صغیر باشد و واهب ولی [او] باشد که قبض ولی قبض صغیر است و ضرور به قبض علی حده نیست. و قبض بعض در لزوم کل کافی نیست. و در منقولات همان اخذ به ید (بخصوص به این نحو که در جائی مضبوط کند) کافی است هرچند در خانهٔ واهب باشد.

و همچنین در اقباض یورت تخلیهٔ ید و رفع مانع از تصرفات کافی است هرگاه به قصد اقباض بوده و خوابیدن خود را در آنجا مانع از تخلیه نمی‌دانسته. و ظاهر این است که هرگاه بگوید «خانه از تو و تصرف کن و بیا و برو ولکن من هم چند روزی در اینجا هستم چون بیمارم» یا آنکه در عرف و عادت مضایقه از بودن آن در آن مکان نمی‌شده و می‌گفته‌اند که به تصرف او داده، کافی است. و شاید که این از باب اقباض صندوق باشد با وجود آنکه متاع واهب در آن باشد.

۷۳: سؤال: هرگاه شخصی در طفولیت از بلده[ای] به بلدهٔ دیگر رفته باشد، و بعد از توطن مدت پنجاه سال تقریباً، در آن بلد فوت شود. و آن را ترکه باشد و در بلدهٔ توطن او را وارث نباشد. و در حیات خود هم آن شخص اقرار نموده باشد که مرا وارثی نمی‌باشد. آیا بعد ازوفات او لازم است که در قریهٔ تولد آن تفحص و تجسس از وارث او بشود تا قطع به وجود یاعدم وارث بهم رسد؟ یا آنکه مال او را به

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

فقرا و مساکین باید داد؟ و هرگاه 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 می‌توان داد؟. و بعد از آنکه آن مال به فقرا داده شد هرگاه وارثی ظاهر شود آیا حقی دارد یا نه؟-؟ و بر فرض ثبوت حق، از چه وجه حق آن وارث داده می‌شود؟

جواب: ظاهر این است که محض اقرار او به عدم وارث کافی نیست در نفی وارث. و به مقتضای اخبار بسیار باید تفحص از وارث او گردد به حدی که در عرف و عادت اگر وارثی می‌بود ظاهر می‌شد. و بعد از یأس از وارث، اظهر و اشهر این است که باید تصدق کرد به فقرا.(۱) و بهتر این است که به اذن حاکم شرع باشد.(۲) و دلیلی بر وجوب تعیین فقرای بلد نیست. بلی بهتر است صرف به فقرای بلد، مگر آنکه فقرای خارج بلد احوج باشند. و ظاهر این است که این وجه را به سادات هم می‌توان داد. و اظهر این است که بعد از عمل به مقتضای تکلیف هرگاه وارثی ثابت شود ضمانتی بر متصرف نباشد. والله العالم.

۷۴: سؤال: آیا مطلق هبه مقتضی لزوم عوض، هست یا نه؟-؟ و بر فرضی که باشد، فرقی مابین تصریح به عوض در حال عقد هبه یا اطلاق عقد و لحوق عوض بعد از آن هست یا نه؟-؟. و هرگاه 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 کرده‌اند در اینکه مطلق هبه مقتضی ثواب هست یا نه یعنی محض بخشیدن مال به کسی موجب این می‌شود که متهب در عوض آن چیزی ببخشد به واهب یا نه. و اشهر و اقوی این است که مطلق هبه مستلزم عوض نیست. به جهت اصل و عمومات و عدم دلیل بر وجوب آن. و بعضی گفته‌اند که

(۱)و(۲): در بیست و هفتمین مسأله‌از مسائل کتاب المیراث همین جامع‌الشتات فرموده است «در اینجا اذن حاکم که‌نایب امام است شرط است... این کار را بدون اذن حاکم نکنند باوجود امکان». در بعضی از مسائل گذشته هم دیدیم که فرمود «ارث من لاوارث له، مال امام است» ولیکن در اینجا با لفظ «بهتر» آورده است.

مطلقاً مستلزم لزوم عوض هست، پس واجب است بر متهب که عوض بدهد هرچند که واهب نطلبد. و ممکن است که مراد او این باشد که لزوم آن موقوف است به عوض. چنانکه در **مسالک** گفته است. پس مخالف مشهور نخواهد بود.

و ابوالصلاح گفته است که «هبهٔ ادنی به اعلی مستلزم وجوب عوض هست، نه غیر آن. نظر به اقتضای عرف که بدون عوض راضی نیست. پس جایز نخواهد بود از برای اعلی تصرف در آن الا به عوض مثل آن یا بیشتر». و بنابر مشهور یا این است که واهب شرط می‌کند عدم عوض را، یا شرط می‌کند عوض را، یا اطلاق هبه می‌کند و ساکت می‌شود. اما بنابر اول پس اشکالی نیست در اینکه عوض لازم نیست. و هرگاه هبه به ذی رحم یا به قصد تقرب و امثال آن نباشد مادامی که عین باقی است واهب رجوع می‌تواند کرد.

و اگر شرط عوض کند، ظاهراً خلافی در صحت آن نیست. پس یا این است که معین می‌کند عوض را، یا مطلق می‌گوید. پس اگر معین کرد لازم است که همان را بدهد. به این معنیَ که اگر متهب آن را بدهد و او هم قبول کند [هبه] لازم می‌شود، 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 مطلقا. و بر متهب هم واجب نیست که بدهد. یعنی اگر خواهد همان عین را رد می‌کند و عوض را نمی‌دهد. و ظاهر این است که هرگاه متهب عوض را بدهد تا واهب قبول نکرده است، لزوم ندارد. چون این به منزلهٔ هبهٔ تازه‌ای است و مطلقات اخبار هم دلالت دارد بر جواز رجوع مادامی که عوض داده نشده باشد. و بر او واجب نیست قبول، بلکه هرگاه قبول بکند و هنوز قبض نکرده باشد هم می‌تواند بر هم زند. و چون معلوم نیست که این از عقود لازمه باشد قبل از قبول و قبض، نمی‌توان به عموم «اوفوا بالعقود» استدلال کرد بر لزوم، چنانکه بعضی گمان کرده‌اند.

و همچنین نمی‌توان به مثل **صحیحهٔ** عبدالله بن سنان استدلال کرد که در آنجا فرموده‌اند «تجوز الهبة لذوی القربی والذی یثاب عن هبته، و یرجع فی غیر ذلک

ان شاء»[۱]، زیرا کـه حصول ثـواب و عوض قبل از قبـول و قبض، ممنـوع است. و همچنیـن در حدیـث صحیح دیگـر که «اذا عـوض صـاحب الهبـة فلیس لـه ان یرجع».[۲]

و اما هرگاه عـوض را واهب در وقت هبه معین نکند و شـرط مطلق عوض بکند: پس ظـاهر این اسـت که صحیح اسـت و جهالت در اینجـا مضر نیست. و ظـاهر **مسالک** دعوی اجمـاع است بـر آن. و تعیین آن بعد از عقـد موقـوف است، یـا بر تراضی طرفین، یـا رجوع به مثل یا قیمت. و هرگاه تراضـی واقع نشود به کمتر از عین موهوبه و متهب خواهد که لازم شود باید مثل یا قیمت را بدهد. و مادامی که متعین نشده متهـب مختار است مابین رد یـا عوض دادن مثل یا قیمـت. چنانکه واهب هـم مختار است مابیـن رد و قبول، و از **مسالک** ظاهر می‌شـود که از طرف متهب لازم است و نمی‌تواند وفا به شرط نکند.

و در **کفایه** این را قولـی قرارداده. و شاید نظـر صاحب **مسالک** به این باشد که چون هبه منشأ حصول ملک است از برای متهب پس خواه همان عین را رد کند یا عوض را، صادق‌است که نمی‌تواند فسخ هبه کند. چون هبه معوضه است نسبت به او و لازم اسـت. چنانکـه قبل از ایـن در مباحـث سابقـه گفته بـود که «ولا فـرق فی‌العوض بیـن کونه من بعـض الموهوب و غیره، عمـلاً بالاطلاق ولانه بـالقبض بعدالعقد مملوک للمتهب فیصح بذله عـوضاً عن الجملة» و عبارت مسالک در این مقام نیز این است «و یشکل بانه من طرف المتهب لازم ولایجوز له الفسخ بنفسه و ان لم یبذل المشروط. و تخییره بین بذل العیـن و الثواب المشروط، لاینافیه وانما یظهر جوازه من قبل الواهب خاصة» و نظر او به همان معنی است که گفتیم. یعنی رد عین همان عمل به مقتضای شرط است پس نمی‌تواند فسخ کند به این نحو که هیچ ندهد. بخلاف واهب که فسخ می‌کند و هیچ نمی‌دهد.

و عبارت **کفایه** این اسـت که «وهـل یجب علی المتهـب الوفـاء بالشـرط، او له

(۱): وسائل: ج۱۳، ابواب الهبات، باب ۶ح۱ و نیز باب ۹ح۳.

(۲): همان مرجع: باب ۹ح۱.

التخییر فیه و فی ردالعین. فیه قولان». و ندانستم منظور او از قول اول کدام است. اگر مراد اشکال مسالک است، آن بی وجه است، و معنی آن لزوم وفا به نفس شرط نیست. و اگر در جای دیگر آن قول را دیده است پس دلیل آن واضح نیست. و تحقیق همان است که محقق و دیگران گفته‌اند. عبارت محقق این است که «ولایجبر الموهوب علی دفع المشترط بل یکون بالخیار» یعنی مختار است مابین دفع مشترط و رد عین. و اشکال صاحب **مسالک** هم بنابر آنچه ذکر کرده است مثمر فرقی نیست، و در ثمره با قول محقق یکی است. بخلاف کلام صاحب **کفایه**. پس باید آن قول و دلیلش را بیان کند. و به هر حال مختار و اظهر تخییر او است (مادامی که وفا به شرط نشده و قبول و قبض واهب به عمل نیامده) مابین عمل به شرط و رد عین. و در اعتبار قیمت در حین قبض، یا در حین دادن عوض، دو قول است. و شاید اول اظهر باشد.

و اما اگر در حین عقد شرط عوض نشود نه مطلقاً و نه معیناً ولکن بعد از هبه متهب عوضی به او بدهد به قصد عوض، و واهب هم قبول کند، ظاهر فتوای علما و ظاهر اجماعات منقوله و اطلاق اخبار این است که لازم می‌شود. اما به این دو شرط، یعنی قصد عوض و قبول واهب و قبض او. و همچنین ظاهر اطلاقات مذکوره عدم فرق است مابین اینکه عوض قلیل باشد یا کثیر بعد از تراضی. واینکه از همان مال که واهب داده بدهد یا غیر آن. و این مقتضای حصول ملک است به سبب قبض. ولکن مشکل می‌شود به اینکه هرگاه در مقام رد عوض المثل تمام همان عین را بدهد، که این را در عرف عوض نگویند بلکه رد هبه می گویند.

و اما سؤال از عوض هبهٔ مال حرام: پس اگر متهب این مال حلال را به قصد عوض داده و آن واهب هم این معنی را می‌دانسته و قبول کرده، ظاهراً بر او حرام است. و هرگاه جاهل بوده و بعد عالم شد به آن، با وجود بقای عین باید رد کند. و هرگاه تلف شده باشد، لزوم رد معلوم نیست.

۷۲: سؤال: زید در حال حیات خود قدری املاک خود را به چند نفر اولاد کبیر خود هبه نموده. و قدر دیگر از برای اولاد صغیر خود موضوع کرده و آن را ولایتاً متصرف شده است. والحال زید فوت شده است. اولاد کبیر نیز ادعا بر حصهٔ صغار

می‌نمایند. چه صورت دارد؟.

جواب: هرگاه هبـه به عمل آمده بـا ایجاب و قبول و قبض و تصـرف، آنچه کرده است در حال حیات ممضـی است و کسی بر هم نمی‌تـواند زد. و ایجاب و قبول و قبض در صغیر همگیٰ در عهدهٔ همان پدر او است، هرگاه ایجاب به عـمل آمده و از جانب صغیر قبول کرده همان قبض خود کـافی است و ضرور به قبض علی حده نیست، و در اینصورت دیگران را بر صغیر سخنی نیست.

۷۶: سؤال: زید باغ خرابه ای بـه عمرو اجنبی هبه کرده و [عمرو] تصرف کرد و تعمیر کرد و مال بسیار در آن خرج کرد، و زید فوت شد. و الحال ورثـه زید مطالبهٔ باغ را می‌کنند. آیا حق‌الـرجوع باقی است یا نه؟-؟ و بر فرضی کـه باقی باشد آیا عمرو مطالبهٔ غرامت‌ها که کشیده (از تعمیر و خراج سلطان و غیره) می‌تواند کرد یا نه؟-؟ و بنا و غرسی که در آن شده حکم آن چه چیز است؟.

جواب: هرچند مقتضای انتقال حقوق به میراث- مثل حق خیار و حق قصاص و غیره بـه مقتضای عموم حدیـث نبویٰ(ص) که «ماتـرک المیت من حق فلـوارثه» مقتضی جواز رجوع است. ولکن فقها در بعض مسائل حقوق خلاف کرده‌اند، مثل حق‌الشفع و حق‌الرجوع در هبه. و اقرب در هبه عدم انتقال است به وارث چنانکه علامه در **قواعد** آن را اختیار کرده و همچنین شهید در **قواعد**.

و شاید وجه آن این بـاشد که مالک به قصد هبه و اقبـاض اعراض از مال کرده و حق [او] از آن ساقط شده، خصوصاً در کسانی کـه جاهلند به حق‌الرجوع. و جواز رجوع خود واهب خـلاف اصل است که به دلیل ثابت شـده، واصل و دلیل اعراض اقوی است از عموم حدیث و از احتمال دخول در تحت عموم آن. بخلاف خیار بیع و حق شفع و غیـر آن. و از این جهت است کـه مشتری در زمان خیار بـایع ممنوع است از اتلاف و اخراج عیـن از ملک (چنانکه در محل خود محقـق کرده‌ایم) و در هبه به هیچوجه منعی از تصرف نیست.

و حق‌الرجوع در هبـه عارض می‌شود به ارادهٔ واهب بعـد از عدم تصور آن مطلقاً بخلاف حـق شفع و خیار در مبیع کـه در اول امر ثابـت هستند، به این معنـی که غرض شارع قصداً و بالذات متعلق شده به بیـان اینکه شریک را حق اخذ به شفع

هست در حین بیعّ شریک دیگر، و صاحب حیـوان را حق رجوع تا ثلاثة ایام هست در حین بیع، و همچنین در بیع خیار شرط. و اما در هبه قصداً و با لذات مراد بیان استحقاق رجوع نیست، به جهت آنکه استحقـاق تصرف در مال خود امری بود حاصل، و اینکه هبه مـوجد آن باشد خلاف نظر.حکیم است کـه مقتضای هبه این باشد که به مجرد حصول آن استحقاق رجـوع و تصرف در آن حاصل می‌شود. بلی این از جمله طواری و عوارض می‌تـواند بود کـه بعد ازنقل ملک و استمـرار تملک متهب رجوع تواند کرد.

بخلاف حق شفع که در اصل وضع بیع مـی‌تواند منظور حکیم استحقاق شریک باشد بـه اخذ شفعه. و چون اصل بیع منفـک از لزوم نیست می‌توانـد منظور نظر حکیم بیان واقع آن بـاشد در زمان خیار. و فهم این مطلب دقّتـی دارد اگر خواهی نظیری بگـویم که فهم آن آسـان باشد. و آن این اسـت که: اظهر این اسـت که در وضوی تجدیدی معتبر است گذشتن مدتی کـه احتمال وقوع حدثی باشد یا به آن نمازی‌شده‌باشد.و احتمالی که صاحب **مدارک** داده که «مکرراً متوالیاً وضو بسازد مستحب بـاشد» بسیار بعیـد است. و اثبات حق‌الـرجوعی کـه با وضع اصـل هبه شریک باشد، مانند وضوی تجدیدی صاحب مدارک است.

و این منافات ندارد با اینکه گاهی هم می‌شود که حق‌الرجوع در همان مجلس بعد عقد ثابت می‌شود به سبب پشیمانی، و غرض ما مجرد بیان قوت و ضعف این حقوق است و شکی نیست که ثبوت حقیقت آن در هبه از برای مالک به نحوی که به میراث منتقل شود به وارث ضعیف است و مسلـم نیست که این از جملهٔ ماترک باشد که داخل عموم حدیث باشـد. و این قول مختار فخرالمحققین و محقق ثانی نیز هست. و قائلی از برای قول دیگر نقل نکرده‌اند.

بلکه شیخ علی(ره) آن را احتمال نامیده چنانکـه می‌آید. و مؤید مطلب است که واهب به موت متهب رجوع به وارث او نمی‌کند چنانکه در **قواعد** جزم به آن کرده و نقل خلاف نکرده. و عبارت شیخ علی در این مقام در بیان وجه اختیار علامه- عدم رجوع وارث واهب بعد از موت او به متهب- این است:«و وجه القرب ان الرجوع علی خلاف الاصل، لانه تسلط علی انتزاع مال الغیر فیقتصر فیه علی الواهب لخروجه

بالدلیل. فیبقی غیره علی الاصل. و هوالاصح. و یحتمل انتقاله الیه لانه حق من الحقوق فیورث کالخیار. و الفرق قائم بان الخیار حق مؤکد و لهذا لایمنعه تصرف المشتری مستقلاً، ولایسوغ للمشتری اخراج المبیع عن ملکه ولو فعل لم یمض. و حق الرجوع للواهب ضعیف ولم یدل علی انتقاله دلیل فیتمسک فیه بالاصل. و قریب منه موت المتهب ففی استحقاق رجوع الواهب علی وارثه و جهان والاقرب العدم. والمصنف لم یشر الی الوجهین فیه بل ذکره علی وجه الجزم بقوله: ولومات المتهب لم یرجع الواهب».

واما بنابر قول به جواز رجوع ورثه اشکال در اینکه آیا رجوع به غرامت می‌شود یا نه. پس ظاهر این است که بلی. چنانکه در رجوع خود واهب هم ظاهر لزوم غرامت است، به جهت آنکه واهب او را مغرور کرده است به سبب اذن در تصرفاتی که منشأ ضرر متهب است، و سبب در اینجا اقوی از مباشر است، و قاعدهٔ فقها در مسأله «تقدیم سبب بر مباشر» در چنین جائی است. و از جملهٔ مواضع آن جائی است که عین موهو به مستحق غیر برآید و تلف شده باشد که مالک رجوع می‌کند به متّهب به مثل یا قیمت آن، و متهب رجوع می‌کند به واهب در آنچه، غرامت داده در صورتی که هبه بی‌عوض باشد، یا عوضی داده باشد که کمتر باشد از آنچه غرامت کشیده برای مالک.

و فخرالمحققین دلیل آن را چنین ذکر کرده «لانه غرّه باذنه باتلافها بغیر عوض، او عوض اقل، غروراً یفید الا باحة ظاهراً، و له غایة حکمیة مقصودة فی نظر العقلاء. و کل مغرور کذلک فمباشرته اضعف من سببیة غروره. و کلما کان کذلک رجع علی الغار. و انما قلنا غروراً یفید الاباحة: احترازاً عن ان یقول: اقتل هذا عبدی و انا لارجع علیک بالقیمة. فانه لایرجع اجماعاً. و انما قلنا: له غایة.. الی آخره، احترازاً عن قوله: اتلف مالی هذا. فانه لایرجع علی الاقوی. لان کل مافیه ضرر ولاحکمة مقصودة له فی نظر العقلاء، فهو عبث».

و اما در صورتی که عوض داده باشد به مساوی یا اکثر، رجوع می‌کند به واهب به آنچه داده است به واهب چنانکه در **ایضاح** گفته است. و بعد از آن گفته است «و یحتمل عدمه لان الهبة لایعقب الواهب ضماناً، لانها تبرع. ولان التلف فی یده.

والاصح الاول».

و اما سؤال از اشجار و ابنیه که در آنجا احداث کرده است: پس ظاهر این است که آنها مال متهب است و واهب یا وارث نمی‌تواند الزام کند که آن را بی عوض و بدون غرامتی ازاله کند. بلکه مخیر است مابین آنکه آنها را بگذارد به جا با اجرت، یا ازاله کند با ارش و تفاوت قیمت چنانکه در زمین عاریه. قال **فی التذکرة** «ولو وهبه ارضا فبنی المتهب فیها اوغرس، کان للواهب الرجوع فی الارض ولیس له قلع البناء والغرس مجانا. بل یتخیر بین الابقاء بالاجرة اوالتملیک بالقیمة مع رضا المتهب فیهما، اوالقلع مع دفع ارش النقصان کما فی العاریة».

و به همین معنی تصریح کرده‌اند دیگران (مثل شهید ثانی در **مسالک**) و علت لزوم ارش را این قرار داده‌اند که وضع آن عین در آنجا به حق شده و داخل «عرق ظالم» نیست. و هرچند در امثال این مواضع می‌توان گفت که متهب و مستعیر و مثلهما تقصیر کرده‌اند با وجود علم به عدم لزوم هبه و عاریه و ممکن بود ایشان را که بر وجه مصالحه یا عقد لازمی دیگر، بنا بگذارند. ولکن می‌توان گفت که- با وجود اینکه این سخن در جمیع مواضع جاری نیست خصوصاً با جهالت متهب و مستعیر به عدم لزوم- اینکه حمل قول مسلم بر صدق و وفا و اینکه ظاهر حال او عدم رجوع است در چنین حالی که اذن داده است او را به تحمل مشاق و ضررهای بسیار، و سکون و اطمینان به حال ظاهر او بسیار اوقات او را غافل می‌کند از فکر در عاقبت و تصور جواز رجوع.

پس غرور و فریب واهب و معیر غالب است بر تقصیر و عدم تدبیر متهب و مستعیر. ودر عرف و عادت در چنین صورت‌ها اتلاف و اضرار آن را نسبت به واهب و معیر می‌دهند. نه به متهب و مستعیر.

۷۷: **سؤال**: هرگاه شخصی ملک معینی را هبه کند به بعض ارحام خود و قبض را به همین طریق به عمل آورده که همان ملک را از آن اجاره کرده در مدت بیست سال که به موت مستأجر منفسخ شود. و بعد ظاهر شود که همان ملک را سابق بر هبه، به غیری به اجاره داده بوده است. آیا قبض به همان اجاره حاصل می‌شود یا نه؟-؟ و ظهور بطلان اجاره باعث بطلان قبض می‌شود که واهب تواند رجوع کرد

به عین موهوبه؟ یا اینکه به محض اجاره قبض به عمل آمده هرچند اجاره فاسد باشد چون متضمن تخلیهٔ ید و اذن در تصرف است-؟ و آیا هرگاه مدت اجارهٔ ثانیه زاید باشد بر مدت اولی، آن زیادتی باعث صحت قبض می‌شود یا نه؟-؟.

جواب: اولاً مسأله را فرض می‌کنیم در صورتی که عین موهوبه را به اجاره به کسی نداده باشد. و می‌گوئیم هرگاه منظور او این بوده که مطلقاً متهب اختیاری نداشته باشد مادام حیات واهب، و به این نیت بخشیده که ثانیاً از او اجاره کند در مدت بیست سال که اگر در این بین بمیرد اجاره منفسخ شود به موت مستأجر. پس می‌گوئیم که (با قطع نظر از اینکه اجاره به موت مستأجر منفسخ نمی‌شود علی‌الاظهر) اصل این هبه و اجاره صورت ندارد.

اما هبه: پس به جهت اینکه قصد اخراج عین علی‌الاطلاق از خود نکرده بلکه به شرطی که منافی مقتضای عقد است و اقباض هم به عمل نیامده که شرط صحت است علی‌الاظهر. به جهت اینکه تخلیهٔ ید بالمره نکرده که ثانیاً از او اجاره کند. و اما اجاره: پس به جهت اینکه هنوز مال متهب نشده که از او اجاره کند. و اگر فرض کنیم که منظور او این بوده که حقیقتاً بالفعل مال متهب باشد و صاحب اختیار باشد مطلقاً، و بعد به عقد جدید اجاره کرده، پس در آن نیز اشکال هست. به جهت آنکه اقباض به عمل نیامده. مگر اینکه بگوئیم که خود استیجار از او در معنی اقباض است.

و بر این وارد است که چون تحقیق در قبض این است که تخلیهٔ ید بکند و وصول به عین هم از برای متهب ممکن باشد. یا زمانی بگذرد که ممکن باشد وصول با تمکن متهب از وصول و تصرف- چون ظاهر این است که حکمت در حصول قبض ظهور مبدأ آثار تملک است هرچند به مثل دست گذاشتن و پا گذاشتن در آن ملک باشد- و در اینجا هرچند بگوئیم که اجاره دادن هم از جملهٔ مبادی آثار تملک است، لکن مفروض این است که تخلیهٔ ید نشده است. پس باز اقباض تمام حاصل نشده.

واگر تخلیه کرده است ولکن 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 هرچند هبه صورتی

بهم می‌رساند لکن صحت اجاره مشکل است. به جهت آنکه مفروض این است که قبض از اجاره حاصل شده و صحت اجاره موقوف است به سبق قبض، و مفروض عدم آن است. و تحقق اجاره و قبض به وجود واحد، هم کافی نیست. زیرا سبق قبض ضرور است.

و ثانیاً مسأله را فرض می‌کنیم در صورتی که قبل از هبه به دیگری اجاره داده بوده است. پس می‌گوئیم که تمام سخن‌های گذشته در اینجا نیز جاری است. و ظاهراً اشکالی در جواز هبهٔ عین مستأجره نیست، و خلافی هم در نظر نیست. و در **قواعد** و غیر آن تصریح شده به اینکه «کلما یصح بیعه یصح هبته» 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 غیرالمستأجر ان جوزوا بیعه. و الا ففیه وجهان» و شیخ علی در **شرح قواعد** در شرح عبارت علامه که گفته است «کلما یصح بیعه یصح هبته» گفته است «لاخلاف بین اصحابنا فی صحة هبة کلما صح بیعه من الاعیان».

و در **تحریر** گفته است «اذا وهب العین المستأجرة للمستأجر صح و ان وهبها لغیره فکذلک مع الاقباض. ولوا متنع المستأجر منه کان له ذلک، و ان اذن فیه کان له الانتفاع باقی المدة». و در قواعد گفته است «ویصح هبة المغصوب من الغاصب و غیره. والمستأجر من غیر المستأجر، والا بق والضال، والکلب المملوک». و شیخ علی(ره) در **شرح** تعلیل کرده است جواز را به امکان قبض در مغصوب و آبق و ضال، گو بالفعل مقبوض نباشد. و همچنین در عین مستأجره در صورت هبه به غیر مستأجر وتصحیح قبض به این می‌شود که متهب 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 می‌شود و از **تحریر** نیز در مسئلهٔ هبهٔ عین مستعاره.

پس اقباض واهب همان اذن و رخصت او است در قبض و وصول به عین به همان توکیل مستأجر در قبض از جانب متهب حاصل می‌شود. پس بنابر این ظاهر شد صحت هبهٔ عین مستأجره لکن موقوف است به قبض از مستأجر. هرچند به توکیل

او باشد در قبـض و اقباض به نفس خود، و اجـارهٔ عین مستأجره بعـد هبه مصحح اقباض واهب نمی‌شود، هرچند مدت اجارهٔ ثـانیه از ید باشد از اولی به جهت آنکه هنوز ملک برای متهب حـاصل نشده که اجاره بدهد به واهـب. پس مسلط کردن واهب متهب را بر اجـاره دادن او به واهب، این کافی نیست در صحت قبض هبه. چون رفـع ید مستأجر نشـده و اقباض حاصل نشـده که ملک او شود و ثـانیاً از او اجاره کند.

و آنکه سائل گفته است که ظهور بطلان اجاره باعث بطلان قبض می‌شود یا نه: گویا سائل چنین فهمیده که ملکی که در اجارهٔ غیر باشد اجارهٔ آن به دیگری باطل است. و آن چنین نیست بلکه صحیح است و موقوف است به اجازهٔ مستأجر از باب فضولی. و هرگاه اجـازه نکند باطل می‌شود. مگر در صورتی کـه زمان اجارهٔ ثانیه زاید بر اجارهٔ اولی باشد، که در آنجا با عدم اجازهٔ مستأجر اول آن مقدار زاید بر حال خود باقی است، ولکن موقوف است بـه اجازهٔ مالک. و چون مفروض این است که اجازه کرده پس ایـن منشأ اقباض می‌شود. و احتمال دارد که مصحـح هبه بشود ولکن معلوم نیست که صحیح باشد. بلکه در صحت هبه هم اشکال است. چون در حال عقد بالفعل اقباض ممکن نیست.

و اشکال دیگـر هم هسـت که زمان مـدت اجاره متراخـی است از زمـان عقد. و می‌توان گفت که در حیـن عقد هبه ید مالک بر عین در زاید بـر مدت اجارهٔ سابقه باقـی است. و در اینوقت کـه متهب را مسلط مـی‌کند بعد هبه بـر اجاره دادن در مدتی کـه زاید بر زمان اجارهٔ اولی اسـت (و مفروض هم این باشد کـه تخلیه کرده است، به این معنی که ید خود را بـالمره از او برداشته، و نسبت به آن قدر زائد هم رفع [ید] شده و به تسلیط متهب بر اجـاره [ای] که مشتمل است بر آن زاید که ید واهب بـر آن هست اقباض هـم به عمل آمـده است. پـس با اقباض واهـب هبه صحیح می‌شود).

ولکن مشکل می‌شود [به] اینکه این را ید نمی‌گویند در عرف بلکه مراد از ید آن ید فعلیه است، و ید فعلیه الحال مختص مستأجر است و عرفاً نمی‌گویند در صورت مذکوره واهب الحال رفـع ید خود کرد از عین موهوبه در زمـان بعد از مدت اجارهٔ

مستأجر به قبض او دادعین را الحال به سبب تسلیط بر اجاره و اجرای صیغه. پس این هبه صورتی نخواهد داشت. پس اشکال در صحت و بطلان اجاره نیز راجع می‌شود به سوی کلام در حصول قبض و عدم قبض، 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 تخلیهٔ ید و رفع مانع. پس اصل هبه باطل خواهد بود. چون اقباض ممکن نیست. چنانکه فقها گفته‌اند در مسأله هبهٔ ولی به صغیر که قبض ولی قبض صغیر است لکن به شرطی که عین موهوبه در ید ولی باشد و در اجارهٔ غیر نباشد و عاریه نزد غیر نباشد که وجه بطلان را عدم صحت اقباض گرفته‌اند در صورت اجاره. چون در ید ولی نیست.

مندفع می‌شود[1] به اینکه: مراد ایشان همین است که ید مستأجر ید ولی نیست. چنانکه ید و دعی و وکیل ید او است. پس استمرار قبض سابق در اول، کافی نیست چنانکه در اخیرین کافی است و در عاریه اشکال کرده‌اند نه اینکه به هیچوجه اقباض ممکن نیست در عین مستأجره. و حال آنکه تصریح کرده‌اند به جواز هبهٔ 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 هرگاه در کبیر جایز باشد پس چرا در صغیر جایز نباشد.

و اما اشکال در صحت قبض در صورت عدم اجازهٔ 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 اجارهٔ فاسده به تقریب اینکه چون اجاره فاسد است پس اقباضی که به آن حاصل می‌شود نیز فاسد خواهد بود. چنانکه شهید ثانی(ره) در صورت عین مغصوبه، کرده است که هرگاه هبه یا بیع به غاصب بشود و اکتفا شود به همان قبض اول صورتی ندارد، چون حرام است و اثری شرعاً بر آن مترتب نیست.

(۱) این جمله به اصطلاح ادبی، جواب اما است که فرمود: اما انچه در این مقام ...

مندفع است[۱] به اینکه این کلام مصادره است. و عدم ترتب آثار شرعی بر حرام هم ممنوع است. چنانکه مشاهده می‌شود 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 هبهٔ او باشد. چون عین در ید مستأجر است و مالک ممنوع است از آن. و در تصحیح هبه شرط است که واهب عین را سربسته به قبض متهب بدهد پس هبه فاسد است به جهت عدم حصول قبض. پس صحت و فساد اجاره در اینجا مدخلیتی ندارد، به جهت آنکه قبض و اذن مالک به محض اجاره ممکن الحصول نیست، چون یدی ندارد. پس هبه صحیح نیست.

۷۸: سؤال: هبه کردن آنچه در ذمهٔ غیر است به شخصی دیگر غیر مدیون، صحیح است یا نه؟-؟ و به خود مدیون صحیح است یا نه؟-؟.

جواب: اما مسألهٔ دوم: پس ظاهراً صحیح است و بر می‌گردد به ابراء. والحال خلافی در نظر نیست (به غیر اینکه علامه نسبت تردد به شیخ داده) و خبر **صحیح** هم دال بر آن است.[۲] **اما** مسألهٔ **اولی**: پس هرچند اشهر بطلان است ولکن 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 شده‌اند به عدم امکان قبض چون دین امر کلی است و کلی وجودی در خارج ندارد که قبض توان کرد. و بر این وارد است که قبض کلی ممکن است به قبض بعض جزئیات. و کلی ملک مالک است در ذمهٔ مدیون، و مانع از برای انتقال آن به ملک غیر نیست. و از این جهت است که بیع دین را هم جایز می‌دانیم مطلقا. بلکه قبل از حلول اجل هم، هرچند مطالبه نتوان کرد الا بعد

(۱): جواب است بر «اما».

(۲): وسایل: ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۱ ح ۱ و ۲. و باب ۷ ح ۳.

حلول اجل. و فرقی شیخ علی(ره) 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 می‌شود قبض کلی در هبه هم به قبض فرد حاصل می‌شود. ولکن باید مالک بگیرد آن فرد را و به قبض متهب بدهد یا او را مأذون کند که از جانب او بگیرد و در ثانی خود از جانب خود قبض کند یا حواله کند به دیگری.

۷۹: سؤال: هرگاه زید یک قطعه باغ خرابی که از آن منافعی حاصل نمی‌شده، 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، ومنافعی ازآن باغ مزبور عاید عمرو نشده تا دو سال و بعد از وفات زید مزبور که باغ مذکور حاصلی بهم رسانیده، و حال ورثهٔ زید که ملاحظهٔ محصول باغ را نموده‌اند، می‌توانند باغ مزبور را از ید عمر و انتزاع نمایند یانه(وجمعی مطلع به‌مراتب سنوات ماضیه و حاصل این سال شده باشند)؟-؟ و عمرو مطالبهٔ اخراجات خود را که در سنوات ماضیه نموده است به باغ مزبور می‌تواند از ورثه زید نماید یا نه؟-؟.

جواب: ظاهرسؤال این است که زید باغ را به عمرو هبه کرده. هرگاه ایجاب و قبول هبه به عمل آمده و به تصرف متهب داده، پس هرگاه متهب که عمرو است ذی‌رحم است، یا هبه معوضه است به هیچوجه رجوع صورتی ندارد. و هرگاه غیر این باشد هم اظهر این است که به موت واهب، لازم می‌شود وورثه واهب رجوع نمی‌توانند کرد. و بنابر قول به جواز رجوع هم اظهر این است که متهب می‌تواند در غرامت‌هائی که کشیده رجوع کند به مال واهب، بعد ملاحظهٔ وضع عوض اگر عوضی داده باشد. یعنی در صورت هبهٔ معوضه رجوع به عوض می‌کند. و آنچه زاید بر آن بماند از غرامت‌ها. و ظاهر این است که هرگاه مالی از واهب نمانده

باشد ازهمین عین می‌تواند استیفای غـرامت‌ها را بکند. چون اینهم داخل میراث می‌شود.

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

جواب:علامه در **تذکره**تصریح کرده است به جواز آن مطلقاً. به سبب زوال غرر به ابراء مجموع ما فی‌الذمّه. و از شافعی نقل کرده است که گفته است هرگاه خواهد ابراء مجهول کند بایـد بگوید «بری کردم تو را از هرچه می‌خـواهم از یک درهم تا هزار درهم». و از احمد نقـل کرده که او گفته است «صحیح است هـرگاه راهی به معرفت مقدار نباشد». و حق این است که اگر مراد در این مسأله حکم [به] جواز و عدم جواز است به این معنی که طلبکار با جهالت طلب آیا جایز است که بری کند غریم را علی‌الاطلاق یـا نه، پس در اینجا حق جواز است. به سبـب عمومات حسن ابراء و انتفاء غرر.

و همچنین حق بری شدن غریم است به همین ابراء در صورتی که هر دو جاهل به مقدار باشند، یا طلبکار عالم باشد و غریم جاهل. اما هرگاه طلبکار جاهل باشد و غریم عالم، پس اگر طلبکار بگوید که تو را بری کردم هرچند هـزارتومان از تو طلب داشته باشم، و حال آنکـه طلب بسیار کمتر از آن باشد، هم بری‌الـذمه می‌شود. و اما اگر به آن نحو نگوید بلکه بگویـد که تو را بری کردم از طلب خود، پس در اینجا تفصیل می‌دهیم و می‌گوئیم: یا این است که غریم می‌داند که طلبکار طلب خود را مقدار کمی می‌داند- مثل اینکه چنین اعتقاد دارد که ده تومان بیشتر طلب ندارد ولکن مقدار طلب را نمی‌داند و اگر می‌دانست که صدتومان طلب دارد همه را بری نمی‌کرد. در اینجا برائت حاصل نمی‌شود از تمام طلب، بلکه باید تابع حصول یقین به مقدار ابراء بود.

و هرگاه از حال او بداند که مطلقاً بری کرده طلب هر قدر خواهد باشد، در اینجا برائت از همه حاصل می‌شود. و هرگاه حال طلبکار مجهول باشد که غریم نداند که اعتقاد او در مقدار طلب چـه چیز است و حال او در رضای به ابـراء چون است، در اینجا نیز برائت از همه حاصل می‌شود، نظر به ظاهر لفظ که گفته است تو را بری کردم از هرچه طلب‌داشتم.و اما هرگاه دعـوی رو دهد و غریم بگوید «تو مرا از همهٔ

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 نمی‌کردم. 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 غالبة الوقوع است. مثل «اقرار علی رسم القباله». پس قسم متوجه غریم می‌شود. و هرگاه نکول کرد باید طلبکار را راضی کند. و شاید دعوی عود کند در تعیین مقدار، و قسم در نفی زیادتی متوجه طلبکار شود که بیش از آن مقدار منظور او نبوده در ابراء و بعد از آنچه نقل کردیم از **تذکره** گفته است که هرگاه او را بری کند از صد درهم در حالی که اعتقاد او اینست که صد درهم طلب ندارد ولکن در واقع طلب داشته باشد، پس در آن اشکال است از این جهت که او را بری کرده است از چیزی که در نفس‌الامر ملک او است. و از این جهت که ابراء کرده است چیزی را که اعتقاد ملکیت آن را ندارد. و این از باب «بیع مال مورّث» 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 هبهٔ احد زوجین به دیگری، بعد از حصول اقباض، رجوع جایز است؟ یا جایز نیست مثل ذی‌رحم؟.

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 الشیخ -ره- عندنا ان الرجوع فی هبة الزوج اوالزوجة مکروه». و بعد از آن گفته است که جماعتی از اصحاب ما گفته‌اند جایز نیست رجوع مانند ذی‌رحم. و خود این قول را اختیار کرده. و همچنین فخرالمحققین و شهید ثانی و صاحب **کفایه**. و قول اول را بعضی نسبت به مشهور داده‌اند و ادعای شهرت از جماعتی کرده‌اند، و آن قول ابن‌ادریس است و از ابن زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده.

و محقق در **شرایع** و **نافع** نیز ترجیح این قول داده بعد از تردد. و لازم قول سیدمرتضیٰ نیز این است چون دعوی اجماع امامیه کرده است در **انتصار** بر جواز رجوع در هبه مطلقاً. و این هرچند بسیار بعید است بلکه بر خلاف آن، دعوی

اجماع از جمعی شده است بر عدم جواز رجـوع در هبهٔ اولاد به والدین وبالعکس. واکثر علما فتوی داده اند بر عدم جواز در مطلـق ذی رحم، چنانکه اقوی هم این است واخبار **صحیحه ومعتبره** [۱] بر طبق آن وارد شده ولکن في الجمله تأیید این **قول** می کند.

و دلیل این قول (علاوه بر استصحاب ملکیت سابقه و اجماع منقول از ابن زهره و ظاهر شیخ و تأییـد به اجماع سید) عمومات احادیثی [اسـت] که دلالت دارند بر **جواز رجوع در هبه مطلقاً،و احادیث صحیحه** که دلالت دارند بـر خصوص جواز رجوع در غیر ذی رحم که شـامل زوجین نیزهست. و اما دلیل قول بـه عدم جواز رجوع: پس آن استصحاب ملکیت متهب است(**چون‌هبه مقتضی‌تملیک** است) و عمومات اخباری که دلالـت دارند بر منع رجـوع در هبه که از جملـه آنهـا حدیث **معتبری** است که در آن فرموده‌اند «انما مثل‌الذی یرجع فی الهبة کالذی یرجع فی قیئه»[۲]، و به مضمون آن نیز روایت دیگر هست.[۳]

و سیـد مرتضـی(ره) در **انتصار**نیـز از عامـه نقل کـرده که روایـت کرده‌انـد از پیغمبر(ص): «الراجـع فی هبته کالراجع فـی قیئه»، و به لفظ دیگر هم روایت کرده‌اند « الراجع فی هبته کالکلب یعود فی قیئه ». و خصوص **صحیحهٔ** زراره از حضرت صادق(ع) در آن حدیث که فرموده «ولاینبغی لمن اعطی لله عزوجل شیئاً ان یرجع فیـه. قال: و مالم یعـط لله و فی الله، فانه یـرجع فیه نحلة کـانت او هبة، حیزت اولم تحز. ولایرجـع الرجل فی مایهب لامرأته ولاالمرأة فـی ماتهب لزوجها، حیز اولم یحز. لان الله تعالی یقول: ولا تأخذوا مما آتیتموهن شیئاً. و قال: فان طبن لکم عن شیئی منه نفساً فکلوه هنیئاً مریئاً. و هذا یدخل فیه الصدقة والهبة». [۴]

و جواب از استصحاب این است که این ملکیت متزلـزله افادهٔ لزوم نمی کند، و مطلب ما اثبـات لزوم است. و [نیز ایـن استصحاب] معارض است بـه استصحاب

(۱): وسائل: ج۱۳، ابواب الهبات، باب ۶ح ۱و۲ - و راجع به هبه بر والدین و بالعکس: همان مرجع باب۵.

(۲)و(۳): وسائل: ج۱۳، ابواب الهبات، باب ۱۰ ح ۳و۴. و نیز باب ۷ح۵.

(۴) صاحب وسائل(ره) صدر این حدیث را تـحت شماره ۱از باب ۳ و ذیل آن را تحت شماره ۱ از باب ۷آورده است. - تهذیب: ج۲ ص۳۷۶ فروع: ج۲ص۲۴۲.

ملکیت سابقه. و اخبار عامهٔ مانعه از رجوع، معارضند به اخبار عامهٔ مجوزهٔ رجوع. و اخبار مجوزه اکثر عدداً و اصحّ سنداً و اوضح دلالة، هستند. و دلالت آن اخبار بر حرمت ممنوع است. و استدلال به آنها بر حرمت به سبب اینکه رجوع به قی حرام است، ممنوع است. زیرا که می‌توان گفت که مراد از «الراجع فی قیئه» سگ است که عادت او این است که قی خود را می‌خورد. پس گویا فرموده‌اند که کسی که رجوع به هبه می‌کند بی رتبه و خوار است، مثل سگ. و لفظ دوم که سید نقل کرده مؤید آن است که تشبیه کرده‌اند شخصی را که رجوع به هبه می‌کند به سگ. نه اینکه تشبیه کرده باشند رجوع به هبه را به رجوع به قی که حرام است.

و از کلام سید در **انتصار** نیز اشاره به این جواب ظاهر می‌شود. و در **روایت** ابراهیم بن عبدالحمید که در **تهذیب** نقل کرده هم منافات با این نیست. در آنجا فرموده‌اند «من رجع فی هبته فهو کالراجع فی قیئه». که ظاهر این است که الف لام از برای عهد باشد که راجع به کلب باشد.

به هرحال: آن عمومات بالیقین مخصوص‌اند به غیر ذی‌رحم و به غیر هبهٔ معوضه و به غیر آنچه در آن قصد قربت شده باشد. و به این سبب هم ضعفی طاری می‌شود هرچند مخرج آن [ها] نیست از حجیت. و احادیث صحیحه[1] که تصریح شده در آنها به اینکه جواز رجوع مختص به غیر ذی‌رحم است، اخص مطلق است از آنها. پس لازم جمع میان آنها این است ک حرام است رجوع در ذی‌رحم و جایز است در غیر ذی‌رحم که از جملهٔ آن زوجین است.

باقی ماند کلام در خصوص **صحیحهٔ** زراره. و هرچند آن اخص مطلق است از این اخبار صحیحه و[2] می‌توان گفت که عموم غیر ذی‌رحم که آن اخبار دلالت دارند بر جواز رجوع در هبهٔ آنها، مخصص اند به آن حدیث صحیح، پس مقتضای جمع این است که جایز است رجوع در غیر ذی‌رحم الّا در زوجین، ولکن تخصیص عام و تقیید مطلق موقوف است بر مقاومت، و آن ممنوع است به جهت اینکه این

(۱): وسایل: ابواب الهبات، باب ۱۰ ح۴.

(۲): در نسخه: پس.

صحیحهٔ زراره معارض است با اجماع منقول از ابن زهره که به منزلهٔ 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 مطلقاً و به شهرت و کثرت قائل (چنانکه گذشت) و به اصل برائت و استصحاب ملکیت سابقه. و ایضاً ممکن است معارضهٔ **صحیحهٔ** زراره به **صحیحهٔ** محمدبن مسلم «عن احدهماعلیهماالسلام، انه سئل عن رجل کانت له جاریة فـآذته امرأته فیها، فقال: هی علیک صدقة. فقال: ان کان قال ذلک لله فلیمضها، و ان لم یقل فله ان یرجع ان شاء فیها».[1] 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 «هرگاه به عنوان صدقه نبوده و از باب مطلق هبه بوده، جایز است رجوع کند به آن کنیز بعد از آنکه او را به زوجهٔ خود بخشیده بود».

و احتمال اینکه شاید چون به قبض زوجه نداده بوده است جایزاست 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 صحیحهٔ 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 سیدمرتضی در **انتصار** این را از ابی حنیفه و اصحاب او نقل کرده. پس ممکن است حمل آن بر تقیه. و به هرحال موافقت عامه و مخالفت مشهور از مضعفات روایت است.

(۱): وسائل: ابواب الهبات، باب ۷ ح ۲.

و ناخوشی دیگر اینکه در اول روایت فرموده است که در مطلق هبه جایز است رجوع هرچند قبض به عمل آمده باشد و هبهٔ ذی‌رحم باشد علی‌الاطلاق. و در تتمهٔ روایت استثناء زوجین شده. با وجود اینکه ذی‌رحم اولی بوده به استثناء خصوصاً هبهٔ والدین و ولد. هرچند اظهر این است که خروج بعض اجزاء حدیث از حجیت منشأ سقوط آن نمی‌شود، لکن در مقام ذکر مرجحات شکی نیست که اعتبار می‌شود.

باقی ماند کلام در ظاهر آیه که در آخر صحیحهٔ زراره به آن استدلال شده و آن اشاره است به دوآیه از آیات قرآنی: یکی آیه‌ای است که در باب «خلع و مبارات» وارد شده. ولکن 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 «ولایحلّ لکم ان تأخذوا ممّا آتیتموهن شیئاً الّاان یخافا ان لایقیما حدودالله».[۲] و این هرچند نظر به ظاهر لفظ عموم دارد، ولکن نظر به بعض روایات در حکایت ثابت بن قیس و زوجهٔ او وارد شده که زوجهٔ او از او کراهت داشت. و تفسیر شده «ما آتیتموهن» به صداق و استثنای «الّا ان یخافا» هم با مطلق عطیه نمی‌سازد. زیرا که عوض خلع یا مهر است یا هرچه زوجه بدهد، خواه چیزی باشد که زوج به او داده باشد یا نه. پس نظر به غلبهٔ بذل مهر در عوض خلع، و خصوص مقام و عهد، کمال ظهور دارد که مراد همان مهر باشد.

و آیهٔ دوم نیز در صداق است که فرموده «و آتواالنساء صدقاتهن نحلة فان طبن لکم عن شیئی منه.. الایه»[۳] که مفهوم اطلاق «و ان طبن لکم» این است که هرگاه از روی رضا ندهد، جایز نیست گرفتن آنچه داده‌اند 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 گفته‌اند که در لغت اهل حجاز مهر را

(۱): ظاهراً آیه‌ای در قالب آنچه در حدیث آمده در قرآن نیست.

(۲): آیهٔ ۲۲۹ سورهٔ بقره.

(۳): آیهٔ ۴ سورهٔ نساء.

صدقه می‌گویند. و مراد از نحله این است که عطیه است از جانب خدا هرچند در ظاهر عوض بضع می‌نماید ولکن چون زوجین هر یک به دیگری محتاج وهر یک از دیگری استمتاع می‌کنند پس مهرگویا نحله و عطیه است از جانب خدا بلاعوض از برای زوجه.

و به هرحال با ملاحظهٔ شأن نزول آیه و ظهور ارادهٔ مهر نه مطلق نحله و عطیه، استدلال به آن مشکل است. واین نیز مضعف روایت می‌شود. 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 «هذالک» با نیت انشاء تملیک، یا آنچه افادهٔ معنی آنها کند به لغت فارسی یا غیر آن. و همچنین در طرف قبول بگوید «قبلت» یا «رضیت» و امثال آن. و در **مسالک** 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 نمی‌کند. پس‌هرگاه‌کنیزی 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 ملک و لزوم حاصل شود وکیل کند آن کسی را که هدیه [را] می‌برد که صیغه بخواند، یا آن کسی [را] که هدیه [را] برای او می‌فرستد.

و در **تحریر** وجیه شمرده است قبول فعلی را در هدیه، در آخر باب هبه، بعد از آنکه در اول باب اختیار کرده است اشتراط ایجاب و قبول لفظی را در هدایا، هرچند در اطعمه باشد. و در آنجا گفته است که جواز تصرف از باب اباحه است. و لازم کلام او است که ایجاب قولی راهم شرط نداند، چون شرط دانسته است تعجیل قبول را بنابر اشتراط لفظ. ولکن از **تذکره** ظاهر می‌شود میل به عدم اشتراط ایجاب و قبول قولی. چون نقل کرده است از جمعی از عامه که حاجتی

نیست در هدیه به ایجاب و قبول لفظی بلکه فرستادن مُهدی به منزلهٔ ایجاب است و قبض مُهدیٰ الیه به منزلهٔ قبول است. زیرا که هدایا از جانب کسری و قیصر می‌بردند از برای رسول خدا(ص) و همچنین [از طرف] سایر ملوک پس قبول می‌فرمودند و لفظی در آنجا نبود. وحال بر این منوال باقی مانده تا این وقت در همهٔ 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 می‌کردند نه از راه محض اباحه، و همچنین رسول خدا(ص). بعد از آن گفته است که: ممکن است اکتفا شود در خوردنی‌ها. نظر به حکم عادت بین‌الناس. بعد از آن گفته است که: تحقیق این است که خوردنی‌ها و غیر خوردنی مساوی‌اند، به جهت آنکه مردم غیر خوردنی را هم به هدیه می‌فرستادند. و مشهور است که جامه‌ها و اسب‌ها از جانب پادشاهان به هدیه می‌آوردند به جهت آن جناب، و ماریهٔ قبطیه که آن حضرت از او فرزند داشت، از جملهٔ هدایا بود.

و بعد از این کلام [کلام] دیگر دارد اصرح از این. که در مقام ردّ بر بعض عامه- که هدایا را از باب اباحه قرار داده- گفته است: این صحیح نیست. چون علما اجماع دارند بر اینکه نام این هدیه است و آن را اباحه نمی‌گویند. و اباحه مختص منافع است. و آن جناب آن اشیا را برای زوجات [خود] می‌فرستاد، و جامه[ای] را که هدیه برای او آورده بودند از برای امیرالمؤمنین علیه‌السلام فرستاد.

و شهید ثانی[1] **بعد** نقل کلام اول **تذکره**(چنین که ما نقل کردیم) گفته است که «از این تحقیق که علامه گفت ظاهر می‌شود که اکتفا می‌کنند به قبول و ایجاب فعلی در هدیه». و خود نیز این را پسندیده وگفته است که می‌توان این را هم از بابت معاطات بگیریم که افادهٔ ملک متزلزل کند و مبیح تصرف، و وطی کنیز هم

(۱): در مسالک.

باشد. ولکن جایز باشد رجوع قبل ازتصرف. و به 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 اباحهٔ محضه است (چنانکه واقع شده از آن جناب در وطی ماریهٔ قبطیه، و بخشیدن اموال به غیر چنانکه آن جناب هدایا را به هدیه می‌فرستادند از برای ازواج خود. و حلیه از برای آن حضرت فرستادندآن حضرت آن را به هدیه فرستادند از برای امیرالمؤمنین (ع) و نقل نشده که آن حضرت قبول لفظی فرموده باشند. یا آن اشخاصی که هدیه می‌آوردند ایجاب لفظی گفته باشند) باید جایز باشد تصرفات مالکانه، گو لازم نباشد.

و صاحب **کفایه** نیز متابعت **مسالک** کرده. و شهید در **دروس** بعد از آنکه ذکر کرده است اشتراط ایجاب و قبول را در تملیک، و گفته است بدون صیغه بیش از اباحه افاده نمی‌کند، گفته است: محتمل است که حاجتی به ایجاب و قبول نباشد لفظا، و کافی باشد ایجاب و قبول فعلی. به جهت آنکه هدایا رامی‌آوردند برای پیغمبر(ص) و نقل نشده است که آن حضرت مراعات ایجاب و قبول می‌کردند. و دور است که حمل کنیم بر محض اباحه. به جهت آنکه آن حضرت تصرفات مالکانه در آن می‌کردند. و مردم در اعصار و امصار بر این منوال معمول می‌داشتند. این آخر کلام شهید است.

و این سخن را هرچند در اول بر سبیل احتمال گفته ولکن از استدلال اوبرمی‌آید که به این راضی باشد. خصوصاً استدلال به عمل مردم در اعصار و امصار که اشعاری دارد به دعوی اجماع، والّا استدلال به عمل مردم بی معنی خواهد بود.

و اظهر در نظر حقیر هم همین است که هدایا مفید ملک هستند اما در حکم معاطات می‌باشند. پس انواع تصرفات مالکانه در آنها می‌توان کرد. هرچند قبل ازاتلاف، یا تصرف، توان رجوع کرد، به هرحال این خلاف در هدیه است.

و اما در هبه: پس برنخوردیم به مصرحی به کفایت ایجاب و قبول فعلی. و هرچند هدیه اخص مطلق است از هبه، و در **مسالک** دعوی اجماع کرده ظاهراً بر اشتراط ایجاب و قبول لفظی. ولکن چون خود این قول را در هدیه پسندیده است،

معلوم می‌شود که اجماع در غیر هدیه است. و وجه اخص بودن هدیه آن است که در آن معتبر است نقل از مکانی به مکانی به قصد اکرام و تعظیم آن شخصی که برای او می‌فرستند. به این جهت [است] که ملک و باغ و امثال آنها را هدیه نمی‌گویند، بلکه می‌گویند «هبه کرد».

و بدان که لازم کلام **مسالک** می‌افتد که در هبه نیز قایل شویم به صحت معاطات که بدون ایجاب و قبول لفظی مثمر جواز تصرف باشد (هرچند و طی کنیز باشد) و اباحهٔ محضه نباشد. و در اینجا اشکال حاصل می‌شود در فرق مابین اباحهٔ محضه و معاطات در صورت فقد ایجاب و قبول لفظی. و دور نیست که اصل را معاطات قرار دهیم که مورث ملک متزلزل باشد تاازخارج معلوم شود که اباحهٔ محضه است، نظر به ظاهر. و مؤید آن است **روایت** محمدبن مسلم که «قال: جلساء الرجل شرکاؤه فی الهدیة».[1] و در **روایت** دیگر است «اذا اهدی الی الرجل هدیة من طعام و عنده قوم فهم شرکاء فی الهدیة، الفا کهة و غیرها».[2]

و سحتمل است که اصل را اباحهٔ محضه قرار دهیم. نظر به اصالت عدم زوال ملک. وبه هرحال آن طعامی که در نزد مهمان حاضر می‌کنند از باب اباحه است نه تملیک. و علامه در **تذکره** گفته است: خلافی نیست میان علما در اینکه آوردن طعام پیش مهمان اذن در اکل است و احتیاج به قبول ندارد. بنابر این جایز نیست از برای مهمان که آن را به مهمان‌های 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 مالک رقبهٔ مال نمی‌شود بلکه همان رخصت در انتفاع به آن است به خودی خود، هرچند به اتلاف و خوردن آن باشد.

و در اینجا سخنی باقی ماند. و آن این است که هرگاه هبه را که لفظی در آن نباشد ازباب معاطات بگیریم که تصرفات مالکانه در آن توان کرد، پس ثمرهٔ دعوی

(۱)و(۲): وسائل: ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۹۲ ح ۱و۲.

اجماع بـر اشتراط ایجاب و قبول لفظـی چه چیز اسـت در جائی که هبه معـوّضه نباشـد و حال آنکه در صـورت وجود لفظ هـم افادهٔ بیـش از آنچه معاطـات افاده می‌کنـد، نمی‌کند-؟. و جـواب آن این است کـه ثمره بنابـر قول به عـدم صحت معاطات، ظاهر می‌شود. و همچنین در ایمان و نذور و امثال آن ثمره می‌کند. پس هرگاه کسی نذر کند مثلاً که هبه به عمل آورد، بدون صیغهٔ هبه به عمل نمی‌آید و داخل عمومات هبـه که در اخبار وارد است نمی‌شود، تا متفـرع شود بر آن لزوم و عدم لزوم در اجنبـی و ذی‌رحم و غیر آن از مواضعی که احکـام هبه در آن مختلف می‌شود.

و از آنچه گفتیم فرق مابیـن هبه و هدیه ظاهـر شد. و معلوم شد کـه هبه اعم مطلق است از هدیه. وهمچنین هبه اعم مطلق است از صدقه. و صدقه همان هبه است به شـرط قصد تقرب. و در کتاب وقف همیـن مجموعه فرق مـابین زکات و صدقه مذکور شد.[۱] و در صدقـه هم لازم اسـت ایجاب و قبـول لفظی، و ظـاهراً خلافی در آن نیست. و چون صدقه داخل هبهٔ معوّضه محسوب می‌شود که از عقود لازمه است،[۲] اشتراط صیغه در آن اظهـر است.[۳] و کلام در معاطـات آن نظیر آن است که در هبه گفتیم. پـس هرگاه صیغه با فقیر خوانده نشـود جایز است رجوع مادامی که عین برحال خود باقی است.[۴] و در اشتراط اقباض و سایر شروط مثل هبه است.

(۱): نگاه کنید به مسأله شماره ۴۱ از همین مجلد.

(۲)و(۳): عوضی که در صـدقه لحاظ می‌شود از جانب خداونـداست نه از طرف فقیر پس آن به «ایقـاع» بیشتر مربوط می‌شود تا «عقد» بنابر این هیچگونه «اظهریت» در اشتراط صیغه وجود ندارد.

(۴): همانطور کـه گفته شد لزوم صـدقه بیشتر (بلکه کـاملاً) جنبهٔ ایقاعـی دارد، مانند نذر واجـب. و هیچ نقشی در ضرورت صیغه با فقیر ندارد. و سیرهٔ مسلمین در اعصار و امصار بـر عدم اجرای صیغه در صدقه، مبتنی بوده و هست. و با اینهمه باز صدقه لزوم خودش را دارد.

و همین صدقه‌های بدون صیغه موضوع اخبار است. یعنی اخباری کـه می‌فرمایند «صدقه لازم و غیر قابل رجوع است» مرادشان همین صدقه‌های بی صیغه است. به عباراتی از احادیث توجه فرمائید:

الف: در صحیحه زراره (باب ۳ ح ۱) آمده اسـت «ولا ینبغی لمن اعطی لله شیئاً ان یرجع فیه. و مـالم یعط لله و فی الله، فانه یرجع فیـه نحلة کانت او هبة حیزت اولم تحز». در ایـن حدیث هبه‌های غیر لازم مورد نظر اسـت. یعنی آن هبه‌ها ←

و اما عطیه و نحله: پس گاهی گفته می‌شود و هبه از آن خواسته می‌شود. و گاهی گفته می‌شود و مطلق اعطاء تبرعی خواسته می‌شود، پس شامل وقف و صدقه و هبه و هدیه و سکنی و عمری می‌شود. و علامه در **تذکره** گفته است که اغلب استعمال نحله در عطایای به فرزند است. و از صحیحه سابقه زراره[1] ظاهر می‌شود مغایرت. و می‌تواند شد که در آنجا نیز ناظر به این باشد که علامه گفته است. و از شیخ نقل شده است هبه و صدقه و هدیه به یک معنی است. و آن بعید

مورد نظر هستند که نه به وسیله شرط و نه به وسیلهٔ ذی‌رحم بودن و نه به وسیله عوض گرفتن از متهب و نه به وسیله اتلاف، هیچکدام لازم نشده‌اند. در این زمینه و در این شرایط و اوضاع می‌فرماید آنچه برای رضای خدا و توقع ثواب داده شده، لازم است.

ب: صحیحهٔ محمدبن مسلم-ح۲ همان باب-: «ولایرجع فی‌الصدقة اذا ابتغی وجه‌الله. و الهبة و النحلة یرجع فیها ان‌شاء، حیزت اولم تحز الاالذی رحم فانه لایرجع فیه». این حدیث دقیقاً در مقام تقسیم عوامل لزوم به دو قسم است.

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

قسم دوم: عواملی که موجب لزوم می‌شوند و ربطی به اراده و فعل طرفین ندارند. مانند: قصد قربت و نیت ثواب تنها از جانب واهب، و طبیعت خود موضوع که «هبه به ذی رحم» باشد. این عوامل به تنهائی عامل لزوم هستند خواه عوامل قسم اول همراه اینها باشند یا نباشد.

ج: صحیحهٔ علی بن جعفر- باب۵ ح ۵-: «...قال: وسألته عن رجل تصدق علی رجل بصدقة فلم یجزها، هل یجوز ذلک؟ قال هی جایزة حیزت ام لم تحز قال وسألته عن الصدقة تجعل لله مبتوتة هل له ان یرجع فیها؟ قال: اذا جعلها لله فهی للمساکین و ابن السبیل، فلیس له ان یرجع فیها».

این حدیث نیز دقیقاً در مقام بیان چگونگی قصد و نیت صدقه دهنده است. همانطور که نذر واجب و نذر مستحب داریم همینطور هم صدقه دهنده می‌تواند قصد وجوب و قصد غیر وجوب نماید، و هرگاه قصد وجوب نکرده مادامی که صدقه را به قبض نداده (لم یجزها) می‌تواند 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 همهٔ سخن براساس بینش «توقیفیه» بود که مصنف (قدس سره) از جملهٔ قائلین به آن است، و بنابر بینش «امضائیه» باید گفت همهٔ مسلمین از آغاز بعثت تابه امروز در همهٔ اعصار و امصار باور داشته‌اند و دارند که صیغه خواندن در صدقه با فقیر رفتاری قبیح و ناپسند است و در عین حال همگی تلقی‌شان بر لزوم صدقه بدون صیغه بوده. و این مورد امضای شارع شده و بوده و هست.

موضوع توقیفیه و امضائیه به طور مکرر در این مجلدات بحث شده. از آن جمله رجوع کنید به مسئله شماره ۴۱و۵۷، از همین مجلد و ۳۴۲و۳۴۴، از مجلد اول.

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

است و خلاف مدلول اخبار است.

و اما وجه تسمیهٔ صداق به نحله: پس به آن اشاره کردیم در مسأله سابقه.

۸۳:سؤال: هرگاه زینب بـه دختر خود بگوید که: میراث پـدرت را به من حلال کن. و او بگوید کـه: حلال کردم. آیا به همین، آن میراث مال مـادرش می‌شود، یا نه؟...؟

جواب: علامه در تذکره گفته است که «لابـد است در صیغهٔ هبه از لفظ صریح، و کافی نیست کنایات، چنانکه در بیع. به جهت استصحاب عدم نقل ملک.» و ظاهر این است که صریح اعم از لفظ مجازی که با قرینهٔ ظاهره، باشد خواسته است. و به هرحال لفظ «حلال کردم» در لغت افادهٔ بیش از اباحهٔ تصرف نمی‌کند. و بر فرضی که در عرف آن بلد حقیقت باشد در بخشش و هبه،در اینصورت دو امر دیگر هست که قدح در صحت و لزوم می‌کند: اول اینکه اقباض شرط است و بدون اقباض لزوم ندارد، بلکه صحت ندارد. دوم اینکه بعد از ایجاب، قبـول لفظی شرط است و هرگاه مادر نگفته باشد که «قبول کردم» آنهم بی فایده است.

و باید دانست که صحت هبه بر فـرض تحقق آن، در وقتی است که میراث معلوم باشد. و اگـر مجهول باشد آنهم صحیـح نیست. چون مستلزم غـرر است. و اینکه گفته‌اند جهالت مضر نیست، در صورتـی است که مستلزم غرری نباشد. و تفصیل این را در اول کتاب هبات ذکـر کردیم. و هرگاه بعض میراث دینـی باشد که در ذمهٔ غیر داشته باشد، دیگر اشکال بیشتر می‌شود. [زیرا] باید از لفظ « حلال کردم » هم هبه خواهد و هم حواله. و این جایز نیست، با وجود اینکه در حواله هم صیغه ضرور اسـت که مابین محیل و محتـال خوانده شود. و مشهـور علما رضای محال علیه را هم شرط دانسته‌اند. و آنهم معلوم نمی‌شود.

۸۴:سؤال: هرگاه ضعیفـه در حال حیات زوج خود، اقرار نموده کـه «من صداق خود را مصالحـه نمودم به زوج خود. و مـادام‌الحیات خودم، اختیار فسـخ از برای خود قرار داده‌ام». بعد از گذشتن چند روز از آن اقرار، زوج متوفی شد. زوجه گفت من خیـار فسخ از بـرای خود مـادام‌الحیات گـذاشته بـودم و الحال فسـخ کردم مصالحـه را، و صداق خود را از مخلفات او بـرمی‌دارم. و بعد چند روز دیگـر زوجه

مریض شده وصیت کرد که ثلث مال مرا صرف عبادات من کنید. و شخصی را وصی کرد.

بعد فوت زوجه به سمع وصی رسید که زوجه در حینی که زوج او را غسل می‌دادند، هنوز برنداشته، به او خطاب می‌نموده که من مهر خود را حلال کردم به تو مثل شیر مادر. الحال وصی نمی‌داند که به این عبارت برائت حاصل می‌شود برای زوج از صداق، و وصیت زوجه نسبت به صداق باطل است یا نه؟-؟.

جواب: بدان که صلح صداق می‌تواند شد که در ازای عوضی باشد که معتد به، نزد عقلا باشد و می‌تواند شد که در ازای عوض قلیلی باشد که اعتنائی به آن نباشد و ازباب «عقود محاباتیه» باشد. و می‌تواند شد که در ازای هیچ عوضی نباشد، زیرا که در صحت عقد مصالحه عوض شرط نیست. چنانکه از علامه در **تذکره** ظاهر می‌شود که مراد از مصالحه محض اتفاق و تراضی است. چنانکه گاه هست صلح می‌کند طلب ثابت را به اقرار مدعی علیه به نصف آن، که آن را «صلح حطیطه» می‌گویند. و گاه است که صلح می‌کند حق را و هیچ نمی‌گیرد.

بلکه کلام در عین هم، چنین است و اختصاص به دین هم ندارد. و مؤید این مطلب است مذهب شیخ در صلح که آن را تابع یکی از عقود خمسه می‌داند که یکی از آنها هبه است و یکی از آنها ابراء است. و در حقیقت هیچیک عوض شرط نیست. پس هرگاه صلح زوجه از باب قسم اول باشد، و اقرار مرکّبی 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 مادام‌الحیات» ظاهر این است که اصل صلح فاسد باشد. چون شرط ضمن العقد آن، جهالت دارد به سبب جهالت زمان حیات.

و به فرضی که جهالت در صلح مغتفر باشد، هرچند در عوض باشد و ضرر نداشته باشد، معلوم نیست که این قسم از جهالت مغتفر باشد. و جهالت اقسام دارد و اقسام آن را در اول کتاب صلح بیان کرده‌ایم. و دلیل مغتفر بودن جهالت خصوصاً در عوض و خصوصاً در «صلح ابتدائی» وضوح ندارد. و غایت آنچه مسلم است مقبولیت آن در صورتی است که استعلام بالفعل متعذّر باشد یا متعسّر.

چنانکه در آنجا بیان کرده‌ایم و در اینجا این شرط خیار فسخ از باب عوض است، و معوض صداق است. و شکی نیست که تعیین آن در کمال سهولت است. می‌تواند خیار فسخ را مثلاً در سی سال قرار بدهد یا بیشتر، به قدری که مظنون او آن است که بیش از آن عمر نمی‌کند، و اگر فوت شود هم، خیار فسخ موروث می‌شود.

و به هر حال بعد از تعارض ادله چون اصل عدم صحت معامله است، صحت این مصالحه مشکوک فیه است. و ظواهر ادله، ممنوع‌الدلالة و الانصراف است به این قسم از جهالت. با وجود اینکه می‌گوئیم که این شرط منافی مقتضای عقد هم هست که عقد لازم مادام‌الحیاة عاقد، متزلزل باشد. چون ظاهر این است که اصل در عقود لازمه این است که بین‌المتعاقدین مادام حیاتهما لازم باشد نسبت به هر دو، الّا قدری از زمان را که شرط خاص اقتضای آن کند. پس باید که لزوم فی‌الجمله نسبت به هر یک مادام‌الحیات ثابت باشد. و این در مانحن فیه مفقود است، به جهت آنکه لزوم نسبت به وارث، لزوم نسبت به متعاقدین نیست.

و هرگاه 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 معاملهٔ عقلا هم منافاتی ندارد. چون ممکن است که غرض صحیحی در آن باشد. و مستلزم غرر نیست. و **توهم** اینکه «بر فرضی که از باب قسم ثالث باشد باید باطل باشد به جهت اینکه شرط خیار در ابراء صحیح نیست» **فاسد است**. زیرا که آنچه مسلم است که شرط خیار در آن صحیح نیست، نفس ابراء است نه مصالحهٔ مطابقهٔ ابراء. زیرا که اقوی این است که صلح عقد مستقلی است وتابع احدی از عقود خمسه نیست. پس جایز خواهد بود شرط خیار از این حیثیت که صلح است. و دلیلی بر اضرار جهالت شرط، در اینجا هم نیست.

و اگر بگوئی: که در صورت صلح مطابق ابراء حق ساقط می‌شود و فسخ صلح بعد موت زوج چگونه مستلزم عود حق می‌شود به ذمهٔ میت، و حال آنکه میت بعد موت مکلف نیست که چیز تازه‌ای بر [ذمهٔ] او قرار بگیرد.-؟ و به مجرد موت زوج مال او به وارث منتقل می‌شود. چون در آنوقت دینی ندارد که متعلق به مال او شود. و در حال موت، حق از ذمهٔ او ساقط بود.

گوئیم: که چنانکه دیـن مستقر بعد موت متعلق به مال میت مـی‌شود، علاوه بر ذمه آن، دین متـزلزل هم تعلق می‌گیـرد. پس صداق که دین اسـت و زوجه صلح کرده آن را بر سبیـل ابراء، به سبب شـرط خیار فسخ آن، سقوط متـزلزل است. و چنانکه سقوط آن متزلزل است تعلق آن هم به مال او بعد موت هم متزلزل است. و اینکـه گفتی که «صحیـح نیست که میت بعد موت چیزی بـه ذمهٔ او تعلق بگیرد» خوب است در وقتی که مـا بگوئیم که حق جدیدی به ذمـهٔ او متعلق شد و لکن ما می‌گوئیـم که همان حق سـابق متزلزل به عنـوان تزلزل در ذمهٔ او بـود که مرد. و الحال که زوجه عود کرد و فسخ کرد، همان مقتضای اشتغال ذمهٔ سابق که منشأ تعلق حق بـه مال [می]شد، الحال تعلق آن بـه مال مستقر می‌شود هرگـاه مالی باشد و هرگـاه مال هم نباشد می‌تـواند شد که باز در ذمهٔ او مستقـر شود. چنانکه قبلاً بود. مثل اینکه بعد موت زوج بر او ظـاهر شود عداوت شدیده نسبت به زوجه و خواهد در قیامت از او بازخواست کند، باز رجوع می‌کند و اشتغال مستقر می‌شود.

و از اینجا ظاهر شد که نمی‌توان گفت کـه «فسخ موجب فقد ثمرات معامله است از حین فسـخ عقد، نه از اول عقد» تـا آنکه مترتـب شود بر آن رجوع حکـم دین و برگردد به ذمهٔ او در حال حیات که مستصحب بماند تا حین موت.

پس این شـرط در حین عقد مصالحه، چون شـامل صورتی هم هسـت که زمان فسخ اتفاقـاً بعد موت زوج باشـد، به منزلهٔ نـذری است در وقت خاصـی از اوقات مستقبله که آنـوقت در نفس‌الامر فاقد قـابلیت وقوع آن باشد. مثل آنکـه زنی نذر کند که در پنجشنبهٔ آینـده روزه بدارد و اتفاقاً آن روز حایض شـود. پس نذر منعقد نیست. پس این شرط در وقتی صحیح است که در حین فسخ زوجه، ذمهٔ زوج قابل تعلق حقّ جدید به او باشد.

و به هـرحال: در این مقام بـاید تفصیل داد که صلـح به چه نحو واقـع شده. در بعضـی صور صحیـح اسـت و در بعضی صـور باطـل اسـت. و در صورت بطـلان احتیاجی به تصحیـح شرط خیار فسخ نیست، و زوجه مهـر خود را می‌طلبد. و در صورت صحت باز به سبب فسخ باطل می‌شود، و زوجه صداق خود را می‌طلبد.

و اما اینکه زوجه خطاب کرده بـه زوج میت خود که صداق خود را بـه تو حلال

کردم که بنابر صورت سؤال قبل از فسخ صلح واقع شده- هرگاه 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 صورتها که صلح صحیح است و هنوز فسخی واقع نشده، پس در ظاهر چنین می‌نماید 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 می‌توان گفت که این لفظ این معنی را در بر دارد که «فسخ کردم و حلال کردم» از باب «اعتق عبدک عنی» یعنی غلام خودت را تملیک من کن و از جانب من آزاد کن.

یا اینکه «اگر خدشه و عیبی در عقد مصالحه در نفس‌الامر 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 ودر هبه ایجاب و قبول، و اقباض شرط است. و اینها در میت محال است. و همچنین هرگاه مراد او از «حلال کردم» اباحهٔ عین باشد.

و اما در صورت اخیره: پس چون راجع می‌شود حلال کردن به اسقاط حق رجوع و حق خیار فسخ پس تصحیح آن ممکن است و لکن این در وقتی خوب است که معلوم باشد که مراد زوجه این صورت است. و اما در صورت جهالت حال، پس اشکال بهم می‌رسد. وجه بطلان این است که لفظ، احتمال[بر] هر سه صورت دارد، و اصل عدم تحقق شرط صحت است، و شک در شرط موجب شک در مشروط است، چون کلام او مردد است مابین یکی از این سه احتمال، و صحت وقتی ثابت می‌شود که فرض تحقق احتمال سوم باشد.

و وجه صحت این است که: ظاهر لفظ «حلال کردم» ابراء است و اسقاط. و به این قرینه می‌توان حمل کرد بر احتمال ثالث. و ایضاً افعال و اقوال مسلمین محمول بر صحت است. پس حمل لفظ زوجه بر معاملهٔ صحیحه اولی است از فاسده. و این اظهر است.

و اما هرگاه صداق دینی باشد: پس می‌گوئیم که متبادر از لفظ «حلال کردم» در صورت دین بری‌الذمه کردن است.

و اگر کسی بگوید: که بری‌الذمه کردن میت مستلزم سقوط حق زوجه نمی‌شود زیرا که بعد فوت میت چنانکه دین در ذمّهٔ او باقی است تعلق به مال او هم می‌گیرد هرگاه مالی داشته باشد. بلکه اظهر در تفسیر آیهٔ شریفه «من بعد وصیة یوصی بها اودین»[۱] این است که مال از ملک متوفی بیرون نمی‌رود تا ادای دین و وصیت نشود مطلقاً. یعنی خواه دین مستوعب ترکه باشد یا نباشد. و چنانکه دین تعلق دارد به ذمهٔ میت تعلق می‌گیرد به سبب موت به مال او نیز، مانند تعلق حق مرتهن به مال مرهون.

پس آن مال به منزلهٔ رهن است که اگر وفای دین از آن مال که به منزله رهن است، بشود. یااینکه متبرعی ادا کند، یا آنکه صاحب طلب او را بری کند، مال از رهن بودن بیرون می‌آید و منتقل به وارث می‌شود . و اگر اینها هیچیک به عمل نیاید و مال هم تلف شود، آن مال در ذمهٔ متوفی می‌ماند تا به قیامت. و تعلق دین به مال از باب تعلق زکات به عین نیست که هرگاه بدون تفریط عین تلف شود، زکات هم ساقط شود و وجه دیگر هم در تفسیر آیه هست که در رسالهٔ علی حده بیان آنها کرده‌ام. و اظهر وجوه[۲] این است که مذکور شد.

(۱): نساء، ۱۲.

(۲): یعنی اظهر وجوه در تفسیر ایه.

و بنابراین پس ممکن است که مراد زوجه اسقاط حق قیامت باشد، نه حق در دنیا که تعلق به مال او دارد. و قرینهٔ 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 وارث‌های او بخورند هرچند دشمنان زوجه باشند. خصوصاً در وقتی که می‌داند که زوج مال بسیار دارد و حکم خدا این است که اول دین را باید ادا کرد و اگر چیزی بماند به وارث می‌دهند. و نفعی دیگر از آن مال به میت نمی‌رسد. در اینصورت این ابراء چندان نفعی برای زوجش ندارد که تضییع حق خود را بکند.

و نظیر این است اینکه هرگاه مالی را غاصبی از کسی بگیرد و غاصب دیگر از آن غاصب بگیرد وهکذا...، پس همهٔ آنها مشغول ذمهٔ مالک هستند و لکن ممکن است که مالک یکی از آنها را بریٔ‌الذمه کند بدون اینکه از او چیزی بگیرد. و دیگران را بریٔ‌الذمه نکند و مطالبهٔ حق خود را (در دنیا یا آخرت) از آنها بکند.

در جواب او می‌گوئیم: شاید چون زوجه احتمال می‌دهد که ممکن نشود استیفای حق خود را از مال زوج بکند به سبب اینکه وارث ممانعت کند، یا مرگ مهلت ندهد، احتیاطاً زوج را بریٔ‌الذمه می‌کند و اعراض می‌کند از حقی که در مال دارد. یا بر وارث بر فرض تحقق آن یا آنچه قائم مقام اینها شود، مثل تبرع اجنبی، که مبادا خود زوجه بمیرد و زوجش مشغول‌الذمه بماند. بلکه می‌توان گفت که بریٔ‌الذمه کردن زوج جمع نمی‌شود با بقای حق در ذمهٔ وارث (یا کسی که قائم مقام او است) که او را بری کند و این را نکند. به جهت آنکه اشتغال ذمهٔ وارث (یا قائم مقام او) به وفا امر مستقل متأصلی نیست. بلکه حصول آن به تبعیت اشتغال ذمهٔ میت است، و با نفی آن این نیز منتفی می‌شود.

بخلاف آن نظیری که ذکر شد که در آنجا هر یک از ایدی متعاقبه غصب مستقل‌اند در اشتغال ذمه. پس در مانحن فیه ابراء کردن زوج در معنی مبتنی بر

تعلیق مـی‌شود یعنی اگـر وارث وفا نکند یـا مال تلف شـود زوجم بری بـاشد و در قیامت از او مؤاخذه نمی‌کنم. و تعلیق در ابراء بی‌صورت است. و هرگاه این تعلیق منظور نباشـد و منجزاً او را بری کرده باشـد دیگر حقی بر گردن وارث نمـی‌ماند. چون ثبوت حق در گردن وارث تابع اشتغال ذمهٔ میت است و به انتفای متبوع تابع منتفی می‌شـود. بخلاف صورت غصب که در آنجـا با تنجیز ابراء بـاز اشتغال ذمهٔ دیگران باقی است.

و ظاهر لفظ و اطلاق «حلال کردم» هم این است که منجز باشد. چنانکه حقیقت ابراء هم این است.

پس نتوان گفت: که این احتمال در جنـب احتمال اول ضعیـف است و اینکـه دلالت لفظ بر اعـراض مذکور ممنوع است، و غایت امر تسـاوی احتمالین است، و اصل بقای حق اسـت تا یقین به رافع حاصل شـود، و اینکه در حین موت زوج دو حق از برای زوجه حـاصل است یکی حقی که در ذمـهٔ زوج دارد که اگر در دنیا از مال او به او نرسد در آخرت مطالبه خواهد کرد، و یکی حقی که بر مال زوج دارد در صورت بقـای مالی از او و استحقاق مطـالبهٔ آن را دارد از وارثی که مـال در دست اوست، یا از کسی کـه قائم مقام وارث است که این حق از جانـب خدا قهراً و قسراً ثابت است، و اسقاط اول مستلزم اسقاط ثانی نیست، و اسقاط ثانی در معنی هبهٔ دین اسـت به وارث، یا به منـزلهٔ ابراء وارث است از حـق وجوب وفا از مالـی که در دست او است، و حـلال کردن میت و ابراء او دلالتـی بر هبه به وارث یـا ابراء او به احدی از دلالات ندارد. پس منـافاتی نیست مابین حلال کـردن صداق به میت و باقی مـاندن حق صداق در مال او، هـرگاه مالی داشتـه باشد. بلکه هرگـاه 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 ذمهٔ وارث به وفا هم اقتضای همین را می‌کند.

و احتمال دیگر در اینجا تصور می‌شود. 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 بـه زوجم که وراث به مصرف او برسانند». و ارادهٔ این معنی بسیـار بعید اسـت، و لفظ دلالتی بر آن نـدارد. تا اینجا بنای کـلام در آن بود که صلح صحیح باشد.

و اما هرگاه در صورتی باشد که صلح فاسد باشد به یکی از جهات سابقه که بیان شد: پس حـلال کردن و بری کردن خوب اسـت و احتیاج به آن توجیهـات سابقه نیست. لکن اشکال سـابق باز وارد می‌آید که بری کـردن زوج مستلزم سقوط حق زوجه بالمـره نمی‌شود. و دفع آن هـم بر وجهی که گفتیـم ظاهر شد. پـس هرگاه مطالبهٔ صداق کند از مالی که از او مانده بـاشد و بگوید «که من آنچه حلال کردم آن حقی بود که در گردن زوجـم بماند به قیامت. نه اینکه بـا وجود تمکن از ایفای حقم از مال او آن را هم ساقط کرده باشم.» سماع این دعوی مشکل است. چون در معنی «انکار بعدالاقرار» است.

و اما هرگاه زوجه متذکر صلح نباشد: پس در صورتی که صلـح صحیح باشد این ابـراء صحیح نیست. به جهـت آنکه بنابر ایـن در نفس‌الامر حقی نـدارد که حلال کند و سخـن لغوی گفته . و آن دو احتمال کـه در صورت صحت با تـذکر، گفتیم‌یعنی فسخ کردن و بعد از آن ابراء کـردن، یا اسقاط حق تسلط بر فسخ- در اینجا راهی ندارد. چـون متذکر آنها، هیچکدام، نیست. پـس آن فسخ (بعد ثبوت) موجـب رجوع صداق بـه او [می‌شود] و وصیت او صحیـح است. و در صورتـی که صلح صحیح نباشد به جهاتی که ذکر کردیم، پس ابراء او فی‌الجمله صحیح است. به جهت آنکه علی ای تقدیر ابراء بر حق خـود وارد شده. خواه به اینوجه که بر حق ثابت بلاعروض عارض، شده (چنانکه در حال عدم تذکر معتقد آن است)، یا بر حق ثابت با عروض عارضی که مثمر ثمر نیست که آن صلح فاسد باشد.

ولکن همان اشکـال سابق باز وارد می‌آیـد که این ابـراء مسقط حـق اوست که

متعلق است به مـؤاخذهٔ قیامتی زوج، نه اسقاط حقی کـه در مال زوج یا بر وارث دارد. و جواب آن هم همان است که مذکور شد.

بلی اشکالی در اینجـا هست که گاه است که با وجود فسـاد صلح در نفس‌الامر، زوجه معتقد صحت آن بوده، ولکن در حین ابراء تکیـهٔ او بر اعتقاد بقای حق ثابت است. چون صلح را فراموش کرده و اگر متذکر می بود ابراء را منضم می کرد به فسخ آن صلح، یـا قصد همان ابراء از حـق تسلط بر فسـخ می کرد. و الحال منجـزاً ابراء کرده. و این از باب «بیـع مال مورث به اعتقاد حیات او، و حـال آنکه در واقع مورّث در حال بیـع مرده بـوده است و مال خـود وارث بوده» مـی‌شود. و دور نیسـت که همین موافقت نفس‌الامری کافی باشد، هرچند علی سبیل الاتفاق باشد.

هرچنـد در بعض صور ابراء مجهـول، این سخن تمام نبـاشد، چنانکه عـلامه در تذکره فرض آن را کرده. و آن این است که شخصی بری کند دیگری را از صد درهم در حالی که معتقد این است که صد درهم طلب ندارد و لکن در واقع طلب داشته باشد. و در آن دو وجه ذکر کرده: یکی برائت آن شخص است، زیرا که بری کرده او را از چیزی که در نفـس‌الامر مالک آن اسـت. دوم عدم برائت است، چـون اعتقاد ملکیت آن را ندارد از باب بیع مال مورّث است به اعتقاد حیات او و حال آنکه مرده باشد. و اظهر در این مثال عـلّامه وجه دوم اسـت. بخلاف آنچه گفتیم کـه در آنجا اظهر صحت است.

و اما هرگاه حال زوجه معلوم نیست که: متـذکر صلح بوده یا نه: اصـل و ظاهر مقتضی آن اسـت که بنا را بـر تذکر بگـذاریم و بـه مقتضای آن عمل کنیـم. و اگر دعوی و مخاصمه رو دهد، به مرافعه طی می‌شود.

و حاصل جواب از سؤال سابق ایـن است که صلح اگر به عـوض وجه معتد به، واقع شده، فاسد اسـت. به جهت جهالت شرط. و بنابر ایـن وصیت صحیح است و باید به مقتضای آن عمـل کرد، خواه فسخ بکند و خواه نکند. و اگر بـروجه محابات شده- یعنی صلـح به وجه قلیلی شده کـه اعتنائی به آن نیست- یا بـدون عوضی واقع شـده، ظاهـر صحت مصالحه است و صحت شـرط.[و] در صورت فسـخ به

مقتضای شرط، باید به مقتضای وصیت او عمل کرد.

و این ها در وقتی است که حلال کردن زوجه زوج خود را در حین غسل دادن، ثابت نباشد. و اما هرگاه به ثبوت رسد، در آن نیز باید تفصیلی داد. پس اگر صداق 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. وهمچنین هرگاه بعض صداق عین باشد، در آن بعض صحیح نیست. و اینها در صورتی است که مراد زوجه حلال کردن و بری کردن از حق‌الرجوع نباشد. زیرا که در اینجا ابراء صحیح است هرچند صداق عین باشد.

و هرگاه دین باشد، یا بعض آن دین باشد: پس حکم دین این است که اگر زوجه متذکر صلح هست و از جملهٔ صورت‌هائی است که صلح صحیح است، پس ظاهر این است که ابراء صحیح است و بالمره از میت ساقط می‌شود و در مال او هم حقی ندارد. و بر وارث اوهم چیزی نیست. و وصیت او اعتباری ندارد نسبت به صداق او. و اگر از جملهٔ صورت‌هائی است که صلح صحیح نیست، پس ابراء صحیح است و وصیت نسبت به صداق باطل است.

و هرگاه متذکر صلح نباشد: پس‌در صورت‌صحت‌صلح، آن ابراء صحیح نیست، و به مقتضای وصیت باید عمل کرد. ودر صورت فساد صلح، ظاهر این است که ابراء صحیح باشد و دیگر عمل به وصیت نسبت به صداق نمی‌توان کرد.

و در صورت جهالت حال زوجه در تذکر و عدم تذکر: ظاهر این است که بنا [را] بر مقتضای تذکر باید گذاشت. و حکم آن را در آن جاری ساخت. و هرگاه طرفین نزاع داشته باشند در تذکر و عدم تذکر به مرافعه طی می‌شود والله العالم.

۸۵:سؤال: هبهٔ غیر ذی‌رحم بعد از اجرای صیغه و اقباض در چه صورت لازم می‌شود و در چه جا نمی‌شود؟-؟ و در جایی که لازم نیست به مجرد اقباض، آیا به سبب تصرف در آن منشاء لزوم می‌شود یانمی‌شود؟-؟ و هرگاه منشاء لزوم می‌شود آیا در چه گونه تصرف منشأ لزوم می‌شود.

جواب: هبهٔ غیر ذی‌رحم هرگاه معوضه نباشد و قصد قربت در آن نشده باشد، به مجرد اقباض لازم نمی‌شود جزماً. و ظاهراً خلافی در این نیست، و جمعی دعوی

اجماع بر آن کرده‌اند و اخبار **معتبرهٔ** بسیار که حاجتی به ذکر آنها نیست دلالت بر آن دارند.[۱] و مخالف آنها[۲] مطروح یا مؤول است. و اما هرگاه یکی از اینها حاصل شده باشد لازم است جزماً و به مجرد اقباض دیگر عود نمی‌توان کرد. و تصرف در آن شرط نیست. و دلیل اینها هم سابقاً در جواب مسائل گذشت.[۳]

وهمچنین هرگاه عین موهوبه بالمره تلف شده باشد، خواه از جانب خدا تلف شده باشد یا به فعل متهب و یا غیر او. و خلافی در این نیست. بلکه جمعی دعوی اجماع کرده‌اند. و **حسنهٔ** حلبی[۴] هم دلالت بر آن دارد وبعد از این ذکر آن می‌کنیم. و اما هرگاه هیچیک از اینها نباشد وبعد از اقباض تصرف هم به عمل آمده باشد، پس در آن سه قول است:

اول: جواز رجوع است مطلقا خواه آن عین موهوبه بعینها در ید متهب باقی باشد یا منتقل به غیر شده باشد، یا تغییری در آن بهم رسیده باشد مثل اینکه گندم را آرد کرده یا کرباس را قطعه، قطعه کرده. یا مطلقا تغییری بهم نرسیده مثل اینکه چاروا[را] سوار شده و در خانه مسکن کرده. و همچنین سایر تصرفات. و این قول رااز ابن جنیدو سلّار و ابوالصلاح و ابن زهره، نقل کرده‌اند. و محقق هم در هر دو کتاب اختیار آن کرده و از ابن زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده.

دوم: عدم جواز رجوع است مطلقا. و این را از مفید و شیخ و ابن براج نقل کرده[اند] و مختار ابن ادریس هم همین است. و در **مسالک** این را به اکثر متأخرین نسبت داده بلکه در جائی دیگر این را مشهور نامیده.

سوم: تفصیل است به اینکه هرگاه از ملک او بیرون رفته، یا صورت آن متغیر شده (مثل گازری کردن جامه و نجّاری کردن چوب و وطی کردن کنیز) رجوع نمی‌تواند کرد. و هرگاه بدون اینها باشد (مثل سکنیٰ کردن خانه و سوار شدن

(۱): وسائل: ابواب الهبات، باب ۳ ح ۱و۲. و باب ۶ ح ۱و۲و۳و۴.
(۲): همان مرجع: باب، ۴ ح ۶و۷و۸.
(۳): از آن جمله نگاه کنید به مسأله شماره ۷۹، همین مجلد.
(۴): وسائل: ابواب الهبات، باب ۸، ح ۱.

چاروا و پوشیدن جامه) پس لازم نیست و رجوع می‌تواند کرد.

و این قول ابن حمزه است و شهید در **دروس**. و در **مسالک** نسبت آن را به جماعتی از متأخرین داده. و ابن حمزه گفته است که خروج از ملک باعث لزوم می‌شود هرچند باز به او برگشته باشد. و اطلاق کلام دیگران هم شامل آن است. و ابن حمزه گفته است که رهن کردن عین، یا مکاتب مشروط کردن عبد منشأ لزوم نمی‌شود، بلکه هرگاه رهن را خلاص کند یا عبد عاجز شود از ادای مال‌الکتابه، رجوع می‌تواند کرد.

دلیل قول اول، اصل واستصحاب «جواز رجوع بعد قبض و قبل از تصرف» است و اجماعی که از ابن زهره نقل شده و احادیث معتبرهٔ بسیار که دلالت دارند بر جواز رجوع در هبه بالعموم یا بالاطلاق. خصوصاً آن اخباری که تفصیل داده‌اند به اینکه در ذی‌رحم هبه لازم است و در غیر ذی‌رحم جایز است رجوع. و **حسنهٔ** حلبی که می‌آید[1] نیز در ادلهٔ این قول می‌تواند شد بر وجهی.

و دلیل قول دوم: آنچه در **مسالک** ذکر کرده ده دلیل است. ولکن اکثر آنها بی وجه است و لایق ذکر نیست. و از جملهٔ آنها دعوی اجماع است، و از **مسالک** ظاهر می‌شود که مدعی آن صاحب **کشف‌الرموز** است. و در مسالک طعن بسیار بر این دعوی زده. و بسیار خوب کرده، و خوشم می‌آید که معارضه کنم این دعوی اجماع را به دعوی سید مرتضی اجماع را برجواز رجوع در هبه هر چند به ذی‌رحم باشد حتی در والد و ولد، که در غرابت با این دعوی مشترکند.

و از جملهٔ آنها **روایت** ابراهیم بن عبد الحمید از حضرت صادق -ع- است «قال: انت بالخیار فی‌الهبة مادام فی یدک. فاذا خرجت الی صاحبها فلیس لک أن ترجع فیها. و قال رسول‌الله -ص-: من رجع فی هبته فهو کالراجع فی قیئه».[2] و این حدیث ضعیف است. و دعوی اینکه ضعف آن منجبر است به عمل اصحاب مدفوع است به اینکه اصحاب به این عموم عمل نکرده‌اند. و عموم آن شامل ذی‌رحم و غیر

(۱): وسائل: ابواب الهبات، باب ۸، ح ۱.

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

آن، و شامل صورت تصـرف و عدم آن هست. و بسیار بعید است اعتمـاد به همین قدر که اصحاب عمل کرده‌اند به این قطعـه از مدلول این حدیث، یعنی از حیثیت اینکه دلالت دارد بر این صورت خاصه که مطلق تصرف است عمل به آن کرده‌اند.

و امّا آخر حـدیث: پس هرچنـد آن در اخبار متعدده وارد شده و سنـد بعض آنها صحیح اسـت، لکن در دلالت آن منـع است. بلکه ظاهـر آن کراهت اسـت. و اگر تشبیه به رجوع به قـی به سبب حرمت اکل قی است، پـس لازم می‌آید که قبل از تصرف هم حـرام باشد، و ایشان قائل بـه آن نیستند. و قبح و شناعـت ظاهری در عرف و عادت خصوصاً در نظر اهل بصیـرت و صاحبان مروّت مشترک است بینهما هرچند در صورت تصـرف شنیعتر باشد. و تخصیص این خـالی از تعسفی نیست، چون تعلیل راجـع به امر عقلی یـا عادی شده، نه محـض تعبد که قابـل تخصیص باشد. وغایت امر دلالت بر حرمت است و آن دلالت بر فساد و عدم ترتب آثار ندارد. چنانکه در **مسالک** اشاره به آن کرده.

و به هرحال، بعد از ملاحظهٔ اخبار معتبرهٔ بسیار که دلالت بر جواز رجوع در هبه می‌کند (بالا طلاق یا در بعضی صور)، چگونه اعتماد به دلالت این روایت بر حرمت باقی می‌ماند.

و دلیل قول **سوم**: **حسنهٔ** حلبی است به ابراهیم بن هاشم که به منزلهٔ **صحیحه** است، بلکـه جمعی روایـات او را **صحیح** شمرده‌انـد و خالی از وجه نیسـت. و به هرحال شکی در جواز عمل به مثل این روایت از جهت سند نیست. و آن را حلبی از حضرت صـادق(ع) روایت کرده اسـت «قال: اذا کانت الهبـة قائمة بعینهـا فله ان یرجع فیها، والا فلیس له».[1] و در وجه دلالت گفته‌اند کـه متبادر از «قیام بعینها» این است که عین بـا او صاف سابقه برجا باشد، با تغییـر اوصاف صادق نیست که بعینها باقـی است هرچند ذات او باقـی باشد. و همچنین باخـروج از ملک متهب صادق نیست که بعینها بـاقی است، بلکه آن نازل منزلهٔ تلف اسـت چه جای تغییر عین و در **مسالک** بر این ایراد کـرده که اقامهٔ نقل از ملک ، مقام تغییر عین یا زوال

(۱): وسائل: ابواب الهبات، باب ۸ ح ۱.

عین تحکم یا تکلف است. بلکه می‌توان ادعا کرد بقای عین را با تغییر بسیاری از اوصاف آن، چه جای تغییر کم. و ایضا اصحاب این قول، مطلق و طی جاریه را ملحق کرده‌اند به تغییر عین با صدق بقای عین به حال خود با وطی. مگر اینکه ادعا شود که در اینصورت عین باقی نیست. و این وضوحی ندارد. یا تخصیص بدهیم آن را به صورتی که کنیزام ولد شود. پس مشکل است که به چنین حدیثی که سند آن صحیح نیست و دلالت آن واضح نیست آن احادیث صحیحهٔ بسیار را که دلالت دارند بر جواز رجوع مطلقا، تخصیص بدهیم.

بعد از آن اختیار کرده عمل به آن را در جائی که ظاهر باشد دلالت آن، و آن در صورتی است که عرفا صادق آید تغییر عین. و به این جمع می‌شود بین‌الاخبار. این آخر کلام مسالک است با فی‌الجمله اختصاری.

وتحقیق مقام به مقتضای فکر قاصر این بی سر انجام این است که قولی را که نسبت به مشهور داده‌اند دلیلی که اعتماد توان کرد ندارد. و قول اول هرچند اقوی است از قول مشهور به حسب دلیل لکن اظهر عمل به تفصیل است به سبب همین حدیث که به منزلهٔ صحیح بلکه صحیح است. و اما کلام در دلالت آن: پس آنچه به فهم حقیر می‌رسد این است که مراد از «قائمة بعینها» دو چیز است به مقتضای تبادر:

یکی آنکه عین قائمه باشد در نزد متهب و به جای دیگر نرفته باشد، و مراد از رجوع، رجوع به متهب است. یعنی از برای واهب است رجوع به متهب در عین موهوبه. زیرا که غالب آن است که بدون اینکه از متهب بگیرد رجوع متحقق نمی‌شود. و وقتی که منتقل به غیر شده این را رجوع نگویند، چون به او نداده بود که به او رجوع کند. و الحاصل متبادر از رجوع در هبه این است که چنانکه داده بود باز استاند.[1] و این مناسب متهب است نه مشتری که از متهب خریده. و متبادر از مال باز استدن[2] این است که در نزد او باشد و باز استاند. نه اینکه او را

(۱): کذا: استاند.

(۲): کذا: استدن.

الزام کند که برود و از مشتری بگیرد و بیاورد. پس در صورت خروج از ملک نگویند که «الهبة قائمة».

و علاوه بر تبادر، می‌گوئیم که مراد از لفظ هبه، عین موهوبه است، و مشتق حقیقت است در متلبس به مبدأ، بلکه جامدات هم‌چنین‌اند و حقیقت‌اند در آنچه وصف عنوانی در آن باقی باشد. زیرا که هوائی که منقلب از ماء باشد آن را ماء نگویند به عنوان حقیقت. و عین موهوبه در وقتی که مبیعه شد به غیر، آن را مبیعه و مملوکهٔ غیر می‌گویند به سبب خریدن. و هرچند در این اشکال می‌توان کرد که مبدأ اشتقاق در اینجا حال است و فعل، و آن منقضی شده در دست متهب نیز. نه از باب ملکات و حرف. ولکن باز اطلاق آن بر آن عین (مادامی که در ملک متهب است) اظهر است، و اقرب مجازات خواهد بود. پس از اینجا ظاهر شد که در صورت خروج از ملک صدق نمی‌کند «قائمة بعینها»، هرچند مطلقاً در ذات و صفات آن تغییری بهم نرسیده باشد.

دوم: اینکه قائم باشد بعینها ومتبادر از قیام بعینها این است که قائم باشد بذاتها و صفاتها و مشخصاتها. نه اینکه همین ذات او قائم باشد، هرچند او صاف و تشخصات زایل شده باشد. پس گندم که آرد شد، بعینه باقی نیست، و کرباسی که خیاط برید برای جامه، یا قصار گازری کرد، یا صباغ رنگ کرد، هیچیک اینها بعینها قائم‌نیستند.و همچنین غلامی را که در جوانی بخشید و الحال پیر شده. و اما هرگاه غلامی را به او بخشد و یک روز تا شب به خدمات متهب فرمان برداری کرد، یا اسبی را به او بخشید و یک فرسخ سوار شد، یا خانه[ای] به او بخشید و در یک روز در آن ساکن شد، یا شمشیری به او بخشید و یک سفر آن را به کمر بست، به محض همین‌ها در عرف تغییری بهم نرسیده پس قاعده این است که هرچه در عرف صدق کند تغییر عین رجوع جایز نباشد و آنچه صدق کند بر آن که متغیر نشده رجوع جایز خواهد بود.

و آنچه مشکوک فیه باشد رجوع به اصل باید کرد و آن در اینجا جواز رجوع است به سبب اصل و استصحاب جواز رجوع قبل از تصرف.و این مختلف می‌شود به حدس و وجدان و نظر اهل ادراک پس هرگاه اختلافی در افهام واقع شود

هرکس مکلف است به فهم خود. و هرگاه به سبب آن نزاع واقع شود در آنوقت باید به مرافعه طی شود. و در آنوقت معتبر فهم و حکم حاکم است لاغیر. و از مواضع اشکال و طی جاریه است که باکره نباشد یک دفعه،که بعض اصحاب این قول آن را از جملهٔ مغیرات عین، ذکر کرده‌اند. و دور نیست که چنین باشد. زیرا که محفوظیت عورت جاریه از صفات ظاهره اوست. والان که عورت مکشوف برای غیر شد و بضع او دست خورده شد، دور نیست که داخل تغییر عین باشد. زیرا که گفتیم که متبادر از «قائمة بعینها» «قائمة بذاتها و صفاتها و مشخصاتها» است. و صفات اعم است از صفات جسمانیه و صفات نفسانیه که در عرف و عادتِ در نظرها اعتباری داشته باشد، نه مطلق صفات و عوارض.

و شاهد آنچه مذکورشدکه‌معیارحدس و وجدان است [این است که] در بیان تغییر عین نصی وارد نشده که تعبداً به آن عمل کنیم.[و] از این جهت فقها بر این مطلب تفریعات کرده‌اند و اختلاف کرده‌اند در موارد خاصه، مثل اینکه عین موهوبه درختی باشد یا سنگی باشد و متهب داخل بنای خود کرده باشد وعین باقی باشد. و اظهر لزوم است، خصوصاً که محتاج است به خرابکردن بنا، و تضرر متهب. و در عرف هم تغییر صادق است، هرچند در صفتی از صفات آن است. و این کمتر از رنگ کردن جامه و امثال آن نیست.

و اشکال کرده‌اند در صورت خروج از ملک 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 آنکه در حین خروج چون عین قائمه نیست در نزد متهب، لازم می‌شود. و حکم مستصحب است. و همچنین در وطی امه خصوصاً در وقتی که ام ولد شود هرچند ولد بمیرد و عود کند به رقیت محضه، اظهر لزوم است. و هرگاه متهب عین را به اجاره بدهد، اظهر جواز رجوع است. و لکن واهب باید انتظار بکشد تا مدت اجاره منقضی شود. الی غیر ذلک من الفروع.

و بدان که مختار صاحب مسالک که تغییر عرفی را اعتبار کرده و به خروج از ملک اعتبار نکرده خصوصاً هرگاه مطلقا تغییری به آن عارض نشده باشد، ظاهراً

مخالف فتوای اصحاب قول به تفصیل است، و موهم خرق اجماع مرکب می‌شود. و این توهم هم ظاهراً بی صورت است، زیرا خرق اجماع در صورتی است که ثابت باشد تحقق اجماع، و در اینجا معلوم نیست. بلکه ظاهر این است که معنی قول به تفصیل همان عمل به مضمون حدیث است. و اختلاف اصحاب تفصیل به سبب فهم حدیث است، و به این سبب است که در فروع مذکوره اشکال و اختلاف واقع شده. و هرکس مکلف است به فهم خود، والله العالم باحکامه.

۸۶: سؤال: هبهٔام ولد جایز است یا نه؟-؟

جواب: مادامی که ولد او زنده است هبهٔ او صحیح نیست. و قول به خلاف آن، هم در نظر نیست.

۸۷: سؤال: هرگاه زید هبه کند ملک خود را به پسر کبیر خود عمرو در حالی که ملک در ید عمرو، باشد. و شرط کند که عمرو یک تومان به دختر او زینب بدهد. آیا هبه صحیح و لازم است یا نه؟-؟ و آیا فرقی هست مابین اینکه واهب یا متهب بمیرد قبل از رسیدن یک تومان به آن دختر-؟ و آیا فرقی هست مابین اینکه شرط کند که یک تومان را در حال حیات بدهد یا بگوید بعد ازمن 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 هرگاه در ید او باشد کافی است و اقباض جدید ضرور نیست. و لکن اشکال در معنی ید است. و فقها در اینجا تصریح کرده‌اند به اینکه فرقی نیست در بین ید متهب و بین ید اجاره و ید ودیعه و ید عاریه. و همه را کافی دانسته‌اند در کفایت قبض. و اشکال در ید غصب کرده‌اند. و اظهر در آن نیز کفایت است. و لکن در مسألهٔ هبه به صغیر ید ودیعه را ید ولی دانسته اند، یعنی هرگاه ولی هبه کند مالی را به صغیر در حینی که آن مال به ودیعه در نزد غیر است، گفته‌اند این ودیعه در حکم ید ولی است. پس کافی است.

و در **مسالک** گفته است که در عاریه دو وجه است. و گفته است که «هرگاه در اجارهٔ 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 لازمهٔ این کلام این است که درمسألهٔ سابقه ید ودیعه ید واهب باشد، پس ید متهب نخواهد بود که

کافی باشد در قبض. و مع‌هذا اشکال در مثل ید فرزند یا ملازمی است- که در خانهٔ او متوجه اموال او است و حیوان‌های او را خدمت می‌کنند و حیوان را به آب می‌برند و عوامل را به شیار می‌برند[1] و می‌آورند به طویلهٔ مالک می‌بندند، وامثال اینها- که آیا ید اینها هم مثل ید ودیعه و عاریه وغیره است ؟ یا بعینه مثل ید مالک است؟

هرگاه مثل ید مالک است پس قبض به عمل نیامده است و این ید نیابتی و وکالتی است و این اضعف است نسبت به متهب از ید ودیعتی نسبت به مالک. پس هرگاه ید ودیعتی در حکم ید مالک باشد و کافی باشد در قبض نسبت به صغیر، پس ید نیابتی به طریق اولی در حکم ید مالک است. پس چگونه حکم می‌شود به اینکه ید متهب است و کافی است در قبض او. و کلام فقها هم منافاتی ندارد بااین که ما گفتیم در ید نیابتی به سبب اینکه ایشان صریحاًمتعرض این ید نشده‌اند،و ید ودیعتی که آن را کافی دانسته‌اند در قبض مستودع، مستلزم کفایت ید نیابتی نیست. زیرا که ودیعه در اصطلاح فقها عبارت است از استنابت در حفظ، و عقدی است که مفید استنابت در حفظ است و بس، و جایز نیست از برای مستودع تصرف در ودیعه.

بخلاف این ید که استنابت در تصرف است. پس باز صادق است که در تصرف مالک است و قبض به عمل نیامده است در مادهٔ کبیر متهب. پس از آنچه گفتیم معلوم شد که ید 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 ید معتبر است، در ودیعه حاصل نیست. نه از برای مودع و نه مستودع.

پس در هیچیک از مسألتین کافی نیست، نه از برای ولی در هبه به صغیر، و نه از برای واهب در هبه به مستودع، و حال آنکه در هر دوجا کافی دانسته‌اند. 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 می‌برند.

فرق میان عاریه و ودیعه در مسأله هبهٔ ولی به صغیر نیست. زیرا که مودع و معیر هر دو هر وقت خواهند می‌توانند تصرف در ودیعه و عین معاره بکنند. پس چرا در مسأله هبه به صغیر فرق گذاشته‌اند . و اگر انفراد و استقلال ید معتبر است هرچند در محض محافظت باشد، پس آن در ودیعه از برای مستودع است، و در عاریه از برای مستعیر. پس در هبهٔ ولی به صغیر، قبض مستودع و مستعیر هیچیک کافی نیست. و اگر تعلق ید فی‌الجمله کافی است (به معنی اینکه هر وقت خواهند تصرف می‌کنند) باز فرق میان مودع و معیر نیست. چنانکه گذشت. بلی، فخرالمحققین دعوای اجماع کرده(در هبهٔ ولی هرگاه مال در دست مستودع باشد، یا در دست وکیل ولی) براینکه ید آنها ید ولی است و اینهم مشکل است. مگر اینکه تعبد محض باشد.

و ثانیاً: اینکه شرط کرده است که عمرو یک تومان به دختر او بدهد، اجمال دارد. پس اگر مراد این است که تعلیق کرده است هبه را به شرط هبه کردن عمرو یک تومان را به دختر او که حقیقتاً تعلیق در انشای ایجاب باشد به حصول آن شرط. پس ظاهر آن بطلان است. چنانکه در بیع هرگاه بگوید «بعتک فرسی هذا ان جاء زید غداً من السفر». و اگر مراد این است که هبهٔ معوضه واقع سازد ، یعنی «هبه معوضه مشروط فیها العوض» چنانکه مورد سؤال است، نه مطلق هبهٔ معوضه، که این حقیقتاً قسمی از اقسام شرط ضمن العقد است. پس تحقیق مسأله در این موقوف است به بیان چند مطلب:

مطلب اول: این است که شرط است در لزوم هبهٔ معوضه که شرط شده باشد که در عوض آن هبهٔ دیگر به عمل آید از متهب حصول ایجاب و قبول و قبض در هر یک از متهبین. پس [به] مجرد ایجاب و قبول و قبض در هبهٔ اول، آن لازم نمی‌شود تا هبهٔ ثانیه و قبض آن به عمل نیاید. و اینکه در **مسالک** گفته است که «از جانب متهب لازم است نه از جانب واهب»، محمول است بر اینکه متهب نمی‌تواند فسخ هبه کند، به این معنی که در عوض هبهٔ واهب هبه به عمل نیاورد و عین موهوبه را هم رد نکند. بلکه باید یا هبهٔ عوضی را به عمل بیاورد یا عین موهوبه را رد کند.

بخلاف واهب که فسخ می‌کند و هیچ نمی‌دهد. چنانکه از کلام او ظاهر می‌شود

در بیان مسأله اینکه «آیا هبهٔ مطلقه مقتضی عوض هست یا نه». و همچنین از کلام او که قبل از این در لزوم هبهٔ معوضه ظاهر می‌شود آنجا که گفته است که «در هبهٔ معوضه فرقی نیست مابین اینکه بعض عین موهوبه را در عوض بدهد یا غیر آن را. به سبب اطلاق، و به سبب اینکه به سبب هبه ملک او شده است، پس صحیح است که بعض را عوض جمله بدهد». هرچند در اینجا اکتفا کرده به ذکر بعض عین موهوبه. و شاید آن از جهت این باشد که مراد او بیان این است که عوض هرچند کم باشد، لازم می‌شود. و این کمتر بودن نمی‌شود الّا به اینکه 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 هبهٔ معوضه است یا نه؟-؟ و تحقیق این موقوف است به تمهید مقدمه. و آن این است که: در هبهٔ معوضه شرط نیست که عوض هبه، هبهٔ دیگر باشد که لازم آن این است که نقل عینی باشد با ایجاب و قبول و قبض. بلکه هرچه 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 جامهٔ معین که دیگر ضرور به عقد جدیدی نیست، و به همان دوختن، هبهٔ معوضه به عمل می‌آید. و خواه از باب ابراء حقی باشد در ذمهٔ واهب یا در ذمهٔ غیر او.

و هرچند تصریحی در کلام علما به این تعمیم در نظر نیست، و لکن اطلاق کلام ایشان شامل همه هست. و در باب صدقه که استدلال کرده‌اند از برای لزوم به اینکه «اجر و ثواب آن، عوض است، پس داخل هبهٔ معوضه است» تنبیه بر این دارد. هرچند ما را در آن سخنی هست که بعد اشاره به این می‌شود. و استاد محقق ما آقا محمدباقر بهبهانی(ره) در **رسالهٔ فارسیه** تصریح به این تعمیم کرده. و آخوند ملامحمدباقر مجلسی(ره) در جواب مسائلی که از ایشان نقل شده فرموده است در جواب از سؤال اینکه «هرگاه کسی ملکی یا باغی به زوجهٔ خود هبه کند به عوض صداق. آیا داخل هبهٔ معوضه است؟ و مادامی که احدهما رجوع نکند دیگری نمی‌تواند-؟»: بلی هبه معوضه است.

و اگر بگوئی: که صاحب مسالک گفته است که «هرگاه واهب خواهد رجوع کند و متهب عوض را بدهد، واجب نیست بر واهب قبول. بلکه جایز است که امتناع کند تا اینکه متمکن شود از رجوع از هبه. به دلیل اصل و اطلاق نصوص صحیحه در اینکه هبه لزوم ندارد مادامی که عوضی داده نشده است، و ثواب متحقق نشده. و تحقق عوض و ثواب حاصل نمی‌شود الّا به قبول. و شرط است در لزوم هبه قبول کردن واهب اول، و به محض بذل و عطای متهب نمی‌گویند که عوض و ثواب به عمل آمد. به اعتبار اینکه این عوض دادن به منزلهٔ هبهٔ تازه‌ای است، و واجب نیست بر او قبول». و از این کلام برمی‌آید که عوض باید هبه[ای] باشد. چون گفته است که: این به منزلهٔ هبهٔ تازه‌ای است.

گوئیم: که این کلام منافات ندارد با اینکه عوض غیر هبه باشد، و این از باب مثال است. و از این جهت گفته است «به منزلهٔ هبهٔ جدیده است» و نگفته «هبهٔ جدیده است». پس مراد او در اشتراط قبول واهب اول عوض را، این است که برخود قرار دهد که هبهٔ اول لازم شود. وگرنه جایز است از برای او فسخ و عدم قبول عوض. نه اینکه شرط باشد در آن، قبول معهود که در مقابل ایجاب است، تا اینکه مختص عقود باشد، یا مختص هبه باشد.

بلی هرگاه واهب گفته باشد که «این را بخشیدم به تو به شرطی که آن جامه که در نزد تو دارم بدوزی-یا- آن نقره که در پیش تو است انگشتری کنی» و بدون اطلاع واهب بدوزد، یا انگشتری کند، در اینجا صادق است که عوض به عمل آمد دیگر پشیمانی سودی ندارد برای واهب. و در اینجا احتیاجی به قبول نیست. پس مراد این است که بذل عوض از جانب متهب کافی نیست مگر با قبول واهب. خواه محتاج باشد عوض به ایجاب و قبول مصطلح (همچنانکه هرگاه عوض، هبهٔ دیگر یا عقدی دیگر از عقود باشد)، یا محتاج نباشد به ایجاب و قبول، مثل ابراء و عمل خیاطی و زرگری در جامه و نقره هرگاه واهب پشیمان شود و مطلع شود قبل از حصول آنها، که در اینجا می‌تواند قبول نکند و منع کند از ابراء و دوختن و ساختن.

و آنکه مشهور علما گفته‌اند (و اظهر هم آن است) که «ابراء محتاج به قبول نیست» در غیر چنین جائی است که ابراء در عوض چیزی باشد. چنانکه پوشیده

نیست.

هرگاه این مقدمه را دانستی، ظاهر می‌شود که هبهٔ معوضه متحقق می‌شود به اینکه واهب شرط کند هبهٔ چیزی [را] به غیر خود. یا ابراء غیر، از حقی. و امثال آن. به جهت آنکه عرفاً صادق است که این هم عوضی است. زیرا گاه است که نفعی عاید واهب می‌شود به سبب این هبه به غیر، و داخل عموم اخبار است.

و گاه است که توهم شود که هبهٔ اول داخل هبهٔ معوضه نبوده [۱] و جایز است رجوع در آن. بخلاف هبهٔ ثانیه که آن معوضه است و لازم است. اما اول: پس به جهت اینکه 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 **صحیحهٔ** عبدالله بن سنان دلالت دارد بر جواز رجوع: «عن الصادق -ع-: تجوز الهبة لذوی القرابة والذی یثاب من هبته، و یرجع فی غیر ذلک ان‌شاء».[۲] چون مراد از جواز در اینجا لزوم است، به قرینهٔ مقابله [با] «و یرجع فی غیر ذلک». یعنی لازم است هبهٔ کسی که به رحم خود بخشیده باشد. و هبهٔ 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 همچنین **حسنهٔ** عبدالله بن سنان که در آنجا فرموده‌اند «إذا عوّض صاحب الهبة فلیس له ان یرجع».[۳] یعنی هرگاه عوض داده شود به صاحب هبه (یعنی واهب) پس دیگر رجوع نمی‌توان کرد. که مفهوم این حدیث این است که هرگاه عوض به غیر صاحب هبه داده شود رجوع می‌تواند کرد.

و اما [هبهٔ] ثانی: پس به جهت اینکه شرط را قسطی از ثمن می‌باشد. پس این شرط هبه به غیر (که در ضمن عقد هبهٔ اول ذکر شده) باید از عین موهوبه به هبهٔ اول، عوضی داشته باشد. پس هبهٔ معوضه می‌شود و لازم می‌شود. مگر اینکه

(۱): در نسخه: بوده.

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

(۳): همان مرجع، باب ۹ ح ۱.

واهب اول رجوع کند در هبهٔ اول: پس اینهم رجوع می‌کند در هبهٔ ثانیه.

و این توهم ضعیف است. چنانکه دانستی که در عرف صادق است که این هبه به غیر هم عوضی است که نفع آن به واهب اول می‌رسد. و اگر بگویی که: متبادر از حدیث این است که عین عوض به واهب اول برسد. می‌گوئیم: (بعد از منع تبادر) اینکه اگر مسلم داریم تبادر این معنی را هم، می‌گوئیم که متبادر از حدیث این است که عوض دادن از متهب صادر شود. و این در هبهٔ ثانیه مفقود است. زیرا که در اینجا عوض از متهب به هبهٔ ثانیه صادر نشده، بلکه از واهب هبهٔ اول صادر شده نسبت به واهب هبهٔ ثانیه. با وجود اینکه این سخن که «شرط را قسطی است از ثمن» سخن اول متوهم را باطل می‌کند. به جهت آنکه شکی نیست که ثمن عوض مثمن است، پس شرط در اینجا نیز عوض از عین موهوبه است، و مفروض این است که به عمل آمد[ه]. پس هبهٔ معوضه در هبهٔ اولی هم متحقق می‌شود.

والحاصل: در معنی حدیث محتملات چند هست. زیرا که کلمه «یثاب» ممکن است که نایب فاعل آن ضمیر مستتر باشد که عاید به موصول می‌شود، که مراد از آن واهب است. و ممکن است که نایب فاعل کلمهٔ «من هبته» باشد. و بنابر اول، عوض باید عاید به واهب شود. وبنابر ثانی می‌تواند شود که عاید به غیر واهب شود. و همچنین فاعل «ثواب» می‌تواند که متهب باشد، و می‌تواند که غیر او باشد. و گویا نظر فقهائی که صدقه را از جملهٔ هبهٔ معوضه قرار داده‌اند، به احتمال ثانی باشد. که فاعل عوض در اینجا خدای تعالی باشد.

ولکن اظهر احتمالات همان است که نایب فاعل، ضمیر مستتر باشد، و فاعل هم متهب باشد. و اشکال همان در معنی عوض است که آیا باید عینی یا عملی باشد که عاید واهب شود؟ یا اینکه همینکه مطلق نفعی به او می‌رسد هرچند سرور وصول نفع به غیر باشد، کافی است. و دانستی که عرفاً این معنی را عوض می‌گویند. و متبادر از عوض و ثواب هم اجر الهی نیست. و هرگاه فاعل ثواب را هم اعم از متهب بگیریم پس لازم می‌آید که اگر عوض را غیر متهب بدهد، لازم شود. و کسی به آن قائل نشده.

و بالجمله: در تحقق هبهٔ معوضه شرط حصول نفعی از برای واهب در عوض هبه کافی است هرچند به دادن چیزی به غیر باشد. و از این جهت است که ما تجویز می‌کنیم که زوجه شرط کند در جزء صداق اینکه به پدرش هم چیزی بدهند، بلکه خدمت کردن زوج را از برای پدرش. چون فی‌الجمله نفعی عاید خودش می‌شود. مثل تقلیل مؤنه او هرگاه زوجه موسره باشد و پدرش معسر و نفقه‌اش بر او لازم باشد. و اینکه فقها منع کرده‌اند صحت آنکه از برای پدر قرار می‌دهند، محمول است بر آنکه محض از برای پدر باشد در عوض بضع مثل اینکه صغیره را پدرش عقد کند در ازاء خدمت زوج از برای خودش و حکایت شعیب از این باب بود. و ثبوت آن در شرع ما ممنوع است. و ما تحقیق این مطلب را در محل دیگر کرده‌ایم.

مطلب سوم: هرگاه شرط عوض در هبهٔ ذی‌رحم اتفاق افتد، آیا فرق دارد با هبهٔ غیر ذی‌رحم یا نه؟-؟ ممکن است که بگوئیم که نظر به آنکه شرط در ضمن عقد است منشأ لزوم شرط می‌شود ولکن منشأ تزلزل عقد می‌شود. یعنی لزومی که به سبب ذی‌رحم بودن است متزلزل می‌شود. پس هرگاه عوض به عمل نیامد به اینکه متهب عمل به شرط نکند، جایز خواهد بود رجوع. و همچنین جایز خواهد بود از برای واهب که قبول عوض نکند. لکن [در اینصورت] لزوم بر هم نمی‌خورد و رجوع نمی‌تواند کرد. به جهت آنکه آنچه بر مشروط علیه لازم است همان «ایجاب» است و تخلف او منشأ جواز رجوع است، و مفروض این است که او تخلف نکرده. و از اینکه جایز باشد از برای واهب عدم قبول، لازم نمی‌آید، جواز رجوع در صورت وفای متهب به شرط.

و نمی‌توان گفت که: در اینجا دو مفهوم در یک مصداق جمع شده، که مابین آنها عموم من وجه است. پس از حیثیت اینکه هبهٔ ذی‌رحم است باید لازم باشد مطلقاً. و از حیثیت اینکه هبهٔ معوضه است باید ما دامی که عوض به عمل نیامده، جایز باشد. پس ترجیح احد هما محتاج است به مرجحی.

به جهت اینکه آنچه در اینجا متحقق شده هبهٔ ذی‌رحم است که در ضمن عقد آن، شرط عوض شده است. و این مستلزم لزوم مطلق نیست. و آنچه مستلزم لزوم است مطلقاً هبهٔ ذی‌رحمی است که در ضمن آن شرطی نباشد. و همچنین هبهٔ

معوضه که واهب قبول عوض را نکند با بذل متهب، در صورتی منشأ جواز رجوع می‌شود که ذی‌رحم نباشد. پس مقتضای آن با مقتضای هبهٔ معوّضه منافاتی ندارد.

و بدان که: هبهٔ ذی‌رحم را می‌توان گفت از عقود لازمه است و شرط عوض در ضمن آن لازم شود. بخلاف هبهٔ معوضهٔ غیر ذی‌رحم. اما هبهٔ معوضه‌ای که شرط عوض در آن نشده: پس ظاهر است. به جهت آنکه در حین عقد گاه است که دادن عوض به خاطر هیچیک خطور نکرده، چه جای ذکر آن. و داخل هبهٔ مطلقه است که لزوم ندارد. و اما آنکه عوض شرط شده در آن: پس به جهت آنکه لزوم در آن موقوف است به دادن عوض و قبول واهب، و گاه است که هیچکدام به عمل نیاید. پس شرط عوض در ضمن عقد هبهٔ غیر ذی‌رحم منشأ لزوم آن نمی‌شود. چون هبهٔ غیر ذی‌رحم از عقود لازمه نیست بنفسه. و هرگاه بدون ذکر شرط از عقود لازمه نباشد منشأ لزوم شرط نمی‌شود.

و بر فرضی که به سبب شرط عوض از جملهٔ عقود لازمه شود هم نفعی نخواهد داشت. به جهت آنکه 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 عقد هم به سبب شرط حاصل شود این دور صریح است بلکه شرط دیگر هم اگر بشود در ضمن عقد هبه که عوض در آن شرط شود ، آن نیز منشأ لزوم آن شرط نمی‌شود به همین جهت که گفتیم که آن عقد در اول امر از عقود لازمه نیست که هر شرطی که در ضمن آن شود لازم شود.

و امّا شرط در ضمن عقد هبهٔ ذی‌رحم: پس آن لازم است به جهت آنکه اصل عقد از اول وهله لازم است. پس شرطی که در ضمن آن می‌شود هم لازم می‌شود. و هرگاه مشروط علیه وفا نکند منشأ تسلط بر فسخ می‌شود. پس جواز رجوع با شرط عوض در هبهٔ ذی‌رحم به سبب تخلف مشروط علیه است از شرط. و در هبهٔ غیر ذی‌رحم جواز رجوع ثابت هست. قطع نظر از تخلف از شرط.

اگر بگوئی: که هبهٔ ذی‌رحم نیز لزوم آن بلکه صحت آن موقوف است بر قبض، و

قبل از قبض لـزومی ندارد. پس چگونـه شرط در ضمن عقد قبـل از تحقق قبض منشـاء لزوم مـی‌شـود؟ و ذکـر شرط بعـد تحقـق قبـض، خود یعنـی «شـرط در ضمن العقد لازم» نیست.

گوئیم: که مراد ما از عقد لازم، آن است که اصل در آن لزوم باشد، هرچند بعضی شرایط داشته باشد. مثل بیع که لزوم آن موقوف است بر انقضای مدت خیار مثلاً. و مع هذا شرطی که در ضمن عقد آن بشود لازم است. بخلاف هبهٔ غیر ذی‌رحم که اصل در آن جواز است و هبهٔ ذی‌رحم اصل در آن لزوم اسـت. یا آنکه می‌گوئیم که قبض از شرایط صحـت اصل هبه است، علی‌الاظهر. خـواه در هبهٔ ذی‌رحم و خواه غیر آن. پس گویا گفته‌ایم که اصل در هبهٔ ذی‌رحمی که قبض لاحق آن شود، لزوم است و شرط در ضمـن آن لازم است. و عدم حصول قبض کاشـف از عدم صحت و عدم لزوم اسـت اولاً، چنانکه قبض کـاشف از لزوم است اولاً. و اصـل در هبهٔ غیر ذی‌رحم جـواز است و شرط در ضمن آن لازم نیسـت. و عدم قبض کاشـف از عدم صحت آن نیز هست، چه جای لزوم آن. ولکن قبض کاشف از لزوم آن نیست اولاً.

مطلب چهارم: اینکه موت واهـب اول قبل از وصول عوض در هبـه‌ای که شرط عوض در آن شده، آیا منشاء لزوم می‌شود- بـه این معنی که دیگر نمی‌تواند وارثِ واهب منع کنـد از قبول هبهٔ ثانیه به قصـد اینکه معوضه نشود و فسـخ کند، بلکه همان جواز الزام بـر دادن عوض برای او هست لاغیر-؟ و فرقـی مابین ذی رحم و غیر آن هست، یا نه؟. و تحقیق در آن این است کـه هرچند اظهر در نظر حقیر این است که هبهٔ مطلقـه به موت واهب یا متهب لازم می‌شود (چنـانکه پیش از این در همین کتاب تحقیق آن کرده‌ایم)[1] و لکن در هبهٔ معـوضه چنین نیست. زیـرا که می‌توان گفت که در هبهٔ معوضه علاوه بر حق‌الرجوع [در] هبه من حیث انّها هبه، حق‌الرجوع به سبـب شرط هم حاصل می‌شود. زیرا کـه مقتضای شرط تسلط بر فسخ است به انتفای شرط.

و آنچه پیش گفته بودیم که «بعید اسـت از حکمت که در وضع هبه و تشریع آن،

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

مقصود بالذات جواز رجوع باشد، بلکه حق‌الرجوع در آن طاری می‌شود به سبب پشیمانی که حاصل شود یا به سبب حصول علم به آن بعد از آنکه واهب جاهل بود به این حق»، آن در هبه که شرط عوض در آن شده باشد، جاری نیست. بلکه حکمت جواز فسخ در اینجا مقارن [ت] هبه به شرط عوض است. و از قبیل خیار مجلس و خیار حیوان و خیار شرط است در بیع. و این حق به میراث منتقل می‌شود و دلیلی بر سقوط آن نیست.

و چنانکه مقتضای [بخش] اول **صحیحهٔ** عبدالله بن سنان متقدمه[۱] این است که هبهٔ ذی‌رحم و هبه[ای] که عوض آن به صاحبش رسیده، لزوم است، مقتضای [بخش] آخرش این است که هبه به غیر ذی‌رحم و هبه[ای] که عوض در آن نرسیده باشد، عدم لزوم است. پس در هبهٔ غیر ذی‌رحمی که عوض در آن داده نشده دو جهت هست از برای جواز رجوع در آن، که یکی هبهٔ غیر ذی‌رحم بودن است. و یکی غیر موصول العوض بودن است هرچند شرط عوض شده باشد در اول. پس هرچند از حیثیت اول حق‌الرجوع به میراث منتقل نشود به وارث. لکن از حیثیت ثانی منتقل می‌شود.

پس بنابر این [این] حق‌الرجوع به میراث می‌رسد و به سبب موت واهب یا متهب زایل نمی‌شود. پس هرگاه واهب بمیرد قبل از وصول عوض، وارث او مستحق فسخ هبه می‌شود. بلی هرگاه متهب وفا کند به شرط در آنجا دیگر این سخن تمام نیست. به جهت آنکه در اینوقت دلیل جواز رجوع همان اصل جواز رجوع در هبه است، و ما گفتیم که مختار در آن سقوط است به سبب موت. و همچنین هرگاه متهب بمیرد قبل از تحقق عوض.

و از آنچه گفتیم در اینجا و در مطلب سابق، ظاهر شد حکم آنکه واهب ذی‌رحم باشد. پس در صورت شرط عوض چون از لزوم می‌افتد و تابع شرط می‌شود، مقتضای شرط به میراث می‌رسد[۲] و در صورتی که متهب عوض را می‌دهد و واهب

(۱): وسائل: ج۱۳، ابواب الهبات، باب ۲ح ۱.

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

قبول نمی‌کند، هبه از لزوم نمی‌افتد و رجوع جایز نمی‌شود 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 هبهٔ ذی‌رحم است. و همچنین ظاهر شد حکم جائی که آن غیر که واهب شرط کرده است بر متهب دادن چیزی را به او فرقی نیست که او هم وارث باشد یا نه. ذی‌رحم باشد یا بیگانه.

مطلب پنجم: هرگاه شرط کند واهب با متهب که بعد از فوت او مالی هبه کند به غیر، حکم آن چه چیز است؟. و در صورت سؤال حکم چه خواهد بود؟. و در اینجا اشکال رو می‌دهد در تصحیح این شرط. از جهت اینکه از خواص شرط ضمن‌العقد این است که هرگاه مشروط علیه آن را به عمل نیاورد، از برای مشروط له خیار فسخ باشد. چنانکه از جملهٔ خواص آن این است که وفای به آن بر مشروط علیه واجب‌است ومشروط له را می‌رسد که او را اجبار کند بر وفا. و [در مانحن فیه] ثبوت این دو «خاصه» در حال حیات نمی‌شود و تحقق حصول آنها از برای میت، خود بی معنی است. زیرا که میّت را قدرتی نمی‌باشد، و احکامی متعلق به او نمی‌تواند باشد. و وارث او هم بالذات استحقاق این معنی [را] ندارد. و حق ثابتی از برای مورث او نبوده که به ارث به او برسد.

و بر فرضی که توانیم گفت که خاصهٔ 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 می‌شود به وارث. و لکن در خاصهٔ 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 ملک مالک است به حال خود. و قدری که مجزوم به است انقطاع سلطنت او از آن ملک در صورت [عدم] وفای به شرط است، و چون در صورتی که مشروط علیه در نفس‌الامر وفا نخواهدکرد به شرط، انقطاع‌حق مشروط له از آن ملک ثابت نشده، پس همان حق به میراث به وارث می‌رسد. پس اگر فرض کنیم که معصومی خبر بدهد به مشروط له که مشروط علیه بعد از موت

تو وفا به شرط نخواهد کرد، حق خیار فسخ برای او در حال حیات ثابت می‌شود و همان معنی به میراث منتقل می‌تواند شد به وارث.

تا اینجا کلام در عدم وفای مشروط علیه بود به شرط. و اما هرگاه او وفا کند و وارث مشروط له قبول نکند: پس کلام در آن ظاهر می‌شود از آنچه پیش گفتیم به همان تفصیل که اگر ذی‌رحم است لازم است و وارث نمی‌تواند فسخ کند. و هرگاه ذی‌رحم نباشد تواند فسخ کرد وموت در اینجا منشأ سقوط خیار رجوع نمی‌شود.

باقی ماند اشکال در اینکه آیا این عوض که شرط شده است که ببخشد به غیر بعد از موت، داخل ملک واهب و از جملهٔ ترکهٔ او می‌شود یا نه؟-؟. و آیا برفرضی که داخل ترکه شد وفای به آن واجب است از اصل ترکه یا [از] ثلث آن؟-؟. و ظاهر این است که داخل ترکه می‌شود. و به همین شرط، وصیتی متحقق می‌شود از برای آن وارث، پس دخول آن در مال واهب و اخراج آن از باب وصیت به جعل واحد می‌شود. زیرا که از حیثیت اینکه آن شرط در معنی عوض عین موهوبه است مال واهب می‌شود. و از حیث اینکه گفته است که بعد موت به آن وارث خاص بدهد، وصیت است.

پس وارد نمی‌آید که کسی بگوید که «شرط بخشیدن آن مبلغ به آن غیر، وصیت است، و صحت وصیت موقوف است بر استحقاق و مالکیت موصی آن شیئی موصی به را در حال حیات. و مفروض این است که استحقاق و مالکیت او هم متحقق نشده الّا به این شرط که در معنی وصیت است. و این مستلزم دور است». زیرا که این از باب «دورمعی» می‌شود و آنچه محال است «دور توقفی» است. پس ملاحظهٔ خروج آن از ثلث می‌شود. و زاید بر ثلث را هرگاه ورثه امضا نکنند، مابین همه قسمت می‌شود.

اگر بگوئی: که هرگاه شرط و وصیت به جعل واحد موجود می‌شوند، پس عدم خروج از ثلث با عدم امضای وارث کاشف از انتفای شرط می‌شود در زاید بر ثلث، پس باید زاید بر ثلث از عین موهوبه برگردد به ورثه. چون انتفای شرط مستلزم انتفای مشروط است.

گوئیم: که هرچند وجود شرط و وصیت به جعل واحد باشد لکن شرط بالذات

تقدم دارد بر وصیت، بلکه تقدم وجود خارجی هم دارد. چون از توابع هبه است و هبه مقدم است در ذکر، و وصیت هم هرچند تابع است ولکن تابعِ تابع است و تابع مقدم است بر تابعِ تابع. پس هبه به سبب تقدم وضعی و طبعی اثر خود را در تملیک مجموع فی‌الجمله کرده است. پس حکایت نقضی که به سبب ملاحظهٔ ثلث متصور می‌شود بر همان شرط وارد می‌آید ، نه [بر] هبه با وجود آنکه آنچه مقتضای شرط است این است که اگر مشروط علیه تقصیر کند در آن، مشروط له مسلط بر فسخ باشد، نه اینکه مطلق انتفای شرط مستلزم انتفای مشروط باشد.

و هرگاه متهب شرط را به عمل نیاورد و ورثه فسخ هبه کنند، بنابر توجیهی که سابق کردیم از برای جواز فسخ، آن ملک مشترک خواهد بود میان ورثه کما فرض‌الله. و حکم آن وصیتی که از شرط مستفاد شده بود نیز باطل می‌شود، و موصی له از این حیثیت مستحق چیزی نخواهد بود، خصوصاً در صورت سؤال. چون باعث بر آن شرط این بود که آن ملک را به بعض ورثه داده بود و غیر را محروم کرده بود والحال از حرمان برآمد.

۸۸: سؤال: هرگاه زید ملکی را به عمرو ببخشد و شرط کند در ضمن عقد هبه که بعد از فوت او دو سال نماز و روزه برای او استیجار کند، یا آنکه خود عمرو برای او به جا آورد. این هبه و شرط، صحیح است یا باطل؟-؟. و اجرت المثل اجاره داخل ترکه می‌شود یا نه؟-؟ و از اصل مال وضع می‌شود یا از ثلث معتبر است؟-؟.

جواب: اشکالی که تصور می‌شود از برای صحت شرط، این است که نیابت در نماز و روزه از برای حیّ جایز نیست. و بر مکلف واجب است که قضای عبادات خود را در حال حیات کند. پس شرط کردن اینکه بعد از موت او به جا آورند نامشروع است. و این اشکال مندفع است به اینکه گاه است که حین ظن موت این کار را می‌کند که فرصت آن نیست که خود قضا کند، یا مقصود او این است که شرط صوم و صلات می‌کند علی‌الاطلاق و قصد این را دارد که اگر عمر یا توفیق وفا نکرد مشروط علیه عبادات واجبهٔ مرا قضا کند، و اگر وفا کرد عمر [و خودم] به جا آوردم باز آن عبادات را از باب احتیاط اعمالی که کرده‌ام بکند. و اگر اصل شرط

هم مبتنی بر قضای احتیاطی باشد که اشکالی نیست.

بلکه می‌گوئیم که هرچند عصیاناً تأخیر کند در قضای عبادات واجبه و قصد او این است که ترک کند از راه کسالت و بی توفیقی، باز شرط صحیح است. زیرا که آنچه حرام است تأخیر و ترک مکلف است، و از این لازم نمی‌آید که کردن مشروط علیه حرام باشد تا داخل شرط غیر مشروع باشد.

و اما سؤال از حال اجرت‌المثل: پس ظاهر این است که اجرت‌المثل داخل ترکه می‌شود. و از باب وصیت می‌شود به جعل واحد. و از ثلث اعتبار می‌شود. چنانکه پیش گفتیم در جواب مسأله سابقه. یعنی هرگاه غیر ملک موهوبه مالی دارد که به ضمیمهٔ اجرت‌المثل آنقدر هست که اجرت‌المثل ثلث مجموع می‌شود، [در اینصورت] در تمام اجرت‌المثل وصیت ممضی است. و هرگاه اجرت‌المثل از ثلث برنیاید و ورثه امضا نکنند، در مقدار ثلث معتبر است. پس هرگاه مال منحصر باشد در همان اجرت‌المثل، ثلث اجرت‌المثل را عبادات استیجار می‌کند و تتمه را به ورثه رد می‌کند.

و اما هرگاه شرط کرده باشد که خود موهوب له بنفسه به عمل آورد، پس اشکال بهم می‌رسد. از این حیثیت که گاه است بر وارث قضای عبادتی لازم نباشد و بر فرضی که باشد مادام‌الحیات مستحق آن نمی‌تواند شد. مگر آنکه او نیز قرار دهد که «آن زاید بر ثلث را بعد از موت او بکند اگر قضای واجبی بر ذمهٔ او باقی بماند، یا از باب احتیاط اعمالی که به جا آورده، [انجام دهد] . یا آنکه از برای شخصی دیگر که [می] خواهد استیجار صوم و صلات 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 می‌کرد استیجار صوم و صلات را، نیز جاری است، زیرا که شرط در آنجا نیز استیجار بود، نه اجرت‌المثل پس آنچه مستحق می شد ثلث استیجار بود نه اجرت المثل. خصوصاً هرگاه 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

ملاحظهٔ ثلث بودن و زاید بودن، بعد از موت می‌شود. و در آنوقت ملاحظهٔ عوض‌المثل آنوقت می‌شود. گو در حین شرط عوض‌المثل مجهول باشد چون نفس شرط معلوم است. پس در هر دو صورت وارث مستحق همان عمل می‌شود، و مشروط علیه را نمی‌توان الزام کرد بر اجرت‌المثل. بلی هرگاه تراضی بر اجرت‌المثل واقع شود جایز است اخذ زاید بر ثلث در هر دو صورت. و این از باب آن است که «شخصی اجیر کند دیگری را که ده روز گل کاری کند و مستأجر فوت شود» پس باید که اجیر آن ده روز عمل را برای وراث مستأجر بکند. زیرا که اقوی عدم بطلان اجاره است به موت مطلقا. بلی هرگاه اجیر شرط کرده باشد که مستأجر بنفسه استیفای منفعت را بکند اجاره باطل می‌شود به موت مستأجر، و ورثهٔ مستأجر رجوع می‌کنند به اجرت‌المثل اگر به اجیر داده باشد.

و بدان که: اگر متهب شرط کند که عبادت را از برای واهب به عمل آورد، به این معنی که متفطن این شده باشد که «گاه باشد که ثلث مال واهب وفا نکند به مجموع شرط، و زاید بر ثلث به وارث منتقل شود» و به این سبب شرط کند که عمل را برای غیر واهب نکند، شرط صحیح است. و در زاید بر ثلث، هبه لازم نمی‌شود (و نمی‌تواند الزام کند ورثه را که اجرة‌المثل آنقدر را قبول کنند) و وارث‌ها از عین موهوبه به قدر آن عمل می‌توانند استرداد کنند.

۸۹:سؤال: زید ادعا می‌نماید که املاک و بیوتات و اثاث البیت و غیر این اشیاء، حصهٔ پدری را همشیره‌ام (و هی المسماة) زینب خانم به من هبه و عطیه نموده است. و حال آنکه همشیره زید که زینب خانم باشد تقریر می‌نماید 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 همشیرهٔ زید که زینب خانم است[را] نمی‌شناسد. و هبه بی عوض هم می‌باشد. آیا این قسم هبه صحیح است یا نه؟-؟

جواب: مدعی هبه باید به ثبوت شرعی برساند هبه را. و بعد عجز تسلط قسمی بر همشیره‌اش دارد.

والله العالم.

کتاب‌الوصایا

(من المجلد الاول)

۹۰: سؤال: هرگاه 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 **صحیحهٔ** سعد[۳] هرچند در خصوص ماده‌ای است که شخصی فرزند ثابت‌اللحوق خود را نفی کند و بگوید او را از میراث من بری کنید، ولکن ظاهراً قائل به فرقی ندیده‌ایم.

و روایتی که حسن و شاء نقل کرده[۴] در ماده وصی علی بن سری که پسرش جعفر به ام ولد او وقاع کرده بود، و علی وصیت کرده بود که او را بری کنند، و حضرت موسی کاظم(ع) فرمود که به وصیت او عمل کنند، بعد تسلیم سند و جواز عمل به آن، آن نیز وارد در موضع خاص است و افادهٔ عموم نمی‌کند. و ابن بابویه نیز گفته است که این مخصوص صورتی است که از پسر این حدث سر زند. و همچنین شیخ فرموده که این مختص آن واقعهٔ جزئیه است. و محقق فرموده که [این] روایت مهجور است.

۱: ... من بعد وصیة یوصی بها اودین غیر مضارّ وصیة من الله و الله علیم حلیم- سوره نساء، آیهٔ ۱۲.

۲: وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۵ ح ۱، ۲. و باب ۸ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵. و باب ۳۷ ح ۴.

۳و۴: وسائل: ابواب الوصایا، باب ۹۰ ح ۱و۲.

و قول دیگر در مسأله این است که این معنی در حکم وصیت است به اینکه تمام مال را به سایر ورثه بدهند. پس باید ملاحظه کرد هرگاه ثلث مال وفا می‌کند به‌مقدار سهم او، پس مقدار حصهٔ او مختص باقی است. و او با سایر ورثه در ثلثین باقی حصه می‌برد. و اگر وفا نمی‌کند هر قدر آن که از ثلث خارج شود به باقی ورثه می‌دهند. و [او] در باقی حصه دارد. و این قول ضعیف است، به جهت آنکه وصیت از افعال مکلف است و باید مقصود باشد، و شکی نیست که از این عبارت که گفته است، وصیت به باقی ورثه مستفاد نمی‌شود به هیچیک از دلالات حتی به دلالت تبعیه که آن را «دلیل اشاره» می‌گویند. بلی لازم این کلام است-بر فرض قبول و استماع آن-اینکه همهٔ مال از باقی ورثه شود. به جهت آنکه امر منحصر است در این. و این از بابت امور جبریه و قسریه است- مثل انتقال ملک به سبب موت اولاد، و مثل حصول عتق از برای پدر، هرگاه او را فرزند بخرد هرچند نداند پدر است، و امثال آن - و این نه به جعل موصی حاصل شده تا از باب وصیت باشد. و هر امری که مسبَّب از فعل موصی شود آن را وصیت نمی‌گویند تا قصد وصیت نداشته باشد.

۹۱: سؤال: هرگاه شخصی در حال بیماری وصیت نموده که جمیع متروکات او را صرف حمّام یا کاروانسرا و وجوه برّ نمایند، و اولاد ندارد، وصیت او از ثلث معتبر است یا از اصل؟

جواب: وصیت او از ثلث معتبر است. و هرگاه هیچ وارثی ندارد وارث او امام است، به دست فقیه عادل باید داد، آنچه داند چنان کند. والله العالم.

۹۲: سؤال: هرگاه زینب در حین مرض موت به این طریق وصیت نموده که «مهر شوهرم را که متوفی گردیده بخشیدم. و فلان هفت قفیز زمین را دو قفیز آن از پسرم باشد، و پنج قفیز باقی از برای ملّا نشاندن سر قبر و صلات وصوم من باشد. و مهر و تملیک شوهر حیّم را به او بخشیدم. و آنچه خانهٔ شوهر سابقم هست از پسرم باشد. و فلان اطاق که خریده‌ام 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 آنکه گفته که کسی را در آن دخلی 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 یک نفر صبیهٔ

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 منجزات محاباتیه، و برخی غیر محاباتیه، و بعضی از ورثه غیر قابل اجازه. فحسب الوصیةالمرقومه 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 نمی‌دانسته. و اما در صرف تمام موصی به (صومی وصلاتی) اعتناء و اهتمام تمام داشته. چنانکه مذکور شد.

و چون ابراء را به لفظ «بخشش» ادا کرده و مقرون به قبول نشده، آیا منشأ اختلاف حکم می‌شود یا نه ؟ و اگر بعد از موت قبول به عمل آید بلااثر و فایده می‌دانید کماهو ظاهر الاصحاب و حال سایرالعقود، یا رأی شریف به اثر و فایده هست در اینجا؟ الحاصل: آنچه حکم ما ذکر است به تفصیل بیان فرمائید که به آن معمول گردد ان‌شاءالله تعالی.

جواب: اما از سؤال اول: بسم‌الله و الحمدلله، پس ظاهر آن است که منجز باشد و داخل وصیت نباشد. نهایت، سؤال اجمالی دارد، و تفصیل آن این است که: اگر مهر همه دین بوده است پس لفظ بخشش که ظاهر در هبه است منصرف به ابراء می‌شود. و ابراء ما فی‌الذمه هرگاه به لفظ هبه باشد و غرض بخشش به خود مدیون باشد، صحیح است علی‌الاشهر الاظهر. و قبول در ابراء شرط نیست، علی الاشهر الاظهر. خصوصاً در متوفی که ممکن نیست. و اگر غرض بخشش به وارث زوج اول باشد، پس آن صحیح نیست، به جهت «عدم امکان اقباض مافی ذمةالغیر».

و اگر مهر عین باشد، پس احتمال بخشش به زوج در اینجا بی معنی است. به جهت آنکه متوفی قابل قبض و اقباض نیست. و تاویل آن به ابراء نیز صحیح نیست، چرا که ابراء در عین متحقق نمی‌شود. و اگر مراد بخشش به وارث باشد، آن نیز محتاج است به قبول و قبض و اقباض، و اگر به عمل نیاید صحیح نیست. و اگر به عمل آمده باشد (چون وارث بالفرض ذی رحم است) هبه لازم می‌شود.

و اگر مهر مشتمل بر عین و دین هر دو باشد، پس اشکال بیشتر می‌شود، به جهت استعمال لفظ در معنی حقیقی و مجازی. و بعد از قطع نظر از این اشکال با حمل آن بر

عموم مجاز، کلام در تفصیل سابق که مراد بخشش به متوفی یا وارث باشد بعد از تأمل در اینجا معلوم خواهد شد. و ظاهر حاصل سؤال- با ملاحظهٔ سؤال بعد که گفته است «هرچه در خانهٔ شوهر سابق است از پسرم باشد که از او دارم» علی الظاهر وارث منحصر در او است- این است که زینب گفته است که آنچه به من می‌رسد از بابت مهر شوهر اولم، هیچ را نمی‌خواهم و از مال او هیچ بر نمی‌دارم همه را بدهید به پسر اولم که از او دارم. ولکن ظاهر حال این است که ابراء از دیون منجز باشد. و باقی عین و سایر ترکهٔ او را وصیت کرده است که از پسرش باشد. و منجز هرگاه با وصیت مذکور شود، منجز مقدم است. خصوصاً بنابر قول به خروج منجزات از اصل، کماهو الاظهر فی النظر القاصر.

و اما سؤال دوم: پس آن وصیت است در پنج قفیز زمین [بر] ملّا نشاندن وصوم و صلات یقیناً، و در دو قفیز که گفته است که از پسرش باشد، علی الظاهر. و امثال این وصیت‌ها از ثلث ترکه عندالوفات خارج می‌شود. و تفصیل این کلام بعد مذکور می‌شود. منتظر باش که خواهم گفت.

و اما سؤال سوم: پس آن نیز منجز است. قرینه قائم است بر اینکه در این مقام از لفظ «بخشش» معنی عام مجازی خواسته، که شامل هبه و ابراء باشد. و آن صحیح است. و اما قبول نسبت به هبهٔ عین مملّکه 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 وصیت‌اند، علی‌الظاهر. پس جواب از مجموع سؤالات آن است که منجزات را مقدم می‌دارند 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 می‌کنند. و اما کیفیت اخراج وصایا: پس آن است که آنچه مقدم است در ذکر- علی الاشهر الاظهر هرچند بد لفظ «فا» و «ثم» و آنچه [در] معنی آنها باشد در فارسی، نگفته باشد. بلکه هرچند به «واو» عطف کرده باشد یا اصلاً بدون حرف عطفی گفته باشد- مقدم می‌دارند. 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[1]) آن وصیت اعتبار ندارد.

و دلیل تقدیم این است که مفروض این است که هر یک از وصایا کلامی هستند

۱: زیرا وارث، دختر صغیر است.

مستقل، و هر یک از آنها صحیح‌اند. اما در ماقبل اتمام ثلث: پس لازم است. و اما بعد اتمام ثلث: پس صحیح است **اما لزوم آن موقوف است بر اجازه**. و این حکم از اخبار نیز مستنبط می‌شود خصوصاً از **روایت حمران**[1]. **و بعضی** اخبار که دلالت دارد برخلاف این مهجور است.[2] و خلاف شیخ و ابن جنید **و همچنین** خلاف ابن حمزه در مسأله، ضعیف است. لکن در این مقام اشکالی هست. و آن این است که بعض علما مثل شهید ثانی(ره) و غیره، واجبات بدنیه (مثل وصیت صوم و صلات واجبه) را مقدم می‌دارند بر متبرع بها- مثل وصیت زمین برای پسر و اطاق برای شوهر که در صورت سؤال مذکور است- هرچند ذکر آن در وقت وصیت متأخر باشد.

