

الواضح
في شرح العروة الوثقى

أصواء وآراء

على مجتهد سيد الطائفة السيد الخوئي

المؤلف - الكحل

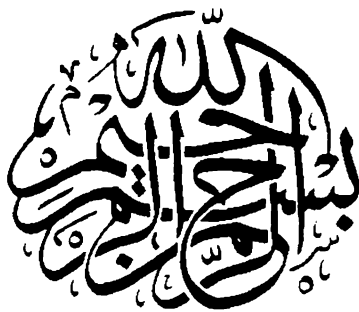
الجزء الثامن عشر

مائتين

أشخ محمد الجوامعي

الواضح
في شرح العروة الوثقى





الواضح

في شرح العروة الوثقى

أضواء وآراء

على مجوِّثِ سَيِّدِ الطائفةِ السَّيِّدِ المَحُوِّثِ

الحوالتة - النكاح

الجزء الثامن عشر

تأليف

الشيخ محمد الجواهري

العنوان: الواضح في شرح العروة الوثقى ج ١٨

المؤلف: الشيخ محمد الجواهري

الفقه الجعفري - قرن ١٤

التسلسل الرقمي: ٥/ BP1٨٣ الديوي: ٣٤٢/٢٩٧

الرقم في المكتبة الوطنية الايرانية ٦٢٢٥٢٥٢

شابك (ردمك) ٩٧٨-٩٦٤-٥٣٥-٦٧٥-٨

ISBN 978-964-535-675-8 VOLS

شابك (ردمك) ٩٧٨-٩٦٤-٥٣٥٦٧٦-٥ ج ١٨

ISBN 978-964-535676-5 VOL 18

الكتاب: الواضح في شرح العروة الوثقى/ ج ١٨ الحوالة - النكاح

المؤلف: الشيخ محمد الجواهري

الناشر: دار التفسير

الطبعة: الأولى ١٤٤١ ق = ٢٠٢٠ م

المطبعة: زلال الكوثر

الكمية: ١٠٠٠ نسخة

((كافة حقوق الطبع محفوظة ومسجله للمؤلف))

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحوالة*

وهي عندهم تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة . والأولى أن يقال : إنها إحالة المديون دائته إلى غيره ، أو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمّة غيره ، وعلى هذا فلا يتتقضى طرده بالضمان ، فإنه وإن كان تحويلاً من الضامن للدين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمته ، إلا أنه ليس فيه الاحالة المذكورة ، خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه^(١) .

(١) عَرَفَ الماتن رحمته الحوالة ثم ذكر الفرق بينها وبين الضمان مع كونهما معاً نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة ، فقال : الحوالة عند الأصحاب تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة^(١) ، والأولى أن يقال : إنها

(*) الدليل على صحة الحوالة الآتي معناها أشير إليه إشارة في الجواهر وغيره ، وهو : النص والإجماع ، الجواهر ٢٦ : ١٦٠ ، وما دل على صحة العقود .

أما النص فمنه صحيح أبي أيوب أنه سأل أبا عبدالله عليه السلام «عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» الوسائل ج ١٨ : ٤٣٣ باب ١١ من أبواب كتاب الضمان ح ١ ويؤيدها رواية عقبه بن جعفر نفس المصدر ح ٤ .

ومنه صحيح منصور بن حازم قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» الوسائل ج ١٨ : ٤٣٤ باب ١١ من أبواب الضمان ح ٣ .

وأما الإجماع فلم يخالف فيه أحد فيما نعلم لا من الخاصة ولا من أبناء السنّة والجماعة . إلا أنه مدركي لا يصح الاستناد إليه .

وأما ما دلّ على صحة العقود فهو قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

(١) وبما أن في التعريف مسامحة ظاهرة عدل الماتن رحمته عن هذا التعريف إلى تعريف آخر ، والمسامحة التي في تعريف الأصحاب للحوالة هي أنه غير مانع من الاغيار فإن الضمان هو أيضاً تحويل المال من ذمّة إلى ذمّة لأنّ الضمان كما عرفت في أول كتاب الضمان هو نقل الدين

إحالة المديون دائته إلى غيره ، أو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره^(١) . وهذا المعنى

بأن ذمة إلى ذمة ، والتحويل في اللغة بمعنى النقل من مكان لآخر بلا كلام ، فتحويل المال من ذمة إلى ذمة شامل للحوالة والضمان فهو غير مانع من الأعيار فهو غير صحيح . ولذا عدل الماتن رحمته إلى تعريف آخر مانع من دخول الضمان فيه .
فقال : **والأولى أن يقال ... إلخ .**

والصحيح أن يقول : والصحيح أن يقال إلخ لا الأولى أن يقال .

(١) بدعوى أن هذا التعريف صحيح ومانع من الأعيار لأن في الحوالة فقط يحيل المديون دائته إلى غيره أو يحيل المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره ، وأما في الضمان فليس المديون هو الذي يحيل دائته من ذمته إلى ذمة غيره ولا أنه يحيل دينه من ذمته إلى ذمة غيره . بل الذي يتقل ويحيل في الضمان إنما هو غير المديون وهو شخص ثالث غير المديون وغير الدائن بنظر الماتن فلا يكون حينئذ تعريف الحوالة شاملاً للضمان بوجه من الوجوه ، فهذا التعريف بنظر الماتن رحمته كما هو جامع لأفراد الحوالة ومانع من دخول أفراد غيرها فيها يوضح أيضاً الفارق بين الحوالة والضمان بناءً على مسلك الماتن رحمته من أن كلاً من الحوالة والضمان أيضاً من الإيقاعات لا من العقود .

ولكن : أحد التعريفين اللذين ذكرهما الماتن وهو إحالة المديون دائته إلى غيره غير مانع من الأعيار أيضاً لأنه يشمل ما لو أحال المديون دائته على غيره لا على ذمة غيره بأن أحاله على أمين المديون أو وكيله بأن يعطيه من مال المديون ، فإن هذا أيضاً يصدق عليه إحالة المديون دائته على غيره إلا أنه ليس هو الحوالة المراد من باب الحوالة هنا ، ويذكر الماتن رحمته هذه المسألة في آخر باب الحوالة ويقول إنها ليست من الحوالة المتعارفة التي عقد لها هذه الباب ، نعم التعريف الثاني وهو إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره صحيح ، وعليه فالصحيح في التعريف الأول : هو أن يقول الماتن إحالة المدين دائته على ذمة غيره فلا يشمل إحالة المديون دائته على وكيله أو أمينه يعطيه من مال نفس المديون حيث إنها ليست هي إحالة على ذمة

واضح وظاهر من الحوالة ، فنقول : هي مأخوذة من الأحالة أو التحويل الذي هو في اللغة بمعنى النقل من مكان إلى مكان كمن ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه ، أو تحويل النهر من هذا المكان إلى هذا المكان ، أو النقل من زمان لآخر أو من حال إلى حال كما في تحويل السنة^(١) .

وأما الفرق بين الحوالة والضمان مع اشتراكهما في نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة .
هو أنه في عقد الضمان المعاملة والعقد بين الدائن وشخص أجنبي وهو الضامن - لا مع المديون - فينقل الضامن الدين من ذمّة المضمون عنه إلى ذمّته ، فيكون مديناً بعد ما لم يكن كذلك من الأوّل ، وتبرأ بذلك ذمّة المضمون عنه .

وفي عقد الحوالة المعاملة بين المديون والدائن - لا مع شخص أجنبي - فتبرأ ذمّة المديون من الدّين وتشتغل به ذمّة شخص آخر بالنسبة إلى الدائن ، سواء أكانت ذمّة الشخص الآخر قبل ذلك مشغولة أم بريئة^(٢) .

☞ الوكيل أو الأمين .

وأما تفريق السيد الأستاذ^{رحمته} بين الحوالة والضمان ، وأن الحوالة فالعقد فيها بين المديون والدائن والضمان العقد فيه بين الدائن وغير المديون وهو الأجنبي وهو الضامن لا بين المديون والدائن . فهو وإن كان تفريقاً صحيحاً وموجباً لكون الضمان خارجاً عن الحوالة لأن العقد فيه ليس بين المديون والدائن إلا أنّ المعاملة التي تكون بين المديون والدائن ليست مانعة من الاغيار حيث إنها تشمل إحالة المديون دائنه على وكيل الدائن أو أمينه بأن يعطيه من مال نفسه المديون الموجود عند الوكيل أو الأمين . والحال إنها ليست من الحوالة المتعارفة التي عقد لها هذا الكتاب ، فهذا التعريف غير مانع من الاغيار أيضاً ، وإن منع من دخول الضمان في الحوالة .

(١) حيث كان الهيثويون القدماء يقولون إنه - أي التحويل - انتقال الشمس من برج إلى برج حين دورانها حول الأرض الذي هو أوّل الربيع (ويوم النوروز) . **ولكن اتفق الهيثويون الجدد بأن الأرض هي التي تدور حول الشمس ، فالانتقال إنما لحركتها لا لحركة الشمس .**

(٢) نعم ، إذا كانت بريئة اعتبر رضا المحال عليه في صحة المعاملة الواقعة بين المديون والدائن أي بين المحيل والمحتمل وهذا لا يوجب دخول المحال عليه في المعاملة التي تكون بين

«المديون والدائن فقط . فعقد الحوالة على أي تقدير هو المعاملة بين المديون والدائن ، وليس مع شخص أجنبي عنهما .

ثم إنه عرّف المحقق في الشرائع الحوالة بقوله : «فالحوالة عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله» الشرائع ٢ : ١٣١ .

وفي القواعد : «هي عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى أخرى» القواعد ٢ : ١٦٢ طبعة مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة .

ونحوه في التذكرة ١٤ : ٤٢٩ ، والتحرير ٢ : ٥٧٤ . وقد حذف عليه السلام من التعريف في الكتب الثلاثة وكذا غيره جملة (مشغولة بمثله) لوضوح أنها تقتضي عدم صحة الحوالة على البريء ، والحال إن صحتها عنده وعند غيره واضحة .

ومن هنا يشكل على الماتن عليه السلام في نسبة التعريف الذي ذكره إلى الأصحاب ، فإن بعضهم أضاف إليه جملة (مشغولة بمثله) كما في الشرائع ، لكن في الشرائع بعد أربعة أسطر قال : «ويصح أن يحيل على من ليس عليه دين لكن يكون ذلك بالضمان أشبه» الشرائع ٢ : ١٣٢ .

وقال الشيخ في الجواهر : وقد حاول الفاضل إدخالها [أي حاول العلامة عليه السلام ادخال الحوالة على البريء بحذف قيد الشغل «مشغولة بمثله»] لكنه ينتقض بالضمان «الجواهر ٢٦ : ١٦٠ بدعوى أن في الضمان الضامن ليست ذمته مشغولة بمثل الدين فإذا كانت الحوالة أيضاً تشمل الحوالة على من ليس بمشغول الذمة كان الضمان داخلاً في الحوالة أو شبيهاً بها .

أقول : قول المحقق «لكن يكون ذلك بالضمان أشبه» وكذا قول الشيخ صاحب الجواهر «لكنه ينتقض بالضمان» .

توهم فاسد ، وليس لذلك ربط بالضمان أصلاً كما سيأتي ، فالصحيح في تعريف الحوالة هو ما ذكره الماتن عليه السلام مع توضيح منّا وهو : نقل المديون دينه من ذمته إلى ذمة أخرى مشغولة للدائن أو بريئة أو نقل المديون دائنه إلى غيره مطلقاً ، (والماتن وإن لم يقل بنقل الدين أو نقل الدائن بل قال إحالة المديون دينه أو دائنه ، إلا أن الأصح هو النقل ، لدفع إشكال أخذ الأحالة والتحويل في التعريف في حين أنا نريد تعريف الحوالة ، فقد يقال إنه كتعريف الماء بعد الجهد بالماء) .

فالفرق بينهما ظاهر^(١).

والمقصود أن التعريف المذكور مع شموله للحوالة على البريء غير شامل للضمان بوجه لأن الضمان ليس هو نقل المديون دائته ولا نقل المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره ، وبذلك تعرف ما في كلام المحقق وما في كلام الشيخ صاحب الجواهر رحمتهما.

على أن الشيخ صاحب الجواهر رحمتهما قال: في رد من قال أن الحوالة على البريء بالضمان اشبه وهو المحقق في الشرائع أو في رد القائل بأن الحوالة على البريء: «الأظهر أنها ضمان» ما نصه «وإن كان فيه مالا يخفى ضرورة عدم إنشاء ذلك من المحال عليه حتى يكون ضماناً» الجواهر ٢٦: ١٦٥ المستفاد منه أنه لو كان ذلك بإنشاء من المحال عليه كانت ضماناً عنده دون ما لو لم تكن بإنشاء من المحال عليه فكيف يقبل قوله هنا «لكنه ينتقض بالضمان؟!» .

(١) هذا الفرق ذكره السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمتهما لا الماتن رحمتهما ، والفرق الذي ذكره الماتن هو أن في الحوالة الإحالة أو قل النقل من المدين (المحيل) وفي الضمان ليست هناك إحالة أو نقل من المدين فلا يشتمل تعريف الحوالة للضمان لأن الماتن لا يرى أن الحوالة عقد ، كما لا يرى أن الضمان عقد ، بل يرى أن كلا منها إيقاع .

ثم إنه لم يتعرض السيد الأستاذ رحمتهما إلى التعليق على قول الماتن رحمتهما (خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه) .

وقال السيد الحكيم رحمتهما ما مضمونه : وكأنه إذا كان سؤال من المضمون عنه لا يكون حوالة ، فيوهم ذلك كونه ضماناً ، فكأن السائل بسؤاله يكون هو الناقل للمال من ذمته إلى ذمة الضامن . المستمسك ١٣ : ٢١٩ طبعة بيروت .

أقول ليس الأمر كذلك ، والسؤال لا يوجب الوهم أيضاً ، لأن السائل للرزق غير الرزاق كما هو واضح ، والطالب للفعل غير الفاعل له ، فالناقل غير الطالب للنقل فيتبع حينئذ فعل الفاعل ، فلو أحال المديون دائته على زيد المشغول الذمة مثلاً للمديون - أو البريء ورضي زيد بذلك - كما رضي الدائن بذلك ، كان حوالة .

ويشترط فيها - مضافاً إلى البلوغ، والعقل، والاختيار^(١)، وعدم السّفه في الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه .

(١) ثمّ ذكر أنّه يعتبر في صحة الحوالة الشروط العامة المعتبرة في جميع العقود، فإنها معتبرة هنا أيضاً، وتقدمت أدلتها غير مرة^(١) .

ثمّ إن لم يسأل المدين زيداً أن ينقل دينه إلى ذمّته أي إلى ذمّة زيد، فعقد زيد عقد ضمان مع المضمون له وكان زيد ضامناً وقبل المضمون له، كان عقد ضمان، والحال إنه ليس بسؤال من المدين والمضمون عنه . فقول الماتن رحمته (خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون عنه) لا دخل له في تحقق الحوالة . كما أن السؤال لا دخل له في تحقق الضمان أيضاً ولا توهم تحقّقه، بل من جهة أن الحوالة حينئذٍ إذا لم يكن ذلك بسؤال من المضمون عنه تكون أوضح، بل لا معنى لأن تكون مع السؤال، لأن المحيل هو نفس من عليه الدين وهو المدين، ولذا ترك التعليق عليه السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته .

ثمّ إنّه علّق السيد السبزواري رحمته على قول الماتن (خصوصاً إذا لم يكن بسؤال من المضمون) بما نصه: «لأنّه لا منشأ لتوهم الحوالة حينئذٍ فيه حتى من التوهم البدوي» مهذب الأحكام ٢٠: ٣٠٢ .

أقول: أولاً: لا وهم كما عرفت لأن يكون العقد مع سؤال المضمون عنه عقد ضمان أبداً، بل هو مع عدم السؤال أوضح كونه عقد حوالة .
وثانياً: الصحيح في العبارة هو أن يقول: لأنّه لا منشأ لتوهم الضمان حينئذٍ فيه حتى من التوهم البدوي .

ثمّ إن الفرق بين الحوالة والضمان إنما هو في المتعاقدين، ففي الحوالة كما عرفت طرفا المعاملة المحيل والمحتال وهو الدائن والمدين، والطرفان في الضمان الضامن وهو أجنبي والمضمون له وهو الدائن، لا المدين والدائن . فإن كان هذا هو المراد من المرتكزات العرفية في التفرقة بين الضمان والحوالة، كان ما ذكره السيد السبزواري رحمته في التفرقة بينهما بقوله: «لحكم العرف بالتفاوت بين العنوانين فيكفي نفس مرتكزاتهم في التفرقة بينهما» . (مهذب الأحكام ٢٠: ٣٠٢) صحيحاً، وإلا فلا .

(١) منها: في الواضح ١٤: ٢٤٠ - ٢٤٣ .

﴿ وملخص ما ذكرناه هناك :

أن الدليل على اعتبار البلوغ وعدم السفه في تصرفات الصبي في أمواله مستقلاً بأن يجري عقد الحوالة له أو غيره من العقود :

أولاً: قوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْيَمِيَّ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ النساء ٤: ٦، وهي دالة على اعتبار البلوغ، وأن لا يكون سفياً حتى لو كان بالغاً. وثانياً: معتبرة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سأله أبي - وأنا حاضر - عن اليتيم متى يجوز أمره؟ قال: حتى يبلغ أشده، قال: وما أشده؟ قال: احتلامه» الخصال: ٤٩٥/٣. والوهم في اعتبارها أو كونها عن عبدالله بن سنان قد أجبتنا عليه في الواضح ١٤: ٢٤٠ - ٢٤١. وهذان الدليلان إنما يدلان على اعتبار البلوغ في تصرفات الصبي في نفسه مستقلاً، لا على اعتبار البلوغ في صحة عقده آله - ككونه لسان الولي العاقد - أو لغيره، أو عقده مستقلاً في أموال غيره، فلا دليل على اعتبار البلوغ في كل ذلك.

والدليل على اعتبار العقل في الحوالة كون الحوالة من العقود، ولا شك في اعتبار القصد في العقود، ولا قصد إليها من غير العاقل، فعقده لا عقد، له أو لغيره، آله أو استقلالاً.

وأما الدليل على اعتبار الاختيار في الحوالة :

فالأول قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ﴾ النساء ٤: ٢٩، ومع الإكراه لا تراضي ولا طيب نفس، فيكون أكلاً للباطل وهو منهى عنه. والثاني: قوله عليه السلام في معتبرة سماعة «فإنه لا يحل دم امرئ مسلم ولا ماله إلا بطيبة نفسه». الوسائل ج ٥: ١٢٠ باب ٣ من أبواب مكان المصلي ح ١.

الثالث: معتبرة يحيى بن عبدالله بن الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: «سمعت يقول: لا يجوز طلاق في استكراه...» الوسائل ج ٢٢: ٨٧ باب ٣٧ من أبواب مقدمات الطلاق وشرائطه ح ٤، وبعدم القول بالفصل بين الطلاق وغيره من الايقاعات والمعاملات يثبت اعتبار الاختيار في الحوالة. وطبعاً اعتبار الاختيار إنما هو فيما إذا لم يكن مكرهاً على إجراء العقد، فقط سواء كان عقد حوالة أو غيره، وذلك لأن الإكراه على إجراء العقد فقط لا دليل على كونه مضراً، فلذا يقع

ومن الواضح أن هذه الشروط كالبلوغ والعقل والرشد - أي غير سفيه - والاختيار إنما هي لمن يكون طرفاً للعقد، والحوالة عقد قائم بين المحيل والمحتال^(١).

«صحيحاً حتى لو كان العاقد مكرهاً، فإن ما دل على عدم الاكراه لم يدل عليه فيه، لأن ما دل على اعتبار الاختيار وعدم الاكراه إنما هو فيما إذا كان ذلك المكره عليه ذا أثر بالنسبة إلى المكره، وأما إذا لم يكن ذا أثر بالنسبة إلى المكره فلا، وأكراه من يجري صيغة عقد زواج مثلاً بين اثنين على اجرائها لا أثر يرجع إليه من هذا العقد. فمن له الأثر غير مكره، وما هو المكره ليس الأثر بالنسبة إليه. فلذا يقع عقد الزواج أو غيره صحيحاً حتى مع أكراه العاقد.

(١) يقال للذي أحيل دينه من ذمة المديون إلى ذمة شخص آخر: المحتال، ففي لسان العرب ٣: ٤٠٣ في مادة حول «قال أبو منصور: يقال أحلت فلاناً بما له عليّ وهو كذا درهماً، على رجل آخر لي عليه كذا درهماً، أحيله إحالة، فاحتال بها عليه، ومنه قول النبي ﷺ: وإذا أحيل أحدكم على آخر فليحتل».

وقال في مجمع البحرين: «والاسم الحوالة، واحتال الرجل إذا قبل الحوالة، وهي في مصطلح أهل الشرع عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة مشغولة بمثله أو غير مشغولة على اختلاف فيه، بشرط رضا الثلاثة: المحيل: وهو الذي له الحق، والمحتال: وهو الذي يقبل الحوالة، والمحال عليه: وهو الذي عليه الحق للمحيل. وأما المحال به فهو الدين. واقتصر بعضهم على رضا المحيل والمحتال» مادة حول.

وفي تاج العروس ١٤: ١٨٢ مادة حول «وتحوّل في الأمر احتال».

وعليه فتعرف ما في بعض التعبيرات، فإنه قيل: «بقي أن نلتفت إلى بعض الأمور: الأمر الأول [لو كان زيد مديناً لسعيد، وسعيد مديناً لخالد، فإذا طالب خالد دينه من سعيد يصح لسعيد أن يحيله على زيد مع تساوي الكم والنوع مثلاً] فإن خالداً في المثال هو المحيل وزيداً هو المحال عليه، وسعيداً (الذي هو طرف للدينين معاً) هو المحتال أو المحال، والدين هو المحال به وهو الدين الذي في ذمة المُحال».

وأما المحال عليه فهو شخص أجنبي عن العقد بالكلية إن كان مشغول الذمة للمحيل فلا يعتبر أي شرط فيه كما سيأتي ، وإلا - أي وإن لم يكن مشغول الذمة للمحيل كالحوالة على البريء - فهي غير ملزمة بالنسبة إليه ، فلا شك في اعتبار رضاه . إلا أن اعتبار رضاه لا يجعله طرفاً

﴿ فإن الصحيح فيه : فإن خالداً هو المحتال (لا المحيل) وسعيداً هو المحيل (لا المحتال) . وكذا تعرف ما في التعبير الثاني فإنه قيل «الأمر الثاني : أنه ليس بين زيد (المحال عليه) وخالد (المحيل) دين ، وإنما هو - أعني زيداً - مشغول الذمة للمحتال بدين آخر غير المحال به ، ومن هنا سميت : حوالة على مشغول الذمة أو على المدين» .

والصحيح في العبارة : هو أن يقال : «أنه ليس بين زيد (المحال عليه) وخالد (المحتال) دين وإنما هو - أعني زيداً - مشغول الذمة للمحيل (لا للمحتال) بدين آخر غير المحال به ، ومن هنا سميت : حوالة على مشغول الذمة أو على المدين» .

ثم إنَّ الحوالة المذكورة والمرادة إنما هي غير تحويل المدين دينه على مال نفس المدين الشخصي الخارجي الذي يطلق عليها الحوالات والذي يشملها أيضاً ما في تاج العروس : وفي العباب : حوّلت الشيء نقلته من مكان إلى مكان «تاج العروس ١٤ : ١٨١ مادة حول . والذي منه ما يستعمل في تحويل الدين ولكن على مال نفس المدين ولعل الغالب فيه أن يكون من مكان إلى مكان (المعبر عنه بالحوالات جمع حوالة) في البنوك وغيرها والذي ليس هو تحويل المديون دينه أو دائنه على آخر مشغول الذمة له أو بريء ، بل هو تحويل المديون دينه أو دائنه على مال نفس المديون الشخصي الخارجي الموجود عند شخص آخر أمين للمديون أو وكيل سواء أكان في مكان آخر أم لا . وهذا الذي نقوله ذكره الماتن رحمته في آخر مسألة من مسائل الحوالة وهي المسألة ١٧ الرقم العام [٣٦٣٢] وكان من المناسب ذكر هذا المضمون هنا والتفريق بينه وبين الحوالة المصطلحة حتّى في تعريف الحوالة ويقال : إنَّ في الحوالة المصطلحة تبرأ ذمة المحيل بها بمجرد الحوالة وتشتغل ذمة المحال عليه بها مشغول الذمة للمحيل كان أو بريئاً وقبل قبض المحتال المال من المحال عليه أم لا ، بينما هنا أي في الحوالات لا تبرأ ذمة المحيل بذلك ما لم يقبض المحتال ماله من المحال عليه .

في عقد الحوالة وإن اعتبر في رضاه إن يكون رضا بالغ عاقل مختار غير سفيه .
وعلى كل ، فلا بأس بذكر شروط كل منهم مستقلاً .

١ - أما المحال عليه^(١) فإما أن يكون مشغول الذمة للمحيل ، وإما أن لا يكون كذلك . وعلى الأول : المحال عليه أجنبي عن هذه المعاملة ، فلا وجه لاعتبار أي شرط فيه لا البلوغ ولا العقل ولا الاختيار ولا عدم الحجر لسفه أو فلس ، فلا مانع من الحوالة على الصغير أو المجنون أو السفيه أو المفلس ، أو على من لا يرضى بذلك ، ونحو ذلك ، فكما أن للمحيل أن يملك شخصاً آخر ذلك المال الذي في ذمة المحال عليه بصلح أو بيع أو نحو ذلك ، له أن يملكه لدائنه بالحوالة ، لأن سلطنة هذا المال بيد المحيل - لا بيد المحال عليه - له أن يتصرف به كيف شاء سواء رضي المحال عليه أم لا . ولو فرضنا محالاً اعتبار رضا المحال عليه فليس هو رضاً معاملياً ، بل هو أمر خارجي لم يدل الدليل على اعتبار شيء في هذا الرضا .

فعلية ما ذكره الماتن^(٢) من تسرية الشروط إلى المحال عليه بقوله (ويشترط فيها مضافاً إلى البلوغ والعقل والاختيار وعدم السّفه في الثلاثة من المحيل والمحتال والمحال عليه) وعدم تقييد ذلك بما إذا كانت الحوالة على البريء أي اطلاق اعتبار ذلك فيه خلط وخبط لا يمكن المساعدة عليه^(٣) .

(١) ويقال له الحَيْل أيضاً ، ويقال للمحيل الحَيْل أيضاً ، فهما الحَيْلان كالبَيْعان . لسان العرب .
(٢) قد يقال : إن الدين ما لم يقبض لا يتشخص ، فلا بد من الاقباض ، ولا بد في الاقباض من أن يكون صحيحاً ، وهو لا يتحقق من الصبي والمجنون فإن اقباضهما بحكم العدم ، ولذا يعتبر في المحال عليه أن يكون بالغاً عاقلاً ليصح اقباضه .

وفيه : أن معنى الحوالة هو العقد بين الدائن والمدين بتقل الدين من ذمة إلى ذمة ، فتكون ذمة المحال عليه - في الحوالة على مشغول الذمة - بدل أن تكون مشغولة للمدين تكون مشغولة للدائن ، وذلك أجنبي عن القبض ، وكما كان القبض الصحيح معتبراً في مقام الاستيفاء قبل الحوالة فهو معتبر بعدها أيضاً ، أي كما كان اللازم لو كان المدين صغيراً أن يكون القبض لو

«أريد تحققه قبل الحوالة أن يكون صحيحاً، كذلك لا بد أن يكون صحيحاً لو أريد تحققه بعد الحوالة، إلا أن ذلك أجنبني عن الحوالة. إذن فحال المحال عليه في الفرض لا يزيد عن حال الصندوق الذي يقول المدين للدائن: خذ دينك منه، في عدم اعتبار شيء فيه. بخلاف غير الفرض وهو الإحالة على بريء الذمة، إذ يعتبر في صحة الحوالة عليه رضاه، ولا يصح الرضا من الصبي أو المجنون أو المكره أو السفهيه، فلا بد أن يكون المحال عليه البريء الذمة راضياً، ولا بد في رضاه من بلوغه وعقله واختياره وعدم كونه سفياً. ثم إن الخلط والخبط واطلاق كلام الماتن باعتبار الشروط الثلاثة الذي لا يمكن المساعدة عليه كما هو إشكال على الماتن عليه السلام هو تعريض بكلام السيد الحكيم عليه السلام وكلام السيد السبزواري عليه السلام حيث إن كلاً منهما قبله وقال: إن هذه الشرائط الثلاثة هي الشرائط العامة، وتحريرها مفصلاً في كتاب البيع، ولم يقل إنها غير معتبرة بالنسبة إلى المحال عليه فيما إذا كان مشغول الذمة للمحيل. المستمسك ١٣: ٢١٩ - ٢٢٠ (طبعة بيروت)، مهذب الأحكام ٢٠: ٣٠٢، هذا.

ولكن يمكن أن يقال: إن إشكال السيد الأستاذ لا على الماتن وارد ولا أن التعريض الذي فيه بكلام العلمين صحيح أيضاً، وذلك لدلالة الاقتضاء الدالة على أن مراد الماتن عليه السلام من ذلك ما إذا كانت الحوالة على البريء لا على مشغول الذمة وإن لم يقيد به واطلق، إذ من الواضح عدم اشتراط ذلك في الحوالة على مشغول الذمة، فاعتبار هذه الشرائط وهي البلوغ، والعقل، والاختيار، وبمقتضى عبارته الأولى، وهي (وعدم السفه) دون الفلوس، الذي لا يعتبر في المحال عليه البريء، الذي هو أقوى في القرينية على ما إذا كانت الحوالة على البريء لا على مشغول الذمة يوجب القطع بأن مراده من ذلك في اعتبار الشروط في المحال عليه هو الحوالة على البريء، لأن هذه الأربعة كلها معتبرة فيه أي في المحال عليه البريء، دون الحجر لفلوس أيضاً. ولا يعتبر أي منها في الحوالة على المحال عليه المشغول الذمة كما هو واضح. وهذا يوجب الاطمئنان - إن لم يكن موجباً للقطع - بأن مراده من ذلك هو خصوص المحال عليه البريء وإن لم يقيد به. فدلالة الاقتضاء وهي التي عرفوها بأنها هي تلك الدلالة

وعلى الثاني وفرض أن الحوالة على البريء ، فهي غير ملزمة بالنسبة إلى المحال عليه ، إذ لا يستحق المحيل على المحال عليه شيئاً^(١) ، فلا شك تتوقف صحتها على رضا المحال عليه ، لانتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمته ، ولا يصح الرضا ممن هو فاقد لبعض الشروط المتقدمة ،

التي تتوقف عليها صحة الكلام عقلاً أو شرعاً ومثلوا للعقلي بقوله تعالى: ﴿وَسئَلِ الْقَرْيَةَ الَّتِي كُنَّا فِيهَا وَالْعِمْرَ الَّتِي أَقْبَلْنَا فِيهَا وَإِنَّا لَصَدِيقُونَ﴾ سورة يوسف ١٢ : ٨٢ وللشرعي بقولك (اعتق عبدك عني) ، فإن صحة الكلام في الآية المباركة إنما هي مرتبة على أن يكون السؤال من القرية إنما هو مقيد بأهل القرية وإن لم يقيد به سبحانه وتعالى ، لعدم معقولية السؤال من القرية التي هي الجدران والأشجار والحيوانات والأغنام ، فلا بد وأن يكون المراد من السؤال في قوله ﴿وَسئَلِ الْقَرْيَةَ﴾ المطلق السؤال من أهل القرية ليس إلا . وكذا السؤال من العير لا بد وأن يكون المراد منه بمقتضى دلالة الاقتضاء العقلية السؤال من أهل العير . وصحة الكلام في قولك (اعتق عبدك عني) إنما هي مرتبة على ملكني إياه ثم اعتقه عني بالوكالة ، إذ لا عتق إلا في ملك ، واستحالة دخول العوض إلا في ملك من خرج عنه المعوض في المعاملات المعاوضية ، فلا يصح شرعاً أن تعتق عبدك عني وهو عبدك . فصحة الكلام شرعاً متوقفة على أن يملكني العبد أولاً ثم يعتقه عني ثانياً ، وكل ذلك بالوكالة ، فكذا في المقام حينما يطلق الماتن والسيد الحكيم والسيد السبزواري وغيرهم (قدس الله أسرارهم) اعتبار الشروط في الحوالة وأنها معتبرة في المحيل والمحتال والمحال عليه ، فإن اعتبارها في المحال عليه بلا شك إنما هو فيما إذا كان بريء الذمة لتصح الحوالة عليه ، لا ما إذا كان مشغول الذمة للمحيل بهذه الدلالة التي هي دلالة الاقتضاء . وعليه فليست هذه الشرائط معتبرة في المحال عليه إذا كان مشغول الذمة كما قد ينسب إلى السيد الحكيم والسيد السبزواري عليه السلام من اعتبارها فيه ، فإنه توضح أنه لا وجه لاعتبارها فيه بمقتضى دلالة الاقتضاء ، ولا أن مراد الماتن عليه السلام من هذه الشرائط هو اعتبارها في المحال عليه المشغول الذمة ، بل مراده منها هو اعتبارها في الحوالة على البريء وهي معتبرة كلها في الحوالة عليه كما توضح .

(١) ولا ولاية له عليه ، ولا سلطنة ، ليشغل ذمته بلا رضاً منه .

إذ لا أثر لرضا الصبي، أو المجنون، أو المكره، أو السفهيه، لأن السفهيه ممنوع من التصرف بالنسبة إلى أمواله الخارجية وأعماله وفي ذمته أيضاً، فيعتبر في المحال عليه البريء البلوغ والعقل والاختيار وعدم السفه. نعم، لا مانع من أن يكون المحال عليه البريء مفلساً، فتصح الحوالة على البريء المفلس، لأن المفلس محجور عليه من التصرف في أمواله الخارجية التي حجر عليها، لا أنه محجور عليه بالنسبة إلى ذمته، فلذا لا مانع من أن يستقرض أو يشتري شيئاً بما في ذمته، ويكون مشغول الذمة بدين جديد. فلا مانع من قبوله لهذه الحوالة واشغال ذمته بالدين بهذه الحوالة، فليس حال المفلس حال السفهيه، ممنوع من التصرف في ماله وفي ذمته، وإنما المفلس محجور عليه من التصرف في أمواله التي حجر عليها لا بالنسبة إلى ما في ذمته، ولذا له أن يستقرض. نعم، الدائن الجديد، سواء كان بالاستقراض أم بالحوالة، لا يشارك الغرماء الأول، لأنه بحجر الحاكم يكون ماله بين الغرماء، يقسم بينهم بالنسبة، لا يشاركهم غيرهم، سواء كان الدين الجديد بسبب اختياري كالقرض، أم بسبب قبول الحوالة عليه، أم بسبب غير اختياري كما لو اتلف مال الغير، وعليه فلا يعتبر أن لا يكون مفلساً.

٢ - وأما المحتال فبما أن هذا عقد بينه وبين المحيل ويكون بموجبه المنقول - من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه - هو دينه، فهو تصرف منه في ماله الموجود في ذمة المحيل، فيعتبر فيه جميع ما ذكر من الشرائط، إذ لا أثر لتصرف الصغير أو المجنون أو المكره أو السفهيه أو المفلس في نقل ماله من ذمة إلى ذمة أخرى، فجميع ما ذكر من الشرائط حتى عدم الفلاس معتبر فيه.

٣ - وأما المحيل نفسه أي المديون:

فتارة يحيل دينه على من هو مشغول الذمة له.

وأخرى يحيل دينه على البريء.

وعلى الأول فيعتبر في المحيل جميع ما ذكر من الشرائط، إذ ليس للصغير أو المجنون أو

المكره أو السفهيه أو المفلس أن يتصرف في ماله.

وعلى الثاني يعتبر أن يكون المحيل بالغاً عاقلاً مختاراً فقط، إذ لا أثر لعقد الصغير أو

المجنون أو المكره، ولا يعتبر أن لا يكون مفلساً، لأن المفلس محجور عليه من التصرف في

أمواله، لا عن مطلق التصرف حتى إذا لم يكن فيه تصرف في ماله، كالحوالة على البريء، غاية

الأمر أنه إذ أدى البريء يكون المفلس ضامناً، فيكون بمنزلة الدين الجديد، بل لا يبعد أن يكون الحال كذلك بالنسبة إلى السفية، لأنه أيضاً ممنوع من التصرف في ماله أو في ذمته، وأما اسقاط ما في ذمته كالحوالة على البريء^(١) فليست هي تصرفاً في ماله ولا تصرفاً في ذمته، فلا دليل على منع السفية عنها^(٢).

(١) قد يقال: بأن هذا تصرف من السفية في ذمته، وهو ممنوع عنه، أما أنه ممنوع عنه فواضح، وأما أنه تصرف في ذمته، فلأنه بذلك يشغلها المحيل «السفية» عند أداء البريء، فهو تصرف في ذمته.

وفيه: أنه بمجرد الحوالة لا تشتغل ذمة المحيل، بل تشتغل ذمة المحيل بإداء البريء لا على وجه التبرع ورجوعه على المحيل، فبالحوالة لا أن المحيل يشغل ذمته، فليس هو تصرفاً في ذمته، فلذا لا مانع منه.

(٢) وهذا أيضاً تعريض بما ذكره السيد الحكيم^{رحمته} والسيد السبزواري^{رحمته} فإنه قال السيد الحكيم معلقاً على قول الماتن (وعدم السفه) ما نصه «هذا شرط للتصرف المالي، لا مطلق التصرف، ولأجل أن كلاً من المحيل والمحتمل والمحال عليه متصرف في مال لم يصح منه ذلك» المستمسك ١٣: ٢١٩.

وقال السيد السبزواري معلقاً على عبارة الماتن المتقدمة بما نصه: «لأن السفية محجور من التصرف المالي، والحوالة مستلزمة للتصرف في كل واحد من الثلاثة إما اعطاء كما في المحيل والمحال عليه أو أخذاً كما في المحتمل...» مهذب الأحكام ٢٠: ٣٠٢.

وجه التعريض أن المحيل في الاحالة على البريء لا يعتبر أن لا يكون سفياً، فإنه حتى لو كان سفياً تصح حوالاته على البريء مع رضا البريء كما هو المفروض، وذلك لأن اسقاط ما في ذمة المحيل من الدين بالحوالة على البريء لا هو تصرف في مال السفية ولا هو تصرف في ذمة السفية كما عرفت، فلماذا يعتبر في المحيل عدم السفه على الاطلاق. والاعطاء الذي يقوله السيد السبزواري^{رحمته} من المحيل لا وجود له في الحوالة على البريء فليست الحوالة من

وعدم الحجر بالسفه^(١) في المحتال^(٢) والمحال عليه^(٣) .

(١) هذه الكلمة غلط جزءاً، وحق العبارة أن يقال - كما في النسخة الصحيحة - بدل السفه الفلس^(١) .

(٢) اعتبار عدم الفلس في المحتال بلا إشكال ولا كلام كما تقدم ، سواء كانت الحوالة على مشغول الذمة للمحيل أم على البريء ، لأن الحوالة عقد بين المحيل والمحتال ، ودين المحتال هو الذي ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (المشغول الذمة أو البريء) فهو تصرف في ماله الموجود في ذمة المحيل ، ولا بد وأن لا يكون المتصرف وهو المحتال محجوراً عليه من التصرف في ماله ، فلا بد وأن لا يكون مفلساً^(٢) .

(٣) اعتبار عدم الفلس في المحال عليه غير معتبر في كلا قسمي الحوالة ، فإنه تقدم عدم

المحيل إلا اسقاطاً لما في ذمته . فبالحوالة لا أن المحيل يعطي ولا أنه يشغل ذمته بشيء ، بل تشتغل ذمته بأداء البريء لا على وجه التبرع ورجوعه على المحيل ، فبالحوالة لا أن المحيل يعطي شيئاً ولا أنه يشغل ذمته بشيء . نعم عدم السفه معتبر في الاحالة من المحيل على مشغول الذمة للمحيل ، لأنه تصرف في ماله وهو ممنوع من التصرف فيه ، وبينهما بون بعيد . نعم لو أمر المديون السفه البريء بإيفاء دينه كان هذا الأمر مقتضياً للضمان بشرط الأداء وليس للسفيه أن يشغل ذمته بالأمر لأنه محجور عليه من التصرف في ذمته وفي ماله وهذا تصرف في ذمته وأما الحوالة فليس لها اشغال الذمة . فتصح من السفه .

(١) فالعبارة هكذا «وعدم الحجر بالفلس» وقد عرفت عدم اعتباره .

(٢) ذكر السيد السبزواري^{رحمته} معلقاً على قول الماتن (في المحتال والمحال عليه والمحيل) ما نصح : «أما المحتال فإن كان حجره في ماله الذي يطلبه من المحيل لا يضر فيه عدم الفلس ، فيأخذ ماله من المحال عليه ويصرفه فيما شاء وأراد» مهذب الأحكام ٢٠ : ٣٠٣ .

وفيه : معنى لا يضر فيه عدم الفلس أي يجوز له ذلك أي قبول الحوالة حتى لو كان مفلساً ، وهو غير صحيح لما عرفت ، لأنه بالحوالة بينه وبين المحيل ينقل المحتال دينه من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه (سواء كان المحال عليه مشغول الذمة للمحيل أم بريئاً) وهو بلا شك تصرف في ماله الموجود في ذمة المحيل ، ويعتبر في المتصرف أن لا يكون محجوراً عليه في ماله . فكيف لا يضر فيه عدم الفلس ؟ ! .

بل والمحيل^(١)، إلا إذا كانت الحوالة على البريء فإنه لا بأس به فإنه نظير الاقتراض

منه .

اعتباره إذا كان المحال عليه مشغول الذمة للمحيل، لأن المحال عليه أجنبي عن معاملة الحوالة. ولا يعتبر فيه أي شرط حتى عدم الفلوس، فتصح الحوالة عليه وإن كان مفلساً، فكما أن للمحيل أن يملك أي شخص ذلك المال الذي في ذمة المحال عليه بصلح أو بيع أو نحوه، له أن يحيل دائته وهو المحتال على المحال عليه وإن كان المحال عليه مفلساً.

وكذا إذا كان المحال عليه بريء الذمة، فإنه لا مانع من أن يكون مفلساً، لأن المفلس محجور عليه من التصرف في أمواله التي حجر عليها لا بالنسبة إلى ما في ذمته، ولذا له أن يستقرض على ذمته. نعم الدائن الجديد بالحوالة أو بالاستقراض لا يشارك غيره من الغرماء. وأما أن المحال عليه يعتبر أن لا يكون مفلساً فلا.

فاعتبار عدم الفلوس في المحال عليه الذي ذكره الماتن رحمته غير صحيح بكلا قسمي الحوالة^(١).

(١) اعتبار عدم الفلوس في المحيل إنما هو فيما إذا أحال المحيل دائته على من هو مشغول الذمة للمحيل، لأن المفلس ليس له أن يتصرف في أمواله التي في ذمة المحال عليه^(٢).

(١) ذكر السيد السبزواري رحمته معلقاً على قول الماتن رحمته (في المحتال والمحال عليه والمحيل) ما نصه: «وأما المحال عليه فيجوز له قبول الحوالة في ذمته لأن المفلس غير محجور بالنسبة إلى ذمته، ولا يصح في أمواله التي حجرت عليه لتعلق حق الغرماء بها» مهذب الأحكام ٢٠: ٣٠٣. أقول: أي معنى لقوله رحمته «ولا يصح في أمواله التي حجرت عليه لتعلق حق الغرماء بها» فإن الحوالة كما تقدم في تعريفها هي إحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره، أو تحويل المال من ذمة إلى ذمة، أو إحالة المديون دائته إلى غيره. وفي الكل المحال عليه يكون مشغول الذمة بالدين، لا أن الحوالة تكون في أمواله التي حجر عليها حتى يقال بأنه لا تصح هذه الحوالة لذلك في المفلس. فالحوالة على المحال عليه المفلس لا مانع منها، ولا يضر فلسه في صحة الحوالة عليه، سواء كان المحال عليه مشغول الذمة للمحيل أم كان بريئاً.

(٢) فصل السيد السبزواري رحمته تفصيلاً جديداً وهو ما نصه: وأما المحيل فإن كان ماله الذي عند

وأما إذا أحال المحيل دائته على البريء فلا يعتبر في المحيل أن لا يكون مفلساً ، لأن المفلس محجور عليه في التصرف في أمواله ، لا عن مطلق التصرف حتى إذا لم يكن في ماله ، فإن الحوالة على البريء ليس فيها إلا إسقاط الدين عن ذمته ، وإذا أدى البريء غير متبرع بادائه ورجع على المحيل فيكون المحيل حينئذٍ ضامناً ، فيكون بمنزلة الدين الجديد ، ولا مانع من أن يستدين المفلس ديناً جديداً .

والنتيجة :

١ - اعتبار عدم الفلاس في المحتال سواء كانت الحوالة على البريء أم على مشغول الذمة للمحيل .

٢ - لا مانع من أن يكون المحال عليه مفلساً ، سواء كان مشغول الذمة للمحيل أم كان بريئاً .

٣ - اعتبار عدم الفلاس في المحيل إن كانت حوالة على مشغول الذمة له .

ولا مانع من أن يكون المحيل مفلساً إذا كانت حوالة على بريء الذمة .

المحال عليه من موارد حجره فلا تصح الحوالة لمكان الحجر وتعلق حق الغرماء به ، وإن لم يكن كذلك بأن كان زائداً على حق الغرماء واستثنوه برضاهم وتحملوا ورود الضرر عليهم بمقدار ما استثنوه فتصح الحوالة لا محالة» مهذب الأحكام ٢٠ : ٣٠٣ .

وفيه : المفلس - بالفتح - شرعاً هو كما عرفوه ومنها في القواعد : «من عليه ديون ولا مال له يفي بها ، وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له» القواعد ٢ : ١٠٥ .

وفي المسالك نسبة هذا التعريف إلى أكثر الفقهاء منا ومن العامة ، المسالك ٤ : ٨٦ .

وفي الشرائع : «هو الذي جعل مفلساً أي منع من التصرف في ماله» الشرائع ٢ : ١٠٥ .

وفي الجواهر معقباً على قول الشهيد في المسالك : ويشهد له قولهم «لومات المفلس قبل الحجر عليه لم تترتب الأحكام» الجواهر ٢٥ : ٢٧٨ .

فكيف مع ذلك نفرض هناك أموالاً له لم تكن من موارد حجره أو زائدة على حق الغرماء ، أو استثنوه برضاهم؟! حتى تصح الحوالة على ذلك المال؟! .

أمور: «أحدها»: الإيجاب والقبول، على ما هو المشهور بينهم^(١)، حيث عدّوها من العقود اللازمة. فالإيجاب من المحيل، والقبول من المحتال. وأمّا المحال عليه فليس من أركان العقد وإن اعتبرنا رضاه مطلقاً أو إذا كان بريئاً، فإن مجرد اشتراط الرضا منه لا يدلّ على كونه طرفاً وركناً للمعاملة.

ويحتمل أن يقال: يعتبر قبوله^(٢) أيضاً فيكون العقد مركباً من الإيجاب والقبولين. وعلى ما ذكره يشترط فيها ما يشترط في العقود اللازمة، من الموالاة بين الإيجاب والقبول ونحوها، فلا تصحّ مع غيبة المحتال أو المحال عليه أو كليهما بأن أوقع الحوالة بالكتابة.

(١) بعد ما ذكر الماتن رحمته اعتبار الشرائط العامة في تحقق الحوالة على التفصيل المتقدم، ذكر أنّه يعتبر في صحة الحوالة أمور، أحدها الإيجاب والقبول، من المحيل الإيجاب ومن المحتال القبول بناءً على المشهورين الفقهاء^(١).

وهو الصحيح على ما سيأتي. وأمّا المحال عليه فلا يعتبر قبوله إذا كان مشغول الذمة للمحيل، وإن كان يعتبر رضاه في صحة الحوالة، إما مطلقاً أو إذا كان بريء الذمة، وسيأتي الكلام فيه.

وعلى كل حال، المحال عليه ليس هو طرفاً للعقد والمعاقدة، وإنما هي بين المحيل والمحتال، وأمّا المحال عليه فهو خارج عنها بالكلية، هذا هو الصحيح وهو الذي ذكره المشهور. ويترتب على ذلك أنّه يعتبر في هذا الإيجاب والقبول ما يعتبر في سائر العقود اللازمة من الموالاة بين الإيجاب والقبول وغير ذلك مما يعتبر فيها.

(٢) احتمل الماتن رحمته أن يعتبر قبول المحال عليه أيضاً فيما يعتبر رضاه، فيكون هذا العقد مركباً من إيجاب وقبولين: قبول من المحتال وقبول من المحال عليه.

والشيء الآخر الذي ذكره الماتن رحمته أيضاً وقال: والذي يقوى عندي أنّه لا يعتبر في الحوالة قبول أصلاً ولا من المحتال ولا من المحال عليه، بل تكون هي من قبيل الإيقاع، وأنها نوع من الوفاء بالدين، فهو مصداق للوفاء، ولا يكون الوفاء عقداً، بل هو وفاء لما اشتغلت الذمة به - وإن

(١) قال السيد الحكيم رحمته «الظاهر أنّه من المسلمات من دون خلاف ولا إشكال» المستمسك

كان يعتبر الرضا من المحتال بل من المحال عليه في بعض الأحيان ، واعتبار الرضا شيء واعتبار الحوالة عقداً مركباً من الايجاب والقبول شيء آخر - وقال : ومن ذلك يظهر أن الضمان والوكالة أيضاً كذلك ، وأنها كلها ايقاع ، وإن كان يعتبر فيه رضا الوكيل أو رضا المضمون له الباطني ، إلا أن اعتبار الرضا أعم من كونه قبولاً ، فيكون هذا ايقاعاً .

أقول : أما ما احتمله أولاً من اعتبار قبول المحال عليه أيضاً في صحة الحوالة ، بأن تكون الحوالة مركبة من إيجاب وقبولين فلا دليل عليه ، ولا وجه يقتضيه ، فإن المحال عليه خارج عن المعاقدة القائمة بين المحيل والمتحال ، ومع فرض أن ذمة المحال عليه مشغولة للمحيل فأمر المال - الدين - حينئذٍ بيد المحيل ، فكما أن له أن يبيعه من شخص آخر من دون رضا المحال عليه ، كذلك له أن ينقله إلى مدینه بالحوالة من دون رضا المحال عليه أيضاً ، وأما مع فرض أن ذمة المحال عليه بريئة أو أن الحوالة بغير الجنس الذي على المحال عليه ، فلا شك في أنه ليس للمحيل سلطة على المحال عليه ليشغل ذمته بشيء بعد ما لم تكن مشغولة ، أو كانت مشغولة بجنس آخر ، فتتوقف صحة الحوالة حينئذٍ على رضا المحال عليه ، لكن لا على نحو أن يكون طرفاً للمعاقدة ، بل غاية ذلك أن لا يكون بغير رضاه ، كما في البيع الفضولي لا يصح إلا برضا المالك^(١) ، إلا أن ذلك كما لا يستلزم أن يكون العقد الفضولي مركباً من إيجاب وقبولين ، كذلك لا يستلزم أن يكون عقد الحوالة مركباً من ايجاب وقبولين وأن يكون المحال عليه طرفاً للمعاقدة .

(١) وكما في إذن الأب في زواج البكر بناءً على اعتبار إذن وليها أيضاً ورضاه ، فإن اعتبار رضا الولي السابق للعقد أو اللاحق له لا يعني تركب العقد من إيجاب وقبولين .
وكما في اعتبار رضا المولى في تزويج العبد ، فإنه لا يوجب تركب العقد من ايجاب وقبولين .

وكما في اعتبار رضا العمّة والخالة في تزويج بنت أخيها أو بنت أختها عليها ، فإنه أيضاً لا يعني ولا يوجب تركب العقد من ايجاب وقبولين .
وكما في اعتبار رضا الحرة في تزويج الأمة عليها ، فإنه لا يوجب تركب العقد من ايجاب وقبولين ، وهكذا .

ولكن الذي يقوى عندي كونها من الإيقاع^(١) غاية الأمر اعتبار الرضا من المحتال أو منه ومن المحال عليه ، ومجرّد هذا لا يصيره عقداً ، وذلك لأنها نوع من وفاء الدّين ، وإن كانت توجب انتقال الدّين من ذمّته إلى ذمّة المحال عليه ، فهذا النقل والانتقال نوع من الوفاء ،

وما عن الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} من أنه لم يجد لهذا القول - وهو تركب العقد من ايجاب وقبولين - قائلاً ، وإن كان يقتضيه دليلهم^(١) .

لم يعرف له وجه ، إذ لا دليل يقتضي ذلك ، فإن الدليل إنّما دل على أن اشتغال ذمّة الغير بمال يتوقف على رضاه ، وأما أن يكون طرفاً للعقد فلا يقتضيه أي دليل .

وعليه فلا يعتبر فيه الموالاة على فرض اعتبارها بين الايجاب والقبول ، إذ إن اعتبار ذلك على الفرض إنّما هو بين المحيل والمحتال ، وأما المحال عليه فهو خارج عن طرفي المعاملة وإن اعتبر رضاه لو كان بريء الذمّة ، أو مشغولها بغير الجنس الذي أحيل عليه .

(١) وأما ما ذكره الماتن^{رحمته} ثانياً على ما تقدمت الاشارة إليه من كون الحوالة إيقاعاً ولا يحتاج

(١) الجواهر ٢٦ : ١٦٢ قال « كما أني لم أجد القول باحتمال اعتباره على وجه القبول ، بأن يكون هذا العقد مركباً من ايجاب وقبولين ، وإن كان هو مقتضى ما سمعته من دليلهم أيضاً » وقال السيد الحكيم تعليقاً على كلام الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} « ويريد به [أي قوله (مقتضى ما سمعته من دليلهم)] دعوى الإجماع على أنها تقتضي نقل الحق من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه ، ضرورة توقف انتقال الدين إلى ذمّة الغير على رضاه » المستمسك ١٣ : ٣٧٧ أو (٢٢٠ طبعة بيروت) . وعلى كل حال ، قال الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} ذاكراً دليلهم وهو « دعوى اقتضاء الحوالة النقل كما هو مقتضى ما سمعت من تعريفها ، بل في محكي التذكرة : (الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمّة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع) [التذكرة ١٤ : ٤٣٦] وكذا عن الخلاف [٣ : ٣٠٦] والمبسوط [٢ : ٣١٣] والغنية [صفحة ٢٥٨] والسرائر [٢ : ٧٩] ، موسوعة ابن إدريس ١٠ : ١١٠ - ١١ طبع مكتبة الروضة الحيدرية] وأنه لذلك سميت حوالة ، ولا ريب في توقّف الانتقال إلى الذمّة على رضاه » الجواهر ٢٦ : ١٦٢ ولذا نرى أن السيد الأستاذ يقول في جوابه إن ما ذكره من الدليل إنّما يقتضي أن يكون اشغال ذمّة المحال عليه متوقفاً على رضاه ، وأما كونه طرفاً للعقد فالدليل المذكور لا يقتضيه حتى إذا كان المحال عليه بريئاً .

إلى قبول من المحتال أصلاً، وإن كان يعتبر فيه رضاه الباطني بناءً على ما ذكره عليه السلام من أن الحوالة والضمان نوع وفاء والوفاء ليس عقداً بل هو عمل صادر من شخص وإن اعتبر فيه رضا شخص آخر، وهو رضا المحتال في الحوالة أو رضا المضمون له في الضمان وذلك لا يخرج عن كونه وفاءً للدين ولا يكون الوفاء عقداً، فيكون ايقاعاً.

فهذا الذي أفاده أيضاً لا يمكن المساعدة عليه بوجه، ولعل الوجه في ذلك ظاهر، حيث إن النقل من ذمة إلى ذمة سواء أكان في الحوالة أم في الضمان، هو تبديل في مكان الدين، لا وفاء للدين، ولا يعقل أن يكون التبديل وفاءً كي لا يحتاج إلى القبول، بل هو معاوضة ومبادلة بين الملكيتين ويحتاج إلى قبول من كل من المالكين وإلا فهو تصرف في مال الغير بغير إذنه^(١).

وأما ما ذكره من الوفاء بغير الجنس فهو أيضاً كذلك أي عقد لا إيقاع، وكون ذلك ايقاعاً أول الكلام، فإن الوفاء بغير الجنس يرجع إلى تبديل مال بمال، فهو معاوضة بين مالين فهو عقد، إذ إن العقد ليس إلا المعاوضة المذكورة فيحتاج إلى الايجاب والقبول لا أنه ايقاع يعتبر فيه رضا المحتال. فالصحيح كما ذكرناه في الضمان على ما تقدم ما هو المشهور، وهو أن الضمان وكذا الحوالة في المقام عقد للتبديل المذكور بين المالين والعقد يعتبر فيه الايجاب والرضا المبرز وهو القبول ولا يكفي فيه الرضا الباطني غير المبرز إذ إنه ليس قبولاً^(٢).

(١) وقال السيد الحكيم عليه السلام في ذلك: «الفرق بين الوفاء والحوالة أظهر من أن يحتاج إلى بيان لأن المحتال انتقل بالحوالة دينه من ذمة إلى أخرى وهذا الانتقال بعيد عن الوفاء الذي هو وصول الدين إلى الدائن فكيف يكون هذا الانتقال نوعاً من الوفاء؟! وكذا الكلام في الضمان فإنه لم يحصل به وفاء الدين، وإنما يكون به انتقال الدين من ذمة المديون إلى غيره. نعم يشترك الوفاء والحوالة والضمان في ا فراغ ذمة المديون، لكنه ليس للوفاء بل للانتقال» المستمسك ١٣ : ٣٧٨.

(٢) وقال السيد الحكيم عليه السلام في التعليق على قول الماتن «وكما في الوفاء بغير الجنس فإنه يعتبر

والالتزام بصحة كل من الحوالة والضمان بالكتابة لا يتوقف على كونها إيقاعاً، بل حتى إذا بنينا على أنها عقد تصح بالكتابة، كما تصح بالفعل المبرز لها كتابة كان أو غيرها، لتحقق إبراز الاعتبار النفساني بكل ذلك فيكون عقداً^(١)، بل يمكن أن يلتزم بصحة الحوالة والضمان مع عدم الموالاتة أيضاً، كما لو فرض أن المحتال أو المضمون له غائب، فعند قبوله - بشرط بقاء رضا المحيل والضامن - يتحقق العقد عند العقلاء، ويصح أن يقال إنه ضمنه أو أحاله، فيشمه دليل صحة الضمان أو الحوالة من بناء العقلاء والنصوص. أو فقل إن صحة الحوالة والضمان بالكتابة وعدم الموالاتة لازم أعم لكونهما إيقاعاً، فإن صحتهما بالكتابة وعدم الموالاتة ثابت مع كونهما عقداً أيضاً.

«فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع» ما نصه: «فيه منع ظاهر، بل هو نوع من المعاوضة بين الدين والجنس الآخر» المستمسك ١٣: ٣٧٨.

(١) في تعبير السيد الأستاذ تعريض بكلام السيد الحكيم عليه السلام فإن السيد الأستاذ قال: إن الحوالة حتى لو كانت عقداً فإنها تصح بالكتابة ولا يتوقف صحتها بالكتابة على كونها إيقاعاً كما تصح بالفعل المبرز لها كتابة أو غيرها. بينما السيد الحكيم عليه السلام قال تعليقاً على قول الماتن عليه السلام: «ويتحققان [أي الحوالة والضمان] بالكتابة ونحوها» ما نصه: يمكن القول به في العقود كلية كالمعاطاة ولو بني على المنع في العقود بني عليه في الإيقاع لاشتراكهما في دليله نفيًا وإثباتًا» المستمسك ١٣: ٣٧٩. فإن الكلية التي ذكرها السيد الحكيم غير صحيحة لأنه يصح العقد بالكتابة في كلي العقود إلا في بعض العقود كالنكاح لاعتبار اللفظ فيه بدليل خاص لا أن ذلك معتبر في كل عقد فإن في عقد النكاح الآتي في ج ٣٢ من موسوعة الإمام الخوئي ص ١٢٨ - ١٣١ ذكر الماتن وغيره أيضاً كالسيد الحكيم عليه السلام في المستمسك ١٤: ٣٦٧ والسيد الأستاذ أيضاً اعتبار الصيغة في النكاح بمعنى الإيجاب والقبول اللفظيين وعدم كفاية الرضا الباطني فيهما. ولا الإيجاب والقبول الفعليين، بل بعضهم اعتبر أن يكون النكاح بلفظ زوجت أو أنكحت خاصة وإن كان هذا الاعتبار على نحو الاحتياط الواجب لا الفتوى.

وهو لا يكون عقداً وإن احتاج إلى الرضا من الآخر، كما في الوفاء بغير الجنس، فإنه يعتبر فيه رضا الدائن ومع ذلك إيقاع. ومن ذلك يظهر أن الضمان أيضاً من الإيقاع، فإنه نوع من الوفاء^(١)، وعلى هذا فلا يعتبر فيهما شيء مما يعتبر في العقود اللازمة، ويتحققان بالكتابة ونحوها.

بل يمكن دعوى أن الوكالة أيضاً كذلك^(٢) - كما أن الجمالة كذلك - وإن كان يعتبر فيها الرضا من الطرف الآخر، ألا ترى أنه لا فرق بين أن يقول: أنت مأذون في بيع داري، أو قال: أنت وكيل، مع أن الأول من الإيقاع قطعاً.

(١) تقدم في أول الضمان^(١) أن الضمان هو نقل للدين، وهو من العقود لا الإيقاعات^(٢).
 (٢) بعد ما ذكر الماتن رحمته أن الحوالة ليست من العقود وإنما هي من الإيقاعات، ولا منافاة بين كونها إيقاعاً واعتبار رضا المحتال في صحة الحوالة وكذا الكلام في الضمان، ذكر بعد ذلك أن التوكيل أيضاً كذلك ليس من العقود، وإنما هو إيقاع، ولا فرق بينه وبين الإذن، إذ لا فرق بين أن يقول: أنت وكيل في بيع داري، أو مأذون في بيع داري، ولا خلاف في أن الإذن من الإيقاع فتكون الوكالة أيضاً كذلك إيقاعاً.

وتقدم الكلام في الحوالة [وكذا الضمان] وأنها ليست إيقاعاً، وإنما هي عقد ونقل وتبديل مال بمال، ينقل المحيل دين المحتال من ذمته إلى ذمة شخص آخر، وهذا تصرف في مال الغير، ويحتاج إلى قبول لا محالة، فهذا التزام منضم إلى التزام آخر وهو معنى العقد.
 وأما الوكالة فالظاهر أنها أيضاً كذلك أي عقد، والفرق بينها وبين الإذن ظاهر.

(١) الواضح ١٦ : ٢٥٠.

(٢) أي تقدم من السيد الأستاذ رحمته أن الضمان من العقود، وأما الماتن رحمته فقد ذهب فيما تقدم في الضمان إلى أنه إيقاع لا عقد. نعم يعتبر فيه رضا شخص آخر، وذلك لا يجعله عقداً. تقدم من الماتن في بحث اشتراط القبول من المضمون له في أول الضمان وقال: لا يعتبر منه القبول، بل يكفي رضاه الباطني، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٣٩٠، الواضح ١٦ : ٢٥٣ - ٢٥٤ إلا أنه ذكرنا في محله هناك ص ٢٥٦ من الواضح أن الصحيح بما أن الضمان كالحوالة نقل الدين من ذمة إلى ذمة فهو كالحالة بغير الجنس الذي عليه معاوضة، فهو عقد لا إيقاع.

إذ إن الإذن ترخيص محض ممن بيده الأمر في أمر من الأمور التكوينية أو الاعتبارية ، والأول وهو الإذن في الأمور التكوينية كالترخيص في دخول داره أو أكل طعامه أو شرب مائه ونحو ذلك من الأمور الخارجية ، والثاني وهو الإذن في الأمور الاعتبارية فهو أن يرخصه في بيع داره أو إيجارها ، وغير ذلك من الأمور الاعتبارية ، وهذا بنحوه مجرد ترخيص ممن بيده الأمر ، وهذا بخلاف الوكالة ، فإنها اعطاء سلطنة إلى الغير في التصرف في الأمور الاعتبارية لا التكوينية ، فإن الوكالة هي اتيان العمل من قبل الغير ، وهي غير قابلة للتحقق بالنسبة إلى الأمور التكوينية ، فإنه لا معنى لتوكيله في شرب الماء أو أكل الطعام أو لبس اللباس أو ركوب الدابة عنه . نعم ، خصوص القبض من الأمور التكوينية قابل للتوكيل ، فيوكله في قبض دينه أو في قبض الخمس أو الزكاة ، فيكون قبض الوكيل قبض الموكل ، وعلى كل حال ، التوكيل اعطاء سلطنة اعتبارية إلى الغير من قبل من بيده الأمر ، ويحتاج ذلك إلى قبول الغير^(١) .

وتفترق الوكالة عن الإذن في جملة من الأمور الأخرى :

منها : أن الوكالة عقد جائز ، قابل للفسخ من قبل الوكيل ، وبعد الفسخ لا يترتب أي أثر لعمله في الخارج ، فلو وكّله في تزويج امرأة أو شراء دار وقبل الوكيل ، ثم فسخ الوكيل - لا

(١) وبذلك أي باعتبار أنّ التوكيل إعطاء سلطته إلى الغير في أمر من الأمور الاعتبارية وما يلحقها مما عرفت واحتياجها إلى قبول من ذلك الغير ، بخلاف الإذن يتضح أن الوكالة عقد بخلاف الإذن ، وأمّا الفروق الأخرى التي ذكرها السيد الأستاذ^{رحمته} فلا تكشف عن أن الوكالة عقد والإذن ايقاع كما سيأتي . نعم ، بها يفرّق بين الإذن والوكالة . والتفريق بينهما صحيح لو كان الماتن يدعي أن الوكالة إذن ، والحال إنه يدعي أن الوكالة كإذن في كونها ايقاعاً ، لا أن الوكالة إذن كما هو الظاهر من كلامه . والفروق بين الإذن والوكالة كثيرة ذكرها السيد الحكيم في المستمسك ١٣ : ٣٧٩ أو (٢٢٢ طبعة بيروت) ، وإن كان بعضها غير صحيح بنظر الماتن كجواز عزل الوكيل نفسه الذي ذكره السيد الأستاذ ثم رجوع عنه ، بل وينظر غير الماتن أيضاً كدعوى بطلان الوكالة المتعلقة .

الموكل - عقد الوكالة ، فزال سلطته التي قد ثبتت له بالوكالة ، ثم بعد ذلك زوج المرأة له أو شريء له داراً ، كان ذلك فضولياً ، ولا يترتب عليه الأثر الذي يترتب لو لم يفسخ عقد الوكالة . وهذا ، بخلاف الإذن فإنه غير قابل للرفع من قبل المأذون ، فلو لم يرض المأذون بما أُذن له مع ذلك هو مأذون ، لأن الإذن بمعنى الترخيص ، وهو لا يتوقف على قبول المرخص له ، فلو إذن له في أمر من الأمور التكوينية أو الاعتبارية ولم يقبل ثم قبل ، أو قبل ثم لم يقبل ، فما دام الإذن باقياً إذا تصرف تكويناً أو اعتباراً كان تصرفه مما يترتب عليه الأثر جزماً ، ولا يتوقف على شيء آخر^(١) ، إلا أن المصنف لم يلتزم بجواز عزل الوكيل نفسه ، باعتبار أن الوكالة ايقاع لا عقد ، فلو تصرف بعد العزل كان تصرفه نافذاً أيضاً . فلا يمكن الزام الماتن عليه السلام بما ذكرناه . إلا أنه لا يجتمع ما ذكره الماتن هنا من اعتبار الرضا من قبل الوكيل في تحقق الوكالة ، مع التزامه بعدم عزل الوكيل نفسه ، إذ لازم عدم إمكان عزل نفسه عدم اعتبار رضاه في تحقق الوكالة ، والله العالم .

وملخص كلامنا هنا : هو أن أمر الوكالة دائر بين ١ - أن تكون أمراً وضعياً واعتباراً عقلياً كالولاية على الصغير والمجنون والبكر في تزويجها ، فهي سلطنة على التصرف في مال أو غير مال ، ويختص ذلك بالأمور الاعتبارية والقبض فقط من الأمور التكوينية ، وعلى هذا فالترخيص من أحكام الوكالة ، فإنه بعد ما كان وكيلاً يكون مرخصاً في التصرف ، فالوكالة على هذا عقد قائم بين

(١) وافق السيد الأستاذ عليه السلام السيد الحكيم عليه السلام في الفرق وفي هذا الإشكال على السيد الماتن عليه السلام ، فإن السيد الحكيم ذكره في المستمسك ١٣ : ٣٧٩ ، وقال : « وأيضاً الوكيل يتمكن من عزل نفسه عن الوكالة ، والمأذون ليس كذلك » .

وأشكلت على السيد الأستاذ عليه السلام في حينه بعد الدرس الذي كان يوم الأربعاء : بأن المصنف لا يقول بجواز فسخ الوكيل وعزل نفسه في كتاب الوكالة من ملحقات العروة في المسألة ١٢ من كتاب الوكالة ، العروة الوثقى ٦ : ١٨٨ طبع مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة . فالفرق المزبور صادرة ، ولذا قال في اليوم التالي وهو يوم السبت : إلا أن المصنف لا يلتزم بجواز عزل الوكيل ... إلخ .

شخصين ، فيعتبر فيه رضا الوكيل أيضاً ، كما أن له أن يعزل نفسه ، إذ إن الوكالة ليست بلازمة من كل من الطرفين فالالتزام بأنها عقد وليس بلازم هو الالتزام بجواز فسخ الوكالة من طرف الوكيل أيضاً لا عدم جواز فسخه كما يقوله الماتن رحمته . وبين ٢ - أن لا تكون الوكالة إلا الاذن والترخيص ، اللذين هما على هذا مترادفان ، فالوكالة حينئذٍ ايقاع لا ربط له بالوكيل ، بل هي من أفعال الموكل فقط ، من دون حاجة إلى رضا الوكيل ^(١) ، وهو لا يلتزم بذلك ، إذ يلتزم فيها باعتبار رضا الوكيل وعلى فرض الالتزام باعتبار رضا الوكيل كما اعتبره والتزم به رحمته فما هو الموجب لاعتبار رضا الوكيل حدوثاً وعدم اعتباره بقاءً ؟ ^(٢) .

ومنها : أن الوكالة قد تكون لازمة وليس للموكل رفع اليد عن توكيله ، كما لو كانت شرطاً في ضمن عقد لازم ، فليس للموكل عزل الوكيل ما دام العقد باقياً على لزومه ، بخلاف الاذن فإنها لو كانت شرطاً في ضمن عقد لازم فللاذن أن يرجع عن إذنه ، لأن الإذن أمر تكويني قابل للرفع ^(٣)

(١) كالطلاق فإنه من أفعال المطلق من دون حاجة إلى رضا المطلقة .

(٢) الذي نتيجته كون الوكالة لازمة من طرف الوكيل باعتبار عدم إمكانه فسخها وجائزة من طرف الموكل لوضوح جواز فسخه للوكالة ، والظاهر أنه لم يقل بذلك أحد .

(٣) قد يقال : - كما قلت للسيد الأستاذ - إن الفرق في المقام لخصوصية كون الإذن أمراً تكوينياً ، أو في الفرق الآخر - الآتي - لخصوصية كون تصرف الوكيل ما لم يصل إليه خبر العزل نافذاً لأجل النص ، لا لأجل كون الوكالة عقداً والإذن ايقاعاً ، فلا يستكشف من هذين الفرقين كون الوكالة عقداً والإذن ايقاعاً .

وأجاب السيد الأستاذ رحمته بأنه صحيح الفرق لخصوصية الأمر التكويني وللنص ، وإلا لقلنا بعدم صحة فعل الوكيل وإن لم يصل خبر العزل ، كما هو الحال في المأذون الراجع فيه الاذن عن إذنه ولم يبلغه ، لعدم الاذن فيهما . ولكن نحن نريد أن نقول إن بين الوكالة والاذن فرقا ، لا أنه لا فرق بينهما ، فإن الماتن رحمته يقول ألا ترى أنه لا فرق ، ومراده بذلك أن الوكالة إذن فهي ايقاع .

﴿ ولكن مع ذلك أقول: إن الماتن عليه السلام يريد بقوله ذلك أن الوكالة إيقاع كما أن الإذن إيقاع ، لا أن الوكالة إذن ليفرق بينهما السيد الأستاذ عليه السلام بما ذكره ، والله العالم .
وعلى كل حال هذا الفرق ذكر السيد الأستاذ عليه السلام ولم يذكره السيد الحكيم عليه السلام مع أنه ذكر عدة فروق .

ثم إن السيد الأستاذ عليه السلام : يريد بقوله : «إن الوكالة قد تكون لازمة وليس للموكل رفع اليد عن توكيله كما لو كانت شرطاً في ضمن عقد لازم ، فليس للموكل عزل الوكيل ما دام العقد باقياً على لزومه» : أن الوكالة المشترطة في عقد لازم هي الوكالة على نحو شرط النتيجة أي أن يشترط البائع لمنزله على المشتري أن يكون البائع وكيلاً عن المشتري في بيع مزرعته - لا أن يوكله المشتري في بيع مزرعته - فإنه هنا لا يصح للمشتري القابل للشرط أن يعزل البائع عن كونه وكيلاً . وكذا لو اشترطت الزوجة على زوجها في عقد النكاح بأن تكون وكيلة عنه في طلاق نفسها متى ما شاءت إلى حصول البينة فقبل الزوج ذلك في عقد النكاح فإنه ليس له أن يعزلها عن الوكالة . وكذا المراد من كون الإذن شرطاً في ضمن عقد لازم أي أن يكون المشتري مأذوناً من المشروط عليه في بيع مزرعته على نحو شرط النتيجة - لا أن يأذن له المشروط عليه في بيع مزرعته ، أي لا شرط الفعل - أو أن تشترط المرأة على زوجها حين عقد النكاح أن تكون مأذونة في الخروج من بيتها في أي وقت شاءت على نحو شرط النتيجة - لا أن يأذن لها زوجها في الخروج من بيتها متى ما شاءت على نحو شرط الفعل - ففي شرط كونها وكيلة ليس له عزلها وفي شرط كونها مأذونة يقول السيد الأستاذ عليه السلام له أن يرفع يده عن إذنه لأن الإذن أمر تكويني قابل للرفع من الإذن وجداناً غاية الأمر يثبت للشارط في غير المقام خيار تخلف الشرط فيحق له فسخ العقد وأما في عقد النكاح الذي هو غير قابل للفسخ بالشرط وكذا كل عقد غير قابل للفسخ يثبت لها حق الزام الزوج بالشرط ولو بالرجوع إلى القضاء .

ولذا يقال لمن تريد شرط النتيجة في الإذن في الخروج من دارها متى ما شاءت : أن تشترط على الزوج في عقد النكاح أن تكون وكيلة عنه في الإذن - لنفسها في الخروج من بيتها متى ما شاءت - لا أن تشترط أن تكون مأذونة في الخروج من بيتها متى ما شاءت - فلا يتمكن حينئذ

من الآذن وجداناً، غاية الأمر يثبت للشارط خيار تخلف الشرط .

ومنها: أن تصرف الوكيل نافذ ما لم يصل إليه خبر العزل بمقتضى النص الخاص ، بخلاف المأذون ، فإنه لو بان أن تصرفه كان بلا اذن كان التصرف باطلاً، إلى غير ذلك من الأحكام الخاصة بالوكالة المذكورة في محلها^(١).

المشروط عليه أن يرفع البدعن توكيلها في الإذن لها في الخروج من بيتها وعزلها عن ذلك ، بينما لو كان الشرط هو شرط أن تكون مأذونة فله رفع اليد عن الإذن باعتبار أنه من الأمور التكوينية التي هي قابلة للرفع لكن هنا يمكن للمرأة من جهة تخلف الشرط الذي ليس معناه في العقود الغير قابلة للفسخ كعقد النكاح هو ثبوت خيار فسخ العقد لها عند تخلف الشرط ، لأن عقد النكاح غير قابل لدخول الخيار فيه ، فهنا معنى الشرط هو أنه عند تخلفه لها أن تلزم الزوج بالعمل به إن كانت تتمكن وإن لم تتمكن استعانت بالقضاء فيلزمه القاضي الشرعي بالإذن لها في الخروج من بيتها إلا أن الطريق الأول وهو كونها وكلية عنه في الإذن لنفسها أيسر وأسهل وإذ قد لا تكون هي متمكنة من الزام الزوج بالإذن ، ولا يكون القضاء الشرعي متاحاً لها لتلزمه بالعمل بالشرط بتوسط القضاء ، فيضيع حقها ، فلأجل أن لا يضيع حقها تشترط على الزوج في عقد النكاح أن تكون وكلية عنه في الإذن لنفسها متى ما شاءت الخروج من دارها .

ثم إن التقييد بالعقد اللازم في كلام السيد الأستاذ^(٢) إنما هو من جهة أن اللزوم يوجب عدم جواز الفسخ ، وإلا فالشرط نافذ حتى لو كان في ضمن عقد جائز ، لأن العقد الجائز صحيح فيصح كل ما شرط فيه فيكون الشرط حينئذ نافذاً كما أن الهبة مثلاً نافذة وصحيحة ، فالشرط الذي يلزم المشروط عليه بالعمل به هو ما كان ولو في عقد جائز غاية الأمر في العقد الجائز يمكن للمشروط عليه فسخ العقد ليرتفع وجوب الوفاء بالشرط . بينما في العقد اللازم ليس للمشروط عليه فسخ العقد ليرتفع وجوب الوفاء بالشرط ، وإلا فلا خصوصية للزوم بل يجب العمل بالشرط ما دام العقد موجوداً لازماً كان أو جائزاً .

(١) ذكر منها السيد الحكيم^(٣) في المستمسك عدة فروق فقال معلقاً على قول الماتن^(٤) : «إلا

الثاني : التنجيز فلا تصح مع التعليق على شرط أو وصف - كما هو ظاهر المشهور - لكن الأقوى عدم اعتباره^(١) - كما مال إليه بعض متأخري المتأخرين .

(١) ذكر الماتن رحمته أن المشهور اعتبر التنجيز في صحة الحوالة ، فلا يصح عقد الحوالة مع التعليق ، فلو قال : أحلتك على زيد إن كان هذا اليوم يوم الجمعة ، وهما لا يعلمان أنه يوم الجمعة أو لا ، أو قال : أحلتك على زيد على تقدير مجيء ابني من السفر^(١) ، ونحو ذلك من الأمور التعليقية كان عقد الحوالة باطلاً ، لأنه فاقد لشرط من شرائط الصحة ، وهو التنجيز على ما اعتبروه في كل العقود اللازمة^(٢) .
ولكن الماتن لم يرتض ذلك ، بل التزم بصحته حتى مع التعليق .

« ترى أنه لا فرق بين أن يقول : أنت مأذون في بيع داري ، أو قال : أنت وكيل ما نصه : «الفرق بين الأمرين ظاهر ، فإن الوكيل كالأصيل ، فالوكيل في وفاء الدين يجب عليه الوفاء مع المطالبة ، والمأذون في الأداء ليس كذلك . وأيضاً فإن الوكيل تجوز مطالبته في الوفاء ومخاصمته ، والمأذون ليس كذلك . وأيضاً الوكيل يتمكن من عزل نفسه عن الوكالة ، فلا يكون وكيلاً ، والمأذون لا يتمكن من عزل نفسه عن الإذن . والوكيل يستطيع أن لا يقبل الوكالة ويرد الايجاب فلا يكون وكيلاً ، والمأذون ليس كذلك . والوكالة المعلقة باطلة ، بخلاف الإذن . والوكيل المعزول ينفذ تصرفه قبل بلوغ العزل ، وليس كذلك المأذون . ومن ذلك يتبين أن الوكالة قائمة باختيار الوكيل وتتوقف على قبوله ، وليس كذلك الإذن» المستمسك ١٣ : ٣٧٩ .
(١) الذي هو من التعليق على شيء متأخر سواء كان مشكوك الحصول أو ولو كان معلوم الحصول أيضاً .

(٢) ذكر السيد الحكيم رحمته : أن «العمدة في اعتباره [أي التنجيز في الحوالة] الإجماع المدعى على اعتباره في كلي العقود الذي لا مجال لرفع اليد عنه بعد دعواه من الأساطين ، وتلقي الباقي له بالقبول ، وإلا فلم يذكر هذا الشرط [أي التنجيز] هنا في جملة من الكتب ، كالشرائع والقواعد وغيرها ، ولم يتعرض له فيما وقفت عليه من شروحيهما [وهو صحيح على ما تتبعته ولم أجد] . وفي التذكرة ذكر التنجيز من شروط الضمان - كما سبق - ولم يذكر ذلك في الحوالة ، ولعله اكتفى بذكره في غيرها مع دعوى الإجماع عليه في عامة العقود» المستمسك ١٣ : ٢٢٢ .

والظاهر صحة ما ذكره الماتن رحمته، فإنه تقدم الكلام في اعتبار التنجيز في بحث المكاسب^(١) وغيره^(٢) وقلنا: إن اشتراط التنجيز في العقود اللازمة لم يدل عليه أي دليل لفظي من كتاب أو سنة، وإنما ثبت ذلك بالإجماع، ففي أي مورد ثبت فيه الإجماع على ذلك يلتزم به، وفي أي مورد لم يثبت وإن كان مشهوراً لم يلتزم به، ومن هنا التزمنا^(٣) بعدم اعتبار التنجيز في باب الوكالة لعدم ثبوت الاجماع هناك، وقد استشهدنا في محلّه على ذلك بما صرح به المحقق القمي في أجوبة مسائله من صحّة التوكيل مع التعليق^(٤).

(١) مصباح الفقاهة ٣: ٥٨ - ٦٥، موسوعة الإمام الخوئي ٣٦: ٢١٧ - ٢٢١.

(٢) كما في باب المضاربة على ما تقدم، الواضح ١٢: ٣٠٠ - ٣٠٦ موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ١٥٣ - ١٥٥. وكذا في كتاب الضمان الواضح ١٦: ٢٧٨، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠٠ - ٤٠٢.

(٣) منهاج الصالحين ٢: ٢٠٠ كتاب الوكالة قال رحمته «كما لا يشترط فيها التنجيز، فلو علقها على شرط غير حاصل حال العقد أو مجهول الحصول فيه فالظاهر الصحة، ويصح تصرف الوكيل حينئذ عند تحقق الشرط».

(٤) ذكر السيد الأستاذ رحمته في مصباح الفقاهة ما نصه «فقد صرح باعتبار التنجيز في العقود الشيخ، والعلامة والمحقق والشهيدان وغيرهم (قدس الله أسرارهم).

بل عن العلامة في التذكرة [١٥: ١٣] أنه يجب كون الوكالة منجزة عند علمائنا، وحكي عنه أيضاً [١٥: ١٤] دعوى الإجماع على عدم صحة أن يقول الموكل: (أنت وكيل في يوم الجمعة أن تبيع عبدي) وعلى صحة قوله: (أنت وكيل في يوم الجمعة) مع كون المقصود واحداً.

وفرق بين هاتين الصورتين جمع من الفقهاء - بعد اعترافهم بأن الصورة الثانية أيضاً في معنى التعليق - بأن العقود المتلقاة من الشارع منوطة بضوابط فلا تقع بدونها، وإن أفادت فائدتها.. وعن المحقق والشهيد الثانيين في جامع المقاصد والمسالك في مسألة إن كان لي فقد بعته: أن

٥ التعليق ينافي الانشاء في العقود والايقاعات ، حيث يكون المعلق عليه مجهول الحصول .
وعن فخر الإسلام في شرح الإرشاد: أن تعليق الوكالة على الشرط لا يصح عند الإمامية ،
وكذا سائر العقود ، جائزة كانت أم لازمة [شرح الارشاد ص ٦٠ مخطوط] .
وعن غاية المرام: أنه لا خلاف فيه [غاية المرام ٢: ٣٣٧ وكذا في الحدائق ٢٢: ١٠
والرياض ١٠: ٥٥ - ٥٦] .

وفي الجواهر: شرطها - أي الوكالة - أن تقع منجزة كغيرها من العقود بلا خلاف أجده ، بل
الاجماع بقسميه عليه [الجواهر ٢٧: ٣٥٢] .

وفي مفتاح الكرامة: والدليل على ذلك - بعد الإجماع نقلاً وتحصيلاً - أن الأصل عدم جواز
الوكالة ، خرجت المنجزة بالإجماع وبعض الاخبار وبقي الباقي [مفتاح الكرامة ٢١: ٢١] .
وقد أشار الشيخ - في الخلاف - إلى الأصل الذي ذكره في مفتاح الكرامة ، وقال: «إذا قال:
إن قدم الحاج أو جاء رأس الشهر فقد وكلتك في البيع ، فإن ذلك لا يصح ، ... دليلاً: أنه لا
دليل على صحة هذا العقد ، وعقد الوكالة تحتاج إلى دليل [الخلاف ٣: ٣٥٤ - ٣٥٥] .
ولكن حكي التأمل في ذلك في الكفاية ، لأنه غير مرتبط بدليل واضح ، ولعله تبع في تأمله
هذا المحقق الأردبيلي .

بل صرح المحقق القمي في جامع الشتات [١: ٢٠٧] بأن التعليق في الوكالة لا يضر بصحة
عقد الوكالة .

وعلى الاجمال أن ظاهر جملة من العبائر هو بطلان التعليق في العقود والايقاعات على وجه
الاطلاق ، وظاهر جملة أخرى منها أنه يحكم ببطلان التعليق إذا كان المعلق عليه أمره
مجهولاً ، كما عرفت عن المحقق والشهيد الثانيين «مصباح الفقاهة ٣: ٥٩ - ٦١» .
وما ذكره السيد الأستاذ رحمته هنا من أن الاجماع على اعتبار التنجيز في باب الحوالة والوكالة
غير محقق ، فلا دليل على بطلان التعليق فيها واضح .

ولكن الذي يرد على السيد الأستاذ رحمته أنه لو فرضنا تحقق الإجماع على قدح التعليق في
الوكالة أو غيرها من العقود فأيضاً لا يضر بصحتها ، لأنه بناء على ما بنى عليه هو رحمته في

« موسوعته ومصباحه من أنه لا دليل على بطلان التعليق بعد أن ذكر خمسة أدلة على بطلان التعليق لم يتم عنده شيء منها .

فإنه ذكر منها **الدليل الأول** : وهو الاجماع على بطلان التعليق في كلي العقود .
فإنه أجاب عنه بما نصه : « ولكنّه لا يمكن الاعتماد عليه لأنه لا يفيد القطع برأي المعصوم عليه السلام خصوصاً بعد التعليقات المذكورة في كلماتهم ، هذا كله مضافاً إلى أنّ كلمات المجمعين غير متطابقة على مطلب واحد ، وذلك لأنّ بعضهم ذكر اعتبار التنجيز في العقود وعلّله بأنه لا يحصل بدونه الجزم في الانشاء ، ولازمه صحّة تعليق العقد على أمر معلوم الحصول في المستقبل لأنه لا ينافي الجزم ، وبعضهم ذكر أن المعتبر في صحة العقود هو عدم التعليق تعبداً ، ولازمه بطلان العقد فيما إذا علّق على ما يتوقف عليه صحة العقد عقلاً أو شرعاً ، كما إذا قال : بعثك هذا إن قبلته ، أو إن كنت بالغا ، لأنه معلق في مقام الاثبات وهو موجب للبطلان ، ومن أجل ذلك احتاط شيخنا الأنصاري رحمته بذكر العقد على صورة الجزم وإن كان في الواقع معلقاً ، ومع هذا الاختلاف كيف يصحّ القطع برضا الإمام عليه السلام مع أنه أمر وجداني نعلم بعدم حصوله » .

وقال أيضاً بعد عدم تمامية أي من الأدلة الخمسة التي أستدل بها على بطلان التعليق ما نصه : « فالتحصّل من جميع ذلك أن التنجيز غير معتبر في العقود ، وإن كان الاحتياط مما لا ينبغي تركه سيّما في النكاح ... » موسوعة الإمام الخوئي ٣٦ : ٢١٧ - ٢١٨ .

وقال أيضاً في مصباح الفقاهة : « قد أستدل الفقهاء على بطلان التعليق في العقود بوجوه شتى ، الوجه الأول : دعوى الإجماع على ذلك حيث ادعاه غير واحد من الفقهاء ، وقد عرفت كلماتهم قريباً .

ويتوجه عليه : أن الإجماع إنما يكون حجة مع القطع بكونه مستنداً إلى رأي الإمام عليه السلام ، ومن المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا في دعواهم الإجماع - هنا - إلى الوجوه الاعتبارية التي استدلت بها الفقهاء على بطلان التعليق « مصباح الفقاهة ٣ : ٦٦ فهو من الإجماع المدركي الذي لا حجة له ولا يكشف عن رأي المعصوم عليه السلام بوجه من الوجوه ، فليس هو

﴿ حجة ولا يصلح أن يكون دليلاً في المسألة أصلاً. ﴾

وقال أيضاً بعد عدم تمامية أي من الأدلة الخمسة التي استدل بها علي بطلان التعليق ما
نصه :

«نتيجة البحث أنه لا دليل علي بطلان العقود بالتعليق لكي يكون ذلك دليلاً مخصصاً
لأدلة صحة العقود، وعليه فالعمدة في المقام هو الإجماع، فإن تم فهو، وإلا فالمرجع هو
العمومات والاطلاقات، وقد عرفت عدم تمامية الإجماع في المقام، ومن هنا جزم المحقق
القمي بصحة الوكالة المعلقة، وحكي التأمل في بطلانها من المحقق الأردبيلي والكفاية علي ما
عرفته في طليعة البحث» مصباح الفقاهة ٣ : ٦٦ .

هذا ما ذكره السيد الأستاذ رحمته في موسوعته وفي مصباح الفقاهة .

ولكن البناء العملي منه عليه في كل أبواب الفقه إنما هو علي ضرورة الإجماع علي بطلان
التعليق متى ما تحقق، والمهم هنا أنه غير محقق، علي أنه قد عرفت ما في عبارته في
الموسوعة من قوله «وإن كان الاحتياط مما لا ينبغي تركه» و«لا ينبغي» عنده عليه تدل علي عدم
الصحة وعدم التسهل وعدم التيسر وعدم الامكان، فلا ينبغي تركه (أي الاحتياط بضرورة
التعليق) أي لا يكون ولا يصح تركه، علي ما ذكره في موسوعته ٧ : ٤٦٧ وج ١٣ : ٢٢٠ ،
وموارد أخرى كما في ج ٤ : ٢٨٠ وج ١٠ : ٣٣٣، وج ١٤ : ٣٧٧ وج ١٥ : ٢٨٣ وج ١٩ : ٢٩ وج
٢٨ : ٤٤٩ وج ٤ : ٢٠٦، ومثّل له بقوله تعالى ﴿لَا الشَّمْسُ يَنْبَغِي لَهَا أَنْ تُدْرِكَ الْقَمَرَ وَلَا اللَّيْلُ
سَابِقُ النَّهَارِ﴾ يسين ٣٦ : ٤٠ وبقوله تعالى ﴿قَالُوا سُبْحٰنَكَ مَا كَانَ يَنْبَغِي لَنَا أَنْ نَتَّخِذَ مِنْ
دُونِكَ مِنْ أَوْلِيَاءَ﴾ الفرقان ٢ : ١٨، أي لا يمكن ولا يصح ولا يتيسر ولا يتسهل للشمس أن
تدرك القمر، ولا يتيسر ولا يصح ولا يمكن أن يتخذ من دونك أولياء، ومعنى ذلك في المقام
أنه وإن كان الاحتياط باعتبار التنجيز في العقود مما لا يصح تركه أو مما لا يمكن تركه، أو لا
يتيسر ولا يتسهل، ولذا في أي مورد كان الإجماع علي اعتبار التنجيز محققاً اعتبره عليه وبني
عليه احتياطاً لازماً. نعم إن لم يكن الإجماع محققاً لم يعتبره، كما هو الحال في الوكالة، وكذا
في الحوالة في المقام .

والظاهر أنّ الحوالة أيضاً كذلك ، حيث لم يثبت فيها اجماع على اعتبار التنجيز ، بل إن جمعاً كثيراً ممن ذكروا اعتبار التنجيز في جملة من العقود حتى في مثل الضمان ، لم يتعرضوا لهذا الشرط في باب الحوالة^(١) ، والشك في تحقق الاجماع كاف في عدم ثبوته . فالصحيح ما ذكره

﴿ وأما القول بأن الوكالة ليست من سنخ العقود ، كما عرفت عن الماتن فيما تقدم عند ذكر أن الحوالة ايقاع لا عقد ، وكما عن بعض ولعل ذلك يظهر من المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٥٢٥ ، والاكتفاء بمجرد التراضي كما في كفاية الأحكام ١ : ٦٧٠ ، والحدائق الناظرة ٢٢ : ٤ كما أن في كفاية الأحكام ذكر في ص ٦٧١ أن الوكالة في قوة الإباحة ، فقد قال الشيخ صاحب الجواهر^(٢) : «وما وقع من بعض متأخري المتأخرين - ممن لا يبالي بما هو كالضروري عند الأصحاب - من إنكار كون الوكالة من سنخ العقود أصلاً ، لا ينبغي الاصغاء إليه ، بل تسويد الورق في ردّه من السرف والتبذير» الجواهر ٢٧ : ٣٥١ .

(١) قد يقال : عدم التعرض لا يكشف عن عدم الاعتبار ، وغالباً ما يبحثون التنجيز في باب واحد ، لا في كل باب باب .

وفيه : أنهم لم يذكروا اعتباره لا بحثه ، على أن الشك في تحقق الإجماع كاف في عدم ثبوته .

ولعل في كلام السيد الأستاذ^(٣) تعريضاً بما في المستمسك ١٣ : ٢٢٢ (طبعة بيروت) حيث قال السيد الحكيم^(٤) تعليقاً على قول الماتن^(٥) (الثاني : التنجيز) ما نصه : «العمدة في اعتباره الإجماع المدعى على اعتباره في كلية العقود ، الذي لا مجال لرفع اليد عنه بعد دعواه من الاساطين وتلقي الباقي له بالقبول ، وإلا فلم يذكر هذا الشرط هنا في جملة من الكتب كالشرائع والقواعد وغيرها ، ولم يتعرض له فيما وقفت عليه من شروحهما . وفي التذكرة ذكر التنجيز من شروط الضمان - كما سبق - ولم يذكر ذلك في الحوالة ، ولعله اكتفى بذكره في غيرها مع دعوى الإجماع عليه في عامة العقود» فإن الإجماع المدعى في كلية العقود غير تام بغض النظر عن عدم الدليل على ضرورة الإجماع ، فلا يكون عدم الذكر له في المقام كاشفاً عن عدم اعتباره وتامية الإجماع عليه ولو للشك في تحققه عليه .

الثالث : الرضا من المحيل والمحتال بلا اشكال^(١) - وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضئ المحيل فيما لو تبرع المحال عليه بالوفاء ، بأن قال للمحتال : أحلت بالدَّين الذي لك على فلان على نفسي ، وحينئذ فيشترط رضئ المحتال والمحال عليه دون المحيل ، لا وجه له ، إذ المفروض لا يكون من الحوالة ، بل هو من الضمان .

الماتن رحمته من عدم اعتبار التنجيز في صحة الحوالة ، بل تصح الحوالة مع التعليق أيضاً .

(١) ثم ذكر الماتن رحمته أنه يعتبر في صحة الحوالة رضا المحيل والمحتال .

والوجه فيه ظاهر كما ذكرنا ، لأن الحوالة عقد بينهما توجب انتقال الدين الذي هو للمحتال على المحيل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه الذي هو شخص أجنبي عن العقد ، وهذا الانتقال بلا شك يحتاج إلى الرضا من المتعاقدين جزماً^(٢) .

ولكن قيل على ما يقوله الماتن رحمته ^(٣) بأنه قد تصح الحوالة من دون حاجة إلى رضا المحيل

(١) ذكر الشيخ صاحب الجواهر رحمته شارحاً قول المحقق الذي هو «ويشترط فيها [أي في الحوالة] رضا المحيل والمحال عليه والمحتال» ما نصه : «بلا خلاف أجده في الأوّل والأخير [كما نفى الخلاف في ذلك المحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٣٠٨ وسيد الرياض ٩ : ٢٨٠] بل الإجماع بقسميه عليهما [أقول : كما في التذكرة ١٤ : ٤٤١ ، ٤٤٢ ، والمسالك في العقد ٤ : ٢١٣ ، ومفاتيح الشرائع : مفتاح ١٠٣٢ ج ٣ : ١٤٨ ، وكفاية الأحكام ١ : ٥٩٦ ، والحدائق ٢١ : ٤٧] بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر وهو الحجة مضافاً إلى أصول المذهب وقواعده» الجواهر ٢٦ : ١٦٠ .

ثم إن الماتن رحمته بعد أن تقدم منه في الأمر الأوّل مما يعتبر في الحوالة الايجاب والقبول عند المشهور واختاره هو كون الحوالة إيقاعاً من المحيل إلا أنه يعتبر رضا المحتال فالرضا على كل منهما ومن كل منهما معتبر فما معنى تكرار اعتباره في الأمر الثالث من الأمور المعتبرة في الحوالة ، وأنه يعتبر الرضا من المحيل والمحتال ؟!

والجواب : عن ذلك أن الماتن رحمته ذكر ذلك مقدمة لما نقله عن بعضهم (الآتي ذكرهم) من عدم اعتبار رضا المحيل في الحوالة فيما إذا تبرع المحال عليه بالوفاء إلخ ، وأجاب عنه .

(٢) قال الماتن رحمته : «وما عن بعضهم من عدم اعتبار رضا المحيل فيما لو تبرع المحال عليه

كما إذا فرضنا أن المحال عليه البريء قال للمحتال وهو الدائن: أحلت ما لك علي زيد من دين علي نفسي، وقبل ذلك المحتال، فينتقل الدين إلى ذمة المحال عليه البريء، بلا حاجة إلى رضا المحيل، فلا يعتبر رضا المحيل حينئذٍ.

وأجاب عنه الماتن رحمته (١) بأن هذا الذي تحقق ليس هو الحوالة، بل هو الضمان ولكن عُبِّر عنه بلفظ الحوالة، وهو أجنبي عنها، فإن الحوالة عقد بين المحيل والمحتال (٢)، وهذا الذي تحقق عقد بين الدائن وشخص آخر وهو الضامن، يقول للدائن أن ما تطلبه من الدين علي زيد هذا أجعله علي ذمتي وانقله إلى ذمتي فيقبل الدائن ذلك، وهذا هو عقد الضمان الذي تقدم والذي يكون بين الضامن والمضمون له، لا عقد حوالة الذي يكون بين المحيل والمحتال (٣).

«بالوفاء» وهؤلاء البعض هم كما سيأتي نقل كلامهم الشهيد في المسالك في العقد ٤: ٢١٤، والعلامة في التذكرة ١٤: ٤٤٢، والشهيد الثاني في الروضة البهية ٤: ١٣٧، وصاحب مفاتيح الشرائع مفتاح ١٠٣٣ ج ٣ ص ١٤٩، وصاحب الحدائق الناظرة ٢١: ٤٩ - ٥٠ وسيأتي كلامهم. (١) وسيأتي ما قاله الشيخ صاحب الجواهر رحمته في منع صحة ذلك حوالة.

(٢) حقَّ العبارة التي في الشرح أعلاه والتي قالها السيد الأستاذ رحمته في الدرس هو أن يقال في الجواب المنسوب إلى الماتن ما نصه: لأن الحوالة هي نقل المدين دينه من ذمته إلى ذمة غيره أو نقل المدين دائنه إلى غيره، لأنه هو - أي الماتن - عرف الحوالة بذلك ولا يراها عقداً بل يراها ايقاعاً، كما أنه يرى أن الضمان ايقاع فلا يصح علي مبناه التعريف بما ذكره السيد الأستاذ رحمته. نعم السيد الأستاذ رحمته يراها عقداً فالجواب المذكور جواب للسيد الأستاذ لا جواب من الماتن وكلا الجوابين صحيح إلا أن الأول للماتن بناءً على أن الحوالة ايقاع والجواب الثاني للسيد الأستاذ وغيره وهو مبتن على أن الحوالة عقد لا ايقاع، وتقدم أنها عقد هو الصحيح.

(٣) القائل بأن الحوالة تصح في هذه الصورة من دون حاجة إلى رضا المحيل هو العلامة في التذكرة، فإنه قال: «يشترط في الحوالة رضا المحيل - وهو الذي عليه الحق - إجماعاً... (إلى أن قال) إلا في صورة واحدة لا يعتبر فيها رضا المحيل، وهي ما إذا جَوَزْنَا الحوالة علي مَنْ لا دين عليه [أي علي البريء] كما جَوَزَهَا هو والمشهور بل حتَّى من اعتبر في تعريف الحوالة

« اشتغال ذمّة المحال عليه كالمحقق رحمته الله] لو قال للمستحق: أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي، فقبل صحّت الحوالة، فإذا لا يشترط هنا رضا المحيل، بل رضا المحتال والمحال عليه خاصة» تذكرة الفقهاء ١٤: ٤٤١ - ٤٤٢.

والشاهد في المسالك فإنه قال: «ويستثنى من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرّع المحال عليه بالوفاء، فإنه لا يعتبر رضا المحيل قطعاً...» بل قال: «والعبارة عنه حينئذٍ أن يقول المحال عليه، للمحتال: أحلت بالدين الذي لك على فلان على نفسي، فيقبل فيشترط هنا رضا المحتال والمحال عليه، ويقومان بركن العقد...» **المسالك ٤: ٢١٤**. وكلمة (أحلت بالدين) لا تنسجم مع بعضها البعض فإما أن يقال أحلت الدين الذي لك على فلان على نفسي أو أحلتك بالدين الذي لك على فلان على نفسي كما أن الثاني هو الموجود في النسخة الأخرى المخطوطة المذكورة في مكتبة السيد المرعشي النجفي رحمته الله برقم ١٣٢٨ ويشير إليها المحقق بنسخة (س).
والروضة ٤: ١٣٧.

وكذا صاحب مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٩ مفتاح ١٠٣٣.

وكذا صاحب الحدائق ٢١: ٤٩ - ٥٠.

وقال الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله بعد ذكر عبارة المسالك المتقدمة: «وفيه: إمكان منع صحّة هذه الحوالة لعدم اطلاق في نصوص المقام يتناولها، و﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ إنما يراد منه العقود المتعارفة أي البيع والصلح والحوالة ونحوها... فلا شمول فيه للمشكوك فيه من أفرادها بعد فرض عدم اطلاق فيها يتناولها» الجواهر ٢٦: ١٦١.

وقول الشيخ صاحب الجواهر في ردّ من قال إنّ الحوالة على البريء بالضمان اشبه بل الذي قال أنها أظهر مما نصه «وإن كان فيه ما لا يخفى ضرورة عدم إنشاء ذلك من المحال عليه حتى يكون ضمناً» الجواهر ٢٦: ١٦٥ أنه لو كانت بانشاء المحال عليه كانت ضمناً عنده.

وعلق على ما ذكره الشيخ صاحب الجواهر السيد الحكيم رحمته الله بقوله: «إن التعارف لا يقيّد الاطلاق، ولو بني على ذلك لزم تأسيس فقه جديد» المستمسك ١٣: ٢٢٣.

أقول: ليست هذه المعاملة مشكوكة في كونها حوالة أم لا إذ إنها إذا كانت بانشاء المحال

« عليه كانت ضماناً عند صاحب الجواهر كما عرفت ، بل جزءاً ليست هي حوالة ، بل هي ضمان ، فبتبني صحتها ضماناً على صحة انشاء معاملة بالفاظ معاملة أخرى ، وسيأتي بحثه .
وقد عرفت مما ذكره السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته : من أن هذا هو عقد ضمان لأنه ينقل فيه الضامن ما يطلبه الدائن (المضمون له) على مدينة من الدين إلى ذمة الضامن ، فهو عقد ضمان لا عقد حوالة لان العقد فيه بين الضامن وهو رجل أجنبي ليس هو المدين ولا الدائن وبين المضمون له وهو الدائن ، لا بين المدين والدائن والحوالة عقد بين المدين والدائن . إلا أن هذا ليس هو الذي يقوله الماتن رحمته بل هذا هو الذي يقوله السيد الأستاذ رحمته ، والذي يقوله الماتن هو لأن الحوالة : إحالة المديون دائته أو دينه على غيره ، وهذا الفرد ليس احاله المديون دائته على غيره .
وأما ما قاله السيد الحكيم رحمته من أن ذلك إنما « يتم إذا كان مفهوم الضمان نقل ما في ذمة إلى ذمة كما ذكره الأصحاب ، أما إذا كان التعهد بالدين فهو غير التحويل المذكور » المستمسك ١٣ : ٢٢٣ .

فجوابه أن الضمان إذا أُطلق بلا كلام ينصرف إلى الضمان المصطلح ، وهو الذي فيه نقل ما في ذمة إلى ذمة . وأما الضمان بمعنى التعهد فإنما يصار إليه مع القرينة عليه ، وإن كان هو ضمان بلا كلام ، ودليله عمومات صحة العقود وسيرة العقلاء . وكذا الضمان بمعنى أمر الأمر فإنه أيضاً ضمان ، ودليله سيرة العقلاء ، إلا أنه إنما يصار إليه للقرينة عليه . واطلاق كلام الماتن (بل هو من الضمان) إنما ينصرف إلى الضمان بمعنى النقل الذي هو الضمان المصطلح ، والذي عقد له كتاب الضمان .

وعلى كل حال ، فقد عرفت أن صحة ذلك حوالة غير ممكن ، لا لما ذكره الشيخ صاحب الجواهر رحمته من عدم اطلاق في نصوص الحوالة يتناولها ، بل لأنها ليست حوالة ، ولا شك لنا في أنها حوالة أم لا ، بل من المقطوع به أنها ضمان - والضمان لا يعتبر فيه رضا المضمون عنه ، والمحيل هو المضمون عنه ، عُبر عنه بالمحيل مجازاً - لا حوالة ، فلا تشملها نصوص الحوالة ، بل تشملها نصوص الضمان وتصح ضماناً لأن الحوالة عندنا إحالة المديون دائته أو دينه على غيره ، وأنها عقد بين الدائن والمدين والمحقق هنا إما إحالة غير المديون الدائن وإما العقد بين

غير المديون والدائن وعلى كل منهما ليست هي حوالة وتقل الأجنبي دين المدين إلى ذمته بعقد مع الدائن هو الضمان ليس إلا ، سواء أكان ذلك الأجنبي هو المحال عليه البريء لو كانت بلفظ الحوالة التي تخيل أنها حوالة لذلك أم لم تكن بلفظ الحوالة .

ثم إن عبارة الشهيد رحمته التي هي «ويستثنى من اعتبار رضا المحيل ما لو تبرع المحال عليه بالوفاء ، فإنه لا يعتبر رضا المحيل قطعاً» المراد منه التبرع بالتحويل لا التبرع بالوفاء ، حيث إن التبرع بالوفاء لا يدخل لا في الحوالة ولا في الضمان . فالتعبير بالتبرع بالوفاء مجاز دل عليه قوله «والعبارة عنه حينئذ أن يقول ... إلخ» .

ثم إن قول البريء أن ما تطلبه من زيد هو على ذمتي وأحوله على ذمتي صحيح وهو كما عرفت ضمان لا حوالة .

وقد يقال : إن صحة هذه المعاملة ضماناً مبنية على صحة إنشاء معاملة بالفاظ معاملة أخرى ، فإنه في المقام ينشئ الضمان بلفظ الحوالة ، والحال إنه استشكل فيه المحقق النائيني رحمته ، بل منعه على ما تقدم في كتاب الإجارة ، وقال تعليقاً على قول الماتن : (لا يبعد صحته) [أي لا يبعد أن يقال بصحة ما لو قال أبيعك منفعة داري إلى أجل مسمى] ما نصه : «بل يبعد صحته لابتناؤه على جواز التجوز في صيغ العقود ، وصلاحيه كل عقد لأن ينشأ بلفظ الآخر ، وهو في غاية الأشكال ، بل لا يبعد عدم جوازه» العروة الوثقى (مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام) ٥ : ٩ . طبع مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة وهذا من المحقق النائيني رحمته كما هو منع لقوله : أبيعك منفعة داري إلى أجل مسمى كذلك هو منع لوقوع العقد بقولك : أبيعك داري إلى أجل مسمى أو قول المحال عليه البريء للمحتال : حولت دينك الذي لك على المدين وهو زيد مثلاً على نفسي .

وعلى كل حال ، البحث في مقامين : ١ - هل إن قول البريء في المقام : حولت ما لك على زيد على ذمتي ، هو استعمال لفظ معاملة في معاملة أخرى أم لا ؟ ٢ - هل إن استعمال لفظ معاملة في معاملة أخرى ممنوع أم لا ؟

أما الجهة الأولى : فقول البريء : حولت الذي لك من الدين على زيد على ذمتي ، ليس من

استعمال لفظ معاملة في معاملة أخرى، لأن الضمان هو نقل الدين من ذمة إلى ذمة، وهو يتحقق بقوله ضمننت أو نقلت أو حولت أو ما شابهها وحولت لغة نقلت كما تقدم في تعريف الحوالة، فليس هو من استعمال لفظ معاملة في معاملة أخرى.

وأما **الجهة الثانية**: فإن استعمال لفظ معاملة في معاملة أخرى يكون على نحوين **الأول**: أن يقول مثلاً بعتك داري إلى شهر بكذا وهذا قد ذهب إلى المنع منه كل من الماتن والمحقق النائيني رحمهما إلا أنه غير صحيح لأن البيع استعمال فيه بمطلق التملك فهو كقول بعتك منفعة داري إلى شهر بكذا فهو كالتنو الثاني الآتي. **الثاني**: أن يقول مثلاً: بعتك منفعة داري إلى شهر بكذا وهذا هو الذي منعه المحقق النائيني رحمهما، بدعوى عدم جواز استعمال لفظ معاملة في انشاء معاملة أخرى والذي أجازاه الماتن رحمهما على ما تقدم في كتاب الإجارة من الواضح ٩: ١٩٦. فهي أي دعوى عدم جواز استعمال لفظ معاملة في معاملة أخرى مطلقاً وخصوصاً فيما منعه المحقق النائيني رحمهما أيضاً دعوى غير صحيحة، وذلك لأن الانشاء كما هو الصحيح هو ابراز الأمر النفساني بميزر، فيبرز المنشئ الملكية أو الزوجية الأولى بقوله: ملكتك، والثانية بقوله زوجتك. وليس ذلك إلا أن يعتبر الإنسان هذا المال بدل ذلك المال الذي هو الأمر النفساني ويبرزه بقوله بعتك، أو يعتبر العلقه التي تكون بين الزوج والزوجة في النكاح ويبرزه بقوله زوجت أو انكحت. فيبرز الإنسان بذلك ذلك الأمر الاعتباري النفساني بميزر، ولذا لا يتصف ذلك بالكذب أو الصدق لأنهما من عوارض الاخبار لا الانشاء، بل يتصف بالوجود والعدم، وليس للفظ دخل غير أنه مبرز، ولذا لا فرق بين اللفظ والاشارة والكتابة.

لا أنه - أي اللفظ - آلة وعلة ويوجد المنشئ المعنى بايجاد اللفظ الذي يقال إن الانشاء هو ايجاد المعنى باللفظ - كما هو المشهور - فإنه مبنى فاسد وباطل بل لم نجد ولو في مورد واحد أي أثر أو عين على أن الأثناء هو إيجاد المعنى باللفظ على الرغم من انتشاره واشتهاره، كما بين في محله في الجزء ٩ من الواضح في شرح العروة ص ١٩٨، وفي موسوعة الإمام الخوئي ٤٣: ٩٢-٩٩، **والقول بالبطلان** - أي القول ببطلان انشاء معاملة بالفاظ معاملة أخرى - إنما هو مستند على هذا المبنى الفاسد، لأنه عليه يمكن أن يقال إنه ليس لكل أحد أن يجعل كل شيء

«آلة لكل شيء ، وإنما ذلك يرجع إلى العرف والعقلاء ، فما كان عندهم آلة هو آلة ، وما لم يكن عندهم آلة ليس هو آلة ، والعرف والعقلاء عندهم الآلة للضمان ضمنت لا حولت ، فاستعمال حولت في انشاء معاملة الضمان بدل ضمنت لم يدل على صحتها دليل ، وقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ غير شامل لها .

فإذا كان الانشاء إنما هو أبراز الأمر النفساني الاعتباري باللفظ أو بأي مبرز ، فلا فرق في هذا الأبراز بين أن يكون باللفظ على نحو الحقيقة أو باللفظ على نحو المجاز والكنائية ، وسواء كانت القرينة عليه حالية أم لفظية ، وسواء كان المجاز قريباً أم بعيداً المعبر عنه بالركيك ، فإن المعنى الظاهر في الأمر الاعتباري عرفاً مصداق للضمان ، وليس من الأغلاط ، فلذا لا شك يحكم بصحة قول البريء : حولت الذي لك من الدين على زيد على ذمتي وبأنه ضمان .

وعليه : فالملاك في صحة العقد أن يؤتى بالفاظ دالة على المعنى المراد حقيقة أو مجازاً مع القرينة . وهنا وإن أتى بلفظ الحوالة إلا أنه أولاً معنى حولت لغة وعرفاً إنما هو نقلت . وثانياً : ومع التنزل يكون استعمال حولت في الضمان الذي هو نقل الدين من ذمة المديون إلى ذمة الضامن مع القرينة على أن المراد من حولت الضمان واضحة ، لأن الحوالة لا تكون بين المحال عليه البريء والمحتال ، بل المحال عليه أجنبي عن العقد وإن اعتبر رضاه لو كان بريء الذمة ، وهنا كانت بين المحال عليه البريء والمحتال ، والذي يكون بين بريء الذمة والدائن هو الضمان ليس إلا ، وهو كما ينشأ بلفظ ضمنت ونقلت ينشأ بلفظ حولت حقيقة . وعلى فرض أنه لا ينشأ بلفظ حولت حقيقة فالقرينة على أن المراد بحولت الضمان مفروضة وواضحة وتمتضيها دلالة الاقتضاء أيضاً . فالصحة بلا إشكال محققة على كلا التقديرين ، وإن كان لا يحتاج إلى تقدير المجاز ، بل حقيقة يصدق أنه ضمن بقوله حولت على ما عرفت .

ثم إن هذا كله في المحيل . وأما المحتال فقد تقدم اعتبار رضاه في الأمر الأول من الأمور المعتبرة في الضمان لاعتبار الإيجاب والقبول من المحيل والمحتال ولا يعقل القبول من دون رضا المحتال ، بل حتى من يقول إن الحوالة ايقاع كالماتن يقول باعتبار قبول المحتال ، بل اعتبار قبول المحتال مجمع عليه بين أصحابنا كما تقدم نقل الإجماعات عليه واعتباره عندهم

- وكذا من المحال عليه إذا كان بريئاً أو كانت الحوالة بغير جنس ما عليه^(١) .

(١) ثم إنّه بعد ذكر الماتن بَيِّنُ اعتبار رضا المحيل والمحتال في الحوالة في كل صورها بلا استثناء ، ذكر بَيِّنُ أنّه كذلك يعتبر رضا المحال عليه إذا كان بريئاً أيضاً مضافاً إلى اعتبار رضا المحيل والمحتال ، وكذا يعتبر رضا المحال عليه فيما إذا كانت الحوالة بغير الجنس الذي على المحال عليه فيما إذا كان مشغول الذمّة لا بريئاً ، إذ لا سلطنة للمحيل على المحال عليه ليشغل ذمته بعد ما كانت بريئة بغير رضاه ، أو كانت مشغولة بغير الجنس الذي ذمته مشغولة به بغير رضاه^(١) ،

« أقوى من اعتباره في المحيل لأن جماعة لم يعتبروه فيه في بعض الصور .

الإ أنّ أبناء السنّة والجماعة لم يعتبروا قبول المحتال فيما إذا كانت الحوالة على مليّ قال في متن المغني «ويشترط في صحتها رضا المحيل بلا خلاف فإن الحق عليه ولا يتعين عليه جهة قضائه ، وأما المحتال والمحال عليه فلا يعتبر رضاهما على ما سنذكره إن شاء الله»

المغني والشرح الكبير ٥ : ٥٤ وقال نحوه في شرح المغني والشرح الكبير ج ٥ : ٦١ .

والمستند في ذلك لهم ما نسبوه إلى النبي صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنّه قال : «ومن أحيل بحقه على مليّ فليحتل» سنن البيهقي ٦ : ٧ ، مسند أحمد ٢ : ٢٢٥ ح ٩٦٥٥ أو «إذا أتبع أحدكم على مليّ فليتبّع» صحيح البخاري ٣ : ١٢٣ ، صحيح مسلم ٢ : ١١٩٧ / ١٥٦٤ ، سنن ابن ماجه ٢ : ٢٤٠٣ / ٨٠٣ .

وهي رواية ضعيفة لا حجية فيها في قبال أن ذلك تصرف في مال المحتال ولا بدّ وأن يكون برضاه ولا بدّ وأن يكون الخروج عن ذلك بدليل صحيح .

وأما اعتبار رضا المحال عليه إذا كان بريئاً أو كانت الحوالة عليه بغير جنس ما عليه ، أو حتّى لو كانت بنفس جنس ما عليه فسيأتي في التعليقة الآتية .

(١) أما إذا كانت الحوالة على البريء فلان اشتغال ذمته من قبل المحيل ورضا المحتال بذلك من دون رضا المحال عليه ليس هو إلّا أعمال ولاية لهما عليه وسلطنة ، ولا شك في أنّه ليس لهما أي ولاية عليه ولا سلطنة فالتصرف في أمواله أو ذمته باشتغالها بدين للمحتال تصرف في ذمّة أو مال المحال عليه بلا إذنه وهو غير ممكن وغير جائز ، بل اعتبر المشهور رضاه حتّى لو كانت ذمته مشغولة للمحيل . فكيف بما إذا لم تكن مشغولة للمحيل بشيء ؟ !

وأما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمّة ، ولكن بغير الجنس الذي له عليه كما لو كانت

وأما إذا كانت بمثل ما عليه ففيه خلاف^(١).

وهذا ظاهر.

(١) وإنما الكلام فيما إذا كانت الحوالة بجنس ما عليه - لا بغير جنس ما عليه - بأن كان الذي في ذمته عشرة دنانير عراقية فيحيل عليه المحيل عشرة دنانير عراقية أيضاً، فهل يعتبر رضا المحال عليه حينئذٍ أو لا؟

فيه خلاف.

ذهب المشهور إلى اعتبار رضاه^(١)، بل عن الأردبيلي دعوى عدم الخلاف في المسألة^(٢).

في ذمته عشرة دنانير عراقية فأحال عليه أربعة دنانير كويتية، تساوي عشرة عراقية فأيضاً يعتبر رضا المحال عليه مع فرض أن ذمته مشغولة للمحيل، وذلك لأن هذه معاوضة بين المحيل والمحال عليه بتبديل العراقية بالكويتية ولا بد من رضا كلا المتعاملين بذلك حتى لو كانت ذمة المحال عليه مشغولة للمحيل إلا أنها مشغولة له بغير ما حوّل عليه، فلا بد من رضا المحال عليه هنا أيضاً، ولا سلطنة ولا ولاية للمحيل على المحال عليه ليبدل ما في ذمته من الدنانير العراقية إلى الدنانير الكويتية بلا رضاه.

(١) كما نسبه إلى المشهور الشيخ صاحب الجواهر ٢٦: ١٦١، والمهذب البارع ٢: ٥٢٨ «المشهور بين الأصحاب اعتبار رضا الثلاثة»، والتنقيح الرائع ٢: ١٩٢ قال: «أما الأول [وهو اعتبار رضا الثلاثة] فهو المشهور»، وجامع المقاصد ٥: ٣٥٧ قال: «والمشهور اشتراطه [أي رضا المحال عليه]»، وكذا في مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٨.

(٢) مجمع الفائدة والبرهان ٩: ٣٠٨، وفي التذكرة ١٤: ٤٤٤ نسبه إلى أصحابنا، وفي المختلف ٦: ٣ إلى علمائنا، ونسب في جامع المقاصد ٥: ٣٥٨، والمسالك ٤: ٢١٣ إلى الشيخ دعوى الإجماع عليه. وقال الشيخ صاحب الجواهر رحمته: نسبة ذلك إلى الشيخ «لم نتحققه، وإنما المحكي عن المبسوط [٢: ٣١٢]، والخلاف [٣: ٣٠٥ - ٣٠٦] ما عن الغنية [٢٥٧]، والسرائر [الديون والكفالات والضمانات، السرائر ج ٢: ٧٩] من الإجماع على صحة الحوالة مع رضاه، بخلاف حال عدمه»، قال الشيخ صاحب الجواهر رحمته أيضاً: «وهو كما ترى ليس اجماعاً في المقام، بل مشعر بوجود الخلاف» الجواهر ٢٦: ١٦١ وهو الصحيح.

ومنهم من احتمل اعتباره طرفاً للعقد كما تقدم^(١).

وذهب جماعة من المحققين^(٢) إلى عدم اعتبار رضاه، وهو الصحيح، إذ لا يعرف وجه صحيح لما ذكره المشهور لو ثبت أن المشهور ذهب إلى ذلك^(٣)، بعد ما كان المحال عليه مديناً للمحيل الذي له نقل ماله الذي في ذمة الغير إلى أي شخص بأي سبب، كان هو الحوالة أو البيع أو الإجارة، أو جعله مهراً لزوجته أو غير ذلك، وهو مسلط على ماله ينقله إلى أي أحد، فأبي وجه لاعتبار رضا المحال عليه في صحة الحوالة!؟

وذكر الماتن في آخر المسألة أنه قد يعلل اعتبار رضا المحال عليه المشغول الذمة بمثل ما حوّل عليه، كما في المسالك^(٤) باختلاف الدائنين في الاقتضاء - أي المطالبة - فمنهم المتسامح

(١) الذي اعتبره طرفاً للعقد احتمالاً كما تقدم الماتن وأما القول به من أحد فلا، نعم اعتبره الشهيد طرفاً للعقد في حوالة البريء دين المحتال على نفسه: المسالك ٤: ٢١٤ وكذا غيره وهو خارج عن محل الكلام، وتقدم عدم صحته أيضاً.

(٢) منهم الشيخ صاحب الجواهر ٢٦: ١٦٣، وفخر المحققين في التنقيح الرائع ٢: ١٩٣، والمحقق الكركي ٥: ٣٥٨، والشهيد الثاني في الروضة ٤: ١٣٧، وكذا عن أبي الصلاح وعن المختلف الميل إليه وفي مفتاح الكرامة أنه خيرة المقتصر وإيضاح النافع، ووافقهم عليه سيدنا الأستاذ. وهو الصحيح.

(٣) تقدم أنه المشهور عن جملة من الأصحاب، فلا يمكن إنكار كونه مشهوراً إلا أنه ليس له أي دليل صحيح كما سيأتي وتعليل بعضهم له باختلاف الناس في الاقتضاء ليس صحيحاً، على أنه أخص من المدعي كما سيأتي.

(٤) مسالك الافهام ٤: ٢١٣. قال: «ولأنه أحد من تتم به الحوالة، فكان كالأخرين، ولاختلاف الناس في الاقتضاء والاستيفاء، سهولةً وصعوبةً، ولأن نقل المال من ذمة المحيل إلى ذمته يتوقف على رضاه وأصالة بقاء الحق في ذمة المحال عليه للمحيل فيستصحب وفيه نظر...».

ولا يبعد التفصيل^(١) بين أن يحول عليه بما له عليه ، بأن يقول أعطه من الحق الذي لي

ومنهم المتشدد ، فلذا يعتبر رضا المحال عليه في احالة شخص عليه .
ولعل هذا واضح الدفع ، أولاً : لا يعتبر في نقل ما في ذمة إلى ذمة أخرى تساوي الأشخاص من جهة الاقتضاء وسهولة أو صعوبة المطالبة ، ولذا لا يعتبر ذلك في بيع الدين الذي عليه من غيره جزماً ، سواء أرضي المدين بذلك أم لا ، متشدداً كان المشتري بالمطالبة أو متسامحاً ، بل كل من يكون مالكاً للمال إذا كان مستحقاً للمطالبة فطالب وجبت اجابته ، كان شديد المطالبة أو متسامحاً أو لا ، لا دخل لذلك في الحكم الشرعي ، فإن المدين يجب عليه أداء دينه عند المطالبة واستحقاق الدائن لها ، سواء كان الدائن متشدداً في المطالبة أم لا .

وثانياً : على فرض ثبوت اقتضاء اختلاف الناس في الاقتضاء ذلك ، فلا يقتضيه على الإطلاق ، بل في خصوص ما إذا كان المحتال شديد المطالبة ، فغاية ذلك تخصيص الحكم لا اعتبار رضاه على الإطلاق ، فهذا التعليل ضعيف جداً .

(١) وفصل المانن عليه السلام في المقام تفصيلاً لا يرجع إلى محصل .

وحاصل ما ذكره أن المحيل ١ - قد يحيل بمثل ما له على المحال عليه ، أي يحيل المحيل المحتال - على المحال عليه بمثل ما يطلبه من الدين ، كأن كان يطلبه عشرة دنانير فيحيل المحيل المحتال على المحال عليه بتلك العشرة دنانير التي يطلبها منه ، فيقول للمحتال : احتلتك عليه بما في ذمته لي من الدين ، ففي مثل ذلك لا يعتبر رضا المحال عليه ، لأنه نقل لما يستحقه عليه ، ولما يطلبه منه إلى شخص آخر بازاء ما يطلب الآخر ما في ذمة المحيل من الدين ، فتسقط ذمة المحيل وتشغل ذمة المحال عليه للمحتال بمثل هذه الحوالة ، ولا يعتبر رضاه في ذلك . ومثله . ما لو كانت الحوالة بلا قيد أنه من غير الدين الذي له عليه ، فطبعاً تنطبق على ما يطلبه ، فتبرأ ذمة المحيل وتشغل ذمة المحال عليه ولو من دون رضاه .

٢ - وأخرى المحيل يحيله عليه بقيد أنه من غير ما يطلبه ، كما لو قال له : احتلتك على زيد بعشرة دنانير غير العشرة دنانير التي أطلبها منه ، فلا بد من رضا المحال عليه ، لأن هذه الحوالة هي التي على نحو الحوالة على البريء ، فكما أنه يعتبر في الحوالة على البريء رضا المحال عليه كذلك في المقام .

وهذا التفصيل لا يرجع إلى محصل ، لأن الاحالة بقيد أنه ليس مما يطلبه إحالة على

عليك ، فلا يعتبر رضاه ، فإنه بمنزلة الوكيل^(١) في وفاء دينه وإن كان بنحو اشتغال ذمته للمحتال وبراءة ذمة المحيل بمجرد الحوالة ، بخلاف ما إذا وكله فإن ذمة المحيل مشغولة إلى حين الأداء . وبين أن يحوله عليه من غير نظر إلى الحق الذي له عليه على نحو الحوالة على البريء ، فيعتبر رضاه ، لأن شغل ذمته بغير رضاه على خلاف القاعدة .

البريء ، ومحل الكلام في هذه المسألة الاحالة عليه بمثل ما له عليه من الدين .

وأما لو فرض أن الواقع في الخارج هو التوكيل فقط ، بأن قال للمحتال : إنني وكلت فلاناً بوفاء دينك مني ، فلا إشكال في عدم فراغ ذمة المحيل بذلك ، وهذا خارج عن محل الكلام ، لأن الكلام في الحوالة لا في التوكيل ، فذكر التوكيل في المقام لا وجه له ، وسيأتي توضيح ذلك في التعليقة الآتية .

(١) هذا من الغريب في كلام الماتن ولعله من سهو القلم ، لأن في الصورة الأولى - وهي الاحالة بعين ما يطلبه من المحال عليه - تعليل صحة الحوالة وعدم اعتبار رضا المحال عليه بأنه بمنزلة التوكيل لا معنى له ، إذ إنه بعد فرض فراغ ذمة المحيل من الدين بالحوالة ، واشتغال ذمة المحال عليه ، فيكون المحال عليه وكيلاً لمن ؟ هل لمن برئت ذمته من الدين واشتغلت ذمة المحال عليه به وهو المحيل ؟ ! فإن المحال عليه يفني دين نفسه كيف يكون وكيلاً عن المحيل ؟ ! ما معنى كونه وكيلاً بعد صحة الحوالة !

على أن المحال عليه يؤدي حينئذٍ دين نفسه ، لا دين غيره وكالة ، وهو لا يلتزم مع كونه وكيلاً ، لأن الوكيل يؤدي دين الغير .

وعلى تقدير الاغماض إذا كان بمنزلة الوكيل فلا بد من اعتبار رضا الوكيل ، لاعتبار ذلك حتى ممن يقول إن الوكالة ايقاع كالمصنف ، وهو ينافي تصريح المصنف بعدم اعتبار رضاه في هذه الصورة . وأما لو فرضنا أن الحوالة لم تتحقق ، وإنما كان الواقع في الخارج هو التوكيل فقط بأن قال للمحتال : إنني وكلت فلاناً الذي هو مدين لي أن يفني دينك ، وإن يعطيك ما تطلبه مني ، فلا إشكال في أنه بذلك لا تفرغ ذمة المحيل ، بل هو بعد مشغول الذمة بدين المحتال ، وهو خارج عن محل الكلام ، لأن محل كلامنا في الحوالة لا في التوكيل ، فذكر التوكيل في المقام لا وجه له ، وهو خارج عن محل الكلام .

وقد يعلّل باختلاف الناس^(١) في الاقتضاء فلا بدّ من رضاه . ولا يخفى ضعفه^(٢) كيف وإلّا لزم عدم جواز بيع دينه على غيره مع أنّه لا اشكال فيه .
 الرابع : أن يكون المال المحال به ثابتاً في ذمة المحيل^(٣) ، سواء كان مستقراً أو متزلزلاً ، فلا تصحّ في غير الثابت ، سواء وجد سببه كمال الجعالة قبل العمل ومال السبق والرماية قبل حصول السبق ، أو لم يوجد سببه أيضاً كالحوالة بما يستقرضه .

والمتحصل : أن ما ذهب إليه جملة من المحققين من عدم اعتبار رضا المحال عليه في صحة الحوالة ، إذا كانت الحوالة بمثل ما عليه من الدين هو الصحيح ، فتبرأ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه ، وعليه أداء دين نفسه لا دين المحيل حتّى لو لم يكن راضياً بهذه الحوالة ، والله العالم .

(١) كما تقدم عن المسالك .

(٢) كما تقدم أيضاً .

(٣) ذكر الماتن^(٤) أن المشهور والمعروف بين الفقهاء (قدّس الله أسرارهم) أنّه يعتبر في صحة الحوالة أن تكون ذمة المحيل مشغولة بشيء بالنسبة إلى المحتال ، فيحيله على شخص آخر بريء أو مديون للمحيل ، لتوقف وجود الحوالة وصدقها على وجود شيء لينقل وإلّا فلا يعقل نقل المعدوم فالمعتبر في صحة الحوالة لابدية اشتغال ذمة المحيل بالفعل ، سواء كان ما اشتغلت به ذمة المحيل منفرداً أم متزلزلاً^(٥) فإن لم تكن مشغولة بذلك بالفعل فلا تصح

(١) قال المحقق في الشرائع «ويشترط في المال [المحال به] أن يكون معلوماً ، ثابتاً في الذمة» الشرائع ٢ : ٣٦٣ .

وقال الشيخ صاحب الجواهر ، معلقاً عليه : «أي ذمة المحيل ولو متزلزلاً ، فلا حوالة في غير الثابت فيها وإن وجد سببه - كمال الجعالة مثلاً قبل العمل بناءً على عدم ثبوته في الذمة قبله - فضلاً عما لم يوجد سببه كالحوالة بما يستقرضه ، نحو ما سمعته في الضمان» الجواهر ٢٦ : ١٦٩ .
 وفي الحدائق : اجماعاً .

وحكى الإجماع في مجمع الفائدة والبرهان عن بعضهم .

الحوالة ، سواء كان سبب الاشتغال موجوداً بالفعل أيضاً أم لا .

فإنه قد يفرض أن الذمة غير مشغولة بالفعل ، إلا أن سبب الاشتغال موجود بالفعل ، كما في الجعالة لو قال : من ردّ عليّ ضالتي فله عليّ كذا ، أو في السبق والرماية ، قبل أن يرد المجعول له الضالة في الجعالة وقبل تحقق السبق والرماية في السبق والرماية ، فسبب الضمان وموجبه متحقق في الخارج ، إلا أن الضمان غير متحقق وغير موجود ، لعدم تحقق الرد أو السبق أو اصابة الهدف ، فالجاعل غير مشغول الذمة بالفعل إلا أن سبب الضمان قد وجد في الخارج ، وكذا في الزواج المحقق لسبب النفقة المستقبلية .

وأخرى يفرض أن الذمة غير مشغولة بالفعل ، وسبب الاشتغال أيضاً غير موجود بالفعل ، كما لو قال : اقترضني كذا مقدارٍ وخذ هذا القرض من زيد ، وزيد يرضى بذلك إذا كان غير مشغول الذمة للمقرض ، أو وإن لم يرض إذا كان مشغول الذمة للمقرض . فهنا حين الحوالة لا أن ذمة المحيل غير مشغولة فعلاً للمحال عليه فقط ، بل سبب الاشتغال غير موجود بالفعل أيضاً . وفي كلا الفرضين ذهب المشهور إلى عدم صحة الحوالة لأنه من نقل المعدوم ولا يعقل نقل المعدوم ، إذ ليس اشتغال الذمة موجوداً بالفعل ، سيما إذا لم يكن سبب الاشتغال موجوداً أيضاً ، والحوالة التي ينفك فيها زمان الانشاء عن زمان المنشأ لا دليل على صحتها^(١) .

« وفي التحرير : أن شرطها ثبوته في ذمة المحيل ، فلو أحاله بما يقرضه لم يصح إجماعاً . وفي المستمسك : «ويقتضيه [أي يقتضي ثبوت المال في ذمة المحيل] مفهوماً عرفاً ، فإن التحويل عرفاً يقتضي نقل ما في ذمة فهو يتوقف على وجود شيء في الذمة . . . » المستمسك ١٣ : ٣٨٤ - ٣٨٥ .

