

جامع الاحكام
في
الحلال والحرام
قَالَ
آيَةُ اللَّهِ الْمُطَهَّرُ الْمُتَجَاهِدُ
السَّيِّدُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ الْجَلِيُّ
الْمَجْلِدُ الثَّامِنُ عَشْرُ
الْبَيْتُ السَّابِعُ

جامع الاحكام

في

الحلال والحرام

قَالَ

آيَةُ اللَّهِ الْمُطَهَّرُ الْمُتَجَاهِدُ

السَّيِّدُ عَبْدُ الرَّزَّاقِ الْجَلِيُّ

الْمَجْلِدُ الثَّامِنُ عَشْرُ

الْبَيْتُ السَّابِعُ

جامع الأحكام

في

الحلال والحرام



جامع الأحكام

في

الحلال والحرام

قائفة

السيد عبد الشرف بن علي بن الحسن بن السيد سليمان بن

البلقبي ب « النخلو »

النعروف ب « السيد عبد الرزاق النخلو »

المجلد الثامن عشر

الذكا



جامع الأحكام

في

الخلافة الراشدة

المجلد الثامن عشر
الكتاب

رقم الإيداع الدولي

الطبعة الأولى

١٤٣٩هـ - ٢٠١٨م

١٠٠٠ نسخة

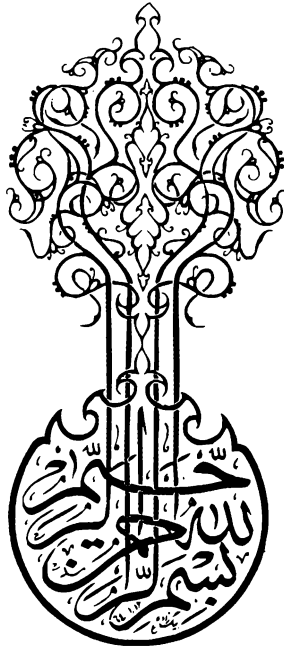
التصميم والإخراج الفني
مركز الهاشمي للإيداع

الإشراف على الطبع

حيدر النجفي

+98 9122516952





بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

وصلّى الله على محمّد وآله وصحبه الأخيار المنتجبين.

وبعد: فيقول العبد المذنب الغارق في بحر الذنوب والآثام، الأقلّ عبد الرزّاق بن علي بن الحسن الحسيني المعروف بالحلو، الذي دار مقرّه النجف الأشرف: إنّي أحببت بعد أن فرغت من كافّة العبادات من كتابنا المعروف بجامع الأحكام أن أشرع في كتاب النكاح لأنّه حكم عامّ البلوى مع طلب بعض الأصحاب ذلك منّي، فاستخرت الله جلّ شأنه على ذلك فأمرني، فأرجو منه الإعانة والتوفيق والتسديد والتسهيل إنّه مجيب لمن دعاه، وأرجو أن يكون خالصا لوجهه الكريم، وأن يرزقني نفعه في يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون، وأن تكون أوراقه وسائر ما كتبه حائلة بين جسدي وبين النار فإنّه قد ورد ذلك في بعض أخبار السادات الأطهار، وصلّى الله على محمّد وآله الطاهرين.

كتاب النكاح

والذي ينبغي أولاً أن نذكر بعض الأخبار الواردة في الحثّ على التزويج، وأن التزويج مزيداً في الرزق، وأنه محبوب للشارع، وأنه بضدّ الطلاق فإنه مبغوض لله جلّ شأنه فإنه قد ورد أنّ الله يحبّ البيت الذي فيه عرس، وما من شيء أبغض إلى الله من الطلاق. وفي بعض الأخبار أنّ الطلاق يهتزم منه العرش. إلى غير ذلك.

وبالجملة فإنّ الزواج محبوب بخلاف الطلاق فإنه مبغوض، وقد وردت أخبار كثيرة في الحثّ على الزواج، منها ما روي عن القدّاح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: رعتان يصلّيهما المتزوج أفضل من رجل عزب يقوم ليله ويصوم نهاره.

وروي أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: أكثر أهل النار العزّاب.

وعن كليب الأسدي عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من تزوّج أحرز نصف دينه.

وفي حديث آخر أنّه قال: فليتق في النصف الآخر.

وفي حديث: النصف الباقي.

وفي رواية: أحرز ثلثا دينه.

وما روي عن الفقيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أراذل موتاكم العزّاب.

أقول: الظاهر شمول لعزّاب في الرواية للرجال والنساء فإنّ عزيمة المرأة وهي التي لم تتزوَّج مكروه عند الله عزّ وجلّ فلا خصوصيّة في الحكم بل في مطلق كراهيّة العزوبة للنساء والرجال كما هو واضح.

وعن ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لما لقي يوسف بن يعقوب أخاه، قال، ك يا أخي، كيف استطعت أن تتزوَّج بعدي؟ فقال: إنّ أبي أمرني وقال: إن استطعت أن تكون لك ذريّة تثقل الأرض بالتسييح فافعل.

أقول: لا ريب بأنّ يعقوب لا يحدث أمراً ولا قولاً إلاّ كان ذلك عن أمر الله عزّ وجلّ لأنّه نبيّ لا يفعل إلاّ ما يوحى إليه، وبها يتمّ المطلوب.

وما روي عن الباقر عليه السلام أنّه قال، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: ما يمنع المؤمن أن يتخذ أهلاً لعلّ الله أن يرزقه نسمة تثقل الأرض بلا إله إلاّ الله.

وعن محمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنّ رسول الله قال: تزوّجوا فإنّي مكاترٌ بكم الأمم غدّاً في يوم القيامة، حتّى أنّ السقط يجيء محبضاً على باب الجنّة فيقول له: ادخل، فيقول: لا حتّى يدخل أبواي قبلي.

أقول: والحبض هو الاضطراب والقوّة وبقيّة الحياة كما في القاموس.

وعن القدّاح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: جاء رجل إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال: هل لك من زوجة؟ فقال: لا. فقال أبو عبد الله عليه السلام: ما أحبّ أنّ الدنيا وما فيها لي وإني بت ليلة ليست لي زوجة. ثم قال: ركعتان يصلّيها متزوّج أفضل من رجل عزب يقوم ليلة ويصوم نهاره، ثم أعطاه سبعة دنانير ثم قال له: تزوّج بهذه. ثم قال، قال أبي، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اتّخذوا الأهل فإنّه أرزق لكم.

قلت: بل الكتاب الشريف ناطق بما تضمّنه الرواية من قوله جلّ اسمه: ﴿إِنْ يَكُونُوا فُقَرَاءَ يُغْنِهِمُ اللَّهُ مِنْ فَضْلِهِ﴾ والمراد: إن يكونوا فقراء حال التزويج فإنّه بسبب التزويج يغنيهم الله بعده وهو في غاية التشويق إلى التزويج، ضرورة أنّ الغناء أمر محبوب لجميع الخلق حتّى الأنبياء والصالحين لأجل الإعانة به على الطاعات كما لا يخفى.

ومنها: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: اطلبوا الغنا من هذه الآية.

وقال أيضاً صلى الله عليه وآله: من ترك التزويج مخافة العيلة فقد أساء ظنّه بالله.

وقال صلى الله عليه وآله: من رغب عن ستّي فليس منّي ومن ستّي النكاح.

وعن رسول الله صلى الله عليه وآله كما عن أبي عبد الله عليه السلام كما في خبر ابن مهران قال:

تزوّجوا وزوّجوا، الحديث.

وفي بعضها: ما بني بناء أحبّ الله من التزويج.

وفي آخر: ما من شيء أحب إلى الله تعالى من بيت يعمر في الإسلام في النكاح.

وقال رسول الله ﷺ: أحب من دنياكم النساء والطيب.

وفي آخر: من أخلاق الأنبياء حب النساء.

وعن الصادق عليه السلام أنه قال: ما أظن أن رجلاً يزداد في هذا الأمر خيراً إلا

ازداد حباً للنساء.

إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في استحبابه وكونه من المندوبات الأكيدة الذي لا يقابلها مندوب في أصل الشريعة فهو أرجحها في نظر الشارع، بل إجماع المسلمين كافة على استحبابه، بل قيل بوجوبه كما حكي عن بعض كما ستعرف. والحاصل فإن استحبابه لا يكاد يخفى كما سننّه عليه في مقامه، بل قد يستفاد استحباب التزويج ورجحانه من جملة أمور:

منها: مدح الساعي بالتزويج وحصول الأجر له وما هو إلا لكونه من

الأُمور الراجحة.

ومنها: النبوي المروي قال: من عمل في تزويج بين مؤمنين حتى يجمعهما

زوجه الله تعالى ألف امرأة من الحور العين، كل امرأة في قصر من در أو ياقوت،

وكان له بكل خطوة خطاها أو بكل كلمة تكلم بها عمل سنة من قيام ليلها

وصيام نهارها، ومن عمل في فرقة بين امرأة وزوجها كان عليه غضب الله

ولعنته في الدنيا والآخرة، وكان حقاً على الله أن يرضخه بألف صخرة من نار،

ومن بنى في فساد بينهما ولم يفرّق كان في سخط الله عزّ وجلّ ولعنته في الدنيا والآخرة، وحرّم الله تعالى النظر إلى وجهه.

فإن قلت: إنّه لا استحباب في التزويج بل عدمه هو الأولى لأنّ الله عزّ وجلّ مدح يحيى بن زكريّا بقوله: ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا﴾ والحصور هو الذي لا يشتهي النساء أو يمكنه ذلك ولكن لا يفعل. وقيل أيضاً بأنّ في النكاح تحمّل الحقوق الزوجية والاشتغال عن المطالب الدينية والتكاليف الشاقّة من الزوجة، وقصارى التزويج هو حصول الولد الصالح وهو غير معلوم، ولأنّ المتبادر من قوله عزّ من قائل: ﴿زَيْنَ لِلنَّاسِ حُبُّ الشَّهَوَاتِ مِنَ النِّسَاءِ﴾ هو الذمّ ولا ريب إمّا مفاده الحرمة أو الكراهة.

قلت: ويردّ هذا كلّهُ أنّ مدح يحيى بكونه حصور إمّا لأنّه كان ذلك مختصّ بشريعته فلا يلزمنا مثله، ودعوى أنّ الأصل بقاء الشرايع السابقة إلى شريعتنا فهو في غاية الضعف لأنّه بالضرورة أنّ شريعتنا ناسخة لجملة من أحكام الشرايع السابقة ومن جملتها كراهية النكاح في الأمم السابقة وهو مردود بالضرورة، والكتاب والسنة دالان على رجحان التزويج فمنها يعلم نسخ ذلك الحكم ضرورة لو كان الأرجح كراهية التزويج لما جاء به الكتاب الشريف وصرّحت به الأخبار كما هو واضح.

وقد يجاب عنه أيضاً بأنّ يحيى كانت نفسه لا تتوق إلى النكاح فمدحه الله جلّ اسمه من جهة اقتضاء عمل أهل زمانه نم الرهبانية وكون الراهب على

هذه السجّية؛ لأنّ الرهبانيّة في الأزمنة السابقة من الرجال والنساء لا تتوقّ نفوسهم إلى النكاح.

وبالجملة فإنّه لا يكاد يشكّ أنّ النكاح من الأمور الراجحة وتوقّف التناسل عليه قاض بذلك ومن ذلك يعلم القول بوجوب التناكح ولا ريب أنّه لو كان النكاح مكروه لما ورد الحثّ عليه في الكتاب والسنة كما لا يخفى.

وقد ورد عن أبي عبد الله عليه السلام أنّ ثلاث نسوة أتين رسول الله صلى الله عليه وآله فقالت إحداهنّ: إنّ زوجي لا يأكل اللحم، وقالت الأخرى: إنّ زوجي لا يشمّ الطيب، وقالت الثالثة: إنّ زوجي لا يقرب النساء، فخرج رسول الله صلى الله عليه وآله يجرّ رداءه حتّى صعد المنبر فحمد الله وأثنى عليه ثمّ قال: ما بال أقوام من أصحابي لا يأكلون اللحم ولا يشمّون الطيب ولا يقربون النساء؟! أمّا إنّي آكل اللحم وأشمّ الطيب وأقرب النساء؛ فمن رغب عن سنّتي فليس منّي.

وفي بعض الأخبار أنّه قال: لم يرسلني بالرهبانيّة ولكن بعثني بالحنيفيّة السمحة، الحديث.

واعلم أنّه كما ورد الاستحباب في التزويج للرجال وكرهية عدم الزواج لهم فكذلك الحكم في النساء فإنّه يستحبّ لهنّ التزويج كاستحبابه للرجال بلا فرق في ذلك كما ورد عن النبي صلى الله عليه وآله أنّه نهى النساء أن يتبتّلن ويعطّلن أنفسهنّ عن الزواج.

وعن عبد الله بن بشير قال: دخلت امرأة على أبي عبد الله عليه السلام قالت: أصلحك الله يا بن رسول الله، إنني امرأة متبتلة. قال: ما التبتل عندك؟ قالت: لا أتزوج. قال: ولم؟ قال: ألتمس بذلك الفضل! فقال: انصرفي، فلو كان فضلاً لكانت فاطمة أحقّ بذلك منك، إنه ليس أحد يسبقها إلى الفضل.

إلى غير ذلك من الأخبار، بل قد يستفاد ذلك من قوله جلّ اسمه: ﴿لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللَّهُ لَكُمْ﴾ فإنه قد فسرت بمن حلف على ترك النكاح وقصّتها معروفة. وقيل: هو عثمان بن مظعون، ولا ريب بشموله أيضاً للنساء. وبالجملة فإنه لا يشكّ بشمول الحكم للنساء أعني استحباب النكاح للنساء وكرهية التبتل لهنّ أعني عدم التزويج لهنّ فيكون حالهنّ في الحكم حال الرجال لما عرفت.

إيضاح: اعلم أنّ الظاهر من أخبار الباب وكلام الأصحاب أنّ استحباب النكاح إنّما هو في حدّ ذاته مع قطع النظر عمّا يتعلّق به من اللواحق وإلا بالنسبة إلى لواحقه العارضية فإنه ينقسم إلى أقسام خمسة بموجب متعلّقه ضرورة أنّه لا يكون إلا أحد الأحكام الخمسة فإنه يكون - أي النكاح - واجباً كما لو خيف من تركه الوقوع في المحرّم كالزنا، أو كان بتركه يقع في المرض المهلك، أو يطول المرض، أو غير ذلك فإنه عنده لا ريب بوجوب التزويج مقدّمة لعدم الوقوع في المحرّم.

وقد يكون محرماً وذلك إذا كان التزويج موجباً لترك واجباً كما لو أجب ترك الحج أو عدم الحقوق الشرعية كالزكاة والخمس، أو استلزامه الزيادة على الرابعة في غير المنقطع، أو كل ما يحرم التصرف به من أموال الغير كما هو واضح فإنه في هذه الصورة قد صرح الأصحاب بكون الزواج يحرم.

وقد يكون النكاح مكروه وذلك مما صرح به الشيخ في المبسوط فيما لم تتوق نفسه إلى النكاح.

وقد يكون مستحب ككناح الأقارب أو المؤمنة التي لا يمكنها ذلك إما لعدم جمالها أو غير ذلك فإنه لا ريب بكونه مستحب غير الاستحباب الذاتي في النكاح.

واعلم أنه قد ورد في خبر أنه لا تنكحوا القرابة القريبة فإن الولد يخرج ضاويماً أي نحيفاً.

قال بعض فضلاء الطلاب من الذين له يد طولاً في جمع الأخبار أن هذه الرواية لا أثر لها في طرقنا.

قلت: ويشهد له التتبع فإنه من تصفح كتب أصحابنا لم يجدها لا في أصولهم ولا في الفروع بل الذي ذكرها ابن الأثير في نهايته.

قلت: ولا ريب في ضعفه على أن العقل والنقل والسيرة قاضية بخلافه لإمكان أن يكون التزويج بالقرابة مثله.

مسألة

اعلم أنّ علماء أهل اللغة اختلفوا في لفظ النكاح، ومنهم وقع الاختلاف فيما بين الفقهاء فإنّ منهم من قال: إنّ النكاح يطلق ويراد منه الوطى خاصّة وعليه الأكثر كما صرّح به الجوهري، وقد حكى عن العلامة في المختلف حكاية الإجماع عليه.

قلت: فظاهر أهل هذا القول من اللغويين والفقهاء أنّ لفظ النكاح حقيقة في الوطى مجاز في العقد وحده.

وقيل: إنّ لفظ النكاح حقيقة في العقد فيكون حينئذ مجاز في الوطى كما حكاه الجوهري عن بعض من اللغويين وهو المحكي عن الشيخ أنّه قال: إنّ النكاح في عرف الشرع حقيقة في العقد مجاز في الوطى وتبعه ابن إدريس وقيل: إنّ نفي الخلاف عنه في السرائر.

وقيل: إنّ مشترك بينهما أي الوطى والعقد فكما يطلق على الوطى يطلق لفظ النكاح ويراد منه خصوص العقد. وقال في المسالك بل قيل: إه لم يرد في القرآن بمعنى الوطى إلا في قوله: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾ لا شرط الوطى في المحلّل، وفيه نظر لجواز إرادة العقد واستفادة الوطى من السنّة.

قلت: ولكن الإنصاف وإعطاء النظر حقه أنّ الآية الشريفة لا يراد من لفظ النكاح فيها إلا خصوص الوطى ضرورة أنّها واردة لبيان حكم التحليل للزوج

الأوّل فلو أريد منه خصوص العقد فإنّه لا يوجب تحليلاً إجماعاً كما أنّه لا يكون مفاداً للآية الشريفة كما لا يخفى، وحمل النكاح فيها على العقد وبيان التحليل بالوطني موكول إلى الأخبار لا وجه له ويخرج الآية عن كونها واردة لبيان حكم التحليل.

فمن هذا كلّه يعلم أنّ لفظ النكاح في الآية إنّما أريد منه خصوص الوطني لأنّ به يعلم الحكم الشرعي وهو التحليل.

وكيف كان فإنّه لا ينبغي الإطالة في المقام كما قد أطال بعض الأعلام في النقض والإبرام، لأنّ المسألة على الظاهر أنّه لا يترتب عليها فائدة مهمّة كما هو لا يخفى.

فائدة: لا بأس بذكر بعض الأخبار الواردة في استحسان الزوجة وآته من محاسن الزوجة التي ينبغي أن تأخذ، وإنّما ذكرنا هذه الفائدة تبعاً لأخبار أهل البيت الوارد في المقام، منها ما روي عن المغيرة عن أبي الحسن عليه السلام قال: سمعته يقول: عليكم بذوات الإدراك فإنّهنّ أنجب. والإدراك كما في كتب اللغة جمع درك - بالفتح والكسر - وهو ما فوق الفخذ، فتدلّ على أنّ ذات الورك أي من كبر وركها بأن كان ذي لحم كانت أنجب.

وما رواه محمد بن عبد الله عن الرضا عليه السلام قال: إذا نكحت فانكح عجزاء.

وما روي عن مالك بن أشيم عن بعض رجاله عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قال

أمير المؤمنين عليه السلام: تزوج سمراء عينا عجزاء مربوعة، وإن كررتها فعليّ مهرها.
أقول: هذه الصفات التي ذكرها مولانا أمير المؤمنين عليه السلام واضحة معلومة
لا تحتاج إلى تبيان.

وروي عن الفقيه مرسلًا عن النبي صلى الله عليه وآله أنه إذا أراد تزوج امرأة بعث من
ينظر إليها ويقول للمبعوثه: شمي ليتها فإن طاب ليتها طاب عرفها، وانظري
إلى كعبتها فإن ردم كعبتها عظم كعبها. قال في الفقيه: اللية صفحت العنق،
والعرف الريح الطيبة، قال الله: ﴿وَيَدْخُلُهُمُ الْجَنَّةَ عَرَفَهَا هُمْ﴾ أي طيبها لهم. وردم
كعبتها أي كثر لحم كعبتها، ويقال امرأة ردماء إذا كانت كثيرة لحم القدم.

وعن الرضا عليه السلام: ما من سعادة الرجل أن يكشف الثوب عن امرأة بيضاء.
إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في أحسن صفات المرأة، وقد ورد أن المرأة
الجميلة تقطع البلغم والسوداء تهيج المرّة الطباع تميل لما تضمّنتها الأخبار في
صفاتها.

واعلم أن من المستحسنات في المرأة الواردة فيها بعض الأخبار كونها ولودًا
كما روي عن أبي حمزة الثمالي عن جابر بن عبد الله الأنصاري قال: كنّا عند
النبي صلى الله عليه وآله فقال: خير نسائكم الولود الودود العفيفة، العزيزة في أهلها، الذليلة
مع بعلها، المتبرّجة مع زوجها الحصان على غيره، التي تسمع قوله وتطيع أمره،
إذا خلا بها بذلت له ما يريد منها، ولم تبذل كما تبذل الرجل.

ثم قال عليه السلام: ألا أخبركم بشرّ نسائكم؟ الذليلة مع أهلها، العزيزة مع بعلمها، العقيم الحقود التي لا تورع عن قبيح، المتبرجة إذا غاب عنها بعلمها، الحصان معه، إذا حضر لا تسمع قوله ولا تطيع أمره، وإذا خلا بها بعلمها تمتعت عنه كما تمتنع الصعبة عن ركوبها، لا تقبل له عذر ولا تغفر له ذنباً.

وعن أبي عبد الله عليه السلام في رواية أبي بصير قال: خير نسائكُم التي إذا خلت مع زوجها خلعت له درع الحياء، وإذا خلت مع غيره لبست معه درع الحياء.

إلى غير ذلك من الأخبار التي ظاهرها استحباب اختيار الولود وكرهية المرأة العقيم ضرورة عدم حصول ما هو الباعث إلى استحباب الزواج من تثقيل الأرض بالتسييح بالذرية التي هي الأصل في استحباب التزويج كما هو واضح.

مسألة

من المستحبات في التزويج اختيار كون المرأة كريمة الأصل، نجية لما تضمنت ذلك جملة من الأخبار، فلو كانت المرأة حسنة فاقدة للنجابة فإنه يكره زواجها كما ورد عن نبينا عليه السلام أنه قال: أيها الناس، إياكم وخضراء الدمن، قيل: يا رسول الله، وما خضراء الدمن؟ قال: المرأة الحسناء في منبت السوء. فإنه ظاهر بما قلناه والمراد هو كونها حسناء ولكن منبتها سوء كناية عن عدم نجابتها بأن كانت حسناء لكنها متولدة من زناء أو حيض أو نكاح شبهة كما قيل، بل لا

يُبعد اجتناب من كان يعلم أن آبائها لا يتوقفون من نكاح الحائض وإن لم يعلم هي بالخصوص من الحيض.

واعلم أنه لا يجرم نكاح ما ذكر إجماعاً ونصاً ولكن لا ريب بكون الأولى تركه كما هو غير خفي.

مسألة

اعلم أنه صرح بعض الأصحاب بل هو صريح الأخبار أنه لا ينبغي اختيار الزوجة لماها أو لجمالها أو هما معاً فإنه يكره اختيار المرأة لذلك كما في خبر إسحاق بن عمّار، قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: من تزوج امرأة يريد ماها ألجأه الله إلى ذلك المال.

وما روي عن هشام بن سالم قال: إذا تزوج الرجل المرأة لجمالها أو لماها وكل إلى ذلك، وإذا تزوجها لدينها رزقه الله المال والجمال.

أقول: والظاهر من الخبر أنه لو تزوجها لأجل المال والجمال حرم ماها ولم يرزق التمتع بجمالها وهو الظاهر لو كان التزويج لأجل ذلك محضاً أما لو كان لدينها أو لأن يرزقه الله منها ذرية ثقل الأرض بالتسييح وضمّ إلى ذلك كونها جميلة أو كونها ذات مال الظاهر أنه يرجح ولا يقدر في ذلك الضميمة وترتفع الكراهة لأن المحرك إلى تزويجها ليس هو المرجوح في نظر الشارع أعني كونه ماها أو جمالها، ومثل هذه الضميمة لا تقدر في كون العمل واجب أو مندوب

وهو غير عزيز في أبواب الفقه فإنه لو نوى الوضوء واجباً كان أو ندباً وكان الداعي والمحرك هو التقرب فلو ضمّ إليه نيّة التبرّد لا يقدح في الوضوء كما تقدّم بيانه في محله فلا بدّ من حمل الأخبار الوارد في النهي عن التزوّج لأجل المال أو الجمال على ما لو كان هو الداعي ليس إلّا كما هو لا يخفى.

مسألة

ومن المستحبّات في النكاح فتوى ونصّاً صلاة ركعتين عند إرادة التزويج، والدعاء بعد الصلاة بما ورد عن أهل بيت الرحمة كما روي عن أبي بصير قال، قال أبو بصير: قال لي أبو عبد الله عليه السلام: إذا تزوّج أحدكم كيف يصنع؟ قلت: لا أدري. قال: إذا همّ بذلك فليصلّ ركعتين ويحمد الله ثمّ يقول: اللهمّ إنّي أريد أن أتزوّج قدرّ لي من النساء أعفهنّ فرجاً، وأحفظهنّ في نفسها ومالي، وأوسعهنّ رزقاً، وأعظمهنّ بركة، وقدّر لي ولداً طيباً تجعله خلفاً صالحاً في حياتي وبعد مماتي.

وما رواه عبد الرحمن بن أعين قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: إذا أراد الرجل أن يتزوّج للمرأة فليقل: أقررت الذي أخذ الله إمساكاً بمعروف أو تسريحاً بإحسان.

قلت: ولا ريب برجحان الدعاء في المقام وإن كان بغير المأثور، ولو بما يصوغه المكلف من الدعاء في الخير، والله أعلم.

مسألة

ومن الأمور المستحبة في الأعراس الوليمة - نصّاً وفتوى - فقد روى
الوشاء عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: سمعته يقول: إنّ النجاشي لما خطب
لرسول الله صلى الله عليه وآله أمّ حبيب بنت أبي سفيان فزوجه فدعا بطعام وقال: إنّ من سنن
المرسلين الإطعام عند التزويج.

وعن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنّ رسول الله صلى الله عليه وآله لما تزوّج
بميمونة بنت الحارث أولم عليها وأطعم الهيس.

قال أهل اللغة: الهيس تمر يخلط بسمن وأقط وهو في هذه الأزمنة أكل
معروف.

واعلم أنّ الوليمة في العرس ليلة وليتين فهما المندوب شرعاً والثالثة رياء
كما ورد في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: أول يوم
حقّ ويومين مكرمة وثلاثة أيام رياء.

ومن الأخبار الواردة في استحباب الوليمة خبر ابن فضال عن أبي جعفر عليه السلام
وعن ابن بكير عن أبي الحسن عليه السلام أنّ رسول الله صلى الله عليه وآله قال: لا وليمة إلا في خمس:
عرس أو خرس أو عذار أو وكار أو ركاز.

والظاهر كما قد نصّ عليه جماعة: العرس الزواج، والخرس النفاس بالولد،
والعذار الختان، والوکار الرجل يشتري الدار، والركاز الرجل يقدم من مكة.

قلت: والظاهر أنّ المستحبّ في الولائم هو في خصوص واحد من هذه الخمسة وهو لا ينفي ما لو صنع طعاماً ودعا عليه بعض إخوانه المؤمنين فإنّه لا ريب باستحبابه.

وكيف كان فإنّه لا ريب ولا إشكال باستحباب الوليمة في العرس حتّى أنّه حكي عن الشافعي القول بوجود الوليمة في الأعراس لقول النبي ﷺ لعبد الرحمن والأمر حقيقة في الوجوب.

قلت: وهو محمول على الاستحباب لقرائن كثيرة عندنا، منها الإجماع على عدم وجوب الوليمة.

وبالجملة فإنّه يكفي في تحقّق الاستحباب في الوليمة مسامها، وأمّا الكمّ والكيف فهو راجع لصاحبها وإن كان لا ريب بكون كلّما زاد كمّاً وكيفاً كان أكثر ثواباً.

واعلم أنّ ظاهر الشهيد في المسالك أنّ الوليمة حقيقة في خصوص الطعام المتّخذ في العرس وإنّ إطلاقها على غير وليمة العرس مجاز وإنّما سمّيت ذلك لاجتماع الزوجين، قال: فإنّ أصل الوليمة اجتماع الشيء وتماه.

قلت: وتحقيق هذا لا فائدة فيه بل الظاهر أنّ إطلاق الوليمة في هذه الأزمنة لكلّ طعام متّخذ لاجتماع الناس عليه سواء كان في عرس أو ختان أو غيرهما، أو لأجل مجرّد المحبوبيّة أو للأُنس، والظاهر أنّ إطلاق اسم الوليمة في هذه

الأزمة على ما ذكرناه غير خفي والأمر فيه سهل.

مسألة

اعلم أنّ المشهور المعروف بين الأصحاب هو استحباب الإشهاد في عقد زواج الدائم واستحبابه مؤكّد حتّى أنّه ذهب العمّاني - أعني ابن أبي عقيل - إلى القول بوجوب الإشهاد وهو مذهب جماعة من علماء السنّة مثل أبي حنيفة والحسن البصري والنخعي والأوزاعي والثوري وأحمد وجماعة منهم أنّ الإشهاد شرط في صحّة العقد وإنّه لا يحصل العقد بدونه.

قلت: والذي يدلّ على الأوّل - أعني عدم القول بالوجوب - الأوّل: الإجماع المحكي عن جماعة منهم الشيخ في الخلاف، والسيدان في الانتصار والغنية وغيرهم.

والثاني: الأصل الذي لم نجد ما يعارضه.

والثالث: ما ورد في صحيح زرارة عن أبي عبد الله أنّه سئل عن الرجل يتزوّد من غير شهود، فقال: لا بأس.

وما ورد عن هشام بن سالم في الصحيح عن الصادق عليه السلام قال: إنّما جعلت البيّنات للنسب والموارث.

وما رواه محمّد بن الفضيل قال، قال أبو عبد الله عليه السلام لأبي يوسف القاضي:

إنَّ الله أمر في كتابه بالطلاق وأكّد فيه بشاهدين ولم يرضى بهما إلا عدلين، وأمر في كتابه في التزويج فأهمله بلا شهود فأثبتّم شاهدين فيما أهمله وأبطلتم الشاهدين فيما أكّد.

إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في هذا الباب وإنّما تركناها لوضوح الحكم، ومن هذا كلّه تعرف ضعف ما تمسّك به ابن أبي عقيل، وعسى أن يكون مستنده مكاتبة أبي الحسن أنّ امرأة كانت معي في الدار ثمّ إنّها زوّجتني نفسها وأشهدت الله وملائكته على ذلك ثمّ إنّ أباهما زوّجها من رجل آخر فما تقول؟ فكتب: التزويج الدائم لا يكون إلاّ بشاهدين. فهي كما تراها فإنّها لا تقاوم ما تقدّم من الأدلّة على أنّها محمولة على التقيّة لأنّ وجوب الإشهاد في العقد مذهب أبي يوسف وأصحابه.

وبالجملة فإنّ الحكم من الواضحات ومنه يعلم استحباب الإعلان بالتزويج فإنّه أبلغ في الإشهاد ورجحانه قد نطقت به الأخبار، والله أعلم.

مسألة

الخطبة أمّا العقد لا خلاف ولا إشكال باستحبابها ولكن ليس بواجبة إجماعاً كما انعقد الإجماع من جماعة على نديها ويكفي مسماها وأقلّه هو «الحمد لله» كما ورد ذلك عن زين العابدين عليّ بن الحسين عليهما السلام أنّ من حمد الله فقد خطب، وفي بعض الأخبار إضافة الشهادتين والصلاة على النبي صلى الله عليه وآله والوعظ

والوصية بتقوى الله جلّ اسمه.

واعلم أنّه قد وردت هناك خطب عن أهل بيت الرحمة أمام اشلعدق ولا ريب أنّ الإتيان بها هو الأكمل والأمر فيها سهل، والله الموفّق.

واعلم أنّه يكره العقد والقمر في العقرب، وفي ليالي المحاق، وليالي المحاق هي الليالي الثلاثة من آخر كلّ شهر لأتمّها عبارة عن الليالي التي يمحق فيها ضوء القمر لأنّه في هذه الأوقات يقارن خروجه مع الشمس فتذهب ضوؤه.

قلت: والذي يدلّ على كراهية العقد في هذه الأوقات جملة من الأخبار كما في خبر حمران عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: من تزوّج امرأة والقمر في العقرب لم يرى الحسنی. وعلى هذا المنوال أخبار كثيرة. وعن العسكري عليه السلام أنّه قال: من تزوّج في محاق الشهر فلا يسلم الولد. إلى غير ذلك من الأخبار والظاهر أنّ هذا أمر معروف بين سائر الناس وتعرفه السواد فضلاً عن غيرهم، والظاهر أنّ المراد من كون القمر في العقر هو كونه في برج العقرب، والأمر سهل، والله أعلم.

مسألة

الكلام في آداب الخلوة بالمرأة وما ينبغي للزوج من إيقاعه. قال في الشرايع: الخلوة بالمرأة وهي قسمان: الأوّل: يستحبّ لمن أراد الدخول أن يصلي ركعتين وأن يدعو بعدهما وإذا أمر المرأة بالانتقال أن تصلي أيضاً ركعتين وتدعو وأن يكونا على

طهر أي حال الدعاء، وأن يضع يده على ناصيتها إذا دخلت عليه ويقول: اللهم على كتابك تزوّجتها وفي أمانتك أخذتها، وبكلماتك استحلتت فرجها؛ فإن قضيت لي في رحمها شيئاً فاجعله مسلماً سوياً ولا تجعله شرك شيطان.

قلت: وبذلك أمر أهل بيت الرحمة ولا ريب برجحانه عقلاً ضرورة أنّ الدعاء لكلّ أمر محبوب وهو مطلوب عقلاً وقد وردت بذلك أخبار تركناها لوضوح الأمر ولكونه ليس من الأمور المهمة.

إيضاح: الزفاف هو إدخال الزوجة على زوجها ويستحبّ إيقاع ذلك ليلاً لا نهاراً، والإطعام أن يكون ضحى أي ضحى يوم ليلة الزفاف كما ورد ذلك في جملة من الأخبار كما في خبر السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: زفوا عرايسكم ليلاً وأطعموا ضحى، إلى غير ذلك من الأخبار.

وقال بعض الأصحاب: وهو مناسب للحياء.

قلت: وهو قويّ لأنّ الحياء من الإيمان وهو مندوب شرعاً ولا ريب بحصوله بالليل لأنّه أستر.

قلت: بل كما أنّ الزمان المستور ملحوظ للشارع فكذلك المكان المستور بأن يكون الدخول في مكان مستور لما ورد في قول النبي صلى الله عليه وآله: من شرّ الناس عند الله يوم القيامة الرجل يفضي إلى المرأة وتفضي إليه ثم ينشر سترها أي كون الإفضاء في مكان غير مستور، بل في بعض الأخبار أنّ من يفعل ذلك مثل الشيطان

والشيطانة يقضي حاجته والناس ينظرون إليه.

قلت: بل الظاهر أنّ الستر في قضاء حاجة الرجل من زوجته ليس مطلوب في خصوص ليلة الزفاف بل في سائر الأوقات بل لا يبعد إيقاع ذلك في غير المكان المستور من المحرّمات لأنّه هتك للمسلمة والمسلم وهو محرّم بلا ريب، وستعرف تفصيل ذلك إن شاء الله.

مسألة

اعلم الظاهر من كلام الأصحاب هو استحباب التسمية من الزوج عند الجماع لأن لا يشاركه الشيطان في الولد ولا فرق في ذلك بين كون الجماع ليلة الزفاف أو في سائر الليالي، فلا خصوصيّة للجماع ليلة الزفاف في البسمة كما لا يخفى.

وبالجملة فإنّ استحباب البسمة الظاهر أنّه لا خلاف فيه بين الأصحاب والأخبار ناطقة بذلك، منها ما رواه الحلبي قال، قال أبو عبد الله عليه السلام في الرجل إذا أتى أهله وخشي أن يشاركه الشيطان قال، يقول: «بسم الله» ويتعوّذ من الشيطان.

وما رواه أبو القدّاح عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قال أمير المؤمنين عليه السلام: إذا جامع أحدكم فليقل «بسم الله وبالله، اللهمّ جنبني الشيطان وجنب الشيطان ما رزقتني»، إلى غير ذلك من الأخبار.

واعلم أنه قبل الجماع وبعد البسمة ورد استحباب الدعاء بالولد الذكر السوي كما في رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا أردت الجماع فقل: «اللهم ارزقني ولداً واجعله تقياً زكياً ليس في خلقه زيادة ولا نقصاناً، واجعل عاقبته إلى خير».

وما رواه أبو بصير قال، قال لي أبو عبد الله عليه السلام: يا أبا محمد، إذا أتيت أهلك فأبى شيء تقول؟ قال: جعلت فداك، أطيع أقول شيئاً؟ قال: بلى، قل: اللهم بكلماتك استحلت فرجها وبأمانتك أخذتها فإن قضيت في رحمها شيئاً فاجعله تقياً زكياً ولا تجعل فيه شركاً للشيطان. قال، قلت: ويكون فيه شرك للشيطان؟ قال: نعم، أسمع قول الله عز وجل في كتابه: ﴿وَشَارِكُهُمْ فِي الْأَمْوَالِ وَالْأَوْلَادِ﴾ إن الشيطان يجيء فيقعد كما يقعد الرجل وينزل كما ينزل الرجل، الحديث.

وما رواه عبد الرحمن بن كثير قال: كنت عند أبي عبد الله عليه السلام جالساً فذكر شرك الشيطان فعظمه حتى أفرغني، قلت: جعلت فداك، فما المخرج من ذلك؟ فقال: إذا أردت الجماع فقل: «بسم الله الرحمن الرحيم الذي لا إله إلا هو بديع السماوات والأرض، اللهم إن قضيت مني في هذه الليلة مني خلقة فلا تجعل للشيطان فيه شركاً ولا نصيباً ولا حظاً واجعله مؤمناً مخلصاً من الشيطان. إلى غير ذلك من الأخبار.

واعلم وقت البسمة هو قبل الإدخال والظاهر يكفي وإن كان بين الإدخال، والبسمة مهلة أو زمان بحيث لا يعدّ فاصل كثير، والله أعلم.

مسألة

الكلام فيما ينثر في الأعراس. الظاهر أنّه لا ريب ولا إشكال بجوازه كما أنّه لا ريب ولا إشكال بعدم حرمة، والذي يدلّ على الأوّل أصالة الجواز، ولأنّ الناس مسلّطون على أموالهم إلّا ما منع منه الشارع ولم نجد ما يدلّ على المنع وهو لا خلاف فيه بين الأصحاب على الجواز بل الإجماع منعقد على الجواز، بل سيرة المسلمين قديماً وحديثاً.

وقال في المسالك: ولأنّ ذلك من متمّات أغراض السرور المطلوب في هذا الموضع ولا ريب بعدم الوجوب لعدم ما يدلّ عليه، وأمّا الاستحباب فأطبته بعض العامّة لمحض ما ذكر.

قلت: لا ريب ولا إشكال باستحباب النثار إن قصد فيه سرور المؤمنين أو نفعهم ممّا يأخذونه من المأكولات أو سرور أهل الزوجة أو غير ذلك من الأمور الراجحة ولو خلا من هذه كلّها فإنّه لا استحباب فيه، وأصالة الجواز ثابتة لا يعارضها شيء آخر كما هو واضح، وأمّا كون النثار محرّم - كما قد يحكى - فهو لا دليل عليه من العقل والنقل كما هو واضح، وهل يجوز الأكل منه؟ الظاهر الجواز وبه صرح في الشرايع.

وقال في المسالك: وهل يجوز الأكل من هذا المنثور بشاهد الحال المستمرّ في سائر الأعصار ما لم يعلم الكراهة ولأنّه نوع إباحتها فأنّته إباحتها للطعام للضيف أن يضعه بين أيديهم ولا فرق في النشر بين جعله عامّاً أو خاصّاً.

وفي الجواهر نفى الخلاف عنه.

وعن الفاضل في التذكرة جوازه حيث قال: إذا نثر صاحب العرس وعلم منه إباحتها للانتهاج جاز لما رواه العامة عن النبي ﷺ أنه حضر في إملاك فأتي في أطباق عليها جوز ولوز فثرت ققبضنا أيدينا فقال: مالكم لا تأخذون؟ فقالوا: لأنك نهيت عن النهب، قال: إنّما نهيتكم عن نهب العساكر، خذوا على اسم الله - إلى أن قال: - وإن عرف كراهته - أي المالك - حرم إجماعاً لأنّه تصرف في مال الغير بغير إذنه فكان ممنوعاً منه، وإن جهل الأمران فالأولى الكراهة. وبالجمله فالتنزه عنه مطلقاً أحبّ إليّ، إلى آخر عبارته.

قلت: بل الأقوى أنّه يحرم الأخذ في صورة الجهل للأصل وإنّما جاز إذا علم عدم الكراهة ويحرم ذلك ولو بشاهد الحال كما هو واضح. وبالجمله إنّ ما ينثر في الأعراس هو كالطعام الموضع بين أيدي الأضياف فإنّه لا يكاد يشكّ بالإذن في أكله بل الضرورة قاضية به لأنّ عدم الرضا بأكله مناف لوضعه بين أيديهم فكذلك نثاره فإنّه يقضي بالإذن بأكله والظاهر أنّ المقام لا إشكال فيه.

بقي الكلام بجواز ذلك وإن لم يذكره الأخبار الوارد في المقام لكن

صاحب الحدائق بعد أن حرّر المسألة قال: وأنت خير بأنّ الأصحاب لم ينقلوا شيئاً من الروايات المتعلّقة بهذه المسألة مع أنّ الروايات موجودة في كتب الأخبار المتداولة بينهم والذي حضرني ما رواه في التهذيب عن معاوية بن عمّار قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الإملاك تكون في الأعراس فينثر على القوم، فقال: حرام ولكن ما أعطوك منه فخذ، كذا في الوافي، وفي التهذيب: ولكن كلّما أعطوك منه فخذ.

وما رواه في التهذيب عن وهب عن جعفر عن أبيه قال: لا بأس بثر الجوز والسكر.

وفي التهذيب: إنّ جواز النثر لا ينافي عدم جواز المنثور ونهيه فلا ينافي الخبر المتقدّم.

وما رواه في الوافي والفقيه عن أبي جعفر عليه السلام عن أخيه أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن النثار من السكر والموز وأشباههما أيجلّ أكله؟ قال: يكره كلّما انتهب. وفي رواية الصدوق: يكره أكل كلّما ينتهب.

ورواه عليّ بن جعفر في كتابه إلاّ أنّه قال: يكره أكل النهب.

أقول: والكره هنا بمعنى التحريم كما هو شائع ذائع في الأخبار، ولما كانت العادة في الإنثار في الأعراس هو رميه ونثره في المجلس وإنّ من عادتهم أنّهم كانوا يهبونه كما يشير إليه قوله في صحيح عليّ بن جعفر عليه السلام يكره أكل

ما انتهب بعد السؤال عن هذه الكيفية وأصحابنا رضوان الله عليهم لعدم الوقوف على هذه الأخبار واعتمادهم على ما رواه في كتب العامة في هذه المسألة استنكروا بعض المواضع منها لخروجه عن مقتضى القواعد الشرعية وقيدوها بقيود خارجة كما تقدمت الإشارة إليه، ونحن نوضح بعض كلامهم المتقدم، فمن ذلك قولهم في الموضع الثاني بجواز الأكل عملاً بشاهد الحال فإنّ ليه أنّ الأخبار كما ترى صريحة في تحريم ذلك إلا أن يعطى بخصوصه، وأما دعوى شهادة الحال وأنها مستمرة في جميع الأعصار لجواز الأكل ما لم يعلم الكراهة ففيه:

أولاً: إنّ صريح رواية إسحاق بن عمّار التحريم كما عرفت، فهذه الدعوى في مقابلتها غير مسموعة.

وثانياً: إنّك قد عرفت أنّ الإعادة في النثار هو الأخذ والأكل على جهة النهبة وقد علم تحريم النهبة بالأدلة الصحيحة وحينئذ فإنّ أريد بهذه الدعوى هو الجواز وإن كان بطريق النهبة فضعفها أظهر من أن ينكر، وإن أريد لا مع النهبة فخرج عن موضوع المسألة كما عرفت، ومن ذلك قولهم في الموضع الثالث بجواز الأخذ بشاهد الحال فإنّ شاهد الحال الذي ذكره موجب للخروج عن محلّ المسألة كما تقدم بيانه، فالقول بالتحريم في المسألة هو الأقوى لما عرفت في الأكل فكذا في الأخذ.

وأما ما صار إليه العلامة مع اشتباه الحال من الجواز إلا أن تعلم الكراهة فهو ضعيف مردود بالأخبار التي ذكرناها وإن دلّ على ما ذكر الخبر العامي الذي رووه، وأما ما ذكره في الموضوع الرابع من التملك بمجرد الأخذ حيث يجوز الأخذ وعدمه فقد عرفت من الأخبار التي تلونها أنه لا يجوز الأخذ إلا أن يعطى بخصوصه فإنه يجوز له وحينئذ فهل يملكه بمجرد ذلك أم لا؟ المشهور بينهم الثاني ومما فرّعوا على ذلك جواز روع المالك فيه ما دامت عينه باقية في يد الأخذ على القول المشهور، فلو أتلفه بالأكل أو البيع أو نحو ذلك زال ملك المالك عنه، والذي اخترناه في بعض المباحث المتقدمة في جلد المعاملات هو الأوّل وأنه يملكه بمجرد الأخذ، ومن ذلك الهدايا ونحوها.

ثمّ إنه بعد الوصول إلى هذا الموضوع وقفت على كتاب خبر في كتاب البحار نقلاً عن الأمالي روى فيه عن الحسين بن أبي العلاء عن الصادق عليه السلام قال، قال أمير المؤمنين عليه السلام: دخلت أمّ أيمن على النبي صلى الله عليه وآله وفي محلقتها شيء، فقال لها رسول الله صلى الله عليه وآله: ما معك يا أمّ أيمن؟ فقالت: فلانة أملكوها فثروا عليها فأخذت من نثارها، ثمّ بكت أمّ أيمن وقالت: يا رسول الله، فاطمة عليها السلام زوّجتها ولم تنثر عليها شيئاً، فقال رسول الله: يا أمّ أيمن، لم تكذبين، فإنّ الله عزّ وجلّ لما زوّج فاطمة عليها السلام عليّاً أمر أشجار الجنة أن تنثر عليهم من حليّتها وحللها ويقوتها ودرّها وزمّدها واستبرقها فأخذوا منها ما لا يعلمون، الحديث.

وربما ظهر من هذا الخبر أنّ النثار سنة لما أخبر به رسول الله ﷺ من نثار الجنة لرفاف فاطمة عليها السلام وتقرير رسول الله أمّ أيمن على ما أخذته من النثار ظاهر على حلّه، ويمكن على هذا أن يقال في الجمع بين هذا الخبر وبين ما تقدّم أنّه إن أخذ النثار على جهة الانتهاب من غير أن يعلم بشاهد الحال والإباحة والإذن فهو محرّم كما دلّت عليه الأخبار المتقدّمة وإليه يشير في قوله في صحيح عليّ بن جعفر عليه السلام: يكره كلّما انتهب، وإن أخذ مع العلم بالإذن والإباحة وأخذه فهو حلال، وعليه يحمل هذا الخبر فيكون فيه دليل على ما قدّمنا نقله عن الأصحاب، انتهى كلام فاضل الحقائق.

أقول ومنه التوفيق: إنّ ظاهر كلام هذا الفاضل هو القول بحرمة أخذ النثار إلا أن يعطيه الناصر تمسكاً منه بالخبرين المزبورين ولم يكتف بشاهد الحال في جواز الأخذ وأنت كما تراه فإنّ الخبرين لا ينبغي التمسك بهما بعد إعراض المشهور عنهما ولا ريب بكون الإعراض مسقط لهما عن درجة الاعتبار وتشنيعه على الأصحاب بالأخذ بما رواه العامة لا وجه له ضرورة أنّ الأخذ به وأمثاله بعد أن كان منجبر بفتوى الأصحاب مضافاً إلى أنّ شاهد الحال كاف في جواز الأخذ منه. ويؤيد ما ذكرناه ما رواه عن أمّ أيمن، ولا ريب بحجّة مثل هذا الخبر لانطباقه على فتوى الأصحاب.

وما ذكره من الجمع بين الأخبار لا وجه له لأنّ النهي عن الانتهاب ليس

هو محرم بل مكروه لما فيه من التدافع والإهانة وربما يوجب الفرقة والشحناء، وقد يوجب أخذه من غير ما يجب صاحبه فهو مكروه فلا بد من التمسك بشاهد الحال الذي هو أقوى شاهد على جواز أخذه، وما دلّ على جواز أخذه من الخبرين أعني ما روي عن النبي ﷺ وأم أيمن.

على أن رواية الوافي عن أبي الحسن إنما صرحت بالكراهة ويحمل على ذلك باقي الأخبار المصرّح بالحرمة بقريته ما تضمنته الأخبار المصرّح بالكراهة وفتوى الأصحاب بعدم الحرمة على أن القول بالكراهة إنما هو محمول على ما لو انتهب وأخذ بطريق يثقل على صاحب النثار.

وبالجملة فإن القول بجواز أخذ النثار لأخذه عليه كافة المسلمين قديماً وحديثاً، وتفرد فاضل الحقائق في غاية العجب مع استقامة فهمه.

والحاصل فإن الأقوى هو القول بجواز أخذ النثار إذا لم يعلم كراهية صاحبه ومن البعيد اجتماع النثار مع كراهية أخذه لأن النثار قاض بجواز أخذه كما تقضي به الضرورة وأما تملكه فالأقوى أنه لا يملكه الآخذ وإن أذن صاحبه بالتصرّف به المذهب لعينه ضرورة أن التملك لا يحصل إلا بأسباب معلومة وليس هذا منها قطعاً فهو باق على ملك صاحبه فهو أشبه شيء بالمال المعرض عنه صاحبه فإنه لا ريب أن الإعراض قاض بجواز التصرّف به وإن كان باقياً على ملك صاحبه ضرورة أن الإعراض ليس من الأسباب الموجبة للتملك.

وكذا القول بالهدية فإنها باقية على ملك المهدي وإن كان الإهداء صريح بالإذن بالتصرف وإن كان مذهب لعينها. وفي عبارة أخرى: إن الموجب لنقل الملك عن مالكة وبه تنقطع علاقة المالك ألفاظ مخصوصة كالبيع والهبة وغير ذلك، وجميع ما ذكرناه ليس من هذا الباب قطعاً. نعم غاية ما يستفاد منه جاز التصرف به وإن كان مذهباً للعين.

والحاصل فإنه لا ينبغي الشك بأنّ النثار وإن أخذه الآخذ فهو باق على ملك صاحبه، والآخذ له التصرف به بالأكل والبيع والهبة وغير ذلك، وفائدة هذا كله أنه لو كانت العين باقية بيد الآخذ يجوز الرجوع بها للمالك لأنها باقية على ملكه، وفائدة شاهد الحال والأخبار هو جواز الآخذ والتصرف به وهو غير التملك كما لا يخفى. ومن هذا كله تعرف ضعف القول بأنّ النثار يملك بالآخذ كما هو المحكي عن المبسوط والمهذب البارع والعلامة في التذكرة والإرشاد تمسكاً بأنّ الإعراض موجب للملك لأنه بالإعراض يكون كالمباحات الأصلية فيملك بالحيازة وقد عرفت ما فيه، ضرورة أنّ الإعراض عن المال إنّما أحدث الإذن بالتصرف في المال المعرض عنه وإلا فلا يوجب نقل المال عن مالكة لاستصحاب الملك وغيره مما هو واضح.

مسألة

قال المحقق في الشرايع: ويكره الجماع في أوقات ثمانية: ليلة خسوف القمر،

وكسوف الشمس، وعند الزوال، وعند غروب الشمس حتى يذهب الشفق، وفي المحاق، وبعد طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، وفي أول ليلة من كل شهر إلا في رمضان، وفي ليلة النصف، وفي السفر إذا لم يكن معه ماء يغتسل به، وعند هبوب الرياح السوداء والصفراء، والزلزلة، والجماع وهو عريان، وعقيب الاحتمال قبل الغسل والوضوء، انتهى.

أقول: قد وردت في هذه المكروهات الثمانية روايات كثيرة والطعن في بعض أسانيد أخبارها لا ينافي إثبات الحكم بها لما قيل من التسامح في أدلة السنن، أو لأنّ الأصحاب أخذوا بها فتكون مجبورة بعمل الأصحاب.

فمن الأخبار ما رواه ابن أبي عمير عن عبد الرحمن بن سالم عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام قال، قلت: هل يكره الجماع في وقت من الأوقات وإن كان حلالاً؟ قال: نعم، ما بين طلوع الفجر إلى طلوع الشمس، ومن مغيب الشمس إلى مغيب الشفق، وفي اليوم الذي تكسف فيه الشمس، وفي الليلة التي ينكشف فيها القمر، وفي الليلة وفي اليوم الذي يكون فيها الرياح السوداء والرياح الصفراء والرياح الحمراء، وفي اليوم والليلة الذي يكون فيها الزلزلة، ولقد بات رسول الله صلى الله عليه وآله عند بعض أزواجه في ليلة انكسف فيها القمر فلم يكن منه في تلك الليلة ما كان يكون في غيرها حتى أصبح، فقالت له: يا رسول الله، ألبغض كان منك في هذه الليلة؟ قال: لا لكن هذه الآية ظهرت فكرهت أن أتلذذ وأهو فيها وقد عيّر الله في كتابه أقواماً فقال: ﴿وَإِنْ يَرَوْا كِسْفًا مِّنَ السَّمَاءِ سَاقِطًا يَقُولُوا سَحَابٌ مَّرْكُومٌ﴾ *

فَذَرَهُمْ حَتَّى يُلْتَقُوا يَوْمَهُمُ الَّذِي فِيهِ يُصْعَقُونَ ﴿١٠﴾ . ثُمَّ قَالَ أَبُو جَعْفَرٍ عَلَيْهِ السَّلَامُ : وَإِيمَ اللَّهِ لَا يَجَامِعُ أَحَدٌ فِي هَذِهِ الْأَوْقَاتِ الَّتِي نَهَى عَنْهَا رَسُولُ اللَّهِ ﷺ وَقَدْ انْتَهَى إِلَيْهِ الْخَبْرُ فَيَرْزُقُ وَلَدًا فَيَرَى فِي وَلَدِهِ مَا يَحِبُّ .

وفي بعض الأخبار: إنَّ الجماع في أوَّل الشهر وفي وسطه وفي آخره يوجب خروج الولد مجنون.

وعن أبي عبد الله: يكون أهله معه في السفر لا يجد ماءً يأتي أهله؟ قال: ما أحبُّ أن يفعل إلا أن يخاف على نفسه فيطلب بذلك اللذة أو يكون شبقاً إلى النساء. فقال: إنَّ الشبق يخاف على نفسه، الحديث.

قلت: وهذه الرواية نصٌّ في نفي الواجب التعليقي كما ذهب إليه بعض الأصحاب. وبالجملة فإنَّ الأخبار في المقام كثيرة منها ما روي عن النبي ﷺ قال: إذا تجامع الرجل والمرأة فلا يتعريان فعل الحمارين فإنَّ الملائكة تخرج من بينهما.

وعن رسول الله ﷺ أنه كره أن يغشي الرجل امرأته وقد احتلم حتى يغتسل من احتلامه الذي رأى فإن فعل وخرج الولد مجنون فلا يلومنَّ إلا نفسه.

إلى غير ذلك من الأخبار.

واعلم أنَّه من المكروهات التي نصَّ عليها الأصحاب أن يجامع وعنده من ينظر إليه، وبذلك نطقت الأخبار، ولا فرق بين كون الناظر كبير كما لو كانت زوجته الأخرى أو صغير بل قد يظهر من كلام بعض الأصحاب القول

بالحرمة لمكان قولهم: ويجرم النظر، أو لا يجوز كما هو المحكي عن المفيد، اللهم إلا أن تقول أن المراد منه تغليظ الكراهة.

ومن المكروهات أيضاً النظر إلى فرج المرأة حال الجماع وهو المشهور كما حكى الشهرة بعض الأصحاب، وقيل بحرمة النظر وهو المحكي عن ابن حمزة في الوسيلة حيث قال: إذا جامع الرجل حرم عليه أشياء وكره له أشياء واستحب له أشياء؛ فالمحرم ثلاثة أشياء: قراءة لعزائم، والنظر إلى فرج المرأة حالة الجماع، والعزل إلا بإذن المرأة.

قلت: وهو ليس بشيء بعد أن حكى الشيخ الإجماع في خلافه على خصوص الكراهة وصرح بكونه ليس محظور. والحاصل فإن النظر إلى فرج المرأة حالة الجماع لا ريب بكراهيته وقد دلت عليه أخبار وأنه يورث العمى في الولد كما في وصية النبي ﷺ لعليّ عليه السلام قال: ولا ينظر الرجل إلى فرج امرأته وليغض بصره عند الجماع؛ فإن النظر إلى الفرج يورث العمى في الولد.

وما ورد عن الصادق عليه السلام عن آبائه قال، قال رسول الله ﷺ في حديث: وكره النظر إلى فروج النساء وقال: إنه يورث العمى.

وقد ورد في جملة أخبار نفي البأس عن النظر إلى فرج المرأة حال الجماع ويمكن حملها على ما لو قطع بعدم التوكد بينهما لما عرفت من التعليل في النظر فإذا انتفى المعلول جاز ارتكاب العلة.

وبالجملة فإنه لا ريب في ثبوت الكراهة في الحكم المذكور، وهل يكره النظر إلى فرج المرأة في غير الجماع؟ الظاهر أنه لا يكره لانتفاء العلة وهو حصول الولد وبذلك صرح بعض الأصحاب والله هو العالم بالصواب.

ومن المكروها التي نص عليها الأصحاب الجماع مستقبل القبلة ومستدبرها، والجماع في السفينة، والكلام في الجماع بغير ذكر الله، فقد روى محمد بن العيص أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام: أجامع وأنا عريان؟ فقال: لا تستقبل القبلة ولا تستدبرها ولا تجامع في السفينة، وقد قيل إن النطفة لا تستقر.

وما ورد من النهي عن النبي صلى الله عليه وآله أنه قال: ولا تكثر الكلام عند الجامعة، وقال: يكون منه خرس الولد.

إلى غير ذلك من الأخبار فإنه قد وردت أخبار كثيرة في مكروهات الجماع منها: الدخول ليلة الأربعاء، والجماع والرجل مختضب، وكذلك لو كانت المرأة مختضبة، وجماع العجوز، وعلى الامتلاء، بل قد ورد في بعض الأخبار: ثلاثة يهدمن البدن وربما قتلن: دخول الحمام على البطن، والغشيان على الامتلاء، ونكاح العجائز، والمجامعة بعد الظهر فإنه يوجب الحول في الولد والشيطان يفرح بالأحول من الإنسان.

ولا تجامع امرأتك بشهوة امرأة غيرك، والمجامعة من غير خرقة للرجل والمرأة، ويكره اشتراكها بخرقة واحدة مخافة أن تقع الشهوة على الشهوة فإن

ذلك يعقب العداوة بينهما، والمجامعة من قيام فإن ذلك من فعل الحمير، ولو قضى الله بينهما ولداً كان بوالاً في الفراش، والمجامعة ليلة الأضحى فإنه يوجب زيادة أصابع الورد ستة أو نقصانه أربعة، ولا تحت شجرة مثمرة فإنه إذا قضى ولد يكون جلاًداً أو قتلاً، ولا في وجه الشمس إلا أن ترخي ستراً بينك وبين وجهها حال الجماع فإنه لو قضى الله ولداً يكون في بؤس وفقر حتى يموت، ولا بين الأذان والإقامة فإن المجامعة في ذلك الوقت فإنه موجب في حرص الولد على إهراق الدماء، ولا تجامع بعد فراغ المرأة من الطمث وبعد الغسل إلا أن يتوضأ فإنه يوجب عماء قلب الولد ويكون بخيل اليد. ولا تجامع على سقف البنيان فإنه إذا قضى الله ولداً يكون منافقاً مرئياً مبتدعاً.

وأما ليالي الأسبوع فإنه قد وردت فيها أخبار كما في وصية النبي لعلي عليه السلام، قال: وعليك بالمجامعة ليلة الإثنين فإنه إذا قضى الله ولداً يكون حافظاً لكتاب الله، راضياً بما قسم الله، والمجامعة ليلة الثلاثاء فإن رزقك الله ولداً يرزق الشهادة بعد شهادة أن لا إله إلا الله وأن محمداً رسول الله، ولا يعذبه الله مع المشركين، ويكون طيب النكهة والفم، رحيم القلب، سخي القلب، طاهر اللسان من الغيبة والبهتان، والمجامعة ليلة الخميس يقضي بينكما ولداً يكون حاكماً من الحكام أو عالماً من العلماء، وإن جمعت يوم الخميس عند الزوال عند كبد السماء فإن رزقكما ولد فإن الشيطان لا يقربه حتى يشيب ويرزقه السلامة في الدين والدنيا. والمجامعة ليلة الجمعة يكون بينكما ولد يكون خطيباً قوالاً، وفي

يوم الجمعة العصر يكون الولد معروفاً مشهوراً عالماً، والمجاعة ليلة الجمعة بعد العشاء الآخرة فإنه يرجى أن يكون الولد من الأبدال.

أقول: وما ذكرناه كله قد اشتملت عليه وصية النبي ﷺ لعليّ.

قال الشهيد في المسالك: وهذه الوصية تفوح منها رائحة الوضع.

وعن الوافي قال: ولا يخفى ما في هذه الوصايا وبعدها مناسبتها لجلالة قدر المخاطب بها ولذلك قال بعض فقهاءنا: إنه ربما يشم منها رائحة الوضع.

قال في الجواهر بعد عبارة الوافي: لعل سوء التعبير من الرواة، وأمّا نفس الحكم فإن الله لا يستحيي من الحق.

أقول: لا يكاد يشك أنّ هذه الوصية من النبي ﷺ لعليّ عليه السلام ولكن ليس هي من باب التعليم لعليّ وإن كان لا ريب بكون النبي ﷺ هو أعلم من الإمام عليه السلام وإنما حصل العلم للإمام عليه السلام من النبي ﷺ ولكن نقول: إنّما هذا وأشباهه من باب إياك أعني واسمعي يا جارة، فإنه أراد بيان ذلك لأجل أنّ عليّاً عليه السلام يعلم به الأمة في زمن النبي ﷺ ومن بعده. وبالجملة فإنّ الأحكام التي اشتملت عليه هذه الوصية لا بأس بالأخذ بها، والله أعلم.

مسألة

اعلم أنّه قد صرح جملة من الأصحاب بأنّه يجوز للرجل أن ينظر إلى امرأة يريد أن يتزوجها، وظاهر كلامهم أنّ جواز النظر يختصّ بوجهها وكفيها وله

أن يكرّر النظر، ولا فرق في النظر إليها بين كونها قائمة أو قاعدة أو ماشية، وفي بعض الأخبار جواز النظر إلى شعرها ومحاسنها والنظر إلى جسدها ولكن من وراء الثياب.

أقول: والكلام في هذا البحث يقع في مسائل:

المسألة الأولى: وهو جواز النظر إلى المرأة التي يريد أن يتزوَّجها ويختصَّ الجواز بالوجه والكفّين، وهذا الحكم هو المعروف بين الأصحاب بل استفاضت حكاية الاتفاق عليه، بل الإجماع بقسميه عليه كما في الجواهر، وفي التذكرة نفي الخلاف بين كافة العلماء، وفي الجواهر نفي الخلاف بين المسلمين، وهو الحجّة، والأخبار في المقام كثيرة وارد من الطرفين:

منها: ما رواه جابر بن عبد الله الأنصاري أنّ النبي ﷺ قال: إذا أراد أحدكم أن يتزوَّج امرأة فليُنظر إلى وجهها وكفّيها.

وعن النبي ﷺ أنّه قال للمغيرة بن شعبة وقد خطب امرأة: انظر إليها.

وفي رواية: إلى وجهها وكفّيها فإنّه أحرى أن يدوم بينكما المودّة والألفة.

وعن محمّد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوَّج امرأة أينظر إليها؟ قال: نعم إنّما يشتريها بأعلى الثمن.

وعن أبان بن عثمان، عن الحسن، عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه سُئل عن الرجل

ينظر إلى المرأة قبل أن يتزوَّجها؟ قال: نعم فلم يعطي ماله؟

وعن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس أن ينظر إلى وجهها ومعاصمها إذا أراد أن يتزوجها.

قلت: والمعاصم - كما قيل - هي موضع السوار من اليد.

وعن ابن مسكان عن الحسن قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأة يتأملها وينظر إلى خلفها وإلى وجهها؟ قال: نعم لا بأس.

وما رواه محمد بن خالد، عن أبيه، عن عبد الله بن الفضل، عن أبيه، عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قلت: أينظر الرجل إلى المرأة يريد أن يتزوجها فينظر إلى شعرها ومحاسنها؟ قال: لا بأس بذلك إذا لم يكن متلذذاً.

وعن عبد الله بن سنان قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يريد أن يتزوج المرأة أينظر إلى شعرها؟ قال: نعم إننا يريد أن يشتريها.

وعن غياث بن إبراهيم، عن جعفر، عن أبيه، عن علي عليه السلام في رجل ينظر إلى محاسن امرأة يريد أن يتزوجها، قال: لا بأس إننا هو رجل مستام.

إلى غير ذلك من الأخبار التي قد وصفها بعض الأصحاب بكونها مستفيضة وبالجملة فإن النص وإجماع المسلمين قاضيان بجواز النظر إلى المرأة التي يريد زواجها.

المسألة الثانية: وهو اختصاص النظر إلى الوجه والكفين مضافاً إلى الإجماع الذي تكرر نقله على لسان جماعة من الأصحاب، الأخبار التي ذكرناها فيما تقدم

من جواز النظر إلى الوجه والكفين ووقوع الرخصة فيه من الأئمة الأطهار.
وبالجملة فإنّ النظر إلى الوجه والكفين من المرأة الأجنبية التي يريد زواجها
لا ريب ولا إشكال بجوازه وهو القدر المتيقن من النص والإجماع.

فرع: صرح جملة من الأصحاب أنّ النظر إلى المرأة التي يريد أن يتزوجها
جائز وإن لم يستأذنها، وقد صرح جماعة من الأصحاب بذلك، منهم المحقق في
الشرايع وغيره، ضرورة توقف الإذن إنّما هو للحقوق الراجعة للشخص ولا
ريب أنّ النظر حقّ لله خاصّة وليس للمرأة فيه حقّ فلو أذنت المرأة للرجل لا
يريد تزويجها في النظر إليها حرم قطعاً لأنّه ليس لها ذلك، وحيث كان هو حقّ
لله وقد أذن فيه بل يجوز النظر في خصوص الفرض حين لو لم تأذن بعد أن أذن
الشارع به ورخص في ذلك.

والحاصل فإنّه لا ريب أنّ جواز النظر إلى المرأة التي يريد تزويجها إنّما هو
من قبل الشارع وهو حقّ له وقد أذن الله فيه وهو من حقوقه فأسقطه المولى لمن
أراد تزويجها كما هو واضح، والله أعلم.

وبالجملة فإنّه يجوز النظر إلى المرأة التي يريد تزويجها، أذنت به المرأة أو لم
تأذن، بل حتى لو صرّحت بعدم الإذن.

المسألة الثالثة: ظاهر بعض الأخبار جاز النظر إلى محاسنها وإلى مشيها
وجسدها من فوق ثيابها، وقد صرح بذلك جماعة من الأصحاب منهم ابن

حمزة في الوسيلة حيث قال كما حكى عنه: وإذا أراد أن يملك امرأة جاز النظر إلى محاسنها ومشيتها وجسدها من فوق الثياب وهو المحكي عن جماعة من الأصحاب كما عن المشايخ الثلاثة، وعن الرياض العمل به متّجه، وكذلك فاضل الحدائق وغيرهم جماعة، بل قيل إنّه المشهور جواز ذلك، وهو الأقوى تمسكاً بما عرفت من الأخبار التي تلونها فإنّها مصرّحة بجواز النظر إلى شعرها ومحاسنها، والظاهر من المحاسن جميع ما في بدنها، وأن يكون مباشرةً ولا يكون من فوق الثيب، نعم عدا الفرج خاصّة فإنّ النظر إليه محرّم بإجماع المسلمين مضافاً إلى استفادة ذلك من بعض التعليقات الدالّة على جواز النظر إلى جميع محاسنها من كونه رجل مستام أي مشتري فيجوز له النظر خوفاً من الضرر المنفي في الشرع، ولأنّه موجب للمودّة، ولأنّه قد يبذل الثمن الغالي فلا بدّ له من الاطلاع على جميع بدنها كي لا يقع في الغرر وهدر ثمنه، وبناء على هذا فإنّه لا تخصيص بشيء من جسدها فإنّه يجوز النظر إلى جميع بدنها عدا العورة وهو قوي؛ لما عرفت من بعض التعليقات، ولأنّ عدم النظر مناف للحكم التي شرع لها الحكم أعني عدم وقوع الشخص المتزوج بالندم وإنّه قد بذل أغلا الثمن، ولأنّه قاعدة المشتري أن ينظر إلى السلعة التي يريد شرائها وما نحن فيه منه لمكان قوله «إنّما هو مستام» ومن هنا قال في الجواهر: ولا محيص للفتية الذي كشف الله عن بصيرته عن القول بجواز النظر إلى جميع جسدها بعد تعاضد تلك النصوص وكثرتها.