و دلیل آن هرچند الحال در نظر حقیر وضوحی ندارد، نهایت حسب‌المقدور احتیاط این معنی را در نظر داشتن خوب است. و محتمل است که نظر ایشان به این باشد که بنابر قول به وجوب وصیت بدنی (کماهوالاظهر) در آنچه عصیاناً ترک کرده، لازم می‌آید از تقدیم متبرع بها، ترک واجب. پس وصیت به متبرع بها با وجود اشتغال ذمه به عبادت بدنیه، در صورت مذکوره، باطل [می]باشد. پس از این جهت باید آن را مقدم داشت. و با وجود اینکه این دلیل اخص از مدعی است، در مقدمات آن منع ظاهر است. و «دلالت امر به شیئ» بر «نهی از ضد آن»، ممنوع است. و کیفما کان، واجبات بدنیه نیز از ثلث مال اخراج می‌شود، الاول فالاول. و بعد از آن متبرع بها.

و اما آنچه از اصل مال خارج می‌شود پس آن واجبات مالیهٔ محضه است. مثل زکات و خمس و کفارات و نذورات مالیه. یا آنچه مشوب به بدن هم باشد، مثل حج. و همچنین آنچه ورثه اجازه کنند. و اما واجبات بدنیه مثل صوم و صلات، پس آن از ثلث مال مُخرَج می‌شود.

و اما آنچه سؤال شده است از اهتمام موصیه در وصیت صوم و صلات و ملّا نشاندن سر قبر، و کمال تأکید او در آن، پس آن دلالت بر نسخ ما تقدم نمی‌کند در صورت عدم وفای ثلث. و بنابر قول به «تقدیم واجب بدنی» پس مجرد ذکر آن هم کافی است، هرچند مؤخر باشد. و ضرور به اهتمام هم نیست. و آنچه سؤال شده از حال جهل موصیه به «عدم

۱: وسائل: احکام الوصایا، باب ۶۶ ح ۱.

۲: همان مرجع: باب ۱۱ ح ۴ و باب ۱۸ ح ۷.

اختیار داشتن بیش از ثلث مال» و به اینکه «به سبب تقدیم و تأخیر ذکری تفاوت حاصل می‌شود»، پس آن منشأ فرقی نمی‌شود، به سبب اطلاق ادله. و در احکام وضعیه، غالباً جهل را مدخلیتی نمی‌باشد.

۹۳: سؤال: ثلث وصیت که معتبر است، آیا آنچه را وصیت کرده همان شییء بجنسه از ثلث کل مال اخراج می‌شود؟ یا از کل مال از هر شییء ثلث اخراج می‌شود؟

جواب: بجنسه همان شییء را ملاحظه می‌کنند، اگر بعد ملاحظهٔ قیمت مجموع مال، قیمت این شییء 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 ملک او را به سرکار امام زاده[ای] بدهند که او را در جوار آن دفن کنند. و وقفیت آن مکان به هیچوجه من الوجوه معلوم نیست و آنچه به استماع معلوم شده این است که خدام آستانهٔ مقدسهٔ مذکوره قیمت معینی می‌گرفته‌اند و هرکس که خواهش می‌نمود که در آنجا مدفون شود، دفن می‌کردند. و همچنین وصیت نموده که بعضی املاک او را بعد از وفاتش وقف نمایند. چه صورت دارد؟.

جواب: ظاهر این است که امثال این بقعه‌ها وقف باشند. و اگر احتمال ظاهری باشد که ملک خدمه باشد، یا آنکه واقفی وقف کرده باشد که منافع آن به مصرف امام زاده برسد که این دفن کردن هم از جملهٔ منافع باشد- بلکه احتمال مساوی هم اگر باشد- در اینصورت به عمل مستمر می‌توان عمل کرد. و آنچه را وصیت کرده که وقف کنند، آن نیز در ثلث مال معتبر است. و بهتر آن است که آن عین موصی بها را قیمت کنند بلامنفعت و قیمت کنند با منفعت، و تفاوت مابین قیمتین را ملاحظه کنند. هرگاه آن تفاوت از ثلث مال برمی‌آید، تمام آن معتبر است. و اگر نه در همان قدری که از ثلث بر می‌آید اکتفا می‌کنند و باقی را به ورثه رد می‌کنند. والله العالم.

۹۵: سؤال: زید در حین حیات خود صبیهٔ خود را متزوّجه نموده به عمرو داده، و به قدر سهم او از مال خود به او داده. و در پشت عقد نامچهٔ او تفصیل داده که «به عوض حقوق به او داده‌ام و او را دیگر حقی و ادعائی با وارث باقی نباشد». و حال صبیه زید متوفی یا زوج او می‌تواند که ادعای ارث زوجهٔ خود را از ورثهٔ [زید] نماید یا نه؟

جواب: کسی در حال حیات خود تسلطی بر میراث ورثهٔ خود ندارد. مگر اینکه به این

عنوان گفته باشد که «باقی اموال من بعد ازموت من 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 اینصورت ظاهر این است که ثلث مال او را به سایر ورثه می‌دهند و در ثلثین باقی دختر با سایر ورثه شریک است. والله العالم.

۹۶: **سؤال**: زینب صاحب فراش دو سه یوم قبل از آنکه داعی حق را لبیک اجابت گوید، جمیع مایعرف خود را از املاک و باغات و گوسفند و اثاث الدار و حق الصداق «حتی الوتدفی الجدار» به زوج خود هبه نموده. و یک نفر عمه زادهٔ حیّ و یک نفر برادر- که حال مدت چهل سال شاید متجاوز می‌باشد که مفقودالخبر است- وارث دارد. ترکهٔ او به عمه زاده، یا زوج، یا برادر مفقود او، [به] کدامیک انتقال می‌یابد؟ و هبهٔ مرض موت صحت دارد یا نه؟

جواب: علی ای تقدیر عمه زاده نصیبی ندارد. و اظهر آن است که هبهٔ زوجه به زوج لازم باشد هر گاه به قبض و تصرف زوج داده باشد. و اظهر آن است که در مرض موت بودن باعث رجوع به ثلث نمی‌شود. الله العالم.

۹۷: **سؤال**: شخصی در حین حیات وصیت نموده که «بعد از آنکه داعی حق را اجابت کردم اموالی که بعد از من باقی [می]ماند، اولاد برادر من را از مال من بی نصیب و بی بهره ننمائید». به همین لفظ وصیت نموده. نه تعیین وصی نموده و نه تعیین مقدار بهره. آیا در اینصورت اولاد برادر متوفی را می‌رسد که ادعای رسد خود را به عنوان این وصیت از عموی خود نمایند یا نه؟

جواب: چون از برای این الفاظ مقدری در شرع وارد نشده است باید رجوع کرد به فهم و تعارف وارث که از این عبارت چه چیز فهمیده است و اینکه مراد از «بهره بدهید و نصیبی»، یا «بی بهره نکنید و بی نصیب نکنید»، چه چیز فهمیده است. یا اینکه متعارف اهل آنجا چه چیز است، آیا می‌فهمند که «اولاد برادر را مثل یکی از وراث[1] خودم حساب کنید» یا «قلیل ملکی بدهید» یا «قلیل باغی بدهید»، هرگاه یکی از اینها معلوم شود به آن عمل کنند. و اگر اولاد برادر دعوی علم بر وارث کنند که: تو مراد پدرت را می‌دانی، و او انکار کند. قسم می‌توانند داد که او علم ندارد. و اگر هیچیک از اینها نباشد و به مصالحه

۱: در نسخه: اولاد برادرها را مثل یکی از وراث...

هم طی نشود، اقل مایحتمل- یعنی کمتر چیزی که محتمل باشد که مراد موصی است- آن را به اولاد برادرش بدهند. والله العالم.

۹۸: سؤال: هرگاه وصی را پیری و خرافت و عجز دریابد چه باید کرد؟

جواب: حاکم شرع کمکی و معینی برای او تعیین کند.

۹۹: سؤال: آیا جایز است رد وصیت؟ یا اینکه مجرد وصیت‌کردن به اینکه فلان کس وصی من است، جایز نیست رد؟

جواب: بدان که مشهور میان علما جواز رد وصیت است به معنی اینکه قبول نکند وصی‌بودن را. و نقل خلافی در مسأله نشده الا از صدوق که استثنا کرده است دو صورت را، یکی اینکه پدر وصیت کند که پسر وصی او باشد و دیگر در جائی که منحصر باشد امر در همان شخص و کسی دیگر ممکن نشود. وبعضی اخبار معتبره هم دلالت بر اینها دارد.[۱] و از **مختلف** میل به موافقت آن، حکایت شده باتأیید به لزوم عقوق در اول، و منحصرشدن 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 آنکه برسد به موصی و مطلع شود. پس اگر خبر او نرسد تا بمیرد لازم می‌شود. و ظاهر این است که این اتفاقی باشد، چنانکه در **مسالک** تصریح کرده، و از شیخ نیز نقل شده، و فحوای اخبار هم دلالت بر آن دارد[۲] و لزوم غرر و ضرر هم دلالت دارد. به جهت آنکه به سبب قبول موصی الیه، موصی مطمئن شده و هر گاه خبر به او نرسد وصیت به دیگری نخواهد کرد. و اشکالی کرده‌اند در اینکه مجرد بلوغ خبر رد به موصی کافی است یا مشروط است به تمکن موصی از اقامهٔ وصی دیگر به جای او ؟ و اطلاق فتوای اصحاب اقتضای اکتفا می‌کند. ولکن مستفاد می‌شود از علت منصوصه که در اخبار واردشده که تمکن شرط است. و این اظهر است. چنانکه در **مسالک** 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 مسالک تصریح کرده. و از دیگران نیز نقل شده. و فحوا[ا]ی اخبار هم دلالت

۱ : وسائل: احکام الوصایا، باب ۲۴ ح ۱ در مورد وصیت پدر بر پسر. ـ و در مورد انحصار: باب ۲۳ ح ۲.

۲ : احکام الوصایا، باب ۲۳ ح ۲ و ۳

دارد[۱] و اخبار بسیار است صحیح و غیر صحیح که دلالت دارند بر صورت عدم قبول[۲].

و اگر قبول وصایت نکرده ورد کند وصیت موصی را، پس در اینجا نیز اشهر و اقوی لزوم است. و دعوی اجماع (از بعضی صریحاً و [از] بعضی ظاهراً) بر آن شده. و اخبار بسیار هم دلالت بر آن دارد، و از جمله آنها **صحیحهٔ** محمد بن مسلم است از حضرت صادق ـ ع ـ «قال: ان اوصی رجل الی رجل وهو غایب فلیس له ان یرد وصیته، فان اوصی الیه وهو بالبلد فهو بالخیار ان شاء قبل و ان شاء لم یقبل»[۳]. **و روایت** منصوربن حازم از آن حضرت: «اذا اوصی الرجل الی اخیه وهو غایب فلیس له ان یرد علیه وصیته، لانه لو کان شاهداً فابی ان یقبلها طلب غیره».[۴]

و شهید ثانی(ره) از **مختلف و تحریر** نقل کرده قول به جواز رجوع و رد را و خود نیز میل به آن کرده، به جهت« اصل» و لزوم حرج و ضرر. و حمل کرده‌اند اخبار را بر سبق تحقق قبول یا بر 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 نمی‌کند. خصوصاً با دعوی اجماع بر آن.

۱۰۰ : سؤال: ضعیفه‌ای فوت شده. و جمعی از مرد و زن ـ که تخمیناً شش نفر یا هفت نفر باشند ـ می‌گویند که از دو سال قبل از مردن ضعیفهٔ مزبوره، مکرر از او می‌شنیدیم که می‌گفت که «مال من بعد از وفات من خرج من باید شود». و یکی از جمع مدعین این قول را، جمعی تعدیل می‌کنند. و شش نفر از آن جمع مدعین (که غیر آن یک نفر عادل‌اند) که عبارت از چهار مرد و دو زن باشند، که یکی از آنها از جملهٔ ورثه است و می‌گوید که ضعیفهٔ متوفیه سه روز زیاده 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 اینکه وصیت باشد آیا کی باید این وصیت را به عمل بیاورد؟. و هر گاه باید که وارث به عمل بیاورد می‌تواند که ثلث قیمت متروکات را به مصرف وصیت برساند یا باید عین آنها را خرج کند ؟ و ایضاً: ورثهٔ ضعیفهٔ متوفی منحصرند به دو

۱ : وسائل: احکام الوصایا، باب ۲۳ ح ۲ و ۳.
۲ : همان باب: ح ۱ تا ۶.
۳ و ۴ : همان باب ح ۱ و ۳.

خواهر زادهٔ امـی و ابی که یک مرد بـاشد و یک زن. و آن زن از جملهٔ آن جمعـی است که عبارت مـذکور را شنیده‌انـد و بر فرض وصیت‌بـودن آن عبارت، قبول دارد. و امـا آن مرد می‌گوید: که از این عبارت که این از زبان ضعیفهٔ مورثهٔ من ادعا می‌کند، علمی و اطلاعی ندارم و قول این جمع را هـم قبول ندارم زیرا که از همه خیانت دیـده‌ام و همهٔ این جمع معلل به غرض فاسد می‌باشند.

آیا در اینصورت که آن مرد وارث قول آنها را قبول نکند، می‌باید آن جمع‌بر آن مرد ادعای شنیدن خود را ثابت کنند، و بعد از آن، آن مرد ثلث حصهٔ خود را به مصرف وصیت برساند ؟ یا آنکه قبـل از اثبات و علم، بر آن وارث لازم است که چنیـن کند؟ و ایضاً: آن ضعیفهٔ متوفی بعضی وصایـای مخصوصه کرده مثل اینکه: مرا به قم ببریـد، و به غسال من فلان رخت را بدهید، و به مکبـرین پیش جنازه فلان جنس را بدهید. آیـا 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 ایـن است که ضعیفه‌وصی تعیین نکرده ولایـت او با حاکم شرع است یعنی مجتهد عادل. وهر گاه دست به حاکم نرسد عدول مؤمنین هم می‌توانند متوجه شد، بلکه باید بشوند. و ظاهر ایـن است که الفاظی که ضعیفه گفته است وصیت است. پـس هر گاه از برای حـاکم از قول آن جمـاعت علم بهـم رسد، به علم خـود عمل می‌کند. و همچنین عدول مؤمنین، هرگاه وارث نتـواند مانع آنها شد. و در غیر دو صورت آن وارثی که اقرار دارد، اقرار او در حق او نسبت به حصهٔ خودش مسموع است.

و دور نیست که به شهادت یک مرد عادل ربـع وصیت را ثابت دانست. و احتمال اثبات نصف هم خالی از قوت نیست. و وصیت در ثلث مال اعتبار دارد و هرگاه زاید بر ثلث باشد و ورثه امضاء نکنند، به قدر ثلث برای او خرج می‌کنند. پس هرگاه حاکم یا عدول مؤمنین آن یک نفر عادل را در دست داشته باشند لااقـل باید سعی در انجام ربع وصیت بکنند. و هرگاه از حال ضعیفه معلوم نشد که مراد او به مصـرف رساندن عین مال است، ظاهر این است که توان فروخت به قیمت عدل و صرف او کرد. خصوصاً هرگاه بدون فروختن متعذر یا متعسر بـاشد. و هرگاه خواهنـد بفروشند باید حاکـم یا عدول مؤمنین (بـه وارث یا غیر وارث) بفروشند.

و اما سؤال: از وصایـای مخصوصه، و سـؤال از قدر واجب: پـس بدان که اگـر ضعیفه

شوهر ندارد کفن او و سدر و کافور از اصل مال او وضع می‌شود. خواه وصیت بکند و خواه نکند. و همچنین حقوق مالیه مثل دین مردم و حج وزکات 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 می‌کنند. پس اگر عبادات واجبه بدنیه باشد مثل صوم و صلات، مقدم می‌دارند بر غیر واجب، هرچند 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 همهٔ آنها را از ثلث بدهند، پس واجبات مالیه هم از ثلث اعتبار می‌شود، 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: هرگاه شخصی زید نام در حین حیات و صحت که اقاریر شرعیه از او مسموع بوده، وصیت نموده باشد، به موجب وصیتنامچه به این طریق که «به وجه شرعی برخود لازم ساخته بود که ثمن از متملکات و اموال خود را به نحوی که قلمی میشود. صرف مشاهد مشرفهٔ ائمهٔ طاهرین صلوات الله علیهم اجمعین، نماید بر نهج ذیل: فرزند خود عمرو را وصی شرعی خود کرده که بعد از فوت موصی اموال و متروکات او را کائناً ماکان جمع و مشخص نموده، نصف تمام کامل از مجموع را سوا و مشخص. و نصف از نصف مذکور را در وجه خمس آل محمد(ص) قدری معین از آن را به موجب تفصیل و نوشتهٔ 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 می‌ماند[1] بیست تومان او را به شخص امینی که به زیارت مشهد مقدس برود نیابتاً عنه، بدهد که آنجا رفته به جهت وی زیارت نماید و اخراجات خود را از وجه مزبور محسوب دارد، و آنچه بماند صرف روشنائی مشهد مزبور (از موم و شمع و غیرها) نماید. و تتمه را که اضافه بر بیست تومان باشد در مصرف اخراجات مشاهد مشرفهٔ مکرمه نجف اشرف و کربلای معلا و کاظمین(ع) مصرف دارد، به این نحو که تنخواه مزبور را ملکی مرغوب خریداری کرده و منافع و وجه اجارهٔ آن را سال به سال به مشاهد مشرفهٔ مذکوره مرد امینی برده که اثلاثاً در زیارات مذکوره صرف نماید. و یا وجه مذکور را با شخص امین

۱ : و معادل یک هشتم می‌گردد.

معتبری معاملهٔ شرعیه نماید که سال به سال منافع حاصلهٔ آن را به نحو مسطور در مشاهد مشرفه صرف نماید.

و نصف دیگر از متملکات او را وصی مزبور دو تومان او را به معتق وی داده و تتمه را بین الورثه کما فرض‌الله قسمت نماید. و تخلف در هیچ جزئی از اجزاء مذکوره را جایز ندانند.

و ناظر گردانید در خصوص وصایای خود بکر ولد خالد را، که در امور مذکوره و لوازم آن، وصی مؤمیٰ الیه به اطلاع و صوابدید او عمل نماید و در هر باب بالاشتراک عمل نمایند. و نیز وصیت نموده که وصی وناظر(مزبوران) به مشورت با خالد مشارالیه معمول دارند وصایا را و نیز قرار داده و مأذون ساخته وصی و ناظر مزبوران، را که با تعذّر یا تعسّر خریدن ملک و معامله[ای] که در فوق قلمی شد، همان اصل وجه مذکور را اثلاثاً در مشاهد مشرفهٔ مذکوره مصروف دارند. و در هیچ باب تخلف را جایز ندانند. و نیز وصیت نموده که عمر و وصی (مشار الیه) در خصوص اولاد صغار موصی نهایت سعی و اهتمام به عمل آورد. خصوصاً 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 وصیتنامچهٔ مذکوره عمل وصی (در این حال) چه طریق باید بوده باشد؟ و عمل ناظر به چه قسم و تنخواه موصی نصف از بابت وصایا و تتمه تنخواه ارث صغار در تصرف کدامیک از وصی و ناظر بوده باشد؟ یا آنکه باید در تصرف هر دو بوده باشد. نظر به لفظ «اشتراکی» که قلمی شده در وصیتنامچه ؟ یا آنکه باید تمام تنخواه از بابت وصایا و تنخواه صغار در تصرف وصی بوده باشد، و به مصارفی که می‌رسد و عملی که می‌شود به اطلاع و استحضار ناظر بوده باشد ؟ یا در امری که احتیاج به شور بوده باشد استدعا اینکه آنچه موافق طریق شرع انور بوده وضوح آن را به طریقی که مبین باشد حکم آن را قلمی نموده

جواب: در استفتاء از چند چیز سؤال شده: اولاً اینکه وصی چه کار باید بکند. دوم آنکه ناظر چه باید بکند. سوم آنکه نظر به لفظ اینکه «در هر باب بالاشتراک عمل نمایند» آیا مال باید در تصرف وصی و ناظر هر دو باشد یا در تصرف وصی بوده باشد.

اما جواب از سؤال اول: پس آن موقوف است به تحقیق حال وصیت. و چون وصیت

اضافه بر ثلث مـال شده باید تحقیق طریق صحت و فسـاد و لزوم و عدم لزوم آن را کرد. و تحقیق این است کـه وصیت شرعیه مثل دادن بعض مال به معتـق یا غیر آن، و همچنین وصیت به واجبات بـدنیه مثل صوم و صلات و امثال آن، پس آن در ثلث تـرکه معتبر است لاغیر، مگر بـه امضای وارث بالغ رشید. واما وصیـت به واجبات مالیهٔ محضـه مثل دین و زکات و خمس و ردّ مظالـم، و همچنین مالیهٔ مشوب به بدنیه مثـل 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 مالیـهٔ محضه است به غیر دو تومان معتق. و از این جهت می‌توان گفت که همهٔ وصیت ممضی است هرچند به زیاده از ثلث متعلق شده.

لکن اشکال در تشخیص مـراد موصی می‌کند کلمات او اولاً اینکه گفتـه است که «به وجه شـرعی بر خـود لازم کرده بوده اسـت. در حال حیات کـه ثمن مال خـود را صرف مشاهد منوره کند» به آن تفصیل که نوشته، معنی آن را نفهمیدم. اگر مراد او این است که نذر کرده است مثلا و گفته است «لله علیّ کـه ثمن مال خود را که در حال اجرای صیغهٔ نذر مالکـم به مصرف مشاهد منوره بـرسانم به این تفصیل:...» و بعـد از آن وصیت کرده است که به مقتضای آن عمل کنند. پس این صحیح و خوب است. لکن باید ملاحظهٔ ثمن مال را در آنوقت کرد، نه بعد از وفات. چنانکه مقتضای وصیت است.

وهرگاه گفته باشد «للّه علیّ که ثمـن مال را که الحال دارم وارث من بعد از من به این مصرف برسانـد» این صحیح نیست. به جهت اینکـه فعلی را که مکلف نذر می‌کنـد باید خودش به جا بیاورد، نه دیگری. و همچنین هرگاه بگوید که «للّه علیّ که ثمن مال مرا بعد از وفات مـن وارث من به ایـن مصرف برسانـد» هم صحیح نیسـت، به همین جهـت که گفتیم. و اگر گفته باشد که «للّه علیّ که وصیـت کنم که ثمن مال حال مرا»، یا «ثمن مال بعد وفات مـرا» یا مطلق بگویـد که «ثمن مالـم را صرف به این مصـرف کنند»، وبعد از آن وصیت به عمـل آمد به مقتضای نذر، پـس در اینصورت این از جملهٔ وصایـای متبرع بها می‌شود، گو اصل وصیـت کردن واجب شده به نذر. به جهت اینکـه صرف کردن مال در این مصـرف به سبب نـذر واجب نشده اسـت تا داخـل حقوق مالیـهٔ واجبه شده بـاشد. چنانکه پوشیده نیست.

وچون عـامی است استفتـاء می‌کند از مفتـی طلب حکم مـی‌کند نه احتمـال، پس می‌گوئیم: ظاهر عبارت سؤال من حیث اللفظ ــ خصوصاً به ملاحظهٔ تعیین بیست تومان

در مصرف مشهد مقدس که آن مناسبت دارد با مال معیـن موجود که می‌داند که ثمن او زاید بر بیست تومان هست، نه به مالی که نمی‌داند که مقدار آن چه قدر خواهد بود. و بعد ملاحظهٔ اینها ـ با ملاحظهٔ حمل فعل مسلم و قـول او بر وجه صحیح، باید بنا گذاشت که مراد او این باشد کـه بر خود لازم کرده است در حال حیات به نذر یـا شبه نذر اینکه ثمن مال خود را که در حین نذر دارد صرف ایـن مصرف بکند». و بعد از آن وصیت کرد[ه] که چنین بکنند.

ولکن بـا کلمات بعد نمـی‌سازد که: بعـد از مردن من وصـی من مال را جمـع کند و مشخص کند و تنصیـف کند باز نصف را تنصیف کنـد و مرتبهٔ دیگر ایـن نصف را تنصیف کند که ثمن باشد و به آن مصرف برساند. بـه جهت آنکه ظاهر این کلام ملاحظهٔ نصف و ربع و ثمن بعد وفات است. و مال گاه است کـه در وقت نذر بسیار بوده الحال کم شده، یا بالعکس. و اگر بیشتـر بوده باید ثمن آن وقت را بـه مصرف برساند نه ایـن وقت را. و اگر کمتر بوده بـاید همان ثمن آن وقت را به مصـرف برساند. و مقتضای این تنصیـف‌ها این است که به مقتضای ثمن بعد وفات عمل کنـد. واینها با هم جمع نمی‌شود. 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 زیاده‌تر باشد در زاید ملاحظهٔ خروج از ثلث را بکند.

وهمچنین: اشکال حاصل می‌شود در ثمن دیگـر به جهت رد مظالم و ربع خمس. به جهت آنکه مقدار خمس ورد مظالم که از حقوق مالیـه حساب می‌شود باید معین باشد تا ببینیم که این ربع و ثمن بعد از وفات مساوی این قدر معین است، یا زاید، یا ناقص. گاه است که موصی ملاحظهٔ ربع و ثمن مال حال وصیت را اعتبار کرده بود و اشتغال ذمهٔ خود را همان قدر می‌دانسـت. پس اگر مال بعد از وفات کمتر شده بـاید ادای آن حق را تمام کرد. هرچند از برای وارث هیچ نماند.

واگر حال زیادتر شده، پای تبرع در میان می‌آیـد. به جهت آنکه گاه است که این قدر مشغول ذمه نبوده است. پس باز باید ملاحظهٔ ثلث را کرد. و خلاصی در اینهم به این نحو می‌شود که ربـع و ثمن آنوقت را از اصل بدهنـد، و در باقی ملاحظهٔ ثلث را بکننـد هرگاه زیاد شده باشـد. و چون اخراج خمس ورد مظالم به عنوان «احتیـاط احتمال شغل ذمه» هم جایز است، پس تبرع در وصیت از زاید بر قدر واجب هم جایز خواهد بود. ولکن در آن ملاحظهٔ ثلث را باید کرد.

واما سؤال از ناظر: پس بدان که «ناظر» در کتب فقهـا 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 بـه جهت عدم خوف، یا احتمال خیانت (بنـابر عدم اشتراط عدالت در وصی) ومثل آن، وصیت کند که تصرفات وصـی به اطلاع آن ناظر باشد. و بنابر آن، فعل ناظر همان اطلاع و استصواب است.

لکن عمل و تصرفات با وصی است. بلی هرگاه موصی ناظر را هم شریک کرده باشد با وصی در عمل، متابعت باید کرد.

واما سؤال از لفظ مذکور که آیا منشأ این می‌شود که باید در تصرف هر دو باشند یا نه: پس به ملاحظهٔ کلمات موصی (از اول تا به اینجا) معلوم می‌شود که ناظر شریک در عمل نیست. بلی مـراد اشتراک به حسب رأی اسـت. و بر فرضی کـه این لفظ ناسـخ ما سبق باشد، افادهٔ اشتراک در ضبـط مال صغار، می‌کند. و مطلق تصرفات را نمـی‌کند، و باعث این نمی‌شود که ید هر دو بر آن مساوی باشـد، بلکه همان قدری که از لوازم عمل است با او شریک می‌شود در ید تصرف. و به هر حال ظاهر استقلال وصی است در مباشرت حفظ اموال. چنانکه مستقل اسـت در تربیت صغار، گو در بعضی اوقات محتاج بـاشد به صلاح [دید] ناظر. پس بایـد وصی متوجه ضبط و ربط باشد بر وفق متعـارف، لکن به صوابدید ناظر، حتی در مکان حفظ مال و اختیار کردن اشخاص معاملین با او در اموال.

وباید دانست: که در امـر زیارت مشهد مقدس هم هرگاه خواهنـد اجیر بگیرند به آن نهج مزبور، پای جهالت اجرت در میان می‌آیـد و مشکل می‌شود. خصوصا هرگاه اجرت را از برای رفتن و برگشتن هر دو قرار داده باشد. در اینوقت معلوم نیست که اخراجات چه چیز است و زاید چه چیز است. مگر اینکه معلوم بـاشد از حال موصی که اباحه کرده این قدر را از برای امین به آن نحو خاص، هرچند به ظن و تخمین امین باشد، از باب تراضی. و همچنین باید دانست که اشخاص را که تعیین کرده از برای خمس، باید در حین ادا بر وصف استحقاق باقی باشند. والله العالم.

۱۰۲ : سؤال: هرگـاه کسی وصیت کنـد که بعـد از موت او چند سـال نماز و روزه استیجار کنند از برای او و نایب الزیاره بگیرند که در مدت معینی از برای او زیارت کند و فلان مبلغ را به عمرو بدهند و هرچه از ثلث او بماند به فقرا و سادات بدهند ومبلـغ معینی هم بـه وصی بدهند، و وصی تعیین نکرده بمیرد. بعد از فوت او کبار ورثه احدی را

تعیین‌نمایند که وصایای او را از ثلث ترکه به مصارفی که گفته برساند. و حق الوصایه [را] که متوفی تعیین کرده بود بردارد آیا این شخص جایز است که حق الوصایه را از ثلث بردارد یا نه؟

جواب: هرگاه کسی تعیین وصی نکرده باشد و وصایای چند کرده باشد، تولیت امر او با حاکم شرع است. و بدون رجوع به او صورتی ندارد. و هرگاه ممکن نشود رجوع به حاکم، آحاد عدول مؤمنین هم می‌توانند کرد بلکه ظاهر این است که واجب باشد بر ایشان متوجه شدن. و اما حق السعی در عمل: پس آنچه جمعی [از] فقها تصریح به آن کرده‌اند، و ظاهر جمعی دیگر است نقل اقوال در «وصی بر یتیم» است و حکم متولی امر یتیم خواه وصی باشد یا ولی شرعی. که بعضی گفته‌اند هرگاه تعیین نشده باشد حق السعی، اجرت المثل بر می‌دارد. و بعضی گفته‌اند به قدر کفایت، و بعضی گفته‌اند اقل امرین از اجرت‌المثل و کفایت. ولکن از ظاهر کلام جمعی و از ظواهر بعضی[از] ادله که ذکر کرده‌اند ـ مثل اینکه گفته‌اند که عمل مباحی است و مفروض این است که تبرع در آن نکرده پس مستحق اجرت‌المثل خواهد بود ـ این است که کلام در «مطلق مباشر عمل در وصایا» جاری باشد. [1] پس دور نیست که در صورت سؤال هرگاه رجوع به حاکم ممکن نباشد و ثقات مؤمنین حسبتاً متوجه شده باشند، آنچه را صلاح دانسته باشند جایز باشد. و ظاهر این است که در صورت تعذر حاکم احدی از عدول مؤمنین حسبتاً می‌تواند متوجه شود او اجرت‌المثل را بردارد. پس در صورت مزبوره حق‌السعی را بعد از وضع صوم و صلات و زیارت و آنچه گفته است به عمرو بدهند، بر می‌دارد و اگر چیزی بماند به فقرا و سادات می‌دهند.

۱۰۳: سؤال: هرگاه کسی در مرض موت وصیت کند که «ترکهٔ مرا به اولاد ذکور بدهید». واولاد اناث هم امضاء کنند، آیا بعد از وفات، اولاد اناث می‌توانند 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 هرگاه بعضی امضاء کنند دون بعض، به قدر الحصهٔ او ممضی است. و همچنین هرگاه همهٔ ورثه یا بعضی از آنها، بعضی از زاید بر ثلث را امضاء کنند در همان قدر ممضی است. و مذهب علمای شیعه این است که

۱: این مسأله با همهٔ اقوال و آرای مختلف و توضیحات مربوطه در باب «حجر و تفلیس» از مجلد دوم، بررسی شده رجوع فرمائید.

اجازهٔ وارث از باب هبه نیست کـه محتاج باشد به قبض و سایر شرایط هبـه، و جایز باشد رجوع در آن قبل از تحقق قبض. بلکه از باب «تنفیذات و اجرای حکم وصیت» است. پس بنابراین در حکم وصیت به ثلث مال است، و دیگر وارث را در آن مدخلیتی نیست. و جایز نیست از برای وارث رجـوع قبل از قبض (چنانکـه در هبه جایز اسـت) وهمچنین بعد از قبض به طریق اولی [جایز نیست]. و این حکـم ـ یعنی اینکه اجازه تنفیذ است، نه هبه ـ در صورت اجازهٔ وارث در حال حیات موصی بی‌اشکال است. و هرگاه بعد از فوت باشد هم خلافی از شیعه در آن نقل نکرده‌اند چنانکه گفتیم.

۱۰۴: سؤال: منجزات مریض از اصـل مال وضع می‌شود؟ یا در حکـم وصیت است و در ثلث معتبر است؟

جواب: اظهر این است که از اصل مال وضـع می‌شود. و همچنین اقرار او به شیئی از برای غیر در آن حال. و لکـن در اینجا اظهر این است که خروج از اصـل مشروط است به اینکه متهم نباشد بر اینکه قصد او محروم کـردن وارث باشد. و فرقی نیست ما بین اینکه اقرار از برای وارث کرده باشد یا اجنبی.

۱۰۵: سؤال: هرگاه کسـی چهار نفر پسر کبیـر و چهار نفر صغیر داشتـه باشد، و در حال حیـات مال خود را تقسیم کنـد میان آنها، و مهر زوجـهٔ خود را بدهد و قـدری آسیا داشته باشد. و وصیت کنـد که «منافع هر سالهٔ آن را از برای مـن استیجار صوم و صلات بکنند و لکن هرگاه آنچه از برای صغار قرار داده‌ام وفا به خرج آنها نکند منافع آسیا را هم صرف آنها بکنند تا کبیـر شوند، و بعد از کبیر شدن همه، منافـع آن را به استیجار صوم و صلات همه ساله بدهند». و الحال بعضی از کبار مانع‌اند که منافع را صرف صغار بکنند، و می‌گویند که: «استیجار صوم و صلات می‌کنیم». و دیگر اینکه آیا بعضی از ورثه می‌تواند که الحال تقسیمی [را] که پدر در حال حیات کرده، بر هم زند، یا نه ؟

جواب: ظاهر این اسـت که وصیت به منفعت ملک ابداً، صحیح اسـت، همچنانکه تا مدت معین، صحیـح است. پس باید بـه منافع آن آسیا استیجار صـوم و صلات از برای او بگیرنـد همیشه. و در ایام احتیاج صغیـرها به قدر حـاجت آنها، را صرف ایشـان کنند. و کسی مانع آن نمی‌تواند شد، خصوصاً پسر بزرگی که بر او واجب است قضای نماز پدرش. و هرگاه معلوم شود که مراد موصی از «همه ساله» به قدر ایام تکلیف خود را خواسته، بعد از انقضای آن مدت باز منافع آسیا بر می‌گردد به ورثه.

و باید دانست که باید مُلاحظه کرد که آن منافع ابدی یا [در] مدت معین، زاید بر ثلث نباشد. و در زاید بر ثلث محتاج است به امضاء ورثـه. و طریق معرفت خروج از ثلث هرگاه مدت معینه باشد این است که آن آسیا را بـا منافع آن ابدا قیمت کنند و بی‌منفعت در آن مدت هم قیمـت کنند، و ببینند که تفـاوت ما بین قیمتین، از ثلـث بر می‌آید یـا نه. مثل اینکه می‌گویند آسیا با جمیع منافع بـه دوازده تومان می‌ارزد،و هرگاه منافع ده سالهٔ او را وضع کنیم شش تومـان می‌ارزد. و تفاوت میان دو قیمت شش تومان اسـت. پس اگر این شش تومان از ثلث ترکه بر می‌آید، تمام وصیت ممضی است.

و طریق معرفت در صورت وصیت به منافـع ابدی، خالی از اشکال نیست. و در آن چند وجه ذکر کـرده‌اند. بهترین آنهـا این است که بـاز چنین کند. یعنی آن آسیـا را با منفعت ابدی قیمت کنند و بی‌منفعت هم قیمت کنند. و تفاوت ما بین دو قیمت را ملاحظه کنند که از ثلث بر می‌آیـد یا نه. و هرچند نادرست است که مـال بی‌منفعت قیمتی از برای آن بماند لکن در بعضی جاها باز قیمتی از برای او می‌ماند. مثل اینکه آن مال که منفعت آن را وصیت می‌کند غلامی باشد که هرچنـد، منافع او از غیر باشد، که آزاد کردن او از برای کفاره و غیر آن صحیح اسـت. پس البته قیمتی دارد. و همچنین آسیا هـم اگر ملک ورثه باشد تسلط بر آن دارند به ایحاء تصرفات در اینکه اول غلهٔ خود را در آن آرد کنند یا از غیر را. و امثال آن از منابع که منشأ ثبوت قیمتی از برای او می‌شود.

و اما حکـایت بر هـم زدن تقسیم: جواب آن ایـن است کـه در لزوم هبه، قبـض شرط است. هرگـاه در حال حیات به قبض کبـار داده و از جانب صغار خود قبـض کرده، دیگر کسی نمی‌تواند بر هم بزند. و هرگاه به قبض کبار نداده باشد در حصهٔ کبار بر هم می‌توان زد.

۱۰۶: سؤال: هرگاه کسی وصیـت کند که فلان باغ را به فلان پسـرم بدهید، و فلان ملک را به فلان دخترم، و فلان خانه را به فـلان پسر دیگرم، و هکذا... تا همهٔ اموال را به این نهج وصیـت کند. آیا این معنی «وصیت» اسـت ـ که در عین مال و یـا در ثلث معتبر است. و مقدم در ذکر مقدم است ـ ؟ یا در معنی وصیت به تعیین میراث است؟

جواب: هرگـاه از خارج معلوم باشـد به قرائن که مـراد وصیت است به آن اعیـان ، نه قسمت میراث، پس حکم وصیت در آن جاری است هرچند مستوعب ترکه باشد. و این در صورتی است که موصی جاهل است بـه مسأله و نمی‌داند که اختیار بیش از ثلث را ندارد

یا عالم است و اما معتقد این است که ورثه امضاء خواهند کرد آنچه را که وصیت کرد. پس در اینصورت‌ها مقدم می‌دارند آنچه مقدم است در ذکر تـا به ثلث برسد. و ما بقی موقوف است بر اجازه و امضای ورثه. و همچنین است هرگاه قرینه نباشد، یعنی بگوید «فلان مال را به فلان بـدهید و فلان مال دیگر را بـه فلان وارث دیگر» و هکذا.. و ندانیـم که مراد او وصیت به دادن آن مال است به آن وارث قطع نظـر از میراث، یا مراد او تعیین حصهٔ وارث است در آن مال. که اظهر در اینجا هم حمل به وصیت است، نه تعیین حصهٔ میراث.

و امّا هرگاه دانیم که از باب «وصیّـت در اعیان» نیست که موصی له علاوه بر حصهٔ خود مستحق آن باشد، بلکـه از باب وصیت در تعیین اعیان است. یعنی مـراد او این است که این وارث این عین معیـن را به عوض حصهٔ خود از میراث بـردارد، و وارث دیگر آن عین معین دیگر را، و هکـذا... پس در اینجا حکم می‌شـود به اینکه وصیت اسـت. لکن نه در قیمت و قدر اعیان، بلکه در تعیین اعیان. مثلا هـرگاه یک پسر دارد و یک دختر و مال او هم منحصر اسـت در یک غلام و یک کنیـز، و قیمت غلام دویست قـروش است و قیمت کنیز صد قروش. و وصیـت کند که غلام را به پسرم بدهید و کنیـز را به دخترم. و این از باب وصیت در تعیین است.

و آن نیز در ثلث معتبـر است. به این معنی کـه خارج از میراث و زیاده بر مـا فرض‌الله چیزی به پسر نمی‌دهند. بلکه وصیت همین کـار را می‌کند که پسر ثلث غلام را معیناً از بابت میراث خود برمی‌دارد. و همچنین دختـر ثلث کنیز را. و در تتمهٔ غلام و کنیز هر دو شریک‌اند «للذکر مثل حظ‌الانثیین». مگر اینکه هر یک اجازه کنند وصیت را (چنانکه از عبارت **قواعد** علامـه و **ایضاح** ظاهـر می‌شـود. و عبارت **تحریر** هم بـر همین تنـزیل می‌شود. و آن عبارت‌ها در احکام موصی‌له مـذکور است) و در اینجا تقدم ذکری اعتبار ندارد که بگوئیم کـه: هرگاه وصیت تعیین غلام از برای پسر مقدم باشـد پس باید نصف غلام از راه تعییـن، مال پسر باشـد، چون ثلث مجموع مـال است. به جهت آنکـه نظر و مقصود او مساوات است در مرتبهٔ وصیت بالفرض.

و از اینجا معلوم می‌شود حکم جائی که آن اعیان مـوافق حصهٔ واقعی هر یک، نباشد. مثلا سه پسر داشته بـاشد و سه باغ داشته باشد متفاوت در قیمـت. و وصیت کند که آن باغی که صد تومـان می‌ارزد به زید بدهید که پسر بزرگ است، و بـاغی که چهل تومان می‌ارزد به عمرو بدهید که پسر میانی است، و باغ دیگر که صد و شصت تومان می‌ارزد به

بکر بدهید که پسر کوچک است. و در اینجا پای مسأله دیگر در میان می‌آید. یعنی محروم کردن یک پسر از بعض حصهٔ او.

و ظاهر این است که حکم این، مثل حکم آن است‌که 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 می‌کنیم آنچه را که وصیت کرده به حرمان از او و حکم وصیت را بر آن جاری می‌کنیم، و تتمه را «کما فرض‌الله» قسمت می‌کنیم. و این در جائی که وصیت به حرمان از جمیع کرده باشد، و نگفته باشد که حصهٔ او را به کی بدهید، ظاهر است (یعنی قدر حصهٔ محروم را به سایر وراث می‌دهند و در باقی همه شریک‌اند).

و اما در مانحن فیه: پس معلوم است که اصل ترکه سیصد تومان و به هر یک صد تومان می‌رسد. و چون منظور او قسمت میراث است، پس ظاهر این تقسیم این است که برادر بزرگ را مساوی حق به او داده، و برادر میانی را از شصت تومان محروم کرده و از برای برادر کوچک قرار داده. پس بنابر قول به بطلان وصیت، امر ظاهر است. یعنی باید در مقدار حق و عین هر یک را مساوی صد تومان داد. ولکن بطلان حرمان و ثبوت حق، منافات با ملاحظهٔ «وصیت به تعیین» ندارد. زیرا که او قصد دو امر کرده: یکی وصیت قسمت از مقدار مال. دوم وصیت تعیین در حصهٔ هر یک از آنها.

و چون در تعیین هم اختیار بیش از ثلث [را] ندارد (مثل اصل مال) پس اعتبار می‌کنیم در ثلث هر یک از باغ‌ها، از برای آن که وصیت کرده. پس هر یک از ایشان ثلث باغی را که برای او وصیت کرده بر سبیل تعیین می‌گیرند و باقی می‌ماند دو ثلث باقی در هر یک از آن باغ‌ها، مشترک میان همه.

زیرا که این وصیت حقیقتاً وصیت به دو چیز است، و بطلان احدهما مستلزم بطلان دیگری نیست.

و اما بنابر اینکه این را از باب وصیت دانیم احتیاطاً: پس مساوی شصت تومان که برادر میانی را از آن محروم کرده آن را از مجموع مال وضع می‌کنیم برای برادر کوچک. چون آن را از برادر میانی وا گرفته و از برای برادر کوچک قرار داده. و زاید بر ثلث هم نیست، پس مال او خواهد بود. و باقی می‌ماند تتمهٔ مالی که مساوی دویست و چهل تومان است، میان آنها که همه مستحق او هستند و هر یک مستحق مساوی هشتاد تومان می‌شود به حسب قدر و قیمت. و متعین می‌شود ثلث باغ چهل تومانی از برای میانی، و

ثلث صد تومانی از برای بزرگ، و ثلث صد و شصت تومانی از برای کوچک. و دو ثلث دیگر از هر یک از باغها مشترک است میان همه

اینها که گفتیم بنابراین است که تعیین را اعتبار کنیم. چنانکه اقوی و اظهر است. و قولی هم به عدم اعتبار آن هست. حتی در صورت اولی، یعنی آنجائی که وصیت منطبق بر حصص باشد و زیاد و کمی نداشته باشد. و باکی نیست که عبارت قواعد را در اینجا ذکر کنیم و آن این است:«لو اوصی لکل واحد من الوراث [بقدر نصیبه] (مثل ان یقول: اعطو ابنی ثلثی مالی وابنتی ثلث مالی)[1] فهو لغو. ولو خصص کل واحد بعین هی قدر نصیبه، فالاقرب الافتقار الی الاجازة. لظهور الغرض فی اعیان الاموال. و کذا لو اوصی ان یباع عین ماله من انسان بثمن المتل. ولو باع عین ماله من وارثه بثمن المثل، نفذ».

و قال ولده(ره) فی شرحه «هنا مسألتان: الاولی: اذا اوصی لکل وارث بعین هی قدر نصیبه، کما اوصی لابنه بعبد قیمته مأتان، و اوصی لابنته بعبد قیمته مأة. فالاقرب عندالمصنف الافتقار الی الاجازة، لتعلق الاغراض بخصوصیات الاعیان و المنافع الحاصلة منها، فکما لایجوز ابطال حق الوارث من قدر حقه لایجوز من عینه. و یحتمل عدم الافتقار الی الاجازة لان الاصل القیمة. اذ اعیان الاموال لااثر لها فی زیادة المالیة و نقصها مع تساوی القیمة.[و]لان اعتبار الاعیان ههنا مع عدم اعتبارها فی بیع المریض ترکته بثمن المثل[2] علی تقدیر التسویة بین المنجز و الوصیة فی المریض ممالا یجتمعان . و الثانی ثابت اجماعاً فینتفی الاول. و هذا قوی، و الاول اقوی.

الثانی: لوا وصی ببیع عین ماله بثمن المثل من شخص، فالحکم کما تقدم من اعتبار الاجازة وعدمها».[انتهی کلام الفخر فی الایضاح].

و قال فی التحریر:لو اوصی لکل وارث بشیء من ماله معین، کجاریة قیمتها ضعف قیمة العبد و لاترکة غیرهما. فاوصی لابنه بها و لابنته بالعبد، وقف علی الاجازة فی مازاد علی الثلث.

۱ : عبارت میان دو هلال از عبارت قواعد نیست، توضیحی است که میرزا(ره) داده است و لذا آن را میان دو هلال قرار دادیم- رجوع کنید: ایضاح القواعد. چاپ کوشانپور.

۲ : یعنی علی القول بمساوات منجزات المریض فی مرض الموت مع الوصیة، فی الخروج من الاصل اوالثلث فکما انه یتعلق المنجز بالاصل اذا کان بثمن المثل (و ان قلنا بتعلقه بالثلث ان کان البیع محاباتیاً، و لایتغیر الاعیان و التعینات فی ملاحظة الثلث) فکما لایتغیر التعینات فی البیع بثمن المثل اجماعاً، فکذلک لایتغیر فی الوصیة بالاعیان و تعینها للوارث.

و ظاهر عبارت **تحریر** همان است که از قواعد مستفاد می‌شود. و مراد از اجازه در زاید بر ثلث، اجازه به تعیین است نه نفس اعیان. چنانکه پیش بیان کردیم. و بعضی از افاضل معاصرین این عبارت را حمل کرده بر اجازهٔ وصیت در اعیان. و تائید آن کرده به عبارتی که بعد از این در **تحریر** مذکور است، و آن این است که «ولو اوصی لهما- یعنی للوارث و الاجنبی- بمازاد علی الثلث، بطلت فی مازاد علی الثلث. فان رتب، دخل النقص علی الاخیر، سواء کان اجنبیاً او وارثاً. و ان شرک، دخل النقص علیهما بالسویة». و این حمل بعید است و این استشهاد هم در محل خود نیست، و مقام مختلف است.

۱۰۷: سؤال: هرگاه وصی که معین شده که فلان مال را بفروشد و به مصارف او برساند، و وصی مال کذائی را نفروخته و موجود و حاضر است. و بعضی از وصایای او را به عمل آورده و فوت شده. و ورثهٔ وصی ادعا می‌کنند که فلان قدر مورث ما (که وصی بود) از مال خودش به مصرف وصایای موصی رسانیده، و عین موصی به موجود است، یا او را برمی‌داریم و تتمه را به مصرف وصایای او می‌رسانیم، یا آنکه آن مبلغ را ورثهٔ موصی به ما بدهند. و شاهد بر آنکه آن قدر خرج شده، هست. لکن علم ندارند که از مال موصی است یا وصی از مال خود خرج نموده. و ورثهٔ وصی می‌گویند که مال مورث ما است که خرج شده. این چه صورت دارد؟ با دلیل اجمالی بیان فرمائید.

جواب: هرگاه شاهد موجود است بر اینکه 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 نمی‌توان حکم به تلف مال مسلم کرد بلاعوض. پس ورثهٔ وصی مساوی آن مال را طلب دارند. و هر چند مقتضای وصیت این بود که این مال معین را فروخته به مصرف برساند و مفروض آن است که موجود است و نفروخته است و چون برخلاف وصیت کرده پس مستحق عوض نباشد. لکن چون محتمل است که وصی آن مال را برای نفس خود خریده باشد و در عوض ثمن آن، آن عمل را کرده باشد، یا مأذون بوده باشد که از وجه دیگر وصیت را به عمل آورد بعد از فروختن آن عین، آن قرض را ادا نماید.

پس باید فعل وصی مسلم را حمل بر صحت کرد. و چون مقتضای اصل عدم بیع مال مزبور است مطلقاً، پس باز در حکم مال موصی است و حاکم شرع ولی امر است در چنین جائی، آن مال را می‌فروشد و بعد از ادای حق ورثهٔ وصی تتمه را صرف بقیهٔ وصایا

می‌کند.

۱۰۸: سؤال: هرگاه شخصی در حال مرض وصیت نمود که «نیم مهجه از ملک یحیی‌آباد را فروخته و قیمت او را خرج دفن و کفن من بکن». و این نیم مهجه که آن مریض وصیت نموده، خمس آن ملک است. آیا می‌رسد که وصی او را به معرض بیع درآورد یا نه؟

جواب: هرگاه ملک مزبور که عبارت از نیم مهجه است مساوی ثلث تمام ترکهٔ او است، باید به مقتضای تمام وصیت عمل کرد. هر چند نیم مهجه مساوی ثلث مجموع آن ملک نباشد.

۱۰۹: سؤال: دیگر آنکه موصی سه نفر طفل صغیر دارد، و وصی نظر به صرفه و غبطهٔ جانب صغار، این نیم مهجه را نفروخته و موصی چند محل زراعت دیگر هم دارد و ابواب جمعی و مالیات زیادی دارد که صغار و کبار از عهدهٔ حقوق دیوانی **آن** برنمی‌آیند. آیا وصی می‌تواند که آن نیم مهجه ملک مرغوب را نفروشد و ملک دیگر که مالیات سنگین دارد به معرض بیع درآورد یا نه؟

جواب: باید به مقتضای وصیت عمل شود و تغییر و تبدیل نمیتوان کرد.

۱۱۰: سؤال: هرگاه غلهٔ مال صغیر به حد نصاب برسد وصی می‌تواند که از مال صغیر زکات را بدهد؟

جواب: اشهر و اظهر استحباب زکات است در غلات طفل. و ولی **طفل** (کذا) هر گاه پدر و جد پدری ندارد، وصی ایشان می‌تواند زکات مال طفل را از غلات بدهد. و احوط آن است که به قصد قربت در نیت اکتفا کند، دیگر قصد وجوب استحباب نکند.

۱۱۱: سؤال: هرگاه زید در حال صحت وصیت نموده باشد که «ثلث مالم[را] به مصرف خودم برسانید». و دیگر آنکه پنج نفر اولاد ذکور دارد، دو نفر از ایشان را زن داده، و سه از ایشان را زن نداده است. باز در حال صحت در خصوص جمعی قرارداده که اخراجات عروسی آن سه نفر را برداشته بعد از آن، ترکه را کما فرض الله قسمت نمایند. و الحال باقی ورثه قائل ثلث ترکه هستند که به مصرف او برسانند ، و قائل به وضع اخراجات عروسی آن سه نفر نیستند.

جواب: اولا باید وصیت به ثبوت شرعی برسد، و آنچه ثابت نشود نمی‌توان عمل به آن کرد. و ثانیاً آنکه صورت سؤال مجمل است. و معلوم نیست که وصیت مرتب است یا غیر

مرتب. و بر فرضی کـه مرتب باشد معلوم نیست که کدام مقدم اسـت و کدام مؤخر. و بر فرضی کـه معلوم باشد مقـدم و مؤخر، معلوم نیست کـه لفظی که گفته اسـت چه بوده است. آیا وصیت دوم دلالت بـر نسخ اول می‌کرده یا نه. و به هر حـال هرگاه معلوم شود ترتیب مابیـن این دو وصیت، پس اگر وصیت اول را پیشتر گفته اسـت وصیت دوم باطل است، مگر اینکه ثابت شود که به لفظی گفته است که نسخ وصیت او را می‌کند.

و هرگاه مقدم و مـؤخر را ندانیم کدام است، قـرعه باید کرد اسم هـر کدام درآید آن را مقدم می‌دارند. و اگر ورثه اجازهٔ وصیت را بکنند، در همه مسموع است.

۱۱۲: سؤال: هرگاه عمرو (مثلاً) ناخوش شود، در حین ناخوشی آنچه وصیت داشت نمود. و عمرو مزبور پسری داشت و پسر او عـروسی در میان داشت، بعد از اتمام وصیت، پسر عمرو نزد پدر آمده و گفت صداق زوجهٔ مـرا به چه نحو می‌نمائی و چه چیز صداق او می‌نمائی؟. در حین ناخـوشی گفت «هر چیز صداق او می‌کنید خـود می‌دانید». و فوت شده. و حال ادعای او می‌کنـد که گفته است هرچه خواهی بکن من هـر چه می‌خواهم می‌کنم.

جواب: به محض ایـن سخن حقی ثابت نمی‌شـود. اگر هبه است باید مـوهوب معلوم باشـد، و مفروض خلاف آن اسـت، و قبض هم بـه عمل نیامـده واهب فوت شـده. 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 هرگاه موکل فوت شود قبل از فعل موکل فیه. و اگر وصیـت است (بـر فرض صحـت چنین وصیتـی و تسلیم اینکـه از این کـلام وصیت فهمیده شود) این خطابـی است به صیغهٔ جمع و موکول شده بـه خواهش و ارادهٔ همه. هرگـاه رأی همه بر چیزی قـرار نگرفت، چیزی لازم نیسـت. با وجود اینکه ایـن عبارت صریح نیسـت در اینکه «از مال من صداق کنید» مگـر به ضمیمهٔ قراین خارجیـه. به هر حال به محض این عبارت چیزی ثابت نمـی‌شود. و ادعای پسر بی‌وجه است. مگر اینکه سخن دیگر داشته باشد که امر منجر به مرافعه می‌شود.

۱۱۳: سؤال: هرگاه زید در حال مرض وصیت نمـاید که «بعد از من فلان اولادم را از ترکهٔ مـن چیزی ندهید به علت اینکـه قدری از مالم را به او داده‌ام». و بـاقی اولاد را به تفاوت تقسیم مال نماید که: فلان را فلان بـاغ، فلان را فلان خانه، و فلان را فلان دکان بدهند. و هکذا... و از آن مرض شفا یابد تا مدت یک سال صحیح و سالم باشد. و در حال

صحت نیـز به این نسبـت بگوید که «وصیتـی که در حال مـرض کرده بودم بـه آن عمل نمائید که هرگاه احدی تخلف نماید مواخذ بوده باشد». و بعد مریض شود و وفات نماید. آیا وصیت صحیح است یا نه؟

جواب: هرگاه معلـوم باشد که مـراد او تعیین حصهٔ هر یـک است نه ترتیـب و تقدیم و تأخیر در وصیت به عین اموال و تعیین، اظهـر این است که اختیار در ثلث بیشتر ندارد و تا به حد ثلث هـر یک به عنوان تعیین از آن اعیان بقدرالحصه می‌بـرند، و در زاید بر ثلث هم شریک‌اند. و بعد از اعتبار ملاحظهٔ زایدحصه برای هر یک از ثلث، هم از حیثیت عین و هم از حیثیت تعیین، تتمه را کمافرض‌الله قسمـت می‌کنند. پس هرگاه کسی بمیرد و از او پسری بمـاند و دختری[و] لاغیر، و بـاغی داشته باشـد که هیجده تومـان بیرزد. و خانه[ای]داشته باشد که نه تومان بیـرزد [و] وصیت کند که تقسیم میراث را به این نحو بکنید که «باغ را به پسرم بدهید و خانه را به دخترم»، پس باید مساوی شش تومان از باغ به پسر داد و مساوی سه تومان از خانه را به دختـر داد. و باقی باغ و خانه مشاع می‌ماند میان پسر و دختر «للذکر مثل حظ الانثیین» قسمت می‌شود.

و هرگاه همیـن شخص ملکی هم داشته بـاشد که پنجاه و چهار تـومان بیرزد، و از آن ساکت باشد. در اینجا مجموع باغ را به پسر می‌دهند و مجموع خانه را به دختر، و تتمه را (کما فرض الله) قسمت می‌کنند. ولکن امر در اینجـا مشتبه می‌شود به اصل «وصیت به مال»، اما چنان نیست. از برای اینکه مقصود آن شخـص این است که این اعیان معینه را در عوض سهم میراث بدهند. نه اینکه بلاعوض باشد هکذا...

و اگر معلوم باشد که مراد او وصیت است کـه متعارف است، نه تعیین حصهٔ میراث. یا اینکه حال مجهـول باشد و ندانیـم که از کدامیک اسـت. در هر صورت بنا را بـه وصیت می‌گذاریم و به مقتضای آن عمل می‌نمائیم که هر کدام مقدم در ذکر است [او را] مقدم می‌داریم تـا ثلث تمام شود. و بعـد از اتمام ثلث، موقـوف است به اجازهٔ وراث. و هـر گاه اجازه نکردند، کما فرض‌الله قسمت می‌شود.

و اما حکایت اخراج آن یک نفر از میراث[1] : پس اظهر و اشهر عـدم صحت آن است و او هم با همهٔ ورثه شریک است. ولکن اولـی این است که این را در حکم وصیت دانیم که از

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

برای دیگران کرده تا به قدر ثلث وضع می‌شود برای آنها و در بقیه این با آنها بقدرالحصه شریک است.[۱]

۱۱۴: سؤال: عمل به وصیت مطلقاً واجب است- هرچند غیرمالی باشد مثل قضای صوم و صلات که خود وصی قضا نماید- یا نه؟ و بنابر وجوب هرگاه مادر وصیت کند به ولد کبیر خود به قضای صوم و صلات بر سبیل اجمال و قدر او را بیان نکند، و نماز او صحیح نبوده باشد به سبب غلط اعرابی و غیره، لکن صلات فائته بر ذمه او نباشد. بر وصی واجب است که قضا کند کل صلات او را؟ یا به قدری که متعارف است میان مردم که وصیت می‌کنند به استیجار یک سال و یا دو سال صوم و صلات ؟

جواب: هرگاه وصیت کند به احدی که نماز کند یا روزه بگیرد، و او هم قبول کند، بر او لازم می‌شود. و هرگاه خصوصیت کردن او را شرط نکند، استیجاری توان کرد. و اما نماز و روزهٔ 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 هرگاه عصیاناً ترک کرده یا نمازهای او باطل بوده، وجوب قضا معلوم نیست. ولکن اشهر و احوط قضا است.

و هرگاه وصیت کند به بجاآوردن صوم و صلات و مقدار آن را نگوید، و بر وارث و وصی معلوم نباشد مراد او که چه قدر است. ظاهر این است که به آن قدر متعارف اکتفا می‌توان کرد. و هرگاه عرفی مشخص نباشد، به اقل محتمل، یعنی آن قدری که داند از آن کمتر نیست، اکتفا می‌توان کرد. و این کلام در وصیت بود. [و] در صورتی که پسر می‌خواهد که تکلیف خود را به جاآورد، قطع نظر از وصیت، و بداند که بر گردن متوفی فائته هست و قدر آن را نداند، اظهر این است که قدری بکند که ظن غالب به ادای آن حاصل شود.

۱۱۵: سؤال: هرگاه کسی وصیت کند که «این مال معین مال غایب است. و وارث غایب، فلان کس است» و فوت شود. آیا وصی- در صورتی که وارث غایب محتاج باشد و بگوید که «مال غایب را به من قرض بدهید و من رهن می‌دهم» و آن رهن را از مال زوجهٔ خود بدهد به اذن و رضای زوجه- جایز است که آن مال را قرض بدهد به او و رهن بگیرد

۱. بحث مشروحه این موضوع در مسأله شماره ۱۰۶ گذشت.

یا نه؟

جواب: ظاهر جواز است. و در «رهن مال غیر به اذن او» هم اشکال نیست. ولکن مکرر به حاکم و غیره اعلام کند و وصیت کند. تا آنکه به مرور ایام مخفی نماند و مال غایب از میان نرود.

۱۱۶: سؤال: هرگاه وصی طفل، مال او را به تجارت بدهد و به دریا غرق شود، ضامن هست یا نه؟

جواب: وصی ولی طفل است، و تصرفات 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: هرگاه کسی وصیت کند به امور چند که بعد از وفات او به عمل آورند و بعض اشیاء را هم به صیغهٔ مصالحه به بعض ارحام خود منتقل کند. و زوجهٔ او و سایر وراث او اجازه کنند بعد از فوت او، آیا وارث یا زوجهٔ او می‌توانند رجوع کنند یا نه؟

جواب: اما صلح پس آن داخل منجزات است، و هرگاه در حال غیر مرض موت است که در صلح آن اشکالی نیست، و اجازهٔ ورثه در آن بی‌معنی است. و اما اگر در مرض موت باشد، پس اظهر این است که آن نیز در اصل مال معتبر است و احتیاج به اجازه ورثه نیست هر چند زاید بر ثلث مال باشد. و اما وصیت به اشیاء دیگر، پس آن نیز در ثلث و کمتر از آن، صحیح است و محتاج به اجازهٔ وارث نیست. و هرگاه زاید بر ثلث باشد و ورثه امضاء کنند، اگر بعد از موت او امضاء کنند پس در آن نیز اشکالی نیست. و هرگاه در حال حیات امضاء کنند، در آن خلاف است. و اشهر و اقوی این است که صحیح است و لازم است. و اخبار معتبره دلالت بر آن دارد. و قول به عدم لزوم، ضعیف است.

و بدان که اجازه هرگاه از همهٔ وراث است در همهٔ وصیت، نسبت به همه لازم است. و هرگاه از بعضی ورثه است، نسبت به حصهٔ او لازم می‌شود. و همچنین هرگاه نسبت به بعض وصیت باشد. و بدان نیز که اجازه در معنی تنفیذ و امضاء است، یعنی مجری داشتن عقد وصیت، نه اینکه ابتدای عطیه و بخشش باشد، پس محتاج به صیغهٔ هبهٔ تازه نیست. و ایجاب و قبولی در آن ضرور نیست. و قبض موصی هم در آن شرط نیست.

و به هر حال، مالک شدن موصی‌له بعد از فوت موصی است و قبل از فوت، ملک او

نمی‌شود. خواه اجازه قبل از فوت باشد یا بعد، و همچنین در مطلق وصیت. هرچند خلاف کرده‌اند که هرگاه قبول هنوز حاصل نشده باشد آیا به مجرد موت ملک موصی له می‌شود؟ یا آنکه قبول موصی له جزء سبب است؟ یا کاشف است از ملک در حین موت؟ و اقوی این است که قبول، کاشف ازحصول ملکیت در حین موت است. و بر این، فروع و ثمرات چند مترتب می‌شود.

۱۱۸: سؤال: هرگاه زید در حال حیات مال را به یکی از وراث ببخشد و غرض او محروم کردن دیگران باشد این هبه صحیح است یا نه؟.

جواب: بلی صحیح است هرچند در مرض موت باشد و زاید بر ثلث باشد.

کتاب‌الوصایا

من‌المجلد الثانی

۱۱۹: سؤال: هرگاه شخصی وصیت کند که «فلان ملک معین را بفروش به فلان وارث معین و قیمت آن را بگیر و صرف صوم و صلات معینی از برای من و صرف کفن و دفن من بکن.». و زاید بر ثلث بوده و ورثه هم امضاء کرده‌اند. و گفته است «تا قیمت را نگیری به تصرف او مده. و صوم و صلات را از آن وارث که گفته‌ام که به او بفروشی مگیر». و الحال آن شخص وارث معین فقیر است و قادر برای دادن قیمت نیست. آیا وصی می‌تواند به دیگری بفروشد یا نه؟ و مدتی است که از این معنی گذشته است. آیا اجرت آن ملک را در ایامی که در تصرف غیر بوده چه کند؟

جواب: مقتضای ادلهٔ قاطعه، عدم جواز تبدیل و تغییر وصیت است حسب‌المقدور. پس در صورت سؤال که آن وارث عاجز است از خریدن، هرگاه امید این هست که متمکن شود از خریدن، باید صبر کرد تا متمکن شود، چنانکه تصریح کرده‌اند به آن در جائی که وصیت کند کسی که عبدی از برای او بخرند به قیمت معینی و آزاد کنند، و عبدی به آن قیمت بهم نرسد و به زاید بر آن قیمت بهم رسد اینکه واجب نیست خریدن و باید صبر کرد تا بهم رسد، و بعد از یأس از تمکن به آن قیمت، هرگاه به کمتر از آن قیمت بهم رسد می‌خرند و آزاد می‌کنند. و به مقتضای **موثقهٔ** سماعه[1] زیادتی قیمت را به

۱: وسایل: ج۱۳، احکام‌الوصایا، باب ۷۷ ح۱.

آن عبد می‌دهند.

پس در صورت سؤال باید صبر کرد. و اگر یأس حاصل شود از تمکن آن وارث به سبب قرائن و علامات یا به سبب آنکه مراد موصی تعجیل بوده و تاخیر منشأ تبدیل وصیت می‌شود، در اینصورت می‌توان به دیگری فروخت. به جهت آنکه حسب‌المقدور باید ترک مقتضای وصیت نکرد، چون وصیت او مرکب بوده و به انتفای بعض أجزاء آن بعض دیگری ساقط نمی‌شود. به جهت احادیث بسیار که دلالت می‌کنند به اینکه «میسور ساقط نمی‌شود به معسور»[1] و «مالایدرک، کلّه، لایترک کله»[2] 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 موثقهٔ سماعه استدلال به همین اخبار کرده‌اند. و از جملهٔ [آنها] مسأله «وصیت به عتق عبد مؤمن» است که هرگاه مؤمن بهم نرسد عبد از سایر ناس آزاد می‌کنند بشرطی که «ناصبی» نباشد، و احادیث هم دلالت بر آن دارد.[3] 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 اینکه اجرت سه سال را بدهند و حج دو سال بکند) و استدلال کرده‌اند به اینکه عمل به وصیت است به قدر امکان. و بعضی روایات هم دلالت بر آن دارد.[4]

و از جملهٔ 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 هرجا که ممکن شود از بین راه استیجار می‌کنند. و از جملهٔ آنها وصیت است به حج مندوبی که شخصی را معین بکند و آن شخص قبول نکند، که بعضی گفته‌اند از دیگری استیجار می‌کنند. و از جملهٔ آنها وصیت است به عتق رقبات چند، و ثلث وفا نکند به جماعت و ممکن باشد که یک نفر آزاد کنند، باید آزاد کرد. بلکه هرگاه ممکن نباشد الا عتق جزئی از عبدی، که باید کرد. چنانکه علامه و فخرالمحققین اختیار کرده‌اند.

و اما هرگاه هیچ ممکن نشود، پس در آن اشکال کرده‌اند که آیا داخل میراث

۱، ۲: غوالی اللئالی: عن امیرالمومنین «ع».

۳: وسایل: احکام‌الوصایا، باب ۷۳ ح ۲.

۴: وسایل: احکام‌الوصایا، باب ۸۶ ح ۱.

می‌شود یا به وجوه برّ صرف می‌شود ؟ و همچنین اشکال کرده‌اند در هرجا که وصیت بکند بـه چیزی در مصـرفی و ممکن نبـاشد صـرف آن در آن مصرف. و فخـرالمحققین اختیار بطلان وصیت کرده، پس داخل میراث خـواهد 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 کرده‌اند. و مشهور این است کـه صرف وجوه برّ می‌کنند، چون از مال ورثـه بیرون رفته. و وصیت مرکب است از قصد طاعت با خصوصیت حج، و به انتفای خاص، عام منتفی نمی‌شود.

و هر دو[1] مقدمه را منع کرده‌اند. اما اول: به جهت آنکه خروج از مال مـوصی موقوف وصیّت است بر صحت، و فقد اجیر کاشف از بطلان است. پس مال منتقل نشده است از موصی. و اما ثـانی: پس به جهت آنکه اصـل در مرکبات عقلیه این است کـه کل منتفی می‌شود بـه انتفای جزء و جنس تحقـق نمی‌پذیرد بـدون فصل، و این سخن در مـواضع سابقه جاری نیست. به جهت آنکه در آنهـا فی‌الجمله دلالتی در کلام موصی به ارادهٔ آن اجزاء هست بخلاف ما نحـن فیه. و از اینجاست که فخرالمحققین فرق گـذاشته مابین تمکن از عتق جزئی از عبد و عدم تمکن، و در اول قائل به لزوم عتق شد و در ثانی تجویز رساندن به مصرف برّ نکرده.

و قول دوم که مقابل مشهور است این است کـه مال ورثه می‌شود. و وجه آن از آنچه گفته شد ظاهر می‌شود.

و در اینجا قولی دیگر هست که شیخ علی(ره) قائل شده وآن اینست که گفته است که «اگر قصور وجه از اجرت حج در حین وصیت بوده، مال وارث می‌شود. و اگر بعد عارض شده است، پس آن مـال از ملک ورثه بیرون رفتـه است به سبـب وصیت، و دیگر عود آن محتـاج به دلیل ، و هرگاه متعذر شد صرف آن در آن مصرف، باید صرف گردد در وجوه برّ. به جهت آنکه نهایـت امر این است که این مجهول‌المالک بـاشد و مصرف آن وجوه برّ است». و این تفصیل را شهید ثانی(ره) پسندیـده است و بعد از آن گفته است که «هرگاه ممکن باشد که معامله در آن مال بشود که من بعد به آن توان حج کرد هرچند بعد مدتی باشد، پس ظاهر وجوب آن است. و همچنین هرگـاه امید آن باشد که کسی بهم رسد که به آن مقدار حج کند، صبـر کند و به وجوه برّ نمی‌توان صرف کـرد الاّ بعد از یأس. و از

۱: خروج از مال موصی و مرکب بودن وصیت.

برای این مسأله نظایر بسیار در فقه هست». تمام شد کلام شهید ثانی-ره.

و تحقیق کلام در این مقام این است که در امثال این وصایا که موصی به وفا نمی‌کند به موصی له بتمامه، پس یا این است که به سبب قرائن از کلام موصی فهمیده می‌شود که مراد او اتیان به مأمور به است به حسب مقدور (هرچند به این نحو باشد که هرگاه به هیچ نحو مقدور نشود، اکتفا به جنس آن فعل بشود. که مثل مطلق امور خیرات باشد) در آن اشکالی نیست و به مقتضای آن باید عمل کرد. و اما هرگاه از قرائن مفهوم نشود و همان مجرد لفظی است که می‌گوید «حج بکنند از برای من به فلان مال» یا «بنده آزاد کنند فلان قدر و به فلان مقدار»، پس می‌گوئیم 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 اینکه از بلد نتوان اجاره کرد از هرجا که توان، باید کرد.

و هرگاه مراد حج و عمره است هرگاه وفا نکند به هر دو، به احدهما می‌توان اکتفا کرد. چنانکه هرگاه بمیرد و مال او غرما شود مابین دیان و حج به حصص، و حصه وفا به حج و عمره هر دو نکند. و همچنین مثل وصیت به عتق رقبات و ممکن شود عتق یک رقبه یا جزئی از رقبه. در اینجاها می‌توانیم گفت که وجوب از راه دلالت تضمنی یا التزامی خود لفظ است. هرچند قرینهٔ خارجه نباشد و می‌توانیم گفت که وجوب‌از راه استصحاب است در اجزاء خارجیه، مثل وجوب غسل بعض اعضای وضو در صورتی که بعضی را نداشته باشد. و می‌توانیم گفت که وجوب از راه احادیث است مثل «المیسور لایسقط بالمعسور»[1] و «مالایدرک کله، لایترک[2] کله»، و امثال آن.

و اما در جائی که از اجزاء خارجیهٔ آن چیزی به عمل نمی‌آید و ممکن نیست- مثل آنکه عتق جزء عبد هم ممکن نیست، واتیان باقل واجب حج، یا احدی ازحج و عمره ممکن نیست، و مفروض این است که اتیان ببعض افعال حج مثل وقوف تنها یا طواف از این حیثیت که جزء حج باشد به تنهائی تعبد به آن وارد نشده است- پس در اینجا کلام راجع می‌شود به اجزاء عقلیه که آیا باید جنس حج و عتق که فعل خیر است به جا آورد یا

۱ و ۲- غوالی اللئالی: ۵۸/۴

نه. و اشکال در این ظاهر است. و در اینجا ادعای دلالت لفظیه تضمنیه یا التزامیه لفظیه، بعید است.

و از این جهت است که جمعی منع کرده‌اند و گفته‌اند که داخل میراث می‌شود. و جمعی گفته‌اند که به وجوه برّ مصروف می‌شود، چنانکه در صورت نسیان وصیت[1] همچنین گفته‌اند. و راه خیال ایشان که می‌گویند داخل میراث می‌شود این است که: اخراج مال از ملک موصی مشروط است در نفس‌الامر به ممکن بودن حصول آن وصیت. و چون بالفرض در نفس‌الامر ممکن نبود، هرچند موصی ممکن می‌دانسته و قصد اخراج کرده، لکن ظهور عدم امکان در آخر کاشف از عدم خروج است از مال او در اول. پس داخل میراث بوده و از اول مال ورثه بوده. پس فی‌الحقیقه در اصل میراث بوده نه اینکه عود می‌کند به میراث چنانکه ظاهر عبارت جمعی است.

و این سخن در نظر احقر ناتمام است. به جهت آنکه هرچند آن وصیت ممکن‌الحصول 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. و آن سخن که بعضی گفته‌اند که میت مالک چیزی نمی‌تواند شد، ممنوع است. چنانکه در رسالهٔ علی حده بیان کرده‌ایم. پس می‌گوئیم که مال بر ملک میت باقی است و ثبوت میراث هم بعد از «وصیت» و «دین» است. چنانکه صریح آیه[2] و اخبار، ناطق به آن است.

و در همان رساله بیان کرده‌ایم که ماترک میت قبل از وفای دین و وصیت در حکم «مال میت» است و نمای آن [نیز] مال میت است. پس هرگاه مال او وفا به دین او نکند، از نمائی که حاصل شده قبل از وصول به دُیّان می‌توان داد. و شاهد بر این است نیز کلمات ایشان در مسألهٔ «عدم وفای اجرت حج به حج هرگاه میت مدیون باشد و وفا نکند مال به همه» که گفته‌اند: بالنسبه تقسیم می‌شود مال بین اجرت حج و سایر غرما، و هرگاه اجرت حج وفا نکند به حج آن را نیز به دین او می‌دهند، هرگاه دین باقی مانده. و این نیست الاّ به جهت بقای او در ملک میت، و آن اولی مصارفی است از برای نفع میت.

۱ـ یعنی نسیان مورد مصرف.

۲ـ سورهٔ نساء آیهٔ ۱۱ و ۱۲.

و قول به اینکه «مـال وارث می‌شود و او دین را می‌دهد»، وجهی نـدارد، مثل قول به اینکه «کاشف به عمل می‌آید که مال دیّان بوده». چنانکه دعوی اجماع کرده‌اند بر اینکه آن مالِ قبلِ از وفـای دین و وصیت، ملک دیّان نیسـت. پس می‌توانیم گفـت که ملکیت میت مستصحب اسـت، و او وصیتی کرده به اعتقـاد اینکه ممکن است، و خـود را مالک ثلث و صاحب اختیار آن دانسته و آن را از برای مصرف خود وضع کرده، پس با وجود این خلاف عظیم در این مسائل علم به انتقال از ملک او حاصل نمی‌شود. پس باید به مصرف او رساند. و بهترین مصارف او وجوه برّ است که بعد مردن به کار او می‌آید. پس به این نیز قوت قول مشهور ظاهر می‌شود در مسئلهٔ اجرت حج.

و مؤید این اسـت مسأله «نسیان وصّی که هـرگاه فراموش کرده باشـد مصرف را»، که گفته‌انـد صرف می‌شـود در وجوه برّ. و بعضـی اخبار هم دلالـت بر آن دارد،[1] و مشهور اصحاب به آن عمل کـرده‌اند. و در این مقام نیز تعلیل کرده‌اند بـه تضمّن وصیت «مطلق برّ» را (هـرچند می‌تـوان گفت که هر وصیـت مستلزم قصد قـربت نیست). و نیـز تعلیل کرده‌اند به اینکه: نهایت امر این است کـه مجهول المالک باشد و مصرف آن هم وجوه برّ است. و در این نیز اشکال هست از جهت آنکه مصرف مجهول المالک (بنابر اظهر) تصدق است بر فقـرا، نه مطلق وجوه بـرّ. بلی از بعضی کلمات ایشـان بر می‌آید کـه مصرف آن، مصرف زکات است و یکی از مصارف زکات، فی سبیـل‌الله، است. ولکن دلیل این تعمیم در مجهول المالک در نظر نیست.

و همچنین مؤید مطلب حدیثی است که وارد شده در کسی که نذر از برای کعبه بکند. که فرموده‌اند صـرف حجاج می‌شود،[2] و فقها بـه آن عمل کـرده‌اند و تعمیـم داده‌اند در مشاهد مقدسه که صرف زوّار باید کرد. چنانکه در تنقیح نسبت به ایشان داده. پس غایت امر این است که معلوم نباشد که الحـال این مال مال کیست. و استصحاب ملکیت مالک برحال خود است. و چـون ادلهٔ میراث جزماً مقید می‌باشند بـه دین و وصیت، و جزماً در اینجا وصیتی شده است، و جزماً منظور موصـی بوده است که این مال به مصرف خودش برسد، بیش از این نیست که معتقد است کـه این مصرف خاص ممکن خواهد شد و آن را

۱: وسایل: احکام‌الوصایا، باب ۶۱ ح ۱.
۲: وسایل: احکام‌الوصایا، باب ۶۰ ح ۱.

تعیین کرده. و این دلالت نمی‌کند که غیر آن را (از مصارف که عاید او شود) نمی‌خواهد. و همین قدر در استصحاب کافی است، اگر نگوئیم که علاوه بر این هم می‌توان ادعا کرد که: کلام او هم دلالت دارد از باب «دلالت ایماء و اشاره»، مانند دلالت واجب بر وجوب مقدمهٔ آن، بنابر مختار.

چنانکه در آنجا می‌گوئیم که: آمر در حال امر متفطن مقدمات واجب نیست؛ و بخصوص طلب آنها نکرده است. لکن اگر از او بپرسیم که راضی هستی به ترک مقدمهٔ آن، البته انکار رضا می‌کند. و همچنین در اینجا به عنوان جزم می‌توان گفت که: هرگاه 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 می‌گیرد.

و از این تحقیق ظاهر شد اینکه: طلب موصی از وصی مطلب خاصی را که به عمل بیاورد، از قبیل «واجبات مطلقه» است، نه مشروط. و همچنین وجوب وفای وصی به مقتضای وصیت بعد قبول، از باب واجبات مطلقه است. و هرگاه مسلّم شد که مقدمات طلب مطلق، لازم آن طلب است و مدلول کلام طالب است به دلالت اشاره هرچند مقصود به دلالت نباشد. پس هرگاه موصی طلب کند ازوصی که به فلان مقدار از برای من حج کن، یا به فلان وجه بنده آزاد کن، و معتقد امکان آن باشد، پس هرگاه موقوف باشد عمل آوردن آن به تحصیل مقدمات چند، این طلب نسبت به آن مقدمات، مطلق خواهد بود، نه مشروط.

پس چنانکه هرگاه موقوف باشد خریدن بنده به آن قیمت خاص به اینکه وجه را به بلد دیگر بفرستند که در آنجا بهم می‌رسد. و تحصیل آن موقوف باشد بر این، و خطری هم در راه نیست، لازم است که وصی این مقدمه را به عمل بیاورد. یا آنکه موقوف باشد خریدن آن به این قیمت، به اینکه به عنوان سلف در موعد دو سال یا سه سال بخرد ممکن شود، لازم می‌شود. و همچنین هرگاه آن وجه را توان به معامله داد که به ضمیمهٔ ربح آن ممکن شود اتیان به آن. و اینها همه داخل مقدمات نمکن است و از باب مقدمه لازم می‌شود. و چنانکه از باب مقدمه بر وصی لازم است، از باب مقدمه «مطلوب تبعی موصی» نیز بوده است. هرچند در وقت وصیت متفطن آن نشده باشد.

و نظر شهید ثانی (ره) در مسأله حج که پیش اشاره کردیم (که لازم است استنماء مال و طلب زیادتی کردن به ربح آن به قدری که وفا کند) ظاهراً به همین است که بیان کردیم.

پس از مجموع آنچه گفتیم ظاهر شد که در صورت سؤال، اجرت‌المثل ایام تصرف آن ملک مال میت است و باید به مصارفی که گفته است برسد. و هرگاه فی‌الحال آن وارث خاص متمکن از خریدن نیست آن ملک در ملک میت باقی است و باید به اجاره داد به همان وارث، یا غیر آن (به هرکی صلاح باشد) و وجه اجاره را به مصرف او رساند. و بعد از تمام شدن صوم و صلات و غیرهما که وصیت کرده، به مصرف خیرات دیگر برسانند از برای او. و بعد از آنکه وارث متمکن شود از خریدن آن به او بفروشند و به تتمهٔ آنچه وصیت کرده برسانند اگر باقی مانده باشد، والّا به مصرف سایر مبرات و خیرات برسانند. چون مال میت است و دلیلی بر انتقال به وارث نیست.

و هرگاه 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 ملک را به اجاره بدهند و امور معجلهٔ او را به انجام بیاورند، باید صبر کرد و نفروخت به غیر. و هرگاه از قرائن حال یأس حاصل باشد، یا آنکه معلوم باشد که مراد موصی تعجیل بوده، و خریدن او به این سبب ممکن نباشد، یا آنکه وجهی که در مصرف کفن و دفن و اخراجات آن شده، عوض آن را می‌خواهند و صبر نمی‌کنند، می‌توان به غیر آن وارث فروخته (تمام آن ملک را هرگاه بدون آن نشود، یا به قدری که وفا به معجلات بکند) و به مقتضای وصیت عمل کرد. و اجرت‌المثل ایام گذشتهٔ آن ملک مال میت است و آن را باید به مصارفی که وصیت کرده برسانند.

و هرگاه از آن وجه تمام وصیت به عمل آمد باز آن عین ملک، مال میت است و منافع آن را به مصرف خیرات او می‌رسانند، تا آنکه وارث او متمکن شود از خریدن که به او می‌فروشند و قیمت آن را صرف خیرات دیگر او می‌کنند و هرگاه از وجه اجاره، تمام وصیت‌ها، به عمل نیامد، بعد فروختن بقیهٔ آنها را تمام می‌کنند و تتمهٔ قیمت را صرف سایر خیرات او می‌کنند. و هرگاه آن وارث بمیرد یا یأس از تمکن آن حاصل شود به

دیگری می‌فروشند. و چنانکه گفتیم می کنند به همان تفصیل.

۱۲۰ : سؤال: هرگاه 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 آورده‌اند و می‌خواهند که به صاحبش برسانند، تکلیف ایشان چه چیز است؟ و حال اینکه 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 نمی‌دانند که آیا میت این غیر معتمدها را به اعتقاد عدالت وصی کرده یا نه.

آیا عدالت در وصی شرط است یا نه ؟ و بر فرضی که شرط نباشد، هرگاه عادلی را وصی کند و بعد از آن فسق او ظاهر شود آیا معزول می‌شود یا نه ؟ و آیا تعدد اوصیا جایز است یا نه ؟ و آیا استقلال هر یک در تصرف جایز است یا نه ؟ و در صورت لزوم اجتماع، هرگاه اختلاف کنند در رأی، چه باید کرد؟ و بعد ازهمهٔ این مراحل، آیا الحال بر این شخص که مال در دست او است چه چیز است؟ مسائل را مفصلاً با اشارهٔ اجمالیه به مأخذ بیان فرمائید.

جواب: این سؤال مشتمل است بر چند مسأله.

اما اولی: خلاف کرده‌اند در «اشتراط عدالت». و اشهر و اظهر اشتراط عدالت است. و از ابن زهره نقل دعوی اجماع بر آن شده. و بعضی قائل شده‌اند به عدم اشتراط. و ابن ادریس در اول فتوی به وجوب عدالت داده، به جهت آنکه وصیت امانت است و به غیر عادل کسی مؤتمن نمی‌تواند بود. و بعد از آن تعلیلی گفته است که «مقتضای مذهب ما و اصول ما و روایات ما این است که عدالت شرط نیست در صحت وصی کردن». و گفته است که: خلافی نیست در اینکه [جایز است] کسی ودیعه بگذارد نزد فاسق. پس همچنین وصیت. بلکه عدالت مستحب است در وصی. و محقق در **نافع** و علامه در **مختلف** نیز اختیار عدم اشتراط کرده‌اند. و بعضی گفته‌اند که شکی نیست که شرط است عدم ظهور فسق او. و در اشتراط عدالت تامل کرده[اند].

دلیل [قول] اول این است که این امین گرفتن در مال غیر است و معتمد گرفتن در ادای حقوق غیر. و فاسق محل امانت نیست، و به خبردادن او از آنچه کرده است نمی‌توان عمل کرد. به دلیل آیهٔ شریفه «ان جائکم فاسق بنبأ فتبینوا»[1]. و اشعار دارد بر

۱: سورهٔ حجرات، آیهٔ ۶.

این اخباری که دلالت دارند بر اینکه «هرگاه کسی بمیرد و مالی داشته باشد و ورثهٔ صغار داشته باشد و وصی نداشته باشد، شرط است در آنکسی که مباشر امر آنها می‌شود عدالت او»[1]. و در این اخبار تنبیه هست به اینکه اگر وصی می‌داشت هم بایست عادل باشد. و فرق مابین وصی و قیم و ولی شرعی گذاشتن از راه اینکه موصی تصرف در مال خود می‌کند، و حاکم در مال غیر. مدفوع است، به آنکه موصی نیز تصرف در مال و حق غیر می‌کند. چون بعد مرگ، او را حقی و تسلطی نیست بر آن اموال. و شهرت بین‌الاصحاب و اجماع منقول و آنچه مذکور شد از ادلّه و تنبیهات، کافی است در اثبات مطلب.

و دلیل قول به جواز عموم آیات[2] و اخبار و قیاس به وکیل و مستودع است و عمومات مخصص است به آنچه گفتیم. و قیاس باطل است خصوصاً با وجود فارق، چون موکل و مودع مطلع از حال هستند و تصرف در مال خود می‌کنند. بخلاف موصی که بعد از مرگ، او را خبری از حال نیست خصوصاً اینکه از مال او بیرون است. با وجود آنکه 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 کرده‌اند.

و شهید ثانی(ره) فرموده است که «شرط عدالت را به جهت حصول وثوق به فعل وصی و اعتماد به خبر او کرده‌اند که هرگاه بگوید چنین کردم، از او قبول کنند. چنانکه ظاهر دلیل ایشان مقتضی این است. و صحت فعل فی نفسه موقوف بر آن نیست». پس هرگاه شخصی ظاهرالعداله بوده است و او را وصی کرده‌اند و کاری بکند و بعد از آن فسق او ظاهر شود، صحیح خواهد بود. بلکه هرچند فسق او ظاهر باشد ولکن به اطلاع دو عدل یا حاکم، بکند، صحیح خواهد بود. چنانکه در نایب حج ذکر کرده‌اند که عدالت شرط صحت استیجار و استنابت است، نه صحت نیابت و برائت ذمهٔ منوب عنه. ولکن 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 **غنایم‌الایام** بیان آن

۱: وسائل: احکام‌الوصایا، باب ۸۸ح ۲.
۲: بقره: ۱۸۰و ۲۴۰- نساء: ۱۱و۱۲.

کرده‌ایم. چون «نهی در معامله» در اینجا راجع به «نهی در عبادات» می‌شود. و اما بطلان معاملهٔ منهی عنه، پس آن معلوم نیست.

مسأله دوم: هرگاه کسی شخص عادلی را وصی کند و بعد از آن فسق او ظاهر شود: پس مشهور این است- بلکه از مقداد و غیر او دعوی اجماع نقل شده- که وصایت او باطل می‌شود. اما بنابر قول به اشتراط عدالت: پس اشکالی نیست. و همچنین بنابر قول دیگر هرگاه 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 مقداد و احتمال اینکه شاید وصیت موصی مبتنی بر اعتقاد عدالت وصی بوده، بطلان وصیت است. و ابن ادریس در اینجا نیز حکم به صحت کرده. و نقل قول بطلان را از شیخ در **مبسوط** کرده و گفته است که «قول مخالفین است و از اصحاب ما روایتی و فتوائی در این باب نیست» و استدلال کرده است به اصل و عموم «فمن بدّله بعد ما سمعه فانّما اِثمه علی الذین یبدّلونه».[1]

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 فتویٰ به بطلان داده‌اند 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 یانه. و بعضی اشکال کرده‌اند 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 می‌شود به مجرد ظهور فسق. و موقوف نیست بر حکم حاکم و عزل او. پس هرگاه تصرف کرده باشد قبل از حکم حاکم و بعد ظهور فسق، نافذ نخواهد بود. خصوصاً در وقتی که معلوم شود که داعی بر نصب او اعتقاد عدالت او بوده، هرچند قائل به عدم اشتراط عدالت باشیم. و در **کفایه** گفته است که: از بعض عبارات ظاهر می‌شود که انعزال او موقوف است به عزل حاکم.

و اما هرگاه 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 اقویٰ است به جهت اصل و عدم دلیلی بر رجوع بعد از زوال آن.

۱: ۱۸۱ بقره.

مسأله سوم: جایز است تعدد اوصیا، و فتاوی و اخبار[۱] بر آن متطابق است، و اشکالی در آن نیست.

مسأله چهارم: هرگاه شرط کند موصی [اجتماع] اوصیا را واجب است اجتماع و جایز نیست انفراد هر یک. و ظاهراً خلافی در مسأله نیست. و فخرالمحققین گفته است که «تصرف احد هما نافذ است منفرداً در ردّ 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 جملهٔ آنها نفقه و کسوهٔ صغار و حیوان است». و گفته است که «خلاف در صورتی است که تشاح و تنازع کنند و اتفاق نکنند بر چیزی، که آیا جایز است تصرف در اموری که ناچار است از آن، مثل انفاق یتیم و اکسای او». و آن را در مسأله پنجم ذکر می‌کنیم. و بدان که مراد از اجتماع اتفاق در رای است هرچند مباشر عمل یکی از آنها باشد به اذن دیگری.

و هرگاه به عنوان اطلاق دو نفر را وصی کند و شرط اجتماع نکند، اشهر و اظهر [در اینجا] نیز عدم جواز انفراد است. چنانکه مدلول **مکاتبهٔ** محمدبن الحسن صفار است[۲]، و مقتضای اصل، و عموم «فمن بدّله بعدما سمعه...»[۳] است. چون ظاهر اطلاق، اجتماع است. و از شیخ نقل قولی بر جواز انفراد شده. و استدلال بر آن کرده‌اند به روایت متشابه الدلالتی که مقاومت با دلیل مشهور نمی‌کند. و هرگاه خواهند قسمت کنند اوصیا در میان خود (که بعضی تصرف در بعضی امور کنند وبعضی در بعض دیگر) این [نیز] جایز نیست. چون مخالف وصیت است. و در مکاتبهٔ محمدبن الحسن صفار دلالت بر این هست:

«قال: کتبت الی ابی الحسن العسکری(ع): رجل کان اوصی الی رجلین. أیجوز لأحدهما ان ینفرد بنصف الترکة والاخر بالنصف؟ فوقّع علیه‌السلام: لاینبغی لهما ان یخالفا المیت و ان یعملا علی حسب ما امرهما، ان شاءالله». و سند روایت صحیح است و دلالت آن هم واضح است به قرینهٔ تنبیه بر علّت در آخر آن، که اشاره به آیهٔ «فمن بدّله بعدما

۱: وسائل ج ۱۳، احکام‌الوصایا، باب ۵۱ ح ۱، ۲ و ۳.
۲: همان مرجع: ح ۱.
۳: ۱۸۱ بقره.

سمعه...» دارد، و صدوق گفته است که «توقیع در نزد من است به خط امام -ع-»[1]. و این حدیث شامل صورت اطلاق موصی و تقیید او (هر دو) هست.

و اما هرگاه بگوید که «خواهند به انفراد بکنند، و خواهند به اجتماع»: پس در آن نیز اشکال نیست که جایز است تصرف هر یک مجتمعاً و منفرداً.

مسألهٔ پنجم: در صورتی که باید به اجتماع رأی [عمل] بکنند، [اگر] نزاع کنند در رای و مخالفت کنند، پس ممضی نیست آنچه احدهما به تنهائی بکند. و جمعی از اصحاب استثنا کرده‌اند اموری چند [را] که ناچار است از آن و تاخیر نمی‌توان کرد. مثل خوراک و پوشاک صغیر و غلام و کنیز و حیوان. و مثل اینها است خریدن کفن از برای میت. و بعضی بر آن زیاد کرده‌اند ادای دیون او را، و انفاذ وصیت معینهٔ او را، و قبول هبه از جانب صغیر با خوف فوات نفع و رفع دعوی که کسی با میت داشته باشد، یا اثبات حقی برای میت، و همچنین نسبت به صغیر، و ردّ ودیعهٔ معینه و عین مغصوبه. و از شیخ در **مبسوط** نقل شده است اطلاق منع بدون استثنا. و این را فخرالمحققین نسبت به ابن ادریس داده، و آنچه در **سرائر** به نظر رسیده خلاف این است. بلکه او نیز در صورت تشاح استثنا کرده است ماکول و ملبوس یتیم را ، و نسبت او را به روایت داده است.

و از ابوالصلاح نقل شده است که «با تشاح، رد می‌کند امر را ناظر در مصالح امور- یعنی حاکم شرع- به اعلم اوصیا و اقوای آنها، و باقی را تابع آن می‌کند». و علّامه در **قواعد** گفته است که «محتمل است در نزد من که اگر موصی نهی کرده است از انفراد، ضامن است در تصرف در نفقهٔ 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 مطلقاً. و خود پسندیده است آن را.

و آنچه در نظر احقر اظهر است این است که از مقتضای وصیت جایز نیست بیرون رفتن، الّا در جائی که ضرر لازم آید که عقل و نقل دال بر [جواز] آن است. مثل آنکه صغار گرسنه‌اند و برهنه‌اند و عسرت می‌کشند. در اینجا انتظار اتفاق رأی اوصیا موجب هلاک یا عسرت آنها است. و همچنین در صورتی که عمارت آنها یا حیوان آنها در معرض تلف باشد و تأخیر موجب ضرر می‌شود. بلکه در غیر صورت تشاح هم هرگاه تأخیر از برای

۱: فقیه ج ۲ ص ۲۷۵.

اجتماع اوصیا منشاء ضرر باشد، آن نیز چنین است. و عموم «ما علی‌المحسنین من سبیل» شامل آن است. ولکن از کلام فخرالمحققین بر می‌آید که عدم جواز اتفاقی است در غیر صورت تشاح، چنانچه پیش گفتیم، و این مشکل است.

بلی خوب است سخن او هرگاه متمکن از رجوع به حاکم باشد و رجوع نکند اما در صورت عدم تمکن پس آن تمام نیست. مگر اینکه بگوئیم که این تصرف در اینوقت از راه این است که وصی احدی از عدول مؤمنین است که در حال فقد حاکم تصرف می‌تواند کرد (یا مطلق مؤمنین در حین فقد عدول نیز) حسبة نه از باب وصایت است[1] تا با قواعد و اصول مخالفت بکند. و در اینصورت ضمان هم حاصل نمی‌شود، به جهت آنکه احسان محض کرده است. و از کلام ابن ادریس برمی‌آید که در صورت تشاح روایتی هست. زیرا که گفته است «فان تشاحا فی‌الوصیة و الاجتماع لم ینفذ شیء ممایتضر فان فیه. الّا مایعود بمصلحة الورثة والکسوة لهم و المأکول علی ماروی».

از برای کلام علّامه هم به دلیلی برنخوردم که اعتمادی به آن توان کرد. و آنچه جمعی از علما در این مقام گفته‌اند [این است] که در صورت تشاح اوصیا و عدم اتفاق رأی ایشان بر امر واحد، حاکم شرع را می‌رسد که اجبار کند ایشان را بر اجتماع، بدون اینکه آنها را به دیگری بدل کند، با امکان، چون حاکم را با وجود وصی ولایتی نمی‌باشد. و ابوالصلاح در مسأله مخالفت کرده و گفته است که ناظر امر یعنی حاکم شرع امر را وامی‌گذارد به اعلم و اقوای آنها [و دیگران را تابع او می‌کند]. و فی الحقیقه مآل این دو قول یکی است. پس بر او وارد نمی‌آید که این منافی اجتماعی است که منظور موصی بوده.

و هرگاه این هم ممکن نشود آنوقت حاکم شرع آنها را بدل می‌کند به دیگری. و ظاهر این است که تعدد را بر وفق نظر موصی ملاحظه کند تا حسب‌الامکان از مقتضای وصیت خارج نشده باشد. و از علّامه در تذکره نقل شده است تصریح به اینکه اوصیا به این سبب معزول نمی‌شوند بلکه آنها را که حاکم نصب کرده، نایب ایشانند. و ابن ادریس در سرایر گفته است که «در صورت تشاح حاکم را می‌رسد که استبدال کند ایشان را، به جهت ظهور فسق ایشان، چون اخلال به واجب کرده‌اند که قیام به مقتضای وصیت است». و

۱: توضیح: مصنف (ره) بدینترتیب جمع بین‌القولین می‌کند. یعنی قول فخرالمحققین ناظر است بر اینکه «در صورت ضرر نیز وصی به عنوان وصی نمی‌تواند اقدام کند». و نظر قائلین به جواز اقدام در صورت ضرر، بر این است که: وصی به عنوان احدی از مؤمنین می‌تواند اقدام کند.

دیگر اجبار حاکم بر اجتماع را ذکر نکرده است. با وجود اینکه سابق بر این گفته است که «ظهور فسق منشأ بطلان وصیت نمی‌شود». چنانچه پیش نقل کردیم.

و بدان که: در این مقام اشکالی هست. و آن این است که بنابر اشتراط عدالت چگونه می‌شود که گرفت و گیر اوصیا و مخالفت ایشان به سرحدی برسد که حاکم باید آنها را اجبار کند بر اجتماع رأی؟! پس آنها در این صورت خود فاسق و معزول می‌شوند چنانکه پیش گفتیم. و اگر عدالت هم شرط نباشد، [باز] (بنابر مشهور) ظهور فسق منشأ بطلان وصایت می‌شود، چنانکه گفتیم. خواه به مجرد مخالفت باشد اگر این تخالف و تعاسر را کبیره دانیم، یا با اصرار بر آن اگر صغیره دانیم.

و ممکن است دفع آن به اینکه شاید مراد اصحاب در صورتی باشد که تعاسر و تخالف اوصیا از راه عناد و لجاج[نـ] باشد. بلکه از راه اختلاف‌نظر در مصالح و تفاوت اجتهاد آنها باشد. و ظاهر هم این است . و بنابر این پس جمع مابین ادله و قواعد مقتضی آن است که در صورت عدم اجتماع، حاکم امر را به اعلم و اقوای اوصیا موکول کند و دیگران را تابع او کند، تا از مقتضای وصیت حسب‌المقدور بیرون نرفته باشد. و اجبار مطلقی 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 خود 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 منزلهٔ 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 منزلهٔ معدوم می‌کند. پس تحقیق همان قول ابوالصلاح است که تاویل کلام مشهور هم به آن ممکن است.

و بدان که: هرگاه عجزی رو دهد به یکی از اوصیا به تمام عمل به وصیت (به سبب مرضی یا مثل آن) مشهور این است که حاکم ضم می‌کند به عاجز، امینی دیگر را، که کمک عاجز بکند. پس در اینوقت هر سه باید متوجه شوند. و شهید (ره) در **دروس** قائل شده به اینکه «حاکم ضم می‌کند به آندیگری احدی را»، که در اینوقت دو نفر متوجه می‌شوند. واقوی قول مشهور است. به جهت آنکه حسب الامکان مخالفت وصیت نشده باشد. به جهت آنکه «عجز فی‌الجمله» مانع نیست از وصی شدن ابتدائی (چنانکه دعوی

اجماع بر آن کرده‌اند) پس عجز فی‌الجمله چگونه مضر باستدامه حکم آن می‌شود و از این جهت بعضی گفته‌اند که مراد شهید هم عجز بالمره است. و آن دور نیست، بلکه وجه ظاهری است.

و اما هرگاه احدهما بالمره عاجز شود یا بمیرد یا دیوانه شود یا غایب باشد غیبت دوری، پس در اینجا حاکم ضم می‌کند به آندیگری امینی را، بنابر قول جمعی. و مشهور این است که در اینصورت احتیاج به ضم حاکم نیست و آندیگری مستقل است در وصایت. و دور نیست ترجیح اول، تا آنکه حسب‌الامکان به وصیت عمل شده باشد. چون موصی به عمل او مستقلاً راضی نبوده. و از اینجا ظاهر می‌شود که حاکم نتواند همهٔ امر را به دیگری واگذارد. بمعنی اینکه رخصت حاکم را به منزلهٔ ضمیمه قرار دهیم. بلی هرگاه بالمره عجز از برای هر دو حاصل شود، در اینوقت حاکم هرچه صلاح داند می‌کند. خواهد یک نفر نصب می‌کند و خواهد بیشتر. چون در اینوقت عمل به وصیت موصی، به هیچوجه ممکن نیست و امر منحصر است در ولایت حاکم.

و از اینجا معلوم شد که هرگاه از اول وصی یکی باشد عاجز شود فی‌الجمله، هم، حاکم باید به او ضم کند دیگری را. و هرگاه بالمره عاجز شود، حاکم نصب می‌کند دیگری را. و همچنین در جائی که دو وصی نصب کرده باشد موصی، و اذن داده باشد که هر یک مستقلاً و منفرداً عمل کنند، هرگاه یکی از آنها عاجز بالمّره شود یا بمیرد، حاکم دیگری را به او ضم نمی‌کند. از اینجا معلوم می‌شود حکم جائی که یکی را وصی مستقل کرده باشد و دیگری را به شرط اجتماع، که باید به اقتضای وصیت او عمل کرد. و حکم «عجز فی‌الجمله» و «عجز بالمّره» و نصب حاکم از آنچه گفتیم در اینجا هم ظاهر می‌شود.

و بدان که: جایز است که موصی مشرفی و ناظری بر اوصیا تعیین کند. به این معنی که اوصیا به رأی او عمل کنند، اما عمل مخصوص اوصیا باشد. و حکم مشرف و ناظر هم از آنچه گفتیم ظاهر می‌شود.

هرگاه اینها همه را دانستی، پس برمی‌گردیم بر سر اصل سؤال و تمهید مقدمه می‌کنیم 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 کرده‌ام، و در آنجا قائل به تفصیلی شده‌ام که مقام وسعت ذکر آنها را ندارد. و اظهر در نظر حقیر این است که در اینجا

مجتهد تواند نقض فتوی کرد. به این معنی که هرگاه مجتهد سابق رأی او جواز وصایت فاسق باشد و مجتهد لاحق چنان نداند، تواند وصی فاسق را عزل کرد. خواه فاسق بوده باشد از ابتدا یا ظاهر شده باشد فسق او بعد از ظهور عدالت، هرگاه رأی او این باشد.

و به مقتضای مقدمات سابقه هرگاه موصی شرط انضمام کرده باشد، حاکم ضمیمه[را] درْ بدل آن قرار بدهد، و هرگاه شرط انفراد کرده باشد، امر را به دیگران واگذارد. و هرگاه معلوم نباشد حال، محتمل است که در حکم مطلق باشد (که اقوی در آن لزوم اجتماع بود) و به مقتضای آن عمل کند. و محتمل است که امر موکول به رأی حاکم باشد. چون اطلاق معلوم نیست. و اصل عدم تقیید، مقتضی اطلاق نیست، به جهت آنکه اطلاق هم در این مقام به منزلهٔ قید است، و هر دو از حوادث و اصل عدم هر دو است. زیرا که نسبت آنها به صدور از موصی مساوی است. و اصل عدم هر دو 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. و مقتضای هر دو لزوم ضمیمه است.

۱۲۱: سؤال: شخصی متوفی شده و در حین حیات شخصی را وصی خود نموده که مال او را به مصرف خیر او برساند، و یک شاهد هم دارد، و وارث ادعای میراث می‌کند. چه باید کرد؟.

جواب: این وصیت از باب وصیت به مال نیست. بلکه از باب وصیت به ولایت است. و حکم آنها متفاوت است. اما وصیت به مال: مثل اینکه وصیت کند که فلان قدر از مال مرا به زید بدهید، در اینصورت موصی له که زید است هرگاه دو مرد عادل شاهد داشته باشد، یا چهار زن عادله مطلب او ثابت می‌شود. و در وقت ضرورت و فقد عدول مسلمین دو نفر از عدول اهل ذمه هم کافی است. و هرچند ظاهر آیه[1] و بسیاری از اخبار[2]، اشتراط این است که در سَفر باشد، ولکن چون آن قید وارد مورد غالب است اعتماد به آن مشکل است. و مقتضای علت منصوصه که در بعض احادیث **صحیحه** و غیر صحیحه که تعلیل فرموده‌اند قبول شهادت ایشان را به اینکه «خوب نیست که حق احدی باطل شود و ضایع شود»، اعتبار مطلق ضرورت است. و بعض علما قسم دادن آنها را بعد نماز عصر هم لازم

۱: یا ایها الذین آمنوا شهادة بینکم اذا حضر احدکم الموت حین الوصیة اثنان ذواعدل منکم او آخران من غیرکم ان انتم ضربتم فی الارض فاصابتکم مصیبة الموت تحبسونهما من بعدالصلوة فیقسمان بالله... آیهٔ ۱۰۶ سورهٔ مائده.

۲: وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۲۰ ح ۶، ۷، ۸.

دانسته‌اند، نظر به ظاهر آیه.

و همچنین ثابت می‌شود به شهادت یک زن عادله در ربع وصیت. و به دو زن در نصف آن، و به سه زن در سه ربع آن. چنانکه مستفاد می‌شود از اخبار معتبره[۱]. و ظاهراً خلافی هم در آن ندیدیم. واظهر این است که انضمام هم ضرور نیست. و ظاهر این است که انضمام یمین به دو زن یا سه زن هم اثبات تمام وصیت را نمی‌کند. چون در اخبار فرموده‌اند که به شهادت دو تا، نصف ثابت می‌شود، و به شهادت سه تا، سه ربع. و متعرّض حال یمین نشده‌اند. و دلیل عامّی که «در همه جا دو زن قائم مقام یک مرد باشد» در نظر نیست. و خلاف کرده‌اند در اینکه آیا وصیت به مال به شهادت یک مرد با یمین ثابت می‌شود یا نه؟ و دور نیست ترجیح قبول. نظر به عموم دلیلی که دلالت دارد بر قبول آن در حقوق مالیه. و همچنین به شهادت یک مرد و دو زن.

و آیا به شهادت یک مرد تنها بدون قسم ثابت می‌شود نصف ؛ چون قائم مقام دو زن است؟ یا ربع (بنابر اینکه اولی است از زن به قبول)؟ یا آنکه هیچ اعتبار ندارد، چون نصّی 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 لااقل ربع. و مؤید این است **روایت** اسحق بن عمّار که شیخ روایت کرده «قال سألته عن رجل کانت له عندی دنانیر و کان مریضا ، فقال لی: ان حدث بی حدث فأعط فلاناً عشرین دیناراً و أعط أخی بقیة الدنانیر، فمات ولم اشهد موته. فاتانی رجل مسلم صادق فقال لی: انّه امرنی ان اقول لک انظر و لم الدنا نیر التی امرتک ان تدفعها الی اخی فتصدق منها بعشرة دنانیر اقسمها فی المسلمین. ولم یعلم اخوه انّ عندی شیئاً. فقال: أری أن تصدق منها بعشرة دنانیر کماقال».[۲] و فیها دلالة بثبوت الوصیة بقول ثقة.

و اما وصیت به ولایت:- یعنی وصیت کند که فلان کس وصی من باشد-: پس شبهه‌ای نیست که به شهادت رجلین عدلین ثابت می‌شود. و اما شهادت زنان به تنهائی در آن قبول نمی‌شود، چون مناط قبول شهادت ایشان منفرداً جائی است که از اموری باشد که بر رجال مخفی می‌ماند. و گویا خلافی هم در آن نباشد. و اما شهادت یک مرد با

۱: وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، احادیث باب ۲۲.

۲: وسائل: احکام الوصایا، باب ۹۷ ح ۱ - تهذیب ج ۲ ص ۳۹۹.

یمین، پس مشهور عدم قبول آن است نیز. بـه جهت آنکه قبول آن مختص «حقوق مالیه» است، و ولایت «تسلط بر مال» است. نه حق مالـی. و اینکه گاه است وصی هم اخذ مالی می‌کند در ازای اجرت، یا از باب «انفاق بر سبیل معروف»، این منشأ این نمی‌شود که این را «حق مالی» گویند. زیرا که وضع وصـایت و ولایت برای این نیست. اما شهادت دو زن و یک مرد: پس ظاهر جمعی این است که آن هم قبول نیست.

هرگاه این را دانستی بر می‌گردیم بر سـر اصل مسأله و می‌گوئیم: اولاً وصیت صحیح نیست الّا در ثلث، مگر بـه اجازهٔ وارث. و در ثلث هرگاه وارث مطلع نبـاشد، بینه و بین‌الله ثلث مال را می‌تواند به مصرف خیر او برساند. و هرگاه مطلع شود محتاج است به اثبات. و اثبات وصایت به شهادت شاهد واحد نمی‌شود هرچند ضم کند یمین را به آن.

۱۲۲: سؤال: هرگاه کسی را زخمی بزنند که بـه همان زخم بمیرد، هرگاه وصیت کند از برای برادر خود که ثلث مال او از او باشد، و بعد از فوت او وارث آن شخص با قاتل صلح کنند به دیه. آیا برادر موصی له از ثلث دیه می‌برد، یا نه؟

جواب: بلی مشهور آن است که وصیت متعلق به دیه می‌شود. و از صاحب کفایه ظاهر می‌شـود- در کتاب وصیت و کتاب میـراث هر دو- که خلافـی در مسأله نباشـد. ولکن چنین نیست، چنانکه خواهی دانست. و اظهـر و اشهر (چنانکه مقتضای اطلاق جماعتی و تصریح جماعتـی دیگر است) این است که فـرقی مابین عمد و غیر آن نیسـت. هرچند بنابر مشهور که اصل در عمد قصاص است نه اینکه وارث مخیر است مابین قصاص و دیه- اشکال وارد می‌آید. از جهت آنکه در اینصورت قصاص حق وارث است و او بذل می‌کند آن را به دیه، یا بیشتر، یا کمتر، به صلح. پـس 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 کرده‌اند که چون قبول معاوضه می‌کند به صلح بر مال، پس در قوهٔ حق مالی است. و زیاده بر آن در خصوص دیهٔ خطا دلالت می‌کند **روایت** محمدبن قیس از محمدبن مسلم از حضرت باقر-ع- «قال: قلـت له: رجل اوصی لرجل بوصیة من ماله، ثلث او ربع، فقتل الرجل خطاء (یعنی الموصی)، فقال: یجاز لهذا الوصیة من ماله و من دیته»[1]. این حدیث را در **کافی** در باب نوادر وصـایا نقل کرده و در سنـد آن تردیدی

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

هست مابین «عبدالرحمن بن ابی نجران» و غیر او. و به این سبب حدیث از صحت بیرون می‌رود. و در **تهذیب** نیز روایت کرده به همین سند، و علاوه بر این «مضمر» است[۱].

و در من لایحضره الفقیه روایت کرده است از عاصم بن حمید از محمد بن قیس [از محمدبن مسلم][۲] و محمدبن مسلم در نسخهٔ حقیر موجود نیست. و هرچند طریق صدوق تا عاصم، «حسن» است به ابراهیم بن هاشم لکن روایت در آنجا نیز مضمر است. ولکن صاحب **کفایه** گفته است که مشایخ ثلاثه آن را به سند صحیح از محمدبن قیس روایت کرده‌اند. 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 سبب قراین و اعتضاد به عمل.

و در **تهذیب** از سکونی به سند معتبر روایت است از حضرت صادق-ع- «قال امیرالمومنین-ع-: من اوصی بثلثه ثم قتل خطاء فانّ ثلث دیته داخل فی وصیته»[۳]. و در من لایحضره الفقیه نیز روایت مرسلی به همین مضمون هست. و هرچند این روایت‌ها در خصوص دیهٔ خطا است. ولکن شیخ در سند صحیح از محمدبن قیس روایت کرده است از حضرت باقر-ع- «قال: قضی امیرالمؤمنین-ع- فی رجل اوصی لرجل وصیة مقطوعة غیر مسماة من ماله ثلثاً اوربعاً اواقلّ من ذلک او اکثر ثم قتل بعد ذلک الموصی فودّی، فقضی فی وصیته انّها تنفذ من ماله و من دیته کما اوصی»[۴]. ظاهر این روایت شامل دیهٔ عمد هم هست. و صاحب **کفایه** در آن اشکال کرده است به اینکه ممکن است که این واقعهٔ خاصه باشد و استدلال به آن در تعمیم مشکل است.

و می‌توان گفت که حکایت امام(ع) این مطلب را به عنوان اطلاق از امیرالمؤمنین(ع) ظاهر در عموم است. اگر مراد مورد خاص بود «تاخیر بیان» لازم می‌آمد 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 می‌گوید که «دلیلی در مسأله نیست به عنوان اطلاق ولکن خلاف در مسأله در میان اصحاب نمی‌دانیم» و این غریب است. با وجود اینکه در مسالک

۱: در کافی تصریح به نام امام باقر(ع) شده و مضمر نیست.- رجوع کنید: فروع: ج ۲ ص ۲۵۲.
۲: فقیه: ج ۲ ص ۲۸۵.
۳: وسائل: همان باب ح ۲- تهذیب: ج ۲ص ۳۸۷- فقیه: ج ۲ص ۲۸۵.
۴: وسائل: همان باب ح ۳.- تهذیب: ج ۲ص ۳۹۱.

نقل خلاف کرده.

و ظاهر این است که در این حکم فرقی مابین دیـن و وصیت نباشد. پس دین میت از دیهٔ او داده مـی‌شود و احادیـث در این معنی وارد شـده است. و از جملهٔ اخبـار صحیحه یحیی ازرق است «عن ابـی الحسن-ع- فی قتیل و علیه دین ولم یترک مـالاً، فاخذ اهله الدیة مـن قاتله، أعلیهم ان یقضوا دینه؟. قال: نعم. قلـت: و هولم یترک شیئـاً. قال: انما اخذوا الدیة فعلیهم ان یقضوادینه».[1] روایت کرده است شیخ آن را در بـاب اقرار مریض، و بعد از آن در زیادات قضـا. و همچنین کلینی در **کافی** و صدوق در فقیه، ولکـن روایت از صفوان ابن یحیای ازرق کرده و این اسم در رجال نیسـت. و ظاهر این است که سهوالقلم شده و تصحیف کلمهٔ «عن» به کلمهٔ «این» شده چون راوی صفوان بن یحیی است.

به هر حال حدیث صحیح است و یحیای ازرق ظاهراً همان یحیی بن عبدالرحمن ازرق ثقه است. و همچنیـن در باب میراث **تهذیب** به سند صحیح از علـی بن نعمان از یحیی ازرق روایت کرده «قـال: سألت اباعبدالله-ع- عن الـرجل یقتل و ماترک شیئـاً. قال: نعم انما اخذوا دیته فعلیهـم ان یقضوادینه»[2]. و کلینی نیز به همیـن نحو روایت کرده[3]. و در **تهذیب** در کتاب دیون در سند **صحیح** از صفوان بن یحیی از عبدالحمیدبن سعید روایت کرده است از حضرت امام رضا(ع)[4] به مضمون صحیحـهٔ ازرق. و از جملهٔ آنها **صحیحهٔ** سلیمان بن خالد است از حضرت صادق-ع- «قال: قضی امیرالمؤمنین فی دیة المقتول انه یرثه الورثة علی کتاب الله سهامهم اذا لم یکن علی المقتول دین».[5]

و اطلاق اخبار شامل دیـهٔ عمد هم هست، بلکه بعض آنها صریـح است در حکم عمد، مثل **روایت** علـی بن ابـی حمزه از حضـرت کاظـم(ع) که در کتـاب **فقیه** مذکور است «قال:قلت له: جعلت فداک رجل قتل قتـلاً متعمداً او خطأً و علیه دین و [لیس له] مال، فاراد اولیـاؤه ان یهبوا دمه للقـاتل؟ قال: ان وهبو دمـه ضمنوا دینه. فقلـت: ان هم ارادوا قتله؟ قال: ان قتل عمداً قتل قاتله و إدّی عنه الامام الـدین من سهم الغارمین. قلت: فانه

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۴ ح ۱ کافی: فروع: ج۲ ص ۲۴۰.- فقیه: ج ۲ص ۲۸۴.
۲: تهذیب: ج ۲ص ۳۸۰. توضیح: عبارت تهذیب با عبارت مصنف (ره) تفاوت دارد.
۳: ظاهراً این دو حدیث یکی هستند و محدثین (ره) نیز بدینگونه برخورد کرده‌اند.
۴:تهذیب: ج ۲ص ۶۱.
۵: وسائل: ج ۱۷، ابواب موانع الارث، باب ۱۰ ح ۱.

قتل عمداً و صالح اولیاوه قاتله علی‌الدیه، فعلی من الدین، علی اولیائه من الدیه؟ او علی امام المسلمین؟ فقال: بل یؤدّوا دینه من دیته التی صالحوا علیها أولیاءه، فانه احق بدیته من غیره»[۱] و در **تهذیب** از اسحق بن عمار «عن جعفر-ع- ان رسول الله-ص- قال: اذا قبلت دیة العمد فصارت مالاً فهی میراث کسایر الاموال»[۲]

آنچه مذکور شد قول مشهور است و دو قول دیگر در مسأله هست: یکی آنکه: دیه مطلقاً در دین صرف نمی‌شود. به جهت آنکه دین در حال حیات به ذمهٔ میت قرار گرفته، و دیه بعد از وفات مستقر می‌شود، و میت بعد موت مالک چیزی نمی‌شود. و این قول شاذ و نادر و اجتهاد است در مقابل نص. و قول دیگر فرق ما بین عمد و خطا است. چون عمد موجب قصاص است نه دیه. و قصاص حق وارث است. پس هرگاه صلح کند به دیه، مال او می‌شود و دخلی به میت ندارد. و بر این وارد می‌آید- علاوه بر آنکه در قتل خطا هم دیه بعد فوت مستقر می‌شود و میت مالک آن نبوده و فرق بی وجه است الا از راه فی‌الجمله حجیتی که حجت شرعیه نمی‌شود- اینکه[۳] آن نیز اجتهاد است در مقابل نص.

و بدان که بنابر این قول مشهور که دین متعلق به دیه می‌شود مطلقا، خلاف است که آیا هرگاه ورّاث خواهند در صورت قتل عمد قصاص کنند و میت مالی نداشته باشد، طلبکارها می‌توانند مانع شوند از قصاص- از برای اینکه دیه بگیرند و دین ایشان را وفا کنند- یا نه؟ اشهر این است که مانع نمی‌توانند شد. چون قصاص حق ولی است و سلطنت قصاص از برای اوست. چنانکه کتاب خدا به آن ناطق است[۴]، و روایت علی ابن ابی حمزه سابقه هم دلالت بر آن دارد، و همچنین عمومات اخبار.

و شیخ در **نهایه** و ابوالصلاح و ابن براج گفته‌اند که نمی‌توانند قصاص کنند، مگر اینکه ضامن دیه شوند. و در **مختلف** استدلال کرده است بر مذهب شیخ به روایت عبدالحمید بن سعید که پیش گذشت، و منع دلالت آن کرده، به جهت آنکه 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 ح۲.
۲ :وسائل: ج ۱۷، ابواب موانع الارث، باب ۱۴ ح۱.
۳ :در نسخه: بنابر اینکه...
۴ : و من قتل مظلوماً فقد جعلنالولیه سلطاناً.. اسراء۱۷.
۵ در نسخه: و در صورتی که...

گمان حقیر این است که شیخ به **روایت** ابی بصیر استدلال کرده باشد که در کتاب دین **تهذیب** است «قال: سألت ابا عبدالله -ع- عن الرجل یقتل و علیه دین ولیس له مال، فهل لاولیائه ان یهبوا دیته لقاتله و علیه دین؟ فقال: ان اصحاب الدین هم الخصماء للقاتل، فان و هبوا اولیائه دیة القاتل فجائز، و ان ارادوا القود فلیس لهم ذلک حتی یضمنوا الدین للغرماء، والا فلا».[1] و در فقیه همین روایت را نقل کرده و بعد از «هم الخصماء للقاتل» گفته «فان و هب اولیاؤه دمه للقاتل ضمنوا الدین للغرما، والا فلا»[2]

و مفهوم این نیز افاده می‌کند که اگر خواهند قصاص کنند ضامن نمی‌شوند. و سند حدیث ضعیف است به سبب محمدبن اسلم جبلی. ولکن 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.[3] و به هر حال این خبر مقاومت نمی‌کند با دلیل مشهور.

و در اینجا قول دیگر هست که در **مختلف** از ابی منصور طبرسی[4] نقل کرده. و آن این است که اگر قاتل بذل دیه کند اولیا نمی‌توانند قصاص کنند مگر با ضمان دین، و اگر بذل دیه نکند جایز است قصاص بدون ضمان دین. و به هر حال این دو حدیث هم از جملهٔ اخباری هستند که دلالت دارند بر تعلق دین به دیه و در همه جا قول مشهور اقوی و اظهر است. والله العالم.

۱۲۳: سؤال: شخصی در حینی که ارادهٔ 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 والده‌اش این قدر بدهند. و بعضی را گفته است چون عروسی برای او نکرده‌ام این قدر بدهند. و حال که موصی امر حق را در سفر مذکور اجابت نموده، بعضی از ورثه که رسد ایشان کمتر است راضی نیستند.

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الدین، باب ۲۴ ح ۲.

۲: فقیه: ج ۴ ص ۱۱۹، باب ۵۷ ح ۱.

۳: تهذیب: ج ۲ ص ۹۵.

۴: احمد بن علی بن ابی طالب، صاحب کتاب معروف «احتجاج». تاریخ تولد و وفاتش به طور دقیق مشخص نیست ولی نظر به اینکه وی استاد رشیدالدین محمدبن علی بن شهرآشوب، است و او در سال ۵۸۸ قمری در سن ۹۹ سالگی وفات کرده، می‌توان گفت طبرسی از شخصیت‌های اواخر قرن پنجم و اوایل قرن ششم است که با شیخ بزرگ ابوعلی فضل بن حسن طبرسی صاحب مجمع‌البیان معاصر بوده و او نیز استاد ابن شهر آشوب است

جواب: مهر والـده داخل دیـون است و از اصل مـال وضع مـی‌شود قبـل از وصیت و میراث، بعد از ثبوت مقدار، و قسم، در جائی که ضرور باشد. و زیادتی که از برای عروسی کردن بعضی ملحوظ داشته از باب وصیت است و هرگاه از ثلث زاید نباشد باید وضع کرد قبل از میراث. و هرگاه زاید باشد موقوف اسـت به اجازهٔ وارث. و اما تقسیم سایر مال بین الوراث: پـس اگر خصوص مـال معینی را ملاحظـه نکرده و حصـهٔ هر یک از میـراث هم مساوی همان می‌شـودکه گفته است، پس آن وصیت لغو است و ایـن معنی بدون وصیت هم ثابت می‌شود. و هرگاه خصوص امـوال معینه را به نظر آورده- مثل آنکه فلان باغ را به فلان وارث بدهند و فلان ملک را به فلان و همچنین.. و قیمت آن اعیان هم مساوی حصهٔ ایشان است- وصیت او در تعیین بیش از ثلث ممضی نیسـت. مگر با اجازهٔ ورثه. پس هر یک از آنها ثلث آنچه را که تعیین کرده متصرف می‌شـوند، و در باقی همه شریک‌اند. مگر با امضای ورثه.

و هرگاه در تقسیم زیاد و کم قرار داده بـاشد و منظور او وصیت در آن زاید بوده، آنهم از ثلث مسموع است. و اما اگر قصد او این بوده که از حصهٔ یکی کم کند و حصهٔ او را از برای دیگری قـرار بدهد، ظاهـراً صحیح نیست. هـرچند احوط ایـن است که آنرا هـم از باب وصیت محسوب دارد، به این معنی که هـرگاه آن قدری که این وارث را از آن محروم کرده زاید بر ثلث نیست، ممضی باشد، والا فلا، مگر با اجازهٔ 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 پـدر مادری دارد. بیان فرماینـد که وصیت او چه صورت دارد؟ و بـاز هم بیان فرمایند که با وجود دو خواهر و یک برادر که از ابوین خود دارد، برادر مادری تنها چه قدر از متروکات او می‌برد؟ و وصیت کرده است کـه یک سال نماز از برای او استیجار نمایند و یک تومان هم از باب زکات بدهند. آیا اینها از اصل مال وضع می‌شوند یا از ثلث؟

جواب: یک تومان زکات از اصل مال وضع مـی‌شود. و یک سال نماز از ثلث مال وضع می‌شـود، علی‌الاظهـر الاشهر. و تتمهٔ ثلـث را از باب وصیت بـه برادر صلبـی و بطنی او می‌دهند. و دو ثلث دیگر را میـان کل ورثه کما فرض‌الله قسمت می‌کنند بـه این نحو که سدس آن را به بـرادر مادری می‌دهند، و بـاقی را مابین بـرادر و خواهرهای پـدر مادری «للذکر مثل حظ‌الانثیین» قسمت می‌کنند.

۱۲۵: سؤال: شخصی در حال حیات قدری از مال خود را به یکی از وراث ببخشد و تتمه را بگوید که «این از برای دیگران باشد» یعنی بعد فوت او. آیا بعد فوت آن یکی هم با دیگران در تتمه شریک است یا نه؟

جواب: آنچه را در حال حیات منتقل کرده به آن یک نفر هرگاه به عنوان هبهٔ جامع شرایط صحت (که از جملهٔ آن اقباض است) یا به صیغهٔ لازم دیگری مثل صلح، مختص او خواهد بود. هرچند در حال مرض موت باشد، علی‌الاظهر. و در تتمه هم با دیگران شریک است بعد موت. بلی چون ظاهر حال متوفی وصیت تتمهٔ مال است از برای باقی وراث، نه بری کردن آن یکی، پس این وصیت در ثلث معتبر است، و اول ثلث آن باقی ماندهٔ مال را می‌دهیم به سایر ورثه و باقی را کلهم اجمعین کما فرض‌الله قسمت می کنند.

۱۲۶: سؤال: هرگاه زید در حال حیات مالی را به یکی از وراث ببخشد، و غرض او محروم کردن دیگران است، این هبه صحیح است یا نه؟

جواب: بلی صحیح است هرچند در مرض موت باشد و زاید بر ثلث باشد.

۱۲۷: سؤال: زید عمرو را وصی ، و بکر را ناظر کرد و عمرو فوت شد. و اموال زید در دست وصی عمرو است. و بکر می‌خواهد از دست او انتزاع کند و بر وفق وصیت عمل کند. آیا می‌تواند یا نه؟

جواب: ناظر را حق تصرف نیست. و اما وصی عمرو پس اگر وصی اوست در مال و اولاد خود عمرو لاغیر، پس او هم تصرفی نمی‌تواند کرد. و وصایت حق حاکم شرع است. و اگر وصی او است در وصایای زید پس اگر زید او را مأذون کرده باشد در وصی گرفتن بر عمل آوردن وصایای او، پس آن وصی احق است از حاکم، و اگر او را منع کرده از وصی گرفتن پس وصی گرفتن عمرو باطل است و حاکم متوجه می‌شود. و هرگاه 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. و قولی به صحت هست، و آن ضعیف است. و حدیثی که به آن استدلال کرده‌اند مجمل است دلالتی بر مطلب ایشان ندارد. بلکه ظاهر در خلاف آن است.[1]

۱۲۸: سؤال: کسی وصیت کرده است که بعد از فوت او چند نفر ملاّ در مزار او تلاوت

۱: وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۷۰ ح ۱.

آیات قرآن نمایند. و وصی بعد از قوت او ملّاهائی که متعارف است که در مزار می‌نشینند، در مزار می‌نشاند. و متعارف نمی‌باشد در آن ولایت که از قرائت آنها تفحص نمایند واینهم تفحص نمی‌کند. آیا وصیت به عمل آمده یا نه؟

جواب: هرگاه وصیت به نحوی که وصیت به آن منصرف می‌شود، به عمل آید، ظاهراً کافی است.

۱۲۹: سؤال: زید در مرض موت می‌گوید که «من عمرو را وصی خود کردم باید که دو نفر فرزند من که بکر و خالدند، هر یک را از مال من به قدر آنچه که به ولید پسر بزرگم تملیک کرده‌ام بدهد. و تتمهٔ مال مرا خود متصرف شود و کسی دیگر را در آن حقی نباشد». آیا این وصیت صحیح است و در ثلث معتبر است؟ یا نه؟.

جواب: هرچند محتمل است که آن وصیت باطل باشد- چون مستلزم حرمان آن یک نفر ولد کبیر است. بلکه محتمل است که مراد حرمان آن دو نفر دیگر هم باشد از قدر زاید حصهٔ آن ولد کبیر- ولکن چون ظاهر این است که مراد او وصیت است از برای دیگران، بنا را به وصیت می‌گذاریم و در ثلث اعتبار می‌کنیم. پس ثلث ترکه (که بعد تملیک آن یک نفر کبیر باقی مانده) وضع می‌کنیم و مساوی آنچه به آن کبیر داده از آن ثلث به هر یک از اینها می‌دهیم، و تتمه را اگر بماند به وصی می‌دهیم و دو ثلث دیگر را بین کل ورثه علی ما فرض‌الله قسمت می‌کنیم. اینها در وقتی است که بنا را بر وصیت محض بگذاریم. چنانکه در صورت اشتباه حمل لفظ بر وصیت محض می‌شود.

و اما هرگاه معلوم شود که مراد وصیت محض نیست از برای آن دو نفر، بلکه مراد او رساندن حق نفس الامری، است از باب میراث. یا تصرف در آن به عنوان وصیت به این نهج خاص. پس در این صورت هرگاه قائل به فساد این نوع تصرف و وصیت نباشیم، می‌گوئیم که مراد او این است که غیر حصهٔ ولد کبیر باید مصروف مجموع این دو امر شود «یعنی رساند[ن] قدر حصهٔ کبیر که در حال حیات به او داده، به هر یک از این دو نفر، و دادن زایدی- اگر بماند- به وصی». و همچنین مراد او این است که هرگاه حصهٔ آن دو نفر زیاده از حصهٔ آن کبیر شود زیادتی به وصی داده شود و آنها محروم باشند از آن زیادتی. پس امر آن دو نفر مردد است مابین حرمان از بعض حق و مابین وصیت از برای آنها به زیادتی.

پس گاه است که زیاد می‌آید چیزی از برای وصی و گاه است نمی‌ماند. پس هرگاه

تصحیح وصیت کنیم ثلث مال را وضع می‌کنیم. و ثلثین را کمافرض الله قسمت می‌کنیم میان سه نفر. و بعد از آن ملاحظه می‌کنیم هرگاه به هر یک از دو نفر به قدر حصهٔ آن کبیر رسیده تمام ثلث مال وصی می‌شود. و هرگاه نرسیده، از ثلث تمام می‌کنیم و باقیماندهٔ ثلث را به وصی می‌دهیم. و هرگاه زیادتر رسیده، از ثلث تمام می‌کنیم و باقیماندهٔ ثلث را به وصی می‌دهیم. و هرگاه زیادتر رسیده، زیادتی مال آنها است و به وصی نمی‌دهیم. به جهت آنکه حرمانی که محتمل بود که منظور موصی باشد نسبت به آنها، به همان وضع ثلث در اول دفعه نسبت به مجموع مال استیفا شده است.

۱۳۰: سؤال: هرگاه 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. و بعد از مبایعه، زید مشتری را وصی خود کرده که «قیمت باغ و خانهٔ 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 اینصورت این معامله صحیح است یا نه ؟ و هرگاه صحیح باشد ثلث قیمت باغ و خانه را به مصارفی که گفته است باید برسد یا تمام؟

جواب: بیع محاباتی که به اقل از ثمن المثل واقع می‌شود، از جملهٔ منجزاتی است که هرگاه 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 آنْ مصارف برساند. و اگر زاید بر ثلث اصل مال (یعنی مجموع اموال) او است، پس اگر وارث اجازهٔ آن قدر زاید را نکند، به قدر ثلث اصل مال را به آن مصارف می‌رساند. و زاید بر آن مال وارث است.

۱۳۱: سؤال: در وصی‌دیانت و عدالت‌را شرط می‌دانید یا نه؟

جواب: اظهر و اشهر اعتبار عدالت است. و دور نیست که به مجرد وثوق و اعتماد هم اکتفا کنیم هرچند 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 ولکن به ثبوت برسد که آن وصیت را به عمل آورده صحیح است، هرگاه ظهور فسق بعد از عمل آوردن وصیت باشد.

۱۳۲: سؤال: هرگاه وراث موصی مطلع شوند به عدم دیانت و خیانت وصی، آیا می‌توانند او را عزل کنند؟ یا باید حاکم شرع واقعی او را عزل کند؟.

جواب: اظهر و اشهر این است که به مجرد ظهور فسق و خیانت و صایت او باطل می‌شود و معزول می‌شود. و محتاج نیست به معزول کردن حاکم یا وارث. و هر عملی که بعد ظهور فسق کرده نافذ نخواهد بود. و اما هرگاه عود کند به عدالت بعد ظهور فسق، پس مشهور و اقوی این است که وصایت عود نمی‌کند. والله العالم.

۱۳۳: سؤال: وصی می‌تواند از کتب صغیر مطالعه کند یا نه؟

جواب: هرگاه اجرتی منظور کند از برای کتاب هرچند در ازای حق‌العمل خود محسوب کند، باکی نیست. والا، فلا.

۱۳۴: سؤال: هرگاه وصی از اموال صغیر آنچه قیمت می‌کند و به جهت خودش می‌خرد، آیا تصرف می‌تواند کرد؟ یا آنکه باید ثمن را به مصرف صغیر برساند وبعد تصرف کند؟.

جواب: بعد از آنکه بنا را به این گذاشتیم که «صحیح است خریدن وصی مال صغیر را از برای خود»، به سبب خریدن، مال او می‌شود، و موقوف نیست جواز تصرف در مبیع به اینکه ثمن را داده باشد.

۱۳۵: سؤال: وصی در دیون میت دیان را باید قسم بدهد یا نه ؟ و خودش قسم می‌تواند داد یا اینکه موقوف به حاکم است ؟ و تا هنوز قسم را نخورده باشد می‌تواند قرض را بدهد یا نه؟

جواب: وصی خودش هرگاه طلبی از میت دارد و علم دارد به بقای آن طلب، جایز است از برای او استیفای طلب خود، و این در معنی تقاص است. و اما طلب سایر ارباب طلب: پس اگر در نزد او ثابت است و علم دارد به بقای آن در ذمهٔ میت- مثل اینکه 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 بریٔ الذمه کرده باشد، مانند صغیر و مجنون و مسجد و امثال اینها- در اینجا هم می‌تواند ادای آن دین را بکند بدون مرافعه به حاکم و بدون قسم. و اما هرگاه طلبکاران مکلف باشند و محتمل باشد که او را بریٔ الذمه کرده باشند، در اینوقت بدون قسم نمی‌تواند داد، هرچند اصل طلب در نزد او ثابت باشد.

و در اینصورت هم قسم را حاکم شرع باید بدهد، یا مأذون کند وصی را در قسم دادن. بلی هرگاه وصی خود مجتهد جامع‌الشرایط باشد خود می‌تواند قسم بدهد و طلب را ادا کند. و به مجرد اینکه وصی مدعی علم است به اصل دین، حاکم نمی‌تواند او را مأذون کند در قسم دادن. بلکه باید در نزد خود حاکم به ثبوت برسد، و بعد ثبوت می‌تواند او را مأذون کند در قسم دادن. به جهت آنکه این در معنی این است که حاکم شرع اصل مرافعه و محاکمه را به او واگذاشته باشد و ادعای ثبوت او را به منزلهٔ ثبوت در نزد حاکم کرده باشد. و این جایز نیست. مگر برای مجتهد عادل، و مفروض خلاف آن است. و به هرحال قبل از قسم خوردن ارباب طلب نمی‌توان دین آنها را ادا کرد. و الله العالم.

۱۳۶: سؤال: وصی می‌تواند از مال اطفال در عوض عمل خود چیزی بردارد؟

جواب: هرگاه موصی از برای او اجرتی قرار داده، اشکالی در آن نیست هرگاه زاید بر ثلث نباشد. و در زاید موقوف است به اجازه. و هرگاه وصیت نکرده باشد: پس اگر تبرعاً عمل کرده باشد، آن نیز مستحق اجرتی نیست. و هرگاه تبرعاً نکرده پس اگر فقیر و معسر باشد پس در آن خلاف است: یک قول استحقاق اجرت‌المثل 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 کرده‌ایم در جواب مسائل حجر و تفلیس، به آنجا رجوع کنید.

۱۳۷: سؤال: آیا وصی می‌تواند از برای خود از مال صغیر متاعی را بخرد، یا از مال او قرض بردارد؟

جواب: بلی می‌تواند با ملاحظهٔ مصلحت و اطمینان از خداع نفس، به قیمتی که دیگران می‌خرند.[۱] و مباشر طرفین ایجاب و قبول هم می‌تواند 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]. ولکن به شرط ملائت[۳]. و اظهر در تفسیر آن این است که اینقدر مال داشته

۱: وسائل: ج ۱۳، ابواب الوصایا، باب ۸۹ح ۱.
۲: وسائل: ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۷۶ح ۱، ۲و۳.
۳: همان مرجع، باب ۷۵ح ۱، ۳و۴.

باشد کـه تواند ادای آن کرد. و بعضی رهـن گذاشتن را هم شرط دانسته‌اند و آن احوط است هرچند لـزوم آن معلوم نیست. ولکن شاهد بگیرد از برای اینکـه مال صغیر محفوظ بماند. و اطلاق ادلّه مقتضی آن است که عدم ضـرر کافی باشد در قرض. بخلاف بیع مال که در آن ملاحظهٔ مصلحت، معتبر است.

۱۳۸: سؤال: چه مـی‌فرمـایند در خصوص اینکـه زید عازم زیـارت باشـد و بعضی از املاک و اموال خود را به بعـض اولاد خود-مثلاً به یوسف و محمد و غیرهمـا - فروخته یا هبه نموده. و وصیت کرده که «در فلان و فلان ملک من یوسف و محمد را دخلی نبوده، از سایر ورثه‌ام باشد» . و در مرض الموت گفتـه که «وصیت سابقم را اخفا داشته مجموع ثلث ترکهٔ مرا به مصرف فلان صرف نمائیـد». حال ولدان مزبوران از ملکین مزبورین ارث می برند یا نه ؟ شقوق محتملهٔ مسأله را(کما ینبغی حسبة لله) بیان فرمایند.

جواب: آنچه را به عنوان بیع یا هبهٔ لازمه (یعنـی با ایجاب و قبول و قبض و اقباض) به یوسف و محمـد منتقل کرده، مال آنهـا است. و دیگری را در آنها حقـی نیست. و وصیت ثلثی را که کرده اسـت که [به] فلان مصرف برسـانید، باید دانست که وصیـت سابق که گفته بـود «فلان و فلان ملـک را به سایر ورثـه بدهید» آن را هـم اگر سایـر وراث از اصل ممضی ندارند، آن را هـم باید از ثلث اعتبار کنیم. پس اول فلان و فـلان ملک را به جهت سبقـت ذکر و تـاکید در امضـای آن مقدم داشتـه. ثلث را بـه مصرف معینـی که گفتـه می‌رسانند. و اگر ثلث زیاده بر آن ملک‌ها نباشد و ورثه اجازه نکند، چیزی برای آن مصرف که[در] آخر گفته به جا نمی‌ماند. و یـوسف و محمد را دخلی و تصرفی در آنچه به وصیت حق سایر ورثه شده جایز نیست.

۱۳۹: سؤال: شخص عالمی به رحمت خدا رفته است، بیست سال قبل از این. و چند جلد کتـاب عربی از او مـانده است. و وصیـت نموده که «بعـد از من از اولاد من هـرکی صاحب کمالتر باشد، این کتابها مـال او می‌باشد». و حال یک نوهٔ او سواد عربی دارد. آن کتابها به او می‌رسد؟ یا تقسیم کنند؟ بیان فرمایند.

جواب: هرگـاه در حین وصیت در میـان اولاد صلبی او صاحـب کمالی بـوده از همه کاملتـر، یا همـان اولاد موجـود [اگر] یکـی از آنها بعـد او صاحـب کمالتـر باشـد، به او می‌دهند، و بعد فوت او به وارث او می‌دهند . و به این نوادهٔ او نمی‌دهند. و هرگاه قرینه باشد که مراد او از اولاد اعم از صلبی و ولدِ ولد بـاشد، و بعد از فوت او صاحب اکملیت نوهٔ

او باشد و این نوه در حین وصیت موجود بوده، به او می‌دهند. و اینها در وقتی است که آن کتابها زاید بر ثلث مال او نباشد. و الا، به قدر ثلث صحیح است و در زاید موقوف است به اجازهٔ ورثه. و هرگاه میان اولاد او کاملی نبوده و قرینه هم بر ارادهٔ نواده نبوده، میان همهٔ وراث قسمت می‌شود.

۱۴۰: سؤال: زید در حین سفر مکهٔ معظمه وصیتنامه نوشت که «عمرو و بکر را وصی شرعی خود کردم که اگر من حج نکرده فوت شدم حجّه از برای من از بلد بگیرند. و بعد از ادای دیونی که احیاناً به ثبوت برسد، پنجاه تومان از مال من وضع نموده فلان قدر معین را استیجار صوم و صلات و تلاوت قرآن، و فلان قدر را به ردّ 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 فرض‌الله قسمت کنند. و حصهٔ 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 صحیحاً سالماً با ادای حج معاودت کرد، و تا دو سال دیگر هم در حیات بود. در اوقات این دو سال بعضی وصیتهای دیگر به خالد می‌کند که بعد وفات او به عمل آورد، و می‌گوید «وصیتنامه برای تو می‌نویسم»، و دو سه نفر از رجال و نساء هم اعتراف او را به وصیت و وعده وصیتنامه نوشتن شنیده باشند، ولکن 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 وعدهٔ نوشتن وصیتنامه، وصایت عمرو و بکر بر هم می‌خورد 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 هرچند ضرر حاصل شود، می‌شود؟ یا نه بلکه جایز است- یا واجب است- که منفرداً عمل کند به نظارت ولید؟ و آیا هرگاه در صورت جواز انفراد و عدم انتظار، عاجز باشد از اتمام وصیت به تنهائی، این معنی موجب انفساخ وصیت یا جواز ردّ آن، می‌شود یا نه؟

جواب: بعد از ثبوت وصیت حین سفر به مکهٔ معظمه و وصایت آن دو نفر وصی به حجت شرعیه یا به حصول علم از قرائن به جهت اوصیا،[1] لازم است عمل به مقتضای آن از

۱: عبارت نسخه:... و وصایت آن دو نفر وصی به حجهٔ شرعیه بالحصول علم از قراین به جهت اوصیا...

برای اوصیاء هرگاه در حین حیات قبول کرده باشند،[۱] یا بعد وفات مطلع شوند.[۲] و ظاهر این است که وصایت آنها در امور مزبوره بـه سبب ادارک حج- که عدم آن موهم شرطیت است- در آنها بر هم نمی‌خورد. و در کیفیت ادای وصیـت ملاحظهٔ خروج پنجاه تومان از ثلث مـال، در غیر آنچه از اصل [مـال] خارج می‌شود (مثـل رد مظالم) بایـد بشود[۳] و به منزلهٔ آن است «إجازه من له الاجازة» در زاید بر ثلث.

و محض وصیت کردن به شخص دیگر در بعض امور، عزل اوصیای سابقه لازم نمی‌آید. و همچنین به سبب اعتراف به وصیت کردن و وعـدهٔ وصیتنامه نوشتن، عزل آنها و وصی بودن این شخص ثالث منفرداً، بر نمی‌آید. و هرگـاه مراد سائل اعتراف به وصایت باشد نه خصوص وصیت معینـه به بعض اشیا، در وقتی مضر اسـت به وصایت اوصیای سـابقه که وصی بودن این شخص ثـالث در جمیع امور ظاهر شود بدون شـرکت آنها. و این معنی از عبارت مستفاد نمـی‌شود. زیرا شایـد مراد او این باشد کـه این شخص هم ثـالث اوصیا باشد. پس بر این شخص هم لازم است (بعد ثبـوت وصیت) که عمل به مقتضای مامور به خود بکند هرگاه قبول وصیت کرده یا قبول بـر او لازم شده بر نهجی که سابق اشاره به آن شد.[۴]

و به سبب غایب بودن احد وصیین و صایت حاضر برهم نمی‌خورد. بلکه در آن تفصیلی هست. و آن این اسـت که هرگاه هر دو را وصـی کرده به شرط اجتماع، یـا اطلاق کرده و قید اجتماع و انفراد نکرده (چنانکه ظاهر سـؤال و عبارت وصیتنامچه 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) هیچیک منفرداً نمی‌توانند امری را به جای آورد. مگر در بعضی ضروریات، مثل نفقهٔ یتیم و تعمیر مسکن مشرف به انهدام، که تأخیر به سبب اجتماع رأی موجب ضرر یا عسر شدید شود.

و اما در صورت عجز بالمره یا موت یا جنون یا غیبت بعیدهٔ احدهما، اظهر این است که حاکم بایـد دیگری را با آن حاضر شریـک کند تا حسب الممکن با مقتضـای وصیت (که

۱ و ۲: میرزا (ره) و اکثر اصحاب تنها در این دو صورت وصایت را «لازم» می‌دانند.

۳: در نسخه: باید ثابت بشود.

۴: مراد همان لزوم وصایت در دو صورت است که در پی نویس دوم همین مسأله گفته شد.

عدم انفراد وصی است) عمل کرده شود. و انتظار حضور آن غایب را نباید کشید، خصوصاً با حصول ضرر به سبب انتظار، و هرگاه 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 حصهٔ خود نمی‌کند، باز هم حاکم باید معینی از برای این حاضر تعیین کند. و به سبب عجز او از بعض بلکه از کل نیز رد وصیت نمی‌تواند کرد.

اینها همه در وقتی است که اصل وصیت و وصایت ثابت باشد. و محض کاغذ وصیتنامه حجت شرعیه نیست. و بر فرض عدم ثبوت، و عدم جدّ، ولایت در وصایت با حاکم شرع است، آنچه صلاح داند چنان می‌کند. و با عدم تمکن از حاکم شرع ثقات مؤمنین متوجه امور ایتام می‌شوند. و همچنین است امر در وصیت ثابته قطع نظر از تعلق به ایتام.

۱۴۱: سؤال: شخصی در این اوقات متوفی شده. چند یوم قبل از وفات وصیت به دیون چند کرده. از روز وصیت تا زمان فوت اینقدر زمان گذشته که امکان ادا بود. و ارباب دیون هم از جملهٔ اشخاصی می‌باشند که امکان ادای حق ایشان متصور است. یعنی مثل طفل و مسجد نیستند. و به حسب‌العاده ابراء نمودن همچه ارباب دیون، کمال اشکال دارد، و وصی مزبور علم دارد که موصی ادای دیون ننموده. و علم شرعی هست که ارباب دیون هم ابراء ننموده‌اند. آیا وصی می‌تواند بدون قسم استظهاری ادای دیون موصی نماید؟ یا محتاج به قسم است؟ و چنانچه محتاج به قسم باشد احدی را در این ولاء 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 ابراء داشته باشد، بدون قسم استظهاری می‌تواند ادای دیون نماید. و موصی وصیت به ثلث هم نکرده. و صغیر هم دارد. آنچه رأی عالی قرار یابد مقرر فرمایند. و اگر میت کسی را وصی اطفال صغار نکرده باشد مؤمنین می‌توانند چند نفر را که متدین می‌دانند تعیین نمایند که متوجه صغار و اموال ایشان باشند و اموال صغار را به نحوی که غبطه و مصلحت صغار دانند تصرف نمایند. این را هم مقرر فرمایند.

جواب: آنچه عالی جناب قدسی انتساب محامد اکتساب علامی فرزند نورالعیون آقا سید باقر حرسه‌الله تعالی فرموده محض حق و صواب است. و در صورتی که وصی قاطع

باشد به اشتغال ذمه و عدم ابراء الی الحین می‌تواند بدون قسم، بدهد. ولکن فرض حصول علم در صورت مسأله نادر است. و به هر حال چون اصل مسأله نفس‌الامری است و قطع نظر از مناقض و منازع است، در میانهٔ خود و خدا هم حاکم و هم وصی و هم مقاص همگی با حصول علم به بقا در ذمه و عدم وفای میت و عدم ابراء غرما بدون قسم استیفای حق جایز است.

و در باب ولایت صغار و تفویض امر آنها به احدی، حقیر عالی جناب سابق‌الالقاب را ثقه و معتمد و بصیر می‌دانم، آنچه مصلحت دانند چنان کنند.

و در سؤال سائل بعضی قیود هست. از جمله اینکه «علم شرعی هست که ارباب دیون او را ابراء ننموده‌اند»، [که] مظنهٔ خلط و اشتباه هست. لهذا اعلام می‌نمایم که: باید دانست که علمی که در اینجا کافی می‌دانیم در سقوط قسم، علم جزمی قطعی است، نه از باب علم شهود که غالباً مناط آن استصحاب است. والا بایست که اکتفا به بیّنه بشود. بلکه در این مقام ما اکتفا به علم حاکمی که از راه استصحاب باشد هم نمی‌کنیم. به هر حال هرگاه علم قطعی از برای حاکم یا وصی یا مقاص باشد، بدون قسم استظهاری می‌تواند وفا کرد. والا، فلا. و استصحاب شغل ذمه که مزیل آن معلوم نباشد (محتمل است که مراد سائل در علم شرعی آن باشد) کافی نیست. والله العالم.

۱۴۲: سؤال: هرگاه کسی تعیین وصی و ناظری نموده باشد، با وجود وصی عمل ناظر مطلق، چه خواهد بود که به نظارت عمل نموده مؤاخذ نباشد ؟

جواب: با وجود وصی، ناظر بدون اذن وصی نمی‌تواند تصرف کند. مگر اینکه ناظر هم وصی باشد از جانب موصی.

۱۴۳: سؤال: زید از قریهٔ خود رفته و در کربلای معلی مجاور شده، و در آنجا شنیده که یکی از اولاد او از عمارت او اعراض نموده و عاریه نشین مردم شده. از کربلای معلی مکتوبی ارسال نموده که «هر یک از اولاد من که از عمارت من اعراض کند خارج المیراث است در آن عمارت». آن ولد عاریه نشین که این سخن را شنیده عازم شده که نقل مکان کند به آن عمارت، پیش از نقل مکان خبر فوت والد را شنیده و در این اوقات نقل مکان نموده به آن عمارت. آیا در اینصورت آن ولد به آن مکتوب، خارج المیراث می‌شود در آن عمارت یا نه؟

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

محض همین مکتوب نیست لکن اظهر این است که این وصیت صحیح نباشد. و آن پسر از آن عمارت محروم نیست. والله العالم.

۱۴۴: سؤال: هرگاه 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 پدر مائی. و بعد ورثه انکار کنند وبگویند «اقرار ما بر این بود که تو در امور کفن و دفن وصی‌ای نه مطلقاً». آیا عمرو وصی مطلق است و سخن ورثه مسموع نیست ؟ یا وصی است در همانچه که اقرار کرده‌اند؟ یا اصل وصیت باطل است؟.

جواب: هرگاه 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 بودن 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 فخرالمحققین در **ایضاح** گفته است که «خلافی در این نیست». و اما آنچه را ورثه اقرار کرده‌اند: پس شاید در آن مسموع باشد، یعنی همان کفن و دفن. بلی هرگاه 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 کرده‌اند: **یکی** آنکه تصرف می‌تواند کرد در آنچه مصلحت حال ایشان است، نظر به فهم عرف. و صاحب **کفایه** این را پسندیده. و در **مسالک** تقویت آن کرده بعد از آنکه فتوی بروجه ثانی داده. و مؤید این است اینکه «جمع مضاف» یا «مفرد مضاف» در «امراولادی» یا «امور اولادی» افادهٔ عموم می‌کند. و همچنین ظاهر این لفظ این است که تو قائم مقام منی.

