



مركز
للبحوث والتحريات الكمبيوترية

اصبهان

للغلام



الرمضان
عليكم يا صابرين

WWW.

WWW.

WWW.

WWW.

Ghaemiyeh

.com

.org

.net

.ir

الفقيه

آية الله العظمى
الشيخ محمد باقر
المرتضى

كتاب التكاثر

٦٣

دار الفقه
بغداد

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الفقه: موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى

كاتب:

آيت الله سيد محمد حسينى شيرازى

نشرت فى الطباعة:

موسسه الفكر الاسلامى

رقمى الناشر:

مركز القائمية باصفهان للتحريات الكمبيوترية

الفهرس

٥	الفهرس
١٠	موسوعه استدلاليه فى الفقه الاسلامى المجلد ٦٣
١٠	اشاره
١٠	اشاره
١٤	كتاب النكاح
١٤	اشاره
١٦	فصل
١٦	اشاره
٣٢	مسأله ١ وطى المعتده عن شبهه
٣٦	مسأله ٢ الملاك علم الزوج لا الولى
٣٩	مسأله ٣ المطلقه رجعيه زوجه
٤٤	مسأله ٤ الاعتبار فى الدخول
٤٦	مسأله ٥ لو شك أنها فى العده
٥١	مسأله ٦ حكم الجهل بالحكم وبالموضوع فى العده
٥٢	مسأله ٧ العلم الإجمالى بالعده
٥٤	مسأله ٨ لو شك بأنها فى عده نفسه أو غيره
٥٥	مسأله ٩ صور التزويج بذات البعل
٦١	مسأله ١٠ إذا تزوجها فى عده لم تشرع فيها
٦٣	مسأله ١١ حكم الولد بين الزوج وغيره
٦٨	مسأله ١٢ إذا كانت عدتان
٨١	مسأله ١٣ هل الثالث مهر المثل أو المسمى
٨٥	مسأله ١٤ مبدأ عده وطى الشبهه
٨٨	مسأله ١٥ لا مهر إذا كانت عالمه
٨٩	مسأله ١٦ لا يتعدد المهر بتعدد الوطى

- مسأله ١٧ التزويج بالمرأه الزانيه ٩١
- مسأله ١٨ لو زنت الزوجه لم تحرم ١٠٥
- مسأله ١٩ إذا زنى بذات البعل ١١٠
- مسأله ٢٠ لو شك فى كونها فى العده ١١٦
- مسأله ٢١ من أوقب غلاما ١١٨
- فصل فى المحرمات الأبدية ١٣٠
- فصل فى المحرمات بالمصاهره ١٣٤
- اشاره ١٣٤
- مسأله ١ حرمه زوجة كل من الأب والابن ١٣٨
- مسأله ٢ تحرم مملوكه أحدها بالدخول ١٤٥
- مسأله ٣ حرمه أم الزوجه وبنيتها ١٤٨
- مسأله ٤ أقسام الدخول ١٥٨
- مسأله ٥ عدم جواز وطى مملوكه الأب والابن ١٦١
- مسأله ٦ تقويم الأب مملوكه الإبن ١٦٣
- مسأله ٧ زنا الابن بمملوكه الأب ١٦٦
- مسأله ٨ وطى أحدهما مملوكه الآخر ١٦٧
- مسأله ٩ النكاح على العمه والخاله ١٦٩
- مسأله ١٠ الجمع بين العمه والخاله ١٧٣
- مسأله ١١ حكم اقتران العقدين ١٧٥
- مسأله ١٢ عدم الفرق بين المسلمتين و الكافرتين ١٧٦
- مسأله ١٣ عدم الفرق فى العالى والدانى ١٧٧
- مسأله ١٤ هل يكفى الرضا الباطنى ١٧٨
- مسأله ١٥ لو أذنت ثم رجعت ١٧٩
- مسأله ١٦ لو رجعت عن الإذن بعد العقد ١٨٠
- مسأله ١٧ الظاهر كفايه إذنهما ١٨١
- مسأله ١٨ إعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعى ١٨٣

- مسألة ١٩ إذا شرط في عقدهما إذنهما ----- ١٨٤
- مسألة ٢٠ إذا أجازتا بعد الزواج ----- ١٨٤
- مسألة ٢١ لو شك في سبق عقد أحدهما ----- ١٨٩
- مسألة ٢٢ إذا ادعتا عدم الإذن ----- ١٩٠
- مسألة ٢٣ لو تزوج ثم شك في الإذن ----- ١٩٢
- مسألة ٢٤ لو حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج ----- ١٩٣
- مسألة ٢٥ لو طلق طلاقا رجعيا ----- ١٩٤
- مسألة ٢٦ لو طلق طلاقا خلعيا ----- ١٩٥
- مسألة ٢٧ هل يجرى الحكم في المملوكتين ----- ١٩٧
- مسألة ٢٨ الزنا الطارئ على التزويج ----- ١٩٨
- مسألة ٢٩ لو زنى بمملوكه أبيه ----- ٢١٤
- مسألة ٣٠ عدم الفرق في الزنا بين القبل والدبر ----- ٢١٤
- مسألة ٣١ لو شك في تحقق الزنا ----- ٢١٧
- مسألة ٣٢ لو علم بأنه زنى بإحدهما ----- ٢١٨
- مسألة ٣٣ عدم الفرق بين الاختيار والاجبار في الزنا ----- ٢١٩
- مسألة ٣٤ لو طلق الزوجه بعد الزنا ----- ٢٢١
- مسألة ٣٥ لو زوجه فضولا ثم زنى بأمها ----- ٢٢٣
- مسألة ٣٦ منظوره ومملوسه الأب ----- ٢٢٤
- مسألة ٣٧ المرأة المملوكه ----- ٢٢٤
- مسألة ٣٨ النظر واللمس بشهوه ----- ٢٣١
- مسألة ٣٩ يحرم الجمع بين الأختين ----- ٢٣٢
- مسألة ٤٠ لو تزوج أختا وملك أختا ----- ٢٣٨
- مسألة ٤١ وطى إحدى الأختين ----- ٢٤٠
- مسألة ٤٢ لو تزوج بأخت ثانيه بعد الزواج بالأولى ----- ٢٤٣
- مسألة ٤٣ لو تزوج الأختين ----- ٢٤٧
- مسألة ٤٤ لو اقترن عقد الأختين ----- ٢٥٩

- مسأله ٤٥ لو وطأ إحدى الأختين المملوكتين ٢٦٤
- مسأله ٤٦ فروع الجمع بين الأختين ٢٦٦
- مسأله ٤٧ لو كانت الأختان من الزنا ٢٦٨
- مسأله ٤٨ إذا طلق الأخت رجعيًا ٢٧٢
- مسأله ٤٩ إذا زنى بإحدى الأختين ٢٧٦
- مسأله ٥٠ جواز الجمع بين فاطميتين ٢٧٨
- مسأله ٥١-٥٧ مسائل في تزويج الأمه ٢٨٣
- فصل في نكاح الإماء ٢٨٦
- فصل في نكاح العبيد ٢٩٠
- فصل في الطوارئ ٣٠٢
- فصل في العقد وأحكامه ٣٠٦
- اشاره ٣٠٦
- مسأله ١ اشتراط الصيغه في النكاح ٣٠٦
- مسأله ٢ كفايه الإشاره للأخرس ٣٢٥
- مسأله ٣ عدم كفايه الكتابه ٣٢٦
- مسأله ٤ عدم وجوب التطابق في الألفاظ ٣٢٧
- مسأله ٥ كفايه قول: نعم ٣٢٨
- مسأله ٦ اللحن في الصيغه ٣٣٠
- مسأله ٧ قصد الإنشاء في الصيغه ٣٣١
- مسأله ٨ عدم اشتراط معرفه الفعل والفاعل في المجرى ٣٣٢
- مسأله ٩ الموالاه بين الإيجاب والقبول ٣٣٣
- مسأله ١٠ إتحاد مجلس الإيجاب والقبول ٣٣٥
- مسأله ١١ التنجيز في النكاح ٣٣٧
- مسأله ١٢ العقد المخالف للاحتياط ٣٤٢
- مسأله ١٣ العاقد يجب كماله ٣٤٤
- مسأله ١٤ لا بأس بعقد السفينه ٣٥٤

- مسألة ١٥ عدم اشتراط الذكوره للعقد ٣٥٥
- مسألة ١٦ بقاء المتعاقدين على الأهليه ٣٥٧
- مسألة ١٧ يشترط تعيين الزوج و الزوجه ٣٦١
- مسألة ١٨ اختلاف الاسم و الوصف ٣٦٦
- مسألة ١٩ صور اختلاف الزوجين ٣٦٨
- مسألة ٢٠ لا يصح نكاح الحمل وانكاحه ٣٧٥
- مسألة ٢١ لا يشترط علم كل من الزوجين بأوصاف الآخر ٣٧٨
- فصل في مسائل متفرقه ٣٨٠
- مسألة ١ عدم اشتراط الخيار في النكاح ٣٨٠
- مسألة ٢ لو ادعى أحدهما الزوجيه وصدقه الآخر ٣٨٦
- مسألة ٣ لو تزوج ام أ ر ه تدعى خلوها ٣٩٥
- مسألة ٤ هل يجوز التزويج قبل تمام الدعوى ٤٠٤
- مسألة ٥ لو ادعت أخت الزوجه: أنها زوجه الرجل ٤٠٨
- مسألة ٦ لو اشترى العبد زوجته المملوكه ٤١٨
- مسألة ٧ إذا ادعت المرأه أنها خليه ٤٢١
- مسألة ٨ إذا ادعت المرأه أنها خليه ثم ادعت خلافه ٤٢٧
- مسألة ٩ لا تجوز المقاربه إلا بعد العلم بالعقد ٤٢٨
- المحتويات ٤٣٢
- تعريف مركز ٤٤١

سرشناسه : حسینی شیرازی، محمد

عنوان و نام پدید آور : الفقه : موسوعه استدلالیه فی الفقه الاسلامی / المؤلف محمد الحسینی الشیرازی

مشخصات نشر : [قم] : موسسه الفکر الاسلامی، ۱۴۰۷ق. = - ۱۳۶۶.

شابک : ۴۰۰۰ ریال (هر جلد)

یادداشت : افست از روی چاپ : لبنان، دارالعلوم

موضوع : فقه جعفری -- قرن ۱۴

موضوع : اخلاق اسلامی

موضوع : مستحب (فقه) -- احادیث

موضوع : مسلمانان -- آداب و رسوم -- احادیث

رده بندی کنگره : BP۱۸۳/۵-ح ۵۶ ۷۶ ۱۳۷۰

رده بندی دیویی : ۲۹۷/۳۴۲

شماره کتابشناسی ملی : م ۷۰-۵۵۱۵

ص: ۱

الفقه

موسوعه استدلالیه فی الفقه الإسلامی

آیه الله العظمی

السید محمد الحسینی الشیرازی

دام ظلّه

کتاب النکاح

الجزء الثانی

دار العلوم

بیروت لبنان

ص: ۳

الطبعة الثانية

١٤٠٩ هـ _ ١٩٨٨ م

مُنقَّحه ومصَّحَّحه مع تخريج المصادر

دار العلوم _ طباعه. نشر. توزيع.

العنوان: حاره حريك، بئر العبد، مقابل البنك اللبناني الفرنسي

ص: ٤

كتاب النكاح

اشاره

الجزء الثاني

ص: ٥

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف خلقه سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين، واللعنة الدائمة على أعدائهم إلى قيام يوم الدين.

ص: ٦

لا يجوز التزويج في عده الغير

{لا- يجوز التزويج في عده الغير} بلا- إشكال ولا- خلاف، بل في الجواهر الإجماع بقسميه عليه، وذلك لما يفهم من روايات المنع الآتية بأن الحكم تكليفي كما هو وضعي، بالإضافة إلى دلالة الآية المباركة: (ولا تعزموا عقده النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله) (١)، فإن المراد _ كما يتبادر إلى الذهن _ نفس العقد لا العزم فقط.

والمراد ببلوغ الكتاب أجله انقضاء العده، والآيه وإن كانت بالنسبه إلى عده الوفاه إلا أن الإجماع دل على عدم الفرق بين أقسام العده.

وحيث إن الكفار الذين يقرهم الإسلام تحت حكمه لهم أن يطبقوا أحكامهم على أنفسهم لم يكن ذلك التزويج في العده محظوراً عليهم من حكم الإسلام، بل يشملهم «ألزموهم بما التزموا به» (٢)، وكذلك بالنسبه إلى غير الشيعة إن رأوا ذلك جائزاً.

أما إذا أراد الشيعي أن يأخذ زوجه ممن لا يعتقد بحرمة التزويج في العده

١- سورة البقره: الآيه ٢٣٥

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٢١ الباب ٣ من أبواب مقدمات الطلاق ح ٥

دواماً أو متعاً، سواء كانت عده الطلاق بائنه أو رجعيه أو عده الوفاه أو عده وطى الشبهه، حره كانت المعتده أو أمه، ولو تزوجها حرمت عليه أبداً

فهل له ذلك من باب «الزموهم» كما يجوز تزويج الشيعة المطلقة منهم، وإن لم يكن طلاقها صحيحاً بنظر الشيعة، أم لا، لأن الحكم واقعي وهم مكلفون بالفروع كتكليفهم بالأصول، احتمالان، والظاهر الأول، وإن كان الأحوط الثاني، فتأمل.

ولو لم نعلم أن مذهبها الجواز أو المنع، كما لو أراد أن يتمتع بكتايبه طلقها زوجها عن قريب، أو بمخالفه كذلك ولم يمكنه الفحص، فمقتضى القاعده المنع، لأنه في باب الفروج، وقد تقدم في المسأله الخمسين عند الكلام في اشتباه من يجوز النظر بين من لا يجوز، وجه هذه القاعده.

فلا- يقال: إن الأصل الإباحه، أما إذا كان مذهبها الجواز وكان الزوج ذو العده عليها من يرى المنع، كما إذا تزوجها شيعي ثم أراد شيعي آخر أن يتزوجها في عده الأول، فهل يشمل دليل «الزموهم» كما إذا طلقها الشيعي بدون الشاهدين لأن مذهبها ذلك، المسأله بحاجه إلى التبع والتأمل، ولعله يأتي عند بيان هذه القاعده تفصيل الكلام في هذه الفروع إن شاء الله تعالى.

{دواماً أو متعاً، سواء كانت عده الطلاق بائنه أو رجعيه، أو عده الوفاه أو عده وطى الشبهه، حره كانت المعتده أو أمه، ولو تزوجها حرمت عليه أبداً} بلا- إشكال ولا- خلاف في كل ذلك، بل في الجواهر _ عند قول المصنف: {من تزوج امرأه في عدتها عالماً حرمت عليه أبداً} _ قال: الإجماع بقسميه عليه،

وفى المستمسك ادعى الإجماع بقسميه على ما فى المتن.

ويدل على ما ذكر روايات متواتره.

ففى أخبار زراره وداود وأديم، عن الصادق (عليه السلام)، قال: «الذى يتزوج المرأة فى عدتها وهو يعلم لا تحل له أبداً» (١).

وفى الصحيح عنه (عليه السلام)، قال: «إذا تزوج الرجل المرأة فى عدتها ودخل بها لم تحل له أبداً، عالماً كان أو جاهلاً، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل ولم تحل للآخر» (٢).

وصحيح ابن الحجاج، عن أبى إبراهيم (عليه السلام)، سألته عن الرجل يتزوج المرأة فى عدتها بجهاله أهى ممن لا تحل له أبداً، قال (عليه السلام): «لا، أما إذا كان بجهاله فليتزوجها بعد ما تنقضى عدتها، فقد يعذر الناس فى الجهاله بما هو أعظم من ذلك»، فقلت: بأى الجهالتين أعذر، بجهالته أن يعلم أن ذلك محرم عليه أم بجهالته أنها فى عدته، فقال: «إحدى الجهالتين أهون من الأخرى، الجهاله بأن الله حرم عليه، وذلك لأنه لا- يقدر على الاحتياط معها»، فقلت: فهو فى الأخرى معذور، قال: «نعم إذا انتقضت عدتها فهو معذور فى أن يتزوجها»، فقلت: فإن كان أحدهما متعمداً والآخر يجهل، فقال: «الذى تعمداً لا يحل له أن يرجع إلى صاحبه أبداً» (٣).

ص: ٩

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤

وسياتى توضيح لهذا الخبر.

وصحيح الحلبي، عن الصادق (عليه السلام)، سألته عن المرأة الحبلى يموت زوجها فتضع وتزوج قبل أن يمضى لها أربعة أشهر وعشراً، فقال: «إن كان دخل بها فرق بينهما، ثم لا تحل له أبداً، واعتدت بما بقى عليها من الأول واستقبلت عده أخرى من الآخر ثلاثة قروء، وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما واعتدت بما بقى عليها من الأول وهو خاطب من الخطاب»^(١).

ونحوه موثق ابن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)^(٢).

وفى الموثق الآخر المضمّر، سألته عن رجل تزوج امرأة فى عدتها، قال: «يفرق بينهما، وإن كان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما فلا تحل له أبداً، وإن لم يكن دخل بها فلا شيء لها من مهرها»^(٣).

وفى الحسن أو الموثق، قلت لأبى إبراهيم (عليه السلام): بلغنا عن أبيك أن الرجل إذا تزوج المرأة فى عدتها لم تحل له أبداً، فقال (عليه السلام): «هذا إذا كان عالماً، فإذا كان جاهلاً فارقها وتعدت ثم يتزوج نكاحاً جديداً»^(٤).

وفى خبر حرمان، سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن امرأة تزوجت فى عدتها بجهالة منها بذلك، فقال: «لا أرى عليها شيئاً، ويفرق بينها وبين الذى تزوج بها، ولا تحل

ص: ١٠

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٧
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٠

له أبدأ»، قلت: فإن كانت قد عرفت أن ذلك محرم عليها، ثم تقدمت على ذلك، فقال (عليه السلام): «إن كانت قد تزوجت في عده لزوجها الذي طلقها عليها فيها الرجعة فإنى أرى عليها الرجم، وإن كانت تزوجت في عده ليس لزوجها الذي طلقها عليها فيها الرجعة، فإن أرى عليها حد الزانى، ويفرق بينها وبين الذى تزوجها ولا تحل له أبدأ»(١).

وعن محمد بن مسلم، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): المرأه يتوفى عنها زوجها فتضع وتزوج قبل أن تبلغ أربعة أشهر وعشراً، قال: «إن كان الذى تزوجها دخل بها لم تحل له واعتدت ما بقى عليها من الأولى وعده أخرى من الأخير، وإن لم يكن دخل بها فرق بينهما وأتمت ما بقى من عدتها وهو خاطب من الخطاب»(٢).

وعن أديم، عن أبى عبد الله (عليه السلام) أنه قال فى حديث: «والذى يتزوج المرأه فى عدتها وهو يعلم لا تحل له أبدأ»(٣).

وعن الحلبي، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا تزوج المرأه فى عدتها ثم دخل بها لم تحل له أبدأ، عالماً كان أو جاهلاً، وإن لم يدخل بها حلت للجاهل، ولم تحل للآخر»(٤).

ص: ١١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٧

٢- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٣- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

٤- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

وعن ابن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في الرجل يتزوج المرأة قبل أن تنقضى عدتها، قال: «يفرّق بينهما ثم لا تحل له أبداً إن كان فعل ذلك بعلم ثم واقعها، وليس العالم والجاهل في هذا سواءً في الإثم»، ثم قال: «ويكون لها صداقها إن كان واقعها، وإن لم يكن واقعها فلا شيء»^(١).

وعن دعائم الإسلام، عن علي (عليه السلام)، إنه قضى في امرأة توفي زوجها وهي حبلى فتزوجت قبل أن تنقضى الأربعة الأشهر والعشر، قال: «يفرّق بينهما ولا يخبطها حتى آخر الأجلين»، قال جعفر بن محمد (عليه السلام): «هذا إذا لم يكن دخل بها، وأما إذا تزوج الرجل المرأة في عدتها وكان قد دخل بها ففرق بينهما ولم تحل له أبداً، ولها صداقها بما استحلت من فرجها، وإن لم يكن دخل بها ففرق بينهما، فإذا انقضت عدتها تزوجها إن شاء وشاءت، هذا إذا كانا عالمين بأن ذلك لا يحل، وإن جهلا ذلك وكان قد دخل بها ففرق بينهما حتى تنقضى عدتها ثم يتزوجها إن شاء وشاءت»، قيل له (عليه السلام): فإن كان أحدهما يتعمد ذلك والآخر جهله، قال: «الذي تعمد لا يحل له أن يرجع إلى صاحبه وقد يعذر الناس في الجهالة بما هو أعظم من هذا»^(٢).

وفي روايه ابن شهر آشوب: أتى عمر بامرأه أنكحت في عدتها ففرق بينهما وجعل صداقها في بيت المال، وقد أجبر مهرأ رد نكاحه، وقال: لا يجتمعان

ص: ١٢

-
- ١- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦
 - ٢- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٧

إذا كانا عالمين بالحكم والموضوع، أو كان أحدهما عالماً بهما

أبدأ، فبلغ علياً (عليه السلام)، فقال: «إن كانوا جهلوا السنه لها المهر بما استحل من فرجها ويفرق بينهما، فإذا انقضت عدتها فهو خاطب من الخطاب»، فخطب عمر الناس فقال: ردوا الجهالات إلى السنه، ورجع إلى قول علي (عليه السلام) (١).

والرضوى (عليه السلام): «ومن خطب امرأه في عدته للزوج على رجعه وتزوجها وكان عالماً لم تحل له أبداً، فإن كان جاهلاً وعلم من قبل أن يدخل بها تركها حتى يستوفى عدتها من زوجها ثم تزوجها، فإن دخل بها لم تحل له أبداً، عالماً كان أو جاهلاً، فإن ادعت المرأه أنها لم تعلم أن عليها عدته لم تصدق على ذلك» (٢).

إلى غيرها من الروايات بهذه المضامين.

ومن الواضح أن إطلاق الروايات يشمل كل أقسام العده التي ذكرها المصنف، كما أن الجمع العرفي بين الروايات المذكوره يقتضى أن سبب الحرمة الأبدية كل من العلم والدخول.

أما ما فى روايه الدعائم مما ظاهره يخالف ذلك فاللازم رد علمه إلى أهله.

ثم إن الحرمة الأبدية {إذا كانا عالمين بالحكم} وأنها تحرم، {والموضوع} وأنها فى العده، كما صرح بذلك جماعه، وهو ظاهر بعض الأخبار المتقدمه.

{أو كان أحدهما عالماً بهما} كما يقتضيه صحيح عبد الرحمان بن الحجاج

ص: ١٣

١- الوسائل: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٩

٢- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٨

المتقدم وغيره، وصرح غير واحد من الفقهاء، وذلك لأن الزوجيه من الإضافات المتكافئه الأطراف كالأخوه، وفيها لا يعقل تحقق الإضافه من طرف دون طرف، وإذ لم تحقق الزوجيه لم يتحقق الحل من أى جانب.

وكذا فى أمثال المقام، كما إذا يرى أحدهما صحه العقد بالفارسيه ولا يرى الآخر، أو كان يرى أحدهما تحقق الرضاع المحرم دون الآخر، أو تنازعا فى تحقق شرط أو وجود مانع عن صحه الزواج، فإنه لا يقبل تحقق الزواج بالنسبه إلى طرف دون طرف.

نعم ربما يكون أحدهما معذوراً لجهله، بينما لا يكون الآخر كذلك، وهذا هو مرادهم من الحلّيه الظاهريه.

والحاصل: إن الزوجيه أمر واقعى فى عالم الاعتبار، فهو إما كائن فالحلّ لهما، أو لا فلا حلّ لأحدهما.

نعم حكى عن المقدس البغدادى القول بأنه لا مانع من الالتزام تبويض الصحه فى الواقع، لأنها فى المعامله مجرد ترتب الآثار، فلا بأس فى جريانها بالنسبه إلى شخص دون الآخر، وربما يؤيد صحه ما ذكره بأنه لا حقيقه للأحكام الوضعيه إلا الأحكام التكليفيه كما ذكرها الشيخ المرتضى (رحمه الله) فى بعض مباحثه.

وحيث إن الزوجيه من الأحكام الوضعيه فمعناها حليه الدخول والنفقه والإيرث وغيرها، وذلك يصح من جانب دون جانب، فيصح لهذا أن يدخل بها ويلزم على الآخر الامتناع، كما يجب على هذا الإعطاء ويحرم على الآخر الأخذ بعنوان

النفقه، وإذا مات لم يجز لها الأخذ من ماله، أما إذا ماتت له الآخذ من ماله.

ولعل هذا هو الظاهر من صحيح ابن الحجاج، فقلت: فإن كان أحدهما متعمداً والآخر يجهل، فقال (عليه السلام): «الذى تعمد لا يحل له أن يرجع إلى صاحبه أبداً»^(١).

ولا وجه حينئذ لقول المستمسك: إن الظاهر من الصحيح الحكم التكليفي الظاهري الخاص بالجاهل.

أما ما تقدم من أن الزوجية من الإضافات، ففيه: إنه خلط بين المقوله الاعتباريه والمقوله الحقيقيه، فإن الأخوه مقوله حقيقيه لا يمكن تحققها من طرف دون طرف.

أما الزوجية التي هي حكم شرعي فيمكن تحققها كذلك إذا قيل بأن المراد بها الأحكام التكليفية، فلا فرق بين أن يقول المولى: هذا زوج وهذه ليست بزوجه، أو أن يقول: هذا له الدخول بهذه وهذه لا يحق لها التمكين، وتظهر الثمره فى حال غفله الثانى أو نومه أو ما أشبهه، كما لا يحق للأول أخذ الخامسة ويحق لها أخذ الزوج، إلى آخر الأحكام المترتبة على الزوجية من جانبه، وعلى عدم الزوجية من جانبها.

وهذا الكلام بالنسبه إلى التبعض تام إن قلنا بمقاله الشيخ المرتضى (رحمه الله)، كما لم نستبعده فى الأصول.

ص: ١٥

١- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

مطلقاً، سواء دخل بها أم لا، وكذا مع جهلهما بهما لكن بشرط الدخول بها، ولا فرق في التزويج بين الدوام والتمتع

أما إذا لم نقل به فالحق مع المانع عن التبويض.

ولا يخفى أنه فرق بين ما نحن فيه ومسألة الرضاع ونحوهما، وبين مسأله الاختلاف في أنه حصل العقد أم لا، فإن الكلام فيما نحن فيه في التفكيك واقعاً، أما صورته اختلافهما في أنه وقع العقد أم لا، ونحوه، فالواقع إما تحقق الزوجية من الطرفين، أو عدم تحققها من أى طرف.

ثم إن في صورته العلم تحرم {مطلقاً، سواء دخل بها أم لا} لما عرفت من أنه مقتضى النص والفتوى، وهل المراد بالعلم ما لا ينافى الغفلة والنسيان، لأنه عالم غافل أو عالم ناس، الظاهر لا، بل المراد الحضور لأنه المنصرف منه.

{وكذا} تحرم أبداً {مع جهلهما بهما} بالموضوع والحكم {لكن بشرط الدخول بها} كما تقدم أنه مقتضى النص والفتوى.

ولو شك في الدخول فالأصل عدمه، كما أنه لو شك في العلم فالأصل عدمه، وكذا لو شك في أنه كان يعلم الموضوع والحكم، أو كان يعلم أحدهما فقط، فالأصل عدم علمه بهما.

والمراد بالعلم أعم من قيام الحجة، ولو كان بثبوت شرعى.

ولو شك أو ظن كان كالجاهل، وإن كان مقصراً في عدم تعلمه.

{ولا فرق في التزويج} الموجب لحرمة الأبد في العالم {بين الدوام والتمتع} كما يقتضيه إطلاق النص والفتوى، والانصراف إلى الدوام لو قيل به فلا شك

كما لا فرق في الدخول بين القبل والدبر، ولا يلحق بالعهده أيام استبراء الأمه، فلا يوجب التزويج فيها حرمة أبديه ولو مع العلم والدخول

أنه بدوى، بل في الجواهر جعل عدم الفرق معقد الإجماع.