(١) هذا هو التعليق أي الحوالة المعلقة باطلة وإن كان السيد الأستاذ رحمته الله عبّر في موسوعته بما مضمونه : والضمان على نحو الواجب المشروط بمعنى انشاء انتقال المال من ذمته إلى ذمة الضامن في ظرفه وبعد ثبوته وإن كان أمراً معقولاً في حد ذاته إلا أنه باطل لعدم تعارفه بين

إلا أن الماتن عليه السلام ذكر في كتاب الضمان كما تقدم^(١) أنه لا مانع من أن يضمن أحد شيئاً عن آخر وإن لم تشتغل به ذمة الآخر بالفعل فيما إذا كان كان سبب الضمان موجوداً، كما في الجعالة أو السبق أو الرماية^(٢) وقال: إن الجملة المعروفة التي هي: لا يصح ضمان ما لم يجب وهذا من ضمان ما لم يجب، لم تثبت بدليل لبي أو لفظي من اجماع أو نص، فلا مانع من ضمان ما لم يجب فيما إذا كان سبب الضمان موجوداً^(٣).

العقلاء مضافاً إلى عدم شمول أدلة الصحة له، نظراً لظهورها في ترتيب الأثر على العقد بالفعل وحين الإنشاء. فإن السيد الأستاذ قال في موسوعته سابقاً: «إن التنجيز في الاصطلاح يقابل أمرين على سبيل منع الخلو: فتارة بمعنى الفعلية في قبال التعليق وتأخر زمان المنشأ عن زمان الانشاء بحيث يكون الانشاء فعلياً في حين لا يحصل المنشأ إلا عند تحقق المعلق عليه» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٢٤٠، والمقصود من ذلك أن هذا هو التعليق لا شيء آخر.

(١) في المسألة ٣٧، الرقم العام [٣٦٠٤] الواضح ١٧: ٢٠٢-٢٠٣ موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٦٣، وفي المسألة ٣٥ الرقم العام [٣٦٠٢] الواضح ١٧: ١٨٧، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٥٨ - ٤٦٠، وفي الثامن من شرائط الضمان الواضح ١٦: ٢٩٠، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠٣ - ٤٠٥.

(٢) ونفقة الزوجة المستقبلية. إلا أن الماتن لم يخصه في الضمان بما إذا كان سبب الضمان موجوداً، بل قال به حتى لو لم يكن سبب الضمان موجوداً. راجع الثامن مما يعتبر في الضمان العروة الوثقى مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام ٥: ٤٠٧ - ٤٠٨.

(٣) أي وكأن السيد الأستاذ عليه السلام هنا يريد أن يقول: ولكن هنا في الحوالة لم يخص صحتها بما إذا كان السبب موجوداً، بل قال بصحتها حتى لو لم يكن سبب الاشتغال موجوداً بالفعل، وذلك هو الظاهر من قوله الآتي: «بل لا يبعد الصحة فيما إذا قال: اقترضني كذا وخذ عوضه من زيد... الخ». وكأنه في الضمان لم يقل كذلك، وقد عرفت ما فيه. وأنه في الضمان أيضاً قال بذلك أي قال بصحة الضمان حتى لو لم يكن سبب الاشتغال موجوداً قال ذلك في الثامن مما يعتبر في الضمان، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٠٥ الواضح ١٦: ٢٩٣.

هذا ما هو المشهور^(١)، لكن لا يبعد كفاية حصول السبب^(٢) كما ذكرنا في الضمان .

(١) وقد عرفت أن ما ذهب إليه المشهور هو الصحيح ، لتوقف صدق الحوالة كتوقف صدق الضمان على نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة أخرى ، ولا يقبل المعدوم النقل ، لا من ذمّة ولا إلى ذمّة أخرى ، والحوالة التي فيها إنشاء انتقال المال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه في ظرفه وبعد ثبوته في ذمّة المحيل لا أنه غير معقول في ذاته ، إلا أنه باطل لعدم شمول أدلة الصحة له وعدم تعارفه عند العقلاء .

(٢) كما عرفت أن الماتن رحمته قال هذا في الضمان ، فإنه ذكر الماتن رحمته أنه لا مانع من أن يضمن شخص ما لم تشتغل به ذمّة المضمون عنه فعلاً وإنما تشتغل به بعد ذلك ، فيما إذا كان سبب الضمان موجوداً^(١) ، كما في الجعالة قبل تحقق العمل^(٢) ، وكما في السبق والرماية قبل تحقق السبق فيهما ، وكما في النفقة المستقبلية للزوجة ، بدعوى عدم ثبوت بطلان ضمان ما لم يجب بدليل لبي أو لفظي من إجماع أو نص^(٣) .

وقلنا في محله^(٤) إن بطلان ذلك - أي ضمان ما لم يجب - من القضايا التي قياساتها معها ، لعدم معقولية انتقال ما ليس بثابت حتى لو كان سبب الثبوت موجوداً ، وإنشاء الضامن فعلاً انتقالاً

(١) المراد من السبب للماتن وللسيد الأستاذ الذي يعبر بنفس التعبير هو المقتضي لا الذي هو العلة التامة الجامع للمقتضي وعدم المانع والشرط . أي المراد المعنى المجازي له بقرينة تعبير الماتن فيما تقدم كما في نفقة الزوجة المستقبلية وغير ذلك من الموارد بالمقتضي للاشتغال .

(٢) أي قبل تحقق الردّ بتسليم العمل المجعول للجاعل بأن يسلم الدابة الضالة للجاعل لا قبل ذلك أي لا قبل التسليم وإن وجدها ، ثم قبل التسليم فرّت لأنه لم يردها الذي هو العمل المجعول للجاعل ، فإن الرد هو المجعول في مثل : من ردّ عليّ ضالتي فله عليّ كذا .

(٣) أي ولكن هنا أي في الحوالة قال بالصحة مطلقاً حتى فيما إذا لم يكن السبب متحققاً وموجوداً كما عرفت ، كأنه في الضمان لم يقل كذلك وقد عرفت ما فيه .

(٤) وهو المتقدم الإشارة إليه ، وهو كتاب الضمان في المسألة ٣٧ [٣٦٠٤] الواضح ١٧ : ٢٠٢ -

٢٠٣ . موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٦٤ والمسألة ٣٥ [٣٦٠٢] الواضح ١٧ : ١٨٧ موسوعة الإمام

الخوئي ٣١ : ٤٥٨ - ٤٦١ ، وفي الثامن من شرائط الضمان ، الواضح ١٦ : ٢٩٠ موسوعة الإمام

الخوئي ٣١ : ٤٠٣ - ٤٠٥ .

المال من ذمّة المضمون عنه إلى ذمته في ظرفه وبعد ثبوته ممكن ، وليس بمستحيل كالأول ، إلا أن لازمه انفكاك زمان الانشاء عن زمان المنشأ ، حيث يكون زمان الانشاء فعلياً وزمان المنشأ أي فعلية الضمان فيما بعد^(١) ، ولم يدل دليل من أدلة الصحة ، كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٢) أو نحوه على الصحة في مثل ذلك ، فإن ظاهر أدلة الصحة أن يترتب الأثر على العقد بالفعل لا فيما بعد ، إلا في موارد خاصة منها الوصية والتدبير ، بل إن صحة العقد وترتب أثره فيما بعد غير متعارف حتى عند العقلاء ، ولذا لا يصح عندهم انشاء البائع ملكية الدار بنحو يكون المنشأ بعد شهر^(٣) .

(١) أي هو التعليق المبطل ، ولكن عند السيد الأستاذ^{رحمته} لا عند الماتن^{رحمته} لعدم تمامية الإجماع عنده على بطلان التعليق في الضمان ، وتماميته عند السيد الأستاذ^{رحمته} .

(٢) المائدة ٥ : ١ .

(٣) هنا دعويان من السيد الأستاذ^{رحمته} الأولى : عدم شمول أدلة الصحة لما انفك فيه المنشأ عن الانشاء . الثانية : عدم تعارف العقد الذي ينفك فيه مؤثره عن أثره حتى عند العقلاء .

وكل من دعويي السيد الأستاذ^{رحمته} غير صحيحة ، وكذا دعواه الثالثة وهي قياسه الحوالة على الضمان أيضاً وتظيرها به الآتي بعد هاتين الدعويين أيضاً غير صحيحة .

أما الدعوى الأولى وهي دعوى السيد الأستاذ^{رحمته} عدم دلالة أدلة الصحة كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ على الصحة ، لأن ظاهره اختصاص ترتب الأثر على العقد بالفعل ، لا فيما بعد إلا في موارد خاصة التي هي الوصية والتدبير .

فيه ما لا يخفى ، لأن قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مطلق وليس مقيداً ، وليس معناه وجوب الوفاء حين تحقق العقد ، لأن ذلك هو معنى ومدلول قول القائل (أوفوا بالعقود المنجزة) ، وليس الموجود في قوله تعالى إلا ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ من دون وجود لكلمة المنجزة ، ولذا قال شيخنا الأنصاري^{رحمته} في المكاسب ٣ : ١٧١ طبع المؤتمر العالمي : إن معنى قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وجوب الوفاء بها حسبما انشئت ، فإن انشئت منجزة فلا بد من الوفاء بها منجزة ، وإن انشئت معلقة فلا بد من الوفاء بها معلقة ، هذا .

﴿ مضافاً إلى أن السيد الأستاذ عليه السلام أجاب بنفس هذا الجواب الذي ذكرناه عن استدلال بعضهم: بأن ظاهر الأدلة الدالة على سببية العقود لمسبباتها هو ترتب المسببات عليها في ظرف وقوع الأسباب لا في الأزمنة المتأخرة عنها، فإن هذا الدليل ذكره عليه السلام عنهم في موسوعته ٣٦: ٢١٩ وقال: قالوا إن المانع من شمول اطلاق الأدلة للعقود المعلقة هو: «أن ظاهر الأدلة الدالة سببية العقود لمسبباتها وترتب المسببات عليها، وكونها سبباً للمسببات في حال انشاءاتها، وفي ظرف وقوعها لا في الأزمنة الآتية، فكون العقد سبباً للبيع إنما هو فيما إذا كان موجباً للملكية الفعلية، وأما إذا كان موجباً للملكية الاستقبالية فهو على خلاف ظواهر الأدلة الدالة على أن عقد البيع سبب للملك مثلاً» .

ثم قال عليه السلام في الجواب عنه ما نصه: «ولا يخفى أن مفاد الأدلة هو وجوب ترتب الأثر على كل عقد على طبق مدلوله منجزاً كان أو معلقاً، نظير النذر المعلق على أمر متأخر» موسوعة الإمام الخوئي ٣٦: ٢١٩ .

فأي معنى للقول هنا أن أدلة الصحة كقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لا يدل على صحة العقد المعلق، وأن ظاهره اختصاص ترتب الأثر على العقد بالفعل لا فيما بعد؟! بعد وضوح جوابه عليه السلام وأن معنى أدلة الصحة كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ أوفوا بها على طبق مدلولها، فإن كانت منجزة فأوفوا بها منجزة وإن كانت معلقة فأوفوا بها معلقة، نظير الوفاء بالنذر المعلق .

وأما الدعوى الثانية وهي دعوى السيد الأستاذ عليه السلام أن صحة العقد وترتب أثره فيما بعد غير متعارف حتى عند العقلاء، ولذا لا يصح عندهم انشاء البائع ملكية الدار بنحو يكون المنشأ بعد شهر .

فيه أيضاً أنها دعوى غير مقبولة، فإنه إن لم تكن العقود المعلقة مساوية للعقود المنجزة فلا أقل أنها ليست بأقل منها إلا بقليل، فتعارف العقود المعلقة كتعارف العقود المنجزة، ولذا قال شيخنا الأنصاري عليه السلام: «مع أن تخلف الملك عن العقد كثير جداً» المكاسب ٣: ١٧١ طبع المؤتمر العالمي .

﴿ على أن السيد الأستاذ رحمته الله نفسه أجاب بهذا الجواب نفسه عن استدلال استاذة المحقق النائيني رحمته الله في بحث التنجيز في البيع ، حيث ادعى المحقق النائيني رحمته الله : «إن أدلة صحة البيع والنكاح وغيرهما إنما تنصرف إلى العقود المتعارفة ، والبيع المتأخر عنه الملكية بأيام أو الإجارة كذلك غير متعارف جداً ، وهو السرّ في بطلان التعليق في العقود» منية الطالب ١ : ٢٥٥ .

فإن السيد الأستاذ رحمته الله أجابه في موسوعته بمنع عدم تعارف العقود التعليقية عندهم (العقلاء) حيث إننا نراهم يهبون المال للغير بعد أيام لحاجتهم إليه في تلك الأيام . هذا بعد أن أجاب بمنع اختصاص العمومات بالمتعارف ، وإن توهم ذلك في المطلقات ، فإنه لا مجال بالنسبة إلى توهمه في العمومات الدالة على أن ذلك في المطلقات توهم ، وقال رحمته الله ما نصه : «ولا يخفى ما فيه [أي ما ذكره المحقق النائيني رحمته الله] صغرى وكبرى .

أما الكبرى فلأن العمومات والمطلقات الواردة في الأدلة والاختبار لا يعتبر في شمولها لشيء إلا صدق الطبيعي عليه ، وكونه فرداً من أفرادها ، وأما كونه متعارفاً أيضاً فلا ، نعم ربما يتوهم [توهم ليس إلا] في خصوص المطلقات عدم شمولها للغير المتعارف ، فالإطلاق موقوف على عدم بيان القيد ، وربما يتخيل كفاية التعارف الخارجي في البيان فلا يتم الإطلاق ، ولكن العمومات لا يجري فيها هذا التوهم .

وأما الصغرى فلمنع عدم تعارف العقود التعليقية عندهم ، فإننا نراهم يهبون المال للغير بعد أيام لحاجتهم إليه في تلك الأيام . فالمتحصل من جميع ذلك : أن التنجيز غير معتبر في العقود ، وإن كان الاحتياط مما لا ينبغي تركه سيما في النكاح . . . « موسوعة الإمام الخوئي ٣٦ : ٢٢١ . وبيان معنى التوهم المذكور في المطلقات هو أنه مبتن على أن المتعارف في العقود هي المنجزة والمعلقة غير متعارفة ، فيدعى أن عدم بيان القيد في المطلقات إنما هو اعتماداً على التعارف . وقد عرفت أن ليس المتعارف هو خصوص العقود المنجزة ، بل المعلقة أيضاً متعارفة ، فلا مقيد حتى بالمتعارف لعدم كون المنجزة بالخصوص هي المتعارفة ، بل كل منهما متعارف .

والنتيجة : أنه كيف يصح القول الذي ذكره السيد الأستاذ رحمته الله وهو قوله : «بل إن صحة العقد

«وترتب أثره فيما بعد غير متعارف عند العقلاء ، ولذا لا يصح عندهم انشاء البائع ملكية الدار بنحو يكون المنشأ بعد شهر»؟! .

ثم إنه ليس معنى بطلان هاتين الدعويين من السيد الأستاذ عليه السلام صحة الضمان المعلق ، فإنه تقدم من السيد الأستاذ أنه يحتاط في اعتبار التنجيز في كل العقود حسبما ذكره في كتاب البيع وإن ذكر بطلان الضمان المعلق وبالأخص هذا القسم منه وهو التعليق على أمر متأخر وأن كان معلوم الحصول فضلاً عن مشكوكه بخلاف التعليق على أمر مشكوك مقارن فإنه حكم بصحته ، ذكر ذلك في الأمر السابع من الأمور المعتمدة في الضمان .

فإنه قال في كتاب الضمان : تعليقاً على قول الماتن (لكن لا دليل عليه [أي على اعتبار التنجيز] بعد صدق الضمان وشمول العمومات العامة ، إلا دعوى الإجماع في كلي العقود على أن اللازم ترتب الأثر عند إنشاء العقد من غير تأخير ، أو دعوى منافية التعليق للإشياء ، وفي الثاني ما لا يخفى ، وفي الأول منع تحققه في المقام) .

ما نصه : «في قبال المقام الأول ، أعني تعليق العقد على الأمر المتأخر وإن علم حصوله ، فإنه لا يبعد القول بتحقيقه» أي بتحقيق الإجماع على بطلان التعليق .

إلا أن الذي يرد على السيد الأستاذ عليه السلام أنه لا يرى حجية هذا الإجماع ، ولذا قال في بحث التنجيز في كتاب البيع في مصباح الفقاهاة : «قد استدل الفقهاء على بطلان التعليق في العقود بوجوه شتى : الوجه الأول : دعوى الإجماع على ذلك حيث ادعاه غير واحد من الفقهاء ، وقد عرفت كلماتهم قريباً .

ويتوجه عليه : أن الاجماع إنما يكون حجة مع القطع بكونه مستنداً إلى رأي الإمام عليه السلام ومن المحتمل القريب أن المجمعين قد استندوا في دعواهم الإجماع - هذا - إلى الوجوه الاعتبارية التي استدلت بها الفقهاء على بطلان التعليق» مصباح الفقاهاة ٣ : ٦٦ . فهذا الإجماع عنده عليه السلام اجماع مدركي لا حجية له ، ولا كشف عن قول المعصوم عليه السلام بوجه من الوجوه . فلا يمكن أن يكون دليلاً في المسألة ، ولم تتم أيضاً أي من الوجوه التي استدلت بها على بطلان التعليق .

وقال السيد الأستاذ عليه السلام في موسوعته أيضاً بعد أن ناقش في جميع ما استدلت به على بطلان

٥ التعليق ولم يتم شيء منها عنده ومن جملة الأدلة كان هو «الإجماع على بطلان التعليق في كلي العقود [فأجاب عنه عليه السلام بما نصه] ولكنه لا يمكن الاعتماد عليه ، لأنه لا يفيد القطع برأي المعصوم عليه السلام خصوصاً بعد التعليقات المذكورة في كلماتهم . هذا كله مضافاً إلى أن كلمات المجمعين غير متطابقة على مطلب واحد ، وذلك لأن بعضهم ذكر اعتبار التنجيز في العقود وعلله بأنه لا يحصل بدونه الجزم في الانشاء ، ولازمه صحة تعليق العقد على أمر معلوم الحصول في المستقبل لأنه لا ينافي الجزم ، وبعضهم ذكر أن المعتبر في صحة العقود هو عدم التعليق تعبداً ، ولازمه بطلان العقد فيما إذا علق على ما يتوقف صحة العقد عليه عقلاً أو شرعاً كما إذا قال : بعتك هذا إن قبلته أو إن كنت بالغاً ، لأنه معلق في مقام الاثبات وهو موجب للبطلان ، ومن أجل ذلك احتاط شيخنا الأنصاري بذكر العقد على صورة الجزم ، وإن كان في الواقع معلقاً . ومع هذا الاختلاف كيف يصح القطع برضا الإمام عليه السلام مع أنه أمر وجداني نعلم بعدم حصوله ... ثم قال : والمتحصل من جميع ذلك أن التنجيز غير معتبر في العقود» موسوعة الإمام الخوئي ٣٦ : ٢١٧ - ٢١٨ .

ومع هذا كله نرى أن البناء العملي منه عليه السلام على أنه متى ما تحقق الإجماع في مسألة على بطلان التعليق قال بالبطلان ولم يتردد في ذلك فضلاً عن أن يقول بعدم اعتباره . والظاهر أن ذلك لقوله عليه السلام (وإن كان الاحتياط مما لا ينبغي تركه سيما في النكاح ...» موسوعة الإمام الخوئي ٣٦ : ٢١٨ . ولا ينبغي عنده ظاهرة في عدم الصحة وعدم الإمكان وعدم التسهيل وعدم التيسير ، ومعنى ذلك أنه لا يمكن القول بعدم ضرورة الإجماع حينما يتم على البطلان في مسألة .

نعم ، لو لم يتم الإجماع على البطلان - كما هو كذلك في الوكالة عنده - لا يقول بالبطلان . وأما في الضمان فالإجماع عنده كما تقدم من نقل عبارته لا يبعد تحققه على البطلان .

وأما دعوى السيد الأستاذ الثالثة فهي الأعجب من الدعوتين السابقتين - اللذين عرفت ما فيهما - والأغرب : إذ إن السيد الأستاذ عليه السلام قاس الحوالة على الضمان ، وما قاله في الضمان أجراه في الحوالة هنا أي في المقام ، فقال أيضاً حسبما في شرحه أعلاه : «وعين هذا الكلام

«يجري في المقام أي في الحوالة، فيقال: إنّه لا يعقل اشغال ذمّة المحال عليه بالمال فعلاً في حال عدم اشتغال ذمّة المحيل به بالفعل، إذ ليس في ذمّة المحيل شيء لينقل إلى ذمّة المحال عليه» وهذا صحيح وليس لنا كلام فيه، إلاّ أنّه قال ﷺ بعد ذلك: «وانشاء المحيل فعلاً انتقال ما في ذمّته بعد شهر مثلاً - بعد العمل أو بعد القرض - إلى ذمّة المحال عليه ممكن، إلاّ أنّه لم يدل على صحته دليل كما عرفت، إذ إن الدليل مختص بما لم ينفك فيه زمان الانشاء عن زمان المنشأ» وهذا هو الذي لنا كلام فيه، فإن هذا الكلام إنما كان في الضمان الذي يرى السيد الأستاذ فيه تمامية الإجماع على بطلان التعليق فيه.

وأما في الحوالة في المقام فقد تقدم قبل قليل أي في الأمر الثاني مما يعتبر في الحوالة في المقام، وقال تعليقاً على قول الماتن: ولكن الأقوى عدم اعتباره [أي التنجيز] ما نصه: «وحيث إن الحوالة أيضاً كذلك [أي كالوكالة لا تحقق للإجماع على بطلان التعليق فيها] إذ لم يتم الإجماع على اعتباره فيها فلا موجب لاعتباره، ويكفي في ذلك الشك في تحقق الإجماع» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٩٩ الواضح ١٧: ٢٦، فإذا كان لا يعتبر في صحة الحوالة التنجيز وعدم انفكاك زمان الانشاء عن زمان المنشأ، فأى مانع من الانفكاك والقول بالصحة فيها حين الاشتغال، فلا يكون محذور أصلاً في انشاء المحيل فعلاً انتقال ما في ذمّته بعد شهر مثلاً - بعد العمل أو بعد القرض - إلى ذمّة المحال عليه، ودل الدليل على صحته، إذ إن الدليل في المقام - أي في الحوالة - غير مختص بما لم ينفك فيه زمان الانشاء عن المنشأ، بل شامل له أيضاً. وسيأتي مزيد توضيح لذلك أيضاً.

والمقصود أن الماتن ﷺ يمكن أن يقول: والحوالة نظير الضمان، حيث إنّه لم يعتبر التنجيز لا في الضمان ولا في الحوالة. والسيد الحكيم ﷺ أيضاً له أن يقول: والحوالة نظير الضمان لأنّه يعتبر التنجيز في الضمان والحوالة معاً، وأما السيد الأستاذ ﷺ فكيف ينظر الحوالة التي لم يعتبر فيها التنجيز ويقول بصحة التعليق فيها وإن الحوالة المعلقة على أمر متأخر مشكوك أو معلوم الحصول صحيحة فضلاً عن الحوالة المعلقة على أمر مقارن مشكوك الحصول بالضمان الذي يعتبر فيه التنجيز ويقول ببطلان الضمان المعلق على أمر متأخر مشكوك أو معلوم الحصول!؟.

وعين هذا الكلام يجري في المقام أي في الحوالة فيقال: إنه لا يعقل اشتغال ذمة المحال عليه بالمال فعلاً، في حال عدم اشتغال ذمة المحيل به بالفعل، إذ ليس في ذمة المحيل شيء ليتنقل إلى ذمة المحال عليه، وانشاء المحيل فعلاً انتقال ما في ذمته بعد شهر مثلاً - بعد العمل أو بعد القرض - إلى ذمة المحال عليه ممكن، إلا أنه لم يدل دليل على صحته كما عرفت، إذ إن الدليل مختص بما لم ينفك فيه زمان الانشاء عن زمان المنشأ^(١).

(١) هذا كما عرفت غريب من السيد الأستاذ رحمته الله فإنه هنا ذهب إلى عدم اعتبار التنجيز في الحوالة، وإلى صحة الحوالة مع التعليق، وإن ذهب في الضمان إلى اعتبار التنجيز، وعدم صحة التعليق على أمر متأخر، إلا أنه في المقام صرح بعدم دليل على اعتبار التنجيز، راجع الثاني مما يعتبر في الحوالة، الواضح ١٧: ٢٦ - ٢٧، موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٩٨، فأبي مانع من صحة الحوالة المعلقة؟ أو أي دليل دل على اختصاص صحة الحوالة بما إذا لم ينفك زمان الانشاء فيها عن زمان المنشأ، فلماذا لم تشملها أدلة الحوالة، أو عمومات الصحة؟! وليست صحة الحوالة على خلاف القاعدة كما كان هو الحال عنده - لا عندنا - في المضاربة والمزارعة والمساقاة، بحيث لا يمكن التمسك فيها بالعمومات، فلماذا لا تصح في المقام للعمومات لو فرض عدم شمول أدلة الحوالة؟! إذ لا مانع من أن ينشأ المحيل فعلاً انتقال المال من ذمته إلى ذمة المحال عليه بعد ثبوته في ظرفه، فأن غاية ما يلزم انفكاك زمان الانشاء عن زمان المنشأ، حيث إن زمان الانشاء فعلي وزمان المنشأ فيما بعد، ولا مانع منه في الحوالة كما لا مانع منه في الوكالة ونحوها.

ومما ينبغي التنبيه عليه أن السيد الحكيم رحمته الله قال في المستمسك: «قد عرفت الاشكال عليه في الضمان، وأن امتناع ضمان ما لم يجب من القضايا التي قياساتها معها، فإنه إذا لم يجب شيء فضمانه بلا مضمون عنه ولا مضمون له، لأن المضمون عنه من يكون عليه شيء لغيره، والمضمون له من يكون له شيء على غيره، ومع عدم ثبوت شيء لا يكون شيء لأحد ولا في ذمة أحد...»

« وكذا نقول في المقام إذا لم يكن دين فلم ينقل المحيل ما في ذمته إلى ذمة المحال عليه »
المستمسك ١٣ : ٣٨٥ أو (٢٢٥ طبعة بيروت).

وهذا الكلام من السيد الحكيم رحمته الله مبتنٍ على عدم صحة الحوالة المعلقة ، وهو ليس كالسيد الأستاذ لا يرى اعتبار التنجيز في الحوالة ، بل يعتبره للاجماع على اعتبار التنجيز في عامة العقود ، ولم يستثن الحوالة منه وقال في الحوالة : « أنه لا مجال لرفع اليد عن الإجماع بعد دعواه من الأساطين وتلقي الباقي له بالقبول ، إلا أن السيد الأستاذ رحمته الله يقول بصحة الحوالة المعلقة ، فلا بد وأن لا تكون نتيجهما واحدة ، والظاهر أن السيد الأستاذ رحمته الله وافق السيد الحكيم في ذلك غفلة عما ذكره هو من عدم اعتبار التنجيز في الحوالة واعتبار السيد الحكيم رحمته الله له فيها . ثم إن في التقرير المطبوع ضمن موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٥٠٣ علق السيد الأستاذ رحمته الله على قول الماتن رحمته الله : « بل لا يبعد الصحة فيما إذا قال : اقرضني كذا وخذ عوضه من زيد فرضي ورضي زيد أيضاً بما نصه : « بل هي بعيدة غاية البعد ، لما عرفت في سابقه ، فإنه أظهر مصاديق ضمان ما لم يجب ، المحكوم بعدم المعقولة على تقدير ، والبطان على تقدير آخر » . أقول : لم أجد فيما كتبت أنا من كلام السيد الأستاذ رحمته الله أثراً لذلك . والمقصود أن الماتن رحمته الله يقول لصديق الحوالة وشمول العمومات ، فأبي مورد أو اسم أو ذكر للضمان حتى يكون المقام من أظهر مصاديق ضمان ما لم يجب ، بل المقام مصداق من مصاديق الحوالة فتشملها أدلتها وإن كانت الحوالة معلقة لأن التعليق فيها غير قادح . وعلى فرض عدم شمول أدلتها - كما كان هو الغريب من السيد الأستاذ كما تقدم - فتشملها العمومات ، فإن الماتن رحمته الله ذكر في صدر المسألة صحة الحوالة حتى فيما إذا لم يكن الدين ثابتاً فعلاً ، سواء وجد سبب الدين أم لم يوجد ، ومثل لما لم يوجد سببه بما يستقرضه ، كما إذا قال : اقرضني كذا وخذ عوضه من زيد ، فرضي ورضي زيد أيضاً فيما لو كان بريء الذمة ، وأما ذكر الضمان فإنما كان من جهة أنه مشبه به في كلام السيد الأستاذ ، شبه الحوالة بالضمان ، لا أنه هو محل البحث . وعلى كل حال ، توضح أن التشبيه لا محل له أصلاً ، لاعتبار التنجيز عنده في الضمان وعدم اعتباره في الحوالة ، أي لبطان الضمان المعلق عنده وعدم بطان الحوالة المعلقة عنده ، فكيف يصح تشبيه أحدهما بالآخر ، فضلاً عن أن يستعيز عن ذكر الحوالة بذكر الضمان مكانها .

بل لا يبعد الصحة فيما إذا قال : أقرضني كذا وخذ عوضه من زيد ، فرضي ورضي زيد أيضاً ، لصدق الحوالة ، وشمول العمومات ، فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه بعد العمل وبعد الاقتراض^(١) .

(١) ثم ترقى الماتن رَضِيَ هنا وقال : بل هنا في الحوالة لا يبعد الحكم بصحة الحوالة حتى وإن لم تكن ذمة المحيل مشغولة بشيء ، ولا أن سبب الحوالة أيضاً موجود أصلاً ، كما إذا قال : اقرضني كذا وخذ عوضه من زيد ، فأحاله على زيد قبل أن يتحقق حتى سبب القرض وهو التملك بشرط أداء المثل أو القيمة ، وقبل حتى أن يتحقق المقتضي لاشتغال ذمته فيصح حوالة ، وعند تحقق اشتغال الذمة بالقرض ينتقل ذلك ، فتفرغ ذمة المحيل وتشتغل ذمة المحال عليه بعد الاقتراض ، بدعوى صدق الحوالة وشمول العمومات .

وهذا الذي ذكره رَضِيَ بعيد غاية البعد لما عرفته في سابقه ، فإن سابقه هو من ضمان ما لم يجب ، وهو غير معقول على تقدير وباطل على تقدير آخر .

غير معقول إذ لا انتقال قبل الاشتغال ، والمعدوم لا يعقل نقله أبداً وأصلاً ، وهو معنى غير معقول على تقدير ، فكذا في الحوالة لا يعقل التحويل قبل الاشتغال ، أي لا يعقل تحويل المعدوم على تقدير .

وباطل على تقدير آخر لأن انشاء الضامن انتقال ما تشتغل به ذمة المضمون عنه بعد ذلك ، كذمة الزوج بالنسبة للنفقة المستقبلية ، وإن كان معقولاً وبمكان من الأماكن إلا أنه من التعليق المبطل في العقود بلا كلام ، فكذلك إنشاء المحيل فعلاً انتقال ما في ذمته بعد شهر مثلاً - أي بعد أن تشتغل بالقرض - إلى ذمة المحال عليه ، لا أنه غير معقول ، بل معقوليته بمكان من الأماكن ، إلا أنه لم يدل دليل على صحته ، إذ الدليل الدال على الصحة مختص بما إذا لم ينفك فيه زمان الانشاء عن زمان المنشأ ، والاجماع على عدم صحة النقل مع الانفكاك ، وهو الاجماع القائم على بطلان التعليق ، فتختص العمومات حينئذٍ بغير ذلك . فلا دليل على صحته حينئذٍ^(١) .

(١) أقول : أما قول السيد الأستاذ : «غير معقول إذ لا يعقل تحويل ونقل المعدوم على تقدير» ففيه : أنه إذا كان المراد من النقل هو النقل فعلاً قبل أن تشتغل فنحن أيضاً نقول لا يعقل نقل

بالمعدوم، ولكن المراد نقل ما يوجد فيها بعد ذلك، وهو ليس من غير المعقول، لقول السيد الأستاذ عليه السلام هنا بصحة الحوالة المعلقة، فلماذا لا يكون معقولاً عنده؟! قدس الله نفسه الزكية، بل هو بمكان من الامكان.

وأما قول السيد الأستاذ: وباطل على تقدير آخر لأن انشاء المحيل فعلاً انتقال ما في ذمته بعد شهر مثلاً - أي بعد أن تشتغل بالقرض - إلى ذمّة المحال عليه، لا أنه غير معقول، بل معقولته بمكان من الامكان، إلا أنه لم يدل دليل على صحته، إذ الدليل الدال على الصحة مختص بما إذا لم ينفك فيه زمان الانشاء عن زمان المنشأ، والاجماع على عدم صحة النقل مع الانفكاك وهو الاجماع القائم على بطلان التعليق، فتختص العمومات حينئذٍ بغير ذلك...»
ففيه: أن هذا الذي ذكره عليه السلام فرع القول باعتبار التنجيز في الحوالة، وهو لم يعتبره وقال بصحة الحوالة المعلقة وشمول دليل الصحة لها أي للحوالة المعلقة، فكيف أنه لم يدل دليل على صحة الحوالة المعلقة؟! .

والمشاهد بالوجدان في الحوالة التي هي نقل المحيل ما في ذمته إلى ذمّة المحال عليه هو صحتها بعد الاشتغال بلا كلام، بل صحتها قبل الاشتغال على نحو التعليق، وعلى نحو أنه لو أصبحت ذمّة المحيل مشغولة فمن الآن وقبل الاشتغال ينقل المحيل ما تشتغل به ذمته بعد شهر إلى المحال عليه المشغول الذمّة للمحيل أو البريء مع رضاه على نحو التعليق، بل هو واقع في الخارج، ومعنى ذلك أنه لا يعتبر في الحوالة اشتغال ذمّة المحيل فعلاً بها وقبل الحوالة وكفاية الحوالة المعلقة وإن لم يكن المقضي والسبب لاشتغال ذمّة المحيل موجوداً أيضاً حين الحوالة.

والغريب من السيد الأستاذ عليه السلام القول بعدم صحتها معلقة قياساً لها بعدم صحة الضمان المعلق الذي عرفته مما دوناه وقال في موسوعته أيضاً تعليقاً على قول الماتن (بل لا يبعد الصحة) ما نصه: «بل هي بعيدة غاية البعد لما عرفته في سابقه، فإنه من أظهر مصاديق ضمان ما لم يجب المحكوم بعدم المعقولية على تقدير والبطلان على تقدير آخر» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٥٠٣. هذا مع ذهابه هنا في الحوالة إلى عدم اعتبار التنجيز فيها وصحتها مع

«التعليق، لعدم الدليل عنده على بطلان التعليق في الحوالة، وإن كان الدليل عنده قائم على بطلان الضمان المعلق إلا أن الحوالة غير الضمان، ومع ذلك يقول هنا لا تصح الحوالة مع التعليق، الذي هو معنى قوله: والبطلان على تقدير آخر.

وأما قول السيد الأستاذ عليه السلام أعلاه: «إلا أنه لم يدل أي دليل على صحته، إذ الدليل الدال على الصحة مختص بما إذا لم ينفك فيه زمان الانشاء عن زمان المنشأ، والإجماع على عدم صحة النقل مع الانفكاك، وهو الإجماع القائم على بطلان التعليق» فهو منقوض بقوله بعدم اعتبار التنجيز في الحوالة في الأمر الثاني مما يعتبر في الحوالة، فإن معناه ليس إلا صحة الحوالة المعلقة، وهل يعقل صحتها ولم يدل على صحتها دليل؟!، بعد عدم وجود إجماع على بطلان التعليق في الحوالة؟!.

وقد عرفت أن الدليل الدال على الصحة والامضاء كقوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ لم يفرق بين العقود المنجزة التي لا ينفك فيها زمان الانشاء عن زمان المنشأ والعقود المعلقة التي ينفك فيها زمان الانشاء عن زمان المنشأ، والواجب هو الوفاء بها كيف ما أنشأت، فإن أنشأت معلقة وجب الوفاء بها معلقة، وإن أنشأت منجزة وجب الوفاء بها منجزة، لا أنها مختصة بما إذا أنشأت منجزة.

وأما الإجماع على البطلان مع التعليق وانفكاك زمان الإنشاء عن زمان المنشأ فهو ليس بقائم عنده هنا أي في الحوالة، وإنما هو قائم عنده في الضمان لا في الحوالة، فإنه في الحوالة حسبما ما تقدم قريباً في الأمر الثاني مما يعتبر في الحوالة قال عليه السلام بعدم اعتبار التنجيز في الحوالة، لعدم تحقق الإجماع على ضرورة التعليق فيها كما لم يتحقق على ضرورة التعليق في الوكالة، فلا مانع من الحوالة المعلقة، وغاية ما في المقام في الحوالة مع عدم اشتغال الذمة، حتى مع عدم تحقق سبب الأشغال وهو تعليق الحوالة، وهو لا مانع منه.

وعليه فالصحيح بناءً على عدم اعتبار التنجيز في الحوالة هو القول بصحة الحوالة قبل اشتغال ذمة المحيل بالدين على نحو الحوالة المعلقة، وعدم صحة قياس الحوالة على الضمان عنده.

﴿ وأما عند الماتن عليه السلام فصحة الحوالة في المقام حتى قبل وجود المقتضي لاشتغال ذمة المحيل ، وقبل تحقق سبب الاشتغال فأولئ وأولئ بالصحة ، وأولئ بقياس الحوالة على الضمان ، فإنه عليه السلام لم يقل باعتبار التنجيز في الضمان ولم يقل باعتبار التنجيز في الحوالة أيضاً ، فأى مانع من صحة الحوالة المعلقة وأي مانع من صحة قياس الحوالة المعلقة على الضمان المعلق في الصحة الذي هو في الواقع تنظير لا قياس فليس ما ذكره الماتن عليه السلام بعيد في الغاية في المقام ، بل ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام بعيد في الغاية في المقام ، وخصوصاً بعد قبوله عدم اعتبار التنجيز في الحوالة في الثاني مما يعتبر في الحوالة على ما تقدم قريباً أيضاً . بل ما ذكره السيد الأستاذ في المقام مقطوع البطلان وواضح الفساد على مبناه أيضاً ، لا أنه بعيد في الغاية . ثم إن كلام السيد الأستاذ هذا قد ذكرت فيه الصغرى والكبرى .

أما الصغرى فقولها «لما عرفته في سابقه فإنه من أظهر مصاديق ضمان ما لم يجب المحكوم بعدم المعقولة على تقدير والبطلان على تقدير آخر» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٥٠٣ . والكبرى مقدّرة وهي : أن كل ما ذكرناه في الضمان يجري في الحوالة بعينه وحرفياً ، لأن الحوالة بمعنى انتقال المال بالفعل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه أمر غير معقول لاستحالة انتقال المعدوم ، والحوالة على نحو الواجب المشروط وإن كان أمراً معقولاً إلا أنها محكومة بالبطلان ، لعدم شمول أدلة الصحة لها .

وهذه الكبرى هي عين الدعوى الثالثة المتقدم الجواب عنها ، وأن ما ذكره عليه السلام في الضمان لا يمكن أن يجري عنده في الحوالة ، لاعتباره التنجيز في الضمان وعدم اعتباره التنجيز في الحوالة .

وعليه فقول السيد الأستاذ عليه السلام : فكذا في الحوالة لا يعقل التحويل قبل الاشتغال ، أي لا يعقل تحويل المعدوم على تقدير وباطل على تقدير آخر ، لأن انشاء المحيل فعلاً انتقال ما في ذمته بعد شهر مثلاً - بعد أن تشتغل بالقرض - إلى ذمة المحال عليه لم يدل على صحته دليل ، إذ دليل الصحة مختص بما إذا لم ينفك فيه زمان الانشاء عن زمان المنشأ ، وللإجماع على بطلان التعليق .

«الخامس»: أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرًا للمحيل والمحال ، فلا تصحّ الحوالة بالمجهول على المشهور ، للغرر^(١) .

(١) ذكر الماتن رحمته أنّ من شرائط الحوالة عند المشهور^(١) أن يكون المال المحال به معلوماً قدرًا وجنساً ، وإلا لو لم يكن معلوماً كذلك فلا تصح الحوالة لأجل الغرر .
وناقش الماتن رحمته في ذلك وقال : ولكن يمكن القول بصحة الحوالة حتى لو كان المال المحال به غير معلوم قدرًا وجنساً فيما إذا أمكن العلم به بعد الحوالة ، كما إذا فرض أنه مكتوب في دفتر موثق أنه مدين لزيد بكذا مقدار ديناراً أو دولاراً أو نحوهما ، فيحيله على شخص ثالث بريء أو غير بريء مع عدم العلم بذلك ولكن يمكن العلم به بعد الحوالة ، كما تقدم نظير ذلك في الضمان^(٢) وقلنا إنه لا يعتبر في صحة الضمان العلم بمقدار الدين ، فيجوز أن يضمن دين شخص

❦ لا أنه ليس صحيحاً فقط ، بل مناف لما صرح به هو من عدم اعتبار التنجيز في الحوالة وصحتها مع التعليق .

(١) كما في جامع المقاصد ٥ : ٣٥٨ ، والكفاية ١ : ٥٩٨ ، والجواهر ٢٦ : ١٦٨ ، وفي مجمع البرهان ٩ : ٣٠٩ «لعله لا خلاف فيه» ، وفي التحرير ٢ : ٥٧٥ «لا تصح الحوالة بالمجهول إجماعاً» وفي مفتاح الكرامة ١٦ : ٥٠٣ «لم نجد المخالف ...» .

(٢) في المسألة ١ [٣٥٦٨] الواضح ١٦ : ٣١١ ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٠٨ .
وتقدم أيضاً في العاشر مما يعتبر في الضمان موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٠٧ ، الواضح ١٦ : ٣٠٤ - ٣٠٥ ، ومعنى أنه لا يضر في صحة ضمان الدين جهالة مقداره إذا كان له تعيين في الواقع ، بخلاف العلم بالثمن في البيع فإنه يعتبر العلم به حال العقد ، ولا يكفي أن يكون له تعيين في الواقع . فإن لم يكن الثمن معلوماً في البيع - معاطاة كان البيع أو قولياً لفظياً بطل وإن علم به بعد ذلك .

وأما في المقام فلا يعتبر العلم بمقدار الدين حال الضمان ، ولا مانع من ضمان المجهول ولكن الذي له واقع ، حتى يمكن فيه الضمان ، في قبال المجهول الذي لا يمكن فيه الضمان الذي هو الفرد المردد الآتي في ذيل هذه المسألة . ولذا يصح الضمان حتى لو لم يمكن العلم به - أي بمقدار الدين - بعد الضمان أيضاً فيما إذا كان للدين قدر متيقن ، حيث يمكن الأخذ

مدین مع جهله بمقدار الدين فيعلم بمقداره بعد الضمان . بل حتّى لو لم يمكن العلم بمقداره بعد الضمان . كما لو ضاع الدفتر الذي كتب فيه الدين . فإن مجرد العلم بأن زيد مدین لعمرو كافٍ في صحة ضمانه . ولو مع الجهل بمقدار الدين وعدم إمكان العلم به بعد الضمان . فإنه في كلا صورتين يصح الضمان . وفي الصورة الثانية - وهي ما لو لم يمكن العلم بمقدار الدين في الضمان حتّى بعد الضمان - يؤخذ بالمقدار المتيقن . فيكون ضمانه صحيحاً بالنسبة إلى الأقل ، وبالنسبة إلى الأكثر مقتضى الأصل عدم اشتغال ذمّة المحيل به . هذا ما ذكره الماتن رحمته في المقام .

وما ذكره رحمته من عدم اعتبار المعلومية هو الصحيح ^(١) فإنه لا دليل على نفي الغرر في جميع الموارد . وإنما الثابت هو نفيه في البيع . وألحق به الأجرة ونحوها من القليات ، على أن في مثل الحوالة والضمان لا غرر يتوجه إلى أي شخص ، إذ إن الضرر بمعنى الخطر ، ولا خطر في ن مقام . لأن المحتال والضامن يأخذ ماله كله كاملاً ، أما المحتال فيأخذ ماله من المحال عليه فينقص مقدار الدين الذي للمحيل على المحال عليه ، فإذا أحاله بعشرة وكان المحيل يطلب محال عليه خمسين فيبقى عليه أربعون ^(٢) ، وأما الضامن فيرجع به كله - بعد أدائه إلى المضمون

بالمتيقن ويكون الضمان ممكناً وصحيحاً ، وبالنسبة للأكثر تجري فيه أصالة عدم الاشتغال ، بينما ذلك بكلا نحويه غير ممكن في ضمان الفرد والمردد الذي لا واقع له ولا جود ، كما سيأتي . (١) قال في الجواهر ٢٦ : ١٦٨ «إلا أنّ الإنصاف عدم خلّوه [أي عدم اعتبار معلومة المال المحال به] عن اشكال إن لم يتم الاجماع المزبور خصوصاً على ما يظهر من قواعد الفاضل من اعتبار علم الثلاثة ، ضرورة عدم الدليل عليه إلا دعوى الغرر الذي لم يثبت مانعته على الاطلاق ...» ووافقه عليه الماتن والسيد الأستاذ والسيد الحكيم في المستمسك ١٣ : ٢٦٦ طبعة بيروت وغيرهم قدس الله أسرارهم .

ولكن يأتي في آخر البحث في هذا الأمر الخامس أن ما ذكره الماتن ووافقه عليه السيد الأستاذ رحمته وغيره وفاقاً للشيخ صاحب الجواهر رحمته ليس صحيحاً .

(٢) ولكن الكلام في أنّ المال المحال به لو كان كثيراً جداً يتمكن من أن يفي أم لا ؟ نعم لو كان

له - على المضمون عنه ، فهو في الحوالة تبديل في مكان الدين وأجنبي عن الضرر بالكلية ، فلا مانع من الاحالة للمجهول مقداراً أو جنساً أو هما معاً للمحيل والمحتمل ، فيما إذا كان للمجهول واقع ، فيعين مقداره أو جنسه بعد ذلك ، بل حتى لو لم يمكن العلم بمقداره أو جنسه كما لو ضاع الدفتر المكتوب به ذلك فيؤخذ بالقدر المتيقن ، ويجري في الزائد اصالة عدم اشتغال ذمة المحيل به^(١) .

نعم ، لو كان الدين مبهماً ومجهولاً لا يمكن فيه الحوالة أصلاً حتى بحسب الواقع ، لأنه ليس له تعيين بحسب الواقع ، فإن الحوالة نقل المحيل دينه من ذمة إلى ذمة ، فلا بد وأن يكون للمنقول واقع حتى يعقل النقل ، فلو فرضنا أن الدين الذي لشخص واحد متعدد بأن كان زيد يطلبه عشرة ثمن مبيع وخمسة عشر قد اقترضها منه قرضاً أو كان الدائن متعدداً يطلبه زيد عشرة دنائير ويطلبه عمرو خمسة دنائير ، فيقول : أحلت أحد الدينين أو أحد الدائنين على بكر ، فأحدهما فرد مردد مبهم لا واقع له حتى في علم الله ، وإنما الموجود هو هذا الدين الذي هو عشرة وهذا الدين الذي هو خمسة عشرة أو أن الموجود هو زيد أو عمرو ، وأما أحدهما فهو فرد مردد مبهم لا واقع له حتى في علم الله ، فأيهما يبرأ منه أو تبرأ ذمته منه ؟ ! فمثل هذه الحوالة باطلة جزماً . وكذا لو فرضنا أن زيداً كان مديناً بشيء قيمى ، وأحال دائنه على آخر من دون بيان صفات ذلك الشيء القيمى ، ولم يكن الأمر دائراً فيه بين الأقل والأكثر ، كما لو كان

« قليلاً يتمكن أن يفى به ، وأما لو كان المال كثيراً فهل يتمكن من أن يفى به ؟ ! ربما لا يتمكن من أن يفى به ، فلو كان المحتمل عالماً بالمقدار لما كان يقدم على قبول هكذا حوالة ولو كان المحال عليه بريئاً ورضي ، ولا يعتبر علمه بالمقدار والجنس جزماً لأنه خارج من المعاملة ، فهل لا يقع المحتمل في خطر عدم الإيفاء ؟ ! مسلماً لا علم بعدم وقوعه في خطر عدم الإيفاء ، فيقع المحتمل في الضرر وخوف الوقوع في الخطر هو الغرر ، وهذا الكلام كله سيأتي في البحث في آخر هذا الأمر .

(١) يأتي في آخر هذا البحث أن ما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله هنا ليس صحيحاً ، ومنافياً لما تقدم منه في بحث الإجارة .

ويمكن أن يقال بصحّته إذا كان أثلاً إلى العلم كما إذا كان ثابتاً في دفتره ، على حدّ ما مرّ في الضمان من صحّته مع الجهل بالدين ، بل لا يبعد الجواز مع عدم أوله إلى العلم بعد إمكان الأخذ بالقدر المتيقّن^(١) .

بل وكذا لو قال : كل ما شهدت به البيّنة وثبت خذه من فلان^(٢) .

مديناً بفرس أو بقرة ولم يبين صفاته باعتبار نسله ونوعه وصفه وحجمه وغيرها ، وطبيعي الجواد أو البقر لا واقع له في الخارج ، والفرد المردد المبهم لا وجود له في الخارج ، ولا يمكن اشغال ذمّة المحال عليه بشيء مجهول لا واقع له ، فتكون الحوالة حينئذٍ باطلة لذلك لا لأجل الغرر ، وهذا خارج عن محل الكلام .

(١) فيكون ضمانه وحوالته صحيحة بالنسبة إلى القدر المتيقّن ، وأمّا بالنسبة إلى الأكثر فالأصل عدم اشتغال ذمّة المحيل أو الضامن به .

(٢) لما تقدم^(١) .

(١) الظاهر أن السيد الأستاذ^{رحمته} يريد بقوله (لما تقدم) أي : لعدم اعتبار العلم بمقدار المال المحال ولا جنسه ، وكفاية أوله إلى العلم بعد ذلك . وهو الذي ذكره في الأمر الخامس من الأمور المعتمدة في الحوالة هنا ، وأن لا غرر في ذلك ، على أنّه لا دليل على مانعية مطلق الغرر .

وهذا هو عينه الذي ذكره في الضمان ، فإنه بعد ما ذكر في المسألة ٢٨ [٣٥٩٥] عدم اعتبار علم الضامن حين الضمان بثبوت الدين ولا العلم بمقدار الدين ذكر في المسألة ٢٩ [٣٥٩٦] أنه لو قال الضامن : عليّ ما تشهد به البيّنة ، وجب عليه أداء ما شهدت بثبوتها حين التكلم بهذا الكلام لأنها طريق إلى الواقع وكاشف عن كون الدين ثانياً حينه ، وعليه فالقول بعدم الوجوب كما عن المحقق في الشرائع لأنه لا يعلم ثبوته في الذمّة لا وجه له (موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٥١) .

ولكن كل ما ذكره السيد الأستاذ^{رحمته} من عدم الغرر في ذلك ، أو من عدم الدليل على مانعية مطلق الغرر على ما ذكره هو وغيره كالشيخ صاحب الجواهر وغيره قدّس الله أسرارهم غير صحيح ، كما سيأتي بحثه في آخر هذا الأمر وهو الأمر الخامس .

نعم ، لو كان مبهماً كما إذا قال : «أحد الدينين اللذين لك عليّ خذه من فلان» بطل^(١) . وكذا^(٢) لو قال : «خذ شيئاً من دينك من فلان» ، هذا .
ولو أحال الدينين عليّ نحو الواجب التخييري أمكن الحكم بصحته لعدم الإبهام^(٣) فيه حينئذٍ .

(١) تقدم وجهه^(١) وهو أنّ أحد الدينين اللذين لك عليّ فرد مردد وليس للفرد المردد المبهم تعيّن بحسب الواقع ، أي لا وجود للفرد المردد حتّى في علم الله سبحانه ، والحوالة نقل من ذمّة إلى ذمّة ، فلا بدّ حينئذٍ أن يكون للمنتقل واقع حتّى ينقل ، وما لا واقع له غير قابل للنقل إلى ذمّة أخرى .

وكذا لو قال لدائنيه : أحلت أحدكما عليّ زيد ، فإن (أحدكما) كأحد الدينين فرد مردد مبهم لا واقع له حتّى في علم الله سبحانه وتعالى ، والذي له واقع هذا الدائن وهو بكر وهذا الدائن وهو عمرو ، وأما (أحدكما) فهو فرد مردد ، والمردد لا واقع له وغير قابل للنقل ، إذ لا وجود له حتّى يحال عليّ المحال عليه ، والذي في علم الله سبحانه هو ما سيعين إن عين بعد ذلك .

(٢) يبطل للإبهام أيضاً ، فإن شيئاً من الدين إنما هو كأحد الدينين المتقدم وكأحد الدائنين المتقدم أيضاً لا واقع له أي مبهم^(٢) فلا يكون قابلاً للنقل ، فلا تصح الحوالة فيه .

(٣) نعم ، ذكر الماتن رحمته أنه لو فرضنا أنه أحال المحيل ديني المحتال الذي له عليه عليّ شخص آخر عليّ نحو الواجب التخييري ورضي المحتال بذلك يحكم بصحة الحوالة .

وما أفاده رحمته صحيح ، لكن عليّ تقدير أن يكون الدينان متساويين كماً وكيفاً ، كما لو استقرض منه عشرة دنانير عراقية واشترى منه أيضاً بمقدار عشرة دنانير عراقية ثمنها ديناً عليه

(١) الوجه المتقدم هو ما ذكر في عدم اعتبار العلم بمقدار الدين في صحة الحوالة ، حيث تقدم منه أن الحوالة تصح ، لإمكان تحققها في الخارج ، وعدم اعتبار عدم الغرر فيها ، عليّ أنه غير متحقق بخلاف الحوالة في الفرد المردد المبهم الذي لا وجود له ، فلا يمكن فيه الحوالة ، فلذا لا تصح .

(٢) وإتّما الذي له واقع هو احدئى النسب كالربع أو النصف أو الثمن أو العشر أو واحد من مائة ونحوها .

يعطيها أياه بعد ذلك بمدة معينة ، والوجه فيه ظاهر لأنه مدين له بعشرين ديناراً عراقياً مثلاً ، عشرة عراقية ثمن مبيع وعشرة قرصاً مثلاً ، فحالة إحدى العشريتين على المحال عليه متعلقة بالجامع وهو العشرة دنانير ، ولا خصوصية للسبب في صحة الحوالة ، فهنا مقدار الحوالة معين ليس له تردد في الواقع فتصح الحوالة ، بخلاف ما إذا كان الدينان غير متساويين كما أو كيفاً ، فإنه مع فرض الاختلاف لا جامع لتعلق الحوالة به فيكون المقام عين الأول^(١) ، الذي ذكر أنه باطل لابهام الحوالة وتعلقها بأحد الدينين الذي لا واقع له ، وما لا واقع له لا يمكن الحوالة فيه ، فليس المقام استثناءً من تعلق الحوالة بما لا واقع له ، لأن تعلق الحوالة على نحو الواجب التخيري تعلق للحوالة بالمعین ، وإن جهل سببه^(٢) .

(١) أي عين قوله أحد الدينين المتقدمين ، أو أحد الدائنين المتقدمين ، أو خذ شيئاً من دينك من فلان أو إحالة الشيء القيمي من دون بيان صفات ذلك الشيء القيمي مما لم يكن الأمر فيه دائراً بين الأقل والأكثر .

(٢) وعدنا التعرض إلى عدم صحة ما ذكره الماتن وواقفه السيد الأستاذ وفقاً للشيخ صاحب الجواهر وغيره قدس الله أسرارهم من عدم اعتبار معلومية مقدار المال الذي أحاله المحيل على المحال عليه ، ولا معلومية جنسه أيضاً ، وخالفهم في ذلك المشهور من الأصحاب القائلين باعتبار معلومية المقدار والجنس للمحيل والمحتال في صحة الحوالة حين الحوالة ، لمانعية الغرر عن صحتها مع عدم معلومية الجنس أو المقدار وإن علم به بعد ذلك ، فإن العلم به بعد ذلك لا يرفع الغرر حين الحوالة ، كما لا يرفع العلم بالثمن بعد البيع الغرر الحاصل حال البيع من الجهل بالثمن .

وقال السيد الأستاذ رحمته في وجه موافقته للماتن وفقاً للشيخ صاحب الجواهر وغيره ، ومخالفته للمشهور ما نصه : [إذ - ١] لا دليل على اعتبار نفي الغرر مطلقاً وفي جميع الموارد [وهو ما ذكره الشيخ صاحب الجواهر رحمته] ، فإن الثابت اعتباره في خصوص البيع ، وقد ألحق به الأصحاب الإجارة وما شاكلها من العقود . [٢ -] على أنه لا غرر في المقام ، فإن الحوالة ليست

«إلا تبديلاً لمكان الدين ونقله من ذمّة المحيل على واقعه إلى ذمّة المحال عليه، وهو لا يستلزم خطراً على أحد طرفي العقد، فإنّ المحتال سيأخذ ما كان له بحسب الواقع على المحيل وينقص ذلك من دين المحيل على المحال عليه» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٥٠٣ .
وما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله وفقاً لغيره لا يمكن المساعدة عليه، بل ينافي ما تقدم منه رحمته الله في كتاب الإجارة، وذلك فإنّ السيد الأستاذ رحمته الله كرر قوله بأنه لم يثبت النهي عن مطلق الغرر وإنما الثابت النهي عن البيع الغرري في موسوعته كثيراً. وكلاهما غير صحيح .

وكرر أيضاً قوله وهو أنه على فرض تحقق الغرر في ذلك فإنه لا غرر هنا أي في الحوالة كما تقدم منه رحمته الله أنه لا غرر في مجهولية المال المضمون في الضمان، لأنّ كل ما ضمنه الضامن بإذن المضمون عنه إذا أدى رجع به على المضمون عنه، فأبي غرر في المقام؟ فكذا في المقام وهو الحوالة، فإنك عرفت قوله وهو ما نصه بحسب ما دوناه أعلاه: «على أن في مثل الحوالة والضمان لا غرر يتوجه إلى أي شخص، إذ إنّ الضرر بمعنى الخطر، ولا خطر في المقام لأنّ المحتال والضامن يأخذ ماله كله كاملاً، أما المحتال فيأخذ ماله من المحال عليه فينقص مقدار الدين الذي للمحيل على المحال عليه، فإذا أحاله بعشرة وكان المحيل يطلب المحال عليه خمسين فيبقى عليه أربعون. وأما الضامن بإذن المضمون عنه فيرجع به كله - بعد الأداء إلى المضمون له - على المضمون عنه، فهو تبديل في مكان وأجنبي عن الضرر بالكلية، فلا مانع من الاحالة على المحال عليه بالمجهول مقداراً أو جنساً أو هما معاً للمحيل والمحتال فيما إذا كان للمجهول واقع معين، فيعين مقداره أو جنسه بعد ذلك» وكذا في الضمان على ما تقدم .

وهذا أيضاً غير صحيح، وذلك أما في الثاني وهو أنه لا غرر في المقام فلائذ الغرر متصور في المقام كما تقدم أنه متصور في الضمان، فإنه مع الجهل بمقدار الدين أو جنسه لو حوّل المحيل المحتال على المحال عليه المشغول الذمّة - أو البريء مع رضاه بذلك - فلا شك يتحول المال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه، وليس للمحتال حينئذٍ مطالبة المحيل، فإذا رجع على المحال عليه وتبين أنّ المحال عليه لو عاش ألف سنة لما تمكن من إعطاء مال الحوالة للمحتال، فإن هذا بلا كلام ضرر ناشئ من الجهل بالمقدار أو جنس ما حوّل ولو كان

﴿ المحتال عالماً بالمقدار الذي حول أو بجنسه لما قبل الحوالة على المحال عليه . كما تقدم أن الغرر في الضمان كذلك موجود حينما يكون المال المضمون مجهولاً مقداراً أو جنساً ، وقلنا هناك لو أمر المضمون عنه شخصاً بالضمان ولا علم للمأمور بمقدار الدين فضمنه وقبل المضمون له ذلك ، فلا شك في أن الضمان لازم ، فإذا تبين فيما بعد أن الدين كان بمقدار لو عاش المضمون عنه ألف سنة لما تمكن من أدائه عند رجوع الضامن عليه بعد الأداء إلى المضمون له ، وهو ضرر بلا كلام ، أو أن الضامن لو كان يعلم بمقدار الدين أو جنسه لما ضمن من جهة أن ذمته ستبقى مشغولة مدى عمره لعدم تمكنه من أداء الدين المضمون ، ولكان الواجب عليه العمل لأجل سداد دينه فيقع في مشقة وعسر ، وأما لو كان مقدار الدين قليلاً فيقدم على الضمان لتكمنه من الأداء . وكذا الحال في المضمون له لو كان يعلم بمقدار الدين الذي ضمن لما قبل ضمان هذا الضامن ، إذ يعلم أن هذا الضامن لو عاش ألف سنة لما تمكن من أداء الدين ، بخلاف ما لو كان قليلاً لعلمه بتكمنه من أدائه . وهكذا .

وعليه فيتضح أن قول السيد الأستاذ رحمته لا غرر في الضمان لأن كل ما أداه الضامن إلى المضمون له يرجع به على المضمون عنه ، وكذا في الحوالة ، فإن المحتال يأخذ ماله من المحال عليه ، ليس كافياً في عدم الضرر وعدم الغرر المدعى عدم تحققه في المقام ، نعم في خصوص الحوالة لو تبين أن المحال عليه حين الحوالة كان معسراً فللمحتال الفسخ ، وهذا لا يمنع من الغرر كما هو واضح ، لإمكان أن لا يكون المحال عليه معسراً حين الحوالة ، إلا أن أمارات الاعسار عليه في المستقبل بالنسبة للمال الكثير الذي يحال عليه قد تكون قائمة قبل اعساره بالنسبة إلى المال الكثير الذي يحال عليه ، وإن لم يكن معسراً حال الحوالة ، فيقع في الغرر لا محالة ، بخلاف ما لو كان المال المحال عليه قليلاً . فوجود خيار الفسخ المذكور هنا دون الضمان لا يمنع من الغرر إذ ليس المحال عليه على الفرض معسراً حين الحوالة فلا يكون خيار الفسخ ثابتاً للمحتال فالضرر عليه مترتب .

هذا بالنسبة إلى ما ذكره بالنسبة إلى عدم تحقق الضرر والغرر في الضمان والحوالة

صغرى .

﴿ وأما بالنسبة إلى الأول وهو أنه لم يثبت النهي عن مطلق الغرر، وإنما الثابت النهي عن البيع الغرري، وألحق به الإجارة ونحوها من التقلبات فقلنا إن كلا الأمرين غير صحيح .

أما الأول : وهو عدم ثبوت النهي عن مطلق الغرر، فإن كان المراد منه عدم ثبوت نهى النبي ﷺ عن مطلق الغرر فهو صحيح، فإن ما ورد في النهي عن مطلق الغرر إما رواية الصدوق في معاني الأخبار: ٢٧٨ التي فيها «أنه نهى [النبي ﷺ] عن المنابذة والملاسة وبيع الحصة . المنابذة يقال: إنها يقول لصاحبه: انبذ إليّ الثوب أو غيره من المتاع أو انبذه اليك، وقد وجب البيع بكذا. ويقال: إنما هو أن يقول الرجل: إذا نبذت الحصة فقد وجب البيع، وهو معنى قوله: إنه نهى عن بيع الحصة . والملاسة أن يقول: إذا لمست ثوبي أو لمست ثوبك فقد وجب البيع بكذا، ويقال: بل هو أن يلمس المتاع من وراء الثوب ولا ينظر إليه، فيقع البيع على ذلك، وهذه البيوع كان أهل الجاهلية يتبايعونها فنهى رسول الله ﷺ عنها لأنها غرر كلها» الوسائل ج ١٧: ٣٥٨ باب ١٢ من أبواب عقد البيع وشروطه حديث ١٣ . وهي مع ضعف سندها الذي بيناه في الإجارة في اعتبار معلومية العوضين في هامش الواضح ٩: ٢١٠ - ٢١٢ . من أن محمد بن هارون الزنجاني مجهول وعلي بن عبدالعزيز مشترك بين جماعة كلهم مجاهيل وكذا غيرهما . ومن الواضح فيها أيضاً أن قوله: وهذه البيوع - بل قبلها - إلى الأخير إنما هو من كلام الصدوق رحمته لا من كلام الإمام عليه السلام .

وإن كان المراد ما روي من طرق أبناء العامة عن النبي ﷺ أنه «نهى عن شراء السمك في الماء لأنه غرر» مسند أحمد ١: ٣٨٨، ومقتضى التعليل ورد النهي عن الغرر على الإطلاق ويكون ذلك من باب تطبيق الكبرى على الصغرى .

وفيه أنها رواية عامة لا حجية فيها .

وأما النهي عن بيع الغرر فورد في رواية الصدوق في عيون أخبار الرضا عليه السلام وهي: «وقد نهى رسول الله عن بيع المضطرو عن بيع الغرر» عيون أخبار الرضا عليه السلام ٢: ٢٦٨/٤٥ الوسائل ج ١٧: ٤٨٨ باب ٤٠ من أبواب آداب التجارة ح ٣ وهي ضعيفة سنداً أيضاً على ما تقدم في

﴿ الواضح ٩ : ٢١٠ - ٢١٢ ﴾ وقلنا أن لها أسانيد ثلاثة وكل رجال أسانيدنا الثلاثة ضعاف إلا رجل واحد، راجع أسانيدنا في الوسائل ج ١ : ٤٨٨ باب ٥٤ من أبواب الوضوء ح ٤. وواردة أيضاً في خصوص البيع لا في مطلق الغرر. فلم يثبت حتى النهي عن البيع الغرري، وهو الأمر الثاني الذي ذكره السيد الأستاذ مكرراً وقال إن الثابت هو النهي عن البيع الغرري. فكلاماً ذكره السيد الأستاذ عليه السلام غير صحيح، أي ما ادّعى ثبوته وهو النهي عن البيع الغرري غير ثابت، وما نفاه وهو عدم ثبوت النهي عن مطلق الغرر فهو صحيح، إلا أنه ليس معناه عدم وجود الدليل على مانعية الغرر، فإن الدليل على مانعية الغرر هو الذي ذكره السيد الأستاذ عليه السلام في كتاب الإجارة واعتمده، وليس هو نهى النبي صلى الله عليه وآله عن البيع الغرري، ولا أن الأصحاب ألحقوا الإجارة وما شابهها من العقود به، بل هو دليل آخر مستقل وقائم برأسه وشامل للبيع والإجارة وجميع المعاملات المعاوضية الذي يعبر عنها السيد الأستاذ عليه السلام بالنقلات، فإنه قال عليه السلام في كتاب الإجارة ما نصه: «لا يبعد أن يقال: إن أساس المعاملات العقلانية من البيع والإجارة ونحوهما مبني على التحفظ على أصول الأموال والتبديل في أنواعها، فلدى التصدي لتبديل عين أو منفعة بعوض يرون التساوي بين مالية العوضين كشرط أساسي مرتكز قد بني عليه العقد بمثابة يغني وضوحه عن التصريح به في متنه، وعلى هذا الشرط الارتكازي يبتني خيار الغبن كما هو موضح في محلّه، وعليه فالمعاملة على المجهول المتضمنة للغرر كبيع جسم أصفر مردد بين الذهب وغيره، أو جعله أجرة، خارج عن حدود المعاملات الدارجة بين العقلاء، وما هذا شأنه لا يكون مشمولاً للدليل النفوذ والإمضاء من وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع ونحو ذلك، فإن دعوى انصراف هذه الأدلة عن مثل ذلك غير بعيدة كما لا يخفى. وكيفما كان فإن تمت هذه الدعوى - والظاهر أنها تامة - عم مناطها الإجارة، إذ لا فرق بينهما وبين البيع إلا في كون أحد طرفي المعاوضة فيها هي المنفعة، وقد تكون كليهما، وهذا لا يستوجب فرقاً من الجهة المزبورة بالضرورة» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢٧ - ٢٨، وقال نحوه وأوضح في الواضح ٩ : ٢١٤ - ٢١٤ .

والظاهر من هذا كله وجود الدليل على مانعية الغرر في المعاملات المعاوضية وإن لم يثبت

«السادس»: تساوي المالين - أي المحال به والمحال عليه - جنساً ونوعاً ووصفاً على ما ذكره جماعة، خلافاً لآخرين^(١).

(١) ذكر الماتن رحمته أن جماعة من الفقهاء^(١) ذكروا من شرائط الحوالة تساوي المالين - أي المال المحال به والمال المحال عليه، وبعبارة أوضح تساوي المال الذي للمحتال على المحيل والمال الذي يحيله المحيل على المحال عليه - جنساً ونوعاً ووصفاً^(٢)، فلو فرض الاختلاف

نهى النبي صلوات الله عن مطلق الغرر. والمعاملة المعاوضية في المقام بلا إشكال غررية وهو مضر بها، فلا بد من الحكم بالبطلان، وموافقة المشهور.

(١) الجماعة من الفقهاء هم الشيخ في المبسوط ٢: ٣١٣، وابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢، وابن زهرة في الغنية: ٢٥٨، والقاضي ابن البراج على ما نقله عنه العلامة في المختلف ٦: ٨، وهو ظاهر المختصر النافع: ١٤٢.

وقال السيد الحكيم رحمته: «في مفتاح الكرامة [ج ١٦: ٥١٧]: نسبه إلى المبسوط في آخر الباب، وحكى عن الايضاح نسبته إلى القاضي وابن حمزة. ثم قال: ولم نجد ذلك في الوسيلة، ولم يحكه في المختلف عن أحد غير الشيخ في المبسوط» المستمسك ١٣: ٢٢٧.

أقول: ذكره العلامة في المختلف، ونسبه إلى ابن البراج وابن حمزة في الجزء السادس من المختلف صفحة ٨. أما ابن حمزة فذكر ذلك في الوسيلة: ٢٨٢، قال: «وتقع [أي الحوالة] بعشرة شروط... (إلى أن قال) واتفاق الحقيين في الجنس والنوع والصفة». وفي التذكرة: «مسألة ٦١٤: من مشاهير الفقهاء وجوب تساوي الدينين - أعني الدين الذي على المحيل والذي للمحيل على المحال عليه - جنساً ووصفاً، فلو كان له دنائير على شخص فأحال عليه دراهم لم تصح» التذكرة ١٤: ٤٥٤. وتردد فيه في الشرائع حيث قال: «ويشترط تساوي المالين جنساً ووصفاً، تقصياً من التسلط على المحال عليه، إذ لا يجب أن يدفع إلا مثل ما عليه، وفيه تردد» الشرائع ٢: ١٣٣ وأما من أبناء السنة والجماعة فقال ذلك في بداية المجتهد ٢: ٣٠٠، وفي العزيز شرح الوجيزة: ١٣١، وروضة الطالبين ٣: ٤٦٦ والمغني ٥: ٥٥، والشرح الكبير ٥: ٥٩.

(٢) الاتحاد بالجنس هو أن يكون المال الذي للمحتال على المحيل - مثلاً - هو النقد من

بينهما في أحد الثلاثة فلا تصح الحوالة^(١).

«الأموال ، فالمال الذي يحيل المحيل المحتال على المحال عليه لا بدّ وأن يكون هو النقد أيضاً لا غيره من الأموال ، كما لو كان للمحيل على المحال عليه الايتان بعمل من الأعمال كإيصاله إلى بغداد بسيارته أو دابته ، أو منفعة من المنافع كما لو كان عليه سكنى دار شهر أو شهرين ، فإنه لا يصح إحالة المحتال على المحال عليه بذلك .

والاتحاد بالنوع : هو أن يكون المال الذي للمحتال على المحيل مثلاً هو النقد العراقي أي الدينار العراقي ، فالمال الذي يحيل المحيل المحتال على المحال عليه لا بدّ وأن يكون هو النقد العراقي أي الدينار العراقي أيضاً الذي له على المحال عليه ، فيقال إنهما متحدان جنساً ونوعاً ، وأما لو كان الذي للمحتال على المحيل هو الدينار الكويتي كخمسة دنانير كويتية ، والذي للمحيل على المحال عليه خمسة عشر ديناراً عراقياً ، لا يصح إحالة المحال على المحال عليه بذلك وإن كانا متساويين من حيث القيمة إن كانت الخمسة الكويتية تساوي ١٥ عراقياً .

والاتحاد بالوصف : هو أن يكون المال الذي للمحتال على المحيل هو الدينار العراقي الذي هو من الطبع السويسري - لا من الطبع الذي في العراق بعد غزو الكويت من قبل النظام البائد - فالمال الذي يحيل المحتال على المحال عليه لا بدّ وأن يكون منه ، لا من الطبع الذي طبع في العراق بعد غزو الكويت والذي كانت قيمته لا شيء بالنسبة إلى الدينار الذي هو من الطبع السويسري . فليس للمحيل أن يحيل المحتال الذي يطلبه عشرة دنانير عراقية من الطبع السويسري على المحال عليه بمائة دينار أو بألف عراقي من الطبع غير السويسري التي تساوي العشرة العراقية من الطبع السويسري من حيث القيمة . والسرف في عدم صحة الحوالة هو الاختلاف بين المالين من حيث الوصف وإن كانا متحدين جنساً ونوعاً ، إلا أنهما مختلفان وصفاً ، فلذا لا تصح الحوالة .

(١) ومن الواضح أيضاً عدم اعتبار التساوي بينهما من حيث الكم ، فلو كان المال الذي للمحيل

وخالف آخرون^(١) فذهبوا إلى عدم اعتبار ذلك .

﴿ على المحال عليه عشرة دنانير عراقية ، وأحال المحيل المحتال على المحال عليه بخمسة دنانير عراقية صح بلا كلام ، وكذا العكس ، فيكون لنصف الحوالة حكم الحوالة على مشغول الذمة ، ونصفها الآخر حكم حوالة على البريء إذا رضي المحال عليه بذلك ، وهذا واضح .

(١) منهم المحقق في الشرائع حيث تردد في اعتبار التساوي على ما عرفت في الهامش السابق ، بل وأكثرهم ذهبوا كما ذكره في الجواهر إلى جواز الحوالة بغير الجنس والوصف والنوع وعدم اعتبار شرط الاتحاد ، منهم الشيخ في موضع من المبسوط وهو ٢ : ٣١٧ ، والعلامة في التذكرة ١٤ : ٤٥٥ ، والتحرير ٢ : ٥٧٦ ، والمختلف ٦ : ٨ ، والشهيد الأول في الحاشية النجارية (موسوعة الشهيد الأول) : ٢٩١ ، واللمعة الدمشقية ٤ كتاب الحوالة : ١٤١ ، وكذا المقداد السيوري في التنقيح الرائع ٢ : ١٩٢ - ١٩٥ ، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٦١ ، والشهيد الثاني في المسالك ٤ : ٢٢٠ ، والروضة البهية في شرح اللمعة الدمشقية : ٤ ، كتاب الحوالة : ١٤١ - ١٤٢ ، والمحقق الأردبيلي في مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٣١٤ ، والفيض الكاشاني في مفاتيح الشرائع ٣ : ١٤٩ - ١٥٠ مفتاح ١٠٣٤ ، والقطفيني في إيضاح النافع نقله عنه في مفتاح الكرامة ١٦ : ٥١٧ . بل في المسالك : أنه إن اشترطنا رضا المحال عليه وجوزنا الحوالة على البريء فلا وجه للمنع أصلاً ، لأنه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس يصح ، فإذا كان رضي تعين الجواز ، بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصةً ، لأن الحوالة إن كانت استيفاءً - كما هو الظاهر - فاستيفاء جائز بالجنس وغيره مع التراضي ، وإن كانت اعتياضاً فكذلك ، لجواز المعاوضة على المختلفين - وليست معاوضة بيع حتى يعتبر فيها التقابض ونحوه حيث يعتبر فية البيع انتهى المسالك ٤ : ٢١٩ ؛ ونقل صاحب الجواهر من كلام الشهيد في المسالك أكثر مما نقلناه بكثير ، وأجاب عنه وقال : «ونقلناه بطوله لأنه أقصى ما قيل في المسألة ، ولكن لا يخفى ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرناه . . . » الجواهر ٢٦ : ١٧١ .

ومن أجل ذلك كله بين السيد الأستاذ وفقاً للماتن بالتام أن محل الكلام في هذا الفرع إنما هو

وهذا العنوان وإن كان عاماً إلا أن مرادهم - بقريته التعليل بقولهم: تفصيلاً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به، إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه (*) - فيما كانت الحوالة على مشغول الذمة بغير ما هو مشغول الذمة به، كأن يحيل من له عليه دراهم على من له عليه دنانير، بأن يدفع بدل الدنانير دراهم^(١).

فلا يشمل ما إذا أحال من له عليه الدراهم^(٢) على البريء بأن يدفع الدنانير، أو على مشغول الذمة بالدنانير بأن يدفع الدراهم^(**)، ولعلّه لأنّه وفاء بغير الجنس برضى الدائن.

(١) ومحل الخلاف بين الفقهاء على ما ذكره الماتن^{رحمته} ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمة، بأن يدفع مما اشتغلت به ذمته، كما لو فرض أن المحال عليه مدين للمحيل بعشرة دراهم، والمحيل مدين للمحتال بدينار واحد، ليس للمحيل أن يحيل المحتال على المحال عليه بدينار، لأن المفروض أن ما في ذمة المحال عليه عشرة دراهم لا دينار حتى يحيله عليه بدينار، هذا هو محل الخلاف بينهم وسيأتي في التعليقة بعد الآتية.

(٢) وأما في غير ذلك كما إذا كانت الحوالة على ١ - البريء، أو ٢ - على مشغول الذمة، ولكن لا بمعنى الأداء مما اشتغلت به ذمته، بل الأداء من مال نفس المحال عليه كالحوالة على البريء (الذي يذكر ذلك الماتن في آخر كلامه)، فالظاهر أنه ليس هو مورداً للخلاف، فإنه جائز بشقيه بلا اشكال، فلو فرض أن زيدا مدين لعمرو بعشرة دنانير عراقية، فيحيل زيد عمراً على بريء الذمة بخمسة دنانير كويتية، لا مانع من ذلك، إذ ليس فيه تصرف في ذمة المحال عليه بما ينافي سلطنته، بل للمحال عليه أن يرضى وله أن لا يرضى، أو أن يحيل زيد عمراً الذي يطلبه

«في خصوص الإحالة على مشغول الذمة لا على البريء - وإن كان عنوان المسألة عاماً - حتى يقال لا مانع من الحوالة عليه بغير الجنس والنوع والوصف لرضاه بذلك.

(*) كذا علل، ومن الذين عللوا بذلك المحقق في الشرائع والشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} في الجواهر: «تفصيلاً من التسلط على المحال عليه بما لم تشتغل ذمته به إذ لا يجب عليه أن يدفع إلا مثل ما عليه...» الجواهر ٢٦: ١٧٠.

(**) أي من غير ما اشتغلت به ذمته أي من مال نفس المحال عليه كما هو الحال في الحوالة على البريء.

فمحل الخلاف ما إذا أحال على من عليه جنس بغير ذلك الجنس^(١).

عشرة دنانير عراقية، يحيله على المحال عليه بخمسة دنانير كويتية غير ما يطلبه من عشرة عراقية عليه، فأيضاً لا مانع منه، إذ ليس فيه تصرف فيما اشغلت ذمته به من العشرة دنانير العراقية، بل هي إحالة على البريء، للبريء أن يرضى وله أن لا يرضى، فإذا رضي صحت الحوالة.

والظاهر أن ما ذكره الماتن من كون الموردين خارجين عن محل الكلام والخلاف هو الصحيح، إذ يرجع ذلك في المثال الأول - وهو الحوالة على البريء - إلى مبادلة بين المحيل والمحتال في تبديل ما في ذمته بما يحيله على البريء، فيحول العشرة دنانير عراقية إلى خمسة كويتية برضا المحتال ثم يحيله على البريء، ولا مانع من ذلك، فإنه لا يتصرف المحيل بذمة المحتال بلا رضاه، بل للمحتال أن يرضى وأن لا يرضى، كما أن المفروض أنه لم يتصرف في ذمة المحال عليه البريء بلا رضاه أيضاً.

ومنه يظهر وجه الصحة في المثال الثاني، وهو الحوالة على مشغول الذمة لا مما اشغلت به ذمته بل من ماله الآخر، فيكون حال المحال عليه هنا حال البريء، فله أن يرضى وله أن لا يرضى، فإذا رضي فلا إشكال في الصحة، فإذا أدى الخمسة الكويتية أصبح دائماً للمحيل بذلك في حال أنه مدين له بالعشرة العراقية التي بقيت على حالها، ولا إشكال في صحة الحوالة هنا أيضاً لرضا المحتال والمحال عليه أيضاً. وما ذكره من الدليل وأنه ليس للمحيل أن يتصرف في ذمة المحال عليه بلا رضاه غير آت هنا، إذ إن المحيل لا يتصرف في ذمة المحال عليه بلا رضاه. نعم إذا لم يرض فلا تصح الحوالة عليه كما لا تصح على البريء إذا لم يرض.

(١) **إنما الأشكال والخلاف** فيما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمة مما اشغلت ذمته به ولكن بغير الجنس الذي ذمته مشغولة به، كما لو استقرض المحيل من زيد عشرة دنانير عراقية، في حال إن المحيل يطلب بكرةً خمسة دنانير كويتية، فيحيل المحيل زیداً (المحتال) على بكر بالأداء ممّا في ذمته التي هي العشرة العراقية، بأن يعطي المحتال خمسة كويتية. **ذكر جماعة^(١) عدم جوازه**، إذ ليس للمحيل أن يتصرف في ذمة المحال عليه، بأن يشغلها بخمسة دنانير كويتية بعدما كانت مشغولة بعشرة دنانير عراقية من دون رضاه، بل لا بد أن يشغلها بعشرة دنانير عراقية

(١) تقدم ذكرهم وهم القاضي ابن البراج وجماعة قدس الله أسرارهم.

والوجه في عدم الصحة ما أُشير إليه من أنه لا يجب عليه أن يدفع إلاً مثل ما عليه ، وأيضاً الحكم على خلاف القاعدة . ولا إطلاق في خصوص الباب ، ولا سيرة كاشفة ، والعمومات منصرفة إلى العقود المتعارفة .

ووجه الصحة أنّ غاية ما يكون أنّه مثل الوفاء بغير الجنس ، ولا بأس به ، وهذا هو الأقوى . ثم لا يخفى أنّ الأشكال إنما هو فيما إذا قال : أعط مما لي عليك من الدينير دراهم ، بأن أحال عليه بالدراهم من الدينير التي عليه . وأمّا إذا أحال عليه بالدراهم من غير نظر إلى ما عليه من الدينير فلا ينبغي الأشكال فيه ، إذ هو نظير إحالة من له الدراهم على البريء بأن يدفع الدينير ، وحينئذٍ فتفرغ ذمّة المحيل من الدراهم ، وتشتغل ذمّة المحال عليه بها ، وتبقى ذمّة المحال عليه مشغولة بالدينير ، وتشتغل ذمّة المحيل له بالدراهم ، فيتحاسبان بعد ذلك .

ولعل الخلاف أيضاً مختصّ بالصورة الأولى لا ما يشمل هذه الصورة أيضاً ، وعلى هذا فيختص الخلاف بصورة واحدة ، وهي ما إذا كانت الحوالة على مشغول الذمّة بأن يدفع من طرف ما عليه من الحقّ بغير جنسه ، كأن يدفع من الدينير التي عليه دراهم .

أي بمثل ما له عليه .

وذكر آخرون الجواز^(١) ، واختاره الماتن رحمته عملاً بالعمومات وصدق الحوالة .

أقول : إن أراد صحّة ذلك على الإطلاق رضي المحال عليه بمعاملة مبطنه أو لا ، كانت الحوالة على البريء أم لا فلا مقتضى له ولا يصح ، لأن المحال عليه مشغول الذمّة للمحيل بعشرة دينير عراقية ، فالزمه بأداء خمسة دينير كويتية يحتاج إلى دليل ، ولا دليل إن كانت الحوالة عليه

(١) تقدم ذكرهم وهم العلامة والمحقق الكركي والشهيد وجماعة آخرين قدّس الله أسرارهم ،

وكان بناءً على عموم عنوان المسألة ، وقد عرفت اختصاص محل الخلاف .

وعلى كل حال ، الذي كان إلى حدّ الآن إنما هو تحرير محل الخلاف .

وبعد تحرير محل الخلاف ذهب الماتن رحمته وآخرون إلى عدم اعتبار أي شيء من الثلاثة : لا

الاتحاد في الجنس ، ولا في النوع ، ولا في الوصف ، بدعوى صدق الحوالة وشمول العمومات

لها . وأجابه السيد الأستاذ بقوله (أقول) الآتية في كلامه في الشرح أعلاه .

علی ما هو في ذمته كما هو المفروض^(١). وإن أراد صحّة ذلك مع رضا المحال عليه فلا بأس به .

(١) قال الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته}: «وإنما وجه المسألة: هو إثبات صلاحية الحوالة لهذا التغيير والتبديل وعدمه، فبين جازم في الأول، [وهو صلاحية الحوالة لهذا التغيير والتبديل] وجازم في الثاني [وهو عدم صلاحية الحوالة لهذا التغيير والتبديل] ومردد. ولا ريب في أنّ مقتضى الأصول العدم، ولو للشك في ذلك لعدم الاطلاق الذي يوثق به فضلاً عن غيره، كما عرفته مفصلاً، والاحتياط في ذلك غير خفي، ولو بأن يقلب حقّ المحتال إلى جنس ما عليه الحق بعقد من العقود القابلة لذلك، ثمّ يحيله عليه... أو بغير ذلك» الجواهر ٢٦: ١٧٢.

ومما ذكره الشيخ في الجواهر يتبين ما في وجه الجواز المذكور للماتن والذي وافق فيه القائلين بالجواز وهو «العمل بالعمومات وصدق الحوالة» فإن صدق الحوالة على ذلك مع التغيير وعدم رضا المحال عليه بذلك أول الكلام، فلا تشمل العمومات حتى يمكن العمل بها لأنّ العمل بالعمومات متوقف على صدق الحوالة وهي إن لم يجزم بعدم صدقها - مع التغيير والتبديل المذكور وعدم رضا المحال عليه بذلك - لا شك في الشك في صدقها، ومع الشك كيف يمكن التمسك بالعمومات؟!

لكن: الذي يرد على السيد الأستاذ^{رحمته} في إيراد السيد الماتن^{رحمته} وعلى صاحب الجواهر^{رحمته} أيضاً هو: أنّ الذي يظهر ممن لا يعتبر الاتحاد في الجنس والنوع والوصف في صحة الحوالة - وهم من عرفت - إنما لا يعتبر ذلك فيما إذا رضي المحال عليه بذلك والذي يستلزم معاملة مبطنة لا ما إذا لم يرض بذلك .

فإن العلامة الذي ذهب إلى عدم اعتبار التساوي بين المالكين لا في الجنس ولا في النوع ولا في الصفة في التحرير والتذكرة قال في المختلف: «والمعتمد عدم اشتراط ذلك [أي عدم اشتراط اتحاد المالكين جنساً ونوعاً ووصفاً] عملاً بالأصل، ولأنّه تجوز الحوالة على من ليس عليه حق، فعلى من عليه حقّ مخالف أولي، وإذا رضي المحال عليه بالحوالة تسلطّ المحتال، عملاً بالعقد، والشناعة إنّما تلزم لو لم يعتبر رضاه هنا ونحن هنا نعتبر رضاه، لأنها نوع معاوضة

لأنه مع ذلك يرجع إلى عقدين المحيل والمحال عليه بتبديل ما في ذمة المحال عليه وهو عشرة دنانير عراقية بخمسة كويتية أو بتحويل الخمسة الكويتية إلى منفعة هي المحال بها والتي للمحتال على المحيل أو بتحويل الخمسة الكويتية إلى عمل هو الذي للمحتال على المحيل ، ثم احالة المحتال عليه ، فيتطابق بعد هذه المعاملة الدين الذي له مع الدين الذي عليه ، فلا يكون حينئذٍ وفاءً بغير الجنس ، بل وفاء بنفس الجنس^(١) ، وكذا إذا كانت الحوالة على المحال عليه

﴿ بخلاف ما اتفق الحقان في الجنس ﴾ **المختلف ١٤ : ٨ .**

وقال المحقق الكركي في جامع المقاصد مع ذهابه إلى عدم التساوي بين المالين في الجنس والنوع والصفة ما نصه : «والمعتمد عدم اشتراط ما ذكره [أي ما ذكره الشيخ في المبسوط وابنا حمزة والبراج من تساوي المالين في الجنس والنوع والصفة] تمسكاً بالأصل ، وبعموم ﴿أَوْقُوا بِالْمَقْوَدِ﴾ ، وبأن الحوالة إن كانت استيفاءً فظاهر فإن ايفاء الدين بغير جنسه جائز مع التراضي ، وإن كانت بيعاً فإظهارهم جامع المقاصد : ٣٦١ حيث إن البيع إنما هو مع التراضي فالتراضي معتبر على كل حال فالبحث كله مع رضا المحال عليه .

وقال الشهيد في المسالك : ما نصه : «والتحقيق في ذلك : أننا إن اشترطنا رضا المحال عليه ، وجوّزنا الحوالة على البريء - كما اختاره المصنف فيهما - فلا وجه للمنع أصلاً ، لأنه لو لم يكن على المحال عليه ذلك الجنس يصح ، فإذا كان ورضي فلا وجه للمنع أصلاً ، بل يتعين القول به متى اعتبرنا رضاه خاصة . . . [إلى أن قال] وأن القائل بعدم اعتبار رضا المحال عليه لا يتوجه له القول هنا بالصحة ، سواء تحوّل الحق إلى جنس المحال به أم بقي كل واحدٍ بحاله ، لتوقف كل واحدٍ من القسمين على التراضي [إلى أن قال] وأن الأقوى الصحة مع التراضي ، وتحويل الحق الذي على المحال عليه إلى جنس المحال به ووصفه» **المسالك ٤ : ٢١٩ - ٢٢٠ .**

فالمستفاد من المجوزين إنما هو الصحة مع رضا المحال عليه في التبديل ليس إلا .

(١) أقول : فعلى هذا يخرج عن موضوع المسألة أولاً . وثانياً لا نزاع في ذلك لأن القائل بالجواز وعدم اعتبار الاتحاد في الجنس والنوع والوصف إنما لا يعتبره مع رضا المحال عليه لا مع عدم رضاه كما سيأتي .

[٣٦١٦] «مسألة ١»: لا فرق في المال المحال به^(١) بين أن يكون عيناً في الذمة، أو منفعة، أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة ولو مثل الصلاة والصوم والحج والزيارة والقراءة

البريء ورضي المحال عليه البريء، وأما لو لم يرض المحال عليه بذلك في الفرضين فلا يكون هنا مقتضى ولا وجه لصحة الحوالة بعد عدم امکان الزام المدين بغير ما اشتغلت ذمته به.

إذن، الصحيح التفصيل بين رضا المحال عليه فتصح الحوالة، وبين عدم رضاه فلا تصح^(٢).

(١) في هذه المسألة بحثان:

البحث الأول: تقدم أن الحوالة عبارة عن نقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة شخص آخر مدين للمدين أو بريء وعلى كلا التقديرين ينتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وهو عقد محكوم بالصحة بمقتضى العمومات، مضافاً ومؤيداً بما ورد في جملة من الروايات الواردة في الحوالة. ولا يختص ذلك بما إذا كان متعلق الحوالة عيناً خارجية، بل كما يمكن أن يكون عيناً كالدرهم والدينار، يمكن أن يكون منفعة، كما لو كان مديناً لشخص لنقله إلى بلده بسيارته أو ببغله أو حماره أو سفينته، فيكون على المدين تسليم هذه المنفعة ونحوها كسكنى الدار. وكذا بالنسبة إلى الأعمال^(٣) إذا لم يعتبر فيها المباشرة، كما لو فرض أنه أجر نفسه للصلاة

(١) وكذا تصح لو حوّل المحيل برضا المحتال الحقّ الذي للمحتال على المحيل بالذي للمحيل على المحال عليه كما لو كان للمحتال على المحيل عمل أو منفعة وكان للمحيل على المحال عليه عشرة دنائير عراقية فيبطن الحوالة بمعاملة بين المحيل والمحتال بتبديل عمله الذي على المحيل أو منفعته التي على المحيل بعشرة دنائير عراقية ثم يحيله على المحال عليه المشغول الذمة بعشرة دنائير عراقية للمحيل. وهذا هو الظاهر من عبارة الشهيد في المسالك: «نعم، لو قصد بالحوالة تحوّل حق المحتال إلى ما في ذمة المحال عليه أتجه القول بالجواز من دون رضا المحال عليه وسقط معه محذور التسلط الذي جعلوه مانعاً» المسالك ٤: ٢١٩ - ٢٢٠. فأصل الخلاف في هذه المسألة مع تبطينة المعاملة المذكورة لا واقع له ولا محل، هذا مع غض النظر عن خروج هذا النزاع عن موضوع المسألة المعنون وهو الوفاء بغير الجنس الذي للمحيل على المحتال أو بغير النوع أو بغير الصفة.

(٢) كل ذلك لصدق المال على العين الخارجية كالنقد وعلى الأعمال بعد وقوع العقد عليها

عن الميت أو للصيام عنه أو لقراءة القرآن أو زيارة الأئمة الأطهار عليهم السلام وغير ذلك من الأمور التي يترتب عليها الثواب بالنسبة إلى الميت ، ولم تشترط فيها مباشرته ، ولا كان هناك اطلاق منصرف إلى المباشرة ، سواء كان من الأعمال التي يرجع ثوابها للميت أم لا ، فله أن ينقل هذا من ذمته إلى ذمة شخص آخر ، فيحيل الدائن على ذلك الشخص الذي هو المحال عليه المدين للمحيل أو البريء الذمة مع القبول ، كل ذلك بمقتضى القاعدة ، فلا تختص الحوالة بمورد دون مورد^(١) ، وإن لم يكن جميع ذلك مذكوراً في النصوص ، بل لا حاجة إلى ذكر ذلك في النصوص ، لأن الحكم على القاعدة^(٢) فتشملها العمومات .

﴿ وعلى المنافع .

والحوالة : نقل المدين دينه إلى غيره .

والدين : هو تملك مال بشرط ضمان المثل أو القيمة .

والمال : كما يصدق على النقد يصدق على الأعمال بعد العقد عليها - لا قبله - وعلى المنافع كما هو واضح ولذا تقع الأعمال بعد العقد عليها والمنافع ثمناً في البيع ، ولو لم تكن مالا لما صح وقوعها ثمناً في البيع ، وإن لم يصرح بتعلق الحوالة بالأعمال أو المنافع أحد من الأصحاب بل وإن لم يصرح بذلك في النصوص بعد إمكان صحتها في الأعمال والمنافع على القاعدة ، فتشملها عمومات أدلة صحة الحوالة كصحيح أبي أيوب «في الرجل يحيل الرجل بالمال...» الوسائل ج ١٨ : ٤٣٣ باب ١١ من أبواب الضمان ح ١ ، وتشملها أيضاً عمومات أدلة صحة العقود كقوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

(١) أي لا تختص الحوالة بالنقد دون الأعمال والمنافع سواء ذكر ذلك أحد الفقهاء أم لا ، وسواء صرح به في النصوص أم لا ، وسواء كانت الحوالة بالأعمال والمنافع متعارفاً أم غير متعارف ، إذ لا يختص الجواز بالمتعارف كما عرفت ذلك مراراً ، بل الجواز وارد على طبعي الحوالة متعارفة كانت أم لم تكن ، واختصاص ذلك بالمتعارف يقتضي تأسيس فقه جديد كما عرفت .

(٢) قول السيد الأستاذ عليه السلام «وإن لم يكن جميع ذلك مذكوراً في النصوص ، بل لا حاجة إلى ذكر ذلك في النصوص ، لأن الحكم على القاعدة متشمله» إشارة إلى ما قاله صاحب الجواهر عليه السلام من

سواء كانت على البريء أو على مشغول الذمة بمثلها^(١).

وأيضاً لا فرق بين أن يكون مثلياً كالطعام ، أو قيمياً كالعبد والثوب^(٢) . والقول بعدم الصحة في القيمي للجهالة ضعيف ، والجهالة مرتفعة بالوصف الراجع لها .

(١) لشمول عموم الأدلة للاثنتين . نعم في الاحالة على البريء يعتبر رضاه بذلك .

(٢) البحث الثاني : أنه لا فرق بين أن يكون المال المحال على المحال عليه مثلياً أو قيمياً

لعين ما تقدم من العمومات والأدلة الخاصة على صحة الحوالة ، من دون تقييد فيها بكون المال مثلياً^(١) .

٥ أنه لا يعدد الحوالة في الأعمال بناءً على أنها من الأموال بدليل صحة وقوعها ثمناً في البيع ، لكنه عليه السلام لم يجد مصرحاً به في الحوالة بالأعمال سواء كان المراد بها الثواب أم غيره ، وأنه عليه السلام لم يجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر ، بل إنه غير متعارف ، فإنه قال عليه السلام في الجواهر : «بل لا يعدد - إن لم يكن إجماعاً - الحوالة بالأعمال على البريء أو على مشغول الذمة للمحيل بمثلها ، بناءً على أنها بحكم المال بدليل صحة وقوعها ثمناً للمبيع وعضواً للخلع ومهراً في النكاح ، من غير فرق بين أن يكون المراد منها الثواب أو غيره . وحينئذ فيصح إحالة مشغول الذمة بقراءة قرآن أو زيارة أو صلاة أو حج ... أو غير ذلك على بريء أو على مشغول الذمة له بمثل ذلك ، وكذا يصح ضمانه ، لكن لم أجد مصرحاً به ، كما أنه لم أجد في نصوص الحوالة ما هو صريح فيه أو ظاهر ، بل هو غير متعارف» الجواهر ٢٦ : ١٦٩ - ١٧٠ ، فإن الأجير بعد ما صار مديناً بالعقد بالعمل أو بالمنفعة التي هي الأثر المترتب على العمل ، ولم تشترط عليه المباشرة كما هو المفروض ، ولا أن في المقام اطلاقاً منصرفاً إلى المباشرة ، فله بلا شك ولا ريب نقل ذلك إلى شخص آخر بعقد الحوالة وجعل ذمته هي المشغولة به ، فيشملة عموم قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ، وكذا اطلاقات أدلة الحوالة وإن لم يصرح في نصوصها بالأعمال مثلاً ، ولا حاجة إلى تصريح فقيه به ، كما أن عدم التعارف لا يوجب عدم صدق العقد عليه ، فإن العقد والحوالة يشمل ما هو متعارف وغير متعارف . فلا يضر عدم التعارف فيها - ويقول السيد الحكيم عليه السلام أنه لو كان ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ مختصاً بالتعارف لزم إيجاد فقه جديد المستمسك ١٣ : ٢٢٣ طبعة بيروت . فالحكم على القاعدة .

(١) قال في الشرائع : «ويشترط في المال أن يكون معلوماً ثابتاً في الذمة سواء كان له مثل

وإن نوقش في ^(١) صحة الحوالة إذا كان المال قيمياً ، بدعوى أن القيمي مجهول ولا تصح الحوالة بالمجهول .

ذلك لأن الجهالة في الحوالة إن كانت موجبة للإبهام والترديد ، وعدم تعيين المال المحال من قبل المحيل على المحال عليه أي إذا كان مجهولاً أي مبهماً - لا أنه مردد بين الأقل والأكثر ولا أنه يمكن تعيينه فيما بعد كما تقدم - فالمبهم يحكم عليه بالبطلان لا محالة ، لعدم امكان اشتغال ذمة المحال عليه بأمر مبهم لا تعين له في الواقع ، فلو كان مديناً ببقرة أو شاة أو فرس أو غير ذلك من الأمور القيمة لزيد وأحاله من دون تعيين ، فيما أن البقر - مثلاً - مختلف باعتبار نسله ونوعه وصنفه وحجمه ، والمفروض عدم التعيين ، كانت الحوالة باطلة ، فإن طبعي البقر المجهول لا واقع له في الخارج وجهالته موجبة للإبهام المطلق ، ولا يمكن اشتغال ذمة المحال عليه بأمر مجهول لا واقع له حتى في علم الله ، إلا أنه لا ملازمة بين كون متعلق الحوالة قيمياً وبين الإبهام الموجب للجهالة ، بل يمكن تعيين ذلك ورفع الجهالة بالأوصاف ، فإن المفروض أن ذمة المحيل مشغولة ببقرة معينة من حيث الأوصاف ، فإذا عينت من حيث النوع والصنف والحجم صحّت الحوالة لتعيينها في الواقع ^(٢) ، وعليه فليست الجهالة لازمة للحوالة في القيميات ، بل قد تكون

كالتعام ، أو لا مثل له كالعبد والثوب» الشرائع ٢ : ١٣٣ .

وقال الشيخ صاحب الجواهر في شرح ذلك : «نعم تصحّ الحوالة بالثابت في الذمة ، سواء كان

له مثل كالتعام أو لا مثل العبد والثوب ، لإطلاق الأدلة وعمومها» الجواهر ٢٦ : ١٦٩ .

(١) المناقش في صحة الحوالة إذا كان المال قيمياً الشيخ في أحد قوليه قال : «وإنما تصح في الأموال ذوات الأمثال» المبسوط ٢ : ٣١٢ . وابن حمزة في الوسيلة : ٢٨٢ لا غيرهما ، فمنعنا من الحوالة في القيمي للجهالة .

ولكن سيأتي أن الجهالة إن كانت موجبة للترديد وكون الحوالة بشيء مردد فالمردد لا واقع

له ولا تصح الحوالة به ، فيكون ذلك موجباً للبطلان ، إلا أنه لا ملازمة بين الجهالة وبين كون المحال به مردداً ، لأنه يمكن تعيينه فيما بعد بذكر الأوصاف المميزة له وفي هذا أيضاً ما سيأتي .

(٢) لكن يبقى أن التعيين ورفع الجهالة الذي نقوله نحن لا بد وأن يكون قبل الحوالة أو حينها

« ولا يكفي التعين الذي يقوله السيد الأستاذ عليه السلام والسيد الماتن وغيره (قدس الله أسرارهم) والذي هو التعين الواقعي ، فيكفي عندهم توصيفه بعد الحوالة كالعلم بمقدار المال المحال بعد الحوالة الذي يمكن العلم بمقداره بمراجعة دفتر ونحوه .

وقد تقدم أن ذلك - وهو العلم بالمقدار في الحوالة المجهولة المقدار ، أو العلم بالأوصاف بعد الحوالة - لا يرفع الجهالة حال العقد الموجبة للغرر .

وما يقوله السيد الأستاذ عليه السلام من أنه لا غرر في المقام لأن كل ما كان من المقدار يأخذه المحتال من المحال عليه قليلاً كان أو كثيراً ، وعلى فرض الغرر لا دليل عنده على مانعية الغرر من صحة المعاملة ، وإنما الغرر قد نهى عنه في البيع ، وألحق به الإجارة ونحوها من المعاملات المعاوضية ، وأما في المقام فلا دليل مانعية الغرر .

لا يمكن قبوله ، وقد تقدم الجواب عنه في الخامس مما يعتبر في الحوالة ، وقلنا أولاً : أن الغرر والخطر الناتج من الجهل بمقدار المال المحال متحقق ، إذ لو كان المحتال عالماً بأن مقدار المال المحال كثير ، وأن المحال عليه وإن لم يكن معسراً قد لا يكون قادراً بعد الحوالة من تسديدها ، لما أقدم على ذلك للغرر الموجود في ذلك . وكذا في توصيف الدابة بعد ذلك ، فإنه لو وصفها بعد ذلك ولم يتطابق عند المحتال ما يطلبه من المحيل مع ما حوّل على المحتال عليه . بأن كانت الأوصاف موجبة للتشخيص والعلم إلا أنها ليست هي التي يطلب بها المحتال المحيل وهي مع ما يطلبه المحتال من المحيل غير متطابقة فالصفات التي أوجبت العلم والتشخيص بعد الحوالة وإن لم توجب كون المحال به مردداً لا واقع له ، بل له واقع إلا أنه لو كان ذلك التوصيف الموجب للعلم حين العقد أو قبله لما قبل المحتال بهذه الحوالة لوقوعه في الضرر منها ، كما هو الحال في مقدار المال المحال به حرفاً بحرف . وثانياً : أن القول بأن الغرر منهي عنه في البيع فقط غير صحيح ، فإن النهي المذكور في البيع ضعيف السند على ما تقدم في كتاب الإجارة . الواضح ٩ : ٢١١ - ٢١٤ . والدليل على مانعية الغرر تقدم . في كتاب الإجارة وهو : أن أساس المعاملات المعاوضية - التي منها البيع والإجارة [وكذا الحوالة والضمان] - هو تبديل المال بالمال مع حفظ المالية في المال ، ومن هنا بنينا على أن أحدهما

[٣٦١٧] «مسألة ٢»: إذا تحققت الحوالة برئت ذمّة المحيل^(١) وإن لم يبرئه المحتال .

وقد لا تكون . وإن لم تكن الجهالة موجبة لعدم تعيين المال المحال ، بل غير مانعة من تعيينه في الواقع ، صحّت بلا كلام ولذا جاز بيع القيمي ، ولو كان مبهماً لا تعيّن له في الواقع لما صح بيعه ونقله إلى الغير ، فصحة بيعة دالة على تعيينه في الواقع بالأوصاف الرافعة للإبهام والموجبة لتعيينه في الواقع ، فإذا صح بيعه بالأوصاف صححت حوالبته بها أيضاً مع فرض أنها موجبة لرفع الإبهام .

(١) إذا تحققت الحوالة واجدة للشرائط برئت ذمّة المحيل^(١) عن هذا المال ، واشتغلت ذمّة

﴿ إذا كان مغبوناً يثبت له خيار الغبن باعتبار أن بناء العقلاء على حفظ المالية فيما ينقل عنه وإليه ، فكأنه شرط ضمني فيوجب خيار الغبن ، ولا محالة تكون المعاملة على المجهول الذي يكون فيه الغرر ، كما لو باع جنساً أصفر خارجاً أو جعله أجرة ولم يعلم أنه ذهب أو مس [أي نحاس] فلا شك لا تكون هذه المعاملة من المعاملات العقلانية ، ولا يقدم عليها العقلاء بعد بنائهم على حفظ المالية في المبيع أو الثمن . فما دل على نفوذ المعاملات مثل قوله تعالى : ﴿ أَوْفُوا بِالْعُقُودِ ﴾ أو ﴿ وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ﴾ أو ﴿ تَجَرَّةً عَنْ تَرَاضٍ ﴾ ونحوها [كأدلة الحوالة في المقام وكذا أدلة الضمان المتقدمة] منصرف عن مثل هذه المعاملة التي لا يكون فيها العوضان معلومين معاً ، أو كان أحدهما معلوماً دون الآخر ، فإن تم ما ذكرنا - كما هو كذلك - فلا شك تكون المعاملات النافذة خصوص ما إذا كان العوضان معاً معلومين » الواضح ٩ : ٢١٤ - ٢١٧ ، موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢٧ .

أقول تكلمة للعبارة المتقدمة : معلومين حين العقد ، ولا يكفي العلم بذلك بعد العقد ، في البيع كان أو الإجارة أو الضمان أو الحوالة أو غيرها من المعاملات المعاوضية ، وبما أنهما أي العوضين غير معلومين حين العقد في المقام (الحوالة) فالحوالة باطلة .

(١) على الأشهر كما عن جملة من فقهاء العامة أيضاً كحلية العلماء ٥ : ٣٥ ، والمغني (لابن قدامة) ٥ : ٥٨ ، الشرح الكبير ٥ : ٥٥ ، وبدائع الصنائع ٦ : ١٧ ، بل المشهور كما في جامع المقاصد ٥ : ٣٦٠ ، والمسالك ٤ : ٢١٤ - ٢١٥ بل الأشهر الأقرب كما في كفاية الأحكام ١ : ٥٩٧ ، وفي الجواهر ٢٦ : ٦٣ على الأظهر الأشهر بل المشهور .

وأما المخالفون فستأتي الإشارة إليهم .

المحال عليه به إن كانت مشغولة بمثل ما أحاله عليه وإن لم يقبل المحال عليه ، أو إذا قبل لو كانت الحوالة على البريء ، وفي كلا الصورتين بلا حاجة إلى إبراء المحتال للمحيل بعد الإحالة ، لأنه من تحصيل الحاصل ، إذ لا معنى بعدما برئت للإبراء ، وليس للمحتال أن يرجع بعد ذلك إلى المحيل لأن اشغالها بعد البرء لا بد له من موجب أو دليل ، وليس المحتال ولياً على المحيل ليشغل ذمته بشيء بعد البرء ، وهذا هو الذي تقتضيه القاعدة ، وعليه المشهور والمعروف من العلماء والفقهاء قديماً وحديثاً^(١) .

(١) فإنه تقدم في تعريف الحوالة أنها عند الأصحاب هي تحويل المال من ذمة إلى ذمة .

قال الماتن رَبَّنَا «الحوالة : وهي عندهم تحويل المال من ذمة إلى ذمة والأولى أن يقال : إنَّها إحالة المديون دائنة إلى غيره أو أحالة المديون دينه من ذمته إلى ذمة غيره» .

وفي الشرائع «فالحوالة : عقد شرع لتحويل المال من ذمة إلى ذمة ...» الشرائع ٢ : ١٣١ .
وفي التذكرة «الحوالة تقتضي نقل الحق من ذمة المحيل إلى المحال عليه عند علمائنا أجمع» التذكرة ١٤ : ٤٣٦ .

وفي الجواهر «بل يمكن إرادة كونها ناقلة بمعنى اقتضاها نقل ما في ذمة المحال عليه إلى ملك المحتال عوضاً عمّا له في ذمة المحيل ، ومن هنا تخيل بعض العامة أنها بيع أو معاوضة ... إلى أن قال : فمع تحققها جامعة للشرائط يتحوّل المال إلى ذمة المحال عليه ، ولو باعتبار انتقال عوضه - الذي هو في ذمة المحال عليه - إليه ، بل لعل المراد : أنه يتحوّل المال ، أي يتبدّل بما في ذمة المحال عليه ، خصوصاً بعد العلم بأن استفاضة هذه العبارة - حتّى حكى عليها الإجماع غير واحد [كالعلامة على ما عرفت من عبارته المتقدمة والعامل في مفتاح الكرامة ج ١٦ : ٥٠١]» الجواهر ٢٦ : ١٦٢ - ١٦٣ .

وهذا هو المستفاد من روايات الحوالة كما سيأتي ، فإن فيها كما في صحيحة منصور بن حازم «عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» ، وكذا صحيحة أبي أيوب «عن الرجل يحيل الرجل بالمال ، أيرجع

وخالف في ذلك بعض^(١)، فذهب إلى أن ذمة المحيل لا تبرأ بمجرد الحوالة، بل لابد أن

«عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» الوسائل ج ١٨: ٤٣٣ و ٤٣٤ باب ١١ من أبواب الضمان ح ١ ومحلوق ح ٣ وح ٣ مؤيداً برواية عقبة بن جعفر الضعيفة به، قال: «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ثم يتغير حال الصيرفي، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ قال: «لا» الوسائل ج ١٨: ٤٣٤ باب ١١ من أبواب الضمان ح ٤. ومن ذلك يظهر لك أن القول: بأن الحوالة اثبات حق المحيل الذي ثبت على المحال عليه للمحتال، وأما سقوط حق المحتال الثابت في ذمة المحيل فلا تقتضيه الحوالة إلا على القول بأنها عقد معاوضة، كما في التنقيح الرائع للمقداد السيوري ٢: ١٩٣-١٩٥ أساس له من الصحة. وقد تقدم أنها عقد معاوضة بين المحيل والمحتال. بل لو لم نقل إنها عقد أيضاً كلام المقداد غير صحيح ومتناف فإن اثبات حق المحيل على المحال عليه للمحتال هو عين النقل ومعه كيف تبقى ذمة المحيل مشغولة بعد ذلك إلى أن يبرئه المحتال. نعم له أن يقول إن ذلك هو مدلول معتبرة زرارة وهو صحيح، إلا أن الاستدلال بها على ذلك غير ممكن، مع غض النظر عن معارضتها بصحاح أخرى، لأن الحوالة فيها إذا كانت صحيحة كما هو مقتضى ما دل على الصحة من الآية والعمومات الواردة في الحوالة فهي موجبة للانتقال بمجرد حصولها فلا يكون للإبراء معنى إلا تحصيل الحاصل، وإن لم تكن صحيحة فلا شك في أن للمحتال الاختيار في إبراء المحيل إلا أنه مع ابرائه له لا يصح الرجوع عليه للسقوط بالابراء، فالجمع بين صحة الحوالة وتوقفها على الإبراء جمع بين المتنافين فأما أن الحوالة صحيحة ومعها لا معنى للإبراء وأما أن الإبراء صحيح ومعه ليس له الرجوع على المحيل للسقوط الذي هو مقتضى الإبراء.

(١) قال في الجواهر ٢٦: ١٦٣ - ١٦٤ «خلافاً للمحكي عن أبي علي [وهو ابن الجنيد، نقله عنه العلامة في المختلف ٦: ٤ - ٥] والشيخ في النهاية [٢: ٤٠] وأبي الصلاح [الحلبي في الكافي في الفقه: ٣٤٠] والقاضي [نقله عنه العلامة في المختلف في الديون ٦: ٥]، وظاهر المقنعة

﴿ ٨١٤ ٢١٥ ﴾، بل عن المقداد في التنقيح اختياره [التنقيح الرائع ٢: ١٩٤ ١٩٥]، فاعتبروا براءة المحتال، وإلا لم يبرأ» وكذا خلافاً لابن حمزة في الوسيلة: ٢٨٢.

قال المقداد في التنقيح شرحاً لقول المحقق الحلبي في المختصر النافع: «ويبرأ المحيل وإن لم يبرئه المحتال، وفي رواية إن لم يبرأ فله الرجوع» ما نصه: «الرواية ذكرها الشيخ والكليني بطريق حسن إلى زرارة عن أحدهما عليه السلام: (في الرجل يحيل الرجل بما كان له على رجل آخر فيقول الذي احتال برأت من مالي عليك، قال: إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه، وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله) [التهذيب ٦: ٢١١، الكافي ٥: ٢/١٠٤، الوسائل ج ١٨: ٤٣٣ باب ١١ من أبواب كتاب الضمان ح ٢] وعمل بمضمونها الشيخ في النهاية والقاضي والتقي وابن حمزة وابن الجنيد والمفيد، وقال ابن إدريس والمصنف أنه يبرأ بنفس الحوالة وإن لم يبرئه، وليس عليه رجوع. واختاره العلامة محتجاً بأن الإبراء إما أن يكون قبل الانتقال من ذمة المحيل أو بعده، والأول يستلزم تحصيل الحاصل لأن ذمته برئت بالحوالة فلا حاجة إلى إبراء آخر، ولأن الحوالة عقد قائم بنفسه يفيد تحويل الحق من ذمة إلى أخرى، فإذا تحققت وجب تحقق المعنى المشتق منه، ولما رواه عقبه بن جعفر عن الكاظم عليه السلام: قال: (سألت عن الرجل يحيل الرجل بمال على الصيرفي، ثم يتغير حال الصيرفي أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي؟ فقال: لا) [التهذيب ٦: ٢١٢، الوسائل ج ١٨: ٤٢٤ باب ١١ من أبواب كتاب الضمان ح ٤] وهو يدل بعمومه على صورة النزاع.

قلت فيه نظر:

أما أولاً: فلأن هذا مبني على انتقال المال بالحوالة وهو عين النزاع، بل الحوالة اثبات حق المحيل الذي ثبت على المحال عليه للمحتال، وأما سقوط حق المحتال الثابت في ذمة المحيل فلا تقتضيه الحوالة إلا على القول بأنها عقد معاوضة، والعلامة لا يقول به، بل عنده أنها اسقاط، فلا بد حينئذٍ من الإبراء لاسقاط حقه.

وأما ثانياً: فلأن قوله اشتقاق الحوالة من التحويل (التحول) فلا يجتمع الحقان للمحتال فممنوع لاحتمال الجواز ثم صار في الشرع حقيقة في غير ذلك، كما في النسخ، فإن الاشتقاق

« يقتضي أن يكون الناسخ قد نقل المكتوب إلى كتابه وليس كذلك ، بل هو مجاز بمعنى إثبات مثل صورة المكتوب في كتابه » التفتيح الرائع ٢ : ١٩٣ ١٩٥ .

أقول : قوله ﷺ « فلأن هذا مبني على انتقال المال بالحوالة وهي عين النزاع ، بل الحوالة إثبات حق المحيل الذي ثبت على المحال عليه للمحتال ، وأما سقوط حق المحتال الثابت في ذمة المحيل فلا تقتضيه الحوالة إلا على القول بأنها عقد معاوضة . والعلامة لا يقول به » .

ففيه أنه تقدم في أول الحوالة وقریباً أيضاً أنها معاملة شرعت لنقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، ومعنى النقل أنه تشتغل بذلك ذمة المحال عليه وتبرأ ذمة المحيل ، فما معنى اشتغال ذمة المحال عليه وإبقاء ذمة المحيل على ما هي عليه من الشغل ؟ ! إلا بإبراء المحتال ، فإن ذلك ينافي معنى الحوالة ، وينافي أيضاً عدم سلطنة المحتال على المحيل بعد الحوالة ، فإن معنى أن ذمة المحيل لا تبرأ بعد الحوالة إلا بإبراء المحتال أن سلطنة المحتال على المحيل باقية ، ولا دليل على ذلك ، ولا ولاية للمحتال على المحيل ، ولو فرض أن المحتال لم يبرئ المحيل ، فهل يأخذ ماله من المحال عليه والمحيل معاً الذي هو مقتضى اشتغال ذمة المحال عليه للمحتال وإبقاء شغل ذمة المحيل للمحتال ، فإن هذا غير ممكن ولا يقول به أحد . ولذا قالوا إن الحوالة معاملة بين المحيل والمحتال ، فإن الشيخ في المبسوط والقاضي وابن حمزة الذين ذهبوا إلى اشتراط شغل ذمة المحال عليه بنوا على أنها معاملة ، وهو كذلك . فكيف مع كونها معاملة وفيها ينتقل ما في ذمة المحيل ومع ذلك يبقى في ذمته إلى أن يبرئه المحتال ؟ ! وعدم قول العلامة بأنها معاملة عدم قول للعلامة لا لواقع الأمر .

وأما قول المقداد ﷺ : « وأما ثانياً فلأن قوله اشتقاق الحوالة من التحويل (التحول) فلا يجتمع الحقان ، فممنوع لاحتمال التجوز ... » .

ففيه : أن احتمال التجوز احتمال لا يمنع من المعنى الحقيقي .

وأما قياس المقام - الذي احتمل فيه التجوز ثم صار في الشرع حقيقة - على النسخ الذي هو حقيقة فقياس مع الفارق كما هو واضح .

وأما استدلالهم بصحیحة زرارة فهي غير قابلة للاستدلال بها ، ولابد من رد علمها إلى أهله

ببرئها المحتال بعد تحقق الحوالة ، فالإبراء كأنه متمم لتمامية الحوالة ، فبه تبرأ ذمة المحيل وتشغل ذمة المحال عليه إذا كانت الحوالة بمثل ما عليه . واستدل على ذلك بمعتبرة زرارة عن أحدهما عليه السلام «في الرجل يحيل الرجل بمال كان له على رجل آخر فيقول له الذي احتال : برئت مما لي عليك ، فقال : إذا أبرأه فليس له أن يرجع عليه ، وإن لم يبرئه فله أن يرجع على الذي أحاله»^(١) وهي ظاهرة الدلالة على أن للمحتال الرجوع على المحيل ما لم يبرئه .
 إلا أنها معارضة بعدة روايات دالة على لزوم الحوالة وعدم جواز الرجوع إلا فيما إذا انكشف إفلاس المحال عليه قبل تحقق الحوالة .

وإن كانت صحيحة سنداً وفرض أنه ليس لها معارض ، لأنها كما سيأتي من السيد الأستاذ عليه السلام وتقدم عن العلامة أيضاً أن الحوالة إما أن تكون صحيحة ومعنى صحتها بمقتضى الآية والروايات انتقال الحق من ذمة إلى ذمة ، ومع الانتقال من ذمة المحيل لا شك يكون إبرأؤه من قبل المحتال تحصيلاً للحاصل وإبراء بلا موضوع . وإما أن لا تكون صحيحة فلإبراء معنى ، ولكن مع إبراء المحتال لا حق له بعد ذلك لا على المحيل ولا على المحال عليه ، أما على المحال عليه فواضح لفرض عدم صحة الحوالة ، وأما على المحيل فللإبراء ، ومعه كيف يمكن الرجوع على المحيل . فهي مقطوعة البطلان .

على أنها لو فرض أنها ليست مقطوعة البطلان فهي معارضة بصحيتي منصور بن حازم وأبي أيوب الخزاز .

وأما رواية عقبه بن جعفر التي ذكرها العلامة عليه السلام فهي ضعيفة بعقبه نفسه ، فإنه لم يوثقه أحد من علماء الرجال فهو مجهول .

وعليه : فالأنسب أن يكون المراد من الإبراء في حسنة زرارة القبول بالحوالة ، لا اعتبار الإبراء بعدها فتبرأ ذمة المحيل بالحوالة من دين المحتال وتبرأ ذمة المحال عليه للمحيل من الدين الذي عليها إن كانت ذمة المحال عليه مشغولة للمحيل ، وتشغل ذمة المحيل للمحال عليه إذا كانت ذمة المحال عليه بريئة ، أو كانت الحوالة بغير المثل ، ثم يتحاسبان بعد ذلك كما يقوله الماتن عليه السلام .

(١) الوسائل ج ١٨ : ٤٣٣ باب ١١ من أبواب الضمان ح ٢ .

منها: صحيحة أبي أيوب، «أنه سأل أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالمال، أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^(١).

ومنها معتبرة منصور بن حازم، قال: «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم أيرجع عليه؟ قال: لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^(٢) فإن هاتين المعتبرتين ظاهرتان في عدم الحاجة إلى الإبراء في إبراء ذمة المحيل، واختصاص جواز الرجوع بما إذا انكشف إفلاس المحال عليه قبل تحقق الحوالة، كما أن الظاهر منهما كما فهمه جميع الفقهاء إفلاس المحال عليه لا المحيل، وإن لم يذكر ذلك في أي من الروايتين لمناسبة الحكم والموضوع، إذ لا دخل لإفلاس المحيل وغناه، بل عدم الرجوع مع فقر المحيل أولى. فالقرينة الحالية ومناسبة الحكم والموضوع كما فهمه الأصحاب قاضية بأن يكون الإفلاس راجعاً إلى المحال عليه قبل تحقق الحوالة لا إفلاس المحيل، وأنه لا يرجع المحتال على المحيل إلا إذا تبين إفلاس المحال عليه قبل تحقق الحوالة. وعلى كل حال، الروايات متعارضة بحسب الفهم العرفي، فتقدم صحيحنا أبي أيوب ومنصور لموافقتهما الكتاب بمقتضى عموم وجوب الوفاء بالعقود، فيلغى المعارض، أو يحمل على بعض المحامل ولو بعيداً، ككون المراد من الإبراء قبوله الحوالة، كما احتمله الماتن عليه السلام وصاحب الوسائل^(٣) وغيرهما.

(١) الوسائل ج ١٨ : ٤٣٤ باب ١١ من أبواب الضمان ملحق ح ٣، التهذيب ٦ : ٥٦٩/٢٣٢.

(٢) الوسائل ج ١٨ : ٤٣٤ باب ١١ من أبواب الضمان ح ٣.

(٣) أقول: قال صاحب الوسائل بعد ذكر معتبرة زارة: «أقول: حمل بعض علمائنا [كلمة] الإبراء على قبول الحوالة وعدمه على عدمه» واشير في هامش الوسائل طبع مؤسسة آل البيت عليهم السلام (راجع المختلف: ٤٣٣).

أقول: ذكر في المختلف ٦ : ٦ ما نصه: «والجواب عن الأول: إن قول المحتال: «برئت من مالي عليك» هو القبول، لأن السؤال وقع عن الرجل يحيل الرجل بمال فيقول الذي احتال برئت من مالي عليك، وهو إشارة إلى قبول الحوالة...».

بل لو لم تكن صحيحة أبي أيوب وصحيحة منصور بن حازم ، وكان الأمر منحصراً بمعتبرة زارة ، لما أمكن العمل بها أيضاً ، وتعين ردّ علمها إلى أهله ، وإن لم يكن لها أي معارض ، وذلك لأن الحوالة إما أن تكون من العقود الصحيحة كما تقتضيه الآية والروايات الخاصة الواردة في صحّة الحوالة ، وموجبة لانتقال المال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه ، فيتحقق الانتقال بمجرد الحوالة وقبول المحتال ذلك ، فلا معنى للإبراء بعد ذلك إلاّ تحصيل الحاصل ، وإبراء بلا موضوع . وإما أن لا تكون الحوالة صحيحة ، فللمحتال أن يبرئ لأن الدين باق ، ولكن إذا إبرأ لا يصحّ معه الرجوع على المحيل ليأخذ دينه منه ، إذ المفروض السقوط بالإبراء ، ولا اشتغال ذمّة المحال عليه ليرجع المحتال عليه ، فالجمع بين صحّة الحوالة وصحّة الإبراء ووقوعه في محله جمع بين المتنافيين . فالصحيحة في نفسها غير قابلة للتصديق ، مضافاً إلى وجود المعارض كما ذكرنا .

وبعبارة أخرى : أن الإبراء من المحتال إما أن يكون إبراءً مع العوض أو بلا عوض .

وعلى الأوّل : فالإبراء هو عين قبول الحوالة ، ولم يذكر في معتبرة زارة قبول غير الإبراء ، فيكون المراد بالإبراء القبول جزماً ، إذ لا معنى للقبول إلاّ الإبراء بالعوض .

وعلى الثاني : فإن كانت المعاملة صحيحة فالحوالة موجبة لانتقال الدين من ذمّة إلى أخرى ، فلا معنى بل لا موضوع للإبراء المجاني ، وإن كانت المعاملة غير صحيحة فالمال باق بذمّة المحيل ، وللمحتال إبراء ذمّة المحيل ، إلاّ أنه لا تشتغل بذلك ذمّة المحال عليه ، ولا يصحّ للمحتال الرجوع على المحيل .

وعليه فمع صحّة الحوالة ينتقل المال من ذمّة المحيل إلى ذمّة المحال عليه وتبرأ بذلك ذمّة المحيل ، وإذا كانت الحوالة على البريء وقبل وأدى ، تشتغل ذمّة المحيل بالنسبة إلى المحال عليه ، وكذا إذا كانت الحوالة بغير الجنس وأدى ، فيتحاسبان هو والمحيل ، لأن كلاً منهما يطلب الآخر ، المحيل بما حوّل ، والمحال عليه بالدين الذي عليه للمحيل .

ثم إن مقتضى **صحيحتي أبي أيوب ومنصور** أنه لا يرجع إليه أبداً إلاّ أن يكون قد أفلس قبل

[٣٦١٨] «مسألة ٣»: لا يجب على المحتال قبول الحوالة^(١) وإن كانت على مليّ .

ذلك ، هذا بالنسبة إلى الإفلاس حال الحوالة ، سواء كان متقدماً عليها أيضاً أم لا ، وأما الإفلاس المتأخر عن الحوالة كما لو فرضنا أن المحال عليه أفلس بعد الحوالة ، فلا دليل على ثبوت الخيار للمحتال في رجوعه على المحيل بعد ذلك ، بل مقتضى الاطلاق بل المفهوم من كلامه عليه السلام أنه لا رجوع إلا إذا أفلس قبل الحوالة ، والوصف بل مطلق القيد - وإن لم يكن له مفهوم كبقية المفاهيم على ما هو الصحيح عندنا ، إلا أن التقييد مطلقاً في كلام الإمام عليه السلام أو في كلام غيره يدل بلا إشكال على عدم ثبوت الحكم للطبيعي ، وإلا كان التقييد لغواً كما مرّ مراراً ، فتقيده عليه السلام جواز الرجوع على المحيل بما إذا كان المحال عليه قد أفلس قبل ذلك يدل على أن الحكم غير ثابت لطبيعي الإفلاس ، سواء كان قبل الحوالة أم بعد الحوالة ، مضافاً إلى الاطلاقات خرجنا عن أدلة اللزوم بما إذا كان الإفلاس حال الحوالة ، سواء كان قبلها أيضاً أم لا ، وأما الإفلاس بعدها فلا يوجب الخروج عن أدلة اللزوم ، ويؤيد ذلك رواية عقبه بن جعفر الضعيفة به «لجهالته» الآتية في المسألة الرابعة .

(١) الظاهر أنه لا يجب على المحتال قبول الحوالة^(١) حتى إذا كانت على

(١) تقدم اعتبار رضا المحتال في موردين : الأوّل : في الأمر الأوّل مما يعتبر في الحوالة وهو الايجاب والقبول الذي قلنا فيها إن القبول لا بد أن يكون مع الرضا ولا معنى للقبول من غير رضا فالمعتبر بلا كلام رضاه لا أنه يجب عليه القبول حتى إذا كانت الحوالة على مليّ وفيّ ، وقلنا إن هذا لا فرق فيه بين كون الحوالة عقداً أو إيقاعاً ، أما لو كانت عقداً فواضح كما تقدم وأما لو كانت إيقاعاً ، فالقائل بأنّ الحوالة إيقاع كالماتن وغيره يقول مع ذلك يعتبر رضا المحتال حتى لو كانت الحوالة مليّ وفيّ . الثاني : في الأمر الثالث مما يعتبر في الضمان وهو : الرضا من المحيل والمحتال والذي تقدم وقلنا فيه أنه تقدم اعتبار رضا المحتال في الأمر الأوّل فلماذا كرر الماتن وأجبنا عنه بأن ذكر ذلك مقدمة للقول باعتبار رضا المحيل في جميع الصور لا أنه تستثنى منه صورة ما لو تبرع المحال عليه بالحوالة حيث قال بعض الأصحاب بعدم اعتبار رضا المحيل حينئذٍ وقلنا في جوابه أن ذلك ضمان لا حوالة ولا يعتبر فيها رضا المحيل .

وعليه فمع تقدم ذكر اعتبار رضا المحتال في موردين الذي معناه مع عدم رضاه لا تصح الحوالة، فما معنى ذكر الماتن عليه السلام في هذه المسألة: أنه لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت علي ملي، الذي يقول صاحب الجواهر، ووفى أيضاً، مع ما تقدم من اعتبار رضاه في صحة الحوالة أصلاً. فنقول في الجواب عن ذلك: أن الماتن عليه السلام ذكر ذلك في قبال ما يقوله أبناء السنّة والجماعة من القول: (بأن من أحيل على ملي فواجب عليه أن يحتال) ففي المعنى والشرح الكبير يقول ابن قدامة في شرح ذلك: أما المحال عليه فلا يعتبر رضاه لأنّ للمحيل أن يستوفي الحق بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحتال مقام نفسه في القبض فلزم المحال عليه الدفع إليه كالوكيل. وإنما تعتبر الملاءة في رضا المحتال بقرض الملي غير المعدم قال الشاعر:

تُطيلينَ ليَّاني وأنتِ مليئةٌ وأحسنُ يا ذاتَ الوشاحِ التقاضيا

يعني قادرة على وفائي، قال أحمد في تفسير الملي أن يكون مليئاً بماله وقوله وبدنه فمتى أحيل على من في هذه الصفة لزم المحتال والمحال عليه القبول ولم يعتبر رضاهما... إلى أن يقول: ولنا قول النبي صلى الله عليه وآله (إذا تبع أحدكم على ملي فليتبع) ولأن للمحيل أن يوفي الحق الذي عليه بنفسه وبوكيله، وقد أقام المحال عليه مقام نفسه في التقيض فلزم المحتال القبول، كما لو وكل رجلاً في ايفائه...» المعنى والشرح الكبير ٥: ٦١ - ٦٢، وفي المحلّي شرح المُجلّي لابن حزم: «ولا رجوع للذي أحيل على الذي أحاله بشيء من ذلك الحق - انتصف أو لم ينتصف - أعسر المحال عليه إثر الإحالة عليه أم لم يعسر، لأن رسول الله صلى الله عليه وآله أمره باتباع المحال عليه، ولا يجوز له اتباع غيره...» المحلّي ٨: ٢٤٧.

وفيه: مضافاً إلى أن الحوالة ليست وفاء ولا توكيلاً وإنما هي نقل، وما ذكره من قول النبي صلى الله عليه وآله لم نجدّه من طرفنا. وطرقهم بل وأحاديثهم لا وثوق بشيء منها بعد منعهم تدوين الحديث مائة وخمسين عاماً، على أنه لو كان معتبراً فهو دال على المشروعية والجواز لا على الوجوب وعدم اعتبار رضا المحتال مع كونه تصرفاً في ماله ولا بد أن يكون بإذنه ورضاه ولذا

ملّي^(١) لا على معسر والوجه فيه ظاهر ، لأن الحوالة مشتملة على تبديل وتبدل في مال المحتال ونقله من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، فهي معاملة لا يلزم بها المحتال وإن كان المحال عليه

يقول في الجواهر في رده كما سيأتي : لا شاهد له على ذلك .

وقال الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} : «إذا أحاله على الملّي الوفي لم يجب القبول بلا خلاف أجده فيه ، بل الإجماع بقسميه عليه ، بل قد عرفت المحكي منه على رضا المحتال مستفيضاً . مضافاً إلى الأصل السالم عن معارضة ما دل على وجوب قبول الوفاء من باذله بعد معلومية عدم كونه وفاءً حقيقة على وجه تندرج في إطلاق تلك الأدلة ، بل هي ناقلة كما عرفت . فماعن داود الظاهري [المجموع ج ١٣ : ٤٣٢] من الوجوب لذلك وللنبوي المرسل «إذا أحوّل أحدكم على الملّي فليحتل» [كنز العمال ج ١٥ : ١٤ ، ج ٥ : ٥٧٥] الذي لم نجده من طرفنا ، ولا جابر له ولا شاهد ، وينبغي حمله على الندب - واضح البطلان» الجواهر ٢٦ : ١٦٦ .