دوم: آنکه حمل می‌شود بر اینکه از برای اوست محافظت مال اینها خاصه. چون آن یقینی است، و مجمع علیه است. و غیر آن مشکوک فیه است. و این مختار فخرالمحققین است. و **سوم**: این است که باطل است. چون بیان کیفیت تصرف نکرده، و اظهر وجوه وجه اول است. به جهت آنکه ذکر کردیم. واضعف وجوه وجه سوم است. و از کلام فخرالمحققین ظاهر می‌شود که این خلافِ اجماع ایشان باشد. و به این سبب این احتمال را ذکر نکرده. و همچنین علّامه در **قواعد** اکتفا به همان احتمال دوم کرده است.

۱۴۵: سؤال: هرگاه 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 نموده‌اند که وصیتی بکن که نفعی برای

خودت داشته باشد. مریض گفته «بعد از آنچه گفته‌ام، آنچه باقی ماند ثلث آن را سه رسد نمائید، یک ثلث را به خمس و زکات و دو ثلث دیگر را به مصرف صوم و صلات بدهید». و ورثه بعد از فوت امضای مراتب را نموده‌اند. 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 یک ثلث بگیرند ؟

جواب: اولاً ملکی که گفته است به ردّ مظالم بدهند، تمام آن را به ردّ مظالم بدهند. و ثلثِ ثلث باقیمانده را بعد از وضع ملکی که گفته است به ردّ مظالم بدهند و ملکی که گفته است به پسر بدهند، به مصرف خمس و زکات می‌رسانند. و چون تعیین مقدار نکرده نصف آن ثلث را به خمس بدهند و نصفی به زکات. باقی می‌ماند آن ملکی که برای پسر بزرگ وصیت کرده و دو ثلثِ ثلث باقی که از برای صوم و صلات وصیت کرده. پس باید ملاحظه کرد هرگاه قیمت آن ملک و دو ثلث از آن ثلث باقی، مساوی ثلث مجموع مال هست، بعد وضع ردّ مظالم و خمس و زکات به همان نحو وصیت معمول می‌دارند و ملک را به پسر بزرگ می‌دهند و مساوی دو ثلثِ ثلث باقی را به مصرف صوم و صلات می‌رسانند. و همچنین هرگاه کمتر از ثلث مجموع مال باشد.

و هرگاه بیشتر از ثلث مجموع مال باشد. پس هرگاه ورثه اجازه کنند به آن، چنین خواهد بود. و هرگاه ورثه اجازه نکنند مقدم می‌دارند وصیت ملک را از برای پسر بزرگ. پس هرگاه آن ملک مساوی ثلث است، دیگر چیزی برای صوم و صلات نمی‌ماند. و هرگاه کمتر است باز ملک را به پسر بزرگ می‌دهند بالتمام و تتمه را صرف صوم و صلات می‌کنند. و هرگاه بیشتر است به قدر ثلثِ اصل مال را از ملک به او می‌دهند و تتمه داخل میراث است. در صورتی که بنا به گرفتن صوم و صلات شد ظاهر این است که در صورت اطلاق از برای هر سال نماز یک ماه روزه می‌گیرند. و دور نیست که نماز آیات هم داخل باشد هرگاه از او فوت شده باشد.

و اینها که گفته شد مبتنی بر آن است که رد مظالم و خمس و زکات حقیقت است در واجبات این حقوق، و هرگاه از قرائن معلوم شود که وصیت به آنها از راه احتیاط است، آنها هم حکم وصیت خواهند داشت، و از ثلث اعتبار می‌شوند نه از اصل. والله العالم.

۱۴۶ : سؤال: هرگاه کسی وصیتنامه نوشته باشد در سفری به این مضمون که «ای فلان هرگاه من در این سفر فوت شوم فلان دین مرا ادا کن. و فلان امر مرا چنان کن. و

فلان مال مرا به فلان شخص بده». و از آن سفر صحیح و سالم مراجعت کند، و بعد از چند سال دیگر فوت شود. آیا به مجرد آن کاغذ وصیت ثابت می‌شود یا نه ؟ و آیا وصی [را] لازم است عمل کردن به آن یا نه؟

جواب: این مسأله مشتمل است بر چند مطلب: **اول**: اینکه این وصیت مطلق نیست و مقید است به موت در آن سفر. و چون از سفر برگشته وصیت باطل می‌شود. **دوم**: اینکه وصیت عقدی است از عقود و محتاج است به ایجاب و قبول، و ظاهراً خلافی در لزوم ایجاب نیست، بلکه اجماع بر آن نقل شده. و اما قبول: پس آن نیز فی الجمله ثابت است بدون خلاف ظاهری در امور خاصه. بلی خلاف در امور عامه هست مثل وصیت از برای فقرا، یا از برای جهت عامه مثل صرف در مسجد و امثال آن، که در این محتاج به قبول نیست. چون شخص خاصی نیست و ترجیح احدی از مسلمین یا فقرا برای قبول، ترجیح بلامرجح است.

و این سخن مدفوع است به جواز صدور قبول از حاکم، چنانچه در وقف بر امور عامه. ولکن شهید ثانی در **شرح لمعه** گفته است که «در اینجا قائلی نیست به لزوم قبول از حاکم». و هرچند ظاهر دعوی ابن زهره اجماع را بر اشتراط قبول، شامل این موضع هست، لکن با وجود خلاف جمعی و ملاحظهٔ کلام **شرح لمعه** اعتمادی بر آن اطلاق دعوی باقی نمی‌ماند. بلی اصل عدم انتقال مال از موصی و ورثه، دلیلی قوی است. و اعتماد به اطلاق آیات و اخبار هم نمی‌توان کرد. زیرا آنها در خصوص بیان حقیقت وصیت وارد نشده‌اند که توان اعتماد به اطلاق آنها کرد. و از این جهت است که منکرین اشتراط قبول استدلال به آن نکرده‌اند. 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 مقارنهٔ ایجاب و قبول در اینجا شرط نیست. بلکه خلاف کرده‌اند در صحت قبول قبل از موت، و مقتضای اصل، عدم صحت آن است.

سوم: آنکه ظاهر این است که در قبول کافی است آنچه دلالت بر رضا کند، هرچند به لفظ نباشد مثل اخذ و تصرف. و در ایجاب شرط کرده‌اند که به لفظی باشد که دلالت کند بر مطلوب، مثل اینکه بگوید که «اوصیت لفلان بکذا» یا «افعلوا بعد و فاتی کذا» خواه به عربی بگوید یا غیر آن. پس هرگاه بگوید «پنجاه تومان بعد از فوت من به زید بدهید» یا «فلانی وصی من است که متوجه اطفال و ادای دیون من باشد» کافی است. و هرگاه لال

باشد یا زبان او بسته شود یا مانعی داشته باشد از سخن گفتن، به اشاره و نوشتن اکتفا می‌شود، به شرطی که دلالت داشته باشد بر مقصود، چنانچه **صحیحهٔ** حلبی در حکایت امامه «بنت ابی العاص» که مادر او زینب دختر رسول خدا(ص) بود وارد شده که حسنین علیهما السلام در وصیت او اکتفا کردند به اشاره. چون نمی‌توانست سخن بگوید.[۱] و همچنین **روایت** سدیر از حضرت باقر(ع) در حکایت وصیت محمدبن 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 هرگاه عاجز نباشد از سخن گفتن، پس اکتفا نمی‌شود به اشاره و نوشتن. و از ظاهر کلام محقق در **نافع** ظاهر می‌شود که اکتفا به اشاره[ای] که دلالت کند بر مقصود و همچنین کتابتی که دلالت کند بر ارادهٔ وصیت، می‌توان کرد مطلقاً، یعنی در غیر حال ضرورت هم. و همچنین 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 اینکه بنویسد و بعد بگوید که من قصد کردم به این کتابت وصیت را برای فلان کس. و استدلال کرده‌اند بر این به اینکه: صادق است بر آن وصیت عرفاً و شرعاً و اطلاقات شامل آن است و تایید کرده‌اند این را به اخباری که نهی کرده‌اند در آنها از آنکه انسان بخوابد بدون اینکه وصیتنامهٔ او در زیر سر او باشد.[۳]

و این استدلال خالی از اشکال نیست. چنانکه ظاهر می‌شود از اشکال در بیع معاطات، و امثال آن، و اما احادیث مذکوره: پس در آنها دلالتی بلکه تایید[ی] هم نیست. زیرا که شاید وصیتنامه از برای یادداشت تفصیل است از برای شهود و غیرهم. چنانکه قباله و وثیقه می‌نویسند در معاملات بعد از اجرای صیغهٔ صحیحه. پس در اینجا هم مراد وصیت صحیحهٔ جامع شرایط صحت است که تفصیل آن در مکتوب نوشته شده. و شهیدان در لمعه و شرح آن تقیید کرده‌اند قبول اشاره و کتابت را به صورت عذر، و جایز ندانسته‌اند 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 ۵و۷.

و شهید ثانی(ره) گفته است در **شرح لمعه** «کافی نیست کتابت هرچند ببینی نوشتن آن را، یا علم داشته باشی که به خط اوست. یا بگوید که این خط من است و من علم دارم به آن. یا این وصیت است پس شما شاهد باشید به این وصیت من. یا مثل این. و به امثال اینها نمی‌توان شهادت داد بلکه ناچار است از تلفظ به مضمون آن نوشته. یا آنکه دیگری آن نوشته را بخواند بر او و او اعتراف کند بـه مضمون آن. زیرا که شهادت مشروط است به علم و آن در صورت اول حاصل نمی‌شود». و گفته است که: اقوی این است که اگر شاهد از برای خود بخواند آن کتاب را بدون آنکه به قصد سماع موصی باشد ولکن موصی بعد از قرائت اعتراف کند به اینکه این وصیت من است، هم کافی است.

و در **شرح لمعه** در دو موضع خلاف ذکر کرده: یکی بعد از آنکه گفته است که «یا علم داشته باشی که به خط اوست» گفته است «خلافاً للشیخ». و مراد او خلاف شیخ است در نهایه. و عبارت **نهایه** این است که «واذا وجدت وصیة بخط المیت ولم یکن اشهد علیها ولا اقرّبها، کـان الورثة بالخیـار بین العمل بها و بین ردّهـا و ابطالها، فان عملـوا بشیی منها لزمهم العمل بجمیعها». و دوم بعد از آنکه گفته اسـت که «شهادت مشروط است به علم و آن در صورت اول حاصل نمـی‌شود» گفته است «خلافاً لابن الجنید حیـث اکتفی به مع حفظ الشاهـد له عنده» یعنی ابـن جنید گفته است که کـافی است با محـافظت کردن شاهد آن مکتوب را نزد خود تا ایمن باشد از تزویر.

و این هر دو قول مخـالف اصل‌اند. و دلیل شیخ مکاتبهٔ ابراهیـم بن محمد همدانی است «الی ابـی الحسن-ع- رجل کتب کتـاباً بخطه ولم یقـل لورثته: هذه وصیتـی. ولم یقل: انّی قـد اوصیت. الّا انّه کتب کتـاباً فیه ما اراد ان یـوصی به. هل یجـب علی ورثته القیام فی الکتاب بخطّه ولم یأمرهم بذلک ؟. فکتب علیه السلام: ان کان له ولد ینفذون کل شیئ یجدونه فی کتاب ابیهم فی وجه البّر و غیره».[1] این روایت هرچند در **فقیه**[2] به سند **صحیح** است ولکن متن آن خالی از اجمال نیست. ولکن علامه در **تذکره** علاوه[ای] ذکر کرده کـه به آن دلالت آن واضح می‌شـود و آن این است «فکتب-ع-: ان کـان له ولد ینفذون شیئاً منه وجب علیهم ان ینفذوا کل شیئی یجدونه فی کتاب ابیهم».

و در تذکره جواب گفته است از آن مجمل به اینکه ایشان اعتراف کرده باشند به صحت آن، پس باید عمل به همه بکنند. و اما اگر اعتراف به صحت بعض آن بکنند و باقی را انکار کنند واجب نیست عمل در آنچه قبول ندارند. و ممکـن است حمل بر اینکه عمل به بعض

۱ ـ وسائل ج۱۳، احکام الوصایا باب ۴۸ ح۲.

قرینه است بر صحت بـاقی، پس الزام می‌شوند بر عمل به جمیـع در ظاهر حکم شرعی، هرچند در نفس‌الامر بر ایشان معصیتی نباشد بر ترک آنچه علم ندارند به آن». و در حمل اول باکی نیست هرچند محتاج به تقدیـر است و آن خلاف اصل و ظاهر است و اما حمل ثانی، پس آن ممنوع است. زیرا که بر فـرض اعتراف به صحت بعض، لازم نمی‌آید اعتراف به جمیع. چـه آنکه اعتراف به بعـض هم ظاهر نیست. و بـه هر حال این روایـت با وجود اضطراب و اجمال و شذوذ قائل بـه آن، مقاومت با اصل عدم انتقال مال بـه موصی له، و شهرت عظیمه، نمی‌کند.

و در این مقام سخنی دیگر هست. و آن این است که ظاهر روایت بیان ثبوت وصیت و عدم آن است بـه مکتوب، نه بیان تحقق وصیت بـه خط و عدم آن. یعنی هرگـاه اشکالی نیست که اگر ثابت شود وصیت به این مکتـوب وصیت صحیحهٔ قولی، خواهد بود. ولکن اشکال در ثبوت وقوع آن است که آیا به این خط ثـابت می‌شود یانه. پس ذکر خلاف شیخ در این مقام مناسب نخواهد بود. و در اینصورت می‌توانیم گفت که هرگاه علم بهم رسد از خط موصی[بر] اینکه وصیت قولی به عمل آورده، کافی است. بخلاف آنجا که جزم کنیم که از نوشتن قصد وصیـت کرده. زیرا که مانع ندارد که شارع لفظ را «نـاقل» کرده باشد لاغیر، و اعتبار را به تلفیظ کـرده باشد. نه به مجرد رضای باطنـی. و همچنین است کلام در ثبوت وکالت و اقرار و غیره به مکتوب.

۱۴۷: سؤال: هرگاه کسی قدری مال به کسی بسپارد که بعد از وفات او در حال فقر و استیصال ورثه کما فرض‌الله مابین ایشان قسمت کنـد و به تدریج حصهٔ هر یک را به قدر احتیاج به او برساند، و هرگاه احتیاج نداشتـه باشد به فقرای دیگر بدهد. آیا در اینصورت مؤتمن چه کند؟ و چه مقدار صبر کند و انتظار فقر ورثه را بکشد؟ و حقوقی که بر آن مال تعلق می‌گیرد مثل زکات، ادای آن بر کی واجب است؟

جواب: هرگـاه آن مقدار زاید بـر ثلث نیست، وصیت ممضـی است، و در زاید بـر ثلث موقوف است بر اجـازهٔ ورثه. و به شرط موصی عمل می‌کند و انتظـار فقر و حاجت آنها را می‌کشد. و از کلام مـوصی بیش از انتظار در مدت حیات وصی مستفـاد نمی‌شود. پس هرگاه ظن مـوت از برای وصی حاصل شود، بـاید به مقتضای آن عمل کند، و ظـاهر این است که معیار همان حصول ظن است. یعنی نگاه می‌دارد تا وقتی که مظنه حاصل شود از برای او کـه من بعـد حاجتـی از برای وارث بهم نمـی‌رسد بـه سبب حصـول سرمـایهٔ

معتدبهی، یـا تحصیل کسبی و حرفه‌ای. و هرگـاه این معنی از برای بعضی حـاصل شود دون بعضی به قدر سهم آن را که ظاهراً غنی اسـت به فقرا می‌دهد. و همچنین هر یک از وراث که محتاج شدند به قدر نصیب او، به او می‌دهد به تدریج.

و اما سؤال از حقوق مالیه: هرگاه وصی علم داشتـه باشد که خمس یا زکات متعلق به آن مال بوده و الحـال هم آن حق در آن مال بـاقی است، بایـد بدهد. و هرگـاه علم ندارد خمس در آن واجب نمی‌شود. و اما زکات، پس هرگاه حصّهٔ هیچیک از وراث به قدر نصاب نیست، به هیچـوجه زکات به آن متعلق نمی‌شـود. وهمچنین است هرگاه بـه قدر نصاب باشد مـادامی که وارث متمکن از تصـرف در آن نشده و ملکیت او مستقر نشـده به سبب عدم ظهور فقر و حاجـت، زکاتی متعلق به آن نمی‌شود هر چند در دسـت وصی بماند تا سال بر آن بگذرد، زیرا که شرط اسـت در وجوب زکات، استقرار ملک و تمکن از تصرف و گذشتن سال بر آن (در آنچه حلول سال در آن شرط است) در دست مالک. و مفروض این است که در اینجا نه استقرار ملک حاصل شده و نه تمکن از تصرف.

۱۴۸: سؤال: شخصی وصیت نمـوده که «بعد از من طفلـی دارم باید خالـه‌ام متوجه شود و وصی من اسـت که مال مرا بعد از من بـه هر نهج که صرفهٔ صغیـر باشد از آن قرار عمل نماید». آیـا چنین وصیتی صحیح است یا نه؟ و با وجـود وصیت، همین صغیر را خالهٔ مادری می‌باشد و می‌گوید که حضانت طفل همشیره‌ام به من می‌رسد. در اینصورت کدامیک اولی‌تر است به حضانت و متوجه شدن [به] اموال او؟ و هرگاه هیچیک [از] اینها قابلیت نداشته باشند (با وجود عدم ولی شرعی) امر صغیر را چه باید کرد؟.

جواب: وصیت پـدر در مال صغیر نافـذ است، و بایـد به مقتضای آن عمل کـرد. 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 نمـی‌توان آن را به وصیت از برای غیـر قرار داد. پس بایـد دانست که حق حضانت و محافظت بعد از پدر از برای کیسـت. و چون از ظاهر سؤال معلوم می‌شود که آن طفل مادر ندارد، حق حضانت بعد از فوت پدر و مادر (هر دو) اظهر این است که به اقارب رجوع می‌شود، الاقرب فالاقرب. یعنی هر کدام میراث می‌برند از طفل، مقدم است بر آن که میـراث نمی‌برد. و در جائی که هـر دو میراث می‌برنـد باید قرعه کـرد. و زیادتر بودن میراث منشأ تقدم نمی‌شود. چنانکه در صـورت سؤال خالهٔ پدر دارد و خالهٔ مادر. و

همچنین ظاهر می‌شود که اقرب از آنها ندارد، مثل جد و برادر پس باید قرعه کرد چون هر دوی آنها وارث طفل‌اند هرچند تفاوت دارند در میراث.

۱۴۹: سؤال: چنانچه نوشته[ای] به خط میتی برآید، قطع بهم رسد که این نوشته خط آن میت است. به وصایای او آنچه نوشته باشد می‌توان عمل کرد؟ و هرگاه شاهد شهادت اجمالی به این مضمون بدهد که «موصی گفت که من در دستک خود چیزی نوشته‌ام و فلانی را وصی نموده‌ام» و قرینهٔ ظنیّه باشد که نوشته همین است، کافی است یا نه؟

جواب: اشهر و اظهر این است که کتابت، وصیت نیست، هرچند قطع به ارادهٔ وصیت حاصل شود. زیرا که می‌تواند شد که تلفظ به صیغه را مدخلیت در انعقاد آن باشد، مانند نکاح و غیره. هرچند قول به اکتفا به آن- در صورت حصول قطع به آن به سبب قرائن- قوتی دارد. لکن اول اقوی است. و اما ثبوت وصیت به کتابت در صورت حصول قطع به آن، پس آن مسأله دیگر است و ظاهر این است که می‌توان به آن اکتفا کرد. مانند قطع به توکیل به مکتوب کسی.

۱۵۰: سؤال: شخصی در مرض‌الموت وجهی را به شخصی هبه نمود. و آن شخص نیز در عوض آن قرارداد نموده که مدت بیست سال صوم و صلات به جهت او استیجار نموده یا خود به عمل آورد. آیا از اصل است یا از ثلث ، یا باطل ؟ و بر تقدیر صحت، آیا اجرت‌المثل صوم و صلات داخل ترکه است یا نه؟

جواب: هرگاه آن شخص هبهٔ آن ملک را به آن شخص کرد و شرط کرد در ضمن عقد که متهب بعد موت او دو سال عبادت از برای او استیجار کند، یا خود به عمل آورد. ظاهر این است که شرط صحیح است و از باب وصیت می‌شود و معاوضه و وصیت به جعل واحد به عمل آمده و توجیه صحت معاوضه با وجود اینکه انتقال عوض به واهب در حال حیات صحیح نیست چون عبادات واجبه به نیابت احیاء صحیح نیست این است که استحقاق این عوض در حال حیات به وجهی از وجوه استحقاق، فی الجمله کافی است در معاوضه و چون عبادت کردن متهب ممکن است منتقل شدن آن به واهب به این نحو که وصیت کند که آن را بعد از موت برای او به عمل آورد، یا در حال حیات از برای پدر او بکند و امثال آن، پس گویا گفته است «من ملک را به تو بخشیدم که در عوض آن بیست سال عبادت بکنی و آن بیست سال را از برای خودم بکنی بعد از وفاتم».

و هرگـاه به ایـن مواهبـه وصیت متحقق شـد پس آنهـم در ثلث معتبـر است. و وارث مستحق بـر زاید بر ثلث اسـت از آن عمل مشروط هـرگاه اجازه نکند زایـد را، و مستحق اجرت‌المثل نمی‌شود. بلکـه مستحق نفس عمل است که استیجار باشـد، یا عمل کردن خود متهب. بلکه حقیقتاً عوض، همان عبادت است و تخییر در طریق وفا به آن است. بلی هرگاه تـراضی واقع شود بر اجـرت ضرر ندارد و وارث می‌خواهـد آن عمل و استیجار را از برای خود قرار می‌دهد بعد از موت، یا به دیگری منتقل می‌کند.

و بدان که: هرگاه معیـن کند که عوض، استیجار بیست سال عبادت بـاشد و بگوید «یا خود بکـن یا استیجار کن» گـاه است توهـم اشکالی بشـود که [در] عوض جهالـت بهم می‌رساند. زیرا که گاه است که وجه اجاره مختلف می‌شود بعد از موت، پس منشأ بطلان می‌شود. و آن مندفع است به اینکه عوض هبه حقیقتاً همان عبادت است، و آن خود معین است. پـس غرض تحصیل آن عبـادت است به هـر قیمتی که بـاشد. و در این جهـالتی نیست. با وجـود اینکه در عوض هبهٔ مشروط بـه عوض، شرط نیست تعییـن عوض. بلکه شرط عـوض مبهم هم صحیـح است و رجوع مـی‌شود بـه عوض‌المثل. و وصیـت راجع می‌شود بـه عوض‌المثل. و اما حقیقـت این است که در اینجـا هیچ نحو ابهامـی نیست. چنانکه گفتیم.

۱۵۱: سؤال: چون عمرو و اخوان او مدتی خدمت زید را کرده‌اند، زید وصیت نمود که عوض اجـرت ملازمت و حق خدمت، قطعهٔ معینـی از سرای زید و قطعهٔ زمینـی از ملک مزروعـی او را به عمرو و اخوان او واگـذارند به جهت آنکـه ایشان راضی شده‌انـد حقوق خدمت را ابراء نمـایند. و بعد از فوت[او] قطعهٔ سرا را به تصـرف عمرو داد[ند] و عمرو در آنجا خانه ساخت و چهل سال است کـه در تصرف دارد. و قطعهٔ زمین مزروعی را به عمرو نداده‌انـد. و الحال بعضی از نواد[ه]هـای زید متعرض حـال عمرو شده که «یـا نصف آن سرائی که در این قطعهٔ معینه بنا نموده[ای] به ما واگذار، یا از این مکان بیرون رو» و عمرو می‌گوید: قطعهٔ زمین مزروعی را هم می‌خواهم. آیا در اینصورت کدامیک تسلط دارند؟.

جواب: هرگاه عمرو و اخوان او اجیر باشند، یا اینکه ایشان را امر کرده باشد و ایشان هم تبرعاً خـدمت نکرده‌اند، درصورت اول ایشـان مستحق وجه اجاره‌اند، و در صـورت ثانی مستحق اجـرت‌المثل. پس الحـال که وصیت کرد کـه آن قطعه سرا را و آن قطعـه محل

زراعت را به آنها بدهند در عوض حق ایشان، پس اگر قیمت اینها در حین انتقال (که بعد از موت است) زاید بر اجرت یا اجرت‌المثل نیست، ایشان مستحق [هر] دو قطعه می‌شوند. وهرگاه قیمت آنها بیشتر باشد از حق آنها، پس اگر زیادتی قیمت زاید بر ثلث مال موصی نیست، باز مستحق تمام دو قطعه هستند. و اظهر این است قبض موصی‌له شرط در تملک نیست.

و اگر زاید بر ثلث باشد و ورثه امضاء نکنند، به قدر حق آنها از اجرت به قیمت مابعد موت از آن دو قطعه، مال طلبکارها است، هرچند قیمت نکرده باشند آنها را در حین اداء و چون تملک را در وصیت مشروط به قبض نمی‌دانیم، از آن قطعه که به قبض آنها در نیامده به قدر متمم اجرت مستحق هستند و مطالبه می‌کنند، هرچند وارث تواند زاید از حق آنها را در صورت عدم وفای ثلث به آنها ندهد. پس در اینصورت مساوی اجرت خود را با آنچه ثلث وفا بکند به آن از مقدار زاید بر اجرت، به آنها می‌دهند. و تتمه مال وارث است. و هرگاه آن دو قطعه کمتر از اجرت آنها باشد و تراضی بر همان واقع نشود، باقیماندهٔ اجرت را مستحق‌اند که از مال موصی بگیرند. ولکن چون مفروض سؤال این است که تراضی واقع شده ما تفصیل را بر آن فرض قرار داده‌ایم.

کتاب‌الوصیة
من المجلد الثالث

۱۵۲ : سؤال: چه می‌فرمایند در باب این مسأله که شخصی وصیت نموده که فلان ملک مرا به زوجه‌ام بدهید. و حال قیمت آن ملک صدتومان است، و مهر متعارف این سرزمین، جزئی است. و موصی در وصیت گفته است که این ملک را به جای مهر و قرض او بدهید که من قرضدار زوجه‌ام هستم. ورثهٔ دیگر می‌گویند که به زوجه قرضدار نیست از راه اینکه ورثهٔ دیگر را محروم کند این وصیت را کرده است. محضاًلله صورت شرعی آن را بیان فرمائید.

جواب: این سخن موصی مشتمل است بر اقرار به اشتغال ذمه[به] مساوی قیمت این ملک از برای زوجه از بابت حق الصداق و دین. و بر وصیت به اینکه این ملک 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 علی‌الاظهر. و اگر متهم است پس اگر بعد وضع مهر زاید بر ثلث می‌شود، اعتبار ندارد در زاید، مگر به اجازهٔ وراث.

پس اول باید دعوی مهر را طی کرد به مرافعه، خواه قرار گیرد بر مقدار معینه بیّنه یا غیر آن، و خواه بنابر مهرالمثل شود در صورت عجز از اثبات. و بعد از آن ملاحظهٔ باقی قیمت ملک شود نسبت به ثلث بودن یا زاید بر ثلث بودن.

و اما حکایت وصیت کردن به دادن این ملک معین: پس آن نیز در ثلث معتبر است[۱]. زیرا که چنانکه وارث را حق در آن مال باقی است که بدون اجازهٔ وارث وصیت زاید بر ثلث جایز نیست، همچنین حق [او] در اعیان ثابت است. پس هرگاه وصیت کند که این عین را در عوض دین من بدهید و دین ثابت باشد و لکن آن عین زاید بر ثلث مال باشد، وارث می‌تواند گفت که ما به قدر ثلث مال از این عین می‌دهیم و زاید بر ثلث را از اموال دیگر می‌دهیم.

۱۵۳: سؤال: چه می‌فرمایند که شخصی ملکی برای فروختن و استیجار حج، معین نموده، و به وصی خود تاکید تمام کرده که زود فروخته استیجار حج نماید. وصی سهل انگاری نموده تا فوت شده. و پسرهای موصی خود ملک مزبور را فروخته و به مصرف خود رسانیده‌اند. آیا شرعاً باید ورثهٔ دیگر یا عادلی حسبتاًلله از ایشان گرفته به وصیت عمل نماید؟ و بر فرض جواز، همان قیمت را که پسرها فروخته‌اند از ایشان بگیرد چند سال است که از فروختن ایشان می‌گذرد و الحال ملک مزبور به اضعاف مضاعف قیمت بهم رسانیده، هرگاه 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 می‌کنند هرگاه از ثلث مال برآید، یا وارث امضاء کند استیجار می‌کنند، والا، فلا. و اگر وفا به بعض اجرت [حج] بلدی کند دون بعضی، به همان قدر از مسافت هم حج را استیجار می‌کنند. و همچنین وصیت فروختن ملک خاص را هم باز در آن اعتبار ثلث می‌شود. زیرا که چنانکه وراث بر زاید در ثلث قیمت عین مستحق‌اند هرگاه آن ملک مخصوص زاید بر ثلث مال باشد، وارث را می‌رسد که بگوید زاید بر ثلث را از جای دیگر می‌دهم و آنچه در مقابل است از ملک برای خود نگاه می‌داریم.

و علی ای تقدیر: در قدری که وصی می‌تواند فروخت به اذن و نفروخت، و بعد از او وارث فروخته و تصرف کرده (خواه تمام ملک باشد یا بعض آن)، پس چون حاکم شرع-

۱: توضیح: یعنی از نظر تعیین، فقط ثلث ملک مزبور مشمول تعیین می‌شود، و وارث می‌تواند تعیین کردن موصی را نسبت به دو ثلث آن ملک رد کند.

یعنی مجتهد عادل- وصی کسی است که وصی ندارد، ولایتاً تصرف با او است. باید به مقتضای وصیت عمل کند. پس اگر مصلحت در امضای بیع است [امضا] می‌کند، والا فسخ می‌کند. و در صورت عدم امضا می‌تواند مطالبهٔ ملک را از بایع کند و می‌تواند از مشتری مطالبهٔ عین ملک [را] بکند، و اجرت‌المثل ایام تصرف را هم از آن می‌گیرد.

و اگر مشتری جاهل بوده به اینکه [این] ملک حق غیر است، یا اینکه عالم بوده و لکن بایع ادعای اذن و جواز تصرف در آن کرده بوده است، مشتری رجوع می‌کند به بایع به قیمت ملک که داده است و غرامتی که کشیده از اجرت المثل هرچند استیفای منفعت از آن ملک کرده باشد (علی‌الاظهر). و هرگاه عالم بوده به غصبیت و خریده است، پس اگر قیمتی که به بایع داده تلف شده، رجوع نمی‌تواند کرد. هرچند دور نیست که بر بایع واجب باشد رد آن. هرچند از برای مشتری جایز نباشد مطالبهٔ آن. و هرگاه باقی باشد می‌تواند رجوع کرد.

هرگاه حاکم شرع رجوع کرد به بایع و غرامت از او گرفت به استرداد عین یا قیمت و اجرت‌المثل، پس اگر مشتری عالم بوده به غصبیت، بایع رجوع می‌کند 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 می‌گیرد، و اگر تلف شده، نمی‌تواند مطالبه کند. هرچند دور نیست که بر بایع واجب باشد رد آن) و اگر مشتری جاهل بوده به غصبیّت، باز بایع رجوع می‌کند به غرامتی که کشیده در عوض ایامی که در تصرف مشتری بوده.

و اظهر این است که هرگاه قیمتی که می‌گیرد حاکم از بایع، زاید است بر قیمتی که مشتری به او داده، بایع نمی‌تواند آن زیادتی را از مشتری بگیرد. چون مشتری مغرور است و دادن آن زیادتی ناشی از فعل او است که غاصب است. چنانکه در صورت سابق که حاکم رجوع می‌کند بر مشتری، زاید بر ثمن، مشتری رجوع می‌کند بر غاصب، به سبب مغرور بودن. و هرگاه دسترس به حاکم شرع واقعی نباشد، عدول مومنین حسبتاً این کار را می‌کنند.

و اما حکایت زیاد شدن قیمت ملک الحال: پس ظاهر این است که آن زیادتی مال موصی است و به وارث برنمی‌گردد. چنانکه اجرت‌المثل ایام تصرف مال او بود. پس هرچند الحال این ملک زاید بر ثلث باشد، امضای وارث شرط نیست. پس ملک را

می‌فروشند و استیجار حجه می‌کنند، و زیادتی آن را صرف خیرات و مبرات می‌کنند برای او. و دور نیست که اکمل افراد را ملاحظه کنند چون اشخاص مستأجرین متفاوتند و گاه است وفا کند قیمت به اکمل افراد، و حسب المقدور عمل به مقتضای وصیت شده باشد. به این معنی که اجرت‌المثل اکمل اشخاص را وضع کنند برای حجه، نه اینکه زاید از اجرت‌المثل اکمل اشخاص را به او بدهند. مگر آنکه زاید بر اجرت‌المثل از باب سایر خیرات و مبرات باشد هرگاه 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 بمزرعة مخصوصة من ماله لاجل المبرات لنفسه، ثم آجرها باولاده اجارة محاباتیة الی ثلاثین عاماً فی مرض الموت . بمعنی ارتفاع ثلاثین من محصولها من شتوی وصیفی، و شرط فی ضمن العقدان یکون خیار الفسخ لوصیه حین الممات. فهل یصح هذه الوصیة و الاجارة و الشرط أم لا؟

جواب: لا یحضرنی فی کلام الاصحاب تصریح بهذه المسألة الآن. نعم قال العلامة فی **القواعد**:«ولواوصی له بسکنی دار سنة ثم آجرها سنة، لم ینفسخ، فان مات فالاقرب انّ له سنة کاملة بعد انقضاء مدة الاجارة». و هو مناسب لهذه المسألة، و تحقیق المقام یستدعی رسم مباحث.

الاول: انّ الوصیة من العقود الجائزة من الطرفین، یجوز للموصی الرجوع فیها، سواء کان الوصیة بالمال او بالولایة. و یتحقق الرجوع اما بصریح اللفظ مثل «فسخت» و «رجعت»، او بفعل ماینافیها کالبیع و العتق و الهبة مع القبض او بدونه (و ان لم یثبت الملک للمتهب بدونه) و الوصیة بالبیع، و نحوذلک، او بالشروع فی مقدمات ذلک الفعل کالعرض للبیع، و مجرد الایجاب فی الرهن و الهبة. و بالجملة، کلّما دل علی الفسخ صریحاً، او ظاهراً، اومع القرینة. اما مثل تزویج العبدوالامة و اجارتهما و ختانهما و تعلیمهما و وطؤها مع‌العزل فلیس برجوع. و بدونه دلیل علی قصدالرجوع لانه من باب التسرّی.

الثانی: انّ منجزات المریض و معاملاته المحاباتیة یمضی من الاصل (علی‌الاظهر). الّا الاقرار فی المتهم بحرمان الوارث، فمن الثلث.

الثالث: انّه لابدّ فی الاجارة (اذا کان تعیین المنفعة بالمدة) تعیین المدّة. فمثل تقدیرها بقدوم الحاج او ارتفاع المحصول و نحو ذلک، لاینفع. و یبطل الاجارة بسبب

الجهالة. و ظاهر **التذكرة** انّه اجماع العلماء.

الرابع: انّه لاتحديد فيجوز بلحظة و بالف سنـة و باكثر، وان كان فى حال المرض. نظراً الى الاستصحـاب، سيّما مع القول بعـدم البطلان بالموت كمـاهو الاظهر. و الظاهـر انّه لاخلاف فيه بيـ الاصحاب. و ادّعى فى **التذكرة** اجماع علمائنا.

الخامس: كمايجوز الوصية بالعين، يجوز بالمنفعـة ايضاً مادام عمر الوصى له، او مادام بقاء العين، او فـى مدة معينة مع اعتبار الثلـث فى الجميع. و فى كيفية معـرفته تفصيل مذكور فى محلّه ليس هنا مقام ذكره.

اذا تمهّد هذا فلنرجـع الى الكلام فى المسألة فنخصّ البحث اولاً بما ذكره العلّامة ثم نتكلّم فى اصل المسألة. فنقول: لو اوصى لاحد بسكنى داره سنةً ثمّ آجرها سنة لم ينفسخ، اى الوصية. اذا الاجارة ليست مما يدلّ على الفسخ بل يجامع الوصية كما ذكروه فى اجارة العبد والامة المـوصى بهما. لكن ان مات و لمّـا يتم مدة الاجارة، فهل يبطـل الوصية؟ ام لابل يصح ويستـانف سنةً جديـدة للموصى له بعـد انقضاء مدة الاجارة ؟ فيـه و جهان. اختار ثانيهما العلّامة و ولده فى **الايضاح** مستدلاً بان الموصى له مستحق لمنفعة سنة و لم يمكن ابطال الاجارة فكان له بعدها، ولانّ الوصية تناول سنة مطلقة وانّما اوجبنا السنة الاولى مبـادرة الى توفية حقـه فاذا منع مانـع، اعطى سنة غيـرها. بخلاف الاجارة فـانّها تقتضى الاتصال بـالعقد والّا بطلت، لعدم تعيين مبـدئها، هذا خلف. ولانّه لامنـافاة بين الاجارة المعينة و الوصية المطلقة فلايدلّ على الرجوع، والاصل عدمه.

و استدلّ للوجه الاول بـاقتضاء اطلاق الوصية سنة متصلة بالمـوت. و لهذا وجب على الوارث تسليمها اليه بعد الموت على الفور مـع عدم المانع، ولايتخير السنة بعينها[1] وهى قد استحقـت لغيره، فيبطل. قـال: والاصح الاول[2] و نمنع اقتضـاء الوصية السنـة الاولى بعينها. فعلى الوجه الثانى لوانقضت مدّة الاجارة قبل انقضاء سنة من يوم الموت، فمنفعة بقية السنـة للموصى لـه. و يبطل الـوصية فى مـا مضى. و ان انقضت بعـدسنة مـن يوم الموت، بطل الوصية. لانّ الوصية تناولت منفعة السنة الاولى فاذا صرفت الى غيره بطلت الوصية.

١: و فى النسخة: سنة بعينها. - و فى الايضاح نسخة كوشانپور: سنة تعيينها.

٢: اى: قال الفخر: والاصح الاول. - و مراده من الاول، الاول فى كلامه، الذى هـوالوجه الثانى فى كلام المصنف. و هو عدم البطلان.

قال: و هذا الاحتمال ضعيف. و يتفرع على الوجهين انّه لولم يكن أجرها الموصى ولم يسلّم الوارث الى الموصى له بلاعذر و مضت سنة، فعلى الوجه الاول يسلم الى الموصى له سنة اخرى، و على الوجه الثانى يغرم الوارث منفعة السنة. و اصل المسألة مبنىً على انّ الاجارة لاتبطل بموت الموجر، و هوالمختار عندالمصنف و عندى. انتهى كلامه(رد).

اقول: و حاصل المسألة: انّه لو حصل وصية بمنفعة عين فى سنة لاحد و اجارة لهذه العين المشخصة مع تقدم الوصية على الاجارة، فالاجارة صحيحة ولايضرّبها الموت فى اثناء المدة، على الاظهر. و كذلك لاينافى الاجارة الوصية ولابوجب فسخ الوصية (كالبيع و الهبة). لكنه هل يبقى الوصية بحالها ان مات قبل انقضاء مدة الاجارة ام لا؟ فيه و جهان مبنيان على ان الوصية بمنفعة سنة مطلقة، هل ينصرف الى عام أوّل الموت؟ او مطلق يجوز للوارث تسليمها فى اى عام ؟. فعلى الاول: فهل يبطل اثره بترك الفور اويجوز الاتيان به فى السنوات الاتية و ان عصى بالتأخير.

والتحقيق فى المسألة مختارهما(ره) من عدم الفورية. اذ المطلق لايدلّ على المقيد. فلابد من الوفاء بمقتضى الاجارة اولاً سواء كان تعيّن مبدأ مدتها بسبب الاطلاق و انصرافه الى حين صدور الصيغة كما هوالاظهر الاشهر او بتعيين الموجر. و امّا ما ذكره للوجه الثانى من بطلان الوصية لو لم يصادف حين الموت من وجوب الفور فى العمل بالوصية، فغايته تسليم الفورية، و هو لايستلزم انتفاء الوجوب فى الآن الثانى. و التحقيق منع الفورية. فينبغى تقديم الاجارة و تتميمها، ثم العمل على مقتضى الوصية. و فروع المسألة واضحة.

والذى كان ينبغى التعرض له «ما لو صرح فى الوصية بالسنة الاولى بعدالموت». و بعد تحقيق الكلام فيه يظهر الكلام فى اصل المسألة التى سُئل 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 فى تتمة المدة. كما لو تلف العين المستاجرة فى اثناء المدة، او تعذّر الانتفاع بها راساً. فان الموت قبل انقضاء المدّه كاشفة عن عدم كونه مالكاً لهذه المنفعة حين الاجارة. ولاينافى ذلك ما ذكرنا فى المقدمات من عدم منافات الاجارة للوصية، بل ذلك يحقّق ما نحن فيه. اذ معنى قولهم «انّ الاجارة لاينافى الوصية، انّ الوصية باقية بحالها وليس [ت] من باب البيع و الهبة و العتق.

فكون مقتضى ذلك بقاء الوصية معناه لزوم العمل بالوصية. و مع العمل بها لايمكن

بقاء الاجارة بحالها فـي تمام المدة. لانها اجارة فى مال الغير فى نفـس الامر. فغاية الامر تعارض السببيـن، ولا دليل على تقديـم مقتضى الاجارة، سيمـا مع ظنّه بقاءه الـى زمان انقضاء الاجارة ان فرض[1] موته فى اثنـائها بغتة. و مقتضى الجمع بين الـدليلين و العمل بمقتضى السببين تصحيح الاجارة الى زمان الموت و ابطالها ما بعدالموت، الّا مع اجازة الموصى له لتمامهـا. ان قلنا بعدم اشتراط وجود المجيز حين العقد فـي الفضولى، كما هوالاقوى.[2]

و هذا مع امكان الاجـازة، و قد لايمكن الاجازة. كما لو اوصى ببيعه بعـدالموت و صرفه فى استيجار العبادات. اذلم يمكن للموصى الاجازة بوجه من الوجوه.

و ايضاً: هذا من قبيل اجارة الولى مال الصنير فى زمان لايعلم حصول البلوغ فى اثنائه. فانّهم ذكروا: انّه لو آجر الولى فى زمان يحصل القطع ببلوغه بالسنّ قبل انقضائها- كما لو آجر ملك من له عشر سنين، فى عشريـن سنة- فيبطل فى الزايد، فيحصل خيار التبعض فى الباقى. و امّا لو آجره فى زمان لايقطع ببلوغه قبل اتمامه بالسن، لكن يحتمل حصوله فى اثنائه بالانبات، او الاحتلام، فالاصل [انّ] الاجارة صحيحـة فى ظاهر الحال. نظراً الى الاستصحاب. و اما استمرارها بعدالبلوغ: ففيه و جهان. فعن الشيخ فى **الخلاف** انّها تبقى بحالها. لانّه تصرف من الولى على وجه المصلحة، فيلزم و يستصحب اللزوم. كما لو زوّجه ثم بلغ، اوباع داره كذلك.

والوجه الثانى انفساخها فى الزائد، قال فى **التذكرة**: «و هوالمعتمد عندنا، الّا ان يجيز الصبى بعدالبلوغ فيلزم. لانّا بيّنا انّه قد زاد على مدة ولايته و قد تصرف فى منافع لايملك التصرف فيهـا ولا ولاية عليه فيهـا، شبيه مااذا عقّد عليـه بعدالبلوغ» وحينئذنقول: ان زمان الاجارة فى المثال ممايمكن حصول الموت قبل انقضائها، و يكون الموت كاشفاً عن عدم تسلطه على منفعته فـى هذا الزمان لاجل الوصية. فيصح قبـل الموت دون ما بعده، وان كان[3] الموصـى به منفعة العيـن مادامت باقيـة. فلايمكن استيفـاء مدة الاجارة ممـابقى بعدالموت. وليس هذا من باب انتقال المال الـى الوارث (حيث لاينافى بقاء الاجارة على الاصح فينقل العين الى الوارث و يبقى الاجارة بحالها). بخلاف ما لو اوصى بمنفعة السنة

١: و في النسخة: و ان فرض.

٢: راجع **المسأله** المشروحة المفصلة «البيع الفضولى» فى اواخر كتاب التجارة من المجلد الثانى.

٣: فى النسخة: فان كان..

الاولی و ما بعدها. فانّ الموصی [به] لیس من مال الوارث.

اذا عرفت هذا فنرجع الی اصل المسألة و هو الوصیة بالعین. و هیهنا ایضاً لابدّ من التفصیل: فان کان الوصیة بنقل الملک الی غیره حین الموت، فهولا ینافی صحة الاجارة، فانه یصح وصیة العین لاحد و ایجارها لاخر، مع موته قبل الانقضاء. لجواز الجمع بین الحقین. امّا لو اوصی ببیع الملک بعدالموت و صرفه فی استیجار الصوم و الصلوة حیث یعلم انّ مراده ذلک، فلا. خصوصاً ان طال مدة الاجاره ولم یکن للخالیة عن المنافع قیمة یعتدبها.

و امّا شرط خیار فسخ الوصی فی ضمن عقدالاجارة: فهو وان کان یوهم بطلان الاجارة من اصلها (لجهالة الشرط بسبب جهالة وقت الموت. و جهالة الشرط مستلزمة لفساد العقد) ولکنه لیس کذلک. امّا اولاً: فلاحتمال تطرّق الاشکال فی ضرر الجهالة فی الشرط فی المعاملات المحاباتیة- کماهو مورد السؤال- لانّ دلیله امّا الاجماع، او لزوم السفه. و کلا هما [ممنوع] فی محل المحاباتیات. و اما ثانیاً: فلانّ الظاهر انّ الموصی حسب انّ الاجارة لازم من قبله ولایصح جعل الخیار لنفسه لکونه میتاً، ح. فجعل الخیار للوصی. و مراده من ذلک التحرز عن عدم تاثیر الوصیة و امضائها حین الموت بسبب عقد الاجارة اللازمة من باب الحیلة الشرعیة، ولم یفهم انّه لاحاجة الی ذلک فی مثل مالوکان مراده فی الوصیة ان یصرف العین الموصی بها ببیعها بقیمتها الواقعیة فی السنة الاولی فی ما اوصی له. یعنی عدم سقوط ما ینزل قیمتها بسبب بقاء مدة الاجارة.

و مثل ما لو اوصی بمنفعتها فی السنة الاولی و ما بعدها لبطلانها بالذات بسبب الموت ح. فلیس لاحد ان یقول: شرط الفسخ معناه انّ له الخیار فی الفسخ و عدمه، و هذا قرینة علی عدم ارادته بیعه فی السنة الاولی حتی ینا فی بقاء الاجارة. فمقتضی ذلک انّه لولم یفسخ تبقی الاجارة بحالها. و مقتضی عدم منافات الاجارة للوصیة ابقاء الاجارة بحالها الی تمام مدتها.

لانّا نقول: معنی هذا الشرط انّه لیس للمستاجر دعوی بقاء الاجارة و لزومها له، بل الامر للموصی له. لا بمعنی انّه مختار فی الفسخ والابقاء. بل بمعنی انّه لیس للمستاجر حق فیها، و ان کان یجب علی الوصی البیع. و الحاصل: انّ المراد انّه لیس هناک اجارة و الامر بیدالوصی یعمل بمقتضی الوصیة، لان یکون اجارة ولکن الخیرة بیدالوصی فی ابقائها و فسخها. فتامّل جداً حتی تعرف المراد. و کیف کان فهذا الشرط لغو وجوده

کعدمه لامحل له هنا. لا انّه یمکن الشرط الصحیح ولکن [هو جعله] علی‌الوجه الفاسد، بل هوراجع الی تحصیل الحاصل و هو محال.

و هذا کله مع تقدم‌الوصیة علی الاجارة. و اما مع تقدیم الاجارة فلا یصح‌الوصیة بماینا فیها، الّا مع اجازة المستاجر، بناءً علی صحة الفضولی فیها (کما هوالاظهر). و هذا کله مع تعیین مدّة الاجارة بالشهور والایّام. و امّا تفسیر «السنوات» برفع ثلثین محصولاً: فهو باطل للجهالة، کقدوم الحاج و رواح القافلة. لاختلاف رفع‌المحصول بسبب حرارة الهوی و برودتها، و حصول الموانع من الحصاد و الجذاذ و غیر ذلک. فهو تفسیر مجهول بمجهول، و بجهالته یبطل العقد.

۱۵۵: سؤال: شخصی دیگر در کربلا فوت شده، و وارثی چند در وطن داشته، شخص مزبور در سه یوم قبل از فوت وصیتی کرده و به جهت هر یک از وراث 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 می‌رسد که به وراث آن پسر متوفی بدهند؟ یا آنکه چون پانزده ساعت قبل [از پدر] فوت شده به آن چیزی از وصیت نمی‌رسد و مال سایر ورثه است ؟ و همچنین آیا از برای این پسر متوفی شده، حصه از مال پدر متوفی می‌باشد یا نه؟

جواب: هرگاه موصی وصیتی کرده از برای احد وراث، و قرینه نباشد بر اینکه مقصود همان فرزند باشد نه اولاد او، و آن وارث قبل از موصی بمیرد، و موصی هم از وصیت خود رجوع[نـ] کرده بود، آن موصی به، منتقل می‌شود به وارث آن موصی له هرگاه وارث خاصی دارد. چنانکه حق قبول هم منتقل به او می‌شود، علی الاشهر الاظهر. و اما 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] مثلاً خود را مستطیعه دانسته تدارک 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 اینکه «سیصد تومان از مال من به فقرای عوام و سادات بالسویة باید برسد. و اگر به مکه نرسیدم حجّه از برای من گرفته شود. و تتمه را، ثلث آن را سی سال صوم و صلات از برای من بگیرند، و نعش مرا به نجف ببرند، و تتمهٔ ثلث را به فقرا برسانند، و باقی مال وارث است».

آن ضعیفه به سفر مکه کـه رفت مشرف شد و برگشت. و بعد از دو سه مـاه که گذشت بنای او چنیـن شد که دو طاق آب و ملـک در دو قنات داشت یکـی دایر و یکی بایـر، که قیمت اینها مبلغ سیصد و پنجاه تومان می‌شود، وقف نموده باشد؛ به این نحو که مداخل آنها به مصارف فقرا برسد، که تولیت آن تا حیات آن باقی است با خود باشد، و بعد از فوت او با بـرادر و شوهر او بـاشد، بعـد از فوت آن دو نفر بـا حاکم شـرع باشـد. در آن اوقات فی‌الجمله 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 مبادا بعد فقیر شود از دو عالم مجتهد این مسأله را تحقیق نمود که «هرگـاه دو طاق آب و ملک بیسـت تومان مثلاً منـافع داشته بـاشد هیجده تـومان آن را می‌توانـد حق‌التولیه از بـرای خود قرار دهد یـا نه» ؟ آن دو نفر مجتهد تجـویز کرده بودند و از ایـن قرار صیغه را جاری کرده بـوده است. و بعد از چند روزی ایـن مسأله را از مجتهد دیگر سؤال کرده بـودند آن مجتهد گفته بوده است که «حق التـولیه که به اینقدر بـاشد، صحیـح نیست.». آمـده بودنـد و به آن ضعیفـه گفته بـودند کـه «فلان مجتهـد حق‌التولیهٔ چنینی را صحیح نمی‌داند. شما راضی هستید که اگر این وقف صحیح نباشد این آب و ملـک را به ما ببخشـی که بعد از فوت تـو ما به مصـارف خیرات تو رسـانیم»؟. ضعیفه گفت «غرض من این است که این تنخواه به فقرا برسد» و ساکت شد.

و در روزی که این دو طاق آب و ملک [را] وقف کرد این وصیت را هم کرد که «ثلث مال مرا به این مصرف برسانید، و جنازهٔ مرا بـه نجف اشرف برسانید، وسی سال صوم و صلات از برای من بگیرید، و تتمهٔ ثلث را به فقرا بدهید». و از وصیت سابق هیچ حرف نزده بود. و بعد از چند روزی ضعیفـه فوت شد. در این صـورت آن وقف صحیح است یـا نه ؟ و آن وصیت اول با وجـود این دخل و تصرفـات به جا می‌مانـد یا نه ؟ و هرگـاه وقف صحیح نباشد بـه وصیت اول باید عمـل کرد یا نه ؟ و اگـر وقف صحیح باشـد در آن یک طاق قنات بایر هم صحیح است یا نه؟

جواب: اولاً موصی حـاکم شرع [را که] وصی نمـوده، معلوم نیست. اگر حـاکم شرع معینی است خوب است، والا پس وصی تعیین نکـرده، و در آنوقت ولایت و اختیار وصایت با حاکم شرع اسـت هرکی [را] او بخواهد او باشد. و ثانیاً مـراد از اینکه «سیصد تومان از مال من باید به فقرای سادات و عو ام بالسویـه برسد» هم معلوم نیست. هرچند ظاهر این

است که نصف سیصد تومان به طایفهٔ سادات و نصف دیگر به عوام. یعنی حصهٔ هر یک از دو صنف مساوی دیگری باشد هرچند عدد اشخاص هر یک مساوی دیگری نباشد. و همچنین نباید به هر یک از اشخاص هر صنف مساوی باقی اشخاص همان صنف داد.

ولکن معلوم نیست که مراد این است که حق هر یک 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 اینصورت از اصل مال وضع می‌شود (نه [از] خصوص ثلث) مثل حجةالاسلام اگر نمی‌کرد. و یا اینکه محض تبرع است؟ پس اگر قرینه بر مراد باشد، باید تبعیت آن کرد. و اگر مراد به هیچوجه معلوم نباشد، ظاهر این است که قول و ا ر ث 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 می‌شود.

و اما ثلثی که بعد از این وصیت، [وصیت] کرده که به مصرف صوم و صلات 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 صلات واجبه شود، و بعد از آن به تبرعات.

و همچنین 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 می‌گفت که «ثلث مرا» یا «ثلثی که متعلق است به من» یا «ثلثی که وصیت من در آن نافذ است»، در اینصورت این وصیت دوم رافع لزوم اول می‌شد، اگرچه رافع صحت آن نبود با امضای وارث.

و اما حکایت وقف کردن آن دو طاق آب ناسخ وصیت قبل نمی‌شود، و آن هم صحیح و ممضی است هرچند یک طاق بایر باشد و نفع بالفعل نداشته، چون قابل تعمیر و آباد کردن است- مثل اینکه کرهٔ اسبی یا گوساله [ای] وقف کرده که بعد از بزرگ شدن انتفاع حاصل می‌شود.

و اما قرار دادن اکثر منافع به جهت حق‌التولیهٔ خودش، اگرچه در نظر حقیر مشکل است، ولکن چون مفروض این است که به تقلید دو مجتهد کرده، حکم به بطلان آن نمی‌کنیم هرگاه صیغه خوانده و قصد قبض را هم کرده، و آن گفتگوها که با ضعیفه شده

در باب نقل مخالفت مجتهد ثالث و خواهش کردن هبه ازاو که بعد از وفات به مصرف خیر او برسانند، با سکوت ضعیفه عیبی به وقف او نمی‌کند. و نقصی به آن نمی‌رسد و این تصرفات وقف کردن ملک، و تجدید وصیت، منشاء رفع حکم وصیت سابقه نمی‌شود.

۱۵۷: سؤال: هرگاه وصیت کند زید به این نحو که «اولاد من در حینی که قسمت اموال من کنند رسدی هم به نبیرهٔ من بدهند، و ثلث مال مرا خرج من کنند». آیا نبیره را چه باید داد؟ و ثلث را خرج چه باید کرد؟

جواب: اگر لفظ «رسد» در عرف به «حصه» تعبیر می‌شود مانند «بهره» در عجمی، و «قسط» و «حظ» و «نصیب» در عربی، بیانی از برای آنها در شرع وارد نشده- چنانکه از برای لفظ «جزء» و شیئ» و «سهم» وارد شده- ولکن دور نیست که بگوئیم که در اینجا به قرینهٔ مقام می‌فهمیم که رسدی مثل رسد یکی از اولاد مراد باشد، اگر ذکور است موافق ذکور و اگر اناث است موافق اناث. بخلاف اینکه هرگاه بگوید «بهره‌ای از مال من، یا نصیبی از مال من از برای آن نبیره باشد»که در اینجا مبهم است و حکایت قسمت کردن میراث مذکور نیست. و حکم مبهم آن است که در تفسیر آن رجوع به وارث می‌شود، و اگر وارث هم چیزی نداند یا صغیر باشد، اقل محتمل را می‌دهند. و در صورت مخالفت، قول وارث مقدم است. و هرگاه موصی له تعیین قدری کند و وارث انکار کند و موصی له بر او دعوی علم کند، تسلط «قسم نفی العلم»ی دارد.

و به هر حال آنچه قرار یافت که حق نبیره باشد، در ثلث مال معتبر است. و هرگاه زاید بر ثلث باشد موقوف است به امضای وارث.

امّا اینکه 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 اُخری 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[1] به اجازهٔ 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 روزهٔ واجبه نیز نباشد. والّا پس واجبات مالیه مقدم است

۱: یعنی: و در رسد نبیره موقوف می‌شود به اجازهٔ وارث.

بر وصایای مطلق. خـواه وصیتی به واجب بدنی باشد یا تبرعـی. بلکه خواه وصیت کرده باشد یـا نه. و خواه وصیت را در ثلـث کرده باشد یـا مطلق. و همچنین واجبات بـدنیه و تبرعیه علی الاظهر.

و اشکال در این مقام هست که: هرگاه چند وصیت تبـرعیه بکند به ترتیب در ذکر، آیا هرگاه اولی مستوعب ثلث باشد وصیت بعـد از آن ناسخ آن می‌شود- بالتمام اگر آن هم به قدر ثلـث باشد یا بـه قدری که مسـاوی آن باشد هـرگاه کمتر از ثلث بـاشد-؟ یا نـاسخ نمی‌شود؟. یا آنکه فرقی مابین الفاظ هست؟.

فنقول: ان قال «اعطوا زیـداً ثلثاً، و اعطوا عمر واً ثلثـاً»، فالقاعدة تقتضـی لزوم العمل بالوصیـة الاولی لصحتها و مصادفتها محـل النفوذ. کماورد فی الشریعـة «انّ وصیته فی الثلث لایتوقف علی اجازة الوارث». و طروّ وصیة اخری بعدها لایغیّر حکمها. کمالوباع ماله من زیـد ثم بـاعه مـن عمرو. لان المفـروض ان کل واحـد من الجملتیـن تامـة مستقلة، ولاینتظر آخرالکلام. بخلاف مالوقال «اعطـوا زیداً و عمروا کذا». ویستفاد ذلک من **روایـة** حمران[1] ایضاً. فلاوجه لکون الجملة الثانیة ناسخة للاولی، ولکن لاینافی ذلک بقاء الجملة الثانیة ایضاً علی الصحة، بمقتضی العموم. غایتها کونها متزلزلة موقوفة علی امضاء الورثة، فان اجازوها لزمت، والا بطلت.

و کذلـک الکلام لوقال «اعطـوا زیداً ثلثاً و عمـرواً ربعاً و بکراً سـدساً». و کذلک لـوقال «اعطوا زیداً نصفاً و عمرواً ربعاً». بل و لوقال «اعطوا زیداً جمیع‌المال و عمرواً نصفاً اوثلثاً) و هکذا... و کذلـک اذالم یذکر شیئاً من الکسـور و قال «اعطوا فلاناً بقدر نصیـب فلان من المیراث- او عشرة دنانیر» و امثال ذلک. اذیمکن مطابقتها للکسور بعدالحساب. اما لوقال «اعطوا زیـداً ثلثی» او «ثلثی الذی یتعلـق بی» او «الثلث الـذی ینفذفیه وصیتی» ثـم قال «اعطـوا عمروا الثلـث» بالصفـة المذکـورة: فیکون الثـانیة نـاسخة لـلاولی. لان الثلـث الموصوف لیس الاامراً واحداً. فهی بمنزلة ان یقـول «اعطوا ضیعتی الفلانیة زیداً» ثم قال «اعطوها عمروا».

و قد نسبه فی **التحریر** الی علمائنا ولکـن جعل فیه نظراً. و کذلک استشکـل فیه فی **القواعد**. و لعله لانّ مجـرد اضافته الـی نفسه لایقتضی الرجـوع. لان جمیع مالـه مادام

۱: وسائل: ج ۱۳، احکام الوصایا، باب ۶۶ح ۱.

حیاله. و انما یخرج عن ملکه بعدالموت. وردّه فی **المسالک** بان خصوص هذه الاضافة قرینة علی الرجوع، و قدیتوهم ان لفظ «ثلث مالی» ایضا بمنزلة «ثلثی» و ما فی معناه. ولیس کذلک، اذ ضمیر المتکلم مضاف الیه للمالک. لالثلث المال. مثل «حبة رمانی» اذا کان له رمان و اراد حبة. لاماکان له حبة من دون ان یکون له رمان. غایة الامر احتمال الامرین، و مع الشک لایرجع عن الیقین.

والحاصل: ان البالغ العاقل یجوزان یوصی بماله کیف یشاء، و المیراث انما هو بعدالوصیة،بنص الکتاب والسنة.غایة الامرانه یثبت ان لزومه فی مازاد علی الثلث موقوف علی اجازة الوارث. و اما صحتها فکلّا. فالاصل فی الوصایا المستقّله المتتابعة، صحتها جمیعاً و ان کان للاجازة مدخلیة فی اللزوم فی الجملة. و اما بطلان بعضها و منسوخیتها: فیتوقف علی الدلالة، کما هی موجودة فی المثال المتقدم، اعنی قوله «اعطوا زیداً ثلثی- او مافی معناه- و اعطوا عمرواً کذلک».

و قال فی **المسالک**: «لوقال لزید ثلث» ثم قال «اعطوا عمرواً ثلثی»، کان ناسخاً للاول. ولو عکس فقال «اعطوا زیداً ثلثی» ثم قال «اعطوا عمرواً ثلثاً»، لم یکن الثانی ناسخاً للاول. ثم قال ما حاصله انه لو وجدت قرینة خارجیة فیتبع. یعنی فی مثل هذین المثالین الذین ذکرهما لوجود القرینة و عدمها. و نظره الی ان اضافة الثلث الی نفسه (المقتضیة لاختصاصه به، انّما هوالثلث الذی له امضاؤه بدون توقف علی شئ آخر) قرینة علی رجوعه عن الوصیة الاولی. اذالوصیة الاولی و ان کانت مقتضیة باستقلالها و تمام الکلام فیها اصابتها مخبرها و مصادفتها محل النفوذ، لکن لاوقع ذلک النفوذ من باب الاتفاق لاجل و قوعها فی ابتداء الوصایا. فهذا نفوذ تبعی غیر مقصود با لذات.[1]

امّا الوصیة الثانیة لعمرو فانّما قصد فیها ان یکون هی بالخصوص ما یقتضی النفوذ بذاتها من دون توقف علی شیئ. فکانّه قال «اسقطت ماحصل من جهة الابتداء بالوصیة الاولی من النفوذ و جعلت النفوذ الذی لایتوقف علی اجازة الوارث فی الثانیة». فیکون [کونه] ناسخاً للاولی، اقوی.

ویرد علیه: انّ غایة ذلک اسقاط النفوذ، ولکنه لایسقط اصل الصحة بوقوفه علی اجازة الوارث. اذظاهر کلامه (ره) انّه یسلّم کون الوصیة الاولی لابشرط کون النفوذ تبعیاً، فالذی یرفعه الوصیة الثانیه هو مقتضی ابتدائیة الاولی من النفوذ لابشرط. و امّا النفوذ بشرط امضاء الوارث فکلّا. ولایرد ان یقال «انتفاء اللازم مستلزم لانتفاء الملزوم سواء کان اللازم

۱- این سطر مبهم است.

اعم من الملـزوم او مساوياً له». اذ ذلک انّما يسلـم فی‌اللوازم الذاتية و عدم‌التـوقف على اجازةالـورثه فی‌المطلـق من اللـوازم الاتفاقية. وان شئـت فقل: انه لازم لـه مالـم يجئى المنافی، لامطلقـا. فالوصية الثـانية انّما يرفع‌الـلازم و يبقى الاولى على حـالها صحيحة موقوفة على الاجازة.

مع انّ ما ذكره فی‌الوصيةالثانية انّهاليست بناسخة للاولى لاينافی كونه قائلاً بصحتها لكنهـا موقـوفة علـى‌الاجـازة، بل‌الظـاهـر انّه يقـول بها. و كـذلـک اذا تقدم‌المطلـق و تأخرالمقيـد. و الحاصل ان‌المطلق المبتـدء فی‌الذكر قـابل للمقيد و غيره لكنـه يحمل علـى‌المقيد مـالم يظهـر منـاف له. و ان جـاء‌المقيد بعـده فيـرتفع حكـم لزوم‌الحمـل على‌المقيد و يبقى حكم الاطلاق فی‌الجمله (و هو صحة الوصية) موقوفة على‌الاجازة. اذلا منافات بين‌المطلق و المقيد رأساً حتى يسقط حكم‌المطلق مطلقا.

ثم: ان ما ذكـره (ره) اخيراً من لـزوم اتباع القرينـةالمخرجـة عن مقتضى مـا اقتضته القرينـة فی‌المثاليـن المذكـورين، اراد انّ اضافـة الثلث الى نفسـه و ان كان مقتضـاها الناسخية فی الصورة الاولى[1]، فهوليس بمطّرد. اذقد يتخلّـف بسبب بعض العوارض. مثل ان نفرض المـوصی معتقـداً بانّ ثلـث‌المال له لاجـل ان يصرف فـی مصارف نفسـه وانّه هوالثلث الذی يتعلق به فيقول «اعطوا زيداً ثلثـاً و اصرفوا ثلثی فی مصارفی»، و يعتقد انّ ساير وصاياه ايضاً ماضية بدون اجازةالـوارث. ولم يفهم انّ المراد من الثلث المتعلق به انّه ماينفذ تصرفه فيه بدون اجازة الوارث كائنـاً ماكان، ولاينفذ فی غيره بدون اجازةالوارث. فحينئذ لايكـون الوصيةالثـانية ناسخـة للاولى فـی‌المثال الاول على معتقـده، وان كان مقتضى اطلاق اللفظ ذلک.

و كذلـک فی صورةالعكس لـواعتقد انّ الوصيـة بالثلث المطلـق بعدالوصية بـالثلث المتعلق به رجوع عن الاول يكون ناسخاً. فلو علم حال الموصی فی‌المقامين على ماذكرنا فهذ ان من العوارض والامور الخارجية التی اوجب الخروج عن مقتضى القرينه التی جعلها معياراً للفسخ فی‌الصورة الا ولـی، والقرينة التی[2] جعلها معياراً لعدمه فـی‌الصورة الثانية. ولكن هذا خارج عن اللفظ.

١: وهی تقدم المطلق و تاخرالمقيد.

٢: ای: اوجب الخروج عن مقتضى القرينة التی جعلها معياراً لعدمه...

ثم انّه: حکی [عن] المحقق الشیخ علی(ره) انّه بنی المسألة علی اصل آخر، و قال بانّ الثانیة ناسخة للاولی اذا اطلق الثلث فیها. فاذا قال «اوصیت لزید بثلث و لعمر و بثلث» فیکون الثانی ناسخاً للاول فیقدم. و اولی منه مالوقال «ثلث مالی». ثم فرّع علیه انه لواوصی لزید بثلث و لعمرو بربع و لخالد بسدس، و انتفت القرائن، انّ یکون الوصیة الاخیرة رافعة للاولی. مع اعترافه بانه مخالف لما صرح به جمیع الاصحاب. و الحاصل له علی ذلک ما فهمه من انّ اطلاق الوصیة محمول علی النافذة. لان الاصل فی الوصیة ان یکون نافذة فیجب حملها علی ما یقتضی النفوذ، بحسب الامکان. و انما یکون الثانیة نافذة اذا کان متعلقها هو الثلث الذی یجوز للمریض الوصیة به، فیجب حملها علیه. کما یجب حمل اطلاق بیع الشریک النصف علی استحقاقه، و حملاً للبیع علی معناه الحقیقی.

ثم رده بانّ الاطلاق فی الوصیة و غیرها من العقود انما یحمل علی الصحیحة. اما النافذة بحیث لایترتب علیه فسخ بوجه فلا اعتبار به قطعاً. الاتری ان الوصیة بجمیع المال یوصف بالصحة مع وقوف مازاد علی الثلث علی الاجازة. و کذلک فی البیع بالخیار. و اما المثال المذکور لبیع الشریک و انه محمول علی استحقاقه فلایؤثرهنا. للفرق بینه و بین المشاع. لان جمیع الترکة مستحقة للموصی حال حیاته اجماعاً فقد اوصی بما یستحقه.

اقول: والاخر[1] کما ذکره فی الرد. و یلزمه ایضا[2] القول بان الثانی ناسخ لوقال «اعطوا زیداً ثلثی و عمروا ثلثاً». و التحقیق ما حققناه. و للشیخ(ره) هنا اضطراب فی فتاویه و تخالف لانطیل بذکره. و ان شئت الاطلاع علیه فراجع **المسالک**.

۱۵۸ : سؤال: موصی وصیت کرده که ثلث مال مرا به مصارف واجب و مستحب برسانید، و وصی حاضر نبوده، بعد از موت موصی وصی مطلع شده که چنین وصیت کرده، و وصی یقین می‌داند که واجب بر ذمهٔ موصی زیاده از ثلث است، حال تکلیف وصی در صرف ثلث است به امر واجب؟ یا آنکه موافق وصیت به آن عمل باید بکند؟

و عرض دیگر اینکه: [شخصی] وصیت کرده که مبلغ معینی را صرف واجب و مبلغ

۱: کذا. و لعله «والحق» او «والاصح».

۲: تقویة و تتمة لما ذکره فی الرد.

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

جواب: اگر آن واجب واجب مالی است (مثل دین و زکات و خمس و امثال اینها) و زاید بر ثلث است، ثلث را تمام به مصرف آنها می‌رساند. و اگر وفا نکند از اصل مال تمام می‌کند، و برای مستحب چیزی نمی‌ماند، مگر وارث اجازه کند. و اگر واجب بدنی باشد مثل نماز و روزه، پس اظهر این است که هرگاه ثلث زاید بر آن نباشد تمام ثلث را به مصرف آن می‌رساند، و از برای مستحب چیزی نمی‌ماند. و اگر زاید باشد اول واجب را به جا می‌آورد و تتمه را صرف مستحب می‌کند. و در اینجا واجب از اصل مال اخراج نمی‌شود هرگاه ثلث وفا نمی‌کند.

و از اینجا ظاهر می‌شود حکم آنکه مالی و بدنی (هر دو) باشد که باز بدنی تعلق به ثلث دارد و از اصل در نمی‌رود و مالی از اصل تمام می‌شود هرگاه ثلث به آن وفا نمی‌کند. و باید دانست که حج واجب حکم آن حکم واجب مالی است، هرچند بدن هم در آن شریک است.

و حکم مسألهٔ ثانیه از مسألهٔ سابقه معلوم می‌شود. زیرا که واجب اگر مالی است از اصل مال بیرون می‌رود هرچند زاید بر ثلث باشد، و هرچند تمام مال باشد. پس اگر بعد از وضع آن چیزی می‌ماند باید ملاحظه کرد که آن قدر که برای مستحب تعیین کرده هرگاه زاید بر ثلث باقیمانده نیست بیرون می‌کنند. و هرگاه زاید باشد، در قدر زاید موقوف است به اجازهٔ وارث. و هرگاه آن واجب بدنی باشد، پس وصیت به آن نیز در ثلث معتبر است مثل مستحب. ولکن در اینصورت باز اظهر لزوم تقدیم واجب است بر مستحب هرگاه ثلث زائد بر قدر واجب است و مستحب را از تتمهٔ ثلث به قدر ممکن اخراج می‌کنند والا فلا. مگر به اجازهٔ وارث.

۱۵۹: سؤال: در وصی عدالت شرط است یا نه ؟ و علم موصی به مسأله یا به حال او و عدم علمش تفاوتی دارد یا نه؟

جواب: اظهر و اشهر اشتراط عدالت است در وصی. و همچنین اشهر و اظهر این است که هرگاه شخص عادلی را وصی کند و بعد از آن فسق او ظاهر شود، باز وصایت باطل می‌شود و معزول می‌شود. و اظهر این است که عزل مشروط به حکم حاکم هم نیست.

خصوصاً هرگاه به سبب اعتقاد به عدالت او را وصـی کرده باشد. هرچند قائل به اشتراط عدالت در وصی هم نباشیم. و اما جهل به مسأله: پس بسبب آن فرقی حاصل نمی‌شود.

مربوط به آخر سطر شانزدهم هفت صفحه قبل است **(۳۰۸)**

که صوم و صلوة مقدم است واجب است حتی بر سیصد تومان هم بنابر اینکه از باب تبرع باشد و آنچه از وصایای مذکور زاید بر ثلث باشد موقوفست به امضای ورثه و این به جهت اینست

مربوط به مسأله ۲۸۳ صد و چهل و دو صفحه بعد است **(۴۵۶)**

۲۸۳: سؤال: هرگاه طفلی با طفل دیگر لواط کرده و فاعل همشیرهٔ مفعول راگرفته، ولکن شک داردکه حشفه داخل شده یا نه.

جواب: اظهر اینست که دخول تمام حشفه ـ یعنی تا ختنه‌گاه ـ در اینجا ضرور نیست و همینکه قلیلی از آن داخل شد منشأ حرمت می‌شود و باید تفریق کرد و اما هرگاه در آن هم شك دارد پس منشأ حرمت نمی‌شود.

کتاب‌النکاح

(من‌المجلد الاول)

۱۶۰: سؤال: هرگاه شخصی وفات یافته باشد، و وارث شرعی او منحصر به زوجهٔ غیر ذات الولد، و دختر خاله، و دختر خالو بوده باشد. و از برای شخص مذکور در مدت‌العمر با وجود اختیار نمودن چند تأهل فرزندی حاصل نشده باشد. و مدت پنج سال قبل از فوت نیز متهم به عدم قدرت بر وقاع بوده باشد، زوجهٔ مشارالیه نیز گوید که پنج شش سال است چیزی که دلالت بر حصول امکان ولد بوده باشد از آن شخص مسطوره ندیده‌ام. و مع ذلک شخص مذکور را جاریه [ای] بوده باشد که در وصیتنامچه به خط خود نوشته قید کرده باشد که «فلان جاریه آزاد است». و تاریخ وصیتنامچه مدت دو سال قبل از ظهور حمل جاریه بوده باشد. و عقدی بعد از آن واقع نشده باشد.

بعد از فوت مشارالیه از برای جاریهٔ 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 جاریهٔ مزبوره مقرّه بوده باشد که آقای من قبل از این به من دخل نکرده. و مع هذا زوجهٔ شخص مرقوم مدعیه بوده باشد که «زوجم جاریهٔ مرقومه را پنج شش سال قبل از فوت خود به عوض جاریه‌ای که به من باید [می‌داد] داده بود، و مال من بود». و بر مطلب خود پنج شش نفر مرد و زن شاهد اقامه نماید. و از زوجهٔ مذکوره سؤال شود که هرگاه 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

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 آنکه شفا یافت روزی خواست که غلام را بفروشد. من به او گفتم که تو ایشان را آزاد کرد[ه‌ا]ی. مذکور نمود که من صیغه نگفته‌ام، تو گفتی که ایشان را آزاد کن. من در جواب گفتم آزاد کردم.

و حال وارث نفی ولد مذکور را از شخص مزبور می‌نماید. و می‌گوید که این ولد از زنا بهم رسیده و از مورث ما نیست. به علت اینکه از برای مورث ما در مدت عمر ولدی حاصل نشده و در اواخر عمر خود مقر بود که قادربه‌وقاع نمی‌باشد. و زوجهٔ شخص مرقوم نفی صریح نمی‌نماید و می‌گوید من نمی‌دانم که این ولد از کیست، اما جاریه مال من است. و از زوجهٔ شخص مزبور سؤال می‌نمایند که بر فرض اینکه جاریهٔ مزبوره از تو بوده و بر تقدیر اینکه زوجت دخول کرده باشد، تو اذن دخول داده بودی که دخول نماید یا نه. مذکور می‌نماید که من اذن دخول نداده بودم، اما در میان اتراک متعارف است که زوج به هر نحو تصرف که خواهد در مال زوجه می‌نماید، اگر زوجم دخول کرده باشد او را حلال می‌نمایم. و وکیل شرعی وارث، مذکور می‌نماید که شخص مذکور هرگز به جاریهٔ مزبوره دخول ننموده و این ولد از زنا بهم رسیده.

آیا به مجرد ادعای جاریه دخول را، و عدم علم احدی به دخول، جاریهٔ مذکوره «فراش» می‌شود؟ و ولد مزبور ملحق به شخص مرقوم می‌گردد یا نه؟؟ بینّوا جمیع مراتب‌السئوال لیتحقق علینا حقایق الحال.

جواب: چون در آخر مسائل نوشته‌اند که «بینّوا جمیع مراتب‌السئوال»، امر صعوبتی بهم می‌رساند. به جهت آنکه 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 لابدمنه است. و با وجود این هر دو، فروع جمیع مراتب سؤال بسیار است. و حال و مقام مقتضی بیان آنها نیست. و اما آنچه از صورت صحیفه معلوم می‌شود که محل حاجت و مقصود سائل است بیان سه مطلب است:

مطلب اول مسأله حمل جاریه است: آنچه در نظر حقیر ظاهر می‌شود این است که

بـا قطع نظـر از اثبات حـریت و رقیـت و بـدون تکلّف اثبـات او، جاریـه مردد اسـت در نفس‌الامر، بین الامرین بـل الامورالثلاثة. یا حره است یا رقیق زوجه، یـا بر رقیت مولی باقی است. و علی ای تقدیر آن ولد ملحق به متوفی نمی‌شود. اما بر فرض حریت: پس به جهت آنکه آن محتاج است به ثبوت عقد جدیـدی از دوام یا منقطع، یا وطی به شبهه، که انتساب یکی از آنهـا به متوفی ثـابت باشد. و مفـروض خلاف این است. زیـرا که محض دعوی جاریه مثبت مدعی نیست. خصوصـاً با وجود اینکه متضمن «اقرار بر غیر» است، و وارث منکر است. خصوصاً با وجود آنکه ظاهر عبارت جاریه که گفته است که «این حمل را از آقای خود دارم» منافی دعوی حریت و عقد جدید است.

و اما بر فـرض بقا بر رقیت مولـی هم ولد ملحق بـه متوفی نمی‌شود. بـه جهت آنکه «ملک مجرد از وطی» باعث ثبوت فراش نیست، بدون خلافی از علما بلکه دعوی اجماع بر آن شده. چنانکه شهیـد ثانی(ره) در کتاب **مسالک** در کتاب لعان ادعـا نموده است. هرچند ظاهر عبارت **شرح لمعه** در کتاب لعـان موهم وجـود خلاف اسـت. و در اینکه گفتیم ملـک مجرد باعث ثبـوت فراش نیست، فـرقی نیست مـابین اینکه ممکن بـاشد حصول وطی و لحوق یا نه. چنانکه تصریـح به آن کرده‌اند. و اخباری که دلالت بر ثبوت فراش از برای جاریه دارد همگی در صورت ثبـوت و تحقق دخول است. و بر فرض ثبوت وطی هم فراش شدن جاریه محل خلاف و اشکال است. خصوصاً هرگاه آن وطی خاصی که به ثبوت رسیده و طی [ی] باشد که ممکن نباشد که این ولد از آن باشد.

و ظاهر اکثـر علما و اشهر روایات ایـن است که وطی جـاریه هم منشأ ثبـوت فراش نمی‌شود، مادامـی که اقرار مالک به ولد حـاصل نشود. هرچند مالـک اعتراف به وطی داشته باشد. لیکن تحقیـق این مقام و رفع منافات آن با حکمی کـه کرده‌اند در مبحث «احکام اولاد» به لحـوق ولد با وطی، و سایر شـرایط، محتاج است به تفصیلـی که اینجا مقام آن نیست. و به هر حال عمدهٔ فرض ما ایـن است که چون دخول بر فرض رقیت هم ثابت نیست، فـراش بودن جاریه ثابت نمـی‌شود. و ولد ملحق به متوفـی نمی‌شود. و از آنچه مذکور شد حال مسأله بر فرض رقیت آن به جهت زوجه هم معلوم می‌شود. خصوصاً با تصریح زوجه که من اذن دخولی نداده‌ام به او.

مطلب دوم مسألهٔ حـریت و رقیت جاریه است. و هـرچند که تحقیق این مسـأله به جهت لحوق ولد ثمره ندارد. چنانکه معلوم شد. لکن به جهت تعلق حق وراث به آن و غیر

آن باید معلوم شود. و امارات در اینجا متعارضند. اصل، اقتضای بقای رقیت جاریه می‌کند بر حال سابق. و وصیتنامچه اقتضای حریت او را می‌کند. و همچنین حکایت زوجه آزاد کردن غلام و کنیز را، و دعوی زوجه با شهود و بینه اقتضای مالکیت زوجه را می‌کند. و ظاهر کلام جاریه هم موافق رقیت سابقه است.

اولاً: وصیتنامچه شرعاً اعتباری ندارد. مگر اینکه به جهت حاکم یا وارث افادهٔ قطع و یقین کند به اینکه جاریه را آزاد کرده است. یعنی در صورت واقعه، عتق متحقق نشده است. و بعد از حصول یقین به آن، اگر بینهٔ زوجه مقبول نیست و مجروح است، اشکالی نیست. خصوصاً به انضمام حکایت زوجه آزاد کردن غلام و کنیز را. و هرگاه بینهٔ زوجه عادله باشد پس اگر تاریخ وصیتنامه مقدم است بر تاریخ بینه، باز بینه را اعتباری نیست. به جهت آنکه بینه مفید ظن است و مفروض این است که وصیتنامه مفید یقین است به صورت واقعه. خصوصاً با ملاحظهٔ حکایت کردن زوجه آزادی غلام و کنیز را. و اگر فرض کنیم از قول بینه هم علم حاصل شود به صورت واقعه، پس باز بینه اعتباری ندارد. به اعتبار اینکه صورت واقعه اعم است از امر متحقق در نفس‌الامر.

و اگر فرض شود حصول یقین به مؤدای بینه یا وصیتنامه در نفس‌الامر پس آن متبع خواهد بود. و در اینجا فرض تعارض دو یقین محال است. و اگر تاریخ بینه مقدم است مقتضای آن را باید مقدم داشت. خصوصاً هرگاه بینه مستصحبه باشد و اقتصار بر حصول سبب فی‌الجمله نکرده باشد. و مقتضای وصیتنامه قطع به حصول صورت واقعه است بدون ثمره[ای] که بر آن مترتب شود. مگر اینکه فرض کنیم از وصیتنامه یقین نفس‌الامری به آزادی حاصل شود، که آن متبع خواهد بود. و این فرض قریب به محال است.

بنابر این جاریه مال زوجه می‌شود. ولکن حکایت کردن زوجه آزاد کردن غلام و کنیز را باعث بی اعتباری بینهٔ او می‌شود در اثبات ملک او. به جهت آنکه اقرار مقدم است بر بینه، مگر اینکه از جانب زوجه بگوئیم که آن حکایت دلالت بر آزادی ندارد. و آنچه به گمان حقیر می‌رسد این است که مراد زوجه از جمیع این سخن‌ها با هم[در] صورت سؤال (با وجود ظهور منافات آنها با یکدیگر) این است که:

شوهرم در حال بیماری اول گفت غلام و کنیز را آزاد کردم، و بعد از آن تملیک من کرد در عوض طلبی که داشتم. و این مبتنی بر این بود که چنین فهمیده بود که به مجرد

لفظ- آزاد کردم- آزاد نمی‌شود و صیغهٔ علی حده عـربی می‌خواهد. پس آنها را در ملک خود باقی می‌دانست در عوض مهر، جاریـه را تملیک من کرد و نوشتن وصیتنامه مبتنی است بر محـض آن لفظی که در حال بیماری گفتـه است. و چون من هـم چنین اعتقاد کرده بودم و اعتقاد هم دارم که این لفظ اعتباری ندارد، پس الحال مال من خواهد بود. این توجیه گفتار زوجه است.

ولیکن ظاهر آن است که صیغهٔ عربی واجب نباشد. خصوصاً در صورت عجز از عربی و صراحت لفظ غیر عربی در لغت متکلم بـه آن، چنانکه در مانحن فیه لفظ «آزاد کردم» خصوصاً در جواب سؤال زوجه صریح است در عتق. پس زوجه ماخوذ خواهد بود به اقرار خود. خصوصاً با تایید آن به وصیتنامه. و معلوم می‌شود تملیک جاریه که بینه بر آن قائم شده صورت تملیکی بوده که حقیقت آن بر بینه معلوم نبوده، یا چنین گمان می‌کرده‌اند که لفظ «آزاد کردم» مفید عتق نیست. این سخن‌ها که گفتیم در اثبات حریت در صورت حصول قطع به وصیتنامـه است نسبت به همهٔ ورثه. و[با] قطع نظـر از حصول قطع نیز نسبت به زوجه فقط، به سبب اقرار خود بر آن حکایت.

و اما بنابر اینکه وصیتنـامه افادهٔ قطع نکند پس جاریه در رقیّت سـابقه باقی است و مال ورثه اسـت، و زوجه از آن ممنوع است به اقـرار خود که مقدم بر بینـهٔ او است. مگر اینکه خدشـه در دلالت آن لفظ بر عتق بشـود. و اگر قبول کنیم عـدم دلالت آن را، پس جاریه مـال زوجه خواهد بود، به سبـب بینه. و اظهر قبول دلالت است، پـس جاریه آزاد خواهد بود نسبت به حصهٔ زوجه، و رقیق است نسبت به حصهٔ دیگران.

مطلب سوم: بعد از آنکه عـدم لحوق ولد ثابـت شد (چنانکه گفتیـم) وراث منحصر می‌شوند در زوجهٔ غیـر ذات ولد و دختر خالو و دختر خاله. ربع تـرکه مال زوجه است از عین منقولات و مافی معناها، و محروم است از اعیان و اثمان اراضی. خواه املس باشد و خواه مشغول به بنـا و اشجار. و محروم است از اعیان ابنیه و آلات و اشجـار مثمره و غیر مثمره، نه از قیمت آنها. و باقی ترکه تقسیم می‌شـود مابین دختر خالو و دختر خاله علی السویه، هرگاه در مرتبهٔ واحده باشند. والله العالم.

۱۶۱: سؤال: هرگاه زنی بعد از عقد بگویـد که «دختر من شیر والدهٔ زوج خود[ش] را به قـدری که حـد رضاع به عمل آمده است، خورده». و جمعـی از زنان و مـردان هم شهادت می‌دهند. و می‌گوید که «من قبل از نکاح عالم به حرمت نبوده‌ام». و مادر زوج او

انکار می‌کند. حکم آن را بیان فرمائید.

جواب: به مجرد ادعای مادر زوجه، رضاع ثابت نمی‌شود. و هرگاه شهود مقبول الشهاده از مردان عادل، یا زنان عادله، یا مردان و زنان عدول، که در عدالت و عدد پسندیدهٔ 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 مرافعهٔ حاکم نمی‌شود. والله العالم.

۱۶۲: سؤال: اولاً بیان کنید که هرگاه 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 همهٔ صورتها مدعی علیه بگوید تو مهر نداری چه باید کرد؟. و فرقی مابین مدخوله و غیر مدخوله هست؟ یا نه؟.

ثانیاً: هرگاه زوجه مهرنامه در دست دارد و به عنوان جزم ادعا می‌کند به مطابق آن بر زوج، و شاهد زنده در میان نیست، و شوهر انکار اصل مهر می‌کند. یا شوهر مرده باشد و ورثهٔ او صغار باشند، یا منکر اصل مهر باشند، یا بگویند که ما هیچ نمی‌دانیم، و همچنین هرگاه مهرنامه در دست وارث زوجه باشد و چنین دعوی کنند، چه باید کرد؟.

ثالثاً: هرگاه وارث زوجه ادعا کند بر زوج مهر را به محض اینکه غالب و متعارف این است که زن مهری دارد و ادای آن ثابت نشده باشد و اقرار کند به اینکه من جزم ندارم به اشتغال ذمهٔ زوج. یا آنکه مهرنامه در دست دارد نهایت به حقیقت آن مطلع نیست و علم و جزم به این ندارد. و به غیر آن کاغذ و طریقهٔ متعارفه که «هر زنی مهری دارد» چیزی به دست ندارد. و همچنین هرگاه وارث گمانی به استحقاق مهر در ذمهٔ زوج دارد، یا آنکه خود آن زوجه بیش از گمان به اصل مهر نداشته باشد- مثل اینکه صغیر بوده و پدر او را عقد کرده باشد- و مهرنامه هم ندارد، یا دارد نهایت به جهت او مفید جزم نیست. چه باید کرد؟.

و رابعاً: هرگاه، زوجه یا وارث ساکت باشد و معلوم نباشد که علم به حال دارد یا نه. یا زوجه مجنونه باشد، یا وارث زوجه صغیر باشد، یا غایب باشد و حال معلوم نباشد. آیا استفسار لازم است از حال ساکت یا نه؟-؟. و برحاکم شرع لازم است استفسار حق مجنون و صغیر و غایب یا نه؟-؟. و هرگاه حاکم علم به ثبوت اصل مهر داشته باشد (اما در اینصورت که وارث زوجه غایب یا مجنون یا صغیر باشد، یا خود زوجه مجنونه باشد)

علم به بقای حق ندارد اما ظن استصحابی که منشأ شهادت باشد، دارد. می‌تواند به علم سابق خود عمل کند یا نه؟-؟.

و خامساً: هرگاه زوجه به عنوان جزم ادعای مهر معینی بکند و زوج بگوید نمی‌دانم، یا فراموش کرده‌ام، یا وارث زوج بگوید نمی‌دانم. چه باید کرد؟.

و سادساً: هرگاه نزاع زوجین، یا وارثین، یا احد هما، با دیگری در مقدار مهر باشد قول کدام مقدم است؟.

جواب: اما از سؤال اول: هرگاه زوجه مدخوله باشد، در آن سه قول است: جمعی می‌گویند بر زوج چیزی لازم نیست. و بعضی می‌گویند «اقل مایتموّل» مثل «دو غاز» و بیشتر و کمتر. و بعضی می‌گویند مهرالمثل واجب است، و این در نظر حقیر اقوی است.

و هرگاه مدخوله نباشد و معلوم نباشد: پس خلافی نیست در اینکه مهری ندارد. ولکن ظاهر این است که این سخن در وقتی است که علم به عدم «تفویض» نباشد. و مراد از تفویض آن است که عقد بی مهر شده باشد. و هرگاه علم به عدم تفویض باشد، و احتمال نداشته باشد که زوج صغیر و فقیر بوده و پدر او را عقد کرده که مهر در ذمهٔ پدر باشد- یا غلام بوده و آقا او را تزویج کرده، یا آنکه زوج طلبی از زوجه داشته و در عوض آن به او شوهر کرده و امثال اینها در اینصورت باز آن اقوال ثلاثه جاری است، و اقوی اعتبار مهرالمثل است.

و اما از سؤال دوم: این است که انکار زوج مسموع نیست. و اقوی لزوم مهرالمثل است، مگر اینکه آنچه در مهر نامچه نوشته شده باشد کمتر از مهرالمثل باشد. که در اینصورت باز مستحق همین خواهد بود. و همچنین است حکم (یعنی ثبوت مهرالمثل 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 همچنین هرگاه مدعی وارث زوجه باشد[که] در اینجا «قسم نفی‌العلم» است.

و اما از سؤال سوم: این است که دعوی زوجه و وارث (هیچکدام) مسموع نیست. مگر هرگاه دعوی مظنهٔ شغل ذمهٔ زوج را با خود زوج بکند، که در اینوقت دور نیست که تواند قسمی به زوج بدهد. و اما هرگاه ظن استصحابی داشته باشد وارث یا زوجه- یعنی مهر را ثابت می‌دانستند و رافع از برای آن نمی‌دانند- در اینوقت به صورت جزم ادعا کنند، با ایشان معامله می‌شود معاملهٔ دعوی قطع. چنانکه دانستی.

و اما از سؤال چهارم: این است که بر حاکم استفسار لازم نیست. و استیفای حق از برای غایب و صغیر و مجنون نمی‌تواند کرد. به جهت آنکه استحقاق ثابت نشده. و هرگاه حاکم علم قطعی به حال داشته باشد به علم خود می‌تواند عمل کند. و اما هرگاه ظَن استصحابی (که مناط شهادت تواند شد) داشته باشد، به این استصحاب و ظاهر حال، عمل می‌تواند کرد در صورتی که مدعی علیه حاضر و کامل باشد و معلوم شود از حال او که اگر سخنی می‌داشت می‌گفت. مثل اینکه حاکم علم داشته باشد به اصل مهر و مدعی علیه انکار اصل مهر بکند، و رجوع به دعوی وفا وادا نکند.[1] بخلاف آنکه مدعی علیه غایب باشد، یا کامل نباشد. به جهت آنکه گاه است که اگر حاضر می‌بود یا کامل می‌بود، می‌گفت که ادا کرده‌ام. در اینوقت به استصحاب عمل نمی‌کند.

و اما از سؤال پنجم: این است که باز مهرالمثل ثابت است، مگر اینکه آنچه دعوی می‌کند کمتر باشد. و بعضی گفته‌اند که همانچه ادعا می‌کند می‌دهند. به جهت آنکه معارضی ندارد.

و اما از سؤال ششم: این است که مشهور مابین علما این است که قول زوج مقدم است بعد از قسم خوردن. خواه زوجه مدخوله باشد و خواه غیر مدخوله. و اظهر این است که این در وقتی که دعوی در مسمی باشد. یعنی اتفاق داشته باشند در عدم «تفویض». و اگر دعوی مطلق باشد و قابل تسمیه و تفویض- هر دو- باشد: پس در آنجا باید استفسار کرد. و هرگاه معلوم شود که دعوی در مسمی است قول زوج مقدم است با یمین. و هرگاه معلوم شود که دعوی در عوض بضع است که مبتنی است بر تفویض: پس بر زوج است که اثبات کند ادای زاید بر مدعای خود را از مهرالمثل.

و اگر دلیل مأخذ این مسائل را خواهی، می‌گوئیم: لوادّعی المرأة المهر و انکر الزوج، فان کان قبل الدخول، فالقول قوله. لاصالة البراءة، و عدم تفویت البضع، و عدم استلزام العقد المهر لجواز التفویض. و الظاهر انّه لاخلاف فیه. و لکنه انّما یتم فی غیر ما علم انتفاء التفویض، و علم مع ذلک عدم الاحتمالات الآتیة. و الاّ فیجری فیه القولان الآتیان: من ثبوت مهرالمثل، و اقل مایتمول. و اقربهما الاول. و ان کان بعدالدخول: فذهب جماعة من الاصحاب الی انّ القول قوله ایضا لاصالة البراءة، و احتمال ان یکون الزوج عبداً زوّجه مولاه، او صغیراً معسراً زوّجه ولیه فی ماله، [!] و کان للزوج حقاً علی

۱: یعنی: ادعای وفا و پرداخت، نکند.

الزوجة او عيناً عندها تزوجها فی عوضه. و قيل: عليه مهرالمثل. و اختاره العلامة **فی‌الارشاد** والشهيد الثانی فی **التمهيد و المسالک** فی صورة انتفاء الاحتمالات الآتية. و قيل: أقلّ ما يتموّل. والاظهر ثبوت مهرالمثل. اما فی مالم يوجد احد من الاحتمالات المذكورة الموجبة لبقاء حكم اصل البراءة فظاهر ،اذالبضع المحترم لايكون بلاعوض، اتفاقاً. والمفروض تفويته من الزوج، ولم يثبت احتمال تعلقه بذمة احد غيره بالفرض. فاذا ضّم الی ذلک اصالة عدم التسمية فثبت مهرالمثل. لانّه حكم المفوضة مع الدخول.

لايقال: انّ النكاح علی اقسام: منها ما انعقد علی سبيل التفويض. و منها ما انعقد عل سبيل التسمية. فالتفويض ايضاً امر وجودی فلامعنی للاصل فی دعوی تحقق الكلی فی ضمن بعض الافراد دون بعض.

لانّا نقول: المستفاد من تتبّع الاخبار و كلام الاصحاب انّ النكاح شيئٌ والمهر شيئٌ آخر، فالاتفاق علی النكاح لاينافی اصالة عدم ذكر المهر. فليتامّل.

فان قيل: انّ الاصل و ان كان عدم التسمية لكن الظاهر التسمية. **قلنا**: الاصل مقدم علی الظاهر. سلّمنا، لكن الظاهر علی فرض التسمية ايضاً هومهر المثل، فيطابق الاصل و الظاهر،وأقل ما يتمول احتمال بعيد.

و امّا فی ما يحتمل فيه احدالاحتمالات المذكورة: فنقول ايضا الاظهر اعتبار مهرالمثل. فانّ القول بان الاصل مطلقا مقدم علی الظاهر، لابرهان عليه، بل فيه تفصيل. امّا فی ماكان الظاهر من الادلّة المشهورة الشرعية و الامارات المنصوبة من قبل الشارع (كالخبر و الشهادة و الاقرار و نحوذلک) فلا اشكال فيه. و اما فی ما يستفاد من القرائن (من العرف و العادة و الشيوع و الغلبة و غيرها) ففی بعض المواضع ايضا وقع الاتفاق عليه و اختلف فی كثير منها. و تقديمه علی الاصل فی الشرع فی غاية الكثرة، كاليد اللّاحقة للملک السابق، و الحكم بحلّية اللحوم و الجلود فی ايدی المسلمين، و الحكم بصحة معاملتهم و تناكحهم و توارثهم، وعدم اعتبار الشک بعدالوضوء و بعد الصلاة و بعد خروج الوقت، الی غير ذلک ممّا لايحصی. و ان كان تقديم الاصل علی الظاهر ايضاً فی غاية الكثرة. سيّما فی ابواب الطهارة و النجاسة و الاحداث. و الحق ان كل ذلک ممّا ثبت عليه الدليل بالخصوص فی الموارد فی تقديم كل منهما علی الاخر. و لذلک اختلفوا فی بعضها كغسالة الحمام و الجلود فی ايدی المخالفين و غيرهما، لتعارض ادلّة

الطرفيـن بالخصوص. فلنفرض الكـلام فی ما تعارض الاصـل والظاهر و لم يكـن دليل خاص علی تقديم احد هما من حيث خصوصية المادّة علی الاخر، كما نحن فيه.

فنقول: تعارض هنـا ظهور مهـرالمثل مع اصـالة براءة ذمـة الزوج. فحينئـذ نقول: الاشكال و الاختـلاف فی تقـديم الظاهـر علی الاصـل انّما يصح اذا كـان الظاهـر ايضا ممايجـوز الاعتماد بـه شرعاً، و الاّ فـلا معنی لمعـارضة الـدليل الشرعـی بغير الـدليل الشرعی. و ينبغی ان يعلم انّ تقديم الظاهر علـی الاصل من غير اعتضاده بدليل شرعی كالفروض المتقدمـة موجودة فی الفقه و الظاهـر انّه ايضا اتفاقی فی الجملـة. فلابد من تحقيق معنی الظاهر، ليكون قاعدة كلية يمكن متابعة مقتضاهاحين تعارضها مع الاصل. والذی يحصل من التتبع فی الفقه انّ القاعدة فيـه «ماحصل الظن بوجود السبّب للحكم الشرعی فيحصل الظن بحصول المسبّب.

و ذلک الظن **اما** يحصل بسبب كون فعل المسلم محمـولاً علی الصحة (يعنی ليس بمعصية). **او** كون الغالب فی افعالهم و معاملاتهم او معاملات غالب الناس و ان لم يكونوا مسلمين هو ذلک. **او** غلبة الظن من جهـة القرائن. فمن الاول مالو وقع النـزاع فی ثمن المبيع انّه كان خمراً او عصيراً. و من الثانی النزاع فی وقوع المعاملة حال الصغر او الكبر او الجنون او العقل. و مـن الثالث حضور المشتری حيـن الكيل و الوزن، فانّـه يدل علی التمام فيقدم قول البائع عليه اذا اختلفا فی الزيادة و النقيصة. و هكذا.

ولا يخفی علی مـن تتبع الفقه انّ جعلهم «الغلبـة» معياراً فی الظهور و تقـديم ذلک علی‌الاصل، فوق حدالاحصاء. و يظهر مـن تتبع الاخبار و كلام الاصحاب انّ المعيار فيه «حصول الظن بوقوع سبب الحكم المخالـف للاصل» فتتبع. ولاحظ الاخبار الواردة فی مسألة تداعی الزوجين فی متاع البيـت، و مسألة غسالة الحمام، و حكمهم بلزوم الصلاة علی ميت و جـد فی دارالاسلام لانّ الغالـب فيها الاسلام. و كذلـک استحباب التسليم علی مجهول الحال فيها، وردّالسلام علی طريقة الاسلام.

فح نقـول: ایّ غلبة ازيـد من غلبـة ثبوت المهـر للزّوجـة فی ذمـة الزوج، ثـم ثبوت مهرالمثل حتی نتبّعها فی غيرها دونه (كذا)-؟. والاحتمالات التی ذكروها لتوجيه اصل البراءة، احتمـالات نادرة لايلتفت اليهـا. و صرّح بعدم الالتفات اليهـا جماعة منهـم فخر المحققين فـی مواضـع من **الايضاح** فی غـاية التـاكيد، و منهم الفـاضل المقـداد فی **التنقيح**. و كما انّ الظاهر من الشريعة و الفتوی اعتبار الغلبة، فكذلک الظاهر منها هجر

النادر. مع انّ قاعدة الاتلاف تقتضى تقديم المباشر فى الغرامة، و المفروض انّ الزوج هوالمفوّت للبضع.

ولو منع ثبوت عموم هذه القاعدة من حيث التنصيص فلايمكن منع ثبوتها من حيث الغلبة. فالغلبة الحاصلة من تتّبع موارد الاتلاف يقتضى انّ الحكم فى «مفوّت البضع» هو اشتغال الذّمة، ولا معنى لاصل البراءة بسبب تلك الاحتمالات النادرة. و هذا مثل ما لو قال «هذا اخى لايرث من تركة ابى»، فانّ المحتاج الى الاثبات انّما هو نفى الميراث، لاالميراث. كما نبّه على ذلك فخرالمحققين(ره). و يظهر فى مواضع من كلماته(ره) ايضاً تقويّة ما اخترناه من ترك العمل بالاصل و عدم الالتفات اليه. ولاريب انّ الظاهر من الاشتغال هو ثمن المثل، كما فى النظاير.

و بالجملة: تقديم الظن الحاصل من الغلبة على الاصل، فوق حدالاحصاء. وليس ذلك لخصوص الاجماع فى ماقدّموه، ولا دليل خاص (كما يظهر من اختلافاتهم فى الموارد)، بل امّا من جهة حصول الظن بسبب الحكم المخالف لمقتضى الاصل، او لخصوص انّه ظن حاصل من الغلبة، ولا ريب انّه موجود فى مانحن فيه، بل و هو اظهر مواردها و اقويها.

ثم: ان حجية الاصل، امّا للاستصحاب من جهة انّ ما ثبت، الظاهر دوامه. و انّه ظنّ من ظنون المجتهد يجب اتّباعه. فحصول الظن فى ما نحن فيه مع ملاحظة ذلك الظاهر ممنوع بل مقتضى الاصل هنا موهوم و امّا لاجل الاخبار الدالّة على «عدم جواز نقض اليقين الاّ بيقين مثله» امّا بالعموم او بالاستقراء. و فيه انّ المراد باليقين الذى ينقض به الشك، لابدّ ان يكون ماهو اعم من الظن المعلوم الحجية. كما لايخفى على من له ادنى ارتباط بالفقه، فتتبعّ ولاحظ المواضع التى عملوا فيها بالظن. سيّما ما قدّم فيها الظاهر على الاصل من جهة انّه ظاهر، لامن حيث دليل خاص آخر. و الظن الحاصل للمجتهد، من الظنون المعلوم الحجية، سواء كان فى نفس الحكم او موضوعه، وسواء كان من القرائن او العرف و العادة، او غيرها. ولاريب انّ الظن بالسبب يوجب الظن بالمسبب. و الظن بحصول الموضوع يوجب لحوق حكمه به. و مايقال «انّ الاصل حرمة العمل بالظن الاّ ما اخرجه الدليل» كلام ظاهرى لابرهان عليه. لمنع عمومها اولاً، و دعوى ظهورها فى اصول الدين، او فى ماينسب الى المسلمين من الامور الشنيعة بسبب الافحام- كما اشعر به قوله تعالى: يا ايّها الذين آمنوا اجتنبوا كثيراً من الظن انّ بعض الظنّ اثم- ثانياً.

و منع شمولها لحال «انسداد باب العلم»، ثالثاً. و انّ المعتمد فی حجیة ظواهر الکتاب الدالّة علی حرمة العمل بالظن ایضاً انّما هو ظن المجتهد، لاغیر. و هو فی ما نحن فیه ممنوع، رابعاً. و بانّ الاستدلال بتلک العمومات یستلزم المحال. لانّ العمل علیها یستلزم عدم العمل علیها، و ما یستلزم وجوده انتفاء ، فهو محال جزماً خامساً. و بیان ذلک انّ تلک العمومات لایفید الاالظن و الاّ لما صحّ الاستثنا عنها لاستحالة الاستثناء من القطعی. و اذا کان ظنیاً فما الدلیل علی جواز العمل به؟ فان کان الدلیل هو کونه ظن المجتهد من حیث انّه ظن المجتهد، فلاوجه لترجیحه علی ظنّه فی خصوص المقام. و ان کان الدلیل دلّ علی حجیته من حیث هو الظن الخاص فعلیک اثبات هذا الدلیل. فاصالة حرمة العمل بالظن یقتضی حرمة العمل باصالة حرمة العمل بالظن، لانّه ایضا ظن. و هذا ما ذکرنا من «استلزام وجوده انتفاءه».

و ما قد یدعی من الاجماع علی جواز العمل بالاخبار والایات بالنوع، بمعنی «انّ الاصل جواز العمل علیها الاّ ماخرج بالدلیل» فهو فی غایة الصعوبة. وقد بیّنا ضعفها فی رسالة مفردة، من اراد التحقیق فلیراجعها. و نکتفی هنا بذکر واحد من الوجوه الدالّة علی بطلان هذه الدعوی. و هو: انّ الفقهاء المجمعین علی جواز العمل علی ما ادعاه هذا المدعی، لم یظهر اجماعهم الاّ من جهة استدلالهم بتلک الظواهر من غیر نکیر، او بقولهم لجواز العمل بها. و ذلک یحتمل ان یکون لاجل کونها من جملة الظنون التی انقطع المناص الاّ بالعمل علیها، کما یحتمل ان یکون لاجل کونها حجة بالخصوص. والذی یجدی فی المقام اتفاقهم علی الاحتمال الثانی. و انّی لک باثباته. مع انک تری کثیراً منهم یعتمدن فی الاستدلال بظواهر الایات والاخبار علی کونها من جملة الظنون الاجتهادیة التی لامناص عن العمل علیها عند انسداد باب العلم (کما حققناها فی **القوانین** المحکمة). بل حجیة اصل خبر الواحد لیس الاّ من جهة کونه ظن المجتهد، علی ماهو التحقیق فی مسألة «حجیة الاخبار الاحاد» کما بیّناه فیه ایضاً.

مع انّ فی خصوص هذه الاخبار الف کلام، و قد نوقش فیها سنداً و دلالةً، و ان کان الاظهر ضعف تلک المناقشات لصحة سند بعضها و ظهور دلالتها. کما بیّناه فی کتاب **مناهج الاحکام** و غیره. و بعد اللّتیا و التی، اعتمادنا علی حجیة الاستصحاب من جهة هذه الاخبار انما هو فی ما حصل الظن من جهتها للمجتهد بـ «عدم جواز نقض الیقین بالشک». و حصول الظن من جهتها فی ما نحن فیه اول الکلام.

لايقال: اَنّ حجية لفظ «الخبر» يستلزم حجيته فـى جميع افراد العام الذى تضمنه. فيلزم عدم جواز نقض شيئٌ من افراد اليقين بشيئٌ من افراد الشک.

لانانقول: لم يقم دليل علـى حجية هذه الرواية بالخصوص من حيـث انّها رواية من حيث اللفظ. و الاجماع الذى ادّعاه الشيخ على حجية خبـر الواحد، لوسلّم فانّما هو على حجيته فـى الجملة، لافى جميـع افراده. و سائر الادلّـة الّتى اقامـوها على حجيـة خبر الواحد، امّا ممنوع الـدلالة، و امّا ممنوع العموم. فالمعتمد فى حجتيه انّمـا هو كونه ظن المجتهد، و انّـه حجة لانسداد بـاب العلم، و استحالـة تكليف مـالايطاق، مع كـون بقاء التكاليف ضرورياً. والاعتماد على هذا الدليل لايقتضى الاّ حجية مايحصل الظن بدخوله فى افراد العام. لامايشملـه لفظ العام بدلالته اللغوية او العرفيـة. و حصول الظن بدخول هذا اليقين و هذا الشک تحت مدلول الـرواية بحسب ظن المجتهد، ممنوع. بل لايمكن دعوى حصول الظن حينئذ. نعم لو ثبت حجية قوله-ع- «لاتنقض اليقين بالشک» بسبب انّه هذا اللفظ و انّه حجـة بمدلوله اللغوى. لامايظن ارادته منه، فهـو كما ذكر، و انّى لک باثباته.

و قد فصّلنـا جميع ما ذكرنـا با وضح بيـان فى **القوانين المحكمة** فليرا جعها من ارادها.

و ممّا ذكرنا يظهر الجواب عما لوارید من الاصل هو البراءة الاصلية، التى ثبت بحكم العقل، يعنى انّه «لاتكليف الاّ بعد البيان». فانّ البيـان فى مالا سبيل الى العلم، منحصر فى ظن المجتهد. ولاريب انّ ثبـوت مهرالمثل هو المظنون الراجح، لما ذكـرنا. على انّا نقول- قبالاً للتمسک باصل البراءة- انّ الاصل عدم التسمية، و الدخول مسلّم، و كما ان اصل البراءة يقتضى عـدم اشتغال ذمة الزوج بشيئٌ، فاصالة عـدم التسمية ايضا يقتضى الدخول فى حال عدم التسمية، و هو يقتضى مهرالمثل. و ما يقال «انّ اعمال الاصل انّما يصح لولـم يكن مثبتاً للحكم الشـرعى» فهو كلام ظاهـرى يكذبه تتبع تضـاعيف الفقه. الاترى انّ اصالة عدم التذكية يثبت النجاسة؟! و امثلته كثيرة.

لايقال: انّ وجه ثبـوت مهرالمثل حينئـذ هو كونهـا مفوّضـة البضع. و الدليـل فى المفوضة هوالاجمـاع و الاخبار. و اجماعهم فى الصورة المذكورة غيـر معلوم، و كذلک دلالة الاخبار. فانّ المفوّضة اسم لما كان مفوّضة فى نفس الامر، لا مايحكم عليها بكونها مفـوضـة مـن جهـة استصحـاب عـدم التسميـة. بـل يصيـر هـذا مـن بـاب «تعـارض

الاستصحابين»، كما لو القى ثوب مغسول من المنى على محل نظيف ثم شك فى زوال نجاسته، فيحكم بنجاسة الثوب دون المحل.

لانّا نقول: لاواسطة فى نفس الامر بين التسمية و عدمها، و حكم الثانى مهر المثل. فان علم كونها عدم التسمية، فهو، والاّ فالظن به كاف فى ذلك، كما فى نظائره. مثل العدالة مثلاً، فانّ الظنّ بالعدالة كافية فى الحكم بكون الرجل عادلاً، ولاريب انّ الاستصحاب يفيد ذلك. فالحكم الوارد للمفوّضة وارد للمفوضة النفس الامرية، لاما علمنا انّها مفوضة، و يكتفى فى الحكم بكونها مفوضة بالظن، كما فى نظائرها. و على هذا فمخالفة جماعة من الاصحاب، بحكمهم باصالة البراءة، لاينافى انعقاد الاجماع على الحكم فى المفوضة النفس الامرية. فانّها مبنيّة على غفلتهم عن انّ هذه مفوضة.

ثم: ان حكم كل واحد من الاستصحابين المتعارضين باق على حاله فى الثوب الملقى على محل ظاهراً. فانّا نحكم بنجاسة الثوب و طهارة المحل. و من حكم النجس التنجيس للغير، و من حكم الطاهر عدم وجوب تطهيره. فكل منهما باق على حاله ولكن لمّا لم يمكن الجمع بينهما فى مايصل اثر حكمها الى محل الاخر فيتساقط مقتضا هما فيه و يرجع الى الاصل، و هو اصل البرائة (مثلاً) اذالم يكن مرجح لاحد هما على الاخر، و الاّ فيرجع الى المرجح. فنقول فى ما نحن فيه: انّ مقتضى عدم التسمية، التفويض و حكمه مهر المثل. و مقتضى اصالة البراءة، عدم اشتغال ذمّة الزوج بمهر اصلاً. فان لم يكن مرجح فيتساقطان، و ان ثبت مرجح فهو المتبع.

ولا يخفى ان المرجح فى جانب «اصالة عدم التسمية» موجود من وجوه كثيرة:

احدها: كون مقتضاها مطابقاً للظاهر، فلارجحان للظاهر عليه، بخلاف اصل البراءة. فان الظاهر يخالفه، لان الظاهر اشتغال ذمة الزوج بالمهر دون غيره، بل بمهر المثل ايضا. و مقابلة ظهور التسمية باصالة عدم التسمية، لايضره (كماعرفت) لتطابقه مع الاصل، بخلاف ظهور شغل ذمة الزوج، فانّه يضر اصالة البراءة.

و **ثانيها**: ان الاصل فى الغرامة هو المباشر فى قاعدة الاتلاف، و هو الزوج هيهنا، ولو سلّم عدم عموم النص فى هذا المعنى و بحيث يشمل مانحن فيه، فلاريب انّ الظن القوى يحصل باستقراء النظائر انّ هذا ايضا كذلك. و مقتضى القاعدة ضمان ثمن المثل، فيصير الاصل حينئذ لزوم مهر المثل فى الوطى المحلّل فى غير المملوكة، و يحتاج ثبوت قدر خاص الى التسمية الحاصلة فى عقد صحيح، فيصير المسمّى الزائد و

الناقص، خلاف الاصل، المحتاج الى الاثبات. لامهرالمثل.

و ثالثها: انّه يلزم من الحكم باصالة البراءة، خلّو البضع المحترم عن العوض، و هو خلاف الاتفاق. و الاكتفاء فى ذلک بالاحتمالات البعيدة التى كلها خلاف الاصل، لايمكن التوصل اليها ايضا بكون الاصل عدمها. و براءة ذمة المولى والاب و غيرهما بعيد.

و **رابعها**: الاخبارالمتواترة معنى الدالة على وجوب المهر بالدخول، الظاهرة فى وجوبها على الزّوج، خرج ما علم تعلّقه بذمة الغير و بقى الباقى. مع انّ الظاهر من الوجوب والامر بالاتيان هو صورة الامكان، و فى مثل الصور المفروضة لامتعلق للوجوب، لعدم العلم به، فلامعنى للامر با لوفاء فيلزم خلّو البضع عن العوض.

و امّا القول باقل مايتموّل فهو ضعيف. لانّه ان قيل باصل البراءة، فلاشيئ اصلا. و ان قيل باصالة عدم التسمية، فحكمها مهرالمثل. و ان قيل بتقدم الظاهر و هوالتسمية على الاصلين فمقتضاه ايضا مهرالمثل، اذهو الظاهر. فكما انّ ظهور التسمية يرفع اصل البراءة فظهور تسمية مهرالمثل يرفع اصل البرءة عن الزائد على اقل مايتمول.

فان قيل: هذا القول مبناه ليس ترجيح الظاهر، بل هو انّ اصل البراءة يقتضى التسمية، لانّ عدم التسمية لاينفک عن مهرالمثل، لكن التسمية ينفک عن اشتغال ذمة الزوج لاجل الاحتمالات المتقدمة.

فنقول: مع انّ هذا لا دخل له فى اثبات اقل مايتمول على الزوج فيعارض بما عورضا به من انّ التفويض الاستصحابى لايوجب مهرالمثل، بل انما هو التفويض اليقينى. فنقول انّ التسمية الاستصحابية لايوجب اشتغال ذمة احد بشيئ، فضلاً عن الزوج.

و ربما يقال: «انّ المرأة حينئذ تستحّق اقل مايحتمل، لااقل مايتمول». و الظاهر انّه ليس قولاً جديداً فى المسألة. فانّ اختيار اقل مايتمول انّما هو لاجل انّه اقل مايحتمل بالنسبة الى المهر. لابالنسبة الى خصوص الزوجين و البلد و غيرهما.

و للعلاّمة هنا تفصيل فى **التحرير**، ضعيف. فقال «اذا وقع الاختلاف فى اصل المهر بعدالدخول، يستفسرهل سمّى ام لا. فان ذكرالتسمية كان القول قوله مع اليمين. و ان ذكر عدمها، لزمه مهرالمثل. و ان لم يجب بشيئ، حبس حتى يتبيّن». و اورد عليه اولاً بمنع الاستفسار، لانّه انّما يجب مع عدم افادة الكلام فائدة، و قد عرفتها. و ثانياً بمنع تقديم قول مدّعى التسمية فانّه مدعى الحبس لامنكر. و ثالثاً بمنع الحبس من دون

حصول السبب.

و قال فی **القواعد:**«والتحقیق انّه ان انکر التسمیة، صدّق بالیمین. لکن یثبت علیه قبل الدخول مع الطلاق المتعة، و مع الدخول مهرالمثل. و الاقرب انّ دعواها ان قصرت عنهما ثبت ما ادعته. ولو انکر الاستحقاق عقیب دعواها ایّاه، او دعواها التسمیة، فان اعترف بالنکاح فالاقرب عدم سماعه» انتهی. و مراده بـ«النکاح» الوطی مع اعترافهما بالعقد، کما نقل عنه. و مراده بـ«عدم سماع الدعوی» التزامه بالمهر، فهذا ابطال للعمل بالاصل و ان لم یصرح بثبوت مهرالمثل. و شیّدذلک ولده (رضی الله عنه) فی الشرح و حققه و شدّد الانکار علی الاعتماد علی اصل البراءة.

و قال الفاضل المقداد فی التنقیح:«اذا اختلفا فی الاستحقاق فقالت هی انی استحق علیک مهراً. وقال هو لاتستحقین قبلی شیئاً. فان کان قبل الدخول، فالقول قوله. لامکان التفویض و المتعة انّما یجب بالطلاق و لم یقع، فالقول قوله. و ان کان بعده فیحتمل ان یکون کذلک، لامکان براءة ذمته من المهر. کما لو زوّجه الاب و هو صغیر فقیر، او السید و هو رقّ. لکنه نادر فلایلتفت الیه. وح یلزم بجواب سدید» انتهی.

ثم: انّ الشهیدالثانی (رضی الله عنه) جعل من فروع المسأله «ان تدّعی الزوجة المهر فیقول الزوج نعم لک عندی درهم مثلاً» او «تدّعی علیه الفاً مهراً فیقول لیس لک عندی مهر». یعنی ان هذا لیس من التنازع فی المقدار لانّ النزاع فی المقدار یستلزم اتفاقهما علی الثبوت فی الجمله، مع ادعاء کل منهما قدراً معیناً، ولم یجتمعا فی المثالین.

ثم قال: «و یمکن ان یقال انّ دعوی اصل المهر غیر مسموعة، بناءً علی عدم سماع الدعوی المجهولة. فلابد من تحریرها بالقدر، فیرجع جوابه بالقدر الی الاختلاف فیه». و فیه انّ الدعوی المجهولة مسموعة کما حقق فی محله، لامکان الاستفسار. و ثانیاً انّ الجهالة ممنوعة، لتعیّنها فی الشرع- کطالب الدیة وارث الجنایة مع عدم علمه بحقیقته. فقد یمکن ان یکون المرأة عالمة باستحقاق المهر فی ذمة الزوج مع جهالتها راساً، لترددها بین التفویض والتسمیة المجهولة لها. کما لو عقدها وکیلها المطلق فی التزویج، او ولیها، او نسیت الحال و علمت بانتفاء الاحتمالات الموجبة للمهر فی ذمة غیر الزوج. فیصح دعواها و یجیئ الاقوال السابقة. و قد عرفت ترجیح مهرالمثل. و مما ذکرنا یظهر حال مالو ادعت التسمیة و انکرها فانّ الحکم هو مهر المثل، لانّ الاصل عدمها، و ظاهر

التسمية ايضاً مطابق لمهر المثل».

ثم: انّه (ره) قال فی المسالک: «ربما یتوهم بعض القاصرین انّ هذه المسألة اجماعیة و انّ الاصحاب متفقون علی قبول قول الزوج فی المهر مطلقاً. نظراً الی اطلاق المصنف و جماعة قلیلین منحصرین: الحکم کذلک. و انّ قول العلّامة بخلافه فی **الارشاد** نادر لایقدح فیه و هوناش من عدم تحریر حقیقة الاجماع علی الوجه الذی یصیر حجّة عندالاصحاب، و مع ذلک فکلام اکثر المتقدمین- حتی الشیخ فی **المبسوط و النهایة**- خال عن فرض المسألة. و انّما ذکروا مسألة الاختلاف فی قدره خاصةً تبعاً للنّص الوارد فیه. و المتعرّضون لهذه المسألة ذکروها بطریق الاجتهاد. و اختلف لذلک آراؤهم من الواحد فی ازمنة مختلفة، کما اتفق للعلّامة. و المرجع فیها الی ما ساق الیه الدلیل علی الوجه الذی ذکروه او غیره». انتهی.

و هو کما ذکره. و من جمیع ما ذکرنا تعرف انّ حکم ما یتفق کثیراً فی هذه الازمان من ادّعاء الزوجة مهراً مطابقاً لورقة فی یدها من دون بیّنة معتبرة، و کان الزوج منکراً لاصل المهر- اوکان الزوج میتاً و ورثته صغاراً، او منکرین لاصل المهر، او قائلین بانّا لانعرف شیئاً فی ذلک- فان کان مایدّعیها ازید من مهر المثل، فیردّ علیه اتکالاً علی الظاهر (کما حققّناه) و ان لم یمکن فیه اجراء «اصالة عدم التسمیة»، فیرجع الی التفویض، والزّاید علی مهرالمثل منفی باصالة البراءة.

لایقال: انّ المثبت للحقوق منحصر فی الامور المعلومة مثل البیّنة والیمین المردودة و نحوهما، ولیس فی مثل ما لو کان وارث الزوج صغیراً او غایباً او نحو ذلک مایثبت شیئاً. فکیف یحکم بمهرالمثل؟.

لانّا نقول: انّ الزوجة علی ما ذکرنا بمنزلة المنکر. لانّها تدعی الظاهر. والاصل ثبوت المهر و عدم ادائه، فلایحتاج الی الاثبات، لانّه وظیفة المدعی. فالحلف المتوجه علیها فی الحقیقة انّما هو لاجل ادّعاء البقاء و عدم الاخذ. فهذا دعوی تقدیریة ثبت الحلف فیها علی المنکر و ثبت حقه به. ولوکان المسمی فی الورقة الذی تدعیه اقل من مهرالمثل، فقد فوّت[ت] الزاید عن مهرالمثل علی نفسها، بسبب اعترافها بالاقل. مع انّ الظهور الذی یبتنی علیه اثبات مهرالمثل یفید ظهور هذا القدر من باب البیّنة(کذا) فلااشکال. فان المراد من ظهور المثل لیس محض ظهور المقدار الخاص فقط. بل ظهور کون المهر زائداً علی اقل مایتمول، و هو متحقق فی ما نحن فیه ایضاً.

وقال الشهید(ره) فی القواعد: «اذا ادّعت تسمیة قدر، و قال الزوج لااعلم- و کان قد زوّجه وکیله، او قال نسیت- حلف علی نفی العلم و ثبت مهرالمثل. و یحتمل ما ادّعته، اذ لامعارض لها. و کذا لو ادعت علی الوارث، و اجاب بنفی العلم». انتهی. و فیه تنبیه علی حکم ما لوکان الوارث صغیراً او غائباً، کما یذکره ایضا.

و امّا لو ادّعی وارث الزوجة علی الزوج مهراً- بمحض انّ الغالب و المتعارف انّ للزوجة مهراً علی الزوج ولم یثبت اداؤه عنده، و اقرّ بانّه لم یکن جازماً ببقائه فی ذمته، بل انّما یعتمد فی الدعوی علی ما ذکرنا-: فهو مما لایصغی الیه. و کذلک لو کان فی یده ورقة کتب فیها مسمی لها ولم یکن جازماً باستحقاقها الآن کذلک. و کذا لو کان الوارث ظانّاً بذلک و ادعی الظن ایضاً. نظراً الی انّ الظاهر عنده تعلّقه بذمة الزوج و ان احتمل عدم تعلقه بذمته فی اول الامر. الّا ان یقال بسماع الدعوی الظّنیة و کان المدعی علیه هو الزوج و جوّزنا تحلیفه. و اما لوکان المدعی علیه هو وارث الزوج، فلا یتمّ ذلک ایضاً. لانّ التحلیف هنا لایمکن الّا مع ادعائه علیه العلم، و هو فرض غریب. و کذلک لایمکن له الحلف کما هو مقتضی الدعوی علی المیت.

فان قیل: انّ النصّ الوارد فی «الدعوی علی المیت ولزوم الیمین الاستظهاری» یدل علی ان ذلک الفرض لیس من افراد ما یجب فیه الیمین. **قلنا**: ما یمکن ان یستدل به علی جواز الدعوی الظنیة ایضاً انّما یسلّم فی ما یمکن تحلیف المنکر بنفسه، لاعلی نفی العلم بفعل الغیر. مع قطع النظر عن عدم امکانه او عدم تحقق مثل هذا الفرض. و من ذلک یظهر انّ المرأة بنفسها ایضاً اذا کانت شاکّةً فی استحقاقها (مثل ان تشک فی اخذ المهر او ابراء الزوج بحیث لم یبق لها ظن من جهة الاستصحاب) فلایجوز لها الادّعاء و لایصغی الیها. و اما مع احتمالها لانتفاء المهر رأساً- مثل ان تحتمل کون الصداق فی ذمة والد الزوج، او کون الزوج عبداً زوّجها مولاه، او نحوذلک- فالامر اوضح.

والکلام مع الظن فی اصل الثبوت فی اول الامر، کمامّر. و امّا لو ثبت اصل المهر، فیجوز للوارث الدعوی بسبب الاستصحاب. بل و للمرأة ایضاً اذا کان الظن الاستصحابی باقیاً لهما. فحینئذ یدعیان بصورة الجزم و یعامل معهما معاملة الجازم. و من جمیع ذلک یظهر انه لوسکت الزوجة او الوارث و لم یعلم من حالهما انّهما یعلمان ببقاء حق لهما، اوکانت الزوجة مجنونة، او کان وارث الزوجة صغیراً او غائباً و لم یعلم الحال، فلایجب علی الحاکم استفسار حالهما ولایجوز استیفاء حق الصغیر و الغایب و المجنون. لعدم ثبوت

الاستحقاق، سيّما اذا احتمل ان لايكون المهر فى ذمة الزوج فى اول الامر ايضاً. بل وليس له ان يعتمد على الاستصحاب ولا بالظهور اذا لم يكن مدعى عليه حاضراً او كاملاً.

- - فانّ غاية الامر انّه يجوز له العمل بعلمه الحقيقى ولو بالاقرار فى مجلس القضاء و ان لم يسمعها غيره. او بالاستصحاب الذى لم يعارضه شيء كالاستصحاب الحاصل باقرار المدعى عليه فى غير مجلس القضاء مع انكاره الآن. او بسبب علمه بالمهر مثلا كما لوكان العاقد هو نفسه، ولم يظهر له مزيل، سيما اذا كان قريب العهد. مع انكار الزوج لاصل المهر و عدم رجوع، الى دعوى الوفاء والابراء.

و اما اذا لم يكن هناك صورة دعوى ولم يدّع احد ولا انكر احد، فما كان عند الحاكم من الاستصحاب فهو معارض باحتمال دعوى المنكر (لوكان حيّاً او حاضراً او كبيراً) الاداء. و هذا الاحتمال ممايعتنى به كمااافاده دليل وجوب اليمين الاستظهارى فى الدعوى على الميت، و نظرائه. فلايجوز للحاكم العمل بالاستصحاب مع هذا الاحتمال.

و اما مع وجود المدعى عليه و كماله: فلو كان الظاهر فيه انه لوكان له كلام لذكره، فمع عدم ذكره يحكم الحاكم بعلمه، ولوكان من جهة الاستصحاب بعدم المعارض. و من اجل ذلك لايكتفى الحاكم بالبينة ايضاً فى استصحاب الدعوى على الميت حتى يحلف المدعى على البقاء. فاذا لم يعتمد على ظن عدلين حصل لهما من جهة الاستصحاب[1]، فكيف يكتفى بظن حاصل له من غيره. سيما مع عدم التمكن من اليمين الاستظهارى. ويوضح ذلك ايضاً ان البيّنة اذا اقيمت واثبت المدعى عدالتها، يسأل الحاكم المنكر عن الجرح. و ان كان يجوز له العمل بالبيّنة فقط، لم يسأله. فحجية البينة ايضاً انّما هو اذا لم يعارضها شيئ بالفعل، او لم يكن فى معرض المعارض.

و بالجملة: فالاكتفاء باستصحاب علم الحاكم، او ظهور ثبوت مهرالمثل انّما يجرى فى صورة التداعى. و اما فى صورة السكوت، او عدم كمال المدعى او المدعى عليه، فلايجوز الاعتماد عليها.

و توضيح هذا المقام: انّ الاقوى انّه يجوز للحاكم ان يحكم بعلمه، سواء كان علماً قطعياً اوظنياً يكون حجة، ككونه شاهداً فى المطلب. فيكون المراد من قولهم «يعمل بعلمه» انّه لايحتاج الى اطلاع غيره من المتداعيين و غيرهما عليه. لا انّه يعمل بعلمه

١: وفى النسخة:.. على الظن بيّنتين عدلين حصل لهما من جهة الاستصحاب.

الحقیقی لابظنّـه. فیجوز الحکـم اذا حصل له الظـن الذی هو منـاط الشهادة مـن جهة الاستصحاب. کما یستفاد من القـواعد الدالّة علی حجیة تلک الظنون بعمـومها، و طریقة عملهم و فتاویهم.

فانهم بعد ما اختلفوا فی جواز عمل الحاکـم بعلمه، افتوا علی جوازه فی مواضع: منها تزکیة العـدل و جرحه. مع ان ذلـک ممایثبت بالظـن، کالاستفاضة و المعـاشرة المفیدة للظن، و غیرهما. و کذلک استثنوا اقرار المدعی علیه عندالحاکم سراً ولو فی غیر مجلس القضاء. فـان ذلک یستلـزم جواز عملـه باستصحـاب مقتضی الاقـرار مع احتمـال الاداء والابراء. و غیـر ذلک مـن المواضع المستثنیـات. فیظهر مـن المواضـع المستثنیات انّ المستثنی منه اعم من القطع، کما لایخفی. ولکـن یظهر فی مسألة الیمین الاستظهاری انّ الاستصحاب الذی هو مناط الشهادة، لایکفی. فکما ان الحاکم لایحکم بلزوم الحق مع البینة الّا بالیمین، فکذلک لایحکم مع کونه عالماً بعنوان الشهادة. نعم لوکان علمه العلم القاطع، فلایحتاج الی الیمین.

والحاصل: انّ ماورد فی مسألة الدعوی علی المیـت من الروایة، یدل من باب التنبیه علی انّ الاستصحاب مع احتمال اداء الحق و الابراء، لایکفی الاّ فی ما کان المدعی علیه فی معرض ادعـاء الاداء، اوالابراء کما لوکـان حیاً رشیداً حاضـراً. و اما لو لم یکـن کذلک (کالمیت والصغیر والغایب) فلا یکفی فیه البیّنة ولا علم الحاکم الذی هو من قبیل البیّنة. و لذلک صرحوافی کتاب الوصایا بـ «انّ الـوصی اذا کان له علی المیت دین یعلمه جزماً، جاز المقاصّـة بدون اذن الحاکم و بـدون الیمین. و اما لو علـم بدین غیره علیـه من باب الشهادة، فلایجوز ادائه عنه» لامکـان تجدّد البراءة.فلاحظ **المسالک** و غیره. فیجب فی الاداء ح الیمین الاستظهاری و المراجعة الی الحاکم لاجل الیمین. نعم لو علم بحق الغیر من باب القطع، فیجوز الاداء بدون [اذن] الحاکم و الیمین.

و [قـال] الشهید الثـانی- فـی شرح کـلام الشهید فـی اللمعة حیـث قال «و یجـوز للموصی استیفـاء دینه ممافی یده، و قضـاء دیون المیت التی یعلم بقـاءها»-: و یتحقق العلم بسماعه اقرار الموصی بها قبل الموت بزمان لایمکنه بعده القضاء، و یکون المستحق ممن لایمکن فـی حقه الاسقاط کالطفل و المجنـون. امّا لوکان اربابهـا مکلفین یمکنهم اسقاطها، فلابد من احلافهم علی بقائهـا و ان علم بها سابقاً. ولا یکفی احلافه ایّاهم الّا اذا کان مستجمعاً لشرائط الحکم. ولیس للحاکم ان یأذن فی التحلیف استناداً الی علمه، بل

لابد من ثبوته عنده. لانّه تحكيم لايجوز لغير اهله. نعم له بعد ثبوته عنده بالبيّنة، توكيله فى الاحلاف.- الى آخر ما ذكره.

و من فروع هذه المسألة: انّ استصحاب اشتغال ذمة الميت بالزكاة و الخمس وردّ المظالم و غيرها، لايكفى للوصى ولا للحاكم ولاللمومنين عندفقدهما. بل لابد من العلم بالبقاء. فلو احتمل الاداء حين الحياة، او محاسبة عوضها على فقير كان له عليه دين، او ابراء ارباب المظالم، فلايجوز الاخراج الّا للوارث الكبير من باب الاحسان.

و اما الصورتان اللتان نقلنا هما عن الشهيد(ره) فى القواعد، فلاينافيان ما ذكرنا. اذ المفروض فيهما عدم انكار الزوج ولا الوارث لاصل المهر، و كون المدعى جازماً فى الدعوى، فيرجع مع الحلف على عدم العلم الى مهر المثل بناءً على الظاهر. و يحتمل قبول قول الزوجة، لعدم المعارض له. و الرجوع الى مهر المثل اولى ان لم يكن ماتدعيه اقل منه. **ثم** ان الشهيد الثانى(ره) ايضاً قال فى المسالك «ان هذا الاختلاف- يعنى الاختلاف فى اصل المهر- لووقع بين ورثتهما، اومن احدهما مع ورثة الاخر فحكمه حكم ما لو وقع بينهما. و مثله مالو ادعته الزوجة و قال وارث الزوج لااعلم الحال، اوكان صغيراً او غائباً» انتهى.

و مقتضى ما ذكره ان الخلاف السابق يجرى فيه. فمن كان يعتمد على اصل البراءة ثمة، يعتمد عليها هيهنا. و من يعتمد على اثبات مهر المثل ثمة، يعتمد عليه هيهنا. و هكذا.. و قد ظهر الوجه مما ذكرناه. و اما وجه سماع دعواها مع صغر وارث الزوج، اوغيبته: فلحمل قول المسلم على الصدق و الصحة، مع عدم المعارض. و البيّنة و اليمين انما يحتاج اليهما مع المعارضة و الدعوى. و قد نبّه عليه كلام الشهيد(ره) الذى نقلناه. نعم يجب عليهما اليمين للدعوى التقديرية. و هى انه لو كان للميت و نظرائه لسان لعلهم كانوا يدعون عليها الاداء والوفاء، فتحلف على البقاء لذلك. هذا كله اذا كان النزاع فى اصل المهر.

و اما لو تنازعا فى المقدار- بان ادعت انها تستحق عنده من جهة المهر مأة دينار سواء كان ذلك جميعه او بعضه، و سواء كان قبل الدخول او بعدها فقال الزوج بل خمسون-: فقال فى المسالك «المشهور بين الاصحاب- لانعلم فيه مخالفاً ظاهراً- ان القول قول الزوج مع يمينه. سواء كان مايدعيه ممايبذل مهراً عادة لامثالها ام لا. والاصل فيه قبل الاتفاق ظاهراً **صحيحة** ابى عبيدة». اقول و هذه الاطلاقات لايستفاد من صحيحة

ابی عبیدة. و دعوی الاتفاق علیه ایضاً غیر مسموعة. و المتبادر من الصحیحة هو الدعوی فی المسمی. و انروایة رواها فی الکافی فی **الحسن**، والشیخ فی **الصحیح** عن ابی عبیدة «عن ابی جعفر -ع- فی رجل تزوج امرأة فلم یدخل بها، فادعت ان صداقها مأة دینار، و ذکر الزوج ان صداقها خمسون دیناراً و لیس بینهما بیّنة علی ذلک. فقال: القول قول الزوج مع یمینه».[1]

و رواها الشیخ ایضاً فی الصحیح «عن ابی عبیدة عن ابی جعفر -ع- فی رجل تزوج امرأة فلم یدخل بها، و ادعت ان صداقها ماة دینار. و ذکر الرجل انه اقل مما قالت. و لیس لها بیّنة علی ذلک. قال: القول قول الزوج مع یمینه».[2] فیشکل القول مع اتفاقهما علی عدم التسمیة مع الدخول. فان الفریضة فیه مهرالمثل، فدعوی الاقل من مهر المثل من الزوج فی قوة ایفاء الزاید و نحوه. فلایسمع منه.

و کذلک لو اعترفا بالتسمیة [وادعت] انّها اکثر مما یدعیه الزوج. و اشار الی ذلک فی **المسالک** ایضاً. و قال «الحق حمل الفتوی علی ما لواطلقا الدعوی، او ادعی تسمیة هذا القدر وادعت هی تسمیة الازید. بل الشیخ فی المبسوط فرض المسألة فی هذا القسم ثم استشکل فی الصورتین ایضاً. اما فی الاولی: فلان الاطلاق کما یحتمل کونه بطریق التسمیة، یحتمل کونه بطریق عوض البضع المحترم و عوضه مطلقا مهرالمثل. و انما یتعین غیره بالتسمیة، والاصل عدمها. و هذا الاصل مقدم علی اصالة البراءة، لوجود الناقل عنها. و اما فی الثانیة: فلان باختلافهما فی قدرها یکون کل منهما منکراً لما یدعیه الاخر. فلو قیل بالتحالف و وجوب مهر المثل، کان حسناً، الا ان اطلاق الروایة الصحیحة المتناول لمحل النزاع یونس ترجیح ما اطلقه الاصحاب علی مافیه من الحزازة. و من ثم قال العلامة فی **القواعد**: ولیس بعیداً من الصواب تقدیم من یدعی مهرالمثل».

اقول: و فی ما ذکره نظر. اما فی الثانیة: فقوله «یکون کل منهما منکراً» ممنوع. بل المنکر انما هوالزوج، لانهما یتفقان فی الاقل فالدعوی انما فی الزیادة، و ینکرها الزوج. **لایقال**: ان الزوج یدعی ان المسمی خمسون بشرط ان لایکون معه شیئ. و الزوجة تدعی الخمسین بشرط ان یکون معه خمسون آخر. فالزوجة ایضا منکرة «الخمسین بشرط لا».

۱: وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۱۸ ح ۱.

۲: المرجع، الحدیث. -الحدیثان کلاهما تحت رقم واحد.

لانّا نقول: انكار المـرأة يرجع الـى القيد يعنى [الـى] «بشرط لا». و نفى النفـى، اثبات. فيرجع الـى دعواها الزيـادة. و هذا واضح. كما ان رجـوع انكار الزوج الى قيـد «اشتراط الانضمام» واضح.

و اما ما ذكـره العلامة(ره) من تقـديم قول من يـدعى مهرالمثل: فهـو مبنى على ان المدعى هو من يدعى خلاف الظاهر. فـاذا ادعت الازيد فهو خلاف الظاهر، كم لو ادعى الانقص. و فيه: اولاً: ان كون المدعـى فى جميع المواضع هو من يدعـى خلاف الظاهر، ممنوع. بل انما هو يتم اذا لم يكن الاصل معه. اذ الذى ذكروه فى تعريف المدعى، امران: احدهما «مـن تُرك لوتَرك». و الثـانى «من يدعى امـراً خفياً، بان يدعـى خلاف الاصل او خلاف الظاهر». فاذا كان مخالفاً لاحد همـا دون الاخر فيبنى على الترجيح بين الاصل و الظاهر و تقديم الظاهر هنا على الاصل و ليس بواضح.

و هذا لايشبه ما قدمنـاه فى اصل المسألة. اذ مبنى الكلام ثمة (فـى ترجيح الظاهر) كان على امـور كثيرة ليست بموجودة هنا. فـان النافى ثمة كان بناؤه علـى اصل البراءة رأساً بسبب الاحتمالات النادرة المردودة، او الغير المـوجودة فى الاغلب. فمحض ابطال الاعتماد على الاصل بسبب ندرته اوجب مهرالمثل. لانه عوض البضع المحترم، حيث لم يثبت التسمية. و مع ذلک فقد ينضم اليه اصالة عدم التسمية الموجبة للتفويض الموجب لمهر المثل، و غير ذلک ممامر. و اما فى مـا نحن فيه، فالمفروض تسليم التسمية فيبقى الكلام مع اصالـة عدم الزيادة و ظهور مهرالمثـل و غلبته. فاما نمنع مقاومـة هذا الظاهر، الاصل، او نقـول: سلمناه ولكن الحـديث الصحيح اثبت لنـا المخرج عنه. فـان مقتضى قولهم عليهم السلام «البينـة على المدعى واليمين على من انكر» و ان اوجـب هنا تقديم قول مـدعى مهرالمثـل- على فرض تسليـم كونه اظهـر من اصالـة عدم الزيـادة- ولكنا نحصّصه بهذه الصحيحة، كمـا خصّص بغيره ايضا فى مواضع شتـى. و تخصيص القواعد فى الفقه ليس ببدع.

و اما الصورة الاولى: فتحقيق الكلام فيها ان الرواية ظاهرة فى الدعوى فى التسمية. ولادلالةلها فى حكم مهرالمثل وادعاء عوض البضع، مطلقا. فان ظاهر قول الراوى «ادعت ان صداقها مأة دينار» متبادر فى المسمى. كما لايخفى. و كذلک قوله «ليس لها بيّنة على ذلک». فان البينة انما يمكـن تصويرها (ظاهراً) فى الجزئى الحقيقـى. و ايضا: فلو عممنا الرواية لزم ارجاع الرواية الى اختلافهما فى مهرالمثل. و ح يشكل الجواب بان «القول قول

الزوج» بـل یرجع فیه الـی العرف و العادة. الا ان نفـرض المسألة فـی مالوکانـت المرأة مجهولة الحال اصلاً او نسباً و حسباً، لاالزوج. و هـو فرض نادر و خارج عن فرض التداعی فی المهر ایضاً.

فح نقول: اذا اطلق الدعوی بحیث یمکـن ان ینزل علی التسمیة و علی عوض البضع معاً، بان لایکون ماتدعیه المرأة اقل من مهرالمثل، ولا مایدعیه الرجل اکثرمنه. [۱] و یکون ما تدعیه المرأة مهرالمثل (اواقل) و مایدعیـه الرجل اقل منه. فیشکل الاعتماد فی معرفة حقیقة الدعوی بالاتکال علی اصالة عـدم التسمیة و القول بان هذا الاصل یقتضی حمل الدعوی علی هذه الصورة مع ان الظاهر و الغالب هو التسمیة. و کذلک ظاهر الدعوی فی المقدار. فالاظهر هنا لزوم الاستفسار. لکون الدعوی ناقصة.

ولایرد هذا علـی اصل المسألة. فان اصـل المسألة کان دعوی المـرأة المهر، و انکار الرجل لـه مطلقاً. و ذلک لایحتاج الی الاستفسار،لان اصـالة البرأة فی جانب الـرجل، اما یعمل علیها فلاحاجة الی معرفة مدعـی المرأة. او لایعمل علیها فیرجع الی مهرالمثل، او «اقل مایتمول». بخلاف مدعی الرجل فی هذه الصورة، فان العمل علیه یتوقف علی معرفة حال نفس الدعوی، فبعد الاستفسار فان ظهـر انّ الدعوی فی عوض البضع، فیعمل علی ما اقتضـاه من انّ الرجل اذا ادعـی الاقل فهو معنی «ادعـاء انتفاء الباقی» فیحتـاج الی الاثبات. و ان ظهر ان الدعوی فی المسمی، فیرجع الی العمل بالروایة و تقدم قول الزوج. کما مرّ.

۱۶۳: سؤال: هرگاه شخصـی ضعیفه‌ای گرفته باشد، و چنـد اولاد از او بهم رسیده باشد. و در ثانی الحال ضعیفهٔ دیگری گرفته باشد و نتوانسته باشد که به او دخل بکند، و زوج فوت شده باشد. و زوجهٔ غیر مدخوله قبـل از انقضای ایام عده شوهر کرده باشد. آیا باید تفریق کرد؟ یا نه؟.

جواب: عدهٔ وفات برای زوجهٔ غیر مدخوله ثابت است. و حکم نکاح در آن، حکم نکاح در عدهٔ رجعیه اسـت. و خلاصه حکم آن این است کـه هرگاه در عده شوهر کـرده باشد و دخول هم به عمل آمده، حرام ابدی می‌شود. و تفریق باید کرد. خواه هر دو عالم به عده و عالم به حرمت تزویج در آن باشند، یا هر دو جـاهل به هر دو باشند، یا یکی عالم و دیگری جاهل، یـا عالم به یکـی از آن دو امر و جاهل به دیگـری باشند. و اگر دخـول واقع نشده باشـد، از برای جاهل حـرمت ابدی حاصـل نمی‌شود. نهایـت عقد فاسد اسـت و بعد از

انقضای عده از نو عقد می‌تواند کرد. و از برای عالم حرمت ابدی حاصل می‌شود هرچند دخول نکرده باشد. والله العالم.

۱۶۴: سؤال: هرگاه از برای زوج نفقه و کسوهٔ اطفال ممکن نشود، و زوجه صاحب ثروت باشد، نفقه و کسوهٔ اطفال بر زوجه شرعاً واجب است یا نه؟

جواب: بلی هرگاه طفل از خود مال نداشته باشد و پدر هم عاجز از انفاق باشد و جد پدری هم موسر نباشد و مادر هم ملیّه و موسره باشد، بر او نفقهٔ اطفال واجب است.

۱۶۵: سؤال: هرگاه شخصی ضعیفه را تزویج نموده، و در دخل نمودن عاجز. و [ضعیفه] مقدار چهار ماه مرافعهٔ خود را به نزد یکی از ملاهای این ولایت برده. و آن ملّا حکم نموده که باید این ضعیفه یک 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 خانهٔ پدر رفته. و چون آن مرد پرلجوج، و پدر ضعیفه نیز مرد فقیر، و صبیهٔ 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 ملّائی که این مرافعه در نزد او اتفاق افتاده بود، او را عقد نموده و به شوهر داده، به سبب عنین بودن شوهر. آیا بر آن شوهر ثانی حلال می‌باشد یا نه؟

جواب: دین و دنیا از امثال چنین ملّاها خراب است. اولاً اینکه مرافعه را به غیر مجتهد عادل کسی نمی‌تواند کرد. خصوصاً مسأله عنن و بر فرض تقدیری که کسی دیگر تواند کرد آنچه به گوش آن ملّاها رسیده این است که بعد از ثبوت عجز از مقاربت زنان مطلقاً، و عدم رضای زوجه به زوجیت آن مرد، و مرافعه بردن به سوی حاکم با شرایط، آن حاکم شرع او را از حین مرافعه مهلت بدهد تا یک سال تمام. و بعد از تمام شدن یک سال زوجه مسلط بر فسخ می‌شود. بتفصیلی که در محل خود مذکور است.

بنابر آنچه در صورت سؤال نوشته شده است از حین مرافعه تا حین فسخ و به خانهٔ پدر رفتن، ده ماه گذشته است. بر فرض صحت مرافعه این فسخ قبل از تمام شدن سال چه معنی دارد. پس بناء علی هذا هنوز زوجه در حبالهٔ زوجیت زوج سابق بوده است که زوج متوفی شده. و نکاح ثانی در عدّهٔ وفات شده و نکاح فاسد است. و هرگاه طرفین عالم به عدّه و حرمت نکاح بوده‌اند به مجرد عقد حرام ابدی است. و اگر دخول واقع شده است

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

۱۶۶: سؤال: هرگاه ضعیفه را پدرش بدون اذن به شوهر داده باشد، و جمعی هم شاهد به عدم رضای ضعیفه می‌باشند. و آن مرد نیز دخل ننموده، و شوهر متوفی. آیا آن عقد باطل می‌باشد؟ و در عدّهٔ وفات،آن ضعیفه می‌تواند شوهر نمود یا باید عدّهٔ وفات نگاه دارد؟.

جواب: هرگاه به ثبوت شرعی برسد که نکاح بدون رضای زوجه بوده، و بعد از نکاح هم اجازه نکرده و راضی نشده، آن نکاح صورتی ندارد. خصوصاً هرگاه با کره نباشد.

و اما هرگاه با کره بوده باشد هرچند اظهر در آن نیز بطلان عقد است، لکن احوط آن است که در عدهٔ وفات آن را تزویج نکنند و امر ثبوت و عدم ثبوت و مرافعه باید در نزد حاکم شرع- یعنی مجتهد عادل واقع شود. اکثر مفاسد از راه بی اعتنائی به شرع و دین واقع می‌شود. و ملّاهائی که متصدی این امور می‌شوند لااقل در اول مرتبه مسأله را سؤال کنند که فساد آن کمتر باشد. والله الموفق.

۱۶۷: سؤال: هرگاه هند بعد از مدت سه سال از مفقودالاثر بودن زوجش حامله گردیده و عمرو از او متولد. و بعضی مردم از راه ظن می‌گفته‌اند 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 حبالهٔ نکاح بکر مذکور درآمده. و بعد از مدت چند سال دیگر هند مذکوره متوفیه. آیا در اینصورت عمرو می‌تواند که شرعاً مطالبهٔ حق‌الصداق والده‌اش را از بکر مذکور نماید یا نه؟

جواب: بنابر صورت سؤال، عمرو جزماً فرزند آن شوهر مفقود الخبر نیست. و هرگاه معلوم شده که عمرو به زنا بهم رسیده هم ملحق به زانی نمی‌شود، و هم میراث از مادر خود نمی‌برد. و اما تزویج هند با بکر: اگر با وجود علم طرفین به‌حرمت بوده است و می‌دانسته‌اند که شوهر مفقودالخبر است، این زن حرام است. و نکاح آن حرام است. پس این نکاح هم موجب مهر نمی‌شود و زنا را مهر نمی‌باشد. پس دعوی مهر بر فرضی که عمرو پسر مادرش محسوب شود هم صورتی ندارد. و اگر علم به حرمت نداشته‌اند هیچکدام، یا هند تنها علم به حرمت نداشته، پس هند مستحق مهرالمثل است. و بعد از مردن او وارث شرعی ادعای مهر می‌تواند کرد. و عمرو که از زنا بهم رسیده است ادعای

میراث و مهر مادر نمی‌تواند کرد. و اگر معلوم نشود که هند زنا کرده بود، و عمرو هم به وطی شبهه بهم رسیده باشد، در اینصورت ملحق به مادر می‌شود و دعوی مهر- در صورتی که عقد او به بکر بر سبیل شبهه شده باشد- می‌تواند کرد. والله العالم.

۱۶۸: سؤال: هرگاه 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 والدهٔ مرتضعهٔ مزبوره مریض بوده، مکرر از زوجهٔ عم خود که مرضعهٔ پسر مزبور بوده ارتضاع نموده. و لکن حال از مرضعهٔ مزبوره استفسار کمیّت ارضاع را نموده‌ایم می‌گوید که «تا دو ماه چون والدهٔ مرتضعهٔ مزبوره مریض بوده من مکرر او را شیر داده‌ام، لیکن ده رضعهٔ متوالیه-[و] بلافاصلهٔ ارضاع دیگری- نشده. و یک شبانه روز هم بدون تخلل ارتضاع[از] غیری، شیر نداده‌ام. بلکه گاه من شیر می‌دادم و گاه والدهٔ مریضه‌اش، و گاه هم شیر گاو می‌خورده.