{كما لا فرق في الدخول بين القبل والدبر} لإطلاق النص والفتوى، وقد تقدم في بعض الروايات أنه أحد المأئين، ولذا صرح في الجواهر وغيره بعدم الفرق، ولو قيل بالانصراف إلى القبل فهو بدوى كما لا يخفى.

ولا فرق بين أن يدخل فيها أو تدخل فيه، لأن الظاهر من النص والفتوى حصول هذا الشيء.

وهل يشمل الدخول في حال الجنون وحال الطفوله وما إذا صدر في حال النوم أو الاضطراب أو الإكراه أو عدم الاختيار، كما إذا أراد الملاعبه فدخل بدون الاختيار، لإطلاق الأدله، أو لا يشمل، لرفع هذه الأمور وانصراف الأدله إلى الاختيارى منه، أو يفصل بين الثلاثه الأول فعدم الحرمة، والثلاثه الأخيره فالحرمة، لعدم التكليف في الأول، وفي الأخيره يفعل هو باختياره في الجملة، احتمالات.

ومنه يعلم حال ما لو أدخلت فيها من الزوج غير المميز أو السكران أو شارب المرقد، أو أدخله فيها إنسان آخر إلجاءً.

ولا شك أن الأحوط في الجميع ترتيب آثار الحرمة، وإن كان لا يبعد عدمها لانصراف الأدله إلى المختار.

{ولا- يلحق بالعهده أيام استبراء الأمه، فلا يوجب التزويج فيها حرمة أبديه ولو مع العلم والدخول} كما أفتى بذلك المسالك وكشف اللثام والجواهر، للوقوف

بل لا يبعد جواز تزويجها فيها، وإن حرم الوطى قبل انقضائها، فإن المحرم فيها هو الوطى دون سائر الاستمتاع

على موضع النص واستصحاب الحل، بل إطلاقات أدله الحل.

نعم عن القواعد أنه قال: (فيه إشكال)، وكأنه لو حده المناط، وفيه: إنه لا قطع بالمناط، خصوصاً وأحكام الأمه أخف غالباً، ولذا أيد المتن المستمسك والساده البروجردى وابن العم والجمال وغيرهم، حيث سكتوا على المتن.

{بل لا- يبعد جواز تزويجها فيها، وإن حرم الوطى قبل انقضائها} أى قبل انقضاء العده، {فإن المحرم فيها هو الوطى دون سائر الاستمتاع} للأصل وجمله من الروايات، ولذا اشتهر جوازها عدا الوطى، خلافاً للمبسوط والسرائر فى محكيهما فحرما سائر الاستمتاع، والأقوى هو المشهور لجمله من الروايات.

كصحيح محمد بن إسماعيل، قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن الجارية تشتري من رجل مسلم يزعم أنه قد استبرأها أيجزى ذلك أم لا بد من استبرائها، قال: «يستبرؤها بحيضتين»، قلت: يحل للمشتري ملامستها، قال: «نعم ولا يقرب فرجها» (١).

وموثق عمار الساباطى، عن الصادق (عليه السلام)، قال: «الاستبراء على الذى يبيع الجارية واجب إن كان يطؤها وعلى الذى يشتريها الاستبراء أيضاً»، قلت: فيحل له أن يأتيها دون الفرج، قال: «نعم قبل أن يستبرأها» (٢).

ص: ١٨

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٠٧ الباب ٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥١٦ الباب ١٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥

وفى خبر عبد الله بن محمد، عن الصادق (عليه السلام)، إنه قال له: «لا بأس بالتفخيذ لها حتى تستبرأها، وإن صبرت فهو خير لك» (١).

وخبر حمران، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل اشترى أمه هل يصيب منها دون الغشيان ولم يستبرئها، قال: «نعم إذا استوجبها وصارت من ماله» (٢) الحديث.

إلى غير ذلك من الروايات.

وأما فى روايه محمد بن إسماعيل من عدم اعتبار قول البائع، فقد ورد فى بعض الروايات اعتباره إذا كان ثقه، كخبر حفص، عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى الرجل يشتري الأمه من رجل فيقول: إنى لم أطأها، فقال (عليه السلام): «إن وثق به فلا بأس أن يأتيا» (٣).

أما السرائر والمبسوط، فقد استدل لهما بخبر إبراهيم بن عبد الحميد، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية وهى حبلى أيطأها، قال (عليه السلام): «لا»، قلت: فدون الفرج، قال: «لا يقربها» (٤).

وهذه الروايه بالإضافه إلى أنها وارده فى الحلبى التى لا استبراء فيها، معارضه بجمله من الروايات:

كصحيحه رفاعه، قال: سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام)، إلى أن قال:

ص: ١٩

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٠١ الباب ٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٩١ الباب ٢ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٠٣ الباب ٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٠٧ الباب ٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٨

قلت: فإن كانت حبلى فما لى منها إذا أردت، قال: «ما دون الفرج»^(١)، ومثلها غيرها.

هذا ولكن ربما يقال: بأن أيام الاستبراء كأيام العده فى عدم جواز التزويج، وأن التزويج مع العلم أو الدخول يوجب الحرمة الأبدية، وذلك للروايات التى أطلقت العده على أيام الاستبراء، فتشمل أدله العده هذه الأيام.

فعن الحلبي، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، أنه قال فى رجل ابتاع جاريه ولم تطمث، قال (عليه السلام): «إن كانت صغيره لا يتخوف عليها الحبل فليس له عليها عده، وليطأها إن شاء، وإن كانت قد بلغت ولم تطمث فإن عليها العده»^(٢).

وعن منصور بن حازم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الجارية التى لا يخاف عليها الحبل، قال: «ليس عليها عده»^(٣).

وعن ابن أبى يعفور، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال فى الجارية التى لم تطمث ولم تبلغ الحبل إذا اشتراها الرجل، قال: «ليس عليها عده يقع عليها»^(٤).

وعن عبد الرحمن بن أبى عبد الله، قال: سألت أبى (عليه السلام) عن الرجل يشتري الجارية التى لم تبلغ المحيض، وإذا قعدت عن المحيض عن عدتها، وما يحل للرجل من الأمه حتى يستبرأها قبل أن تحيض، قال: «إذا قعدت عن المحيض أو لم تحض

ص: ٢٠

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٠٥ الباب ٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٩٨ الباب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٩٨ الباب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٩٨ الباب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٢

وكذا لا يلحق بالتزويج الوطى بالملك أو التحليل، فلو كانت مزوجه فمات زوجها أو طلقها، وإن كان لا يجوز لمالكها وطبها ولا الاستمتاع بها في أيام عدتها ولا تحليلها للغير، لكن لو وطأها أو حللها للغير فوطأها لم تحرم أبداً عليه

فلا عده لها، والتي تحيض فلا يقربها حتى تحيض وتطهر»(1).

إلى غيرها من الروايات.

وإذا تحقق ذلك لم يجز تزويجها أيضاً، ولا- تلتزم بين جواز الاشتهاء وبين جواز النكاح، ولذا لا يصح نكاح الحامل ويجوز اشتراطها، إلى غير ذلك من الأحكام المذكورة في باب الإماماء.

{وكذا لا- يلحق بالتزويج الوطى بالملك أو التحليل}، كما عن الكركي، ونص عليه الجواهر، وتبعهما المستمسك وجمله من المعلقين، وتقتضيه أصالة عدم التحريم بعد أن أدله العده لا تشمله.

{فلو كانت مزوجه فمات زوجها أو طلقها، وإن كان لا يجوز لمالكها وطبها ولا الاستمتاع بها في أيام عدتها}، وكذا لو خرجت عن حبالته بفسخ أو ارتداد أو انقضاء مده المتعه.

{ولا تحليلها للغير} تحليلاً يوجب الوطى، أما تحليلاً دون ذلك ففيه كلام مذكور في باب أحكام الإماماء.

{لكن لو وطأها أو حللها للغير فوطأها لم تحرم أبداً} حرمة أبعده {عليه} في

ص: ٢١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٩٩ الباب ٣ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤

أو على ذلك الغير ولو مع العلم بالموضوع والحكم.

وطى المالك {أو على ذلك الغير} المحلل له الواطى لها {ولو مع العلم بالموضوع والحكم}.

لكن ربما يورد على ذلك مثل ما تقدم من إطلاق لفظ العده على المقام، فتشملها أدله المنع.

فعن عمار بن موسى، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يزوج جاريته من عبده ويريد أن يفرق بينهما فيفر العبد كيف يصنع، قال: «يقول لها: اعتزلى فقد فرقت بينكما فاعتدى، فتعدت خمسه وأربعين يوماً ثم يجمعها مولاهما إن شاء، وإن لم يفر قال له مثل ذلك»، قلت: فإن كان المملوك لم يجمعها، قال: «يقول لها: اعتزلى فقد فرقت بينكما، ثم يجمعها مولاهما من ساعته إن شاء ولا عده عليها»^(١).

لكن يمكن أن يقال: إن وطى المولى فى حال زواجها عالمًا عامدًا أشد، ومع ذلك لم يحرمها الشارع بذلك، كما رواه على بن سليمان، قال: كتبت إليه (عليه السلام)، رجل له غلام وجاريه زوج غلامه جاريته، ثم وقع عليها سيدها، هل يجب فى ذلك شيء، قال: «لا ينبغي له أن يمسه إلا أن يطلقها الغلام»^(٢).

بدعوى أن ظاهرها عدم حرمتها عليه، فيحق له بعد الطلاق مسها، إلا أن يقال: إن الرواية لا تتعرض لذلك، بل تعرضت لحكم عدم جواز مسها فى حال زواجها، أما إذا مسها فلا تتعرض الرواية لحكمها بعد ذلك، فتأمل.

ص: ٢٢

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٥٠ الباب ٤٥ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٤٩ الباب ٤٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣

(مسألة ١): لا يلحق بالتزويج فى العده وطى المعتده شبهه من غير عقد، بل ولا زنا إلا إذا كانت العده رجعيه كما سيأتى، وكذا إذا كان بعقد فاسد لعدم تماميه أركانه.

(مسألة ١): {لا يلحق بالتزويج فى العده وطى المعتده شبهه من غير عقد} بأن كان المرأه فى عده من طلاق ونحوه فيطؤها إنسان شبهه، فإنها لا تحرم على هذا الواطى.

{بل ولا زنا} بأن زنى زان بمن فى العده، فإن زناه لا يوجب تحريماً عليه.

{إلا إذا كانت العده رجعيه كما سيأتى}.

أما المستثنى منه، فلأصل، فيشمله جواز النكاح، وأدله وطى المعتده الموجب للتحريم خاصه بالوطى عن عقد، فلا يشمل الوطى شبهه، وانسحاب حكم الوطى عن عقد إلى الوطى زنا وشبهه بطريق أولى لا دليل عليه إلا المناط، وهو غير مقطوع به خصوصاً فى الزنا، فربما كان عقابه فى الآخره يوجب عدم عقاب له فى الدنيا، من قبيل (ومن عاد فينتقم الله منه).

وأما المستثنى، فلأن الزنا بذات العده الرجعيه هو من أسباب التحريم الأبدى كما سيأتى.

أما إذا كانت العده بعضها بائنه وبعضها رجعيه، كما إذا اختلعا فصارت بائنه، ثم رجعت فى البذل فصارت رجعيه، فمقتضى القاعده أن يكون لكل حال حكمه، فالزنا فى حال البينونه لا يوجب تحريماً بخلافه حال الرجعيه.

{وكذا} لا يلحق بالتزويج فى العده {إذا كان} التزويج {بعقد فاسد} بما لا يسمى عقداً عند العرف {لعدم تماميه أركانه} فإنه حينئذ لا يسمى عقداً وتزويجاً، فلا يتحقق

وأما إذا كان بعقد تام الأركان وكان فساده لتعبد شرعى، كما إذا تزوج أخت زوجته فى عدتها أو أمها أو بنتها أو نحو ذلك مما يصدق عليه التزويج، وإن كان فاسداً شرعاً، ففى كونه كالتزويج الصحيح إلا من جهه كونه فى العده

موضوع نصوص التحريم، وهذا مما لا ينبغى الإشكال فيه، بل ولم أجد خلافاً فيه بين من تعرض له.

ومن هذا القبيل ما إذا كان أمر إنساناً بالعقد فى وقت خاص فزعم أنه عقد ثم تبين أنه لم يعقد.

{وأما إذا كان بعقد تام الأركان} عرفاً {وكان فساده لتعبد شرعى، كما إذا تزوج أخت زوجته فى عدتها} أى عده الأخت المطلقة {أو أمها}، لعل نظره بما إذا كان وطى البنت شبهه لأجل عقد باطل ثم فى عدتها تزوج بأمها، وإلا فأم الزوجه لكونها من المحرمات الأبدية بنفسها لا يعقل أن يترتب أثر على العقد عليها فى عدتها، كما أشكل بذلك على الماتن المستمسك والجمال والاصطهاناتى وغيرهم.

{أو بنتها} إذا لم يدخل بأمها، إذ مع الدخول بالأم تحرم الأم أبداً، {أو نحو ذلك} مما يصدق عليه التزويج، وإن كان فاسداً شرعاً، ففى كونه كالتزويج الصحيح إلا من جهه كونه فى العده {لأن التزويج المحرم الوارد فى الأخبار اسم للأعم من الصحيح والفساد، إذا كان يسمى عرفاً بالتزويج، فكما أن التزويج الصحيح يوجب الحرمة الأبدية إذا كان فى العده، كذلك التزويج العرفى _ وإن كان فاسداً شرعاً _ يوجب الحرمة الأبدية إذا كان فى العده.

وعدمه لأن المتبادر من الأخبار التزويج الصحيح مع عدم كونه في العده، إشكال، والأحوط الإلحاق في التحريم الأبدى، فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً، ومع الدخول في صورته الجهل.

{وعدمه} وأن التزويج الفاسد شرعاً لا يوجب تحريماً أبدياً، بل وجوده كعدمه، {لأن المتبادر من الأخبار التزويج الصحيح مع عدم كونه في العده}.

وكأنه لذا قال في الجواهر: إن لفظ التزويج والنكاح للأعم، خلافاً لما حكى عن التحرير حيث قال: إن الظاهر أن مراد علمائنا بالعقد في المحرم والعقد في ذات العده هو العقد الصحيح الذي لولا المانع ترتب عليه أثره.

بل الجواهر في باب الإحرام وافق على ما في التحرير، قال: إن المنساق من نصوص المقام وفتاواه العقد الصحيح في نفسه، وهذا هو الذي اختاره المستمسك وغير واحد من العلماء، بل المراد بكل ما هو من هذا القبيل كالصلاه والصوم والحج والبيع والرهن والنكاح والطلاق وغيرها الذي يراه الشارع صحيحاً.

فلا {إشكال} في المقام.

{و} إن كان {الأحوط} استحباباً {الإلحاق في التحريم الأبدى، فيوجب الحرمة مع العلم مطلقاً} دخل أو لم يدخل {ومع الدخول في صورته الجهل}.

ثم إنه لا فرق في فساد العقد كون ذلك من جهه اللفظ أو من جهه المرأه أو غيرهما، فإن إطلاق أدله جواز النكاح يشمل الكل، ودليل المنع لا يشمل أياً منها.

ثم إنه لو عقده الفضولى في العده فعلم فأجاز حرم عليه أبداً، لأنه بإجازته صار عقده.

أما إذا لم يجر فلا عقد له حتى يكون من العقد في العده.

وإن أجازته بعد انقضاء العده، فإن كانت الإجازة كاشفه حرمت أبداً، لأنه كالعقد في حال العده، وإن كانت الإجازة ناقله لم تحرم لأنه من العقد بعد العده.

لكن مسأله إيجاب الإجازة على الكشف الحرمة الأبدية بحاجة إلى مزيد من التأمل.

ص: ٢٤

(مسألة ٢): إذا زوجه الولي في عده الغير مع علمه بالحكم والموضوع

(مسألة ٢): {إذا زوجه الولي في عده الغير مع علمه} أي الولي {بالحكم} وأن النكاح في العده باطل {والموضوع} وأن هذه المرأه في العده، لا يوجب ذلك الحرمة الأبديه، لأن الظاهر الأدله علم الزوج لا الولي.

ولو كان الزوج طفلاً- مميّزاً، وعلم بأنها في العده وزوّجها بنفسه _ إن قلنا باعتبار عبارته الصبي _ وكان مأذوناً من قبل الولي في هذا الزواج، أو زوجه الولي مع علم الصبي بالحكم والموضوع، فالظاهر عدم الحرمة الأبديه للصبي، لأن «عمد الصبي خطأ»، ولحديث رفع القلم (١).

وعلى كلا التقديرين فالنكاح باطل.

ثم لو زوج اثنتين إحداهما في العده مع العلم والعمد، فالظاهر بطلان نكاح ذات العده فقط، أما نكاح غيرها فلا يبطل، إذ لا وجه للبطلان إلاّ- وحده لفظ النكاح، بأن قال و كليهما: (زوجتكهما)، وبطلان بعض الصفقه لا يوجب سرايه البطلان إلى بعض آخر خال من المحذور.

ولو علم إجمالاً- بأن فاطمه أو زينب في العده، فزوج زينب وظهرت أنها هي التي في العده، فهل تحرم أبداً، احتمالان، من أنه تزويج في العده عالمياً، ومن أن المنصرف من النص والفتوى العلم التفصيلي لا الإجمالي، والثاني أظهر، وإن كان الأول أحوط.

نعم لا ينبغي الإشكال في أنه لو علم أن إحدى نساء المدينة في العده

ص: ٢٧

أو زوجه الوكيل في التزويج بدون تعيين الزوجه كذلك لا يوجب الحرمة الأبدية، لأن المنط علم الزوج لا وليه أو وكيله، نعم لو كان وكيلًا في تزويج امرأه معينه وهى فى العده، فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه

مثلاً، وزوج فاطمه فعلم أنها هى التى كانت فى العده، لم تحرم لعدم شمول النص لمثل ذلك قطعاً.

ثم إنه لو زوج الوكيل هنداً لزيد وهو يعلم أنها فى العده فلا إشكال فى أنها لا تحرم على نفس الوكيل إذا أراد أن يتزوجها فى المستقبل لنفسه، إذ الدليل دل على الحرمة فيما إذا كان المتزوج هو العالم.

كما أنه لو أغرى إنسان عالم بأنها فى العده إنساناً فزوجها، لم يكن المغرى ممن تحرم عليه أبداً بلا إشكال.

{أو زوجه الوكيل فى التزويج بدون تعيين} الزوج {الزوجه كذلك} بأن كان الوكيل عالماً بالحكم والموضوع والزوج جاهل، ومثله ما لو كان الزوج الجاهل عين الزوجه {لا يوجب الحرمة الأبدية، لأن المنط} فى التحريم {علم الزوج} كما هو الظاهر من النص والفتوى {لا وليه أو وكيله}.

ومثلها الفضولى كما تقدم فى المسأله السابقه.

{نعم لو كان وكيلًا- فى تزويج امرأه معينه وهى فى العده} بأن قال الزوج: زوج لى فاطمه، والزوج يعلم أن فاطمه فى العده، {فالظاهر كونه كمباشرته بنفسه} فى أنه إذا علم الزوج أنها فى العده وعلم بالحرمة حرمت عليه أبداً، وذلك لأن الأدله دلت على أن (من تزوج) ونحوه، وهو يصدق سواء زوج

لكن المدار علم الموكل لا الوكيل.

بنفسه أو بوكيله، كما أن ظاهر دليل (من بنى مسجداً) ونحوه يشمل المباشر والموكل.

{لكن المدار علم الموكل لا الوكيل} لعله ذكر هذه الاستدراك لأجل رفع توهم أن هذه الفروع معطوفه على الفرعين السابقين المفروض فيهما علم الولي والوكيل.

ثم إنه لو قال للوكيل: زوج لى إحدى بنات زيد، وهو يعلم أن واحده غير معينه لديه، أو معينه لديه، كفاطمه مثلاً فى العده، فزوج الوكيل المعتده، فهل تحرم عليه أم لا، ظاهر المستمسك الحرمة الأبدية، لأنه يصدق أنه تزوج امرأه فى عدتها وهو عالم.

لكن فيه خفاء، لأن النص منصرف عن مثله، ولو كان مثل هذا الانصراف ليس موجوداً فى بعض الأماكن الأخر، كما إذا قال له: اقتل أحد هؤلاء، وكانوا خمسة أحدهم مسلم محقون الدم، والأربعة كفار مهدور الدم، فإنه إذا قتل المسلم صدق أن الأمر هو القاتل فيما كان المأمور آله فقط، فتأمل.

ص: ٢٩

(مسألة ٣): لا إشكال في جواز تزويج من في العدة لنفسه، سواء كانت عده الطلاق أو الوطى شبهه أو عده المتعه أو الفسخ بأحد الموجبات أو المجوزات له، والعقد صحيح إلا في العده الرجعية فإن التزويج فيها باطل، لكونها بمنزلة الزوجه

(مسألة ٣): {لا- إشكال في جواز تزويج من في العده لنفسه} كما لا خلاف إذا لم يكن هناك محذور خارجي، كما إذا ارتد الزوج أو ما أشبه ذلك، وذلك لأن أدله المنع منصرفه إلى ما كان في عده الغير، كما أن المنساق إلى الذهن ما ذكره المستمسك وغيره من أن العده إنما شرعت احتراماً لذى العده فلا تمنع من التزويج بنفس ذى العده.

{سواء كانت عده الطلاق} الطلاق القابل لنكاح الزوج فيه، {أو الوطى شبهه} لخليه، أما المتزوجه ونحوها فواضح أنه لا يحق للوطى شبهه نكاحها، {أو عده المتعه} إذا لم يكن محذور، كما إذا كانت أمه ولم يرض مولاهما بنكاحها.

{أو الفسخ بأحد الموجبات} للفسخ كالكفر {أو المجوزات له} كالفسخ بالعيوب، فإنه يجوز الفسخ لا أنه يوجبه.

{و} إذا عقد في حال عده نفسه فـ {العقد صحيح} بلا إشكال كما عرفت {إلا في العده الرجعية فإن التزويج فيها باطل} كونها بمنزلة الزوجه، والزوجه لا تعقد عليها مره ثانيه لأن العقد عليها لغو.

ثم إن المستفاد من النص والفتوى أن المطلقة طلاقاً رجعيّاً لا- يؤثر الطلاق في بينونها إلا عند انقضاء العده، فهي زوجه قابله للأنفكاك إذا بقيت بلا إرجاع، ولذا

وإلا في الطلاق الثالث الذى يحتاج إلى المحلل فإنه أيضاً باطل بل حرام ولكن مع ذلك لا يوجب الحرمة الأبدية

قال فى الجواهر، فى لوائح كتاب الطلاق: والمسألة الثانية إن نفقتها كنفقه الزوجيه بل هى هى، لأن الطلاق لم يسقطها، وفى الجملة من الروايات استحباب أن تتزين للرجل، (لعل الله يحدث بعد ذلك أمراً) (١).

وبهذا يظر أن قول المستمسك بصحة نكاحها من جديد فى حال العده الرجعيه ويترتب على صحة العقد ثبوت المهر واستحقاقه بالدخول وغير ذلك من أحكام الزوجيه الحديثه، محل منع.

{وإلا- فى الطلاق الثالث الذى يحتاج إلى المحلل فإنه} بدون المحلل {أيضاً باطل} لم يقره الشارع {بل حرام} لعله استفيد حرمة من النهى الوارد فى النص والفتوى، فإنه لا منافاه بين التكليف والوضع كما فى عقد حال الإحرام وغيره.

ومنه يعلم أن ما ذكره المستمسك من أنه لم يقف على هذه الحرمة محل نظر.

{ولكن مع ذلك} الذى ذكرنا أنه باطل حرام {لا يوجب الحرمة الأبدية}

ص: ٣١

وإلا في عده الطلاق التاسع في الصورة التي تحرم أبداً، وإلا في العده لوطئه زوجه الغير شبهه لكن لا من حيث كونها في العده، بل لكونها ذات بعل، وكذا في العده لوطئه في العده شبهه إذا حملت منه بناءً على عدم تداخل العدين،

لأصل بعد عدم الدليل عليها، {وإلا في عده الطلاق التاسع في الصورة التي تحرم أبداً} فإنه سيأتي في كتاب الطلاق الكلام حول الطلاق التاسع لا يكون موجباً للحرمه الأبديه إذا لم تتوفر فيه الشروط المذكوره هناك.

وكيف كان، فإن نكاح المطلق طلاقاً تاسعاً لزوجه المطلقه في العده لا يؤثر في صحه العقد.

{وإلا في العده لوطئه زوجه الغير} أو امرأه تحرم عليه {شبهه} فإنه لا يصح نكاحه في العده.

{لكن} عدم صحه النكاح {لا من حيث كونها في العده، بل لكونها ذات بعل} أو كونها تحرم عليه لسبب آخر كالمحارم نسباً أو رضاعاً أو كالحرمه لأنها أمه الغير أو ما أشبه ذلك.

{وكذا} ليس العقد صحيحاً {في العده} العده عن غير الواطى {لوطئه في العده شبهه إذا حملت منه} كأن وطأ زيد امرأه محرمة عليه، لكونها في عده طلاق عمرو مثلاً وطياً شبهه فحملت منه، فإن العده من الحمل لها توجب أن لا يصح عقدها له في هذه العده الأولى للحمل، كما لا يصح عقدها له في العده الثانيه، عده الطلاق.

{بناءً على عدم تداخل العدين} عده الطلاق من زواجها المطلق، وعده وطى الشبهه من الرجل الذى وطأها شبهه.

فإن عده وطى الشبهه حينئذ مقدمه على العده السابقه التى هى عده الطلاق أو نحوه لمكان الحمل، وبعد وضعه تأتى بتمه العده السابقه، فلا يجوز له تزويجها فى هذه العده، أعنى عده وطى الشبهه وإن كانت لنفسه، فلو تزوجها فيها عالماً أو جاهلاً بطل

{فإن عده وطى الشبهه حينئذ مقدمه على العده السابقه التى هى عده الطلاق أو نحوه} من سائر العدد، كعده الوفاه وعده الفسخ، وإنما تقدم عده وطى الشبهه على عده الطلاق {لمكان الحمل} فإنها لما حملت من وطى الشبهه كانت عده وطى الشبهه مده الحمل، ومده الحمل تبدأ من حين الوطى.

{وبعد وضعه} أى وضع المرأه الطفل (الحمل) {تأتى بتمه العده السابقه} كعده الطلاق {فلا يجوز له تزويجها فى هذه العده (عده الحمل) {لنفسه} نفس الواطى شبهه، مثلاً عمرو طلق زوجته وانقضى على ذلك قرء فوطأها زيد شبهه فحملت منه، فإن مده الحمل هى فى عده زيد لو طى الشبهه، وبعد انقضاء مده الحمل كتسعته أشهر مثلاً ووضعها للولد، تتم بقيه عده الطلاق، أى قرئين آخرين، فإن عده الطلاق ثلاثه قروء، فإن الواطى شبهه لا يحق له تزويج المرأه فى عده الحمل، مع أن عده الحمل تكون من نفس هذا الواطى شبهه، {فلو تزوجها فيها عالماً} بالموضوع والحكم {أو جاهلاً} بهما أو بأحدهما {بطل} العقد، للمناط فى عدم جواز العقد فى عده الغير، فإنها الآن وإن لم تكن فى عده الغير لكن لها حاله مستقبلية حيث تكون بعد وضع الحمل فى عده الغير، والعرف الملقى إليه دليل حرمه النكاح فى عده الغير لا يرى فرقاً بين أن يكون العقد فى حال العده، أو أن

ولكن فى إىجابته التفرىم الأبدى إشكال.

ىكون العقد فى حال تدخل الزوجه فى المستقبل فى العده، فإن المستفاد من الأدله عرفاً عدم جواز التزوىج إلا بعد انتهاء العده.

{ولكن فى إىجابته} عقد هذه المرأه الحامل {التفرىم الأبدى} فى صورته العلم بالموضوع والحكم {إشكال}، من جهه أن أدله التفرىم لا تشمل إلا العقد فى نفس العده، لا فى وقت تكون المرأه فى المستقبل فى العده.