قلت: ولكن مع هذا كله فإنَّ الأحوط الاقتصار على خصوص الوجه والكفين لكونه القدر المتيقن في جواز النظر كما هو واضح فإنَّ دائرة أحكام النكاح لا ينبغي التوسّع بها.

فإذا عرفت جواز ذلك له فلو اطّلع عليها فلم تعجبه لعيب في بدنّها تمجّه الطباع غالباً أو هو يمجّه خاصّة فإنّه لا ريب بجواز تركها وكان بنظره السابق غير مأثوم به لما عرفت من ظاهر الأخبار أنّه رجل مستام فلو لم يعجبه السلعة بعد نظره إليها فإنَّ له تركها، والله هو العالم.

بقي في المقام فروغٌ يلزم التنبيه عليها:

الفرع الأوّل: ظاهر الأخبار استحباب النظر إلى المرأة التي يريد تزويجها لمكان الأمر فيها، فالأمر في المقام يحمل على الاستحباب لعدم القول بالوجوب إجماعاً وبذلك صرّح بالمسالك والروضة.

قال في المسالك: وربّما قيل باستحبابه نظراً إلى ظاهر الأمر الذي أقلّ مراتبه ذلك.. إلى آخر عبارته، وردّه فاضل الحدائق بما ملخصه أنّه لا أمر بذلك وإنّما فيها نفي البأس وهو ليس بأمره.

وفيه: إنّ بعض الأخبار صريحة بالأمر كما في رواية إسحاق بن عمّار عن الصادق عليه السلام، قال في آخرها: فليُنظر فإنّه يشريها بأعلى الثمن فهو صريح بالدعوى. نعم يمكن أن يقال: إنّ الأمر في هذه الأخبار إنّما هو عقيب الحضر

وهو حرمة النظر إلى الأجنبية، والظاهر أن الأمر عقيب الحضر إنما يفيد الإباحة فقط كما في قوله (وَإِذَا حَلَلْتُمْ فَاصْطَادُوا)، فينفي القول بالاستحباب لا من جهة عدم ورود الأمر به ولكن لما قلناه، ولكن الإنصاف أنه بعد سبر الأخبار وضم بعضها إلى بعض والنظر إلى عللها التي منها إنها هو مستام وقد اشتراها بأعلى الأثمان فإنها تقضي باستحباب النظر إليها ولعدم الوقوع في الغرر المنفي في الشرع وهو الأقوى.

الفرع الثاني: اعلم أن جاز النظر للمرأة التي يريد تزويجها إنما هو في صورة كون التزويج بها مقطوع به أو مظنون ظناً مقارب العلم من جهة العادة، أما لو كان لا يمكن التزويج بها من جهة موانع أخر من كونها لا توفراً به أو مانع آخر بحيث يحصل له القطع بعدم التمكن من زواجها فإنه لا يجوز النظر إليها قطعاً، وكذلك لو كانت محرمة عليه بالزواج كما لو كانت أخت زوجته أو غير ذلك من المحرمات فإنه لا ريب بعدم الجواز قطعاً.

وبالجمله إن جواز النظر إنما يجوز حيث يمكن تزويجها شرعاً ولا مانع منه من أحد ولا من قبل نفسها كما هو واضح.

الفرع الثالث: هل يجوز النظر مع التلذذ؟ وجهان، بل قولان:

الأول: المنع وهو المحكي عن جماعة منهم الشهيد في الروضة.

والقول الثاني: الجواز مع التلذذ وهو خيرة الشيخ في الجواهر، قال: وأما

اعتبار عدم اللذة بذلك فينفي القطع بعدمه لإطلاق الأدلة والعسر التكليف به على وجه تنتفي الحكمة في مشروعية الحكم المزبور، ثم حكي عن المقنعة الحكم بجواز النظر مع التلذذ ثم أيده بجواز النظر إلى أمة يريد شرائها.. إلى آخر عبارته.

قلت: ومستند القول بالمنع تمسكاً برواية الفضل المصرحة بجواز النظر ما لم يكن متلذذاً كما ذكره شيخنا واستفاده من الأدلة فإنها وافي في استفادة الحكم المذكور وإن كان الأحوط ترك النظر مع التلذذ، والله أعلم.

الفرع الرابع: لو كان الرجل عالماً بحال المرأة التي يريد زواجها بحيث يفرض أن النظر إليها لا يزيد على علمه بحالها فهل يجوز النظر إليها أم لا؟ وجهان الأقوى عدم الجواز ضرورة أن جواز النظر إنما هو لأجل العلم بحالها ولأجل انتفاء الغرر وهو مرتفع بالعلم بها، والنظر لا يزيد شيئاً فتبقى أصالة حرمة النظر إلى الأجنبية بحالها لأن الظاهر من النص والإجماع هو جواز النظر من جهة أنه مشتري وجهالة حال المرأة فلا بد من العلم بها فإذا كان العلم بحالها سابق فلا ثمة بالنظر وهي أجنبية فيحرم النظر إلى الأجنبية إجماعاً، ولا بد من صرف الأخبار المصرح بجواز النظر إلى صورة عدم العلم بحال المرأة، والله أعلم.

الفرع الخامس: الظاهر من النص والإجماع أن يكون الباعث إلى النظر إرادة

التزويج بأن يكون جازم ما في إرادة تزويجها فإنّ الشارع رخص في النظر إليها، أمّا لو قصد أن ينظر إليها فإنّ أعجبته تزوّجها وإن لم تعجبه تركها فالظاهر جوازه أيضاً لما عرفت من الأخبار من كونه مستام ولا ريب أنّ المستام للسلعة له تركها إن لم تعجبه، والظاهر أنّه لا ريب في ذلك.

الفرع السادس: لو أوجب النظر إلى المرأة التي يريد نكاحها فتنة أو ذهاب مال أو غيبة أو غير ذلك من إنقاص القدر والحيشة ممّا يوجب ضرر فهل يجوز أيضاً أم لا؟ وجهان بل قولان:

الأول: عدم الجواز تمسكاً بما دلّ على وجوب دفع الضرر، ولأنّ الظاهر من أدلّة جواز النظر في صورة عدم الضرر وهو الأقوى وإن كان قد يظهر من عبارة العلامة في التذكرة والشهيد في المسالك الجواز ولكن ظاهر عبارتيهما كون النزاع صغروي لأنّ ظاهرهما أنّ الفتنة مع إرادة التزويج لا يجتمعان وهو كما تراه. والحاصل فإنّ الأقوى هو عدم جواز النظر فيما ذكرناه، ضرورة وجوب النفس والمال وباقي شئونه فلا يجوز ببذل الواجب وهدره في قبال المندوب قطعاً.

الفرع السابع: في وقت جواز النظر إلى المرأة التي يريد تزويجها ولا بأس بنقل عبارة العلامة في التذكرة، قال: ووقت النظر عند إرادة الشترزويج والعزم على نكاحها للروايات فإنّها تدلّ على ذلك وقبل الخطبة لأنّه لو كان بعد الخطبة

وتركها شقَّ عليها وأوحشها وهو الأظهر عند الشافعية ولهم وجهان آخران: أحدهما أن ينظر إليها حين تأذن في عقد النكاح لأنَّه وقت الحاجة، والثاني عند ركون كلِّ واحد منهما إلى صاحبه وذلك عند تحريم الخطبة على الخطبة، انتهى.

قلت: وحكي عن جماعة متابعة العلامة منهم الشهيد الثاني والمحقق الثاني وكاشف اللثام وابن فهد وغيرهم.

قلت: ظاهر الأخبار بل هو منطوقها جواز النظر عند إرادة تزويجها والمراد من الإرادة هو عبارة عن العزم على التزويج فيكون جواز النظر عند إرادة التزويج سواء كان قبل الخطبة أو بعدها تمسكاً بظاهر الأخبار، والله هو العالم.

الفرع الثامن: هو جواز تكرار النظر إلى المرأة التي يريد تزويجها كما صرح به في الشرايع بل هو صريح جماعة كما حكي عنهم ذلك.

أقول: الظاهر من جواز النظر إنَّما هو لأجل ارتفاع الغرر كما هو صريح الأخبار ولا ريب بارتفاعه بالنظرة الأولى فالنظرة الثانية والثالثة لا مسوغ لها لحصول الفرض بالأولى، اللهمَّ إلا أن يقال باستفادة شيء آخر من النظرة الثانية ما لم يكن قد استفاده بالنظرة الأولى ويمكن أن يقال أيضاً أنَّه لما جاز النظر إليها أولاً يجوز بعدها تمسكاً باستصحاب الجواز فله جواز النظر مكرراً.

وفيه: إنَّه بعد العلم بعلَّة النظر وهو رفع الضرر الحاصل للرجل بالنظرة الأولى وقد فرض ارتفاعه فيعلم أنَّ الاستصحاب مقطوع بها دلَّ من حرمة

النظر إلى الأجنبية كما لا يخفى، وفي الجملة أن تكرار النظر بعد حصول ارتفاع الغرر بالأولى لا وجه له بل الأقوى عدم جوازه، والله أعلم.

الفرع التاسع: إنه بعد ما عرفت جواز النظر فإنه لا فرق بين أن تكون قائمة أو ماشية أو قاعدة بل لو كانت نائمة وبذلك صرح في الشرايع بل على الظاهر هو صريح جماعة من الأصحاب.

قلت: وهو كذلك لأنه مستام فهو كالمشتري الذي يبالغ في السلعة التي يريد شرائها لأجل أن يستقصي بالنظر كل موضع مطلوب فيه حسن السلعة ومنه القيام والمشي وغيرهما بل مضافاً إلى هذا فإنه صريح بعض الأخبار كما في رواية يونس بن يعقوب قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يريد أن يتزوج المرأة وأحب أن ينظر إليها، قال: تحتجز ثم لتقعد وليدخل إليها ولينظر. قال، قلت: تقوم حتى ينظر إليها؟ قال: نعم. قلت: فتمشي بين يديه؟ قال: ما أحب أن تفعل.

قلت: بل في خبر يونس الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام أيضاً أنه يجوز أن ينظر إليها؟ قال: نعم وترقق له الثياب لأنه يريد أن يشتريها بأعلى الثمن. إلى غير ذلك من الأخبار.

قلت: والمستفاد من مجموع الأخبار وكلام الأصحاب أنه يجوز النظر إلى جميع ما يطلب ويراد الحسن فيه من المرأة ضرورة أنه كالمشتري للسلعة فإن

المشتري لا ريب بأنّه ينظر إلى جميع ما يطلب من محاسن السلعة وبهذا يفرق بين المقام وبين جواز النظر إلى الأجنبية فإنّه في الأجنبية لا يجوز النظر إلى الوجه والكفّين بخلاف التي يريد تزويجها فإنّه إلى جميع بدنها عدا الفرجين فإنّه محرّم بالإجماع، والله هو العالم.

فائدة: اعلم أنّي لم أجد أحداً تعرّض لحك المنكوحه بالعقد المنقطع فإنّه هل يجري الحكم فيها أيضاً بأن يجنوز أن ينظر إليها قبل العقد عليها إلى محاسنها؟ الظاهر هو عدم الجواز ضرورة أنّ الأصل حرمة النظر إلى الأجنبية، خرج منه مريد التزويج بالنص والإجماع والمتبادر منه هو ما كان بالعقد الدائم فيبقى الباقي تحت أصالة الحرمة. ويمكن أن يقال بلحقوق الحكم للمنقطع أيضاً تمسكاً بإطلاق الأخبار الدالة على جواز النظر إلى المرأة التي يريد أن يتزوجها وهو شامل لمن كانت بالعقد المنقطع، والله أعلم. بل بعض الأخبار لمن يريد نكاحها، بل قد يستفاد ذلك من قوله «إنّه رجل مستام».

الفرع العاشر: هل يجري هذا الحكم في المرأة بأن يجوز للمرأة أن تنظر للرجل الذي يريد زواجها؟ وجهان بل قولان:

الأوّل: نعم وهو المحكي عن جماعة منهم الحلبي ويحيى بن سعيد والعلامة في القواعد، والكركي في شرحه، والسبزواري، والشهيد في المسالك والروضة. والقول الثاني عدم الجواز وهو خيرة جماعة، ولعله الأكثر منهم السيّد في

رياضه وصاحب المستند، وشيخنا في الجواهر وغيرهم.

حجة القول الأول على ما قيل اشتراكها في علة النظر بل قيل ربّما هي فيه أقوى لأنّ الزوج لو أراد مفارقتها له ذلك لأنّ بيده عقدة النكاح بخلاف الزوجة، ولأنّ الرجل إنّما جاز له النظر لأن لا يضيع ماله الذي دفعه فكذلك المرأة تنظر إليه لأن لا تضيع بضعها.

قلت: وهذه الوجوه كما تراها أوهى من بيت العنكبوت، فمنها يعرف قوة القول بالمنع لأصالة حرمة النظر لكل واحد منهما إلى الآخر ثبت بالنص والإجماع جواز ذلك في حق الرجل للمرأة لو أراد زواجها فيبقى حرمة نظر المرأة للرجل على الأصل الذي لم نجد ما يعارضه شيء.

وفي عبارة أخرى: إنّ الأحكام توقيفية من قبل الشارع المقدّس وقد عرفت، ورُدّ الجواز في الرجل للمرأة وقياس المرأة على الرجل قياس باطل عندنا كما هو غير خفي، على أنّ الاحتياط قاض بالمنع، والله أعلم بأحكامه.

مسألة

الذي صرح به جماعة من الأصحاب بل قيل هو المشهور فيما بينهم بل هو موضع وفاق - كما عن الشهيد - جواز النظر إلى الأمة التي يريد شرائها إلى وجهها وكفّيها ومحاسنها وشعرها وإن لم يأذن له المولى بذلك صريحاً والظاهر أنّ جواز النظر إلى الوجه والكفّي لا خلاف فيه بل يمكن دعوى تحصيل الإجماع

عليه.

قلت: والأصل في هذه الأحكام هي الأخبار الوارد عن أهل بيت الرحمة، منها: ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يعترض الأمّ ليشريها، قال: لا بأس أن ينظر إلى محاسنها ويمسّها ما لم ينظر إلى ما لم ينبغي النظر إليه.

وما روي عن حبيب بن معلى الخثعمي، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إنّي اعترضت جوارى المدينة فأمذيت، فقال: أمّا لمن يريد الشراء فليس به بأس، وأمّا لمن لا يريد أن يشتري فإنّي أكره.

وما روي عن الحارث بن عمر الجعفري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنّي لا أحبّ للرجل أن يقلّب جارية لا يريد شرائها.

وما روي عن الحميري في كتاب قرب الإسناد عن الحسين بن علوان، عن جعفر عليه السلام، عن أبيه، عن علي عليه السلام أنّه كان إذا أراد أن يشتري الجارية يكشف عن ساقها ينظر إليها.

قلت: وهذه الأخبار كما تراها فإنّها صريحة بجواز النظر إلى وجهها وكفيها ولمسها والنظر إلى شعرها ومحاسنها، بل قوله في رواية أبي بصير «إلا إلى ما ينبغي النظر إليه» الظاهر منه هو خصوص العورة فيقضي بجواز النظر إلى جميع بدنها، ومن هنا قال العلامة في التذكرة فيما حكى عنه: ومن يريد شراء

جارية فإنه يجوز النظر إليها وإلى جسدها من فوق الثياب ومكشوفة للحاجة إلى التطلع إليها لثلاً يكون فيها عيب فيحتاج إلى الاطلاع عليه، انتهى.

قلت: وهو حسن، تمسك بما رواه أبو بصير.

فإن قلت: إن رواية أبي بصير ضعيفة كما قال فاضل الحقائق فلا ينبغي التمسك بها في هذا الحكم المخالف للأصل فإنه قال في الحقائق: أبو بصير فإنه يحيى بن القاسم بقرينة رواية علي بن أبي حمزة عنه مع ضعف على المذكور وضعف الراوي عن علي وهو الجوهري، وقد شنع على الشهيد في المسالك حيث أخذ بمضمونها مع ضعفها والإنصاف أتمها مناقشة واهية ضرورة أن الرواية لو كانت ضعيفة كما قال فإنه لا ريب بجبران سندها بالشهرة التي هو حكاها بل دعوى الاتفاق بل يمكن دعوى الإجماع على جواز النظر إليها وإلى جميع جسدها بل كلما قلناه سابقاً في المرأة التي يريد تزويجها فإنه ينظر إلى وجهها وكفيها وجميع محاسنها، فهنا جار بل العلة التي هي وارد في الأخبار المتقدمة من كونه رجل مستام فإنها جارية في شراء الجارية بطريق أولى، ضرورة أن الجارية سلعة فلا بد للمشتري من الاطلاع على جميع محاسنها. وأما جواز لمسها لو احتاج المشتري إلى لمسها فإنه قد عرفت دلالة رواية أبي بصير عليه.

وبالجملّة فإنّ الظاهر أنّ الحكم - أعني جواز النظر إلى الجارية التي يريد شرائها إلى محاسنها وجميع جسدها - ممّا لا إشكال فيه إلّا العورة فإنّه يحرم النظر

إليها بلا ريب في ذلك والله أعلم بأحكامه.

بقي في المقام فوائد:

الفائدة الأولى: الظاهر أنّ جواز نظر المشتري لا يتوقف على إذن مولاهما البايع ضرورة أنّ عرض المولى لبيعها هو إذن في النظر إليها كما قد صرح بذلك جماعة من الأصحاب بل نقول: إنّ الرخصة في النظر إليها في الأخبار هي إذن في النظر إليها ومسّها، ولأنّ المسّ ممّا يتوقّف عليه غرض المشتري فلا ريب في إباحته وإن كان الأصل هذا كلّه الأخبار المتقدّمة.

الفائدة الثانية: لو وكلّ المشتري شخصاً على شراء جارية فهل يجوز النظر إلى الجارية؟ وجهان:

الأول: المنع لما عرفت من الإذن لخصوص المشتري لكونها المخاطب بذلك فلا يجري الحكم للوكيل بل يجرم له النظر ضرورة أنّها أجنبيّة ولم نجد ما يدلّ على جواز ذلك له.

الثاني: الجواز لإمكان كون الوكيل هو بمنزلة المشتري، فكلمة ثبت للمشتري من جواز النظر والمسّ يثبت للمشتري والأوّل هو الأقوى.

واعلم إنّي لم أقف على كلام لأحد من الأصحاب في هذا الفرع، والله هو العالم.

الفائدة الثالثة: الظاهر من خبر حبيب الخثعمي هو جواز النظر للمشتري

للجارية باللذة بل حتى لو يحصل منه المذي كما هو صريح سؤاله لأبي عبد الله عليه السلام إنني اعترضت جوارى المدينة فأمدت، فقال: أمّا لمن يريد الشراء فليس به بأس. ولا ريب أن نفي البأس قاض بالجواز ولكن حكي عن فاضل السرائر وابن حمزة التوقف من ذلك.

قلت: أمّا الرواية فكما سمعت من التصريح بالجواز وإن كان الاحتياط قاض بما يقول فاضل السرائر من عدم جواز النظر باللذة، والله أعلم بأحكامه.

الفائدة الرابعة: لو أرادت المرأة شراء العبد فهل يجوز لها النظر إليه؟ وجهان، اختار الجواز شيخنا في الجواهر في كتاب البيع، قال في طيّ كلامه: وفي إلحاق نظر المرأة إلى المملوك إذا أرادت شرائه بالرجل المرید شراء الأمة وجه قوي.. إلى آخر عبارته.

قلت: ويمكن تأييده بما دلّ على جواز النظر إلى المرأة التي يريد زواجها لارتفاع الغرر والغبن في السلعة المنفي في الشرع.

والثاني: عدم الجواز لأصالة حرمة النظر، ولأنّ الدليل إنّما دلّ في الرجل لو أراد تزويج المرأة أو أراد شراء الأمة فيبقى الباقي من جميع وأمّا ما عداهما باق تحت الأصل ولا ريب بكونه هو الأقوى كما أنّه هو الأحوط، والله أعلم.

الفائدة الخامسة: الظاهر من كلام الشهيد في المسالك هو عدم جواز نظر الجارية إلى الرجل الذي يريد شرائها، وهو صريح غير واحد أيضاً.

قلت: والمراد من النظر هو ما زاد على النظر إلى الأجنبي وهو الأقوى تمسكاً بأصالة الحرمة ولأنه إنما جاز للرجل النظر عند شرائها لخصوص النصوص كما هو واضح بخلاف نظر الجارية إلى الرجل وكونه يريد شرائها لا يقضي بجواز النظر إليه كما هو واضح، والله أعلم.

الفائدة السادسة: اعلم أنه لما انجرّ الكلام إلى هذا المقام كان الأليق التعرّض إلى النظر إلى أمة الغير عند غير الشراء. قال العلامة في التذكرة كما حكي عنه: لا يجوز النظر إلى أمة الغير إذا لم يريد شرائها إلا إلى وجهها وكفيها وشعرها إذا لم يكن النظر لريبة أو تلذذ مع أمن الفتنة لأن الرقيقة تحتاج إلى التردّد في المهّمات فإن لم يكن كذلك بل خاف الفتنة حرم النظر مطلقاً، وقد حكي عن الكركي في جامع المقاصد ما يقرب من ذلك - إلى أن قال: - لأن المملوكة شأنها التردّد في المهّمات ولو حرم النظر إليها مطلقاً لزم الحرج والمشقة لإطباق الناس في كلّ عصر على ذلك لأن خروج الإماء مكشّفات الوجوه ولم ينقل إنكار ذلك والمنع منه ولو كان ذلك حرام لأنكره كغيره من المحرّمات. ثم قال: وفي تعليل الشيخ جواز النظر إلى أهل الذمّة بأنهنّ بمنزلة الإماء تنبيه على ذلك، انتهى.

وقال الشهيد في اللمعة: ويجوز النظر إلى وجه الأمة. قال الشارح: إلى أمة الغير ويديها وكذا الذمّية وغيرها من الكفار بطريق أولى. قال الماتن: لا بشهوة. قال الشارح: فيديها، بل في المسالك هو المشهور، قال: جواز النظر إلى أمة الغير كذلك وهو المشهور مقيداً بكون النظر إلى وجهها وكفيها وشعرها

خاصة بالقيدين أي عدم الريبة والتلذذ - إلى أن قال: - ومنع ابن إدريس النظر إلى النساء وأهل الذمة لعموم ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَعْضُوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ ووافقه العلامة في المختلف ووافق المشهور في باقي كتبه.

قلت: بل حكي الاتفاق على جواز النظر إلى الوجه والكفين، ويعضده ما صرح به ثاني المحققين من استمرار السيرة في سائر الأعصار والأمصار من العارفين وغيرهم على النظر إلى وجه الأمة وكفيها بل على الظاهر إلى ما زاد على الكفين من الذراع وكذلك ما زاد على الوجه من الرقية وما يليها، وبذلك نخرج به عن أصالة الحرمة كما هو واضح وإن كان لا ريب بكون الاحتياط هو الاختصار على خصوص الوجه والكفين كما لا يخفى.

مسألة

اختلف الأصحاب في جواز النظر إلى أهل الذمة وعدمه على قولين:

أحدهما: القول بالجواز وهو خيرة جماعة منهم الشيخ، قال فيما حكي عنه في النهاية: ولا بأس بالنظر إلى نساء أهل الكتاب وشعورهنّ لأنهنّ بمنزلة الإماء ولا يجوز النظر إلى ذلك منهنّ لريبة وتلذذ، وأمّا إذا كان كذلك فلا يجوز الشنظر إليهنّ على حال.

وقال في المقنعة: لا بأس بالنظر إلى نساء أهل الكتاب وشعورهنّ لأنهنّ بمنزلة الإماء ولا يجوز النظر إلى ذلك منهنّ لريبة، وعلى هذا القول عمل الأصحاب.

قلت: وقد صرح بجواز النظر مع عدم الريبة جماعة بل هو المشهور كما في المسالك والروضة.

والقول الثاني هو عدم جواز النظر إيهنّ وهو المحكي عن ابن إدريس في السرائر وتبعه العلامة في المختلف، وفاضل التنقيح، ونفى عنه البأس غير واحد من الأصحاب.

حجة القول الأوّل جملة من الأخبار الذي منها ما روي عن نوفل عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قال رسول الله صلى الله عليه وآله: لا حرمة لنساء أهل الذمة أن ينظر إلى شعورهنّ وأيديهنّ.

وما روي عن قرب الإسناد عن السندي بن محمد، عن أبي البخري، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن عليّ بن أبي طالب، قال: لا بأس بالنظر إلى رؤوس نساء أهل الذمة، الحديث.

وصحيح محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنّ أهل الكتاب ممالك للإمام عليه السلام.

أقول: والظاهر أنّ تقريب الاستدلال بهذه الرواية حيث إنهم ممالك جاز النظر إيهنّ لأنهم بمنزلة الإماء وقد عرفت جواز النظر إلى شعور إماء الغير وأيديهنّ، ومثله خبر زرارة عنه عليه السلام أيضاً وهو بالتقريب المتقدّم ومرسل الفقيه المروي إنّما كره النظر إلى عورة المسلم.

وأما النظر إلى عورة الذمي ومن ليس بمسلم هو مثل النظر إلى عورة الحمار، والتقريب أن المرأة كلّها عورة وقد أباح النظر إلى عورتها وهو خصوص وجهها وكفّيها لأنّ المراد بالعورة هو خصوص الفرج قطعاً..

إلى غير ذلك من الأخبار وهي كما تراها من وضوح، مضافاً إلى أن نساء أهل الذمة بمنزلة الإماء وقد عرفت انعقاد الإجماع على جواز النظر للإمام فما كان بمنزلتهنّ أيضاً كذا فإنّ المراد مشاركتهنّ في الحكم، فمن هذا كلّه يعلم أنّ الأقوى هو جواز النظر إلى نساء أهل الذمة خصوصاً إلى الوجه والكفّين مع القيد المذكورين وهما عند عدم الريبة والأمن، وبالجملة فإنّ الأقوى هو ما عليه المشهور.

حجّة القول الثاني عموم الكتاب الشريف كما صرح به ابن إدريس، قال فيما حكيم عنه، قال: وقد روي جواز النظر إلى نساء أهل الكتاب وشعورهنّ لأنّهنّ بمنزلة الإماء إذا لم يكن النظر لريبة أو تلذذ، فإن كان لذلك فلا يجوز النظر إليهنّ على حال والذي يقوى في نفسي ترك هذه الرواية والعدول عنها والتمسك بقوله تعالى: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّونَ مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾، وقال تعالى: ﴿وَلَا تَمُدَّنَّ عَيْنَيْكَ إِلَى مَا مَتَّعْنَا بِهِ أَزْوَاجًا مِنْهُمْ زَهْرَةَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾ وإن كان قد أوردها شيخنا في نهايته فعلى جهة الإيراد لا الاعتقاد، انتهى.

قلت: وفيه ما لا يخفى ضرورة معلومية تخصيص تقيّد الكتاب الشريف

بأخبار أهل البيت، فنقول: إنّ عموم الكتاب مخصّص بما عرفت من الأخبار الواردة في جواز النظر إلى نساء أهل الذمّة ولكن إلى خصوص وجوهها والأكفّ لما عرفت، وأمّا الفرق بين الريبة والفتنة واضح فلا ينبغي الإطالة فيه كما قد وضع ذلك من بعض فحول الأصحاب ضرورة أنّ الريبة هي عبارة عن وقوع النفس بالاضطراب والفتنة على معناها الواقعي وقد تشمل ذلك كما لا يخفى، والله أعلم.

فرع: المجنونة والمغلوبة، قال في التذكرة: يجوز النظر إلى المجنونة والمغلوبة إلى جسدها من غير تعمد لقول الصادق: والمجنونة والمغلوبة لا بأس بالنظر إلى شعرها وجسدها ما لم يتعمّد ذلك، انتهى.

قلت: وتوضيح ذلك هو أنّ الظاهر من الرواية هو جواز النظر إلى جسد المجنونة من تحت الثياب لأنّه المتبادر من قوله «جسدها» ولكن لا يتعمّد بل إذا كان من باب المصادفة لأنّه لو كان عن قصد كان محلّ الريبة وإن كان عندي أنّ الحكم في المقام غير خاصّ بالمجنونة بل لو كان النظر إلى جسد العاقلة لا عن قصد لا إثم فيه ما لم يستمرّ النظر بأن يصرف نظره لو صادف النظر إلى جسد الأجنبية، اللهمّ إلا أن يقال: إنّ لو صادف نظره إلى المجنونة جاز الاستمرار أي استمرار النظر.

وبالجملة فالظاهر تقيّد جواز النظر إلى جسد المجنونة أن يكون من غير

ربية ولا فتنة، والله أعلم.

إيضاح: على الظاهر المصرّح به بين الأصحاب هو جواز نظر الرجل إلى مثله شاباً كان أو شيخاً، قبيح الصورة أو حسناً، إلى جميع جسده عدا العورة ولكن جواز النظر مشروط بأن لا يكون لريبة، والظاهر أنّ الحكم متفق عليه بل عليه الإجماع بقسميه بل الظاهر أنّ الحكم من ضروريّات الدين بل لا ينبغي الإشكال فيه كما لا يخفى، وحيث إنّ الحكم من الواضحات لزم الاقتصار في الكلام كما هو واضح فإنّه يجوز أن ينظر الرجل إلى جميع جسد غيره من الذكور بشرط عدم الريبة عرياناً وغير عريان عدا العورة فإنّه محرّم النظر إليها إجماعاً ونصاً كما لا يخفى، وكذلك نظر المرأة إلى مثلها المسلمة سواء كانت شابة أو عجوز بلا خلاف في ذلك، بل السيرة بين المسلمين قديماً وحديثاً، بل الظاهر أنّ الحكم من ضروريّات الدين فلا ينبغي الإطالة فيه، والاحتياج إلى أصالة الإباحة وغيره من الأدلّة.

نعم ينبغي التنبيه على شيء وهو أنّه هل يجوز نظر المشركة إلى المسلمة أم لا؟
وجهان، بل قولان:

الأول: الجواز وهو على الظاهر أنّه قول الأكثر بل قيل إنّ المشهور بين الأصحاب ذلك، وقيل بعدم جواز نظر المشركة إلى المسلمة وهي متجرّدة بل ولا إلى وجهها وكفيها وهو المحكي عن الشيخ في التبيان والطبرسي والراوندي.

قلت: ولا ريب بكون الأقوى هو الجواز تمسكاً بالأصل السالم عن المعارضة أعني أصالة الإباحة، وللسيرة المستمرة من جواز ذلك من غير حرج ولا منع، ولأنه لو كان محظوراً لوصل إلينا النهي عنه ولم نجد وما هو إلا لعدم الحرمة كما هو واضح، والله أعلم.

حجة القول الثاني ما ذكره الشهيد في المسالك، قال: وإطلاق المصنف جواز نظر المرأة إلى مثلها يشمل المسلمة والكافرة، والمشهور أن الحكم كذلك على العموم ولكن ذهب الشيخ في أحد قوليهِ إلى أن الذمّة لا تنظر إلى المسلمة حتّى الوجه والكفّين لقوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ ذِيَّاهُنَّ﴾ والذمّة ليست منهنّ، وعلى قوله ليس للمسلمة أن تدخل مع الذمّة إلى الحّمّ والأشهر الجواز، وأنّ المراد نساءهنّ من في خدمتهنّ من الحرائر والإماء فيشمل الكافرة، انتهى.

قلت: وقد أورد بعض الأصحاب ما قد يستفاد منه قوّة هذا القول وهو ما رواه ابن أبي عمير عن حفص بن البختری عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا ينبغي أن تكشف بين يدي اليهوديّة والنصرانيّة فإتّهنّ يصفن ذلك إلى أزواجهنّ.

وفيه: إنّ الرواية لا تدلّ على المدعى حتّى على القول بأنّ المراد من الكراهة الحرمة التي هي خلاف المعنى الحقيقي، بل غاية ما تدلّ على الكراهة لمكان قوله «لا ينبغي» على أنّه قد عرفت أنّ المشهور على خلافها. وبالجملة إنّهُ لو لم

يكن في ردّ هذا القول إلا السيرة لكفى، ضرورة أنّ السيرة على خلافها في جميع الأعصار والأمصار من غير نكير من العارف وغيره، فمن هذا كله تعرف قوّة قول المشهور من جواز نظر المرأة إلى مثلها كافرة كانت أو مسلمة، وإن كان التوقّي أولى، والله أعلم بأحكامه.

فائدتان:

الأولى: لا خلاف بين الأصحاب بل بين كافّة العلماء في جواز نظر الرجل إلى جسد زوجته ظاهره وباطنه، حتّى العورة، وإن كان على كراهة حال الجماع، بل الظاهر أنّ الحكم من ضروريّات المذهب بل الدين، سواء كان بالتلذذ وبغيره، ولا ينبغي إطالة الكلام في هذا الحكم لأنّه من الواضحات، ولأنّ سيرة رؤساء الإسلام عليه، ومن هنا تركنا جملة من الأدلّة الدالّة عليه لكونه من الأمور المسلّمة، وكذلك صورة العكس وهو جواز نظر المرأة إلى جسد زوجها ظاهره وباطنه حتّى العورة وهو ممّا لا ريب فيه أيضاً.

الفائدة الثانية: جواز نظر الرجل إلى محارمه وهي أمّه وأخته وخالته وعمّته وبنات الأخت وبنات الأخ وجدّاته من قبل الأب أو الأمّ.

أقول: أمّا جواز النظر إلى الوجه والكفّين فلا خلاف فيه بين المسلمين، وأمّا جواز النظر إلى سائر جسدها عدا العورة فقد نفى الخلاف عنه غير واحد بل عن كشف اللثام الاتفاق عليه، بل حكى الإجماع عليه. قال شيخنا في الجواهر:

إنه من الضروريات.

وقيل بعدم جواز النظر إلى الوجه والكفين والثدي لإمساس الحاجة له،
وأما باقي الجسد ففيه خلاف كما هو المحكي عن الفاضل السيوري.

قلت: وظاهر عبارته وجود القائل في المنع.

القول الثالث وهو جواز النظر إلى خصوص المحاسن وظاهره عدم الجواز
في سائر بدنها.

والأقوى هو ما عليه المشهور من جواز النظر إلى جميع جسدها عدا العورة،
والذي يدل عليه أمور:

الأول: الأصل.

الثاني: السيرة المستمرة من عدم الامتناع عن النظر إلى جسد المحارم جميعه
عدا العورة.

الثالث: الأخبار التي قد وصفها غير واحد بأنها مستفيضة، منها صحيح
منصور بن حازم قال: سألته عن الرجل يخرج في السفر ومعه امرأته أيغسلها؟
قال: نعم وأمته وأخته ونحوهما، يلقي على عورتها خرقة.

قلت: والظاهر من قوله «ونحوهما» من المحارم مثل الأم والخالة والعمّة
وما شاكلهما، والظاهر من قوله «يلقي على عورتها خرقة» هو ليس راجع

للزوجة وما بعدها بل الظاهر اختصاصه بخصوص الأمة والأخت ونحوهما. وبالجملّة فإنّ الرواية لا ريب بصراحتها بالدعوى ضرورة عدم الفرق بين كونها ميتة أو حيّة فإنّه بعد ثبوت جواز النظر إلى جسدها وهي ميتة يثبت جوازه عند حياتها ويتمّ الحكم في باقي المحارم بالإجماع على عدم الفرق.

ومثل هذه الرواية أيضاً ما عن منصور بن حازم.

ومنها ما روي عن زيد الشحام قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ماتت وهي في موضع ليس معهم امرأة، قال: إن لم يكن فيهم معها زوج ولا ذو رحم دفنوها في ثيابها ولا يغسلونها، وإن كان معهم زوجها أو ذو رحم لها فليغسلها من غير أن ينظر إلى عورتها.

وهذه الأخبار كما تراها من وضوح الدلالة فلا ينبغي التوقف في الحكم من جواز النظر إلى جميع جسد محارمه عدا العورة لما عرفت من الأمر في وجوب إلقاء خرقة على العورة لأنّ النظر يحرم إليها والظاهر اختصاص هذا الحكم بخصوص المحارم دون الزوجة ولو لم يكن النظر جائز لما صحّ الغسل، وكذلك جواز المسّ من غير إشكال ولا ريب، وكذلك صورة العكس وهو جواز نظر النساء المحارم إلى الرجل والظاهر أنّه ممّا لا ريب فيه، وكلّمنا قلناه في جواز نظر الرجل إلى محارمه فهو جار هنا.

مضافاً إلى ذلك جملة من الأخبار، منها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام

عن الرجل يموت وليس عنده من يغسله إلا النساء، قال: تغسله امرأته أو ذات قرابة له إن كانت له، ويصبّ النساء عليه الماء، الحديث، ومثله غيره، والظاهر أنّ الحكم لا إشكال فيه.

حجّة القول الثاني - على ما قيل - إنّ بدنهنّ عورة، والعورة لا يجوز النظر إليها، خرج من ذلك ما وقع الاتفاق عليه وهو خصوص الوجه والكفين والثدي للعسر والخرج فيبقى الباقي تحت صورة المنع.

قلت: وهو كما تراه لعدم التسليم أنّ بدن النساء المحارم عورة بعد ما عرفت من تصريح الأخبار في جواز النظر إليهنّ.

حجّة القول الثالث على ما قيل هو الجمع بين قوله تعالى ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ أَوْ أَبْنَائِهِنَّ أَوْ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ بَنَاتِ إِخْوَانِهِنَّ أَوْ نِسَائِهِنَّ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ أَوِ الطِّفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَى عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ فإنّها صريحة بجواز إبداء الزينة لمن ذكر فيبقى الباقي من جسدها تحت المنع من قوله ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾.

قلت: وفيه: إنّ جواز إبداء الزينة لمن عرفت من الآباء وغيرهم لا يقضي بحرمة النظر إلى باقي جسدها كما هو واضح، وبين رواية أبي الجارود في تفسير عليّ بن إبراهيم عن أبي جعفر عليه السلام في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا

ظَهَرَتْهَا ﴿فهو الثياب والكحل والخاتم وخضاب الكفّ والسوار، ثم قال: والزينة ثلاثة: زينة للناس وزينة للمحرم وزينة للزوج؛ فأما زينة الناس فقد ذكر، وأما زينة المحرم فموضع القلادة فما فوقها والذملج فما دونه، والخلخال وما أسفل، وأما زينة الزوج فالجسد كله.

قلت: وهي كما تراها من تخصيص زينة المحرم التي لا تشمل للجسد ولكن قد أعرض عن ظاهرها المشهور بل قد عرفت أنّ السيرة على خلافها.

وبالجملة فإنّ الأقوى هو جواز النظر إلى المحارم عدا الفرج خاصة، نعم لا يكون النظر بالريبة فلو كان بالريبة حرم النظر إجماعاً لمكان الريبة كما هو واضح، والله أعلم.

مسألة

نظر الرجل إلى المرأة الحرّة الأجنبية على قسمين:

الأول: إلى جسدها.

الثاني: إلى الوجه والكفين خاصة.

أما الأوّل فالظاهر أنّه لا ريب ولا إشكال بعدم الجواز. قال الشهيد في المسالك: تحريم النظر إلى المرأة الأجنبية فيما عدا الوجه والكفين موضع وفاق بين المسلمين، ولا فرق فيه بين التلذذ وعدمه، ولا بين خوف الفتنة وعدمه، انتهى.

قلت: بل الظاهر أنّ الحكم لا خلاف فيه بين المسلمين بل هو من ضروريات المذهب بل الدين، والذي يدلّ عليه من الأخبار ما روي عن عليّ بن عقبة عن أبيه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: النظر سهمٌ من سهام إبليس مسموم، وكم من نظرة أورثت حسرة طويلة.

وما روي عن أبي زيد العطار عن بعض أصحابنا قال، قال أبو عبد الله عليه السلام: إياكم والنظر فإنه سهمٌ من سهام إبليس.

إلى غير ذلك من الأخبار التي منها ما رواه سعد الإسكافي عن أبي حفص قال: استقبل شابٌ من الأنصار امرأة من الأنصار وكان النساء يتقنصن خلف آذانهنّ، فنظر إليها وهي مقبلة، فلمّا جاوزت نظر إليها ودخل في زقاق قد سمّاه بني فلان فجعل ينظر خلفها، فاعترض وجهه عظم في الحائط وزجاج فشقّ وجهه، فلمّا مضت المرأة نظر فإذا الدماء تسيل على ثوبه وصدره، فقال: والله لأتيت رسول الله وأخبرته. فأتاه، فلمّا رآه رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: ما هذا؟ فأخبره، فنزل جبرئيل بهذه الآية: ﴿قُلْ لِلْمُؤْمِنِينَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ وَيَحْفَظُوا فُرُوجَهُمْ ذَلِكَ أَزْكَى لَهُمْ إِنَّ اللَّهَ خَبِيرٌ بِمَا يَصْنَعُونَ﴾.

أقول: حيث إنّ الحكم من الواضحات تركنا ذكر الأدلّة من كتاب وسنة خوف الإطالة بها لا حاجة له.

وأما النظر إلى الوجه والكفين فقد قال في المسالك: وأما الوجه والكفان

فإن كان في نظرهما أحد الأمرين - أي الريبة أو خوف الفتنة - حرم إجماعاً وإلا ففي الجواز أقوال:

أحدها: الجواز مطلقاً على كراهة، واختاره الشيخ.

إلى أن قال: والثاني: التحريم مطلقاً، واختاره العلامة في التذكرة.

أقول: أما القول بالكراهة فقد حكي عن غير الشيخ أيضاً كما عن المفيد والحلبي والكركي وصاحب المدارك في شرح الشرايع وغيرهم جماعة بل قيل إنه خيرة الأكثر، وعن الصيمري أنه مذهب الأكثر.

وأما القول الثاني فهو محكي عن جماعة أيضاً غير العلامة كما عن ابن إدريس في السرائر، والإيضاح، وفقه الراوندي، بل قيل: إنه صريح الشيخ في النهاية. وقول ثالث وهو ما صرح به المحقق في الشرايع وهو جواز النظر مرة من دون معاودة، وهو المحكي عن العلامة في القواعد واللمعتين والتحرير والتلخيص.

فالأقوال في المسألة ثلاثة.

حجة القول الأول أمور:

الأول: الأصل وقد حكي التمسك به عن جماعة وهو عبارة عن البراءة.

الثاني: إطباق الناس في جميع الأعصار على أن النساء تخرج بادية الوجه

والكفّ وقد استند إليه جماعة من الأصحاب.

الثالث: إنّ كشف الوجه والكفّين ممّا تعمّ به البلوى والاستتار موجب للعسر والخرج لمزاولتهنّ البيع والشراء.

الرابع: ما حكى عن الكركي من الاستدلال به حيث قال: لانتفاء المقتضي وهو خوف الفتنة إذ لا كلام في التحريم معه.

الخامس: قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾ بعد القول بأنّ المراد من قوله «إلا ما ظهر منها» هو عبارة عن الوجه والكفّين.

قلت: وهذه الأدلّة يمكن المناقشة في بعضها كما هو غير خفيّ وينبغي التمسك في هذا الحكم في الأخبار الواردة في المقام، منها ما روي عن قرب الإسناد عن مسعدة بن زياد قال: سمعت جعفرًا عليه السلام وسُئِلَ عَمَّا تَظْهَرُ الْمَرْأَةُ مِنْ زِينَتِهَا، قَالَ: الْوَجْهَ وَالْكَفَّانَ.

وما رنواه عيسى بن مريوان بن عبيد عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قلت له: ما يحلّ للرجل أن يرى من المرأة إذا لم يكن محرّم؟ قال: الوجه والكفّان والقدمان.

قلت: وهذه الرواية قد استثنت القدمين ولم ينصّ عليهما الأصحاب لأنّ كلامهم في خصوص الوجه والكفّين.

وما رواه عليّ بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألته عن

الرجل ما يصلح أن ينظر إليه من المرأة التي لا تحلّ له؟ قال: الوجه والكفّان.

وعن بعض النسخ: الوجه والكفّ وموضع السوار.

وما رواه عليّ بن سويد قال، قلت لأبي الحسن الرضا عليه السلام: إنّي أبتلي بالنظر إلى المرأة الجميلة فيعجبني النظر إليها، فقال: يا علي، لا بأس إذا عرف الله من نيّتك الصدق، وإيّاك والزناء فإنّه يمحق البركة وينهك الدين.

أقول: والظاهر من قول السائل «إنّي أبتلي بالنظر إلى المرأة الجميلة فيعجبني» من جهة كثرة تردّد النساء إليه لكونه من أهل الصنایع الذين تكثّر مراجعة النساء إليهم كالصائغ والبزاز وغيرهما ممّا هو محطّ حوائج النساء فإنّه نرى ذلك بالوجدان سيّما في نساء أهل البوادي فإنّها تباشر أهل الصنایع وهي مكشّفة الوجه واليدين وفيهنّ الجميلة، فقوله «أبتلي» من جهة المعاملة معهنّ، فأجابه الإمام عليه السلام برفع البأس إذا علم الله من نيّتك أنّك لم تقصد ذلك وأنّه ليس نظرك إليها بسوء وإن كان الإعجاب يحصل لأنّه أمر قهري، وقد ذكر الأصحاب في هذه الرواية وجوهاً ومحامل كثيرة والأمر فيها سهل، والله أعلم.

ومن الأخبار ما رواه ابن محبوب عن جميل عن فضيل قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذراعين من المرأة هما من الزينة التي قال الله ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾؟ قال: نعم وما دون الخمار من الزينة، وما دون السوارين.

قال في الحدائق في تقريب هذه الرواية: قوله «ما دون الخمار» أي ما يستر

بالخمار من الرأس والرقبة فهو من الزينة، وما خرج من الخمار فهو من الوجه فليس منها، وما دون السوارين يعني من اليدين وهو ما عدا الكفين، إلى آخر كلامه.

وماروي عن أبي جعفر عليه السلام: خرج رسول الله صلى الله عليه وآله ومعه جابر بن عبد الله الأنصاري يريد فاطمة عليها السلام، فلما انتهى إلى الباب وضع يده عليه فدفعه ثم قال: السلام عليكم، فقالت فاطمة: وعليك السلام يا رسول الله، قال: أدخل؟ قالت: ادخل يا رسول الله، قال: أدخل ومن معي؟ قالت: ليس عليّ قناع، قال: يا فاطمة، خذي فضل ملحفتك فقنعي به رأسك، ففعلت، ثم قال: السلام عليك، فقالت: وعليك السلام يا رسول الله، قال: أدخل؟ قالت: نعم يا رسول الله، قال: أنا ومن معي؟ قالت: ومن معك.

قال جابر: فدخل رسول الله صلى الله عليه وآله ودخلت فإذا وجه فاطمة عليها السلام أصفر كأنه بطن جرادة، فقال رسول الله: مالي أرى وجهك أصفر؟ قالت: يا رسول الله، الجوع. فقال رسول الله: اللهم مُشْبِعُ الجوعِ ورافِعُ الضيعةِ أشجعِ فاطمة بنت محمد. قال جابر: نظرت إلى الدم ينحدر من قصامها حتى عاد وجهها أحمر، فما جاعت بعد ذلك اليوم.

وما روي عن أبي حمزة الثمالي عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن المرأة المسلمة يصيبها البلاء في جسدها إمّا كسر وإمّا جرح في مكان لا يصلح النظر

إليه ويكون الرجل أرفق بعلاجه من النساء، يصلح النظر إليه؟ قال: إذا اضطرتت فليعالجها إن شاءت.

والتقريب فيها أنه سئل عن النظر إلى مكان لا يصلح النظر إليه فلو كان بالوجه واهلكقين لم يقع السؤال عنه لمعلومية الجواز، والإنصاف أن مثل هذه الرواية خارجة عن محلّ البحث ضرورة أنه في الضرورة يجوز النظر وإنما الكلام فيما لو كان لا لضرورة ولكن بعض الأصحاب ذكرها وإلا فهي خارجة عن محلّ البحث كما لا يخفى.

وما روي عن أبي الحسن عليه السلام قال: مرّ أبو جعفر عليه السلام بامرأة محرّمة قد استترت بمروحة فأماط المروحة بنفسه عن وجهها.

قلت: ويمكن أن يقال في هذه الرواية بأن إحرام المرأة في خصوص وجهها فلا يجوز وضع شيء عليه فأراد الإمام إصلاح إحرامها وبيان الحكم الشرعي في الإحرام وفي المحرم.

والحاصل فإنّ الاستناد إلى مثل هذه الرواية في النفس منه شيء كما لا يخفى وقد وردت في المقام أخبار كثيرة ولا ريب أنّ ضعد سند بعضها مجبور بعمل الأكثر كما عرفت بل المشهور كما سمعت.

وبالجملة فإنّ الأقوى هو جواز النظر إلى وجه المرأة الأجنبية وكفّيها من غير ريبة لما عرفت من الأدلّة التي ذكرناها من نصّ وغيره، والله أعلم. وإن كان

مع هذا كله فإنَّ طريقة الاحتياط تقضي بتركه فإنَّ الارتكاب له في غاية الوهن على المتدين كما هو واضح.

فروع: اعلم أن الذي ذكرناه من حرمة النظر إلى الأجنبية إنما هو خاص بالرجل البالغ وأمَّا الطفل غير البالغ ولا قابل للتمييز فالظاهر أنه لا يجب التستر عنه.

قال الشهيد في المسالك: استثناء الصغير عن المميّز بالنسبة إلى المرأة وهو الذي لم يبلغ مبلغاً بحيث يصلح أن لا يحكي ما يرى لقوله تعالى: ﴿أَوْ الْطِفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ ولأنه بمنزلة سائر الحيوانات، انتهى.

قلت: بل الظاهر أن الحكم متفق عليه بين الاصحاح بل الإجماع بقسميه عليه بل السيرة بين المسلمين قاضية به، هذا كله في الطفل الغير مميّز. وأمَّا الطفل المميّز فإنَّ فيه تفصيل كما نصَّ عليه الشهيد في المسالك، قال: وأمَّا المميّز فإنَّ كان فيه ثوران شهوة فهو كالبالغ في النظر فيجب على الوليِّ منعه منه، وعلى الأجنبية الستر عنه وإلا ففي جوازه قولان من إيدان استيدان من لم يبلغ الحلم في الأوقات الثلاثة التي هي مظنة التكشّف والتبدّل دون غيرها بالجواز، ومن عموم قوله تعالى: ﴿أَوْ الْطِفْلِ الَّذِينَ لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ فيدخل غيره في النهي عن إبداء الزينة وهذا أقوى، والأمر بالاستيدان في تلك الأوقات لا يقتضي جواز النظر كما لا يخفى، انتهى.

قلت: ولا ريب أن الطفل إذا كان تحصل بالنظر منه ثوران الشهوة فهو كالرجل لحصول العلة الموجبة لحرمة النظر وهو ثوران الشهوة فيكون حاله حال الرجل البالغ ويكون أيضاً خارج عن قوله تعالى: ﴿أَوِ الْطِفْلِ الَّذِي لَمْ يَظْهَرُوا عَلَىٰ عَوْرَاتِ النِّسَاءِ﴾ والظاهر أن الحكم مسلم عند الأصحاب من غشير خلاف فيما بينهم. وأما الطفل الذي هو غير محل لثوران الشهوة فالظاهر من كلام الأصحاب جواز نظره ولا يجب على وليه منعه كما أنه لا يجب على المرأة التستر عنه لارتفاع العلة الموجبة للتستر وهي حصول الشهوة بالنظر فساوى في الحكم غير المميز، والظاهر أن الحكم لا خلاف فيه بين الأصحاب بل هو متفق عليه فيما بينهم.

فرع: قال الشهيد في المسالك: وكذا العوز المسنة البالغة حدّاً لا يقتضي الفتنة والتلذذ بنظرها غالباً على الأقوى لقوله تعالى: ﴿وَالْقَوَاعِدُ مِنَ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ﴾، انتهى.

قلت: وقد صرح بعدم حرمة النظر إلى العجوز جماعة من الأصحاب كالعلامة فيما حكى عنه في التذكرة، وثاني المحققين والكفاية وفاضل الحقائق، بل قد يظهر من السيد في الرياض دعوى الإجماع عليه تمسكاً بالكتاب الشريف. وبالجملة إن الحكم لا خلاف فيه بين الأصحاب وإنها الخلاف في الثياب المتضمنة لها الآية بقوله ﴿فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعْنَ ثِيَابَهُنَّ﴾ فإنه قيل: هي خصوص الخمار والجلباب، ويدل عليه ما روي عن ابن أبي عمير، عن

حمّاد، عن الحلبي، عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قرأ ﴿أَنْ يَضَعَنَّ ثِيَابَهُنَّ﴾ قال: الجلباب والخمار إذا كانت المرأة مسنة.

قلت: وهذان الخبران كما تراهما فإن الرخصة فيها عن خصوص الخمار والجلباب فلا يجوز النظر إليها مع إلقاء غير هذين ضرورة أن الشارع إنما رخص لها في إلقاء هذين فقط. والمراد من الخمار المقتنعة سميت بذلك لأنّ الرأس يخمر بها أي يغطّى وكلّ شيء يخمر به أي غطّته. والجلباب ثوب واسع أوسع من الخمار دون الرداء تلوثه المرأة على رأسها وتبقى منه ما ترسله على صدرها، وقيل: إنّ الجلباب الملحفة.

قلت: بل قد يظهر من بعض الأخبار هو خصوص الجلباب كما عن حمّد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَأَلْقَوْاْ مِنْ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾ ما الذي يصلح لهنّ أن يضعن من ثيابهنّ؟ قال: الجلباب.

وما روي عن أبي حمزة الثمالي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: ﴿وَأَلْقَوْاْ مِنْ النِّسَاءِ الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا فَلَيْسَ عَلَيْهِنَّ جُنَاحٌ أَنْ يَضَعَنَّ ثِيَابَهُنَّ﴾ قال: تضع الجلباب وحده.

وعن أبي الصباح الكناني قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن القواعد من النساء ما الذي يصلح لهنّ أن يضعن من ثيابهنّ؟ قال: الجلباب إلا أن تكون أمة فليس عليها جناح أن تضع خمارها.

قلت: ولكن الذي يظهر من كلام الأصحاب هو جواز وضع جميع ثيابهنّ بحيث يخرج شعرها بل جميع جسدها عدا العورة أخذاً بإطلاق وضع الثياب، والأخبار قد عرفت ما فيها من اختصاصه بخصوص الخمار وحده أو الجلباب وحده.

أقول: يمكن حمل هذه الأخبار على الاستحباب - أي استحباب وضع الخمار والجلباب للعجوز - ويجوز وضع مطلق الثياب فإنّه لا يمنع ذلك أي كون المستحبّ هو خصوص الخمار والجلباب وجواز وضع باقي الثياب، وهذا الحمل قد حكي أيضاً عن بعض بل قد يظهر من بعض الأخبار كما قد ادّعى غير واحد ذلك وبالظاهر أنّه جمع حسن بين الأخبار وكلام الأصحاب.

وبالجملة فإنّه بعد ضمّ الأخبار بعضها إلى بعض وإطلاق الكتاب الشريفش قاض بجواز النظر إلى العجوز إلى شعرها وكفّيها والذراعين منها بل ما دون ذلك، ولكن غير متبرّجات بزينة كالخلي والثياب الجدد.

أقول: ويمكن أن يدّعى أنّه قد يكون عجوز كالشابة في حصول الشهوة لأنّ حالات النساء كالرجال بل هنّ أعظم فقد تكون عجوز وإن طعنت في السنّ كالشابة في الشهوة فعندها الظاهر عدم جواز إلقاء الثياب لها ويجب عليها التستر، وقوله عزّ من قائل: ﴿الَّتِي لَا يَرْجُونَ نِكَاحًا﴾ هي خلافها فتكون العجوز بناء على ما ذكرناه مرّة ترجو النكاح وإن طعنت في السنّ فهي حيثنذ لا يجوز لها

إلقاء الثياب وحرمة النظر إليها، وأخرى لا ترجو النكاح وهي المصرح عنها في الكتاب الشريف من أتمها تلقي الثياب ويجوز النظر إليها.

وفي عبارة أخرى: إن المدار على حصول العلة فيهن المحرمة للنظر وهي الشهوة وعدمها؛ فإن من كانت فيهن الشهوة فلا ريب بحرمة النظر إليها وإن طعنت في السن، وإن من لم تكن فيها العلة جاز النظر إليها، وما ذكرناه لا ينافي منطوق الكتاب الشريف، والله أعلم.

فرع: قال الشهيد في المسالك: ولا بد من استثناء الصغيرة التي ليست مظنة الشهوة من الحكم، انتهى.

أقول: الظاهر أن هذا الحكم لا خلاف فيه بين الأصحاب بل السيرة المستمرة قاض به قديماً وحديثاً فإنه لا يتناهون عن النظر إلى الصغير لانتفاء السبب الموجب للتحريم وهو حصول الشهوة التي هي المناط في التحريم كما هو واضح.

وفي جواز النظر إلى عورة الصغيرة إذا لم تبلغ خمس سنين وجوه:

الأول: الحرمة تمسكاً بإطلاق حرمة النظر إلى العورة.

الثاني: الجواز تمسكاً بأصالة الإباحة بعد صرف الإطلاق إلى البالغة أو ما يحصل بالنظر إليه تلذذاً.

الثالث: التفصيل؛ فإن كان يحصل للناظر تلذذ فيحرم وإلا فلا حرمة، والله

أعلم.

فرعٌ: الظاهر أنّ النظر المحرّم إلى الأجنبية إنّما هو لو قصد النظر أمّا لو كان النظر مصادفة لا عن قصد فالظاهر أنّه لا إثم بذلك وإن حصل التلذّذ بها إجماعاً، ولأصل، ولأنّ الحرمة إنّما هو معلّقة على القاصد أمّا الغافل والساهي وغير القاصد فلا إثم عليه إذ لا أثر لها شرعاً لحديث رفع القلم، والله أعلم.

فرعٌ: اعلم أنّه كما يجوز نظر الرجل إلى المرأة الأجنبية كذلك العكس وهو عدم جواز نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بمعنى أنّه ليس بزواج ولا ذو رحم، والظاهر أنّ حرمة نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي ممّا لا خلاف بها بين الأصحاب كما قد صرح بذلك فاضل الحدايق، وعن المستند دعوى عدم القول بالفصل من أنّه كلّ من قال بحرمة نظر الرجل إلى المرأة الأجنبية قائل بحرمة نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي بل ادّعى صاحب الرياض الإجماع على اتّحاد حكمها. نعم في محكي التذكرة أنّ المنع من نظر المرأة إلى الرجل قول جماعة من علمائنا فيظهر منه أنّ المسألة ليس محلاً للإجماع بل هي محلّ خلاف، قال: ومنع جماعة من علمائنا نظر المرأة إلى الرجل كالعكس.. إلى آخر كلامه.

قلت: إلا أنّ الظاهر عدم الخلاف في حرمة نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي تمسكاً بقوله عزّ وجلّ: ﴿وَقُلْ لِلْمُؤْمِنَاتِ يَعْضُضْنَ مِنْ أَبْصَرِهِنَّ﴾ ﴿خرج منه جوازه للمحرم من الرجال بإجماع المسلمين فيبقى الباقي من الرجال متعلّق للأمر بوجوب الغضّ عنهم وبذلك أخبار أيضاً كما عن عقاب الأعمال أنّه قال النبيّ ﷺ: اشتدّ غضب الله على امرأة ذات بعل ملأت عينها من غير زوجها

وغير محرم منها فإتّها إن فعلت ذلك أحبط الله عزّ وجلّ كلّ عمل عملته.

وما روي عن الكليني عن عدّة من الأصحاب عن أبي عبد الله عليه السلام قال: استأذن ابن أمّ مكتوم على النبي صلى الله عليه وآله وعنده عائشة وحفصة، فقال لهما: قوما فادخلا البيت، فقالتا: إنّه أعمى، فقال صلى الله عليه وآله: إن لم يراكما فإنّكما تريانه.

والمرسل عن أمّ سلمة قالت: كنت عند رسول الله صلى الله عليه وآله وعنده ميمونة، فأقبل ابن أمّ مكتوم وذلك بعد أن أمر بالحجاب، فقال: احتجبا، فقلنا: يا رسول الله، أليس أعمى لا يبصرنا؟! فقال: وأنتما لستما تبصرانه!؟

ومن الأخبار التي هي لا يبعد دلالتها على الدعوى بل هي ظاهرة في ذلك تجويز نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي عند علاجه لو كان في بدنه جرح أو غير ذلك وحيث كان التجويز للضرورة يعلم منه عدم الجواز في صورة الاختيار وبذلك تتمّ الدعوى.

وكذلك ما روي عن سيّدة النساء فاطمة عليها السلام أنّها قالت: خير النساء أن لا يرين الرجال ولا يراهنّ الرجال. ولا ريب أنّ عطف ما هو محرّم بالنصّ والإجماع يقضي بكون المعطوف عليه مساوي له في الحكم على أنّ الظاهر من قولها خير النساء إلى آخره أي الملتزم بالأحكام الشرعيّة ممّا يحلّ ويحرم. وبالجملة فإنّه يكاد يحصل القطع من مجموع ما ذكرناه بحرمة نظر المرأة للرجل الأجنبي. والعجب من بعض المعاصرين بعد أن كان ظاهره فتواه على جواز نظر المرأة إلى

الرجل الأجنبي، قال: ويساعد عليه سيرة المسلمين فإنّ النسوان ينظرون إلى ما عدا عورة الرجل من غير نكير.

أقول: ودعوى هذه السيرة من أعجب الأعاجيب لأمتها مخالف للكتاب والسنة وسيرة أهل الدين وإن وقع ذلك بين الأعراب وأهل البوادي فهو ناشئاً من عدم العلم بالحكم أو عدم المبالاة بالحكم الشرعي.

وبالجملة فإنه لا يكاد يخفى من قوّة القول بحرمة نظر المرأة إلى الرجل الأجنبي، والله هو العالم.

فرعٌ: فهل يستثنى من ذلك جواز نظر المرأة إلى كفيّ الأجنبي ووجهه؟
وجهان:

الأول: نعم وقد صرح بذلك جماعة من أنّه كما يستثنى من المرأة الوجه والكفين فكذلك يستثنى من الرجل الوجه والكفين.

والثاني: عدم الجواز وهو الأقوى تمسكاً بإطلاق الأدلة وعمومها وقياسها على المرأة لا وجه له لأنّ الفارق بينهما الدليل ضرورة أنّه كما عرفت سابقاً من تصريح الأخبار بجواز نظر الرجل إلى كفيّ المرأة ووجهها ولم نجد في صورة العكس اللهم إلا أن تقول أنّ المجوّز هو العسر والخرج وغير ذلك من الأدلة الواردة على هذا المنوال ولكن مع هذا فإنه لا ريب بأنّ الأحوط التجنّب، والله هو العالم.

فائدة: ورد في جملة من الأخبار النهي عن وضع الصبية الأجنبية في الحجر وتقبيلها كما عن مضمّر أحمد الكاهلي قال: سألته عن جويرية ليس بيني وبينها محرم فأحملها وأقبلها؟ فقال: إذا أتى عليها ستّ سنين فلا تضعها في حجرك.

وعن أحمد بن النعمان أنّه سأل أبا عبد الله عليه السلام فقال: جويرية ليس بيني وبينها رحم ولها ستّ سنين، فقال: لا تضعها في حجرك.

وما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا بلغت الجارية ستّ سنين فلا ينبغي لك أن تقبلها.

وما رواه هارون بن مسلم عن بعض رجاله عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال: إنّ بعض بني هاشم دعاه مع جماعة من أهله فأتي بصبية له فأدناها أهل المجلس جميعاً إليهم، فلما دنت منه سأل عن سنّها، فقليل: خمس، فتحاها عنه.

ومرسل عتبة قال: كان أبو الحسن الماضي عند محمّد بن إبراهيم والي مكة وهو زوج فاطمة بنت أبي عبد الله عليه السلام وكانت لمحمّد بن إبراهيم بنت يلبسها الثياب وتأتي إلى الرجال فيأخذها الرجل ويضمّها إليه، فلما تنأّت إلى أبي الحسن عليه السلام أمسكها بيديه ممدودتين، قال: إذا أتت على الجارية ستّ سنين لم يجوز أن يقبلها رجل ليس بمحرم ولا يضمّها إليه.

وفي بعضها: إنّ تقبيلها شعبة من الزنا.

إلى غير ذلك من الأخبار الناهي عن تقبيل البالغة ستّ سنين أو خمس.

ولكن الظاهر أنّ النهي محمول على الكراهة بقريته ما سبق من رواية زرارة من قوله «لا ينبغي» فإنّ النواهي الواردة في الأخبار تحمل عليه ولا ريب أنّ لفظ «لا ينبغي» إنّما هي لخصوص الكراهة كما هو واضح بل لا يبعد حرمة التقبيل لو حصل منه التلذذ والشهوة كما لا يخفى، والله أعلم بأحكامه.

مسألة

اعلم أنّه ما تقدّم بيانه من حرمة النظر إلى الأجنبية في صورة الاختيار فلو اضطرّ الرجل إلى النظر إليها أو إلى لمسها جاز النظر إليها وإن كانت أجنبية كالطبيب - مثلاً - بل حتّى لو توقّف العلاج إلى النظر إلى خصوص العورة جاز بل حتّى لمس العورة كما قد صرح به الشهيد في المسالك، قال: لو أمكن الطبيب استنابة المرأة أو محرم أو الزوج في موضع العورة في لمس المحلّ ووضع الدواء وجب تقديمه على مباشرة الطبيب. ثمّ قال: والأقوى عدم اشتراط إمكان المائل المساوي له في المعرفة أو فيما تندفع ولا يشترط في جوازه خوف فساد المحلّ.. إلى آخر عبارته.

وقال في الرياض: ويجوز النظر إلى العورة وغيرها ممّا عرفت تحريم النظر إليه عند الضرورة، وقد أطلق جماعة جواز النظر إلى العورة عند الحاجة والظاهر أنّ المراد به هو الضرورة.

أقول: الظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب جواز النظر إلى المرأة الأجنبية

بل حتى إلى العورة عند الضرورة بل قد صرح بعضهم بدعوى الإجماع وهو الحجّة مضافاً إلى النقل الوارد في طرق مختلفة منها قوله عليه السلام: ما من شيء حرمه الله إلا وقد أحله الله لمن اضطرّ إليه، فلا ريب بشموله للعورة ضرورة أنّها ممّا حرّم الله النظر إليها.

وقوله عليه السلام: وكلّمنا غلب الله عليه فهو أولى بالعدر.

إلى غير ذلك من الأدلّة المجوّزة لارتكاب المحرّم عند الضرورة فإنّه حصول الضرورة إليه يخرج عن كونه محرّماً فيبيحه الله فتكون الضرورة هي المبيحة في ارتكابه كما هو واضح، والله أعلم.

واعلم أنّه من الموارد التي يجوز نظر الرجل إلى الأجنبية لو أراد الشهادة عليها وكان لا يعرفها بعينها جاز النظر إليها لذلك وقد صرح بذلك جماعة من الأصحاب منهم المحقّق في الشرايع، والأخبار بالحكم المذكور مصرّحة منها ما روي عن عليّ بن يقطين عن أبي الحسن الأوّل، قال: لا بأس بالشهادة على إقرار المرأة ليست بمصفرة إذا عرفتها بعينها، وأمّا إذا كانت لا تعرفها بعينها ولا يحضر من يعرفها فلا يجوز للشهود أن يشهدوا عليها وعلى إقرارها دون أن تسفر وينظرون إليها. وهي كما تراها من وضوح الدلالة على جواز إبداء المحاسن من وجه وذراعين من الموجب لمعرفةها.

ومكاتبة الصفّار إلى أبي محمّد الحسن بن عليّ في رجل أراد أن يشهد على امرأة ليس لها بمحرّم هل يجوز له أن يشهد عليها وهو من وراء الستر يسمع

كلامها إذا شهد رجلان عدلان أنّها فلانة بنت فلان الذي تشهدك وهذا كلامها أو لا تجوز الشهادة حتى تبرز زينتها؟ فوقع عائلاً: تتنقب وتظهر.

قلت: هذه الرواية كما تراها فهي وإن كانت ظاهر بعدم جواز الإسفار إلا أنّها مكاتبة وهي ليس لها مقاومة فتوى الأصحاب على جاز الإسفار للشهادة على أنّه يمكن حملها على الاحتياط.

وبالجملة فإنّه لا يكاد يخفى جواز الاطلاع على المرأة الأجنبية للشهادة عليها ويكفي في ذلك ما تندفع به الحاجة من حصول معرفتها بالنظر إلى الوجه وحده أو مع الكفّين وغير ذلك وبالجملة فإنّ الحكم الظاهر أنّه لا إشكال فيه، والله أعلم بأحكامه.

فرعٌ: ذكر بعض الأصحاب أنّه هل يجوز النظر إلى فرج الزاني لأجل تحمّل الشهادة عليها في الزنا؟ قولان:

أحدهما: المنع وهو الذي صرح به شيخنا في الجواهر، قال: النظر إلى فرج الزاني لتحمّل الشهادة وإنّ الأقوى المنع كما عن التذكرة لأنّه نظر إلى فرج محرّم وليس لشهادة على الزنا عذر.