ملخص آنکه: به تقریر مرضعهٔ مزبوره، ده شیر متوالی بدون تخلل شیر والده‌اش یا دیگری، یا یک شبانه روز کذلک، اتفاق نیفتاده. و حال که دختر و پسر متراضعان مزبوران به حد بلوغ رسیده‌اند بنای تزویج مابین ایشان شده. آیا حسب الشرع رضاع مزبوره ناشر حرمت بینهما می‌شود یا نه ؟ و در صورتی که ناشر حرمت بینهما باشد، آیا همشیرهٔ نسبیهٔ مرتضعهٔ مزبوره (که شیر مزبور را نخورده باشد) می‌تواند با آن پسر مزوّجه شود یا نه ؟ و اخوهٔ نسبیهٔ هر یک از متراضعان با اخوه[1] نسبیهٔ دیگری تزویج می‌توانند نمود یا نه؟

جواب: نظر به صورت سؤال، تقدیر عددی و زمانی رضاع (هر دو) غیر معلوم الثبوت [است]. خصوصاً با ملاحظهٔ تقریر مرضعه. و اصل هم عدم حصول آنها است. و اما «تقدیر اثری» اعنی نبات لحم و شدّ عظم با دم»: پس در صورت مسؤله نفی آن مشکل است. بلی چون از کلام اصحاب برمی‌آید که باید انتساب این اثر به رضاع مرضعه باشد مستقلاً، و مخلوط شدن چیز دیگر را مضر می‌دانند در نسبت دادن اثر به آن شیر. و ظاهراً خلافی در میان ایشان در این معنی ظاهر نیست. و اصل هم عدم تحقق رضاع شرعی است. و عمومات هم مقتضی حلیّت است.

خصوصاً با ملاحظهٔ این معنی که تتبع احادیث ائمهٔ طاهرین علیهم السلام مفید این

۱: گویا مراد «اخوات» است.

است که امر رضاع بـه این شدّت نیست. و تنگ گرفتن در آن از عامه نـاشی شده که اکثر آنها قلیل و کثیر را موثر در حرمت می‌داننـد. بلکه در اخبار ما حد رضاع به دو سال و یک سال هم وارد شده.[۱] و قدمای اصحاب هم بعضی به آن رفتـه‌اند. و با ملاحظهٔ این امور در صورت مسؤول عنها اظهر حلّیت و جواز نکاح است. بلکه خلاف آن را در کلام فقها نیافتم. ولکن احوط ترک آن اسـت. به جهت احتمال تأثیر از راه عمـوم و اطلاق اخبار، و خروج از خلاف ابن جنید نیز. اما احتیاط واجب نیست.

و بر فرض تحقق رضاع محرم، اظهر جواز تزویـج همشیرهٔ نسبیهٔ مرتضعهٔ مزبوره است با بـرادر رضاعی همشیـره‌اش. و همچنین اخوهٔ نسبیهٔ هـر یک از متراضعیـن در اخوات نسبیهٔ دیگری جایز است تزویج بینهم. والله العالم.

۱۶۹: سؤال: در نفقه و کسـوهٔ زوجهٔ حـاملهٔ متـوفی عنهـا زوجها، رأی شـریف بـه کدامیـک از اقوال اسـت؟

جواب: از مال شوهر نفقه ندارد. اجماعاً . و همچنیـن از مال حمل ، علـی الاظهر الاشهـر بین المتاخـرین. و جمعی از قدما بروجوب آن از مال حمل فتوی داده‌اند. و قول اول اظهر است.

۱۷۰: سؤال: منزله را در رضاع اعتبار می‌فرمائید یا نه؟

جواب: اظهر عدم [اعتبار] منزله است. بلی اعتبار احوط است.

۱۷۱: سؤال: هرگاه مادر که هند باشد (مثـلاً) چنان داند که ولایت در عقد نکاح از برای او ثابت است شرعاً، و دختر صغیر خـود را به زید نکاح منقطع نماید. و شخصی هم غافل از اینکه مادر را ولایتی نمی‌باشد اجرای صیغه نماید ولایةً ، و شروط عقد منقطع (از تعیین مهر واجل) به عمل آورد. آیا عقد صحیح اسـت یا فاسد ؟ و برفرض فساد آیا آثار نکاح از حلیـت و محرمیت آن مـادر بر زیـد، و حرمت نکـاحش بر او، بـر آن عقد متـرتب می‌شود؟ یا نه بلکه زید می‌تواند که هند را نکاح نماید؟.

و برفرض عدم ترتب اثر، چون مادر چنان می‌داند که بر زید مذکور محرم است، و زید هم چنیـن می‌داند کـه آن زن بر وی محـرم است، با هـم نشست و برخـواست بـه عمل

۱: وسایـل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بـالرضاع، بـاب ۲، ۱۳، ۱۶و۱۷- توضیح: محـدثین و فقها، این احـادیث را نپذیرفته‌اند زیرا «نادر» و مرسل و غیر مستند هستند.

می‌آورند، و چنانکه متعارف است شوخی و ظرافت با یکدیگر می‌کنند، و اصلاً و قطعاً پروا نمی‌کنند. آیا حکم جاهل به مسأله بر آنها جاری است و چون معذور نخواهند بود آثم خواهند بود ؟ یا آنکه 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 اوست که ایشان را اخبار کند بر فساد عقد بعد از تذکر فساد-؟ یا نه؟. و برفرض اینکه بر او باشد اخبار، آیا هرگاه 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 منزلهٔ فضولی است. پس هرگاه این عقد تمتع صغیره را از برای کبیر چنان قرار داده که مدت آن قبل از دخول بلوغ منقضی می‌شود، پس آن عقد از اصل باطل است. و بر او هیچ ثمری مترتب نمی‌شود. و هرگاه مدت [تا] بعد از بلوغ برجاست، [اگر] صغیره بعد از رشد و بلوغ اجازه کند، صحیح است. ولکن آثار عقد که از جملهٔ آنها محرمیت و حرمت مادر زن باشد، حاصل نمی‌شود مگر بعد از اجازه. هرگاه اجازه به عمل نیاید مادرزن را می‌تواند نکاح کند. چنانکه در صورت سابقه هم چنین بود.

و به هر حال شوخی‌ها و ظرافت‌ها اگر از باب ریبه و تلذذ بوده آن در حال محرمیت هم حرام است. چه جای آنکه در حال عدم [محرمیت]. و اگر همان نظر کردن بوده از غیر تلذذ و ریبه، پس اگر غافل بالمره بوده است از وجوب تحصیل مسأله، و چنین دانسته‌که محرم است، بر او گناه نیست. و هرگاه مقصر باشد، گناه کرده (در غیر آنچه جایز است [از] نظر و تکلم نسبت به اجانب). و چارهٔ آن استغفار و توبه است.

و آن شخص عاقد در اصل عقد عاصی است هرگاه عالم یا «جاهل غیر غافل مقصر» بوده. و باید توبه کند. و برفرض تقدیری که غافل بالمره بود عاصی نیست. و به هر حال هرگاه بداند که بالفعل ثمرات عقد بر آن مترتب می‌شود و آنها بر آن حال مستمرند، لازم است که خبر کند ایشان را به فساد عقد.

۱۷۲ :سؤال: اختلافاتی که واقع است در کتب فقها در خصوص حد رضاع، راجح در نظر فیض منظر کدامیک می‌باشد؟ و «انبات لحم و شدّ عظم» به چه عنوان حاصل می‌شود؟.

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

ظاهر می‌شود.

بلی بعضی اوقات ظاهر می‌شود مثل ده بیست مرتبه یا بیشتر شیر بخورد. اما به این نحو که هر دفعه از پستان بمکد تا سیر شود و دست بردارد. 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 صورت‌ها جزماً انبات لحم و شدّ عظم، می‌شود بدون تحقق آن دو علامت دیگر که یکی «اعتبار عدد» است و دیگری «اعتبار زمان». و اقوی در نظر حقیر در اعتبار عدد «پانزده شیر» است که در میان آنها شیر کسی دیگر را نخورد. و در زمان، معتبر یک شبانه روز است که نه شیر دیگر در میان آن بخورد و نه طعام و شراب.

۱۷۳ : سؤال: هرگاه زید هند را به حبالهٔ نکاح خود درآورد و عقد مناکحه جاری و مبلغ کلی نقد و جنس از زید گرفته. و حال که می‌خواهد تصرف کند اولیای زوجه را سخن اینکه «صداق را بده و زوجهٔ خود را تصرف کن» و زید را بالقوه استطاعت ادای صداق، حال نیست. آیا شرعاً می‌رسد که در چنین حال مانع تصرف زید زوجهٔ خود را بشوند یا نه ؟ و نقد جنسی که از زید گرفته‌اند می‌تواند زید به عوض صداق محسوب نماید یا نه؟

جواب: در دخول بالغهٔ رشیده، اولیا را اختیاری نمی‌باشد. لکن در صورتی که مهر مؤجل نباشد، زوجه می‌تواند ممانعت کند از دخول قبل از اخذ مهر بایسار اتفاقاً، و هرچند زوج معسر باشد علی الاشهر الاظهر. و اموالی که [به خانه زوجه] برده است هرگاه به نهجی برده است که شرعاً استرداد آن جایز باشد می‌تواند مطالبه کند و در عوض صداق محسوب دارد. والا، فلا.

۱۷۴ : سؤال: زید معسر صبیهٔ بالغهٔ رشیدهٔ عمرو را (باذنها و اذن ابیها) به حبالهٔ نکاح خود در آورده. و در ضمن العقد زید مزبور با عمر و مذکور- که وکیل صبیه‌اش بوده- شرط نموده است که عندالیسر و الاستطاعه صداق معین را می‌دهم. و حال که زید می‌خواهد که زوجهٔ خود را متصرف شود عمرو که پدر زوجه باشد می‌گوید «صداق زوجه را بده و بعد او را تصرف کن». نظر به عدم استطاعت زید مزبور و شرط مذکور می‌تواند پدر زوجه مانع از تصرف زوج شود یا نه ؟ یا آنکه بگوید هرگاه استطاعت نداری زوجهٔ خود را طلاق بده آیا از او می‌شنوند یا نه؟

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

۱۷۵ : سؤال: شخصی غلامی و کنیزی را دارد، و ارادهٔ تزویج ایشان را دارد. آیا همان اذن مولی کافی است؟ یا محتاج به صیغه است؟. و صیغه به عربی و فارسی از جانب مالک (مولی) به چه نحو باید گفته شود؟.

جواب: اگر غرض تزویج است (یعنی اینکه زن و شوهر باشند) باید صیغه خوانده شود. و ظاهر این است که ایجاب و قبول هر دو در کار باشد. لیکن عبدو امه را اختیار نمی‌باشد بلکه مولی می‌تواند که ایشان را اجبار کند بر ایجاب و قبول یا خود از جانب هر دو ایجاب و قبول کند. مثل اینکه بگوید «انکحت ریحانة من بلال علی دینار» و باز خود بگوید «قبلت لبلال علی الصداق المذکور». و مهر [او را] از مال خود می‌دهد. و دور نیست که ذکر مهر و مهر دادن هم واجب باشد هرچند جمعی از علما مستحب دانسته‌اند. و اگر مولی غیری را وکیل کند در اجرای صیغه، وکیل بگوید «انکحت ریحانة باذن مولاها من بلال علی الصداق المعین» و طرف قبول بگوید «قبلت لبلال باذن مولاه علی الصداق المعین». اینها در وقتی است که غرض تزویج باشد.

و اما اگر غرض «تحلیل» باشد- هرچند در مسأله خلاف است، و اخبار متعارضند لکن- اظهر جواز است. و در اینجا شرایط نکاح در کار نیست همین مجرد اینکه مولی کنیز خود را به غلام خود یا غلام دیگری حلال کند، حلال می‌شود. و اظهر آن است که در اینجا نیز صیغه در کار است، یعنی مولی لفظی بگوید که دلالت بر «انشاء تحلیل» کند. و ظاهر این است که مولی در اینجا قائم مقام قبول عبدهم 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: هرگاه دختری از زنا حامله شده باشد، بعد از چهار ماه کسی او را خواهد تزویج نماید. عده دارد یا نه ؟ و فرق مابین زانی و غیر زانی در تزویج او هست یا نه؟

جواب: هرگاه 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 ترک دخول به او قبل از گذشتن چهار ماه و ده روز از حین انعقاد نطفه، احوط باشد. ولکن الحال وجوب آن بر حقیر معلوم نیست، و اشهر و اظهر آن است که از برای غیر حامله هم عده نباشد، هرچند غیر زانی او را بگیرد. ولیکن احوط این است که از برای غیر زانی عده بدارد. بلکه از **موثقهٔ** اسحق بن جریر ظاهر می‌شود که خود زانی هم تا «استبراء» نکند تزویج نکند.[1] و عمل به آن طریقهٔ احتیاط است.

۱۷۷: سؤال: هرگاه شخصی از برای پسر بزرگ خود زنی گرفته و بعد از مدت شش ماه پسر فوت شده، و آن زن حامله می‌باشد. و این پسر با پدر خود «جمع المال» بوده، یعنی مال معینی از خود ندارد. و حال ارث و مهر این زن چه صورت دارد؟ و آن طفل را چه باید نمود؟ و آن شخص را چند نفر دیگر اولاد ذکور و اناث- غیر این متوفی- می‌باشد، حقوق هر یک را بیان فرمائید. و مدت عده این زن را بفرمائید.

جواب: هرگاه پدر مال موجود خود را مهر پسر بزرگ خود کرده، همان مال حق زن است. و آنچه نقد در ذمهٔ پسر مهر زن شده بر گردن آن پسر است هرگاه مالی دارد از مال او می‌دهند. و هرگاه ندارد خدا بدهد. و اینکه نوشته است که پدر و پسر جمع‌المال بوده‌اند: همبهری و «شراکت ابدان» باطل است هرکی هرچه تحصیل کرده مال او است. و هرگاه مالی در دست هر دو باشد و دست هر دو بر او مساوی باشند، بینهما علی السویه قسمت می‌شود. هرگاه دعوی مابین طرفین بشود باید به مرافعهٔ شرعیه حاضر شوند. به هر طریق گفتگوی جمع المالی و ادعای مالی محتاج است به مرافعه. و بعد از مرافعه هرگاه مالی برای پسر ثابت شد مهر و دین زن را از آن مال می‌دهند و تتمهٔ مال او را در میان ورثه قسمت می‌کنند. شش یک را به پدر می‌دهند و هشت یک 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 فرض‌الله» قسمت می‌کنند. و عدهٔ این زن یا چهار ماه و ده روز است یا وضع حمل، هر کدام مدت او بیشتر است عدهٔ او همان است.

۱: وسائل: ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۴ ح ۱.

۱۷۸: سؤال: هرگاه زوج قبل از دخول فوت شود، زوجه نصف مهر را مطالبه می‌نماید یا کل مهر را؟

جواب: مشهور کل مهر است. ولکن احادیث معتبره دلالت بر تنصیف دارد[۱]. احتیاط در این است که صلح کند بر نصف.

۱۷۹: سؤال: هرگاه شخصی زوجه داشته باشد و مضاجعه را به آن زوجه موقوف کند. یا زوجه‌های متعدد داشته باشد و ترک مضاجعه را با همه بکند، مانعی دارد یا نه؟

جواب: اصل مضاجعه واجب است و بدون رضای زوجه ترک نمی‌تواند کرد.

۱۸۰: سؤال: هرگاه دو طفل با هم وطی کرده باشند و فاعل خواهر مفعول را گرفته و اولادی از او بهم رسیده باشد. آیااین طفل حرامزاده است یا نه ؟ و بعد از علم به حرمت محتاج به طلاق زوجه است یا نه؟

جواب: اگر طرفین علم به حرمت نداشته باشند، آن طفل حرامزاده نیست. و بعد از علم به حرمت، طلاقی در کار نیست.

۱۸۱: سؤال: هرگاه زید با هند در حینی که ذات بعل بوده زنا نموده. آیا در اینصورت صبیهٔ هند مذکوره را- که قبل از ایام زنا متولد شده بوده است- شرعاً زید زانی می‌تواند در حبالهٔ نکاح خود درآورد یا نه؟

جواب: مشهور میان علمای امامیهٔ، حرمت است. و احوط اجتناب است. والله العالم.

۱۸۲: سؤال: زید همشیرهٔ خود را به عمرو داده، و همشیرهٔ زید مزبور متوفیه. و اولادی که از او مانده زوجهٔ زید مذکور شیر می‌دهد به قدر دو سه ماه. آیا می‌تواند زید مزبور صبیه[ای] که همین زوجه که فرزند عمرو مذکور را شیر داده است دارد، به جای همشیرهٔ متوفیه به عمرو مزبور بدهد یا نه؟-

جواب: نمی‌تواند بدهد. والله العالم.

۱۸۳: سؤال: چه می‌فرمایند در اینکه شخصی صبیهٔ خود را که قابل تمتع نباشد

۱: وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۸ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷، ۸، ۹، ۱۰، ۱۱، ۱۲ (و۱۳)، ۱۴، ۱۵، ۱۶.- و دلالت می‌کند بر کل مهر احادیث: (۲۰) ۲۱، ۲۲، ۲۳و۲۴ همان باب.

به عقد انقطاع دیگری درآورده، و اصلاً قصد تمتع ندارد. آیا داماد محرم والدهٔ صبیه می‌شود یا نه؟

جواب: هرگاه عقد تمتع در مدت قلیلی بشود که در آن به هیچوجه تمتع ممکن نباشد، باعث محرمیت نمی‌شود. و اگر مثلاً صغیره را صیغه بخواند در وقت دو سالگی به مدت چهار پنج سال که در اواخر مدت لذتی از آن می‌تواند برد. هرچند به بوسیدن، یا نگاه کردن، یا بغل گرفتن باشد باکی نیست که دخول کردن نباشد محرم می‌شود. والله العالم.

۱۸۴: سؤال: هرگاه ربیبهٔ طفل شوهر والده‌اش را شیر بدهد. آیا والدهٔ طفل بر پدرش حرام می‌شود یا نه؟

جواب: حرام نمی‌شود. والله العالم.

۱۸۵: سؤال: هرگاه زوجهٔ برادر، طفل همشیرهٔ او را شیر دهد. آیا نشر حرمت می‌کند یا نه؟

جواب: اظهر عدم حرمت است و احوط اجتناب است.

۱۸۶: سؤال: زید متوفی و از او چند نفر اولاد مانده، سه نفر اناث کبیره، و دیگر صغیره. و مال صغار در نزد والدهٔ آنها می‌باشد. همشیره‌های کبار ادعا می‌نمایند که حضانت صغار بما می‌رسد. و عمه و پسرعمه نیز این مطلب را ادعا می‌نمایند. استدعا آنکه بیان فرمائید که حضانت صغار به کدام می‌رسد؟.

جواب: در صورت مسأله هیچیک از همشیره‌ها و عمه و پسر عمه مزاحم مادر نمی‌توانند شد. والله العالم.

۱۸۷: سؤال: هرگاه شوهر هند متوفی، و هند ادعای صداق و ثمن می‌نماید. و وراث در این خصوص مساهله می‌کنند. و دو طفل صغیر نیز از او مانده و در نزد جده‌شان می‌باشند، و والده ادعای حضانت اطفال را می‌نماید و جده نیز همان ادعا را دارد و صغار را به والده‌شان نمی‌دهد. استدعا آنکه بفرمائید اولویت کدام بیشتر است؟ وضعیفه صداق و ثمن باید از ترکهٔ شوهر بگیرد یا نه؟-؟.

جواب: در باب دعوای صداق و ثمن به مرافعهٔ حاکم شرع رجوع کنند. و در باب حضانت در صورت سؤال، مادر مقدم است. والله العالم.

۱۸۸: سؤال: هرگاه زید در ایام حیات خود قدری رخوت به جهت اولاد خود و

عروس و زوجات خود خریداری نموده، و به ایشان هر یک داده باشد. و بعضی آنها پوشیده باشند و بعضی دیگر نپوشیده باشند، و صغیری هم از زید باقی مانده باشد. در این صورت رخوت مزبوره تعلق به ایشان دارد که به جهت ایشان گرفته است و تسلیم نموده است-؟ یا اینکه باید بین الورثه قسمت کرد؟.

جواب: رخوت مزبوره مال ورثه است. هر یک به قدر رسد می‌برند. مگر اینکه تملیک آن را به ثبوت شرعی برسانند. والله العالم.

۱۸۹: سؤال: زید قدری زمین املس در نکاح زینب نموده، و قید و شرط اشجاری ننموده است. و زید قدری اشجار پیش از آنکه زمین مزبور را در نکاح زینب کند به عمل آورده بوده است. و قدری اشجار هم بعد از آنکه زمین را در نکاح کرده است، به عمل آورده است. و زینب هم هرگز اظهار ننموده است که من رضا هستم که اشجار در این زمین به عمل بیاوری، یا رضا نیستم. آیا بعد از فوت زید زینب می‌تواند ادعا بکند به ورثهٔ زید در خصوص اشجار یا نه ؟

جواب: هرگاه زمین را داخل صداق کرده و قید اشجاری نکرده، اشجار داخل نیست، و اشجاری که بعد غرس شده هرگاه از برای زن غرس نکرده و به او نبخشیده است مال ورثه است. بلی هرگاه اذن نداده به این نحو که شوهر را مرخص کرده باشد در غرس اشجار به جهت خود بی اجرت و عوض، در اینصورت می‌تواند دعوی اجرت‌المثل ایام گذشته بکند و اشجار مال ورثه است. و در صورت مزبوره زینب می‌تواند که بگوید اشجار را از زمین او بکنند و زمین را هموار کرده به او رد کنند. والله العالم.

۱۹۰: سؤال: ادخال بعض حشفه در فرج زن شوهردار باعث وجوب غسل و تحریم ابدی می‌شود یا نه ؟ و فرقی مابین قبل و دبر هست یا نه؟

جواب: فرقی مابین قبل و دبر نیست. و تا ختنه گاه اگر داخل نشود نه غسل واجب می‌شود و نه تحریم ابدی. و هرگاه تا ختنه گاه مرد داخل فرج زن شد باعث وجوب غسل و تحریم ابدی می‌شود. مراد از التقاء ختانین که در احادیث و کلام فقها است همان غایب شدن ذکر است در فرج تا حد ختنه گاه. والله العالم.

۱۹۱: سؤال: شیربهائی که متعارف است که می‌گیرند- به این نحو که کسی می‌آید به خواستگاری دختر شخصی، آن شخص قبول می‌کند به شرط اینکه مثلاً پنج تومان بدهد به آن شخص. و گاه است که این را مادر می‌گیرد، یا برادر، یا عمو، یا غیر اینها-

گرفتن آن حلال است یا نه ؟ و بعد از آنکه گرفت آیا آن شخص دهنده استرجاع می‌تواند کرد یا نه؟

جواب: آنچه در بادی نظر به گمان حقیر می‌رسد آن است که اگر شرط را در ضمن عقد نکاح درآورند (اعم از آنکه دختر شرط کند یا ولی بر فرض ولایت)[1] حلال و لازم خواهد بود. به جهت آنکه 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 تزویج پشیمان شود و خواهد که به آنچه داده رجوع کند، آنچه از آن مال موجود باشد می‌تواند استرداد کند. به جهت آنکه به عقد لازمی منتقل نشده و بر ملک سابق باقی است.

و این از بابت هبهٔ معوضه نیست، به جهت آنکه عوض بضع به غیر صداق چیزی نیست، و این که داخل صداق نیست. و در هبهٔ 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 همچنین در تحت هیچیک از عقود نیست. و این مانند «اباحه» است. و تسلیط غیر است بر مال خود. و ظاهر این است که مجرد تصرف بلکه تبدیل عین به شیئی دیگر منشأ لزوم نمی‌شود، و رجوع به هبهٔ آنها می‌توان کرد، و همچنین به نماء 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 می‌توان استرداد کرد. به جهت آنکه آن ملک بدل آن پول نیست، بلکه بدل، آنچه که در ذمهٔ مشتری بود، می‌باشد.

۱۹۲: سؤال: پدری از برای پسر خود دختر بالغه[ای] را ولایتاً عقد نموده. و بعد از آن، پسر آن دختر را قبل از دخول طلاق داده. آیا پدر می‌تواند آن دختر را بگیرد یا نه؟

جواب: معقودهٔ پسر بر پدر حرام است. هرچند دخول نکرده باشد.

۱۹۳: سؤال: هرگاه والد زوج عینی را (مثل ملکی یا باغی) از مال خود داخل مهر

۱: و همین طوراست اگر براساس وکالت از طرف دختر باشد.

زوجهٔ ولد صغیر یا کبیر خود کند، بدون اینکه 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: هرگاه پانزده عدد شیر از پستان بخورد که هر مرتبه سیر شود و دست بردارد که شیر زنی دیگر در میانهٔ آنها نباشد، نشر حرمت می‌کند. به شرط آنکه شیر از ولادت بهم رسیده باشد و خود به خود نباشد، و طفل شیر خوار هم از دو سال بیشتر نداشته باشد. و همچنین هرگاه یک 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 همچنین هرگاه گوشت طفل از آن شیر حاصل شود و استخوان او از آن سخت بشود. به شرط آنکه مستقل باشد شیر در این تأثیر که مخلوط به چیز دیگر نشود و گوشت حاصل از هر دو شود، که در آن وقت اثری نمی‌بخشد. و ثمرهٔ این تقدیر سومی کم‌ظاهر می‌شود. و از جملهٔ 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 هیچکدام بر آن نهج نبوده. و همچنین در یک شبانه روز در 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 اینصورت جزم حاصل شدن به انبات لحم و شد عظم ممکن است از برای همه کس، و در کمتر از اینهم ممکن است که جزم حاصل شود به جهت طبیب حاذق. و دور نیست که قول یک طبیب حاذق عادل کافی باشد، اگر چه احوط اعتبار دو طبیب است.

و برهریک از تقدیرات که در حد رضاع گفتیم، شرط است که فحل یکی باشد، یعنی شیر یک مرد را بخورد.

۱۹۵ : سؤال: شخصی از غُلات دختری از شیعهٔ امامیه گرفته بود. و آن زن فوت شد. و بعد از آن، مرد مسلمان شد. و آن زن مادری دارد. آیا میراث و مهر او چگونه قسمت می‌شود.؟.

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

او است. و هـرگاه آن زن عالم بـه حرمت و فساد عقـد نبوده، مستحق مهرالمثـل است هرگاه دخول شده باشد. و او را هم به مادر او می‌دهند.

۱۹۶: سؤال: هرگاه شخصی غالی زنی داشته باشد و هر دو مسلمان شوند در عده آیا عقد جدید می‌خواهد یا نه؟

جواب: همان عقد اول بر حال خود باقی است و احتیاج به تجدید عقد نیست. و اگر مدخوله نباشد به مجرد اسلام احدهما عقد باطل می‌شود.

۱۹۷: سؤال: در صورتی که زوجـه ادعای عنن می‌نموده باشـد، زوج قبول نداشته باشد عیب مذکـور را. و از زوجهٔ سابقه بر این ولدی هم از برای زوج مـزبور حاصل شده بوده او را بیان فرمائید.

جواب: دعوی عنن باید بـه مرافعهٔ مجتهد عادل جامع‌الشرایط طـی شود، و تا ثابت نشود، احکام بر آن مترتب نمی‌شود.

۱۹۸: سؤال: حضانت طفل با مادر است یا پـدر ؟ و هرگاه هیچیک زنده نباشند حضانت با کی است؟.

جواب: مشهور میـان علما- بلکـه اجماعـی ایشان اسـت، چنانکـه بعضی دعـوی کرده‌اند مثل ابن ادریس- این است که در مدت رضاع حق مادر است، هرگاه مادر تبرعاً به او شیر بدهد، یا اجرت بگیـرد مساوی دیگران، یا کمتر. و صاحب **مسالک** گفته است که خـلافی در ایـن نیست. ولکـن ابن فهـد در **مهذب** گفته اسـت « وقع‌الاجماع علی اشتراک الحضانـة بین‌الابوین مدة الحولیـن، و علی سقوطها بعد البلـوغ و الخلاف فی مابینهما». و گـویا مراد از اشتراک که دعوی اجمـاع بر آن کرده این است کـه هر یک را فی‌الجمله در ولد حقی هست. مثل اینکه در صـورت سابق حق مادر است، و در صورتی که شیر ندهد یا اجرت بیشتر خواهد و پدر او دیگری را از برای رضاع بگیرد. در اینصورت حق مادر از حضانت ساقط می‌شود.

چنانکـه مدلول چندیـن روایت است که از جملـهٔ آنها **روایت** ابوالعباس[1] و **موثقهٔ** داودبن الحصین است، و در آخری تصریح شده است کـه «مادام الرضاع بینهما بالسویه» است .[2] و باید حمـل کرد آن را بر این تفصیل که گفتیـم. و شاید مراد ابن فهـد هم این

۱و۲: وسائل: ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۸۱ ح ۳ و ۱.

باشد. لکـن اجماعی بودن این معنی مشکـل است. به جهت آنکه در صـورت اخیره هم دوقول است. و بـه هر حال در صورت اولـی شکی و خلافی نیسـت که حضانت بـا مادر است. و در صورت ثانیه اقـوی این است که با پدر است. هرچند کـه ظاهر دعوی اجماع ابن ادریس خلاف آن است، به جهت اخبار کثیره و لزوم عسر و حرج در بسیاری از صور.

و عمده در مسأله بیان حال بعد « از شیرواشدن تا بالغ شدن» است. و در آن هم اختلاف عظیمی است. و احـادیث هم اختلاف بسیار دارند. و اشهر اقـوال این است که مادر احق است به دختر و پدر احق است به پسر تا هفت سال. و استدلال کرده‌اند بر این [به] جمع بین احادیثی که بعضی دلالت می‌کند بر اینکه حضانت حق مادر است مطلقاً تا هفت سال، علـی الاطلاق، یعنی بدون تعیین پسر و دختر. و بعضـی [دلالت دارند] بر اینکه حق پدر است، علی الاطلاق. پس آنها را حمـل کرده‌اند به دختر به جهت مناسبت تربیت او با مادر. و اینها را بر پسر به جهت مناسبت با پدر.

و حق این است که محـض جمع بین‌الاخبار دلیل نمی‌تواند بـود، چنانکه در اصول تحقیق کرده‌ام. و اعتبار مناسبت هم اضعف از آن اسـت. ولکن می‌توان گفت که شهرت در این مقـام با اجماع [کـه] ابن ادریس بر ایـن معنی ادعا کـرده است، کافـی است. و مفهوم **روایت** ابوالصبـاح کنانی از حضـرت صادق(ع) که سند آن قـوی است نیز مـؤید مطلب است «قـال: اذا طلق الرجل المرأة و هـی حبلی، انفق علیها حتـی تضع حملها. فاذا و ضعتـه اعطاها. و لایضارّهـا، الا ان یجدمن هوارخـص اجراً منها، فان هـی رضیت بذلک الاجر فهی احـق بابنها حتی تفطمه»[1] که مفهوم آن ایـن است که غایـت و نهایت حضانت مادر «فطام» است در پسر، پس در دختر بیشتر خواهد بود.

و هرگاه به این ضمّ کنیم مثل **صحیحهٔ** ایوب بن نوح[2] را، مطلب حاصل می‌شود. و اینکه صـاحب **مسالک** می‌فـرمایـد که «در ایـن باب حـدیث صحیحـی نیست و همـه ضعیف‌انـد و مرسل» خـوب نیست. به جهـت آنکه روایت عبـدالله بن سنان کـه در باب «لحوق ولد بـه حرّ از ابوین» وارد شـده و دلالت می‌کند بـر اینکه حضانت بـا پدر است، **صحیح** است.[3] و همچنین روایت ایوب بن نوح هم که در کتاب **فقیه** است دلالت می‌کند

۱: همان مرجع: ح ۲.
۲: همان مرجع: ح ۶.
۳: وسائل ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۷۱ ح ۱.

بر اینکه 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 به دختر تا نه سال. و این قول مفید است.

و قول پنجم آن است که مادر احق است به ولد تا هفت سال. و دلیل او صحیحهٔ ایوب بن نوح است. و این را صاحب **کفایه** اختیار کرده و نقل کرده او را از بعض متاخرین. و گویا او صاحب **مدارک** 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 هرگاه مادر شوهر دیگر کرده باشد بعد طلاق شوهر اول، پس حق او ساقط می‌شود و حق حضانت مختص پدر است. و از شهید ثانی ظاهر می‌شود که مسأله اجماعی است، و بعضی اخبار هم دلالت بر آن دارد. و هرگاه شوهر دوم او را طلاق بدهد اشهر بلکه اظهر این است که حق حضانت مادر عود می‌کند. و ابن ادریس گفته است که عود نمی‌کند. و وجه قولین به تأمل ظاهر می‌شود. و همچنین است کلام در طلاق رجعی بعد انقضای عده.

و هرگاه پدر مرده باشد، پس مادر احق است به فرزند از وصی پدر و از جمیع اقارب، هرچند شوهر کرده باشد. و همچنین پدر مقدم است بر جمیع اقارب هرگاه مادر مرده باشد. و اما هرگاه پدر و مادر هر دو مرده باشند: پس در مسأله خلاف است. و اشهر این است که حکم حضانت تعدی می‌کند به اقارب بر ترتیب میراث و اقرب منع ابعد می‌کند، به دلیل عموم آیهٔ «و اولو الارحام بعضهم اولی ببعض[۲]». و بعضی جد پدری را مقدم

۱: فقیه: ج ۲ ص ۱۴۰ ـ وسائل: ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۸۱ ح ۶.
۲: آیهٔ ۷۵ سورهٔ انفال.

داشته‌اند. و دلیل آن وضوحی ندارد. و بعضی گفته‌اند حق حضانت در شرع ثابت نیست مگر برای پدر و مادر. و بعضی زیادتی نصیب را در میراث مدخلیتی داده‌اند در اولویت. و اظهر قول اول است و در صورت تعدد و تساوی، قرعه باید کرد.

و بدان که: اصحاب ما (ره) گفته‌اند که حضانت مادر در جائی‌که حق اواست چند شرط دارد: **اول** این است که مسلمه باشد، پس هرگاه کافره باشد و پدر مسلمان باشد، حضانت مادر ساقط می‌شود. و هرگاه پدر هم کافر باشد و مرافعه کنند در نزد ما به همان تفصیل که مذکور شد عمل می‌کنیم. و ظاهر این است که هرگاه پدر کافر باشد و مادر مسلمه نیز حضانت مختص مادر است مطلقاً. به جهت اشتراک دلیل که آیهٔ شریفه است.

دوم: اینکه 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 هم رق است، حضانت او با آقای او است.

سوم: آنکه عاقله باشد. پس مجنونه مستحق حضانت نیست. خواه دائمی باشد یا ادواری باشد. مگر اینکه جنون او بسیار نادر باشد.

چهارم: جمعی از علما شرط کرده‌اند که باید امینه باشد. پس حضانت از برای فاسقه ثابت نیست. و اشتراط عدالت مشکل است. و علامه در قواعد نزدیک شمرده قول به عدم آن را. و ظاهر این است که همین قدر که اعتماد در محافظت او باشد، کافی باشد. و بعضی شروط دیگر هم ذکر کرده‌اند که دلیل آنها واضح نیست.

و هرگاه از برای طفل کسی نباشد که مستحق حضانت باشد، پس حاکم شرع از مال او اجرت می‌دهد به کسی که او را حضانت کند. واگر مال نداشته باشد بر مؤمنین واجب است به وجوب کفائی، مثل انفاق او.

و بدان که ظاهر اخبار و ادله این است که حق حضانت از برای اهل آن ثابت است بر وجه اولویت و رخصت. نه اینکه واجب باشد بر او. پس هرگاه مادر منع کند از حضانت و قبول نکند (در جائی که حق او است) بر او لازم نیست و اجبار نمی‌توان کرد. و همچنین هرگاه پدر و مادر هر دو امتناع کنند. لکن شهید (ره) در قواعد گفته است که «در اینصورت پدر رااجبار می‌کنند». و دلیل اقتضای بیش از این نمی‌کند که او هم یکی از کسانی باشد که کفایتاً بر او واجب باشد، و حضانت غیر معنی انفاق است تا از حکم آن

مستفاد شود.

۱۹۹: سؤال: هرگاه مخطوبه اجابت و قبول خطبه نماید و قرار بر تزویج دهد. و سابق بر اجرای صیغهٔ نکاح، خاطب را اخراجات متعارفهٔ متفرعه بر اجابت خطبه مثل ضیافت وعیدی و غیر اینها روی داده، مبلغی خرج کند که تسمیهٔ آن در حین عقد، و دخول آن در صداق متعارف نبوده باشد. و بعد از آن از اجابت رجوع کرده راضی به تزویج نشود. آیا (والحالة هذه) خاطب مذکور را می‌رسد که آنچه خرج کرده باشد از مخطوبهٔ مذکوره مطالبه نماید یا نه؟

جواب: بلی هرگاه چیزی از آن اشیاء موجود باشد می‌تواند رجوع کند. و آنچه تلف شده باشد رجوع نمی‌تواند کرد. به جهت آنکه خود، ایشان را مسلط کرده بر اتلاف مال خود، و مفروض این است که ایشان هم در حال رضامندی به مصرف رسانیده‌اند. و دلیلی بر ضمان و غرامت نیست. والله العالم.

۲۰۰: سؤال: هرگاه زید خواهد از برای ولد صغیرش که قدری ملک داشته باشد لیکن به قدر مهر نباشد، حرهٔ بالغه را عقد نماید. تمام مهر را بر ذمهٔ خود، یا بر ذمهٔ صغیر بالاختصاص، یا بالاشتراک قرار بدهد. و به نحو قرارداد صیغه را (بالولایة یا بالوکالة عن الولی) جاری سازد. حکم آن را به مقتضای رای شریف بیان فرمائید.

جواب: هرگاه پدر صغیر از برای او زنی بگیرد و آن صغیر مال داشته باشد، مهر در ذمهٔ صغیر است. و هرگاه صغیر چیزی به قدر بعض مهر مالک باشد به همان قدر از مهر بر ذمهٔ او خواهد بود و باقی در ذمهٔ پدر خواهد بود. و هرگاه صغیر مالک چیزی نباشد تمام مهر در ذمهٔ پدر خواهد بود، خواه پدر ضامن مهر شود و خواه نشود. و بعضی گفته‌اند که هرگاه شرط کند پدر در ضمن عقد اسقاط ضمان را، ضمان او ساقط می‌شود. و این قول قوی است. و هرگاه پدر مهر را از مال خود قرار بدهد، در آنجا اشکالی نیست که بر ذمهٔ پدر است. و اگر عین موجودی از مال خود مهر کند آن در نهایت وضوح است که «لازم» است ورجوع نمی‌تواند کرد، هرچند ولد کبیر و عاقل و رشید باشد. و در جایی که صغیر خود مالی دارد و پدر آن مال را داخل مهر کند به مقتضای مصلحت طفل، آن لازم خواهد بود، خواه تمام مهر او باشد یا بعض مهر، و الله العالم.

۲۰۱: سؤال: هرگاه شخصی دختر برادر زوجهٔ خود را در حال عدهٔ وفات و طی نموده، بعد از اتمام عده موطوئهٔ مزبوره را بی اذن زوجهٔ خود (که عمهٔ موطوئه است) عقد کرد. آیا عقد ایشان چه صورت دارد؟.

جواب: هرچند زنا در حال عدهٔ وفات مستلزم حرمت ابدی نیست علی الظاهر. لکن عقد برادرزاده بر سر عمه بدون اذن عمه باطل است. خصوصاً هرگاه عمه بعد از عقد هم اجازه و امضای عقد نکند. والله العالم.

۲۰۲: سؤال: زوجه خواه اولاد داشته باشد و خواه نداشته باشد مستحق تمام مهر است یا نه؟

جواب: زوجهٔ مدخوله مستحق تمام مهر است خواه اولاد داشته باشد یا نداشته باشد.

۲۰۳: سؤال: زید املاکی در نکاح زینب نموده است و زینب هرگز ادعای ملک خود را از زید ننموده است که املاک را به تصرف من بده، یا از برای من زرع کن، یا آنکه اجرت ملک را به من بده، و رضا بوده است که زید ملک را از برای خود زرع نماید. آیا بعد از فوت زید زینب ادعای اجرت از ورثهٔ زید می‌تواند کرد یا نه؟

جواب: اگر ثابت شود که به اذن و رضای زوجه زرع کرده، اجرت به او واگذاشته است. سخنی نمی‌تواند گفت. و اگر ثابت نشود ظاهراً دعوی اجرت می‌تواند کرد.

۲۰۴: سؤال: آیا صداق زوجه‌های زید را از آن چیزی که نفع از برای صغیر ندارد باید داد؟ یا از هرچه که زوجه‌ها خواسته باشند باید داد؟.

جواب: اختیار با 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 و حق آنها را بدهد. و اگر نقد را طلب دارند [وراث] نمی‌توانند آنها را الزام نمایند که جنسی را که نمی‌خواهند بردارند. و از جانب صغیر ولی شرعی او متوجه می‌شود و صلاح او را باید ملاحظه بکند. و بعد از فقد جدّ و وصی، حاکم شرع ولی او است. و با تعذر آن عدول مومنین حسبتاً متوجه او می‌شوند.

۲۰۵: سؤال: هرگاه زنی در عدهٔ طلاق یا وفات عقد بشود. و بعد از انقضای عده دخول واقع شود. و مرد و زن هر دو جاهل به عده و تحریم باشند. حرام مؤبد می‌شود یا نه؟

جواب: در صورت مزبوره حرام ابدی نیست، و تا دخول در عده نباشد حرام نمی‌شود. ولکن عقد باطل است. و ثانیاً جایز است که همان مرد او را تزویج کند. و ظاهراً در مسأله خلافی نباشد. به غیر غفلتی که صاحب کفایه را حاصل شده، و حق،

خلاف آن است.

۲۰۶: سؤال: یک نفر از اهالی این ولایت کـه ملازم دیوان بوده دو سال قبل از این در شیرازبوده‌وبازنان‌زانیه‌آنجاعمل‌نامشروع‌انجام‌داده‌است.من‌بعدهمان‌زانیه را بـه خانه برده و تکلیف توبـه و انابه کرده که خود منـاکحه کرده باشد. و آن زن مزبـوره نیز قبول کرده و از عمل ناشایست انابه کرده. و در ایام عدهٔ همان شخصی که قبل از توبه کردن با او زنا کرده بود و من بعد هم اراده داشته که به زنـی گرفته باشد، در یک لحاف خوابیده که مشخص و معین اسـت و با زن مزبوره مدت عده صحبت بوس و کنـار، داشته. نهایت بعضی می‌گوینـد که مقاربه هم واقع شده، و خود آن شخـص ابا دارد. و معلوم نیست. و من بعد به حسـب ظاهر عده منقضی شده زن را به عقد در آورده. و بعـد از مدتی طلاق گفته است، نهایـت به اکراه و اجبار. و بعد از عدهٔ طـلاق شخصی دیگر آن زن را معقوده نموده و تصرف کـرده. و بعد از آنکه معقوده مدخـولهٔ شخص ثانـی شده آن شخص اول اظهار اجبار و اکراه کـرده [که] فی‌الحقیقه در طلاق مجبور بوده است.و زن مزبوره را از مضاجعت و مقاربت شخص ثانی منـع نموده. در ثانی الحال از روی رضا و رغبت شخص اول زن مزبوره را مطلقه نموده است. موافق قـانون شرع نبوی(ص) علی النهج المزبور، هرگاه شخص ثـانی خواهد زن مزبوره را بـه عقد خود درآورد، حرام مؤبّد خـواهد بود و ممکن نیست؟ یا می‌تواند بگیرد؟.

جواب: هرگاه شوهـر اول اظهار کراهت و مجبوریت را بعد از عقـد شوهر دوم کرده مسموع نیست، مگر اینکه بـه ثبوت شرعی برسد که واقعاً مجبور بوده، و بعد ثبوت، عقد دوم باطل است. و اما حرمت ابدی بر شوهر دوم با وجود جهالت او به بطلان طلاق: پس آن محل اشکال و خلاف است. و حرمت بر حقیر ظاهر نیست. خصوصاً هرگاه شوهر اول با وجود مجبور بودن بـه طلاق قصد طلاق کرده باشد. زیرا ممکـن است که کسی با وجود اجبـار هم قصد طـلاق بکند. مثل اینکـه ظالمی او را اجبـار کند به طـلاق و این شخص راضـی نیست به طـلاق ولکن از راه عار و ننگ که نمـی‌خواهد دیگـری با زن او جماع کند، قصد طلاق واقعی می‌کند که از زنـی او در رفته باشد که هرگاه دیگری او را بگیرد زن او را نگرفته باشد.

و اما تقریباتی که در اول سؤال شده است به جهت تدبیر در بطلان عقد شوهر اول- به احتمال اینکه عقد در عده واقع شده است یا از جهت آنکه آن زن از جملهٔ مشهورات به

زنا بوده که عقد دائمی بر آن حرام باشد- پس آنها ضرر ندارد به صحت عقد. به جهت آنکه در زنا عده نمی‌باشد در صورت حمل اتفاقاً، و در غیر صورت حمل علی‌الاظهر. و نکاح مشهورات به زنا، هم بعد توبه صحیح است. و به هر حال احتیاط مؤکد در اجتناب است هرچند حکم به حرمت نمی‌کنیم.

۲۰۷: سؤال: شخصی زنی را عقد کرده. و قبل از دخول به سفر رفته به جهت تدارک 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 کرده‌اند در اینکه آیا تمکین شرط وجوب نفقه است و نشوز مانع است یا آنکه اصل وجوب نفقه است تا نشوز ثابت شود. و مراد از تمکین آن است که تخلیه کند میان خود و شوهر در هرجا و در هر حال و خود را به دست او بدهد (در غیر جائی که شرعاً 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 هرچند به این باشد که بی رخصت او از خانه بیرون رود، یا هرگاه خواهد با او استمتاع کند مانع شود بدون عذری. و مشهور میان علما این است که تمکین شرط وجوب نفقه است. بلکه مخالفی ظاهراً در نظر نیست غیر از آنکه محقق در **شرایع** تردد کرده در حکم. ولکن بعد گفته که «این اظهر بین الاصحاب است». و همچنین علامه در قواعد اشکالی کرده.

و دلیل عدم اشتراط تمکین اطلاقات اخبار مستفیضه (علاوه بر اطلاق آیات) [است]. ولکن اظهر و اکثر آنها عموم و اطلاقی ندارند که شامل غیر ممکنه باشد. و بعضی از آنها اشعار به عموم دارد. و اصل برائت ذمه، 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 طریقهٔ معاملات مسلمین در اعصار و امصار نیز مستفاد می‌شود که به مجرد عقد ملتزم نفقه نیستند، و تا زفاف واقع نشود زوجه مزاحم زوج نمی‌شود. و به هر حال همین قدر از ظهور اجماع و شهرت عظیمه با اصل برائت می‌تواند مخصص عموم ادله باشد اگر عموم مسلّم باشد، و اگر نباشد امر اسهل خواهد بود.

بلی: در جملهٔ فروعی که برای مسأله گفته‌اند یکی «زوجه صغیره» است. و مشهور

عدم وجوب نفقه است، به جهت عدم تمکین و ابـن ا دریس قائل به وجوب شده با وجود اینکه از جملهٔ کسانی است که تمکین را شرط می‌دانند در وجوب نفقه و استدلال کرده است به اجماع بر اینکه نفقهٔ زوجه واجب هست و او به رضا قبول زوجیت صغیره را کرده و ناشـزه هم نیست. و تـوجیه کلام او این اسـت که اجماع اسـت بر وجوب نفقـهٔ زوجه فی‌الجمله و قدری که از آن بیرون است صورت عدم تمکین است هرچند ناشزه نباشد، و مراد از عدم تمکین، عدم تمکین کسی است که از شان او تمکین باشد، و صغیره از شان او تمکین نیسـت. پس گویـا تخصیص داده «اطلاقات و عمـومات را به شـرط تمکین» و تمکین را مخصوص دانسته به جائی که ممکن بـاشد. و چون در اینجا ممکن نیست پس مستثنی نخواهد بود.

و هرگاه کسی منع عموم را بکند، عدم امکـان تمکین در اینجا نفعی نخواهد کرد. و به هر حال احوط وجوب انفاق است.

و همچنین جمعی استثنا کـرده‌اند صورت عکس را که زوجه کبیـره باشد و تمکین بدهد لکن زوج صغیر است و اهل استمتاع نیست. و دیگران قائل به وجوب نفقه شده‌اند به جهـت آنکه زوجـه تمکین داده. و بر ایـن وارد است که تمکیـن را تاثیـری نیست و تمکین امر «اضافی» است که باید طرف قبولی هم داشته باشد.

هرگاه اینها را دانستـی، بدان که در صورت سؤال مقتضای عـدم تمکین عدم ثبوت نفقه است. لکن جمعی از اصحـاب گفته‌اند که هرگاه زوجه حاضـر شود در نزد حاکم و بگوید که من تسلیم داده‌ام خود را برای شوهر و مطیعم، حاکم باید اعلام کند به شوهر، و هرگاه شوهر آمد و به او رسید، واجب است بر او نفقه. و هرگاه به قدر زمانی که تواند به او رسد گذشت و نیاید، حاکم نفقه از مال او جدا کند. بلکه هرگاه ناشزه بوده و بعد غایب شدن شوهـر نزد حاکم تسلیم کند و بـذل اطاعت کند هم، چنین اسـت. و کلام ایشان وجیه است، و نفـی عسر و حرج و اطلاقات آیات و اخبـار هم مؤید آن است. و ظـاهر این است که اگر دست به حاکم نرسد، ثقات مؤمنین هم توانند این کار را کرد.

و اما سؤال از مهـر: پس چون اظهر و اشهر ایـن است که صداق به مجـرد عقد ملک زوجه می‌شود، لکن در نصف متزلزل است تـا دخول حاصل شود، یا ارتداد یا فوت زوج، علی‌الاشهر که تمـام مستقر می‌شود. یا طلاق بگـوید یا شوهر بمیرد، علـی قول قوی تا مثل آنها که [آن نصف متزلزل] عود می‌کند به ملک شوهر و نمائی که در این بین حاصل

شود مال زوجه است، چون نماء ملک او است، علی‌المختار. پس زوجه می‌تواند نماء مهر خود را به اذن حاکم بگیرد. یا اینکه احد امور موجبهٔ استقرار تمام، یا تنصیف، به عمل آید. و هرگاه دست به حاکم نرسد ظاهر این است که ثقات مؤمنین هم توانند کرد.

۲۰۸: سؤال: آیا زوجه هرگاه تمکین ندهد به زوج از برای دخول به ادعای صداق، و بگوید تا صداق ندهی تمکین نمی‌کنم. این منشأ سقوط نفقه است یا نه؟

جواب: هرگاه زوجه بگوید «من تمکین دارم از برای تو لکن منع می‌کنم تو را از دخول تا مهر مرا ندهی». ظاهراً این از باب «عدم تمکین در حال حیض باشد. و مسقط نفقه نیست، به جهت اینکه رخصت در این منع، از شرع رسیده است.

۲۰۹: سؤال: هرگاه کسی زن کسی را قبل از دخول او ببرد و جبراً به او وطی کند و فرزند بهم رساند زن به شوهر حرام می‌شود یا نه ؟ و حکم فرزند چه چیز است؟..

جواب: زن به شوهر حرام نمی‌شود. و فرزند به مادر ملحق می‌شود و به زانی ملحق نمی‌شود.

۲۱۰: سؤال: هرگاه کسی زنی را در عدهٔ رجعیه، یا عدهٔ باینه، یا عدهٔ وفات عقد کرد، چه حکم دارد؟.

جواب: هرگاه 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 (هردو) باشند، یا جاهل به هر دو باشند، یا عالم به احدی از آنها و جاهل به آن دیگری. و همچنین است حال هرگاه یکی از آنها عالم باشد و دیگری جاهل. و هرگاه دخول واقع نشود: پس اگر هر دو عالم‌اند به عده و به حرمت، هم عقد فاسد است و هم حرام ابدی است. و اگر جاهل باشند به هر دو یا به احد هما، پس عقد فاسد است ولکن حرام ابدی نیست می‌توانند تجدید عقد بکنند. و همچنین هرگاه هر یک جاهل به احد امرین باشد و هرگاه یکی جاهل و یکی عالم ، بر عالم حرام ابدی می‌شود، و بر جاهل نمی‌شود.

و ثمرهٔ این وقتی ظاهر می‌شود که بعد از تفریق، آن شخص جاهل آن شخص عالم را نشناسد. مثل اینکه مرد می‌دانست که زن در عده است و حرام است نکاح آن، و زن نمی‌دانست و نکاح واقع شد و ایشان را تفریق کردند، بعد از آن آن مرد مشتبه شد بر آن زن و ثانیاً ندانسته به او شوهر کرد، لکن مرد می‌داند که این همان زن است. در اینجا مرد بر زن حلال است ولکن زن بر مرد حلال نیست. و در ظاهر حکم به زوجیت می‌شود

تا معلوم شود. و بعد از آنکه معلوم شد باید تفریق کرد، نه از این راه که به زوج حرام ابدی است، بلکه از این راه که هرگاه 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 می‌شود جزماً. و اما هرگاه دخول بعد عدّه واقع شود: اظهر در نظر حقیر این است که منشأ حرمت ابدی نمی‌شود. چنانکه صریح کلام بعضی و ظاهر جماعتی است. و صاحب **کفایه** ظاهراً غفلت کرده است و اسناد داده است به اصحاب، اطلاق را.

۲۱۱: سؤال: هرگاه زوجه با وجود تمکین و عدم نشوز، شوهر او به سفر برود و مدتی غایب باشد. و زوجه به قرض کردن معیشت خود را بگذارند. و بعد از آن زوج در سفر بمیرد. زوجه ادای دین خود را از مال زوج می‌تواند کرد یا نه؟

جواب: بلی به قدر ایام نفقه غیبت زوج مادام حیات زوج، مستحق است که از مال زوج مقدار نفقهٔ ایام غیبت زوج را بگیرد.

۲۱۲: سؤال: هرگاه زینب زوجه زید، زوج خود را بگوید که «اطفال خود را خدمت نمی‌نمایم، شما خدمت بکنید». و زید مذکور را اوضاع نباشد که خدمتکاری نگاه دارد. و خود کاسب باشد و هرگاه خود متوجه خدمت اطفال شود از کسب و تحصیل مؤنه باز می‌ماند. آیا در اینصورت سخن زینب مشار إلیها شرعاً مسموع می‌باشد یا نه؟

جواب: زینب ظاهراً می‌تواند این سخن را بگوید، هرچند استحقاق حضانت هم با او باشد. به جهت آنکه دلیلی بر وجوب حضانت عیناً، بر مادر ثابت نیست. و در اینصورت هرگاه پدر فقیر باشد و نتواند جمع کند مابین تحصیل معیشت و خدمت کردن اطفال، معیشت خود را می‌تواند از وجوه صدقات بگذراند، یا خادمی از آن وجوه بگیرد. و اما اینکه حضانت بر پدر در این صورت واجب عینی است یا کفائی آن هم خالی از اشکال نیست. و حضانت و پرستاری غیر از نفقه و کسوه دادن است.

۲۱۳: سؤال: هرگاه ضعیفه سرخود از جائی بیاید و ادعا نماید که من شوهر ندارم. و بلامنازع باشد. می‌توان او را به جهت دیگری عقد کرد؟ یا نه؟.

جواب: بلی می‌توان. والله العالم.

۲۱۴: سؤال: شخصی که دو اسم داشته باشد، یکی مشهور و دیگری غیر مشهور، و غیر مشهور اسم اصلی او باشد. در حین عقد نکاح به کدامیک از این دو اسم باید تلفظ

کرد؟.

جواب: هرگاه شخص معین است، به هر یک از این دو اسم به قصد آن شخص می‌توان عقد کرد.

۲۱۵: سؤال: جدّهٔ صبیه فرزند صبیهٔ خود را که وفات یافته باشد، می‌تواند شیر داد یا نه؟-؟.

جواب: حرمت رضاع جدّه فرزند دختر خود را، به جهت آن است که موجب حرام شدن آن دختر است بر شوهر خود. و اینکه شوهر دختر دیگر از اولاد صاحب این شیر نمی‌تواند خواست. و همچنین از اولاد مرضعه نمی‌تواند خواست. اما هرگاه دختر مرده باشد [و] شوهر او نمی‌خواهد دختر دیگر از آن شخص بگیرد، مانعی نمی‌دانم، الاّ «احتیاط منزله» به جهت حرام شدن جده به شوهر خودش. و احوط ملاحظهٔ آن است هرچند وجوب آن بر حقیر معلوم نیست.

۲۱۶: سؤال: زید دختر عمر و را خطبه نموده، مبلغی نقد مع بعض اجناس دیگر به خانهٔ عمرو مذکور بر سبیل تعارفی که در آن بلد می‌باشد، فرستاده. و قدری تنخواه از عمرو مذکور نیز طلب داشته [که] او را متمّم تنخواه نقد مذکور که متعارف است که خانهٔ عروس از داماد می‌گیرند و به مصرف رخوت عروس می‌رسانند نموده. و بعد از آمدن عروس به خانهٔ زید معلوم شده که از نقدین مذکورین چیزی به مصرف متعارف مذکوره نرسانیده‌اند. آیا در اینصورت زید می‌تواند مطالبهٔ طلب و نقدی که به خانهٔ عروس فرستاده نماید یا نه ؟

جواب: هرگاه متعارف است که آن تنخواه را به مصرف رخوت و اسباب عروس برسانند و به این قصد داده است، و معلوم شود که به این مصرف نرسانیده‌اند، می‌تواند مطالبه نماید. و اگر سخنی داشته باشند به مرافعه حاضر شوند. **والله العالم**.

۲۱۷: سؤال: هرگاه ولی کبیره به اذن او او را به عقد زید در آورد، به صداق یک ختم قرآن یا چند سال نماز و روزه که زید از برای پدر آن ولی بکند. آیا آن عقد صحیح است؟ و این مهر لازم است یا نه ؟ و هرگاه مهر چیز معینی باشد و امور مذکوره را در ضمن عقد شرط کرده باشد چه حال دارد؟ و حال آنکه منکوحه می‌گوید 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

جهت زوجه، جایز نیست بلاخلاف ظاهری. ولکن به فساد مهر عقد فاسد نمی‌شود، و رجوع می‌شود به مهرالمثل. و اما هرگاه مهر چیز معینی باشد که صحیح باشد مهر کردن آن، و زوجه (یا وکیل او) در ضمن عقد شرط کند که زوج عملی [را] از برای پدر ولی او بکند، ظاهر در نظر حقیر صحت و لزوم مهر و شرط است. چرا که شرط امر مشروعی است بالفرض و در ضمن عقد لازمی شرط شده. و آنچه علما فتوی داده‌اند و حدیث صحیحی هم بر طبق آن وارد شده که «هرگاه 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»[1] ظاهر این است که مراد آن باشد که هر دو در مقابل بضع باشد ولکن یکی را زوجه بالاصاله مستحق باشد و یکی را پدر بالاصاله مستحق باشد. و آن جایز نیست به جهت آنکه عوض بضع مختص زوجه است.

و در صورت شرط، آن چیزی که برای پدر شرط می‌کند جزء مهر زوجه می‌شود و از برای پدرش قرار می‌دهد. ظاهر این است که مضر نیست. والحاصل: مهر باید حق زوجه باشد، پدر او را در آن حقی نیست. مگر اینکه جزء مهر زوجه بشود و او خود بسبب شرط منتقل کند به پدر خود. و آنچه بدون اذن و امضای منکوحهٔ رشیده شده است صورتی ندارد. والله یعلم.

۲۱۸: سؤال: هرگاه ضعیفه طفل صغیر خود را شیر بدهد و آن صغیر از میراث پدر مال داشته باشد. آیا مادر می‌تواند اجرت رضاع را بگیرد یا نه ؟ و نفقهٔ خود را هم از مال طفل می‌تواند برداشت یا نه ؟ و هرگاه طفل مال نداشته باشد، آیا بر مادر واجب است شیر دادن یا نه؟

جواب: هرگاه کسی نباشد که طفل را تبرعاً شیر بدهد و طفل مالدار باشد، می‌تواند اجرت بگیرد از مال طفل، هرچند مادر غنی باشد. و با وجود غنی بودن، نفقه از مال طفل نمی‌تواند گرفت. و اگر مادر فقیر باشد پس اگر اجرت رضاع کفایت مؤنهٔ او می‌کند باز نفقه نمی‌تواند از طفل گرفت. و اگر کفایت نکند تتمه را از مال طفل می‌تواند گرفت. و هرگاه مال نداشته باشد و کسی هم نباشد که تبرعاً شیر بدهد یا اجرت رضاع بدهد و جد پدری مالداری هم نداشته باشد، در این صورت بر مادر واجب است شیردادن با

۱: وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۹ ح ۱

وجود تمکن از شیر دادن و عدم مـانع، و مطالبهٔ اجرت نمی‌تواند کـرد، چنانکه در سایر نفقات.

۲۱۹: سؤال: زوجهٔ متوفی عنها زوجها [که] حامل [باشد] نفقه دارد یا نه؟-؟.

جواب: از مال شـوهر ندارد. و از نصیـب حمل خـلاف است، و احوط آن اسـت که نگیرد. بـه جهت آنکه معلوم نیسـت که حمل حیاً منفصـل شود و مالک چیـزی شود. و متأخرین بر این قول‌اند. هرچند **صحیحهٔ** کنانی[1] دال است بر ثبوت انفـاق. و اما معتدهٔ رجعیه و باینهٔ حامل نفقه دارد از مال زوج.

۲۲۰: سؤال: زید زوجهٔ خود را طلاق رجعی داده، آیا قبـل از انقضای عده می‌تواند او را به عقد جدید دائمی (یـا عقد انقطاع) به مهر جدید تزویج نمایـد یا نه؟-؟. و هرگاه چنین کاری بکند آیا این در معنی رجوع است و به عقد سابق بر می‌گردد، یا نه؟-؟.

جواب: عقد زوج [زوجـه را] در عدهٔ رجعیه بـاطل اسـت مطلقا. و زوجه به سبب آن مستحق مهری نمی‌شود. پس هرگاه داند که عقد جایز نیست و عقد بکند، پس اگر به آن عقد قصد رجوع دارد، رجوع ثـابت می‌شود. و هرگاه قصد رجوع نبـاشد، رجوع متحقق نمی‌شود. و هرگاه جاهل باشد و گمان کنـد که عقد صحیح است، در مسأله اشکال بهم می‌رسد و اظهـر این است که رجـوع متحقق می‌شود و عقـد جدید باطـل است. و حکم دیگر بر آن مترتب نمـی‌شود. و از برای دفع مایقال اگر اشاره به دلیل مسـأله شود باکی نیست.

فنقول: ظاهـر علمائنا الاجماع علـی ان المطلقة الرجعیـة فی حکم الزوجـة، الاما اخرج بـالدلیل. فلـذلک یجب الانفـاق علیها و الاسکان، و انّهـن لایحجّن ندبـاً الاّ باذن ازواجهنّ. و لجواز و طئهـا ابتداءً من غیر تلفظ بشیـئ. ولاشیئ من غیر الزوجـة کذلک، اجماعاً. (کما صرح به فخرالمحققین). ولجـواز الرجعة من دون النکاح و لثبوت التوراث بینهما. و لجواز تغسیل کل منهما الاخر اذامـات احدهما. بل یظهر من **الذکری** الاجماع منّا علی انّه لاعبرة بـانقضاء العدة حین الغسل ایضاً، بل لوتـزوّجت جاز لها تغسیله، و ان کان الفـرض بعیداً. و صورة الفـرض ان یموت الزوج فی العـدة و یبقی بلاغسـل الی ان ینقضی عـدة الوفات و تـزوجت الزوجـة، فیجوزح تغسیلـه. و یدل علیه‌الاخبـار الکثیرة

۱: **الوسائل**: ج ۱۵، ابواب النفقات، باب ۱۰ ح ۱

الواردة فی ان المطلقة الرجعیة امرأة مالم ینقض عدتها.

مثل **روایة** محمدبن مسلم «قال سألت ابا جعفر -ع- من رجل طلّق امرأته واحدة، ثم راجعها قبل ان ینقضی عدتها ولم یشهد علی رجعتها. قال: هی امرأته مالم ینقض عدتها» الحدیث[۱]. و **حسنة** محمدبن قیس عن ابی جعفر -ع- «قال: قضی فی المرأة اذا طلقّها ثم توفّی عنها زوجها و هی فی عدة منه لم یحرم علیه فانّها ترثه و یرثها مادامت فی الدم من حیضها الثالثة» الحدیث[۲]. و فی معناهما غیرهما. و اما اخبار التوارث و سائر الاحکام: فهی فوق حد الاحصاء. و یشعر بجواز النظر الیها فی حال العدة الاخبار الکثیرة الواردة فی رجحان تزیینها و اظهار زینتها لزوجها معللاً فی بعضها بآیة «لعل الله یحدث بعد ذلک امراً»[۳] یعنی یرغب زوجها فیها فیراجعها.

فاذا ثبت بالاجماع المتقدم والاخبار انّها فی حکم المرأة فی جواز النظر الیها و تغسیلها، و غیر ذلک، فکیف یمکن القول بجواز نکاح الرجل امرأته. مع انّ ظاهر وضع النکاح انّما هو لاجل تحلیل المحرمات. ولیس الطلاق الرجعی الاّ بمنزلة الاحرام للمحرم، و حال الاعتکاف. فتوهم زوال حکم الزوجیة بالطلاق و عوده: الرجعة باطل. بل انّما یزول حکم النکاح بالطلاق و انقضاء العدة معاً. و لیس الرجعة فی حکم تجدید النکاح. بل هو از الة لبعض الموانع و ابقاء للحکم السابق. و یدل علیه استصحاب الحال السابق.

و یدل علیه ایضاً قوله تعالی «الطلاق مرّتان فامساک بمعروف او تسریح باحسان»[۴] فان الظاهر انّ المنفصله حقیقیة، والامساک مفسّر بالرجعة، فلا ثالث هنا. و کذلک قوله تعالی «فامسکوهنّ بمعروف او فارقوهنّ بمعروف».[۵] مع انّ الاصل عدم صحة العقود الاّ ان یثبت بالدلیل. و لادلیل علی صحة هذا العقد، و ترتب الاثر علیه. و شمول العمومات لما

۱: الوسائل: ج۱۵، ابواب اقسام الطلاق، الباب ۱۳ ح۶.

۲: الوسائل: ج ۱۷، ابواب میراث الازواج، الباب ۱۳ ح۱- وفیها: عن محمدبن قیس عن ابی جعفر(ع) قال: اذا طلقت المرئة ثم توفی عنها زوجها وهی فی عدة منه لم تحرم علیه وانها ترثه ویرثها مادامت فی الدم من حیضتها الثانیة...

۳: الآیة ۱، السورة الطلاق.

۴: الآیة ۲۲۹، السورة البقرة.

۵: الآیة ۲، السورة الطلاق.

نحن فيه فـي محل المنع. بل يمكن ان يقـال انّ فسادالعقدح اجماعي، كمـا يظهر من كلماتهم. و ما يتوهم من ظاهر بعض الكلمات وجود قول به، فهو ليس كذلك.

و ما وقفت عليه من كلمـات الاصحاب فى خصوص المسألة هو ما ذكـره العلاّمة فى **التحرير** قال «ولوعقد فى العـدّة، ففى كونه رجعة نظر، ينشأمن بطـلانه شرعاً، و دلالته على التمسك بها. و قوّى الشيخ، الثانى». فانّ قـوله-ره- «من بطلانه شرعاً» على سبيل القطع يظهر منه انـهّ لااشكال عندهم فى بطلان الايجاب و القبول مـن حيث هو. و انما اشكالهم فى الدلالة علـى الرجوع. و قال فخرالمحققين(ره) **فى‌الايضاح**- فى شرح قول والده «و فـى التزويج اشكال»: الاشكـال فى قوله تـزوجتك و انكحتك. فيحتمل كـونه صحيحا،[1] لانهما صالحان لابتداء العقد و الحلّ فلاَن يصلحا للرجعة اولى... الى ان قال: ولانّه صيغة يخاطب بها الاجنبية، فيكون تقريراً للطَلاق لارجعة. ثم قال: و اقول الاحتمال قائم فى العقد بايجاب و قبول يوجبان النكاح ابتداءً. والاصح عندى صحة الرجعة به. بل هوآكد. انتهى.

فان الظاهر مـن قوله «انه صيغة يخاطـب بها الاجنبية» انه لايواجه الـرجعية بصيغة التزويج ابداً. و هو مستلزم للقطع ببطلان مواجهتها بالايجاب و القبول الحقيقيين المراد بهما انشاء العقد، بطريق اولى.

و قال الشهيـد فى **غاية المراد**- فى شرح قـول العلامة «و فى تـزوّجتُ اشكال»-: الاشكال ناش مـن ان لفظ التزويج صريح فـى ابتداء النكاح فلايستعمل فـى غيره، لانه ليس موضـوعاً لغيره. فلايجوز لانّ التزويـج يواجه به الاجنبية، و الـرجعية زوجة.[2] ولان التزويج شرطه رضاها، و الرجعة لايعتبر فيهـا رضاها. و من انّ لفظ التزويج يوجد النكاح بعد عدمـه فلان يديم المـوجود، اولى. و لانّ المعتبر فـى الرجعة هومـا يدل على ارادة النكاح، و هذا دال عليهـا. و هو فتوى **المبسوط**. و الاشكال فى «انكحتـك» كذا. و فى «متعتك» على وجه. و فى ايقاع العقد بالايجاب و القبول. و الاجود انّ الجميع رجعة.

و صرح المقداد فى **التنقيح** ايضاً بانّ «لفـظ التزويج يواجه به الاجنبيـة، و الرجعية زوجة» ثم اختار انّه رجعة.

١: عبارة النسخة: فيحتمل كونه صريحا.

٢: و فى‌السخة: و الرجعة لزوجة.

و اماما ذکرنا- ان بعض العبارات بوهم خلاف ذلک و فی الحقیقة انها ظاهرة فی ماذکرنا- [فهو] عبارة **التحریر** فی اقسام الطلاق بعد ذکر «الطلاق العدّی» الذی یوجب حصول التسع منه التحریم الابدی. قال «امالوراجع فی المختلعة بعد رجوعها فی البذل و وطئها، فالاقرب انه طلاق العدة. ولو تزوجها فی العدة بعقد جدید، فالوجه انّه لیس طلاق العدة» و قال الشهید الثانی (ره) فی **الروضة** فی هذه المسألة ایضاً «فی الحاق طلاق المختلعة اذا رجع فی العدة بعد رجوعها فی البذل، و المعقود علیها فی العدة الرجعیة به، قولان. منشأ هما من انّ الاوّل من اقسام البائن، و العدّی من اقسام الرجعی، و انّ شرطه الرجوع فی العدة، و العقد الجدید لایعدّ رجوعاً. و من انّ رجوعها فی البذل صیّره رجعیاً و ان العقد فی الرجعی بمعنی الرجعة. و الاقوی الحاق الاول به دون الثانی. لاختلال الشرط و منع الحاق المساوی بمثله».

و اوضح العبارتین عبارة **الروضة**. و وجه الایهام ان العقد فی الرجعی کانه مما ثبت جوازه حتی رتبت علیه حکم المسألة و لیس کذلک بل قوله «انّ العقد فی الرجعی بمعنی الرجعة» معناه انه لیس بعقد صحیح یثمر ثمرة جدیدة. و کذلک قوله «و منع الحاق المساوی بمثله» معناه انه مسلّم کونه بمعنی الرجعة، و لکن لیس کل ماکان فی معنی شیئٌ فی الجملة مما یترتب علیه. جمیع احکام ذلک الشیئٌ. یعنی انّ ذلک العقد یحصل به ثمرة الرجعة فی عود الحل السابق و یفیده قسراً و استتباعاً، و ان لم یکن رجعة با لذات. و لیس کل ما کان ثمرته و فایدته ثمرة شیئٌ آخر یلزم ان یترتب علیه کلما یترتب علی الاخر. هذا الکلام فی المسألة الاولی اعنی «عدم صحة العقد و عدم ترتب ثمرة علیه من حیث انه عقد جدید. و کانّه من الظهور بحیث لاینبغی التامل فیه.

و اما المسألة الاخری: اعنی «کون ذلک العقد مثمراً لصحة الرجعة و رجوع الزوجیة»: فظاهر کلام هولاءالاعلام هو ایضاً ذلک. سیّما هاتین العبارتین. غایة ما یقال هنا انهم اعتبروا القصد فی الرجوع و صرحوابان الوطء و القبلة لوکان سهواً او بظن کونها الزوجة، لم یفدالرجوع. و قالوا «انه لو وطئها بعنوان الشبهة یجب علیه المهران لم یراجعها بعد ذلک. و ان راجعها ایضاً، علی خلاف فیه. و یلزم علیه التعزیر لو فعل بقصد الزنا». و انت خبیر بانّ هذه المواضع کلها امّا فی ما یقصد عدم کونها زوجة محلّلة، یعنی انه یواقعها مذعناً انّه لیست زوجته، کما فی صورة الزّنا. او یواقعها لا من جهة انّها زوجته کذلک. او یواقعها مذعناً انها زوجته الاخری، کما فی الشبهة. او مذعنا أنها زوجته و یحل

و طؤها مادام فى العدة و تحرم عليه بعدالعدة. او يطؤها سهواً، كما فى الصورتين الاوليين.

ولم يظهر فى كلماتهم تنصيص على انّ مثل هذا الرجوع لايكفى. فح ممايمكن ان يستدل على كفاية ذلک أنّ المكلف ان كان عالماً بانه لايجوز النكاح الجديد فى العدة، فلا يتصور منه تجديد العقد الاّ بمحض التصور. فيعود الكلام فيه الى الاذعان با حدالامرين: اما قصد الرجوع الى الزوجية السابقة، و اما الى غيره الذى هو حرام، و حكمهما واضح مماسبق. و اما الجاهل، فهو و ان كان حكم العقد الجديد بالنسبة اليه منتفياً فى الخارج- على ما حققناه من عدم الصحة من جهة ان الاحكام الوضعية لايتفاوت الحال فيها بالعلم و الجهل غالباً- و امّا بالنسبة الى الرجوع الى حصول الرجعة الى الزوجية السابقة فيمكن توجيهه بان الندامة من الطلاق و حبّ الرجوع الى الزوجة السابقة يكفى فى حصول الرجعة اذا تحقق منه الرجوع ولو كان فى ضمن عقد آخر. لما يستفاد من عموم قوله تعالى «لاتدرى لعلّ الله يحدث بعد ذلک امراً»[1]. و من الاخبار الواردة فى التّزيّن[2] لان يراها الزوج معللاً بأنّه لعل الله يحدث بعد ذلک امراً.

فان ظاهرها انّه لاجل جلب القلب و العود الى الاجتماع مع تلک الزوجة على الوجه المحلل، كماكان قبل ذالک. و ذلک عود الى الاجتماع المحلل فى نفس الامر، و ان لم يعلم المكلف بان الاجتماع يحصل بالرجعة و اذعن انه لايمكن الا بالعقد الجديد. فالمطلوب هو صحة العود الى الاستمتاع المحلل، الحاصل فى الزوجية الخاصة. و المفروض ان الزوج لاجل الالفة المعهودة مالَ الى الرجوع اليها. غاية الامر انّه يظن انّه لايحصل الابتجديد العقد. و هو لاينافى تحليله تعالى له العود بالاستمتاع السابق على الوجه المحلل. فالمقصود هو حصول القدر المشترک، و قد حصل. و لامد خلية لخصوصية ما يوجبه من الدواعى والالفاظ.

فلا ينافى ذلک عقدالانقطاع ايضاً. لحصول الرجوع المحلل فى الجملة فيه، و لم يثبت اشتراط القصد الى الاستمرار الابدى بل يكفى قصد الرجوع الى تحصيل الحلّية السابقة فى الجملة. و ان صعب عليک فهم ذالک فنقول: المستفاد من الادلة ان

١: الآية ١، السورة الطلاق.

٢: الوسائل: ج ١٥، ابواب العدد، الباب ٢١.

المطلّقة الرجعية زوجة. و استصحاب الحالة السابقة ايضاً يقتضى بقاء العلاقة السابقة و لم يثبت انقطاعها من دليل، الاّ مع انقضاء العدة بدون رجوع اليها من احدالوجهين: اما الرجعة المصطلحة المعهودة، او تجديد العقد عليها مع جهالة الحكم. فالحكم السابق مستصحب ولا قاطع له و لم يثبت كون مجرد الطلاق قاطعاً للعلاقة مطلقاً حتى يحتاج عود الحل (من اى جهة كان) الى دليل خاص. بل نقول انما يثبت التحريم بالطلاق مع الخروج عن العدة بدون احد الامرين. لانّ التحريم ثبت و لا يثبت الحل ثانياً الا بالرجعة المصطلحة. فتدبّر فى ذلک و افهمه و لا تلحظه بعين الاستنكار، فانّه مسلک متين.

والحاصل: ان الكلام فى المسألة الثانية مسبوق بالمسألة الاولى. فنقول: اما ان يكون العاقد رأيه صحة العقد الجديد، او مقلداً لمجتهد يرى ذلک- و فرض وجود قول بذلک- و عقد عليها جديداً فى حال العدة و اراد به ذالک، لاالرجعة الى السابقة. فلا كلام ح فى انه عقد جديد صحيح و ليس برجعة فى السابق. ولكن الكلام فى صحة هذا القول، و قد عرفت بطلانه. و ان كان عالماً بفساده (كما هوالحق) فلامعنى للعقدالجديد حينئذ الامحض العبارة والتصوير. لعلمه بعدم الوقوع شرعاً. فحينئذ اما ان يقصد به الرجعة، اولا. فالاصح فى‌الاول حصول الرجوع و بدونه لايحصل الرجعة ولا التزويج الجديد.

و ان كان جاهلاً بفساد العقد الجديد و كان يظن انه يصح- اما بان يكون الحل عنده منحصراً فى العقد الجديد او يعتقدانه يجوز له احد الامرين و يختار العقد- فالاشكال فى المسألة انما هو فى هذه الصورة. و وجه الحرمة هو بطلان العقد و عدم القصد الى الرجوع. و توجيه الحل ما ذكرناه. فالعمدة فى اثبات صحة العقد الجديد هو اقامة الدليل على جوازه. و اثبات عدم كونه رجعة لايكفى فى كونه عقداً صحيحاً. والله العالم.

۲۲۱: سؤال: دختری ده یازده ساله که پدر او غایب بود ولکن ممکن بود مطلع ساختن آن، در نزد مادر بود. شخصی او را می‌خواست 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 و او را عقد کرده‌اند و به خانهٔ آن مرد که پدر صغیر است برده‌اند. و چند گاهی هم در آن خانه بوده و بعد دختر منکر است که من کسی را وکیل نکرده‌ام. و الحال پسر کبیر است و مدعی است که من زن خود را می‌خواهم. و با وجود اینکه دختر منکر توکیل است و

مدعی است که من در آن وقت عقلم به جائی نمی‌رسید. و می گوید که مرا به رسم مهمانی به خانهٔ آن مرد برده‌اند. و بینهٔ مسموعه نه بر توکیل است و نه به رشد او در حال عقد. آیا این دختر محکوم به زوجیت است؟ یا آنکه عقد فاسد است؟.

جواب: هرچند اشهر و اظهر این است که با کرهٔ بالغهٔ رشیده مستقل است در امر تزویج، و غایب بودن و حاضر بودن پدر فرقی ندارد، لیکن اظهر در صورت مزبوره این است که باید توکیل دختر در حال بلوغ و رشد به ثبوت شرعی برسد. و هرگاه به ثبوت نتواند رسانید قول دختر مقدم است و قسم متوجه او می‌شود.

ولعلک قد قرع سمعک فی کلمات اصحابنا من «تقدیم قول مدعی الصحة فی العقود» فالمقام مظنة ان یعترض علینا بانّ مقتضی ذلک الحکم بصحة العقد و تقدیم قول الزوج. اقول: و هذه القاعدة و ان کانت مشهورة بینهم و لکنها لیست باجماعیة. کما یظهر من المحقق الاردبیلی(ره) فی کتاب الحجر، و صاحب **الکفایة** فی البیع، و غیرهما. و مع ذلک فاختلافات الفقهاء فی خصوص المسائل من جهة تقدیم قول مدعی الصحة اوالفساد فی غایة الکثرة، کما ستطّلع علی بعضها. فلا بداولاً من بیان مأخذ هذه القاعدة و التکلم فیه، حتی یتم صحة التفریع علیها و الاحتجاج بها.

فنقول:وجه القول بتقدیم قول مدعی الصحة، هو تقدیم «الظاهر» علی «الاصل» فی مایتعارضان، و وجه الظهور اما من جهة انّ «افعال المسلمین محمولة علی الصحة» والظاهر من المسلم هوذلک. و اما من جهة ان الغالب الوقوع فی المعاملات هو الصحیح و الظن یلحق الفرد المجهول بالاعم الاغلب. و المراد من الاول اما ان المسلم اذا صدرمنه فعل- یحتمل کونه مباحاً، و یحتمل کونه معصیة، لابد ان یحمل علی الاباحة لاعلی المعصیة، کما دل علیه الاخبار، مثل قول امیرالمومنین(ع) فی کلام له «ضع امر اخیک علی احسنه حتی یاتیک مایقلبک منه ولاتظنّ بکلمة خرجت من اخیک سوءاً و انت تجدلها فی الخیر محملاً».[1] و امّا انّ الغالب فی افعال المسلمین انّه لایکون معصیة.

و هذان المعنیان لایستلزمان الصحة المصطلحة بمعنی ترتب الاثر. اذلا منافاة بین الاباحة و عدم ترتب الاثر. نعم قدیستلزمه نادراً کما لوادعی البائع «انّی جعلت العقد علی ان یکون الثمن خلاً» و قال المشتری «لا، بل علی ان یکون خمراً». و انت خبیر بان

۱ : سفینةالبحار «باب الظاء بعده النون». و فیها «.. مایقلبک..»

الموارد المبحوث عنها فی الغالب لیس من هذا الباب. اما لوادعی احد هما حصول الشرط والاخر انتفاءه- مثل القبض فی المجلس فی النقدین و السلم، و نحوذلک- فلایلزم من فقد هذاالشرط فسق علی المسلم حتی یجب دفعه بمقتضی هذا الاصل بهذا المعنی، حتی یترتب علیه الاثر.

فیبقی ان یراد منه انّ الغالب الوقوع من المسلم هوالصحیح اعنی الجامع للشرائط الذی یترتب علیه الاثر. و المراد الغالب الوقوع فی العالم. بناءً علی قولهم «الزموهم بما الزموا» و الحکم بالمشی مع کل قوم علی مشیهم. ثم انّ الاعتماد علی الغلبة و ان کان مما یجوزان یعتمد علیه علی التحقیق. خلافاً لبعض من لم یتأمل تأملا تاماً فی حقیقته و وجه الاضطرار الیه و جواز الرکون الیه لکن لابدّ من التامل فی معناه و موقعه و مناطه.

فاعلم: انّ المناط فیه حصول الظن فی الشخص الخاص بملاحظة حصول الحکم فی اغلب الاشخاص. ولایخفی ان الاشخاص یختلف شؤونهم و اطوارهم و حالاتهم. والغلبة قدیکون فی الاشخاص باعتبار بعض الشؤون دون بعض. فلابدّ من ملاحظة شخص المتنازع فیه، و ان یکون حکم المدعی فیه الذی ارید اثباته فیه هل هومن جهة الشأن الذی وقع الحکم علی وفقه فی سائر الاشخاص ام لا. فیحصل الظن فی الموافق دون المخالف. مثلاً اذا ادعی البائع «انّی بعته فی حال الصغر» و ادعی المشتری «انّی اشتریته فی حال الکبر»، فذکروا فیه تقدیم مدعی الصحة. لانّ الغالب انّ البیع و الشّراء یکونان من المباشرین لهما فی حال الکبر. فیلحق ما نحن فیه به.

و التحقیق ان یقال: ان هذا انما یتم اذالم یکن تاریخ المعاملة متعیناً، بل یکون مجهولاً فی الخارج متنازعاً فیه بینهما. و هذا یرجع الی النزاع فی تحققه[1] فی حال لاتشکیک فی کون المباشر [فیه] بالغا اوصبیا. یعنی ان النزاع یرجع الی انّ البائع یقول انه کان فی حال الصغر المعلوم الذی لوسلّم المشتری وقوعه فی ذلک الآن بحسب التاریخ لاینکر کونه صغیراً حینئذ و کذلک الکبر. فحینئذ یمکن ان یلحق الفرد المجهول بالغالب، بمعنی ان یحکم علیه بان هذا البیع صدر من الکبیر الغیر المشکوک فی کبره من احد لوفرض العلم بتاریخ صدوره عنه.

و امّا لواتفقافی وقوع البیع فی الوقت الخاص المعین من اوقات عمر البائع- مثل

اوقات كونه مراهقاً للبلوغ- لكن اختلفا ان ذلك الوقت الخاص، هل تحقق البلوغ ام لا. فهذا ليس مما يحكم فيه بحصول الظن بانه كان بالغاً حينئذ من جهة ان غالب الوقوع بين المسلمين هو العقد في حال الكبر. لانّ الغالب منهم ليس الوقوع في مثل هذا القسم من الكبر.

فان قلت: نعم ولكن ظاهر حال المسلم في المعاملة في مثل ذلك انّه لايفعله الاّ مع العلم بحصول البلوغ و الوصول الى حدّه.

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 و البيض الذي يتداول صدوره عن الصبيان فلامعنى للغلبة، و ان اريد مثل الارض والستان و الفرس و البقر، فلانسلّم الغلبة، بل ذلك فرد نادر الوقوع في اصله، فكيف يعيّن له غالباً و نادراً حتى يلحق نادره بغالبه، و ان اردت من «ظاهر حال المسلم» انّه لايفعل الحرام فان المحجور عليه ممنوع من التصرف، فحمل فعل المسلم على الصحيح بمعنى المشروع الجائز دون الحرام يوجب حمل المعاملة على انها وقعت في حال الكبر، فيكون صحيحة. فنقول «حمل فعل المسلم على المشروع» المستفاد من الادلة انما قام عليه الدليل في البالغ العاقل. فيكون من شك في بلوغه، بل في اسلامه لاجل صغره، داخلاً في هذا الاصل و لزوم حمل فعله على المشروع اول الكلام. و من ذلك يظهر الكلام في من يعتوره الجنون ادواراً، فقال البائع «بعته في حال الجنون».

وقال المشترى «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 يكن من هذا القبيل، بل كان التداعي بين المالين[1] المعلوم حقيقتهما لو علم الوقت.

فما ذكره الفقهاء من تقديم قول مدعي الصحة، لابدّان ينزل في ذلك على الصورة الثانية. واما الصورة الاولى، فالاظهر تقديم قول مدعي 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 بقاء الملك والاستصحاب حال الجنون، ولانه اعرف بحاله، والاصل عدم البيع وعدم الصحة لتوقفه على الشرائط المعلومة، والاصل في الكل العدم- قال: فلايعارض ذلك

باصل الصحة وعدم الفساد، لانه قد يمنع كون الصحة اصلًا، نعم قد يكون ظاهراً من حال المسلم.

اقول: هذا ما ذكر نامن تامله فی «الاصل» المذكور. و كيف كان فالاظهر فی مثل ذلک تقديم الفساد. و ما نقلناه من العلامة و نسبنا اليه القول بتقديم مدعی الفساد. هو اذا قرء لفظ «ادعی» على صيغة المبنی للفاعل. و ان قرء على صيغة المبنی للمفعول فمقتضاه تقديم قول مدعی الصحة كمالا يخفی. و اما ما نحن فيه: فيظهر حكمه مما ذكرنا، اذالمفروض ان الكلام فی الصغيرة المشكوک رشدها فی حال العقد، فالتداعی بينهما فی كون تلک الحالة المعلومة حال الرشد و عدمه. لا انّ العقد هل وقع فی حال الرشد الذی لاشک فيه لوسلم تعيين وقته،اوعدمه المسلّم عدمه كذلک.

فان قلت: نعم ولكن هنا كلام آخر، و هو انّ الكلام فی ما نحن فيه ليس منحصراً فی ترجيح احدالمتداعيين بل ربما لايكون هناک دعوی، كما لو فرض موتهما او موت احدهما ولا وراث هناک يدّعی حقاً، لكن الحاكم اوالمؤمنون يريدون معرفة الحال ليعلموا كيفية المعاملة بحقوقهما و اموالهما. فنقول لاريب ان هناک وقع عقد و الغالب فی العقود الجارية بين المسلمين الصحة و لما كان هناک البطلان انما هولاجل عدم تحقق شرط العقد، من الرشد او التوكيل.

فنقول انّ الاصل و الغالب بينهم هوالجامع للشرائط لابمعنی ان الزوجين مسلمان وقع العقد بينهما و صارا متزاوجين ظاهراً، حتی يرد انّ الصغيرة ليست مما ينصرف اطلاق الادلة الی لزوم حمل فعلها على الصحة (كما اشرنا سابقاً). بل بمعنی ان هذا العقد صدر من جماعة المسلمين، فانّ عقد غيرالرشيده قديصح ايضاً ولاية من الاب او الحاكم اوالمؤمنين (ان قلنا بثبوتها لهم من جهة المال كاليتيم). والامر دائر بين ان يكون ثبت رشدها عندالعاقد، او حصل العقد با حدالوجوه المذكورة. و عقد الغير الرشيدة مع ملاحظة هذا الاعتبار ليس من الامور النادرة، حتی يمنع الغلبة فيه. فيقال: ان هذا العقد الواقع فی الخارج محمول على الصحيح. اذا الغالب فی الواقع بين المسلمين هوالصحة.

[قلت]: و فيه- بعد منع كونه من الافراد الغالبة- انّ المفروض غيبة الاب، و فقد الولی، و عدم الرجوع الی الحاكم، و عدم ثبوت الدليل على ولاية عدول المؤمنين فی ذلک. بل الامر منحصر فی توكيلها للعاقد، فيرجع الحكم بغلبة صحة العقد الی الحكم

بغلبة صحة التوكيل. و يجرى فيه الكلام السابق من منع الغلبة فى توكيل مثل هذه الصغيرة المشكوک رشدها. مع ان الشهيد الثانى ذكر نظير هذه المسألة و حكم فيها بالبطلان و تقديم قول مدعى الفساد. قال «لو و كّل فى تزويج ابنته، فحصل موت الموكل، و وقع النكاح ، و شككنا فى السابق. فالاصل عدم النكاح و بقاء الحياة. و المتجّه عدم صحة النكاح لتعارض الاصلين، فبقى اصالة التحريم. او يقال: اذا وجب فى الحادث وجوده فى اقرب زمان لزم اقترانهما فى الزمان ح، فيحكم بالبطلان».

فنقول: انّ حمل العقد المجهول الحال على الصحة لاجل الغلبة، يوجب حمل ذلک ايضاً على الصحة، و كونه جامعاً لشرائطها التى منها حياة الاب. فكما ان احتمال كون وقوع العقد فى حال الموت يوجب الحكم بالبطلان (مع ان الظاهر من حال الوكيل المسلم انه عقدها فى حال العلم بالحياة)، فكذلک احتمال كون عقدالعاقد ايّاها فى ما نحن فيه فى حال عدم الرشد مع كون الظاهر عن حال المسلم عقده فى حال الرشد. الاّ ان يقال فى مثال الشهيد الثانى(ره) ان الظاهر من حال المسلم انّه عقدها فى حال عدم العلم بالموت، سواء كان عالماً بالحياة اوظانّاً بها بالاستصحاب. فاذا تحقق الموت زال ذلک الظنّ، لانّ عدم تحقق العقد ايضاً مستصحب. بخلاف ما نحن فيه، لانّ ظهور عقد المسلم حال الرشد لم يثبت له رافع، بل هو باق بحاله.

فان قلت: كلامهم انّما هو فى ما حصل التزاوج المباشرى و المعاهدة بين الزوجين، لامحض صدورالعقد فى الخارج. و كلام الشهيد الثانى انّما هو فى الثانى.

قلت: ليس كذلک. فانهم ذكروا من جملة فروع «تقديم قول مدعى الصحة» ما لو زوّج الاجنبى امرأة. فقال الزوج للزوجة «زوّجک العاقد من غير اذنک»، فقالت «بل اذنت»، قال فى **الشرايع** «فالقول قولها مع يمينها على القولين. لانّها تدعى الصحة». و مراده بالقولين القول بفساد الفضولى، و توقفه على الاجازة.

و اقول: التحقيق ان يقال: قولهم بتقديم قول مدعى الصحة، ان كان فى ما علم من حال المتعاقدين حالة تلبس بمقتضى العقد حيناً ما، ثم حصل التداعى بينهما ولوكان بادّعاء الفساد من الاصل، فحينئذ الاظهر والاقوى- بل المذهب- تقديم قول مدعى الصحة. لانّ افعال المسلمين و اقوالهم محمولة على الصحة مالم يظهر فساده ولم يثبت منازع. فما داما على حالهما فيحكم بصحتهما. والذى يدعى الفساد سابقاً او لاحقاً فعليه الاثبات. و مع العجز فيقدم قول مدعى الصحة.

اما ما لم يحصل ذلک[1] عن المتعاقدين (اصلاً، او شک فی حصوله) فيقع الاشكال فيه. مثلاً اذا كانت امرأة فی بيتها و رأينا فی مجلس ان اخاها جاء ووكل احداً فی عقد اخته، او عقّد[ها] بادعاء الوكالة عن قبلها، و حصل العقد بينه و بين الزوج او وكيله. ثم جاءت المرأة بلافاصلة و قالت «انّی لاخبرلی بهذا العقد ولم اوكّل احداً فی ذلک». و عجز اخوه من اثبات الوكالة فالحكم بمجرد ذلک بصحة عقد المرأة [تمسكاً] بانّ الاصل تقديم مدعی الصحة علی الاطلاق، مشكل.

ولعل المحقق فی الشرائع ايضا مراده مالوحصل تعاهدالزوجية برهة فی صورة نكاح الاجنبی، ثم بعد ذلک حصل التداعی. والاّ فلوانعكس الامر و قالت المرأة «انالم اذنت» ولم يقع بعد بينهما معاهدة الزوجية مطلقا، ففی تقديم قول مدعی الصحة، اشكال. الاّ انّ كلامه مطلق. بل ظاهر فی عدم اشتراط المعاهدة. فالا ولی ان يرجع الی الظنّ للمجتهد. فربمايرجح عنده العمل علی الصحة، و ربما يضعف عنده الصحة و يعمل بالاصل. و ذلک يختلف باختلاف العاقد و الزوجة و الزوج و القرائن المكتنفة بالمقام. و كذلک القول فی كل ماتعارض الاصل و الظاهر.

ثم: ان بنينا علی اعتبار المعاهدة والتلبس، فلابد ان يكون حالة المعاهدة والسلوک علی مقتضی المعاهدة من مسلم رشيد غير محجور عليه، ولابد من ثبوت ذلک حتی يحمل علی الصحة و يحتاج رفعها الی الاثبات. و مع كون احد هما فی ذلک الحالة علی حالة السّفه او الجنون او صغر فلايكفی ذلک. و كذلک لوشكّ فی حصول ذلک. هذا اذا كان الامر دائراً بين المتعاقدين. والاّ فلابد من اعتبار حال الاولياء ايضاً منهما و سلوكهما علی مقتضی المعاملة بسبب ولاية الولی فی حكم الصحيح منهما.

ففی المرأة المسئول عنها ان ثبت حال سلوک مع الزوج علی سبيل التزاوج فی حال الرشد (اومن جانب الولی الشرعی)، ثم ادّعت بطلان العقد من جهة عدم الرشد او عدم التوكيل، فيمكن توجيه تقديم قول مدعی الصحة. و اما لوثبت عدمها، اوكان الامر مشكوكافيه ، فيرجع الی اثبات اصل العقد فی الخالی عن المعاهدة. و قدقدمنا انّ مدعی الفساد هناک قديقدم، ولايصح القول به علی الاطلاق.

ثم انّا قد اشرنا سابقاً انّ بناء الفقهاء فی تقديم قول مدعی الصحة، مبنی علی تقديم

۱: ای: لم يحصل التلبس بمقتضی العقد حيناً ما.

«الظاهر» على «الاصل»، او احدالاصلين المتقوّم بالظاهر على الاخر. **فاعلم**: انّ مرادهم من «الظاهر» مايوجب الظن بخلاف ما اقتضى الاصل. و مرادهم من «الاصل» هوالحكم المنسحب عن دليل سابق من عقل او نقل قطعى او ظنّى. و عدّوا منه الاستصحاب باقسامه، و استصحاب العموم حتى يردالمخصص. و [استصحاب] المنسوخ حتى يردالناسخ، ولكن بعد الفحص عن المخصص. و سمّاه الشهيد(ره) فى **القواعد** «قاعدة اليقين». و لعلّه ماخوذ من قولهم عليهم السلام «لاتنقض اليقين بالشك» و «لاتنقض اليقين الاّ بيقين».[1]

والمراد باليقين هوالدليل الحاصل باليقين، سواء كان علماً اوظناً. اوالمراد به ما كان يقينى العمل وان كان من جملة الظنون كظنّ المجتهد. فالمراد انه لايجوز نقض مقتضى ما ثبت يقيناً الاّ مع التّيقن بحصول ما يقتضى خلافه يقيناً. ففى صورة معارضة مقتضى الاصل مع الظاهر امّا يلاحظ معارضة الظن الحاصل من مجرد الاستصحاب مع الظن الحاصل من الظاهر. و اما يلاخط محض حصول ما يوجب الحكم بخلاف ما اقتضاه الدليل الاول المنسحب حكمه، و انه هل حصل من الظاهر دلالة على الحكم المخالف مثل ما ثبت من الدليل الدال على الحكم المنسحب حتى يكون هذا يقيناً فى مقابل يقين.

و ينقدح من كلماتهم فى المقام ان الاصل فى ظنّ المجتهد، الحجية. الاّ ماخرج بالدليل مثل «القياس». فانهم عدّوامن اقسام الظاهر هنا ماكان مستنده العرف، اوالعادة الغالبة، اوالقرائن، او غلبة الظن. فلاحظ **قواعدى** الشهيدين(ره) و غير هما. فلا بدان يكون مراد هم فى مسألة تعارض الاصل مع الظاهر، تعارضهما مع قطع النظر عن المعاضد و المعاند. و ينقدح عن ذلك انّه لوترجح فى نظرالمجتهد شيئٌ من جهة القرائن، كان مقدماً بمجرد ذلك على الاصل.

و [اما] ما اتفقوا عليه من تقديم الظاهر على الاصل، فهو امّا مماثبت حجيّته شرعاً بالخصوص، كقبول خبرالعادل فى اثبات الحكم، و الحكم على المنكر باشتغال الذمة بقول الشاهد، و نحو ذلك. فلا كلام فيه. و كذلك ما اتفقوا عليه من تقديم مقتضى الاصل (مثل الحكم بطهارة ثوبه و بدنه مع الظن بترشح البول ما لم يحصل العلم، و

١: الوسائل: ج ١، ابواب نواقض الوضوء، الباب ١.

[بطهارة] ثوب مـن لايتوقى النجاسة، كـالاطفال و القصابين و مدمـن الخمر و الكفار. و مثل ما لووجد كلب خارجاً عن بيت فيه اناء مكشوف و معه اثر مباشرته له بر طوبة بل ولو كان مثل اللبن مما يظهر على العضو- كما صرح به جماعة-) و ذلک ايضاً لخصوص الادلة الدالـة على ذلک، مـن الاجماع و الاخبار. فـانّ المستفاد منهمـا فى امثال ذلـک لزوم حصول اليقين بطـروّ النجاسة و ملاقاتها مثـلاً. ولم يكتفوا بحصول الظن به ولم يعتبروا ظهور ذلک.

و كذلک ما اتفقوا عليـه من تقديم الظاهر مثل «غلبة الظـن فى الشک الصلاة» و ان كان الاصـل يقتضى العدم. و مثـل ما لوشـکّ فى فعل الصـلاة بعد خروج وقتهـا. و نحو ذلک.

و اما ما اختلف فيه- فى تقديم الظاهر على الاصل-: فانّما هولاختلاف المجتهدين فى فهم الظهـور، و غلبة الظنّ. فبعضهم يترجح فـى نظره الظّن الحاصل مـن الظاهر، و بعضهم الظن الحاصل من الاصل. فالمراد من الظـاهر فى موضع النزاع مايكون ظاهراً و مفيداً للظن فى نفسه و مع قطع النظر عـن المعارض. و الاختلاف انما يحصل بملاحظة المعارضة، فمن يرجح الاصل فلايبقى للظاهر عنده ظهور.

لايقال: ان اختلافهـم فى ذلک لعله من جهة الادلـة الخارجة، فمن يرجـح الظاهر، فمن جهة خبر او آية يعاضده. و كذلک العكس.

لانّا نقول: و ان كنّا لاننكر وجـود الدليل فى كثير من الامثلة التى ذكـروها فى هذا المقام من الخارج من الاخبار و غيرها، لكنه لايلزم ان يكون ذلک هوالمعيار فى جميعها. والاّ فلا معنى حينئذ لتعرضهم فى كتب الاصول لذلـک، ولم يبق فائدة لذكرهم معارضة الاصل مع الظـاهر. بل المناط هـو نفس ملاحظة الظـاهر مع الاصل. و لـذلک يعتبرون الظهور فى مقام تعارض الاصلين ايضا و يجعلون معاضدته لاحد هما دليلاً على ترجيحه. و ذلک ايضا يدل علـى اعتبار هم مطلق ظنّ المجتهد، والاّ فلامعنى لـلاعتضاد بماليس بحجة. كما يدل ايضا قولهم [بحجية] الخبر الضعيف المنجبر بعمل المشهور.

و من جملة ما ذكروه فى هذا المقام من الفروع «الجلد المطروح فى بلاد الاسلا م اذا ظهر عليه قـرائن التذكية» كمالـو كان جلداً لبعض كتبنـا التى لايتداولها ايـدى الكفار عادة. فـالاصل يقتضى عدم تـذكيتها، والظاهر يقتضيهـا. و فى تقديم ايّهمـا و جهان . و المشهور، الاول. و منها «اختلاف الزوجين فى المهر ولا بيّنة» فان الاصل يقتضى البراءة

مما [تدعيه المرأة]، و الظاهر يشهد بمهر المثل. (قد افردنا فی هذه المسألة رسالة من ارادها فليراجعها) و منها «اذا اسلم الزوجان قبل الدخول، و قال الزوج اسلمنا معاً فنحن علی نكاحنا، و قالت الزوجة بل علی التعاقب و لانكاح» فوجهان. فان الاصل مع الزوج و الظاهر مع الزوجة. لانّ المعية من الفروض النادرة.

اذا تمهد هذا فنقول: ما اشتهر بين الاصحاب من تقديم قول مدعی الصحة، ليس باجماعی لانهم جعلواذلک ممايتعارض فيه الاصل و الظاهر، و وقع الاختلاف فيه كما صرح به الشهيدالثانی(ره) فی تمهيد القواعد قال فيه: القسم الرابع: ما اختلف فيه فی ترجيح الظاهر علی الاصل، او بالعكس. و هوامور،... الی ان قال: و منه لواختلف المتعاقدان ببيع و غيره فی بعض شرائط صحته كمالوادعی البائع انه كان صبياً او غير ماذون له او غير ذلک، و انكرالمشتری. فالقول قوله علی الاقوی و ان كان الاصل عدم اجتماع الشرائط، عملاً بظاهر حال المسلم من ايقاعه العقد علی وجه الصحة. و كذا القول فی الايقاعات. و يمكن ردّه الی تعارض الاصلين. و قد تقدم.- انتهی.

و قد مر كلام العلامة فی **الارشاد** فی اختيار البطلان و غيره. فاذالم يكن المسألة اجماعية، ولم يرد بخصوصها نصّ فالمرجح هوظن المجتهد. فانه ان ترجح فی نظره الصحة، فهو. و الا، فالعمل علی الاصل. و قدبيّنالک ان مانحن فيه ليس ممايحصل الظن به ويترجحّ فی النظر صحته.

ثم لايذهب عليک ان كلام فقهائنا فی تقديم قول مدعی الصحة متخالفة. فحسب الغافل من كثرة ذكرهم فی المسائل تقديم قول مدعی الصحة ان ذلک اجماعی. مع ان مرادهم فی كل موضع شيیء. و مع ذلک فاختلفوا فيها ايضا.

ففی بعض المواضع ارادوا بالصحة «استمرارها»، يعنی يقدّم قول من يدّعی استمرارها. و فی بعضها يريدون «اصالة عدم ظهور المفسد». و فی بعضها يريدون ان «الظاهر من فعل المسلم انه فعل صحيحا» مثل الشاک فی كل جزء من الصلوة مع خروج الی جزء آخر، او الشاک فيها بعد خروج الوقت. و فی بعضها يريدون ان «عقدالمعاملة علی الوضع المخصوص لما كان معصية فلا بدمن حمل فعل المسلم علی الصحة».

فمن امثلة الاول ما ذكره المحقق فی **الشرائع**: اذا قال «بعتک بعبد، فقال بل بحرّ، او بخلّ، فقال بل بخمر» اوقال «فسخت قبل التصرف، وانكر الاخر» فالقول قول من يدعی صحة العقد، مع يمينه و علی الاخر البينه. [انتهی]. فان المراد من الصحة فی

المثال الثانـی استصحابها. و اما المثال الاول فهـومما اختلف فيه و ليس اجمـاعياً كما عرفت من **تمهيد القواعد**. فان «كون العوضين ممايصح كونه ملكا للمسلم» من شرائط صحة العقد ككونهما بالغين عاقلين رشيدين.

و ما قرع سمعک من وجوب حمل افعـال المسلمين و اقوالهم على الصحة، و دعوى الاجماع على ذلک فی كلامهم: فهو غير مـانحن فيه. اذ ذلک حيث لايعارضه فعل مسلم آخر اوقوله.[1] مثل انّـا اذا رأينا تردد عـالم الى ابـواب الظلمه، لابدّ ان نحملـه على ارادة الارشاد و شفاعـة المظلومين. و كذلـک كل متعاملين متعـاهدين ماداما مقيمين على حالهما، لايزاحمهما احد. و يحمل فعلهما على الصحة مالم يظهر فساده قطعاً.

و اما فی ما نحن فيه: فحمل قول احدهما هنا على الصحة يقتضی تكذيب الاخر. نعم ظاهر حال المسلم هو انّه لايعامل بالخمر، و هو (ح) يخبر بما هو خلاف ظاهر حاله فی ما قبل. او الظاهر فی ما حصل بين المسلمين انـه وقع على وجه الصحة، فلو ادعى احدهما فساده فهو يدّعی فساد فعل كليهما. و هذا ممـا وقع الخلاف فيه. و قد عرفت انه يتفاوت بتفاوت المقامات، فقد يغلب الظن الحاصل مـن الظاهر على الظن الحاصل من الاصل، فيتر حجّ عليه كما فی المثال المذكور فی الشرائع «اذا ادعى احدهما ان البيع وقع على الخمر» عالما بـالحال من بالغ عاقـل. بخلاف مالو اختلفا فی كـون البايع او المشترى حين صدور العقد المعلوم التاريخ صبياً او غير رشيـد. فلايظهر هنامنه ظن يغلب «اصالة عدم تحقق المعامله»، بل الاصول المتعددة. سيما اذا لم يظهر معاهدة على المعاقدة من بالغين رشيدين، او ما فی معنا هما من جهة الولاية.

و من امثلة الثانی: على ما فهمه الشهيـد الثانی فی المسالک حيـث انه فی شرح قول المحقق فی بيع السلم «اذا اختلفا فی القبـض هل كان قبل التفرق او بعده، فالقول قول مـن يدّعی الصحة» قـال ما حاصلـه: ان الاصلين تعارضـا اصالة عدم القبـض قبل التفرق و عكسه مع اتفـاقهما على اصل القبض. فيتسا قطان و يحكـم باستمرار العقد. و فی الحقيقه لانزاع بينهما فی اصل الصحة و انما النزاع فی طروّ المفسد، والاصل عدمه، بخلاف مالوا ختلفا فی اصل القبض و ان كان بعـد التفرق. فانه و ان كان يحكم بالصحة فی اصل العقد قبل التنـازع، لكن المفسد هنا ثابت بحكم الاصل. فـالقول قول المنكر،

۱: عبارة النسخة: اذ ذلک حيث لايعارضه قول اوفعل مسلم آخر.

لان الاصل معه فهذا يصير دليلاً على الفساد- قال: و هذا ليس من باب الاختلاف فى وقوع العقد صحيحاً او فاسداً. و مثله الاختلاف فى قبض احد عوضى الصرف قبل التفرق.

اقول: و ظاهره (ره) انه يقول بكوْن العقود اسامى للاعم من الصحيحة. و مقتضاه انه بعد صدق تحقق عقد السلف يحتاج بطلانه الى دليل، و الدليل فى الصورة الثانية هوالاصل، بخلاف الصورة الاولى لتعارض الاصلين و تساقطهما. و انت خبيربان شرط الصحة هوالقبض قبل التفرق، و مثبت الصحة انما هوالعلم بتحقق الشرط، لاعدم العلم بانتفائه. و لاينفع معارضة «اصالة عدم التفرق قبل القبض» فى اثبات القبض قبل التفرق و انما يتم الكلام لو ارادمن «طروّ المفسد» فساداً متاخراًعن الصحة النفس الامرية. مثل الفسخ قبل التصرّف فى المثال الذى نقلناه عن المحقق.

و اما لو اريد عن ذلك طروّ الحكم بالفساد باثبات المفسد فى اصل العقد، وان كان يحكم عليه بالصحّة ظاهراً حيناما، لكونه صادراً من المسلم، فلاريب انه اذا كان وقوعه من المسلم و تلبسه به دليلاً على الحكم بالصحة فيحتاج بطلانه الى دليل. فكما انّ ثمة الشك، فى تحقق الشرط و هوالقبض قبل التفرق و لايوجب الحكم ببطلان فعل المسلم، فكذلك هيهنا الشك فى تحقق اصل القبض لايوجب الحكم ببطلان فعل المسلم.

و ان كان النظر فى اصل تحقق العقد مع قطع النظر عن فعل المسلم و تلبسه به، فالاصل عدم تحقق الشرط بالنسبة اليهما جميعاً. فالتحقيق فيه ايضاً انّ ترك القبض مطلقا او قبل التفرق، لايلزم ان يكون معصية، اذ قديكون سهواً او جهالة او اضطراراً.

فلايبقى الاّ دعوى الغلبة حتى يحكم بانّ الظن من المسلم انه لايفعل المعاملة الاّ جامعاً لشرائط الصحة. و يجيئ عليه الكلام السابق الذى ذكرنا انه تابع لحصول الظن، فربما لايكون المسلم ممن يحصل به الظن. او الوقت لايقتضيه و يشهد بما ذكرنا ما ذكره فى **تمهيد القواعد** فى جملة ما فرّعه على «تعارض الاصل و الظاهر و الخلاف فى ترجيح ايهّما»، انه لو سمع مصلّيا يلحن فى صلاته و يترك آية او كلمة، و كان المصلّى من اهل المعرفة بالقراءة بحيث يظهر انه ما فعل ذلك الاسهواً، ففى وجوب تنبيهه عليه و جهان: من اصالة عدم معرفته بذلك على الوجه المجزى، فيجب تعليمه. و [من] دلالة ظاهر حاله على كونه قد ترك ذلك سهواً و الحال انه غير مبطل للصلوة، فلا يجب تنبيهه على السهو وان استحب معتضداً باصالة البراءة من وجوب تنبيهه. و هذا هوالاظهر. ولو احتمل فى حقه الجهل بذلك و جب تعليمه لتطابق الاصل والظاهر، و عدم معارض

غیر الاصل له، فیعمل عمله مع احتمال عدم الوجوب ایضا نظراً الی الاحتمال، مع اصالة البراءة.

و من امثلة الثالث و الرابع- و مآلهما الی شیئ واحد- ما تقدم من التداعی فی وقوع البیع علی العبد او الحرّ، اوعلی الخل او الخمر. و منها تداعی الزوجین بعد اتفاقهما علی انقضاء العدة وحصول الرجعة، فی تقدیم ایّهما. فاختار المحقق تقدیم قول الزوج، لانه یدعی الصحة. و فصّل فی **المسالک** تفصیلاً حسناً یناسب ما حققته فی اول المقال من الفرق بین ما تعین تاریخ احدهما و اختلف فی تقدم الاخر علیه او تاخره، و مالم یتعین شیئ بل اتفقا علی حصولهما معاً و اختلفا فی تقدم ایّهما علی الاخر. و انّما اطلعت علیه بعد ما استنبطت ما حقّقته بفکری الفاتر، ولانطیل بذکره. و ان شئت فراجعه حتی یتبین ما قلته، و یظهر لک انّ ما یذکرونه من تقدیم قول مدعی الصحة لیس باجماعی ولا بمطّرد، بل یتفاوت الحال فی الموارد. فلابد للمجتهد من التحرّی فی کل موضع مایترجح فی نظره.

وفذلکة المقال فی تحقیق الجواب عن السؤال، انّ المرأة المسؤل عنها علی فرض ثبوت توکیلها ایضاً و ادعائها عدم الرشد حینئذ مع تعیین تاریخ العقد، و ثبوت کون ذلک الحین محل اشتباه الرشد کما هوا المفروض فالاظهر تقدیم قولها مع یمینها، والله العالم.

۲۲۲:سؤال: هرگاه زید در سفری مفقود الخبر شود، و خبر فوت او به اهل بلد او برسد. و اهل شرع از بلد بنا را بر ثبوت فوت او گذارند و ترکهٔ او را تقسیم نمایند. و زن او را بعد از انقضای عدهٔ وفات به جهت عمرو عقد کنند. و بعد از چند روز اهل شرع بلد تشکیک در ثبوت فوت بهمرسانند به سبب اینکه مخبر یک 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 زوجهٔ او را از برای بکر عقد کنند بدون اینکه عمرو او را مطلّقه نماید. و حکم به بطلان عقد اول نمایند به سبب آن تشکیکی که در ثبوت فوت بهم رسیده بود. و به سبب آنکه 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 اینکه بر من فوت زید ثابت نبود و صیغه خوانده‌ام. آیا در این صورت عقد اولی باطل است؟ و زوجه بر بکر حلال است؟ یا عقد اول صحیح است و زوجه بر بکر حرام است؟.

جواب: این مسأله محتاج به تفصیلی است. و تفصیل این است که آن اهل شرع اگر مجتهد عادل است، ثبوت در نزد او کافی است. هرچند 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 (هیچکدام) ضرر ندارد. و جایز نیست نقض حکم مجتهد عادل نه از برای خودش و نه از برای غیر خودش. هرچند رای او متغیر شود. مگر اینکه ظاهر شود بطلان حکم اول در نفس الامر. و معنی تغییر رای غیر معنی ظهور بطلان است. به جهت اینکه مجتهد عمل به گمان خود می‌کند و تغییر گمان مستلزم بطلان آن نیست. گاه است که همان گمان اولی در نفس الامر صحیح بوده و دومی فاسد باشد.

و معنی بطلان حکم اول این است که معلوم شود که مخالف آنچه یقیناً از شرع رسیده، کرده است. یا معلوم شود که در اجتهاد خود مسامحه کرده و کوتاهی کرده بوده و اگر درست اجتهاد می‌کرد به دلیل گمان ثانی بر می‌خورد و به مقتضای آن عمل می‌کرد. 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 منشأ فسق است تائب شده باشد.

پس در صورت سؤال تشکیک مجتهد در حکم اول باید معلوم شود که از چه راه است. اگر از راه این باشد مثلاً که مجتهد به علم خود عمل می‌تواند کرد یا نه بعد از آنکه در اول رای او جواز عمل بود. یا در عدالت شهود تشکیک کند بعد از ظهور آن در اول امر. و امثال آنها، ضرر ندارد. به جهت آنکه 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 شک بهم رسیده و لکن علم به بقاء حیات زوج بهم نرسیده، ظاهر این است که مضر نیست. به جهت اینکه 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 شرعاً در نزد او بخصوص، مضر نیست. و حکم مجتهد در ثبوت کافی است. پس در اینصورت عقد عمرو صحیح است. عقد بکر باطل.

و اگر آن اهل شرع مجتهد عادل نبوده، پس ثبوت در نزد او نفعی ندارد و حکم او

مناط اعتبار نیست. پس در این صورت یا این است که به جهت زوجه علم شرعی بهم رسیده بوده به فوت زوج اول، یا نه. پس اگر علم برای هیچیک یا برای زوجه به تنهایی بهم نرسیده بود، پس عقد عمرو باطل است. و اگر علم شرعی برای هر دو بهم رسیده (بلکه از برای زوجه به تنهایی با عدم علم زوجه به حال، نیز- علی الاظهر) پس عقد عمرو نیز صحیح است. و علم وکیل در حقیّت موکل فیه شرط نیست. و هرگاه زوجین با دعوی علم به فوت، کسی را وکیل کنند در اجراء صیغه، عقد، صحیح است هرچند وکیل علم شرعی به فوت نداشته باشد علی الاظهر.

بلی: اگر وکیل عالم باشد به حیات، جایز نیست از برای او اجراء صیغه. و ادعای علم به حیات بعد اجراء صیغه نیز منشأ بطلان نمی‌شود. و همچنین ادعای عدم قصد نکاح، **اما اولاً**: پس به جهت آنکه ظاهر علما اجماع است بر اینکه دعوی عدم قصد بعد اجراء صیغهٔ عقود مسموع نیست. هرچند در خصوص طلاق خلافی کرده‌اند، 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 **مسالک** در کتاب طلاق ذکر کرده. و در کلام جمعی که قایل شده‌اند به قبول قول او در خصوص طلاق اشکال کرده. و سبط ایشان نیز در **شرح نافع** در این کلام تابع ایشان شده.

و اما ثانیاً: پس به جهت اینکه 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 هرگاه به ثبوت برسد که عقدی شده است که ظاهراً صحیح بوده است، یا آنکه 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 توهم و استیفای کلام در آن طولی دارد. ومقتضای مقام نیست، و مجمل اینکه از آنچه پیش گفتیم معلوم شد وجه صحت. به جهت آنکه کلام بالغ عاقل مسلم محمول بر صحت است، و ظاهر او قصد به مدلول لفظ است بر وجه صحیح. و همین تحقّق صیغه در خارج دلیل صحت است. دیگر نه دلیل دیگر می‌خواهد و نه احتیاج به اقرار عاقد بر صحت دارد. و دعوی «عدم قصد به مدلول بعد اجراء صیغه به جهت علم به فساد»- خصوصاً با فاصلهٔ بسیار از زمان اجراء صیغه- ادعای فساد چیزی

است که محکوم به صحت هست شرعاً. و محکـوم به صحت بودن آن است که زوجیت به آن ثابت می‌شود از برای غیر. و دعوی علم بـه فساد و عدم قصد به مدلول، اقراری است بر آن غیر.

بلی اگر علـم به تحقق صیغه در خـارج منحصر باشد بـه اخبار عاقد و در حیـن خبر دادن به همین نحو خبر بـدهد که «من عقد فاسدی کردم بـهَ جهت فلان» در آنوقت آن سخن خوب است. و مفـروض خلاف آن است. و باکی نیست که مثالـی بیاوریم از برای مورد توهم تا واضح شود که ما نحن فیه از آن قبیل نیست. و آن این است که «زنی بگوید به مردی که: وقتی که تو طفل بودی مرا ظالمی می‌خواست بگیرد. من و پدرم هیچکدام راضی نبودیم. مرا تـوریةً به صورت عقد دوام عقد کردند از بـرای تو. و پدرت هم صورت قبولی ولایةً جاری سـاخت». و به هیچوجه من الوجوه آن مرد حکـایت این عقد نشنیده بود و کسی دیگر هم از او خبری نداشت. در این صـورت آن مرد نمی‌تواند بگوید که «تو اقرار به صیغه کردی و دعـوی اینکه توریةً در صورت عقد بوده اقراری اسـت برحق غیر، آن مسموع نیست».

و شکی نیست که ما نحن فیه از آن قبیل نیست و با قطع نظر از همهٔ این مراحل، در اینجا سخن دیگر هم هست. و آن این است که همین که انشاء عقد در اینجا متحقق شده به سبب اعتقاد به صحـت و جواز عقد. هرچند به سبب توهم غیر مجتهـد عادل باشد باز عقد عمرو صحیح اسـت. به جهت آنکه صادق است که عقدی واقـع شده از اهل خود در محل خود. و منشأ فسادی که متصور می‌شود این است که «این عقد ذات بعل است و آن باطل است». و این منـدفع می‌شود به اینکه: آنچه دلیل دلالـت بر آن دارد این است که حرام اسـت عقد ذات بعـل عندالعـاقد یـا در نفس الامـر. و مفروض آن اسـت که ایـن هیچکدام نیست.

اگر بگوئی: شق ثالثی هسـت و آن «حرمت عقد زنی است که شرعـاً محکوم بکونها ذات بعل باشد، هرچند در نفس الامر ذات بعل نباشد» و ما نحن فیه از این قبیل است.

گوئیم: بر فرض تسلیـم، آنچه مسلم است حرمـت آن، این است که محکـوم بکونها ذات بعل شرعاً در نزد عـاقد باشد بالفعل، نه مطلقاً. و قول به اینکـه مراد محکوم بکونها ذات بعل در نفـس الامر است، بی معنـی است. به جهـت آنکه نفس‌الامر در ایـن معنی مختلف است به اختلاف حکّام و مطّلعین. غایت امر این است که هرگاه مـجتهدی که در

نزد او زوجهٔ مزبوره محکوم بکونها ذات بعل است مطلع شود بر این عقد منع می‌کند به تفریق، مادامی که در نزد او زوجهٔ مزبوره محکوم بکونها ذات بعل است. و همچنین خود عاقد هرگاه به او ظاهر شود که محکوم بکونها ذات بعل است.

اما بعد از ثبوت موت بعل در حین عقد اول، پس دیگر حکم ذات بعل باطل می‌شود، و مقتضای آن که منع و تفریق است هم باطل می‌شود. پس به عقد اول بازگشت می‌شود. و حاصل اینکه حکم به بطلان در اینصورت مراعی است تا زمان ظهور «فوت بعل قبل از عقد». و بطلان قطعاً و رأساً، ممنوع است.

و از اینجا معلوم می‌شود حال اینکه هرگاه عاقد نداند که شوهر آن زن مفقود الخبر است. یعنی آنکه عاقد زوجه را بشخصها می‌شناسد و [لکن] «بوصفها بانّها زوجة مفقودالخبر» است نمی‌شناسد. یا بوصفها هم می‌شناخت لکن در حین عقد فراموش کرد. در اینجا نیز دلیل بر بطلان عقد راساً نیست، به جهت آنکه اگر بطلان از راه حرمت عقد زوجهٔ مفقود الخبر است، می‌گوئیم که حرمت از احکام طلبیه است، و متوجه جاهل و غافل و ناسی نمی‌شود. و اگر از راه بطلان عقد است قطع نظر از حرمت، می‌گوئیم که دلیلی بر آن قائم نشده. به جهت آنکه آنچه مسلّم است بطلان عقد ذات بعل است (به تفصیلی که مذکور شد) یا ذات عدّه. و این هیچکدام نیست بالفرض.

پس هرگاه عاقد مجتهد باشد و گوید که من زوج و زوجه هر دو را می‌شناختم و لکن زوجه را «بوصف انّها زوجة مفقودالخبر» نمی‌شناختم که لازم آید عدم جواز نقض حکم مجتهد. در اینجا نیز- برفرض سلامت از ورود دعوی و ترافع- نفعی در حکم به فساد عقد رأساً، نمی‌کند. بلکه بعد از اطلاع بر وصف مذکور، مراعی خواهد بود الی زمان ثبوت فوت و ممنوع از ترتب ثمره می‌شود تا آن وقت. و بعد از آن حکم به صحت عقد می‌شود. و اشارات و تنبیهات بر این در کلام فقها نیز هست در نظائر و مناسبات آن هم.

چنانکه در **مسالک** شهید ثانی(ره) در باب طلاق غایب با عدم التفات به ملاحظهٔ گذشتن یک ماه (یا بیشتر علی اختلاف الاقوال) هرگاه ایقاع طلاق بروجه قصد بکند، و اتفاقاً در نفس الامر در طهر غیر مواقعه واقع شده باشد، حکم به صحت کرده. خصوصاً با جهل به لزوم مراعات و ملاحظهٔ شرایط. بلکه از کلام ایشان بر می‌آید که با علم به وجوب مراعات هم، صحیح باشد. و همچنین در عقدی که در حین «وفات مجهولهٔ» غایب واقع شده باشد بر زوجهٔ او قبل از بلوغ خبر بر وجهی که در اینجا نیز اختیار عدم ثبوت حرمت

کرده، به جهت آنکه مفروض این است که نه معتدّه است و نه ذات بعل. و اظهر در نظر حقیر نیز همین است. و از اخبار و ادلّه هم بطلان ثابت نمی‌شود، و نهیی هم در صورت مزبور واقع نشده که بطلان از آن مستفاد تواند شد. و مفروض هم این است که بر وجه جایز واقع شده باشد، و قصد انشاء شده باشد. و غایب امر آن است که بعد از اطلاع حکم به تفریق می‌شود، مراعاً الی حین ظهورالحال.

۲۲۳: سؤال: اذا ارضعت امرأة مزوجّة ذات بنت من زوجها بعد اثنی عشر سنة من ولادة البنت، ولد رجل آخر. بان وضعت ثدیها فی فم الولد و درّ اللبن بسبب مصّه (بعد ما انقضت المدة المذکورة عن ولادة البنت و جفّ ثدیها) فهل یجوز للرجل (والد الرضیع) ان یتزوج ببنت المرضعة المذکورة؟ ام لا؟.

جواب: هذا السؤال یحتاج تنقیحه الی ذکر مسائل ثلاث: **الاولی**: اختلف الاصحاب- فی جواز نکاح اب المرتضع فی اولاد صاحب اللبن ولادةً و رضاعاً. و فی اولاد المرضعة ولادةً- علی قولین. والاقوی الحرمة، للاخبار **الصحیحة** الدالة علیه.[1]

الثانیة: یشترط فی تحریم الرضا کونه فی الحولین للمرتضع، بلاخلاف ظاهر. و ادعی علیه الاجماع فی **التذکرة و المسالک**. و المشهور (بل المدعی علیه الاجماع ظاهراً من المسالک) انه لافرق بین ان یفطم قبل تمام الحولین ثم ارتضع، اولا. خلافاً لابن الجنید فی مالو فطم و هو ضعیف، لروایة شاذة. و قال الشهید(ره) انّه مسبوق بالاجماع و ملحوق به.

و اما فی ولد المرضعة بمعنی أن یکون اللبن فی الحولین الاولین المتصلین بالولادة: ففیه قولان. اظهر هما العدم. لاطلاق الایة[2] والاخبار. واحتج من اعتبره بعموم **حسنة** الحلبی «عن الصادق-ع-: لارضاع بعد فطام[3]». فانّ النکرة فی سیاق النفی تفید العموم. و **روایة** حمادبن عثمان «قال سمعت اباعبدالله-ع- یقول:لارضاع بعد فطام. قلت: جعلت فداک و ما الفطام؟ قال الحولان الذی قال الله تعالی[4]». و **صحیحة** البقباق عنه-ع- «قال: الرضاع قبل الحولین قبل ان یفطم[5]». و قول النبی-ص- «لارضاع الاّ ما

۱: تدلّ علیه العمومات (وسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم من الرضاع، ب ۱) ویدل خصوصاً: ح ۱۰ ب ۶. و کذاح ۱، ۲ ب ۱۶.

۲: ولاتنکحوا مانکح آبائکم من النساء الاّ ماقد سلف...- حرمت علیکم امهاتکم... و امهاتکم اللاتی ارضعنکم و اخواتکم من الرضاعة...- الآیة ۲۲، ۲۳، السورة النساء.

۳و۴و۵ الوسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم من الرضاع، ب۵ح ۳،۵،۲ (فضل بن عبدالملک البقباق).

کان فی الحولین».

و انت خبیر بانّه لامعنی لحمل النکرة علی العموم. اذ لو اُرید من الفطام المعنی الحقیقی فلایستلزم رضاع المرضعة فطام ولده. اذ قد یکون بلا ولد و مات ولدها اول الولادة. و ان اُرید وقت الفطام (یعنی انقضاء الحولین) فقد یختلف الحولان بالنسبة الی الرضیع و ولدالمرضعة، و بسبب اضافة الحولین الیهما یختلف معناه، ولایجوز ارادة المعنیین المختلفین فی استعمال واحد من اللفظ، و ان کان اللفظ مشترکاً معنویا. اذ ذاک فی معنی العهد. کما فی قولنا «جاء رجل» فانّه لایجوز ارادة رجلین منه علی التبادل. کما لایجوز ارادة المعنی الحقیقی و المجازی، و اکثر من معنی من معانی المشترک اللفظی؛ فلابلد اما ان یراد من الحدیث «لااثر لرضاع المرتضع بعد فطامه» او «لااثر لرضاع المرضعة بعد فطام ولده». و اما ارادة المعنیین معاً، فکلاً.

و اذا دار الامر بین المعنیین، فالاولی (بل المتعین) ارادة المرتضع. لان البحث انما هو عنه و لذلک حکموا بأنّ رضعة المرتضع بعد اکمال الحولین لااثر له. لانّه شرب محرّم لایترتب علیه ثمر، مضافا الی الروایات. و امّا ارضاع المرضعة فلامانع منه اصلاً، ولو بقی لبنها عشر سنین. و هوالمتبادر من اللفظ.

الثالثة: یشترط فی تاثیر الرضاع ان یکون اللبن من امرأة حیة حصل لبنها من نکاح صحیح مع حصول الولد منها- تولد منها او کان باقیا فی الحمل- علی اختلاف فی الاخیر. فلو درّ من ثدی رجل لبن، اوامرأة لم تحمل من وطیٔ زوج حلال، فلاینشر الحرمة، للاجماع، ظاهراً کما نقله جماعة، و **لصحیحة** عبدالله بن سنان «قال سألت اباعبدالله-ع- عن لبن الفحل. فقال: هو ما ارضعت امرأتک من لبنک و لبن ولدک ولد امرأة اخری فهو حرام»[۲]. و **موثقة** یونس بن یعقوب عنه-ع- «قال: سألته عن امرأة درّ لبنها من غیر ولادة فارضعت جاریةً و غلاماً، هل یحرم بذلک اللبن ما یحرم من الرضاع؟ قال: لا»[۳].

اذا تقرر هذا فنقول: مقتضی المسألتین الاولیین تحریم البنت علی اب المرتضع.

۱: وسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم من الرضاع، ب ۵ ح ۱، ۹، ۱۱، ۱۲: عن رسول الله(ص): لارضاع بعد فطام.
۲: الوسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالرضاع، ب ۶ ح ۴.
۳ المرجع: الباب ۹ ح ۱.

كما لايخفى. فيبقى الكلام فى الحكم بان هذا اللبن هل هو محكوم عليه بكونه لبن الزوج ام هومن باب الدرّ ؟ و الذى يحضرنى من كلام الفقها فى ما يناسب المقام ما ذكره فى **المسالک** فى جملة الصور الستّ التى ذكرها فى «لحوق اللبن بالرجل مع مفارقة المرأة عنه بالطلاق او الموت» قال الاولى: ان يكون ارضاعها بهذا اللبن قبل ان ينكح زوجاً غيره، فاللبن للاول قطعاً، كما لو كانت فى حباله. فيصير الولد منسوبا بالرضاعة الى المطلّق او الميت، كماهو ابن المرضعة. ولافرق بين ان يرتضع فى العدة و بعدها، ولابين طول المدة و قصرها، ولابين ان ينقطع اللبن ثم يعود و عدمه، مع حصول باقى الشرائط لانّه لم يحدث مايحال اللبن عليه. فهو على استمراره منسوب اليه. لكن ان اشترطنا كون الرضاع و ولد المرضعة فى الحولين، اعتبر كون الرضاع قبل الحولين من حين الولادة. والاّ فلا.

و قال فى التحرير: لايشترط دوام النكاح وقت الرضاع. فلو طلّق الحامل او المرضعة، فان رضعت بعد مفارقته بلبنه نشر الحرمة. سواء كان الرضعة قبل انقضاء العدة او بعدها، انقطع لبنهائم عاد او ثبت ولم ينقطع. و سواء زاد او نقص.

و قال فى القواعد: «ولو درّ لبن المرأة من غير نكاح لم ينشر حرمةً. سواء كانت بكراً 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 فى ساير الصور المفروضة. و كذلک ظاهر **القواعد** انّ حصول نكاح و ولادة يكفى فى انتساب اللبن الى الزوج. و دلالة الموثقة على عدم اعتبار ذلک ايضاً غير واضحة. فان لفظ «ولادة» بعد كلمة «غير» نكرة فى سياق النفى. والمفروض وجود الولادة هنا فى الجملة. الاّ ان يحمل على الولادة المتعارفة المعهودة التى ينسب اللبن اليها، و هى ما اتصل بها، او قريب منها. و من ذلک يظهر ان صحيحة عبدالله بن سنان ايضاً لابد ان يحمل على ذلک.

فيمكن ان يقال: انّ هذا اللبن المفروض فى المرأة المسؤول عنها، لايصدق عليه عرفاً انّها لبن الفحل و لبن ولدها. فلابد ان يحمل عبارة **المسالک** و ما فى معناها على ما لاينافى طول المدة و انقطاع اللبن ثم عودها لانتسابه الى الولد والفحل عرفا. و مراده بالاستثناء بقوله «لكن ان اشترطنا.. الى آخر». ايضا مالاينافى ذلک. فنقول: المرأة التى

مرّ من ایام ولادتها سنة ثم انقطع لبنها لمرض او عرض ثم عاد بعد امتصاص الطفل، یقال له عرفاً انّ هذا هو اللبن الذی انقطع و هو لبن الولد الذی حصل به. و کذلک بعد انقضاء عامین ایضا. و کذلک لواستمر الی عشرین سنین بان تصیر ظئراً و تجعل شغله ذلک.

فلو حصل الانقطاع بعد عشر سنین بمثل شهر مثلاً ثم عاد بسبب امتصاص الولد ایضا یقال له فی العرف انّه لبن ذلک الولد الذی حصل به. بخلاف ما لو انقطع عشر سنین ثم رجع بسبب امتصاص الولد. فلو فرض بقاؤه عشر سنین فتاثیره ح لامانع منه من جهة کونه لبن الفحل و لبن ولده. بل المانع المتصور انّما هو توهم اشتراط کونه فی الحولین للمرضعة ایضاً. فبعد تقیید کلامه بصورة لاینافی انتسابه الی الفحل و الولد عرفاً، فلایضر الحکم بتاثیره الی عشر سنین، و ان وقع بینه عود و انقطاع لاینافی الانتساب، کما اشرنا. و القول باعتبار الحولین فی المرضعة خلاف التحقیق. و من ذلک یظهر حال کلام **التحریر و القواعد**. فاذن الاظهر جواز تزویج الرجل المسؤول عنه بالمرأة المسؤول عنها.

۲۲۴: سؤال: ما حکم میراث المستمتعین و شرطه؟.

جواب: اختلف الاصحاب فی توراث المتمتعین. فذهب جماعة- منهم ابوالصلاح و ابن ادریس و العلاّمة فی **المختلف** و ولده و المحقق الشیخ علی و الفاضل المقداد فی **التنقیح**- الی عدم التوراث مطلقا. ای سواء شرطا التوراث او عدمه او لم یشرطا شیئاً. و هو مقتضی اطلاق کلام المفید حیث قال «ولایجب به میراث». و الصدوق فی **المقنع** حیث قال «ولامیراث بینهما اذا مات واحد منهما فی ذلک الاجل». و یظهر من المحقق الاردبیلی فی کتاب آیات الاحکام، انّ ذلک مذهب اکثر الاصحاب. حیث قال بعد ذکر آیة میراث الزوجین «الظاهر انّه یرید بالزوجة المعقود علیها بالعقد الدائم کما هو مذهب اکثر الاصحاب، و ان کان ظاهرها اعم، للروایات». انتهی.

و یظهر من کلام السید فی **الانتصار** ان الامامیة کانوا معروفین بهذا المذهب حیث نقل استدلال العامة علی حرمة المتعة من باب النقض بقوله تعالی «والذین هم لفروجهم حافظون... الی قوله فاولئک هم العادون» بتقریب ان المتعة لیست ملک یمین، ولو کانت زوجةً لثبت التوراث فیها مع انه لاترث ولاتورث، ولکانت عدة الوفات فیها اربعة اشهر و عشراً (الی آخر مانقله عنهم) ثم قالوا و انتم تذهبون خلاف ذلک. و اجاب السید بانّ فقد المیراث لیس علامة علی فقد الزوجیة. لانّ الزوجة الذمّیة و القاتلة لاترثن

ولاتورثن و هنّ زوجات. على انّ من مذهبنا ان الميراث قد ثبت فى المتعة اذا لم يحصل شرط فى اصل العقد بانتفائه. و يستثنى المتمتع بها مع شرط نفى الميراث من ظواهر آيات الميراث، كما استثنيتم الذمية و القاتلة.. الى آخر ما ذكره.

و ذهب الباقون الى ثبوت الميراث فى الجملة. فمنهم من ذهب الى «اقتضاء عقد المتعة التوراث لابشرط شئ حتى اذا شرط السقوط كان الشرط باطلاً، لمخالفته مقتضى العقد». و هو مذهب ابن براج. و منهم من ذهب الى عدم اقتضاء العقد بذاته التوراث بل يقتضيه اذا اشترطا. و منهم من ذهب الى اقتضائه التوراث بشرط ان لايشترطا نفى التوراث. والاول مختار جماعة منهم الشيخ و ابن حمزة و الكيدرى و الشهيدين. و الثانى مختار المرتضى و ابن ابى عقيل(ره).

والاول اقوى. لنا الاصل، و انّ الميراث لايثبت الاّ بجعل الشارع (والاخبار المثبتة له سنجيب عنها). والاخبار المستفيضة المعتبرة جداً الدالة على انّ من حدود المتعة، عدم التوراث، مثل عدم النفقة، و كون عدتها خمسة و اربعين يوما، و نحو ذلک. فلاحظ الاخبار و تامل فيها تجدها ناهضة على المطلوب. مثل مارواه الصدوق فى **الحسن** عن مؤمن الطاق «قال: سألت اباعبدالله-ع- عن ادنى ما يزوّج به الرجل المتعة؟ قال: كفّ- كفين خ ل- من برّ يقول لها: زوجينى نفسک متعة على كتاب الله و سنة نبيه نكاحاً غير سفاح، على ان لاارثک ولاترثينى، ولااطلب ولدک،الى اجل مسمّى فان بدالى زدتک و زدتنى».[1]

و حسنة ابن ابى عمير عن بعض اصحابه عنه(ع) «قال: لاباس بالرجل يتمتع بالمرأة على حكمه، ولكن لابّد له من ان يعطيها شيئاً، لانّه ان حدث به حدث لم يكن لها ميراث».[2] و ما رواه الشيخ فى الصحيح عن صفوان عن ابن مسكان عن عمربن حنظله «قال: سألت اباعبدالله-ع- عن شروط المتعة. فقال يشارطها على ما يشاء من العطية، و يشترط الولد ان اراد، وليس بينهما ميراث».[3] و **حسنة** ثعلبة «قال: يقول اتزوجک متعة على كتاب الله و سنة نبيه نكاحاً غير سفاح، و على ان لاترثينى ولا ارثک، كذا و كذا يوماً

١: وسائل: ج ١٤، ابواب المتعة، ب ١٨ ح٥- محمدبن النعمان الاحول المعروف بمومن الطاق.
٢: المرجع، ب ٤٠ ح١.- و اوردذيله فى ب ٣٢ ح٣.
٣: المرجع: اورد ذيل الحديث فى ب ٣٢ ح٦، و صدره فى ب ٣٣ ح٣.

بکذا و کذا در هماً، و علی انّ علیک العدّة».[۱]

و موثقة ابی بصیر «قال: لابد من ان یقول فیه هذه الشروط: اتزوجک متعة کذا و کذا یوماً، بکذا و کذا در هماً، نکاحاً غیر سفاح علی کتاب الله و سنة نبیه و علی ان لاترثینی ولاارثک، و علی ان تعتدی خمسة و اربعین یوماً».[۲] و روایة ابان بن تغلب- و فی سنده ابراهیم بن الفضل ولکن الراوی منه عمرو بن عثمان و قد قال النجاشی انّه نقیّ الحدیث صحیح الحکایات- قال «قلت لابی عبدالله-ع-: کیف اقول لها اذا خلوت بها؟ قال: تقول: اتزوجک متعة علی کتاب الله و سنة نبیّه لاوارثة و لاموروثة کذا و کذا یوماً، و ان شئت کذا وکذا سنة، بکذا و کذا در هماً. و تسمی من الاجل ماتراضیتما علیه قلیلاً کان او کثیراً. فاذا قالت: نعم، فقد رضیت وهی امرأتک و انت اولی الناس بها. قلت: فانّی استحیی ان اذکر شرط الایام(؟) قال: هواضّر علیک. قلت و کیف؟ قال: لانّک ان لم تشترط کان تزویج مقام و لزمتک النفقة فی العدة، و کانت وارثة، ولم تقدر علی ان تطلقها الاّ طلاق السنّة».[۳] وقد عمل بها الاصحاب فی مسألة انقلاب المتعة دواماً بترک شرط الاجل. و روایة هشام بن سالم «قال: قلت لابی عبدالله-ع-: اتزوّج المرأة متعة مرّة مبهمة. قال فقال: ذاک اشد علیک ترثها و ترثک، ولایجوز لک ان تطلقها الاّ علی طهر و شاهدین» الحدیث.[۴] و **قوّیة** عبدالله‌بن عمرو- فانه و ان کان مجهولاً لکن من الرواة عنه فی‌السند جعفر بن بشیر عن حمادبن عثمان- «قال: سألت ابا‌عبدالله-ع- عن المتعة. فقال: حلال لک من الله و رسوله. قلت: فما حدّها؟ قال: من حدودها ان لاترثها و لاترثک»[۵] الحدیث. و هذا کالصریح بل صریح فی المطلوب.

و اصرح منه الناطق بالعدم سواء اشترط ام لم یشترط هو روایة سعید بن یسار عن ابی عبدالله-ع- ولیس فی سنده من یتامل فیه الاّ البر قی و هو مشترک بین محمد بن خالد البرقی و احمد ابنه و اخیه الحسن. و المشهور استعماله فی الاولین. و هؤلاء و ان کان کلهم ثقاتاً عند الشیخ و العلامة الاّ ان النجاشی و ابن الغضا [یر]ی طعنا فی

۱: المرجع: ب ۱۸ ح ۲.
۲: المرجع: ب ۱۸ ح ۴.
۳: المرجع: اورد صدره فی ب ۱۸ ح ۱، و ذیله فی ب ۲۰ ح ۲.- تهذیب ج ۲ ص ۱۹۰.
۴: المرجع، ب ۲۰ ح ۳.
۵: المرجع: الباب ۳۲ ح ۸.

حديثهما. و النجاشي ضعف محمداً. و انت خبير بانّ توثيق الشيخ و العلاّمة اقوى من جرحهما. لانّ النجاشي و ان كان اوثق الجماعة في الضبط (على ماصرح به العلامة) لكن ابن الغضايري قلّما خلص عن طعنه ثقة فضلا عن غيره و بذلك يظهر قلة الاعتماد في جرحه. فالاعتماد على الأولين ارجح مع ان اعتضادها بالروايات المتقدمة و عمل الاكثرين والاصل يرجح العمل عليه. «قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث، قال: ليس بينهما ميراث اشترط ام لم يشترط».[1] و حملها الشيخ على اشتراط نفي الميراث، لااثباته. وربما يؤيد ذلك بان المتعارف في الاخبار لما كان اشتراط نفي الميراث لااثباته، جاز حمله على ذلك، كما فعله الشيخ. هذا التأويل على فرض تسليمه انّما يفيد عدم ثبوت الميراث مع عدم الاشتراط لاثبوته مع الشرط. و سيحيئ الكلام في ادلّة المثبتين.

حجة القول الثاني: عموم الاية. فانّها زوجة عرفا. ولانّها لولم يكن زوجة للزم خروجها عن الحصر المذكور في قوله تعالى «الاّ على ازواجهم او ما ملكت ايمانهم»[2] الى قوله تعالى «فاولئك هم العادون».[3] ولا يرد النقض بالذمية و القاتلة لثبوت التخصيص من خارج، و العام المخصص حجة في الباقي. و شرط السقوط مخالف لمقتضى العقد فيكون باطلاً.

و فيه: منع انصراف الازواج الى المتعة عرفا، مع انّ الاخبار مصرحة بانها مستاجرات، و انّها بمنزلة الاباحة و نحو ذلك. سلّمنا لكنها مخصّصة بتلك الاخبار المستفيضة المعمول بها عندالاكثرين. و امّا الحصر الموجود في الاية، ففيه انّه لعله بالاضافة الى الرجال و البهائم او بالنسبة الى ازواج الغير و امائه.[4] و تخصيص الازواج و الاماء بالذكر لكونهما من الافراد الغالبة. و هذا وجه متين لايأباه الطبع السليم. مع انّه يشكل بالتحليل. و ادراجه تحت ملك اليمين، فيه مالا يخفى. اذا الظاهر «مما ملكت ايمانهم» ملك العين لاملك المنفعة. مع ان قليل المنفعة لايطلق عليه الملك، بل هو اباحة و امتاع. فهو ايضا لوسلم عمومها مخصصة بتلك الاخبار. فانّ الاقوى جواز تخصيص

١: المرجع، الهاب ح٧.
٢و٣: الآية ٦، السورة المؤمنون.
٤: الاماء- خ ل.

الكتاب بمثل هذا الخبر الواحد. و بالجملة هذا القول باطلاقه لعلّه مخالف لاجماع الامامية. كما يظهر من السيد(ره) فى الانتصار.

حجة القول الثالث: اما على عدم اقتضاء نفس العقد ذلک: فما تقدم فى حجة ما اخترناه مما يدل على ذلک. و امّا على اقتضائه مع الشرط: فعموم «المسلمون عند شروطهم»[1]

و فيه نظر واضح. اذلا معنى لوفاء الميت بشرطه، سلّمنا لكنه مختص بما تقدم، و خصوص **صحيحة** محمدبن مسلم «قال سألت اباعبدالله-ع- كم المهر يعنى فى المتعة؟ فقال: ما تراضيا عليه الى ماشاء من الاجل- الى ان قال- و ان اشترط الميراث فهما على شرطهما».[2] و **حسنة** احمدبن محمدبن ابى نصر البزنطى لابراهيم بن هاشم عن الرضا-ع- قال تزويج المتعة نكاح بغير ميراث و نكاح ميراث، ان اشترطت كان، وان لم تشترط لم يكن .[3] و فى الكافى بعد ذلک «و روى ايضا ليس بينهما ميراث اشترط ام لم يشترط». و هذه الرواية مروية ايضا فى «قرب الاسناد» بسند صحيح. **واورد** عليها بان التوريث من جعل الشارع فلا مدخلية للشرط فيه. **وردّ** بأن الشرط من جعل الشارع لهذين الحديثين و ان كان لفعل المكلف مدخلية فيها، كما لواسلم الكافر.

و فيه انّه انّما يتم اذا قاوم الخبران الادلّة المانعة. و بانّ سبب الميراث ان كان هوالزوجية، فيدخل المتعة فى الاية، اشترطا ام لا. والاّ ، فلا موجب له. **وردّ** بتسليم الدخول فى الاية و القول بالتخصيص بدون الشرط، يعنى ان الآية تقتضى ثبوت الميراث للزوجة الاّ متعة لم يشترط لها الميراث. و **فيه** نظر لانّ الروايتين دلّتا على ان ثبوت الميراث لاجل الشرط. لالانّه زوجة. فالحديثان مخالفان لظاهر القرآن ولامعنى للتخصيص.

فالتحقيق فى الجواب على هذا القول، منع دخولها تحت الاية، او منع كونها زوجة. و اما على ما اخترناه فيتم التخصيص على القول بكونها زوجة، و مع منعها على ما اخترناه ايضاً فيقع تعارض بين ما ذكرنامن الاخبار و هاتين الروايتين. فمع انّ هاتين الروايتين

۱: الوسائل: ج ۱۲، ابواب الخيار، الباب ۶، ح ۱،۲،۵.
۲: المرجع
۳: المرجع

لایقا و مان ماذکرنـاه من الروایات من حیث الکثرة والاعتضاد مـع اعتبار اسنادها ایضاً، [و] اوفق بالکتاب ایضامن قابلیة ادراجها تحـت الزوجة، و موافقتها للحصر المذکور فی الایة الثانیة. و اما ماذکروه فلایلائم کونها زوجة وینافی ظاهر الحصر.

ثم انّهـم ذکروا تفریعـاً علی هذا القول، انّـه لوشرطـا لاحد هما دون الاخـر، فیتبع، لظاهر الخبرین. و هـو کذلک ولا وقع لمایستشکل من اغلبیة کـون الارث من الجانبین، لکثرة امثاله ایضاً. مثل ارث المسلم عن الکافر، وارث الولد المنفی باللعان[1] و غیر ذلک. و قال المقداد- بعـد ما اختارالقول الاول- «لکن لـواشترطا، جاز وینزل علـی الوصیة و یتفرع علیه احکامها.

حجة القول الرابع: عموم الایة، و عموم «المسلمون عند شروطهم»، (ویظهر جوابهما مما تقدم)و**موثقة** محمدبن مسلم «قـال: سمعت ابا جعفر -ع- یقول فی الـرجل یتزوج المرأة متعة، انّهما یتـوارثان اذا لم یشترطا، و انّما الشـرط بعدالنکاح».[2] و حملها الشیخ علی ارادة ذکرالاجل من الشرط، یعنی اذالم یذکرالاجل فیصیر نکاحاً بتّاً دائماً. و یرجع الی ما افاده روایة ابـان بن تغلب المتقدمة، من انقلاب المتعة دوامـاً بدون ذکرالاجل. و لابأس بهذا التاویل، لکن فی مسألة انقلاب المتعة دواماً بذلک، نحن لانوافق المشهور. و ذکرنا ماهوالحق فی ذلک و تاویل الروایة فی کتاب **مناهج الاحکام**. و کیف کان فهذه الروایة لاتقاوم ما ذکرناه من الادلّة، فـامّا یطرح، او یؤوّل بان المراد بیان حقیقة المتعة و الدوام. و انّ عدم ذکرالاجل من حدودالنکاح الدائم الذی یوجب التوراث. و مع ذلک کلّه فالاحتیاط فی الدین ان لایحرم مع الشرط، و یصالح بینهما بشـیء.والله العالم.

۲۲۵: سؤال: شخصی دختـری را خطبه می‌کند. و قبـل از عقد و مزاوجه از بـابت رسوم و تعارف، چیزی می‌برد از برای دختر و پدر و مادر و کسان او، از ماکول و ملبوس و غیر آن. و به مصرف می‌رسانند و بعضی باقـی است، یا هیچ باقی نیست. بعد از آن دختر یا کسان او پشیمان می‌شوند و او را رد می‌کنند، آیا می‌تواند آنچـه اخراجات کرده است استرداد نماید یا نه؟

جواب: هرچنـد در بادی نظر چنیـن می‌نمایـد که چون ایـن شخص مال را مجـاناً

۱: راجع **المسأله ۲۷۳** من هذا المجلد.
۲: المرجع: ب ۳۲ ح ۲.

نمی‌دهد و غرضش این است که آنها در امـر دادن دختر مستمر و ثابت قدم باشند، و اگر داند کـه در آخر امر نخـواهند داد هرگز راضـی نمی‌شود بـه اینکه مال او را بـه مصرف برسـانند. پس بایـد در صورت رَد، غرامـت بکشند. امّا تحقیـق آن است که مادامـی که ایشان بر رضای‌خود باقی‌اند تصرّف جایز است. و این تسلیطی است غیر را بر مال خود، و غرامت متوجه نمـی‌شود. و همین معنی که ایشان در آن وقت راضی‌انـد و مستمراند بر ارادهٔ خود، کافی است به جهت اباحه تصرّف.و گاه است که در اینوقت مطلقاً در متخیلهٔ اولیا خطـور نمی‌کنـد که او را رد کنند و ایـن حال را هم آن شخـص خاطـب از ایشان فهمیده و اباحهٔ تصرف به جهت ایشان به این حال کرده. و اباحه از جملهٔ انشائاتی است که تعلیق برنمی‌دارد.