ثم لا ىخفى أنه كما لا ىحق للواطى شبهه نكاح المرأه فى مده عده الحمل، كذلك لا ىحق للزوج المطلق أن ىنكح هذه المرأه فى عده الحمل، وإن جاز له أن ىنكحها فى عده الطلاق الآتیه بعد وضع المرأه، إذ عده الحمل لىست للزوج المطلق، بل للواطى شبهه كما هو واضح، وسىأتى تتمه المسأله فى المسأله العاشره.

أما تقدم عده وطى الشبهه على عده الطلاق فسىأتى الكلام فىه فى مبحث الطلاق إن شاء الله تعالى.

(مسألة ٤): هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبديه في صورته الجهل أن يكون في العده، أو يكفي كون التزويج في العده مع الدخول بعد انقضائها، قولان،

(مسألة ٤): هل يعتبر في الدخول الذي هو شرط في الحرمة الأبديه في صورته الجهل {بالموضوع أو الحكم} أن يكون في العده {فإذا عقد في العده جاهلاً ثم دخل بعد أن خرج العده لم يكن الدخول موجباً للحرمة الأبديه.

{أو يكفي} في الحرمة الأبديه {كون التزويج في العده مع الدخول} الكائن ذلك الدخول {بعد انقضائها}.

{قولان}، اختار أولهما المسالك وتبعه الجواهر، وذلك لأصالة عدم الحرمة الأبديه بعد عدم إمكان العمل بإطلاق الأخبار الداله على الحرمة الأبديه بالدخول، وإنما لا- يمكن العمل بإطلاقها لاحتفافها بما يمكن أن تكون قرينه، مثلاً في صحيحه: «إن كان دخل بها فرق بينهما ولم تحل له أبداً واعتدت ما بقى عليها من الأول» فإنه نص في أن الدخول كان في العده.

وفي صحيحه على بن رثاب، عن حمran: «إن كانت تزوجته في عدتها لزوجهها الذي طلقها عليها الرجعه فإنى أرى أن عليها الرجم»، فإن الرجم لا يكون إلا بالدخول في العده.

إلى غير ذلك من الروايات المشعره بذلك.

ومنه يعلم أنا لا نحتاج إلى تقييد المطلق بهذا الأخبار، حتى يقال: إن المقيد لا يتوى على تقييد المطلق لعدم التنافى في الحكم بينهما، بل يكفي اكتناف الكلام بما يصلح أن يكون قرينه وهو حاصل، بالإضافة إلى الانصراف إلى الدخول في حال العده، ولو شك في الحكم ولم يجر أصل موضوعي فالأصل الحل، بل الانصراف آت في مطلقات الفقهاء أيضاً، فقول الرياض إن الفتاوى كالنصوص مطلقه

إن الأحوط الثاني، بل لا يخلو عن قوه، لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف إلى الدخول في العده.

في إفاده التحريم بالدخول، وإن كان الدخول بعد العده غير ظاهر الوجه.

نعم لا إشكال في {أن الأحوط الثاني} أي التحريم الأبدى.

أما ما اختاره المصنف بقوله: {بل لا يخلو عن قوه، لإطلاق الأخبار بعد منع الانصراف إلى الدخول في العده} ففيه ما تقدم، ولذا اختار السيدان الحكيم والجمال عدم الحرمة الأبدية، كما منع القوه، واحتاط في المسأله السيدان ابن العم والاصطهباناتى.

ولو شك في أن الدخول صار في العده كان الأصل تأخر الحادث.

ويأتى في المقام مسأله مجهولى التاريخ.

(مسألة ٥): لو شك أنها في العده أم لا، مع عدم العلم سابقاً، جاز التزويج خصوصاً إذا أخبرت بالعدم

(مسألة ٥): {لو شك أنها في العده أم لا، مع عدم العلم سابقاً} بأحد الأمرين، إذ لو علم بأحدهما استصحب المعلوم، {جاز التزويج} لأصالة عدم كونها في العده.

وكذا لو شك في، وهكذا لو شك الرجل في أنه في عده الأخت أو عده الرابعة، أو شككت هي، وإذا شك العاقد حمل فعل المسلم على الصحيح، فلا يحتاج إلى التحقيق.

ولو علم بأن إحدهما أو أحدهما أو هذا أو هذه _ في عقدين _ في العده، وكان كلاهما محل الابتلاء لم يجز عقد أحدهما، لمكان العلم الإجمالي، وإن كان العقدان في زمانين، لما حقق في الأصول من عدم الفرق في العلم الإجمالي بين الدفعيه والتدريجييه.

أما إذا علم بأن الزوج أو الزوجه في العده، فهو علم تفصيلي بعدم الجواز، كما أن الرجل إذا علم بأنه أو من يريد زواجها في العده، وكذلك المرأه إذا علمت بأنها أو الزوج في العده، لم يجز الزواج لأنه علم تفصيلي.

ولو علم العاقد بأن أحدهما _ في عقدين _ في العده، لكن لم يكن أحدهما محل الابتلاء، أو كان أطراف العلم غير محصور فلا بأس بعقده.

ولا- يخفى أن المراد بعدم الجواز عدم ترتيب الأثر، أما مجرد إجراء اللفظ فيمكن أن يقال: ليس بمحرم، للأصل إلا فيما علم حرمة، كما تقدم من عدم جواز العقد في العده تكليفاً، كما أنه يوجب الحرمة الأبدية وضعاً.

{خصوصاً إذا أخبرت بالعدم} فإنه لا إشكال في قبول قبولها، بل

وكذا إذا علم كونها في العده سابقاً وشك في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء

هو المشهور، ويدل على ذلك أنها ذات اليد على نفسها، فكما يقبل قولها في الطهاره والنجاسه لبدنها أو ثوبها أو ما أشبه ذلك، يقبل قولها في أنها في العده أو لا.

ويدل عليه السيره القطعيه، وصحيح زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام) قال: «العهه والحيض للنساء إذا ادعت صدقت».

بل ويؤيده أو يدل عليه بالمناط، الروايات الكثيره الوارده في جملة من المقامات الأخر، مثل الأخبار الوارده في المتعه.

كخبر محمد بن عبد الله الأشعري، قلت للرضا (عليه السلام): الرجل يتزوج المرأه فيقع في قلبه أن لها زوجاً، قال (عليه السلام): «ما عليه، أريت لو سألتها البينه كان يجد من يشهد أن ليس لها زوج» (١).

وقال محمد بن راشد: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني تزوجت المرأه متعه فوقع في نفسي أن لها زوجاً ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً، قل: «ولم فتشت» (٢).

وخبر أبان بن تغلب، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني أكون في بعض الطرقات فأرى المرأه الحسناء ولا آمن أن تكون ذات بعل أو من العواهر، قال: «ليس هذا عليك، إنما عليك أن تصدقها في نفسها» (٣).

إلى غيرها من الروايات.

وكذا إذا علم كونها في العده سابقاً، وشك في بقائها إذا أخبرت بالانقضاء { لأن قبول قولها حسب ما ذكرناه سابقاً يقتضى ذلك.

ص: ٣٨

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٤٤١ الباب ٢٤ من أبواب العدد ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٥٧ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح ٥

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٥٧ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح ٣

وأما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها عدم جواز تزويجها، وهل تحرم أبداً إذا تزوجها مع ذلك، الظاهر ذلك

وكذا إذا علم بأنها كانت في عده، فإن كانت في عده كبيره كانت باقيه، وإن كانت في عده صغيره فقد خرجت من العده، فأخبرت أنها كانت في عده صغيره.

{وأما مع عدم إخبارها بالانقضاء فمقتضى استصحاب بقائها} أى بقاء العده {عدم جواز تزويجها}، وكذلك بالنسبه إلى أخت الزوجه والخامسه بعد طلاق الرجل الرابعه إن أخبر بانقضاء العده فيها، وإلا كان مقتضى الاستصحاب عدم خروج الرجل من العده.

{وهل تحرم أبداً إذا تزوجها مع ذلك} الاستصحاب {الظاهر ذلك} لأن الاستصحاب قائم مقام العلم، فكما أنها تحرم إذا علم بكونها في العده وتزوجها، كذلك إذا استصحب أو قامت أماره أو ما أشبه ذلك.

وبهذا أفتى المستمسك، وسكت على المتن جمله من المعلقين، لكن ينبغي أن يقيد ذلك بما إذا كان ملتفتاً واستصحب، وإلا لم يجر الاستصحاب كما حقق فى الأصول، وجهله يعذره عن الحرمة الأبدية.

لكن فى تعليقه ابن العم قال عند قول المصنف: (الظاهر ذلك): (فيه إشكال، إلا إذا دخل بها).

وفى تعليقه السيد البروجردى: (إذا دخل بها ولم ينكشف الخلاف، وأما مع الانكشاف فلا- تحرم، ومع الدخول لا- يخلو من الإشكال).

أقول: أما مع انكشاف الخلاف فلا إشكال فى عدم الحرمة، إذ الأحكام تابعه للمواضيع الواقعيه لا الوهميه.

وأما الإشكال إذا لم يدخل، والحرمة إذا دخل، فكأنه لأجل أن استصحب العده

وإذا تزوجها باعتقاد خروجها عن العده، أو من غير التفات إليها، ثم أخبرت بأنها كانت في العده، فالظاهر قبول قولها وإجراء حكم التزويج في العده، فمع الدخول بها تحرم أبداً.

لا يثبت حرمة النكاح إلا على الأصل المثبت، أما إذا دخل فالأصل حرمة الدخول، لكن في كلا الأمرين تأمل.

{وإذا تزوجها باعتقاد خروجها عن العده، أو من غير التفات إليها} بأن لم يلتفت إلى احتمال أنها في العده {ثم أخبرت بأنها كانت في العده، فالظاهر} عدم {قبولها}، فإن أصاله الصحة لا تدع مجالاً لقبول قولها، كما إذا ادعت بعد التزويج أنها لم تكن راضيه عند العقد، أو ادعت أن زوجها الأول طلقها في حال الحيض أو في طهر المواقعه أو ما أشبه، إلا إذا تحقق صحة كلامها.

{و} عليه لا- {إجراء} ل- {حكم التزويج في العده} بمجرد ادعائها، وكأنه لما ذكرنا قال السيد البروجردى: (إن الظهور المذكور محل تأمل)، وفي تعليقه أخرى: (إن ما ذكرناه المصنف أحوط).

وعلى هذا فلا أثر لكلامها.

{فمع الدخول بها} لم {تحرم أبداً} ولا يحتاج الزوج إلى التحقيق حول صدقها، ويظهر تقدم أصل الصحة على الدعوى بعد وقوع العقد من بنائهم في مختلف المسائل التي ذكروها في أبواب المعاملات والنكاح والطلاق وغيرها، مثل ما ذكره الشرائع من أنه (لو راجع المطلق زوجته فادعت بعد الرجعه انقضاء العده قبل الرجعه، فالقول الزوج، إذ الأصل صحة الرجوع) انتهى.

مع أن إطلاق كونها مصدقه يقتضى عدم صحه الرجوع، إلى غيرها من المسائل.

ومنه يعلم أن تعليق المستمسك على قوله: (فالظاهر قبول قولها) بقوله: (لمصحح زواره المتقدم وغيره بل هو المتيقن من المصحح) انتهى. غير ظاهر الوجه.

نعم لو حقق الزوج وكان قد دخل، فثبت صحه قولها، حرمت أبداً، لأنه دخول فى العده.

ص: ٤١

(مسألة ٦): إذا علم أن التزويج كان في العده مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً، ولكن شك في أنه دخل بها حتى تحرم أبداً أو لا، يبنى على عدم الدخول، وكذا إذا علم بعدم الدخول بها، وشك في أنها كانت عالمه أو جاهله، فإنه يبنى على عدم علمها، فلا يحكم بالحرمة الأبديه.

(مسألة ٦): {إذا علم أن التزويج كان في العده مع الجهل بها حكماً أو موضوعاً، ولكن شك في أنه دخل بها حتى تحرم أبداً أو لا، يبنى على عدم الدخول}، لأن الأصل عدم الدخول، فلو علم إجمالاً بالدخول إما بهذه الزوجه أو بزوجه الأخرى، لم ينفع في الحرمة الأبديه، لأن أحد طرفي العلم الإجمالي لا أثر له.

نعم لو علم بالدخول بهذه أو بالأخرى في حال الحيض، وجب الاجتناب لوجود الأثر لكلا الطرفين، وكذا إذا علم بأنه دخل بهذه أو بالأخرى التي هي أيضاً نكحها في العده.

{وكذا إذا علم بعدم الدخول بها، وشك في أنها} حال العقد {كانت عالمه أو جاهله، فإنه يبنى على عدم علمها} لأصاله عدم علمها {فلا يحكم بالحرمة الأبديه}.

كما أنه كذلك لا يحكم بالحرمة الأبديه إذا شك في أنه حال التزويج هل كان عالماً أم لا.

ولو شك في أنه حال العقد مع علمهما هل كان هازلاً أم لا، فالأصل الصحة، فتحرم أبداً.

(مسألة ٧): إذا علم إجمالاً بكون إحدى الامرأتين المعينتين فى العده ولم يعلمها بعينها، وجب عليه ترك تزويجهما، ولو تزوج إحداهما بطل، ولكن لا يوجب الحرمة الأبدية، لعدم إحراز كون هذا التزويج فى العده

(مسألة ٧): {إذا علم إجمالاً بكون إحدى الامرأتين المعينتين فى العده ولم يعلمها بعينها، وجب عليه ترك تزويجهما} للعلم الإجمالى بوجوب اجتناب إحداهما لكن بشرط أن تكون الثانية محلاً للابتلاء، لا ما إذا علم الفقير أنه إما بنت الملك التى لا تعطى له قطعاً أو هذه المرأة التى يريد زواجها فى العده، فإنه يجوز له الزواج بها، لعدم تنجيز العلم الإجمالى.

{ولو تزوج إحداهما بطل} ظاهراً، أى لم يترتب عليه الأثر لأصالة عدم ترتب الأثر فى كل مورد لا يعلم توفر الشروط.

{ولكن لا يوجب الحرمة الأبدية، لعدم إحراز كون هذا التزويج فى العده} لأصالة عدم الحرمة الأبدية، نظير ما لو توضع بأحد الإنائين المعلوم نجاسه أحدهما، فإنه يبنى فيه على عدم ترتب الأثر عملاً باستصحاب الحدث.

أما ما ذكره المستمسك من استثناء ما إذا كان الحال السابقه فى المرأتين معاً أنهما فى العده، وعلم خروج إحداهما منها وبقاء الأخرى فيها، فيجوز جريان الاستصحاب فيهما معاً، لما لم ينافيا العلم عملاً، ومقتضاه حرمتها الأبدية.

ففيه: ما قررناه فى الأصول، من أن الأصل لا يجرى فى طرفى العلم الإجمالى، لوجود العلم.

نعم لو تزوجهما معاً حرمتا عليه فى الظاهر، عملاً بالعلم الإجمالى.

{نعم لو تزوجهما معاً} ولو فى زمانين {حرمتا عليه فى الظاهر، عملاً بالعلم الإجمالى} وإن لم تحرم غير ذات العده عليه واقعاً، ويثمر ذلك أن إنساناً آخر لا يقدر على زواج كليهما، لأنه يعلم أن إحداهما ذات زوج.

أما بالنسبه إلى المرأه فلا بأس بزواج أيهما ممن شئت، لأنها تعلم أنها هى مزوجه أو الأخرى، ومثل هذا العلم غير مؤثر، بل هو من قبيل واجدى المنى.

ص: ٤٤

مسأله ٨ لو شك بأنها في عده نفسه أو غيره

(مسأله ٨): إذا علم أن هذه الامراه المعينه في العده، لكن لا يدري أنها في عده نفسه أو في عده لغيره، جاز له تزويجها، لأصالة عدم كونها في عده الغير، فحاله حال الشك البدوى.

(مسأله ٨): {إذا علم أن هذه الامراه المعينه في العده، لكن لا يدري أنها في عده نفسه أو في عده لغيره، جاز له تزويجها، لأصالة عدم كونها في عده الغير}، ولا يعارضها أصالة عدم كونها في عده نفسه، لعدم الأثر لهذا الأصل.

{فحاله حال الشك البدوى} الجارى فيه الأصل، ولو علم أنها في العده، لكن شك في أنها عده الوفاء الطويله، أو عده الطلاق القصيره، فالأصل عدم الحرمة بعد انقضاء الزمان القصير، ولا يعارضه أصل بقاء كونها في العده، لأنه من قبيل المسببى، والأصل السببى مقدم عليه.

(مسألة ٩):

(مسألة ٩): لو تزوج بذات البعل فله أربع صور: لأنه إما عالم، أو جاهل، وعلى كل حال أما أن يدخل بها، أو لا.

الأولى: أن يكون عالماً ودخل بها، ولا إشكال ولا خلاف في الحرمة الأبديه في هذه الصورة.

ويدل عليه جملة من النصوص:

كموثق أديم بن الحر، قال أبو عبد الله (عليه السلام): «التي تتزوج ولها زوج يفرق بينهما ولا يتعاودان أبداً» (١).

وموثق زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في امرأة فقد زوجها أو نعى إليها فتزوجت، ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال (عليه السلام): «تعند منهما جميعاً ثلاثة أشهر عده واحده، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً» (٢).

وموثقه الآخر، عنه (عليه السلام)، قال: «إذا نعى الرجل إلى أهله أو أخبروها أنه قد طلقها فاعتدت وتزوجت، فجاء زوجها الأول، فإن الأول أحق بها من هذا الأخير، دخل بها أو لم يدخل بها، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً، ولها المهر بما استحل من فرجها» (٣).

ومرفوع أحمد بن محمد: «إن الرجل إذا تزوج امرأة وعلم أن لها زوجاً، فرق بينهما ولم تحل له أبداً» (٤).

ص: ٤٦

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤١ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤١ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٢ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٣ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٠

والرضوى، قال (عليه السلام): «من تزوج امرأه لها زوج ودخل بها أو لم يدخل بها، أو زنى بها لم يحل أبداً» (١).

هذا بالإضافة إلى المناط في أخبار ذات العده المتقدمه، فإنها إن لم تكن دليلاً فلا شك في كونها مؤيده.

وهل علم المرأه _ دون الرجل _ كعلم الرجل، لا- يبعد ذلك، لقاعده المشاركه في التكليف، بالإضافة إلى المناط في أخبار ذات العده.

الثانيه: أن يكون عالماً ولم يدخل بها، وهذا موجب للحرمة الأبديه أيضاً، ويدل عليه إطلاق الموثق وغيره.

الثالثه: أن يكون جاهلاً ودخل بها، وهذا يوجب الحرمة الأبديه أيضاً، ويدل عليه بعض الروايات السابقه.

نعم يعارضها صحيح عبد الرحمان بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه ثم استبان له بعد ما دخل بها أن لها زوجاً غائباً فتركها، ثم إن الزوج قدم فطلقها أو مات عنها أيتزوجها بعد هذا الذي كان تزوجها ولم يعلم أن لها زوجاً، قال (عليه السلام): «ما أحب له أن يتزوجها حتى تنكح زوجاً غيره» (٢).

قال في الوسائل: (لعل الدخول هنا بمعنى الخلوه لما تقدم، ويمكن

ص: ٤٧

١- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤١ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

أن يراد منه أنه يتركها حتى تتزوج زوجاً غيره، وإن كانت لا تحل له بعد ذلك، إذ ليس بصريح فيه) انتهى.

ولا يخفى بُعد كلا التوجيهين، ولذا قال في المستمسك بعد نقله عن الوسائل توجيهه الأول: إنه بعيد، لكنه أولى من التصرف في النصوص السابقة.

أقول: حيث إن التعارض ظاهر بين الطائفتين تقدم الأولى على الثانية بالشهره المحققة، وبتأييد روايات الدخول في العده، اللهم إلا أن يقال: بعدم التأييد لاحتمال أشديه المنع في العده، حيث يتعارف عند غير المباليين الزواج في العده لعدم أهميتهم بها، وليس كذلك ذات الزوج، بل نكاح ذات الزوج لا يكون إلا نادراً جداً، فمن الممكن تشديد الشارع بالنسبه إلى ذات العده بما لم يشدد مثله في ذات الزوج.

الرابعه: أن يكون جاهلاً ولم يدخل بها، وهذا لا يوجب الحرمة الأبدية على المشهور، بل عن المسالك إنه لا إشكال في الحل، وعن الحدائق ليس فيه خلاف يعرف، وعن الرياض دعوى الإجماع عليه.

ويبدل عليه بالإضافة إلى المناطق في أخبار تزويج ذات العده، صحيح عبد الرحمان بن الحجاج، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه ولها زوج وهو لا يعلم، فطلقها الأول أو مات عنها ثم علم الأخير أيراجعها، قال (عليه السلام): «لا، حتى تنقضى عدتها»^(١).

فانها تقيد إطلاقات المنع، كما أنها مقيدة بما دل على الحرمة

ص: ٤٨

١- الوسائل: ج ١٤ ص ١٤١ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

يلحق بالتزويج فى العده فى إيجاب الحرمة الأبدية تزويج ذات البعل

الأبدية مع الدخول.

ومما تقدم تعرف وجه النظر فى كلام القواعد وكاشف اللثام والبروجردى فى تعليقه.

قال الأول: (ولو تزوج بذات البعل فى إلحاقه بالمعتده إشكال، ينشأ من عدم النصوص ومن أولويه التحريم) انتهى.

وفيه: وجود النص، وعدم القطع بالأولويه.

وقال الثانى: إنه لو عمل بأخبار التحريم أمكن الحكم بالتحريم مطلقاً مع الجهل والعلم، ومع الدخول وبدونه لإطلاقها.

وفيه: ما قد عرفت من عدم الإطلاق، بل الصنائه تقتضى تقييد بعضها ببعض.

وقال الثالث عند قول الماتن: (يلحق بالتزويج): (على إشكال).

وفيه: إن ظاهر إشكاله يعود إلى كل صور المسألة، مع وضوح أن بعض صور المسألة يدل عليها النص والإجماع كما عرفت.

وعلى هذا فما ذكره المصنف هو الأوفق بالقواعد، قال: {يلحق بالتزويج فى العده فى إيجاب الحرمة الأبدية تزويج ذات البعل} ممن أقر الإسلام صحه زواجه، ولو لم تكن مسلمه كأهل الكتاب، وذلك لإطلاق الأدله.

نعم لو كانت هى فى دينها لا ترى بأساً بذلك، أو كانت ذات مذهب إسلامى لا يرى بأساً، فهل تحرم من جهه إطلاق الأدله، أم لا تحرم من جهه قاعده «ألزموهم»، احتمالان، وإن كان لا يبعد عدم الحرمة، إلا فيما دل دليل خاص يستثنى ذلك من

فلو تزوجها مع العلم بأنها ذات بعل حرمت عليه أبداً مطلقاً، سواء دخل بها أو لا، ولو تزوجها مع الجهل لم تحرم إلا مع الدخول بها، من غير فرق بين كونها حرة أو أمه مزرجه، وبين الدوام والمتعه، في العقد السابق أو اللاحق

القاعده، لوضوح أن القاعده وارده على الأدله الأوليه التي منها حكم التزويج لذات البعل، فتأمل، وقد سبق بعض الكلام في هذه القاعده.

{فلو تزوجها مع العلم بأنها ذات بعل حرمت عليه أبداً} وقد سبق الكلام حول ما إذا كان الزوج طفلاً مميزاً وما أشبهه.

{مطلقاً، سواء دخل بها أو لا}، ولا يخفى أن الزواج حقيقه في الإيجاب والقبول، فلو أوجبت بدون القبول، أو قبل قبل الإيجاب على القول بلزوم الإيجاب بعد القبول، لم يضر، كما إذا كان عازماً على النكاح ثم في وسط العقد تغير رأيه فلم يكمله.

{ولو تزوجها مع الجهل} بأنها ذات بعل {لم تحرم إلا مع الدخول بها} قبلاً أو دبراً، كما تقدم في المعتده.

{من غير فرق بين كونها حرة أو أمه مزرجه، وبين الدوام والمتعه} سواء كان أحدهما {في العقد السابق أو اللاحق}، كل ذلك لإطلاق النص.

ثم إن الظاهر النص والفتوى ولو بقريته الانصراف، كون العقد اللاحق صحيحاً في نفسه إذا لم يكن محذور كونها ذات البعل، فلو عقد على ذات البعل التي هي أخت زوجته، أو كانت الخامسة بالنسبه إليه، أو ما أشبه ذلك، لم يوجب

وأما تزويج أمه الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوجةً فلا يوجب الحرمة الأبدية، وإن كان مع الدخول والعلم.

العقد حرمة أبدية، كما أنه إذا دخل والحال هذه دخل في مسأله الزنا بذات البعل.

{وأما تزويج أمه الغير بدون إذنه مع عدم كونها مزوجه، فلا- يوجب الحرمة الأبدية} للأصل بعد خروجه عن مورد النص، واحتمال تعدى حكم الزوجه إليها لأنها موطوءه المولى بالملك فمناطق الزوجه يشملها غير تام، لعدم القطع بالمناطق.

{وإن كان مع الدخول والعلم} وكذا الحكم فى الأمه المحلله.

(مسألة ١٠): إذا تزوج امرأه عليها عده ولم تشرع فيها كما إذا مات زوجها ولم يبلغها الخبر، فإن عدتها من حين بلوغ الخبر، فهل يوجب الحرمة الأبديه أم لا، قولان، أحوطهما الأول، بل

(مسألة ١٠): {إذا تزوج امرأه عليها عده ولم تشرع فيها} شرعاً {كما إذا مات زوجها ولم يبلغها الخبر، فإن عدتها من حين بلوغ الخبر}، كما دل على ذلك النص والفتوى، وسيأتي الكلام حولها في مبحث العِدَّة من كتاب الطلاق إن شاء الله تعالى.

{فهل يوجب الحرمة الأبديه}، كما اختاره الرياض، معللاً ذلك بأنه لو تزوجها بعد هذا الزمان في زمان العده لاقتضى التحريم إليه ففيه أولى، لأنه أقرب إلى زمان الزوجيه.

{أم لا} كما اختاره القواعد والمسالك، وعمله في كشف اللثام والجواهر بأنها ليست زوجته ولا معتده، لعدم الاعتداد عليها قبل العلم بالوفاه، فيرجع فيها إلى أصالة الحل، وما ذكره الرياض صرف استحسان أو مناط لم يثبت القطع به.

{أحوطهما الأول} فإن الاحتياط سبيل النجاة، {بل} هو أشد في باب الفروج، قال شعيب الحداد: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): رجل من مواليك يقرؤك السلام، وقد أراد أن يتزوج امرأه، وقد وافقته وأعجبه بعض شأنها، وقد كان لها زوج فطلقها على غير السنه، وقد كره أن يقدم على تزويجها حتى يستأمر ك فتكون أنت تأمره، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «هو الفرج، وأمر الفرج شديد، ومنه يكون الولد ونحن نحتاط فلا يتزوجها» (١).

ص: ٥٢

لا يخلو عن قوه.

وعن مسعده بن زياد، عن جعفر (عليه السلام)، عن آبائه (عليهم السلام)، عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: «لا تجامعوا في النكاح على الشبهه، وقفوا عند الشبهه، يقول: إذا بلغك أنك قد رضعت من لبنها وأنها لك محرم وما أشبه ذلك، فإن الوقوف عند الشبهه خير من الاقتحام عند المهلكه»^(١).

وعن علاء بن سيابه، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن امرأه وكلت رجلاً بأن يزوجه من رجل، _ إلى أن قال: _ فقال (عليه السلام): «إن النكاح أحرى وأحرى أن يحتاط فيه وهو فرج، ومنه يكون الولد»^(٢).

لكن الجواز وعدم الحرمة الأبدية {لا يخلو عن قوه} فإنه هو مقتضى القاعده كما عرفت، كما أفتى بذلك المستمسك وجمله من المعلقين.

نعم لا إشكال في بطلان العقد، كما صرح به غير واحد، لأن المفهوم من النص والفتوى أنه ما دامت علاقته الزوجيه للأول باقيه لا يصح العقد الآخر، لامتناع تحقق علقين شرعاً بالنسبه إلى امرأه واحده.