قلت: وحكي عن كاشف اللثام استقراب هذا القول، والقول الثاني الجواز وقد صرح بنفي البعد عنه الشهيد في المسالك، قال بعد أن ذكر القول بالمنع: والثاني الجواز واختاره في القواعد لأنّه وسيلة إلى إقامة حدّ من حدود الله تعالى

ولما في المنع من عموم الفساد واجتراء النفوس على هذا المحرّم وانسداد باب ركن من أركان الشرع ولم تسمع الشهادة بالزنا لتوقف تحمّلها على الإقدام إلى النظر المحرّم وإداسته لاستعلام الحال بحيث يشاهد الميل في المكحلة وإيقاف الشهادة على التوبة يحتاج إلى زمان يعلم منه الندم على عدم المعاودة فيعود المحذور السابق، وهذا القول ليس بذلك البعد، انتهى.

وقوّاه المحقق الثاني، والظاهر أنّ قوّته قويّة لأنّه لا ريب ولا إشكال في جواز تحمّل مطلق الشهادة سواء كانت في مال أو غيره، وحيث كان كذلك فلا فرق بين ما كان فيها إقامة حدّ أو غيره بل قد يستفاد من بعض الأخبار استحباب تحمّل الشهادة وهي لا يمكن إلّا بالاطّلاع على لرجيهما بأن يرى الميل في المكحلة وجواز تحمّل الشهادة قاض بجواز تحصيل اللوازم التي لا يمكن تحمّلها إلّا بها.

وبالجملة فإنّ الأقوى الجواز وإن كان الأحوط الترك ضرورة عدم وجوب تحمّل الشهادة وإنّما هو شيء راجح فإنّه له تركه، ومن هذا تعرف الكلام في الشهادة على فرج المرأة في الولادة والثدي بعد عدم إمكان تحصيل النساء لذلك كما لا يخفى، والله هو العالم بالأحكام.

مسألة

الكلام في نظر الخصي إلى المرأة المالك له، خلاف بين الأصحاب:

الأول هو القول بالجواز وهو المحكي عن العلامة في المختلف، قال فيما حكى عنه: لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ الشامل بعمومه للملك الفحل والخصي فإن فرض خروج الفحل بشبهه دعوى الإجماع فيبقى الباقي حجة في الباقي مع أن الشيخ ذكر في المبسوط ما يدل على ميله إلى جواز نظر المملوك مطلقاً وإن كان قد رجع عنه أخيراً وهذه عبارته: إذا ملكت المرأة فحلاً أو خصياً فهل يكون محرماً لها حتى يجوز له أن يخلو بها ويسافر معها؟ قيل فيه وجهان:

أحدهما وهو الظاهر أنه يكون محرماً لقوله تعالى: ﴿وَلَا يُدْرِكُ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾.

والثاني: وهو الأشبه بالمذهب أنه لا يكون محرماً وهو الذي يقوى في نفسي وهذا الكلام يدل على تردد وإن كان ميله أخيراً إلى التحريم، انتهى كلام العلامة فيم المختلف.

ثم قال في المختلف أيضاً: إذا ملكت المرأة فحلاً أو خصياً أو محبوباً لا يكون محرماً لها فلا يجوز أن يخلو بها ولا يسافر معها لإجماع الفرقة وطريقة الاحتياط، وأما الآية فقد روى أصحابنا أن المراد بها الإماماء دون العبيد الذكران وهو اختيار ابن إدريس. ثم قال: والحقّ عندي أن الفحل لا يجوز له النظر إلى مالكته، أما الخصي ففيه احتمال أقربه الجواز على كراهية للآية والتخصيص بالإماماء لا وجه له لاشتراك الإماماء والحرائر، انتهى.

قال فاضل الحدائق بعد نقل ما ذكرناه عن العلامة ما لفظه: أقول فيه: إنَّ ظاهر اختياره الجواز في الخصي للآية لمنعه تخصيصه بالماء بناء على ذلك شاملة بإطلاقها للفحل والخصي فمنعه الجواز في الفحل لا يظهر له وجه إلا أن يدعي إجماع على خروجه مع ظاهر عبارة الشيخ المتقدِّمة شمول الخلاف للفحل أيضاً والقول بجواز نظره.

أقول: الظاهر من كلامهم أن الخلاف بين الأصحاب في المقامين أعني جاز نظر الخصي إلى مالكته والفحل والواجب نقل الأخبار الوارد في هذا الباب والنظر فيها واستفادة الحكم منها ونسأله الفهم لكلام أهل بيت الرحمة، فمن الأخبار ما روي عن يونس بن عمّار ويونس بن يعقوب جميعاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يحلّ للمرأة أن ينظر عبدها إلى شيء من جسدها إلا إلى شعرها غير متعمّد.

قلت: ولا ريب أن الظاهر من هذه الرواية هو عدم جواز نظر العبد إلى مولاته سواء كان فحلاً أو خصياً تمسكاً بإطلاقها كما هو واضح.

وعن الكليني في رواية أخرى: لا بأس أن ينظر إلى شعرها إذا كان مأموناً. وأمّا رواية معاوية بن عمّار بطريقين كما نصّ عليه بعض الأصحاب: أحدهما صحيح، والثاني حسن، ولا ريب أن كلا الطريقين عندنا حجة، قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: المملوك يرى شعر مولاته وساقها، قال: لا بأس.

قلت: ولا ريب أن الساق هو ما كان فوق الكعب من الرجل فنفي البأس عن النظر إليه قاض بجوازه بما زاد عليه وكذلك من الذراعين للإجماع على عدم التفصيل.

وما روي عن موثق أبان بن عثمان قال: ألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك يرى شعر مولاته، قال: لا بأس.

وعن معاوية بن عمّار قال: كنّا عند أبي عبد الله عليه السلام نحواً من ثلاثين رجل إذ دخل أبي فرحب به أبو عبد الله عليه السلام فأجلسه إلى جنبه فأقبل إليه طويلاً ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: إن لأبي معاوية حاجة فلو خفّفتم، فقمنا جميعاً، فقال لي أبو عبد الله عليه السلام: ارجع يا معاوية، فرجعت، فقال أبو عبد الله عليه السلام: هذا ابنك؟ قال: نعم وهو يزعم أن أهل المدينة يصنعون شيئاً لا يحلّ لهم. قال: وما هو؟ قلت: المرأة القرشيّة والهاشميّة تركب وتضع يدها على الأسود وذراعها على عنقه. فقال أبو عبد الله: أما تقرأ القرآن؟ قلت: بلى. قال: اقرأ هذه الآية: ﴿لَا جُنَاحَ عَلَيْهِنَّ فِيءِ آبَائِهِنَّ﴾ حتى بلغ ﴿وَلَا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ قال: يا بني، لا بأس أن يرى المملوك الشعر والساق.

وموثق إسحاق بن عمّار قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أينظر المملوك إلى شعر مولاته؟ قال: نعم وإلى ساقها.

ومارواه الشيخ عن القاسم الصيقل قال: كتبت إليه أم علي تسأل عن

كشف الرأس بين يدي الخادم وقالت له إِنَّ شيعتك اختلفوا عَلَيَّ، فقال بعضهم لا بأس، وقال بعضهم لا يَحِلُّ، فكتب: سألت عن كشف الرأس بين يدي الخادم، لا تكشفني رأسك بين يديه فَإِنَّ ذلك مكروه.

قلت: والظاهر أن المراد من الخادم في المقام هو خصوص المملوك الشامل للفحل والخصي لما علم بالضرورة أَنَّ الخادم الذي هو ليس بمملوك لا يجوز له النظر إلى الحرّة وإن كان خادماً لها، وهذا واضح.

وبالجمله فَإِنَّ الرواية تدلّ على جواز تكشّف الرأس بين يديه أي وهو ينظر إليه، وحيث جاز ذلك على كراهة جاز لجميع الجسد لأنّه يتمّ في غير الرأس بالإجماع على عدم الفرق كما لا يخفى.

وما روي عن قرب الإسناد عن الحسين بن علوان عن جعفر عن أبيه أنّه قال: لا ينظر العبد إلى شعر مولاته.

وروى الشيخ في المبسوط - كما في الحدائق - أَنَّ النبيّ ﷺ أتى فاطمة بعبد وهبه لها وعلى فاطمة عليها السلام ثوب إذا قنّعت رأسها لم يبلغ رجليها وإذا غطّت به رجليها لم يبلغ رأسها، فلما رأى رسول الله ما تلقى قال: إِنَّه ليس عليك بأس إنّما هو أبوك وغلّامك.

وأنكر بعض الأصحاب ورود هذه الرواية من طرقنا بل قال: لم أجدها في كتب أخبارنا.

قلت: ويمكن تطبيقه على ما في الآية بعد أن يكون كان العبد ملك النبي ﷺ وقد وهبه لها بين النبي ﷺ الحكم وهو جواز نظر المملوك إلى مولاته مطلقاً سواء كان خصياً أو فحلاً.

قلت: وهذه الأخبار الدالة على جواز نظر العبد إلى شعر مولاته وساقها وخبر الصيقل الذي هو مروى عن سيدنا الهادي كما قيل من جواز تكشف الرأس بين يدي الخادم وغير ذلك مما هو صريح أو كالصريح بجواز نظره إلى مولاته على حدّ نظر سائر المحارم عدا الفرج وهو الظاهر من قوله تعالى: ﴿وَلَا يَبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ فإنّ بعض الأصحاب من خصّها بخصوص الإماء فلا تشمل الذكور وهو في غاية البعد كما قال في المسالك. ثم قال: وروى الكليني أخبار كثيرة بطرق صحيحة عن الصادق عليه السلام أنّ قوله ﴿مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾ شامل للمملوك مطلقاً.

قلت: بل ظاهرها إرادة الذكور خاصّة فلا تشمل الأنثى، بل يكاد يقطع الفطن اللوذعي بذلك لأنّ الآية الشريفة إنّما هي مسوقة لأجل بيان ما يحلّ نظر الرجال من المرأة، فقال جلّ من قائل: بعولتهنّ وآبائهنّ وإخوانهنّ.. إلى آخر الآية، وكذلك ما ملكته أيماهنّ أي من الرجال، ولو صرف إلى خصوص النساء لخرج الكلام عن البلاغة، على أنّه قليل الفائدة بل معدوم الفائدة، ضرورة أنّ الجارية يجوز لها النظر إلى مثلها، مولاتها كانت أم لا، لما ثبت من جواز ذلك في بدء الإسلام، ولم يتوقف فيه أحد من المسلمين، ولو كانت الآية الشريفة خاصّة

لخصوص جواز نظر الجارية إلى مولاتها كان من باب توضيح الواضحات.

وحيث عرفت ذلك علم أنّ الآية الشريفة ظاهرة بل هي نصّ بالدعوى أعني جواز نظر المملوك إلى مولاته وأنّ من جملة الأسباب الموجبة لجواز النظر هو ملك اليمين وإنّ حال العبد حال سائر المحارم بموجب ما دلّت عليه الآية الشريفة من جواز إبداء الزينة لطبقات منها ما ملكته اليمين وهو شامل للفحل والخصي وإن كان قد يزداد في جواز نظر الخصي إلى مولاته بدليل قوله ﴿أَوْ التَّبَعِينَ غَيْرِ أُولَى الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾.

قال في المسالك: والخصي إذا كان ممسوح الذكر مع الأنثيين لا يبقى له إربة مع النساء لأنّ الإربة هي الحاجة إليهنّ وهي منتفية عنه.

وبما روي في الصحيح عن محمد بن إسماعيل قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن قناع النساء الحراير لهنّ الخصيان، قال: كانوا يدخلون على بنات أبي الحسن عليه السلام ولا يتقنّون.

قلت: وهو دالّ على نظرهم إليهنّ لأنّ القناع هو ما يستر الوجه ولو كان محظوراً لنهاهم الإمام عليه السلام وبه يتمّ المطلوب، فمن هذا يعلم أنّ ما يحلّ لسائر المحارم النظر إليه يحلّ إلى العبد المملوك بلا فرق في ذلك بين الفحل والخصي، ولا المنظور إليه بين شعرها أو سائر بدنها عدا العورة على حدّكم المعطوف عليه في الآية الشريفة من الآباء والأبناء وغيرهما.

فمن هذا كله ظهر لك أن الأقوى هو جواز نظر المملوك إلى مولاته لما عرفت من الأخبار المتقدمة من جواز نظره إلى شعرها وساقها، وجواز تكشف الرأس بين يديه، وجواز إبداء الزينة كما في الآية الشريفة للآباء والأبناء والبعولة إلى آخره، ومنهم ملك اليمين، وإن كان في الخصي أقوى لما عرفت.

واعلم أنه كما يجوز نظر العبد إلى مولاته كذلك يجوز لها النظر إليه. هذا كله إذا كان في غير صورة الريبة وأما عندها فلا ريب في الحرمة.

واعلم أنه متى ما جاز النظر إلى المرأة جاز لمس المنظور بلا ريب قطعاً بلا ريب في ذلك فالعبد له أن يلمس مولاته، والله هو العالم بأحكامه.

مسألة

الكلام في نظر العبد إلى غير مولاته وهو على قسمين:

الأول: أن يكون العبد فحل.

والثاني: كونه خصياً.

أما الأول فالظاهر أنه لا خلاف في حرمة نظره إلى غير مولاته، والذي يدل عليه كلما دلّ على عدم جواز النظر إلى الأجنبية من كتاب وسنة وإجماع بلا وجدان ما يعارض هذه الأدلة. والحاصل فإنه لا ريب ولا إشكال بعدم جواز نظر العبد إلى الأجنبية كما أنه لا يجوز لها النظر إليه، والظاهر أن هذا الحكم لا ريب فيه ولا إشكال.

وأما الثاني أعني جواز نظر الخصي إلى غير مولاته فظاهر كلام الأصحاب هو الحرمة. نعم حكى عن ابن الجنيد في الأحمدي أنه كره ذلك وعبارته المحكيّة أنّه قال: روي عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن موسى عليه السلام كراهية رؤية الخصيان الحرّة من النساء حرّاً أو مملوكاً، انتهى.

قلت: وسكوته على ما تضمّنته الرواية ظاهر باختياره ولكن القول بالحرمة هو الأقوى تمسكاً بما دلّ على حرمة نظر الأجنبي فلا بدّ من حمل الكراهة الوارد في الرواية على الحرمة فإنّه شايع أي إطلاق لفظ الكراهة في الأخبار ويراد منها الحرمة، وإن أبيت هذا لزم طرح الرواية المزبورة لأنّه قد أعرض الأصحاب على ظاهر ما روي عن الإمامين عليه السلام بعد ثبوت صحّتهما، وكيف وقد عرفت الإرسال فيهما، ولا ريب أنّ الإعراض مسقط لهما عن درجة الاعتبار فلا تقاوم ما دلّ على الحرمة، وهو واضح، والله أعلم.

فائدة: اختلف الأصحاب في المراد من الخصيّ فإنّ ظاهر المحقق وغيره جماعة أنّه يشمل حتّى من بقي ذكره، وذهب جماعة أنّ المراد منه هو من قطع ذكره وخصيتاه، وهو صريح الشهيد والمسالك، والظاهر أنّ المجبوب هو مقطوع الذكر، وقد صرح جماعة من أهل اللغة أنّ الخصيّ هو مسلول الخصيتين، والظاهر أنّ المجبوب داخل في قسم الخصي.

وبالجمله فإنّ الظاهر من الخصي هو من لا ذكر له أو أنّ له ذكر ولكن لا منفعة له فيه من جهة الوطئ لأنّ المدار على عدم حصول الرجوليّة فيه بأيّ نوع

اتفق، والله أعلم بأحكامه.

فائدة: اعلم أنه قد استثنى الأصحاب من عدم جواز نظر الرجال إلى الأجنبية التابعين من الرجال غير ذوي الإربة فإنه يجوز لهم النظر إلى الأجنبية كما دلّت عليه الآية الشريفة بقوله: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ﴾ وإنما الخلاف في المراد من ذوي الإربة فالمحكي عن مجمع البيان أنه قال: واختلف في معناه فقيل: التابع الذي يتبعك ليسأل من طعامك ولا حاجة له في النساء؛ عن ابن عباس وقتادة وسعيد بن جبير وهو المروي عن أبي عبد الله عليه السلام.

وقيل: هو العين الذي لا إرب له في النساء لعجزه؛ عن عكرمة والشعبي.

وقيل: إنه الخصي المحبوب الذي لا رغبة له في النساء؛ عن الشافعي. ولم يسبق إلى هذا القول.

وقيل: إنه الشيخ الهيم لذهاب إربه؛ عن يزيد بن أبي حبيب.

وقيل: هو العبد الصغير؛ عن أبي حنيفة وأصحابه، انتهى ما عن مجمع البيان.

قلت: والإنصاف الرجوع في بيان معنى الآية الشريفة إلى أخبار أهل البيت فإنهم أعرف في مراد قول خالقهم والأخبار الوارد في المقام كثيرة، منها ما روي عن زرارة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُولِي الْإِرْبَةِ مِنَ الرِّجَالِ﴾ إلى آخر الآية الشريفة، قال: الأحق الذي لا يأتي النساء.

وموثق عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال: سألته عن ذوي الإربة من الرجال، قال: هو الأحمق المولى عليه الذي لا يأتي النساء.

وصحيح زرارة قال: سألته عن أولي الإربة فقال: الأحمق.

وما رواه في الوافي كما في الحدائق عن عبد الله بن ميمون القدّاح عن أبي عبد الله عليه السلام عن آبائه عليهم السلام قال: بالمدينة رجلان يسمّى أحدهما هيت والآخر مانع، فقالا لرجل ورسول الله صلّى الله عليه وآله يسمع: إذا اقتتحتم الطائف إن شاء الله فعليك بابنة غيلان الثقفيّة فإنّها شموع نجلاء مبتلة هيفاء شبناء، إذا جلست تثنت، وإذا تكلمت تغنت، تقبل بأربع وتدبر بثمان، بين رجلها مثل القدح. فقال النبي صلّى الله عليه وآله: لا أراكما إلا من ذوي الإربة، فأمر بهما رسول الله صلّى الله عليه وآله فغربا بمكان يقال له العربا، وكانا يتسوّقان في كلّ جمعة.

قال في الحدائق: قيل: والشموع كصبور المرأة الكثيرة المزاح، والنجلاء الواسعة العين، والمبتلة - بتقديم الباء الموحدة وتشديد التاء المثناة من فوق على وزن معظم الجميلة التامة الخلق لقطع حسنها على أعضائها أو التي يركب بعض لحمها على بعض ولا يوصف به الرجل، والهيف - بالتحريك - صفر البطن والخاصرة، والشنب - محرّكة - عذوبة في الأسنان أو نقط بيض فيها والتشني بالتاء المثناة والثاء المثلثة والنون عطف الرجلين، والمعنى أنّها إذا جلست صارت ذات انعطاف يريد أنّها في حالة قبائها رشيقة وموزونة القدّ، وتغنّت بالغين والنون بمعنى أنّها إذا تكلمت رجعت صوتها بحيث يطرب

الشاسماع، والظاهر أنه كناية عن حلاوة كلامها.

وقوله: تقبل بأربع وتدبر بثمان، فقد قيل: الأربع اليدان والرجلان، والثمان هي مع الكتفين والإليتين، والقدح هو كناية عن عظم استها. وقوله: يتسوّقان في كلّ جمعة، المراد أنّهما يأتیان السوق في كلّ يوم جمعة لأنّه يوم تجتمع فيه عمم الناس في المدينة.

قلت: والأمر في هذا كلّه سهل إنّما الكلام في تطبيق الرواية على المطلوب وهو أنّ ذوي الإربة هو الذي له حاجة في النساء وتتوق نفسه إليها، وغير ذي الإربة بضده فإنّه لا حاجة له في النساء فإذا علم أنّه غير صاحب إربة أي إرادة في النساء جاز له النظر إليهنّ تمسكاً بظاهر الآية الشريفة والله أعلم.

فائدة: الظاهر من كلام جمعة من الأصحاب هو عدم الخلاف في أنّ كلّما يجرم النظر إليه من الأجنبية يجرم لمسه وقد صرح بعدم الخلاف جماعة منهم شيخنا في الجواهر، قال: ثمّ لا يخفى عليك أنّ كلّ موضع حكمنا فيه بتحريم النظر فتحريم اللمس فيه أولى كما صرح فيه بعضهم بل لا أجد فيه خلافاً بل كالضروري، وعن العلامة في التذكرة قال: كلّ موضع يجرم فيه النظر فتحريم اللمس أولى لأنّه أقوى وأشدّ في التلذذ والاستمتاع من النظر ولهذا لا يبطل الصوم بالإنزال المستند إلى النظر ويبطل لو استند إلى الملامسة إلى آخر عبارته.

قلت: ولا ريب في حرمة لمس الأجنبية والذي يدلّ عليه أولاً: دعوى

ظهور الإجماع من عبارات بعض الأصحاب المؤيد بعدم الخلاف كما صرح به جماعة من الأصحاب.

الثاني: الأخبار الناهي عن لمس الرجل للمرأة الميِّتة وليس معها امرأة بل يغسلها من وراء الثياب.

فإن قلت: إنّه يمكن حمل الأخبار الناهي عن ذلك من جهة النظر لا من جهة اللمس فإنّ فيه أنّه لو كانا حرمة من جهة النظر لجاز تغسيل الأعمى الأجنبية وهو لا يجوز بإجماع الأصحاب وما هو إلّا من جهة حرمة المسّ.

وثانياً: فإنّ إطلاق الأخبار شامل للأعمى والمبصر وكذلك الأخبار الناهي عن تغسيل المرأة للرجل الأجنبي والأخبار من الطرفين كثيرة فراجعها في محلّها في باب تغسيل الميِّت ولا ريب في ظهورها في الدعوى والذي يدلّ على الحكم أيضاً جملة من الأخبار الناهية عن مصافحة المرأة الأجنبية، منها ما رواه أبو بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قلت له: هل يصافح الرجل المرأة ليست بذات محرم؟ قال: لا إلّا من وراء الثوب.

وما رواه ابن مهران قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مصافحة الرجل المرأة، قال: لا يحلّ للرجل أن يصافح المرأة إلّا امرأة يحرم عليه أن يتزوَّجها أخت أو بنت أو عمّة أو خالة أو بنت أخت أو نحوها، وأمّا المرأة التي يحلّ له أن يتزوَّجها فلا يصافحها إلّا من وراء الثوب ولا يغمز كفّها.

وما روي عن عبد الرحمن بن سالم الأشل عن المفضل بن عمر قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف مسح رسول الله صلى الله عليه وآله حين بايعهن؟ فقال: دعا بمركنه الذي كان يتوضأ فيه فصب فيه ماء ثم غمس فيه يده اليمنى فكلما بايع واحدة منهن فقال: اغمسي يدك فتغمس كما غمس رسول الله صلى الله عليه وآله فكان هذا مماسحته.

إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في بيان مبايعة النساء للنبي صلى الله عليه وآله، ومنها يعلم عدم جواز مماسة الرجل إلى المرأة الأجنبية وما عسى أن يقال أو قيل كما قد حكي ذلك عن المفاتيح من أن الأخبار الواردة بالمصافحة من وراء الثوب إنما هو من المصافحة بالشهوة، فتخرج المصافحة التي لا عن ريبة وشهوة فإتباعها دعوى لا شاهد عليها كما لا يخفى.

وبالجملة فإنه لا ريب ولا إشكال بعدم جواز مماسة الرجل إلى المرأة الأجنبية، وعلى الظاهر بعد..

والانفصال لا مدخلية له في الحكم.

قلت: والأقوى هو القول بالجواز تمسكاً بالأصل أعني الإباحة وأن وجوب الأمر بالغض بالآية الشريفة إنما هو عن المرأة ولا ريب أن يدها أو رجلها أو شعرها ليس هو المرأة المنهي عن النظر إليه، ولا أمر بالغض عنه بالخصوص ولأن المستفاد من مجموع الأدلة الدالة على الأمر بالغض والنهي عن النظر من جهة حصول الشهوة وهي متفتية في النظر إلى العضو المبان كما لا يخفى.

وبالجمله فإنَّ المستفاد من مجموع الأدلة إنّما يحرم النظر والمسّ إلى المرأة بعد تركيبها وإطلاق الاسم عليها ولا ريب بانتفاء ذلك في خصوص يدها المبانة أو رجلها أو غير ذلك من سائر بدنها، والله أعلم.

وأما حجّة القول بالتفصيل فقد حكى عن صاحب المتسند أنّه تمسّك بالأخبار الدالة على حرمة النظر إلى شعورهنّ الشامل للمتصل والمنفصل وبهيتّم المطلوب عنده.

قلت: وفيه أنّه لا يكاد يخفى أنّ النهي عن النظر إلى شعرها حال الاتصال فإنّه المتبادر فلا يتناول الشعر المنفصل، والظاهر أنّ المنصف لا يكاد يرتاب في ذلك. وبالجمله فإنّ الأقوى هو اششلقول بالجواز وإن كان الاحتياط يقضي بالتجنّب، والله أعلم بأحكامه.

إيضاحُ: الكلام في أنّه هل يجز النظر واللمس إلى الشعر الموصل به شعر غيرها كما أنّه لو أوصلت امرأة شعرها بشعر غيرها من النساء فهل يجوز لزوجهما النظر إليه ومسه وقد وردت في المقام أخبار كثيرة فلا بأس بسطرها والنظر فيها:

منها: مرسل الصدوق قال، قال عليه السلام: لا بأس بكسب الماشطة ما لم تشارط وقبلت ما تعطى، ولا تصل شعر المرأة بشعر امرأة غيرها، وأمّا شعر المعز فلا بأس بأن توصله بشعر المرأة.

وما رواه ثابت بن سعيد قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام: تجعل في رؤوسهنّ القرامل؟ قال: يصلح الصوف وما كان من شعر امرأة نفسها وكرهه للمرأة أن تجعل القرامل من شعر غيرها، الحديث.

وعن سليمان بن خالد قال، قلت له: المرأة تجعل في رأسها القرامل، قال: يصلح من الصوف وما كان من شعر المرأة نفسها وكره أنيوصل شعر المرأة بشعر غيرها، الحديث.

ومرسل ابن أبي عمير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: دخلت ماشطة على رسول الله صلى الله عليه وآله فقال لها: هل تركت عملك أو أقيمت عليه؟ فقال: يا رسول الله، أنا أعمله إلا أن تنهاني عنه فأنتهي عنه. فقال صلى الله عليه وآله: اعلمي فإذا مشطت فلا تجلي الوجه بالخرق فإنه يذهب بهاء الوجه، ولا تصلي الشعر بالشعر.

إلى غير ذلك من الأخبار فإن بعضها مصرحة بنفي البأس من توصيل الشعر بالشعر وأن المرأة تتزين لزوجها كما في رواية سعد الإسكاف وغيرها، ولا ريب أنه بعد النظر في مجموع تعرف أن الأقوى الجواز وأن الظاهر من الأخبار الدالة على المنع من جهة التدليس بعد ملاحظه قول النبي صلى الله عليه وآله لخصوص الماشطة وتصريح بعض الأخبار السابقة بالكراهة، فمن هذا كله يعلم أن الأقوى هو القول بالجواز على أنه بعد انفصاله عن المرأة يكاد يقطع أنه ليس من أجزاء المرأة بحيث يعدّ كيدها وغير ذلك من أجزاء بدنها كي يحرم النظر إليه ولمسه

مضافاً إلى هذا كله التمسك بإطلاق ما دلّ على استحباب تزيين المرأة لزوجها ولا ريب بكون إطالة الشعر في الراس من جملة الزينة في المرأة بل هو أعظمها، كلّ ذلك مؤيد بأصالة الإباحة ولم نجد ما يدلّ على المنع صريحاً كما هو واضح. فتلخص من مجموع ما ذكرناه هو جواز وصل الشعر بشعر المعز أو الصوف وكذلك جوازه لو كان بشعر امرأة أخرى لكن على كراهة كما نطقت به الأخبار. واعلم أنّ الكراهة إنّما هي لخصوص الموصلة فلا تلحق الزوج من نظره ولمسه، والله أعلم بأحكامه.

مسألة

اختلف أصحابنا في النظر إلى الخنثى المشكل لكّل من الرجل والمرأة ونظرها إلى الرجل والمرأة.

قال العلامة في التذكرة: الخنثى المشكل إن كان حرّاً لم يجز للرجل النظر إليه ولا للخنثى النظر إليه ولا يجوز للمرأة النظر إليها وبالعكس عملاً بالاحتياط وهو قول بعض الشافعية، وقال آخرون منهم بالجواز للرجل والمرأة ولها بالنسبة إليهما استصحاباً لما كان في الصغر حتّى يعلموا خلافه وليس بجيد لعموم الآية وإن كان أمّه فحكمه ما تقدّم، انتهى.

قلت: وبذلك صرح الكركي في جامع المقاصد.

أقول ومنه التوفيق: إنَّ الأقوى هو جواز نظر الرجل والمرأة إلى الخنثى وجواز نظر الخنثى إلى كلِّ واحد منهما، وتوضيح ذلك أنَّ الشارع إنَّما منع من نظر الرجل إلى المرأة المعلوم كونها كذلك والفرض أنَّ الخنثى لم يعلم أنوثيتها وفي عبارة هو الشكُّ في التكليف في الغضِّ ولا ريب أنَّ الشكَّ في التكليف مجراه البراءة، ومَّا حرَّرناه يعلم جواز نظر المرأة إليها ونظرها أي الخنثى إلى كلِّ واحد من الرجل والمرأة كما هو واضح وحيث عرفت جواز النظر إليها جاز لمس ما جاز نظره في حقِّ كلِّ واحد منهما، فعلى ما ذكرناه يجوز أن يغسل الرجل الخنثى المشكل وكذلك يجوز للمرأة تغسيلها لما عرفت من أنَّ المنع من مسِّ الرجل إلى المرأة المعلوم كونها امرأة والفرض أنَّ الخنثى لم يعلم كونها كذلك، وكذلك الحكم في جواز تغسيل المرأة لها، ومن هذا كلِّه تعرف الحكم في جواز تغسيل الخنثى لكلِّ من الرجل والمرأة، هذا كلِّه حتَّى لو وجد المماثل فإنَّه يجوز لكلِّ من الرجل والأنثى أن يغسل الخنثى لما عرفت، كما أنَّه يجوز للخنثى أن تغسل كلاً من الرجل والأنثى ضرورة أنَّ الرجل إنَّما كلَّف بالغضِّ عن المرأة والظاهر هو المعلوم كونها كذلك ولا ريب أنَّ الخنثى لم يعلم كونها أنثى فلا يشملها وجوب الغضِّ عنها قطعاً، وكذلك في صورة العكس، ويجري ذلك كلِّه في لمس كلِّ واحد منهما فإذا جاز النظر والمسِّ جاز تغسيل كلِّ واحد منهما للآخر كما هو واضح، والله أعلم.

مسألة

الكلام في وطى الرجل زوجته في دبرها أو المتمتع بها، فهل يجوز ذلك أم لا؟ وجهان بل قولان:

الأول: هو القول بالجواز على كراهة وقد نسبة الشهيد في المسالك إلى أكثر الأصحاب كالشيخين والمرضى وجميع المتأخرين، ونسبه إلى مالك بن أنس من فقهاء أهل السنة، وفي الحدائق المشهور الجواز على كراهة متأكدة.

قلت: بل حكى القول بالجواز عن مشهور الأصحاب بل يمكن تحصيل الشهرة، وعن التذكرة نسبته إلى علمائنا، وعن السرائر إلى فقهاء أهل البيت.

والقول الثاني: الحرمة، أعني حرمة الوطئ في الدبر وهو المحكي عن ابن حمزة والقميين والشيخ جمال الدين والسيّد ابن زهرة وجماعة غيرهم، وفي المسالك نسبة هذا القول إلى جماعة من علمائنا المتقدمين ومنهم ابن حمزة وهو خيرة أكثر علماء أهل السنة.

حجّة القول الأوّل أعني القول بالجواز أمور:

الأوّل: الأصل وهو عبارة عن أصالة البراءة من الحرمة أو الكراهة بناء على جريان البراءة في المكروهات، وقد صرح بهذا الاستدلال جماعة من الأصحاب.

الثاني: الإجماع كما حكى عن خلاف الشيخ وانتصار السيّد، والظاهر أنّ مثل

هذا حجة بعد جبره بالشهرة المحققة التي قد اعترف بها جملة من الأصحاب، بل ابن إدريس نسب الجواز إلى فقهاء أهل البيت ولا ريب بإفادة الغصن العموم ومن هنا بعض نسب دعوى الإجماع إلى ابن إدريس.

الثالث: من الأدلة ظاهر الكتاب الشريف وهو قوله: ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾، وقد قيل في تقريب الاستدلال أن لفظ «أتى» تفيد التعميم في المكان ولا ريب أن التعميم يفيد تعدد الأمكنة فإنه يقال: اجلس أنى شئت وأنى شئت أي أنت مخير في الجلوس في أي موضع شئت من الأمكنة فأى مكان اخترت قد أذنت به في الجلوس لاستفادته من لفظ «أتى» فتكون حينئذ الآية الشريفة دليلاً على جواز الإتيان في الدبر ضرورة أنه لا يتصور تعدد المكان في المقام إلا بذلك وبها يتم المطلوب.

وأما ما قيل من أن لفظ «أتى شئتم» تحمل على خصوص الوقت كما حكي ذلك عن الضحّاك وهو من أهل اللغة فإنه خطأ عند جميع أهل اللغة كما ذكر ذلك ابن زهرة بل الظاهر أن اختصاص «أتى شئتم» بالأماكن دون الوقت كما قد صرح بذلك السيّد في انتصاره وإن كان قد تأتي للزمان قليل.

وبالجملة فإنه يكاد يحصل القطع أن إجماع أهل اللغة أن لفظ «أتى» إنما هي غالباً لتعميم المكان دون الزمان.

قلت: ويؤيد ما عليه المشهور من دلالة الآية وأنها وارد في خصوص تعداد

المكان ما رواه الجمهور عن ابن عباس أن سبب نزول هذه الآية أن عمر بن الخطاب جاء إلى النبي ﷺ فقال: يا رسول الله، هلكت، وحكى وقوع هذا الفعل منه، فأنزل الله هذه الآية.

قلت: وبالجملة فإنه لا يكاد يشك بعد الاطلاع على كلام الأصحاب وسياق ظاهر الآية أن المراد هو الإتيان والوطئ في دبر الزوجة والظاهر أنه شامل للحرّة والأمة، وأمّا الأخبار الواردة في المقام الدالّ بظاهاها على الجواز فهي كثيرة من الفريقين وما ذكره في المسالك من استضعاف الأخبار فإنه لا وجه له فإن بعضها صحيح كما نصّ عليه العلامة وغيره، على أن الضعيف منها منجبر بالشهرة المحقّق بل الإجماع المحكي عن جماعة، والأصل كما عرفت. وبالجملة فإنّ الأخبار الدالّة على الجواز هي حجة عندنا بل عند كلّ الأصحاب، فمن الأخبار صحيح صفوان قال، قلت للرضاء عليه السلام: إن رجل من مواليك أمرني أن أسألك عن مسألة هابك واستحى منك أن يسألك، قال: ما هي؟ قال، قلت: الرجل يأتي امرأته في دبرها، قال: ذلك له. قال، قلت له: فأنت تفعل؟ قال: إننا لا نفعل ذلك.

وما رواه ابن أبي يعفور قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال: لا بأس إذا رضيت. قلت: فأين قول الله عزّ وجلّ: ﴿فَأْتُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ أَمَرَكُمُ اللَّهُ﴾؟ قال: هذا في طلب الولد، فاطلبوا الولد من حيث أمركم الله، إن الله يقول: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾.

قلت: وتفسير الآية في هذه الرواية واضح.

وخبر ابن أبي يعفور الآخر عن أبي عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في دبرها، قال: لا بأس به.

وما رواه البرقي مرفوعاً إلى ابن أبي عمير، قال: سألته عن إتيان النساء في أعجازهنّ، فقال: ليس به بأس وما أحبّ أن تفعله.

وفي موثق جعفر بن سوقة عمّن أخبره، قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أتى أهلها من خلفها، قال: هو أحد المائتين فيه الغسل.

وموثق حماد بن عثمان قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي المرأة في ذلك الموضع وفي البيت جماعة، فقال لي ورفع صوته: قال رسول الله صلى الله عليه وآله: من كلّف مملوكه ما لا يطيق فليعنه، ثمّ نظر في وجه أهل البيت ثمّ أصغى إليّ فلقال: لا بأس به.

قلت: ولا ريب أنّ المنع أولاً كان من أجل التقية لظهور الرواية في ذلك.

وما روي عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام وقد ذكر عنده إتيان النساء في أدبارهنّ، فقال: ما أعلم في القرآن آية أحلت ذلك إلاّ واحدة: ﴿إِنَّكُمْ لَتَأْتُونَ الرِّجَالَ شَهْوَةً مِّنْ دُونِ النِّسَاءِ﴾.

قلت: والظاهر تعميم جواز إتيان النساء قبلاً ودبراً.

إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في الاستشهاد في الآية الشريفة بقوله ﴿نَسَاؤُكُمْ حَرْتُ لَكُمْ فَأَتُوا حَرَّتَكُمْ أَنِّي شِئْتُمْ﴾ عند السؤال عن الوطئ في الدبر وهذه الأخبار كما تراها صريحة الدلالة في جواز الإتيان في الدبر، وضعف سند بعضها لا يقدر بعد تحقق الشهرة على مضمونها بل الإجماع المنقول كما هو واضح، فمن هنا تعرف سقوط مناقشة بعض الأصحاب في هذه الأخبار ولم يستند إلى طائفة منها على أنه قد عرفت أن في الأخبار الصحيح والمؤثق الذي لا ريب بوجود الأخذ به عند محققي الأصحاب.

ومما يؤيد هذا القول أعني القول بالجواز، قوله تعالى: ﴿أَتَأْتُونَ الذُّكْرَانَ مِنَ الْعَالَمِينَ * وَتَذَرُونَ مَا خَلَقَ لَكُمْ رَبُّكُمْ مِنْ أَزْوَاجِكُمْ بَلْ أَنْتُمْ قَوْمٌ عَادُونَ﴾. قال الشيخ في الخلاف: فنهى عن إتيان الذكران وعابهم على ترك مثله من أزواجهم فيثبت أنه مباح.

قلت: والإنصاف أن في هذا التقريب نظر واضح لإمكان ذمهم على إتيان الذكران ولهم عوض عنه بوطئ النساء بالفروج فتخرج الآية عن الدلالة على محل الدعوى.

ومن المؤيدات لهذا القول أيضاً قوله ﴿بَنَاتِي هُنَّ أَطْهَرُ لَكُمْ﴾ ووجه الاستدلال بها كما قيل أن لوط عليه السلام علم رغبة قومه في الدبر فتكون الإذن والترغيب في بناته إلى ما هو مرغوب لهم وهو خصوص الدبر وبها تتم الدعوى.

قلت: ويمكن أن يقال فيه ما تقدّم أو أنّ جواز الإتيان في الدبر في هذه الآية كان في شرع غيرنا فلا يكون دليلاً على جوازه في شرعنا.

وفيه: إنّه ما كان حلال في خصوص أحكام النكاح فهو حلال في شرعنا. ومن المؤيّدات قوله تعالى: ﴿فَاعْتَرَلُوا نِسَاءَ فِي الْمَجِيضِ﴾ ووجه التقريب أنّه أمر بالاعتزال للزوجة مكان الحيض خاصّة فدلّ أنّ ما عداه جائز فيشمل الدبر.

ومن المؤيّدات كما عن العلامة في التذكرة بقوله: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَأَحْلَلْ لَكُمْ مَا وَرَاءَ ذَلِكَ﴾ قال: وتحليل الأعيان يستدعي إباحة كلّ المنافع المتعلقة بها في الوطئ.

وقيل في ردّها: إنّ الآية الشريفة إنّما هي مسوقة لحرمة العقد على المذكورات ومن يجوز العقد عليها للوطئ وأمّا بيان حليّة الوطئ بمكان دون الآخر فهي من هل لخصوص أجنبيّة فلا تدلّ على الدعوى.

ومن المؤيّدات لهذا القول أيضاً قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ﴾ إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمنهم فإنّهم غير ملومين، وتقريب الاستدلال أنّه أمر بحفظ الفرج إلّا الزوجة وهو يشمل القبل والدبر لأنّ الدبر يطلق عليه اسم الفرج وبذلك تتمّ الدعوى.

قلت: وهذه المؤيّدات التي ذكرناها لا يبعد تماميّة بعضها على أنّ القول

بالجواز هو مخالف لكافة الفقهاء عدا مالك كما نصّ عليه جملة من الأصحاب وقد عرفت الأمر بالأخذ على ما عليه الأصحاب ولو لم يكن دليل على الجواز إلا مخالفة الفقهاء لكفى به دليل فكيف وقد عرفت أنّ الأخبار مصرّح بالجواز الموافق للأصل وعلى مضمونها شهرة فتوى الأصحاب بل الإجماع كما قد سمعت الحكاية له على الجواز. وبالجملة فإنّه يكاد يحصل القطع بعد ملاحظة ما ذكرناه أنّ القول بجواز وطئ الزوجة في دبرها، والله أعلم بأحكامه.

حجّة القول بالحرمة ما رواه الصدوق في الفقيه رسلاً عن النبي ﷺ أنّه قال: محاش نساء أمّتي على رجال أمّتي حرام. واقتصر عليه في الفقيه ولم ينقل من الأخبار الدالّة على الجواز ومن هنا نسب الأصحاب إليه القول بالحرمة.

ومن الأخبار ما روي عن سدير قال: سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول، قال رسول الله ﷺ: محاش النساء على أمّتي حرام.

وعن أبي بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يأتي أهله في دبره، فكره ذلك وقال: وإياكم ومحاش النساء. وقال عليه السلام: ﴿نِسَاؤُكُمْ حَرْثٌ لَكُمْ فَأَتُوا حَرْثَكُمْ أَنَّى شِئْتُمْ﴾ أي ساعة شئتم.

إلى غير ذلك من الأخبار بل في بعضها كما في جواب الرضا عليه السلام قال: وهي - أي المرأة - لعبة فلا تؤذيها.

قلت: وفي الكلّ نظر واضح لا يكاد يخفى من قرائن كثيرة من حمل هذه

الأخبار على التقيّة لأنّ كافة الفقهاء يذهبون إلى الحرمة وخبر حمّاد بن عثمان المتقدّم أقوى شاهد أنّ الإمام عليه السلام قد يجيب على التقيّة في خصوص هذا الحكم لأنه قد عرفت بعد أن رفع صوته عليه السلام بالقول بالحرمة قال: فأسرّ إليّ وقال: لا بأس به على أنّها لا تقاوم الأخبار الدالّة على الجواز لا من جهة الكثرة ولا من جهة الصحّة بل بعضها ظاهر في الكراهة لا الحرمة.

وبالجملة فإنّ هذه الأخبار واردة مورد التقيّة لما عرفت الحكاية عن كافة الفقهاء من قولهم بالحرمة عدا ما يحكى عن مالك فإنّه موافق لنا وحيث عرفت وبان لك إنّهُ لا فرق بين قبل الزوجة ودبرها في جواز الوطئ وأنّه لا فرق بينهما في ترتيب جميع الأحكام لأنّ الوطئ في القبل تترتب عليه أحكام كثيرة من عدم جواز الخامس وعدم جواز أخذ الأخذت وجواز النظر إلى أمّها وغير ذلك فهو كلّ جار أيضاً لو وطأها في الدبر فإنّه تلحقه هذه الأحكام بلا ريب في ذلك، فلو وطأها في الدبر وطلّقها لزمها عدّة المدخول بها قطعاً وما هو إلّا من جهة أنّه وطئ مشروع وإلّا فلا عدّة على الوطئ المحرّم قطعاً، ومن هنا قال العلامة في القواعد: الوطئ في الدبر كالقبل في جميع الأحكام حتّى ثبوت النسب وتقرير المسمّى والحدّ ومهر المثل مع فساد العقد.. إلى آخر عبارته.

والظاهر أنّ هذا لا شبهة فيه من ترتّب أحكام الواطئ في الدبر للواطئ في القبل بل الظاهر أنّ حتّى من قال بعدم جواز الوطئ في الدبر يرتّب عليه أحكام

الواطئ في القبل فلو كان الوطئ في الدبر لا يجوز لما ترتب عليه حكم الواطئ في القبل، وبعد معلومية جوازه ترتب عليه جميع الأحكام كما هو لا يخفى.

إيضاح: اعلم أن الظاهر من كلام القابليين بجواز الوطئ في دبر الزوجة صرحوا بكونه مكروه بل الظاهر أنه لا خلاف في مرجوحيته ويدل عليه الأول قاعدة الجمع بين الأخبار فإنه قد عرفت أنها على طائفتين ومقتضى الجمع بينهما بالحمل على الكراهة وقد صرح بذلك جماعة من الأصحاب، والثاني الأخبار المصرح بالكراهة كما تقدم نقلها كما في رواية ابن أبي يعفور التي قال فيها أبو عبد الله عليه السلام: وما أحب أن يفعل.. إلى غير ذلك من الأخبار. وبالجملة فإن كراهية الإتيان في الدبر مكروه نصاً وفتوى وقد تختلج في نظري القاصر ارتفاع الكراهة في رضا الزوجة في إتيانها في الدبر وقد يتمسك بذلك كما في رواية أبان عن أبي عبد الله عليه السلام وقد سئل عن إتيان الزوجة في الدبر، فقال: هي لعبتك لا تؤذيها. وخبر ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس إذا رضيت، وأكاد يحصل لي القطع بل الظاهر أنه لا ريب فيه ولا إشكال أن نفي البأس ليس للحرمة قطعاً بداهة أنه لا يحرم وإنما هو لارتفاع الكراهة مضافاً إلى أن العقد على الزوجة يملك به البضع الذي هو عبارة عن المحل المقصود بالعقد وليس للزوج التسلط على غيره فلو جاء الدبر من غير رضاها كان مكروهاً، فلو رضيت ارتفعت الكراهة، ولكن لم أجد أحداً من الأصحاب من ذكر هذا، والله الموفق للصواب.

مسألة

اختلف أصحابنا في عزل الزوج بالنطفة عن زوجته الحرّة على قولين:

الأول: هو القول بحرمة العزل وهو المحكي عن جماعة من المتقدمين والمتأخرين كالشيخين في المقنعة والمختلف والمبسوط وابن حمزة والشهيد في اللمعة والمقداد في تنقيحه بل عن الشيخ في الخلاف الإجماع عليه.

والقول الثاني: جواز العزل على كراهة وهو مذهب الأكثر كما في المسالك وفي الحدائق هو المشهور، وفي الجواهر حكاية الشهرة نقلاً وتحصيلاً.

حجّة القول بالحرمة على ما صرح بها جماعة، الأول: الإجماع الذي حكي عن خلاف الشيخ.

الثاني: أنه نهي رسول الله ﷺ أن يعزل عن الحرّة إلا بإذنها. وعنه أيضاً أنه قال في العزل أنه الداء الخفي والمراد بالداء قتل الولد، ولأنه حكم النكاح والاستيلاء وهو لا يحصل غالباً مع العزل فيكون منافياً لغرض الشارع.

قلت: وفي الكلّ نظر واضح؛ أمّا الروايتان فالظاهر أنّهما ليسا من طرقنا كما صرح بذلك جماعة لانتهاهما لا أثر لهما في كتب أصحابنا. وأمّا الإجماع فهو موهون بمصير الأكثر إلى خلافه بل المشهور كما هو واضح. وأمّا التعليل المذكور فهو كما تراه أوهى من بيت العنكبوت، ومن هنا يعرف قوّة القول بجواز العزل لقوّة دليله فإنّ الأصل يقضي به مضافاً إلى ذلك الأخبار الواردة عن أهل بيت

الرحمة، منها خبر عبد الرحمن البصري عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن العزل، قال: ذلك إلى الرجل.

وخبر محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا بأس بالعزل عن المرأة الحرّة إن أحبّ صاحبها وإن كرهت وليس لها من الأمر شيء.

وما رواه محمد بن مسلم أيضاً قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العزل، قال: ذاك إلى الرجل يصرفه حيث يشاء.

وما رواه محمد بن مسلم أيضاً قال، قلت لأبي جعفر عليه السلام: الرجل يكون تحته الحرّة، قال: ذلك إليه إن شاء عزل وإن شاء لم يعزل.

وما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما أنّه سئل عن العزل، فقال: أمّا الأمة فلا بأس وأمّا الحرّة فإني أكره ذلك إلا أن يشترط عليها حين يتزوّجها.

إلى غير ذلك من الأخبار الواضحة الدلالة الدالّ على جواز العزل فلا محيص عن القول بالجواز كما لا يخفى.

فرع: اعلم كما أنّه لا ريب عندنا بجواز العزل فكذلك لا ريب بكراهيته وعليه انعقد الإجماعه وتضمّنته الأخبار وقاعدة الجمع بين الأخبار بعد تكافؤها تقضي بذلك. نعم الكراهة ترتفع لو كان قد شرط الزوج على الزوجة في العقد أو هي كانت راض بذلك فإنّه قد صرّح الأصحاب بارتفاع الكراهة. وبالجملة فإنّ ثبوت الكراهة في العزل عن الزوجة الحرّة مع عدم الشرط ورضاها لا ريب فيه، والله أعلم.

فرع: اعلم الظاهر من النصّ والفتوى أنّ جواز العزل وعدمه والبحث المتقدم إنّما هو جارٍ في الزوجة الحرّة أمّا الأمة والمتمتع بها فالظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب في جواز العزل من غير كراهة بل الإجماع عليه، وقد حكى الإجماع جماعة من الأصحاب فالظاهر أنّ الحكم لا ريب فيه عندنا، والله أعلم بالصواب.

فرع: بناء على جواز العزل عن الزوجة الحرّة كما عرفته فهل ثبت الدية للزوجة على الزوج بالعزل بالنطفة أم لا؟ وجهان بل قولان بل أقوال ثلاثة:
القول الأوّل هو وجوب الدية على الزوج للزوج لو عزل وهي عشرة دنانير وإن قلنا بجواز العزل وهو ظاهر عبارة الشرايع وهو المحكي عن الشيخ والشهيد وجماعة.

والقول الثاني: بعدم الدية وهو المحكي عن جماعة من الأصحاب.

وقيل بالتفصيل وهو وجوب الدية على القول بحرمة العزل وعدم الدية على القول بالكراهة. قال في الحدائق: وهو الأنسب.

حجّة القول الأوّل ما روي عن عليّ أمير المؤمنين عليه السلام قال: من أفزع مجامعاً فعزل فعلى المفزع دية النطفة عشرة دنانير. وقيل: إنّ روي هذا عن عليّ بطريق صحيح.

قال في الحدائق: والرواية ليس من المسألة المذكورة في شيء لأنّ موردها

من أفرع حال الجماع فعزل لذلك فعلى المفرع الدية فيكون الموجب للعزل هو الفرع. وبالجملة فإنه لا يكاد يشك بأن الرواية أجنبية عن محل الدعوى.

حجة القول الثاني أعني عدم وجوب الدية، الأصل أعني براءة الذمة، الثاني: إن غلعزل قد عرفته فعل سائغ لقوله عَلَيْهِ: له أن يصرفه حيث شاء، ولا ريب ولا إشكال أنه لا ضمان على الأشياء السائغة شرعاً ضرورة حصول التنافي بين الإذن الشرعية والضمان وهو جار في جميع ما يضمن وهو واضح.

وبالجملة فإن الأقوى عدم وجوب الدية بناء على ما عرفت من جواز العزل وإن حكي عن بعض استحباب الدية، والله أعلم.

فرع: أعلم أن البحث في جواز العزل وعدمه إنما هو لو كان الوطئ في قبل الزوجة أما لو كان الوطئ في دبرها فالظاهر سقوط البحث بداهة جواز ذلك للأصل بل الأصول التي لم نجد ما يعارضها، ولانصراف الأدلة الدالة على حرمة العزل أو كراهية إلى الوطئ في المكان المتعارف وهو القبل والظاهر أنه لا ينبغي الإتيان في ذلك وبه صرح جماعة من الأصحاب.

فرع: بناء على ما عرفته من جواز العزل عن الزوجة الحرّة فلو عزل وولده زوجته لحقه الولد والظاهر أنه لا خلاف في ذلك وبه صرحت الأخبار، منها ما رواه ابن البخري عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي عَلَيْهِ أنه جاء رجل إلى رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: كنت أعزل عن جاريتي لي فجاءت بولد، فقال: إن الوكاء

قد يتفلت فألحق به الولد.

قلت: وهي كانت واردة في خصوص الجارية ولكن يتم ذلك في الزوجة الحرة بالإجماع على عدم الفرق.

وفي رواية محمد بن مسلم الذي قال فيها: أرأيت إن حملت، فقال: هو ولده.

فرع: هل يجوز للزوجة العزل عن زوجها كما لو دفعته عن نفسها فأنزل خارج الفرج أم يحرم عليها؟ وجهان كما صرح بذلك جماعة من الأصحاب ومنهم صاحب الجواهر حيث قال: وقيل: هل يحرم عليها العزل لو قلنا به وجهان من اقتضاء الحكمة ومن الأصل وكذا القول في دية النطفة.

قلت: فإن أُريد بعزلها منعها إياه من الإنزال فيها فلا ينبغي التأمل في الحرمة بل الظاهر ترتب الدية عليها ضرورة كونها كالمفزع أو أعظم في الفوت إذا كان قد نحت نفسها عنه عند إنزاله، وإن أُريد به عدم إقرار النطفة في رحمها بعد إفراغه فقد يقوى عدم الحرمة عليها للأصل وغيره، وإن أُريد بعزلها إراقة مائها من فرجه قبل إراقة ماءه فيها فعلى فرض تصوّره فالأقوى عدم الحرمة أيضاً للأصل وفحوى ما سمعته في الرجل، انتهى ما في الجواهر، وهو قوي.

مسألة

قال في الشرايع: لا يجوز للرجل أن يترك وطئ زوجته أكثر من أربعة أشهر،

انتهى.

قلت: وقد صرّح بذلك جماعة من الأصحاب بل عن كشف اللثام نسبته إلى الأكثر وعن غيره إلى كونه هو المعروف من مذهب الأصحاب بل قال في المسالك: هذا الحكم موضع وفاق، وعن شرح المفاتيح دعوى الإجماع عليه صريحاً.

قلت: وهو الحجّة وبه نخرج عن الأصل مضافاً إلى ذلك بعض الأخبار كما في رواية صفوان بن يحيى عن أبي الحسن الرضا أنّه سأله عن رجل يكون عنده المرأة الشابة فيمسك عنها الأشهر والسنة لا يقربها ليس يريد الإضرار بها يكون لهم المصيبة، أيكون في ذلك إثم؟ قال: إذا تركها أربعة أشهر كان إثمًا بعد ذلك.

قلت: وهذه الرواية كما تراها من وضوح دلالتها وقد رواها الشيخ كما قيل بطريق آخر صحيح فعلى هذا لا ريب بحجّيتها لكن قال الشهيد في المسالك: ضعيفة السند ولو فرض ضعف سند هذه الرواية فإنّه منجبر بفتوى الأكثر أو الاتفاق كما سمعت، أو الإجماع المحكي، والحاصل فإنّها عندنا حجّة تامّة الموازين فلا ينبغي التوقّف بالأخذ بمؤدّاهما، والله أعلم.

واعلم أنّ بعض الأصحاب قد استدلّ مضافاً إلى رواية صفوان المتقدم بأخبار هي عند التحقيق خارج عن محلّ البحث والفرض ومن هنا عرضنا عن ذكرها والتعرّض لها.

فرعٌ: اعلم أنّ ظاهر كلام الأصحاب إطلاق الحكم المذكور في الرواية من

عدم جواز ترك الوطئ أكثر من أربعة أشهر لكن جملة من الأصحاب خصّ الحكم المزبور في خصوص الشابة فلا يجري الحكم في غيرها تمسكاً بصحيح صفوان بن يحيى المتقدم إذ هو دليل المقام والذي صرح باختصاص الحكم بالشابة صاحب المفاتيح والحدائق والحرّ العاملي وغيرهم جماعة.

قلت: ويردهم: الأول الإجماع كما عن الرياض على عدم اختصاص الحكم بخصوص الشابة.

والثاني: أن التقيّد بالشابة إنّما وقع في السؤال والجواب أعمّ ولا ريب أن الأخذ إنّما هو بعموم الجواب كما هو واضح.

وثالثاً: إنّ المستفاد من مجموع الأدلّة أنّ الوطئ إنّما هو حقّ من حقوق الزوجة مثل حقّ المضاجعة وغيره من الحقوق وحيث كان كذلك فلا خصوصيّة له بالشابة بل ما صدق اسم الزوجيّة وإن كانت يائس كما هو واضح، والله أعلم.

فرع: أعلم الظاهر من كلام الأصحاب أنّه يجرم ترك الوطئ للزوجة أكثر من أربعة أشهر إذا لم تأذن، فلو أذنت الزوجة في ذلك الظاهر لا إثم وبذلك صرح جمع من الأصحاب.

قلت: حقّ بداهة أنّه حقّ من حقوقها فلها إسقاطه كسائر الحقوق الراجعة إليها كما هو واضح، بل قد يظهر ذلك من بعض الأخبار الواردة في الباب فإنّها مصرّح إلا أن تأذن. وبالجملة فإنّها لو أذنت الزوجة في ترك الوطئ أكثر من

أربعة أشهر فلا إثم. ولا فرق في الحكم بين أن يكون الترك ببذل المال أو كان لعدم ميلها أو لداعي آخر كما هو واضح، والله أعلم.

فرغ: هل الحكم المذكور خاصّ بالزوجة الدائمة أو يعمّ المنقطة؟ وجهان بل قولان كما قد صرح بذلك جماعة من الأصحاب.

قلت: واختصاص الحكم بالدائمة هو مذهب المشهور كما قيل وعلله بالمسالك بالوقوف على موضع اليقين، وقال في الجواهر: اقتصاراً على من ثبت لها حقوق الزوجية كالنفقة والإرث وغير ذلك.

قلت: وهو قويّ، ودعوى إطلاق الأخبار الشامل للمنقطة في حيّز المنع لانصراف الأخبار إلى الفرد الشايح قطعاً وهي الدائم فلا يشمل المتمتع بها.

ثمّ قال في الجواهر: أمّا الدائمة الأمة فلم أجد فيها تصريحاً من الأصحاب وربّما كان إطلاق النصّ والفتوى دخولها لكن معلوم نقص مرتبتها في العدة والقسم وغيرهما يقتضي خلافه خلافاً بل ربّما كان معروفة كونها على النصف يقتضي حرمة التأخير عنها ثمانية أشهر وكذا الكلام في الذمّة إلا أنّ ذلك كلة تجسّس.

قلت: وهو كما تراه ولكن قد أنصف كما هو شأنه بقوله: كلّ ذلك تجسّس وإلا فلا ريب أنّه بعد صدق اسم الزوجة الدائمة على الأمة لزمها جميع أحكام الزوجة وكونها أمة لا يقدر في لزوم أحكام الزوجة، نعم دلّ الدليل أنّها لا

تساوي الحرّة في بعض الأحكام فلزم الاقتصار على ما دلّ الدليل عليه وأما باقي الأحكام فتلحقها وكذا الكلام في الذمّية.

فرعٌ: الظاهر أنّه إنّما يجب وطئ الزوجة إذا تجاوز الأربعة أشهر إذا كان حاضر متمكّن من الوطئ، أمّا لو كان مسافر أو حاضر ولكن لا يتمكّن من الوطئ لمرض أو غيره من الأعذار ضرورة أنّ الأحكام كلّها منوطة بالقدرة قطعاً وكذلك المسافر فلا يجب عليه العود قبل الأربعة أشهر إجماعاً بل سيرة كافّة المسلمين عليه قديماً وحديثاً ولو لم يكن كذلك لصرّحت بعض الأخبار بوجوب رجوع المسافر قبل انقضاء الأشهر الأربعة لأجل أداء الواجب. وبالجملة فإنّه لا يكاد يشكّ بعدم وجوبه إلّا على الحاضر المتمكّن من الجماع كما لا يخفى.

فرعٌ: قال الشهيد في المسالك: والمعتبر من الوطئ الواجب ما أوجب الغسل وإن لم ينزل في المحلّ المعهود فلا يكفي الدبر، انتهى.

قلت: أمّا عدم كفاية الدبر فالظاهر هو الأقوى لما عرفت من حمل لفظ الوطئ أو الجماع أو غير ذلك على المحلّ المتعارف وهو خصوص القبل، وأمّا اشتراط الإنزال فهو الأليق في المقام لأجل الالتذاذ منها بالنطفة بل به تحصل تمام حكمة وجوب الوطئ في هذه المدّة المضروبة من قبل الشارع كما هو واضح، والله أعلم.

مسائل أربع:

المسألة الأولى: فيم الدخول بالمرأة أي وطئها قبل إكمال تسع سنين والظاهر من كلام الأصحاب أنه لا خلاف في حرمة.

قال الشهيد في المسالك: لا خلاف في تحريم وطئ الأنثى قبل أن تبلغ تسعاً، وفي الحدائق صرح بعدم الخلاف أيضاً، بل في الجواهر دعوى قسمي الإجماع.

قلت: والأخبار في ذلك مستفيضة حد الاستفاضة. وبالجملة فإن الحكم عند الأصحاب من الواضحات، فمن الأخبار صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا تزوج الرجل الجارية وهي صغيرة فلا يدخل بها حتى يأتيها تسع سنين.

وما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا يدخل بالجارية حتى يأتيها تسع سنين أو عشر سنين.

وما رواه أبو بصير عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا يدخل بالجارية حتى يأتيها تسع سنين أو عشر سنين.

إلى غير ذلك من الأخبار المصرح بالنهاي عن الدخول الذي هو عبارة عن الوطئ قبل بلوغ تسع سنين.

واعلم أنّ التردد الواقع في بعض الأخبار كما تقدّم بين التسع سنين

والعشرة، فقد قال في الحدائق: قال بعض المحدثين: لعل المراد بالترديد لاختلافهنّ في كبر الجثة وصغرها وقوّة البنية وضعفها وهو جيّد.

قلت: وأجود منه حمل التأخير إلى عشر سنين على الاستحباب ومعناه أنّه وإن جاز الدخول في التسعة إلّا أنّ التأخير إلى العشرة أفضل، والظاهر أنّ هذا هو الأولى في حمل التردد الواقع في الأخبار، والله أعلم بالصواب.

المسألة الثانية: قد عرفت حرمة الدخول بالمرأة قبل بلوغها تسع سنين والمراد بالدخول هو الوطء، بقي هنا شيء اختلف فيه أصحابنا وهو أنّه هل ترحم على زوجها مؤبّد لو دخل بها ولم يفضها؟ قيل: نعم وهو المحكي عن جماعة من الأصحاب منهم الشيخ في التهذيب على ما حكى عنه والمفاتيح وغيره، بل قيل إنّ نفى في السرائر الخلاف عنه.

والقول الثاني أنّها لا تحرم مؤبّد وهو المحكي عن جماعة من الأصحاب منهم العلامة في التذكرة والإرشاد والقواعد والمسالك والرياض والجواهر، وقيل إنّ الأشهر وصاحب الحدائق حكى الشهرة بل قيل إنّ مذهب الأكثر.

حجّة القول بالحرمة التأيديّة جملة من الأخبار، ما رواه يعقوب بن يزيد عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ ستيع سنين فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً.

قلت: وهو كما تراه من وضوح الدلالة على الدعوى إلّا أنّه قد طعنها بعض

الأصحاب بكونها مرسلة.

قلت: ويمكن أن يجبر ضعفها بعمل أهل الصدر الأوّل بهغا مثل الشيخ والمفيد وغيرهما فإنّ عمل من عرفت بها جابر لها ويضعفها على أنّه قد حكيت الشهرة على خلافها ولا ريب بأنّ الشهرة موهن للأخبار الصحيحة فكيف المراسيل كما هو واضح.

حجّة القول الثاني أعني عدم تأييد الحرمة الأصل أعني أصالة البراءة من وجوب الاجتناب وإباحة الوطئ.

الثاني: استصحاب الزوجية التي من لوازمها جواز الوطئ.

قلت: هذان الأصلان كما تراهما فإنّه بعد طرح رواية يعقوب بن يزيد يلزم العمل بهما لأنّه يكون لا معارض لها ولكن الإنصاف أنّ المقام من المشكلات وهو محلّ للنظر والله هو العالم بالصواب.

المسألة الثالثة: لو دخل فأفضاها. واعلم أنّ المراد بالإفضاء كما صرح به في المسالك، قال: والمراد بالإفضاء أن يصير مسلك البول والحيض واحد بذهاب الحاجز بينهما. وقيل: يصير مسلك الغائط والحيض واحد وهو بعيد لبعدهما بين المسلكين وقوّة الحاجز بينهما فلا يكاد يتفق زوالهما بالجماع، ولو فرض كان إفضاء أيضاً.

قلت: وحيث عرفت المراد من الإفضاء فلو أفضاها قبل بلوغها تسع سنين

فقد ذهب الأكثر إلى أنها تحرم عليه مؤبداً بل حكيت الشهرة عليه بل حكي عدم الخلاف من جماعة كالشهيد وفاضل الحدائق وغيرهما، بل حكي عن جماعة الإجماع عليه.

والقول الثاني أنها لا تحرم مؤبداً كما حكي ذلك عن ابن سعيد وكاشف الثام، بل حكي القول به عن المفيد والصدوق وابن الجنيد.

قلت: وفي نسبة هذا القول إلى الثلاثة محلّ توقّف لأنه إنّما نسب لهم القول بذلك لأنه لم يتعرّضوا للقول بالحرمة. وكيف كان فإنّ القول بعدم الحرمة الأبدية معروف بين الأصحاب ويتناقلونه فيما بينهم.

حجّة القول بحرمة الأبدية الظاهر هي مرسلة يعقوب بن يزيد المتقدمة عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا خطب الرجل المرأة فدخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين فرّق بينهما ولم تحلّ له أبداً.

قلت: والظاهر أنّ زوجه الاستدلال بها من حملها على صورة لو أفضاها وفيه منع واضح لعدم ذكر الإفضاء وظاهر لفظها قاض أنّ نفس الدخول بها موجب للحرمة الأبدية كما قد عرفت الاستناد إليها للقول بالحرمة الأبدية بنفس الدخول. وبالجملة فإنّ التمسك بهذه المرسلات على هذا الحكم المخالف للأصل في غاية من الركافة كما هو واضح، اللهمّ إلا أن يتمّ إجماع على الحكم المزبور فيكون دليل المقام هو الإجماع وبه حجّة بعد تماميته كما هو غير خفيّ لأنه

وإن كان منقولاً إلا أنه مؤيد بنقل عدم الخلاف.

حجة القول الثاني وهو عدم الحرمة الأبديّة استصحاب الزوجيّة، قالوا:
وإن استصحاب الزوجيّة من لوازم جواز الوطء.

قلت: وهذا الاستصحاب قد صرح بالتمسك به جماعة من الأصحاب.
وبالجملة فإنه لا ريب أن الاحتياط قاض بالتفرقة بين الزوج والزوجة لو أفضاها
إمّا للإجماع المحكي أو لقاعدة عدم التساهل في الفروج لا أقلّ للاحتياط الذي
هو في خصوص المقام لازم لا ينبغي تركه بل لا يجوز تركه كما هو واضح، والله
أعلم.

المسألة الرابعة: إنّه لو أفضاها قبل بلوغها تسع سنين فهل تبين عنه وينفسخ
عقدها قهراً أم لا بل تبقى في حباله؟ قولان:

الأوّل: أنّها لا تنفسخ بل تبقى في حباله وإن كانت يحرم عليه وطئها،
وهذا القول ذهب إليه جماعة من الأصحاب كما عن السرائر والتنقيح وكشف
الثام وغيرهم، بل حكى عن جماعة من أصحابنا القدماء، وقيل: إنّها تنفسخ
لو وطأها قبل التسع فأفضاها ولا تبقى في حباله، وهو المحكي عن صريح
الوسيلة بل عن المفاتيح أن هذا القول هو الأشهر.

حجة القول الأوّل استصحاب بناء عقد الزوجيّة فإنّه لا رافع له والحرمة
العارض لا تقتضي بطلان العقد كما هو واضح.

الثاني من الأدلة الأخبار المصرح بذلك، منها ما روي عن أبي أيوب عن حران عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سئل عن تزويج جارية بكرًا لم تدرك فلما دخل بها افتضها، فقال: إن كان دخل بها حين دخل بها ولها تسع سنين فلا شيء عليه وإن كانت لم تبلغ تسع سنين أو كان لها أقل من ذلك بقليل حين دخل بها فافتضها فإنه قد أفسدها وعطلها على الأزواج فعلاى الإمام عليه السلام أن يغرمها ديتهما، وإن أمسكها ولم يطلقها حتى تموت فلا شيء عليه.

قلت: وهي كما تراها صريحة بجواز إبقائها وأن مفارقتها لا يكون إلا بإطلاق فلو لم يطلقها فهي تبقى في حبالها وبها تتم الدعوى، وما روي عن بريد ابن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام - إلى أن قال - وإن كان دخل بها قبل أن تبلغ تسع سنين، قال: إن أمسكها ولم يطلقها فلا شيء عليه.

قلت: وهذه أيضاً ظاهرة بجواز إبقائها في حباله بل صريحة في ذلك، وبالجملة فإن هذين الروايتين كما تراهما في الوضوح.

حجة القول الثاني مرسلة يعقوب بن يزيد المتقدمة الأمر بالتفرق بينها لو أفضاها من مكان قوله فرّق بينهما.