بلی بعضی تعلیقات- مثل اینکه بگوید که اگر در قلب تو این است که دختر را به من ندهی مباح نیست، و اگر در قلب تو این باشد که بدهی، مباح است- خوب است. اما اگر بگوید که «الحال مباح کردم به تو که تصـرف کنی به شرط اینکه در نفس الامر عایقی رو ندهد، یا بدائی بـه جهت تو حاصل نشود» پس در اینصورت اباحـهٔ حالیه معنی ندارد، و «انشاء» صورت نمـی‌پذیرد کمالایخفی. بلی اگـر بگوید که «این را الحال به تـو اباحه میکنم و شرط می‌کنم بـا تو که اگر بدائی رو دهد و از جانب تو نـدامتی بهم رسد، عوض آن را به من ردّ کنی» خوب است. اما لزوم آن در ضمن عقد هدیه و اباحه، معلوم نیست.

و علی ای تقدیر، اگر فرض ضمان تواند شد، در صورت شرط، چنین است. و اگر نه، دلیلی بر غرامت مطلقاً نیست.[1] و این نظیر آن است که کسی بـا کسی دوست باشد و به رسم هدیـه و اباحه و غیر آن مال خـود را از دوست خود مضایقه نکنـد و در کمال طیب نفس مال خود را بـه او روا دارد، و آن دوست نیز مال بسیار از این دوست بـه این نهج به تلف آورد. بعد از آن اتفاق افتـد که دشمنی شدید بینهما حاصـل شود. الحال اگر از راه عدوات بگوید که از مال من آنچه که خورده‌ای به تو حلال نمی‌کنم. یا آنکه خواهد دعوی غرامت بکند، هر دو[ی] این سخنها عاطل و بـاطل است. و شک نیست که اگر در حین دوستی تصور مـی‌کرد که این شخص به ایـن نحو دشمن او خواهد شد، در آنـوقت به او مال خود را روا نمی‌داشت.

پس اگر بگوئی: اجابـت اولیا سبب اتـلاف مال خاطب شـده و غرامت بـر تسبیب

۱: ممکن است «دلیلی بر غرامت مطلق- یعنی در صورت عدم شرط- نیست» صحیح باشد.

مترتب می‌شود.

گوئیم: که (با وجـود آنکه در این سبب عدوانـی نیست و آنچه مسلم اسـت در تأثیر بسبب صورت عـدوان است) سببیت خاطب اقـرب است که خود بـه ایشان داده. و اگر گوئی که اولیا مباشر اتلاف شده‌اند پس بایـد غرامت بکشند. گوئیم غرامتی بر «مرخص فیه» مترتـب نیست. اگر گوئی کـه رخصت به شرط بقا بـر رضا است نه مطلقـاً. گوئیم رخصت در حال رضا است نه به شرط بقا بر رضا و دوام آن. چنانکه گذشت.

و آنچه ذکر کردیم در صورتی است که خطبه[ای] بشود، و اولیا اجازه‌بدهند. اما در صورتی که مطلقاً اظهـار نکرده باشد و این تعارفات را به عمـل آورد به طمع اینکه بعد از استمالت قلب ایشان، به تزویج راضی شـوند و اگر خطبه کند رد نکنند، پس امر در آنجا اسهل خواهد بود. و ظاهراً همین از جمله «هدیهٔ مصانعه» باشد که در بعض اخبار مذکور است. و از قبیل این است برگ سبزی که درویشـان دهند. یا دستهٔ گل، یا مهر نمازی، و امثال اینها. و اظهر این است که آن مباح باشد بدون عوض، و عوض واجب نیست هرچند ترک عوض خالی از کراهت نخواهد بود نظـر به بعض اخبار و دلالت اعتبار. و ظاهر این است که مثل مذکور بـاشد هرگاه اظهار خواستگاری نیز بکند و به گـوش اولیا برساند و هنوز وعدهٔ دادن نکرده باشند.

و اینکه در «هدیهٔ مصانعه» گفتیم که مبـاح است بدون عوض، در صورتی است که از حال واهب معلـوم نباشد که راضی نیسـت [بر] تصرف در آن بدون عـوض. و اگر معلوم باشد که راضی نیست به تصرف بدون عوض، تصرف جایز نخواهد بود. و ظاهر این است که در صورت اجابت اولیا و تراضی طرفین براخـراجات هرگاه اولیا بگویند که فلان قدر مال بیاور از ماکول و غیر ماکول تا صرف شیـرینی و مطبخ بشود، و بر سبیل رضـا هم به مصرف برسد هم حکم همان است که گذشت، چون عدوانی نیست.

۲۲۶: سؤال: هرگاه شخصی زوجهٔ مدخولهٔ خود را طلاق گوید و خواهد که به عقد انقطاع درآورد. از بـرای زوجه عدّه می‌بـاشد یا نه ؟ در حـالتی که مهر خـود را تمام و کمال گرفته باشد، یا نگرفته باشد، یا هبه به زوج خود نموده باشد.

جواب: اگر «طلاق باین» باشد می‌تواند بدون عدّه او را ثانیاً عقد کند. وعده داشتن در صحت عقـد دیگران شرط اسـت، نه در حق خود زوج. و اگـر «طلاق رجعی» بـاشد، تجدید عقد در حکم رجوع است. و ظاهر ایـن است که عقد ثانی صحیح نیست، و رجوع

می‌شود به زوجیت اولی.[۱]

۲۲۷: سؤال: هرگاه در طهر مواقعه طلاق گفته باشد و بعد از آن صیغهٔ متعه جاری شده باشد، چه صورت دارد؟.

جواب: طلاق باطل است و صیغهٔ متعه اعتبار ندارد.

۲۲۸: سؤال: هرگاه کسی متعه داشته باشد و آن مرضعه باشد، و مدتش نیز باقی باشد. و خواهد که تتمهٔ مدت را به او ببخشد، به عقد جدید او را متعه نماید. آیا عدّه از برای او هست یا نه؟ و همچنین هرگاه مرضعه نباشد و مَن تحیض باشد، چه از برای زوج خود یا غیر؟. و ایام مدت عدهٔ متعه چند یوم است؟. و همچنین هرگاه مدت تمام شده باشد و زوج یا غیره ثانیاً خواهد او را متعه کند؟.

جواب: متعه را عدّه به جهت زوج خود در کار نیست هرگاه خواهد ثانیاً متعه کند یا به عقد دوام بگیرد، خواه مدتش منقضی شده باشد یا آنکه تتمهٔ مدت را به او بخشیده باشد، و خواه مرضعه باشد و خواه غیر مرضعه، و خواه «ذات اقراء» باشد یعنی بالفعل «حیض بین» باشد یا در سن «من تحیض» باشد و حیض نبیند. و اما غیر زوج او را عقد نمی‌تواند کند، الاّ بعد از انقضای عده، نه به دوام و نه به تمتع. و امّا عدهٔ متعه: اگر در سن «من تحیض» باشدو حیض نبیندچهل و پنج روز است و اگر حیض می‌بیند، در مسئله 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 دو حیض بعد از آن ببیند. والله العالم.

۲۲۹: سؤال: زید صبیهٔ خود را درغیبت او به پسر عمرو شوهر داده. در حال صبیهٔ مذکوره می‌گوید که راضی نیستم. و در وقت عقد تخمیناً نُه سال داشته. والحال صبیهٔ مذکوره می‌گوید من در وقت عقد از نه سال زیادتر داشتم و راضی نیستم. آیا عقد صحیح است به اذن پدر تنها؟ یا نه؟.

جواب: از لفظ سائل ظاهر می‌شود که تخمین بودن نُه سال در نزد سائل متعین است، نه در نزد پدر. و ظاهر سؤال هم دعوی است یعنی زوج مدعی صحت است، و زوجه مدعی فساد. و تکیهٔ زوجه در فساد این است که «من بالغه و رشیده بوده‌ام و پدرم

۱: برای دریافت شرح و بیان جزییات این مسئله رجوع کنید به مسئلهٔ شماره ۲۲۰ از همین مجلد.

بی اذن من عقد کرده و من هم اجازه نکرده‌ام و راضی نیستم».

و وجه صحت هم چند چیز می‌تواند شد: یکی اینکه زوجه صغیره بوده، یا بالغه بوده و رشیده نبوده، یا بوده و لکن پدر زوجه و عمرو هر دو مقلد مجتهدی بوده‌اند که ولایت پدر را در امر بالغهٔ رشیده ثابت می‌دانسته. [در اینصورت] در صورت فقد بینّه بر فساد، قول مدعی صحت مقدم است. به جهت آنکه «افعال مسلمین محمول است بر صحت». خصوصاً هرگاه موافق اصل هم باشد. و ظاهر است که صورت مذکوره موافق اصل است. به جهت آنکه اصل عدم بلوغ است و اصل عدم رشد است به جهت آنکه رشد ملکه است و در طفل مفقود است جزماً، و عدم آن مستصحب است، وغلبهٔ حصول آن در بالغین مزاحم این اصل نمی‌شود. زیرا که آنچه مسلم است از غلبه در غیر مراهقین و اوایل بلوغ است. و آیهٔ شریفه هم شاهد این است زیرا که ظاهر «فان آنستم منهم رشداً فاد فعوا الیهم اموالهم»[1] این است که اگر بعد از بلوغ رشدی از ایشان یافتید مال را به ایشان بدهید. هرچند خلاف کرده‌اند در اینکه ابتلاء 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 اینکه اصل در بلوغ این است که رشید باشد و تصرف بالغ صحیح باشد مگر اینکه سفاهت ثابت شود. پس در ما نحن 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 آنکه اصل عدم رشد است. و اما خلاف ظاهر، پس به جهت آنکه 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 می‌گوید که در حالی واقع شده که باطل است. و زوج می‌گوید در حالی واقع شده که صحیح است. و قول زوج موافق اصل و ظاهر است، و قول زوجه هرچند از حیثیتی موافق اصل باشد لکن از حیثیات متعدده هم مخالف اصل و مخالف ظاهر هم هست. و از اینجا ظاهر می‌شود کلام در صورتی که عقد زوج هم ولایتی بوده که صغیر بوده و پدر او عقد کرده، باز قول

۱: آیهٔ ۶ سورهٔ نساء.

مدعی صحت مقدم است.

اینها در وقتی است که زوج در مقابل، ادعای صحت کند، خواه بگوید که «زوجهٔ من معقودهٔ من است و به غیر حق زن من نیست» و ساکت باشد از حجت خود. یا متمسک شود به اینکه صغیره بوده، یا غیر رشیده بوده و ولایتاً عقد کرده شد، یا بالغهٔ رشیده بوده و طرفین مقلد مجتهدی می‌بوده‌ایم که پدر را مستقل در ولایت می‌دانست.

و اما هرگاه زوج بگوید که «من نمی‌دانم، اینقدر می‌دانم که پدر زوجه او را از برای من عقد کرده». و بگوید «هرچه حکم خدا است مجتهد بگوید». پس در اینصورت یا این است که پسر صغیر بوده و پدر عقد کرده، یا کبیر بوده و لکن 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 صغر او یا عدم رشد او، عقد کرده و زوج هم قبول کرده، و الحال زوجه ادعای بطلان عقد می‌کند به سبب ادعای کبر و رشد. در اینجا می‌گوئیم اولاً: قول پدر مسموع است و عقد صحیح است مادامی که خلاف آن ظاهر نشده. به جهت آنکه مسلمی است و ادعای ولایت می‌کند. چنانکه وکیلی به ادعای وکالت مال کسی را بفروشد، یا زن کسی را طلاق بگوید. و در این وقت که زوجه ادعای بطلان می‌کند و می‌گوید که من در آنوقت بالغهٔ رشیده بوده‌ام. هرچند مقتضای تصدیق مسلم این است که زوج تصدیق او کند، ولکن مزاحم این «قول مسلم» است قول و فعل مسلم دیگر که پدر او است. پس دعوی واقع می‌شودمابین زوجه‌و پدراو. و بافقد بینه اظهر تقدیم قول والد است، 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 می‌شود زوجهٔ خودراکه بر وجه صحیح (علی الظاهر) عقد شده بود.

و از اینجا ظاهر می‌شود حکم جائی که والد مرده باشد یا غایب باشد که در اینجا زوج نیز بعد از استفتاءاز مجتهد و حکم مجتهد به اینکه «عقد محکوم به صحت است تا خلاف آن ظاهر شود» باز زوج متمسک به صحت می‌شود و بر زوجه لازم می‌شود اثبات بطلان. چون او مدعیه است. غایت امر این است که اگر ادعای علم بکند بر زوج که «تو در آن وقت می‌دانستی من کبیره و رشیده‌ام»، قسم نفی‌العلم متوجه او می‌شود. و از

اینجا ظاهر می‌شود حکم صورتی که زوج صغیر بوده و والد او ولایتاً عقد کرده. که باز اصل صحت با زوج است. و این عقدی است که از دو مسلم صادر شده بطلان آن محتاج به اثبات است.

۲۳۰: سؤال: هرگاه دو پسر نابالغ با یکدیگر لواط کنند منشأ تحریم نکاح مادر و خواهر و دختر ملوط بر لایط، می‌شود یا نه؟-؟ و فرقی مابین 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: هرچند از اخبار بیش از حکم لایط بالغ، ظاهر نمی‌شود- به جهت آنکه در همهٔ آنها لفظ «رجل» واقع شده و آن ظاهر در بالغ است. و همچنین است لفظ «حرمت» در اخبار ظاهر در بالغ است، به جهت آنکه حکم به حرمت به نابالغ متحقق نمی‌شود. و در مسأله هم خلاف است- لکن اشهر (بلکه اقوی و اظهر) عدم فرق است میان صغیر و کبیر. و ممکن است که استدلال کنیم به لفظ اجماعی که سید مرتضی در **انتصار** نقل کرده است و گفته است «و مما انفردت به الامامیة ان من یلوط بغلام فاوقب، لم یحل له ام الغلام ولااخته و لاابنته ابداً». و کلمهٔ «من» عموم دارد.

و اما در طرف مفعول: پس هرچند در احادیث هم لفظ «غلام» مذکور است و آن ظاهر در نابالغ است. ولکن الحال صریحاً خلافی در نظر نیست که فرقی باشد میان صغیر و کبیر. هرچند اطلاق کلام بعضی دلالت بر وجود خلاف دارد. و به هر حال فرقی مابین عمد و سهو و جهل نیست. به جهت آنکه این از احکام وضعیه است. و در اینجا دخول بعض حشفه کافی است در ثبوت حرمت، هرچند 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 آنکه بعد از نکاح باشد (مثل اینکه با برادر زن خود لواط کند) پس در آن اشکال است و خلاف است. و مقتضای اصل و عموم اخباری که مضمون آن این است که «الحرام لایحرم الحلال» این است که حرام نمی‌شود. و مقتضای حدیث معتبری این است که حرام می‌شود. و شکی نیست که احوط اجتناب است. و بنابر قول به عدم حرمت، هرگاه

آن زن را طلاق بگـوید و بعد از آن خـواهد او را بگیرد بعقد تـازه، اقوی حرمـت است. و بعضی فرق نگذاشته‌اند و عقد ثانی را تجویز کرده‌اند. و این ضعیف است.

۲۳۱: سؤال: هرگاه زینب شوهری رفته، و بعد از مدتی می‌گوید که من بلامانعم، و پدر او مـی‌گوید که مـن طلاق او را گرفتـه‌ام، و زوج، پدر او را وکیل کرده که او را طلاق بگوید، اما پدر بنفسه نمی‌تواند طلاق گفت و در وکالت طلاق اذن در توکیل غیر نداده. و آن ضعیفه می‌گوید که مـن خبر از این نقلها ندارم و بلامانعم. آیا می‌تـواند شوهر بکند یا نه؟-؟. و هرگاه کسی او را عقد کرده باشد در این حال، آیا تفریق می‌توان کرد یا نه؟-؟.

جواب: قول زوجه مسموع است خصوصاً هرگاه متهم نباشد. یعنی از حال او معلوم نباشد که بـی مضایقه است از زنا و بی پـروا است از حرام. و قول پدر او که مـی‌گوید که «من طلاق او را گرفته‌ام» هم مؤید صدق او است و سخن ضعیفه که «من از این نقلها خبر ندارم» در این مقـام در عرف و عادت و به مقتضـای قرینه منافـی تایید نیست. زیـرا که مفهوم می‌شود که می‌خواهد گریز از اثبات بهم رساند، و حصول علم از برای زوجه هم به قول پدرش ممکن الحصول است. و این گریز اسـت به «جواب اعم». چنانکه فقها تجویز کرده‌انـد در جواب منکر، چنانکـه مدعی به کسـی بگوید کـه «قیمت اسب را که بـه تو فروختم بده». خصم [او] بگوید که «مـن مشغول ذمهٔ تو نیستم» و این از راه خوف عجز از اثبات است با علم به محق بودن خود.

و هرگاه چنین عقدی شـده باشد، تفریق نمی‌توان کرد. و اینکـه نوشته‌اند که «زوج پدر را وکیـل کرده که طـلاق بگوید یعنـی خود بنفسه، و حـال آنکه خود بنفسـه طلاق نمی‌تواند گفـت[و] در وکالت طلاق، اذن در توکیل غیر را نداده»، اینهـا محتاج است به مرافعه. هرگاه به ثبوت شرعی برسد که او را وکیل مطلق نکرده، یا آنکه بعد تلقین صیغه هم قادر بر آن نبوده، و بخصوص هم اذن در توکیل غیر نشده، در اینصورت دعوی طلاق گرفتن پـدر باطل می‌شـود. ولکن دعوی اعم زوجـه بر حال خود بـاقی است تا علـم به بطلان از راه دیگر بهم رسد. زیرا که خلوّ از مانع به غیر طلاق، اسباب دیگر هم دارد.

۲۳۲: سؤال: شخصی در عهد آقا محمدخان به آذربـایجان به ملازمت رفته بود. در مراجعه به اردبیل آمده بود. نظر به اینکـه ناخوش بود او را در اردبیل رفقای او گذاشته و به ولایت آمده بودنـد. و پدر زن او از جملهٔ رفقای او بود. وقتی که به ولایـت آمده بودند مدتی از این مقدمه گذشته که نوشتهٔ آن شخص مریض رسید که «برادر و اقوام من بیایند

و مرا ببرنـد» پدر زن او و برادر او به اردبیـل رفتند که او را بیاورنـد. صاحب خانـه که آن شخص مریض در خـانهٔ او بوده گفته بود که «آن شخصی که شمـا تفحص او می‌کنید در خانهٔ من بود و بـه رحمت خدا رفت». و رخوت پوشاکی و قـدری 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 می‌شود و زوجهٔ او به شوهر می‌تواند برود یا نه؟-؟.

جواب: امکان دارد کـه از برای آن شخص کـه رفته است، از اخبـار صاحب خـانه و قراین، علـم حاصل شود. اگر آن شخص ادعـای حصول علم کند تکذیب آن نبـاید کرد ولکن از برای ضعیفه که [می‌خواهد] شوهر کند یا باید دو نفر عادل مدعی علم شهادت بدهند به موت، یا از برای ضعیفه علم حاصـل شود، یا از برای حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) علم حاصـل شود. و اگر اینها هیچکدام نشود حکم آن حکـم «زوجهٔ مفقودالخبر» است. و حکم همان است کـه با وجود عدم نفقه و عدم صبر و شکوه بـه حاکم شرع، او را مهلت دهد و چهار سال تفحص کند. به تفصیلی که ذکر کرده‌اند.

۲۳۳: سؤال: عقد زن به زبان ترکی یا فارسی جایـز 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 ایـن اجماع نقل شـده از شیخ در **مبسوط** و علامه در **تذکره**. و قول ابن حمـزه به استحباب عربی ضعیف اسـت. و هرگاه یکی از طرفین عربی ندانـد و دیگری بداند آنکه می‌داند به عربـی بگوید و آن دیگری به لغت خودش. به شرطی کـه هر یک بفهمد مراد دیگری را، هرچند بـه واسطهٔ مترجم ثقه باشـد. و ظاهراً یک مترجم کـافی است. و اگر عربـی را هیچیک ندانند و تعلـم هم متعذر باشـد یا متعسر باشـد، به هر لغت کـه دانند بخوانند، و توکیل غیر واجب نیست. و ظاهر صاحب **مدارک** در **شرح نافع** دعوی اجماع است بر عدم وجوب. و اما غلط گفتن اعراب با وجود صحت لفظ عربی، پس ظاهر شهید ثانی در **مسالک** این است که مضر نیست در نزد اصحاب ما و احوط آن است که با وجود امکان تعلم، اکتفا به اعراب غلط نکنند.

۲۳۴: سؤال: آیا جایـز است که یک نفر صیغـهٔ نکاح را ایجاباً و قبولاً جـاری کند یا نه؟-؟.

جواب: بلی اشهـر و اظهر جواز است. بلکـه در خصوص عقد نکاح از طبـرسی(ره)

دعوی اجماع نقل شده بر کفایت مغایرت اعتباریه. و ظاهر این است که در سایر عقود نیز چنین است، بلکه اولی است به جواز.

۲۳۵: سؤال: شخصی غلامی دارد و بـرای غلام زن آزادی بگیرد. و از برای او اولاد بهم رسد. آیا فرزند آزاد است و ملحق به مادر می‌شود؟ یا مملوک صاحب غلام است؟.

جواب: مشهور میان علما- بلکه از بعضی دعوی اجماع ظاهر می‌شود- این است که فرزند آزاد است و ملحق به مادر می‌شود. و همچنین هرگاه 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 ظاهـر این است که فرقی نیست میان آنکه کنیزی را به عقد بگیرد مرد آزاد، یا صاحبش از برای او تحلیل کرده باشد. چنانکه از اخبار مستفاد می‌شود.

بلی اگر صاحب غـلام شرط کند بر زن آزاد، مملوک بودن فرزند را، یـا صاحب کنیز شرط کند بر مرد آزاد اینکه فرزند مملوک باشـد، مشهور این است که جایز است و فرزند مملوک می‌شود. و این قول ضعیف است. و حدیثـی که به آن استدلال کرده‌اند با وجود ضعف سند دلالـت ندارد بر مدعی اصلا. و آن دلیـل، دلیل ابن جنید است بـر اینکه «با وجود اطـلاق و عدم شـرط، فرزند تـابع مملوک از زوجیـن است» و مشهـور آن را حمل کرده‌اند بر صورت شرط. و شکی نیست که چنین دلیلی معارضه با اخبار معتبره و ظاهر اجماع نمی‌کند، و مقتضای آنها این است که فرزند آزاد است.

و بنابر مختار دور نیست که عقد هم باطـل باشد، هرچند در بسیاری از مسائل نکاح تصریح شـده به عدم فسـاد نکاح به فساد شـرط. و این کلام در صورت تحلیـل مبنی است بر اینکه «تحلیل» عقد باشد.[۳] و به هر حال بـا علم به فساد و حرمت و طـی، هرگاه دخول واقع شود زنـا می‌شود، و ولد به زانی ملحـق نمی‌شود. و با جهل به حـرمت، ولد شبهه است و محکوم به حرمت است.

۲۳۶: سؤال: مالک کنیـز خود را ببخشد به شخصـی دیگر به فلان مـدت که به او جماع بکند. کنیـز حامله باشد. اولاد به مـالک می‌رسد؟ یا به آن شخـص واطی؟ اعم از

۱: وسائل: ج ۱۴، ابواب نکاح العبید والاماء، باب ۳۰ح ۱-تا-۱۰.
۲: همان مرجع ح ۱۲.
۳: عبارت نسخه ما اینطور نبود تصحیح قیاسی شد.

آنکه 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 کرده‌اند در آن شروطی که در نکاح معتبر است. یعنی کنیز شیعه را به مخالف نمی‌توان تحلیل کرد. وهمچنین کنیز کافره غیر کتابی را به مرد مسلم. و همچنین حاصل می‌شود به آن نسب و خویشاوندی و مترتب می‌شود بر آن احکام آنها.

و این «تحلیل» یا داخل عقد است یا داخل ملک یمین، گو ملک رقبه نباشد و ملک منفعت باشد. پس خارج از حصر آیه نیست.[۲] و اگر هم باشد تخصیص می‌دهیم آیه را به اخبار و اجماعات منقوله. و شرط است در آن صیغه، به جهت آنکه ظاهراً اجماع است که محض تحلیل براجنبی منشأ حلیت فرج نمی‌شود. و به عنوان عاریه هم نمی‌توان داد. و ظاهر این است که اجماعی است. چنانکه از جمعی علما ظاهر می‌شود. و حدیث معتبری هم دلالت بر آن دارد. و همچنین به عنوان هبه و بخشش هم صحیح نیست. بلکه باید به لفظ تحلیل باشد به اینکه بگوید «احللت لک وطأها» یا «جعلتک فی حل من وطئها».

و جماعتی تجویز کرده‌اند لفظ اباحه را که بگوید. ابحت لک فرجها و آن خالی از اشکال نیست خصوصاً با ملاحظه آن حدیثی که منع شده در آن از عاریه و تصریح شده به اینکه تحلیل کند و از مقابلهٔ تحلیل با عاریه (با وجود آنکه از عاریه نیز اباحه فهمیده می‌شود) ظاهر می‌شود که خصوص لفظ «تحلیل» معتبر است. و مطلق الفاظی که دال بر رخصت باشد کافی نیست. و در اشتراط قبول خلاف است، و در اخبار تصریحی به آن ندیدیم. و بعضی دعوی ظهور «اتفاق اصحاب» بر آن کرده‌اند. و شکی نیست که اشتراط احوط بلکه اظهر است.

و در جواز تحلیل آقا کنیز خود را به غلام خود اشکال است و خلاف است، به جهت

۱: وسائل: ج ۱۴، ابواب نکاح العبید و الاماء، باب ۳۲.

۲: آیه‌های ۶و۷ سورهٔ مؤمنون.

تعارض اخبار. واقوی جواز است. به جهت اکثریت اخبار [جواز]، و موافقت خبر منع با مذهب عامه. ولکن هرگاه به صیغهٔ نکاح کنیز خود را به غلام خود بدهد و چیزی از مال خود به کنیز بدهد، اولی و احوط است. و ظاهر این است که ایجاب و قبول هر دو در نکاح واجب است. و دور نیست که ذکر مهر و دادن هم واجب باشد، هرچند جمعی از علما مستحب دانسته‌اند. و رضای کنیز و غلام شرط نیست. بلکه مولی می‌تواند اجبار کند آنها را بر ایجاب و قبول، یا خود از جانب آنها ایجاب و قبول کند، یا احدی را وکیل کند که صیغه بخواند. و به هر حال اظهر جواز تحلیل کنیز به عبد خود و عبد 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 انشاء او قائم مقام ایجاب و قبول (هر دو) است. اما در صورت تحلیل از برای عبد غیر، احوط بلکه اظهر این است که ترک نشود. و آن عبد به اذن مولی، یا مولی خود قبول کند.

و اما مسألهٔ لحوق فرزند: پس اما در صورتی که کنیز را حلال کرده باشد مالک از برای آزاد، پس در صورت شرط آزادی، آزاد است اجماعاً. و در صورت شرط رقّیت، همان خلاف سابق در مسألهٔ سابقه موجود است. و اقوی عدم اعتبار شرط است، وولد حرّ است به همان ادلّهٔ سابقه در تزویج و خصوص اخبار **معتبره** در اینجا بالخصوص. و در صورت عدم شرط نیز خلاف است، و اقوی در اینجا نیز حریت است. و جمعی گفته‌اند در صورت اطلاق و عدم شرط، ولد مملوک صاحب کنیز است مگر اینکه پدراو قیمت او را بدهد و او را آزاد کند. و دلیل ایشان تمام نیست. و ظاهر این است که در صورت شرط آزادی، این جماعت نیز دادن قیمت را شرط نمی‌دانند در آزادی. پس بنابر این، اجماعی خواهد بود. چنانکه گذشت.

و اما در صورتی که حلال کرده باشد از برای عبد، پس فرزند هم عبد است اجماعاً مطلقاً. و اما حکم لحوق به صاحب کدامیک پس ظاهر این است که در صورت اطلاق مشترک باشد مابین صاحب غلام و کنیز. چون نسب صحیح[1] و نماء ملک هر دو است و مرجحی نیست. چنانکه مشهور است. و بعضی تابع ما در می‌دانند چنانکه در حیوان. و

۱- رجوع کنید به مسأله مابعد.

آن قیاس است. ولکن اگر شرط کنند به عقد که مال یکی از آنها باشد، پس باید که متابعت شرط گردد. و همچنین هرگاه شرط در ضمن [عقد] کنند که دو ثلث از یکی باشد و ثلث از دیگری. و همچنین.

۲۳۷: سؤال: کسی کنیزی داشته باشد، اگر کسی بی‌اذن مالک با [آن] کنیز جماع کند و فرزندی بهم رسد. آن فرزند ولد الزنا است یا نه؟-؟. به مالک می‌رسد یا به آن شخص ؟-؟.

جواب: آن کسی که با کنیز جماع کرده اگر آزاد است به گمان حلّیت کرده از راه شبهه یا جهالت، فرزند از اوست، و ولد الزنا نیست، و آزاد است. و هرگاه آن کس با علم به‌حرمت‌کرده زانی است و فرزند به او ملحق نمی‌شود و تابع کنیز است، و ملک صاحب او است. و هرگاه آن کس غلام دیگری بود، پس اگر با علم به حرمت کرده و زنا به عمل آمده، فرزند ملحق به صاحب کنیز است و مملوک او است. و بر این نقل اجماع شده، چون در اینجا «نسب» معدوم است. بخلاف صورتی که به عنوان حلال شده باشد و حکم آن در مسألهٔ سابقه گذشت.

۲۳۸: سؤال: دختر بی اذن پدر و مادر، شوهر می‌تواند کرد یا نه؟-؟ و عقد ایشان صحیح است؟ یا شرط است رضای پدر و مادر که اگر بی رضای پدر و مادر عقد به عمل آید. صحیح نمی‌شود؟ و اگر بفرمائید که بی رضای والدین عقد صحیح است، آیا «عاق والدین» می‌شود یا نه (اعم از اینکه با کره باشد یا ثیب)؟.

جواب: رضای مادر مطلقاً شرط نیست و در لزوم‌رضای پدر در «دختر بالغهٔ باکره» خلاف است. و اقوی و اشهر و اظهر عدم اشتراط است، و عقد بدون اذن پدر صحیح است. ولکن احوط مراعات رضای او است. و اما هرگاه 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 ترک شوهر کردن، هرگاه مخالفت بکند معلوم نیست که گناه باشد، چه جای آنکه عاق باشد. بلی هرگاه دو نفر خواستگار او باشند، و از اختیار هر یک [از] آنها ضرری به دختر نمی‌رسد، پس مخالفت در اینجا دور نیست که معصیت باشد. و به هر حال تحصیل رضای پدر و مادر در امور مباحه لازم است مگر اینکه منشأ ضرر و حرج باشد. در اینجا فرقی در مابین با کره و غیر با کره نیست.

۲۳۹: **سؤال**: هرگاه زوج قبل از دخول فوت شود، زوجه نصف مهر را مطالبه می‌نماید 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 می‌نموده باشد، و زوج قبول نداشته باشد عیب مذکور را، بلکه از زوجهٔ سابقه بر این ولدی هم از برای زوج مزبور حاصل شده باشد. آن را نیز بیان فرمایند.

جواب: دعوی عنن باید به مرافعهٔ مجتهد جامع‌الشرایط طی شود، تا ثابت نشود احکام بر آن مترتب نمی‌شود.

۲۴۱: **سؤال**: بعضی از ملاها می‌گویند «مادرزن محرم نیست، و دلیلی بر محرمیت نیست». اصلی دارد یا نه؟-؟.

جواب: این سخن بی اصل است. و محرمیت مادر زن اجماعی است. چنانکه از طریقهٔ مستمرهٔ علما و صلحا و اهل دیانت در اعصار و امصار ظاهر می‌شود بدون منکری که اعتماد به شأن او باشد. و در کلام علما(ی معتنین[بهم]) بر نخوردم به مخالفی، و کلام همگی بالعموم و الخصوص دال است بر محرمیت و عدم اشکال. چنانکه در مواضع بسیار معلوم می‌شود. از جمله در «کتاب جنایز» همگی ذکر کرده‌اند در جواز تغسیل محارم، که مراد به محرم «کسی است که حرام باشد نکاح او ابداً از جهت نسب یا رضاع یا مصاهره» و تصریح به آن شده در همهٔ کتابها، نظر کن **مسالک و مدارک و دروس** و ابن فهد در نکاح **مهذب** و غیر آنها را.

بلکه کلام مقداد در **تنقیح** صریح است در دعوی اجماع در کتاب نکاح، در آنجا که گفته «المحرم هو کل امرأة یملک وطأها، او حرم مؤبداً بنسب، او رضاع، او مصاهرة بعقد او ملک یمین. ام التی یملک وطأها فیجوز النظر الیها کالزوجة باطناً و ظاهراً و اما من حرم وطؤها فیباح النظر فیهن الی الوجه و الکفین و القدمین اجماعاً، و یحرم النظر الی القبل و الدبر بغیر ضرورة من مباشرة **علاج و مشاهدة ایلاج**. و اما غیر ذلک من البدن: **فعلی ثلاثة اقسام... الی آخر ما ذکره**». و همچنین در کتاب حدود در مسألهٔ زنا به ذات محرم، تصریح شده به محرم بودن. و اگرچه در وجوب قتل به سبب زنا به ذات محرم بسی خلاف کرده‌اند.

و هرگـاه کسی بخصوص مطـالبهٔ حدیـث بکند در مسألـه، از او مطالبهٔ حـدیث در بسیاری از محارم خواهیم کرد مثل بسیاری از اقسام رضاع. و آنچه او در آنجا گوید، ما در اینجا می‌گوئیم. و اگـر نباشد در مسأله مگر شهرت، ما را کافـی است. چون مورث ظن قوی است فکیـف مع حصول العلم بـالاجماع، او ثبوت الاجماع المنقـول. و چون وقت تنگ بود به این دو کلمه اکتفا شد.

۲۴۲: سؤال: برفرض صحت بیع کنیز حامله، آیا ولد از مشتری است یا بایع؟-؟.

جواب: فرض صحت در وقتـی می‌شود که حمل از مـولی نباشد. یا بـاشد ولکن از صورتهائی باشـد که بیع «ام ولد» جایز باشـد. پس هرگاه حمل از مولی بـاشد بی شک فرزند ملحق بـه پدر اوست و ملک مشتری نمی‌شود. و همچنین هـرگاه حمل از شخص آزادی باشد- به وجه حلال بیّن یا شبهه- باز ولد ملحق به پدر است. و هرگاه حمل از زنا باشد، یا از غلام مولی باشد، یا از غلام غیر بـاشد و به سبب شرط مال مولی شده باشد، پس هرگاه شرط شـده باشد در حال بیع که ولد مال مشتری بـاشد، مال مشتری است. والا مال بایع است، بنابر اشهر و اظهر. و اگر ولـد به سبب شرط مال صاحب غلام باشد، مال صاحب غلام است.

پس هـرگاه بایـع کنیز را بفـروشد و بعد از آن ادعـا کند که حمـل کنیز از مـن بهم رسیده، مشتری انکـار کند، و جزم حاصل شود بـه آنکه کنیز در حال بیع حـامله بوده- مثل اینکه در کمتر از شش مـاه بعد خریدن متولد شود، یا ظن بـه آن حاصل شود، مثل اینکه اقصای حمل یا کمتر گذشته باشد امـا مشتری به آن دخول نکرده باشد- پس اگر حمل داخل بیع نبوده، بی اشکال ولد ملحق بـه بایع می‌شود. و اگر حمل داخل در بیع بوده، یا بالاصاله چنانکه قول بعضی اسـت، یا به سبب شرط چنانکه اشهر و اظهر است. پس در اینصورت اشکال بهم می‌رسد. و اظهر و اقوی آن است که اقرار بایع در حق خود مسموع است و نافذ است. نه در حـق مشتری. و دعوی او در فساد بیع مسموع نیست. و ثمرهٔ این در وقتی ظاهر مـی‌شود که کنیز ثانیاً بر وجهی از وجوه منتقل شـود به بایع که حکم می‌شود به آزادی فرزند.

۲۴۳: سؤال: آیا مشتری می‌تواند با کنیز حامله که خریده جماع کند یا نه؟-؟.

جواب: جماعتی از قدمـا گفته‌اند که حرام است جماع کردن تـا چهار ماه از حمل بگذرد. و از ظاهر ابن زهره دعـوی اجماع بر آن نقل شده. و از شیخ در **نهایه** و جمعی از

متاخریـن، چهار ماه و ده روز نقل شـده. چنانکه **صحیحهٔ** رفاعه بـر آن دلالتی دارد،[۱] و اظهر عمل به آن است خصوصاً با استصحاب حرمت. و علی ای تقدیر حرمت جماع کردن قبل از انقضای مـدت مزبوره، مشهور مابین علمـا است و مدلول احادیـث معتبرهٔ بسیار است[۲]

و از شیخ در خـلاف و ابن ادریس قـول به کراهت نقـل شده. و شیخ دعـوی اجماع کرده. و دلیل ایشان عموم «مـا ملکت ایمانهم»[۳] است، و بعضی اخبـار غیر معتبره[۴] هم اشعار به آن دارد. و بعد از معارضـهٔ اجماع منقول به مثل خود، و معارضهٔ آیـه به آیهٔ دیگر یعنی «اولات الاحمال اجلهـنّ ان یضعن حملهنّ»[۵]، و معارضهٔ آن روایت بـا ضعف سند و دلالت، به اخبار مستفیضهٔ قریب به تواتر، و استصحاب حرمت سابقه، ضعف این مذهب به غایت ظاهر است. هرچند متبادر از آیهٔ «اولات الاحمال» مطلّقات است، چنانکه پوشیده نیست به ملاحظهٔ سیاق. لکن چون در حدیث **صحیح** وارد شده که «احلتها آیة و حرّمتها آیة»[۶] ظاهر این است که مراد روایت همین باشد.

و می‌توان منـع عموم آیهٔ اولی هم کـرد نسبت به اوقات و طی. پـس آیتین متعارض می‌شونـد و متساقط می‌شونـد و احادیث قریب به تـواتر با عمل مشهور و ظـاهر اجماع منقول و استصحاب، مرجح حرمت است.

و اما بعد از انقضای عده- چهار ماه، یا چهار ماه و ده روز- باز خلاف کرده‌اند 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 صحیحهٔ رفاعه دلالت بر آن دارد. و به اینها تقیید می‌شـود اخبار کثیره که «باطلاقها» دلالت بـر منع دارد. و از مفید قول به حرمت حکایت شده در موضعی از **مقنعه** (و از علامـه در **مختلف** و شهید و شیـخ علی -ره- نیز) تا اینکه وضع حمل بشود. و دلیل ایشان آیهٔ «اولات الاحمال» است، و احادیث

۱- وسائل: ج ۱۴، ابواب نکاح العبید والاماء باب ۸ ح ۳.
۲- احادیث همان باب، و احادیث باب ۹.
۳- آیهٔ ۶ سورهٔ مؤمنون.
۴- این اشعار در ح ۲ باب ۸ هست.
۵- آیهٔ ۴ سورهٔ طلاق.
۶- همان حدیث ۲ باب ۸.

معتبره که در آنها منع شده از وطی تابعد وضع حمل.

و بعد از تأمل در ادله هرچند این قول خـالی از قوت نیست، ولکن صحیحهٔ رفاعه با شهرت بین الاصحاب و ظاهر اجماع منقول با تاییـد آنها به ادلهٔ «قول به مطلق جواز»، با ملاحظـهٔ اعتبار عقلی کـه آن اجتناب از «اختلاط میاه و انسـاب» است، کافـی است در ترجیح مشهور. ولکن احوط اجتناب است تا وضع حمل بشود.

و بدان که: ظاهر اکثر اصحاب (بلکـه مشهور، چنانکه شهید-ره- در **دروس** گفته است) و متبادر از ادله و اخبار، و طی در قبل اسـت. ولکن احوط اجتناب است از دبر او نیز. و در صـورت جواز و طـی مستحب اسـت عزل، و شـاید وجـه آن این بـاشد کـه آن احادیثی که دلالت می کنند بر «مطلوب بودن آزاد کردن آن بدون عزل و اینکه نفروشد او را وجدا کند برای او حصه‌ای از مال خود به جهت معیشت او». و علت آن را فرموده‌اند که نطفهٔ او غذای او شده کـه شبههٔ فرزندی در آن راه بیابد. پـس از برای خروج از آن شبهه عزل بکند تا آن ناخوشی لازم نیاید، اگر خواهد مملوک خالص باشد.

والحاصل: آنکه از احادیث مستفاد می‌شود کـه ناخوش است که نطفهٔ او داخل رحم مملوک بشود در حال حمـل. و چون دلالت آن[ها] به سرحد وجوب نـرسیده، حمل بر استحباب می‌شـود. و اما هرگاه عزل نکرده بـاشد، پس خلاف کرده‌انـد در اینکه بیع او جایز است یا نه. جمعی از قدمای اصحاب حرام دانسته‌اند بیع او را، و از ابن زهره دعوی اجماع بر آن نقل شـده. و قول دیگر کراهت است. و شـاید اقوی قول به حرمت باشد، و چند حدیث معتبر دلالت می کند بر وجوب آزاد کردن. ولکن مشهور استحباب آن است.

و احوط آن است که او را آزاد کند. و مستحب اسـت که حصه‌ای از برای او از میراث خود قرار بدهد، یعنی چیزی از مال خود به جهت او قرار بدهد که به او زندگانی کند. نه اینکه او را از جملهٔ وراث قـرار بدهد. چنانکه مـوثقهٔ اسحق بن عمـار (بلکه صحیحهٔ او) دلالت بر آن دارد، و ظاهر آن هرچند وجوب اسـت لکن قول به وجوب آن در نظر نیست. مگر اینکه بگـوئیم صدوق قائل بـه آن است چون در **من لایحضره الفقیه** آن را روایت کرده.

۲۴۴: **سؤال**: هرگاه زید متـوفی، و زوجهٔ او نیز متوفی، و ورثهٔ زوجـه مهرنامچه در دست دارند بـه خط و مهر عدول، و شـاهدی ندارند، و ادعـای مهر می‌نماینـد، چه چیز می‌طلبند؟.

جواب: هرگاه وارث زوجه در صورت جزم ادعای خود را ادا می‌کند مطابق مهرنامچه، یعنی می‌گوید که «این مقدار مهر، مادر من از مال پدر شما می‌خواهد. به ما بدهید». پس در اینوقت باید دید که جواب مدعی علیهم چه چیز است. هرگاه بگویند مادر شما مهر ندارد، و انکار کنند از اصل، اظهر در نظر حقیر این است که مدعی مستحق مهرالمثل است، مگر آنچه ادعا می‌کند کمتر از مهرالمثل باشد، که در آنوقت به اقرار خود مأخوذ است. و هرگاه در جواب بگویند که ما علم نداریم که مادر شما مهر دارد یا نه، پس هرگاه مدعی بر ایشان دعوی علم کند، قسم نفی العلم به آنها می‌دهند و باز رجوع به مهرالمثل می‌شود بر نهج سابق.

و هرگاه بگویند که ما قدر آن را نمی‌دانیم، باز در صورت ادعای علم و قسم نفی العلم، رجوع به مهرالمثل می‌شود بر نهج سابق. و ظاهراً در این دو صورت دور نیست که مسمی را که ادعا می‌کند بگیرد. به جهت عدم معارضی. و در هر یک از صور ثلاث باید قسم بر عدم علم به استخلاص ذمهٔ زوج از حق مورث خود یاد کند.

و اگر مدعی به صورت جزم ادعا نکند و اعتماد به محض کاغذ باشد، پس در اینصورت 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 رساله‌ای در این خصوص نوشته‌ام. و چون محتاج به مرافعه است و مرافعه را مجتهد عادل باید بکند، در وقت مرافعه حقیقت حال معلوم می‌شود. گاه است از برای حاکم به سبب کاغذی و قراین علم حاصل شود، و به علم خود عمل کند. وگاه 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 وَرَاث دیگر هم دارد. و از جملهٔ مخلفات او قطعه‌ای باغچه است که پانزده قفیز می‌باشد. و ده قفیز آن در صداق دو زوجهٔ او است. آیا الحال که ارادهٔ قسمت دارند باید اثلاثاً قسمت کرد و دو ثلث را به دو زوجه بدهند و باقی را میان وارث تقسیم کرد؟ یا باید به مساحت ده قفیز را وضع نموده به دو زوجه داد و آنچه باقی بماند میان وراث قسمت کرد؟.

جواب: در این مقام باید ملاحظهٔ حال نکاح و صداق را کرد که در وقت صداق کردن منظور چه بوده. هرگاه منظور از پانزده قفیز، دو ثلث، بوده و ذکر «قفیز» بنابر مسامحه و شهرت عرفی بوده، مهر صحیح است و دو ثلث آن مال زوجه‌ها است، و این در معنی

ثلثان است. و ظاهر این است که «جزء مشاع معلوم النسبه به اصل» را مثل نصف و ثلث و غیر ذلک، با معلـوم بودن هرچند به مشاهـده باشد در مثل زمین و باغ، جـایز است مهر کردن. چنانکه جایز است فروختن.

و هرگاه منظور ده قفیز از پـانزده قفیز بوده بامعلوم بودن مساحـت مجموع- به این معنی که زوجه‌ها ده قفیز را از هر جـا خواهند از آن باغچه بگیرند[1]- پس در آن اشکال است. و در خصـوص صداق الحال از کلام علمـا چیزی در نظر نیست. ولکـن مقتضای آنچه در بیـع گفته‌اند (کـه جایز نیست بیـع قفیزی از زمین معینـی یا زرعی از کـرباس معینی) بطلان است. مگر آنکه تعیین شده باشد که مبیع از این سر زمین باشد تا ده قفیز تمام شود، در [اینصورت در] آن خلاف است. و اظهر صحـت است. بلکه آخوند ملااحمد اردبیلی(ره) در صـورت عدم تعییـن هم میـل به صحت کـرده به جهـت آنکه عمـومات اقتضای صحت مـی‌کنند و غرر و جهالت در عـرف و عادت لازم نمی‌آید کـه منشأ فساد شود هرگاه مشتری ببینـد و راضی شود و همچنین هرگاه بگوید از ایـن سر کرباس یک ذرع را به تو فروختم.

و چون امـر در صداق آسـانتر است از بیـع- چون نکاح از معـاملات محضـه نیست چنانکه فقها تصریح کرده‌اند و مسامحه کرده‌اند حتی اینکه تجویز کرده‌اند صداق کردن خادم غیر معین، و دار غیـر معین را، و گفته‌اند که خادم وسطی یـا دار وسطی باید داد- پس حکم به بطلان مهر در مانحن فیه نمی‌کنیم و می‌گوئیم ده قفیز را مساحت کنند و بر دارند و بعد از آن باقی را تقسیم کنند. مگر اینکه قرینـهٔ عرفی و عادتی باشد که فهمیده شود که مراد ثلثان بـاغچه بوده است، که در اینوقت قرینهٔ [عـرف و] عادت متبع خواهد بود. و احوط مصالحه است به ثلثان، خصوصاً هرگاه در میان وراث صغیری یا مجنونی یا غائبی باشد.

و هرگاه منظور ده قفیز باغچه بوده با مجهـول بودن مساحت کل- هرچند در السنه با پانزده قفیز مشهور باشد ولکن معلوم باشـد که باغچه جزماً مشتمل برده قفیز هست- پس در آن اشکـال بیشتر اسـت. دور نیست که در آنجـا نیز حکم بـه صحت کنیـم و به مساحت ده قفیز را وضع کنیم و باقی را به وراث تقسیم کنیم.

۱- عبارت نسخه: یا معلوم بودن مساحت نه مجموع باین معنی که زوجه‌ها پانزده قفیز...

۲۴۶: سؤال: دختر بالغه‌ای که غیر رشیده باشد و ولـی هم نداشته باشد، می‌توان به جهت عمـرو عقد نمود یا نه؟-؟ و بر فـرض آنکه عقد کرده باشند، آیـا عقد او صحیح است یا نـه؟-؟ و بر فرض عدم صحت عقـد آیا باید تفـریق شود یا نه؟-؟ و هـرگاه عمرو اطلاع نداشته باشد که دختر مزبوره غیـر رشیده می‌باشد، و دخول واقع شده، چه حکم دارد؟ و در صورت آنکه حاکم شرع حکم به تفریق کند صداق او چه صورت دارد؟.

جواب: هرگاه پـدر و جدّ پدری ندارد ولـی او حاکم شرع اسـت و بدون اذن او عقد صحیح نیست. و هرگـاه شده باشد، تفریق مـی‌شود. و هرگاه بعد از اطلاع حـاکم شرع اجازه کند شاید صحیح باشد، و اگر نکند باطل است. و مراد از حاکم شرع مجتهد عادل است. و ضعیفه بـا وجود جهالت حـال مستحق مهرالمثل اسـت. و هرگاه زوج علـم به حقیقت حال نـداشته بوده است، پـس هرگاه کسی تـدلیس کرده است و بـر او عیب را پوشـانیده و[او] فـریب خـورده است، رجوع مـی‌کند بـه آنچه بـه آن زن داده از او پس می‌گیرد، و از خود زن چیزی پس نمی‌گیرد. و اگـر فرض شود که آن زن خود تدلیس کرده باشد مستحق مهر نیست.

اینها همه در وقتـی است که زن دیوانـه نباشد بلکه همیـن سفیه و بی رشد بـاشد. چنانکه صورت مسألـه است ظاهراً. و هرگاه دیوانه بوده حکم او هـم همین است به غیر آنکه در اینجا تدلیس از جانب زوجه متصور نیست.

۲۴۷: سؤال: هرگاه شخصـی زنی را به عقد خود درآورده. بعـد از آنکه او را تصرف نموده آزاری بـه آن زوجه عـارض شده که بـاعث زایل شـدن عقل آن زوجـه بوده. و آن شخص مدتی به مداوا و ادعیه کوشیده به گمان اینکه این آزار حال عارض او شده. بعد از مدتی که معلوم شـده آن ضعیفه چند سال قبل از این مصروعه بـوده. و آن شخص نیز به ثبوت شرعی رسانیده که این ضعیفه قبل از این صاحب آزار بوده.

و حال به متعلقان زوجه ادعـا می‌کند که شما مرا فریب داده‌ایـد در وقت تزویج مرا خبر نکرده‌اید که این ضعیفه آزارمند می‌باشد. و من که این قدر خرج او کرده‌ام به گمان اینکه در خانهٔ خودم آزاردار شده، و حال که فهمیدم قبل از آن مریض بوده، حال این زن را نمی‌خواهم. و متعلقان زوجه نیز حال قائلنـد که قبل از این زوجه آزارمند بوده. و حال چونکه تصرف شده و دخول واقع شده، در خصـوص فسخ و لزوم این عقد و صداقش چه می‌فرمایند؟.

جواب: زوال عقل [اگر] به سرحد جنون است، که از جملهٔ عیوب است. و در صورت جهالت به حال، عقد شده الحال که زوج مطلع شده می‌تواند فسخ نکاح کند. و هرگاه به سرحد جنون نیست و همین صرعی است که منشاء اغماء و بیهوشی است، این داخل عیوب نیست که با لذات منشاء تسلط بر فسخ باشد. بلی اگر با شرط صحت و عدم آزار گرفته و خلاف آن ظاهر شود می‌تواند فسخ کرد. و اگر کسی امر را بر او تدلیس کرده و عیب را پوشانیده و او به گمان صحت گرفته هم ظاهر این است که مسلط باشد بر فسخ. ولکن در اینجا الحال تأملی دارم و فرصت مراجعه نیست. احوط این است که فسخ نکند، یا طلاق بگوید[1] و اما حکایت مهر بعد از دخول پس اگر کسی تدلیس بر او کرده او باید غرامت مهر را بکشد. و هرگاه 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 «مهرالمثل» است. و ولی شرعی مجنون (هرگاه جنون از حال صغر بوده متصل به آن باقی مانده) پدر و جد پدری است، و اگر پدر و جد نباشد ولی حاکم شرع است. و هرگاه بعد کبر عارض شده، ولی او حاکم شرع است.[2]

و باید دانست که خیار فسخ فوری است. و هرگاه بعد از اطلاع راضی شده و بعد پشیمان شده دیگر خیاری ندارد. والله العالم.

۲۴۸: سؤال: چه می‌فرمایند در این مسأله که شخصی مدتی است به سفر رفته و مفقود الخبر است. و یک زوجه و چهاراولاد-که یکی ذکورکبیر 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 می‌شود که رفته و مفقود الخبر است. زوجهٔ او یکی از صبیه‌ها را برداشته و به خانهٔ بکر رفته. و قدری ملک که بوده با اجناس دیگر همه را تصرف نموده. و به ولد ذکور و دو صبیهٔ دیگر (که زوج او از زوجهٔ دیگر داشته) تصرفی و دخلی نداده. و فروخته و به مصرف خود رسانیده. و ادعا می‌نماید که پاره‌ای از این اموال را که فروخته‌ام از عوض صداق برداشته‌ام. و پارهٔ دیگر را از عوض نفقه و کسوهٔ خود و صبیهٔ مذکوره برداشته‌ام.

۱- کذا.- یعنی چون در صحت فسخ تأمل است پس بهتر است (در صورت تصمیم به جدائی) طلاق بگوید.

۲- رجوع کنید به باب «الحجر والتفلیس» از مجلد دوم.

از برای خدا و رسول او که دو کلمه قلمی فرمایند که بیع اموال مذکوره صحیح است؟ و نفقه و کسوهٔ خود را حال می‌تواند ادعا نماید و از اموال مذکوره اخذ نماید یا نه؟-؟ و با وجود عدم شهود به بقای صداق می‌تواند صداق خود را بگیرد یا نه؟-؟ و آن دو صبیهٔ دیگر که برادر ایشان اخراجات ایشان کشیده تا کبیر شده‌اند، حال هرگاه برادر ایشان قسم یاد نماید که «به این نیت خرج کرده‌ام که هرگاه پدر ما آمد از او بگیرم و الا از متروکات او بردارم»، به او می‌رسد که اخراجات ایشان را بردارد یا نه؟-؟ و زن با وجودی که مدعیه موت شوهر باشد نفقه و کسوه می‌خواهد یا نه و این اموال را [می‌توان] میان ورثه قسمت کرد یا نه.

جواب: زوجهٔ مدخولهٔ غیر ناشزه مستحق نفقه است. و در حال غیبت زوج حاکم شرع باید از اموال او نفقهٔ زوجه را بدهد. و هرگاه دست به حاکم شرع نرسد، عدول مؤمنین متوجه شوند و از مال او بدهند. و هرگاه ممکن نشود زوجه خود می‌تواند نفقهٔ خود را از مال زوج بردارد. و هرگاه موقوف باشد بر فروختن مالی از اموال هم بیع صحیح خواهد بود. و هرگاه تصرف بر وجه صحیح نشده باشد و بیع صحیح نباشد، باز نفقهٔ او ساقط نمی‌شود، و می‌تواند از مال او بگیرد.

و اما نفقهٔ اولادی که فقیر باشند و واجب النفقهٔ 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 می‌توانند بردارند. و هرگاه دسترسی به مال غایب نباشد و همان اولاد قرض بکنند در ذمهٔ پدرشان و انفاق کنند، در ذمهٔ پدر ثابت می‌شود و از مال او ادا می‌شود.

و اما انفاق برادر بزرگ آن صغیرها به نیّت قرض، پس اگر قرض را به ذمه پدر می‌کند که اگر پیدا شود از او بگیرد، پس اگر به اذن حاکم است خوب است می‌تواند بگیرد. و همچنین هرگاه حسبة کرده باشد با عدم امکان اذن حاکم شرع، ولکن محتاج است به ثبوت و دور نیست که با عدم تمکن از ثبوت، قول او در نیّت مسموع باشد.

و اما حکایت صداق، پس او محتاج است به مرافعه، و هرگاه مقدار صداق ثابت است دیگر شاهدی بر بقاء آن در ذمه زوج ضرور نیست بلی اظهر اینست که قسم استظهاری بر بقاء آن باید بخورد.

و اما استیفای آن از مال، هرگاه غیر معین باشد و محتاج به تعیین باشد با فروختن

بعض اموال، پس آن موقوف است به اذن حاکم. علی ایّ حال چون پای قسم و مرافعه در میان است، محتاج است بـه رجوع به حاکم، و تصرفی که بـدون این شده در باب صداق بی صورت است.

و هرگاه زن مدعیـه موت شوهر باشد مستحـق نفقه نیست، خصوصاً هرگـاه حامله نباشد و در عدّه نباشد.

و اما قسمت اموال، پس آن موقوف است بـه اینکه موت محقق شود، یا آنقدر از موت غایب بگذرد که عادتاً بیش از آن عمر نمی‌کند. و در این زمان صدوبیست سال (بلکه صد سال هم) ظاهر این است که کافی باشد.

۲۴۹: سؤال: هرگـاه زید بـا هند در حینـی که ذات بعـل بوده زنـا نموده. آیـا در اینصورت صبیهٔ هند مذکـوره را که قبل از ایام زنامتولد شده‌بوده اسـت. شرعاً زید زانی می‌تواند در حبالهٔ نکاح خود درآورد یا نه؟

جواب: مشهور میان علمای امامیه‌حرمت است.و احوط اجتناب است. والله العالم.

۲۵۰: سؤال: هرگـاه دو طفل با هم وطـی کرده باشنـد، و فاعل خواهـر مفعول را گرفته باشد، اولادی از او بهم رسیده باشد. آیـا آن طفل حرامزاده است یا نه؟-؟ و بعد از علم به‌حرمت محتاج‌به طلاق زوجه هست یا نه؟-؟.

جواب: اگر طرفین علم به حرمت نداشته باشند آن طفل حرام زاده نیست. و بعد از علم به حرمت، طلاق در کار نیست.[۱]

۲۵۱: سؤال: پدر به جهت پسرش زنی بگیرد و مهری تعیین کند. و پسر فوت شود و چیزی از او باقی نماند که به مهر داده شود. آیا پدر ضامن مهر هست یا نه؟

جواب: بلی پدر ضامـن است در صورتی که عقد را در حال صغر پسـر کرده باشد. و آن صغیر هم مالی نداشته باشد. اما اگـر صغیر مال از خود داشته بوده است، پدر ضامن نیست. بلکه تمام مهر بـر ذمهٔ صغیر است اگر مساوی تمام مال داشتـه باشد. و مساوی آنچه داشته باشد بر ذمهٔ او است هرگاه مساوی تمام مال ندارد. و در حالی که صغیر فقیر بوده باشد هرچنـد بعد از عقد مالدار بشود هم بر صغیر واجب نیسـت، چه جای آنکه به همان فقر باقـی مانده باشد. بلی دور نیسـت که هرگاه پدر در حال فقـر صغیر، در عقد

۱- رجوع کنید به مسأله۲۷۵.

شرط کند که ضامن نباشد، بگوئیم که ضامن نیست. هرچند ظاهر اکثر علما در اینجا نیز ضمان است.

و هرگاه پسر کبیر بوده و پدر وکیل بوده، پس مهر بر ذمهٔ پسر است. مگر آنکه پدر عینی از مال خود مهر او قرارداده باشد، یا مهر را در ذمهٔ پسر قرارداده باشد و خود ضامن شده باشد.

۲۵۲: سؤال: زن می‌تواند ممانعت کند شوهر را از دخول تا مهر خود را بگیرد یا نه؟

جواب: بلی هرگاه مهر حالّ باشد- یعنی موعد معین از برای آن قرار نداده باشند و شرط هم نکرده باشند که عندالاستطاعه بدهد، و منعی از دخول هم نباشد- می‌تواند منع کند. پس تا مهر را نگیرد (به دست خود، یا به دست عادل، یا به دست کسی که طرفین به او راضی شوند) جایز است از برای او ممانعت. و بعضی علما در صورت اعسار زوج گفته‌اند که «مانع نمی‌تواند شد». و اشهر بلکه اظهر جواز ممانعت است در اینصورت نیز.

و تحقیق این مسأله مبتنی است بر اینکه نکاح از عقود معاوضات باشد نه محض «تعبد». و دور نیست که چنین باشد. و در «عقود معاوضه» جایز است ممانعت از اقباض هر یک از طرفین قبل از اخذ عوض. و هرگاه صداق مؤجل باشد، جایز نیست ممانعت هرچند دخول نکرده باشد تا اجل منقضی شود.

۲۵۳: سؤال: هرگاه 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 آنکه اصل مهر خود را به این قرار بدهد که: شوهر ده سال از برای او یا برای پدر او کار کند. آیا این عقد و مهر صحیح است یا فاسد؟

جواب: اما صورت اولی: پس مشهور علما ظاهراً جواز است. و تمام ادله از عمومات و آیات در اصل مهر افاده می‌کنند که «هرچیزی که تراضی به آن حاصل شود، خوب است» و همچنین عمومات آیات و اخبار که دلالت دارند بر وجوب «وفای به شرط و عقد» و غیر آن، دلیل آن است. و بعضی اخباری که دلالت بر منع این شرط دارد، دلالت آنها مقدوح است. و در آنجا که فقها ذکر کرده‌اند که «هرگاه در حین عقد نام ببرند از برای زن چیزی و از برای پدرش چیزی، آنچه از برای زن است لازم است و آنچه از برای پدر

است باطل است» و حدیث صحیحی هم بـر این مضمون هست، پس آن در صورتی است که شرط ضمن العقد نباشد. چنانکه در رسالهٔ دیگر تحقیق آن کرده‌ام.

و آنچه ظاهر می‌شـود از شهید ثانی (ره) در **مسالک** که «اجیر شدن شوهر از برای پدر زن، در شرع مـا جایز نیست» بر اطلاق خـود باقی نیست و مسامحـه کرده است در تقریر. و آن قدری که ما مسلم داریم از این «منـع» این است که: پدر زن، شوهر را از برای خود اجیر کند د رعوض مهر دخترش بدون اینکه دختر خود مباشر آن باشد، یا راضی به آن باشد، و صغیر و محجور علیه نباشد. اما هرگـاه به رضای دختر باشد (خصوصاً هرگاه مهر چیزی دیگر هم باشد و این شرطی باشد در ضمن آن) پس در آن امر آسانتر است. و از آنچه گفتیم حکم باقی سؤال‌ها معلوم می‌شود.

بلی، خفائی که هست در آن صورت آخری است که مجموع مهر را این قرار بدهد که شوهر از برای پدر کار کند. دلیل بر بطلان آن نیـز بر حقیر ظاهر نیست. و اخباری که بر بطلان آن اشعار دارند همگی مشتمل‌اند یا بر ضعف سند، یا ضعف دلالت، یا چیزی که باعث و هن در اعتماد بـر آن هست. و حکایت موسی و شعیب ظاهـراً مبتنی بر استقلال شعیب بوده در آن امر که ما آن را تجویز نمی‌کنیم. و می‌گوئیم این در شرع او بوده است، و در شـرع ما چنیـن نیست. نـه آنکه مطلقـاً تجویـز آن نکنیم و نفـی آن کنیم از شـرع خودمـان. و شاهد آن ایـن است که در آن احادیـث بر منع استـدلال کرده‌اند علـت که مذکور است در اینها این است که «چون شوهر نمـی‌داند که زنده می‌ماند که وفا کند یا نمی‌تـواند که ایـن کار را بکند و امـا موسی(ع) مـی‌دانست که وفـا خواهد کـرد». و تو می‌دانی که این علت موجه نیست. و اگر به این قائل شویم اکثر صداق‌ها باطل می‌شود. و حال آنکه از جملهٔ آنهاست تعلیم قرآن و غیر آن.

۲۵۴: سؤال: هرگاه شخصی دختر خود را تزویج کند به شخصی، و ده تومان (مثلاً) به مصرف اخراجات عـروسی آن برساند. و شرط کند که ده سـال هم داماد خدمت او را بکند و اگر وفا به شرط نکند ده تومان را رد کند. و برادر داماد هم ضامن شود که «هرگاه این داماد کوتاهی در وفا کند ورد کردن وجه بر او لازم شود و ندهد من ضامن باشم و آن وجه رامن بدهم». و داماد و فا به شرط نکرد و فوت شد. و پدر دختر هم فوت شد. آیا این

شرط و ایـن ضمان صحیح است یـا نه؟ و وارث پدر ادعـای وجه مزبور را بـر آن برادر می‌تواند کرد یا نه؟ و بر فرضی که تواند، آیا آن برادر رجوع به ترکهٔ برادر خود که فوت شده، به جهت غرامت می‌تواند کرد یا نه؟

جواب: اظهر و اشهـر صحت شـرط مزبـور است. و بـا انقضای[1] وفا به شـرط، پدر مستحق ده تومان می‌شود. و آن حق منتقـل به وارث می‌شود و وارث او از برادر داماد می‌توانـد مطالبه کند. بـه جهت آنکه مقتضای ضمـان همین است. و تو هـم اینکه این داخل «ضمان مـالم یجب» است پـس باطل است، تو هـم فاسدی است. بـه جهت آنکه هرچند در حال شرط ضمـان هنوز چیزی بر گردن داماد ثابت نشـده و واجب نشده که برادر ضامن او شود، لکن‌او ضامن وی شده برتقدیر تخلف از شرط. و در صورت تخلف آن مال بـرگردن او لازم است. پس بـرادر ضامن او اسـت در ادای آن مال بر تقدیـر ثبوت. چنانکه در «ضمان عهدهٔ درک ثمن مبیع» چنین است. یعنی هرگاه کسی ملکی بفروشد به دیگری به ثمن معینی، و ثالثی ضامـن شود از برای مشتری که اگر مبیع مستحق غیر برآید، ضـامن رد ثمن باشـد. این صحیح است. و حـال آنکه در وقت این معـامله و عقد، ضمان چیزی بر بایع لازم نیست در ظاهر.

و بدان که: ایـن مسأله داخل در «ضمان حـآل» است بر «دین حآل». بـه جهت آنکه تعلق وجوب رد بـه ذمهٔ داماد، و تعلق ضمـان به ذمهٔ برادر، در «آن» واحـد است، که آن زمان تخلـف از شرط است. گو از حیـن عقد تا آن وقت مـدتی فاصله شـود. و بعضی از عمومات ادلـه صحت ضمان مؤجّل است از دیـن. چنانکه اگر ضمان را در اینجـا مؤجل کند هم صحیح است. مثـل اینکه بگوید که «هرگاه برادرم کـه داماد است تخلف کند از شرط و تا یک ماه بعد از تخلف ادا نکند من متعهد ردّ وجه تو هستم».

و به هر حال هرگـاه برادر که ضامن است وجه را رد کرد بـه وارث پدر زن، می‌تواند رجوع کند به ترکهٔ مضمون عنه، یعنی داماد که فوت شده است.

و اینها همـه در وقتی است که دختـر بالغهٔ رشیده بـاشد و پدر را وکیل در تـزویج و شرط ضمـن العقد و غیره کـرده باشد. والا از بـرای ولی ثابـت نیست جواز ایـن شرط.

۱- انتفاءظ.

چنانکه در مقام خود تحقیق کرده‌ایم[۱] که: شرط ضمن العقد در حکم جزء احد طرفین است. و جزء مهر مال زن است و مال پدر نمی‌تواند شد الا به اذن او. و جایز نیست که پدر آن را از برای خود قرار دهد.

۲۵۵: سؤال: چه می‌فرمایند در این سؤال شرعیه که زید و عمرو با هم در چند قطعه اراضی شریک می‌باشند. و زید مزبور یک قطعهٔ مشخص و معین از آن اراضی مشترکه را در مهر زوجهٔ خود می‌نماید. بعد از چند وقت دیگر که آن اراضی مشترکه را عمرو و زید تقسیم می‌نمایند آن قطعه زمین که زید در مهر زوجه‌اش نموده، رسد عمرو می‌شود. و زید عوض آن را در جای دیگر به زوجه نمی‌دهد و فوت می‌شود. آیا زوجهٔ مزبوره را می‌رسد که بعد از فوتِ زید مزبور در عوض قطعه زمین مذکور از ترکهٔ زید زمین دیگر متصرف شود یا نه؟

جواب: به قدر حصهٔ زید از آن زمین که صداق زوجه کرده ممضی است و مال زوجه است و قسمت مذکوره باطل است. به جهت آنکه 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 برآید. و ظاهر این است که به نسبت به آن از مهرالمثل تنخواه می‌گیرد. یعنی برآورد مهرالمثل زوجه را می‌کند و نصف مهرالمثل را عوض نصف زمین می‌گیرد. و محتمل است که اگر زوجه خواهد، دست از همهٔ زمین بردارد و رجوع به مهرالمثل بکند. به جهت آنکه تراضی میان آنها بر همهٔ زمین واقع شده بوده است، و چون آن به عمل نیامد از آن دست برمی‌دارد و به مهرالمثل رجوع می‌کند.

۲۵۶: سؤال: دختر بالغهٔ عاقلهٔ رشیدهٔ باکره بدون اذن پدر و جد پدری می‌تواند شوهر بکند یا نه؟

جواب: در این مسأله شش قول یا هفت قول است و اکثر اقوال بسیار ضعیف است و مجال ذکر آنها و تضعیف آنها نیست. و اقوای آنها سه قول است: **اول**: استقلال دختر در ولایت امر خود. **دوم**: استقلال پدر وجد بدون مدخلیتی از دختر. **سوم**: تشریک و لزوم اذن از هر دو.

و اقوای اقوال در نظر حقیر قول اول است. به جهت «اصالة عدم لزوم اذن»، و

۱- در رساله مستقل «شرط ضمن العقد».

عمومات آیات بـا اطلاقاتی که راجع می‌شـود به عموم در کلام حکیم. مثل قـوله تعالی «فانکحوا ما طاب لکم من النساء»[۱] و «فلاتعضلوهنّ ان ینکحن ازواجهنّ»[۲] و «حتی تنکح زوجاً غیره»[۳] و «فلاجناح علیکـم فی ما فعلن فی انفسهـنّ بالمعروف»[۴] و امثال اینهـا که نکاح در آنها نسبت داده شده است به زنان بدون فرقی و تفصیلی. و مراد از «معروف» در آیه تعـرض از برای ازدواج و عـدم حدّ او است. و اجمـاع منقول کـه سید مـرتضی(ره) در **انتصار** نقل کرده. و خصوص اخبار کثیره مثل **صحیحهٔ** فضلا[۵] که صدوق آن را بـه 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 نبـوده. با وجـود آنکه «حسـن به ابـراهیم بـن هاشـم» هم «کالصحیح» است.[۶]

از امام باقر(ع) که فرموده «المرأة التی قد ملکت نفسها غیرالسفیهة ولا المولّی علیها، تزویجها بغیـر ولی جایز». و در متن ایـن حدیث گفتگو بسیار کـرده‌اند، و شبهات در آن طرح کرده‌اند. و حق این است که این سخن‌ها همه دور از صواب است، و محتاج به ذکر نیست.

و بر این استدلال ایراد مصـادره کرده‌اند که «ما قبول نداریم که بـا کره مالک نفس خود است یا آنکـه مولّی علیها نیست. و همین اول دعوی است». و حـق این است که در اینجا مصادره نیست، و ظاهر حدیث این است کـه زنی که مالک نفس خود باشد، یعنی آزاد باشد و مملوکه نباشد، و این صفت داشته بـاشد که سفیه نباشد، و این صفت داشته باشد که مولّی علیها نباشد، یعنی مجنونه و صغیره نباشد. پس به درستی و به تحقیق که شوهر کردن او بدون ولی جایز است. و می‌تـواند شد که «غیرالسفیهة ولا المولّی علیها» وصف توضیحی باشد بر «ملکت نفسها». یعنـی هر زنی که محجور علیها نیست در مال،

۱- آیهٔ ۳ سورهٔ نساء.
۲- آیهٔ ۲۳۲ سورهٔ بقره.
۳- آیهٔ ۲۳۰ سورهٔ بقره.
۴- آیهٔ ۲۳۴ سورهٔ بقره.
۵- وسائل: ج ۱۴، ابواب عقدالنکاح، باب ۳ ح ۱.
۶- عبارت نسخه: با وجود آنکه حسن به ابراهیم بن هاشم، که آن صحیح نیست از امام.

محجور علیها نیست در نکاح. چنانکه از اخبار بسیار دیگرهم مستفاد می‌شود که مراد از «مالکیت امر» همین است.[۱]

و به هر حال دلالت حدیث در کمال وضوح است. و دعـوی اینکه «مالکیت نفس به زوال بکارت به جماع حاصل می‌شود». با وجود خفای آن و محل اشتباه بودن، اولیٰ بود به تصریح و بیان، از سفیهه نبودن و مجنونه و صغیره نبودن. پس ذکر این وصف‌ها، بدون آن، شاهد صدق است بر اینکه از «مالکیت نفس» مراد «ثیبوبت» نیست. پس باید مراد از مالک نفس بودن، امر معهـود واضحی باشد تا همینکه بفرماید «هر زنـی که مالک نفس خود است، نکاح او بدون اذن ولی جایز است» مخـاطبین بدانند. و شکی نیست که ثیب بودن از امور معهوده نیسـت. و هرگاه مراد امر مجهولی است و محتـاج به تفسیر است و آن دو صفت مذکوره تفسیر آن هستند پس هرگاه ثیب بودن هم داخل بود، آن اولی بود به ذکر و بیان.

و هرگاه این را دانستی ظاهر می‌شود بر تـو وجه صحت استدلال بر مذهب ما نیز به **صحیحهٔ** عبدالرحمن بن ابـی عبدالله از حضرت صادق -ع- «قال‌تتزوّج المرأة من شائت اذا کانت مالکة لامرها، فان شائت جعلت وکیلاً»[۲] به جهت آنکه مراد از مالکیت امر همان است که گفتیم. و بعد هـم خواهد آمد. و مثل **صحیحهٔ** منصوربن حازم- و قدح در سند آن به سبب وجود عباس [به ادعای اینکه او] مشتـرک [است] میانهٔ ثقه و غیر ثقه، خوب نیست. بـه جهت آنکه ظاهر این است که «عباس بن معروف» ثـقه است به قرینهٔ روایت محمدبن علـی بن محبوب از او. با وجود آنکه غـالب الوقوع در اسناد (خصـوصاً در این طبقه) او است و اطلاق هم منصرف به او می‌شود. و مدار در علم رجال و تصحیح اسناد، به امثال این ظنـون است- از حضرت صادق(ع) روایت کرده است «قـال: تستأمرالبکر و غیرها ولاتنکح الاّ بامرها».[۳] یعنی بکر و غیر بکـر مساوی است که باید نکـاح به اذن آنها باشد و هیچ زنی را نکاح نمی‌توان کرد مگر به امرو رخصت او.

و در این هم قدح کرده‌اند به اینکه «این حـدیث نفی شریک نمی‌کند، و ضرور بودن

۱- همان مرجع: باب ۹ ح ۱.
۲- ابواب عقدالنکاح، باب ۳ ح ۸.
۳- همان مرجع: ح ۱۰.

اذن او دلالت نمی‌کند به اینکه اذن پدر و جدّ در کار نیست». و این بسیار بعید است خصوصاً از طریقهٔ امامیه و اجماع ایشان در غیر بکر که اذن ولی را شرط نمی‌دانند. و سیاق حدیث به یک سیاق است. و دیگر اینکه مفهوم «حصر» این است که نکاح می‌شود بکر و غیر بکر به امر خودشان. و متبادر از حرف «بـ» در اینجا «سببیة تامهٔ مستقله» است، و این در کمال وضوح است.

و مثل روایت سعد ان بن مسلم «قال: قال ابوعبدالله(ع) لاباس بتزویج البکر اذا رضیت بغیر اذن ابیها».[1] و دلالت حدیث در کمال وضوح است، و قدح در سند آن به سبب سعد ان بن مسلم (چون توثیقی برای او نقل نکرده‌اند) ممکن است ولکن در ترجمهٔ او ذکر کرده‌اند که او از جملهٔ آن کسانی است که صفوان بن یحیی از او روایت می‌کند، و او از اهل اجماع عصابه است. و این از مقومات سند است. و عمل اصحاب به آن جابر ضعف او است.

و خصوص **روایت** زراره از حضرت باقر-ع- «قال: اذا کانت المرأة مالکة امرها تبیع و تشتری و تعتق و تشهد و تعطی مالها ماشاءت، فانّ امرها جائز تتزوج ان شاءت بغیر اذن ولیها، و ان لم یکن کذلک فلایجوز تزویجها الاّ بأمر ولیّها».[2] و قدح در سند روایت به جهت موسی بن بکر، بی وجه است. به جهت آنکه علمای رجال گفته‌اند که کتاب او معتمد است. و علاّمه(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 عصابه شده است بر «تصحیح مایصح عنه». و همچنین ابن ابی عمیر و صفوان هم گاهی از او روایت می‌کنند و حال ایشان هم معلوم است. و به هرحال چنین حدیث[ی] در معنی صحیح است. خصوصاً با اعتضاد به عمل جمهور اصحاب.

و روایت ابی سعید قماط[3] و روایت حلبی[4] و غیر آنها صریح الدلاله‌اند بر مطلوب. از تتبع اخبار بر می‌آید که همینکه حجر مالی زائل شد حجر نکاحی هم زائل می‌شود. و مؤید مطلوب است اینکه جمعی استدلال کرده‌اند که مناط تصرف، بلوغ و رشد است و

۱- وسائل: ج ۱۴، ابواب عقدالنکاح، باب ۹ ح ۴.
۲- همان مرجع: ح ۶.
۳ موفق به دریافت این حدیث نشدم.
۴- ظاهراً ح۴، از باب ۴ باشد.

آن در مال و نکـاح مساوی است. و بعـد از جزم به علیّت از مـلاحظهٔ اخبار، اشکـالی در استدلال به آن نیست. و لکن بنفسه دلیل بودن آن محتاج است به قطعی بودن علت تا از قیاس خارج شود. و به این سبب ما آن را مؤید شمردیم، نه دلیل.

و دلیل قول دوم روایات بسیار است مثل **صحیحهٔ** محمدبن مسلم از یکی از دو امام علیهما السلام «قال: لاتستأمر الجاریة اذاکانـت بین ابویها، لیس لها مع الاب امر، و قال: یستامرها کل احد ماعدا الاب». [۱] و بر ایـن حدیث وارد است کـه دلالت می‌کند بـر منع ولایت جدّ. و مثل این است **صحیحهٔ** زراره «قال سمعت اباجعفر-ع- یقول: لاینقض النکاح الاّ الاب». [۲] و **صحیحهٔ** حلبی از حضرت صادق-ع- «فی الجاریة یـزوّجها ابوها بغیر رضاء منها، قال: لیس لها مع ابیها امر، اذا انکحها جاز نکاحه و ان کانت کارهة». [۳] و این حدیث مخالـف اعتبار است و مستلزم عسـر و حرج عظیم، بلکـه ظلم و تعدی بر نفـس ضعیفی عاجزی، خصوصاً هرگاه مراد پدر در آن معنی ، محض مراعات دنیا و خواهش خود باشد.

آیا چنین خـدیثی چگونه می‌ایستد در بـرابر اصل برائت و اصل عـدم و لزوم عدل و رجحان احسان، و موافقت ملة سمحهٔ سهلهٔ بیضاء. خصوصاً اینکه حدیثی که روایت شده در حکایت تزویج فاطمه علیها السّلام، دلالت بر نفی آن دارد. و پسر شیخ طوسی(ع) آن را در **امالی** خـود روایـت کرده اسـت بـه سنـد خـود از ضحـاک بن مـزاحـم از جنـاب امیرالمؤمنین(ع) که آن حضرت حکایت کـرد تزویج فاطمه(ع) را و اینکه آن حضـرت طلب کرد آن سیّده را از رسول خدا(ص) پس آن جناب فرمودند: یـا علی پیش از تو مردان چند خواهش کردند پس هرگاه در نزد او می‌گفتم در روی او علامت کراهت او می‌دیدم. پس تو درنگ کن تا من بیرون آیم.

پس آن حضرت داخل شـد و خبر داد فاطمه(ع) را و فرمـود که علی در امر تـو سخن می‌گوید پس رأی تو چـه چیز است؟ پس فاطمه(ع) ساکت شد و روی خـود را نگردانید و رسول خدا در او کـراهت مشاهده نکـرد. پس برخاسـت و فرمود «الله اکبـر سکوتها اقرارها». پس هرگاه پدر مستقل بود در امـر دختر، آن جناب اولی بود به عدم ردّ آنهائی که قبل خطبه کرده بودند.

۱، ۲- همان مرجع: باب ۴ ح ۳ و ۱.

۳- همان مرجع: باب ۹ ح ۷.

و صحیحهٔ ابن ابی یعفور از حضرت صادق-ع- «قال: لاتزوّج ذوات الاباء من الابکار الاّ باذن آبائهنّ». و بر این حدیث مناقشه شده به اینکه دلالت بر نفی شریک نمی‌کند. و **صحیحهٔ** عبدالله بن الصلّت «قال: سألت اباالحسن عن الجاریة الصغیرة یزوّجها ابوها، ألها امر اذا بلغت؟ قال: لا. و سألته عن البکر اذا بلغت مبلغ النساء ألها مع ابیها امر؟ قال: لالیس لها مع ابیها امر مالم تثیّب». و چند روایت ضعیف دیگر هم هست.

و به هر حال: هرچند در اینطرف احادیث بیشتر باشد موجب و هن آن بیشتر می‌شود که جمهور فقها از آنها اعراض کرده‌اند و بنای عمل را به اخبار سابقه گذاشته‌اند.

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 ادلّهٔ مشهور نمی‌کند. به جهت اعتضاد به شهرت و موافقت کتاب و سنّت و اعتبار و اصل نفی عسر و حرج و امتثال به طریقهٔ عدل و تجافی از ظلم و جور. و در این طرف هیچ مؤیدی نیست. الاّ کثرت اخبار، و آنهم فایده ندارد. به جهت اینکه اخبار **صحیحهٔ** آنها مقدوح‌اند (چنانکه گفتیم) و اخبار ضعیفه جابری ندارند. و بر فرضی که خبر صحیح و بی قدح باشند هم مقاومت با آن اخبار نمی‌کنند. و در احادیث نبویّه نیز از ابن عباس دو حدیث روایت شده که صریح در مطلوب ما است.

و اما دلیل قول به تشریک: موثقهٔ صفوان بن یحیی است: «قال: استشار عبدالرحمن موسی بن جعفر -ع- فی تزویج ابنته لابن اخیه، فقال: افعل و یکون ذلک برضاها فان لها فی نفسها نصیباً. قال: و استشار خالدبن داود موسی بن جعفر -ع- فی تزویج ابنته علیّ بن جعفر فقال: افعل و یکون ذلک بر ضاها فانّ لها فی نفسها حظّاً»[1] و اینکه در تشریک حاصل می‌شود جمع بین الاخبار. و تو می‌دانی که ترجیح مقدم است بر جمع. و دلیلی بر لزوم جمع «به هر نحو اتفاق افتد» نیست. خصوصاً آنکه در بسیاری از اخبار طرفین نفی تشریک شده است.

و اما موثقهٔ صفوان: پس آنهم چون از حضرت کاظم(ع) مروی است و تقیه در زمان آن

۱- همان مرجع: باب ۹ ح ۲.

حضرت شدید بود، تصریح به اینکه «کل امـر با او است» نتوانسته‌اند کرد، و بالمرة هم از استرضای آن دست بر نداشته‌اند. و بر فرض تسلیم دلالت بر وجوب، شکی نیست که این حدیث مقاومـت نمی‌کند با آن ادلّه. پس اولی حمل آن اسـت بر استحباب. و همچنین اکثر اخبار قول دوم. و بـه هر حال احتیاط در جمع بین رضای هر دو اسـت هر وقت که ممکن باشد.

و اما در وقتی که پدر غایب باشد و دست به او نرسد: پس اشکال کمتر است، خصوصاً هر گاه مستلزم عسرو حرج باشد. بلکه در اینجا احتیاط در استقلال بکر است خصوصاً با رغبت به شوهر.

و این نزاع در مسأله وقتی است که ولی او بـا وجود کفو مانع از نکاح او نباشد. و اما هرگاه ولی منع کند او را از شوهر کردن با وجـود کفو و خواهش داشتن دختر به شوهر کردن، پس ولایـت پدر و جد ساقـط می‌شود بلاخـلاف. و اجماع بر آن نقل کـرده‌اند. و ظاهر ایـن است که رجوع به حاکـم و اثبات منع در نزد او و اذن گرفتـن از او (چنانکه از بعضی کلمات عـلامه-ره- در **تذکره** مستفاد می‌شـود) ضرور نیست. و خود عـلامه در **تذکره** تجویز استقلال کرده و نقل کرده است آن را از جمیع علمای ما، با تصریح به عدم اشتراط مراجعه به حاکم.

۲۵۷: سؤال: هر گاه کسی از برای او رعاف حاصل شد و برء حاصل شد و بعد از آن چند روز دیگر هم باز حـاصل شد و برء حاصل شد. و همچنین چنـد دفعه عارض شود و رفع شود و در مرتبهٔ آخر به سبب رعاف فوت شود. و همین شخص در حالی که رعاف رفع شده بوده زنی عقد کرده و بعد از مدتی فوت شود به رعاف آخری. آیا زوجه مستحق صداق هست یا نه؟-؟.

جواب: هرگاه دخول واقع شده است اشکالی در صحت عقد و استحقاق تمام مهر و میراث نیست. اما هرگاه دخول واقع نشده باشد، در مسأله اشکال حاصل می‌شود از راه اینکه این از افراد مسألـه نکاح مریض باشد. که مشهور علما بلکـه خلاف صریحی، بلکه خلاف ظاهری ندیدیم در اینکه در صورتی که به همان مرض بمیرد با عدم دخول، نکاح باطل مـی‌شود، و نه مستحق مهرالمثـل است و نه میراث. و اخبار معتبـره بر آن دلالت

دارد.[۱] بلکه از بعضی حکایت دعوی اجماع هم بر آن شده. واما هرگاه از آن مرض صحت بیابد و به مرض دیگر بمیرد، یا بعد از دخول بمیرد عقد صحیح است، و همهٔ احکام آن بر آن مترتب است.

پس باید ملاحظه کرد که رعاف را مرض می‌گویند یا نه؟-؟ و اینکه مجموع رعاف‌ها یک مرض است یا هـر یک مرض علی حده‌اند. پس بنابر اینکه رعـاف را مرض نگویند، یا آنکه هر یـک از آنها مرض علی حده باشـد، باز عقد صحیح است و آثار آن بـر آن مترتب می‌شود. بـه جهت آنکه مفروض این است کـه در حال رفع رعاف عقد کرده. و امّـا بنابر اینکه مرض باشد و مجموع را یک مرض دانیم که صادق باشد که در حال رفع رعاف عقد کرده آنهم در حـال مرض بوده، پس عقـد باطل می‌شـود به جهت عدم دخـول. نه مهر می‌برد و نه میراث. و در این معنی رجوع باید کرد به اطبّاء.

و بدان که: محتمل اسـت که در این مسأله جاری بشود همان سخنـی که در مسأله «منجزات مریض» ذکر کرده‌اند که «آیا شـرط است در مرض اینکه مخوف باشد یا مطلق مرض کافی اسـت» و فقها در آنجا مثل درد چشم و درد دندان و فـالج و امثال آنها را در حکم صحـت گرفته‌اند. و امثـال آزارهائی که قطع بـه هلاک در آنها هست، مثـل قطع حلقوم و مری، و دریدن شکـم و بیرون آوردن احشا، یا ظن غالب، مثـل طاعون و اسهال مفرط، و زخمی کـه به سر بخورد و به دماغ بـرسد، آنها را از جملهٔ آزار مخوف کـه جزماً حکم منجزات بر آن مترتب می‌شود، گرفتـه‌اند. و بعضی مساوی الطرفین است مثل تب مطبقه. بخلاف تب غب و ربع که اظهر در آن عدم خـوف است. مگر اینکه با آنها سرسام یا رعاف مفرط یا ذات الجنب باشد.

و به هر حال: هر چند در مسأله منجزات، اظهر در نظر حقیر «خروج از اصل» است و محتاج به دانستـن آنها نیستیم. لکن اظهر این اسـت که بنابر قول اعتبـار ثلث، مخوف بودن مرض شرط باشد. و از اخبار چنین مستفادمـی‌شود که حکمت چون عدم اضرار به ورثه اسـت، و غالب این اسـت که اضرار در این وقتـی است که در مرض مخـوف تنجیز بکند. و چون دور نیست که حکمـت در مسأله ما هم حرمان ورثه بـاشد ازمقداری که به این زوجه می‌رسد از میراث، و از این جهت اسـت که اظهر و اقوی این است که در همین

۱- وسائل: ج۱۷، ابواب میراث الازواج باب ۱۸ ح ۱ و ۲ و ۳ .

مسأله هرگاه زوجه قبل از دخـول، پیش از زوج بمیرد و زوج هم در همان مرض بمیرد و زوج از زوجه میراث مـی‌برد. زیرا آن حکمت در اینجـا نیست، بلکه خلاف آن هسـت. با وجود آنکه اصل حکم به بطلان عقد خلاف اصل است، پس باید اکتفا کرد به قدر متیقن که صورت موت زوج است قبل از زوجه.

لهذا بـاید بگوئیـم که دراینجـا هم مخوف بـودن مرض معتبر بـاشد. ولکـن اخبار مطلق‌اند، وقول صریح هم از علما در اینجا ندیده‌ام که متعرض مخوف بودن مرض شده باشند. پس در مسأله اشکال حاصل می‌شود از جهت اطلاق مرض در اخبار.[۱]

و از جهت آنکه اصل حکم خلاف قرآن و سنت است و به این جهت هم از کلام شهید در**دروس**ومحقق در **شرایع**، در اصل حکم نوعی تردد و توقف ظاهر می‌شود. هرچند در **نافع** و **لمعه** جزم کرده‌اند به حکم. و حق این اسـت که جای تردد در اصل حکم نیست. ولکن بعد از بنای بر آن، اشکال در شمول مطلق مرض هست، به جهت ملاحظهٔ حکمت.

پس حکم به بطلان ایـن عقد که از او سؤال شده موقوف است بـه اینکه مجموع ایام حصول رعاف و رفع آن، همه را مرض گویند و مخوف هم دانند (بنابر اعتبار آن)، یا اکتفا کنند به صدق مرض بنابر عدم اعتبار آن. و دور نیست ترجیح صحت آن عقد. خصوصاً در صورتی که قصد اضرار ورثه نداشته اسـت. به سبب عمومات و اطلاقات کتاب و سنت، و عدم تبادر این قسم مرض، خصوصاً در حال رفـع رعاف از اطلاقات (اخبار نکاح مریض) که اطلاق مریض بر آن مشکل است و همچنین حصول خوف هلاک.

و بر فرض عدم صدق مرض بر آن، منشأ الحاق به «مریض» نمی‌شود. چنانکه مشهور علما در مسـألهٔ «منجزات مریـض» حال طلق حامـل، و حال مرامات کثیـره در حرب در وقتی که دو قشـون در هم بریزند و از هر طـرف تیرباران باشد (و امثـال آن) را ملحق به مرض نکرده‌انـد. بلی هرگاه آزار دیگـر هم داشته باشـد مثل تب و لکن بـه سبب رعاف ازهاق روح او شده- هرچنـد عقد در حال رفـع رعاف باشـد- اظهر دخـول آن است در اخبار. و حکم به بطلان در اینصورت که گفتیم دور نیست. و اگر بنا را بر صحت بگذاریم، در باب مهر همان خلاف عظیم در میان می‌آید. مشهور این است که تمام مهر را مستحق می‌شود. و قول دیگـر تنصیف است. و از طرفین اخبار معتبـره هست. و احتمال تقیه در

۱- وسائل: ج۱۷ ابواب میراث‌الازواج باب ۱۸ ح ۱، ۲، ۳

اخبار مشهور، هست. و بنای عمل حقیر تا به حال بر مصالحه به نصف است.[۱]

۲۵۸: سؤال: هرگاه کسی چیزی را مهر زوجهٔ خود بکند که ملک مسلم به آن تعلق نمی‌گیرد، یا مطلق ملک به آن تعلق نمی‌گیرد (مثل انسان آزاد. یا آنکه آن مال غیر بوده و او صداق کرده بعد از آن مستحق غیر بر آید تمام آن یا بعض آن). چه باید کرد؟ و حق زوجه چه چیز است؟

جواب: اختلاف کرده‌اند علما در اینکه هرگاه مسلم مهر زوجه بکند چیزی را که مالک آن نمی‌شود (مثل خمرو خنزیر) یا ملک تعلق به آن نمی‌گیرد مثل آنکه شخص حرّی را مهر کند- بعد از آنکه اتفاق کرده‌اند بر اینکه آن مهر فاسد است- آیا[۲] عقد هم فاسد است یا نه؟-؟. مشهور و اقوی صحت است، به جهت عمومات ادلّه. و موید این آن است که اخلاء عقد از ذکر مهر مطلقا جایز است. و وجهی از برای بطلان تصور نمی‌شود الا اینکه در عقد تراضی ضرور است، و مفروض این است که تراضی واقع نشده الا به مهر فاسد، و به بطلان مهر تراضی بر آن منتفی می‌شود، پس مطلق تراضی منتفی می‌شود، پس عقد فاسد می‌شود.

و جواب آن این است که: بطلان مهر مستلزم انتفای مطلق تراضی نیست. و آنچه دلیل بر آن قائم شده لزوم تراضی است در حین عقد، نه در استمرار. و بسیار اوقات هست که بعد از تنبّه باز بر بقای عقد راضی‌اند. پس استلزام ممنوع است. و شهادت می‌دهد نیز حکم علما و اخبار بر اینکه «به فساد شرط، عقد فاسد نمی‌شود». و حال آنکه تراضی در عقد بر آن شرط موقوف بوده است. بلکه امر در اینجا و اضحتر است. پس معلوم شد که قول به بطلان عقد به فساد مهر، ضعیف است.

و بعد از این خلاف، اختلاف کرده‌اند که آیا بر زوج چه چیز لازم است از برای زوجه؟. و مشهور اقوال نیز در اینجا (مهرالمثل) است هرگاه دخول کرده باشد. خواه آن شیٔ قیمتی داشته باشد مثل خمر و خنزیر که فی‌الجمله قیمتی دارند، و خواه نداشته باشد مثل حرّ. و بعضی گفته‌اند: قیمت آن چیز را در نزد مستحلین آن، می‌دهد، و اگر مثل حرّ باشد که قیمتی ندارد، آن را عبد فرض می‌کنند و قیمت می‌کنند. و بعضی گفته‌اند که:

۱- رجوع کنید به مسأله ۲۳۹ از همین مجلد

۲- در نسخه: در اینکه...

در چیز قیمت‌دار قیمت را می‌دهد و در بی قیمت مثل حر رجوع به مهرالمثل می‌شود. **و دلیل قول اول این است که: مسمی باطل می‌شود، و به سبب دخول، مستحق مهرالمثل** می‌شود، بنابر قاعدهٔ اتلاف. و بعضی این را ملحق کرده‌اند به «مفوضة البضع»، به جهت آنکه مسمای باطل در حکم عدم است. و لازم این قول این است که با دخول مهرالمثل لازم باشد، و بدون دخول متعه یعنی زوج چیزی می‌بخشد به زوجه به اندازهٔ وسع خود. و این را در **شرح لمعه** نقل کرده است و معلوم نیست قائل آن کیست. و ظاهر کلام علاّمه این است که مطلقا رجوع به مهرالمثل می‌شود. یعنی هرچند دخول نشده باشد، به جهت آنکه از باب مفوضةالبضع نیست، چون مسمی، فی‌الجمله مذکور است، و هرگاه مسمی باطل شد رجوع می‌شود به بدل او که مهرالمثل است. و بدلیت ممنوع است در مهر، بلکه مهرالمثل بدل تفویت بضع است که به دخول حاصل می‌شود.

و دلیل رجوع به قیمت این است که مسمی طرف «عموم مالیّت» دارد، و طرف «تشخص و تعین» هم دارد. به بطلان ثانی، اول باطل نمی‌شود. پس ملاحظهٔ قیمت را باید کرد. و این مدفوع است به منع مالیت شرعاً و از اینجا دلیل و جواب قول به «تفصیل» هم معلوم می‌شود.

پس در صورتی که مهرالمثل و قیمت مسمی مختلف باشند در مقدار، اشکال بهم می‌رسد. اصل **برائت زوج**، مقتضی ترجیح اقلّهما است. و اشتغال ذمه به مهر مقتضی ترجیح اکثر. و اظهر اعتبار اقل است. و احوط اعتبار اکثر. و بهتر آن است که بنا را به صلح بگذارند.

اینها همه در وقتی است که بدانند آن مسمی خمر یا خنزیر یا حرّ است، و عقد بر آنها بکنند. و هرگاه عقد کنند بر خمرهٔ مسکرهٔ معینه به اعتقاد آنکه سرکه است، و کاشف **به عمل آید** که شراب بوده. یا بر عبدی، و کاشف به عمل آید که حر بوده. پس در آنجا ظاهراً خلافی در صحت عقد نیست. و اما در مهر، پس بعضی گفته‌اند مهرالمثل با دخول یا مطلقاً. و وجه آن همان است که مذکور شد. و بعضی گفته‌اند که مثل خمر از سرکه بدهد. و حاصل دلیل آن این است که: مسمی مرکب است از «کلی» و «تشخّص». یعنی قصد کرده‌اند که مهر این سرکهٔ خاص باشد و هرگاه تعین باطل شد به سبب ظهور خمر بودن، پس کلی سرکه که مقصود بود آن باقی است در ضمن شخص دیگر باید ادا کرد.

و این هم باطل است. به جهت اینکه «جنس بدون فصل بقا ندارد» تا ضم شود به او فصل دیگر، ودلیلی دیگر گفته‌اند که «این اقرب است به مقصود از مهرالمثل و قیمت». و این هم مدفوع است به اینکه قصد بر آن واقع نشده و دلیلی نیست بر اینکه مثل شیْ قائم مقام آن شیْ بشود. و بعضی گفته‌اند که قیمت آن را نزد مستحلین خمر، می‌دهد. به جهت آنکه اقرب به آن شیْ است، و به جهت آنکه آن شیْ طرف مالیتی دارد و طرف تعین و تشخص، وهرگاه طرف تعین و تشخص او باطل شد طرف مالیت آن را اعتبار می‌کنند، چون انتفاع از مالیّت آن متعذر است شرعاً، پس رجوع به قیمت می‌شود. و این هم مدفوع است به اینکه تراضی بر خمر واقع نشده و مقصود هم نبوده. پس چگونه منتقل به قیمت آن می‌شود.

و این اقوال در مثلی خوب است، اما در قیمی مثل عبد که کاشف به عمل آید که حر بوده، پس در آنجا قول به مثل ساقط می‌شود. و رجوع به قیمت می‌شود به معنی اینکه او را فرض می‌کنند عبدی به همین صفت و قیمت آن را می‌گیرند. بخلاف قول به قیمت در مثل خمر، که در اینجا خمر را قیمت می‌کردند.

و اماهرگاه 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 اینکه بدانند که مال غیر است و صداق کنند، پس حکم آنهم مثل خمر و خنزیر و حر است در فساد مهر. و اظهر در آن رجوع به مهرالمثل است، چنانکه گفتیم. و قول دیگر ضعیف است. و تصریح به حکم این الحال در نظرم نیست در کلام فقها، و آنچه در نظر است همان حکم خمر و خنزیر و حر است. و اما صورت ثانیه یعنی آنکه به اعتقاد مالکیت زوج، صداق شده باشد و بعد معلوم شود که مال غیر است- و مفروض سؤال در مسأله هم همین است- پس هرچند ظاهر عبارت محقق در **شرایع** تسویهٔ حکم او است با خمر و خنزیر و حر، ولکن تحقیق این است که فرق دارد.

و چون اسباب فساد مهر که یکی از آن[ها] عدم ملکیت نوع است، و عدم ملکیت بر سه قسم است: **یکی** آنکه نه مال است به حسب اسم، و نه به حسب اشاره، مثل صورت اول. و یکی آنکه مال است به حسب اسم، نه اشاره، مثل صورت ثانیه. و **سوم** آنکه مال است به حسب اسم و اشاره هر دو، ولکن مال غیر است مثل ما نحن فیه، و در اینجا دو قول ذکر کرده‌اند: یکی قول به مهرالمثل. و دوم به قیمت اگر قیمی باشد، و به مثل اگر

مثلی باشد. و ظاهر علامه در **قواعد** ترجیح دوم است و مهرالمثل را احتمال قرار داده، بخلاف خمر و خنزیر و حرّ که در آنجا ترجیح مهرالمثل داده.

و در **تحریر** گفته «اذا اصدقها عبداً فبان مستحقاً للغیر کان لها قیمتها، و لوبان حراً قال الشیخ الاقوی قیمته لوکان عبداً، ولو قیل بمهرالمثل کان وجهاً». و فخرالمحققین مبنای این دو قول را بر این گذاشته که آیا مهر «عوض» است؟ یا «نحله و عطیه» است؟ پس بنابر اینکه عوض باشد مهرالمثل لازم می‌شود. به جهت آنکه هرگاه احد عوضین فاسد شد صاحب آن عوض دیگر رجوع به عوض خود می‌کند، و چون بالفرض ممتنع است به جهت آنکه نکاح فاسد نمی‌شود، پس قیمت آن عوض خود را که بضع است می‌گیرد و قیمت آن مهرالمثل است. و بنابر آنکه عطیه باشد و عوض نباشد ذکر مهر نه از برای تعیین عطیه خواهد بود و نه از برای بیان معاوضه. پس هرگاه تشخیص و تعیین آن باطل شد به سبب اینکه ملک غیر است، پس باید رجوع [کرد] به مثل آن اگر مثلی باشد، یا به قیمت آن اگر قیمی باشد. و فخرالمحققین میل به عطیه بودن کرده.

و اظهر 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 مهرالمثل است. و از اینجا حکم آنکه مال غیر را مهر کرده باشد با علم به آن، هم ظاهر می‌شود که اقوی مهرالمثل است. چنانکه گذشت. و هم از اینجا ظاهر می‌شود حکم آنکه صداق مرکب باشد. مثل آنکه صداق کند یک حر و یک عبد را، یا ده من خمر و ده من خل، یا دو غلام را واحد هما ظاهر شود که حر بوده، یا احدهما مال غیر بوده. و آنچه از عبارات ایشان در این باب [ظاهر می‌شود] دو نظر است: علامه در **قواعد** گفته «ولو تزوجها علی عبدین فبان احدهما حراً لم ینحصر الصداق فی الاخر بل یجب بقدر حصة‌الحر المثل او قیمته لوکان عبداً». و در **تحریر** گفته «ولو تزوجها علی عبدین فبان احدهما حراً فسد فیه و وجبت قیمته لوکان عبداً و صح فی‌الاخر. و هل لها المطالبة بقیمتهما و دفع‌الاخر؟ اشکال.».

پس هرگاه کسی ملکی را مهر زوجهٔ خود بکند و نصف آن مستحق غیر برآید، بنابر اقوی و اظهر زوجه مستحق نصف ملک است و نصف مهرالمثل. و محتمل است که تواند مهرالمثل بگیرد و از آن ملک دست بردارد. به جهت آنکه تراضی در عقد بر مجموع بوده و الحال آن متعذر است. پس رجوع می‌کند به مهرالمثل.

۲۵۹: سؤال: شخصی صداقی به جهت زوجهٔ خود قرار داده و بعض آن را معجل و

بعضی را مـؤجل. و قبل از دخول معجـل را کارسازی کنـد و به دخول راضی شـود. آیا مؤجل ساقط می‌شود یا نه؟

جواب: سقوط مـؤجل در اینصـورت راهی نـدارد. و علما در اینجـا دو مسألـه ذکر کرده‌اند: **یکی** این است کـه هرگاه کسی دخـول کند به زوجه و هنـوز هیچ از مهر او را نداده باشد، یا بعضی را داده باشد و دخول کند، آیا مهر یا تتمهٔ مهر ساقط می‌شود یا نه. و مشهور علمـا این است که سـاقط نمی‌شود، بـه جهت عموم قرآن و اخبـار و خصوص احادیث معتبره و استصحاب و غیـر آن. بلی شیخ نقل قولی کرده به سقـوط مهر یا تتمهٔ مهر، و بعضی آن را از ابوالصلاح نیز نقل کرده‌اند و کلام او ظهوری در این ندارد. و دلیل این قول اخباری چند است که دلالت بر آن دارد.[1]

و آن اخبار (با وجـودی که معارض‌اند به اقـوی از خود به مراتب شتّـی) از برای آنها تأویل ظاهری هست که در کتاب نکاح **مناهج** بیان کرده‌ام. و از جملهٔ آن احادیث خبری است که دلالـت دارد بر اینکه «هرگـاه کسی دخول کرد بـه زوجه، مهر عاجـل او ساقط می‌شود»[2] و این حـدیث بـا وجودی کـه دلالت دارد بـر عدم سقـوط آجل و ایـن خلاف مطلوب مستدل است، تاویـل آن این است که از اخبار بسیار ظاهر مـی‌شود که در صدر اول مهر رادو حصه‌می‌کردند بعضی را عاجل مـی‌کردند و بعضی را آجل. و گویاعاجل 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، قـول قول زوج است بنابر آن ظاهـری که در آن عرف و عادت قدیم بوده.

و اما در امثال زمـان ما که چنین عـرف و عادتی نیست، پـس این تأویل هـم جاری نیست و بعضی این خبر را بر تقیه حمل کرده‌اند.

و مسألهٔ دوم مفوضةالبضع است. یعنی زنی که در حین عقد مهری از برای او تعیین نشده، که هـرگاه زوج به او چیزی بدهـد. قبل از دخول، همان مهر او اسـت، مگر اینکه شرط کند که مهر غیر این است و این مهـر نیست، یا این بعض مهر است و بعض د یگر را

۱- وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۸ ح۴، ۵، ۶، ۸، ۱۳، ۱۴.
۲- همان باب: ح۴، ۵، ۶.

می‌دهم. 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 اظهر آن روایات **صحیحهٔ** 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 اینکه 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 کرده‌اند. و وجه در نزد من تفصیل است که اگر زوجه راضی شده که چیزی که گرفته است در عوض مهر او باشد، دیگر مطالبه نمی‌تواند کرد. والا می‌تواند مطالبه کرد». بعد از آن توجیه کرده این حدیث و امثال آن را به اینکه «در زمان اول عادت چنین بوده که زوج دخول نمی‌کرده است تا مهر را نمی‌داده پس شاید منشأ حکم، عادت زمان بوده. اما عادت زمان ما خلاف آن است. پس اگر الحال هم در بعضی بلاد عادت چنین باشد باز حکم چنین خواهد بود». تا اینجا کلام علامه است.

و از کلام مفید(ره) هم این سخن مستفاد می‌شود. و از ابن حمزه نقل کرده است در **مختلف** که «هرگاه زوج قبل از دخول چیزی از برای زوجه بفرستد، پس اگر زوجه ردّ کند یا قبول نکند که از مهر او باشد، بر او مهرالمثل لازم است. و هرگاه رد نکند و بعد نزاع کنند و زوجه بگوید که آن هدیه بود، و زوج بگوید که آن مهر بوده. قول، قول زوج است با یمین. پس اگر قسم خورد، دعوی زوجه ساقط می‌شود. و اگر نکول کرد باید مهر را بدهد». و تو می‌دانی که اثبات این حکم مشهور (با وجود آنکه خلاف اصل و خلاف مقتضای عمومات است که [مقتضای شان] لزوم مهرالمثل است به مجرد امثال این اخبار که دلالت واضحی ندارند، به غایت مشکل است. لکن شهرت عظیمه و اجماعین منقولین با وجود این «مخالفات با ظواهر ادلّه»، مرجح است. والله اعلم بحقائق احکامه.

۲۶۰: سؤال: شخصی شصت ساله متعهٔ نود سال می‌کند. جایز است یا نه؟

۱- وسائل: ج ۱۵ ابواب المهور، باب ۸ح۱۳.
۲- تهذیب، ج ۲ص۲۱۵.
۳- کافی (فروع) ج ۲ص ۲۳.

جواب: بلی جایـز است. حد معینی در متعه در جـانب قلت و کثرت در شـرع ثابت نشده. اما در جانب قلت، پس مشهور آن است کـه هرچند به مقدار یک جماع کردن هم نباشد [صحیح است]. و تحدید ابن حمزه بـه مابین طلوع شمس تا نصف‌النهار، ضعیف است. و اما در جانب کثرت: پس خلافی در مسأله نـدیدم. و شاید اجماعی باشد چنانکه بعضی گفته‌اند که ظاهر این است که اجمـاعی است. و به مقتضای عمومات هم صحیح است و مـانعی از برای آن نیست، بـه غیر احتمال مـرگ قبل از تمام شدن. و ایـن مضر نیست با وجود تراضی طرفین. والله العالم.

کتاب النکاح

(من‌المجلد الثانی)

۲۶۱: سؤال: هرگاه زوجهٔ زید برادر خود عمرو را شیر بدهد، بر زید حرام می‌شود یا نه؟-؟. بعضی شبهه می‌کنند که حرام می‌شود از دو جهت: اول اینکه عمرو فرزند رضاعی زید می‌شود و زید پدر رضاعی او می‌شود. و این زوجه که مرضعهٔ 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 مایحرم من النسب».[۱] و دوم اینکه مرتضع ولد رضاعی زوج است. و خواهر ولد در نسب حرام است پس باید در رضاع هم حرام باشد.

جواب: اظهر و اقوی عدم حرمت است. به جهت عدم دلیل بر حرمت و با وجود اینکه حقیر «منزله» را اعتبار نمی‌کنم، این مسأله داخل عموم منزله هم نیست. و این دو شبههٔ مذکوره ضعیف است، خصوصاً شبههٔ اول که مطلقاً مناسبتی به مسائل رضاع ندارد. اولا اینکه 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 هرگاه فرض می‌کردیم که زوجهٔ زید که مرضعهٔ عمرو است دختر پدر نسبی عمرو نبود و زن بیگانه بود، مطلقاً بر پدر عمرو حرام نبود. بلکه واضح است که مادر رضاعی فرزند به جای زوجهٔ این کس می‌شود

۱- وسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالرضاع، باب ۱ ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶، ۷ و...

و زوجه حلیلهٔ زوج است نه از محارم زوج. پس مرضعهٔ فرزند از حیثیت اینکه مرضعهٔ فرزند است حرام نیست بر پدر نسبی تا آنکه حرام شود بر پدر رضاعی نیز. و دیگر آنکه: مراد از «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب» این است که هراسمی از اسمای نسب که به سبب نسب [به] هم می‌رسد هرگاه 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 اینکه زوجهٔ او به سبب رضاع به منزلهٔ دختر او بشود) حاشا و کلا. پس کلام معصوم را باید دید که فرموده است «یحرم من الرضاع ما یحرم من النسب»، و نفرموده است که «یحرم فی سلسلة المراضع و الفحول ما یحرم فی سلسلة الانساب».

و دیگر اینکه: قاعدهٔ رضاع و نسب امور کلیه است، و جزئیات حقیقیه بنفسها مورد آن نمی‌شود.

و اما شبههٔ دوم: پس هرچند در ظاهر وجیه می‌نماید ولکن آن نیز از صواب دور است. به جهت آنکه دلیلی نیست بر اینکه خواهر فرزند حرام است. بلکه آنچه ثابت است حرمت چیزی است که یکی از عنوانات سبعه بر او صادق باشد. و شکی نیست که خواهر فرزند داخل هیچیک نیست. بلکه بنت یا ربیبه در نسب حرام است. و حرمت خواهر فرزند به یکی از این دو عنوان است.[1] نه از جهت خواهر فرزند بودن. هرچند غالباً این مفهوم خارج از دو مصداق [مذکور] نباشد. و در اینجا زوجهٔ زید نه دختر زید می‌شود به سبب رضاع و نه ربیبهٔ او. با وجود اینکه حرمت ربیبه از راه مصاهره است نه نسب.

و همچنین: مادر فرزند که بر آدمی در نسب حرام است، در رضاع حرام نیست. به جهت آنکه حرمت آن در نسب از این جهت نیست که مادر فرزند فرزند است، بلکه به اعتبار این است که یا دختر اوست یا زن پسر او. و اینها در رضاع حرام نیستند. با وجود اینکه حرمت زن پسر از راه مصاهره است، نه نسب. پس معیار صدق عنوانات سبعه 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...

و علامه(ره) و زمخشری اینها را استثناء کرده‌اند از قاعدهٔ «یحرم من الرضاع مایحرم من النسب». و آن غفلت است. به جهت اینکه داخل نبودند تا خارج شوند. و فهمیدن این قاعده که «حکم تابع عنوانات است، نه مطلق مصادیق توافقیه اتفاقیه» از برای فقیه از جملهٔ مهمات است. و این حقیر فروع بسیاری از برای آن در فقه پیدا کرده‌ام که به سبب این احکام متفاوت می‌شود. و محتاج است به تأمل تام.

۲۶۲: سؤال: هرگاه شوهر هند به سفر مکه رفته و در معاودت در منزل بحرین مشرف بر موت باقی مانده. و بعد با اخبار محفوف به قراین از برای هند علم حاصل شده به فوت زوج، و در نزد حاکم به ثبوت نرسیده. آیا می‌تواند شوهر کند یا نه؟-؟ و کسی مانع او می‌تواند شد یا نه؟-؟. و از برای کسی که علم به جهت او حاصل نشده اکتفا به حصول علم از برای هند می‌تواند کرد که او را بگیرد یا نه؟-؟ و همچنین جایز است کسی که علم برای او حاصل نشده که وکیل بشود از جانب هند در اجرای صیغه یا نه؟-؟.

جواب: هند بینها و بین‌الله در صورت مزبوره می‌تواند شوهر بکند. و کسی مانع او نمی‌تواند شد. مگر علم قطعی به کذب او حاصل شود. و هرگاه هند ادعا کند که «بلامانعم»، کسی که به هیچوجه 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 هرگاه تصریح کند به اینکه «شوهر داشتم و علم دارم که فوت شده» هرگاه آن کسی که می‌خواهد او را بگیرد هم علم دارد، بی اشکال است، و همچنین کسی که وکیل می‌شود در اجرای صیغه. و اگر علمی از برای این کس (که می‌خواهد او را بگیرد) به فوت زوج حاصل نباشد هم اظهر این است که می‌تواند اعتماد کند بر دعوی هند علم به فوت زوج را، و او را بگیرد.

و همچنین اظهر جواز وکیل شدن کسی است که علم ندارد، در اجرای صیغه. خصوصاً هرگاه این زوجه یا این وکیل از برای آنها ظن به فوت، از قراین حاصل باشد. و خصوصاً هرگاه هند مأمونه باشد. و بهتر این است که به کسی شوهر کند که مطلع از حقیقت حال نباشد و به «ادعای خلوّ از مانع» و کسی را وکیل کند در اجرای صیغه که مطلع نباشد بر حال، به ادعای خلوّ از مانع والله العالم.

۲۶۳: سؤال: هرگاه کسی زن خود را طلاق بدهد، و آن زن ادعا کند که من حمل

دارم از زوج خود. و بعد از گذشتن اقصای حمل از حین طلاق فرزندی از او متولد شود. آیا این فرزند ملحق به زوج می‌شود یا نه؟-؟.

جواب: ظاهراً اشکالی نیست در حکم به لحوق. و عبارت بسیاری از فقها تصریح به این دارد. مثل عبارت **وسیلهٔ ابن حمزه و شرایع و قواعد و تحریر و ارشاد**. و شهید ثانی در **مسالک** اشکال کرده بر محقق که گفته است «ولو طلقها فاعتدت ثم جائت بولد مابین الفراق واقصی مدة الحمل، لحق به، اذا لم توطأ بعقد ولاشبهة» که چرا گفته «ما بین الفراق واقصی مدةالحمل» بلکه بایست بگوید «مابین الوطی...» به جهت آنکه معتبر زمان وطی است نه طلاق. چون باید طلاق در «طهر غیر مواقعه» باشد. و گاه است که زمان طویلی مابین وطی و طلاق فاصله شده باشد و لازم می‌آید که از اقصی حمل تجاوز کند و آن باطل است جزماً.

وارد نیست بر محقق. به جهت آنکه مراد ایشان حکم در ظاهر شرع است. چون ممکن است که وطی کرده باشد در زمان متصل به طلاق از باب شبهه. و معتده در حکم «فراش» است و ولد ملحق به فراش می‌شود. بلی اگر معلوم باشد که در طهر بعد حیض وقاع به عمل نیامده است و اقصی حمل از حین طلاق بگذرد، در اینصورت ولد ملحق به او نمی‌شود.

۲۶۴: سؤال: در صورت فقد پدر و اجداد پدری حضانت طفل مختص مادر است بدون خلاف. هرگاه بعض اقارب یا اجانب بگویند که ما حضانت طفل می‌کنیم و انفاق طفل را از مال خود می‌کنیم. و مادر بگوید که حضانت طفل را خودم می‌کنم و نفقهٔ 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 نفقهٔ او از مال خود او است. و ملاحظهٔ مصلحت طفل منشأ سقوط حق مادر نمی‌شود. و اینکه در مسأله رضاع گفته‌اند که «هرگاه متبرعی باشد که شیر بدهد بدون اجرت، یا کسی باشد که اجرت می‌گیرد ولکن مادر اجرت بیش از او می‌خواهد که شیر بدهد در اینصورت پدر می‌تواند طفل را بگیرد و به غیر بدهد که شیر بدهد» مستلزم این نیست که غیر پدر از اقارب یا اجانب توانند حق حضانت مادر را ساقط کرد. زیرا که اولویت در رضاع حق جدائی است و اولویت حضانت حق جدائی.

با وجود آنکه در مسأله رضاع [هم] معلوم نیست که حق حضانت ساقط شود. و منافاتی نیست مابین اینکه 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 می‌شود. به جهت لزوم عسر و حرج. و در اینجا تعارض حقین شده و حسب‌المقدور باید جمع کرد بینهما. چون بر پدر لازم است نفقهٔ رضاع و او مختار است در افراد نفقهٔ لایقه، و حق حضانت بالفرض با مادر است و اجرت زیاد دادن رضاع، منشأ ضرر و عسر است خصوصاً با التزام ابقای حق حضانت مادر. و اما اجرت کمتر گرفتن مادر منشأ ضرر و عسری نیست، پس در صورت عدم رضای مادر به تبرع در رضاع یا به مساوات، حق منفق را مقدم می‌دارند. بلکه می‌توانیم بگوئیم: در مسأله رضاع که هرگاه پدر مرده باشد و طفل مال داشته باشد اجرت رضاع متعلق به مال طفل است در اینجا، و هرگاه احدی از اقارب یا اجانب تبرعاً طفل را شیر بدهد یا به کمتر از آن اجرتی که مادر می‌طلبد، می‌توان مقدم داشت متبرع را مادامی که منافات با حق حضانت نداشته باشد.

والحاصل: اینکه رضاع در معنی انفاق است، و انفاق با وجود پدر و عدم تمول فرزند با پدر است، و با فقد پدر در مال طفل است، و در افراد انفاق لایقه به منفق علیه اختیار با منفق است، و آنچه صلاح او باشد ملحوظ می‌دارند. بیش از این نیست که در صورتی که مادر مساوی باشد در مرتبهٔ 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 منفق ندارد، بخلاف حق حضانت که آن در اصل با مادر است. و با فقد پدر کسی را در آن دخلی نیست، و تضرر طفل در انفاق منشأ اسقاط آن نمی‌شود.

۲۶۵: **سؤال**: هرگاه زوجه مریضه باشد و محتاج به دوا، و زوج او تعلل کند در معالجه و قیمت دوا دادن. آیا می‌توان جبراً 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 اینکه هوا سرد باشد و از برای غسل محتاج به حمام باشد. چنانکه علامه در **قواعد** و **تحریر** تصریح به آنها کرده.

۲۶۶: **سؤال**: هرگاه زید خطبه کند دختر عمرو را، و عمرو با او چنین قرار دهد که

زید اجیر او بشود به مبلغ سه تومان در مـدت سی سال، و بعد از آن عقد واقع بشود. این عقد صحیح است؟ و شرط لازم است یا نه؟

جواب: هرگاه این گفتگو مابین زید وعمرو 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 هرگاه در مابین ایجاب و قبول شرط بشود، پس در خصوص لزوم این شرط خاص اشکال هست از دو جهت: **اول اینکه**: آیا جایز اسـت اجیر شدن زوج از برای پدر زوجه در عوض مهر چنانکه موسـی از برای شعیب شد ، یا نه ؟ و مشهور علما این است که در شرع ما جایز نیست، بلکه دعوی اجماع بر آن شده است. ولکن قدری که مسلم است که مراد ایشان باشد در این فتوی- و ظاهر **روایت** سکونی[1] هم- این است که پدر، خودش او را اجیـر کند در ازاء مهر. نه اینکه زوجـه خود راضی باشد بـه این معنی. مثل اینکه زوجه صغیره باشد و پدر او را عقد کند در عوض این اجاره.

و اما در صورتی که زوجـه خودش راضی شود که مهر او این نفع باشـد هرچند عاید پدر او می‌شود نه او، خصوصاً هرگاه این جزء مهر باشد و چیز دیگری هم در مهر او باشد، پس در بطلان آن اشکال است، و روایت دلالـت بر آن ندارد. و همچنین اجماع منقول. و فتاوی هم بیش از آن [افاده] نمی‌کند.

و دوم اینکه: حدیث صحیحـی هم وارد شده است به این مضمون کـه «هرگاه مردی زنی بگیرد و مهـر او را بیست هزار کند، و از برای پـدر او هم ده هزار قرار بـدهد، مهر جایـز است و آنچه از بـرای پدر او قرار داده فـاسد است».[2] و فقهـا هم بر طبـق آن فتوی داده‌اند بـه این مضمون که «هـرگاه نام ببـرد در عقد از برای زوجه چیـزی را و از برای پدرش چیزی را، لازم است آنچه که برای زن نام برده است، و ساقط است آنچه که برای پدر او نام برده». و ظاهـراً خلافی هم ندارد. و گمان حقیر این اسـت که مراد از حدیث و فتوای فقها این باشد که هرگاه مجموع در برابر بضع زوجه باشد یعنی دو عوض را عوض بضع زوجه قرار داده به این نحو که بعـض از آن از برای او باشد و بعض از برای پدر او. نه اینکه همه را از برای زوجه قرار داده باشـد و زوجه بعض آن را شرط کند در ضمن العقد که از برای پدر او باشد. چنانکه بعض ایشـان تصریح کرده‌اند که مراد همان اول است. و

۱- وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۲۲ح ۲.
۲- وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۹ح ۱.

ظاهر روایت هم همان است.

و فرق این است کـه در صورت اول آنچه را از برای پدر قرار داده داخـل مهر نیست، پس آن را در مقابل بضـع قرار دادن صحیح نیست. به جهت آنکه آنچـه را در برابر بضع قرار بدهند مهر است و مهر مستحقی نـدارد به غیر زوجه. پس آن را برای پدر قرار دادن وجهی و دلیلی ندارد. و در صورت ثانیه شرط داخـل مهر می‌شود و مجموع مهر است. و مانعی نیست از اینکه زوجه بعضی از مهر خود را شرط کند از برای پدرش. به جهت آنکه گاه است نفع آن باز عـاید زوجه می‌شود، مثل اینکه پدرش به ایـن سبب غنی می‌شود و نفقهٔ او از گردن او سـاقط می‌شود. نظیـر اینکه زنی شوهـر کند و طفلی داشته بـاشد و علاوه بر مهر شرط کند به شوهر که در چند سال نفقهٔ 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، ولکن فتوای علما مطلق است و تقییدی در آن ندیده‌ام به غیر اشکالی که در **مسالک 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 می‌خواسـت. پس از اینجا ظاهر می‌شود که مجمـوع داخل مهر می‌شود و رضا در عقد بدون آن نشده اسـت. پس چگونه حکم می‌شود به صحـت مهر و تعیّن آنچه برای زوجه نام بـرده، بلکه یا باید عوض آنچـه برای پدر نام برده را هم بگیـرد و یا مهر از اصل فاسد شود و رجوع به مهرالمثل شود.

و نظر به آنچـه حقیر روایت را حمل بر آن کـردم، اشکال مندفع مـی‌شود. و آنچه را حقیر در اینجا اختیار کردم نظیر آن مسأله می‌شود که مهر زن را مثلاً سی اشرفی بکند و شرط کنـد که ده اشرفی از جملـهٔ سی اشرفـی را به پدر او بدهند. که در اینجا هـرچند مشهور باز عدم صحت شرط است ولکن ابن جنیـد و جمعی از متأخرین قائل به جواز آن شده‌اند. و این اقرب اسـت، به جهت آنکه شرطی است که زوجـه در مال خود می‌کند و «النّاس مسلّطون علی اموالهم».

۲۶۷: سؤال: هرگاه زوج قبل از دخول به زوجه فوت شود، زوجه مستحق تمام مهر است؟ یا نصف؟. و هرگاه زوجه قبل از دخول فـوت شود. آیا مستحق تمام مهر است؟ یا نصف؟.

جواب: هرچند مشهور میان علما این است که مهر تمام می‌رسد در صورت اولی- و

ظاهر آیه[۱] و استصحاب مقتضی آن است. و اخبار معتبرهٔ **صحیحه و غیر صحیحه هم** دلالت بر آن دارد.[۲] و بعضی از آنها مصرح است به اینکه احادیثی که به تنصیف وارد شده از سهو روات است، و امام فرموده است که ما تنصیف را در طلاق گفته‌ایم و آنها در موت گفته‌اند[۳] - ولکن 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 همچنین صدوق در **من لایحضره الفقیه**. و صاحب **کفایه** این قول را نسبت به اشهر بین قدمای اصحاب داده. و از جمعی از متأخرین قول به آن نقل شده. و شیخ حرّ(ره) در **وسائل** آن اخبار اولی را حمل بر تقیه کرده. و همچنین صاحب کفایه و غیر او، چون مذهب اکثر عامه است.

پس مرجح قول اول، اصل، و موافقت ظاهر کتاب و شهرت بین‌الاصحاب و اجماع منقول است چنانکه سیّد در **مسائل ناصریه** نقل کرده. و مرجح ثانی مخالفت عامه و کثرت اخبار و صراحت و وضوح دلالت آنها و ارجحیت تأویل در اخبار اولی [است]. و مسأله خالی از اشکال نیست. و احوط بنابر مصالحه است بر تنصیف. و اگر ممکن نشود شاید عمل به قول مشهور اولی باشد.

و اما مسألهٔ 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 شده‌اند، 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: هرگاه زید جاریهٔ عمرو را عقد نماید، و بعد از آن بخرد آن جاریه را، فرموده‌اند که آن جاریه به سبب عقد بر او حلال شده، نمی‌شود که به سبب خریدن حلال شود. وجه این چه چیز است؟.

جواب: نمی‌دانم این سخن را کی گفته است و در کجا است؟.؟ و این سخن اصلی ندارد. بلی ملک احد زوجین دیگری را منشأ بطلان عقد می‌شود بلاخلاف. و اما مالکیت

۱- آیهٔ ۴ سورهٔ نساء؛ وآتوا النساء صدقاتهن..

۲- وسائل: ابواب المهور (ج۱۵) باب ۵۸.

۳- ح ۲۴، همان باب.

۴- همان مرجع، همان باب.

زوج کافی است در حلال بودن وطی زوجه به سبب ملکیت، گوبه سبب عقد نباشد. بلی در صورت عکس که زوجه زوج را بخرد، دیگر وطی حلال نیست. به سبب آنکه عقد باطل می‌شود و غلام زن بر زن حلال نیست به سبب ملک. و شاید به گوش سائل خورده است آن مسأله که هرگاه دو شریک در یک کنیز، عقد کنند کنیز را از برای شخصی و بعد از آن آن شخص حصهٔ یکی از شریک‌ها را بخرد. در آنجا مشهور عدم بقای حلّیت است به جهت بطلان عقد. و به سبب مالک شدن نصف، حلال نمی‌شود و طی. و بعضی گفته‌اند امضای آن شریک دیگر عقد را کافی است. و آن ضعیف است.

و این مسأله مبتنی است بر عدم جواز تبعّض سبب، بلکه باید حلیّت فرج یا به زوجیّت باشد یا به ملک یمین. و مرکب از هر دو، غیر هر یک از آنها است. و آیه و اخبار دلالت بر آن دارد. و همچنین خلاف کرده‌اند که اگر آن شریک دیگر «تحلیل» کند و طی او را، مشهور باز حرمت است. و ابن ادریس قائل به جواز است. و قول او قوّت دارد، نظر به حدیث **صحیح**.[1] و قول اکثر احوط است. و همچنین هرگاه کنیزی بعض او آزاد باشد وکسی آن بعض دیگر را بخرد، که به عقد حلال نمی‌شود، و به سبب ملک بعض هم وطی جایز نیست.

بلی خلاف کرده‌اند در صورتی که کنیز به آقای خود مهایات کند. یعنی یک روز را از برای خود قرار دهد و یک روز را برای مولی. خلاف کرده‌اند که در روز نوبهٔ خود می‌توان متعهٔ آقا بشود یا نه.

مشهور عدم جواز است. و بعضی قائل به جواز شده‌اند، نظر به خبر **صحیحی** که دلالت بر آن دارد[2]. و محقق در **نافع** متردد است نظر به ملاحظهٔ آن حدیث صحیح و نظر به اینکه «تبعّض سبب» لازم می‌آید و اینکه منافع بضع قابل مهایات نیست، وگرنه لازم می‌آید که تواند در روز نوبهٔ خود متعهٔ دیگری هم بشود و آن باطل است بالاتفاق. چنانکه در **مسالک** 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 ما نحن فیه نمی‌شود.

۲۶۹: **سؤال**: هند را عقد کردند از برای زید به رضا و اذن طرفین. و بعد از چند روز

۱ و ۲ - وسائل: ج ۱۴، ابواب نکاح العبید والاماء، باب ۴۱ ح ۱.

عمرو ادعا می‌کند که هند خالد را وکیل کرده بود که او را از برای من عقد کند. و خالد هم او را پیش از عقد زید برای من عقد کرد. و هند هم اعتراف کرد که چنین بوده است، آیا عقد کدام صحیح است و کدام باطل؟

جواب: عقد زید صحیح است و هند زوجهٔ او است. و تا عمرو به بیّنهٔ عادله ثابت نکند سبقت عقد خود را بر وجه صحیح، سخن او مسموع نیست. بلی اگر عمرو ادعا کند بر زید که «تو علم داری بر سبقت عقد من»، تسلط «قسم نفی‌العلم» بر او دارد. و اما حکایت اعتراف هند به سبقت عقد عمرو. پس آن ضرری به زید ندارد و منشأ بطلان [عقد] او نمی‌شود. چون اقراری است بر غیر. و آن مسموع نیست، و اشکالی در این نیست.

بلی اشکال در این است که آیا دعوی عمرو در اینصورت مطلقاً مسموع نیست نسبت به زوجه؟ یا مسموع هست ولکن ضرر به زید ندارد؟. ظاهر کلام محقق در **شرایع** و علاّمه در **ارشاد** این است که مطلقاً مسموع نیست، به جهت آنکه دعوی را در وقتی حاکم گوش می‌دهد و متوجه مرافعه می‌شود که فایده بر آن مترتب شود. و بر این دعوی هیچ فایده مترتب نمی‌شود. به جهت آنکه اگر زوجه اقرار کند بر زوجیت او، نفعی به مدعی نمی‌رسد. چون اقرار بر غیر است و مسموع نیست. و اگر انکار کند و قسم متوجه او شود و قسم را رد کند به مدعی و مدعی هم قسم بخورد، باز نفعی به مدعی نمی‌رسد. به جهت آنکه قسم مردوده- خواه به منزلهٔ اقرار منکر باشد و خواه به منزلهٔ بیّنهٔ مدعی- اثبات امری بر زید نمی‌کند، و خللی به نکاح او نمی‌رسد. پس نفعی نخواهد داشت برای مدعی.

و از جمعی[از] اصحاب نقل کرده‌اند قول به سماع دعوی را. به جهت آنکه فایده بر آن مترتب می‌شود. و آن فایده این است که هرگاه زوجه اقرار کند به عقد اولی، لازم می‌شود بر او که مهرالمثل را به مدعی بدهد. چون به اقرار خود تفویت بضع از او کرده، و حایل شده به سبب شوهر کردن مابین مدعی و بضع. و عوض بضع مهرالمثل است. همچنانکه هرگاه کسی مالی را بفروشد به ادعای اینکه از خود او است و بعد از بیع اقرار کند که مال غیر است که در آنجا باید غرامت آن مال را بکشد از برای آن غیر.

و این مبتنی بر آن است که «منافع بضع مضمونه می‌شود به تفویت»، نظر به اینکه بضع متقوم می‌شود مثل مال. و اما بنابر اینکه «ضمانی در تفویت منافع بضع نباشد، چون بضع مال نیست بلکه حق است و منافع حق مضمونه نیست چون داخل تحت‌الید

نمی‌شود»، پس باز نزاع بی‌ثمر می‌ماند. و بر هر دو طرف شواهد از مسائل شرعیه هست. اما از طرف ضمان: پس مثل ضمان مرضعه مهرالمثل معقوده را که به سبب ارضاع او بر شوهرش حرام شود. و اما از طرف عدم ضمان: پس مثل عدم وجوب مهر از برای زانیه و شوهر او، و ثبوت مهر از برای [خود] مدخوله به شبهه دون زوج او.

و شهید ثانی(ره) ترجیح سماع دعوی را داده، و ثبوت غرامت. نظر به عموم «الیمین علی من انکر» و به اینکه این معنی زاجری باشد از امثال این امور که دیگر زنان چنین کاری نکنند. و این خالی از قوّت نیست.

و بدان که: آنچه مذکور شد کلام در این بود که «کسی بر زوجهٔ معقودهٔ غیر، دعوی کند که من سابق بر این او را عقد کرده‌ام». و اما اگر زن بی شوهری باشد و کسی دعوی کند که معقودهٔ من است، پس در آنجا دعوی مسموع است بدون اشکال. و با عدم بیّنه قسم متوجه زوجه می‌شود با انکار او. و حکم به زوجیت و لزوم عقد می‌شود با اقرار او یا با انکار وردّ قسم بر زوج، با قسم خوردن زوج. و هرگاه قسم خورد زوجه، دعوی زوج ساقط می‌شود.

و هرگاه هنوز دعوی طی نشده همین زن شوهر کند به شخص دیگری غیر از مدعی، آیا عقد او صحیح است یا نه؟ و دعوی مدعی در این حال مسموع است یا نه؟ نظر به مقتضای اینکه هنوز کسی را تسلط بر آن زن حاصل نشده، عقد او باید صحیح باشد. و دعوی آن مرد در این حال بر می‌گردد به مسأله سابقه که دعوی است بر معقوده، و اختلاف سابق در اینجا هم جاری می‌شود. و بنابر قول به سماع دعوی، همانچه بر آن مترتب می‌شد (از اخذ مهرالمثل و امثال آن) [در اینجا نیز] جاری می‌شود. لکن بضع زوجه حق این زوج است، و مدعی بر آن تسلطی ندارد.

بلی اشکال در این است که چون عقد این زوج قبل از طی دعوی منشأ سقوط حق مدعی می‌شود در دعوائی که دارد، و حق او مقدم است، پس این زوج نمی‌تواند عقدی کند که منشأ اسقاط حق او بشود. مگر اینکه مدعی مسامحه کند در طی دعوی از برای اینکه طول بکشد مدت و آن زن را مضطر کند به اینکه راضی شود به تزویج با او. در اینصورت صحیح است عقد، به جهت نفی ضرر و عسر و حرج.

و اما بنابر قول به عدم سماع دعوی: پس نظر به این تعلیل- یعنی اینکه منشأ سقوط حق مدعی می‌شود- امر ظاهرتر است که باید جایز نباشد. چون در آنجا باز ثمره

از برای مدعی بـاقی می‌ماند و در اینجا بالمـرّه بی حق می‌شود. پس جایـز نخواهد بود عقد مگر در صورت مسامحه و مماطله، چنانکه پیش گفتیم. اما نظر به اینکه تا به حال بر زوجه امری ثابت نشده و اختیار خود را دارد، باید صحیح باشد. و دور نیست ترجیح جواز عقد، در صورت مسـامحه و مماطله که مستلـزم حرج و ضرر باشـد، دون غیر اینصورت. خصوصاً در صورت دوم، یعنی عدم سماع دعوی بعد عقد. چنانکه ظاهر صاحب **مسالک** است.

۲۷۰: سؤال: بعد از فوت پدر حضانت طفل با مادر است یا وصی پدر؟

جواب: بعد از موت پدر، مـادر احقّ ا ست به حضانت ولد از وصـی پدر وجد مطلقا. خـواه حضانـت مـادر درحال حیـات [پـدر] منقطع شـده بـوده یا نـه. بـه دلالت آیـهٔ «اولواالارحام»[1] و بعض اخبار معتبره.[2] و ظاهراً خلافی در مسأله نیست.

۲۷۱: سؤال: زید مجنـون شده، و زوجهٔ دائمـهٔ او به قدر مقـدور در خانهٔ او تـوقف کرده. و الحال طاقت مـاندن ندارد. آیا بدون طلاق می‌تواند بـرود و فسخ نکاح کند؟ یا محتاج است به طلاق؟ و اگر محتاج است به طلاق، کـی مباشر طلاق می‌تواند شد؟ و آیا زوجه مهر خود را از مال زید می‌تواند بردارد یا نه؟

جواب: هرگاه جنون قبل از عقد بوده و به سـرحدی بوده که مستغرق اوقات صلاة بوده کـه وقت نمـازهای خـود را نمی‌شنـاخته، و زن بعـد از تزویـج مطلع بـر آن شده، بلاخلاف زوجه اختیار فسخ دارد. احتیاج به طلاق نیست. و همچنین هرگاه اوقات نماز را می‌شناختـه علی الاظهر الاشهر بـل کادان یکون اجماعـاً. و هرگاه جنون بعـد عقد عارض شده قبل از دخول یـا بعد از دخول، پس اگر به سرحدی اسـت که اوقات نماز را نمی‌شناسـد پس زوجه مسلط بـر فسخ است نیز بلاخـلاف ظاهری. و اما هـرگاه اوقات نمازها را مـی‌شناسد پس اظهـر و اشهر این است که مسلـط بر فسخ نیست و بـاید صبر کند. و حدیث مـرسلی در فقیه و عبارت **فقه الرضا** بر آن دلالت دارد.[3] بلی اگر صلاح مجنون در طـلاق دادن زوجه باشد، اظهـر و اشهر این است کـه ولی مجنون می‌تـواند

۱- آیهٔ ۷۵ سورهٔ انفال.

۲- وسائل: ج۱۵، ابواب احکام الاولاد، باب ۷۱ح۱- و نیز مرسلـهٔ ابن ابی عمیر در تهذیب: ج ۲ ص ۲۳۸، که در وسائل، همان باب تحت ح۲، اشاره به آن کرده است.

۳- وسائل: ج۱۴، ابواب‌العیوب، باب ۱۲ ح۲.

طلاق بگوید. واگر ولی ندارد حاکم شرع (یعنی مجتهد[عادل]) می‌تواند او را طلاق بگوید.

و بدان که در صورت ثبوت خیار فسخ، خیار فوری است. پس هرگاه راضی شود زن به عیب یا تأخیر کند در فسخ بدون عذر، دیگر تسلط بر فسخ ندارد. مگر در صورت جهل به خیار فسخ یا جهل به فوریت آن علی الاظهر. که در آنجا باز [خیار] باقی است. وبعد از حصول علم و زوال عذر باید فوراً فسخ کند.

و امّا مسألهٔ صداق زوجه پس اگر دخول واقع نشده، مهری نیست. و هرگاه 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 موجودهٔ چند است و کسی مزاحم او نیست، می‌تواند خود بردارد. و اما هرگاه دین است باید به ولی مجنون رجوع کند در اخذ آن از مال مجنون. و هرگاه در اینصورت محتاج باشد به بیّنه و اثبات، و عاجز باشد از اثبات، در صورت علم به بقای حق بینها و بین‌الله می‌تواند به قدر حق خود از مال او تقاصّ 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 می‌خواهد ؟ و در نزد زید و عمرو و شهود دین معین است گو عاقدین ندانند آن را در حین عقد.

جواب: شرط است تعیین مدت تمتع در نزد متعاقدین در حال عقد، و تعیین در نزد شهود دین زید و عمرو کافی نیست. والاّ بایست تعیین مدت قدوم حاجّ در نزد حق تعالی اولی به کفایت باشد. و حال آنکه تصریح کرده‌اند به آنکه هرگاه آخر مدت را قدوم حاجّ قرار دهند، باطل است. چون قابل زیاده و نقصان است. و حال آنکه اولی است از ما نحن فیه، چون فی‌الجمله ظهوری دارد در نزد متعاقدین تخمیناً. بخلاف مانحن فیه که هیچ معلوم نیست.

۲۷۳: سؤال: هرگاه کسی به بعض اولاد خود بگوید که او فرزند من نیست. آیا سخن او مسموع است یا نه؟

جواب: بدان که هرگاه فرزند از زن دائمی (که مدخوله باشد) بهم رسد، و ممکن باشد که از او بهم رسیده باشد- به اینکه از زمان دخول او شش ماه گذشته باشد، و زیاده از اقصی مدت حمل نگذشته باشد- ملحق می‌شود به شوهر. هرچند در این بین دیگری

با آن زن زنا کرده باشد. بلکه هرچند 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 اینکه آن شوهر بگوید که این فرزند من نیست، آن فرزند از او منتفی نمی‌شود، و ملحق به او می‌شود، و میراث از طرفین ثابت است. مگر اینکه «لعان» به عمل آید که بعد از لعان، آن ولد از او منتفی می‌شود. و اگر در بین لعان هم تکذیب خود کند باز ولد ملحق می‌شود به او. به این معنی که ولد از او میراث می‌برد، و لکن او از ولد میراث نمی‌برد، و همچنین قبیلهٔ اعمام. بلکه میراث او به قبیلهٔ اخوال می‌رسد هرگاه ما در نباشد.

و اما هرگاه فرزند از مملوکه او باشد: پس با امکان لحوق به او و وجود شرایط سابقه، ملحق می‌شود به او. و جایز نیست نفی او، مگر اینکه علم داشته باشد که از او نیست. و در صورت حصول ظن غالب و تهمت، خلاف است. و هرگاه نفی ولد کند و بگوید از من نیست، در ظاهر از او منتفی می‌شود. و ظاهراً خلافی در مسأله نیست. و جمعی دعوی اجماع کرده‌اند. و در اینجا لعانی نیست. و هرگاه بعد از آن عود کند و بگوید ولد از من است، ملحق می‌شود به او. و اطلاق کلام ایشان مقتضی آن است که از طرفین توارث حاصل شود. ولکن مقتضای استدلال ایشان به عموم «اقرار العقلاء» و فحوای 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.

و اما ولد متعه: پس مشهور این است که حکم آن نیز حکم ولد مملوکه است. و خلاف در انتفای ولد است بدون لعان، سید مرتضی(ره) در آن خلاف کرده و آن را ملحق به دائمه کرده، و برخلاف او دعوی اجماع هم شده است از شهید ثانی. و شاید اقوی قول مشهور باشد. خصوصاً به ملاحظهٔ اخباری که دلالت دارد بر اینکه متعه به منزلهٔ امه است.

اینها که مذکور شد در وقتی است که در اول اعتراف به ولد نکرده باشد. اما هرگاه کسی در اول اعتراف به ولدی بکند و بعد از آن او را نفی کند، پس از او قبول نمی‌کنند. و ظاهراً در مسأله خلافی نیست، و دعوی اجماع بر آن موجود و اخبار معتبره بر آن ناطق است.

۲۷۴:**سؤال**: هرگاه کسی با غلامی فعل قبیح مرتکب شده، و حال شاکّ است که آیا وطی به عمل آمده یا نه. آیا منشأ تحریم می‌شود یا نه؟

جواب: در اینجا دخول تمام حشفه شرط نیست بلکه به ادخال بعض حشفه تحریم حاصل می‌شود. و اگر در آن هم شک دارد، تحریم مادر و خواهر مفعول بر آن مترتب نمی‌شود.

۲۷۵ :سؤال: هرگاه زید با زن خود بدسلوکی کند و بگوید مهر خود را به من حلال کن و میراث مادر خود را از پدرت بگیر و به خانهٔ من بیاور تا بدسلوکی نکنم. چون آن زن قبول این معنی نکرد، زید به او گفت که: تو به من حرامی به جهت آنکه من با برادر تو در صغر سن لواط کرده‌ام، و نمی‌دانستم که حرام است تزویج تو، و از خانهٔ من بیرون رو. و آن فقیره را بیرون کرده. آیا به مجرد همین قول، حرمت ثابت می‌شود یا نه ؟ و آیا احتیاج به طلاق هست یا نه؟ و آیا مستحق مهر هست یا نه؟

جواب: هرچند از فقها این مسأله را بخصوص ندیده‌ام که در جائی 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 هیچوجه. و اگر زوجه بمیرد از او میراث نمی‌برد. و اما زوجه: پس این سخن نسبت به او اقراری است بر غیر، و بمجرّده ضرری به او ندارد. پس یا این است که از برای او علم حاصل می‌شود به صدق زوج، یا نه. اگر علم حاصل است برای او پس در حق او هم مسموع است و حقوق او هم ساقط می‌شود. و اگر زوج بمیرد میراث از او نمی‌برد. و احتیاج به طلاق هم ندارد. و اما مهر: پس اگر در وقت دخول علم به حرمت نداشته است، مستحق مهرالمثل هست. و اگر داشته ، مستحق چیزی نیست.

و اگر علم از برای زوجه حاصل نشود، پس اگر ظن به صدق زوج حاصل شود و زوجه هم تکذیب او نمی‌کند و منکر قول او نمی‌شود، ظاهر این است که قول زوج مسموع است در حق هر دو، و زوجه هم باید تصدیق او کند. اگر زوجه بگوید که تو دروغ می‌گوئی، (به عنوان قطع)، پس آنجا زوج باید بیّنه بیاورد و اثبات کند، و هرگاه عاجز شود، به زوجه قسم می‌دهند، و هرگاه قسم خورد مطالبهٔ تمام حقوق خود را از زوج می‌کند. و لکن زوج به سبب اقرار خود ممنوع است از حقوق خود.

و اگر زوجه به عنوان جزم تکذیب نمی‌کند و لکن به سبب ظن کذب، متمسک می‌شود به بقای زوجیّت و می‌گوید «من دست از حقوق خود بر نمی‌دارم و قول تو را

قبول نمی‌کنم تا اثبات نکنی این عمل را» و متمسک شود به استصحاب بقای زوجیّت، ظاهر این است که می‌تواند. و باز بر زوج لازم است بیّنه و هرگاه عاجز شد، پس قسم متوجه زوجه می‌شود. ولکن چون زوجه علم به عدم وقوع آن فعل ندارد بالفرض، قسم نمی‌تواند خورد به عنوان قطع. به اعتبار اینکه این از باب آن مسأله می‌شود که «مدعی بر کسی ادعای حقی بکند. و او بگوید که من علم ندارم». پس اگر زوجه ادعا به عنوان ظن می‌کند بر زوج که «من گمان دروغ دارم به تو»، اظهر این است که می‌تواند زوج را قسم بدهد. و در اینجا دیگر ردی نمی‌باشد. و همچنین هرگاه ادعای ظنّ کذب بکند لکن بگوید که «من صدق تو را نمی‌دانم و دست از حق خود برنمی‌دارم تا مطلب خود را ثابت نکنی». در اینجا ظاهر این است که قسم متوجه مدعی می‌شود و هرگاه قسم خورد نکاح منفسخ می‌شود و حرمت ثابت می‌شود. ولکن مهرالمثل را می‌طلبد.

و این مطالب در غایت اشکال است. و در رسالهٔ مفرده که در «دعوی زوج طلاق را، و انکار زوجه» تحقیق کرده‌ام به قدر مقدور این مطلب را منقح کرده‌ام[1]. اشکال در یک جا است که آیا زوجه با وجود عدم علم به حال بالمره، می تواند متمسک به «استصحاب بقای احکام زوجیّت» بشود در میانهٔ خود وخدا یا نه ؟. و آنچه رجحان دارد در نظر حقیر تفصیل است. که اگر از قول زوج ظنّی برای او حاصل می‌شود بیش از ظنّی که از استصحاب زوجیّت دارد، نمی‌تواند متمسّک شود به استصحاب. واگر ظن او به سبب استصحاب زوجیّت بیشتر است، می‌تواند متمسّک بشود و بعد تمسّک به‌آن، حکم همان است که مذکور شد، که زوج را قسم می‌دهند و حقوق زوجیّت از طرفین ساقط می‌شود.

این حال مرافعه وحکم در ظاهر است. واما حکم میان خود وخدای ضعیفه: پس این است که مادامی که ظنّ به کذب زوج ندارد می‌تواند که به همان اکتفا کند،و شوهر کند، و تصدیق زوج خود کند. و باز هم احتیاج به قسم دارد. و لکن به سبب دخول با عدم علم به حرمت مستحق مهرالمثل هست. والله العالم.

۲۷۶: سؤال: هرگاه کسی کنیز خود را به غلام خود بدهد وغلام بگریزد. 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»- جلد پنجم از همین مجلدات- خواهد آمد.

است که لازم باشد که مهری از برای او قرار دهـد. واظهر این است که کنیز مالک مهر می‌شود، هـرچند بگوئیم که بنـده مالک مال نمـی‌شود. به جهت ظاهـر روایات . واین منافات نـدارد با اینکه مملوک محجور علیـه است. و در عقد آنها رضای طـرفین شرط نیست. بلکه همان رضـای مولی معتبر است. و در صورت سؤال اختیار طـلاق با مولی است. و ظـاهراً خلافی در نظـر نیست، خصوصاً در صـورت گریختن بنده کـه بخصوص احادیث معتبره هست که اگر معقودهٔ او حـرّه باشد هم اباق او طلاق اوست.[1] و قائل به آن هم از اصحاب موجود است.

و ظاهر ایـن است که لفظ فسـخ هم در طلاق مولی کـافی باشد. بخـلاف آنجا که آزادی را برای او عقد کرده باشند، یا کنیـز [شخص] دیگری را، که در آنجا اشهر و اظهر این است کـه طلاق با عبد اسـت و لکن مولی مـی‌تواند او را اجبار کنـد بر طلاق. و در صورت اباق عبد کلام همـان است که مذکور شد. واگر عقد نکـرده و به عنوان «تحلیل» داده است- هر چند[2] اشهر و اظهر عدم جواز تحلیل است از برای مملوک. هر چند قول به جواز با کراهت، هم خالی از قوت نیست- پس حکم به جواز رجوع مولی اظهر خواهد بود.

۲۷۷: **سؤال**: هرگاه کسـی زن آزادی را عقد کند از برای عبدی، و عبـد فرار کند و مدتی اسـت که ناپیدا است. آیا آن زن را چـه باید کرد؟ و نفقهٔ او بـا کیست؟ و همچنین نفقهٔ فرزند او اگر فرزندی ازغلام مانده باشد-؟.

جواب: روایت موثقـی دلالت دارد بر اینکه «ابـاق عبد در صورت مذکـوره طلاق او است». و بعض احـادیث دیگر هم مؤیـد آن است. و شیخ در **نهایه** عمل بـه آن کرده (و همچنین ابن حمزه در صورتی که آن زن کنیز دیگری بـاشد) و ظاهر صدوق هم عمل به این است. چون در **من لایحضره‌الفقیه** روایت را نقل کرده[3] پس هرگاه عبد نیامد تا عدهٔ او تمام شود، فراق حاصل می‌شود، چنانکه مضمون روایت است. ولکن علامه در **تحریر** انکار قول شیخ کرده. و همچنین صاحب **مسالک** و صاحب **مدارک** در شرح **نافع**، و به

۱- وسائل: ج ۱۴، ابواب نکاح العبید، باب ۷۳ح ۱.

۲- در نسخه: پس هرچند...

۳- زیرا کتاب مذکور کتاب فتوائی صدوق است.

استصحاب زوجیت را ثابت می‌دانند و نفقهٔ 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 نمی‌شود. و دور نیست که احوط این باشد که مولای عبد طلاق زوجه را بگوید نظر به روایتی که ابن ادریس در آخر **سرائر** نقل کرده است[1] که آن روایت هم مؤید مطلب است. و الله العالم.

۲۷۸: **سؤال**: هرگاه دو طفل توأم از برای کسی بهم رسد یک گوسفند از برای عقیقهٔ هر دو کافی است یا نه؟

جواب: دلیلی از برای جواز آن ندیدم. و مقتضای اصل و اخبار این است که برای هر یک گوسفندی علی حده بکشد.

۲۷۹: **سؤال**: آیا زن آزاد می‌تواند به غلام خود شوهر کند یا نه؟

جواب: نمی‌تواند. و ظاهر این است که خلافی در مسأله نباشد. و شاید علت در آن استلزام تسلط از طرفین باشد. و اخباری که وارد شده است در اینکه «هرگاه زوج زن آزاد، مملوک باشد و بعد ملک او شود به میراث یا به خریدن یا به غیر آن، نکاح آنها باطل می‌شود» اشعار به این مطلب دارد. بلکه علت منصوصه در آنها دلالت دارد. چنانکه در **حسنهٔ** محمدبن قیس فرموده‌اند «اذهبی فانه عبدک لیس له علیک سبیل»[2] و در **صحیحهٔ** عبدالله بن سنان «قال: تفارقه و لیس له علیها سبیل و هو عبد».[3] **و در** صحیحهٔ سعیدبن یسار «هل یبطل نکاحه؟ قال: نعم، لانه عبد مملوک لایقدر علی شیٔ».[4] و حکم این مسأله از مسألهٔ انتقال عبد به زوجه و بطلان عقد او صریحاً و اشعاراً مستفاد می‌شود. و همچنین در غیر آن.