ص: ٥٣

١- الوسائل: ج ١٤ ص ١٩٣ الباب ١٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ١٩٣ الباب ١٦ من أبواب مقدمات النكاح ح ٣

(مسألة ١١): إذا تزوج امرأة في عدتها ودخل بها

(مسألة ١١): {إذا تزوج امرأة في عدتها ودخل بها} فإن كان عن علم وعمد وحملت وجاء الولد بحيث يحتمل كونه من الزوج ومن المتزوج، فالولد للزوج بلا إشكال، لقاعده «الولد للفراش».

وإن جاء الولد بحيث يقطع كونه ليس من الزوج، فهو ولد زنا من العالم من الزوجين، وغير زنا من الجاهل منهما، وإن كانا عالمين كان الولد للزنا من أبويه، وذلك لأن «الولد للفراش» ليس مطلقاً، بل منصرف إلى الولد المحتمل كونه من الزوج.

وإن جاء الولد بحيث يقطع كونه ليس من الممتزوج فهو للزوج بلا إشكال.

أما لو فرض مجيء الولد بحيث يقطع أنه ليس منهما، لقصر الزمان أو طوله، فهو من غيرهما، إما بالوطى، أو بجذب الرحم.

ولا يخفى أنه إن حكم بكونه من الممتزوج يكون عليه حراماً إن كانت بنتاً، كما قرر في المخلوق من ماء الزانى، ويحرم على الوالده تزويجه إن كان ولداً، إلى آخر ما ذكره في باب الزنا.

ومثل الزواج في العده من جهة ما ذكرنا، الزنا والزواج بذات البعل، والزنا أو زواج أمه الغير زواجاً وهى للمولى يروح ويغدو عليها، لوحده الأدله فى الكل.

ولو تزوجها فى العده أو هى ذات زوج أكثر من واحد، وكان احتمال الزوج ممكناً فهو للزوج، وإلا فهو لمن احتمال كونه منه، إن كان واحداً كان له، وإن كان أكثر أقرع بين المحتملات.

وكذا إذا زنى بها نفران وجاء الولد أقرع بينهما، وفائده القرعه حينئذ ظهور أنه من أيهما حتى يترتب عليه أحكام النكاح، إذ بنت الزانى لا يتزوجها

مع الجهل فحملت مع كونها مدخوله للزوج الأول فجاءت بولد فإن مضى من وطى الثانى أقل من ستة أشهر ولم يمض من وطى الزوج الأول أقصى مدة الحمل، لحق الولد بالأول، وإن مضى من وطى الأول أقصى المدة ومن وطى الثانى ستة أشهر الزانى كما عرفت، وإنما نقول بالقرعة لأنها لكل أمر مشكل.

هذا إذا كان الدخول عن علم وعمد.

أما إذا تزوج بذات العده ودخل بها {مع الجهل فحملت مع كونها مدخوله للزوج الأول} أو احتمل كون الزوج أفرغ الماء على فرجها فحملت منه، إذ الرحم تجذب الماء، {فجاءت بولد، فإن مضى من وطى الثانى أقل من ستة أشهر} لأن المعروف أن الولد لا يبقى إذا جاء بأقل من ستة أشهر، وسيأتى الكلام فى هذه المسألة فى مكانها إن شاء الله تعالى.

{ولم يمض من وطى الزوج الأول أقصى مدة الحمل، لحق الولد بالأول} كما فى المسالك والجواهر، بل ادعى عليه القطع، وفى المستمسك يظهر منهم التسالم عليه.

وتقتضيه قاعده الفراش، إذ الفراش للزوج الأول حال انعقاد النطفه فيكون الولد له.

بالإضافه إلى مرسل جميل، عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليهما إسلام) فى المرأة تزوج فى عدتها، قال: «يفرق بينهما وتعدده واحده منهما جميعاً، وإذا جاءت بولد لسته أشهر أو أكثر فهو للأخير، وإن جاءت بولد لأقل من ستة أشهر فهو للأول».

{وإن مضى من وطى الأول أقصى المدة ومن وطى الثانى ستة أشهر أو

أو أزيد إلى ما قبل الأقصى فهو ملحق بالثاني، وإن مضى من الأول أقصى المده ومن الثاني أقل من سته أشهر فليس ملحقاً بواحد منهما، وإن مضى من الأول سته فما فوق وكذا من الثاني فهل يلحق بالأول أو الثاني

أزيد إلى ما قبل الأقصى فهو ملحق بالثاني { كما في المسالك والجواهر، وعن الرياض بلا إشكال، وفي المستمسك يظهر من كلماتهم أنه لا خلاف فيه، لأن الواطى شبهه غير عاهر فهو فراش، مضافاً إلى مرسل جميل.

{وإن مضى من الأول أقصى المده، ومن الثاني أقل من سته أشهر، فليس ملحقاً بواحد منهما} للعلم بانتفائه عنهما، لتولده في زمان لا يصلح أن يكون لأحدهما.

ومنه يعلم ما لو تولد قبل مضى أقل المده منهما، أو بعد مضى أكثر المده منهما.

{وإن مضى من الأول سته فما فوق} دون أقصى الحمل، {وكذا من الثاني فهل يلحق بالأول} لأنه أصح الفراشين، بل هو الفراش الصحيح، إذ الثاني وطى بشبهه والمنصرف من الفراش الصحيح منه، واختار هذا بعض.

{أو الثاني} كما عن الشرايع والقواعد والمسالك وكشف اللثام وغيرها، بل عن المسالك نسبه إلى الأكثر، وذلك للنصوص الواردة في المقام، كإطلاق مرسل الجميل المتقدم.

وصحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا كان للرجل منكم الجار يهاها، فيعتقها فاعتدت ونكحت، فإن وضعت لخمسه أشهر فإنه لمولاها الذي أعتقها، وإن وضعت بعد ما تزوجت لسته أشهر فإنه لزوجها الأخير» (١).

وصحيح البنزطي، عن رواه، عن زراره، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام)، عن الرجل إذا طلق امرأته ثم نكحت وقد اعتدت ووضع لخمسه أشهر فهو للأول، وإن كان ولدت أنقص من سته أشهر فلأمه وأبيه الأول، وإن ولدت لسته أشهر فهو للأخير (٢).

وموثق أبي العباس، قال: قال (عليه السلام): «إذا جاءت بولد لسته أشهر فهو للأخير، وإن كان لأقل من سته أشهر فهو للأول» (٣).

ثم إن المرسل يكفي في الاعتماد بعد أن رواه الصدوق في الفقيه، وقد تكرر منا حجه ما فيه إلا- إذا علم عدم الحجية، لأنه (رحمه الله) ضمن، وضمانه كاف.

هذا بالإضافة إلى وحده المناط، وفهم الأصحاب عدم الفصل بين الموارد، مما يوجب التعدى من مورد الروايات الثلاث إلى ما نحن فيه.

{أو يقرع} كما عن المبسوط وفخر الإسلام، لأنها لكل أمر مشكل (٤)، والمقام منه، لأن لكل منهما فراشاً، فتعارض قاعده الفراش فيهما، وحيث لا ترجيح

١- الوسائل: ج ١٥ ص ١١٥ الباب ١٧ من أبواب أحكام الأولاد ح ١

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ١١٧ الباب ١٧ من أبواب أحكام الأولاد ح ١١

٣- الوسائل: ج ١٥ ص ١١٧ الباب ١٧ من أبواب أحكام الأولاد ح ١٢

٤- الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٩ الباب ٣ ح ١١

والأقوى لحوقه بالثاني لجملة من الأخبار، وكذا إذا تزوجها الثاني بعد تمام العده للأول واشتبه حال الولد.

يتساقطان ويكون المرجع القرعه.

{و} قد ظهر لك مما ذكرناه أن {الأقوى لحوقه بالثاني لجملة من الأخبار} التي تقدمت روايتها.

{و} وكذا إذا تزوجها الثاني بعد تمام العده للأول واشتبه حال الولد { بل لحوقه هنا بالثاني أقوى، حيث إنه المنصرف من الفراش، فإن زواجاً قد انتهى لا يسمى فراشاً.

ومما تقدم يعلم حكم ما إذا تزوج المرأة في حال كونها ذات زوج اشتهاً، فإن الولد للثاني.

ثم إن مفروض مسأله المصنف ما إذا وطأ الزوج أولاً، ووطأ الواطى المشتبه ثانياً، أما إذا كان العكس بأن تزوجها الزوج فوطأها مما يوجب العده ثم طلقها وتزوجها الثاني في العده اشتهاً فوطأها، ثم راجعها الزوج، لفرض أنها في العده فوطأها، وكان الولد محتملاً لأحد الوطيين، وطى الزوج في العده ووطى المشتبه، ولم يكن من الوطى الأول للزوج قطعاً، فهل يكون الولد للمشتبه، أو للزوج، أو القرعه، احتمالات، وإن كان مقتضى القاعده المستفاده من مناط الروايات أنه هنا للزوج، لأنه ثانی الواطيين.

نعم إذا لم يعلم أن أياً من الزوج والمشتبه وطأ أولاً فالمقام للقرعه، لعدم دليل للإلحاق بأحدهما، والقرعه لكل أمر مشكل، والله العالم.

(مسألة ١٢): إذا اجتمعت عدته وطى الشبهه مع التزويج أو لا معه وعدته الطلاق أو الوفاه أو نحوهما، فهل تتداخل العدتان، أو يجب التعدد، قولان، المشهور على الثانى وهو أحوط،

(مسألة ١٢): {إذا اجتمعت وطى الشبهه مع التزويج} الباطل، بأن زوج زواجاً فاقداً للشرائط فزعم صحته فوطاً، فإن الوطى هذا يكون وطى شبهه.

{أو لا معه} كأن زعم أن فلانه زوجته فوطاًها بدون أن يكون زواجاً بينهما أصلاً، {وعده الطلاق أو الوفاه أو نحوهما} كعده الفسخ وعده المتعه {فهل تتداخل العدتان} كما عن الصدوق وابن الجنيد، بل فى الجواهر أنه مال إليه جماعه من متأخرى المتأخرين، والمراد بالتداخل اندراج الأقل تحت الأكثر إذا كان بينهما أقل وأكثر، فإذا اعتدت الأكثر كفى.

{أو يجب التعدد، قولان، المشهور على الثانى} وفى الجواهر يمكن دعوى الإجماع عليه، بل عن الشيخ فى الخلاف الإجماع عليه، {وهو أحوط} ويدل عليه بعض الأخبار:

كصحيح محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: المرأة الحبلى يتوفى عنها زوجها فتضع وتزوج قبل أن تعتد أربعه أشهر وعشراً، فقال (عليه السلام): «إن كان الذى تزوجها دخل بها فزق بينهما ولم تحل له أبداً، واعتدت بما بقى عليها من عدته الأول، واستقبلت عدته أخرى من الآخر ثلاثه قروء،

وإن لم يكن دخل بها فُرق بينهما وأتمت ما بقي من عدتها وهو خاطب من الخطاب»(١).

وصحيح الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام) مثله(٢).

وموثق محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن الرجل يتزوج المرأة في عدتها، قال: إن كان دخل بها فُرق بينهما ولم تحل له أبداً وأتمت عدتها من الأول عده أخرى من الآخر، وإن لم يكن دخل بها فُرق بينهما وأتمت عدتها من الأول وكان خاطباً من الخطاب»(٣).

وخبر علي بن بشير النبال، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، وفيه: «وإن فعلت ذلك بجهاله منها ثم قذفها بالزنا ضرب قاذفها الحد، وفرق بينهما وتعتد بما بقي من عدتها الأولى، وتعتد بعد ذلك عده كامله»(٤).

وروى السيد المرتضى في الطبرسيات: إن امرأة نكحت في العده ففرق بينهما أمير المؤمنين (عليه السلام) وقال: «أيما امرأة نكحت في عدتها، فإن لم يدخل بها زوجها الذي تزوجها فإنها تعتد من الأول، ولا عده عليها للثاني وكان خاطباً من الخطاب، وإن كان دخل بها فرق بينهما، وتأتى ببقية العده من الأول ثم تأتي

ص: ٦٠

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٤ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٦ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٦ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٩

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٩ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٨

وإن كان الأول لا يخلو عن قوه حملاً للأخبار الداله على التعدد على التقيه

من الثانى بثلاثه قروء مستقبليه»(١).

{وإن كان الأول لا يخلو عن قوه} لورود جملة من الأخبار بذلك {حملاً للأخبار الداله على التعدد على التقيه}.

أما يدل على عدم التعدد، فهى صحيح زراره، عن أبى جعفر (عليه السلام)، فى امرأه تزوجت قبل أن تنقضى عدتها، قال: «يفرق بينهما وتعدده واحده منهما جميعاً»(٢).

وخبر أبى العباس، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى المرأة تتزوج فى عدتها، قال: «يفرق بينهما وتعدده واحده عنهما جميعاً»(٣).

ومرسل جميل عن أحدهما (عليهما السلام)، فى المرأة تتزوج فى عدتها، قال (عليه السلام): «يفرق بينهما وتعدده واحده منهما جميعاً»(٤).

وخبر زراره، عن الباقر (عليه السلام)، فى امرأه فقدت زوجها أو نعى إليها فتزوجت ثم قدم زوجها بعد ذلك فطلقها، قال: «تعددهما جميعاً ثلاثة أشهر عدده واحده، وليس للآخر أن يتزوجها أبداً»(٥).

ص: ٦١

١- عن طبرسيات المرتضى ك ما فى الجواهر: ج ٣٢ ص ٣٦٥

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٧ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١١

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٧ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٢

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٨ الباب ١٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٤

٥- الوسائل: ج ١٤ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

وقد حمل جماعه الأخبار السابقه على الندب، وأيدوا ذلك بأن العده إما للاحترام أو لعدم الاختلاط، وكلاهما حاصلان من العده الواحده.

وآخرون حملوا أخبار التعدد على التقيه {بشهادة خبر زراره وخبر يونس}.

فعن زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن امرأه نعى إليها زوجها فاعتدت وتزوجت، فجاء زوجها الأول ففارقها الآخر، كم تعتد للثاني، قال (عليه السلام): «ثلاثه قروء، وإنما يستبرؤ رحهما بثلاثه قروء وتحل للناس كلهم»، قال زراره: وذلك أن إناساً قالوا: تعتد عدتين من كل واحد عده، فأبى أبو جعفر وقال (عليه السلام): «تعتد ثلاثه قروء، وتحل للرجال»^(١).

وعن يونس فيما رواه الكافي، عن بعض أصحابه، في امرأه نعى إليها زوجها فتزوجت ثم قدم الزوج الأول فطلقها وطلقها الآخر، قال: فقال إبراهيم النخعي: عليها أن تعتد عدتين، فحملها زراره إلى أبي جعفر (عليه السلام)، فقال: «عليها عده واحد»^(٢).

وفي الجواهر: (حكى أن طليحه كانت تحت رشيد الثقفى فطلقها البتة فنكحت في آخر عدتها، ففرق عمر بينهما وضربها بمخفقه وضرب زوجها وفرق بينهما، ثم قال: أيما رجل تزوج امرأه في عدتها، فإن لم يكن دخل بها زوجها الذى تزوجها فرق بينهما، وتأتى ببقية عده الأول، فإن شاء تزوجها، وإن كان دخل بها فرق

ص: ٦٢

١- الوسائل: ج ١٥ الباب ٣٨ من أبواب العدد ح ١٥

٢- الوسائل: ج ١٥ الباب ٣٨ من أبواب العدد ح ١٥

وعلى التعدد يقدم ما تقدم سببه

بينهما وتأتى ببقية عده الأول ثم تستأنف عده للثانى ثم لا تحل له أبداً(١).

ثم إنه ربما أشكل على روايات وحده العده، بإعراض المشهور عنها، حتى أن الصدوق تنافى كلامه الأول فى وحده العده كلام آخر له فى التعدد، وقد استغرب المستمسك ذلك، وسبقه إلى نقل كلامى الصدوق الجواهر.

لكن فيه: إنه لم يعلم الإعراض المسقط عن الحجية، لأنهم وجهوها بما يظهر منهم الاعتماد عليها، ولعلمهم فعلوا ذلك لمخالفه أخبار الوحده لأصالة عدم التداخل.

وما قرببه المصنف هو الأقرب، كما جعله السيد الحكيم مقتضى الإنصاف، وإن قوى أو احتاط الساده ابن العم والجمال والبروجردى فى موافقه المشهور، ولا ريب أنه أحوط.

{و} بناءً {على التعدد} وأنه يلزم أخذ العده لكل سبب مستقلاً {يقدم ما تقدم سببه}، فى المستمسك: (بلا خلاف فيه فى الجملة، ولا إشكال للأصل والنصوص) انتهى.

والمراد بالأصل أصالة فوريه العده بعد سببها، لأنه المنصرف من النص والفتوى.

نعم لا يمكن هذا بالنسبه إلى العده الثانيه التى تكون بعد العده الأولى مباشره.

نعم إذا لم تعلم بموت زوجها ووطأها مشتبه فأخذت عده وطى الشبهه ثم علمت بموت زوجها تكون عده المتأخر مقدمه على عده المتقدم، ولو كانت

ص: ٦٣

معتده للشبهه فمات زوجها، فقد حكى عن المسالك احتمال تقديم عده الوفاه لكونها للزوج وهى مستنده إلى العقد اللازم، لكن هذا أشبه بالاستحسان، إذ كون العده للزوج لا يلزم تقدمها، واستنادها إلى العقد دون استناد عده وطى الشبهه لا يوجب أحقيه عده العقد، فأصالة بقاء عده وطى الشبهه محكمه.

وكذا احتمال أنه لو كانت معتده للشبهه فطلقها زوجها، فقد احتمال تقديم عده الطلاق لكونها أقوى سبباً، ورده فى المستمسك بأنه كما ترى خلاف الأصل.

لكن ربما يؤيد تقدم عده الطلاق إذا كان رجعيًا، أن ما دل على أن المطلقه رجعه زوجته، يدل على اتصال عدته بالطلاق، وهو أقوى من دلالة اتصال عده وطى الشبهه بالوطى.

ثم إنه إذا اقترن السببان، كما إذا كان وطى الشبهه فى حال جريان الطلاق أو فى آن الموت، فهل يكون لها الخيار فى تقديم أیه العدتين شاءت، أو تقدم عده الوفاه والطلاق على عده الشبهه لأنهما أقوى منها، كما تقدم وجهه، أو تفرع لأنها لكل أمر مشكل، احتمالات، ولعل الأخير أحوط، وإن قال المستمسك بالأول، لعدم المرجح.

ثم إنه بناءً على التعدد لو اجتمعت عليها ثلاث عِدَد، كما إذا وطأها اثنان شبهه وطلقت، فالكلام فى ذلك كما تقدم فى العدتين، والأقوى الاجتماع كما سبق وجهه، فلا حاجة إلا إلى عده واحده متداخله.

ثم إنه على التداخل تكون العده ذات حكمين، لأنه لا وجه لتداخل الآثار، وإن كان وجه لتداخل ذوات العدد.

إلا إذا كان إحدى العديتين بوضع الحمل فتقدم، وإن كان سببها متأخراً، لعدم إمكان التأخير حينئذ، ولو كان المتقدمه عدّه وطى الشبهه والمتأخره عدّه الطلاق الرجعى فهل يجوز الرجوع قبل مجىء زمان عدته

{إلا إذا كان إحدى العديتين بوضع الحمل فتقدم، وإن كان سببها متأخراً}، كما صرح بذلك فى الشرائع والقواعد وغيرهما، وفى غير موضع من الجواهر نفى الخلاف والإشكال فيه، ووافق المتن المستمسك وكل المعلقين الذين ظفرت بهم، إذ سكتوا على المتن، وذلك {لعدم إمكان التأخير حينئذ} وواضح أن مراده عدم الإمكان شرعاً لا عقلاً.

{ولو كانت المتقدمه عدّه وطى الشبهه والمتأخره عدّه الطلاق الرجعى} كما لو وطأ الزوجه واطى اشتبهاً ثم طلقها الزوج فعليها عدتان على المشهور، كما تقدم.

{فهل يجوز الرجوع قبل مجىء زمان عدته}، حيث إن ظاهر الأدله أن للزوج الرجوع ما لم تنقض عدّه الطلاق، واختاره كشف اللثام والجواهر وغيرهما، أم لا فلا- حق للزوج الرجوع فى زمان عدّه وطى الشبهه، بل له الرجوع إذا جاءت عدّه الطلاق بعد انتهاء عدّه الشبهه، لأنها فى حال عدّه وطى الشبهه ليست فى عدّه رجعيه، والأدله دلت على جواز الرجوع فى حال عدّه الطلاق، كما عن القواعد والمسالك قال: (ثانيهما له الرجعه فى زمان إكمالها بعد الحمل، لا زمان الحمل، لأنها حينئذ ليست فى عدّه رجعيه) انتهى.

قولان، والأقرب الأول، لدلاله جمله من الروايات على الأول.

وهل تراث الزوج إذا مات قبله فى زمان عده وطى الشبهه، وجهان، بل قولان،

ففى صحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: سألته عن رجل طلق امرأته واحده، قال: «هو أملكك برجعته ما لم تنقض العده» (١).

وصحيحه الآخر، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «وإذا أراد أن يراجعها أشهد على رجعتها قبل أن تنقضى أقرؤها» (٢).

وفى خبره، عن أبى جعفر (عليه السلام): «وهو أحق برجعته ما لم تنقض ثلاثه قروء» (٣).

وفى موثق عبد الله بن سنان، عن أبى عبد الله (عليه السلام): «فإن طلقها الثانية أيضاً شاء أن يخطبها مع الخطاب إن كان تركها حتى يخلو أجلها، فإن شاء راجعها قبل أن ينقضى أجلها، فإن فعل فهى عنده على تطليقتين» (٤).

وصحيح على بن رئاب، عن يزيد الكناسى، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: «لا تراث المختلعه والمخيره والمبارات والمستأمره فى طلاقها، هؤلاء لا يرثن من أزواجهن شيئاً فى عدتهن، لأن العصمه قد انقطعت فيما بينهن وبين أزواجهن من ساعتهم، فلا رجعه لأزواجهن ولا ميراث بينهم» (٥).

وهل تراث الزوج إذا مات قبله فى زمان عده وطى الشبهه، وجهان، بل قولان

ص: ٦٦

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٧١ الباب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٣٧١ الباب ١٣ من أبواب أقسام الطلاق وأحكامه ح ٤

٣- التهذيب: ج ٨ ص ٢٨ من أحكام الطلاق ح ٤

٤- التهذيب: ج ٨ ص ٢٩ من أحكام الطلاق ح ٥

٥- الوسائل: ج ١٧ ص ٥٣٢ الباب ١٣ من أبواب ميراث الأزواج ح ٦

لا يخلو الأول منهما من قوه، ولو كانت المتأخره عدّه الطلاق البائن فهل يجوز تزويج المطلق لها فى زمان عدّه الوطى قبل مجيء زمان عدّه الطلاق، وجهان

لا يخلو الأول منهما من قوه { كما عرفت وجهه، ويترتب على ذلك سائر الأحكام باستثناء الوطى، كترتين الزوجه للزوج، وجواز الاستمتاع بها بعد الرجوع، وأنها لا تخرج من البيت فى عدّه وطى الشبهه، وعدم جواز تزويج أختها والخامسه فى هذه المده، إلى غير ذلك.

وهذا الوجه الأول هو الذى قرره الساده ابن العم والجمال والبروجردى، كما استظهره المستمسك أيضاً.

ثم على التداخل لا ينبغى الإشكال فى أنه لا يجوز الرجوع إذا انقضت عدّه الزوج وبقيت عدّه وطى الشبهه، كما لو حملت من الشبهه وطلقها زوجها فإن عدّه الطلاق تنقضى قبل انقضاء عدّه وطى الشبهه، وعليه لا يجوز للزوج الرجوع بعد انقضاء وطى الشبهه.

{ولو كانت المتأخره عدّه الطلاق البائن} كما لو وطأها المشتبهه وهى زوجته، ثم طلقها الزوج طلاقاً خلعياً، فإنها تقدم عدّه وطى الشبهه ثم تعتد عدّه طلاق الخلع.

{فهل يجوز تزويج المطلق لها فى زمان عدّه الوطى قبل مجيء زمان عدّه الطلاق، وجهان} بل قولان:

الأول: المنع، لإطلاق دليل منع النكاح على كل معتده، وقد تقدم من المصنف أنه لا يجوز التزويج بذات العده، وإن كانت عدّه وطى الشبهه، ولأنه لا يصح الاستمتاع بالمعتده بوطى الشبهه، وكل نكاح لم يتعقبه حل الاستمتاع كان باطلاً، كما قاله العلامة فيما حكاه الجواهر عنه، وللاتفاق الذى حكاه كشف اللثام عنهم، من أنه ليس للأجنبى أن ينكح امرأه فى عدّه شبهه، هذه هى الأدله الثلاثه التى ذكروها للقول بالمنع.

وأشكل فى المسأله

لا يبعد الجواز، بناءً على أن الممنوع في عده وطى الشبهه وطى الزوج لها، لا سائر الاستمتاع بها كما هو الأظهر

الاصطهباتى، واحتاط ابن العم، وقوى السيد البروجردى المنع، وبنى المستمسك جواز النكاح على جواز سائر الاستمتاع غير الوطى، فإن قيل بالجواز جاز النكاح وإلا لم يجز، وحيث إنه قوى عدم جواز الاستمتاع قال بحرمة النكاح.

والثانى: {لا يبعد الجواز} بل هو الظاهر {بناءً على أن الممنوع في عده وطى الشبهه وطى الزوج لها، لا سائر الاستمتاع بها، كما هو الأظهر}، وإنما نقول بالجواز لأنه لا دليل على المنع، إلا ما تقدم من أدلتهم الثلاثة، وفي الكل نظر.

إذ يرد على الأول: إنا لا نسلم مثل هذا الإطلاق بحيث يشمل حتى مثل فرض المسألة، ولذا كان كلام المصنف السابق فى المنع غير مناف لكلامه فى المقام، فما يظهر من المستمسك من إشكال التهافت بين كلامى المصنف غير ظاهر الوجه.

ولأنه يرد على الثانى: إنه لا دليل على عدم حلّ سائر الاستمتاع، بل ظاهر الأدله عدم جواز الوطى فقط.

فعن محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سألته عن رجلين شهدا على رجل غائب عند امرأته أنه طلقها، فاعتدت المرأة وتزوجت، ثم إن الزوج الغائب قدم فزعم أنه لم يطلقها، فأكذب نفسه أحد الشاهدين، فقال (عليه السلام): «لا- سبيل للأخير عليها، ويؤخذ الصداق من الذى شهد،

فَيُرَدُّ عَلَى الْأَخِيرِ، وَالْأَوَّلُ أَمْلَكُ بِهَا، وَتَعْتَدُ مِنَ الْأَخِيرِ، وَلَا يَقْرَبُهَا الْأَوَّلُ حَتَّى تَنْقُضِيَ عِدَّتَهَا» (١).

فَإِنْ ظَاهَرَ (لَا يَقْرَبُهَا) الْوَطَى.

وَلَوْ شَكَّ فِي الْمَنْعِ عَنْ سَائِرِ الْاسْتِمْتَاعَاتِ فَالْأَصْلُ الْجَوَازُ، بَلْ يَشْمَلُهَا قَوْلُهُ (عَلَيْهِ السَّلَامُ): «لَا يَحْرَمُ الْحَرَامَ الْحَلَالَ»، بَلْ لَوْ قِيلَ بِالْمَنْعِ عَنِ الْاسْتِمْتَاعَاتِ كَانَ اللَّازِمُ عَدَمُ حَقِّ لَهَا فِي النِّفْقَةِ فِي الْمَتْرُوجَةِ الْمَوْطُوءَةِ شَبْهَهُ، وَعَدَمُ حَقِّ لِلزَّوْجِ لَهَا فِي الْمَنْعِ عَنِ الْخُرُوجِ عَنِ الدَّارِ، وَكُلُّ ذَلِكَ خِلَافٌ لِإِطْلَاقَاتِ الْأَدْلَةِ.