وفي المستمسك : «وعن الخلاف والغنية والميسوط والتذكرة وغيرها إجماع المسلمين [أي على عدم وجود قبول الحوالة] إلا من زفر ، ويقضيه ما تقدم مما دل على اعتبار رضا المحال عليه» المستمسك ١٣ : ٢٣١ .

وقال في الجواهر : «في اعتبار رضا المحتال : فيشترط فيها [أي الحوالة] رضا المحيل والمحال عليه والمحتال بلا خلاف أجده في الأول والأخير ، بل الإجماع بقسميه عليهما ، بل المحكي منهما مستفيض أو متواتر» الجواهر ٢٦ : ١٦٠ .

(١) ووفّي أيضاً بلا خلاف في ذلك كما في مفتاح الكرامة ١٦ : ٥٠٩ ، وكفاية الأحكام ١ : ٥٩٨ ، والرياض ٩ : ٢٨٥ ، وفي الجواهر : «بلا خلاف أجده فيه بل الإجماع بقسميه عليه» ، وفي المستمسك تعليقاً على قول الماتن^{رحمته} «لا يجب قبول الحوالة» ما نصه : إجماعاً بقسميه كما في الجواهر ، وعن الخلاف والغنية والميسوط والتذكرة وغيرها إجماع المسلمين إلا من زفر» المستمسك ١٣ : ٢٣١ طبعة بيروت . وزفر من أبناء العامة وهو الذي قال بعدم تحوّل الحق عن ذمة المحيل وجعلها كالضمان عندهم كما في حلية العلماء ٥ : ٣٥ ، المغني لابن قدامة ٥ : ٥٨ ، الشرح الكبير ٥ : ٥٥ ، بدائع الصنائع ٦ : ١٧ .

[٣٦١٩] «مسألة ٤»: الحوالة لازمة فلا يجوز فسخها بالنسبة إلى كل من الثلاثة^(١).

غنياً، كما في غير الحوالة من المعاملات، فإنه كما لا يلزم البائع والمؤجر بالبيع أو الاجارة وإن كان المستأجر أو المشتري أميناً وملياً، فكذا الحوالة غير واجب قبولها على المحتال حتّى مع ملء المحال عليه فضلاً عما إذا كان فقيراً.

(١) ذكر الماتن رحمته أن الحوالة من العقود اللازمة فلا خيار للمحيل ولا للمحتال، وأما المحال عليه فواضح عدم الخيار له، لأنه خارج عن المعاملة، والعقد إنما هو بين المحيل والمحتال وهو لازم لأدلة اللزوم^(١).

(١) مضافاً إلى الاجماع كما في المبسوط ٢: ٣١٢، والسرائر ٢: ٧٨، وفي موسوعة ابن إدريس ١٠: ١١٠ طبع مكتبة الروضة الحيدرية، والتذكرة ١٤: ٤٢٩ - ٤٣١، والجواهر ٢٦: ٣١٨ و٣٢٨، والمستمسك ١٣: ٢٣١ طبعة بيروت، وغيرها، على أنّ النصوص الصحيحة المتقدمة في المسألة الثانية [٣٦١٧] وهي صحيحنا منصور وأبي أيوب مؤيداً برواية عقبة بن جعفر - دالة على ذلك فما عن أبي حنيفة من أن للمحتال الرجوع على المحيل إذا جحد المحال عليه أو مات مفلساً. وعن عمر وأبي يوسف ومحمد بن الحسن: إذا أفلس وحجر عليه الحاكم [المغني لابن قدامة ٥: ٥٩، الشرح الكبير ج ٥: ٥٥، المحلّي ٨: ١٠٩] واضح الفساد.

ثم أقول: وأما قول العلامة رحمته: الحوالة عقد جائز بالنص والإجماع» التذكرة ١٤: ٣٠، فمراده من الجواز: الصحة والنفوذ لا الجواز مقابل اللزوم كما هو واضح إذ لا اجماع ولا نص على الجواز بمعنى ما قابل اللزوم وإنما هما قائمان على صحتها ونفوذها وهو المراد من اللزوم ولذا تكرر من العلامة لزوم الحوالة في صفحة قبل ذلك وفي صفحة بعد ذلك.

ثم إنّه ذكر في الجواهر: «لا فرق في ذلك - أي في اللزوم - بين أخذ المحتال شيئاً من المال وعدمه... خلافاً للمحكي عن سألار، فجوز الرجوع مع عدم الأخذ لعدم تمتة القبول بدونه [المراسم ٢٠١: ٢٠١] وهو شاذ نادر واضح الضعف» الجواهر ٢٦: ١٦٦.

وقال السيد الحكيم رحمته ودليله [أي سألار] غير ظاهر، مع أنّه مخالف لما تقدم» المستمسك

نعم ، لو كانت عليّ معسر مع جهل المحتال باعساره يجوز له الفسخ والرجوع عليّ المحيل^(١) .

(١) أي إلا إذا انكشف إعسار^(١) المحال عليه حال الحوالة ، وأنه كان لا يمكنه أداء الدين وإن كان عنده شيء من المستثنيات كالدار التي يسكنها أو العبد الذي يخدمه ، ونحو ذلك من مستثنيات الدين ، فهنا وفي هذه الصورة يثبت الخيار للمحتال^(٢) بين أن يرضى بهذه الحوالة أو أن يفسخ ، وذلك لصحيفة أبي أيوب ومعتبرة منصور بن حازم المتقدمين اللتين فيهما «لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك»^(٣) ، فإذا انكشف أن الحوالة كانت حوالة عليّ المفلس جاز للمحتال أن يرجع إلى المحيل فيطالبه بالدين .
هذا ما ذكره الماتن رحمته الله .

وتقدم منا حكم انكشاف افلاس المحال عليه وأنه موجب لثبوت الخيار للمحتال في رجوعه عليّ المحيل في بحث الضمان^(٤) وقلنا إنه هو الصحيح لقوله عليه السلام في صحيحتي

(١) الوجه في تعبير الماتن والسيد الأستاذ رحمتهما الله بالاعسار مع أن الوارد في النص هنا الفليس تقدم في هامش المسألة ٤ من الضمان [٣٥٧١] الواضح ١٦ : ٣٤٦ وهو كما عن العلامة في القواعد أن المفلس هو : من عليه ديون ولا مال له يفي بها وهو شامل لمن قصر ماله ومن لا مال له «القواعد ١٤٢ : ٢ .

(٢) قال في الجواهر : «بلا خلاف أجده فيه كما عن الغنية [٢٥٧] الاعتراف به ، بل في محكي التذكرة [١٤ : ٤٣٤] نسبتته إلى علمائنا ، والسرائر [٢ : ٧٩] ، وفي موسوعة ابن إدريس ١٠ : ١١١ طبع مكتبة الروضة الحيدرية] إلى أصحابنا ، بل عن الخلاف [٣ : ٣٠٧ ٣٠٨] الإجماع عليه»
الجواهر ٢٦ : ١٦٧ .

ثم إن قوله عليه السلام : «إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» في المعترتين ظاهر في جهل المحتال بالاعسار حال الحوالة وتبين ذلك بعد الحوالة فحينئذٍ له خيار الفسخ وأما مع علمه بالاعسار ورضاه بالحوالة فالظاهر أنه خارج عن ذلك ولا أقل من الشك في شمول الخيار له ومعه لا يمكن الحكم بالخيار لعدم الدليل عليه .

(٣) الوسائل ج ١٨ : ٤٣٤ باب ١١ من أبواب الضمان ح ٣ وملحق ح ٣ .

(٤) في المسألة ٤ الرقم العام [٣٥٧١] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤١٣ ، الواضح ١٦ : ٣٤٢ .

أبي أيوب^(١) ومنصور بن حازم^(٢) «إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» فله الرجوع على المحيل والمطالبة بالدين^(٣).

وهذا كله حكم انكشاف إفلاس المحال عليه حال الحوالة .

وأما الافلاس المتأخر عن الحوالة فسيأتي أنه لا يوجب الخيار .

ثم إنه توضّح اختصاص جواز رجوع المحتال على المحيل بما إذا انكشف افلاس المحال عليه حال الحوالة ، كما هو الظاهر من صحيحتي أبي أيوب ومنصور بن حازم كما فهمه جميع الفقهاء لا افلاس المحيل وإن لم يذكر ذلك - أي افلاس المحال عليه - في أي من الصحيحتين . إلا أن مناسبة الحكم والموضوع تقتضي ذلك ، لعدم مدخلية افلاس المحيل وغناه في ذلك ، بل عدم الرجوع على المحيل مع الفقر أولى من عدم الرجوع عليه حال غناه^(٤).

(١) الوسائل ج ١٨ : ٤٣٤ باب ١١ من أبواب الضمان ملحق ح ٣ ، التهذيب ٦ : ٥٦٩/٢٣٢ محمد ابن الحسن باسناده عن أبي أيوب الخزاز «أن أبا عبدالله عليه السلام سئل عن الرجل يحيل الرجل بالمال أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» .

(٢) الوسائل ج ١٨ : ٤٣٤ باب ١١ من أبواب الضمان ح ٣ منصور بن حازم قال : «سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل يحيل الرجل بالدرهم أيرجع عليه ؟ قال : لا يرجع عليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» .

(٣) وهذا بخلاف تبين أعسار الضامن حال الضمان فإنه لا يوجب الخيار إذ لم يرد في الضمان جواز الفسخ وإنما اختص النص الوارد بالحوالة ، وقياس الضمان على الحوالة قياس لا نقول به .

(٤) قول السيد الأستاذ عليه السلام : «لعدم مدخلية افلاس المحيل وغناه في ذلك» ليس واضحاً ، إذ إنه يمكن أن يكون المنع من ذلك من جهة عدم صحة تصرف المحيل في أمواله بعد أن يكون مفلساً وحجر الحاكم عليه ، لأن ذلك تصرف في أمواله وهو ممنوع عنها ، ولعل مناسبة الحكم والموضوع تقتضي أن لا تكون هذه الجهة هي المرادة ، وأن المراد من ذلك هو افلاس المحال عليه لا المحيل . ويؤيده بل يدل عليه أن المذكور هو الافلاس لا مع حجر الحاكم ، وهو غير مانع من صحة الحوالة من المفلس ، فليس المراد هو افلاس المحيل .

والمراد من الاعسار أن لا يكون له ما يوفي دينه زائداً على مستثنيات الدين^(١) ، وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم^(*) ، ولا يعتبر فيه كونه محجوراً^(٢) ، والمناط الاعسار واليسار حال الحوالة وتاميتها^(٣) .

(١) المذكورة في محلها من البيت والمركب والخادم ونحوها .

(٢) أي لا يعتبر في المحال عليه المفلس حال الحوالة والموجب لخيار فسخ المحتال للحوالة واشتغال ذمة المحيل بها أن يكون المحال عليه المفلس قد حجر عليه الحاكم ، بل حتى لو لم يحجر عليه الحاكم ، الخيار ثابت للمحتال لاطلاقات الأدلة .

(٣) ثم إن الموجب لجواز الفسخ والرجوع على المحيل هل هو مطلق إفلاس المحال عليه حتى لو كان الإفلاس بعد الحوالة ، أو أن ثبوت الخيار مختص بما إذا كان المحال عليه حال الحوالة مفلساً ولم يعلم به المحتال ثم علم به بعد ذلك ؟

الظاهر أن الافلاس المتأخر عن الحوالة لا دليل على إيجابه الخيار للمحتال ، وذلك للاطلاقات ، بل لمفهوم قوله **عَلَيْهِ** في صحيحتي أبي أيوب ومنصور بن حازم «إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» فإن الوصف والقيود وإن ذكرنا^(١) أنه لا مفهوم له أي لا يدل على الانتفاء عند الانتفاء على ما هو الصحيح^(٢) ، إلا أن التقييد مطلقاً دال على عدم ثبوت الحكم للجامع ولطبيعي

(*) كالمحقق في الشرائع ٢ : ١٣٢ . وقال السيد الحكيم **عَلَيْهِ** معلقاً على قول الماتن (وهو المراد من الفقر في كلام بعضهم) ما نصه : «كالمحقق في الشرائع . ولولا ذلك لم يكن دليل عليه ، بل الدليل على خلافه ، فإن ظاهر قوله **عَلَيْهِ** : «لا يرجع عليه إلا أن يكون قد أفلس» المنع من الرجوع في غير المفلس وإن كان فقيراً ، ومن ذلك تعرف أن التعبير بالإعسار أصح من التعبير بالفقر» المستمسك ١٣ : ٢٣١ طبعة بيروت .

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٤٦ : ٢٧٩ .

(٢) فقولنا أكرم رجلاً عالمياً لا دلالة فيه على عدم وجوب اكرام الرجل العادل أو الهاشمي أو نحوهما لوضوح عدم المنافاة عرفاً بين وجوب اكرام العالم ووجوب اكرام العادل أو الهاشمي ، ولو كان قولنا أكرم رجلاً عالمياً دالاً على عدم وجوب اكرام الرجل العادل أو الهاشمي لكان

ولا يعتبر الفور^(١) في جواز الفسخ .

الحوالة ، وإلا لكان التقييد لغواً ، فتقييده عَلَيْهِ جواز الرجوع بما إذا كان قد أفلس قبل ذلك دال على عدم ثبوت الحكم لطبيعي الحوالة ، سواء كان الافلاس قبلها أم بعدها ، خرجنا عن أدلة اللزوم بما إذا كان الافلاس حالة الحوالة سواء كان قبلها أيضاً^(٢) أم لا ، وأما الافلاس بعدها فلا .

ويؤيد ذلك رواية عقبه بن جعفر ، عن أبي الحسن عَلَيْهِ قال : «سألته عن الرجل يحيل الرجل بالمال على الصيرفي ، ثم يتغير حال الصيرفي ، أيرجع على صاحبه إذا احتال ورضي ؟ قال : لا»^(٣) فإن الظاهر منها عدم جواز رجوع المحتال على المحيل مع تغير حال المحال عليه وصيرورته فقيراً بعد الحوالة ، ولضعف هذه الرواية بعقبه بن جعفر المجهول الحال والذي لم تذكر له رواية في الكتب الأربعة إلا هذه الرواية ، تكون مؤيدة ليس إلا .

(١) ثم إن الخيار الثابت للمحتال عند انكشاف اعسار المحال عليه حال الحوالة ، فوري أو لا يعتبر فيه الفورية فيجوز له التأخير اختياراً ؟

ذهب جماعة إلى اعتبار الفورية ، اقتصاراً على المتيقن في رفع اليد عن لزوم العقود المستفاد من قوله تعالى : ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾^(٣) وغيره ، فإن الوفاء بالعقد كناية عن لزومه ، والمتيقن هو الذي

بينهما تناف وتضاد فعدم المنافاة بنظر العرف دال على عدم المفهوم . نعم للتقييد بالعالم دلالة على عدم ثبوت الحكم - وهو وجوب الإكرام - لطبيعي الرجل عالماً كان أم لم يكن وإلا لما كان للتقييد بالعالم أثر وكان لغواً ، فكذا في المقام وهو تقييد ثبوت الخيار في فسخ الحوالة بما إذا كان المحال عليه قد أفلس قبل الحوالة سواء كان قبلها مفلساً أيضاً أم لا عدم ثبوت الخيار للمحتال مطلقاً حتى لو كان الافلاس بعدها وإلا كان التقييد بما إذا أفلس قبل ذلك لغواً وحاشا كلام الإمام عَلَيْهِ عن اللغوية . وعليه فتخرج عن أدلة اللزوم بخصوص ما لو كان افلاس المحيل حال الحوالة سواء كان قبلها أيضاً أم لا وأما الافلاس بعدها فيبقى داخلاً تحت اللزوم لدلالة القيد بهذا المقدار .

(١) أي مستمراً إليها أم لا ، لا قبلها غير مستمر إليها .

(٢) الوسائل ج ١٨ : ٤٣٤ باب ١١ من أبواب الضمان ح ٤ .

(٣) المائدة ٥ : ١ .

به يرفع اليد عن عموم الدليل وهو الزمن الأول ، وأمّا الزمن الثاني بما أنّه مشكوك فيتمسك بالعموم .

ولكن إن صحّ هذا الوجه وفيه كلام طويل ذكرناه في باب الخيارات^(١) فإنما يصحّ لو لم يكن للدليل المخصص - أي دليل الخيار - اطلاق ، وإلا فيتقدم اطلاق دليل المخصص على عموم العام كما في المقام ، فإن قوله **عَلَيْهِ** : « لا يرجع إليه أبداً إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك » في معتبرتي أبي أيوب ومنصور بن حازم ، لم يقيد بزمان خاص وهو أوّل أزمة الامكان ، ومقتضى ذلك ثبوت الخيار على الاطلاق من دون تقييد بالفورية ، فمع وجود الاطلاق لا أثر للقدر المتيقن ، وإلا فما من مطلق في العالم إلا وله قدر متيقن^(٢) .

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٣٩ : ٢٤٣ ٢٤٦ .

(٢) قال في الجواهر : « وهل هو على الفور أو التراخي ؟ وجهان : أقواهما الثاني للاطلاق وغيره كما ذكرناه في نظائره » الجواهر ٢٦ : ١٦٧ .

وقال السيد الحكيم **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** معقّباً عليه : « وكأنه يريد من غير الاطلاق الاستصحاب ، لكن يشكل بناءً على أن المرجع في المقام عموم للزوم ، لا استصحاب الجواز فلاحظ . وعن الحواشي : إذا قلنا بالخيار في نظير المسألة الآتية فهو على الفور . ولم يتضح وجهه في قبال ما عرفت ، اللهم إلا أن يتأمل في الاطلاق ، وهو كما ترى » المستمسك ١٣ : ٢٣٢ طبعة بيروت .

وحكى الشيخ الأنصاري **رَضِيَ اللهُ عَنْهُ** عن غنية النزوع [٢٢٢] أنّ التأخير في أعمال الخيار يسقط الردّ والأرش لأنّ الخيار فوري ، وادّعى عدم الخلاف فيه . المكاسب ٥ : ٣٣٢ موسوعة تراث الشيخ الأعظم ج ١٨ طبع المؤتمر العالمي .

وفي الوسيلة أن التأخير يسقط الردّ خاصة دون الأرش . الوسيلة : ٢٥٦ .

وفي المسبوط : أن التأخير يسقط الردّ خاصة دون الارش . المسبوط ٢ : ١٣٩ .

وفي الكفاية : ٩٤ ، والحدائق ١٩ : ١١٧ أن الخيار على التراخي ، وأن التأخير لا يسقط الرد ولا الارش ، وادّعى عليه عدم الخلاف . وكأنهما اغفلا خلاف ابن زهرة في الغنية المتقدم

ب نقله .

وعلى كل حال ، الذي ادعى أن التأخير في أعمال الخيار يوجب سقوط الخيار إنما ادعاه بعد كون دليل الخيار مطلق وشامل لجميع الآتات وتقدمه على عموم اللزوم بعد الآن الأول ، لاقوائية الاطلاق منه يقول : بسقوطه بعد الآن الأول ، إذ لم يعمل الخيار فيه وإن كان دليل الخيار مطلقاً وذلك بدعوى أن عدم أعمال الخيار كاشف عن رضا من ثبت له الخيار بالمعاملة ببعاً كانت أو غيره .

وفيه : لو لم يكن لعدم أعمال الخيار مناشٍ آخر غير الرضا بالمعاملة ، وكان عدم الأعمال كاشفاً عن ذلك ، فهو كذلك يوجب السقوط إن كان مقتضي الخيار موجوداً في الآن الثاني . إلا أن واقع الحال هو وجود مناشٍ آخر لعدم الأعمال مع فرض وجود المقتضي للخيار وفي الآن الثاني .

منها : امكان عدم التفات المغبون للغين أو العيب .

ومنها : تساهله في أعمال الخيار كما أنه متساهل في جميع أموره .

ومنها : رضاه بالمعاملة حتى مع الغبن أو العيب أو ما شابههما ، كالانكشاف للمحتال أن المحال عليه قد أفلس حال الحوالة ومع ذلك رضي بهذه الحوالة .

ومنها : اعتماده على جواز التراخي عند ثبوت الخيار .

ومنها : تخلية عدم الفورية في الخيار فصادف الواقع ، وغير ذلك من المناشئ .

فالتأخير في أعمال الخيار مع تعدد مناشئه لا يلازم رضاه بالمعاملة إن كان هناك مقتض

لثبوت الخيار في الآن الثاني وما بعده كما هو المفروض .

وأما أصل المقتضي لثبوت الخيار مع التأخير ، فإنما هو تابع لدليل الخيار ، فإن لم يكن للدليل الخيار اطلاق فلا يكون هناك مقتضٍ لثبوت الخيار في الآن الثاني والثالث ، لتقدم عموم العام حينئذٍ بلا معارضته اطلاق دليل الخاص وإلا كان المقتضي لثبوت الخيار موجوداً وثابتاً ويكون اطلاق دليل المخصص هو المتقدم على عموم العام .

فمثلاً للمغبون الخيار إذا تبين الغبن ، وللمحتال إذا تبين أن الحوالة كانت حين اعسار

بالمحال عليه الخيار أيضاً .

إلا أن الدليل الصحيح لثبوت الخيار في الغبن ليس هو إلا الشرط الضمني الارتكازي عند العقلاء القائم بمقتضى سيرتهم وبنائهم على ملاحظة تساوي المالين كشرط أساس في معاملاتهم ، والتبدل إنما هو في أفراد المالين المتساويين ، فإذا تبين أن المشتري قد اشترى ما يساوي واحداً بعشرين ، يثبت له بلا كلام خيار الغبن بمقتضى هذا الشرط الضمني الارتكازي الذي عليه سيرة العقلاء . ولكن دليل الخيار ليس له اطلاق ، فإن سيرة العقلاء إنما هي دليل لبي فيؤخذ بالقدر المتيقن وهو الآن الأول ، فإنه هو الذي دلّ الدليل المخصص لعموم اللزوم عليه ، فهذا الدليل الذي لا اطلاق له يرفع دليل اللزوم في الآن الأول فقط فقط . ومعنى أنه يرفع ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوها من أدلة اللزوم في الآن الأول فقط هو أنه إن فسخ بعد العلم بالغبن وفي المدة الكافية للفسخ فهو ، وإلا فليس له الفسخ في الآن الثاني ، لأن المتيقن من الفسخ الثابت بسيرة العقلاء هو الآن الأول فقط ، ولم يدل دليل الفسخ على صحة الفسخ في الآن الثاني ، لعدم اطلاق فيه . فالذي يجري في الآن الثاني ليس إلا عموم العام وهو ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه من عمومات اللزوم ، لعدم مزاحم ولا معارض ولا مخصص له في الآن الثاني ، لعدم اطلاق دليل المخصص .

والدليل الصحيح لثبوت الخيار في الحوالة للمحتال في فسخ الحوالة فيما إذا تبين أن المحال عليه معسر حال الحوالة ليس هو إلا صحيحة منصور بن حازم وصحيحة أبي أيوب الخزاز الدالتين بمقتضى قوله ﷺ: «لا يرجع إليه أبداً [أي لا يرجع المحتال على المحيل أبداً] إلا أن يكون قد أفلس [أي المحال عليه] قبل ذلك» فإنه في هذه الصورة - أي صورة تبين اعسار المحال عليه قبل الحوالة وكونه حال الحوالة معسراً - يثبت للمحتال خيار الفسخ ، ومقتضى اطلاق هذه الدليل الذي هو المخصص اللفظي ، وعدم تقييد ثبوت الخيار فيه بالآن الأول أو هو والثاني أو هو والآن الثالث وهكذا ، مقتضى ذلك ثبوت الخيار في الآنات اللاحقة أيضاً حتى وإن كان ذلك التأخير باختيار المحتال . ولا تقدم لعموم العام وهو قوله ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ ونحوه على اطلاق دليل المخصص ، لأن اطلاق دليل المخصص هو المتقدم

ومع امكان الاقتراض والبناء عليه يسقط الخيار للانصراف^(١) على اشكال ، وكذا مع وجود المتبرع .

(١) ثم وقع الاختلاف في أنه يعتبر في ثبوت الخيار للمحتال عند تبين افلاس المحال عليه حال الحوالة حتى وإن أسر بعد ذلك ، أو أن ذلك مختص بما إذا بقي على الأعراس ولم يوسر بعد ذلك ، أي مختص بما إذا لم يتمكن من أداء الدين ، أو مثلاً أن المحال عليه متمكن من الاقتراض وهو بان عليه محافظة على عرضه أي جاهه ومكانته وشرفه ، فيدفع ما أحيل عليه وإن كان معسراً ، أو أن هنا متبرعاً يتبرع بدين المحال عليه المعسر ، والجامع هو إمكان الأداء بعد تحقق الحوالة وإن كان المحال عليه حال الحوالة معسراً ، فهل يوجب ما ذكر سقوط الخيار أو لا ؟ وبعبارة أخرى : لو كان المحال عليه حال الحوالة معسراً ، ولكن أصبح بعدها متمكناً من أداء الدين ، إما بأن أصبح موسراً ، أو متمكناً بالاقتراض ، أو وُجِدَ متبرع عنه بالوفاء ، فهل هذا يوجب سقوط الخيار أو لا ؟

اختار الماتن السقوط لانصراف الدليل عن ذلك ، ولكن قال : على إشكال .

ووجه الإشكال عليه ظاهر ، لأن الانصراف الذي يوجب رفع اليد عن إطلاق الدليل أو عمومه غير ثابت ، إذ لا ظهور عرفي له في المنصرف إليه ، ولا أن الكلام مجمل ، فلا شك يكون قوله **عَلَيْهِ** «إلا أن يكون قد أفلس قبل ذلك» موجباً لثبوت الخيار ، كان المحال عليه متمكناً من الأداء بعد ذلك أم لا^(١) . نعم ، مقتضى الاستحسان سقوط الخيار ، ولا اعتبار به .

على عموم العام ، فلذا يكون ثبوت الخيار للمحتال حتى في الآنات اللاحقة أيضاً ، ولا يعتبر فيه الفورية .

(١) قال في الجواهر : نعم الظاهر ثبوت الخيار له [أي للمحتال] وإن بذل [المحال عليه المعسر حين الحوالة] المال بقرض ونحوه ، بل ولو تبرّع متبرّع عنه ، للاطلاق «الجواهر ٢٦ : ١٦٧ ، وفي المسالك ٤ : ٢١٧» ولو انعكس الأمر بأن كان معسراً ثم تجدد له اليسار قبل أن يفسخ المحتال فهل يزول الخيار؟ وجهان : من زوال الضرر ، وثبوت الخيار قبله فيستصحب ، وهو أقوى لأن الموجب للخيار ليس هو الاعسار مطلقاً ليزول بزواله ، بل الاعسار وقت الضمان وهو

[٣٦٢٠] «مسألة ٥»: الأقوى جواز الحوالة على البريء^(١).

(١) ذكر الماتن عليه السلام: أن الحوالة على البريء صحيحة على الأقوى.

وما ذكره هو الصحيح^(١)، وذلك:

١ - مضافاً إلى أنه من المعاملات المتعارفة خارجاً التي قامت عليها سيرة العقلاء عند الأقارب والأخوة والأولاد، فإنه يشتري شيئاً ويحوّل البائع على أخيه أو أبيه أو ابن عمه أو

«متحقق فيثبت حكمه». وهذا هو اطلاق دليل الخيار سواء أيسر بعد ذلك أم لا، فهو المعتمد لا الاستصحاب إذ لا موضوع له مع وجود الاطلاق.
(١) وهو المشهور أيضاً كما في الحدائق ٢١: ٥٢.

بل عليه الإجماع كما ادعاه ابن إدريس في السرائر ٢: ٧٩، موسوعة ابن إدريس ١٠: ١١٠ ونص عبارته هي: «فأما إذا أحاله على من ليس عليه دين، فإن ذلك لا يصح عند المخالف [كما في المغني والشرح الكبير ٥: ٥٤ - ٥٥ وغيرهما من كتبهم]، ولا خلاف في صحة ذلك عند أصحابنا معشر الإمامية».

ولكن في المستمسك: «وعن الشيخ في المبسوط في آخر الباب المنع، وحكي ذلك عن القاضي وابن حمزة، لأصالة عدم ترتب الأثر» المستمسك ١٣: ٢٣٣، وهي مقطوعة بالعمومات والسيرة.

وفي الجواهر نقل القول ببطلان الحوالة على البريء عن: «الشيخ في آخر الباب [المبسوط ٢: ٣٢١ بخلاف أول باب الحوالة حيث ذهب إلى الجواز، المبسوط ٢: ٣١٣ و٣١٨]. وربما حكي [والحاكي الفخر في الايضاح ٢: ٩٣] عن القاضي وابن حمزة وإن كنا لم نتحققه، فانحصر الخلاف فيه، بل المحكي عنه في أول الباب الموافقة. وبنى الخلاف بعضهم: على أن الحوالة اعتياض أو استيفاء، فعلى الأول لا تجوز، وعلى الثاني تجوز. وفيه أن الأصح كونها أصلاً برأسه، وإن لحقها حكم الوفاء في بعض الأحوال، والاعتياض في بعض آخر. وإلا فمن المعلوم أنها ليست وفاءً حقيقة ولذا لا يجب قبولها وإن كانت على ملي، ولا بيعاً كذلك، ولذا لم يثبت لها حكم التقابض في المجلس ولو كانت في التقد. وعلى كل حال فلا دليل للخصم سوى الأصل المقطوع بما عرفت» الجواهر ٢٦: ١٦٥.

غيرهم من أقاربه أو أصدقائه^(١) ولم يردع عن ذلك ، فالدليل الأول على الصحة سيرة العقلاء .
٢ - يكفينا العمومات الدالة على الصحة^(٢) بعد كونه عقداً من العقود ، غاية الأمر يعتبر رضا المحال عليه ، إذ لا سلطان لأحد على آخر ، ولا تشتغل ذمته من دون رضاه .
٣ - بل ما ورد من النص في الحوالة يشمل المقام أيضاً ، فإن المذكور فيه : يحيله على شخص آخر ، وهو مطلق سواء كان له مال عليه أم لا^(٣) ، وفي بعضها : له مال عليه^(٤) أي مشغول الذمة .

وكيف كان ، لا موجب لفساد هذه المعاملة والحوالة بعد شمول العمومات ، وكونها من العقود المتعارفة خارجاً والواقعة كثيراً وعليها سيرة العقلاء ، وشمول النصوص لها ، فيحكم

(١) هذا ردّ على من منع السيرة وهو السيد الحكيم عليه السلام ، فإنه استدل في الجواهر ٢٦ : ١٦٥ بها حيث قال : «والسيرة على فعلها بحيث يعلم شرعيتها» .
وقال السيد الحكيم في المستمسك ١٣ : ٣٩٨ بعد نقل كلام صاحب الجواهر : «ولكنه كما ترى» .

أقول : لا نرى فيها شيئاً ، بل رأينا تحققها في الخارج كما يقوله السيد الأستاذ وفاقاً للشيخ صاحب الجواهر عليه السلام .

(٢) كقوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ .

(٣) كما في صحيحة منصور بن حازم «عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم» وكذا صحيحة أبي أيوب «عن الرجل يحيل على الرجل بالدرهم» الوسائل ج ١٨ : ٤٣٣ باب ١١ من أبواب كتاب الضمان ح ٣ ، ١ .

(٤) كما في صحيحة زرارة عن أحدهما عليهما السلام «في رجل يحيل الرجل بمال كان له على آخر...» ، الوسائل ج ١٨ : ٤٣٣ باب ١١ من أبواب الضمان ح ٢ ، وهذه الصورة لا تحتاج إلى رواية ، لأنها القدر المتيقن من الحوالة ، وليس الكلام في الحوالة على مشغول الذمة ، بل على البريء ، فلا وجه للاشكال على الرواية بأنه تقدم أنه يرد علمها إلى أهله ، أو أنها مطروحة لتقدم صحاحتي أبي أيوب ومنصور بن حازم عليها بعد تعارضهما .

ولا يكون داخلاً في الضمان^(١).

بصحتها^(١).

(١) ولكن هل هي - أي الحوالة على البريء - معاملة مستقلة أو أنها ترجع إلى الضمان كما ذكره المحقق في الشرائع وقال: إن هذه المعاملة بالضمان أشبه^(٢) فكأن البريء عند قبوله يكون ضامناً لهذا المال^(٣)، فينتقل ما في ذمة المدين إلى ذمته بجعل من المحيل والمحتمل ورضاً من المحال عليه^(٤).

(١) الدليل الرابع على صحة الحوالة على البريء دعوى الإجماع عليه فإنه ذكر في الجواهر ما نصه: «بل عن السرائر الإجماع عليه. وهو الحجة...» الجواهر ٢٦: ١٦٥ وفيه: تقدمت عبارة ابن إدريس وتقدم انحصار المخالف بالشيخ بل المحكي عنه في أول باب الحوالة الموافقة مع المشهور بل المجمع عليه ولكن على كل تقدير لا يمكن الاستناد إلى هذا الإجماع الذي لا شك في كونه مدركياً ولو لاحتمال استنادهم إلى أحد الأدلة الثلاثة المتقدمة، فلا يمكن أن يكون هو الحجة أبداً.

(٢) الشرائع ٢: ١٣٢ قال: «ويصح أن يحيل على من ليس عليه دين لكن يكون ذلك بالضمان أشبه»، وكذا العلامة في التذكرة ١٤: ٤٤٥ و٢: ١٠٦.

(٣) وفي المستمسك والجواهر عن الكاشاني «الأظهر أنها ضمان» [مفاتيح الشرائع ٣: ١٤٩ مفتاح ١٠٣٣] المستمسك ١٣: ٣٩٩ أو (٢٣٣ طبعة بيروت)، الجواهر ٢٦: ١٦٥.

(٤) ولكن الشبه الكبير بالضمان والذي من أجله قالوا بعدم اعتبار قبول المحيل إنما هو فيما إذا تبرع المحال عليه بنقل دين المحتمل الذي على المحيل إلى نفسه وأنشأ ذلك - لا فيما إذا أحال المحيل دين المحتمل الذي عليه على المحال عليه البريء مع رضاه بذلك - حيث قالوا بأنه هنا لا يعتبر رضا المحيل فتصح حتى لو كان المحيل صغيراً أو مجنوناً، مع أنها حوالة.

وقلنا سابقاً في رده إن هذه المعاملة ضمان لا أنها حوالة شبيهة بالضمان.

والشبه الذي يقوله المحقق^{رحمته} إنما هو فيما إذا لم ينشئ ذلك المحال عليه بل الذي ينشؤه المحيل غاية الأمر المحال عليه بريء الذمة. وهذا لا يكون شبيهاً وقريناً للضمان، بل هي حوالة لأنها ليست إلا نقل المدين دينه أو نقل المدين دائنه، وليس في الضمان راتحة ذلك على

٥ أنه يعدد الشبه القريب للمقام بالضمان أيضاً: أن المعاملة في المقام عقد بين المحيل (المدين) والمحتال (الدائن) غاية الأمر يعتبر رضا المحال عليه البريء الذمة، وأما الضمان فهو عقد بين الشخص الأجنبي عن الدائن والمدين وبين الدائن، فركنا العقد في البابين مختلف، فكيف تكون شبيهة وقريبة من الضمان، هذا إذا كان المراد الشبه القريب فلا شبه قريب للحوالة في المقام بالضمان. وإن أريد الشبه الذي يكون ولو بعيداً، فهو موجود بين البيع والصلح وبين البيع والهبة المعوضة، وهو لا يجعل الصلح بيعاً، ولا الهبة المعوضة بيعاً. وكذا في المقام الشبه البعيد بين الحوالة في المقام والضمان لا يجعل الحوالة ضماناً ولا شبيهة وقريبة منه.

ثم إنه لو حوّل على البريء وقبل البريء بالحوالة، وشك في أن الحوالة صحيحة أو لا؟ حكم الشهيد^{عليه السلام} بصحتها لأصالة الصحة، وقال في المسالك معلقاً على قول الماتن: «ويصح أن يحيل على من ليس عليه دين» بما نصه: «هذا هو الأقوى، لأصالة الصحة وعدم الاشتراط» المسالك ٤: ٢١٥.

وفيه: أن أصالة الصحة في هذا الدليل الذي ربما يعد دليلاً خامساً لا يمكن التمسك بها وليس الاستدلال بها على الصحة صحيحاً، وذلك لأن أصالة الصحة التي تثبت ملازماتها في المعاملات - والتي هي نفسها قاعدة الفراغ في العبادات - ليس دليلها إلا سيرة المتشعبة وهو دليل لبي والدليل اللبي ليس له اطلاق يتمسك به في أمثال المقام وإن كان لأصالة الصحة بالمعنى الثاني التي تثبت ملازماتها لها اطلاق لأن دليلها عدة أدلة لفظية لها اطلاق. وأما أصالة الصحة التي تثبت ملازماتها فليس دليلها إلا سيرة المتشعبة وهي دليل لبي يقتصر فيه على المتيقن، والمتيقن هو ما لو صدق عليها العقد أو البيع وشك في وجود شرط من شرائطها وعدمه، أو شك في وجود مانع أو عدمه، وأما لو شك في صدق نفس البيع أو العقد فلا تجري أصالة الصحة لعدم اطلاق شامل لذلك في دليلها، فلو باع شخص يدعي وكالته في البيع عن المالك ثم شككنا بعد ذلك في صحة البيع وعدمه؟ لا يصح إجراء أصالة الصحة، وكذا لو بيع وقف وشككنا في وجود مجوز لبيعه أو لا، لا يمكن أن تجري أصالة الصحة بدعوى أنها

والظاهر أن الأمر ليس كذلك كما ذكره جماعة^(١) فإن الضمان عقدين الضامن والمضمون له أي بين شخص أجنبي عن الدائن والمدين وبين الدائن ، وأما الحوالة فهي عقد بين المحيل والمحتمل أي بين الدائن والمدين لا مع شخص أجنبي عنهما ، والمحيل هو الذي ينقل ما في ذمته إلى ذمة الشخص الآخر الذي هو المحال عليه - والذي هو خارج عن الحوالة - ، والمحتمل يقبل ذلك ، غاية الأمر أنه متوقف على رضا المحال عليه ، فالمعاملة بين هذين الشخصين الذين هما الدائن والمدين لا بين المحيل والمحال عليه ، وفي الضمان المعاملة بين الضامن والمضمون

﴿ شك بعد البيع لعدم احراز البيع من أول الأمر والمتيقن من جريانها إنما هو لو صدق البيع أو العقد قطعاً وكان لنا شك في وجود شرط معتبر فيه أو وجود مانع يمنع من صحته . وأما لو كان الشك في أصل تحقق البيع وعدم تحققه فلا تجري أصالة الصحة لعدم اطلاق في دليلها يشمل ذلك . فكذا في المقام الشك هنا في أصل تحقق الحوالة فيما إذا كانت على بريء ، لا فيما إذا كانت محققة وشك في وجود شرط معتبر فيها وعدمه أو وجود مانع يمنع من صحتها وعدمه فهنا لا تجري أصالة الصحة لعدم احراز تحقق العقد ولا اطلاق في دليلها يشمل ما لو شك في تحقق أصل العقد وعدمه .

وأما مع ضم ذلك إلى أصالة عدم الاشتراط كما هو الموجود في كلام الشهيد^(٢) ، وفرض أن لا دليل على صحة الحوالة على البريء من الأدلة الثلاثة الصحيحة المتقدمة فأصالة عدم الاشتراط لا تبقي لنا شكاً في صحة الحوالة على البريء وعدم اشتراط كون ذمة المحال عليه مشغولة للمحيل فلا شك في صدق الحوالة حتى تجري أصالة الصحة ، فجريانها في الوقت الذي لها محل ممنوع منه لعدم الاطلاق في دليلها ، وجريانها في الوقت الذي لا محل لها فيه ممنوع منه أيضاً لعدم المحل لها .

(١) بل المشهور كما في الحدائق ٢١ : ٥٢ ، وعن السيد الحكيم في المستمسك ١٣ : ٢٣٣ «على المشهور شهرة عظيمة» ، بل عن السرائر الإجماع عليه [السرائر ٢ : ٧٩ ، وفي موسوعة ابن إدريس ١٠ : ١١٠ طبع مكتبة الروضة الحيدرية] قال : «ولا خلاف في صحة ذلك عند أصحابنا معشر الإمامية ، وكل ذلك إنما هو على صحتها حوالة لا ضماناً» .

[٣٦٢١] «مسألة ٦»: يجوز اشتراط خيار الفسخ لكل من الثلاثة^(١).

له ، أي لا بين الدائن والمدين فكيف يكون هذا بالضمان أشبه ؟^(١).

وتظهر الثمرة في جملة من الموارد .

منها : ما إذا كان المحيل غير قابل للحوالة ، كما لو كان صغيراً أو مجنوناً أو سفياً أو محجوراً عليه ، فإنه ليس له أن يتصرف بما في ذمته فينقله ، وإذا نقله وقعت الحوالة باطلة لاعتبار أهلية الناقل أي المحيل للنقل ، والمتقدمون ليسوا أهلاً . وأما لو كانت ضماناً فلا يعتبر فيه شيء من ذلك بالنسبة إلى المدين وهو المحيل ، إذ لأحد أن يضمن ما في ذمة الصغير أو السفية أو المجنون أو المفلس . نعم ، إحدى المعاملتين تشبه الثانية ، لا الحوالة بالضمان أشبه لتكون ضماناً .

(١) ذكر الماتن رحمته أن عقد الحوالة قابل لأن يجعل فيه خيار الفسخ لكل من الثلاثة فيكون الخيار لمن جعل له ، فله الفسخ والرجوع على ذمة المحيل فتكون مشغولة بما كانت به مشغولة سابقاً وبرئت ، فكأن عقد الحوالة لم يكن ، وكأن البراءة لم تحصل .

وهذا صحيح ، فإن عقد الحوالة وإن كان عقداً لازماً على ما تقتضيه أصالة اللزوم في كل عقد فما لم يقم دليل على الجواز يحكم باللزوم ، إلا أن اللزوم في العقود لزوم حقي لا حكمي كاللزوم الذي يكون في النكاح وغيره مما ثبت فيه عدم جواز الفسخ من الطرفين^(٢) فإذا كان

(١) أقول : هذا الفرق الذي ذكره السيد الأستاذ رحمته إنما هو فرق بين الحوالة والضمان عنده رحمته وهو فرق لا يقبله الماتن رحمته لأنه لا يرى أن الحوالة عقد ولا أن الضمان عقد حتى تكون الأولى بين الدائن والمدين والثانية بين الدائن وشخص أجنبي عن الدائن والمدين بل يرى كلاً من الحوالة والضمان إيقاعاً والماتن قال : «ولا يكون [الحوالة على البريء] داخلاً في الضمان» فلا بد من التفريق بينهما عنده وعلى مبناه . والفرق الذي هو عنده وعلى مبناه هو أن الحوالة نقل المدين دينه من ذمته إلى ذمة أخرى لكنه يعتبر رضا المحال عليه بينما الضمان هو نقل الأجنبي دين المدين إلى ذمة نفسه ويعتبر فيه رضا الدائن فكل من الاثنين إيقاع ويعتبر فيه رضا شخص آخر إلا أن كلاً منهما ممتاز عن الآخر وفي المقام الناقل هو المدين فهو حوالة وأن كانت علي بريء لا أن الناقل أجنبي عن الدائن والمدين .

(٢) قال المحقق في الشرائع ٢ : ٣٢٣ «يصح اشتراط الخيار في الصداق خاصة ، ولا يفسد به

﴿العقد﴾ .

وقال في الجواهر في شرح ذلك : «نعم لا يصح اشتراطه في العقد اتفاقاً في كشف اللثام [٧: ٥٤] وغيره [كجامع المقاصد ١٢: ٨٦] وقد أوماً إليه المصنف بقوله : «خاصة» لأنه ليس معاوضة محضة ، ولذا لم يعتبر فيه العلم بالمعقود عليه برؤية ولا وصف رافع للجهاالة ، ويصح من غير تسمية العوض ومع العوض الفاسد ، ولأن فيه شائبة العبادة التي لا يدخلها الخيار ، ولأن فسخه باشتراط الخيار فيه يفضي إلى ابتذال المرأة وضررها ، ولهذا وجب بالطلاق قبل الدخول نصف المهر جبراً له ، بل في قوله في خبر أبان : «... كان تزويج مقام...» إشعار به كقوله عليه السلام في غيره «... تزويج البتة...» ونحو ذلك ، بل لعل منافاته لعقد النكاح من ضروريات الفقه .

بل قد يتوهم عدم صحة اشتراطه في المهر فضلاً عن العقد لاطلاق بعض العبارات [كالخلاف ٤: ٢٩٢ مسألة ٥٩ ، والجامع للشرائع : ٤٤١] عدم الخيار في النكاح «الجواهر ٢٩: ١٤٩ .

وقال السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته الله في المقام ، وفيما تقدم في الواضح ٩: ٣٠٢ - ٣٠٣ ، وغير هذين الموضوعين أيضاً : «وهذا ظاهر وواضح في العقود التي لا تقبل الفسخ ولا التقابل ، كما في عقد النكاح على ما هو المشهور بل المتسالم عليه بينهم ، وإن ناقش فيه صاحب الجواهر [الجواهر ٢٩: ١٥٠] .»

أقول : عبارة الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله ، لا تفيد ما نسبته السيد الأستاذ إليه فإن نص عبارته رحمته الله هي : «بل يمكن القول بصحة اشتراطه في غير المهر مما يلزمه العقد غير الزوجة [في هامش الجواهر طبعة جماعة المدرسين تعليقاً على كلمة الزوجة : تحتل بعض النسخ : الزوجية] كالشرط ونحوه ولا اطلاق يعتد به يقتضي نفي الخيار في المهر ، بل ربما يمكن دعوى نفي الخلاف فيه أو الإجماع عليه ، مضافاً إلى عدم الإشكال فيه من حيث القواعد . وعلى كل حال ، فاشتراطه في العقد يقتضي فساد العقد بناءً على أن كل شرط فاسد في عقد يقتضي ذلك ، لأن الرضا وقع مقروناً به ، خلافاً لابن إدريس فصحح العقد وأبطل الشرط» ، الجواهر

اللزوم حقياً وكان لهما معاً فسخ العقد بعد تحققه كان لهما جعل الخيار أيضاً في ضمن العقد أو يبنى عليه العقد، لأن الأمر بيدهما فيشملة عموم وجوب الوفاء بالشرط وصحته، وكما يجوز اشتراط الخيار للمتعاقدين نفسيهما كذلك يجوز جعله لشخص ثالث وهو المحال عليه في المقام، فإن جعل الخيار لهما أو لثالث في البيع والإجارة والصلح والحوالة ونحوها من العقود اللازمة أمر سائغ في نفسه، أي بعد تحقق الحوالة يجوز للمحيل والمحتال فسخ عقد الحوالة^(١).
وأما في مثل النكاح فإذا تحقق لا يرتفع بالفسخ ولو منهما معاً، أي لا يرتفع النكاح بالتقاييل، بل لا بد من الطلاق أو الموت أو الانفساخ لو تحقق موجهه بأمر خارج من رضاع ونحوه، وإلا فالعقد لازم حكماً وغير قابل للفسخ بالنسبة إلى المتعاقدين^(٢).

« ٢٩ : ١٥٠ فإن معناها: أنه يجوز اشتراط الخيار في الأشياء التي يلزمها عقد النكاح غير الزوجية من قبيل النفقة والقسم ونحوهما مما تكون لازمة بمقتضى عقد النكاح وأين هذا من المناقشة في عدم قبول عقد النكاح للفسخ مع ما عرفت من كلامه المتقدم في أول هذا الهامش، فاستفادة مناقشة الشيخ صاحب الجواهر رحمته فيها في دخول الشرط في عقد النكاح كما ترى غير ممكنة. وباقى كلامه كله في فساد العقد بفساد الشرط وعدمه. هذا مضافاً إلى أن الشيخ صاحب الجواهر رحمته قال: «قبل ذلك ما تقدم نقله من عدم صحة اشتراطه [أي الخيار] في العقد [أي في عقد النكاح] اتفاقاً في كشف اللثام وغيره...» إلخ فراجع في الصفحة التي قبل هذه.

(١) عملاً بمقتضى قوله ﷺ: «المؤمنون - المسلمون - عند شروطهم» الوسائل ج ٢١ : ٢٩٩ باب ٤٠ من أبواب المهور ح ٢، ح ٤.

(٢) وكذا الحال بالنسبة إلى الضمان - أي الصحيح عدم جواز الخيار فيه، وفرق الحوالة عن الضمان الذي لا يصح جعل الخيار فيه (أي في الضمان) عند السيد الأستاذ رحمته والحال كون اللزوم في الضمان كاللزوم في الحوالة حقياً - لا حكماً كما في النكاح - : هو ما ذكره السيد الأستاذ رحمته هنا وفي الضمان، وهو أنه في الضمان وإن كان اللزوم فيه أيضاً حقياً إلا أن الحق في

[٣٦٢٢] «مسألة ٧»: يجوز الدور في الحوالة^(١).

(١) كما لو أحال المحيل الدين الذي عليه على شخص آخر، فيكون الآخر هو المدين، وهذا المدين بدوره يطلب شخصاً ثالثاً فيحيله عليه، فلو فرض أن الثالث يطلب المحيل الأول فاحاله عليه، اشتغلت ذمة المحيل الأول به، فدار أي رجح الدين الذي كان في ذمته إليها، سواء كان بواسطة أم بلا واسطة^(٢)، وسواء كانت الوسطة واحدة أم متعددة. كل ذلك لاطلاقات أدلة

بـ الخيار يعدو المتعاقدين، فليس لهما الحق فيه، بل الحق يعدوهما إلى المضمون عنه، فإن الضامن والمضمون له إذا جعلاً لنفسهما الخيار أو تقايلاً يشغلا ذمة المضمون عنه بعد براءتها من الدين، وهو شخص ثالث غيرهما، ولا ولاية لهما عليه. بينما هنا في الحوالة الحق لا يعدو المحيل والمحتال، فللمحيل الذي نقل الدين عن ذمته له ارجاعه إليها بالفسخ سواء كان فسخته هو أم فسخ المحتال وموافقة المحيل، أو فسخ من جعلاً له حق الفسخ وهو المحال عليه وبموافقة المحيل، فإن كل ذلك لا ينافي كون الحق لهما، فلهما التقايل أو جعل الخيار في متن عقد الحوالة لأحدهما أو لهما أو لشخص ثالث.

(١) بلا واسطة كما لو أحال المحيل الدين الذي عليه على شخص آخر فيكون الآخر هو المدين، وهذا المدين يطلب المحيل ديناً آخر أكثر من الدين الذي للمحيل الأول على المحال عليه أو أقل، فيحيل هذا المدين الذي هو المحال عليه يحيل المحتال على نفس المحيل فتشغل ذمة المحيل الأول به، فتدور الحوالة بلا واسطة وقد تكون الوسطة واحدة كما مثل به السيد الأستاذة^(٣) وقد تكون متعددة وهو واضح. وكل ذلك تشمله أدلة صحة الحوالة. ولا خلاف هنا في صحة دور الحوالة كما تقدم صحة الدور في الضمان. ولكن منع صحة الدور في الضمان الشيخ في المبسوط ٢: ٣٤٠ - على ما تقدم في الضمان في الواضح ج ١٧: ١٧٠ في المسألة ٣٠ [٣٥٩٧] - لصيرورة الفرع أصلاً وبالعكس ولعدم الفائدة فيه إذ به يرجع الحق على من كان وتقدم الجواب عنه هناك. ولقنا إن المنع عن صيرورة الفرع أصلاً على فرض صحته إنما يضر لو كان في معاملة واحدة لا في معاملتين وهنا في معاملتين ضمانان أو أكثر. على أن الفائدة تظهر بالاعسار واليسار، واختلاف الضمانين بالحلول والتأجيل، هذا على فرض لزوم

وكذا يجوز الترامي بتعدد المحال عليه واتحاد المحتمل^(١) .
أو بتعدد المحتمل واتحاد المحال عليه^(٢) .

الحوالة فإنها كما تشمل المحال عليه أولاً تشمل المحال عليه ثانياً وهكذا^(١) .

(١) كما لو أحال المحال عليه الأول المحتمل على غيره ، وأحاله ذلك الغير على ثالث ، ثم الثالث على رابع وهكذا ، فالمحتمل هو المحتمل والمحال عليه متعدد ، فالترامي في المحال عليه لا المحتمل ، ولا مانع منه لإطلاق الدليل أيضاً كما عرفت^(٢) .

(٢) كما لو كان المحتمل الذي أحيل دينه على زيد يطلبه شخص آخر اسمه بكر ، فيحيل المحتمل بكرّاً على زيد ، ولو كان بكرّاً يطلبه شخص آخر اسمه عمرو فيحيل بكرّاً عمراً على زيد

تحقق الفائدة في ذلك ولا شرط يقتضي ذلك فإنه لو اشترت شيئاً بدينار ثم اشتراه مني بانه بدينار صح البيعان بلا خلاف والحال إنه أي فائدة في ذلك ؟ !
والمقصود : أنه في الحوالة لم يخالف حتى الشيخ رحمته في صحة الدور والحال إنه خالف في صحة الدور في الضمان .

(١) لا خلاف في ذلك كما في الحدائق ٢١ : ٥٦ .

وفي الجواهر ٢٦ : ١٦٨ : كما يصح تراميها [أي الحوالة] يصح دورها كالضمان بأن يعود إلى المحيل الأول إذا فرض شغل ذمته للمحال عليه ، أو قلنا بصحتها على البريء ، بل لم نجد خلافاً هنا وإن سمعته في الضمان .

وفي التذكرة : يجوز ترامي الحوالات ودورها - إلى أن قال - ولو أحال المديون زيداً على عمرو فأحال عمرو زيداً على المديون صحت الحوالتان معاً وبقي الدين كما كان « التذكرة ١٤ : ٤٧١ .

(٢) في الجواهر : «وكذا [أي صح] لو ترامت الحوالة بتعدد المحال عليهم واتحاد المحتمل ... لوجود المقتضي وارتفاع المانع» الجواهر ٢٦ : ١٦٧ ١٧٨ .

وفي المستمسك عند التعليق على قول الماتن (وكذا يجوز الترامي) ما نصه : « كما نص عليه في الشرائع والقواعد وغيرهما ، والظاهر أنه لا إشكال فيه كما يظهر ذلك من ذكرهم له مرسلين له إرسال المسلمات ، ويقتضيه عموم الأدلة» المستمسك ١٣ : ٢٣٣ ٢٣٤ .

[٣٦٢٣] «مسألة ٨»: لو تبرّع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمّته، وكذا لو ضمن عنه ضامن برضى المحتال. وكذا لو تبرّع المحيل عنه^(١).

وهكذا، فيكون الترامي في المحتال لا المحال عليه، ولا مانع منه أيضاً لاطلاق الدليل^(١).
 (١) ثمّ ذكر الماتن عليه السلام أنّه يجوز أن يتبرّع متبرع عن المحال عليه فيوفي دينه فتبرأ بذلك ذمّة المحال عليه، لما ثبت بالضرورة القطعية من جواز أداء دين شخص من دون توقف على رضا المدين أو علمه^(٢) أو حياته.

(١) قال في الجواهر: «وبتعدد المحتال أو المحيل واتحاد المحال عليه كما لو أحال المحتال من له عليه دين على المحال عليه... وهكذا» الجواهر ٢٦: ١٦٨.

(٢) وتقدم ذلك في كتاب الزكاة من الواضح ٨: ٩٦ - ٩٧ - ٣٧ - ٣٨، وقلنا إنه يجوز أداء دين الغير ولو بدون رضا بل بدون اطلاع المديون، لاطلاق ما دل على جواز تسديد الدين من الزكاة - الصدقة - رضا المديون بذلك أم لا، علم الغارم بذلك أم لا، بل كان المديون حياً أم ميتاً إذا لم يكن ترك الميت مალأً يفى بدينه، وقد دلت على كلا الحكمين صحيحة زرارة، قال: «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: رجل حلت عليه الزكاة ومات أبوه وعليه دين، أيؤدي زكاته في دين أبيه، وللابن مال كثير؟ فقال: إن كان أبوه مألأً ثمّ ظهر عليه دين لم يعلم به يومئذ فيقضيه عنه، قضاه من جميع الميراث ولم يقضه من زكاته، وإن لم يكن أبوه مألأً لم يكن أحد أحقّ بزكاته من دين أبيه، فإذا أداها في دين أبيه على هذا الحال أجزأت عنه» الوسائل ج ٩: ٢٥٠ باب ١٨ من أبواب المستحقين للزكاة ح ١.

نعم، قد يقارن أداء دين الغير فعل حرام، كما لو كان في أداء دين شخص آخر مهانة عليه أي - على المدين - ولم يكن المدين راضياً بالأداء لذلك، فيكون حراماً من جهة المهانة التي هي التصدي للأداء، وإلّا فلا شك في سقوط الدين بالأداء، فإن الأداء ليس فيه أي مهانة على ما تقدم، وإنّما الاهانة في التصدي لذلك وكذا الكلام في ضمان دين شخص آخر تبرعاً، فإنه يمكن أن تتحقق فيه المهانة مع عدم رضا المديون بذلك كما لو ضمن دين المحال عليه الشريف وضيع من عدم رضا الشريف بأن يضمن الوضيع الدين الذي على المحال عليه الشريف، إذ إن عقد الضمان إنّما هو بين الضامن - الذي هو غير المحتال والمحال عليه أي غير

ثم ذكر الماتن عليه السلام : أنه يجوز أن يضمن المحال عليه شخص آخر بعقد ضمان بينه وبين المحتال وينقل الدين من ذمة المحال عليه إلى ذمة الضامن ، وتبرأ بذلك ذمة المحال عليه .
 وكذا لو تبرع المحيل عن المحال عليه ، فيؤدي المحيل دين المحال عليه ، كما يؤدي الأجنبي الذي يتبرع بأداء دين المحال عليه كما تقدم في أوّل المسألة ، كل ذلك جائز ولا مانع منه ، لأن تبرع المحيل كتبرع الأجنبي في أداء دين المدين الدليل على جوازه ، ولا فرق بينهما إلا في الشخص المتبرع ، كما لا مانع من ضمان دين شخص ، لعموم أدلة الضمان ، ولكن لا بد وأن يكون برضا المضمون له ، لأن الضمان كما تقدم عقدي بين الضامن والمضمون له ، والمضمون عنه أجنبي عنه ^(١) .

ومن له الدين ومن عليه الدين - وبين من له الدين أي المحتال . وأما المحال عليه الشريف فهو أجنبي عن عقد الضمان وليس لرضاه دخل في الضمان إلا أنه إذا كان في ضمان دينه تبرعاً من قبل الوضيع مهانة عليه حرم التصدي لذلك لا حرم نقل الدين من ذمة المحال عليه إلى ذمة الضامن الوضيع الذي هو الضمان . فيتحقق الضمان وتبرأ بذلك ذمة المحال عليه الشريف وتشتغل بذلك ذمة الضامن الوضيع وإن فعل الضامن حراماً بالتصدي للضمان الذي فيه مهانة على الشريف . ونظير ذلك ما يقوم به بعض من تمثيل دور المعصوم عليه السلام في واقعة أو حادثة ، فإنه لا اشكال في التمثيل في حد ذاته على ما يراه بعض اساتذتنا العظام وهو الصحيح ، ولا مانع من أن يقوم شخص بتمثيل دور المعصوم عليه السلام في حد ذاته ، إلا أن الجواز وعدم الجواز إنما هو لمن يتصدى لذلك ، فإن تصدى اللائق لأداء الدور الذي لا يكون في تأديته لدور المعصوم عليه السلام مهانة على المعصوم وهتك كما لو كان المؤدي للدور مؤمناً صالحاً تقياً شريفاً عفيفاً عالماً عارفاً بمقام المعصوم عليه السلام فلا مانع منه ، وإن تصدى له من يكون في تصديه هتك للمعصوم عليه السلام وإهانة كالفاسق الفاجر المتجاهر بالفسق المتهتك الذي منه المعصوم أو أحاد الشيعة براء كان حراماً جزماً .

(١) في تبرع الأجنبي عن المحال عليه بأداء مال الحوالة خارجاً ، ليس للمتبرع الرجوع على

[٣٦٢٤] «مسألة ٩»: لو أحال عليه فقبل وأدّى ثمّ طالب المحيل بما أدّاه ، فادعى أنه كان له عليه مال وأنكر المحال عليه ، فالقول قوله^(١) مع عدم البيّنة ، فيحلف على براءته ويطالب عوض ما أدّاه ، لأصالة البراءة عن شغل ذمّته للمحيل .

(١) لو أحال المحيل شخصاً على المحال عليه فقبل^(١) المحال عليه وأدّى المال الذي أحيل عليه ، ثمّ طالب المحال عليه المحيل بعوض المال المؤدّى لدعواه أن الحوالة عليه حوالة على بريء الذمّة ، فادعى المحيل أن الحوالة عليك ليست حوالة على بريء الذمّة ، بل على مشغول الذمّة لي بدين بمقدار الحوالة ، فالحوالة حوالة على ما في ذمّتك ، لا ما في ذمّة البريء ، فليس لك حق المطالبة مني بشيء ، وأنكر المحال عليه ذلك .

فهنا ذكر الماتن رحمته أن القول قول المحال عليه بناءً على صحة الحوالة على البريء كما هو الصحيح ، ولا بدّ للمحيل من اثبات أن ذمّة المحال عليه كانت مشغولة له بدين بمقدار الحوالة ، فإن أصالة البراءة قاضية بعدم اشتغال ذمّة المحال عليه للمحيل .

بالمحال عليه .

ولكن في ضمان شخص دين المحال عليه والذي تبرأ ذمّة المحال عليه قد يكون هذا الضمان بإذن وأمر المحال عليه ، فيصح حينئذٍ للضامن الرجوع على المحال عليه (المضمون عنه) إذا أدّى المال إلى المضمون له فيما إذا كان الضمان إذنيًا وليس له الرجوع على المحال عليه الذي هو المضمون عنه إذا كان الضمان تبرعياً كما لو تبرع متبرع بأداء المال عن المحال عليه ، وتبرع المتبرع بضمان دين المحال عليه قد يكون مع التصدي الحرام وقد يكون مع عدم التصدي الحرام والأول كما لو ضمن دين المحال عليه الشريف وشيخ لا يرضى الشريف بضمانه والثاني كما لو ضمن دين الشريف وشيخ يرضى المضمون عنه بضمانه تبرعاً .

وأما تبرع المحيل بأداء دين المحال عليه خارجاً فلا شك في صحته وعدم جواز رجوعه على المحال عليه بالبدل كما هو الحال في تبرع الأجنبي عن المحال عليه بأداء مال الحوالة خارجاً .

(١) القبول والرضا في المقام أعم من كون ذمّته مشغولة بمال للمحيل أو لا ، فلا يكشف القبول عن كون الحوالة على البريء .

ودعوى أنّ الأصل أيضاً عدم اشتغال ذمّة المحيل بهذا الأداء .

مدفوعة بأنّ الشك في حصول اشتغال ذمته وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمّة المحال عليه وعدمه .

ولا يعارض ذلك بأصالة عدم اشتغال ذمّة المحيل بهذا الأداء^(١) ، لأنّ الشك في اشتغال ذمّة المحيل وعدمه مسبب عن الشك في اشتغال ذمّة المحال عليه وعدمه ، فلو كانت ذمّة المحال عليه مشغولة للمحيل ، فلا تكون ذمّة المحيل حينئذٍ مشغولة بهذا الأداء قطعاً لتهاتر ما في الذمّتين ، وإن لم تكن مشغولة تكون ذمّة المحيل مشغولة بهذا الأداء ، وبعد جريان أصالة براءة ذمّة المحال عليه يرتفع الشك ، وتكون ذمّة المحيل مشغولة بهذا الأداء ، لا أنه يشك في اشتغالها حتّى تجري أصالة البراءة عن شغل ذمّة المحيل بهذا الأداء^(٢) ، هذا ما ذكره الماتن^(٣) .

(١) القائل بالتعارض الشهيد^(٤) في المسالك فإنه قال : «لما ثبت أنّ الحوالة جائزة على البريء من دين المحيل على المحال عليه لم يقتض باطلاقها ثبوت الدين كذلك ، فإذا أدّى المحال عليه وطالب بما أدّى منكرّاً لثبوت الدين عليه للمحيل ، فالقول قوله مع يمينه ، لأصالة البراءة فيرجع على المحيل بما أدّى ، ولو اعتبرنا في الحوالة شغل ذمّة المحال عليه لم يقبل قوله في نفيه ، لاقتضائها ثبوته ، فالمنكر وإن كان معه أصالة براءة ذمّته من الدين إلّا أن ذلك يقتضي بطلان الحوالة على هذا التقدير ومدعي الدين يدعي صحتها ، ومدعي الصحة مقدم ، ويمكن على هذا أن يقال : تساقط الأصلان ...» المسالك ٤ : ٢٢٠ .

(٢) عدم معارضة أصالة البراءة عن شغل ذمّة المحال عليه للمحيل بأصالة عدم اشتغال ذمّة المحيل بهذا الأداء إنما هو لعدم إمكان معارضة الأصل المسيبي للأصل السببي وحكومة الثاني على الأول ، وهي كبرى كلية والمقام أحد مصاديقها ، فإنّ الشك في شغل ذمّة المحيل للمحال عليه وعدمه إنما هو للشك في اشتغال ذمّة المحال عليه للمحيل وعدمه فإن كانت مشغولة فلا تشتغل ذمّة المحيل للمحال عليه للتهاتر ، وإن لم تكن مشغولة فتشتغل ذمّة المحيل للمحال عليه لأنّها من الحوالة على البريء وهو مقتضية لشغل ذمّة المحيل للمحال عليه .

فإذا جرت أصالة عدم اشتغال ذمّة المحال عليه للمحيل ارتفع التسلط الذي هو موضوع

﴿ جريان أصالة براءة ذمّة المحيل للمحال عليه فلا يجري أصالة براءة ذمّة المحيل للمحال عليه لعدم الشك في كونها مشغولة للمحال عليه ، فإذا لم تجرِ أصالة براءة ذمّة المحيل للمحال عليه فلا تعارض أصالة عدم اشتغال ذمّة المحال عليه للمحيل . فتجري بلا معارض .

وكذا الكلام في عدم معارضة الاستصحاب السببي للاستصحاب المسببي وحكومة الأول على الثاني كما ذكرناه في الشبهات الحكمية وقلنا : إنّ الحكم إذا ثبت في زمان شك في بقاءه بعد ذلك الزمان وعدم بقاءه كالعلم بحرمة وطء الحائض ما دامت حائضاً ، فإذا انقطع الدم وشك في بقاء حرمة وطئها ما لم تغتسل حيث لا يعلم أنّ سبب الحرمة هل هو حدث الحيض أو نفس الحيض ، فإن كان الثاني فقد مضى وانقضى ومقتضاه جواز الوطء وإن كان حدث الحيض فهو باقٍ ما لم يرتفع بال غسل فلا يجوز الوطء قبل الغسل ، فهل يمكن التمسك بالاستصحاب والحكم بحرمة الوطء قبل أن تغتسل أو لا ؟

أصر شيخنا الأنصاري رحمته على جريان الاستصحاب لتمامية أركانه من اليقين السابق والشك اللاحق .

ولكن نقول : ليست أركان الاستصحاب في المقام تامة ، وذلك لعدم الشك اللاحق وارتفاع موضوع الاستصحاب المسببي وذلك لأن بقاء الحرمة بعد الحيض وقبل الغسل وعدم بقاءها إنما هو ناشئ من الشك في مقدار الجعل لحرمة الوطء الراجع للعدم الأزلي أي مقدار هو من الأول؟ أي هل هو بمقدار زمان الحيض وخروج الدم أو بمقدار حدث الحيض ، فإذا كان الشك في مقدار المجعول من الأول ، فمقتضى استصحاب العدم الأزلي الجاري بعد زمان الحيض وقبل الاغتسال هو رفعه لموضوع الشك في جواز الوطء وعدمه بعد انتهاء الدم وقبل الاغتسال والحكم بجواز الوطء ومعه لا شك في الجواز وعدمه فلا يبقى موضوع استصحاب الحرمة حينئذٍ لرفع موضوعها وحكومة استصحاب عدم الجعل الأزلي عليها . لأن مقتضى استصحاب عدم الجعل أن الحرمة لم تكن مجعولة من الأول فلا شك في بقاءها بعد الحيض وقبل الغسل حتّى تستصح بل هي قطعاً غير موجودة ببركة استصحاب عدم جعلها من الأول . وهذا أي رفع الشك في الاستصحاب المسببي بواسطة استصحاب عدم الجعل من الأول هو معنى حكومة

أقول : تارة الكلام بناءً على صحة الحوالة على البريء كما اختاره الماتن رحمته والمشهور بل المجمع عليه ، وهو الصحيح ، وأخرى بناءً على عدم صحتها على البريء ، فالكلام في مقامين :
المقام الأول : ما إذا كانت الحوالة على البريء صحيحة ، فقد عرفت أن الماتن ^(١) قائل بتقديم

الاستصحاب السببي على الاستصحاب المسببي ورفع موضوع الاستصحاب الثاني لرفعه للشك فلا يجري الاستصحاب المسببي فلا يعارض الاستصحاب السببي .

فكذا في المقام فإن الماتن رحمته يقول : إن الشك في شغل ذمة المحيل للمحال عليه وعدمه إنما هو للشك في اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل وعدمه ، فإذا جرت أصالة البراءة عن اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل فلا شك في اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه وعدمه بهذه الحوالة حتى تجري أصالة البراءة التي موضوعها الشك ، بل هي مشغولة قطعاً ومع عدم الشك كيف تجري أصالة البراءة .

بل حتى مع تعارض الأصلين أي أصالة عدم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل وعدم اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه بهذه الحوالة فمع ذلك يطالب المحال عليه المحيل بالبدل ، إذ لا شك في كون أداء الدين بإذن المحيل وأمره ، فهذا بنفسه يقتضي رجوع المحال عليه على المحيل بمقتضى السيرة العقلائية القائمة على أن من أمر شخصاً بأداء مال إلى الغير كان الأمر ضامناً لذلك المال (والمحيل أمر المحال عليه بأداء الدين) وهما متفقان على الإذن والأمر بالأداء المقتضي لذلك وإن اختلفا في غيره الذي لم يثبت .

(١) وفاقاً للمحقق في الشرائع والعلامة في القواعد وصاحب الجواهر ، وغيرهم قدس الله أرواحهم قائل بتقديم قول المحال عليه .

قال المحقق في الشرائع : «ولو أحال عليه فقبل وأدّى ، ثمّ طالب بما أذاه فادّعى المحيل أنّه كان له عليه مال ، وأنكر المحال عليه ، فالقول قوله مع يمينه» الشرائع ٢ : ١٣٣ .

وعقب عليه في الجواهر بقوله : «لأن الأصل البراءة ، وحينئذ يرجع على المحيل بما أذاه ، ورضاه بعقد الحوالة أعمّ من اشتغال ذمته ، لما عرفت من صحتها على البريء» ٢ الجواهر ٢٦ :

قول المحال عليه ، لأن أصالة براءة ذمته قاضية بعدم اشتغال ذمته ، ولا معارض لها ، فالمحيل مدع لاشتغال ذمة المحال عليه له ، والمحال عليه منكر لذلك ، فما لم يثبت المدعي - وهو المحيل - قوله بيينة يكون القول قول المنكر وهو المحال عليه بيمينه .

ولكن لم يكن ينبغي للماتن عليه السلام التمسك بالبراءة فإنه غير صحيح ، بل لابد وأن يتمسك باستصحاب عدم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل الذي هو حاكم على أصالة البراءة وأصل موضوعي محرز للواقع ، لا مجرد أنه ناف للتكليف ، فيقال : إن ذمة المحال عليه لم تكن مشغولة للمحيل في زمان قطعاً ، ونشك في اشتغالها بذلك ، فمقتضى الاستصحاب عدم اشتغالها ، وبذلك يحرز موضوع الضمان وهو أنه أدى ما لم يكن ثابتاً في ذمته بأمر من المحيل وهو موجب للضمان وأن الحوالة كانت حوالة على البريء ، وعليه أن يؤدي بدله ، فالقول قول المحال عليه ما لم يثبت المحيل اشتغال ذمة المحال عليه^(١) .

(١) أقول : العبارة المذكورة هنا وفي موسوعة السيد الأستاذ عليه السلام والتي هي تعليق على قول الماتن : «لأصالة البراءة عن شغل ذمته [أي ذمة المحال عليه] للمحيل» ما نصه «بل لاستصحاب عدم شغل ذمته ، فإنه أصل موضوعي حاكم على أصالة البراءة قطعاً فإن المحال عليه لم يكن في زمان مشغول الذمة للمحيل جزماً ، فإذا شككنا في اشتغال ذمته له بعد ذلك ، كان مقتضى الاستصحاب الحكم بعدم اشتغالها ، وبه يتحقق موضوع الضمان ، أعني أداءه لما لم يكن ثابت في ذمته بأمر من المحيل» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٥١٤ . هي عبارة السيد الأستاذ لا تلخيص المقرر في الموسوعة ليرد الأشكال على المقرر دون السيد الأستاذ ، بل هذه العبارة هي مدونة عندنا حين لقاء السيد الأستاذ المدرس .

وعليه فنقول : نسأل من السيد الأستاذ عليه السلام أولاً : من أين علم أن محل البحث هو ما إذا كانت ذمة المحال عليه سابقاً غير مشغولة حتى تستصحب ويكون الاستصحاب حاكماً على أصالة براءة الذمة وأصلاً موضوعياً ومحرزاً للواقع لا أنه نافٍ للتكليف فقط ، إذ من الممكن أن ذلك كان بعد توارد الحالتين والشك في الأخيرة ، فأبي استصحاب يجري ؟ كما لو كانت مشغولة

تارة وبرينة أخرى، كأن كان قد استدان ثم أدى ثم استدان ثم أدى وهكذا عدة مرات، وشك في المرة الأخيرة هل هي الدين أو الأداء، فحوّل عليه فقبل المحال عليه، فأبي استصحاب يجري ويكون حاكماً على أصالة براءة الذمة؟ فكما لا أصالة براءة في توارد الحالتين لا استصحاب أيضاً.

أو أن ذلك كان بعد أن كانت الحالة السابقة هي الاشتغال فإن استصحابها يقتضي أن يكون القول قول المحيل، لا المحال عليه، لأن المحال عليه المدعي لعدم شغل ذمته هو الذي يخالف قوله الأصل. فإن السيد الأستاذ رحمته الله هو الذي أشكل بهذا الاشكال على الماتن رحمته الله في المسألة رقم ١ من مسائل التنازع في الضمان، الرقم العام [٣٦١٠] حيث قال الماتن رحمته الله: «ولو اختلفا في إفسار الضامن حين العقد ويساره فادعى المضمون له إفساره فالقول قول المضمون عنه» مطلقاً، وعلّق عليه السيد الأستاذ رحمته الله بما نصه: «الكلام تارة يفرض مع سبق يسار الضامن، وأخرى مع سبق إفساره، وثالثة مع تضادّ الأمرين، بأن يعلم يساره في بعض شهر الضمان وإفساره في بعضه الآخر، مع الجهل بالمتقدم والمتأخر [إلى أن قال السيد الأستاذ رحمته الله] ومن هنا لا يمكن المساعدة على إطلاق كلام الماتن رحمته الله من تقديم قول المضمون عنه الشامل لهذه الصورة» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٤٧٨ - ٤٧٩.

وثانياً: أن الملاك عند السيد الأستاذ رحمته الله في تشخيص المدعي والمنكر هو كون المدعي من يطالبه العرف «العقلاء» باثبات ما يقوله، والمنكر بخلافه، وعليه فالقول قول من لم يطالبه العرف بالاثبات إلى أن يثبت من يطالبه العرف بالاثبات ذلك، سواء كان قول من لم يطالبه العرف بالاثبات - وهو المحال عليه في المقام - موافقاً لأصل البراءة أم الاستصحاب أم لا. فالأولى للسيد الأستاذ بل المتعين بمقتضى ما ذهب إليه في بحث القضاء من بطلان تعريف المدعي بمن يكون قوله خلاف الأصل، موسوعة الإمام الخوئي ٤١: ٥١ ٥٢، القضاء والشهادات ١: ١٤٣، وتبينه رأياً جديداً فيه وهو أن المدعي من يطالبه العرف «العقلاء» بالاثبات والمنكر بخلافه. فالمتعين تعليل كون المحيل مدعياً بكونه هو المطالب عند العرف «العقلاء» باثبات اشتغال ذمة المحال عليه وكون الإحالة أحالة على مشغول الذمة، لا لأن قوله على خلاف

«الاستصحاب الذي هو الحاكم على أصالة البراءة، وأصل موضوعي محرز للواقع لا مجرد أنه نافٍ للتكليف. اللهم إلا أن يكون المراد له الاشكال على الماتن وأصحاب مسلك أن المدعي من يخالف قوله الأصل. ولكن: الظاهر من كلام السيد الأستاذ رحمته لا أن ذلك هو المراد له فقط بل هو وبيان رأيه أيضاً في ذلك، ولذا سيأتي قول السيد الأستاذ رحمته في المقام الثاني الذي منه يستكشف إن ذلك هو بيان رأيه أيضاً وهو قوله (أو بنظرنا كما تقدم وأنه هو الصحيح فمقتضى الاستصحاب عدم اشتغال ذمته بالدين) وهذا دال على أنه هو المعتمد على ذلك في تشخيص المدعي والمنكر، والحال إنه على خلاف مسلكه، وقد رده في كتاب القضاء في موسوعته ٤١ : ٥١ - ٥٢ وفي بحثه عندما بحث القضاء بعد ذلك وكان قد كتبه قبل ذلك وطبعه في مباني تكملة المنهاج فراجع كتاب القضاء والشهادات ١ : ١٤٣ ومباني تكملة المنهاج موسوعة الإمام الخوئي ٤١ : ٥١، حيث قال في المباني (المسألة ٥١): المدعي هو الذي يدعي شيئاً على آخر ويكون ملزماً بآبائته عند العقلاء» وهو وأن قال: «المدعي: هو الذي يدعي» فأخذ الادعاء في تعريف المدعي إلا أن المعلوم من مباحثه المتقدمة مكرراً أن المراد من جملة (الذي يدعي) هو الذي يلزم الغير بشيء من مال أو حق أو زوجية أو دين ويلزمه العقلاء بآبائات ما يلزم به الطرف الآخر.

ومع ذلك: يبقى احتمال أن يكون المراد له الاشكال على الماتن وأصحاب هذا المسلك القائل بأن المدعي من يخالف قوله الأصل بمفرده قائماً، وأنه المراد من الصحيح الآتي في كلام السيد الأستاذ رحمته هو الصحيح بنظره على مسلكهم، إلا أنه هو يعتمد أيضاً. نعم، لو كان مراده الاشكال على من يكون الميزان عنده في المدعي والمنكر من يوافق قوله الأصل ومن يخالفه. كان إيرادهم صحيحاً.

ويحتمل أن مراده ذلك، لأن في كلامه تعريضاً بما في المستمسك حيث قال السيد الحكيم رحمته تعليقاً على قول الماتن رحمته «لأصالة البراءة عن شغل ذمته للمحيل» قال: «فيكون قول المحيل موافقاً للأصل، فيكون منكرراً وعليه اليمين إذا لم تكن بينة لخصمه» المستمسك ١٣ : ٤٠١.

وبعد جريان أصالة براءة ذمته^(١) يرتفع الشك ، هذا على المختار من صحة الحوالة على البريء .

(١) تقدم أن هذا ما يقوله الماتن رحمته وهو غير صحيح لحكومة الاستصحاب عليه ، والصحيح هو «وبعد استصحاب عدم اشتغال ذمته» أي ذمة المحال عليه حيث يحرز بذلك أن الحوالة كانت حوالة على البريء ، فيرتفع بذلك الشك في اشتغال ذمة المحيل ، بل هي مشغولة للمحال عليه قطعاً ، فلا يجري الأصل^(١) .

❦ ولكن مع كون ذلك لا يتعدى الاحتمال فكون محل الكلام عند أصحاب هذا المسلك هو خصوص صورة عدم توارد الحالتين أول الكلام .

وعلى كل حال ، الصحيح أن المدعي عند السيد الأستاذ رحمته في هذا النزاع هو المحيل ، لأنه هو الذي يلزم المحال عليه بالدين الذي يدعى عليه ، فيلزمه العرف باثبات اشتغال ذمة المحال عليه قبل الحوالة بدين له عليه ، فما لم يثبت المحيل ذلك يكون القول قول المنكر مع يمينه وهو المحال عليه ، فإنه لا يطالبه العرف باثبات أن ذمته غير مشغولة بالدين قبل الحوالة ، وهو معنى المنكر بحسب التعريف الصحيح للمدعي والمنكر ، وهو أن المدعي هو الذي يلزم الغير بمال أو دين أو حق أو زوجية ويطالبه العرف باثبات ذلك والمنكر بخلافه ، لا أن المحيل مدع لأن قوله خلاف أصالة براءة ذمة المحال عليه ، ولا أنه مدع لأن قوله خلاف استصحاب عدم اشتغال ذمة المحال عليه .

(١) تقدم أن ذلك أولاً على مسلك من يقول أن المدعي هو من يخالف قوله الأصل ، وليس هو مبنى السيد الأستاذ رحمته . وثانياً : أنه مختص في غير صورة توارد الحالتين ، وأما فيها فلا يجري . وليس محل الكلام لا في كلام الماتن ولا في كلام غيره من المحقق وصاحب الجواهر هو والسيد الحكيم وغيرهم قدس الله أسرارهم مختصاً بغير صورة توارد الحالتين ، بل كلامهم عام ، ولذا يشكل عليهم بأنه في صورة توارد الحالتين المدعي عندكم من يخالف قوله الأصل وهنا لا أصل ، كما اشكل عليهم السيد الأستاذ رحمته حين انتقاد هذا المسلك ورده واختيار أن المدعي من يلزم الغير بشيء من مال أو حق أو نحوهما ويطالبه العرف باثبات ذلك ، والمنكر بخلافه . وذكر ذلك في القضاء والشهادات ١ : ١٤٣ حسبما دوناه فراجع .

أما على القول بعدم صحتها^(١) فيقدم قول المحيل ، لأن مرجع الخلاف إلى صحة الحوالة وعدمها ، ومع اعتراف المحال عليه بالحوالة يقدم قول مدعي الصحة وهو المحيل .

هذا كله على القول بصحة الحوالة على البريء كما اختاره الماتن رحمته ، وهو الصحيح .

وأما بناءً على القول بعدم صحتها على البريء فهو الآتي بعد التعليقة الآتية .

(١) المقام الثاني : ما إذا كانت الحوالة على البريء غير صحيحة وباطلة^(٢) فيدور أمر هذه الحوالة بين الصحيح والفساد ، المحيل يدعي أنها صحيحة لأنها على مشغول الذمة ، والمحال عليه يدعي أنها فاسدة لأنها حوالة على بريء الذمة والحوالة عليه باطلة ، ففصل الماتن رحمته بتفصيل .

(١) البحث في هذا المقام - وهو المقام الثاني - علمياً فقط لا عملياً ، لأنه ليس هناك من ذهب إلى أن الحوالة على بريء الذمة باطلة ، إلا الشيخ في آخر باب الحوالة من المبسوط ٢ : ٣٢١ ، دون أوله حيث اختار في أوله الجواز وهو الذي في المبسوط ٢ : ٣١٣ ٣١٨ . وأما ، ما حكاه الفخر في الايضاح عن الشيخ وابن البراج وابن حمزة ، قال : « وذهب الشيخ وابن البراج وابن حمزة إلى الاشتراط [أي اشتراط كون ذمة المحال عليه مشغولة بمثل الحق للمحيل] لأنها معاوضة عندهم ، والحق الأول [أي الحق عدم الاشتراط] ايضاح الفوائد ٢ : ٩٣ .

فقد قال الشيخ صاحب الجواهر رحمته في الجواب عنه : أنه «لم نتحققه ، فانحصر الخلاف فيه [أي بالشيخ في المورد الأول دون الثاني] الجواهر ٢٦ : ١٦٥ فلم يثبت خلاف في صحة الحوالة على البريء أي لم يثبت قائل بعدم صحة الحوالة على البريء لاختلاف قولي الشيخ . وفي المسالك ٤ : ٢١٥ «وللشيخ رحمته قول بالمنع [أي من الحوالة على البريء هو الذي في المبسوط ٢ : ٣٢١] وآخر بالصحة [وهو الذي في المبسوط ٢ : ٣١٣ ، ٣١٨] ومبنى القولين على أن الحوالة هل هي استيفاء أو اعتياض ؟ فعلى الأول يصح دون الثاني ...» .

والمقصود أن البحث المفصل هنا أي في المقام الثاني بناءً على أن الحوالة على البريء باطلة علمياً فقط ، ولا فائدة عملية فيه . نعم فيه فائدة عملية فيما إذا كان المترافعان من أبناء السنة والجماعة وكان البناء القضاء على مذهبه فإنهم يرون أن الحوالة على البريء باطلة ولا بد وأن تكون الحوالة على مشغول الذمة وأن يكون الشغل بها مستقراً أيضاً لا متزلزلاً .

وتوضيح تفصيل الماتن عليه السلام هنا هو : أن المحال عليه إما أن يعترف بالحوالة وإما أن لا يعترف بها ، بل يدعي أن الحوالة لم تكن أصلاً ، ويدعي أنه أمره بالأداء وأذن له في ذلك فقط .

فعلى الثاني : أي عدم اعترافه بالحوالة وادعائه الإذن والأمر بالوفاء فقط ^(١) **فالحكم كما تقدم** - مقتضى الأصل عدم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ^(٢) - لعدم العلم بتحقق الحوالة في الخارج ، فإن المؤدي يدعي الإذن ، والمحيل يدعي الحوالة ، فمقتضى الأصل عدم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل بشيء - **أو بنظرنا كما تقدم وأنه هو الصحيح** فمقتضى الاستصحاب عدم

(١) تقدم سابقاً أن الأمر باعطاء مال ونحوه يقتضي أن يكون الأمر ضامناً - لذلك المال المعطى - للمعطي بمقتضى قيام سيرة العقلاء على ذلك . فهنا مع اعتراف المعطي للمال أن الاعطاء لم يكن بنحو الحوالة جزماً يدعي أنه بنحو الأمر أو الإذن القائم مقام الأمر بالاعطاء المقتضى للضمان .
(٢) أي ١ - براءة ذمة المحال عليه من دين للمحيل عليه التي تمسك بها الماتن وغيره في صورة صحة الحوالة على البريء المتقدمة .

وأي ٢ - لاستصحاب عدم اشتغال ذمة المحال عليه الذي هو الأصل المحرز للتكيف ، لا أنه نافٍ فقط ، وهو الذي ذكره السيد الأستاذ عليه السلام وزعم أنه هو الصحيح لأنه حاكم على أصالة البراءة . وقد عرفت الاشكال عليه ، وفي الأول : أي أصالة براءة ذمة المحال عليه من دين للمحيل إنما هي للشك بتحقق حوالة في الخارج ، لأنه يدعيها المحيل وينكرها المحال عليه ، فعلى تقدير تحقق الحوالة في الخارج فذمة المحال عليه مشغولة للمحيل ، وعلى تقدير عدم تحققها فذمة المحال عليه غير مشغولة للمحيل ، فالشك إنما هو في اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ، والأصل براءة ذمة المحال عليه من الدين الذي يدعيه عليه المحيل .

أو في الثاني استصحاب عدم شغلها الذي هو الأصل المحرز كما يقوله السيد الأستاذ السيد الخوئي .

أو في الثالث الآتي حينما يلزم المحيل المحال عليه بالدين يطالبه العرف والعقلاء بالانبات . **والصحيح وعلى رأي السيد الأستاذ عليه السلام أيضاً هو الثالث الآتي في التعليقة الآتية .**

اشتغال ذمته بالدين^(١) - فيكون الأمر حينئذٍ أمراً بالنسبة إلى البريء لا المديون ، فله - أي للمأمور - مطالبة الأمر لأن الأمر كما تقدم موجب للضمان ، وعلى مدعي الحوالة اثبات اشتغال ذمة ذلك الشخص بها . فما لم يثبت كان القول قول ذلك الشخص فله مطالبة عوضه .

وعلى الأول : أي اعتراف المحال عليه بالحوالة ، فالمحال عليه بعد اعترافه بالحوالة يدعي فسادها^(٢) لأن ذمته كانت بريئة ومع ذلك أدى ما أمره المحيل فله المطالبة بما أداه ، ويدعي

(١) الصحيح بنظره بمقتضى ما اختاره من المسلك الجديد في المدعي والمنكر كما عرفت هو أن يقول : يكون المحيل هو المدعي لأن المحيل هو الذي يطالبه العرف (العقلاء) باثبات اشتغال ذمة المحال عليه ، فما لم يثبت يكون القول قول المحال عليه ، لأنه هو الذي لا يطالبه العرف باثبات ما يقوله ، نعم لو كان مراد السيد الأستاذ رحمته الله بقوله (مقتضى الاستصحاب عدم اشتغال ذمته - أي ذمة المحال عليه - بالدين) هو الاشكال على الماتن وعلى أصحاب هذا المسلك فقط ، كان ذلك لا يقتضي الإشكال عليه . إلا أنه ظاهراً ليس مراده ذلك فقط ، بل هو وكون ذلك رأيه في المقام وفي المدعي والمنكر ، ولعله - والله العالم - كان غفلة عما ذكره هو رحمته الله في تعريف المدعي والمنكر في كتاب القضاء والشهادات . وقال هنا إن المحيل مدع ، لأن قوله خلاف الاستصحاب .

ويرد عليه كما تقدم عدم انحصار محل الكلام في غير صورة توارد الحالتين . فما يقول السيد الأستاذ في هذه الصورة ، هل يقول أيضاً إن الاستصحاب يقتضي عدم اشتغال ذمة المحال عليه ؟ ! أم أنه لا استصحاب جار فيها كما كان هو السرّ في اختياره قولاً جديداً في المدعي والمنكر وعدم قبول قول المشهور في كون المدعي من يخالف قوله الأصل .

ويرد عليه ثانياً أن هذا خلاف مسلككم في المدعي والمنكر حسبما تفضلتم به في مباني تكملة المنهاج (موسوعة الإمام الخوئي ٤١ : ٥١) وفي كتاب القضاء والشهادات ١ : ١٤٣ .

(٢) هذا التفصيل ذكره الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله حيث قال : «إن المتّجه تقديم قول المحيل مع فرض اعتراف المحال عليه بالحوالة المحمولة على الصحيح القاطع لأصل البراءة ، ولاقتضاء

ودعوى أن تقديم قول مدعي الصحة إنما هو إذا كان النزاع بين المتعاقدين ، وهما في الحوالة المحيل والمحتال ، وأما المحال عليه فليس طرفاً وإن اعتبر رضاه في صحتها^(١) .

المحيل صحة هذه الحوالة وأن ذمة المحال عليه كانت مشغولة له بذلك ، فالحوالة عليه كانت صحيحة ، فتكون الدعوى متعلقة بصحة الحوالة وفسادها ، ومقتضى أصالة الصحة في المعلومات القول بالصحة ، ومقتضى ذلك أن القول قول المحيل ، فلا بد حينئذٍ للمحال عليه من إثبات براءة ذمته وعدم اشتغالها ، وإلا فمقتضى أصالة الصحة صحة الحوالة ، وانتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه من دون أن تشتغل ذمة المحيل للمحال عليه بشيء^(١) .

(١) وأشكل على جريان أصالة الصحة في المقام بما ذكر في الجواهر^(٢) وغيره من أن أصالة الصحة إنما تجري في المعاملات فيما إذا كان النزاع بين المتعاقدين ، وليس هو كذلك هنا لأن المتعاقدين في الحوالة إنما هما المحيل والمحتال ، وهنا النزاع إنما هو بين المحيل والمحال عليه ، وليس المحال عليه طرفاً في العقد وإن اعتبر رضاه ، فلا وجه للتمسك بأصالة الصحة في المقام .

الرجوع ، ضرورة كون الاعتراف بها اعترافاً بشغل الذمة . أما مع عدم اعترافه بكون الواقع الحوالة ، ولكن أحال عليه بإذنه لاحقاً أو سابقاً ، فعن التذكرة ذلك أيضاً ، لورود أصل الصحة على أصل البراءة وانقطاعه به « الجواهر ٢٦ : ١٧٣ .

(١) أقول : هذا وهو ما ذكره الماتن رحمته من جريان أصالة الصحة وفاقاً لما ذكره الشيخ صاحب الجواهر ٢٦ : ١٧٢-١٧٣ هو الصحيح ، بناءً على الإطلاق في دليل أصالة الصحة ولا إطلاق في دليلها لان دليلها السيرة العملية للمتسرعة وهي دليل لبي لا إطلاق له يشمل ما إذا شك في أصل تحقق العقد وعدمه ، فأصالة الصحة غير جارية في المقام .

(٢) الجواهر ٢٦ : ١٧٣ قال : «لكن قد يناقش : بعدم اقتضاء أصل الصحة شغل ذمة الغير الذي رضاه ليس من أركانها ، فهي حينئذٍ صحيحة في حق المحيل والمحتال ، فلو ادعى أحدهما بطلانها كان القول قول مدعي الصحة منهما ، أما المحال عليه فهو خارج عن أركان عقدها ، إذ القبول الذي قام به العقد من المحتال لا منه ، فلا يقتضي صحتها فيما بينهما اشتغال ذمة الخارج وإن قلنا باعتباره رضاه ، وحينئذٍ فأصالة البراءة سالم عن معارضة أصل الصحة الذي هو في حق المتعاقدين» .

مدفوعة أولاً: بمنع عدم كونه طرفاً، فإنَّ الحوالة مركّبة من إيجاب وقبولين .
وثانياً: يكفي اعتبار رضاه في الصّحة في جعل اعترافه بتحقيق المعاملة حجّة عليه
بالحمل على الصّحة^(١) .

نعم، لو لم يعترف بالحوالة، بل ادّعى أنّه أذن له في أداء دينه، يقدم قوله لأصالة البراءة
عن شغل ذمّته، فبإذنه في أداء دينه له مطالبة عوضه، ولم يتحقّق هنا حوالة بالنسبة إليه
حتّى تحمّل على الصّحة، وإن تحقّق بالنسبة إلى المحيل والمحتال لاعترافهما بها .

(١) وأجاب عنه الماتن رحمته بوجهين :

الأوّل: أن المحال عليه ليس خارجاً عن معاملة الحوالة ومعاقبتها، بل هو أيضاً طرف في
العقد، فإن عقد الحوالة مركب من إيجاب وقبولين .

الثاني: على تقدير أنّ معاملة الحوالة ومعاقبتها ليست مركبة من إيجاب وقبولين فيكفي في
العمل بأصالة الصّحة اعتبار رضا المحال عليه بهذه الحوالة والمعاملة والعقد، وإن لم يكن طرفاً
فيها، فإذا كان رضاه معتبراً يكفي ذلك في جريان أصالة الصّحة، فتجري أصالة الصّحة ويحكم
بصّحة الحوالة، ومع تحقّق الحوالة باعترافه يحكم بأنه مشغول الذمّة بهذا المال فعليه اثبات
براءة ذمّته، وما لم يثبت يكون القول قول المحيل .
هذا مخلص ما ذكره رحمته .

وما ذكره رحمته لا يمكن المساعدة عليه بوجه .

أما أولاً: فقد تقدم منه^(٢) أن الحوالة ايقاع لا يحتاج إلى قبول، أي ليس القبول مقوماً
للعقد، فليس العقد مركباً من إيجاب وقبولين، كما تقدم أن رضا المحال عليه أيضاً غير معتبر في
صّحة الحوالة^(٣) لعدم دخله في المعاملة التي هي بين المحيل والمحتال، وإن لم يكن العقد مركباً

(١) في الأوّل من الأمور المعتبرة في الحوالة وهو الإيجاب والقبول، فإنه رحمته قال: «ولكن الذي
يقوى عندي كونها [أي الحوالة] من الأيقاع...» العروة الوثقى (مع تعليقات عدّة من الفقهاء
العظام ٥: ٤٥٣) طبع مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة، موسوعة
الإمام الخوئي ٣١: ٤٩٦ .

(٢) ذكر ذلك الماتن أيضاً أي ذكر عدم اعتبار رضا المحال عليه المشغول الذمّة في الثالث من

من ايجاب وقبولين .

وأما ثانياً: فإن أصل القول - الذي قاله - صاحب الجواهر رحمته وغيره من أن أصالة الصّحة إنما تجري فيما إذا كان النزاع بين المتعاملين والمتعاقدين ، لا فيما إذا كان النزاع بين أحدهما وشخص أجنبي وهو في الحوالة المحيل والمحال عليه - فاسد ، ولا يمكن المساعدة عليه بوجه ، لأنه إذا كانت أصالة الصّحة في العقود جارية - كما هو الصحيح - فلا فرق بين أن تكون دعوى الفساد من أحد المتعاقدين أو من شخص آخر ، فإنها لا تسمع مع فرض صحّة الحوالة في المقام بأصالة الصّحة ^(١) ، فلا أثر لدعوى المحال عليه بأن العقد كان فاسداً ، كانت الدعوى بين

الأمور المعتبرة في الحوالة في التفصيل الذي ذكره وذكرنا أنه لا يرجع إلى محصل ، وعدم اعتبار رضاه لأنّ المحال عليه في الحوالة المفروض أنه إمّا هو مشغول الذمة للمحيل وليس لرضاه أي دخل في الحوالة فإن المحيل المالك لما في ذمة المحال عليه وله سلطنة على ماله ، فله أن يبيع ماله الذي في ذمة المحال عليه أو يهبه أو يصالح عليه وإن لم يرض المحال عليه لأن المال مال المحيل ولا دخل للمحال عليه في ذلك أصلاً ، فأأي شيء يعتبر رضاه؟! فلا مستند صحيح لما ذهب إليه البعض بل نسب إلى المشهور من اعتبار رضاه فلا الحوالة مركبة من ايجاب وقبولين . ولا أنّ المحال عليه في الحوالة يعتبر رضاه أصلاً لأن الحوالة على البريء المفروض أنها باطلة والحوالة إنما هي على مشغولة الذمة ولا يعتبر رضا المحال عليه في الحوالة على مشغول الذمة أصلاً ، لأنه خارج عن معاملة الحوالة التي هي بين المحيل والمحتمل ، ويعترف بذلك الماتن رحمته فكيف يصح منه الجواب للشيخ صاحب الجواهر بأن المحال عليه يعتبر رضاه وهو كافٍ في جريان أصالة الصّحة !؟

(١) التي دليلها كما تقدم سيرة المشرعة ، وهي قائمة عند الشك ، بلا فرق بين المتعاقدين أو غيرهما فإنهم يرتبون - أي المسلمون - بمقتضى سيرتهم آثار الصّحة على العقد المشكوك في صحته لاحتمال فقد شرط أو الاقتران بالمانع بعد تحقق العقد أو الفعل أو الايقاع ، وكونه صادراً من أهله وواقعاً في محله . فالشك في صحته مساوق للحكم بصحته مطلقاً . حتى لو لم تكن دعوى أصلاً من أحد ، ولا يختص جريانها بما إذا كانت هناك دعوى ونزاع حتى يقال لا بد وأن تكون الدعوى والنزاع بين المتعاقدين دون غيرهما .

المتعاملين أو بين أحدهما وشخص آخر، أو لم تكن دعوى أصلاً كما لو اشترى زيد من عمرو داراً وشككنا في صحة المعاملة وفسادها، فإنه لا بد لنا من اجراء أصالة الصحة، وان لم تكن هنا دعوى من أحد، فإن جريان أصالة الصحة لا يحتاج إلى دعوى من أحد كي يختص جريانها بما إذا كانت الدعوى من المتعاقدين .

وأما ثالثاً: فلو فرض جريان أصالة الصحة في المقام كما ادعاه المصنف رحمته الله، باعتبار أن المحيل يدعي صحة الحوالة وأن ذمة المحال عليه مشغولة بمثل ما أحيل عليه، والمحال عليه لا يقبل ذلك ويدعي أن ذمته غير مشغولة للمحيل بشيء وأن هذه الحوالة فاسدة، لو فرضنا^(١) أن أصالة الصحة جرت فأبي فرق بين اعتراف المحال عليه بالحوالة وعدم اعترافه؟ الذي فصله الماتن رحمته الله فليفرض أن المحال عليه يدعي الاذن، ولكن ثبت من الخارج بعلم أو بيينة ثبوت الحوالة في الخارج، وأن زيدا قد أحال دائته على المحال عليه وقبل المحال عليه وأدّى، فحتى لو أنكر المحال عليه ولم يعترف بالحوالة فإن أصالة الصحة تجري، ويحكم ببراءة ذمة المحيل واشتغال ذمة المحال عليه، وأنه ليس للدائن وهو المحتال الرجوع على المحيل، لأن الحوالة كانت صحيحة ولم تكن باطلة لأصالة الصحة، فلا يختص هذا الحكم بما إذا اعترف المحال عليه بالحوالة^(٢)، بل يتوقف على ثبوت الحوالة سواء كان الثبوت باعترافه أم بيينة أم علم

(١) فرضاً محالاً أن أصالة الصحة جرت والحال إنها كما سيأتي غير جارية لعدم اطلاق في دليلها يشمل ما لو كان الشك في صدق نفس العقد وعدمه . وإنما المتيقن من دليل صحتها هو ما لو صدق عقد الحوالة مثلاً وشك في وجود شرط معتبر فيه أو وجود مانع يمنع من صحته فيقال حينئذ: إن عقد الحوالة متحقق ويشك في صحته وفساده وسيرة المشترة جارية على البناء على الصحة . وأما لو كان الشك في صدق العقد فلا يقال إن عقد الحوالة متحقق ويشك في صحته وفساده فلذا لا تجري أصالة الصحة .

هذا ما قاله السيد الأستاذ رحمته الله ولكن سيأتي أن أصالة الصحة جارية في المقام وأن العقد متحقق وموجود ويشك في صحته وفساده .

(٢) صحيح لا يتوقف جريان أصالة الصحة على اعتراف المحال عليه، وأن هناك موارد تجري

خارجي وإذا ثبتت ببينة أم علم خارجي فأصالة الصحة جارية حتّى لو لم يعترف المحال عليه بها، بل حتّى لو أنكرها^(١).

فيه مع إنكار المحال عليه الحوالة. إلا أن هذا لا يعني عدم وجود أصالة صحة يتوقف جريانها على اعتراف المحال عليه بالحوالة كما فصل الماتن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فإنه لو لم يعترف بالحوالة واعترف بالإذن ولا مثبت للحوالة حتّى أصالة الصحة كما هو المفروض فالقول قول المحال عليه والمدعي هو المحيل كما تقدم في الصورة الأولى من المقام الثاني. وأما لو اعترف بالحوالة، فاعترافه بالحوالة بمقتضى الظهور يكون محققاً لتحقق الحوالة في الخارج فيشك في صحتها وفسادها فتجري كما تجري لو ثبتت الحوالة بالبينة أو بالعلم الوجداني وشك في صحتها وفسادها بلا فرق أصلاً فيكون المدعي هو المحال عليه والمحيل هو المنكر عكس الأوّل فهنا جريان أصالة الصحة متوقف على اعترافه المحقق لعقد الحوالة في الخارج بمقتضى الظهور الذي يعترف به السيد الأستاذ فيما يأتي قريباً.

(١) هذا ما ذكره السيد الأستاذ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في الدرس ذكرناه على طوله، ومع ذلك لم يكن واضحاً تمام الوضوح، بل فيه شيء من الإجمال، وقد لخصه مقرر الموسوعة فقال: «لا فرق بين اعتراف المحال عليه بالحوالة وعدمه، إذ العبرة في جريانها إنما هي بثبوت العقد لا اعتراف الخصم به. وعليه فلو ثبتت الحوالة في مورد النزاع بالوجدان أو البينة الشرعية، جرت أصالة الصحة بناءً على تسليم جريانها في أمثال المقام، سواء اعترف المحال عليه بالحوالة أم لم يعترف» موسوعة الإمام الخوئي ٣١: ٥١٦.

ولذا نقول في توضيح الاشكال الثالث الذي اشكله السيد الأستاذ على الماتن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: إن أصالة الصحة إنّما دليلها سيرة المتشركة، وهو دليل لبي يقتصر فيه على المتيقن، والمتيقن من سيرة المتشركة إنّما هو فيما لو أحرز وجود العقد وشك في صحته وفساده، وأما لو لم يحرز وجود العقد فلا يمكن جريان أصالة الصحة.

وأحد هذه الموارد التي لم يحرز فيها تحقق العقد ما لو شك في وكالة البائع للبيع فباع،

❦ وشك في صحة عقد بيعه وعدم صحته ، فلا يمكن جريان أصالة الصحة والحكم بصحة البيع للشك في أهلية البائع للبيع ، فالشك في أصل تحقق العقد ، وليس الشك في صحته وفساده بعد تحققه حتى تجري أصالة الصحة .

ومنها : ما إذا اختلفا في العقد الواقع هل هو عقد بيع أو اجارة ، فلا يمكن الحكم بصحة كونه بيعاً أو اجارة ، إذ إن نفس عقد البيع أو الإجارة مشكوك تحققه ، لا صحته حتى تجري أصالة الصحة .

ومنها : لو شك في أن الثمن مما له مالية شرعاً كالخل أو لا كالخمر ، فلا يمكن الحكم بالصحة واثبات أن الثمن خل ، إذ لم يعلم تحقق أصل البيع .

ومنها : ما لو شك في كون العين المبيعة مما هي قابلة للبيع أو لا كما لو كانت العين وقفاً وشك في وجود المجوز للبيع وعدمه فبيعت ، فلا يمكن الحكم بصحة هذا البيع ، إذ لم يعلم أن أصل عقد البيع متحقق في المقام ويشك في صحته أو فساده حتى تجري أصالة الصحة ، وشرط جريان أصالة الصحة العلم بتحقق عقد البيع ، أو أي شيء يراد جريان أصالة الصحة فيه ، سواء كان فعلاً ، أم عقداً كبيع ، أم ايقاعاً كطلاق أم غيرهما ، وهنا لم يعلم تحققه .

ولذا نقول توضيحاً لكلام السيد الأستاذ رحمته الله في المقام وهو الحوالة : إنه إن أحرز وقوع عقد الحوالة ، وشك في صحتها أو فسادهما جرت فيه أصالة الصحة وحكم بصحته وليس أحد طرق وقوع وتحقق عقد الحوالة هو اعتراف المحال عليه بها ، ولا أن بعدم اعترافه بالحوالة أو انكاره لها يعلم عدم تحقق عقد الحوالة ، فلو فرض أنه لم يعترف إلا أنه علم بتحقق عقد الحوالة خارجاً بالوجدان أو بقيام البيّنة عليه ، وأن زيدا أحال دائنه على المحال عليه وقبل المحال عليه وأدنى ، والحال إن المحال عليه منكر للحوالة وغيره معترف بها ، مع ذلك تجري أصالة الصحة إذا شك في صحة الحوالة ، لأن أصالة الصحة تابعة لتحقيق أصل وقوع العقد في الخارج ، فمع وقوع عقد الحوالة خارجاً وحصول العلم الوجداني به أو قيام البيّنة عليه ، لا فرق بين اعترافه به أو عدم اعترافه ، فليفرض أنه لم يعترف بالحوالة مع ذلك يحكم بصحتها ، فلا وجه للتفصيل الذي فصله الماتن رحمته الله بين اعتراف المحال عليه بالحوالة فتجري أصالة الصحة

إِلَّا أَنَّ الَّذِي يَهْوَنُ الْخُطْبَ أَنْ أَصَالَةَ الصَّحَّةِ فِي أَمْثَالِ الْمَقَامِ فِي نَفْسِهَا غَيْرَ جَارِيَةٍ ، وَلَا يَتَرْتَبُ عَلَيَّ أَصَالَةَ الصَّحَّةِ اشْتِغَالَ ذِمَّةِ الْمَحَالِّ عَلَيْهِ ، وَأَنَّهُ لَيْسَ لَهُ أَنْ يَرْجِعَ عَلَيَّ الْمَحِيلَ ، وَذَلِكَ لِأَنَّ ذِكْرَنَا فِي الْأُصُولِ^(١) أَنَّ أَصَالَةَ الصَّحَّةِ لَمْ تَثْبُتْ بِدَلِيلٍ لَفْظِيٍّ مِنْ كِتَابٍ أَوْ سُنَّةٍ ، وَإِنَّمَا ثَبَّتَتْ بِسِيرَةِ الْمُتَشَرِّعِ^(٢) ، نَظِيرَ قَاعِدَةِ الْفَرَاغِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى أَعْمَالِ نَفْسِ الشَّخْصِ ، وَأَنَّ الْعَمَلَ الصَّادِرَ مِنْ

٥ وبين عدم اعترافه أو انكاره فلا تجري أصالة الصحة ، إذ إن باعترافه لا يحرز تحقق عقد الحوالة حتى يكون الشك في صحتها حتى تجري أصالة الصحة . ومن هنا ينتقل السيد الأستاذ^{عليه السلام} إلى عدم صحة اجراء أصالة الصحة في المقام ويقول : إن الذي يهون الخطب أن أصالة الصحة في نفسها غير جارية في المقام . لعدم العلم بتحقق عقد الحوالة ، وإن اعترف به المحال عليه ، وشرط جريان أصالة الصحة احراز تحقق العقد .

ولكن أقول : مقتضى ما سيذكره السيد الأستاذ^{عليه السلام} بعد صفحات والذي هو حجج ظهور كلامه باعترافه بالحوالة يتضح جلياً أن اعترافه بالحوالة أحد طرق تحقق الحوالة في الخارج فكما تتحقق الحوالة بالعلم الوجداني أو بالبينة تتحقق ويحرز تحقق عقد الحوالة باعترافه بالحوالة بمقتضى ظهور كلامه وبعد تحقق العقد في الخارج أي بعد تحقق ركني عقد الحوالة والشك في صحتها وفسادها ، فجريان أصالة الصحة لا يعدوا المتيقن من سيرة المتشرعة فتجري فالصحيح هو ما يقوله الماتن^{عليه السلام} . ومن ذلك يتبين أن قول السيد الأستاذ الآتي «إلا أن الذي يهون الخطب أن أصالة الصحة في امثال المقام في نفسها غير جارية...» غير صحيح .

(١) موسوعة الإمام الخوئي ٤٨ : ٣٩١ .

(٢) الذي عبّر به السيد الأستاذ^{عليه السلام} في الدرس هي (سيرة المتشرعة) ، وكذا هو الموجود في مبحث أصالة الصحة في مباحثه الأصولية^{عليه السلام} ، فإنه قال في محله : «الرابع : دعوى السيرة القطعية من جميع المسلمين المتدينين على ترتيب آثار الصحة على أعمال الناس من العبادات والمعاملات والعقود والايقاعات ، ولذا لا يقدم أحد على تزويج امرأة لاحتمال كون العقد الواقع بينها وبين زوجها باطلاً ، وهذه السيرة متصلة بزمان المعصومين^{عليهم السلام} ولم يردع عنها ، وهذا الدليل هو الدليل التام الوافي في اثبات المقام» موسوعة الإمام الخوئي ٤٨ : ٣٩١ .

شخص عبادة كان أو معاملة إذا شك فيه بعد الفراغ منه أنه وقع صحيحاً أو لا ، يحكم عليه بالصحة «كل ما شككت فيه مما قد مضى فامضه كما هو»^(١) الشيء الذي قد مضى لا يعتنى

و عليه فما هو الموجود في موسوعته في المقام مما نصه : «وذلك لما ذكرناه في مبحث أصالة الصحة من المباحث الأصولية أنها لما لم تكن ثابتة بدليل لفظي ، وإنما الدليل عليها هي السيرة العقلانية القطعية المتصلة بزمان المعصوم عليه السلام من غير ردع ، حيث جرت عاداتهم على الحكم بصحة العقد المشكوك صحته إلخ» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٥١٦ ، والتعبير بسيرة العقلاء بدل سيرة المتشعبة إنما هو من فهم المقررين عليهم السلام وأسكنه فسيح جناته ، وإلا فالذي قاله السيد الأستاذ عليه السلام في الدرس هو سيرة المتشعبة ، والذي قال إنه ذكرناه في المباحث الأصولية هي سيرة المتشعبة أيضاً حسبما عرفت من الجزء ٤٨ : ٣٩١ والعبارة التي نقلناها عنه .

وليس من المعلوم قيام سيرة العقلاء على أصالة الصحة إن لم يعلم عدم قيامها ، ولذا نرى أن العقلاء مثلاً لو شكوا في صحة عقد زواج عندهم بل لو علموا بتحقيقه مع ذلك لا يتورعون من الزواج بالزوجة وينجبون منها أولاداً ، ويسمى عندهم بـ (ماي فرين) - إن لم يأتوا بعنوان الفجور - فإنه غير مستنكر عندهم ، وكذا لا يترددون في شراء شيء قد بيع وشك في صحته ، يشترونه من مالكة الأول ما لم يكن ذلك ممنوعاً قانوناً فيمتنعون منه لمعاينة القانون لهم ، ولا يجرون أصالة الصحة وعدم صحته شرائه من بائعه مرة أخرى وهكذا وهكذا . بينما المتشعبة لا شك لا يقدمون على الزواج بامرأة قد تزوجت وشك في صحة زواجها أبداً ، وما ذلك إلا لبنائهم على صحة الزواج لأصالة الصحة وكذا لا يشترون ما بيع وشك في صحة البيع لأصالة الصحة أيضاً ، وهذه سيرتهم متصلة بزمان المعصومين عليهم السلام ، ولم يردعوا عنها (سلام الله عليهم) ، فالقول بأن الدليل على أصالة الصحة سيرة العقلاء كما عن بعض والأصرار عليه ويستشهدون على ذلك بما ذكر في الموسوعة من مثل المقام من التعبير الذي قد عرفت أنه من المقرر لا من السيد الأستاذ عليه السلام على ذلك في غاية الضعف ومبتنى على أساس هار .

(١) الوسائل ذات العشرين جزءاً ج ٥ : ٣٣٦ باب ٢٣ من أبواب الخلل ح ٣ ، الوسائل ذات الثلاثين جزءاً ج ٨ : ٢٣٧ باب ٢٣ من أبواب الخلل ح ٣ .

بالشك فيه ، بل يمضى كما هو ، وقاعدة الصحة عين هذه القاعدة لكن في عمل الغير ، إذا شك في عمل صدر من غيره أنه صحيح أو غير صحيح من عبادة أو غيرها كاستئجار أحد للصلاة فصلى الأجير وشك المستأجر أنه صحيح أو فاسد يحمل على الصحة ، وكذا لو وكله في طلاق زوجته فطلقها وشك في أن الطلاق كان صحيحاً أو فاسداً وباطلاً يحمل على الصحة ، إلى غير ذلك . وهذه القاعدة الثابتة بسيرة المشترة المتصلة بزمان المعصومين عليهم السلام بما أنها لم تثبت بدليل لفظي له اطلاق كي يتمسك باطلاقه ، فلا يمكن التعدي إلى غير المورد المتيقن ، والمتيقن من هذه القاعدة هو ما إذا كانت الأركان متحققة ، وكان الشك في الصحة من جهة الشك في بعض الشروط أو الموانع الشرعية ، وأما إذا كان الشك في الأركان فلا يمكن التمسك بأصالة الصحة ولم يثبت هذا الأصل في ذلك ، فإذا فرضنا أن زيدا باع مال عمرو بادعاء أنه وكيل عنه ، لا يحكم عليه بالصحة لأصالة الصحة ، للشك في سلطته على هذا البيع ، بل لا بد له من اثبات الوكالة ، وكذا لو باع زيد داره من عمرو فادعى أحدهما أن الثمن مما لا مال له شرعاً كالخمر والآخر أن الثمن مما له مال كالثمن ، لا يمكن الحكم بالصحة لأصالة الصحة وإثبات أن الثمن خل لا خمر . ومقامنا من هذا القبيل ، فإنه إذا شك في محل الكلام في أنه هل للمحيل أن يحيل دينه على هذا الشخص باعتبار أنه يطلبه أو لا باعتبار أنه بريء^(١) ، لا يمكن الحكم بصحة الحوالة لأصالة

(١) ولذا تقدم منّا في المسألة ٥ الرقم العام [٣٦٢٠] التي استدلت الشهيد عليه السلام على صحة الحوالة على البريء الذي ذكرنا أنه قد يعد دليلاً خامساً على صحة الحوالة على البريء وهو : الحكم بصحتها لأصالة الصحة حيث ذكرنا في الجواب عنه أن الاستدلال بأصالة الصحة على صحة الحوالة على البريء غير ممكن للشك بعد وقوعها في وقوع عقد يشك في صحته وفساده . والمتيقن من جريانها ما لو علم بتحقيق حوالة يشك في صحتها وفسادها لا ما إذا شك في أصل تحقق الحوالة . نعم ذكرنا عدة أدلة على صحة الحوالة على البريء . لكن محل البحث في المقام إنما هو بناء على عدم صحة الحوالة على البريء الذي هو المقام الثاني . ولكن هذا الذي

الصحة واثبات أن الحوالة كانت على مشغول الذمة، إذ لم يثبت ذلك عند المشرعة. وإن اعترف المحال عليه بالحوالة^(١).

ومع هذا كله ما ذكره الماتن رحمته من أنه إذا اعترف المحال عليه بالحوالة حكم باشتغال ذمته للمحيل صحيح، لكن لا لأصالة الصحة لعدم جريان أصالة الصحة، ولو جرت فلا تختص بمورد الاعتراف، بل لوجه آخر.

هو أن الاعتراف إخبار وغالباً يكون باللفظ، والإخبار وما يقوم مقامه في عنوان الإخبار كالبينة أو إخبار ذي اليد أو مطلق الثقة حيث إنها كما تكون حجة في مداليلها المطابقية تكون حجة في مداليلها الالتزامية كما بيناه، والفرق بين الأصول والأمارات من الألفاظ وبين الإخبار وما يقوم مقامه من الألفاظ هو أن الأصول والأمارات لا دليل على حجيتها لوازمها، بخلاف الإخبار وما يقوم مقامه من الألفاظ، فإنه حجة في لوازمه وفي مدلوله الالتزامي، والاعتراف إخبار فيكون حجة في لوازمه وهي اشتغال ذمة المعترف وهو المحال عليه في المقام للمحيل.

وتوضيح ذلك: أننا ذكرنا في الأصول^(٢) المثبتة من الاستصحاب أن المشهور فصل في حجية اللوازم بين الإمارات والأصول والتزم بحجية لوازم الإمارات دون لوازم الأصول. إلا أنه لا يمكن

ذكرناه هناك إنما هو مع عدم اعتراف المحال عليه بالحوالة والمقام إنما هو مع اعتراف المحال عليه بالحوالة المحقق لتحقق عقد الحوالة له في الخارج ويشك في صحته وفساده فتجري أصالة الصحة، فما يقوله السيد الأستاذ من عدم جريانه أصالة الصحة غير ما هو المفروض في المقام.

(١) كيف «وإن اعترف المحال عليه بالحوالة» فإن اعترافه أليس له ظهور كاف في تحقق عقد الحوالة والذي يقول به السيد الأستاذ رحمته في آخر هذا البحث بل يقول إن له ظهوراً في تحقق الحوالة والمحقق هو الحوالة الصحيحة لا التي يشك فيها أي في صحتها فكيف يلتزم هذان الكلامان؟!

(٢) وفقاً للشيخ صاحب الجواهر رحمته ٢٦: ١٧٢ - ١٧٣.

(٣) موسوعة الإمام الخوئي ٤٨: ١٨٣ - ١٨٤.

المساعدة عليه ولا اثباته بدليل ، فكما لا تثبت اللوازم في الاستصحاب لأن التعبد الشرعي إنمّا هو في ثبوت نفس الموضوع لا بالنسبة إلى لوازمه^(١) ، لا تثبت هذه اللزوم في الامارات أيضاً ، لأن الأمانة أيضاً إنمّا تتكفل اثبات الموضوع التي قامت على ثبوته لا على لازمه ، ومن مصاديق ذلك عدم جواز الدخول في الصلاة بالظن بالقبلة ، فإن الظن بالقبلة معتبر شرعاً^(٢) بلا خلاف ، فإذا قام على أنّها «القبلة» في جهة معيّنة جاز الصلاة إلى تلك الجهة ، ولكن لا يثبت بذلك لازمه الذي هو دخول الوقت لو تجاوزت الشمس عن سمت الرأس عن الجهة التي يظن كونها القبلة عند الجهل بها ، فإذا شك في دخول الوقت بتجاوز الشمس عن سمت الرأس في الجهة التي توجه إليها لا يجوز له الشروع في الصلاة ما لم يثبت دخول الوقت بوجه شرعي ، والكبرى الكلية هي كل ما دلّ التعبد الشرعي على ثبوته من الموضوعات يثبت حكمه ، وكل ما لم يثبت لا يثبت حكمه ، بلا فرق بين الأمارات والأصول^(٣) ، واستثنينا من ذلك خصوص ما لو كان ثبوت الشيء في الأمارات بالإخبار وإن كان غالباً باللفظ وما يقوم مقامه في عنوان الاخبار كالبيّنة أو إخبار ذي اليد أو مطلق الثقة حيث تثبت لوازم ذلك الشيء أيضاً ، فلو اخبرت البيّنة على أن القبلة إلى هذه الجهة ثبت دخول الوقت أيضاً لو تجاوزت الشمس عن سمت الرأس إلى الجهة التي قامت عليها البيّنة ، والوجه في ذلك أن دليل حجية البيّنة أو مطلق اخبار الثقة أو ذي اليد لا يختص بالدلالات المطابقة ، بل كما أنه حجة فيها حجة في المداليل الالتزامية أيضاً ، فعند اخبار البيّنة عن جهة القبلة فبنفسها تخبر عن أن الشمس إذا تجاوزتها دخل الوقت ، لأن الإخبار عن الملزوم إخبار عن اللازم وهكذا في بقية الموارد .

وعلى هذا يتضح صحّة ما ذكره الماتن رحمته من أن المحال عليه إذا أخبر بتحقيق الحوالة

(١) ومن هنا يقال إن الأصل المثبت الذي هو اللازم العقلي للاستصحاب ليس بحجة لأن الدليل دل على حجية الاستصحاب بالنسبة إلى موضوعه لا بالنسبة إلى لازمه .

(٢) وهو أمانة لا بد من اتباعه عند عدم العلم بجهة القبلة .

(٣) فكما أن الأصل المثبت الذي هو اللازم العقلي للاستصحاب ليس بحجة كذلك لازم الامارة أيضاً ليس بحجة .

خارجاً، وفرضنا أن الحوالة متقومة باشتغال ذمة المحال عليه - وآلاً لم تكن حوالة بل صورة حوالة - ثبت بذلك لازمه، لأن الاخبار عن الحوالة اخبار عن الحوالة الواقعية، وهي المتقومة باشتغال ذمة المحال عليه للمحيل، فيكون اعترافه حجة في اللازم وهو اشتغال ذمته بالدلالة الالتزامية، ومع ذلك ليس له الرجوع إلى المحيل ومطالبته، كما هو الحال في بقية الاعترافات، فلو اعترف بالبيع ثم قال إن الثمن كان خمراً، حكم بالبيع وعدم سماع قوله أن الثمن كان خمراً، لأن اخباره بتحقيق البيع اخبار عن البيع الواقعي لا صورة البيع وهو المتقوم بكون الثمن مما يملك شرعاً لا أنه هو الخمر^(١).

(١) وعليه فيقال في المقام إن اعتراف المحال عليه بتحقيق الحوالة خارجاً، والحوالة بلا شك في هذا المقام الثاني متقومة باشتغال ذمة المحال عليه لأن المفروض في هذا المقام الثاني هو عدم صحة الحوالة على البريء فالاعتراف بالحوالة من المحال عليه اعتراف بلازم الحوالة بمقتضى الدلالة الالتزامية وهو اشتغال ذمته للمحيل واعترافه للعتلاء على أنفسهم وهو حجة بلا كلام وأما ادعاؤه أن الحوالة فاسدة لأنه بريء الذمة فهو كادعائه كون ثمن المبيع خمراً لا يسمع بعد إخباره بتحقيق الحوالة كما كانت دعواه أن الثمن خمراً لا تسمع بعد إخباره بتحقيق البيع الذي يكون بين شيئين لهما المالية شرعاً الذي هو واقع البيع لا صورة البيع والإخبار عن البيع إنما يكون عن واقع البيع لا عن صورته، والإخبار عن الحوالة إنما يكون عن واقع لا صورته. ثم إن هذا يمكن أن يكون هو المستفاد من كلام الشيخ صاحب الجواهر رحمته حيث قال: «ضرورة كون الاعتراف بها اعترافاً بشغل الذمة» الجواهر ٢٦: ١٧٢. حيث إن الاعتراف بإخبار فيكون دالاً بالدلالة الالتزامية على اشتغال ذمته بها.

ولكن يبقى شيء واحد: وهو أن المخبر إنما يدل كلامه بالدلتين المطابقيه والالتزامية فيما لو قصدته ولذا لا يكون كلامه هذا ظاهراً في الدلالة المطابقيه لو كان من غير قصد كما لو غفل واخبر بتحقيق الحوالة وكان قصده الاخبار عن تحقق البيع مثلاً، فلا يكون الاخبار من غير قصد دالاً على تحقق الحوالة. وكذا لا بد وأن يكون له قصد إلى الاخبار عن الدلالة الالتزامية لتحقق

إلا أن هذا الذي ذكرنا يتم في الجملة لا على الإطلاق كما نهينا عليه في البحث عن الأصل المثبت ، لأنه إنما يتم مع التفات المخبر إلى الملازمة ، حيث يكون إخباره هنا عن الملزوم إخباراً عن اللازم ، فإذا اعترف بملزوم وكان له لازم وكان ملتفتاً إلى الملازمة ، فهذا اعتراف منه باللازم أيضاً . وأما لو لم يكن المخبر ملتفتاً إلى الملازمة ، بل ربما يعتقد عدم الملازمة كما نبينه إن شاء الله ، فلا يكون إخباره عن الملزوم إخباراً عن اللازم ، لأن الإخبار أمر قصدي ، فإذا لم يكن المخبر قاصداً للإخبار عن اللازم لعدم الالتفات إلى الملازمة بينهما أو لاعتقاد عدمها لا يكون له قصد إلى اللازم ، فلا يكون حينئذٍ مخبراً عنه ، ولوضوح هذا في نفسه ذكرنا أن من أنكر ضرورياً من ضروريات الإسلام إذا لم يكن ملتفتاً إلى أنه ضروري ، لا يكون هذا الإنكار موجِباً لكفره ، لأنه غير ملتفت إلى الملازمة بينه وبين تكذيب النبي ﷺ^(١) .

إلا أنه مع ذلك يكون اللازم في المقام وهو كون المحال عليه مشغول الذمة حجة من باب الالتزام بحجية الظهور في الدلالة الالتزامية كما هو حجة في الدلالة المطابقية ، إذ كما أن العقلاء

﴿ الحوالة وهو متوقف على التفات إلى الدلالة الالتزامية فلو لم يكن ملتفتاً إلى الدلالة الالتزامية لإخباره بتحقيق الحوالة أو كان معتقداً بعدمها فلا يكون لإخباره ظهور في الدلالة الالتزامية وعلى شغل ذمته للمحيل . ولذا قال السيد الأستاذ رحمته الله في الشرح أعلاه : «إلا أن هذا الذي ذكرنا يتم في الجملة لا على الإطلاق» .

(١) أقول : تكملة لمطلب السيد الأستاذ رحمته الله : فلو كان اعتراف المحال عليه وإخباره بتحقيق الحوالة إنما هو لاعتقاده صحة الحوالة على البريء ، أو لم يكن ملتفتاً إلى عدم صحتها على البريء ، وإلى أن لازم قوله ذلك اشتغال ذمته بها ، لا يكون إخباره عن تحقق الحوالة مثبتاً للزومه وهو اشتغال ذمته بها ، لعدم حجيتها حينئذٍ ، فلا يكون هذا الطريق نافعاً في إثبات شغل ذمة المحال عليه ، لأن المفروض أنه يخبر باعترافه بالحوالة عن ملزوم غير ملتفت إليه ، فلا يكون إخباره حجة ، إلا أنه مع ذلك يكون ملزماً باعترافه ولزوم اشتغال ذمته ، لا لحجية الإخبار ، بل لما يذكره السيد الأستاذ من حجية ظهور كلامه ، وفي الالتزام بحجية ظهور كلامه لنا كلام سيأتي .

يرون حجية الظهور بالنسبة إلى الدلالة المطابقة، وبه يحتج على المتكلم وغيره، يرون حجية الظهور بالنسبة إلى الدلالة الالتزامية أيضاً وإن لم يقصده المتكلم، فيكون هذا داخلاً تحت حجية الظهور، لا تحت عنوان حجية الاخبار، فلو فرض أن البيّنة أخبرت عن ملاقة يد زيد لماء، فقال إن زيدا لاقى هذا الماء وكانت البيّنة لا تعلم بكفر زيد، أو تعتقد اسلامه، فلا يكون اخبارها عن الملاقة اخباراً عن نجاسة الماء لعدم الالتفات إلى الملازمة بين ما لاقاه زيد لهذا الماء ونجاسته أو معتقداً بعدمه لأنه يعتقد إسلام زيد، إلا أنه نحن نعلم بكفر زيد فنحكم بنجاسة الماء وإن لم يخبر بها وحكمنا هذا من باب حجية الظهور أي ظهور كلام القائل بأن زيدا لاقى الماء، إذ إن القول بملاقة زيد للماء كما أنه حجة في مدلوله المطابقي بمقتضى حجية الظهور، حجة في مدلوله الالتزامي وهو نجاسة الماء لذلك أيضاً، فالأخذ بمثبتات الامارات في باب الالفاظ ليس على الاطلاق، بل مقيد بما إذا كان من الظهورات، ففي باب الاخبار الظهور في الدلالة الالتزامية حجة مع الالتفات والقصد إلى الملازمة، وفي غيره الكلام حجة في الدلالة الالتزامية ولو مع عدم القصد، لحجية الظهورات ببناء العقلاء من غير فرق بين الدلالة المطابقة والالتزامية^(١).

(١) أقول على ما ذكره السيد الأستاذ هنا يبقى لنا سؤالين من السيد الأستاذ: وهما أولاً: مع كون الظهور حجة في مدلوليه معاً حتى مع عدم الالتفات إلى الملازمة وعدم القصد إليها لحجية الظهورات ببناء العقلاء، فألسؤال هنا هو أي فرق بين الاعتراف بالحوالة وبين البيّنة حيث تكون البيّنة طريقاً لتحقيق عقد الحوالة في الخارج، فتجري أصالة الصحة لأن شرط جريانها تحقق العقد وهو محقق بالبيّنة فهو أي عقد الحوالة كما لو كان متحققاً بالعلم الوجداني يكون مجرى أصالة الصحة مع الشك في صحته فكذلك يكون متحققاً مع اعترافه بالحوالة مع الشك في صحتها وفسادها يكون مجرى للمتيقن من أصالة الصحة.

وثانياً: أنه على ما ذكره هنا من حجية الظهور لماذا يقول الأستاذ: ممّا يهون الخطب أن أصالة الصحة في نفسها غير جارية في المقام بدعوى الشك في الاركان ومثّل لذلك بما إذا باع زيد مالا من عمرو وبادعاء كونه وكيلاً فإنه لا يحكم عليه بالصحة لأصالة الصحة للشك في

﴿ سلطته على هذا البيع بل لا بد من اثبات الوكالة ، وقال : **فكذا في المقام** إذا شك في أن هل للمحيل أن يحيل دينه على المحال عليه باعتبار أنه يطلبه أو لا باعتبار أنه بريء فلا يمكن الحكم بالصحة لأصالة الصحة واثبات أن الحوالة كانت على مشغول الذمة .

فإنه نقول للسيد الأستاذ إذا كان المفروض أن المحال عليه يعترف بالحوالة واعترافه هذا ظاهر في مدلوله فهل مع هذا يبقى لنا شك في تحقق الأركان ؟ ! وهل يكون هذا كمثال البيع ؟! أم أنه لا شك في تحقق عقد الحوالة وليس المقام من قبيل مثال البيع ، نعم هو من قبيل مثال البيع ولكن مع الاعتراف بالوكالة الذي هو اثبات للوكالة فيكون الحمل على الصحة مع ثبوت الوكالة . فالحمل على الصحة هنا أيضاً من القدر المتيقن الذي يكون مع ثبوت ركني الحوالة فهي حجة وبها يكون قول المحال عليه أن ذمته بريئة خلاف أصالة الصحة فهو مدع على هذا التعريف للمدعي والمنكر ، وعلى التعريف الصحيح للمدعي والمنكر الذي هو أن المدعي هو من يلزم الغير بمال أو حق أو زوجية ونحو ذلك ويطلبه العرف بالاثبات يكون المحال عليه هو الذي يلزم المحيل ببذل ما دفع ويطلبه العرف باثبات ذلك واثبات عدم اشتغال ذمته للمحيل قبل الحوالة ، فإن أثبت فهو وإلا كان القول قول المحيل .

فاتضح بذلك صحة ما ذهب إليه الماتن رحمته من جريان أصالة الصحة .

وقد يقال : مع هذا الظهور للفظ في مدلوله ، لا حاجة إلى أصالة الصحة .

فنقول : ظهور اللفظ في مدلوله إنما يكون فيما إذا كان ظاهراً كذلك عند العرف والعقلاء ، والاعتراف بالحوالة مع قول كل أصحابنا بصحة الحوالة على البريء إلا الشيخ في أحد قوليهِ - حيث وافق الأصحاب في القول الثاني - ظهور الحوالة في مدلولها المطبقي والالتزامي فرضي والفرضي لا يمكن التصديق بظهوره في مدلوله فلم يبق إلا ظهوره في المطبقي وأصالة الصحة يثبت المدلول الالتزامي بناء على بطلان الحوالة على البريء .