قلت: والإنصاف أتمها لا تدلّ على عدم إبقائها في حباله بدهاة أنه لا تلازم بين وجوب التفرق بالوطئ وإبقائها في حباله لأن الإبقاء على الزوجية غير حكم الوطئ كما هو غير خفيّ بأدنى تأمل.

واستدل أيضاً كما قد حكي ذلك عن العلامة في القواعد ما مضمونه من أن ثمرة النكاح هو الاستمتاع فإذا بطل الاستمتاع انتفت ثمرة النكاح فيبطل. وفيه ما لا يخفى ضرورة عدم انحصار ثمرة النكاح بخصوص الوطئ بل له ثمرات أخر، والنكاح أحد الثمرات فإذا انعدمت بقت باقي الثمرات بحالها فالنكاح باق.

والحاصل فإنه يظهر من مجموع ما ذكرناه قوة القول الأول.

فرعٌ: لو دخل بها قبل التسع سنين حرم عليه وفرق بينهما إلى بلوغ التسع سنين وبعد ذلك جاز له الوطئ لأنه بلغ الزمان المأذون فيه الوطئ وإن فعل حراماً في الوطئ الأول وحرمة الأول لا توجب التحريم الأبدي كما لو وطئ زوجته في زمن الحيض فإنه لا ريب بحرمة فلو طهرت جاز له وطئها بلا ريب وإن فعل حراماً في الوطئ الأول. وبالجملة فإن وجوب التفرقة وحرمة الوطئ إنما هو قبل بلوغ التسع سنين، والله أعلم.

فرعٌ: قد حكي عن جماعة التصحيح بعدم الفرق في الأحكام الأربعة المذكورة بين الزوجة الدائمة والمنقطعة بل عن التنقيح والجواهر الإجماع على عدم الفرق في الحكم الأول أعني حرمة الدخول قبل البلوغ تسع سنين.

قلت: لكن تأمل في الحكم جماعة منهم السيد في الرياض.

قلت: والإنصاف اختصاص الحكم المذكور بخصوص الزوجة الدائمة فلا

يشمل المتمتع بها ولا الدائمة بحكم التبادر فإن المتبادر من إطلاق الزوجة هي الدائمة كما هو لا يخفى.

فرع: لو أفضاها الزوج قبل بلوغها التسع بالإصبع فهل تلحقها الأحكام المذكور أم لا؟ الظاهر الثاني لأصالة عدم الحرمة واستصحاب الزوجية اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد النصّ وفاقاً في هذا كَلِّه للقواعد وغيرها، ودعوى أن السبب في الحرمة هو الإفضاء وقد حصل فلا عبرة باختلاف الآلات فإنها دعوى واهية.

وبالجملة فإن المحرّم الإفضاء قبل التسع بخصوص الوطئ بالذكر، والله أعلم.

فرع: الظاهر أنه لا فرق في ترتب الأحكام المذكورة بين البكر والثيب كما لو فرض ذهاب بكارة المرأة قبل التسع لعارض ثم تزوّجها قبل بلوغها تسع سنين فوطأها فأفضاها لزمتهما الأحكام المذكورة تمسكاً بإطلاق النصّ والفتوى، ودعوى أن ذلك خاصّ بالبكر دعوى أو هي من بيت العنكبوت كما هو واضح.

فرع: اعلم أن النصّ دلّ على حرمة الدخول بالصغير التي لم تبلغ تسع سنين والظاهر أنه يشمل الزوجة والأجنبية فإنه يحرم وطئ الصغيرة الأجنبية مضافاً إلى حرمة الزنا تمسكاً بإطلاق الأخبار ومعاهد الإجماعات فلو فرض أنه

أفضى الأجنبية فهل تحرم عليه مؤبداً كالزوجة أم لا؟ وجهان بل قولان:

الأول: عموم الحرمة الشامل للزوجة والأجنبية كما هو ظاهر العلامة في القواعد وجامع المقاصد، قالوا: لأن هذا الفعل اقتضى التحريم المؤبد بالزوجة فيكون في الأجنبية أولى وأفحش فيناسبه زيادة العقوبة، وردّه بالجواهر.

قلت: والإنصاف أن هذا كله تهجس واستحسان وإلا فقد عرفت أن النصّ إنّما ورد في خصوص الزوجة لو أفضاها فشموله للأجنبية لا وجه له ضرورة أن الأحكام تعبدية واردة من الشرع فلا نصاب بالقياس والاستحسان كما هو واضح، والله أعلم.

فرع: لو وطأها قبل بلوغها التسع فأفضاها ثم اندمحل المحلّ وصلح للوطئ فهل يعود حلّ الوطئ أم تبقى على حرمة التأييد؟ وجهان بل قولان:

الأول: إنّه لم يحلّ الوطئ أيضاً وقد حكي ذلك عن جماعة منهم القطب الراوندي، وعن المقداد السيوري أنّه جعل القول بالحرمة في صورة الفرض هي الأول بل حكي قطع الصيمري في غاية المرام.

والقول الثاني عود الحلّ وقد حكي عن بعضهم.

حجّة القول الأول أن التحريم التأبيديّة حصل بالوطئ قبل التسع والإفضاء وقد حكم الشارع بالحرمة الأبدية، وفي الاندمال يحصل الشكّ في حلّة الوطئ فاستصحاب الحرمة ثابت.

حجّة القول الثاني أصالة الإباحة ولأنّ التحريم من جهة الإفضاء وعدم صلاحيتها للوطى وقد صلحت للوطى بزوال المانع فيزول التحريم.

قلت: وفيه أنّه لم يعلم أنّ التحريم التأييدي إنّما نشأ من عدم صلاحية الوطى بل لعلّه حكم تعبديّ ومن هنا يعلم أنّ التمسك باستصحاب الحرمة هو الأقوى، والله أعلم.

فرع: لو وطأ زوجته التي تجاوزت التسع سنين فأفضاها فالظاهر عدم الحرمة الأبدية للأصل ولأنّ الحرمة الأبدية معلق على التسع سنين وبموجب التحديد يعلم أنّه لا حرمة فيما لو تجاوزت الحدّ وإلا لم يكن للحدّ ثمره كما هو اضح، وإطلاق إباحة الوطى بما بعد التسع سنين قاض بعدم شيء عليه، والله أعلم.

فرع: ولو وطأ زوجته بظنّ أنّها متجاوز التسع فأفضاها فبان أنّها قبل التسع فهل تحرم عليه مؤبداً أم لا؟ وجهان: الأوّل: إنّها لا تحرم لأصالة الإباحة، ولأنّ الحرمة معلق على معلومية الصغر حال الوطى وهي منتفية هنا.

الثاني: الحرمة تمسكاً بما دلّ على الحرمة الأبدية لو أفضاها قبل التسع. والوجه الأوّل هو الوجه الأوّل، والله أعلم.

فرع: لو كانت زوجته كبيرة متجاوز التسع لكنّها نحيفة البدن بحيث يعلم الإفضاء بوطنها فهل يحرم وطئها؟ الظاهر عدم الحرمة للأصل السالم عن

المزاحم، ولأنه قد عرفت أن الحرمة معلق على ما لم تبلغ التسع سنين فلا يلزم المتجاوز تسع سنين وإن حدث بها عيب من حيث الوطئ كما لا يخفى. نعم لو أفضاها الظاهر أنه عليه الدية لآنة عطّلها على الأزواج تمسكاً بعمومها، والله أعلم.

فرع: الزوجة التي لم تبلغ تسع سنين هل يجوز لزوجها وطئها من الدبر أو يحرم كما يحرم القبل؟ وجهان بل قولان.

قلت: والأقوى الجواز للأصل ولأن ما دلّ على النهي إنما هو منصرف لخصوص القبل لآنة المعروف للوطئ ولا ريب بحمل النهي عليه. نعم لو وطأها في الدبر فأفضاها - مثلاً - الظاهر لزوم الدية لآنة قد عطّلها على الزواج، والله هو العالم.

إيضاح: الظاهر من الأخبار وبه أفتى الأصحاب هو أنه يكره للمسافر أن يطرق أهله دليلاً كما في رواية عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: يكره للرجل أن يطرق أهله ليلاً حتى يصبح.

وما رواه جابر بن عبد الله الأنصاري قال: نهى رسول الله أن يطرق الرجل أهله دليلاً إذا جاء من الغيبة حتى يؤذنه.

قلت: وهذه الرواية كما تراها ظاهر أنه مع الإعلام تنتفي الكراهة وهو الموافق للحكم لآنة مع الإعلام يحصل الاستعداد الذي هو منشأ كراهة عدم

الدخول دليلاً للأهل لما ورد من بعض الأخبار إن علت كراهة الدخول ليلاً لعدم استعداد الزوجة لزوجها من التزيين وإزالة ما يكره الزوج بل في بعض الأخبار أن رجلين طرقا أهلها ليلاً فرأى كل رجل مع زوجته ما يكره ومن هذا كله يكاد يقطع أن المراد من الأهل هنا هو خصوص الزوجة لا مطلق الأهل كما لا يخفى.

تبصرة: تشتمل على ذكر خصائص النبي ﷺ وهي خمسة عشر، منها ستة في النكاح، ومنها في غير النكاح، ونحن نذكرها على سبيل الاختصار لاختصاصه بها ﷺ دون غيره من المكلفين، وعند التحقيق أنه لا ينبغي البحث عن أحكامه الخاص به لكن حيث إن الأصحاب تعرّضوا لها لزم ذكرها:

فاعلم أن من خصائص النبي ﷺ التي قد انفرد بها دون غشيره حتى أئمتنا ﷺ فإنها ليس لهم هذه الخصائص:

الأولى: تجاوز أربع نساء بالعقد الدائم بإجماع المسلمين، وهذا لا يكون لأحد من بعده من سائر الخلفاء الأئمة ﷺ، وقد علّله بعضهم بكون ذلك خاص للنبي ﷺ. نعم هو شرف من الله له على سائر الناس وبذلك أخبار كثيرة أعرضنا عن ذكرها لمعلومية اختصاصه ﷺ بهذه بين الفريقين.

الثانية: إنه ﷺ يختص بأن عقد النكاح يكون له بلفظ الهبة، ثم إنه لا يلزمه بها مهر ابتداء ولا انتهاء، وفي المقام أخبار، منها صحيح الحلبي عن أبي جعفر ﷺ

قال: جاءت امرأة من الأنصار إلى رسول الله ﷺ فدخلت إليه وهو في منزل حفصة والمرأة ممشطة فدخلت على رسول الله ﷺ أن المرأة لا تخطب الزوج وأنا امرأة أيم لا زوج لي منذ دهر ولا لي ولد فهل لك من حاجة لقد وهبت نفسي لك إن قبلتني، فقال لها رسول الله خير ودعا لها، ثم قال: يا أخت الأنصار، جزاكم الله عن رسول الله خيراً فقد نصرني رجالكم ورجبت بي نساءكم، فقالت لها حفصة: ما أقل حيائك وأنهمك للرجال، فقال لها رسول الله: كفي عنها يا حفصة فإنها خير منك رغبت في رسول الله ﷺ عيبتها، ثم قال للمرأة: انصري رحمك الله فقد أوجب الله لك الجنة لرغبتك في وتعريضك بمحبتتي وسروري، وسيأتك أمري، فأنزل الله: ﴿وَأَمْرًا مُؤْمِنَةً﴾ إلى آخر الآية، فقبل الله هبة نفسها لرسول الله.

الثالثة: وجوب تحييره لنسائه بين إرادته ومفارقتة لقوله جلّ وعلا: ﴿يَتَأْتِيهَا النَّبِيُّ قُلًا لِأَزْوَاجِكَ إِنْ كُنْتُنَّ تُرِدْنَ الْحَيَاةَ الدُّنْيَا وَزِينَتَهَا فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسْرِحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ إلى آخر الآية، فإن الله أمره أن يخير نسائه بين البقاء عنده أو مفارقتة، ولا ريب أن الأمر للوجوب، والحاصل لا ريب باختصاصه ﷺ بذلك.

الرابعة: تحريم نكاح الإماء عليه بالعقد، وعللّ بأمر كثيرة، منها أن يكون ولده منها وهو مرفوض وهذا لا يكون في حق أولاد النبي ﷺ، والإنصاف أن هذه كلها عليلة ومنقوضة بالإمام عليّ ولکن كون هذه أحد خصائصه لا ريب

فيها بين الأصحاب.

الخامسة: تحريم استبدال نسائه اللواتي عنده حين نزول هذه الآية الشريفة وهي قوله: ﴿لَا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ وَلَا أَنْ تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَاجٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ﴾ فاستمرَّ على ذلك حتَّى نزلت الآية الأخرى وهي قوله: ﴿إِنَّا أَحْلَلْنَا لَكَ﴾ إلى آخر الآية.

وتسعة من خصائصه في غير النكاح وهي: وجوب السواك، والوتر، والأضحية، وصلاة الليل، وتحريم الصدقة عليه الواجبة والمندوبة، وخائنة الأعين وهو الغمز، ومن خواصه جواز إيصال الصوم له وقد عرفت أن صوم الوصال محرّم على غيره، وإنه تنام عينه ولا ينام قلبه، وإنه يبصر من وراءه كما يبصر من أمامه، إلى غير ذلك من خصائصه ﷺ وهو تحريم نكاح أزواجه من بعده، وحرمة الخطّ - أي الكتابة - والشعر عليه، وأنه إذا رغبت في امرأة وكانت خلية وجب عليها إجابته، إلى غير ذلك حتّى أنّه حكى أن بعض الأصحاب أحصاها إلى سبعين، بل بعضهم قيل أنّه صنّف في خصائص النبي ﷺ كتاباً مستقلاً. والحاصل فإنّ الأغلب في هذه الخصائص في غير ما هو متعلّق في مقامنا بل له مقامات أُخر، والله الموفق لما فيه الخير.

فصل

في عقد النكاح

وفيه مسائل.

المسألة الأولى: في العقد

والكلام فيه من وجهين:

الأول: في صيغة العقد.

والثاني: في أحكام العقد.

والكلام أولاً في صيغة العقد التي لا يصحّ إلاّ بها، وأمّا باقي الألفاظ مثل متّعتك وغيرها خلاف في انعقاد النكاح به بين الأصحاب ومن هنا قال في الشرايع: النكاح يفتقر إلى إيجاب وقبول الدالّين على القصد الرافع للاحتمال. والعبارة عن الإيجاب لفظات زوّجتك وأنكحتك، وفي متّعتك تردّد جوازه أرجح، انتهى.

أقول: أمّا كفاية عقد النكاح الدائم بلفظ أنكحتك وزوّجتك فالظاهر أنّه لا خلاف فيه بين الأصحاب وقد تكثرت على الأجزاء بهما حكاية الإجماع من الفريقين بل الظاهر أنّ الاجتزاء بهما من ضروريّات الدين وذلك كلّه لورود

الكتاب الشريف بهما، قال عزّ من قائل: ﴿فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِّنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكُمَا﴾ وقال: ﴿وَلَا نَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾. قال كلٌّ من تعرّض لهذا المبحث من أصحابنا أنّ المراد منه العقد فإنّه تحرم معقودة الأب على الابن إجماعاً وإن لم يدخل بها.

وبالجملة فإنّ عقد النكاح يحصل بأحد هذين اللفظين تماماً لا ريب فيه بين الفريقين إجماعاً ونصّاً، وأمّا كفاية عقد النكاح بلفظ متّعتك فقد اختلف فيه أصحابنا على قولين:

الأوّل: الاكتفاء والاجتزاء به وهو ظاهر المحقّق كما سمعت، وفي النافع، وجماعة من الأصحاب كما حكي عن نكت النهاية والقواعد والإرشاد واللمعة وكشف الرموز وجامع المقاصد والحدائق وغيرهم كما حكي عن السيّد صاحب المدارك في شرح النافع.

والقول الثاني عدم الإجزاء وهو المحكي عن العلامة فيم التذكرة والمختلف وثاني الشهيدين في تعليق الشرايع، وظاهر الشهيد في المسالك، بل حكي ذلك عن جماعة من القدماء كأبي علي، والسيّد علم الهدى، وأبي الصلاح، وابن حمزة، وابن إدريس، وعبائثرهم في عدم انعقاد عقد النكاح بغير أحد هذين اللفظين كثيرة.

قال الشيخ في المبسوط: لا ينعقد عقد الدوام إلا بلفظين: زوّجتك وأنكحتك.

بل عن التذكرة أنه مذهب الأكثر، بل عن السيّد في الناصريّات أن الإجماع عليه.

حجّة القول الأوّل كما صرّح به جماعة من الأصحاب حاكين لها الاستناد إلى أهل هذا القول من أن لفظ المتعة من ألفاظ النكاح لكونه حقيقة في النكاح المنقطع فهو من الألفاظ الصريحة في النكاح وكون الأجل جزء مفهومه فيكون استعماله في المجرد منه استعمالاً في غير ما وضع له الذي هو علامة المجاز ولا يقدح فيه لفظ زوّجتك لأنّ هذا القدر من التفاوت لو نافي لم يصحّ الدائم بلفظ زوّجتك لأنّ الزواج حقيقة في القدر المشترك بين الدائم والمنقطع واستعماله في الدائم استعمال له في غير موضوعه.

ومن الأدلّة لهذا القول ما حكى التصريح به عن جماعة من الأصحاب أنّه لو تزوّج متعة فنسي ذكر الأجل انقلب دائماً وقد وردت به النصوص ولا ريب أنّه فرع قابليّة الصيغة للدوام إذ لو لم تكن الصيغة قابلة لذلك لما لزم الانقلاب.

الثالث من الأدلّة التي حكى عن بعض الاستناد لها لهذا القول هو خلوّ الأخبار عن لفظ بخصوص من الشارع لذلك مع عموم البلوى لهذا الحكم وشدة الحاجة إليه بل الاستفادة من الأخبار اتساع الدائرة في العقود إلى غير ذلك، وكلّها كما تراها فإتّها واضحة الركافة وليس فيها دليل قاض بالتمسك به كما هو واضح.

حجة القول بعدم الإجزاء أمور كما قد صرح بها جماعة من الأصحاب:

الأول: عصمة الفرج، خرج منه موضع الإجماع فيبقى الباقي على أصله إلى أن يحصل المحلل.

قلت: وتوضيح ذلك أن الأصل حرمة الفروج إلى أن يحصل المحلل وهو عبارة عن استصحاب الحرمة إلى أن يحصل المحلل شرعاً المتفق على كونه كذلك، وأما اللفظ المشكوك في حصول التحليل به فلا ريب بأن استصحاب الحرمة ثابت قطعاً لا يزول إلى أن يحصل السبب الموجب للحلّ ولفظ متعتك مشكوك فيه هل يحصل به الحلّ أم لا؟ فاستصحاب الحرمة ثابت، ولأنّ دائرة أحكام الفروج غير سائر الأحكام لأنها مبنية على التضييق والاحتياط ولما ثبت أنّ لفظ متعتك حقيقة في عقد المنقطع ومجاز في العقد الدائم وقد صرح جماعة من الأصحاب أن العقود اللازم لا تقع بالألفاظ المجازية بل لا بدّ لها من ألفاظ صريحة متلقاة من قبل الشارع بخلاف العقود الجائزة فإنه يكفي فيها كلّ لفظ دالّ على الرضا والقبول، وحيث كان كذلك فعقد النكاح لا ريب بكونه أولى.

والحاصل فإنّه لا ريب ولا إشكال بأن الاجتزاء إنّما يكون في عقد النكاح الدائم إنّما هو باللفظين الأولين أعني زوجتك وأنكحتك لا غير، والله هو العالم بالأحكام.

فرع: الظاهر أنّه لا ريب ولا إشكال أن عقد النكاح بمجرد يفضي بالدوام

فلو قالت المرأة: زوّجتك أو أنكحتك، اقتضى الدوام إجماعاً فلا يحتاج فيه إلى قيد الدوام في العقد ضرورة أنّ العقد اللازم طبعه قاض باللزوم والدوام فلا يحتاج إلى قيد آخر بلا ريب، وكون المتعة تحتاج إلى قيد ذكر الأجل لا يكون ذلك في عقد النكاح إجماعاً بل السيرة القطعية المتلقاة من السادات الهداة قاض بذلك فإنه لم يسمع أنّ في عقودهم صدر قيد الدوام في النكاح والظاهر أنّ هذا لا ريب فيه ولا إشكال، والله هو العالم.

فرع: لا ريب ولا إشكال في جواز التوكيل في إيقاع عقد النكاح ولا فرق في الجواز بين التوكيل من الزوج أو الزوجة أو هما إجماعاً بل ضرورة قاض بالجاز بل كافه أدلة جواز التوكيل تقضي بذلك بل الظاهر جواز توكيل الولي في عقد النكاح بلا خلاف في ذلك بل الإجماع بقسميه عليه، والظاهر أنّ هذه الفروع وما شاكلها لا خلاف فيها.

والحاصل فإنه لا ريب ولا إشكال بجواز التوكيل في سائر العقود سيّما عقد النكاح، والله هو العالم.

مسألة

لا ريب ولا إشكال أنّ الإيجاب في عقد النكاح لا بدّ له من القبول والظاهر أنّ القبول ليس له لفظ خاصّ بحيث يتوقف حصول القبول عليه فيكفي في القبول كلّ لفظ دالّ على الرضاء بذلك العقد، والظاهر أنّه لا خلاف بين

الأصحاب فيما ذكرناه أنه لا خلاف في اشتراط صراحة اللفظ الدال على الرضاء بالعقد مثل قوله: قبلت التزويج، أو قبلت النكاح، أو ما شابههما من الألفاظ الصريحة.

واعلم أنه لا يشترط موافقة القبول للإيجاب في اللفظ، فلو قال الموجب: زوّجتك، وقال القابل: قبلت النكاح، صحّ العقد ضرورة أنّ المراد هو رضاء القابل بالعقد بأيّ لفظ كان، فموافقة اللفظ ومخالفته لا معوّل عليه، فلو قال: زوّجتك، وقال المعقود له: رضيت بهذا، صحّ بلا ريب لدلالة اللفظ على الرضاء بالعقد، والظاهر أنّ عدم اشتراط موافقة القبول للإيجال باللفظ لا خلاف فيه بل الإجماع عليه كما عن التذكرة وغيرها، والله هو العالم.

فرع: لو قال الموجب: زوّجتك أو أنكحتك، فقال القابل: قبلت، من غير قيد التزويج أو النكاح، الظاهر صحّة العقد لأنّها صريحة بالرضاء بالعقد، والفرض أنّ المراد بألفاظ القبول أن تكون صريحة بالرضاء فإذا حصل ذلك فلا نحتاج إلى بعض القيود.

قال في المسالك: ولو اقتصر على قبلت، صحّ أيضاً عندنا لأنّه صريح بالرضاء بالإيجاب فإنّ معناه: قبلت التزويج، كما لو قال: وهبتك، فقال: قبلت، وكذا غيرهما من العقود، وخالف في ذلك بعض الشافعيّة فمنع من انعقاده مجرداً لأنّه كناية لا صريح، انتهى.

مسألة

المشهور بين الأصحاب سيّما المتأخّرين اشتراط الإتيان بالإيجاب والقبول في عقد النكاح بل في جميع العقود اللازم باللفظ الماضي وظاهرهم عدم صحّة العقد لو جاء به بلفظ الأمر أو المضارع، وقد صرّح بذلك جماعة من الاصحّاب ولا بأس بنقل عبارة الشهيد في المسالك، قال: المشهور بين علمائنا خصوصاً المتأخّرين منهم أنّه يشترط في عقد النكاح وغيره من العقود اللازمة وقوعه بلفظ الماضي لأنّه دالّ على صريح الإنشاء المطلوب في العقود بخلاف صيغة المضارع والأمر فإنّها ليسا موضوعين للإنشاء ولاحتمال الأوّل الوعد، ولأنّ العقد مع الإتيان بلفظ الماضي متوقّف على صحّته وغير مشكوك فيه فيقتصر على المتيقّن، ولأنّ تجويز غيره يؤدّي إلى انتشار الصيغة وعدم وقوعها على قاعدة فيصير العقد اللازم مشتبهاً للإباحة والعقود اللازمة متوقّفة على ثبوت أمر الشارع لأنّها أسباب توقيفيّة فلا يتجوّز فيها، ولا ريب أنّ ما ذكره أولى وأحوط بمعنى الاقتصار عليه ابتداءً إلّا أنّ دليله غير واضح من وجهة الاحتياط؛ لأنّ المقصد من العقد لما كان هو الدلالة على القصد الباطن وكان المعتر إنّه هو القصد واللفظ كاشف عنه كما اعترفوا به، وكلّ لفظ دلّ عليه ينبغي اعتباره وانحصار الدلالة فيما ذكر ممنوع.

وقولهم إنّ الماضي صريح في الإنشاء دون غيره ممنوع أيضاً لأنّ الأصل في

الماضي أن يكون إخباراً لا إنشاء وإنما التزموا بجعله إنشاء بطريق النقل، وأما اللفظ لا يفيد كما حققوه بالأصول، فاللفظ بمجرد احتمل للإخبار والإنشاء وإنما تعين لأحدهما بقريئة خارجة وهو مناف للصريح ومع اقتران القرينة يمكن ذلك من غيره من صيغة الأمر وغيرها.

وأيضاً فإن الأمر بعض أفراد الإنشاء فكان أولى به خصوصاً مع دلالة القرينة على إرادته والأتم وجوب الاقتصار على المتيقن إذا دلّ الدليل على غيره فإنّ المعبر ظهور رحجان الحكم وإن لم يبلغ حدّ اليقين، وقد ينافي الاقتصار على المتيقن الاحتياط كما إذا وقعت صيغة العقد بأحد العبارات المفيدة له التي وقع النزاع فيها وأصرّ الزوج على البقاء على العقد فإنّ الحكم ينفي الزوجية بينهما وتزويجها لغيره خروج عن اليقين إلى الشكّ ووقوع الحظر المنافي لما قالوه من ابتناء الفروج على الاحتياط وإن كان الاقتصار في الأصل على المتيقن أولى، وأما التحفّظ عن الاستيثار وهو يتحقّق على التقديرين لأننا نعتبر اللفظ الدالّ على القصد الباطني مطلق اللفظ من غير الشألفاظ المنقولة عن النبي صلّى الله عليه وآله والأئمّة عليهم السلام فيب ذلك يجد الأمر أوسع ممّا قالوه، وستسمع بعضه، انتهى كلامه.

ولقد أجاد فيما قال وأفاد كما هو شأنه ذلك في أبواب الفقه.

أقول: وظاهر كلامه جواز إيقاع عقد النكاح في كلّ صيغة تدلّ على الرضاء

بالعقد سواء كان أمراً أو ماضياً أو مضارعاً وهو كذلك بعد فرض أن المدار على الرضاء القلبي والصيغة إنما هي كاشفة عن الرضاء ففي أي صيغة يحصل منها الرضاء القلبي فلا ريب بجوازها لعدم ما يدل على عدم جواز إيقاع عقد النكاح بغير لفظ صيغة الماضي.

وبالجملة إنه قد اتضح جواز إيقاع عقد النكاح في كل صيغة تدل على الرضاء وتكشف عن الباطن وإن كان لا ريب ولا إشكال بأن الاحتياط يقضي بما عليه المشهور وهو عدم جواز إيقاع عقد النكاح بغير صيغة الماضي لأنه المتيقن، ضرورة أنه لا خلاف بين كافة المسلمين بلزوم عقد النكاح بصيغة الماضي وإنما الشك في صحة العقد لو جاء بصيغة المضارع والأمر والأخذ بالمتيقن وهو الإتيان بصيغة الماضي هو الأولى والأحوط لأن القدر المتيقن في انعقاد عقد النكاح باللفظ الماضي فيلزم الإتيان، والظاهر أن مستند في لزوم الإتيان باللفظ الماضي في صيغة عقد النكاح إنما هو ما ذكرناه لا أنه هناك دليل صريح على وجوب الإتيان بالماضي وإنه لا يجزي غيره من الصيغ، والله أعلم.

إيضاح: اعلم أن من قال بلزوم الإتيان باللفظ الماضي في صيغة عقد النكاح قال بجواز العقد لو أتى بلفظ الأمر أو المستقبل وقصد الإنشاء صح وهو ظاهر كلام المحقق في الشرايع حيث قال: ولو أتى بلفظ الأمر وقصد الإنشاء كقوله: زوّجنيها، فقال: زوّجتك، قيل: يصحّ كما في خبر سهل الساعدي وهو حسن،

ولو أتى بلفظ المستقبل كقوله: أتزوّجك، فتقول: زوّجتك، جاز، وقيل: لا بدّ بعد ذلك من تلفّظه بالقبول، وفي رواية أبان بن تغلب في المتعة: أتزوّجك، فقالت: نعم فهي امرأتك، انتهى.

أقول: الرواية التي أشار إليها المحقق وهي رواية سهل الساعدي قد رواها الفريقان على ما نصّ عليه جماعة من الأصحاب منهم الشهيد في المسالك وغيره وقد رواها أصحابنا بطريقتين من الطريقتين ما رواه الكليني - وسندها طويل - عن محمّد بن مسلم، عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوّجني، فقال: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله، قال: ما تعطيتها؟ قال: مالي شيء. قال: أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوّجتك على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه.

وفي رواية أخرى: إنّ امرأة أتت النبي صلى الله عليه وآله وقالت: يا رسول الله، إنّي وهبت لك نفسي، فقامت قياماً طويلاً، فقام رجل فقال: يا رسول الله، زوّجنيها إن لم يكن لك بها حاجة، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هل عندك شيء تصدّقها إياه؟ فقال: ما عندي إلاّ إزارى هذا، فقال: إن أعطيتها إزارك جلست من غير إزار، التمس ولو خاتماً من حديد، فلم يجد شيئاً، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: هل معك من القرآن شيء؟ قال: نعم سوره كذا وسورة كذا، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: زوّجتك بما معك من القرآن.

قال الشهيد في المسالك بعد هذه الرواية: وفي الخبر دلالة على أحكام كثيرة، منها موضع النزاع وهو أنّ البول وقع من الزوج بلفظ الأمر وأقره النبي ﷺ، وفيه مع ذلك تخلل كلام طويل بين الإيجاب والقبول، والعمل بمضمونه بالاكتفاء بالقبول يوجب العمل بالباقي. والمجوز لذلك قال: المتخلل كلة نم مصلحة العقد لا يضرّ بخلاف تخلل الكلام الأجنبي.

قلت: وظاهره جواز ذلك تمسكاً بالرواية بل هو المحكي عن جماعة من الأصحاب بأنّه حكموا بالصحة كما هو المحكي عن الشيخ في المبسوط وابني حمزة وزهرة، بل عن الخلاف نفي الخلاف عنه، بل ظاهره بين المسلمين ضرورة أنّ خلاف الشيخ إنّما هو لأجل بيان المسائل الخلافية بين علماء السنة والشيعة، بل عن الشيخ دعوى الإجماع في موضع آخر من خلافه.

وكيف كان فإنّ الظاهر من الرواية وقوع القبول بلفظ الأمر لمكان قوله: زوّجنيها يا رسول الله، وبها تتمّ الدعوى، ولكن قد أُورد على هذه الرواية بأمر كثيرة، منها: إنّ الطلب الواقع من الرجل ليس فيه دلالة على الرضاء بالتزويج بالقرآن لعدم التفاته إلى ذلك، وعدم علمه بجواز جعل القرآن مهراً بل هو معتقد أنّ المهر لا يكون إلاّ مالاً كما يظهر من قوله: ما عندي إلاّ الإزار، فعلم إنّما أقدم على تزويجها بجعل المهر مالاً فيعلم من عدم لحوق القبول لهذا عدم رضاه بالتزويج بالتعليم بسورة من القرآن.

وثانياً: حصول الفصل الطويل بين الإيجاب والقبول وهذا لا يصح في العقود ولم يرد أن الزوج بعد ذلك قبل أي بعد إيجاب النبي ﷺ ولو كان قد وقع ذلك من الرجل لوصل إلينا لأن الرواية قد نقلت بطرق مختلفة ولم يرد ذلك في واحد من الطرق كما هو غير خفي على من لاحظ طرق الرواية.

وثالثاً: الفاصل الواقع بين الإيجاب والقبول فإنه لا يجوز ذلك إذا طال الفصل. وقد أُجيب عن هذه بأمر كثيرة، منها: إن النبي ﷺ هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم بشهادة الكتاب الشريف، وإن الواقع من النبي ﷺ يقوم مقام الإيجاب والقبول.

وعن الفصل بأنه لا بأس به إذا كان لمصلحة العقد كما نصّ عليه الشهيد في المسالك وغيره.

إلى غير ذلك من الإيراد على الرواية وعدم تنزيلها على القواعد والجواب عنها، والإنصاف أنه وإن كانت ماف لقول المشهور ولكن لا بأس بالأخذ بها من أنه يجوز إيقاع عقد النكاح باللفظ المضارع أو الأمر إذا قصد بهما الإنشاء ولا يشترط أن يكون باللفظ الماضي كما هو غير خفي تمسكاً برواية سهل الساعدي وإن كان لا ريب أن الأحوط هو ما عليه المشهور وهو الإتيان بصيغة الماضي في الإيجاب والقبول.

واعلم أن الرواية قد اشتملت على أحكام كثيرة قال في المسالك جميع العلماء

يروونه ويحتجون به على أحكام كثيرة يتعلّق به كجواز جعل القرآن مهراً، وجواز تقديم القبول، وجواز وقوعه بصيغة الأمر، وجواز تزويج المرأة بغير إذنها.. إلى غير ذلك من الأحكام.

قلت: وبعد الاطلاع على كلام الأصحاب في هذا الباب ترى أنّ ذلك غير عزيز في كلامهم: قال الشيخ في المبسوط: لو تقدّم القبول في النكاح فقال الزوج: زوّجنيها، فقال: زوّجتكها، صحّ وإن لم يعد الزوج القبول بلا خلاف لخبر سهل الساعدي.

قلت: وبالجملة فإنّك ترى أنّ جملة من أساطين الأصحاب عاملين برواية سهل الساعدي في جميع ما اشتملت عليه الرواية وإن كان خلاف المشهور.

وخلاصة الكلام أنّ ظاهر من تقدّم ذكرهم من الأصحاب هو جواز وقوع النكاح بلفظ الأمر والمضارع إذا قصد بهما الإنشاء تمسكاً بما عرفت من رواية سهل الساعدي، سواء قدّم القبول على الإيجاب وسواء وقع فصل كثير بين الإيجاب والقبول أم لا بحيث أن يكون ذلك الفصل من لوازم العقد، كلّ ذلك لما عرفت، ضرورة أنّ المراد في عقد النكاح هو إيقاع الإيجاب والقبول، وأمّا الترتيب بأن يقدّم الإيجاب على القبول فليس بشرط وقد سمعت الحكاية عن الشيخ في المبسوط من دعوى الإجماع على صحّة العقد فيما لو قدّم الإيجاب على القبول، والله هو العالم بالأحكام.

إيضاح: اعلم قد وردت أخبار كثيرة في صحّة عقد نكاح المنقطع - أعني المتعة - بصيغة المضارع، منها رواية أبان بن تغلب قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا دخلت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوم، وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهم، وتسمي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت نعم فقد رضيت فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها.

وفي الحسن عن ثعلبة قال، تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنته نكاحاً غير سفاح وعلى أن لا ترثيني ولا أرثك كذا وكذا يوم بكذا وكذا، عشلى أن عليك العدة.

وعن هشام بن سالم قال، قلت: كيف تتزوج المتعشة؟ قال، تقول: يا أمة الله، أتزوجك كذا كذا يوم بكذا وكذا درهم، فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها ولا عدة لها عليك.

وعن أبي بصير قال: لا بدّ أن يقول فيه هذه الشروط: أتزوجك متعة كذا وكذا يوم بكذا وكذا درهم، فإذا مضت تلك الأيام كان طلاقها في شرطها ولا عدة لها عليك.

وعن أبي بصير قال: لا بدّ أن يقول فيه هذه الشروط: أتزوجك متعة كذا وكذا يوم بكذا وكذا درهم نكاحاً غير سفاح على كتاب الله وسنة نبيه عليه السلام وعلى

أن لا ترثني ولا أرثك على أن تعتدي خمسة وأربعين يوم.

إلى غير ذلك من الأخبار المصَّحَّح بانعقاد المتعة بلفظ المستقبل، والظاهر أنّه لا خلاف فيما بين الأصحاب في خصوص المقام وحيث كان كذلك يكاد يحصل القطع بلزوم عقد نكاح الدائم أيضاً بلفظ المضارع أو الأمر إذا قصد بهما الإنشاء بداهة عدم الفرق بين نكاح الدائم والمنقطع إلّا ذكر الأجل، فإن جعل أجلاً كان النكاح منقطع، وإن لم يذكر الأجل كان النكاح دائم، وإنّما ذكرنا هذه الأخبار في هذا المقام توضيح لما تقدّم من أنّ عقد النكاح الدائم إيجاباً وقبولاً لا يشترط فيه صيغة الماضي بل يكفي في صحّته لو عقد باللفظ المستقبل والأمر إذا قصد بهما الإنشاء، فلو قال: أتزوجك أو أنكحك صحّ وإن كان لا ريب ولا إشكال أنّ الإتيان بصيغة الماضي هو الأولى بل هو الأحوط في عقد النكاح الدائم كما هو واضح. لما عرفت من عدم الفرق بين الدائم والمنقطع وقد عرفت صحّة العقد في عقد المتعة باللفظ المضارع والأمر كما نطقت به الأخبار فيصحّ في عقد الدائم وإن كان يمكن أن يقال أنّ الفارق بينهما النصّ فإنّه يجوز ذلك في عقد المتعة وعقد الدائم باق على أصاله عدم الجواز فإنّه ليس بشيء لأنّه لا فرق إلّا بذكر الأجل.

مسألة

اختلف الأصحاب فيما لو قالت الزوجة أو الولي: متّعتك ولم يذكر، فهل ينقلب العقد دائم أو يبطل العقد أو يفصل فيما لو كان إيجاب العقد بلفظ

زوّجتك وأنكحتك وبين ما لو كان بلفظ متّعتك فينقلب العقد دائماً في الأوّل ويبطل العقد في الثاني.

واعلم أنّه قد ذهب إلى القول الأوّل جماعة من الأصحاب منهم المحقّق في الشرايع، قال: ولو قال الولي أو الزوجة: متّعتك بكذا ولم يذكر الأجل انعقد دائماً وهو دلالة على انعقاد الدائم بلفظ التمتع وهو خيرة ابن زهرة، وعن نكت النهاية وغاية المرام وفاضل الحدائق بل حكي هذا القول عن ابن البرّاج وأبي الصلاح وقطب الدين ونجيب الدين وعن غشاية المرام والكفاية والشهيد أنّه مذهب الأكثر، والسيد في الرياض أنّه الأشهر، والمسالك والحدائق والجواهر أنّه المشهور، بل عن ظاهر ابن زهرة أنّه مجمع عليه، وفي الجواهر قال: لعلّه مجمع عليه.

وقد ذهب إلى القول الثاني جماعة من الأصحاب كما قيل منهم الشهيد في المسالك والروضة، وتعليق الشرايع للشهيد الثاني، والرياض، بل حكي عن العلامة ووالده والسيد صاحب المدارك في شرحه على النافع وحكي ميل جماعة إليه.

والقول الثالث أعني القول بالتفصيل هو لابن إدريس ولم أعرش على موافق له في ذلك بل ظاهر عبارته المحكيّة دعوى الإجماع عليه وحيث ذلك فلا بدّ من ذكر حجج الأقوال الثلاثة.

حجّة القول الأوّل على ما ذكرها بعض الأصحاب أنّ لفظ الإيجاب في

المقام أعني قول «متعتك» صالح لكلّ منهما أعني نكاح الدائم والمنقطع وإنّما يتحقّق للثاني بذكر الأجل وللدوام بعده، فإذا انتفى الأوّل ثبت الثاني، وقالوا: فإنّ الأصل الصحّة والفساد على خلاف الأصل.

وهذا الذي ذكره جملة من الأصحاب هو عين ما ذكره الشهيد في المسالك ولو قصد المتعة وأخلّ بذكر الأجل فالمشهور بين الأصحاب أنّه ينعقد دائماً وهو الذي اختاره المصنّف لأنّ لفظ الإيجاب صالح لكلّ منهما وإنّما متمخّص للمتعة بذكر الأجل وللدوام بعده فإذا انتفى الأوّل ثبت الثاني، ولأنّ الأصل في العقد الصحّة والفساد على خلاف الأصل، انتهى.

وأجيب عن ذلك بأنّ صلاحية الصيغة لكلّ منهما بمجرّدها غير كافية لأنّ العقد تابع للإرادة والقصد والفرض أنّ المقصود من العقد هو المتعة خاصّة دون الدائم فإذا شرط التمتع وهو ذكر الأجل بطل العقد ولا يكون للدوام لأنّه غير مراد للعاقّد ولا مقصود له وينبغي ذكر قاعدة أنّ اللفظ المشترك إذا كان صالح المعنيين لا يجوز حمله على أحد المعنيين مع إرادة المتكلّم معنى خاصّ فيكون حمل اللفظ على خلاف إرادة المتكلّم فإنّ المعتبر عند المتكلّمين هو اتفاق اللفظ لإرادة المتكلّم وهو هنا متنفّ قطعاً لأنّ المتكلّم إنّما أراد المنقطع من لفظ التمتع خاصّة فحلّه على خلاف إرادة المتكلّم الظاهر أنّه لا يجوز قطعاً ولا أثر له في الخارج ضرورة أنّ المدار على إرادة المتكلّم والألفاظ إنّما هي كاشفة عن الإرادة القلبية فإذا كانت الإرادة القلبية خلاف العقد فإنّ العقد لا أثر له.

ولكن لا ريب ولا إشكال أنّ القاعدة المذكورة تخصّص بالدليل اللفظي بل كلّ قاعدة كذلك فعقد النكاح إن ذكر فيه الأجل كان منقطع وإن لم يذكر الأجل كان النكاح باتّ، وإن كان قاصد بعقده المتعة تمسكاً بالدليل وهو المخرج لنا عن القاعدة، فقاعدة العقد تابع للقصد لا يجري في خصوص المورد لورود الدليل على خلافها.

الثاني من الأدلّة موثّق ابن أبي بكير قال، قال أبو عبد الله عليه السلام: إن سُمّي الأجل فهو نكاح متعة وإن لم يسمّ الأجل فهو نكاح باتّ.

وأجاب الشهيد في المسالك عن الرواية ما لفظه: والخبر مع قطع النظر عن سنده ليس فيه دلالة على أنّ من قصد المتعة ولم يذكر الأجل يكون دائماً بل إنّما دلّ على أنّ الدوام لا يذكر فيه الأجل وهو كذلك لكنّه غير المدّعى فحينئذ فالقول بالبطلان مطلقاً أقوى، انتهى.

أقول: والإنصاف أنّ ظاهر موثّق ابن بكير هو على خلاف ما ذكره مولانا الشهيد فإنّ ظاهره كما هو غير خفيّ أنّ المدار والفارق بين نكاح الدائم والمنقطع هو ذكر الأجل وعدمه فإنّ أهمّ ذكر الأجل كان النكاح دائم، وإن ذكر الأجل كان النكاح منقطع بل لا يخفى على المتأمّل أنّ الرواية المذكورة فيها إشعار بأنّ قصد العاقد لا اعتبار عليه فلو كان قاصداً المنقطع ولم يذكر الأجل غفلة أو نسياناً أو ذهولاً انقلب العقد دائماً قهراً على العاقد وإن كان خلاف قصد العاقد

وهذا غير مستبشع بعد أن ورد في الأخبار، ومخالفته للقاعدة وهو أن العقود تابع للقصود لا يقدر في الحكم المذكور لإمكان تخصيص القاعدة المزبورة بالنص المذكور، فنقول: إن تابع القصد العاقد إلا في نكاح الدائم والمنقطع فإن الشارع قد جعل المدار على خصوص ذكر الأجل وعدمه وجعل المآثر في لزوم العقد هو الأجل لا إرادة العاقد؛ فإن المولى لو قال: من حلّ في دار زيد فله درهم، فلو أدخل شخص في الدار قهراً وجب له الدرهم لحصول السبب الموجب لذلك بل لو كره الدخول ودخل قهراً أو غفلة أو دخل دار عمرو فبان أنها دار زيد وجب الدرهم ضرورة أن المدار في الإعطاء على حلوله بالدار وإن كان عن غير قصد، فعقد المنقطع وعدمه قد علّقه الشارع على ذكر الأجل وعدمه وجعل ذكر الأجل وعدمه هو المؤثر في العقد من الدوام وعدمه، والقصد قد ألغاه الشارع في المقام.

وما ذكر من ضعف سند الرواية فلا ينبغي الإصغاء إليه لانجبارها بالشهرة المحققة بل بالإجماع المنقول على لسان الشيخ وابن زهرة فالرواية حجة على مذهب جّل الأصحاب من ظهور دلالتها على الدعوى والعمل بها بل هذه الرواية كالصحيح لأنها مروية عن ابن أبي عمير وقد أجمع العصابة على تصحيح ما يصح عنه كما هو غير خفي.

ومن الأدلة رواية أبان بن تغلب قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كيف أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول: أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه لا وارثة

ولا موروثه كذا وكذا يوم وإن شئت كذا سنة بكذا وكذا درهماً وتسمي من الأجر ما تراضيتهما عليه قليلاً كان أو كثيراً، فإذا قالت نعم فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها. قلت: فإني أستحي أن أذكر شرط الأيام، قال: هو أضرّ عليك. قلت: وكيف؟ قال: إنك إذا لم تشرط كان تزويج مقام ولزمتك النفقة في العدة وكانت وارثة لم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة.

قلت: وهي كما تراها من وضوح الدلالة على الدعوى بل هي ظاهرة بأنه قاصدا النكاح المنقطع وإنما يترك الأجل حياءً من المرأة لكونه قبيحاً في حقها، فقال له الإمام: يكون العقد دائماً إن لم تصرّح بذكر الأجل وإن كان مقصوداً لك نكاح المتعة فإنّ القصد وحده مع عدم ذكره ينقلب النكاح دائماً قهراً وإنكار هذا المعنى من الرواية لا أعرف وجهه، والله أعلم بأحكامه.

ومن الأدلة رواية هشام قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة متعة مرةً مبهمه، قال: فقال: ذلك أشدّ عليك ترثها وترثك ولا يجوز أن تطلقها إلا على طهر وشاهدين. قلت: أصلحك الله فكيف أتزوجها؟ قال: أياماً معدودة وتسمي مقدار ما تراضيتم به فإذا مضت أيامها كان طلاقها في شرطها ولا نفقة ولا عدّه لها عليك. قلت: ما أقول لها؟ قال: تقول لها: أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه وبيّ ووليّك كذا وكذا شهر بكذا وكذا درهم على أن لي الله عليك كفيلاً لتعين لي ولا أقسم لك ولا أطلب ولدك ولا عدّة لك عليّ فإذا مضى

شرطك فلا تتزوَّج حتى يمضي لك خمسة وأربعون يوم وإن حدث بك ولد فاعلميني، الحديث.

قلت: وظهور هذه الرواية في الدعوى لا ينبغي إنكارها فإنَّها كالروايتين المتقدّمتين كما هو غير خفيّ على المنصف المتنبّه، وأمّا ما قيل في هذه الأخبار من تضعيف سندها فإنّه لا يلتفت إليه بعد اعتضادها بالشهرة المحقّقة التي قد حكّاها حتّى من لم يقل بهذا القول فإنّه قد اعترف بها وقد وقع لبعض الأصحاب تأويل بعيدة جدّاً لهذه الروايات، منها ما تقدّم في موثّق ابن بكير، ومنها ما لصاحب الرياض في رواية هشام من أنّ المراد من الاستحياء الواقع ذكره في الرواية المانع من ذكر الأجب أو جب العدول إلى الدوام عن التمتع فكأنّه قال: أتزوَّج دائماً لا متعة حياءً منها.

أقول: فإنّ فيه أولاً أنّه خلاف ظاهر الرواية كما هو واضح، وثانياً بعد تسليمه فإنّه خروج عن المبحث ضرورة أنّه لو قصد الدوام ولم يذكر الأجل كان النكاح دائماً وهذا لا ريب فيه، والمبحث إنّهُ أتمّ العقد بقصد النكاح المنقطع ولم يذكر الأجل انقلب دائماً، فما ذكره في الرياض غير ما نحن فيه قطعاً.

والحاصل فإنّه قد وقع لبعض الأصحاب في هذا المقام كلام لا أعرف وجهه مع وضوح الأدلّة الدالّة على الدعوى.

وبعد الإحاطة بجميع ما ذكرناه ترى أنّ الرجوع إلى القاعدة المذكورة

من أنّ العقود تابع للقصود والأغراض عن ظاهر الأخبار التي قد عمل بها المشهور بعيد عن الصواب ضرورة لزوم طرح القاعدة المخالف لأخبار أهل بيت الرحمة بل نقطع أنّ العقل لو حكم بأمر وخالف فيه الشارع علمنا أنّ العقل لم يصل إلى المصلحة التي أخبر بها الإمام عليه السلام لأنّ العقل التامّ هو ما عليه الأخبار ولكن عقولنا القاصرة لا تصل إليه.

فقول: إنّ العقد في جميع مواردّه تابع للقصد إلّا في عقد النكاح في الدائم والمتعة فإنّه لذكر الأجل والتلفّظ به، فإن ذكر أجلاً كان العقد متعة وإلّا كان دائماً للأخبار.

وحيث عرفت ذلك كلّه بان لك قوّة القول بأنّه لو عقد للمتعة وكان قاصداً ذلك ولم يذكر الأجل حياءً أو نسياناً أو غير ذلك كان النكاح دائم ويترتب عليه جميع لوازمه النكاح الدائم من وجوب النفقة عليه وإتّما ترثه ويرثها وإتّما لا تطلق إلّا بشاهدين عدلين على طهر لم يواقعها فيه على حدّ أحكام الزوجة الدائم، كلّ ذلك لما صرّحت به الأخبار، والله هو العالم بأحكامه.

مسألة

لا ريب ولا إشكال أنّ عقد النكاح لا ينعقد إلّا بالإيجاب والقبول وحيث كان كذلك فظاهر كلام الأصحاب أنّه لا يشترط المطابقة بين الإيجاب والقبول فلو أوجب العاقد باللفظ وقبل الآخر بلفظ غير لفظ الموجب صحّ عقد النكاح

بلا خلاف بين الأصحاب بأن قال الموجب: زوّجتك، فقال: قبلت النكاح، صحّ العقد إجماعاً لأنّ كلّ واحد من هذين اللفظين يقوم عن الآخر.

قال في المسالك: لما كان المعتبر من القبول اللفظ الدالّ على الرضاء بالإيجاب وكان كلّ واحد منهما ينادي باللفظ التزويج صحّ التعبير في أحدهما وفي الآخر لظهور المراد وكونها بمنزلة المترادفين يجوز إقامة كلّ واحد منهما مقام الآخر.

قلت: ذكر هذه العبارة الشهيد عند قول المحقق، فلو قال: زوّجتك، فقال: قبلت النكاح، أو قال: أنكحتك فقال: قبلت التزويج، صحّ.

أقول: والظاهر أنّ هذا الحكم لا خلاف فيه ولا إشكال، والله هو العالم.

مسألة

اختلف الأصحاب في أنّه هل يجزي في عقد النكاح تقديم القبول على الإيجاب أم لا؟ قولان:

الأول: هو بإجزاء تقديم القبول على الإيجاب فلو قالت الزوجة: زوّجتك نفسي، وقال الزوج: قبلت، وهذا القول ذهب إليه جلّ الأصحاب بل في المسالك أنّه مذهب الأكثر، والسيوري ي تنقيحه نسبهته إلى الشهرة نقلاص وتحصيلاً، بل حكى جماعة عن الشيخ دعوى الإجماع عليه.

والقول الثاني اشترط الترتيب في عقد النكاح فلو قدّم الإيجاب على القبول

لم يصحّ وقد نفى عنه البأس بعض بل عن ابن إدريس عبّر بلفظ عندنا وقواه في التذكرة، وقال المحقق في جامع المقاصد: لا يخلو من قوّة.

حجّة القول الأوّل أمور:

الأوّل: الإجماع الذي ادّعه الشيخ والظاهر أنّ مثل هذا الإجماع حجّة لاعتضاده بالشهرة أو بفتوى الأكثر كما في المسالك، قال فيها أكثر الأصحاب على جواز تقديم القبول في النكاح على الإيجاب بل ادّعى عليه الشيخ الإجماع لحصول المقتضي وهو العقد الجامع للإيجاب والقبول ولم يثبت اعتبار الترتيب بينهما إلى آخر عبارته.

الثاني: خبر سهل الساعدي الذي تقدّم نقله الذي قال فيه، فقال الرجل: زوّجنيها يا رسول الله ﷺ فقال: زوّجتها، ولم يعد الرجل القبول وهو ظاهر بصحّة العقد مع تقدّم الإيجاب على القبول وبه يتمّ المطلوب.

وقيل: إنّ عمدة أدلّة هذا القول هذا الخبر ولكن قد عرفت سابقاً ما فيه الذي منه أنّ قوله «زوّجنيها يا رسول الله» هو طلب التزويج من النبي ﷺ، ولما أوجب النبي ﷺ قبل الرجل بعد ذلك ولم يذكر في الرواية، وإن كان بعيد سقوط هذا من الرواية.

وكيف كان فإنّ هذه الرواية هي عمدة أدلّة المشهور كما هو واضح، وتمسك بعضهم لهذا القول بأنّ القبول المقدم عقد فتشمله أدلّة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ وهو كما

تراه بعضهم من قال: إنَّ العقد الموجب للحلَّ هو الإيجاب والقبول وقد حصل بتقديم القبول على الإيجاب والترتيب ليس بشرط، وبعضهم من استند إلى أنَّ الإيجاب يقع مقدِّماً من الزوج لأنَّ المرأة تستحي غالباً أن تقبل قبل الإيجاب، فيمنعها الحياء من القبول قبل الإيجاب فلا بدَّ من الابتداء بالإيجاب من الزوج، وذكر ما عليه من المهر والشروط، فإذا كان ذلك خفَّ على المرأة القبول.

واستند بعضهم كما هو صريح المستند إلى رواية زرارة بن أعين عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث خلق حواء وتزويج آدم عليه السلام بها، قال الله عزَّ وجلَّ قال لآدم: اخطبها إليّ، فقال: يا ربِّي فإني أخطبها إليك، فقال الله عزَّ وجلَّ: قد شئت ذلك وقد زوجتكها فضمَّها إليك، والإنصاف أنَّ هذا الاستدلال أوهى من بيت العنكبوت لأنَّه لم يرد أنَّه ضمَّها آدم إليه من غير قبول بل يدلُّ الخبر أنَّه لا يحتاج في عقد النكاح القبول بل الإيجاب وحده كاف وهو خلاف الضرورة، اللهمَّ إلَّا أن يقال كما تولى الله جلَّ شأنه الإيجاب تولى القبول، ولكن أيضاً لم يرد ذلك. والحاصل فإنَّه وقوع هذا وأمثاله من مثل بعض الأجلَاء يوجب العجب، والله هو الموفق.

وبعضهم قد استند إلى ما روي في تزويج النبي صلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بخديجة من أنَّها قالت ابتداءً بعد أن خطب أبو طالب، قالت خديجة: قد زوجتك يا محمد نفسي والمهر عليّ في مالي.

وفيه ما لا يخفى لاحتمال أن النبي أو وكيله قد أوجب أولاً فأجابته خديجة بالقبول.

إلى غير ذلك من الأدلة التي هي كما ترى والإنصاف أنه لم يكن في أدلة هذا القول إلا الإجماع المدعى ورواية سهل الساعدي، مع أنك قد عرفت ما فيها. حجة القول بأن الترتيب شرط في صحة عقد النكاح أعني تقديم الإيجاب على القبول أمور:

الأول: أن الظاهر من القبول في عقد النكاح بل في سائر العقود إنها هو فرع الإيجاب فإذا كان كذلك فلا يعقل تقدّمه عليه بل لو وقع كان لغواً بلا ريب.

الثاني: إنه لا ريب ولا إشكال أن النكاح لا بدّ فيه من عقد يشتمل على إيجاب وقبول فلا بدّ من أن يؤخذ فيه القدر المجمع على وقوع العقد فيه وصحته وهو تقدّم الإيجاب على القبول لانفاق المسلمين كافة على صحة العقد به فيلزم الأخذ به.

الثالث: إنه لا ريب ولا إشكال بوقوع الشكّ في صحة عقد النكاح لو تقدّم القبول على الإيجاب فاستصحاب عدم حلّ الاستمتاع المعقود عليها بذلك العقد قطعاً.

إلى غير ذلك من الأدلة التي هي بظاهرها أقوى من أدلة ما سبق، فمن هذا يكاد يحصل القطع بعدم صحة العقد لو قدّم القبول على الإيجاب كما هو واضح

على أنه لا ريب ولا إشكال بأن الاحتياط الذي هو طريق الصالحين والعلم بضيق أحكام الفروج قاض بعدم حلّ الفرج الذي تقدّم القبول في عقده على إيجابه كما هو لا يخفى، والله هو العالم بالأحكام.

مسألة

قال في الحقائق: المشهور بين الأصحاب عدم جواز العدول عن العربية إلى الترجمة بالفارسية وغيرها.

وقيل: إن اعتبار العربية إنما هو على جهة الاستحباب وإلا فإنه يجوز الترجمة اختياراً، والأول مذهب الشيخ في المبسوط حيث قال: إذا كان لا يحسن العربية صحّ العقد باللفظ التزويج وبالفارسية وإن كان يحسنها لم ينعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج لأنه لا دلالة عليه، وادّعى عليه الإجماع وتبعه على هذه المقالة من تأخر عنه من الأصحاب إلا ابن حمزة فإنه قال: فإن قدر المتعاقدان على القبول والإيجاب بالعربية عقداً بها استحباباً وهو ظاهر بجواز العقد بالترجمة، وإن كان قادراً على العربية، انتهى.

أقول: وتوضيح المقال هو أنه قد اختلف الأصحاب في صيغة زوجت وأنكحت فهل يجب الإتيان بهما على العربية ولا يجزي فيها الترجمة أو تجزي الترجمة.

أقول: فذهب الشيخ كما سمعت إلى عدم جواز الإتيان بالصيغة بغير

العربية اختياراً وهو مذهب جماعة من الأصحاب منهم المحقق في الشرايع، والمحكي عن التذكرة والإرشاد وجامع المقاصد والمهذب البارع والتنقيح وكشف اللثام والمعتبر والمسالك والرياض، بل سمعت في الحدائق أنه المشهور، والرياض أنه مذهب الأكثر، والمفاتيح أنه المشهور نقلاً وتحصيلاً، بل حكي عن بعض الإجماع، بل هو ظاهر عبارة العلامة في التذكرة، قال: لا ينعقد إلا باللفظ العربية مع القدرة فلو تلفظ بأحد اللفظين بالفارسية أو غيرها من اللغات غير العربية مع تمكّنه ومعرفته بالعربية لم ينعقد عند علمائنا، انتهى.

والقول الثاني من جواز الإتيان بالصيغة بغير العربية اختياراً نعم يستحبّ الإتيان بها على العربية وقد سمعت الحكاية عن ابن حمزة بل هو مذهب جماعة منهم صاحب المفاتيح وشرحها والمستند والكفاية.

حجّة القول الأوّل أعني اشتراط العربية في صيغة النكاح من قوله «زوّجتك وأنكحتك» ما ذكره الشهيد في المسالك والظاهر أنه حاصل ما عند أهل هذا القول فلا بدّ لنا من رسم ما ذكره كلّ، قال: لما كان اللفظان وهما زوّجتك وأنكحتك صيغتان في الإيجاب وهما عربيّان قد ثبت شرط التعبير بهما عن هذا المعنى وكونهما سبباً في عقده لم يجز العدول عنهما إلى غيرهما من الألفاظ الدالة عليهما بغير العربية وقوفاً على ما أخذه الشارع ونصبه سبباً والأصالة بقاء الفروج على التحريم إلى أن يثبت المزيل، ولأنّ غير العربية وإن أدّت معناها

كالكنائيات الدالة عليهما بالعربية فكما لا يصحّ العقد عندنا بالكنائيات لا يصحّ
بغير العربية، ولأنّ العقود المتلقاة من الشارع كلّها عربيّة فالعدول عنها عدول
إلى ما لم يثبت شرعاً كونه سبباً لترتيب الأحكام الخامس: وهذا هو المشهور بين
علمائنا فهي كادت تكون إجماعاً، انتهى.

أقول: وهذا كلّه لا يخلو من محلّ للنظر فإنّ عصمة الفرج قد استحلت
بالعقد بالترجمة فتشمله أدلّة ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ واشتراط العقد كونه بالعربيّة
الأصل عدمه.

وأما كون العقد بالعربيّة هو المتيقّن فلا ريب فيه ولكن لا ينبغي ماكان
بالترجمة وكذلك ثبوت التعبير بالعربيّة في الشرع فإنّه أيضاً لا ينفي غيره كما
لو كان بالترجمة، فكما يعبر عن هذا المعنى في الألفاظ العربيّة فكذلك يعبر عنه
بالترجمة ويستفاد المراد كما هو. والحاصل فإنّه لم يرد دليل صريح أو ظاهر بعدم
كفاية عقد النكاح بغير العقد بالعربيّة كما هو واضح.

حجّة القول الثاني على ما حكى عن ابن حمزة فإنّه قال: إنّ المقصود بالذات
من العقد هو المعنى واللفظ مقصود بالعرض لأنّ الغرض منه كونه آلة لإيصال
المعنى إلى الذهن فأيّ لفظ أدّى ذلك كفى سواء كان بالعربيّة أو الترجمة.

وفيه: إنّ الألفاظ توقيفيّة فلعلّ الشارع إنّما أراد إيصال هذا المعنى - أعني
المعقود عليه بلفظ خاصّ لا أقلّ حصول الشك والأصل عدم الانعقاد ولكن

مع هذا كله فإن قول ابن حمزة لا يخلو من قوة وإن كان قول المشهور أقوى ولا ريب بكونه الأحوط فلا بد من الإتيان بالصيغة العربية مع الإمكان ضرورة أنه به تحصل البراءة اليقينية كما هو واضح.

إيضاح: لو عجز المتعاقدان عن الإتيان بالصيغة بالعربية أو عجز أحدهما دون الآخر فالظاهر جواز العقد وصحته بما يحسنه والظاهر أنه لا خلاف فيه بين الأصحاب بل في الرياض نسبة هذا الحكم إلى قطع الأصحاب للعسر والهرج وهل يجب توكيل من لا يحسن الصيغة لمن يحسنها مع الإمكان من التوكيل؟ وجهان بل قولان، والأقوى أنه لا يجب ذلك وهو المحكي عن ششيخ الطائفة للأصل وغيره من فحوى جواز عقود الأخرس وإنه لا يجب عليه التوكيل، ولأن اشتراط العربية بناء عليها في العقود إنما هو لمن كان قادراً عليها، وأما غير القادر فلا، وهل يجب تعلّم الصيغة لو أمكن؟ وجهان والأقوى العدم لما عرفت وإن كان لا ريب ولا إشكال بكون الأحوط لمن لا يحسنها التوكيل لمن يحسنها كما هو واضح، والله هو العالم.

مسألة

لو عجز المتعاقدان أو أحدهما عن النطق بالصيغة كالأخرس وغيره صحّ عقده بالإشارة وهذا هو المعروف بين الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فيهما اعترف به جماعة بل ظاهرهم أنه من المسلمات لإرسالهم الحكم المذكور

من غير توقّف. وبالجملة فإنّ الحكم المذكور لا خلاف فيه بل الظاهر أنّه لا فرق فيمن لا يقدر على النطق وصحّت إشارته وإقامتها مقام اللفظ في سائر عقود وعباداته. نعم لا بدّ من كون الإشارة مفهومة للمراد دالّة على القصد والذي يدلّ على جواز ذلك وكفايته من العاجز عن النطق أخرساً كان أو غيره كلّما دلّ على صحّت عبادات الأخرس من الكفاية بالإشارة وكذلك ما وقع للأصحاب من الاستدلال في سائر أبواب الفقه من كفاية إشارة الأخرس عن النطق بالعقد ولقاعدة العسر والحرج، والظاهر أنّه لا فرق في الحكم المذكور بين العجز الحاصل عن النطق بين الأخرس الأصلي أو العارض من مرض وغيره؟

وهل يلحق بالأخرس من العجز الحاصل عن النطق بالإكراه كما لو أُكْرِه على عدم النطق بأن خاف لو نطق بالعقد قُتِلَ أو أخذ ماله - مثلاً - قال كاشف اللثام: لم أجد نصّاً للأصحاب فيمن عجز للإكراه ونحوه، انتهى.

نعم لا ريب بلحوق الإعياء بالأخرس لحصول المناط وهو العجز عن النطق وللعسر والحرج، والظاهر أنّه لا خلاف فيه بين الأصحاب، وأمّا لو فرض زوال الإعياء في بعض الأوقات فهل يجب الانتظار لزوال وقته أم لا؟ وجهان:

الأوّل: إنّ لا يجب للأصل وإن كان لا ريب بكون الثاني هو الأحوط. وهل يجب التوكيل في العقد لصاحب الإعياء؟ الأقوى أنّه لا يجب للأصل كما

هو لا يخفى.

واعلم أنّ جواز إشارة من عجز عن النطق فلو عجز المتعاقدان عن النطق اختصّ به الحكم دون المتمكّن من النطق فلا تكفي إشارته قطعاً كما هو واضح.

فرع: لو عجز العاقد في النكاح أو غيره من باقي العقود عن الإشارة المفهمة للعقد فهل تكفي الكتابة ويصحّ العقد بها أم لا؟ وجهان:

الأول: الإجزاء لفحوى ما دلّ على أن المطلوب هو الإفهام والقصد للعقد، وبالكتابة يحصل الإفهام قطعاً.

والثاني: لا، لأصالة عدم انعقاد العقد، ولأنّ انعقادها بالإشارة مروية بالعبادات وفي جملة ن العقود ولا دليل على كفاية الكتابة كما هو لا يخفى، والله أعلم.

مسألة

اعلم أنّ عقد النكاح لا يثبت إلاّ بالألفاظ مخصوصة واردة من قبل الشارع كما تقدّم وحيث كان كذلك فلا ريب ولا إشكال بعدم انعقاده بلفظ البيع ولا بلفظ الهبة ولا الإجارة ولا العارية ولا الإباحة، والظاهر أنّه لا خلاف في ذلك بين الأصحاب بل هو محلّ وفاق فيما بينهم، بل الإجماع بقسميه عليه. وبالجملة فإنّه لا خلاف في عدم انعقاد عقد النكاح في هذه الألفاظ المذكورة من غير خلاف سواء ذكر المهر أم لا. نعم ذهب جماعة من علماء أهل السنّة إلى انعقاد

النكاح في هذه الألفاظ المذكورة وجماعة منهم وافقنا على القول بعدم الانعقاد، وبعضهم فصل بين أن يذكر المهر أم لا، فقال بانعقاده بالأول دو الثاني، وقد نبّه على هذا كله الشيخ في خلافه فقال:

مسألة: لا ينعقد النكاح بلفظ البيع ولا التملك ولا الهبة ولا العارية ولا الإجارة، فلو قال: بعته أو ملكتها أو وهبتها كل ذلك لا يصحّ سواء ذكر في ذلك المهر أو لم يذكره، وبه قال عطاء وسعيد بن المسيّب والزهرري، وبه قال ربيع والشافعي، وقال أبو حنيفة وأصحابه: يصحّ بلفظ البيع والهبة والصدقة والتمليك، وعنه في لفظ الإجارة روايتان سواء ذكر المهر أو لم يذكر، وقال مالك: فلاّن ذكر المهر فقال: بعته على مهر كذا أو ملكتها على مهر كذا صحّ وإن لم يذكر المهر لم يصحّ لأنّ ذكر المهر يخلّص المهر للنكاح. دليلنا: إجماع الفرقة.. إلى آخر كلامه.

وبالجملة فإنّه لا خلاف عندنا في عدم انعقاد النكاح في هذه الألفاظ. نعم إنّما ينعقد بلفظ الهبة لخصوص نبيّنا محمد ﷺ كما صرح به الكتاب الشريف وهو من خصائصهم.

مسألة

الظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب في سلب عبارة الصبي والمجنون في عقد النكاح إيجاباً وقبولاً، ولا أثر لهما بل يجزي ذلك في سائر العقود بإجماع

الأصحاب، بل جعله بعضهم من ضروريات المذهب، ولا فرق في الصبي بين كونه مميّزاً أو لا، وكذلك المجنون بين ونه مطبقاً أو أدوارياً حال جنونه، ضرورة أنّه يشترط في العقود القصد الباطني إلى العقد الواقع ولا ريب ولا إشكال أنّ الصبي والمجنون مسلوبان القصد قطعاً، وحيث كان لا قصد لهما فأصالة عصمة الفرج لا معارض له وعدم سببية النكاح بلفظه كما هو لا يخفى.

والحاصل فإنّه لا ينبغي التوقّف في عدم صحّة النكاح بعقد الصبي والمجنون، والظاهر - كما صرّح به جماعة - أنّه لا فرق في ذلك بين كون العقد لهما أو لغيرهما وهما وكيلان في الإيجاب والقبول فإنّه لا أثر لعقدتهما، وكذلك الحكم في المغمى عليه فإنّه لو عقد حال الإغماء لا يصحّ وحاله حال المجنون، والظاهر أنّه لا خلاف فيه بين الأصحاب لعدم حصول ششالقصد له الذي هو شرط في صحّة العقد، والله هو العالم.