وَمِنْهُ يَعْلَمُ أَنَّ اسْتِظْهَارَ السَّيِّدِ الْحَكِيمِ أَنَّ مَعْنَى الْعِدَّةِ الْمَنْعَ عَنِ كُلِّ اسْتِمْتَاعٍ، غَيْرَ ظَاهِرِ الْوَجْهِ خُصُوصًا وَيَنْقُضُهُ عِدَّةَ الرَّجْعِيِّهِ.

وَلِأَنَّهُ يَرُدُّ عَلَى الثَّلَاثِ: إِنْ الْإِتْفَاقُ لَوْ تَمَّ وَلَمْ يَكُنْ مُحْتَمَلُ الْاسْتِنَادِ فَمَقْعَدُهُ مَنْصَرَفٌ إِلَى غَيْرِ مَا نَحْنُ فِيهِ.

وَيُؤَيِّدُهُ مَا ذَكَرْنَاهُ مِنْ جَوَازِ الْعَقْدِ، التَّلَازِمِ الْعَرْفِيِّ بَيْنَ بَقَاءِ الزَّوْجِيَّةِ الَّتِي وَقَعَ الْوَطَى فِي أَثْنَائِهَا وَبَيْنَ جَوَازِ إِحْدَاثِهَا لِنَفْسِ الزَّوْجِ ثَانِيًا بَعْدَ زَوَالِهَا، وَلِذَا لَا يَنْبَغِي الْإِشْكَالُ فِي أَنَّهُ إِذَا وَطِئَتْ الْمَرْجُوعَةَ شَبْهَهُ ثُمَّ طَلَّقَهَا طَلَاقًا رَجْعِيًّا جَازَ لِلزَّوْجِ الرَّجُوعَ فِي الْعِدَّةِ، وَلَوْ كَانَ تَلَازِمًا بَيْنَ وَطَى الشَّبْهَةِ وَبَيْنَ عَدَمِ جَوَازِ الْعَقْدِ مَطْلَقًا أَيْ حَتَّى لِلزَّوْجِ، كَانَ مَقْتَضَاهُ أَنَّ لَا يَجُوزُ لِلزَّوْجِ الرَّجُوعَ، كَمَا أَنَّهُ إِذَا كَانَ وَطَى الشَّبْهَةِ يَمْنَعُ الْاسْتِمْتَاعَاتِ كَانَ يَنْبَغِي عَدَمَ جَوَازِ الرَّجُوعِ لِمَا تَقَدَّمَ عَنِ الْعَلَامَةِ فِيمَا نَقَلَهُ الْجَوَاهِرُ.

وَمِنْهُ يَعْلَمُ الْإِشْكَالُ فِي مَا ذَكَرَهُ السَّيِّدُ الْبُرُوجَرْدِيُّ فِي تَعْلِيْقِهِ بِقَوْلِهِ: (وَاجْتِمَاعُ

ص: ٦٩

ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذ للمطلق فيحتمل كونه موجباً للحرمة الأبديه أيضاً، لصدق التزويج في عده الغير، لكنه بعيد لانصراف أخبار التحريم المؤبد عن هذه الصورة

وطى الشبهه مع بقاء الزوجيه التي وقع الوطى في أثنائها غير مستلزم لجواز إحداثها ثانياً بعد زوالها).

{ولو قلنا بعدم جواز التزويج حينئذ للمطلق} لأنها في عده وطى الشبهه {فيحتمل كونه} كون تزويجه عالماً بالحكم والموضوع {موجباً للحرمة الأبديه أيضاً}، بالإضافة إلى الحرمة التكليفية، {لصدق التزويج في عده الغير} فيشمله ما تقدم من الروايات الداله على أن من تزوج في عده الغير حرمت عليه أبداً.

{لكنه بعيد، لانصراف أخبار التحريم المؤبد عن هذه الصورة}، كما أن الشيخ المرتضى (رحمه الله) ادعى هذا الانصراف، وهو قريب جداً، إذ المنصرف من الزواج في عده الغير ما إذا لم يكن بين العاقد والزوجه علقه سبق الزوجيه، وما جعله المستمسك مؤيداً لعدم الانصراف من أنهم لم يتعرضوا لعده وطى الشبهه فليس ذلك إلا لبنائهم على العموم لها محل نظر، إذ هذا الفرع قليل الالتفات إليه.

ولذا نرى أن القواعد وغيرها فرضوا المسأله فيما لو كانت عده طلاق البائن مقدمه، مع أنهم لم يتعرضوا لهذا الفرع الذى يكون فيه عده الطلاق متأخره، فراجع الجواهر فى مسأله ما لو حملت من زنا ثم طلقها الزوج.

ولذا الذى ذكرنا من الانصراف سكت الساده ابن العم والجمال والاصطهباناتى

هذا ولو كانت العدتان لشخص واحد، كما إذا طلق زوجته بائناً ثم وطأها شبهه في أثناء العده فلا ينبغي الإشكال في التداخل، وإن كان مقتضى إطلاق بعض العلماء التعدد في هذه الصورة أيضاً.

وغيرهم على المتن، وإن قال السيد البروجردى: لا بعد فيه بعد شموله الأدله، وكون الانصراف في محل المنع هذا، نعم لا شك في حسن الاحتياط فإنه طريق النجاه.

{هذا ولو كانت العدتان لشخص واحد، كما إذا طلق زوجته بائناً} كطلاق الخلع {ثم وطأها شبهه في أثناء العده، فلا ينبغي الإشكال في التداخل}، كما ذكره الفاضلان وتبعهما الجواهر، وذلك لأن العده سواء كانت للاحترام أو مخافه اختلاط المياه، فإنها لا تكون متعدده في المقام، فإنه لا ماء،ان، ويحصل الاحترام بالعهه الواحده.

{وإن كان مقتضى إطلاق بعض العلماء} بل الأكثر كما في الجواهر، {التعدد في هذه الصورة أيضاً}، وكأنه لأجل أن لكل سبب مسيئاً، بل جعله ابن العم أحوط، لكن يرد عليه أن شمول إطلاقهم لمثل هذه الصورة محل تأمل، بل يمكن القول بالانصراف.

نعم لا بأس بالاحتياط الاستجابي، والله العالم.

(مسألة ١٣): لا إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطى بالشبهه المجرده عن التزويج، إذا كانت الموطوءه مشتبهه وإن كان الواطى عالماً، وأما إذا كان بالتزويج ففي ثبوت المسمى

(مسألة ١٣): {لا- إشكال في ثبوت مهر المثل في الوطى بالشبهه المجرده عن التزويج} نصاً وإجمالاً، فإن التعليل في جملة من الروايات له عموم يشمل المقام.

مثل روايه زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام) وفيها: «ولها المهر بما استحل من فرجها» (١).

وفي روايه أبي بصير، عنه (عليه السلام): «فلها المهر بما استحل من فرجها» (٢).

وفي روايه عبد الله بن سنان، عنه (عليه السلام): «ويكون لها صداقها بما استحل من فرجها» (٣).

إلى غيرها من الروايات.

{إذا كانت الموطوءه مشتبهه}، أما إذا كانت عالمة فلا مهر لها، لما سيأتى في باب المهور من أنه «لا مهر لبغى».

{وإن كان الواطى عالماً} فإن المهر حق المرأة، وحق الإنسان لا يسقط بعصيان إنسان آخر.

{وأما إذا كان بالتزويج} وقد عين فيه المهر {ففي ثبوت المسمى} كما عن الشيخ في المبسوط، لأن «ما يضمن بصحيحه يضمن بفاسده»، فإذا العقد هو السبب في ثبوت المهر، إذ العقد هو الوجه في الشبهه فكان كالصحيح، ولإطلاق

ص: ٧٢

١- التهذيب: ج ٧ ص ٤٨٨ في الزيادات في فقه الزك ك اح ح ١٦٩

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٢٤٢ الباب ١٣ من أبواب الشهادات ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٠ الباب ١٧ من أبواب ما يحترم بالمصاهرة ح ٢١

أو مهر المثل، قولان، أقواهما الثاني

الروايات المتقدمه المنصرفه إلى المسمى.

{أو مهر المثل} لأن الفرغ مضمون حسب الروايات المتقدمه، والمسمى لا وجه له، إذ العقد الذى استند إليه المسمى كان باطلا، وما يضمن لا كليه له، إذ هي قاعده مصطيده، وإنما اللازم الرجوع إلى مقتضى الأدله، وهي تقتضى الضمان بالمثل.

وانصراف الأخبار ممنوع، بل ظاهر قولهم (عليهم السلام): «بما استحل» أن السبب الاستحلال، وهو يناسب المثل لا المسمى، ألا ترى أنه لو قيل حيث استحلت مال زيد فعليك قيمته، لم يفهم منه إلا القيمه المثلية، فهو نظير ضمان المقبوض بالعقد الفاسد.

{قولان}، وينبغى أن يفصل فى المسأله بين ما إذا كان المسمى أقل من المثل فالأقل، وبينما كان أكثر فالمثل، وذلك لأنه إذا كان أقل فقد دخلت المرأه على هذا المقدار، فهي قد أهدرت حقها باختيارها، كما إذا باع بأقل من القيمه، ثم ظهر بطلان العقد، فإنه لا حق له بالتفاوت بين المثل والمسمى، ولا يرد هنا أن الأقل كان مستنداً إلى العقد الساقط فرضاً فاللازم المثل، إذ سقوط العقد لا يؤثر فى إرجاع ما أسقطته بنفسها من التفاوت، فتأمل.

فقول المصنف: {أقواهما الثاني} على إطلاقه محل نظر، وإنما قيدنا المتن بقولنا: وقد عين فيه المهر، لأنه إذا لم يعين المهر لم يكن كلام فى المثل، فإنه لا مزاحم للمثل حينئذ.

ثم إنه قد تبين من الفرع السابق، أنه إذا كان تزويج ولكنها كانت تعلم بطلان العقد، لم يكن لها مهر، لأنها بغى، فلا أثر فى وجود العقد وعدمه، ولا فرق فى

وإذا كان التزويج مجرداً عن الوطى فلا مهر أصلاً.

وجوب المهر بالعقد بين أن يعلم الزوج بطلان العقد وعدمه، لأن المهر لازم لما استحل من فرجها.

ثم فى مورد مهر المثل يختلف الحال بالقصد واللفظ، فإن قصداً المتعه وظهر البطلان كان لها مثل مهر المتعه، وإن قصداً الدوام وظهر البطلان كان لها مثل مهر الدوام.

أما فى الشبهه فهل يختلف مطلقاً، أو لا يختلف مطلقاً، أو يفصل، مثلاً إذا قصداً متعه فلم يعقد فوطأها ظناً بالعقد كان شبهه المتعه فلها مهر المتعه، وإذا قالوا له يعقدهما دواماً، كان شبهه الدوام فلها مهر الدوام.

وكذا إذا تزوج اثنان باثنتين متعه، فجاء كل إلى زوجه الأخرى اشتبهاً فلها مهر المتعه، بخلاف ما إذا زوجا دواماً فجاء كل واحد إلى زوجه الأخرى اشتبهاً فلها مهر الدوام.

وكذا إذا ظنا أنهما زوجان دواماً، أو كانت المرأه نائمه فجاءها المشتبه، فلها مهر الدوام.

احتمالات، وإن كان التفصيل لا يخلو عن قرب.

{وإذا كان التزويج مجرداً عن الوطى فلا مهر أصلاً} للأصل بعد انتفاء السبب، إذ السبب إما العقد وإما الوطى، وكلاهما منتف.

واحتمال ثبوت شىء لها لسائر الاستمتاع غير بعيد، لأنه «لا يتوى حق امرئ مسلم»، خصوصاً إذا كان العقد لمجردها بأن شرطت عدم الوطى، واحتمال عدم الحق إلا بالوطى لا وجه له، ومسأله أن منافع الحر لا تضمن غير معلومه، كما ذكرناه فى باب الغصب.

ثم إذا كان الوطى مشتماً على الحاليتين، بأن كانا مشتبهين في أوله وعلما في وسط الدخول، كان لها المهر باعتبار الأول، إذ العلم بالحرمة في أثناء حاله الدخول لا يسقط الحق السابق، كما أنه كذلك إذا كان الوطى في حاله الزنا، لكن أجريا العقد في وسط حاله الدخول، فإن الحرمة الأولى لا تؤثر في سقوط المهر المسبب عن العقد الصحيح.

ثم إنه تبين من ما تقدم أن الاعتبار في ثبوت المهر وسقوطه، علم المرأة بكونها بغيه وعدم علمها، ولا اعتبار بعلم الرجل، فلو كانت المرأة بغيه فلا مهر وإن ظن الرجل الصحة، وإن لم تكن بغيه فلها المهر وإن كان الرجل يعلم عدم الصحة، ولو شك في كونها بغيه فالأصل العدم، حملاً لفعل المسلم على الصحيح.

والحاصل: إن الصور ست:

لأنها إما أن تقطع بكونها بغيه، أو تقطع بكونها غير بغيه، أو تشك في ذلك، وعلى كل حال فيما أن تكون في الواقع محرمة على الرجل، أم لا.

ويسقط المهر إذا كانت في الواقع بغيه وعلمت بذلك.

أما إذا كانت محللة له فلها مهرها بما استحل من فرجها.

وكذا إذا كانت محرمة عليه لكنها تقطع بالحليه، لأنها ليست بغيه حينئذ.

أما إذا شكك وكانت محرمة في الواقع، ففي ثبوت المهر، لأنها لا تسمى بغيه، وعدمه لأن الأصل في صورته الشك الحرمة، فلا وجه لإقدامها على الوطى مع عدم علمها بالحليه، فهي في حكم البغيه، وجهان، الأحوط الأول، وإن كان الأقرب الثاني، فتأمل.

(مسألة ١٤): مبدأ العده فى وطى الشبهه المجرده عن التزويج حين الفراغ من الوطى، وأما إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك، أو من حين تبين الحال، وجهان، والأحوط الثانى، بل لعله الظاهر من الأخبار.

(مسألة ١٤): {مبدأ العده فى وطى الشبهه المجرده من التزويج حين الفراغ من الوطى} الأخير، كما ذكره الجواهر وغيره، وهم وإن لم يذكروا الأخير، إلا أنه لابد من التقييد به، لوضوح أن العده لأجل الوطى الأخير حيث هو الميزان فى برائه الرحم حكمه.

فلا يقال: ليس كذلك فيما كان الوطى الأخير بدون الإنزال، والمراد بالوطى الإخراج الكامل، فإذا طال الوطى دقيقه مثلاً يحسب أول العده مبدأ الدقيقه الثانى، لظهور الأدله فى كون العده متصله بالسبب.

ويدل على ما ذكرناه أنه المتبادر إلى الذهن من روايات وطى الشبهه.

كصحيح الحلبي، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجلين نكحا امرأتين فأتى هذا بأمره ذا، وهذا بامرأه ذا، قال: «تعتد هذه من هذا، وهذه من هذا، ثم ترجع كل واحده إلى زوجها» (١).

{وأما إذا كان مع التزويج فهل هو كذلك} من حين الوطى لأن الزواج الباطل لا اعتبار به، فاللازم أن يكون المبدأ من حين الوطى {أو من حين تبين الحال} أى تبين أن الزواج باطل {وجهان} اختار ثانيهما الجواهر والمستمسك وغيرهما.

{و} لذا قال مصنف: {الأحوط الثانى، بل لعله الظاهر من الأخبار}، ففى

صحيح إبراهيم بن عبد الحميد: إن أبا عبد الله (عليه السلام) قال في شاهدين شهدا عند امرأه أن زوجها طلقها فتزوجت ثم جاء زوجها، قال (عليه السلام): «يضر بان الحد ويضمنان الصداق للزوج، ثم تعد وترجع إلى زوجها الأول».

والمراد بالصداق صدق وطى الشبهه الذى خسره الزوج الثانى، فإنهما يعطيانه إياه، فإن الظاهر من هذا الحديث أن الاعتداد بعد التفرق.

ثم إنه لو كان وطى الشبهه بظن التزويج، كما لو وكلا- من يزوجهما فى يوم كذا، فلم يزوجهما نسياناً مثلاً، وعاش بعضهما البعض من ذلك اليوم إلى سنه، فظهر عدم الزواج، فهل يكون العده من الوطى الأخير، لأنه لا زواج فالمعيار الوطى، أو من حين العلم، لما استظهره المستمسك فى الفرع المتقدم من أن (المستفاد من النصوص أن المده التى تكون فيها الموطوءه تحت سلطان الواطى وفى حباله يستمتع بها ويضاجعها ليست جزءاً من العده، فيكون مبدأ العده فى جميع الصور ارتفاع الاشتباه لا حين الوطى) انتهى. احتمالان، لا- يبعد الأول، إذ ليس فى المقام إلاّ وطى شبهه يوجب العده، أما سائر الاستماعات فلا تحتاج إلى العده.

وإن كان الأحوط الثانى، بل هو الأحوط فى الفرع الأول للمصنف، كما إذا بقيتا عند المشتبهين مده من الزمن، بدعوى احتمال ظهور صحيح الحلبى فيما ذكره المستمسك.

ثم إنه إذا قلنا بأن العده فى صورته التزويج من حين تبين الحال، فالمعيار تبين الحال عند المرأه، وإن لم يتبين عند الرجل، لأنها المكلفه بالعده، وفى الفرع

السابق حيث إن العده فى وطى الشبهه من حين الوطى، فإذا علمت فى وسط الوطى احتسب من ذلك الحين، لا من بعد تمامه، لأن باقى الوطى زنا إن كان باختيارها ولا احترام له، كما أنها إن كانت مجبوره فى إتمام الوطى لم يكن له احترام الشبهه _ وإن لم تكن عاصيه _ ولا عده لمثله، للأصل بعد عدم الدليل.

ص: ٧٨

(مسأله ١٥): إذا كانت الموطوءه بالشبهه عالمه، بأن كان الاشتباه من طرف الواطى فقط، فلا مهر لها إذا كانت حره، إذ لا مهر لبغى، ولو كانت أمه ففى كون الحكم كذلك، أو يثبت المهر لأنه حق السيد، وجهان، لا يخلو الأول منهما من قوه.

(مسأله ١٥): {إذا كانت الموطوءه بالشبهه} بأن كان الرجل واطئاً بالشبهه وهى {عالمه} بأنه وطى غير جائز {بأن كان الاشتباه من طرف الواطى فقط، فلا- مهر لها إذا كانت حره} ولم تكن مجبوره {إذ لا- مهر لبغى}، أما إذا كانت مجبوره فلها المهر بما استحل من فرجها.

{ولو كانت} البغيه {أمه، ففى كون الحكم كذلك} لا مهر لها لأنها بغيه {أو يثبت المهر لأنه حق السيد} و«لا يتوى حق امرئ مسلم».

{وجهان، لا- يخلو الأول منهما من قوه}، كما اختاره الشرائع وغيره، فإن «لا مهر لبغى» وارد على حق المولى، كورود استرقاق العبد فى جنائته على حق المولى، خصوصاً إذا كان المولى دخيلاً فى الأمر، كما ذكره بعض المعلقين، وللكلام تفصيل طويل لعلنا نذكره فى مقام آخر.

ثم إن المناط فى العلم والجهل الحالى منهما، فلو علم ونسى أو غفل كان من الجهل.

(مسألة ١٦): لا يتعدد المهر بتعدد الوطى مع استمرار الاشتباه، نعم لو كان مع تعدد الاشتباه تعدد.

(مسألة ١٦): {لا يتعدد المهر بتعدد الوطى}، لا ينبغي الإشكال فى ذلك، واستظهره الجواهر، فإنه {مع استمرار الاشتباه} يكون نكاحاً واحداً، ويدل عليه النص المتقدم، بل هو ظاهر الفتاوى، فحال الاشتباه حال الزواج حيث لا يتعدد المهر فيه.

{نعم لو كان مع تعدد الاشتباه تعدد} كما إذا ذهب لياً إلى بيته فظننها زوجته فوطأها، ثم تبين أنها ليس له بزوجه، وبعد مده وقع نفس الاشتباه وهكذا، وذلك أن كل سبب يحتاج إلى مسبب جديد، والأصل عدم التداخل، والنص والفتوى منصرفان عن هذا.

ولو كانت الموطوءة شبهة ذات زوج لم يلزم على الواطى شىء للزوج، وإن كان الوطى من حق الزوج، لعدم الدليل، والأصل العدم.

ولا فرق فى ما ذكر بين كون المرأة محرماً أم لا، محرمه عليه أبداً برضاع ونحوه أم لا، لإطلاق النص والفتوى.

ثم لا يخفى أنه من أقسام وطى الشبهه الموجب للمهر ما لو ارتد أو ارتدت فوطأها بظن الجواز، وكذا إذا طلقها ووطأها فى عده البائنه بظن الجواز، إذ الوطى حينئذ محرم، وكلما كان الوطى محرماً لأنها ليست زوجته وكانا جاهلين أو كانت هى جاهله أوجب المهر بما استحل من فرجها.

وقد ذكر هذا الفرع الشيخ، وأوجب مهرين، مهراً للعقد ومهراً للوطى، وتبعه الجواهر، وإن

فرق الشرايع بين وطى المرتد فطره والمرتد مله، فقال بعد كلام الشيخ: (ويشكل بأنها فى حكم الزوجه إذا لم يكن عن فطره).
وفيه: إنه لا دليل على أنها بحكم الزوجه.

ولو كانت موطوءه الشبهه وواطئها على غير دين الإسلام، أو على غير المذهب ممن لا يرى المهر، ألزمت بما التزمت به.
وكذا لو كان الرجل مسلماً والمرأه كتابيه وهى لا ترى المهر، وهكذا بالنسبه إلى المخالفه.
أما إذا انعكس بأن كان الزوج مخالفاً والزوجه عارفه وهو لا يرى المهر، فالظاهر المهر لقاعده «لا يتوى»^(١).

ص: ٨١

١-المستدر ك: ج ٣ ص ٢١٥ من أبواب نواذر الشهادات ح ٥

(مسألة ١٧): لا بأس بتزويج المرأه الزانيه غير ذات البعل للزاني وغيره

(مسألة ١٧): {لا- بأس بتزويج المرأه الزانيه غير ذات البعل} وغير المحرمه بنسب أو برضاع أو ما أشبهه، لوضوح أن الكلام في المسأله من حيث الزنا، ولذا لم يكن لاستثناء ذات البعل فقط وجه معتد به.

{للزاني وغيره} أما للزاني فهو المشهور شهره عظيمه، بل عن الخلاف والغنيه دعوى الإجماع عليه، وإن كان المحكى عن الشيخين وآخرين المنع إلا مع التوبه.

ويدل عليه متواتر الروايات، بالإضافة إلى عموم أدله الحل، وعموم الحرام لا يحرم الحلال، كصحيح عبيد الله بن على الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: أيما رجل فجر بامرأه، ثم بدا له أن يتزوجها حلالاً، قال (عليه السلام): «أوله سفاح وآخره نكاح، ومثله مثل النخله أصاب الرجل من ثمرها حراماً، ثم اشتراها بعد فكانت له حلالاً» (١).

ثم إن ظاهر إطلاق هذا الصحيح وغيره عدم الفرق بين أن حملت منه أم لا.

وصحيح أبي بصير، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل فجر بامرأه ثم بدا له أن يتزوجها، فقال (عليه السلام): «حلال، أوله سفاح وآخره نكاح، أوله حرام وآخره حلال» (٢).

وخبر زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «لا بأس إذا زنى رجل بامرأه

ص: ٨٢

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣١ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٠ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

أن يتزوج بها بعد، مثل ذلك مثل رجل سرق ثمره نخله ثم اشتراها بعد»(١).

وخبر هاشم المثني، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) جالساً فدخل عليه رجل فسأله عن الرجل يأتي المرأة حراماً أيتزوجها، قال: «نعم وأمها وابنتها»(٢).

وخبر علي بن جعفر (عليهما السلام)، عن أخيه (عليه السلام)، قال: سألته رجل زني بامرأتين أله أن يتزوج بواحدة منهما، قال (عليه السلام): «نعم، لا يحرم حلالاً حرام»(٣).

وعن منصور، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل كان بينه وبين امرأة فجور، أتحل له ابنتها، إلى أن قال: «فإن كان جامعها فلا يتزوجها إن شاء»(٤).

أما دليل الشيخين فهي جملة من الروايات:

كخبر أبي بصير، سألته (عليه السلام) عن رجل فجر بأمره ثم أراد بعد أن يتزوجها، فقال له: «إذا تاب حل له نكاحها»، قلت: كيف يعرف توبتها، قال: «يدعوها إلى ما كان عليه من الحرام، فإن امتنعت فاستعفرت ربها عرف توبتها»(٥).

ص: ٨٣

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٢ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٨
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٢ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٢ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٩
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٧٦ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤
- ٥- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٢ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٧

وخير إسحاق بن حريز، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قلت له: الرجل يفجر بالمرأه ثم يبدو له فى تزويجها هل يحل له ذلك، قال: «نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء فرجها من ماء الفجور فله أن يتزوجها، وإنما يجوز له أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها» (١).

وفى الموثقه، عنه (عليه السلام)، فى الرجل يحل له أن يتزوج امرأه كان يفجر بها، فقال: «إن أنس منها رشداً فنعم، وإلا فليراودها على الحرام فإن تابعته فهى عليه حرام، وإن أبت فليتزوجها» (٢).

وخير محمد، عن أحدهما (عليهما السلام)، قال: «لو أن رجلاً فجر بامرأه ثم تابا فتزوجها لم يكن عليه شىء من ذلك» (٣).

وخير الجعفرىات، بسنده إلى على (عليه السلام)، فى الرجل يزنى بالمرأه ثم يتوب الرجل فيريد أن يتزوجها، قال (عليه السلام): «إذا تابا جميعاً فلا بأس أن يتزوجها»، فقيل: هذا الرجل قد تاب وعلم من نفسه أنه قد تاب، فكيف له أن يعلم أن المرأه تابت، قال: «يدعوها إلى الفجور، كما كان يدعوها إليه قبل ذلك، فإن اعيت عليه فقد تابت، لا بأس أن يتزوجها، فإن أجابته إلى الفجور حرم نكاحها» (٤).

ص: ٨٤

-
- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣١ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤
 - ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣١ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢
 - ٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٧٦ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٣
 - ٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٧٦ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

وخير الدعائم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، أنه قال في الرجل يزني بالمرأه ثم يريد أن ينكحها بعد ذلك نكاحاً صحيحاً، قال (عليه السلام): «إن تابا فلا بأس» (١).

وقد أجب عن هذه الروايات بالحمل على الكراهه، بقرينه قوه الروايات السابقه، بالتمثيل فيها بالنخله، وبقرينه ما سيأتى من جواز تزويج الزانيه التى زنى بها غيره، فجواز تزويج من زنى بنفسه بها أقرب، للمناطق القطعى فى نظر العرف، وبقرينه اشتراط تزويجها فى بعض الروايات بتوبته أيضاً، وهذا قرينه التنزيه، إذ توبته ليست شرطاً بلا إشكال.

ومنه يعلم أنه لا مجال للقول بأن الروايات الثانيه أخص مطلقاً من الروايات الأولى، فاللازم تقييد الروايات الثانيه، كما لا حاجه إلى القول بأن الثانيه ساقطه لموافقتهما لأحمد بن حنبل وقتاده، فهى محموله على التقيه، حتى يرد ذلك بأن ابن حنبل كان بعد زمان الصادقين (عليهما السلام)، الذين ذكرا روايات التقييد، أما قتاده فلم يكن يابيه به، لما ورد من جمله من الروايات من محاجتهما (عليهما السلام) لقتاده مما يظهر منه عدم أهميه له.

نعم، لا إشكال فى أن الأحوط أكيداً عدم نكاحها إلا بعد التوبه، كما

ص: ٨٥

سيأتي الاحتياط من المصنف بالنسبه إلى ذلك.

وكانه لما ذكرناه من قرائن الكراهه فى تزويج الزانيه ذهب المشهور إلى الجواز، بل قد عرفت أنه ادعى الإجماع على ذلك.

ولا فرق فى الكراهه بين الدوام والمتعه.