ثم إنه قد يقال : إشكالاً على السيد الأستاذ رحمته ، وهو على هذا أي على القول بحجية الظهورات مطلقاً قصد الملازمة أم لا ملتفتاً إليها أم لا ببناء العقلاء يلزم الحكم على من أنكر ضرورياً من ضروريات الإسلام بالكفر ، سواء كان ملتفتاً إلى الملازمة بين انكار الضروري وبين

[٣٦٢٥] «مسألة ١٠»: قد يستفاد من عنوان المسألة السابقة حيث قالوا: «لو أحال عليه فقبل وأدّى» فجعلوا محلّ الخلاف ما إذا كان النزاع بعد الأداء، أنّ حال الحوالة حال الضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلاّ بعد الأداء، فقبله وإن حصل الوفاء بالنسبة إلى المحيل والمحتمل، لكن ذمّة المحيل لا تشتغل للمحال عليه البريء إلاّ بعد الأداء. والأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه^(١)، إذ كما يحصل به الوفاء بالنسبة إلى دين المحيل بمجرد حصوله بالنسبة إلى دين المحال عليه للمحيل إذا كان مديوناً له، وحصول شغل ذمّة المحيل له إذا كان برئياً.

وتفصيل الكلام في مبحث الأصل المثبت.

(١) ذكر الماتن رحمته خلافاً للمشهور أنه بعد تحقق الحوالة وقبول المحال عليه إذا كان برئياً بمجرد ذلك تشتغل ذمّة المحيل للمحال عليه، ولو فرضنا أن المحال عليه لم يؤد ما أحيل به عليه أو لو فرضنا أن الدائن وهو المحتمل أبرأ المحال عليه أو تبرع متبرع بأداء ما على المحال عليه من الدين الذي أحيل به عليه، فإنه على جميع التقادير بمجرد الحوالة والحكم بصحتها

«تكذيب النبي صلّى الله عليه وآله في بعض ما بلغ به عن الله سبحانه وتعالى أم غير ملتفت، كان معتقداً بالملازمة أم معتقداً بعدمها، لأن لكلامه ظهوراً وهو مأخوذ به وحجة له وعليه، فلا فرق بين أن يكون مع الالتفات إلى الملازمة أو لا، وهو خلاف ما ذكره السيد الأستاذ رحمته مراراً وتكراراً، منها: ما ذكره قريباً، ومنها: ما ذكره في كتاب الحج، موسوعة الإمام الخوئي ٢٦: ٤ حيث قال: «فانكار الضروري بنفسه ومستقلاً لا يوجب الكفر ما لم يستلزم تكذيب الرسالة، كما إذا كان الشخص غير عارف باحكام الإسلام ولم يكن ملتفتاً إلى أن أنكاره يستلزم تكذيب النبي صلّى الله عليه وآله فإنكر ضرورياً من ضروريات الدين، فإن مجرد ذلك لا يوجب كفره».

ولكن أقول: على ما ذكره السيد الأستاذ رحمته لا يلزم الحكم على من أنكر ضرورياً من ضروريات الإسلام بالكفر إلاّ إذا كان ملتفتاً إلى الملازمة، لأن الكلام الظاهر إما إنشاء وإما اخبار. والتكذيب اخبار عن مخالفة النبي صلّى الله عليه وآله لبعض ما بلغ به عن الله والإخبار بلا إشكال يعتبر فيه الالتفات إلى الملازمة فمع عدم الالتفات أيضاً لا يكون لكلامه وإنكاره للضروري حجية في مدلوله الالتزامي الذي هو تكذيب النبي صلّى الله عليه وآله في بعض ما بلغ به عن الله سبحانه وتعالى.

تشتغل ذمّة المحيل للمحال عليه البريء كما تشتغل ذمّة المحال عليه للمحتال بلا فرق بينهما ، ولا حاجة في اشتغال ذمّة المحيل للمحال عليه إلى أداء المحال عليه خارجاً ، ولا وجه لما ذكره المشهور من توقف ذلك أي اشتغال ذمّة المحيل للمحال عليه على أداء المحال عليه خارجاً كما كان هو الحال عندهم في الضمان ، فإنه تقدم الكلام في الضمان^(١) ، وقلنا إنه لا يرجع الضامن إلى المضمون عنه ما لم يؤد شيئاً وليس له أن يرجع عليه بأكثر مما أدي . وهذا وإن ذهب إليه المانن عليه السلام في باب الضمان إلا أنه قال لأجل أنه ثبت ذلك في باب الضمان بالنص والإجماع ، فخرج بهما عن مقتضى القاعدة ، وقال : وأما في باب الحوالة فليس هنا نص ولا إجماع ، بل تشتغل ذمّة المحيل بمجرد الحوالة وقبول المحال عليه والحكم بصحتها ، سواء أدي المحال عليه المال أم لم يؤد بل وكذا لو أبرأه المحتال أو تبرع متبرع عن المحال عليه أو وفّاه بالأقل أو صالحه بالأقل ، فله عوض ما أحاله عليه بتمامه مطلقاً إذا كان بريئاً .

وتفصيل الكلام في المقام : أنه قد يفرض أن ذمّة المحال عليه مشغولة بمثل ما أحيل به عليه ، وقد يفرض أنها بريئة .

وعلى الأوّل : لا شك في أنّ ذمّة المحال عليه تشتغل للمحتال ، وينتقل الدين إليه فتبرأ ذمّة المحيل ، وهذا واضح ولا خلاف فيه ولا حاجة فيه ، إلى البيان .

وعلى الثاني : فإذا فرض عدم قبول المحال عليه ، أو قبل ولم نقل بصحة الحوالة على البريء لا اشكال في عدم اشتغال ذمّة المحال عليه للمحتال بشيء ، ولا تبرأ ذمّة المحيل مما هي مشغولة به ، وهذا واضح أيضاً .

وإن قلنا بصحة الحوالة على البريء كما اختاره المانن عليه السلام وهو الصحيح لا شك في اشتغال ذمّة المحال عليه للمحتال بالحوالة بقبوله وبراءة ذمّة المحيل مما كانت مشغولة به ، إلا أنه هل للمحال عليه الرجوع إلى المحيل بمجرد الحوالة ، أو أن ذلك متوقف على الأداء خارجاً .

(١) في المسألة ١٣ [٣٥٨٠] موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٢٦ ٤٢٤ .

المعروف والمشهور هو الثاني أي مشروط بالأداء^(١).

(١) ذكر الشهيد في المسالك ٤ : ٢٢١ : «وفي قوله - يعني : المحقق في الشرائع - : (أدئ ثم طالب) إشارة إلى أن المحال عليه مع براءة ذمته لا يرجع على المحيل إلا مع الأداء ، كالضامن لما تقدم من أن هذا القسم بالضمان أشبه» .

وقال المحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٦٤ «فرع : لا يرجع المحال عليه مع براءة ذمته إلا بعد الأداء ، لأن الحوالة حينئذ في معنى الضمان» .

وكذا في مفتاح الكرامة ١٣ : ٤٠٥ «وليعلم أن المحال عليه إذا كان بريء الذمة لا يرجع على المحيل إلا بعد الأداء ، لأن الحوالة حينئذ في معنى الضمان» .

وقد عرفت عبارة الشرائع التي عبّر فيها المحقق عليه السلام بالأداء ثم طالب .

ونحو ذلك في الجواهر ٢٦ : ١٧٢ .

وظاهر الكل بل صريحهم أن الوجه في عدم الرجوع إلا بعد الأداء كون الحوالة بالضمان أشبه ، فيكون مقتضى ثبوت حكم الضمان هو عدم جواز الرجوع إلا بعد الأداء في الحوالة أيضاً .

وقال السيد الحكيم عليه السلام : «وهو كما ترى فإن هذا النوع من المشابهة لا يقتضي ثبوت حكم الضمان من دون دليل وما أكثر المتشابهات بين العقود مع أن لكل واحد منهما حكمه لا يتعدى منه إلى غيره مما يشابهه ، فإن الهبة المعوضة تشبه البيع ، ولا يجري عليها حكم البيع ، وكذا الصلح المعاوضي ، بل عموم المعاوضات ، مع أن لكل حكمه لا يتعدى من إلى غيره فالتعليل بذلك أشبه بتخرجات الشافعية ونحوهم ، ولا يعول عليه في اثبات الحكم الشرعي» المستمسك ١٣ : ٢٣٦ طبعة بيروت .

وقلنا نحن سابقاً في المسألة ٥ [٣٦٢٠] التي هي جواز الحوالة على البريء إن الشبه المذكور والمدعى على قسمين : الأول الشبه الكبير والذي من أجله قالوا بعدم اعتبار قبول المحيل في الثالث مما يعتبر في الحوالة إنما هو فيما إذا تبرع المحال عليه البريء بنقل دين

واختار الماتن رحمته الأول ، وكأنه تمسك في ذلك بعدم تضرر المحال عليه مجاناً ، فإنه لا يعقل اشتغال ذمته بشيء مجاناً ومن دون أن يكون له عوض في ذمة المحيل ، وليس الأداء إلا أداءً لفراغ ذمة المحال عليه ، لا لفراغ ذمة المحيل ، فإن ذمة المحيل فرغت بمجرد الحوالة ، فلا شك يكون الأداء أداءً لما اشتغلت به ذمة المحال عليه ، ولا يعقل اشتغالها بلا عوض حيث إنها بلا عوض ضرر عليه ، وعليه فمقتضى القاعدة اشتغال ذمة المحيل بالمقدار الذي اشتغلت به ذمة المحال عليه ^(١) .

المحتال الذي على المحيل على نفسه وانشأ ذلك ، لا ما إذا أحال المحيل دين المحتال على البريء مع رضاه بذلك ، وقلنا سابقاً في رده بأن هذا واقع ضمان لا حوالة . الثاني الشبه القليل أو البعيد في قبال بالشبه الكبير ، فإن كان المراد بالشبه هو الثاني أي الشبه القليل فهو موجود بين البيع والصلح ، وبين البيع والهبة المعوضة ، وهو لا يجعل الصلح بيعاً ولا الهبة المعوضة بيعاً فالشبه الذي يكون بين الحوالة والضمان لا يجعل الحوالة ضماناً فيثبت لها أحكام الضمان فلا وجه لذكر ذلك في الحوالة . هذا إذا كان مرادهم من الشبه مجرد الشبه ، ولكن سيأتي قوة إرادتهم من الشبه هو في اقتضاء القاعدة عدم الضمان إلا بالأداء الجارية في الضمان والحوالة غاية الأمر خرجنا عنه في الضمان بالاجماع والنص وهو معتبر عمر بن يزيد ولا دليل مخرج لنا عن القاعدة في الحوالة من إجماع أو نص .

(١) ولذا ذكر الماتن رحمته في كتاب الضمان أن «مقتضى القاعدة جواز المطالبة واشتغال ذمته [أي ذمة المضمون عنه] من حين الضمان ، في قبال اشتغال ذمة الضامن سواء أدّى أم لم يؤدّ ، فالحكم المذكور [وهو كون اشتغال ذمة المضمون عنه عند أداء الضامن في الضمان الإذني إنما هو ثابت في الضمان] على خلاف القاعدة بالاجماع وخصوص الخبر...» العروة الوثقى (مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام) ٥ : ٤١٧ ٤١٨ ، موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٤٢٤ ٤٢٥ . فإذا كانت القاعدة في الضمان تقتضي ذلك فهي تقتضي ذلك في الحوالة أيضاً لأن اشتغال ذمة المحال عليه إنما يكون في قبال اشتغال ذمة المحيل سواء أدّى المحال عليه أم لم يؤدّ ، وإنما

«لم يقل الماتن بذلك في الضمان مع اقتضاء القاعدة له لوجود الإجماع ومعتبر عمر بن يزيد المخرجين له عن القاعدة في الضمان. وأما في الحوالة فلم يقم لإجماع ولا نص على خلاف ما تقتضيه القاعدة فلذا تكون القاعدة محكمة.

وتقدم الكلام عليه هناك في الضمان في الواضح ج ١٧ : ٣٩ المسألة ١٣ الرقم العام [٣٥٨٠] وقلنا إن مقتضى القاعدة هو العكس أي أن مقتضى القاعدة هو عدم الاشتغال إلا بالأداء، إذ إن مجرد اشتغال ذمة الضامن لا يقتضي أن يكون في قبالتها اشتغال ذمة بعد ما لم يكن في نفس الاشتغال أي ضرر أو نقص لأمواله، واشتغال ذمته إنما هو برضاه واختياره، وإنما يتضرر الضامن وتنفص أمواله بالأداء، فيستند الضمان حينئذٍ واشتغال ذمة المضمون عنه بالضمان إلى أمره به أو إذنه القائم مقام الأمر، والسيرة العقلانية قائمة على أن من أمر شخصاً بعمل أو بأداء مال أو نحوه فأدئ أو عمل العمل ثبت له في ذمة الأمر بذلك عوضه، فالضمان إنما هو للسيرة، وهي قائمة على أن بالأداء الذي هو الشرط تشتغل ذمة الأمر أو أن الأداء كاشف عن اشتغال ذمة الأمر من حين الأمر لا بمجرد الأمر مع عدم أدائه، إذ لا سيرة ولا تضرر ولا إشغال لذمته إلا برضاه واختياره، وهذا لا يقتضي أن يكون في مقابله شيء أبداً.

وتقدم أيضاً أن دعوى استلزام اشتغال ذمة الضامن وتضرره بهذا الاشتغال إذ يجب عليه الأداء، بخلاف ما لو لم تكن مشغولة حيث لا يجب عليه الأداء، فهذا التضرر يشمله حديث «لا ضرر».

دعوى غير صحيحة، لما عرفت مراراً وتكراراً من أن حديث لا ضرر لا يشمل موارد الاقدام على الضرر كضمان الضامن في المقام.

على أن حديث لا ضرر لا يرفع إلا الحكم الضروري، لا أنه يثبت حكماً به يتدارك الضرر والقول باشتغال ذمة المضمون عنه بذلك لذلك حكم به يتدارك الضرر، وهذا ليس من مدلول حديث الرفع ولا من مقتضياته.

وعليه: فقول المشهور في عدم الاشتغال إلا بأداء المحال عليه بقولهم لأن الحوالة في معنى الضمان أو بالضمان اشبه إنما هو من جهة القاعدة التي إنما تقتضي الاشتغال بالأداء وبمقدار بما

ولكن لا يمكن اثبات ذلك بأي دليل ، فإن اشتغال الذمة يحتاج إلى دليل ، ومجرد عدم اشتغال ذمة المحال عليه بشيء بلاعوض لا يوجب مجرد ذلك الحكم باشتغال ذمة المحيل ، فإنه لا يترتب على اشتغال ذمة المحال عليه أي ضرر وأي نقص مالي بالنسبة إليه ما لم يؤدّ خارجاً . نعم ، يتضرر وينقص ماله إذا أدّى ما عليه من المال خارجاً ، فيكون حينئذٍ الخسران مستنداً إلى أمر المحيل ، فيكون ضامناً بمقتضى السيرة العقلائية ، على ما تقدم من أن كل من أمر بخسارة مالية يوجب ذلك الضمان عليه ، فإذا فرضنا أن المحال عليه أدّى هذا الدين في الخارج أي دين نفسه فقد خسروورد الضرر على ماله ، واستند هذا الخسران والضرر إلى أمر المحيل فيرجع عليه على القاعدة ، وأما لو لم يؤدّ ولم يخسر ، فليس هنا سيرة عقلائية على ثبوت الضمان بالأمر ما لم تترتب على الأمور الخسارة خارجاً ، ومجرد اشتغال ذمته لا يكون موجباً للضرر ولا للضمان بعد ما كان برضاه واختياره .

وبعبارة أخرى: اشتغال ذمة المحيل لا بدّ له من دليل وسبب ، ولا سبب قبل الأداء^(١) ، أي

« أدّى في الضمان فتقتضي ذلك في الحوالة أيضاً لأنّ المأمور بالضمان من قبل المضمون عنه أو المأمور بالحوالة من قبل المحيل إنما يتضرر وتنقص أمواله نتيجة لأمر الأمر إنّما هو بالأداء في الضمان أو الحوالة وبمقدار ما أدّى فيضمن الأمر ذلك للسيرة العقلائية القائمة على ذلك حين أمر الأمر بشيء متعلق بالماليات أو بعمل ذي مالية ، وإنّما يكون هذا الأمر مقتضياً للضمان بالسيرة إذا أدّى فالأداء شرط أو كاشف عن الاشتغال حين الأمر وليس مرادهم أن الشبه بين الحوالة والضمان هو الدليل على هذا الحكم حتّى يكون أشبه بتخريجات الشافعية ، بل مرادهم من الشبه بين الحوالة والضمان وكون الحوالة في معنى الضمان متبطن لكبرى كلية وهي أن الضمان والحوالة في اقتضاء القاعدة الاشتغال بشرط الأداء واحد ، ويقوي إرادتهم ذلك وضوح أن الشبه بمفرده لا يقتضي ذلك ، وبعيد أن يصدر من هؤلاء العظماء ذلك ، فلا بدّ وأن يكون مرادهم ذلك .

(١) في هذا ردّ على ما ذكره السيد الحكيم رحمته الله حيث قال تعليقياً على قول الماتن «والأقوى

« حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد قبول المحال عليه ، إذ كما يحصل الوفاء به ... »
 إلخ ما نصه : « يعني كما يحصل بالقبول وفاء ذمّة المحيل يحصل اشتغال ذمّة المحيل به ،
 فيحصل التهاثر إذا كان له دين على المحال عليه ، أو يستقر في ذمته إذا كان المحال عليه
 بريئاً ، لما قد عرفت من أن من أسباب الضمان عرفاً استيفاء مال الغير ، والمحيل هنا قد استوفى
 مال المحال عليه باشتغال ذمته لافراغ ذمّة نفسه . لكن في حاشية بعض الأعظم أن ما ذكر هو
 الصحيح . وكذا في كتاب الضمان ، بدعوى أن استيفاء مال الغير الموجب لزمانه إنما يحصل
 بالأداء لا بمجرد الاشتغال ، وقد ذكرنا هناك الاشكال فيه ، وأن الأداء إنما يكون لمصلحة
 المحال عليه ، لا لمصلحة المحيل ، فان مصلحة المحيل حصلت بمجرد الحوالة ، وبها فراغ
 ذمته وصلاحي حاله ، والأداء له دخل في فراغ ذمّة المحال عليه ، ولا يرتبط بالمحيل حتى يكون
 استيفاءً له من المحيل ... » المستمسك ١٣ : ٤٠٤ أو (٢٣٦ طبعة بيروت) . والمراد من بعض
 الأعظم الشيخ ضياء الدين العراقي ، (العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام) ٥ :
 ٤٦٧ فإن نص تعليقه على قول الماتن « والأقوى حصول الشغل بالنسبة إلى المحيل بمجرد
 قبول المحال عليه » هي : « قد تقدم ما فيه في نظيره في باب الضمان » والمتقدم منه في باب
 الضمان هو ما نصه : « بل مع احتمال كون منشأ الرجوع وقوع الخسارة في ماله فعلاً مقتضى
 الأصل عدم الرجوع إلا بعد الأداء إذ مجرد اشتغال الذمّة غير موجب لورود الخسارة الفعلية
 عليه كما لا يخفى » العروة الوثقى مع تعليقات عدّة من الفقهاء العظام ٥ : ٤١٧ .

وما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله إنما هو الردّ على ما اختاره السيد الحكيم رحمته الله .

فإن السيرة العقلانية القائمة على الضمان إنما يختص قيامها بما إذا كان الخسران مستنداً
 إلى أمر المحيل ، والخسران إنما يعقل تحققه بالأداء لا بمجرد الاشتغال ، فصَحّ القول حينئذٍ
 بأن استيفاء مال الغير الموجب لزمانه - لا مطلقاً - إنما يحصل بالأداء لا بمجرد الاشتغال ولا
 استيفاء قبل الأداء فلا مقتضى للضمان ، بل الضمان إنما ينشأ إمامن الأمر المستتبع للأداء أو من
 الضمان المصطلح أو من الضمان بمعنى التعهد على ما تقدم في عدة موارد منها ما ذكرناه في
 الضمان مكرراً ، وطبعاً هذا غير الضمان بالاتلاف ونحوه نعم لو كانت الحوالة أداءً للدين كانت

إما معاوضة قبل الأداء وليست متحققة في المقام ، وإما دليل لفظي أو سيرة عقلانية تكون دليلاً على الضمان ، وشيء منهما غير موجود في المقام ، فإذا لم يكن دليل على الضمان فينحصر الضمان بما إذا أدى في الخارج ، فيثبت الضمان حينئذٍ بالسيرة العقلانية ، وأما في غير ذلك فلا .

فالصحيح ما ذكره المشهور من أن المحال عليه إذا أدى خارجاً يرجع على المحيل بمثل ما أدى ، وأما إذا لم يؤد فليس له أن يرجع إلى المحيل ولا تشتغل ذمة المحيل بشيء لو لم يؤد في

« استيفاءً والحال إن الحوالة المشرعة من الشارع المقدس إنما هي نقل للدين والاستفاء إنما يكون بعدها إن كان هناك استيفاء ، فليست الحوالة أداءً حتى تكون استيفاءً فلا يصح تعليل السيد الحكيم عليه السلام «والمحيل هنا استوفى مال المحال عليه باستيفاء ذمته لافراغ ذمة نفسه» .

وأما الاشكال على صدر كلام السيد الحكيم عليه السلام الذي هو «يعني كما يحصل بالقبول وفاء ذمة المحيل يحصل اشتغال ذمة المحيل به ، فيحصل التهاثر إذا كان له دين على المحال عليه» فقد عرفت في أول الحوالة أن الحوالة على مشغول الذمة إنما هي معاملة بين الدينين الذين الذي للمحتال على المحيل والدين الذي للمحيل على المحال عليه فيتبدل هذا الدين بذلك الدين لا غير ذلك ، أي لا أنه بالقبول يحصل وفاء ذمة المحيل ويحصل به اشتغال ذمة المحيل للمحال عليه فيتهاثران فإنه ليس في الحوالة معاملة بين المحيل والمحال عليه ، فإن المحال عليه المشغول الذمة للمحيل أجنبى عن الحوالة بالمرّة **فأي معنى للقول** : بالقبول يحصل وفاء ذمة المحيل ويحصل اشتغال ذمة المحيل به للمحال عليه فيحصل التهاثر ؟ !

ومن فساد ذلك يتوضح أكثر فساد قوله عليه السلام في الحوالة على بريء الذمة : «أو يستقر في ذمته إذا كان المحال عليه بريئاً» طبعاً الاستقرار المدعى إنما هو لدعوى وجود معاملة بين المحيل والمحال عليه ، والحال إن الحوالة إنما هي معاملة بين المحيل والمحتال ، لا بين المحيل والمحال عليه . نعم بين المحيل والمحال عليه أمر : المحيل أمر والمحال عليه مأمور ، والأمر شيء متعلق بالماليات أو بعمل له مالية كما لو قلت للحمال احمل معي المتاع إلى المنزل مقتضى للضمان لقيمة العمل وهو إنما يقتضي ذلك إذا حمل لا أنه يقتضيه حتى لو لم يحمل فلذا يقال إن الضمان إنما يكون بالأداء والخسران ونقص المالية لا بمجرد اشتغال الذمة .

[٣٦٢٦] «مسألة ١١»: إذا أحال السيد بدينه على مكاتبه بمال الكتابة المشروطة أو المطلقة صحَّ^(١) سواء كان قبل حلول النجم أو بعده، لثبوته في ذمته. والقول بعدم صحته قبل الحلول لجواز تعجيز نفسه ضعيف، إذ غاية ما يكون كونه متزلزلاً، فيكون كالحالة

الخارج، فحال الحوالة حال الضمان، وإن كان النص الوارد مختصاً بالضمان، إلا أن الحكم على القاعدة.

(١) إذا كاتب المولى عبده مكاتبه مطلقة أو مشروطة، وبعد تحقق الكتابة واشتغال ذمة العبد للمولى بمال بإزاء المكاتب المؤدية إلى العتق، لو فرض أن المولى مدين لشخص آخر فيمكن أن يحيل المولى دائنة على العبد ويكون العبد هو المشغول الذمة لهذا الدائن فينتقل الدين، من ذمة المولى إلى ذمة العبد، والحكم بصحة هذه الحوالة على القاعدة، لأن أمر المال بيد الدائن للمولى والمدين وهو المولى، فلهما أن يبدلا هذا الدين بمال آخر بالحوالة، أي يبدلاه بالمال الثابت في ذمة العبد برضاهما.

ولكن نسب^(٢) إلى الشيخ^(٣) المنع من ذلك إذا كانت الحوالة قبل حلول النجم كما إذا كان النجم كل ستة أشهر، فإذا كانت الحوالة قبل تحقق الستة أشهر بطلت، ذلك باعتبار أن للعبد تعجيز نفسه فتبطل الكتابة، فيمتنع من تسديد الدين ولا تكون ذمته مشغولة به، فلا تصح هذه

(١) المناسب جماعة منهم المحقق في الشرائع وصاحب الجواهر والشهيد الثاني في المسالك ٤: ٢٢١، قال الشهيد الثاني في المسالك: «لا إشكال في الحوالة بمال الكتابة بعد حلول النجم لثبوته في ذمة المكاتب، وأما قبل الحلول فمنعه الشيخ^(٤) بناءً على جواز تعجيز نفسه، فله أن يمتنع من أدائه. والأقوى الجواز لمنع جواز التعجيز، وعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة لأنها ليست في حكم الأداء، بل في حكم التوكيل بقبضها بكون الحوالة لازمة، وحينئذٍ فلو اعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة».

(٢) في المبسوط ٢: ٢٩٩ قال: «إذا أحال السيد على مكاتبه غريماً له لم تصح الحوالة، لأن مال الكتابة ليس بثابت، فإن المكاتب له اسقاطه متى شاء، وقيل: لأنه ليس له ذمة، وهذا ليس بصحيح لأنه لو اشترى شيئاً بثمن في ذمته من أجنبي صحَّت الحوالة عليه، فليس العلة المانعة من مال الكتابة أنه لا ذمة للمكاتب».

الحوالة .

وما نسب إلى الشيخ باطل من جهتين :

الأولى : أن القول بأن للعبد تعجيز نفسه لم يثبت ، بل ثبت عدمه ، فإن عقد الكتابة كما حرر في محله عقد لازم ليس للمولى ولا للعبد فسخه^(١) ، كما ليس للعبد تعجيز نفسه ، بل يجبر على تحصيل المال بأي وجه أمكن . والشيخ رحمته فرض جواز تعجيز العبد نفسه أمراً مسلماً ، والحال إنه غير مسلم ، بل مسلم العدم فيجب على العبد السعي وليس له تعجيز نفسه .

الثانية : ما ذكره في المتن وهو لو فرض أن للعبد تعجيز نفسه ، فغايته أن يكون هذا كسائر العقود الجائزة ، ويمكن الفسخ فيما بعد ذلك ، كما في البيع الخياري ، فإنه لا يعتبر في صحة الحوالة أن يكون اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل على نحو اللزوم ، بل يمكن أن يكون على نحو الجواز أيضاً ، فلو باع داره من زيد بيعاً خيارياً بالنسبة إلى المشتري أو بالنسبة إلى البائع بحيث يمكن للمشتري أو البائع فسخه ، ولكن قبل الفسخ ذمة المشتري مشغولة للبائع بالمال وهو

(١) قال المحقق في الشرائع : «والكتابة عقد لازم مطلقة كانت أو مشروطة ، وقيل إن كانت مشروطة فهي جائزة من جهة العبد لأن له أن يعجز نفسه : والأول ، أشبه ، ولا نسلم أن للعبد أن يعجز نفسه ، بل يجب عليه السعي ولو امتنع أجبر . وقال الشيخ لا يجبر [المبسوط ٢ : ٣٠٠] وفيه اشكال من حيث اقتضاء عقد الكتابة وجوب السعي فكان الأشبه بالإجبار ، لكن لو عجز كان للمولى الفسخ» الشرائع ٣ : ٦٧٦ .

وقال في الجواهر في شرح ذلك وفي وجه كون الكتابة مطلقاً لازمة : «لأصالة اللزوم الاستفادة من الآية [أي قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾] والاستصحاب [المعبر عنه بأصل اللزوم العملي] وغيرهما مما ذكرناه في محله ، ولا ينافي ذلك جواز الفسخ إذا كانت مشروطة وعجز العبد لما سمعته من الأدلة ، كما لا ينافي لزوم البيع ثبوت الخيار فيه في الجملة» الجواهر ٣٤ : ٢٧٠ .

وقال العلامة في القواعد : «الكتابة عقد لازم من الطرفين إلا إذا كانت مشروطة وعجز العبد» القواعد ٣ : ٢٣٢ لا عجز العبد نفسه ، ولا أن له أن يعجز نفسه .

على المشتري بالثمن في زمان الخيار، واحتمال^(١) عدم اشتغال ذمة العبد لعدم ثبوت ذمة اختيارية له فيكون وجوب الأداء تكليفاً، كما ترى .

الثمن، فإذا كان البائع مديناً لشخص آخر يجوز له أن يحيله على المشتري، وإن كان البيع خيارياً. وبعبارة أوضح: لا يعتبر في الحوالة اشتغال ذمة المحال عليه بالنسبة إلى المحيل اشتغالاً لازماً، بل يجوز أن يكون الاشتغال اشتغالاً جائزاً قابلاً للفسخ، فتصح الحوالة ويكون الدين منتقلاً من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه^(١).

(١) وعلل ما ذهب إليه الشيخ رحمته الله من عدم صحة الحوالة على العبد المكاتب قبل حلول النجم بتعليل آخر، ملخصه أن ذمة العبد غير مشغولة بشيء من المال أصلاً، إذ لا ذمة للعبد اختيارية، ولذا أوجبت الكتابة عليه وجوب الأداء وجوباً تكليفاً فقط، لا اشتغال ذمته للمولى، ويعتبر في صحة الحوالة وانتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه أن تكون ذمة المحال عليه مشغولة، وأما إذا لم تكن مشغولة أي غير قابلة للاشتغال لعدم ذمة له اختيارية فلا معنى لانتقال الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه وهو العبد، إذ لا ذمة للعبد اختيارية حتى تستغل بالكتابة بشيء .

وهذا كما ذكره الماتن رحمته الله كما ترى .

فإنه لا مانع من اشتغال ذمة العبد بشيء كاشتغال ذمة الأحرار، غاية الأمر ما دام عبداً في غير الكتابة يتبع به بعد العتق كما في ضماناته واتلافاته، فأبي مانع من اشتغال ذمة العبد للمولى من جهة عقد المكاتبه؟ ! فتشغل ذمته للمحتال بالحوالة من المولى فينتقل الدين من ذمة المولى إلى ذمة العبد .

ولو صححت دعوى أن ذمة العبد غير قابلة للاشتغال بشيء، لم يفرق في ذلك بين أن تكون

(١) هذا الذي ذكره الماتن ووافق عليه السيد الأستاذ رحمته الله ليس جواباً، لأن الشيخ على فرض كون المكاتبه جائزة إنما يقول بصحة الحوالة إذا لم تنفسخ قبل حلول النجم ولو بقيت إلى حلول النجم . فبلا كلام هو يقول بصحتها، والماتن والسيد الأستاذ هنا يقول بصحتها قبل الفسخ وعدم صحتها بعد الفسخ، فهما متحدان مع الشيخ، وليس في الجواب الثاني رد للشيخ رحمته الله .

(٢) ولكن رده الشيخ ولم يقبله كما عرفت في عبارته المتقدمة .

ثم إن العبد بقبول الحوالة يتحرَّر^(١) لحصول وفاء مال الكتابة بالحوالة ولو لم يحصل الأداء منه ، فإذا أعتقه المولى قبل الأداء بطل عتقه .

الحوالة قبل تحقق النجم أو بعده ، مع أن الشيخ على ما نسب إليه إنما استشكل في صحّة الحوالة قبل تحقق النجم لا بعده^(١) .

(١) ثمّ إنه بعد صحة الحوالة ذكر الماتن رحمته أن العبد بقبوله الحوالة تشتغل ذمّته للمحتال وتبرأ ذمّة المحيل وهو المولى ، فيكون العبد هو المشغول الذمّة ، ويتحرر بذلك باعتبار أنه أدى ما عليه ، لأن المراد بالأداء فراغ ذمّته من دين المولى ، لا الأداء خارجاً ، وقد فرغت ذمّته باعتبار اشتغالها لشخص آخر ، كما إذا فرضنا أن المولى أبرأ ذمّة عبده من الدين ، فكما أن العبد يتحرر بذلك لأن الإبراء بمنزلة الأداء ، كذلك إذا اشتغلت ذمّة العبد لشخص آخر وفرغت من دين المولى يتحرر العبد ، فليس المراد من الأداء الخارج^(٢) بل المراد منه فراغ ذمّة العبد من دين

(١) لقوله «لأن مال الكتابة ليس بثابت ، فإن المكاتب له اسقاطه متى شاء» والذي يصح اسقاطه ما يكون قبل تحقق النجم لا بعده ، لأن ما بعده قد استقر في ذمّته فليس له اسقاطه .

ولكن أقول : إنّما قال الشيخ رحمته ذلك لأن اشتغال الذمّة قبل تحقق النجم متزلزل ، لا لأجل أن العبد لا ذمّة له ، كيف وما بعد تحقق النجم يكون الثبوت في أي شيء ، أليس في ذمّة العبد ، فالتبرع بهذا التعليل للشيخ تبرع لما لا يقبله المتبرع له لسقمه ، خصوصاً وأن الشيخ ردّ هذا التعليل كما عرفت عند نقلنا لعبارته في الهامش المزبور حيث قال : «وقيل لأنه ليس له ذمّة وهذا ليس بصحيح ، لأنه لو اشترى شيئاً بثمن في ذمّته من أجنبي صحت الحوالة عليه ، فليست العلة المانعة من مال الكتابة أنه لا ذمّة للمكاتب» المبسوط ٢ : ٢٩٩ ، طبعة مؤسسة النشر الإسلامي التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة .

(٢) تنبيه : الأداء الخارج^(٢) في المسألة المتقدمة وهي المسألة العاشرة هو الملاك في اشتغال ذمّة المحيل ، فقبل الأداء لا تشتغل ذمّة المحيل فيما إذا كانت الحوالة على البريء ، والأداء الخارج^(٢) في هذه المسألة - وهي المسألة الحادية عشرة - ليس هو الملاك في براءة ذمّة المحال عليه من دين المحيل ، وإنما تبرأ ذمّة المحال عليه من دين المحيل بمجرد الحوالة ، ولا يتوقف ذلك على الأداء الخارج^(٢) لدين المحتال .

المولى وهو متحقق بالحوالة ، فلا موضوع لبقاء المكاتبه كما لا موضوع لعنته بعد ذلك لأنه عتق في غير محله أي عتق للحر فلا أثر له ، وهو معنى فإذا اعتقه قبل الأداء المولى بطل عتقه . وما ذكره صحيح لا غبار عليه ، إلا أنه لا وجه لتقيده بقبول العبد الحوالة ، إذ لا أثر لقبوله بعد فرض أنه مشغول الذمة للمولى ، والحوالة على مشغول الذمة لا تحتاج إلى قبول المحال عليه ، كما هو واضح^(١) .

إلا أن الشهيد الثاني في المسالك^(٢) ناقش في كون العتق عتقاً في غير محله ، وقال إن العبد

﴿ فالأداء الخارجي في المسألة ١٠ هو الملاك في اشتغال ذمة المحيل في الحوالة على البريء .

والأداء الخارجي في المسألة ١١ ليس هو الملاك في براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل على مشغول الذمة له .

فالموضوع في المسألتين مختلف بالنسبة إلى الأداء الخارجي ، ففي العاشرة موضوعه هو اشتغال ذمة المحيل وأنه متوقف على الأداء الخارجي ، وفي الحادية عشرة عدم توقف براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل على الأداء الخارجي ، بل يتحقق بمجرد الحوالة ، والموضوع في المسألتين مختلف بالنسبة إلى كون الحوالة في المسألة العاشرة على البريء ، وفي المسألة الحادية عشرة على مشغول الذمة .

(١) أقول : لم يقل الماتن رحمته «ثم إن العبد بقبوله الحوالة» بل قال «ثم إن العبد بقبول الحوالة» وقبول الحوالة إنما يكون ممن له حق القبول ، وهو في الحوالة من المحتال ، لأنها عقد بين المحيل والمحتال ، والمحال عليه أجنبي عنها ، أو لأنها إيقاع بنظر الماتن رحمته وإن اعتبر رضا المحتال ، وأما رضا المحال عليه فلا شك في عدم اعتباره في الحوالة على مشغول الذمة جزماً حتى عند من يقول إن الحوالة إيقاع . فاشكال السيد الأستاذ رحمته على الماتن رحمته غير وارد .

(٢) قال : «وعلى هذا فلا يعتق العبد بالحوالة لأنها ليست في حكم الأداء ، بل في حكم التوكيل عليه بقبضها ، وإن افترقا بكون الحوالة لازمة ، وحينئذ إذا اعتق السيد المكاتب بطلت الكتابة

وما عن المسالك من عدم حصول الانعتاق قبل الأداء ، لأن الحوالة ليست في حكم الأداء ، بل في حكم التوكيل ، وعلى هذا إذا أعتقه المولى صحّ وبطلت الكتابة ، ولم يسقط عن المكاتب مال الحوالة ، لأنه صار لازماً للمحتال ، ولا يضمن السيد ما يغرمه من مال الحوالة .

لو أعتقه المولى قبل الأداء عتق في محله ، لأنه لم يتحرر العبد بمجرد الحوالة ، وإنما يتحرر بالأداء الخارجي ، فما لم يؤد ما في ذمته بالنسبة إلى المولى وبالنسبة إلى من أحاله عليه وهو دائن المولى ما لم يؤد خارجاً لا يتحرر ، لأن الحوالة بمنزلة التوكيل ، فما دام لم يعمل بوكالته ولم يؤد ما عليه بالنسبة إلى المحتال خارجاً لا يتحرر ، فهو باق على العبودية ، فالعتق في محله وتبطل به المكاتب ، وتبقى ذمة العبد بعد العتق مشغولة للمحتال ، لأنه لزم عليه ذلك بالحوالة واشتغلت ذمته بها ولا موجب لسقوطها ، فهو وإن صار حراً بعتق المولى له وبطلت الكتابة ولا موجب لسقوط ذمته عن اشتغالها ولو أذاه بعد عتقه لم يرجع به على المولى إذ لا وجه لرجوعه عليه ، لأن الحوالة كانت في زمان يطلب المولى عبده فلا يرجع عليه بعد ذلك .

وذكر الماتن رحمته أن ما ذكره الشهيد رحمته باطل من وجوه ، والوجه في ذلك ظاهر .

أما أولاً : فلأن ما ذكره من أن الحوالة بمنزلة التوكيل ولا ينعتق العبد بمجرد الحوالة ما لم يؤد واضح البطلان ، إذ إنه إذا كان توكيلاً فما هو الوجه في براءة ذمة المحيل عن الدين ، وقد سلم الشهيد رحمته صحة الحوالة ، وأن الدين ينتقل من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وهو المكاتب في مفروض الكلام ، فإنه إذا كانت الحوالة بمنزلة التوكيل فكيف تبرأ ذمة السيد ، والمفروض صحة الحوالة ، ولم يناقش الشهيد رحمته في صحتها ، وإنما نسب المناقشة في ذلك إلى الشيخ على ما تقدم وردها .

وأما ثانياً : فعلى تقدير تسليم أن الحوالة بمنزلة التوكيل ، فما هو الوجه في اشتغال ذمة العبد للمحتال لو كان هذا توكيلاً ، فإن الوكالة تبطل بالعتق ، والمفروض أن العبد لم يؤد شيئاً ، أما بطلان الوكالة بالعتق فلأن التوكيل تعلق بالأداء من مال الكتابة والمفروض انتفاؤها ، وأما أن العبد

و لم يسقط عن المكاتب مال الحوالة ، لأن المال صار لازماً له للمحتال ، والبطلان طارٍ ، ولا

فيه نظر من وجوه .

وكأنّ دعواه أنّ الحوالة ليست في حكم الأداء^(١) إنّما هي بالنظر إلى ما مرّ من دعوى توقّف شغل ذمّة المحيل للمحال عليه على الأداء كما في الضمان فهي وإن كان كالأداء بالنسبة إلى المحيل والمحتال ، فبمجردهما يحصل الوفاء وتبرأ ذمّة المحيل ، لكن بالنسبة إلى المحال عليه والمحيل ليس كذلك . وفيه منع التوقّف المذكور كما عرفت ، فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء ، فيتحقّق بها الوفاء .

لم يؤدّ شيئاً فهو المفروض ، فالمكاتبة تبطل ببطلان الوكالة تبعاً ، فلماذا تبقى ذمّة العبد مشغولة للمحتال بعد أن صار العبد حراً ؟ !

وأما ثالثاً : فلو سلم اشتغال ذمّة العبد للمحتال فمع فرض الأداء فمنشأ الأداء إنّما هو حوالة السيد ، فهو من قبيل الحوالة على البريء ، لأنه لم تكن ذمّة العبد مشغولة بالمال ، إذ المفروض ببطلان الكتابة ، فلا وجه لعدم رجوع العبد مع كون الخسارة خسارة مالية ومستندة إلى أمر المولى ، فكيف يقال إنّ السيد لا يضمن ذلك .

(١) ثمّ ذكر الماتن رحمته أن كلام الشهيد الثاني من كون الحوالة ليست بحكم الأداء بل هي بمنزلة التوكيل مبني على ما تقدم من المشهور من أن ذمّة المحيل لا تشتغل للمحال عليه بمجرد الحوالة ، وإنّما تشتغل بأداء المحال عليه الخارجي ، فما لم يتحقّق الأداء ليس للمحال عليه الرجوع إلى المحيل ، وحيث إنّ الماتن رحمته لم يسلم هذا فيما تقدم^(١) ، بل ذكر أن اشتغال ذمّة المحيل للمحال عليه إنّما هو بمجرد الحوالة أدنى أو لا ، وذكر أنه لا يقاس المقام بالضمان حيث إنه التزم بالضمان بعدم الاشتغال ما لم يؤدّ من جهة النص وهنا لا نص . فلا فرق بين المقامين في كون الحوالة كالأداء فلذا يتحقّق بها الوفاء^(٢) .

(١) في المسألة ١٠ [٣٦٢٥] المتقدمة .

(٢) فيتوجه الاشكال على المشهور وأنّه قلتم في المسألة ١٠ [٣٦٢٥] إنّ ذمّة المحيل لا تشتغل إلا بالأداء الخارجي وهنا في المسألة ١١ [٣٦٢٦] تقولون بأن ذمّة المحال عليه تبرأ من دين المحيل بمجرد الحوالة ، ولا يتوقّف على الأداء الخارجي .

[٣٦٢٧] «مسألة ١٢»: لو باع السيد مكتابه سلعة فأحاله^(١) بثمنها صح لأن حاله حال الأحرار، من غير فرق بين سيده وغيره. وما عن الشيخ من المنع ضعيف.

وهذا الذي أفاده الماتن رحمته من توقف ما ادّعاه الشهيد على ما ذكره لا يمكن المساعدة عليه، وذلك لأن المسألة السابقة كانت في الحوالة على البريء، وأنه لا تشتغل ذمة المحيل للمحال عليه البريء إلا بعد الأداء، لا على مشغول الذمة، فإنه لو كانت الحوالة على مشغول الذمة فبمجرد الحوالة ينتقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه، وليس للمحال عليه الرجوع على المحيل لأن المفروض اشتغال ذمته بمثل ما أحيل عليه، فليس هنا أمر زائد.

فموضوع المسألة المتقدمة الحوالة على البريء، ومحل كلامنا مع الشهيد الحوالة على مشغول الذمة، لأن العبد مشغول الذمة للمولى بمال الكتابة على الفرض، فلا ربط لذلك بالمسألة المتقدمة^(١).

(١) إذا باع السيد سلعة على عبده المكاتب - مكاتبه مطلقة أو مشروطة - فكان المكاتب مديناً لمولاه بأزاء هذه السلعة، فإن المكاتب مأذون في التجارة مع أي شخص بما في ذلك مولاه، فإذا باعه المولى سلعة وكان الثمن في ذمة المكاتب، وكان المولى مديناً لشخص آخر فأحال المولى ذلك الشخص الآخر بالدين على المكاتب صحت الحوالة^(٢) بلا إشكال. وحال

والجواب هو الذي أجاب به السيد الأستاذ رحمته في الشرح أعلاه بقوله: «وهذا الذي أفاده الماتن رحمته...» لا يمكن المساعدة عليه.

(١) وهذا هو الذي أشرنا إليه في الهوامش المتقدمة بعنوان تنبيه.

(٢) وهو الذي ذهب إليه المشهور بل الكل عدا الشيخ وإن نسب صاحب الجواهر إلى الشهيد في المسالك أنه قال خلافاً إلى الشيخ وجماعة. ثم قال صاحب الجواهر رحمته وإن كنا لم نتحققه، الجواهر ٢٦: ١٧٤.

والصحيح أن ليس في المسالك نسبة إلى غير الشيخ، فإنه قال الشهيد فيها شرحاً لعبارة المحقق في الشرائع. (ولو باعه السيد سلعة فأحاله بثمنها جاز) ما نصه: «لأن حكم المكاتب حكم الأحرار في المديانات فيثبت في ذمته للسيد ثمن ما اشتراه منه، وتصح له الحوالة للسيد بالثمن. وإتّما خصّ البيع ولم يذكر حكم مطلق الدين مع اشتراكهما في المعنى للتنبيه على خلاف الشيخ رحمته [المبسوط ٢: ٣٢١] في مسألة البيع...» المسالك ٤: ٢٢١.

العبد من هذه الجهة حال الأحرار الذي يكتسب ويحصل على شيء لنفسه لأداء مال الكتابة ، وعقد الكتابة مبني على أن يكون العبد حراً في معاملاته ، فحال العبد في ذلك حال الأحرار ، فإذا اشترى شيئاً من مولاة وكان مديناً بثمانه فللمولى أن يحيل دائنه على مكاتبه .

ونسب^(١) إلى الشيخ^(٢) المنع من صحة ذلك ، وقال إنه لا تصح هذه الحوالة ، ولا يمكن للمولى أن يبيع شيئاً إلى عبده ويحيل دائنه عليه ، لأن عقد المكاتبه عقد جائز ويجوز للعبد تعجيز نفسه ، ومع تعجيز نفسه وانفساخ عقد المكاتبه فمعنى ذلك اشتغال ذمة العبد مع فرض صحة البيع لمولاة ، وهو ممتنع فإن ذمة العبد لا تشتغل للمولى ، لأنه هو وماله لمولاة . وهذا بخلاف الحوالة على ثمن المبيع لو كان المشتري من المولى أجنبياً .

وهذا الوجه الذي ذكره الشيخ ضعيف في الغاية ، بل لا يمكن ظاهراً نسبته إلى الشيخ ، بل جزماً .

أما أولاً : فلأنه لا مانع من اشتغال ذمة العبد للمولى ، كما لو اتلف العبد مال المولى حيث يكون ضامناً وتشتغل ذمته به ، فيتبع به بعد العتق .
وثانياً : لو سلم ذلك فلا يسلم أن عقد المكاتبه عقد جائز ويجوز للعبد تعجيز نفسه .

(١) المناسب إليه جماعة منهم الشهيد^{رحمته} في المسالك ٤ : ٢٢١ وصاحب الجواهر^{رحمته} ٢٦ : ١٧٤ وغيرهما قدس الله أسرارهم .

(٢) قال الشيخ في المبسوط ٢ : ٣٢١ : « وإذا عامله السيد فباع منه سلعة وثبت عليه ثمن المبيع فهل تصح الحوالة ؟ فيه وجهان : أحدهما : يصح لأنه ليس له اسقاطه .

الثاني : لا يصح لأنه إن عجز نفسه سقط من المولى ، لأنه لا يستحق على عبده شيئاً ، وفارق الأجنبي لأنه لا يسقط فإنه يعطي مآ في يده ، وإن لم يكن له شيء ثبت في ذمته . وإذا كان للمكاتب على أجنبي دين فأحال المولى بمال الكتابة صحت الحوالة ، لأن الأجنبي يجبر على دفعه ويخالف مال الكتابة ، لأن المكاتب لا يجبر على دفعه . . . » وفي المبسوط طبعة جماعة المدرسين بقم المشرفة ٢ : ٢٩٩ .

[٣٦٢٨] «مسألة ١٣»: لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح^(١) فيجب عليه تسليمه للسيّد ويكون موجِباً لانعاقه ، سواء أدّى المحال عليه المال للسيّد أم لا .

وثالثاً: لو سلم هذا أيضاً فلازم ذلك أن ينفسخ البيع حين انفساخ عقد المكاتبه ، لأن بقاء العقد يقتضي اشتغال ذمّة العبد للسيّد ، وهو مثلاً غير ممكن على الفرض ، فينفسخ البيع حينئذٍ ، لا القول بطلانه من الأوّل ، حيث إنه لا مقتضى له بعد كون العبد مرخصاً في معاملاته .
ورابعاً: لو سلم أن البيع باطل من الأوّل ، فليس هذا من جهة بطلان الحوالة التي هي محل البحث ، فان الكلام في صحّة الحوالة وبطلانها ، لا في صحّة البيع وعدمه ، فلا بد من أن تؤخذ صحّة البيع مفروغاً عنها حتى يتكلم في صحّة الحوالة وبطلانها .
وعليه فليس هنا أي وجه لبطلان الحوالة .

(١) لو كان للعبد المكاتب دين على ذمّة شخص فأحال سيده عليه بمال الكتابة الذي هو في ذمّة العبد حيث إن العبد مدين للمولى به ، فبما أن العبد يطلب شخصاً آخر بمقدار ذلك المال فله أن يحيل سيده عليه ، فإذا قبل السيد الحوالة انتقل الدين من ذمّة العبد إلى ذمّة ذلك الشخص على القاعدة ، فتبرأ ذمّة العبد منه وتشتغل به ذمّة ذلك الشخص للسيّد ، لأن أمر هذا المال بيد المحيل والمحتمل ، فإذا نقله المحيل برضا المحتمل إلى شخص آخر كان هذا المال في ذمّة الشخص الآخر وتبرأ ذمّة المحيل^(١) .

ويترتب على ذلك انعاق العبد ، لأن العبرة بفراغ ذمّة العبد من مال الكتابة ، فإذا فرضنا صحّة الحوالة وكونها واجدة للشرائط فتكون ذمّة العبد بريئة وبه يتحرر .

ولا فرق في ذلك بين ما إذا أدّى ذلك الشخص - أي المحال عليه - دينه بعد ذلك أو لم يؤدِّ ، فإن العبرة بفراغ ذمّة العبد الذي هو المحيل من الدين وقد حصل ذلك ، وأصبح المحال عليه هو المدين للسيّد بمقتضى الحوالة^(٢) فأداء المحال عليه للمحتال وعدمه أجنبي عن فراغ ذمّة

(١) فهو كما لو أدّى مال الكتابة من حيث انعاقه .

(٢) لا أن الموجب للاعناق تسليم الأجنبي المال للسيّد ، أي الدفع الخارجي من المحال عليه

[٣٦٢٩] «مسألة ١٤»: لو اختلفا في أنّ الواقع منهما حوالة^(١) أو وكالة، فمع عدم البينة يقدم قول منكر الحوالة^(٢).

العبد وحرته .

(١) في هذه المسألة ثلاثة بحوث :

البحث الأول: إذا فرض الاختلاف بين الدائن والمدين والتعبير بالمحيل والمحتال أو الوكيل والموكل مع عدم ثبوت ذلك مسامحة ظاهرة، فإذا ادعى أحدهما أي الدائن أو المدين أن الواقع في المقام هو الحوالة، وادعى الآخر أن الواقع في المقام الوكالة لا الحوالة ولم يعلم أنّ اللفظ الصادر حين المعاملة أي شيء هو هل هو الحوالة أو الوكالة^(١)، فلا شك في أن الواقع إذا كان الحوالة فمقتضى الحوالة إبراء ذمة المديون «المحيل» من الدين، وإبراء ذمة المحال عليه «المشغول الذمة للمحيل» من دين المحيل، واشتغال ذمة المحال عليه بالدين إلى المحتال^(٢).

وأما إذا كان الواقع هو الوكالة فمقتضى الوكالة بقاء الدين في ذمة المديون «الموكل» وبقاء جواز مطالبة الدائن له، وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل. نعم، للدائن مطالبة المحال عليه بالمال باعتبار وكالته عن المحيل - أي وكالته عن الدائن -^(٣) ومع قبض الوكيل المال من المحال عليه، المال باق على ملك المحيل أي المديون «الموكل».

(٢) ثمّ إذا لم يكن لأي من المتنازعين البينة على ما يقول^(٤)، وشك في أنه حدث تغير لما كان عليه سابقاً وأنه هل حصلت مثلاً براءة ذمة المديون (المحيل) من الدين، أو هل حصلت براءة ذمة المحال عليه المشغول الذمة للمحيل، من دين المحيل أو هل حصل اشتغال ذمة المحال

﴿ للمحتال، فإن ذلك كما تقدم في المسألة ١١ [٣٦٢٦] إنما هو قول الشهيد^(٥) في المسالك، وقد عرفت ضعفه.

(١) أي لا ما إذا كان الواقع مثلاً هو لفظ اختلفت واختلفا في أن المراد منه الحوالة أو الوكالة فإن هذا هو البحث الثالث الآتي في ذيل المسألة .

(٢) وملكية المحتال لمال المديون - الذي هو المحيل - المأخوذ من المحال عليه .

(٣) وعدم اشتغال ذمة المحال عليه بالدين للوكيل .

(٤) عندما يكون مدعياً .

عليه بالدين للمحتال ، أو أنه لم يحصل شيء من ذلك وأن الدين باقٍ في ذمّة المحيل (الموكل) وجواز مطالبة الدائن له وبقاء اشتغال ذمّة المحال عليه للمحيل بدين المحيل ، فمع الشك في انقلاب الواقع عما كان عليه الأصل عدمه ، وعدم حدوث أي شيء جديد ، فلم تبرأ ذمّة المحيل بالنسبة إلى المحتال ، كما أنه لم تبرأ ذمّة المحال عليه بالنسبة إلى المحيل ، ولم يملك القابض «المحتال» هذا المال ، بل هو باقٍ على ملك مالكه ، ولازم ذلك كله عدم الحوالة ، لأن لازم الحوالة براءة الذمّتين وملكية المحتال المال المحال به ، فلا بدّ لمدعي الحوالة من الإثبات^(١) .

(١) أقول : إنّ المدعي للحوالة قد يكون ١ - هو المديون ويدعي الدائن أنّ الواقع هو الوكالة ، فيدعي المديون براءة ذمّته من الدين ويدعي الدائن بقائها مشغولة به فله حقّ الرجوع عليه ومطالبته به لأن الواقع كما يدعي الدائن هو الوكالة التي اعطيت له في أخذ دين المديون من دائنه وهو المحال عليه . والمحتال (الدائن) لم يأخذ المال من المحال عليه ولم يعمل بالوكالة فالدين باقٍ في ذمّة المديون فللدائن الرجوع على المديون ، فهنا على المديون بعد اعترافه بالدين اثبات أن الواقع هو الحوالة وانتقال ما في ذمّته إلى ذمّة المحال عليه لأنّه هو الذي يطالبه العقلاء باثبات براءة ذمّته من الدين . فإن اثبت المديون الحوالة فهو وإلا كان القول هو قول الدائن .

وقد يكون ٢ - المدعي للحوالة هو الدائن والمديون يدعي الوكالة كما إذا أخذ الدائن مال المديون من المحال عليه واشترى به شيئاً وتضاعفت قيمته فالدائن يدعي أن أصل المال والتضاعف له والمديون يقول لا حوالة في البين وإنما هي وكالة فالمال ماله والتضاعف له أيضاً لأنّه يجيز المعاملة فهنا على الدائن اثبات أن الواقع هو الحوالة لأن العقلاء يلزمونه باثبات الحوالة أو لأنّه على خلاف استصحاب اشتغال ذمّة مديون له وعلى خلاف استصحاب اشتغال ذمّة المحال عليه للمديون أو خلاف أصالة عدم ملكية المال المأخوذ للمحتال وبقائه على ملكية المديون .

وعلى كل حال ففي الفرض الأوّل قال الماتن رحمته لو لم يكن لمدعي الحوالة وهو المديون ما

« يثبتها من بينة يقدم قول منكر الحوالة وهو الدائن (المحتال) كما عن المشهور وحكي عن التذكرة والتحرير والمبسوط بل عن المبسوط أنه لا خلاف فيه .

وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال فالمحيل حينما يدعي براءتها بالحوالة فقله مخالف للأصل ، ومن كان قوله مخالفاً للأصل فهو المدعي فإن لم يثبت قوله ببينة كان القول قول منكر الحوالة .

وكذا لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ومن يدعي خلاف ذلك وهو المحيل يكون قوله خلاف الأصل ومن كان قوله خلاف الأصل فهو المدعي فإن أثبت ذلك يثبت فهو وإلا فالقول قول المنكر وهو الدائن يمينه .

وكذا لأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال فمن يدعي خلاف ذلك وهو المحيل يكون قوله خلاف الأصل فهو المدعي فإن أثبت فهو وإلا كان القول قول منكر الحوالة وهو الدائن (المحتال) ، كل ذلك طبقاً لتعريفهم في المدعي والمنكر وأن المدعي من يخالف قوله الأصل والمنكر بخلافه . وكذا في المستمسك حيث قال : «فيكون مدعي الحوالة مدعياً لمخالفة دعواه للحجة [وهي أصالة عدم براءة ذمة المحيل وعدم براءة ذمة المحال عليه من دين المحيل وأصالة عدم اشتغال ذمة المحال عليه للمحتال] ومدعي الوكالة منكرًا لموافقة دعواه للحجة [وهي أصالة عدم براءة ذمة المحيل للمحتال واخواها]» المستمسك ١٣ : ٤٠٩ .
وكذا في المسالك : حيث قال : «لأصالة بقاء الحقين [أي حق المحتال على المحيل وحق المحيل على المحال عليه] والمحيل يدعي خلافهما وانتقالهما فكان عليه البيّنة» المسالك ٤ : ٢٢٧ .

وكذا عين ذلك في جامع المقاصد ٥ : ٣٧٩ .

وكل ذلك على مبناهم من أن المدعي هو من يكون قوله خلاف الأصل والمنكر بخلافه .
والغريب في المقام أن السيد الأستاذ رحمته الله يقول تعليقاً على مضمون قول الماتن : من أنه يقدم قول منكر الحوالة لمطابقة قوله للاتصالات الثلاث المشار إليها قريباً ومخالفة قول المحيل لها .
مانصه : «وجمع الكل أصالة عدم تغير الواقع عما كان عليه فإن مقتضى استصحاب بقاء ما كان

على ما كان الحكم ببقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال ، وذمة المحال عليه للمحيل ، وعدم ملكية المال المحال به للمحتال ، ولازم ذلك كله عدم الحوالة لاقضاءها براءة الذمتين وملكية المحتال للمال المحال به ، على عكس الوكالة « موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٥٢٦ .

فبنى هنا السيد الأستاذ على تعريف المشهور للمدعي والمنكر والحال إن هذا التعريف رده ولم يقبله وذكر رده في مباني تكملة المنهاج في موسوعته ج ٤١ : ٥١ ، وفي القضاء والشهادات ج ١ : ١٤٣ واختار مبنياً جديداً في المدعي والمنكر وقال إن الشارع المقدس لم يبين معنى المدعي والمنكر وإنما ذكر في روايات القضاء على كثرتها حكمهما ، وأما تشخيصهما فلم يرد حتى في رواية ضعيفة ، ومعنى ذلك أن الشارع المقدس قد اعتمد على ما يراه العرف والعقلاء من معنى المدعي والمنكر وهو أي ما يراه العرف والعقلاء من المدعي والمنكر - كما سيأتي - أحد فردين لا ثالث لهما ، فإن المدين حينما يدعي أن الواقع هو الحوالة فهو يدعي براءة ذمته من الدين ودعوى ذلك مع الاعتراف بالدين يقتضي أن يطالبه العقلاء باثبات أن ذمته أصبحت بريئة بالحوالة ، فإن المدعي على ما تقدم مراراً هو من يلزمه العقلاء باثبات ما يقوله وفي قبالة المنكر . وذلك يكون عند العقلاء في موردين لا ثالث لهما :

الأول : من يدعي مالاً أو حقاً أو زوجة على غيره ويلزمه به فيطالبه العقلاء باثبات ذلك المال أو الزوجية فإذا ادعى أحد على زيد أنه يطلبه مالاً ويلزمه به فيطالبه العرف باثبات هذا الدين أو يدعي أحد على امرأة زوجية فيطالبها ويلزمها بحق الزوجية فيطالبه العرف باثبات الزوجية فإن اثبت فهو وإلا كان القول قول المنكر بيمينه .

الثاني : إذا ادعى المديون أو الزوجة بعد اعترافه بالدين أو اعترافها بالزوجية أنه أدى الدين أو حوله أو نحو ذلك أو ادعت الزوجة أنه طلقها زوجها وانتهت العدة فهنا يطالب العقلاء من يعترف على نفسه بالدين ويدعي وفاء وبراءة ذمته منه بالأداء أو بالحوالة أو نحوها باثبات ذلك ، وكذا يطالب العقلاء من تعترف على نفسها بالزوجية أنه طلقها زوجها وانتهت العدة باثبات الطلاق وانتهاء العدة فإن اثبت فهو وإلا كان القول قول الدائن والزوج .

ومحل كلامنا في المقام إنما هو من النحو الثاني ، فإن أثبت المديون انتقال الدين من ذمته

«بالأداء أو بالحوالة فهو وإلا كان القول قول منكر الحوالة وهو الدائن .

فكان اللازم على السيد الأستاذ^{عليه السلام} بيان هذا المطلب في التعليل لتقديم قول منكر الحوالة لا ما ذكره من أصالة ابقاء ما كان لما عرفت من عدم تمامية هذا الطريق للمدعي المنكر عنده وردّه له .

ثم إنه لنا كلاماً في توضيح المقام بنحو يتبين أن المقام من باب المدعي والمنكر لا من باب التداعي كما قد يتوهم ، فإنه قد يقال : إن هنادعيين حوالة ووكالة ، فمع عدم البينة على الحوالة ، معنى قول الماتن «يقدم قول منكر الحوالة» هو أن يكون القول قول مدعي الوكالة ، في الوقت الذي يمكن أن يقال : إن مدعي الوكالة مدع أيضاً ، كما لو كان النزاع بينهما في أن الواقع اجارة أو بيع ، فمع عدم البينة على الاجارة لا يكون القول قول مدعي البيع ، لأن مدعي البيع مدع أيضاً ، ولا بد له من الاثبات وكما لو كان النزاع بينهما في أن الأجرة نقد أو عمل كالخياطة فمع عدم البينة على أن الأجرة نقد لا تكون الأجرة الخياطة لأن مدعي كون الأجرة عملاً كالخياطة مدع أيضاً على ما تقدم في الإجارة .

فنقول : الصحيح أن يقال : إن النزاع بين المديون وهو زيد وبين الدائن وهو عمرو ، الذي أخذ مال زيد من الذي أحاله عليه .

١ - تارة : يحفظ المال ولم يكن منه أي تعدٍ أو تفريط ومع ذلك يسرق هذا المال أو يتلف بلا تعدٍ أو تفريط ، فيدعي المديون وهو زيد أن الواقع في المقام هو الحوالة وأني حولته ، بأن يأخذ دينه الذي له على من المحال عليه الذي هو مشغول الذمة لي ، فالمال المأخوذ والذي تلف هو مال الدائن وهو عمرو ، وقد برئت ذمة المدين وهو زيد من الدين الذي كان لعمرو عليه ، فلا يحق للدائن الرجوع على المديون ومطالبته بالدين .

ويدعي الدائن - وهو عمرو - أن الواقع في المقام هو الوكالة وأنه كان وكيلاً عن المدين وهو زيد في أخذ ماله من المحال عليه فأخذه ولم يفرض فيه ، وتلف ، فالتلف من مال زيد لا من مال عمرو .

٢ - وأخرى : يشتري عمرو بعين هذا المال الذي أخذه من بكر شيئاً فتضاعف قيمته أضعافاً كثيرة ، فيدعي الدائن وهو عمرو أن الواقع في المقام هو الحوالة ، وأن زيداً قد أحاله على

بالمحال عليه ، فأخذ عمرو ماله من المحال عليه واشترى به ، فأصل المال والتضاعف ملكه أي ملك عمرو . **ويدعي المديون وهو زيد** أن الواقع في المقام هو الوكالة ، وأني وكلته في أخذ مالي من المحال عليه ، فأخذه واشترى بعينه شيئاً فضولاً وتضاعفت قيمته فأجازة المديون وهو زيد ، فأصل المال والتضاعف ملك زيد .

فعلى الأول : إذا لم يكن لزيد وهو المديون بينة على أن الواقع هو الحوالة يكون المال باقياً على ملك زيد فالتالف منه ، ويكون القول قول عمرو ، ولازمه عدم الحوالة بلا حاجة إلى أن يثبت الدائن وهو عمرو الوكالة ، فليس بين عمرو وزيد إلا دعوى الحوالة وعدمها ، ومدعيها وهو عمرو هو الذي يكون قوله خلاف استصحاب بقاء شغل ذمته ، وخلاف استصحاب بقاء شغل ذمة المحال عليه للمحل ، وخلاف استصحاب عدم ملكية المحتال لمال المحيل المأخوذ من المحال عليه ، فهو المدعي على تعريف المشهور ، في حين أن الآخذ وهو المحتال (زيد) المنكر للحوالة قوله : وهو أن المال التالف ليس ماله على طبق استصحاب اشتغال ذمة المحيل للمحتال وعلى طبق استصحاب اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ، وعلى طبق استصحاب عدم ملكية المحتال لمال المحيل المأخوذ من المحال عليه فهو المنكر على تعريفهم ، وبلا حاجة إلى أن يثبت زيد أن الواقع هو الوكالة لأن الصحيح أن الغرض المقصود من الدعوى هو الملاك في تشخيص المدعي والمنكر - لا مصب الدعوى - والغرض المقصود من دعوى الوكالة له ليس هو إلا عدم ملكيته لهذا المال التالف وهو الذي على طبق الاستصحابات الثلاث فليست دعوى الوكالة إلا انكاراً للحوالة ، وانكاراً لكون المال التالف ماله ، ومع هذا كله على تعريف المشهور للمدعي والمنكر كيف يكون قول عمرو (الآخذ للمال) مخالفاً للأصل حتى يكون مدعياً أيضاً؟ ويكون المقام من باب التداعي؟!

وأيضاً فإن مدعي الحوالة وهو عمرو! هو الذي يطالبه العقلاء باثبات ما يقوله من الواقع وهو الحوالة على المبنى الصحيح للمدعي والمنكر وهو : أن المدعي من يطالبه العرف باثبات ما يلزم به الطرف الآخر ، فعمر هو الذي يلزم زيداً بأن المال التالف إنما هو مالك لا مالي ، يطالبه العقلاء باثبات أن المال مال زيد وذلك إنما يتم باثبات الحوالة المدعاة له ، فإن أثبت فهو وإلا

فيكون القول قول المنكر للحوالة وهو زيد ، وزيد لا يطالبه العقلاء باثبات عدم كون الواقع هو الحوالة ولا باثبات عدم كون المال ملكه ، وليس الغرض من دعوى الوكالة من زيد إلا إنكار كون المال ماله ، وقد عرفت أن الملاك في تشخيص الدعوى وكونها من المدعي والمنكر هو الغرض المقصود من الدعوى - لا مصب الدعوى - والغرض المقصود من دعوى زيد الوكالة ليس إلا إنكار كون المال التالف ماله وبقاء اشتغال ذمة المديون للدائن واشتغال ذمة المحال عليه للمحيل أو للمحتال والأصل يقتضي بقاء الأول والثاني وعدم الثالث وكل هذه الأصول تناسب الغرض من دعوى الوكالة وتخالف الغرض من دعوى الحوالة فلذا يكون مدعى الحوالة مدعياً لمخالفة قوله للأصل أو لمطالبة العقلاء له بالاثبات ، ومدعى الوكالة منكرًا لموافقة قوله للأصل وعدم مطالبة العقلاء له باثبات الوكالة وعدم الحوالة، وهذا بخلاف ما إذا كان الغرض من الدعوى متعددًا لكل من المتخاصمين غرض غير الآخر كما سيأتي .

ومع هذا كله على التعريف الصحيح للمدعى والمنكر - وغير الصحيح أيضاً - كيف يكون عمرو «الأخذ للمال» الذي فرضنا تلفه والذي لا يلزم أحداً بشيء ولا يطالبه العقلاء باثبات أن المال ليس ماله مدعياً أيضاً؟! ويكون المقام من باب التداعي؟! وهذا الغرض المقصود من الدعوى هو الذي تدور عليه الدعويان وهو غرض واحد لهما ، الدائن يقول إن المال التالف ليس مالي والمدين أيضاً يقول إن المال التالف ليس مالي بل هو مال الدائن . وهذا بخلاف ما إذا كان الغرض المقصود من الدعوى متعددًا لكل من المتخاصمين غرض غير الغرض الآخر ويريد كل من المتخاصمين الزام الطرف الآخر به والآخر ينكره يكون المقام من باب التداعي كما لو اتفقا على الإجارة لكن المالك يقول إنها دينار والمستأجر يقول إنها عشرة دراهم فقلنا في محله وهو الإجارة ج ١٠ من الواضح في شرح العروة الوثقى ص ٣٦٦ بعد فرض أن لا بينة لأي منهما : أن المدعي بحسب ما هو الصحيح من تعريفه هو من يلزم الغير بشيء ويطالبه العقلاء باثبات ذلك وهو منطبق على كل منهما ، لأنهما متفقان على ملكية المستأجر للمنفعة وإنما نزاعهما في أن ما يطلبه المالك من المستأجر هل هو الدينار كما يدعيه المالك أو العشرة دراهم كما يدعيه المستأجر فالمالك يلزم المستأجر بالدينار فيطالبه العقلاء باثبات أن الأجرة

٥ هي الدينار فهو مدع والمستأجر منكر. والمستأجر يلزم المالك بالمنفعة ويطالبه بها من دون أن يؤديه الدينار بل يؤديه العشرة دراهم فيطالبه العقلاء باثبات ذلك ، فهو مدع والمالك منكر. وهذا هو معنى التداعي .

نعم لو كان الملاك في كون الشخص مدعياً ومنكراً مصب الدعوى كان المقام من باب التداعي لأن مصب الدعوى هو الحوالة والوكالة أحدهما يدعي الحوالة وهو المديون والآخر يدعي الوكالة وهو الدائن وكل منهما مخالف قوله للأصل أو للحجة . فكل منهما مدع . لكن عرفت أن الصحيح هو عدم كون الملاك ذلك .

كما أنه لو كان الملاك هو الغرض المقصود من الدعوى وكان متعدداً لكل من المتخالفين غرض غير الغرض الآخر كان من باب التداعي أيضاً كما تقدم الآن ويأتي أيضاً قريباً في الاختلاف في الأجرة بعد اتفاقهما على الإجارة ، وأنها نقد أو عمل كالخياطة .

وعلى الثاني : إذا لم يكن للدائن وهو عمرو بينة على أن الواقع حوالة فالمال باق على ملك مالكة وهو زيد ، ولازمه عدم الحوالة بلا حاجة إلى أن يثبت المدين وهو زيد الوكالة ، فإن مدعي الحوالة وهو عمرو بما أن قوله إن الواقع حوالة خلاف استصحاب بقاء شغل ذمة المحيل للمحتال وخلاف استصحاب بقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ، وخلاف استصحاب عدم ملكية الدائن لمال المدين المأخوذ من المحال عليه لا شك يكون هو المدعي على مبنى المشهور في تعريف المدعي والمنكر حيث إن قوله خلاف الأصل فإن لم تكن له بينة على أن الواقع هو الحوالة يكون القول قول المديون «المحيل مجازاً» بلا حاجة إلى أن يثبت المديون الوكالة لأن الغرض المقصود من دعوى الوكالة ليس إلا عدم الحوالة وعدم ملكية الدائن للمال المأخوذ من المديون ، والذي كان موجوداً عند المحال - لا مصب الدعوى - وقول المديون هذا ، هو الذي على طبق الاستصحابات الثلاث ومع كون قوله على طبق الأصل أو الحجة كيف يكون مدعياً أيضاً - فإن المدعي عندهم من كون قوله خلاف الأصل أو الحجة - وهذا قوله على طبق الأصل فيكيف يكون مدعياً حتى يكون المقام من باب التداعي !؟ .

وعمره أيضاً الذي هو مدعي الحوالة ، هو الذي يطالبه العقلاء باثبات الحوالة التي يدعيها

« **على المبنى الصحيح للمدعي والمنكر؛** وهو أن المدعي من يطالبه العرف والعقلاء باثبات ما يلزم به الطرف الآخر، فعمرو الذي يلزم زيداً بأن المال المأخوذ منه مال عمرو لا مال زيد يلزمه العقلاء باثبات أن المال صار مال عمرو وذلك يتم باثبات عمرو ذلك بالبيّنة - أي اثبات الحوالة بالبيّنة - فإن لم يثبت ذلك يكون القول قول منكر الحوالة وهو زيد، وزيد لا يطالبه العقلاء باثبات عدم الحوالة ولا باثبات عدم كون المال ماله، وليس الغرض من دعوى زيد الوكالة إلا إنكار الحوالة وانكار كون المال ماله وهو الغرض من الدعوى وهو غرض واحد لهما، وهو الملاك في تشخيص أن المقام من باب المدعي والمنكر - وليس الغرض من الدعوى هو مصب الدعوى ليكون المقام من باب التداعي ولا أن الغرض متعدد، لكل منهما غرض غير غرض الآخر ليكون المقام من باب التداعي - فقوله على وفق الاستصحابات الثلاثة فلا يطالبه العقلاء باثبات أن المال ماله، ومع ذلك كيف يكون مدعياً أيضاً حتى يكون المقام من باب التداعي لا المدعي والمنكر.

فاتضح جلياً أنه ليس بين المديون والدائن - أي بين زيد وعمرو - إلا دعوى الحوالة وعدمها، فما لم يثبت مدعي الحوالة - وهو عمرو - دعواه الحوالة ليس على المدين وهو زيد أي شيء، ولا حاجة إلى اثبات أن الواقع هو الوكالة، بل المال باق على ملك مالكة، ومالكة هو المدين وهو زيد، وقد اشترى الدائن وهو عمرو بعينه شيئاً فضولاً فتضاعف، وأجاز زيد الذي هو المالك لذلك المالك، فأصل المال والتضاعف ملك للمجيز وهو زيد، بلا حاجة إلى اثبات أن الواقع في المقام وكالة ليكون المقام من باب التداعي.

وبهذا يتضح أن المقام ليس من باب التداعي سواء كان المدعي للحوالة هو المديون وهو زيد أم كان المدعي للحوالة هو الدائن وهو عمرو.

وهذا هو الذي يعبر عنه السيد الحكيم رحمته الله بقوله: «لكن التحقيق أن المدار في تشخيص المدعي والمنكر هو الغرض المقصود من التداعي والغرض المقصود هنا هو اشتغال ذمة المحيل للمحتال واشتغال ذمة المحال عليه للمحيل أو للمحتال والأصل يقتضي بقاء الأول والثاني وعدم الثالث وكل هذه الأصول توافق الغرض من الوكالة وتخالف الغرض من دعوى

سواء كان هو المحيل أو المحتال^(١) وسواء كان ذلك قبل القبض من المحال عليه أو بعده ، وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ، وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال . .

(١) ولا فرق بين أن يكون المدعي للتغير أي لتغير الواقع عمّا كان هو الدائن أو المديون . وعلى كل حال من يدعي شيئاً جديداً وحادثاً وتغيراً عما كان لا بدّ له من الاثبات ، كان هو الدائن أو المديون أي المحيل أو المحتال^(١) .

﴿ الحوالة [سواء ادعاها الدائن أم المديون] فيكون مدعي الحوالة مدعياً لمخالفة دعواه للحجة ومدعي الوكالة منكرًا لموافقة دعواه للحجة» المستمسك ١٣ : ٢٣٩ .

ففي الفرض الأول : دعوى الوكالة من الدائن إنما الغرض منها أن لا يكون المال التالف ماله فليست هي إلا انكار الحوالة .

وفي الفرض الثاني : دعوى الوكالة من المديون إنما الغرض منها كون المال ماله فالأصل والتضاعف له باجازه فليست هي إلا انكاراً للحوالة . ففي كلا الدعويين المقام من باب المدعي والمنكر لا التداعي .

وهذا بخلاف ما إذا كان الغرض من الدعوى متعددًا لكل منهما غرض غير الآخر كما لو اختلفا بعد اتفاقهما على الإجارة أن أجرته في الإجارة هل هي نقد أو عمل كخياطة ثوب ، المالك يقول إنها نقد والمستأجر يقول إنها عمل فنزاعهما في أن ما يطلبه المالك هل هو النقد أو العمل فالمالك يطالب بالنقد ويلزم المستأجر به فيطالبه العقلاء بالاثبات فهو مدع والمستأجر منكر . ومن جهة أخرى ليس للمستأجر مطالبة المالك بالمنفعة ما لم يؤد الأجرة فيطالب المستأجر المالك ويلزمه بتسليم المنفعة من دون أن يسلمه النقد فيلزمه العرف والعقلاء بالاثبات ذلك فهنا الملزم عند العقلاء بالاثبات كل منهما فهنا يكون من التداعي لوجود الزام العقلاء باثبات كل منهما لما يلزم به الطرف الآخر كما ذكرنا ذلك في كتاب الإجارة من الواضح ١٠ : ٣٦٦ بينما في المقام الالزام من طرف واحد ، فلذا المقام من باب المدعي والمنكر ليس إلا .

(١) وذلك لأن المدعي للتغير هو الذي يطالبه العرف والعقلاء بالاثبات ، ولا يطالب العرف

﴿ والعقلاء من لا يدعي التغير باثبات عدم التغير .

فمثلاً في الفرض الأول المتقدم في الهامش وهو فرض سرقة المال المأخوذ - الذي أخذه عمرو من المحال عليه - بلا تعدٍ أو تفريط من عمرو الذي هو الدائن ، **فالدائن يدعي** أن الواقع في المقام الوكالة فالمال مال المديون وهو زيد وقد تلف بلا تعدٍ أو تفريط ، **والمديون وهو زيد يدعي الحوالة** وأن المال التالف مال المحتال . فالمديون هنا وهو زيد مدع ، لأنه يدعي تغير ما كان سابقاً ، فإن الذي كان سابقاً باعتراف المتنازعين ١ - اشتغال ذمة زيد لعمرو بالدين ٢ - اشتغال ذمة المحال عليه لزيد بدين ٣ - براءة ذمة بكر من كونها مشغولة لعمرو .

وزيد يدعي بدعواه الحوالة ثلاثة أشياء جديدة ١ - براءة ذمته من الدين الذي كان لعمرو عليه ٢ - براءة ذمة المحال عليه من دين زيد الذي كان له عليه ٣ - اشتغال ذمة المحال عليه بدين لعمرو ، **فيطالبه العرف والعقلاء باثبات ذلك** ، فما لم يثبت يكون القول قول عمرو وأن الواقع في المقام هو الوكالة ، فالتلف الذي كان ، كان كله من زيد ، لأن عمرو لم يكن متعدياً أو مفرطاً . لا أن دعوى زيد الحوالة خلاف الأصل أو خلاف الاستصحاب .

وكذا في الفرض الثاني المتقدم وهو فرض ما لو اشترى عمرو بعين الذي أخذه من المحال عليه من مال المحيل شيئاً فتضاعفت قيمته ، **فيدعي عمرو أن الواقع في المقام هو الحوالة** فالمال مال عمرو ، أخذه عمرو ، لأن زيد حوَّله على المحال عليه ، فأخذ عمرو ماله من المحال عليه واشترى به شيئاً فتضاعفت قيمته ، فالشيء والتضاعف له ، **في حين أن زيد يدعي أنه وكله في أخذ ماله من المحال عليه** ، فأخذ عمرو باعتباره أنه وكيل عن زيد واشترى به شيئاً فضولاً فتضاعف فأجاز زيد فالشيء والتضاعف كله لزيد . **فالدائن وهو عمرو هنا هو المدعي** لأنه يدعي تغير ما كان سابقاً باعتراف المتنازعين ، فإن الذي كان سابقاً باعتراف المتنازعين ١ - اشتغال ذمة زيد لعمرو بالدين ٢ - اشتغال ذمة المحال عليه لزيد بدين ٣ - براءة ذمة المحال عليه من كونها مشغولة لعمرو . **وعمرو هنا يدعي بدعواه الحوالة ثلاثة أشياء جديدة** ١ - براءة ذمة زيد من الدين الذي كان عليه لعمرو ٢ - براءة ذمة المحال عليه من دين زيد ٣ - اشتغال ذمة المحال عليه بدين لعمرو . وكلها أشياء جديدة ، **فيطالبه العرف والعقلاء باثبات**

ودعوى^(١) أنه إذا كان بعد القبض يكون مقتضى اليد ملكية المحتال ، فيكون المحيل المنكر للحوالة مدعياً ، فيكون القول قول المحتال في هذه الصورة .

(١) البحث الثاني في هذه المسألة : وهو أنه قد يقال كما أشار إليه الماتن رحمته الله بأن اليد

ذلك ، فما لم يثبت يكون القول قول زيد بلا حاجة إلى أن يثبت زيد أن الواقع في المقام الوكالة ، فالمال مال زيد واشترى به عمرو شيئاً فضولاً فتضاعفت قيمته فأجاز زيد ، فالشيء والتضاعف ملك زيد ، ومعنى ، ذلك أن القول قول زيد ما لم يثبت عمرو الحوالة ، لأن العرف والعقلاء يطالبون عمرو باثبات هذه الأشياء الجديدة .

لا أن دعوى عمرو الحوالة خلاف الأصل أو خلاف الاستصحاب .

والحال إن السيد الأستاذ رحمته الله قال في الموسوعة تعليقاً على قول الماتن (وذلك لأصالة بقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال وبقاء اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل ، وأصالة عدم ملكية المال المحال به للمحتال) ما نصه : «وجمع الكل أصالة عدم تغير الواقع عما كان عليه ، فإن مقتضى الاستصحاب بقاء ما كان على ما كان ، الحكم ببقاء اشتغال ذمة المحيل للمحتال ، وذمة المحال عليه للمحيل وعدم ملكية المال المحال به للمحتال ، ولازم ذلك كله عدم الحوالة لاقتضاءها براءة الذمتين وملكية المحتال للمال المحال به عكس الحوالة» موسوعة الإمام الخوئي ٣١ : ٥٢٦ .

وما قاله رحمته الله خلاف مبناه في المدعي والمنكر ، فإنه رد كون المدعي هو من يكون قوله خلاف الأصل أو الاستصحاب ولم يقبله على ما ذكره في المباني ج ٤١ من موسوعة الإمام الخوئي صفحة ٥١ ، وفي القضاء والشهادات ١ : ١٤٣ .

(١) هذه الدعوى التي أشار إليها الماتن رحمته الله ذكرها الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله وجهاً للترديد الذي ذكره المحقق في الشرائع فإن المحقق قال : «إذا قال : أحلتك قبض ، فقال المحيل قصدت الوكالة وقال المحتال إنما أحلتني بما عليك فالقول قول المحيل لأنه أعرف بلفظه ، وفيه تردد» . قال الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله في وجه تقديم قول المحتال إذا كان يدعي الحوالة : إنه لا شك في كون «مقتضى اليد كافيّاً في ذلك لأن الفرض أنه قبض» الجواهر ٢٦ : ١٧٥ فيكون

حجة ما لم يثبت خلافها، فإذا فرضنا^(١) أن الدائن أي (المحتال) قد قبض المال ويدعي أن الواقع كان حوالة، وهو مالك لهذا المال فمقتضى يده الحكم بالملكية له، فينعكس الحال فيكون المحيل أي المديون المنكر للحوالة والذي يقول إن الواقع هو الوكالة والذي كان القول قوله لو لم يكن للدائن بيّنة على دعواه الحوالة، يكون هو المدعي فلا بد له من الاثبات، وإلا فالقول قول الدائن (المحتال) حيث إنه يسمع قوله لحجية يده واليد أمانة الملكية. فينقلب الأمر ويكون المديون المنكر للحوالة مدعياً ويكون الدائن المدعي للحوالة منكرًا لحجية يده الموجبة لهذا الانقلاب^(٢).

« المحيل المدعي للوكالة مدعياً لأنه خلاف الحجة وهي يد المحتال التي هي أمانة الملكية . وكان هناك وجه لتقديم قول المحيل لأن دعوى الدائن الحوالة خلاف أصالة بقاء ملك المحيل للمال، وخلاف أصالة بقاء حقّ الدائن في ذمّة المديون ولذا ترداد المحقق في الشرائع . والشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} وإن ذكر الوجه لتردد المحقق في الشرائع إلا أنه لم يقبله ورده في الجواهر ٢٦ : ١٧٧ فقال : « وحينئذ فلا يتفاوت الحال بين القبض وعدمه . . . » ومعنى ذلك عدم الأثر للقبض . وقال أيضاً « ومن هنا يظهر لك أنّ القول قول المحيل على كلّ حال » الجواهر ٢٦ : ١٧٨ .

والمقصود بهذا الكلام في المقام هو الفرض الثاني المتقدم وهو ما لو ادعى الدائن الحوالة وادعى المديون الوكالة وكان ذلك بعد أن قبض المحتال المال من المحال عليه حيث إنّ دعوى الحوالة مشفوعة بيده على المال المقتضية لملكته له فربّما يقال - كما قيل وجهاً لتردد الشرائع كما عرفت - : ينعكس الحكم ويكون المديون المنكر للحوالة مدعياً - لا أن القول قوله والمدعي خصمه - فإن أثبت دعواه بيّنة فهو وإلا كان القول قول الدائن لحجية يده بخلاف ما لو كان النزاع بينهما قبل قبض المال فإنه موجب لخروج هذه الصورة عن مورد الاختلاف .

(١) في الفرض الثاني المتقدم قبل هامشين وهو ما لو قبض الدائن المال واشترى به شيئاً فترقت قيمته عشرة أضعاف مثلاً .

(٢) وهذا بخلاف ما لو كان ذلك قبل قبض الدائن أي المحتال للمال، فإن ادعاه الحوالة لو كان

مدفوعة بأنّ مثل هذه اليد لا يكون أمانة على ملكية ذبيها^(١)، فهو نظير ما إذا دفع شخص ماله إلى شخص وادّعى أنه دفعه أمانة، وقال الآخر: دفعت لي هبة أو قرضاً، فإنه لا يقدر قول ذي اليد.

(١) وأجاب عنه الماتن رحمته بأن هذه اليد لا أثر لها، لأن دليل حجية اليد واثباتها للملكية قاصر الشمول لما إذا كان من بيده المال معترفاً بأن المال كان للمدعي، بل الثابت فيه عدم الحجية^(١)، وإن كانت اليد في نفسها حجة. لكن لو اعترف ذو اليد بأن ما في يده قد انتقل إليه من المدعي بهبة أو بيع أو غير ذلك (كالحوالة في المقام) ينقلب الأمر وتنعكس الدعوى ويكون صاحب اليد مدعياً لأبداً له من الاثبات، فليس هنا دليل على حجية اليد في فرض الاعتراف بالانتقال من المدعي إليه، فلو فرضنا كما مثل الماتن به أنّ يد زيد مالاً ويعترف بأنه انتقل إليه من عمرو، وعمرو يقول إن هذا المال أمانة في يد زيد، وزيد يدعي أنه ملكه، ملكه بالهبة من

هو المدعي لها لا يقتضي ملكيته للمال الذي لم يقبضه لإصالة عدم ملكيته لهذا المال وبقاء على ملك المديون، فلا يكون القول قوله، بل القول قول المديون، فيكون الدائن مدعياً الحوالة، وقبل قبض المال المعنى للنزاع متصور لأنّ الدائن بدعواه الحوالة يريد الزام المحال عليه بالمال فيطالبه العقلاء بالاثبات وهو على خلاف أصالة عدم براءة ذمة المحال عليه للمحيل وعلى خلاف براءة ذمة المديون للدائن أي المحيل للمحتال. فهو مدعٍ لملكية مال المديون الموجود عند المحال عليه. والأصل عدم ملكيته له قبل القبض فهو مدع، وهذا بخلاف ما لو كان النزاع بعد قبض المال من المحال عليه، لدعوى انقلاب الدعوى بالقبض الذي أوجبه حجية يده على المال.

(١) لأنّ على المدعي البيّنة وعلى المنكر اليمين كما في عدة روايات منها صحيحة بريد بن معاوية «الحقوق كلها البيّنة على المدعي واليمين على المدعي عليه، إلا في الدم خاصة» الوسائل ج ٢٧: ٢٣٣ باب ٣ من أبواب كيفية الحكم ح ٢، وذو اليد المعترف بالانتقال من الغير هو مدع لكون الانتقال على نحو الملكية لا على نحو الإمانة مثلاً، لمقارنة دعواه الملكية بالانتقال من المنكر فهو المكلف بالاثبات عند العرف ويرى العقلاء أن قوله لا يثبت إلا بمثبت، وإن كان ذا يد، ففي هذا المورد ثبت عدم حجية اليد.

عمرو أو بالبيع منه أو نحو ذلك ، فلا بدّ لمدعي الهبة أو البيع وهو زيد وهو ذو اليد من اثبات أنّه ملكه ، لأنه باعترافه بالانتقال من عمرو تنقلب الدعوى ويكون زيد هو المدعي للهبة أو البيع وعمرو هو المنكر ، فالقول قول عمرو ما لم يثبت زيد دعواه الملكية ، ولا تكون اليد هنا حجة . وما ذكره صحيح لا غبار عليه^(١) .

(١) **ووجه الصحة** ما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله مراراً من أن العرف والعقلاء الذي اعتمد عليهم الشارع المقدس فيما يروونه أنّه مدع أو منكر ، بعد ما لم يبين الشارع المقدس معنى المدعي والمنكر ، وإنما ذكر حكم المدعي والمنكر ، ولم يذكر في أي رواية ولو ضعيفة من هو المدعي ومن هو المنكر لاعتماده على ما يراه العرف والعقلاء أنّه مدع وأنه منكر ، يرون أن المدعي منحصر بأن يكون أحد شخصين لا ثالث لهما .

الأول : من يلزم الغير بمال أو حق أو زوجية ونحوها ويطلبه العرف بالاثبات ، كما لو كان يدعي على عمرو أنّه يطلبه ثمن مبيع ، أو ديناً كان قد استدانه منه ، أو يدعي على امرأة زوجية ويطلبه بالمال أو حق الزوجية ، فهنا يطلبه العرف باثبات أنه يطلبه ثمن بيع أو ديناً كان قد استدانه منه ، ن أو أن المرأة زوجة له ، فإن لم يثبت يكون القول قول المنكر للبيع أو الدين أو المنكرة للزوجية ، هذا هو الأول الذي يكون مدعياً .

الثاني : الذي يكون مدعياً هو من يدعي أنه انتقل إليه مال بقرض كزيد يدعي أنه انتقل إليه مال من عمرو بقرض أو انتقل إليه شيء من عمرو بعقد وذلك المال أو الشيء في يده أي في يد زيد المعترف بأن المال أنتقل إليه بقرض أو معاملة من عمرو ، ولكن فيما بعد يقول زيد - الذي هو صاحب يد على المال أو الشيء - إنه سدد القرض أو كان المنتقل إليه من عمرو هو كتاباً بهدية وهبة مجانية ، ويدعي عمرو أن زيداً لم يسدد القرض أو لم يكن الكتاب هبة ، وإنما كان بيعاً بثمن لم يسدده زيد ، فوجود يد لزيد على الكتاب أو المال بعد اعترافه بالانتقال من عمرو يوجب رفع حجية يده على الكتاب أو المال ، لأن العرف والعقلاء يطلبون زيداً باثبات أداء القرض أو باثبات الهبة بعد اعترافه بالانتقال من عمرو ، فإن الاعتراف بالانتقال أو بالدين

٥٠ يوجب انقلاب الدعوى وكون المدعي منكرًا والمنكر مدعيًا ، فإن النزاع مثلاً إذا كان على مال أو كتاب في يد أحدهما وهو عمرو ، فلا بدّ لزيد أن يثبت عند العقلاء أن المال ماله أو الكتاب كتابه لا كتاب عمرو ليلزم عمرو باعطائه ، وزيد مدعٍ لمطالبة العرف والعقلاء له بالاثبات وعمرو منكر ، **ولكن لو اعترف عمرو** أن هذا المال الذي في يده قد انتقل إليه من زيد بأي ناقل كقرض قد اقترضه من زيد وأذاه فيما بعد ، **انقلبت الدعوى** وصار عمرو مدعيًا بعد ما كان منكرًا . وكذا لو اعترف أن الكتاب الذي في يده انتقل إليه من زيد صار مدعيًا للهبة ، وكذا في المقام حينما يدعى أن المال الذي في يده ، والذي اشترى به شيئاً وترقت قيمته انتقل إليه من زيد ، ولكن الانتقال كان على نحو الحوالة لا الوكالة ، صار مدعيًا للحوالة وارتفعت حجية يده بعد الاعتراف هذا وتحقق الانقلاب . **والسرّ في ذلك أنه يصبح عند العرف والعقلاء مطالباً** **بإثبات الأداء أو الهبة أو الحوالة** ، ومن يطالبه العرف بالاثبات فهو مدع ، ومعنى ذلك أن يده ليست بحجة ، لأنه باعترافه بانتقال الكتاب إليه من عمرو تنقلب الدعوى ويكون زيد مدعيًا وعمرو منكرًا ، وهذا هو السرّ في ارتفاع حجية يده .

وقال الشيخ صاحب الجواهر رحمته في الجواب عن التفصيل الذي فصله المحقق بين صورة القبض وعدمه مانصه : لكن لا يخفى عليك ما فيه بعد الإحاطة بما ذكرنا ، ضرورة أن عقد الحوالة من العقود اللازمة المقترضية تملك المال المحال به ، وانعزال المحيل عنه على وجه لو أراد إبداله لم يكن له ، لصيرورته ملك المحتال على وجه اللزوم . وحينئذٍ فلا يتفاوت الحال بين القبض وعدمه ، لأنه استيفاء يترتب عليه الملك وإن لم يحصل القبض [إلى أن قال الشيخ صاحب الجواهر رحمته] **واليد وضابط المنكر إنما تجدي مع عدم استناده إلى التحويل المخالف للأصل كما هو المفروض « الجواهر ٢٦ : ١٧٨** . وهو نص في أنّ اليد إنّما تكون حجة في غير صورة استنادها إلى التحويل وانتقال المال من المحيل إلى المحتال وأما في هذه الصورة فلا حجية فيها أصلاً ثم قال : «ومن هنا يظهر لك أن القول قول المحيل على كل حال» **الجواهر ٢٦ : ١٧٨** .

وقال السيد الحكيم رحمته في **المستمسك ١٣ : ٢٣٩** معلقاً على قول الماتن «مدفوعة بأن مثل

هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما . وأما إذا علم وكان ظاهراً في الحوالة أو في الوكالة فهو المتبع^(١) .

ولو علم أنه قال : «أحلتك على فلان» وقال : «قبلت» ثم اختلفا في أنه حوالة أو وكالة ، فربما يقال إنه يقدم مدعي الحوالة ، لأن الظاهر من لفظ أحلت هو الحوالة المصطلحة ، واستعماله في الوكالة مجاز ، فيحمل على الحوالة .

هذا كله إذا لم يعلم اللفظ الصادر منهما ، فأحدهما يدعي أنه صيغة الحوالة ، والآخر يدعي أنه صيغة الوكالة .

(١) البحث الثالث في هذه المسألة : هو أن البحث الأول والثاني كله إنما هو فيما إذا لم يعلم أن الصادر منهما والذي من أجله كان النزاع في الحوالة وعدمها أي لفظ هو ، هل هو لفظ الحوالة أو لفظ الوكالة .

وأما إذا علم اللفظ الصادر منها كما هو الحال فيما إذا اتفقا على أن الصيغة التي كانت صيغة

«هذه اليد لا يكون أمانة على ملكية ذبيها» ما نصه : «لما اشتهر من أن ذا اليد إذا ادعى الملكية عن سبب معين كان مدعياً لأن اليد إنما تدل على الملكية في الجملة ولا تدل على السبب المدعى ، فالمدعى له تخالف دعواه الأصل» .

ثم قال السيد الحكيم رحمته الله : «لكن عرفت أن المدار في كون الخصم مدعياً هو الغرض لا مصب الدعوى ، والغرض هو الملكية لا السبب المعين ، فالعمدة في عدم حجية اليد في المقام عدم الدليل على حجية اليد ، لأن أدلة الحجية منزلة على الارتكاز العقلائي ، وهو يختص بغير هذه الصورة» المستمسك ١٣ : ٢٣٩ طبعة بيروت .

أقول : لا شك في أن الغرض هو الملكية لا السبب المعين ، ولكن إذا كان ذلك مع الاعتراف بالانتقال من المحيل كان ذلك موجباً لقلب الدعوى وكون يد المدعى للملكية كلا يد ، وهو السر في كون أدلة حجية اليد منزلة على وفق الارتكاز العقلائي الذي هو مختص بغير هذه الصورة ، فكون المدار في كون الخصم مدعياً هو الغرض المقصود من الدعوى لا مصب الدعوى لا ينافي ما اشتهر بين الأصحاب الذي أشار إليه السيد الحكيم رحمته الله وهو اقتضاء كون صاحب اليد إذا ادعى الملكية عن سبب معين مدعياً لعدم حجية اليد حينئذ .

وفيه : منع الظهور المذكور ، نعم لفظ الحوالة ظاهر في الحوالة المصطلحة ، وأمّا ما يشتقّ منها كلفظ «أحلت» فظهوره فيها ممنوع . كما أنّ لفظ الوصيّة ظاهر في الوصيّة المصطلحة ، وأمّا لفظ «أوصيت» أو «أوصيك بكذا» فليس كذلك . فتقديم قول مدعي الحوالة في الصورة المفروضة محل منع .

الوكالة كجملة وكلتك ، واختلفا في المراد منها ، فيدعي احدهما أن المراد منها الحوالة ويدعي الآخر أن المراد منها الوكالة ، فإن كان لها ظهور في الوكالة كما هو الظاهر جزماً ، فلا يسمع قول مدعي الحوالة المدعي لخلاف الظهور بل لا بدّ له من الاثبات . أو اتفقا على أن الصيغة التي كانت صيغة الحوالة^(١) ، واختلفا في المراد منها ، فإن كان لها ظهور في الحوالة كما هو كذلك جزماً فلا يسمع قول مدعي الوكالة ، بل لا بدّ له من الاثبات .

ولكن لو علم أنّه قال «أحلتك على فلان» فقط ، فقال الآخر «قبلت» واختلفا أنّها حوالة أو وكالة ، فهل تحمل على الحوالة المصطلحة ، أو أن المراد منها التوكيل؟^(٢) .

اختار الماتن رحمته^(٣) أن لا ظهور للفظ أحلتك في الحوالة المصطلحة ، والظاهر في الحوالة المصطلحة إنما هو لفظ الحوالة لا لما يشتق منها كلفظ أحلت ، فإن دعوى ظهورها أي كلمة

(١) أي كقولك حولتك على زيد ، أو كقولك أحلتك بالدين الذي لك عليّ مالي من الدين على زيد . حيث إن كلاً منهما صريح في الحوالة .

(٢) وهذا طبعاً غير ما إذا قال احلتك بالدين الذي لك عليّ الذي لي عليّ زيد من الدين الذي هو صريح ولو لأجل القرائن في الحوالة ولا مجال فيه للاختلاف ، بخلاف (أحلتك على فلان) مما ليس هو بصريح في الحوالة ولا قرينة دالة على الحوالة ، وبعد أن قبض قال المحيل قصدت الوكالة وقال القابض إنّما أحلتني بما عليك عليّ من قبضت المال منه ، فهنا لا شك في وجود محل للاختلاف بينهما ولذا قال الشيخ في المبسوط ٢ : ٣١٤ - ٣١٥ إن القول قول المحيل وفي القواعد ٢ : ١٦٥ إنه الأقرب وإن نسب إلى غيرهما أيضاً كالمحقق في الشرائع والناسب الشهيد في المسالك ٤ : ٢٢٥ إلا أنّه لم يثبت . وقال آخرون إن القول قول المحتال منهم المحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٧٨ ، والعلامة في التحرير ٢ : ٥٨١ - ٥٨٢ .

(٣) وفاقاً للشيخ في المبسوط ٢ : ٣١٤ - ٣١٥ ، والعلامة في القواعد ٢ : ١٦٥ .

أحلت في الحوالة المصطلحة ممنوع، بل هي ظاهرة في إرجاع أمرك إلى فلان وليس لها ظهور في الحوالة المصطلحة، نظير ما مثل به في كلمة الوصية، فإن لفظ «الوصية» ظاهر في الوصية المصطلحة، وأما مشتقاتها كأوصيت أو «أوصيك» بكذا فلا، بل هي أعم منه، كقوله تعالى: ﴿وَأَوْصِيَنِ بِالصَّلَاةِ وَالزَّكَاةِ مَا دُمْتُ حَيًّا﴾^(١) أي عهد إلي. فالمراد من كلمة الإيضاء ليس هو خصوص الوصية بعد الموت، بخلاف المراد من كلمة الوصية، فإنها ظاهرة في الوصية المصطلحة التي تكون بعد الموت.

ولكن الظاهر أن الأمر ليس على طبق ما ذكره الماتن رحمته فإننا ذكرنا في أول هذا الكتاب وهو كتاب الحوالة أن الحوالة مأخوذة من الإحالة والتحويل، الذي هو في اللغة بمعنى النقل من مكان لآخر أو من حال لآخر أو من زمان لآخر، كما في تحويل السنة^(٢) فيعتبر فيه عنوان النقل اصطلاحاً، ونقل ما في ذمة شخص من الدين إلى ذمة شخص آخر نقل دين إلى دين وهو حصة خاصة من المعنى اللغوي. وعلى كل حال، فالنقل مأخوذ في مفهوم الحوالة من المبدأ ومشتقاته بتمامها^(٣)، ومن الظاهر أنه ليس في الوكالة أي نقل من مكان لآخر، أو من حال لآخر،

(١) مريم ١١: ٣١. وكذ قوله تعالى: ﴿أَمْ كُنْتُمْ شُهَدَاءَ إِذْ وَصَّيْنَاكُمْ اللَّهُ بِهَذَا﴾ الأنعام ٦: ١٤٤ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَ الَّتِي حَرَّمَ اللَّهُ إِلَّا بِالْحَقِّ ذَلِكَمَ وَصَّيْنَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَعْقِلُونَ﴾ الأنعام ٦: ١٥١ وقوله تعالى: ﴿وَبِعَهْدِ اللَّهِ أَوْفُوا ذَلِكَمَ وَصَّيْنَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾ الأنعام ٦: ١٥٢ وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَتَّبِعُوا السَّبِيلَ فَتَفْرَقَ بَيْنَكُمْ عَنْ سَبِيلِهِ ذَلِكَمَ وَصَّيْنَاكُمْ بِهِ لَعَلَّكُمْ تَتَّقُونَ﴾ الأنعام ٦: ١٥٣ وكما في كلمة وصينا كما قوله تعالى: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حُسْنًا﴾ العنكبوت ٢٩: ٨ وقوله: ﴿وَوَصَّيْنَا الْإِنْسَانَ بِوَالِدَيْهِ حَمَلَتْهُ أُمُّهُ، وَهَنَا عَلَى وَهْنٍ﴾ لقمان ٣١: ١٤ وغير ذلك كثير.

(٢) أو تحويل النهر كما في عدة من كتب اللغة وتحويل السنة الذي يتم بالانتقال من برج إلى برج.

(٣) ذكرنا ذلك في أول كتاب الحوالة عند قول الماتن رحمته: وهي عندهم تحويل المال من ذمة إلى ذمة.

وإنما هو إعطاء سلطنة لشخص في أن يعمل على طبق الوكالة التي قبلها بعد ما لم يكن له السلطنة على العمل ، وبالوكالة توجد هذه السلطنة على بيع الدار أو نحو ذلك ، وعليه فلا معنى لأن يقال إن كلمة «أحلت» استعملت بمعنى الوكالة . إذ ليس في الوكالة نقل حتّى يقال إن كلمة «أحلت» استعملت في الوكالة .

وما عن الشهيد من أنه في باب الوكالة ينقل حق المطالبة إلى شخص آخر^(١) .
 واضح الفساد ، لأنه في باب الوكالة لا ينقل حق المطالبة إلى الوكيل ، وإنما يعطى له حق مع حفظ حق المطالبة للأصيل ، فليس في الوكالة نقل^(٢) أصلاً ولا أي تغيير ، بل الحال كما كان والحادث فقط هو أن يكون للوكيل السلطنة على عمل ليس إلا .
 وعليه فتكون كلمة «أحلتك» ظاهرة في الحوالة المصطلحة ومجاز في غيرها ، فلا بدّ لمدعي خلاف الظاهر من الاثبات ووجود قرينة عليه والمفروض عدمها^(٣) ، ولا يقاس ذلك

(١) مسالك الأفهام ٤ : ٢٢٣ ٢٢٥ قال «لأن الوكالة لما كانت تتحقق في ضمن كل لفظ يدل على الاذن بطريق الحقيقة ، وكانت الحوالة مؤدية لذلك لأن معنى احلتك كما يحتمل تحويل المال من ذمة إلى ذمة يحتمل ارادة تحويل المطالبة من المحيل إلى المحتال ، ففائدتها تسليط على المحال عليه ... لأن الوكالة لما كانت شرعاً حقيقة في الاذن في التصرف كيف اتفق وبأي لفظ دلّ عليه ، كما هو شأن العقود الجائزة ، وكانت الحوالة دالة عليه أيضاً ، فاطلاقها عليها إذا أرادها الالفاظ يكون بطريق الحقيقة الشرعية وإن وافقها مع ذلك اللغة . وترجيح الشرع والعرف للمعنى المتعارف من الحوالة يقتضي ترجيح أحد معنيي المشترك ، وهو لا يخرج الفرد الآخر عن الحقيقة» .

(٢) ولو كان فيها نقل الحق ، فمعنى ذلك عدم جواز مطالبة الأصيل ، وهو واضح الفساد ، إذ إنّ للأصيل المطالبة أيضاً بلا كلام .

(٣) وفاقاً للمحقق الكركي في جامع المقاصد ٥ : ٣٧٨ ، والعلامة في التحرير ٢ : ٥٨١ - ٥٨٢ ، والشيخ صاحب الجواهر ٢٦ : ١٧٥ - ١٧٦ فإنه قال في الجواهر : «بل في جامع المقاصد

ة ومحكي التحرير ترجيح قول المحتال . لأنه الموافق للأصل المزبور الذي يجب حمل اللفظ عليه حال التجرد عن القرينة . [الذي هو أصالة الحقيقة في أحلتك] وإلا لزم الإغراء بالجهل . بل لو قدح احتمال التجوز لقدح في جميع الأبواب من بيع أو صلح وإقرار ونكاح وغيره فيكون حينئذ قول المحيل مخالفاً للأصل . يكلف بالبينّة . وأما الأصلان المزوران [وهما أصالة بقاء اشتغال ذمة المدين للدائن وأصالة بقاء ذمة اشتغال المحال عليه للمحيل (لدائن)] فيقطعهما ظاهر لفظ الحوالة المحمول على ذلك ، أي على المعنى الحقيقي الذي هو نحوالة المتعارفة الجواهر ٢٦ : ١٧٤ - ١٧٥ .

ولكن قال الشهيد رحمته في المسالك «كون المراد منها [أي أحلتك] الحوالة بالمعنى المتعارف ظهر لا شبهة فيه . لكنه لا يدل على مجازية الآخر [الذي هو الوكالة] لجواز كونه من باب مشترك الذي يراد به أحد معانيه بالقرينة ، المسالك ٤ : ٢٢٣ فكيف يصح التمسك بأصالة حقيقة في الاستعمال ويقال إنه حقيقة لا مجاز .

أقول : تبادر الحوالة المتعارفة منه علامة كونه حقيقة فيه وعدم تبادر الوكالة منه علامة كونه مجازاً فيه لو كان مجازاً فيها .

ودعوى أن هذه العلامة وهي التبادر وعدمه غير تامة في المشترك الذي يتبادر إلى الذهن أحد معانيه مع القرينة مع أنه حقيقة في الفرد الآخر أيضاً كما عن الشهيد في المسالك أيضاً : ٢٢٤ .

يدفعها أولاً : أن المراد من التبادر الذي هو علامة الحقيقة إنما هو من حيث اطلاق اللفظ لامع القرائن والمشارك مع عدم القرينة المتبادر منه جميع معانيه وهو علامة كونه حقيقة فيها ولا ينافيها تبادر بعضها مع القرينة . وثانياً : أن يكون ذلك من المشترك ادعاء لا مثبت له ولا دليل يدل عليه وإنما هو احتمال منفي بدلالة الظهور ولذا قال الشيخ صاحب الجواهر في الجواب عما ذكره الشهيد «وهو كما ترى ، بل ما كنا لنؤثر وقوع ذلك منه ضرورة أنه لم يذكر دليلاً صالحاً على الاشتراك» الجواهر ٢٦ : ١٧٦ . والاحتمال ليس له أي أثر في تحقق الاشتراك .

٥ **وثالثاً** - وهو المهم - : أن هذا كله لو أتى بقرائن دالة على إرادة الوكالة من أحلتك التي هي استعمال للفظ أحلتك في معنى مباين لمعناه لا مشابه فإنه لا نقل في الوكالة فاستعمال اللفظ الذي معناه النقل في معنى آخر ليس فيه من النقل شيء استعمال نشاز واستعمال للفظ في معنى مباين لمعناه ، لا مجازي وإن وافق السيد الأستاذ الشيخ صاحب الجواهر وغيره قدس الله أسراهم على أن استعمال لفظ أحلت في الوكالة مجاز يحتاج إلى قرينة إلا أنه غير صحيح لا منه ولا منهم ، فإنه نقول مجرد دخوله (أحلتك على فلان) لا يمكن أن يراد به الوكالة حتى مجازاً . نعم لو أتى بالفاظ تكون قرينة على أن المراد منه الوكالة كان مجازاً وليس في قولنا (أحلتك على فلان) الذي هو محل الكلام ، تلك القرائن ليكون حتى مجازاً فضلاً عن أن يكون مشتركاً بين الحوالة والوكالة . فإن استعمال لفظ الأسد في الرجل الجبان نشاز وخطأ لا مجاز ، نعم يمكن أن يكون مجازاً فيما إذا كانت هناك قرينة التوهين والتمزيق والانتقاد والهزل ، وأما مع عدم هذه القرينة فهو استعمال نشاز وخطأ لا مجاز فضلاً عن الاشتراك - الذي يدعيه الشهيد رحمته في قولك (أحلتك على فلان) - بين الحوالة والوكالة . وكان المناسب للسيد الأستاذ رحمته مع تصريحه بأنه ليس في الوكالة أي نقل وإنما هي إعطاء سلطنة مع حفظ حق المطالبة للأصيل وكون الحال كما كان ، والحادث فقط هو اعطاء سلطنة للوكيل أن يقول لتعين استعمال أحلتك على فلان في الحوالة وبنحو لا يمكن أن يكون المراد منه المجاز حتى يحتاج إلى الرجوع إلى أصالة الحقيقة . لأن أحلتك على فلان على كحولتك على فلان ، فكيف مع هذا تكون كلمة (أحلتك على فلان) التي هي محل الكلام ظاهرة في الحوالة المصطلحة مجازاً في غيرها قطعاً ؟ ! .

نعم على مسلك الشهيد في المسالك يكون استعمال لفظ (أحلتك على فلان) مجازاً لأنه يدعي أن في الوكالة نقلاً وأما السيد الأستاذ رحمته فقد ردّه وقال : لا نقل في الوكالة وهو الصحيح فكيف يكون مجازاً عند السيد الأستاذ رحمته ؟ ! .

لا نقول إنه لا يكون مجازاً أصلاً لأنه لو أتى بلفظ (أحلتك) وأتى بقرائن قطعية تفيد استعماله في الوكالة نعم يكون مجازاً كقولك بعثك منعة داري إلى الشهر وإرادة الإجارة منه

[٣٦٣٠] «مسألة ١٥»: إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن ، أو أحال المشتري البائع بالثمن على اجنبي بريء أو مديون للمشتري ، ثم بان بطلان البيع ، بطلت الحوالة في الصورتين^(١) لظهور عدم اشتغال ذمة المشتري للبائع ، واللازم اشتغال ذمة المحيل للمحتال .

هذا في الصورة الثانية . وفي الصورة الأولى وإن كان المشتري محالاً عليه ويجوز الحوالة على البريء ، إلا أن المفروض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته ، فهي في الحقيقة حوالة على ما في ذمته لا عليه .

بكلمة «الوصية» ومشتقاتها^(١) .

(١) في هذه المسألة بحثان :

البحث الأول : وفيه صورتان :

الأولى : أن يحيل البائع دائته على المشتري باعتبار أن البائع يطلب المشتري بالثمن فله أن يحيل دائته عليه .

الثانية : أن يحيل المشتري البائع على آخر مدين للمشتري أو بريء ، باعتبار أن المشتري مدين للبائع بالثمن فله أن يحيل البائع على من هو مدين للمشتري أو بريء أيضاً .
ففي هاتين الصورتين إذا ظهر بطلان البيع المذكور ، وأن المشتري لم يكن مشغول الذمة للبائع بشيء في الصورتين ، فيحكم ببطلان الحوالة في كلا الصورتين^(٢) .

« كما تقدم في الإجارة من حيث استعمال لفظ البيع في الإجارة مجازاً ، وأما لو قال (أحلتك على فلان) كما هو محل الكلام ولم يأت بأي قرينة على استعمال النشاز فكيف يكون استعمال لفظ أحلتك فيها في الوكالة مجازاً ؟ ! فإنه من غير المعقولة بمكان .
(١) فإن في الوصية الأمر كما ذكره عليه السلام ولكن الأمر في الحوالة ليس كالأمر في الوصية ، لأن الحوالة إنما هي مأخوذة من الإحالة والتحويل الذي هو بمعنى النقل غاية الأمر نقل خاص فهو جزء من المعنى اللغوي فيكون النقل داخل في مفهوم المصدر ومشتقاته كلها .
(٢) كما في الشرائع كتاب الحوالة في الأحكام المسألة ٣ ، الشرائع ٢ : ٩٥ ، الجواهر ٢٦ : ١٨٤ ،

أما في الصورة الثانية وهي إحالة المشتري البائع بالثمن على شخص مدين للمشتري أو بريء فبطلان هذه الحوالة واضح ، إذ يعتبر في الحوالة أن يكون المحيل مديناً ، فإذا لم يكن مديناً فلا تصح الحوالة ، إذ لا موضوع للحوالة ، والمفروض بطلان البيع ، فليس المشتري مديناً للبائع بالثمن ، فليس هنا شيء حتى ينقله إلى ذمة شخص آخر .

وأما في الصورة الأولى - وهي إحالة البائع دائنه على المشتري - فذكر الماتن رحمته في وجه البطلان : مع أن دين المحيل للمحتال موجود ، ودين المحيل على المحال عليه وإن لم يكن موجوداً فليست الحوالة حوالة على مشغول الذمة ، بل هي حوالة على بريء ، والحوالة على البريء صحيحة ، إلا أنه مع ذلك لا تكون في المقام صحيحة ، لأن الحوالة هنا إنما هي من جهة ما يعتقد البائع من أن له في ذمة المشتري ديناً ، فيحيل دائنه عليه بما أن المحال عليه مدين للمحيل . ففي الحقيقة الحوالة حوالة على مشغول الذمة ، فإذا لم يكن مشغول الذمة كانت الحوالة باطلة ^(١) .

﴿ القواعد ٢ : ١٦٣ ، جامع المقاصد ٥ : ٣٧٢ ، المسالك ٤ : ٢٣٣ وادعى فخر المحققين الإجماع عليه ، إيضاح الفوائد ١ : ٩٧ .

(١) في الفرضين يظهر أن البطلان ليس طارئاً بل منكشفاً . ثم إن الماتن رحمته وافق في قوله ذلك الشيخ صاحب الجواهر رحمته حيث قال في الجواهر : «ولو ثبت بطلان البيع من أصله لا من حينه بطلت الحوالة في الموضوعين لظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه وإن قلنا بجواز الحوالة على البريء ، فإن الفرض إرادة الحوالة عليه من حيث ثبوت الثمن في ذمته ، فهي حوالة على ما في ذمته لا عليه كما هو واضح» الجواهر ٢٦ : ١٨٥ وسيأتي ما فيه .

وعلى كل حال تعبير الماتن رحمته بقوله «بطلت الحوالة في صورتين» تعبير مجازي . لأن البطلان منكشف لا طارئ .

أقول : البطلان في الصورة المعنونة بالصورة الأولى إنما هو لو لم يكن المقام كما قاله السيد الحكيم والسيد الأستاذ رحمتهما من الخطأ في التطبيق . والظاهر أنه من الخطأ في التطبيق وهو لا يضر

هذا ما ذكره الماتن رحمته من وجه البطلان ^(١).

وهذا الذي ذكره لعله واضح الفساد، فإن المحال عليه إنما هو هذا الشخص لا ما في الذمة، وما في الذمة ليس محالاً عليه، بل المحال عليه هذا الشخص نفسه، وسبب الحوالة والداعي لها اعتقاده أن في ذمته شيئاً، فأحال دائنه عليه لأنه مدين له، وفي الواقع لم يكن مديناً له فهو من الخطأ في التطبيق، لا أن المحال عليه هو ما في الذمة حتى يقال إن المحال عليه غير موجود لأنه ليس في ذمته شيء، فما ذكر واضح الفساد.

وبعبارة أخرى: أن المحال عليه إنما هو نفس الشخص فتكون الحوالة في ذمته لا أن الحوالة على ما في ذمته من الدين ^(٢) حتى يقال إن المحال عليه لا وجود له إذ لا شيء في الذمة. نعم، سبب الحوالة والداعي لها اعتقاده أن في ذمته شيئاً، وهو في الواقع ليس كذلك، فهو من الخطأ في التطبيق ^(٣).

بل الصحيح في وجه البطلان أن يقال: إن هذه الحوالة في المقام حوالة على البريء، وتوقف صحة الحوالة على البريء على رضا البريء، ولم يتحقق الرضا منه، لأن أداء المشتري للمال على الفرض إنما هو من جهة اعتقاده أنه مطلوب وملزم بالأداء، لا من جهة أنه رضي

بصحة الحوالة من هذه الجهة لأنه من الحوالة على البريء والحوالة على البريء صحيحة كالحوالة على مشغول الذمة نعم يعتبر فيها رضا المحال عليه. وقد يقال: إنه لا رضا منه لأن وعاء الرضا الموجود منه إنما هو كونه مشغول الذمة فإذا لم يكن مشغول الذمة فلا رضا والحوالة على البريء من غير رضاه غير صحيحة، وسيأتي ما فيه.

(١) وقد عرفت أنه وافق فيه الشيخ صاحب الجواهر رحمته.

(٢) أي لا أن المحال عليه هو الدين إذ لا معنى له، ولا معنى للاحالة على الشخص إلا الاحالة عليه بما هو شخص قد يكون مديناً وقد لا يكون حتى مديناً للمحيل ومنه يظهر عدم صحة ما ذكره الماتن رحمته وفاقاً للشيخ صاحب الجواهر رحمته.

(٣) أجب بهذا الجواب السيد الحكيم رحمته حيث قال «وفيه: أن الحوالة نقل الدين إلى ذمة المحال عليه، لا إلى ما في ذمته...» المستمسك ١٣: ٤١٤ أو (٢٤١ طبعة بيروت).

ولا فرق بين أن يكون انكشاف البطلان قبل القبض أو بعده ، فإذا كان بعد القبض يكون المقبوض باقياً على ملك المشتري^(١) فله الرجوع به ، ومع تلفه يرجع على المحتال في الصورة الأولى ، وعلى البائع في الثانية .

بالحوالة . وبعبارة أخرى : رضا المشتري متفرع عن اعتقاده اشتغال ذمته وهو لا أثر له ، لأن المعبر في الحوالة على البريء رضاه الذي يتفرع عليه اشتغال ذمته ، لا رضاه المتفرع عن اعتقاده اشتغال الذمة^(١) .

(١) البحث الثاني : لا فرق بعد انكشاف بطلان البيع وبعد الحكم ببطلان الحوالة في

(١) لا يخفى أن التعبير عن الرضا بالقبول وإن وقع في كلام السيد الأستاذ رحمته في الدرس أيضاً لا في موسوعته فقط ج ٣١ : ٥٢٩ ، فإنه قال في الموسوعة : «إذن فالصحيح في وجه البطلان أن يقال : إن هذه الحوالة بعد ظهور عدم اشتغال ذمة المحال عليه للمحيل تكون من الحوالة على البريء فهراً ، فتوقف صحتها على قبول المحال عليه ورضاه لا محالة ، إذ لا سلطنة للمحيل في اشغال ذمة المحال عليه البريء للمحتال من غير رضاه» ، إلا أنه تعبير مجازي والقريفة عليه واضحة خصوصاً مع عطف الرضا على القبول ، إذ لا يعتبر القبول حتى في الحوالة على البريء ، فضلاً عن الحوالة على مشغول الذمة ، بل المعبر الرضا على ما تقدم في أول الحوالة ومن المحال عليه البريء لا المحال عليه المشغول الذمة ، فإن في مشغول الذمة لا يعتبر حتى رضاه ، فلذا نحن تحاشينا التعبير بالقبول ، وإن عبّر به السيد الأستاذ رحمته في الدرس أيضاً ، وعبرنا بالرضا .

ثم إن هذا الجواب عن وجه البطلان ، ليس صحيحاً على الإطلاق فإن الصحيح هو أن يقال إن كانت الحوالة مع رضا المحال عليه الموجب لاشتغال ذمته فهي صحيحة وإلا فهي باطلة ، فإنه قد يكون رضا المحال عليه حتى لو كانت الحوالة مقتضية لاشتغال ذمته فمن أين يعلم عدم رضاه بها ؟ فيقال إن الصحيح أن يقال : إن صحة الحوالة وعدمها تابع لرضاه الخاص ، وهو إنما يعلم منه . فإن كان فهو وإلا فهي باطلة فإن كثيراً من المحال عليهم يرضون بالحوالة حتى لو لم يكونوا مشغولي الذمة ، وإن كان اعتقادهم هو اشتغال ذمتهم كما في حوالة المنعم على المنعم عليه ونحوه .

الصورتين بين تحقق القبض في الحوالة أو عدم تحققه ، أما إذا لم يتحقق القبض فلا إشكال ، وأما إذا كان القبض في الحوالة قد تحقق وقبض المحتال المال من المحال عليه ، فذكر الماتن رحمته أن المقبوض باق على ملك من قبض منه ، لفساد البيع المستتبع لفساد الحوالة ، ١ - فإذا أحال البائع دائته على المشتري وقبض المال منه فالقبض قبض بغير حق ، فالمال باق على ملك المشتري ، ولا بد للقباض من الخروج عن عهدة ذلك ، فيرجع المشتري إليه بعين المال وإلا فيبدله مثلاً أو قيمة^(١) . ٢ - وإذا أحال المشتري البائع على شخص فقبض المال منه ، فالمال باق على ملك ذلك الشخص الذي هو المحال عليه ، ويكون القابض وهو البائع ضامناً لأن القبض بغير حق ، ولا بد له من الخروج عن عهدة ذلك ، فيرجع ذلك الشخص الذي أقبض على البائع بعين المال ، وإلا فيبدله مثلاً أو قيمة .

وما ذكره في الصورة رقم (٢) صحيح في غير صورة ما لو أحال المشتري البائع على البريء وقبل البريء فإن المحال عليه قد يكون مشغول الذمة للمشتري وقد يكون بريئاً ، فإن كان مشغول الذمة للمشتري فيرجع المشتري على البائع لأن المال باق على ملك المشتري وإن كان

(١) هذا بناءً على عدم رضا المحال عليه البريء وهو المشتري المستند إلى أن رضاه الذي كان منه متفرع على اشتغال ذمته ولم تكن ذمته مشغولة فلا وعاء للرضى فلا رضى ، والرضى الذي ينفرع عليه اشتغال ذمته لم يكن فالحوالة عليه بما أنه بريء ولم يرض غير صحيحة فالمال المأخوذ منه باق على ملكه فيرجع المشتري به بعينه مع وجوده وببدله مع تلفه .

وأما بناءً على أن بطلان الحوالة وعدم بطلانها كما قلنا إنه هو الصحيح تابع لرضاه أي لرضى المحال عليه والمشتري بما أنه بريء فقد يكون رضاه موجوداً كما قلنا وقد لا يكون رضاه موجوداً . فإن لم يكن موجوداً فالأمر كما ذكر المال المأخوذ منه باق على ملك المشتري فيرجع به بعينه مع وجوده وببدله مع تلفه ، وأما إذا كان رضاه موجوداً حتى مع عدم اشتغال ذمته أي كان رضاه المستتبع لاشتغال ذمته موجوداً على تقدير عدم اشتغال ذمته . فالمال المأخوذ منه ليس باقياً ملكه بل هو ملك المتحال ويرجع المحال عليه الذي هو المشتري ببده على المحيل وهو البائع .

[٣٦٣١] «مسألة ١٦»: إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين ، ثم انفسخ البيع بالاقالة أو بأحد الخيارات ، فالحوالة صحيحة ، لوقوعها في حال اشتغال ذمّة المشتري بالثمن^(١) ، فيكون كما لو تصرف أحد المتبايعين فيما انتقل إليه ثم حصل الفسخ ، فإن التصرف لا يبطل بفسخ البيع .

في ذمّة المشغول الذمّة للمشتري واعطاه للمحتال فيرجع به المشتري على البائع ، وإن كان المحال عليه بريئاً ، فإنه هنا لا يصح ما ذكره الماتن رحمته من بقاء المال على ملك المشتري ، لأنه لم يكن المشتري مالكاً له حتّى يكون باقياً على ملكه ، بل كانت الحوالة على البريء وقد قبل وأدّى ، فالمال ملك المحال عليه البريء وقد أداه إلى البائع بأمر المشتري ، فيضمن للبريء كل من البائع والمشتري ، أمّا البائع فلأنه قبض المال ولا يكون قبضه مجاناً ، بل أخذه بعنوان الحوالة والمفروض فسادها . وأمّا المشتري فلأن الأداء كان بأمره - وإن كانت الحوالة باطلة - ، وكل خسارة مالية مستندة إلى أمر أحد موجبة للضمان ، فللبريء الذي قبض المال إلى المحتال الرجوع على أيّ منهما ، فإن رجع إلى البائع فلا اشكال فيأخذ بدل ماله ، لأن الكلام في فرض التلف . وإن رجع البريء إلى المشتري وأخذ المال منه ، رجع المشتري على البائع لأنه لا يكون المال مجاناً للمحتال الذي هو البائع ، فإن كان التلف في يده أي في يد البائع كان قرار الضمان عليه فيرجع المشتري على البائع ، وتفصيل الكلام في باب تعاقب الأيدي .

(١) إذا تحققت الحوالة من البائع أو المشتري بإحدى صورتين المتقدمتين في المسألة السابقة^(١) سواء قبض المحتال مال الحوالة أم لم يقبض في الحوالة على مشغول الذمّة للمحيل أو في الحوالة على البريء ثم فسخ البيع فهل يؤثر الفسخ على صحة الحوالة أم لا ؟
أي «الصورة الأولى» وهي ما إذا فرضنا أن البائع كان مديناً لشخص فأحال البائع دائنه على المشتري فيكون المشتري مديناً لذلك الشخص بعد الحوالة ، وقبض المحتال المال من المشتري أو لم يقبضه .

أو «الصورة الثانية» التي هي ما لو فرض أنّ المشتري أحال البائع على شخص آخر وذلك الشخص الآخر مديون للمشتري ، أو بريّ وقبل الحوالة عليه ، فانتقل الدين من ذمّة المشتري إلى

(١) أي الصورة الأولى : أن يحيل البائع دائنة على المشتري الصورة الثانية : أن يحيل المشتري البائع على آخر مدين للمشتري أو بريء .

ذمة ذلك الشخص الذي هو المحال عليه ، سواء قبض البائع المال من المحال عليه أم لم يقبض .
فهل أنه إذا تحققت الحوالة وكانت صحيحة في صورتين وحصل النقل والانتقال ثم بعد ذلك فسخ البيع بأحد أسباب الفسخ من خيار أو تقايل ، فهل هذا الفسخ يؤثر في الحوالة شيئاً بأن يحكم بفساد الحوالة ، أو أن الفسخ أجنبي عن ذلك ؟
 هنا ذكر الماتن رحمته في هذه المسألة أربعة موارد للبحث :

المورد الأول للبحث : أنه لا أثر لذلك في فسخ الحوالة بعد وقوعها صحيحة ، فإن ذلك كسائر التصرفات التي تتحقق في الخارج من البائع أو المشتري ، فلو فرض أن البائع تصرف في الثمن واشترى به شيئاً أو وهبه أو أن المشتري باع المثل من شخص آخر أو وهبه له ، ثم حصل الفسخ فالفسخ المتأخر لا يوجب بطلان البيع أو الهبة المتقدمان ، لأن التصرف من البيع أو الهبة أو نحوهما كالحوالة في المقام صدر من أهله ووقع في محله ، بل مقتضى فسخ البيع الحكم بعدم المعاملة من الآن ، وأن البيع كأن لم يكن من الآن ، وحيث إن الثمن أو المبيع «المثل» في بعض الفروض كما في محل كلامنا لا يمكن رده إلى مالكه ، فينتقل إلى البديل لا محالة . فالحوالة محكومة بالصحة ، ولا أثر للفسخ بالنسبة إليها ، فيرجع المشتري على البائع بمثل الثمن أو قيمته ^(١) .

(١) ويمكن فرض ذلك في طرف المثلن «المبيع» أيضاً بأن اشترى المشتري كتاب مكاسب الشيخ بدينار ثم أحال أ - المشتري شخصاً يطلبه كتاب مكاسب الشيخ من نفس الطبعة على البائع ، سواء لم يأخذ المشتري مكاسب الشيخ من البائع حيث تكون الحوالة على مشغول الذمة للمشتري ، أم كان قد أخذ مكاسب الشيخ من البائع ثم أحال من يطلبه مكاسب الشيخ على البائع حيث تكون الحوالة على بريء الذمة ، ثم انفسخ البيع لسبب ما ، فإن انفساخه هل يؤثر على انفساخ الحوالة أو لا .

ذكر الماتن رحمته إن انفساخ البيع لا يؤثر على انفساخ الحوالة بعد وقوعها صحيحة وتحقق النقل والانتقال حتى وإن لم يأخذ المحتال الكتاب من المحال عليه ، لأنه انتقل إلى ملك المحتال بالحوالة الصحيحة . ب - أو أحال البائع المشتري على شخص يطلبه البائع كتاب مكاسب الشيخ فتكون حوالة على مشغول الذمة للبائع ، أو كانت الحوالة على المحال عليه بعد أن أخذ

ولا فرق بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده^(١).
فهي تبقى بحالها ويرجع البائع على المشتري^(٢) بالثمن.
وما عن الشيخ وبعض آخر من الفرق^(٣) بين الصورتين، والحكم بالبطلان في الصورة

(١) المورد الثاني للبحث: لا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده، لأن المفروض أن الدين انتقل من ذمة إلى ذمة حتى لو لم يقبض، فيكون المحال عليه مديناً للمحتال، وهذه أي الحوالة معاملة أخرى أجنبية عن البيع، فانفساخ البيع لا يضر بصحة الحوالة.
(٢) هذا من سهو القلم، والصحيح: ويرجع المشتري على البائع بالثمن^(١).

(٣) المورد الثالث للبحث: ذكر الماتن عليه السلام أنه نسب إلى الشيخ عليه السلام^(٢) وبعض آخر^(٣) التفصيل

بالبائع منه كتاب المكاسب الذي كان يطلبه منه حيث تكون الحوالة على بريء الذمة، ثم انفسخ البيع لأي سبب، فإن انفساخه هل يؤثر على انفساخ الحوالة أو لا.
ذكر الماتن عليه السلام أنه لا يؤثر بعد وقوع الحوالة صحيحة لما عرفت.

ثم لا فرق في المال المحال من ذمة إلى ذمة بين كونه عيناً - نقداً أو عرضاً أو منفعة أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة، فإن الأجير لما كان مديناً بالعمل أو بالمنفعة للمستأجر كان له نقله إلى ذمة الغير بعقد الحوالة، فتكون ذمة الغير هي المشغولة، بل لو لم يكن مديناً بذلك وكانت الحوالة على بريء الذمة أيضاً يحكم بصحتها، على ما تقدم في المسألة ١ [٣٦١٦].

(١) ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام من أن ذلك من سهو القلم صحيح في مفروض المسألة لأن الماتن فرض أن الحوالة متعلقة بالثمن وقال (ويرجع البائع على المشتري بالثمن)، وهو غير صحيح لأن الرجوع إذا كان بالثمن فهو رجوع المشتري على البائع لا البائع على المشتري. إلا أنه في واقع الأمر لا اختصاص للحوالة في كون متعلقها الثمن، بل يمكن أن تكون بالثمن أيضاً كما ذكر في الهامش المتقدم فيصح القول ويرجع البائع المشتري ولكن بالثمن (لا بالثمن) فيما إذا كان متعلقها الثمن ويصح القول ويرجع المشتري على البائع بالثمن. فيما إذا كان متعلقها الثمن.

(٢) في المبسوط ٢: ٣١٦.

(٣) كصاحب الايضاح وجامع المقاصد على ما ذكره في مفتاح الكرامة ١٦: ٥٣٠ وعن مجمع الفائدة

بين ما إذا كانت الحوالة من المشتري للبائع على شخص آخر وهي الصورة الأولى المتقدمة، وما إذا كانت من البائع لشخص آخر على المشتري وهي الصورة الثانية المتقدمة .

فإن كانت الحوالة من النحو الأول أي أحال المشتري البائع على شخص آخر مدين له ، أو بريء مع قبوله ، فمعاملة الحوالة بين البائع والمشتري ، وبما أنها في أثر البيع من المتعاملين اللذين هما البائع والمشتري فمع فسخ البيع تنفسخ الحوالة أيضاً ، لأنها بين المتعاملين لا مع شخص آخر ، فهي ليست مستقلة عن البيع ، فإذا بطل البيع تبطل الحوالة^(١) .