فرع: ظاهر كلام بعض الأصحاب اشتراط الحرّية في المتعاقدين فلا يصحّ من غير اششلمولى كما هو المحكي عن العلامة رحمته الله.

أقول: فإنّه يمكن أن يقال أنّ العبد مرّة يعقد لنفسه وأخرى يكون وكيلاً عن غيره في العقد، أمّا الأوّل فلا ريب بعدم صحّة العقد لما ستعرف وتقف عليه تفصيلاً وإن كان الثاني فالظاهر صحّة العقد من العبد وإن لم يأذن له مولاه ضرورة أنّ نطق العبد من غير إذن مولاه وإن كان محرّم لكن لا يوجب فساد

العقد لأنه نقول: فعل حرام بالنطق وعقده للغير صحيح، ضرورة أنه ليس من العبادات التي يفسدها النهي وهو واضح، وله نظائر كثيرة فإنه لو أوصل الأمانة إلى أهلها وكان ذلك من غير إذن مولاه أو أوصى بفراغ ذمة زيد من الدين فأوصله لصاحبه فلا ريب بحصول الإبراء وإن فعل العبد حراماً بهذه الحركة، والله أعلم.

مسألة

اختلف الأصحاب في عقد اشلسكران فالمشهور فيما بينهم بطلان عقده. وقيل - كما هو المحكي عن الشيخ في النهاية - أنه إذا زوجت السكرى نفسها ثم أفادت فرضيت أو دخل بها فأفادت كان صحيحاً، وتبعه ابن البراج. أقول: والذي يظهر من عبارة الشيخ هو الاقتصار على خصوص المرأة السكرى لو أجازت العقد أو دخل بها الزوج وأفادت صحّ عقد النكاح فلا يشمل الرجل السكران لو عقد حال سكره وأفاد وأجاز عقده، وقد صرح بهذا التفصيل الفاضل النراقي فس مستنده بعد أن صرح بعدم جواز عقد الصبي والمجنون، قال: ولا السكران لما ذكر لا السكرى إذا أجازت بعد الإفافة فيصحّ عقدها لنفسها أو للغير وفاقاً للصدوق والنهاية والقاضي، واختاره في الكفاية وشرح المفاتيح.

أقول: فالذي يظهر من كلام الأصحاب أن المسألة على أقوال ثلاثة:

الأول: إن السكران لا يصحّ عقده وإن أجاز بعد إفاقة من السكر سواء في ذلك الرجل والمرأة وهو المشهور فيما بين الأصحاب كما في الحدائق وغيرها.

الثاني: صحّة عقد السكران لو أجاز بعد الإفاقة من السكر ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة.

الثالث: التفصيل بين الرجل والمرأة لو أجاز العقد بعد الإفاق من السكر فيبطل عقد الرجل ويصحّ عقد المرأة كما سمعت.

حجّة القول الأول - أعني بطلان العقد مطلقاً سواء كان رجلاً أو امرأة، سواء أجاز العقد بعد الإفاقة أم لا - ما ذكر الشهيد في المسالك: السكران الذي بلغ السكر حدّاً أزال عقله وارتفع قصده نكاح باطل كغيره نم عقوده سواء في ذلك الذكر والأنثى، هذا هو الذي يقتضيه القواعد الشرعيّة ومتى كان كذلك وعقد في هذه الحالة التي عقده باطل فلا تنفعه الإجازة بعد الإفاقة لأنّ الإجازة لا تصحّح ما وقع باطلاً من أصله، انتهى.

أقول: الظاهر أنّه لا خلاف في عدم صحّة عقد السكران لأنّه يعتبر في صحّة العقد القصد إلى العقد إجماعاً ولا ريب بأنّ السكران لا قصد له فلا يصحّ عقده إجماعاً.

الثاني من الأدلّة عصمة الفرج وعدم حصول تحليله بعقد السكران لأصالة

عدم حصول السبب المحلّل كما هو واضح.

الثالث: إنّه انعقد الإجماع من كافّة الأصحاب على عدم صحّة طلاق السكران فكذلك عقده لوجوده العلة التي منها عدم صحّة طلاقه وهو عدم حصول القصد منه في حالة السكر وحيث كان عدم صحّة العقد فالإجازة بعد الإفاقة لا تفيد كما هو واضح.

حجّة القول بالتفصيل أمّا على عدم صحّة عقد السكران فكما ذكرناه، وأمّا على صحّة عقد المرأة السكرانة نفسها لو أفاقت وأجازت العقد فهو خبر محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن عليه السلام امرأة ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوّجت نفسها رجلاً في سكرها ثمّ أفاقت فأنكرت ذلك ثمّ ظنّت أنّه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها؟ فقال: إذا أقامت معه بعد ما أفاقت فهو رضا منها. قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها؟ فقال: نعم.

أقول: هذه الرواية وإن كانت صحيحة السند كما قد نصّ عليها جماعة نم الأصحاب إلّا أنّها مناف للقواعد وهو أنّه لا ريب ولا إشكال أنّ العقد إنّما يكون صحيحاً إذا كان مقصوداً للعاقدة كما أنّه لا ريب بأنّ السكران لا قصد له فينتفي العقد بانتفاء القصد قطعاً، وحيث كان كذلك لزم حمل الرواية المذكورة على أنّ السكر من النبيذ الذي في الرواية لم يكن مزيلاً للعقد ولا ريب ولا

إشكال بأن السكر إذا لم يزيل العقل لا يرفع القصد ويحصل معه القصد قطعاً فإذا حصل القصد في العقد صحّ وبهذا يحصل الجمع بين الصحيح المذكور بين القاعدة العقلية وهو اشتراط صحّة العقد أن يكون مقصوداً ولكن الرواية قد اشتملت على الإقرار بالعقد من السكرى والرضاء به بعد أن أنكرت وإنما رضيت بالتزويج لما ظنّت أن التزويج لازم لها ولولا ظنّها ذلك لما رضيت كما هو الظاهر من الرواية.

والحاصل من هذا ومن أن المشهور قد أعرضوا عن الأخذ بها ممّا يوجب طرح الرواية المزبورة وإن كانت صحيحة ضرورة أنّه لا ريب بأنّ إعراض المشهور يوهن الرواية وإن كانت صحيحة كما هو لا يخفى على من لاحظ كلام الأصحاب.

والحاصل فإنّ طرح الصحيح المذكور لإعراض المشهور عنه ولحصول التهافت في متنه كما عرفت من التصريح بإنكار العقد أولاً والرضا به خوفاً وظنّ الإلزام بالعقد فمن اتضح أنّ الأقوى هو ما عليه المشهور من عدم صحّة عقد السكرى وإن أجازت العقد بعد الإفاق لما عرفت، والله هو العالم بالأحكام.

وأما القول الثالث وهو صحّة عقد السكرى لنفسها فقيل إنّه الخبر المذكور ولكن قد عرفت ما فيه وعدم نهوضه بالحجّة.

وأما صحّة عقد السكران فقليل إنّه لتنقيح المناط وهو كما تراه.

مسألة

الظاهر أنّه لا خلاف في أنّه لو أوجب الزوج أو الولي ثمّ جنّ قبل القبول أو أغمي عليه بطل حكم الإيجاب ولو قبل القابل بعد ذلك كان القبول لغواً لا أثر له وقد علّله بعض الأصحاب كما في المسالك وغيرها بأنّ العقد اللازم يكون قبل تمامه بمنزلة الجائز يجوز لكلّ منهما فسخه فيبطل بما يبطل به الجائز ومن جملة الجنون والإغماء، ولا فرق في ذلك بين النكاح والبيع وغيرهما من العقود اللازمة.

الثاني: أنّ العقد هو عبارة عن الإيجاب والقبول لا القبول وحده كما هو لا يخفى.

أقول: لو أجب ثمّ جنّ وقبل القابل ذلك الإيجاب كان الإيجاب صحيحاً ضرورة أنّه وقع منه في حالة يصحّ منه الإيجاب والقبول والإقرارات وكافة أفعاله وأقواله وعروض الجنون لا يقدر بصحّة ما تقدّم منه في حالة صحّته وتأخّر القبول إلى بعد الجنون غير مانع من مضي إيجابه ولزومه وقياسه على العقود الجائزة غير مسلّم ومن هنا قال فاضل الحقائق ولقد أجب كما هو شأنه الإجابة بعد أن ذكر ما عليه الأصحاب من بطلان الإيجاب لو جنّ بعده أو أغمي عليه، قال: أقول: لم أقف لهم على المقام على دليل شاف يدلّ على البطلان

كما ذكروه، وما ادّعوه من حمله على العقد الجائز وإنّ العقد الجائز كالوالة ونحوها تبطل بالجنون والإغماء محلّ منع فإنّنا لم نقف لهم فيه أيضاً على دليل إلا ما يظهر من دعوى بعضهم الإجماع على ذلك وقد عرفت ما في هذه الإجماعات، وإلى ذلك أشرنا في كتاب الوكالة أيضاً.

وبالجملة فإنّي لا أعرف هنا مانعاً من صحّة العقد لو عرض الجنون والإغماء بعد الإنجاب ثمّ حصل القبول بعد زوالهما من غير حاجة إلى تجديد إيجاب آخر لصدق حصول اشلعقد الشرعي المشتمل على الإيجاب والقبول وما ربّما يتخيّل من الفصل بين الإيجاب والقبول وعدم الفوريّة في القبول فقد تقدّم الكلام فيه وأنّه لا دليل عليه، انتهى.

أقول: والحقّ ما ذكره هذا الفاضل فإنّ ثمّ دعوى الإجماع فيم عدم صحّة العقد لو جنّ بعد الإيجاب فهو وإلاّ فالأقوى صحّة العقد في صورة الفرض كما هو واضح وأنى لك في ثبوت الإجماع، والله هو العالم.

تذنيبٌ: هل النوم بعد الإيجاب مبطل للإيجاب فلو تعقّبه القبول لم يصحّ العقد أم لا؟ وجهان بل قولان.

قال الشهيد في المسالك: ولا يضرّ عروض النوم كما لا يقدح ذلك في الوكالة ونحوها لكن هل يصحّ الإتيان بالقبول لآخر حالته؟ قيل: لا وبه قطع بالتذكرة لأنّ التخاطب بين المتعاقدين معتبر وهو متف مع نوم صاحبه ومن

ثمّ لو خاطب شخصاً بالعقد وقبل الآخر لم يصحّ ويحتمل الصحة هنا لأنّ الإيجاب توجّه إلى هذا القابل قبل النوم والأصل الصحة مع أنّه في التذكرة قال في موضع آخر: لو قال المتوسط للتولي زوج ابتك من فلان ثمّ اقبل على الزوج فقال: قبلت نكاحها، فالأقرب صحة العقد وهو أقرب وجهي الشافعي لوجود ركني العقد الإيجاب والقبول وارتباط أحدهما إلى الآخر، والثاني: لا يصحّ لعدم التخاطب بين المتعاقدين ويستفاد منه أنّ مثل تخلّل مثل هذا الكلام بين الإيجاب والقبول لا يضرّ لأنّه ليس أجنبيّاً صرف، انتهى.

أقول: الظاهر أنّه لا ريب عند الأصحاب أنّالموجب لو نام قبل القبول بالعقد ثمّ قبل القابل صحّ العقد، ولا فرق في ذلك بين عقد النكاح وسائر العقود اللاّزمة من بيع وغيره، وكذلك العقود الجائزة كالهبة وما شاكلها لأنّ القابل يقبل إيجاباً وقع من أهله وأصالة عدم مانعيّة النوم عن القبول، والقبول إنّما يقع جواباً للإيجاب الذي وقع، فصحّه التخاطب بينهما صادق في المقام قطعاً ولا ينافي إيقاع القبول حال غفلة الموجب أو نومه أو سهوه أو غير ذلك، وعند التحقيق أنّ القبول الواقع ليس هو خاطب للنائم كي لا يصحّ الخطاب له بل إنّما هو جواب للإيجاب وهو التأخّر، والفاصل لا يقدرح.

وبالجملة فإنّ الأقوى هو ما عليه جلّ الأصحاب من صحّة العقد أعني قبول إيجاب النائب لو أوجب فنام فإنّ به يصحّ عقد النكاح، والله هو العالم.

مسألة

الظاهر أنه لا خلاف في اشتراط الخيار في مهر الزوجة كما قد صرح بعدم الخلاف جماعة بل الظاهر يمكن دعوى الإجماع عليه لأنّ الأصحاب يرسلون الحكم المزبور من قبيل إرسال المسلمات وكيف فالحكم مسلّم عندهم ضرورة أنّ صحّة العقد لا يتوقّف على ذكر المهر فلو عقد للنكاح ولم يذكر مهراً صحّ النكاح بلا ريب وكان لها مهر المثل فعدم ذكر المهر أصلاً أشدّ من ذكره والخيار فيه فإذا صحّ العقد في الصورة الأولى فيصحّ بالثانية قطعاً.

قال فاضل الحدائق: الظاهر أنّه لا خلاف في صحّته لأنّ ذكر المهر في العقد غير شرط في صحّته بل يجوز إخلاء العقد عنه فاشتراط الخيار فيه غير مناف لمقتضى العقد فيندرج في عموم ما دلّ على الوفاء في الشرط. إلى أن قال: ويشترط ضبطه.

قلت: وقد صرح بذلك جملة الأصحاب والحاصل فإنّ زمن مدّة الخيار يرجع تعيينها إلى المتعاقدين وإن دخل بها وكان ذلك في زمن مدّة الخيار فإنّه غشير مانع من الدخول بها فإنّ فسخ الخيار لزمه مهر المثل قطعاً، وللمقام تحقيق يأتي إن شاء الله تعالى.

مسألة

إذا اعترف الزوج بزوجة امرأة وصدّقه المرأة بأنّه زوجها الظاهر أنّه لا

خلاف ولا إشكال بأنه يحكم لهما بالزوجية بظاهر الشرع ويترتب جميع أحكام الزوجية من الطرفين من وجوب النفقة عليه والمضاجعة ووجوب بذل البضع منها له وغير ذلك من الأحكام المترتبة على الزوجية كل ذلك لعموم إقرار العقلاء على أنفسهم جائز، والظاهر أن الحكم شامل للعربين والبلدين والبر والحيث، ووافقنا عليه من علماء أهل السنة أبو حنيفة، وللشافعي قولان: أحدهما وفاقاً لنا في هذا التعميم، والثاني كما عن الجديد أنه قال: ذلك خاص بالعربين دون البلدين لإمكان إقامة البيّنة، وقيل: إنه مذهب مالك.

قلت: وهذا القول إنما ينطبق على ما ذكرناه سابقاً من أنه هل يجب الإشهاد في العقد أم لا؟ وقد عرفت أنه أجمع أصحابنا على عدم وجوب الإشهاد كما تقدم. والحاصل فإنه لا يكاد يشك أن اعتراف العاقل الرشيد حجة عليه ويلزمه جميع آثاره ولا فرق في ذلك بين عقد النكاح وغيره، هذا كله لو أقر الزوج والزوجة بالزوجية، أما لو أقر أحدهما بالزوجية وأنكر الآخر فالظاهر أنه يلزم المقر أحكام الزوجية فإن كان للمدعي بيّنة أقامها وإلا فالقول قول المنكر منهما مع يمينه كما هي القاعدة في المدعي والمنكر فإن البيّنة وظيفه المدعي كما أن اليمين على من أنكر، والقول قوله لأنه موافق للأصل كما لا يخفى.

والحاصل فإن الرجل مدعي الزوجية لزمه أحكام الزوج فيحرم عليه أن يتزوج بأُمّها وأختها وبنات أخيها من غير رضاها وليس له أن يتزوج بخامسه كما لا يخفى، وكذلك يجب عليه دفع المهر لها إن كان لها مهر ولا تجب النفقة لأُمّها

لا تجب إلا بالتمكين من البضع وإلا فلا نفقة، ومن يعلم الحال لو كانت المرأة هي مدعية الزوجية فإنه يلزمها أحكام الزوجة من عدم تمكينها من زوج آخر وعدم جواز سفرها المندوب من غير إذنه بل كافة الأحكام التي هي متوقّف على إذن الزوج كما لا يخفى.

فرعٌ: لو أوقع الرجل المنكر للزوجية صورة الطلاق معلّقاً بأن قال: إن كنت زوجي فأنت طالق، أو قال: إن كانت فلانة زوجتي فهي طالق، لا ريب ولا إشكال بانتفاء الزوجية عنها وجاز له التزويج بزواج آخر ضرورة حصول السبب الموجب لذلك ولكن يبقى حكم المصاهرة بأن لا يجوز لها التزويج بابنه ولا بأبيه لاعترافها بالزوجية أولاً الموجب لذلك قطعاً الذي هو معنى المصاهرة.

فرعٌ: لو أنكرت الزوجة زوجية الزوج ثم تزوّجت بآخر ثم اعترفت بزوجية الأوّل الظاهر أنّه لا يسمعونها بالنسبة إلى حقوق الزوج ويحكم عليها بإقرارها بالنسبة إلى الأوّل، أمّا أنّه لا يسمع بالنسبة إلى الثاني فواضح لأمتها دعوى في حقّ الغير ضرورة أنّه إنّما عقد عليها بطريق صحيح وهو اعترافها بكونها خلية عن الزوج وإنكارها لزوجية الأوّل ولابنيه تقضي بالزوجية فلا تسمع هذه الدعوى قطعاً. وأمّا حقوق الزوج الأوّل فهي ثابت لاعترافها وإقرارها، فنقول: إنّها تستحقّ على الزوج الثاني النفقة والميراث منه بعد وفاته وهو يستحقّ منها الوطئ وباقي حقوق الزوج ويرثها الزوج الأوّل الذي قد اعترفت بزوجيته كما هو واضح، والله أعلم.

مسألة

قال المحقق في الشرايع: إذا كان للرجل عدّة بنات فزوّج واحدة ولم يسمّها عند العقد لكن قصدها بالنيّة فاختلفا في المعقود عليها فإن كان الزوج راهن فالقول قول الأب لأنّ الظاهر أنّه وكّل التعيّن إليه وعليه أن يسلمّ إليه التي نواها، وإن لم يكن راهن كان العقد باطلاً، انتهى.

قلت: وهذا القول هو المحكي عن الشيخ في نهايته وعبارته عين ما في الشرايع وتبعه جماعة من الأصحاب سيّما أصحاب الشيخ مثل القاضي وابن البرّاج بل قيل إنّّه مذهب الأكثر كما في المسالك.

وقيل: إنّ العقد باطل في صورة الغفرض أعني إن لم يعيّن الزوج المعقود وهو المحكي عن ابن إدريس. قال في سرائره: ذكر ذلك شيخنا أبو جعفر في نهايته وعاد عنه فلي مبسوطه وضعّفه وقال: النكاح باطل في الموضوعين وهو الذي يقوى في نفسي لأنّ العقد حكم شرعيّ يحتاج إلى إثباته إلى دليل شرعي ومن شرط صحّته تمييز المعقود عليها ولأنّه إذا ميّزها عن غيرها صحّ العقد بلا خلاف وإذا لم يميّزها ليس على صحّته دليل، وفيه خلاف، فالاحتياط يقضي بما قلناه واخترناه، وإنّما أورد الخبر شيخنا أبو جعفر في نهايته إيراداً لا اعتقاداً كما أورد أمثاله ممّا لا يعمل به.

أقول: وإلى هذا القول ذهب جماعة من الأصحاب كما هو المحكي عن

المحقق الثاني وتعليق الشرايع والشهيد في المسالك والروضة ومستند النراقي، ومن هذا يعلم أنّ المسألة ذات قولين كما سمعت.

حجّة القول الأوّل ما روي في الصحيح عن أبي عبيدة قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل كان له ثلاث بنات أباكار، فزوّج إحداهنّ رجلاً ولم يسمّي التي زوّج للزوج ولا شهود وقد كان الزوج فرض لها صداقها فلما بلغ إدخالها على الشزوج بلغ الزوج أنّها الكبرى من الثلاثة، فقال الزوج لأبيها: إنّما تزوّجت منك الصغرى من بناتك. قال، فقال أبو جعفر عليه السلام: إن كان الزوج رآهنّ كلّهنّ ولم يسمّي واحد منهنّ فالقول في ذلك قول الأب، وعلى أشلاب فيما بينه وبين الله أن يدفع إلى الزوج الجارية التي نوى أن يزوّجها إيّاه عند عقده النكاح، وإن كان الزوج لم يرهنّ كلّهنّ ولم يسمّ واحدة منهنّ عند عقده النكاح فالنكاح باطل.

أقول: ونقل بعض الأصحاب عن الصدوق أنّ هذه الرواية رواها أيضاً عن جميل بن صالح.

أقول: وكيف كان فإنّ الشيخ في نهايته ومن تبعه والظاهر أنّ الرواية صحيحة السند على الطريقتين المذكورين وقد اعترف بصحّتها جماعة من الأصحاب إلى أنّه لا ريب ولا إشكال أنّها منافية للقاعدة التي هي مجمع عليها بين الأصحاب من أنّ عقد النكاح لا يصحّ إلّا بعد تعيّن كلّ واحد من الزوجين العاقد والمعقود عليه، فلو لم يعيّن المعقود عليه بطل العقد ومن هنا ذهب ابن

إدريس في المقام إلى بطلان العقد والرواية كما تراها ظاهرة في صحّة العقد لو كان الزوج قدر رآهنّ وقد عيّن الأب واحدة منهنّ وعقد عليها كان القول قول الأب وما عيّنها الأب كانت هي الزوجة، وحيث كان التنافي بين القاعدة والرواية التزم جماعة من الأصحاب في تأويل الرواية وتنزيلها على ما لا ينافي القاعدة المذكورة، منهم الشهيد في المسالك قال: وقد اختلف الأصحاب في تنزيل الرواية فالشيخ ومن تبعه أخذوا بالرواية جامدين عليها من غير تنزيل، وأمّا المصنّف وتلميذه العلامة فنزّلاها على ما أشار إليه بقوله: لأنّ الظاهر أنّه وكلّ التعيين إليه وحاصله أنّ الزوج إذا كان قد رآهنّ وقبل نكاح من أوجب عليها الأب يكون قد رضي بتعيينه فيرجع إليه فيه لأنّه أعلم به وإن لم يكن الزوج رآهنّ لم يكن مفوّضاً إلى الأب ولا قصد إلى معيّنه فيبطل العقد... إلى آخر كلامه.

أقول: وأيضاً فإنّ الذي يظهر من الرواية أنّ رؤية الزوج لهنّ جميعاً رضاء بما عيّنه الأب فيكون الزوج قد وكلّ الأب في تعيين أحد البنات وتوكيله بالعقد على من عيّنها الأب وبناء على هذا لا منافاة بين الرواية وبين القاعدة التي ذكرها الأصحاب لأنّه في الواقع يكون أنّ الزوج قد وكلّ الأب على عقد من عيّنها فهو وكيل عن الزوج في التعيين.

وفي عبارة أخرى: إنّ من كانت مقصودة في القصد للوكيل فهي مقصودة للموكل لأنّ قصد الوكيل هو قصد الموكل فيكون القاصد والمعيّن هو الزوج

لما عيّنه الوكيل، والفرض أنّ الأب قد عيّن واحدة وعقد عليها فيكون العقد صحيح كما لا يخفى بخلاف إذا لم يكن رآهنّ الزوج وعقد الأب على واحدة من غير رؤية الزوج لهنّ فلا ريب في بطلان العقد لعدم حصول اشلقصد إلى معيّنه وشرط صحّة العقد تعيّن المعقود عليها إجماعاً.

وبالجملة فإنّ ظاهر الرواية كما عرفت أنّه لو اختلفا الزوج والأب في المعقود عليها وكان الزوج قد رآهنّ كان القول قول الأب ولا يمين عليه أخذاً بظاهر الرواية وتمسكاً بها وهي كانت على خلاف قواعد الدعاوي فإنّ المنكر عليه اليمين بخلاف ما نحن فيه تمسكاً بالرواية كما عرفت وإن كان الزوج لم يكن رآهنّ فالعقد باطل إجماعاً من غير خلاف لما عرفت أنّ الخلاف في صحّة العقد وبطلانه فيما لو كان قد رآهنّ واختلفا في المعقود عليها، أمّا لو كان لم يراهنّ الزوج فلا خلاف في بطلان العقد، ضرورة أنّ شرط صحّة العقد تعيّن الزوجة إمّا بالاسم أو بالصفة أو الإشارة أو غير ذلك من الأمور التي يحصل بها التعيّن وهي هنا كلّها منتفية كما هو واضح فالعقد باطل، فمن هذا يعلم أنّه لا خلاف بين العلماء في تعيّن أحد الزوجين بما يرفع الجهالة والإبهام إمّا بالاسم أو بالصفة أو بالإشارة بأن يقول زوجتك زينب، أو فاطمة، أو صاحبة الوصف الكذا أو هذا.

والحاصل فإنّه لا ريب بالتعيّن للمعقود عليها وإلا فالعقد باطل إجماعاً. واعلم أنّه يجوز أن يجمع بين الاسم والصفة، أو الاسم والإشارة، أو الاسم والصفة والإشارة، فلو فرض اشتراك أسماء بناته بالاسم فلزم أن يأتي بشيء

يُحْصَلُ بِهِ التَّمْيِيزُ بِأَنَّ كَانَ عِنْدَهُ بِنْتَانِ كِلَاهُمَا أَسْمَاءُهُمَا زَيْنَبٌ - مِثْلًا - أَمَا لَوْ لَمْ يَكُنْ لَهُ إِلَّا بِنْتُ وَاحِدَةٌ وَكَانَ الزَّوْجُ عَارِفًا ذَلِكَ فَقَالَ لَهُ: زَوْجَتُكَ ابْنَتِي، لَزِمَ الْعَقْدُ وَصَحَّ لِمَعْلُومِيَّةِ الْمَعْقُودِ عَلَيْهَا.

وَبِالْجُمْلَةِ فَإِنَّهُ لَوْ حَصَلَ رَفْعُ الْجَهَالَةِ وَالْإِبْهَامِ بِأَمْرٍ مِنَ الْأُمُورِ إِمَّا الْأَسْمَاءِ أَوْ غَيْرِهِ صَحَّ وَلَزِمَ وَلَا يَلْزِمُ رُؤْيَا الزَّوْجَةِ إِجْمَاعًا لَوْ كَانَتْ الْجَهَالَةُ مَرْتَفِعَةً إِمَّا بِالْأَسْمَاءِ أَوْ غَيْرِهِ، وَالْحَاصِلُ فَإِنَّهُ لَا يَنْبَغِي الْإِطَالَةُ فِي هَذَا الْبَحْثِ فَإِنَّهُ وَاضِحٌ.

فَرَعُ: قَالَ الْعَلَامَةُ فِي التَّذَكُّرَةِ كَمَا حَكَى عَنْهُ ذَلِكَ: إِنَّهُ لَوْ كَانَ لَهُ ابْنَةٌ وَاحِدَةٌ سَمَّاهَا فَاطِمَةَ وَقَالَ: زَوْجَتُكَ فَاطِمَةُ وَلَمْ يَقُلْ ابْنَتِي فَلَانَةَ لَمْ يَصَحَّ لِكثْرَةِ الْفَوَاطِمِ، وَلَوْ نَوَّاهَا صَحَّ عِنْدَنَا وَهُوَ قَوْلُ الشَّافِعِيِّ وَليْسَ بِجَيِّدٍ عَلَى رَأْيِهِمْ لِأَنَّ النِّكَاحَ عَقْدٌ يَفْتَقِرُ إِلَى الشُّهُودِ وَالشُّهُودِ إِنَّمَا يَشْهَدُونَ عَلَى الْفَلِظِ دُونَ النِّيَّةِ وَلِهَذَا حَكَمُوا بِأَنَّ النِّكَاحَ لَا يَنْعَقِدُ بِالْكُنْيَاتِ، انْتَهَى.

قُلْتُ: بَلْ لَا بَدَّ مِنْ مَعْلُومِيَّةِ ذَلِكَ عِنْدَ الْمَعْقُودِ عَلَيْهِ وَهُوَ الزَّوْجُ كَمَا لَا يَخْفَى.

فَرَعُ: لَوْ كَانَ لِلْأَبِ بَنَاتٌ مُتَعَدِّدَةٌ بِاسْمٍ وَاحِدٍ وَصِفَةٍ وَاحِدَةٍ، فَقَالَ الْأَبُ: زَوْجَتُكَ فَلَانَةُ أَوْ ذَاتُ الْوَصْفِ الْفُلَانِي، لَا رَيْبَ بِبَطْلَانِ الْعَقْدِ لِجَهْلِ الزَّوْجَةِ عِنْدَ الزَّوْجِ وَعَدَمِ تَمْيِيزِهَا. نَعَمْ لَوْ تَوَافَقَا بِالنِّيَّةِ صَحَّ الْعَقْدُ وَبِذَلِكَ صَرَّحَ فِي الْمَسَالِكِ، قَالَ: وَلَوْ كَانَتْ لَهْبَنَاتٌ مُتَعَدِّدَاتٌ بِذَلِكَ الْوَصْفِ أَوْ الْأَسْمَاءِ لَمْ يَصَحَّ الْعَقْدُ إِلَّا مَعَ اتِّفَاقِهَا عَلَى مَعْيَنَتِهَا وَنَوْيَاهَا عِنْدَنَا لِأَنَّ الشَّهَادَةَ وَإِنْ تَعَدَّرَتْ فَلَيْسَ

بشرط، ومن اشترط الشهادة أبطل هنا لأنّ الشاهد إنّما يشهد على اللفظ المسموع دون النية.

واعلم أنّ هنا فروع كثيرة قد فرّعها الأصحاب، والإطالة فيها وكثرة الكلام طول بلا طائل لوضوحها، ضرورة أنّ اشتراط صحّة العقد على ما كان معلوم عند المعقود عليه إمّا بالاسم أو الصفة أو الإشارة وكان قد اتفقا عليه الأب أو الوكيل والزوج فإن اختلفا في التعيّن فهو كما تقدّم من أنّه إن كان قد رآهنّ الزوج فالظاهر أنّه المقدم قول الأب لأنّ الظاهر أنّه وكلّ الأمر في التعيّن إلى الأب وإن لم يكن قد رآهنّ فالعقد باطل ومن هذا يتّضح لك جميع فروع الباب، والله هو العالم بالصواب.

فرعٌ: اعلم أنّه كما عرفت اشتراط صحّة العقد تعيّن الزوجة عند الزوج فكذلك في صورة العكس وهو تعيّن الزوج عند الزوجة.

قال في المسالك: وكذا يشترط تعيّن الزوج لأنّ الاستمتاع يستدعي فاعلاً ومنفعلاً معيّنين.

أقول: الظاهر أنّه لا خلاف بين الأصحاب في اشتراط صحّة العقد في تعيّن الزوج عند الزوجة بحيث تقبل لزوج معيّن عندها والظاهر أنّه يكفي في تعيّنه كما هو الكافي في تعيّنهما عنده فيكفي الاسم أو الوصف أو الإشارة أو غير ذلك ممّا يحصل به التمييز والتعيّن.

وبالجملة فإنه كلما قلناه في تعيين الزوجة هناك هو جار هنا في تعيين الزوج،
والله أعلم.

فرع: لو شخص العقود عليها أو الزوج بحيث ذهب الإبهام وحصل
التمييز ثماً اشتبه المعين مع غيره فهل يصح العقد أم لا؟ قال في الجواهر: قد يقال
بالإخراج بالقرعة مع فرض التمييز في الواقع والاشتباه في الظاهر إذ احتمال
اعتبار التشخيص المستلزم لمعرفة الشخص في الظاهر ولو بعد العقد وإلا بطل
فلا يجدي في إناطة العقد بمتشخص في الواقع بحمل في الظاهر مخالف لإطلاق
الأدلة المقتصر في الخروج عنه على المتيقن وهو العقد غير المتميز في الواقع مع
احتماله لأصالة عدم النقل المقتصر في الخروج منها على المتيقن المعهود وهو
التمييز واقعاً وظاهراً، انتهى.

أقول: وإخراجه بالقرعة فيما لو كان متميزاً في الواقع واشتبه في الظاهر
قوي لأن هذه الصورة الظاهر أتمها أحد موارد القرعة، فلو استخرج بالقرعة
صح العقد وإلا بطل العقد وجاز لها أو لوليها عقدها على آخر كما هو غير
خفي، ضرورة عدم التمييز في الظاهر وكونه معلوم في الواقع لا يجدي كما هو
غير خفي، والله أعلم.

فرع: لو زوج ولده بالحمل أو زوج ابنته من الحمل الظاهر أنه لا يصح
العقد.

قال في المسالك: لو قال زوّجتك أحد ابنتي أو زوّجت ابني من أحد بنيك لم يصحّ وأولى منه لو قال: زوّجتك هذا الحمل لمشاركته لما ذكر في عدم التعيّّن إذ يحتمل كونه واحداً أو أزيد مضافاً إلى كونه غير قابل لنكاح المخاطب بل يكون ذكراً أو خنثى مشكل، انتهى.

قلت: الظاهر أنّه لا خلاف في عدم صحّة العقد على الحمل لعدم قابليّة تحمّله لهذا العقد قطعاً.

فرع: لو اختلف الاسم والإشارة بأن كانت له بنت اسمها زينب وقال: زوّجتك ابنتي هذه وأشار إليها ولكن سمّاها بغير اسمها بأن قال فاطمة، ففي صحّة العقد إشكال كما قد صرح به جماعة من الأصحاب.

قال في الحدائق: ولو لم يكونا متطابقاً بأن أشار إليها ولكن سمّاها بغير اسمها أو قال ابنتي ولكن سمّاها بغير اسمها ففي صحّة العقد وبطلانه إشكال ينشأ من ترجيح الإشارة والتنبيه على الاسم لأتّهما - أعني الإشارة والتنبيه - لازمتان متميّزتان فيحصل التمييز بهما ويلغو الاسم فيصحّ العقد، ومن أنّه ليس له بنت بذلك الاسم وليست الحاضرة كذلك فيبطل.

أقول: لا ريب ولا إشكال بأنّه يكفي في صحّة عقد النكاح رفع الإبهام والتمييز فإذا حصل ذلك كان ما يؤتّى به بعد ذلك لغو فإذا قال زوّجتك هذه وأشار إلى واحدة معيّنة وعقد عليها فقد حصل التمييز قطعاً ويصحّ العقد فلا

نحتاج في صحّة العقد إلى شيء آخر، فلو قال بعد الإشارة: ابنتي أو فاطمة وهي اسمها زينب كان قول ابني أو فاطمة لغو لثبوت العقد وصحّته بالإشارة كما هو واضح، والله أعلم.

مسألة

قال المحقق رحمته في الشرايع: لو ادعى زوجية امرأة وادّعت أختها زوجيته وأقام كلّ منهما بيّنة فإن كان دخل بالمدعية كان الترجيح لبيّنتها لأنه مصدق لها بظاهر فعله وكذا لو كان تاريخ بيّنتها أسبق، ومع عدم الأمرين يكون الترجيح لبيّنته، انتهى.

قال الشهيد في المسالك: هذا الحكم هو المشهور بين الأصحاب لا يظهر خلاف بينهم وهو مخالف للقواعد الشرعية في تقديم بيّنة الرجل مع إطلاق البيّنتين لو تساوى التاريخين لأنه منكر ويقدم قوله مع عدم البيّنة ومن كان القول قوله فالبيّنة بيّنة صاحبه.. إلى آخر كلامه.

قلت: وهذا الحكم وإن كان مخالف للقواعد ضرورة أنّ المنكر يقدم قوله لأنه موافق للأصل ولكن الأصل في هذا الحكم الأخبار كما رواه الشيخ في التهذيب بإسناده عن الزهري عن مولانا عليّ بن الحسين عليه السلام في رجل ادعى على امرأة أنّه تزوّجها بوليّ وشهود وأنكرت المرأة ذلك وأقامت أخت هذه المرأة على هذا الرجل البيّنة أنّه تزوّجها بوليّ وشهود ولم يوقت وقتاً، فكتب: إنّ البيّنة بيّنة

الزوج لأن الزوج قد استحقّ بضع هذه وتريد أختها فساد النكاح فلا تصدّق ولا تقبل بيّنتها إلا بوقت قبل وقتها ودخل بها.

قال في المسالك بعد أن ذكر هذه الرواية: وفي سند هذه الرواية ضعف كثير متعدّد ومع ذلك فربّما ادّعي على حكمها الإجماع.

قلت: لا ريب بقبول هذه الرواية بعد أن كانت منجبرة بالشهرة بل دعوى الإجماع كما سمعت وبها نخرج عن قاعدة البيّنة على المدّعي وأنّ المنكر لا تسمع بيّنته وهنا قد سمعت تصرّيح الخبر المزبور سماع بيّنة المنكر وهو الرجل.

قال في الحدائق: والرواية المذكورة ضعيفة السند جدّاً باصطلاح شالمتأخرين لما في سندها جملة من الضعفاء، ورجاله رجال العامّة ومنهم الزهري والراوي عنه وهو الأوزاعي ولكن ظاهرهم تلقّوها بالقبول كما تلقّاها متقدّموهم مع ما في مخالفة متنها لمقتضى الأصول كما ذكروه، وفيه تأيد لما قدّمناه من أنّ الواجب العمل في الرواية صحّ سندها أو ضعف، انتهى.

أقول: قد عرفت إطباق الأصحاب على الأخذ بمضمون الرواية ضعف سندها أو صحّ وحيث كان كذلك فلا ريب بوجوب الأخذ بمؤدّاتها وكونها مناف من مخالفتها للقواعد من تقديم بيّنة الرجل مع إطلاق البيّنتين أو تساوي التّاريخين على أنّه منكر يقتضي أن يقدم قوله مع عدم البيّنة.

وفي عبارة أخرى: إنّ قواعد المدّعي والمنكر وتقديم بيّنة المدّعي وقبول قول

المنكر هنا بلغا بل يؤخذ بمؤدّي الرواية بعد إطباق الأصحاب على الأخذ بها، وحيث كان كذلك وبعد هذا كلّه فإنّه لا ينبغي الالتفات إلى ما قيل في المقام من الإيراد والجواب وإطالة الكلام بل بعضهم صوّر صور المسألة حتّى أنهاها إلى ثمانية عشر صورة، والإنصاف أنّه هذا كلّه في غير محلّه بعد ورود النصّ وأخذ الأصحاب له وعملهم عليه تكثّر الكلام في بيان وجه العلة في ذلك بل الواجب علينا قبول قول الإمام عليه السلام.

ولقد أجاد فاضل الحقائق بعد أن ذكر ما ذكره الشهيد في المسالك قال: إنّ حكمه عليه السلام بتقديم بيّنة الرجل وصحة دعواه وبطلان دعوى الأخت لعلّه لأمر ظهر له عليه السلام بقرائنا لحال يومئذ فإنّه عليه السلام جزم وحكم بصحة دعوى الزوج وإنّه قد استحقّ بضع هذه المرأة وحكم ببطلان دعوى أختها وإنّها إنّما تريد فساد النكاح فلا تصدّق إلا على أحد الوجهين المذكورين، ومن البين أنّ حكمه بذلك إنّما يكون لأمر أوجبه عنده دون مجرّد الدعويين المذكورين إلا أنّ الوجه في ذلك خفي علينا، وتطلب العلل والأسباب في أحكامهم عليهم السلام غير واجب علينا بل الواجب التسليم لما حكموا به وإن خفي علينا وجهه وسببه فالواجب العمل بما دلّ عليه الخير وغضّ الطرف عن تطلب العلة المذكورة إلى آخر كلامه رفع مقامه.

والحاصل فإنّه لا ريب بوجود الأخذ بالرواية المزبورة وإن كانت مخالفة للقواعد، والله هو العالم.

مسألة

حكي التصريح عن جماعة من الأصحاب أنه لو عقد رجل على امرأة فادعى آخر زوجية هذه المرأة المعقود عليها لم تسمع دعواه إلا أن يقيم بيّنة، والظاهر أن المراد من عدم سماع دعواه بأن لا يرتب عليها أثر ضرورة أن قواعد المدعي والمنكر أن اليمين على المنكر وهنا لا تكلف المرأة باليمين وإن كانت منكراً لدعواه الزوجية فلا تدخل في عموم أن اليمين على من أنكر.

قلت: والمستند في هذا الحكم المخالف للقواعد هو جملة من الأخبار، منها ما رواها الشيخ في التهذيب بإسناده عن الصفار عن أحمد بن محمد بن علي بن أحمد عن يونس قال: سألته عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسألها: ألك زوج؟ فقالت: لا، فتزوجها، ثم إن رجلاً أتاه فقال: هي امرأتي، فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج؟ فقالت: هي امرأته إلا أن يقيم البيّنة.

قلت: وهذه الرواية كما تراها من وضوحها على الدعوى من عدم سماع هذه الدعوى إلا مع إقامة البيّنة ولو كانت الدعوى تسمع في المقام لأمر الإمام عليه السلام باليمين على المرأة مع عدم بيّنة عند المدعي كما هو القاعدة في دعاوي بين المدعي والمنكر فإنه مع عدم البيّنة عند المدعي يكلف المنكر باليمين وهنا لا يمين على المرأة وهي قد أنكرت دعواه الزوجية، فاستثناء البيّنة يقضي بأنه لا يجب اليمين وإلا كان ينبغي أن يقول: إلا مع إقامة البيّنة أو حلفها على نفي

الزَّوْجِيَّةُ فَذَكَرَ الْبَيِّنَةَ وَحَدَّاهَا قَاضٍ أَنْ لَا يَمِينُ عَلَى الْمَرْأَةِ، وَالظَّاهِرُ أَنَّ إِضْهَارَهَا وَضَعْفَ بَعْضِ رِجَالِهَا بِجَهَالَةِ عَلِيِّ بْنِ أَحْمَدَ كَمَا قِيلَ لَا يَقْدَحُ بَعْضُ بَعْدَ أَنْ عَمِلَ بِهَا جَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ.

وَمِنْهَا مَا رَوَاهُ الْكَلِينِيُّ عَنْ عَلِيِّ بْنِ إِبْرَاهِيمَ عَنْ أَبِيهِ عَنْ عَبْدِ الْعَزِيزِ بْنِ الْمُهْتَدِيِّ قَالَ: سَأَلْتُ الرَّضَاءَ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ، قُلْتُ لَهُ: جَعَلْتَ فِدَاكَ، إِنَّ أَخِي مَاتَ وَتَزَوَّجَتْ امْرَأَتُهُ فَجَاءَ عَمِّي فَادَّعَى أَنَّهُ كَانَ تَزَوَّجَهَا سَرًّا، فَسَأَلْتُهَا عَنْ ذَلِكَ فَأَنْكَرَتْ أَشَدَّ الْإِنْكَارِ وَقَالَتْ: مَا كَانَ بَيْنِي وَبَيْنَهُ شَيْءٌ قَطُّ، فَقَالَ: يَلْزِمُكَ إِقْرَارُهَا وَيَلْزِمُهُ إِنْكَارُهَا.

أَقُولُ: وَلَا رَيْبَ أَنَّ الْمُرَادَ بِالْإِلْزَامِ أَيُّ كَوْنِهَا زَوْجَتَكَ بِإِقْرَارِهَا وَيَلْزِمُ الْمَدَّعِيَّ إِنْكَارَهَا لَهُ بِالزَّوْجِيَّةِ وَهِيَ ظَاهِرٌ بَعْدَ وَجُوبِ الْيَمِينِ عَلَيْهَا كَمَا هِيَ الْقَاعِدَةُ بِوَجُوبِ الْيَمِينِ عَلَى الْمُنْكَرِ وَبِهَا تَتِمُّ الدَّعْوَى، وَلَوْ كَانَ الْيَمِينُ مَطْلُوبٌ هُنَا كَمَا هُوَ الشَّأْنُ فِي الْمُنْكَرِ لَوْجِبَ بَيَانُهُ فِي مَحَلِّ الْعَمَلِ وَهُوَ وَاضِحٌ.

وَبِالْجُمْلَةِ فَإِنَّ هَذَيْنِ الرَّوَايَتَيْنِ ظَاهِرَتَانِ بِالدَّعْوَى أَعْنِي أَنَّ الْمَدَّعِيَّ فِي الْمَقَامِ وَسَمِعَ الدَّعْوَى عَلَى الْبَيِّنَةِ فَإِنَّ أَقَامَ الْمَدَّعِيَّ الْبَيِّنَةَ حَكْمًا بِكَوْنِهَا زَوْجَتَهُ لِلْبَيِّنَةِ وَإِنْ لَمْ تَكُنْ عِنْدَهُ بَيِّنَةٌ فَلَا، وَلَا تَكْلُفُ الْمَرْأَةَ وَالْمُنْكَرَةَ زَوْجِيَّتَهُ بِالْيَمِينِ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

بَقِيَ فِي الْمَقَامِ رِوَايَةٌ ذَكَرَهَا فَاضِلُ الْحَدَائِقِ وَجُمْلَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ وَهُوَ مُوْتَقَّعٌ سَمَاعًا، قَالَ: سَأَلْتُهُ عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ أَوْ تَمَتَّعَ بِهَا فَحَدَّثَهُ رَجُلٌ ثِقَةٌ أَوْ غَيْرَ ثِقَةٍ،

فقال: هذه امرأتى وليست لي بيّنة، فقال: إن كان ثقة فلا يقربها وإن كان غير ثقة فلا يقبل منه.

قال في الحدائق بعد نقله للرواية: والمفهوم من قواعد الأصحاب عدم القول به.

أقول: وهو كذلك فإنّ المدّعي لا يقبل قوله وإن كان ثقة بل لا بدّ له من إقامة البيّنة على دعواه، وظاهر الموثق كما تراه أنّه يقبل قوله وإن لم تكن له بيّنة بل بمجرد قوله يعمل عليه فيكون قوله حاله حال البيّنة ولا ريب أنّه مخالف للقواعد الشرعيّة المتلقّاة من أهل بيت الرحمة فإنّه لا يقبل قول المدّعي من غير بيّنة وإن كان ثقة عدا النبيّ ﷺ والأئمّة الطاهرين عليهم السلام، ومن هذا كان هذا الموثق شاذّ نادر لا عامل به أحد من الأصحاب. نعم يمكن حمل النهي في قوله «لا يقربها زوجها» بعد دعوى الثقة زوجيّتها على الكراهة لمكان دعوى الثقة لحصول الشبهة من قول الثقة فإنّ دينه يمنعه من الدعوى الباطلة فلا يقربها حتّى يفحص ويحصل اليقين وهو احتمال يمكن إصلاح الموثق فيه، ولا ريب أنّ الأصل في الحكم المذكور هو الروايتان المتقدّمتان.

فإنّه قد تلخّص من مجموع ما ذكرناه أنّه إن أقام المدّعي الزوجيّة البيّنة حكم له بها وكانت زوجته وبطل العقد الأوّل، وإن لم يقم البيّنة حكم بأثنا زوجة الأوّل ولا تكلف المرأة باليمين تمسكاً بالأصل وبالروايتين المتقدّمتين كما عرفت من ظاهرهما، وإلى ذلك ذهب جماعة من الأصحاب بل قيل إنّ عليه الأكثر.

نعم ذهب جماعة من الأصحاب منهم الشهيد في المسالك أنه عند فقدان المدعي الزوجية البيّنة تحلف المرأة ولا يحكم بزواجيتها للأوّل إلا بعد حلفها اليمين وقد تمسّكوا بأمرور:

الأوّل: عموم قوله عليه السلام «البيّنة على المدعي واليمين على من أنكر» والمرأة فيم المقام منكرة لزوجية المدعي فيلزمها اليمين، وهذا العموم يخصّ الأصل وإطلاق الروايتين المزبورتين.

وفيه ما ذكره سيّدنا في الرياض قال: لا عموم فيه يشمل ما نحن فيه نظراً إلى المتبادر منه لزوم الحلف لقطع أصل الدعوى والعمدة الإجماع، وليس لظهور عبائر الأكثر.

وأجاب عنه الفاضل النراقي بمنع التبادر المذكور، ثمّ قال: ولو سلّمنا اختصاص اليمين بما ينقطع به الدعوى فإنّما هو بالإجماع المنتفي في المقام فتبقى العمومات بلا تخصّص، انتهى.

الثاني: ما قاله الشهيد في المسالك أنّ اليمين إنّما تتوجّه على المنكر إذا كان بحيث لو اعترف لزمه الحقّ والأمر هنا ليس كذلك لأنّ المرأة لو صادقت المدعي على دعواه لم تثبت الزوجية لأنّ إقرارها واقع في حقّ الغير وهو الزوجة للملكه بضعها بالعقد المعلوم فلا يقبل قول الغير أي المرأة في إسقاطه، وكذا لا يتوجّه بتوجّه الدعوى لإمكان ردّها اليمين عليه لأنّ اليمين المردودة إن

كانت كالإقرار فقد عرفت حكمه، وإن كان كالبيّنة فإنّها تفيد ذلك بالنسبة إلى المتداعيين دون غيرهما وهو الزوج، انتهى.

ويردّه كما قيل أنّه ليس هذا إقرار في حق الغير بل فائدة إقرارها هنا لأجل تغريمها مهر المثل حيث إنّها فوتت بضعها على المدّعي.

أقول: هذا إنّما يأتي بناء على البضع يضمن، ومن هنا قال في المسالك بعد كلامه بناء على أنّ البضع مضمون.

وقال أهل هذا القول في ردّ الخبر في المتقدّمين أنّها ساكتان عن بيان حكم المنكر وهو اليمين وإنّما ذكرا حكم المدّعي وهو إقامة البيّنة ولا دلالة فيهما على عدم وجوب اليمين على المنكر.

وفيه: إنّ السؤال كان في واقعة هي محلّ ابتلاء السائل فلو كان حكم المنكر في المقام اليمين لأمر به ضرورة عدم جواز تأخير البيان عن وقت الحاجة كما هو واضح.

أقول: إنّ هذا وأمثاله من التعليلات العلية لا يوجب رفع اليد عن أخبار أهل بيت الرحمة الدالّة على أنّ الزوجة المنكر لدعوى زوجيّة الاوخر لا تكلف باليمين وبعد تصريحها بذلك فإنّه لا يلتفت إلى هذا العبائر ومن أعجب الأعاجيب ترك الأخبار والتمسك بقواعد أهوى من بيوت العنكبوت، والله هو الموفق والهادي.

مسألة

إذا تزوّج العبد المملوك بجارية مملوكة فهنا صور عديدة:

الأولى: إنّه تزوّجها ثمّ أذن له سيّده بشراء الجارية فإن كان الشراء المأذون فيه العبد كان للسيّد فظاهر كلام الأصحاب أنّ العقد الأوّل باق بحاله ونكاحه ثابت ولا يحتاج إلى إذن ثانية أو عقد جديد، ضرورة أنّه لم يحدث شيء يوجب انفساخ العقد إلّا انتقال الجارية من مالك إلى مالك آخر وذلك لا يوجب انفساخ النكاح قطعاً، فاستصحاب صحّة النكاح وبقاء العلقة ثابت بلا ريب. والحاصل فإنّ هذا الحكم أعني بقاء النكاح في الفرع المزبور ممّا لا ريب فيه، ولا إشكال.

الصورة الثانية: لو أذن له مولاه في شرائها أو ملكه مولاه إيّاها بعد أن شراها مولاه فإن قلنا أنّ العبد يملك ملكها العبد قطعاً لأنّه ملكه مولاه وقلنا إنّه يملك ولكن يبطل عقد النكاح الذي بينهما كما صرح به الأخبار وكلام الأصحاب للمنافاة بين الوطئ بالملك والوطئ بالعقد تمسكاً بقوله عزّ وجلّ: ﴿إِلَّا عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ﴾.

قلت: إذ لا ريب باختلاف حكم المعطوف على المعطوف عليه ضرورة أنّ التفصيل يقطع الشركة في الحكم ويكون الحكم المذكور كما لو تزوّج الحرّ بأمة ثمّ اشتراها زوجها فإنّه لا ريب ببطلان نكاحه الأوّل للمنافاة المذكورة

فإنّ نكاحه الأوّل كان بالعقد بخلاف ما بعد شراها فإنّه ينكحها بالملك، وقد عرفت التفصيل في الآية الشريفة بين النكاحين ولا ريب أنّ التفصيل يقطع الشركة بين الحكّمين.

وذكر الشهيد في المسالك طريقاً آخر في بطلان النكاح في صورة الفرض ما لفظه: لأنّ كلّ واحد منهما مؤثّر تامّ في إباحة الوطئ وليس تأثير أحدهما أولى من الآخر مادام مؤثّرين فيلزم الترجيح من غير مرجّح أو ارتفاع تأثيرها وهو محال فلا يكون المؤثّر إلاّ أحدهما أو هو الطاري هكذا علّوه. وفيه نظر لأنّ علل الشرع معرّفات فلا يضرّ اجتماعهما، انتهى.

قلت: وهو حقّ فيكون الوجه في فساد النكاح في صورة الفرض هو ما ذكرناه أولاً، ويدلّ عليه مضافاً إلى الآية الشريفة جملة من الأخبار ذكرها بعض الأصحاب.

الصورة الثالثة: لو قلنا أنّ العبد لا يملك وشري العبد الجارية بإذن سيّده وملّكه إيّاه فالظاهر بقاء النكاح الأوّل تمسّكاً باستصحاب النكاح وهي كالصورة الأولى بلا فرق كما هو واضح، والله أعلم.

فرع: لو تحرّر بعض العبد واشترى زوجته الأمة بطل النكاح بينهما لتحرّر بعضه وقد عرفت أنّ الحرّ لو اشترى الأمة بطل النكاح بينهما ضرورة أنّ النكاح بالعقد مناف للوطئ بالملك كما دلّت عليه الآية الشريفة من قوله: ﴿عَلَىٰ أَزْوَاجِهِمْ

أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ ﴿ لما عرفت أن التفصيل يقطع الشركة ولا ينافي أن بعضه مملوك ضرورة غلبة جانب الحرية على الملك فيجري عليه حكم الحر ومن هنا قال في الشرايع: فلو تحرر بعضه واشترى زوجته بطل النكاح بينهما سواء اشترى بها بال ينفرد به أو مشترك بينهما، انتهى.

قلت: أما إبطال العقد فيما لو كان الشراء بالمال المختص له فواضح، وإن كان بالمال المشترك بينه وبين سيده أو آخر فلائنه يبطل العقد فيما يخصه ولا ريب ولا إشكال بأن العقد لا يتبعض.

وبالجملة فإن إبطال النكاح هذا من حصول السببين وهي الملك والحرية وهما لا يجتمعان كما عرفت ذلك، والله هو العالم.

مسألة

الكلام في أولياء العقد للصغير. اعلم أن الظاهر من كلام الأصحاب بل هو المعروف فيما بينهم حصر الأولياء في خمسة وهم الأب والجد للأب وإن علا، والمولى والوصي والحاكم الشرعي؛ فإن هؤلاء الخمسة لو عقد واحد منهم على البنت الصغيرة عقد النكاح لزم وليس لها الخيار لو بلغت، وبذلك صرح جماعة من الأصحاب كما في الشرايع وغيرها ولكن مع هذا كله فإنه قد وقع للأصحاب خلاف في جملة من الخمسة المذكورين:

الأول: وهو خلاف ابن أبي عقيل، فالذي حكى عنه أنه قال: لا ولاية للجد

على البنت الصغير، وقد حكى عنه ذلك جماعة من الأصحاب منهم الشهيد في المسالك، قال: وخالف في ذلك ابن أبي عقيل، فقال: الولي الذي هو أولى بنكاحهنّ هو الأب دون غيره من الأولياء، ولم يذكر للجدّ ولاية، انتهى.

وقال في الحقائق: وقول ابن أبي عقيل في نقصان الجدّ من هؤلاء المذكورين - إلى أن قال: - ولم يذكر للجدّ ولاية وظاهر هذه العبارة المذكورة حصر الولاية في الأب فيصير خلافه شامل لمن عدا الجدّ، انتهى.

أقول: لا ريب بنسبة هذا القول إلى ابن أبي عقيل ولكن لم أعثر على موافق له من الأصحاب، وكيف كان فإنه لا ينبغي الارتياح بثبوت الولاية للجدّ من الأب على البنت الصغيرة فلو عقد على البنت ثبت العقد وليس لها الخيار لو بلغت، والذي يدلّ على ذلك أمور:

الأول: الإجماع الذي حكاه جماعة من الأصحاب بل قد استفاضت حكايته. قال العلامة في التذكرة: الجدّ للأب وإن علا حكمه حكم الأب في أنّ له ولاية النكاح على الصغيرين والكبيرين المجنونين وكذا في غير النكاح. وبالجملة حكمه حكم الأب إجماعاً فإنّ أحداً لم يخالف في أنّ للجدّ ولاية النكاح على الصبي والصبيّة وعلى البالغين مع رشدتهما، انتهى.

أقول: ونقله عدم الخلاف في المقام الظاهر أنّه لم يتعيّن بخلاف ابن أبي عقيل لكونه شاذّ.

وبالجملة فإنه لا ينبغي الشك في حجية مثل هذا الإجماع الذي لم نجد من خالفه إلا من هو معلوم النسب فلا يقدر في حجيته خروج من عرفت بل لا يبعد يمكن تحصيل الإجماع على ثبوت ولاية الجدّ من الأب على الصغيرين والكبيرين إذا ذهب أشدهما لكونهما كالصغيرين في المناط ولا فرق في المقام بين الصبية والصبي.

والثاني من الأدلة ما حكي الاستدلال به عن العلامة في التذكرة من أنّ الجدّ أكمل نظر أو أشدّ شفقة فتثبت له الولاية كالأب.

قلت: وهو ليس بشيء فإنه قد يحصل فيمن لا ولاية له بإجماع المسلمين. والحاصل فإنّ الشفقة وكمال النظر لا يثبتان حكماً شرعياً هو مخالف للأصل بلا ريب في ذلك.

الثالث من الأدلة التي استند إليها الأصحاب جملة من الأخبار، منها صحيح عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الذي بيده عقدة النكاح هو وليّ أمرها.

قال بع ضالأصحاب بتقريب أنّ الجدّ هو وليّ أمر الصغيرة بل قال الشهيد في المسالك بعد هذه الرواية: ولا خلاف في أنّ الجدّ وليّ أمر الصغيرة في الجملة.

قلت: والظاهر أنّ هذه الرواية خالية عن الدلالة على ثبوت ولاية الجدّ لأنّ المتبادر من وليّ أمرها هو خصوص أبوها فلا تشمل الجدّ، دعوى أنّ الجدّ وليّ في

الجملة للصغير لا يفيد في ثبوتها في عقد النكاح لما عرفت من ضيق دائرة النكاح وإن الشارع المقدس قد توسّع في جميع أبواب الفقه بخلاف النكاح.

والحاصل فإن الاستناد في هذا الحكم المخالف للأصل إلى هذه الرواية في غاية الوهن. نعم لا ريب بدلالة ما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما قال: إذا زوج الرجل ابنة ابنه جاز على ابنه ولابنة أيضاً أن يزوّجها. فقلت: فإن هوى أبوها رجلاً وجدّها رجلاً؟ فقال: الجدّ أولى بنكاحها.

قلت: وصرحيّة هذه الرواية بالدعوى لا ريب فيها بل فيها دلالة مضافاً إلى ثبوت ولاية الجدّ كونه أولى من الأب في نكاحها.

ومن الأخبار ما رواه عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنّي ذات يوم عند زياد بن عبد الله إذا جاء رجل يستعدي على أبيه، فقال: أصلح الله الأمير، إنّ أبي زوج ابنتي بغير إذني، فقال زياد لجلسائه الذين عنده: ما تقولون فيما يقول هذا الرجل؟ فقالوا: نكاحه باطل. قال: ثمّ أقبل عليّ فقال: ما تقول يا أبا عبد الله؟ فلمّا سأني أقبلت على الذين أجابوه فقلت لهم: أليس فيما تروون أتم عن رسول الله صلى الله عليه وآله أنّ رجلاً جاء يستعديه على أبيه في مثل هذا فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: أنت ومالك لأبيك؟ قالوا: بلى، فقلت لهم: كيف يكون هذا هو وماله لأبيه ولا يجوز نكاحه؟ قال: فأخذ بقولهم وترك قولي.

قلت: والاستدلال في المقام بقول الإمام عليه السلام بقوله «ولا يجوز نكاحه» وبها

يتم الاستدلال كما لا يخفى.

إلى غير ذلك من الأخبار الواردة في المقام وبالجملة فإنه بعد ملاحظة الأخبار وكلام الأصحاب يكاد يحصل القطع بثبوت ولاية الجدّ على الصغير في عقد النكاح لما عرفت، والله هو العالم.

حجّة القول الثاني أعني عدم ولاية الجدّ أمران:

الأول: الأصل وهو كما تراه فإنه لا مجال له مع الأصل اللفظي الصريح الدالّ على ولاية الجدّ.

الثاني من الأدلّة جملة من الأخبار، منها ما رواه ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تزوّج ذوات الآباء من الأبيكار إلّا بإذن آبائهنّ.

وما رواه محمّد بن مسلم عن أحدهما قال: لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبيها ليس لها مع الأب أمر تستأمرها كلّ أحد ما عدا الأب.

وما رواه أبو مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الجارية البكر التي لها الأب لا تزوّج إلّا بإذن أبيها، وقال: إذا كانت مالك لأمرها تزوّجت متى شاءت.

إلى غير ذلك من الأخبار التي هي على هذا المنوال.

والجواب عنها أولاً أنّها لا تقاوم الأخبار المتقدّمة الدالّة على ثبوت ولاية الجدّ لأنّها تلك أصحّ سنداً وأقوى دلالة ومع ذلك فإنّ الأصحاب كلّهم عدا ابن أبي عقيل أفتوا بمضمونها.

الثاني: إن هذه الأخبار بعضها مصرّح بأن الإذن في تزويج البكر لأبائهنّ فهو يمكن بشموله للجدّ، والبعض الآخر مصرّح بولاية الأب ولا ينبغي ولاية الجدّ فهو خارج عن الدلالة.

وبالجملة فإنّه بعد إمعان النظر والإنصاف ترى أنّ هذه الأخبار لا تقاوم ما تقدّم من الأخبار المصرّح بولاية الجدّ من وجوه كما هو واضح، فمن هذا اتّضح أنّه لا ينبغي الارتياح في ثبوت ولاية الجدّ فلو عقد الجدّ لابن ابنه أو عقد بنت ابنه صحّ العقد وليس لهما الخيار عند بلوغهما تمسّكاً بما عرفت من النصّ والإجماع.

بقي في المقام شيء اختلف فيه أصحابنا وهو أنّ ولاية الجدّ مشروط بثبوتها بوجود الأب بمعنى أنّه لو مات الأب لا ولاية للأب أو أنّ ولايته ثابتة حتّى مع موت الأب قولان معروفان بين أصحابنا:

القول الأوّل وهو سقوط ولاية الجدّ بموت الأب وهو المحكي عن جماعة من الأصحاب منهم الشيخ في الخلاف والنهاية، وابن حمزة في الوسيلة، وابن زهرة في غنيته وكاشف اللثام، والناراقي في مستنده وغيرهم جماعة من الأصحاب وظاهرهم أنّ ولاية الجدّ مقيدة بوجود الأب.

قال الديلمي: في المراسم على ما حكى عنه: أمّا الصغار فيعقدنّ أبائهنّ ولا خيار لهنّ بعد البلوغ، وكذلك إن عقد عليهنّ جدّ بشرط وجود الأب، انتهى.

قلت: وهو صريح بالدعوى.

والقول الثاني ثبوت ولاية الجدّ مطلقاً وهو خيرة جماعة من الأصحاب كما هو المحكي عن ابن إدريس والعلامة في جملة من كتبه، والشهيد في المسالك واللمعة والروضة، وعن السيّد علم الهدى في الانتصار والناصریات، والمفيد وجماعة غيرهم، بل في الحدائق أنّه المشهور.

حجّة القول الأوّل على ما قيل أمور:

الأوّل: الأصل وبيانه أنّ الأصل عدم ثبوت ولاية له بعد موت الأب.

وفيه: إنّ هذا الأصل لا مجال له بعد أن عرفت إطلاق الأخبار ثبوت ولاية الجدّ على أنّ استصحاب ولاية الجدّ إلى بعد موت الأب حاكم على هذا الأصل كما هو واضح.

الثاني من الأدلّة الإجماع الذي حكاه الشيخ في الخلاف حيث قال: الذي له الإجماع على النكاح الأب والجدّ مع وجود الأب وإن علا وليس للجدّ مع عدم الأب ولاية. وقال الشافعي: لهما الإجماع ولم يعتبر حيات لأب، وبه قال الثوري. دليلنا: إجماع الفرقة وأخبارهم، انتهى.

أقول: إنّ التمسك في هذا الإجماع لا وجه له بعد أن عرفت وقوع أشدّ الخلاف في المقام بل إنّ أهل زمانه مخالفين في ذلك، بل المشهور على خلافه كما سمعت. والحاصل إنّ التمسك في مثل هذا الإجماع ما هو إلّا من الوهن كما هو واضح.

الثالث من الأدلّه ما روي عن الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إنّ الجدّ إذا زوّج ابنة ابنه وكان أبوها حيّاً وكان جدّها مرضياً جاز.

قال في المسالك بعد هذه الرواية: مع ضعف السند ضعف الدلالة فإنّها في المفهوم الوصفي وهو غير معتبر عند المحقّقين، انتهى.

قلت: وقال بعضهم: فإنّ في طريقها سماعه وأبان، والأوّل واقفيّ، والثاني مشترك بين الثقة وغيره، وحيث كانت بهذه المثابة لا ينبغي التمسك بها في المقام وقد يقال أو قيل بأنّ المفهوم في الرواية ليس مفهوم وصف بل هو مفهوم شرط وهو حجّة عند الأصحاب كما قد نصّ عليه السيّد صاحب المدارك في شرحه على النافع بأنّ هذا المفهوم مفهوم شرط وهو حجّة عندهم.

ثمّ قال: ويمكن أن يقال: حجّة المفهوم إنّما يثبت إذا لم يظهر للتقيّد وجه سوى نفي الحكم عن المسكوت عنه، وربّما كان الوجه في هذا التقيّد التنبيه على الفرد الأخرى وهو جواز عقد الجدّ مع وجود الأب.

وكيف كان فهذه الرواية قاصرة عن إثبات هذا الشرط، انتهى.

أقول: وبعد الغض عن سند الرواية ودلالاتها فيمكن قريباً حملها على التقيّة فإنّ جملة من علماء السنّة يشترطون بقاء الأب في ولاية الجدّ كما هو غير خفيّ على من لاحظ كلام الأصحاب في المقام. والحاصل فإنّه لم نجد في المقام دليلاً شاف يقضي بعدم ولاية الجدّ مع موت الأب وإنّ ولايته مقيدة بوجود الأب كما هو واضح.

حجّة القول الثاني أمور كما قد نصّ عليها جملة من الأصحاب:

الأول: الاستصحاب لبداهة أنّه له الولاية قبل موت الأب وبعد موت تستصحب الولاية بعد عروض الشكّ بارتفاعها بموت الأب وهذا الاستصحاب تامّ لا معارض له شيء من الأدلّة وربّما كان مستند ابن إدريس هو لا غيره في ثبوت ولاية الجدّ في المقام حيث قال: إنّ ولاية الجدّ باقية ثابتة في مالها وغيره والأصل بقائها فمن أزالها يحتاج إلى دليل، انتهى.

الثاني: من الأدلّة التي تعرّض لذكرها الأصحاب هو أنّ الجدّ أقوى من الأب وأقرب في نظر الشارع وذلك يستفاد من جملة من الأخبار فيما لو تعارض الأب والجدّ في عقد النكاح قدّم عقد الجدّ وكان هو الأولى، وقد حكي الإجماع على تقديم عقد الجدّ والإنصاف أنّه لا دلالة فيما ذكر على المدعى لأنّه غاية ما ثبت أنّه يقدر قول الجدّ مع وجود الأب والكلام إنّما هو في ولاية الجدّ مع فقدان الأب والدليل أجنبّي عن هذه الدعوى، ومن هنا تنظر في الدليل المذكور في المسالك بعد أن ذكره مع إمكان القول أنّ قوّة ولاية الجدّ مشروطة بحيات الأب فلا يدلّ على بقائها مع موت الأب.

والحاصل فإنّه بعد إمعان النظر فيه تراه خال عن الدلالة ومن هذا كلّ يعلم أنّ الأقوى هو قول المشهور بأنّ ولاية الجدّ ثابت سواء كان الأب موجود أم لا، ولكن مع هذا كلّ فإنّ المقام من المشكلات.

وأما ولاية المولى والوصي والحاكم الشرعي فإنشاء الله نتعرض للكلام
 فيهنّ في محلّها، والله الموقّق.

بقي في المقام فروعٌ:

الفرع الأول: لو ذهبت بكاراة الصبيّة في صغرها بوطى أو غيره، ظاهر كلام
 الأصحاب بقاء ولاية الأب والجدّ عليها كما كان قبل ذهاب البكاراة وبذلك
 صرّح جماعة من الأصحاب بل هو المشهور فيما بينهم، وقد صرّح بالشهرة جمع
 من الأصحاب، بل لم ينقل أحد منهم الخلاف في المقام وبذلك أخبار كثيرة،
 ولأنّ المناط في ثبوت الولاية هو الصغر وهو موجود والبكاراة وعدمها غير
 مانعة من ثبوت الولاية، وكذلك إطلاق الأخبار الدالّة على ثبوت ولاية الجدّ
 والأب وأنّ تزويجها لازم لا يزول لو كبرت الصبيّة وأنّه لا خيار لها، وظاهره
 الإطلاق سواء كانت باكراً حال العقد أم ثيب، وهذا الحكم الظاهر أنّه لم يخالف
 فيه أحد من الفرقة كما هو واضح.