ثم إن نكحها بعد الزنا وجاءت بولد لم يعلم أنه من أى المائين، كان محكوماً بالحليه، لقاعده الفراش، كما أنه إذا جاءت بالولد الظاهر كونه قبل الحليه فهو ولد زنا، له أحكامه، كما أنه فى العكس ولد حلال مقطوع به.

هذا كله فى ما إذا أراد الزانى أن ينكحها، أما إذا أراد غير الزانى أن ينكحها، فالمشهور شهره عظيمه، بل كادت أن تكون إجماعاً جوازه، خلافاً للمحكى عن الحلبي والمقنع فحرماه.

واستدل للمشهور بجمله من الروايات:

كصحيحه على بن رئاب، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)، عن المرأة الفاجره يتزوجها الرجل المسلم، قال (عليه السلام): «نعم وما يمنعه، ولكن إذا فعل فليحصن بابه مخافه الولد»^(١).

وخبره زراره، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: سئل عن رجل أعجبته امرأه فسأل عنها، فإذا الثناء عليها فى شىء من الفجور، فقال (عليه السلام): «لا بأس بأن يتزوجها ويحصنها»^(٢).

وخبر على بن يقطين، قلت: لأبى الحسن (عليه السلام): نساء أهل المدينه،

ص: ٨٤

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٤ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٦

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٣ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢

قال: «فواسق»، قلت: فأتزوج منهن، قال (عليه السلام): «نعم» (١).

وخبر زراره أيضاً: سأله (عليه السلام) عمار وأنا حاضر، عن الرجل يتزوج الفاجره متعه، قال: «لا بأس، وإن كان التزويج الآخر فليحصن بابه» (٢).

إلى غيرها.

أما من قال بعدم الجواز، فقد استدل بالآيه الكريمة: (الزاني لا ينكح إلا زانيه أو مشرکه والزانيه لا ينكحها إلا زان أو مشرک وحُرّم ذلك على المؤمنين) (٣).

وبجمله من الروايات، كالروايات المانعه عن تزويج الزاني نفس الزانيه، ففي المقام المنع بطريق أولى.

وفيه: أما الآيه المبارکه فظاهرها الوطى، أى لا يزنى ولا تزنى، وهى تحريض لعدم زنا المؤمنين والمؤمنات، فإن الزنا شأن الزناه والمشركين لا المؤمنين الأطياب.

أما إشكال المستمسك على دلالتها بأنها لو حمل على تشريع التحليل والتحریم كان مقتضاه جواز تزويج المسلم الزانى المشركه، وجواز تزويج المشرك الزانيه المسلمه، ولم يقل به أحد، ففيه: إن اللقب لا مفهوم له.

أما ما ورد فى جملة من الروايات مما ظاهره إرادته النكاح بمعنى التزويج

ص: ٨٧

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٣ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٣ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

٣- سوره النور: الآيه ٣

من الآية، فهي محمولة على الكراهه.

فعن علي (عليه السلام) في تفسير الآية، قال: «نزلت هذه الآية في نساء كن بمكة معروفات بالزنا، منهن ساره وخيثمه ورباب حرم الله نكاحهن، فالآية جارية في كل من كان من النساء مثلهن» (١).

ويؤيد الكراهه: ما عن نوادر أحمد بن محمد بن عيسى، بسنده إلى زراره، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول عز وجل: (الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك) قال: «هن نساء مشهورات بالزنا وشهروا وعرفوا، والناس اليوم بذلك المنزل، من أقيم عليه الحد بالزنا وشهر به لا ينبغي لأحد أن ينكحه حتى يعرف منه توبه» (٢). فإن لفظ: (لا ينبغي) ظاهر في الكراهه.

والحاصل: الآية إما محمولة على الكراهه، أو محمولة على الوطى بالزنا، ويؤيد ذلك أن تزويج الزاني لم يقل أحد بحرمة، أما لفظ (حرم) في الآية، فالمراد به شدة الكراهه، فإن الحرام يستعمل في الممنوع عقلاً أو شراعاً، لزوماً أو كراهه، قال تعالى: (حرام على قريه أهلكتاها أنهم إلينا لا يرجعون).

{والأحوط} احتياطاً مطلقاً أن لا يتزوجها إلا بعد العلم ببراءه رحمها من ماء الفجور، سواء كان الفاجر بها هو الناكح أو غيره، وإذا لم يعلم براءه الرحم قام استبراء رحمها بحيضه مقام العلم.

ص: ٨٨

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٦ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥

٢- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

وذلك لموثق إسحاق بن حريز المتقدم، قلت له: الرجل يفجر بالمرأه ثم يبدو له في تزويجها هل يحل له ذلك، قال (عليه السلام): «نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور فله أن يتزوجها، وإنما يجوز له أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها»^(١).

والخبر حجه، وقد عمل به غير واحد، كالتحرير والمسالك والحدائق والوسائل وغيرهم.

ورده بعدم عمل المشهور غير تام، إذ أولاً: لا نعلم عدم عمل المشهور.

وثانياً: إن الشهره المستنده إلى الأدله الاعتباريه لا- تسقط الخبر عن الحجيه، إذا ظهر لنا ضعف المستند، كما نراه في كلام الجواهر وغيره.

أما ما ذكرناه من كفايه العلم، فلأن ظاهر الخبر الطريقيه لا الموضوعيه، ولذا مال إلى التحريم بدون الاستبراء المستمسك.

ويؤيده ما رواه الحسن بن علي بن شعبه، في تحف العقول، عن أبي جعفر الجواد (عليه السلام)، أنه سئل عن رجل نكح امرأه على زنا أيحل له أن يتزوجها، قال (عليه السلام): «يدعها حتى يستبرأها من نطفته ونطفه غيره، إذ لا- يؤمن منها أن تكون قد أحدثت مع غيره حدثاً كما أحدثت معه، ثم يتزوج بها إن أراد فإنما مثلها مثل نخله أكل منها رجل حراماً ثم اشتراها فأكل منها حلالاً»^(٢).

وروى الشيخ المفيد، عن الحسن، عن الصادق (عليه السلام)، في المرأه

ص: ٨٩

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣١ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

٢- الوسائل: ج ١٥ ص ٤٧٧ الباب ٤٤ من أبواب العدد ح ٢

الأولى أن يكون بعد استبراء رحمها بحيضه من مائه أو ماء غيره، إن لم تكن حاملاً، وأما الحامل فلا حاجة فيها إلى الاستبراء، بل يجوز تزويجها ووطيها بلا فصل

الفاجر هل يحل تزويجها، قال (عليه السلام): «نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضى عدتها باستبراء رحمها من ماء الفجور، فله أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها»^(١).

ومنه يظهر وجه جعل المصنف {الأولى أن يكون بعد استبراء رحمها بحيضه من مائه، أو ماء غيره}.

ثم لا- ينبغي الإشكال في عدم الاحتياج إلى العده إذا كانت صغيرة، أو كان الزنا وطياً بدون إنزال، أو كانت يائسه، أو كانت مقلوعه الرحم، أو مقطوعه عدم الحمل، أو ما أشبه ذلك، كالمزنيه من دبرها بما لم يتسرب الماء إلى رحمها قطعاً.

{إن لم تكن حاملاً، وأما الحامل فلا حاجة فيها إلى الاستبراء، بل يجوز تزويجها ووطيها بلا فصل} فإن الموثقه لا تشملها.

قال في المستمسك: (بلا إشكال ظاهر فيه ولا خلاف، فعدم الدليل على لزوم العده فيها، والنصوص المتقدمه لا تشملها، بل ظاهرها عدمها) انتهى.

ثم لما كان الاستبراء طريقتاً كما عرفت، فإذا تزوجها بدون الاستبراء، وعلم

ص: ٩٠

نعم الأحوط ترك تزويج المشهور بالزنا إلا بعد ظهور توبتها

بعد ذلك أنها كانت حاملاً قبل زواجه بها صح الزواج، وكذلك إذا ظهر أنها لم تكن حاملاً، أما إذا لم يظهر فالنكاح باطل، والولد إذا جاء ولم يعلم أنه منه أو من الزنا، وكان لم يعلم بحرمة النكاح فالولد شبهه، وإلا بأن علم بالحرمة ولم يعتن فالولد ليس له، إذ لا فراش شرعياً حتى يوجب لحوق الولد به.

ثم إنه لا فرق في الإشكال في عقد الزانية بدون الاستبراء بين أن يكون دواماً أو متعاً، لإطلاق الأدله.

{نعم الأحوط ترك تزويج المشهوره بالزنا إلا بعد ظهور توبتها} لجمله من الروايات الناهيه عن ذلك.

ففي صحيح زراره، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن قول الله عز وجل (الزاني...) الآية، قال: «هن نساء مشهورات بالزنا، ورجال مشهورون بالزنا، قد شهروا بالزنا وعرفوا به، والناس اليوم بذلك المنزل، فمن أقيم عليه حد الزنا أو شهر منهم بالزنا لم ينبغ لأحد أن يناكحه حتى يعرف منه توبته»^(١).

وخبر حكم بن حكيم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) في الآية المتقدمه: «إنما ذلك في الجهر»، ثم قال: «لو إن انساناً زنا ثم تاب تزوج حيث شاء»^(٢).

إلى غيرها من الأخبار المتواتره بهذه المضامين، كخبر أبي صباح الكنانى

ص: ٩١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٥ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٥ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

وخبر محمد بن مسلم، وخبر أحمد بن محمد بن عيسى في نوادره (١١).

وفي خبر محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام)، قال: «من شهر بالزنا أو أقيم عليه حد فلا تزوجها» (٢).

وعن الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، عن الرجل يشتري الجارية قد فجرت أيطأها، قال: «نعم، إنما كان يكره النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) نسوه من أهل مكة كن في الجاهلية تعلن بالزنا، فأنزل الله (الزاني لا ينكح إلا زانيه أو مشركه) وهي المؤاجرات المعلنات بالزنا، منهن خيثمه ورباب وساره التي كانت بمكة، التي كان رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أحلّ دمها يوم فتح مكة من أجل أنها كانت تحض المشركين على قتال النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) وكانت تقول لأحدهم: كان أبوك يفعل كذا وكذا، ويفعل كذا وكذا، وأنت تجبن من قتال محمد (صلى الله عليه وآله وسلم)، فنهى الله أن ينكح امرأه مستعلنه بالزنا، أو ينكح رجل مستعلن بالزنا، قد عرف ذلك منه حتى يعرف منه التوبة» (٣).

ومن الأخبار التي بهذه المضامين أخبار علي بن إبراهيم في تفسيره (٤)، والرضوى (٥)، والدعائم، وغيرها (٦).

ولكن مع ذلك يظهر من جملة أن المنع على سبيل الكراهة

ص: ٩٢

- ١- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٦ الباب ١١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢
- ٢- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦
- ٣- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢
- ٤- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤
- ٥- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥
- ٦- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

للأصل، ولما سيأتى فى إمساك الزوجه إذا كانت زانيه، ولأن الآيه تمنع الوطى، وإلا فمن المشكل جداً الفتوى بحرمه تزويج المرأه نفسها للزاني، وقرينه السياق تقتضى وحده الحكم فيهما، بل ظاهر المسالك أن الفتوى بالجواز بدون التوبه هى المشهوره بين الأصحاب.

وربما أيد عدم الحرمة باضطراب الروايات المانعه، ووجود بعض قرائن الكراهه فيها، وضعف السند فى جملة منها.

هذا ولكن كل ذلك لا يمنع من الاحتياط المطلق الذى ذكره المصنف، وتبعه عليه غير واحد من المعلقين، خصوصاً إذا كان هناك مخافه اختلاط المياه واشتباه النسب، فإن العله فى موثقه إسحاق السابقيه تشتمل المقام أيضاً، والظاهر أن الاحتياط مراعى حتى فيما إذا كانت حاملاً، لإطلاق الأدله فى المقام.

نعم لو كانت كافره مشهوره بالزنا فأسلمت وتابت فلا كراهه من جهه حديث: «الإسلام يجب ما قبله»^(١)، بل لا يبعد رفع الكراهه إذا حدثت المرأه، وكذلك إذا حد الرجل، الأول للدليل، والثانى للمناط.

فعن سعد بن عبد الله فى حديث، عن صاحب الزمان (عليه السلام)، أنه سئل عن الفاحشه المبينه التى إذا أتت المرأه بها فى أيام عدتها جاز للزوج أن يخرجها من بيته، فقال (عليه السلام): «الفاحشه المبينه هى السحق دون الزنا، فإن المرأه

ص: ٩٣

١- مجمع البحرين ماده (جب)

بل الأحوط ذلك بالنسبه إلى الزانى بها، وأحوط من ذلك ترك تزويج الزانيه مطلقاً إلا بعد توبتها، ويظهر ذلك بدعائها إلى الفجور فإن أبت ظهر توبتها.

إذا زنت وأقيم عليها الحد ليس لمن أرادها أن يمتنع بعد ذلك من التزويج بها لأجل الحد، وإذا سحقت وجب عليها الرجم، والرجم خزي، ومن أمر الله برجمه فقد أخزاه، ومن أخزاه فقد أبعده، ومن أبعده فليس لأحد أن يقربه» (١٢).

ويمكن أن يستفاد من العله كون الحكم كذلك بالنسبه إلى كل من يستحق الرجم ولو غير المساحقه، كما يستفاد منها كراهه زواج المساحقه، والله العالم.

{بل الأحوط} ترك {ذلك} التزويج {بالنسبه إلى الزانى بها}، فإذا اشتهرت بالزنا لأجل زنا رجل بها _ وإن لم تكن زانيه بكل رجل زان _ لم يتزوجها الزانى إلا بعد التوبه، وذلك لإطلاق أدله المنع الشامله للزاني نفسه.

{وأحوط من ذلك ترك تزويج الزانيه مطلقاً} وإن لم تكن مشهوره بالزنا، وقد كانت زنت مره واحده مثلاً.

{إلا- بعد توبتها، ويظهر ذلك} أى أنها ثابت بالعلم الوجدانى وشهاده العدلين وإخبار أهل الخبره، وإن لم يكن كل ذلك _ كما هو الغالب _ عرف {بدعائها إلى الفجور، فإن أبت ظهر توبتها} كما تقدم فى النص، لكن بشرط أن لا يعلم احتيالها بالإباء، وإلا فالأماره ساقطه مع العلم بخلافها.

ثم إن الزنا الموجب للحرمة أو الكراهه أعم من زناها قبلاً أو دبراً.

أما إذا كانت لا تزنى ولكنها يستمتع بها الرجال،

ص: ٩٤

فالظاهر عدم الحرمة إطلاقاً، وإن لم يستبعد الكراهه لأنها غير عفيفه، وقد وردت في روايات متواتره استحباب عفتها، بما يظهر منها كراهه عدم العفه.

ثم إن الشهره بين الناس بأنها زانيه إذا بلغت حد الشيع كافيه في الحرمة والكراهه.

أما الظن ومناوله الألسن بدون الوصول إلى الموازين الشرعيه، فإنهما لا يدخلاها في عداد الزانيات، وإن أدخلها في عداد عدم العفيفات.

ص: ٩٥

(مسألة ١٨): لا تحرم الزوجه على زوجها بزناها

(مسألة ١٨): {لا- تحرم الزوجه على زوجها بزناها} على المشهور، بل عن المبسوط الإجماع على بقاء زوجيتها، إلا عن الحسن البصرى، لكن المنقول عن المفيد وسالار الحرمه.

وكيف كان، فالمشهور هو الأوفق بالقواعد للأصل، ولما ورد من أن «الحرام لا يحرم الحلال»^(١).

ولروايه عباد بن صهيب، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام)، قال: «لا بأس أن يمسك الرجل امرأته إن رآها تزنى، وإن لم يتم عليها الحد فليس عليه من إثمها شيء»^(٢).

وعن ابن سنان، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل رأى امرأته تزنى أيسلح له أن يمسكها، قال (عليه السلام): «نعم إن شاء»^(٣).

وعن ابن عيسى فى نوارده، بسنده إلى زراره، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: جاء رجل إلى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم)، فقال: يا رسول الله، إن امرأتى لا تدفع يدل لأمس، قال: «طلقها»، قال: يا رسول الله إنى أحبها، قال: «أمسكها»^(٤).

والظاهر أن المراد إمساكها عن الزنا بحفظها عن ذلك، لما رواه الدعائم

ص: ٩٦

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٠ الباب ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٥ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١١

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٣ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

٤- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

عن الصادق (عليه السلام) في حديث قال: «فأما أن يتزوج الرجل امرأه قد علم منها الفجور فليحصن بابه أى يحفظها، فقد سأل رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) رجل فقال: يا رسول الله ما ترى في امرأه عندي ما ترد يد لامس، قال: طلقها، قال: فإنني أحبها، قال: فأمسكها إن شئت» (١).

ولا يخفى وجوب حفظ الزوجه عن الزنا أكثر من غيرها، لأن حفظها أكد، قال سبحانه: (قوا أنفسكم وأهليكم ناراً) (٢).

وقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «لعن الله من ضيع من يعول» (٣).

وعن السباطي، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن المرأة الفاجره يتزوجها الرجل، فقال لى: «وما يمنع، ولكن إذا فعل فليحصن بابه» (٤).

وعن الحلبي، قال: أخبرني من سمع أبا جعفر (عليه السلام) قال: في المرأة الفاجره التي قد عرف فجورها يتزوجها الرجل، قال: «وما يمنع، ولكن إذا فعل فليحصن بابه» (٥).

أما المفيد وسالار فقد استدلل لهما بالآيه الشريفه، حيث إنها كما تدل على المنع عن الابتداء تدل على المنع عن الاستدامه، لوحده المناط، وقد تقدم الجواب عن مثل هذا الاستدلال.

وبجملة من الروايات المحموله على الكراهه ونحوها بقرينه الروايات السابقه، كخبر الفضل بن يونس قال:

ص: ٩٧

١- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٦ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢

٢- سورة التحريم: الآيه ٦

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ١٢٢ الباب ١٨ من مقدمات النكاح ح ٦

٤- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٦ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

٥- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٤ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٦

سألت أبا الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت، قال (عليه السلام): «يفرق بينهما وتحد الحد ولا صداق لها»^(١).

وخبر السكوني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام)، قال: قال أمير المؤمنين (عليه السلام): «فى المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها الرجل يفرق بينهما ولا صداق لها، إن الحدث كان من قبلها»^(٢).

وربما يحملان على ما إذا كان الزنا قبل الزواج، فإنه عيب كبير يمكن أن يكون منشأً للفسخ، باعتباره خلاف الشرط الضمنى المقطوع به، ولذا لم يكن لها صداق.

ويؤيد هذا الحمل ما رواه معاوية بن وهب، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأة فعلم بعد ما تزوجها أنها كانت زنت، قال: «إن شاء أخذ الصداق ممن زوجها ولها الصداق بما استحل من فرجها، وإن شاء تركها»^(٣).

ثم إنه قد وردت روايات فى باب زنا الزوج شبيهة بهذه الروايات محمولة على الندب، لعدم الفتوى من أحد به، بل لعله من القطعيات.

ففى خبر طلحة بن زيد، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام): قرأت

ص: ٩٨

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٦٠١ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٦٠١ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

٣- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥

وإن كانت مصره على ذلك، ولا يجب عليه أن يطلقها.

في كتاب علي (عليه السلام): «إن الرجل إذا تزوج المرأة فزنى قبل أن يدخل بها، لم تحل له لأن زان، ويفرق بينهما ويعطيها نصف الصداق»^(١).

أقول: لأنه طلاق قبل الدخول.

وخبر علي بن جعفر (عليهما السلام)، عن أخيه موسى (عليه السلام): سألته عن رجل تزوج بامرأة فلم يدخل بها فزنى، ما عليه، قال: «يجلد الحد ويحلق رأسه ويفرق بينه وبين أهله ينفي سنه»^(٢).

أقول: ويمكن العمل بهذين الخبرين بجبر الحاكم الشرعي له بالطلاق إن شاءت، حيث إن زنا الزوج عار على كثير من العفيفات، وعسر وخرج لهن بما لا يتحمل.

ثم إنه لا يستبعد لزوم احتراز المرأة إذا زنت، إذا كان معرض تكون الولد من الزانى أو منه، لمناطق ما تقدم من استبراء الزانية بحضه خوفاً من اختلاط المياه، وما فى الجواهر من رده لذلك بأنه لا نسب للزانى لا يقاوم المناطق المذكور.

وإن كانت مصره على ذلك، ولا يجب عليه أن يطلقها، قال فى المستمسك: للأصل، بل الظاهر أنه لا خلاف فيه، ولا قائل بوجود الطلاق، كما أنه ليس على المرأة أخذ الطلاق منه إن كان مصرأً على الزنا، وإن كان بإمكانها الطلاق

ص: ٩٩

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٦١٦ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٦١٦ الباب ١٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

لاستعداد الزوج ذلك أو لأنها شرطت الطلاق.

ثم لا يخفى أن كراهه التزويج بالفاجره دواماً، لا كراهه الاستمتاع بها لمدته قليله، أما إذا كانت المده كثيره كان فى حكم الدوام. فعن زراره، قال: سأله (عليه السلام) عمار وأنا حاضر، عن الرجل يتزوج الفاجره متعه، قال: «لا بأس وإن كان التزويج الآخر فليحصن بابه»^(١).

وحيث يوجد مناط الدوام فى المتعه الطويله الأمد ألحقناها به.

ثم إن الفاجره إذا كانت يوجب جماعها المرض الذى لا يجوز تحمله شرعاً، كالأمراض الزهريه ونحوها، لم يجز جماعها لذلك، وإن جاز تزويجها مطلقاً أو بعد التوبه.

وإذا كان الزوج مصراً على الزنا وأمكنت الزوجه من خلاص نفسها منه، كان الأفضل لها ذلك، لما تقدم من كراهه تزويج الزانى، ومن الواضح وجود المنط فى الاستدامه.

ص: ١٠٠

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٣ الباب ١٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

(مسألة ١٩): إذا زنا بذات بعل دوماً أو متعاً حرمت عليه أبداً،

(مسألة ١٩): {إذا زنا بذات بعل دوماً أو متعاً حرمت عليه أبداً} على المشهور شهره عظيمه، واستدلوا لذلك بالشهره المحققه، وبالإجماع المدعى فى كلام الانتصار والغنيه والحلى وفخر المحققين، وبالأولويه، فإن العقد على ذات البعل مع العلم إذا كان محرماً، فالزنا أولى بالتحريم، وإذا كان الدخول مع العقد محرماً حتى للجاهل فالزنا أولى.

وبالرضوى، قال (عليه السلام): «ومن زنا بذات بعل محصناً كان أو غير محصن ثم طلقها زوجها أو مات عنها، وأراد الذى زنى بها أن يتزوج بها لم تحل له أبداً، ويقال لزوجها يوم القيامه خذ من حسناته ما شئت» (١).

وبما ذكره بعض المتأخرين، قال: روى «أن من زنا بامرأه لها بعل، أو فى عده رجعيه، حرمت عليه ولم تحل له أبداً».

وبما عن انتصار السيد، قال: (ومما انفردت به الإماميه القول بأن من زنى بامرأه ولها بعل حرم عليه نكاحها أبداً، وإن فارقها زوجها، وباقى الفقهاء يخالفون فى ذلك، والحجه فى ذلك إجماع الطائفه _ إلى أن قال _: وقد ورد من طرق الشيعة فى خطر ما ذكرناه أخبار معروفه، ثم قال: ومما ظن انفراد الإماميه به القول بأن من زنى بامرأه وهى فى عده من بعل له فيها عليها رجعه حرمت عليه بذلك ولم تحل له أبداً، والحجه لأصحابنا فى هذه المسأله الحجه التى قبلها، والكلام فى المسألتين

ص: ١٠١

واحد) انتهى. فإن ظاهره ورود روايات بالمسألتين.

لكن عن الشرايع ما ظاهره التردد، فإنه نسب التحريم إلى المشهور، وحكى التوقف في المسألة عن بعض المتأخرين.
وظاهر الوسائل والمستدرک التوقف.

وكيف كان، فيرد على الأول: أى الإجماع ما عرفت من توقف جماعه، ولذا قال المسالك بعدم تحقق الإجماع على وجه يكون حجه.

وعلى الثانى: إن الأولويه غير محققه، ولذا قال المستمسك: القطع بالأولويه غير حاصل.

وعلى الثالث: إن الرضوى والمراسيل لا حجه فيها، ولذا لم يستند المشهور إليها.

وإذا لم يتحقق شيء من أدله المنع، فإطلاقات «لا يحرم الحرام الحلال»، وما دل على زواج من زنى بها، كما فى المسألة المتقدمه، وإطلاقات أدله النكاح، والتمثيل فى جملة من الروايات بمن أكل الثمره حراماً ثم اشترى النخله فأكلها حلالاً، إلى غير ذلك، لها مجال واسع، ولكن يشكل الفتوى بذلك بعد الشهره العظيمه والإجماعات المنقوله وعدم ظهور خلاف صريح فى المسألة.

نعم إذا زنى بها قبل إسلامهما، فلا ينبغى الإشكال فى أن «الإسلام يجب ما قبله».

أما إذا كان أحدهما مسلماً حين الزنا والآخر كافراً، ثم أسلم الكافر، فهل يأتى حديث الجب، أو هل يأتى دليل الإلزام فيما إذا زنى المسلم بالكافره، ثم طلقها زوجها وكان من مذهبها الجواز، وكذلك بالنسبه إلى المخالفه، فقد تقدم الكلام فى بعض المسائل السابقه فى شبه هذه المسألة فراجع، لأن المسألتين من باب واحد.

فلا- يجوز له نكاحها بعد موت زوجها أو طلاقه لها أو انقضاء مدتها إذا كانت متعّه، ولا فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالمًا بأنها ذات بعل أم لا، كما لا فرق بين كونها حرةً أو أمّةً وزوجها حراً أو عبداً، كبيراً أو صغيراً، ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها أو لا، ولا بين أن يكون ذلك بإجراء العقد عليها وعدمه، بعد فرض العلم بعدم صحه العقد

وكيف كان {ف-} على المشهور {لا- يجوز له نكاحها بعد موت زوجها أو طلاقه لها} أو انفصاله عنها بأى سبب ولو كان فسحاً أو نحوه.

{أو انقضاء مدتها إذا كانت متعّه}، كل ذلك لإطلاق النص والفتوى، كما نص عليه بعض.

كما لا فرق بين كون الزانى وطياً فى القبل أو دبر، وكون ذات البعل دخل بها الزوج أو لا.

{ولا فرق على الظاهر بين كونه حال الزنا عالمًا بأنها ذات بعل أم لا} لإطلاق النص والفتوى، وصرح بذلك الجواهر.

وقوله (على الظاهر) لاحتمال الفرق، وأن المنصرف هو حال العلم.

كما أنه لا فرق بين كونه عالمًا بالحكم أم لا.

{كما لا- فرق بين كونها حرةً أو أمه، وزوجها حراً أو عبداً، كبيراً أو صغيراً} عاقلاً أو مجنوناً، مؤمناً أو مخالفاً أو كافراً، إذا لم يكن من دينهما جواز أخذها بعد ذلك، أو من دين الكافر جواز هذا الفعل بذات البعل، وإلا فقد تقدم الكلام فى ذلك.

{ولا بين كونها مدخولاً بها من زوجها أو لا} لإطلاق النص كما سبق.

{ولا بين أن يكون ذلك} الوطى من الزانى {بإجراء العقد عليها وعدمه، بعد فرض العلم بعدم صحه العقد}، أما إذا كان يزعم صحه العقد فهو من وطى الشبهه

ولا بين أن تكون الزوجه مشتبهه أو زانيه أو مكرهه، نعم لو كانت هي الزانيه وكان الواطى مشتبهاً فالأقوى عدم الحرمة الأبدية، ولا يلحق بذات البعل الأمه المستفرشه، ولا المحلله

لا من الزنا بذات البعل.

{ولا بين أن تكون الزوجه مشتبهه أو زانيه} أو مضطره أو غافله {أو مكرهه} أو مع عدم شعورها أصلاً، كما إذا كانت فى حاله النوم أو السكر أو الإغماء أو نحوها.