علامه(ره) در **قواعد** گفته است «و لیس للسیدان ینکح امته بالعقد، ولو ملک منکوحته انفسخ العقد. ولاللحرة ان تنکح عبدها لابالعقد و لابالملک. ولو ملکت زوجها انفسخ النکاح». و در **تحریر** گفته است «الحرة اذا اشترت زوجها المملوک، او ورثته، او انتقل الیها باحد وجوه التملیکات، بطل النکاح و لیس لها ان تبیحه او تعقد علیه. فان اراد ذلک لم یکن لها ذلک الابان تعتقه و تتزوّج به». و الحاصل ظاهراً اشکالی در عدم

۱ - وسائل ج ۱۴، ابواب نکاح العبید باب ۷۳ حدیث ۲

۲و۳و۴: وسائل ج ۱۴ ابواب نکاح العبید باب ۴۹ به ترتیب حدیث ۳ و ۱و۲.

جواز نیست. و بدان که: در صورتی که زوجه کنیز بوده باشد و زوج آزاد، و بعد از آن زوجه منتقل شود به زوج به نحوی از انحاء ملک، در آنصورت نیز عقد باطل است و خلافی در آن نیز نیست. هرچند در اینجا وطی حلال است به سبب ملک.

۲۸۰: سؤال: آیا ولد زنا به هیچوجه ملحق نمی‌شود به ابوین؟ یا به بعض وجوه می‌شود.

جواب: به هیچوجه ملحق نمی‌شود، الا در تحریم نکاح. پس جایز نیست از برای زانی وطی دختری که از او بهم رسیده‌است به زنا. و همچنین جایز نیست که زانیه شوهر کند به پسر خود که از زنا بهم رسانیده. و همچنین است حکم جمیع انساب. 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 همچنین اعمام و اخوال و غیره. و تصریح به حکم پدر و مادر نسبت به فرزند در بسیاری از کتب، مذکور است لاغیر. و ظاهراً مراد تمثیل است. و در **تحریر** علامه تصریح به حکم همه شده. و ظاهراً خلافی 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 می‌کند یا نه؟

جواب: هرگاه بعد از ولادت فرزند سابق تابحال چنین اتفاق افتاده باشد که شیر او باقی مانده باشد مثل اینکه دایگی می‌کرده و اطفال را شیر می‌داده- هرچند گاهی بخشکد و گاهی عود کند که در عرف و عادت بگویند «این شیرهمان فرزند است»، نشر حرمت می‌کند. و اما هرگاه بالمرّة شیر سابق خشک شده و این مدت طولانی گذشته که در عرف نمی‌گویند از آن ولادت سابق است، نشر حرمت نمی‌کند. و از باب آن است که دختر باکره، 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 زوجهٔ زید مزبور ادعا نماید که ملک مزبور در صداق من است، و صداقنامچه 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 می‌تواند به محض قول مرقوم هند متوفی، ضبط نماید قبل از آنکه به اثبات شرعی برساند؟ یا نه؟. و خالد اقوام زید مزبور غایب را

می‌رسد که املاک زید غایب را از حاکم شرع اجاره نماید و ضبط کند که حق زید غایب مزبور تلف نشود-؟

جواب: هرچند اظهر این است که سخن هند در حین غایب بودن زوج او مسموع است، ولکن 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 نمی‌شود. و مفروض این است که هند قبل از قسم خوردن فوت شده، و در آن هنگام دعوی وارث هند به عنوان جزم نخواهد بود. بلکه به عنوان مظنهٔ صدق هند است در دعوی او، و قسم هم نمی‌تواند خورد. پس چیزی که مثبت دعوی باشد در دست ورثهٔ هند نیست.

بلی هرگاه وارث هند به عنوان جزم ادعای مهر معینی بر غایب بکند و قسم هم بخورد مستحق مهرالمثل می‌شود، علی‌الاظهر، بلکه دور نیست که آنچه دعوی می‌کند بگیرد، چون معارضی در برابر ندارد، هرچند زاید بر مهرالمثل باشد. و قسم او به طریق «نفی‌العلم» است که ما علم نداریم که مورث ما حق خود را گرفته باشد یا بخشیده باشد. و ولی غایب حاکم شرع است به هرکس مصلحت داند اجاره می‌دهد.

۲۸۳: سؤال:

۲۸۴: سؤال: هرگاه مورثی وفات نماید که مهر زنش معلوم نباشد که چه چیز است. و ورثه قبول داشته باشند که آن ممهور است.-؟.

جواب: هرگاه زوجه یا وارث او ادعای مهر مسمی کنند [بر ورثهٔ زوج] و بینه نباشد، زوجه [یا ورثهٔ او] بعد از قسم خوردن بر بقای مهر در ذمهٔ زوج، مستحق مهرالمثل است (علی‌الاظهر) مگر اینکه ادعای کمتر از مهرالمثل کنند که در آنوقت مستحق همان قدرند که ادعا می‌کنند.

۲۸۵: سؤال: هرگاه زن در شب زفاف طلب مهر نکند، حق او باقی است یا نه؟-؟.

جواب: حق او باقی است و به دخول ساقط نمی‌شود. بعض اخبار که دلالت دارد بر

۱- این سؤال تکرار سؤال ۲۷۴: است. و لذا حذف گردید فقط موضوع سؤال قبلی «کسی با غلامی» است و موضوع این سؤال «طفلی با طفلی» است.

خلاف این،[۱] مطروح یا [مؤ] ول است.

۲۸۶: سؤال: واطی و موطوء اگر نابالغ باشند و لـواط نمایند، بعد می‌توانند 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 مـادر است هرگاه آن را تبرعاً شیر دهد، یـا به قدر دیگران اجرت بگیـرد، یا کمتر از دیگـران. و بعد از وا شدن از شیر، اشهـر و اظهر این اسـت که حضانت پسر تا هفت سال با پدر، و دختر تا هفت سال با مادر است.

۲۸۸: سؤال: شخصی با کسـی مصافحه و ملامسـت نموده، و به شهوت بـه او نظر کرده و بوسیده. آیا می‌تواند ما در یا خواهر یا دختر او را بگیرد یا نه؟

جواب: اشهر و اظهر جواز اسـت. خصوصاً هرگاه آن نظر و ملامسـه به عنوان حرام شده باشد، یعنی به اجنبی شده باشد که معقوده و مملو که نباشد.

۲۸۹: سؤال: در صورتی کـه مادر صغیر فوت شده بـاشد، اقربای ارثـی صغیر منع آباعـد را از نگاهداشتن صغیـر می‌توانند کـرد؟ یا اینکه تقـدیم اقارب، الاقرب فالاقرب رجحان دارد؟. و حضانت مادر را تا چند سال قائل می‌باشند بیان فرمایند؟.

جواب: بدان کـه حضانت طفـل در ایام رضاع با مـادر است، و او احق اسـت به آن هرگاه تبرعاً شیر دهد یا اجرت مساوی دیگـران یا کمتر بگیرد، اجماعاً. و هرگاه غیر این باشد پـدر احق است به آن علـی الاقوی.[۲] و اما بعـد از بلوغ هم حـق حضانـت از برای هیچیک نیسـت، و بر این نیز دعـوی اجماع شده. و امـا مابین فطام و بلـوغ: پس در آن اقوال بسیار است- متجاوز از هفت قول- و اقوی و اشهـر این است که پدر احق است به پسر، و مادر به دختر تا هفت سال. و اما بعد هفت سال تا زمان بلوغ پس حضانت حق پدر است. پس معنی اینکه حضانت پسر تا هفت سـال با پدر است این است که مادر تسلطی ندارد تا هفت سال، نه اینکه حضانت پدر بعد هفت سال ساقط می‌شود.

اینها همه در وقتـی است که پدر و مادر هر دو زنـده باشند، و مادر هم شـوهر دیگر

۱- وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۸ح۴، ۵و۶.

۲- در مسأله ۲۶۴ فرمود: مسألهٔ رضاع با مسألهٔ حضانت ملازمه ندارد، و می‌شود که زن دیگری متصدی رضاع باشد و در عین حال حضانت با مادر باشد.

نکرده باشد. اما هرگاه مادر شوهر دیگر کرده باشد بعد طلاق شوهر اول، حق حضانت مختص پدر است. و ظاهراً خلافی در این نیست. و هرگاه شوهر دوم او را طلاق دهد اشهر و اظهر این است که حضانت عود می‌کند. و این حکم در وقتی است که طلاق شوهر دوم «باین» باشد. و همچنین است حکم هرگاه رجعی باشد و عده منقضی شده باشد. و هرگاه پدر بمیرد مادر احق است به حضانت از وصی پدر و از جمیع اقارب هرچند شوهر کرده باشد. و همچنین پدر مقدم است بر جمیع اقارب هرگاه مادر مرده باشد.

و اما هرگاه پدر و مادر هردو بمیرند: اشهر و اظهر این است که حضانت تعدی می‌کند به اقارب به ترتیب میراث، و اقرب منع ابعد می‌کند. و اظهر این است که زیادتی حصهٔ ارث منشأ اولویت بر غیر نمی‌شود. بلکه همان ملاحظهٔ وارث بودن، می‌شود. و در صورت تعدد اقارب که در درجهٔ میراث مساوی‌اند، رجوع به قرعه می‌شود.

۲۹۰: سؤال: در نکاح و طلاق باید زوج و زوجه به اسم و شخص یا اوصاف معروف مجری صیغه باشند؟.- و در طلاق باید به آن طریق، معروف شاهدین [نیز] باشند؟- یا آنکه به محض اینکه می‌گویند «فاطمة زوجة زید طالق» و «انکحت و زوّجت فاطمة زیداً علی‌المهر المعلوم» کافی است؟.

جواب: مجری صیغه اگر خود زوجین باشند با هم، یا وکیل آنها باشد، البته باید معین و مشخص باشند زوجین، هرچند به اسم و وصف یا اشاره باشد، و خود شخص بشخصه معروف نباشد. و اما عاقد فضولی- که ظاهر این است که مراد سائل آن است. چنانکه در اغلب بلاد کاغذ می‌آورند در نزد عالمی که صیغه جاری کند و توکیل به ثبوت نمی‌رسد، و آن عالم هم صیغه را به اسم آن زن و مردی که به کاغذ نوشته [شده] می‌خواند. و اعتماد در آنجا بر فضولی است که بعد از آنکه خبر می‌رسد به زوجین و اجازه کنند، صحیح می‌شود. والا، فلا- پس می‌گوئیم که البته باید این عالم در نظر خود معین کند زوجین را، هرچند به همان کاغذ و کسان حامل کاغذ که عادل نیستند، باشد. و مجرد اینکه «فاطمه نامی را برای زید نامی عقد می‌کنم که هر فاطمه نام و زید نام که به آن مطلع شوند و اجازه کنند، کافی باشد» این صحیح نیست. بلکه باید مراد او این باشد که «همین فاطمه نامی و زید نامی که در اینجا نوشته‌اند و این کسان می‌گویند عقد می‌کنم».

واحتمال اینکه کاغذ بالمرة ساختگی باشد یا آن اشخاص دروغ گویند و مرادشان این باشد که اگر برخورند به چنین دو نفری که اسم‌شان آن باشد، بگویند ما صیغهٔ شما را خواندیم. **مندفع** است به حمل قول و فعل مسلم بر صحت. و عدم ثبوت وکالت به کاغذ و به کسان غیر عادل، مستلزم عدم تصدیق آن کسان بر اینکه چنین دو نفری هستند که می‌خواهند مزاوجه بکنند، نیست. پس آن عالم صیغه را می‌خواند از برای آن دو نفری که مسلمی اسم آنها را در کاغذ نوشته و مسلمی یا دو مسلمی آمده‌اند و ادعای وکالت خود، یا توکیل آن عالم را می‌کنند، پس هرگاه در واقع هم صیغه خواندن عالم موافق افتد با مزاوجهٔ آن دو نفر و اجازه بکنند، تمام می‌شود. والا آن عالم فعل لغوی کرده خواهد بود.

پس به هر حال باید مجری صیغه زوجین را به وصفی یا رسمی که رافع جهالت باشد فی الجمله و منشأ تعیین شود فی‌الجمله معین کند و صیغه بخواند. گو در نظر او ممتاز از کل ماسوی نباشد. بخلاف خود زوجین و وکیلین که باید زوجین در نظر آنها متمیز و متعین باشند از کل ماعدا. هرچند آنها را بشخصه نشناسند.

و همچنین کسی که صیغهٔ طلاق جاری می‌کند، مثل زوجین و وکیل آنها است در نکاح. به جهت آنکه در طلاق، فضولی نمی‌باشد. پس باید مجری صیغه معیناً بداند که زوج کیست و زوجه کیست. گو بشخصه آنها را نشناسد. و امّا شاهد طلاق: پس ظاهر این است که شرط است در آن معرفت زوجین به شخص یا به وصف رافع جهالت فی‌الجمله به قدری که در نکاح فضولی کافی می‌دانستیم که تواند شهادت بدهد به نحوی از انحاء که مقتضای اشهاد و مدلول آن به عمل بیاید. و مجرد حضور آنها در مجمع طلاق بدون معرفت به وجهی از وجوه، نفعی ندارد علی‌الاظهر. و معرفت بر وجهی که ممتاز از کل ماعدا باشند هم ضرور نیست، والاّ عسر شدید و حرج عظیم لازم می‌آید. و گویا خلافی هم نباشد در عدم اشتراط آن.[1]

۲۹۱: سؤال: هرگاه کسی دختر باکره بگیرد و بعد معلوم شود که ثیب بوده. آیا مسلط بر فسخ نکاح هست یانه؟ و بر فرض عدم فسخ، آیا از مهر او چیزی کم می‌شود یا نه؟

۱- شرح بیشتر در مسائل طلاق- جلد پنجم.

جواب: هرگاه معلوم نباشد که قبل از عقد ثیب بوده و محتمل باشد که بعد از عقد بکارت او رفته باشد، در اینجا خیار فسخی ثابت نیست و عقد لازم است. و ظاهراً خلافی در آن نباشد. چنانکه اگر معلوم شود کـه بعد از عقد زوال بکارت شده که در آن هم خیار فسخی نیست. و اما هرگاه معلوم شود که قبل از عقد ثیب بود- به اینکه آن زن خود اقرار کند یا شاهـدی باشد یا از قراین علم حـاصل شود- پس در اینصورت می‌گـوئیم که اگر عقد را به شـرط بکارت کرده، اکثر متـأخرین براینـند که خیار فسخ از بـرای او هست. چنانکه مقتضای شـرط ضمن العقد است. و قول دیگر عدم تسلط بـر فسخ است. و این قول را بعضی نسبت به اکثر اصحاب داده‌اند. وقول او ل اظهر است.

و اما اگر در ضمن عقد شرط بکارت نشده باشد ولکن خبر به او داده باشند که باکره است، و به گمـان بکارت و به سبب تدلیس مـرتکب آن شده باشد: پـس در الحاق آن به شرط ضمن‌العقد دو وجه است. و اظهر عدم الحـاق است. چنانکه هرگاه هیچکس به او خبری هم نـداده باشد و خود بـه گمان بکارت عقد کـرده باشد که در آنجـا نیز خیاری نیست. به جهت آنکه ثیبوبت از عیوب زنان نیست.

و اما حکایت مهر: پس در هرجا که خیار ثابت است و زوج اختیار فسخ کرد، پس اگر قبـل از دخول اسـت در آنجا مهـری نیست. وهـرگاه بعـد از دخول اسـت مهر مستقـر می‌شـود. پس اگر تـدلیس در میان باشـد، زوج رجوع می‌کنـد به مدلـس و مهر را از او می‌گیرد هرچند مدلس خود زوجه باشد. بلـی در صورتی که مدلس خود زوجه باشد در آن خلافی دارند که آیـا چیزی استثنا می‌شود یا نه. و اشهر و اظهـر عدم استثنا است. و جماعتـی استثنا کرده‌اند «اقـل ما یصلح ان یکـون مهراً» [را] مثل دو غاز پـول سیاه. و بعضی استثنا کرده‌اند اقل مهر امثال او را. و دلیل واضحی از برای استثنا در نظر نیست.

و هرگاه فسخ نکنـد خواه اختیار بر فسخ نباشـد، یا اختیار ثابت باشـد ولکن راضی شود زوج بر بقای نکاح، پس در آنصورت خلاف است کـه آیا از مهر چیزی کم می‌شود یا نه. اشهـر و اظهر این اسـت که چیـزی کم می‌شـود. و ابوالصلاح و ابـن براج مخـالفت کرده‌انـد [وقائل بـه عدم کسر شـده‌اند]. و [قـائلین به کسـر نیز] در تقدیـر آن خلاف کرده‌اند، بعضی تعیین نکـرده‌اند بلکه گفته‌اند چیزی کم می‌شـود چون ظاهر **صحیحهٔ** محمدبن مسلم جز ایـن نیست «قال: کتبت الی ابی الحسن-ع- اسألـه عن رجل تزوّج

جاریة بکراً فوجدها ثیباً هـل یجب لها الصداق و افیاً، اوینتقص؟ قال: ینتقص».[1] و قطب راوندی گفته است که «شش یک» کم می‌شود. نظر به اینکه در روایت ظاهراً لفظ «شیٔ» مقدر است و لفظ شـی در اخبار وصیت حمل بر سدس شده. و این قیاس است.

و ابن ادریس و عـلامه و محقق گفته‌اند ناقـص می‌شود به نسبت مابیـن مهر ثیب و بکر، و مـلاحظهٔ مهرالمثل و تفـاوت آن را می‌کنند و بـه همان نسبت از مهر مسمـی کم می‌کنند. و بعضی از متأخـرین گفته‌اند منوط است به نظر حـاکم شرع. و دور نیست که مقتضای نظر حاکم هم باید همین قـول آخر باشد. و دور نیست که از روایت هم فهمیده شود.

۲۹۲: سؤال: هرگاه زوجـه خواهد طفل خود را یـا طفل غیر را شیر بدهـد، شوهر می‌توانـد منع کرد؟ و آیا تسلط دارد زوج که بگـوید «طفل فلان را شیر بـده » یا نه؟ و اینکه می‌گویند شیر زن از مرد است، صحیح است یا نه؟

جواب: بدان که فقهـا بعد از آنکه اتفاق کـرده‌اند برجواز اجـاره دادن زن خود را از برای رضاع به اذن زوج، خـلاف کرده‌اند در اینکه زن می‌تواند خود را بـه اجاره بدهد از برای شیر دادن بدون اذن شوهر. پس اگر منع کند اجاره از استمتاع زوج پس آن موقوف است به اجازهٔ زوج. هرگاه زوج اجازه کند صحیح است، والاّ باطل می‌شود. و بعضی عقد اجاره را از اصل باطل می‌دانند در اینصورت. واما هرگاه مانع از استمتاع زوج نیست، در آن دو قول است. اظهر صحت است، چنانکه مختـار محقق و شهید ثانی و دیگران است، به جهت آنکه مفروض این است که زن آزاد است و شخص آزاد مالک منافع خود است، و عمومات اجاره هم شامل آن است. و از شیخ و جماعتـی نقل کرده‌اند که جایز نیست، به جهت عدم دلیل و به جهـت اینکه منافع زوجه به سبب عقد ملـک زوج می‌شود. و اظهر قول اول اسـت. چنانکه گفتیـم. و تملک زوج جمیع منافـع زوجه را ممنوع اسـت، بلکه همان مالک منافع استمتاع است.

هرگاه ایـن را دانستی ظاهر شد کـه شیر زن آزاد ملک خود او اسـت و شوهر در آن حقی نـدارد. و آن سخن کـه شیر زن از مرد اسـت، بی وجه اسـت. و آن عبارتـی که در مسائل رضاع مـذکور است که «اللبـن للفحل» معنی دیگر دارد. و زوج تسلـط ندارد که

۱- وسائل: ج۱۴، ابواب العیوب و التدلیس، باب ۱۰ ح۲.

منع کند کـه زوجه ولد خود را که از آن زوج دارد شیـر بدهد. خصوصـاً اینکه در مسائل رضاع مذکور است که «مادر احقّ است بر رضاع هـرگاه متبرعه باشد، یا اجرت زیادتر از دیگران نطلبد». و همچنیـن مانع شیر دادن فـرزند دیگـــران هم نمـی‌تواند شـــد در صورت تبرع. مگر اینکه مانع از استمتاع باشد، که در همان قدر می‌تواند مانع شد.

و اما اینکه به زوجه بگوید که «طفل فلان را شیر بده» پس این تسلط را ندارد جزماً، و در آن اشکالی نیست.

۲۹۳ السؤال: اذا زوّج زید بنتـه الرضیعة بعمـروفی مدّة سـاعة بازاء در هـم متعة، لاجل محرمیـة امها له، لاغیر. ثم مات زیـد واراد عمرو نکاح امها. فهل یحـرم- لانّها من امهات النساء وهی محرّمة بنصّ الکتاب والادلة-؟ اویجوز نکاحها لبطلان نکاح الصغیرة (لعدم قصد المناکحة الواقعیة، بل لمحض المحرمیـة، مع انّها غیر مدخولة بالفرض)؟ و علی تقدیـر الحرمة، فهل یجـوز لعمرو ان یتزوج بها تقلیـداً لابن ابی عقیل (علـی القول بجواز تقلید المیت بسبب اعتقاد انّه اعلم مـن مجتهدی زمانه) و یجعل ذلک حیلة لکثرة شوقه الی هذه المرأة، و خوف و قوعه فی الـزنا-؟. فاذا تزوجها و الحال هذه و هو معتقد بصحة عقدالرضیعة و صیرورة امها من امهات النساء، فهل یجب التفریق بینهما ام لا؟-؟. و ما حال الاولاد الحاصل بینهما؟.

الجواب: اما المسألة الاولی- اعنی صحة هذا العقد- فالاقرب عندی العدم. لاصالة عدم الصحة، فانّها حکـم شرعی یحتاج الی دلیل شرعی و لادلیـل علیه (کما ستعرف) و لاستصحاب الحکم السابق. ولیس للقول بـالصحة دلیل سوی اطلاق الایة[1] والاخبار. و انت خبیر بان کلها اما صریح فی غیر مانحن فیه اوظاهر فیه. بل لایکاد یوجد روایة یمکن انصرافها الـی هذا الفرد، او شمولها له. بـل نقول فی الایة والاخبار دلالة علـی خروجه منها، فانّ الظـاهر من الایة حصول الاستمتـاع اوالتمکن منه، کما نعتبره فـی غیره من العقود ایضا. ولیـس فی ما نحن فیه احد الامـرین. مضافاً الی اشعار کلمـة «اجورهّن»[2] بذلـک، لان الاجرفـی مقابـل الانتفاع و هـو مفقود. و ایضـاً الاخبار الـدالة علـی انهن مستاجرات، دالة علی ذلک.[3] لان الاستیجار تقتضی عملاً من الاجیـر و المفروض عدمه

۱- آیه های ۲۴و۲۵ سورهٔ نساء.

۲- علاوه بر دو آیهٔ مذکور، در آیهٔ ۱۰، سورهٔ ممتحنه نیز آمده است.

۳- الوسائل ج ۱۴: ابواب المتعة، الباب ۴ح۲، ۴. و الباب ۲۶ح ۱. و الباب ۴۳ح ۱.

من الرضيعة و عدم تمكنها منه مع فرض كون المدة غير قابلة لخروجه عن القوة الى الفعل. و يؤيده ايضاً الاهتمام فى تعيين المدة و تعيين الاجرة فى الاخبار فى حقيقة المتعة،[1] بحيث يعلم انهما معتنى بهما عندالشارع بحيث جعلاركناً للعقد. و المفروض عدم الاعتناء بالمدة هنا و ان ذكر فى متن العقد، بل ولا بالاجرة. كما هوالغالب فى مثل ذلک [و] ايضاً يستفاد من الاخبار الواردة فى وجوه النكاح ان العلة فى تشريع المتعة تسهيل الامر فى استحلال الفروج للذين لايقدرون على النكاح البات، او ملک اليمين. و ايضاً «العقود تا بعة للقصود» ولا قصد هنا الى حقيقة العقد الواقعى المستلزم لحلية الاستمتاع، لعدم امكانه بالفرض.

و مما ذكرنا يظهر انه لايتم الاستدلال بمثل «او فوا بالعقود» فانه لامعنى لارادة كل عقد يتصور، لاستلزامه التخصيص الغير المرضى، فلابد من حملها على «العقود المعهودة» فى زمان الشارع، ولم يثبت كون هذا العقد معهوداً فى زمان الشارع،[2]. و ادعاء انه من افراد عقد النكاح و هو معهود، يحتاج الى الاثبات. لما عرفت انحصاره فى الدائم و المنقطع، و دخول ذلک فيهما ممنوع. و احتمال الدخول لايكفى، لانّ الاصل عدم الصحة، ولاير تفع مقتضى الاصل الابثبوت دخوله فى العقد و لايكفى الاحتمال.

نعم هنا شبهة قوية. و هو انّ من المسلّمات الواضحات جواز الحيل الشرعية و الفرار من الحرام الى الحلال ، كما فى حيل الربا و حيل اسقاط الشفعة و غير هما ممالا يحصى كثرة فكما يجاب عما اورد عليها «من ان العقود تابعة للقصود والمقصود بالذات من بيع المعاملة المحاباتية بشرط القرض -مثلا- انما هوالنفع، فكيف يقال بصحته مع انه ليس مقصوداً بالذات». بانّا انّما نقول بالصحة اذا قصد البيع على الوجه الصحيح و كان غرضه الفرار من الربا على وجه يأمن العذاب بان يدرج ذلک فى عنوان «احل الله البيع» و يخرجها من عنوان «و حرّم الربا». و يكفى فى ترتب آثار المعاملة و صحتها، ترتب بعض الاثار. فنحن ايضاً نقول فى مانحن فيه: يقصد بذلک العقد عقد التمتع و ان لم يترتب عليه الاّ بعض آثاره، و هو حلّية النظر الى امّها و ان لم ينفع ذلک فى حلّية النظر الى الرضيعة لثبوتها قبله و بعده، ولا فى حصول الاستمتاع والتمكن منه فى هذه المدّة القليلة.

۱- المرجع، الباب ۱۷.

۲- و فى النسخة: ولم يثبت معهودية هذا العقد فى زمان الشارع.

فاقول فی دفع هذه الشبهة- بعد منع کون حصـول المحرمیة وحلّیة النظر اثراً لکل تزویج بحیث یشمل ما نحن فیه. اذ دلیله انمـا هوالاجماع و هو ممنوع هنا، لعدم استلزام التحریم المحرمیة مطلقا. فجواز جعله اثراً مقصوداً من هذا العقد فی محل المنع- بمنع کون هذا عقد تزویج یمکن ترتب اثـر جواز النظر الی الام، علیه. ولا بد فی تحقیق المقام من تمهید مقدمة و هو: انّ کل مصلحة تترتب علی فعل فهی من حیث کونها متولدة منه و نتیجة له، تسمّی فایدة له. و من حیث انها طرف له و فی آخره، تسمّی غایة. و من حیث کونها باعثةً للفاعـل علی الاقدام به، تسمّی علة غائیة. و من حیث کـونها مطلوبة للفاعل فی الاقدام به، تسمّی غرضاً.

فالاخیران متحـدان با لذات و مختلفان بالاعتبـار، لانّه اذا اعتبر کونهـا منتسباً الی الفاعل فهی غـرض. و اذا اعتبر منتسباً الی الفعل فهی علة غائیـة. کما انّ الاولین ایضاً کذلک فمن حیث تولدها، فائدة. و من حیـث و قوعها فی النهایة، غایة. والا وّلان اعم من الاخیرین مطلقاً فلیس کل فائدة و ثمرة یترتب علی الفعل، علة غائیة و غرضاً لفاعله.

اذا تحقق هذا فـاعلم: انّ افعاله سبحـانه و تعالی معلّلـة بالاغراض (کما هـو محقق عنداهل الحق) ولکـن قد یترتب علی افعاله آثـار لیس باغراض. فانّ تحریـم الزنا (مثلاً) معلّلا بعدم اختلاط المیاه و تشویش الانساب و نحو ذلک. و لکنّه یترتب علیه اجراء الحدّ مثلاً و- من الظاهر انّه- لیس الغرض من التحریم ذلک و ان ترتب علیه، و ان کان الترتب ایضاً بجعلـه تعالی، فضلاً عمـا لم یکن بجعلـه مثل قتل اهـل المرأة الزانی. فـان ذلک قدیکون من آثار التحـریم لانفس الزنا. و کذلک تحلیل النکـاح معلّلة بسدّ باب الفجور و تکثیر النسل و ابقاء النـوع، و لذلک ورد علی وجوه مختلفة مـن الدوام والانقطاع و ملک الیمین علی حسب مقـدرة العباد (کما ورد فی الاخبار) وقد یترتب علیـه آثار لیست من جملة اغراضـه تعالیٰ (او لم یعلـم منه تعالیٰ کـونها غرضاً لـه) فامتثال العباد فـی تلک الاحکام والافعال لابدّ ان یکون علی وفق اغراضه تعالیٰ. ولایجوز ان یجعل مالیس بغرض غرضاً، سیمّا بحیث انحصرالغرض فیه و انطوی باب اصل الغرض المطلوب فیه.

و کذلک الکلام فـی مالم یکن اصل العمل مـن مبتدعاته تعالی بـل کان من افعال العباد و لکنّه تعالیٰ جـوّزه و امضاه کالبیع. فانّ وضع‌البیع فی‌العـرف والعادة لاجل نقل الملک و التسلـط علی العوضین علـی الوجه الخاص، و هـذا هو غرض الواضعیـن. فاذا جوّزه تعالی فتجویزه انّما هو علی وفق مواضعتهم، فلابدّ لمن یریدالبیع قصد هذا الغرض

الخاص من البیـع، یعنی النقل و التسلیط المذکـورین. فلو لم یقصده او قصـد به غیره، فلایصح. و لذلـک قیل «انّ العقود تابعة للقصود». فمن جملة آثـار البیع انّ وارث البایع لایرث من المبیع، فمن کـان غرضه حرمان وارثه و باع ملکه من اجنبـی ولم یکن غرضه نقل الملک الیه حقیقة فلاینفع ذلک فی تصحیـح البیع جزماً ولایترتب علیه تلک الثمرة قطعاً.

فنقول فی ما نحن فیه: انّ حرمة ام‌الزوجة و محرمیّتها انّما هما من الاثار المترتبة علی النکاح و فـوایده و ان کان بجعل الشـارع، و لیس من جملة الاغـراض- او لم یثبت کونها غرضاً اذ عدم الثبوت کاف فی ثبـوت‌العدم- فلو فرض اجراء صیغة النکاح لمحض ذلک و لـم یکن الغرض المطلوب مـن النکاح مطلوباً. سیّمـا مع عدم امکان مطلـوبیته، فلایکفی ذلک فـی تصحیح العقد ولایترتب علیه‌الاثر و الفـائدة اصلاً. ولاریب انّ الغرض من عقد النکـاح و المتعة هوالتمتع اوالنسل و حلّیـة النظر الی الزوجـة وامثال ذلک، و کلّها منتفیـة فی ما نحن فیـه. و محض لفظ الایجاب و القبـول بدون ملاحظة مـا وضعا لاجله و قُصد وضعهمـا له وکان غرضا و علّة غـائیة فی تشریعه، لاینفع فـی شیئ بمحض جعل ما لیس بغرض غرضاً لمناسبة کونه اثراً من الاثار.

و مما ذکرنا یظهر انّ عبارة المسالک فی هذا المقام لایخلوعن شئ فانّه بعد ما ذکر قول المحقق «وقد یتخلص مـن الّربابان یبیع احدالمتبایعین سلعتـه من صاحبه بجنس غیرها ثم یشتری الاخری بالثمن و یسقط اعتبار المساواة. و کذالو وهبه سلعته ثم و هبه [ا]لاخر، او اقرضه صاحبه ثم اقرضه هو و تباریـا. و کذالو تبایعا و وهبه الزیادة. کل ذلک من غیر شرط». قـال «ولایقدح فی ذلک کون هذه الامور غیر مقصـودة بالذات و العقود تابعة للقصود لانّ قصد التخلـص من الربا انّما یتمّ مع‌القصد الـی بیع صحیح اوقرض او غیرهما من الانـواع المذکورة، و ذلک کاف فی‌القصد. اذلا یشترط فـی‌القصد الی عقد صحیح، قصد جمیع الغایـات المترتبة علیه. بل یکفی قصد غایة صحیحة مـن غایاته فانّ من اراد شراء دار مثلاً لیواجرها و یتکسب بهـا فان ذلک کاف فی‌الصحة و ان کان لشراء الدار غایات اُخر اقوی من هذه و اظهر فی نظـر العقلاء. و کذلک القول فی غیر ذلک من افرادالعقود. و قد ورد فی اخبار کثیرة ما یدل علی جواز الحیلة علی نحو ذلک» انتهی.

و فیه: انّه بعـدالقصد الی عقد صحیح لاحاجـة الی القصد الی ترتب اثـر من آثاره. و وجه الاشتباه هناالخلط بین آثار مطلق النقـل والانتقال و آثارالانتقال من جهة بیع مبیع

خاص و آثار البیع من حیث انّه بیع. و الخلط بین‌العلل الغائیة و الفاعلیة و اللوازم الذاتیة و المقارنات الاتفاقیة.

فنقول: انّ الاستیجار و التکسب و السکنی و غیر ذلک فی نقل الدار انّما هی من آثار الانتقال المطلق، لاخصوص البیع. کمالا یخفی. و حصول خیارالحیوان و ثبوت الشفعة فی غیرالمنقول (علی القول بالتخصیص) و غیر ذلک، من خواص بیع مبیع خاص و آثاره. و ثبوت خیارالمجلس و ترتب حق الشفع فی الجملة، من آثار نفس البیع من حیث هو. و کل ذلک یمکن ان یصیر علة غائیة للبیع، کما انّها غایة له و فایدة من فوایده. ولاریب انّه یکفی فی تصحیح البیع مجرد القصد الی نقل ملک معلوم بازاء عوض معلوم علی وجه الایجاب والقبول المعهودین، و ان لم یقصد الی حصول جمیع آثارها. بل و ان لم یمکن الانتفاع بجمیع آثارها و ان کان من جهة فقرالاثر فی نفس‌الامر.

فما ذکره من جعل الاستیجار و التکسب من آثار البیع، لاوجه له. اذ هو من آثار الانتقال المطلق، لاخصوص البیع من حیث انّه بیع. و المقصود فی المقام القصد الی البیع من حیث انّه بیع. و جعل التخلّص من الرّبا من آثاره ایضاً لاوجه له. اذهو بمنزلة العلة الفاعلیة لامما یترتب علی الشیٔ و یکون اثراً له. اذکما یمکن الانتفاع بالمال علی الوجه الحلال کالبیع، یمکن علی‌الوجه الحرام کالرّبا. بل نقول اذا اطلع المکلف علی الحلال و الحرام واراد تحصیل النفع بالمال فالداعی الی ارتکابه للحلال هوالاجتناب عن المعصیة و الخوف عن‌العقاب بارتکاب التکسب علی وجه المعصیة. فالتقوی و الخوف من الله هو العلة لارتکاب البیع، و التخلص من الربا حینئذ من اللوازم الاتفاقیة. فمن اراد ان یعاوض رطلاً من الغزل بر طلین من القطن یمکنه ان یجعل ذلک فی قالب الربا و یقول «اعطیتک هذا الرطل فی عوض الرطلین» و یقبل الاخر. و یمکنه أن یجعل فی قالب البیع و یقول «بعتک هذا الرطل من الغزل بدرهمین» و یقبل الاخر، ثم یقول الاخر «بعتک الرطلین من القطن بدرهمین»، ثم یتباریان.

و لما کان الاول حراماً والاخر حلالاً فنفس الحرمة و خوف العقاب یصیر مرجحاً لترک الاول. و نفس الحلیة و الجواز مرجحاً لفعل الثانی. فما صدرمن المکلف هو فعل اختیاری و ترک اختیاری ناشیان من مرجح خارجی و کلاهما متساویان فی مرتبة الحصول فی الوجود. لا ان ذلک الترک من آثار هذا الفعل. غایة ما یمکن [هو] ان یقال: ان التخلص من الربا من آثار اختیار البیع من بین المعاملتین، لامن غایات نفس البیع

واحدهما غير الاخر جزماً. فليفهم ذلک.

فحينئذ نقول: ان هـذين البيعين مما يترتب عليهمـا جميع آثار البيع و غايـاته، من خيار المجلس و اللزوم بعـدالتفارق. حتى انّهما اذا تفارقا قبل التقـابض و التبارى يجوز لكل منهما ان لايعطى الغـزل او القطن. بل يقول ليس علىّ الاالـدرهمين. والاّ فلايصح القصد الى البيـع، فان قصدالبيع على هذا الـوجه يصح، والا فلايتم البيع و يـدخل فى الربا. ولايكفى فى تصحيـح ذلک محض قصدالتخلص من الربا. و هكـذا غيره من الاثار المترتبـة على البيع و المقـاصد المطلوبة فيـه. فالعمدة هـوالقصد الى البيـع الصحيح الجامع للشرايط والاثار.

و قوله «بل يكفى... الى آخره» يشعر بلزوم قصد غاية من الغايات، و ليس كذلک. فان قصد نفـس البيع المتضمن لقصـد الانتقال، يكفى و ان لـم يقصد فـرداً خاصاً مـن آثار الانتقال، فضلاً عن غيرها من الاثار الخارجة مثل ثبوت حق الشفع و غيره، فضلاً عن مثل عدم ميراث الوارث.

و الحاصل: انّ القصد الـى بيع صحيح يوجب ترتب جميع آثـاره ولايضر عدم القصد الى واحد منها، فضلاً عن الجميع. بل لايضر عـدم امكان حصول كثير منها بسبب مانع. فالمعتمد هو قصد نفـس البيع الصحيح بينه و بين‌الله تعالى، و يلزمـه ترتب جميع الاثار الممكنة.

فحاصل المقام: انّ فى‌النكاح المذكور لم يقصد الـى النكاح الصحيح حتى يترتب عليه جميع آثـاره او بعض آثاره. لا انّه حصل القصـد الى النكاح الصحيح و وقـع لكن لم يقصد من آثاره الابعضهـا. و المفروض انه لم يثبت من الشارع حقيقـة لعقد المتعةالاّانّه عقد يـوجب تملک الانتفـاع ببضع امرأة و التمتـع بها مـن جهة البضع و الاستمتـاعات المعهودة فى‌النساء، وليس ذلک موجوداً فى مـا نحن فيه. و ليس عقدالمتعة نفس لفظ الايجاب و القبـول الخاليين عن القصـد الى ذلک. فيكون الـلافظ بهما حينئذ بمنـزلة الهازل و العـابث. بل نقول: اذا امكـن التمتع منها لكن لـم يكن فى خصوصهـا مثل ان [يـ]نكح صغيرة مراهقة امكن التمتع منها بالقبلة و غيرها من الاستمتاعات، غايته بعيدة عنه بمنازل فـى ظرف ساعتين لمحض محرميـة امها، لايصح ايضاً. و كذلـک المجنونة الكبيرة. بل و يمكـن ان يقال: اذا فرض ان يعقد دواماً على امرأة لمحض محـرمية امّها لاغير، بحيث لم يتصور الانتفاع ببضعها ابداً، يشكل الحكم بالصحة.

و بالجملة: ترک الاغراض المقصودة فی وضع العقود والاکتفاء بالاثار القسریة، مخالف لحکمة الواضع و حکمة الوضع.

و قدیقال فی هذا المقام- فی ابطال اثبات الصحة بقصد بعض آثار العقد، و هو حصول المحرمیة- «ان اثبات صحة العقد بثبوت حلیة النظر الی الام، و اثبات حلّیة النظر الی الام بثبوت العقد، دورواضح». ففیه: انّ تصحیح العقد بقصد حلیّة النظر و اثبات صحته من اجل ذلک لایستلزم ان یکون جوازالنظر موقوفاً علی اثبات صحة العقد لیستلزم الدور. بل انما هو موقوف علی العقد الصحیح لاعلی اثبات صحة العقد. و الحاصل: ان القائل یُثبت صحة العقد الخاص- بقصد حصول المحرمیة الممکنة الحصول بنفس مهیة العقد و کلیته- فی نظره، و حصول المحرمیة بالفعل یثبت من نفس العقد الخاص الذی من افراد ذلک الکلی. فاختلف طرفا الدور. و ان کان و لابد، فهو دور معی لاتوقفی.

و یمکن تقریرالدور بنحو آخر. و هو: انّ القصد الی حصول المحرمیة بهذا العقد، موقوف علی امکان حصولها به. و امکان حصولها به، موقوف علی صحته. فحینئذ نقول صحة هذا العقد (علی ما ذکره المستدل فی اثبات الصحة) موقوف علی القصد الی حصول المحرمیة به. والقصد الی حصول المحرمیة به، موقوف علی امکان حصولها به. و امکان حصولها به، موقوف علی صحته. و هذا دور مضمر. ولابأس به. و عمادالزام الدور منع کون حصول المحرمیة و امکان حصوله من آثار مهیةالعقد من حیث هی.بل انّما المسلّم انه من آثار غیر هذا الفرد من الافراد الصحیحة المسلّمة.

هذا کله اذا لم یکن مفسدة فی العقد (علی الاشهر الاظهر) او کان فیه مصلحة علی القول باشتراطها. و الاّ فلا یصح اصلاً و رأساً.

و اما المسألة الثانیة: و هی انّ عمراً کان یعتقد صحة العقد، و انّ ام الصغیرة ام زوجته شرعاً، و من محارمه و من جملة المحرمات علیه. لکن بعد فوت الزوج یرید الحیلة فی تحلیل امها بان یبدّل الامر.و یفرّالی تقلید ابن ابی عقیل فی «انّ ام الزوجة اذاکانت غیر مدخولة، لیست بمحرمة الاّجمعاً». و المفروض انّ هذه هی ام الزوجة الغیر المدخوله. مع فرضه انّ ابن ابی عقیل اعلم من علماء زمانه. فیجوز العدول و ان عمل بقول غیرالاعلم. کما هوالمشهور. ففیه **اولاً**: ان قول ابن ابی عقیل شاذ مهجور مخالف للمشهور والا دلة القویمة، بل کادان یکون بطلانه اجماعیاً، کما فی **شرح**

اللمعة. بل هو اجماعی كما فی **مسائل الناصرية والغنية** و **صحيحة** منصور ناطقة بانّه مذهب الشيعة و أنّ الشيعة كانوا يفتحزون بفتوى على(ع) فی ذلک.[1]

و ثانياً: ان ذلک مبنی على جـواز تقليد الميت. و هو (و ان كان قويـاً عندی، خلافاً للمشهور المدعى عليـه الاجماع من بعضهم) لكنه لايجوز العدول عـن العمل من فتوى المجتهد الاول بعـدالعمل به. و ما ذكـره السائل من المنـاص- بانه يعتقد اعلميتـه من علماء عصره و مجتهده الذی تزوّج الصغيرة بتقليده- لايسمـن ولايغنی من شئ. فانّا ولو سلمنا جواز العدول مـع الاعلمية، و سلمنا اعلمية ابن ابی عقيل مـن علماء عصره، لكنا نقول اعلميته من جميع فقهائنا الماضين، فيه منع واضح. فلايتم الكلام. اذ جواز العدول الى الاعلم و الاورع مبنـی على حصول الرجحان والظـن بانه اقرب الى الحـق من جهة وفور علمه او تقـواه. و ترجيح المرجوح قبيح. و هـذا مع سلامته انّما يتم اذا لـم يكن فی السابقين افضل منه او اتقى منه، و هو ممنوع، بل الافضل كثير. فكيف يحصل الرجحان وظن الاقربية الى الحق بمحض افضلية ابن ابی عقيل من مجتهده الحی. سيما مع اتفاق الافضلين او المساوين الكثيرين فی خلافه. و المفروض انّ الكلام مبنی على جواز تقليد الاموات، فاذا كان السائل يلاحظ ميتاً واحـداً بمحض التشهی، فكيف لايلا حظ الاموات الكثيرين فی حصول الظن بالاقربية الى الحق.

و ثالثاً: ان ما تمسک به السائل من جواز العدول مبنـی على ما قرع سمعه من جواز نقض الفتوى دون الحكم (كمـا ذكروه فی كتب الاصول). و هو فی ما لـوكان العقد من باب الحكم- كما لوكان بحكم مجتهد خاص فی تلـک الواقعة الخاصة او بمباشرته للعقد بقصد الالزام و الحكم- لايتم.واما لوكان بمحـض اتّباعه فی الفتوى: فالتحقيق ان ذلک ايضاً لايجوز نقضـه. اذ ما يثبت جواز نقضـه اما فی جانـب المفتی: فعدوله عـن الفتوى السابقة (بعد تجدد رأيه) فی ساير ما يرد عليه من خصوصيات هذه الكلية. و اما فی جانب المستفتی فكذلک ايضاً. و كذا فی ما لولم يعمل بعدُ بالفتوى، و اما فی ما عمل به فلابد فيه من تفصيل طويل بيناه فی **القوانين** ولايسعه المقام.

و مجمله: ان تلک الـواقعة **اما** من باب العقـود و المعاملات التی يترتـب عليها آثار استمرارية كالنكاح الذی يوجب الاستمـرار الى الابد، و المنقطع الذی يوجب الاستمرار

۱- الوسائل: ج۱۴، ابواب مايحرم بالمصاهرة، الباب ۲۰ ح ۱.

الی الغایة المعینة، و یترتب علیهما آثارهما (من لزوم الانفاق و جواز الاستمتاع و حرمة الام والولد و ثبوت المیراث و غیر ذلک). ولاینقطع اثرهما الابما وضعه الشارع للقطع، مثل الطلاق والارتداد و انقضاء المدة او هبتها او غیر ذلک. و کذلک البیع و غیره. و اما من باب فتوی الطهارة و النجاسة و الحلیة و الحرمة، کالحکم بان الماء القلیل ینجس بالملاقاة، (بل هذا القدح من الماء صارنجساً بالملاقات)، و انّ لحم الغراب حرام، او حلال، و کذلک الخطاف و نحوذلک.

فانها امور تجدیدیة، فیجوز ان یجتنب المقلد من الماء القلیل الملاقی للنجس بسبب فتوی مجتهده، و یستعمل ذلک الماء بعینه فی یوم آخر لتجدد رأیه و حکمه بعدم التنجس. و کذلک ترتب غسل ملاقیه و عدم غسله. و یجوز ترک السورة فی الرکعة الاولی بتقلید مجتهده القائل بالاستحباب، و یجب قرائته فی الرکعة الثانیة من تلک الصلاة بسبب تجدد رأی مجتهده بین الرکعتین. و هکذا...

و اما ثبوت الزوجیة (مثلاً) اذا حصل بتقلید مجتهد «یجوز نکاح المتراضعین بعشر رضعات» او «یجوز نکاح الباکرة الکاملة بدون اذن الولی»، فیقتضی ثبوت ثمراتها و آثارها مستمراً، من تملک الصداق و صحة بیع ما هو الصداق و ترتب المیراث بعد فوت المشتری و هلم جرّا. فان قلنا بجواز نقض هذا العقد بتجدد رأی المجتهد او بموته او بظهور فسقه او غیر ذلک، فیلزم فسخ العقد من رأس. و ظهور بطلانه من باب حصول العلم بالرضاع السابق لا من باب الارتداد، فیبطل من رأس. و یبطل المهر و یرجع الی مهرالمثل و یسترد الصداق و یبطل البیع الواقع علیه و التوارث و غیر ذلک و یجوز للمرأة التزوج بعدالعدة.

ثم اذا تجدد بعد ذلک رأی ذلک المجتهد و حکم بصحة العقد ثانیاً، فهو یکشف عن صحته اولاً، فیجوز له وطی هذه المرأة المزوجة و النظر الیها، و غیر ذلک. ثم اذا تجدد ثالثاً فیتبدل الحال و یحصل الهرج و المرج و عدم استقامة الشریعة. بل نقول: ان جواز نقض الفتوی لیس معناه الاّ جواز العمل بخلافها فی الواقعة الحادثة، و نقض [نفس] الفتوی السابقة بعد تجدّد الرأی مثلاً لانقض آثارها و ثمراتها.

و مما یؤید ذلک بناء العلماء فی جمیع الاعصار و الامصار علی صحة معاملات الناس و ترتیب الاثار علیها مع احتمال کونها واقعة علی خلاف رأیهم. ولایمکن ان یقال «ان ذلک انما هولاجل حمل افعالهم علی الصحة». اذ الصحة و الفساد مختلفان بحسب آراء

العلماء. الاتـرى انهم يحكمـون بصحة المـزاوجات المجهـولة الحـال و لايتفحصون ان النكاح هل وقع علـى الوجه الصحيح ام لا. فانه ربما كان النكـاح بينهما على سبيل اذن الباكرة الكـاملة و علماء العصر يعتقدون بطـلانه، او بالعكس. و كذلـك المحتملات فى حصول الرضاع و مقداره، و غيره. و هكذا ينكحـون المطلقات و يقنعون باعتراف الزوجة بالطلاق، و لايتفحصـون ان الطلاق هل وقع علـى الوجه الصحيح ام لا، و هـل وقع عند عدلين خارجين عـن المطلق، او كان هو احدهما. و هل العدلان كانـا يعرفان الزوجين بشخصيهمـا ولو بـا لوصـف، او اكتفيا بمحـض حضور مجلـس الطلاق. و هـل عدالـة الشاهدين كانت على وفق رأى علماء العصر، اوخلافه.

والحاصل: ان مقتضى حمـل فعل المسلم علـى الصحة، حملـه على ما هـو صحيح عندالفاعـل، لاعند الحامل. و هو مختلف جـداً. و القول بانّ «الغالب المـوافقة، فيحمل على الغالب» لايخفى بطلانه على من مـارس الفقه و ابوابه، لمنع هذه الغلبة جداً، سيما فى اكثر ابـوابه. فالظاهر ان بنـاءهم هذا وعدم تفحصهـم، مبنى على ما ذكرنـا من عدم جواز نقض الفتوى، و تـرتيب ثمرات الفتاوى على مقتضياتها. فمن طلّـق طلاقاً صحيحاً عنده، فيجب ترتيب ثمراته عليه. من جواز نكـاحها للغيرو عدم ميراثها عن الزوج، و غير ذلک و لايجـب التفحص عن صحته و فسـاده. بل لوظهـر فساده عنده على وفـق الادلة الاجتهادية (لافى نفس الامر) ايضاً.

فعلى هذا نقول فى ما نحن فيه: اذا تجدد رأى المجتهد اومات و جـاء مجتهد آخر مخالف للاول، فلا يجوز الحكم بجواز تزويـج ام الزوجة- فضلا عما لو كان مجتهده حياً و لم يتغيـر رأيه ولاظهر فسقـه- و جعل المناص تقليد ابـن ابى عقيل [لايفيـد فائدة] لان العقد الاول حرمها ابداً. **لايقال**: ان من ترجح عنده حرمـة اكل الخطاف (مثلاً) او حرمة غراب الزرع، فهو يحرّمه ابداً و ليس تحريمه محدوداً بامد. فلم جعلتها مما يتجدد حكمها و جعلت حكم ام هذه الصغيرة المعقودة حرمة ابدية ولافرق بينهما-؟. **لانانقول**: الفتوى بحرمـة الغراب معناه انـى افهم ان الشارع حـرّمه ابداً، لا ان خصـوص فتوائى بالحـرمة صارسبباً لحـرمته ابداً. فاذا تجـدد رأيه بالحل فظهـر عليه انه ليس بحـرام ابداً. فيصير حكمه الحل حينئذ. و اما الفتوى بصحة عقد الصغيرة يوجب جواز العمل بها، والعمل بها يوجب حرمة امّها بسبب هذا العقد ابداً. فصحة العقد حينئذ يستلزم محرمية الام ابداً.

و هذا شئ واحد نازل منزلة صلوة صلـى بتقليد مجتهده، ثم تجدد رأيه بالبطلان. او

اکل شیئاً بتقلیده ثم ظهر حرمته علیه، فلا جناح علیه فی مافعل. فجواز العدول عن الفتوی السابقة لایوجب جوازه فی آثارها الحاصلة منه بسبب الحکم الوضعی المستنبط من اجتهاده الاول فکما انّ حصول الاجزاء بالتقلید الاوّل صار سبباً لجواز العمل بالرأی الاول فصار سببا لما یترتب علیه من الآثار المستمرّة المرتبة علی الوضع و الجعل المستنبط من تلک الفتوی بوضع الشارع و جعله. نعم یظهر ثمرة جواز العدول عن الرأی الاول فی «عدم جواز العمل بها فی موضع آخر». فلایجوز عقد صغیرة اخری کذلک. لانه یبطل العقد الحاصل بالرأی الاول و جمیع آثاره المترتبة علیه.

نعم قد یحصل الاشکال فی الاول، یعنی فی اصل الفتوی و مایکون آثاره استمراریة. مثل الآجر المعمول من الطین النجس اذا جعل فرشاً للمسجد بتقلید من یجعل الخزفیة مطهراً، بعد تجدید رأیه، فیتفرع علیه و جوب نزعه و عدمه و وجوب تطهیر ملاقیه و عدمه. **و یمکن دفعه** بان المعیار هنا ملاقاة النجس و هو امر حاصل بالفعل علی‌الرأی الثانی. و یمکن القول بعدم وجوب نزعه مع وجوب غسل الملاقی، و هو مشکل.

و اشکل من هذا لوبنی المسجد منه و یترتب علیه لزوم خرابه، ان قلنا بوجوب تجنب المسجد برمّته عن النجاسة.

و امّا التمسّک بخوف الوقوع فی الزنا (کما یظهر من السائل) فهو غریب. لانّ ارتکاب نفس‌المعصیة اشد من خوف الوقوع فی المعصیة. فکیف یجعل ذلک وسیلة الی الخلاص عن هذا. و امّا السؤال عن حال الولد: فان فرض له شبهة و وقع العقد بسببها، فلایحکم بکونه ولدالزّنا، و یلحق بمن اشتبه علیه الامرمن الوالدین.

هذا ماتیسّر لی الآن من الکلام فی هذه المسألة علی العجال، فی حال کان من اسوء الاحوال. عفی الله عن زلاّتنا حین یلزمنا الجواب عن‌السؤال فی یوم‌القلق و الزلزال. و الصلوة علی محمد و آله الطیبین و اصحابه المرضیین خیر صحب و آل. و کتبه مؤلّفه الفقیر الی الله الدائم، ابن الحسن الجیلانی **ابوالقاسم** نزیل دارالایمان قم صینت عن‌التصادم و التلاطم. فی اواخر جمادی الاخرة من شهور سنة **الف و مأتین و سبع عشرة**. و الحمدلله اولاً و آخراً وظاهراً و باطناً.

۲۹۴: سؤال: هرگاه کسی با زن اجنبیه زنا کند. آیا دختر او را (در غیر عمّه و خاله) می‌تواند نکاح کند یا نه؟-؟ و چون شیخ مفید و سید مرتضی رحمهماالله در مسأله

خلاف کرده‌اند، متوقع است که ادلّهٔ طرفین را از کتاب و سنت با رأی عالی تحریر فرمایند.

جواب: بدانکه بعد از آنکه علما اتفاق کرده‌اند بر اینکه «زنای لاحق» نشر حرمت نمی‌کند-مثل اینکه کسی زنی دارد با مادر او زنا کند، یا با دختر او زنا کند، یا پدر با زن پسر خود زنا کند، یا به عکس. و این مقتضای اخبار هم هست- خلاف کرده‌اند در اینکه آیا زنای سابق بر نکاح (مثل اینکه کسی با زنی زنا کرده بود بعد خواهد که دختر او را بگیرد، یا مادر او را بگیرد) نشر حرمت می‌کند یا نه ؟ مشهور متأخرین حرمت است. و مذهب شیخ مفید و سید مرتضی و صدوق در **مقنع** و سلاّرو ابن ادریس- چنانکه از ایشان نقل شده- جواز است. و همچنین علاّمه در **تذکره و ارشاد**. و همچنین حکایت شده از شیخ (در **تبیان** در خصوص مادر زنی که با آن زن زنا کرده باشد، یا دختر آن) این است که نشر حرمت نمی‌کند. بلکه از **تذکره و سرایر** ظاهر می‌شود که این قول اکثر علما است. و از سید مرتضی در **مسائل ناصریات** نقل اجماع شده بر عدم حرمت. و همچنین از شیخ در **تبیان** در خصوص مادر و دختر زنی که با او زنا کرده است. و همچنین ظاهر ابن ادریس دعوی اجماع است بر آن.

و دلیل قول اول احادیث بسیار است که ما اکتفا می‌کنیم به ذکر یکی از آنها که آن **صحیحهٔ** محمدبن مسلم است «عن احدهما-ع-: انّه سئل عن رجل یفجر بامرأة ایتزوّج ابنتها؟ قال: لا، ولکن ان کانت عنده امرأة ثم فجر بامّها او ابنتها لم تحرم علیه امرأته، ان الحرام لایفسدالحلال».[1]

و دلیل قول دوم اجماعات منقوله است که نقل کردیم، و عمومات آیات و اخبار. خصوصاً آیهٔ شریفهٔ «و احلّ لکم ماوراء ذلکم»[2] که بعد ذکر محرمات نساء است. و عموم لفظ «انّ الحرام لایفسدالحلال»، و «لایحرّم الحرام الحلال» که در احادیث بسیار وارد شده. و خصوص احادیث بسیار که ما اکتفا می‌کنیم به ذکر یکی از آنها که **صحیحهٔ** سعیدبن یسار است «قال: سألت اباعبدالله-ع- عن رجل فجر بامرأة یتزوج ابنتها؟ فقال: نعم یا سعید ان الحرام لایفسد الحلال».[3]

۱- وسائل: ج۱۴، ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۸ح ۱.- و فیها «اختها» بدل «ابنتها».
۲- آیهٔ ۲۴ سورهٔ نساء.
۳- همان مرجع: ب۶، ح۶.

و اظهر در نظر حقیر قول ثانی است. چون معتضد است به اصل و استصحاب و عمومات و موافقت کتاب و مخالفت عامّه.[۱] علامه در **تذکره** گفته است که این قول را عامّه نسبت به علی(ع) و ابن عباس داده‌اند. و مرجح قول اول چیزی نیست به غیر از ادعای شهرت، و آنهم معلوم نیست. زیرا که ظاهر اجماعات منقوله این است که آن قول بین‌القدما اشهر بوده است. و همچنین ظاهر تذکره و ابن ادریس این است. پس در این مرجح، ضعف راه می‌یابد. و امّا احادیث: پس از طرفین متعارضند. و دور نیست که بگوئیم دلالت اخبار مجوزه اظهر است. و امّا در کثرت و صحت سند و غیرهما هم ظاهر نیست که اخبار مجوّزه ارجح باشند. بلکه اخبار محرّمه ارجحند. و چون مقام اقتضای ذکر آنها را نمی‌کند به همین اکتفا کردیم. و اکثر اخبار طرفین را در کتاب **مناهج الاحکام** ذکر کرده‌ام.

و به هر حال شکی نیست که احوط اجتناب است. و بنای عمل را به آن می‌گذاریم چون امر فروج است. و امّا اگر کسی این کار را کرده باشد حکم به تفریق نمی‌کنیم و هرگاه، زوجین خود خواهند احتیاط بکنند به مجرد دست برداشتن اکتفا نمی‌کنیم، بلکه البتّه باید طلاق بگویند و بدون آن نمی‌تواند آن زن به دیگری شوهر کند.

هرگاه این را دانستی بدان که قائلین به جواز، [نیز] در خصوص عمه و خاله مزنی بهما موافقند با محرّمین، الا ابن ادریس. پس هرگاه (معاذالله) کسی با عمه یا خالهٔ خود زنا کرده باشد، دختر آنها بر او حرام می‌شود. و سید مرتضی دعوی اجماع بر این کرده. و همچنین علامه در **تذکره**. و استدلال کرده‌اند بر این به **حسنهٔ** محمدبن مسلم[۲]، و در دلالت آن تأمّل است. و تکیه بر اجماع منقول است، و شهرت بین‌الاصحاب. و ابن ادریس منع اجماع کرده و بنا را به جواز گذاشته، و آن ضعیف است. و اقوی حرمت است.

۲۹۵: سؤال: زید لواط کرده است با عمرو. آیا جایز است که خواهر رضاعی عمرو را نکاح کند یا نه ؟ و اگر کرده باشد تفریق لازم است یا نه؟

۱- شیخ حرّ (ره) در وسائل حدیث سعید مذکور را حمل بر تقیه می‌کند. یعنی همین قول ثانی را موافق عامه می‌داند.

۲ - وسائل: ج۱۴، ابواب مایحرم بالمصاهرة، ب ۱۰ ح۱.

جواب: علاّمه در **قواعد** در این اشکال کرده، و در **تحریر** گفته است که اقرب حرمت است. و همچنین شهید ثانی در **شرح لمعه**، و فاضل اصفهانی در **شرح قواعد**. و در **تنقیح** هم حکایت آن شده. و اظهر در نظر حقیر حرمت است، به سبب عموم حدیث «یحرم من الرضاع مایحرم من النسب». پس چنانکه خواهر رضاعی زوجه (جمعاً) حرام است و مادر رضاعی زوجه حرام است، همچنین خواهر رضاعی مفعول حرام است. و وجه جواز،اصل است،وعمومات،واینکه رضاع منشأ اثبات حقیقت شدن اسم «اخت» و «امّ» و «بنت» از برای اخت و ام و بنت رضاعی نمی‌شود. و در اخبار لواط لفظ اخت وام و بنت بر حقیقت خود حمل می‌شود. و این استدلال ضعیف است، به جهت آنکه اصل مقاومت با دلیل نمی‌کند. و عموم «یحرم من الرضاع ما یحرم من النّسب» اخصّ است از دیگر عمومات مثل «فانکحوا ما طاب لکم» و غیر آن. و ضرور نیست که دلالت به عنوان حقیقت باشد هرگاه نصّ افادهٔ لحوق در حکم کند.

و امّا هرگاه این نکاح واقع شده باشد: پس اگر به فتوی یا حکم مجتهد جامع الشرایط شده، حکم به تفریق نمی‌کنیم. و هرگاه بدون متابعت حجتی شده باشد، تفریق باید کرد. واحوط این است که طلاق هم بگویند.

۲۹۶: السؤال: اذا تزوج شخص بنتاً صغیرة من ابیه ربع ساعة بصیغة المتعة. و قصدهما ان یجعل امها محرماً علیه فی جمیع المدّة. و جری بینهما الصیغة فمات زوجها بعد مدة قلیلة. و اراد تزویج زوجته (وهی امّ المعقود علیها فی هذه الصورة) بالعقد الدائم او المنقطع بعد انقضاء العدة. هل یصح تزویجها به- لانّ قصدهما علی عدم المناکحة، بل جری بینهما الصیغة للمحرمیة. وهی غیر مدخولة-؟ ام یحرم (لاطلاق الایة مع انّ هذه المسألة اتفاقیة، بل کاد ان یکون اجماعیة)؟ و علی تقدیر الحرمة یقول المکلف «انا مقلد فی هذه المسألة لابن ابی عقیل علیه الرحمة حیث ذهب الی انّ هذه المناکحة صحیحة لانّها غیر مدخولة. و انا معتقد بانّ هذا الفاضل افضل من المجتهدین فی هذه المحوطة». فحینئذ علی رأیکم العالی هل یجوز تزویجها به بمحض تقلیده للفاضل المذکور- لمظنّة الوقوع فی المعصیة، علی انّه معتقد للاعلمیة-؟ ام لا (لانّ هذه المناکحة محرّمة مشهورة)؟

و علی فرض الحرمة مع علم الناکح بانّ هذه المناکحة محرمة، و تقلیده لذلک الفاضل لکمال شوقه الی تلک المرأة، اذا زوّجها فهل یجب التفریق بینهما بمحض فساد

هذه النيّة؟ ام لا لمظنّة الوقوع فی المعصية-؟. و ما قولكم (زاد الله امثالكم و ادام الله بقائكم) فی الاولاد المتخلفة من هذه المرأة؟. بيّنوا حكم ما عرض عليكم مع الاشارة الی الادلّة. اجركم علی الله تعالی فی الدنيا والاخرة، و حشركم مع النبی والوصیّ و الائمة عليهم السلام الی ابد الاباد و صلوته، و السلام عليكم و رحمة الله و بركاته.

الجواب: بسم الله خيرالاسماء. الاظهر فی النظر الاحقر عدم صحة مثل هذا العقد، و عدم ترتب اثر شرعی عليه. لانّ وضع عقدالمتعة لاجل التمتع من الزوجة. كما يستفاد من ظاهر الاية و الاخبار. سيمّا ما علّل فی وجوه النكاح بانّها وضعت علی مقتضی مقدرة العباد فی التمكن من تحليل الفروج، و هو غير ممكن هنا جزماً، و المراد التمتع بالزوجة لا بامّها جزماً. و ايضاً الاخبار الدالّة علی كونها مستأجرات تدلّ علی ذلک[1]. فانّ الاجرة بازاء العمل، ولاعمل يتصور هنا فی جانب الاجير ولامنفعة هنا تتصوّر من جانبها حتی يكون المهر اجراً لها.

و ايضاً تعيين المدّة وجعلها ركناً فی هذا العقد يقتضی كمال الاعتناء بشأنها و مدخليتها فی جواز التمتع و عدمه. و النظر الی تلک الرضيعة فی المدة و بعدها و قبلها، غير متفاوت الحال. و بالجملة: اصالة عدم الصحة و بقاء ما كان علی ماكان، و عدم انصراف العمومات و الاطلاقات الی مثل هذا العقد، كافية فی بطلانها. بل لم نقف علی عموم او اطلاق قابل لحمله عليه لان كلّها ظاهرة او صريحة فی عقد من يمكن التمتع منها. فاذا لم يصح العقد لم يصح اطلاق الزوجة عليها. اذ مجرد اجراء صيغة العقد بدون القصد اليه، لايفيد فی شیء اذ«العقود تابعة للقصود»و القصد لم يتعلق بالعقد المعهود الوارد من الشريعة.

و اذا لم يتم كونها زوجة، فلا دليل علی محرمية امها ايضاً للاصل والاستصحاب. مع ان الدليل علی محرمية ام الزوجة انما هوالاجماع (اذلم نقف فی الاخبار مايدل عليه اويشعربه) و هو فی ما نحن فيه ممنوع. و حرمة ام الزوجة ليست عين محرميتها ولا مستلزمة لها. مع انّ حرمتها ايضاً لم يثبت من دليل كما ذكرنا. و مايتو هم ان «قصد شیٔ من غايات العقد يكفی فی تصحيح القصد اليه و صحته و لايجب القصد الی جميع الغايات. لاسيما و فی الاغلب لايمكن حصول جميع الغايات. فيكفی قصد محرمية امها

۱- وسائل: ج۱۴، ابواب المتعة، الباب ۴ح۲، ۳. و الباب ۲۶ح۱. و الباب ۴۳ح۱.

فی تصحیحه». فهو کلام ظاهری. اذ هو انما یتم اذا سلمنا کون ذلک العقد من تلک العقود المعهودة حتی یکتفی فیه بقصد شیٔ من غایاتها. مع ان هذه الغایة من الامور القسریة، لامما کان علة غائیة للعقد و مما وضع العقد لاجل حصوله.

و اما ما ذکرت من السؤال من حال من ثبت علیه عدم صحة مثل هذا العقد، و اعتقد انّه غیر صحیح ثم بعد ابیها اراد تزویج امها بتقریب ان یبدل تقلیده فی هذه المسأله لمن یبطله، و یرید تقلید ابن ابی عقیل لتحصیل الحلّیة فی جواز نکاح امّها. فهو ممالا مسرح له فی هذا المضمار. اذ بعد تسلیم جواز تقلید المیت (سیما [فی] مثل هذا الشاذ النادر المهجور) و ان فرض کونه اعلم من المجتهدین الاحیاء، لایتم ذلک فی مثل ما نحن فیه. اما فی مالوکان عقد الصغیرة من باب الحکم- کمالو عقدها له مجتهد حی بمباشرته، او حکم بالصحة خصوصاً- فواضح. لعدم جواز نقض الحکم ما لم یظهر بطلانه رأساً بان یکون مخالفاً لقطعیات الشریعة، اولم یظهر مسامحة المجتهد فی الاجتهاد. و هو لیس کذلک.

و اما فی مالولم یکن من باب الحکم و کان من باب اتباع الفتوی: فهو وان کان الظاهر من کلماتهم جواز نقضه- حیث ذکروا ان الفتوی یجوز نقضه بخلاف الحکم- فالتحقیق فیه التفصیل و لیس بتمام علی الاطلاق. و التفصیل یحتاج الی بسط و اطناب لایقتضیه المقام و لایسعه الوقت و قد ذکر ته فی القوانین، فراجعه.

والحاصل: اذا بنینا علی جواز نقض کل فتوی، لزم الهرج و المرج فی الانساب و الفروج و الاموال. فاذا فرضنا ان مقلداً نکح اخته من الرضاعة، اذا حصل الرضاع بعشر رضعات بتقلید من لایکتفی به. ثم جاء مجتهد آخر و نقضه. ثم جاء مجتهد آخر و صحّحه. و هکذا الی آخر الابد، و کذا مایترتب علیه من الاثار. فیخرج الشریعة من الاستقامة. بل النقض المرخص فیه فی الفتوی له مقامات خاصة. فاذا کان هذا المقلد قلّد من یصحح هذا العقد و یحرّم به امّها و یقول بمحرمیة امها، و بنی ذلک المقلد عمله علیه. فکیف- یجوز له بمحض التشهی العمل فی اول الوقت بتقلید المجتهد الاول و العدول عنه فی آخر الامر بتبدیل تقلیده. مع انّه لایجوز العدول عن تقلید المجتهد بعدالعمل مالم یمت اولم یظهر فسقه اولم یتبدل رأیه. مع انه ایضاً فی ما نحن فیه، محل النظر.

و بالجملة: هذا خیال فاسد لایمکن الاجتراء علیه. بمحض التوهمات الفاسدة. و خوف الوقوع فی المعصیة لیس باشد من ارتکاب نفس المعصیة. و المقام یقتضی بسطاً

فی الکلام لایسعه المقام. و قد حققته فی بعض تحقیقاتی. لایسعنی الوقت لاستیفائها هنا. و اما حال الولد: فان فرض له شبهة و وقع العقد بسبب الشبهة، فلایحکم بحرمة الولد. و یلحق بمن اشتبه علیه الامر من الوالدین. والافلامجال للحوق. والله العالم با حکامه و امناؤه المعصومون علیهم السلام.

۲۹۷: **سؤال**: هرگاه زوجهٔ مطلقه بگوید که «عدهٔ من منقضی شده است»، به محض قول او می‌توان او را تزویج کرد؟. و همچنین هرگاه زنی شوهری داشته است بگوید «شوهر من مرده است و عدهٔ وفات هم منقضی شده». می‌تواند اکتفاء کرد یا نه؟

جواب: اما مطلقه: پس اگر ادعا کند انقضای عده را به حیض، یا وضع حمل، و کسی هم معارض او نباشد، و آنقدر زمان هم از طلاق گذشته [باشد] که ممکن باشد انقضای عده در آن زمان، پس قبول می‌شود قول او بدون قسم. و جایز است نکاح علی المشهور. بلکه بعضی گفته‌اند که خلافی در مسأله ظاهر نیست (ولکن گمان حقیر این است که خلاف موجود باشد هرچند نادر باشد) و عمومات (حمل اقوال وافعال مسلمین بر صحت» دلالت دارد بر آن. و همچنین آیهٔ شریفهٔ «ولایحل لهنّ ان یکتمن ما خلق الله فی ارحامهنّ» که دلالت دارد بر اینکه ایشان مؤتمن می‌باشند در قول به عدم کتمان. و در **مجمع‌البیان** در تفسیر این آیه از حضرت صادق(ع) روایت کرده است که فرمود «قد فوّض الله الی النساء ثلاثة اشیاء: الحیض و الطهر و الحمل»[۱]

و همچنین خصوص **صحیحهٔ** زراره «عن الباقر-ع- قال: العدة و الحیض الی النساء»[۲] و روایت دیگر زراره که **حسن** کالصحیح است باز از آن حضرت «قال: العدة و الحیض للنساء، اذا ادّعت صدّقت».[۳] و همچنین روایتهائی که دلالت می‌کنند بر جواز تزویج زنان بمحض اینکه بگویندشوهر ندارم، تنبیه بر این دارند. بلکه بعضی دلالت ظاهره دارند، مثل روایت میسر که **معتبر** است و دور نیست که صحیح باشد «قال: قلت لابی عبدالله-ع- القی المرأة بالفلاة التی لیس فیها احد، فاقول لها:؟ لک زوج؟ فتقول: لا. فاتزوجها. قال: نعم هی المصدّقة علی نفسها»[۴]. و در روایت ابان بن تغلب «عنه-ع-: انی اکون فی بعض الطرقات فاری المرأة الحسناء، ولا آمن ان تکون ذات بعل او من

۱ - وسائل: ج۱۵، ابواب العدد، باب ۲۴ ح۲.

۲و۳- وسائل: ج ۲، ابواب الحیض، باب ۴۷ ح۲و۱.

۴ - وسائل: ج ۱۴، ابواب عقدالنکاح، باب ۲۵ ح۲.

العواهر. قال: لیس هذا علیک انما علیک ان تصدّقها فی نفسها».[۱]

و همچنین اخباری که دلالت دارند بر منع از تجسس، علاوه بر نهی از مطلق تجسس در قرآن و حدیث، چنانکه در روایت محمدبن عبدالله اشعری است «قال: قلت للرضا -ع- الرجل یتزوّج بالمرأة فیقع فی قلبه ان لها زوجاً. فقال: و ما علیه؟ ارأیت لوسألها البینة کان یجد من یشهد ان لیس 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 ادلهٔ مذکوره** مقتضی عدم فرق است مابین زن مأمونه و متهمه و مجهول الحال. بلکه حدیث ابان بن تغلب کالصریح است در عموم. بلی از حدیث صحیحی که در «مطلّقه به سه طلاق» وارد شده است «عن حماد عن الصادق -ع- فی رجل طلق امرأته ثلاثاً فبانت منه، فاراد مراجعتها فقال لها: انی ارید مراجعتک فتزوجی زوجاً غیری. قالت له: قد تزوجت زوجاً غیرک و حللت لک نفسی. ایصدّق قولها ویراجعها، و کیف یصنع؟. قال: اذا کانت المرأة ثقة صدّقت فی قولها»[۳] بر می‌آید اشتراط ثقه بودن. ولکن مشهور علما آن را حمل به استحباب کرده‌اند. بلکه مخالفی در این صریحاً در نظر نیست. الا محقق در **شرایع و نافع** که تردد و توقف در این دارد. و شاید تردد او در اختیار «ثقه بودن» باشد، چنانکه از **نافع** ظاهر می‌شود. و بر فرضی که عمل به آن لازم باشد در ثقه بودن در خصوص مطلقهٔ ثلاث، از آن لازم نمی‌آید اشتراط در مدعیهٔ انقضای عده مطلقا.

و همچنین فرقی نیست ما بین آنکه زوجه «مستقیمة الحیض» باشد و عادت حیض او زیادتر باشد از آنچه الحال ادعای انقضای عده می‌کند در آن، یا نه. بلی شهید در **لمعه** گفته است که هرگاه خلاف معتاد ادعا کند، قبول نمی‌شود قول او مگر به شهادت چهار نفر از زنان که مطلع باشند به باطن امر او، به جهت روایت سکونی که سند آن خالی از قوت نیست، چون سکونی را محقق توثیق کرده در **معتبر** و راوی او هم عبدالله بن المغیره است. و شیخ حمل کرده است آن را بر متهمه. و هرچند تخصیص اطلاقات ادله و فتاوی به این حدیث مشکل است- چون قائل به آن شاذ است- ولکن چون مطلقات منصرف نمی‌شود به چنین فردی، احتیاط در عمل به مقتضای آن است.

۱و۲- وسائل: ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۱۰ ح ۱و۵- حدیث میسر در همین باب نیز آمده همراه حدیث ابان تحت یک شماره.

۳- وسائل: ج ۱۵، ابواب اقسام الطلاق، باب ۱۱ ح ۱.

اما اقل زمانی که ممکن بـاشد در آن انقضای عدّه: پـس آن بیست و شش روز و دو لحظه است در زن آزاد. و سیـزده روز و دو لحظه است در کنیز. بلکه گاه اسـت که نادراً اتفاق می‌شود در بیست و سه روز و سه لحظه در آزاد. و به ده روز و سه لحظه در کنیز. به اینکه طلاق بگوید بعد از وضع حمل و پیـش از دیدن نفاس، بعد از آن به لحظه‌ای نفاس ببیند و پاک شـود، بعد از آن ده روز بگذرد و سه روز حیض ببینـد، بعد از آن ده روز پاک باشد و حیض ببیند یک لحظه. چون نفاس هم حیض محسوب می‌شود در عده.

و اما اقل امکان زمان در وضع حمل: پس آن ششماه و دو لحظه است، از حین جماع که یک لحظـه از برای جماع باشد و یک لحظـه از برای وضع حمل، و شش مـاه هم اقل حمل است. و اگر «سقط تمام الخلقه» باشد صدوبیست روز و دو لحظه.

و هرگاه مضغه باشد هشتاد روز و دو لحظه. و هرگاه علقه باشد چهل روز و دو لحظه. نظر به اخبار بسیار که وارد شده است که نطفه در رحم چهل روز نطفه است. و چهل روز علقه است، و چهل روز مضغه. بعد از آن روح در آن دمیده می‌شود.

و اما ادعای انقضای عده به شهور: چنانکه از زنانی است که حیض نمی‌بینند اما در سن کسی هستند کـه حیض می‌بینند، پس هرگاه کسی معـارض و مزاحم او نیست پس مشهور علما (بلکه بعضـی گفته‌اند ظاهراً خلافی نیست) در ایـن که قبول می‌شود قول او بدون قسم با امکان انقضای شهور. وجایـز است نکاح او. و ادلهٔ سابقه هم دلالت دارد بر آن.

و همچنین خلافی نیست در اینکه هرگاه منازعی باشد مثل اینکه زوج بگوید که عده منقضی نشده، و او بگوید که شده است، در دو قسم اول قول زوجه مقدم است با یمین. و اما قسم سـوم یعنی ادعای انقضای عـده به شهور: پس در آن خـلاف است. و جمعی از علما (بلکه بعضی نسبـت به مشهور داده‌اند) گفته‌اند که قول زوج مقـدم است با یمین. چون نزاع راجع مـی‌شود به اختلاف در وقت طلاق، و اصـل عدم تقدم آن است. و لازم این کلام این است که هرگاه زوجه ادعای عدم انقضای عده بکند (چون می‌خواهد نفقه بگیرد مثلاً) و زوج ادعای انقضـا کند، قول زوجه مقدم باشد. و در اینجـا اشکال حاصل می‌شود که اگـر بنا به ملاحظهٔ (اصل تـأخر) باشد، در حیض و حمل هـم می‌توان گفت اصل تأخر وضع حمل و انقضای حیض است. و اگر بنا را بگذاریم به ادله[ای] که دلالت می‌کنند بر اینکه عده و حیض با زنان است و ایشان مصدّقات‌اند، پس باید در انقضای به

شهور هم قول ایشان مقدم باشد. پس وجه فرق مابین مسألتین چه چیز خواهد بود؟.

و ممکن است که بگـوئیم که در اینجا نزاع در نفس عده نیسـت. بلکه در زمان وقوع طلاق است و هرچند این کلام باز راجع مـی‌شود به نزاع در انقضای عده، لکن می‌توان منع کرد انصـراف اطلاقات ادله [را] (که دلالت مـی‌کنند بر اینکه حیض و عـده با زنان است) به چنین صورتی، و «اصل» دلیل قوی است. پس در صورت عکس که زوجه ادعای تأخر و عدم انقضای شهور کند- به جهت اخذ نفقه- هم قبول قول او از راه تکیه بر اصل است. نه اینکه امـر عده موکول است به او. هرچند بعضـی در اینصورت هم قول زوج را مقدم می‌دارند چون طلاق فعل او است و او اعرف است به فعل خود. پس در صورت اول یعنی ادعای زوج تـأخر را، «فعل او بودن طلاق» معـاضد اصل می‌شـود در جانب زوج و سماع قول او اظهـر می‌شود. و در اینصورت زوجـه در ادعای تقدم دلیلی نـدارد به غیر اطلاقات اینکه «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 اینکه 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 دلالـت دارند بر اینکه امر عده بـا زنان است، این است که امـر تازهٔ خلاف معهودی است کـه موکول به ایشان شده و ایـن در امر بضع ایشان است چـون امر بضع غالباً بر غیر ایشان مخفی است. و عمدهٔ منظور در این حکم سرخود شدن و رهائی ایشان است از قید زوجیت، و اخذ نفقه و امور دیگر کـه لازم آن افتد، از لوازم اتفاقیه و توابع آن است. پس هرگاه دعـوی زوجه بر اموری باشد که مقتضی رهـائی نباشد، بلکه مقتضی بقای بر حبس اول بـاشد، پس این امری نیست کـه موکول به آنها شده بـاشد. بلکه این امری اسـت قدیمی و ثابـت بالاصل است. و آنچـه موکول مـی‌شود به زنان و مـرحمتی می‌شود از جانب شارع به ایشان و از خواص ایشان مـی‌شود، امری باید باشد که امر تازه باشد.

و اما اینکه «در صورت ثانیه این اقراری است بر نفس زن که عدهٔ خود را دراز می‌کند مسموع خواهد بود» آن نیز وقعی ندارد. چون از حیثیت ارادهٔ اخذ نفقه، اقراری است بر غیر و مسموع نیست، پس تعارض حاصل می‌شود. و اظهر این است که متمسک شویم به همین که متبادر از آن اطلاقـات موکول بودن امر عده به زنان، از بـرای مرخص بودن و

مالک امـر خود شدن است لاغیـر. پس قول زوج در صورت اولـی مقدم خواهد بـود، به سبب مطابقت با اصل، و بودن او اعرف به فعل خود، و قول زوجه در صورت اخیره مقدم خواهد بود، بـه سبب اصل. و احتمال شمول اطلاقـات هم مؤید آن خواهد بـود هرچند دلیل نتواند شد.

هرگاه حکم عدّهٔ مطلّقه معلوم شد، پس می‌گوئیم که ظواهر ادلهٔ متقدمه این است که قول زوجـهٔ متوفی عنها زوجهـا در انقضای عدهٔ [وفات] نیـز مسموع باشد، هـرچند مأمونه نباشد. بلی احوط و افضل اعتبار امـانت است، و لااقل متهمه نباشد. خصوصاً در اینجا کـه صورت حصول دعوی هـم فرض نادری اسـت که از طرف زوج متوفـی کسی مدعی شود. و همچنین ظاهر این است کـه قول او در فوت زوج هم مسموع است هرگاه معـارضی و مـزاحمی از بـرای او نباشـد. و همینکـه بگویـد شوهـرم مرده اسـت، از او می‌شنوند هرچند علم داشته باشیم کـه شوهری داشت. بلکه ظاهر این است که در زوج مفقودالخبر، که زوجه ادعای علم به فوت او می‌کند، با امکان آن، از او بیّنه نمی‌طلبیم و تصدیق او می‌کنیم. ولکن بهتر این است که شوهر کند به ادعای «عدم مانع» به کسی که عالم نباشد به حال. و همچنین کسـی را وکیل کند در اجرای صیغه که مطلع از حقیقت حال نباشـد. ولکن واجب نیست. بلکـه با وجود اطلاع بـر حقیقت حال هم اظهـر جواز نکاح او است از برای زوج، و جواز وکالت است در اجرای صیغه از برای غیر.

۲۹۸: سؤال: زینب شوهر او متوفی، و کسان زینب گفته‌اند که عدهٔ او منقضی شده. و زید هم او را نکاح کرده به گمان اینکه عدهٔ او منقضی شده. و بعد از آنکه زینب را دخول کرد بعض مردم می‌گـویند چند روزی از عدهٔ او باقی بوده است کـه عقد شده. ولکن به ثبوت شرعی نرسیده که در عده بوده. و زینب خـود می‌گوید که عدهٔ من تمام شده بود. ولکن آن معرفت و دانش را ندارد که حساب خود را داشتـه باشد. آیا الحال حرمت ابدی ثابت است و تفریق باید کرد؟ یا عقد باطل است و تجدید عقد می‌توان کرد؟ یا همان عقد صحیح است؟.

جواب: اگر زینب خود گفته است قبل از عقد کـه عدهٔ من تمام شده است، و زید هم به این سبب عقـد کرده، آن عقد صحیح است. مگر اینکه کذب او ظـاهر شود. و مفروض این است که کذب او ظاهر نیست. و اینکه دانـش و معرفت ندارد، اگر مراد این است که حـذاقت در حسـاب و آن ذهن کـه حساب نگـاه دارد، ندارد ولکـن عقل دارد و داخـل

مجانین نیست، پس همان قدر که مسلمی است و سخنی گفته و کذب او ظاهر نیست، ظاهراً می‌توان تصدیق کرد. و مأمونه بودن وثقه بودن، شرط نیست در قبول قول او، هرچند احوط است.

و اما هرگاه زینب قبل از عقد نگفته است این معنی را، و زید هم از راه جهالت از او نپرسیده و به آن مظنهٔ قول کسان او یا از راه جهالت به اصل مسألهٔ «حرمت نکاح در عده» و اینکه «باید تفحص کرد از انقضای عده و عدم آن» عقد کرده، پس در اینصورت ظاهر این است که حرمت ابدی ثابت نباشد. زیرا که از اخبار و ادلهٔ آن، بیش از این بر نمی‌آید که نکاح ذات عده به تنهائی در صورت علم، یا با دخول به زوجه در صورت جهل منشأ تحریم ابدی می‌شود. و مراد از ذات عده خواه ذات عدهٔ نفس‌الامری باشد و خواه ذات عده[ای] که عاقد علم داشته باشد که ذات عده است، هیچکدام [از این دو] صورت در ما نحن فیه صادق نیست. زیرا که مفروض این است که علم به بقای عده حاصل نبوده. و ذات عدهٔ نفس‌الامری هم کاشف از آن به عمل نیامده، و تا معلوم نشود که در نفس‌الامر در عده بوده نمی‌توان گفت که عقد در نفس‌الامر در عده شده.

نهایت امر این است که در ظاهر شرع به سبب استصحاب محکوم است به ذات عده بودن تا خلاف آن ثابت شود. اگر چه به اعتراف زوجه باشد قبل از عقد. و دلیلی نیست بر اینکه هر زنی که محکوم باشد در ظاهر شرع به ذات عده بودن نکاح او منشأ حرمت ابدی است. بلکه آنچه مسلم است ذات عدهٔ نفس‌الامری، 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 آنحال، که منشأ تحریم ابدی نمی‌شود، علی الاظهر. به جهت آنکه در حین عقد نه ذات بعل بوده در نفس‌الامر و نه ذات عده. چون مبدأ عدهٔ وفات، حین اطلاع به موت است، نه از حین موت. هرچند شرعاً محکوم است علی الظاهر به ذات بعل بودن.

و اما صحت همان عقد زینب یا فساد آن و لزوم تجدید عقد هرگاه خواسته باشند: پس دور نیست که آن عقد هم با لذات فاسد نباشد. هرچند در ظاهر شرع ثمرات بر آن مترتب نمی‌شود و باید تفریق کرد و انتظار کشید که حقیقت حال معلوم شود، پس اگر معلوم شد که در عده بوده، باطل است و منشأ حرمت ابدی هم می‌شود هرگاه دخول واقع شده است در حال عده. و اگر معلوم نشود، به آن عقد اکتفا نمی‌توان کرد. بلکه باید

بعد انقضای عدهٔ وفات تجدید عقد کرد. و دور نیست که به اخبار زینب بعد از عقد هم توان اکتفا کرد. چون مانعی نیست از برای تصدیق قول او، ومسلمی است و منازعی ندارد. و دلیلی بر بطلان آن عقد بذاته نبود. بلکه بطلان آن مراعی بود تاهنگام ظهور حال. و علی ای حال، اولی در اینصورت (خصوصاً با عدم مأمونه بودن زینب) تجدید عقد نکاح است. و اما حرمت ابدی پس آن دلیلی ندارد.

۲۹۹: سؤال: شخصی در سن دوازده یا بیشتر با شخصی وطی نموده ، دخول حشفه در ذهن نیست. آیا می‌توانند که همشیرهٔ یکدیگر را حباله نمایند یا نه؟

جواب: مفعول همشیرهٔ فاعل را می‌تواند بگیرد هرچند تمام عضو داخل شده باشد، علی الاشهر الاظهر. و بر فاعل حرام است همشیرهٔ مفعول اتفاقاً در صورتی که تمام حشفه داخل شده باشد، و علی الاشهر الاظهر هرگاه بعض حشفه داخل شده باشد. پس همینکه داند که بعض حشفه داخل شده، حرمت حاصل می‌شود. هرچند در سایر مواضع (مثل وجوب غسل) معیار دخول تمام حشفه است. و امّا هرگاه شک در مطلق ادخال داشته باشد، پس در آنجا حرمت ثابت نیست مطلقا.

۳۰۰: سؤال: آیا ناظر به نامحرم تا چه قدر از مسافت، آثم می‌باشد؟.

جواب: مقداری از برای آن معین نیست، وحد آن رؤیت بدن او است. و امّا دیدن شبح آن از دور مضر نیست.

۳۰۱: سؤال: هرگاه از بالای حایلی مثل چادر شب که بدنش نمایان نباشد و لذت ببرد یا نبرد، چه صورت دارد؟.

جواب: در صورت عدم تلذذ اشکال در جواز نیست. و امّا با وجود تلذذ در صورتی که حجم بدن را حکایت کند مشکل است. بلکه صورتی ندارد.

۳۰۲: سؤال: آیا زن پیر و جوان خیمه نشین و دهقان که مطلقا پروای حرف زدن و رو گرفتن ندارند، کسی با ضرورت یابی ضرورت با ایشان حرف زند، یا به صورت ایشان نگاه کند به لذت یابی لذت، چه صورت دارد؟ به تفصیل بیان فرمایند..

جواب: هرگاه در نظر، ریبه و خوف وقوع در معصیت باشد، یا به قصد تلذذ باشد، جایز نیست. خواه پیرو خواه جوان و خواه اهل بادیه و خواه اهل بلدان و خواه اهل ذمّه و خواه اهل اسلام و خواه محرم و خواه نامحرم. و هرگاه ریبه و قصد تلذذ نباشد، نظر کردن به «قواعد نسوان» یعنی پیران ناامید از تزوج و حصول لذت از ایشان، جایز است

نظر مطلقا. و همچنین بـه اهل ذمّه و محارم نسوان به غیر عورت. و امـا زنان جوان اهل بادیه و دهات بدون قصـد تلذذ و ریبه: ظاهر در آنها نیز عدم جواز اسـت. هرچند موافق علتی که از بعضی اخبار ظاهـر می‌شود، جواز است.[1] و علت مذکوره ایـن است که اگر ایشان را منع کنی، منع پذیر نمی‌شوند. لیکن اشکال هست در جواز اعتماد بر آن علت. و به هر حال امر در صـورت و دست و پا آسانتر است، چون در مسألـه خلاف عظیم است ولیکن اظهـر در نظر حقیـر منع اسـت در مطلق نـامحرم. و اینکـه مکرر انسـان مبتلی می‌شود و آنهـا منع پذیر نمی‌شونـد، چارهٔ آن همین است که هر وقـت اتفاق افتد، روی خود را بگرداند. و نظری که غفلتاً اتفاق افتد، در آن حرجی نیست.

۳۰۲ مکرّر: سؤال: بعضی از زنـان هستند که متعه کـردن ایشان با واسطـه ممکن نمی‌شود بلکه موقوف است به مراوده، از قبیل نگاه کردن به غمزه و اشاره و حرف زدن و شعر خواندن. آیـا کسی این امور را تقدیم رسانـد تا به آن ثواب برسد یـا آن ثواب به این گناه نمی‌رسد.

جواب: مرتکب معصیـت شدن به امید اینکه بـه ثوابی برسد از تسـویلات شیطان و مخالفت خداوند دیّان است.

۳۰۳: سؤال: هرگـاه شخصی صاحـب شوقی از حلیلهٔ خـود پاره[ای] شوخـی‌ها و اختلاطها توقع نماید، و او به اعتبار شـرم یا سستی یا غلبهٔ خواب در شب از امر او تجاوز کند. آثمه است یا نه؟

جواب: بر زن واجب است اطاعت شوهر در هرگونه استمتاعی که شرعاً جایز است، مگر عذر شـرعی داشته باشد. و ظاهـر فقها این است که در وطی دبـر رضای زن شرط نیست بنابر مشهور اقـوی که جواز آن است با کراهت و از بعض اخبار ظـاهر می‌شود که رضای زن شرط است و دلالت آن محل اشکال است و قـائلی هم به آن ندیدم و در ترک واجب گناه حاصل می‌شود.

۳۰۴: سؤال: موجب و قابل در عقد نکاح دوام یا متعه (یـا سایر عقود) می‌تواند یک نفر شد؟ یا دو نفر باید باشند؟.

جواب: بلی اشهر و اظهر جواز است.

۱- وسائل: ج ۱۴، ابواب مقدمات النکاح، باب ۱۱۳ ح ۱.

۳۰۵: سؤال: هرگاه ناکح از قبل منکوحه وکیل شده ایجاب را واقع سازد. و از قِبل 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 نقرهٔ سکه دار است به مثقال صرافان.

۳۰۷: سؤال: شخصی زنی گرفته و در مدت ده دوازده سال تصرف ننموده. زن مدعی عنن و زوج مدعی اینکه عیب از تو است. آخرالامر به وساطت وسعی جمعی راضی به طلاق شده و آن زوجه را مطلقه ساخته، و ارادهٔ تزویج دختر دیگر نموده، و در ضمن عقد شرط کرده که «هرگاه در مدت یک سال آن دختر را تصرف نکند، عقد منفسخ باشد». آیا بعد از یک سال بر فرض عدم تصرف و ثبوت عنن محتاج به رجوع به مجتهد، و مرافعه، و مهلت به فصول اربعه، هست؟ یا آنکه بعد از انقضای سال عقد منفسخ و زوجه سرخود است که به هرکی خواهد تواند شوهر کند ؟. و در مدت این سال با وجود عدم قدرت بر تصرف، آیا نفقه و کسوهٔ 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 معاملهٔ عنن دارد، و نه به طلاق. ولکن احوط آن است که صیغهٔ طلاق بر او جاری کند.

۳۰۸: سؤال: مردی چهار زن به عقد دوام داشته و به علت عدم علم به حرمت خامسه، و عدم اطلاع عاقد به زوجات اربع، زنی دیگر به عقد در آورده و به او تصرف نموده. بعد شنیده که زن خامسه حرام است. الحال می‌خواهد که یکی از زوجات اربعهٔ سابقه را مطلقه نماید. آن زن معقودهٔ خامسه را (بعد از طلاق یکی از اربعه و انقضای عده) می‌تواند عقد کند؟ یا حرام مؤبد است؟.

جواب: بلی جایز است که بعد از انقضای عدهٔ مطلقه، خامسه را ثانیاً به عقد جدید درآورد.

۳۰۹: سؤال: زید زوجهٔ خود را طلاق دهد. و در حضور حاکم شرع اعتراف نماید که دخل به او نکرده. و عمرو بدون رعایت مدت عده زوجهٔ مزبوره را عقد نماید و به تصرف درآورد. و بعد از آن زید حاضر شود و بگوید که من دخل کرده بودم و در حضور حاکم شرع نظر به اینکه خجالت می‌کشیدم که بگویم که بدون مقدمات عروسی دخول

کرده‌ام، انکار کردم، و پیش از طلاق در حضور چند نفر اقرار در این خصوص کرده بودم که بالفعل شاهد بر اقرار اولی می‌باشند. آیا قول، قول زوج اول است با یمین او؟ یا قول، قول زوجه است با یمین او؟ و اقرار اولی اعتبار دارد یا اقرار ثانی که در حضور حاکم شرع نموده؟

جواب: هرگاه زوج و زوجه قبل از طلاق هر دو معترف به عدم دخول بوده‌اند و طلاق واقع شده، عقد عمرو صحیح و لازم است. و ثبوت اقرار به دخول به بینه نفعی به حال زید ندارد. [زیرا] اقرار بر غیر است. و د عوی زید یا متوجه عمرو می‌شود یا متوجه زوجه. هرگاه متوجه عمرو می‌شود (چنانکه گفتیم) محض اثبات آن اقرار ضرری به عمرو نمی‌رساند. چون عقد او محکوم به صحت است و اقرار بر غیر مسموع نیست. و همچنین هرگاه دعوی متوجه به زوجه شود. بلی هرگاه ادعای علم بکند بر عمرو که «تو علم داری که مدخولهٔ من بود، و به سبب دخول تو در عده بر تو حرام ابدی است» و غرض او این باشد که شاید به سبب نکول زوجه مستخلص شود و بعد دعوی را با زوجه هم به همین نحو بکند و بر فرض نکول او عده رجعیه ثابت شود و در عده رجوع کند. در این صورت‌ها (همه) قول عمرو و زوجه مقدم است با یمین.

۳۱۰: سؤال: مقدار نفقهٔ 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[1] و اخباری[2] که امر شده است در آنها به انفاق زوجه. و در فهم الفاظی که «حقیقت شرعیه» ندارند رجوع به عرف می‌شود. و مشهور این است که ملاحظهٔ متعارف حال زوجه می‌شود، نه متعارف حال زوج. و شیخ(ره) در هر دو مقام مخالفت کرده و در **خلاف** گفته است که «مقدار آن مدی است از طعام که دورطل و ربعی باشد» [و ادعای 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 زوج مالدار است در روزی دو مد می‌دهد، و اگر پریشان است یک مد، و اگر متوسط است یک مد و نصفی. و اقوی قول

۱- آیه‌های ۳و۱۹و۳۴ سورهٔ نساء، و ۲۲۹و۲۳۳ سورهٔ بقره، و ۶و۷ سورهٔ طلاق.
۲- از آن جمله اخبار باب ۱و۲، از ابواب النفقات، وسائل: ج۱۵.

مشهور است. و دعوی اجماع شیخ (با وجودی کـه شریکی از برای او ظاهر نیست سوای ابن براج که از او موافقت مبسوط نقل شده) معـارض است به ظاهر دعوی ابن ادریس، و این اقوی از آن است. به جهت شهرت خلاف آن.

و **حسنهٔ** شهاب بن عبد ربّه[۱] که اشعاری دارد به تحدید بـه مدّ، دلالت آن بر وجوب، واضح نیست. و همچنین روایت زید شحام که اشعاری دارد به تحدید به مدین از تمر،[۲] و قائلی به آن هم نیسـت. و در این دو حدیث امام(ع) فرموده که «ما قوت عیالمان را چنین می‌دهیم» و شاید متعارف آن زمان آن قدر بوده.

و اما دلیل اعتبار حال زوج: پـس شاید آیهٔ کریمهٔ لینفق ذوسعة مـن سعته و من قُدر علیه رزقه فلینفق ممّا آتاه الله»[۳] باشد. و دلالت آن نیز ممنوع است، زیرا که مرجع ضمیر مطلقات و حاملات و مرضعات اولاد مطلّق ، 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 معسـر، پس «امر» بر حقیقت خود بـاقی نیست. و مع هذا منافـاتی ندارد باملاحظهٔ حال زوجه، یعنـی کسی که می‌تواند که به موافق حـال زوجه انفاق کند پس انفاق کنـد به قدری کـه خدا به او داده اسـت، و اما صاحـب وسعت پس انفاق بکند از وسعت به قدر خود حال زوجه. و اشاره دارد به آن، آیهٔ بعد که «ولا یکلّف الله نفساً الاّ ما آتاها». آیه منافات ندارد با اینکه هـر قدر که عاجز باشد از آن، در ذمّهٔ او باقی مانـد، تا وقتی که وسعـت بهم رساند قضـا کند. چنانکـه اشاره دارد به آن، آیهٔ بعـد که فرموده «سیجعـل الله بعد عسر یسراً». با وجود اینکـه وجوب آن بر تقدیر عسر هـم ثابت نیست.

و در این مقام اشکالی هست. و آن این است که احادیث بسیار وارد 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 رزقه فلینفـق ممّا آتاه الله»[را] تفسیر کرده‌اند، که فرمـوده‌اند «اذا انفق علیها

۱- همان مرجع: باب ۲ ح ۱.
۲- همان مرجع: باب ۱.
۳- آیهٔ ۷ سورهٔ طلاق.

مایقیم ظهرها مع کسوة والاّ فرّق بینهما»[۱]

والحاصل: اسلم این است که با یسر ملاحظهٔ متعارف حال زوجه شود. و با عسر انفاق کند به قدری که مقدور او است. و شامل اطعام و اکساء و اسکان و اخدام و آلت تنظیف و شانه و صابون و امثال اینها همه هست، به حسب متعارف حال زوجه با ملاحظهٔ بلد و زمان و فصول. پس گاه است که در بلدی گندم می‌خورند و در دیگری برنج و در دیگری خرما. و همچنین در نانخورش 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 همچنین فرش و زیرانداز و زیر سر و غیر ذلک. بلکه ثیاب تجمل هم در صورت تعارف ملحوظ است. و هرگاه اهل خدمت کردن باشد خادم ضرور نیست، مگر اینکه مریضه باشد یا عاجز شود. و هرگاه اهل خدمت کردن نباشد خادم ضرور است. و ظاهر این است که معتبر در این، عادت امثال او است در وقتی که در خانهٔ پدر بوده، نه به ملاحظهٔ آنکه رفعت شأن بهم رسانید وقتی که به خانه شوهر آمد. و ظاهر این است که یک خادم کافی است و محتمل است که هرگاه در خانهٔ پدر اهل آن بوده که بیش از یک خادم داشته باشد بر او لازم باشد. زیرا که این هم داخل «معاشرت به معروف» است.

۳۱۱: سؤال: هرگاه زید زوجهٔ خود را در عدهٔ 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 عدهٔ رجعیه صحیح نیست، نه متعه و نه دوام. و ظاهراً در مسأله هم خلافی نیست. هرچند بعض عبارات علما موهم صحت است. و بعض افاضل معاصرین هم فتوی به صحت می‌داد، اما چنان نیست. بلکه بعد تأمل ظاهر می‌شود که مراد ایشان چیز دیگر است. و اما تحقق رجوع به سبب آن: پس اگر با علم به بطلان قصد رجوع هم ندارد پس شکی نیست که رجوع هم حاصل نمی‌شود. و اگر قصد رجوع کند رجوع حاصل می‌شود[و] بر آن عقد غیر از رجوع ثمرهٔ دیگر مترتب نمی‌شود و مهری به سبب آن لازم نمی‌شود.

و هرگاه مقلد کسی باشد که رأی او صحت عقد باشد، پس به مقتضای رأی مجتهد

۱- همان مرجع: باب ۱.

خود عمل می‌کند، و ثمرات عقد بر آن مترتب می‌شود. و هرگاه جاهل مسأله باشد و گمان کند که عقد صحیح است و قصد عدم رجوع به عقد سابق نداشته باشد (هرچند قصد رجوع هم نداشته باشد) پس در آن اشکال است. و اظهر در نظر حقیر این است که رجوع به آن حاصل می‌شود، و به زوجیت سابق بر می‌گردد. و در این مطلب رساله‌ای علی حده در غایت دقت نوشته‌ام هر کی خواهد، به آن رجوع کند.

۳۱۲:سؤال: زینب زوجه عمرو در مدت مزاوجه در خانهٔ عمرو بوده، و حال بر عمرو ادعای چند سال معین کسوه و نفقه می‌نماید. و عمرو ادعا می‌نماید که نفقه و کسوه را داده. و زوجه و زوج هر دو از اثبات عاجز می‌باشند. آیا قسم بر زوج است؟ یا زوجه؟.

جواب: مرافعه کردن و قسم دادن شأن مجتهد عادل است. هر کس قسم می‌تواند داد، می‌داند که قسم متوجه کدام می‌شود. دیگر فایدهٔ استفتاء چه چیز است؟. و اگر غرض دانستن مسألهٔ 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 خانهٔ زوج باشد و زوج هم غایب نباشد، قول زوج مقدم است با یمین. و هرگاه زوج غایب باشد در آن زمانی که نزاع دارند در نفقهٔ آن زمان، قول زوجه مقدم باشد با یمین. و الحاصل: در هرجا که از برای حاکم ظاهر و راجحی به دست باشد، ظاهر را مقدم دارد. و هرجا نباشد «اصل عدم انفاق» را مقدم می‌دارد با یمین.

۳۱۳:سؤال: هرگاه زوج نفقه به زوجه داده به مظنّهٔ آنکه واجب النفقه است. و زوجه هم قبول نموده به علت اینکه خود را مستحق نفقه دانسته. و بعد کاشف به عمل آمده که علاقه زوجیت بینهما مرتفع بوده. در اینصورت زوج رجوع می‌تواند کرد به زوجه به استرداد نفقه یا نه، با وجود اینکه نه زوج قصد رجوع به عوض داشته و نه زوجه قصد رد عوض. و اصل هم عدم شغل ذمّگی است.

جواب: ظاهر این است که در صورت مزبوره زوج تواند استرداد نفقه کرد. چون عوض که تمکین زوجه بوده فاسد بوده. و نفقه در مأکول و مشروب و آلات تنظیفی که غالباً باید تلف شود، از باب تملیک است. و در اخدام و اسکان، از باب امتاع است بلااشکال. و در کسوه نیز از باب امتاع است، علی الاقوی. امّا تملیک: پس آن در معنی عقد معاوضه است و فساد احد عوضین مستلزم بطلان معاوضه است. و جهل به بطلان یا به فساد عوض منشأ صحت نمی‌شود. پس رجوع می‌کند به عوض خود هرگاه باقی

است. و به عوض آن اگر تالف است.

و اما زوجه: چون عـوض آن که تمکین است علی الاطلاق قیمتـی ندارد، بلکه آنچه ثابت است که عـوض دارد تمکین زوجهٔ دائمه است به عقد صحیح، او نمـی‌تواند رجوع کرد به زوج در عوض آن.

بلی بضع او عوض دارد. و عوض او در مانحن فیه مهرالمثل است که به سبب دخول در عقد فاسد ثابـت است، همان مستحق مهرالمثل است نه مهـر مسمی و نه نفقه. و اما امتاع در کسـوه و غیر آن: پس آن نیـز در معنی اباحهٔ محضـه نیست که مستلـزم عوض نباشد، بلکه امتاعی است در عوض تمکین. و ثمره در مواضع بسیار ظاهر می‌شود مابین امتاع و تملیک. و هم مابین اباحه و امتـاع. و ثمرات اول بسیار است، و ثمرهٔ ثانی همین قدر کافی است که در اباحه مطلقا عوضی منظور نیست. و در امتاع عوض منظور است. و حقیقت حال امتاع راجع می‌شود به «اذن در انتفاع از عیـن مادامت باقیة ولم یشأ الزوج تبدیلها بغیرها ولکن بقصد ان یکون عوضاً عن التمکین لامطلقا».

و غایت آنچه در این مقام از جانب منع از استرداد می‌توان گفت این است که زوج به طیب نفـس مسلط کـرده است زوجـه را بر اتـلاف مال خـود و «النّاس مسلّطـون علی اموالهـم». و استرداد محتاج اسـت به دلیل. زیـرا که زوجـه عدوانی نکـرده و معصیتی نکرده. و اگر گفتـه شود که تسلیط او به قصد ایـن است که نفقهٔ زوجه باشـد نه مطلقا و هرگاه کاشف به عمل آمد که زوجه نیست پس تسلیط بر وجه نفقهٔ زوجه در واقع نشده».. می‌گـوئیم که آنچه مسلـم است تسلیط او است بـر اتلاف و اباحهٔ تصـرف در آن در حال اعتقاد لزوم نفقـه به سبب اعتقاد زوجیت، نـه به شرط زوجیت و به اعتقـاد به آن و علت اینکه زوجه است نفقه می‌دهد. و انفـاق در حال اعتقاد به استحقاق نفقه از راه زوجیت، غیرانفاق به علت استحقـاق و اعتقادوجوب آن است از راه زوجیت. و جهت تعلیلیـه مغایر است در حکم با جهت تقییدیه.

این منتهای کلام است در استدلال بر عدم جواز استرداد، علاوه بر اصل برائت. و ما دفع می‌کنیم این سخن را به اینکه: این در وقتی خوب است که مسلّم باشد که مراد زوج اباحهٔ محضه باشد در حال اعتقاد بـه زوجیت و استحقاق نفقه. و این مسلّم نیست. بلکه جزمـاً منظور او اباحـه بر سبیل نفقه اسـت. و این معنی مستلـزم اعتقاد معاوضـه است اجمالاً، هر چنـد متذکر تفصیل معـاوضه و عوضین نبـاشد در آن حال. و ما پیـش بیان

کردیم فرق مابین اباحهٔ محضه و امتاع را. پس هرچند تصریح نشده باشد که این در عوض حق نفقه است که لازم است در عوض تمکین، ولیکن مستلزم آن است. مثل اینکه کسی در سفری قصد مقصدی دارد که تا آنجا یقیناً هشت فرسخ هست ولکن نمی‌داند و می‌رود به آن سفر. در بین راه معلومش میشود که هشت فرسخ هست. هرچند دو فرسخ مانده باشد به منزل که باید نماز را قصر کند. و مؤید مطلب ما است عموم قاعدهٔ مسلّمهٔ «ما یضمن بصحیحه، یضمن بفاسده»، وحدیث نبوی مشهور «علی الید ما اخذت حتّی تؤدیه».[1]

۳۱۴: سؤال: هرگاه زوجهٔ زید ناشزه شده، و اما عالمه نباشد که نشوز موجب سقوط نفقه و کسوه است. و مدت متمادی زوج به او نفقه‌داده‌و بعد ادعا نماید بر زوجه که من نفقه را به قصد قرض و استرداد عوض، داده‌ام. و زوجه گوید که من چنان می‌دانستم که مستحق نفقه‌ام، و یا اینکه تو اباحه نموده‌ای، و اگر می‌دانستم که تو به عنوان قرض یا به نیت استرداد عوض، می‌دهی، تصرف در آن نمی‌کردم. آیا در اینصورت زوج تسلط دارد بر زوجه در اخذ عوض نفقه یا نه؟

جواب: از صورت سؤال ظاهر می‌شود که زوج عالم بوده به «عدم استحقاق زوجه نفقه را به سبب نشوز» که در استرداد متمسک شده است به قرض دادن. و قرض دادن بدون اطلاع مقترض، بی معنی است. الاّ در مواضع مخصوصه- مثل انفاق بر صغیر در صورت فقد حاکم، که از مال او بردارد. 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. وعلم به عدم استحقاق نفقه نداشته که اگر به قصد نفقه خورده باشد غاصب باشد، و بر او واجب باشد رد. و عموم «علی الید ما اخذت» با وجود آنکه ظاهر در بقای عین است لاغیر و محل منع می‌تواند شد در صورت تلف، و قتی تمام می‌شود 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 آنکه ناشزه نفقه ندارد و به قصد نفقه دادم»، و در واقع هم چنین باشد، در آنجا ظاهر ضمان بود. چون طرفین به قصد نفقه داده‌اند و گرفته‌اند و در نفس الامر استحقاقی نبوده. چنانکه در صورت انفاق با

۱- مستدرک الوسائل: ج۲ص۵۰۴، باب اول از کتاب الودیعه.

بطلانِ اصل مزاوجه در نفس‌الامر. چون معاوضه از طرفین بر و جه فاسدی واقع شده بود، و هر دو جاهل به آن بوده‌اند. و تراضی بر اتلاف بر وجه اعتقاد استحقاق واقع شده بوده، نه از بابت اباحهٔ مطلقه. و در مانحن فیه اعتقاد زوجه استحقاق نفقه را و اتلاف به آن قصد با جهالتِ عدم استحقاق، در برابر «اتلاف زوج مال خود را به تسلیط غیر بر مال خود بر وجهی که موجب اشتغال ذمّه نمی‌شود»، وقعی ندارد.

بلکه اگر زید ادعا کند که من هم جاهل بوده‌ام که قرض دادن بدون اطلاع، صورت ندارد، باز ظاهر این است که نتواند استرداد کرد، به جهت آنکه باز زوج خود سبب اتلاف شده و سبب غرور زوجه شده. هرچند نه به قصد فریب و نقصان داده باشد. و بعد اتلاف مال اصل برائت زوجه از وجوب رد مثل (یاقیمت) است و عموم «علی الید ما اخذت» نیز در اینجا شمول ندارد، به سبب آنچه پیش گفتیم. و همچنین است کلام در صورتی که زوج بگوید بر سبیل قرض داده‌ام و زوجه بگوید که من چنین دانستم که تو اباحه کرده‌ای و بر سبیل اباحه بوده.

تا اینجا کلام در صورتی است که زوج مدعی قبول زوجه قرض را، نباشد. و اما هرگاه ادعا کند قبول زوجه را: هرچند در اینجا اصالت عدم خروج ملک از ملکیت زوج بالمرّه، مرجح تقدیم قول زوج است (در صورتی که مدعی باشد که من به عنوان قرض داده‌ام و تو قبول کرد[ه‌ا]ی و زوجه بگوید که من خبر از قرض دادن ندارم و قبول قرض نکرد[ه‌ا]م بلکه تو اباحهٔ محضه کرد[ه‌ا]ی، یا من گمان می‌کردم که مستحق نفقه‌ام و صرف کرده‌ام) ولکن اصل برائت ذمهٔ زوجه هم مرجح قول او است. و دور نیست تقدیم قول زوج با یمین.

۳۱۵: سؤال: هرگاه یک دفعه نشوز از زوجه به ظهور رسید و بعد زوج به او رجوع نکرد (یا از جهت غیظ یا از جهت آنکه صرفهٔ خود را در آن دانسته) تا معلوم شود که بر نشوز باقی است. آیا در اینصورت حکم به نشوز زوجه می‌شود در جمیع اوقات تا امارات عدم نشوز حاصل شود-؟ یا اینکه 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 تحقق علم به رجوع، مطالبه کردن زوج تمکین را.

۳۱۶: سؤال: مخالفت امر زوج در هر باب موجب نشوز است؟ یا مخصوص است مخالفت در امر وقاع؟.

جواب: منحصر نیست نشوز در مخالفت در وقاع. بلکه نشوز متحقق می‌شود به خروج از اطاعت او [در] آنچه خدا بر او واجب کرده. مثل ترک مقدمات استمتاع و خلاف خواهش زوج کردن در تنظیف و تزیین و آنچه مدخلیت در استمتاع و لذت بردن از او، دارد. و همچنین متحقق می‌شود به بیرون رفتن از خانه بدون اذن. و نشوز به مجرد «فعل خلاف طاعت» حاصل می‌شود هرچند ملکهٔ نشوز حاصل نشود. و خروج نشوز گاه است به مجرد ترک آن فعل، حاصل می‌شود. و گاه است که موقوف است بر ترک ملکه، مثلاً گاه است یک بار از خانهٔ زوج بدون اذن به خانهٔ پدر رفته. همینکه برگشت به خانهٔ زوج، رجوع به طاعت می‌شود. و گاه است که مکرر بی اذن شوهر بیرون می‌رود و آن را شیوهٔ خود قرار داده. پس از برای چنین زنی در حالی که در خانهٔ زوج است، نفقه نیست، تا توبه کند و رجوع کند از آن، والله اعلم.

۳۱۷: سؤال: بفرمایند در خصوص زنانی که «قرن» یا «عقد» یا «رتق» یا آنکه 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 آنکه بی مهر فسخ نکاح می‌کند؟.

جواب: در عیوب زن که زوج به سبب آنها مسلط بر فسخ می‌شود، هرگاه زوج قبل از دخول فسخ کند مهری بر زوج لازم نیست. و خلافی در آن (ظاهراً) نیست، و دعوی اجماع بر آن شده، و اخبار هم دلالت بر آن دارد. و اما هرگاه 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 هرگاه مدلسی در میان باشد، یعنی کسی عیب آن زن را پوشانیده و تدلیس کرده و او را به شوهر داده (خواه ولی او باشد، یا بیگانه) رجوع می‌کند زوج به آن مدلس و مهری که داده پس می‌گیرد، هرچند آن مدلس خود زوجه باشد. یعنی آن زوجه در اینوقت مستحق مهر نیست. پس اگر هنوز مهر را نداده به او نمی‌دهد. نه اینکه می‌دهد و پس می‌گیرد. و هرگاه پای تدلیس در میان نباشد و زوجه هم مطلع به عیب نباشد، در اینجا مستحق مهر است و به او رجوعی نمی‌شود. و این مقتضای قواعد و اخبار است.

و بدان که: هرچند ظاهر اطلاقات اخبار و فتاوی (در جائی که زوج رجوع به مهر

می‌کند) این است کـه رجوع بـه تمام مهر می‌کنـد، لکن جمعی استثناء کـرده‌اند- در صورتی که رجوع می‌شود- در اخذ مهر به زوجه «اقل ما یصلح ان یکون مهراً» یعنی «اقل مایتمول» را، مثل یک غاز پول سیاه. و بعضی استثنا کرده‌اند از برای او اقل مهر امثال او را. چونکه او عوض بضع است. و اشهر و اظهر قول اول است. یعنی عدم استثنای چیزی مطلقا. چون دلیلی بر استثنا نیست. و آنچه گمان دلالت آن کرده‌اند، بی وجه است.

و اما خنثی بودن زوجه: پس آن از جملهٔ عیـوب نیست. چنانکه خنثی بودن زوج هم از جملهٔ عیـوب نیست. و قـول به عیب بـودن آن از برای شیـخ است در دو جـا از کتاب **مبسوط**،و در یک جای دیگر **مبسوط** گفته است که عیب نیست، و همچنین در **خلاف**. و این مختار اکثر اصحاب و موافق اصل و اطلاقات است. و گفته‌اند که آلت رجولیت در زوجه به منزلهٔ انگشت زاید است، و آلت انـوثیت در زوج به منزلهٔ سوراخ زاید است. و اینها هیچکـدام عیب نیستنـد. و وجهی که از بـرای عیب بودن گفتـه‌اند «منشـأ نفرت [بودن]» اسـت، و اینکه «عـلامات ظنی رفـع شبهه و انحراف طبعـی نمی‌کنـد». و این ضعیف است.

و بدان: که این خلاف در خنثای واضح، است، یعنی آنکه به سبب علامات مقرره در شرع حکم به رجولیت یا انوثیت او شده باشد. و الحاصل: خنثی یعنی آنکه آلت مرد و زن (هر دو) [را] داشته باشد، در او رجوع می‌شود بـه علامات، مثل سبقت بول. که در وقت بول کردن هرگاه بول مختص یکی از آنها است، حکم می‌شود به مقتضای آن. یعنی اگر از مخرج رجولیت مـی‌آید مرد است. و اگر از مخرج انوثیت مـی‌آید زن است. و همچنین هرگاه اول از یکی از آنها بیاید باز حکم مـی‌شود به مقتضای آن. و هرگاه از هر دو بیاید، ملاحظهٔ انقطاع بول را بـاید کرد. از هر کدام بعد منقطع می‌شـود، عمل به مقتضای آن می‌شود. تا به آخر آنچه گفته‌اند از علامات.

پس بعد ملاحظهٔ علامات هرگاه حکم شد به رجولیت یا انوثیت، و زوج بودن و زوجه بودن، و عقد و نکاح صحیح شد، آنوقت خلاف کـرده‌اند 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 آنکه این علامات در او نباشد و در بول کردن و قطع بول مساوی باشد-: پس ظـاهراً خلافی نیست در بطلان نکاح از اصل. بـه جهت آنکه شرط صحت نکاح این است که مابین مرد و زن باشد، پس تا معلوم نشود نمی‌توان نکاح کرد. و

هر شخصی در نفس‌الامر یا زن است یا مرد و ثالثی نمی‌باشد به حکم آیات قرآنی و اخبار که ظاهراً دلالت دارند بر انحصار. و در **مسالک** تصریح کرده به این معنی. یعنی به اینکه خلاف در خنثای واضح است نـه خنثای مشکل، و از شیخ در **مبسوط** هم نقل کرده که خلاف در خنثای واضح است. و گفته است که: لکـن شیخ ذکر کرده است در میراث که «هرگـاه خنثی زوج باشد یـا زوجه پس میراث بـه او می‌دهند نصف نصیـب زوج و نصف نصیب زوجه را. چنانکه در فرزند نصف نصیـب ذکر می‌دهند و نصف نصیب انثی». و آن در خنثای مشکل است. پـس از اینجا ظاهر می‌شود که زوجیـت خنثای مشکل، صحیح خواهد بود پس بعضی آمده‌اند و حکم اینجا را مبتنی کرده‌اند بر آن، پس خیار فسخ را در صورت ظهور خنثی بودن هم قرار داده‌انـد در خنثای مشکل. و بعد از آن گفته است که: آن سخن در میراث ضعیف است پس امری هم که مبتنی بر آن باشد ضعیف خواهد بود. و خوب گفته است.

و گویا وجه ضعف این سخن در میراث آن است که حکم به زوجه بودن و زوج بودن، سابق بر موت است و فعل مسلم محمول بر صحت است. پس اگر خنثی زوج بوده باید بر تقدیر وضوح حال او زوج شده باشد به سبـب علامات. و همچنین زوجه. پس میراث آنها باید بـر وجهی که حق تعالی در قـرآن قرارداده چنان باشد. و وصف زوج بـودن یا زوجه بودن، بعد مرگ عارض نمی‌شود که امر آن مشتبه باشد و داخل خنثای مشکل باشد تا[1] حکم نصف نصیبین باشد.

بلی، تصحیح این فرض را می‌توان کرد در مثل غرقی و مهدوم علیهم هرگاه زوجین هر دو صاحب آلت رجولیت و انوثیت بـاشند و نشناسیم که کدام زوج بوده و کدام زوجه. که در اینجا مـی‌توان هر یک را نصـف نصیبین بدهیم. و امـا این سخن در ما نحـن فیه جاری نمی‌شود. زیرا که در آنجا (بر فرض شمول ادله دادن نصف نصیبین مرزوج و زوجه را) می‌توانستیم بنا را به صحت تزویج بگـذاریم (بنابر حمل فعل مسلم بر صحت) و از آن جهت نصـف نصیبین را بدهیـم. و در ما نحن فیه تـا به حال بنـای کار برجـائی نشده و مزاوجه مستقر نشده، و وقت استعلام صحت و فساد باقی است.

و موقوف بودن استقرار بـر استعلام حال به رجوع به علامات، منافـاتی با حمل فعل

۱ - در نسخه: و داخل خنثی بودن مشکل باشد.

مسلم بر صحت، ندارد. زیـرا که حمل فعل مسلم بر صحت در وقتی اسـت که مدعی در برابـر نباشد. و الحال مـدعی موجود اسـت. می‌خواهیم بـدانیم که در نفس‌الامـر عقد صحیح است یا نه. و بدون استعلام رجولیت و انـوثیت، حکم به صحت مزاوجه نمی‌توان کرد. و بعد از ملاحظهٔ علامات هرگاه خنثای واضح شد، حکم به مقتضای آن می‌شود. و اگر خنثای مشکل شد، حکم به بطلان می‌شـود. 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 هـرگاه زوجه فسخ کند نکاح را به سبب عیوب مرد، و دخول نشده باشد: پس مستحق مهری نیست. و همچنین هرجا که فسخ از جانب زوجـه باشد. مگر در عنن زوج که زوجـه مطالبهٔ نصف مهر می‌کنـد علی الاقوی و همچنین هـرگاه زوجه فسـخ نکاح کند بـه سبب خصـی بودن زوج مستحق مهـر است بالتمام با دخول. و هرگاه با او خلوت کند بدون دخول، پس ظاهراً در اینوقت در ثبوت نصف مهر اشکالی نیست و اشکال در نصف دیگر است. و آن محتاج است به تأمل.

۳۱۸: سؤال: عدهٔ متعهٔ مدخوله که حیض می‌بیند (هرگاه مدت او تمام شود، یا زوج مدت او را ببخشد) چـه چیز است؟ و همچنین عـدهٔ آنکه حیض نمی‌بینـد ولکن در سن کسی است که حیض می‌بیند-؟.

جواب: اما از مسألـه اولی: پس در آن چهار قـول است. و اشهر و اظهر آنهـا دو قول است: یکی آنکـه «عدهٔ او دو طهر است». و عـلامه در **مختلف** [این قول را] نسبـت به اشهر داده، و آن مختـار مفید و سـلاّرو ابن ادریـس است. دوم آنکـه «عدهٔ او دو حیـض است». و این مختار شیـخ و ابن براج و محقق و علامه اسـت در بسیاری از کتابهای او، و شهید در **لمعه**. و در **مسالک** این را گفته است که اشهر بین‌الاصحاب است. و همچنین محقق در **نافع** و بعضی دیگر هم نسبت داده‌اند این را به اشهر.

و اظهر این قـول دوم ا ست. به دلیل استصحاب حرمـت، و به دلیل **صحیحهٔ** زراره «قال سألت ابا جعفر-ع- ماعدة المتمتّعة اذامات عنها الذی تمتع بها؟ قال: اربعة اشهر و عشراً. الی ان قال: وعدّة المطلقة ثلاثة اشهر، و الامة المطلقة علیها نصف ما علی الحرّة و کذلک المتعة علیها مثل ما علی الامة».[1] به ضمیمهٔ احادیثی که دلالت می‌کند بر اینکه

۱- وسائل: ج۱۵، ابواب العدد، باب ۵۲ح۲.

عدهٔ امه دو حیض است، مثل **صحیحهٔ** محمدبن مسلم «عن الباقر-ع- قال عدة الامة حیضتان، وقال: اذا لم تکن تحیض فنصف عدة الحر»[۱]. و **صحیحهٔ** عبدالله [بن] مسکان از سلیمان بن خالد عن الصادق(ع).[۲] و صحیحهٔ محمدبن قیس عن الباقر(ع).[۳]

ولکن بر این استدلال وارد است **اولاً** اینکه **صحیحهٔ** زراره دلالت دارد بر تشبیه عدهٔ متعه در شهور به عدهٔ امه، نه در حیض و طهر. هرچند ممکن است دفع آن به اینکه اعتبار به عموم کلمه«ما» است نه خصوص محل، با وجود اینکه در اخبار وارد شده است «متعه‌ها به منزلهٔ کنیزهایند».[۴] ولکن بعد خالی از اشکال نیست. و **ثانیاً** اینکه «قول به اینکه عدهٔ کنیز دو حیض است» قول ابن جنید است و آن نادر است. و مشهور این است که عدهٔ کنیز دو طهر است. چنانکه **حسنهٔ** زراره (به ابراهیم بن هاشم) دلالت دارد بر آن «عن الباقر-ع- قال: سألته عن حرّ تحته امة، او عبد تحته حرة، کم طلاقها و کم عدتها؟ فقال: السنّة فی النساء فی الطلاق، فان کانت حرة فطلاقها ثلاثاً و عدتها ثلاثة اقراء، و ان کان حرّ تحته امة فطلاقه تطلیقتان و عدتها قرئان».[۵]

و ظاهر این است که مراد از «قرء» طهر باشد به قرینهٔ مقام، چون مراد از «ثلاثة اقراء» سه طهر است و به سبب اخبار بسیار که تفسیر کرده‌اند قرء را علی الاطلاق به طهرٌ. پس باید حمل کرد قول ابن جنید را بر اینکه مراد دخول در حیض دوم است به جهت تحصیل علم به انقضای طهر. و شاید سرّ اینکه دو طهر قرار یافته با آنکه مقتضای قواعد و اخبار ایشان در این امور تنصیف است در رقّ نسبت به حر، عدم امکان حصول علم است به نصف طهر الاّ به تمام آن، پس دو طهر اعتبار شده است. بلی می‌توانیم با قطع نظر از صحیحهٔ زراره به سبب اجمال آن، استدلال کنیم بر مختار به **صحیحهٔ** اسماعیل بن الفضل الهاشمی طولانی که در آنجا درج است که عبدالملک بن جریح گفت که «عدهٔ امه دو حیض است» و حضرت صادق(ع) تصدیق او کرد.[۷] و از کتاب **بحارالانوار** نیز نقل شده حدیث **صحیحی** از کتاب حسین بن سعید که دلالت دارد بر اینکه عدهٔ او دو حیض

۱و۲و۳- همان مرجع: باب ۴۰ح۳، ۴، ۵.
۴- همان مرجع: باب ۵۲ح۲.
۵- همان مرجع: باب ۴۰ح۱.
۶- همان مرجع: باب ۱۴ح۱- تا-۹.
۷- وسائل: ج۱۴، ابواب المتعة.، باب ۴ح۸.

است.[۱] و همچنین عیاشی در تفسیر خود از ابی بصیر روایت کرده از حضرت باقر(ع) در روایت زراره در تفسیر آیهٔ شریفهٔ «فما استمتعتم»[۲] که آن حضرت فرموده «عدتها حیضتان».[۳]

و اما دلایل قول مفید و اتباع او: پس همان صحیحهٔ زراره است به ضمیمهٔ حسنهٔ زراره که گذشتند. و بر این وارد است که تفسیر مطلق «قرء» در اخبار موجب ارادهٔ طهر در خصوص اینجا نمی‌شود. زیرا اقوی این است که قرء مشترک لفظی است میان طهر و حیض. پس تفسیر آن علی الاطلاق به احد هما غیر ظاهر الوجه است. و این قرینهٔ این است که مراد در این تفسیرها تفسیر لفظ قرئی است که در آیهٔ «ثلاثة قروء» وارد شده است. و تفسیر آن به طهر در آنجا مستلزم ارادهٔ آن نیست در اینجا. و مجرد سیاق حدیث و قرینهٔ مقام در حسنهٔ زراره که دلالت دارد بر ارادهٔ طهر، مقاومت نمی‌کند با احادیث معتبرهٔ متعدده، یعنی صحیحهٔ اسماعیل بن الفضل، و امثال آن. پس ترجیح با قول شیخ است. چنانکه احتیاط هم مقتضی آن است.

و اما باقی اقوال -که یکی اعتبار یک حیض است، و یکی اعتبار یک حیض و نیم-: هرچند به مقتضای قول اول احادیث معتبرهٔ بسیار هست.[۴] و بر طبق ثانی هم حدیث **صحیح** هست.[۵] لکن چون مقاومت نمی‌کنند با ادلهٔ مشهور، لازم است تأویل آنها، یا طرح آنها.

و اما جواب از مسألهٔ ثانیه: پس عدّهٔ آن چهل و پنج روز است. و خلافی در آن نیست، و جمعی دعوی اجماع بر آن کرده‌اند. و اخبار هم دلالت دارد بر آن.[۶] و فرقی مابین آزاد و کنیز نیست، و ظاهراً خلافی در این هم نباشد.

۳۱۹و۳۲۰:سؤال: زید زینب را به عقد دائمی خود در آورده و دخل نموده. و متعاقدین را یقین حاصل بود که زینب خالی از مانع و مطلقه به طلاق صحیح است. و ناکح قبل از عقد از زوج اول زینب استماع نمود «من زینب را مطلقه ساخته‌ام». و چندی

۱- بحار: ج۱۰۳ ص۳۱۵ح ۲۰.
۲و۳- آیهٔ ۲۴ سورهٔ نساء- وسائل ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۲۳ح۶.
۴- وسائل: ابواب المتعة، باب ۲۲ح ۱و۴و۶و۷.
۵- وسائل: ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۵۲ح۱. و باب ۵۳ح۲.
۶- وسائل: ج ۱۴، ابواب المتعة، باب ۲۲.

بعد از آن، جمعی ادعا نموده[اند] که ما علـم داریم که زینب ذات بعل و بر زوجیت زوج اول باقی است به علت آنکه زوج اول عمرو را در تطلیق وکیل نموده [بود] و عمرو اجرای صیغهٔ طلاق ننمود. و عمرو نیز به عدم اجرای صیغهٔ طلاق معترف [است]. و جمعی دیگر را ادعا آنکه اعتراف به تطلیق زینب را از زوج اول استماع نمودیم.

و به این جهت اضطـراب و تشکیکی فی‌الجمله بهم رسیده. اما متعاقـدین بر عقیدهٔ اول باقی‌اند.

و علی هذا بیان فرمایند که تکلیف زید چیسـت؟ آیا تا 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 ثابـت است یا نه ؟ و حکم صورت طریان شـک، حکم صورت علم دارد یا نه ؟ و بقای زوجیت اول اصل اسـت یا صحت عقد ثانی. و چنانچه احـد هما را علم به بقای زوجیت اول و فساد عقد ثانی بهم رسد دون دیگری، باید هر دو ملتزم فساد شوند؟ یا هـر یک مکلـف‌اند بـه علم خود؟. و بـر فرض فسـاد عقد (چـون بر ذات بعـل است و متعاقدین جاهل به بقای زوجیت اول بوده‌اند، و دخل هم اتفاق افتاده) زینب حرام مؤبد می‌شود بر زید یا نه؟

و بنابـر حرمـت مؤبد، حـرمت به جهـت نص صحیـح است؟ یا بـه سبب «قیـاس بر معتده»؟. و اولویت حکم در ذات بعل [در قیاس به معتـده] مسلّم است یا نه ؟ با وجود آنکه احتمال می‌رود که علت حکم در معتده مبالغـه در منع باشد تا موجب زیادی جرأت مکلفین نشـود، بخلاف ذات بعل کـه احدی راجرأت عقـد بر ذات بعل نیسـت، اما [در] معتده چون عـلاقهٔ زوجیت سست شده و مشـرف به زوال شده جرأت عقـد بر او از برای مردم هست، و علاقه در ذات بعل مستحکم اسـت 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 اگرچه بعید است ولیکن از جهت بطلان قیاس کافی است یا نه؟

جواب: اصل صحت نکاح متعاقدین است. و استصحاب زوجیت سابقه منقطع است به قول و فعل و اقرار زوجیـن مسلمین. و قول آن جمعی که می‌گویند «مـا علم داریم به ذات بعل بودن زینب به علت مذکوره»، مسموع نیست.

اما اوّلا: پس به جهت آنکه مرافعه میان زوجیـن رو نداده، و دعوائی با هم ندارند که به بینه رجوع شود، هرچند شهود عدول باشند. و **ثانیاً**: به جهت آنکه عدم اجرای عمرو

صیغهٔ طلاق را دلیل عدم اجرای صیغهٔ طلاق مطلقاً، نمی‌شود. خصوصاً با اعتراف زوج سابق به طلاق گفتن و گفتن جماعت دیگر که «ما از زوج سابق شنیدیم اعتراف به طلاق را»، خصوصاً با بقای زوجین بر اعتقاد خود. بلکه در صورت حصول شک از برای متزاوجین در صدق جماعت مذکوره (که گفتند ما می‌دانیم 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 یک مکلف‌اند به اعتقاد خود. و اما هرگاه از برای هر دو علم بهم رسد به فساد عقد پس شکی در بطلان عقد نیست.

و اما اینکه جایز است به عقد جدید مزاوجه کنند یا اینکه حرام مؤبد است: پس چون دخول واقع شده، اشکال بهم می‌رسد. و آنچه متأخرین علما به آن متمسک شده‌اند که «چون نکاح به ذات عدهٔ رجعیه با دخول، منشأ حرمت ابدی است، پس باید در ذات بعل هم حرام مؤبد شود به طریق اولی»، در نظر حقیر محل اعتماد نیست، و اولویت ممنوع است و قیاس باطل است. و اجماعی هم در مسأله نیست. بلکه از علامه(ره) در تحریر **ظاهر** می‌شود که این فتوای علمای ما در این خصوص نبوده است تا زمان علامه. و علامه و ما بعد او از متأخرین گفته‌اند «در آن دو وجه است»، و نگفته‌اند «دو قول است». و وجه الحاق را، اولویت قرار داده‌اند. 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 **قرب‌الاسناد** از علی بن جعفر روایت شده که دلالت دارد بر آن.[۳] و صاحب کفایه گفته است که آن در نزد من به منزلهٔ صحیح است، و ظاهر این است که وجه آن این است که عبدالله بن جعفر حمیری ثقهٔ جلیل که از اعاظم مشایخ است روایت کر ده است از عبدالله بن حسن از علی بن جعفر، و عبدالله بن حسن هرچند مهمل است لکن ظاهر این است که از جملهٔ مشایخ اجازه است، و آن روایت را از کتاب علی بن جعفر ثقهٔ جلیل روایت کرده است. و ظاهر این

۱- وسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۱۶، وج۱۸ باب ۲۷ از ابواب حدالزنا.
۲- کذا.
۳- همان مرجع: ح۹.

است که مشایخ اجازه معتمدند. و «شیخ اجازه بـودن» به منزلهٔ توثیق است، بلکه بعضی آن را بالاتر از توثیق دانسته‌اند. و طایفه‌ای از اخبار هم دلالت بر عدم حرمت دارند، که از جملهٔ آنهـا دو حدیث صحیـح عبدالرحمـن بن الحجاج اسـت. و لکن دلالت آنهـا محل مناقشه هست.

و به هر حال: آنچـه اقوی و اظهر است در نظر حقیر، این است کـه نکاح به ذات بعل هرگاه با علم بـه حال و دخول باشد، حرام ابدی است اجماعـاً. و با جهل و عدم دخول، حرام نیست اجمـاعاً. و با جهل و دخول، حرام اسـت علی الاظهر، خصوصاً بـه ملاحظهٔ موثقهٔ زراره که آن را کلینی و صدوق و شیخ (هر سه) روایت کرده‌اند «عن الباقر -ع-: اذا نعی الرجل الی اهله او اخبروها انه قدطلّقها فاعتدت ثم تزوجت، فجاء زوجها الاول، فان الاول احق بها من هذا الاخیـر دخل بها الاوّل اولم یدخل بها. و لیس لـلاخران یتزوجها ابداً، ولها المهر بما استحل من فرجها»[1]. و آن روایت را صدوق با سند قوی نقل کرده، و روایتی دیگر هم به همین مضمـون از عبدالله [بن] بکیر روایت کرده.[2] و همچنین اظهر حرمت ابدی است با علم و عدم دخول، به سبب اطلاقات اخبار. والله العالم با حکامه.

و بعد از آنکه این جواب نوشته شد، ثانیاً از کاشان کاغذ طویل و عریضی آمد که: سؤال در استفتاء بر وفق واقعه نبوده و جمعی از عدول علم دارند به اینکه زوجه در حین عقد ذات بعل بوده و مطلقـه نشده بود. با وجود این آیـا جایز است از برای آنها تفـریق یا نه ؟ و آیا جایز است که با وجود این ساکت باشند یا نه ؟ و هرگاه اقامهٔ شهادت کنند در نزد حاکم مسموع است یا نه ؟ و معنی اینکه «هرگاه احدهما علم به فساد عقد بهم رساند دون دیگـری، هر یک مکلف‌انـد به علم خود» چـه معنی دارد؟ و چگونه مـی‌شود هرگاه زوجه بگوید که «عقد من فاسد است» زوج بگوید «صحیح است» خواهد وطی کند زوجه را، چه باید کرد؟

جواب: من جـواب استفتا نوشته‌ام، و حکمـی ننوشته‌ام. و جواب آن استفتـا همان است که نوشته شده. و هرگاه صورت واقعه چنیـن باشد که الحال نوشته‌اید، پس جواب آن باز فتوی می‌شود، و حکم نمی‌شود. حکم را باید بعد از حضور و مرافعه کرد.

و حاصل مقام اینکه در صورتی که زوج سابق غایب است و ادعائی ندارد، و زوجین با

۱و۲- همان مرجع: ح۶.

هم دعوی ندارند، مقام منجر می‌شود بل «دعوی حسبی» و در چنین جائی هرگاه از برای حاکم علم قطعی به ذات بعل بودن حاصل شود، اظهر این است که عمل به علم خود می‌تواند کرد. و در صورتی که از برای حاکم علم حاصل نباشد و جمعی شهادت بدهند، پس کلام در این است که در صورت عدم اعلام حاکم، آیا آحاد مؤمنین بعد استماع شهادت عدول بر ذات بعل بودن زوجه در حین عقد، می‌توانند تفریق کرد یا نه؟-؟. و در صورت اعلام حاکم به واقعه، یا تبرع شهود به شهادت مزبوره در نزد حاکم قبل از طلبیدن حاکم، نطق به شهادت و ادای آن، مقبول است یا مردود؟

پس می‌گوئیم که در صورت اول معلوم نیست که آحاد مؤمنین به سبب شهادت آنها «من حیث انها شهادة و بیّنة [و] لیس من شأنها الاّ افادة الظن» حکم به تفریق توانند کرد. و از این جهت است که فقها اشکال و خلاف کرده‌اند 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» کرده‌اند متمسک شده‌اند به احادیثی که وارد شده که «هرگاه بیّنه قائم شد بر هلال پس اگر روزه خورده قضا کند».[1] و هرگاه بیّنه من حیث هی، مجوز عمل به مقتضای آن بود، ضرور نبود به استدلال به آن اخبار و مجال اشکال و خلاف نبود.

بلی هرگاه از برای عدول مؤمنین علم قطعی به واقعه بهم رسید، شاید از راه نهی از منکر توانند تفریق کرد هرگاه 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. ولکن در ظاهر شرع هرگاه زوجین مرافعه کنند و انکار «منکر بودن» کنند، سخن ایشان مسموع است، و بدون مرافعه نمی‌توان ایشان را الزام کرد بر قبول. و اینکه گفتیم که «جایز است از باب نهی از منکر مراد این است که از برای ایشان جایز است هرگاه مرافعه آنها سودی نکند و از برای مؤمنین آن قوت باشد که اقامهٔ معروف کنند. و ظاهر این است که در صورت مزبور هرگاه زوجین استعداء 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 عدول‌اند و افعال ایشان نیز محمول بر صحت است.

۱- وسائل: ج ۷، ابواب احکام شهر رمضان، باب ۵ح۴و۹و۱۳و۱۷و۱۹و۲۰و۲۱.

اما در صورت عرض حال به حاکم: پس یا این است که احدی از مؤمنین حسبتاً مدعی می‌شود و شهود بر واقعه را حاضر می‌کند نزد حاکم و شهادت را از صورت «نفی مطلقه بودن» به صورت «اثبات ذات بعل بودن» بر وجه صحیح بیرون می‌آورد، پس ظاهر این است که حاکم می‌تواند حکم کند به تفریق. و هرگاه احدی [مدعی] نشود، و لکن خود شهود تبرعاً بیایند و در نزد حاکم اقامهٔ شهادت کنند (که این را شهادت بر سبیل حسبه گویند) یا [احدی] مدعی شود ولکن قبل از استشهاد حاکم شهادت بدهند بر اینکه «ما عالم هستیم به ذات بعل بودن»، در اینصورت باز اظهر جواز تفریق است، و تبرع به شهادت مضر نیست.

زیرا که آنچه اتفاقی است که تبرع در آن مضر است حقوق محضهٔ آدمیین، است. اما حقوق محضهٔ الهی- مثل شرب خمر و زنا و ترک نماز و اوقاف بر مصالح عامهٔ مسلمین مثل مسجد و پل و امثال اینها- و آنچه که حق تعالی را در آن شرکتی هست، مثل زکات و خمس و حد قذف و وقف بر جماعت منتشرین (مثل فقرا و فقها) و یا [وقف بر] معین- بنابر قول به انتقال وقف به خدا، هرچند ضعیف است- و مثل عتق. و مانحن فیه هم از جملهٔ آنها است، پس در اینها خلاف است. و اظهر و اشهر این است که تبرع به آن مضر نیست. به جهت عمومات ادلهٔ قبول شهادت در نزد حاکم، و عمومات اجراء احکام مثل «الزانیة و الزانی...» و اینکه این هم مندرج است در امر به معروف، و غیر ذلک، و خصوص حدیث نبوی-ص- «خیرالشهداء الذی یأتی بالشهادة قبل ان تسألها».[1] و به جهت اینکه در این امور غالباً مدعی در میان نیست، و هرگاه شهادت متبرع مسموع نشود لازم می‌آید تعطیل اکثر این احکام.

خصوصاً هرگاه قائل باشیم که «متبرع هرگاه در مجلس دیگر مبادرت نکند و صبر کند تا از او سؤال کنند، باز مسموع نیست» چنانکه احد قولین است در مسأله. و هرچند در حقوق محضهٔ الهی غالباً تخفیف و تسهیل امر، مرغوب است، و تعطیل آن مضر نیست. ولکن در حقوق مشترکه این سخن جاری نیست، و قائل به فرقی در نظر نیست. با وجود اینکه می‌گوئیم که این سخن خوب است در جائی که کسی مطلع نشده باشد مثلاً بر زنای شخصی به غیر همان شهود، و در آنجا به ملاحظهٔ ستّاریّت الهی، مطلوب

۱- حدیثی است که در زبان فقها معروف است و عامی است: سنن بیهقی: ج ۱۰ ص۱۵۹، با مختصر تفاوتی در لفظ.

ستر و عـدم فضیحت است. و لکـن [این] سخن در مثل وقـف مساجد و زوجـهٔ مردم را جماع کردن وامثال آن، جـاری نیست. و همچنین در صورتی که زانـی در افواه و السنه مفتضح شده، یا آنکه بی مبالات است در امر زنا.

و قول دیگر در مسأله این است کـه مضر است. و آن منقول است از شیخ در **نهایه**. و دلیل آن راه یـافتن تهمت است. زیـرا که مبادرت به شهـادت دلالت بر حرص بـر اثبات مطلب می‌کند و مورد تهمت می‌شود. چنـانکه در حقوق آدمیین. پس اخبار بسیاری که دلیل عـدم سماع شهـادت متهم اسـت[1] شامـل اینجا هـم هست. و خصـوص حدیـث نبـوی(ص) که در مقـام مذمـت فرمـوده‌انـد «ثم یجیـئ قوم یعطـون الشهادة قبـل ان یسألونها»[2] و در عبـارت دیگر فـرموده «ثـم یفشو الکـذب حتـی یشهدالـرجل قبـل ان یستشهد»[3] و می‌تـوان خدشه کـرد در دلیل اول به منـع دلالت مبادرت بـر شهادت در حقوق الهـی بر تهمت، و منـع انصراف اخبار منع قبـول شهادت متهم در اینجـا. چون متبادر از آن اخبار جائی است کـه مدعی در میان باشد، و میل به جـانب مدعی متصور باشد. و امّا در اینجامیلی اگر متصوّر باشد پس آن در اجرای احکام الهی و اقامهٔ معروف و از احهٔ منکر [است] و از برای عدل بسیار بعید است که از راه عداوت به شخصی، خواهد اَجرای حد بـه او بشود، و تا این حـد عداوت این عدل را غـافل کند که راضـی به قتل او باشد در جائی که منجر به قتل و امثال آن شود.

و به هر حـال: بسیار از صور تبرع و مبـادرت هست که مستلزم تهمـت نیست. مثل جاهل به مسأله که گمان او این است که اقامهٔ شهادت از واجبات است و مبادرت در آن خوب است، خصوصاً در وقتی که با مدعی عداوت داشتـه باشد و با منکر صداقت. و باید کلام فقها و اخبار را هم تنزیل کرد بر غالب هرچند در حقوق آدمیین باشد. و دلیل این مطلب می‌تواند شد اینکه اکثر علما در حقوق الهی مبادرت را مضر نمی‌دانند و قائل به این نادر است. بلکـه شیخ که قائل بـه آن است در **مبسوط** رجوع کـرده از آن قول. و ایـن اعظم شاهد است که این را داخل اخبار «منع قبـول از راه تهمت» نمی‌دانند. آیا نمی‌بینی که همگی در حقوق ناس متمسک به «متهم بودن» شـده‌اند، و در اینجا مشهور اعتنا به این

۱- وسائل: ج ۱۸، ابواب الشهادات، باب ۳۰.
۲- مسند احمدبن حنبل: ج ۴ ص ۴۲۶.
۳- سنن ابن ماجه: ج ۲ ص ۶۲.

معنی نکرده و تصریح به عدم رد کرده‌اند.

و اما حدیث نبـوی: با وجود معارضهٔ آن به مثل آن، و ضعف سنـد آن بدون جابر، در خصوص مانحن فیه دلالت آن ممنوع است. زیرا که متبادر [از] آن، صورت وجود مدعی است. بلکه خصوص حقوق آدمی. کما لا یخفی. و هـرچند این اشکال بر حدیث معارض آن نیز وارد است. ولکن می‌توانیم گفت که متبادر از آن بیان بهترین نوع شهدا است. نه بهترین انواع اقامهٔ شهادت. و اشاره به این بـاشد که چون شهدای حقوق الهی غالباً این اسـت که محض از راه دینـداری و اقامهٔ معـروف اقامـهٔ شهادت می‌کننـد و محتاج نیستند به اینکه کسی آنهـا را بطلبد و غالباً کسی دیگر مدّعی نمـی‌شود در این باب که ایشان را به شهادت بطلبـد بلکه داعی بر آن محض ایمان و دینداری اسـت پس این نوع شهدا بهتریـن انواع شهدایند. چـون شهادت دیگران غالبـاً محل مراقبت حـال مردم و رعایت تعارف ومصاحبت می‌تواند شد.(کذا)

سلّمنا، لکن می‌گوئیم که بهترین جمعی که مابین این دو روایت می‌توان کرد همین است که اولی را حمل به حقوق الهی و ثانی را حمـل 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) هرگاه بعضی از مراحل سؤال بی جواب مانده باشد معذورم دارند.

۳۲۱:**سؤال**: هرگـاه زید در طفولیـت با عمرو شیر خـورده‌اند از مادر عمـرو. و بعد ازفوت پدر عمرو، مادر عمرو شوهر دیگری کرده باشد و دختری از او بهم رسانیده. و زید به گمان اینکه به سبب اینکه آن طفل از پدر دیگـر بهم رسیده می‌تواند آن دختر را نکاح کند، او را نکاح کرده و اولاد بهم رسانیده. و مفروض این است که زید رضاع را فی‌الجمله می‌داند ولیکن نمی‌داند که مقدار رضاع شرعـی به عمل آمده است یا نه. آیا بر او واجب است تفحص و استعلام حال؟ یا می‌تواند به اصل عدم تحقق رضاع محرم، اکتفا کند؟.

جواب: اولاد مرضعه بر مرتضع حرام است، هرچند از شوهر دیگر بهم رسیده باشد. و جهل به مسـأله منشأ حلّیت نمـی‌شود. و امّا اینکه علـم ندارد به حصول مقـدار رضاع محرّم (بعـد از آنکه علم بهم رسـانده که فـی‌الجمله رضاع حـاصل شده)، پس هـرچند می‌تـوان اشکال کرد در تمسک بـه اصل عدم تحقق رضـاع، به جهت اینکه اصـل عدم حلّیت زن اسـت مگر بـه نکاح صحیح. و چـون در شرع وارد شده اسـت که نکـاح 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 جملهٔ محرمات نباشد.

پس هرگاه زنی باشد که محتمل باشد که خواهر نسبی او است یا مادر او است و شک داشته باشد که این از جملهٔ مُحارم است یا غیر آنها، به «اصل عدم» نمی‌توان متمسک شد که اصل این است که خواهر و مادر من نباشد. به جهت اینکه 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 محرّم. و این نظیر همان است که فقها گفته‌اند که شرط است در تمسک به «اصل برائت» در احکام شرعیه، تتبع و تفحص از ادلّه. و بعد از عجز متمسک می‌شوند به اصل برائت. و اگر نه لازم می‌آید که هر بی خبری از فقه و احادیث تکیه بکند به اصل برائت و اجتهاد نکند در تحصیل «رافع اصل برائت» از ادلّه، و از این جهت است که محققین قائل شده‌اند که «عمل به عام قبل از فحص از مخصّص جایز نیست».

و حال این شخص بعد از حصول علم اجمالی به رضاع و شک در اینکه آیا به حد رضاع محرّم رسیده یا نه، مثل حال مجتهد است بعد از آنکه علم بهم رساند که احکام مخالف اصل و مخالف عام در شریعت بسیار است، و احتمال وجود معارض از برای اصل و عام از برای او حاصل شود، جایز نیست عمل به اصل و عموم مگر بعد از فحص و اجتهاد از معارض و مخصص. خصوصاً هرگاه ظن قوی به وجود آنها باشد. پس هرگاه تفحص کرد از حال رضاع، و نه علم قطعی و نه علم شرعی (که از راه بیّنه و امثال آن حاصل شود) از برای او بهم نرسد، حلال است نکاح هرچند علم به عدم آن بهم نرسد. و در اینوقت تمسک به اصل عدم یا اصل عموم خوب است. هرچند بیش از ظنی از آنها حاصل نشود.