الفرع الثاني: اعلم حيث عرفت أنّ الأب والجدّ له ولاية على الصغيرة في عقد
 النكاح فلو عقدها أحدهما لزم العقد ولا خيار لها بعد بلوغها بل يلزمها العقد
 ويترتب عليه جميع آثار العقد وقد صرّح بذلك الأصحاب من غير خلاف ينقل ولا
 إشكال يحتمل، وقد صرّح بالإجماع عليه جماعة من الأصحاب وبه نطقت أخبار
 منها رواية عبد الله بن الصلت قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الجارية الصغيرة

يزوّجها أبوها ألها أمر إذا بلغت؟ قال: لا. بل في بعضها: ليس لها أمر مع أبيها.

وما روي عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الصبية يزوّجها أبوها ثم يموت وهي صغيرة فتكبر قبل أن يدخل بها زوجها أيجوز عليها التزويج أو الأمر إليها؟ قال: يجوز عليها تزوّج أبيها.

إلى غير ذلك من الأخبار المصرّح بمضي تزويج الأب لها في صغرها وأنه لا خيار لها مع تزويج الأب وقد وصفت الأخبار الدالّة على الدعوى بكونها مستفيضة، وهي كذلك بعد الإحاطة بجميع ما حرّره الأصحاب، وحيث ثبت ذلك في الأب بالنصّ والإجماع فهو ثابت للجدّ بالإجماع على عدم الفرق على أنه بعد أن ثبت جواز عقد الجدّ فخيار الصبيّة في العقد بعد بلوغها يحتاج إلى دليل ولا دليل هناك كما هو واضح فيلزم كما لا يخفى.

وبالجملة فإنّ الحكم عندنا من الواضحات. وبعد هذا كلّه فإنّه لا ينبغي الالتفات إلى بعض الأخبار الدالّة على ثبوت الخيار لها بعد البلوغ لو عقدها أبوها في صغرها كما في رواية الخزاز عن يزيد الكناسي قال، قلت لأبي جعفر عليه السلام: متى يجوز للأب أن يزوّج ابنته ولا يستأمرها؟ قال: إذا جازت تسع سنين فإنّ زوّجها قبل التسع سنين كان الخيار لها إذا بلغت تسع سنين.

قلت: وهذه الرواية لا قابليّة لها لمقاومة ما تقدّم من الأخبار ومخالفتها لإجماع الأصحاب وقد رماها جلّ أصحابنا بالشذوذ.

وبالجملة فإنها مصرّح لا عمل عليها وهي مردودة على راويها وهو أعرف بما رواه بعد صحّتها. والحاصل فإنّه كما عرفت والله أعلم بأحكامه.

الفرع الثالث: الظاهر أنّه لا خلاف في ثبوت الولاية للأب والجدّ على الغلام في عقد النكاح فإنّ لهما أن يعقدا له وهذا الحكم قد عرفت ثبوته في النصّ والإجماع، إنّما الخلاف في الغلام لو عقد له أبوه أو جدّه فبلغ هل الخيار في العقد أم لا؟ وجهان بل قولان:

الأوّل: أنّ له الخيار في العقد بعد البلوغ فإن رضي به لزم وإن شاء فسّخه وإنّ حال الغلام ليس كحال الجارية وبذلك صرّح جماعة من الأصحاب، وهذا القول هو المحكي عن الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن البرّاج.

والقول الثاني: أن لا خيار له وهو خيرة جماعة كثيرة من الأصحاب بل هو الأشهر كما في الشرايع، بل هو المشهور كما في الجواهر وغيرها، والظاهر أنّ الشهرة محقّقة في المقام بعد حصر القائلين بالخيار للصبي بعد بلوغه.

وكيف كان فإنّ صحّة القول الأوّل ما رواه الشيخ بإسناده عن أبان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا زوّج الرجل ابنه كان ذلك إلى ابنه، وإذا زوّج ابنته جاز ذلك.

قلت: وتطبيق الاستدلال أنّ قوله «كان ذلك إلى ابنه» أي بعد بلوغه إن شاء أمضاه وإن شاء فسّخه، وبهذا يتمّ الاستدلال.

وما رواه يزيد الكناسي قال: قلت لأبي جعفر في حديث طويل، قلت: فالغلام يجري في ذلك مجرى الجارية؟ فقال: يا أبا خالد، إن الغلام إذا زوجه أبوه ولم يدرك كان له الخيار إذا أدرك وبلغ خمسة عشر سنة أو يشعر في وجهه أو ينبت في عانته.

قلت: ووضوح الدلالة في هذه الرواية لا يكاف يخفى.

ومنها خبر الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا زوّج الرجل ابنه فذلك إلى ابنه، وإذا زوّج ابنته جاز.

قلت: ولا ريب أنّ قوله «فذاك إلى ابنه» أي بعد بلوغ الكلام إن شاء أمضاه وإن شاء فسخه، ضرورة أنّه ليس للغلام اختيار قبل بلوغه فلا بدّ وأن يراد به بعد البلوغ وبها يتمّ المطلوب فيكون عقد الأب للغلام كعقد الفضولي إن شاء أمضاه وإن شاء فسخه.

إلى غير ذلك من الأخبار.

حجّة القول الثاني جملة من الأخبار، منها رواية محمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الصبي يزوّج الصبيّة هل يتوارثان؟ قال: إذا كان أبوهما اللذان زوّجاها فنعم. قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.

وما روي عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في الصبي يتزوّج الصبيّة هل يتوارثان؟ فقال: إن كان أبوهما اللذان زوّجاها فنعم. قلنا: فهل يجوز

طلاق الأب؟ قال: لا.

قال في الحدائق بعد هذه الرواية: والمراد بحياة أبيهما الإشارة إلى كون التزويج وقع منهما دون غيرهما، والتقريب فيها أنه رتب التوارث الذي هو ثمرة النكاح الصحيح ولو كان التوارث قبل بلوغ كل منهما بأن ماتا صغيرين على مجرد كون تزويجهما من الأبوين ولم يوقف صحته على الاختيار بعد البلوغ كما يدعيه ذلك القائل لما حسن ذلك ولا صحّ وهذا بحمد الله ظاهر للناظرين، انتهى.

قلت: إلى غير ذلك من الأخبار التي هي على هذا المنوال واستند بعضهم في المقام إلى الاستصحاب وهو أن العقد وقع من أهله في محله فيستصحب واستند بعضهم إلى أخبار فسخ النكاح حكم من الأحكام الشرعية يتوقف على دليل.

قلت: أمّا الاستصحاب المذكور وكون الخيار للصبي حكم من الأحكام الشرعية تحتاج إلى دليل فهو كما تراها فإنه لقائل أن يقول: قد ثبت الخيار بما تقدّم من الأخبار المصرّح بثبوت الخيار له بعد بلوغه ومعها أيضاً لا مجال للاستصحاب، وأمّا الأخبار فإنّها معارض بالأخبار المتقدّمة الدالّة على ثبوت الخيار للصبي. نعم يمكن أن ترجّح الأخبار الدالّة على عدم الخيار بالشهرة المحقّقة بل لا يبعد دعوى الإجماع على عدم الخيار للصبي بعد بلوغه إذا بلغ وكان العاقد له الأب والجدّ.

والحاصل فإنَّ المقام من المشكلات وإن كان قول المشهور بأنَّه لا خيار للصبى هو الأقوى بل الظاهر أنَّ سيرة العموم عليه، والله هو العالم.

مسألة

اعلم أنَّ الأئمة إذا كان صغيرة وغير رشيدة فالظاهر أنَّه كما تقدّم أنَّه لا خلاف في ثبوت ولاية الأب والجدِّ عليها في عقد النكاح كما أنَّه لا خلاف في عدم الولاية للأب والجدِّ على الثيب البالغة الرشيدة إلا ما حكى عن ابن أبي عقيل من بقاء الولاية عليها وهو شاذٌّ كما قال في المسالك إنَّما الخلاف بين الأصحاب في البكر البالغة الرشيدة التي لم تتزوَّج أو تزوّجت ولم توطئ، أو وطئت دبراً وذهب بكارتها بغير الجماع، ولا فرق في ذلك بين أن يكون قبل البلوغ أو بعده على أقوال عديدة أنهاها في الشرايع إلى خمسة أقوال، بل وأزاد في المسالك قولاً سادساً، قال في المسالك: وهذه المسألة من المهمّات والفتوى فيها من المشكلات بسبب اختلاف الروايات.

وفي الحدائق: إنَّ بعض الأصحاب صنّف بها رسائل.

قلت: لا ريب ولا إشكال أنَّ الخلاف الواقع في هذه المسألة بين الأصحاب إنَّما هو من أجل اختلاف الأخبار وفهمهم للأخبار:

القول الأوّل: سقوط الولاية عنها أعني ولاية الأب والجدِّ مطلقاً في العقد الدائم والمنقطع. وحكى أنَّ هذا القول هو قول جماعة نم القدماء والمتأخّرين

مثل علم الهدى في الانتصار والناصريات، وابن إدريس، والعلامة في التذكرة والقواعد، والمقداد في التنقيح، والمحقق الثاني، واللمعة وغاية المرام وجامع الشتات والمفيد في كتب أحكام النساء وكنز العرفان وغاية المراد، وعن سلار وابن الجنيد وصاحب الواسط وغيرهم جماعة كصاحب الحدائق والرياض والجواهر، وحكاه في الحدائق عن بعض علماء البحرين من المحققين، بل قيل إنه الأشهر، وأخرى أنه المشهور، بل في الانتصار دعوى الإجماع عليه، وفي الشرايع أنه الأظهر من الأخبار.

القول الثاني عكس الأوّل وهو ثبوت الولاية عليها للأب والجدّ في العقد الدائم والمنقطع، وهذا القول حكى أيضاً عن جماعة من القدماء والمتأخرين كما عن الشيخ في المبسوط والخلاف والنهاية وابن زهرة وابن البرّاج والقاضي وابن أبي عقيل والشيخ الصدوق في الهداية، قال فيما حكى عنه: ولا ولاية لأحد على البنت إلا لأبيها ما دامت بكر.

قلت: وحكى هذا القول عن الصهرشتي والراوندي في فقه القرآن، وصاحب المدارك في شرحه على النافع، وصاحب النهاية عن جماعة من علماء أهل البحرين، واختاره في الحدائق.

القول الثالث التشريك في الولاية بين الباكر وبين الولي أعني الأب أو الجدّ بمعنى عدم انفراد أحدهم بالعقد فلا يصحّ عقدها من غير الولي كما لا يصحّ

عقد الولي من غير إذنها، وحكي هذا القول عن أبي الصلاح، والشيخ المفيد في المقنعة، والحرّ العاملي في الوسائل.

القول الرابع: التفصيل وهو ثبوت ولاية الولي عليها في العقد الدائم دون المنقطع. قال في المسالك: وهو قول الشيخ في كتابي الحديث، ومثله قال في الحدائق.

القول الخامس عكس هذا القول وهو ثبوت الولاية للولي عليها في العقد المنقطع دون الدائم وهذا القول حكاه المحقق في الشرايع، وحكى الشهيد أنّه سئل المحقق عن قائل هذا القول فلم يجب.

قلت: وقال الشهيد في المسالك بعد أن ذكر هذه الأقوال الخمسة وزاد بعضهم قولاً سادساً وهو أنّ التشريك في الولاية تكون بين أبيها خاصّة دون غيره من الأولياء ونسبه إلى المفيد.

قلت: هذا مجموع الأقوال التي تعرّض لذكرها الأصحاب في هذا الفرع فنبداً بعونه وكرمه ذكر حجج الأقوال كلّها والنظر فيها ونسأله الإعانة:

حجّة القول الأوّل كما ذكرها جماعة من الأصحاب أمور:

الأوّل: الأصل، والظاهر أنّ المراد بالأصل هنا هو أصالة عدم ولاية الأب أو الجدّ. وأجاب بعضهم عن هذا الأصل بمعارضته بأصالة عدم ثبوت اختيار التزويج لل بنت.

الثاني: استقلال كلِّ بالغ وعاقل رشيد في أفعاله وعدم تسلُّط الآخر عليه وإثبات السلطنة عليه تحتاج إلى دليل ولا دليل في المقام كما هو واضح.

الثالث: ما ذكره في المسالك، قال: الآيات الدالَّة على إضافة النكاح إلى النساء من غير تفصيل كقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنْكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُ﴾، ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَنْ يَنْكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾ وقوله: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِي أَنْفُسِهِنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾ وهو مفيد للعموم الشامل لغير المدخول بها.

ثمَّ أجاب في المسالك عن هذه الآيات قال بمنع دلالتها على موضع النزاع فإنَّ النساء المحدثات عنهنَّ بإضافة النكاح إليهنَّ هنَّ المطلقات للعدَّة وبعضهنَّ المطلقات ثلاثاً وذلك يستلزم الدخول بهنَّ والنزاع في البكر وإنَّما تصلح هذه الآيات حجة على المخالف الذاهب إلى أنَّ المرأة مطلَّقة ليس لها التزويج بغير الولي إلا على من أسقط الولاية عن البنت، ويمكن الاعتذار بإمكان فرض طلاق العدَّة مع بقاء البكارة بأن يكون قد وطئ في الدبر ومعه يمكن فرض الطلاق ثلاثاً للعدَّة مع بقاء البكارة وهو فرض بعيد إلا أنَّ اشلعشوموم يتناول مثله فيصحَّ الاحتجاج، انتهى.

وأجيب أيضاً عن الآيات الشريفة ما حاصله بأنَّها لا تنفي التشريك في الولاية من الولي وبأن تكون الولاية خاصَّ لها ولكن أنت خير بهذا الجواب لعدم الدلالة فيهنَّ على ثبوت ولاية للأب أو الجدِّ بوجه من الوجوه.

الرابع من الأدلة قوله تعالى ﴿ فَإِنْ ءَأَسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْعُوا إِلَيْهِمْ آمَوْهُمْ ﴾ وقوله تعالى: ﴿ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾.

وبالجملة فإنه قد ثبت بالنص والإجماع زوال ولاية الولي عن مال الطفل وله التصرفات في بدنه فإن له بعد بلوغه أن يؤجر نفسه إجماعاً من غير إذن الولي بقاء ولاية الولي في نصوص عقد النكاح لا وجه له لأنه تخصيص لتصرفاته وهو تحكّم، وبهذا التقريب يتم الاستدلال أعني سقوط الولاية عليها بعد البلوغ في جميع العقود ومنها عقد النكاح ضرورة أنّ الرشد والبلوغ هو المناط في جواز التصرفات ورفع الولاية.

الخامس: من الأدلة الإجماع الذي ادّعاه السيّد المرتضى في الانتصار والظاهر أنّ الإجماع المنقول بخبر الواحد حجة سبباً كون الناقل مثل علم الهدى على أنّه مؤيد بالشهرة المحققة التي نقلها كلّ من تعرّض لذكر الأقوال كما نصّ عليها في الحدائق والجواهر وغيرها بل في الجواهر قال: لا يبعد تحصيل الشهرة وبالجملة فإنه لا يكاد يشكّ بحجّة هذا الإجماع المنقول ولو لم يكن مثل هذا الإجماع حجة لسدّ الاستدلال بالإجماع قطعاً.

السادس: الأخبار الدالة على الدعوى، منها ما ورد من طرق علماء اشلستة عن ابن عباس عن النبي ﷺ قال: الأيمّ أحقّ بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها وإذنها صماتها.

قال في المسالك بعد هذه الرواية: والأيم من لا زوج لها.

قال الجوهرى: الأيام الذين لا أزواج لهم من الرجال والنساء، امرأة أيم بكر كانت أو ثيباً، والدلالة في الرواية صدرها وعجزها، وإعادة ذكر البكر مع دخولها في الأيم للتنبيه على اختصاصها بكون سكوتها كاف عن الجواب اللفظي.

قلت: وظهور الرواية المزبورة على الدعوى لا يكاد يخفى.

ومن الأخبار أيضاً ما رواه ابن عباس أن جارية بكر جاءت إلى النبي ﷺ فقالت: إن أبي زوجني من ابن أخ له ليرفع خسيسته وأنا له كارهة، فقال: أجزبي ما صنع أبوك، فقالت: لا رغبة لي فيما صنع أبي، فقال: فاذهبي فانكحي ما شئت. فقالت: لا رغبة لي في غير ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء في أمور بناتهم شيء.

قال في المسالك: وهذه الرواية أوضح ما في الباب دلالة لو صحّ سندها لأنها تفيد اشتمالها بالولاية بخلاف الأولى فإنها لا تنفي القول بالتشريك.

قلت: وأما الأخبار الواردة من طرق علماء الشيعة فهي كثيرة، منها حسنة الفضلاء؛ الفضيل بن يسار ومحمد بن مسلم وزرارة وبريد عن الباقر عليه السلام قال: المرأة التي ملكت نفسها غير السفية ولا المولى عليها إن تزويجها بغير الولي جائز، واعترض الشهيد في المسالك على هذا الاستدلال فقال بأن الحكم فيها أي

في الرواية - بسقوط الولاية وقع منوطاً بأن ملكت نفسها فإدخال البكر عين المتنازع، وكذا قوله «غير المولى عليها» فإنَّ الخصم يدعي كون البكر مولى عليها فكيف يستدلُّ بها على زوال الولاية؟ فأجاب عن هذا الاعتراض فقال: ويمكن التخلُّص من دعوى كون البر مولى عليها وأنَّ الاستدلال بها عين النزاع بأن يقال: إنَّ البكر الرشيدة الحرّة لما كانت غير مولى عليها في المال صدق سلب الولاية عليها في الجملة فيصدق أنَّ البكر الرشيدة الحرّة مالك نفسها غير سفيه ولا مولى عليها فتدخل في الحكم وهو جائز تزويجها.

واعترضه السيّد صاحب المدارك في شرحه على النافع على ما حكى عنه ذلك، فقال: إنّه ضعيف لأنَّ الولاية في المال أخصّ من مطلق الولاية، ونفي الأخصّ لا يستلزم نفي الأعم، والذي يظهر لي أنَّ المراد بالمالك نفسها غير المولى عليها البكر التي لا أب لها والثيب كما يدلُّ عليه قوله في رواية أبي مريم الجارية البكر التي لها أب لا تزوّج إلا بإذن أبيها، وقال: إذا كانت مالكة أمرها تزوّجت متى شاءت.

وفي صحيحة الحلبي في الثيب تحطب إلى نفسها، فقال: هي أملك بنفسها، وعلى هذا فلا دلالة في الرواية على المطلوب، انتهى.

أقول: والإنصاف أنَّ ظاهر صحيح الفضلاء المذكور هو منطبق على الدعوى لأنَّ ظاهره والمنساق إلى ذهن القاصر أنَّ قوله «المرأة التي ملكت نفسها» أي البالغ الرشيدة تزويجها بغير وليِّم جائز بخلاف السفيه وإن كانت

بالغة أو المولّى عليها وهي غير البالغ فإنّها غير مالك نفسها فإن نكاحها لا يكون إلا من وليّها.

وفي عبارة أخرى: إنّ المراد من المالك نفسها هو كون تصرّفاتها لازم ما فيه في أموالها وبدنها من أجرة وغيرها من جملتها عقد النكاح فإنّ هذا الذي أفهمه من الرواية لكن الأصحاب قد أطالوا في المقام القيل والقال. والحاصل فإنّه لا يكاد يشكّ بكون صحيح الفضلاء دالّ على الدعوى وما قيل من ضعف سنده كما في المسالك فإنّه لا يصغى إليه بعد انجبارها بإجماع الانتصار أو الشهرة المحقّقة بين الأصحاب.

ومن الأخبار ما رواه منصور بن حازم عن الباقر عليه السلام قال: تستأمر البكر وغيرها ولا تنكح إلاّ بأمرها.

قلت: وقد أورد على الاستدلال بهذه الرواية كما في المسالك والسيد في شرح النافع بأنّ أقصى ما تدلّ عليه عدم استقلال الأب بالولاية لا جواز انفرادها واستقلالها كما هو المدعى وحينئذ فلا تنفى التشريك الذي هو أحد الأقوال في المسألة.

قلت: وهذا خلاف الظاهر من الرواية فإنّ ظاهرها تستأمر أي تحدّث بالزوج وتخبر بالذي تعقد عليه ولا تنكح أي لا تعقد إلاّ بأمرها ورضاها وهذا ظاهر بل صريح باستقلالها بالأمر وأنّ الولاية لها، ويؤكّد ذلك عطف غيرها

عليها فإنَّ المراد به غير البكر وهي الثَّيْب، ولا ريب ولا إشكال بأنَّ ولاية الثَّيْب لنفسها وليس عليها ولاية في عقد النكاح إجماعاً، وقد عرفت أنَّه جعل الثَّيْب التي لا ولاية مساق البكر فعلم أنَّ حكمها واحد.

وبالجملة فإنَّه خال عن دعوى المشاركة لها في الولاية بل انفرادها في الولاية كما هو واضح. نعم لا بأس بحمل الشيخ لهذه الرواية كما حكي عنه في التهذيب على الاستحباب فإنَّه قال بعد أن ذكر الخبر محمول على الأفضل فيما يخصَّ الأب من أمر البكر. قال في الحدائق: وهذا الحمل لا بأس به.

ومن الأخبار الدالَّة على استقلال البكر بأمرها ما رواه الشيخ في التهذيب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: إذا كانت المرأة مالكة لأمرها تبع وتشتري وتعتق وتشهد وتعطي مالها من شاءت فإنَّ أمرها جائز تتزوَّج من شاءت بغير إذن وليِّها وإن لم يكن كذلك فلا يجوز تزويجها إلاَّ بأمر وليِّها.

قال فاضل الحدائق بعد هذه الرواية: ونعم ما قال، وهذه الرواية ظاهرة في أنَّ المالك أمرها هي المرفوع عنها حجر التصرّف المالي بناء على أنَّ جملة «تبيع وتشتري» وقعت تفسيراً لمالكة أمرها، وحينئذ فيكون رفع الولاية عنها في النكاح يدور وجوداً وعدمًا مدار رفع الولاية عنها في المال وبذلك يتم الاستدلال بها هنا.

قلت: وما فهم فاضل الحدائق من الرواية هو الحقّ وفهمه هو الفهم

المستقيم وهو الأنسب في سياق الرواية كما لا يخفى ذلك لأن بيعها وشرائها وإعطائها كناية عن كونها رشيدة فأمرها إليها ليس لوليها، وبعد الوقوف على ما ذكرناه لا ينبغي الإصغاء إلى ما ذكره في الحدائق عن بعض المحققين من المتأخرين من احتمال جملة تبيع وتشتري الواقع في الرواية خبراً ثانياً لكان لا تفسيراً، فعلى هذا لا يكفي ارتفاع الحجر المالي بل لابد من المالكية للأمر الذي هو عبارة عما قدمناه من كونها ثيباً أو ذات أب. إلى أن قال: وإن كان الأول أنسب بالسياق.

قلت: وكونه هو الأنسب لا ريب بذلك على أنه بعد ارتفاع الحجر المالي كما اعترف به الخصم من جهة رشدها وعدم كونها سفية فلا معنى لبقاء الولاية عليها في غير المال ضرورة أن المناط في الولاية عليها كونها صغيرة لعدم رشدها فإذا حصل الرشد وكونها غير سفية ارتفع الحجر عنها والولاية بالكلية كما هو واضح، والله أعلم بالصواب.

ومن الأخبار رواية أبي مريم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: الجارية البكر التي لها أب لا تزوج إلا بإذن أبيها. وقال: إذا كانت مالكة أمرها تزوجت من شاءت.

قلت: ووجه الاستدلال بهذه الرواية بحمل البكر الواقع في صدر الرواية على الصغيرة غير البالغة ولها أب فإنها لا تزوج إلا بإذن أبيها، والمالكة أمرها الواقع في ذيل الرواية على البكر الرشيدة البالغ وبها تتم الدعوى ويكاد يجزم

بهذا الحمل لما تقدّم من الأخبار من كون البكر البالغ لا ولاية عليها وكذلك الثيب.

وبالجملة فإنّ الرشيدة البالغ سواء كانت بكرًا أو ثيبًا فإنّها مالكة لأمرها تتزوّج من شاءت، والله أعلم بالأحكام.

ومن الأخبار ما رواه الشيخ عن سعدان بن مسلم قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: لا بأس بتزويج البكر إذا رضيت بغير إذن أبيها.

قال في الحدائق: وهذه الرواية وإن كانت صريحة فيما يدّعونه وليس في أخبار هذا القول سواها إلا أنّا ضعيفة السند وقوّة المعارض لها في الباب.. إلى آخرها.

قلت: أمّا كونها صريحة الدلالة في الدعوى لا تكاد تنكر، وأمّا المناقشة في السند كما قال في الحدائق فإنّ فيه ما لا يخفى ضرورة ثبوت الشهرة على الحكم المزبور ولا ريب بكون الشهرة جابر للسند كما لا يخفى، على أنّه سعدان بن مسلم هذا ذكر في ترجمته أنّه يروي عن صفوان بن يحيى، وصفوان بن يحيى من أصحاب الإجماع فتكون الرواية قويّة كما ذكر ذلك بعض الأصحاب.

واعلم أنّه قد تعرّض لذكره علماء الرجال؛ أمّا النجاشي فإنّه ذكره ولم يذكر عنه حسناً ولا قدحاً، وعدم ذكره بالقدح كاف في قبول روايته، وأمّا الشيخ أبو علي في كتابه منتهى المقال في أحوال الرجال فإنّ ظاهره قبول روايته، قال:

سعدان بن مسلم واسمه عبد الرحمن بن الحسن العامري مولى أبي المعلا قال: روى عن أبي عبد الله عليه السلام وأبي الحسن عليه السلام وعمراً طويلاً - إلى أن قال: - له كتاب يرويه عنه جماعة، ومثله قال في النجاشي منهم محمد بن عيسى بن عبيد. وفي الخلاصة: له أصل أخبرنا به جماعة عن ابن الفضل عن ابن بطة عن أحمد بن محمد بن عيسى، عن محمد بن إسماعيل بن بزيع، عن محمد، عن صفوان، عنه - إلى أن قال: - في رواية هؤلاء الأعظم شهادة بشهادته سيما صفوان والقميين، وكذا روى عنه ابن أبي عمير والأصحاب حتى المتأخرين ربما يرجعون خبره خبر الثقة الجليل منهم في تزويج البكارة الرشيدة بغير إذن أبيها، ويروي عنه الأعظم سوى المذكورين لمحمد بن علي بن محبوب والحسن بن محبوب ويونس بن عبد الرحمن وغيرهم، ويؤيده كونه كثير الرواية وأن رواياته أكثرها مقبولة سديدة مفتى بها، وكذلك روى كتابه جماعة وأنه صاحب أصل، وأن للصدوق طريقاً إليه، وأن طريق الصدوق إلى إبراهيم بن عبد الحميد وهو فيه كالحسن.. إلى آخره.

قلت: والذي يظهر من مجموع كلامه أن رواية سعدان مقبولة.

قلت: وهو كذلك بعد أن روى عنه صفوان وابن أبي عمير، ولا ريب بأنهما من أصحاب الإجماع، وجلالة قدرهم تمنع أن يروون عن غير الثقة المقبول الرواية، على أنك قد عرفت أن الشهرة المحققة على مضمون روايته وأن أصحاب قد عملوا بها فلا محيص عن قبولها والأخذ بها، والله أعلم.

ومن الأخبار ما رواه الكليني بإسناده عن أبان، عن عبد الرحمن بن عبد الله، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: تتزوج المرأة من شاءت إذا كانت مالكة لأمرها وإن شاءت جعلت ولياً.

قلت: وهي كما تراها من وضوح دلالتها على الدعوى من جواز زواجها من غير إذن الولي أعني الأب أو الجدّ إذا كانت مالكة أمرها وهو عبارة عن بلوغها ورشدها وصرفها إلى الثيب لا وجه له، ودعوى ضعف سندها كما قيل لا ينبغي الإصغاء إليه بعد فتوى الأصحاب بمضمونها.

ومن الأخبار ما ذكره القمي في كتابه جامع الشتات عن الحسن بن محمد الطوسي في الأمالي عن أبيه، عن المفيد، عن محمد بن الحسين الشهرورزي، عن الحسين بن محمد الأسدي، عن جعفر بن عبد الله العلوي، عن يحيى بن هاشم، عن محمد بن مروان، عن جوير بن سعد، عن الضحّاك بن مزاحم قال: سمعت عليّ بن أبي طالب عليه السلام يقول، وذكر حديث تزويج فاطمة عليها السلام وأنّه طلبها من رسول الله صلى الله عليه وآله فقال: يا علي، إنّه قد ذكرها قبلك رجال فذكرت ذلك لها فرأيت الكراهة في وجهها ولكن على رسلك حتّى أخرج إليك، فدخل عليها فأخبرها، فقال: إنّ عليّاً عليه السلام قد ذكر من أمرك شيئاً فما ترين؟ فسكتت ولم تر لي وجهها ولم يرى فيه رسول الله كراهة، فقام وهو يقول: الله أكبر سكوتها إقرارها، الحديث.

وتقريب الاستدلال أنّه لو كان الأب مستقلاً في أمر بنته لما أخبرها.

قلت: ولكن الإنصاف أن هذه الرواية وإن كانت دالة على مختارنا في المقام ولكن في النفس منها شيء وهو بعد وقوع ذلك من النبي والزهرء مع أمير المؤمنين الذي لولا عليّ عليه السلام لما كان أحد كفوها وهي زوجته في السماء، والله هو الشاهد على أن النبي صلى الله عليه وآله هو أولى بالمؤمنين من أنفسهم فله أن يعقد وأن يطلق من غير إذن يمكن وقوع ذلك لأجل بيان الحكم الشرعي، وكيف كان فإنه نحن في غنى عن هذا الاستدلال فإن ما قدمناه من الأصل والإجماع والأخبار كفاية في إثبات الحكم المزبور أعني الاستقلال البكر البالغة الرشيدة بأمرها وعدم ثبوت ولاية عليها لأبيها وجدها بل يمكن دعوى السيرة من سائر الناس على عدم جبر الولي لها في عقد النكاح وما يكون في الخارج من عدم مراجعة الولي لبنته في التزويج فما هو إلا من جهة أنها تختار ما يختاره أبوها لا أنه لا ولاية لها وأن الولاية لأبيها. وبالجملة فإنه لا يكاد يشك باستقلالها بالولاية في عقد النكاح إذا كانت بالغة رشيدة، والله هو العالم بأحكامه.

حجة القول الثاني أعني استمرار الولاية للأب أو الجد على المرأة البكر البالغة الرشيدة أمور كما ذكرها بعض الأصحاب:

الأول: الاستصحاب فإنه قد ثبت ولاية الأب والجد عليها في عقد النكاح قبل البلوغ فنستصحب هذا الولاية إلى ما بعد البلوغ.

وفيه ما لا يخفى ضرورة عدم جريان الاستصحاب مع الدليل اللفظي لما عرفت سابقاً من النص والإجماع على رفع ولاية.

الثاني: ما ذكره بعضهم من أنّ المرأة قاصرة عن معرفة المصالح فلولا أن يكون نكاحها بالولي لزم حصول الضرر عليها.

وفيه ما لا يخفى فإنّه منقوض بالثبّ فإنه يتزوَّج من غير إذن الولي نصّاً وإجماعاً مع إمكان حصول المضارّ فلو كان مراجعة الولي لأجل رفع المضارّ لما أذن للثبّ في ذلك على البكر قد تكون عارفة في المصالح والمضارّ الراجعة إليها أكثر من الولي. والحاصل فإنّ هذا الاستدلال أبرد من يخ.

الثالث: الأخبار، منها ما روي عن أمّ المؤمنين! عائشة من طرق علماء السنة أنّها قالت، قال رسول الله ﷺ: لا نكاح إلا بوليّ.

وروي عن النبيّ ﷺ بهذا الطريق أنّه قال: أيما امرأة نكحت نفسها بغير إذن وليّها فنكاحها باطل.

قلت: فهذان الخبران معارضتان بالخبرين الأوّلين اللذين ذكرناهما في حجة القول الأوّل عن ابن عبّاس عن النبيّ ﷺ على أنّ ابن عبّاس أعرف وأتقن للرواية عند الفريقين.

الرابع: الأخبار الواردة من طرق الشيعة، منها ما روي عن ابن أبي يعفور عن ابي عبد الله عليه السلام قال: لا تنكح ذوات الآباء من الأبكار إلا بإذن آبائهنّ.

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما قال: لا تستأمر الجارية إذا كانت بين أبويها ليس لها مع الأب، مرّ الحديث.

ومنها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في الجارية يزوّجها أبوها بغير رضا منها، قال: ليس لها مع أبيها أمر إذا أنكحها جاز نكاحها وإن كانت كارهة. ومنها: ما رواه زرارة بن أعين قال: سمعت أبا الحسن عليه السلام يقول: لا ينقض النكاح إلا الأب.

ومثله ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام .

ومنها: ما رواه إبراهيم بن ميمون عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا كانت الجارية بين أبويها فليس لها مع أبويها أمر، وإن كانت قد تزوّجت لم يزوّجها إلا برضا منها.

ومنها: ما رواه عبد الله بن الصلت، قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجاية الصغيرة يزوّجها، أها مع أبيها أمر إذا بلغت؟ قال: لا ليس لها مع أبيها أمر.

ومنها: ما رواها الفضل بن عبد الملك عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تستأمر الجارية التي بين أبويها إذا أراد أبوها أن يزوّجها هو أنظر لها وأما الثيب فإتها تستأذن وإن كانت بين أبويها.

ومنها: صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن البكر إذا بلغت مبلغ النساء أها مع أبيها أمر؟ فقال: ليس لها مع أبيها أمر ما لم تثب.

وما رواه الشيخ بإسناده عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قال: لا تستأمر الجارية في ذلك إذا كانت بين أبويها فإذا كانت ثيب فهي أولى

بنفسها.

ومنها: صحيح عليّ بن جعفر عليه السلام عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل هل يصلح له أن يزوّج ابنته بغير إذنها؟ قال: نعم ليس يكون للولد أمر إلا أن تكون امرأة قد دخل بها قبل ذلك فتلك لا يجوز نكاحها إلا أن تستأمر.

وما رواه الشيخ بإسناده عن عبد الرحمن بن عبد الله قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الطيب تخطب إلى نفسها؟ قال: نعم هي أملك بنفسها تولّي أمرها من شاءت إذا كانت قد تزوّجت زواجا قبله.

ومنها: ما رواه الحلبي قال في المرأة التي تخطب إلى نفسها، قال: هي أملك بنفسها تولّي أمرها من شاءت.

ومنها: ما رواه سعيد بن إسماعيل عن أبيه قال: سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوّج ب بكر أو ثيب لا يعلم أبوها ولا أحد من قراباتها ولكن تجعل المرأة وكيلاً فيزوّجها من غير علمهم، قال: لا يكون ذا.

ومنها: مرسل ابن أبي بكير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس أن تزوّج المرأة نفسها إذا كانت ثيباً بغير إذن أبيها.

قلت: وهذه الأخبار التي استند إليها أهل القول بثبوت ولاية الأب على البكر بعد بلوغها وفيها ما لا يخفى فإنّ أسانيدنا مطعون فيها وبعضها لا دلالة

فيها إلا على اشتراك الولاية بينها وبين أبيها وليس للجدّ ولاية، وأهل هذا القول لا يقولون به، وبعضها دلالتها بالمفهوم الذي هو لا يقاوم منطوق ما تقدّم من الأخبار المصرّح بنفي الولاية فإنّ في طريق الرواية الأولى عليّ بن الحكم وهو مشترك بين الثقة وغيره وذلك كاف في عدم الوثوق والأخذ بها وباقي ما قيل في الرواية ممّا لا يحتمله هذا المختصر.

وأما الرواية الثانية فإنّها محمولة على الصغيرة التي لم تبلغ ولا ريب أنّه ليس لها مع أبيها أمر على أنّه قد قيل بضعف سندها.

وأما الرواية الثالثة فإنّه نصّ على ضعف سندها مع حملها على عدم بلوغها ورشدها وهو خلاف المتنازع فيه.

وأما الرواية الرابعة فإنّ في جملة رجالها فطحيّة.

وجملة هذه الأخبار بل هي الأكثر مصرّح بالنهي عن العقد بغير إذن اشلولي ولا ريب بأنّ النهي إنّما يفيد الحرمة فقط دون البطلان وفساد العقد لما عرفت أنّ النهي إنّما يقتضي بالفساد في خصوص العبادات، وأمّا في غيرها من الإيقاعات وباقي العقود فلا وإن فعل حراماً وهو غير ما نحن فيه قطعاً، على أنّ هذه الأخبار كما تراها إنّما ذكرت مؤامرة البكر البالغة للأب خاصّة ولم تتعرّض لذكر الجدّ وأهل هذا القول لا يقولون بانفراد الأب في الولاية دون الجدّ في خصوص اشلبكر البالغة.

فإن قلت: فإنّ إطلاق الأب في الأخبار شامل للجدّ.

قلنا: يمنعه التبادر فإنّه لو أطلق لفظ الأب تبادر إلى خصوص الأب خاصّة دون الجدّ قطعاً، وبعضها ناطقة بحصر نقض النكاح للأب ولا ريب ولا إشكال أنّ الجدّ أيضاً ينقض النكاح كما هو واضح، وأمّا باقي الأخبار فإنّ الشهيد في المسالك قد نصّ على الطعن في بعض رجالها وحيث كان كذلك فلا تقاوم ما تقدّم من الأخبار الصريحة باستقلال ولاية البكر على نفسها وإنّ ضعف بعض أسانيدها فهو مجبور بما عرفت من الشهرة بل الإجماع، نعم حكى عن شيخ الطائفة أنّه حمل هذه الأخبار على استحباب مراجعة المرأة البكر في عقد النكاح للأب والنهي عن استقلالها بالأمر على الكراهة.

قلت: وهو حسن فإنّه أولى من طرحها بالكلية ضرورة أنّه مهما أمكن إعمال الخبر فإنّه أولى من طرحه. وكيف كان فإنّه لا محيص عن الأخذ بالقول الأوّل أعني القول باستقلال المرأة البكر في عقد النكاح فإنّ لها أن تعقد نفسها من غير إذن أبيها ولا فرق في ذلك بين النكاح الدائم والمنقطع بل لها ذلك وإنّ كره الأب بل حتّى لو منع صريحاً ضرورة أنّه يمنع أمر ليس له ولاية والله أعلم بالأحكام.

حجّة القول الثالث أعني اشتراك الولاية بين البكر البالغة وبين الأب ما

نصّ عليها الشهيد في المسالك وغيره، فقال: حجّة المشتركين أمران:

الأول: الجمع بين الأدلة فإن بعضها دال على اختصاص البكر وبعضه اختصاص الأب فاستفيد من كل منهما ثبوت الولاية لكل منهما وهو معنى الاشتراك، انتهى.

قلت: وبعد إمعان النظر أن هذا الاستدلال ركيك جداً ضرورة لعدم وجدان ما يدل على الجمع لأن أخبار القولين المتقدمين أعني القول باستقلالها بالعقد والقول بولاية الأب عليها صريحان كل منهما بالدعوى لأن الأول صريح باستقلالها، والثاني صريح بولاية الأب، ومن هنا لا ينبغي القول بالتشريك لقاعدة الجمع بين الأخبار لما عرفت، ولقد أجاد في الحقائق حيث قال: وردّه وعدم قبوله كالشمس في دائرة النهار، وهو أضعف الأقوال في المسألة لعدم الدليل الواضح عليه مع أن أخبار القولين المتقدمين صريحة في ردّه لتصريح الأولى منهما باستقلال الأب النافي للشركة واستقلال البكر وتصريح الثانية بحسب ظاهرها الموجب لعدم شركة الأب واستقلاله، انتهى.

الثاني: كما في المسالك أيضاً قال: لأن العقد إذا صدر عن رأيهما فقد عملنا بجميع الأدلة، انتهى.

قلت: ويتم هذا الاستدلال أن العقد لو صدر عن أحدهما، أمالو عقد الأب أو البكر فإنه يحصل الشك في صحته والأصل العدم، وبهذا تمام استدلالهم ولكن فيه ما لا يخفى لثبوت العقد لو وقع من البكر البالغة فلا شك في ذلك لما عرفته من الأخبار الدالة على ذلك.

الثالث من الأدلة موثقة صفوان قال: استشار عبد الرحمن الكاظم عليه السلام في تزويج ابنته لابن أخيه، قال: أفعل وليكن ذلك برضاها فإن لها في نفسها حظاً.

قال الشهيد في المسالك بعد ذكر هذه الرواية والدلالة فيها من قوله «افعل» ويكون ذلك برضاها فإن «افعل» أمراً له بالفعل فلولا أن له أمراً لما حسن أمره به وكونه برضاها يستلزم أن لها حقاً وإلا لم يعتبر ومن قوله نصيباً وحظاً فإن منطوقه يدل على ثبوت ولاية الأب لأن النصيب والحق لا يستوعبان الحق بل يقتضيان التشطير فإذا تقرر ذلك فلا يمكن حملها على الصغيرة والثيب لأن الأولى لا نصيب لها والثانية لا مشاركة معها فيلزم حملها على المتنازع فيه.

قلت: وفيه أولاً أنه قد طعن في سند الرواية جماعة من الأصحاب.

وثانياً: بعدم دلالة الرواية على المدعى فإن أمر الأب بذلك لا ينافي اختصاصها بالولاية ضرورة أنها لو رضيت بالعقد جاز للأجنبي مباشرة العقد فضلاً عن الأب.

قال في المسالك: وأما حديث الحظ والنصيب فلا حظ له في الدلالة إلا من جهة مفهوم الخطاب الضعيف وكيف كان فإن التمسك بهذه الرواية على الدعوى من الوهن، والله أعلم.

الدليل الرابع كما قيل فإن الاحتياط في الفروج يقضي بعقد الباكر برضاها ورضاء وليها.

وفيه ما لا يخفى ضرورة أنّ العمل بالاحتياط إنّما هو عند عدم الدليل وقد عرفت ظهور الأخبار بل تصرّيحها بالقولين الأولين، أمّا استقلال الأب بالولاية أو استقلال البكر بالولاية فالأخذ بأحد الدليلين لا ريب بكونه مسقط للقول بالاحتياط كما هو واضح. والحاصل فإنّ ضعف القول بالاشتراك بالولاية بين البكر وأبيها لا يكاد يخفى.

حجّة القول الرابع أعني ثبوت الولاية على البكر في النكاح المنقطع دون الدائم إنّ استقلالها بالولاية بالمتعة إضرار بالأولياء لأنّه ربّما يشتمل على إضرار بالأولياء وعار عليهم حتّى أنّه قد يبلغ إثارة بعض النساء على الزناء وقد أشار إلى ذلك ما رواه حفص بن البخري لما سأل الصادق عليه السلام عن المتعة بالبكر، قال: يكره للعيب على أهلها.

وفيه: إنّ بعد أن ثبت جوازه فإنّه لا ضرر... إذ لو كان ضرر لما ورد فيه الدليل بثبوت العار... يكون في العقد الدائم إن كان من غير علم وليها. وبالجملة فإنّ ذلك لا يصلح دليلاً للفرق كما لا يخفى.

حجّة القول الخامس أعني ثبوت ولاية الأب على الكبر البالغة في النكاح الدائم دون المنقطع أمور:

الأول: كما قيل إنّ إطلاق لفظ الزواج والنكاح والعقد الواقع في الأخبار المتقدّمة إنّما هو حقيقة في الدائم دون المنقطع فلا بدّ من حمل الأخبار الدالّة على

ثبوت الولاية عليه دون النكاح المنقطع والأصل عدم الولاية في المنقطع.

الثاني: المجمع بين الأخبار الدالة على استمرار الولاية عليها مطلقاً وبين الأخبار الدالة على استقلال الولاية في النكاح المنقطع كما في خبر أبي سعيد القمّاط عن المتمتع من الأبكار اللواتي بين الأبوين، قال: لا بأس ولا أقول كما يقول هؤلاء الأقباب.

وتطبيق الاستدلال كما قال مدّعيه أنّ رفع البأس يقتضي الجواز لأنّ البأس هنا بمعنى التحريم وما رواه الحلبي قال: سألته عن التمتع من البكر إذا كانت بين أبويها بغير إذن أبويها، قال: لا بأس.

وما رواه أبو سعيد القمّاط عمّن رواه قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: جارية بكر بين أبويها تدعوني إلى نفسها سرّاً من أبويها فأفعل؟ قال: نعم وأتق موضع الفرج. قال، قلت: فإن رضيت؟ قال: وإن رضيت فإنّه عار على الأبكار.

قلت: وهذه الأخبار كما تراها فإنّ فيها أولاً الطعن في سندها كما نصّ على ذلك في المسالك وغيرها، وثانياً بعدم الدلالة لإمكان نفي البأس عن التمتع بها كذلك عن الدائم. وفي عبارة أخرى: إنّ لا يدلّ على تمام الدعوى من أنّ له الولاية في النكاح الدائم وكذلك البواقي من الأخبار مع أنّها لا تصلح لمعارضة الأخبار المتقدمة كي يحصل الجمع بينهما على أنّها موافقة لمذاهب بعض من جعل الله الرشد في خلافهم كما حكى ذلك.

وبالجملة فإنّ ما ذكر من الأدلّة لا يحصل به التفرقة بين الدائم والمنقطعة من ثبوت الولاية في الدائم دون المنقطع، والله أعلم.

حجّة القول السادس وهو تشريك الولاية بين البكر البالغة وبين أبيها خاصّة من دون باقي الأولياء كما نسب ذلك إلى المفيد من أنّ جملة من النصوص إنّما صرّحت بولاية الأب خاصّة فيقتصر عليها.

وفيه: إنّ دلالة المصّرّح بالأب تشمل الجدّ أيضاً فإنّه إذا أُطلق الأب في الألسنة شمل الجدّ بل في عرف سائر الناس أنّ الجدّ أب، وطلق عليه أب بلا ريب.

وبالجملة فإنّ ما ذكر لا ينهض دليلاً لاختصاص الولاية للأب وحده دون الجدّ على أنّك قد سمعت أنّ إجماع الانتصار وغيره وكذلك جملة من النصوص مصرّح بولاية الجدّ، والله هو العالم.

فائدة: الذي يستفاد من مجموع أخبار الباب كراهة انفراد البكر البالغة في عقد النكاح مطلقاً سواء كان دائماً أو منقطعاً، فإن كان لها وليّ كالأب والجدّ تولّى العقد وإن لم يكن لها وليّ ولّت الأجنبي ذلك كي لا يحصل به الانكسار عليها، فإنّ وجدان الانكسار في عقد البكر خفية لا ريب بأنّ فيه نوع مذلة على الأهل والأقارب بل وعليها، وأمّا كونه يجوز فإنّه لا ريب بجوازه وصحّة العقد في الدائم والمنقطع على كراهة من غير علم وليّ يتولّى ذلك من جانبها.

وأما الثَّيْبُ فَإِنَّهُ لَا خِلَافَ بِجَوَازِهِ مِنْ غَيْرِ عِلْمِ الْوَالِي فِي الْعَقْدِ الدَّائِمِ وَالْمُنْقَطِعِ،
وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

تَنْبِيهَاتٌ:

الأوّل: إِنَّهُ قَدْ عُرِفَتْ فِيهَا تَقَدُّمٌ تَقْيِيدُ كَلَامِ الْأَصْحَابِ فِي هَذِهِ الْمَسْأَلَةِ وَهُوَ
أَنْ تَكُونَ غَيْرَ مَتَزَوِّجَةٍ، فَلَوْ كَانَتْ الْمَرْأَةُ مَتَزَوِّجَةً فَالظَّاهِرُ مِنْ كَلَامِهِمْ أَنَّهُ لَيْسَ
لِأَحَدٍ عَلَيْهَا وَلَايَةٌ مِنْ أَبٍ أَوْ غَيْرِهِ، فَلَوْ فَضِرْضُ أَنَّهَا تَزَوَّجَتْ وَطَلَّقَهَا زَوْجَهَا مِنْ
غَيْرِ وَطْئٍ فَهَلْ تَبَقِيَ وَلَايَةُ الْأَبِ أَمْ لَا؟ وَجِهَانِ بَلِ الظَّاهِرُ أَنَّهُ قَوْلَانِ:

الأوّل: ذَهَابُ الْوَالِيَةِ بِالتَّزْوِيجِ وَإِنْ لَمْ تَوْطِئْ وَلَمْ تَذْهَبْ بِكَارْتِهَا، وَهُوَ
صَرِيحُ جَمَاعَةِ لَمَّا وَرَدَ ذَلِكَ فِي جُمْلَةٍ مِنَ الْأَخْبَارِ مِنْهَا خَبَرُ إِبْرَاهِيمَ بْنِ مَيْمُونٍ كَمَا
تَقَدَّمَ نَقْلُهُ الدَّالُّ عَلَى ذَهَابِ الْوَالِيَةِ بِالتَّزْوِيجِ حَيْثُ قَالَ: وَإِنْ كَانَتْ قَدْ تَزَوَّجَتْ
لَمْ يَزَوِّجْهَا إِلَّا بِرِضَا مِنْهَا.

قلت: وَتَطْبِيقُ الْاسْتِدْلَالِ أَنَّ الْوَالِيَةَ تَذْهَبُ بِصَدْقِ التَّزْوِيجِ وَالْفَرْضُ أَنَّهَا
تَزَوَّجَتْ وَلَكِنْ لَمْ يَكُنْ أَنْ يَقَالَ: إِنَّ الظَّاهِرَ مِنَ التَّزْوِيجِ هُوَ الْوَطْئُ وَذَهَابُ
الْبِكَارَةِ بِالْوَطْئِ، أَمَّا لَوْ طَلَّقَتْ قَبْلَ الْوَطْئِ فَلَا يَصْدُقُ عَلَيْهِ اسْمُ التَّزْوِيجِ وَهُوَ
كَمَا تَرَاهُ فَالْقَوْلُ الْأَوَّلُ هُوَ الْأَقْوَى، فَلَوْ تَزَوَّجَتْ وَطَلَّقَتْ قَبْلَ الْوَطْئِ الظَّاهِرُ
زَوَالُ الْوَالِيَةِ عَنْهَا لَمَّا عُرِفَتْ، وَاللَّهُ أَعْلَمُ.

التَّنبِيهُ الثَّانِي: قَدْ عُرِفَتْ ثُبُوتُ وَلَايَةِ الْأَبِ وَالْجَدِّ عَلَى الْبِكْرِ الْبَالِغَةِ، فَلَوْ

ذهبت بكارتها بغير الوطئ - مثلاً - فهل تبقى الولاية أم لا؟ وجهان بل قولان:

الأول: ثبوت الولاية وهو المصرح به في كلام جماعة من الأصحاب.

قال في المسالك: واعلم أنّ الثيبوبة تتحقق بزوال البكارة بوطئ وغيره، وانتفاء الولاية عنها مشروط بكونه في الوطئ كما نبّه عليه في الرواية السابقة، فلو ذهبت بعده فهو بمنزلة البكر سواء كان قبل البلوغ أو بعده.. إلى آخر عبارته.

بل صاحب الحدائق ادّعى الاتفاق عليه.

قلت: والإنصاف أنّ الثيبوبة من زالت بكارتها سواء كان بالوطئ أو بغيره والبكر من بقت عذرتها فإنّ من زالت بكارتها من غير وطئ الظاهر أنّه لا يطلق عليها اسم الباكر قطعاً، وغير الباكر هي الثيب للانحصار بين هذين الفردين إذ لا ثالث قطعاً، فإذا ثبت أنّها ليست بباكر ثبت أنّه لا ولاية للأب والجدّ عليها للإجماع على عدم الولاية على الثيب، اللهمّ إلا أن يتمّ إجماع على ثبوت الولاية على الثيب التي ذهبت بكارتها من غير وطئ وإنّ حكمها حكم الباكر في ثبوت الولاية، والظاهر تمامية الإجماع مضافاً إلى استصحاب الولاية لآته عند زوال البكارة بغير وطئ يحصل الشكّ بزوال الولاية قطعاً كما هو واضح.

قال في المسالك بعد أن ذكر تمام المسألة: وإنّما طولنا الكلام في هذه المسألة لعموم البلوى بها والتباس الحكم فيها، وبعد هذا كلّه فالذي يقتضيه الاحتياط

للدين في هذا الحكم المترتب عليه أمور مهمّة من الفروج أو الأنساب والأموال أن يجمع في العقد على البكر بين إذنها وبين إذن الأب أو من في حكمه بأن توكله في العقد أو يوكلوا ثالثاً ليقع القعد صحيح بالإجماع.

قلت: بل رضاها إذا كان موافق لرضاء الأب كاف في الصحّة، والله أعلم.

مسألة

الظاهر من كلام الأصحاب أنّ المرأة البالغة البكر بناء على ثبوت الولاية عليها لو منعها وليّها من التزويج وهي راغبة سواء كان من كفو أم لا، جاز لها أن تزوّج نفسها من غير إذن وليّها بل حتّى لو كرّها عليه والظاهر أنّه لا خلاف فيه بين الأصحاب بل الإجماع عليه كما في الشرايع حيث قال: أمّا إذا أعضلها الولي وهو أن لا يزوّجها من كفو مع رغبتها فإنّه يجوز لها أن تتزوّج ولو كرّها إجماعاً، انتهى.

أقول: الظاهر أنّ هذا الفرع خال من النصوص كما اعترف به غير واحد. نعم الظاهر ثبوت الإجماع على جواز تزويجها في صورة العضل وعدم توقّف إذن الولي على صحّة العقد بل الظاهر صحّة العقد حتّى لو منع الولي للإجماع ولإصالة عدم الولاية كما هو واضح.

واعلم أنّ هذا كلّ بناء على ثبوت الولاية على البكر البالغة، أمّا على القول بعدم الولاية عليها في التزويج فهذا البحث ساقط من أصله لأنّه يجوز لها أن

تزوّج نفسها من غير إذنه وإن لم يعضلها كما عرفت سابقاً.

واعلم أنّ العضل في اللغة هو المنع مطلقاً والمراد هنا شبالعضل هو منع المرأة البكر الرشيد من التزويج سواء كان من كفوها أو غيره، ولعلماء أهل السنّة كلام تعرّض له بعض الأصحاب أعرضنا عن ذكره لكفاية ما ذكرناه في الحكم المذكور من تحقّق الإجماع في صحّة عقدها وزواجها من غير إذن الولي سواء كان الأب أو غيره بعد تحقّق المنع ولا تحتاج إلى الإذن من الحاكم الشرعي بل يصحّ العقد بدونه للأصل وغيره، والله هو العالم.

فروع:

الفرع الأوّل: الظاهر من إطلاق معقد الإجماع أنّه لا فرق في صور العضل الموجب لاستقلالها في الولاية ومنها المهر كما لو كان الولي طلب مهراً ورضيت المرأة بأقلّ ممّا طلب فالظاهر أنّه لها أن تزوّج نفسها من غير إذن الولي ضرورة أنّ المهر حقّ لها فلا يعارضها فيه الولي كما هو واضح.

الفرع الثاني: لو فرض أنّ المرأة لها وليّان: الأب والجدّ، فأعضلها أحدهما سقطت ولاية من أعضل وبقيت ولاية الآخر للأمثل لأنّ سقوط ولاية أحدهما لا تسقط ولاية الآخر كما هو واضح، فليس لها أن تزوّج نفسها من غير إذن الولي الذي لم يعضلها؛ هذا كلّ بناء على ثبوت الولاية للأب والجدّ، والله أعلم.

الفرع الثالث: قال في الجواهر: وليس من العضل المنع من تزويج غير الكفو

شرعاً بل النكاح معه فاسد بناء على ما تعرفه من اشتراط في صحّة النكاح بل لعلّ المنع من غير الكفو عرفاً لصفة ونحوها ليس بعضل فلا يبعد جواز عضل الولي على ذلك حتّى على المختار من عدم الولاية لأحد عليها إن كان في ذلك غضاضة ونقص وعيب في العرض وإن لو خالفت وعقدت نفسها كان العقد صحيحاً، انتهى.

قلت: الظاهر من إطلاق معاهد الإجماعات أنّ مطلق العضل يوجب رفع ولاية الولي عنها بناء عليه وأمّا ما يوجد من عضل الولي وبقاء الولاية فالظاهر من جهة الأدلّة الدالّة على ثبوت الولاية لا من جهة أنّه ليس بعضل كما لو رضيت المرأة بتزويجها الكافر ولم يرضى وليّة فإنّ عدم رضاه لا ريب بكونه عضل لأنّه منع وهو عين العضل ولكن عدم صحّة العقد من جهة عدم صحّة عقد الكافر على المسلم.

الفرع الرابع: لو اختلفت إرادة الباكر والولي في الزوج فأرادت هي زوجاً وأراد الولي زوجاً آخر، قلت: إن قلنا بثبوت الولاية للأب أو الجدّ على الباكر فالظاهر يقدّم إرادة الأب أو الجدّ تمسكاً بإطلاق ما دلّ على ولايته من أنّه ليس لها مع أبيها أمر سواء كانت لها إرادة مخالف لأبيها أم لا؛ لأنّ الظاهر من نصوص الولاية أنّه ليس لها إرادة مع الولي بل إرادتها قد ألغاهما الشارع ولم يجعل لها أثر وإن قلنا كما هو المختار أنّ لها ولاية الزواج وليس لأبيها عليها ولاية فالأمر واضح ولا يتوقف عقدها على إذن الأب، والله أعلم.

وأما ما قيل من عدم جريان الاستصحاب في المقام من جهة تغير الموضوع وتبدله فإنه ليس بشيء بدهاءة عدم التغير. نعم تغير الوصف وهو لا يقدر في الاستصحاب كما لا يخفى ضرورة بقاء الموضوع وهو الذات غاية ما في الباب إنه نما، ونموه لا يوجب التغير فلا ريب بثبوت الاستصحاب مضافاً إلى هذا كله ظاهر بعض الأخبار منها قوله عليه السلام في رواية هشام بن سالم: إن اشحتلم ولم يؤنس منه رشداً وكان سفيهاً فليمسك عنه وليه ماله.

قلت: وتقريب الاستدلال هو ثبوت ولايته في حال اششلسغر فإذا بلغ فاسد العقل استمرت ولايته الثابتة في حال الصغر وبها يتم المطلوب، وما روي عن الفقيه عن الصادق عليه السلام أنه سئل عن قول الله عز وجل: ﴿فَإِنْ أَسْتَمْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ قال: يأنس الرشد حفظ المال.

قلت: وهي بالتقريب السابق وبه تتم الدعوى، نعم يمكن أن يقال: إن موردها ثبوت الولاية في الأموال فلا يشمل عقد النكاح، وفيه: إنه يتم في عقد النكاح بالإجماع على عدم الفرق بين المال وعقد النكاح، والله هو العالم.

والحاصل فإنه لا ريب ولا إشكال بثبوت ولاية الأب أو الجد على الذكر والأنثى لو بلغ مجنون فإنّ لهما أن يعقدا لهما عقد النكاح ولا خيار لهما في فسخ العقد لو أفاقا من الجنون بل العقد ثابت لصدوره من أهله.

المقام الثاني: فيمن تجدد جنونه بعد بلوغه رشيداً أي بلغ بلوغاً شرعياً

عاقلاً ثمَّ جُنَّ فهل ولايته في عقد النكاح لأبيه وجدّه أم للحاكم الشرعي؟ فيه لأصحابنا قولان:

الأوّل: إنّ ولايته لأبيه وجدّه وهذا القول ظاهر جماعة من الأصحاب منهم المحقّق في الشرايع والنافع والعلامة في القواعد والتذكرة والسرائر وغيرهم بل عن التذكرة الإجماع عليه.

والقول الثاني: إنّ ولايته للحاكم الشرعي وهو المحكي عن المحقّق الثاني وسيد المدارك وشرحه على النافع، وفي الحدائق: هو المشهور.

حجّة القول الأوّل على ما تعرّض لذكرها بعض الأصحاب أنّ المناط في ولاية الأب والجدّ على الصغير إنّما هو الإشفاق عليه فجعل الشارع الولاية لهما لأنّهما أشفق الناس على الصغير وحيث كان المنط ذلك فهي موجودة في الكبير بعد حدوث الجنون فيه.

الثاني من الأدلّة إطلاق أدلّة الولاية فإنّها شاملة لهذا الفرد أعني من بلغ رشيداً ثمّ عرض له الجنون.

وفي الدليلين نظر غير خفي ضرورة أنّ الموجب لولايتها ليس هو الإشفاق وحده بدهاه أنّ الأمّ أشفق من الأب بل قد تتحقّق الشفقة في بعض الأرحام على أنّه لم تكن لهم ولاية بالإجماع فعلم أنّه ليس المدار على الشفقة وعدمها.

وأما الثاني فإنّه يكاد يقطع بانصراف الأدلّة إلى من بلغ فاسد العقل فلا تشمل هذا الفرد والأصل عدم الولاية كما هو واضح.

حجّة القول الثاني أنّ ولاية الأب أو الجدّ على الطفل قد زالت بالبلوغ رشيداً فعودها له عند جنونه بالغاً تحتاج إلى دليل ولا دليل في المقام على ذلك فترجع ولايته للحاكم الشرعي تمسكاً بالعمومات الدالّة على ولاية الحاكم الشرعي.

قلت: ولا يكاد يشكّ أنّ الحاكم الشرعي هو وليّ من لا وليّ له وبعد بلوغه رشيداً لم يكن لأحد عليه ولاية بالإجماع وعند عروض الجنون يكون وليّه الحاكم الشرعي لأنّه وليّ من لا وليّ له، فلو عقد له الحاكم الشرعي ثمّ أفاق فالظاهر أنّه ليس له الخيار والعقد لازم لصدور العقد من أهله فلا محيص من لزومه ولكن مع هذا كلّه فإنّ الاحتياط يقضي بإذن الأب أو الجدّ مع تويّ الحاكم الشرعي أو العكس.

واعلم أنّه قد صرّح بعض الأصحاب أنّ تزويج الأب لا يشترط فيه المصلحة بل يكفي عدم المفسدة بخلاف ولاية الحاكم فإنّه يشترط في تزويجه المصلحة للطفل وظاهرهم أنّه في عدم المصلحة لا ولاية للحاكم فيم عقد النكاح للجنون.

قلت: فإنّ تمّ على ذلك إجماع كان هو الحجّة في التفرقة بين الحاكم والولي وإن لم يتمّ إجماع فالإنصاف أنّه لا فرق بين الحاكم والولي أعني الأب تمسكاً بإطلاق أدلّة ولاية الحاكم على المجنون، خرج منها صورة وجود المفسدة فإنّه ليس للحاكم ولا الالب وفيما عدا ذلك فإنّ له الولاية.

والحاصل فإنه لو عقد للمجنون الولي عقد النكاح حيث ثبتت له الولاية من أب أو جدّ أو الحاكم فليس للمجنون الخيار في عقد النكاح بعد الإفاقة إجماعاً حكاه في الشرايع وغيره وهو الحجّة مضافاً إلى باقي الأدلّة التي هي غير خفيّة، والله أعلم.

فرع: المجنون الأدواري بمعنى أنّه يفيق يوم ويصحّ يوم أو شهراً وشهراً، فهل للولي أن يعقد له في يوم صحّته أم لا؟ وهل يصحّ له أن يعقد له في يوم جنونه وهو يعلم أنّه غداً يصحّ أم لا؟

أقول: أمّا في يوم صحّته فالظاهر أنّه لا يصحّ عقد الولي له، أب كان أو غيره، لعدم صدق العنوان الذي تصحّ به لا ولاية عليه أعني أنّه مجنون وحيث لا يصفق عليه أنّه مجنون في ذلك وإنّه تامّ العقل فلا ولاية لأحد عليه، وأمّا يوم جنون فالذي يقوى أيضاً عدم صحّة العقد له من الولي، أب كان أو غيره، لانصراف أدلّة الولاية لغير هذا الفرد، والظاهر أنّ إنكار الإنصراف منكر فلا تشمله أدلّة الولاية وإن كان يحتمل صحّة العقد له تمسكاً بإطلاق أدلّة الولاية على المجنون، وفيه ما فيه.

مسألة

الظاهر من كلام الأصحاب أنّ المولى له أن يزوّج مملوكته صغيرة كانت أو كبيرة، عاقلة كانت أو مجنونة، ولا خيار لها مع مولاهما، وبذلك طفحت

عبائهم بل حكى جماعة منهم الإجماع عليه.

قال في المسالك: جواز تزويج المولى أتمه مطلقاً موضع وفاق.

وقال في الحدائق: ونقل على ذلك الإجماع.

وعن العلامة في التذكرة: لا خلاف فيه بيننا ولا بين غيرنا.

أقول: ولا ريب ولا إشكال في الحكم المذكور تمسكاً بالإجماع مضافاً إلى ذلك أنّ منافع المملوك بأسرها مملوكة للمولى فله نقلها إلى من شاء لأنّ الناس مسلّطون على أموالهم ولا ريب أنّ البعض من جملة منافعها فللمولى نقله لمن شاء مضافاً إلى هذا كلّ ظاهر الكتاب الشريف من قوله: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ وقوله: ﴿عَبْدًا مَمْلُوكًا لَا يَقْدِرُ عَلَى شَيْءٍ﴾ فالظاهر أنّه سلب الباري جلّ اسمه ولايته عن جميع التصرفات في نفسه حتّى عقد النكاح، والله أعلم. والأخبار في هذا الحكم كثيرة بل قيل إنّها متواترة، منها ما رواه عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء من ماله إلّا بإذن مولاه.

ومنها ما روي في تزويج العبد فقال ذاك إلى مولاه إن شاء أجاز وإن شاء فرق بينهما.

إلى غير ذلك من الأخبار المصرّحة بأنّ عقد النكاح في المملوك بيد سيّده، ذكراً كان أو أنثى، كتاباً وسنّة وإجماعاً، والله هو العالم.

فرع: الظاهر من كلام الأصحاب فيما ذكرناه من ولاية المولى على جاريته كذلك الحكم في العبد الذكر فإن مولاه له الولاية عليه في عقد النكاح فإذا عقد له مولاه فليس للعبد الخيار كتاباً ونصاً وإجماعاً من غير خلاف ووضوح الحكم كان كاف عن التعرض لذكره كما لا يخفى، والله أعلم.

فرع: هل يجري الحكم المذكور في أم الولد بأن يزوجه مولاهما من غير رضاها؟ الظاهر نعم وإنه لا فرق بينها وبين القن، وقد صرح بذلك العلامة في المختلف، قال: للسيّد أن يجبر أم ولده على التزويج من غير رضاها.

قلت: لأئمتها مملوكة والولد لم يخرجها عن الملك فهي كالأمة القن، فإذا كانت كذلك ساوتها في الحكم بأن لها إجبارها على الزواج فلو عقد لها من غير رضاها ثبت العقد وليس لها الخيار. والحاصل فإن المولى له إجبار عبده على جميع العقود بالإجماع ومنها عقد النكاح، وبالجملة فإن الحكم في جميع ما ذكرناه واضح، والله أعلم.

مسألة

الكلام في ولاية الحاكم الشرعي والظاهر من كلام الأصحاب أنه لا خلاف في ولاية الحاكم الشرعي على من بلغ عاقلاً رشيداً ثم تجدد جنونه أو سفهه بعد البلوغ فإن الحاكم الشرعي له أن يعقد له عقد النكاح بلا خلاف بل عليه الإجماع، والمراد من الحاكم الشرعي بالأصالة الإمام عليه السلام ومع معذره

فالمأذون من جهته عموماً وخصوصاً والفقهاء الجامع للشرائط مع تعذرهما ونائبه في حكمه، والظاهر أن ولاية الحاكم الشرعي في صورة الفرض لا إشكال فيها ولا ريب وليس للحاكم ولاية على الصغير في عقد النكاح بمعنى أنه لا يصح للحاكم أن يعقد له لأنّ صحّة عقد الحاكم الشرعي مشروط في المصلحة؛ كذا ذكره الأصحاب بخلاف الولي الإجباري كالأب والجدّ فإنه يجوز عقده مطلقاً.

قلت: فإن تمّ إجماعاً كان هو الفارق بين ولاية الحاكم والأب في عقد النكاح من مراعاة المصلحة وعدمها وإن لم يكن هناك إجماع كان الوجه عدم الفرق تمسكاً بإطلاق وعموم ولاية الحاكم الشرعي على الطفل والمجنون مطلقاً، ولقد أجاد السيّد صاحب المدارك في شرحه على النافع بعد أن نقل عبارة بعض الأصحاب في هذا الباب، قال ما لفظه: وهذا التفصيل أعني اختصاص ولاية بمن بلغ فاسد العقل هو المعروف من مذهب الأصحاب ولم نقف لهم على هذا التفصيل على مستند والحقّ أنّه إن اعتبرت الإطلاقات والعمومات المتضمّنة لثبوت ولاية الحاكم وجب القول بثبوت ولاية في النكاح على الصغير والمجنون مطلقاً كما في ولاية المال، وأمّا التفصيل فلا وجه له ولعلّهم نظروا إلى أنّ الصغير لا حاجة له في النكاح بخلاف من بلغ فاسد العقل وهو غير واضح فإنّ الحاجة إلى الكبير وإن كانت أوضح ولكنّها غير متفتية في حقّ الصغير خصوص الأُنثى، والمسألة محلّ إشكال وللنظر فيها إشكال، انتهى.