وإن كانت الحوالة من النحو الثاني أي ما إذا كانت الحوالة من البائع لشخص آخر على المشتري فهذه - أي الحوالة - معاملة جديدة لا بين البائع والمشتري اللذين هما المتعاملين بالبيع ، بل هي معاملة جديدة أجنبية عن البيع ، لأنها بين البائع وغير المشتري ، فالحوالة أجنبية عن البيع ، فمع فسخ البيع لا تنفسخ الحوالة ، لأنها معاملة مستقلة مع شخص آخر ، أي بين البائع ومن له دين على البائع .

هذا مخلص التفصيل الذي ذهب إليه الشيخ رحمته الله وبعض آخر .

ثم ذكر الماتن رحمته الله أن ما ذهب إليه الشيخ وبعض آخر من التفصيل ضعيف ووجه الضعف هو الآتي في التعليقة الآتية .

« والبرهان ٩ : ٣١٢ ، ما نصه : « وأنها فرع البيع وشغل الذمة ، فإذا بطل الأصل تبطل الحوالة ، والظاهر أن بقاءها تابع لبقاء أصلها وهو البيع ، وإلا يلزم عدم الرجوع إلى المحتال ولا المحال عليه ، ولا يرجع هو أيضاً على المحتال ، فيذهب بمال المحيل مع عدم بقاء استحقاقه ، وهو ظاهر البطلان ، ولعل دليل الثاني أقوى» .

(١) قالوا : وإن لم تبطل الحوالة فلازمه عدم الرجوع على المحتال ولا على المحال عليه ، ولا يرجع المحال عليه على المحتال ، فمال المحيل وهو المشتري يذهب مع عدم بقاء استحقاقه حيث لا يستحقه البائع بقاءً مع فرض بطلان البيع .

الثانية وهي ما إذا أحال المشتري البائع بالثمن على أجنبي لأنها تتبع البيع في هذه الصورة حيث إنها بين المتبايعين ، بخلاف الصورة الأولى ، ضعيف^(١) ، والتبعية في الفسخ وعدمه ممنوعة . نعم ، هي تبع للبيع حيث إنها واقعة على الثمن ، وبهذا المعنى لا فرق بين الصورتين .

(١) والأمر كما ذكره المصنف رحمته لأن الحوالة معاملة ثانية غير المعاملة الأولى في الصورتين ، ولا أثر لكون المعاملة بين المتعاملين الأولين اللذين هما البائع والمشتري أو بين البائع وغير المشتري ، بل الأثر لتعدد المعاملة ووحدها ، فمع التعدد كما في المقام في الصورتين لا موجب لانفساخ الحوالة بانفساخ البيع ، لأنها غير تابعة له ، ولا أن الفسخ يوجب بطلان الحوالة ، فالحوالة صحيحة على كل تقدير ، ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن ، كما هو الحال لو تصرف البائع بالثمن واشترى به شيئاً أو وهبه ، حيث لا يكون تصرفه باطلاً ، ويرجع البائع على المشتري بمثل المثلن - لو كانت الحوالة واقعة على المثلن - كما هو الحال لو تصرف المشتري بالمثلن بأن باعه أو وهبه حيث لا يكون تصرفه باطلاً ، ويرجع مثل المثلن^(٢) .

(١) ومن هنا يتوضح أن ما ذكره من اللازم الفاسد على تقدير عدم بطلان الحوالة ببطلان البيع بالفسخ غير صحيح . فإنه ذكر المحقق الأردبيلي رحمته أن لازم عدم بطلان الحوالة ببطلان البيع بالفسخ هو «عدم الرجوع إلى المحتال ولا المحال عليه ، ولا يرجع هو أيضاً على المحتال ، فيذهب [المحتال] بمال المحيل [وهو المشتري] مع عدم بقاء استحقاقه وهو ظاهر البطلان ، ولعل دليل الثاني أقوى» مجمع الفائدة والبرهان ٩ : ٣١٢ .

فإنه توضح أولاً أن مال المحيل وهو الثمن لا يذهب من المشتري لأنه يرجع بمثله على البائع ، وثانياً لا يعتبر بقاء استحقاقه للبائع ، بل يكفي كونه مستحقاً له وملكاً له حين الحوالة وهو كذلك فلا مانع من صحة الحوالة ، وإلا فهذا يأتي أيضاً لو كانت الحوالة بين البائع وشخص أجنبي على البائع بالثمن حيث يذهب مال المشتري مع عدم استحقاق البائع له بقاءً بعد الفسخ . والجواب هو الجواب . أولاً لا يذهب مال المشتري وهو الثمن بل يرجع به على البائع ، وثانياً : لا يعتبر بقاء استحقاقه للبائع ، بل يكفي كونه مستحقاً له وملكاً له حين الحوالة ، وهو كذلك ، فلا مانع من صحة الحوالة في الصورتين .

وربما يقال بطلانها^(١) إن قلنا إنها استيفاء ، وتبقى إن قلنا إنها اعتياض .

والأقوى البقاء وإن قلنا إنها استيفاء^(٢) ، لأنها معاملة مستقلة لازمة لا تنفسخ بانفساخ

(١) المورد الرابع للبحث : ذكر الماتن رحمته عن بعض^(١) تفصيلاً آخر ملخصه : أنه إن قلنا إن

الحوالة اعتياض أي عوض ما يطلبه من أحد بمعنى أنها تبادل بين المالين ، فيرفع الدائن يده عن الدين الذي له على المحيل عوض الدين الذي يكون له على المحال عليه فلا يوجب انفساخ البيع بطلان الحوالة ، باعتبار أن الحوالة معاملة مستقلة . وإن قلنا إن الحوالة استيفاء للدين لا اعتياض ، فإن الوفاء تارة يكون بالاعطاء الخارجي ، وأخرى يكون بالحوالة على شخص آخر ، فمع فسخ البيع يرجع المال إلى صاحبه^(٢) ، كما في غير ذلك من موارد الوفاء ، فيوجب انفساخ البيع بطلان الحوالة^(٣) .

وجوابه هو الآتي في التعليقة الآتية .

(١) وأجاب الماتن رحمته^(٤) عن هذا التفصيل ، وملخص الجواب : أن الحوالة سواء قلنا إنها

اعتياض أم وفاء للدين لا اعتياض ، معاملة لازمة ومستقلة ، لا موجب لبطلانها بالفسخ المتعلق بالبيع ، إذ لا ربط بينهما ، فإن الفسخ يتعلق بالبيع قبل الحوالة ، والحوالة مع فرض أنها وفاء عقد

(١) وهو العلامة في القواعد كما يأتي .

(٢) ففي البيع يرجع الثمن إلى المشتري ويرجع المبيع إلى البائع فبعد ذلك لا الثمن يبقى ثمناً ولا المبيع يبقى مبيعاً ، وفي مقامنا وهو انفساخ البيع بعد الحوالة فإنه بناء على أنها استيفاء فإن بالفسخ يرجع الثمن إلى المشتري ويرجع المبيع إلى البائع فلا يكون الثمن بعد رجوعه إلى المشتري باقياً على ما هو عليه من كونه استيفاءً أي حوالة ، ولذا يقال تبطل الحوالة لعدم بقائها حينئذ استيفاءً . وأما لو كانت الحوالة اعتياضاً لم تبطل الحوالة بفسخ البيع لتحقق المعاوضة بفسخ البيع يرجع له مثل الثمن لتلفه وعدم إمكان ارجاعه .

(٣) هذا التفصيل اختاره العلامة في القواعد ٢ : ١٦٣ - ١٦٤ قال ما نصه : «بطلت إن قلنا إنها استيفاء ، فإذا بطل الأصل بطلت هيئة الإرفاق كما لو اشترى بدراهم مكسرة فأعطاه صحاحاً ثم فسخ ، فإنه يرجع بالصحاح . وإن قلنا : إنها اعتياض لم تبطل ، كما لو استبدل من الثمن ثوباً ثم ردّ بالعيب ، فإنه يرجع بالثمن لا الثوب» .

(٤) وفاقاً للشيخ صاحب الجواهر ٢٦ : ١٨٣ رحمته .

البيع ، وليس حالها حال الوفاء بغير معاملة لازمة ، كما إذا اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فدفع إلى البائع الصحاح ، أو دفع بدلها شيئاً آخر وفاءً ، حيث إنه إذا انفسخ البيع يرجع إليه ما دفع من الصحاح أو الشيء الآخر لا الدراهم المكسرة ، فإن الوفاء بهذا النحو ليس معاملة لازمة ، بل يتبع البيع في الانفساخ ، بخلاف ما نحن فيه حيث إن الحوالة عقد لازم وإن كان نوعاً من الاستيفاء .

لازم لا موجب لرفع اليد عنه بالفسخ المتأخر عنها المتعلق بالبيع السابق . نعم ، يتم ذلك لو كان وفاءً فيما إذا لم يكن الوفاء لازماً ، كما لو اشترى شيئاً بدراهم مكسرة فأعطى في مقام الأداء دراهم صحيحة ، أو اشترى بالدراهم فأعطى في مقام الأداء ما يساويها ديناراً ، فهنا إذا كان الوفاء متصفاً بصفة أخرى غير ما كان البيع واقعاً عليه وهي الجواز لا اللزوم ، أو كان وفاءً بغير الجنس ، مع فسخ البيع ، فللمعطي وهو المشتري أن يطالب بدينه أي بدنانيره أو بدراهمه الصحيحة وإن لم يرض البائع ، إذ إن الوفاء المذكور ليس وفاءً لازماً بل هو جائز^(١) ، وأما في المقام فيما أن العقد (الحوالة) (الاستيفاء) لازم فلا^(٢) .

(١) فلذا لو اشترينا شيئاً بالدينار العراقي ولكن حين الوفاء اعطيناه دولاراً بدل الدينار ثم فسخ البيع حيث ادعوا أن للمشتري أن يطالب بنفس ما أعطاه وهو الدولار ويكون مستحقاً له ، والحال إن الفسخ للبيع يقتضي أن يرجع له الثمن المسمى إلا أن الوفاء فيه جائز لا لازم ، ولكن سيأتي أن الصحيح أن الوفاء لازم أيضاً .

(٢) ما ذكره الماتن رحمته من الجواب وأن الحوالة عقد لازم وليس حالها حال الوفاء أي الدفع الجائز ونحوه الذي هو من توابع تمليك بالبيع وافق فيهما معاً الشيخ صاحب الجواهر رحمته فإنه قال صاحب الجواهر بعد ذكر هذا التفصيل عن العلامة «لكن قد يقال: إن أصالة اللزوم في عقدها واستصحابه يقتضي عدم البطلان ، وهي من توابع البيع بمعنى أنها اقتضت الحوالة بالثمن الذي هو أحد أركانه ، لا من توابعه في البطلان إذ هي عقد مستقل برأسه وإن قلنا إنها استيفاء لكنه بعقد لازم ، فلا يفسخ بالعقد بخلاف ما لو كان بدفع ونحوه من حيث إنه ليس عقداً مبنياً على اللزوم ، بل هو من توابع التمليك بالبيع المفروض انفساخه فيتبعه . بخلاف المفروض

أقول : ما ذكره في الحوالة صحيح ، فإنه لا موجب لبطلان الحوالة بفسخ البيع حتى لو قلنا إنها وفاء لا اعتياض ، لأن الحوالة معاملة لازمة مستقلة ولا ربط لها بالبيع . وأما ما ذكره في غير الحوالة من أن الوفاء ليس لازماً بل جائز^(١) ، فالظاهر عدم صحته ، والوجه في ذلك هو أن الوفاء لازم أيضاً ، فإنه بعد ما تحقق الوفاء سواء أكان متصفاً بصفة غير ما كان البيع واقعاً عليه^(٢) أم كان بغير الجنس^(٣) ، وتحقق قبض الدائن وملكيته للمال ، فسلب ملكيته عنه بعد ذلك يحتاج إلى دليل ، وليس هنا أي دليل على ذلك ، فإن أخذ مال المالك بغير رضاه أكل للمال بالباطل ، لأن التجارة عن تراض ، ومن هنا لو فرضنا أن البيع لم يفسخ وكان الوفاء متصفاً بصفة غير ما وقع عليه البيع^(٤) ، أو كان الوفاء بغير الجنس^(٥) لا يصح للمعطي الرجوع في ذلك وأخذه من البائع من غير رضاه بعد ما صار ملكاً للبائع ، فسلب الملكية عنه بغير رضاه غير ممكن ولو بالتبديل بما يكون متصفاً بالصفة التي وقع على العقد^(٦) ، أو بالتبديل بنفس الجنس الذي وقع عليه العقد^(٧) ، فالظاهر

الذي قد حصل الملك به للدين بسبب آخر غير البيع وهو الحوالة ، فلا وجه لانفاسخها بانفاسخه ، بل دعوى كونها من التوابع بالمعنى المزبور من المصادرة حينئذٍ « الجواهر ٢٦ : ١٨٣ .

(١) الماتن بغير بالوفاء ولكن في الجواهر عبّر عن الوفاء بالدفع ونحوه وهو أوضح من التعبير بالوفاء .

(٢) كالدرهم المكسرة والصحيحة .

(٣) كأن كان الشراء بالدرهم فأعطى مكانها الدينارين المساوية لها .

(٤) كأن وقع العقد على المكسرة وأعطى الصحاح بدلها .

(٥) كأن اشترى بعشرة دراهم فأعطى بدلها ديناراً .

(٦) كان يأخذ الدرهم أو الدينارين الصحاح التي أعطاها حال الدفع ، ويعطيه المكسرة التي وقع عليها العقد .

(٧) كأن يأخذ الدينار الذي أعطاه حال الدفع والوفاء ، ويعطيه ما وقع عليه العقد وهي الدرهم .

[٣٦٣٢] «مسألة ١٧»: إذا كان له عند وكيله أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه ليدفع إليه بما عنده فقبل المحتال والمحال عليه ، وجب عليه الدفع^(١) إليه وإن لم يكن من الحوالة المصطلحة ، وإذا لم يدفع له الرجوع على المحيل لبقاء شغل ذمته . ولو لم يتمكن من الاستيفاء منه ضمن الوكيل المحال عليه إذا كانت الخسارة الواردة عليه مستندةً إليه للغرور .

أن الوفاء لازم ، فكما لا يجوز ذلك في الحوالة لا يجوز في غيرها أيضاً ، ويرجع بالفسخ الثمن المسمى^(١) لأن الفسخ حل العقد ورفع ايجابه عن قبوله ، فيرجع بالفسخ ما وقع عليه البيع من الثمن إلى المشتري ، ويرجع ما وقع عليه البيع من الثمن للبائع^(٢) .

(١) ثم ذكر الماتن رَبُّهُ أنه لو كان للشخص مال معين خارجي عند آخر وكيل له أو أمين ، وكان الشخص الذي عنده مال عند آخر مديناً لشخص ثالث فأحاله عليه ، لأن يأخذ دينه منه ، فقبل المحتال وهو الشخص الثالث ، وقبل المحال عليه وهو الوكيل أو الأمين ، فيجب حينئذٍ على الوكيل أو الأمين أن يدفع المال إلى المحتال - وليس هذا من الحوالة المصطلحة في شيء - . والوجه في ذلك ظاهر ، فإنه لا يجوز التصرف في هذا المال الذي عند الوكيل أو الأمين بأي وجه بغير رضا صاحبه ، والمفروض أن صاحبه أمره باعطائه لهذا الشخص فيجب عليه الاعطاء لهذا الشخص ، والاعطاء له بمنزلة الاعطاء للمالك ، فليس له التأخير أو المماطلة أو المسامحة ولو بدعوى أنه يريد ايصاله إلى نفس مالكه ، وإلا كان ضامناً ، وإن لم يكن المقام من الحوالة المصطلحة ، لأن ذمة المدين «المحيل» مشغولة ما لم يقبض الدائن وهو المحتال ماله . وليس بمجرد الحوالة وقبول المحتال تبرأ ذمة المدين (أي المحيل) من الدين الذي عليه للدائن وهو المحتال^(٣) ، وهذا بخلاف الحوالة المصطلحة ، فإنه بمجرد قبول المحتال في الحوالة على

(١) وهي الدراهم أو الدينانير المكسرة التي وقع عليها العقد وإن أعطاه صحاحاً أو هي الدراهم وإن أعطاه حال الوفاء والدفع دينانير .

(٢) لا ما أعطاه وفاء إذا كان بغير صفة ما وقع عليه العقد أو بغير الجنس .

(٣) لعل المناسب للماتن رَبُّهُ بيان مضمون هذه المسألة في أول الحوالة المصطلحة وأن يفرق

مشغول الذمة ينتقل الدين من المحيل إلى المحتال وإن لم يأخذه ويقبضه المحتال من المحال عليه وتبرأ ذمة المحيل بذلك ، ومع رضئ المحال عليه البريء في الحوالة عليه ينتقل الدين من المحيل إلى المحتال وإن لم يأخذه ويقبضه المحتال من المحال عليه البريء وتبرأ ذمة المحيل «أي المدين» بذلك أيضاً .

أقول : الذي يرد على الماتن في المقام : أنه لا شك في صحة قبول المحتال وإن لم يجب عليه القبول ، بل له مراجعة نفس المحيل وأخذ دينه منه ، وأما بالنسبة إلى المحال عليه في المقام فلا يلزم فيه أي قبول ، لأن المال مال المحيل الشخصي أمانة عند المحال عليه ، وقد أمره المالك وهو المحيل باعطائه لشخص مدين له أو بريء ، فلا شيء يقتضي اعتبار قبول المحال

بينهما بذلك هناك . وذكرنا نحن ذلك في تعريف الحوالة وفي هامش الشرائط العامة للحوالة المصطلحة المعتبرة في طرفي عقد الحوالة وهما المحيل والمحتال ، وقلنا إن المراد من الحوالة المصطلحة ليس هو إلا أحالة المدين دينه أو دائته على آخر مدين له ، أو بريء ويقبل ، لا إحالة المدين دائته على مال نفس المدين الشخصي الخارجي الموجود عند شخص آخر وكيل للمدين أو أمين له . فإنه ليس ذلك من الحوالة المصطلحة ، إذ إن في الحوالة المصطلحة تبرأ ذمة المحيل بمجرد قبول المحتال للحوالة وتشتغل بالدين ذمة المحال عليه للمحتال ، سواء قبض المحتال المال من المحال عليه أم لم يقبض . بينما هنا في أحالة المدين دينه أو دائته على مال نفس المدين الشخصي الخارجي الموجود عند أمينه أو وكيله لا تبرأ ذمة المحيل إلا أن يقبض المحتال المال من الأمين أو الوكيل ولا معنى لاشتغال ذمة المحال عليه بالدين بهذه الحوالة وإن لم يقبض المحتال المال من المحال عليه الأمين أو الوكيل ، ولذا نقضنا على التعريف الذي عرفه الماتن رحمته للحوالة بأنها تحويل المدين دائته إلى غيره وقلنا إنه غير مانع من الأعيان لأن المدين دائته على وكيله أو أمينه يعطيه من مال نفس المدين هو أيضاً أحالة المدين دائته إلى غيره ، فالمفروض أن يقول الماتن رحمته : إن الحوالة هي إحالة المدين دائته إلى ذمة غيره ، لا إلى غيره ، فلا يشمل حينئذ أحالة المدين دائته على وكيله أو أمينه يعطيه من مال نفس المدين لأنه ليست الإحالة على ذمة الوكيل أو الأمين .

عليه هنا .

ولعل الماتن عليه السلام أخذ هذا القيد وهو قبول المحال عليه مقدمة لما بعده من ثبوت الضمان على المحال عليه من جهة الغرور ، حيث إن قبوله تغرير بالنسبة إلى الدائن بخلاف ما إذا لم يقبل ، وسيأتي ما فيه .

ثم لو فرض أن الأمين أو الوكيل لم يدفع ما أمر بدفعه إلى المحتال ولو عصياناً لم يسقط ما في ذمة المحيل ، لأن السقوط إنما هو فيما إذا كان هناك نقل من ذمة إلى ذمة ، والمفروض أن المحال عليه ليس بمدين للمحيل حتى يتحقق النقل^(١) ، وإنما أحاله ليأخذ من المال الخارجي ولم يأخذ ، فيبقى ما كان في ذمة المحيل على حاله .

ثم لو فرض أن المحتال لم يتمكن من الاستيفاء من المحال عليه فذكر الماتن عليه السلام : أن الوكيل أو الأمين المحال عليه يضمن المال إلى المحتال لأنه هو السبب في تلف المال وعدم وصوله إلى صاحبه من جهة الغرر ، حيث قبل أن يدفع من مال المحيل الذي عنده للمحتال ، بخلاف ما لو لم يقبل . فإنه في هذه الصورة لا ضمان عليه حيث لا غرر .

وفيه : أن ضمان المحال عليه من جهة الغرر ممنوع صغرى وكبرى ، أما الصغرى : فإنه قد لا يتحقق الغرور في المقام ، كما لو فرضنا أن المحال عليه كان بانياً على الأداء فبدا له ما يمنعه عنه ، فإنه لا تغرير هنا ، لأنه يعتبر في التغرير أن يكون من هو سبب الغرور عالماً بالحال ، والمفروض في المقام بناؤه على الأداء ، أو أنه على تقدير أنه كان بانياً على عدمه من الأول فلعلمه بأن المحيل هو يؤدي المال ، فلا يتحقق غرور في المقام جزماً . وأما الكبرى فعلى تقدير تحقق الغرور ، فقد مرّ مراراً أن مجرد الغرر بأي وجه كان لا يوجب الضمان ، إذ ليس هو أحد

(١) بل لو كان مديناً أيضاً فكذا ذلك لأن الأحالة لا على مشغول الذمة بما تشتغل ذمته به بل على مال نفس المدين الشخصي الخارجي الموجود عند المحال عليه مديناً كان للمحيل أم لم يكن .

مدرسة دار العلم^(١)

جنب الحضرة العلوية المقدّسة

على مشرفها الآف التحية والسلام

محمد الجواهري

١ وقاعدة الغرور غير ثابتة. ذكرنا بحثها مفصلاً مع ذكر جميع أدلتها من ١ - المغرور يرجع عني من غره. ٢ - دعوى أن عليها بناء العقلاء. ٣ - الإجماع على رجوع المغرور على من غره. ٤ - أن الغار أتلف ذلك الشيء على المغرور. أو ٥ - الروايات الخاصة في موارد مخصوصة. وبيننا أن كل هذه الأدلة لا صلاحية لها على إثبات هذه القاعدة بعرضها العريض. ذكرنا ذلك في الواضح ١٤ : ٢٣ - ٣١. وقلنا إن قاعدة الغرور وأنّ المغرور يرجع على من غره لم يدن عليها أي دليل. ولا أصل لها إلا العبارة الحسنة كما في قاعدة العدل والانصاف، فإنها أيضاً لا أصل لها إلا العبارة الحسنة.

(٢) التي أنشأها السيد الأستاذ^(٢) ونقل درسه من مسجد الخضراء إليها فأضاءت بنور العلم والمعرفة ثم أزالها النظام البائد من الوجود إلا أن الذي زال هو بفضل الله ومنه وأنشأ السيد الأستاذ مدرسته الأكبر من الأولى والأعظم الباقية حتى ظهور الحجة عجل الله فرجه الشريف والعامرة بالدرس والتدريس وحياء علوم آل البيت عليهم أفضل الصلاة والسلام بجنب مسجد شيخ الطائفة. وشيخ الفقهاء والمحققين الشيخ محمد حسن النجفي صاحب الجواهر^(٣).

ثم كتاب الحوالة تدریساً في النجف الأشرف قرب الحضرة العلوية المقدّسة في جامع شيخ الفقهاء وإمام المحققين الشيخ محمد حسين النجفي صاحب الجواهر في عام ١٤٤٠ هـ.

الشيخ محمد الجواهري

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب النكاح*

(*) النكاح لغة : بمعنى الوطاء (عند المشهور بل عن المختلف ٧ : ٣٥ الإجماع عند أهل اللغة عليه) كما في الصحاح ١ : ٤١٣ «النكاح : الوطاء وقد يقال للعقد» ، والمغرب : ٢٥٦ «أصل النكاح الوطاء وقد يقال للعقد» ، ومجمع البحرين : «والنكاح الوطئ ويقال على العقد ، فقيل مشترك بينهما ، وقيل حقيقة في الوطاء مجاز في العقد ، قيل وهو أولى إذ المجاز خير من الاشتراك عند الأكثر» مادة نكح . وعن القاموس ١ : ٥٠٢ أنه «الوطء والعقد» مادة نكح . وعلق عليه في الجواهر بأنه قد يخلط بين الحقيقة والمجاز ، الجواهر ٢٩ : ٥ .

ولكن قال الراغب في المفردات : ٨٢٣ «محال أن يكون في الأصل للجماع ثم استعير للعقد ، لأن أسماء الجماع كلها كنايات لاستقباحهم تعاطيه ، ومحال أن يستعير من لا يقصد فحشاً اسم ما يستفظعونه لما يستحسنونه» .

وهذا من الراغب اجتهاد لا ينافي المعنى اللغوي .

والمستفاد من كتب اللغة أنّ النكاح موضوع للوطء وقد يستعمل للعقد .

والنكاح شرعاً : (على ما هو المشهور) : العقد أي عقد الزواج ، ادعى عدم الخلاف فيه ابن إدريس في السرائر ، قال : «ولا خلاف في أن النكاح في عرف الشرع هو العقد حقيقة دون عرف اللغة» موسوعة ابن إدريس ١١ : ٢٢١ طبع مكتبة الروضة الحيدرية ، السرائر القديمة ٢ : ٥٢٤ .

بل عن ابن فهد في المهذب البارع ٣ : ١٤٨ ، والشيخ في عدة الأصول ١ : ٣٩ ، والفخر في الإيضاح ٣ : ٢٨ «الإجماع عليه ، لغلبة استعماله فيه حتى قيل : إنّه لم يرد استعمال لفظ النكاح في الكتاب العزيز بمعنى الوطاء ، إلا في قوله تعالى : ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ بل في المسالك : أنه في هذا المورد أيضاً استعمل بمعنى الزواج والعقد ، واشترط الوطاء إنما علم من دليل آخر . المسالك ٧ : ٧ ، وكذا في كشف اللثام ٧ : ٦ .

وقال العلامة الطباطبائي في المصايح «الظاهر أن النزاع في المسألة مبني على الخلاف

المشهور في الحقيقة الشرعية ، فعلى القول بالثبوت يكون النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء ... وعلى العدم يكون الأمر بالعكس « المصايح في الفقه مخطوط ص ٢٦٢ . وهذا كله يقتضي أن يكون لفظ النكاح قد نقل شرعاً إلى عقد الزواج بناءً على ثبوت الحقيقة الشرعية فيه .

ولكن الذي يستفاد من موارد الاستعمالات الكثيرة عدم ثبوت الحقيقة الشرعية في لفظ النكاح . على أن لازم ثبوتها أن يكون استعمالها في الوطء مجازاً ، وليس الأمر كذلك جزماً ، بل استعمالها في الوطء بلا شك حقيقة وشائع أيضاً جزماً وبلا إشكال ولا كلام . ودعوى عدم شيوع النكاح بمعنى الوطء في لسان الشرع دعوى غريبة كما يقوله صاحب الجواهر^(١) حيث قال : « فإن ملاحظة الأخبار النبوية فضلاً عن غيرها - الواردة في النكاح والمرغبة فيه باعتبار النسل ونحوه مما لا يراد منه إلا معنى الوطء - أقوى شاهد على بطلانها كما لا يخفى على من خلع ريقه التقليد عن عنقه بل لا يخفى عليه وضوح فساد دعوى الحقيقة الشرعية في لفظ النكاح من بين أسماء العقود ، والله العالم ... » الجواهر ٢٩ : ٧ - ٨ .

نعم ، استعمل لفظ النكاح شرعاً في العقد والزواج كثيراً ، ولكن ليس معنى استعماله فيه كثيراً النقل ، فإنه استعمل في القرآن الكريم في أكثر من عشرين مورداً وكلها بمعنى الزواج والعقد إلا في مورد واحد استعمل بمعنى الوطء ، وادعي ذلك في مورد آخر منها وثالث كما سيأتي ، إلا أنه غير صحيح كما عرفت ، ولعل هذا الاستعمال الكثير بمعنى العقد والزواج أوجب تخيل النقل وثبوت الحقيقة الشرعية ، فإنه استعمل في القرآن في :

١ - قول تعالى : « وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا » النساء ٤ : ٢٢ ، وهذا أيضاً قيل أنه استعمل في الوطء كما في مجمع البحرين حيث قال بعد نقل الآية المباركة : « أي لا تتزوجوا ما تزوج آباؤكم ، وقيل ما وطأه آباؤكم من النساء حرم عليهم كما كانوا في الجاهلية يفعلونه ... » مادة نكح . والصحيح أن الاستعمال هنا في الزواج والعقد لا في الوطء .

٢ - قوله تعالى : « إِذَا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمْسُوهُنَّ فَمَا لَكُمْ

﴿ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُونَهَا ﴾ الأحزاب ٣٣ : ٤٩ .

٣ - قوله تعالى : ﴿ فَإِنْ طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُ مِنْ بَعْدُ حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ ﴾ البقرة ٢ : ٢٣٠ وهي التي قيل إنها استعمل النكاح فيها بمعنى الوطء لا العقد . وقد عرفت مناقشة الشهيد فيها .

٤ - قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِيْنَ حَتَّىٰ يُؤْمِنَ ﴾ البقرة ٢ : ٢٢١ .

٥ - قوله تعالى : ﴿ وَمَا كَانَ لَكُمْ أَنْ تُؤْذُوا رَسُولَ اللَّهِ وَلَا أَنْ تَنْكِحُوا أَزْوَاجَهُ مِنْ بَعْدِهِ أَبَدًا ﴾ الأحزاب ٣٣ : ٥٣ .

٦ - قوله تعالى : ﴿ فِي يَتَمَى الْنِسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ ﴾ النساء ٤ : ١٢٧ .

٧ - قوله تعالى : ﴿ وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَنْ تَنْكِحُوهُنَّ إِذَا آتَيْتُمُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ ﴾ الممتحنة ٦٠ : ١٠ .

٨ - قوله تعالى : ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ﴾ النساء ٤ : ٢٥ .

٩ - قوله تعالى : ﴿ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ إِذَا تَرَضُوا بَيْنَهُمْ بِالْمَعْرُوفِ ﴾ البقرة ٢ : ٢٣٢ .

١٠ - قوله تعالى : ﴿ الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ ﴾ النور ٢٤ : ٣ .

١١ - قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ ﴾ النساء ٤ : ٣ .

١٢ - قوله تعالى : ﴿ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ وَآتُوهُنَّ أَجُورَهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ مُحْصَنَاتٍ غَيْرَ مُسَفِحَاتٍ ﴾ النساء ٤ : ٢٥ .

١٣ وقوله تعالى : ﴿ قَالَ إِنِّي أُرِيدُ أَنْ نَنْكِحَكَ إِحْدَىٰ أَبْتَنَىٰ هَتَيْنِ ﴾ القصص ٢٨ : ٢٧ .

١٤ وكذا قوله تعالى ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا الْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا ﴾ البقرة ٢ : ٢٢١ .

١٥ - وكذا قوله تعالى : ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ ﴾ النور

٣٢ : ٢٤

١٦ - وقوله تعالى: ﴿وَأَمْرًا مُّؤَمَّنَةً إِنْ وَهَبْتَ نَفْسَهَا لِلنَّبِيِّ إِنْ أَرَادَ النَّبِيُّ أَنْ يَسْتَنْكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ﴾ الأحزاب ٣٣ : ٥٠ .

١٧ - وقوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْرَمُوا عُقْدَةَ النِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ الْكِتَابُ أَجَلَهُ﴾ البقرة ٢ : ٢٣٥ .

١٨ - وقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُونَ أَوْ يُعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عُقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ البقرة ٢ : ٢٣٧ .

١٩ - وقوله تعالى: ﴿وَأَبْتَلُوا أَلْتَمَسَىٰ حَتَّىٰ إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ النساء ٤ : ٦ .

٢٠ - وقوله تعالى: ﴿وَلَيْسَتَعَفِيفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّىٰ يُغَيِّبَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾

النور ٢٤ : ٣٣ .

٢١ - وقوله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾ النور ٢٤ : ٦٠ .

فانها كلها النكاح فيها بمعنى التزويج والعقد إلا في قوله تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ﴾ فإن المراد منها الوطاء لا التزويج .

ولأجل ذلك قال في المستند ١٦ : ٩ - ١٠ إنه [أي لفظ النكاح] موضوع للعقد في اللغة والشرع ، لشيوع استعماله كذلك ، فاطلاقه حينئذٍ على الوطاء اطلاق لاسم السبب على المسبب .

ولكن أقول : أما القول بأنه موضوع في اللغة للعقد فقد عرفت تصريح أصحاب اللغة من الصحاح والمغرب ومجمع البحرين أنه موضوع للوطء ، وأما أنه موضوع للعقد شرعاً أيضاً لمجرد استعماله في الشرع كثيراً في العقد ، فذلك لا يعني النقل ولا يلازمه ، إلا إذا لم يكن يتبادر من لفظ النكاح إلا الزواج والعقد ، والحال إن الأمر ليس كذلك جزماً ، فإن استعماله بمعنى الوطاء كما عرفت كثير جداً أيضاً في مقابل السفاح الذي هو الوطاء الحرام ، فالنكاح لغة وشرعاً مستعمل في العقد والوطء ، إلا أنه إذا استعمل في الوطاء احتيج في استعماله ذلك إلى قرينة كالقرائن المعينة لأحد معاني الالفاظ المشتركة بين عدة معانٍ بالوجدان .

ومن هنا قيل إنه مشترك بينهما كما في عمدة القاري ٢٠ : ٦٤ ، المهذب البارع ٣ : ١٤٨

«ورجحه السيد الأستاذ رحمته في ما دوناه على ما سيأتي . ويؤيد ذلك بل يؤكد ما في المصباح المنير : ٦٢٤ مادة نكح «وإن قيل إنه غير مأخوذ من شيء فيترجح الاشتراك ، لأنه لا يفهم واحد من قسميه إلا بقرينة» والقول بأنه أي النكاح «مأخوذ من نكحه الدواء : إذا خامره وغلبه ، أو من تناكحت الأشجار : إذا انضم بعضها إلى بعض ، أو من نكح المطر الأرض إذا اختلط بترابها» كما نقل ذلك في المصباح المنير : ٦٢٤ في مادة نكح ليس له ولا عليه أي شاهد أو دليل ، ويكفيه ضعفاً التعبير عنه بأنه يقال إنه مأخوذ من نكحه الدواء إلخ .

والمستتج من ذلك كله أن الظاهر أن لفظ النكاح من الألفاظ المشتركة لفظاً بين الوطء والزواج أي العقد ، يفهم أحدهما من القرائن المعينة لأحد المعاني المشترك لفظها ، وهي موجودة في أي استعمال للفظ النكاح ، لا أنه موضوع لهما لغة ، فإن القول بأنه موضوع لهما لغة كما عن القاموس ينافي ما قاله أهل اللغة كالصحاح والمغرب وغيرهما ، بل هو موضوع لغة للوطء وشاع استعماله أيضاً في العقد ولكن لا بحدٍ يوجب النقل وهجران المعنى الأول ، بل بحد يوجب الاشتراك بين الوطء والعقد .

بل في الجواهر ما نصه : «ولئن كان في أذنيك وقرعن سماع هذا ، فلا ريب في عدم ثبوت حقيقة شرعية له ، بل هو لغةً وشرعاً مستعمل في العقد والوطء ، خصوصاً والضابط في الحقيقة الشرعية ما كان حقيقة في لسان المشتري ، بمعنى : أنه ما كان كذلك عندهم ، فهل هو حقيقة عند الشارع فيه أو لا ؟ ولا ريب في عدم ثبوت الحقيقة الشرعية في لفظ النكاح عندهم ، وكونه بمعنى العقد على وجه لو استعملوه في الوطء احتاجوا إلى قرينة نحو قرائن المجازات» الجواهر ٢٩ : ٧ .

ومن ذلك كله يتوضح لك أن الاشتراك إنما هو اشتراك لفظي لا معنوي .

فإنه ذكر بعض الأصحاب أنه اشتراك معنوي وقال ما نصه : «النكاح من إحدى الغرائز التي جعلها الله تعالى لابقاء النوع بل من أهمها ، وليس من الحقيقة الشرعية ، بل من الفطريات لدى الحيوانات كالأكل والشرب ونحوهما ، وهو الوطي من المشترك المعنوي ، إذ الجامع القريب بينهما الانضمام والمخامرة الشهوية ، ويطلق النكاح على العقد الموجب لحلية هذا الانضمام

النكاح مستحب في حدّ نفسه بالإجماع (*) .

« والاختلاط بهذا الجامع أيضاً ، فللانضمام مراتب الشأني والخارجي ، فلا وجه للمشترك اللفظي ولا الحقيقة والمجاز ولا غير ذلك مما ذكره في أمثال المقام» مهذب الأحكام ٢٤ : ٥ .
وجه الوضوح : أن النكاح بمعنى الزواج والعقد من الأمور الاعتبارية التي اعتبرها الشارع المقدس ، والنكاح بمعنى الوطاء فعل خارجي ، فيكف يكون الانضمام هو الجامع بين الأمر الاعتباري والفعل الخارجي وهل الجامع بينهما متصور حتى يكون لفظ النكاح موضوعاً له لكي يكون من المشترك المعنوي .

على أنك قد عرفت أن المعنى الثاني حادث من كثرة استعمال لفظ النكاح في المعنى الشرعي له ، لا أنه من أول الأمر وضع لفظ النكاح له وللوطء باعتبار وضعه للجامع .
(*) النكاح هنا بمعنى الزواج - كما توضح ممّا تقدم - وهو في حد نفسه مستحب ، إلا أنه ليس بالإجماع ، إذ إن الإجماع على استحبابه إنما هو لمن تآقت نفسه إليه أي اشتاقت ونازعت إليه ، ونفس تآقت أي مشتاقة مجمع البحرين مادة : تواق ، وأما لو لم تتق فليس هناك إجماع على استحبابه ، نعم المشهور حينئذٍ استحبابه لإجماعي . ففي الجواهر في شرح عبارة الشرائع ٢ : ٣١٤ التي هي (النكاح مستحب لمن تآقت نفسه من الرجال والنساء) قال : « كتاباً وسنة مستفيضة أو متواترة ، وإجماعاً بقسميه من المسلمين فضلاً عن المؤمنين ، أو ضرورة من المذهب بل الدين » الجواهر ٢٩ : ٨ ، فالإجماع المزبور مقيد بمن تآقت نفسه واشتاقت إليه لا مطلقاً .

وأما استحبابه حتى لمن لم تتق نفسه إليه فهو المسلّم عند المشهور أيضاً ، وإليه ذهب الماتن رحمته أيضاً ، لاطلاق الأخبار كما سيأتي ولزيادة النسل . وعلى كل حال ، ففي الشرائع : « ومن لم تتق فيه خلاف ، المشهور استحبابه لقوله عليه السلام : « تناكحوا تناسلوا ... » الشرائع ٢ : ٣١٤ .

وفي إيضاح الفوائد : « أنه [أي النكاح بمعنى الزواج] مستحب لمن تآقت نفسه إليه واجمعت الأمة على ترجيح فعله حينئذٍ ، ومن لم يتق نفسه ، قال المصنف وكثير من العلماء يستحب له أيضاً لقوله عليه السلام [وكذا المذكور أي (عليه السلام)] في نسختي الشرائع والمسالك ، ولكن في الجواهر

والكتاب^(*).

« وغيره المذكور (ﷺ)] تناكحوا تكثرُوا [والموجود فيما رواه الصدوق عن الصادق (عليه السلام) أن رسول الله ﷺ قال: « تزوجوا فإني مكاثر بكم الأمم غداً في القيامة... » الفقيه ٣: ٣٨٣/٤٣٤٤، الوسائل ٢٠: ١٤ باب ١ من أبواب مقدمات النكاح ح ٢] وهو عام. وقال الشيخ في المبسوط: « تركه له مستحب لقوله تعالى: ﴿ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا ﴾ » آل عمران ٣: ٣٩. وفي إيضاح الفوائد ٣: ٣ - ٤. والإجماع فيه أيضاً مقيد بمن تاقت نفسه إليه .

وفي المسالك: «اعلم أن النكاح مستحبٌ مؤكَّدٌ لمن تاقت نفسه إليه ، أي اشتاقت ، باجماع المسلمين إلا من شذَّ منهم حيث ذهب إلى وجوبه» المسالك ٧: ٩ ، وهو أيضاً مقيد بمن تاقت نفسه إليه . وقال في الجواهر في وجه مشهورية استحبابه : «لعموم أكثر الأدلة واطلاقها» الجواهر ٢٩: ١٤ .

ومن هنا يعلم أن ليس التقييد بمن تاقت نفسه إليه تقييداً في استحباب النكاح ، بل تقييد بأنه من المستحبات التي قام الإجماع عليها ، «بخلاف من لم تتق نفسه ، فإن استحبابه مشهور لا مجمع عليه .

نعم ، ذهب الشيخ في المبسوط إلى تقييد الاستحباب بمن تاقت نفسه إليه ، ومعنى ذلك عدم استحبابه لمن لم تتق نفسه إليه . المبسوط ٤: ١٦٠ ، بل ذكر استحباب تركه له على ما عرفت لقوله وسيداً وحصوراً . وذكر في الجواهر جوابه مفصلاً ، فراجع الجواهر ٢٩: ١٨ - ٢٠ .

(*) يكفى من الكتاب قوله تعالى: ﴿ وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ. وَاللَّهُ وَسَّعٌ عَلِيمٌ ﴾ النور ٢٤: ٣٢ .

قال صاحب الجواهر (رحمته الله) «فإن أمر الأولياء - شرعاً أو عرفاً- والسادات بإنكاح الأيمن - أي العزب - من الأحرار مطلقاً وخصوصاً الصالحين من العبيد والإماء والترغيب فيه ، ليس إلا لفضيلة النكاح ورجحانه في نفسه ، وكون الأنكاح سبباً لوجوده ومؤدياً إلى حصوله ، فلو لم يكن النكاح مندوباً إليه ولا مرغّباً فيه لزم أن يكون مقدّمة المباح مندوبة من حيث إنها مقدّمة له ، وفساده ظاهر ، خصوصاً مع ملاحظة قوله تعالى: ﴿ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ ﴾

﴿ [النور ٤٢ : ٣٢] الظاهر أنه ردّ لما عسى أن يمنع من النكاح ويزهّد الناس فيه من خوف العيلة بأنّ الله الواسع العليم يغنيهم من فضله ، ولذا قال رسول الله ﷺ (اطلبوا الغنى في هذه الآية) «الجواهر ٢٩ : ٨ - ٩ .

ولا ينافي ذلك قوله تعالى: ﴿وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ فإنه ليس دالاً إلا على الاستعفاف لمن لا يجد النكاح ولو بعدم حصول من ينكحه وأنه أولى من الذل والسؤال في تحصيل من ينكح لزوال الاستحباب فيما إذا توقف على مقدمات مكروهة ومرجوحة فليس المراد من آية الاستعفاف إلا ترجيحه على النكاح مع عدم التمكن منه ولا منافاة بين ذلك وبين الاستحباب مع التمكن ووجدان من ينكحه وإن كان يخاف العيلة والضيّق في الرزق بعد الزواج .

والأيامى مثل اليتامى جمع أيمٍ ویتيم أصلها أيام ویتيم ، والأيم التي لا زوج لها سواء كانت بكرة أم ثيباً .

قيل : والقائل المحقق الكركي في جامع المقاصد ١٢ : ٨ ، والشهيد الثاني في المسالك ٧ : ١٠ ويدل على ذلك أيضاً قوله تعالى: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَتِلْكَ وَرُبَّعٍ فَإِنَّ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ النساء ٤ : ٣ ، بدعوى أن الأمر والطلب أقل مراتبه الاستحباب ، ومعلوم أن الأمر هنا ليس للوجوب ، فينحصر الأمر بالاستحباب ، أو أنه أقرب المجازات إلى الوجوب المتعذر إرادة معناه الحقيقي الذي هو الوجوب منه فمقتضى دلالة الاقتضاء هو الاستحباب .

ولكن استفادة الاستحباب منه متوقفة على أن يكون التوجه والنظر فيه إلى الوجوب والاستحباب فمع عدم إمكان الوجوب فيراد به الاستحباب بدلالة الاقتضاء بلا شك . وأما مع عدم كون التوجه والنظر فيه إلى الوجوب والاستحباب ، بل التوجه والمراد منه والنظر الذي فيه إنما هو إلى الخوف من ترك القسط والعدل عند التزوج بالجور على أموال اليتامى ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَى فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى...﴾ ، فإنه ذكر السيد في المصاييح (ص ٢٦٣ مخطوط) أن الناس رغبة وطمعاً في المال والجمال كانوا يتزوجون

العشر من النساء أو الأكثر ، فلا يتمكن من النفقة عليهن وإدارة شؤونهن ، فيجور على أموال اليتامى المولى عليهم ، فلأجل أن لا يقع في هذا المحذور نزلت الآية المباركة ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبْعَ﴾ ولا تزيدوا على ذلك حتى لا تتمكنوا من نفقتهم فتمدوا أيديكم إلى أموال اليتامى فإن خفتهم إلا تعدلوا في الأربع فواحدة ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ النساء ٤ : ٣ .

وفي تفسير التبيان ٤ : ١٠٣ : قال ابن عباس وعكرمة : «إن الرجل منهم كان يتزوج الأربع والست والعشر ويقول ما يمنعني أن أتزوج كما تزوج فلان ، فإذا فني ماله مال علي مال اليتيم فانفقه ، فنهاهم الله تعالى أن يتجاوزوا الأربع إن خافوا على مال اليتيم ، وإن خافوا من الأربع أن يقتصروا على واحدة» .

وفي مجمع البيان : «وقيل عن ابن عباس وعكرمة : إن الرجل منهم كان يتزوج الأربع والخمس والست والعشر ويقول ما يمنعني أن أتزوج كما يتزوج فلان ، فإذا فني ماله مال علي مال اليتيم الذي في حجره فانفقه ، فنهاهم الله أن يتجاوزوا الأربع لئلا يحتاجوا إلى أخذ مال اليتيم ، وإذا خافوا ذلك مع الأربع أيضاً اقتصروا على واحدة» **مجمع البيان ٣ : ١٠ - ١١ .**

فلا تدل الآية المباركة إلا على اباحة الزواج والرخصة فيه ، وأن لا يزيدوا على أربعة ، وعلى ما ذكر في تفسير الرازي ج ٩ : ١٧٥ أن النبي ﷺ أمر عند نزول هذه الآية من كان عنده أكثر من أربع بامساك أربع وتسريح الباقي . وهو إن دل على شيء فإنما يدل على الإباحة لا الاستحباب ، لأن لازمه على الثاني وهو القول بالاستحباب أن يكون الزائد على الأربعة ليس مستحباً لا أنه ليس جائزاً ، وهو واضح الفساد .

ومن هنا نقول : إن الآية المباركة لا تدل على استحباب تعدد الزوجات أيضاً كما استدل بها على عدم زوال الاستحباب بالواحدة الماتن ص ٢ في المسألة ٢ [٣٦٣٤] الآية وقال : الاستحباب لا يزول بالواحدة ، بل التعدد مستحب أيضاً ، قال الله تعالى : ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً﴾ .

نعم ، أصل استحباب الزواج مستفاد من أدلة أخرى كتاباً وسنة كما تقدم ويأتي ، وأما استحباب تعدده فليس هذه الآية دليلاً عليه ، بل هو مباح بمقتضى هذه الآية وغيرها .

والسنة (*) المستفيضة بل المتواترة .

(*) ويكفي من السنة قوله ﷺ في صحيحة صفوان «تزوجوا وزوجوا ألامن حظ امرء مسلم إنفاق قيمة أئمة ، وما من شيء أحب إلى الله عز وجل من بيت يعمر في الإسلام بالنكاح ، وما من شيء أبغض إلى الله عز وجل من بيت يخرب في الإسلام بالفرقة ، يعني الطلاق» الكافي ٥ : ١/٣٢٨ وذكر هذا الحديث صاحب الوسائل في الوسائل ج ٢٠ : ١٦ باب ١ من أبواب مقدمات النكاح ح ١٠ ، وفيه : (يعمر في الإسلام بالنكاح) وهو من خطأ الطبع . وكذا في عدة روايات في هذا الباب وهو الباب الأول من أبواب مقدمات النكاح وغير هذا الباب روايات كثيرة جداً .

منها : النبوي المروي عند الفريقين «النكاح سنتي ، فمن رغب عن سنتي فليس مني» البحار ١٠٠ : ٢٢٠ باب ١ من أبواب النكاح ح ٢٣ .

وفي الكافي عن الصادق عن أمير المؤمنين عليه السلام : أنه قال «تزوجوا فإن رسول الله ﷺ قال : من أحب أن ، يتبع سنتي فإن من سنتي التزويج» الكافي ٥ : ٥/٣٢٩ ، الوسائل ج ٢٠ : ١٧ باب ١ من أبواب مقدمات النكاح ح ١٤ .

وفي صحيح أبي خديجه (سالم بن مكرم) : «إن الله يحب البيت الذي فيه العرس ، ويبغض البيت الذي فيه الطلاق...» الوسائل ج ٢٢ : ٧ باب ١ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٢ .

وفي معتبرة ابن القداح وهو عبدالله بن ميمون القداح عنه عليه السلام «ركعتان يصيلهما المتزوج أفضل من سبعين ركعة يصليها أعزب» الوسائل ج ٢٠ : ١٨ باب ٢ من أبواب مقدمات النكاح ح ١ المحبطني كما في نهاية ابن الأثير ١ : ٣٣١ مادة (حنبط) : المتغضب المستبطي للشيء . وقبل الممتنع امتناع طلته لا امتناع إباء .

وفي معتبرة محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام «أن رسول الله ﷺ قال : تزوجوا فإنني مكاثر بكم الأمم غداً في القيامة ، حتى أن السقط يجيء محببناً علي باب الجنة فيقال له : أدخل ، فيقول لا ، حتى يدخل أبواب الجنة قبلي» الوسائل ج ٢٠ : ١٤ باب ١ من أبواب مقدمات النكاح ح ٢ ، المحبطني كما في نهاية ابن الأثير ١ : ٣٣١ مادة (حنبط) : المتغضب المستبطي للشيء وقيل هو الممتنع امتناع طلبة لا امتناع إباء .

« وفي معتبرة جابر عن أبي جعفر عليه السلام قال « قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلاً ، لعل الله يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلا الله » نفس المصدر ح ٣ ، وجابر هو جابر بن زيد الجعفي بقرينة الراوي والمروي عنه ، فإنه روى عن أبي عبدالله وأبي جعفر عليهما السلام وروى عنه عمرو بن شمر .

وفي معتبرة عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لما لقي يوسف عليه السلام أخاه قال : يا أخي ، كيف استطعت أن تتزوج النساء بعدي ؟ فقال إن أبي أمرني ، فقال : إن استطعت أن تكون لك ذرية تثقل الأرض بالتسيب فافعل » نفس المصدر ح ٩ .

وفيما رواه محمد بن مسلم عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال أمير المؤمنين عليه السلام : تزوجوا فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : من أحب أن يتبع سنتي فإن من سنتي التزويج » نفس المصدر ح ١٤ وفي سند هذه الرواية القاسم بن يحيى عن جده الحسن بن راشد . وذكر السيد الأستاذ عليه السلام في معجم رجال الحديث طبعة طهران ج ١٥ تحت رقم ٨٥٨٩ في ترجمة القاسم بن يحيى أنه روى ٨٢ رواية كلها عن جده الحسن بن راشد ، والوجه في وثاقته حكم الصدوق بصحة روايته في طريقها القاسم بن يحيى ، والحال إن السيد الأستاذ عليه السلام قال في ج ١ من المعجم طبعة طهران ص ٧١ ردّاً على القول بأن من جملة طرق التوثيق هو الوقوع في سند محكوم بالصحة من قبل المتقدمين أو المتأخرين ، وأما الصدوق فهو يتبع شيخه ابن الوليد في التصحيح وعدمه .

وقال عليه السلام في ردّ ابن الوليد « إن اعتماد ابن الوليد أو غيره من الأعلام المتقدمين فضلاً عن المتأخرين على رواية شخص أو الحكم بصحتها لا يكشف عن وثاقة الراوي أو حسنه ، وذلك لاحتمال أن الحاكم بالصحة يعتمد على أصالة العدالة . . . » فكيف مع هذا حكم عليه السلام بوثاقة القاسم بن يحيى في معجم رجال الحديث ؟ ! .

وأما كلام السيد الأستاذ عليه السلام في بحوثه الفقهية في حال القاسم بن يحيى فقد ذكر المحقق للموسوعة ج ٥ : ٩ كلاماً لا أثر له لأنه من المحقق وليس معلوماً من هو . على أنه ليس صحيحاً جزماً ، فإنه ذكر أن القاسم وجده وقعا في سند كامل الزيارات فلذا يحكم بوثاقتهما . والحال إن الجّد روى في تفسير القمي ، فرجوع السيّد الأستاذ عن مبنى كامل الزيارات لا يضر بوثاقته .

«وأما القاسم بن يحيى فقال السيد الأستاذ عليه السلام في ترجمته إنَّ الوجه في وثاقته حكم الصدوق بصحة رواية وقع في طريقها القاسم بن يحيى ، ولم يكن السيد الأستاذ عليه السلام في وقت التعرض للقاسم بن يحيى قد تبنى اعتبار كامل الزيارات ، فحكم عليه المحقق للموسوعة بشيء قاله السيد الأستاذ فيما بعد .

وقال السيد الأستاذ عليه السلام في ج ٩ من موسوعته : ص ١٧٠ (وعلى طريق الصدوق تشتمل على القاسم بن يحيى وجده الحسن بن راشد ، وكلاهما ضعيف كما مرَّ في بعض الأبحاث السابقة) لأنه لم يكن بعدُ قد تبنى اعتبار كامل الزيارات .

وقال السيد الأستاذ عليه السلام في موسوعته ج ١٠ : ٤ «لأن الظاهر أن القاسم الواقع في سندها هو القاسم بن يحيى بن الحسن بن راشد مولى المنصور الضعيف .

وقال السيد الأستاذ عليه السلام في ج ١٠ : ٤ «والرواية ضعيفة لوجود القاسم بن يحيى وجده الحسن لعدم توثيقهما» . ولحدَّ الآن لم يكن السيد الأستاذ عليه السلام قد تبنى اعتبار مبنى كامل الزيارات .
وقال السيد الأستاذ عليه السلام في موسوعته ج ١٢ : ٨٤ : «وهذه الرواية وإن كانت معتبرة سنداً إذ ليس في الطريق من يتنظر فيه عدا القاسم بن يحيى والحسن بن راشد ، لكنهما موجودان في طريق كامل الزيارات» .

أقول : وقد رجع السيد الأستاذ عليه السلام عنه إلا مشايخ جعفر بن محمد بن قولويه في كامل الزيارات وليس هما معاً منهم .

وقال السيد الأستاذ عليه السلام في موسوعته ج ١٥ : ١٨٠ : (يكفي وقوعهما بعين هذا السند - أي القاسم بن يحيى عن جده الحسن بن راشد في اسناد كامل الزيارات) ويؤكد أن الصدوق اختار في باب الزيارات رواية قال إنها أصح الروايات التي وصلت إليّ [الفقيه ٢ : ٣٦٠] مع أن في طريقها أيضاً القاسم بن يحيى عن جده الحسن بن راشد ، فهذا توثيق منه عليه السلام لهما . ولعله من أجل هذا وصف صاحب الحقائق هذه الرواية في المقام بالاعتبار فقال بسند معتبر [الحدائق ٨ : ٣٠٤] وإلا فقد عرفت أن الرجلين غير موثقين في كتب الرجال ، ومن المعلوم عدم استناده إلى كتاب كامل الزيارات» .

﴿ أقول : قد رجع السيد الأستاذ عليه السلام عن كامل الزيارات . وأما قول الصدوق عليه السلام بأن رواية في سندها يحيى بن القاسم والحسن بن راشد أصح الروايات التي وصلت إليه وهذا توثيق منه . فسيأتي فيما بعد .

وقال السيد الأستاذ عليه السلام في موسوعته ج ١٥ : ٤٢٦ : (فالسند وإن كان نقياً بالرغم من اشتماله على القاسم بن يحيى والحسن بن راشد ولم يوثقا صريحاً ، لوجودهما في اسناد كامل الزيارات) . ولكن رجع السيد الأستاذ عليه السلام عنه .

وقال السيد الأستاذ عليه السلام في موسوعته ج ١٩ : ٦٣ : (وإن لم يكن السند نقياً من أجل اشتماله على القاسم بن يحيى عن جده الحسن بن راشد ولم يوثقا ، لكن السند بعينه موجود في اسناد كامل الزيارات ، ولأجله بنينا أخيراً على اعتبار الحديث المزبور) وقوله أخيراً يعني أنه لم يكن متبنياً هذا المبنى سابقاً ، وقد عرفت رجوع السيد الأستاذ عن اعتبار مبنى كامل الزيارات إلا مشايخ جعفر بن محمد بن قولويه فيه وليس منهم .

وأما قول الصدوق عليه السلام في باب الزيارات إن الرواية المشتملة على القاسم بن يحيى والحسن ابن راشد [الفقيه ٢ : ٣٥٠] بأنها أصح الروايات التي وصلت إليه « وكذا ما ذكره في المعجم في ترجمة القاسم بن يحيى ، فهل إن ذلك توثيق منه لهما ، أو هو لا يعدو الحكم بصحة رواية وقع فيها شخص مجهول مع العلم بأن الصدوق يتبع شيخه ابن الوليد في التوثيق والتضعيف ، واعتماد ابن الوليد على رواية شخص أو الحكم بصحتها لا يكشف عن الوثاقة ، وإن كان ابن الوليد من القدماء . وهذا هو الذي قاله السيد الأستاذ السيد الخوئي عليه السلام في مقدمة معجم رجال الحدث ح ١ ص ١٧ » .

وأما دعوى أن في المقام خصوصية وهي قول الصدوق عليه السلام : إنها أصح الروايات التي وصلت إليه ، وأصح غير الحكم بصحة الرواية الذي لا يقتضي الحكم بوثاقة الراوي . فهو لا يعدوا التشبث إذ لا فرق بينهما في التوثيق وعدمه فإن الحكم بصحة الرواية والعمل بمضمونها والحكم على طبقها ليس بأقل من القول بأنها أصح الروايات التي وصلت إليه فإن لم يكن الأول مقتضياً للحكم بوثاقة الراوي لم يكن الثاني مقتضياً لذلك أيضاً فدعوى الخصوصية لقوله أصح

« عارية عن الصحة فما ذهب إليه السيد الأستاذ عليه السلام، في معجم رجال الحديث في ترجمة القاسم من وثاقة القاسم وجده لذلك غير صحيح وينافي مبانيه .
والروايات في ذلك الصحيحة وغيرها تفوق حد التواتر .

ومن الروايات أيضاً عدة روايات واردة في حب النساء ، والظاهر أن المراد منها بما أنهن طريق إلى الاستمتاع وتكثير النسل وتكوين الأسرة ولذا سرى الحب لهن في ذاتهن كسريان حسن المعاني إلى حسن الألفاظ وبالعكس .

منها : **صحيحة حفص البختری** عن أبي عبدالله عليه السلام قال قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما أحب (ما أصيب) من ديناكم إلا النساء والطيب» الوسائل ج ٢ : ١٤٣ باب ٨٩ من أبواب آداب الحمام ح ٧ ، وفي معتبرة إسحاق بن عمار عن الصادق عليه السلام «من أخلاق الأنبياء حب النساء» الوسائل ج ٢٠ : ٢٢ باب ٣ من أبواب مقدمات النكاح ح ٢ .

ومنها : **معتبرة طلحة بن زيد** عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «ثلاث أعطيهن الأنبياء : العطر ، والأزواج ، والسواك» نفس المصدر ح ٨ ، وكذا عدة روايات أخرى .

ولم يذكر الماتن عليه السلام من أدلة استحباب النكاح دليل العقل ، بل ذكر أن النكاح مستحب في حد نفسه بالإجماع والكتاب والسنة المستفيضة بل المتواترة ، ثم شرع في ذكر ما يدل على الاستحباب كتاباً وسنة .

ولكن لا شك في حكم العقل بحسن (النكاح) الزواج باعتبار أن الإنسان كما يقولون مدني بالطبع يحتاج إلى الاجتماع والتعاون في حياته الاجتماعية ، والأولاد خير معين على ذلك والنكاح سبب للنسل والأولاد والبركة والرزق واعضاد للأب في الدنيا وشفعاؤه في الآخرة واعانة الزوجة للزوج على كل أمور الدين والدنيا ، فإن كثيراً من العظماء قالوا لولا شريكة حياتهم لما وصلوا إلى ما وصلوا إليه ومحتاج الإنسان أيضاً إلى سلامة روحه وجسمه وكل من الرجل والمرأة مكمل لوجود الآخر في ذلك بل الزواج سبب لبناء المجتمع الإنساني وتقوية النشاط الاقتصادي ولذا ورد أن الرزق مع العيال والأطفال ، بل سيرة العقلاء قائمة على الزواج وقد اضميت هذه السيرة بما ورد عن الشرع المقدس .

قال الله تعالى: «وَأَنْكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ»^(١).

وفي النبوي المروي بين الفريقين: «النكاح سنّي فمن رغب عن سنّي فليس منّي»^(٢).
وعن الصادق عليه السلام عن أمير المؤمنين عليه السلام قال: «تزوّجوا فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال: من أحبّ أن يتبع سنّي فإنّ من سنّي التزويج»^(٣).

وفي النبوي «ما بني بناء أحبّ إلى الله عزّ وجلّ من التزويج»^(٤).
وعن النبي صلى الله عليه وآله «من تزوّج أحرز نصف دينه فليتق الله في النصف الآخر»^(٥).
بل يستفاد من جملة من الأخبار استحباب حبّ النساء، ففي الخبر عن الصادق عليه السلام «من أخلاق الأنبياء حبّ النساء»^(٦).

وفي آخر عنه عليه السلام «ما أظنّ رجلاً يزداد في هذا الأمر خيراً إلّا ازداد حبّاً للنساء»^(٧).
والمستفاد من الآية وبعض الأخبار أنّه موجب لسعة الرزق، ففي خبر اسحاق بن عمّار: «قلت لأبي عبد الله عليه السلام. الحديث الذي يرويه الناس حقّ أنّ رجلاً أتى النبي صلى الله عليه وآله فشكا إليه

قال في الجواهر: «على أن حسن النكاح عقلاً يستلزم استحبابه شرعاً، ضرورة استلزام حكم العقل بحسن النكاح حكم الشرع بذلك للمطابقة، وحكم الشارع يستلزم كونه مراداً ومطلباً له لأنّه حكيم» الجواهر ٢٩: ١٨.

وفي أنوار الفقاهة: بل يدل عليه العقل لأنّه سبب لحفظ بقاء النسل مع ما فيه من الآثار...
أنوار الفقاهة ١: ١٨.

(١) النور ٢٤: ٣٢.

(٢) مستدرک الوسائل ج ١٤: ١٥٢ باب ١ من أبواب مقدمات النكاح «من سنّي التزويج، فمن رغب عن سنّي فليس منّي» ح ١٥، «النكاح سنّي فمن رغب عنه فقد رغب عن سنّي» ح ١٨.

(٣) الوسائل ج ٢٠: ١٧ باب ١ من أبواب مقدمات النكاح ح ١٤.

(٤) الوسائل ج ٢٠: ١٤ باب ١ من أبواب مقدمات النكاح، «ما بني بناء في الإسلام أحبّ إلى الله عزّ وجلّ من التزويج» ح ٤.

(٥) الوسائل ج ٢٠: ١٧ باب ١ من أبواب مقدمات النكاح ح ١١ و١٢.

(٦) الوسائل ج ٢٠: ٢٢ باب ٣ من أبواب مقدمات النكاح ح ٢.

(٧) الوسائل ج ٢٠: ٢٢ باب ٣ من أبواب مقدمات النكاح ح ٣.

الحاجة ، فأمره بالتزويج^(١) حتى أمره ثلاث مرّات ؟ فقال أبو عبدالله عليه السلام : نعم ، هو حق . ثم قال عليه السلام الرزق مع النساء والعيال^(٢) .

ويستفاد من بعض الأخبار كراهة العزوبة ، فعن النبي صلى الله عليه وآله : «رذّال موتاكم العزّاب»^(*) . [٣٦٣٣] «مسألة ١» : لا فرق على الأقوى في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تشتت ، لإطلاق الأخبار ، ولأن فائدته لا تنحصر في كسر الشهوة ، بل له فوائد منها زيادة النسل وكثرة قائل : لا إله إلا الله ، فعن الباقر عليه السلام : «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلاً ، لعل الله يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلا الله»^(**) .

(١) في الوسائل الذي ينقل عن الكافي ، وفي الكافي «فأمره بالتزويج ففعل ، ثم أتاه فشكا إليه فأمره بالتزويج ، حتى أمره ثلاث مرات ... الخ . الوسائل ج ٢٠ : ٤٤ باب ١١ من أبواب مقدمات النكاح ح ٤ ، الكافي ٥ : ٤/٣٣٠ .

(٢) الوسائل ج ٢٠ : ٤٤ باب ١١ من أبواب مقدمات النكاح ح ٤ .

(*) وكذا قوله عليه السلام «أكثر أهل النار العزّاب» الوسائل ج ٢٠ : ١٩ باب ٢ من أبواب مقدمات النكاح ح ٣ ، ح ٧ .

وأما قوله تعالى : في مدح يحيى بن زكريا عليه وعلى نبينا آلاف التحية والسلام ﴿أَنَّ اللَّهَ يُبَشِّرُكَ بِيَحْيَىٰ مُصَدِّقًا بِكَلِمَةٍ مِّنَ اللَّهِ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا وَنَبِيًّا مِّنَ الصَّالِحِينَ﴾ آل عمران ٣ : ٣٩ . فالمراد منه حبس النفس من الشهوات غير الراجعة ومنع نفسه عنها ، وهو حسن في شرعنا زهداً أيضاً وإن كانت راجحة فيه ، وقريباً منه القول : إن المراد منه الممتنع عن مشتبهات النفس زهداً ، كما في تفسير الميزان ٣ : ١٧٧ . والزواج على التقديرين ليس منها ، فلا معارض لما يستفاد من الروايات من كراهة العزوبة ، على أنه لو فرض شموله حتى للراجع من الشهوات الجائزة كالزواج ومدحه لذلك ، فلا ملازمة بين مدحه في شرع غيرنا وكون ذلك في شرعنا كذلك ، فإن وصفه بالحضور - على هذا - إنما هو خطاب لهم لا لنا ، والذي هو موجود في شرعنا استحباب النكاح كما عرفت من الكتاب والسنة وغيرهما .

(**) الوسائل ج ٢٠ : ١٤ باب ١ من أبواب مقدمات النكاح ح ٣ . توضح مما تقدم أن القول باستحباب النكاح مطلقاً لمن تاقت نفسه هو المشهور ، وتقدم عن المحقق في الشرائع قوله «ومن لم تتق نفسه خلاف ، المشهور استحبابه لقوله صلى الله عليه وآله : (تناكحو تناسلوا...) الشرائع ٢ :

[٣٦٣٤] «مسألة ٢»: الاستحباب لا يزول بالواحدة ، بل التعدد مستحب أيضاً^(*) قال الله

﴿ ٣١٤ ، وفي إيضاح الفوائد ٣ : ٣ : «ومن لم تتق نفسه إليه قال المصنّف وكثير من العلماء يستحب له أيضاً لقوله ﷺ (تناكحوا تكثروا)» وتاقت أي : اشتاقت ونازعت إليه ، ونفس تائقة أي مشتاقة» مجمع البحرين مادة : توق ووجه مشهورية استحبابه كما تقدم عموم واطلاق أكثر الأدلة ، إلا أنه ليس عليه الإجماع . وقال الشيخ في المبسوط ٤ : ١٦٠ إن استحبابه مقيد بمن تاقت نفسه إليه ، بل ذكر أن المستحب هو تركه له لقوله تعالى ﴿ وَسَيِّدًا وَحَصُورًا ﴾ وأشرنا إلى جوابه في الهامش المتقدم ، وذكر في الجواهر جوابه مفصلاً . الجواهر ٢٩ : ١٨ - ٢٠ .

(*) ليس في الآية المباركة التي ذكرها الماتن ﷺ دلالة على الاستحباب ، وإنما تدل على الجواز والإباحة كما تقدم ويأتي . ولم يعلق السيد الأستاذ ﷺ هنا بشيء ، وظاهره قبول ذلك . إلا أنه يأتي منه في أول فصل ما يجوز من عدد الأزواج في الواضح بعد المسألة ١٠ الرقم العام [٣٧٠٣] - لا في موسوعته - أن التعدد لا يجب ولا يستحب بحسب ما صرح به في الدرس وإن لم ينعكس ذلك في موسوعته ، ولعل عدم تعليقه في المقام لغفلة ونحوها . ولكن يوهن احتمال الغفلة أنه لم يعلق على ذلك في تعليقه على العروة ، وهو ظاهر في القبول . إلا إن هذا الموهن إنما يكون موهناً لو لم يكن بناؤه ﷺ كما نبه عليه في أول منهاج الصالحين من أن أكثر المستحبات والمكروهات المذكورة في المنهاج مبتنية على قاعدة التسامح في أدلة السنن وهي غير ثابتة عندنا فيتعين الاتيان بالمستحبات التي في المنهاج وترك المكروهات التي فيه برجاء المطلوبة . منهاج الصالحين ١ : ١٢ .

وعلى كل حال ليس استحباب التعدد مستفاد من الآية المباركة ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَّةَ وَرُبْعَ﴾ كما استدل بها الماتن ﷺ على ذلك بل تقدم أن الآية المباركة لا تدل على نفس استحباب الزواج في أصله ، وذلك لأن قوله تعالى : ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَّةَ وَرُبْعَ﴾ على ما ذكره السيد الطباطبائي في المصابيح في الفقه (٢٦٣ مخطوط) أن الناس رغبة في الجمال وطمعاً في المال كانوا يتزوجون العشرة من النساء أو الأكثر فلا يتمكنون من اعالتهن والانفاق عليهن فيجوروا على أموال اليتامى المولى عليهم ، ولأجل أن لا يقعوا في المحذور المذكور نزلت الآية المباركة

﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَتِلْكَ وَرُبْعٌ﴾
لا أكثر لثلاثا تتمكنوا من الانفاق عليهن فتمدوا أيديكم إلى أموال اليتامى . وفي تفسير الميزان :
وقيل في معنى الآية أمور أخر... منها أنه كان الرجل منهم يتزوج بالأربع والخمس وأكثر
ويقول: ما يمعي من أن اتزوج كما تزوج فلان ، فإذا فني ماله مال إلى مال اليتيم الذي في
حجره ، فنهاهم الله عن تجاوز الأربع لثلاثا يحتاجوا إلى أخذ مال اليتيم ظلماً ، تفسير الميزان ٤ :
١٦٧ . فلا دلالة للآية على أصل الاستحباب ، وإنما تدل على الإباحة فقط ، فكيف بدلالاتها
على استحباب التعدد ؟!

إلا أن عدم دلالتها استحباب التعدد ليس معناه القول بعدم استحباب التعدد بل القول
باستحباب التعدد هو المتعين كما أشرنا إليه سابقاً وذلك لأدلة أخرى دالة على استحباب
التعدد وهي عديدة :

أولاً : النَّاسِي بالنبي الأكرم ﷺ والأئمة الأطهار عليهم آلاف التحية والسلام .
وهذا الدليل وإن ذكره الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله إلا أنه ليس دليلاً إلا على الجواز لا الاستحباب .
وثانياً : أن في الزواج الثاني والثالث والرابع بلا كلام زيادة النسل وتثقل الأرض بلا إله إلا الله
وقد حث على ذلك في الشرع المقدس - أي على زيادة النسل ومكاثرة الأمم بالمسلمين ،
وإيجابه الرزق وكونه من سنة الرسول ﷺ وتثقل الأرض بلا إله إلا الله في الروايات - كثيراً ،
وكل ذلك لم يقيد بالواحدة وهذا هو الجواب المفحم الذي كان لنا في مقابلة دعوى تحديد
النسل المغرصة والمضللة والتي كان يروج لها ويدعى لها وتعطى صبغة جلابة وخرابة مخادعة
بأن الحياة مع تحديد النسل أفضل وأكمل وغفلة الكثير عن أن الرزق مع العيال والأطفال
﴿وَلَا تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ خَشْيَةَ إِمْلَاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُهُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾ الإسرائ ١٧ : ٣١ . وقوله تعالى : ﴿وَلَا
تَقْتُلُوا أَوْلَادَكُمْ مِمَّنْ إِمْلَاقٍ نَّحْنُ نَرْزُقُكُمْ وَإِيَّاكُمْ﴾ الأنعام ٦ : ١٥١ هذا مع كونه سبباً للحفاظ على
التقوى والعفاف واجتناب المحرمات للرجال أولاً ومعادلة كثرة النساء مع الرجال واقتضاء ذلك
معادلتهم بالرجال وحفظهم من الوقوع في الحرام ، فإن نتيجة ويلات الحروب القائمة على قدم
وساق في كل زمان ومكان هي قلة الرجال وكثرة النساء فلولا التعدد لا شك تكون عاقبة ذلك

«هو الفحشاء والمنكر والفساد. وفي بعض ما ورد قوله ﷺ: «وتكثر النساء» قيل إن سببه أن تكثر الفتن فيكثر القتل في الرجال لأنهم أهل الحروب دون النساء إلى أن قال: والظاهر أنها علامة محضة لا لسبب آخر بل يقدر الله في آخر الزمان أن يقل من يولد من الذكور ويكثر من يولد من النساء. فتح الباري ١: ١٦٣.

وثالثاً: قوله ﷺ النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني وبألفاظ مختلفة وقوله ﷺ من أحب أن يتبع سنتي فمن سنتي التزويج، وقوله ﷺ ما بني بناء في الإسلام أحب إلى الله من التزويج ومصادر كل ذلك كثيرة تقدمت وكل ذلك مع عدم التقييد بالواحدة وخصوصاً رواية إسحاق بن عمار قال «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الحديث الذي يرويه الناس حقّ: إن رجلاً أتى النبي ﷺ فشكا إليه الحاجة فأمره بالتزويج ففعل، ثم أتاه فشكا إليه الحاجة فأمره بالتزويج، حتى أمره ثلاث مرّات، فقال أبو عبدالله عليه السلام: نعم هو حقّ، ثم قال: الرزق مع النساء والعيال» الوسائل ج ٢٠: ٤٤ باب ١١ من أبواب مقدمات النكاح ح ٤.

وعليه: فالذي لا بدّ وأن يصار إليه هو استحباب تعدد الزوجات أيضاً وإن كانت الآية المباركة وهي قوله تعالى: «فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَنِّي وَتِلْكَ وَرُبَعٌ» غير دالة على الاستحباب إلا أنّ عدم دلالتها على استحباب التعدد غير دلالتها على عدم استحبابه لتعارض ما دل على استحباب التعدد من التأسّي وإيجابه زيادة النسل التي دعي إليها وتثقيل الأرض بلا إله إلا الله، ونحوهما.

وقد تقدم أن أكثر الروايات الدالة على استحباب النكاح غير مقيدة بالواحدة وكله دليل على استحباب تعدد الزوجات للقرينة عليه وهي المباحة وتثقيل الأرض بلا إله إلا الله.

وعن الشيخ في المبسوط ٦: ٤ «المستحب أن يقتصر على واحدة» وهو كما ترى خلاف ما دعي إليه من تكثير النسل، بل قاله الشيخ حسبما عرفت بعدم استحباب النكاح أصلاً لقوله تعالى: «وَسَيِّدًا وَحَصُورًا» حيث مدح لذلك، وهو كما ترى ليس المدح في شرعنا ووجوده في شرع غيرها لا يلازم وجوده في شرعنا، بل في شرعنا ما يدل على استحبابه كما عرفت بل التعدد مستحب أيضاً لما عرفت، بل الآية من أوّل الأمر ليست إلا في صدد مدح يحيي من

تعالى ﴿فَأَنْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ (*) والظاهر عدم اختصاص الاستحباب بالنكاح الدائم أو المنقطع ، بل المستحب أعمّ منهما (***) ومن التسري بالاماء . [٣٦٣٥] «مسألة ٣» : المستحب هو الطبيعة أعمّ من أن يقصد به القرية أو لا . نعم ، عباديته وترتب الثواب عليه موقوفة على قصد القرية .

[٣٦٣٦] «مسألة ٤» استحباب النكاح إنّما هو بالنظر إلى نفسه وطبيعته ، وأمّا بالنظر إلى الطوارئ فينقسم^(١) بانقسام الأحكام الخمسة ، فقد يجب بالنذر ، أو العهد ، أو الحلف ، وفيما إذا كان مقدمة لواجب مطلق ، أو كان في تركه مظنة الضرر أو الوقوع في الزنا ، أو محرم آخر . وقد يحرم كما إذا أفضي إلى الإخلال بواجب من تحصيل علم واجب ، أو ترك حق من الحقوق الواجبة ، وكالزيادة على الأربع . وقد يكره كما إذا كان فعلة موجباً للوقوع في مكروه ، وقد يكون مباحاً كما إذا كان في تركه مصلحة معارضة لمصلحة فعلة مساوية لها .

وبالنسبة إلى المنكوحة أيضاً ينقسم إلى الأقسام الخمسة ، فالواجب كمن يقع في

(١) إلى النكاح المحرّم ، والمكروه ، والمستحب ، والواجب ، والمباح .

أمّا النكاح المحرّم .

فقد يكون محرّماً بالذات بمعنى أنّه مع قطع النظر عن كل حادث في العالم هو حرام في نفسه ، كحرمة الأم والبنات والأخت والعمّة والخالة وبنات الأخ وبنات الأخت .

﴿جهة المنع وحبس النفس عن الشهوات غير الراجحة لحصار النفس ومنعها عن اللذات ، وهو حسن حتى في شرعنا ، وإن كانت الشهوات راجحة فيه على ما قاله صاحب الجواهر^(٢)﴾ .

الجواهر ٢٩ : ٢ .

(*) النساء ٤ : ٣ .

(**) لاعمية ما دل على استحباب التعدد وطبعاً الآية المباركة المتقدم عدم دلالتها على أصل الاستحباب فضلاً عن التعدد ليس مما دل على استحباب التعدد ، فكونها ظاهرة في النكاح الدائم لا ينافي كون المستحب في التعدد المستفاد من الأدلة الأخرى أعم من الدائم والمنقطع ومن التسري بالإماء .

الضرر لو لم يتزوجها أو يُبتلى بالزنا معها لولا تزويجها^(*) .

وقد يكون محرماً بالعرض ، أي أن حرمة باعتبار أمر آخر كالمصاهرة كأخت الزوجة أو أمها ، وإلا فهو في نفسه محلل .

والمحرّم بالعرض قد يكون قابلاً للزوال كأخت الزوجة أو الخامسة لمن له أربع أو المطلقة ثلاثاً ، فلو طلق زوجته جاز له نكاح أختها ، أو لو طلق إحدى زوجاته الأربع جاز له نكاح من

(*) وليس منه وقوع المرأة في الزنا لو لم يتزوجها الرجل ، وإثماً يكون ذلك واجباً عليها لا أنه يجب على الرجل أن يتزوجها فإنه مسلمّ العدم .

والقول بأنه يجب تزويج امرأة لو لم يتزوجها الرجل تقع في الزنا أو تقع في الضرر ، وأنه لو تزوجها الرجل منعت من الزنا والضرر فإنه يكون الزواج بها من قبل فرد ما واجباً كفائياً ، فإن لم يتم به أحد صار واجباً عينياً على الفرد العالم بهذين الأمرين .

ليس صحيحاً ، إذ إن النهي عن المنكر إنما يكون بالقول لو كان مؤثراً وإلا فلا يجب فعل أي شيء ووقوعها في الضرر لو لم تتزوج لا يوجب على الغير تزويجها لا كفائياً ولا عينياً ، إذ إن دليل الضرر يرفع حكماً ضررياً على من عليه الضرر لا أنه يوجب حكماً آخر به يرتفع الضرر عنه فكيف بذلك على الغير ، فإن هذا الوجوب الكفائي أو العيني لا من النهي عن المنكر ولا أنه يوجب دليل الضرر فإن من الواضح أنه لا يجب على شخص إعطاء مال لآخر يعلم أنه لو لم يعطه لسرق الآخر من الغير أو لغصب مال الغير ولا تهيئة مكان له يعلم أنه لو لم يهيئه له لغصب مكان الغير ولا يجب عليه تزويج امرأة يعلم أنه لو لم يزوجه لزنأ ، وهكذا وهكذا لا على نحو الوجوب الكفائي ولا على نحو الوجوب العيني على من يعلم بذلك .

نعم منه وجوب الزواج على المرأة نفسها برجل لو لم تتزوج به لوقعت في الضرر فدفعاً للضرر يجب عليها التزويج به ، وكذا لو لم تتزوج به لوقعت بالزنا مع الغير فيجب عليها هي التزويج به . وأما هو فلا يجب عليه أن يتزوجها لكي لا تقع في الضرر أو لا تقع في الزنا مع غيره وليس ذلك من النهي عن المنكر أصلاً ولا يقتضيه دليل الضرر بوجه من الوجوه .

ومنه أيضاً وجوب الزواج على الرجل لو لم يتزوج هذه المرأة لوقع في الزنا معها ، وأما هي فلا يجب عليها الزواج به لئلا يقع هو في الزنا ، نعم لو فرض أنه لو لم يتزوج كل منهما بالآخر لوقع بالزنا معه هنا يجب على كل منهما الزواج بالآخر فقط .

كانت خامسة وهكذا ، فهذا التحريم العرضي قابل للزوال . وقد يكون التحريم العرضي غير قابل للزوال كحرمة أم الزوجة أو بنت الزوجة المدخول بها ، وكذا ما يكون محرماً بالرضاع^(١) .

(١) من الواضح أن قوله تعالى : ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَاتُكُمْ وَعَمَّاتُكُمْ وَخَالَاتُكُمْ وَبَنَاتُ الْأَخِ وَبَنَاتُ الْأَخْتِ وَأُمَّهَاتُكُمُ اللَّاتِي أَرْضَعْنَكُمْ وَأَخَوَاتُكُم مِّنَ الرَّضَاعَةِ وَأُمَّهُتُمْ نِسَابِكُمْ وَرَبِّبَاتُكُمْ اللَّاتِي فِي حُجُورِكُمْ مِّنْ نِّسَابِكُمُ اللَّاتِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَّمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ وَحَلَائِلُ أَبْنَابِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلَابِكُمْ وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا ﴾ النساء ٤ : ٢٣ .

وقوله تعالى : ﴿ وَلَا تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ إِنَّهُ كَانَ فَحِشَةً وَمَقْتًا وَسَاءَ سَبِيلًا ﴾ النساء ٤ : ٢٢ .

وقوله تعالى : ﴿ وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَقْسِطُوا فِي الْأَيْمَانِ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مِمَّنْى وَتَلْتُمْ وَرُبْعٍ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلَّا تَعُولُوا ﴾ النساء ٤ : ٣ .

وقوله عليه السلام : في صحيحة زرارة بن أعين ومحمد بن مسلم : « فلا يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة المرأة التي طلق » الوسائل ج ٢٠ : ٥١٨ باب ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد ح ١ .
كلها ظاهرة في الحرمة التكليفية والوضعية ، فهي كلها ظاهرة في حرمة العقد تكليفاً وفساده لو تحقق .

ومن ذلك يتوضح لك أن القول بـ « أن جملة من الموارد والأمثلة التي ذكرها [أي الماتن عليه السلام] ليست محكومة بالحكم التكليفي التحريمي ، كالنكاح بالزائدة على الأربع ، أو بأخت الزوجة بل النكاح بالمحارم ، فإن النكاح في هذه الموارد فاسد في نفسه ، ولا يحرم العقد عليهن إلا تشريعاً » هامش كتاب النكاح ج ١ تقرير بحث السيد الخوئي عليه السلام تأليف السيد الخليلي .
ليس صحيحاً ، فإن الآيات كلها ظاهرة في الحرمة التكليفية والوضعية للزواج بالمحارم وبأخت الزوجة وبالخامسة ، وكذا قوله عليه السلام : « ليس له أن يتزوج الخامسة حتى تنقضي عدة التي

والمحرم نكاح المحرمات عيناً أو جمعاً ، والمستحب المستجمع للصفات المحمودة في النساء ، والمكروه النكاح المستجمع للأوصاف المذمومة في النساء ، ونكاح القابلة المريبة ونحوها ، والمباح ما عدا ذلك .

[٣٦٣٧] «مسألة ٥» : يستحب عند إرادة التزويج أمور :

«منها» : الخطبة .

«ومنها» : صلاة ركعتين عند إرادة التزويج قبل تعيين المرأة وخطبتها والدعاء بعدها بالمأثور وهو : «اللهم إني أريد أن أتزوج فقدر لي من النساء أعفهنّ فرجاً ، وأحفظهنّ لي في نفسها ومالي ، وأوسعهنّ رزقاً ، وأعظمهنّ بركة ، وقدر لي ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد موتي» . ويستحب أيضاً أن يقول : «أقررت الذي أخذ الله إمساك بمعروف أو تسريح بإحسان» .

وأما النكاح غير المحرم فينقسم إلى مكروه ومستحب وواجب ومباح .
أما النكاح المكروه ، فقد تكون الكراهة ذاتية كالتزويج من الزنجية^(١) أو المرأة الحسناء التي

«طلقها» على ما يأتي بيانه في بحث عدم جواز التزويج بأكثر من أربع . بعد المسألة ١٠ [٣٧٠٣] فإن لسان ذلك نفس لسان عدم جواز التزويج في العدة . وقد ذكر السيد الأستاذ ما نصه «كل عقد فيه عصيان لله فهو فاسد كالعقد على المحارم» مصباح الفقاهة ٢ : ٦٢٤ ، ٦٧٣ .
(١) الوسائل ج ٢٠ : ٨٢ باب ٣١ من أبواب مقدمات النكاح ، ولكن في دلالة هذه الروايات على الكراهة محل تأمل ، فالحكم بالكراهة مبني على قاعدة التسامح في أدلة المكروهات وهي غير ثابتة . نعم يمكن أن يكون من الزواج المكروه الزواج بالزانية أو الزواج بالزاني ، لمعتبرة محمد بن إسماعيل قال «سأل رجل أبا الحسن الرضا عليه السلام وأنا أسمع عن رجل يتزوج امرأة متعة ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها - إلى أن قال - فقال : لا ينبغي لك أن تتزوج إلا بمؤمنة أو مسلمة ، فإن الله عز وجل يقول : «الزَّانِي لَا يَنْكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَالزَّانِيَةُ لَا يَنْكِحُهَا إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ وَحَرِّمَ ذَلِكَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ» النور ٢٤ : ٣ ، الوسائل ٢١ : ٢٧ باب ٨ من أبواب المتعة ح ١ والرواية معتبرة ودالة على أن الزواج بالزانية مكروه في المتعة ففي الدوام بطريق أولي .

ومن الزواج المكروه أيضاً الزواج بسبي الخلق لمعتبرة الحسين بن بشار الواسطي قال : «كتب

«ومنها»: الوليمة يوماً أو يومين لا أزيد فإنه مكروه، ودعاء المؤمنين، والأولى كونهم فقراء، ولا بأس بالأغنياء خصوصاً عشيرته وجيرانه وأهل حرفته، ويستحب إجابتهم وأكلهم، ووقتها بعد العقد أو عند الزفاف ليلاً أو نهاراً، وعن النبي ﷺ «لا وليمة إلا في خمس: في عرس، أو خرس، أو عذار، أو وكار، أو ركاز» (*). العرس التزويج، والخرس النفاس، والعذار الختان، والوکار شراء الدار، والركاز العود من مكة.

«ومنها»: الخطبة أمام العقد بما يشتمل على الحمد والشهادتين والصلاة على النبي ﷺ

نشأت في منبت السوء^(١)، وقد تكون الكراهة عرضية. وهي أما أن تكون قابلة للزوال كالزواج من المجنونة أو التي لا تطيع زوجها ولا تقبل له عذراً فيما تحتاج إليه، وأما أن لا تكون قابلة للزوال ككون الشخص عقيماً رجلاً كان أو امرأة.

وأما الاستحباب فهو ثابت للزواج في نفسه قال الله تعالى: ﴿وَأَنْكِحُوا الْأَيْمَىٰ مِنْكُمْ وَالصَّالِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَائِكُمْ إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ وَاللَّهُ وَسْعٌ عَلِيمٌ﴾^(٢)، وقد تكون الخصوصيات أيضاً مستحبة، كالزواج من مؤمنة، مطيعة لزوجها، حسنة الاخلاق، ونحو ذلك من الصفات التي هي مطلوبة ومحبوبة في المرأة^(٣).

«إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام: إن لي قرابة قد خطب إليّ (ابنتي) وفي خلقه سوء؟ قال: لا

تزوجه إن كان سيء الخلق» الوسائل ج ٢٠: ٨١ باب ٣٠ من أبواب مقدمات النكاح ح ١.

وكذا يكره التزويج من شارب الخمر لمعتبرة أبي الربيع عن أبي عبد الله عليه السلام قال «قال رسول

الله ﷺ: من شرب الخمر بعدما حرّمها الله على لساني فليس بأهل أن يزوّج إذا خطب» الوسائل

ج ٢٠: ٨٠ باب ٢٩ من أبواب مقدمات النكاح ح ٣.

(* الوسائل ج ٢٠: ٩٥ باب ٤٠ من أبواب مقدمات النكاح ح ٥.

(١) روي عن رسول الله ﷺ بسند ضعيف أنه قال للناس: إياكم وخضراء الدمن، قيل يا رسول

الله وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء» الوسائل ج ٢٠: ٣٥ باب ٧ من أبواب

مقدمات النكاح ح ٧ وباب ١٤ ح ٤. والحكم بالكراهة مبني على التسامح في أدلة المكروهات.

(٢) النور ٢٤: ٣٢.

(٣) الوسائل ٢٠: ٢٧، ٣٨، ٤٧، ٤٩، ٥٥ باب ٦ و ٨ و ١٣ و ١٤، و ١٧ من أبواب مقدمات النكاح

وآدابه.

والائمة عليها السلام والوصية بالتقوى والدعاء للزوجين ، والظاهر كفاية اشتمالها على الحمد والصلاة على النبي وآله عليهم السلام ، ولا يبعد استحبابها أمام الخطبة أيضاً .
«ومنها» : الإشهاد في الدائم (*) والإعلان به ، ولا يشترط في صحّة العقد عندنا .

(*) فإنه مستحب عند أصحابنا عدا ابن أبي عقيل في الدائم على ما نقله عنه العلامة في المختلف ٧ : ١٠١ موافقة منه لجماعة من أهل السنة والجماعة منهم السرخسي في المبسوط ٥ : ٣٠ وابن قدامة في المغني ٧ : ٣٣٣ ، وكذا في المجموع ١٦ : ٧٥ ، والحاوي الكبير ٩ : ٥٧ ، والشرح الكبير ٧ : ٤٥٧ ، والمهذب ٢ : ٤٠ وغيرهم .

وإنما كان مستحباً عند أصحابنا لعدم الدليل عندهم على الوجوب بعد ضعف ما استدل به على وجوبه من النصوص من طرق أبناء العامة ومن طرفنا ، ولعل أهمها ما رواه الشيخ في التهذيب من قول أبي الحسن عليه السلام «التزويج الدائم لا يكون إلا بولي وشاهدين ...» التهذيب ٧ : ١١٠١/٢٥٥ ، الوسائل ج ٢١ : ٣٤ باب ١١ من أبواب المتعة ح ١١ وهو مع ضعفه بالفضل بن كثير ، والمهلب الدلال ، معارض بأخبار كثيرة دالة على عدم وجوب الأشهاد والتي عقد لها صاحب الوسائل باباً هو الباب ٤٣ من أبواب مقدمات النكاح . منها : صحيحة زرارة وصحيحة داود بن حصين ، وإن الأشهاد من أجل النسب والموارث ، والموجبة لحمل الخبر الضعيف لو فرض صحته على كراهة ترك الإشهاد وأما الحال أنه ضعيف فلا شك يكون محمولاً على التقية لأن اعتبار أبناء العامة للأشهاد والإعلان في النكاح إنما هو لمقابلة المتعة التي شرعها الله ورسوله بدعوى أن الفارق بين النكاح والسفاح هو الأشهاد والإعلان .

ثم إن ما دلّ على أن الأشهاد إنما هو من أجل النسب والموارث وفي بعضها والحدود لا يمكن أن يكون دليلاً استحباب الأشهاد لأنها إنما هي مرشدة إلى أن اعتبار الأشهاد فيها لأجل الإرث والنسب ، وعلى كل حال لا دليل على وجوب الأشهاد بل هو من الأقوال الشاذة للإجماع على عدم الوجوب وكونه مستحباً فإنه ذكر السيد المرتضى في الانتصار ٢٨١ - ٢٨٢ الإجماع على عدم الوجوب وكذا في الناصريات ٣١٩ - ٣٢٠ ، بل وكذا الشيخ في الخلاف ٤ : ٢٦١ - ٢٦٢ والسيد ابن زهرة في الغنية ٣٤٥ وابن إدريس في السرائر ٢ : ٦٦٥ ، موسوعة ابن إدريس ١١ : ٤٣٠ طبع مكتبة الروضة الحيدرية . ومن هنا ذكر الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله أن

«الدليل على استحباب الاشهاد هو الإجماع الذي ذكره الأصحاب .

ثم إن من الروايات التي هي وأن ضعف سندها إلا إن شاهد الصدق معها وهي ما وراه محمد ابن الفضيل عن أبي الحسن موسى عليه السلام أنه قال : لأبي يوسف القاضي : إن الله أمر في كتابه بالطلاق وأكد فيه بشاهدين ولم يرض بهما إلا عدلين ، وأمر في كتابه بالتزويج فأهمله بلا شهود فاثبت شاهدين فيما أهمل الله وابطلتم شاهدين فيما أكد الوسائل ج ٢٠ : ٩٨ باب ٤٣ من أبواب مقدمات النكاح ح ٥ .

وكذا ما رواه داؤد بن الحصين عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «سألته عن شهادة النساء في النكاح ، بلا رجل معهنّ إذا كانت المرأة منكراً ، فقال : لا بأس به ، ثم قال : ما يقول في ذلك فقهاؤكم ؟ قلت : يقولون : لا تجوز إلا شهادة رجلين عدلين ، فقال : كذبوا - لعنهم الله - هونوا واستخفوا بعزائم الله وفرائضه ، وشددوا وعظّموا ما هون الله ، إن الله أمر في الطلاق بشهادة رجلين عدلين فأجزوا الطلاق بلا شاهد واحد ، والنكاح لم يجبي عن الله في تحريمه [عزيمة كذا في الاستبصار هامش المخطوط] فسن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم في ذلك الشاهدين تأديباً ونظراً ، لئلا ينكر الولد والميراث ، وقد ثبتت عقدة النكاح (واستحلّ الفروج) ولا أن يشهد ، وكان أمير المؤمنين عليه السلام يجيز شهادة المرأتين في النكاح . . .» الوسائل ج ٢٧ : ٣٦٠ باب ٢٤ من أبواب الشهادات ح ٣٥ هذا وقد وصف السيد الأستاذ هذه الرواية في كتاب القضاء والشهادات ١ : ٣٣ بالمعتبرة ، والحال أنّ في سندها عليّ بن حديد وهو متعارض فيه التوثيق والتضعيف فالرواية ضعفية لا معتبرة .

بل ذكر أصحابنا استحباب الإعلان بالزواج ، وهو بلا شك غير الاشهاد ، وأبلغ منه ، وذكروا أنّ ذلك للأمر به في النبوي «اعلنوا هذا النكاح» سنن البيهقي ٧ : ٢٩٠ ، وذكر الشهيد في المسالك : الاستدلال عليه بالخصوص بالنبوي : «أَنَّ النبي صلى الله عليه وآله وسلم كان يكره نكاح السرّ حتّى يضرب بدفّ ويقال : أتيناكم أتيناكم فحيونا نحييكم» المسالك ٧ : ١٩ ونقل ذلك في الجواهر ٢٩ : ٤٠ عن المسالك أتيناكم أعناكم فحيونا نحييكم .

وفي المستدرک ج ١٤ : ٣٤ باب ٣٣ من أبواب مقدمات النكاح ح ١٠ قال صلى الله عليه وآله وسلم : أتيناكم فحيونا

«ومنها»: إيقاع العقد ليلاً .

[٣٦٣٨] «مسألة ٦»: يكره عند التزويج أمور .

«منها»: إيقاع العقد والقمر في العقرب (*) ، أي في برجها ، لا المنازل المنسوبة إليها وهي القلب والإكليل والزبانا والشولة .

«ومنها»: إيقاعه يوم الأربعاء .

«ومنها»: إيقاعه في أحد الأيام المنحوسة في الشهر - وهي الثالث ، والخامس ، والثالث

وأما الوجوب ، فالوجوب الذاتي غير موجود ، إلا أنه قد يكون هنا عنوان عرضي موجب لوجوب الزواج ، كما لو علم من نفسه أنه لو لم يتزوج يقع في الحرام أو يُقتل ، فيكون الزواج واجباً بعنوان عرضي باعتبار حفظ نفسه من الهلاك الدنيوي أو الأخروي .

وأما الإباحة ، فالنكاح وإن كان مستحباً في نفسه إلا أنه قد تعرض جهة موجبة لمرجوحته فيكون مباحاً لو كانت جهة الكراهة مساوية لجهة الاستحباب ، فله أن يفعل وله أن لا يفعل .

«نحييكم ، لولا الذهبه الحمراء ما حلت فتاتنا بوادبكم» .

ويكفي دليلاً على الاستحباب الاعلان الذي هو أبلغ من الاشهاد ، وما دل على استحباب اطعام الطعام عند التزويج يوماً أو يومين ، وأن من سنن المرسلين اطعام الطعام عند التزويج ، الوسائل ج ٢٠ : ٩٤ باب ٤٠ من أبواب مقدمات النكاح ، لا الأخبار الضعيفة المشار إليها .

(*) روي في روايات ثلاث ضعيفة قولهم ﷺ : «من تزوج امرأة والقمر في العقرب لم ير الحسنی» .

الأولى : رواية محمد بن حمران عن أبي عبدالله ، وهي ضعيفة باسماعيل بن منصور وبيبراهيم بن محمد بن حمران فانهما لم يوثقا . والثانية : نفسها رواها الصدوق رحمته الله مرسلأ . والثالثة : ما رواه الصدوق في عيون الأخبار والعلل بسند ضعيف أيضاً ، ولا أقل من وجود سهل بن زياد مضافاً إلى محمد بن أحمد السناني وهو محمد بن أحمد بن محمد بن سنان وهو مجهول ، عن عبدالعظيم بن عبدالله الحسنی ، الوسائل ج ٢٠ : ١١٤ باب ٥٤ من أبواب مقدمات النكاح ح ١ ، ملحق ح ١ ، ح ٣ .

وفي الجواهر : «والظاهر إرادة البرج من العقرب لا المنازل المنسوبة إليه وهي الزبانا والإكليل والقلب والشولة ، لأن القمر يحل في البروج الاثني عشر في كل شهر مرة» الجواهر ٢٩ : ٤١ .

عشر، والسادس عشر، والحادي والعشرون، والرابع والعشرون، والخامس والعشرون^(*).

(*) ففي رواية ١ - يونس بن ظبيان عن أبي عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام التي رواها في الوسائل ج ١١ : ٤٠١ باب ٢٧ من أبواب آداب السفر ج ٢ عن علي بن موسى بن جعفر بن طاووس ، في كتاب الدرر الواقية : ص ٧٩ فما بعدها عن الشيخ أبي جعفر الطوسي عن جماعة عن أبي المفضل محمد بن عبدالله بن المطلب الشيباني - وذكر أنه كثير الرواية حسن الحفظ - عن محمد ابن معقل عن وضّاح العجلي ، عن محمد بن الحسن بن بنت إلياس ، عن أبيه ، عن صدقة بن غزوان عن أخيه سعيد بن غزوان عن يونس بن ظبيان عن أبي عبدالله جعفر بن محمد الصادق عليه السلام . ٢ - والمرسل عن مكارم الأخلاق للطبرسي الحسن بن الفضل بن الحسن بن الفضل الطبرسي مكارم الأخلاق الفصل السادس من الباب الثاني عشر ص ٤٧٤ . ٣ - والزوائد - على ما نقله عنه المجلسي رحمته الله في بحار الأنوار ج ٥٦ : ٥٧ - لولد السيد علي بن طاووس عن الصادق عليه السلام المشتمل على تفصيل أيام الشهر (والمراد الأشهر العربية ولذا جعل في البحار في عنوان الباب ، الأشهر العربية البحار ج ٥٦ : ٥٥ .

وعلى كل حال هذه الأسانيد الثلاثة كلها ضعيفة :

الأول : بأبي محمد الشيباني وهو محمد بن عبدالله بن محمد بن عبيدالله الضعيف ضعفه جل أصحابنا قاله النجاشي . وقال الشيخ ضعفه جماعة من أصحابنا ، وقال أيضاً ضعفه قوم . وبمحمد بن معقل المجهول وغيرهما أيضاً ولا مقتضي للتطويل ببيان جميع سلسلة السند .
والثاني : فهو مرسل .

والثالث : لم يذكر له في البحار سنداً أصلاً ولا توجد نسخة الزوائد ، عندنا ولا عند غيرنا وقال المعلق على الجواهر في طبعة جامعة المدرسين : لا توجد نسخته بأيدينا . نعم نقله عنه في البحار والحدائق انتهى . ولم يذكر كل منهما له سنداً .

ولكن أقول : كثير من الناس يريدون لأهمية المحتمل أن لا يكون عقدهم ولا سفرهم في الأيام النحسة حتى احتمالاً .

وقد ذكر في الجواهر ما في هذه الثلاثة عن كل يوم فتستنتج منه النتيجة ، ويراجع أيضاً عند السؤال عن اليوم الجيد لعقد الزواج بعد أن يحرز أن ذلك اليوم مما ليس فيه القمر في

﴿العقرب فيلاحظ أن لا يكون اليوم من الأيام المنحوسة في الشهر .
فقال في الجواهر ج ١٨ : ١٥٣ «هذا كله من حيث [أيام] الأسبوع .
وأما من حيث [أيام] الشهر : فعن الصادق (أتق الخروج إلى السفر يوم الثالث من الشهر ،
والرابع منه ، والحادي والعشرين منه ، والخامس والعشرين منه) [مكارم الأخلاق : ٢٤١] .
وكان أمير المؤمنين عليه السلام يكره أيضا أن يسافر الرجل أو يتزوج والقمر في المحاق [مكارم
الأخلاق : ٢٤٢] .

ولعل ما عدا الرابع لأنها من السبعة المشهورة بالنعوسة للسفر وغيره ، والمروي فيها عن
أمير المؤمنين عليه السلام المسماة بالكوامل : وهي الثالث ، والخامس ، والثالث عشر ، والسادس عشر ،
والحادي والعشرين ، والرابع والعشرين ، والخامس والعشرين [بحار الأنوار : ٥٦ : ٥٥ باب ٢١ من
أبواب كتاب السماء والعالم ذيل ح ٢] .

بل في [١-] خبر يونس بن حنان [ظبيان في المصدر كما عرفت في أول التعليقة] المروي
مسنداً في المحكي عن الدرور الواقية [الفصل الحادي والعشرون ص ٧٩ فما بعدها] للسيد
رضي الدين بن طاووس و[٢-] المرسل عن مكارم الأخلاق [ص ٤٧٤ الفصل السادس من
الباب الثاني عشر] للحسن بن الفضل الطبرسي ، و[٣-] الزوائد [نقله عنه في بحار الأنوار : ٥٦ :
ح ١١ ، ونقله عنه في الحدائق ١٤ : ٣٢] لولد السيد علي بن طاووس عن الصادق عليه السلام أيضاً
المشتمل على تفصيل أيام الشهر ما يؤكد ذلك [وسائل الشيعة : ٤٠١ باب ٢٧ من أبواب آداب
السفر ح ٢] .

ففي الأول [أي في رواية يونس بن ظبيان] : أن اليوم الأول يوم مبارك خلق الله فيه آدم ،
وهو محمود لطلب الحوائج وطلب العلم والتزويج والسفر والبيع والشراء والدخول على
السلطان واتخاذ الماشية ، وفي الثاني [أي في المرسل عن مكارم الأخلاق] : سعد يصلح لطلب
الحوائج والشراء والبيع والزراعة والسفر . وفي الثالث [أي عن الزوائد] : يوم مبارك محمود
سعيد لطلب الحوائج والبيع والشراء .

... واليوم الثاني . في [الأول] يصلح للتزويج والسفر وطلب الحوائج ، وفيه خلقت حواء

من آدم وزوجه الله تعالى بها، ويصلح لبناء المنازل وكتب العهد والاختيارات، وفي الثاني عنه عليه السلام يصلح للسفر وطلب الحوائج، وفي الثالث عنه عليه السلام أيضاً يوم محمود يصلح للتزويج والتحويل والشراء والبيع وطلب الحوائج.

واليوم الثالث. في الأول: يوم نحس مستمر، فأتق فيه البيع والشراء وطلب الحوائج والمعاملة، وفيه سلب آدم عليه السلام وحواء لباسهما، وأخرجهما من الجنة، واجعل شغلك صلاح أمر منزلك، وإن أمكن أن لا تخرج من دارك فافعل). وفي الثاني: روي [في المصدر ردي]: لا يصلح لشيء جملة). وفي الثالث: يوم نحس فيه قتل هابيل، لا تسافر فيه، ولا تعمل عملاً ولا تلق أحداً).

[واليوم] الرابع. في الأول: يوم صالح للزرع والصيد والبناء، ويكره فيه السفر، فمن سافر فيه خيف عليه القتل والسلب أو بلاء يصيبه، وفيه ولد هابيل، ويستحب فيه اتخاذ البناء والماشية، ومن هرب فيه عسر تطلبه ولجأ إلى من يحصنه). وفي الثاني: يوم صالح للتزويج، ويكره فيه السفر). وفي الثالث: يوم متوسط صالح لقضاء الحوائج، ولا تسافر فيه فإنه مكروه).

[واليوم] الخامس في الأول: يوم نحس مستمر، فلا تعمل فيه عملاً، ولا تخرج من منزلك، وتعاهد من في منزلك، وانظر في إصطلاح الماشية، وفيه ولد قابيل الشقي، وفيه قتل أخاه). وفي الثاني: ردي نحس، وفي الثالث يوم نحس وهو يوم نكد عسير لا خير فيه فاستعد بالله من شره.

[واليوم] السادس. في الأول: يوم صالح للتزويج، ومن سافر فيه في بر أو بحر يرجع إلى أهله بما يحسبه [في المصدر بما يحبه] وهو جيد لشراء الماشية، وفي الثاني: تصلح للتزويج وطلب الحوائج. وفي الثالث: يوم صالح يصلح للحوائج والسفر والبيع والشراء.

[واليوم] السابع. في الأول: يوم صالح لجميع الأمور فاعمل فيه ما شئت، وعالج ما تريد من عمل الكتابة، ومن بدأ فيه بالعمارة والغرس والنخل حمد أمره في ذلك). وفي الثاني: مبارك مختار، يصلح لكل ما يراد ويسعى فيه). وفي الثالث: يوم سعيد مبارك، فيه ركب نوح

٥ السفينة، فاركب البحر وسافر في البرّ، وأعمل ما شئت، فإنّه يوم عظيم البركة محمود لطلب الحوائج والسعي فيها).

[واليوم] الثامن . في الأوّل: يوم صالح لكلّ حاجة من بيع أو شراء (ويكره فيه ركوب البحر والنظر [في بعض النسخ والسفر] في البرّ) [في المصدر بدل ما بين القوسين: ومن دخل فيه على سلطان قضيت حاجته] ويكره فيه ركوب السفن في الماء ويكره فيه أيضاً السفر. والخروج إلى الحرب، وكتب [وبتّ] العهود، ومن هرب فيه لم يقدر عليه إلاّ بتعب). **وفي الثاني:** يصلح لكلّ حاجة سوى السفر، فإنه يكره فيه). **وفي الثالث:** يوم صالح للشراء والبيع، ولا تعرض فيه للسفر، فإنه يكره فيه سفر البرّ والبحر).

[واليوم] التاسع . في الأوّل: يوم خفيف صالح لكلّ أمر تريده، فابدأ فيه بالعمل، ومن سافر فيه رزق مألّ ورأى خيراً، فابدأ فيه بالعمل واقترض فيه، وازرع وأغرس، ومن حارب فيه غلب، ومن هرب فيه لجأ إلى سلطان يمنع منه). **وفي الثاني:** يصلح لكلّ ما يريد الإنسان، ومن سافر فيه رزق مألّ، ويرى في السفر كلّ خير). **وفي الثالث:** يوم صالح محمود مبارك، يصلح للحوائج وجميع الأعمال). وفي رواية أخرى: ومن سافر فيه رزق ولقي خيراً [بحار الأنوار ٥٦: ٦٣ باب ٢١ من أبواب كتاب السماء والعالم ح ٥٢].

[واليوم] العاشر . في الأوّل: ولد فيه نوح، يصلح للبيع والشراء والسفر، ويستحب للمريض فيه أن يوصي ويكتب العهود، ومن هرب فيه ظفر به وحبس). **وفي الثاني:** يوم صالح لكلّ حاجة سوى الدخول على السلطان، وهو جيد للشراء والبيع). **وفي الثالث:** صالح لابتداء العمل [هذه الجملة ليست في المصدر]، يوم محمود، رفع الله تعالى فيه إدريس مكاناً عليّاً). وفي رواية أخرى: يصلح للبيع والشراء [بحار الأنوار ٥٦: ٦٤ باب ٢١ من أبواب السماء والعالم ح ٥٧].

[واليوم] الحادي عشر . في الأوّل: صالح لابتداء العمل والبيع والشراء والسفر، ولد فيه شيث، وتجنّب فيه الدخول على السلطان. **وفي الثاني:** يصلح للشراء والبيع ولجميع الحوائج وللسفر، ما خلا الدخول على السلطان). **وفي الثالث:** يوم صالح للشراء والبيع والمعاملة

﴿والقرض﴾.

[واليوم] الثاني عشر. في الأول: صالح للتزويج وفتح الجوائز [في المصدر بدل الحوانيت بدل الجوائز] وركوب البحر، ويتجنب فيه الوساطة بين الناس). وفي الثاني: يوم صالح مبارك، فاطلبوا فيه حوائجكم واسعوا فيها، فإنها تقضى). وفي الثالث: يوم مبارك فيه قضى موسى الأجل، وهو يوم التزويج والبيع والشراء).

[واليوم] الثالث عشر. في الأول: يوم نحس، فاتق فيه المنازعة والخصومة [في المصدر بدل الخصومة الحكومة] ولقاء السلطان وغيره وكل أمر، ولا يدهن فيه الرأس، ولا يلحق فيه الشعر، ومن ظل أو هرب فيه سلم). وفي الثاني: يوم نحس فاتق فيه جميع الأعمال). وفي الثالث: يوم نحس، وهو يوم مذموم في كل حاقه [في المصدر بدلها حال] فاستعد بالله من شره. [واليوم] الرابع عشر. في الأول: يوم صالح لكل شيء، وهو جيد لطلب العلم والبيع والشراء والسفر [هذه الكلمة ليست في المصدر] وركوب البحر والاستقراض والقرض، ومن هرب فيه يؤخذ). وفي الثاني: جيد للحوائج ولكل عمل). وفي الثالث: يوم صالح لما تريده من قضاء الحوائج وطلب العلم [في المصادر الناقلة للرواية بعدها: وفي رواية أخرى] ويصلح للبيع والشراء، وركوب البحر).

[واليوم] الخامس عشر. في الأول: على ما في الحدائق [ج ١٤: ٣٢ - ٣٣ و ٣٦] نقلًا عن البحار [ج ٥٦: ٦٨ باب ٢١ من أبواب كتاب السماء والعالم ح ٨١] يوم صالح لكل الأمور إلا من أراد أن يستقرض أو يقرض. لكن فيما عندنا من الوسائل [ج ١١: ٤٠١ - ٤٠٢ باب ٢٧ من أبواب آداب السفر ح ٢] نقلًا عن الدرر: يوم محذور في كل الأمور إلا من أراد أن يستقرض أو يشاهد ما يشتري، ومن هرب فيه ظفر به. وفي الثاني: صالح لكل حاجة تريدها، فاطلبوا فيه حوائجكم، فإنها تقضى). وفي الثالث: يوم صالح لكل عمل وحاجة فاعمل فيه ما بدا لك، فإنه يوم سعيد). وعن روضة الواعظين [في المصدر روضة العابدین]: أنه يوم صالح لكل عمل وحاجة ولقاء الأشراف والعظماء والرؤساء، فاطلب فيه حوائجك، والتقى سلطانك، وأعمل ما بدالك فإنه يوم سعد).

﴿ **[اليوم] السادس عشر. في الأول:** يوم نحس لا يصلح لشيء سوى الأبنية، ومن سافر فيه هلك. وفي الوسائل عنه: يوم نحس، من سافر فيه هلك، ويكره فيه لقاء السلطان، ويصلح للتجارة والبيع والخروج إلى البحر، ويصلح للأبنية ووضع الأساس [الوسائل ج ١١: ٤٠٢ باب ٢٧ من أبواب السفر ح ٣]. **وفي الثاني:** رديء مذموم لكل شيء. **وفي الثالث:** يوم نحس رديء مذموم لا خير فيه، فلا تسافر فيه، ولا تطلب حاجة، وتوق ما استطعت، وتعوذ بالله من شره.)

[اليوم] السابع عشر. في الأول: يوم متوسط، واحذر فيه المنازعة (وهو يوم ثقيل فلا تلمس فيه حاجة) [ما بين القوسين ورد في الدرر عن سلمان الفارسي]. وفي رواية أخرى: يوم صالح [البحار ٥٦: ٧١] وفي الوسائل عنه: متوسط الحال، يحذر فيه المنازعة، ومن اقترض فيه شيئاً لم يرده إليه، وإن رده فبجهد، ومن استعرض فيه لم يرده [الوسائل ج ١١: ٤٠٢]. **وفي الثاني:** صاف مختار، فاطلبوا فيه ما شئتم، وتزوجوا وبيعوا واشتروا وازرعوا. **وفي الثالث:** يوم صالح مختار محمود لكل عمل وحاجة، فاطلب فيه الحوائج واشتر وبع. وفي رواية أخرى: متوسط، تحذر فيه المنازعة والقرض) [بحار الأنوار ٥٦: ٧٢].

[اليوم] الثامن عشر. في الأول: أنه يوم سعيد صالح لكل شيء من بيع أو شراء أو زرع أو سفر. وفي الوسائل عنه: ومن خاصم فيه عدوه خصمه وظفر به، ومن اقترض قرصاً رده إلى من اقترض منه) [وسائل ج ١١: ٤٠٣ باب ٢٧ من أبواب آداب السفر ح ٢]. **وفي الثاني:** مختار صالح للسفر وطلب الحوائج. **وفي الثالث:** يوم مختار للسفر والتزويج ولطلب الحوائج.

[اليوم] التاسع عشر. في الأول: أنه يوم سعيد، وهو صالح للسفر والمعاش والحوائج. وفي الوسائل عنه: يوم سعيد، ولد فيه إسحاق بن إبراهيم عليه السلام، وهو صالح للسفر والمعاش والحوائج، وتعلم العلم وشراء الرقيق والماشية، ومن ضل أو هرب فيه قدر عليه. **وفي الثاني:** مختار صالح لكل عمل. **وفي الثالث:** يوم مختار مبارك صالح لكل عمل تريد. وفي رواية أخرى: يصلح للسفر والمعاش ولطلب العلم) [بحار الأنوار ٥٦: ٧٤].

[اليوم] العشرون. في الأول: أنه يوم متوسط صالح للسفر وقضاء الحوائج. وفي الوسائل

عنه : متوسط الحال ، صالح للسفر والحوائج والبناء ووضع الأساس وحصاد الزرع وغرس الشجر والكرم ، وأتخاذ الماشية ، ومن هرب فيه كان بعيد الدرك). وفي الثاني : جيد مختار للحوائج والسفر . وفي الثالث : يوم جيد صالح مسعود مبارك لما يؤتى . وفي رواية أخرى : يوم متوسط يصلح للسفر والحوائج (بحار الأنوار ٥٦ : ٧٦).

[واليوم] الحادي والعشرون . في الأول : أنه يوم نحس رديء ، فلا تطلب فيه حاجة ، ومن سافر فيه خيف عليه . وفي الوسائل عنه : يوم نحس لا تطلب فيه حاجة ، ويتقى فيه السلطان ، ومن سافر فيه لم يرجع وخيف عليه ، وهو يوم رديء لسائر الأمور [الوسائل ج ١١ : ٤٠٣]. وفي الثاني : يوم نحس مستمر . وفي الثالث : يوم نحس مذموم ، فاحذره ولا تطلب فيه حاجة ، ولا تعمل فيه عملاً ، واقعد في منزلك واستعد بالله من شره .

[واليوم] الثاني والعشرون . في الأول : أنه يوم صالح لقضاء الحوائج والبيع والشراء ، والمريض فيه يبرأ سريعاً ، والمسافر فيه يرجع معافى . وزاد في الوسائل أن الصدقة فيه مقبولة ، ومن دخل فيه على السلطان يصيب حاجته [الوسائل ج ١١ : ٤٠٣]. وفي الثاني : مختار صالح للشراء والبيع والسفر والصدقة . وفي الثالث : يوم سعيد مبارك مختار لما تريد من الأعمال فاعمل ما شئت فيه فإنه مبارك .

[واليوم] الثالث والعشرون . في الأول : إنه يوم صالح لطلب الحوائج والتجارة والتزويج ، ومن سافر فيه غنم وأصاب خيراً . وزاد في الوسائل : أنه ولد فيه يوسف عليه السلام ، ويوم خفيف يدخل فيه على السلطان [الوسائل ج ١١ : ٤٠٣]. وفي الثاني : مختار جيد خاصة للتزويج والتجارات كلها . وفي الثالث : يوم سعيد مبارك لكل ما تريد : للسفر والتحويل من مكان إلى مكان ، وهو جيد للحوائج .

[واليوم] الرابع والعشرين . في الأول : أنه نحس ولد فيه فرعون فلا يطلب فيه أمر من الأمور . وفي الثاني : يوم مشؤوم . وفي الثالث : يوم نحس مستمر مكروه لكل حال وعمل ، فاحذره ولا تعمل فيه عملاً ، ولا تلق فيه أحداً ، واقعد في منزلك ، واستعد بالله من شره . [واليوم] الخامس والعشرين . في الأول : أنه يوم نحس رديء فاحفظ نفسك فيه ، ولا تطلب

فيه حاجة فإِنَّه يوم شديد البلاء . وفي الثاني : رديء مذموم تحذّر فيه من كلّ شرٍّ [في المصدر شيء بدل شرٍّ] . وفي الثالث : يوم نحس مكروه ثقيل نكد ، فلا تطلب فيه حاجة ، ولا تسافر فيه ، واقعد في منزلك واستعد بالله من شرّه .

[واليوم] السادس والعشرون . في الأوّل : أنّه يوم صالح للسفر ولكل أمر يراد إلا التزويج ، وفي الوسائل عنه : ضرب فيه موسى البحر بعصاه فانفلق ، وصالح للسفر ولكل أمر يراد إلا التزويج ، فإنّ من تزوّج فيه فرّق بينهما ، ولا تدخل إذا وردت من سفرك فيه إلى أهلك . وفي الثاني صالح لكل حاجة إلا التزويج . والسفر ، وعليكم بالصدقة فيه . وفي الثالث : يوم صالح متوسط للشراء والبيع والسفر وقضاء الحوائج .

[واليوم] السابع والعشرون . في الأوّل : أنّه يوم صالح لكل أمر . وفي الثاني : جيد مختار للحوائج وفي كلّ ما يراد . وفي الثالث : يوم صاف مبارك من النحوس ، صالح للحوائج إلى السلطان وإلى الإخوان وللسفر إلى البلدان ، فالق فيه من شئت ، وسافر فيه حيث ما أردت . [واليوم] الثامن والعشرون . في الأوّل : أنّه يوم صالح لكل أمر . وفي الثاني : «ممزوج» . وفي الثالث : يوم مبارك سعيد .

[واليوم] التاسع والعشرون . في الأوّل : أنّه يوم صالح لكل أمر ، ومن سافر فيه أصاب مالاً جزيلاً . وفي الوسائل عنه : صالح خفيف لسائر الأمور والحوائج والأعمال ، ومن سافر فيه يصيب مالاً كثيراً ، ولا يكتب فيه وصيّة فإنّه يكره ذلك [الوسائل ج ١١ : ٤٠٣] . وفي الثاني : مختار جيد لكل حاجة . وفي الثالث : يوم مبارك سعيد قريب الأمر ، يصلح للحوائج والتصرف فيها . وفي رواية أخرى : المسافر فيه يصيب مالاً كثيراً .

[واليوم] الثلاثون . في الأوّل : يوم جيد للبيع والشراء والتزويج . وفي رواية أخرى : يوم سعيد مبارك يصلح لكل حاجة تلتمس [بحار الأنوار ٥٦ : ٩٠ باب ٢١ من أبواب كتاب السماء والعالم ح ٢١٥] ، وفي الوسائل عنه : جيد للبيع والشراء والتزويج ، ولا تسافر فيه ، ولا تعرّض لغيره إلا المعاملة ، ومن هرب فيه أخذ ، ومن اقترض فيه شيئاً ردّه سريعاً [الوسائل ج ١١ : ٤٠٣] . وفي الثاني : مختار جيّد لكل شيء ، ولكل حاجة . وفي الثالث : يوم مبارك ميمون

«ومنها» إيقاعه في محاق الشهر، وهو الليلتان أو الثلاث من آخر الشهر.

[٣٦٣٩] «مسألة ٧» يستحب اختيار امرأة تجمع صفات (*) بأن تكون بكرًا، ولودًا، ودودًا، عفيفة، كريمة الأصل - بأن لا تكون من الزنا أو حيض أو شبيهة، أو ممن تنال الألسن إباءها أو أمهاتها، أو مسهم رق أو كفر أو فسق معروف - وأن تكون سمراء، عينية، عجزاء، مربوعة، طيبة الريح، درمة الكعب، جميلة، ذات شعر، صالحة، تُعين زوجها على الدنيا والآخرة، عزيزة في أهلها، ذليلة مع بعلمها، متبرجة مع زوجها، حصانًا مع غيره. فعن النبي ﷺ: «إن خير نساءكم الولود الودود العفيفة، العزيزة في أهلها الذليلة مع بعلمها، المتبرجة مع زوجها الحصان على غيره، التي تسمع قوله وتطيع أمره، وإذا خلا بها بذلت له ما يريد منها، ولم تبذل كتبذل الرجل» (**).

ثم قال ﷺ: «ألا أخبركم بشرار نساءكم؟ الذليلة في أهلها، العزيزة مع بعلمها، العقيم

﴿ مسعود مفلح منجح مفرح، فاعمل فيه ما شئت، والحق فيه من أردت، وخذ وأعط وسافر وانتقل وبع واشتر، فإنه صالح لكل ما تريد، موافق لكل ما تعمل » الجواهر ١٨ : ١٥٣ - ١٥٩ .
 (*) ذكر المحقق في الشرائع: أنه «يستحب لمن أراد العقد سبعة أشياء ويكره له ثامن. فالمستحبات: أن يتخير من النساء من تجمع صفات أربعاً: كرم الأصل، وكونها بكرًا، ولودًا، عفيفة، ولا يقتصر على الجمال ولا على الثروة فربما حرمهما، وصلاة ركعتين والدعاء بعدهما بما صورته: «اللهم إني أريد أن أتزوج فقدّر لي من النساء اعفهن فرجاً، واحفظهن لي في نفسها ومالي، وأوسعهن رزقاً وأعظمهن بركة»، أو غير ذلك من الدعاء. والاشهاد والاعلان والخطبة أمام العقد، وإيقاعه ليلاً. ويكره إيقاعه والقمر في العقرب» الشرائع ٢ : ٣١٥.

وذكرها مفصلاً في الجواهر مع أدلتها التي يتسامح فيها التسامح المذكور في أدلة السنن والمكروهات، الجواهر ٢٩ : ٥٩ - ٦٩. وقاعدة التسامح وإن كانت غير ثابتة إلا أن أكثر هذه الصفات بل كلها مما يستحسنها العقل ويحكم بها، وبالملازمة تكون مطلوبة شرعاً أيضاً. وأما كراهة إيقاع العقد والقمر في برج العقرب الذي له ذلك الأثر وهو أنه لا يرى الحسنئ فإنما يحكم بكراهته لمجرد ترتب الأثر المهم عليه وإن لم يكن الخبر الدال عليه صحيحاً، لأن الاحتمال هنا منجز للكراهة.

(**) الوسائل ج ٢٠ : ٢٩ باب ٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٢.

الحقود ، التي لا تتورّع (*) عن قبيح ، المتبرجة إذا غاب عنها بعلمها ، الحصان معه إذا حضر ، لا تسمع قوله ولا تطيع أمره ، وإذا خلا بها بعلمها تمنّعت منه كما تمنع الصعبة عن (**)

ركوبها ، لا تقبل منه عذراً ، ولا تغفر له ذنباً (***) .

ويكره اختيار العقيم (***) ، وما تضمنه الخبر المذكور من ذات الصفات المذكورة التي يجمعها عدم كونها نجية ، ويكره الاقتصار على الجمال والثروة ، ويكره تزويج جملة أخرى :

«منها» : القابلة وابنتها للمولود ، «ومنها» : تزويج ضرة كانت لأمه مع غير أبيه ، «ومنها» : أن يتزوج أخت أخيه . «ومنها» : المتولدة من الزنا ، «ومنها» : الزانية ، «ومنها» : المجنونة . «ومنها» : المرأة الحمقاء أو العجوز .

وبالنسبة للرجال يكره تزويج سيء الخلق ، والمخنث ، والزنج ، والأكراد ، والخزر ، والأعرابي ، والفاسق ، وشارب الخمر .

[٣٦٤٠] «مسألة ٨» : مستحبات الدخول على الزوجة أمور :

«ومنها» : الوليمة قبله أو بعده .

«ومنها» : أن يكون ليلاً ، لأنه أوفق بالستر والحياء ، ولقوله ﷺ : «زفوا عرائسكم ليلاً وأطعموا ضحى» (****) بل لا يبعد استحباب الستر المكاني أيضاً .

«ومنها» : أن يكون على وضوء .

«ومنها» : أن يصلي ركعتين والدعاء بعد الصلاة - بعد الحمد والصلاة على محمد وآله - بالألفة وحسن الاجتماع بينهما ، والأولى المأثور وهو : «اللهم ارزقني إفتها وودّها ورضاها بي وأرضني بها ، واجمع بيننا بأحسن اجتماع وأنفس ائتلاف ، فإنك تحب الحلال وتكره

(*) كذا في الفقيه ٣ : ١١٧٦/٢٤٧ . وفي الكافي ٥ : ١/٣٢٥ (من القبيح) بدل (عن القبيح) .

(**) كذا في الكافي ٥ : ١/٣٢٥ . وفي الفقيه ٣ : ١١٧٦/٢٤٧ عند بدل عن .

(***) الوسائل ج ٢٠ : ٣٣ باب ٧ من أبواب مقدمات النكاح ح ١ ، وفيه (عند ركوبها) بدل (عن ركوبها) .

(****) تقدم في المتن الخبر الذي فيه ذكر العقم .

(*****) الوسائل ج ٢٠ : ٩١ باب ٣٧ من أبواب مقدمات النكاح ح ٢ .

الحرام» .

«ومنها» : أمرها بالوضوء والصلاة أو أمر من يأمرها بهما .

«ومنها» : أمر من كان معها بالتأمين على دعائه ودعائها .

«ومنها» : أن يضع يده على ناصيتها مستقبل القبلة ويقول : «اللهم بأمانتك أخذتها وبكلماتك استحلتتها ، فإن قضيت لي منها ولداً فاجعله مباركاً تقياً من شيعة آل محمد ﷺ ، ولا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً» أو يقول «اللهم على كتابك تزوجتها ، وفي أمانتك أخذتها ، وبكلماتك استحلتت فرجها ، فإن قضيت في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سويماً ، ولا تجعله شرك شيطان» .
ويكره الدخول ليلة الأربعاء .

[٣٦٤١] «مسألة ٩» : يجوز أكل ما ينثر في الأعراس مع الإذن ولو بشاهد الحال ، إن كان عامماً للعموم ، وإن كان خاصاً فللمخصوصين . وكذا يجوز تملكه مع الإذن فيه أو بعد الإعراض عنه فيملك ، وليس لمالكة الرجوع فيه وإن كان عينه موجوداً^(١) ولكن الأحوط لهما مراعاة الاحتياط .

(١) ذكر الماتن رحمته : أن الإعراض يوجب زوال ملك المعرض ، فلو أخذ شخص ما أعرض عنه آخر ليس للآخر الرجوع فيما أعرض عنه وأن كان عينه موجوداً .
ولكن تقدم الكلام منا في محله^(١) أن الإعراض لا يوجب زوال الملك ، غاية أن للأخذ التصرف ويكون التصرف مباحاً ، نعم لو كان التصرف متوقفاً على الملكية تثبت له الملكية بالتصرف ، فللمالك لو لم يتصرف الآخذ تصرفاً متوقفاً على الملك أن يرجع .

(١) وهو كتاب الإجارة الواضح في شرح العروة ١١ : ٢٧ - ٣١ .

والبحث هنا في مقامين : الأول : هل إن الإعراض موجب لزوال الملك أو لا ؟ . الثاني : هل

أن ما ينثر في الأعراس إعراض أو لا ؟

أما المقام الأول : فقد ذهب المشهور والمعروف من أصحابنا ووافقهم الماتن «قدس الله

أسراهم» إلى أن الإعراض موجب لزوال الملك . واستدلوا له بمعتبرتين :

الأولى : معتبرة السكوني التي رواها الكليني عن علي بن إبراهيم ، عن أبيه ، عن النوفلي ، عن

«السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام في حديث - عن أمير المؤمنين عليه السلام قال : «وإذا غرقت السفينة وما فيها فأصابه الناس ، فما قذف به البحر على ساحله فهو لأهله وهم أحق به ، وما غاص عليه الناس وتركه صاحبه فهو لهم» الكافي ٥ : ٥/٢٤٢ ، الوسائل ج ٢٤ : ٤٥٥ باب ١١ من أبواب كتاب اللقطة ح ١ .

الثانية : معتبرة ابن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «من أصاب مالاً أو بعيراً في فلاة من الأرض ، قد كلت وقامت (وسببها صاحبها مما لم تتبعه) فأخذها غيره فأقام عليها ، وأنفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها ، وإنما هي مثل الشيء المباح» الوسائل ج ٢٥ : ٤٥٨ باب ١٣ من أبواب اللقطة ح ٢ .

قالوا ومنهم ابن إدريس في السرائر : «وجه الفقه في هذا الحديث : أنّ ما أخرجه للبحر فهو لأصحابه ، وما تركه أصحابه آيسين منه فهو لمن وجده وغاص عليه ، لأنه صار بمنزلة المباح ، ومثله من ترك بعيه من جهد في غير كلاء ولا ماء ، فهو لمن أخذه لأنه خلاه آيساً منه ورفع يده عنه فصار مباحاً ، وليس هذا قياساً لأن مذهبنا ترك القياس ، وإنما هذا على وجه المثال ، والمرجع فيه إلى الإجماع وتواتر النصوص ، دون القياس والاجتهاد ، وعلى الخبرين إجماع أصحابنا منعقد» موسوعة ابن إدريس ١٠ : ٢٧٥ طبعة مكتبة الروضة الحيدرية ، وفي طبعة السرائر ذات الثلاثة أجزاء ج ٢ : ١٩٧ .

وليعلم أن محل البحث في الإعراض إنما هو ما لو أعرض عنه وأخذه آخر وقبل أن يتصرف الآخذ تصرفاً مملكاً ، رجع المعرض وأخذه من الآخر ، فهل هو أخذ ملكه وله الحق في ذلك وإن لم يرض الآخر أو يأخذ ملك الآخر ، فلا يجوز له أخذه مع عدم رضاه .

والدليل الذي ذكره المشهور على ذلك : أما الأوّل منه وهو معتبرة السكوني فلا دلالة فيها على أن المالك أعرض عنه ، ومجرد أنه تركه لا دلالة له على الاعراض ، فلربما تركه لأجل أنه ينتظر إلقاء البحر له في الخارج أو تركه لأنه لا يتمكن من أخراجه من البحر في وقته فينتظر وقتاً آخر ، أو تركه إلى أن يأتي بوسائل لاخراجه ، أو ينتظر غور ماء البحر بالجزر أو قلته حتى يتمكن من إخراجه ، أو لم يكن ملتفتاً إلى غرق السفينة ، فأين الاعراض التي أخذ مفروغاً

« عنه في المعتمدة وقالوا إنه تركوه آيسين منه ، لا شك ليس فيها اعراض ، ولا ملازمة بين الترك والاعراض ، فلا دلالة لمعتمدة السكوني على أن الاعراض موجب لزوال الملك أصلاً .
وبما ذكرنا يتوضح أن الإشكال الذي أشكل على السيد الأستاذ عليه السلام والذي مضمونه هو : أنه ورد تعبير في رواية السكوني لم يلتفت إليه السيد الخوئي عليه السلام فإنه في هذه الرواية ورد قيد «تركه صاحبه» ومع هذا القيد كيف يقال أن المالك لم يكن ملتفتاً إلى غرق السفينة . تقريرات درس السيد الزنجاني دام ظله كتاب النكاح ج ١ : درس رقم ٩ ص ٨ .