{نعم لو كانت هي الزانيه وكان الواطى مشتبهاً} بأن ظن أنها غير ذات بعل فتزوجها وهي تعلم بأنها ذات بعل، {فالأقوى عدم الحرمة الأبدية} لأن مورد النص والفتوى الزنا، وهذا شبهه وليس برنا، ولذا قال الجواهر: (فى الحرمة أبداً إشكال).

أقول: أما احتمال الحرمة أبداً لأجل زناها واشتراك التكليف غير تام، إذ لم يعلم باشتراك التكليف.

ثم إن مثل اشتباهه أنها غير ذات بعل اشتباهه وظنه بأنها زوجته، وكذا اشتباهه وظنه بأن ذلك جائز شرعاً، لتجدد عهده بالإسلام مثلاً، وذلك لأنه لا يسمى زناً، بل وطى شبهه كما عرفت.

لكن الظاهر الحرمة أبداً إذا علم أنها إما زوجته أو ذات بعل، أو علم بأن إحدى المرأتين ذات بعل، ومع ذلك لم يأخذ بقاعده وجوب الاجتناب واقترب منها.

{ولا يلحق بذات البعل الأمه المستفرشه} التى وطأها مولاهما {ولا المحلله} وذلك للأصل بعد عدم شمول النص والفتوى له، ولذا قال فى الجواهر: إنه

نعم لو كانت الأمه مزوجه فوطأها سيدها لم يبعد الحرمة الأبديه عليه، وإن كان لا يخلو من إشكال

لا يجد فيه خلافاً، واحتمال وحده الملاك غير كاف في الحكم بعد عدم القطع به وكونه خلاف الأصل، إذ الأصل أنه «لا يحرم الحرام الحلال»، بالإضافة إلى أصل البراءة.

{نعم لو كانت الأمه مزوجه فوطأها سيدها} عالماً عامداً {لم يبعد الحرمة الأبديه عليه} لأنه من الزنا بذات البعل، فيشملة النص والفتوى، {وإن كان لا يخلو من إشكال} من جهة الانصراف وبعض الروايات:

مثل روايه على بن سليمان، التي رواها الشيخ، قال: كتبت إليه رجل له غلام وجاريه زوج غلامه جاريته ثم وقع عليها سيدها، هل يجب في ذلك شيء، قال: «ينبغي له أن لا يمسه حتى يطلقها الغلام»^(١).

وكذلك سكوت ما رواه الصدوق في المقنع، قال: «روى أن أمير المؤمنين (عليه السلام) أتى برجل زوج جاريته مملوكه ثم وطأها فضر به الحد»^(٢).

بل لا- يبعد عدم الحرمة إذا كان الزوج عبده ولم يطأها، فإن وطى المولى لها تفريق لها عنه، إذ الاختيار بيده، كما يظهر من الأخبار.

ففي روايه عمار، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، سألته عن الرجل يزوج

ص: ١٠٥

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٤٩ الباب ٤٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٥٠ الباب ٤٤ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٨

ولو كان الواطى مكرهاً على الزنا فالظاهر لحقوق الحكم، وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضاً.

جاريته من عبده، ويريد أن يفرق بينهما _ إلى أن قال _ قلت: فإن كان المملوك لم يجامعها، قال: «يقول لها اعتزلى، فقد فرقت بينكما، ثم يجامعها مولاها من ساعته إن شاء، ولا عده عليها»(1).

ومثلها غيرها، كما عنونها الوسائل وغيره فى باب كيفية تفريق الرجل بين عبده وأمته.

{ولو كان الواطى مكرهاً على الزنا فالظاهر لحقوق الحكم} لإطلاق النص والفتوى {وإن كان لا يخلو عن إشكال أيضاً}، إذ الزنا فى النص منصرف إلى المختار، بالإضافة إلى رفع الإكراه، لكن فى المستمسك منع الانصراف، وفيه نظر.

ومنه يعرف الكلام فيما إذا كان الزانى ملجأً أو مضطراً أو صغيراً أو مجنوناً أو سكراناً أو ما أشبهه، لحديث رفع التسع، وحديث رفع القلم، والقول بأنهما يرفعان التكليف والعقاب لا الوضع، يرد عليه ما ذكرناه فى هذا الشرح من الإطلاق إلا ما خرج بالدليل، من نص أو ضروره أو إجماع، كالجنابه الحاصله بالإدخال والإنزال، والنجاسه ونحوهما، ولا- وجه لتخصيص الرفع بالعقاب والأحكام التكليفية.

كما أن منه يعلم أنه لو أن ذات البعل هى التى زنت، كما إذا كان الرجل نائماً فأدخلت ذكره فى فرجها، فإنه لا يوجب الحرمة.

ص: ١٠٦

مسألة ٢٠ لو شك في كونها في العده

(مسألة ٢٠): إذا زنى بامرأه في العده الرجعيه حرمت عليه أبداً، دون البائنه وعده الوفاه وعده المتعه ووطى الشبهه والفسخ، ولو شك في كونها في العده أو لا، أو في العده الرجعيه أو البائنه، فلا حرمة ما دام باقياً على الشك

(مسألة ٢٠): {إذا زنى بامرأه في العده الرجعيه حرمت عليه أبداً}، الكلام في هذه المسأله كالكلام في المسأله السابقه دليلاً وإشكالاً وفتوى.

أما إذا زنى الرجل في عدته بامرأه غير ذات البعل ولا ذات عدته، كما إذا طلق الرابعه فنكح الخامسه قبل انقضاء عدته الرابعه، فلا إشكال في عدم الحرمة الأبدية، للإطلاق من غير دليل على الحرمة.

{دون البائنه وعده الوفاه وعده المتعه ووطى الشبهه والفسخ} قالوا: لخروج كل ذلك عن معقد الإجماع والمراسيل المتقدمه، وهو كذلك، فلا وجه لإشكال الرياض في ذلك لوجود الأولويه من النكاح في العده الموجب للحرمة الأبدية، وفيه ما تقدم في تلك المسأله من عدم القطع بالأولويه.

{ولو شك في كونها في العده أو لا، أو في العده الرجعيه أو البائنه} أو أن التي في العده هي هذه أو امرأه أخرى غير محل الابتلاء {ف} اللانزم الفحص، لما ذكرناه مكرراً من وجوب الفحص في الشبهات الموضوعيه إلا- ما خرج، والمقام ليس مما خرج، بل الفحص في المقام أولى لأنها باب الفروج المشدد فيه، فإذا لم ينته فحصه إلى نتيجة ف- إلا- حرمة ما دام باقياً على الشك {لأصل الموجب لشمول إطلاقات أدله الزواج له.

نعم لو علم كونها في عده رجعيه وشك في انقضائها وعدمه، فالظاهر الحرمة خصوصاً إذا أخبرت هي بعدم الانقضاء، ولا فرق بين أن يكون الزنا في القبل أو الدبر، وكذا في المسألة السابقة.

ولا يخفى أن قوله: (ما دام) لا وجه له بعد ما تقدم من الإشكال في الحرمة الأبدية فيما إذا لم يعلم بكونها في العده لعدم صدق الزنا، فتأمل.

{نعم لو علم كونها في عده رجعيه، وشك في انقضائها وعدمه، فالظاهر الحرمة} للاستصحاب، إلا إذا تبين بعد ذلك خروجها عن العده.

ولو شك في أن الزواج كان صحيحاً أم لا، فالأصل الصحة، فيكون من الزنا بذات العده الرجعيه.

{وخصوصاً إذا أخبرت هي بعدم الانقضاء} بل في هذه الصورة محكومته بعدم لحجيه قولها كما سبق، وكذلك إذا كان هناك شياخ مفيد للعلم، بناءً على اشتراط العلم في الشياخ، أو شاهدان يشهدان بعدم خروجها عن العده.

ولو شك في أن العقد كان متعاً أو دواماً، فقد تقدم أن الأصل في مثل هذا الشك المتعه، فلا تكون عدتها رجعيه.

{ولا فرق بين أن يكون الزنا في القبل أو الدبر} لإطلاق الزنا على كليهما، وانصراف الزنا إلى الأول بدوى كما لا يخفى.

{وكذا في المسألة السابقة}.

ثم إنه لو علم بأنه زنى بإحدى هاتين حرمتا عليه للعلم الإجمالي، إلا فيما إذا كانت الشبهه غير محصوره، أو كانت إحداهما خارجه عن محل الابتلاء مما يوجب عدم تنجيز العلم الإجمالي.

(مسألة ٢١): من لاط بغلام فأوقب ولو بعض الحشفه حرمت عليه أمه أبداً وإن علت، وبنته وإن نزلت، وأخته

(مسألة ٢١): {من لاط بغلام فأوقب}، وإنما قال (فأوقب) لأن اللواط يستعمل أحياناً في ما دون الدخول، {ولو بعض الحشفه} كأنه لصدق الإيقاب، وتقييده بتمام الحشفه في وجوب الغسل لمثل قوله: «إذا التقى الختانان» لا يقتضى التقييد بذلك هنا، إلا أن يقال: إن فهم العرف يقتضى وحده كل المقامات، بل يمكن أن يقال في صدق الإيقاب ونحوه تأمل، ولذا جعل بعض المعلقين الحكم على نحو الاحتياط.

نعم عن القواعد والمسالك والروضه وجامع المقاصد وغيرها كفايه بعض الحشفه في التحريم، بل عن الرياض الاتفاق في الظاهر واقع عليه، وتبعهم المستمسك وجمله من المعلقين.

ولو شك فالأصل العدم، وإن كان الاحتياط يقتضى التجنب لأنه باب الفروج.

ولو كان مقطوع الحشفه فما بقى منه كاف في إيجاب التحريم لصدق الإيقاب.

ولا فرق بين الإيقاب حال النعوظ وعدمه للإطلاق.

نعم إذا أدخل ذكره المقطوع فلا- ينبغي الإشكال في عدم التحريم لعدم الصدق، كما أنه إذا أجرى عمليه فرفعت إسته، فإن صدق الإيقاب ونحوه حرم، وإلا لم يحرم للأصل.

{حرمت عليه أمه أبداً وإن علت، وبنته وإن نزلت، وأخته}، أما حرمة الأم والبنات والأخت فلا إشكال فيه ولا خلاف، وقد حكى على ذلك الإجماع من الانتصار والخلاف والغنيه وشرح النافع للسيد والتذكرة والمسالك وغيرهم،

وفى الجواهر هو فى أعلى درجات الاستفاضه والتواتر.

ويدل على الحكم جملة من الروايات:

مثل صحيح ابن أبى عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل يعبث بالغلام، قال: «إذا أوقب حرمت عليه بنته وأخته»^(١).

وموثق إبراهيم بن عمر، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل لعب بغلام هل تحل له أمه، قال: «إن كان ثقب فلا»^(٢).

وخبر حماد بن عثمان، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): رجل أتى غلاماً أتحل له أخته، قال: فقال: «إن كان ثقب فلا»^(٣).

ومرسل الصدوق، قال: روى عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى رجل لعب بغلام، قال: «إذا أوقب لم تحل له أخته أبداً»^(٤).

والرضوى (عليه السلام)، قال: «ومن لاط بغلام» إلى أن قال: «ولا تحل له أخته فى التزويج أبداً وابنتها» وقال فى موضع آخر: «ومن ولج بالصبي لم تحل له أخته أبداً»^(٥).

ثم إنه لا إشكال فى عدم تحريم أخت الأخت التى ليست هى بأخت، كما

ص: ١١٠

-
- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٩ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١
 - ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٠ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٧
 - ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٠ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤
 - ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٠ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥
 - ٥- المستدرک: ج ٢ ص ٥٧٧ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

من غير فرق بين كونهما كبيرين أو صغيرين أو مختلفين

لا إشكال في عدم تحريم بنت الأخت.

أما حرمة أم الأم، وبنت البنت، فقد حكى عن ابن إدريس والقواعد، وفي الجواهر قال: إنه ليس ببعيد، لكن كشف اللثام تنظر في ذلك، وفي المستمسك الأصل يقتضى الحل لولا دعوى الاتفاق عليه.

أقول: والظاهر الحل، لعدم الدليل عليه، وشمول البنت والأم لبنت البنت ولأم الأم بالقرينة في بعض الأماكن لا يوجب القول بذلك في كل مكان، بل لا يكاد يفهم من النص والفتوى إلا الأم والبنت فقط، كما هو كذلك في سائر المحاورات العرفية، فالقول بعدم الحرمة أقرب، خصوصاً في مثل بنت ابن البنت، وأم أب الأم، إلى غير ذلك.

أما ما ذكره المصنف من قوله: {من غير فرق بين كونهما كبيرين أو صغيرين أو مختلفين} فاللازم فيه التفصيل، وهو أنه لا إشكال في الحكم إذا كان الواطى كبيراً والموطوء غلاماً، أى لا ما إذا كان قبل البلوغ، ولا ما إذا كان رجلاً كبير السن، وذلك لأنه مورد النص والإجماع.

وأما إذا كان الواطى كبيراً، والموطوء صغيراً ممن لا يسمى بالغلام، فقد صرح بعدم الفرق فيه بعض، لكنه لا يخلو من نظر، لأن المذكور في النصوص هو الغلام، وهو لا يشمل ما إذا لم يسم بالغلام لصغره، فالتعدى عنه بحاجة إلى فهم عدم الخصوصية، فمع عدمه كان الأصل الجواز.

وكذا في الإشكال إذا كان الموطوء كبيراً بحيث لا يسمى بالغلام كالشيخ والكهل، فإنه وإن صرح في القواعد وغيره بعدم الفرق، إلا أن المستمسك قال:

(لا يخلو من نظر، لأن المذكور فى النصوص هو الغلام، وهو لا يشمل الشيخ والكهل، فالتعدى يحتاج إلى فهم المثاليه من الغلام وأن المراد مطلق الذكر، أو الإجماع على عدم الفصل، لكن كلا من الأمرين غير ظاهر، وإن كان غير بعيد) انتهى.

أقول: فعلى هذا، فالأصل الحليه.

أما إذا كان الواطى صغيراً بما لا يسمى رجلاً، وذلك بأن لم يبلغ الحلم، فالمحقق والشهيد الثانيان وجمله من تبعهما قالوا بعدم الفرق، لفهم عدم الخصوصية.

واستشكل فيه القواعد وغيرها، لأن النص اشتمل على لفظ (الرجل) وهو لا يشمل الصغير، بالإضافة إلى دليل الرفع عن الثلاث، ولذا مال المستمسك إلى عدم الحرمة، كما أن السيد الجمال وبعض آخر من المعلقين قالوا بأن الحرمة فى الواطى الصغير لا تخلو من إشكال.

وعلى هذا فمقتضى القاعده أن الحرمة خاصه بما إذا كان الواطى بالغاً والموطوء يسمى غلاماً، أما فيما عدا ذلك فالأصل الحليه.

ومنه يعلم أنه لو كان الواطى مجنوناً أو نائماً أو سكراناً أو ما أشبه ممن يرتفع التكليف عنه لم يوجب الحرمة، لأدله الرفع، وانصراف أدله المنع عنه، فإن مثل قوله (عليه السلام): «رجل يعبث بالغلام»، و«رجل لعب بغلام» لا يشمله.

كما أنه إذا أُلجأ بالوطى، كما إذا شد وثاقاً وأدخل ذكره فى غلام، لم يكن يوجب ذلك الحرمة.

كما لا يبعد رفع الحكم فى الاضطرار والإكراه، لأدله الرفع والانصراف.

ثم إنه لا فرق بين البنت والأخت الموجودتين حال اللواط أو المخلوقتين

ولا تحرم على الموطوء أم الواطى وبنته وأخته على الأقوى

بعده، كانتا للأبوين أو للأب أو للأم، كانت الأم أو هما من الحلال أو الزنا أو الشبهه أو الرضاع للإطلاق، وانما تتعدى إلى الرضاع لأنه لحمه كلحمه النسب، فتأمل.

ولو كانا كافرين ثم أسلم اللاطى فقد جب الإسلام(١) لعمله ذاك، بل وإن كان الملووط مسلماً.

إما إذا كانت الأم أو البنت أو الأخت ممن لا تقول بالحرمة لكفرها، أو لأن مذهبها كذلك، فهل يجوز لقاعده «الزموهم»، أم لا للإطلاق، احتمالان، والأول لا يخلو من وجه، وإن كانت المسألة بحاجة إلى التأمل.

{ولا تحرم على الموطوء أم الواطى وبنته وأخته على الأقوى} كما هو المشهور للأصل وعدم الدليل، بل حكى الإجماع عما عدا الشيخ على جوازه.

أما من منع ذلك فقد احتمل أن يكون مأخذه احتمال رجوع الضمير فى الأخبار لكل من الفاعل والمفعول.

وفيه ما لا يخفى، ولذا قال الجواهر: (بل الظاهر عدم جواز مثل ذلك _ رجوع الضمير لكل من الفاعل والمفعول _ لغه إلا على ضرب من المجاز المقطوع بعدمه هنا).

ولو شك فى أنه كان واطياً أو موطوءاً مع علمه بأنه كان أحدهما، فالأصل جواز أخذه، لأنه من قبيل ثوب واجدى المنى على ما ذكروا.

ولو علم باللواط لكنه شك فى أنه كان قبل بلوغه أم لا، فالأصل عدم البلوغ.

كما أنه لو شك فى أن الموطوء كان غلاماً أو لم يبلغ حال اللواط مبلغ الغلام، كان الأصل عدم بلوغه.

ولو شك فى أن الموطوء كان أخاً لهذه البنت، أو ابناً له، أو أباً

ص: ١١٣

١- مجمع البحرين: ماده (جب)

ولو كان الموطوء خنثى حرمت أمها وبنتها على الواطى، لأنه إما لواط أو زنا وهو محرم إذا كان سابقاً كما مر

حلت بعد الفحص، لأصالة الحلية.

{ولو كان الموطوء خنثى حرمت أمها وبنتها على الواطى، لأنه إما لواط أو زنا وهو محرم} فإن الزنا بالمرأه يوجب تحريم البنت والأم للزانى {إذا كان} الزنا {سابقاً} على العقد، كما يأتى فى المسأله الثامنه والعشرين من الفصل الآتى إن شاء الله تعالى.

أما قوله: {كما مر} فلعله من خطأ النساخ.

وكيف كان ففى القواعد: ولو أوقب خنثى مشكل فالأقرب عدم التحريم، وعمله فى محكى كشف اللثام بالأصل مع الشك فى السبب، ووجه الخلاف الاحتياط مع تغليب جانب الحرمه.

أقول: بناءً على عدم كون الخنثى طبيعه ثالثه، فإن أوقب فيه رجل فهو إما امرأه فتحرم أمه وبنته، وإما رجل فتحرم أخته وأمه وبنته، وحيث العلم الإجمالى كان اللازم حرمه الجميع.

ولعل عدم ذكر المصنف الأخت لانحلال العلم، فإنه يعلم بحرمه الأم والبنت على كلا التقديرين، ولا يعلم حرمه الأخت، فالأصل العدم.

لكن ربما يقال: إنه من قبيل العلم الإجمالى بأنه إما أن يجب عليه صيام ثلاثه أيام أول رجب أو يومين أول شعبان، حيث يجب عليه صيام الخمسه، وإلا لم يعلم بإتيان ما وجه عليه من التكليف على كل حال.

أما بناءً على كون الخنثى طبيعه ثالثه لم يكن إيقابه محرماً، إذ ليس هو

والأحوط حرمة المذكورات وإن كان ذلك بعد التزويج

رجلاً ولا امرأه، فلا يشملها أحد التكليفين.

هذا إذا أوقب رجل في الخنثى، أما إذا أوقب الخنثى في غلام فبناءً على وجوب التكليفين عليه وجب عليه اجتناب الثلاثة من الموطوء، لاحتمال الخنثى أن يكون ما أدخله في الغلام ذكراً، وأنه رجل في الواقع.

وكذا إذا أدخل الخنثى في الخنثى.

لكننا ذكرنا في بعض المباحث السابقة أن للخنثى أن يجعل نفسه ذكراً أو أنثى، والاحتياط أن يكون ذلك بالقرعة، فيترتب عليه كل أحكام ذلك الصنف الذي جعل نفسه منه.

ثم لا يخفى أن الكلام في ما إذا أدخل الخنثى في دبر الذكر أو المرأة أو الخنثى، كان الكلام فيما إذا أدخل الذكر في دبر الخنثى.

{والأحوط حرمة المذكورات وإن كان ذلك بعد التزويج} كما عن ابن سعيد في الجامع، بل نسب إلى ظاهر جماعه أطلقوا الحكم بالتحريم.

لكن المشهور شهره عظيمه عدم التحريم، بل ادعى بعضهم أنه اتفقي لا مخالف فيه فتوى وروايه، إلا ما يظهر من مرسل ابن أبي عمير.

واستدل للحل بالأصل، وبقولهم (عليهم السلام): «لا يحرم الحرام الحلال»^(١).

وللحرمة بمرسل ابن أبي عمير، عن بعض أصحابنا، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل يأتي أختاً امرأته، فقال: «إذا أوقبه حرمت عليه المرأة»^(٢).

وربما يؤيد ذلك بإطلاق بعض الروايات السابقة، والمرسل وإن كان أخص

ص: ١١٥

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٠ الباب ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٠ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

خصوصاً إذا طلقها وأراد تزويجها جديداً، والأم الرضاعية كالنسيبه

مطلقاً من قاعده لا- يحرم الحرام الحلال، إلا أن قوه تلك القاعده فتوى وعملاً وروايه، وضعف المرسل في نفسه سنداً وعملاً
يوجب تقديم القاعده عليه، فإن الخاص إنما يقدم على العام إذا لم يكن للعام قوه توجب صرف ظهور الخاص عن الإلزام إلى
الكراهه.

ثم إن المرسل في أخت الموطوء، فالتعدى عنه إلى أمه وأبنته _ كما يظهر من المصنف _ لا وجه له، إلا وحده المناط وهو غير
مقطوع به.

{خصوصاً إذا} وقع الإيقاب في حاله زوجيته له فـ {طلقها وأراد تزويجها جديداً} لم يجز لشموله الأدله له إلا أن يقال: إنها إذا
كانت محلله بعد الإيقاب فحرمته الأبديه بالطلاق مستبعده.

نعم إذا طلقها ثم أوقب أباها مثلاً، لم يجز نكاحها من جديد، لأنه حينئذ مشمول للأدله، كما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله).

ثم إنه انقلب الموطوء بنتاً _ كما يقال بإمكان ذلك بإجراء عمليه جراحيه، كما رأينا عكسه من انقلاب البنت ولدناً في زماننا _
فلا- إشكال في جواز أخذ الواطى لها، بل لا يبعد انقلاب الحكم بالنسبه إلى بنته وأمّه وأخته، لأن الحكم يتبع الموضوع، فإن
تبدل الموضوع تبدل الحكم.

{والأم الرضاعيه كالنسيبه} كما في الجواهر، وعن التحرير والروضه والرياض وكشف اللثام وغيرهم، لعموم كون الرضاع لحمه
كلحمه النسب، وإشكال القواعد في ذلك كأنه لأجل انصراف النسبيه من الأدله.

وكذلك الأخت والبنت، والظاهر عدم الفرق في الوطى بين أن يكون عن علم وعمد واختيار، أو مع الاشتباه كما إذا تخيله امرأته أو كان مكرهاً أو كان المباشر للفعل هو المفعول

وفيه: إن دليل الرضاع يتمم دليل النسب، فتأمل.

{وكذلك الأخت والبنت} لوحده الملاك في الجميع، كما لا فرق بين الأخت من الأبوين أو من أحدهما، وسواء كانت الأم والأخت والبنت عن وطى صحيح، أو عن وطى شبهه، أو عن زنا، كل ذلك لإطلاق الأدله.

{والظاهر} عند المصنف {عدم الفرق في الوطى بين أن يكون عن علم وعمد واختيار، أو مع الاشتباه} مقابل العلم {كما إذا تخيله امرأته أو كان مكرهاً} مقابل العمد {أو كان المباشر للفعل هو المفعول} مقابل الاختيار.

لكن في الكل نظر، لأن النص منصرف إلى العلم والعمد، كما في كل فعل ينسب إلى الفاعل بدون قرينه إرادته العموم، مثلاً في قوله سبحانه: (من قتل نفساً بغير نفس) (١١)، وقوله: (الزانية والزانية) (٢)، وقوله: (السارق والسارقة فاقطعوا أيديهما) (٣)، إلى غيرها، كلها منصرفه إلى العلم والعمد والاختيار.

هذا بالإضافة إلى حديث الرفع.

وقد أشكل في الثالث المستمسك بقوله: (يشكل بأنه لا تصح حينئذ نسبة الفعل إلى الفاعل، وإنما تصح نسبته إلى المفعول

ص: ١١٧

١- سورة المائدة: الآية ٣٢

٢- سورة النور: الآية ٣

٣- سورة المائدة: الآية ٣٨

ولو كان الموطوء ميتاً ففي التحريم إشكال، ولو شك في تحقق الإيقاب وعدمه بنى على العدم فيخرج عن ظاهر النصوص) انتهى.

ويؤيد عدم الحرمة في الثلاثة أن لفظ اللعب والعبث الواردين في النصوص لهما دلالة عرفية على العلم والعمد والاختيار، وإلا لم يسم نفس العمل بهذين اللفظين، نعم لاشك في أن الاحتياط الاجتناب.

{ولو كان الموطوء ميتاً ففي التحريم إشكال} كما عن القواعد، خلافاً لجامع المقاصد حيث لم يبعد التحريم، لعموم النص، وللجواهر حيث أفتى بالحليه من جهة أن المنساق من النصوص الغلام الحى، فيبقى غيره على عمومات الحل، وتبعه المستمسك، وهذا هو الأظهر.

كما أن الواطى لو كان ميتاً بأن أدخل آله في نفسه، فعلى القول بأنه لا يحوز للموطوء أخت الواطى وأمه وبنته، يجوز في المقام. {ولو شك في تحقق الإيقاب وعدمه بنى على العدم} للأصل، وكذا إذا علم بالإيقاب ولم يعلم أنه كان على الوجه المحرم كالعلم والعمد والاختيار، أم لا.

ولو علم بأنه أوقب أحد هذين، فإن كان كلاهما محل ابتلائه حرم، وإلا لم يحرم، كما إذا لم يكن لأحدهما لا بنت ولا أخت وقد توفيت أمه مثلاً، فتأمل.

ثم إنه لا فرق في التحريم أن يكون ياتزال أم لا، لإطلاق الأدله.

كما لا فرق بين الابتداء والاستدامه، فلو كان متزوجاً ثم علم بذلك وجبت المفارقه فوراً، ولا حاجة إلى الطلاق.

ولا- تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكوره، فلا بأس بنكاح ولد الواطى ابنه الموطوء أو أخته أو أمه، وإن كان الأولى الترك فى ابنته.

نعم، إذا لم يكن يعلم بالحرمة كانت أولاده للشبهه، كما أن لها عليه مهر المثل، أو أقل الأمرين من المسمى والمثل، على ما ذكرناه فى مسأله سابقه.

أما ديه فض البكاره فلا، لأنها ساعدت على ذلك، كما تقدم الكلام فيه.

ولو علم بحصول إيقاب، لكنه لم يعلم هل أنه حدث قبل زواجه بها أو بعده، فالأصل صحه العقد.

ولو فارق فيما إذا كان عن شبهه وجبت عليها العده.

ولو كان الموقب مخالفاً ممن مذهبه الجواز، فهل يحرم على المرأه التمكين للإطلاق أم لا، لقاعده «ألزموهم»^(١)، الظاهر الثانى، وإن كان الأحوط الأول، فهو مثل ما يؤخذ منهم ما أخذوه بالتعصيب ونحوه.

{ولا تحرم من جهة هذا العمل الشنيع غير الثلاثة المذكوره} للأصل بعد عدم الدليل، بل فى الجواهر بلا خلاف أجده فيه.

{فلا بأس بنكاح ولد الواطى ابنه الموطوء أو أخته أو أمه، وإن كان الأولى الترك فى ابنته} لمرسل موسى بن سعدان، عن بعض رجاله، قال: كنت عند أبى عبد الله (عليه السلام)، فقال له رجل: ما ترى فى شابين كانا مضطجعين، فولد لهذا غلام ولهذا جاريه، أيتزوج ابن هذا ابنه هذا، فقال (عليه السلام): «نعم، سبحان الله لم لا يحل، فقال: إنه كان صديقاً له، قال: «وإن كان فلا بأس»، قال: فإنه كان يفعل به،

ص: ١١٩

قال فأعرض بوجهه، ثم أجابه وهو مستتر بذراعه، فقال: «إن كان الذى منه دون الإيقاب فلا بأس أن يتزوج، وإن كان قد أوقب فلا يحل له أن يتزوج»^(١).