أقول: والإنصاف في المقام ما ذكرناه من أنّه إن كان هناك إجماع على عدم ولاية

الحاكم على الصغير في النكاح فلا ريب بأنّه هو المرجع وإلا كان القول بولاية تمسكاً بما عرفت من إطلاق وعموم أدلة ولاية الحاكم فلو عقد الحاكم الشرعي للصبي أو الصبيّة عقد النكاح فليس لهما الخيار بعد البلوغ، والله هو العالم.

مسألة

الكلام في ولاية وصي الأب والجدّ في عقد نكاح الصغيرين وقد اختلفت كلمة الأصحاب في المقام على أقوال ثلاثة:

الأول: أن للوصي ولاية على الصغير في عقد النكاح وأنّه من جملة الأولياء الذين ليس للصغير الخيار بعد البلوغ وأنّه على حدّ ولاية الأب والجدّ. وهذا القول حكى عن الشيخ في موضع من المبسوط والعلامة والشهيد في غاية المراد والشهيد الثاني في الروضة والسيد في شرحه على النافع.

القول الثاني: نفي الولاية عن الوصي في عقد النكاح وهو القول الحكي عن الشيخ أيضاً في موضع آخر من المبسوط، والمحقّق في الشرايع، والعلامة في التذكرة والقواعد والإرشاد وغيرهم جماعة من الأصحاب بل في المسالك أنّه الأشهر، وعن تعليق الكركي على الشرايع أنّه المشهور.

والقول الثالث التفصيل بين نصّ الوصي على عقد النكاح وعدمه فيمضي في الأوّل دون الثاني وهذا القول هو المحكي عن الشيخ في المختلف وابن سعيد والمحقّق الثاني في جامع الشرايع.

حجّة القول الأوّل جملة من الأخبار، منها صحيح الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: ﴿أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه، والرجل يجوز أمره في مال المرأة فيبيع لها ويشترى فإذا عفا فقد جاز.

وما روي عن الحلبي وأبي... وسماعة عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عزّ وجلّ: ﴿إِلَّا أَنْ يَعْفُوكَ أَوْ يَعْفُوا الَّذِي بِيَدِهِ عَقْدَةُ النِّكَاحِ﴾ قال: الأب والأخ والرجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويتجرّ إذا عفا فقد جاز.

وما رواه عبد الله بن مسكان عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الذي بيده عقدة النكاح، قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشترى فأبّي هؤلاء عفا فقد جاز.

وعن أبي بصير ومحمّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام: فالذي بيده عقدة النكاح، قال: هو الأب والأخ والموصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة من قرباتها فيبيع لها ويشترى. قال: فأبّي هؤلاء عفا فعفوه جائز.

قلت: وهذه الأخبار كما تراها ظاهرة بل صريحة بأن الوصي بيده عقدة النكاح كالأب وأنّه من جملة أولياء العقد الذين لا خيار للصبّي مع عقده عند بلوغه ورشده وإنّه كالولي الإجماري.

ولقد أجاد فاضل الحقائق حيث قال بعد نقل هذه الأخبار ما لفظه: وأنت خبير بأنّ هذه الأخبار مع صحّة أسانيدها ظاهرة الدلالة على القول الأوّل لاتفاقها على عدا الموصى إليه في جملة من بيدهم عقدة النكاح الذي هو بمعنى الولاية في التزويج كالأب والظاهر من إطلاق الموصى إليه من جعله الميّت وصياً على أمواله وأطفاله وإن لم يصرّح له في خصوص الوصيّة في النكاح فإنّه أحد من بيده عقدة النكاح؛ هذا هو المتبادر من الروايات المذكورة والمنساق إلى الذهن منها، انتهى.

ولا بأس بنقل عبارة الشهيد في المسالك، قال: ووجه الثبوت مطلقاً إنّ الوصيّ العام قد فوّض إليه الموصي ما كان له فيه الوصاية وتصرفاته كلّها منوطة بالغصبطة وقد تتحقّق الغبطة في نكاح الصغير من ذكر وأنثى بوجوده لا يتحقّق في كلّ وقت ويخاف بتأخيره فوته ولا نسلم أنّ مثل هذه الولاية لا تقبل النقل فإنّ تصرفات الوصي كلّها فيما كان للموصي فعله ولم ينقطع بموته مع انقطاع تصرفه وتخصيص هذا النوع الذي هو محلّ النزاع بدعوى عدم قبوله للنقل غير مسموع، ثمّ ذكر روايتي محمّد بن مسلم وأبي بصير.

أقول: وهذا هو الصريح من سبطه السيّد صاحب المدارك في شرحه على النافع.

وبالجملة فإنّ من نظر إلى الأخبار التي ذكرناها يكاد يحصل له القطع بولاية

الوصي في عقد النكاح على الصغير ذكراً كان أو أنثى، وأمّا ما قيل في الأخبار التي ذكرناها أحدها اشتهاها على كون الأخ من جملة الأولياء وهو ليس مولى بالإجماع، وكذلك اشتهاها على من يبيع ويشترى لها في مالها فإنه ليس من جملة الأولياء.

قلت: فإنه حقّ ولكن يمكن أن يقال باشتمل الرواية على ما لا يقول به الأصحاب لا يقدح في حجيتها في الباقي فإن محلّ الدعوى أعني الموصى إليه سالم عن المناقشة وكذلك ما قيل فيها من عدم اشتهاها على ذكر الجدّ وهو من الأولياء بإجماع.

قلت: فإن فيه أنّ هذه الأخبار غير وارد لحصر الأولياء بل تعرّضت لذكر بعض الأولياء وذكر الجدّ تعرّضت لذكره أخبار آخر فعدم ذكر الجدّ فيها لا يقدح في حجيتها كما لا يخفى.

ومنها: حملها على ما نصّ الميّت على الوصي في إيقاع عقد النكاح للصبيّ أو الصبيّة وهو كما تراه خلاف ظاهر اللفظ.

ومنها: الحمل على كون الوصي وكيلاً في عقد النكاح من الأب الذي هو الولي وهو واضح الفساد.

ومنها: الحمل على التقيّة كما قيل من هذه الأخبار الدالّة على صحّة عقد نكاح الوصي وارد مورد التقيّة كما هو المحكي عن الحرّ العاملي في وسائله.

وفيه: إن جواز عقد الوصي لم يحك عن أحد من علماء أهل السنة كي تحمل هذه الأخبار عليه.

إلى غير ذلك من حملها الذي هو أوصى من بيت العنكبوت. والحاصل فإنه بعد النظر في كلام الأصحاب وأخبار الباب تعرف أن الأقوى جواز عقد الوصي للصغير في النكاح وصحته وإنه بعد البلوغ ليس للصغير الخيار في العقد على حدّ عقد الأب والجدّ كما هو واضح، والله أعلم.

حجّة القول الثاني أمور كما تعرّض لذكرها بعض الأصحاب:

الأول: الأصل أعني عدم ولاية الوصي على الصغير في عقد النكاح وفيه أن الأصل لا مجال له في المقام بعد تصريح الأخبار المتقدّمة من ثبوت الولاية للوصي.

الثاني: إن الولاية حكم شرعيّ تحتاج إلى دليل.

وفيه: إن دليل ولايته أوضح من أن يبيّن كما تقدّم ذكره.

الثالث: انتفاء حاجة الصغيرين إلى النكاح.

وفيه: إن الدليل الدالّ على الجواز ظاهر غير منوط بالحاجة للنكاح وعدمها على أن الحاجة للتزويج غير محصورة بالنكاح بل لمصالح أخرى، ولو لأجل تربية الصغير.

إلى غير ذلك من الأمور التي ذكرها بعض الأصحاب وهي أبرد من يخ.

نعم الأصل في هذا القول هي الأخبار الواردة في المقام منها خبر محمد بن مسلم الذي ذكرناه سابقاً في ولاية الأب على الصغيرين:

وفيه أولاً: إنه محمول على التقيّة.

الثاني: عدم ذكر الوصي فيه لا يقدر في ثبوت ولايته ضرورة أنّ النصّ المذكور لم يتعرّض لذكر الجدّ وهو وليّ بالإجماع، فلو كانت هذه الرواية وارد لبيان الأولياء وتعدادهم لذكرت الجدّ.

ومن الأخبار ما رواه ابن أبي يعفور، قال: لا تنكح ذوات الآباء من الأبناء إلّا بإذن آبائهنّ.

قلت: وعدم دلالة هذه الرواية على المدعى أوضح من أن يبيّنه لأنّ الظاهر منها هي المرأة الرشيدة والكلام إنّما هو في الصغير على أنّها ظاهرة مع وجود الأب والكلام إنّما هو عند فقدان الأب وإقامة الوصي مكانه مضافاً إلى هذا كلّها أنّها غير نافية ولاية الوصي عند فقدان الأب كما هو واضح.

وما رواه محمد بن بزيع قال: سأله رجل مات وترك أخويه وابنته والبنت صغيرة فعمد أحد الأخوين الوصي فزوَّج البنت من ابنه ثمّ مات أبو الابن المزوّج، فلمّا مات قال الآخر: لم يزوّج ابنه فزوَّج الجارية من ابنه، فقيل: أيّ الزوجين أحبّ إليك: الأوّل أو الآخر؟ قالت: الآخر. ثمّ إنّ الأخ الثاني مات وللاخذ الأوّل ابن أكبر من الابن المزوّج، فقال للجارية اختاري أيّهما أحبّ إليك: الزوج الأوّل أو

الزوج الآخر؟ فقال الرواية فيها أنها للزوج الأخير وذلك أتمها كانت قد أدركت حين زوجها وليس لها أن تنقض ما عقدته بعد إدراكها.

قلت: وظاهر هذه الرواية أن عقد الوصي غير لازم لها وأنه عقد فضويّ موقوف على الإجازة لكن التمسك في هذه الرواية في هذا الحكم في غاية الوهانة لأنها مرسلة فلا تقاوم ما تقدّم من الأخبار الصحيحة الصريحة الدالة على لزوم عقد الوصي وأنه كالولي الإجباري.

فإن قلت: إن الإضمار الذي في الرواية مجبور في الشهرة كما قد صرح بذلك في الرياض.

قلت: مع فرض تسليم ذلك فإنّ الأخبار الأوّل الدالة على لزوم عقد الوصي أقوى لكثرتها كما لا يخفى. ومما يعرب عن ضعف هذه الرواية عدم ذكرها في جملة من كتب أصحابنا المحقّقين كالشهير في المسالك والسيد في شرح النافع وغيرهما على قرب حمل هذه الرواية على التقيّة لمكان قول الإمام عليه السلام فيها: الرواية فيها أنها للزوج الأخير، فإنّ نسبة الحكم إلى الرواية من الإمام عليه السلام يستفيد الفقيه اللوذعي مراده التقيّة بذلك وقد حكى أنّ هذا القول هو مذهب جماعة من علماء السنّة مثل الثوري والنخعي والشعبي وأبي حنيفة والشافعي وابن المنذر وأحمد في أحد الروايتين.

وبالجمله فإنّه بعد الاطلاع على ما ذكرناه تعرف أنّ الرواية المزبورة لا

ينبغي التمسك فيها في هذا الحكم وإنّ الأقوى هو القول الأوّل أعني لزوم عقد الوصي لو عقد للصغير في عقد النكاح وإنّه ليس للصغير الخيار في العقد بعد بلوغه لما عرفته سابقاً من تصريح الأدلّة، والله أعلم بأحكامه.

وأما القول بالتفصيل وهو أنّه إن أوصى الميّت بعقد النكاح للصغير جاز للوصي إيقاعه ولزم العقد وإن لم يوص فلا يصحّ تمسكاً للزوم العقد بالوصيّة كلّما دلّ على نفوذ وصيّة الميّت الدالّة على ظاهرها الآية الشريفة من قوله ﴿فَمَنْ بَدَلَهُ بَعْدَ مَا سَمِعَهُ فَأَنَّمَا آثَمُ عَلَى الَّذِينَ يَبْدُلُونَهُ﴾ وظاهر جملة من الأخبار. وأمّا عدم صحّة العقد في غير صورة وصيّة الميّت فالأخبار الدالّة الحاصرة بكون الولاية للأب والجدّ، واعلم أنّه نحن القائلون بجواز عقد الوصي للصغير وإنّه لازم في راحة من هذا التفصيل لما عرفت من إطلاق الأدلّة، أوصى الميّت بعقد النكاح أم لا فإنّه لازم لما عرفت، والله أعلم.

مسألة

من بلغ فاسد العقل وكان محتاجاً للنكاح وبه ضرورة له فالظاهر أنّه تجوز للوصي أن يعقد له عقد النكاح وهذا هو المشهور بين الأصحاب بل حكي الإجماع عليه كما عن القطيفي وغيره، بل قال بذلك من الأصحاب المانعين من عقد الوصي للصغير قالوا بجوازه لمن بلغ فاسد العقل، وظاهر الشهيد في المسالك الاتفاق عليه.

وقيل بعدم صحّة عقده وهو ظاهر السيّد في الرياض وصاحب الكفاية وغيرهما كما قيل .

حجّة القول الأوّل - كما قيل - الضرورة وخوف المرض والوقوع في الزنا، وأنت خبير بجميع ما ذكر بولاية الحاكم الشرعي فإنّه يندفع ذلك، فلا تولّي للحاكم الشرعي أو عدول المسلمين. ويمكن أن يستدلّ في المقام باستصحاب الولاية لأنّه كانت ثابتة في الصغر ولا ترتفع إلّا بالبلوغ رشيداً، أمّا لو بلغ فاسد العقل فإنّه يحصل الشكّ في ارتفاع الولاية فنستصحب الولاية والظاهر أنّ مثل هذا الاستصحاب لا مناقشة فيه .

والحاصل فإنّ الوصي له أن يزوّج الصبي لو بلغ فاسد العقل سواء نصّ الموصي على تزويج أم لا، تمسكاً بما عرفت وإن كان يمكن أن يقال كما هو عسى أن يكون حجّة للمانعين من أن ولاية الوصي مقدّرة إلى وقت البلوغ فإن بلغ رشيداً عاقلاً كان مالك أمره وإلّا كان وليّه الحاكم الشرعي لمضي زمان ولاية الوصي وانقطاعها بالبلوغ مطلقاً فتنتقل الولاية للحاكم الشرعي .

قلت: وفي انقطاع ولاية الوصي بالبلوغ إشكال الأقوى العدم، ولا فرق في الحكم المذكور ما لو نصّ الموصي على العقد أم لا تمسكاً بإطلاق الأدلّة كما أنّه على الظاهر عدم الفرق بين العقد للذكر أم الأنثى، ولكن مع هذا كلّه فإنّ الاحتياط في المقام هو الأولى بأن يتوافقان الوصي والحاكم في العقد للصبي لو

بلغ فاسد العقل بأن يأذن الوصي للحاكم في العقد أو العكس، هذا كله فيمن بلغ فاسد العقل.

أما لو بلغ رشيداً ثم تجدد فساد عقله فالذي صرح به جمع من الأصحاب أنه لا ولاية للوصي لانقطاع ولايته بالرشد والبلوغ، فعود الولاية إليه لا دليل عليها نعم تكون ولاية للحاكم الشرعي والظاهر أنه لا خلاف في الصورتين، والله أعلم.

مسألة

المشهور المعروف من كلام الأصحاب أن المحجور عليه من جهة سفهه وتبذيره لا يجوز له أن يتزوج لأنه ممنوع من التصرفات المالية ومن جملتها النكاح لما يترتب عليه من المال مهراً أو نفقة، فيمتنع منه مع عدم حاجته، فلو عقد لنفسه عقد النكاح بطل العقد وبذلك صرح كل من تعرض لهذا الحكم بل حكي عدم الخلاف في عدم صحّة عقده لكن فاضل الحفائق ظاهر كلامه الخلاف ولا بأس بنقل عبارته فإنه قال بعد أن نقل ما عليه الأصحاب ونسبه إلى عدم الخلاف: أقول: لم أقف لهم في هذا المقام على نصّ يعتمد عليه ولا مستند شرعيّ يلجئ إليه أزيد مما ذكره مع ما عرفت من استفاضة الأخبار باستحباب النكاح والحثّ عليه وما فيه من الفضل زيادة على الصلاة وذمّ العزّاب على أبلغ وجه وأنّ فائدته غير منحصرة في كسر الشهوة الحيوانيّة بل له فوائد جمّة منها تكثير

النسل والتباهي بهم يوم القيامة، ومنها جلب الرزق، ومنها شفاة الطفل إلى أبيه، ومنها زيادة الثواب في عباداته ونحو ذلك، ولا ريب أن المحجور عليه هنا وإن كان سفيهاً مبدراً إلا أنه بالغ عاقل مكلف بالتكاليف الشرعية واجباتها ومستحباتها داخل تحت هذه الأخبار التي ذكرناها وهي شاملة له كغيره من المكلفين ولا دليل لهم على استثناءه وخروجه عنها، وغاية ما تدلّ عليه أدلّة الحجر كما تقدّمت في كتاب الحجر هو عدم تمكينه من المال خوفاً أن يصرفه في غير المصارف الشرعية أو العرفية بما يوجب التبذير المنهي عنه لا أنه يبطل ما يأتي به من المستحبات المتوقّفة على دفع المال كالتزويج - مثلاً - وإنما يجوز له مع الضرورة خاصّة وقد تقدّم في كتاب الحجر ما فيه مزيد إيضاح وتأييد موافقة بعض المحقّقين - إلى أن قال: - وبذلك يظهر لك تصرّف المنع إلى قولهم لأنّه ممنوع من التصرفات الماليّة فإنّه على إطلاقه ممنوع والتحقيق إنّما هو المنع عمّا يحصل عنه التبذير والإسراف المنهي عنه والحجر عليه إنّما هو بسبب خوف صرفه المال في ذلك، ويشير إلى ما ذكرناه قوله في بعض تلك الأخبار: إذا علم الرجل أن امرأته سفيه مفسدة وولده سفيه مفسد لا ينبغي له أن يسلّط واحداً منهم على ماله فإنّه ظاهر في أنّ النهي عن تسليطهم إنّما هو لخوف صرفهم المال في الفساد وهي الأمور الغير الجائزة وكذا قوله «لا تعطوهم حتّى تعرفوا منهم الرشيد» إنّما هو لخوف صرف المال فيما هو خلاف الرشد، فعلى هذا فلا تعلق للحجر بما إذا كان الصرف في الأمور الشرعية.. إلى آخر كلامه رفع مقامه.

أقول: وما ذكره هذا الفاضل في غاية الجودة والمتانة وهو الظاهر من أدلة الحجر فإنّ ظاهرها المنع من جهة الصرف في غير الرشد بل الحكم في الحجر ذلك وهو منعه من التصرف السفهي، أمّا لو صرفه في الأمور المستحبة التي عليها العقلاء وندب إليها الشرع كالحجّ المندوب والصدقة والزواج وصلة الأرحام فالظاهر أنّه لا يمنع من ذلك وله التصرف فيه في هذه الجهات لأنّه عاقل مالك والناس مسلّطون على أموالهم، والمنع عليه من التبذير والإسراف لا يوجب منع ماله عن صرفه في سائر الجهات المندوب لها شرعاً وعليها سيرة العقلاء.

والحاصل فإنّ تمّ إجماعاً أنّ السفهية المبذّر محجور عليه حتّى في الجهات التي عليها سيرة العقلاء والشرع كان هو المتبع وإن لم يتمّ إجماع على ذلك كان الأقوى هو ما عليه فاضل الحدائق وهو الجواز أعني صحّة عقده وإن استلزم بذل المال في المهر والنفقات وغيرها لأنّه خارج عن صورة المنع عليه ولا نقول بأنّه ممنوع مطلقاً، وبناء على ما هو المختار في المقام من جواز زواجه وصحّة عقده وإنّه ليس محجور عليه من هذه الجهة فإنّ جميع الفروع التي تعرّض لذكرها بعض الأصحاب ساقطة من وجوب تعيين الزوجة ومن توافق إذن الحاكم له في الزواج وأن يكون لأجل دفع الضرورة، وأن لا يزيد على مهر المثل ضرورة أنّه رجل عاقل رشيد ومسلّط على ما له فهو كسائر العقلاء المالكين الذين لا يتوقّف زواجهم وصحّة عقدهم على الحكم الشرعي أو غير ذلك كما

هو واضح وقد تركنا ما تعرّض لذكره بعض الأصحاب من الإيراد والجواب، والله أعلم بالصواب.

مسألة

الكلام في المرأة المالك نفسها العاقلة الرشيدة لو وكّلت أحد في أن يزوّجها، فهنا مسائل:

الأول: بأن عيّنت له زوجاً خاصاً بأن قالت: أنت وكيلي بأن تزوّجني من زيد - مثلاً - فإن زوّجها من زيد صحّ العقد بلا ريب ولا إشكال، وإن زوّجها من آخر غير المعين فلا ريب بعدم صحّة العقد لأنّه غير مأذون له وهو واضح. وهل يقع العقد فضوليّ يتوقّف على الإجازة أم لا؟ لا يبعد وقوفه على الإجازة فإن أمضت العقد لزم وإلا كان باطلاً من أصله.

الثانية: بأن تولّ رجلاً في تزويجها مطلقاً بأن قال: أنت وكيلي في تزويجي من رجل أو من الكفو، فلو عمل بالوكالة بأن زوّجها من آخر لا ريب بجوازه وصحّة العقد إنّما الكلام لو زوّجها من نفسه فهل يصحّ العقد أم لا؟ وجهان بل قولان، والمحكي عن أكثر الأصحاب عدم صحّة العقد وبه طفحت عبائهم.

قال في الشرائع: إذا وكّلت البالغة الرشيدة في العقد مطلقاً لم يكن له أن يزوّجها من نفسه، بل قيل هو المشهور بين الأصحاب. وقيل: يصحّ العقد وإن كان على نفسه، وهذا القول حكى عن الشيخ في مبسوطه، واحتمله العلامة في

التذكرة، وقيل: إنه مذهب جماعة من الأواخر، وقد قال فيه في البيع جمع من الأصحاب كأبي الصلاح والفخر في الإيضاح والشهيد في حواشيه وفي اللمعة وغيرهم جماعة.

حجّة القول الأوّل أعني عدم جوازه العقد لنفسه في صورة الفرض:

الأوّل: الأصل، والظاهر أنه تمسك به فاضل التنقيح والمراد به عدم ترتب أثر لعقد الوكيل في الفرض.

الثاني من الأدلة: إن المخاطب لا يدخل في أمر المخاطب فيكون الأمر غير شامل له.

الثالث من الأدلة من حيث الإطلاق فإنّه وإن كان صالحاً لدخوله فيه كغيره إلا أن المتعارف والمفهوم عرفاً أنّ الوكيل غير الزوج وإنّ الزوج غيره. حجّة القول الثاني صحّة التزويج من الوكيل في صورة الفرض فله أن يزوّجها من نفسه لشمول إطلاق الوكالة له.

الثالثة: بأن تصرّح المرأة في الوكالة الخاصّة بأن تقول: أنت وكيلى بأن تزوّجني من نفسك أو ممّن شئت ولو من نفسك، فهل يجوز ذلك ويصحّ العقد؟ قولان: الأوّل الجواز وهو خيرة جماعة من الأصحاب منهم المحقّق في الشرايع والنافع والمختلف، وعن التذكرة والقواعد والإيضاح والسيد صاحب المدارك في شرح النافع وجماعة غيرهم من القدماء كابن الجنيد وغيره، بل قيل

إنَّه الأشهر بل في الحدائق أَنَّهُ المشهور، بل عن الإيضاح أَنَّ المخالف فيه نادر، بل عن المستند استظهار الإجماع عليه.

والقول الثاني وهو المنع فقد حكي عن الشيخ والحلي، وقد استفاد من الرياض الميل إليه.

حجّة القول الأوّل أعني جواز العقد وصحّته، الأصل وأنّه عقد وقع من أهله في محلّه فإنّ قوله تعالى ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ شاملة فلا ريب بلزومه وصحّته مضافاً إلى ذلك مظنّة دعوى الإجماع كمنا هو غير خفيّ، ولأنّ العقد الذي يجب الوفاء به هو عبارة عن الإيجاب والقبول وقد حصل، وكونه من شخص واحد بأن كان هو الموجب القابل لا يقدر حينئذ إذ لم نجد ما يدلّ على التغاير بين الموجب والقابل بل الظاهر أنّ العقد يلزم بصدور الإيجاب والقبول سواء كان من متحد أو متعدّد كما هو واضح.

والحاصل إنّ الأقوى لزوم العقد وصحّته فيما لو وكلّته في تزويجها من كفو - مثلاً - أمن نفسه فعقدها لنفسه بأن كان هو الموجب القابل، والله أعلم.

حجّة القول بالمنع من صحّة العقد أمران كما ذكرهما الأصحاب: الأوّل أنّه يلزم من ذلك أعني القول بالصحّة أن يكون موجباً قابلاً، وقد عرفت أنّه غير قادح في صحّة العقد وله نظائر كثيرة في جملة من العقود.

الدليل الثاني رواية عمّار الساباطي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة

تكون في أهل بيت فتكره أن يعلم بها أهل بيتها، يحلّ لها أن يتوكّل رجلاً يريد أن يتزوّجها تقول: قد وكّلتك فاشهد على تزويجي؟ قال: لا. قلت: جعلت فداك، وإن كانت أئيباً؟ قال: وإن كانت أمّاً. قلت: فإن وكّلت غيره بتزويجها منه؟ قال: نعم.

قلت: وهذه الرواية قد يقال فيها كما نصّ على بعضه بعض الأصحاب الأوّل ضعف سندها كما صرّح به صاحب المسالك، والظاهر لكون رجالها جملة من الفطحيين. الثاني: في الدلالة؛ نصّ عليه في المسالك حيث قال: والرواية ضعيفة السند قاصرة الدلالة لجواز كون المنفي هو قوله: وكّلتك فاشهد فإنّ مجرد الإشهاد غير كاف ضرورة أنّ الإشهاد وحده لا يوجب عقد النكاح كما لا يخفى.

الثالث: ما نصّ عليه بعض الفضلاء المعاصرين من ورود الرواية مورد التقيّة لاشتغالها على الأمر بالإشهاد وقد سبق أنّ أبا حنيفة يوجب الإشهاد في العقد.

الرابع: إنّّه أعرض عنها المشهور وهي فيما بين أيديهم ولا عامل بها إلا نادر من أصحابنا ولا ريب أنّ إعراض المشهور يوجب سقوط الرواية لو كانت صحيحة في وقد اشتملت على جملة من الفطحيّة.

وبالجملة فإنّ الرواية ضعيفة الدلالة والسند لا يتمسك بها في هذا الحكم

وحيث عرفت ذلك كله فالأقوى هو ما عليه مشهور الأصحاب وهو جواز تولّي الوكيل عقد النكاح لنفسه بأن يكون هو موجب قابل ضرورة أنّ الإيجاب والقبول سبب في صحّة العقد ووجوب الوفاء به بعد حصوله في الخارج سواء صدر من متحد بأن كان هو موجب قابل أو من متعدّد، والله أعلم بأحكامه.

مسألة

لو زوّج الولي الصغيرة بأقلّ من مهر المثل فهل لها الاعتراض بعد البلوغ والكمال والرشد أم لا؟ اختلف في ذلك الأصحاب كما هو غير خفي على من لاحظ كلامهم والذي عثرت عليه من الأقوال في هذه المسألة خمسة أقوال:

الأول: لو عقد الولي على الصغيرة من كفو بدون مهر المثل صحّ العقد وليس لها الاعتراض بالمهر، وهذا القول حكى عن الشيخ في المختلف والمبسوط. قال في المبسوط: إذا زوّج الأب أو الجدّ من له إجبارها على النكاح وهي البكر الصغيرة أو الكبيرة فإن كان بمهر مثلها أو أكثر لزمه ما سمّي لها بلا خلاف، وإن كان بدون مهر المثل سقط المسمّى ووجب لها مهر المثل عند بعضهم. وقال غيره: إذا كان دون مهر المثل ثبت المسمّى ولم يجب مهر المثل وهو الذي يقتضيه مذهبنا، انتهى.

أقول: الظاهر أنّ هذه المسألة خالية من الأخبار ومن هنا كثر فيها القول والقييل فيما بين الأصحاب، التحقيق في المقام أن نقول: إنّ الولي على قسمين:

وليّ إجباريّ كالأب والجدّ وغيره كالوصي والحاكم الشرعي، فالظاهر أنّه إن كان اشلمزوّج هو الولي الإجباري كالأب والجدّ فإنّه ليس لها الخيار بعد بلوغها مطلقاً سواء كان بأقلّ من مهر المثل أم لا، لما ثبت بالنصّ والإجماع كما تقدّم من تصريح الأخبار من أنّ الصغيرة إذا زوّجها أبوها فليس لها بعد بلوغها مع أبيها أمر، وبهذا التصريح أخبار كثيرة وإطلاق هذه الأخبار شامل لأصل النكاح ولزومه وثبوت المهر المسمّى لها وأنّه ليس لها اعتراض في أصل النكاح ولا المهر إلّا ما ما قام الدليل على إخراجها بأن كان قد زوّجها من غير الكفو بأن كان على غير المذهب مثلاً.

والحاصل فإنّه بعد ملاحظة ما تقدّم من أنّ الولي الإجباري له أن يزوّج الصغيرة وما ورد من الأخبار وكلام الأصحاب تعرف أنّه لا ريب ولا إشكال في أنّه لو كان العاقد لها الولي الإجباري كالأب والجدّ فإنّه ليس لها الاعتراض في أصل النكاح ولا المهر كما لا يخفى، مضافاً إلى أنّ الولي له إسقاط المهر بعد ثبوته فلا ريب بأنّ إسقاطه ابتداءً أولى.

واعلم أنّه فرق بين عقد النكاح وعقد البيع فإنّ عقد البيع لو باع الوكيل بأقلّ من ثمن المثل بطل البيع قطعاً بخلاف عقد النكاح فإنّه لو عقد الولي الإجباري بأقلّ من مهر المثل وإن كان خال عن المصلحة فإنّه يصحّ العقد ضرورة أنّ المهر لا دخل له في العقد بخلاف الأوّل فإنّ الثمن ركناً في عقد البيع فإنّه يبطل العقد كما هو واضح.

أما لو كان العاقد للصغيرة غير الولي الإجباري كوصي الميت أو الحاكم الشرعي حيث ثبت له الولاية فالظاهر أنه لا بد له من مراعاة المصلحة في الزواج مضافاً إلى كونه في مهر المثل فلا يكون بأقل من مهر المثل، فلو كان بأقل كان لها الاعتراض والاعتراض إنَّما هو بخصوص المهر لا في أصل العقد، فلو رضيت بعد بلوغها بما سمِّي لها وإن كان أقل من مهر أمثالها لزم المسمَّى وإلا رجعت إلى مهر أمثالها، ولا اعتراض لها في أصل العقد لأنَّ المهر ليس ركناً في عقد النكاح إذ لو بطل المهر وهو المسمَّى بطل اشلنكاح كما هو واضح، ولأنَّ العقد وقع من أهله في محله ولا موجب لارتفاع العقد وبطلانه وإن احتمل بعض الأصحاب أنَّ لها الاعتراض في العقد لو عقد عليها بأقل من مهر المثل، ويكون عقد الولي في المقام كالفضولي وهو بعيدٌ جدًّا، بل يمكن أن نقول: إنَّ الولي كالوصي والحاكم الشرعي كالولي الإجباري ليس للصغيرة الاعتراض لو عقد لها عقد النكاح حتَّى في المهر لو كان بأقل من مهر المثل وهو قويٌّ، تمسكاً بما دلَّ على عموم ولاية الوصي والحاكم وإطلاق أدلَّتْها، والظاهر من معنى الولاية أنَّه ليس للمولَّى عليه اختيار بل اختياره بيد الولي، والله أعلم.

مسألة

الظاهر أنَّ المعروف بين الأصحاب أنَّ عبارة المرأة البالغة الرشيدة معتبرة في جميع العقود إيجاباً وقبولاً، فلها أن تعقد عقد البيع لنفسها كما تعقد عقد

اشلنكاح لنفسها وتكون وكيله عن غيرها في سائر العقود وإن حالها حال الرجل البالغ الرشيد في عقودهِ إيجاباً وقبولاً لها أو وكيلة عن غيرها، بل الظاهر أنّه لا خلاف فيه بين الأصحاب.

قال في الجواهر كبل يمكن تحصيل الإجماع عليه.

قلت: وذلك لما عرفت من البكرة البالغة غير مولى عليها في عقد النكاح فلها أن تعقد عقد النكاح لنفسها من غير إذن أبيها أو جدّها، ولها أن تكون وكيلة لغيرها في عقد النكاح.

والحاصل فإنّه لا ريب ولا إشكال بعدم سلب عبارتها بل عبارتها في عقد النكاح معتبرة والأصحاب إنّما تعرّضوا لهذا الفرع مع وضوحه من جهة خلاف بعض علماء السنّة كالشافعي حيث إنّهُ ألغى عبارتها في عقد النكاح فلا ينعقد لها ولا لغيرها، والظاهر أنّهُ بناءً منه على أنّها مولى عليها فليس لها أن تعقد عقد النكاح لها ولا لغيرها إلا بإذن الوليّ وهو كما عرفت.

والحاصل فإنّ البكر البالغة الرشيدة لها أن تعقد لنفسها عقد النكاح وتكون وكيلة لغيرها إيجاباً وقبولاً ولا يتوقّف صحّة عقدها على إذن الوليّ، والله أعلم.

مسألة

لو عقد الأجنبيّ عقد النكاح لآخر على امرأة أجنبيّة اختلف فيه أصحابنا

على أقوال، المعروف فيما بينهم أن العقد لا يبطل بل يقف صحّة العقد على إجازة المرأة بحيث لا يلزم العقد إلا أن تجيزه العقد أي تمضيه وترضى به وهذا العقد هو عبارة عن العقد الفضولي بل هو المشهور فيما بينهم شهرة عظيمة كادت أن تكون إجماعاً.

قال في الجواهر: بل المشهور شهرة عظيمة بين القدماء والمتأخرين بل في الناصريات الإجماع عليه، وفي محكي السرائر نفى الخلاف في غير تزويج العبد نفسه والأمة نفسها من غير إذن المولى بل فيه الإجماع على ذلك بل فيه مضافاً إلى ذلك دعوى تواتر الأخبار بل من أنكر الفضولي في غير النكاح أثبتته هنا للإجماع والنصوص بل لم نعرف الخلاف في ذلك إلا من الشيخ في محكي الخلاف والمبسوط مع أنه في محكي النهاية والتهديب والاستبصار وافق المشهور بل عنه في الخلاف حكاية الإجماع على صحّة الفضولي في نكاح العبد بل لم نعرف له موافقاً قبله أو بعده إلا ما يحكى عن فخر الإسلام.. إلى آخر عبارته.

والحاصل إنّ المسألة ذات أقوال بين الأصحاب، أحد الأقوال ما عرفته من صحّة عقد الفضولي في عقد النكاح وإن صحّته موقوف على الإجازة وقد عرفت أنه المشهور فيما بينهم فإذا لم تلحقه الإجازة بطل العقد.

القول الثاني: بطلان عقد الفضولي في عقد النكاح من رأسه وإنّ الإجازة لا أثر لها في صحّته وهو المحكي عن الشيخ في خلافه ومبسوطه، والفخر في

الإيضاح، ولا بأس بنقل عبارة الشيخ في الخلاف فإنه قال: النكاح لا يقف على الإجازة مثل أن يزوّج رجل امرأة من غير إذن وليّها لرجل ولم يأذن له في ذلك لم يقف العقد على إجازة الزوج وكذلك لو زوّج رجل بنت غيره وهي بالغة من رجل تقبل الزوج لم يقف العقد على إجازة الولي ولا إجازتها وكذلك لو زوّج الرجل بنته الثيب الكبيرة الرشيدة أو أخته الكبيرة الرشيدة لم يقف على إجازتها وكذلك لو تزوّج العبد بغير إذن سيّده بالأمة بغير إذن سيّدها كلّ ذلك باطل لا يقف على إجازة أحد.

القول الثالث ما ذهب إليه ابن حمزة في وسيلته والظاهر أنّه منفرد في هذا القول كما قيل فإنه قال: والتزويج لا يقف على الإجازة إلّا في تسعة مواضع وهي عقد البكر الرشيدة مع حضور الولي على نفسها وعقد الأب على ابنه الصغير وعقد شالأّم عليه وعقد الجدّ مع عدم الأب وعقد الأخ والأّم والعمّ على صبيته وتزويج الرجل عبد غيره بغير إذنه وتزويج العبد بغير إذن سيّده فإن أجاز الولي والمعقود عليه أو سيّده صحّ وإلّا انفسخ، انتهى كلامه.

حجّة القول الأوّل: الأوّل: الإجماع الذي حكاه علم الهدى والظاهر أنّ مثل هذا الإجماع حجّة لأنّه مؤيد بالشهرة التي لا ريب بتحققها فهو حجّة على من بعد السيّد كما لا يخفى.

الثاني: من الأدلّة ما ذكره الشهيد في المسالك قال: فإن عقد صدر من أهله

في محلّه فكان صحيحاً، ونعني بأهله الكامل، وبمحلّه العين القابلة للعقد ولا مانع من نفوذه إلاّ تعلّقه بحقّ الغير فإذا أجازته تمّ ودخل في عموم أوفوا بالعقود، وما قيل إنّه مصادرة على من حيث أنّ كون الأجنبي أهله عين المتنازع، مدفوع بأنّ الأجنبي قابل لإيقاع عقد النكاح غير مسلوب العبارة بحسب ذاته لأنّه الغرض وإنّما المانع ما ذكر وقد زال، وعلى تقدير الكلام قبل زواله فالمراد بالصحة ما يقابل البطلان وهو أمر آخر غير اللزوم ويبقى اللزوم متوقّف على شرط آخر وهو الإجازة، انتهى.

قلت: وما ذكره حسن جيّد بل قد يستفاد من مجموع سائر أبواب العقود أنّ السبب هو العقد خاصّة فإذا صدر بقي موقوف على رضاء المعقود له أو المعقود عليه أو هما فإن رضيا تمّ ولزم وكان مدخولاً لقوله أوفوا بالعقود كما هو واضح. والدليل الثالث الأخبار وهي كثيرة وقد وصفها غير واحد بأنّها مستفيضة وابن إدريس بأنّها متواترة، وقد رويت من الفريقين منها ما رواه ابن عبّاس أنّ جارية بكر أتت النبيّ ﷺ فقالت إنّ أباهاً زوّجها وهي كارهه، فخيرها النبيّ ﷺ. وفي خبر آخر أنّ جارية بكر جاءت إلى النبيّ ﷺ فقالت: إنّ أبي زوّجني من ابن أخ له ليرفع به خسيسته ونسبه وأنا له كارهه، فقال له: أجيّزي ما صنع أبوك. فقالت: لا رغبة لي في غير ما صنع أبي، قال: فاذهبي فانكحي ما شئت، فقالت: لا رغبة لي في غير ما صنع أبي ولكن أردت أن أعلم النساء أن ليس للآباء في

أُمور بناتهم شيء.

قلت: وهذان الروايتان واضحة الدلالة على الدعوى، وأما الأخبار الواردة من طرقنا فهي كثيرة، منها ما رواه محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام أنه سأله عن رجل زوجه أمه وهو غائب. قال: النكاح جائز إن شاء المتزوج قبل وإن شاء ترك فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم.

قلت: ووضوح الرواية على الدعوى لا يكاد يخفى ولا ريب بأن الأم لا ولاية لها كي يقال أن المزوج هو الولي.

وما روي عن أبي جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجهما الوليان لهما وهما غير مدركين، قال، فقال: النكاح جائز أيهما أدرك كان الخيار له.

قلت: ووضوح هذه الرواية على المدعى غير خفي بعد القطع بعدم إرادة الولي الشرعي ضرورة عدم توقف الإجازة على عقد الولي الشرعي كالأب والجد لأن العقد لازم وإن لم يميز الغلام أو الجارية كما تقدم نصاً وإجماعاً.

ومن الأخبار ما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته عن مملوك تزوج بغير إذن سيده، فقال: ذلك إلى سيده إن شاء أجاز وإن شاء فرق بينهما. قلت: أصلحك الله تعالى، إن الحكم بين عيينة وإبراهيم النخعي وأصحابها يقولون إن أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له. فقال أبو جعفر عليه السلام: إنه لم يعص الله وإنها عصي سيده فإذا أجازها فهو جائز له.

وما رواه زرارة عن أبي جعفر عليه السلام أيضاً قال: سألته عن رجل تزوج عبده امرأة بغير إذنه فدخل بها ثم اطلع بعد ذلك مولاه، قال: ذلك لمولاه إن شاء فرق بينهما وإن شاء أجاز نكاحهما، فإن فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها إلا أن يكون اعتدًا فأصدقها صداقاً كثيراً، وإن أجاز نكاحهما فهما على نكاحهما الأول. فقلت لأبي جعفر عليه السلام: فإن أصل النكاح كان عاصياً، فقال أبو جعفر عليه السلام: إنما أتى شيئاً حلال وليس بعاص لله تعالى إنما عصى سيده ولم يعص الله وذلك ليس كإتيان ما حرم الله عليه من نكاح في عدته وأشباه.

إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الواردة في توقّف صحّة العقد على الإجازة من السيّد لعبده أو من المعقود له إن كان غير مملوك وهي كثيرة وافية الدلالة وضعف بعضها كما قيل فإنّه منجبر بالشهرة المحقّقة التي لا تكاد أن تنكر ونحن إنّما ذكرنا من الأخبار بعضها لإثبات الحكم المزبور فراجعها.

حجّة القول الثاني أعني بطلان عقد الفضولي: الأول: الأصل أعني أصالة عصمة الفرج وعدم ترتّب الأثر على عقد الأجنبي.

وفيه: إنّ الأصل لا مجال له في المقام بعد ثبوت إباحته بعقد الأجنبي ورضاء المعقود له بالنصّ والإجماع كما عرفت.

الثاني من الأدلّة كما قيل أنّ العقود الشرعيّة تحتاج إلى أدلّة شرعيّة ولا دليل أنّ هذه العقود واقفة على الإجازة فوجب القضاء بفسادها.

وفيه: إنَّ الدليل القاضي بلزوم العقد المتعقَّب بالإجازة لازم يجب الوفاء به موجود وهو النصّ والإجماع كما عرفت.

الثالث: من الأدلّة كما هو المحكي عن الفخري في الإيضاح أنَّ العقد سبب للإباحة فلا يصحّ صدوره عن غير معقود عليه أو وليّه.

وفيه: إنَّ إباحة العقد إنّما هي متوقّفة على العقد ورضاء المتعاقدين وقد صدر العقد من أهله صحيح العبارة بقي رضاء المتعاقدين فإذا رضيا تمّ العقد، ولو فرض اشتراط صحّة العقد من المتعاقدين خاصّة لم يجز التوكيل في العقد وهو خلاف النصّ والإجماع.

الدليل الرابع ما حكى عن الفخر في الإيضاح أيضاً وهو أنَّ رضاء المعقود عليه أو وليّه شرط، والشرط لا يتأخّر عن المشروط.

وفيه: الظاهر أنَّ الشرط لا يتأخّر عن المشروط إنّما هو الشرط في صحّة العقد أمّا لو كان شرط في لزوم العقد فالظاهر أنّه لا بأس بتأخّره ولا يقدر في العقد ضرورة صحّة العقد لأنّه وقع من شخص عبارته اعتبرها الشارع وفي محلّه بقي لزوم العقد وشرطه الإجازة فإذا لحقت كان العقد صحيحاً لازماً، على أنّ هذه كلّها تعليقات عليّة لا ينبغي أن تقابل بها النصوص التي وصفها بعض الأصحاب بكونها مستفيضة أو متواترة في صحّة عقد الفضولي لو لحقته الإجازة من المعقود له أو وكيله.

إلى غير ذلك مما ذكره في الإيضاح الذي لا ينبغي أن يجعل في قبال الأخبار. ومن العجيب ما استند إليه الشيخ في الخلاف من بعض الأخبار التي هي ليست بحجة علينا، منها ما روي عن عائشة أم المؤمنين ! أن النبي ﷺ قال: أيما امرأة نكحت بغير إذن مولاهها فنكاحها باطل. قال الشيخ: وهذه نكحت بغير إذن.

قلت: وهذه الرواية مضافاً لما عرفت فإنه لا دلالة فيها على الدعوى لأنه تدعي أنه لو لحقت الإجازة للعقد كان النكاح بإذن مولاهها فالرواية واردة فيمن لا يجاز عقد نكاحها من مولاهها وهو لا ريب فيه.

وفي عبارة أخرى: إن الأمة إذا نكحت بغير إذن وليها كان النكاح باطل دون النكاح الموقوف على الإجازة فإنه لو أجازه الولي كان صحيحاً فالخبر المذكور مورده في النكاح العاري عن الإجازة كما لا يخفى.

ومن الأخبار التي ذكرها الشيخ في المختلف من طرقنا ما راه العباس بن الفضل قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الرجل يتزوج الأمة بغير إذن أهلها، قال: هو زنا، إن الله جل وعلا، قال: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾.

أقول: وهذه الرواية وإن كانت من طرقنا لكن لا تقاوم ما تقدم من الأخبار الكثيرة الصريحة الصحيحة على أن ضعف دلالة هذه الرواية غير خفي لأن الظاهر أن زوج الأمة قد وطأها بذلك العقد قبل إجازة المولى ولا ريب ولا إشكال بكونه زنا وهو غير محل البحث لأن الكلام في الوطئ الذي كان منبعث

عن إجازة المولى وأنت خير بأن الرواية خالية عن ذلك فهي في الواقع أجنبيّة عمّا نحن فيه. وبالجملة فإنّه لا يكاد يشكّ بأنّ حجّة الشيخ والفخر لا تقاوم ما تقدّم كما هو واضح، والله أعلم.

حجّة القول الثالث أعني ما ذهب إليه ابن حمزة في وسيلته من حصر وقوف عقد النكاح على الإجازة في تسعة حيث قال: إنّ النكاح لا يقف على الإجازة إلّا في تسعة وهي عقد البكر الرشيدة على نفسها.. إلى آخره كما تقدّم الظاهر أنّه وقوف منه على مورد النصّ لأنّ الأخبار الواردة في المقام قد تضمّنت هذه التسعة لا غيرها كما يدّعي فلا ينقل الحكم إلى مورد النصّ وهو كما تراه فإنّه بعد ورود النصّ في ذلك وفتوى الأصحاب استفاد جميع عقود الفضولي في النكاح لو تعقّبتها الإجازة كانت صحيحة وعليه إجماع الناصريّات المؤيّد بالشهرة المحقّقة.

وبالجملة فإنّ الاختصار في عقد الفضولي وصحّته على خصوص التسعة لا وجه له كما هو واضح، ومن هنا قال في الجواهر بعد أن ذكر التسعة: ويمكن تحصيل الإجماع على خلافها والظاهر أنّه كذلك.

وحيث عرفت ذلك كلّه فلو زوج الصبيّة أو الصبي غير وليّه الإجماعي كالأب والجدّ لم يمض العقد بل لا بدّ من إجازة المعقود له أو عليه، فإذا أجاز صحّ عقد النكاح ولزم، أمّا لو زوج الوليّ الإجماعي لا ريب بلزوم العقد وإن

لم يأذن الصبي بعد بلوغه أو الصبية، وقد تقدّم توضيح ذلك. والظاهر أنّ المراد من الفضولي غير خفيّ فإنّه عبارة عن الذي هو ليس بوليّ إجباريّ كالأب والجدّ البالغ العاقل الرشيد الماضي التصرّفات في أمواله فلو عقد للغير كان عقده موقوف على الإجازة وإن كان عمّاً أو أخاً أو أمّاً أو من سائر الأقارب، فلو أجاز المعقود عليه صحّ ولزم ضرورة أنّ الولي الإجباري كالأب والجدّ لا يحتاج إلى إذن الصبي أو الصبيّة في عقد النكاح بل عقده ماضٍ إجماعاً ونصّاً بخلاف باقي الأرحام إذ لا ولاية للأرحام على الصغير غير الأب والجدّ.

فرعٌ: لو عقد الأجنبي عقد النكاح على الصغيرة فأجاز وليّها من أب أو جدّ الظاهر لزم العقد لأنّ إيجارها كمباشرتها بلا فرق وقد صرح بذلك بعض الأصحاب بل الظاهر أنّه لا خلاف في ذلك وكذلك اللام فيما لو عقد الأجنبي على المملوكة وقف على إجازة مولاهما فلو أجاز العقد مولاهما لزم وهو لا خلاف فيه بين الأصحاب، والله أعلم.

مسألة

الظاهر من كلام الأصحاب أنّه لو عرض النكاح على المرأة البكر الرشيدة البالغة فسكتت فإنّ سكوتها رضاها بخلاف الثيب فإنّه لا يكتفي منها بالسكوت لا بدّ من تكليفها بالنطق بالرضاء فهنا مسألتان: سكوت البكر رضاها لو عرض عليها وهذا هو المشهور بين الأصحاب كما في المسالك والحدائق والجواهر بل

في الحقائق من غير خلاف يعرف إلا من ابن إدريس وكذلك ما في الرياض
وعن المحقق الكركي إنهم قد أطبقوا أنّ البكر يكفي في إذنها سكوتها، وعن
المهذب البارع يقرب أن يكون إجماع إلى ما ندر.

قلت: والظاهر أنّ مراده بذلك ابن إدريس فإنّه مخالف في ذلك خلافه
معروف بين الأصحاب. وكيف كان فإنّه لا ريب بكون المشهور فيما بين
الأصحاب أنّ البكر لو عرض عليها وسكتت كان سكوتها رضاها، والذي
يدلّ على القول المشهور أنّ سكوت البكر رضاها جملة من الأخبار منها النبوي
المشهور بين الفريقين قوله «لا تنكح الأيم حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى
تستأذن وإنّ سكوتها إذنها».

قلت: ولا ريب أنّ دلالته واضحة وإنّ ضعفه منجبر بما عرفت من الشهرة
التي لا تكاد تخفى.

ومن الأخبار ما روي عن أحمد بن محمد بن أبي نصر البزنطي قال، قال
أبو الحسن عليه السلام في المرأة البكر إذنها صماتها والثيب أمرها إليها.

وعن الحلبي قال: سئل عن رجل يريد أن يزوّج أخته، قال: يأمرها فإن
سكتت فهو إقرارها وإنّ أبت لا يزوّجها.

وما رواه داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يريد أن يزوّج أخته،
قال: يأمرها فإن سكتت فهو إقرارها وإنّ أبت لم يزوّجها، الحديث.

وما عن الوسائل عن الضحّاك بن مزاحم قال: سمعت عليّ بن أبي طالب يقول وذكر حديث تزويج فاطمة عليها السلام وإنّه طلبها من رسول الله عليه السلام ، فقال: يا علي، إنّه قد ذكرها قبلك رجال فذكرت لها ذلك فرأيت الكراهة في وجهها ولكن على رسلك حتّى أخرج إليك، فدخل عليها فأخبرها وقال: انّ عليّاً عليه السلام قد ذكر من أمرك شيئاً فما ترين؟ فسكتت ولم تويّ ووجهها ولم يرى رسول الله صلى الله عليه وآله كراهة، فقام وهو يقول: الله أكبر، سكوتها إقرارها.

قلت: وهذه الأخبار كما تراها واضحة الدلالة على الدعوى من أنّ سكوتها - أي البكر - كاشف عن رضاها في النكاح الذي ذكر لها ولكن أنت خبير بأنّه لا بدّ من تقييد ذلك بما إذا لم يكن هناك قرينة دالّة على عدم الرضا، فلو كان هناك أمانة قاضية بعدم الرضا بالنكاح فلا ريب بعدم كفاية السكوت قطعاً.

المسألة الثانية: وهو كون الثيب لو عرض عليها النكاح فلا بدّ من نطقها بالإرضاء، قيل: إنّ عقد النكاح لا يثبت ويلزم إلاّ بالرضاء به ولا يعرض الرضاء إلاّ بالنطق به، خرج من ذلك الباكر لحياها ومن جهة عدم ممارستها للرجال فاكتفي منها بالسكوت مع عدم ظهور أمانة الكراهة وغيرها يلزمها النطق والأصل في ذلك الأخبار المصرّحة كما في رواية ابن أبي نصر المتقدّمة وغيرها من أنّ الثيب أمرها إليها.

وبالجمله فإنّه لا ريب باشتراط النطق بالرضا لخصوص الثيب نصّاً وإجماعاً.

وأما ما ذهب إليه ابن إدريس من عدم كفاية السكوت في رضاء الباكر وإنه لابد من نطقها من الرضاء بالعقد فهو تَمَسُّكاً منه بالأصل وعدم حجّية أخبار الآحاد عنده فهو تامّ على أصله ولكن قد عرفت ما فيه من أنّ الأخبار مصرّحة بالاكْتِفَاء بسكوت الباكر وإن سكوتها رضاءها وهي حجّة عندنا كما هو واضح.

فروع:

الفرع الأول: في بيان معنى الباكر التي يكفي رضاءها سكوتها. قال الشهيد في المسالك: فإذا تقرّر ذلك فالمراد بالبكر من لم تذهب بكارتها كما هو المعروف منها، وبالثيب من ذهب بكارتها بالجماع وغيره، والحكم في ذلك - أي في كون لا تكلف بالنطق بل يكفي سكوتها - أنّ البكر تستحي عن الجواب بالنطق فاكتفى عنها بالسكوت، وألحق العلامة بها من ذهبت بكارتها بغير الجماع من طفرة أو وثبة أو سقطة أو بالإصبع أو حدة الطمّث أو طول النفس أو الدودة المسماة بالحقروس لوجود معنى البكر فيم ذكر حيث لم تخالط الرجال فيبقى اششلياء بحاله، انتهى.

قلت: وما ألحقه العلامة هو محكي عن جماعة من الأصحاب والتحقيق أنّ الثيب هي من ذهبت بكارتها سواء كان بجماع أو غيره من الأمور التي ذكرها العلامة كالطفرة أو غيرها فإنّه يصدق عليها أنّها ثيب فإذا صدق اسم الثيب عليها لزمها حكمها وهو أنّه لا يكتفي منها بالسكوت بل تكلف بالنطق، وما

قيل من أن الثيب تكلف بالنطق بمخالطتها للرجال فإنه لا ينبغي الالتفات إليها لأنها حكم وقد تختلف. وبالجملة فإنه لو ذهبت بكارتها بأي سبب كان لزمها حكم الثيب، والله أعلم.

الفرع الثاني: قد عرفت فيما سبق أن سكوت البكر رضاها، فلو ظهرت أمانة دالة على عدم الرضاء فلا ريب ولا إشكال بعدم كفاية السكوت كما هو صريح جماعة من الأصحاب كالكركي والشهيد وفاضل الحقائق وغيرهم، وظاهر حديث تزويج فاطمة عليها السلام من أنه رأى الكراهة في وجهها، فمنها يعلم أن السكوت وحده لا يكفي بل سكوتها مع عدم أمانة الكراهة من الإعراض بالوجه أو غير ذلك.

قال في الحقائق: وقيل: لو ضحكت عند استئذائها فهو إذن لأنه أدل على الرضاء من السكوت. ثم قال: وفيه توقف إذ ربما يكون الضحك عن استهزاء وتعجب لا عن فرح وسرور مع خروجه عن موضع النص المخالف للأصل فيجب الاقتصار على مورد النص.

أقول: الضحك وغيره لا دلالة فيه وليس من موارد النص. نعم المستفاد أن السكوت عند إعراض الزواج عليها كاشف عن الرضاء ويكتفى به عن النطق بالرضاء ما لم يستفاد الكراهة سواء كان من ضحك أو بكاء أو لطم أو شق ثوب أو غير ذلك، فلو استفاد أن سكوتها كان من جهة الحياء وهي كارهة من أي

أمانة كانت لا يجوز العقد عليها بلا ريب فجعل الضحك قرينة قاضية بالرضاء لا وجه له. نعم لو فهم منه ذلك كان كذلك، ومن هنا قيل: إن ابن البرّاج ألحق بالضحك البكاء فيما عرض عليها النكاح فسكتت وبكت، والظاهر أنّه قد يستفاد من البكاء الرضاء ولكن بعيد جداً فإنّ البكاء أمانة عدم الرضاء. نعم لو استفيد - مثلاً - الرضاء من البكاء كان كافياً لأنّ المدار هو الرضاء واستفادته بأيّ طرق حصل، والله أعلم.

الفرع الثالث: المطووءة في الدبر هل تلحق بالثيب فلا بدّ من نطقها بالإذن أو هي كالباكر يكفي سكوتها في الإذن؟ وجهان بل قولان:

الأول: لحوقها بالثيب بالحكم المذكور وهو المحكي عن العلامة في التذكرة والمحقّق الثاني، وصيح الرياض تمسكاً بالعلّة المذكورة وهو ذهاب الحياء منها بمخالطة الرجال فتلحق بالثيب فتكلّف بالنطق.

والثاني: كونها كالباكر وهو مذهب جماعة منهم صاحب الكفاية وهو الأقوى لصدق كونها باكر والعلّة المذكورة غير منصوطة فلا ينبغي التعويل عليها بل يلزم الأخذ بقاعدة الاقتصار على المتيقّن وهي الموطوءة في القبل ولعدم شمول النصّ للموطوءة في البر، فلو استؤمرت الموطوءة في الدبر فسكتت كان سكوتها رضاها لصدق أنّها باكر فيلزم حكم الباكر كما هو واضح.

الفرع الرابع: هل يكون سكوت الباكر إذن في نكاح أمته لو استؤمرت في

نكاح أمتها؟ الظاهر عدم الكفاية تمسكاً بظاهر النصّ وهو كفاية سكوت الباقر في حقّ نفسها خصوصاً، أمّا في غيرها فلا، ومن هنا صرّح العلامة في القواعد بعدم كفايته حيث قال: ولا يكفي سكوت الباكر في حقّ أمتها. نعم الظاهر لو قامت لها مولاتها في نكاحها - أي الأمة - فسكتت وكانت باكر اكتفي في سكوتها لشمول النصّ لها وهو سكوت الباكر رضاشها فيشمل الأمة.

الفرع الخامس: ظاهر النصّ أنّ كفاية سكوت الباكر في الإذن سواء ذهبت بكارتها بالزنا أو بوطئ الشبهة، وسواء كان بالعقد أو بالملك، وسواء كانت صغيرة أم كبيرة، لصدق كونها ثيب فلا بدّ من أن تكلف بالنطق لصدق أنّها ثيب وعدم كونها باكر بل قد يقال: إنّها لو وطئت قبل تمييزها لصدق الثيب عليها وإن كان يمكن قريباً إلحاقها بالباكر لانصراف النصّ عن مثل هذا الفرد. وفي المسالك: من حيث أنّه بمعنى زوال البكارة بغير الوطئ والرجوع عن النصّ في الحكم المخالف للأصل.

وفيه: إنّ البكارة ذهبت بالوطئ قطعاً، نعم لم يرتّب الشارع عليها حكماً لأنّ الظاهر من ذهاب البكارة في الوطئ للمميّزة أمّا غير المميّز فالظاهر أنّ النصّ مصنف عنها، والله أعلم.

مسألة

لا خلاف بين الأصحاب كما في الحدائق وغيرها أنّه لا ولاية للكافر على

ولده المسلم سواء كان ذكراً أو أنثى، وسواء كان كبيراً أو صغيراً، بل حكى جماعة الإجماع عليه ولا بدّ أولاً من تصوّر معرفة الوالد مسلماً قبل بلوغه فقد قيل: يعرف إسلامه إذا كانت أمة مسلمة أو جدّة أو إذا بلغ فأسلم ثمّ جنّ فإنّه مسلم. وكيف كان فلو كان الولي كافر فإنّه لا يصحّ عقده أي عقد النكاح على ولده المسلم إجماعاً.

قال العلامة في التذكرة: الكافر لا يصحّ أن يكون ولياً لمسلم ولا لمسلمة في عقد النكاح سواء كان أباً أو جدّاً أو غيرهما عند علمائنا أجمع ولا نعلم فيه خلافاً، انتهى.

قلت: بل قد استفاضت حكاية الإجماع وهو الحجّة مضافاً إلى ما استند إليه العلامة في القواعد من قوله: ﴿وَالْمُؤْمِنُونَ وَالْمُؤْمِنَاتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ يَأْمُرُونَ﴾ واستند بعضهم إلى قوله: ﴿وَلَنْ يَجْعَلَ اللَّهُ لِلْكَافِرِينَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ سَبِيلاً﴾، وقوله ﷺ: الإسلام يعلو ولا يُعلى عليه.

قلت: ولا ريب أنّ الولاية علوٌ وقد نفاها النبي ﷺ عن المسلم ولم يجعلها الله للكافر على المسلم بوجه من الوجوه كما هو واضح، وبالجملة فإنّ الكافر بجميع أقسامه لا ولاية له على المسلم في عقد النكاح سواء كان المولى عليه كبيراً أو صغيراً، ذكراً أو أنثى أو مجنوناً لما عرفت فلا يصحّ عقده بل ينتقل ولايته للحاكم الشرعي أو غيره من الأولياء، والله أعلم.

فرعٌ: لو كان المولى عليه من ذكر أو أنثى كافر فهل يتولاه الكافر من أب أو جدّ بحيث تكون له ولاية عليه في عقد النكاح؟ وجان بل قولان:

الأول: إنّه لا ولاية للكافر وإن كان المولى عليه كافر كما هو إطلاق عبارة الشرايع حيث قال: إذا كان الوليّ كافر فلا ولاية له، انتهى. وهو المحكي عن العلامة في التحرير، لكن قال في الجواهر بعد أن ذكر عن بعض عدم ولاية الكافر حتّى على ولده الكافر، فيه أنّه ماف لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾ بل وإطلاق ما دلّ على ولاية الأب والجدّ المقتصر في اخارج منها على اليقين، ودعوى الولادة على الفطرة يدفعها بعد التسليم المعاملة للأولاد ومعاملة الكفّار في الأحكام التي منها ذلك، انتهى.

وقال الشهيد في المسالك: ووجه المنع من ولاية الكافر على الكافر غير ظاهر وعموم الأدلّة يتناولها، وقوله: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ يشملها، بل قال الشيخ في المبسوط: إنّ وليّ الكافر لا يكون إلّا كافر، فلو كان لها وليّاً أحدهما مسلم والآخر كافر كان الذي يتولّى تزويجها الكافر دون المسلم لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ كَفَرُوا بَعْضُهُمْ أَوْلِيَاءُ بَعْضٍ﴾، انتهى.

قلت: وقد ثبت من مجموع ما ذكرناه أنّ الكافر لو زوج ابه أو بنته الصغيرة ثبت العقد لأنّه وليّ وعقد الولي ماض على المولى عليه إجماعاً وتمسكاً بما تقدّم من الكتاب، والله أعلم.

فرعٌ: لو كان للكافر الصغير وليّان: أحدهما كافر، والثاني مسلم، كأب وجدّ وكان أحدهما كافر والثاني مسلم فهل الولاية للكافر خصوصاً أم للمسلم خصوصاً أم لهما على جهة التشريك؟ قولان:

الأوّل: ثبوت الولاية لخصوص الكافر وليس للمسلم ولاية كما سمعت ذلك عن الشيخ في المبسوط.

والقول الثاني: هو أنّ الولاية تكون للمسلم خاصّة وبه صرّح جماعة من الأصحاب منهم العلامة في التذكرة، قال: تثبت للمسلم الولاية على الكافر والكافرة عند علمائنا.. إلى آخره.

قلت: والإنصاف اشتراكهما بالولاية على حدّ الوليّين المسلمين تمسكاً بما دلّ على ولاية الكافر على الكافر الصغير، وولاية المسلم فلا خصوصيّة لأحدهما على الآخر، ولم نجد ما يدلّ على نفي ولاية الكافر مع وجود الولي المسلم، فلو سبق الكافر لعقد المولّى عليه كان عقده صحيحاً وليس للوليّ المسلم العقد ثانياً، والله هو العالم.

فرعٌ: قد سمعت أنّ الكافر ليس له ولاية على الصغير المسلم وإن كان أباً أو جدّاً فلو زال المانع - أعني الكفر - عادت الولاية لارتفاع المانع. وفي عبارة آخر: إنّ الأب الكافر ولايته ثابتة غاية ما في الباب أنّ الكفر مانع فإذا زال المانع وهو الكفر كان المقتضي مؤثّر بحاله والظاهر أنّه لا خلاف في ذلك بين الأصحاب.

فرغ: قد عرفت فيما سبق إنَّ الكافر الولي كالأب والجدّ ليس له ولاية على الصغير المسلم، فلو كان الأب كافرأ اختصت ولايته بالجدّ ولا ولاية للأب لما عرفت، فلو كانا معاً كافرين انتقلت ولايته للحاكم الشرعي لأنّه وليّ من لا وليّ له، وكذلك لو جنّ الوليمّ الإجباري أو أُغمي عليه زالت ولايته عن الصغير وانتقلت إلى الحاكم الشرعي في جميع أمورهِ حتّى في عقد النكاح كما سبق لو اقتضت مصلحة الصغير ذلك، والظاهر أنّ هذه الأحكام وما شابهها لا ريب فيها ولا إشكال، والله أعلم.

إيضاح: اعلم الظاهر من كلام الأصحاب أنّ عدم الكمال بالبلوغ وعدم الرشد والرقبة كلّها مسقطّة للولاية عن الصغير في عقد النكاح والظاهر أنّه لا خلاف فيه بين الأصحاب بل قد حكي الإجماع عليه، فلو كان الولي صبيّاً أو كان مملوكاً لا ولاية له وسقطت ولايته وانتقلت الولاية إلى وصيِّ أبيه كما عرفت سابقاً من ثبوت الولاية للوصيِّ وإن لم يكن له وصيٌّ انتقلت إلى الحاكم الشرعي ضرورة أنّ الصبيِّ مولىّ عليه في نفسه فكيف يكون وليّاً على الغير، وكذلك المملوك فإنّه لا اختيار له في تزويج ولا غير ذلك إلّا بإذن سيّده فكيف تكون له ولاية على الغير والظاهر أنّه لا إشكال ولا ريب في ذلك، ويلحق بهما المجنون فإنّه لو جنّ الولي سقطت ولايته على الصغير وانتقلت إلى الحاكم الشرعي وكذلك المغمى عليه في حال إغماءه سواء كان إغماءه ممّاً يدوم يوم أو يومين أو أكثر فإنّه في حال إغماءه لا ولاية له على الصغير في عقد النكاح ولا في

غيره بل تكون الولاية للحاكم، فلو عقد الحاكم الشرعي على الصغير ثم زال الجنون عن الولي أو أفاق الولي، مضى عقد الحاكم الشرعي، ضرورة أنه في زمن العقد كان الحاكم هو الولي ولا ريب ولا إشكال أن عقد الولي ثابت صحيح ماض لوقوع العقد من أهله في محله وليس للوليّ الإجباري بعد زوال الجنون أو الإغماء إبطال العقد كما هو واضح.

فرع: الظاهر أن العمي ليس من مسقطات الولاية فلو كان الوليّ الإجباري أو غيره أعمى فإن ولايته ثابتة لا تسقط، ولا فرق في العمي الخلفي أو المتجدد بلا خلاف في ذلك بل عن التذكرة نسبه إلى علمائنا المشعر بدعوى الإجماع، قال: يجوز أن يكون الأعمى ولياً في النكاح سواء كان العمي خلقياً أو متجدد، ولا يسلب المتجدد ولاية الولي عند علمائنا وهو أصحّ وجهي الشافعيّ - إلى أن قال: - لأنّ شعيباً زوج ابنته من موسى وهو أعمى، انتهى.

قلت: وبالجملة صرح جماعة من الأصحاب وهو الحقّ تمسكاً بالأصل السالم عن المعارض وعمومات وإطلاقات ولايته الولي على الصغير في عقد النكاح الشامل للأعمى كما هو واضح، والله أعلم.

فرع: الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب أن الفسق لا يرفع ولاية الولي في عقد النكاح وبذلك حكى التصغير عن جماعة منهم بل الظاهر أنه لا خلاف فيه بل عليه لإجماع كما في التذكرة، قال فيما حكى عنه: الفسق لا يسلب ولاية

النكاح عند علمائنا أجمع، فللفاسق أن يزوّج ابنته الصالحة البالغة بإذنها، والصغيرة والمجنونة مطلقاً، وبه قال مالك وأبو حنيفة والشافعيّ.

قلت: ومضافاً إلى دعوى الإجماع العمومات والإطلاقات المؤيدة بالأصل من جواز عقد الولي في عقد النكاح الشامل للفاسق وغيره بل حتّى لا يشترط العدالة في وكالة الأجنبي في عقد النكاح كما هو واضح، ولا ربط لعدم وكالة الفاسق على الأموال لأنّه غير مأمون، والحاصل فإنّ الحكم المذكور ممّا لا ريب فيه ولا شكّ يعتريه كما لا يخفى.

فرعٌ: قال في التذكرة فيما حكي عنه: وأمّا الأخرس فإن كانت له إشارة مفهومة صحّ أن يكون وليّاً لأنّ إشارته تقوم مقام نطقه في سائر العقود والأحكام فكذلك في النكاح وإن لم تكن له إشارة مفهومة لم يصحّ أن يكون وليّاً لعدم الانتفاع وتعذر الوصول إلى اختياره، انتهى.

قلت: بل حكي عن جمعة التصريح بذلك كثاني المحقّقين.