فإنه يقال للمشكل حفظه الله أن السيد الخوئي قال أيضاً وحسب ما نقله المستشكل نفسه من كلام السيد الخوئي ما نصه : «أو كان متوقفاً خروجه من البحر ولو من باب الصدفة كما قد يتفق» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٤٦٠ ، والذي قاله السيد الأستاذ السيد الخوئي فيما دوناه في الدرس من نص كلامه هو : وهذه الرواية المعتمدة أجنبية عن محل الكلام بالكلية ، حيث لم يذكر فيها أن المالك أعرض عن هذا المال ، ولعله لم يكن ملتفتاً إلى أن هذا المال من أمواله وكان في السفينة التي غرقت ، أو لم يطلع المالك على الغرق أصلاً ، أو كان متوقفاً إمكان إخراجها من باب الصدفة ، ولو بغور ماء البحر أو قتله بالجزر وإمكان إخراجها منه» الواضح ١١ : ٢٧ - ٢٨ وذلك يدل على أن السيد الخوئي عليه السلام ملتفت إلى القيد المذكور ولكن من جهة أن بعض المال يمكن أن يكون صاحبه ليس معه في السفينة ، وإنما أرسله في السفينة أو لا يدري أن هذا المال ماله وكان في السفينة وغرق ، والرواية بينت حكم من كان بالسفينة من المالك ولم تبين حكم من لم يكن في السفينة منهم كما لعله الغالب . فذكر ذلك الاحتمال أيضاً ، والذي كان في السفينة وترك ليس معناه أعرض . فليس من ذكره لهذا الاحتمال يمكن أن يستكشف أن السيد الخوئي لم يكن ملتفتاً إلى هذا القيد . وإنما الذي يقوله السيد الخوئي أنه ليس في الرواية الاعراض فالمال الذي فيها (وتركه صاحبه) هذا الترك لا يدل على الاعراض إن كان صاحبه معه ولا ملازمة بين الترك والاعراض . ومن ذلك أيضاً الإعراض عن الوطن فإنه لا يتحقق بمجرد ترك السكنى فيه بل لا بد وأن يكون السكنى فيه مأبوساً منها أي عازماً على عدم العود للسكنى فيه أبداً ما دام حياً ، فإن الزوجة إنما تكون معرضة عن وطنها التي ولدت فيه فيما إذا تزوجت

« وانتقلت إلى بلدة أخرى ، فيما إذا كانت عازمة على عدم العود إليه للسكنى على كل تقدير سواء طلقها زوجها أم لا وسواء مات عنها أم لا ، لا بمجرد ترك السكنى في وطنها فإن الترك لا يساوي الأعراض . ومن ذلك أيضاً ما لو عطلت سيارته في الطريق ورجع إلى وطنه فستل عن سيارته فقال تركتها في الطريق ، فإن الترك لا يساوي الأعراض كما هو واضح . فلا دلالة في المعتمدة على الأعراض وإنما هي دالة على الترك والبحث إنما هو في الأعراض ، وأنه يوجب زوال الملك أو لا ، ولا أعراض هنا .

نعم ، الموضوع في هذه المعتمدة كون المتاع الذي غرق من المال التالف عرفاً ، فالمال الغير الميسر الوصول إليه عادة لا شك يكون تالفاً عرفاً ، ولذا كان للذي أخرجه لا لصاحبه الذي غرق منه ، فهذا حكم تعبدي في مورد خاص لا دخل له بالأعراض وكون الأعراض موجباً لزوال الملك ، كما هو الحال في الحيوان الموجود في البر الذي لا يتمكن من حفظ نفسه كالشاة حيث ذكر في صحيحة هشام بن سالم أنها أي الشاة : «هي لك أو لأخيك أو للذئب» الوسائل ج ٢٥ : ٤٥٧ باب ١٣ من أبواب كتاب اللقطة ح ١ . فمعتبرة السكوني كذلك لا ربط لها بالأعراض أصلاً .

ثم إن قولنا فهذا حكم تعبدي في مورد خاص وقول السيد الأستاذ عليه السلام في كتاب الإجارة «فما تضمنته [أي معتبرة السكوني] من كونه للمخرج [أي للمتاع من البحر] حكم تعبدي في مورد خاص ، نظير ما ورد في اللقطة من جواز استملاك الشاة الملتقطة في البر» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٤٦١ لا يمكن أن يجري في غير هذين الموردين ، لأنهما حكمان تعبديان خاصان يخرج بما دل عليهما عن مقتضى قاعدة عدم زوال الملك عن ملك مالكة التي عليها السيرة العقلانية ، ولا يتعدى منهما إلى غيرهما بلا دليل عن الخروج عن مقتضى القاعدة ، فإن الملك إنما يزول بالبيع أو الهبة أو الصلح أو غير ذلك من أسبابه ، وما لم يحصل موجب للخروج عن الملك ، فلا يخرج المملوك عن الملك سواء في ذلك الأراضي أم الدور أم غيرها فلا يقال أنه يجري عليها حكم التالف سواء هدم بناء الدور بعد غضبها أم لا .

وأما معتبرة ابن سنان التي ادعى أن قوله عليه السلام سببها صاحبها ، وقوله إنما هي مثل الشيء

المباح ، كالصريح في أن الاعراض يوجب صيرورة المعرض عنه كالمباح يجوز تملكه بالأخذ . بل قيل : إن ظاهر هذه المعتبرة ارتفاع علقه الملكية بنفس الإعراض كما ذكر ذلك في بحوث في الفقه أيضاً كتاب الإجارة ٢ : ٣٧٢ .

فكل ذلك غير صحيح ، ولا شك في التباس الأمر على المدعي لذلك ، حيث إن ذلك خارج عن محل الكلام . لأن ظهور هذه المعتبرة في الملكية إنما هو بعد تصرف الأخذ تصرفاً مملكاً - لا بمجرد الإعراض - حيث أقام عليها وانفق نفقة حتى أحيها من الكلال ومن الموت ، فالاعراض صحيح هنا متحقق ولكن ليس هو الموجب لزوال ملكية المعرض وتحقق ملكية الأخذ بمجرد الأخذ ، بل الموجب للملكية تصرف الأخذ تصرفاً موجباً للملك ، فالأحياء في المقام كالبيع والهبة للمعرض عنه محقق للملكية وإنما الكلام وكل الكلام لو لم يبق عليها ولم يحيها بل بمجرد وضع يده عليها وأخذها فرجع مالها لأخذها ، فهل لا يحق له الرجوع فيها لأنها بالأخذ ملكها الأخذ فالرجوع تصرف في مال الغير بغير إذنه أو أخذ لما يملكه . بلا شك هو أخذ لماله ولما يملكه ، ولا دليل على أن هذا الاعراض يوجب زوال الملك حتى لا يجوز لمالكها الرجوع فيها . وإنما ذلك أي الاعراض يوجب الإباحة وإنما لا يجوز لمالكها الرجوع فيها فيما إذا ذبح الأخذ الدابة وأكلها أو أحيها لأنه يملك بذلك فلا يجوز أخذها منه بلا رضاه وعليه فالمقام كمن فضل الثوب الذي أعرض عنه بعد أخذه له أو باعه أو وهبه أو صالح عليه أو ما شابه ذلك ، فإن الاعراض لو تحقق فهو بلا شك دال على إباحة التصرف إباحة مطلقة لكل من أخذه ، كالملقى خارج الدار مما ليس تالفاً ، حيث إن أهل الدار اعرضوا عنه فيكون مباحاً لكل من أخذه ، لكن الإباحة هنا ليست على حد الإباحة المتعارفة التي للمبيع أن يرجع عن إباحته متى ما شاء حتى بعد تصرف المباح له ، بل هي إباحة كالأباحة الحاصلة بالمعاطاة على القول بأنها تقييد الإباحة كما قال بها جماعة ، بل هي عينها تكون لازمة بالتصرف ، فلو تصرف الأخذ بالانفاق على البعير حتى أحيها من الكلال ومن الموت كان هذا التصرف منه موجباً للملكية ، لا أن مجرد الأخذ موجب للملكية وزوال ملك المعرض الذي اشتبه بين هذين الأمرين فقيل إن معتبرة ابن سنان دالة على أن الإعراض بمفرده دال على زوال الملك . فإن ملك

«المعرض قبل أن يتصرف الآخذ تصرفاً مملكاً كالصرف على القول بأن المعاوضة موجبة للإباحة إلا أنها تلزم بالتصرف ، باق بمقتضى السيرة العقلانية ، فإن السيرة العقلانية قائمة على أن مجرد الاعراض لا يوجب زوال الملك ، فإن زوال الملك إنما يكون بسبب من بيع أو هبة أو معاملة أخرى كالصالح ، وأما مجرد الاعراض فلا دليل على كونه موجباً لزوال الملك كما عرفت ، نعم هو موجب للإباحة المزبورة ، فللمالك - المعرض لو لم يتصرف الآخذ تصرفاً موجباً للملك - أن يرجع في ملكه ويأخذه من الآخذ وإن لم يرض الآخذ بذلك ، ولذا قلنا : وليعلم أنّ محل البحث هنا إنما هو قبل أن يتصرف الآخذ تصرفاً متوقفاً على الملك يرجع المالك فهل أن الاعراض موجب لزوال ملكه أو لا . لا رجوع المالك عد أن باع الآخذ الشيء الذي أعرض عنه أو بعد أن أقامه كما في محل الكلام في معتبرة ابن سنان .

وعلى هذا أيضاً السيرة العقلانية ، فإنها قائمة على عدم معارضة الآخذ للمالك لو ندم المالك ورجع إلى أخذ ما أعرض عنه قبل أن يتصرف الآخذ تصرفاً مملكاً - لا بعده - ويرى العقلاء أيضاً أنه ليس للآخذ منعه من الرجوع فيه بدعوى أن ما أعرض عنه المعرض وأخذه الآخذ هو من المباحات الأصلية فهو ملك للآخذ عند الاستيلاء عليه ، لا يرون ذلك أصلاً وأبداً . نعم ، لو تصرف الآخذ المباح له الآخذ تصرفاً مملكاً كما لو باعه ، فلا بدّ من الالتزام بالملكية آنما ما قبل البيع لتوقف الملك عليها ، وكذا لو خاط أو فصل الثوب المعرض عنه ، وكذا القيام على الدابة والانفاق عليها الموجب لإحيائها من الكلال والموت ، فإن السيرة العقلانية قائمة أيضاً على لزوم هذه الإباحة بالتصرف وتوجب هذه الإباحة الملكية في التصرفات المتوقفة على الملك ، وعلى هذا أيضاً السيرة العقلانية بنحو يرون رجوع المالك الأول وأخذه للتبعية تعدياً على مال المحيي كما يرون ثبوت الحق للمحیی في معارضة المالك في رجوعه . وهو كاشف عن تحقق الملكية بعد التصرف المملك .

ولا دلالة لمعتبرة ابن سنان على أن بمجرد الاعراض قبل أن يتصرف الآخذ تصرفاً مملكاً يوجب زوال الملك أصلاً وأبداً .

ولأجل كل ذلك قال السيد الأستاذ رحمته الله في محله - وهو كتاب الإجارة : «والظاهر لدينا بعد

«مراجعة السيرة والتدقيق فيما استقر عليه العرف والعقلاء عدم كون الإعراض مزيلاً للملك بحيث تكون الملكية تحت اختيار الشخص له إزالتها عن نفسه بمجرد رفع اليد والقائه المال في البرّ - مثلاً - من دون وجود أي سبب شرعي مزيل، ويكون بعدئذٍ بمثابة المباحات الأصلية يسوغ لكل أحد تملكه، ألا ترى أنه لو ندم عن إعراضه وعاد إليه وطالبه ممن أخذه قبل أن يتصرف فيه، فإنه لا ينبغي الشك في استقرار السيرة على أن الآخذ لم تكن له معارضة المالك في ذلك بدعوى أنه مباح أصلي سبقته في الاستيلاء عليه بعد أن زال حقه بالإعراض عنه، بل يرويه وقتئذٍ ملزماً بالتخلية عنه وتسليمه إلى المالك بالضرورة، وهذا كاشف قطعي عن عدم زوال الملك بمجرد رفع اليد، وإلا لما كان صاحبه أحق به، غاية ما هناك أن الآخذ كان يستباح له التصرف لولا مراجعة المالك ومطالبته فاقضى ما يترتب على الإعراض هو مدلوله الالتزامي، أعني: إباحة التصرف لا ملكية المتصرف...» موسوعة الإمام الخوئي ٣٠: ٤٦١ الواضح ١١: ٢٧-٣١.

وقال السيد الأستاذ رحمته الله في كتاب إحياء الموات: «الإعراض عن الملك لا يوجب زوال ملكيته. نعم، إذا سبق إليه من تملكه وإلا فهو يبقى على ملك مالكة، فإذا مات فهو لوارثه، ولا يجوز التصرف فيه إلا باذنه أو إعراضه عنه» منهاج الصالحين ٢: ١٥٩ (مسألة ٧٤٧). هذا كله هو البحث الأول في المقام.

وأما ما ذكره بعض اشكالات على السيد الأستاذ رحمته الله مما مضمونه: أنه بعض الأحيان يكون قصد المالك من الاعراض عن الشيء المعرض عنه التملك لكل من يأخذه، وفي هذه الصورة يكون الاعراض بمنزلة الايجاب في التملك وأخذ الآخذ للشيء المعرض عنه بمنزلة القبول، وهذا المورد يخرج عن بحث الاعراض، ولكن في هذا الفرض يرى العقلاء أن للمعرض حق الرجوع في ملكه السابق، لأنه يكون هذا الفرض بمنزلة الهبة غير المعوضة، فمع ملكية الموهوب له بالقبض ولكنها ملكية جائزة وتلزم بالتصرف، فنتمكن أن نقول نحن: أن المتحقق في باب الاعراض هو هذا المطلب يكون الآخذ مالكاً بالآخذ، ولكن بما أن المليكة جائزة فللمالك حق الرجوع. والخلاصة: أن بجواز رجوع المالك لا نتمكن من أن نكتشف عدم حصول المليكة

«بأخذ الآخذ لأن جواز رجوع المالك لازم أعم من عدم حصول الملكية أو حصولها وجواز الرجوع بها . فلا يكون الكشف المذكور عن عدم الملكية صحيحاً [فلا يصح قول السيد الخوئي في كتاب الإجارة : وهذا كاشف قطعي عن عدم زوال الملك بمجرد رفع اليد ، وإلا لما كان صاحبه أحق به ، غاية ما هناك أن الآخذ كان يستباح له التصرف لولا مراجعة المالك ومطالبته ، فاقضى ما يترتب على الاعراض هو مدلوله الالتزامي أعني إباحة التصرف ، لا ملكية المتصرف] فالذي يصل إليه النظر أن العقلاء يرون ملكية الآخذ للشيء المعرض عنه ، ولا يقال أنه تصرف في ملك الغير . فالحق هنا مع المرحوم الأيرواني [أي في رسالة جمان السلك في الاعراض عن الملك المطبوعة في آخر بحث بيع حاشية المكاسب] ولكن النكتة التي نقولها هنا والمستفاد من بناء العقلاء هي : جواز تملك الآخذ ، لا الخروج عن ملك المالك الأول ، فبالرجوع الذي يكون من المالك الأول لا تتحقق للمالك ملكية جديدة ، بل هي ملكيته الأولى ليس إلا» تقريرات درس السيد الزنجاني دام ظله كتاب النكاح ج ١ : درس رقم ٨ ص ٨ .

أقول : هذا الكلام جمع بين المتناقضات ، فإن الملكية إذا كانت حاصلة بالآخذ بنظر العقلاء فكيف لا تكون خارجة عن ملك المالك الأول ، وليس عندنا هنا سيد وعبد حتى يكون الدليل الدال على ملكية السيد للعبد وما يملك ملكية طويلة للدليل عليها ، فإن الملكية ليست إلا أنها من الأمور الاعتبارية التي تكون بين المالك وما يملك ، وهي إما بين الشيء ومالكة الأول أو بين الشيء ومالكة الثاني لا أن ملكية الاثنين متحققة له كله مستقلاً في آن واحد .

ثم إنه كيف يكون المحقق في باب الاعراض هنا وفي محل بحثنا هو المتحقق فيما إذا قصد المعرض باعراضه التملك لكل من يأخذ ويكون الآخذ من الآخذ قبلاً لذلك الإيجاب مع الاقرار بأن ذلك يخرج عن بحث الاعراض ؟ ! .

ثم أنه كيف يجتمع حق الرجوع في ملكه السابق الذي هو بمنزلة الهبة غير المعوضة مع عدم الخروج عن الملك ، أي عقلاء يرون هذا ؟ !

وأما قوله دام ظله فالعقلاء يرون ملكية الآخذ للشيء المعرض عنه ولا يقال إنه تصرف في

« ملك الغير . فالذي يقال في الجواب عنه : إنما لا يقال أنه تصرف في ملك الغير ، لأن التصرف بلا شك لا يكون إلا في ملكه ، فالكاشف عن الملكية التصرف حيث يقال بالملكية أنا ما قبل التصرف ليقع التصرف في ملكه . فالقول المذكور لا يكشف عن الملكية قبل التصرف ، وعدم القول بأنه تصرف في ملك الغير إنما تقال بعد التصرف ، وهو صحيح لم يتصرف في ملك الغير ، لأنه بالتصرف انكشف ملكية له ، ولا ربط لهذا بالملكية قبل التصرف ، والكلام ليس إلا فيها ، وأما بعد التصرف فلا يمكن حتى للمالك الرجوع أيضاً .

ثم إنه أشكل على السيد الأستاذ رحمته باشكال آخر مضمونه متعلق بقول السيد الخوئي في كتاب الإجارة « غاية ما هناك أن الآخذ كان يستباح له التصرف . . . » وهذا الاشكال هو : أن السيد الخوئي رحمته يرى إباحة جميع التصرفات لأنها المدلول الالتزامي للاعراض ، وهذا غير صحيح ، لأن المالك يرى ويعلم في نفسه بسلب الملكية عن نفسه ، وأما إذا كان يعلم بأن الشارع لا يسلب الملكية عنه بهذا الاعراض فهل أيضاً في هذا الفرض المدلول الالتزامي للاعراض إباحة التصرفات للغير . ليس الجواب دائماً عن ذلك بالإيجاب ، لأنه من الممكن أن يكون على فرض كونه مالكاً حتى بعد الاعراض أن لا يبيح التصرفات ، كما إذا كان الشخص مالكاً نصاب الزكاة ، ولأجل أن لا تتعلق الزكاة بماله هذا يعرض عن ملكية بعض النصاب ويخرجه عن ملكه ليرجع إليه ويتملكه بعد مرور الحول وبعد الاعراض عنه واخراجه عن ملكه ، فإنه في هذه الصورة إذا كان يعلم بأن الشارع لا يحكم بخروج ذلك عن ملكه بالاعراض ، فمن الممكن أن لا يكون راضياً بتصرفات الآخرين بما أعرض عنه ، فإباحة التصرفات إنما تكون فيما إذا كان الاعراض لا يبقى الملكية لنفسه . وقال الفقهاء بمثله المقبوض بالعقد الفاسد ، فانهم قالوا إذ كان البائع راضياً بتصرف المشتري ورضايته غير مبتنية على صحة العقد ، بل حتى لو كان العقد فاسداً فهو راضٍ بتصرف المشتري ، فلا يكون يد المشتري لو تبين فساد العقد يد ضمان ، ولكن لو كانت رضايته إنما هي مبتنية على صحة العقد ، فمع فرض فساده لا شك تكون يد المشتري يد ضمان . ومحل كلامنا هنا هو نظير ذلك ، فيقال إن رضا المعرض بتصرفات الغير في الشيء الذي قد أعرض المالك عنه مبني على سلب

بملكته بالاعراض ، لا أن رضايته موجودة حتى لو كان الشارع لا يرى سلب ملكية بالاعراض . فإذا كان الشارع لا يرى سلب ملكيته بالاعراض فهو لم يبح التصرفات لكل من يأخذ الشيء المعرض عنه ، فلا يمكن بنحو كلي قبول كلام السيد الخوئي رحمته الله «تقريرات درس السيد الزنجاني دام ظله كتاب النكاح ج ١ درس ٨ ص ١٠ - ١١ .

أقول : بل الجواب عن ذلك دائماً بالإيجاب ، والشاهد هو على ذلك نفس معنى الاعراض ، فإن معناه وحقيقتها تتوضح بالقاء الشيء الذي لا يريده خارج داره ، أو عدم أخذه معه حين الارتحال ، ولازمه هو ليس إلا ذلك ، أي لازم معنى الاعراض غير المفارق له جواز تصرف الغير به وهو القدر المتيقن . وأما ما ذكر من الاعراض في مثال الزكاة فهذا ليس اعراضاً كما هو واضح ، لأن الاعراض ذلك الذي يجوز للأخرين الأخذ والتصرف ، فإذا كان هذا الاعراض لا يجوز الأخذ والتصرف واقعاً فهو اعراض بنظر مالك النصاب الزكوي ليس إلا وحصراً عليه ، ومنشأ توهمه أنه اعراض ليس إلا توهمه أن الاعراض يوجب زوال الملك .

فالاعراض بلا شك ملازم لجواز جميع التصرفات من الغير في الشيء المعرض عنه ، والالزام لزوم بين المعنى الأخص ، وأما مع عدم جوازها فهو ليس اعراضاً .
هذا كله هو البحث الأول وملحقاته .

البحث الثاني : هل إن ما ينثر في الأعراس إعادة السمكة المصطادة من قبل الصياد إلى الماء أو إطلاقها أو كالشيء ، البالي أو الذي ليس بالياً تماماً أو مما لا يحتاجون إليه وإن لم يكن من البالي أو لم يكن من البالي تماماً الملقى خارج الدار ، حتى يأتي فيه بحث الاعراض وأنه موجب لزوال الملك أو لا .

أو أن ما ينثر في الاعراس ونحوها صدقة عن العروس أو العريس أو المريض المشافئ أو الآتي من الحج أو مطلق السفر ، أو تمليك وهبة لكل من يأخذه ؟ .

ذهب الماتن والسيد الأستاذ وغيرهما (قدس الله أسرارهم) إلى أن ذلك اعراض فتترتب عليه أحكامه من زوال الملك أو عدم زوال الملك بمجردة .

ولكن الظاهر أن ما ينثر في الاعراس ونحوها في نفسه ليس اعراضاً وأما أنه صدقة أو هبة

للشهور القمرية أيضاً، بعد وضوح شموله لأيام الأسبوع في الأشهر القمرية، والشارع المقدس حينما جعل الأهلة مواقيت للناس جعلها بلا كلام ولا إشكال للناس أجمع، لا لنا نحن اللذين في شرق الأرض دون سكان غربها وجعل الله سبحانه وتعالى الأهلة مواقيت التي ليست هي إلا خروج القمر من المحاق وتحت الشعاع بعدة درجات إلى أن يصبح قابلاً للرؤية. واشترط الشارع المقدس في جعل الهلال ميقاتاً للرؤية له، وإن كان أخذ الرؤية إنما هي على نحو الطريقة، فلو استهللنا ونحن في العراق في ليلة الثلاثين من رمضان ليلة السبت مثلاً ورأينا الهلال، دخلت ليلة أول الشهر عندنا من غروب ليلة السبت. وأما عند الأمريكيين فهو صبح جمعتهم، فإذا غربت عندهم الشمس رأوا الهلال. والرؤية أيضاً عندهم طريق أيضاً، فتكون ليلة سبتهم أيضاً أول الشهر عندهم، إلا أن سبتنا قبل سبتهم. والهلال الذي جعله الله تعالى ميقاتاً للناس والحج لنا ولهم، وهو إنما يكون في ٤٨ ساعة لا في ٢٤ ساعة، فأول الشهر عند أهل الأرض جميعاً هو ٤٨ ساعة، ويتبعه يوم ثان كذلك وثالث كذلك إلى أن يتم ٢٩ أو ٣٠ يوماً، فيتم شهر واحد ثم يتبعه ثان وثالث كذلك إلى أن يتم لنا اثنا عشر شهراً في كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منها أربعة حرم.

فقول السيد محمد حسين الحسنی الطهرانی عليه السلام بأنه «في الشهور القمرية لا نحتاج إلى تعيين خط فرضي مارَ على القطبتين في تعيين مبادئها وأيامها، وإن كان الأمر كذلك بالنسبة إلى اعداد أسبوعها، [أي نحتاج إلى الخط الفرضي] بدعوى أن مبدأ كل شهر له تعيين واقعي خارجي، وهو خروج الهلال عن تحت الشعاع وظهوره في الأفق، أو نفس خروجه عنه فقط، على اختلاف المسلكين. فعلى كلا التقديرين تختلف مبادئ الشهور بالنسبة إلى جميع النواحي الأرضية بيوم واحد، وهذا أيضاً مفرز منه. أما على مسلک الجمهور [المشهور] فابتداء الشهر بالنسبة إلى كل بلد إنما هو بظهور الهلال في أفقه، فإذا خرج الهلال عن الشعاع وصار قابلاً للرؤية بعد غروب الشمس في ابتداء الليل دخل الشهر بالنسبة إليه. ولكن لما تسير الأرض من المغرب إلى المشرق يختفي الهلال بالنسبة إلى سكان هذا البلد، ويطلع دائماً على نحو الاستمرار حيناً بعد حين بالنسبة إلى جميع الآفاق الغربية، حتّى تتم الدورة الكاملة في أربع

[٣٦٤٢] «مسألة ١٠»: يستحب عند الجماع: الوضوء، والاستعاذة والتسمية وطلب الولد الصالح السوي، والدعاء بالمأثور وهو أن يقول: «بسم الله وبالله اللهم جنبني الشيطان، وجنب الشيطان ما رزقتني». أو يقول: «اللهم بأمانتك أخذتها» إلى آخر الدعاء السابق. أو يقول: «بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السموات والأرض، اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة خليفة فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظاً، واجعله مؤمناً مخلصاً مصفىً من الشيطان ورجزه جلّ ثناؤك» وأن يكون في مكان مستور.

[٣٦٤٣] «مسألة ١١»: يكره الجماع ليلة خسوف القمر، ويوم كسوف الشمس، وفي الليلة واليوم اللذين يكون فيهما الريح السوداء والصفراء والحمراء، واليوم الذي فيه الزلزلة، بل في كل يوم أو ليلة حدث فيه آية مخوفة.

وكذا يكره عند الزوال، وعند غروب الشمس حتى يذهب الشفق، وفي المحاق، وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي أول ليلة من كل شهر إلا في الليلة الأولى من شهر رمضان فإنه يستحب فيها، وفي النصف من كل شهر، وفي السفر إذا لم يكن عنده الماء للاغتسال، وبين الأذان والأقامة، وفي ليلة الأضحى.

ويكره في السفينة، ومستقبل القبلة ومستدبرها، وعلى ظهر الطريق، والجماع وهو عريان، وعقيب الاحتلام قبل الغسل أو الوضوء، والجماع وهو مختضب أو هي مختضبة، وعلى الامتلاء، والجماع قائماً، وتحت الشجرة المثمرة، وعلى سقوف البنيان، وفي وجه الشمس إلا مع الستر.

ويكره أن يجامع وعنده من ينظر إليه ولو الصبي غير المميز، وأن ينظر إلى فرج المرأة

وليس للأخذ الامتناع.

«المعرض أو لا؟ فلا ينبغي الاشتباه بين هذين الأمرين كما اشتبه وقيل أن معتبرة ابن سنان دالة على أن الاعراض بمفرده دال على زوال الملك، وتقدم فساده وإن زوال الملك كان لتصرف الآخذ تصرفاً مملكاً بالإحياء من الكلال والقيام عليها، كالأكل في المقام والكلام إنما هو فيما غيرهما.

حال الجماع^(*)، والكلام عند الجماع إلا بذكر الله تعالى، وأن يكون معه خاتم فيه ذكر الله، أو شيء من القرآن.

ويستحب الجماع ليلة الاثنين، والثلاثاء، والخميس، والجمعة، ويوم الخميس عند الزوال، ويوم الجمعة بعد العصر. ويستحب عند ميل الزوجة إليه.

[٣٦٤٤] «مسألة ١٢»: يكره للمسافر أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح.

[٣٦٤٥] «مسألة ١٣»: يستحب السعي في التزويج والشفاعة فيه بارضاء الطرفين.

[٣٦٤٦] «مسألة ١٤»: يستحب تعجيل تزويج البنت وتحسينها بالزوج عند بلوغها، فمن

أبي عبدالله عليه السلام «من سعادة المرء أن لا تطمئث ابنته في بيته» (**).

[٣٦٤٧] «مسألة ١٥»: يستحب^(***) حبس المرأة في البيت فلا تخرج إلا لضرورة،

ولا يدخل عليها أحد من الرجال.

[٣٦٤٨] «مسألة ١٦»: يكره تزويج الصغار وقبل البلوغ.

[٣٦٤٩] «مسألة ١٧»: يستحب تخفيف مؤنة التزويج وتقليل المهر.

[٣٦٥٠] «مسألة ١٨»: يستحب ملاعبة الزوجة قبل المواقعة.

[٣٦٥١] «مسألة ١٩»: يجوز للرجل تقبيل أي جزء من جسد زوجته، ومس أي جزء من

بدنه ببدنها.

[٣٦٥٢] «مسألة ٢٠»: يستحب اللبث وترك التعجيل عند الجماع.

(*) يأتي الكلام حوله في المسألة ٢٩ الرقم العام [٣٦٦١].

(**) الوسائل ج ٢٠: ٦١ باب ٢٣ من أبواب مقدمات النكاح ح ١، ولكن الرواية مرسلة.

(***) ذكر في الوسائل باباً سماه «باب استحباب حبس المرأة في بيتها أو بيت زوجها فلا تخرج

لغير حاجة ولا يدخل عليها أحد من الرجال» الوسائل ج ٢٠: ٦٤.

وليس فيه أي رواية صحيحة دالة على ذلك وإنما هي روايات ضعيفة أو غير دالة على ذلك

أو ما جمع الأمرين، بل سيرة المسلمين من الصدر الأول للإسلام إلى يومنا هذا على عدم ذلك

فما يشنع على النظام الإسلامي من أنه يسيء معاملة المرأة ليس صحيحاً، فإن النظام الإسلامي

هو الذي يحترم المرأة ويقدها ويحفظها ويصونها من أن تكون فرجة للنظر ومرمى للمترصب

بها الدوائر، وسلعة ينتهشها الوحوش ليرتوا من دمانها كلما اشتد بهم الضمأ والعطش.

[٣٦٥٣] «مسألة ٢١»: تكره المجامعة تحت السماء .

[٣٦٥٤] «مسألة ٢٢»: يستحب إكثار الصوم وتوفير الشعر لمن لا يقدر على التزويج مع ميله وعدم طوله .

[٣٦٥٥] «مسألة ٢٣»: يستحب خلع خف العروس إذا دخلت البيت وغسل رجلها ، وصب الماء من باب الدار إلى آخرها .

[٣٦٥٦] «مسألة ٢٤»: يستحب منع العروس في أسبوع العرس من الألبان ، والخل ، والكزبرة ، والتفاح الحامض .

[٣٦٥٧] «مسألة ٢٥»: يكره اتحاد خرقة الزوج والزوجة عند الفراغ من الجماع* .

(*) ورد هذا الحكم كما ورد عدّة من الأحكام المتقدمة في مرسله الصدوق عن أبي سعيد الخدري في وصية النبي ﷺ لعليّ عليه السلام ، أنه قال : « يا عليّ لا تجامع امرأتك بشهوة امرأة غيرك ، فإنني أخشى إن قضي بينكما ولد أن يكون (مختبئاً مختبئاً) (مخبئاً مؤثماً هامش مخطوطة الفقيه) يا عليّ من كان جنباً في الفراش مع امرأته فلا يقرأ القرآن فإنني أخشى أن تنزل عليهما نار من السماء فتحرقهما . إلى أن قال : يا عليّ لا تجامع امرأتك إلا ومعك خرقة ، ومع أهلك خرقة ، ولا تمسحاً بخرقة واحدة فتقع الشهوة على الشهوة فإن ذلك يعقب العداوة بينكما ، ثم يؤدّ بكما إلى الفراق والطلاق ، يا عليّ لا تجامع امرأتك من قيام فإن ذلك من فعل الحمير فإن قضي بينكما ولد كان بوالاً في الفراش كالحمير البوّالة في كل مكان - إلى أن قال - : يا عليّ ، إذا حملت امرأتك فلا تجامعها إلا وأنت على وضوء فإنه إن قضي بينكما ولد يكون أعمى القلب بخيل اليد ، يا عليّ لا تجامع امرأتك على سقوف البنيان فإنه إن قضي بينكما ولد يكون منافقاً مرئياً مبتدعاً ، يا عليّ إذا خرجت في سفر فلا تجامع أهلك في تلك الليلة فإنه إن قضي بينكما ولد ينفق ماله في غير حقّ ، وقرأ عليه السلام : « إِنَّ الْمُبْدِرِينَ كَانُوا إِخْوَانَ الشَّيْطَانِ » [الاسراء : ١٧ : ٢٧] ، يا عليّ لا تجامع أهلك إذا خرجت في سفر مسيرة ثلاثة أيام وليالهنّ ، فإنه إن قضي بينكما ولد يكون عوناً لكلّ ظالم - إلى أن قال يا عليّ لا تجامع أهلك أول ساعة من الليل ، فإنه إن قضي بينكما ولد لا يؤمن أن يكون ساحراً مؤثراً للدنيا على الآخرة ، يا عليّ احفظ وصيتي كما حفظتها عن جبرئيل عليه السلام » الفقيه ٣ : ١٧٢٧/٣٥٩ ، الوسائل ٢٠ : ٢٥٢ باب ١٥٠ من أبواب

[٣٦٥٨] «مسألة ٢٦»: يجوز لمن يريد تزويج امرأة أن ينظر إلى وجهها وكفّيها وشعرها ومحاسنها، بل لا يبعد جواز النظر إلى سائر جسدها ما عدا عورتها، وإن كان الأحوط خلافه^(١).

(١) الكلام في جواز النظر إلى من يريد التزويج بها يقع في مقامات ثلاثة: الأول: في جواز النظر إلى الوجه والكفين والشعر والمحاسن من المرأة التي يريد التزويج بها. الثاني: في جواز النظر منها إلى جميع بدنها ما عدا العورة. الثالث: في جواز النظر منها إلى خصوص الوجه والكفين لا غير.

أما الكلام في المقام الأول: فهو مما لا شك في جوازه. ويدل عليه:

أولاً: اطلاق صحيحة محمد بن مسلم، قال: «سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إليها؟ قال عليه السلام: نعم، إنما يشتريها بأعلى الثمن»^(١). فانها دالة باطلاقها على حل النظر إلى المذكورات من المرأة التي يريد التزويج بها^(٢).

﴿مقدمات النكاح ح ١، وذكر في الوافي ٢٢: ٧٣٤﴾ «لا يخفى ما في هذه الوصايا، وُبعد مناسبتها لجلالة قدر المخاطب بها ولذلك قال بعض فقهاءنا: إنها مما يشم منه رائحة الوضع» وبعض فقهاءنا هو الشهيد الثاني رحمته الله حيث قال في المسالك: «من هذه الوصية تفوح رائحة الوضع» المسالك ٧: ٣٩ وعلى كل حال الحكم بالكرهية لذلك مبني على قاعدة التسامح في أدلة السنن والمكروهات وهي غير ثابتة فلا بأس بترك ذلك رجاءً.

(١) الوسائل ج ٢٠: ٨٧ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ١. وتعبير الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله عنها بالخبر مشعر بالتضعيف إلا أن الرواية صحيحة ولكن صاحب الجواهر لم يلتزم بالاصطلاح فقد يعبر عن رواية في صفحة سابقة بالصحيحة وفي صفحة لاحقة بالخبر.

(٢) الاستدلال باطلاق الرواية على ما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله بلاشكال صحيح، إلا أن الذي يرد على السيد الأستاذ أن هذا الاطلاق بنفسه يستدل به القائل بجواز النظر إلى غير المذكورات من الشعر وغيره منها بل إلى جميع بدنها من اللباس أو بدونه فإن مقتضى الاطلاق جوازه خصوصاً مع ضمه إلى التعليل الكاشف عن ذلك. ولكن حينما يصل الاستدلال بهذه الصحيحة في المقام

ثانياً: الروايات الصحيحة الخاصة الواردة في جميع ذلك ، التي حكم عليها فيها بجواز النظر إلى الوجه ، وإلى المعاصم - ومن المعلوم خارجاً أن النظر إلى المعصم ملازم إلى النظر إلى الكف إلا في فرض نادر- وفي بعضها حكم عليها بجواز النظر إلى الشعر ، وإلى المحاسن شعراً كان أو غيره .
فمنها : صحيحة هشام بن سالم وحماد بن عثمان وحفص بن البختري كلهم ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس بأن ينظر إلى وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها »^(١) فإنها دالة على جواز النظر إلى الوجه بالمنطوق وإلى الكفين بالملازمة كما عرفت^(٢) .
ومنها : صحيحة^(٣) عبدالله بن سنان ، فانه روى الشيخ الطوسي باسناده عن أحمد بن محمد

الثاني على ما ذكره الشيخ صاحب الجواهر^{عليه السلام} من جواز النظر إلى جميع بدنها عدا العورة نرى أن السيد الأستاذ^{عليه السلام} هناك ينكر إطلاقها ودلالة الصحيحة على ذلك ، فإنه قال في موسوعته بالنسبة لهذه الصحيحة نفسها ما نصه : «الظاهر أنه لا إطلاق لها في حدّ نفسها» موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ١٥ بينما قال هنا : «فانها تدل باطلاقها على جواز النظر إلى المذكورات [وهي الوجه والكفين والشعر والمحاسن ثم فيما بعد يقول : والساق من المحاسن كما ورد جواز النظر إليه في نص آخر ، والرقبة من المحاسن كما ورد جواز النظر إليها والمقصود أن صحيحة محمد ابن مسلم على القول الثاني الذي قال به الماتن وفاقاً للشيخ صاحب الجواهر^{عليه السلام} أدل ، ولذا ذكرها الشيخ صاحب الجواهر من جملة أدلته على جواز النظر إلى جميع البدن عدا العورة .

الجواهر ٢٩ : ٦٤ .

- (١) الوسائل ج ٢٠ : ٨٨ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٢ .
- (٢) ليست الصحيحة دالة على المدعى لأن المدعى جواز النظر إلى الوجه والكفين والشعر وهي دالة على جواز النظر إلى الوجه والكفين ، وأما ما يدل على جواز النظر إلى الشعر فهي رواية عبدالله بن سنان الآتية وهي ضعيفة ، فالمدعى لا دليل عليه والدليل لا يدل على المدعى .
- (٣) طريق الشيخ الطوسي إلى أحمد بن محمد بن عيسى صحيح ، وباقي الرواة كلهم ثقة عند السيد الأستاذ^{عليه السلام} إلى حين هذا الدرس ، ولذا عبّر عنها السيد الأستاذ^{عليه السلام} بالصحيحة ، وهو مبتدئ

ابن عيسى عن الهيثم بن أبي مسروق النهدي عن الحكم بن مسكين عن عبدالله بن سنان ، قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إلى شعرها ؟ فقال : نعم ، إنما يريد أن يشتريها بأعلى الثمن »^(١) روى هذه الرواية الشيخ في التهذيب ، والموجود في السند في التهذيب - الطبع القديم - الهاشم بن أبي مسروق النهدي ، وهو من غلط النسخ ، والصحيح ما في الطبع الحديث من التهذيب وهو الهيثم بن أبي مسروق النهدي ، وهو الموافق للوسائل^(٢) ، ولا وجود لهاشم لا في الرجال ولا في الروايات .

ومنها : صحيحة غياث بن إبراهيم ، عن جعفر ، عن أبيه ، عن علي عليه السلام : « في رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها ، قال عليه السلام : لا بأس ، إنما هو مستام^(٣) ، فإن يقض

﴿ علي ما كان بانياً عليه عليه السلام من اعتبار ووثاقة من روى في كامل الزيارات ومنهم الحكم بن مسكين . فإن توثيقه منحصر بروايته في كامل الزيارات ، ولكن قد رجح عنه السيد الأستاذ فيما بعد فالحكم بن مسكين مجهول عنده بعد الرجوع ، فالرواية ضعيفة لا صحيحة . وعبر عنها السيد الحكيم عليه السلام بالصحيحة ، المستمسك ١٤ : ١٠ ، وهو كما ترى . وهي إن دلت على جواز النظر إلى الشعر ، فهو داخل في المحاسن في صحيحة غياث الآتية ، فلا حاجة إلى هذه الرواية أصلاً . فلا يضر عدم الاستدلال بها لضعفها بل لو كانت صحيحة فهي دالة بمقتضى التعليل على جواز النظر لجميع بدن المرأة التي يريد الزواج بها لا خصوص الشعر ولذا ذكرها الشيخ صاحب الجواهر في عداد أدلته على جواز النظر إلى جميع البدن من المرأة التي يريد الزواج بها .

(١) التهذيب ٧ : ١٧٣٤/٤٣٥ ، الفقيه ٣ : ٢٤/٢٦٠ ، الوسائل ج ٢٠ : ٨٩ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٧ .

(٢) ذات العشرين جزءاً وذات الثلاثين جزءاً .

(٣) مستام أي مشتر مجاذب . وأسام المشتري السلعة واستامها طلب بيعها فهو مستام ، ومنه قوله « لا يسوم أحدكم على سوم أخيه » أي لا يشتري على شراء أخيه ، ويجوز حمله على

(تقيض) (١) «أمر يكون» (٢).

«البائع أي لا يبيع على بيع أخيه .

وفي مجمع البحرين : «قال في (المصباح): وصورته أن تعرض الرجل على المشتري سلعة بثمن فيقول آخر: عندي مثلها بأقل من هذا الثمن، فيكون النهي عاماً للبائع والمشتري . أو يقال: هو أن يتساوم المتبايعان ويتقارب الانعقاد فيجيء آخر فيزيد في الثمن .

والمساومة : المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها ، يقال : سامَ وَيَسُومُ وسَاوَمَ يُسَاوِمُ . ومنه الحديث : وقف على قطيع غنم يُساوِمُهُم وَيُماكِسُهُم . . .» مادة سوم .

وفي لسان العرب : السَّوْمُ : عرض السلعة على البيع . الجوهرى : السَّوْمُ في المبايعة يقال منه ساومته سواماً واستام عليّ وتساومنا . المحكم وغيره : سمت السلعة أسوم بها سَوْماً وسَاوَمَت واستمت بها وعليها غاليت . . . المساومة : المجاذبة بين البائع والمشتري على السلعة وفصل ثمنها . **لسان العرب ١٢ : ٣١٠ مادة سوم .**

(١) في هامش الوسائل : في نسخة تقيض - هامش المخطوط - وكذا المصدر . وفي هامش الجواهر : أشير في هامش المعتمدة إلى نسخة (يقتض) وفي التهذيب وهامش الوسائل : (تقيض) **الجواهر ٢٩ : ٦٤ .**

(٢) المصدر هو التهذيب ٧ : ١٧٣٥/٤٣٥ ، الوسائل ج ٢٠ : ٨٩ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٨ .

ثم آخر كلمة من الرواية هي «يكون» في المصدر فاثبتناه كما هو ، والمصدر هو التهذيب . وكذا نقل عنه في الوسائل كما عرفت .

ثم إن معنى كلمة المحاسن كما في لسان العرب مادة حسن ، والمحاسن : المواضع الحسنة من البدن : يقال فلانة كثيرة المحاسن .

وفي لسان العرب أيضاً : «الحُسْنُ ضد القبح ونقيضه . الأزهرى : الحُسْنُ نعت لما حَسَنَ ، حَسُنَ وَحَسَنَ يحسن وحُسناً فيهما ، فهو حاسن وحسن ، قال الجوهرى : والجمع المحاسن

﴿ على غير قياس كأنه جمع مَحْسَنٌ ، مادة حسن .

الخليل : «حَسُنَ الشيء فهو حَسَنٌ . والمَحْسَنُ : الموضع الحسن في البدن وجمعه محاسن» الموسوعة القرآنية الكبرى . المعجم في فقه لغة القرآن وسر بلاغته ج ١٢ : ٨٦ .

ابن سيده : «والمحاسن : المواضع الحسنَة من البدن» المصدر المتقدم ج ١٢ : ٩٢ .

الفيروزآبادي : «الحَسَنُ بالضمة : الجمال : جمعه محاسن على غير قياس ... والمحاسن :

موضع نحسة من البدن» المصدر المتقدم ج ١٢ : ٩٦ .

محاسن في الأعمال ضد المساوي . وهي المواضع الحسنَة من البدن أيضاً . يقال فلانة

كثيرة المحاسن . المصدر المتقدم ج ١٢ : ٢٩٦ .

وفي مجمع البحرين : «الحُسْنُ : نقيض القبح ، والجمعُ محاسن على غير قياس» مادة

حسن .

وفي مجمع البحرين أيضاً : «ومَحاسنُ المرأة : المواضع الحسنَة من بدنها التي أمر الله تعالى

بسترها . ومحاسنُ الأعمال نقيض مساوئها» مادة حسن .

ولكن القائلين بالقول الأوّل يقولوا بالجواز للشعر منها والوجه والكفين وللساقين من

الهزال وعدمه كما هو منصوص في شراء الأمة . ففي الزواج بطريق أولي لأنه يشتريها بأغلى

ثمن كما سيأتي ذلك من السيد الأستاذ رحمته في البحث الثاني في هذه المسألة ، وفيه ما سيأتي

أيضاً .

بل الذي يظهر من السيد الأستاذ رحمته قريباً : وهو غريب أنه يخص ويقيد كلمة المحاسن

بانوجه والكفين والشعر فقط من دون أي مخصص أو مقيد ، وأما غيرها من بدن المرأة فلا إلا

الرقبة لأنها من المحاسن وإلا الساق للنص في شراء الأمة ، ففي الزواج بطريق أولي ، قال

بحسب ما يأتي مما ذكرناه في الواضح ما نصه : «ثم إن كلمة (المحاسن) ذكرت في عبارة

الماتن في قبال الوجه والكفين والشعر ، ولكن في الروايات لم تذكر كلمة (المحاسن) في قبال

هذه الأمور ، فانها وردت في روايات ثلاث ، أحدها صحيحة وهي معتبرة غياث بن إبراهيم

وأخريان ضعيفتان [الأولى منهما رواية عبدالله بن الفضل ، عن أبيه ، عن رجل ، والثانية ضعيفة

بمسعدة بن اليسع الباهلي الوسائل ج ٢ : ٨٨ - ٩٠ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٥ ، [ح ١٢] ولم تؤخذ في قبال هذه الأمور إلا في إحدى الضعيفتين حيث عطف المحاسن على الشعر ، وعليه فلا يمكن التعدي من الوجه والكفين والشعر إلى بقية المواضع ، لأن الظاهر من كلمة (المحاسن) المواضع التي يعرف فيها حسن المرأة وجمالها ، وهي مختصة باليدين - والمعاصم داخلة فيها - والوجه والشعر لأنه يظهر بها حسن المرأة وجمالها . فلا يمكن التعدي إلى سائر الموارد . نعم ، غير بعيد جواز النظر إلى الساق فإنه أيضاً من المحاسن ، وقد ورد جواز النظر إليه بالخصوص في شراء الأمة ، فإذا كان جائزاً في شراء الأمة جاز عند الترويج بالأولوية ، لأنه يشتريها بأعلى الثمن .

وقال السيد الأستاذ رحمته الله نظير ذلك في موسوعته وهو ما نصه : «ثم لا يخفى أن الماتن رحمته الله قد جعل المحاسن في قبال الوجه والكفين والشعر ، وظاهر ذلك أن المراد به غير المذكورات ، وهو مما لا يمكن المساعدة عليه ، وذلك لأن كلمة المحاسن قد ذكرت في روايات ثلاث : أحدها صحيحة وهي رواية غياث بن إبراهيم المتقدمة والأخريان ضعيفتان سنداً ، وهما رواية مسعدة بن اليسع الباهلي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «لا بأس أن ينظر الرجل إلى محاسن المرأة قبل أن يتزوجها ، وإنما هو مستام ، فإن يقض أمر يكن» ورواية عبدالله بن الفضل عن أبيه عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : «قلت : أينظر الرجل إلى المرأة يريد تزويجها فينظر إلى شعرها ومحاسنها ؟ قال : لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذاً» وفي جميع هذه النصوص لم تذكر كلمة المحاسن في قبال المذكورات ، إلا في الرواية الأخيرة حيث عطف على الشعر . وعلى هذا فيفهم أن المراد بالمحاسن ليس أمراً يغير المذكورات ، وأن المراد بها هو ما يظهر به حسن المرأة وجمالها ، وحيث إن ذلك يحصل بالمذكورات فلا يبقى مجال للتعدي عنها ، ولا بد من تفسير المحاسن المذكورة في هذه الصحيحة بالمذكورات في باقي الصحاح . نعم لا بأس بالنظر إلى الساق فإنه من المحاسن قطعاً ، على أنه قد ورد النص في جواز النظر إليه عند شراء الأمة ، فإذا جاز هناك جاز فيما نحن فيه بطريق أولى لأنه يشتريها بأعلى الثمن ، ويضاف إليه المعاصم وهو منصوص ، كما تضاف الرقبة لأنها من المواضع التي يطلب فيها حسن المرأة فهي

« داخله في المحاسن » موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ١٤ .

وهذا كله من السيد الأستاذ عليه السلام تقييد من غير مقيد وتطبيق على المصاديق التي يراها مصاديقاً لذلك ، فإن فرض أنّ بها دون غيرها يعرف حسن المرأة وجمالها وهو تقييد منه عليه السلام لمعنى المحاسن الذي ذكره أهل اللغة اجتهاداً في مقابل النص على فرض أن بها ترتفع الجهالة التي من أجلها يشتريها بأعلى الثمن كما في الصحيحة حتى لا يقع في الغبن ، فإن قوله « يفهم أن المراد بالمحاسن ليس أمراً يغير المذكورات في باقي الصحاح » صحيح ونحن أيضاً نقول به إلا أنّ انحصار المحاسن التي بها يرتفع الغبن والتي بها يعرف حسن المرأة بالمذكورات أول الكلام ، إن لم يكن ذكر ذلك في الروايات ذكراً لبعض مصاديق المحاسن لا انحصارها بها كما هو واضح ، ولذا وسّعها هو عليه السلام للرقبة والساقين . ثم إن الذي أوجب تعديه إلى الرقبة هو الذي يقتضي التعدي إلى سائر مفاتن المرأة التي هي مواضع زينتها من الصدر والورك والخصر ، فلماذا أضيفت الرقبة دون غيرها أليست غيرها من المحاسن ، والساق الذي أضيف إن أضيف بعنوان أنه منصوص في شراء الأمة وبالأولوية في الزواج ، فالنص إنما ورد في الشراء ، وفيه لا بد من معرفة المثلث ، والمقام مقام التزويج ، وليس هو شراء حقيقة جزماً ، وليس لا بد فيه من معرفة المرأة جزماً ، ولذا لو تزوجها بلا معرفة بحالها كان التزويج صحيحاً ، وأما لو اشترى الأمة بلا معرفة بحالها كان الشراء باطلاً . نعم في الزواج ورد أنه يشتريها بأعلى الثمن ، وهو يقتضي جواز النظر لا وجوبه ، لأنه ليس شراء حقيقة ، فالقياس الذي كان من السيد الأستاذ عليه السلام وإن كان هو قياس الأولوية إلا أنه غير صحيح . هذا إذا كان إضافة الساق للأولوية . وإن كانت إضافة الساق بعنوان أنه من المحاسن كما قال عليه السلام « نعم ، لا بأس بالنظر إلى الساق فإنه من المحاسن قطعاً على أنه قد ورد النص في جواز النظر إليه ... إلخ » .

الكاشف ذلك عن دليلين للإضافة ، أحدهما : أنه من المحاسن والثاني : قياس الأولوية ، والأول وهو أنه من المحاسن ، فلماذا التخصيص به دون غيره من المحاسن ؟ ! ، فإنه إذا كان حسن المرأة وجمالها يحصل بالنظر إلى الوجه والكفين والشعر دون غيرها كما صرح به عليه السلام حسبما نقلناه ، فأى وجه لإضافة الساق دون غيره من المحاسن ، والرقبة دون غيرها من

والرواية معتبرة لأنّ غياث بن إبراهيم الذي في هذه الرواية يروي عن الصادق عليه السلام ، هو التميمي الأسدي وهو بصري سكن الكوفة^(١) ، وثقه النجاشي ، وهو غير غياث بن إبراهيم البتري الذي ذكره الشيخ من أصحاب الباقر عليه السلام ، وترجمه في الفهرست وترجمه النجاشي وله كتاب ، لأنّ الأول الراوي عن الصادق عليه السلام يروي عنه حميد بن زياد وأحمد بن أبي عبدالله البرقي بواسطة واحدة^(٢) ، ولا يمكن رواية حميد والبرقي عن أصحاب الباقر عليه السلام بواسطة واحدة ، لأنّ الفصل

المحاسن ، فإما أن يقال بجواز النظر إلى جميع المحاسن وليس لازمه النظر إليها عارية كما سيأتي ، وأما أن لا يضاف لا الساق ولا الرقبة ولا غيرها بعنوان أنه من المحاسن . وبما أنه لا تقييد في جواز النظر إلى المحاسن في الروايات بأن ينظر إلى بعضها دون البعض الآخر وإلا لقيده عليه السلام وهو لم يقيده ، وإنما ذكر بعضها من قبيل المثال ، ولا شك في عدم الاختصاص بالمثال ، فيعم جميع المحاسن وهي مواضع الزينة من بدن المرأة التي أمر الله بسترها بمقدار يرتفع عنه الغرر والضرر ، ومن هنا يقول الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله : «فلا محيص للفقهاء - الذي كشف الله عن بصيرته - عن القول بجواز النظر إلى جميع جسدتها» الجواهر ٢٩ : ٦٧ .

ولكن رفع الغرر والضرر بجواز النظر إلى جميع محاسنها وجميع بدنها ، لا يتوقف عادة على النظر إليها عارية ، فيخرج عن عموم عدم جواز النظر إليها بما يرتفع به غرره وهو النظر إلى محاسنها ولو كانت لابسة ملابس تظهر مفاصلها ومحاسنها بأن كانت الملابس رقيقة بمعنى أنه غير غليظة كالقروة ونحوها . ولو فرض نادراً توقف رفع الغرر على النظر إلى جميع بدنها - عدا العورة - عارية كان مقتضى التعليل أيضاً جواز النظر إلا أنه عادة لا يتوقف .

(١) معجم رجال الحديث ١٤ : ٢٥٠ ، تحت رقم «٩٢٩٩ طبعة طهران» ، «٩٢٨٠ طبعة بيروت» ، «٩٢٨١ طبعة النجف» . وفي التقرير المطبوع ضمن موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ١٢ وصف البتري بالبصري ، وهو من سهو القلم .

(٢) وهي في المقام محمّدين يحيى فإن الشيخ روى هذه المعتبرة في التهذيب ٧ : ١٧٣٥/٤٣٥ عن أحمد بن محمّد بن عيسى ، عن محمّدين يحيى ، عن غياث بن إبراهيم ، عن جعفر ، عن أبيه عن علي عليه السلام .

كثير جداً^(١)، ولأجله يقطع بأن غياث بن إبراهيم البتري الذي هو من أصحاب الباقر عليه السلام غير الذي هو من أصحاب الصادق عليه السلام الذي وثقه النجاشي^(٢)، وعلى فرض كونه البتري^(٣) فلا منافاة بين كونه

(١) وذكر السيد الأستاذ عليه السلام ذلك في معجم رجال الحديث ج ٤ طبعة طهران في ترجمة غياث بن إبراهيم التميمي الأسدي البصري الذي سكن الكوفة. الرقم العام ٩٢٨١ طبعة النجف، ٩٢٨٠ طبعة بيروت، ٩٢٩٩ طبعة طهران. قال عليه السلام ما نصه: «إن غياث بن إبراهيم الذي ذكره الشيخ في أصحاب الباقر عليه السلام وقال بتري مغاير لمن عدّه [الشيخ] في أصحاب الصادق عليه السلام وترجمة في الفهرست وترجمة النجاشي وله كتاب. والدليل على ذلك أن روي كتاب غياث بن إبراهيم، إسماعيل بن أبان على ما ذكره النجاشي ويروي عنه أحمد بن أبي عبدالله البرقي كتابه على ما مرّ في ترجمته، وقد توفي أحمد سنة (٢٨٠) تقريباً ولا يمكن روايته عن أصحاب الباقر عليه السلام بواسطة واحدة وهو إسماعيل بن أبان، وأيضاً روي كتاب غياث محمد بن يحيى الخزاز على ما ذكره الشيخ وقد روى عنه أحمد بن أبي عبدالله البرقي كتابه على ما يأتي في ترجمته...». (٢) رجال النجاشي: ٢١٥.

ثم ذكر السيد الأستاذ عليه السلام أدلة أخرى على التغاير في معجم رجال الحديث ج ١٤: ٢٥٢ طبعة طهران. والقول بأنه لو فرض كون غياث بن إبراهيم الأسدي هو البتري لا غيره فلا منافاة بين كونه بترياً وكونه ثقة لتوثيق النجاشي له وهو موجب لكونه ثقة على كل حال.

(٣) في مجمع البحرين: البتريّة: بضم الموحدة فالسكون، فرقة من الزيدية قيل نُسبوا إلى المغيرة بن سعد ولقبه الأبتري، قيل البتريّة هم أصحاب كثير النوا الحسن بن أبي صالح وسالم بن أبي حفصة والحكم بن عيينة وسلمة بن كهيل وأبو المقدم ثابت الحداد، وهم الذين دعوا إلى ولاية علي عليه السلام فخلطوها بولاية أبي بكر وعمر ويثبتون لهم الإمامة ويغضون عثمان وطلحة والزبير وعائشة، ويرون الخروج مع ولد علي عليه السلام.

وفي السرائر: البتريّة فرقة تنسب إلى كثير النوا وكان أبتري اليد السرائر ٥: ٢٤٧.

وفي كشف الرموز للفاضل الآبي ٢: ٥٠. والبتريّة ينسبون إلى كثير النوا وكان أبتري اليد

بترياً ووثاقته لتوثيق النجاشي له^(١)، فالرواية معتبرة^(٢) على كل حال، ودالة على جواز النظر إلى محاسن المرأة التي يريد الزواج بها شعراً كان أو غيره^(٣).

ثم إن كلمة «المحاسن» ذكرت في عبارة الماتن بشيء في قبال الوجه والكفين والشعر. ولكن في الروايات لم تذكر كلمة «المحاسن» في قبال هذه الأمور، فانها وردت في روايات ثلاث، احداها صحيحة وهي معتبرة غياث بن إبراهيم^(٤) وأخريان ضعيفتان^(٥)، ولم تؤخذ في

فسموا به (البترية خ) وهم القائلون بامامة الثلاثة وعلي والحسن والحسين وعلي ابنه عليه السلام وزيد بن علي.

وفي رجال الكشي: والبترية هم أصحاب كثير النوا، والحسن بن صالح بن حي، وسالم بن أبي حفصة، والحكم بن عيينة، وسلمة بن كهيل، وأبو المقدم ثابت الحداد وهم الذين دعوا إلى ولاية علي عليه السلام، ثم خلطوها بولاية أبي بكر وعمر ويثبتون لهما إمامتهما «رجال الكشي ٢: ٤٩٩، وعلى كل حال كون الشخص بترياً لا ينافي كونه ثقة لو وثقه أحد علماء الرجال المعتبر توثيقهم.

(١) بناءً على أنه غياث بن إبراهيم التميمي لا أنهما رجلان - كل منهما يغير الآخر - فالتوثيق راجع له.

(٢) هذا تعريض بمن عبّر عنها بالخبر المشعر بالضعف كما في الجواهر ٢٩: ٦٤، والمستمسك ١٤: ١٣ أو (١٠ طبعة بيروت).

(٣) يريد من غيره أي غيره من المذكورات الخاصة.

(٤) الوسائل ج ٢٠: ٨٩ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٨ عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عليه السلام: «في رجل ينظر إلى محاسن المرأة يريد أن يتزوجها؟ قال عليه السلام: لا بأس، إنما هو مستام، فان يقض أمر يكون» وكلمة يكون أثبتناها كما هي في الوسائل والتهذيب، وفي التهذيب «تقيض» بدل «يقض» أيضاً.

(٥) الأولى: ضعيفة عبدالله بن الفضل، عن أبيه عن رجل، عن أبي عبدالله عليه السلام، الوسائل ج ٢٠:

قبال هذه الأمور المزبورة إلا في احدئ الضعيفتين . وعليه فلا يمكن التعدي من الوجه والكفين والشعر إلى بقية المواضع ، لأن الظاهر من كلمة «المحاسن» المواضع التي يعرف فيها حسن المرأة وجمالها ، وهي مختصة^(١) باليدين - والمعاصم داخلة فيها - والوجه والشعر لأنه هي التي يظهر بها حسن المرأة وجمالها ، فلا يمكن التعدي إلى سائر الموارد^(٢) . نعم ، غير بعيد جواز النظر إلى

٣٦ باب ٨٨ من أبواب مقدمات النكاح ح ٥ . «قلت : أنظر الرجل إلى امرأة يريد تزويجها فينظر إلى شعرها ومحاسنها ؟ قال : لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذاً .

الثانية : ضعيفة مسعدة بن اليسع الباهلي ، عن أبي عبدالله عليه السلام ، الوسائل ج ٢٠ : ٩٠ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ١٢ لا بأس أن ينظر الرجل إلى محاسن المرأة قبل أن يتزوجها وإنما هو مستام ، فإن يعرض أمر يكن» .

(١) لم يعلم من أين هذا الاختصاص فإنه لو فرضنا أن كلمة المحاسن لم تذكر في الروايات في قبال هذه الأمور ، فهل إن معنى ذلك أن المحاسن مختصة بما ذكر من الشعر والوجه والكفين ، أفلا يمكن أن يكون ذكر هذه لأجل بيان بعض المصاديق ، فكيف يكون ذلك تقييداً بها؟! فإنه لو قال اشترى الدواء من محال بيعه ثم قال في المكان الفلاني محل لبيعه وكذا قال في مكان آخر محل لبيعه فهل إن معنى ذلك أن شراء الدواء إنما يختص بما يكون من هذين المكانين فلو اشترى الدواء من مكان ثالث هو أقرب منهما أو أبعد لا يكون شراء للدواء وامثالاً للأمر ، وخصوصاً لو لم يوجد الدواء في المكانين المعهودين فإنه ليس من المسلم أنه فيهما الدواء المأمور بشرائه فإنه كما يمكن إن يكون موجوداً يمكن أن لا يكون موجوداً فيهما . كما يمكن أن يكون النظر إلى الشعر والوجه والكفين غير موجب لرفع جهله وغرره وجواز النظر إنما هو في الصحاح لأجل ذلك ليس إلا ، فكيف يختص الجواز بالنظر إلى الشعر والوجه والكفين؟! وأي ملازمة بين عدم ذكر المحاسن في الروايات في قبال المذكورات وبين اختصاص المحاسن بالمذكورات مع ما عرفت وستعرف من معنى المحاسن من أهل اللغة .

(٢) التخصيص هذا من دون مخصص ، والتقييد هذا من غير مقيد ، والظاهر بل المقطوع به أن

«المحاسن وإن لم تؤخذ في قبال الوجه والكفين والشعر المراد منها كما عرفت وستعرف من أهل اللغة ما يظهر بها حسن المرأة وجمالها ويعبر عنها بمفاتيح البدن وهي معلومة من المرأة . ففي مجمع البحرين : ومحاسن المرأة المواضع الحسننة من البدن التي أمر الله بسترها . وفي لسان العرب : «والمحاسن : المواضع الحسننة من البدن يقال : فلاة كثيرة المحاسن» . لسان العرب ٣ : ١٧٩ مادة حسن ، ويعبر عنها بالفارسية «برجستهاي بدن» . وفي لسان العرب أيضاً : الحُسْنُ ضدُّ القبح ونقيضه . الأزهري : الحُسْنُ نعت لما حَسَنَ ، حَسَنٌ وحَسَنٌ يحسُنُ حُسْنًا فيها ، فهو حاسِنٌ وحَسَنٌ قال الجوهري ، والجمع محاسن على غير قياس كأنه جمع مَحْسَنٌ» . الخليل : «حُسْنُ الشيء فهو حَسَنٌ : والمَحْسَنُ : الموضع الحسن في البدن وجمعه محاسن» الموسوعة القرآنية الكبرى ، المعجم في فقه القرآن وسرِّ بلاغته ج ١٢ : ٨٦ . ابن سيده : «والمحاسن : المواضع الحسننة من البدن» ، المصدر المتقدم ج ١٢ : ٩٢ . الفيروزآبادي : «الحَسَنُ بِالضَّمِّ : الجمال : جمعه مَحاسِنٌ على غير قياس ... والمحاسن : المواضع الحسننة من البدن» المصدر المتقدم ج ١٢ : ٩٦ . المحاسن في الأعمال ضدَّ المساوي ، وهي المواضع الحسننة من البدن أيضاً ، يقال : فلاة كثيرة المحاسن ، المصدر المتقدم ج ١٢ : ٢٩٦ . ثم إن المحاسن وهي المواضع التي يعرف فيها حسن المرأة وجمالها والتي قلنا إنها بحسب ما قاله أهل اللغة هي المواضع الحسننة من البدن هي المرادة من الزينة التي أمر الله تعالى المرأة بعدم جواز إبدائها - لغير الزوج وأبيها وآباء بعلمها وابنها وابن بعلمها وأخيها وبقية محارمها الملازم كما سيأتي لحرمة نظر غير المحارم لها ، وهي كما صرح بها في اللغة - كما عرفت وفي الروايات كما سيأتي في المسألة ٣١ [٣٦٦٣] - مواضع الزينة التي أمر الله بسترها ، والتي هي ما دون الخمار وما دون السوارين على ما في صحيحة الفضيل الآتية - الوسائل ج ٢٠ : ٢٠٠ باب ١٩ من أبواب مقدمات النكاح ح ١ - وكل مواضعها عدا الزينة الظاهرة التي هي الكحل والخاتم ، كما في معتبرة زارة الوسائل ج ٢٠ : ٢٠١ باب ١٠٩ من أبواب مقدمات

الساق، فإنه أيضاً من المحاسن، وقد ورد جواز النظر إليه بالخصوص في شراء الأمة^(١)، فإذا كان جائزاً في شراء الأمة جاز عند التزويج بالألوية، لأنه يشتريها بأغلى الثمن^(٢).

٥ النكاح ح ٣، ولا شك في أن ما دون الخمار وما دون السوارين وغير الكحل والخاتم هو كل بدنها الذي يحتوي على مفاتن بدنها وطبعاً غير العورة. فكل هذا المواضع يجب عليها سترها إلا في الموارد المستثناة، وهي المذكورة في الآية المباركة من المحارم والمذكورة في السنة وهي من يريد التزويج بها، فإنه أيضاً يجوز له النظر إلى هذه المواضع، لدلالة الروايات على رفع الملازمة العرفية بين وجوب التستر على المرأة وحرمة نظر الرجل الأجنبية الذي يريد الزواج بها إليها، ولكن بمقدار ما يرتفع به الغرر والضرر لأنه مستام يشتري بأغلى الثمن لا أن تقييده بالشعر ونحوه من الوجه والكفين خاصة بدعوى أنها هي التي يظهر بها حسن المرأة دون غيرها فإن ذلك تقييد من غير مقيد.

فهذه الصحيحة على جواز النظر إلى جميع بدن المرأة وإلى جميع محاسنها دلالتها أدل من دعوى دلالتها على خصوص الوجه والشعر والكفين، ولذا ذكرها الشيخ صاحب الجواهر من جملة الأدلة على جواز النظر إلى جميع البدن. الجواهر ٢٩: ٦٤، وهو قد لا يتوقف على النظر إلى المفاتن بلا ساتر من ثوب أو نحوه. فالنظر إنما هو لها من وراء الثوب لا لها - عدا العورة - بلا ساتر إلا إذا توقف دفع الغرر والضرر على النظر إليها كذلك بلا ساتر، فإنه أيضاً يجوز له ذلك للتعليل.

(١) والوارد هو - ما في قرب الإسناد: ٤٩ - من معتبرة الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام «أنه كان إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر إليها» وفي صحيحة عمران الجعفري الذي الصحيح فيها الحارث بن عمران الجعفري - عن أبي عبد الله عليه السلام: «قال لا أحب أن يقلب إلا جارية يريد شراءها» الوسائل ج ١٨: ٢٧٤ باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ح ٤، ٣، وغيرها أيضاً.

(٢) هذا القياس ليس صحيحاً، لأن جواز النظر في خصوص شراء الأمة إنما هو جائز باعتبار أن

٥ الشراء من المعاملات المعاوضية، وأما التزويج فقد تقدم أنه ليس منها، بل هو شبيهه بالمعاوضة، ولذا صح مع عدم العلم بالمهر، أو مع كون المهر فاسداً، أو مع عدم العلم بالزوجة، وفيه شائبة العبادة، وفي جعل الخيار فيه مهانة للمرأة أو ابتدال لها، ولذا وجب نصف المهر بالاطلاق قبل الدخول، فقياس النكاح على شراء الأمة وجواز الكشف عن ساقها ليس صحيحاً، على أنه مع الفارق حتى وإن ورد في النكاح أنه مستام يشتري بأعلى الثمن، فإنه ليس من المعاوضات، بل هو شبيه بها، ولا يجري الحكم بالنسبة إلى الشبيه.

نعم، يعتبر الساق أيضاً من المفاتن (المحاسن) التي تقدم جواز النظر إليها، ولكن مع الثوب من سروال ونحوه، وهذا أيضاً شاهد على أن المراد من المحاسن مفاتن البدن ولكن بمقدار ما يرتفع به الغرر والضرر، وهو لا يتوقف على النظر من دون ساتر إلى المفاتن، فيرفع بالدليل المخصص اليد عن عموم حرمة النظر إلى الأجنبية بخصوص ما يرتفع به الغرر والضرر ليس إلا - لو لم يدل الدليل على الجواز لها أيضاً، لقوله عليه السلام: «وترقق له الثياب» - وهو لا يتوقف على النظر إلى الجسد كله - عدا العورة بلا ساتر من ثوب أو نحوه عادة، نعم لو توقف جاز للتعليل. فالذي ذهب إليه الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله هو الذي يساعد عليه الدليل، وبذلك يتضح أن ما ذكره شيخنا الأنصاري من قوله عليه السلام: «والحاصل أن ملاحظة الأخبار - [الواردة] في المسألة - بالنظر الجليل (الجلي) وإن كانت تؤدي إلى الحكم بجواز النظر مطلقاً إلا أن ملاحظتها بدقيق النظر لا تورث الجراءة على الخروج عما دل على حرمة النظر إلى الأجنبية» ليس في محله، فإنه إذا اقتضت الأخبار الواردة جواز النظر إلا أن تجوز النظر إلى المفاتن غير الوجه والشعر والمعاصم وإن كان ليس معناه من دون ساتر كالثوب أو القميص أو السروال ونحوها كما قاله رحمته الله في رواية الحسن بن السري ومعتبرة يونس بن يعقوب المتقدمين إلا أنه إذا توقف دفع الغرر والضرر على عدم الساتر، فإن مقتضى التعليل حينئذٍ جوازه أيضاً.

ثم إن دعوى السيد الأستاذ رحمته الله اختصاص المحاسن بالتي يعرف فيها حسن المرأة وجمالها صحيح إلا أن تطبيقها على الوجه واليدين والمعاصم داخله فيها والشعر دون غيرها دعوى لا يمكن المساعدة عليها، فإنها تخصيص من دون مخصص، فإن من أصدق مصاديق محاسن

وتؤيد هذه الروايات بعدة روايات ضعيفة ، وربما استدل بعضها البعض ^(١) على ذلك .
 منها : رواية الحسن بن السري ، عن أبي عبدالله عليه السلام : « أنه سأله عن الرجل ، ينظر إلى المرأة قبل أن يتزوجها ؟ قال عليه السلام : نعم ، فلم يعطى ماله ؟ ! » ^(٢) .
 ومنها : روايته الأخرى ، قال : « قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها وينظر إلى خلفها وإلى وجهها ؟ قال عليه السلام : نعم ، لا بأس أن ينظر الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها ينظر إلى خلفها وإلى وجهها » ^(٣) .
 وعبر عن الرواية الثانية بالصحيحة ^(٤) ، وليس الأمر كذلك ، لأن الحسن بن السري لم يرد فيه

« المرأة مفاتن بدنها ، وهي التي لو لم تكن كما يريد ما من النحو المرغوب عند الناس يقع في الغيب . ولا اختصاص لها بالشعر والوجه والمعاصم ، وإن كانت هذه منها أيضاً . فإنما هو بمقدار ما يؤدي إلى الاطلاع على حالها لثلا يقع في الغرر والضرر ، وهو لا يتوقف على جواز النظر إلى جميع بدنها - عدا العورة - بلا ساتر عادة . فلا دليل حينئذ على الخروج من عموم حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية - لو لم يدل الدليل على الجواز لها أيضاً لقوله عليه السلام : « ترقق له الثياب » - إلا بالمقدار المذكور ، إلا إذا توقف دفع الغرر على غيره فيجوز حينئذ .

(١) البعض هو السيد الحكيم رحمته الله في المستمسك ، وبعضها هي رواية السري والحسن بن السري فإنه قد استدل عليه السلام بالرواية الثانية وقال : « ويشهد له النصوص [أي لجواز النظر لمن يريد التزويج بها إلى محاسنها ونحوها وعدّ منها] : صحيح الحسن بن السري » ثم نقلها . المستمسك ١٤ : ١٠ ، وقال أيضاً : « وأوضح منه في ذلك ما في صحيح السري فإنه عليه السلام بعد أن قال : « ينظر إليها » قال : « ينظر إلى خلفها وإلى وجهها » المستمسك ١٤ : ١١ طبعة بيروت .

(٢) الوسائل ج ٢٠ : ٨٨ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٤ .

(٣) الوسائل ج ٢٠ : ٨٨ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٣ .

(٤) المعبر فيما رأيت عن الرواية الثانية بالخصوص بالصحيح مرتين السيد الحكيم رحمته الله في المستمسك ١٤ : ١٣ أو (١٠ طبعة بيروت) . على أن الرواية الأولى مرسلة ، ولا اظن أن أحداً يعبر عنها بالصحيحة .

توثيق . نعم ، نقل ابن داود عن النجاشي أنه وثقه ، وهكذا العلامة والميرزا الاسترابادي^(١) ، وظاهر عبائرهم ان النجاشي وثقه ، ولكن ليس الأمر كذلك ، لأن السيد التفرشي^(٢) صرح بأن التوثيق لم يرد في كلام النجاشي مع ان عنده أربع نسخ من كتابه ، وكذا النسخة الصحيحة التي رأيناها ، ولذا لم يقل علماء الرجال بتوثيقه ، ولم ينقل ذلك إلا عن النجاشي ، فإما أن نسخ النجاشي مختلفة ، وإما أن ابن داود مشتبه في نقله هذا ، فالرواية ضعيفة . وأما الرواية الأولى للسري فمضافاً إلى ضعفها هي مرسله .

ومنها : رواية مسعدة بن اليسع الباهلي ، عن أبي عبدالله عليه السلام قال : « لا بأس أن ينظر الرجل إلى محاسن المرأة قبل أن يتزوجها ، فإنما هو مستام^(٣) (مستأمر) فإن يقض أمر يكن^(٤) » وهي ضعيفة بمسعدة بن اليسع^(٥) .

(١) رجال أبي داود : ٧٣ : رقم ٤١٨ ، رجال العلامة : ٤٢ ، منهج المقال في تحقيق أحوال الرجال (المعروف برجال الاسترابادي) : ٩٩ .

(٢) نقد الرجال : ٩٠ .

(٣) مستام بمعنى مشتري ، فإن السوم كما في لسان العرب : طلب الشراء ج ٦ : ٤٤٠ مادة سوم . وفي مجمع البحرين : واسامها المشتري واستامها طلب بيعها ، ومنه لا يسوم أحدكم على سوم أخيه أي لا يشتري (مادة سوم) . وتقدم نقل معنى السوم في هامش المسألة ٢٦ الرقم العام [٣٦٥٨] في ص ٤٢ المتقدمة بنحو أوسع .

(٤) الوسائل ج ٢٠ : ٩٠ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ١٢ .

(٥) ذكر السيد الأستاذ عليه السلام ترجمته في ج ١٩ : ١٥٤ من المعجم وقال : قد يستدل برواية علي حسنه . وأجاب عنها السيد الأستاذ بأنها عن نفسه فلا يمكن الاستدلال بها على حسنه . وقال : إنه احتمال بعضهم أن مسعدة بن اليسع متحد مع مسعد بن صدقة باعتبار أن صدقة والده واليسع جده فتارة ينسب إلى الأب وأخرى إلى الجد ، واستشهد على ذلك برواية رواها في الكافي عن مسعدة بن صدقة بن اليسع . وهو احتمال ضعيف ، لأن النجاشي والبرقي عنواناً كلاً منهما مستقلاً وهو دليل التعدد . فلا دليل على وثاقته فهو مجهول ، فالرواية ضعيفة .

وعلى كل حال ، فما ذكره الماتن رحمته من جواز النظر إلى الوجه والكفين والشعر والمحاسن لا ينبغي الشك فيه .

ثم إن الذي خالف في جواز ذلك وخص الجواز بالنظر إلى الوجه والكفين هو العلامة في الإرشاد والشيخ الأنصاري في النكاح على ما سيأتي البحث عنه في المقام الثالث من الكلام بعد التعرض إلى خلاف الشيخ صاحب الجواهر ، وسيأتي مزيد توضيح لكلاميهما هناك .
وأما الكلام في المقام الثاني : وهو جواز النظر إلى جميع بدنها عدا العورة .

فقد ذهب إليه الماتن رحمته ، وفقاً للشيخ صاحب الجواهر رحمته الذي أصر على جوازه ^(١) ، بينما أصر الشيخ الأنصاري رحمته ^(٢) على عدم جوازه ، والاقتصار في الجواز على الوجه والكفين ، متعجباً من صاحب الجواهر حيث يلتزم بالجواز هنا ، ويلتزم بعدم جواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها ^(٣) باعتبار أنه خلاف مرتكز المتسرعة وسيرة المتدينين ^(٤) ، والحال إن المقام أولى أن يكون على

(١) قال في الجواهر : « فلا محيص للفقهاء - الذي كشف الله عن بصيرته - عن القول بجواز النظر إلى جميع جسدها » وقال قبل ذلك : « النصوص المتعاضدة بعضها مع بعض المشتركة في التعليل الموافق للاعتبار المقضي جواز النظر إلى جميع بدنها عدا العورة الذي به يزول الغرر والخطر عنه ، لأنه مستام يأخذ بأعلى الثمن . . . » . الجواهر ٢٩ : ٦٦ - ٦٧ .

وذهب الشيخ الطوسي في النهاية إلى جواز النظر إلى محاسنها عامة ولكن من فوق ثيابها قال : « ولا بأس أن ينظر الرجل إلى وجه امرأة يريد العقد عليها ، وينظر إلى محاسنها : يديها ووجها ، ويجوز أن ينظر إلى مشيها وإلى جسدها من فوق ثيابها » النهاية : ٤٨٤ كتاب النكاح .
(٢) كتاب النكاح ٢٠ : ٣٩ تراث الشيخ الأعظم ، طبع المؤتمر العالمي .

(٣) الجواهر ٢٩ : ٧٧ .

(٤) قال الشيخ الأنصاري رحمته : « ومن هذا يظهر العجب من بعض المعاصرين [ومراده صاحب الجواهر] حيث ادعى في هذه المسألة [وهي مسألة النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها] - بعد ترجيح المنع - : أن التطلع على النساء المتسترات من المنكرات في دين الإسلام [الجواهر ٢٩ :

٨٠٥]، وقال - في مسألة النظر إلى من يريد تزويجها - بجواز النظر إلى جميع جسدها [الجواهر ٢٩: ٦٧]، فياليت شعري التطلع إلى جسد المرأة الباكرة المخدرة من أولي الخطر بغير اطلاعها - لاختبار خلقتها ولونها وقابليتها للأُمور المطلوبة من الزوجات - أنكر عند الناس إذا اطَّلَعوا على تطلُّعه عليها لأجل الاختبار، أم تطلُّعه على وجهها لا لقصد الاختبار المذكور، بل لأجل معاملة أو غرض آخر مع عدم قصد التلذذ وعدم الريبة، وهل الإنكار في المقامين إلا لأجل الغيرة والاستحياء إذا كانت المرأة من أولي الأخطار وذوات الاستار وسكنة الأمصار»
كتاب النكاح ٢٠: ٥١ - ٥٢ تراث الشيخ الأنصاري طبع المؤتمر العالمي .

أقول: سيأتي أن التعجب ليس في محله بعد أن اقتضى الدليل عنده في مسألة الزواج بجواز النظر مطلقاً للدليل الدال عليه، **واقضى الدليل عنده** عند عدم إرادة الزواج بعدم جواز النظر حتّى إلى الوجه والكفين، فالتطلع حينئذٍ لهما يعد من المنكرات بلا إشكال، لا إلى ما يجوز له النظر يعد من المنكرات، وإلا فلماذا التحليل في الروايات؟! وهل الروايات حللت المنكرات حتّى لو كان النظر إلى الشعر فقط! **فالعَد من المنكرات ليس إلا للحرمة لا للغيرة والاستحياء**، ولذا لا يعدّ التطلع إلى المكشفات وجوههن وأيديهن لأجل معاملة أو غرض آخر مع عدم قصد التلذذ والريبية من المنكرات، وما ذلك إلا في قبال هذا، فلذا في الأول تشمله أدلة وجوب النهي عن المنكر لأنّه من المنكرات، والثاني لا تشمله أدلة وجوب النهي عن المنكر لأنّه ليس من المنكرات .

ثمّ إذا اقتضى الدليل حلّ النظر عند التزويج مطلقاً أي متى ما توقف رفع الغبن عليه فلا فرق بين كون التي يراد تزويجها بكرةً أو ثيباً، مخدرة أو لا، من أولي الخطر أو لا، من ذوات الأمصار أو لا. وإذا اقتضى الدليل عدم جواز النظر إلا إلى شعرها ووجهها وكفيها ومعاصمها وساقها كان النظر إلى باقي بدنها عدا العورة من المنكرات، سواء أكانت المرأة بكرةً أم ثيباً، مخدرة أم لا، إلا أنها غير مهتكة، من أولي الخطر أم لا، من ذوات الأمصار أم لا، فأبي خصوصية للبكر المخدرة من أولي الخطر من سكنة الأمصار؟

إلا أن الكلام في أن التعليل الموافق للاعتبار المقتضي لجواز النظر الذي به يزول الغرر

خلاف مرتكز المتشرفة .

وعلى كل حال المتبع هو الدليل .

استدل على جواز النظر إلى جميع بدن المرأة - غير العورة - بعدة روايات :

عمدتها صحيحة محمد بن مسلم ، قال : «سألت أبا عبد الله عليه السلام : عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إليها ؟ قال عليه السلام : نعم ، إنما يشتريها بأغلى الثمن»^(١) حيث إنها مطلقة ودالة على جواز النظر من غير تقييد بشيء من الأمور المذكورة^(٢) .

« والخطر - لأنه مستام يأخذ بأغلى الثمن - هل هو متوقف على النظر إلى جميع بدنها عارية عدا العورة ؟ لا شك في أنه ليس كذلك عادة جزماً ، وسيأتي توضيح ذلك ، فيجوز النظر إلى جميع بدنهما من وراء الثوب كما ذهب إليه الشيخ في النهاية حيث قال : ويجوز أن ينظر إلى مشيها وجسدها من فوق ثيابها» النهاية ٢ : ٣٥٥ . ولو توقف نادراً على النظر إلى جميع بدنها عارية كأن أخبر أن بدنهما مصاب بالجذام فأراد الاطلاع على واقع الأمر كان ذلك جائزاً بمقتضى التعليل أيضاً .

(١) الوسائل ج ٢٠ : ٨٧ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ١ ، وهذه الصحيحة هي التي استدل بها السيد الأستاذ عليه السلام على القول الأول ، وهو الجواز في الوجه والكفين والشعر والمحاسن بالمعنى الذي يعم الساقين والرقبة كما سيأتي . (فلا يشمل غيرهما من أعضاء البدن كما سيأتي) وذلك لأجل اطلاقها .

(٢) فإن قوله نعم مطلق دال على جواز النظر إليها ومعنى جواز النظر إليها جواز النظر إلى كل جزء جزء منها وإلا لخص النظر ببعضها ولم يخصه عليه السلام ، خصوصاً مع ضم ذلك إلى التعليل الذي هو «إنما يشتريها بأغلى الثمن» فإن الجواز لأجل عدم الوقوع في الغبن فلا بد وأن يكون بنحو رافعاً للجهالة والغرر فكل ما توقف عليه رفعهما جاز له النظر - طبعاً عدا العورة - ولا مقيد لا في الاطلاق ولا في التعليل ببعض مواضع المرأة من الوجه والكفين والشعر أو نحوها . وطبعاً النظر الذي يكون لرفع الجهالة ودفع الغرر لو حصل من النظر إلى وجهها فقط - إذ لا

٥ ضابط لذلك خارجاً لاختلاف الأشخاص والأغراض والمقاصد وغير ذلك - لم يجز النظر إلى الشعر، والاطلاق الذي كان إنما هو من هذه الجهة لا أنه يجوز له النظر إليها حتى لو كان عالمًا بحالها أو حتى لو حصل له العلم بحالها بالنظر إلى الوجه .

ولو كان النظر الموجب لرفع الجهالة والغرر حصل بالنظر إلى الوجه والكفين والشعر والرقبة والساقين كما لعله الغالب لم يجز النظر إلى باقي بدنهما جزماً ولا تكرار النظر المذكور ولا استدامته إذ لا دليل مخرج عن لنا عن عموم حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية إلا ما يوجب رفع الغرر وقد حصل فلا مجوز للنظر إلى غيره كما هو واضح ولا معاودته بل ولا استدامته ، نعم لو لم يحصل جازت المعاودة والاستدامة .

ولو كان النظر الراجع للجهالة والدافع للغرر والوقوع في الخطر لا يحصل بالنظر إلى الوجه والكفين والشعر والساق والرقبة بل كان متوقفاً إلى النظر إلى جميع بدنهما مع اللباس - وهو إن لم يكن الغالب فهو ليس بالقليل النادر - لم يجز النظر إليها عارية جزماً ولا معاودة النظر ولا استدامته إذ لا موجب للخروج عن عموم حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية إلا ما أجازته الدليل وليس هو إلا الموجب لرفع الغرر والجهالة وقد حصل فلا يجوز الزائد عليه جزماً ولا تكراره واستدامته إذ لا مخرج لنا عن عمومات حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية .

ولو كان النظر إليها لا يوجب رفع الغرر إلا بالنظر إليها عارية وهو نادر بل لعله نادر جداً . كان مقتضى التعليل جوازه أيضاً .

وهذا كله إنما هو لو كان مريداً للزواج منها بالخصوص وكان الزواج بها ممكناً ويحتمل أن تختار الزواج منه لا أنه مع عدم الاحتمال وهو أيضاً إنما هو لو كان جاهلاً بحالها لا أنه يجوز له ذلك حتى مع علمه بها وعدم تغرره من عدم النظر إليها وأن لا يكون النظر بقصد التلذذ وإلا فلا يكون جائزاً جزماً حتى لو كان مريداً الزواج بها ، نعم إذا لم يكن قاصداً للتلذذ فلا يضر تحقق التلذذ ولا يكون مانعاً من النظر ، كما أنه لا يعتبر أن يكون ذلك بعلمها ولا برضاها واختيارها وكذا المعتبر في جواز النظر أن تكون ممن يجوز له نكاحها حال النظر لا مثل ذات البعل والعدة .

يقع الكلام في دلالة هذه الصحيحة وغيرها ، وأنه هل لهذه الصحيحة إطلاق أو لا ؟ ثم يقع الكلام ثانياً على تقدير وجود الإطلاق هل لنا مقيد له أو لا .

أما الكلام في الجهة الأولى : فالظاهر أنه لا إطلاق في هذه الصحيحة يدل على جواز النظر إلى جميع بدن المرأة ، لأن الصحيحة غير ناظرة إلى ذلك ، والوجه فيه أنه لو كان جواز نظر الرجل للمرأة مطلقاً تعدياً ، لكان ذلك موجباً لتخصيص ما دل على عدم جواز النظر ، ولكن التعليل واضح الدلالة على أن الحكم ليس تعدياً ، بل جواز النظر لأجل عدم الغبن ، لأنه يشتريها باغلي الثمن ، فالوجه في جواز النظر هو شراؤها باغلي الثمن ، فانه عاطيلاً شبه الزواج بالشراء ، نظير شراء الأمة أو شراء أمتعة أخرى ، فكما يبذل المال بازاء المال ، يبذله بازاء الزوجة ، وذكر عاطيلاً : أنه يشتريها باغلي الثمن ، فانه لماذا كان هذا أعلى الثمن مع فرض أنه قد يكون المهر ليس كثيراً بل قد يكون قليلاً وقد يكون كثيراً ؟ الوجه فيه - بحسب الظاهر - أن في بقية الموارد من شراء الإماء أو شراء الأمتعة إذا كان مغبوناً يترتب عليه الخيار طبعاً لفقدان شرط من الشرائط أو وصف من الأوصاف . ولو كان مسقطاً لخيار غبنه من الأول فيمكنه أن يبيع الأمة أو نحوها فيحصل على مقدار ولو أقل مما دفعه لشراء هذا الشيء ، وأما في الزواج فما اعطاه في الخارج لا يمكن أن يسترده بالفسخ ، كما أنه لا يمكن تزويج هذه الزوجة من آخر ليحصل على المال الذي اعطاه . ولو أراد الطلاق يتضرر بنصف المهر ، فيذهب ماله سدى لو كانت المرأة فاقدة لما كان يريد من الصفات كما هو المفروض ، ولعله - والله العالم - من هذه الجهة عبّر بأغلي الثمن^(١) . فهذا

﴿ ومما ذكرنا من اختلاف مراتب رفع الغبن والجهالة والغرر ، يعلم سرّ اختلاف الروايات الذي بعضها جوز النظر إلى الوجه والكفين كما في صحيحة الفضلاء حيث عبّر بالوجه والمعاصم أو إلى الشعر كما في رواية عبدالله بن سنان أو إلى خلفها وإلى وجهها كما في رواية السري وإطلاق بعضها الآخر بالنظر إليها أو إلى محاسنها ونحو ذلك من الروايات .
(١) ويؤيده قوله عاطيلاً نقلاً عن الشاعر (ومن يغبن فليس له انتقام) فإنه ورد في رواية إبراهيم الكرخي «... وأعلم أنّهم كما قال :

التعليل واضح الدلالة على أن جواز النظر ليس جوازاً تعديلاً وتخصيصاً محضاً لما دل على عدم الجواز، بل هو من جهة عدم وقوع الزوج في الغبن، فيختص ما يجوز له النظر بما يرتفع به هذا الغبن من محاسن المرأة كوجهها وشعرها وكفيها وساقها^(١) من الهزال وعدمه كما هو منصوص

﴿

إلا إن النساء خلقتن شتى
ومنهنّ الهلال إذا تجلّنى
فمن يظفر بصالحهنّ يسعد
فمنهنّ الغنيمة والغرام
لصاحبه ومنهنّ الظلام
ومن يغبن فليس له انتقام

...» الوسائل ج ٢٠: ٢٧ باب ٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ١.

ولكن ما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله لا يمكن المساعدة عليه لأن المهر إذا كان قليلاً فلا يأتي ما ذكره من هذه الوجوه كلها، إذ لا قيمة للمهر القليل. والظاهر - والله العالم - أنه إنما صار أغلى الثمن لأن خصوصية الشخص الذي يقع طرفاً للمعاملة في النكاح ملحوظة وبنهاية الأهمية التي هي أغلى من المهر باضعاف المرات، بل تقابل بعمر الشخص والأبيات المذكورة أولى أن يكون المراد بها هذا المعنى، بخلاف البيع فإن خصوصية البائع والمشتري ليست ملحوظة أصلاً وأبداً، ولذا سيأتي أن جواز النظر للاطلاع على حال المرأة لأنه يشتريها بأغلى الثمن أي هذا التعليل هو بنفسه جار في طرف المرأة أيضاً، فإن لها أن تنظر إليه للاطلاع على حاله لنفس التعليل، لأنها أيضاً تريد أن تشتريه بأغلى الثمن، وليس من الواضح جداً أنه هو المهر، إذ قد يكون المهر أيضاً قليلاً فكيف تشتريه بأغلى الثمن، وإنما أغلى الثمن إنما هو خصوصية الزوج المأخوذة في النكاح وبنهاية الأهمية، لأنه تريد أن تعيش معه دهرًا أمام نفسها وأمام الآخرين، فلذا هي أيضاً تشتريه بأغلى الثمن. وهذا المعنى الظاهر أنه هو المراد من الأشعار المتمثل بها في الرواية المزبورة، لا المعنى الأول جزماً.

(١) المراد للسيد الأستاذ تخصيص جواز النظر بما ذكره وأنه يرتفع الغبن ولكن أولاً: دعوى اختصاص ارتفاع الغبن بما ذكر دون النظر والاطلاع على مفاتن البدن الأخرى مصادرة وأول

الكلام ، وتطبيق من السيد الأستاذ عليه السلام والشهيد في المسالك لكلي على بعض مصاديقه ، نعم قد يرتفع الغرر بذلك بل ربما دون ذلك كالوجه فقط وقد لا يرتفع ، فأخذه مسلم الارتفاع بذلك دون بقية الجسد في كل ما يخشى فيه من الغبن أول الكلام . على أنه : إن كان ما ذكره السيد الأستاذ موجباً لرفع الغبن حرم النظر إلى ما زاد عنه بلا كلام ولا إشكال ، وأما إذا لم يكن موجباً لرفع الغبن فمقتضى الاطلاق والتعليل أنه يجوز له النظر إلى أن يرتفع الغبن ولا يحدد ذلك بشيء وهذا هو الذي يقوله الشيخ صاحب الجواهر عليه السلام لا أنه يقول بجواز النظر حتى لو ارتفع الغبن كما يقوله السيد الأستاذ عليه السلام فإنه لا يقول فقيه بذلك فكيف بالشيخ صاحب الجواهر عليه السلام ، على أن كلامه صريح في ذلك واعتماده التعليل برفع الجهالة والغرر شاهد على ذلك .

وهذا وإن كان لا يلزم جواز النظر إلى جميع البدن عارياً لامكان ارتفاع الغبن بدونه ، فاللازم الخروج عن حرمة النظر بما يتحقق به عدم الغرر وعدم الضرر وعدم الغبن ، وهو غير متوقف على النظر إلى جميع الجسد عارياً على نحو الاطلاق حتى لو ارتفع الغرر والغبن بالنظر بلا تعرية ولا على ما ذكره السيد الأستاذ عليه السلام من النظر إلى الشعر والكفين والساقين والرقبة ، لامكان عدم رفع الضرر والغبن بذلك . بل يلزم جواز النظر إلى كل البدن عدا العورة فيما إذا توقف رفع الغرر والضرر والغبن عليه ، فالموضوع من أول الأمر لا يشمل النظر إلى جميع الجسد عارياً عدا العورة ، إلا أنه ليس معنى ذلك اختصاص جواز النظر بالوجه والكفين والشعر والساق دون غيرها . فإن ذلك تطبيق من السيد الأستاذ عليه السلام على ما يرتفع به الغبن والغرر والضرر وهو غير ملازم لرفعها . فالأولى بل المتعين أن يقال : بجواز النظر لمن يريد التزويج بها بما يأمن فيه من الوقوع في الضرر والغرر والغبن ، وهو غالباً إنما يتوقف على النظر إلى المحاسن التي جاز الأنمة عليها السلام النظر إليها بلا قيد أو شرط ، وإن لم يكن ذلك متوقفاً على النظر إليها عارية عادة ، ولذا أضاف السيد الأستاذ نفسه الرقبة باعتبار أنها من المحاسن ، والساق باعتبار أنه من المحاسن (موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ١٤) وإن كان النص وارداً في الساق أيضاً ، إلا أنه دليل ثانٍ غير كونه من المحاسن كما سيأتي .

ولكن أقول لا مخصص لأضافة هذين دون غيرهما من المحاسن التي تطلب من المرأة من

« مفاتنها الأخرى وخصوصاً الرقة فإن غيرها من المحاسن أيضاً جزءاً ، فلماذا التخصيص بهما دون غيرهما ، والمفروض أن ذلك كله من دون قصد الشهوة وجهله بحال التي يريد الزواج بها . ومن هنا يقول الشيخ صاحب الجواهر رحمته : « فلا محيص للفيقه - الذي كشف الله عن بصيرته - عن القول بجواز النظر إلى جميع جسدها بعد تعاضد تلك النصوص وكثرتها وفيها الصحيح والموتق وغيرهما ، الدالة بأنواع الدلالة على ذلك » الجواهر ٢٩ : ٦٧ وقال أيضاً : « وقد عرفت أن الرواية - الدالة على ذلك بأنواع الدلالة - بين الموتق والصحيح والحسن وغيرها ، بل هي دالة على جواز النظر إلى الجسد عارية » وطبعاً مفروض كلامه وموضوعه ما إذا توقف رفع الغرر والضرر على النظر إلى جميع بدنها - عدا العورة - عارية وهو لا يتوقف عادة ، وإن توقف كان مقتضى الدليل جوازه أيضاً كما عرفت لا أن كلامه هو جواز النظر حتى لو كان الغرر والخطر والجهالة والغبن ترتفع بدون ذلك ، فإنه من الواضح أنه في هذه الصورة لا يجوز النظر إلى ما زاد على ما يرتفع به الخطر والضرر والغبن ، فدعوى عدم الاطلاق في هذه الصحيحة من السيد الأستاذ وغيره كما ترى .

ثم إن الاستدلال على جواز النظر إلى من يريد التزويج بها مع جهله بها بعد المناقشة في الروايات الدالة على ذلك بأنه من الأمور العقلانية فيما إذا لم يكن بتلذذ أو ريبة لا أنه تعبد شرعي وأنه هو الذي تنظر إليه الروايات المعللة فالذي يجوز حينئذ من النظر هو إلى كل موضع منها ما عدا العورة دون تعر . وفي بعض الأحيان يعبر عن ذلك بالمرتكزات العقلانية .

فهو وإن كان صحيحاً إلا أنه ليس هو استدلالاً إلا بالتعليل الوارد في الروايات الصحيحة ، لا أنه غيره وأن الروايات مناقش بها بل الاستدلال بالتعليل أقوى منه - إن كان غيره ، أو غير راجع إليه لأن الملاحظ في المرتكزات العقلانية إنما هو مستند الارتكاز العقلائي على فرض وجوده - لأنه يجوز النظر حتى وإن حصل التلذذ به بمقتضى اطلاقه ، بل يجوز النظر إلى جميع البدن عدا العورة عارياً إذا توقف رفع الضرر والغبن عليه وهو وإن كان نادراً إلا أنه هو مقتضى التعليل وليس مقتضى كون ذلك من الأمور العقلانية أو المرتكزات العقلانية جواز هذين (أي الجواز وإن حصل التلذذ إن لم يكن بنيته وإن علم بحصوله ، وجواز النظر إلى جميع البدن عدا العورة عارياً) . فلا مقتضى للتقييد بما إذا لم يكن بتلذذ ، نعم يعتبر أن لا يكون النظر بقصد

«التلذذ وإن علم بحصوله قهراً كما سيأتي في نفس هذه المسألة، كما لا مقتضى للتقييد بدون تعرٍ، وإن كان غالباً عدم توقف الاطلاع عليها وعدم توقف رفع الغبن والضرر والغرر على التعرٍ، إلا أنه لو توقف كان مقتضى القليل جوازه كما يقوله الماتن وفاقاً للشيخ صاحب الجواهر رحمتهما .

وبما أن الاستدلال بأن جواز النظر لمن يريد التزويج بها مع جهله بها إلى جميع بدنها عدا العورة بأنه من الأمور العقلائية أو من المرتكزات العقلائية ليس هو غير التعليل المذكور في الصحيحة. فذكر الروايات القائلة بأن النظر إليها مطلقاً موجب لأن يؤدم بينهما ومعنى يؤدم بينكما هو حصول المودة والالفة بينهما كالرواية الدالة على: «أنه صلى الله عليه وآله قال للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة: لو نظرت إليها، فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» كما أرسله عنه محمد بن الحسين الرضي في المجازات النبوية ٨١/١١٤، والوسائل ٢٠: ٩٠ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح وأدابه ح ١٣.

ورواه العلامة رحمتهما في التذكرة في المسألة الأولى من المقدمة الثانية من مقدمات النكاح عن العامة بهذا اللفظ وهو: «أن النبي صلى الله عليه وآله قال للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة انظر إليها، وفي رواية إلى وجهها وكفيها فإنه أحرى أن يؤدم بينكما» التذكرة ٢٣: ٨١ - ٨٢ إلا أنه لم نجد هكذا رواية أي التي فيها «انظر إلى وجهها وكفيها».

وفيما رواه أبناء السنة والجماعة في كتب حديثهم عن جابر: «أن النبي صلى الله عليه وآله قال: إذا خطب أحدكم المرأة فإن استطاع أن ينظر إلى ما يدعوه إلى نكاحها فليفعل، قال: فخبطت جارية، فكنت أتخبأ لها حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها فتزوجتها» المصنف لأبي شيبة ٢/٤: ٣٥٥ - ٣٥٦، مسند أحمد ٤: ٢٨٢ - ١٤١٧٦/٢٨٨، سنن أبي داود ٢: ٢٢٨ - ٢٠٨٢/٢٢٩، وغير ذلك من مصادرهم.

والمقصود أن ذكر هذه الروايات إن كان المراد منه الاستدلال بها على جواز النظر إلى جميع البدن عدا العورة فهي مع ضعف سندها كلها كما هو واضح لا دلالة لبعضها عليه ولو دلت فضعف السند كاف في عدم صحة الاعتماد عليها وإن ذكرها الشيخ صاحب الجواهر رحمتهما. وإن

«كان المراد من ذكر هذه الروايات التأييد للتعليل المذكور في صحيحة محمد بن مسلم التي هي محل الكلام فلا بأس به وإن كان لا حاجة إليه .

وإن كان المراد ذكرها تأييداً إلى كون جواز النظر إلى جميع البدن عدا العورة من الأمور والمرتكزات العقلائية فقد عرفت أنه ليس هو غير التعليل الذي في صحيحة محمد بن مسلم ولو كان غيره فلا دلالة لذلك على جواز النظر الذي هو محل الكلام والذي حكم بجوازه حتى لو حصل معه التلذذ بشرط أن لا يكون بقصد التلذذ ، ونحو ذلك من الأحكام الخاصة به .
وأما دعوى أن الغرض العقلائي إذا كان موجوداً فهذا هو بنفسه يكون موجباً لانصراف أدلة الحرمة عن ذلك كالعلاج ومزاحمة ما هو الأهم من حرمة النظر إلى حرمة النظر حتى إلى العورة .

فالغرض العقلائي بنفسه لا شك أنه لا يقتضي ذلك ولذا لو كان هناك غرض عقلائي في أخذ زيد مال عمرو الزائد وجعله مسكناً للفقراء أو لجهة خيرية ونحو ذلك لا يجوز هذا الغرض العقلائي أخذه ولا يرفع حرمة التصرف في مال الغير ، وكذا تزويج امرأة ذات بعل ، بعلها يؤديها ويشاكسها ويوجب أن تكون حياتها معه جحيماً ، فإن تزويجها وإخراجها من هذا الجحيم إلى نعيم بالزواج الثاني لا شك أنه من الأغراض العقلائية فهل إن هذا يوجب رفع حرمة تزويج المرأة ذات البعل؟! أو صرف دليل الحرمة عن ذلك . وهكذا وهكذا فالعرف العقلائي لولا الدليل الدال على جواز النظر في مثل الزواج والمعالجة وتقديم ما هو الأهم ونحو ذلك لا يكون دليلاً على الجواز . فإن هذه الأدلة وأدلة رفع الضرر والحرَج هي المخصصة لأدلة حرمة النظر لا أن دليل حرمة الضرر منصرف عن حرمة النظر في هذه الموارد بل مخصصة بأدلة أخرى فإن المرأة لو اضطرت إلى مراجعة الطبيب رجلاً كان أو امرأة لمداواتها الموجبة للنظر إلى فرجها فلا شك يكون ذلك جائزاً لها ولا يحرم عليها حينئذٍ كشف عورتها للمعالج وجواز مداواة الرجل لأنه أرفق ولكن إنما ذلك لأدلة رفع الضرر المقتضية لرفع حرمة الكشف في موارد الضرر والمخصصة لها بغير ذلك .

وكذا أدلة جواز النظر عند إرادة التزويج فإنها موجبة لتخصيص أدلة حرمة النظر إلى بدن

في شراء الأمة، ففي الزواج بطريق أولى لأنه يشتريها بأعلى الثمن^(١)، وعليه لا مقتضي لجواز النظر إلى سائر البدن^(٢).

ومن ثم لم يكن تعارف خارجي في شراء الإماء أن تُجَرَّد وينظر إلى بدنها مع أنها كسائر

المرأة الأجنبية بهذا المورد ليس إلا، وكذا تقديم ما هو الأهم من حرمة النظر على دليل حرمة النظر.

ومنه يتوضح أنه لو شك في جواز النظر إلى بدن المرأة التي يريد التزويج بها وفرض عدم الدليل عليه، فالأصل في صالح حرمة النظر لأنه لا دليل مخصص لعمومات حرمة النظر من قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ...﴾ وقوله: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا...﴾ وغيرهما مما دل على حرمة نظر الرجل إلى المرأة الأجنبية، لا أن الجاري هو البراءة كما هو واضح.

وأما التعبير عن الغرض العقلاني بالمرتكزات العقلانية. فالملاك في المرتكزات العقلانية ملاحظة منشئها، ومنشؤها هنا إنما هو التعليل. فلا شيء غيره يسمى بالمرتكزات العقلانية. (١) هذا القياس غير صحيح لأن في الشراء المعتبر المعلوماتية للعوضين، وليس النكاح شراءً، ولذا يصح من دون علم ولا اطلاع على الزوجة.

ثم إذا كان جواز النظر مختصاً بما يرفع به هذا الغبن من محاسن المرأة، فلو فرض ارتفاعه بالنظر إلى الوجه والكفين كما قد يتفق فأبي مجوز للنظر إلى الشعر والرقبة والساقين بعد اقتضاء عمومات حرمة النظر إلى المرأة الأجنبية حرمة وعدم مخصص لهذه العمومات إذ المخصص مختص بما يرتفع به الغبن وقد ارتفع على الفرض بالنظر إلى الوجه والكفين كما قال هو إذا كان الغبن يرتفع بالنظر إلى الوجه والكفين والشعر والساقين والرقبة فلا مقتضي لجواز النظر إلى سائر البدن، فليس من الصحيح إطلاق جواز النظر لمن يريد تزويج امرأة إلى وجهها وكفيها وشعرها وساقها ورقبتها.

(٢) إن فرض أنه يرفع الغبن فلا إشكال في ذلك ولكن قد لا يكون الفرض صحيحاً ويكون رفع الغبن متوقفاً على أكثر من ذلك غير العورة ومقتضى المعتبرة جوازه أيضاً.

الأموال التي لا بد من تحقق حالها لثلا يقع المشتري في الغبن ، بل ينظر إلى المواضع التي يكون النظر إليها موجباً لعدم الغبن في الخارج^(١) . وعليه فلا إطلاق في هذه الصحيحة^(٢) .

(١) ليس العلم بحال الأمة حين الشراء إلا للابدية كون المثلث معلوماً ، المعتبر ذلك في صحة الشراء لا لأجل أن لا يقع في الغبن ، فلو لم يكن عنده المثلث معلوماً بطل البيع وإن تبين أنه لا غبن فيه بعد ذلك . إذا إن العلم بالثلث بعد البيع لا يصحح البيع الذي وقع باطلاً لعدم العلم بالثلث حينه .

(٢) قد عرفت أن الغرر قد يرتفع بالنظر إلى الوجه والشعر والكفين والمعاصم ، فالجائز من النظر ما يرتفع به الغرر دون غيره ، ولذا قال السيد الأستاذ^{رحمته} بجواز النظر إلى الوجه والمعاصم والكفين والشعر لا إطلاقاً لصحيفة محمد بن مسلم هذه فيما تقدم قريباً ، بدعوى أن الضرر يرتفع بالنظر إلى المذكورات ، وقد لا يرتفع الغرر والضرر إلا بالنظر إلى جميع البدن ولو مع الثوب الرقيق الذي يظهر حجم البدن ، وقد يكون هذا أيضاً غير مقتضى لرفع الغرر والضرر والغبن إلا بالنظر إلى جميع البدن - عدا العورة - بلا سائر ، فالنظر الجائز هو ما يطمئن به الناظر من رفع الغرر دون الزائد عليه وهو عند شخص يتم بالذي ذكره السيد الأستاذ^{رحمته} ، وليس معنى ذلك دلالة الصحيحة عليه دون غيره . وقد يرتفع عند آخر بالنظر إلى جميع البدن مع الثوب الرقيق المظهر لحجم البدن ، وليس معنى ذلك أيضاً اختصاص دلالة الصحيحة به . وقد لا يرتفع الغبن والضرر إلا بالنظر إلى جميع البدن عدا العورة عارياً . ومقتضى أنه يشتريها بأعلى الثمن جوازه أيضاً كما دل على جواز سابقه ، وهذا هو معنى إطلاق جواز النظر بما يرتفع به الغرر والضرر ، فكيف لا تكون الصحيحة مطلقة ، فإن السيد الأستاذ^{رحمته} ذكر في المقام الأول - وهو الدليل على جواز النظر إلى الوجه والكفين والمعاصم والشعر (موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ١١) - صحيفة محمد بن مسلم هذه وقال : ويدل عليه إطلاق صحيفة محمد بن مسلم ، ثم قال بعد ذكر نص الصحيحة : فإنها دالة باطلاقها على حل النظر إلى المذكورات من المرأة التي يريد التزويج بها . هذا بحسب ما ذكرناه نحن في الشرح أعلاه .

« وقال في موسوعته بعد أن ذكر نص صحيحة محمد بن مسلم ما نصه : «فإنها تدلّ باطلاقها على جواز النظر إلى المذكورات» موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ١١ .
 فكيف يقبل القول هنا بأنها لا إطلاق لها ؟! وعند ذكرها هناك إن لها إطلاقاً .

فلا شك في أن مقتضى اطلاقها هو الدلالة على جواز النظر إلى المرأة بما يرتفع به الغرر لا أكثر . إذ إنه بعد ارتفاع الغرر بمعرفة حالها لا مجوز للنظر لا إلى ما زاد عليه ، ولا إلى النظر إلى ما رفع الغرر مرة أخرى كما سيأتي ، نعم لو لم يحصل الغرض من النظر الأول جاز تكرره ، ولو كان ارتفاع الغرر متوقفاً على النظر إلى الزائد كما أو كيفاً جاز أيضاً .

على أنه سيأتي أن كلمة (محاسن) الذي وردت في معتبرة غياث بن إبراهيم : في رجل ينظر إلى محاسن المرأة يريد أن يتزوجها ؟ قال عليه السلام : لا بأس ، إنما هو مستام ، فإن يقض أمر يكون» الوسائل ج ٢٠ : ١٨٩ ح ٨ مطلقة أيضاً . وتخصيصها بالوجه والكفين والشعر والمعاصم باعتبار أنها هي التي يعرف بها جمال المرأة وحسنها دون غيرها تارة تخصيص بلا مخصص ولا وجه ، مع إمكان عدم ارتفاع الغرر بذلك ، وإضافة الرقبة تارة أخرى أو الساق إليها تارة ثالثة باعتبار انهما من الزينة دون غيرهما أيضاً تخصيص لهما دون غيرهما بلا مخصص ، فإنه لو كانت مواضع الزينة مطلقاً مما يجوز النظر إليه فلماذا التخصيص بهما دون غيرهما . فلم يبق إلا جواز النظر إلى مطلق ما هو زينة من المرأة ، ومن المعلوم أن كل بدنهما مشتمل على مواضع الزينة كما ذكره أهل اللغة حسبما ذكرناه سابقاً ويأتي أيضاً .

ثم إن ما قيل من أن الذي يصل إليه النظر من هذه الروايات بحسب المتفاهم العرفي عدم جواز النظر إلى تمام البدن [أي عارية] ، ولذا مثلاً إذا قيل يجوز النظر إلى النساء الكافرات فهو يعني يجوز النظر اليهن في الحالة العادية ، لا حالة كونها عريانه ، لأن جواز النظر إليها وهي عريانه يحتاج إلى بيان آخر ، ولا يكتفى به باطلاق البيان الأول . وإذا كان يكتفى به بالاطلاق الأول لكان الجواز شاملاً حتى للعورة ، فلا بد من إخراج النظر إليها من دليل مخرج عن الاطلاق . ويؤيد هذا الفهم العرفي رواية يونس بن يعقوب التي تقول «وترقق له الثياب لأنه يريد أن يشتريها بأغلى الثمن» التي يعلم منها أن النظر الجائز ذلك الذي يكون مع الثوب ،

« وهذا النظر العادي لا عارية . فهذه الرواية كالصريحة في عدم جواز النظر عارية » تقرير
 درس السيد الزنجاني دام ظله كتاب النكاح ج ١ درس رقم ١٣ ص ٧ - ٨ .

أقول : وكأنه ليس في هذه الروايات التعليل بالنظر الذي يوجب عدم وقوعه في الغرر
 والضرر لأنه يشتريها بأغلى الثمن كما هو كذلك في صحيحة محمد بن مسلم التي هي محل
 الكلام ، ومعتبرة يونس بن يعقوب ، وإن النظر الجائز إلى المرأة إنما هو الذي به يرتفع الغرر
 فيدور مداره . وهو وإن كان غالباً يرتفع بدون النظر إلى المرأة عارية أو بحكم العارية ، إلا أنه لو
 فرض توفقه على ذلك كان مقتضى التعليل جواز النظر كما يقوله الشيخ صاحب الجواهر رحمته
 وهذا الاطلاق والتعليل بلا اشكال شامل للعورة أيضاً إلا أنّ الإجماع على عدم النظر إليها هو
 المانع من شمول الاطلاق لها والمخصص للتعليل فيها بغير العورة ، وتقييد اطلاق النظر إليها
 بالحالة العادية تقييد للاطلاق بلا مقيد والمحذور المذكور وهو أنه لو كان النظر مطلقاً لا مقيداً
 بالحالة العادية لكان شاملاً للعورة ليس محذوراً فإنه بلا إشكال شامل لها إلا أن الإجماع مقيد
 للاطلاق ومخصص للتعليل بغير العورة .

وكون المتكلم في مقام البيان المراد منه هو أن يلقي كلامه بنحو يكون له اطلاق يصح
 الاحتجاج به فقوله عليه السلام «الرجل يريد أن يتزوج امرأة أينظر إليها؟ قال عليه السلام : نعم...» بما أن
 السائل لم يقيد النظر إليها بمقيد فيكون النظر الذي بقي جوابه من الإمام عليه السلام بقوله : نعم ، هو
 المطلق .

فلو قيد الفقيه النظر بالوجه والشعر والساق والرقبة صح الاحتجاج عليه بأن النظر المراد
 حين القاء الكلام هو المطلق والذي لم يقيد بشيء فلماذا التقييد المذكور اللهم إلا أن يعتذر
 برفع الغرر بذلك .

ولو اطلق الفقيه جواز النظر إلى المرأة التي يريد التزويج بها ولم يقيده بشيء وفرضنا أن
 الجائز هو المقيد بالمذكورات دون غيرها لصح من الفقيه الاحتجاج على الإمام عليه السلام بأن الجواز
 المذكور في كلامك لم يقيد بشيء وهو معنى كونه مطلقاً وقد أخذنا باطلاقه وكان هذا
 الاحتجاج صحيحاً .

﴿ وَهَذَا بَخْلَافٍ قَوْلُهُ تَعَالَى: «فَكُلُوا مِمَّا أَمْسَكْنَ» حَيْثُ لَا يَصِحُّ لِلْفَقِيهِ الْاِحْتِجَاجُ بِالْاِطْلَاقِ فِي حُكْمِهِ بِحَلِيَّةِ أَكْلِ مَا اِمْسَكَنَ قَبْلَ غَسْلِ مَلَاقَاةِ مَوْضِعِ الْاِمْسَاكِ بِفَمِ الْكَلْبِ لِكُونَ الْمُتَكَلِّمِ بِصَدَدِ بَيَانِ صِحَّةِ التَّذْكِةِ بِالصَّيْدِ بِالْكَلاِبِ فَالْأَكْلُ إِنَّمَا هُوَ مِنْ هَذِهِ الْجِهَةِ وَهِيَ التَّذْكِةُ فَلَا اِطْلَاقَ لَجَوَازِ الْأَكْلِ قَبْلَ غَسْلِ مَوْضِعِ الْمَلَاقَاةِ حَتَّى يَتَمَسَّكَ بِهِ وَيَحْتَجُّ بِهِ. كَمَا أَنَّهُ لَوْ حُكِمَ الْفَقِيهِ بِعَدَمِ جَوَازِ الْأَكْلِ إِلَّا بَعْدَ غَسْلِ مَوْضِعِ الْمَلَاقَاةِ لَمَا صَحَّ الْاِحْتِجَاجُ عَلَيْهِ بِأَنَّ الْمُتَكَلِّمَ اِطْلَقَ جَوَازِ الْأَكْلِ حَتَّى لَوْ لَمْ يَغْسَلْ مَوْضِعَ الْمَلَاقَاةِ، وَكَانَ هَذَا الْاِحْتِجَاجُ بَاطِلاً وَلَا يُمْكِنُ أَنْ يَحْكُمَ الْفَقِيهِ بِهِ لِأَنَّ جَوَازَ الْأَكْلِ إِنَّمَا هُوَ مِنْ جِهَةِ تَحْقُقِ التَّذْكِةِ فَالصَّيْدُ لَيْسَ مَيْتَةً بَلْ مَذْكِيٌّ وَأَمَّا أَنَّهُ يَجُوزُ أَكْلُهُ وَكَوْنُهُ طَاهِراً فَهُوَ شَيْءٌ آخَرٌ. فَالْاِحْتِجَاجُ عَلَى الْفَقِيهِ بِالْاِطْلَاقِ هُنَا غَيْرٌ صَحِيحٌ. وَلَيْسَ الْمَقَامُ كَمَا إِذَا قَالَ يَجُوزُ النَّظَرُ إِلَى النِّسَاءِ الْكَافِرَاتِ حَتَّى يُقَالَ إِنَّ الْمَتَفَاهِمَ الْعَرَفِيَّ مِنْ ذَلِكَ النَّظَرِ الْيَهِنِ فِي حَالَتِهِنَّ الْعَادِيَّةِ عَلَى فَرَضِ ظَهْوَرِهِ فِي ذَلِكَ. فَبَيْنَ الْمَقَامَيْنِ بَوْنٌ شَاسِعٌ عَلَى أَنْ مَقْتَضَى الْاِطْلَاقِ جَوَازَ ذَلِكَ أَيْضاً إِلَى النِّسَاءِ الْكَافِرَاتِ حَتَّى فِي غَيْرِ حَالَتِهِنَّ الْعَادِيَّةِ لَصِحَّةِ الْاِحْتِجَاجِ بِهِ كَمَا عَرَفْتَ بِشَرَطِ عَدَمِ التَّلَذُّذِ وَالرِّبِيَّةِ وَإِلَّا لِحَرَمِ لَدَلِيلٍ آخَرٍ. نَعَمْ الْعَوْرَةُ مَجْمَعٌ عَلَى عَدَمِ جَوَازِ النَّظَرِ إِلَيْهَا وَهُوَ أَيْضاً لَوْ كَانَ الْإِجْمَاعُ عَلَى حُرْمَةِ النَّظَرِ إِلَى الْعَوْرَةِ شَامِلاً لِلْكَافِرَةِ، لِأَنَّ عَوْرَةَ الْمُؤْمِنِ عَلَى الْمُؤْمِنِ حَرَامٌ كَمَا فِي الصَّحِيحَةِ. وَأَمَّا مَعْتَبَرَةُ يُونُسَ فَهِيَ مُؤَيَّدَةٌ لَجَوَازِ النَّظَرِ فِي غَيْرِ الْحَالَةِ الْعَادِيَّةِ كَمَا هُوَ وَاضِحٌ وَسَيَّاتِي لَّا الْعَكْسَ لِأَنَّ تَخْصِيصَ «تَرْقُقُ» فِي قَوْلِهِ عَلَيْهَا: «تَرْقُقُ لَهُ الثِّيَابُ لِأَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَشْتَرِيهَا بِأَعْلَى الثَّمَنِ» بِخُصُوصِ الثُّوبِ الرَّقِيقِ فِي مَقَابِلِ الثَّخِينِ وَالْغَلِيظِ مِنَ الثِّيَابِ لَّا شَاهِدَ لَهُ وَتَقْيِيدَ مِنْ غَيْرِ مَقْيَدٍ. وَدَعْوَى عَدَمِ وَجُودِ الثِّيَابِ الشَّفَافَةِ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ هُوَ الَّذِي يَقْتَضِي التَّخْصِيصَ، دَعْوَى غَيْرِ صَحِيحَةٍ لِأَنَّ هَذِهِ الثِّيَابُ فِي ذَلِكَ الزَّمَانِ قِطْعاً مَوْجُودَةٌ. وَفِي لِسَانِ الْعَرَبِ: الشُّفُّ وَالشُّفُّ الثُّوبُ الرَّقِيقُ... وَشَفَّ الثُّوبُ مِنَ الْمَرْأَةِ يَشْفُ شَفُوفاً وَشَفِيئاً أَيْضاً، عَنِ الْكَسَائِيِّ أَي رَقٌّ حَتَّى يَرَى مَا خَلْفَهُ، وَثُوبٌ شَفَّ وَشِفَّ أَي رَقِيقٌ. لِسَانُ الْعَرَبِ ٧: ١٥٢ مَادَّةُ شَفَّ فَالشَّفِيفُ نَوْعٌ مِنَ الثِّيَابِ الرَّقَاقِ وَهُوَ الَّذِي يُرَى مَا تَحْتَهُ وَهُوَ الْمُنَاسِبُ مَعَ التَّعْلِيلِ «لِأَنَّهُ يُرِيدُ أَنْ يَشْتَرِيهَا بِأَعْلَى الثَّمَنِ» فَلَا اِخْتِصَاصَ لِلرَّقِيقِ بِغَيْرِ مَا يَحْكِي مَا تَحْتَهُ مِنَ الثِّيَابِ لِيَكُونَ قَرِينَةً عَلَى أَنَّ الْمُرَادَ مِنَ الثِّيَابِ هُوَ خُصُوصُ مَا قَابِلِ الثَّخِينِ وَالْغَلِيظِ

وقد استدل على الجواز باطلاق رواية الحسن بن السري عن أبي عبدالله عليه السلام: «أنه سأله عن الرجل ينظر إلى المرأة قبل أن يتزوجها؟ قال عليه السلام: نعم، فلم يعطى ماله؟!»^(١). والكلام في هذه الرواية كما في صحيحة محمد بن مسلم^(٢)، على أنها ضعيفة، لأن معلى بن محمد يرويها عن بعض أصحابنا، والحسن بن السري وإن نسب ابن داود إلى النجاشي أنه وثقه ولكنه لم يثبت.

واستدل أيضاً باطلاق رواية الحسن الأخرى، قال «قلت لأبي عبدالله عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها وينظر إلى خلفها وإلى وجهها؟ قال عليه السلام: نعم، لا بأس أن ينظر الرجل إلى المرأة إذا أراد أن يتزوجها، ينظر إلى خلفها وإلى وجهها»^(٣). وهذه الرواية من جهة السند ضعيفة بالحسن^(٤). ومن جهة الدلالة ليس فيها دلالة على

ليرى حجم البدن. على أن أخذ ترقق الثوب بمعنى خلاف التخين والغليظ دليل جواز النظر إلى جميع البدن ولو مع الثوب لا خصوص الوجه والكفين والشعر والساق والرقبة. فمعتبرة يونس بمقتضى الاطلاق الذي فيها للثياب الشامل للشفافة مؤيدة لجواز النظر في غير الحالة العادية لا مؤيدة لجواز النظر إليها في خصوص الحالة العادية إذن فالمعتبرة لا أنها كالصريحة في عدم جواز النظر إليها عارية بل هي ظاهرة في العكس.

(١) الوسائل ج ٢٠: ٨٨ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٤.

(٢) أي أن مقتضى التعليل فيها هو جواز النظر بما يرتفع به الغبن فيختص ما يجوز له النظر بالوجه والكفين والشعر والساقين من الهزال وعدمه لأنه بها يرتفع الغبن فلا يجوز النظر إلى ما زاد على ذلك الذي هو المراد من الاستدلال بها على ذلك.

وفيه: تقدم وجه الدلالة في صحيحة محمد بن مسلم فلا نعيد إلا أن المهم في المقام ضعف الرواية.

(٣) الوسائل ج ٢٠: ٨٨ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٣.

(٤) قيل: إن حسن بن السري لا يحتاج إلى توثيق لأن كبار الفقهاء مثل الحسن بن محبوب الذي

هو (من مشايخ الشيعة) وجعفر بن بشير الذي هو من الفقهاء المعروفين قالوا فيه : روى عن الثقات وفي مشيخة الفقيه في طريقه إلى كتاب الحسن بن السري وأبان بن عثمان وعبدالله بن بكير من فقهاء الطبقة الثانية ، ويونس بن يعقوب من فقهاء الطبقة الثالثة ، وعلي بن الحكم من أجلاء الرواة كلهم نقلوا عنه . ولم يكن بناء العلماء الكبار نقل الحديث عن كل كتاب ، ولم يكن مناهم جريان أصالة العدالة حتى يكون اعتمادهم على الكتاب بسهولة فينقلوا عنه ، فلذا يكون الحسن بن السري لأجل ذلك ثقة . **تقريرات درس السيد الزنجاني دام ظلّه كتاب النكاح ج ١ درس رقم ١٥ ص ٧ .**

أقول : مجرد النقل عن شخص أو من كتابه يكون هذا توثيقاً له ليس هو إلا رواية الأجلاء عن شخص ، وتقدم مراراً أنها أي رواية الاجلاء عن شخص لا تدل على اعتماد الراوي على المروي عنه بوجه من الوجوه ، كما في رواية أرباب الكتب من الشيخ والكليني والصدوق عن المجاهيل وعن الضعفاء وهم كثر ، وعن أحمد بن الحسين بن أحمد بن عبيد الضبي أبو نصر الذي روى عنه الصدوق في العلل والمعاني والعيون وقوله فيه ما لقيت انصب منه ، وبلغ من نصبه أنه كان يقول : «اللهم صلّ على محمد فرداً ، ويمتنع من الصلاة على آلّه» والرواية من الاجلاء عن الضعفاء والمجاهيل لا تعد ولا تحصى .

ولو تنزلنا وقلنا إنها تدل على اعتماد الراوي على المروي عنه فلا دلالة لذلك على توثيقه ، لعدم ملازمة الاعتماد مع التوثيق ، إذ يمكن أن يكون المعتمد قد استند في ذلك إلى أصالة العدالة أو إلى كل راوٍ لم يظهر منه الفسق ، وهي لا تنفع في توثيق من روى عنه عند من يعتبر الوثاقفة أو الحسن في حجية خبر الراوي .

وسياتي ما في القول بأن الحسن بن محبوب روى عن الثقات ، أو أنه لا يروي إلا عن ثقة ، فإنه سنذكر ومن باب الاتفاق في ذيل المسألة ٢٧ [٣٦٥٩] الآتية رواية الحسن بن محبوب عن أربعين عنوان ولعلمهم خمسة وثلاثون راوياً أو أقل أو أكثر ، لأن بعضهم له عنوانان أو أكثر كلهم بين ضعيف ومتسالم على ضعفه ومجهول وكذا أيضاً ابن أبي عمير الذي قيل إنّه روى عن الثقات أو لا يروي إلا عن ثقة فإنه روى بهذا العنوان ويعنوان محمد بن أبي عمير عن ١٣٨

جواز النظر إلى جميع البدن عارياً، بل ينظر إلى خلفها من وراء الثوب، فليس معنى النظر إلى خلفها أنه مع التجريد^(١).

شخص وكلهم ضعفاء، قد بلغ في تضعيف بعضهم، ومجاهيل، ولا شك في أن الحسن بن محبوب ومحمد بن أبي عمير من الأجلء بلا كلام. فأين أنهم لا يرون إلا عن ثقة وأن من رووا عنه بما أن الراوي عنه من الأجلء فالمروي عنه ثقة؟! .

وسياتي أيضاً في المسألة ٤٣ [٣٦٧٥] تفصيل أكثر في رد المحقق الوحيد ومن وافقه الداهيين إلى أن رواية الأجلء عن شخص تكون دالة على وثاقته، وأنها أحد طرق التوثيق.

(١) قد يقال: ليس في الرواية التقييد بما وراء الثوب، فالقيد المأخوذ في كلام السيد الأستاذ رحمته تبرعي أيضاً، إلا أن المهم ضعف الرواية.

أقول: على فرض أنه ليس التقييد بما وراء الثوب مأخوذاً في الرواية، ولكن لا يتوقف الاطلاع الموجب لرفع الغرر والخطر على النظر إلى تمام الجسد من دون ساتر كالثوب عادة فهي - حتى لو لم تكن ضعيفة - لا دلالة لها على جواز النظر لجميع البدن عدا العورة حتى من دون ساتر كالثوب كما يقوله السيد الأستاذ السيد الخوئي رحمته إن لم تكن مطلقة، وقد عرفت اطلاقها.

ولكن على فرض عدم الاطلاق فهذا لا ينافي جواز النظر إلى جميع البدن فيرى مفاتن المرأة ومحاسنها، فإن المحاسن كما عرفت عن أهل اللغة المواضع الحسنة من البدن التي أمر الله بسترها، فإن الفقهاء (قدس الله أسرارهم) قد صرح بعضهم بأن الساتر الذي يجب أن ترتديه المرأة المعتبر فيه أولاً: أن لا يكون هو بنفسه زينة، وثانياً: أن لا يكون مبرزاً لمفاتن بدن المرأة، فإذا كان مبرزاً لمفاتن بدن المرأة لا يجوز لها لبسه ولا للأجنبي النظر إليها. وهذا النظر الغير الجائز له إذا كان في مقام تزويج المرأة وأراد الاطلاع عليها بالنظر المذكور لو كانت لابسة لملابس تبرز مفاتن بدنها من دون أن تكون عارية هذا هو الذي يكون موجباً لعدم الوقوع في الضرر والغرر، فيخرج عن عموم ما دل على عدم جواز النظر المذكور بهذا

واستدل على الإطلاق أيضاً بما رواه الصدوق عليه السلام من معتبرة يونس بن يعقوب ، قال «قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يريد أن يتزوج المرأة ، يجوز له أن ينظر إليها ؟ قال عليه السلام : نعم ، وترقق له

المقدار لو أراد أن يتزوجها ، لا خصوص الوجه والكفين والشعر والساقين كما يقوله السيد الأستاذ السيد الخوئي عليه السلام ، ولا إلى جميع البدن ولو عارياً كما يقوله الماتن وفاقاً إلى الشيخ صاحب الجواهر عليه السلام ، فإن حرمة النظر إلى بدن المرأة لا يخرج منه إلا بمقدار ما يوجب عدم وقوعه في الخطر والضرر ، وهو - أي السيد الأستاذ - يقدّره بالوجه والكفين والشعر والساقين ، والصحيح تقديره بما ذكرنا ، فإن ما قدّره السيد الأستاذ عليه السلام قد لا يكون كافياً في عدم الوقوع بالضرر والغرر ، والتقدير الذي ذكرنا بلا شك يوجب عادة عدم الوقوع في الضرر والغرر ، ولا يتوقف ذلك على النظر إلى جميع بدنها عدا العورة عارية عادة أبداً كما يقوله صاحب الجواهر عليه السلام .

ولو فرض فرضاً نادراً عدم ارتفاع الغرر إلا بما يقوله الشيخ صاحب الجواهر عليه السلام كما لو قلق من أن يكون بدننا مصاباً بالجذام مثلاً ، وشك في ذلك فاراد الاطلاع ، كان ذلك جائزاً أيضاً بمقتضى الروايات التي تقول أنه مستام يشتري بأغلى الثمن . إلا أنّ توقفه على ذلك نادر جداً . ثم إن من ذلك كله يعلم أن ما يقوله السيد الأستاذ عليه السلام فيما تقدم بأن الماتن عليه السلام أخذ كلمة المحاسن في قبال الوجه والكفين والشعر ، ولكن في الروايات لم تؤخذ المحاسن في قبال هذه الأمور ، فلا يمكن التعدي من الوجه والكفين والشعر إلى بقية المواضع ، لأن الظاهر من كلمة المحاسن المواضع التي يعرف فيها حسن المرأة وجمالها وهي مختصة باليدين أي الكفين - والمعاصم داخله فيها - والوجه والشعر ، فلا يمكن التعدي إلى سائر الموارد . نعم غير بعيد التعدي إلى الرقبة لأنها من المحاسن أيضاً وإلى الساق أيضاً ، على أنه منصوص في شراء الأمة . ليس صحيحاً ، فإن أهل اللغة على ما عرفت فسروا المحاسن ونقلناه عنهم في الهوامش المتقدمة ، وأنها هي المواضع الحسنة في بدن المرأة التي أمر الله بسترها . ولا شك في أن المراد منها مفاذن البدن ، ولم يقيد ذلك في معتبرة غياث ولا غيرها ببعضها ومقتضى اطلاقها الشمول للكُل .

الثياب ، لأنه يريد أن يشتريها بأعلى الثمن»^(١) .

وهذه المعتبرة مع قطع النظر عن التعليل ، ليس معنى ترقق أنه ترقق له بحيث يظهر بدنها - بل لعله لم تكن تلك الثياب موجودة في ذلك الزمان^(٢) - بل ترقق له الثياب باعتبار حجم البدن ، فإن المرأة لو لبست فروة مثلاً أو شبهها لم يعلم أنها سميئة أو مهزولة ، فتلبس له ثوباً رقيقاً حتى يرى حجم البدن^(٣) ، لا أنّ المراد من الثوب الرقيق الثوب الذي يرى معه الباطن والحاكي عما

(١) الوسائل ج ٢٠ : ٩٠ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ١١ .