و هرگاه علم قطعی یا شرعی حاصل شد به رضاع محرّم، پس باید تفریق کرد. و طلاقی ضرور نیست.

والحاصل: هرچند رضاع امری است حادث بعد از ولادت انسان، و از باب نسب نیست (که با انعقاد نطفه حاصل است) و اصل عدم تحقق آن از اصل یا به مقدار رضاع هست. و لکن تمسک به این اصل بعد حصول رضاع فی‌الجمله، مشکل است. زیرا که

حکم به جواز نکاح بعضی زنان و عدم جواز بعض، دو حکم شرعی‌اند جدید که دخلی به اصل برائت ندارند، و هر یک موضوعی علـی حده دارند. پس باید تفحص از موضوع کرد تا بدانی که این داخل کدامیک است. مثل آنکه مولی به غلامان خود بگوید که «هر کدام مالک ده دینـار هستید یک دینار را تصدق کنیـد. و هر کدام نیستید نکنید»، پـس باید غلامها حساب مال خود بکنند و به مقتضای آن عمل کنند. و نمی‌توانند گفت هر یک که «من نمی‌دانم مالک ده دینار هستم یا نه، و اصل برائت ذمهٔ من است». هرچند اصل عدم وصول مال به ده دینار تواند جاری شد.

ولکن:[1] صحیحهٔ عبدالله بن سنان از حضرت صادق(ع) که فرمود «کل شیٔ فیه حرام و حلال، فهو حلال لک ابداً حتّی تعـرف الحرام منه بعینه فتدعه»[2]، و در روایت دیگر نیز فرمود «کل شـیٔ هولک حلال حتی تعلم انّـه حرام بعینه فتدعه من قبـل نفسک و ذلک یکون مثل الثـوب علیک قد اشتریتـه و هو سرقة، اوالمملـوک عندک و لعلّه حرّ قـد باع نفسه، اوخدع فبیع، او قهراو امرأةتحتک‌وهی اختک و رضیعتک. والاشیاء کلها علی هذا حتّی یتبیّن لک غیر ذلک. او یقوم به البینّة».[3]

دلالت دارنـد بر اینکه مادامـی که معلوم نشده اسـت رضاع محرّم، حلال بـاشد، و تفحص هم لازم نباشد.

و اگر بگوئی: که متبادر از حدیث «تردد امر است مابین حلیت و حرمت» مثل گندم مباح و مغصوب و جامهٔ مباح و مغصوب، در صورت جهالت حال. و مراد از مجهول الحال آن است که بعد از تفحص حال آن مشتبه باشد، نه محض جهالت در اول امر. چنانکه در مال مجهول المالک معنـی آن این است که بعد از بذل جهد و تفحص، بـر جهالت باقی بماند. پس هرگاه بگویند «مال مجهول‌المـالک را باید تصدق کرد به فقرا» معنی آن این نیست که بـه مجرد همین که مالک را نمـی‌شناسی این حکم دارد، حتی اینکـه هرگاه داخل بلدی بشوی و خرابه[ای] را مشاهده بکنی به محض اینکه نمی‌دانی که صاحبش کیست احیا توانی کرد به قصد تملک.

۱ - این «لکن» جواب جملهٔ شرطیـه‌ای است که در آغاز جواب فرمود «هرچند می‌توان اشکال کرد در تمسک به اصل عدم تحقق رضاع».

۲و۳- وسائل: ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۴ ح ۱و۴.

ح ۱.

بلی گاه است که ید مسلم، یا سوق مسلمین قائم مقام تفحص می‌شود. پس هرگاه داخل بلدی شوی و دانی که گندم خلال و حرام هر دو در آن شهر هست، در آنجا تفحص لازم نیست، اصل حلیت گندمی است که 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 می‌شود استمتاع [از] آنها به سبب نکاح (یا ملک یمین) به شرطی که انساب مذکوره در کتاب (مثل مادر و خواهر و غیر هما) 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 اینکه آن زن یکی از اینها نباشد. پس لازم است تفحص از حال زنی که می‌گیرد که یکی از اینها نباشد.

و اینکه می‌بینیم اغلب مردم بلاتفحص نکاح می‌کنند، مبنی است بر اینکه غالب این است که می‌دانند که از اینها نیست، و ما به عیان می‌بینیم که هرگاه بشنوند که رضاعی، یا مصاهره‌ای واقع شده، کمال تفحص وجد و جهد می‌کنند. و این از قبیل گندم بازار و نان دکان خباز نیست، چون فعل مسلم (بلکه غیر مسلم هم) در این باب محمول بر صحت است. حتی اینکه اگر کسی غیر عادلی بلکه عدل واحدی هم بگوید حرام است، اعتنا نمی‌کنیم در حکم به حرمت. چون اصل در گندم و نان حلیت انتفاع است. و منعی که از مغصوب آن شده، در غیر آنچه معلوم الغصبیه باشد یا ید متصرفی بر آن باشد، معلوم نیست. بخلاف استمتاع به زنان که مطلق آن حرام است. و آنچه تجویز شده به سبب نکاحی است که بر غیر آن اشخاص باشد. پس تا علم به شرط بهم نرسد جایز نیست. و آن موقوف است بر تفحص.

و اینکه «بضع زنان در ید ایشان است» در این مقام کافی نیست در حلیت از برای مردی که به گوش او خورده حصول رضاع فی‌الجملة. بلی هرگاه تفحص کرد و ثابت نشد بر او که از جملهٔ محرمات است، عمل به ظاهر حال می‌شود. چون غالب این است که نسوان از این فرقه‌ها نیستند. و اصل عدم تحقق رضاع و مصاهره، هم مؤید می‌شود. هرچند احتمال نفس‌الامری زایل نشود.

و حدیث دوم هم مبتنی بر این است که هرگاه زنی را بر وجه صحیح به مقتضای تکلیف خود گرفته هرگاه باز احتمال باقی باشد که همشیرهٔ او است، ضرر ندارد. خصوصاً هرگاه احتمال بعد از عقد طاری شود به سبب اخبار کسی که قول او مثبت

حکم نباشد. و همچنین جامه و مملوک، غرض در همه این است که احتمال فساد با وجود عمل آوردن مقتضای تکلیف، ضرر ندارد. و دلالتی ندارد بر اینکه در اول دفعه هرگاه به گوش او خورده که رضاع به عمل آمده بر او تفحص لازم نیست. یا آنکه 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 عمل‌آمده. و این مستلزم این نیست که تفحص لازم نباشد.

و در صورت سؤال هم مفروض این است که در اول شنیده بود نقل رضاع را، ولیکن به گمان فاسد خود خیال کرده بود که با تعدّد فحل مضر نیست. بلکه تقصیر دیگر هم دارد که تحقیق نکرده که آیا اولاد مرضعه بر مرتضع مطلقاً حرام است یا نه بر فرض تحقق رضاع. پس اینهم یکی از شرایط حلیت به سبب نکاح است که شارع قرار داده، و مراعات آن را هم نکرده. پس بنابر این، مآل حلیت در حدیث آخری راجع می‌شود به حلّیت 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. و حرمت ثابت نمی‌شود مگر با حصول علم به رضاع محرّم.

والحاصل: قبل از ورود شرع، اصل اباحهٔ اشیاء، خالی از مضرت است تا نهی از شرع برسد. و بعد از آنکه نهی رسید در بعضی اشیاء، حرام است تصرف در آن. و بعد از آنکه معلوم شد که بعض اشیاء حلال است و بعضی حرام، لازم است بر کسی که علم به خصوص محرمات ندارد، تفحص از حال آن شیٔ و آن شبههٔ نفس حکم است. مثل اینکه بعد از آنکه از شارع رسید که «گوشت بعض دواب و طیور حرام است». و ما نمی‌دانیم که حرام آنها کدام است، نمی‌توانیم بدون اجتهاد و بذل جهد بگوئیم «اصل حلیت است و تفحص واجب نیست». و از این جهت است که شارع قواعد قرار داده در غیر آنهائی که به خصوص تنصیص به حرمت آنها کرده، مثل سباع نبودن، و صفیف بیش از دفیف نبودن، و امثال آن.

بلی بعد از تفحص و حصول ظن به اینکه آن شیٔ از محرمات نیست، به سبب آن ظن باز راجع می‌شود حکم آن به اصل اباحهٔ سابق. و همچنین در «شبههٔ موضوع» مثل اینکه می‌دانیم که گوشت میتهٔ گوسفند حرام است، و مذکای آن حلال. و یا گندم مغصوب حرام است، و غیر مغصوب حلال. و زن مردم حرام است، و زن خود حلال. و متراضعین

حرام، و غیر متـراضعین حلال. و امثال آن. پـس در اینجا نیز در اول وهله واجـب است تفحص. مثل اینکه در صحرا قبهٔ گندم ببینیم و احتمال دهیم که این گندم ما است چون در این صحرا زراعت داریم. و احتمال دهیم که از غیر باشد، جزماً جایز نیست تصرف در آن قبل از تفحـص. و همچنین در شـب هرگـاه داخل خانـه شویـم و زنی را ببینیـم که خوابیده است و تاریک باشد و نشناسیم، و محتمل بـاشد که زوجه باشد یا اجنبی باشد. جایز نیست مجامعت آن بدون تفحص.

پس اینکه گندم و نـان [وگوشت] را از بازار می‌خریم بدون تفحـص با وجود احتمال مغصوب بودن و میته بودن، این نیست مگر اینکه از راه اینکه ید مسلم بر این است و فعل او محمول بر صحت است. و این اصـل قائم مقام تفحص است. پس **صحیحهٔ** عبدالله‌بن سنان[1] محمـول است بـر اینصورت. و تفسیـر آن در **روایت** مسعدة بن صـدقه[2] شده و تمثیلی کـه امام (ع) فرمودنـد نه محض مثـالی است کـه بگوئیم تمثیل مخصـص عام نمی‌شود بلکه تفسیر اسـت از برای حدیث. یعنی این حکم به حلیـت در جائی است که مجوز تصرف در اول باشد، و شکی که بعد حاصل شود، یا احتمالی که در اول امر حاصل باشد از برای حرمـت، با وجود آن مجوز و مصحح، مضر نیست. و تا علـم قطعی به فساد حاصل نشود دست از آن بر نمی‌داریم.

و هرگاه عمل به حدیث کنیم بدون تفحص و بدون مجوز شرعی و ترخیصی از جانب او، این در معنی نفی شریعت است. چنانکه اباحتیان می‌گویند «المال مال الله و الخلق عیال الله». و آنچه ما در اول تشبیه کردیم ما نحـن فیه را به مال مجهول المالک، از باب تنظیر بود. و غرض بیان همین معنی بود که بـه جهالت در اول وهله اکتفا نمی‌توان کرد در اباحهٔ تصرف در مال وزن و غیره بدون تفحص از حلال و حرام، جایز نیست ارتکاب مگر در صورتی که چیزی قائم مقام تفحص[3] باشد که در آنجا تفحص ضرور نیست. پس ما دست از عموم «والـذین هم لفروجهـم حافظون الاّ علی ازواجهـم اوما ملکت ایمانهـم... فمن ابتغی وراء ذلک فاولئـک هم العادون»[4] چگونـه برداریم. در جـائی که زوجیـت محقق نشده. و چگونه حکم به زوجیت کنیم در جـائی که اشتراط صحت آن به بودن زوجه غیر

۱و۲- همان دو حدیث مورد بحث (وسائل: ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، باب ۴ ح ۱و۴).

۳- در نسخه: تصرف

۴- آیهٔ ۵ سورهٔ مومنون.

انساب و اسباب مذکوره در آیهٔ تحریم ثابت و محقق است، که از جمله آنها رضاع است. و تکیه کنیم به اصل اباحه یا به صحیحهٔ ابن سنان یا به آیهٔ «وانکحوا الا یا می منکم..»[1] و حال آنکه آن آیه عام است و اینها خاص.

پس می‌گوئیم در جواب از این ایراد[2] بلی این سخن‌ها تمام است در صورتی که حلال متحقق الحلّیه و حرام متحقق الحرمه، در خارج موجود باشند. و امر مردد شود مابین آنها. نه در صورتی که شک داشته باشیم در وجود متحقق الحرمه. زیرا فرق واضح است مابین اینکه بگوئیم که «هر عین موجود خارجی که در نوع او چیزی هست که جزماً متصف به حلّیت است و چیزی هست که متصف به حرمت است- مثل گوشت که بعض انواع آن مذکّی و بعضی میته است- حکم می‌کنیم در فرد موجود خارجی آن که نمی‌دانیم داخل کدامیک است که از قسم مذکی است» یعنی حکم آن را بر او جاری می‌کنیم که حلّیت است و مابین اینکه بگوئیم «هرعین موجود خارجی که دو فرد موجود خارجی از نوع آن در خارج موجود باشند که یکی میته است و یکی مذکّی و ما نمی‌دانیم که این فرد معین آن میتهٔ موجود خارجی است یا مذکّای موجود خارجی است، حکم می‌کنیم که این فرد همان فرد خارجی مذکّی است نه فرد خارجی میته».

و مآل فرق این است که معنی حدیث بنابر اول این می‌شود که نمی‌دانیم که این چیز آیا متصف شده به حرمت یا نه. و بنابر دوم این می‌شود که آیا این چیز عین آن چیز متصف به حلّیت است یا عین آن چیز متصف به حرمت.

و بالجمله: اشتباه در موضوع حکم به یکی از چهار وجه می‌شود: **یکی**: مجرد احتمال طاری شدن حرمت بر شئی. مثل زن اجنبی که شک حاصل شود از برای ما در اینکه میان ما و او رضاع شرعی به عمل آمده یا نه. که مشتبه می‌شود بر ما که آیا این زن خواهر رضاعی شده یا نه. حلال است بر ما یا حرام. **دوم اینکه**: حلال و حرام موجود خارجی مخلوط و ممزوج شوند به نحوی که امتیاز نتوان کرد. مثل گندم حلال و مغصوب که دانه‌های آن مخلوط شوند به هم. و روغن حلال و حرام که به هم ممزوج شوند.

۱- آیهٔ ۳۲ سورهٔ نور.

۲- جواب است بر «اگر بگوئی». در چهار صفحه قبل.

سوم اینکه: مزج و خلط حاصل نشده و علم حاصل شود به اینکه این چیز یکی از آن چیزهائی است که موجودند در خارج و بعضی حرام‌اند 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 می‌توان بدون عسر و حرج تعداد و احاطهٔ آنها کرد. مثل اینکه 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 آنکه**: افراد موجود خارجی غیر محصور باشند و در احاطه به آن عسر و حرج لازم آید. مثل اینکه بدانیم در شهری یک خانهٔ مغصوب، یا در گلّه‌های شهر یک گوسفند مغصوب هست، و ندانیم کدام است.

ظاهر این است که خلافی در حلّیت 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 «شبههٔ 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 هرگاه دیناری حرام مثلاً داخل شود در میان ده دینار حلال و ندانی کدام است، جایز است خرج کردن ده تای آن، و اجتناب از یکی. و قول دیگر جواز ارتکاب همه است، هرچند بعد از خرج همهٔ دنانیر جزم حاصل می‌شود به شغل ذمّه به آن دینار، ولکن معصیتی ازبرای او نیست و قول دیگر رجوع به قرعه است. و تفصیل ادلّهٔ اقوال را در کتاب **قوانین** استقصا کرده‌ام.

هرگاه این را دانستی می‌گوئیم که لفظ انساب و اسبابی که در قرآن مذکور است، اسم چیزی است که متحقق باشد. یعنی خواهر نسبی متحقق، و همچنین خواهر رضاعی متحقق. پس هرگاه پدر او رفته باشد به شهر دوری، و بعد مدتی این شخص وارد آنجا شود و احتمال بدهد که خواهری برای او بهم رسیده باشد، یا اینکه احتمال بدهد که در آنجا خواهر رضاعی بهم رسانیده باشد. و احتمال بدهد که این زنی را که می‌خواهد بگیرد از آنها باشد. اینها داخل آیهٔ تحریم نیستند که اجتناب از آنها واجب باشد. و تفحص از این معنی هم لازم نیست. چون اصل عدم وجود خواهر، و اصل عدم تحقق رضاع است.

بخلاف جائی که داند خواهر نسبی یا خواهر رضاعی دارد اما نمی‌شناسد و مشتبه

است بـر او، که در اینصورت بایـد تفصیل داد که اگـر در ضمن غیر محصور، مشتبـه‌اند اجتناب و تفحص واجب نیسـت به دلیل عسر و حرج، هرچند در عنـوان آیه داخل‌اند، چون «الفاظ» اسامـی «امور نفس‌الامریه» می‌بـاشند، نه «ما علم انّه هـوالمسمّی بذلک الاسم». ولکن تفحص و تجسس لازم است در جائی که عسر و حرج لازم نیاید. به دلیلی که پیـش گفتیم در ضمن اشکـال و ایراد. و در صورت عـدم حصول علم هـم لازم است اجتناب بنابر مشهور در شبههٔ محصوره. و همچنین بنابر قول سوم (که اظهر اقوال است در نزد حقیـر) باز تفحص لازم است، بـه دلیلی که پیـش مذکور شد در ضمـن اشکال و ایراد. و بعد از تفحص و عدم حصول علم جایز اسـت ارتکاب. چنانکه ظاهر حدیث است. پس لزوم تفحص منافات با عمل به مقتضـای حدیث ندارد. و استدلال مشهور به وجوب مقدمـهٔ واجب، بعد از تفحص ممنـوع است. زیرا کـه وجوب اجتناب در اینوقـت ممنوع است.

و به هر حال: ما نحن فیه که مورد سؤال است از جملهٔ قسم اول است از اقسام شبههٔ موضوعیه، و در اثبات حلّیت آن، اصل برائت کـافی است، و محتاج به آن حدیث صحیح هم نیست. بلکه آن حدیث ظاهر در غیر آن قسم است، چون ظاهر از لفظ «حلال و حرام» شیٔ متصـف با لحلّیه و الحـرمه است، لاامکان الاتصـاف بهما. و همچنین لفـظ «بعینه» ظاهر است در موجود خارجی. بلی روایت مسعدة بن صدقه ظاهر در مانحن فیه است. و هرگاه خـواهیم مانحن فیه را داخل آن حـدیث صحیح کنیم لازم می‌آیـد استعمال لفظ واحد در معنیین مختلفیـن. بلکه اگر قسم دوم را هـم خواهیم داخل کنیـم همین لازم می‌آید، بـه اعتبار آنکه ضمیر «فیه» را بایـد راجع به «عین موجوده» بکنیـم از برای قسم دوم، و راجع به «نوع آن» کنیم در قسم اول، و راجع به نوع هم که کردیم باید اراده کنیم «ما یمکن ان یتصف بالحـل و الحرمة» بنابر قسم اول، و «ما هو متصـف بالحل و الحرمة» اراده کنیم بنابر غیر آن، و به هر حال تأمّلی نباید کرد در اینکه در شبههٔ محصوره تفحص لازم است. و با بقای بر اشتباه بعد از تفحص، رجوع به آن اقوال می‌شود.

و از آنچه گفتیم ظـاهر شد ضعف قول عـلاّمه در **تذکره** به «وجوب استهـلال ماه رمضان و شوال، چون روزهٔ اول آن واجب و روزهٔ اول آن دیگری حرام است، و فعل واجب و ترک حرام موقوف است بر استهلال. پس استهلال مقدّمهٔ واجب است». به تقریب آنچه گفتیم که وجوب اجتنـاب در شبههٔ محصوره در جائی است که حـرام متحقق‌الحرمه در

خارج موجود باشد. و در شب آخرشعبان و رمضان که احتمال دخول ماه نو باشد، هنوز واجب یا حرام وقوع نیافته تا اجتناب از این و ارتکاب آن لازم باشد. چون اصل عدم خروج ماه است از محاق و تحت‌الشعاع. و شهر سابق مستصحب است. و اخبار هم دلالت بر آن دارد.

بلی هرگاه اتفاق شد که ماه رمضان را بالتمام افطار کرد به سبب عذری، الحال که قضا باید بکند باید تفحص کند. چون جزماً غرّهٔ ماه را افطار کرده و گاه است که سلخ شعبان غرّه بوده و ماه رمضان سلخ نداشته.

و اما حکایت امر مولی عبید خود را که «هرکس مالک ده دینار است یک دینار تصدق کند»: پس این هرچند از فروع مسألهٔ شبههٔ محصوره نیست، ولکن فهم عرف و عقل مقتضی لزوم تفحص است. و بعد تفحص و عدم حصول علم، به مقتضای اصل رجوع می‌شود. و فروع این مسأله در احکام شرعیه از حد حصر متجاوز است. و از آن جمله مسألهٔ «مستطیع و غیر مستطیع» است. و مسألهٔ «مالک نصاب و غیر مالک نصاب». و مسألهٔ «قاصد مسافت در صورت جهل به مسافت». و مسألهٔ «کثیرالشک» و «کثیرالسفر» و امثال آنها که شارع از برای هر یک حکمی قرار داده، و هر مکلفی که امر او مردد است مابین هر یک از اینها، بر او لازم است که تفحص کند و به مقتضای آنچه گفتیم عمل کند.

۳۲۲: سؤال: چه می‌فرمایند در خصوص اموال و رخوت و تدارک دیگر که در بعضی از بلاد متعارف است که مرد به جهت زنی که می‌خواهد بگیرد قبل از عروسی می‌برد که زن راضی به تزویج کردن به مرد نمی‌شود مگر به بردن آن اشیاء ولکن در وقت عقد کردن داخل عقد نمی‌باشد. آیا این اموال و رخوت را شوهر تسلط دارد که بعد ازتزویج نمودن از زن بگیرد؟ یا نه؟. مکرر از ملازمان عالی فتوی می‌رسد که رخوت زن مال مرد است. آیا هرگاه به این نحو در بلدی تعارف یافته باشد، زنان طلا و آلات و رخوت و نقد را مالک می‌شوند یا نه؟

نظر به آنکه «عقود تابع قصود است» زن راضی به مهر مسمی نگردیده مگر به وفا نمودن شوهر به عهودی که قبل از تزویج نموده و رخوتی و زیوری و نقدی که قبل از عروسی و عقد، نزد زن فرستاده. آیا می‌تواند شد که انتقال این اموال از قبیل حق جعالهٔ راضی شدن زوجه به مهر مسمی شود که داخل یکی از عقود شرعیه باشد؟ یا نه؟ و در

صورتی که به منزلهٔ حق الجعاله شد، چون تعارف به این نحو است که رخوت مزبوره را به جهت زوجه شرط نموده می‌آورند که مقصود آن است که در خانهٔ زوج بپوشد، و احتمال می‌رود که حق الجعاله تمتع در رخوت مشخصه باشد. آیا احتمال تملیک در اینصورت مقدم است یا تمتع؟

و هرگاه این رخوت و طلا آلات به هیچ نحو از این انحاء 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 آنکه مباح نموده بود و عین تلف شده)؟ و هرگاه از آن وجه نقد اجناس مشخصه خریده باشد به منزلهٔ تلف شدن است؟ یا زوج تسلط دارد به عین آنها؟ مستدعی چنان است که صورت مسأله را مشروحاً با اشارهٔ اجمالیه به ادلهٔ آن لطف فرموده قلمی فرمایند.

جواب: بدانکه شرطی که حکم می‌شود به لزوم آن، شرطی است که در ضمن عقد لازمی می‌شود. یعنی مابین ایجاب و قبول. نه آنچه پیش ذکر شود، و نه آنچه بعد (علی الاقوی بل لم نقف علی مخالف صریح فی ذلک). و بدان نیز که وفای به وعده هم واجب نیست (علی الاشهر الاقوی) بلکه مستحب است. و انتقال ملک از زوج به زوجه محتاج است به ناقل شرعی و آن مفقود است بالفرض. و اینکه گفته‌اند «العقود تابعة للقصود» دخلی به ما نحن فیه ندارد. بلکه ظاهر مراد از آن احد معنیین است:

یکی اینکه: از باب «لاعمل الابنیّة» باشد تا خارج شود مثل عقد غافل و هازل و نائم که قصدی ندارند.

دوم اینکه: از باب «انّما الاعمال بالنیات»[1] باشد. چنانکه در مشترکات ملاحظه می‌شود. پس هرگاه کسی بگوید «ملکتک هذا بهذا» قابل بیع و هبهٔ معوضه هر دو هست. و تعیین تابع قصد است در نفس‌الامر. و اما تداعی: پس [آن] را مقام دیگر هست از کلام. و همانکه ذکر کردیم از اشتراط ذکر شرط در ضمن عقد و عدم عبرت به مذکور قبل و بعد او، او ضح شاهدی است بر اینکه اعتقاد لزوم وفای به شرط منافات ندارد با لزوم عقد بدون آن. و بر آن مطلب متفرع می‌شود اینکه هرگاه مساومه شود در مهر بین زوجین و بعد از آن جاری سازند صیغه را بدون ذکر مهر، داخل مفوضة البضع خواهد

۱- وسائل: ج ۱، ابواب مقدمات العبادات، باب ۵.

بود. چون ذکر مهر نشده هرچند مقصود آنها مزاوجه بر آن مهر معین است لاغیر. زیرا که الفاظ را مدخلیت تامه هست در عقود، چنانکه مشاهده می‌شود در معاطات(کذا)، و وصیت به کتابت، هرچند به قرائن قطع حاصل شود به ارادهٔ وصیت. چنانکه اشهر و اظهر است. زیرا که چنانکه مزاوجه به محض تراضی متحقق نمی‌شود چه می‌شود که عقد وصیت هم محتاج لفظ باشد.

پس عدم لزوم ثبوت امور مذکوره در مال زوج برای زوجه، ناشی ازتقصیر ایشان است در عدم ذکر در ضمن عقد. و آنکه مقصود زوجه شوهر کردنی است که با استحقاق تملک امور مذکوره باشد، منشأ لزوم نمی‌شود. زیرا که لزوم از «احکام وضعیه» است که منوط به اسباب شرعیه است و مجرد اعتقاد این معنی از اسباب استحقاق نمی‌شود.

و امّا انتقال از باب حق‌الجعاله:- که سائل آن را از حیل لزوم قرار داده- پس آن بسیار بعید است و بی وجه است. بلی این سخن در باب «شیر بهائی که متعارف است که اولیا می‌گیرند» راهی دارد و اما اینکه این راجُعل رضای زوجه به مهر مسمّی فی‌العقد کنیم، پس آن هیچ وجهی ندارد. زیرا که اگر مراد این است که زوج به زوجه می‌گوید که «هرگاه راضی شوی و به من هم شوهر کنی، من در ازای مجموع راضی شدن و شوهر کردن، این وجه را می‌دهم»، پس در اینصورت در عوض بضع می‌شود. و عوض بضع چیزی نیست الاّمهر. پس باید اینهم من جملهٔ صداق باشد. و این خلاف مفروض است. و عیبی دیگر هم دارد که: چون مفروض این است که آن البسهٔ و طلا آلات را می‌برند که زوجه بیاورد و در خانهٔ زوج بپوشد و متمتع شود، جهالت در مال الجعاله حاصل می‌شود. و آن منشأ بطلان است علی الاشهر. چون زمان عمر زوج و زوجه هیچکدام (و همچنین زمان بقای عین) معلوم نیست. هرچند دور نیست که جهالت در جعاله در اموری که غرر و سفهی در آن نباشد، مضر نباشد.

و از اینجا ظاهر می‌شود که هرگاه آن را از باب شرط در ضمن عقد کند هم صحیح نخواهد بود. و چون جزء مهر می‌شود [مهر هم] فاسد می‌شود [و] رجوع به مهرالمثل می‌شود کلاً او بعضاً. چنانکه در جعالهٔ مجهوله هم رجوع به اجرت‌المثل می‌شود. و عجبتر آنکه سائل با وجود احتمال ارادهٔ تمتع به آن (بلکه اظهر احتمالین بودن) خواسته است تملیک را اثبات کند، با وجود آنکه اصل عدم انتقال است. و سخن در این مقام بسیار است و لکن هم کاغذ تنگ است و هم دل و وقت.

و اما سؤال از وجـه نقدی که قبل از عروسی مـی‌فرستند: پس اگر از بـرای این است که «بعینها یا ببدلها» به خانهٔ شوهر بیاورد پس آن مثل لباس و زینت است، چنانکه گفتیم. و اگر اباحهٔ تصرف کرده به هر نحو که خواسته باشد پس در صورت تلف، استرداد جایز نیست. چـون خود او را مسلط کرده بر آن. و در صورت بقای عین یـا بدل آن، جایز است استرداد. به دلیل اصل و استصحاب و عدم نـاقل شرعی. و مفروض این است که از باب هبه نیست. و بر فرضی که باشد هـم احکام هبه بر آن جاری می‌شود. و اگر خواهیم این راهبهٔ معوضه کنیم هم تمام نیست. و اکثر ابحاث سابقه، بر آن وارد است.

۳۲۳: سؤال: شخصی با زن خود ناسلوکی داشتـه. بعد از مدتی شخص دیگری به جبر گفتـه که طلاق زن خود را بـده، و آن شخص از خوف آن مـرد جبّار، پنهانی بـه نزد ملاّئی رفته کـه «من به جبر طـلاق زنم را میدهم تو گـواه باش در میانه». بعـد از مدتی همان مرد ملاّ یا سهو کرده یا فراموش کرده [آن زن را] برای دیگری صیغه و نکاح کرده. آیا آن صیغه صحیح است یا باطل؟

جواب: هرگاه در نفس الامر واقع است که طلاق به جبر بوده، نکاح دوم باطل است. لکن نمی‌توان آن زن را از دست آن مرد گرفت مگر اینکه او هم اقرار کند که «علم داشتم که طلاق او جبری بود». یا شوهر اول دو شاهد عادل بگذراند که جبری بوده. در اینوقت زن را از او می‌گیرند و به شوهر اول می‌دهند.

۳۲۴: سؤال: کسی صغیرهٔ خود را به نکاح منقطع در مدت یک روز به عقد شخصی در آورده، مقصود او محرمیت زوجهٔ وی به آن شخص باشد. آیا محرمیت حاصل می‌شود؟ و بعد از فوت زوج نکاح آن زوجه بر آن شخص حرام است یا نه؟

جواب: هرگاه صغیره بـه حدّی صغیر است که به هیچ نحو استمتـاعی از او حاصل نمی‌شود حتی به بوسیدن از روی شهوت، و محض از برای محرمیت مادرش عقد کرده، اظهر ایـن است که باعـث محرمیت نمی‌شـود. و آن زن بر او حرام نمی‌شـود. ولیکن از تزویج آن زن کمال احتیاط مرغوب است. چون امر فروج است و امر آن شدید است.

۳۲۵: سؤال: شخصی زنی را بـه عقد در آورده. و بعد ازوقوع نکاح فـی‌مابین زوج و زوجه، قبل از دخول زوجه ادعای اکراه بر عقد نماید. و قراین اکراه هم موجود باشد مثل اینکه در تحت ید ظالمی بلارضا و رغبت بـوده باشد. در اینصورت قول زوجه مقدم است بر قول زوج یا نـه؟-؟ و بر تقدیر تقدیم قـول زوجه، بعد از حلف که از زوجه بـه عمل آید،

زوجه می‌توانـد به هر کس که باشد (خواه مطلـع بر آن عقد باشد یا نه) عقـد مزاوجه به عمل بیاورد؟ یا مختص است جواز به غیر مطلع؟.

جواب: معنی «در تحت ید ظالمی بلارضا و رغبت باشد» را نمی‌فهمم. اگر مراد این است که به سبب ظالم بدون رضا و رغبت شـوهر کرده، و ثابت باشد، و زوجه امضا نکند، اشکال در بطلان نیست. و اما هرگاه به رضـای طرفین و اذن زوجه عقد واقع شده و بعد از عقد زوجه ادعا کند که «من مجبور و مکره بودم در اذن». و زوج منکر باشد، قول زوج مقدم است با یمین در صورت فقد شاهـد از برای زوجه. و مجرد وجود اماره‌ای که مظنّه به صدق زوجه حاصل شود ظاهراً، موجب تقدیم قول او نیست. پس هرگاه زوج قسم یاد کرد بر عدم اکراه، زوجه زوجهٔ او است. و هرگـاه قسم را ردّ کند به زوجه و زوجه قسم یاد کند بر اکراه و عدم اجازه، به هرجا خواهد شـوهر می‌کند. و مانع او نمی‌توان شد. و این امور مرافعه می‌خواهد. و هر کس اهل مرافعه است حکم را می‌داند.

۳۲۶: سؤال: شخصی از حکام مثلاً صاحب تسلطی، زن بیوه‌ای را اکراهاً به زید که نوکـر خود باشد عقـد و تزویج نموده. صیغـهٔ مناکحه را بـلارضای زن فی مابیـن ایشان جاری و واقع سازد. و بعد عقد و قبل دخول، عدم رضـای زن به حَد کاشف آید که مطلقاً به این مناکحه و اصـلاً بدین مزاوجه، زن عاجزه راضی نیسـت. و آن شخص آمر صاحب تسلط مراتب مـذکوره را بدین صورت و عدم رضای عورت را مـلاحظه و مشخص نموده، زید مزبور را امر به طلاق نمود که «برو و زن مکرههٔ مسطوره را احتیاطاً یک طلاق بگو». و بعد از اجرای طلاق شرعی از دست حاکم شرع، زید پشیمان شده. ادعای زوجیت به آن زن شرعاً می‌تواند بکند یا نه؟-؟ و هرگاه بگوید که «من بدین طلاق مأمور و مجبور بودم» مسموع است یا نه؟-؟ و می‌رسد زید را که او را منع کند از شوهر؟ یا تسلطی ندارد؟. اولاً در صورت مذکوره این مناکحه و مزاوجه شرعاً چه صورت دارد؟ و بر فرض تسلیم صحت نکاح، آن طلاق احتیاطی هم که به عمل آمده باشد،، زید مذکور دیگر راه گفتگو و تسلط شرعی بر آن زن مسطوره دارد یا نه؟-؟ و عرض ثانـی اینکه در صورت مذکوره اگر قراین دالّ بر اکراه زن بوده باشـد، قول زوجه مقدم است؟ و بعد از قسم می‌تـواند به هرکسی برود؟

جواب: اولاً هرگاه به ثبوت برسد که نکـاح زوجه به جبر و اکراه بوده و اجازه و امضا نکرده، اصـل نکاح باطـل است هرجـا که خواهـد شوهر مـی‌کند. و هیچکس مـانع او

نمی‌تواند شد. و احتیاج به طلاق هم ندارد. و هرگاه اکراه در نکاح به ثبوت نرسد زوجه زن آن مرد است، و غیر تسلط قسمی به شوهر، ندارد. پس هرگاه بعد او را طلاق گفت هم حکم می‌شود به مفارقت بین آنها. و هرگاه زوج مدعی شود که در طلاق مجبور بودم، و شاهدی نداشته باشد، و زن بگوید به رضا بود، قول زوجه مقدم است با یمین، و قسم [را] که خورد هرجا که خواهد شوهر می‌کند. مگر اینکه دعوی زوج به اجبار، مقرون به قرینهٔ صدق باشد (مثل اینکه محبوس باشد یا در دست ظالم متغلبی باشد) که در آنوقت ظاهر این است که قول زوج مقدم است با یمین. و این مطالب چون محتاج است به مرافعه، هر کس اهل مرافعه است حکم را می‌داند.

۳۲۷: **سؤال**: شخصی زنی را به عقد نکاح خود درآورد، قبل از دخول آن زن را طلاق شرعی بدهد، و بعد از طلاق آن شخص مطلق پشیمان شده می‌گوید «من مجبور بودم به طلاق و به فرمودهٔ شخص آمرجابری من زن خود را طلاق گفتم». آیا این سخن مرد شرعاً مسموع است؟ یا صورت ندارد؟ و در صورت عجز از بیّنه و عدم اثبات جبریت خود، غیر از قسم تسلط بر زن مطلّقه دارد یا نه؟ و می‌تواند بعد از قسم، زن مسطورهٔ مطلقه را شرعاً مانع شود که شوهر اختیار بکند؟ و زن بعد از قسم خوردن اختیار دارد که به شوهر برود یا نه؟ و طریقهٔ قسم خوردن را قلمی فرمائید که زن چه نحو قسم بخورد تا خلاص شود ؟. و همه کس این زن را می‌تواند بعد از قسم خوردن به عقد نکاح در آورد؟ یا مخصوص به آنهائی است که علم و اطلاع بر این مقدمه نداشته باشند؟.

جواب: قول زوج به مجرد دعوی اکراه بر طلاق- هرگاه بیّنه نباشد- مقدم داشته نمی‌شود بر قول زوجه هرگاه زوجه منکر اکراه بر طلاق باشد (بلکه) قول زوجه مقدم است با یمین، مگر اینکه قرینه بر صدق زوج باشد (مثل اینکه در دست ظالمی باشد، یا محبوس باشد و ادعای اکراه کند) در آنجا ظاهر این است که قول او مقدم باشد با یمین. هرگاه قرینه بر صدق زوج نباشد، زوجه قسم بخورد هر جا که خواهد شوهر می‌کند و هیچکس مانع او نمی‌شود. هرکس که بر او معلوم نشده که زوج مجبور بوده به طلاق، آن زن را می‌تواند بگیرد.

و اما کیفیت قسم: پس چون این امور مرافعه می‌خواهد، و مرافعه کردن و قسم دادن بدون حضور یا اذن مجتهد عادل (کسی را که اهل داند) نمی‌شود، فایده در بیان کیفیت قسم نیست. هرکس اهل مرافعه است حکم و کیفیت قسم را می‌داند. والاّ قسم زوجه به

همین نحو باید باشد که قسم بخورد که زوج مجبور نبود به طلاق ، و به رضا طلاق گفت.

۳۲۸: سؤال: هرگاه کسی فضولاً نکاحی کرد برای زید و زید بعد از اطلاع امضا نکرد و اظهار کراهت کرد، و بعد از مدتی گفت «الحال راضی شدم» آیا صحیح است یا باطل؟-؟

جواب: ظاهر این است که باطل است. چون فضولی خلاف اصل است و دلیلی بر صحت آن نیست مگر با اجازهٔ بعد اطلاع. غایت امر این که سکوت مبطل آن نباشد. اما اظهار کراهت: پس ظاهر این است که به مجرد اظهار کراهت باطل می‌شود. و کلام مفید در **مقنعه** صریح است در آنجا که گفته است در عقد غیر ولی صغیره را، که «هرگاه بزرگ شود و اجازه کند صحیح است. و اگر ابا کند باطل می‌شود» و در مختلف این را نسبت به جمع کثیری از علما داده- پس بنابر این، دلیلی نیست بر اینکه 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: نفقهٔ فرزند بعد از پدر برکیست؟. و نفقهٔ والدین بر کیست؟

جواب: نفقهٔ فرزند هرگاه غنی باشد در مال خود او است، خواه صغیر باشد و خواه کبیر. و هرگاه فقیر باشد، بر پدر واجب است به اجماع (چنانکه جمعی دعوی کرده‌اند) و آیهٔ «فان ارضعن لکم فآتوهنّ اجورهنّ»[1] هم دلالت دارد. و قائل به فرقی نیست مابین اجرت رضاع و غیر آن. و حکایت هند زوجهٔ ابوسفیان که شکوه کرد بر رسول خدا(ص) از دست ابوسفیان که نفقه به او و اولادش نمی‌دهد، آن حضرت فرمود (خذی ما یکفیک و ولدک بالمعروف»،[2] با ترک استفصال از غنی و فقر هند.

و هرگاه پدر نباشد، یا باشد و قادر نباشد: پس لازم است نفقه بر پدران پدر هرچند به صد پشت بالا روند، با تقدیم الاقرب فالاقرب. به دلیل اجماع چنانکه جمعی دعوی کرده‌اند. و آنچه نقل شده است از **مبسوط** (با اشعار به اینکه مذهب شیعه این است) که گفته است که «مادر پدر مقدم است بر پدران پدر هرگاه ابعد باشند از مادر پدر در مرتبه.

۱- آیهٔ ۶ سورهٔ طلاق.

۲- کنزالعمال: ج ۸ص ۳۰۳.

مثل اینکه مادر پدر دارد وجد پدر دارد مادر پدر مقدم است بر جد پدر»، پس آن معارضه نمی‌کند با اجماعات منقوله و شهرت عظیمه. و هرگاه پدران پدر نباشند، یا باشند و قادر نباشند، یا نتوان از آنها گرفت، واجب می‌شود بر مادر با قدرت.

و هرگاه مادر نباشد، یا باشد و قادر نباشد، واجب می‌شود بر پدر مادر و مادر مادر، هرچند بالا روند بالسّویه. یعنی پدر مادر و مادر مادر شریک‌اند در نفقه دادن به شرطی که در درجهٔ مساوی باشند. و هرگاه مساوی نباشند، واجب است بر اقرب فالاقرب نسبت به فرزند. پس هرگاه مادرِ مادر داشته باشد و پدرِ پدرِ مادر داشته باشد مادرِ مادر مقدم است و هکذا.. هرچند 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 منزلهٔ مادرِ مادر است، و پدران و مادرانِ مادر پدر به منزلهٔ پدران و مادران [مادر] مادراند، پس شریک‌اند در وجوب نفقه علی‌السویه با تساوی در درجه. و اما با تفاوت درجه مختص است وجوب انفاق به آنکه اقرب است به منفق علیه. و در این حکم هم به خلافی بر نخورده‌ام. تا اینجا سخن در نفقهٔ اصول بود، یعنی آنچه نفقه دهنده آباء و امهات باشند.

و امّا هرگاه نفقه دهنده از فروع باشد یعنی اولاد: مثل اینکه آن فقیر پدر و مادر و اجداد ندارد، یا دارد ولکن قادر نیستند، ولکن فرزند قادر دارد. پس اگر آن فرع یک نفر است و قادر است بر نفقه، واجب است بر او نفقهٔ اصل. و هرگاه متعدد باشند و در درجه هم مساوی باشند واجب است بر همگی علی‌السویه و شریک‌اند در نفقه دادن. و هرگاه متفاوت باشند در درجه، وجوب مخصوص اقرب است به محتاج. و مشهور این است که فرقی مابین ذکر و انثی نیست. و بعضی گفته‌اند واجب است بر ذکر نه انثی. و بعضی گفته‌اند واجب است بر هر دو به حسب میراث. و دلیل آنها وضوحی ندارد. و همچنین مشهور عدم فرق است مابین قادر بر انفاق بالفعل و قادر بالقوه. و از بعضی خلاف ظاهر می‌شود. و اشکال در صورتی که دو نفر باشند که یکی قادر بالفعل است و دیگری قادر بالقوه، بیشتر است.

و امّا هرگاه مجتمع شود اصول و فروع که آنها را «عمودان» می‌خوانند، مثل اینکه محتاج پدر دارد و پسر هم دارد، یا پدران پدر وپسران پسر، پس شریک خواهند بود در وجوب انفاق هرگاه مساوی باشند در درجه. و اقرب مختص است به وجوب با تفاوت

درجه. پس اگـر پدری دارد و پسری، مساوی‌انـد در وجوب. و هرگاه پـدری دارد و پسرِ پسری واجب است بر پدر. و همچنین هرگاه پسری دارد و پدرِ پدری، واجب است بر پسر و هکذا.. و در مسالک اشکال کرده است در صورتی که فرع انثی باشد، مثل اینکه پدری دارد و دختری. و [نیز] در صـورتی که اصل مـادر باشد خواه فـرع ذکر باشد یـا انثی. و علامه هـم در صورت اخیره در **قواعد** تردد دارد[و بعد] از این اشکال، اختیـار مساوات کرده. چنانکه جمعی دیگر هم این را تقویت کرده‌اند. تا اینجا کلام در نفقه دهنده بود.

و اما نفقه گیرنده: پس هرگاه متعـدد باشند و همه فقیر باشنـد و نفقه دهنده هم قادر باشـد، لازم است بر او نفقهٔ همه. و هرگـاه قادر بر همه نباشد مقـدم می‌دارد اقرب فالاقرب را، خـواه از اصول باشد وخـواه فروع، خواه ذکور بـاشد و خواه اناث. و هـرگاه وسعت منفق به قدر نفقـهٔ متعدد نباشد [و نفقه گیرنده‌ها متعـدد و در یک درجه باشند] پس آیا قسمـت باید کرد بر همـه؟ یا قرعه بـاید کرد؟ در آن دو وجه است. اظهـر ترجیح قرعه است. چون حکمت انفاق، رفع حاجت است و آن در صورت قسمت منتفی است. و بعضی احتمال داده‌اند ترجیح آنکه اضعف باشد به سبب صغر یا مرض، بدون قرعه.

۳۳۰: سؤال: هرگاه زیـد با مادر زن خود ملاعبـه کند حتی به حدّی کـه تفخیذ به عمل آید و انزال شود و امّـا دخول به عمل نیاید: نه در قبل و نـه در دبر. آیا زوجهٔ او بر او حرام می‌شود یا نه؟-؟ و آیا فرقی هست مابین اینکه قبل از تزویج باشد یا بعد-؟.

جواب: ظاهـراً قائلـی به نشر حـرمت در اینجـا نیست. الاّ آنچه ظـاهر مـی‌شود از فخرالمحققین که مسأله خلافی است، یعنی در صـورتی که قبل از تزویج باشد. و شهید ثانی و صاحب **مدارک** تصریح کرده‌اند بر اینکه ما [به] قـائلی بر تحریم بر نخوردیم و نه بر مستنـد آن، و هیچکس غیـر از فخرالمحققین ایـن قول را نقل نکـرده. و به هـر حال اشکال در عدم حرمت نیست، خصوصاً هرگاه بعد از تزویج باشد. بلکه اظهر در زنای قبل از تزویج هم عدم نشر حرمت است در غیر دختـر عمه و [دختر] خاله که به آنها زنا کرده باشد، چه جای بعد. و ظاهراً در عدم نشر حـرمت در زنای لاحق خلافی نباشد مطلقاً. و هیچ اشکالی در عدم نشر حرمت در ملاعبهٔ مـذکوره بعد ازتزویج نیست. و قبل از تزویج هم اشهر و اظهر همین است.

۳۳۱: سؤال: هرگاه زوجه کنیز خود را تحلیل کنـد به زوج خود که وطی کند و بعد پشیمان شود و منع کند. چه صورت دارد؟.

جواب: به تحلیل زوجه وطی حلال می‌شود. و اشهر و اظهر این است که تعیین مدت ضرور نیست. و ظـاهر این است کـه هر وقت پشیمان شود مـی‌تواند منع کـرد. هرچند تعیین مدت کرده باشد و مدت هنوز منقضی نشده باشد.

۳۳۲: سؤال: هرگاه کسی وصیت کند به شخصی بـر اطفال خود. آیا جایز است که [آن وصی] صغیر یا صغیره او را نکاح کند به شخصی؟ یا نه؟

جواب: اشهر میان علما (چنانکه از **مسالک و مفاتیح** ظاهر می‌شود) این است که جایز نیست. و از شیخ در **مبسوط** نقل شده است جواز آن مطلقاً، و همچنین از **مختلف**. و از **خلاف** قول به تفصیل: یعنـی هرگاه وصیت به خصوص نکاح کرده، مـی‌تواند. و اگر وصی مطلق است، نمی‌تـواند. و قول دیگر هست در مسأله که هرگاه صغیـر بالغ شود با فساد عقل، و ضرورتی داشته باشد به نکاح، وصی ولایت دارد. والاّ، فلا. و اظهر قول اول است، و خصوص **صحیحهٔ** محمدبن اسماعیل [بن] بزیع که در کافی روایت شده دلالت دارد بر آن صریحاً[۱]، و «اضمار» آن ضرر نـدارد. و خصوصاً از مثل محمدبـن اسماعیل. و خصوصاً بـا اعتضاد به عمل اصحاب. و همچنیـن دلالت دارد بر آن **صحیحهٔ** ابی عبیده حذّا که دلالت دارد بـر اینکه «نکاح غیر پدر بر صغیـرین موقوف است بر اجـازهٔ آنها بعد بلوغ»[۲].

و همچنین اخبار بسیاری کـه دلالت دارند بر اینکه «ولایتی از بـرای غیر پدر و جدّ، نمی‌باشد[۳] و از شیـــخ در **تبیان** و طبرسـی در **مجمع‌البیان** ظاهر می‌شـود اجماع بر انحصار ولیّ در اب وجد. و مـؤید آن است (بلکه دلالت دارد بر آن) دو حـدیث صحیح از محمدبـن مسلم «فی الصبـی یتزوج الصبیة یتـوارثان؟ فقـال: اذا کان ابوا همـا اللذان زوجاهما فنعم. [قلت: فهـل یجوز طلاق الاب؟ قال:لا]»،[۴] که مفهوم آنها ایـن است که هرگاه غیر پدر تـزویج آنها کرده باشد، توارثی نیست. و این نیسـت مگر به جهت بطلان عقد.

و اما دلیل قول دوم: پس آن عموم آیه است. یعنی «فمن بدّله بعد ما سمعه فانّما اثمه

۱- وسائل: ج ۱۴، ابواب عقدالنکاح و اولیائه، باب ۸ح ۱.
۲- وسائل: ج ۱۷، ابواب میراث الازواج، باب ۱۱ح ۱.
۳- وسائل: ج ۱۴، ابواب عقدالنکاح و اولیائه، باب ۱۱و۱۲.
۴- همان مرجع: باب ۱۲ح ۱.

علی‌الذین یبدّلونه»[۱] و صحیحهٔ محمدبن مسلم «عن الباقر-ع- [سألته عن]الذی بیده عقدة النکاح، فقال: هوالاب و الاخ و الموصی الیه و الذی یجوز امره فی مال المرأة من قرابتها»[۲] و صحیحهٔ ابی بصیر[۳] و روایت دیگر او[۴] که قریب به همین مضمون‌اند. و عموم آیه ممنوع است. زیرا که ظاهر آیه وصیت در مال است چون فرموده است «کتب علیکم اذا حضر احدکم الموت ان ترک خیراً الوصیة للوالدین والاقربین حقاً علی المتقین فمن بدّله بعد ما سمعه... الایه». زیرا که مراد از «خیر» مال است. و اینکه نکاح مستلزم صرف مال می‌شود، منشأ جواز نکاح نمی‌شود. و احادیث هم مشتمل‌اند بر چیزی که احدی از اصحاب قائل به آن نیست که ولایت با برادر باشد، هرچند ظاهر این است که این مضر به استدلال نیست ولیکن شکی نیست که موجب مرجوحیت می‌شود.

و چون این احادیث در بیان بخشیدن مهر غیر مدخوله است که در تفسیر آیه وارد شده است دلالت آن بر حکم نکاح صغیر اضعف می‌شود. چون متبادر از عطف «الذی بیده عقدة 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: هرگاه زوج صغیر او خواهد طلاق بدهد به شرط عفو همهٔ مهر و صلاح صغیره در آن باشد وصی تواند عفو کرد. نه اینکه وصی ولی باشد در اصل عقد. و همچنین 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. و اما اینکه هر کس ولایت مال دارد ولایت نکاح دارد- چنانکه این خبر اشعار به آن دارد، و اخباری که در مسألهٔ نکاح بکر بالغه است[۵] که دلالت دارند بر اینکه 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. و در اخبار باکرهٔ بالغه ظاهر این است که مراد بیان رشد باشد که فرموده‌اند «هرگاه بکر مالک امر خود است و می‌خرد و می‌فروشد پس نکاح او بر نفس خود جایز است» نه اینکه هرکس تسلط در امر مال دارد

۱- آیهٔ ۱۸۱ سورهٔ بقره.

۲- وسائل: ج ۱۴، ابواب عقدالنکاح و اولیائه، باب ۸ح۵.

۳- وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۵۲ح۱.

۴- وسائل: ج ۱۴، ابواب عقدالنکاح و اولیائه، باب ۸ح۴.

۵- از آن جمله ح۶، از باب۹، ابواب عقدالنکاح، وسائل ج۱۴.

در امر نکاح [نیز] دارد.

و دلیلی بر این نیست که هر کس را ولایت مالی باشد ولایت در نکاح [هم] باشد و از این جهت است که حاکم هم ولایت بر نکاح صغیرین ندارد با وجود آنکه ولایت مالی دارد. چنانکه مشهور علما است. بلکه شائبهٔ اجماع در آن هست چنانکه از **مسالک** ظاهر می‌شود، هرچند ظاهر می‌شود از او توقف. و همچنین از صاحب **مدارک** در شرح **نافع** از جهت عمومات ادلهٔ ولایت حاکم [توقف ظاهر می‌شود]. و گمان حقیر این است که توقف وجهی ندارد. زیرا اصل و اخباری که دلالت دارند بر انحصار ولایت دراب،[1] 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 مسألهٔ نکاح وصی عدم جواز است مطلقا. و قول به جواز مطلقا ضعیف است، به جهت ضعف ادلهٔ آنها و ندرت قائل به آن. حتی اینکه بعضی نفی قول به آن کرده‌اند و گفته‌اند که «مراد قائل صورت تصریح به وصیت نکاح است نه مطلقا». و مؤید این است که آنکه در کتاب وصایا گفته‌اند که هرگاه موصی بگوید «انت وصیّي علی اولادی» در آن سه وجه است: یکی آنکه جایز است تصرف او در اموال صغیر مطلقا بر سبیل مصلحت. دوم اینکه این اطلاق منصرف می‌شود به همین محافظت مال، لاغیر. 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 متقدمهٔ معتضده به اصل عدم ولایت، و شهرت بین‌الاصحاب، 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 یطلّق زوجته المستربة فیعتزل عنها ثلاثة اشهر ثم یطلقها» علم نداشته، و زوجه را که در طهر بعد نفاس بوده و وقاعی هم اتفاق نیفتاده بود و به سبب ارضاع مستربه بود، مطلّقه ساخته بدون اعتزال به طریق

۱- وسائل: همان ابواب، باب ۱۱ و ۱۲.

مذکور. آیا صحیح است- بنابر اینکه مورد حدیث مذکور بعد وقاع و مراد از آن برائت رحم بوده-؟ یا آنکه صحیح نیست و حدیث موقعش عام است و محمول بر تعبد خواهد بود-؟.

جواب: حدیثی که در طلاق مسترابه وارد شده روایت داود بن ابی یزید عطار است «عن بعض اصحابنا عن الصادق-ع-: قال: سألته عن المرأة یستراب بها و مثلها تحمل و مثلها لاتحمل و لاتحیض و قدواقعها زوجها، کیف یطلقها اذا اراد طلاقها؟ قال: لیمسک عنها ثلاثة اشهر ثم یطلقها»[1]. و **صحیحهٔ** اسماعیل بن سعد اشعری «قال: سألت الرضا-ع- عن المسترابة من المحیض کیف تطلق؟ قال: تطلق بالشهور»[2].

و بدان که اتفاق کرده‌اند علما (چنانکه از محقق و علامه ظاهر می‌شود) بر اینکه حیض و نفاس در احکام مساوی‌اند، الا در اقل و اکثر، و در رجوع به عادت نساء روایات و تمیز و در مضی اقل الطهر بین النفاسین. پس بنابر این چنانکه شرط است در صحت طلاق اینکه در حال حیض نباشد، شرط است که در حال نفاس هم نباشد. و اخبار هم به خصوص دلالت دارند.[3]

و همچنانکه صحیح است طلاق بعد از انقطاع حیض و دخول در طهر به شرط عدم مواقعه، همچنین است در نفاس. و دلالت می‌کند بر آن **موثقهٔ** ابوالعباس «قال: سألت اباعبدالله-ع- عن رجل طلّق امرأته بعدما ولدت و طهرت و هی امرأته لاتری دماً مادامت ترضع، ما عدتها؟ قال: ثلاثة اشهر».[4] و ترک استفصال و تقریر معصوم دلالت دارد بر اینکه طلاق بعد حصول طهر از نفاس، صحیح است، و انتظار گذشتن سه ماه ضرور نیست.

بلی دلالت دارد بر اینکه عدهٔ آن زن سه ماه است، چون مسترابه است به سبب رضاع. و فتوای علما هم این است که هرگاه 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 قبل از ولادت منقطع شده به سبب نفاس، خصوصاً حکمت در این مکث طهور برائت رحم است. و از این جهت است که بر «مستبین الحمل» انتظاری ضرور نیست و در

۱- وسائل: ج۱۵، ابواب مقدمات الطلاق و شرائطه، باب ۴۰ ح۱.
۲- همان مرجع، ابواب العدد، باب ۴ ح۱۷.
۳- همان مجلد: ابواب مقدمات الطلاق، باب ۸.
۴- همان مرجع: ابواب العدد، باب ۴ ح۶.

هر حال طـلاق می‌توان داد. و توهم تعبد هـم در این حال معنی ندارد، بـه جهت اینکه حدیثی وارد نشده که مسترابه مطلقا باید سه ماه صبر کند.

به جهت آنکه مورد روایت داودبن ابی یزید این است که «مسترابة 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 ترک وقاع کند. بلکه هـرگاه از باب اتفاق سه ماه گذشته از وقـاع، و الحال به فکر طلاق افتاد، الحـال می‌توانـد طلاق گفـت، دیگر ضرور نیسـت سه ماه دیگـر صبر کنـد. پس نمی‌تواند گفت که: نظر به امر «فلیمسک» بایـد ثانیاً امتثال حاصل شود و این نمی‌شود الا به قصد امتثال، پس از باب تعبد خواهد بود.

پس می‌گوئیم کـه: ما نحن فیه نه مورد حدیث است و نه کـلام فقها. به جهت اینکه این زن مادام الحمل «متیقن الحمل» بوده نـه «مسترابة الحمل». و بعد از ولادت قبل از حصول وقـاع نیز مسترابة الحمـل نیست، بل متیقـن العدم است. و در حال نفـاس هم مسترابة الحمل نیست، چون در حکم حیض است و منع از طلاق به سبب نفاس است نه به سبب مسترابه بودن پس وقاعی کـه قبل از ولادت حاصل شده، وقاع مسترابة الحمل نیست تا مورد حدیـث و کلام فقها شود. و بر فرضی که بعـد از طهر از نفاس، صدق کند مسترابه بـر او- نظر به اصطلاح فقها که تعمیـم داده‌اند لفظ مسترابه را بـه حیثیتی که شامل صورتـی است که مطلقا احتمال حمل در آن نباشد، مثـل اینکه حیض او منقطع شود و ریبهٔ حملی نباشد- لکن از حدیث[ی] که دلیل مسأله است بر می‌آید که: سه ماه صبر کند به شرط اینکه وقاعی حاصل شده باشد بر مسترابه در حالی که متصف است به وصف «مسترابـه بودن». چون «مشتق» حقیقـت است در «متلبس بالمبـدأ»، نه غیر آن. خصوصاً در «ماسیتلبّس فی المستقبل».

و اما صحیحهٔ اسماعیـل بن سعد: پس قطع نظـر از اینکه محتمل است کـه مراد بیان عده باشد نه طلاق، می‌گوئیم که بر فرض تسلیم ارادهٔ حکم طلاق، ظاهر این است که اشکال راوی در این است که چون شنیده است که باید طلاق در حال حیض نباشد و در حال طهر غیر مواقعه باشد، و زن مستـرابة الحیض که حیض و طهر آن معلوم نیست، حکم آن چه چیز است. و چگونه بداند که این طهر غیر مواقعه است. فرمودند که «اعتبار به شهور بکند» یعنی هر گاه سه ماه از وقاع گذشته همین در حکم طهر غیر مواقعه است.

و چون نفاس در حکم حیض است و پاکی از آن در حکم طهر است پس صادق است که طهر غیر 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 این طلاق نیست.

۳۳۴: سؤال: هرگاه 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 یانه؟

جواب: در نکاح با کرهٔ عاقلهٔ رشیدهٔ بالغه، اشهر و اظهر این است که اذن پدر شرط نیست. بلی احوط است.

۳۳۵: سؤال: هرگاه دختر بعد از عقد منکر شود، آیا قبل از تحلیف می‌توان او را از برای دیگری عقد نمود یا نه ؟ آیا تکلیف زوج بعد از انکار دختر چه چیز است؟ هرگاه از خوف جناب اقدس الهی طلاق بگوید نصف مهر مسمی را باید تسلیم دختر نماید یا نه؟

جواب: هرگاه مرد مدعی زوجیت دختر است و دختر منکر است و مرد بیّنه ندارد، قسم متوجه دختر می‌شود، هرگاه قسم خورد دعوی ساقط می‌شود در ظاهر حکم شرع. و دختر می‌تواند شوهر بکند در ظاهر شرع. و هرگاه 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 هرچند دختر مطالبهٔ آن را نمی‌تواند کرد. و مادر او را نمی‌تواند عقد کند، و همچنین دختر برادر و خواهر او را نمی‌تواند گرفت بدون اذن او و همچنین خواهر او را مادامی که او را طلاق ندهد نمی‌تواند گرفت. و نفقه و کسوهٔ او بر مرد لازم نیست، به جهت عدم تمکین.

و هرگاه دختر قسم نخورد و رد کرد قسم را و مرد قسم خورد، حکم می‌شود به زوجیت در ظاهر شرع. و بر ایشان لازم است که عمل کنند به مقتضای آنچه در واقع ثابت است.

و اما سؤال از اینکه «آیا دختر قبل از قسم خوردن می‌تواند شوهر کند یا نه» پس اظهر این است که بلی می‌تواند. همچنانکه در سایر مواضعی که تصرفات مدعی علیه در آنچه در دست اوست جایز است مادامی که حکم بر خلاف آن از حاکم صادر نشده باشد. ولیکن هر وقت که مدعی خواهد او را قسم می‌دهد هر چند شوهر کرده باشد. و باز به

مقتضای قسم عمل می‌شود. هرگاه زوجه نکول کرد از قسم‌و زوجیت‌زوج اول ثابت می‌شود علی‌الاقوی، و بعد از رد قسم به مدعی و قسم خوردن او نیز بنابر قول دیگر. و هرگاه آن دختر بعد از شوهر کردن، اقرار کند به عقد سابق، اقرار او ضرری به حقوق زوج ثانی نمی‌رساند. چون اقرار بر غیر است. اما ظاهر این است که در حق خودش مسموع باشد از سقوط نفقه و قسم و مضاجعه و مواقعه‌وغیره و همچنین سقوط مهر. مگر اینکه ادعا کند که «در حال دخول عالمه نبودم به عقد و بعد به خاطرم آمد». در اینوقت مستحق مهرالمثل می‌شود.

چون این جواب طول بهم رسانید گاه است که مطلب به دست نیاید. خلاصهٔ جواب آن سؤال این است که: اظهر این است که جایز است در ظاهر شرع که به دیگری شوهر کند. ولکن حق دعوی مدعَی ساقط نمی‌شود و هر وقت خواهد او را قسم می‌دهد، و به مقتضای آن عمل می‌کند. و تکلیف زوج این‌است که او را زن‌خود داند و مادر او را بر خود حرام داند. و همچنین خواهر او را هرگاه طلاق نگوید او را. و خواهرزاده و برادرزادهٔ او را بدون اذن او عقد نکند. و نصف مهر مسمی را به او برساند. هرچند از برای او جایز نیست که مطالبه کند و بگیرد. بلی نفقه و کسوهٔ او ساقط است، چون تمکین نداده.

۳۳۶:سؤال: آیا نکاح دو خواهر جایز است یا نه ؟ و هرگاه یک خواهر را عقد کرد و بعد از آن دیگری را عقد کرد کدام حلال است و کدام حرام ؟ و هرگاه خواهر را داشت و طلاق گفت، قبل از انقضای عده می‌تواند آن دیگری را نکاح کند یا نه ؟ و آیا دو کنیزی که خواهر هم باشند می‌تواند به هر دو دخول کرد یا نه؟

جواب: اما از مسألهٔ اولی: پس این است که حرام است از برای مرد اینکه جمع کند میان دو خواهر به نکاح دائم یا منقطع، به اجماع مسلمین و صریح آیه[1] و اخبار[2]. پس کسی که یک خواهر را گرفت آن خواهر دیگر را نمی‌تواند گرفت مگر بعد از فوت این خواهر اول یا طلاق او یا انقضای مدت او در متعه. و اگر دو خواهر را به یک صیغه عقد کند، یا به دو صیغه ولکن به دفعهٔ واحده (مثل اینکه 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- آیهٔ ۲۳ سورهٔ نساء.

۲- وسائل ج ۱۴، ابواب ما یحرم بالمصاهرة باب ۲۴، ۲۵، ۲۶، ۲۷، ۲۸، ۲۹.

هر دو است. چون اصل عدم صحت و حلیت است و عمـومات «فانکحوا ما طاب لکم من النساء»[۱] و امثال آن مخصص است به آیـهٔ «وان تجمعوابین الاختین»،[۲] و صادق است بر این، اینکه جمع بین‌الاختین است در نکاح. و لازم نیست که مـراد همین جمع در نگاه داشتن آنها باشد. وعموم «اوفوا بالعقـود» تمام نیست زیرا که در صورت اجماع در صیغه واحده یک عقد واقع شده و وفای به مجموع آن جائز نیست اجماعاً و وفای به بعض عقد وفای به عقد نیست و ترجیح بلا مرجح هم جائز نیست.

و شیخ در **نهایه** و ابن براج و ابن جنید قائل شده‌انـد به تخییر. یعنی هر کدام را که خواهد اختیار کنـد و آن دیگری را رها کند، و دلیل ایشان یکی این اسـت که جائز است جمع امـرأة محلله و محـرمه در عقد واحد، و صحیح اسـت در محلله دون محـرمه. و آن قیاسی است مع الفارق. و دوم **صحیحهٔ** جمیل بن دراج است در کتـاب فقیه «عن ابی عبدالله-ع- فی رجـل تزوّج اختین فی عقـدة واحدة: قال: یمسک ایتهمـا شاء و یخلی سبیل الاخری [وقـال فی رجل تزوج خمساً فـی عقدة واحدة قال: یخلـی سبیل ایتهن شاء]»[۳].

و همین حدیث را کلینی[۴] و شیخ[۵] نیز روایت کرده‌اند و سند آنها هم قوی است. لکن مخالف اصول و قواعد و صریح آیه است. و تخصیص این ادله به مثل این روایت (که اکثر اصحاب از آن اعراض کرده‌اند) بی وجه است. خصـوصاً دلالت آن هم واضح نیست. زیرا که ممکـن است مـراد این باشـد که نگـاه می‌دارد یکی از آنهـا را به عقد تـازه و رها می‌کند دیگری را و مؤیـد ارادهٔ این معنی است **روایت** عبدالله بن مسکان «عن ابی بکر الحضرمـی قال: قلت لابی جعـفر.-ع- رجل نکح امرأة ثـم اتی ارضا فنکح اختهـا و هو لایعلم، قال: یمسک ایّتهما شاء ویخلی سبیل الاخری».[۶] یعنی هرگاه زنی را نکاح کند و بعد از آن در [سر]زمین دیگر بیاید وخواهر او را نـدانسته عقد کند هر کدام را که خواهد نگاه می‌دارد و دیگری را سـر می‌دهد. و باید در اینجا مـراد این باشد که جایـز است که طلاق بگویـد اولی را و دومی را به عقد تازه نکـاح کند. چنانکه مذهب اکثـر علما است،

۱و۲- به ترتیب آیه‌های ۲۳و۲۶ سورهٔ نساء.
۳- وسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۲۵ح۱- فقیه: ج ۲ص ۱۳۴.
۴و۵- کافی (فروع): ج ۲ص ۳۷، تهذیب: ج ۲ ص ۱۹۵.
۶- همان مرجع: باب ۲۶ح۲.

بلکه دعوی اجماع در آن مکرر شده که عقد دومی در اینصورت باطل است.

و **صحیحهٔ** زراره هم بر آن دلالت دارد «قال: سألت اباجعفر-ع- عن رجل تزوج بالعراق امرأة ثم خرج الی الشام فتزوج امرأة اخری فاذاهی اخت امرأته التی بالعراق. قال: یفرق بینه و بین المرأة التی تزوجت بالشام ولایقرب المرأة العراقیة حتی تنقضی عدة الشامیة.».[۱]

و از آنچه گفتیم معلوم شد که هرگاه بر سبیل تعاقب نکاح کند، نکاح دومی باطل است. و هرگاه به دومی وطی کرده باید عده بدارد. مثل اینکه از روی جهالت بوده و نمی‌دانسته که خواهر اولی است، به اولی دخول نمی‌تواند کرد تا عدهٔ دومی منقضی شود. و مخالف در این مسأله ابن ادریس است که متمسک به اصل شده و وجهی از برای آن نیست باوجود حدیث صحیح. و این جواب مسأله دوم است.

و اما مسألهٔ سوم: هرگاه زن خود را طلاق بگوید و خواهد خواهر او را بگیرد، پس اگر طلاق او «بائن» است جایز است نکاح خواهر او قبل از انقضای عده، و ظاهراً در آن خلافی نیست. و اخبار مستفیضه دلالت دارد بر آن.[۲] و اگر طلاق رجعی است جایز نیست نکاح خواهر او تا عده منقضی شود. و در این هم خلافی نیست. و اخبار مستفیضه دلالت دارد بر آن.[۳] و فحوای **صحیحهٔ** زراره هم دلالت دارد بر آن.[۴] و اما عدّه متعه: پس در آن خلاف است و منقول از اکثر اصحاب این است که آن در حکم عدهٔ طلاق بائن است. و مفید و صدوق و کیدری قائل‌اند به عدم جواز. بلکه ظاهر شیخ هم در استبصار این است هرچند در اول گفته است که «هرچیزی که در کتابها یافته می‌شود شاید صحیح باشد» و در آخر گفته است که «جایز است که این مختص متعه باشد».

و دلیل این جماعت **صحیحهٔ** حسین بن سعید است «قال: قرأت فی کتاب رجل الی ابی الحسن الرضا-ع-: الرجل یتزوج المرأة متعة الی اجل مسمی فینقضی الاجل بینهما، هل تحل له ان ینکح اختها قبل ان ینقضی عدتها؟ فکتب: لایحل له ان یتزوجها حتی تنقضی عدتها».[۵] و همین حدیث را کلینی و ابن بابویه نیز روایت کرده‌اند. و

۱- همان مرجع: باب ۲۶ح۱.

۲و۳- وسائل: ج ۱۴، ابواب العدد، باب ۴۸ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵. وج ۱۵، ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۲۸ح۱و۲.

۴- وسائل: ابواب مایحرم بالمصاهره، باب ۲۶، ح۱.

۵- همان مرجع: باب ۲۷ح۱.

همچنین در **نوادر** احمدبن محمدبن عیسی.

و اما دلیل مشهور پس بر نخوردم به چیزی مگر علت منصوصه که از اخبار مستفاد می‌شود در مسأله طلاق،مثل **صحیحهٔ** ابی بصیر «عن ابی عبدالله-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 و لیس له علیها رجعة.[1] و **حسنهٔ** حلبی (به ابراهیم بن هاشم) «عنه-ع- فی رجل طلق امرأته او اختلعت او بانت، اله ان یتزوج باختها؟ قال: فقال: اذا برأت عصمتها ولم یکن له علیها رجعة فله ان یخطب اختها».[2] وجه استدلال این است که در این احادیث ظاهر می‌شود که علت جواز نکاح ،انقطاع عصمت و عدم جواز رجوع است. و آن در عده متعه موجود است. و این خالی از قوت نیست. ولکن ترجیح این بر آن حدیث صحیح با وجود عمل جماعتی از قدما هم مشکل است، و احتیاط بسیار مؤکد است.

و اما مسألهٔ 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 نظرم نیست. ولکن **صحیحهٔ** علی بن یقطین ظاهر است در کراهت آن، «قال: سألت ابا ابراهیم-ع- عن اختین مملو کتین و جمعهما، قال: تستقیم ولااحبه لک قال: و سألته عن الام و البنت المملو کتین، قال هو اشدهما ولا احبه لک».[3] و شیخ این را حمل کرده بر جمع در ملک و تعلیل کرده است کراهت را به اینکه گاه است نفس او مایل شود به جماع کردن هر دو و به معصیت مبتلا شود. و همچنین **موثقهٔ** حلبی «عن ابی عبدالله-ع- قال: قال محمدبن علی-ع- فی اختین مملو کتین تکونان عندالرجل جمیعا، قال: قال علی-ع-:احلتهما آیة وحرّمتهما اخری وانا انهی‌عنهما نفسی و ولدی».[4] 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 «احلّتهما» و حرمتهما» امتین باشد در حال جمع به عنوان وطی، و مراد از ضمیر «انهی عنهما»

۱و۲- وسائل: ج ۱۵، ابواب العدد، باب ۴۸، ح ۱و۲.
۳و۴- وسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۲۹ح۴و۳.

مطلق امتین، یعنی منع می‌کنم 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.

و اولی این است که بگوئیم که مراد از آیهٔ حلّ آیهٔ «والذین هم لفروجهم حافظون» است که عموم آن دلالت بر حلّیت جمع می‌کند. و آیهٔ تحریم آیهٔ «وان تجمعوا بین الاختین» است. و وجه دلالت آن در کنیز این است که تقدیر شود در آیه نکاح و وطی، هر دو، یعنی حرام است نکاح امهات و وطی آنها، یا نکاح آنها هر گاه وطی به عمل نیاید. و هکذا سایر محرمات تا برسد به «ان تجمعوا بین الاختین». یعنی حرام است نکاح اختین جمعاً و وطی آنها جمعاً، تا دلالت کند بر حرمت عقد اختین دون جماع و وطی اختین بدون عقد هرچند به سبب ملک باشد. پس بنابر این مراد این است که این دو آیه دو عام است که نسبت مابین آنها عموم من وجه است. و آن حضرت فرمودند که من نهی می‌کنم از آن نفس و ولدم را. یعنی بنا را به عمل به آیهٔ تحریم می‌گذارم و تخصیص می‌دهم آیهٔ ملک را.

و وجه تخصیص خود و ولد خود تقیه باشد. چنانکه شیخ در **استبصار کلام** امیرالمؤمنین(ع) را حمل بر آن کرده، و موثقهٔ معمربن یحیی بن نسام (یا سام، یا سالم، بنابر اختلاف نسخ. و ظاهر اتحاد کل است) روایت کرده «قال: سألت اباجعفر-ع- عمّا یروی الناس عن امیرالمؤمنین-ع- اشیاء من الفروج لم یکن یأمربها ولاینهی عنها الاّ نفسه و ولده. قلنا کیف یکون ذلک؟ قال: احلّتها آیة و حرّمتها آیة اخری. فقلنا هل الاّ ان تکون احدیهما نسخت الاخری ام هما محکمتان ینبغی ان یعمل بهما؟ فقال: قدبیّن لهم اذ نهی نفسه و ولده. قلنا: ما منعه أن یبیّن ذلک للناس؟ قال: خشی ان لایطاع ولو انّ امیرالمؤمنین ثبتت قد ماه اقام کتاب الله کلّه و الحقّ کلّه».[1]

و اما جواز جمع آنها در وطی: پس شکی در حرمت آن نیست. یعنی هرگاه 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 (ج۲ص۲۴۳) و در وسائل (ج۱۴، ابواب مایحرم بالرضاع، باب ۸ح۸) ثبت شده و در هر دو نام «یحیی بن سام» آمده است و همچنین در استبصار ج ۳ص ۱۷۳.

است جمع. مثل اینکه می‌گویند «فلانی جمع کرد مابین ظهرین و عشائین». با اینکه چون در احکام متعلقه به اعیان تقدیری لازم است از افعال مکلفین و در آیهٔ تحریم آنچه ظاهر و متبادر و مناسب است قدر مشترک مابین نکاح و وطی و سایر استمتاعات است و اجتماع حقیقی به غیر وطی از سایر استمتاعات ممکن است. و به هر حال اشکالی در حرمت جمع در جماع و استمتاعات نیست. به عموم آیه و اخبار و اجماع.

پس هرگاه وطی کرد به یکی از اختین مملوکتین حرام است بر او وطی آندیگری بدون اشکالی و خلافی، و حلال نمی‌شود الاّ به اینکه آن اولی را از ملک خود بیرون کند به بیع یا هبه یا امری دیگری از ناقلات ملک. و بعد از بیرون کردن اولی از ملک خود، حلال می‌شود دومی بدون اشکال و خلاف. و دلالت می‌کند بر این **صحیحهٔ** عبدالله بن سنان «قال: سمعت اباعبدالله -ع- یقول: اذا کانت عندالرجل الاختان المملوکتان فنکح احدیهما ثم بداله فی الثانیة فنکحها فلیس ینبغی له ان ینکح الاخریٰ حتّی تخرج الاولیٰ من ملکه یهبها او یبیعها فان و هبها لولده یجزیه».[1]

و **موثقهٔ** معاویة بن عمار «قال سألت اباعبدالله -ع- عن رجل کانت عنده جاریتان اختان فوطیٔ احداهما ثم بداله فی الاخریٰ قال: یعتزل هذه و یطأ الاخری قال: قلت: فانه تنبعث نفسه‌للاولی، قال: لایقربها حتّی تخرج تلک عن ملکه».[2] و لفظ «عزل» را در این روایت باید حمل کرد بر ارادهٔ اخراج از ملک، چنانکه مقتضای حمل مطلق بر مقید است. و اشکال کرده‌اند بر این، که آیا باید اخراج از ملک به عقد لازمی باشد یا به عقد متزلزل هم می‌شود (مثل بیعی که خیاری از برای بایع در آن باشد، یا هبه‌ای که واهب در آن رجوع تواند کرد)؟

ظاهر نصّ دلالت می‌کند بر کفایت مطلق اخراج خصوصاً بنابر مختار که «ملک به مجرد عقد منتقل می‌شود به مشتری. نه به انقضای ایام خیار». و راه خیال اینکه عقد متزلزل کافی نیست، این است که به سبب تسلط بر فسخ، در حکم مملوکه است. و این اجتهادی است در مقابل نصّ. زیرا که استنباط علّتی کرده که باید از برای مالک ممتنع باشد وطی آن. و این ممنوع است، با وجود اینکه اگر [مراد] امتناع فی الجمله است، به همین عقد متزلزل حاصل می‌شود. زیرا ماداممی که رجوع نکرده ممتنع است. و اگر

۱و۲- همان مرجع: ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۲۹ح ۱و۲.

[مراد] امتناع ابدی است، در عقد لازم [هم حاصل نمی‌شود] چون ممکن است رجوع به عقد جدید، یا به میراث. و ادعای اینکه مراد این است که «باید امتناعی باشد که خود مستقل نباشد در رجوع و در عقد جدید محتاج است به رضای مشتری به نقل ثانیاً، یا به موت او»، دعوائی است خالی از بینّه.

و همچنین دعوی اینکه «متبادر از نصّ اخراج به عقد لازمی است»، محل منع است. خصوصاً با ملاحظهٔ تمثیل به هبه که افراد متزلزلهٔ او اگر بیشتر از لازمه نباشد که کمتر نیست. خصوصا به ملاحظهٔ اینکه در صحیحهٔ عبدالله بن سنان فرموده است «فان وهبها لولده یجزیه» که هبه به ولد[را] که از افراد لازمهٔ شایعه است فرد خفی قرار داده‌اند که فرمود مجزی است. که از آن ظاهر می‌شود که به اجنبی دادن اولی و اظهر است. و وجه خفا گویا این باشد که چون هبه به ولد در عرف اغلب این است که در توی خانه باشد و در حکم مال پدر باشد پس گویا هنوز از خود جدا نکرده.

و امّا روایت عبدالغفار طائی که بعد از امر امام(ع) به اخراج از ملک سؤال کرد که اخراج کند به سوی کی؟ امام علیه‌السلام فرمود به سوی بعضی از اهل خود.[1] آن هم محمول به ارشاد است که ضرور نیست که از خود جدا کند بلکه همان مسمای اخراج از ملک کافی است.

و آیا کافی است امری که منشأ تحریم شود، مثل شوهر دادن کنیز، یا مکاتب کردن-؟ ابن فهد(ره) در **مهذّب** از **تذکره** نقل کرده اکتفای به آن را (چون این تحریمی است که دفع آن نمی‌توان کرد)، و از **قواعد** تردّد را، و از فخرالمحققین منع اکتفا[و] اینکه لابد است که از ملک خارج شود، و خود هم این را ترجیح داده ولکن اکتفا به کتابت کرده هرچند مشروط باشد. چنانکه مختار تذکره است. و اظهر متابعت نص است که معتبر خروج از ملک است.

و بنابر این سایر وجوه حرمت، بی اشکال کافی نیست. مثل رهن دادن که بدون اذن مرتهن حرام است. و همچنین روزه و احرام و حیض. و همچنین تحریم به جهت قسم خوردن، ورده گفتن، و در 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: ح۶.

تحریم است با خروج از ملک فی‌الجمله. و فرقی نیست در دخول که منشأ تحریم می‌شود مابین قبل و دبر. و اما در مقدمات آن مثل بوسیدن و لمس و نظر شهوت، اشکال است. و اظهر عدم اکتفا است به آنها. و از اینکه در مسأله تحریم مملوکهٔ فرزند اگر به شهوت نظر کرده باشد، بر پدر او حرام می‌شود- بنابر مشهور به سبب احادیث **صحیحه**[1] که در آن وارد شده- لازم نمی‌آید که در اینجا هم منشأ تحریم شود، و الحاق به آن قیاس است. تا اینجا کلام در حرمت ثانیه بود بعد وطی اولی.

و اما هرگاه وطی کند ثانیه را و مرتکب این حرام شود: پس خلاف است در اینکه آیا اولی حرام می‌شود یا نه ؟ و در این پنج قول است. مشهور مابین متأخرین (چنانکه در **مسالک** نسبت به آنها داده) این است که اولی حرام نمی‌شود، به دلیل اصل[2] و استصحاب و احادیث مستفیضه بلکه متواتره به این مضمون که «ان الحرام لایحرّم الحلال»[3]. خصوصاً **صحیحهٔ** عبدالله بن سنان «قال: قلت لابی عبدالله-ع- الرجل یصیب من اخت امرأته حراماً ایحرّم ذلک علیه امرأته؟ فقال: انّ الحرام لایفسد الحلال، و الحلال یصلح به الحرام».[4] و بنابر این پس هر وقت که یکی از آنها را از ملک خود بیرون کند آن دیگری حلال می‌شود خواه اخراج کند از برای عود به اولی یا نه. و اگر اخراج نکند هیچکدام را پس دومی حرام است و اولی حلال است. و این قول مختار ابن ادریس و محقق و علامه است در **قواعد**، و سایر متأخرین که از ایشان نقل شده، و در کمال قوت است.

ولکن در اینجا احادیث معتبرهٔ بسیار هست که مخصص اصل و استصحاب و عمومات می‌توانند شد.[5] ولکن به سبب اختلاف و اضطراب آنها اعراض کرده‌اند از آنها، و طرح آنها هم به غایت مشکل است، چون شیخ در **نهایه** و جمعی بعد او مثل ابن براج و علامه در **مختلف** و ولد او در **ایضاح** و شیخ علی و غیر ایشان به آنها عمل کرده‌اند. ولکن به سبب اختلاف در کیفیت جمع مابین آنها، اقوال مختلفه بهم رسیده. اصح اقوال قول

۱- وسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۳.
۲- در نسخه: به دلیل امر.
۳- وسائل: ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۸ح ۱، ۲، ۳، ۴، ۵، ۶و۸. و باب ۹ح۳و۴.
۴- همان مرجع: باب ۸ح۵.
۵- همان مرجع: باب ۲۹ح ۷، ۹، ۱۰.

شیخ است در **نهایه** و اتباع او. و آن این است که هرگاه وطی کند ثانیه را با علم به حرمت آن، حرام می‌شود بر او اولی تا بمیرد دومی. پس اگر اخراج کند ثانیه را از ملک خود به علت اینکه رجوع کند به اولی، جایز نیست برای او رجوع به اولی، و اگر اخراج کند از ملک خود نه از برای رجوع، جایز است از برای او رجوع به اولی. و اما اگر علم نداشته باشد به حرمت ثانیه، جایز است از برای او رجوع به اولی به هر حال اگر اخراج کند ثانیه را از ملک خود، و به این نحو جمع کرده است بین‌الاخبار.

و قول دوم تفصیلی است که شهید ثانی در شرح لمعه اختیار کرده. و این قول را محقّق هم در شرایع نقل کرده و شهید ثانی(ره) در **مسالک** گفته است که «قائل را نمی‌دانم کیست». و آن تفصیل این است که هرگاه وطی کند ثانیه را با علم به تحریم حرام می‌شود بر او اولی نیز تا اینکه یا اخراج کند او را از ملک 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 اینکه عود کند به اولی پس تحریم باقی است. و هرگاه وطی کند ثانیه را با جهل به تحریم،حرام‌نمی‌شود بر او اولی. و عبارت ابن حمزه در **وسیله** موافق همین قول است. و آن این است «فان ملک اختین و وطیٔ باحدهما، لم یجز له وطی الاخری حتی یخرج الموطوئة من ملکه، اذا کان عالماً بذلک. فان وطیٔ الاخری بعدها عالماً بالتحریم حرمت الاولی حتی یموت الثانیة، اویخرجها من ملکه لاللعودالیها، فان اخرجها من ملکه للعود الیها لم یحل له حتی تموت. و ان لم یکن عالماً بالتحریم جازله العودالیها». و این قول را نسبت به دیگران هم داده‌اند. و این قول اظهر است به ملاحظهٔ جمع بین الاخبار.

پس ما در این مقام اخبار را ذکر می‌کنیم تاحقیقت حال ظاهر و واضح شود. و از جملهٔ آنها **حسنهٔ** حلبی است (به ابراهیم بن هاشم)- «عن الصادق-ع- قال و سئل عن رجل کانت عنده اختان مملوکتان فوطیٔ احدیهما ثم وطیٔ الاخری. قال: اذا وطیٔ الاخری حرمت علیه الاولی حتی تموت الاخری.

قلت: ارأیت ان باعها اتحل له الاولی؟ قال: ان کان بیعها لحاجة ولایخطر علی قلبه من الاخری شیئٔ فلاری لذلک باساً و ان کان یبیعها لیرجع الی الاولی فلا ولا کرامة»[1].

۱- همان مرجع: ذیل ح۹، از باب ۲۹- فروع: ج ۲ص ۳۷- فقیه ج۲ص۱۴۴.

و این را صدوق هم روایت کرده به سند خود از علاء بن رزین از محمدبن مسلم از حضرت باقر.[۱]

و موثقهٔ علی بن ابی حمزه « عن الکاظم-ع- قال: و سألته عن رجل ملک اختین أیطأهما جمیعاً؟ قال: یطیٔ احداهما و اذا وطیٔ الثانیة حرمت علیه الاولی التی وطیٔ حتی تموت الثانیة اویفارقها و لیس له ان یبیع الثانیة من اجل الاولی لیرجع الیها الا ان یبیع لحاجة او یتصدق بها او تموت»[۲]. **و موثقهٔ** ابوبصیر «قال: سألت اباعبدالله-ع- عن رجل کانت له اختان مملوکتان فوطیٔ احدیهما ثم وطیٔ الاخری ایرجع الی الاولی فیطئها؟ قال: اذا وطیٔ الثانیة فقد حرمت علیه الاولی حتی تموت او یبیع الثانیة من غیر ان یبیعها من شهوة لاجل ان یرجع الی الاولی»[۳]. و **صحیحهٔ** محمدبن اسماعیل بن بزیع «عن محمدبن فضیل عن ابی الصّباح الکنانی عن ابی عبدالله-ع- قال: سألته عن رجل عنده اختان مملوکتان فوطیٔ احدیهما ثم وطیٔ الاخری [فقال: اذا وطیٔ الاخری فقد] حرمت علیه الاولی حتی تموت الاخری. قلت: ارأیت ان باعها؟ فقال: ان کان انّما یبیعها لحاجة ولایخطر علی باله من الاخری شیئ فلاباری بذلک بأساً، و ان کان انّما یبیعها لیرجع الی الاولی فلا»[۴] و در سند این روایت محمدبن فضیل است و ظاهر این است که وی ثقه باشد. و علامه مکرر سندی که او در آن هست او را تصحیح می‌کند. و شهید ثانی نیز در مسالک گفته است که سند آن صحیح است ولکن اشکال در متن آن کرده است. زیرا که لفظ «فحرمت علیه الاولی» نه مربوط است به کلام امام(ع) و نه به کلام راوی و گویا از آن چیزی افتاده باشد. و چنین است که گفته است. و ظاهر این است که لفظ «قال» قبل از آن ساقط شده باشد.[۵] و ممکن است که بگوئیم [از] کلام راوی است یعنی «سؤال کردم از آن حضرت از حکم چنین مردی که وطی کرد کنیز اول را بعد از آن وطی کرد ثانی را پس حرام شد بر او اولی تا اینکه دومی بمیرد. و گفتم خبر کن مرا که اگر بفروشد او را چه حال دارد». پس گویا راوی حکم صورت موت را می‌داند و سؤال از بیع می‌کند. پس لفظ «قلت» یا «عطف بیان» جملهٔ سألت است. تا آخر، یا

۱ـ همان مرجع ذیل ح۹ از باب ۲۹ ـ فروع: ج۲/ ۳۷ ـ فقیه ج۲/ ۱۴۴.

۲ و ۳ و ۴- وسائل: ج ۱۴، ابواب مایحرم بالمصاهرة، باب ۲۹ح ۱۰، ۷، ۹.

۵- آنچه ساقط شده عبارت «فقال: اذا وطیٔ الاخری فقد» می‌باشد که محققین اخیر روشن کرده‌اند. و ما آن را در متن حدیث میان علامت [ ] قرار دادیم.

معطوف است بر آن به حذف حرف عطف. و به هر تقدیر مطلب از آن حاصل می‌شود.

و از جملهٔ آن اخبار **صحیح** حلبی است در **کافی و فقیه** و در تهذیب هم به سند **موثق** «عن ابی عبدالله -ع- قال: قلت له: الرجل یشتری الاختین فیطئ احدیهما ثم یطئ الاخری بجهالة. قال: اذا وطئ الاخیرة بجهالة لم تحرم علیه الاولی وان وطئ الاخیرة و هو یعلم انّها علیه حرام حرمتا علیه جمیعا».[1]

و این اخبار تا به صحیحهٔ حلبی همه متفق الدلاله‌اند، و از حیثیتی مطلق‌اند. چون تحریم اولی مقید به صورت علم نیست بلکه شامل علم و جهل هر دو هست. و هیچیک منافاتی با حرمت ثانیه ندارند بلکه حرمت او مفروغ عنه است و حال آن معلوم است. و اینکه در آنها اولی ذکر شده به جهت آن است که آن محتاج است به ذکر به سبب معلوم بودن حکم ثانیه، نه از راه اینکه تحریم مختص اولی است و ثانیه حرام نباشد. پس آنها از این حیثیت منافاتی با صحیحهٔ حلبی ندارند. و از حیثیتی مقیدند که حلال شدن اولی مشروط است که ثانیه بمیرد، یا اخراج کند او را از ملک خود از غیر جهت عود به اولی. و صحیحهٔ حلبی هم از حیثیتی مطلق است چون حرمت اولی مطلق است. یعنی هرچند اخراج کند از ملک خود بدون قصد عود به اولی، حلال نمی‌شود. و از حیثیتی مقید است که حرمت اولی در صورت علم به حرمت ثانیه است نه در صورت جهل.

پس (چنانکه طریقهٔ جمع است) مطلق هر یک از این دو طایفه اخبار را حمل می‌کنیم بر مقید طایفهٔ دیگر. پس می‌گوئیم که کل این اخبار متفق‌اند در اینکه در صورت علم به حرمت، حرام می‌شوند. هرچند دلالت احادیث اول در ضمن اطلاق باشد و دلالت صحیحهٔ حلبی به عنوان تصریح و تنصیص. و چون در صحیحهٔ حلبی تصریحی نیست به اینکه «آیا راهی از برای حلال شدن یکی از آنها هست یا نه»، و در احادیث اول تصریح است که «هرگاه دومی بمیرد یا اخراج شود از ملک بدون جهت عود». پس می‌گوئیم که مراد از حرمت آنها هر دو، در صورت علم، در وقتی است که باقی بماند بر ملک و هیچکدام نمیرند و [نیز] اخراج نشود اولی[2] از ملک از غیر جهت عود.

و اما تفصیل شیخ در نهایه و اتباع او: پس گویا نظر ایشان جمع بین‌الاخبار است

۱- همان مرجع: ح۵- فروع: ج۲ص ۳۷- فقیه: ج۲ص۱۴۴- تهذیب: ج ۲ص ۱۹۷.

۲- دومی، صحیح است.

به نحوی که ما کردیم. و علاوه بر آن کرده است اینکه در صورتی جهل هم مشروط است جواز رجوع به اولی به اخراج [دومی] از ملک. ولکن مقید نکرده به اینکه اخراج به نیت عود به اولی نباشد و شاید نظر او به جمع ما بین آن اخبار به نهجی که ما کردیم با ملاحظه **موثقهٔ** عبدالغفار طائی باشد «عن ابی عبدالله -ع- فی رجل کانت عنده اختان فوطئ احدیهما ثم اراد ان یطأ الاخری. قال: یخرجها عن ملکه. قلت: الی من؟ قال: الی بعض اهله. قلت: فان جهل ذلک حتی وطئها. قال: حرمتا علیه کلتاهما».[1] در تهذیب گفته است: قوله ع «حرمتا علیه جمیعاً» یعنی به مادامتا فی ملکه. و اما اذا زال ملک احدیهما فقد حلّت له الاخری. و قد قدّمنا ما یدل علی ذلک. و بعد از آن موثقهٔ ابی بصیر را ذکر کرده است برای مؤید دلالت.

و تو می‌دانی که این جمع، قاعده نیست. ودلیلی بر این گونه جمع نیست. با وجود اینکه بنابر این فرقی بین صورت علم وجهل نمی‌ماند با وجود اینکه در صحیحه تصریح به فرق شده. و قید «اخراج از ملک» که به سبب حسنهٔ حلبی (و آنچه در معنی آن است) مستفاد شده هم به شرط عدم نیّت عود است. و مقیّد دیگر هم نیست که بگوئیم «فرق در کیفیت اخراج از ملک است که در صورت علم باید به نیت عود نباشد و در صورت جهل مطلقا جایز است». و به هر حال جمع مابین صحیحهٔ حلبی و این موثقه ممکن نیست: زیرا که نهایت آنچه توان گفت این است که حمل کنیم حلال بودن اولی را در صورت جهل به حرمت ثانیه در صحیحهٔ حلبی بر صورتی که اخراج کند ثانیه را از ملک. و اینکه مراد از حرمت هر دو در موثقهٔ عبدالغفار در صورت عدم اخراج از ملک باشد. و این سخن در صورت علم به حرمت ثانیه در صحیحهٔ حلبی نیز جاری است. زیرا که حرمت اولی در این صورت مادامی است که ثانیه را اخراج نکرده باشد. بلی اگر بگوئیم که در صورت علم، اخراج از ملک فایده ندارد، فرق حاصل می‌شود میان علم و جهل، ولکن شیخ و اتباع او قائل به این نیستند. و صحیحه اقوی است از موثقه، به سبب صحت و وضوح سند و تعدد، چون در تهذیب شیخ آن را نیز به سند موثق روایت کرده. پس باید موثقه را طرح کرد و به صحیحه عمل کرد.

و قول چهارم در مسأله قولی است که محقق در **شرایع** نقل کرده است. و در

۱- همان مرجع: ح ۶.

مسالک گفته است که قائل او را نمی‌دانم. و آن این است کـه وطی ثانیه موجب حرمت اولی است مطلقاً، و اولی حلال نمی‌شود تا ثانیه را اخراج نکند از ملک. و این عکس قول اول است. و شاید دلیل آن مـوثقهٔ معاویة بن عمار باشد که گـذشت. و بر این وارد است اولاً اینکه دلالت می‌کند بر فرق میانهٔ اولی و ثانیه در اینکه ثانیه به مجرد اعتزال از اولی حلال مـی‌شود، و اما اولی حـلال نمی‌شود مگـر بعد از اخراج ثـانیه از ملک. و ثانیـاً بر فرضی که حمل کنیـم اعتزال را بر اخراج از ملک، این حدیث مقاومـت با اخباری که ما استدلال کردیم به آنها، نمی‌کند. خصوصاً با ندرت حدیث، و جهالت قائل به آن.

و قول پنجم این است که هرگاه وطی کند ثانیه را با علم به تحریم، حرام می‌شود بر او اولی تا اخراج کند ثـانیه را از ملک خود. [و] با جهل حرام نمی‌شـود بر او اولی. و این قول را در **مسالک** نسبت به شیخ داده در **تهذیب**. و بعد از تأمل در کلام شیخْ در تهذیب در طریقهٔ جمع بیـن‌الاخبار، ظاهر می‌شود مـوافقت او با قول او در **نهایه**. و به هرحال دلیلی واضح بر آن نیست و موجب ترک جمیـع اخبار[ی] است که مقید است اخراج از ملک به عدم قصد عود. و در **مسالک** گفته است که ممکن اسـت استفادهٔ آن از جمع ما بین روایت معاویة بن عمار و صحیحهٔ حلبی. ولکـن شیخ روایت معاویة بن عمار را در این باب ذکر نکرده. و به هر حال ترک اخبار معتبره مستفیضه به سبب این احتمال، صورتی ندارد. و به هر حال اظهر اقوال تفصیل دوم است که آن را از ابن حمزه نقل کردیم.

کتاب‌النکاح

(من‌المجلد الثالث)

۳۳۷:سؤال: مملوکهٔ غیر مدخولهٔ پدر بر پسر محرم می‌شود یا نه ؟ و تحلیل آن از برای پسر جایز است یا نه؟

جواب: مملوکهٔ پدر محرم نیست (به مجرد ملک) از برای پسر او. بلکه بدون تحلیل مثل سایر نسوان اجنبیه است. بلی هرگاه مدخوله شد محرم می‌شود و حرام می‌شود نکاح او بر فرزند. و شاهد این مطلب آن است که فقها تصریح کرده‌اند به اینکه مراد ازمحرم کسی است که حرام باشد نکاح او ابداً به نسب یا رضاع یا مصاهره. و دعوی اجماع بر این کرده‌اند. و با وجود این، خلاف عظیم دارند در اینکه مملوکهٔ منظوره و ملموسهٔ پدر حرام می‌شود بر فرزند و بالعکس، یا نه ؟ بلی در این مسأله اقوی[1] در نظر حقیر حرمت است هرگاه لمس و نظر از روی شهوت شده باشد. چنانکه اشهر است و اخبار معتبرهٔ بسیار دلالت بر آن دارد . و شاید توانیم گفت که چنین کنیزی محرم می‌شود به سبب صدق مصاهره. چنانکه خواهیم گفت.

و اما مطلق مملوکه، پس دلیل واضحی بر حرمت نکاح او از برای پدر یا پسر نیست هرگاه نظر و لمس شده باشد بدون شهوت. و ظاهراً کسی هم قائل به آن نشده. به هر حال ملک بحت با قطع نظر از لمس و نظر، نه افادهٔ حرمت می‌کند و نه محرمیت. و

۱- در نسخه: بلی چون در این مسأله اقوی...

الحاصل: مملوکهٔ پدر بدون دخول و بدون لمس و نظر به شهوت، بر پسر حرام نیست. و به تحلیل حلال می‌شود.

و بدان که: مصاهره که ذکر کردیم اعم است از آنکه به عقد حاصل شود یا ملک یمین. و ظاهراً این هم اجماعی است، چنانکه از مقداد در **تنقیح** ظاهر می‌شود. ولکن مقداد محرم را تعمیمی داده که شامل زوجه و مثل آن باشد. و عبارت تنقیح در کتاب نکاح این است «المحرم هوکل امرأة یملک وطیها او حرم مؤبداً بنسب او رضاع او مصاهرة بعقد او بملک یمین، اما التی یملک وطیها فیجوز النظر الیها کالزوجة باطناً و ظاهراً. و امّا من حرم وطیها فیباح النظر فیهنّ الی الوجه و الکفین و القدمین اجماعاً، و یحرم النظر الی القبل والدبر لغیر ضرورة من مباشرة علاج و مشاهدة ایلاج. و امّا غیر ذلک من البدن فعلی ثلاثة اقسام» الی آخر ما ذکره.

۳۳۸: سؤال: ضعیفهٔ مسلمه به غالی علی اللّهی شوهر کرده که او را از عبادات شرعیه منع می‌کند. آیا اولاد ایشان به زوج ملحق می‌شود یا به زوجه ؟ و آیا این زوجه به زوج حلال است و عقد او صحیح است؟ یا اینکه حرام و عقد او باطل است و لازم است تفریق ؟ و بر تقدیر تفریق چه قدر باید عدّه بدارد؟.

جواب: عقد فاسد است و طلاقی ضرور نیست. و هرگاه زوجه جاهل بوده به حرمت، به سبب دخول مستحق مهرالمثل است. و **عدّه** هم باید بدارد. و فرزند هم ملحق به او می‌شود.

۳۳۹: سؤال: یک نفر می‌تواند صیغهٔ عقد نکاح را ایجاباً و قبولاً جاری نماید یا نه؟-؟.

جواب: اظهر و اشهر این است که کافی است.

۳۴۰: سؤال: در عقد بالغهٔ با کرهٔ رشیده اذن پدر شرط است یا نه؟

جواب: اظهر و اشهر استقلال باکرهٔ بالغهٔ رشیده است در نکاح، و رضای او کافی است. بلی تشریک پدر اولی و احوط است[1].

۳۴۱: سؤال: رضای عمه و خاله در تزویج دختر برادر و دختر خواهر، در نکاح دائم و عقد منقطع در هر دو، شرط می‌باشد؟ یا در عقد منقطع رضای ایشان شرط نیست؟ و بر

۱- رجوع کنید به مسأله شماره ۲۳۸و۲۴۶ همین مجلد.

فرض شرط بـودن، هرگاه عقد دختـر برادر یا خواهـر هر دو مکرر بشود در هـر دو دفعه رضای عمـه و خاله شرط مـی‌باشد؟ یا در دفعـهٔ اول به تنهائی و دردفعات‌دیگـر رضای ایشان شرط نخواهد بود ؟.

جواب: بلی ظاهر این است که فرق مابین دائم و منقطع نیست. چنانکه تصریح شده در کلام علما بـدون نقل خلافی. و منعی که از تـزویج وارد شده شامل عقـد منقطع هم هست. و ظاهر این است که هرگاه عقد را مکـرر کند در هر عقد رضای عمه و خاله شرط است. چنانکه مقتضای عمومات است. و فرقی مابین متعه و دوام نیست در قواعد تحریم و احکام زوجیـت در متعه جاری است مثـل دوام، الاّ در مستثنیات مثل میـراث و نفقه و قسمت.

۳۴۲:سؤال: زید زوجـهٔ معقوده داشت و قبـل از اینکه او را تصـرف کند ناخـوشی «شقاقلوس»[1] او را عارض شده، پای او را از زانو قطع نمودند. و نظر به اینکه شغل و عمل زید زراعت بود و مالک چیزی هم نبود، زوجه به سبب اینکه قدری از مهر او در ذمّهٔ او بود و تصور این را هـم نمود که زید قادر بـر نفقه دادن به او نخواهد بـود، از انقیاد و تمکین نسبت بـه او مضایقه مـی‌نمود، بلکـه مبلغ بیست تـومان علاوه بـر مهر او خـود زوجه و منسوبان می‌دادند به زید که طلاق بـدهد. و راضی نشد. و چون سخن زوجهٔ مذکوره در خصوص عدم تمکین به سبب موجود نبـودن قدر معتد به از مهر او در شرع مسموع بود، چهار نفر از منسـوبان زید به جهت دفـع عذر زوجه حاضـر و هر یک به قدر چهـار تومان ملک یا بـاغ یا خانه به زیـد هبه نمودند، و او حسـب المصالحه عوض ذمهٔ مهـر به زوجهٔ مذکور منتقل نمود.

و بعد از اینکه زوجه هم چنین دانست که دیگر سخن او در عدم تمکین شرعاً مسموع نیست لابد در مقام اطاعت آمده زید در او تصـرف کرد. و الحال معلوم شده که چهار نفر مذکور در مقام خدعه بودند آنچه به او منتقل نمودند مال غیر بوده. و الحال زوج از ادای نفقهٔ واجبهٔ زوجه عاجـز، و صداق غیر موجود، و ضعیفه معطل است و الحـالة هذه. آیا بر هر یک از زوج و چهار نفر مذکور چه چیز است؟ آیا هر یک از چهار نفر ضامن چهار تومان

۱- مردگی موضعـی، مردگی عضوی از اعضا. سفاقلوس هـم گفته شده، اصل آن یونانی اسـت. در ترکی «قان قارا» در انسان، و «یان قارا» در حیوان گفته می‌شود که در فارسی «قانقرا» گفته می‌شود.

مذکور هستند یا نه ؟ و آیا با عدم ضمان بر زوجه تمکین لازم است یا نه ؟ و هرگاه در ضمن گفتگوی ایشان شخصی از جانب زوجه گفته باشد که «این اشیاء ملک غیر نباشد»، و ایشان جواب گفته باشند «هرگاه مال غیر باشد از عهده بر می‌آئیم»، فرقی دارد یا نه ؟ استدعا آنکه حکم مسأله را با اشارهٔ اجمالیه به دلیل، بیان فرمائید.

جواب: اولا 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، وخواه منفعتی باشد مثل عمل در مدت معینه. علی‌المشهور، بل ظاهراً خلافی نیست. و از جمعی از اصحاب دعوی اجماع بر آن شده که از جملهٔ ایشان است شهید ثانی در **مسالک و شرح لمعه**. و مؤیدات بسیار هم از اخبار دارد. و مشهور این است که فرقی مابین موسر و معسر نباشد. و از ابن زهره دعوی اجماع بر آن منقول است ظاهراً. و خلاف ابن ادریس در معسر ضعیف است، نظر به اینکه نکاح از جملهٔ عقود معاوضه و یا شبه معاوضه باشد، و از برای هر یک از طرفین 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 مابین مؤجل و صورت اعسار. پس کسی نگوید که «هرگاه 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، ولکن اعسار مستلزم هیچیک از اینها نیست. و چنانکه عمومات لزوم اطاعت زوجه، مقتضی تسلط زوج است، ادلهٔ «عدم لزوم تسلیم بضع قبل از اخذ عوض» مقتضی تسلط زوجه است. و این منافات با اطاعت ندارد، زیرا زوجه می‌گوید «من مطیعه‌ام ولکن تا حق خود را نگیرم. تسلیم نمی‌کنم بضع را».[1] و به هر حال شهرت عظیمه و دعوی ظاهر اجماع، در نظر ارجح است.

اینها همه 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 هرگاه مؤجل باشد، نمی‌تواند امتناع کرد از دخول، به جهت عمومات وجوب اطاعت، و عدم مانع. و از جمعی

۱- در اینجا عبارت ناقصی در نسخه هست بدینصورت «و هرگاه کسی خدشه کند در شمول عمومات اطاعت، مانحن فیه را

حکایت اجماع بر آن شده. بلی اشکال در صورتی است که تمکین ندهد تااجل به سر آید (خواه عصیاناً باشد یا به سبب عذری) که آیا بعد از انقضای اجل می‌تواند ممانعت کرد یا نه؟-؟ اظهر عدم جواز امتنـاع است. به سبب عمومات لزوم اطاعـت و استصحاب حالت سابقه، خصوصاً به ملاحظهٔ اینکه شرط تأجیل مستلزم اسقاط حق امتناع است و عود آن محتاج است به دلیـل. و ظاهر این است که این قول اکثـر باشد. بلکه در **مسالک** گفته است که قائلی به جواز امتناع نمی‌دانم مگر ظاهر اطلاق شیخ در **نهایه** و ظاهر این است که مراد او هم در حالّ باشد نه مؤجل.

و از آنچه گفتیم ظاهر مـی‌شود حکم آنکه بعضی از مهر حالّ باشـد و بعضی مؤجل. پس جایز است از برای او امتناع از برای اخذ حالّ دون مؤجل.

و بدان که: نظر به اینکه قـاعدهٔ معاوضه مقتضی آن باشد که تـا زوجه مهر را نگیرد می‌تواند امتناع کرد، پس زوج را هم می‌رسد امتناع از دادن [مهر] تا زوجه خود را تسلیم نماید. پس اگـر زوجه مهیای استمتاع نباشد بـه سبب مانعی (هرچند آن مـانع از قبیل احرام باشد) پس واجب نخواهد بود تسلیم مهر. بلی در صغیره اشکال هست، چون خود زوج باعث شده که حق حالّی را به ذمه گرفته بدون قابلیت تسلیم عوض بالفعل. و از این جهت جمعی قائل شده‌اند به لزوم دادن مهر هرگاه ولی صغیره مطالبه کند. و این خالی از قوت نیست. ولکن این اشکال وارد می‌آید در صورتی که عقد کبیره را در چنان حالی بکند کـه ممنوع باشد از تسلیـم، و فرض آن در غیر حـال احرام می‌شود، چـون عقد در آنوقت صحیح نیست.

و از مجموع آنچـه گفته شـد معلوم شد جـواب از سؤال از هبـهٔ چهار نفـر به زوج و مصالحـه کردن زوج اعیان مـوهوبه را بـه زوجه در عوض مهـر و تمکین زوجه کـه دیگر وجهی از برای امتناع باقی نمی‌ماند.

و اما سؤال از اینکه بعد از اخذ زوجه مـال را و وقوع دخول، ظاهر شود استحقاق آن مال از برای غیـر، پس بدان که خـلاف کرده‌اند در اینکه هـرگاه صداق مؤجـل نباشد و دخول واقع شود آیا بعد از دخول مخالفت می‌تواند کرد چنانکه قبل می‌توانست؟ یا نه؟. اظهر و اشهر عـدم جواز امتناع است. و ابـن ادریس دعوی اجماع بـر آن کرده، و از ابن زهره نیز دعوی اجماع حکایت شده. و ایضاً در صورت تسلیم اخذ عوضین در معاوضات، حق مسلّم مستقر شـده و رجوع آن محتاج است به دلیل. ولیکن ایـن سخن در صورتی

خوب است که زوجه به رضای خود تسلیم کرده باشد.

و قول دیگر جواز امتناع است، و آن قول مفید است، و شیخ در **مبسوط** نظر به اینکه مهر در مقابل بضع است و هر دخولی را تعلقی به آن می‌باشد، و استصحاب هم مقتضی جواز امتناع است. و ایـن قول خالی از قوت نیست. لکن شهـرت عظیمه با آن دو دعوی اجماع، ارجح است از این دلیل. و قول دیگر قول ابـن حمزه است که اگر دخول به رضا واقع شده، نمی‌تواند امتناع کرد. و اگر به اکـراه زوج واقع شده می‌تواند، چون به منزلهٔ قبض فاسدی است که بر آن اثر مترتـب نمی‌شود. و دلیل مشهور از این نیز اقوی است، خصوصاً هرگاه بنا را بر این بگذاریم که نکاح از باب معاوضات نیست و بگوئیم که هر یک از زوجین را حقـی است بـر دیگری و معصیت احـدهما در وفا بـه حق دیگـری مستلزم سقوط حق دیگری نمی‌شود.

پس ثبوت حق غیر بر او منشاء جواز منع او از حق ثابت او نمی‌شود. چنانکه شیخ در **خلاف** استدلال کرده است به این (در 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 شیـخ را. پس اعتمـاد او در جواز منع در اول امـر هم بر اجمـاع است. و صـاحب **مدارک** هم گفته است که مقتضای فکر و نظر همیـن است. پس اگر اجماع تمام شود بر جواز امتناع از دخول، فبهـا. والاّ پس دلیلی بر جواز نیست. زیرا که عصیـان احدهما به اخلال حق دیگری منشأ اسقاط حق آن دیگری نمی‌شود.

و امّا سؤال از اینکه هبهٔ آن چهار نفـر بر سبیل خدعه بوده و مـال غیر بوده: پس آن مضرّ نیست بـه آنچه مذکور شـد از حکم به عدم جـواز امتناع زوجه بعد از دخـول. بلکه ظاهر این است کـه هرگاه زوج هم عالم بوده به این معنی، و بـه خدعه متمکن از دخول زوجه شده، آنهم چنین است. و این بالاتر از اکراه در دخول نیست. و تو دانستی که اقوی عدم جواز امتناع است بعد دخول مطلقا. و امّا سؤال از «عجز زوج [در] نفقه»: پس آن نیز مضر نیسـت. چون اقوی این اسـت که تجدد اعسار زوج مـوجب خیار فسخ نمـی‌شود. چنانکه در محل خود بیان کردیم.

و اما سؤال از حال صـداق زوجه بعد از ظهور استحقاق آن املاک [بـرای] غیر: پس رجوع می‌کند زوجـه به زوج به مهر خود، و او را حقی به آن چهار نفـر نیست. مگر اینکه آنها ضامن شوند از جانب زوج از برای زوجه کـه هرگاه مستحق غیر برآید صداق را به او

برسانند، که در اینصورت ضمان صحیح است، و زوجه رجوع می‌کند به ضامن‌ها در صداق خود. و بدان که در اینجا دو ضمان است. یکی «ضمان تسبیب» که بر خود زوج لازم است پس در صورتی که مال غیر را به زوجه داده در عوض مهر و مالک ملک خود را گرفت، زوجه رجوع می‌کند به مهر که قیمت آن ملک است و به آنچه غرامت کشیده از اجرت‌المثل 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 هرگاه بر زوجه غرامتی لازم آید از تلف ثمن که مهر است (یا غیر آن) از عهده بر آیند از برای زوجه. و چون زوجه صرفهٔ خود را در رجوع به زوج نمی‌داند (چون فقیر است) اعتماد به این عقد ضمان، کرده. والاّ او را می‌رسد که راضی شود به ضمان زوج و دست بردارد از این ضامن‌ها. و برفرض که رجوع کرد به ضامن‌ها دیگر رجوع به زوج نمی‌توانند کرد. زیرا که آنها ضامن زوج نشده‌اند، و ضمان تسبیب هم در اینجا نیست، چون به خدعه شده و زوج و ضامن‌ها هر دو عالم‌اند به غصبیت.

و اما سؤال از اینکه آیا بر زوجه لازم است تمکین با عدم ضمان یا نه ؟ : پس هرگاه زوجه مطالبهٔ نقدی در ذمهٔ زوج دارد و راضی نشود به گرفتن املاک الاّ به ضمان، در اینصورت بر او واجب نیست تمکین الاّ به ضمان. بیش از این نیست که با وجود اعسار زوج، نمی‌تواند او را الزام کند به دادن نقد، و اما اینکه لازم باشد بر او قبول کردن ملک در عوض تا زوج مستحق تمکین شود، پس آن دلیلی ندارد.

۳۴۳:سؤال: زید را دختری است نُه ساله خدیجه نام، به عمرو نمود که من این دختر را به تو تزویج می‌کنم. و بعد از آنکه عقد کردند، و زن را رؤیت کرد، دید که دختر دیگر است که سی چهل سال دارد فاطمه نام. الحال فاطمه مدعیه است که من زوجهٔ توام چون از من اذن خواستند و برای تو نکاح کردند. و عمرو می‌گوید که من به اعتقاد اینکه تو دختر هشت نه ساله بودی، قبول کردم و اگر می‌دانستم تو آن نیستی قبول نمی‌کردم. آیا مدعی کدام است و مدعی علیه کدام؟؟. و حکم آن چه چیز است؟.

جواب: این سؤال اغتشاشی دارد، و ممکن است که از فروع یکی از دو مسأله باشد که علما متعرض آن شده‌اند. پس ما اولاً آن دو مسأله را بیان می‌کنیم و بعد از آن متعرض سؤال می‌شویم:

مسأله اولی این است که: هرگاه وکیل شخصی زنی را برای او تزویج کند، و بعد از تزویج موکل انکار کند توکیل آن شخص را در تزویج آن زن- خواه آن وکیل، وکیل در مطلق تزویج باشد، یا وکیل در [تزویج] زن خاصی و او زن دیگری را تزویج کرده. و خواه موکل انکار مطلق توکیل را کند، یا انکار توکیل در تزویج این زنی که تزویج کرده- و در این مسأله سه قول است: **یکی** قولی است که منقول است از شیخ در **نهایه** و ابن براج. و آن این است که قول موکل را مقدم می‌دارند با یمین، هرگاه شاهدی در میان نباشد، [به جهت] عموم حدیث «الیمین علی‌المدعی علیه»[1]. و بر وکیل لازم است که تمام مهر مسمی را به زوجه بدهد، زیرا که مهر واجب می‌شود به سبب عقد و نصف نمی‌شود مگر به طلاق، و در اینجا طلاقی نیست. و وکیل تفویت مهر کرده بر زوجه، چون شاهدی نگرفته در توکیل و تقصیر کرده و ضامن مهر است.

و مشهور علما[2] (چنانکه در مسالک و غیر آن نسبت داده‌اند به ایشان) این است که بر وکیل نصف مهر لازم است. و دلالت می‌کند بر این **صحیحهٔ** ابی عبیده که شیخ در تهذیب باب «زیادات نکاح» روایت کرده است «عن ابی عبدالله-ع- فی رجل امر رجلاً ان یزوّجه امرأة من اهل البصرة من بنی تمیم، فزوّجه امرأة من اهل الکوفة من بنی تمیم. قال: خالف امره و علی‌المأمور نصف‌الصداق لاهل المرأة، ولاعدة علیها ولا میراث بینهما. فقال بعض من حضر: فان امره ان یزوّجه امرأة و لم یسمّ ارضاً ولا قبیلة ثم جحدالآمر ان یکون امره بذلک بعد ما زوّجه. فقال: ان کان للمأمور بیّنة انّه کان امره ان یزوّجه کان الصداق علی الآمر. و ان لم یکن له بیّنة کان الصداق علی المأمور لاهل المرأة، ولامیراث بینهما ولاعدّة علیها ولها نصف‌الصداق ان کان فرض لها صداقاً، و ان لم یکن سمّی لها صداقاً فلا شیٔ لها»[3].

و روایت عمربن حنظله که شیخ نیز روایت کرده در باب وکالت «عن ابی عبدالله-ع- قال: سألته عن رجل قال لآخر: اخطب لی فلانة فما فعلت من شیٔ ممّا قاولت من صداق او ضمنت من شیٔ او شرطت فذلک لی رضا و هولازم لی. ولم یشهد علی ذلک. فذهب فخطب له و بذل عنه الصداق و غیر ذلک ممّا طالبوه و سألوه، فلمّا رجع‌الیه انکر ذلک

۱- وسائل: ج۱۸، ابواب کیفیة الحکم، باب ۳ح۲.

۲- این قول دوم از اقوال است.

۳- وسائل: ج۱۴، ابواب عقد النکاح و اولیائه، باب ۲۶ح۱.

کلّه. قال: یغرم لها نصف الصداق عنه، و ذلک انّه هوالذی ضیّع حقها فلمّالم یشهد لها علیه بذلک الذی قال له حلّ لها ان تتزوج، ولا یحلّ للاوّل فی مابینه و بین‌الله عزّوجلّ الاّ ان یطلّقها، لانّ الله تعالی یقول: فامساک بمعروف او تسریح باحسان. فان لم یفعل فانّه مأثوم فی مابینه و بین‌الله عزّوجلّ، و کان الحکم الظاهر حکم‌الاسلام، و قد اباح الله عزّوجلّ لها ان تتزوج»[1].

و قول سوم آن است که: عقد فاسد است و مهری بر هیچکس لازم نیست. امّا فساد عقد: پس ظاهر است، زیرا که اصل عدم وقوع است. و مفروض هم این است که به بیّنه ثابت نشده. و در صورت ادّعا هرگاه منکر قسم خورد دیگر امری که مثبت عقد باشد نیست. و اصل و قاعده هم اقتضا می‌کند که مهر بر شوهر باشد، نه وکیل. و تقصیر کردن وکیل در اشهاد هم دلیل ثبوت مهر نمی‌شود. با وجود اینکه می‌گوئیم گاه است که تقصیر نکرده باشد مثل اینکه ممکن نبود شاهد گرفتن، یا شاهد گرفته بود ولکن الحال شهود مرده‌اند، یا دسترس به آنها نیست. پس دلیل اخصّ از مدعای قائل به وجود تمام مهر است و به هر حال دلیلی بر وجوب تمام مهر نیست.

و هر چند اکثر این بحثها بر قول دوم هم وارد است، لکن چون حدیث صحیح دلالت دارد بر آن و روایت دیگر هم مؤیّد آن است، پس این دو حدیث با عمل مشهور به‌آنها مخصص قاعده می‌توانند شد. و دور نیست که بگوئیم که مراد شیخ در **نهایه** نیز نصف مهر باشد، زیرا که کلام او در نهایه مشتمل است بر آنچه در این حدیث‌ها است. و اطلاق لفظ (مهر) نظر به مهر معهود باشد که آن نصف مهر است قبل از دخول، بنابر اینکه اصل در ثبوت مهر نصف باشد و دخول موجب تمام شود. نه اینکه اصل در ثبوت، تمام باشد و طلاق مسقط نصف باشد. چنانکه احد قولین است در مسأله. واگر این حدیث‌ها نبود قول سوم در نهایت قوت بود، و محقق در شرایع تقویت آن کرده، و شهید ثانی و بعضی دیگر هم میل به آن کرده‌اند. و به هر حال اقوی قول مشهور است.

و از آنچه گفتیم ظاهر شد که خلافی ندارند در اینکه عقد باطل است و آن زن می‌تواند شوهر کند. و همچنین خلافی ندارند در اینکه هر گاه زوج کاذب باشد در نفس‌الامر، باید طلاق بگوید. چنانکه در روایت هم تصریح به آن شده. و لکن شهید ثانی

۱- وسائل: ج۱۳، ابواب احکام الوکالة، باب ۴ ح ۱.

و غیر او تصریح کرده‌اند به اینکه جواز شوهر کردن آن زن به دیگری، در وقتی است که تصدیق وکیل در توکیل نکرده باشد، زیرا که در اینصورت معترف است به زوجیت، و منافاتی نیست مابین آنکه نظر به حکم ظاهر شرع نکاح نسبت به زوج فاسد باشد، و نسبت به زوجه در حکم زوجیت باشد. و روایت هم منافات با این ندارد، زیرا که وارد است مورد غالب که زوجه اعتماد می‌کند بر ادعای وکالت، نه اینکه وکالت در نزد او ثابت باشد. چنانکه در اغلب معاملات هم چنین است، و تا فساد توکیل ظاهر نشود محمول است بر صحت. و در چنین صورتی هرگاه زوج امتناع کند از طلاق نمی‌توان او را اجبار کرد. زیرا که در ظاهر شرع نکاحی برای او متحقق نیست که طلاق بگوید.

و شهید ثانی و غیر او در اینجا گفته‌اند که در اینجا سه وجه محتمل است: یکی اینکه زوجه مسلط باشد بر فسخ نکاح به جهت دفع ضرر. دوم اینکه حاکم مسلط باشد بر فسخ با طلاق. سوم اینکه بر حال خود بماند تا اینکه زوج طلاق بگوید یا بمیرد. و هیچیک از این وجوه را ترجیح نداده‌اند. و وجه سوم به قواعد او فق است، و وجه اول موافق نفی عسر و [حرج] و ضرر است.

و ظاهر این است که در صورتی که حکم به فساد عقد شد در ظاهر شرع، پس اگر زوج طلاق بگوید به عنوان تعلیق- مثل اینکه بگوید «ان کانت زوجتی فهی طالق»- جایز باشد و مستلزم اقرار به زوجیت نیست. و بعضی را گمان این است که این در وقتی خوب است که جازم باشد به توکیل و انکار کرده باشد، که این از باب «تعلیق بر صفت» است. مثل «ان کان الیوم یوم الجمعة فانت طالق». با وجود علم به جمعه بودن. نه از باب «تعلیق به شرط». مثل «ان جاء زید فانت طالق». پس هرگاه انکار او توکیل او را[1] از راه نسیان باشد (که نمی‌داند وکیل کرده یا نه) جایز نباشد. و گمان فقیر این است که در اینصورت هم جایز باشد، زیرا که در اینصورت مراد او طلاق است به عنوان جزم بر فرض تحقق زوجیت، نه طلاق بر فرضی که زوجیت متحقق بشود بعد از این. و همچنین جایز باشد «بعتک ان کان هذا مالی» بخلاف «بعتک ان صادف هذا مالی» و فرق بینهما واضح است.

و بدان که: قول ایشان در این مقام به «تقدیم قول موکل با یمین» در وقتی خوب

۱- و در نسخه: تعلیق او را.

است که دعوی با وکیل باشد یا با زوجه در صورتی که زوجه ادعای علم به توکیل کند یا ظن (و قائل باشیم که دعوی ظنّیه مسموعه است چنانکه اظهر این است). و اما هرگاه دعوی با وکیل نباشد و زوجه هم مدعی علم یا ظن نباشد بلکه تکیهٔ او همان بر ادعای وکالت بوده و الحال ساکت است، پس ظاهر این است که مجرد انکار موکل کافی باشد در فساد عقد.

و بدان نیز که: تقدیم قول موکل با یمین، مبتنی است بر اینکه موکل را «منکر» گیریم. و عمده در این باب تکیه بر ظاهر حال است. چون موکل اعرف است به آنچه عمل او است که توکیل باشد. و بعضی در این مقام متمسک به اصل شده‌اند و گویا مدعی بیان منکر بودن موکل است چون توکیل خلاف اصل است. و این خوب است هرگاه انکار اصل توکیل کند. و اما هرگاه توکیل ثابت باشد و خلاف [در] تعیین باشد، اصل نسبت به هر دو مساوی است. زیرا که توکیل در تزویج عمره یا هنده هر دو حادث‌اند و اصل عدم هر دو است. بلی ممکن است که مراد او این باشد که دعوی زوجیت خلاف اصل است و صادق است بر او «لوترک، ترک». پس موکل منکر خواهد بود.

و هرگاه زوجه کسی را وکیل کند در تزویج به شخص معینی یا مطلقا، و بعد از تزویج انکار کند توکیل را مطلقا، یا به این شخص خاص: پس قاعده مقتضی [تقدیم] قول او است. و در باب مهر حدیثی در نظر نیست، و همچنین در کلمات علمائی که سخن ایشان در نظر است تصریحی به این مسئله ندیده‌ام. هرچند می‌توان گفت که از علّتی که مستفاد می‌شود از حدیث در صورت عکس،[1] توان گفت که بروکیل باشد. و این مشکل است.

مسئلهٔ ثانیه این است که: هرگاه کسی را چند دختر باشد و تزویج کند یکی از آنها را به شخصی و اسم آن دختر را مذکور نکند، و همچنین وصفی که ممیّز او باشد مذکور نکند. پس اگر هیچکدام 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 همچنین باطل است هرگاه هیچیک از آنها ندانند که آن دیگری قصد کدام را

۱- مقصود صحیحهٔ ابوعبیده و روایت عمربن حنظله است که در صورت عکس (انکار زوج توکیل را) بحث گردید.

کرده. و هرگاه قصد کند زوج نکاح هر کدام را که پدر تعیین کند (هرچند هیچکدام را نشناسد) اظهر صحت عقد است. چنانکه در **تذکره** تصریح کرده. و هرگاه هر دو قصد یکی معین را کنند جزماً صحیح است. و اما هرگاه بعد از عقد اختلاف کنند که عقد بر کدامیک واقع شده- به این معنی که هر دو قائل‌اند که در حین عقد مقصود هر دو دختر معینی بود در نزد هر دو، ولکن اختلاف کنند که آیا هنده بوده یا عمره- پس در این مسأله خلاف است. ابن ادریس قائل شده است به بطلان (و تابع او شده شهید ثانی) به سبب عدم تعیین زوجه. واظهر و اشهر صحت عقد است و اینکه مقدم می‌دارندقول‌پدر را با یمین، هرگاه زوج آن دخترها را دیده باشد. و دلیل ایشان صحیحهٔ ابوعبیده است «قال: سألت اباجعفر-ع- عن رجل کانت له ثلاث بنات ابکار فزوّج احداهن رجلاً ولم یسمّ التی زوّج للزوّج ولاللشهود و قدکان الزوج فرض لها صداقها، فلما بلغ ادخالها علی الزوج، بلغ الزوج انها الکبری من الثلاثة. فقال الزّوج لابیها: انّما تزوجت منک الصغیرة من بناتک. قال: فقال ابوجعفر-ع-: ان کان الزّوج رآهنّ کلّهن ولم یسمّ له واحدة منهنّ فالقول فی ذلک قول‌الاب، و علی الاب فی مابینه و بین الله ان یدفع الی الزّوج الجاریة التی کان نوی ان یزوّجها ایّاه عند عقدة النکاح، و ان کان الزوج لم یرهنّ کلهنّ ولم یسمّ له واحدة منهنّ عند عقدة النکاح فالنکاح باطل»[1].

و محقق و علامه حمل کرده‌اند این حدیث را بر اینکه «هرگاه زوج آنها را دیده است و قبول کرده است نکاح آن را که پدر ایجاب عقد او کرده، پس راضی شده است به عقد آنکه پدر تعیین او کرده. پس گویا پدر را وکیل کرده است. پس رجوع می‌شود در تعیین به قول پدر، زیرا که امری است که به غیر او کسی نمی‌داند. و هرگاه امر را به پدر وانگذاشته و قصد شخص معینی را نکرده، پس نکاح باطل خواهد بود». و شهید ثانی(ره) رد کرده است این سخن را به اینکه: رؤیت آنها مستلزم تفویض امر به پدر نیست، و عدم رؤیت هم مستلزم عدم تفویض نیست. بلکه هر یک از رؤیت و عدم رؤیت اعم است از تفویض و عدم تفویض. و رؤیت شرط صحت عقد نیست. و روایت مطلق است و دلالتی بر تفویض ندارد. پس باید به ظاهر آن عمل کرد. چنانکه شیخ و اتباع آن کرده‌اند. و یا طرح کنند، چنانکه ابن ادریس کرده، و این اولیٰ است- تا اینجا کلام شهید ثانی است.

۱- وسائل: ج ۱۴، ابواب عقدالنکاح، باب ۱۵ ح ۱.

و آنچه به گمان حقیر می‌رسد این است که مراد از «رآهنّ» در حدیث محض دیدن به چشم نباشد. بلکه کنایه است از معرفت حال بنات فی‌الجمله، هرچند به همین قدر باشد که می‌داند که سه دختر دارد یکی بزرگ و یکی کوچک و یکی وسط. که این قید از برای تصحیح عقد باشد و عقد هم با وجود عدم تسمیهٔ یکی از آنها قابلیت تعیین داشته باشد، مثل «زوّجتک ابنتی»، که چون «اضافه» ظاهر در «عهد» بلکه حقیقت در آن است دلالت بر تعیین دارد (بخلاف اینکه بگوید: زوّجتک بنتاً من بناتی.) پس در اینصورت چون پدر ایجاب عقد می‌کند و امر ایجاب با او است و او اعرف است به آنچه قصد کرده، پس قول اب مقدم است، چون در معنی منکر است. و هرچند قبول هم از فعل زوج است و او اعرف است به قصد خود ولیکن چون ایجاب مقدم است بر قبول پس التفاتی به جانب قبول نمی‌شود مادامی که فارغ نشویم از تحقیق حال ایجاب.

پس گویا کلام مبتنی بر این معنی باشد که قول منکر مقدم است نه از راه اینکه از راه تفویض امر است به پدر، که قابل منع باشد [به این] که رؤیت بمجردها دلالت بر تفویض نمی‌کند. پس بنابر این محتاج به یمین خواهد بود. و حدیث هم منافاتی با قواعد و اصول ایشان نخواهد داشت. و به هر حال ترک عمل به حدیث صحیح معمول به اکثر اصحاب، به غایت مشکل، و حمل آن بر تفویض امر به پدر هم مشکل است. پس اولیٰ عمل به مقتضای حدیث است با حمل «رآهنّ» بر معنی «عرفهنّ فی‌الجملة».

هرگاه این را دانستی می‌رویم بر سر سؤال و می‌گوئیم 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 ممیّز باشد از غیر هرچند به خصوص اسم بردن نباشد. با وجود اینکه در اینجا فاطمه نام هم مذکور است.

و داخل مسألهٔ اولی بودن هم معلوم نیست. زیرا که از سؤال معلوم می‌شود که دختری را که می‌خواسته بگیرد بالغهٔ رشیده بوده و موقوف بوده است عقد او بر اذن خواستن از آن. و از ظاهر سؤال معلوم می‌شود که مسامحه در توکیل شده، یا وکیل مسامحه در مقتضای نفس معنی وکالت کرده قطع نظر از مخالفت مقتضای وکالت صحیحه. زیرا که ظاهر سؤال این است که زوج به کسی گفته که برو «دختر فلانی را که به من وعده کرده بعد از حصول رخصت از او، از جانب من قبول نکاح کن». و در این

مقام بر او لازم است در تصحیح توکیل، اینکه 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 همچنین 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[1] موکل متوجه تعیین موکل فیه نشده و مسامحه کرده، پس توکیل باطل است. و هرگاه کرده و وکیل تعیین نکرده و نشناخته که این همان است قبول نکاح کرده، پس وکالت بر وجه صحیح به عمل نیامده. و در هیچیک از این دو صورت عقد وکالتی به عمل نیامده و فضولی است.

و اما صورت مسأله اولی آن است که توکیل بر وجه صحیح شده باشد و وکیل هم در صورت وکالت صحیحه بر عقد زن معین، عقد کرده است. و هرگاه مفروض این باشد در صورت سؤال که زوج تعیین کرده زوجه را بر وجهی‌که‌اشتباه‌نباشد و با وجود علم رفته دیگری را عقد کرده، پس آن داخل مسأله اولی می‌شود. و حکم همان است که مذکور شد. ولکن آن عبارتی که در سؤال از زبان زوج نوشته که «من به گمان اینکه تو آن دختر کوچکی، قبول کردم و اگر می‌دانستم توئی قبول نمی‌کردم» مطابق مطلب نمی‌شود. و ظاهر این است که مراد او این است «من کسی را که وکیل کرده بودم در قبول به اعتقاد گرفتن خواهر تو وکیل کرده بودم، و اگر می‌دانستم که تو را به وکیل می‌نمایند، یا او قبول عقد تو را از جانب من می‌کند، او را وکیل نمی‌کردم».

به هر حال ظاهر سؤال (به قرینهٔ اول و آخر آن) از مسأله اولی می‌شود. بعد از قسم خوردن زوج، عقد باطل است. و مهر را باید وکیل به زوجه بدهد. بلی اگر وکیل مغرور شده باشد- مثل اینکه شهود تعریف، معلوم شود که دروغ گفته بوده‌اند- وکیل می‌تواند که رجوع کند به آنها. چون در اینجا سبب اقوی از مباشر است، به سبب غرور. و همچنین هرگاه معلوم شود که زوجه خود تزویر کرده. و اما هرگاه غرور وکیل به سبب جهل خود او بوده در تحقیق معنی توکیل، [لذا] تعیین موکل فیها نکرده. یا در حین

۱- در نسخه: پس یا...

قبول با عدم علم به آنکه این همان است بـر وجه شرعی قبول کرده، پس آن منشأ رجوع به غیـر نمی‌شـود. چون خـود در اصل مسألـه شرعیـه مقصر اسـت که معنـی وکالـت رانفهمیده وکیل شـده است، و خود باعث نقصـان خود شده. این نهایـت کلام است در اینکه این سؤال را از فروع مسأله اولی کنیم.

ولکن می‌توان گفت که: منتهای آنچه از موکـل ناشی شده این است که شخصی را وکیل کند در قبول تزویج آن دختری کـه معهود است میان زوج و پدر زوجه، و از برای او جایز است قبول نکاح از کسان زوجه هر یک از آنهـا ادعا کنند که مأذونیم از جانب او که عقد کنیم برای زوج. پس [در] حقیقت دعوی زوجه با وکلای خود [او] می‌شود، و تقصیر از آنها ناشی شده و از پدر او. که به او گفته‌اند که «فـلانی تو را می‌خواهد وکیل کن تا تو را عقد کنیم برای او». پس تقصیر را آنها کرده‌اند که بدون اذن زوج او را عقد کرده‌اند. و بر وکیل زوج چیزی لازم نیست، به جهت اینکه صحیح است قبول به محض ادعای عاقد وکالت را از جانب آن دختر معهود. چون عمل مسلم محمول بر صحت است.

والحال اشکال در این است که بعد از انکار زوج و بطـلان عقد آیا بر وکیل‌های زوجه لازم است صداق یـا نه. و دلیل در این معنـی در نظر نیست، و خلاف قـاعده است. و در وکیل زوج بـه سبب این روایـت‌ها از قاعـده بیرون رفتیـم. و در اینجا چیزی نیسـت که تخصیص قاعده بدهد.

و حاصل جواب از سـؤال این است که: بعد از انکار زوج و قسم خـوردن، عقد باطل است، و صداق هم از برای او نیست به هیچوجه.

۳۴۴: سؤال: هرگاه مورثی وفات نماید، و مهـر زنش معلوم نباشد که چند است. و ورثه قبول داشته باشند که این ممهوره است. چه باید کرد؟.

جواب: هرگاه زوجه یـا وارث او ادعای مهر مسمی کنند و بینه نبـاشد، زوجه بعد از قسم خوردن بر بقای مهر در ذمهٔ زوج، مستحق مهـرالمثل است، علی‌الاظهر. مگر اینکه ادعای کمتر از مهرالمثل کند، که در آنوقت مستحق همان مقدار است که ادعا می‌کند.

۳۴۵: سؤال: هرگاه شخصی در هر ماهی هشت ده یـوم متوالی هر یومی را دو سه بار و هر باری بـه مقدار یک ساعت، گاهـی کمتر و گاهی بیشتر، غش کـرده و بی هوش شده. و بعد از انقضای یک ساعت یا بیشتر به هـوش آمده شخص صحیح می‌باشد. آیا به همین قدر می‌توان حکم به جنون او کرد؟ و زوجهٔ دائمهٔ مدخولهٔ وی که در مدت ده سال

مثلاً با همین ناخوشی او در خانهٔ او بوده، حال به مجرد فهمیدن اینکه جنون سابق بر عقد موجب فسخ نکاح است، می‌تواند که فوراً فسخ نکاح نموده شوهر دیگر اختیار نماید؟ یا اینکه طبیب حاذق باید تشخیص بین جنون و اغماء داده حکم به جنون شخص مزبور نماید تا زوجهٔ مزبوره قادر بر فسخ گردد ؟. و در صورت حکم به جنون، در حکم به انفساخ ، حضور و وجود حاکم جامع شرایط فتوی هم شرط است یا نه؟

جواب: محض اغماء جنون نیست. و جنونی که موجب فسخ می‌شود جنونی است که قبل از عقد بوده. و جنون حادث بعد از عقد که موجب فسخ می‌شود جنونی است که به سبب آن اوقات صلاة را نشناسد. و بعد از ثبوت جنون، فسخ زوجه موقوف به حضور حاکم نیست. و خیار فسخ فوری است مگر در صورت جهل به خیار یا به فوریت آن.

۳۴۶: سؤال: زینب و هند هر دو زوجهٔ زیدند. و قبل از این هند صیغه خواندهٔ 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 زوجهٔ دیگر زید است شیر داده است به طفل عمرو که قبل از این هند معقوده آن [طفل] بوده، و به حد رضاع شرعی شیر داده است. آیا شیردادن زینب بر این [طفل بر] هند ضرر دارد الحال که زوجهٔ زید است، یا نه؟

جواب: اولاً اینکه عقد متعه محض به جهت محرمیت پدر یا مادر- مثل اینکه صغیره را یک ساعت عقد کند از برای محرمیت مادر او، یا ضعیفه[ای] را از برای صغیری عقد کنند به جهت محرم شدن بر پدر- که به هیچ نحو تمتعی از آنها متصور نباشد، صحت آن معلوم نیست، و ترتب آثار بر آن دلیلی ندارد. هرچند احوط عمل به مقتضای آن است. پس اگر فرض کنیم که عقد متعه بر وجه صحیحی بوده[1] و الحال زینب از شیر شوهر خود صغیر عمرو را شیر داده که این صغیر شوهر هند بود. پس ظاهر این است که هند بر شوهر خود حرام می‌شود. به جهت آنکه معقودهٔ فرزند نسبی بر پدر حرام است. پس ارتضاع هم حرام خواهد بود و «الرضاع یبطل النکاح سابقاً کما یحرم لاحقاً»

و از جملهٔ فروع این مسأله است که شخصی زنی داشته باشد مرضعه، و زنی دیگر عقد کند صغیرهٔ رضیعه، و بعد عقد، کبیره صغیره را شیر بدهد از شیر شوهر خود، عقد هر دو باطل، و محرم ابدی می‌شوند. چون کبیره مادر زن او می‌شود و صغیره دختر زن

۱- فرضاً براساس فتوای مجتهدی انجام یافته که چنین عقدی را صحیح می‌دانست.

او. و مادر زن بر شوهر حرام است مطلقا، و دختر زن هم بر شوهر مادر او حرام است- به شرط دخول- ابداً. و بدون دخول، جمعاً. و گاه است که کسی توهم کند که: متبادر از «معقودهٔ پسر» آن است که «پسر بالفعل» باشد حین‌العقد، هرچند در حبائل عقد ثانی نباشد. پس این داخل نیست. چون پسر بودن، بعد عقد حاصل شده به سبب رضاع.

و این مندفع است به اینکه: در باب الحاق رضاع لاحق اکتفا به همین قدر می‌کنند. چنانکه در حرمت دختری که مادر او شیر بدهد فرزند دختر را، حکم کرده‌اند به حرمت دختر به شوهر[ش]. به جهت ادخال آن در «نکاح ابی‌المرتضع در اولاد صاحب لبن،و حال آنکه ابی‌المرتضع بودن، بعد نکاح حاصل شده. چون پیش از آن مرتضع مفقود بود. و تضایف، فرع وجود منتسبین است.

۳۴۷: سؤال: زید دختری را که (تخمیناً) هشت سال، یا نه سال داشته به عمرو نموده که عمرو آن دختر را به نکاح خود درآورد. و بعد دختر دیگر فاطمه نام را که (تخمیناً) سی چهل سال داشته به جهت عمرو عقد نموده. و عمرو فاطمه را رؤیت کرد دید که آن نیست که سابق به او نموده بوده‌اند. و الحال فاطمه مدعیه است که «من زن تو می‌باشم به علت آنکه از من اذن خواستند به جهت تو و مرا عقد کردند». و عمرو می‌گوید که «من به اعتقاد آنکه تو آن دختر هشت نه ساله هستی قبول کردم تو را به عقد، والا قبول نمی‌کردم». بیان فرمایند که مدعی و مدعی علیه کدام است؟ و حکم شرعی آن چه چیز است؟ و قسم متوجه زوج است یا زوجه؟

جواب: زوجه مدعیه است و زوج مدعی علیه. و با فقد بینه زوج باید قسم یاد کند که «من کسی را در عقد تو وکیل نکرده‌ام و قبول عقد تو نکرده‌ام». و ظاهر این است که صداقی هم بر زوج نیست، و نه بر وکیل زوجه و نه بر وکیل زوج در قبول عقد. بلی اگر زوج وکیل کرده باشد احدی را که «دختر کوچک عمرو را برای من تزویج کن»، و وکیل برود و دختر بزرگ او را تزویج کند و بعد از آنکه زوج مطلع شود انکار کند و قسم یاد کند، در آنجا اظهر این است که بعد از حکم به بطلان عقد لازم است بر وکیل زوج که نصف صداق را تسلیم زوجه کند. و اما هرگاه وکلاء زوجه بگویند که ما وکیلیم از جانب همان دختری که زید وعده کرده بود به زوج، وصیغهٔ ایجاب بگویند و وکیل زوج به همان ادعا قبول تزویج کند، در اینجا معلوم نیست که بروکیل لازم باشد چیزی از مهر و نه بر وکلای زوجه.

۳۴۸:سؤال: در نکاح متعه اتصال به زمان اجـرای صیغه، شرط است یا نه ؟ و در صورت عدم اشتراط زن مـی‌تواند در بین آن متعهٔ دیگری شود یـا نه ؟ و هبهٔ جزء اول مدت به شرط بقای جزء آخر آن بر حالت خود، صورت دارد یا نه؟

جواب: اظهر و اقوی اشتراط اتصال مدت است به زمان عقد. و اطلاق عقد منصرف به اتصال می‌شود. و در صورت تصریح بـه انفصال، اظهر بطلان عقد است. و تحقیق این مطلب را در کتاب **مناهج الاحکام** کرده‌ام. و هبهٔ جزء اول به شرط بقـای جزء آخر جایز نیست. و ظاهر این است که اصل هبهٔ مدت به ایـن شرط، باطل باشد. پس نکاح بر حال خود باقی خواهد بود در تمام مدت.

۳۴۹:سؤال: شخصـی دو زوجه دارد. و هـر یـک را کـه از روز اول به خـانـه آورده قرارداد جا و مکان جدائی داده. و حال زوج به زوجه آخری می‌گوید «آن روز که بنای جا و مکان جدائی گذاشتم آن روز قوهٔ گذرانیدن دو خانهٔ جدا را داشتم و حال زوجه‌ها باید در یک جا و یـک مکان با یکدیگر سازش نمـایند». و زوجه می‌گوید کـه «من از آن زوجه تشویش و بیم جان دارم و با او سازش نمی‌توانم بکنـم به هر جا که بگوئی بیایم و بروم و مطیعه و فرمانبردارم و در پیش آن زن نمی‌آیم». و حـال به این علت مدت پنج سال است که زوج نفقه و کسوه به زوجـه نمی‌دهد و می‌گوید تو ناشزه‌ای. آیا در صورت بیم‌جان که یقین دارد کـه آن زن قصد هلاکـت را دارد، می‌تواند پهلـوی آن زن بنشیند؟ آیا مـوافق قانون شریعت نبوی(ص) چه صورت دارد؟ کیفیت را مرقوم فرمایند.

جواب: سکنائی کـه بر زوج واجب اسـت از برای زوجـه، باید در خـور زیّ و حال و تعارف زوجه باشد. و زوجـه را می‌رسد که مطالبهٔ سکنای علی حـده کند که به غیر زوج کسی در نـزد او نیاید. خواه خبـوی او باشد خـواه اقارب زوج و خواه غیر آنهـا. و زوج نمی‌تواند او را الزام کند که با خبوی خود در یک خانه به سر ببرد. خصوصاً با بیم هلاک. و به هر حال یا حصار جـدائی باید باشد هرگاه زوجه اهل این معنـی باشد، یا یک حجرهٔ معینه در حصاری کـه مرافق علی حده داشتـه باشد، یعنی راه آمـد و شد و آب و خلاء و غیره هرگاه به همین قدر کفایت شود. و اقل مراتب اینکه حجرهٔ علی حده داشته باشد.

و بهانهٔ زوج کـه «من طاقت اخـراجات علی حده نـدارم چون در سر یک سفـره نان خوردن خرج آن کمتر است ممکن است، اما دو جـا کردن مقدور من نیست» هرگاه این عذر واقعـی است منتهای آن این اسـت که با وجـود عجز زوج از جدا کردن، ایـن زوجه

مستحق آنچه به او می‌رسد از نفقه ما بین زوجین، بگیرد و باقی را مطالبه نکند. نه اینکه باید متحمل مجاورت خبو بشود که او یک خرج می‌کشد. هرگاه زوجه خود مسکنی دارد، یا به خانه پدرش باشد، یا به خانهٔ عاریه (به جهت آنکه زوج نمی‌تواند مکان جدایی تعیین کند) و اما مطیعه است و از هیچ راه دیگر نشوزی ندارد، و شوهر هم هر وقت خواهد می‌تواند استمتاع کند، پس به مجرد اینکه می‌گوید بیا پهلوی خبو بنشین و او نیاید، ناشزه نیست و نفقهٔ او ساقط نمی‌شود. بیش از این نیست که تفاوتی که در جدائی خرج است مطالبه نتواند کرد مادام‌العجز.

پس به این جمع می‌شود ما بین ادلّه مثل «اسکنوهنّ من حیث سکنتم من وجدکم ولاتضارّوهنّ لتضیقوا علیهنّ»[1] و «عاشر وهنّ بالمعروف»،[2] و مابین آنچه دلالت می‌کند بر وجوب اطاعت زوجه در سکنی و عدم خروج بدون اذن زوج. و بالجمله با عجز از خرج [اگر] راضی می‌شود که جای او جدا باشد، خصوصاً هرگاه در همان حصار زوج باشد، یا خانه دیگر او باشد و جدا بنشیند، منشأ نشوز نمی‌شود، و نفقه ساقط نمی‌شود.

۳۵۰: سؤال: ضعیفهٔ قلیلة السّن 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 معلّیٰ ببرم» همچنین ابرائی صحیح است یا نه؟

جواب: هرگاه زوجه غیر رشیده است تصرف او در صداق صحیح نیست. و هرگاه رشیده است و ابراء را معلق به شرط کرده است ظاهر عدم برائت است هرچند شرط را به عمل آورد. چون ابراء قابل تعلیق نیست. بلی هرگاه صداق عین باشد و هبهٔ معوضه کرده باشد و عوض هم به عمل آمده باشد، صحیح است و لازم است. و همچنین هرگاه صلح کرده باشد.

۳۵۱: سؤال: هند که در حبالهٔ زوجیت زید بوده، حملی بهم رسانیده. و در حضور جمعی اقرار نماید (بدون اکراه و اجبار) که من زنا به عمرو داده‌ام و حمل مذکور به جهت زنائی است که به عمرو داده‌ام. و مدتی از این گذشته فارق‌العنان گردیده وخود رابه نکاح عمرو زانی مزبور درآورده. حاکم شرع مطلع گردیده و در نزد او ثابت گردیده اقرار

۱- آیه ۶ سورهٔ طلاق.
۲- آیه ۱۹ سورهٔ نساء

هند و همچنین مکره نبودن در اقرار مزبور، حکم به تفریق نمود. هند مرقومه مدعیه شد که اقـرار من از راه خوف بـوده. آیا در اینصورت تفریـق نمودن واجب و لازم اسـت؟ و بر عمرو زانی، هند زانیه حرام مؤبـد می‌شود یا نـه ؟ و تا اینکه خلاف آن بـه عنوان قطع مشخّص نشود تفریق مجتهد منتقض می‌شود یا نـه و تا آنکه جزم به خطای حکم حاصل نشود راهی دارد ادعای ضعیفهٔ مزبور یا نـه ؟ چون خود اقرار نموده و بر مجتهد عادل اقرار او ثابت شده و حکم به تفریق شده در حینـی که در حبالهٔ زوجیت زید بوده اقرار به زنا دادن به عمرو زانی نموده و اینکه حمل مزبور را از عمرو بهم رسانیده.

و بعد از [اینکه] فارق‌العنان گردیده صداق و رسد ارثیه‌اش [را] از اموال زید مذکور از تتمه اولادش که از زید داشتـه و دارد، مطالبه می‌نماید. آیـا در اینصورت زن و شوهری، صورتـی دارد با ایـن گزارش‌هـا؟ یا نه؟ و بـدون ثبوت و یـاد نمودن قسـم استظهاری، می‌تواند بـرداشت مهر خود را یا نه ؟ و نقصـانی به جهت زنا دادن به عمـرو با وجود حبالهٔ زوجیـت، به مؤمی الیها می‌رسـد و تخفیفی بهم می‌رساند حقـوق وی یا نه ؟ و مدعیه نیـز می‌باشد که «یک طفـل من که از جملهٔ اولادی بود که از زیـد داشتم قبل از فارق‌العنان شدن و (کذا) از موت زید، متوفی شـده، رسد ارثیه طفل را هم می‌خواهم.» آیا بدون ثبوت تأخر تسلط دارد یا نه؟

جواب: نفهمیدم راه تفریق حاکم شرع را. هرگاه مجتهد عادل جامع شرایط حکم و فتوی باشد و حکمی بکنـد، جایز نیست نقض آن، مادامی که قطـع به بطلان آن حاصل نشود. ولکن 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 زوجهٔ زید بوده. و آن اقرار مرکب است از «اقرار بـر نفس» و«اقرار بر غیر»که عمرو باشد هرچند ثمرهٔ آن بعـد از مفارقت از زید حاصل مـی‌شود. بنابر این در ظاهـر شرع مانعی برای عمرو نیسـت در تزویج او، چون اقـرار او به زنا ثابـت نشده. پس این عقـد عمرو در ظاهر شرع محکوم است به صحت. چون مفـروض این است که دعوای مابین زوجین هم متحقق نیست و عمرو مدعی صحت است، و هند هم مدعی مکرهه بودن در اقرار، است.

پس باقـی ماند کلام در اینکه احـدی حسبتاً از راه نهی از منکر مدعـی بطلان عقد شود به تقریب اقرار 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 همین مدعی حسبی اقامهٔ شهود

بکند در نزد حاکم یـا آنکه شهود خود حسبتاً اقامهٔ شهادت کنند در نـزد حاکم به جهت ازاحهٔ منکر. و گوئیـم که شهادت قبل از طلبیدن حاکم صحیح اسـت خصوصاً در حقوق الهیه یا مشترکه بینها و بین حقوق الناس (چنانکه ظاهر این است) و به این سبب حاکم هم قبول شهادت کند.