قلت: بل الظاهر أنّّه إذا فهم اختياره وإرادته العقد صحّ لعدم اشتراط نطقه في جميع أموره وإن كان يمكن أن يقال: إنّ الأخرس إذا كان وليّاً فالأخرس غير مانع من إثبات الولاية ولكن يجب على الولي الأخرس أن يوكل في عقد النكاح لأنّ الظاهر من أدلّة كفاية إشارة الأخرس فيما يتعلّق بنفسه كالقراءة والأذكار في الصلاة والتلبّيات في الحجّ وأمثال ذلك بل حتّى في عقد البيع لأمواله، أمّا

الأُمور المتعلقة لغيره فلا يكفي إشارته فيما يحتاج إليه النطق للأصل وعدم شمول الدليل في الأحكام غير نفسه كما هو واضح، والله أعلم.

مسألة

حيث ثبت ولاية الجدّ والأب على الصغير في عقد النكاح، فلو اختار الأب زوجاً واختار الجدّ غيره فسبق أحدهما إلى العقد صحّ عقده ولزم وبطل عقد المتأخر سواء كان المتأخر هو الأب أو الجدّ، وهذا الحكم هو المشهور المعروف بين الأصحاب بل لا خلاف فيه كما عن فاضل السرائر بل الإجماع عليه كما عن السيّدین في الانتصار والغيبة وهو الحجّة المؤيّد بعدم الخلاف مضافاً إلى ذلك تصريح الأخبار كما عن هشام بن سالم ومحمد بن حكيم عن أبي عبد الله عليه السلام، قال: إذا زوّج الأب والجدّ كان التزويج للأوّل فإن كانا جميعاً في حالة واحدة فالجدّ أولى.

قلت: وصراحتها في الدعوى غير خفيّة.

وعن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية ريد أبوها أن يزوّجها من رجل ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر، فقال: الجدّ أولى بذلك ما لم يكن مضارّ إن لم يكن الأب زوّجها قبله، الحديث. وقيل: إنّه رواها في الفقيه كما في الحدائق وغيرها بحذف «ما لم يكن مضارّ» وكيف كان فإنّ محلّ الدلالة في هذه الرواية في قوله «ما لم يكن الأب زوّجها قبله» فعلم

منها أن لو سبق عقد من الولي كان عقد الثاني باطل لأنه ثبت أنه وليّ وعقد الولي صحيح ماض فلو عقد الولي الثاني كان عقده باطل ضرورة أنه عقد على امرأة مزوّجة ذات بعل وهو باطل بلا ريب ولا إشكال.. إلى غير ذلك من الأخبار المصرّحة بصحّه عقد المتقدّم من الوليين وبطلان عقد المتأخّر، والحاصل فإنّ الحكم لا إشكال فيه، والله أعلم بأحكامه.

مسألة

لو تشاحّا الأب والجدّ في تزويج الصغيرة بأن أراد الجدّ تزويجها من رجل وأراد الأب تزويجها من غيره وتنازعا على ذلك فقد صرّح الأصحاب من غير خلاف فيما بينهم بتقديم اختيار الجدّ بل الظاهر اتفاقهم على ذلك بل قد صرّح جماعة من الأصحاب بدعوى الإجماع عليه وهو الحجّة مضافاً إلى الأخبار المصرّح بذلك، منها رواية عبيد بن زرارة قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام: الجارية يريد أبوها أن يزوّجها من رجل ويريد جدّها أن يزوّجها من رجل آخر، فقال: الجدّ أولى بذلك.

وما رواه محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام إلى أن قال: فإن هوى أبوها رجلاً وجدّها رجلاً، فقال: الجدّ أولى بنكاحها.

وعن قرب الإسناد عن عليّ بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام عن رجل أتاه رجلان يخطبان ابنته فهوى أن يزوّج أحدهما وهوى أبوها الآخر، أيها

أحقّ أن ينكح؟ قال: الذي هو الجدّ أحقّ بالجارية لأنّها وأباها للجدّ.

قلت: وذيل الرواية قد اشتملت على الحكمة في تقديم إرادة الجدّ كما قد صرح بها بعض الأصحاب وذلك أنّ الجدّ له ولاية على الأب بعد نقصانه بجنون ومثله وليس للولد ولاية على أبيه إجماعاً وقولاً واحداً. وبالجملة فإنّ الأخبار مصرّحة بتقديم إرادة الجدّ على أب الجارية وإنّ ولايته أقوى وعلى ذلك الإجماع، والله أعلم.

فائدة: حيث عرفت في صورة تشاحّ الجدّ والأب في عقد نكاح الصغيرة قدّم إرادة الجدّ على الأب بقي الكلام في أنّه يجب على الأب الإذعان للجدّ أو يستحبّ أو أنّه حكم وضعيّ بمعنى أنّه عند إرادة الجدّ ترتفع ولاية الأب بحيث لا تبقى له ولاية على ابنته الصغيرة مع إرادة الجدّ زوجاً غير الذي اختاره أبوها، وتظهر الثمرة أنّه لو أراد الجدّ زوجاً وأراد الأب غيره فسبق الأب إلى عقدها بناء على الأوّل أنّه يصحّ العقد وإن فعل حراماً بناء على الوجوب أو خالف السنّة أي الاستحباب، وبناء على الثاني بطل عقده لأنّه مسلوب الولاية ولا ولاية له مع الجدّ، وجوه بل أقوال.

قال فاضل المستند: وليس مرادهم باختياره سقوط ولاية الأب للاتفاق على صحّة عقده لو سبق على الجدّ وعقد فالمراد إمّا وجوب تقديم الجدّ أو استحبابه والأخبار قاصرة عن إفادة الأوّل، فالظاهر هو الثاني أي يستحبّ

للأب ترك التشاح وتفويض الأمر إلى الجدّ، ويشعر في ذلك قوله في آخر الموثقة «ويجوز عليها تزويج الأب والجدّ» بعد تصريحه بولاية الجدّ بل تصرّح به موثقة البقباق فإن هوى أبو الجارية هوى وهوى الجدّ هوى وهما سواء في العدل والرضاء، قال: أحبّ إلى أن ترضى بقول الجدّ، انتهى.

قلت: وما ذكره الفاضل هو الحقّ وإنه لا ترتفع ولاية الأب مع إرادة الجدّ شخصاً آخر لأنّه لم يثبت أنّ من جملة ارتفاع ولاية الأب مخالفته لإرادة الجدّ وقد عرفت سابقاً أنّ الأصحاب أجمعوا أنّ الولاية إنّما ترتفع بالكفر والرقّ والجنون والإغماء ومنها الإحرام أي اذا كان الأب محرماً ولم يعدّوا من موانع الولاية لو خالف إرادة أبيه ارتفعت ولايته، والأخبار بعد ضمّ بعضها إلى بعض يكاد يحصل القطع بعدم إفادتها رفع ولاية الأب في صورة التشاح، نعم غاية ما يستفاده الوجوب أو الندب، والثاني هو الأقرب.

وبالجملة فإنّه لو تشاح الجدّ والأب وسبق الأب إلى عقد الصغيرة صحّ عقده ضرورة أنّه وليّ ولا ريب ولا إشكال بلزوم عقد الولي وإن فعل حراماً أو خالف الاستحباب، والله أعلم.

وقال في الجواهر: إنّ أولوية الجدّ ظاهرة في انتفاء ولاية الأب بل هو المعنى المعروف المستعمل فيه لفظ الأولى في غير المقام، انتهى.

قلت: وفيه ما لا يخفى لأنّ الظاهر من قوله «هو أولى» أي أقدم من الأب

ويتَّضح ذلك من قوله «أحبَّ إليَّ أن ترضى بقول الجدِّ» فإنَّه ظاهر بعدم سلب ولاية الأب وأزيد من ذلك وضوحاً على ما في نسخة التهذيب فإنَّ فيه «أن يرضي الجدِّ» أي الأب يرضي الجدِّ، وهو ظاهر بالاستحباب. وبالجملة فإنَّ الأقوى هو القول بعدم سلب ولاية الأب مع اختيار الجدِّ غير ما اختاره الأب للأصل وغيره، والله أعلم.

مسألة

الظاهر من كلام جملة من الأصحاب أنَّه لو أوقع الوليان - أعني الجدَّ والأب - على الصغير العقد النكاح في زمان واحد بحيث لم يتحقَّق تقدُّم أحدهما على الآخر، قدِّم عقد الجدِّ على الأب بل قد نفى الخلاف عنه جماعة من الأصحاب، بل عن التذكرة الاتفاق عليه، بل عن السيِّدين في الانتصار والغنية الإجماع عليه وهو الحجَّة المؤيِّد بنقل عدم الخلاف مضافاً إلى تصريح الأخبار بذلك كما في صحيحة هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إذا زوَّج الأب والجدَّ كان التزويج للأوَّل، فإن كان جميعاً في حال واحدة فالجدُّ أولى.

قلت: وظهورها لا يكاد يخفى، ولا ريب بأنَّ المراد من قوله «فالجدُّ أولى» التعيّن أي تعيّن ولاية الجدِّ بقرينة الإجماع المنعقد على أولوية الجدِّ أي تعيّن قوله وإنَّ عقد الأب لا أثر له، وإنَّ الأثر إنّما هو لقول الجدِّ كما هو واضح، وبعد هذا لا ينبغي الإصغاء إلى ما ذكره فاضل المستند من التشكيك في المراد من الأولوية

للجدِّ. وبالجملة فإنَّ الظاهر من النصِّ والإجماع هو تقديم عقد الجدِّ على عقد الأب لو وقع العقد منهما في زمان واحد، والله أعلم.

فرعٌ: قال الشهيد في المسالك: فهل يتعدَّى هذا الحكم إلى أب الجدِّ وجدِّ الجدِّ؟ وجهان من زيادة البعد ووجود العلة، ويقوى تقديم الجدِّ وإن علا على الأب فيقدم عقده عليه مع الاقتران لشمول النصِّ له فإنَّ الجدِّ وإن علا يشمل اسم الجدِّ لأنَّه معوّل على الأعلى والأدنى بالتواطئ، وأمّا إقامة الجدِّ مع أبيه مقام الأب معاً فعدمه أقوى لعقد النصِّ الموجب مع اشتراكهما في الولاية وإنَّ الجدِّ لا يصدق عليه اسم الأب إلا مجازاً كما أسلفناه فلا يتناوله النصُّ، ومن جعله أباً حقيقة كما ذهب إليه جمع من الأصحاب يلزمه تعدّي الحكم إليه، ففي الأوّل يبطل العقد لاستحالة الترجيح بغير مرجح واجتماع الضدّين كما لو زوجها الوكيلان وعلى الثاني يقدم عقد الأوّل، انتهى.

قلت: والذي صرح به فاضل الحقائق أنّ الجدِّ وإن علا يقدم عقده على الأب، قال: والجدِّ يطلق عليه الأب حقيقة كما يطلق الابن على ابن ابنه وإن سفل حقيقة فيقدم عقد الأعلى في الصورة التي فرضها، انتهى.

قلت: والأقوى هو عدم تقديم عقد الجدِّ الأعلى على عقد الأب لأنّ الدالّ على أنّ عقد الجدِّ أقدم من عقد الأب وإنَّه أولى هي الأخبار والمتبادر من الأخبار هو الجدِّ الأقرب وهو خصوص أبو الصغيرة دون الجدِّ الأعلى فإنَّه المتيقّن وهو

المتبادر دون الأعلى لا أقلّ الشكّ والأصل عدم ولايته مع الأب، وبالجملة فإنّ المنساق من الأخبار هو خصوص الجدّ الأقرب دون الأبعد فالأدلة لا تشمل الجدّ الأعلى، والله هو العالم.

بيان: اعلم أنّ الكلام في ولاية الجدّ إنّما هو خاصّظّ بالجدّ من قبل الأب، أمّا الجدّ من قبل الأمّ فالظاهر أنّه لا خلاف بين المسلمين أنّه لا ولاية له، فلو عقد عقد النكاح كان فضوليّ وقف صحّة عقده على الإجازة كسائر الأجانب. والحاصل فإنّ الجدّ من قبل الأمّ لا ريب ولا إشكال بأنّه لا ولاية له على الصغير لعدم ولاية من يتوصّل به إلى الصغير، والله أعلم.

مسألة

قال في الحدائق: قالوا: إذا زوّجها الوليّ بالمجنون والخصيّ صحّ ولها الخيار، وكذا لو زوّج الطفل من كغان بها أحد العيوب الموجب للفسخ، ولو زوّجها بمملوك لم يكن لها الخيار إذا بلغت، وكذا لو زوّج الصغير بمملوكه، وقيل بالمنع هنا، انتهى.

قلت: وقد تعرّض لهذه الفروع جماعة من الأصحاب فالكلام يقع في كلّ مسألة مسألة على حدة.

اعلم أنّ المراد من الولي هنا خصوص الولي الإجباري وهو الأب والجدّ وفي شمول هذا الحكم لسائر الأولياء كالحاكم الشرعي والوصي بحث ستقف

عليه إن شاء الله، والحاصل الكلام في الولي الإجباري وهو الأب والجدّ لو عقد للصغيرة على المجنون والخصي صحّ العقد ولها خيار فسخ العقد بعد البلوغ، أمّا صحّحه العقد فالذي يدلّ عليه أنّها لو كانت الصغيرة بالغة عاقلة كاملة فإنّه لا ريب ولا إشكال بأنّها لو تزوّج بالمجنون والخصي فكان الولي بمنزلتها فيصحّ العقد والفرض أيضاً أنّه لا ضرر عليها بالعقد لمكان ثبوت الخيار وهو واضح ولأنّ المانع من التزويج إنّما هو أمور محصورة التي منها بغير الكفو والفرض أنّ كلّ واحد من المذكورين كفو ضرورة أنّ الجنون والخصي لا تنافي الكفاءة كما هو واضح كلّ ذلك مؤيّد بأصالة الصحّة كما هو لا يخفى، فمن هذا كلّه ثبت صحّة العقد.

وأما ثبوت الخيار لها بعد بلوغ - أي الخيار - في بين فسخه وإمضائه فثبت بقاعدة الضرر فلا بدّ من جبره بالخيار وبكلّ ما دلّ من الأخبار على فسخ العقد بأحد العيوب ولا ريب بأنّ الجنون والخصي فتشمله أدلّة الفسخ بالعيب وهو واضح.

قلت: هذا كلّه بناء على القول المنصور من جواز عقد الولي وإن لم يراعي المصلحة، أمّا لو قلنا بالقول الآخر وهو اشتراط عقد الولي بالمصلحة كان عقد الولي فضوليّ يقف على إجازة الصغير بعد بلوغه والظاهر كما تقدّم أنّ عقد الولي الإجباري لازم وأن يراعي المصلحة، والله أعلم.

المسألة الثانية: لو زوّج الولي الطفل بمن بها أحد العيوب فإنّه يصحّ العقد ويثبت له خيار فسخ العقد بعد البلوغ كما قلناه في عقد الصغيرة بالمجنون والخصي فلاحظ وتأمل ولكن اعلم أنّ هذا كلاًّ إنّما يجري في خصوص الصغير الحرّ أمّا لو زوّج المولى أمته الصغيرة بالمجنون والخصي أو زوّج الطفل المملوك بمن بها عيب الظاهر أنّه بعد البلوغ ليس لهما الفسخ لقاعدة «الناس مسلّطون على أموالهم» نعم لو انعتقا الظاهر ثبوت خيار فسخ العقد، والله أعلم.

المسألة الثالثة: لو زوّج الولي الصغيرة الحرّة بمملوك، قال في الشرايع: لم يكن لها الخيار.

قال الشهيد في المسالك بعد عبارة المحقّق: لما كانت الكفاءة عندنا غير مشروطة بالحرية وليست الرقية من العيوب المجوّزة للفسخ صحّ للمولى أن يزوّج ابنت من مملوك لتحقق الكفاءة ولا خيار لها بعد البلوغ لعدم العيب، انتهى.

قلت: وهو لا ريب فيه لانتفاء سبب ثبوت الخيار في فسخ العقد كما هو واضح.

المسألة الرابعة: لو زوّج الولي الطفل لمملوكه فهل له خيار فسخ العقد بعد البلوغ أم لا؟ وجهان بل قولان، والكلام في هذه المسألة يأتي تفصيله في محله عن قريب إن شاء الله تعالى.

مسألة

قال المحقق في الشرايع: لا يجوز نكاح الأمة إلا بإذن مالكها، ولو كان امرأة في الدائم والمنقطع وقيل يجوز لها أن تتزوج متعة إذا كانت لامرأة من غير إذنها والأول أشبه، انتهى.

أقول: هنا مسألتان:

الأولى: إنه لا يجوز نكاح الأمة إذا كانت للذكر في الدائم والمنقطع إلا بإذن مالكها وهو المعروف من مذهب الأصحاب بل عليه الإجماع محصل ومنقول بل الظاهر أنه لا خلاف فيه بين المسلمين كافة بل هو من ضروريات المذهب أو الدين. وبالجملة فإن الحكم مسلم لا ريب فيه ويدل عليه من الكتاب الشريف قوله تعالى: ﴿ وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ مِنْكُمْ طَوْلًا أَنْ يَنْكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِنْ مِمَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ مِّنْ فَنِيَاتِكُمُ الْمُؤْمِنَاتِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ بِإِيمَانِكُمْ بَعْضُكُمْ مِنْ بَعْضٍ فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ ﴾ .

قلت: ولا ريب أن لازم الأمر بالإذن من أهلهن في نكاحهن عدم جوازه بغير الإذن والظاهر أن مثل هذا المفهوم حجة كما لا يخفى. وأما السنة فهي كثيرة، منها عن داود بن الحصين عن أبي العباس قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوج بغير إذن أهلها، قال: يجرم ذلك عليها وهو الزناء.

وما رواه الصدوق عن أبي العباس البقباق قال، قلت لأبي عبد الله عليه السلام:

يَتَزَوَّجُ الرَّجُلُ بِالْأُمَّةِ بِغَيْرِ عِلْمِ أَهْلِهَا؟ قَالَ: هُوَ الزَّوْنَاءُ، إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ: ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾.

وما روي عن الفضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوّج بغير إذن موالها، قال: يحرم ذلك عليها وهو الزناء.

وعش أبو بصير قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة، قال: لا يصلح نكاح الأمة إلا بإذن مولاها.

إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الصحيحة الدالة على حرمة الزواج بالأمة بغير إذن مولاها وإن كان منقطعاً كما في رواية ابن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال: لا يتمتع بالأمة إلا بإذن أهلها. وهي صريحة بالدعوى بعد كون المراد بالتمتع هو خصوص النكاح المنقطع مضافاً إلى ذلك كله حرمة التصرف في مال الغير بغير إذنه كما هو واضح، وحيث وقفت على جميع ما ذكرناه تعرف أن المسألة خالية عن الإشكال، والله أعلم بالأحكام.

المسألة الثانية: في تزويج الأمة نفسها منقطعاً بغير إذن مولاتها. فقد اختلف بها الأصحاب على قولين:

القول الأوّل وهو عدم الجواز وهو القول المعروف بين الأصحاب بل هو المشهور فيما بينهم وقد نصّ على دعوى الشهرة جماعة من الأصحاب بل عن ابن إدريس دعوى عدم الخلاف حيث قال: ولا بأس للرجل أن يتمتع بأمة

غيره بإذنه وإن كانت الأمة لامرأة فكذلك ولا يجوز نكاحها ولا العقد عليها إلا بإذن مولاتها بغير خلاف إلا رواية شاذة رواها سيف بن عميرة أوردها شيخنا في نهايته ورجع عنها في جواب المسائل الحائريّات، انتهى.

قلت: بل يمكن دعوى الإجماع على عدم الجواز لعدم القدر بدعوى الإجماع بمخالفة الشيخ لمعلومية نسبه والعلم بمستنده وكيف كان فإنه لم نعثر على مخالف في المقام إلا الشيخ في النهاية وقد سمعت دعوى رجوعه عن هذا القول في المسائل الحائريّات، والذي يدلّ على القول بعدم الجواز أعني قول المشهور:

الأوّل: الأصل أعني حرمة التصرف بهال الغير من غير إذنه وهذا الأصل ثابت شرعاً وعقلاً فلا محيص عن التمسك به.

الثاني: عموم وإطلاق الكتاب والسنة فإنه لا ريب ولا إشكال بأنّ قوله ﴿فَأَنْكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ يشمل الأمة المملوكة للآمرة وبها تتمّ الدعوى وكذلك الأخبار التي سطرناها سابقاً الناطقة بعدم جواز نكاح أمة الرجل بغير إذنه فإنه لا يشكّ بشمولها لما نحن فيه. وبالجملة فإنه لا ريب ولا إشكال بعدم الجواز كما هو واضح.

حجّة القول الثاني - أعني القول المحكي عن الشيخ في النهاية - ما رواه سيف بن عميرة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس أن يتمتع بأمة المرأة بغير إذنها.

وروى سيف أيضاً عن علي بن المغيرة عن الرجل يتمتع بأمة امرأة بغير إذنها، قال: لا بأس.

ورواها سيف أيضاً عن داود بن فرقد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الرجل يتزوج بأمة بغير إذن مواليها، فقال: إن كانت للمرأة فنعم، وإن كانت للرجل فلا.

قلت: أمّا الأدلة فالظاهر أنّها غير قاصرة عن إفادة الدعوى لكن قال الشهيد في المسالك بعد ذكر ما ذكرناه من الرواية: وهذه الرواية مع مخالفتها لأصول المذهب ولظاهر القرآن مضطربة السند فإن ابن عميرة تارة يرويها عن الصادق عليه السلام بغير واسطة وتارة بواسطة علي بن المغيرة وتارة بواسطة داود بن فرقد، واضطراب السند يضعف الرواية وإن كانت صحيحة فكيد بمثل هذه الرواية، انتهى.

قلت: وأحسن ما يقال في ردّ الشهيد ما قاله سبطه السيّد صاحب المدارك في شرحه على النافع بعد أن نقل ما ذكرناه عن جدّه الشهيد: أقول: في تسمية اختلاف الواقع في السند على هذا الوجه اضطراباً نظراً، نعم ما ذكره من مخالفتها لظاهر القرآن وهو قوله ﴿فَأَنكِحُوهُنَّ بِأَذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ فَإِنَّهُ بِإِطْلَاقِهِ شَامِلٌ لِلذَّكَرِ وَالْأُنْثَى .. إلى آخر كلامه.

أقول: فإنّ طرح هذه الرواية لا ينبغي التوقف فيه لما ذكر من مخالفتها

للدليل العقلي وهو حرمة التصرف بهال الغير بغير إذنه، وثانياً فإنها غير قابلة لتقييد الكتاب الشريف الناطق بعدم جواز النكاح للأمة بغير إذن أهلها الشامل للمرأة قطعاً على أنّ هذه الرواية قد أعرض عنها مشهور الأصحاب ولا ريب أنّ إعراض المشهور مسقط لها عن درجة الاعتبار فلا يمكن التمسك بها بحكم مخالف للقواعد العقلية والكتاب الشريف على أنّه قد سمعت أنّ فاضل السرائر قد رماها بالشذوذ ولا ريب أنّه لا عامل بها أحد من الأصحاب بعد رجوع الشيخ في المسائل الحائريّات، فمن هذا لا ينبغي التوقف بطرحها.

واعلم أنّه قد التزم بعض الأصحاب في وجوبها وإرجاعها لما عليه المشهور وقد أكثروا فيها القيل والقال وقد أعرضنا عن ذكره لقلّة الفائدة فيه، لأنّه إنّ تمّ لا يزيدنا وثوقاً بما عليه المشهور.

والحاصل فإنّه قد ثبت من مجموع ما ذكرناه لا يجوز تزويج بأمة الغير سواء كانت الأمة لرجل أو امرأة، وسواء كان النكاح دائم أو منقطع، تمسكاً بما عرفت.

واعلم أنّه لا فرق في الحرمة بين الأمة الكبيرة أو الصغيرة، ولا بين كون مالكتها كبيرة أو صغيره كما هو واضح. نعم لو أذن وليّ الطفلة في نكاح أمّتها مع مراعاة المصلحة الظاهر يجوز النكاح ضرورة أنّ الوليّ له النظر في مصالح المولى عليه ومن جملة تزويج جاريتها، والله أعلم.

مسألة

قد عرفت فيما سبق أنّ الوليّ كآب والجدّ له أن يعقد للصغير عقد النكاح، فلو عقد الوليّان الإيجابيّان عقد النكاح بين الصبي والجارية ثمّ مات أحدهما وهو صغير ورثه الآخر. قال في المسالك: هذا هو المشهور، وفي الحدائق: على الأشهر الأظهر، وقال في الجواهر: بلا خلاف فيه في الصبيّة بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، بل حكي عدم الخلاف عن فاضل السرائر والرياض.

قلت: والظاهر أنّ الحكم المزبور لا ريب فيه ضرورة أنّه يصدق عليهما زوجان أي الصبيّ زوج والصبيّة زوجة، ولا ريب أيضاً بشمول أدلّة ميراث الزوج للزوجة لو ماتت، وميراث الزوجة للزوج لو مات ولا يقدر في ذلك عدم الدخول بعد العقد وحصول الزوجيّة بينهما كما هو واضح، مضافاً إلى هذا كلّ الأخبار الواردة في خصوص المقام، منها صحيح محدّد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في الصبيّ يتزوّد الصبيّة يتوارثان، فقال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجتهما فنعم. قلت: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.

وما رواه عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن الصبيّ يتزوّد الصبيّة هل يتوارثان؟ فقال: إذا كان أبواهما اللذان زوّجتهما فنعم. قلت: يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.

وما رواه زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في الصبيّ يتزوّد الصبيّة، قال: إن كان

أبوها اللذان زوّجها فنعّم. قلنا: فهل يجوز طلاق الأب؟ قال: لا.

قلت: وهذه الأخبار كما تراها من وضوح الدلالة على الدعوى وهذا كلّ تعرف أنّ الحكم المزبور لا ريب فيه نصّاً وإجماعاً.

فرع: لو عقد للصغيرين الأجنبيّ فمات أحدهما الصاهر أنّه لا ريب ولا إشكال بأنّه لا توارث بينهما ضرورة عدم حصول الزوجيّة الموجبة للإرث بعقد الأجنبيّ وإنّما تحصل الزوجيّة الموجبة لذلك لو بلغا فأجازا العقد لأنّه عقد فضوليّ لا يثبت إلّا بعد الإجازة، والظاهر أنّ الحكم لا ريب فيه وبذلك أخبار مصرّحة تركنا ذكرها لوضوح الحكم، والله هو العالم.

مسألة

لو عقد الفضوليّان على الصغيرين عقد النكاح وبلغ أحدهما وأجاز العقد كان العقد لازماً من جهته وكان من جهة الآخر متوقفاً على الإجازة، ولو فرض موت المجيز أولاً الذي بلغ وبلغ الآخر فأجاز العقد فالذي صرح به جملة من الأصحاب أنّه لا يعطى الميراث حتّى يحلف أنّه ما كانت إجازته طمعاً في الميراث وإنّه لو كان الآخر صبيّ لرضي بتزويجه فإذا حلف أعطي نصيبه من الميراث.

قلت: والظاهر أنّ الأصل في هذه الأحكام رواية أبي عبيدة الحذاء، قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوّجها وليّان لهما وهما غير مدركين،

فقال: النكاح جائز وأبهما أدرك كان له الخيار فإن ماتا قبل أن يدركا فلا ميراث بينهما ولا مهراً إلا أن يكون قد أدركا ورضيا. قلت: فإن أدرك أحدهما قبل الآخر؟ قال: يجوز ذلك عليه إن هو رضي. قلت: فإن الرجل الذي أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية أثرته؟ قال: نعم يعزل ميراثه منه حتى تدرك فتحلف بالله ما دعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر. قلت: فإن ماتت الجارية ولم يكن أدركت أيرثها الزوج المدرك؟ قال: لا لأن لها الخيار إذا أدركت. قلت: فإن أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك. قال: يجوز عليها تزويج الأب على الغلام والمهر على الأب للجارية.

قلت: واعلم أولاً أن المراد من الوليين هنا هما الوليان العرفيان كالعم والأخ وغيرهما من العصبة لأنه لو كان المراد الوليان الإيجابيان لم يكن للصغير الخيار بالعقد بل يلزم العقد إجماعاً رضي الصغير أم لا. وبالجملة فإن الرواية كما تراها من وضوح الدلالة وصحة سندها كما نص عليها بعض الأصحاب ولا ينافي تضمّنها نصف المهر بالموت وهو خلاف الإجماع لأن الإجماع منعقد على وجوب تمام المهر بالموت دخل بها أم لم يدخل، ونصف المهر إنما يكون بالطلاق ولا ريب أن كيف كان فإن اشرواية المزبورة قد أخذها الأصحابو عملوا بمضمونها كما لا يخفى فهي حجة على الدعوى فلا محيص عن الأخذ بها فلا يعطى الميراث حتى يحلف كما هو منطوق الرواية.

بقي في المقام فروغ:

الفرع الأوّل: لو زوج الفضوليّان الكاملين الراشدين فما أحدهما قبل القبول ثم قبل الآخر فهل يجري الحكم المزبور بأن يرث حصّته بعد أن يحلّف أم لا يجري الحكم في حقّهما؟ وجهان:

الأوّل: هو جريان الحكم للمساوي في المعنى لأنّ العقد الواقع بينهما فضوليّاً ولا مدخل للصغير والكبير في ذلك فكما يجري في الصغيرين لو عقد لهما الوليّان العرفيّان أو غيرهما يجري في الكبيرين كذلك.

الثاني: عدم جري الحكم المزبور لأنّ الحكم بصحّة العقد إذا مات أحد المعقود عليهما بعد إجازته وقبل إجازته الآخر على خلاف الأصل لأنّ الإجازة جزء السبب ولم تحصل بعد وحينئذ فيحكم ببطلان العقد، فكما أنّه يبطل العقد لو مات أحد المتعاقدين قبل القبول كذلك يبطل بموت أحد المتعاقدين قبل تحقّق العقد الذي يترتب عليه أثر.

قال فاضل الحقائق: وإلى هذا الوجه مال في المسالك ونحوه سبطه السيّد السند في شرح النافع وغيرهما، والظاهر أنّه المشهور بينهم وهو الأنسب بقواعدهم.

قال المحقّق الثاني في شرح القواعد: فإن قيل إنّ هذا إنّما يستقيم على القول بأنّ الإجازة في الفضولي جزء السبب أمّا على القول بأنّها كاشفة فلا،

لأنَّ الإجازة تكشف سبق النكاح على الموت فكيف لا يثبت الإرث؟ قلنا: قد عرفت أنَّ الإجازة وحدها لا تكفي في ثبوت العقد إذ لا يتحقَّق النكاح بمجردَها بل لابدَّ من اليمين وثبوت الإرث مخالف للأصل فلا يتعدَّى مورده وهذا وجه القرب وهو المفتى به، انتهى.

الفرع الثاني: لو كان العاقد على الصغيرين أحدهما الولي الإجباري كما لو كان الأب أو الجدّ، والثاني الفضولي، فمات من عقد له الولي أولاً قبل بلوغ الآخر فهل يجري الحكم المذكور هنا بأن ينتظر الآخر إلى بلوغه فإن أجاز النكاح وحلف أخذ نصيبه من الإرث أم لا؟ وجهان:

الأول: إنَّه لا يثبت الحكم هنا ضرورة أنَّه خلاف النصِّ لأنَّ النصَّ إنَّما هو في خصوص الفضولين وقد عرفت هنا أنَّ أحد العاقدين الولي ولا ريب أنَّ ثبوت الإرث باليمين مخالف للأصل فيقتصر فيه على مورد النصِّ خاصّة.

الثاني: ثبوت الإرث في الصورة المذكورة والظاهر أنَّه اختاره الشهيد في المسالك، قال: لأنَّ هذا لا يزيد على مورد النصِّ إلَّا بلزوم أحد الطرفين وكون المزوَّج الولي وهذا لا دخل له في الفرق بل الحكم فيه أولى لأنَّ الجائز من الطرفين أضعف حكماً من اللازم من أحدهما فإذا ثبت الحكم في الأضعف ثبت في الأقوى.

قلت: وحكي عن العلامة والمحقق الثاني اختيارهما ما عليه الشهيد. قلت:

والإنصاف أن هذه التعليقات عليّة لا يثبت حكماً شرعياً فلا بدّ من الرجوع إلى خصوص مورد النصّ وهو كونها صغيرين وإنّ العاقد لهما فضوليّان فإنّه لو مات أحدهما عزل من ميراثه نصيب الآخر وبعد البلوغ والرشد يحلّف أنّه ما كان قبوله للنكاح طمعاً في الميراث، ضرورة أنّ الإرث خلاف الأصل فلا بدّ من الاقتصار على مورد النصّ كما هو واضح.

الفرع الثالث: لو عقد الفضوليّان على الصغيرين فبلغ أحدهما ومات الآخر قبل البلوغ، الظاهر أنّه لا خلاف بعدم الإرث لعدم حصول الزوجيّة الموجبة لذلك حتّى لو أجاز البالغ ضرورة أنّ إجازته إنّما يكون العقد من جهته لازماً أمّا من الآخر فلا، والحاصل لا ريب بعدم الإرث في خصوص الصورة المذكورة، والله أعلم.

الفرع الرابع: لو عقد البالغان عقد النكاح وكان أحدهما عقد لنفسه مباشرة والثاني عقد عنه الفضولي فمات من عقد لنفسه فهل يرثه الثاني بعد تحليفه؟ الظاهر لا للأصل ولأنّه عالم يصدق أنّه زوج قبل الإجازة فلا يرث والنصّ لم يشمل ضرورة أنّ ورود النصّ إنّما هو في خصوص الصغيرين لو عقد لهما الفضوليّان، ولكن مع هذا فإنّ الشهيد في المسالك قال فيه وجهان، قال: ولو كانا بالغين ولكن زوج أحدهما الفضولي والآخر أوقعه لنفسه أو كان أحدهما بالغ والآخر صغير فأوقع له الولي ففي انسحاب الحكم الوجهان السابقان من تعدّي صورة النصّ ومن الأولويّة بلزوم أحد الطرفين فيكون أقوى كالسابقة

وإن كانت أبعد من جهة الخروج عن المنصوص في كونها معاً صغيرين ويظهر منهم الجزم في الحكم في هذا أيضاً.

قلت: بل لا ريب بوجوب التمسك في خصوص مورد النص والتعدي عن النص لبعض هذه التعليقات العلية لا وجه له كما هو واضح فلا تراث بينهما ولا مهر ما لم تحصل الإجازة من الطرفين وتصدق الزوجية الموجبة لهما، والله أعلم.

الفرع الخامس: لو عقد الفضوليّان على الصغيرين فبلغا فأجاز الغلام وسكتت اشلجارية بعد علمها بالعقد الظاهر لزوم عقد النكاح من الطرفين ويتوارثان ويجب المهر لما علمت من أنّ سكوت الباكر رضاها وهو شامل لما نحن فيه قطعاً فترتب أحكام الزوجية، والله أعلم.

الفرع السادس: لو عقد الفضوليّان على الصغيرين فمات قبل البلوغ فلا ريب ولا إشكال بعدم الإرث لعدم حصول الزوجية الموجبة لذلك كما لا يخفى.

الفرع السابع: لو عقد الفضوليّان على الصغيرين فبلغ أحدهما فرضي بالعقد ثم مات وبلغ والآخر فردّ العقد فالظاهر أنّه لا ريب ولا إشكال بعدم الإرث لعدم حصول الزوجية وقبول الأوّل لا أثر له ما لم يقبل الآخر كما هو واضح، والله أعلم.

الفرع الثامن: ظاهر النصّ والفتوى أنّه لو لم يحلف المتأخّر على رضاه بالتزويج لا ميراث ضرورة أنّ استحقاق اششلميراث متوقّف على اليمين ولو فرض أنّ اليمين تأخّرت إمّا لمرض أو جنون أو إغماء عزل ميراثه إلى وقت حلفه فإن حلف أخذ ما عزل له من الميراث وإن لم يحلف فلا ميراث. نعم لو طالّت المدّة بأن كان البرء م العارض ما يوس أو كان التأخير فيه ضرر.

قال في الحدائق: لا يبعد جاز دفعه إلى الوارث مع ضمانه لو ظهر استحقاق الحالف فإنّ في ذلك جمعاً بين الحقيين.. إلى آخر كلامه.

الفرع التاسع: لو كبر الصغير وأجز عقد النكاح ومات قبل أن يحلف فهل يستحقّ الإرث أم لا؟ وجهان.

قال في الحدائق في ثبوت الإرث لأنّه دائر مع العقد الكامل والعقد هنا قد كمل بالإجازة من الطرفين فوجب أن يثبت الإرث ولا يسقط بعدم اليمين، انتهى.

أقول: أمّا تحقّق الزوجيّة بالعقد والإجازة فلا ريب بذلك، وأمّا ثبوت الإرث فلا ضرورة أنّ الإرث في خصوص المقام علّقه الشارع على اليمين فلو لم يحلف لا إرث وإن كانت الزوجيّة ثابتة ضرورة لا تلازم بين ثبوت الزوجيّة والإرث فإنّ الشزوج القاتل لزوجته لا يرثها مع أنّه زوج بلا ريب ومن هنا استشكل العلامة في الإرث.

قال في القواعد: فإن مات بعد الإجازة وقبل اليمين فإشكال.

قلت: بل الإنصاف الجزم بعدم الإرث لما عرفت، والله أعلم.

الفرع العاشر: لو علم أن لا تهمة في إجازته للعقد وإنه قد أجاز لا للطمع في الميراث أو كان ما يلزمه من المهر بعد الحلف بمقدار ما يرثه بحيث لم تحصل له فائدة في الميراث فهل مع هذا يتوقف ميراثه على اليمين أم لا؟ وجهان:

الأول: إنه يرث لارتفاع فائدة اليمين لأن العلة في الميراث هي التهمة وقد عرفت أنه لا تهمة فلا يمين.

والثاني: وجوب اليمين تمسكاً بإطلاق النصّ والفتوى بأن الإرث متوقف على اليمين، واختار هذا الوجه في الحدائق، قال: ويؤيده أن علل الشرع ليست عللاً حقيقة يدور المعلول مدارها وجوداً وعدمًا بل هي معرّفات وبيان لوجه الحكمة ولا يجب اطّرادها في جميع المعلول بل يكفي وجودها في الأغلب، انتهى. وبالجملة فإن الميراث معلق على اليمين فلو لم يحلف لا إرث له، وإن علم عدم التهمة تمسكاً بالنصّ المذكور.

واعلم أن هناك صور تعرّض لذكرها الأصحاب وقد أعرضنا عن ذكرها لأنه طول بلا طائل ضرورة أن المدار ما دلّ عليه النصّ من أن المزوج فضوليّان وهما معاً صغيرين وإنه بلغ أحدهما فأجاز ثم مات وبلغ الآخر فرضي بالعقد فإنه لا يأخذ ميراثه إلا أن يحلف فلو اختلف في مورد من الموارد وخرج عن مورد النصّ فلا يجري فيه الحكم المذكور كما هو واضح، والله أعلم.

مسألة

قال المحقق في الشرايع: إذا أذن المولى لعبده في إيقاع العقد صحّ واقتضى الإطلاق الاقتصار على مهر المثل، فإن زاد كان الزائد في ذمته يتبع به إذا تحرّر ويكون مهر المثل على مولاه، وقيل في كسبه، والأوّل أظهر، وكذا القول في نفقتها، انتهى.

أقول: لا ريب ولا إشكال بأنّ العبد إذا أذن له مولاه في إيقاع عقد النكاح صحّ العقد ضرورة أنّ العبد غير مسلوب العبارة، غاية ما في الباب أنّ تصرّفاته لا تمضي إلّا بإذن سيّده فإذا أذن له سيّده ارتفع ششالمنع فجميع عقود المأذون بها من قبل مولاه تصحّ بلا ريب ولا إشكال في ذلك من خلاف فيه وحيث ثبت ذلك فهنا صور:

الصورة الأولى: إنّ المولى عيّّن لعبده زوجة خاصّة وعيّن له المهر فإنّه لا ريب ولا إشكال بعدم جواز تحطّيه إلى زوجة غيرها سواء كان أشرف منها أو أقلّ أو مساوية، ضرورة أنّه في غيرها غير مأذون فيكون عقد فضوليّ موقوف على إجازة مولاه كما سمعت من جواز عقد الفضولي، أمّا على القول الثاني فهو باطل. والحاصل لو تعدّى في الزوجة أو المهر وقف على الإجازة بلا ريب.

الصورة الثانية: أن يطلق المولى الإذن في التزويج بأن قال له مولاه: تزوّج من شئت، فإنّ الإطلاق يقضي بالإذن بزواج الحرّة والأمة الشريفة أو الوضيعة

بمهر المثل أو بدونه، وقد صرّح بذلك جماعة من الأصحاب بل الظاهر أنّه لا خلاف فيه ضرورة أنّ الإطلاق له بالإذن بالزواج يفضي بمن شاء من النساء. نعم الظاهر أنّه ليس له الخروج عن بلد سيّده إلّا بإذنه لأنّ الإذن بالزواج لا دلالة فيه على الإذن بالخروج عن البلد قطعاً فتبقى حرمة تصرّفه بأفعاله من غير إذن سيّده بحالها.

قال العلامة في التذكرة كما حكى عنه: وإذا أطلق الإذن تناول الإذن الحرّة والأمة في تلك البلد أو في غيره إلّا أنّه ليس له الخروج إلى غير بلد مولاه إلّا بإذنه، قال: وربّما استشكل ذلك من حيث اقتضاه تسلّط العبد على من يريدها مع تفاوت المهر للقلّة والكثرة تفاوتاً فاحشاً وإيجاب ما يختاره العبد على السيّد بالإذن المطلق وإن كثر.

قلت: والظاهر أنّ السيّد يجب عليه دفع المهر وإن كثر وتجاوز مهر المثل ضرورة أنّ إطلاق الإذن بالمهر تنازل ما كان زائداً على مهر المثل فالضرر الذي حدث على السيّد إنّما كان هو مستنده فيجب عليه كما لا يخفى.

ويمكن أن يقال: إنّ المولى لو أطلق الإذن بالمهر لزمه مهر المثل خاصّة دون الزائد لأنّه المتبادر من الإطلاق وينصرف إلى مهر المثل فلا يلزم السيّد أزيد من مهر المثل لأنّه المأذون فيه فقط والزائد يكون بذمّته أي ذمّة العبد يستتبع به بعد العتق. نعم لو أطلق له الإذن بالزواج وقيد المهر كان من حيث الزوجة مطلق ومن حيث المهر فإنّه لا يجوز له التجاوز في المهر عمّا عيّن له سيّده وهو واضح.

ويمكن أن يقال بصحة العقد بما زاد على ما عين له مولاه بأن يكون على مولاه ما عينه له والزائد في ذمة العبد يستتبع به بعد عتقه لأن النكاح كان مأذوناً فيه من قبل مولاه فهو صحيح وزيادة المهر لا توجب بطلان العقد المأذون فيه وهذا الوجه لا بأس كما لا يخفى، أمّا لو علمت الزوجة أنّ العبد مأذون في الزواج ولكن لم يأذن له في المهر وعقد عليها بمهر فإنّ العقد لا ريب بصحته ولكن لا مهر لها لأنّها أقدمت على التزويج من غير مهر كما هو واضح.

الصورة الثالثة: أن يأذن المولى لعبده في تزويج امرأة بعينه ويطلق الإذن في المهر، قال الشهيد في المسالك: ولا يجوز له التحضي إلى غير المعيّنة فيكون فضولياً وينصرف الإطلاق إلى مهر المثل أو أقلّ فإن زاد تبع بالزيادة كما مرّ، انتهى.

قلت: ويشكل في خصوص انصرافه إلى مهر المثل بل يمكن أن يقال إنّ الإطلاق في المهر يتناول ما كان أزيد من مهر المثل والضرر الحادث على السيّد إنّما هو بتسببيه فيلزمه لآفة هو الذي أدخل على نفسه الضرر.

الصورة الرابعة عكس الثالثة بأن عين المولى قدر المهر ويعلّق الإذن في المرأة فإنّ الإطلاق في الإذن في المرأة له أن يختار من يشاء من النساء ولا يتجاوز في المهر على ما عينه له مولاه، فإن تجاوز كان في الزائد فضولياً فإنّ أجاز المولى له ذلك وإلا كان بذمة العبد يتبع به بعد العتق، وإن كان التجاوز بمقدار مهر المثل

كما لو عيّن له المولى أقلّ من مهر المثل فتجاوز العبد إلى مهر المثل، أمّا لو تجاوز مهر المثل فقد عرفت أنّه لا ريب بعدم لزوم المولى بشيء عدا مهر المثل والزائد على العبد.

واعلم أنّه في جميع الصور التي خالف العبد مولاه وتجاوز المأذون فيه في المهر فإنّ الزائد على ما عيّنه مولاه يكون بدمّة العبد والعقد صحيح ضرورة أنّ العقد كان مأذوناً فيه فهو صحيح وتجاوزه في المهر لا يقدر في العقد لأنّ العقد هو إيجاب وقبول وكان مأذون فيه من قبل المولى فزيادة المهر على ما عيّنه المولى أو فلتته لا تقدر في العقد، والله أعلم.

إيضاح: اعلم أنّ المولى لو زوّج عبده لزم المولى من المهر المسمّى وإن أذن له في الزواج فتزوّج كان على مولاه مهر المثل وإن عيّن له المهر كان عليه ما عيّنه، والظاهر أنّ هذا لا إشكال فيه إنّما الخلاف والإشكال في نفقة زوجة العبد فهل هي على المولى أم على العبد؟

أقول: الأوّل أنّ النفقة على المولى وهذا القول هو أحد قولَي الشيخ بل ذهب إليه جماعة من الأصحاب كما حكي عن المقداد في التنقيح والعلامة في الإرشاد والشهيد في المسالك والمحقّق الثاني وغيرهم جماعة بل في الحدائق وغيرها هو المشهور بين الأصحاب.

القول الثاني: أنّ النفقة على العبد وتكون في تكسّبه وإن لم يكن له تكسّب

تتعلّق في رقبته وهذا القول هو المحكي عن الشيخ في المبسوط، قال فيه: إذا تزوّج العبد بإذن سيّده فالنكاح صحيح، وإن سمّي مهراً لزم ذلك المسمّى، فإذا أمكنته من الاستمتاع وجبت النفقة لأنّها تجب في مقابلة التمكين ويكون إذن السيّد في التزويج إذن في اكتساب المهر والنفقة فإذا تقرّر أنّها يجبان فأين تجب لم يخل العبد عن ثلاثة أحوال: إمّا أن يكون مكتسباً، أو مأذون له في التجارة، فإذا كان مكتسب وجب ذلك في كسبه وعليه أن يرسله ليلاً ونهاراً ليكتسب بالنهار ما يجب عليه ويستمتع ليلاً لأنّه لما أذن له فيه كان المقصود فيه تحصيل الاستمتاع فإن اختار السيّد أن يتكفّل بمثونته ومثونة زوجته فله أن يستخدمه لما شاء فإذا ثبت أنّ وجوبه في كسبه فإنّها يلزمه فيما يستأنف من الكسب لا فيما مضى، فإن لم له كسب قال قوم تتعلّق برقبته لأنّ الوطئ في النكاح بمنزلة الجناية. ومنهم من قال: تتعلّق بدمته لأنّه حقّ لزمه باختيار من له الحقّ فكان بدمته كالقرض، والأوّل أليق، انتهى.

القول الثالث: التفصيل وهو خيرة ابن حمزة في وسيلته حيث قال: فإن تزوّجها العبد بإذن مولاه صحّ العقد ولزم المهر سيّده والنفقة إن كان العبد غير مكتسب، وإن كان مكتسباً كان سيّده مخيراً إن شاء أنفق عليها من غير كسبه وإن شاء من كسبه، فإن عجز كسبه عن النفقة كان على السيّد إتمامها، انتهى.

حجّة القول الأوّل كما نصّ عليها جملة من الأصحاب منها ما نصّ عليها

الشهيد في المسالك، قال: لأن الإذن في النكاح تستلزم الإذن في توابعه ولو ازمه كما لو أذن له في الإحرام بالحج فإنه يكون إذاً في توابعه من الأفعال وإن لم يذكر ومع تعي المهر أولى وحيث كان المهر والنفقة لازمان للنكاح والعبد لا يملك شيئاً وكسبه من جملة أموال المولى كان الإذن فيه موجباً للالتزام ذلك من غير أن يتقيّد بنوع من ماله كباقي ديونه فيتخيّر بين بذله من ماله ومن كسب العبد إن وفي به وإلا وجب عليه الإكمال، انتهى.

قلت: وظاهره بل صريحه أن النفقة تلزم المولى مع إذنه له في النكاح وحكي أن كاشف اللثام أورد عليه بأن قال: الإذن في النكاح لا يستلزم تعليق لازم في الذمة وإنما يستلزم الإذن في لازمه في الكسب، وفيه أن العبد ليس له ذمة يتعلّق فيها حق ماليّ تستقلّ به مضافاً إلى أنه لو كان الإذن بخصوص الاكتساب كان ما يكتسبه لمولاه أيضاً لأنّ العبد لا يملك فيكون الإنفاق من اكتساب العبد أيضاً من مال المولى كما هو واضح.

وبالجملة فإنّ العقل يحكم أنّ الإذن في الشيء إذن في لوازمه ومن لوازم الإذن في النكاح وجوب النفقة على المولى، والظاهر أنّه لا إشكال فيه. نعم لا فرق بين أن يكون من مال المولى أو من المال الذي اكتسبه العبد لأنّه لمولاه كما أنّه لا فرق بين أن ينفق المولى من ماله أو من مال العبد الذي اكتسبه كما لو كان عند الشخص مالان فله أن ينفق من أيّ مال شاء. والحاصل فإنّ العبد ليس له ذمة صالحة للاستقلال وإلا لكان المهر في ذمته، والظاهر أنّه لم يقل به أحد.

ويمكن أن يقال: إن النفقة تكون على العبد ولكن يستتبع بها بعد العتق ولكن لم يذهب إليه أحد كما اعترف به بعضهم بل يمكن استفادة كون النفقة على المولى من بعض الأخبار كما في خبر علي بن حمزة عن أبي الحسن عليه السلام في رجل زوج مملوكاً له من امرأة حرة على مائة درهم ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها، قال عليه السلام: يعطيه سيده من ثمنه نصف ما فرض لها، إنما هو بمنزلة دين استدانه بإذن سيده.

وتقريب الاستدلال بهذه الرواية أنه وجب إعطاء المولى نصف المهر في صورة الفرض لأنه بمنزلة دين استدانه العبد لسيده فهو في ذمة السيد فكذلك النفقة لعدم القول بالفصل كما قيل.

والحاصل فإنه لا ينبغي التوقف بأن إذن السيد لعبد في النكاح إذن في جميع لوازمه، والله أعلم.

حجة القول الثاني ما سمعتها في طي كلام الشيخ الذي نقلناه سابقاً مضافاً إلى ما قيل من أصالة براءة ذمة المولى من وجوب النفقة.

قلت: وإن النفقة عوض البضع وقد استوفاه العبد فتجب النفقة مقابل العوض المستوفي وهو في الواقع لا يقاوم ما ذكرناه سابقاً ولأن البضع استوفاه العبد من دون عوض لأن إذن السيد له بالنكاح تقضي بذلك. والحاصل فإنه لا محيص عن القول الأول أعني كون النفقة تجب على المولى، والله أعلم.

وأما القول الثالث من التفصيل المذكور فهو عند التحقيق يرجع إلى القول الثاني فلا ينبغي الإطالة فيه، والله الموفق.

مسألة

لا ريب ولا إشكال أنّ العبد القرنّ فإنّ سيّده له إجباره على جميع الأفعال والأقوال، فله إجباره على النكاح، أمّا العبد المبعّض فالظاهر أنّه لا يجوز لمولاه إجباره على النكاح وهو المشهور فيما بينهم بل يمكن تحصيل الإجماع عليه لأنّ من تحرّر بعضه صار شريكاً للمولى في الحقّ المتعلّق برقبته فليس لأحد منهما التصرف إلّا بإذن الآخر ومنه النكاح فليس للمولى إجباره عليه مراعاةً لجانب الحرّيه لأنّ الحرّ لا يجبر على النكاح والنكاح لا يختصّ ببعضه ولا للعبد الاستقلال به مراعاةً لجانب الرقيّة بل لا بدّ من صدوره عن رايها أعني المولى والعبد، ويكون المهر والنفقة بينهما بالنسبة من جزء الرقيّة والحرّية كما هو واضح، والحاصل فإنّ الحكم المذكور عند الأصحاب لا ريب فيه ولا إشكال، والله أعلم.

فائدة: قد عرفت سابقاً أنّ المرأة البالغة الكاملة لا ولاية للجدّ ولا الأب عليها وحيث كان كذلك فالظاهر أنّه يستحبّ لها استئذان وليّها من الجدّ أو الأب في عقد النكاح ولا فرق في ذلك بين الباكر والثيب، كلّ ذلك لما دلّ من الأخبار على ولاية الأب والجدّ على البالغة الرشيدة المحمولة على الاستحباب

إذا كانت لا تفيد الوجوب كما هو الأقوى، ولأن الرجل هو أعرف بأنساب الناس فالوليّ يختار لها ما هو الأنجب والأصلح.

والحاصل فإنّ الأصحاب صرّحوا باستحباب الاستيذان والظاهر أنّه في الباكر أكد من الثيب، فلو لم تستأذن في عقد النكاح بكرة كانت أو ثيب صحّ العقد وخالفت السنّة، فإن لم يكن للمرأة أب ولا جدّ صرّح الأصحاب باستحباب تفويض أمر نكاحها إلى الأخ لأنّه أعرف بالرجال وأنسابهم، ولما ورد في بعض الأخبار السابقة التي ذكرناه أنّ الأخ من جملة من بيده ولاية النكاح فإنّه تحمل على الاستحباب في مراجعته عند فقدان الأب والجدّ، وقد نصّ الأصحاب أنّه لو تعدّدت الأخوة استحبّ لها التعويل على رأي الأكبر، قالوا: لاختصاصه بمزيد الفضل وقوّة النظر والاجتهاد في الأصلح، ولما استعرف من تقديم عقد الأكبر لو عقد لها الأخوان الأكبر والأصغر قدّم عقد الأكبر. نعم لو كان ما اختاره الأصغر أصلح أشكل تقديم الأكبر بل الظاهر تقديم قول الأصغر لأنّ المناط في تقديم قول الأكبر هو حاصل في قول الأصغر دون الأكبر فيلزم الأخذ به لأنّ صلاح الزوجة ومراعاة صلاحية المرأة تمنع من تقديم قول الأكبر هنا. نعم لو خلا عن ذلك استحبّ تقديم قول الأخ الأكبر كما هو واضح، والله أعلم.

مسألة

قال المحقّق في الشرايع: مسائل ثلاث: الأولى: إذا تزوّجها الأخوان برجلين

فإن وكتلتها المرأة فالعقد للأول، ولو دخلت بمن تزوّجها أخيراً فحلمت لحق الولد به وألزم مهرها وأعيدت إلى السابق وإن اتفقا في حالة واحدة قيل: يقدّم الأكبر وهو تحكّم، وإن لم تكن أذنت لهما أجازت عقد أيّهما شاءت، والأولى لها إجازة الأكبر، وبأيّهما دخلت قبل الإجازة كان العقد له، انتهى.

قلت: في صورة وكالة المرأة الظاهر أنّه لا فرق بين كونها أخوين وأجنبيّين، والحاصل فإنّ هذه العبارة كما صرّح صاحبها من اشتغالها على مسائل ثلاث:

المسألة الأولى: إنّ لو وكتلت المرأة أخويها في عقد النكاح أو رجلين أجنبيّين فزوّجها كلّ من الوكيلين من رجل لكن سبق أحدهما في عقد النكاح فإنّه لا ريب ولا إشكال بأنّه يقدّم السابق منها وحكم له بزواجيّتها دون المتأخّر ضرورة أنّ المتأخّر عقدت له امرأة ذات زوج فيبطل العقد بلا ريب ولا إشكال والظاهر أنّه لا فرق بين كون المتقدّم في العقد هو الأخ الأكبر أو الأصغر لاجتماع شرائط صحّة العقد من الأوّل فيكون المتأخّر لا محلّ له لوقوعه على امرأة صاحبة زوج والعقد عليها باطل بإجماع المسلمين.

المسألة الثانية: لو دخل بها من عقدت له أخيراً مع سبق العقد للأوّل فإنّه لا ريب ولا إشكال بل من غير خلاف أنّه يفرّق بينهما وأعيدت إلى الأوّل أعني من كان عقده أسبق ضرورة أنّها زوجته وقد ملك بضعها بالعقد، والثاني لا حقّ له ودخوله بها لا يصيرها زوجته.

واعلم أنّ دخوله بها يمكن فيه صور ثلاثة:

الأولى: أنّها عالمان بالحال.

والثانية: جاهلان.

والثالثة: أحدهما عالم والآخر جاهل.

أمّا في الصورة الأولى فلا ريب ولا إشكال أنّها زانيان ووجب التفريق بينهما ولا يلحق بهما الولد قطعاً، ولا مهر لها، ووجب رجوعها إلى الأوّل، ولا تحرم عليه بزناها، وهل تجب عليها العدة أم لا؟ قولان، على المشهور أنّه لا تجب العدة وستقف على تحقيق ذلك في محله إن شاء الله.

أمّا الصورة الثانية أعني كونها جاهلين، فإنّ الولد يلحق بهما كما نصّ عليه في الشرايع لأنّه نكاح شبهة واعتدت منه عدة طلاق وردّت إلى الأوّل ولا تحرم عليه بوطئ الشبهة وتأخذ من الواطئ المهر أعني الواطئ بالشبهة واستحقت من زوجها الأوّل المسلمي كلّ ذلك قد صرّحت فيه رواية محمد بن قيس عن أبي جعفر الباقر عليه السلام قال: قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة أنكحها أخوها رجلاً ثمّ أنكحها أمّها رجلاً بعد ذلك فدخل بها فحبلت فاختلف فيها فأقام الأوّل الشهود فألحقها بالأوّل وجعل لها الصادقين ومنع زوجها الذي حقّت له أن يدخل بها حتّى تضع حملها ثمّ ألحق الولد بأبيه.

وأما الصورة الثالثة وهو علم الرجل وجهل المرأة بالحال فإنّه لا ريب بكونه

زان وفرق بينهما ولا يلحق به الولد، ولأنه زان ولها عليه تمام المهر وعليها عدة طلاق لأنه في حقها نكاح شبهة بناء على ثبوت نكاح الشبهة في حقها وتستحق من الأول من المهر المسمى كما هو واضح، أما لو فرض العكس بأن كان الرجل جاهل وهي عالمة بالحال فإنه لا ريب بكونها هي زانية ولا مهر لها عليه وإن كان بينهما ولد ألحق بأبيه لأنه في حقه نكاح شبهة فيلحق به الولد وعليها عدة الطلاق وترجع إلى الأول ولها عليه المسمى، والله أعلم بالحال.

المسألة الثالثة التي نصّ عليها في الشرايع أنه لو اتفق العقدان من الوكيلين في وقت واحد بحيث لا يتحقق الأسبق، فهنا صورتان:

الأولى: الوكيلين هما غير الأخوين، والثانية هما الأخوان، فإن كان الأول فالظاهر بطلان عقدهما من غير خلاف يعرف ولا احتمال يوصف بل الإجماع عليه ضرورة أن الحكم بصحتهما معاً لا يكون قطعاً ولا يصح أحدهما دون الآخر لعدم حصول المرجح كما هو واضح، ضرورة أن الأخذ بأحدهما دون الآخر ترجيح بلا مرجح. وبالجملة فإن بطلان العقد في هذه الصورة ممّا لا ريب فيه.

وأما الصورة الثانية بأن كان العاقدان الأخوين فإن فيه خلاف بين الأصحاب فقليل يبطلان العقد وهو المحكي عن جماعة منهم المحقق في النافع والعلامة في القواعد ونكت النهاية وحاشية الشرايع للكركي والمسالك بل قيل هو المشهور فيكون الحكم بعقد الأخوين مع توافق الزمان مثل عقد الأجنبي

من غير فرق ضرورة استحالة صحّتها معاً وترجيح أحدهما على الآخر لا يكون لعدم المرجّح كما هو واضح.

القول الثاني: ما حكى عن العلامة أنّه قال: لا يبعد عندي أن يجعل لها الخيار في إمضاء أيّ العقدین شاءت إن عقد كلّ واحد منهما قارن زوال ولايته لأنّه حال عقد الآخر فبطلت هيئة عقد كلّ منهما وهي اللزوم فيبقى كلّ منهما كأنّه فضوليّ.

وفيه: إنّ العقدین لو تقارنا أبطل كلّ منهما الآخر فلا يصحّان معاً.

القول الثالث: تقديم عقد الأكبر إلّا مع دخول من عقده الأصغر، وحكي ذلك عن القاضي ابن البرّاج ويحيى بن سعيد والتهذيب.

القول الرابع تقديم عقد الأكبر مطلقاً سواء دخل بها من عقده الأصغر أم لا، وهو المحكي عن ابن حمزة في الوسيلة حيث قال: وإن وكتلت الأخوين لها وزوجها كلّ واحد منهما من رجل دفعة صحّ عقد الأكبر، انتهى. واعلم أنّ هذا القول هو الذي أشار إليه المحقّق في الشرايع كما ذكرناه سابقاً بقوله، وقيل: يقدّم عقد الأكبر وهو تحكّم.

المسألة الرابعة: لو زوّجها الأخوان أو الأجنبيّان من غير توكيل بل هما فضوليّان دفعة واحدة الظاهر أنّه لها إجازة عقد أيّهما شاءت وهذه غير صورة التوكيل قطعاً. والحاصل لا ريب بأنّه لها إجازة أيّ عقد شاءت وإن كان لها

الأفضل في الأخوين إذا كانا فضولين تقديم عقد الأكبر، فلو قدّمت عقد الأصغر صحّ وفاتها الفضل كما لا يخفى.

المسألة الخامسة: لو عقد لها اثنان دفعة واحدة أحدهما فضوليّ والثاني وكيلها فإنّه لا ريب بمضي عقد الوكيل وبطلان عقد الفضولي لأتمّها داخلة في عصمة الوكيل دون الفضولي، ولو فرض سبق الفضولي وعلمت به أنّه كان قبل عقد الوكيل فأجازه صحّ العقد بشرط إعلام الوكيل بالعزل وإن عقد الفضولي أولاً ولم تعلم وعقد لها الوكيل فإنّه لا إشكال ببطلان عقد الفضولي وصحة عقد الوكيل كما هو واضح.

إيضاح: قد تقدّم أنّ الأمّ لا ولاية لها على الصغير قطعاً وقد عرفت أنّ حالها حال الأجنبية إلا ما يحكى عن ابن الجنيد فإنّه قال بثبوت الولاية للأمّ والظاهر أنّه خلاف الاتفاق بل الإجماع، فلو عقدت عقد النكاح لابنها على امرأة أو عقدت لبنتها لرجل كان العقد في الصورتين فضولياً موقوف على الإجازة فإنّ أجاز المعقود له صحّ وإلا بطل كما هو الشأن في عقد الفضولي.

وبالجملة فإنّ الأمّ ليس لها ولاية لا على البكر البالغة بناء على ما سمعت من القول بثبوت الولاية عليها ولا ولاية لها على الصغير، ذكراً كان أو أنثى، بل ولا ولاية لأبائها أعني أب الأمّ الذي هو يكون جدّ الصغير من أمّه، كلّ ذلك تمسكاً بالأصل والإجماع والأخبار الدالة على حصر الولاية بالأب والجدّ

خاصّة من الأرحام وقد تقدّم شطر في تحقيق ذلك. نعم لو عقدت الأمّ عقد النكاح لابنها أو بنتها فرضي من عقد له أو عليه لزم كما هو الشأن في عقد الفضيولي والظاهر أنّ هذا الحكم لا ريب فيه ولا إشكال، إنّما الكلام والإشكال في المهر فإنّه إن قبل العقد لا ريب بلزومه وتبعه لزوم المهر، أمّا لو ردّ المعقود له عقد النكاح من الأمّ في ثبوت المهر وعدمه، أقوال:

الأوّل: لزوم تمام المهر على الأمّ وهو المحكي عن الشيخ، قال فيما حكي عنه: ومتى عقدت الأمّ لابن لها على امرأة كان مخيراً في قبول العقد والامتناع منه فإن قبل لزم المهر وإن أبى ذلك لزمها هي المهر، وحكي عن القاضي ابن البرّاج اختياره هذا القول.

القول الثاني: إذا ردّ العقد لا يلزم الابن المهر ولا الأمّ، وهذا القول هو المشهور - كما قيل - بين المتأخّرين.

والقول الثالث كما هو ظاهر الروضة بتنصيب المهر على الأمّ لو ادّعت الوكالة وأنكر ولدها ذلك حيث قال: لا ولاية للأمّ فلو زوّجته أو زوّجتها اعتبر رضاها، فلو ادّعت الوكالة من الابن وأنكر بطل وغرمت نصف المهر، انتهى.

قلت: وظاهره أنّه لو لم تدّعي الأمّ الوكالة لا شيء عليها.

ومستند القول الأوّل ما روي عن محمّد بن مسلم عن أبي جعفر الباقر عليه السلام أنّه سأله عن رجل زوّجته أمة وهو غائب، قال: النكاح جائز إن شاء المتزوّج

قبل وإن شاء ترك، فإن ترك المتزوج تزويجه فالمهر لازم لأُمّه.

قال الشهيد في المسالك بعد هذه الرواية: والرواية ضعيفة السند مخالفة للأصل من ضمان الفضولي المهر وحملها المصنّف وتلميذه العلامة على ما لو ادّعت الوكالة ولم يثبت فإنّها تضمن المهر لأنّها قد فوّت البضع على الزوجة وغرّتها بدعوى الوكالة فضمنت عوضه. قال الشهيد: وفيه نظر؛ لأنّ ضمان البضع بالتفويت مطلقاً ممنوع وإنّما المعلوم ضمانه بالاستيفاء على بعض الوجوه لا مطلقاً، انتهى.

قلت: فإنّ هذه الرواية مع ما عرفت من ضعفها لاشتغالها على إسماعيل بن سهل وهو ضعيف ومخالفتها لأصول المذهب لا ينبغي التعويل عليها.

حجّة القول الثاني - أعني عدم ضمان المهر كلّه أو بعضه - أصالة براءة ذمّة الأمّ والظاهر أنّ هذا الأصل لم نجد ما يعارضه ودعوى ضمان البضع بالتفويت في وجه من المنع. نعم يثبت ضمان البضع باستيفاء المنفعة وقد عرفت عدمها فلا ضمان فأصالة البراءة من المهر كلّه أو بعضه لا معارض لها.

وحجّة القول الثالث على التفصيل أمّا عدم الضمان لو لم تدّعي الوكالة فما عرفته من الأصل السالم عن المزاحم لأنّ الأمّ بمنزلة الأجنبي فضوليّ، والفضوليّ لا شيء عليه، وما على لزوم نصف المهر لو ادّعت الوكالة فهو ما روي عن أبي عبيد كما قيل: الناطق بنصف المهر هو من إليه الإجازة وله الردّ

ولكن قد عرفت أنّ المشهور بين المتأخرين هو عدم لزوم شيء من المهر للأمّ
ادّعت الوكالة أم لا، فهذه الرواية مخالفة لشهرة المتأخرين التي يمكن القول
بأنّها أقوى من شهرة المتقدمين على أنّها مخالفة للأصل.

وبالجملة فإنّ الأقوى هو القول بعدم ثبوت شيء على الأمّ وإن كان
الأحوط مع دعوى الوكالة ثبوت نصف المهر عليها تمسكاً بالرواية أعني رواية
أبي عبيد، والله أعلم.

مسألة

إذا زوج الأجنبي امرأة فتنازع الزوج والمرأة فقال الزوج للمرأة:
زوجك العاقد من غير إذنك، وقالت المرأة بل زوجني بإذني، فالظاهر أنّه يحكم
بصحّة العقد وصحّة الزواج لأنّ الزوج بدعواه أنّ الزواج من غير إذنها مدّعي
الفساد وهي تدّعي الصحّة والظاهر أنّ دعوى الصحّة مقدّمة لأصالة الصحّة في
أفعال المسلمين وأقوالهم ولكن لا بدّ من دعواها الإذن تكلف باليمين ضرورة
أنّ دعوى الإذن من أفعالها ولا يعلم ذلك إلّا من قبل نفسها قطعاً لعدم إمكان
معرفة إلّا منها كما هو واضح، فإذا حلفت ثبتت الزوجيّة ولزمه المهر المسمّى
إن كان وإلّا المثل وكذلك يلزمه حقوقها كافّة.

واعلم أنّه قد تقدّم منّا أنّ عقد الفضولي بعد الإجازة لازم ترتّب عليه
أحكام الزوجيّة وقد عرفت القول بصحّة عقد الفضولي.

والحمد لله أولاً وآخراً، وله الشكر على ما وقفنا لرسم بعض الأحكام الواردة عن سادات الأنام، وأسأل الله بمرته وكرمه إتمام باقي أبواب الفقه إنّه مجيب لمن دعاه، وأن ينفعني بما رسمته في يوم لا ينفع فيه مال ولا بنون، فإنّه قد ورد عن أئمتنا أنّه من كتب ورقة بأحكام آل محمد صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حالت بينه وبين النار، فأسأل الله أن ينفعنا بما رسمناه بحق محمد وآله الطاهرين.

تم الفراغ منه عصر يوم الجمعة تاسع شهر شعبان سنة الألف والاثنين وثلاثين بعد الثلاث مائة من الهجرة على مهاجرها ألف تحية.