وسياتي قريباً وجه دلالتها .

(٢) «لعل» كافية في ردّ هذا الاستبعاد ، خصوصاً بعد مراجعة كتب اللغة التي يستفاد منها وجود هذه الثياب في ذلك الزمان بل قبله . إلا أنه ليس من المسلّم ليس المراد الثياب الحاكية لما تحتها مع عدم الشك في وجودها في ذلك الزمان ، بل المراد من الثياب الأعم من الرقيقة الساترة لما تحتها الكاشفة عن حجم مفاتن البدن المراد الاطلاع عليها والشفافة الحاكية لما تحتها من البدن معاً ، لا التخصيص بأحدهما دون الآخر بلا مخصص ولا مقتض ، فليس الأمر كما يقوله السيد الأستاذ السيد الخوئي^{رحمته} وهو أن المراد من «ترقق» هو لبس الثياب التي تبين حجم البدن فقط ليرى حجم المفاتن فقط . على أنّ ذلك كافٍ في جواز النظر إلى جميع البدن ولو من وراء الثوب من دون تخصيص لجواز النظر بالشعر وما ذكره من المحاسن .

(٣) لا شك في أنّ تفسير التريق بخصوص ذلك لا شاهد له وتبرعي أيضاً ، فإن ترقق أي تلبس الثوب الرقيق ، والرقيق كما في مجمع البحرين خلاف التخين والغليظ من الثياب . وفي لسان العرب : الرقيق : نقيض الغليظ والتخين . وفي لسان العرب : الشَّفُّ والشَّفُّ : الثوب الرقيق . . . وشف الثوب عن المرأة يشف شفوفاً ، وذلك إذا أبدئ ما وراءه من خلفها ، والثوب يشف في رقته ، وقد شف عليه ثوبه يشف شفوفاً وشفيفاً أيضاً ، عن الكسائي أي رق حتّى يرى ما خلفه ، وثوب شَفَّ وشَفَّ أي رقيق . لسان العرب ٧ : ١٥٢ مادة شفف . فالشفيف نوع من الثياب الرقاق وهو الذي يُرى ما تحته ، وهو المناسب مع التعليل «لأنه يريد أن يشتريها بأعلى

«الثلث» .

وفي البيت المشهور (الذي يستشهد به في النحو) كما في الجبل المتين للشيخ البهائي ص ١٧ للبس عباءة وتقر عيني - أحب إلي من لبس الشفوف ، وكذا في ملاذ الأخبار للعلامة المجلسي ١ : ٢٠٤ والتبيان في تفسير القرآن ٤ : ٢١٠ وأشار محققه في مصدر الشعر إلى وجوده في حاشية الصبان على الأشموني ٣ : ٣١٣ الشاهد ٨٢٧ ويروى ولبس (أي لبس عباءة وتقر عيني) بل هذا البيت موجود في جميع التفاسير تقريباً وفي التذكرة الحمدونية لابن حمدون ج ٧ : ٤١٦ (وغيرها أيضاً كالمختصر في أخبار البشر ج ١ : ١٩٢ ، وحياة الحيوان الكبرى للدميري ج ٢ : ٣٤١ ، وغيرهما) لما زفت ميسون بنت بجدل الكلبيّة إلى معاوية تشوقت إلى البادية فقالت :

| | |
|------------------------|-----------------------------|
| أحب إليّ من قصر منيف | لبيت تخفق الأرواح فيه |
| أحب إليّ من نقر الدفوف | وأصوات الرياح بكل فج |
| أحب إليّ من هرّ ألوف | وكلب ينبج الطراق عني |
| أحب إليّ من بغل زفوف | وبكر يتبع الاظعان صعب |
| أحب إليّ من لبس الشفوف | وليس عباءة وتقرّ عيني |
| أحب إليّ من علج عليف | وخرق من بني عمي كريم (نحيف) |

(وتروى الأبيات لأعرابي وأولها

| | |
|-------------------------|-------------------------|
| أحب إليّ من بقر علوف | لضأن ترتقي الذكران حولي |
| أحب إليّ من أكل الرغيف) | وشرب لبينة وتطيب نفسي |

فلما بلغت الأبيات معاوية قال : والله ما رضيت بنت بجدل حتّى جعلتني علجاً عليفاً فطلقها وأعادها إلى أهلها .

وروي أنّه قال : ما كفى أن جعلتني علجاً حتّى جعلتني عليفاً .

والمقصود (من هذا كله وجود هذه الثياب في ذلك الزمان لا أنه لم يعلم وجودها ، فالمراد من قوله عليه السلام «ترقق له الثياب» الأعم من الاثنين الحاكية والخفيفة مقابل الغليظة بمقتى الاطلاق أيضاً

تحتة .

فلا يوجد مطلق يستدل به على جواز النظر إلى جميع البدن ما عدا العورة^(١) .

والتخصيص بالثاني دون الأول ممنوع ومحجوج بالاطلاق أيضاً .
فالتريق لا يختص بغير ما يحكي تحته من الثياب بل يشملها ، إلا أن معرفة حالها لا يتوقف عادة عليه ، فالغرر والخطر الذي يقتضي التجنب عنه لأنه مستام لا يتوقف على النظر إلى جسدها كله عدا العورة بلا ساتر ، واللازم الاقتصار في الخروج عن حرمة النظر إلى بدن المرأة الأجنبية على خصوص ما يرتفع به الغرر والخطر وهو لا يتوقف على الثياب الحاكية عما تحتها . فترقق بمعنى تجعل ثيابها حاكية لمفاتن بدنها ، وذلك شيء معروف من الملابس ، عكس ما لم يظهر المفاتن من الملابس الفضفاضة والتي تكون كالفروة لا تحكي حجم البدن من كونها عجزاء مربوعة أو أنها من ذوات الأوراك أو من الدم كعنها ، كما ورد ذلك في الروايات في صفات المرأة المستحب التزويج بها . الوسائل ج ٢٠ : ٥٦ - ٥٧ باب ١٨ و ١٩ من أبواب مقدمات النكاح ، ولكن لو فرض نادراً توقف الاطلاع عليها الموجب لرفع الغرر والضرر على النظر إلى جميع بدنها عدا العورة عارية كان مقتضى الدليل (التعليل) جوازه ، والقائل بالجواز إنما يقول به لو توقف رفع الغبن عليه لا حتى لو لم يتوقف رفع الغبن عليه ، فدعوى عدم دلالة المعبرة على جواز النظر إلى جميع البدن عدا العورة أو كونها أدل على عدم الجواز كما ترى ليس صحيحاً ومخالفاً للتعليل .

ثم إن دعوى وجود المقيدات لهذه المطلقة ولمطلقة محمّد بن مسلم فتعرض له عند تعرض السيد الأستاذ^{رحمته} لذلك .

(١) هذه الدعوى ذكرت من غير السيد الأستاذ أيضاً ولكن تقدم أن معتبرة مسلم مطلقة والمراد اطلاق التعليل فيها وعمومه ، واعترف باطلاقها السيد الأستاذ في البحث الأول من هذه المسألة فهي دليل على ما ذهب إليه الشيخ صاحب الجواهر بمقتضى اطلاقها والتعليل فيها وليست المناقشة فيها صحيحة ، وفرض أن الغرر والضرر يرتفع بدون ذلك يمكن ولكن ليس دائماً

والكلام إنما هو فيما إن لا يرتفع إلا بالنظر إلى جميع البدن فلماذا القول بأنه يرتفع بدون ذلك ، فلو فرض أن رجلاً قيل له إن هذه المرأة مصابة بالجذام في جسدها في غير الوجه والكفين ونحوهما وأراد الاطلاع عليها فإنه في هذا الفرض لا يرتفع الضرر والحظر بالنظر إلى جميع البدن ، والكلام هو في ذلك على نحو الكبرى الكلية فلماذا تطبقها على بعض الأفراد دون البعض .

ولا اشكال في أنه إذا ارتفع الغرر والجهالة والضرر بالنظر إلى وجهها فقط لا يجوز النظر إلى غيره من شعرها ونحوه جزماً وإنما الكلام فيها إذا لم يرتفع الغرر والجهالة والضرر إلا بالنظر إلى محاسنها كلها عدا عورتها ، هذا هو محل الكلام .

ثم أليست معتبرة يونس بن يعقوب مطلقاً من حيث النظر إلى المرأة من حيث أي مكان منها ولو مع الثوب الرقيق تنزلاً - لا الشفاف - فهي دالة على جواز النظر إلى حجم بدن المرأة بما يتضمنه من مفاتن بدنها من كونها مربوعة وركاء درماء خصراء ، وهو بلا شك ليس نظراً إلى الوجه والكفين والمعاصم والشعر ، فلماذا يترك اطلاق هذه المعتبرة ، وإن لم تكن دالة - فرضاً - على جواز النظر إلى تمام بدنها عدا العورة عارية كما تركها السيد الأستاذ رحمته الله ، فكيف يصح القول بأن لا يوجد مطلق يستدل به على جواز النظر إلى جميع البدن عدا العورة وأن ما استدل به الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله غير كاف . أليس النظر في كثير من الأحيان بل هو كذلك عادة إلى المرأة مع كونها لابسة لملاابس تظفر مفاتن البدن غير كاشفة عما تحتها موجب لدفع الغرر والضرر عن المستام الذي يريد التزويج بها والذي يريد أن يشتريها بأعلى الثمن ؟ !

والمقصود أن هذه المعتبرة وإن لم تكن دالة - فرضاً غير محقق - على ما يقول الشيخ صاحب الجواهر رحمته الله من جواز النظر إلى تمام بدنها عارية عدا العورة ، إلا أنها دالة على جواز النظر إلى جميع البدن المستور بالثوب الرقيق ، فلماذا يخص السيد الأستاذ رحمته الله جواز النظر بالوجه والكفين والمعاصم والشعر والرقبة والساق ؟ ! مع وجود هذه المعتبرة ؟ ! فكما لا وجه لما يقوله العلامة والشيخ الأنصاري من اختصاص الجواز بالوجه والكفين مع وجود ما يدل على جواز النظر إلى الشعر والمحاسن الذي يشكل به عليهما السيد الأستاذ رحمته الله نفسه ، كذلك لا وجه

وأما الكلام في الجهة الثانية : فانه لو سلمنا أن **صحيحة محمد بن مسلم** أو غيرها دلت على الجواز على الإطلاق ، ولكن بقية الروايات تقيد ذلك وتوجب اختصاص الحكم بالوجه واليدين والشعر والمحاسن^(١) لورود التقييد بها في الروايات .

ففي رواية مسعدة بن اليسع الباهلي عن أبي عبد الله عليه السلام « قال عليه السلام : لا بأس أن ينظر الرجل إلى محاسن المرأة قبل أن يتزوجها ، فإتاما هو مستام ، فان يقض أمر يكن »^(٢) فانه قيد عليه السلام جواز النظر بالمحاسن . وذكرنا في بحث المفاهيم أن التقييد بقيد إذا كان في كلام الإمام عليه السلام لا في سؤال الراوي ظاهر في الاحترازية ، فحمل القيد على غير الاحتراز خلاف ما يفهم منه عرفاً ، لأنه يستكشف من ذلك أن الحكم لم يثبت للطبيعي على الإطلاق . نعم ليس له مفهوم ، وليس حال القيد حال الشرط ليدل على الانتفاء عند الانتفاء ، ولكن فيه دلالة على أن الحكم لم يثبت للطبيعي وللجامع ، وإلا كان ذكر القيد لغواً ، لأنه لو جاز النظر إلى جميع بدن المرأة فأى وجه لذكر المحاسن^(٣) .

٥ لتخصيص الجواز بالمذكورات مع وجود معتبرة **يونس بن يعقوب** الدالة على جواز النظر إلى جميع البدن ولو مع الثوب الرقيق غير الكاشف ، فإنه سيأتي نص قول السيد الأستاذ عليه السلام في رد قول العلامة والشيخ الأنصاري القائلين بجواز النظر إلى خصوص الوجه والكفين من المرأة التي يريد التزويج بها ، وهو : « وهذا لا يعرف له وجه بعد وجود الرواية الصحيحة الدالة على الجواز بالنسبة للشعر والمحاسن » .

(١) يقيد السيد الأستاذ عليه السلام ما يجوز النظر إليه بالوجه والكفين والشعر والمعاصم ويقول المراد من المحاسن هي ليس إلا ، فلا مقتضي إلى التعدي إلى غيرها ثم يتعدى للرقبة والساق ؟ ! مع أن ما ذكر في الروايات كما عرفت مصاديق لارتفاع الغبن وهي تختلف باختلاف الأغراض الموجبة لرفع الجهالة والغبن لا مختصة بها ليقضي ذلك التخصيص .

(٢) الوسائل ج ٢٠ : ٩٠ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ١٢ .

(٣) وكأن السامع لهذا الكلام يرى فرقاً بين المحاسن وبين باقي البدن من المرأة الذي ليس فيه محاسن ؟ ! والقول بأنه قيد بالمحاسن مع كون المحاسن مطلقة وشاملة لجميع محاسنها تأكيد

نعم . لو دُلَّ دليل خاص على جواز النظر لموضع آخر غير المحاسن لا يكون منافياً للتقييد ، فعلى ذلك يستكشف من هذه الرواية أن جواز النظر خاص بالمحاسن ، ولا يعم جميع بدن المرأة .

ولا يضر ضعف سند هذه الرواية بعينها ، لأن هذا البيان بعينه يجري في مثيلاتها من الروايات المعتبرة ، كصحيحه هشام بن سالم وحماد بن عثمان وحفص بن البختري كلهم عن أبي عبد الله عليه السلام قال : « لا بأس بأن ينظر إلى وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها »^(١) فإن ظاهر القيد الاحتراز . وهو دال على عدم ثبوت الحكم للطبيعي وإلا كان ذكر القيد لغواً^(٢) ، وما ذكرنا

لاطلاق جواز النظر إليها كلها لا تقييد لاطلاق جواز النظر إليها . فإن المقيد بقيد احترازي تارة يقول لا بأس بأن تكرم من يأتي إلى الدرس قبل الساعة السابعة فإن الذين يأتون إلى الدرس قد يكون قبل الساعة وقد يكون بعدها بخمس دقائق وقد يكون بعدها بعشر دقائق وقد يكون بعدها بخمس عشرة دقيقة وهكذا فالقيد هنا له خصوصية الاحتراز فالأكرام لم يثبت لطبيعي الآتي للدرس بل لخصوص الآتي له قبل الساعة السابعة لأن الآتي بعد الساعة متعدد . وأما في المقام فالمحاسن التي يجوز لمريد الزواج النظر إليها وهي جمع فإنما يكون لها مفهوم لو كان لغيرها من بدن المرأة شيء هو ليس من المحاسن وأما لو كان بدنها كله مجموعة محاسن وزينة ولذا يجب ستره عن الرجال الأجانب « وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ » فالنظر إلى المحاسن لا يدل على الاحتراز إذ لا باقي للبدن غيرها حتى يكون لها مفهوم الاحتراز فقوله عليه السلام لا بأس بأن ينظر الرجل إلى محاسن المرأة قبل أن يتزوجها إنما يكون مؤكداً لجواز النظر إلى جميع البدن لا تقييداً لاطلاق جواز النظر إليها .

(١) الوسائل ج ٢٠ : ٨٨ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ج ٢ .

(٢) لا يقال : على هذا لا يجوز النظر إلى الشعر ولا إلى الساق أيضاً ، وقد ذهب هو عليه السلام إلى جواز النظر إليهما . فما يقول في الجواب عنهما يقال به بالنسبة إلى جواز النظر إلى جميع البدن ، والمتيقن في الجواب عنهما أن ظاهر كل منهما انحصار الجواز بما ذكر فيها ، فيرفع

لا يتوقف على ثبوت المفهوم للقيّد حتّى يقال لا مفهوم له .

على أنه يمكن الاستفادة الاختصاص من موثقة يونس بن يعقوب ، رواها الشيخ في التهذيب عن علي بن الحسن عن محمّد بن الوليد^(١) ومحسن بن أحمد^(٢) جميعاً عن يونس بن يعقوب وعلي بن

« اليد عن انحصار الجواز بما ذكر في كل منهما بصريح الآخر - كما يقال في مثيلات ذلك - وكما يرفع اليد عن الانحصار في كل منهما بصريح الآخر كذلك يرفع اليد عن ظهور الانحصار بهما معاً بصريح جواز النظر إلى محاسن المرأة التي هي لا شك مفاتن بدنها ، فأى قيد يبقى على ظاهر الاحترازية ؟ !

وهذا الجواب هو عين الجواب الذي أجاب به السيد الأستاذ^{عليه السلام} عما قاله العلامة في الإرشاد والشيخ الأنصاري في المكاسب^{عليه السلام} على ما سيأتي في كلام السيد الأستاذ^{عليه السلام} بعد أسطر حيث قال : إن ما ذكره العلامة والشيخ الأنصاري من الاقتصار في جواز النظر إلى المرأة التي يريد الزواج بها للاطلاع عليها بالوجه والكفين ليس إلا ، فانهما أيضاً يقولان تخصيص الجواز بالوجه والكفين دال على عدم ثبوت الحكم للطبيعي وإن لم يكن للوصف مفهوم ، فإنه لو كان الجواز للشعر وغيره لما قال^{عليه السلام} الوجه والكفين فقط ، فأجاب السيد الأستاذ^{عليه السلام} عن ذلك بقوله : إن ما ذكره : « لا يعرف له وجه بعد وجود الرواية الصحيحة الدالة على الجواز بالنسبة للشعر والمحاسن » .

ثم إن الذي في المقام بالنسبة لهذه الصحيحة أيضاً هو أنه تقدم السرّ في اختلاف الروايات في المقام وهو أن ارتفاع الغبن الذي هو الميزان في جواز النظر يختلف فقد يرتفع بالنظر إلى الوجه والكفين وقد لا يرتفع إلا مع النظر إلى الشعر وقد لا يرتفع إلا مع النظر إلى الساقين أيضاً وهكذا فالقيّد بالوجه والمعاصم لا يكون احترازياً ، بل يكون أحد فراد ما يرتفع به الغبن فلا يدل على عدم جواز النظر إلى غيرهما لولم يرتفع الغبن بالنظر إليها فلا دلالة للصحة على ما ذكره السيد الأستاذ^{عليه السلام} .

(١) هو محمّد بن الوليد البجلي .

(٢) مجهول .

الحسن هو علي بن الحسن بن فضال ، وسند الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال ، وإن كان ضعيفاً إلا أنه لا بأس به من الطريق الآخر^(١) ، قال : « سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة وأحب أن ينظر إليها ، قال عليه السلام : تحتجز ثم لتقعد وليدخل فلينظر ، قال قلت : تقوم حتى ينظر

(١) ذكر السيد الأستاذ رحمته الله في عدة موارد أن طريق الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال وإن كان ضعيفاً بعلي بن محمد بن الزبير ، إلا أن ضعفه غير مضر ، لأن للنجاشي إلى علي بن الحسن بن فضال طريقاً صحيحاً ليس فيه علي بن محمد بن الزبير [ذكر ذلك السيد الأستاذ رحمته الله على نحو الكبرى الكلية في ج ١ من معجم رجال الحديث صفحة ٧٨ وفي ج ٣٢ من موسوعة الإمام الخوئي صفحة ٢٣٦ على نحو الخصوص ، وكذا في غير ذلك كما في ج ٢٤ من الموسوعة صفحة ١٥٢ وج ٢٨ : ١٢٢ وج ٧ : ٧٠ وج ٢٠ : ١٧ ، ٣٥١ ، وج ٢١ : ٥٠ ، ٢٠١ ، ٤٧٩ ، وج ٢٢ : ٣٥٤ ، ٣٩٩ ، وج ٢٦ : ٢٤٥ وج ٢٧ : ١٦ وغيرها] وحيث إن شيخهما واحد ، وهو أحمد ابن عبد الواحد بن عبدون [في ج ٢٤ من موسوعة السيد الأستاذ صفحة ١٩٥ ما نصه : « وحيث إن شيخهما واحد - وهو عبد الواحد بن عبدوس والكتاب المنقول عنه واحد... »] والصحيح : أحمد بن عبد الواحد بن عبدون ، بل عبد الواحد بن عبدوس مجهول وهو عبد الواحد بن عبدوس النيشابوري العطار الذي هو من مشايخ الصدوق المجهولين وليس من مشايخ النجاشي والشيخ ، وذكرنا ذلك بتفصيل أكثر في الواضح ٢ : ٤٣ فراجع ، فإن فيه أن هذا الطريق التفت إليه السيد الأستاذ رحمته الله لاحقاً وإلا ففي الأجزاء الأولية من الموسوعة كجزء ٤ : ٤٧٤ يطرح الرواية لضعف طريق الشيخ إلى علي بن الحسن بن فضال بابن الزبير . وكذا في بحث الموضوعات المستحبة] والكتاب الذي أعطاه ابن عبدون إلى الشيخ هو نفسه الذي أعطاه إلى النجاشي ، غاية الأمر أن الشيخ ذكر الطريق الضعيف والنجاشي ذكر الطريق الصحيح ، فوجود طريق صحيح للنجاشي إليه كاف في صحة ما يرويه الشيخ عن كتاب ابن فضال . وذكر السيد الأستاذ ذلك في ج ٢١ : ٢٠١ ، ٢٤٣ وج ٢٤ : ١٩٥ وج ٢٧ : ١٦ وتفصيل هذا المورد وغيره ذكرناه في الواضح ٢ : ٤٣ فراجع ، وكذا ذكرنا ذلك في عدة مواضع أخرى ، بل ذكرنا في الواضح ٢ : ٤٣ تاريخ هذا البحث .

إليها؟ قال **عَلِيٌّ**: نعم، قلت: فتمشي بين يديه؟ قال: ما أحب أن تفعل^(١) فقلوه **عَلِيٌّ** تحتجز يعني تجتمع ولا تنبسط بين يدي الرجل^(٢)، وهو **عَلِيٌّ** في مقام بيان الحكم الشرعي، فلو كان النظر إلى جميع البدن جائزاً لا حاجة للاحتجاز جزماً. فيستفاد منها أن عدم جواز النظر للبدن امرٌ مفروغ عنه، فعلى تقدير وجود اطلاق يستدل به على جواز النظر إلى جميع بدن المرأة تكون هذه الروايات مقيدة له^(٣).

(١) الوسائل ج ٢٠: ٩٠ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ١٠.

(٢) ضبطت في الوسائل بالراء المعجمة.

وفي لسان العرب: الحاجز الحائل بين شيئين.. والمحتجز الذي شد وسطه واحتجز بازاره شده على وسطه، وفي حديث ميمونة رضي الله عنها: «كان يباشر المرأة من نساءه وهي حائض إذا كانت محتجزة أي شادة مئزرها على العورة... إلى أن قال: وفي الحديث رأى رجلاً محتجزاً بحبل وهو محرم أي مشدود الوسط» مادة حجز وفي العين: والرجل يحتجز بازاره على وسطه. مادة حجز.

وفي القاموس احتجز اجتمع وقال أيضاً احتجز بالآزار شده على وسطه مادة حجز. وقال **المجلسي** تحتجز: أي تجمع ثيابها وأزارها أو تجلس مجتمعة.

وضبطت بالراء المهملة أيضاً في التهذيب أي تحتجز: ج ٧: ٤٤٨ باب ٤١ من أبواب الزيارات ح ٢ قال المجلسي أي تدخل حجرة.

وعليه فليس في المعبرة بناء على أن احتجز أي اجتمع أي دلالة على جواز نظر الرجل حتى إلى وجهها ومعاصمها فهي لا أنها مخصصة للاطلاقات بل معارضة لما دل على جواز النظر إلى وجهها وشعرها وكل ما يرفع الغبن عن الرجل. والترجيح مع الصحاح المجوزة كما هو واضح.

(٣) أقول: أولاً: هذا إنما هو بيان لتكليف المرأة التي يراد التزويج بها، وكلامنا في جواز النظر للزوج لمن يريد التزويج بها. فإنها هي لا يجب عليها اظهار نفسها له بلا كلام وهذا بلا كلام

فالظاهر هو اختصاص الحكم بهذه الموارد وعدم الشمول لغيرها من بدن المرأة فما اختاره الماتن وفقاً لصاحب الجواهر رَبِّهَا مشكل جداً، بل الظاهر عدم الجواز على أنه أحوط .
إلى هنا انتهى الكلام في المقام الثاني في هذه المسألة .

وأما الكلام في المقام الثالث : فظاهر كلام العلامة في الإرشاد اختصاص الحكم بالجواز بالوجه والكفين وعدم الجواز بالنسبة للشعر، لأنه ذكرهما دونه، ودون المحاسن^(١) . وأظهر منه في الاختصاص كلام شيخنا الأنصاري حيث إنه بعدما اختار الاختصاص بالوجه والكفين تعرض لوجه هذا الحكم، مع أنه يرى جواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها سواء أراد تزويجها أم لا^(٢) .

« جائز لها . والقول بجواز نظره إلى محاسنها سواء كانت هي الوجه والشعر أم غيرها من مفاتن بدنها لا يلزم وجوبه عليها فلها أن لا تكشف حتى عن وجهها وشعرها، ولها أيضاً حتى عدم الاحتجاز أو القيام الذي قد جَوِّز لها، فإن معنى تحتجز أي لها أن تحتجز، وقوله وتقوم قال نعم: أي لها أن تقوم، لا أنه يجب عليها أن تقوم . والمقصود أنه قد جَوِّز لها لا أنه يجب عليها، فأى ملازمة بين ذلك وبين عدم جواز نظر الزوج لها . ولو قال عَلَيْهَا : لها أن لا تكشف حتى عن وجهها لما كان ذلك منافياً لجواز نظر الزوج إليها .

وثانياً : على فرض أنها دالة على عدم جواز نظر الرجل الذي يريد التزويج بها إلى ما ذكر من المحاسن ومفاتن البدن، فلا شك تكون معارضة لما دل على دوران الجواز مدار رفع الغيب، والترجيح مع الصحاح المعللة لموافقتها للسنة فأى مقيد هذا ؟!

على أن فيها : «وأحب أن ينظر إليها» الكاشف عن أنه يريد التزويج بها على كل حال، لا أن الزواج بها متوقف على النظر إليها واختيار حالها لأنه مستام يريد أن يشتريها بأغلى الثمن .
(١) إرشاد الأذهان ٢ : ٥ قال : «ويجوز النظر إلى وجه من يريد تزويجها وكفيها وتكراره من غير إذن» .

(٢) كتاب النكاح ٢٠ : ٣٩ - ٤١ تراث الشيخ الأعظم الأنصاري طبع المؤتمر العالمي قال «إن المتبادر من النظر إلى المرأة بحكم [العرف] هو النظر إلى الوجه واليدين... (إلى أن قال)

وهذا لا يعرف له وجه بعد وجود الرواية الصحيحة^(١) الدالة على الجواز بالنسبة للشعر والمحاسن^(٢).

والحاصل أن ملاحظة الأخبار - [الواردة] في المسألة - بالنظر الجليل وإن كانت تؤدي إلى الحكم بجواز النظر مطلقاً، إلا أن ملاحظتها بدقيق النظر لا تورث الجرأة على الخروج عما دل على حرمة النظر إلى الأجنبية» ثم قال: «بقي الكلام في أنه إذا قلنا في المسألة الآتية بجواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها وإن كانت ذات بعل فما الفرق بين من يراد تزويجها ومن لا يراد تزويجها؟ ويمكن الفرق بينهما مضافاً إلى أن النظر هنا غير مرجوح اتفاقاً، وفي المسألة الآتية مرجوح اتفاقاً كما يظهر من المسالك بأن النظر إلى من يريد تزويجها إنما هو لاختبارها وأنها حسنة خلقاً ولوناً تصلح لأن يزوجها ويعاشرها ويقضي بها شهوته بالنظر والملاعبة والمواقعة، أم لا؟ والنظر بهذا القصد لا يجوز فيمن لا يريد تزويجها...».

أقول: الأولى بالفرق على القول المذكور بل لعله المتعين أن يقال: إن النظر إلى من لا يريد التزويج بها إلى وجهها وكفيها إنما هو جائز لو لم يكن فيه شهوة، وأما النظر إلى وجه وكفي من يريد التزويج بها فهو جائز وإن حصلت فيه الشهوة، بل وتكراره لو لم يحصل به العلم بحالها، بل وإن كان يعلم أنه تحصل فيه الشهوة في الأولى والثانية، وليس ذلك جائزاً قطعاً وجزماً لو لم يرد التزويج بها، وإن كان النظر في الاثنين إنما هو إلى الوجه والكفين. نعم يشترط أن يكون النظر إلى من يريد التزويج بها لا بقصد التلذذ وإن علم بحصوله في الأثناء، وأما إذا كان بقصد التلذذ فلم يدل دليل على جوازه، وإنما دل الدليل لمن يريد المعرفة بحالها فقط، لا له إذا كان بقصد التلذذ أيضاً.

(١) تقدم أنها ضعيفة بالحكم بن مسكين وهي رواية عبدالله بن سنان.

(٢) معنى هذا الكلام: أنه هو جواب لما ذكره السيد الأستاذ رحمته، فإنه ذكر في رواية مسعدة بن صدقة التي فيها: «لا بأس أن ينظر الرجل إلى محاسن المرأة قبل أن يتزوجها...». وأن ذلك المضمون هو الموجود في صحيحة هشام بن سالم وحماد بن عثمان وحفص بن البختري عن

«أبي عبدالله عليه السلام قال: «لا بأس بأن ينظر إلى وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها» - فلا يضر ضعف رواية مسعدة بن صدقة - فإن ظاهر القيد فيها الاحتراز، وهو دال على عدم ثبوت الحكم للطبيعي وإلا لكان ذكر القيد لغواً. وما ذكرناه لا يتوقف على وجود المفهوم للقيد ليقال لا مفهوم له.

فإنه يقال للسيد الأستاذ عليه السلام هنا أيضاً: التقييد بالنظر إلى الوجه والمعاصم والشعر لا يعرف له وجه بعد وجود الرواية الصحيحة الدالة على جواز النظر إلى جميع بدن المرأة مع الثوب الرقيق على ما تدل عليه معتبرة يونس بن يعقوب، وإن لم تدل - فرضاً - على عدم جواز نظره إليها عارية - على أن المحاسن على ما فسره بها أهل اللغة - الذين هم المرجع في ذلك - بمحاسن بدن المرأة التي أمر الله بسترها لا موجب لتخصيصها بالبعض دون الباقي. وعلى فرض تخصيصها بالوجه والكفين والمعاصم والشعر فلا وجه لاضافة الرقبة والساق إليها، وقد اضافها إليها السيد الأستاذ عليه السلام بدعوى صدق المحاسن عليها. فتقييد المحاسن ببعضها لا وجه له.

قال السيد الأستاذ عليه السلام: «وعلى هذا فيفهم أن المراد بالمحاسن ليس أمراً يغاير المذكورات [وهي الوجه والكفين والشعر] وأن المراد بها هو ما يظهر حسن المرأة وجمالها، وحيث إن ذلك يحصل بالمذكورات فلا يبقى مجال للتعدي عنها، ولا بد من تفسير المحاسن المذكورة في الصحيحة بالمذكورات في باقي الصحاح. نعم، لا بأس بالنظر إلى الساق فإنه من المحاسن قطعاً، على أنه ورد النص في جواز النظر إليه عند شراء الأمة، فإذا جاز هناك جاز فيما نحن فيه بطريق أولى لأنه يشتريها بأعلى الثمن، ويضاف إليه المعاصم وهو منصوص، كما تضاف الرقبة لأنها من المواضع التي يطلب فيها حسن المرأة، فهي داخلة في المحاسن» موسوعة الإمام الخوئي ٣٢: ١٤. فإنه إذا كان المراد من المحاسن ليس هو أمراً مغايراً للمذكورات التي هي الوجه والكفين والشعر لأنها هي التي يظهر بها حسن المرأة وجمالها فلا مجال للتعدي إلى غيرها، فما هو الوجه للتعدي إلى الرقبة والساق لأنهما من الزينة؟! والنص الوارد في الساق دليل آخر لا يربطه بالدليل الأول الذي هو الزينة.

ولا يشترط أن يكون ذلك بإذنها ورضاها^(١). نعم، يشترط أن لا يكون بقصد التلذذ^(٢) وإن علم أنه يحصل بنظرها قهراً.

فالظاهر اختصاص الحكم بهذه الموارد وعدم الشمول لغيرها من بدن المرأة. فما اختاره الماتن وفاقاً لصاحب الجواهر^{رحمتهما} مشكل جداً، بل الظاهر عدم الجواز على أنه أحوط.

(١) لان جواز النظر إليها وعدمه حكم تعدي، وليس من حقوق المرأة، فإنه سبحانه حرّم النظر إلى الأجنبية، وهو لا يدور مدار رضاها، وهذا العموم خص بهذا المورد، وهو مورد التزويج، سواء أرضيت بهذا النظر أم لا^(٣).

(٢) وأما لو كان الداعي إلى النظر إليها هو التزويج بها لا التلذذ فلا مانع من التلذذ لو حصل قهراً، لأنه طبيعي إلا ما شذ وندر، وأما لو كان قاصداً للتلذذ من الأول، لا للاطلاع على محاسنها مقدمة للتزويج، كما لو فرضنا أنه عازم على التزويج بها على كل حال كانت جميلة أم لا، كان نظره إليها بقصد التلذذ حراماً جزماً، لأن الاستفادة من الروايات كون النظر مقدمة للتزويج، وأما لو لم يكن دخل للنظر فلا يجوز له أن ينظر، ويدخل في ذلك ما لو كان مطلعاً بحالها من قبل إما برؤية في صغرها أو بغير ذلك، كان نظره إليها بقصد التلذذ حراماً أيضاً لما عرفت^(٤).

❖ **والنتيجة** أنه مع ورود ما يدل على جواز النظر إلى غير الوجه والمعاصم لا وجه لتقييد جواز النظر لمن يريد التزويج بها بخصوص الوجه والمعاصم.

(١) هنا ذكر بعض: أن هناك شرطاً لا بدّ من ذكره: وهو لا بدّ وأن يحتمل مريد التزويج من امرأة الرضا من المرأة بزواجه منها وأما إذا قطع بأنها لا ترضى بزواجه منها فلا يجوز له النظر إليها بمجرد ارادته هو الزواج منها لأنه سوف يقطع بعدم الشراء فلا يأتي التعليل: يريد شراءها بأعلى الثمن.

وفيه: أن هذا الشرط ذكره الماتن^{رحمتهما} فيما يأتي بقوله: وأن يحتمل اختيارها. وأما تفسير يحتمل اختيارها أنه هو يحتمل أن يختار الزواج منها، فهذا أفضح، لأن موضوع البحث هو: هل يجوز النظر إلى امرأة يريد التزويج بها؟! فما معنى أنه لا بدّ وأن يحتمل أنه يختار الزواج منها؟! فإن الموضوع يريد التزويج بها.

(٢) وأما لو كان النظر للاثنتين معاً - أي للاطلاع على حالها وللتلذذ أيضاً - فلم يتعرض له

ويجوز تكرار النظر إذا لم يحصل الغرض - وهو الاطلاع على حالها - بالنظر الأول^(١) ويشترط أيضاً أن لا يكون مسبقاً بحالها ، وأن يحتمل اختيارها ، وإلا فلا يجوز^(٢) .

(١) ثم إنه لا يعتبر أن يكون النظر الجائز واحداً ، بل يجوز تكرار النظر لو لم ينكشف له الحال بالنظر الأول تماماً ، كما لو كانت ظلمة أو نحو ذلك ، فإنه يجوز تكرار النظر لإطلاق الروايات . وأما لو اطلع على حالها بالنظر الأول فلا يجوز تكرار النظر بلا كلام ، لعدم الدليل على جواز النظر في هذه الصورة .

(٢) اشتراط أن لا يكون مسبقاً بحالها تقدم ، ودليل الجواز إنما هو للاطلاع على حالها فالمأخوذ فيه عدم كونه مطلعاً على حالها ويريد أن يتزوج بها المعبر عنه بأنه يريد أن يشتريها بأعلى الثمن ، وهو واضح .

وأما اعتبار احتمال اختيارها فايضاً واضح ، لأنه لو علم أنه لا يمكن التزويج بها ، أو هي لا تختار الزواج ، فلا يجوز النظر جزماً ، لأن قصد التزويج إنما يتحقق لو كانت المرأة في معرض الزواج ، وإلا فليس له إلا الرغبة والميل لزواجها ، وأما أنه يريد زواجها فلا ، لأنها لا تتحقق الإرادة لأمر غير ممكن ، بخلاف الميل والرغبة^(٣) .

❦ الماتن ولا السيد الأستاذ رحمتهما .

والظاهر أنه لا يجوز أيضاً ، إذ إن ما دل على الجواز إنما كان لأجل الاطلاع على حالها فقط ، فالنظر لأجله ولأجل الالتذاذ لا دليل على جوازه ، وأما لو كان قصده الاطلاع فالنظر جائز ، والذي أجاز النظر أجازته مع ما لا ينفك عنه غالباً عادة من حصول الالتذاذ به ، فالجواز هنا لا يستلزم الجواز فيما إذا كان قاصداً الاثنين معاً ، ولا دليل على الجواز لو قصدهما معاً . فلا يجوز النظر حينئذٍ .

(١) وعليه فالمراد من احتمال اختيارها : احتمال اختيارها هي الزواج منه بأن كان ممكناً أولاً : لا أنه يريد زواج بنت الملك أو الرئيس أو نحوهما وهو رجل عادي أو أقل من العادي الذي عادة لا إمكان لأن تتزوجه - وثانياً : أن يحتمل أنه يمكن أن تختار الزواج منه لا أنه لا احتمال لاختيارها الزواج منه بالمرّة لا أن المراد باحتمال اختيارها : أنه هو يحتمل أن يختار الزواج

ثم إنه كان على الماتن رحمته أن يذكر في ضمن ما يعتبر في جواز النظر أن لا تكون المرأة محرّمة النكاح عليه حرمة عرضية قابلة للزوال ، فإنها لو كانت محرّمة بالعرض بنحو يمكن أن يرتفع المانع فيريد تزويجها بعد زوال المانع فهل يجوز له أن ينظر إليها مع عدم جواز النكاح بها فعلاً ، كالخامسة التي يريد تزويجها بعد موت الرابعة^(١) ، وكذا ذات البعل ، والتي في العدة ، أو

٥ منها ، لأن الكلام في جواز نظر الرجل إلى امرأة يريد الزواج منها وهو صريح في أنه هو يريد الزواج منها فجملة (أن يحتمل اختيارها) لا يمكن أن ترجع إليه ولا بد وأن تكون راجعة إليها .

فالقول بأن الذي يصل إليه النظر أنه يستفاد من جملة «أن يحتمل اختيارها» شيان : الأول : أن يحتمل من نفسه أنه يختار زواجها . الثاني : ان يحتمل أن يتحقق زواجها منه بأن توافق البنت وأهلها كأبيها ونحوه . فيحتمل أن تختار هي الزواج منه أيضاً ، لأن اختار الزوجة لا بد وإن يكون ممكناً ومقدوراً من ناحية الزوج والزوجة» تقريرات درس السيد الزنجاني رقم ١٧ كتاب النكاح ج ١ : ٨٠ .

غير صحيح ، لأن موضوع المسألة هذه وهي جواز النظر إلى امرأة يريد الزواج منها فإرادة الزواج منها هو موضوع هذه المسألة فما معنى أن يكون المراد من قوله «أن يحتمل اختيارها» راجعاً إلى الرجل والمرأة؟! فإن احتمال الشراء غير إرادة الشراء والمأخوذ في جواز النظر هو : أنه يريد أن يشتريها بأعلى الثمن لا احتمال أن يشتريها بأعلى الثمن فإرادة الزواج أولاً هو موضوع جواز النظر . وثانياً هو بمفرده لا يكفي إلا أن ينضم إليه احتمال اختيار المرأة الزواج منه . ولذا ذكر الماتن رحمته «وأن يحتمل اختيارها» وإلا فمجرد ارادة الزواج بها مع القطع بأن المرأة لا تختاره غير مجوز للنظر قطعاً لأنه مقدمة للتزويج فمع القطع بعدمه لا معنى لجواز مقدمته ، ومن ذلك يعلم أن الماتن والأصحاب قدس الله أسرارهم ذكروا هذا الشرط ومنهم الشيخ صاحب الجواهر ٢٩ : ٦٥ لا أنهم لم يذكروه .

(١) من الواضح أن قول السيد الأستاذ رحمته كالخامسة إنما هو مثال لما إذا كانت المرأة محرمة عليه

أخت الزوجة التي يريد أن يطلق أختها ويتزوجها ، أو لا ؟
 والظاهر عدم الجواز ، لانصراف الروايات عن ذلك ، لأنه قال عليه السلام : «إنما يشتريها باغلى الثمن» ، الظاهر أنه في مقام الزواج فعلاً ، ففي زمان النظر لو كانت المرأة لا يجوز تزويجها لا يجوز النظر إليها ، وإن كان بقصد تزويجها فيما بعد .
 وهل إن بنت الزوجة غير المدخول بها كذلك أو لا ، فيما لو أراد أن يتزوج بابنتها ، حيث يجوز له ذلك ، فهل يجوز النظر أو لا ؟
 جواز النظر هنا وعدمه مبني ^(١) على جواز التزويج بالبنت حين كون الأم زوجة له بالفعل وعدمه .

﴿ لحرمة عارضة والخامسة إنما هي محرمة بحرمة عارضة فيما إذا كان الزواج بها دائماً لا منقطعاً فإن الزواج منقطعاً ليس محرماً عليه لحرمة عارضة فالمراد من الخامسة هنا هي التي يتزوج بها زوجاً دائماً لا منقطعاً .
 (١) قد يقال : إن جواز النظر إلى بنت الزوجة إنما هو حادث بالزواج بأُمها وإن لم يدخل بالأُم فأى مقتض لهذا البحث فإنه يجوز لزواج الأم سواء دخل بالأُم أم لم يدخل النظر إلى بنتها ، فإذا كان يجوز له النظر إلى بنتها فأى معنى لبحث أنه هل يجوز لزواج الأم أن ينظر إلى بنت الزوجة لو أراد الزواج بها . نعم لو قلنا إن جواز نظر زوج الأم - قبل أن يدخل بالأُم - إلى بنت زوجته حرام وإنما يكون حلالاً بعد الدخول بالأُم فللبحث المذكور معنى ، وما قاله السيد الخوئي رحمته الله من جواز التزويج ببنت غير المدخول بها وأن لم يخرج الأم عن حباله صحيح ومستفاد من الآية القرآنية إلا أنه لا معنى للبحث المذكور لجواز النظر قبل إرادة التزويج .

أقول : أولاً : جواز النظر الذي يكون بالنسبة إلى التي يريد التزويج بها غير جواز النظر إلى بنت الزوجة قبل أن يدخل بأُمها ، إذ المفروض بلا إشكال جواز النظر إلى بنت الزوجة قبل أن يدخل بأُمها ، إلا أن جواز النظر إليها مقيد بعدم حصول التلذذ الشهوي ، في حال أنه إذا أراد التزويج بها فالنظر جائز وأن حصل التلذذ الشهوي ، نعم يشترط أن لا يكون بقصد التلذذ الشهوي والمفروض أن زوج الأم لم ينظر بقصد التلذذ لكنه يعلم أنه إذا نظر إليها يحصل له التلذذ الشهوي فإنه إذا لم يكن يريد التزويج بها لا يجوز له هذا النظر وإن كان يريد التزويج بها

والذي يظهر من كلمات المشهور من أصحابنا - بل صرح به بعضهم - أنه لا يجوز التزويج بالبت ما دامت الأم في حباله وزوجة له بالفعل ، نعم لو طلقها وزالت الزوجية بعد ذلك يجوز الزواج بالبت^(١) .

❦ فيجوز له هذا النظر .

وثانياً : لو نظر لا بقصد التلذذ وحصل التلذذ أثناء النظر فإن لم يكن يريد التزويج بها حرم له ادامة النظر ، ولو كان يريد التزويج بها لا يحرم عليه ادامة النظر لو لم يتم بالنظر المذكور الاطلاع على حالها .

وثالثاً : يجوز له تكراره لو لم يحصل المراد من النظر وهو الاطلاع على حالها ولو كان ذلك مع النظر الشهوي المتلذذ به مع عدم قصده التلذذ بخلاف ما إذا لم يرد التزويج فإنه لا يجوز له أصل النظر مع التلذذ الشهوي فكيف بتكراره .

وعليه : فالبحث غير متوقف على حرمة النظر إلى الربيبة قبل الدخول بالأم ، حتى يقال لا معنى للبحث لأن النظر إلى البنت جائز قبل الدخول بالأم .

ثم إن القول بأن ما يقوله السيد الخوئي صحيح ومستفاد من الآية المباركة سيأتي ما فيه . وأن الذي هو مستفاد من الآية المباركة جواز التزويج بالبت ما لم يدخل بالأم وهو متوقف على إخراج الأم عن حباله لثلا يتحقق الجمع بينهما الذي هو الرتبة السابقة على خروج الأم عن زوجية الزوج الذي لم يدخل بها . في حين أن هذا الجمع لا يتحقق لو كانت الأم خارجة عن حباله قبل الزواج بالبت فإنه وإن كان كان التقدم تقدماً رتيباً إلا أن الأصحاب رتيباً الأحكام الشرعية عليه . وسيأتي مزيد توضيح لذلك .

(١) **ففي الجواهر** : «ولم تحرم بنت الزوجة عيناً وإنما تحرم جمعاً وحينئذٍ فلو فارقها أي الأم جاز نكاح بنتها إجماعاً لنص الكتاب» الجواهر ٢٩ : ٣٥٠ ، وكذا في الشرائع ٢ : ٥١٤ ، والمختصر النافع : ١٧٦ ، وكشف الرموز ٢ : ١٢٩ ، والتنقيح الرائع ٣ : ٥٧ ، والمهذب البارع ٣ : ٣٤٨ (وفي عبارته اشتباه واضح) ونهاية المرام ١ : ١٣٤ ، ومسالك الأفهام إلى آيات

ولكن الظاهر أنه لا دليل على ذلك ، أما مسألة عدم جواز الجمع بين الأختين فدللت الآية والروايات على عدم جواز ذلك ، ومعنى ذلك أن التزويج بالأخت مع كون أختها زوجة له بالفعل غير جائز ، قال تعالى : ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾^(١) وبعنوان الجمع لم يرد في الأم والبنت لا في الآية المباركة ولا في الروايات^(٢) والوارد فيها حرمة تزويج البنت إذا كانت الأم مدخولاً بها ، كما أن أم الزوجة تحرم سواء أدخل بالزوجة أم لا على ما نظقت به الآية المباركة

❦ الأحكام ٣ : ٢٢٦ والحدائق ٢٣ : ٤٤٨ ، والشرح الصغير ٢ : ٣٣١ والرياض ١٠ : ١٠ ، وجامع المدارك ٤ : ٢٠٥ ، بل لم أجد من قال بالجواز قبل طلاق الأم كما سيأتي مواضع ذكر الأصحاب لهذه المسألة .

(١) النساء ٤ : ٢٣ .

(٢) قد يقال : إن صحيحة مسعدة بن زياد دالة على حرمة الجمع ، قال «قال أبو عبدالله عليه السلام : يحرم من الإماء عشر: لا يجمع بين الأم والبنت ولا بين الأختين...» الوسائل : ج ٢١ باب ١٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١ . ولكن الظاهر منها حرمة الجمع في الوطاء ، لا في العقد ولا في الملك ونحو ذلك .

وإنما نقول لم يرد أي دليل بعنوان حرمة الجمع ، لأن حرمة الجمع تقتضي عدم جواز وعدم صحة زواجهما والجمع بينهما بالزواج مطلقاً لا في الزمان فقط ، فإن مقتضى حرمة الجمع بين الأختين أنه لو كانت إحدهما هي زوجة فالعقد على الثانية وبمجردة يقع باطلاً لحرمة الجمع مطلقاً لا في الزمان فقط ، لأن الالتزام بصحة عقد الثانية لازمه جواز وطئها وهو غير جائز جزماً ، ولذا استدلل بالآية المباركة ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوا بَيْنَ الْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ على بطلان عقد الثانية في المسألة ٤٢ [٣٧٧٨] موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ٣٣٩ بينما لم يرد دليل على حرمة الجمع في تزويج الأم والبنت ، وإنما تحرم الأم من جهة أنها أم الزوجة ، وهي إنما تكون في زمان واحد ، ففي زمان واحد لا يمكن أن تكون الأم زوجة والبنت زوجة ، وهو غير محقق في المقام ، لأن بمجرد أن تصبح البنت زوجة تزول زوجية الأم لأنها تصبح محرمة باعتبار أنها أم الزوجة .

﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَائِكُمْ وَرَبَائِبُكُمُ اللَّائِي فِي حُجُورِكُمْ مِنْ نِسَائِكُمُ اللَّائِي دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَإِنْ لَمْ تَكُونُوا دَخَلْتُمْ بِهِنَّ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ... وَأَحِلُّ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾^(١) فمعنى ذلك أن أم البنت لو كانت زوجة ولم يدخل بها فالبنت محللة وغير مشروط ذلك بطلاق الأم^(٢)، فيجوز تزويج بنت الزوجة غير المدخول بها لأنه داخل في ﴿مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ بعدما لم يكن لنا دليل على حرمة الجمع^(٣). ونتيجة ذلك: أنه لو تزوج بالبنت يفسخ نكاح أمها وتحرم لأنها تصبح أم الزوجة، وهي محرمة أبداً على الزوج. فالظاهر بمقتضى الآية أنه لا مانع من التزويج بالبنت لو كانت الأم زوجة، إلا أن الزوجيتين لا تجتمعان في زمان واحد، فلو أصبحت البنت زوجة تحرم عليه أمها فيفسخ نكاحها.

(١) النساء ٤: ٢٣ - ٢٤.

(٢) قوله: «فمعنى ذلك أن أم البنت لو كانت زوجة ولم يدخل بها فالبنت محللة» معناه أنه ليست البنت حينئذٍ محرمة أبدية عليه، وأما أنه غير مشروط ذلك بطلاق الأم فلا يستفاد من ذلك وسيأتي زيادة توضيح في الهامش الآتي.

(٣) ليس معنى دخولها فيما وراء ذلك هو ما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله بل معنى ذلك أن الأم إذا دخل بها فتكون البنت محرمة أبدية على الزوج، وأما لو لم يدخل بها فلا تكون البنت محرمة أبدية على الزوج، ويكون الزواج بها جائزاً، وأما أنه ليس في الزواج بها أي شرط فلا، ولا يستفاد ذلك من الآية المباركة، فمثلاً: المحرمات أبداً على الإنسان المذكورة في الكتاب الكريم والكتب الفقهية، ولم يعد منها ذات البعل، فإذا قيل لرجل هذه ذات البعل ليست محرمة عليك أبداً فهل أن معناه جواز التزويج بها حتى لو لم تخرج عن عصمة زوجها وعن عدتها؟ طبعاً لا، فكذا في المقام لا جناح من التزويج ببنت الزوجة غير المدخول بها ليس معناه أنها حتى لو لم تخرج أمها عن عصمته. مضافاً إلى أن ذلك يستلزم الجمع بين الزوجتين زوجية لام وزوجية البنت، ولذا قال الفقهاء: لو لم يدخل بالأم فلا تحرم البنت عيناً وإنما تحرم جمعاً لوضع الجمع لو لم تخرج الأم عن الزوجية، ويمكنك مراجعة كلمات الفقهاء الآتي إخراج مصادرها قريباً.

وربما يتوهم - أن زوال زوجية الأم إنما هو في مرتبة متأخرة عن زوجية البنت لأنه معلول له - فإنه إذا كانت البنت زوجة فتحرم عليه أمها - فحرمه الأم وزوال زوجيتها يكون في مرتبة متأخرة عن زوجية البنت ، لأنهما من قبيل العلة والمعلول ، والعلة سابقة على المعلول ، ففي مرتبة سابقة على زوال الزوجية وحرمة الأم كانت الأم زوجة والبنت زوجة أيضاً ، وكيف تجتمع زوجية الأم وزوجية البنت ؟ ! فمن هذا نستكشف أن البنت لا تكون زوجة ما دامت الأم زوجة^(١) .

إلا أن هذا التوهم فاسد ، لما ذكرنا من أن الأحكام الشرعية لا تدور مدار الرتب ، وإنما تدور مدار الزمان ، ففي زمان واحد لا يمكن أن تكون الأم زوجة والبنت زوجة ، لأن أم الزوجة محرمة أبداً على الزوج ، وهنا لا تجتمع الزوجيتان في الزمان ، فانه في زمان تحقق زوجية البنت تزول زوجية الأم لأنها تصبح محرمة أبداً . فالسبق واللحوق في الرتبة إنما يناسبان الفلسفة لا الفقه . إذن الظاهر بالنظر للآية والروايات جواز التزويج بالبنت مع كون الأم زوجة بالفعل ، وبتزويج البنت يبطل نكاح الأم فتصبح محرمة أبداً ، فإذا بنينا على جواز التزويج بالبنت - وان كان هذا خلاف المشهور جداً^(٢) يجوز النظر إليها لا شك ، إلا أن المصنف لم يتعرض لذلك .

(١) فيقع عقد البنت باطلاً إلا أن يكون عقدها بعد طلاق الأم وبمجردة ، لأن المفروض عدم الدخول بها .

(٢) أقول : إذا كان هذا الزواج ليس فيه جمعاً بين الزوجيتين لأن التقدم الرتبي إنما يناسب الفلسفة لا الفقه ، فلماذا القول بأنه لا دليل لنا على حرمة الجمع بين الأم غير المدخول بها وبنتها ، بخلاف الأختين ، فإنه دلت الآية والروايات على عدم جواز الجمع بينهما ، فإنه حتى لو ورد عندنا آية وروايات دالة على حرمة الجمع بين الأم غير المدخول وبنتها كذلك لا أثر لهذا الدليل المانع من حرمة ذلك . لأنه لا جمع والتقدم الرتبي لا يقتضي الجمع بينهما ؟ ! أي فرق بين ورود الدليل على المنع وعدم وروده في المقام ؟ ! والجمع في الزمان المفروض فيه أنه غير متحقق ، لأنه بالزواج بالبنت تزول زوجية الأم لأنها تصبح محرمة أبداً ، لأنها تصبح أم

٥ الزوجة .

ولكن الظاهر منه عليه السلام أنه لو كان عندنا دليل على حرمة الجمع بين الأم غير المدخول بها وال بنت لما ذهب السيد الأستاذ عليه السلام إلى صحة تزويج البنت قبل التحلل من الأم غير المدخول بها بالطلاق ، بل ولما قال أنه لا جمع بينهما .

وذلك لأنّ التقدم الرتبي في كثير من الأمور في الفقه موجود ، وقد رتب الأصحاب عليه الأثر كما في الأصل السببي والمسببي - وغيره - . وممن رتب عليه الأثر نفس السيد الأستاذ عليه السلام ، وذلك دال على الاجتماع في الزمان فإنه قال في بحث القضاء في فصل في الاختلاف في العقود في موسوعته تعليقاً على مسألة «اختلاف الزوج في دوام العقد أو انقطاعه» : أن الظاهر أن القول قول مدعي الانقطاع : وذلك لأن الزوجية إنما تثبت باعتبار الزوجين وإنشائهما ، والقدر المتيقن إنما هو اعتبار الزوجية فيما اتفقا عليه ، وأما الزائد عليه فاعتباره مشكوك فيه فلاصل عدمه .

وقد يتخيل : أن مقتضى الاستصحاب ثبوت الزوجية الدائمة ، فعلى من يدعي خلاف ذلك الاثبات بالبينة .

لكنه يندفع : بأن أصالة عدم اعتبار الزوجية الدائمة ترفع هذا الشك وبها يحرز عدم الزوجية في الزائد على المقدار المتفق عليه .

ولو تنزلنا وفرضنا أن الاستصحابين متعارضان فالأمر كذلك أيضاً . . . « موسوعة الإمام الخوئي ٧١-٧٢ . والمتخيل أن مقتضى الاستصحاب ثبوت الزوجية الدائمة هو السيد اليزدي عليه السلام في ملحقات العروة ج ٦ : ٦٧٥ المسألة ١٤ وذكر السيد الأستاذ عليه السلام ذلك أيضاً بنحو مفصل وبنحو أكثر بياناً وتوضيحاً في كتاب القضاء والشهادات الذي قرناه نحن ١ : ١٨٥ ١٨٧ حيث قال ما نصه : [أولاً بالنسبة إلى المسألة التي هي محل البحث هناك أي في الاختلاف في العقود وهي مسألة ٦٢] «إذا اختلف الزوج والزوجة في العقد بأن ادعى الزوج الانقطاع وادعت الزوجة الدوام أو بالعكس ، فالظاهر أن القول قول مدعي الانقطاع . . . » ثم شرع السيد الأستاذ في شرحها فقال ما نصه [ذكر السيد عليه السلام في ملحقات العروة [ج ٦ : ٦٧٥ مسألة ١٤ طبع مؤسسة النشر الإسلامي

﴿ التابعة لجماعة المدرسين بقم المشرفة ﴾ أن القول قول مدعي الدوام ، بل الظاهر من كلامه أنه هو المشهور والمعروف بين الفقهاء .

[ثم قال ﷺ] أقول : الدليل على ذلك أحد أمرين :

الأول : الاستصحاب ، فإن الزوجية ثابتة في زمان يقيناً ويشك في انتضاءها وعدمه ، ومقتضى الاستصحاب الحكم بها .

ولكن جريان الاستصحاب في المقام مبني على جريانه في الشبهات الحكمية ، ومختارنا فيه عدم الجريان .

وتفصيل ذلك : أن الحكم إذا كان ثابتاً في زمان وشك في بقاءه بعد ذلك الزمان وعدمه ، كما لو علم بحرمة وطء الحائض ما دامت حائضاً ، وبعد انقطاع الدم يشك في بقاء الحرمة ما لم تغتسل ، لأنه لم يعلم أن موجب الحرمة هل هو حدث الحيض أو نفس الحيض ، فإن كان نفس الحيض فقد انقضت فيجوز الوطء وإن لم تغتسل ، وإن كان حدث الحيض فهو باق ما لم تغتسل فلا يجوز الوطء ، فهل يمكن التمسك بالاستصحاب والحكم بالحرمة - حرمة الوطء - قبل أن تغتسل أم لا ؟ فيه كلام طويل ذكرناه في الأصول .

والمعروف بينهم جريان الاستصحاب ، للعلم بالحرمة خارجاً والشك في ارتفاعها ، فيجري الاستصحاب لتمامية أركانه ، وقد أصر شيخنا الأنصاري على ذلك .

ولكن ذكرنا في محله [موسوعة الإمام الخوئي ج ٤٨ : ٤٣ و ج ٣٨ : ٤٦-٤٧ و ص ١٥٩ و ج ١٣ : ٢٥٢ و ج ٢ : ٢٩ و ج ٢٩ : ٤١٤ وغيرها] أن بقاء الحرمة وعدم بقائها ناشئ من الشك في مقدار الجعل ، فإنه لا نعلم أن مقدار جعل الحرمة للوطء - الراجع للعدم الأزلي - أي مقدار هو من الأول ، هل هو بمقدار زمن الحيض أو بمقدار زمن نفس الحدث [حدث الحيض] فإن كان الشك في مقدار المجعول من الأول ، فالأصل عدم جعل الحرمة بعد زمان الحيض وقبل الاغتسال ، فإذا كان الاستصحاب جازياً ، بالنسبة إلى الجعل لا يبقى مجال لاستصحاب الحرمة ، لأن الحرمة على ذلك لم تكن مجعولة من الأول ، فلا شك في بقائها ، ومع التنزل وفرض بقاء الشك أيضاً ، فالاستصحابان يسقطان بالمعارضة ، وتصل النوبة إلى البراءة .

« وعين هذه الكبرى تجري في المقام فإنه إذا شك في أن مقدار الزوجية المنشأة للزوجين هل هي مدة سنة أو إلى الأبد، فبالنسبة لمقدار السنة معلوم، والزائد مشكوك من الأول، أي أن الشك من الأول في أن الزوجين هل اعتباراً ذلك أو لا، فالأصل عدم الاعتبار وعدم إنشاء الزوجية بعد هذه المدة، فيكون هذا الاستصحاب حاكماً على استصحاب الحرمة أو الزوجية لأنه رافع للشك، ومع فرض أنه غير رافع فيتعارضان ويتساقطان ويرجع إلى أصالة البراءة» وهذا الكلام منه عليه السلام الذي فيه تقديم الأصل السببي على الأصل المسببي وإنما هو للتقدم الرتبي، ورتب عليه الأثر وحكم الأجله بأن الاستصحاب في الأصل السببي حاكم على الاستصحاب في الأصل المسببي، ومعنى ذلك اجتماع الاستصحابين في الزمان ولو كان أحدهما مقدماً على الآخر رتبة ورتب عليه الأثر، ولذا كان أحدهما حاكماً على الآخر ومع عدم الحكومة فهما متعارضان أي مجتمعان في الزمان، وإلا كيف يتعارضان لو لم يكونا مجتمعين في الزمان، فكذا في المقام تجتمع الزوجيتان وإن كانت زوجية الأم مقدمة رتبة على زوجة البنت فمقتضى زوجية الأم عدم صحة زوجية البنت وهو الأثر الذي لا بد وأن يترتب، فأى معنى للقول بأن التقدم الرتبي إنما يجري في الفلسفة لا في الفقه. وكذا في بحث كون الأمر بالشيء هل يقتضي النهي عن ضده الخاص، أو أن كلا الضدين في رتبة واحدة ولا عليّة في البين أصلاً وكذا غير ذلك من الموارد.

ثم إن الذي يظهر من الفقهاء لا أن المشهور قد ذهبوا إلى عدم جواز ذلك، بل لم أجد بعد الفحص من يقول بالجواز ليكون القول الذي ذهب إليه السيد الأستاذ عليه السلام قولاً خلاف المشهور. ففي الجواهر: «ولو تجرّد العقد عن الوطاء حرمت الزوجة على أبيه... ولم تحرم بنت الزوجة عيناً [في نسخة الشرائع بعدها إضافة على الزوج] بل إنما تحرم جمعاً وحينئذ فلو فارقتها أي الأم قبل الدخول جاز له نكاح بنتها إجمالاً لنص الكتاب» الجواهر ٢٩: ٣٥٠ وكذا في الرياض ١١: ١٧٩، والمبسوط ٣: ٤٣٣، والنهاية ٢: ٢٩٠، والشرائع ٢: ٣٣٦، والتحرير ٣: ٤٦٠، والقواعد ٣: ٣٤، والتذكرة ٢٤: ١٤٩، والتبصرة: ١٧٤، والارشاد ٢: ٢١، والمختلف ٧: ٥٥، والروضة ٥: ١٧٧، ونهاية المرام ١: ١٣٤، والمهذب البارع ٣: ٢٤٨ -

ولا فرق بين أن يكون قاصداً لتزويجها بالخصوص ، أو كان قاصداً لمطلق التزويج وكان بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختبار^(١) ، وإن كان الأحوط الاقتصار على الأول .

(١) ثم ذكر الماتن رحمته ^(١) أنه لا يعتبر في جواز النظر قصد الزواج بامرأة مخصوصة ، بل لو أراد أن يتزوج بامرأة أياً ما كانت في ضمن نساء كثيرة فيجوز النظر لكل واحدة منهن ليختار ما هو الأفضل والأجمل من الجميع ، وكأنه لإطلاق الروايات الدالة على جواز النظر إلى من يجوز تزويجها ، ولا اختصاص لهذه الروايات بمن يريد التزويج بامرأة خاصة^(٢) . نعم الأحوط استحباباً

٢٤٩ (وإن كان في عبارته اشتباه واضح) والمستند ١٦ : ٣٠٨ ، وجامع المقاصد ١٢ : ٢٩٩ ، والمهذب لابن البراج ج ٢ : ١٨٣ ، والوسيلة : ٢٩٢ ، والمسالك ٧ : ٢٨٣ ، والسرائر ٣ : ٥٣١ وفي طبعة الروضة الحيدرية ١١ : ٢١٨ ، والحدائق ٢٣ : ٤٤٨ ، والمستمسك ١٤ : ١١٢ (طبعة بيروت) ، وكتاب النكاح تراث الشيخ الأنصاري ج ٢٠ : ٣٧٩ . وابن أبي عقيل حسبما نقله عنه العلامة في المختلف ٧ : ٢٧ .

وأما في الغنية لابن زهرة فقال : «من يحرم العقد عليهن على ضربين : أحدهما : يحرم على كل حال وعدّ منها بنت الزوجة المدخول بها ، والثاني : يحرم في حال دون حال» ولم يعد من الثاني بنت المرأة المعقود عليها التي لم يدخل بها ، فهل هو حاكم أيضاً بعدم الحرمة في العقد على البنت وإن لم يتحلل من أمها بالطلاق وأنه يراه جائزاً أو لا ؟ ليس في كلامه دلالة على الجواز وعدم الحرمة بل عبارته ساكتة عنه ، أو على الأرجح أنه لم يلتفت إلى ذلك . نعم قد يكون في كلامه اشعار به ، والاشعار لا أثر له .

وبالنتيجة : لم نجد من يصرح أو يذهب إلى القول بجواز العقد على البنت . قبل أن يتحلل من الأم بالطلاق ، أو نحوه من فسخ مثلاً .

فما ذهب إليه المشهور بل المجمع عليه ظاهراً : من عدم صحة زوجية بنت الزوجة غير المدخول بها إلا بعد التحلل من أمها بطلاق أو فسخ أو نحوهما . هو الصحيح .

(١) وفاقاً للشيخ صاحب الجواهر ٢٩ : ٦٥ .

(٢) بل صرح بذلك في مهذب الأحكام ٢٤ : ٣٤ . قال تعليقاً على قول الماتن رحمته : «ولا فرق بين أن يكون قاصداً لتزويجها بالخصوص أو كان قاصداً لمطلق التزويج» ما نصه : «لظهور الإطلاق

أن يكون لخصوص ما إذا كان قاصداً تزويجها بالخصوص .
 وهذا مما لا يمكن المساعدة عليه مطلقاً، إذ لا اطلاق في الروايات دال على ذلك ، فإن
 الظاهر من الروايات أن جواز النظر إلى امرأة مترتب على إرادة التزويج بها ، فبما أنه يريد
 التزويج بها فيريد النظر إليها والاطلاع عليها ، فلا بدّ وأن تكون إرادة التزويج بها أي بالخصوص
 مفروغاً عنها خارجاً ، فإنه قال **الإمام** : «الرجل يريد أن يتزوج المرأة»^(١) أو «لا بأس بأن ينظر إلى
 وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها»^(٢) . أو «في رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن
 يتزوجها»^(٣) ، فموضوع الحكم الذي لا بدّ من كونه مفروض الوجود في الخارج هو إرادة التزويج
 بامرأة بعينها . وأمّا من يريد التزويج بامرأة لا بعينها ، أي الكلي في ضمن افراد كاحدى بنات هذا
 البلد ، فالذي يريد التزويج به هو الكلي الجامع بين الأفراد وهو لا ينظر إلى الكلي ، والذي ينظر
 إليه الشخص . إذن فمن يريد التزويج بها ليس الفرد المنظور إليه ، فلا يكون هذا مورداً للرواية
 لعدم تحقق الموضوع الذي لا بدّ من كونه مفروض الوجود في الخارج ، بمعنى أنه إذا فرض

« الشامل للصورتين بلا محذور ومانع في البين» .

وقال في الجواهر : «بل الأولى الاقتصار على من يريد تزويجها خاصة فلا يكفي إرادة أصل
 التزويج في الجواز» الجواهر ٢٩ : ٦٥ فإن التعبير بالأولى دال على الجواز لو لم يرد التزويج بها
 خاصة وكان مريداً لأصل الزواج .

ولكن الروايات التي هي مستند الحكم لا اطلاق فيها وسيأتي نصها .

(١) أي المعهودة المعينة كما في صحيحة محمد بن مسلم الوسائل ج ٢٠ : ٨٧ باب ٣٦ من أبواب
 مقدمات النكاح ح ١ . ومعتبرة يونس بن يعقوب الوسائل ج ٢٠ : ٩٠ باب ٣٦ من أبواب
 مقدمات النكاح ح ١٠ .

(٢) يعني هي بالخصوص كما في معتبرة الفضلاء الوسائل ج ٢٠ : ٨٨ باب ٣٦ من أبواب
 مقدمات النكاح ح ٢ .

(٣) بالخصوص كما في معتبرة غياث بن إبراهيم الوسائل ج ٢٠ : ٨٩ باب ٣٦ من أبواب مقدمات
 النكاح ح ٢ ، ح ٨ .

وأيضاً لا فرق بين أن يمكن المعرفة بحالها بوجه آخر من توكيل امرأة تنظر إليها وتخبره أو لا^(١) وإن كان الأحوط الاقتصار على الثاني .

وجوده يكون موضوعاً لهذا الحكم ، وأما هذه المرأة فلم تتعلق ارادة التزويج بها ، بل تعلقت بالجامع بينها وبين غيرها ، فمن يريد تزويجها ليست هذه المرأة التي ينظر إليها ، ومن ينظر إليها ليست هي التي يريد تزويجها .

إذن الظاهر^(١) هو الاختصاص بما إذا أراد أن يتزوج امرأة معينة ، دون ما لو أراد أمراً كلياً جامعاً بين أفراد^(٢) .

(١) ثم إنه لا يعتبر في جواز النظر عدم تمكن الرجل من الاطلاع على حال المرأة ، فلو فرضنا أنه متمكن من معرفة حال المرأة من كونها حسنة وبهذا النحو من الحسن بواسطة من تصف له ذلك من النساء مثلاً ، مع ذلك يجوز له النظر أيضاً ، أولاً : لإطلاق الروايات من هذه الجهة^(٣) ،

(١) بل المقطوع به .

(٢) المنفي في كلام السيد الأستاذ^(٤) هو ما لو أراد مراراً كلياً جامعاً بين أفراد أي أن جواز النظر المذكور إنما هو فيما إذا أراد أن يتزوج امرأة معينة أو امرأتين معينتين أو أربعة نساء معينات زواجاً دائماً أو عشرأ معينات زواجاً منقطعاً فيجوز النظر لهنّ دون غيرهن . والمنفي ما لو أراد أن يتزوج امرأة غير معينة فإنه لا يجوز له النظر إلى عدّة نساء بقصد أن يختار واحدة منهن ، ولو كان المنظور إليهن اثنتين أو واحدة . فإن جواز النظر متفرع على ارادة الزواج بامرأة معينة أو بامرأتين معينتين أو أكثر أو أقل لا أن جواز النظر متفرع على ارادة التزويج بامرأة أو اثنتين أو أربع دائميات أو عشر غير دائميات لا بعينهن أي لا أن جواز النظر متفرع بارادة التزويج بالكلي كأحدى بنات هذا البلد ، فإنه لا دليل دال على جواز ذلك ، فالبحث هو الذي يدور على امرأة بعينها أو امرأة لا بعينها ليس إلا سواء كانت واحدة أو أربعاً دائميات أو عشرة غير دائميات ، فإن كن بعينهن جاز النظر وإن لم يكن بعينهن فلا يجوز النظر . فالتفريق الذي يفرقه السيد الأستاذ^(٥) ما إذا كان بعينها أو بعينهن ، أو لا بعينها أو لا بعينهن .

(٣) فإنه لم يقيد في الروايات الصحيحة جواز النظر بما إذا لم يمكن معرفة حال المرأة التي

﴿ يريد التزويج بها بما يمكن أن تصف له النساء منها ، بل دلت على الجواز سواء أمكن ذلك أم لا .

وقيل إشكالاً على السيد الأستاذ رحمته بما مضمونه : إن القول بأن الاطلاع بالنظر غير الاطلاع بالسمع ممن تصف له من النساء أوصاف المرأة المراد التزويج بها صحيح ولا شك فيه ، ولكن الاستدلال باطلاق الروايات الذي هو الدليل الآخر الذي استدل به السيد الخوئي رحمته لو فرض أن السماع كالمشاهدة ولا فرق بينهما أصلاً ليس صحيحاً ، إذ ليس للنظر أي أثر أكثر من السماع ، فلا يمكن للمتسكين بالتعليل (فانه يشتريها بأعلى الثمن) التمسك بالاطلاق ، لأنه يمكنه الاطلاع بالسمع الذي لا فرق فيه عن النظر قيد أنملة كما هو المفروض فلا يقع في الغبن فأى اطلاق حينئذٍ موجود يصح التمسك به لجواز نظره مع إمكان الاطلاع على حالها بالوصف الذي لا فرق فيه بينه وبين النظر كما هو المفروض . تقريرات درس السيد الزنجاني دام ظله كتاب النكاح ج ١ درس رقم ٢٤ ص ٥ .

أقول : إن صحيحة محمد بن مسلم ومعتبرة يونس بن يعقوب الدالتين على جواز النظر والمعللتين بأنه يشتريها بأعلى الثمن والتعليل وإن كان كاشفاً عن الحكم ليس تعدياً وتحصيماً محضاً لما دل على عدم جواز النظر ، بل إنما هو لأجل عدم الوقوع في الغبن ، إلا أنه مع ذلك لم يخص ذلك بما إذا لم يمكن معرفة حالها بالوصف من قبل امرأة أخرى ، مع إمكان ذلك ووجوده في المجتمعات البشرية ، سواء كان ذلك لأجل إمكان أن لا يكون الوصف كالنظر من جهة الاطلاع ، أم لجهة أخرى أي جهة كانت ولو كانت هي ارادة وقوع الزواج في الخارج بفتح الباب فيه ولو كان النظر الذي يقع في الخارج منه قد تصاحبه الشهوة ، والمأمورة فيه المرأة بتريق الثوب له شاهد على ذلك ، فالاستدلال بالاطلاق حينئذٍ في محله حتى في الصحاح المعللة بأنه يشتريها بأعلى الثمن ولا إشكال فيه .

هذا مضافاً إلى صحيحة الفضلاء المتقدمة الدالة على الجواز ، فانها مطلقة أيضاً ، ولم يقيد ذلك فيها بما إذا لم يمكن الوصف ، وليس فيها التعليل . فالنظر بمقتضى الاطلاق جائز وإن كان يمكن الاطلاع بوصف امرأة أخرى .

ولا يبعد جواز نظر المرأة أيضاً إلى الرجل الذي يريد تزويجها^(١) ولكن لا يترك الاحتياط بالترك .

وثانياً: لأن الاطلاع بالنظر أقوى من الاطلاع بالسمع ونحوه .

(١) ثم ذكر الماتن رحمته: أنه لا يبعد أن يكون هذا الحكم ثابتاً في حق المرأة أيضاً، فكما يجوز للرجل أن ينظر إلى المرأة التي يريد التزويج بها، كذلك بالنسبة للمرأة لو أراد أن يتزوج بها الرجل يجوز لها النظر إلى ذلك الرجل، ذكر ذلك واختاره الماتن وفقاً لشيخنا الأنصاري رحمته^(١) .

واستدل رحمته على ذلك بما ورد في الروايات من التعليل (إنما يريد أن يشتريها باغلى الثمن)، فقال رحمته: إنه لو كان هذا الحكم ثابتاً لأجل المال الذي يدفعه الزوج للزوجة فثبوته فيما لو كان المدفوع هو البضع بطريق أولى، لأن أهمية البضع أكثر من أهمية المال، على أن للرجل مخلصاً بالطلاق دون المرأة^(٢) .

وهذا الذي أفاده لا يمكن المساعدة عليه، لأننا ذكرنا أن معنى الشراء باغلى الثمن هو ذهاب ماله هدرًا لو اتضح أن المرأة على خلاف ما أراده، بان كانت فاقدة للشعر أو قبيحة، فماذا يصنع

❦ وكذا الكلام في رواية الحسن بن السري الثانية المعتبرة عند المستشكل، فإنها أيضاً مطلقة وليس معللة، فإنها عند المستشكل يصح التمسك باطلاقها، والحال إنها ليست معللة .

(١) قال رحمته: «ثم إنه هل يجوز للمرأة أن تنظر إلى من يريد التزويج بها أم لا؟ قولان، أقواهما: الأول كما صرح به... [في هامش المكاسب: ومحل النقض منخرم بمقدار كلمتين، ولعلهما: «العلامة رحمته انظر القواعد] لما يستفاد من التعليل في أخبار المسألة، فإن الرجل إذا جاز له النظر لثلا يضيع ماله الذي يعطيها على وجه الصداق وغيره، فلأن يجوز النظر للمرأة لثلا يضيع بضعها أولى، سيما مع أن للرجل مناصاً [أي مخلصاً] عن المرأة بالطلاق إذا لم يجدها على ما يريد بخلاف المرأة» تراث الشيخ الأعظم كتاب النكاح ٢٠: ٤٢ - ٤٣ طبع المؤتمر العالمي .

(٢) فإن للزوج أن يطلق ويخلص وأما المرأة فليس لها أن تطلق وتخلص، نعم لها البذل ليطلق الزوج ولكن قد لا تتمكن من البذل خصوصاً مع تعنت الزوج وطلبه لمقدار لا يعقل في الخلع فالقول تأييداً لدفع التعليل كما أن للزوج التخلص كذلك للمرأة التخلص غير صحيح .

والمحل غير قابل للفسخ ، وإذا طلق لابد وأن يعطي نصف المهر ، فيذهب ماله هدراً . وهذا كيف يتحقق بالنسبة للمرأة ، فانها تبذل بضعها بازاء المال الذي تأخذه ، فإذا فرضنا ان الزوج غير مرغوب فيه ليس لها غبن في المال أو في شيء آخر ، لأن زوجيتها بازاء المهر وقد وصل إليها . فما يفرض في طرف الزوج من ذهاب المال هدراً لا يتصور في طرف الزوجة ، فالتعدي من الرجل إلى المرأة مشكل جداً ، بل الظاهر عدم الجواز^(١) ، لعدم ثبوت التخصيص لما دلّ على عدم

(١) وافق السيد الأستاذ^{رحمته} في عدم الجواز الذي ذهب إليه الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} ، حيث إن صاحب الجواهر قال : «وربما ألحق بجواز نظره إليها جواز نظرها إليه على حسب نظره إليها لاشتركا في العلة ، بل ربما كانت فيها أتم باعتبار كون الطلاق بيده دونها ثم قال : «لكن فيه : أن العلة كونه مستاماً يأخذ بأغلى الثمن ، ولا ريب في عدم تحققه بالنسبة إليها ، وحينئذ فيشكل اللاحق المزبور بعد حرمة القياس عندنا [وهذا هو الوجه في احتياط الشيخ صاحب الجواهر وفي احتياط الماتن أيضاً احتياطاً وجوبياً بالترك وقال ولكن لا يترك الاحتياط بالترك] أي بترك نظرها إليه - لا أن وجه الاحتياط غير هذا - ووافق الماتن الذي بدوره وافق الشيخ صاحب الجواهر والسيد الأستاذ بل ترقى السيد الأستاذ من القول مشكل جداً إلى القول بان الظاهر عدم الجواز ، بدعوى أن العمومات محكمة كما سيأتي منه . اللهم إلا أن يقال : بإشعار التعليل بالألفة في بعض النصوص [والنص هو ضعيفة نقلها الشريف الرضي في المجازات النبوية أنه ^{عليه} قال للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة : لو نظرت إليها فإنه أحرى أن يودم بينكما ، الوسائل ج ٢٠ : ٩٠ باب ٣٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ١٣ المجازات النبوية : ٨١/١١٤ وكذا ضعاف أخرى] بذلك ، لكن في الاكتفاء بمثله عن الخروج عن مقتضى التحريم [الثابت عنده كما ذكره في الجواهر ٢٩ : ٨١] نظر أو منع ، كمنع جواز ذلك لغير مريد التزويج ولو ولياً ، لقصور الأدلة عن إخراجها عن مقتضى الحرمة ، بخلافه في شراء الأمة الشامل له ولغيره عدا الفضولي على الظاهر» الجواهر ٢٩ : ٦٨ .

أقول : لو كان عدم ذهاب مال الانسان هدراً هو المجوز للنظر ، فعدم ذهاب نفس الإنسان

«هدراً لا بدّ وأن يكون مجوزاً بطريق أولى ، فإن خصوصية المشتري في النكاح بلا كلام تختلف عنه في البيع ، فليس البضع في مقابل المال بلا دخل لصاحب المال أصلاً ، بل ربما لا نظر إلى المال ، بل يكون تمام النظر إلى الخصوصية التي تتوخاها وهي أن تعيش معه دهنراً؟ فكيف لا يذهب بضعها ونفسها وروحها هدراً لو كان على خلاف ما تريده ، بل قد يكون عكس ما تريده؟ فالملاك هو الملاك ، وهذه الرواية التي فيها هذا التعليل وهي رواية عبدالله بن سنان وإن كانت ضعيفة لجهالة الحكم بن مسكين الذي في سندها إلا أن الروايات الصحيحة الأخرى دالة على ذلك أيضاً ، فإن في صحيحة محمد بن مسلم «إنما يشتريها بأعلى الثمن» . وكذا في معتبرة يونس بن يعقوب «لأنه يريد أن يشتريها بأعلى الثمن» . وليعلم - كما قلنا فيما تقدم في وجه كونه أعلى الثمن عند تعرض السيد الأستاذ عليه السلام له - أن أعلى الثمن ليس هو من جهة المهر الذي يعطيها لأنه قد يكون قليلاً ، ولو كان كثيراً فليس هو أيضاً أعلى الثمن ، وإنما أعلى الثمن روحها ونفسها التي تجعلها معه لتعيش طول عمرها كي لا تعيش في جحيم ، بل تريد العيش في نعيم ، فالظاهر إرادة المعنى الكنائسي لأعلى الثمن في الصحاح ، وهو أنه يريد أن يعيش معها عمره ويجعلها شريكة حياته ، فما أن يعيش في نعيم دائم أو جحيم لاطم ، وهو يسعى إلى العيش في نعيم دائم كما هو واضح وهو أعلى الثمن ، بل بلا شك هو أعلى من المهر الذي لا يمكن أن يسترده ، وإلا فقد يكون المهر ويكون الصداق درهماً واحداً ، أو في حكم الدرهم وإن كان كثيراً ولا شك في أنه ليس هو أعلى الثمن بل ما ذكرنا هو الأعلى منه . أو يلتزم فيه في المقام بعدم جواز النظر لأنه ليس أعلى الثمن . فلا شك في أنه أعلى الثمن ليس هو المهر ، ولا شك في أن النكاح ليس من المعاملات المعاوضية ليكون المراد به المهر ، وإلا للزم عدم صحته مع عدم ذكر المهر أو ذكر المهر الفاسد أو عدم العلم بالزوجة ، وللزم أن يدخل فيه الخيار وابتدال المرأة ، وكل ذلك غير صحيح . فإذا كان الأمر كذلك فكما هو آت في الزوج بالنسبة إلى الزوجة هو آت في الزوجة بالنسبة إلى الزوج . فالملاك المجوز للرجل نفسه هو المجوز للمرأة ، وما ذهب إليه السيد الأستاذ عليه السلام من عدم الجواز غير صحيح ، لثبوت التخصيص للمرأة كتبوته للرجل ، بل هو نفس المخصص . فعمومات حرمة النظر إلى ما لا يجوز النظر

الجواز. فالعمومات محكمة لا محالة^(١).

﴿إليه مخصصة لا محالة في المرأة أيضاً بالتعليل الشامل للرجل والمرأة.﴾

وتقدم أيضاً أن هذا هو الملاك في جواز نظر الرجل للمرأة التي يريد التزويج بها لا أن الارتكاز العقلاني القائم على أن يخرج الإنسان نفسه عن الضرر في المعاملات المهمة هو المخرج لنا عن عمومات حرمة النظر لو كان هذا هو غير التعليل المذكور لأننا ذكرنا مراراً أن الارتكازات العقلانية إن لم ترجع إلى دليل شرعي لا أثر لها فإن كان منشأ هذا الارتكاز هو التعليل فالمستند هو لا هي، بل التعليل المذكور أحكم في الخروج عن عمومات حرمة نظر الرجل للمرأة الأجنبية كما تقدم وجهه. ثم إن في الهامش الآتي جواباً ثانياً للقول بعدم جواز نظر المرأة للرجل الذي يريد التزويج بها.

(١) فالسيد الأستاذ يفتي بعدم الجواز لا أنه يحتاط وجوباً بالعدم كالماتن والشيخ صاحب الجواهر.

ثم أقول: أي عمومات محكمة؟ فإنه يأتي من السيد الأستاذ رحمته في نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي في المسألة ٣١ [٣٦٦٣] قوله رحمته بحسب ما دوناه في الشرح أعلاه: «فإن تم إجماع وثبتت به الملازمة القطعية بين الحكمين [أي بين حرمة نظر الرجل إلى بدن المرأة عدا العورة وبين حرمة نظر المرأة إلى بدن الرجل عدا العورة] فهو المتبع، وإن لم يتم الإجماع المحصل على الملازمة، وأنتى لنا بآثبات هذه الملازمة وأن الإجماع محصل قطعي، بل لم يذكر حكم الملازمة والحرمة في كلام جماعة من القدماء وغيرهم، فلا بد من اثبات الحرمة بدليل كما ثبت في نظر الرجل إلى المرأة. أما بالنسبة إلى الوجه والكفين فلا شك في عدم الملازمة، أي لو التزمنا بعدم جواز نظر الرجل إلى المرأة حتى في الوجه والكفين لا نلتزم بحرمة العكس في نظر المرأة لوجه وكفي وعنق ورجلي الرجل الأجنبي، ولعل السيرة القطعية قائمة على ذلك من غير نكير».

ثم ذكر أنه استدل على الحرمة في غير الوجه والكفين من الرجل بعدة وجوه، وذكر أنها كلها باطلة. ثم قال في آخر المسألة: «إنه لا دليل على عدم الجواز إلا الإجماع، وهو غير تام

« بالنسبة إلى الوجه والكفين والعنق والرجلين جزءاً ، للسيرة القائمة على جواز ذلك ، وآلاً
فالحكم المذكور مبني على الاحتياط لا محالة» وقال رحمته نحوه في موسوعة الإمام الخوئي ٣٢:
٣٧- ٣٩ فلا دليل عنده رحمته على عدم الجواز حتى تكون العمومات محكمة .

ثم إنه ليس المراد من نظر المرأة إلى الرجل في المقام أكثر مما جرت عليه السيرة في غير
مقام التزويج ، فهل يكون الحكم عند إرادة التزويج اضيق وأشد!؟ نعم ، مع فرض عدم
الألوية المدعاة في التعليقة السابقة - وهو فرض عندنا غير واقع ولا ممكن - يعتبر أن لا يكون
في نظر المرأة إلى الرجل في المقام تلذذ أو ريبة ، لا أنه حتى لو حصل لا مانع منهما كما هو
الثابت في صورة ثبوت الأولوية أو كون الملاك فيهما واحداً . وهذا أيضاً غير صحيح ، لثبوت
الألوية وأنّ الدليل المخصص في الرجل هو نفسه المخصص في المرأة ، فلو فرض عدم
جواز نظر المرأة للرجل الأجنبي فيجوز هنا لها النظر إليه لو أراد تزويجها جزءاً للتعليل حتى
وان علمت بحصول التلذذ لها بذلك . نعم ١ - ليس لها ذلك أي ليس لها النظر للاطلاع مع قصد
التلذذ ٢ - كما ليس لها النظر بقصد التلذذ . لحرمتها دونه ، أي دون ما لو أرادت الاطلاع
وحصل لها التلذذ بذلك قهراً بل حتى لو كانت عالمة بحصول التلذذ بالنظر إليه ، لما تقدم في
نظره إليها .

ثم إن الإجماع المذكور غير تام حتى في غير الوجه والدين والعنق والرجلين أيضاً ، فإن
السيد الأستاذ رحمته قال في المسألة الآتية ٣١ [٣٦٦٣] بحسب ما دوناه نحن في الدرس كما
سيأتي : « وإن لم يتم الإجماع المحصل على الملازمة كما هو كذلك ، بل لم يذكر حكم
الملازمة والحرمة في كلام جماعة من القدماء وغيرهم» وقال في موسوعته أيضاً ج ٣٢ : ٣٧:
« إن الإجماع لو تم فهو ، ولكن أنني لنا إثبات كونه إجماعاً قطعياً محضاً ، كيف ولم يتعرض
للمسألة كثير من القدماء والمتأخرين» وعليه فلا دليل على حرمة نظر المرأة إلى بدن الأجنبي
- عدا العورة لا الإجماع ولا غيره من الأدلة حتى نحتاج إلى دليل على التخصيص ، وحتى
تكون العمومات الدالة على الحرمة محكمة ، فأى عمومات محكمة . نعم السيد الأستاذ وافق
فيه ذلك الشيخ صاحب الجواهر وعبر بتعبيره فإن الشيخ صاحب الجواهر قال: «لكن في الاكتفاء

وكذا يجوز النظر إلى جارية يريد شراءها^(١) وان كان بغير إذن سيدها* .

(١) ذكر الماتن رَبِّهِ أن الحكم بجواز النظر لا يختص بالزواج ، بل يشمل شراء الامة أيضاً فإنه يجوز النظر إلى أمة يريد شراءها^(١) .

استدل على ذلك بالتعليل الوارد في جواز النظر إلى المرأة التي يريد زواجها (إنما يريد أن يشتريها بأغلى الثمن) ، حيث إنه يجري في شراء الأمة أيضاً ، لأنه يشتريها بأغلى الثمن^(٢) .

« بمثله عن الخروج عن مقتضى التحريم نظر أو منع » وكان قد ذهب إلى التحريم قبل ذلك وقال «إلا أن يسهل الخطب عندنا ما عرفته من أن الأقوى الحرمة ، فيحرم حينئذ ذلك منها كما يحرم منه» أي يحرم على الرجل من المرأة ما يحرم من المرأة على الرجل . وأما السيد الأستاذ فقد قال : لا دليل على حرمة نظر المرأة إلى بدن الرجل الأجنبية عدا العورة لا الإجماع ولا غيره من الأدلة فكيف يصح له القول «فالعوموات محكمة لا محالة» . فيجوز للمرأة حينئذ النظر إلى بدن الرجل - عدا العورة لو أراد التزويج بها قطعاً ، بل حرمة نظرها له في غير التزويج مبنية على الاحتياط .

ثم إنه وإن ذكرنا «ليس المراد من نظر المرأة إلى الرجل في المقام أكثر مما جرت عليه السيرة في غير مقام التزويج» من النظر إلى الوجه والرقبة والرأس واليدين والرجلين ، وغير ذلك مما تعارف له كشفه ، إلا أنه لو فرض عدم تحقق الاطلاع الموجب لعدم الوقوع في الغرر والخطر إلا بالنظر إلى جميع بدنه غير العورة كان ذلك أيضاً جائزاً لها ، لأنه أيضاً تريد أن تشتريه بأغلى الثمن . كما لو قيل لها إن في بدنه كذا وكذا مما يمنع عادة من اقدام النساء على التزويج به ، فلها حينئذ أن تنظر إلى جميع بدنه عدا العورة لثلا تقع في الغرر والغبن ، لأنها أيضاً تريد أن تشتريه بأغلى الثمن .

(*) لأن عرضها للبيع في سوق النخاسين أو غيره إذن منه بذلك .

(١) شراء الأمة لا يلزم أن يكون ذلك لنكاحها بالملك بل قد يشتريها لأن تعمل له أو يكتسب بها ونحو ذلك فأخذ أنه يشتريها للنكاح هو المفروض في هذه المسألة غير صحيح . نعم أحد أفراد ما يراد به شراء الأمة هو أخذها للنكاح أو لبيعها أو نحو ذلك .

(٢) ذكر في الجواهر : «وفي إلحاق نظر المرأة إلى المملوك إذا أرادت شراءه بالرجل المرید

ولكن ظهر مما تقدم أن هذا التعليل يختص بمورد الزواج فقط ، فإن الثمن المبذول في الزواج هو الذي يعبر عنه بأعلى الثمن ، لأنه يذهب هدراً إذا بذله في زواج امرأة غير متصفة بما يريد من الصفات ، حيث لا خيار وليس له استرداد ما بذله بأي وجه كان . وهذا بخلاف شراء الأمة ، لأنه لو تخلفت الأوصاف التي كان المشتري يتخيل أنها واجدة لها لا يتلف ماله ولا يضيع^(١) ، لأن له خيار الحيوان الثابت لثلاثة أيام ، على أنه يمكنه ان يبيع الأمة من شخص آخر ولو

﴿ شراء الأمة وجه قوي ، خصوصاً مع ملاحظة ما ورد في باب النكاح في تعليل جواز النظر لشعر المرأة التي يريد تزويجها بـ (أنه إنما يريد أن يشتريها بأعلى الثمن) وفي آخر ، تعليل النظر إلى المحاسن بـ (أنه مستام) الظاهر في أن الوجه في النظر رفع الغرر والضرر الناشئ من عدم الرؤية﴾ . الجواهر ٢٤ : ١٦٩ .

أقول : الفرق بينهما واضح فإنه في النكاح لو وقع في الغبن فلا مخلص له بعد صحة النكاح وعدم اعتبار العلم فيه بالزوجة ولا بالمهر في الدائم . وأما في شراء الأمة فمع عدم العلم بها يقع الشراء باطلاً وإن علم بها بعد الشراء فكيف يجري التعليل الوارد في النكاح في شراء الأمة ؟ ! . (١) ما ذكره السيد الأستاذ رحمته هنا غريب لأن العلم بالثمن هنا من جهة أن المعاملة معاملة بيع لا زواج والفرق بينهما بين واضح فإنه لو لم يكن المشتري عالماً بالثمن وهي الأمة فلا شك يكون البيع باطلاً لا اعتبار المعلوماتية في البيع بالنسبة إلى الثمن والثمن . وثبوت الخيار سواء كان خيار الغبن أم خيار الحيوان أم غير ذلك في بيع الأمة إنما هو فرع تحقق البيع ، ولم يتحقق مع الجهل بالثمن وهي الأمة . فجواز النظر في شراء الاماء إنما هو لأجل صحة البيع ، فإنه لا يصح مع عدم الاطلاع على الثمن . وأين ذلك من التعليل الوارد في الزواج حتى يقال إن هذا التعليل يختص بمورد الزواج فقط ؟ ! فإنه لا بيع حقيقة في الزواج ولذا لو تزوج بلا علم بالزوجة صح ، ويصح مع عدم العلم بالمهر أي عدم ذكره في العقد في الدائم ، ويصح عقد النكاح أيضاً مع كون المهر فاسداً ، فلذا نقول إن المراد من قوله عالم : (يشترى بأعلى الثمن) ما ذكرناه من أن في الزواج خصوصية للزوج والزوجة الذي يريد أن يعيش كل منهما مع الآخر دهرًا ، فإذا أن يعيش في سعادة أو جحيم ، وهذا غير موجود في البيع بالنسبة إلى البائع

بنقص القيمة، لو كان مسقطاً لخيار غبنه، فلا يذهب ماله هدرًا، إذن ليس شراء الأمة شراءً باغلي الثمن، فلذلك لا يمكن اثبات الحكم السابق في غير الزواج.

واستدل أيضاً ببعض الروايات الواردة في شراء الأمة الدالة على جواز النظر إلى شعورهن ومحاسنهن إذا أراد أن يشتريهن.

وهذا لا يتم، لأن الرواية الواردة في المقام هي رواية أبي بصير^(١)، الضعيفة بعلي ابن أبي حمزة البطائني الكذاب المتهم^(٢) كما يعبر عنه علي بن الحسن بن

والمشتري فإنه ليس لهما أي خصوصية في البيع، لا ما ذكره السيد الأستاذ^(٣).
وعلى كل حال، قال المحقق في الشرائع في كتاب البيع ج ٢: ٧٠: «ويجوز النظر إلى وجه المملوكة ومحاسنها إذا أراد شراءها» وعلق عليه في الجواهر بما نصه: «لنفسه أو لغيره، بلا خلاف أجده فيه، بل في المسالك [٧: ٤٢] في باب النكاح: أن جواز النظر إلى الوجه والكفين والمحاسن [التي قد ذكرنا معناها عن أهل اللغة فيما تقدم] والشعر موضع وفاق وإن لم يكن بإذن المولى صريحاً، لأن عرضها للبيع قرينة الإذن في ذلك» الجواهر ٢٤: ١٦٨ ثم قال بعد ذكر النصوص الدالة على جواز النظر كمعتبرة الحسين بن علوان وغيرها: «بل قد يستفاد من هذه النصوص ما في تذكرة الفاضل [١٠: ٣٣٨] من جواز النظر إلى ما دون العورة، ومال إليه في الحدائق [١٩: ٤١٧] وإن استبعده كثير ممن تأخر عنه، وتردد فيه في الدروس» الجواهر ٢٤: ١٦٩. وهذه كلها أدلة أخرى غير اعتبار معلومية المثلث. ولو لم تكن هذه الأدلة أيضاً لقلنا بالجواز، لاعتبار معلومية كل من الثمن والمثلث الذي عليه سيرة العقلاء، والذي يترتب عليه خيار الغبن.

(١) قال: «سألت أبا عبد الله^(ع) عن الرجل يعترض الأمة ليشتريها؟ قال لا بأس أن ينظر إلى محاسنها ويمسها ما لم ينظر إلى ما لا ينبغي النظر إليه» الوسائل ج ١٨: ٢٧٣ باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان - ح ١.

(٢) علي بن أبي حمزة البطائني، متعارض فيه تضعيف علي بن الحسن بن فضال القائل إنه كذاب متهم، مع روايته في تفسير القمي، فلا دليل على وثاقته عند السيد الأستاذ - وضعيف

فضال^(١) .

وهناك رواية أخرى استدل بها على جواز ذلك ، وهي رواية رواها الشيخ في التهذيب عمران الجعفري عن الصادق عليه السلام أنه قال : « لا أحب للرجل أن يقلب إلا جارية يريد شراءها »^(٢) ، حيث إن لازم التقليب هو النظر إلى الوجه واليدين والشعر والساقين .

ولكن هذه الرواية غير تامة ، لأنها على ما في التهذيب والوسائل عن التهذيب عن عمران الجعفري ، وهو لم يوثق^(٣) بل لم توجد له رواية غير هذه . نعم ، ذكر صاحب الوافي هذه الرواية عن الحارث بن عمران الجعفري^(٤) عن الصادق عليه السلام ، وعليه تكون الرواية تامة ، لأن الحارث بن عمران الجعفري ثقة ، إلا أنه لم يثبت أنه هو ، لاختلاف النسخة^(٥) .

﴿ عند آخرين معجم رجال الحديث ١٢ : ٢٤٥ - ٢٤٦ ، تحت رقم ٧٨٤٦ طبعة طهران ، ٧٨٣٢

طبعة بيروت ، ٧٨٣٤ طبعة النجف الأشرف .

(١) ذكر ذلك الكشي عن ابن مسعود عن علي بن الحسن بن فضال ، معجم رجال الحديث ١٢ : ٢٣٩ ، ٢٤٥ ، رجال الكشي ٢ : ٧٠٥ .

(٢) التهذيب ٧ : ١٠٣٠/٢٣٦ ، الوسائل ج ١٨ : ٢٧٤ باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ح ٣ .

(٣) معجم رجال الحديث ١٤ : ١٦٧ ، تحت رقم ٩٠٨٣ طبعة طهران ، ٩٠٦٦ طبعة بيروت ، ٩٠٦٧ طبعة النجف الأشرف .

(٤) الوافي ١٧ : ٢٦٩ .

(٥) ليس ذلك من اختلاف النسخة التي لا ترجيح لبعضها على بعض ، فإن في بعض نسخ

التهذيب - على ما ذكره الأردبيلي - الحرث بن عمران الجعفري ، وهو الموجود في الوافي [١٧ :

٢٦٩] على ما تقدم في الهامش السابق وإن ذكر في الوافي الحارث بدل الحرث وهو الصحيح .

فهو الحارث بن عمران الجعفري (الجعفي) الذي له روايات وكتاب وهو المعروف ، والذي

عنونه علماء الرجال ، وعمران الجعفري ليس له روايات ، ولا كتاب ولم يذكره علماء الرجال

أصلاً إلا ما ينسب إليه من هذه الرواية ، وما في معجم رجال الحديث في ترجمة عمران

والتحقيق أن يقال: أما بالنسبة إلى الوجه واليدين والشعر فلا حاجة إلى الاستدلال على جواز النظر إليها إلى دليل خاص بعد جريان السيرة القطعية على النظر للإماء من دون تلذذ حتى في غير الشراء، فانهنَّ كنَّ يخدمن في زمانهم عليه السلام ويدخلن على الرجال، ويأتين لهم بما يريدون، ولم يرد رده عنهنَّ منهم عليه السلام (١).

❦ الجعفري من أن الأردبيلي عليه السلام ذكر أن الموجود في نسخة من التهذيب الحرث بن عمران الجعفري خطأ، فإن الموجود في جامع الرواة الحارث بن عمران الجعفري إلا أن الصحيح هو الحارث لا الحرث.

وعلى كل حال، الرواية معتبرة، وعمران الجعفري من خطأ النسخة، وكلمة الحرث التي ذكرناها في هامش المفيد من معجم رجال الحديث: ٤٤٢ بدل الحارث إنما نقلناها من معجم رجال الحديث، وإلا فالصحيح فيها الحارث كما عرفت.

ثم إنَّ الشيخ صاحب الجواهر عبّر عنه بعمران بن حارث الجعفري. الجواهر ٢٤: ١٦٩ ولا يوجد عمران هذا لا في الروايات ولا في الرجال كعمران الجعفري. ومن الغريب أن المحقق للجواهر - حتى في طبعة جماعة المدرسين - أخرج المصدر وهو التهذيب والوسائل عن التهذيب، وليس الأمر كذلك فيها معاً، فإنه في الوسائل عن الحارث عن عمران الجعفري، الوسائل ج ١٨: ٢٧٤ باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ح ٣. وفي التهذيب ٧: ٢٣٦/١٠٣٠ عن الحرث عن عمران الجعفري، ولم يعلق المحقق بشيء.

وذكر السيد الأستاذ السيد الخوئي عليه السلام هذه الرواية بعينها في معجم رجال الحديث ج ١٤: ١٦٧ طبعة طهران عن عمران الجعفري وقال: «روى عن أبي عبدالله عليه السلام وروى عنه الحارث: التهذيب ٧: باب الزيادات من الاجارات، الحديث ١٠٣٠ [أي التهذيب ٧: ٢٣٦/١٠٣٠] كذا في الطبعة القديمة والحديثة ولكن ذكر الأردبيلي عن نسخة: الحرث بن عمران الجعفري، وهو الموجود في الوافي [١٧: ٢٦٩] أيضاً» انتهى وظاهر ذلك ترجيح أنه الحرث بن عمران الجعفري لموافقة ذلك للوافي، وإن كان الصحيح الحارث بدل الحرث كما عرفت.

(١) هذا يكشف عن عدم الملازمة بين النظر إلى المرأة بهذا النحو وحصول الشهوة أو الريبة

ومع قطع النظر عن ذلك تكفينا معتبرة الحسين بن علوان التي رواها في قرب الإسناد عن الصادق عليه السلام عن أبيه عليه السلام «أنه كان إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقها فينظر إليها»^(١) وبها يثبت جواز النظر إلى الساقين ، وبالأولوية يثبت جواز النظر إلى الوجه والكفين

الذي يدعى في كثير من الموارد ، فانه لو كان لما كانت السيرة القطعية قائمة على النظر ولما ترك الردع عنه من الأئمة عليهم السلام ، والظاهر من مراجعة كتب التاريخ يظهر وجود هذه السيرة في زمانهم عليهم السلام .

(١) قرب الإسناد : ٤٩ ، الوسائل ج ١٨ : ٢٧٤ باب ٢٠ من أبواب بيع الحيوان ح ٤ . والحسين بن علوان هو الحسين بن علوان الكلبي وهو عامي ولكنه ثقة لتوثيق النجاشي له فإن النجاشي قال : «الحسين بن علوان الكلبي مولاهم كوفي عامي وأخوه الحسن يكنى أبا محمد ، ثقة روي عن أبي عبدالله عليه السلام وليس للحسن كتاب والحسن أخص بنا وأولى» . ومن الواضح أن قوله ثقة راجع إلى الحسين الذي هو المعنون والذي يراد معرفة حاله وإن كان يستفاد من كلام النجاشي أن الحسن أيضاً ثقة لقوله : والحسن أخص بنا وأولى .

وأما استفادة بعض رجوع قول النجاشي ثقة إلى الحسن فهي استفادة فاسدة وخلاف الظاهر . لأن الترجمة للحسين وهو الذي يراد معرفة وثاقته وهو الذي يكون كلام النجاشي راجعاً له وجملة (واخوه الحسن يكنى أبا محمد) جملة عارضة وهذا قد تكرر في كلام النجاشي في موارد متعددة .

منها في ترجمة محمد بن أحمد بن عبدالله أبي الثلج فإن النجاشي قال فيه : محمد بن أحمد بن أبي إسماعيل الكاتب أبو بكر ، يعرف بابن أبي الثلج ، وأبو الثلج هو عبدالله بن إسماعيل ، ثقة عين كثير الحديث له كتب ، ولم يحتمل أحد هنا أن التوثيق راجع إلى عبدالله ابن إسماعيل . ولو احتمل فهو احتمال فاسد ولكن لم يحتمله أحد . فلا وجه للاصرار على رجوع التوثيق في كلام النجاشي إلى الحسن دون الحسين وهذه الموارد في كلام النجاشي متعددة ولعل ذكر مورد واحد لا يكفي في دفع الاصرار على أن التوثيق راجع إلى الحسن لا

عنه الحسين فلذا نذكر موارد أخرى :

منها : ما ذكره في ترجمة جعفر بن محمد بن جعفر ، رجال النجاشي : ١٢٣ قال فيه : جعفر ابن محمد بن جعفر بن الحسن بن جعفر بن الحسن بن علي بن أبي طالب أبو عبدالله هو والد أبي قيراط وابنه يحيى بن جعفر روى الحديث كان وجهاً في الطالبين مقدماً وكان ثقة .

ومنها : ما ذكره في ترجمة جلبة بن عياض ، رجال النجاشي : ١٢٨ قال فيه : جلبة بن عياض : أبو الحسن الليثي أخوه أبو ضمرة ثقة .

ومنها : ما ذكره في ترجمة حسان بن مهران ، رجال النجاشي : ١٤٧ قال فيه : حسان بن مهران الجمال مولى بني كاهل من [بني] أسد ، وقيل : مولى لغني - أخو صفوان ، روى عن أبي عبدالله وأبي الحسن عليهما السلام ، ثقة ثقة .

ومنها : ما ذكره في ترجمة داؤد بن فرقد ، رجال النجاشي : ١٥٨ قال فيه : داؤد بن فرقد مولى آل أبي السمال الأسدي النصري ، وفرقد يكنى أبا يزيد كوفي ثقة . روى عن أبي عبدالله وأبي الحسن عليهما السلام وإخوته يزيد وعبدالرحمن وعبد الحميد . قال ابن فضال : داود ثقة ثقة .

ومنها : ما ذكره في ترجمة داود بن محمد ، رجال النجاشي : ١٦١ قال فيه : داود بن محمد النهدي بن عم الهيثم بن أبي مسروق ، كوفي ثقة .

ومنها : ما ذكره في ترجمة سعيد بن غزوان ، رجال النجاشي : ١٨٢ قال فيه : سعيد بن غزوان الأسدي مولاهم كوفي ، أخو فضيل روى عن أبي عبدالله عليهما السلام .

ومنها : ما ذكره في ترجمة سندی بن محمد ، رجال النجاشي : ١٨٧ قال فيه : سندی بن محمد واسمه أبان يكنى أبا بشر صليب من جهينة ، ويقال من بجيلة وهو الأشهر ، وهو ابن أخت صفوان بن يحيى كان ثقة وجهاً في أصحابنا الكوفيين .

ومنها : ما ذكره في ترجمة سلامة بن محمد ، رجال النجاشي : ١٩٢ قال فيه : سلامة بن محمد بن إسماعيل بن عبدالله بن موسى بن أبي الأكرم أبو الحسن الأزني خال أبي الحسن بن داود شيخ من أصحابنا ثقة جليل .

ومنها : ما ذكره في ترجمة صدقة بن بندار رجال النجاشي : ٢٠٥ قال فيه : صدقة بن بندار

والشعر^(١).

عاش أبو سهل قديم السماع، وعاش إلى أن مات سنة إحدى وثلاثمائة حكى ذلك الحسين بن عبيدالله عن مشايخه وكان ثقة خيراً.

ومنها: ما ذكره في ترجمة الفضل بن شاذان بن الخليل، رجال النجاشي: ٣٠٧ قال فيه: الفضل بن شاذان بن الخليل أبو محمد الأزدي النيشابوري (النيسابوري) كان أبوه من أصحاب يونس وروى عن أبي جعفر الثاني وقيل [عن] الرضا أيضاً عليه السلام وكان ثقة.. وهكذا وهكذا.

(١) المقام هنا مقام شراء وبيع، وفي البيع كما تقدم لا بدّ من العلم بالثمن والمثمن معاً حال البيع فما لم يكن هناك علم ولو بأحدهما البيع باطل، ومقتضى ذلك لزوم معرفة المشتري بالأمة التي يريد شراءها، وهو لا يتوقف على معتبرة الحسين بن علوان، بل يدلّ على ذلك ما دل على اعتبار العلم بالثمن في البيع من قيام سيرة العقلاء على أن يكون أساس المعاملات عندهم وهو الحفظ على المالية والتبدل في أفرادها، وهذا هو الأساس لثبوت خيار العين على ما تقدم مراراً، والعقلاء لا يقدمون على شراء شيء مجهول بثمن معلوم، فلو لم يكن للمشتري علم بالأمة من حيث الأشياء التي يراد منها لا يقدمون على شرائها، فلا دليل على صحة شراء الأمة المجهولة. فإن أريد أن تقع المعاملة على الأمة صحيحة فلا بدّ من العلم بحالها بما بينه، ولذا الوارد في معتبرة الحسين بن علوان الكشف عن ساقها، فإنه إنما هو من جهة لزوم العلم بالثمن لا أنه حكم تأسيسي، وهذا إنما يجري في شراء الأمة لا في الزواج من المرأة، لأن شراء الأمة معاملة معاوضة، وليس المنظور في شراء الإمامة والألفة والعيش المستمر حتى يقال: إن معتبرة الحسين بن علوان ناظرة إلى ما يدعى من الارتكاز العقلاني بجواز أن يدفع الخطر عن نفسه فلا تكون أدلة الحرمة شاملة لذلك. نعم لو صح ذلك - ولا يصح أبداً - فإنما هو في الزواج من الإمام، فإنه في البيع يتمكن من أن يبيعها ولا يكون بنظرهم من أغلى الثمن.

وقد ذكر السيد الأستاذ دليلاً عاماً على لزوم العلم بالعوضين في كل المعاملات

والظاهر اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه فلا يشمل الوكيل والولي والفضولي^(١) .

(١) ذكر الماتن رحمته : أن الظاهر أن جواز النظر المذكور في شراء الأمة خاص بالمشتري

﴿ المعاضية ، وليس هو ما يقوله رحمته من النهي عن الغرر الوارد في البيع والحق به الإجارة ونحوها من المعاملات المعاضية كما ذكر ذلك في الإجارة ، لما تقدم منا غير مرة من أن النهي - أي نهى النبي صلوات الله عليه وآله عن الغرر - لم يثبت لا مطلقاً ولا في البيع ، وكل رواياته ضعيفة على ما تقدم في كتاب الإجارة ٩ : ٢١٠ - ٢١٢ .

بل الدليل على اعتبار المعلوماتية في العوضين وحال البيع أو قبله لا بعده هو ما ذكره رحمته في بحث الإجارة من قوله : « ولا يبعد أن يقال : إن أساس المعاملات العقلائية من البيع والإجارة ونحوها مبني على التحفظ على أصول الأموال والتبدل في أنواعها ، فلدى التصدي لتبديل عين أو منفعة بعوض يرون التساوي بين ماليتة العوضين كشرط أساسي مرتكز قد بني عليه العقد بمثابة يغني وضوحه عن التصريح به في متنه ، وعلى هذا الشرط الارتكازي يبتني خيار الغبن كما هو موضح في محلّه .

وعليه فالمعاملة على المجهول المتضمنة للغرر كبيع جسم أصفر مردّبين الذهب وغيره أو جعله أجرة خارج عن حدود المعاملات الدارجة بين العقلاء ، وما هذا شأنه لا يكون مشمولاً لدليل النفوذ والإمضاء من وجوب الوفاء بالعقود وحلية البيع ونحو ذلك ، فإنّ دعوى انصراف هذه الأدلة عن مثل ذلك غير بعيدة كما لا يخفى .

وكيف ما كان ، فإن تمت هذه الدعوى - والظاهر أنها تامة - عمّ مناطها الإجارة ، إذ لا فرق بينها وبين البيع إلا في كون أحد طرفي المعاضة فيها هي المنفعة وقد تكون كليهما ، وهذا لا يستوجب فرقاً من الجهة المزبورة بالضرورة . . . « موسوعة الإمام الخوئي ٣٠ : ٢٧ - ٢٨ ، وقال نحوه وأوضح في الواضح ٩ : ٢١٤ - ٢١٥ ، وهذا الملاك الذي ذكره رحمته إنما هو في جميع المعاملات المعاضية ، ولا يختص ببعضها وعلى كل حال ، لا شك في أن منها البيع والشراء ، ومحل الكلام إنما هو شراء الأمة ، فيعتبر فيها العلم بذلك بلا إشكال ، بلا أي حاجة إلى معتبرة الحسين بن علوان والعلم بها كما هو واضح جائز لقيام السيرة القطعية على النظر إلى الاماء من دون تلذّ حتى في غير الشراء كما تقدم .

لنفسه فلا يشمل الوكيل والولي والفضولي ، وأما بالنسبة إلى جواز النظر إلى من يريد تزويجها فالمقطوع به هو الاختصاص بمن يريد التزويج ، فلا يشمل غيره جزءاً .

ويظهر من الشيخ صاحب الجواهر رحمته التفصيل بين الوكيل والولي وبين الفضولي ^(١) في الشراء دون التزويج ، لأن موضوع الحكم في الشراء هو المشتري ، وهو كما يصدق على من يشتري لنفسه يصدق على من يشتري لغيره ، نعم لا يشمل الفضولي لأنه لا يصدق عليه المشتري ، وأما بالنسبة إلى التزويج فلا يجوز لا للوكيل ولا للولي فضلاً عن الفضولي النظر المذكور ، لأن الحكم بمقتضى الروايات خاص بمن يريد التزويج ، فلا يشمل من يريد تزويج الغير وكالة أو ولاية .

أقول : الظاهر أن الحكم كما ذكره الماتن رحمته ، وهو عدم الشمول للوكيل والولي كعدم الشمول للفضولي ، والتمسك باطلاق دليل جواز نظر المشتري إلى أمة يريد شراءها على تقدير وجوده باطل ^(٢) ، لأنه منصرف عن الشراء للغير جزءاً كما هو المتعارف في استعمالاتنا . وعلى

(١) الجواهر ٢٩ : ٦٨ . قال رحمته : « كمنع جواز ذلك [أي منع جواز النظر إلى محاسن المرأة] لغير مريد التزويج ولو ولياً ، لقصور الأدلة عن إخراجها عن مقتضى الحرمة ، بخلافه في شراء الأمة الشامل له ولغيره عدا الفضولي على الظاهر » وصرح بجواز النظر في الشراء له ولغيره في الجواهر ج ٢٤ : ١٦٨ أيضاً حيث قال تعليقاً على عبارة المحقق : «يجوز النظر إلى وجه المملوكة ومحاسنها إذا أراد شراءها» : بما نصه : لنفسه أو لغيره .

(٢) **أولاً :** لماذا يقال على تقدير وجوده أليس الاطلاق موجوداً ، ولو لم يكن موجوداً فكيف صار منصرفاً إلى من يشتري لنفسه فلا يشمل من يريد الشراء للغير ، فإن الانصراف بلا شك إنما هو فرع وجود الاطلاق .

وثانياً : بعد أن يشتري الإمام أمير المؤمنين عليه السلام لغيره من أين استفيد وخص الظهور بالشراء لنفسه؟! فكما يمكن أن يشتري لنفسه يمكن أن يشتري لغيره .

وثالثاً : لا نحتاج إلى اطلاق يشمل الشراء للغير ، لأن المقام مقام بيع وشراء ، فهل ذكر في

« كتاب البيع أنه لا يجوز التوكيل في شراء الأمة؟! أو هل قصر دليل تصرف الولي بغير الشراء للموكل عليه إمام؟! ومقتضى كونه شراءً والشراء قابل للتوكيل فيصح للتوكيل والولي المشتري الشراء، وهو لا يصح إلا بالاطلاع على المثلث فيجوز له ذلك .

على أن المتعارف الخارجي سابقاً على ما يستفاد من بعض الروايات الشراء وكالة للخلفاء والسلاطين ونحوهم، ولذا يسأل البائع في بعضها بأنه هل يجوز مقاصتهم حينما لا يأتون بثمان الجارية على ما تقدمت هذه الرواية في بحث المقاصة في المسألة ٤ الرقم العام [٨٦١٣] من الضمان الواضح ١٧ : ٣٦١ رواها الشيخ في التهذيب عن داود بن رزين عن أبي الحسن موسى عليه السلام وروى عنه فيها ابن أبي عمير ونصها هو : « أني أخالط السلطان فتكون عندي الجارية فيأخذونها والدابة الفارمة فيأخذونها ثم يقع لهم عندي مال ، فلي أن آخذه؟ فقال : خذ مثل ذلك ولا ترد عليه شيئاً» التهذيب ٦ : ٩٣٩/٣٣٨ ، الوافي ١٨ : ١٨٣٥٩/٨١٧ ، الوسائل ١٧ : ٢١٥ باب ٥١ من أبواب ما يكتسب به ح ٧ وفي الباب ٨٣ من أبواب ما يكتسب به أيضاً ح ١ . وكذا رواها في التهذيب في نسخة من الطبعة القديمة أيضاً ، وفي نسخة أخرى الراوي بدل داود بن رزين ، داود بن زربي وهو الصحيح ، لأن الشيخ الطوسي رواها بعينها بسنده عن الحسين بن سعيد عن داود بن زربي عن أبي الحسن موسى الحديث ٩٨٧ من الباب المذكور . بل كل الروايات التي رويت عن داود بن زرين كلها الصحيح فيها داود بن زربي كما ذكره السيد الأستاذ في عنوان داود ابن رزين في معجم رجال الحديث ج ٨ : ١٠٤ الرقم العام ٤٣٩٤ طبعة طهران ومنها هذه المعتمدة ، وعليه فالرواية في المقام وإن رويت عن داود بن رزين إلا أن الصحيح فيها هو داود بن زربي وداود بن زربي ثقة فهي معتبرة .

ويؤيد شراء الاماء وكالة ما رواه الصدوق في كمال الدين : ٤١٧ في باب ٤١ بسند ضعيف فيما روي في نرجس والدة الحجة (سلام الله عليهما) من قوله عليه السلام : « وانفذك في ابتياع أمة فكتب كتاباً ملصقاً بخط رومي ولغة رومية وطبع عليه بخاتمه - إلى أن قال - فإذا وصلت إلى جانبك زواريق السبايا وبرزن الجوارى منها فتحقق بهم طوائف المبتاعين من وكلاء قواد بني العباس وشراذم من فتیان العراق... » .

تقدير عدم الانصراف فما دلّ على جواز النظر للمشتري من فعل علي عليه السلام وأنه إذا أراد أن يشتري جارية كان ينظر إلى ساقها، الذي به ثبت جواز النظر لوجهها ويديها وشعرها بالأولية القطعية، لا يشمل الشراء للغير ولاية أو وكالة أو فضولاً جزماً، لان الظاهر أنه عليه السلام كان يشتري لنفسه لا لغيره^(١)، ومع ذلك ينظر إلى ساقها.

﴿ وما دل على جواز النظر للمشتري كما في فعل علي عليه السلام، إلا أن الكلام في اختصاص ذلك بالمشتري لنفسه الذي لا يقتضيه جواز شراء الاماء وكالة وولاية، ولا شك في صحة الشراء كذلك كما صرحوا به، وإلا لصرح بعدم جواز ذلك، وليس هنا أحد أشار إلى ذلك أصلاً فضلاً عن التصريح به، بل في كلامهم الجواز مأخوذ مسلماً ومرسلاً إرسال المسلمات. نعم لا شك في عدم شمول ذلك للفضولي لعدم صدق المشتري عليه.﴾

فإن الدليل على جواز النظر هو لزوم العلم بالثمن والمثمن في شراء الحيوان وغيره، وهو يقتضي ذلك لكل مشتر حتى لو كان وكيلاً أو ولياً، وما ورد من الروايات إنما هي مؤيدة لذلك لا أن الدليل مع جواز النظر هو الروايات، بل حتى لو لم تكن معتبرة الحسين بن علوان ولا غيرها القول بجواز النظر إلى الأمة التي يريد شراءها الجائز، بل الكلام يقتضيه لزوم معرفة المثمن في المعاملة البيعية.

(١) أقول: هذا التقييد «وهو أن الشراء لنفسه» إنما هو في النظر إلى الساقين وإلى غيرهما من الوجه والشعر ولو علم بحصول التلذذ، والسيرة المتقدمة جارية في المقام أيضاً والظاهر أنها في غير الساقين ومن دون تلذذ، فإن النظر، إليهنّ من دون تلذذ حتى في غير الشراء قد قامت عليه السيرة القطعية على ما ذكره السيد الأستاذ رحمته الله قريباً، فلا يكون في مقام الشراء أضيّق من غيره قطعاً وجزماً، وإن افترق ما قامت عليه السيرة عن الأوّل بما دلت عليه معتبرة الحسين بن علوان، من أنه في الأوّل يجوز النظر وإن علم بحصول التلذذ بالنظر قطعاً، وإلى الساقين أيضاً، بخلاف ما قامت عليه السيرة، إلا أن ما قامت عليه السيرة جائز للوكيل والولي قطعاً، وهو كاف في مقام الشراء غالباً، وإلا فلا بد من الالتزام بعدم جواز التوكيل في شراء الأمة ولا شرائها ولاية، لأنّ لازمه مع عدم الاطلاع على المثمن البطلان، وهو مما لم يلزموا به ولم يذكروه.

وأما في الزوجة فالمقطوع هو الاختصاص^(١) .
 [٣٦٥٩] «مسألة ٢٧»: يجوز النظر إلى نساء أهل الذمة^(٢) .

إذن فالمقتضي بالنسبة للثلاثة قاصر، فيختص الحكم بما إذا كان الشراء لنفسه، فلا وجه للتفصيل على ما يظهر من الجواهر .

(١) وأما بالنسبة إلى التزويج فجواز النظر المذكور إنما هو لمن يريد التزويج لنفسه، ولا يعم الولي والوكيل قطعاً فضلاً عن الفضولي، لأن الحكم كما يظهر من الروايات المتقدمة - سيما بملاحظة التعليق «يشتريها بأعلى الثمن» - خاص بمن يريد التزويج، وهو هنا الزوج لا الوكيل والولي والفضولي، فانه لا يريد هو ذلك، بل يزوّج آخر^(١) .

(٢) ذكر الماتن رحمته جواز النظر إلى نساء أهل الذمة شعورهن ووجوههن وأيديهن وما جرت على كشفه وعدم ستره عادتتهن^(٢) .

(١) أقول: ما ذكره السيد الأستاذ وفاقاً للماتن والشيخ صاحب الجواهر قدّس الله أسرارهم إن كان:

- ١- في تزويج الحرة فلا شك ولا ريب إنما يجوز النظر إليها لما لا يجوز النظر إليه منها لو لم يكن في المقام التزويج إنما هو لمن يريد التزويج بها لنفسه لا لغيره وكالة أو ولاية أو فضولاً. فإن ما دل على جواز النظر في ذلك لا شك مختص بمن يريد التزويج لنفسه .
- ٢- وإن كان في تزويج الأمة:

أ- فإن كان المراد هو النظر إلى الوجه والكفين والشعر وما جرت عادتتهن على عدم ستره التي جرت على جوازه السيرة عند عدم التلذذ والريبة، فهذا يجوز النظر إليه ولو لم يكن في مقام تزويج الأمة لغيره وكالة أو ولاية أو فضولاً، فلا مانع من أن ينظر إلى ذلك لو أراد تزويج هذه الأمة للغير وكالة أو ولاية أو فضولاً، لأن النظر في نفسه جائز له حتى لو لم يرد التزويج .

ب- وإن كان المراد من النظر هو الذي يجوّزه الماتن والشيخ صاحب الجواهر رحمته وهو النظر إلى جميع البدن عدا العورة لو توقف عليه عدم الضرر والغرر، فلا شك أن ذلك إنما ورد في خصوص من أراد تزويج امرأة لنفسه لا لغيره ولاية أو وكالة أو فضولاً، ولا احتمال لشموله لغيره .

(٢) في المسألة قولان:

«الأوّل: القول بعدم الجواز، وإليه ذهب ابن إدريس في السرائر، موسوعة ابن إدريس ١١ : ٣٤٥-٣٤٦، السرائر القديمة ٢ : ٦١٠، ووافقه العلامة في المختلف ج ٧ : ٩٣ على ذلك، وكذا صاحب كشف اللثام ٧ : ٢٣ .

الثاني: القول بالجواز، وهو الذي ذهب إليه الشيخ المفيد في المقنعة : ٥٢، والشيخ الطوسي في النهاية ٢ : ٣٥٥ - ٣٥٦ - لا في الخلاف وإن نسب إليه العلامة في المختلف ذلك - والقاضي ابن البراج على ما نسبه إليه العلامة في المختلف ج ٧ : ٩٣ [إلا إننا لم نجد ذلك في كتب ابن البراج]، والعلامة في القواعد ٢ : ٢، وابن فهد في المهذب البارع ٣ : ٢٠٥ - ٢٠٦، والسبزواري في الكفاية ٢ : ٨٣، وسيد الرياض ١١ : ٤٣ - ٤٤، وصاحب الجواهر ٢٩ : ٦٨، والسيد الحكيم في المستمسك ١٤ : ١٣ طبعة بيروت، والسيد السبزواري في مهذب الأحكام ٢٤ : ٣٦، وغيرهم كثير كالمحقق الكركي في جامع المقاصد ١٢ : ١٣، والشهيد الثاني في الروضة ٥ : ٩٨ .

بل في المسالك ٧ : ٤٤ أنه مشهور، وكذا في الحدائق ٢٣ : ٥٨، وكذا في الكفاية : ١٥٣، بل لم اطلع على من وافق ابن إدريس والعلامة في المختلف والفاضل الهندي في كشف اللثام . قال صاحب القول الأوّل وهو ابن إدريس : «وقد روي جواز النظر إلى نساء أهل الكتاب وشعورهن، لأنهن بمنزلة الإماء إذا لم يكن النظر لريبة أو لتلذذ، فأما إذا كان لذلك فلا يجوز النظر إليهن على حال، والذي يقوى في نفسي ترك هذه الرواية والعدول عنها، والتمسك بقوله تعالى : ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ [النور ٢٤ : ٣٠] وقال تعالى : ﴿وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَىٰ مَا مَتَّعْنَا بِهِ أَزْوَاجًا مِنْهُمْ زَهْرَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ [طه ٢٠ : ١٣١] وإن كان قد ذكرها وأوردها [أي الرواية] شيخنا في نهايته فعلى جهة الإيراد لا الاعتقاد» السرائر ٢ : ٦١٠، موسوعة ابن إدريس ١١ : ٣٤٥-٣٤٦ .

وقال العلامة في المختلف : بعد أن نقل القول بالجواز عن المفيد والشيخ وابن البراج ما نصه : «والأقرب المنع كقول ابن إدريس» المختلف ٧ : ٩٣ .

وقال في كشف اللثام : ومنع منه ابن إدريس تمسكاً بالآية واستضعافاً للمستند، واختاره في

بل وغيره أيضاً^(١).

❖ المختلف ، ولا بأس به . كشف اللثام ٧ : ٢٣ .

أقول : أما دليل ابن إدريس وهو التمسك بآية الغض فعلى فرض دلالة الآية على عدم جواز النظر - وهو فرض غير محقق كما سيأتي - فمخصص بما دلّ على الجواز مما يأتي في الشرح ، ولا وجه لترك العمل بالمخصص . وأما قوله تعالى : ﴿ وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ ﴾ فإنما هي في أنواع الكفار ، فإن المراد من الأزواج أنواع الكفار وأصنافهم على ما ذكره السيد الطباطبائي في تفسير الميزان حيث قال ما نصه : «مد العين مد نظرها وإطالته فيه مجاز عقلي ، ثم مدّ النظر وإطالته إلى شيء كناية عن التعلق به وحبه ، والمراد بالأزواج - كما قيل - الأصناف من الكفار ، أو الأزواج من النساء والرجال منهم ويرجع إلى البيوتات ...» تفسير الميزان ١٤ : ٢٣٨ . ولذا يقول الشيخ صاحب الجواهر في جواب ابن إدريس : «والنهي عن مد العين إلى ما متع أصناف منهم [أي الكفار] في الكتاب العزيز المعلوم عدم إرادة ما نحن فيه منه» الجواهر ٧٠ : ٢٩ .

(١) سيأتي وجه كلمة (وغيره) أيضاً عند التعرض إلى جواز النظر لمطلق الكافرات عند قول الماتن بَيِّنَاتُ (بل مطلق الكفار) . وأنّ الحكم المذكور بالجواز يشمل نساء مطلق الكفار وإن لم يكن من أهل الذمة للتعليل الآتي في معتبرة السكوني المستفاد منه أن حرمة النظر إلى النساء المسلمات من جهة كونهن محترمات وأن عرضها كمالها ونفسها محترم وأما بالنسبة لنساء أهل الذمة فلا احترام لهن من هذه الجهة فيجوز النظر إليهن فيجوز النظر إلى النساء الكافرات غير الذمّيات بطريق أولى لأن الأقرب إلى المسلمين وهي نساء أهل الذمة لا حرمة لهنّ فكيف بنساء الكفار غير أهل الذمة فإنه لا حرمة لهن بطريق أولى . وكذا للتعليل في صحیحة عباد بن صهيب الدالة على جواز النظر إلى رؤوس أهل البادية وأهل تهامة والأعراب والعلوج وأهل السواد معللاً بأنهم لا يتنهون إذا نهوا ، ونساء الكفار غير الكتابيين كذلك وكذا الكتابيات الآتي هنّ من أهل الذمة بل على هذا يجوز النظر حتّى إلى ما لم يتعارف كشفه لهنّ لعدم الحرمة لهنّ لا لأنهن

وذكر المحقق في الشرائع وجه ذلك فقال: إنه يجوز النظر إلى شعور ووجوه نساء أهل الذمة . لأُهنَّ بمنزلة الإمام^(١) ومراده بهذه العبارة :

١ - إِمَّا أَنَّهُنَّ بِمَنْزِلَةِ الْإِمَامِ لِلْمُسْلِمِينَ كَمَا احْتَمَلَهُ بَعْضُ^(٢) .

وهو بعيد جداً، إذ لم يدلّ أي دليل على أن أهل الذمة بمنزلة المماليك للمسلمين، فأئما

تألّفين احترام أنفسهن فإن من يلغى احترام نفسه إنما يجوز النظر بالنسبة إلى ما ألغت لا غيره وأما عدم الحرمة لهن الوارد في المعتمرات فهو دال على جواز النظر لهن حتّى لما لم يتعارف لهن عدم كشفه طبعاً مع عدم التلذذ والريبة كما هو واضح، وإلا فلا يجوز حتّى لو فرض أنه يحصلان أو أحدهما إلى ما تعارف لهنّ كشفه .

(١) شرائع الإسلام ١ : ٣١٧ .

(٢) قال صاحب الجواهر^{رحمته} معلقاً على قول المحقق «لأُهنَّ بمنزلة الاماء» ما نصه : للمسلمين ، باعتبار كونهم - كغيرهم - فيئاً لهم وإن حرم عليهم بالعارض نكاحهن تبعاً لذمة الرجال ، كالأمة المزوجة والإماء حرّمهنّ ملك المسلمين لهنّ ، أو المراد بمنزلة الاماء للغير [أي للإمام^{عليه السلام}] لما في صحيح محمد بن مسلم [أقول : والصحيح لما في صحيحة أبي بصير] عن أبي جعفر^{عليه السلام} من إن أهل الكتاب مماليك للإمام - الجواهر ٢٩ : ٦٨ ، والثاني هو الذي رجحه الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} وذكر فيه بلبلات متعددة دالة بقوة عنده على صحة الثاني وبتلان الأول ، فذكره للأول إنما كان بعنوان الاحتمال الضعيف فلعل مراد السيد الأستاذ من قوله كما احتمله بعض أن المحتمل هو الشيخ صاحب الجواهر .

والمحتمل ثانياً أيضاً السيد الحكيم^{رحمته} في المستمسك ، وهو أيضاً ردّه بل منعه ، وقوى الاحتمال الثاني ، قال : «فيحتمل أن يكون المراد أنهن بمنزلة الاماء للمسلمين ، لأن الكفار فيء المسلمين ، وإنما يحرمهم الذمة ، فتكون نساء أهل الذمة بمنزلة الأمة المزوجة بالعبد . لكن اثبات هذا المعنى غير ظاهر بل ممنوع ، وإنما يكون الملك بالاسترقاق . . .» . المستمسك ١٤ : ١٨ أو (١٣ طبعة بيروت) .

يملك المسلم الكافر بالاسترقاق ، وبدونه كيف تكون بمنزلة الإمام .

٢ - وإما أن يكون مراده أنهن إماء للإمام عليه السلام ^(١) ، حيث ورد في مثل صحيحة أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال : «سألته عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية ؟ فقال : إن أهل الكتاب ممالك للإمام ، وذلك موسع منا عليكم خاصة ، فلا بأس أن يتزوج ...» ^(٢) .