ولکن در اینصورت دو سخن در میـان می‌آید: **یکی** اینکه زوجه ادعا بکنـد که «من مکرهه بودم در اقرار». و این دعوی نه از باب دعـوائی است که مسموعه نباشد و از قبیل «ادعای عدم قصد به مـدلول» نیست که نشنوند از عاقل. هـرچند آنهم در بعضی از صور مسموع است و باید ملاحظهٔ دعوای جدیده را کرد و به بینه و یمین طی کرد. اما در اینجا در صورت سماع این دعوی نمی‌دانم حاکم باید قسم بخورد یا شهود؟ یا زوجه؟ بر حاکم و شهود که قسـم متوجه نمی‌شـود و راهی ندارد. و ضعیفه هـرگاه قسم بخورد کـه «من مکرهه بـودم»- بر فرضی که بگـوئیم قسم متوجـه او می‌شود- دیگر راهی بـرای تفریق نیست. و بر فرضی که بگـوئیم که شاید حاکم یا مدعی حسبـی به بینه اثبات کنند عدم اکراه را بر وجهی که نفی را به صورت اثبات درآورند. در اینوقت پای سخن دوم از آن دو سخن در میان می‌آید، و اشاره به آن خواهیم کرد.

سخن دوم آنکه: بر فرض ثبـوت اقرار زوجه و عدم سمـاع دعوی مکرهه بـودن، یا ثبوت مختاره بودن در اقرار. این معنی بیش از این افاده نمی‌کند که زوجهٔ مزبوره بعد از مفارقت زید نمی‌تـواند به عمرو شوهر کند، و جایز اسـت منع او از ازدواج با عمرو. و اما هرگاه مزاوجه واقع شد قبل از اطلاع حاکـم یا شهود، پس این عقدی است که مابین دو نفر که احـدهما مدعی صحـت آن است و دیگری هم مـدعی بطلان نیست بلکـه او هم مدعی صحـت است. پس حکم به تفریق، ابطال حق عمرو است بـدون جهت. چون راه بطلانی از جانب او ثابت نشده، نه به اقرار و نـه به بینه. پس چه مانعی دارد که هر یک از آنها محکوم بـاشد به حکم خود. چنانکـه در بسیاری از مسائل شرعیه اتفـاق می‌افتد. و بالجمله منتهای آنچه در این مقام می‌توان گفت این است که بعد ازثبوت اقرار ضعیفه در نزد حاکم، دیگـر آن ضعیفه قادر بر ایجاب نیست. یعنـی ایجابی که مثمرثمر مـی‌باشد. پس قبول هـم بر آن مترتب نمـی‌شود زیرا که آن فـرع صحت ایجاب است، پـس صحت نسبت به زوج هم معنی ندارد.

و حاصل جواب این است که: اولاً سلّمنا که بدون ادعای اکراه علمی برای حاکم بهم

نرسیده بالفرض و ضعیفه دعوی جدیده می‌کند و هرگاه حاکم خواهد مدعی او شود، چگونه می‌تواند شد و حال آنکه مفروض این است که علم برای او حاصل نیست. و اهل حسبه را نشاید که منکر را به بینه و یمین بر مرتکب آن اثبات کنند تا نهی از منکر کنند. با وجود اینکه «مکره بودن» امری نیست که به بینه توان اثبات کرد. و قسم خوردن برای حاکم یا مدعی حسبی هم راهی ندارد. و همچنین قسم دادن. منتهای امر این است که ضعیفه را قسم بدهند و بعد قسم، دیگر سخنی باقی نمی‌ماند.

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 هرگاه عقدی واقع شده و محتمل است که بر وجه صحت باشد ثابت شدن اقرار کذائی در نزد حاکم بعد وقوع آن، چگونه مخرب آن می‌تواند شد. و حال آنکه از جانب زوج اقراری نیست و بروجه صحیح شده. و بر فرضی که برطرف زوجه ایرادی لازم آید مستلزم ایرادی بر زوج نیست و آن متمسک می‌شود به «اصالت صحت» و حکم ظاهری زوجه، حکم نفس‌الامری زوج را باطل نمی‌کند زیرا که عقد زوج نسبت به او در ظاهر محکوم به صحت نفس‌الامری است تا خلاف آن ثابت شود. پس می‌گوئیم که حکم حاکم بیش از حکم ظاهر شرع افاده نمی‌کند.

پس اگر زوجه میان خود و خدا می‌داند که زنا واقع نشده و آن اقرار بر سبیل اکراه بوده، پس در نفس‌الامر حرجی بر او نیست در متابعت و اطاعت زوج در جماع بعد از حصول علم به مسأله پس زوج را مانعی در استمتاع از او نیست در ظاهر شرع و در باطن نیز اگر زنا واقع نشده. و الا بر او هم در باطن حرام است. ولکن تفریق در ظاهر شرع بدون حجت صورتی ندارد. خلاصه اینکه به مجرد ثبوت اقرار در نزد حاکم، حکم به تفریق نمی‌توان کرد. و ظاهر این است هرگاه متمسک حاکم همین معنی است، نقض آن حکم هم جایز باشد. بلی اگر حاکم علم به وقوع زنا حاصل کرده باشد و به علم خود عمل کرده باشد، اظهر صحت حکم است و نقض آن نمی‌توان کرد. ولکن چندین استفتا که در این مسأله به اینجا آورده‌اند در هیچیک این معنی مذکور نیست.

و اما سؤال از مهر و میراث بردن هند از زید، که آیا آن زنا کردن منشأ تغییری در حکم مهر و میراث می‌شود یا نه؟-؟ پس جواب این است که این معنی موجب فرقی

نمی‌شود. و حکم مهر و میراث و طریق اخذ مهر به طریق سایران، 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 نمی‌دهند.

۳۵۲:سؤال: زید از بلد بعید می‌آید از جانب زینب، و عمرو از جانب بکر که قبول کند. و صیغه خوانده شود. صحیح است یا باطل ؟ . و بر فرض صحت، این عقد فضولی است و تکیه بر اجازه است؟ یا وکالتی؟ و حال آنکه وکالت ثابت نمی‌شود الا به شهادت عدلین.

جواب:ظاهر این است که عقد وکالتی است به ادعای دو مسلم که می‌گویند «زوجین شما را وکیل کرده‌اند که صیغه بخوانید». یا «ما را وکیل کرده‌اند 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 وکیل‌اند از جانب وکیل ادعائی، یا از اجانب زوجین به واسطه آن وکیل‌ها. پس در اینصورت هرگاه زوجین تصدیق توکیل کردند، عقد صحیح و لازم است. و هرگاه انکار کردند، قول ایشان مسموع است با یمین. و هرگاه احدهما تصدیق کند دون دیگری، آنهم به مرافعه مابین آنها طی می‌شود. پس صحت و بطلان عقد موقوف است به تصدیق و تکذیب موکل در توکیل. نه بر اجازه و عدم اجازهٔ 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 گفته‌اند که «توکیل ثابت نمی‌شود الا به شهادت عدلین» هم منافات ندارد با جواز عمل بر وفق وکالت ادعائی، بلکه آن از برای ثبوت دعوی است در صورت تنازع و تجاذب، نه مطلقا. چون ظاهر این است که خلاف ندارند در «جواز عمل بر وفق وکالت ادعائی با بقای غایب بر حجت خود». پس شرط شهادت عدلین از برای ثبوت مطلب است در صورت عدم تصدیق. و اما اینکه آیا مطلق شهادت عدلین کافی است در ثبوت یا باید منضم به حکم باشد ؟ هرچند آخوند ملا احمد اردبیلی(ره) در اشتراط آن اشکال کرده، ولکن ظاهر کلام علما این است که شرط دانسته‌اند حکم [راو بدون] آن [نزاع] رفع نمی‌شود.[1] پس خوب نیست اشکال در آن.

۱- عبارت نسخه:... دانسته‌اند حکم رفع آن نمی‌شود

و اینکه در رؤیت هـلال، فتوای معظم علما بر عـدم اشتراط حکم حاکـم است، پس ظاهر این است که نظر ایشان به این باشـد که اخبار بسیار دلالت می‌کند بر وجوب صوم یا افطار به شهادت عدلین. با آنکه 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 هرگاه رفع نزاعی بر آن مترتب شود. مثل اینکه نزاع در حلول اجل معامله باشد و موقوف باشد به ثبوت رؤیت هلال.

۳۵۳: سؤال: زید زینب صغیره را بدون اذن ولی عقـد می‌کند برای خود. و صغیره که مطلع می‌شود ابا می‌کند. بعد از آن مادرِ صغیره را عقد می‌کند و متصرف می‌شود. و الحال حامله است. و صغیره هنوز به حد رشد نرسیده. حکم این عقدها چه چیز است؟ و حال آن ولد چگونه است؟ و کیفیت استیفای صداق چه نحو است؟.

جواب: در صورت مذکوره عقد صغیره فضولی است. و اجازه و عدم اجازهٔ او در حال صغر اعتبار ندارد. پس اگر بعد از بلوغ و رشد اجازه کرد، صحیح است. و همچنین هرگاه بالغه شـود با عدم رشد و حـاکم شرع (یعنی مجتهـد عادل) اجازه کند. و هـرگاه اجازه متحقق نشد،عقدباطل‌می‌شود. 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 عقـد صغیره از برای [خود]- مادر صغیره مادرزن اوست، و عقد ما در زن حرام اسـت. خواه دخول به زن شده باشد یا نـه. پس باید انتظار بکشد تا صغیره بالغـه و رشیده شود. پس اگر بالغه و رشیده شـد و اجازهٔ عقدی که بر او شده نکرد- یـا بالغه شد و رشیـده نیست و حاکم شرع هـم اجازه نکرد- پس ظـاهر این است مجدداً آن مادر را به عقد جدید می‌تواند گرفت. و به عقد سابق اکتفا کردن مشکل است، بلکه صورتی ندارد.

و اما هرگاه بعد از بلوغ و رشد اجازه کرد- یا با عدم رشد، حاکم شرع اجازه کرد- در اینصورت آن مادر بـر آن شوهر حرام ابدی است و هـرگز بر او حلال نمی‌شـود. هرچند دختر هم بمیرد. و در صورت حصول اجازه دختر مستحق مهر مسمی فی‌العقد است.

و اما مادر: پس اگر با علم به حرمت شوهر کرده و دخول با علم به حرمت به آن شده، مستحَق مهری نیست و اگر بـا جهل به حرمت بوده، به سبب دخـول مستحَق مهرالمثل است.

و اما فرزند پس اگر طـرفین عالم بوده‌اند به حرمت دخول،آن فـرزند ولد زنا است و ملحق به هیچکدام نمی‌شود.

و اگر هر دو جاهل بودند، فرزند ملحق به هر دو می‌شود. و اگر احدهما جاهل بوده و دیگری عالم، فرزند ملحق به جاهل می‌شود، نه عالم.

۳۵۴:سؤال: شخصی از بـرای ولد سفیه خـود صبیهٔ شخصی را بـه عقد درآورد. و سفیه مـزبور او را تصرف نمـوده. تا یک سـال قرار و آرامـی داشته، و بعد زوجـهٔ خود را واگذاشته رفته است. و الحال دو سه سال اسـت که مفقودالخبر است و معلوم نیست به کجا رفته اسـت. و زوجهٔ‌مزبوره‌در کمـال معطلی و اضطراب می‌بـاشد. آیا زوجهٔ مـزبوره می‌تواند در خصوص حق‌الصداق خود رجوع به والد سفیه مزبور نماید یا نه؟

و دیگر بعضی اجنـاس در حین عقد به رسم تعـارف به زوجهٔ مزبـوره رد نموده‌اند از قبیل صندوق و پیه سوز و طاس و آفتابه‌لگن(و اسباب دیگر که احتیاج به تفصیل نیست) به زوجهٔ مزبوره داده‌انـد که بالفعل در ید زوجهٔ مزبوره است. آیـا تملیک شرعی از برای زوجه در اسبـاب مزبوره هست یـا نه ؟ و آیا زوجهٔ مـزبوره را به خصوص نفقـه و کسوه سخنی به والد سفیه هست یا نه؟-؟

جواب: ظاهر این اسـت که مراد سائل از سفیه مجنون است. و همچنیـن ظاهر این است که جنون او متصل به صغر بوده و در چنیـن صورتی از برای پدر ولایت نکاح هست بی اشکال. و اما حکایـت صداق: پس ظاهر این است که هرگـاه پدر از مال خود صداق نکرده، صـداق بر ذمّهٔ مجنون بـاشد، خواه مالـی داشته باشد یـا نه. و این ماننـد صغیر نیست که هرگاه پـدر زنی برای او بگیرد و صغیر مالی نداشتـه باشد، صداق زوجهٔ او در ذمّه پدر است. بلی اگر مجنون مالی دارد، زوجه مطالبهٔ صداق خود را از مال او می‌تواند کرد. و همچنین است کلام در نفقه و کسوه که اگر مجنـون مالی دارد، مطالبه می‌تواند کرد. والاّ فلا.

و اما اشیائی که پدر مجنون از برای زوجه فرستاده و زوجه هم اقرار دارد، یا به ثبوت برسد که آن اموال را بـه خانه زوجه فرستاده، پس اگر بر وجـه لازمی منتقل کرده، مال زوجه است،. والاّ رجوع مـی‌تواند کرد اگر باقـی باشد آن مال‌ها. و این محتـاج است به مرافعه. والله العالم.

۳۵۵: سؤال: صاحب زوجهٔ دائمه امه را عقد دائم می‌تواند نمود یا نه؟

جواب: اظهر عدم صحت است بدون اذن زوجهٔ حرّه. و با اذن او صحیح است. و اظهر این است که اجازهٔ بعد، هم کافی نیست هرگاه به اذن او نبوده، و اجرای حکم فضولی در آن نتوان کرد. و ظاهر این است که کنیز را بدون رضای حرّه به عقد تمتع هم نتوان گرفت، نظر به عمومات و خصوص **صحیحهٔ** محمدبن اسماعیل بن بزیع[1]. و ظاهر این است که قائل به فرق، نباشد.

۳۵۶: سؤال: زوجه و زوج، غیر امینی را در اجرای صیغهٔ نکاح مأذون می‌نمایند. 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 هرچند عادل نباشد. و هرگاه 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 هرگاه بعد از دخول معلوم شد که باکره نبوده است قبل از عقد، و زوج هم راضی شود بر نگاه داشتن آن- خواه برای او خیار فسخ باشد (مثل اینکه شرط کرده باشد در ضمن عقد بکارت را) یا نه (مثل اینکه به گمان بکارت گرفته باشد)- زوجه مستحق مهر هست. ولکن چیزی از او کم می‌شود، و [در] مقدار آن خلاف است. و اظهر این است که ملاحظه می‌کنند مهرالمثل چنان زنی را در حال بکارت و در حال ثیبوبت، و به همان تفاوت [از] مسمی کم می‌شود. مثل اینکه مهر او دوتومان باشد و مهرالمثل آن باکرتاً ده تومان و ثیباً پنج تومان، تفاوت مابین، پنج تومان است که نصف است. پس نصف مسمی که یک تومان است کم می‌شود.

۱- وسائل: ج۱۴، ابواب المتعه، باب ۱۶ ح۱.

۳۵۸:سؤال: زینب خواهر زادهٔ خود حسن را شیر داده بـا شرایط موجب حرمت. و حال پدر حسن می‌خواهد که دختر زینب را بگیـرد که خواهر رضاعی است مرحسن را. جایز است یا نه؟

جواب: جایز نیست از سه راه: یکی: عدم «جواز نکاح ابی‌المرتضع فی اولاد صاحب اللبـن» علی الاقـوی. دوم: نکاح ابـی المرتضـع در اولاد نسبـی مرضعـه. سوم: نکـاح خواهرزاده بر خاله بدون اذن خاله، و این در صورتی است که ما در حسن در حال حیات باشد و در حبالهٔ او باشد.

۳۵۹:سؤال: هرگاه کسی زنی را عقد کند و صـداقی از برای او معین کند از عین یا دین. و هنوز دخـول نکرده آن زن صداق خود را به شـوهر خود هبه کنـد، یا او را از حق صداق ابراء کند، و شوهر او را طلاق بگوید قبل از دخول. حکم آن چه چیز است؟.

جواب: ظاهراً خلافی نیست در اینکه در صورت هبـه، زوجه دیگر حقی ندارد و باید نصف صداق را هم (علاوه بر آنچه بخشیده) به زوج بدهد. و اظهر و اشهر در صورت ابراء هم این است. و در تحقیق مقام ناچار است از تمهید مقدمه و آن این است که:

فقها اختلاف کرده‌انـد در [چگونگی تحقق مالکیت زوجه در مهـر. قول مشهور این است که:] زوجه به مجرد عقد، مالک مهـر می‌شود بالتمام لکن استقرار تمام آن در ذمهٔ زوج، به دخـول حاصل می‌شـود. پس ملکیت زوجه در همـهٔ مهر حاصل اسـت لکن در نصف متزلزل است تا اینکه 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 مـالک نصف مهر مـی‌شود، و نصف دیگر را بـه سبب دخول (و آنچه قـائم مقام آن است) مالک می‌شود.

و اقوی قـول مشهور است. و دلالـت می‌کند بر او اینکـه صداق عوض بضـع است و مقتضای معاوضه تملک هـر یک از طرفین است عوض را، پس چنانکـه زوج مالک بضع می‌شود، زوجـه [نیز] مالک مهـر می‌شود. و دلالت مـی‌کند بر آن احادیـث بسیاری که دلالت دارند بـر اینکه «نمای صداق مال زوجه اسـت»، و نماء تابع عین است. پـس باید عین مال زوجه باشد. و ما یکی از آن احادیث را نقل می‌کنیم و آن **موثقهٔ** عبید بن زراره است- به سبب عبدالله بن بکیر- «قال: قلـت لابی عبدالله علیه السلام: رجل تزوج امرأة علی مأةشاة، ثم ساق الیها الغنم، ثم طلقهـا قبل ان یدخل بها و قدولدت الغنم. قال: ان

کانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها و نصف اولادها، و ان لم یکن الحمل عنده رجع بنصفها ولم یرجع من الاولاد بشیئ»[۱]. و سایر اخبار را در کتاب **مناهج** نقل کرده‌ام.

و هم دلالت می‌کند بر آن اخباری که دلالت بر جواز هبهٔ مهر به زوج خود (یا غیر زوج) قبل از دخول، دارند[۲]- چنانکه بعد اشاره به آن می‌شود- و هبه صحیح نیست مگر در ملک. و همچنین آنچه در جواز ابراء مهر وارد شده[۳]. و هم دلالت می‌کند بر آن اخباری که دلالت دارند بر وجوب تمام مهر از برای زوجهٔ غیر مدخولهٔ متوفی عنها زوجها[۴]، زیرا که کسی نگفته که مرگ سبب وجوب نصف مهر است به این معنی که عقد نکاح مدخلیتی در آن نداشته باشد. غایت امر این است که ملک متزلزلی به سبب عقد نسبت به این نصف هم حاصل بود و به سبب مرگ مستقر شد.

و امّا دلیل ابن جنید: پس این است که: اگر ملک حاصل بود در تمام، بایست مستقر باشد و زایل نشود الاّ به تقایل شرعی، و ملازمه ممنوع است با وجود آنکه ناقل موجود است. و استدلال شده بر آن به اخبار نیز مثل **موثقهٔ** یونس بن یعقوب که در آن مذکور است «لایوجب الصداق الاّ الوقاع»[۵]. و **موثقهٔ** محمدبن مسلم «عن الباقر-ع- قال سألته: متی یجب المهر؟ قال: اذا دخل بها»[۶].

و بر اینها وارد است که مراد از ایجاب، الزام است. و آن منافات ندارد با ملک متزلزل قبل از دخول. و همچنین جواب از سایر اخباری که به این مضمون است [مثل] **صحیحهٔ** ابی بصیر «عن الصادق-ع-[قال] سألته عن رجل تزوج امرأة علی بستان له معروف و له غلة کثیرة، ثم مکث سنین لم یدخل بها ثم طلّقها. قال: ینظر الی ماصارالیه من غلة البستان من یوم تزوجها فیعطیها نصفه و یعطیها نصف البستان، الاّ ان تعفو فتقبل منه و یصطلحا علی شیئ ترضی به منه، فانّه اقرب للتقوی»،[۷] این صحیحه به

۱- وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۳۴ح ۱.

۲- وسائل: ج۱۵، ابواب المهور، باب ۴۱ح ۱،۲. و باب ۳۵ ح ۱. و باب ۲۶ح ۱،۲،۳،۴. و ج ۱۳، ابواب الهبات، باب ۷ ح ۱،۳.

۳- وسائل: ج۱۳ ابواب الهبات: مفهوم ح۳. وج۱۵، ابواب المهور، باب ۴۱ح۲. و ج۱۴، ابواب المتعة، باب ۳۰ح ۱.

۴- وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب۵۸ح ۲۰،۲۱،۲۲،۲۳،۲۴.

۵و ۶- ابواب المهور، باب ۵۴ح ۶و۷.

۷- همان مرجع: باب ۳۰ح ۱.

تنهائی مقاومت با ادلّهٔ مشهوره نمی‌کند.

و بعض متأخرین استدلال کرده‌اند از برای او به احادیث معتبرهٔ بسیار که دلالت می‌کنند بر تنصیف مهر در زوجهٔ غیر مدخوله که شوهر او مرده باشد[1].و در نظر حقیر استدلال به آنها تمام نیست، زیرا که (با وجود معارضهٔ آنها به احادیث معتبرهٔ بسیار که دلالت دارندبروجوب‌تمام‌مهر[2]، و مشهور عمل به آنها کرده‌اند) می‌گوئیم که تنصیف مهر به موت [شوهر] منافات ندارد با حصول ملک قبل از موت. پس می‌گوئیم که به مقتضای ادلّهٔ سابقه مهر ملک زوجه می‌شود به سبب عقد ولکن در نصف متزلزل است، و چنانکه می‌تواند شد که دخول- و آنچه قائم مقام آن است- منشأ استقرار تمام بشود، می‌تواند شد که موت ازالهٔ ملک کند، چنانکه طلاق می‌کند.

و از این جهت است که قول مذکور را نسبت به ابن جنید داده‌اند، [در حالی که] قائل به تنصیف مهر به موت، جماعتی هستند و از هیچیک آنها موافقت با ابن جنید نقل نشده. پس می‌تواند شد که در مسأله «غیر مدخولهٔ متوفی عنها زوجها» طرفین قائل باشند به حصول ملک متزلزل و مشهور قائل باشند به استقرار آن ملک متزلزل به موت، و آن جماعت مخالف ایشان بگویند که حصول ملک متزلزل مسلّم است ولکن رفع آن می‌شود به موت. پس آن ربطی به ما نحن فیه نخواهد داشت و نفعی به ابن جنید نمی‌کند.

هرگاه این را دانستی، پس فروع مسأله بسیار است مثل «جواز تصرف در مجموع مهر قبل از دخول» چنانکه مشهور است. به دلیل «الناس مسلّطون علی اموالهم». و مثل تبعیت نمائی که حاصل می‌شود بین عقد و طلاق و غیر اینها که در محل خود مذکور است.

و هرگاه این را دانستی پس بدان که: هرگاه صداق عینی باشد و هبه کند آن را به زوج خود قبل از دخول، و زوج او را طلاق بگوید، پس مشهور صحت هبه است. و اینکه زوج رجوع می‌کند به نصف و می‌گیرد از زوجه. و از شیخ نقل اجماع شده در **خلاف و مبسوط**. پس هرگاه زنی را عقد کند به هزار اشرفی معین موجود، وزوجه قبل از دخول

۱- همان مرجع: باب ۵۸ح ۱-تا-۱۹.
۲- همان باب: ح ۲۰-تا-۲۴.

هزار اشرفی را ببخشد به زوج خود، و قبل از دخول طلاق بگوید. پس چون در ظاهر شرع مجموع ملک او بود و هبه صحیح بود، و الحال زوج مطالبهٔ پانصد اشرفی خود را می‌کند که به سبب طلاق مستحق آن شده و زوجه آن را تلف کرده به سبب بخشیدن به زوج که مثل آن است (که به دیگری بخشیده باشد) الحال باید زوجه غرامت را بکشد. پس هزار اشرفی از دست او رفته و پانصد هم باید به دستی بدهد.

و اگر صداق قیمی بوده (مثل باغ و بستان) پس باید نصف قیمت آن را رد کند. و مشهور این است که هرگاه صداق دین باشد و زوجه مجموع آن را قبل از دخول و طلاق، ابراء کرده باشد، باز حکم آن همین است که باید زوجه نصف آن را به زوج بدهد. و فرقی با هبه ندارد، زیرا که در حین ابراء زوجه مالک تمام مهر بود در ذمّهٔ زوج و آنچه به زوج بر می‌گردد به طلاق، ملک جدیدی است. پس الحال که زوج مطالبهٔ آن را می‌کند زوجه آن را تلف کرده به سبب ابراء ذمهٔ زوج. پس باید غرامت آن را بدهد.

و علاّمه در **قواعد** ذکر کرده است وجهی به عدم رجوع در صورت ابراء. و همچنین شیخ در **مبسوط**. و آن قول بعض عامه است. و متمسک این وجه آن است که «زوجه چیزی از او نگرفته و نقل نکرده است صداق را به او و تلف نکرده بر او چیزی را. پس ضامن نیست» و بر این وارد است که شکی نیست که ملک زوجه بود در ذمّهٔ زوج و از ملک خود بیرون کرد به سوی دیگری، پس صادق است که تلف کرده است مال را، چون از ذمهٔ او بیرون کرده و محلی دیگر از برای آن نیست.

و عمده در مسأله ، روایات است. مثل **صحیحهٔ** شهاب بن عبدربّه «قال: سألت اباعبدالله -ع- عن رجل تزوّج امرأة علی الف در هم فبعث بها الیها فردّتها علیه و وهبتها له و قالت: انا فیک ارغب منّی فی هذا الالف، هی لک. فتقبّلها منها ثم طلّقها قبل ان یدخل بها. قال: لاشیئ لها و تردّ علیه خمسمأة در هم»[1]. و **موثقهٔ** سماعه «قال: سألته عن رجل تزوج جاریة او تمتّع بها، جعلته من صداقها فی حلّ، ایجوز ان یدخل بها قبل ان یعطیها شیئاً-؟ قال: نعم اذا جعلته فی حلّ فقد قبضته منه، و ان خلاّها قبل ان یدخل بهاردّت المرأة علی الزّوج نصف الصداق»[2]. و این روایت ظاهر در ابراء است، و لفظ

۱- وسائل: ج ۱۵، ابواب المهور، باب ۴۱ ح ۱.
۲- همان مرجع: ح ۲.

«قبض» منافاتی با ابراء ندارد تا موجب توهم ارادهٔ هبه باشد، نه ابراء. زیرا که ظاهر این است که مراد این است که حلال کردن به منزلهٔ قبض کردن است.

و امّا هرگاه نصف مهر را ببخشد مشاعاً- مثل اینکه بگوید نصف باغی که مهر من کردی به تو بخشیدم مشاعاً- پس در آن سه وجه ذکر کرده‌اند: **اول اینکه**: زوج مستحق آن نصف دیگر است که باقی مانده. چون در حین هبه، مجموع مال زوجه بوده، و هبهٔ مشاع صحیح است. و بعد از آنکه 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 وامی‌گذارد. و اگر منتقل‌کرده باید مثل آن را بدهد اگر مثلی باشد، یا قیمت آن را اگر قیمی باشد.

و وجه دوم این است که: زوج الحال که طلاق گفت قبل از دخول، مستحق نصف مشاع عین [غیر] موهوبه است که نصف این باقی، باشد و نصف آنچه زوجه به او بخشیده. و چون آن نصفی که زوجه به او بخشیده در حکم 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.

و الحاصل: چون زوجه نصف مشاع آنچه در ظاهر مال او است (و در نفس‌الامر کاشف به عمل خواهد آمد که نصف مشاع آن مال زوج خواهد بود) منتقل کرده به زوج. پس اگر قائل باشیم که در چنین جائی منصرف به حق خود می‌شود (همچنانکه در بیع عینی که نصف او مال غیر است و نداند و نصف مشاع را بفروشد، گفته‌اند که نصف منصرف می‌شود 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. و امّا ربع دیگر چون هبهٔ آن هم در ظاهر شرع صحیح بود (چون در آنوقت ملک او بوده و طلاق آن را از ملک خارج می‌کند) پس مقتضای جمع بین‌الدلیلین آن است که قیمت آن را که هم هبهٔ او صحیح است و هم قیمت آن را باید بدهد، بدهد. [بنابر این وجه دوم تمام است].

و وجه سوم تخییر [است] مابین عمل به مقتضای وجه دوم و مابین آنکه اخذ کند نصف بدل مجموع را. نظر به اینکه به سبب طلاق مستحق نصف مشاع مجموع شد و استیفای آن ممکن نیست چون به هبهٔ صحیحه به زوج منتقل شده. پس رجوع می‌شود

به عوض آن. و اقرب وجوه ثلاثه وجه اول است. و احتمال چهارمی هم از مبسوط نقل شده و آن این است که: زوج مستحق نصف باقی است که سه ربع مال زوج می‌شود و یک ربع مال زوجه. نظر به اینکه هبه متعلق شده به نصف مشاع، پس متعلق شده است به نصف هر یک از دو نصیب. پس از نصیب زوجه مالک نصف شده که ربع باشد، و نصف نصیب خود را هم پیش از وقت گرفته. پس باقی مانده است نصف نصیب خودش که ربع باشد. و ربع دیگر برای زوجه می‌ماند.

و اما هرگاه نصف معینی را ببخشد به زوج، پس زوج مستحق نصف باقی است که نصف اصل است با نصف بدل آنچه زوجه به او بخشیده است. و وجه آن ظاهر می‌شود از آنچه پیش گذشت.

و اما هرگاه صداق عینی نباشد و نصف آن را ابراء کند، پس متعین است در آن، وجه اول از چهار وجه. چنانکه پوشیده نیست. و از اخبار چیزی که مناسب هبهٔ نصف است **موثقهٔ** محمدبن مسلم است «قال: سألت اباعبدالله -ع- عن رجل تزوج امرأة فامهرها الف در هم و دفعها الیها، فوهبت له خمس مأة در هم وردتها علیه. ثم طلّقها قبل ان یدخل بها. قال: تردّ علیه الخمس مأة الدرهم الباقیة، لانّها انّما کانت لها خمس مأة درهم فوهبتها له، فهبتها ایّاها له و لغیره سواء».[1]

و این حدیث موافق وجه اول است از چهار وجه که در هبهٔ نصف گفتیم.

و بدان که: سخن در این مقامات در هبه مبتنی است بر اینکه هبهٔ زوجین را لازم دانیم، یا عین تلف شده باشد، و یا به فرض عدم لزوم، زوجه رجوع به هبه نکند. و اما بنابر قول به جواز رجوع- چنانکه اظهر است اگرچه خلاف آن مابین متأخرین اشهر است- با رجوع زوجه جایز خواهد بود رجوع. والله العالم.

۳۶ سؤال: زید دختر شخصی را می‌خواهد به حبالهٔ نکاح خود درآورد. آن شخص به زید می‌گوید «به این شرط دخترخود را به تو می‌دهم که همشیرهٔ خود را یا دختر خود را به من بدهی.» که هر کدام مهر علی حده داشته باشند، مثل اینکه یکی پنج تومان و دیگری بیشتر یا کمتر باشد. هرگاه نکاح واقع شد هر دو صحیح است؟ یا اول؟ یا ثانی؟ یا هیچکدام؟ و نکاح شغار که در شریعت حرام است کدام است؟

۱- وسائل: ج۱۵، ابواب المهور، باب ۳۵ ح۱.

جواب: عقد شغـاری که حرام و باطـل است آن است کـه بضع هر یک از زنهـا مهر دیگری باشـد، و مهری دیگر در میان نباشـد. مثل اینکه بگوید «زوّجتـک ابنتی اواختی علی ان تـزوجنی بنتک أواُختـک و یکون صداق کـل منها بضع الاخـری». و آن دیگری بگوید «قبلت و زوّجتک بنتـی اواختی هکذا». و اما هرگاه مهر معینی بـرای هر یک قرار بدهند و شـرط کنند با مهر تزویج هـر یک را- مثل اینکه بگوید «زوّجتـک بنتی اواختی علی صداق مأة دینار علی ان تزوّجنی اختک او بنتک هکذا» و آن دیگری بگوید «قبلت و زوجتک بنتی اواختی علـی مأة دینار»- پس مشهور و اظهر در اینجـا صحت عقد است و بطلان مهر، و رجوع به مهرالمثل در هر دو.

و امّا هرگاه در ضمن عقد شرطی مذکور نشـود، بلکه در خارج بنا به این می‌شود که هر یک تزویج کنـد دیگری را و راضی شوند به تزویج به این شـرط، و بعد از آن هر یک به عقد علی حده و مهر علی حده عقد می‌کننـد، پس در آن اشکالی نیست. بلکه هرگاه در ضمن عقد شرط تزویج بشود و از مهر ساکت شوند (مثل اینکه بگوید «زوجتک بنتی علی ان تزوّجنی بنتـک» و از مهر ساکت بـاشند) هم عقد صحیـح است. و هر یک بـه دخول مستحق مهرالمثل می‌شوند. و باطل نیست، چـون شرط نکرده‌اند که بضع هر یک مهر دیگری باشد تا داخل شغار باطل، باشد. والله العالم.

۳۶۱: السؤال: اذا وقـع النشوز مـن الـزوجة و الشقـاق بینهما و کـانـت مرضعـة لولدهامنه فابت عن حضانة و لدها و ارضاعها الاّ باجرة لم یرض بها الزوّج فاخذ الولدمنها و اعطاه زوجته الاخری لتحضنه و ترضعه. و سافـر الزوج و منع الزوجة عن ردّه الی امّه و ان تحمّلت الرضاعة و الحضانة مجّاناً، و هدّ دها و اوعدها بالطلاق لوخالفته. ثم جاءت امّ الولد فطالبته مع تحمّل الحضانـة و الرضاعة مجانـاً. فهل یجوز للزوجة الأُخری ردّ الولد الیها؟ اولایجوز؟ و علی تقـدیر الجواز، هل یجب الرّد ام لا ؟ و هل یجـوز اجبارها علی الرّد اذا احتمـل اسقاط الزوج حقّها فـی الحضانة و الارضاع بـوجه شرعی کـالصلح، ام لا؟

الجواب: الحضانة و الارضـاع حق شرعی لـلاَم فی الحولین (مـع اجتماع الشرائط المذکورة فی محلها) بمعنی الاولویّة و الاستحقاق، لاالوجوب. فلوامتنعت فلایجبر علیها و لایسقط حقها الاّ ان یطلّقها الزوج و تزوّج بـزوج آخر فیسقط حقها حینئذ، الاّ ان یموت الاب فهی اولی من غیرها و ان تزوجت. و اما لوامتنعـت من الحضانة و الرضاع مع کونها

فی حبال الـزوج الاولی واخذه الزوج و تکفل هـوالحضانة و الارضاع (کما هـو فی صورة السؤال) فالظاهر عدم سقوط اولویة الامّ، و یجوز لها العود ان تحملتها مجاناً. لاستصحاب بقاء حقها، و للاطلاقات.

و ممّن صرّح بذلـک العلامة فی **القواعد** حیث قـال فی آخر فصل الحضـانة «و اذا امتنع الاولی اوغاب انتقل حق الحضانة الی البعید، فان عاد رجع حقه». اقول: و یؤیده ما ذکـروه فی عـودالحضـانة لـوفـارقته و تـزوجت ثـم فـارقت الاخـر. کمـا هوالمشهـور بین الاصحاب، لاطلاق الادلـة. خلافاً لابن ادریس حیث قال «لایعـود حقه». و استوجهه فی **الروضة** بالاستصحـاب حیث سقط الحـق، والرجوع یحتـاج الی دلیل. و یـدلّ علیه الاخبار، منها «انّ امـرأه قالت: یا رسـول الله انّ ابنی هذا کان بطنـی له و عاء و ثدیـی له سقاء و حجری له حواء، و انّ اباه طلّقنی و اراد ان ینتـزعه منّی. فقال لها النبی -ص- «انت احق به مالم تنکحی».[1] و مثله غیره من الاخبار، فقد جعل النکـاح غایة للحق و هو یدل علی خـروج ما بعد الغایـة والاّ لما کانت غـایة. بل ما نحـن فیه اولی بذلـک لانّ التزوج مسقط للحـق بخلاف ما نحـن فیه فانّهـا امتنعت منه و لـم تسقط هی حقهـا ولا اسقطه الشارع.

و اما تهـدید الزوج و وعیده بـالطلاق و عدم رضائه بـالعود، فلایصیر منشـأ لسقوط حق العود. و امّـا توهم انّه لعلّـه اسقط حقها بالصلح و نحـوه، فالاصل عدمـه، و لیس من جانب الزوج من یدّعی ذلک، و یجوز للحاکم الحکم علی الغائب اذا لـم یکن هناک مدع من قبله. و امّا توهـم انّ الزوجة الثانیة فی معنی الوکیل اوالمستـودع والطفل امانة فی یدهـا فکیف یجوز ردّها بـلاحجة شرعیة، فهـو ایضاً فاسد. لانّـه حینئذ امانة مستـودعة تملکها علی وجـه متزلزل، لا لازم. اَفَتُراک تقـول اذا وهب الاجنبی شیئاً لاحـد و اودعه المتهب عند احد عالـم بانّه هبة منه، و سافرالمتهب و رجع الواهـب الی العین، فلایجوز ردّها لانّها امانة؟! فهذا امانة ملکیّتها متزلزلة ترتفع بحصول مایوجب زوالها.

و احتمال ان یکون عاوضها حتی یکون لازمة، الاصل عدمه، والید لاتقتضی الاّ مطلق الملکیة لاالملکیة المطلقة، مع انّا لو سلّمنا الملکیة المطلقة[2] فانّما هو اذا لم یعلم سببها،

۱- سنن البیهقی: ج۸ص ۴.

۲- وفی النسخة: المطلقة الملکیة.

و هو خلاف المفروض. و اما خوف الزوجة المستودعة من اضرار الزوج، فيندفع باجبار الحاكم ايّاها اومن يقوم مقامه. نعم اذا لم يكن الامّ مأمونة فى الحضانة و الرضاع فيجوز المنع. و لكنه خارج عن المسألة، و هو من شرائط اصل الحضانة.

٣٦٢:السؤال: اذا انقضى مدة المتمتعة و كانت حاملا، فهل لها نفقة ام لا ؟ و كذلك فى اصل المدة؟.

الجواب: لايحضرنى عبارة من علمائنا فى ذلك. والذى يظهرلى انّه لانفقة لها لاجل انّها حامل و لها نفقة لاصل الحمل. كما ذهب اليه بعض الاصحاب فى نفقة المطلّقة البائنة الحامل، بعد اتفاقهم على ثبوت النفقة لها فى الجملة، للاية[1] و غيرها. و مأخذ المسألة هو ارجاعها الى نفقة الاقارب والانساب، كما يظهر من كلماتهم فى عدة المرتدّة و الموطوئة بالشبهة والمطلقة البائنة وغيرها.

فان قلت: قال السيّد فى **الانتصار** فى ردّ كلام العامّة على الخاصة فى ابطال المتعة بـ «انّها ليست زوجة فهى حرام لانّ حلّية الفرج تنحصر فى‌الزوجية و ملك اليمين و هذه ليست باحدهما. امّا الثانى، فواضح. و امّا الاول فلانّ الشيعة قالت بانّه لاسكنىٰ لهنّ ولانفقة لهنّ و لااجرة الرضاع. و لوكانت زوجة لثبتت فيها المذكورات». و اجاب عماذكروه «انّ الشيعة تذهب الى انّه لاسكنى للمتمتعة بها بعد انقضاء الاجل ولانفقة لها فى حال حملها و لها اجرة الرضاع ان لم يشترط عليها فى ابتداء العقد رضاع الولد و الكفالة به. و يخصّصون به قوله تعالى-اسكنوهنّ من حيث سكنتم‌من وجدكم ولاتضارّوهنّ لتضيّقوا عليهنّ وان كنّ اولات حمل فانفقوا عليهنّ حتى يضعن حملهنّ- كما خصّصت الجماعة ذلک فى من خلع زوجته على ان تنفق على نفسها فى احوال حملها و تتكفل بولدها واتفقا على ذلک». انتهى كلامه ره. فانّه صريح فى انّ الشيعة تقول بعدم النفقة للمتعة الحامل.

قلت: لما كان مراد العامة فى هذا الكلام الاستناد الى الاية المذكورة وهى حاكم بوجوب السكنى و النفقة للزوجة و كذلک على لزوم الاجرة، فان فى اخرها «فان ارضعن لكم فاتوهنّ اجورهنّ»، فحاصل جواب السيد(ره) ان الشيعة خصصت عموم الاية بغير المتعة. و قول الشيعة بعدم وجوب النفقة للمتعة الحامل، لايستلزم عدمه للحمل. كما

١- الآية ٦ السورة الطلاق.

ذکروه فی غیره. فلم یثبت من هذا الکلام ان الشیعة تقول بعدم ثبوته للحمل. فیندرج تحت نفقه «الاقارب». و ثمرة الخلاف فی ان النفقة للحمل اوالحامل (فی ما اختلفوا فیه) یظهر من مواقع کثیرة ذکروها فی محالّها، منها وجوبها علی الجد لوکان الاب معسراً. و عدّالشهید فی **القواعد** نیفاً و ثلاثین فرعاً.

۳۶۳: سؤال: هرگاه کسی زنی دارد و مضاجعه با او او را ناخوش می‌کند و جدا خوابیدن بر او آسانتر است. و زوجه خواهش مضاجعه دارد. و زوج می‌خواهد نماز شب هم بکند. آیا در ترک مضاجعه معصیت کرده یا نه؟

جواب: نماز شب کردن منافات با وفای به حق مضاجعه ندارد. و اما ترک مضاجعه، پس در آن خلاف است. و اشهر آن است که در زوجهٔ واحده قسم واجب است چنانکه در اکثر از زوجهٔ واحده واجب است. و [این] خالی از قوت نیست، و بنابر این از هر چهار شب یک شب واجب است و سه شب دیگر را مختار است هرجا خواهد بخوابد. و قول دیگر عدم وجوب است مگر در صورتی که متعدد باشد و شروع در مضاجعه با بعضی کرده باشد.

۳۶۴: سؤال: هرگاه بعد از عقد نکاح، زوجه بگوید که چون پدر تو ولدالزنا است من فسخ نکاح می‌کنم. می‌تواند یا نه؟

جواب: بر فرض ثبوت ولدالزنا بودن، این عیب منشأ تسلط بر فسخ نیست هرگاه در خود زوج هم باشد. چه جای والد او.

۳۶۵: سؤال: معنی «افضاء» چه چیز است؟ و دیهٔ آن چه چیز است؟

جواب: تفسیر اکثر علما این است که «مسلک بول و حیض یکی شود». و بعضی تفسیر کرده‌اند به اینکه «مسلک حیض و غایط یکی شود». و به هر تقدیر ظاهر آن است که حکم هر دو یکی است. و بدان که هرگاه افضاء واقع شود پس اگر قبل از بلوغ است و به جماع واقع شده، باید دیهٔ کاملهٔ زن را بدهد. خواه شوهر او کرده باشد یا اجنبی. و مهر هم لازم است (علاوه بر دیه) بر شوهر. و مهرالمثل بر اجنبی. [و] هرگاه بعد از بلوغ باشد: هرگاه شوهر جماع کرده باشد بر او دیه لازم نیست، بلی جمعی از فقها گفته‌اند که اگر تفریط کرده باشد دیه لازم می‌شود، مثل اینکه زنی ضعیف باشد و مظنهٔ افضاء باشد. اما هرگاه اجنبی کرده است باز دیهٔ کامله لازم است مطلقاً، و مهرالمثل هم ثابت است.

و اما هرگاه افضا به غیر جماع باشد- هرچند از شوهر شده باشد- دیه ثابت است. و در باب مهر (که آیا تمام مهر را باید بدهد یـا نصف) راجع می‌شود کلام به اینکه آیا اصل در عقد لزوم تمـام مهر است تا تنصیف ثابـت شود مثل طلاق. یا اصل عـدم وجوب تمام مهر است. و شاید اظهر وجوب تمام مهر باشد.

و بدان که: هرگاه شوهر قبل از بلوغ بـا او جماع کرده است و افضا شود، حرام ابدی می‌شود. و واجب است بـر او نفقهٔ او تا زنده است او با این [نقص]، هـرچند طلاق بگوید آن را. مگـر اینکه شـوهر کنـد که در آنجـا اشکـال هست در سقـوط نفقه و عـدم آن. و همچنین هرگاه بعـد از بلوغ باشد لکن در اینجا حرام ابدی نمـی‌شود علی‌الاظهر. و در حصـول تحریم ابدی بر اجنبی اشکال است و دلیل واضحی در نظر نیست.

۳۶۶:سؤال: آیـا عدهٔ متعـه در حکم دائمـه است در حـرمت عقـد در آن و تحریـم ابدی-؟.

جواب: بلی در حکـم دائمه است بعمـوم الاخبار و ظاهر ایـن است که عـده او [امه صحظ] هم چنین باشد. ولکن ایام «استبرای امه»- مثل آنکه مالک خریده باشد کنیزی [را] که لازم است استبرای آن- در آن دو وجه است. اظهـر عدم لحوق است، زیرا که آن را «عده» نگویند.

۳۶۷:السؤال: هل «سَلّ الانثیین» فقط موجب للفسخ فی النکاح؟ اوکل مابحکمه؟

الجواب: الخصاء و هو «سَل الانثیین» موجب لخیار الفسخ (علی الاشهر الاظهر) اذا کان قبل العقد. و فی مابعد العقد اشکال، سیمـا اذا کان بعدالدخول، و الاظهر عدمه. و اما «الـوجاء»- و هورضّ الانثیین- فقیـل بان الخصاء یشملـه فی اللغة فهو فـی حکمه. والاظهر فیه ایضاً العـدم، لعدم ثبوت ذلک. و امّا «الجبّ»- و هو قطع الـذکر کله او بعضه مع عـدم بقاء مقدار الحشفـة- فالمشهور (بل کـادان یکون اجماعـاً، و عن **المبسوط و الخلاف** عدم الخلاف) انّه موجب لخیار الفسخ، و یدلّ علیه فحوی مادلّ [علی] ثبوته فی الخصاء و العنن[1]، و عموم صحیحة الکنـانی[2] و غیرها. وامّـا لوبقی بمقدار الحشفـة فلا یوجب الخیار، و ادّعی بعضهم علیه الاجماع، و هو مقتضی الاصل.

۱- وسائل: ج۱۴، ابواب العیوب و التدلیس، باب ۱۳و۱۴.
۲- همان مرجع: باب ۱۴ح۶.

ثمّ: انّهم اختلفوا فی حکم مالوحصل الجبّ بعد العقد. و دعوی الاجماع فی کل منهما موجودة. ولایبعد ترجیح عدم الفرق و لکن المسألة بعد لایصفو من اشکال. و طریق الاحتیاط واضح، و امّا العنن: فلاخلاف فی کونه موجباً لخیار الفسخ فی‌الجملة. ولکن فیه تفصیلاً لیس هنا محل بسط الکلام فیه.

۳۶۸:سؤال: خالد هند را به عقد خود درآورده 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 اینکه شوهر اول هند، هند را در طهر مواقعه طلاق داده بوده است. و چون خالد و هند هر دو جاهل به فساد عقد بوده‌اند و وطی به شبهه شده است و مهرالمثل می‌رسد، حال هند ادعای مهرالمثل می‌کند و می‌گوید که مهر مسمی فاسد بوده. و سخن خالد اینکه مهرالمثل بیش از آن ملک نبود که به من هبه نمودی. و دیگر اینکه معنی مهرالمثل 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 هبهٔ 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 مهرالمثل است. و سخن خالد که «مهرالمثل بیش از آن ملک نبود که من به تو دادم و تو به من بخشیدی» بی وجه است. وخصوصاً هرگاه هبه قبل از دخول واقع شده باشد که در آن وقت هنوز مستحق مهرالمثل هم نبوده. و بیان این مطلب این است که ضعیفه در صورتی که بعد از دخول این هبه را کرده، و خالد می‌گوید آن را به عوض مهرالمثل‌محسوب‌داردر جواب می‌گوید «تو ملک را به قصد مهر مسمی دادی نه به قصد مهرالمثل و مفروض این است که آن باطل است».

و هرگاه خالد برگردد و بگوید که «هرگاه چنین است پس هبهٔ تو هم باطل است چون در مال من کردی بی اذن من و تو چون در حکم غاصبی بر تو لازم است که مال مرا بر وجه صحیح به من ردّ کنی و تو بر وجه باطل ردّ کردی که آن هبه فاسده است پس تو ضامن مال من هستی» ضعیفه در جواب می‌گوید که «نامشروع بودن هبه منشأ عدم حصول اقباض نمی‌شود» و عدم ترتب اثر بر فعل حرام مسلّم نیست چنانکه در دخول کردن در حال حیض که هرچند حرام است [لکن] مترتب می‌شود بر آن ثبوت مهر و لحوق ولد. پس در اینجا هرچند هبه نامشروع باشد امّا در ضمن [آن] اقباض و تسلیم به

عمل آمده.

بلی در وقتی که به مثل بیع به خالد منتقل کرده باشد اثری بر آن مترتب می‌شود که استرداد ثمن باشد. با وجود اینکه می گوئیم هرگاه از خالد بشنویم این سخن را که «هبهٔ تو صحیح نبوده و تو ضامنی که مال مرا به من رد کنی بر وجه صحیح». ضعیفه هم می گوید «پس تصرف تو و بیع تو هم صحیح نیست ملک را به من رد کن تا ثانیاً بر وجه صحیح بر تو رد کنم». به هر حال نه هبهٔ مال شخصی به خود آن شخص صحیح است و نه بیع آن به او. و در صورت جهالت که فعل به عمل آمده و مال به دست مالک رسیده، از ضمان مال فارغ شده. ولکن هرگاه عوض گرفته باشد باید به او رد کند. و اما هرگاه به غیر مالک هبه کرده یا بیع کرده باید تا ممکن باشد عین را رد کند، والا عوض آن را مثلاً یا قیمةً. و آن دخلی به ما نحن فیه ندارد و جای تفصیل آن نیست.

و مراد از مهرالمثل، مهر امثال آن زن است در اموری که باعث زیادتی و نقص مهر می‌شود، مثل حسن و جمال و عقل و کمال و بکارت و دانستن تدبیر منزل و عیال و صراحت نسب و امثال آن با ملاحظهٔ اقارب آن از طرفین و اضداد اینها. و ظاهر این است که ملاحظهٔ بلد هم می‌شود هرچند اقارب باشد. چون بلاد مختلف می‌شوند در این معنی.

۳۶۹:سؤال: دختری به سن یازده سالگی به اعتقاد آنکه عقد کردن او از برای کسی موقوف به رضای ناپدری و مادرش می‌باشد (بناء علیه) ناپدری خود را وکیل نموده و او را معقودهٔ شخصی کرده. و حال که دختر معقوده شده به این عقد راضی نیست و می گوید که «من آن زمان رشیده نبودم و نمی‌دانستم 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: هرگاه دختری را در سن یازده سالگی عقد کرده باشند و مادر و ناپدری دارد که مباشر عقد او شده‌اند و بعد از عقد مدعی فساد عقد باشد از دو حیثیت: اول اینکه من گمان می‌کردم که اختیار مرا ناپدری و مادرم دارند و نمی‌توانم انکار کنم و اقرار من به توکیل از آن جهت بود. دوم اینکه 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 نمی‌توانند شد پس هر یک جواب علی حده [نـ]

دارد. زیرا اگر واقعاً رشیده بود و مدعی است که چنین می‌دانستم که اختیار من با ناپدری است در اینجا با وجود عدم بینه (هرچند دعوی او مسموع است ولکن) قول زوج مقدم است با یمین. و اگر رشد او ثابت نیست و تکیهٔ او به همان عدم رشد است، پس در صورت عدم بینه اظهر تقدیم قول زوجه است با یمین[1]. و این امور محتاج به مرافعه است و هر کی اهل مرافعه است حکم را هم می‌داند.

۳۷۰: سؤال: شخصی جاهل مسأله بوده در اینکه آیا در عقد هم رشد شرط می‌باشد؟ اعتقاد او چنین بوده که دختر درنه 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 می‌گوید من به این عقد راضی نیستم. و وکیل دختر هم می‌گوید که چنانچه عارف مسألهٔ می‌بودم و رشد را شرط می‌دانستم وکیل نمی‌شدم نظر به اینکه 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: هرگاه نه سال او تمام نشده هنوز بالغ نشده. و هرگاه تمام شده پس هرگاه رشد او ثابت نیست پس نکاح او بدون اذن ولی صحیح نیست. مگر اینکه بعد از حصول رشد اجازه کند، یا ولی او اجازه کند. و ولی صغیرهٔ غیر رشیده که پدر ندارد و جد پدری هم ندارد، حاکم شرع است یعنی مجتهد جامع‌الشرایط. و هرگاه نزاع کنند در ثبوت رشد و عدم آن پس اظهر تقدیم قول زوجه است با یمین. و محض شهادت یک مرد هم از برای رشد کافی نیست، بلکه ظاهر این است که ضم یمین هم به آن نفعی ندارد.

۳۷۱: سؤال: زنی خود را متعهٔ 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 یک طهر عده داشته. و به مردی شوهر کرده به عقد دائم. و بعد از انقضای سه طهر حامله شده باشد. آیا عقد متعه صحیح است یا نه ؟ . و بر فرض صحت، بر زوج ثانی حرام است یا حلال ؟ . و بر فرض حرمت ابدی است یا نه ؟ . و اولاد از کیست؟.

جواب: اظهر این است که عدهٔ متعه دو طهر است هرگاه حیض می‌بیند. و چهل و

۱- و در نسخه: اظهر تقدیم قول زوج است با یمین.

پنج روز است هرگاه حیض نمی‌بیند ولکن 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- هرچند به یک لمحه- یک طهر حساب می‌شود، و بعد از آنکه حایض شد صبر کند تا از حیض پاک شود و یک طهر تمام صبر کند که اقل آن ده روز است. و همینکه داخل حیض دوم شد، عدهٔ او تمام است. اما هرگاه در اول حیض مدت متعه تمام شود یا شوهر تتمهٔ مدت را ببخشد، در اینوقت باید بعد از اتمام حیض دو طهر را تمام کند، و به مجرد اینکه داخل طهر دوم شد عده تمام نشده، بلکه باید صبر کند تا این طهر تمام شود و داخل حیض شود.

پس هرگاه زوجهٔ مذکوره به نهج مزبور عدهٔ او تمام شود و شوهر کرده عیبی ندارد و عقد دوم صحیح است و ولد ملحق به ایشان می‌شود. و هرگاه عدهٔ 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 هرگاه صیغه بر وجه صحیح در میان آنها واقع شده باشد. و اما هرگاه صیغه بر وجه صحیح واقع نشده ولکن زوجین به گمان صحت کرده‌اند که نکاح فاسد باشد ولکن گمان کرده‌اند که به همان صیغه حلال می‌شود ، پس داخل وطی شبهه است. و از برای آن نیز عده واجب است. و عقد دوم باطل است هرگاه در عده باشد. و هرگاه دخول هم در عده باشد باز حرام ابدی است. و ظاهر این است که عدهٔ آن عقد فاسد در آنجا نیز عدّه متعه باشد، اگر چه احوط مراعات عدهٔ طلاق است.

وتوضیح این مطلب این است که: اعتبار در عده به حال زن است نه به حال مرد. پس عدهٔ زن آزاد مثلاً سه طهر است هرگاه «ذات اقراء» باشد هرچند شوهر او عبد باشد. وعدهٔ معقوده که مملوکهٔ غیر باشد دو طهر است هرچند شوهر او آزاد باشد. و اقسام کنیز هم همه مساوی‌اند در عده. واگر بعض آن حرّ باشد و بعض آن رقّ، در حکم حرّه است، به جهت تغلیب جانب حریت. و همچنین هرگاه آزادی به عقد فاسدی کنیزی را بگیرد عدهٔ او دو طهر است. و همچنین هرگاه به عنوان شبهه با کنیزی که معقودهٔ غیر باشد وطی کرد عدهٔ آن دو طهر است مثل طلاق صحیح، یا انقضای مدت متعه. و هرگاه آن کنیز موطوئهٔ غیر است به ملک یمین، عدهٔ آن یک حیض است. و در وطی شبه

اعتباری به گمان واطی نیست.

پس هرگاه کسی به عنوان شبهه بـا کنیزی وطی کرد به گمان اینکه زن آزاد دائمی خود اسـت، عدهٔ او دو طهر است هـرگاه آن کنیز معقـودهٔ غیر است، ویک حیـض است هرگاه موطوئه به ملک یمین است. و همچنین هرگاه به گمان اینکه متعهٔ آزاد او است. و همچنین هرگاه با زن آزادی وطی کند به گمان اینکه مملوکهٔ اوست، آن زن عدهٔ زن آزاد می‌گیرد.

و شهید ثانی- در حاشیهٔ مسالک که به خـط او بود دیدم که- این را نسبت به ظاهر اصحاب داده. و آن مقتضای اطلاق اخبار است. و در آن حاشیـه گفته که اعتبار می‌شود گمان واطی، و شبهه را نازل منزلهٔ اصل قرار داده. و آن مقتضای اطلاق اخبار است. پس عده می‌گیرد مثلاً زن آزاد از واطی[ای] که به گمـان کنیز معقوده با او وطی کرده به دو طهر، و از واطی[ای] که به گمان مملوکه بودن بـه ملک یمین کرده به یک حیضه. و این قول ضعیف است.

و از جملهٔ فروع مسأله (بنا[بر]مشهور) این است که شخصی با متعهٔ غیری وطی کند به گمان اینکه زوجهٔ دائمـی خود است بر زوجه عدهٔ متعه لازم است کـه دو طهر باشد از برای وطـی شبهه. و هرگـاه با زوجـهٔ دائمی حرهٔ غیـر وطی کند بـه گمان اینکـه متعهٔ خودش است بر زوجه لازم است عدهٔ حرهٔ دائمـه. و مشکل می‌شود مقام در جائی که زن آزادی که‌معقودهٔ کسی نباشد و کسی با او وطی کنـد به شبهـه درخواب، یا کنیـزی که معقودهٔ غیر نباشد و مولائی هم که با او وطـی کند ندارد (مثل کنیز زن یا طفل صغیر) و با او کسی وطی کند در خواب به عنوان شبهـه. آیا بر آن زن آزاد عدهٔ طلاق لازم است، یا عدهٔ متعـه؟ و بر آن کنیز عـدهٔ معقوده لازم است، یـا عدهٔ موطـوئه به ملک یمیـن. و این اشکال بر مشهور وارد است که گمان واطـی را اعتبار نمی‌کنند. و الحال در نظرم نیست کلامی از فقها در این. واحوط اعتبار عده[ای] است که بیشتر باشد، نظر به استصحاب. هرچند اصل برائت مقتضی اقل باشد.

پس در صورت سؤال اصل مسأله، بنابر اینکه صیغهٔ متعه بر وجه صحیح واقع نشده و به مظنهٔ حلیت دخول واقع شده، از باب وطی به شبهه می‌شود. و چون گمان زوجین هر دو این است که عقد تمتع است، پس عده را عدهٔ متعه قرار می‌دهند. هرچند نظر به این اشکالی که در آخر کردیم احوط آن است که عدهٔ طلاق بگیرد.

۳۷۲: سؤال: زید دختری را به عقد خود درآورده و بعد از عروسی به خانهٔ 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 خانهٔ 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 ملاّی آن ولایت نقل نموده. آن ملاّ گفته شما باید از هم جدا شده لعنت به همدیگر کرده باشید آن زن نه مهری از تو خواسته باشد و نه تو هم به او رجوعی داشته باشی. بعد دختر به خانه پدرش رفته و پدرش آمده مطالبهٔ تمام مهر دخترش را ز زید می‌کند و حال آنکه زید دختر را به شرط اینکه باکره است نکاح کرده و در شب عروسی معلوم شده باکره نیست، و به خود زده سرّ او را فاش نکرده. در اینصورت زن چنینی که با او خیانت کرده و زانیه است مطالبهٔ مهر از او می‌تواند کرد یا نه ؟ و در صورت مطالبه مستحق تمام مهر است یا نصف ؟ و با وجود این عمل و خیانت، هرگاه زید او را نخواسته باشد احتیاج به طلاق دادن دارد یا نه؟

جواب: زوجه به سبب زنا حرام نمی‌شود بر زوج. هرچند اصرار به زنا کردن داشته باشد (علی الاشهر الاظهر) خصوصاً در چنین جائی که ادعای اکراه می‌کند. و به سبب زنا مهر او ساقط نمی‌شود، بلکه هرگاه شوهر به او دخول کرده بوده تمام مهر لازم است بر زوج. و بدون طلاق از زوجیت او بیرون نمی‌رود. بلی هرگاه 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 هرگاه بگوید «علم از برای من حاصل شده به زنا»- بنابر قولی-، و زوجه منکر باشد، و شاهد هم نداشته باشد. در اینصورت حدّ قذف بر شوهر لازم می‌شود، به شرطی که آن زن مشهور به زناکاری نباشد و بی پروا در زنا نباشد.

و هرگاه خواهد حدّ از او ساقط شود باید لعان کند در نزد حاکم شرع (یعنی مجتهد عادل) به آن الفاظی که در شرع وارد شده. و بعد از لعان، حد از او ساقط می‌شود اما زن حرام ابدی می‌شود. و احتیاج به طلاق نیست. و بهتر این است که در چنین صورتی که مطلع شد به زنا و نخواهد آن زن را نگاه دارد، نسبت زنا به آن زن ندهد و او را طلاق بدهد و خود را خلاص کند. و به هر حال لعان کردن از برای خلاص شدن از حد است در صورتی که نسبت زنا به زوجه بدهد و شاهد نداشته باشد. و اگر مضایقه از حدّ نداشته باشد و خواهد وی را نگاه دارد هم می‌تواند. خصوصاً هرگاه مقلّد کسی است که حد را

در زمان غیبت امـام جاری نمی‌کند (چنانکـه حقیر در آن توقف دارم) هـرچند مستحق تعزیر باشـد که حاکم به قدری کـه مصلحت داند او را بزند. پس زوجـه در این صورت از هیچوجه بر او حرام نیست و از زنی او بیرون نمی‌رود.

و به هر حال در صورتـی که زوجه اقرار کرده به وقوع فعل بـا دعوی جبری بودن، و زوج بگوید که تـو به عنوان زنا کردی، اظهر ایـن است که هم حدّ زنا از زن سـاقط است چون اقرار بـه زنا نکرده است صریحـاً. و بر فرضی کـه بگوید که آن مستلزم اقـرار به زنا است، چون چهـار بار نگفته حد بر او لازم نشده و بـر زوج هم حدّ قذف ثابـت نمی‌شود. چون زوجه تصـدیق او کرده در اصل فعلـی که ظاهر آن این اسـت که بر وجه زنـا باشد، هرچند مدّعی کراهت است.

و اما سؤال از حال ظهور عدم بکارت: پس اگر به شرط بکارت گرفته و ظاهر شود که قبل ازعقد باکره نبـوده (به اقرار زوجه یا به بیّنه یا به قرایـن مفیدهٔ علم) پس، از برای او خیار فسخ هست. هرگاه فسخ نکرد- چنـانکه در صورت سؤال است- پس دیگر فسخی نیست. و ظـاهر این اسـت که در صورت فسـخ هرگاه کسـی تدلیس کـرده و عیب او را پوشانیده و او را فریـب داده، رجوع می‌کند در مهر به آنکه تدلیـس کرده. و اگر مدلّسی دیگر نبوده و خـود زوجه تدلیس کرده پـس مهر بر او است، یعنی اگـر داده است مهر را پس می‌گیرد و اگر نداده دیگر نمی‌دهد علی الاشهر الاظهر.

و اگر تـدلیس در میان نباشـد- مثل آنکه نـه آن زن مطلع بوده بر آن عیـب و نه آن کسی که مباشر امر او بوده- پس در آنجا رجوع به مهر نمی‌شود، و زوجه به سبب دخول مستحق تمام مهر است. [و] در صورتی که فسخ نکاح نشود یا به سبب آنکه خیار فسخی نباشـد، یا باشد و اختیـار کند بقا بر زوجیـت را، اشهر و اظهر ایـن است که مهر نـاقص می‌شود. و در مقدار نقـص خلاف است. و اظهر این است که منوط اسـت به رأی حاکم شرع. و دور نیست که بنا را بر تفاوت مابین بکـر و ثیب بگذاریم، یعنی ملاحظه می‌کنیم که اگر چنین زنی باکـره باشد مهرالمثل او چه قدراست، و اگر ثیب بـاشد چه قدر، و به همان نسبت از مهر مسمّی کم می‌کنیم. مثـل اینکه مهر مسمّی دویست اشرفی است، و مهرالمثل او اگر باکره باشد صد اشرفی است، اگر ثیب باشد پنجاه اشرفی. در اینجا صد اشرفی را کـم می‌کنیم، و هکذا... و اکثر این امـور محتاج است به مرافعهٔ حـاکم شرع، یعنی مجتهد عادل. و بعد از رجوع به او خود می‌داند چه کند، دیگر استفتا و فتوی فایده

ندارد.

۳۷۳: السؤال: اذا عقد الفضوليان عقداً على الكبيرين، فاجاز احدهما و مات، ثم اجاز الاخر. فهل يصحّ الاجازة و يتوقف اخذالميراث على اليمين على ان الاجازة لم يكن بطمع الميراث-؟ ام لابل يختص الحكم بالصغيرين-؟.

الجواب: روى ابو عبيدة **فى الصحيح** «قال: سألت اباجعفر-ع- عن غلام و جارية زوّجهما و ليّان لهما و هما غير مدركين. فقال:النكاح جائز و ايّهما ادرک كان على الخيار، و ان ما تا قبل ان يدركا فلاميراث بينهما ولامهر الا ان يكونا قد ادركا و رضيا. قلت: فان ادرک احدهما قبل الاخر؟ قال: ذلک يجوز عليه ان هو رضى. قلت: فان كان الرجل الذى ادرک قبل الجارية و رضى النكاح ثم مات قبل ان تدرک الجارية أترثه؟. قال: نعم يعزل ميراثها منه حتّى تدرک و تحلف بالله مادعاها الى اخذ الميراث الاّ رضاها بالتّزويج، ثم يدفع اليها الميراث و نصف المهر. قلت: فان ماتت الجارية ولم تكن ادركت أيرثها الزوج المدرک؟ قال: لالانّ لها الخيار اذا ادركت. قلت: فان كان ابوها هوالّذى زوّجها قبل ان تدرک؟ قال: يجوز عليها تزويج الاب و يجوز على الغلام، و المهر على الاب للجارية»[1].

و آخر الرواية قرينة على انّ المراد بالوليّين فى صدرها من لاولاية له فى النكاح و اوقع العقد فضولياً [مثل][2] الوصى [او] الولى فى المال فقط، او اعم من ذلک كالاخ و العمّ. و عمل بها الاصحاب. و كل مافيها موافقة للاصول و القواعد الاّ ايجاب الحلف فى التوريث، و سيجئ الكلام فيه. و الاّ تنصيف المهر، بناءً على المشهور بانّ الرواية لعلها مبنيّة على ماكان المعهود فى القديم من تقديم بعض المهر، فلعلّها اخذ النصف قبل ذلک. و هو بعيد. فان رجّحنا التنصيف فى المسألة (كما انّه لا يخلو من قوة بالنسبة الى كثرة الاخبار و مخالفتها للعامة) فلا اشكال. و ان رجّحنا التمام لموافقة المشهور فلايضرّ عدم العمل بجزء من الحديث فى حجيّة باقى الاجزاء. كما حقّق فى محله. و هيهنا مقامات من الكلام:

المقام الاول فى معنى صحة الاجازة من الحىّ بعد موت المجيز الاول: فاعلم: انّه

۱- وسائل: ج ۱۷، ابواب ميراث الازواج، باب ۱۱ ح ۱.

۲- و فى النسخة: ثم.

لاينبغى التأمـل فى بطلانه على القول بكـون الاجازة ناقلة. اذالميت لايقبـل التزويج و ليس اهلاً للمزاوجة ابتداءً. و هذا الحديث مـن الادلّة الدالّة على بطلان القول بالنقل. و اما على القـول بكونها كاشفـة- كما هوالاصح- فقـد يتوهم فيه اشكـال ايضاً اذا قطعنا النظر عن الرواية و بنينا اثبات صحة الفضولى بعموم قوله تعالى «او فوا بالعقود» و امثاله. لانّ المراد بالعقود، العهود الموثقة. كما فسّره بـه اهل اللغة و جماعة من المفسرين من الخاصة و العـامة. و لذلک نستـدلّ بهذه الاية على تصحيـح كل عهد موثـق الاّ ان يثبت بطلانه من الشارع. كما هوالظاهر من الفقهاء فى اكثر مباحث الفقه.

ولايقتصر بـالعقود المتداولة فـى الكتب الفقهية، ولانجعلـه توقيفيا كما يظهـر من بعضهم مثل الشهيد الثانى فى المغـارسة، و فخرالمحققين فى نكاح **الايضاح**، و مثل ما ذكره العلاّمة فى **التذكرة** فى كتاب المزارعة قال فى الركن الرابع «يجب ان يكون النماء مشتركاً بينهما، فلو شرط احدهما نفسه خاصةً لم يصح، لانّ المنقول عن الرسول-ص- و اهـل بيته-ع- انّمـا ورد على الاشتـراک فى الحصّـة. والامـور الشرعيـة متلقاة عـن النبى-ص- فـلايجوز التجاوز عنهـا» انتهى. و لعل امثـال ذلک بـالنظر الى افـراد عقد معين، لاالى نفس مطلق العقد.

و لايقتصر بماجعله الفقهاء مقابل الايقاعات والاحكام و العبادات. بل المراد كل عهد موثق سواء كان مـن الله تعالى- كالامر بالايمان بالله و اليـوم الاخر- او من العبد مع الله كالنذر و العهـد، او من العباد بعضهم مع بعـض كالبيع والاجارة و غيرهمـا، او من العبد لعبد آخر بـالتزامه شيئاً لـه، او الزام الله عباده بالاحكـام من وجوب شئ و حـرمة آخر و تحديد الحدود و القصاص و غير ذلک.

و على هذا فنقول: العقد الواقع بيـن الفضوليين اذا اجاز احدهما بعـد البلوغ فقد اوثق العهد من التزامه الزوجيّة للاخـر بدون علم الاخر و قابليته للقبول. فيمكن ادراجه تحت العهود المـوثقة المأمور بوجوب الـوفاء بها. و اما اجازة الاخر بعـد موت الاول: فهو مشكل. اذ معنـى ايثاق العهـد حينئذ ان المجيـز الاول اوثق الـزوجيّة و التـزمها لغيـر المدرک بشـرط اجازتـه و رضاه بعـد ذلک. فهـو عهد موثق من المجيـز الاول و التزام لزوجية الغير المدرک[1] فى حـال حياته بشـرط لحوق اجازتـه. و المجيز الثانـى اوثق

۱- و فى النسخة: و التزام لزوجته لغير المدرک.

زوجيته للمجيز الاول الميت و التزمها بمقاومة اجازته و رضاه فى حال حياته.

فايثاق العهد و التزامه لكل منهما مع الاخر ممالا بدمنه. و لفظ «كل منهما» و لفظ «الاخر» حقيقة فى الشخص الحى.فاذوقع العقد بين زيد و زينب من الفضوليين، فلابد من حصول الايثاق عن زيد بالنسبة الى زينب، و من زينب بالنسبة الى زيد. فاذا اوثق زيد الزوجية و التزمها فى حال حياة زينب فان اجازت بعد البلوغ فتم حكاية ايثاق العهد من جانبه. و اما التزام زينب لزوجية زيد و ايثاق العهد بعدموته، فليس بالتزام الزوجية و ايثاق العهد لزيد. لان زيداً اسم للهيكل المحسوس مع تعلقه بالنفس، و هو بعدالموت ليس بزيد بل بدن زيد. و ليس ذلك التزاماً لزيد فى الحقيقة.

و كما ان المشتق حقيقة فى ما كان المبدأ موجوداً فى الحال فكذلك الجوامد. فاطلاق الماء على الهواء المنقلب به مجاز كما ان اطلاق الهواء على الماء المستحيل منه مجاز. و القول بان حقيقة الانسان هو نفسه و هو باق بعد المفارقة من البدن، خارج عن اصطلاح اهل العرف الذى هو مبنى مكالمات الشارع. فهذا ليس بايثاق العهد و التزام الزوجية لزيد حتى يقال «انه التزام لزيد زوجيتها فيجب الوفاء به بدخوله تحت عموم اوفوا بالعقود.»

والحاصل: انه لا ايثاق من جانب زينب حال حياة زيد، ولازيد موجود حين ايثاق زينب، ولاعهد مع الميت ولا عهد موثّقاً من غيرهما قبل ذلك حتى يجب الوفاء به. و بالجملة: ثمرة الاجازة اثبات الحكم حين الاجازة للمجاز له سواء كان باستمراره من حين العقد الى حين الاجازة و ما بعده على القول بالكشف. او بايجاده من حين الاجازة و ما بعده على القول بالنقل. و على اى حال فمفارقة (كذا ظ صح فمصادفة) الاجازة للمجازله الموجود الحقيقى معتبر، و هو لا يوجد بعد موت المجيز الاول.

و اما المعنى المتصور لايثاق العهد بين الفضوليين فهو انه يجب عليهما ابقاء حكم الفضولى حين يلحقه الاجازة بينهما و انه لايثمر فسخهما و تقايلهما، فالاثبات بينهما ايضا معلق باجازتهما فوجوب الوفاء بذلك العهد الموثق بينهما بعد تحقق المعلق عليه. و قد عرفت الكلام فيه. فلم يبق فى المقام الا الاعتماد على الرواية فى صحة هذه الاجازة.

ويندفع هذا الاشكال بان اشتراط وجود المبدأ فى المشتق والوصف العنوانى فى الجوامد على التحقيق انما هو فى وجودهما حال النسبة المتعلقة بهما و الحكم المتعلق بهما، لاحال التكلم. فقد يكتفى بوجوده فى الماضى و المستقبل بالنسبة الى زمان

التكلم. و قـول زينب «اجزت عقـد زيد علـىّ» معناه انى اجـزت العقد الواقـع لزيـد فى الماضى علىّ، فى الحال. لااجزت العقد الواقـع فى الحال لزيد. فصدق «زيد» عليه انما يلاحظ بالنسبة الى زمان العقد، لازمان الاجازة. و هو فى حال العقد زيد حقيقى متلبس بوصف الزيدية حين العقد. فيستمر الزوجية من حين العقد الى زمان الاجازة و ما بعده و ان مات، كما يستمر فى العقد البات و لايهد مه الموت. فيصح الاستدلال بعموم الاية مع قطع النظر عن الرواية ايضاً.

و من جميـع ما ذكر نـا ظهران فـى عبارة **المسالک و الروضة** مسامحة فـى معنى الاجازة. حيث فسر «التحليف على عدم سببية الارث لـلاجازة» بقوله «بمعنى ان الباعث على الاجازة ليس هوالارث بل لوكان حياً لرضـى بالتزويج». والاصوب ان يقال «بل لولم يكن له مال و تركة لرضى بالتزويج ايضاً»، اذهو الفرد الاخفى بعد فرضه ميتاً. و كيف كان فالاشكال فى فهم معنى اجازة زوجية الميت. اذ ظاهر اجازة العقود اللازمة استمرارها و هوالمقصود با لذات فـى اجازة الفضولى، لامجرد مايعطيه ملاحظـة الكشف و هو ترتب الاثار الحاصلة بعدالصيغة و قبل الاجازة.

و يمكن ان يقال تصويره فى النكاح بان يجيـز مقتضى العقد الدائم الذى من لوازمه انه اذامات احد الزوجين بقى علاقة الزوجيـة الثابتة بعدالموت ايضاً، كحلية النظر اليه و تغسيله و نفس الاتصاف بالزوجية اذ قديكون موجبة للافتخاربحسب الشخص كما لوكان علوياً و نحوذلک. و يشكل الكلام فى النكـاح المنقطع و وقوع الاجازة بعد انقضاء المدة، سواء مات احدهما او تأخر الاجازة بسبب نسيان او تردد حتى انقضى المدة. و كذلک فى كل عقد له مدة. ولايحضـرنى فى كلماتهم تصريح بذلک. ولايبعـد الاكتفاء بالاجازة بعد المدة ايضاً لو ترتب عليه ثمرة ولم يلزم السفه فيها. بل ولابد من ملاحظة ذلک فى النكاح الدائم اذا كان المجيـز الاول هوالزوجة ولامال لهـا ولاميراث ثم بلغ الزوج بعـد موتها و اجاز. فان هذه الاجازة موجبة لالتزام المهر، و هوسفه لولم يفرض فيه مصلحة اخرى.

المقام الثانى: هل يجرى هذا الحكـم فى مالوكان احد هما فضـولياً والاخر بعنوان الولاية فـى النكاح او بالاصالة لكـونه بالغاً رشيـداً ؟. فذهب جماعة مـن الاصحاب الى ثبوت هذا الحكم فيه من باب الفحوى. و عبارة الروضة فى تقريره بعد نقل اصل المسأله مستنداً بصحيحة ابى عبيدة، هى هذه «ولوزوّج احد الصغيرين الولى اوكان احدهما بالغاً رشيداً، و زوّج الاخر الفضولى، فمات الاول، عزل للثانى نصيبه واحلف بعد بلوغه كذلک.

و ان مات قبل ذلـک بطل العقد. و هذا الحكم و ان لـم يكن مورد النص الا انه ثـابت فيه بطريق اولى، للزوم العقد هنا من الطرف الاخر، فهـو اقرب الى الثبوت مما هو جايز من الطرفين» انتهى. و مثلها غيرها ايضاً.

و فيه نظر. لانّ المراد ان كـان تصحيح الاجازة الثانية با دخـال ذلک تحت «العهود الموثقـة» التى يجب الوفـاء بها بعموم الاية، فـلاحاجة الـى التمسک بالاولويـة و يكفى دخولها تحتهـا. و قد ذكر نا الاشكال فيـه و الجواب عنه. و ان كان المراد ادخـالها تحت العهد الموثق بطريق الاولوية، فيكون استدلالاً لثبوت الموضوع لانفس الحكم. يعنى ان عقد الفضوليين كما انه عهد موثق بعدالاجازة فهذا ايضاً عهد موثق بالطريق الاولى فيلزم دخوله تحـت عموم الاية و يجب الوفاء. ففيـه ان هذا ايضاً يرجع الى اثبـات شمول العام لفرد من الافراد. غايـة الامر كون بعض الافراد اثبت له الحكم الثابـت اذ بعد تسليم كونه فرداً منه يجرى فيه الحكم الثابت له.

مع انا نقول: حجية فحوى الخطاب انما يسلم اذا كـانت حاصلة من الدلالة العرفية، كدلالة حرمة التأفيف على حرمة الايذاء الاشد منه، لابمجرد كون العلة فى الفرع اجلى، المعبر عنه بـ «القياس الجلى» الاترىٰ ان الشارع حكم بوجوب الكفارة للمحرم فى الصيد اذا كان خطأ ان تكرر، دون ماكان عمداً. هذا اذا اعتمـدنا على عموم الاية. و اذا اعتمدنا على الروايـة فيشكل الاستدلال بالاولـوية. لمامر. مضافـاً الى منع كون العلـة هو وقوع العقد فضولياً، بل لعلّه للخصوصية مدخلية فى الحكم.

و ان كان المراد فى الاستدلال بالاولوية انـه فى حكم الصغيرين فى لزوم التحليف، فيردعليه اولا منع الاولوية بل الاصل اولى لثبوت اللزوم فى الجملة فى الفرع، فهو اقرب الى ثبوت الزوجيـة المستلزمة للميراث المناسب لعدم التحليف. و ثـانياً منع الاستدلال بدون الدلالة العرفية، كما مر. و يظهر من جميـع ما ذكر بطلان الاستدلال بالرواية على مجموع الامرين من تصحيـح الاجازة و التحليف بطريق الاولوية. لان الثابـت من الرواية الصحة على فرض الاجازة المقيدة بالتحليف، و اولوية ذلک فى الفرع ممنوع، لمامر من انه انسب باللزوم بدون التحليف فكيف ثبت بالرواية اللزوم مع الحلف.

و الحاصل: انّ فى الفرع مقـامين من الكلام: الاول: انّ الاجازة بعدالمـوت هل هى مصححة للعقدام لا. و قد عرفت أنّ الوجه انّهـا مصححة نظراً الى عموم الاية، لابخصوص الرواية لكـون الاجازة فيها مقيدة. و الثـانى: على فرض التسليـم هل هى موقـوفة على

الحلف المذكور ام لا. و قد عرفت عدم الدليل، لبطلان القياس و منع الاولوية.

ثمّ اعلم: ان التحليف المذكور فى الرواية يحتمل معنيين: الاول ان يحلف على القصد الى المدلول مع كون الداعى اليها هوالرغبة فى نفس الزوجية ليكون استحقاق الميراث قسرياً تبعياً، لا ان يكون الداعى اليها بالاصالة هوالميراث و ان قصدالمدلول. و الثانى ان يحلف على القصد الى المدلول و انّه لم يكن اللّفظ لغواً ولم يقصد به محض اظهار ذلك اللفظ لاخذالميراث خداعاً و تغريراً، ولم يكن مراده اجازة العقد. فهيهنا احتمالات ثلاثة: الاول: ان يكون مراده من قوله «اجزت العقد» هوالقصد الى اجازة العقد با لذات، و لم يكن الداعى (ايضاً) الميراث و ان لزمه تبعاً. و الثانى: ان يكون مراده منه هوالقصد الى المدلول لكن لم يكن مقصوداً بالذات بل مقصوده بالذات اخذ الميراث، ولكن يقصد تحقق الزوجية لاجل ان يترتب عليه الميراث فهوالداعى والعلّة الغائية الباعثة على القصد الى المدلول. و الثالث: انه لايريد اجازة العقد اصلاً ولايقصد بالمدلول مطلقا ولكن يتلفّظ بهذا اللفظ لاجل الميراث.

ولا يخفى انّ الظاهر عدم الاعتناء بالوجه الاخير. لانّ الاصل فى لفظ «اجزت العقد» ان يحمل على معناه الحقيقى و هو قصد اجازة العقد، لامحض التكلم بهذا اللفظ مع عدم القصد الى معناه. فكلام العاقل يحمل على حقيقته بحسب الامكان. و [يرجع] الكلام فى ذلك الى انّه هل اجاز ام لا،لا الى انّ الاجازة هل هوللزوّجية او لاخذالمال ([كما] هوالظاهر من **المسالك**، و هو بعيد)، لكن يبقى اللفظ مترددا بين ان يكون مدلوله مقصوداً با لذات او بالتبع. ففى كل واحد من صورتى «القصد الى اجازة العقد مع قطع النظر عن الميراث و ان استتبعه قسراً» و «القصد الى اجازته لاجل الاستيراث و ان لزمه قصد امضاء العقد»، الاجازة كاف[1] اذا كان قاصداً الحقيقة و ان كان الداعى الى قصد الحقيقة ترتب هذا الاثر. كما فى كثير من الحيل الربويّة.

وليس هذا من باب «عقدالتمتع على الصغيرة الرضيعة فى يوم واحد بدرهم لاجل محرمية امّها» الذى اخترنا فيه البطلان،[2] لانّ صحة اصل العقد فيه ممنوع لفقد الاغراض التى سنّ الشارع العقد لها. و محرمية الام ليس من الاغراض الباعثة لتشريع العقد، بل من الاثار المترتبة عليه قسراً و ان كان بجعل الشارع. و جعل مطلق الاثار غرضاً غير

۱- و فى النسخة: فى الاجازة كاف.

۲- راجع المسألة ۲۹۲ و كذا ۲۹۳ و ۳۲۳ و ۳۴۶ من هذا المجلد.

معقول. كما ترى انّه لايحسن ان يقال «الغرض من تحريم الزنا اجراء الحد على الزانى» و ان كان من الثمرات المترتبة عليه. بل الغرض عدم اختلاط الانساب (مثلاً). مع انّا نمنع كونه اثـراً للتمتع فى هذا العقد الخاص. و اطنبنـا الكلام فى مسألة المتعة فى الـرسالة التى كتبناها فيها.

و ما نحـن فيه ليس مـن هذا القبيل، لامكـان فرض القصـد الى غرض مـن اغراض الشارع فى اجازة العقد بعدالموت. فانه يمكن ان يكون مطلوبه من‌الاجازة بعدالموت هو تحقق الزوجيّة الصحيحة فى زمان، ولااقل من كون نفس الزوجيّة مطلوبة. مثلاً علم هذا المجيز انّ مصاهرة الرسول(ص) افتخار له و كان الميت من اولاد الـرسول و يريد ان يكون من اصهار فـاطمة الزهراء عليها السـلام. فباجازته العقد كـأنّه اختار تزويج بنـت فاطمه الزهراء(ع) وليس نظـره الى الميـراث ولا الى المهر و غيـرهما من سـايرالاثـار. و يتّضح المسأله غايـة الوضوح فى مالو فـرض المسألة فى اجازة البيع أوالاجـارة بعدالموت. ان صححناه بالاجازة فله مطالبة المبيع و نمائه و هى من جملة الاغراض المطلوبة للشارع. ولافرق بينهما.

والحاصل: انّ الرواية وردت على خلاف الاصل، و قد عمل بها الاصحاب مع صحتها، فيعمل بها فى موردهـا. و امّا التعدّى الى الفرع، فلايمكن الاستدلال فيـه بالرّواية. لانّه قياس لانقول به. والكلام فى الاولوية هو ما مـرّ من عدم حجيّته الاّ مع الدلالة العرفية، و منع اولوية الفرع فى التحليف بل الاصل اولى به. نعم يمكن الاستدلال بانّ المفهوم من الروايـة انّ التحليف لاجل ظهور التهمـة، اذا الغالب انّه لاحكمـة ظاهرة فى اجـازة عقد الميت الاّ الانتفاع بالمال. فيكون من باب «المنصوص العلّة»، ولايشترط فى‌التعدى فيه كون الفرع اقوى فى العلّة من الاصل. بل يكفـى مجرد وجود العلة المنصوصة. و هو من قبيل «دخول الخـاص فى العام»، لا من بـاب «القياس الجلى» المستنبط علتـه من غير النّص.

بقى الكلام فى تحقيق معنى التهمة و موردها، و انّ فتوى الفقهاء عامة فى‌التحليف، و انّه لازم لاخذالتركـة سواء كان هناك تهمة ام لا. فنقول: انّ الظاهر مـن اطلاقهم لزوم التحليف لاخذ التركة و ان لم يكن تهمة. الاّ الشهيد الثانى فى **الروضة** فانه قال «و اعلم انّ التهمة بطمعـه فى الميراث لاتـأتى فى جميـع الموارد. اذلوكـان المتأخر هـوالزوج والمهر بقدر الميراث اوازيد، انتفت التهمة و ينبغـى هنا عدم اليمين ان لم يتعلق غرض

باثبات اعيـان التركة. بحيث يترجّـح على ما يثبت عليـه من الدين اويخاف امتنـاعه من ادائه، او هر به و نحوذلک ممّا يوجب التهمة و مع ذلک فالموجود فی الرواية موت الزوج و اجازة الزوجة و انّها تحلـف بالله مادعاها الی اخذ الميراث الاّ الرضا بـالتزويج. فهی غير منافية لما ذكرنا، ولكن فتوى الاصحاب مطلقة فی اثبات اليمين» انتهی.

فانّ ظاهـره الاقتصار فی التحليف على مورد التهمـة، و لاينافيه ظاهر الـرواية، كما ذكره (ره). و وجّه فی **المسالک** اطلاق فتاوی الاصحاب بـ «ان يكـون التهمة حكمة فی ابتداء الحكم، لاعلّة. فلايجب اطّرادها». و هو مشكـل، لظهور العليّة من الرواية. و لذلک عدل عنها فی **الروضة**، ولقد اجـاد. و على الاطراد فيلزم الحلـف لاخذ عين مـن اعيان التركة و لوكان فی جنب مايلزمه من المهر اقل قليل و ان كان المهر عيناً تحت يد الوارث و لم يكن احتمال حرمانهم عنه بوجه من الوجوه.

ثم: انّ كلماتهم فی هذا المقام مشحونة بكون التحليف لاجل نفی كون الداعی على الاجازة هوالطمع فی الميراث. ولم يذكروا طمعها المهر اذا كانت المتأخرهی الزوجة. و السّرفيـه لعلّه كون اجازة الـزوج بمنزلة اقـراره فثبت المهرفـی ذمته باقراره. فلـم يبق التهمة للزوجة فی اجازتها بعده الاّ طمع الميراث، فلذلک احتيج الی الحلف لاجله. لكن يرد عليه انّ الاقرار فقط لايكفـی من الزوج فی ثبوت المهر مالم يلحـق به اجازة الزوجة فيجيئ اشكال احتمال التهمة فی هذه الصورة ايضاً فی اجازة الزوجة.

و يمكن ان يكون نظرهم الی انّ الاجازة لمّا كانت قائمةً مقام اصل العقد وجعل اخذ المهر غرضاً من اغراض التزويج ليس بمستنكر عندالعقل و الشرع، بخلاف الميراث لعدم العلم بتقدم موت الزوج على موت الزوجة و تأخره، بل ولا الظنّ فی الاغلب. فجعل ذلک غرضاً، بمنزلة اللغو. فيسقط اعتباره عقلاً و شرعاً.

و يجری ذلک فی المجيـز الاول اذا كان هوالزوجة، بل فی اصـل التزويج الاصيل. و امّا فی ما نحن فيـه فجعله غرضاً ليس بمستنكر، لاجل تحقق تقـدم موت الزوج. فتحلف الزوجة على انّها لـم تجز لاجل الميراث. فاذا حلفت على ذلک فتـورث و ان كان غرضها اخذ المهر ايضـاً. ولاتحلف على عدم كون الباعـث هواخذالمهر. لانّ اصل المعـاملة مع الزوج و هو قداقرّ فی حياته بخروجه عن ماله او قطع يده عنه و عدم الطمع فی ردّه اليه، و الاصل عدم انتقال المال الی الوارث الاّ فی ما دلّ الدليـل. فهو كالدين و الوصية اللذين همايتقدمان على الميراث. و انّ الاقوی عدم انتقال المال الی الوارث الاّ بعدالوفاء بهما.

فلاتهمة فـي المهر بالنسبة الى الميـت ولاحقّ ثابتاً فى مقـداره للوارث. ولايكتفى باجازته العقد حـال الحياة فى رفع التهمة بالنسبة الى الميـراث، لانّه لاحقّ للميت فى ماله بعدالموت و هو حق الوارث فصح للوارث مزاحمتها حتى تحلف. و بالجملة: التحليف على خـلاف الاصل و قد ثبـت فى الروايـة فى مـالوحصل التهمـة بالنسبة الـى الوارث بعدالاجازة فيتعـدى عن موردها فـي كل ماوجد فيـه العلّة المذكورة. و سيجيـىء تمام الكلام.

المقام الثالث: لوكـان الفضوليان عقدا علـى الكبيرين فـاجاز احدهما و مـات، ثم اجازالاخر. فهل يصـح‌الاجازة و يتوقف اخذالميراث علـى اليمين ام لا؟-؟ ففيه اشكال. قال فى‌الروضة- بعدالعبارة المنقولة عنه سابقاً-: «نعم لوكانا كبيرين و زوّجهما الفضولى ففى تعدى الحكم اليهما، نظـر. من مساواته للمنصوص فى كونه فضـولياً من الجانبين، ولامدخل للصغير و الكبير فى ذلك. و من ثبوت الحكم فى‌الصغيرين على خلاف الاصل من حيـث توقـف الارث على‌اليميـن و ظهور التهمة فـي الاجازة، فيحكـم فى مـا خرج عن‌المنصـوص ببطلان العقدمتـى مات احد المعقـود عليهما بعـد اجازته و قبـل اجازة الاخر». و يقرب منه ما ذكره فى الايضاح و غيره.

اقول: و فى ما ذكره نظر. و فى الجمع بين هذا الكلام و الكلام الذى نقلنا عنه سابقاً فى‌المقام الثانى منافرة. فانّه يظهر من الكلام الاول عدم الالتفات الى التحليف، بل كان نظره مقصوراً على مجـرد تصحيح الاجازة و اثبات اللزوم بها، والاّ فلا معنى لـلاولوية فى اشتراط التحليف (كما بينّا سابقاً) بل‌الاصل اولى بـه من الفرع. و يظهر من الوجه الثانى من وجهى الاشكال فى الكلام الاخير انّ نظره لم يكن مقصوراً على مجرد الاجازة. حيث ذكر اشتمال حكم‌الصغيرين على خلاف الاصل من التحليف.

و اما الكلام فى نفس الكـلامين: فقد عرفت مايرد على الاول، و امّـا الثانى فاعلم انّ مناط الوجه الاول من وجهـى الاشكال هو جعل كونه فضولياً علـة لاثبات الحكم، يعنى مجموع صحة الاجازة و افادته اللّزوم بشرط التحليف. اذالمناط هو كونه فضوليا وقع من فضوليين على النهج المذكور. و مناط الوجه الثانى مع كونه العلة هو ماهية كونه فضوليا انّ[1] هذا النوع الخاص منه (مستنداً بانّه حكم خاص، يثبت لفرد خاص من‌الفضولى) على

١- و فى النسخة: اذ.

خلاف الاصل. و لایخفی ما فی‌الوجه الاول. لوروده‌المنع الظاهر علی کون الفضولیة مطلقاً (او مطلق ما کان طرفا العقد فضولیین من جملة افراد الفضولی) علة لهذا الحکم. بل هو حکم خاص ورد لفضولی خاص، مع انّ العلة فی الحکم لایمکن ان تکون نفس الفضولیة مطلقا، او نوعاً منه. بل انّما هو مایدلّ علی صحة الفضولی مثل «او فوا بالعقود» و امثاله.

فان قلت: انّ مراد القائل ایضاً انّما هو ذلک. قلت: انّ هذا یصیر علی هذا استدلالاً بالعام علی‌الخاص، لابوجود العلّة مع أنّه یصیر بناء علی الاعتماد علی العلّة قیاساً، ولا اولویة ولانصّ بعلیّة الفضولی حتی یتعدّی بسببه ولیس بحجة عندنا.

و اما الوجه الثانی من الاشکال: فیرد علیه انّه و ان کان المنع متّجها لکن الحکم بالبطلان محل نظر. اذ یمکن تصحیح الاجازة و جعل العقد لازماً للفرع بعموم «اوفوا بالعقود»، علی مابیّناه فی‌المقام الاول فی طی الاشکال الذی اوردناه هنا [ک] و تصحیح اشتراطه بالحلف بالعلة المنصوصة فی الحدیث فی مورد التهمة. فلا یبعدالقول بالصحة. نظراً الی مثل عموم «اوفوا بالعقود» مع‌الحلف، نظراً الی العلة المنصوصة. فکون التحلیف خلاف الاصل لاینا فی تعدّیه الی امثاله مما هو خلاف الاصل ایضاً اذا اعتبر علیّته فیه.

وربما یدّعی فی هذا الفرع اولویة ایضاً من جهة وجودالمجیز فی‌الکبیرین حال العقد، بخلاف الصغیرین. و به یصیر اقوی و اولی بالصحة. اذا لقائلون بصحة الفضولی اختلفوا فی ما لم یکن المجیز موجوداً [حال العقد] و اتفقوا فی صورة وجودالمجیز. و فیه ان الاقوی فی مسألة «وجودالمجیز» انّه لایشترط وجود المجیز بالفعل، بل یکفی «الامکان الاستعدادی» و ان لم یکن اقرب مراتب الاستعداد کالطفل. نعم یعتبر کونه محدوداً بحدّ، کالبلوغ المعلوم غایته و الغایب المعتاد عوده او بلغ خبره. ولکن یرد علی هذا انّ الامکان الاستعدادی فی اقرب المراتب اقوی من ابعده، سیّما مع وجود الاتّفاق فی الاول و الاختلاف فی الثانی. و لکن قد عرفت انّ مثل هذه الاولویة (لوسلّمت) لایمکن الاعتماد علیه فی اثبات الحکم، بل المعتبر الدلالة العرفیة. فالاولی جعل ذلک مؤیداً للصحة.

المقام الرابع: لو عرض للمجیز الثانی مانع عن الیمین بعدالاجازة (من موت او جنون لایرجی زواله) فلا میراث له. لانّه معلق علی‌الیمین فی‌الروایة. و الحکم الوارد

على خلاف الاصل- و هو اثبات ارث المتأخر من المجيزين باليمين مع ظهور التهمة فى الاجازة- يقتصر على مورده. و مع انتفاء اليمين يخرج عن مورده. وربما احتمل ثبوت الميراث بدون اليمين، لتحقق العقد الكامل بالاجازتين. و فيه مالا يخفى. و غاية ما يمكن[فى]توجيهه انّ الرواية ظاهرة فى صورة الامكان فيقتصر عليه فى الحكم الوارد على خلاف الاصل. و فيه: مع طروّالمنع (لانّ غاية الحكم فيه الاجازة حين الادراک والحلف معاً، فلو كان الاجازة حين الادراک فقط كافية لما كانت الغاية غاية) على انّا نعارضه بانه على ما اخترناه من كون لزوم الحلف فى صورة الاتهام، فالظاهر من الرواية حينئذ ان التهمة مانعة عن الميراث. الا ان يرتفع بالحلف. و هومنتف بالفرض. و كذا الكلام لونكل عن الحلف.

و اما لوعرض مانع يرجى زواله- كالسفر والجنون المرجوّ الزوال-: فذكر جماعة من الاصحاب انه يعزل نصيبه. قال **فى المسالک** «يعزل نصيبه من الميراث الى ان يزول المانع، او يحصل اليأس منه، اويوجب التأخير ضرراً على الوارث بتأخير المال، اوعلى المال. فيتجه حينئذ دفعه الى الوارث. و تقرير الحال معه بضمانه له على تقدير ظهور استحقاق الحالف له. و انما جاز دفعه حينئذ الى الوارث لان الاستحقاق غير معلوم والاصل عدمه. لكن لما كان اكثر اجزاء السبب قد حصلت روعى الجمع بين الحقين بتأخير النصيب الى وقت لايحصل معه ضرر على الوارث، مع احتمال عدم وجوب عزله بعد بلوغه و تأخيره اليمين.»

اقول: و لعل الجماعة استأنسوا العزل من الرواية فى المجيز الاول. و الا فالاصل عدم الوجوب و ان كان الضمان ثابتاً و ظهر الاستحقاق فى مابعد، سواء ضمن ام لا.

المقام الخامس:

لوكان المجيز المتأخر هوالزوج و لم يحلف. فاذا اجاز فقد عرفت الكلام فى الميراث. و اما المهر المسمى فى العقد: ففى ثبوته عليه بمجرد الاجازة و جهان، اقربهما الثبوت و فاقاً لجماعة من الاصحاب كفخر المحققين و الشهيد الثانى و غيرهما. لان اجازته يتضمن اقراره على نفسه. و انما منعنا فى الميراث لتعلّقه بحق غيره و هوالوارث، و تحقق التهمة، بخلاف المهر. و وجه المنع أن المهر فرع النكاح المتوقف على اليمين، و المفروض عدمها. و فيه: انا لا نسلم كونه فرع النكاح الواقعى لاغير، بل قد يترتب على مجرد الاقرار بالنكاح الغير المستلزم لوقوعه فى نفس الامر. والحاصل: ان الاقرار بالنكاح

له حیثیتان: احدیهما اقرار علی النفس، و ثانیهما اقرار علی الغیر و هوالوارث. فیسمع ما علیه دون ماله. کما لوادعی الرجل زوجیة امرأة و انکرت، فیلزم علی الرجل مایلزم الزوج، دون المرأة. فلامنافاة بین لزوم المهر و عدم ثبوت المیراث.

ثم علی المختار من لزوم المهر علیه، فهل یرث نصیبه من المهر ام لا ؟. فیه ایضا وجهان من جهة ان هذا ارث والایراث یتوقف علی الیمین بمقتضی النص، فلایرث شیئاً. [و] من جهة ان اقراره بالتزویج لا یستلزم از ید من نصف المهر، لانه ان کان صادقاً فی الاجازة، و التزویج قد حصل، فله النصف بالمیراث. و ان کان کاذباً فالمهر کله ماله و النصف داخل فی الکل. و هذا اقرب، و فاقا لجماعة. و حاصله ان اقراره لایستلزم الاالنصف و لیس للوارث مطالبة التمام، ولانلتزم جعله میراثاً، فان شئت سمیت النصف میراثاً، و ان شئت سمیته مال الزوج الذی لم یدل دلیل علی خروجه من یده. و الظاهر عدم الفرق بین العین والدین. مع ان المذکور فی الروایة انما هو حکم میراث الزوجة عن الزوج، لامیراث الزوج. فلادلالة فیها علی لزوم الیمین فیه.

و لایذهب علیک انّ المراد بالنصف هنا ربع اصل المهر، بناء علی المختار فی مسألة مهرالزوجة اذا توفیت قبل الدخول. فان الاقوی فیها انه لایثبت لها الانصف المهر (و ان کان القول بالنصف فی صورة العکس ایضالا یخلو عن قوة. و ان کان المشهور التمام ولایبعد ترجیحه). هذا کله اذا لم تکن مفوضة. کما هو ظاهر الروایة. والا فالمهر ساقط رأساً، لعدم الدخول.

تنبیه: قال العلامة (ره) فی **القواعد** «ولوتولی الفضولی احد طرفی العقد، ثبت فی حق المباشر تحریم المصاهرة. فان کان زوجاً حرم علیه الخامسة والاخت والام والبنت. الا اذا فسخت، علی اشکال فی الام. و فی الطلاق نظر. لترتبه علی عقد لازم فلایبیح المصاهرة. و ان کان زوجة فلایحل لها نکاح غیره، الا اذا فسخ. والطلاق هنا معتبر». اقول: و فیه مطالب:

الاول: انه اذا کان احد طرفی العقد فضولیاً والاخر عاقداً لنفسه مباشرة، فیثبت تحریم المصاهرة فی حق المباشر. یعنی انه فی حکم المتزوج بالعقد اللازم من الطرفین، فیحرم علیه. فان کان المباشر هوالزوج فیحرم علیه تزویج امرأة اخری دائماً ان کانت هذه رابعة زوجاته. و کذا یحرم تزویج اخت هذه المرأة له، لحرمة الجمع بین الاختین. و کذا ام المرأة، لحرمة ام الزوجة و ان کانت غیر مدخولة. و کذا ابنتها لحرمة الجمع

بين‌الام و البنت و ان لم تكن الام مدخولة. لانها بالنسبة اليه زوجة يترتب عليها احكامها. و ان كان المباشر هوالزوجة، فلايجوز لها التزويج بغيره. لانها متزوجة باقرارها و اعتقادها بعنوان اللزوم بالنسبة اليها، فلايجوز لها التزويج بغير زوجها فى حال حيوته.

الثانى: انّ هذه الاحكام انما هى قبل ان يفسخ المعقود فضولا، العقد. فان فسخه فان كان فى‌الصورة الاولى و فسخت المرأة النكاح، فيحل للزوج نكاح من كانت خامسة قبل الفسخ. لانها حينئذ رابعة. و كذا اختها لعدم الجمع بين‌الاختين، و كذا البنت لكون الام غير مدخولة فلم يثبت قبل ذلک تحريمها ابداً. بل انما كان الحرام هوالجمع، و التحريم الابدى من ثمرات الدخول. و اما الام (يعنى اذا كانت المعقودة فضولا هى البنت) ففى تحريم امها بعد الفسخ من البنت اشكال. نظراً الى ان حرمة ام الزوجة ليست مشروطة بالدخول ببنتها على الاصح، و لابقاء البنت فى حالها. بل هى محرمة ابداً. و يصدق عليها حينئذ انها ام زوجتها بالعقد الصحيح اللازم بالنسبة اليه لعدم تسلطه على فسخه.

و [نظراً] الى انّ الفسخ يرفع النكاح من اصل فهو كاشف عن‌الفساد عن اصله سواء قلنا انّ الاجازة كاشفة عن الصحة من اصله، او ناقلة فوجود النكاح كعدمه. و لانّ تحريم الامّ اما بالدخول (كما هو مذهب ابن ابى عقيل) أو بالعقد الصحيح. والاول منتف بالفرض، و الثانى موقوف على تحقّق ايجاب و قبول صحيحين، و يشترط صحتهما بصدورهما من الاصيل او وليّه او وكيله او اجازة الاصيل او [اجازة] الولى على القول بصحة الفضولى. و المفروض عدم الجميع فى الايجاب من الزوجة، فوجوده حينئذ كعدمه. فلاينفع القبول وحده. فليس هناک ايجاب و قبول صحيحان. و هذا هوالاقوى.

و ان كان فى‌الصورة الثانية- يعنى ما كان المباشر هوالزوجة و فسخ[الـ] عقد الزّوج- فلااشكال فى جواز تزوجها بغيره بعد الفسخ.

الثالث: اذا طلّق الزّوج المعقودة، فهل ينفع فى شىء ام لا ؟. فنقول اما فى صورة الاولى (يعنى ما كان المباشر هوالزوج) فتنظّرفيه العلاّمه من جهة انّ وضع الطلاق انّما هولرفع نكاح ثابت لازم و استدامية والعقد الفضولى ليس بنكاح ثابت اذا لنكاح الثابت لايحصل[1] الاّ باذن المرأة ، او اجازتها ثانياً. و كلاهما مفقودان بالفرض. ولامعنى لثبوته

١- و فى النسخة: لايجعل.

من طرف واحد. فاذا لم يثبت النكاح الثابت فلايصح الطلاق المشروط بمسبوقيته‌به، فلا يبيح المصاهرة. ولا معنى للطلاق الموقوف على اجازة المرأة للنكاح مع انّه لاينفع فى صورة عدم اجازتها.

و اما ما قيل من وجه الصّحة و افادته اباحة المصاهرة: فهو انّ النكاح لازم من جهة الزوج ولا طريق الى رفعه بالطلاق، لانّه لامعنى لثبوت نكاح و لزومه مع عدم جوازالطلاق من الزوج البالغ العاقل قبل الدخول، ولم يرد مثله فى‌الشرع. و فيه انّ المسلّم ممّا ورد فى‌الشرع هو «جواز الطلاق من‌الشخص الكامل على النكاح الثابت من الطرفين» لامن طرف واحد. و عدم تصريح الشرع بعد [م] جواز الطلاق فى هذا النوع من النكاح اللازم لايستلزم الترجيح بجوازه فيه. و المحتاج اليه فى الاحكام الشرعية هوالتصريح بالجواز و لايكفى عدم التصريح بعدم الجواز.

و امّا ما قد يقال بـ «انّا ان قلنا انّ الاجازة فى‌العقد كاشفة عن‌الصحّة من حين‌العقد، و الفسخ عن فساده حينئذ، فنقول انّ الطلاق بعد وقوعه حينئذ مراعى. فان اجازت فقد وقع الطلاق على الزوجة الثابت نكاحها، فيفيد اباحة المصاهرة. و ان فسخت، تعيّن بطلان النكاح من‌الاصل، فيفسخ المصاهرة ايضاً». ففيه منع صحة الطلاق مراعى بالاجازة بل الظاهر انّ بطلانه اجماعى كما يظهر من فخرالمحققين. و منه يظهرالكلام على القول بكونها ناقلة لعدم وقوع الطلاق حينئذ على النكاح اللازم و توقفه على‌الاجازة، كما مرّ.

و امّا فى الصورة الثانية:- اى ما كان المباشر هوالزوجة- فلعلّ وجه تصحيحه للمصاهرة انّه فى معنى فسخ الزوج. و امّا كونه طلاقاً صحيحاً يترتب عليه احكامه فهو مشكل. لانّ ما ورد من‌الشرع هو طلاق الزوجة الدائمة الثابت نكاحها اللازم من الطرفين.

و مما ذكرنا يظهر حكم مالو كانا فضوليّين و اجاز احدهما قبل الاخر، فى حرمة المصاهرة للمجيز. و كذا لوكان المباشر هوالولى. و كذا لوكانا صغيرين معقودين عليهما فضولاً و بلغ احدهما و اجاز قبل بلوغ الاخر. مع اسقاط «البنت» من بين‌المذكورات فى اصل‌المسألة، اذ لابنت للصغيرة قبل البلوغ. الاّ اذا فرض بلوغها قبل اجازتها لمانع من جهل اونسيان و حصل لها بنت من نكاح او من شبهة.

ثم: انّ هنا دقيقة لابدّ ان ينبّه عليها، و هى انّ الاصل فى‌العقد الفضولى الاعتبار

حتى يحصل الفسخ، اوالاصل عدم‌الاعتبار حتى يحصل الاجازة ؟ و ممّا يتفرع عليه مالو تزوّج (المعقود عليه فضولاً فى صورة جهالته بالعقد الفضولى) ممّن يحرم عليه تزويجه لوكان عالماً بالحال فى صورة الاجازة. فلو تزوّجت المرأة المعقود عليها فضولاً من مباشر بالاصالة مثلاً، او بالولاية من شخص آخر، ثم اطلعت على انّ الفضولى عقدها لغيره. فهل يجوز لها امضاء الفضولى و فسخ‌النكاح المتأخر؟ او لا بل المتأخر لازم؟. ولايحضرنى الآن كلام فيه من الاصحاب. والظاهر من كلماتهم فى كون الفضولى موقوفاً على الاجازة عدم‌الاعتبار بدونها. فمالم يتحقق الاجازة فهو على اختياره و قد عقد على نفسه عقداً فى حال لايمنعه مانع شرعاً. غاية الامر انّه لواطلع عليه لايجوز له التزويج بالغير الاّ بعد فسخ‌الاول.[1] و اذا صحّ العقد فيحتاج بطلانه الى دليل. بل ولابدّ من الطلاق لو ارادالفراق.

و هذا الكلام ظاهر فى جانب الزوجة. و امّا ان كان المعقود له فضولاً، هوالزوج: فيظهر المثمرة فى مالو زوّجه الفضولى بالبنت و هو قد تزوّج بامّها لجهله بالحال. و امثال ذلک. والاّ فلا منافاة بين صحة العقد و اجازته للفضولى. ثم اذا وقع الطلاق فالظاهر امكان الاكتفاء باجازة الفضولى السابق، من دون تجديد عقد. لعموم الدليل.

٣٧٤: السؤال: اذا و كّل الرّجلان من جانب الزوجين ليذهبا عند عالم ليوكّلاه فى اجراء العقد. و جاءا عنده و وكّلاه فى اجراء الصيغة. و اجرى العالم الصيغة فضولاً لعدم ثبوت التوكيل عنده. ثم زُفّ بالمرأة الى زوجها. والزوج لايعلم انّ المرأة عالمة بالمهرام لا. بل يعلم انّها لاتعلم. فهل يجوزالدخول بها ام لا ؟ و يصح ذلک العقد ام لا؟

الجواب: تحقيق هذه المسألة يتوقف على ذكر مقدمات: **الاولى**: هل يجوز البناء فى العمل على الوكالة الادعائية بدون الاثبات ام لا؟ الظاهر الجواز، مثل ان يجىء احد و بيده مال و يقول انّ هذا مال فلان و انا وكيله فى بيعه، فيجوز الشراء منه و التصرف فيه و ان علم المشترى انّه مال فلان. اوجاء رجل عند امرأة و يقول انا وكيل فلان فى تزويجک له، فيجوز للمرأة التزوج به. و ان لم يثبت عندها الوكالة.

و ما قرع سمعک انّه لايثبت الوكالة الاّ بشهادة رجلين عدلين، انّما هو اذا كان هناک مزاحم، او انجرّ الامرالى الدعوى فينكر الموكل التوكيل مثلاً، فالقول قول‌المنكر الاّ ان

١- عبارة النسخة:... الاّ بعدالفسخ الاول فى معناه فتزويجه بالغير مع‌الاطلاع بالحال.

یثبت الوکالة بعدلین. او ارادالوکیل قبض عیـن اودین من موکّله و دافعه الغریم و امتنع عن‌الاداء الاّ ان یثبت الوکالة و ان جازله التسلیـم علی الاظهر، و ان کان علیه الضمان لو ظهر کذبه. و الحاصل: انّ عدم ثبوت الوکالة (فی محل‌الاحتیاج الی الاثبات) الاّ برجلین عدلین، لاینـا فی جواز قبول قول الوکیـل و المشیٔ علی مقتضاه. بناءً علی تنـزیل فعل المسلم و قوله علی‌الصحة. ولکن هذا الاصل لایثبت الاّ جواز العمل، لاوجوبه.

الثانیة: انّ معنی العقد الفضولی ان لایکون ناشیاً من مالک الامر (الواقعی) بالرضا، ولامن ولیّه او وکیله کذلـک. فالعقد الذی صدر من المالک فی ظـاهر الشرع ثم انکشف مستحقاً للغیر فهو موقـوف علی اجازة ذلک الغیر. فهو فضولی فـی نفس‌الامر. و کذلک مایبیعه الغاصب لنفسـه. و اظهر افراد مایبیعه احد مع العلم بانّه لیـس ماله بقصد انّه ان اجازه فهو. والاّ فکان باطلاً. و من ذلک یظهر انّه لو ثبت‌الوکالة بالعدلین و جری‌العقد ثم ظهر کذبهما، فهو ایضاً فضولی.

الثالثة: انّ من شرایط صحة العقد انضمامه مـع رضاء الطرفین، سواء کان انضمامه بالمقارنـة مع‌العقد اولحوقه به، اولحـوق العقد به. مثال‌الاول العقد الصادر مـن مالکی الامر بر ضاهما بـالفعل. و مثال الثانی هوالعقد الفضولی مع الاجـازة. و مثال الثالث ما وکّل الطرفان ثالثاً فی اجراء العقد او فی تـوکیله الرّابع فی اجرائه، ثم جری‌العقد. و من فروع الثالث انّ الزوجین اذا و کّلا احداً فی تـوکیل الثالث لاجل اجراء العقد بینهما علی مهر معلوم او مفوّض الی تعیین الوکیل، فقد رضیـا حین‌التوکیل بعقد تضمن لتزویجهما علی النهج المقـرر بینهما. فاذا فرضنا انّ العاقـد لم یعتمد علی قولهما ولـم یثبت عنده وکالتهما و احتاط و قصد الفضولی بالعقد (سـواء صرّح بکونه فضولیاً، اونواه، او ذکر اسم الرجل والمرأة بدون تـوصیفهما بالموکلیّة) فلاریب انّه اوقع ما تـراضیا علیه من‌العقد. و عدم قصد العاقد للتوکیل غیر مضرّ، بل و قصـد کونه فضولیاً ایضاً غیر مضر. اذ مطلوبهما وقوع العقـد علی‌الـوجه المقـرر بینهما لا بشـرط شیء. و وجـودالقصدیـن و عدمهمـا متساویان.

و بالجملـة یصدق فی صورة السـؤال ان‌الزوجین قد رضیـابان یقع العقد المـذکور لابشرط. و کـون العقد واقعاً و نـاشیاً من جهة التـوکیل، غیر اشتـراط کونه مـن جهته. فالوکیل وکیل فی‌العقد و موجد للعقد بتوکیل غیره فی حال التوکیل لابشرط التوکیل. و العاقد ایضاً یعقد فی حال عدم ثبوت الوکالة و فی حال یحکم بکونه فضولیاً لابشرط انّه

فضولـى. و الحاصل: انّـه يمكن اجتماع تـأسيس الاساس علـى التوكيل و وقـوع العقد فضولاً مع الحكم بالصحة، ولامنافاة بينهما. فتأمل تفهم.

الرابعة: هل يكفى اخبار الـوكيلين بوقوع العقد فى حلّية تصرفـات الزوجية و ان لم يكونا عالمين؟. الظاهر نعم. لعدم اشتراط العـدالة فى التوكيل و قولهما مسموع فى ما وكّلا فيه. لايقال ان الموكّل فيه، هنا توكيـل العاقد و تعيين المهر (لوفوّض اليهما)، و اما الاخبار عن عقدالعـاقد فهو خارج عمّا و كلاّ فيـه. لانّا قد ذكرنا انّ المطلوب الـواقع من التوكيـل ايجاد العقد فى الخـارج ليحصل لهما حكم الـزوجية[و] هولا يتمّ الاّ بـاطلاع الوكيلين على اجراء الصيغة و اخبار هما عنه. سيمّا اذا اشترطاه، اودلّ العرف عليه لضيق الوقت و بعدالمسافـة الى العاقد و عدم ترقب من يخبرهما عـن ذلک مع احتمال نسيان العاقد و تأخيره عن الوقت المنظور للزّفاف.

الخامسة: جهالةالمرأة المهر فى العقد الدائم غير مضرّ. بل و عدم ذكر المهر اصلاً. مع انّها قدتكون مفـوضة امرها الى الوكيل فى تعيين المهـر، او مفوضة البضع. و يجرى بعض هذه فى المنقطع ايضاً.

السادسة: انّه يمكن تفكيک الاجازتين. فان اجـازت العقد دون المهر فى الفضولى صح العقد و يـرجع الى مهرالمثل اذا حصل الـدخول. بل بطلان المهر لايـوجب بطلان العقد، كمالوكان خنزيراً او خمراً اومال الغير. فيكفى رضاء الزوجة بالعقد دون المهر فى حلّيتها.

اذا تمهّد هذه المقدمات فنرجـع الى اصل السؤال و نقول: ان كان التـوكيل واقعاً فى نفس الامـر من جانب الـزوجين و ادعياه عندالعـاقد و اوقع الصيغة، صحّـت.- سواء قصد بها التوكيل او احتاط بقصد الفضُولى او اوقع الصيغة بدون ذكر التوكيل و الفضول مردداً فـى القصد بينهما. بل مـع ذكر التوكيـل بل مع ذكـر الفضولى ايضاً احتيـاطاً- ولايحتاج الـى الاجازة ثانياً. و امّـا لوجاء الرجـلان مدعيين للوكـالة و عقّد العاقـد على التفصيل المذكور و ظهـر خلافه: فهو يتوقف على الاجازة. و بعـد الاجازة يصح و ان قبل حين العقـد بالتوكيـل. اذالمراد مـن الاجازة امضاء نفـس العقد [1]، كمالايوجـب قصد الغاصب المبيع لنفسه عدم صحة الاجازة من المالک.

١- عبارة النسخة: و قبل التوكيل لايوجب ابقاء نفس العقد.

نعم: لولـم يقبل الوكـالة، او قبل ثم عـزل نفسه، و عقد فضـولاً و كان التوكيـل فى نفس‌الامر ثابتاً، فيشكـل المقام. فهل يحتاج الى الاجازة ثانياً ولايصـح بدونها، او يكفى الرضاء السابق ؟ و يمكن الاكتفاء. اذقد بينّا انّ الفضولى هومالم يكن منضمّاً الى رضاء المتزاوجين اصلاً. و مع استصحـاب الرضاء السابق لايبعد الاكتفاء، و هوليـس باقل من الرضاء اللاّحق.

لايقال: انّه يلزم علـى هذا انّه لوكان الرجـل و المرأة راضيين بالتزوج مـايلين اليه، واتفق انّ احداً عقد بينهما مـن باب الاتفاق فضولاً، لكان ذلک الرضا و الشـوق كافياً فى صحة العقد غير محتاج الى لحوق الاجازة و هوباطل جزماً.

لانّا نقول: ما نحـن فيه ليس مـن هذا القبيل. اذ مـا ذكرته مـن الرضاء هـو محض الشهوة و التّمنّى، ولـم يتحقق فيه ارادة. والفرق بين الشهوة و الارادة واضـح. كالنفرة و الكراهة. **فان قلت**: قد يتحقـق الارادة الى التـزوج و القصد الـى ايقاع الصيغـة و يتفّق ايقاعه من فضولى لاخبرله بالحال. و لاريب انّه لايكفى. **قلت**: ما نحن فيه ليس من هذا الباب.لانّ صدور الصيغة حنيئذ انّما نشأ من اطلاع العاقد على ارادتهما لحصول العقد، و انّما وقع‌العقد لتمشية امرهما، و لوكان بلحوق اجازتهما فكانّما اذناه فى ذلک العقد على وفق ارادتهما لوقوع العقد وانّما كانت لابشرط وقـوعه توكيلاً و ان كان فى حال تأسيسه على التوكيل. والاحوط هنا ان يبنى على‌الاجازة.

۳۷۵: **السؤال**: اذا كان احد طـرفى النكاح مباشـرياً بعنوان البتّ و اللـزوم، والاخر بعنوان الولاية مع غيبة المولّى عليه. و صارالغائب مفقود الخبر. كيف حال هذا النكاح؟.

الجواب: اعلم ان عمدة الاستدلال فى‌الفضولى هو عموم قوله تعالى «اوفوا بالعقود» و بعض الاخبـار الواردة فـى بعض المـوارد. و وجه الاستـدلال بالايـة فى‌الفضـولى انّ مقتضاها «وجوب الوفاء بالعهود الموثقة». و ايثاق العهد فى‌البيع البات‌ّ اللازم [و] النكاح البآت اللازم، انمـا هو بمجردالعقد، اى الايجاب والقبـول الصادرين من مـالک المال او البضع، او من يقوم مقامهما من ولى او وكيل. و اما فى‌الفضولى: فالايثاق يحصل بلحوق الاجازة بالعقد، اذا صدرت عـن المالک او وليه من جانب من عُقَّد لـه فضولاً. فكانّه قال «التزمت الايجاب و القبول الواقعين من الفضولى لنفسى او للمولّى عليه».

و قد يتصور هنـا نوع آخر من الالتزام قبل الاجـازة و هو انه ليس للفضولـى فسخ ما اوقعه فضولاً. فلاينفعه التقايل و الفسخ لابطال الاثـرالذى يترتب على الفضولى. اذترتب

اللزوم على الفضولي من آثار لفظه و اللفظ المتلقى منه من الاسباب الوضعية الشرعية التى يحتاج ازالة اثره الى سبب آخر من الاسباب الشرعية و هو لبس الافسخ من وقع العقد له أو وليه. فلا ينفع تقايل الفضوليين فى اللزوم الذى يحصل باجازة من وقع العقد له بعد ذلک. و قد يحصل الايثاق بالتزام المالک للامر (اصالة اوولاية) منضماً الى الايجاب أو القبول من الفضولى. فاذا باع زيد من عمرو فضولاً ببكر، او انكح زينب لعمر و فضولاً، فالايثاق من جانب عمرو يحصل بالاجازة، و بعد الاجازة يجب عليه الوفاء بمقتضاه[1]. و اما ايثاق عمرو من جانب بكرو زينب فانما يكون بالتزام بكر كون الثمن لعمرو ان اجازالبيع ولم يصدرمنه الفسخ، و بالتزام زينب للزوجية ما لم يفسخ عمرو العقد.

والاشكال هنا انما هو فى تحديد الالتزام و مقداره و الفرق بين الالتزام عن جانب المالک للامر من الطرفين فى الفضولى،[2] و بين الالتزام من الطرفين فى العقد البتّ اللازم من الطرفين. فالالتزام من الطرفين فى العقد البتّ انما يحصل بمجردالعقد، و المزيل له لايكون الاباحد من الامور المقررة من الشارع (مثل التقايل و الفسخ الحاصل من الخيارات المعهودة فى البيع، و كذلک الفسخ بالعيوب و الردة و الطلاق و اللعان و غيرها فى النكاح) و كل ذلک من الطوارى للعقود اللازمة.

و اما الالتزام من احد الطرفين فى الفضولى: فاطلاقه لايكفى فى الالتزام الابدى على الاطلاق حتى ينحصر المزيل فى ما قُرّر من جانب الشارع. بل قديكون تابعاً لمقدار الالتزام. و الشارع و ان قرّر له مزيلاً (و هو فسخ من عُقدله فضولاً و وليه) ولكنه قديكون المزيل من جانب العاقد الملتزم بسبب انه لم يلتزم الامقداراً خاصاً. و بسبب الاشكال فى تحديد مقدار الالتزام اختلفوا فى صحة بيع مال الطفل فضولاً اذا لم يكن ولى شرعى. فقيل: لايصح الالتزام الى زمان البلوغ، لاشتراط الامكان الاستعدادى فى اقرب المراتب. و قيل: يصح، لكفاية مطلق الاستعداد.

و ظهر من ذلک انّ لايثاق العهد هناک حداً محدوداً عندهم. و يظهر من كلماتهم هذه ان الالتزام مع اليأس عن التمكن من اجازة المالک او من يقوم مقامه- كمالو عقد

١- و فى النسخة: و بعدالاجازة يجب عليها.

٢- عبارة النسخة:... عن جانب المباشر المالک للامر من الطرفين فى الفضولى.

الفضولی لمجنون مطبق حصل الیأس من برئه عقد النکاح - لیس من العهود الموثقة التی یجب الوفاء بها. فلو فرض من باب خلاف العادة افاقة المجنون فلاینفع فی اللزوم. و لعل السر فی ذلک ان التزام الزوجة لزوجیة هذا المجنون سفه، فلایصح. و لایجوز لولیها ایضاً امضائه لعدم المصلحة جزما. فبطلان هذا من جهة بطلان الالتزام.

و قدیکون البطلان من جهة ظهور عدم الالتزام، کما لو نکحها الفضولی للغائب ثمّ صار الغائب مفقود الخبر وطال الزمان. فانا و ان جوزنا التزامها النکاح للطفل لکون زمان الصبا محدوداً، و للغائب نظراً الی اعتیاد رجوعه عن السفر او بلوغ الخبر عنه بالرضاء والفسخ. فانما ذلک لبنائها الامر علی المحدود المتعارف، والا فلم یظهر منها الالتزام. و ان صار مفقودالخبر و ذهب من غیبته عشرون سنة، فالالتزام انما هو بمقدار المعتاد و هی لم تلزم الزاید عنه.

فلایحسن ان یقال «انها التزم بالزوجیة بحسب نظرها الی ان یعود او یجیء عنه الخبر، فلزم من جانبها ولاینفسخ الابفسخه. لان الالتزام مصحح للعقد من جانبها و رفعه یحتاج الی الدلیل فیصیر الزوجة من باب زوجة مفقودالخبر، بالنسبة الیها، و ان لم یتحقق الزوجیة بعد من جانب المعقود له». لانانقول: العادة، من باب المقید للاطلاق. و ان لم یصرح بذلک ولم یتفطن لاحتمال عدم الرجوع و بلوغ الخبر. فصیرورة الزوج مفقود الخبر بعد العقد یکشف عن عدم التزامها للزوجیة رأساً، لانه مستلزم للزوجیة الی حین ظهور کونه مفقودالخبر حتی یقال: انه اذا ثبت الزوجیة فی آن فهی مستمرة و یحتاج رفعها الی الدلیل. فالمرأة الغافلة عن هذا المعنی عالمة بانها غیر ملتزمة للزوجیة علی هذا التقدیر رأساً. و العلم بالشیء لایستلزم العلم بالعلم. ولو فرض العلم بذلک بان تتفطّن بذلک و تلتزم بها مع ذلک فانّه ایضاً سفه، ولایصح معاملتها ولاامضاء ولیها، کمامرّ

لایقال: انّها فی العقد الدائم البتّ ایضاً لو تفطّنت بانّ الزوج یصیر مفقودالخبر بعدیوم اویومین، فلایلزم الاستمرار و الدوام حین العقد، فلافرق بین العقد للغائب فضولاً و العقد البتّ. **لانّانقول**: انّ مقتضی العقد الدائم حین حضور الزوج هوالاستمرار با لذات، و الذاتی لایتخلّف باجراء حکم مفقودالخبر. اذ طروّ ذلک من الطواری لهذه المهیّة. بخلاف الفضولی فانّه بالذات کالمعلّق المشروط بالاجازة. فکانّها قالت «التزمت بالزوجیة ان أجاز الغائب»، بخلاف العقدالدائم [البات]. و القول بـ «انّه لیس هناک تعلیق بل هوالتزام الاّ ان یطرء عدم الاجازة لا انّه التزام ان اجاز»، محض تغییر العبارة. بل

هو فی الحقیقة تعلیق و التعلیق ایضاً محدود بالمتعارف. لا ان یکون معلقاً علی اجازة الی القیامة ولادلیل علی بطلان التعلیق فی‌العقود مطلقا.

و اما حکایة صیرورتها من باب «زوجة مفقودالخبر»، فلیس منها عین ولااثر فی کلمات الاصحاب والاخبار. اذاخبارهم و فتاویهم ظاهرة بل صریحة فی الزوجیة الثابتة، لافی‌الفضولی. فلا وجه لان یعامل مع‌النکاح الفضولی معاملة الزوجیة الثابتة. مع انّ نفی‌الضرر و العسر والحرج دلیل مستقل، ولولا اجماع الاصحاب و اخبار هم لقلنا بجواز الفسخ او لزوم الطلاق من الحاکم، ان لم تصبر الزوجة ولم یمکن العمل علی مقتضی حکم مفقودالخبر (من الفحص اربع سنین فی‌الزوج المفقود الخبر) فی‌النکاح الثابت الباتّ ایضاً.

و مماذکر نایظهر انّه لوکان الغائب صغیراً و زوّجه ولیّه ولایةً بامرأة رشیدة نکاحاً تامّاً، ثم صارالصغیر مفقودالخبر، فلیس حکمه حکم الفضولی. بل لابدّ فیه من معاملة مفقودالخبر. و قد تحقق بما ذکرنا انّ لزوم العقد المذکور [و] صحته من فروع «اشتراط وجود المجیز عندالعقد امّا بالفعل او بالامکان الاستعدادی فی اقرب مراتبه، او با بعد منه اذا کان محدوداً بوقت مضبوط ولوکان الانضباط بالعرف و العادة».

٣٧٦: السؤال: الختان واجب او مستحب ؟ و علی الاول، فهل هو واجب لنفسه او لغیره ؟ و ما معناه؟. و هل یثبت فیه حقیقة شرعیة ام لا ؟ و کیف الحال فی النساء؟.

الجواب: لاخلاف فی وجوب الختان للرجل بین علماء الاسلام، بل هواجماع منهم. کما عن جماعة منهم بل کادان یکون ضروریّاً من الدّین[1]. و امّا رجحانه فضروری. والاخبار فی ذلک تقرب من التواتر[2]. ولاریب فی وجوبه علی البالغ العاقل بعد کماله غیر مختون فیختن نفسه. حتی انّ الکافر اذا اسلم یجب ختان نفسه ولو طعن فی‌السنّ، بلاخلاف ظاهر. و فی الکافی «عن السکونی عن ابی عبدالله -ع- قال: قال: امیرالمؤمنین -ع- اذا اسلم الرّجل اختتن ولو بلغ ثمانین سنة»[3].

و اما وجوبه علی الولیّ قبل البلوغ:ففیه قولان، اظهرهما و اشهرهما العدم. للاصل و

١- قال صاحب الجواهر: بالضرورة من المذهب والدین، التی استغنت بذلک عن تظافر النصوص، کغیرها من الضروریات- الجواهر: ج ٣١ص ٢٦١.

٢- الوسائل: ج ١٥، ابواب احکام الاولاد، الباب ٥٢-الی-٥٩.

٣- المرجع: الباب ٥٥ح ١- الکافی (الفروع): ج ٢ص ٩١.

خصوص **صحيحة** على بن يقطين «قال: سألت اباالحسن-ع- عن ختان الصبىّ، لسبعة ايّام من السنّة هو؟ او يؤخّر؟ فايّهما افضل؟. قال: لسبعة ايام من السنّة، و ان أخّر فلابأس»[1]. فانّ اطلاق الرخصة فى التأخير يشمل حين البلوغ قال فى **المسالک**: و فى الحديث «انّ ابن عباس سئل: مثل من انت حين قبض رسول الله(ص)؟ قال: انا يومئذ مختون و كانوالا يختنون الرجل حتى يدرک». و فى **صحيحة** ابى بصير «قال: سألت اباجعفر-ع-عن الجارية تسبى من ارض الشرک فتسلم فيطلب لها من يخفضها فلايقدر على امرأة. فقال: اما السنة فالختان على الرجال، وليس على النساء».

و ربما يستدل عليه بانه واجب لماهو مشروط به من العبادات، فلايجب الا بعد وجوبها. ولو سلم وجوبه لنفسه فانما هو على المكلف، لان الاصل براءة ذمة الولى.

والقول الاخر فى التحرير، ولم نقف على دليل عليه. و اما الامر الوارد فى الاخبار بختن الغلام يوم السابع، فمحمول على الاستحباب، سيما مع اقترانه بثقب الاذن الذى ليس بواجب جزماً.

و اما الكلام فى انه واجب لنفسه اولغيره: فنقول: انه لامنافاة بينهما فقد يجتمعان، كالايمان الذى هو شرط صحة العبادات. و الظاهر انه من هذا القبيل، لاطلاقات الادلة. ولاينبغى الاشكال فى وجوبه لنفسه، وانما الاشكال فى وجوبه لغيره وان الغير اى شىء هو؟ فنقول: اما الطواف فالمشهور فى وجوبه له. بل قال فى **المدارک** «ان وجوبه له مقطوع به فى كلام الاصحاب» و ظاهر **المنتهى** «انه موضع وفاق». و مثله ما فى **الذخيرة** الا انه قال «اكثر الاصحاب». و عن ظاهر ابن ادريس التوقف.

ثم: انّ الظاهر انه شرط فى الصحة ايضاً. و عن ابى الصلاح «انه شرط الحج باجماع آل محمد-ص-». ويدل عليه الاخبار **الصحيحة** الناهية عن طواف غير المختون، فان النهى يدل على الفساد فى العبادات. منها **صحيحة** معاوية بن عمار «عن الصادق-ع- قال: الاغلف لايطوف بالبيت، ولابأس ان تطوف المرأة» و صحيح حريزبن عبدالله و ابراهيم بن عمر «عنه-ع- قال: لابأس ان تطوف المرأة غيرالمخفوضة، فاما الرجل فلايطوف الا و هو مختتن»[3] و ظاهر اطلاق الاخبار و الفتاوى عدم الفرق بين الواجب و

۱- المرجع: الباب ۵۴ح ۱.

۲- الوسائل: ج۹، ابواب مقدمات الطواف، الباب ۳۳،ح ۱.

۳- الوسائل: ج۹، ابواب مقدمات الطواف، الباب ۳۳ح۳.

المندوب. ولايجب فى النساء كونها مخفوضة ولايشترط حجهنّ به بلاخلاف، و قد صرح به الاخبار.

و كذا الصبى للاصل و عدم انصراف الاخبار اليه. و يظهر الثمرة فى الاعتداد بعبادته على القول بشرعيتها، وجواز نكاحه بعدالبلوغ. و كذلك الاظهر فى الخنثى، العدم، لذلك. و ان كان الاحوط فيهما الاعتبار. و تمام الكلام فى ذلك وظيفة كتاب الحج.

و اما غير الطواف: فلم اقف على مصرح به الاّ الشهيد الثانى فى **المسالك** حيث قال- فى كتاب النكاح فى الدليل الذى ذكره للقول بعدم وجوب الختان على الولى قبل البلوغ- «ان الختان شرط فى صحة الصلوة و نحوهامن العبادات فلا يجب الاّمع وجوب المشروط». و كذلك قال بعد ذلك فى مسأله ختان الخنثى: «فى وجوبه فى حق المشكل منها وتوقف صحة صلوته عليه، وجهان: من الاصل و من عدم حصول اليقين بصحة العبادة بدونه». و قال فى مسألة امامة الاغلف « لم يصح صلوته فضلاً عن الاقتداء به» يعنى فى صورة تركه مع التمكن منه.

و قال فى المدارك بعدان حقق ان المنع من امامته انما هو اذا ترك الختان بلا عذر لفسوقه و ان الكراهة انما هى مع العذر:«و اعلم ان المنع من امامة الاغلف مع القدرة الى الاختتان لا يقتضى بطلان صلوته، لعدم توجه النهى الى حقيقة العبادة. الا ان نقول باقتضاء الامربالشىء النهى عن الضد الخاص و جزم الشارح بالبطلان و لم نقف على مأخذه». اقول: بل يظهر مما رواه زيدبن على عن آبائه عن على (عليهم السلام) «قال: الاغلف لايؤم القوم و ان كان اقرئهم لانه ضيع من السنة اعظمها، ولاتقبل له شهادة ولايصلى عليه، الا ان يكون ترك ذلك خوفاً على نفسه»[1] عدم الاشتراط. فان الظاهر انه(ع) لم يمنع عن الامامة من اجل بطلان صلوته باعتبار فقدالشرط. بل منع لاجل فوته.

والحاصل: انه لم يثبت من الادلة اشتراط شىء من العبادات به الاالطواف. و يحتمل بعيداً ان يكون نظره فى قوله باشتراط الصلوة به الى قوله-ع- «الطواف بالبيت صلوة». بناء على دلالته على اتحاد هما فى الاحكام الاما اخرجه الدليل، و ثبوت هذا الحكم فى الطواف كاشف عن كون الصلوة ايضاً كذلك. و فيه اشكال.

١- الوسائل: ج٥، ابواب صلاة الجماعة، الباب ١٣، ح ١.

و اما السؤال عن حقيقة الختنة شرعاً او عرفاً: فلم يحضرنى الآن فيه كلام منهم فى بيان ذلک، ولا ادعاء «حقيقة شرعية» فيه، ولا «حقيقة عرفية فقهية»، الاّ عبارة **الدروس** حيث قال «والواجب كشف جميع البشرة، فلوزاد الفاعل ضمن وان اذن له فى الختان». اقول: البشرة هى ظاهر جلد الانسان. و من هذا يظهر انّ الغلفة لايسمّى بشرةً، بل هى جلدة زائدة شبه بشرة الحشفة. و ظاهره وجوب قطع جميع تلک الجلدة ليكشف جميع ماتحتها و هو الحشفة. و مراده من قوله «فلوزاد الفاعل» يعنى قطع شىء من الحشفة ايضاً. ثم قال «ولو فعل ذلک الحاكم فى حرّ او برد مفرطين، قوّى الشيخ الضمان فى كتاب الاشربة و عدمه فى كتاب الحدود من **المبسوط**». انتهى.

والمرجع فى امثال ذلک العرف و اللّغة، قال فى القاموس «ختن الولد، يختنه، فهو ختين و مختون: قطع غرلته. والاسم ككتاب و كتابة. والختانة صناعته. و الختان: موضعه من الذكر». و قال فى باب الغرلة بالمعجمة ثم المهملة «الغرلة بالضّم: القلفة. والاغرل: الاقلف». ثم قال «و الأقلف من لم يختن». و قال فى باب الغلف بالكسر «الرغلة بالمهملة ثم المعجمة». و قال فى باب الرغل «الرغلة بالضم: القلفة والارغل: الاقلف». و قال فى باب الغلاف «رجل اغلف- محرّكة-: اقلف. و الغلفة بالضم: القلفة». وانت خبير بانّ هذه الكلمات لم تفد فى بيان حقيقة الختن. لانّها مستلزمة للدور.

و قال فى مجمع البحرين «الختان- بالكسر و هو يؤنّث بالهاء- موضع القطع من الذكر. و قد يطلق على موضع القطع من الفرج. فالمراد بالتقاء الختانين تقابل موضع قطعهما». و قال فى باب الغلف «الغلف بالضم: الجلدة التى تقطع فى الختان. و جمعها غلف. مثل غرفة و غرف». و فى القاموس «الحشفة محركة: ما فوق الختان». و فى مجمع البحرين «رأس الذكر من فوق الختان اذا قطعت وجبت الدية». و يحصل من ملاحظة مجموع كلماتهم أنّه قطع الجلدة التى هو كالغلاف للحشفة. و له نهايتان احديهما الذكر و يستره بحسب الخلقة غالباً ولهذا تجويف. والاخرى فى منتهى التجويف فى اصل الذكر. فلو فرض لصوق للجلدة باصل الذكر يعالجون فى فصله بادخال ميل تحت الجلدة ثم يمدّون الجلدة و يجرّونه الى الخارج بمقدار اذا قطعت ظهر رأس العضو غير مستتر بالجلد. هذا هوالمتعارف بين الناس ولاينافيه كلام اهل اللغة.

بقى الكلام فى انّ لحصول مصداقه المأمور به فى الشرع حداً معيناً- بمعنى انّه يجب كون تمام رأس الذكر المسمى بالحشفة خارجاً-؟ او يكفى ولو بقى شىء منها

مستوراً-؟ فالـذى يمكن ان يقال بدخـوله فى المصداق جـزماً هو ما ظهـر شبيه الرأس والعنق من الانسان، و ما بعد الحلقة (الذى هـو محل الموسى) مثل جسد الانسان. و ما يمكن القول بعـد [م] دخوله فيه جـزماً [هو] ما بقـى بعدالقطع ثقبة الاحليـل مستورةً بالجلدة. و الاشكال فى مابين الامرين المذكورين.

ولايمكن الاستدلال بوجـوب الاول بقولهم «اذا التقى الختانان وجـب الغسل والحدّ والرجم» بتقريب تعليق الشارع. اذا لاغلب انّها امور لادخل لوضع الشارع فيها، و معيارها العرف واللغة. ولمّا كان ذلـك العمل فعلاً مرغوبا من حيث التلـذذ والتنزّه (حيث انّه قد يجتمع تحـت الجلدة الاوسـاخ والعذرات التى بعـدالجماع و يتنفّر ويتقذّر منـه) فبنى المشرفون امرهم على ذلك و صار متعارفاً بينهم. ولمّا كان استيصال تلك الجلدة بالمرّة ادخل فى المقصود صـار ذلك اصلاً فى العرف و العادة و سمّى مـوضع استيصال تلك الجلدة ختاناً عندهم بناءً على الغالب و الغرض الاصلى.

ولكن لم يعرف من اهل العرف انّهم جعلوا لفـظ الختنة حقيقةً فى ماحصل منه هذا الفرد الاكمل فقط، اولمطلق قطع الجلدة. و صيرورة لفظ الختان اسماً للموضع الخاص الذى هو محل استيصال الغلفة بالمرة و حقيقـة فيه، لايستلزم صيرورة لفظ الختنة ايضاً حقيقة فى ما استوصل تلك الجلدة. و امرالشارع بالختن بقوله «اختنوا اولاد كم» و امثال ذلك ممـاورد فى وجوب الختنة انّمـا هو فيما كـان مبدأ الاشتقاق، و مفهوم اللفـظ هو مطلق قطع الجلدة. بمعنى انّه لم يعلم امره با كثر من ذلك.

فالشـارع علّق الاحكام الكثيرة بـدخول الاحليل فى الفـرج الى حدّ يلتقى مـوضع استيصال تلـك الجلدة موضع خفـض المرأة. و المراد الموضـع الذى من شأنـه ذلك. لاماحصـل فيه بالفعـل. والاّ لم يجب الغسـل على غير المختـون و على من بقـى نصف حشفته مستوراً و على من خلق مختوناً. فلامدخلية لذلك. و لزوم ايجاب الشارع الختان الى هذا الحـد (بل وجوب الختان) امر آخر و حكـم برأسه، مع قطع النظـر عن الاحكام المترتبة عليه. فلابدّ من معرفة انّ الشارع هل اوجب ذلك على وفق الحدّ الذى بنى عليه اهل العرف فى الاغلب، و مايكون المقصود حصـول الغـــــرض المترتب عليه اكثر و هو حد استيصال الغلفة بالمرّة-؟ او اكتفى بـالمسمّى (يعنى مسمّى قطع تلك الجلدة، سواء تحقق ماهو مطابق لوفق مقصد اغلب الناس و مؤسس هذا العمل ام لا)؟.

والذى يتحصل من كلمات اهـل اللغة هو ما يتضمـن قطع الجلدة لتى هـى غلاف

الحشفة. و امّا الاستيصال رأساً فلايفهم. كما انّ قطع الاوداج الاربعة فى الذبح يحصل بفصل شىء منها من الباقى و ان كان المفصول قليلاً و الباقى كثيراً. ولم يعلم من الشرع از يد من ذلک، مع حصول المعنى اللغوى و العرفى بذلک. فقطع الغرلة و الغلفة ايضاً يحصل بذلک، والاصل براءة الذمّة عمّا هو از يد من ذلک. نعم الظاهر انّ ظهور ثقبة الحشفة ممّا لابدّ منه. فلايكفى مع استتاره و ان قطع من الجلدة شىء. كما يشعر بذلک الاخبار الواردة فى مذمة الاغلف، فانّ الظاهر منه المستتر با جمعه.

و يويّد ذلک (بل يدل عليه) ماورد فى وجوب اعادة الختان ان نبت الغلفة بعده فقد روى الصدوق فى كتاب **اكمال الدين** بسنده عن ابى الحسين محمدبن جعفرالاسدى فى ما ورد عليه من التوقيع عن محمدبن عثمان العمرى فى جواب مسائله عن صاحب الزمان(ع) «و امّا ما سألت عنه من امرالمولود الذى تنبت غلفته بعد ما يختن، هل يختن مرّة اخرى. فانّه يجب ان تقطع غلفته، فانّ الارض تضجّ الى‌الله عزّوجل من بول الاغلف اربعين صباحاً»[1] و رواه الطبرسى ايضاً فى الاحتجاج. و وجه الدلالة: انّ الظاهر ان المراد به نبات الغلفة و صيرورتها بالصورة الاولى. و هذا لايمكن غالباً فى مالواستوصل الغلفة، بل هو فى ما قطع قليل منها، فيظهر من الرواية انّه لولم تنبت ثانياً فى هذه الصورة لكان كافياً. و تعليله(ع) بضجيج الارض من بول الاغلف يشهد بانّ موردالسؤال كان كذلک.

و يؤيّد ما ذكرنا ايضاً ماورد فى استحباب امرارالموسى على من ولد مختوناً، كما رواه الصدوق ايضاً فى كتاب المذكور «عن ابن ابى عمير: قال: سمعت اباالحسن موسى بن جعفر(ع) يقول لمّا و لدالرضا: انّ ابنى هذا ولد مختوناً، وليس من الائمة- عليهم السلام- احد يولد الاّ مختوناً طاهراً مطهراً، و لكنّا سنمرّ عليه الموسى لاصابة السنّة و اتباع الحنيفية».[2] وجه التأييد انّه يحصل اصابة السنة بما نحن فيه بالطريق الاولى. و يؤيّده ايضاً الرواية التى وردت فى انّ سارة لمّا عابت ها جر و أزرتها من اجل كونها غير مخفوضة، ولد لها اسحق غير مختون، و أمر ابراهيم بختن اسحق و اذاقته حرّالحديد لا زراء سارة هاجر. و جرت به السنّة فى اولاد اسحق بعد ذلک، بعد ما كان السيّرة فى اولاد الانبياء اَن يسقط غلفتهم يوم‌السابع مع سررهم[3]. و انّ اذاقة حرّالحديد يحصل و ان لم

۱- المرجع: الباب ۵۷ ح ۱
۲- المرجع: الباب ۵۳ ح ۱
۳- المرجع: الباب ۵۲ ح ۶

یستاصل الغلفة. و یشیرالیه الدعاء الوارد فی الختان انّه یقول «اللّهمّ هذه سنتّک [و سنّة نبیّک و اتّباع منّالک ولدینک بمشیّتک و بارادتک لامر اردته و قضاء حتمته و امرا نفذته] فاذقته حرّالحدید فی ختانه و حجامته لامر انت اعرف به منّی [اللّهم فطهّره من الذنوب و زد فی عمره و ادفع الآفات عن بدنه والاوجاع عن جسمه و زده من الغنی و ادفع عنه الفقر فانکّ تعلم و لانعلم]».[۱]

و یؤیّده ایضاً **صحیحة** محمدبن مسلم عن الصادق(ع) فی جملتها ان رسول‌الله(ص)- قال لامّ حبیبة التی کانت خافضةً تخفض الجواری «اذا انت فعلت فلاتنهکی ولاتستاصلی و اشمی فانّه اشرق للوجه واحظی عندالزوج»[۲]. قوله-ص- «واشمی» یعنی خذی منه قلیلاً شبه‌القطع الیسیر فی ختان المرأة با شمام الرائحة، و «النهک»المبالغة فیه. ای اقطعی بعضاً و ابقی بعضاً. و «احظی عندالزوج» ای احب الیه. و **روایة** عمروبن ثابت «عن ابی عبدالله-ع- قال: کانت امرأة یقال لها ام طیبة تخفض الجواری، فدعاها النّبی-ص- فقال: یا ام طیبة اذا خفضت فاشمی ولاتجحفی فانّه اصفی للون الوجه و احظی عندالبعل».[۳]

و وجه التأیید فی الخبرین انّ تقیید اطلاق ماورد فی خفض الجواری بلفظ «الخفض» فی بعضها و بلفظ «الختن» فی بعضها، بهاتین الروایتین بدون تعیین فی المقدار، یفید انّ مسمّی القطع کاف فی حصول المکرمة والرجحان.

و حاصل المقام: ان الّذی ثبت فی‌العرف کونه مطلوباً هوظهور مجموع‌الحشفة بقطع الجلدة الّتی هی غلافها و قصد ذلک. سواء حصل تمام‌المقصود ام لا. فمن ختن ولم یستأصل جلدته یصدق علیه انّه فعل به هذا الفعل. و الشارع ایضاً امر بفعل ما یصدق به ذلک لابشرط حصول تمام المقصود. و یحصل الامتثال بذلک و ان لم یستأصل، والاصل عدم ثبوت الامر بالاستیصال. و امّا لزوم الاعادة لو نبت الجلدة ثانیا بحیث احاط الثقبة، فلاجل صدق «الاغلف» حینئذ.فالمستفاد من الاخبار شیئان: احدهما ذمّ الاغلف و بطلان طوافه (مثلاً و غیر ذلک) و المنع عن الاغلفیة. و الثانی کونه مختوناً. فلوفرض

۱- المرجع: الباب ۵۹ ح ۱.
۲- وسائل: ج ۱۲، ابواب مایکتسب به، الباب ۱۸ ح ۱.
۳- المرجع: الباب: ح ۲.

صیرورته مختونـاً بسبب قطع بعض الجلدة حصل الامتثال من هـذه الجهة ولم یحصل[۱] الامتثال من جهة لزوم الاحتراز عن کونه اغلف.

فتأمّل فی ما ذکرنا بنظر دقیق فانّـه تحقیق حقیق بالتصدیق. فما یظهر من **الدروس** من وجوب کشـف جمیع البشرة، ان ارادمنه کشف بشـرة الحشفة با جمعها، لـم یرتبط بدلیل تامّ.

و امّا السؤال عن خفـض الجواری فلاخـلاف فی استحبـابه، و عدم ظهـور الخلاف یکفی للمسامحة فـی السنن. و ان کان الاخبار لیست بصریحة فـی الاستحباب، بل فی بعضها نفـی کونه من السنـة. ففی **صحیحة** عبدالله بـن سنان «عن الصـادق -ع- قال: ختان الغلام من السنّة و خفض الجـاریة لیس من السنّة»[۲]. و قدمرّ **صحیحة** ابی بصیر، و فی روایة غیاث بـن ابراهیم «عنه عن ابیه علیهما السلام قـال: قال علی -ع-: لابأس ان لاتختتن المرأة. فامّا الرجال فلابدّمنه»[۳]. و **روی** فی الکافی عن مسـعدة بن صدقة «عن الصادق -ع- قال: خفض النّساء مکرمة و لیس من السنة ولاشیئاً و اجباً، وایّ شیء افضل من المکرمة»[۴]. و **روایة** عبدالله بن سنـان «عنه -ع- قال: الختان سنّة للرجـال و مکرمة للنساء»[۵]. ولایخلوان من اشعار بالاستحباب. و لعل المراد بالمکرمة کونها مکرمةً عند زوجها.

و امّا حقیقـة الخفض: فقـال فی **القاموس** «و خفض الجـاریة، کختن الغـلام خاص بهنّ». و یؤدّی مـؤداه مافی مجمع البحـرین. قال فی القـاموس «امّا عذرة المـرأة و هی جلدة کعرف الدیک -و فی بعض النسخ «کفرق الدیک». و لعلّه الاظهر- بین الشفرین فی اعلی الفرج فوق مدخل الذکر و فوق مخـرج البول اذا قطعت. فهی اصلها کالنواة تشاهد عندالهزال و تستر عندالسمن. فیستحب ازالتها. ولایملـک الحاکم اجبارها، فلواجبرها اوقطعها اجنبی حسبـة ضمن السرایة. و فی ضمـان المقطوع عندی نظر، ولـم اقف فیه علی کـلام. فان قلنا به، ضمـن الارش فی اقرب از منة الجـرح من الاندمال. و امـا عذرة البکارة: فمضمونة الاّ علی الزوج، علی کلام **المبسوط**.

۱- عبارة النسخة:... بسبب قطع بعض الجلدة و حصل الامتثال من هذه الجهة ولکن لم یحصل...
۲- وسائل: ج ۱۵، ابواب احکام الاولاد، الباب ۵۶ح۲.
۳- المرجع: الباب ۵۲ح۸.
۴- المرجع: الباب ۵۶ح۳.
۵- المرجع: الباب ۵۸ح۱.