وهذا المعنى وإن أمكن أن يكون مراداً ، إلا أنه لا يلائم كلام المحقق عليه السلام ، لأنه لو أراد ذلك لقال : لانهن إماء ، لا لانهن بمنزلة الإمام . على أن هذه الصحيحة لا بد من حملها على خلاف الظاهر ، لعدم إمكان الإلتزام بأنهم ممالك ، وذلك لأنه ينافي جملة من الأحكام الثابتة لأهل الكتاب ، ١ - منها : مسألة الديات ، فإنه من قتل واحداً منهم فعليه الدية ، ويعطيتها لورثة المقتول

(١) وهو الذي ذهب إليه الشيخ صاحب الجواهر والسيد الحكيم وغيرهما قدس الله أسرارهم .

(٢) الوسائل ج ٢٠ : ٥١٨ باب ٢ من أبواب ما يحرم باستيفاء العدد - ح ٢ . هذا .

وفي الجواهر قال : «أو المراد بمنزلة الإمام للغير لما في صحيحة محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام : «... إن أهل الكتاب ممالك للإمام...» الجواهر ٢٩ : ٦٨ . والصحيح الذي لا بد وأن يقوله هو : لما في صحيحة أبي بصير كما هي كذلك في المصدر الكافي ٥ : ٣٥٨ ، التهذيب ٧ : ٥/٤٤٩ ، الوسائل ج ٢٠ : ٥٤٥ باب ٨ من أبواب ما يحرم بالكفر ح ١ ثم الصحيح (ممالك للإمام) لا (ممالك الإمام) . وفي الوسائل اضافة كلمة (يعني المرادي) بعد كلمة (عن أبي بصير) .

أقول أيضاً : وكذا لما في معتبرة زرارة ، وأن عبّر عنها في الجواهر بالخبر المشعر بالتضعيف ولكنها معتبرة عن أبي جعفر عليه السلام : «... إن أهل الكتاب ممالك للإمام ، ألا ترى أنهم يؤدون الجزية كما يؤدون العبيد الضريبة إلى مواليتهم» الكافي ٦ : ١/١٧٤ ، الوسائل ج ٢٢ : ٢٦٦ باب ٤٥ من أبواب العدد ح ١ .

وكذا لما في معتبرة أبي ولاد عن أبي عبدالله عليه السلام : «... وهم ممالك للإمام فمن أسلم منهم فهو حر» الوسائل ج ٢٩ : ٣٩١ باب ١ من أبواب العاقلة ح ١ . إلا أن هذه المعتبرات كلها لا بد من حملها على خلاف ظاهرها لما سيأتي .

وديته ثمانمائة درهم على الصحيح ، ودية نساءهم أربعمائة درهم . ولو كان مملوكاً لا بد من اعطاء الدية للإمام عليه السلام . على أنه ليس في قتل العبد الدية ، بل القيمة ، والحال إنه يعطي الدية .
٢ - وينافي أيضاً روايات الإرث الدالة على أن الكفار يرث بعضهم بعضاً لو لم يكن في الورثة مسلم يحجبهم ، فلو كانوا عبيداً كيف يرثون ؟ ! فهذه الأحكام وغيرها تدلنا على أن قوله عليه السلام : «ممالك» لا بد وأن يحمل على العناية ، وإلا فهم أحرار حقيقة^(١) .

٣ - والذي أظنه - والله العالم - أنه يريد بذلك أن حكمهن حكم الإماء من جهة عدم الاحترام ، فكما أن الإماء تمتاز عن الحرائر بأن الحرائر يتحجبن ولكن الأمة لا تتحجب ، فأهل الذمة بمنزلة الإماء من جهة عدم الاحترام وان لم يكونوا كذلك حقيقةً ، وهو يشير إلى معتبرة السكوني الدالة على أنه لا حرمة لنساء أهل الذمة ، فقد روى السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : «قال رسول الله صلى الله عليه وآله : لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهن وأيديهن»^(٢) فالحرمة مختصة بالحرّة من المسلمات ، وأما غيرها فلا بأس أن ينظر إليها ، والرواية على ما ذكرنا معتبرة ، لأن السكوني وثقه الشيخ في العدة ، والنوفلي معتبر لوروده في أسناد تفسير القمي^(٣) .

(١) هذا بناءً على جواز النظر إلى أمة الغير كما ذكره العلامة في التذكرة ٢ : ٥٧٤ الطبعة الحجرية وفي الطبعة الحديثة ج ٢٣ : ٩٩ ، والمحقق الكركي في جامع المقاصد ١٢ : ٣٠ - ٣١ بل المشهور كما في المسالك ٧ : ٤٤ مقيداً بكون النظر إلى وجهها وكفيها وشعرها خاصة بالقيدين .

(٢) الوسائل ج ٢٠ : ٢٠٥ باب ١١٢ من أبواب مقدمات النكاح ح ١ . ويؤيدها رواية أبي البختري الضعيفة به - عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن أبي طالب عليه السلام قال : «لا بأس بالنظر إلى رؤوس نساء أهل الذمة . . .» نفس المصدر ح ٢ ، وأبو البختري هو وهب بن وهب الضعيف الكذاب .

(٣) وليس هو من أبناء العامة ليكون التوثيق غير شامل له ، بل له كتاب التقية ، ومنه يعرف

ويضاف إلى ذلك التعليل الوارد في روايات جواز النظر إلى نساء أهل البادية^(١) معللاً ذلك بانهم لا ينتهين لو نهين^(٢)، فإنه يشمل نساء أهل الذمة، وفي بعض نسخ روايات جواز النظر

ﷺ أنه شيعي علي ما ذكرناه في المفيد من معجم رجال الحديث في ترجمته باسم الحسين بن يزيد بن محمد بن عبد الملك النوفلي ص ١٨٣ تحت رقم ٣٧٠٦ طبعة النجف ٣٧٠٥ طبعة بيروت ٣٧١٥ طبعة طهران .

(١) كما في صحيحة عباد بن صهيب قال: «سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: لا بأس بالنظر إلى رؤوس أهل تهامة، والأعراب، وأهل السواد، والعلوج، لانهم إذا نهوا لا ينتهون قال: والمجنونة والمغلوبية علي عقلها...» الوسائل ج ٢٠: ٢٠٦ باب ١١٣ من أبواب مقدمات النكاح ح ١. وعبر الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} عن هذه الصحيحة بالخبر الجواهر ٢٩: ٦٩ - وهو مشعر بالتضعيف، إلا أنه قد يعبر^{رحمته} عن الصحيح بالخبر لا لأجل ضعفه، بل لعدم التزامه بهذا الاصطلاح.

ثم إنه اشكل على السيد الأستاذ أنه عبر عن هذه الرواية في موسوعته في بحث النظر إلى نساء أهل البوادي والأعراب بالصحيحة والحال إن عباد البصري عامي وإن كان ثقة فهي ليست صحيحة.

والجواب: أولاً: أن الذي عبر به السيد الأستاذ^{رحمته} في الدرس هو معتبرة عباد بن صهيب. وثانياً: أن السيد الأستاذ يعبر عن الرواية المعتبرة التي هي حجة بالصحيحة والمعتبرة سواء كان موافقاً للاصطلاح أم لا وعن غيرها بالضعيفة. وهذا هو الذي بنى عليه في بحوثه الفقهية وصرح به في مقدمة معجم رجال الحديث ١: ١٤ حيث قال: إن الصحة والضعف - متن اطلاقاً في هذا الكتاب - فليس المراد بهما الصحة والضعف باصطلاح المتأخرين بل المراد بهما الاعتبار وعدمه» وهو وإن قيد بهذا الكتاب إلا أن بناءه العملي في الفقه على ذلك فيعبر عن الرواية الحجة معتبرة وعن غيرها بالضعيفة وليس ملتزماً بالاصطلاح وهذا واضح لمن يراجع بحوثه الفقهية.

(٢) الكافي ٥: ١٥٢٤، الفقيه ٣: ١٤٣٨/٣٠٠، الوسائل ٢٠: ٢٠٦ باب ١١٣ من أبواب مقدمات النكاح ح ١.

بل مطلق الكفار^(١).

لأهل البادية ذكر بدل أهل البادية أهل الذمة^(٢).

(١) وأما بالنسبة إلى غير الكتابية من الكافرات فهل يجوز النظر إلى شعرها ووجهها وما جرت عاداتها على كشفه وعدم سترة أو لا؟ .

إن كان الدليل على الجواز هو ما ذكرنا من التعليل^(٣) - وأن كل امرأة لا تنتهي لو نهيت يجوز النظر إليها فيعم الكافرة غير الكتابية أيضاً .

وأما لو كان الدليل على الجواز معتبرة السكوني ، فقد يستشكل في الحكم بالجواز لأن موضوع الحكم فيها الذميمة ، والتعدي يحتاج إلى دليل ، والقيد مأخوذ في كلام الإمام عليه السلام ، ولذلك لا يكون الحكم ثابتاً للجميع .

(١) كما فيما رواه في علل الشرائع : ١/٥٦٥ ، فانه روى مثل معتبرة عباد بسند معتبر إلا أنه أسقط لفظ المجنونة المذكورة في رواية الكافي ٥ : ١/٥٢٤ وذكر أهل الذمة بدل العلوج المذكور أيضاً في الكافي . وذكر صاحب الوسائل ذلك عن العلل ، الوسائل ج ٢٠ : ٢٠٦ باب ١١٣ من أبواب مقدمات النكاح ملحق ح ١ .

وكما في الفقيه فإنه ذكر بدل (أهل السواد والعلوج) : (أهل البوادي من أهل الذمة والعلوج) .

ومن هذا كله يتضح أن من ذهب إلى عدم جواز النظر إلى نساء أهل الذمة كابن إدريس في السرائر القديمة ج ٢ : ٦١٠ ، وفي موسوعة ابن إدريس طبع مكتبة الروضة الحيدرية ج ١١ : ٣٤٥ ووافق العلامة في المختلف ٧ : ٩٣ ليس صحيحاً ، لأن دليل المنع الذي احتج به من الآيات كآية الغض وآية عدم مد العين على ما ذكره الشيخ صاحب الجواهر ، الأول «مقيد بما عرفت والنهي عن مد العين إلى ما متع أصناف منهم من الكتاب العزيز المعلوم عدم إرادة ما نحن فيه منه» الجواهر ٢٩ : ٧٠ .

أقول : وقول الشيخ صاحب الجواهر عليه السلام : الأول مقيد بما عرفت . إنما هو على فرض دلالة الآية على حرمة النظر ودلالاتها كما سيأتي أول الكلام .

(٢) في معتبرة عبادين صهيب المتقدمة .

مع عدم التلذذ والريبة^(١) - أي خوف الوقوع في الحرام .

إلا أنه مع ذلك يمكن التعدي لغير أهل الكتاب من سائر الكفار أيضاً، لأنه يستفاد من معتبرة السكوني أن الحرمة لم تنشأ من مفسدة خارجية كما في سائر المحرمات، وإنما نشأت من جهة الاهتمام بحال المرأة وكونها محترمة، فكان عدم جواز النظر في المسلمة من جهة أن عرضها محترم كنفسها ومالها، واما بالنسبة لأهل الكتاب فلا حرمة لاعراضهم، ولذا رتب عليه جواز النظر عليه، أي لأنه لا حرمة لهنّ فيجوز النظر لهنّ، ففي غير الذمّة من أقسام الكفار يكون جواز النظر لهن لأولوية عدم احترامهن من الذميات .

وبعبارة أخرى: ان أقرب قسم من الكفار للمسلمين إنما هم الذميون في الاحترام والتحفظ على ماله ونفسه، حيث يجري عليهم احكام المسلمين، بخلاف سائر الكفار والمشركين، فاذا كان القسم المحترم مالاً ونفساً ليس له احترام بالنسبة إلى العرض، فبقية أقسام الكفار أولى بأن لا يكون لهم احترام من هذه الجهة قطعاً، فلذا يجوز النظر للشعر والوجه وما جرت عاداتهن على كشفه وعدم ستره بل وغيره أيضاً من جميع أقسام الكفار، وذكر الذمّة بالخصوص إنما لاحتمال أن يجري عليهم احكام الإسلام حتى من هذه الجهة، فذكر الإمام عليه أن هذا الحكم - وهو احترام العرض - لا يجري عليهم وإن جرى عليهم احكام احترام النفس والمال . ومن هنا لا يختص جواز النظر بما جرت عاداتهن على عدم ستره، بل يجوز النظر حتى لما جرت عاداتهن على ستره، لأن الحكم نشأ من عدم الحرمة لهن، لا مثل التي لا تنتهي لو نهيت، لأن احترامها يكون ملغى بمقدار ما أُلغيت، وهو ما جرت عاداتها على عدم ستره، وأما غيره فلا .

(١) ثم إن جواز النظر المزبور لنساء أهل الذمة بل مطلق نساء الكفار إنما هو مع عدم التلذذ والريبة، وإلا فلا يجوز النظر جزماً .

والوجه في ذلك :

أما بالنسبة لاعتبار عدم التلذذ، فمضافاً إلى أنه مقطوع به عند الأصحاب ومتسالم عليه - كما هو كذلك في النظر لنساء أهل البادية، حيث إنه لا يجوز مع التلذذ أو الريبة جزماً لذلك - لا يبعد استفادة ذلك في الموردین أيضاً أعني ١ - نساء أهل الذمة، بل مطلق الكفار . و٢ - نساء أهل

البادية من الآية المباركة ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾^(١) فإنها دالة على اعتبار عدم التلذذ حيث إن الظاهر من غض النظر الذي هو عبارة عن الكف الذي هو بمعنى الانصراف عن الشيء وجعله كالعدم، وأن الانتفاع الذي ينتفع من المرأة بالتلذذ بجميع أقسامه الذي منه النظر مع التلذذ - خاص بالازواج وما ملكت الأيمان - الإماء - وأما غيرها فلا بد أن يغض الرجل النظر عنه ويجعله كالعدم^(٢)، فيدل على أن جميع الانتفاعات التي يمكن أن تنتفع

(١) النور ٢٤ : ٣٠ .

(٢) وكما نقول في البحوث (ومع غض النظر عن ذلك) أي ومع جعل ما ذكر كالعدم، وهذا لا ينافي كون المراد من غض البصر كما عن أهل اللغة قصره ونقصه وتنقيصه وخفضه وكسره واخفاضه وكل ذلك دال على إرادة قصره على غير ما هو المراد من المرأة من الاستمتاع وهو معنى جعلها كالعدم أي من هذه الجهات فغض النظر المراد به كفه عن الاستمتاع التي ينتفع بها من المرأة وجعلها كالعدم من هذه الجهة وهو نقصه وخفضه واخفاضه وعدم رفعه واخفاه وكسره . أي عما يراد من النساء من الاستمتاع . فان النظر إلى المرأة في من يكون في المجتمعات البشرية من قبل الإسلام إلى يومنا هذا بلا شك يكون على نحوين : ١- نظر بما أن المرأة هي المتعامل معها في أي معاملة وفي أي طارئ يستلزم النظر إليها والكلام معها والنظر هذا هو الذي يقتصر فيه على إنجاز العمل أو المعاملة أو الطارئ أو نحو ذلك . ٢ - وهناك نظر إليها نظر استمتاع لما يراد منها، والذي يكون مع التلذذ والريبة فغض النظر أي قصره وكسره على ما هو الذي يكون في غير الاستمتاع منها وهو الذي تقيده من التبعية ويشهد على أن المراد من الغض ما ذكره السيد الأستاذ - مضافاً إلى أن ذلك هو الظاهر - تعقيب قوله تعالى: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ﴾ بقوله تعالى: ﴿وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ﴾ أي من النظر الممنوع منه الذي يؤدي عادة إلى عدم حفظ الفرج . وكذا قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ فإنه متعقب بقوله تعالى: ﴿وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ﴾ أي من النظر الممنوع الذي يؤدي إلى عدم حفظ الفرج، وهذا واضح لا لبس فيه ومنه يتوضح أن كلام

من المرأة ممنوعة لغير الزوج والمالك ، ومعنى ذلك أن كل استمتاع سواء أكان نظراً أم لمساً أم غيرهما مورده الزوجة والمملوكة دون غيرهما^(١) .

وأما بالنسبة إلى اعتبار عدم الريبة - أي أن لا يكون هنا خوف الوقوع في الحرام من الزنا والفتنة ونحوهما - فيدل عليه قوله تعالى : ﴿ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ﴾^(٢) وقوله : ﴿ وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ آبَتَعَىٰ وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ ﴾^(٣) والتحفظ عبارة عن الاهتمام بالشيء حتى لا يقع في خلاف ما يتوقع ويبتظر ، فإذا قيل تحفظ على مالك معناه ان لا تجعله في مكان يحتمل فيه التلف ، فمن جعله في مكان يحتمل فيه التلف لم يتحفظ على ماله ، والمستثنى في الآية الدالة على وجوب التحفظ هو عدم وجوبه بالنسبة إلى الأزواج وما ملكت الأيمان من الإماء ، فإذا كان النظر لغيرهما في موقع

السيد الأستاذ^{رحمته} في كون المراد من الغض هو ما عرفت ليس خلاف ظاهر الآية بل هو الذي على طبقها .

ودعوى أن نقص من بصرك وقلل هو أن يكون نظرك إلى غير الاستمتاع الجنسية . دعوى مقبولة بل هي هي وأن النظر الذي يكون للاستمتاع والموجب عادة للتلذذ والريبة ممنوع ومنه نظر الشاب الذي في المدينة والذي شج العظم وجهه ، فهذا هو دليل على صحة إرادة المعنى المذكور للسيد الأستاذ^{رحمته} من الغض بما ذكرناه لا دليل على صحة غيره ، ولم ينكر السيد الأستاذ^{رحمته} أن المعنى الحقيقي للغض هو اطباق الجفن على الجفن وإنما أنكر أن يكون المراد منه في الآية هو ذلك ولذا ذكر أن المعنى الحقيقي للغض هو المراد في خصوص الرواية الراجعة إلى السيدة المعصومة فاطمة الزهراء (سلام الله عليها) . ولم يدع أن الآية ظاهرة في طبق جفن على جفن .

(١) وسيأتي زيادة توضيح لذلك في رد الاستدلال بآية ﴿ قُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ ﴾ على حرمة نظر المرأة إلى وجه ويدي الرجل الأجنبي في المسألة ٣١ الرقم العام [٣٦٦٣] الآتية .

والأحوط الاقتصار على المقدار الذي جرت عاداتهن على عدم ستره^(١).

وقد يلحق بهم نساء أهل البوادي والقرى من الأعراب وغيرهم^(٢)

الريبة فهو لم يتحفظ على فرجه وجعله في معرض الوقوع فيما لا ينبغي الوقوع فيه ، فهو مبتغ لما وراء ذلك وعاد .

إذن فجواز النظر إلى وجوههن وشعورهن وغيرهما مما يكون كشفه متعارفاً وجرت عاداتهن على عدم ستره بل غيره لا كلام فيه بشرط إلا يكون بتلذذ وريبة ، وإلا فغير جائز .

(١) وهو احتياط استجابي ، وإلا فمقتضى ظاهر الدليل - وهو عدم حرمتهم - أنه لا فرق بين

ما تعارف منهن عدم ستره وغيره بشرط عدم التلذذ والريبة .

(٢) ثم تعرض الماتن رحمته إلى حكم جواز النظر إلى النساء أهل البوادي - اللواتي لا يتتهين لو

تهين إلى شعورهن ووجوهن وما جرت عاداتهن على كشفه وعدم ستره ، وذلك لمعتبرة عباد بن صهيب ، قال : «سمعت أبا عبدالله عليه السلام يقول : لا بأس بالنظر إلى رؤوس نساء أهل تهامة ، والأعراب ، وأهل السواد ، والعلوج ، لأنهم إذا نهوا لا يتتهون ...»^(١) الضمير مذكر ولا أثر له بعد كون الحكم هو الجواز لعدم الإنزجار مع النهي ، فهي اسقطت احترام عرضها ، نظير من ألقى جلباب الحياء فلا حرمة لغيبته ، لأن حرمة الغيبة من جهة ستر المؤمن ، فلو أنه أقدم على هتك نفسه فلا حرمة لغيبته ، فتكون هذه كبرى كلية ، وأن كل امرأة تقدم على هتك عرضها فلا تبقى لها حرمة فلا بأس بالنظر لشعرها ووجهها وغيرهما مما تعارف منها عدم ستره ، فيتعدى إلى النساء المبتذلات في عصرنا الحاضر المتواجرات في المستشفيات وغيرها حتى لو كنّ مسلمات إن لم يكن عن تلذذ وريبة ، لأنه لا يتتهين لونهن ، ولكن يختص جواز النظر لو لم يكن عن تلذذ وريبة بما جرت عاداتهن على عدم ستره ، لأن إلغاء احترامهن إنما هو له لا لغيره ، فغيره غير ملغى الاحترام فلا يجوز النظر له .

ولكن قد يناقش في هذا الحكم بدعوى أن الرواية ضعيفة^(٢) ، لأن الراوي وهو عباد بن

(١) الوسائل ج ٢٠ : ٢٠٦ باب ١١٣ من أبواب مقدمات النكاح ح ١ .

(٢) الذي ناقش بضعف الرواية هو السيد الحكيم رحمته وفاقاً للماتن رحمته الذي عقب قوله :

صهيب ضعيف ، ولم تنجبر الرواية بعمل المشهور .

ولعل منشأ توهم الضعف الذي تبناه الماتن ووافقه عليه السيد الحكيم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا تعبير الشيخ صاحب الجواهر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن هذه الرواية بالخبر^(١) .

ولكن الشيخ صاحب الجواهر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في غير مورد يعبر عن الصحيحة بالخبر وعن الموثقة بالخبر ، فانه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ لم يلتزم بالتعبير عن الصحيح بالصحيح وعن الموثق بالموثق ، بل قد يعبر عنهما بالخبر ، ولرواية واحدة بفصل قليل تارة يعبر عنها بالخبر وأخرى بالصحيح ، فلا يستكشف من تعبيره بالخبر أنه ضعيف . وعباد وثقه النجاشي ، فلا حاجة إلى الاستدلال على صحة هذه الرواية^(٢) بأن الراوي عنه هو الحسن بن محبوب وهو لا يروي إلا عن ثقة ، لأن ذلك لم يثبت ، بل

«وقد يلحق بهم نساء أهل البوادي والقرى من الأعراب وغيرهم» بقوله «وهو مشكل» حيث قال السيد الحكيم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تعليقا على قول الماتن رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (وهو مشكل) : «لضعف عباد ، لكن رواه في الكافي هكذا: عن عده من أصحابنا عن أحمد بن محمد بن عيسى ، عن ابن محبوب ، عن عباد بن صهيب ، وأحمد بن محمد بن عيسى أخرج البرقي من قم لأنه يروي عن الضعفاء ويعتمد المراسيل ، وابن محبوب هو الحسن بن محبوب من أصحاب الإجماع وممن لا يروي إلا عن ثقة ، ولا يبعد أن يكون ذلك كافياً في جبر ضعف السند» المستمسك ١٤ : ١٥
طبعة بيروت .

(١) قال : ولكن قد يشكل أصل الحكم هنا بخبر عباد بن صهيب عن الصادق عَلَيْهِ السَّلَام . الجواهر ٢٩ : ٦٩ .

(٢) هذا إشارة إلى من استدل على وثاقة عباد بن صهيب بذلك ، فإن المستدل على صحة الرواية بالوجهين الآتين في كلام السيد الأستاذ هو السيد الحكيم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا في المستمسك ، قال «وأحمد بن محمد بن عيسى أخرج البرقي من قم لأنه يروي عن الضعفاء ويعتمد المراسيل ، وابن محبوب هو الحسن بن محبوب من أصحاب الإجماع وممن لا يروي إلا عن ثقة» . المستمسك ١٤ : ٢١ أو (١٥ طبعة بيروت) .

ثبت خلافه كما ذكرنا تفصيل ذلك في مقدمة المعجم^(١)، أو بأن الرواي^(٢) عن الحسن ابن محبوب هو أحمد بن محمد بن عيسى وهو ثقة وهو الذي أخرج أحمد بن محمد بن خالد البرقي من قم لأنه يروي عن الضعفاء، بل الرواية في نفسها صحيحة^(٣).

(١) معجم رجال الحديث ج ١ : ٥٨ طبعة طهران . وذكرنا ذلك في خصوص ستة نفر منهم الحسن بن محبوب ومحمد بن أبي عمير في الواضح ١٢ : ٢٣٦ فراجع ، فإن هذه الدعوى غير صحيحة على أنه الحسن بن محبوب وابن أبي عمير نتعرض لمن روا عنهم مفصلاً في الهامش في ذيل هذه المسألة .

(٢) ذكر هذا الوجه السيد الحكيم رحمته الله في المستمسك حسبما عرفت في التعليقة القريبة .

(٣) ذكرنا الستة الذين منهم الحسن بن محبوب في الواضح ١٢ : ٢٣٦ ، فراجع : وتكملة لذلك البحث وتفصيلاً لما لم نفضل به هناك نتعرض الآن إلى من روى عنهم الحسن بن محبوب أولاً ، ثم لمن روى عنهم محمد بن أبي عمير مفصلاً لنرى هل يمكن التصديق بأنه لا يروي كل منهما إلا عن ثقة ، أو أنه روى كل منهما عن الضعفاء المسلم ضعفهم ، وعمّن ضعفهم النجاشي والشيخ صريحاً وروياً عن المجاهيل أيضاً فإنه ، روى الحسن بن محبوب ١٥١٨ رواية ، روى عن أبي الحسن الرضا عليه السلام وعن جمع غفير من الرواة بعناوين متعددة ، منهم ستون رويًا فقط من أصحاب الإمام الصادق عليه السلام وروى عن كثير من أصحاب الإمام الرضا عليه السلام أيضاً ، روى عن الضعفاء المسلم ضعفهم ، وروى عمّن ضعفه النجاشي وعمّن ضعفه الشيخ ، وروى عن جمع غفير من المجاهيل الذي لم يوثق أحد من علماء الرجال أحداً منهم :
أولاً : من روى عنه الحسن بن محبوب .

١ - روى عن عمرو بن شمر الكافي ٢ : ٥/١١٩ وقد ضعفه النجاشي .

٢ - وروى عن أبي جميلة ، وهو المفضل بن صالح أبو جميلة الذي قال فيه النجاشي إنه هو

المتسالم على ضعفه ورواياته التي عن أبي جميلة ذكرت في ج ٦ من معجم رجال الحديث :

٥- تفصيل طبقات الرواة ص ٣٥٦ عن الكافي ج ٥ الكتاب الثالث الباب ٤٨ ح ٣. والفقهاء ٣، ح ١٤٤٤، والفقهاء ٤، ح ٥٤٥، والتهذيب ٧: ح ١٤٨٦، وح ١٩٤٧، والتهذيب ٨: ح ٥٨٠، والتهذيب ٩: ح ٩٨٩، والتهذيب ١٠: ح ٩٧٤، (الاستبصار ٤: ح ١٠٨٦).

٣- وروى عن أبي خالد الكوفي وهو مجهول، يخرج ما رواه من تفصيل طبقات الرواة أيضاً لمن أراد التأكد من ذلك، ونحن أيضاً نخرجه ونحيل اخراج باقي الموارد الآتية على المراجع يخرج من تفصيل طبقات الرواة، أمّا إخراجنا له، فهو معجم رجال الحديث ج ٦ تفصيل طبقات الرواة ص ٣٥٧ عن التهذيب ٦: ح ٨٩١، (الكافي ٥: ٦/٧٨)، ويمكن اخراج روايته أيضاً من نفس عنوان أبي خالد الكوفي من معجم رجال الحديث، وكذا كل من روى عنه الحسن بن محبوب من هؤلاء الضعفاء والمجاهيل.

٤- وروى عن عمرو بن شمر. الكافي ٢: ٥/١١٩، وقد ضعفه النجاشي.

٥- وروى عن أبي علي الجواني وهو مجهول ويمكن اخراج روايته عنه من معجم رجال الحديث عند ذكر عنوانه وهو أبو علي الجواني. معجم رجال الحديث ٢١ تحت رقم ١٤٥٧٠ طبعة النجف، وفي رقم ١٤٥٩٦ طبعة بيروت. وح ٢٢، ١٤٩٦ طبعة طهران.

٦- وروى عن أبي كهس وهو الهيثم بن عبدالله، وهو مجهول.

٧- وروى عن أبي يحيى الحنّاط، وهو مجهول.

٨- وروى عن إبراهيم الكرخي، وهو مجهول.

٩- وروى عن إبراهيم بن نعيم الأزدي، وهو مجهول.

١٠- وروى عن الحارث بن أبي رسن الأزدي، وهو مجهول.

١١- وروى عن الحارث بن محمد، وهو الحارث بن محمد بن النعمان الأحول وهو

مجهول.

١٢- وروى عن الحارث بن محمد بن النعمان الأحول صاحب الطاق، وهو سابقه مجهول.

١٣- وروى عن الحارث بن محمد بن النعمان الأحول، وهو سابقه مجهول.

١٤- وروى عن الحسن بن حي وهو بترى، قال الشيخ: إنه متروك العمل بما يختص

ببرايته .

- ١٥ - وروى عن الحسن بن صالح ، وهو سابقه الذي متروك العمل بما يختص بروايته .
- ١٦ - وروى عن الحسن بن صالح بن حي ، وهو سابقه المتروك العمل بما يختص بروايته .
- ١٧ - وروى عن الحسن بن صالح الثوري ، وهو سابقه المتروك العمل بما يختص بروايته .
- ١٨ - وروى عن الحكم الأعمى ، وهو مجهول ، راجع ترجمة الحكم الأعمى لاجراء رواية الحسن بن محبوب عنه ، وكذا سابقه ولاحقيه .
- ١٩ - وروى عن حماد أبي يوسف الخزاز وهو مجهول . راجع ترجمة حماد في معجم رجال الحديث لاجراء رواية الحسن بن محبوب عنه ، وكذا سابقه ولاحقيه .
- ٢٠ - وروى عن حماد بن زياد ، وهو مجهول أيضاً .
- ٢١ - وروى عن خالد بن نافع ، وهو مجهول أيضاً .
- ٢٢ - وروى عن خضر الصيرفي ، وهو مجهول .
- ٢٣ - وروى عن خطاب أبي محمد ، وهو مجهول .
- ٢٤ - وروى عن داود بن كثير الرقي ، وهو قد ضعفه النجاشي وبالغ في تضعيفه ، قال : ضعيف جداً ، والغلاة تروي عنه ، ونقل عن أحمد بن عبد الواحد قوله : قل ما رأيت له حديثاً سديداً .
- ٢٥ - وروى عن داود الرقي سابقه ، وقد عرفت مبالغة النجاشي في تضعيفه .
- ٢٦ - وروى عن سليمان الحمار ، وهو مجهول .
- ٢٧ - وروى عن عبدالعزيز العبدى ، وهو ضعيف ضعفه النجاشي .
- ٢٨ - وروى عن عبدالله بن مرحوم الأزدي ، وهو مجهول .
- ٢٩ - وروى عن علي بن الحسن الرباطي ، وهو مجهول .
- ٣٠ - وروى عن علي بن الفضيل ، وهو مجهول .
- ٣١ - وروى عن عمارة بن أبي الأحوص ، وهو مجهول .
- ٣٢ - وروى عن مثنى الحنات ، وهو مجهول .

- ٣٣ - وروى عن محمد بن سنان ، وقد ضعفه النجاشي والشيخ .
- ٣٤ - وروى عن محمد بن حكيم ، وهو مجهول وإن كان ممدوحاً من جهة مناظراته في الكلام ، إلا أنه لا ملازمة بين مدحه من جهة الكلام ومدحه من جهة الرواية .
- ٣٥ - وروى عن محمد بن الفضيل ، وقد ضعفه الشيخ صريحاً .
- ٣٦ - وروى عن محمد بن المستنير ، وهو مجهول .
- ٣٧ - وروى عن مقاتل بن سليمان ، وهو مجهول .
- ٣٨ - وروى عن النضر بن قرداش الجمال الخزازي ، وهو مجهول .
- ٣٩ - وروى عن نعيم بن إبراهيم ، وهو مجهول .
- ٤٠ - وروى عن وهب بن عبدربه ، وقد ضعفه النجاشي والشيخ ، وبالغ النجاشي في تضعيفه فقال : وكان كذاباً ، وله أحاديث مع الرشيد في الكذب . وقال الشيخ : عامي المذهب ضعيف متروك الحديث فيما يختص به . وقال الكشي : إنه أكذب البرية .
- فكيف مع ذلك يقال الحسن بن محبوب لا يروي إلا عن ثقة . ولو ضم ذلك إلى الضعفاء والمجاهيل الذين يروون عنهم الخمسة الباقون من الستة الثالثة من أصحاب الإجماع لم يبق إلا النزول القليل من المجاهيل والضعفاء ، وهل يعقل توثيق هؤلاء كلهم بدعوى الإجماع التي عرفتها ما هي - وإن معناها أنهم يصدقون فيما يروونه ولا يتهمون بالكذب في أخبارهم ؟ لا أن روايتهم إذا كانت عن مجهول أو ضعيف أو مرسله تقبل ، والتي استنبط منها الشيخ استنباطاً خاطئاً وهو الإجماع على تصحيح ما يصح عن هؤلاء والتي لم ينقل هكذا إجماع أحد من المتقدمين عليه ولا أثر له في كلمات قدماء الأصحاب ، والذي قاله النجاشي بالنسبة إلى روايات ابن أبي عمير خاصة : أن سبب تسوية الطائفة بين مسندات ابن أبي عمير ومرسلاته هو ضياع كتبه لا دعوى الكشي المذكورة ولم ينقل غير النجاشي هكذا إجماع أصلاً وكيف يكون ضياع كتبه سبباً إلى سكوت الأصحاب إلى مرسلاته ؟ - إذا كان يمكن الاعتماد على هكذا إجماعات مقطوعه العدم فقد ذكر المفيد رحمته الله : « أن أصحاب الحديث قد جمعوا أسماء الرواة عنه [الصادق] عليه السلام من الثقات على اختلافهم في الآراء والمقالات فكانوا أربعة آلاف » فليس في الرواة لنا راوٍ مجهول

« أو ضعيف ، فهل يعقل هذا !؟ .

ثم نتعرض الآن إلى من روى عنه محمد بن أبي عمير بعنوان محمد بن أبي عمير :

١- روى محمد بن أبي عمير عن أبي الأعز النخاس ، وهو مجهول ، ولأجل معرفة أين روى هذا المجهول تراجع ترجمته وراجع تفصيل طبقات الرواة ، ففي - الأعز النخاس تراجع ترجمته ج ٢٢ من معجم رجال الحديث تحت رقم ١٣٩٤٩ طبعة طهران ، وراجع من روى عنهم محمد بن أبي عمير في تفصيل طبقات الرجال وهو ج ١٥ ص ٤٢٠ تجد أن محمد بن أبي عمير روى عن أبي الأعز النخاس .

٢- روى محمد بن أبي عمير عن أبي جعفر الشامي وهو مجهول ، راجع ترجمته وتفصيل طبقات الرواة ج ١٥ من معجم رجال الحديث .

٣- روى محمد بن أبي عمير عن أبي عبدالله الفراء وهو مجهول ، راجع ترجمته وتفصيل طبقات الرواة ج ١٥ من معجم رجال الحديث .

٤- روى محمد بن أبي عمير عن أبي علي الحراني وهو مجهول راجع ترجمته وتفصيل طبقات الرواة ج ١٥ من معجم رجال الحديث .

٥- روى محمد بن أبي عمير عن ابن سنان ، والمراد به فيما تكون الرواية عن أبي الحسن الرضا عليه السلام الذي هو بن أبي عمير من أصحابه) هو محمد بن سنان وقد ضعفه النجاشي والشيخ ابن عقدة والمفيد ، وعده الفضل بن شاذان من الكذابين ، ولا أقل من معارضة التوثيق والتضعيف فيه .

٦- روى محمد بن أبي عمير عن إبراهيم بن أبي زياد الكرخي ، وهو مجهول . أقول تخرج روايته عنه في ترجمته وفي تفصيل طبقات الرواة ج ١٥ ، وهذا هو الميزا في وجدان روايته عنه .

٧- روى محمد بن أبي عمير عن إسحاق بن هلال وهو مجهول .

٨- روى محمد بن أبي عمير عن إسماعيل بن رياح الكوفي ، وهو مجهول .

٩- روى محمد بن أبي عمير عن بكار ، وهو بكار بن أبي بكر الحضرمي وهو

٥ مجهول .

- ١٠ - روى محمد بن أبي عمير عن بكار بن كردم ، وهو مجهول .
- ١١ - روى محمد بن أبي عمير عن جعفر الأزدي ، وهو مجهول .
- ١٢ - روى محمد بن أبي عمير عن الحسين بن زيد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب ، وهو لم يوثق .
- ١٣ - روى محمد بن أبي عمير عن الحكم الأعشى ، وهو مجهول .
- ١٤ - روى محمد بن أبي عمير عن الحكم بن أيمن ، وهو مجهول .
- ١٥ - روى محمد بن أبي عمير عن الحكم بن علباء (علباء) الأسدي ، وهو مجهول .
- ١٦ - روى محمد بن أبي عمير عن حمزة بن حرمان بن أعين ، وهو مجهول .
- ١٧ - روى محمد بن أبي عمير عن خالد السندي ، وهو مجهول .
- ١٨ - روى محمد بن أبي عمير عن زيد النرسي ، وهو مجهول .
- ١٩ - روى محمد بن أبي عمير عن سعيد بن غزوان ، الذي لا يمكن الجزم بتوثيقه .
- ٢٠ - روى محمد بن أبي عمير عن سفيان بن صالح ، وهو مجهول .
- ٢١ - روى محمد بن أبي عمير عن سلمة صاحب السابري ، وهو مجهول .
- ٢٢ - روى محمد بن أبي عمير عن عامر بن نعيم القمي ، وهو مجهول .
- ٢٣ - روى محمد بن أبي عمير عن عبدالله بن سليمان ، وهو مجهول .
- ٢٤ - روى محمد بن أبي عمير عن عبدالله بن لطيف التفليسي ، وهو مجهول .
- ٢٥ - روى محمد بن أبي عمير عن عقبة ، وهو إما عقبة بن بشير وهو مجهول ، أو عقبة بن خالد وهو مجهول أيضاً .
- ٢٦ - روى محمد بن أبي عمير عن علي بن أبي حمزة ، وهو البطائني الذي قال فيه ابن فضال : إنه كذاب متهم .
- ٢٧ - روى محمد بن أبي عمير عن علي الصيرفي ، وهو مجهول .
- ٢٨ - روى محمد بن أبي عمير عن عيسى الفراء ، وهو عيسى بن خليل المجحول .

- ٢٩ - روى محمد بن أبي عمير عن فضيل مولى راشد ، وهو مجهول .
- ٣٠ - روى محمد بن أبي عمير عن كردويه ، وهو مجهول .
- ٣١ - روى محمد بن أبي عمير عن محمد بن عمران العجلي ، وهو مجهول .
- ٣٢ - روى محمد بن أبي عمير عن يحيى بن موسى الصنعاني ، وهو مجهول .
- ٣٣ - روى محمد بن أبي عمير عن يعقوب بن عثيم ، وهو مجهول ، وهو يعقوب بن عثيم أبو يوسف وهو مجهول .

هذا فيما رواه بعنوان محمد بن أبي عمير .

وأما فيما رواه بعنوان ابن أبي عمير :

٣٤ - فروى ابن أبي عمير عن أبي إسماعيل ، وليس هو أبا إسماعيل الصائغ الذي هو ثابت بن شريح الثقة ، والباقي ممن مسمى بابن إسماعيل كلهم مجاهيل ، فأبو إسماعيل هذا مجهول ، تراجع ترجمته تحت رقم ١٣٩٣٦ طبعة طهران ج ٢٢ ويراجع تفصيل طبقات الرواة ج ٢٣ من المعجم .

٣٥ - روى ابن أبي عمير عن أبي إسماعيل العدي ، وهو مجهول .

٣٦ - روى ابن أبي عمير عن أبي البختری ، وهو وهب بن وهب الضعيف الكذاب .

٣٧ - روى ابن أبي عمير عن أبي جرير القمي ، وهو زكريا بن إدريس المجهول وإن قال السيد الأستاذ عليه السلام في ترجمة أبي جرير القمي إن أبا جرير القمي مشترك بين ثلاثة أشخاص ، فإن روى عن الإمام الصادق عليه السلام كما هو في المقام الذي روى عنه ابن أبي عمير فالمتعين أنه زكريا ابن إدريس ، وإن روى عن أبي الحسن والرضا عليهما السلام فهو منصرف إليه ، وعلى الأقل إن روى عن الاثنين الآخرين فهو مرددين زكريا بن إدريس وزكريا بن عبد الصمد وكل منهما ثقة . وذكرنا في هامش - ص ٦٨٨ أن قوله : «وكل منهما ثقة» غير صحيح ، لأن زكريا بن إدريس مجهول كما تقدم في ترجمة ، راجع رقم ٤٦٩٤ طبعة النجف للمعجم ٤٦٩٣ طبعة بيروت للمعجم ٤٧٠٢ طبعة طهران للمعجم . وتقدم في كتاب الحج من الواضح ١ : ٢٠ أن استفادة بعض من قول السيد الأستاذ عليه السلام هنا (وكل منهما ثقة) توثيق زكريا بن إدريس ليس صحيحاً ، لوضوح اشتباه

- ٥ السيد الأستاذ هنا ، والملاك في معرفة وثاقة الشخص وعدمها إنما هي بالرجوع إلى ترجمته ، وفي ترجمة زكريا بن إدريس ذكر السيد الأستاذ عليه السلام أنه مجهول .
- ٣٨ - روى ابن أبي عمير عن جعفر الشامي ، وهو مجهول .
- ٣٩ - روى ابن أبي عمير عن أبي الجهم ، وهو مجهول .
- ٤٠ - روى ابن أبي عمير عن أبي الحسن الأنباري ، وهو مجهول .
- ٤١ - روى ابن أبي عمير عن أبي الحسن الحذاء ، وهو مجهول .
- ٤٢ - روى ابن أبي عمير عن أبي زياد النهدي ، وهو مجهول .
- ٤٣ - روى ابن أبي عمير عن أبي سعيد المكاربي ، وهو هاشم بن حيان ، وهو مجهول .
- ٤٤ - روى ابن أبي عمير عن أبي عبدالله الخزاز ، وهو مجهول .
- ٤٥ - روى ابن أبي عمير عن أبي عبدالله صاحب السابري وقال بعد ذلك (فيما أعلم أو غيره عن أبي عبدالله عليه السلام) وأبو عبدالله السابري ، وهو مجهول .
- ٤٦ - روى ابن أبي عمير عن أبي عبدالله الفراء ، وهو مجهول .
- ٤٧ - روى ابن أبي عمير عن أبي علي صاحب الأنماط ، وهو مجهول .
- ٤٨ - روى ابن أبي عمير عن أبي صاحب الشعير ، وهو مجهول .
- ٤٩ - روى ابن أبي عمير عن أبي صاحب الكلل ، وهو مجهول .
- ٥٠ - روى ابن أبي عمير عن أبي عوف البجلي ، وهو مجهول .
- ٥١ - روى ابن أبي عمير عن أبي محمد الفراء ، وهو مجهول .
- ٥٢ - روى ابن أبي عمير عن ابن أخي فضلي وعن ابن أخي الفضيل بن يسار وهما شخص واحد ، وهو الحسن بن أخي الفضيل وهو مجهول .
- ٥٣ - روى ابن أبي عمير عن ابن سنان ، فما كان فيه الرواية من الرضا ومن بعده فهو محمد بن سنان الذي ضعفه النجاشي والشيخ ، وعده الفضل بن شاذان من الكذابين .
- ٥٤ - روى ابن أبي عمير عن إبراهيم بن إسحاق الخدري ، وهو مجهول .
- ٥٥ - روى ابن أبي عمير عن إبراهيم بن زياد الكرخي ، والصحيح فيها عن إبراهيم بن أبي زياد

- الكرخي وهو مجهول ، وإن كان إبراهيم بن زياد الكرخي فأيضاً هو مجهول . إلا أن الصحيح الأول .
- ٥٦ - روى ابن أبي عمير عن إبراهيم الشعيري وإبراهيم صاحب الشعير ، وهما شخص واحد ، وهو مجهول .
- ٥٧ - روى ابن أبي عمير عن أحمد بن أبي علي ، وهو مجهول .
- ٥٨ - روى ابن أبي عمير عن عبدالرحمن ، وهو مجهول .
- ٥٩ - روى ابن أبي عمير عن أسباط بن سالم ، وأسباط بن يباع الزطي ، وهو أسباط بن سالم يباع الزطي ، وهو مجهول .
- ٦٠ - روى ابن أبي عمير عن إسحاق بن أبي هلال وعن إسحاق بن أبي هلال المدائني ، وهما شخص واحد مجهول .
- ٦١ - روى ابن أبي عمير عن أسلم مولى بن يقطين ، وهو وسليم مولى علي بن يقطين وسلم مولى علي بن يقطين شخص واحد ، وهو مجهول .
- ٦٢ - روى ابن أبي عمير عن إسماعيل العبدي ، وهو إسماعيل بن بشار (يسار) العبدي ، وهو مجهول .
- ٦٣ - روى ابن أبي عمير عن إسماعيل بن إبراهيم ، وفي بعض رواياته علي بن بعض النسخ إسماعيل بن إبراهيم بن مهاجر ، وهو مجهول .
- ٦٤ - روى ابن أبي عمير عن إسماعيل بن سارة ، وهو مجهول .
- ٦٥ - روى ابن أبي عمير عن إسماعيل بن رباح (رياح) ، وهو مجهول .
- ٦٦ - روى ابن أبي عمير عن إسماعيل بن محمد المنقري ، وهو مجهول .
- ٦٧ - روى ابن أبي عمير عن بشر بن سلمان ، وهو مجهول .
- ٦٨ - روى ابن أبي عمير عن جعفر بن علي ، وهو جعفر بن عبدالله الثاني جد جعفر بن عبدالله رأس المدري ونسب إلى جدّه ، وهو مجهول .
- ٦٩ - روى ابن أبي عمير عن جندب ، وهو جندب أبو عبدالله ، وهو مجهول .

- ٦٠ - روى ابن أبي عمير عن الحارث بن بهرام ، وهو مجهول .
- ٧١ - روى ابن أبي عمير عن الحسن (الحسين) بن أخي فضيل ، وهو مجهول .
- ٧٢ - روى ابن أبي عمير عن الحسين بن بشر (بشير) ، وهو مجهول .
- ٧٣ - روى ابن أبي عمير عن الحسين بن الحسن بن عامر ، وهو مجهول .
- ٧٤ - روى ابن أبي عمير عن الحسين بن خالد الصيرفي ، ولم تثبت وثاقته .
- ٧٥ - روى ابن أبي عمير عن الحسين بن عطية ، وهو مجهول .
- ٧٦ - روى ابن أبي عمير عن حفص أخي مرزم ، وهو مجهول .
- ٧٧ - روى ابن أبي عمير حفص بن عثمان ، وهو مجهول .
- ٧٨ - روى ابن أبي عمير عن حفص بن قرط ، وهو مجهول .
- ٧٩ - روى ابن أبي عمير عن حفص بن قرنة ، وهو مجهول .
- ٨٠ - روى ابن أبي عمير عن الحكم بن أيمن ، وهو الحكم بن أيمن الحناط ، وليس من البعيد أن يكون الصحيح الخياط ، وهو الحكم الحناط والحكم الخياط ، وهو مجهول .
- ٨١ - روى ابن أبي عمير عن الحكم بن مسكين ، وهو الحكم بن مسكين الثقفي ، وهو مجهول .
- ٨٢ - روى ابن أبي عمير عن خالد بن نجيح الجوان (وفي معجم رجال الحديث ج ٢٣ طبعة طهران ص ١١٥ الجواني وهو خطأ مطبعي) وهو مجهول ، بل عن الكشي إنه من أهل الارتفاع .
- ٨٣ - روى ابن أبي عمير عن خلاد السندي ، وهو مجهول . وروى عن ابن أبي عمير عن خلاد وفي الكافي بسند آخر عن خلاد السندي ، فلا بد وأن يكون الذي عن خلاد وهو خلاد السندي المجهول .
- ٨٤ - روى ابن أبي عمير عن زكريا صاحب السابري ، وهو مجهول .
- ٨٥ - روى ابن أبي عمير عن زيد النرسي ، وهو مجهول .
- ٨٦ - روى ابن أبي عمير عن السري بن خالد ، وهو مجهول .
- ٨٧ - روى ابن أبي عمير عن سعد بن بكر ، وهو مجهول .

- ٨٨ - روى ابن أبي عمير عن سعيد الأزرق ، وهو مجهول .
- ٨٩ - روى ابن أبي عمير عن سعيد بن غزوان ولم يثبت توثيقه ، وروى ابن أبي عمير عن سعيد ، وهو بقرينة روايته عن سعيد الأزرق وسعيد بن غزوان فهو أحدهما .
- ٩٠ - روى ابن أبي عمير عن سفيان بن السمط ، وهو مجهول .
- ٩١ - روى ابن أبي مسلمة صاحب السابري ، وهو سلمة بياع السابري ، وهو مجهول .
- ٩٢ - روى ابن أبي عمير عن سليمان بن العيص (القيض) ، وهو مجهول .
- ٩٣ - روى ابن أبي عمير عن سلمان صاحب الصابري ، وهو مجهول .
- ٩٤ - روى ابن أبي عمير عن صالح بن عبدالله ، وهو صالح بن عبدالله الخثعمي ، وهو مجهول .
- ٩٥ - روى ابن أبي عمير عن عبدالرحمن بن حمّاد ، وهو مجهول .
- ٩٦ - روى ابن أبي عمير عن عبدالرحمن بن سالم ، وهو مجهول .
- ٩٧ - روى ابن أبي عمير عن عبدالرحمن بن عمر بن أسلم ، وهو مجهول .
- ٩٨ - روى ابن أبي عمير عن عبدالرحمن الحذاء ، وهو مجهول .
- ٩٩ - روى ابن أبي عمير عن عبدالله بن أبان ، وهو مجهول .
- ١٠٠ - روى ابن أبي عمير عن عبدالوهاب بن صباح ، وهو مجهول .
- ١٠١ - روى ابن أبي عمير عن عبيدالله الطويل ، وهو مجهول .
- ١٠٢ - روى ابن أبي عمير عن عبيدة الواسطي ، وهو مجهول .
- ١٠٣ - روى ابن أبي عمير عن علي الأحمسي ، وهو مجهول .
- ١٠٤ - روى ابن أبي عمير عن علي بن أبي حمزة الكذاب المتهم كما قاله ابن فضال ، وروى عنه في رقم ٢٦ بعنوان محمد بن أبي عمير .
- ١٠٥ - روى ابن أبي عمير عن علي بن حديد الذي ضعفه الشيخ صريحاً .
- ١٠٦ - روى ابن أبي عمير عن علي بن سالم ، وهو مجهول .
- ١٠٧ - روى ابن أبي عمير عن علي بن عبدالعزيز وهو الفزاري ، وهو مجهول .

- ١٠٨ - روى ابن أبي عمير عن علي بن عيينة ، وهو مجهول .
- ١٠٩ - روى ابن أبي عمير عن علي بن النهدي ، وهو مجهول .
- ١١٠ - روى ابن أبي عمير عن علي الزيات ، وهو مجهول .
- ١١١ - روى ابن أبي عمير عن علي الصيرفي ، وهو مجهول .
- ١١٢ - روى ابن أبي عمير عن علي النهدي ، وهو مجهول .
- ١١٣ - روى ابن أبي عمير عن عمر بن شهاب ، وهو مجهول .
- ١١٤ - روى ابن أبي عمير عن عمر بن عاصم ، وهو مجهول .
- ١١٥ - روى ابن أبي عمير عن الفضيل بن غزوان ، وهو مجهول .
- ١١٦ - روى ابن أبي عمير عن القاسم بن عروة ، وهو مجهول .
- ١١٧ - روى ابن أبي عمير عن مثنى بن راشد ، وهو مجهول .
- ١١٨ - روى ابن أبي عمير عن محمّدين أعين ، وهو محمّد بن أعين الكاتب ، وهو مجهول .
- ١١٩ - روى ابن أبي عمير عن محمّد بن الحكم أخي هشام ، وهو مجهول .
- ١٢٠ - روى ابن أبي عمير عن محمّد بن حكيم ، وهو الخثعمي الممدوح من جهة مناظراته في الكلام ، لا من جهة الرواية ، فهو مجهول .
- ١٢١ - روى ابن أبي عمير عن محمّد بن طلحة ، وهو محمّد بن طلحة النهدي ، وهو مجهول .
- ١٢٢ - روى ابن أبي عمير عن محمّد بن عاصم ، وهو مجهول .
- ١٢٣ - روى ابن أبي عمير عن محمّد بن عبد الحميد ، وهو محمّد بن عبد الحميد بن سالم العطار ، وهو مجهول .
- ١٢٤ - روى ابن أبي عمير عن محمّد بن الفيض ، وهو مجهول .
- ١٢٥ - روى ابن أبي عمير عن محمّد بن كردوس ، وهو الكوفي بياع السابري ، وهو مجهول .
- ١٢٦ - روى ابن أبي عمير عن محمّد بن مقرن ، وهو مجهول .
- ١٢٧ - روى ابن أبي عمير عن محمّد الجعفي ، وهو مجهول .

- ١٢٨ - روى ابن أبي عمير عن محمد الزعفراني ، وهو مجهول .
- ١٢٩ - روى ابن أبي عمير عن معاوية بن شريح ، وهو مجهول .
- ١٣٠ - روى ابن أبي عمير عن المفضل بن يزيد وهو الكاتب الكوفي أخو شعيب الكاتب وهو مجهول وروى ابن أبي عمير عن المفضل بن يزيد والصحيح المفضل بن يزيد ، وقد عرفت أنه مجهول .
- ١٣١ - روى ابن أبي عمير عن مهram بن محمد ، وهو مهram بن محمد بن أبي بصير ومهram بن محمد بن أبي نصر السكوني ، وهو مجهول .
- ١٣٢ - روى ابن أبي عمير عن نصير بن كثير ، وهو مجهول .
- ١٣٣ - روى ابن أبي عمير عن الهيثم الصيرفي ، وهو الهيثم بن حبيب الصيرفي ، وهو مجهول .
- ١٣٤ - روى ابن أبي عمير عن يحيى الطويل ، وعن يحيى الطويل صاحب المنقري ، وهما رجل واحد ، وهو مجهول .
- ١٣٥ - روى ابن أبي عمير عن يوسف البزاز ، وهو يوسف البزاز أبو يعقوب ، وهو مجهول .
- ١٣٦ - روى ابن أبي عمير عن يوسف بن أيوب شريك إبراهيم بن ميمون ، وهو مجهول .
- ١٣٧ - روى ابن أبي عمير عن يونس بن ظبيان الذي ضعفه النجاشي ، والذي قال فيه الفضل ابن شاذان : إنه من الكذابين المعروفين .
- ١٣٨ - روى ابن أبي عمير عن يونس بن عمّار ، وهو مجهول .
- ١٣٩ - روى ابن أبي عمير عن الحسين بن أحمد المنقري ، وقد ضعفه النجاشي والشيخ صريحاً .
- وهذه القائمة تحتوي على ١٣٨ شخصاً ، لأن أحدهم متداخل قد روى عنه بعنوان محمد بن أبي عمير وبمعنوان ابن أبي عمير ، وقد يكون أكثر من واحد ، إلا أن المهم أن هذا العدد الكثير قد روى عنه ابن أبي عمير بعنوانيه وكلهم ضعفاء قد بولغ في تضعيفهم ومجاهل ، وهل يعقل أن يكون منشأ التوثيق لهؤلاء هو دعوى الكشي المذكورة والذي قد عرفت ما فيها ، وإن

وهو مشكل^(١) .

نعم ، الظاهر عدم حرمة التردد في الأسواق ونحوها مع العلم بوقوع النظر عليهن ، ولا يجب غضّ البصر إذا لم يكن هناك خوف افتتان .

[٣٦٦٠] «مسألة ٢٨» : يجوز لكل من الرجل والمرأة النظر إلى ما عدا العورة من مماثله^(٢)

(١) تقدم توضيح أن الإشكال ليس بصحيح .

(٢) للسيرة ، والروايات الواردة في آداب الحمام^(١) وأنه إلا قد نهى جماعة في الحمامات

معناها أنهم يصدقون فيما يرونه ولا يهتمون بالكذب في أخبارهم ؟ لا أن روايتهم إذا كانت عن مجهول أو ضعيف أو مرسله تقبل . والذي استنبط من دعوى الكشي الشيخ الطوسي إجماع العصابة على تصحيح ما يصح عن هؤلاء ، والذي قد عرفت أنه استنبط خاطئ ، ولو كان هكذا إجماع لنقله المتقدمون عليه ولا أثر لذلك في كلام قدماء الأصحاب قبل الشيخ كما عرفت ، والذي قال النجاشي أن سبب تسوية الطائفة بين مسندات ابن أبي عمير ومرسلاته هو ضياع كتبه ، وهو سبب سكون الأصحاب إلى مرسلاته ، ولم أعرف كيف يكون هذا سبباً ، للسكون ، وقد عرفت أنه لو كان هكذا إجماع من الأصحاب موجوداً لنقله غير النجاشي الذي كلامه صريح في أن مرسلات غيره حتى لو كان هو الحسن بن محبوب أو البزنطي أو غيرهما ممن عرفت أيضاً ليست حجة ، ولا أنه قام إجماع الطائفة على التسوية بينها وبين مسندات غيرهم ، والحال إنه كما عرفت أن المتقدم على النجاشي من أصحابنا القدماء ليس في كلامهم أي أثر لذلك .

(١) منها معتبرة حريز عن أبي عبدالله عليه السلام : «لا ينظر الرجل إلى عورة أخيه» وفي صحيحة محمد ابن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال : «سألته عن ماء الحمام ؟ فقال ادخله بأزار» الوسائل ج ٢ : ٣٢ باب ٣ ح ٢ ، باب ٩ ح ١ .

ومنها : معتبرة سدير عن أبيه قال : «دخلت أنا وأبي وجدّي وعمي حماماً بالمدينة ، فإذا رجل في بيت المسلخ ، فقال لنا : ممن القوم ؟ - إلى أن قال - ما يمنعكم من الأزر - (الازار) ؟ ! فإن رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم قال : عورة المؤمن على المؤمن حرام ، قال : فبعث أبي إلى كرباسة ، فشقتها

شيخاً أو شاباً، حسن الصورة أو قبيحها^(١) ما لم يكن بتلذذ أو ريبة^(٢).

نعم، يكره كشف المسلمة^(٣) بين يدي اليهودية والنصرانية بل مطلق الكافرة، فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن.

من جهة كشفهم للعورة، فغير العورة لا بأس به، بل الضرورة قائمة على ذلك^(١).

(١) لاضلاق الروايات^(٢).

(٢) وإلا لم يجز، لما تقدم من مفاد الآية^(٣).

(٣) وإنما الخلاف في مورد خاص وهو جواز كشف المسلمة نفسها ١ - على كراهة كما

ذهب إليه الماتن وفاقاً لصاحب الجواهر^(٤) ٢ - أو بدون كراهة أمام اليهودية أو النصرانية بل

مطلق الكافرات المتزوجات، ٣ - أو عدم جوازه أصلاً للنهي عن ذلك في صحيح حفص بن

بأربعة، ثم أخذ كل واحد منا واحداً، ثم دخلنا فيها - إلى أن قال - سألنا عن الرجل؟ فإذا

هو علي بن الحسين عليه السلام نفس المصدر ح ٤ وسدير هو سدير بن حكيم بن صهيب الصيرفي

وأبوه هو حكيم بن صهيب. وكذا باب ١٠، ١١، ١٢، ١٦، ٢١، ٣١ من أبواب آداب الحمام.

(١) في الجواهر: «بل في المسالك (هو موضع وفاق) بل لعله من ضروريات الدين المعلومة

باستمرار عمل المسلمين عليه في جميع الأعصار والأمصار» الجواهر ٢٩: ٧١.

(٢) التي منها المعتبرات المتقدمة.

وفي الجواهر: «وقد روي أن وفداً قدموا على رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم وفيهم غلام حسن الوجه

فأجلسه من روائه، وكان ذلك بمرأى من الحاضرين [تلخيص الحبير ٣: ١٤٨/١٤٨٧، المغني

لابن قدامة ٧: ٤٦٣، الشرح الكبير ٧: ٣٥٠، ارواء الغليل ٦: ٢١٢/ح ١٨٠٩] ولم يأمره

بالاحتجاب عن الناس، وإجلاسه وراه تنزهاً منه صلى الله عليه وآله وسلم وتعففاً وتعلماً للناس» الجواهر ٢٩: ٧١.

(٣) في المسألة السابقة، فإن كل تلذذ شهوي إنما يكون ويجوز من الزوجة أو المملوكة، فمن

ابتغى وراء ذلك فاولئك العادون، كما يجب حفظ الفرج من غير الزوجة والمملوكة، ومع الريبة

مما ذكر لا حفظ للفرج من غير الزوجة والمملوكة فهو من الملوين والعادين «وَالَّذِينَ هُمْ

لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنْ ابْتَغَىٰ وَرَاءَ

ذَلِكَ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الْعَادُونَ» المؤمنون ٢٣: ٥، ٦، ٧.

(٤) الجواهر ٢٩: ٧٢.

البخري، عن أبي عبدالله عليه السلام، قال: «لا ينبغي للمرأة أن تنكشف بين يدي اليهودية والنصرانية، فإِنَّهَا يَصِفَنَّ ذَلِكَ لِأَزْوَاجِهِنَّ»^(١) ؟ .

استدل بهذه الصحيحة على القول الثالث وهو عدم الجواز لظهور كلمة «لا ينبغي» فيه، وقد ذكرنا مراراً أن كلمة «لا ينبغي» بمعنى لا يجوز ولا يمكن، كما في قوله تعالى: ﴿لَا أَلْسَمُسُ يَنْبَغِي لَهَا أَنْ تُدْرِكَ أَلْقَمَرَ﴾^(٢) أي لا يمكنها، كما يظهر ذلك من اللغة أيضاً^(٣)، فلا ينبغي أي

(١) الوسائل ج ٢٠: ١٨٤ باب ٩٨ من أبواب مقدمات النكاح ح ١ .

(٢) يس ٣٦: ٤٠ .

(٣) في تاج العروس ١٩: ٢٠٨: «وَحَكَى اللَّحْيَانِي: مَا انْبَغِي لَكَ أَنْ تَفْعَلَ هَذَا، وَمَا انْبَغِي، أَي مَا يَنْبَغِي، هَذَا نَصَهُ . وَيُقَالُ: مَا يَنْبَغِي لَكَ أَنْ تَفْعَلَ - بفتح الغين - وَمَا يَنْبَغِي - بكسرها - أَي نَوْءُكَ كَمَا فِي اللِّسَانِ . قَالَ الشَّهَابُ فِي أَوَّلِ البقرة: هُوَ مَطَاوِعَ بَغَاةٍ يَبْغِيهِ إِذَا طَلَبَهُ، وَيَكُونُ بِمَعْنَى لَا يَصِحُّ وَلَا يَجُوزُ وَبِمَعْنَى لَا يَحْسَنُ، قَالَ: وَهُوَ بِهَذَا الْمَعْنَى غَيْرَ مُتَصَرِّفٍ لَمْ يَسْمَعْ مِنَ الْعَرَبِ إِلَّا مُضَارَعَهُ، كَمَا فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿لَا أَلْسَمُسُ يَنْبَغِي لَهَا أَنْ تُدْرِكَ أَلْقَمَرَ﴾ وَقَالَ الرَّاعِبُ فِي قَوْلِهِ تَعَالَى: ﴿وَمَا عَلِمْنَاهُ الشَّعْرَ وَمَا يَنْبَغِي لَهُ﴾، أَي لَا يَتَسَخَّرُ وَلَا يَتَسَهَّلُ لَهُ، أَلَا تَرَى أَنَّ لِسَانَهُ لَمْ يَكُنْ يَجْرِي بِهِ... وَقَالَ ابْنُ الْأَعْرَابِيِّ: مَا يَنْبَغِي لَهُ أَي مَا يَصِلِحُ لَهُ» .

وفي لسان العرب: وانبغي الشيء يُسر وتسهل، وقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلِمْنَاهُ الشَّعْرَ وَمَا يَنْبَغِي لَهُ﴾ أي ما يتسهل له ذلك لأننا لم نعلمه الشعر .

وفي مجمع البحرين: ما ينبغي لك أن تفعل كذا: أي ما يصلح لك .

وفي المصباح: حكي عن الكسائي أنه سمع من العرب: وما ينبغي أن يكون كذا: أي ما يستقيم وما يحسن، قال: وينبغي أن يكون معناه يندب ندباً مؤكداً لا يحسن تركه .

وفي تفسير غريب القرآن للشيخ فخر الدين الطريحي: وما ينبغي للرحمن: أي ما يتأتى للرحمن اتخاذ الولد ولا يصلح له ذلك، يقال: ما ينبغي لك أن تفعل كذا أي ما يصلح لك ذلك .

وعليه فليس معنى ينبغي: هو الأفضل والأحسن والأصلح .

لا يجوز، لا أنه علي خلاف المصلحة. ومن ثمَّ حكم صاحب الحدائق^(١) - علي ما نقل عنه - بعدم

(١) الحدائق ٢٣ : ٦٢ قال رحمته بعد ذكر صحيحة حفص : ولا ينبغي هنا بمعنى لا يجوز، لأن النهي في الآية التحريم. ونسب في التقرير المطبوع ضمن موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ٢٩، ذلك - أي القول بالتحريم - إلى صاحب الجواهر رحمته، قال في موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ٢٩، ذكر صحيحة حفص بن البخري ما نصه : «حيث تقدم أن كلمة ينبغي تستعمل في الجواز والإمكان، وعلي هذا فتكون الرواية علي عدم جواز ذلك للمسلمة، ومن ثمَّ حكم صاحب الجواهر رحمته بالحرمة» موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ٢٩، وهو من سهو قلم المقرر. ومن الظريف أن من حقق التقرير أي موسوعة الإمام الخوئي بدل أن يعلق بعدم وجدان الحكم بالتحريم في الجواهر أخرج مصدر ذلك؟! . فقال : الجواهر ٢٩ : ٧٢، والحال إن الموجود في هذه الصفحة : «نعم يقوي الجواز، للأصل والسيرة المستمرة... [إلى قوله رحمته] لكن لا ينكر ظهوره في كراهة التكشف لهنَّ، والله العالم».

وبالمناسبة أن الذي قاله صاحب الحدائق هو بعد أن ذكر صحيحة حفص بن البخري، قال : «قال في مجمع البيان [٧ : ١٣٨] ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ يعني النساء المؤمنات ولا يحل لها أن تتجرد ليهودية أو نصرانية أو مجوسية إلا إذا كانت أمة، وهو معنى قوله : ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ أي من الإماء) وبذلك يظهر لك ما في مذهب المشهور [القائل بالجواز] من القصور، وأن الحكم في المسألة هو ما ذكره الشيخ رحمته للصحيحة المذكورة، إلا أن الظاهر أنهم لم يفقوا عليها، وإلا لأجابوا عنها» الحدائق ٢٣ : ٦٢.

وس يظهر لك أن الأصحاب مطلعون علي الصحيحة، إلا أن الصحيحة غير دالة علي عدم الجواز، بل غير دالة علي الكراهة أيضاً، وإن ذهب إلى الكراهة صاحب الجواهر رحمته (الجواهر ٢٩ : ٧٢)، والقرينة الظاهرة علي أن المراد من ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ في الآية المباركة الحرائر من النساء موجودة وقائمة وهي قوله تعالى : ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ وليس الاستدلال القائم علي أن وجه الإضافة وسببها كون المراد من ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ النساء المسلمات صحيحاً، لما عرفت من القرينة علي ما سيأتي من السيد الأستاذ رحمته توضيحه أكثر.

الجواز .

واستدل على القول الثالث أيضاً^(١) بظاهر الآية المباركة: «وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَغْضُضْنَ مِنْ أَبْصَارِهِنَّ وَيَحْفَظْنَ فُرُوجَهُنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا وَلْيَضْرِبْنَ بِخُمُرِهِنَّ عَلَىٰ جُيُوبِهِنَّ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ أَوْ نَسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ»^(٢) بدعوى أن المراد بالنساء في «نَسَائِهِنَّ» النساء المسلمات باعتبار الإضافة، فتدل الآية على عدم الجواز بالنسبة للمرأة غير المسلمة فيحكم بالحرمة^(٣)، وإلى هذا ذهب ابن حمزة^(٤) أيضاً .

(١) المستدل الشيخ - الطوسي رحمته الله - في أحد قوليهِ - في تفسير التبيان ذيل الآية ٣١ ج ٧ : ٤٣٠ وفي بعض الطبقات ص ٣٨٠، ويأتي على قوله هذا: عدم جواز دخول المسلمة مع الذميمة إلى الحمام بل حتى مع غير الذميمة، وحكى في كشف اللثام ٧ : ٢٣ - ٢٤ ذلك عن الشيخ [في التبيان ٧ : ٤٣٠] والطبرسي [مجمع البيان ٧ : ٢١٧] والراوندي [فقه القرآن ٢ : ١٢٨] وأنهم استثنوا من ذلك الدخول للمسلمة مع الأمة الذميمة أو غير الذميمة [ولابد وأن يكون ذلك لقوله تعالى «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ»] وأن ذلك قوي، كشف اللثام ٢ : ١٢٨. ثم حكى في كشف اللثام أيضاً عن التذكرة قوة الجواز في الذميمة للأصل وعدم العلم بكون (نساءهن) بذلك المعنى، ولم يتعرض العلامة للكافرة .

(٢) النور ٢٤ : ٣١ .

(٣) قال في تفسير التبيان: «أو نساءهن يعني نساء المؤمنين دون نساء المشركين إلا إذا كانت أمة وهو معنى قوله تعالى: «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» أي من الاماء» تفسير التبيان ٧ : ٤٣٠ .

(٤) كذا نسب السيد الأستاذ رحمته الله ذلك إلى ابن حمزة، ولعل ذلك من سبق اللسان، فإني لم أجد في الوسيلة ذلك، بل لم أجد من نسب ذلك إلى ابن حمزة. والذي نُسب إليه ذلك كما عرفت هو الشيخ الطوسي في أحد قوليهِ، والناسب الشيخ صاحب الجواهر [٢٩ : ٧٠ - ٧١] - والمحدث البحراني في الحدائق [٢٣ : ٦١] وغيرهما والقول المذكور عن الشيخ الطوسي قد

ولكن كلا الاستدلاليين لا يمكن المساعدة عليه .

أما الأول : فلأن كلمة « لا ينبغي » وإن كانت كذلك أي بمعنى لا يجوز ، إلا أن التعليل (فإنهن يصفن ذلك لأزواجهن) مانع من حمل النهي على التكليفي ، بل انه ظاهر في الإرشاد ، فلا تثبت الكراهة فضلاً عن الحرمة ، فان وصف المرأة المسلمة للرجل الكافر ليس أحد المحرمات الالهية . أي ليس معرفة الكافر بالنسبة للمرأة المسلمة كمعرفة الرجل الأجنبي المسلم بحال المسلمة أيضاً من أحد المحرمات الإلهية إذا لم يكن فيه ريبة . بل هو مجرد أمر أخلاقي ، فيكون ذلك إرشاداً إلى تحفظ المرأة على نفسها حتى بهذا المقدار^(١) ، وهذا لعله ثابت حتى بالنسبة

﴿ ذكره الشيخ في تفسير التبيان ٧ : ٤٣٠ ذيل آية ٣١ من سورة النور . قال الشيخ صاحب الجواهر : «خلافاً لما عن الشيخ في أحد قوليهِ من أن الذمّة لا تنظر إلى المسلمة حتى الوجه والكفين ، فيجب عليها حينئذ التستر منها لقوله تعالى : ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخْوَتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ والذمّة ليست منهن . فعلى ذلك ليس للمسلمة أن تدخل مع الذمّة إلى الحماة ، بل مقتضى دليله عدم جواز ذلك لغير الذمّة من الكفار ، كما هو مقتضى ما حكاه عنه - وعن الطبرسي [مجمع البيان ٧ : ٢١٧ ذيل آية ٣١ من سورة النور] والراوندي [فقه القرآن ٢ : ١٢٨] - في كشف اللثام مستثنين من ذلك الأمة ، بل فيه : (وهو قوي) [كشف اللثام ٧ : ٢٣ - ٢٤] ثم حكى عن التذكرة قوة الجواز في الذمّة للأصل ، وعدم العلم بكون «نِسَائِهِنَّ» بذلك المعنى ، ولم يتعرض للكفارة» الجواهر ٢٩ : ٧١ - ٧٢ .

ثم إن المحقق لموسوعة السيد الأستاذ^(٢) علق على قول السيد الأستاذ^(٣) «وذهب إليه في الحدائق تبعاً لابن حمزة» بما نصه : «لم نعر عليه في كتاب الوسيلة ، ويحتمل أن يكون قوله هذا في كتابه الوسيلة أو الرائع في الشرائع ، ذكرهما الطهراني في الذريعة فلاحظ» موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ٣١ .

أقول : النسبة إلى ابن حمزة من الأصل باطلة كما عرفت ، والصحيح النسبة إلى الشيخ الطوسي . (١) ومن ذلك تعرف أن القول بأن مقتضى التعليل التعدي إلى مطلق الكفار ، بل يمكن التعدي

للرجال المسلمين ، وإن فرض أنه في الكافر أشد ، فالتعليل قرينة متصلة مانعة من ظهور كلمة «لا ينبغي» في الحرمة التكليفية^(١) .

«إلى المسلمة غير المبالية بتوصيف ذلك ، كما أنه يمكن التعدي من الزوج إلى كل أجنبي»
مذهب الأحكام ٢٤ : ٣٨ .

ليس صحيحاً ، لأنه مبتنٍ على حرمة ذلك حرمة إلهية ، وليس الأمر كذلك جزمًا .

(١) ومن ذلك يظهر لك ما في بعض العبارات كالعبارة التالية «قول الصادق عليه السلام (لا ينبغي) مع التعليل ، الظاهر كل منهما في الكراهة» مذهب الأحكام ٤٢ : ٣٨ وهو يرجع إلى ما في الجواهر ٢٩ : ٧٢ ، والمستمسك ١٤ : ١٦ . فإنه ليس كل منهما (الذي قاله في مذهب الأحكام) ظاهراً في الكراهة لأن (لا ينبغي) ظاهرة في المنع وعدم الجواز ، والتعليل وهو (لأنهن يصفن ذلك لأزواجهن) هذا أيضاً ظاهر في غير الحرمة ، فلا يكون قوله «لا ينبغي» ظاهراً في الحرمة . وأما ظهوره في الكراهة كما هو ظاهر الجواهر والمستمسك فهو متوقف أن لا يكون الأمر ارشادياً إلى تحفظ النساء المسلمات على أنفسهن حتى بهذا المقدار . وقد عرفت أنها ظاهرة في الارشاد إلى ذلك .

فالذي يستفاد من التعليل «فانهن يصفن ذلك لأزواجهن» بضميمة وضوح عدم كون وصف المرأة للرجل الكافر فضلاً عن المسلم من المحرمات الإلهية إذا لم يكن فيه ريبة كما هو المفروض ولا يدور ذلك مدار رضا المرأة الموصوفة أو عدم رضاها فضلاً عن أن يكون ذلك تعدياً على احترام المرأة المسلمة . نعم تحفظها حتى بهذا المقدار بعدم الكشف عن نفسها أمام غيرها من النساء ولو كن مسلمات خوفاً من أن يصفن ذلك لأزواجهن ، حسن ومن الأمور الأخلاقية وأما أنه يدور ذلك جوازاً وحرمة على رضا المرأة فهذا أبعد شيء عن التعليل لا أنه هو المستفاد من التعليل ، ومن الواضح أن ذلك كغيره من الأحكام لا يدور مدار رضا الشخص ، فإن الله حرم الزنا وإن رضيت المرأة به كما حرم النظر بتلذذ وإن رضيت به ، وأحل النظر إلى المرأة التي يريد الزواج بها وإن لم ترض بذلك ، فلا دخل لرضاها أو عدم رضاها في الجواز وعدم الجواز .

والقول بالحرمة للآية^(١) حيث قال تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ فخص بالمسلمات، ضعيف، لاحتمال كون المراد من ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ الجوارى والخدم لهنّ من الحرائر.

وأما الثاني فسيأتي الجواب عنه عند تعرض المصنف له وهو التعليقة الآتية.

(١) - وتقريب الاستدلال بها مبني على أن يكون وجه الإضافة وسببها كون النساء مسلمات فيجوز للنساء المسلمات ابداء زينتهن إلى نسائهن المسلمات. والذميمة بل وغيرها ليست مسلمة، فلا يجوز للمسلمة ابداء زينتها لها ولا أن تنكشف بين يديها.

ورده الماتن رحمته باحتمال أن يكون المراد بالنساء الحرائر من الجوارى والخدم، فلا تكون الآية دالة على الحرمة^(١).

ولكن هذا الاحتمال الذي ذكره الماتن رحمته وضعفه^(٢) بعيد غايته أيضاً، ولا قرينة عليه.

بل الظاهر أن المراد بالنساء الحرائر، وبما ملكت أيمانهن الإماء، فلا بأس للمرأة أن تكشف زينتها لامرأة أخرى مماثلة لها في الحرية مسلمة كانت أو كافرة أو لامرأة أخرى غير مماثلة لها في الحرية أي أمة، والقرينة على ذلك قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ فإنه قرينة على أن المراد بنسائهن الحرائر، فيكون مضمون الآية لا يبدين زينتهن إلا للرجال المذكورين، وللحرائر من النساء مسلمات كنّ أو كافرات، وللإماء من النساء^(٣).

إذن الآية لا تدلّ على عدم جواز ابداء الزينة للمرأة الكافرة.

(١) فلا تكون الآية المباركة دالة على حرمة ابداء الزينة لغير النساء المسلمات، ولذا قال الماتن رحمته وفقاً لصاحب الجواهر رحمته ٢٩: ٧٢ بالكراهة، حيث إن صحيح حفص بن البختری لا ينكر ظهوره عندهما في الكراهة ولا دليل على الحرمة.

(٢) بقوله «ضعيف لاحتمال كون المراد من ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ الجوارى والخدم لهنّ من الحرائر» أي والخدامات من الاماء والحرائر لا الخدم لها من الذكور بعد كون الخدم جمع خادم وهو من الأوصاف العنوانية كالصائم والمصلي والوارث وغيرها ومفردة يطلق على الذكر وعلى الانثى، والمراد من اطلاقه هنا إنّما هو الأنثى أي النساء الخادما.

(٣) أمتها كانت أو أمة غيرها لا فرق في ذلك، كما لا فرق بين كون أمتها أو أمة غيرها مسلمة أو كافرة.

وبعبارة أخرى : ان المستثنى في قوله تعالى : ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾^(١) هو جواز كشف كل امرأة زينتها بالنسبة لزوجها ، بمعنى أنه ينحل إلى الأفراد الخارجية ، وكذا في ﴿أَبَائِهِنَّ﴾ أي كل امرأة يجوز لها كشف زينتها لوالدها ، وكذا في ﴿آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي أَخَوَاتِهِنَّ﴾ وأما بالنسبة لكلمة ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ فليس هذا حكماً انشائياً جزءاً ، لأنه يفترق عن السوابق ، إذ ليس هنا امرأة مختصة بامرأة وأخرى مختصة بأخرى حتى يكون الحكم انحلالياً . نعم ، يمكن أن يكون أب لأمرأة مختصاً بها وزوج لامرأة مختصاً بها ، وأما أن امرأة تكون مختصة بامرأة دون غيرها فلا ، فلا يمكن أن تنحل كلمة ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ كما في السوابق ، بل المراد هنا الطبيعي ، وأما وجه الإضافة فبقريئة ﴿مَا مَلَكَتْ أَيْمَانَهُنَّ﴾ نحملها على الحرائر ، أي لطبيعي الحرائر^(٢) ولطبيعي الإماء ، لا أن كل امرأة يجوز لها أن تكشف عن زينتها بالنسبة إلى أمتها دون أمة غيرها^(٣) .

ونتيجة ذلك أنه لا مانع من إبداء الزينة لطبيعي المرأة سواء كانت من الحرائر أم من الإماء لقوله : ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانَهُنَّ﴾ فهذا مؤكد لما ذكرنا من أن الآية لا تدل على عدم جواز إبداء الزينة لامرأة كافرة ، بل المستثنى طبيعي المرأة كافرة أو مسلمة ، حرة أو أمة . ولم تذكر الآية الأعمام والأخوال ، ولعله لوحدة النسبة بينهم وبين بني الاخوان وبني الأخوات .

وتفصيل الجواب عن الاستدلال بالآية المباركة على حرمة كشف المسلمة أمام الذميمة أو غيرها من النساء الكافرات هو : أنه لو لم يكن المراد من نساھن ما ذكرنا من النساء الحرائر فالمحتمل في معنى نساھن أمور ثلاثة كلها بعيدة وغير ممكنة ، فيتعين ما ذكرنا من كون المراد بنساھن الحرائر :

الأول : أن تحمل كلمة ﴿نساھن﴾ على أن المراد بها مطلق النساء حرائر أو إماء ، كما

(١) النور ٢٤ : ٣١ .

(٢) مسلمات كنّ أو كافرات يهوديات كنّ أو مسيحيات أو مجوسيات .

(٣) مسلمة كانت أمتها أو أمة غيرها أو كافرة ، يهودية كانت أو مسيحية أو مجوسية .

نسب ذلك إلى الشيخ صاحب الجواهر^(١) لانه يكفي في الإضافة أدنى ملابسة ، وحينئذٍ لا بد وأن يكون المراد بقوله : «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» العبيد خاصة .

وهذا الاحتمال بعيد جداً .

أولاً : لأن الظاهر من الإضافة هو الاختصاص ، وأن المراد طائفة خاصة من النساء^(٢) منسوبة للمرأة ، فطبيعي النساء^(٣) بعيد أن يكون هو المراد من «نساءهن» .

وثانياً^(٤) : أن حمل جملة «أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» على خصوص العبيد يحتاج إلى قرينة

(١) يأتي في نهاية هذه المسألة أن النسبة المذكورة إلى صاحب الجواهر^{رحمته} غير صحيحة جزماً وفي ذلك أيضاً بحث مفصل ، وأن الذي قاله الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} وأصر عليه هو الذي قاله السيد الأستاذ^{رحمته} لا غيره ، بل الأصح أن ما ذكره السيد الأستاذ^{رحمته} : هو الذي قاله الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} وأصر عليه لا غيره والنسبة المذكورة إلى الشيخ صاحب الجواهر من السيد الأستاذ^{رحمته} التي وافق فيها غيره ووافقها عليها غيره كالذي في نظام النكاح ١ : ٢٢ وإن الشيخ صاحب الجواهر^{رحمته} يرى أن المراد (نساءهن) مطلق النساء حرائر كن أو إماء ليس منشأها إلا الوهم . والظاهر أن السيد الأستاذ^{رحمته} لم يراجع ما قاله في الجواهر عند النسبة إليه - ، ولذا قال (كما نسب ذلك إلى صاحب الجواهر) وكأن الناسب غيره . وسيأتي نص كلام صاحب الجواهر في آخر المسألة وبيان عدم صحة النسبة المذكورة .

وأغرب من ذلك قول بعض أن بين كلام صاحب الجواهر هنا وبين كلامه في الحيض منافاة ، ولعله ناتج أيضاً من الاعتماد على النسبة المذكورة في المقام إلى الشيخ صاحب الجواهر ، وذلك غير صحيح قبل مراجعة ذلك والتأمل فيه . وعلى كل حال سيأتي تفصيل الكلام في آخر المسألة .

(٢) وهن الحرائر من النساء فقط .

(٣) أي الحرائر والإماء معاً .

(٤) هذا الرد أي الرد الثاني أغفل في موسوعة السيد الأستاذ^{رحمته} ولم يذكر واقتصر على الرد الأول والثالث .

ولا قرينة في المقام ، لأن احتمال أن يكون المراد منها طبيعي المملوك الشامل للاماء أيضاً موجود .

وثالثاً : أنه مناف للسياق كما تقدم ، فإن جملة ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ حكم ثابت بالنسبة للطبيعي أي طبيعي المرأة^(١) ، وأما بالنسبة للعبيد فلا ينبغي الشك في عدم جواز كشفها بالنسبة لطبيعي العبد ، أي لأي عبد وان لم يكن عبداً ، بل لو كان هذا الحكم ثابتاً فهو إنما يثبت بالنسبة لعبدها ، لا بالإضافة إلى كل عبد ، فهذا مناف للسياق أيضاً ، فإن في النساء طبيعي النساء ، وفي العبيد لا يمكن أن يكون لطبيعي العبيد جزءاً^(٢) .

الثاني : أن يكون المراد بكلمة ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ المؤمنات المسلمات كما نسب اختياره إلى صاحب الحدائق^(٣) وانه وافق ابن حمزة^(٤) في هذا القول بدعوى أن كلمة ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ ظاهرة في

(١) أي الطبيعي الشامل للمسلمات والكافرات الحرائر دون الإماء فلا ينافي الاختصاص الذي تقدم منه ﷺ .

(٢) على أن الكلام في جواز كشف الزينة التي يجوز كشفها للزوج والأب ونحوهما من المحارم فهل يجوز كشف ذلك للعبد حتى لو لم نقل أنه هو طبيعي العبد وأنه انحلالي ، فإن معنى كونه انحلالي أنه يحق لها ذلك بالنسبة إلى عبدها ، وهو أيضاً غير ممكن ، والآية المباركة إنما هي في جواز كشف بدنها ، فما معنى ما ذكر في موسوعة الإمام الخوئي من قوله : «فإنه بناءً على القول بجواز كشف المرأة وجهها للعبد ، فإنما يقال بذلك بالنسبة إلى خصوص عبدها لا مطلقاً» موسوعة الإمام الخوئي ٣٢ : ٣١ . فإن الكلام في قوله ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ آبَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِهِنَّ أَوْ أَبْنَاءِ بُعُولَتِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنِي إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنَاتِ أَخْوَاتِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ وهو ظاهر في جواز ابداء جميع البدن عدا العورة ، لا أن الكلام في قوله تعالى : ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ .

(٣) الحدائق ٢٣ : ٦٢ .

(٤) الظاهر كما عرفت من تعليقتنا السابقة - قبل صفحتين - أن هذا من سبق اللسان ، والمراد أن

المؤمنات أي المسلمات .

وهذا لا يمكن الالتزام به أو المساعدة عليه لوجوه :

أولاً: أنه لا قرينة على أن المراد خصوص المؤمنات المسلمات .

ثانياً: أن لازم ذلك عدم جواز الكشف بالنسبة إلى طبيعي المرأة الكافرة سواء أكان لها زوج أم لا ، حيث إن العبرة على هذا بالكفر والايمان ، لا بأن يكون لها زوج أو لا يكون ، وهذا خلاف ضرورة المسلمين ، أي لا يجب على المرأة التستر من اليهودية والنصرانية لو لم يكن لها زوج ، فإن مورد النص وما ذكره صاحب هذا القول خاص باليهودية والنصرانية التي لها زوج ، فلو لم يكن لها زوج أو كانت من القواعد فالضرورة قاضية بجوازه .

ثالثاً: لو كان عدم الجواز بالنسبة للكافرة ظاهراً لكان شائعاً ولم يكن فيه خلاف بين المسلمين ، لأن ابتلاء الناس في زمانهم عليه السلام باليهودية والنصرانية كثير ، بل حتى في بيت الإمام عليه السلام فلو كان عدم جواز الكشف بالنسبة للمرأة الكافرة ثابتاً على الإطلاق لكان ظاهراً وواضحاً ، مع انه لم يقل به فيما نعلم أحد من الفقهاء .

رابعاً: بناءً على هذا لا يخلو أن يكون المراد من جملة ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ إما ١ - خصوص العبيد ، أو ٢ - خصوص الاماء الكافرات ، أو ٣ - الأعم من العبيد والاماء الكافرات ، وكلها باطلة ، فيلزم بطلان المقدم وانحصار المراد بخصوص الإمام .

١ - فإما احتمال أن يكون المراد خصوص العبيد .

« المحدث البحراني وافق الشيخ الطوسي في أحد قوله ، حيث إنه الذي ذهب إلى ذلك في تفسير التبيان ٧ : ٣٤٠ ، ولذا قال في الحقائق : «إن الحكم في المسألة هو ما ذكره الشيخ (رحمة الله عليه) للصحيحة المذكورة ..» ولم ينقل هذا القول عن ابن حمزة في الجواهر وغيرها . على أنه غير موجود في كتابه الوسيلة على ما تقدم قبل أربعة صفحات تقريباً عند التعليق على قول السيد الأستاذ عليه السلام : «والى هذا ذهب أيضاً حمزة» ، نعم ذهب إلى هذا القول السيد الطباطبائي عليه السلام في الميزان في تفسير القرآن ١٥ : ١١٢ ، والطبرسي عليه السلام في مجمع البيان ٧ : ٢١٧ ، والراوندي في فقه القرآن ٢ : ١٢٨ ، وصاحب كشف اللثام ٧ : ٢٣ - ٢٤ وغيرهم .

وهو بعيد جداً، لعدم الدليل على ذلك، ولأن لازمه السكوت عن حكم الاماء الكافرات، مع أن جواز كشف المرأة المسلة أمام الأمة الكافرة لا شك فيه، وهو أمر لم يقع فيه نزاع، والسيرة كانت جارية عليه، لأن الإماء كنَّ يخدمن في بيوت المسلمين بل في بيوتهم عليهم السلام. على أن الحكم بالنسبة إلى العبيد انحلالي، وبالنسبة إلى النساء الحكم ثابت للطبيعي، فليزِم مخالفة السياق أيضاً.

٢- وإما احتمال أن يكون المراد خصوص الاماء الكافرات.

وهو وإن كان ممكناً، إلا أنه لا قرينة عليه.

٣- وإما احتمال ان يكون المراد الجامع بين العبيد والأمة الكافرة، فاستثنى النساء المؤمنات أولاً، ثم الأماء والعبيد^(١) وإن كان العبد كافراً.

وهذا غير معقول، لا أنه خلاف الظاهر فقط، وذلك لأن ارادة الجامع بين العبيد والإماء مستحيل، لأن الحكم بالنسبة للعبيد انحلالي وبالنسبة للإماء طبيعي، والجمع بينهما في نسبة واحدة مستحيل، لاستحالة لحاظ الحكم في نسبة واحدة بلحاظين حتّى على القول بجواز استعمال اللفظ المشترك في أكثر من معنى، لأن ذلك في الاسم المشترك، وهنا استعملت النسبة التي هي من المعاني الحرفية، وهي نسبة الإبداء والإظهار إلى العبيد والإماء، ولحاظ الانحلالية والطبيعية في آن واحد فيها محال، فينحصر ان يكون المراد منها خصوص الإماء^(٢).

(١) كما يقوله أبناء العامة.

(٢) من هذا يتوضح أن البحث لا يرجع إلى استعمال اللفظ المشترك في أكثر من معنى حتّى تكون الآية معدودة من أمثله بل البحث في الجمع بين العبيد والإماء بنسبة واحدة وهي نسبة الإبداء والأظهار ولا جامع بين الانحلالية التي في العبيد والطبيعة التي في الاماء حتّى يصح استعمال النسبة فيهما حتّى بناء على جواز استعمال اللفظ المشترك في أكثر من معنى وذلك لأنه يمكن أن يلحظ معنيا اللفظ المشترك أو معانيه في آن واحد ودعوى استحالة لحاظهما أو لحاظها في آن واحد إلا أن يكون اللاحظ حول العينين أو عدم إمكان أن يكون اللفظ فانياً في

الثالث : أن يكون المراد بكلمة ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ الأقرباء من العمات والخالات ونحو ذلك من الأقارب خاصة^(١).

وهذا أبعد الاحتمالات ، لأن لازمه عدم جواز الكشف إلا لخصوص الأقارب دون غيرهن من الحرائر ، وهو في نفسه غير صحيح . على أنه يجري فيه ما تقدم من تفسير قوله : ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ بأحد الأمور الثلاثة في الاحتمال الثاني ، وكلها غير صحيحة .

فبتعين أن يكون المراد بكلمة ﴿نِسَائِهِنَّ﴾ خصوص الحرائر كما ذكرنا بقرينة ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ المنحصر في كون المراد منه خصوص الإماء .

فالمستثنى في قوله : ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ الحرّة والأمة ، والحكم فيهما طبيعي لا انحلالي . هذا هو الظاهر من الآية في نفسها .

معنيين أو في معاني متعددة غير صحيحة . ويكفي في ردّ الأول أن لا يكون اللاحظ ذاعين واحدة ، فإنه إذا كان ذا عينين أمكنه استعمال العين في معنيين ، كما أجاب به العلامة أبو المجد الشيخ محمدرضا النجفي الاصفهاني في وقايته ، والانشاء إبراز المعنى النفساني بمرز ومن الامكان بمكان إبراز عدّة معاني نفسانية موجودة في صقع النفس بمرز واحد لأن ذلك من الأمور الاعتبارية الخفيفة المؤنة .

وهذا كله فيما إذا كان للفظ معنى كما في الأسماء وأما النسبة فهي من المعاني الحرفية والمعاني الحرفية لا معنى استقلالها لها مشتركة فيه فأبي لحاظ يكون لمعنيها ؟ حتّى يقع فيها النزاع ويكون ممكناً أو غير ممكن بل معانيها في طرفيها والجامع بين الأطراف لا وجود له كي يصح لحاظه لأنه لا بد وأن يكون الجامع جامعاً بين المتماثلات لا المتباينات ، وهنّا من المتباينات . فيكون حينئذٍ استعمال اللفظ غير المشترك في أكثر من معنى غير ممكن .

(١) ذكر هذا الاحتمال السيد الحكيم رحمته حيث قال : «ويحتمل أن يكون المراد النساء اللاتي من الأرحام كالعمّة والخالة والأخت ، ولعل قرينة السياق تقتضي ذلك فيكون أقرب» المستمسك ١ : ١٦ طبعة بيروت .

ويؤيده ما نسب في الوسائل^(١) إلى الشيخ الطوسي في الخلاف^(٢) أنه قال: روى أصحابنا أن المراد بقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ الإمام دون العبيد الذكران، فإنه وإن لم تر هذه الروايات^(٣) إلا أن في نقل الشيخ كفاية.

نعم، وردت معتبرة معاوية بن عمار تفسر الآية بنحو يكون العبيد داخلين في قوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ إما خصوصاً أو عموماً، قال: «كنا عند أبي عبدالله عليه السلام نحواً من ثلاثين رجلاً إذ دخل أبي فرحب به - إلى أن قال - فقال له: هذا ابنك؟ قال: نعم، وهو يزعم أن أهل المدينة يصنعون شيئاً ما لا يحل لهم، قال: وما هو؟ قال: المرأة القرشية والهاشمية تركب وتضع يدها على رأس الأسود وذراعها على عنقه، فقال أبو عبدالله عليه السلام: يا بني أما تقرأ القرآن؟ قلت: بلى، قال: اقرأ هذه الآية: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِي آبَائِهِنَّ وَلَا أَبْنَائِهِنَّ﴾ حتى بلغ... ﴿وَلَا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ ثم قال: يا بني لا بأس أن يرى المملوك الشعر والساق»^(٤).

والظاهر منها تفسير الآية بنحو يكون العبد داخلًا في قوله ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ إما خصوصاً أو عموماً.

ولكن لا بد من ردّ علم هذه الصحيحة إلى أهله لأنها غير قابلة للتصديق:

(١) الوسائل ج ٢٠: ٢٢٥ باب ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح ح ٩.

(٢) الخلاف: ٢: ٢٠٤.

(٣) علق في هامش الخلاف على قوله: «روى أصحابنا أن المراد بها [أي بـ] ﴿مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ [الإمام دون العبيد الذكران] بما نصه: انظر الكافي ٥: ٢٠٢٩.

أقول: هذا الحديث إنما هو في قوله تعالى: ﴿الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ وهو غير ﴿مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾، والظاهر أنه كما يقول السيد الأستاذ رحمته الله لم تر هذه الروايات. نعم، في الكشف ٢: ٢٢٢ أو ص ٢٣٠ في بعض النسخ، قال ابن حجر: أخرج ابن أبي شيبة من رواية طارق عن سعيد بن المسيب لا تغرنكم الآية ﴿مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ إنما عنى الإمام دون العبيد. ومثله في الدرر المنتور ٥: ٤٢.

(٤) الوسائل ج ٢٠: ٢٢٤ باب ١٢٤ من أبواب مقدمات النكاح ح ٥.

أولاً: ان لمس الأجنبية للأجنبي محرم بلا خلاف ، بل هو من الضروريات ، فكيف يحكم عليه بجواز وضع يدها على رأس الأسود - أي العبد - وذراعها على عنقه ، مع أن الضرورة على خلافه . على أن الآية المذكورة في الرواية لم ترد في المماسة حتى يستدل عليه بها ، ومورد الرواية إنما هو المماسة ، فكيف يستدل بما لم يرد في المماسة على المماسة .

ثانياً: استدل عليه بظاهر القرآن لا بالحكم التعبدى فقال : «أما قرأ القرآن» ومعنى ذلك ان القرآن ظاهر في ذلك ، مع أنه غير ظاهر كما ذكرنا . نعم ، لو كان الحكم تعدياً من الإمام عليه لأمكن التعبد بذلك وتخصيص الآية ، كما خصصت بموارد آخر منها نظر زوج البنت إلى امها ، ولكن المعتمدة ليست في مقام حكم تعبدى ، بل في مقام بيان ظهور الآية في ذلك ، والآية كما عرفت ليست ظاهرة في ذلك أبداً . فلا بد من حمل هذه المعتمدة على التقية كما حملها صاحب الوسائل ^(١) ، أو على وجه آخر . وأما مس المرأة بدن الأجنبي فهو غير جائز قطعاً ^(٢) .

(١) قال بعد ذكر الحديث المتقدم في الوسائل المشار إليه في التعليقة السابقة . أقول : هذا ظاهر في التقية ، والله العالم .

(٢) وعدنا التعرض إلى صحة ما نسبته السيد الأستاذ عليه إلى الشيخ صاحب الجواهر عليه من أنه يقول بأن المراد من نسائهن مطلق النساء الحرائر من المسلمات والكافرات والإماء المسلمات والكافرات .

ونحن نقول إن المقطوع به أن النسبة غير صحيحة ، وأن الشيخ صاحب الجواهر عليه لم يقل ذلك ، فإن صاحب الجواهر قال ما نصه : «ثم إن ظاهر المصنّف وغيره بل هو المشهور عدم الفرق في جواز نظر المرأة إلى مثلها بين المسلمة والكافرة ، بل هو الذي استمرت عليه السيرة والطريقة . خلافاً لما عن الشيخ في أحد قوله : من أن الذميمة لا تنظر إلى المسلمة حتى الوجه والكفين ، فيجب عليها الستر منها ، لقوله تعالى : ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ - إلى قوله تعالى : ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾ والذميمة ليست منهن ، فعلى ذلك ليس للمسلمة أن تدخل مع الذميمة إلى الحمام . بل مقتضى دليله عدم جواز ذلك لغير الذميمة من الكفار ، كما هو مقتضى ما حكاه عنه -

«عن الطبرسي والراوندي - في كشف اللثام مستثنين من ذلك الأمة، بل فيه: «وهو قَوِي» ثم حكي عن التذكرة قوة الجواز في الذمّة، للأصل وعدم العلم بكون «نِسَائِهِنَّ» بذلك المعنى، ولم يتعرض للكافرة. لكن في المسالك: (الأشهر الجواز، وأن المراد بنسائهنّ من في خدمتهن من الحرائر والإماء، فيشمل الكافرة، ولا فارق بين من في خدمتها منهن وغيرها المسالك) ٧: ٤٦. قلت: قد عرفت المحكي عن الشيخ ومن تبعه من استثناء الأمة. نعم يقوي الجواز، للأصل والسيرة المستمرة واحتمال إرادة مطلق النساء من (نسائهن)، على أن يكون بيان [المراد خ] جواز ابداء زينتهن لامثالهنّ قال في الكشّاف: الظاهر أنه عنى بـ «نِسَائِهِنَّ» أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» من في صحبتهنّ وخدمتهنّ من الحرائر والإماء، فكأنه قال سبحانه: النساء سواء في حلّ نظر بعضهنّ إلى بعض [تفسير الكشّاف ٣: ٢٣١]، الجواهر ٢٩: ٧٢.

وظاهر قوله (على أن يكون بيان [وفي نسخة بدل: (على أن يكون بيان) (على أن يكون المراد)] جواز ابداء زينتهن لامثالهن) أي أمثالهن من الحرائر بقريته أو ما ملكت إيمانهن. فمراده من الاطلاق هو شمول (نسائهن) للحرائر من النساء المسلمات وللحرائر من النساء الكافرات يهوديات كنّ أو مسيحيات لا أن مراد الشيخ صاحب الجواهر رحمته النساء الإمام أيضاً إلا إذا كان الملاحظ له كلتا الجملتين أي قوله تعالى: «نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» معاً، فنسائهنّ للحرائر وما ملكت إيمانهن للإماء. أو يكون الاطلاق في نسائهن للحرائر اللاتي في صحبتهن أو خدمتهن أو لم يكن كما ذكره السيد الحكيم رحمته ونسبه إلى الشيخ صاحب الجواهر رحمته وهو قوله: «ويحتمل أن يكون المراد منه مطلق النساء سواء كن في صحبتهن أو خدمتهن، أم لم يكن كذلك كما احتمله في الجواهر» المستمسك ١٤: ٢٣، وعلى كل منها ليس المراد الاطلاق من جهة الحرية والرقية حتّى يكون المراد من «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» العبيد، والشاهد على ما ذكرناه أولاً وثانياً وثالثاً استشهاده بكلام الزمخشري في تفسير الكشّاف على ما تقدم نقله فإن الزمخشري قال: الظاهر أنه عنى بـ «نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» معاً من في صحبتهن وخدمتهن من الحرائر والإماء. ثم قال الشيخ صاحب الجواهر: «بل ربّما كان خبر حفص بن البختري عن الصادق عليه السلام: لا ينبغي للمرأة أن تنكشف بين يدي اليهودية والنصرانية، فهن يصفن ذلك لأزواجهن» دلالة

« عليه ، من التعبير بلفظ لا ينبغي ، ومن التعليل ، مضافاً إلى ما فيه من العسر والجرح خصوصاً في الزمان السابق ، لكن لا ينكر ظهوره في كراهة التكشف لهنّ ، والله العالم » **الجواهر ٢٩ : ٧٢** . فالمراد للشيخ صاحب الجواهر من الاطلاق في قوله « **أَوْ نِسَائِهِنَّ** » إما لا هو الشمول للاماء حتّى يكون المراد من « **مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ** » هو العبيد ؟ وكيف يمكن أن يقول الشيخ صاحب الجواهر أن المراد من « **مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ** » هو العبيد ؟! الذي معنى ذلك جواز كشف المالكة عن تمام بدنها لعبدها مع عدم التلذذ والريبة أو يكون المراد من الاطلاق أيضاً لا هو الشمول للاماء بل يكون الاطلاق في نسائهن للحرائر اللاتي في صحبتهن أو خدمتهن أو لم يكن ، كما نسبه السيد الحكيم إلى الجواهر أو يكون المراد هو الشمول للاماء أيضاً ولكن مع كون الملحوظ هو الجملتين « **نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ** » بقرينة استشهادة بكلام الزمخشري وبقرينة استدلاله بالأصل والسيرة التي استدل بهما كاشف اللثام والعلامة وهما معاً يريان أن نسائهن شامل للمسلمات والذميّات مسيحيات كنّ أو يهوديات فقط من دون الشمول للإماء ويشهد له أيضاً اشكال صاحب الجواهر على الشهيد في المسالك بقوله « قلت قد عرفت المحكي عن الشيخ ومن تبعه من استثناء الأمة » .

وكيف يقول الشيخ صاحب الجواهر ذلك مع قوله الآتي « على أن المراد من جواز ابداء الزينة لمثله [أي غير أولي الاربة من الرجال] ، بمعنى عدم وجوب وضع نحو الملحفة والخمار ونحوهما على ثياب الزينة وحليتها ، لا أنّ المراد ارتفاع حكم العورة بالنسبة إليه في جميع الجسد وصيروته كالمحرم - كما يدعيه الخصم - الذي يمكن دعوى ضرورة المذهب أو الدين على خلافه . . . » **الجواهر ٢٩ : ٩٥ ٩٦** هذا كلامه بالنسبة إلى أولي الاربة من الرجال فكيف بالعبيد . فهل يعقل أن يقول بجواز أن تكشف المالكة عن جميع بدننها لعبدها كما يجوز لها أن تكشف ذلك لأبيها مع التلذذ والريبة .

وكيف يقول ذلك مع قوله بعد أن ذكر رواية القاسم الصيقل « كتبت إليه أم علي تسأله عن كشف الرأس بين يدي الخادم ، وقالت له : إنّ شيعتك اختلفوا عليّ في ذلك ، فقال بعضهم : لا بأس ، وقال بعضهم : لا يحلّ ، فكتب إليّ : سألت عن كشف الرأس بين يدي الخادم ، لا

« تكشفني رأسك بين يديه فإن ذلك مكروه » : « فإن الظاهر إرادة الحرمة من الكراهة فيه التي علل بها النهي الذي هو حقيقة في التحريم الذي لا يعارضه لفظ الكراهة في التعليل بعد كونها للقدر المشترك في العرف السابق . وكأن اختلاف الشيعة - التي اشارت إليه - مما وقع منه ^{عائلاً} لتقية أو غيرها ، حتى ظنّ سماع الأول أنّ الحكم كذلك ، ولذا بعد أن ظهر الحال استقرّ مذهب الشيعة على عدم جواز نظر المملوك الفحل إلى سيّدته وكونه كالأجنبي ، بل وكذا استقرّ على عدم الفرق بين الخصي أو المملوك بالنسبة إلى غير سيّدته أيضاً . . . » الجواهر ٢٩ : ٩٣ - ٩٤ . وكيف يقول ذلك مع قوله في الخصي الآتي بحثه من الانتقاد ولمن يقول إن المراد من ﴿ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ هو العبيد والاماء فضلاً عن أن يكون المراد به خصوص العبيد ؟ والانتقاد لمن يستبعد أن يكون المراد من ﴿ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ الاماء . وسيأتي كل ذلك .

وكيف يقول إن المراد من ﴿ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ العبيد مع كون المراد منه عند أبناء العامة العبيد والاماء الذي استقرّ مذهب الشيعة على خلافه وعلى حرمة نظر المملوك الفحل إلى سيّدته وآنه كالأجنبي وعدم التردد في ذلك .

ومن هنا يظهر لك وبوضوح تام أن كلام الشيخ صاحب الجواهر ^{رحمته} هنا أي في قوله تعالى : ﴿ أَوْ نَسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ وكلامه في الخصي الذي نصه هو « وأغرب من ذلك كله ، عدم استبعاد إرادة خصوص الخصي من الآية مع اندراجه في غير أولى الإربة عند هذا القائل واستبعاد إرادة الإماء من ﴿ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ بعد ما سمعت ما عن المبسوط والخلاف وفقه القرآن للراوندي والسرائر من نسبة ذلك إلى رواية أصحابنا ، بل ركن إليه ابن إدريس الذي لا يعمل باخبار الأحاد . مع أن ظاهر الآية ذكر الذكور أولاً ثم ذكر الإناث بقوله تعالى : ﴿ نَسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ لبيان عدم كون محالّ الزينة مثل العورة المحرّم نظرها على الرجال والنساء والواجب سترها منهما ، إلا أنه لما كان من المعلوم عدم اندراج الإماء في النساء ذكرها بالخصوص ، فلا تكرار حينئذٍ كما توهم ، بل الظاهر عدم ارادة خصوص المملوكة بالنسبة إلى مالکها ، بل المراد المملوكة ولو لغيرها ، وكذا النساء ، مع احتمال إرادة خصوص ذلك ، ويتم الباقي بعدم القول بالفصل كل ذلك بعد الاغضاء عمّا هو معلوم من دين متديني

الإمامية من عدم ذلك ، فلا يحل لمؤمن التردد في ذلك ، مخافة أن يكون ذلك منه سبباً للجرأة من غيره . ومن ذلك يعلم ما في الروضة [٥ : ٩٩ - ١٠٠] أيضاً وأتباعها كالكفاية [أي كفاية الأحكام ٢ : ٨٦ - ٨٧] وغيرها [كمفاتيح الشرائع ٢ : ٣٧٦] بل ويعلم ما في الرياض المبني على أن الأصل الإباحة لعدم عموم يقتضي حرمة النظر في المقام وفيما سبق من المقامات ، مع أنه يمكن دعوى الضرورة فضلاً عن الإجماع والنصوص على أن المرأة جميعها عورة - أي بحكمها في حكم النظر ووجوب الستر - على وجه القاعدة كما سمعته عن المقداد في الكنز [كنز العرفان ٢ : ٢٢٢] سابقاً في حكم الوجه والكفين «الجواهر ٢٩ : ٩٦ - ٩٧ .

ليس بينهما أي منافاة ، فإن كلامه في قوله «نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» تقدم ، وعرفت أن الاطلاق الذي في كلامه بالنسبة إلى (نسائهن) إنما هو بالنسبة للنساء المسلمات وللنساء الكافرات يهوديات أو نصرانيات ، لا لكل النساء حتى الاماء ومن «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» الاماء مطلقاً . وأما كلامه في الخصي فقد نقلناه ، ومن الواضح أن قوله ﷺ «مع أن ظاهر الآية ذكر الذكور أولاً» ومعناه الذكور المذكورين في الآية المباركة وهم بعولتهن وأبائهن وآباء بعولتهن وأبنائهن وأبناء بعولتهن وإخوانهن وبنو إخوانهن وبنو أخواتهن . ثم ذكر الإناث بقوله تعالى : «نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» ومعناه أن ذكر النساء بعد ذكر الرجال والنساء هنّ النساء المسلمات الحرائر والنساء الكافرات الحرائر (وهو المراد من الاطلاق) في قوله (نسائهن) والمراد من «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» النساء الاماء المسلمات أو الكافرات لا اماؤها فقط بل حتى إماء غيرها ، ومعلومية عدم إمكان ارادة العبيد والاماء من «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» بعد وضوح أن المعلوم من دين الإمامية عدم ذلك وعدم جواز التردد فيه مع قيام الضرورة على أن المرأة عورة . فأى منافاة بين الكلامين ؟ ! حتى يقال كما قيل : «أن صاحب الجواهر هنا احتمل أن يكون المراد من نسائهنّ مطلق النساء يعني ابداء زيتتهن إلى المماثل جائز ، وهذا الكلام مع ما ذكره في بحث نظر الخصي إلى مالته أو الأجنبية ظاهر في المنافاة لأنه فسر ما ملكت ايمانهن بالاماء مع أن العلماء الكبار مثل الشهيد الثاني وأفراد متعددين [كصاحب كفاية الأحكام وصاحب الرياض] يرون أن «مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ» أعم من العبيد والاماء ، وتشدد صاحب

تم هذا المقدار من كتاب النكاح تدريساً في النجف الأشرف قرب
الحضرة العلوية المقدسة في جامع شيخ الفقهاء وإمام المحققين
الشيخ محمد حسن صاحب الجواهر رحمته الله
في النصف الثاني من عام ١٤٤٠ هجري .

الشيخ محمد الجواهري

﴿ الجواهر في ردهم وحكم بحرمة نظر المملوك إلى مالته . تقارير السيد الزنجاني دام ظله
كتاب النكاح ج ١ درس رقم ٣٥ ص ٣ .

فانك قد عرفت عدم المنافاة في كلامه ، وأن مراده من نسائهن النساء المثلثات للبادية زيتنها
لهن ، وهي الحرة المرادة من قوله تعالى : ﴿ وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ . . . ﴾ والمثلثات هنّ
الحرائر من المسلمات والحرائر من الكافرات ، وأن المراد بـ ﴿ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ في المقامين
(أي بحث المراد من قوله تعالى : ﴿ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ ﴾ وفي بحث الخصي) هو
الإماء ، إمائها وإماء غيرها مسلمات كن أو كافرات .

الصواب

الخطأ

التهذيب ٦: ٩٧٩/٣٤٧

ص ٣٦٠: التهذيب ٦: ٩٧٨/٣٤٧

فهرست مسائل العروة الثامن عشر من الواضح (كتاب الحوالة)

| الرقم العام | المسألة | الصفحة |
|-------------|----------|--------|
| [٣٦١٦] | مسألة ١ | ٨٥ |
| [٣٦١٧] | مسألة ٢ | ٩٠ |
| [٣٦١٨] | مسألة ٣ | ٩٨ |
| [٣٦١٩] | مسألة ٤ | ١٠١ |
| [٣٦٢٠] | مسألة ٤ | ١١٠ |
| [٣٦٢١] | مسألة ٥ | ١١٥ |
| [٣٦٢٢] | مسألة ٦ | ١١٨ |
| [٣٦٢٣] | مسألة ٤ | ١٢٠ |
| [٣٦٢٤] | مسألة ٧ | ١٢٢ |
| [٣٦٢٥] | مسألة ٨ | ١٤٨ |
| [٣٦٢٦] | مسألة ٩ | ١٥٦ |
| [٣٦٢٧] | مسألة ١٠ | ١٦٣ |
| [٣٦٢٨] | مسألة ٤ | ١٦٥ |
| [٣٦٢٩] | مسألة ٤ | ١٦٦ |
| [٣٦٣٠] | مسألة ١١ | ١٨٨ |
| [٣٦٣١] | مسألة ١٢ | ١٩٣ |
| [٣٦٣٢] | مسألة ١٣ | ٢٠١ |

كتاب النكاح

| | | |
|--------|---------|-----|
| [٣٦٣٣] | مسألة ١ | ٢٢٠ |
| [٣٦٣٤] | مسألة ٢ | ٢٢١ |
| [٣٦٣٥] | مسألة ٣ | ٢٢٤ |
| [٣٦٣٦] | مسألة ٤ | ٢٢٤ |
| [٣٦٣٧] | مسألة ٥ | ٢٢٧ |

| | | |
|-----|----------|--------|
| ٢٣١ | مسألة ٦ | [٣٦٣٨] |
| ٢٤٠ | مسألة ٧ | [٣٦٣٩] |
| ٢٤١ | مسألة ٨ | [٣٦٤٠] |
| ٢٤٢ | مسألة ٩ | [٣٦٤١] |
| ٢٥٣ | مسألة ١٠ | [٣٦٤٢] |
| ٢٥٣ | مسألة ١١ | [٣٦٤٣] |
| ٢٥٤ | مسألة ١٢ | [٣٦٤٤] |
| ٢٥٤ | مسألة ١٣ | [٣٦٤٥] |
| ٢٥٤ | مسألة ١٤ | [٣٦٤٦] |
| ٢٥٤ | مسألة ١٥ | [٣٦٤٧] |
| ٢٥٤ | مسألة ١٦ | [٣٦٤٨] |
| ٢٥٤ | مسألة ١٧ | [٣٦٤٩] |
| ٢٥٤ | مسألة ١٨ | [٣٦٥٠] |
| ٢٥٤ | مسألة ١٩ | [٣٦٥١] |
| ٢٥٤ | مسألة ٢٠ | [٣٦٥٢] |
| ٢٥٥ | مسألة ٢١ | [٣٦٥٣] |
| ٢٥٥ | مسألة ٢٢ | [٣٦٥٤] |
| ٢٥٥ | مسألة ٢٣ | [٣٦٥٥] |
| ٢٥٥ | مسألة ٢٤ | [٣٦٥٦] |
| ٢٥٥ | مسألة ٢٥ | [٣٦٥٧] |
| ٢٥٦ | مسألة ٢٦ | [٣٦٥٨] |
| ٣٣٥ | مسألة ٢٧ | [٣٦٥٩] |
| ٣٦١ | مسألة ٢٨ | [٣٦٦٠] |

فهرس الموضوعات

| الموضوع | الصفحة |
|---|--------|
| تعريف الحوالة . | ٥ |
| الفرق بين الحوالة والضمان . | ٧ |
| شروط الحوالة وهي غير الشروط العامة من البلوغ والعقل والاختيار . | ١٠ |
| الحوالة بين المحيل والمحتال . | ١٢ |
| أما المحال عليه فهو أجنبي عن الحوالة . | ١٣ |
| شروط المحال عليه . | ١٤ |
| شروط المحتال . | ١٧ |
| شروط المحيل . | ١٧ |
| اعتبار عدم الفلس في المحتال . | ١٩ |
| اعتبار عدم الفلس في المحال عليه . | ١٩ |
| اعتبار عدم الفلس في المحيل فيما إذا أحال على مشغول الذمة . | ٢٠ |
| عدم اعتبار عدم الفلس في المحيل لو أحال على بريء الذمة . | ٢١ |
| الشرط الأول من شروط الحوالة بعد الشروط العامة : اعتبار الايجاب والقبول في الحوالة . | ٢٢ |
| الايجاب والقبول من المحيل والمحتال . | ٢٢ |
| المحال عليه خارج عن الحوالة وإن اعتبر رضاه مطلقاً حين كونه برئياً . | ٢٢ |
| احتمال قبول المحال عليه فيكون العقد مركباً من ايجاب وقبولين . | ٢٢ |
| احتمال كون الحوالة ايقاعاً لا حاجة فيها إلى القبول العقدي . | ٢٢ |
| الحوالة معاوضة بين مالين . | ٢٥ |
| دعوى كون الحوالة والضمان والوكالة ايقاعات . | ٢٧ |
| افتراق الوكالة عن الإذن . | ٢٨ |
| قد تكون الوكالة لازمة كما لو كانت شرطاً في ضمن عقد . | ٣١ |
| الشرط الثاني من شروط الحوالة : اعتبار التنجيز في الحوالة وعدمه . | ٣٣ |

الشرط الثالث من شروط الحوالة: اعتبار رضا المحيل والمحتمل ، وما قيل من صحة الحوالة حتّى

مع عدم رضا المحيل وما فيه ٣٩

صحة استعمال الفاظ معاملة في معاملة أخرى وعدمه ٤٤

اعتبار رضا المحال عليه إذا كان برئياً أو كانت الحوالة بغير الجنس ٤٦

هل يعتبر رضاه إذا كانت الحوالة بمثل ما عليه ؟ قولان ٤٧

الشرط الرابع من شروط الحوالة : اعتبار أن يكون المال المحتمل به ثابتاً في ذمة المحيل ولو

متزلزلاً ٥١

إذا لم تكن الذمة مشغولة فهل تصح الحوالة سواء كان سبب الاشتغال موجوداً أم لا ٥٢

القول بأن سبب الاشتغال إذا كان موجوداً فهو كاف في صحة الحوالة وإن لم تشتغل به الذمة بالفعل ... ٥٣

دعوى بطلان ضمان ما لم يجب والجواب عنه ٥٤

ابتداء دعوى ضمان ما لم يجب على اعتبار التنجيز وهو غير معتبر في الحوالة ٥٤

قياس الحوالة على الضمان وهو غريب من السيد الأستاذ رحمته لأنه اعتبر التنجيز في الضمان ولم يعتبره

في الحوالة ٥٩

صحة قياس الحوالة على الضمان عند الماتن لعدم اعتباره التنجيز في الاثنين ٦٠

صحة قياس الحوالة على الضمان عند السيد الحكيم لاعتباره التنجيز في الاثنين ٦٢

إذا قال اقرضني وخذ عوضه من فلان فرضي ورضي فلان فهل تصح الحوالة ٦٣

الشرط الخامس من شروط الحوالة : أن يكون المال المحال به معلوماً جنساً وقدرًا للمحيل

والمحتمل ٦٧

القول بعدم اعتبار معلومية المال المحال به إذا كان أثلاً إلى العلم ٦٨

عدم صحة حوالة الدين المبهم المردد ٦٩

إذا قال ما شهدت به البينة فخذ من فلان ٧٠

إذا أحال الدينين على نحو الواجب التخيري ٧١

القول بأنه لا غرر في الحوالة حينما يحول شيئاً غير معلوم وإن كان أثلاً إلى العلم والمناقشة فيه ٧٣

القول بأنه لم يثبت النهي عن مطلق الغرر وإنما الثابت النهي عن البيع الغرري والمناقشة فيه ٧٤

الشرط السادس من شروط الحوالة : تساوي المالين المحال به والمحال عليه جنساً ونوعاً ووصفاً . ٧٧

- ٨١ إذا أحال من عليه جنس بغير ذلك الجنس
- ٨٥ لا فرق في المال المحال به بين أن يكون عيناً في الذمة أو منفعة أو عملاً لا يعتبر فيه المباشرة
- ٨٧ لا فرق في المال المحال به بين أن يكون مثلياً كالطعام أو قيمياً كالعبد والثوب
- ٩٠ إذا تحققت الحوالة برئت ذمة المحيل وأن لم يبرئه المحتال
- ٩٨ لا يجب على المحتال قبول الحوالة وإن كانت على ملي
- ١٠١ الحوالة لازمة فلا يجوز فسخها
- ١٠٢ إذا كانت الحوالة على معسر مع جهل المحتال باعساره فيجوز للمحتال الفسخ
- ١٠٣ الافلاس المتأخر عن الحوالة لا يجوز فسخ المحتال للحوالة
- ١٠٤ ما هو المراد من الاعسار
- ١٠٤ المناط الاعسار واليسار حال الحوالة وتاميتها
- ١٠٥ هل يعتبر الفور في جواز الفسخ
- ١٠٩ هل مع إمكان الاقتراض يسقط خيار الفسخ
- ١١٠ الأقوى جواز الحوالة على البريء
- ١١٢ الحوالة على البريء ليست داخلة في الضمان
- ١١٥ يجوز اشتراط خيار الفسخ في الحوالة لكل من المتعاقدين أو لمن جعل له من غيرهما
- ١١٨ يجوز الدور في الحوالة
- ١١٩ يجوز الترامي في الحوالة
- ١١٩ الترامي قد يكون بتعدد المحال عليه واتحاد المحيل وقد يكون بتعدد المحتال واتحاد المحال عليه
- ١٢٠ إذا تبرع أجنبي عن المحال عليه برئت ذمته
- ١٢١ إذا ضمن ضامن المحال عليه برضى المحتال برئت ذمة المحال عليه
- ١٢١ إذا تبرع المحيل عن المحال عليه بأداء الدين برئت ذمة المحال عليه
- لو أحال عليه فقبل وادعى ثم طالب المحيل بما أداه فادعى أنه كان عليه مال وأنكر المحال عليه
- ١٢٢ فالقول قوله مع عدم البينة لأصالة البراءة عن شغل ذمته للمحيل
- ولا يعارضها أصالة عدم اشتغال ذمة المحيل بهذا الأداء لأنه أصل مسيبي بناءً على صحة الحوالة على
- البريء ١٢٩

- الواضح في شرح العروة ج ١٨ ١٣٠
- وأما بناء على عدم صحة الحوالة على البريء فالقول قول المحيل ١٣٤
- دعوى تقديم مدعى الصحة (في النزاع المتقدم) وعدمه ١٣٩
- هل تجري أصالة الصحة في المقام؟ ١٤٨
- هل حال الحوالة كالضمان في عدم جواز مطالبة العوض إلا بعد الأداء؟ ١٥٠
- المشهور هو الاشتراط بالأداء ١٥١
- اختار الماتن عدم الاشتراط بالأداء ١٥٣
- الصحيح من القولين هو المشهور ١٥٦
- صحة أحالة المالك دينه على مكاتبة بمال الكتابة ١٥٧
- عدم صحة ما هو المنسوب للشيخ من عدم صحة الأصالة المذكورة ١٥٩
- العبد يقبول الحوالة يتحرر ١٦٣
- إذا باع السيد مكاتبه سلعة فأحاله بثمنها صح ١٦٥
- لو كان للمكاتب دين على أجنبي فأحال سيده عليه من مال الكتابة صح ١٦٦
- لو اختلفا في أن الواقع حوالة أو وكالة فالقول قول منكر الحوالة مع عدم البينة ١٦٩
- بناء السيد الأستاذ على تعريف المشهور للمدعي والمنكر والحال إنه رده ولم يقبله في مباني تكملة المنهاج ١٧٠
- المقام من باب المدعي والمنكر لا من باب التداعي ١٧٥
- لا فرق في كون القول قول منكر الحوالة بين أن يكون المدعي للحوالة ولتغيير الواقع عما كان هو الدائن أو المديون ١٧٨
- كما لا فرق في ذلك بين أن يكون المحتمل قد قبض المال ويدعي أن الواقع كان حوالة أو لم يقبض إذ لا أثر لهذه اليد ١٨٢
- لو علم أنه قال احلتك على فلان فقبل ثم اختلفا في أن المراد منه الحوالة أو الوكالة ١٨٨
- إذا أحال البائع من له عليه دين على المشتري بالثمن ثم بان بطلان البيع ١٨٨
- إذا أحال المشتري البائع على آخر مدين للمشتري أو بريء ثم ظهر بطلان البيع بطلت الحوالة ١٩١
- لا فرق بين أن يكون انكشاف بطلان البيع قبل القبض أو بعده ١٩٣
- إذا وقعت الحوالة بأحد الوجهين المتقدمين ثم انفسخ البيع بالاقالة أو بالخيار فالحوالة صحيحة ١٩٣

لا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل قبض مال الحوالة أو بعده ١٩٥
إذا كان عند وكيه أو أمينه مال معين خارجي فأحال دائنه عليه وجب الدفع إلا أنه ليس من الحوالة

المصطلحة ٢٠١

كتاب النكاح ٢٠٥

النكاح لغة ٢٠٥

النكاح شرعاً ٢٠٥

عدم ثبوت الحقيقة الشرعية للنكاح ٢٠٦

استعمال لفظ النكاح في العقد والزواج كثير إلا أنه لم يوجب النقل ٢٠٦

موارد استعمال لفظ النكاح في العقد والزواج في القرآن ٢٠٧

يترجح اشتراك لفظ النكاح بين الوطاء والعقد ٢٠٩

الاشتراف إنما هو اشتراف لفظي لا معنوي ٢٠٩

النكاح مستحب في نفسه ٢١٠

بالكتاب ٢١١

والسنة المتواترة ٢١٤

الوجه في وثافة القاسم بن يحيى والاشكال عليه ٢١٥

حال القاسم بن يحيى في بحوث السيد الأستاذ الفقيهية ٢١٥

تكملة الروايات الدالة على استحباب النكاح في نفسه ٢١٨

حكم العقل بحسن النكاح (الزواج) ٢١٨

لا فرق في استحباب النكاح بين من اشتاقت نفسه ومن لم تشتق ٢٢٠

استحباب النكاح لا يزول بالواحدة بل التعدد مستحب أيضاً وأدلته ٢٢١

انقسام النكاح بانقسام الأحكام الخمسة ٢٢٤

استحباب الاشهاد في النكاح ٢٢٩

كراهة التزويج (العقد) والقمر في برج العقرب ٢٣١

كراهة ايقاع التزويج (العقد) في الأيام المنحوسة في الشهر مع بيان حال كل يوم من أيام الشهر من

حيث كونه يوماً سعيداً مباركاً أو يصلح للتزويج أو السفر أو طلب الحوائج أو شراء أو العمل أو المعاملة

- أو الزرع أو المعاش أو أنه من الأيام المنحوسة التي لا تصلح لشيء أو أنه من الأيام المتوسطة ٢٣٣
- ما يستحب لمن أراد العقد وما يكره ٢٤٠
- الاعراض هل يوجب زوال المالك أو لا ؟ ٢٤٢
- أدلة القول بأن الاعراض يوجب زوال الملك ٢٤٢
- تحرير محل البحث في الاعراض ٢٤٣
- عدم دلالة الأدلة التي ذكرت على أن الاعراض يوجب زوال الملك ٢٤٣
- هل إن ما ينشر في الأعراس اعراض ؟ ٢٥١
- يكره اتحاد خرقه الزوج والزوج عند الفراغ من الجماع ٢٥٥
- يجوز لمن يريد التزويج بامرأة غير مطلع عليها أن ينظر إلى وجهها وكفيها وشعرها ومحاسنها ٢٥٦
- يجوز لم يريد تزويج امرأة غير مطلع عليها أن ينظر إلى جميع جسدها عدا العورة ٢٧٢
- الأدلة الدالة على ذلك عدة صحاح ٢٧٤
- ما دل على ذلك هل له اطلاق أو لا ؟ ٢٨٣
- لو فرض أن له اطلاقاً فالمقيد له موجود ٢٩٥
- ذهاب الشيخ الأنصاري والعالم في الإرشاد إلى اختصاص الجواز لمن يريد التزويج بامرأة بالنظر إلى وجهها وكفيها ٣٠٠
- جواب السيد الأستاذ عليه ٣٠١
- لا يشترط أن يكون النظر المذكور بإذنها ورضاها ٣٠٣
- يشترط أن يكون النظر المذكور بلا قصد التلذذ وإن علم بحصوله بنظرها قهراً ٣٠٣
- إذا لم يحصل الاطلاع على المرأة التي يريد التزويج بها بالنظر الأولي يجوز تكرار النظر ٣٠٤
- يشترط أن لا يكون الذي يريد التزويج بامرأة مطلعاً على حالها أو مسبقاً بحالها وإلا فلا يجوز النظر المذكور ٣٠٤
- يشترط أن يحتمل المرید الزواج بالمرأة اختيار المرأة للزواج وإلا فلا يجوز النظر ٣٠٤
- كان على الماتن ذكر اعتبار أن لا تكون المرأة محرمة النكاح عليه حرمة قابلة للزوال كالخامسة ٣٠٥
- هل إن بنت الزوجة غير المدخول بها كذلك أو لا فيما لو أراد الزواج بابنتها ؟ الظاهر أن جواز النظر مبني على جواز الزواج بالبنت قبل التحلل من الأم وعدم جوازه ، والظاهر الجواز ٣٠٦

٣٠٨ في حين أن المشهور بين الأصحاب عدم الجواز قبل التحليل من الأم إلا أنه لا دليل عليه
تخيل أن زوال زوجية الأم إنما هو في مرتبة متأخرة عن زوجية البنت لأنه معلول له وهو توهم فاسد

٣١١ والمناقشة في الأدلة المذكورة

هل لا فرق في جواز النظر بين أن يكون قاصداً لتزويجها بالخصوص أو كان قاصداً لمطلق التزويج وكان
بصدد تعيين الزوجة بهذا الاختيار؟ ٣١٤

لا فرق في جواز النظر المذكور بين أن يكون متمكناً من معرفتها بوجه آخر من توكيل امرأة تنظر إليها
وتخبره أو لا ٣١٦

٣١٨ يجوز أن تنظر المرأة إلى الرجل الذي يريد تزويجها

٣٢٣ يستثنى من عدم جواز النظر إلى المرأة الأجنبية الجارية يريد شراءها

٣٢٣ لا يعتبر في جواز النظر إلى الجارية التي يريد شراءها إذن سيدها

٣٢٣ المناقشة في وجه الاستثناء

٣٢٨ كلام في وثيقة الحسين بن علوان
هل المشتري الذي يجوز له النظر إلى جارية يريد شراءها إنما هو المشتري لنفسه فلا يشمل الولي

٣٣١ والوكيل والفضولي؟

٣٣٢ المناقشة في شراء الوكيل

٣٣٥ يجوز النظر إلى نساء أهل الذمة

٣٣٦ ابن إدريس وذهابه إلى عدم الجواز لأية الغض وموافقة غيره له

٣٣٨ الدليل الدال على الجواز والمراد منه

٣٤٢ جواز النظر إلى مطلق نساء الكفار

٣٤٣ جواز النظر المذكور إنما هو مع عدم التلذذ والريبة والآ فلا يجوز

٣٤٣ الدليل على الحرمة مع التلذذ

٣٤٥ الدليل على الحرمة مع الريبة

عدم منافاة قول أهل اللغة في معنى الغض لكون المراد من آية الغض صرفه عن النظر الجنسي وجعله
كالعدم ٣٤٥

الأفضل في المقدار الجائز من النظر لنساء أهل الذمة أو مطلق النساء الكافرات مع عدم التلذذ

- والريبة ما تعارف لهن كشفه وإلا فالجواز مطلق ٣٤٦
- يجوز النظر إلى ما تعارف كشفه من نساء أهل البوادي والقرى اللواتي لا يتتهمن إذا نهين ٣٤٦
- دعوى أن وثاقة عباد لرواية الحسن بن محبوب عنه والجواب عنها ٣٤٧
- يجوز لكل من الرجل والمرأة النظر إلى ما عدا العورة من مماثله ٣٦١
- ما لم يكن بتلذذ أو ريبة وإلا فحرام ٣٦٢
- دعوى كراهة كشف المسلمة نفسها بين يدي اليهودية والنصرانية بل مطلق الكافرة ٣٦٢
- دعوى صاحب الحدائق عدم الجواز لا الكراهية ٣٦٤
- الاشتباه في نسبة عدم الجواز إلى الشيخ صاحب الجواهر ٣٦٤
- نسبة صاحب الحدائق القصور إلى الأصحاب والجواب عنها ٣٦٤
- المراد من (نسائهن) الحرائر من النساء ٣٦٤
- دعوى أن المراد من (نسائهن) النساء والمسلمات فقط والجواب عنها ٣٦٤
- الاشتباه في نسبة الدعوى المذكورة إلى ابن حمزة والصحيح أن المدعي لها هو الشيخ الطوسي ٣٦٥
- القول بحرمة كشف المسلمة نفسها أمام اليهودية والنصرانية وبيان ضعفه ٣٦٨
- تفصيل الجواب عن الاستدلال بالآية المباركة على حرمة كشف المسلمة نفسها أمام اليهودية والنصرانية بل مطلق الكفارة ٣٦٩
- نسبة السيد الأستاذ حمل نسائهن على مطلق الحرائر أو الاماء إلى الشيخ صاحب الجواهر والاشارة إلى خطأ النسبة ٣٧٠
- دعوى البعض المنافاة بين كلام الشيخ صاحب الجواهر هنا وبين كلامه في الحيض ولعله ناتج من الاعتماد على النسبة المذكورة ٣٧٠
- تفصيل عدم صحة نسبة القول بأن المراد من نسائهن مطلق النساء من الحرائر المسلمات والكافرات والإماء المسلمات والكافرات إلى الشيخ صاحب الجواهر رحمته ٣٧٦
- الخطأ والصواب ٣٨٢
- فهرست مسائل هذا الجزء ٣٨٣
- فهرست الموضوعات ٣٨٥