وحيث إنها مرسله ولم يعرف قائل بها لم يكن تفيد إلا الأولويه التى ذكرها المصنف.

ص: ١٢٠

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٠ الباب ١٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

من المحرمات الأبدية التزويج حال الإحرام(١).

لا- يجوز للمُحرم أن يتزوج امرأه مُحرمه، سواء كان بالمباشرة أو بالتوكيل، مع إجراء الوكيل العقد حال الإحرام، سواء كان الوكيل محرماً أو محلاً، وكانت الوكاله قبل الإحرام أو حاله.

وكذا لو كان بإجازه عقد الفضولى الواقع حال الإحرام، أو قبله مع كونها حاله بناءً على النقل، بل على الكشف الحكمى، بل الأحوط مطلقاً.

ولا إشكال فى بطلان النكاح فى الصور المذكوره.

وإن كان مع العلم بالحرمة حرمت الزوجه عليه أبداً، سواء دخل بها أو لا، وإن كان مع الجهل بها لم تحرم عليه على الأقوى دخل بها أو لم يدخل، لكن العقد باطل على أى حال، بل لو كان المباشر للعقد مُحرمًا بطل، وإن كان من له العقد محلاً.

ولو كان الزوج محلاً- وكانت الزوجه مُحرمه فلا إشكال فى بطلان العقد، لكن هل يوجب الحرمة الأبدية، فيه قولان، الأحوط الحرمة، بل لا يخلو عن قوه.

ولا فرق

ص: ١٢١

١- وحيث ك تبنا هذه المباحث فى (ك تاب الحج) فلا- داعى إلى ت ك رارها، فعلى الطالب أن يرجع إلى هنا ك ، والله المستعان منه (دام ظله)

فى البطلان والتحرىم الأبدى بىن أن يكون الإحرام لىح واجب أو مندوب، أو لعمره واجبه أو مندوبه، ولا فى النكاح بىن الدوام والمتع.

(مسأله ١): لو تزوج فى حال الإحرام مع العلم بالحكم، لكن كان غافلاً عن كونه مُحرمًا أو ناسياً له، فلا إشكال فى بطلانه، لكن فى كونه مُحرمًا أبداً إشكال، والأحوط ذلك.

(مسأله ٢): لا- يلحق وطى زوجته الدائمه أو المنقطعه حال الإحرام بالتزويج فى التحريم الأبدى، فلا يوجب، وإن كان مع العلم بالحرمة والعمد.

(مسأله ٣): لو تزوج فى حال الإحرام، ولكن كان باطلاً من غير جهه الإحرام، كتزويج أخت الزوجه أو الخامسة، هل توجب التحريم أو لا، الظاهر ذلك لصدق التزويج فىشملة الأخبار، نعم لو كان بطلانه لفقده بعض الأركان بحيث لا يصدق عليه التزويج لم يوجب.

(مسأله ٤): لو شك فى أن تزويجه هل كان فى الإحرام أو قبله، بنى على عدم كونه فيه، بل وكذا لو شك فى أنه كان فى حال الإحرام أو بعده على إشكال، وحيثذ فلو اختلف الزوجان فى وقوعه حاله أو حال الإحلال سابقاً أو لاحقاً، قدم قول من يدعى الصحه، من غير فرق

بين جهل التاريخين أو العلم بتاريخ أحدهما.

نعم لو كان محرماً وشك في أنه أحل من إحراره أم لا، لا يجوز له التزويج، فإن تزوج مع ذلك بطل وحرمت عليه أبداً، كما هو مقتضى استصحاب بقاء الإحرام.

(مسألة ٥): إذا تزوج حال الإحرام عالماً بالحكم والموضوع، ثم انكشف فساد إحراره صح العقد ولم يوجب الحرمة، نعم لو كان إحراره صحيحاً فأفسده ثم تزوج، ففيه وجهان، من أنه قد فسد، ومن معاملته معامله الصحيح في جميع أحكامه.

(مسألة ٦): يجوز للمُحرم الرجوع في الطلاق في العدة الرجعية، وكذا تملك الإمام.

(مسألة ٧): يجوز للمُحرم أن يوكل محلاً في أن يزوجه بعد إحلاله، وكذا يحوز له أن يوكل مُحرمًا في أن يزوجه بعد إحلالهما.

(مسألة ٨): لو زوجه فضولى في حال إحراره لم يجز له إجازته في حال إحراره، وهل له ذلك بعد إحلاله، الأحوط العدم، ولو على القول بالنقل، هذا إذا كان الفضولى محلاً، وإلا فعقده باطل لا يقبل الإجازة، ولو كان المعقود له محلاً (١).

ص: ١٢٣

١- إلى هنا انتهى الجزء الأول من كتاب النكاح حسب تجزأه المؤلف (دام ظله) في الطبعة الأولى

وهى علاقه بين أحد الطرفين مع أقرباء الآخر تحدث بالزواجه، أو الملك عيناً أو انتفاعاً بالتحليل أو الوطى شبهه أو زنا،

{و} المراد بالمصاهره فى ما جرى عليه اصطلاح جملة من الفقهاء {هى} ما ذكره المصنف بأنها {علاقه بين أحد الطرفين} مع الآخر، فإن علاقه الرجل مع المرأة التى نكحها وهى متزوجه ودخل بها مما يوجب الحرمة الأبدية، مشموله لعلاقه المصاهره بالمعنى الاصطلاحى، فليست المصاهره خاصه بما ذكره المصنف بقوله: {مع أقرباء الآخر}.

وكيف كان، فهى {تحدث بالزواجه، أو الملك عيناً} بأن يملك الإنسان عين المملوكه {أو انتفاعاً بالتحليل} فإن المحلل له يملك انتفاع المحلله لا عينها.

{أو الوطى شبهه أو زنا} كما قال جماعه بأن الزنا بالمرأه يوجب حرمة بنتها وأمها.

أو النظر واللمس في صورته مخصصه.

{أو النظر واللمس} في مسأله منظوره الأب وملموسته {في صورته مخصصه} إذ ليس كل صور المذكورات توجب العلقه، بل لها شرائط تذكر في محالها.

ثم المراد بالزوجيه أعم من العقد ومن الوطى، إذ قد يوجب نفس العقد العلقه، وقد يوجب الوطى بالعقد العلقه المذكوره.

ولا بأس هنا بالإشاره إلى إشكال يثيره بعض غير المسلمين على الإسلام، بأنه قيد أتباعه عن الذهاب إلى أعماق الحياه بسبب الأشياء الشكليّه التي لا- أهميه لها من الكبت وتقييد الحريات، ففي باب الزواج جعل عده نساء محرّمات بينما خلقت المرأه للرجل وبالعكس، فيصح أى امرأه لأى رجل بدون حاجه من قائمه طويله من المحرمات.

وفي أبواب الطهاره والصلاه والصوم والحج والاعتكاف جعل الإسلام أحكاماً وقوانين وواجبات تعيق الإنسان عن التفرغ لبناء الحياه، فلو لم يكن المسلمون مقيدين بهذين القيدين لكان فراغهم أكثر مما يتيح لهم جوب آفاق الحياه كما جابها الغربيون والشرقيون لما تحلّلوا عن قيود الدين والكنيسه.

والجواب:

أولاً: إن المسلمين لم يتأخروا من جهه تقيدهم بالحلال والحرام والعباده والطاعه، بل تأخروا من جهه أنهم تركوا الدنيا والصناعه بعكس ما أمرهم الإسلام: (ربنا آتنا فى الدنيا حسنه) (١)، فإن الصناعه لا ترتبط بضعف الدين، أليس للشرق والغرب دين هو القوانين التى تحكم سلوكهم وسيرهم فى الحياه،

ص: ١٢٤

بل قوانين الشرق الكابته للإنسان أكثر بمرات من قوانين الإسلام، وقوانين الغرب الكابته للإنسان أكثر كذلك من قوانين الإسلام، فإنهم مقيدون بقوانين الكنيسة بالإضافة إلى القوانين المدنيه.

وثانياً: إن عدم ضبط الزواج بقوانين كما ضبطه الإسلام، ينتهى بالآخره إلى شقاء الرجل والمرأه وهدم العائله، كما نجده الآن فى الغرب والشرق من هدم العوائل وشقاء الجانيين وكثره الطلاق والعوانس والعزاب، بما يتبع ذلك من الفقر والعقد النفسيه والأمراض الناشئه من البغاه وللواط وغيرها، والسبب هو أن تشريع القوانين الصارمه حول الزواج، بالإضافة إلى أن بعضها لأجل الاحترام كعدم تزويج زوجه الأب، وبعضها لأجل عدم التلاؤم وعدم التملى الجنسى كعدم تزويج الأمهات والأخوات، وبعضها لأجل عدم إحداث مشاكل فى الحياه الجنسيه كتزويج الأختين، وبعضها لأجل تسوير المحظورات بالأسوار الاحتياطيه، «فمن رعى حول الحمى أوشك أن يقع فيه»^(١)، مثل المحرمات الرضاعيه التى هى أسوار حول المحرمات النسبيه، وبعضها تأديبات وعقوبات مثل النكاح فى العده، ونكاح المطلقه ثلاثاً قبل المحلل، إلى غير ذلك مما لكل وجه معقول مما يقول به الإنسان حتى بدون الشريعه، كما نرى عقلاء العالم الملحد ونحوه يلتزمون بجمله منها، أنها نوع

ص: ١٢٧

١- الوسائل: ج ١٨ ص ١٢٢ الباب ١٢ من أبواب صفات القاضى ح ٣٩

أنظمه اجتماعيه لابد من وضعها لأجل إضفاء الاحترام حول علاقته الزواج، فإن الشيء النادر المحتاج إليه أكثر احتراماً من الشيء المبتذل ولو كان كثير الاحتياج، ولذا ترى احترام الذهب بما لا يحترم مثله التراب، وإن كان الثاني أكثر فائده، وإضفاء الاحترام يملأ النفس كما أن الطعام يملأ الجسد، فهو إعطاء للنفس بدونه تبقى النفس خاويه.

أما بالنسبه إلى الطهاره إلى آخرها، فإنها تفيده فوائد منها النظافه وحفظ الصحه والتمارين الجسديه، ومنها تربيته النفس بحيث تصلح للاجتماع، فإن النفس غير المرباه لا تكون صالحه للمعاشره، وهى نواه تفسخ الاجتماع وفساده.

ومنها الارتباط بالله سبحانه الذى هو رأس كل خيرات الإنسان، حيث إن الإنسان إذا علم أن حركاته وسكناته تحت إشراف عالم قدير، يجزى المحسن بالإحسان والمسىء بالعذاب، كان هذا الإنسان مستقيماً معتدلاً مسارعاً إلى الخيرات، منقلعاً عن المظالم والآثام، مما يسبب سعاده الداخليه، بالإضافة إلى تقويه الاجتماع واجتثاث جذور الفساد عنه، هذا إلفات بسيط إلى الجواب، والتفصيل فى الكتب المعدده له.

مسألة ١ حرمة زوجه كل من الأب والابن

(مسألة ١): تحرم زوجه كل من الأب والابن على الآخر

(مسألة ١): {تحرم زوجه كل من الأب والابن على الآخر} بلا إشكال ولا خلاف، بل إجماعاً متواتراً نقله، وضرورة من الدين، ويشهد له قوله سبحانه: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) (١).

وقوله تعالى: (وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم) (٢).

وفى روايه، عن أبي جعفر (عليه السلام) فى حرمة نساء النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: «لو سألتهم عن رجل تزوج امرأه فطلقها قبل أن يدخل بها أتحد لابنه، لقالوا: لا، فرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أعظم حرمة من آباءهم» (٣).

وعن محمد بن مسلم، قلت له (عليه السلام): رجل تزوج امرأه فلمسها، قال: «هى حرام على أبيه وابنه، ومهرها واجب» (٤).

وعن على بن يقطين، عن أبي الحسن (عليه السلام) فى حديث، أنه سئل عن قوله تعالى: (قل إنما حرم ربي الفواحش ما ظهر منها) (٥)، إلى أن قال: (وما بطن): «يعنى ما نكح الآباء، فإن الناس كانوا قبل أن يبعث النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) إذا كان للرجل زوجه ومات عنها تزوجها ابنه من بعده إذا لم تكن

ص: ١٢٩

١- سورة النساء: الآية ٢٢

٢- سورة النساء: الآية ٢٣

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٢ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٤ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥

٥- سورة الأعراف: الآية ٣٣

أمه فحرم الله عز وجل ذلك» (١).

وفى روايه، عن على بن الحسين (عليهما السلام)، الفواحش ما ظهر منها وما بطن، قال (عليه السلام): «ما ظهر نكاح امرأه الأب، وما بطن الزنا» (٢).

وعن يونس، قال: قلت لأبي إبراهيم موسى (عليه السلام): رجل تزوج امرأه فمات قبل أن يدخل بها أتحل لابنه، فقال: «إنهم يكرهونه لأنه ملك العقده» (٣).

أقول: الكراهه بمعنى التحريم بلا إشكال، كما ذكره غير واحد.

وفى وصيه النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لعلى (عليه السلام): «إن عبد المطلب سن فى الجاهليه خمس سنن أجراها الله عز وجل له فى الإسلام، حرم نساء الآباء على الأبناء، فأنزل الله عز وجل: (ولا تكحوا ما نكح آبؤكم من النساء)» الحديث (٤).

وعن الرضا (عليه السلام) فى حديث قال: «كان لعبد المطلب خمس من السنن أجراها الله تعالى له فى الإسلام، حرم نساء الآباء على الأبناء، سن الديه فى القتل مائه من الإبل، وكان يطوف بالبيت سبعة أشواط، ووجد كنزاً فأخرج منه الخمس،

ص: ١٣٠

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٤ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٧
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٥ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٨
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٥ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٩
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٥ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١٠

فصاعداً في الأول ونازلاً في الثاني

وسمى زمزم سقايه الحاج»(١١).

أقول: الظاهر أن المراد بالأخير أنه جعل ماء زمزم مباحاً أن يستولى عليه بعض الأعيان ويأخذ المال في مقابل الماء.

وفي حديث أبي الجارود، عن أبي جعفر (عليه السلام) في باب أن الحسن والحسين (عليهما السلام) من صلب رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «فسلهم هل يحل لرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) نكاح حليتهما، فإن قالوا نعم كذبوا، وإن قالوا لا، فهما والله ولداه لصلبه، وما حرم عليه إلا للصلب»(١٢).

إلى غيرها من الروايات.

{فصاعداً في الأول، ونازلاً في الثاني} بلا إشكال ولا خلاف، بل ضرورة وإجماعاً متواتراً نقله، ويدل عليه بالإضافة إلى تفسير الآية بالأعم جملة من الروايات مثل بعض ما تقدم.

وصحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، قال (عليه السلام): «لو لم تحرم على الناس أزواج النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) لقول الله عز وجل: (ما كان لكم أن تؤذوا رسول الله، ولا أن تنكحوا أزواجه من بعده أبداً)(٣)، حرم من على الحسن والحسين (عليهما السلام) بقول الله عز وجل: (ولا تنكحوا ما نكح

ص: ١٣١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٦ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٦ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٢

٣- سورة الأحزاب: الآية ٥٣

آباؤكم من النساء) ولا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده» (١).

وعن دعائم الإسلام، عن علي (عليه السلام)، في قول الله عز وجل: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) (٢) قال: «إذا نكح الرجل امرأة ثم توفي عنها أو طلقها لم تحل لأحد من ولده، كان دخل بها أو لم يدخل، ولا يتزوج الرجل امرأة جده، هي محرمة على ولده ما تناسلوا» (٣).

وعن محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام): «يقول الله: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء) فلا يصلح للرجل أن ينكح امرأة جده» (٤).

إلى غيرها من الروايات.

{نسباً أو رضاعاً} بلا إشكال ولا خلاف في الرضاع، بل إجماعاً متواتراً.

فعن بريد، عن أبي جعفر (عليه السلام) في حديث: إن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» (٥).

وعن ابن سنان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قلت: سمعته يقول: «يحرم من الرضاع ما يحرم من القرابة» (٦).

ص: ١٣٢

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٣ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٢- سورة النساء: الآية ٢٢

٣- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٤ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٣ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٥- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٨١ الباب ١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٦- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٨١ الباب ١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

وعن أبي الصباح، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سئل عن الرضاع، قال: «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١).

ونحوه، عن ابن سرحان، عنه (عليه السلام)^(٢).

وعن عبيد بن زراره، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إنا أهل بيت كبير _ إلى أن قال: _ فقال: «ما يحرم من النسب فهو يحرم من الرضاع»^(٣).

وعن الحلبي، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن الرضاع، فقال: «يحرم منه ما يحرم من النسب»^(٤).

وفى روايه مسعده، عن الصادق (عليه السلام) فى الإمام المحرمات ما يؤيد ذلك^(٥).

إلى غيرها من الروايات.

وهناك تفاصيل للرضاع المذكوره فى بابہ.

{دوماً أو متعه} بلا خلاف ولا إشكال، بل إجماعاً، لإطلاق أدله الزوجه والزوج، بل ربما استفيد من انقلاب المتعه دواماً إذا لم يذكر المده أنهما حقيقه واحده، ولذا ذكرنا فيما سبق أنه لو شك أنها متعه إلى شهر مثلاً أو دوام، فالأصل

ص: ١٣٣

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٨١ الباب ١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٣
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٨١ الباب ١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٨١ الباب ١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٥
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٨٢ الباب ١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٨
- ٥- الوسائل: ج ١٤ ص ٥١٧ الباب ١٩ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ١

بمجرد العقد، وإن لم يكن دخل، ولا فرق في الزوجين والأب والابن بين الحر والمملوك.

الاستمرار بعد المدة المعلومه.

{بمجرد العقد، وإن لم يكن دخل} بلا خلاف ولا إشكال، بل إجماعاً، وذلك لصدق الأدله وإن لم يدخل، فجعل المستمسك العمده في المسأله الإجماع، لاحتمال أن يكون النكاح في (ما نكح آباؤكم) الوطى لا وجه له، بل يمكن استفاده ذلك من بعض أحاديث العامريه والكنديه اللتين طلقهما الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) من دون دخول(1)، فراجع.

{ولا فرق في الزوجين والأب والابن بين الحر والمملوك} بلا إشكال ولا خلاف بل إجماعاً، ذلك لإطلاق الأدله.

كما لا- فرق بين الكبير والصغير، والعاقل والمجنون، وأن يكون العقد بنفسه أو وكيله أو وليه، أو فضولى إذا أجاز، كل ذلك لإطلاق الأدله كإطلاق الفتاوى.

وهل يشمل قاعده «ألزمهم» و«الإسلام يجب» مقامنا في الكافر، وفي من لا- يرى حرمه بعض ما نرى حرمة من المذاهب، احتمالان، فالأول كما إذا تزوج الكافر زوجه أبيه ثم أسلم، فهل يجب عليه إطلاقها من باب الإطلاقات، أم لا من جهه «الإسلام يجب ما قبله»، لا يبعد الثانى.

أما لزوم إطلاقه أخته أو أمه أو بنته فيما إذا تزوجها فى حال كفره، فهو

ص: ١٣٤

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٤ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢

خارج عن القاعده من باب الضروره والإجماع، وكذلك فى باب الرضاع قبل الإسلام.

والحاصل: إن قاعده الجب تشمل كل شىء إلا- ما علم خروجه قطعاً، وليس ما نحن فيه مما علم خروجه، وإن كان الأحوط الاجتناب.

والثانى: كما إذا كانت زوجة الأب والأب كلاهما مخالفين، وطلقها قبل الدخول مثلاً، وهما لا يريان الحرمة، فهل يشملهما قاعده «الزموهم» كما تشمل ما إذا طلق بلا- شهود أو ما أشبهه، حيث يجوز لنا نكاحها من جهه الإطلاق، أم لا- لأنها زوجة الأب، احتمالان، ومقتضى القاعده الجواز، لأنه ليس مما علم خروجه من قاعده الإلزام.

ومنه يعلم حكم العكس، بما إذا كانت زوجة الأب مستبصره، وكان الولد الذى يريد زواجها مخالفاً، ولا يرى بأساً بغير مدخوله الأب.

ص: ١٣٥

(مسألة ٢): لا تحرم مملوكه الأب على الابن وبالعكس مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر، وتحرم مع الدخول

(مسألة ٢): {لا تحرم مملوكه الأب على الابن وبالعكس مع عدم الدخول وعدم اللمس والنظر} على المشهور شهره عظيمه، في الحدائق نفى الخلاف فيه، وعن شرح النافع للسيد والرياض الإجماع عليه.

واستدل له في الجواهر بالأصل، وظهور حصر المحرمات في غيرهما، ضروره عدم اندراجهما في حليله الابن ومنكوحه الأب.

أما قوله سبحانه: (ما نكح آبؤكم) وقوله: (حلائل أبنائكم) (١) فهما ظاهران في الزوجات المنكوحات.

ولأن الحسين (عليه السلام) تزوج بنت كسرى، مع أن الإمام أمير المؤمنين (عليه السلام) كان من جملة ملاكها عند ما جاؤوا بها أسيره، مع وضوح عدم الفرق بين ملك الأب لكل الأمه أو لبعضها.

{وتحرم مع الدخول} بلا خلاف ولا إشكال، بل قيل بأنه إجماع من المسلمين.

وقد استدل لذلك بالآيتين، وهو وإن لم يكن بعيداً لفهم المناط، إلا أنك قد عرفت الإشكال في دلالتهما.

وفي خبر موسى بن بكر، عن زراره، قال: قال أبو جعفر (عليه السلام) في حديث: «إذا أتى الجارية وهي حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا لأبيه» (٢).

ص: ١٣٦

١- سورة النساء: الآية ٢٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٣ الباب ٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

أو أحد الأمرين إذا كان بشهوه

{أو أحد الأمرين إذا كان بشهوه} من النظر واللمس، وقد نسب هذا القول إلى المشهور، وعن الحلبي والمحقق والعلامة وغيرهم الجواز، وعن المفيد وأبي الصلاح وسلاار واللمعه حل منظوره الابن على الأب خاصه.

ومستند الأولين: روايات متعارضه، الجمع بينهما يقتضى ترجيح القول الثانى.

أما القول الثالث: فلم يوجد له دليل إلا اقتصار بعض نصوص المنع على منظوره الأب.

وكيف كان، فمن أدله القول الأول:

صحيح محمد ابن إسماعيل: «إن جردها ونظر إليها بشهوه حرمت على أبيه وابنه»، قلت: إذا نظر إلى جسدها، قال: «إذا نظر إلى فرجها وجسدها بشهوه حرمت عليه»^(١).

ومن أدله القول الثانى: موثق على بن يقطين، عن العبد الصالح (عليه السلام)، عن الرجل يقبل الجاربه يباشرها من غير جماع داخل أو خارج أتحل لابنه أو لأبيه، قال: «لا بأس»^(٢).

ويؤيد الحليه الأخبار الحاصره للإماء المحرمات فى عشره.

والكلام فى المسأله طويل نتركه لقله الابتلاء به فى الحال.

ص: ١٣٧

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٧ الباب ٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٨٥ الباب ٧٧ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٣

وكذا لا تحرم المحلله لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخوله.

{وكذا لا تحرم المحلله لأحدهما على الآخر إذا لم تكن مدخوله} للأصل، أما احتمال أن يكون التحليل بمنزله العقد المحرم، ففيه: إنه لا قطع بالمناط، فهو يشبه الاستحسان.

ص: ١٣٨

(مسألة ٣): تحرم على الزوج أم الزوجه وإن علت، نسباً ورضاعاً مطلقاً

(مسألة ٣): {تحرم على الزوج أم الزوجه وإن علت} كأم أمها وأم أبيها وهكذا، {نسباً} ضروره {ورضاعاً} بلا إشكال، لما دل أنه «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب» {مطلقاً} دخل بالبت، أو لم يدخل، كما هو المشهور شهره عظيمه، وفي الروضه كاد يكون إجماعاً، وعن الغنيه والناصرات الإجماع عليه، خلافاً لابن أبي عقيل فاشترط الحرمة بالدخول كالبت.

استدل المشهور بقوله سبحانه: (وأمهات نسائكم) (١)، فإن إطلاقه شامل لما إذا دخل بالبت أم لا.

وأورد عليه بعدم الدلالة إلا إذا قلنا بأن المشتق حقيقه فيما انقضى، وإلا فظاهر الآية حرمه أم الزوجه في حال كونها زوجة، فإذا طلقها أو ما أشبه فهي محلله إلا فيما قام الإجماع على العدم وهي ما إذا دخل بالبت، أما ما عداها فعلى أصل الإباحه.

كما استدل له بجملة من النصوص، كروايه إسحاق بن عمار، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام)، عن علي (عليه السلام) في حديث قال: «والأمهات مبهمات دخل بالبنات أو لم يدخل بهن فحرموا وأبهموا ما حرم الله تعالى» (٢).

وخبر أبي حمزه، سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه ثم طلقها قبل أن يدخل بها، هل تحل له ابنتها، قال: فقال (عليه السلام): «قد قضى في هذا أمير

ص: ١٣٩

١- سورة النساء: الآية ٢٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥١ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

المؤمنين (عليه السلام) إن الله تعالى يقول: (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) (١)، ولو تزوج الابنه ثم طلقها قبل أن يدخل بها لم تحل له أمها، قال: قلت: أليس هما سواء، قال: فقال: «لا، ليس هذه مثل هذه، إن الله تعالى يقول: (وأمهات نسائكم) (٢) ولم يستثن في هذه، كما اشترط في تلك، هذه هنا مبهمه ليس فيها شرط، وتلك فيها شرط» (٣).

وخبر غياث بن إبراهيم، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام)، إن علياً (عليه السلام) قال: «إذا تزوج الرجل المرأة حرمت عليه ابنتها إذا دخل بالأم، فإذا لم يدخل بالأم فلا بأس أن يتزوج بالابنه، فإذا تزوج بالابنه فدخل بها أو لم يدخل بها فقد حرمت عليه الأم»، وقال (عليه السلام): «الربائب عليكم حرام كن في الحجر أو لم يكن» (٤).

وموثق أبي بصير، قال: سألته عن رجل تزوج امرأه ثم طلقها قبل أن يدخل بها، فقال (عليه السلام): «يحل له ابنتها ولا تحل له أمها» (٥).

أما العماني فاستدل لقوله: _ بعد الإشكال في عموم الآية باحتمال رجوع القيد

ص: ١٤٠

١- سورة النساء: الآية ٢٣

٢- سورة النساء: الآية ٢٣

٣- العياشي: ج ١ ص ٢٣٠ ح ٧٤

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٢ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤

٥- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٢ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥

(من نسائكم اللاتي دخلتم بهن) إلى الجملتين معاً _ بجملة من الروايات:

كصحيح جميل بن دراج، وحماد بن عثمان، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «الأم والبنت سواء إذا لم يدخل بها، يعني إذا تزوج المرأة ثم طلقها، فإنه إن شاء تزوج أمها وإن شاء ابنتها» (١).

وفى روايه الفقيه، عن جميل، عنه (عليه السلام): «الأم والبنت في هذا سواء، إذا لم يدخل بإحدهما حلت له الأخرى» (٢).

وصحيح منصور بن حازم، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام)، فأتاه رجل فسأله عن رجل تزوج امرأه فماتت قبل أن يدخل بها، أيتزوج بأمها، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «قد فعله رجل منا فلم ير به بأساً»، فقلت له: جعلت فداك ما تفخر الشيعة إلا بقضاء علي (عليه السلام) في هذه الشمخيه التي أفتاها ابن مسعود أنه لا بأس بذلك، ثم أتى علياً (عليه السلام)، فقال له علي (عليه السلام): «من أين أخذتها» فقال: من قوله الله عزوجل: (وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن، فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم) فقال (عليه السلام): «إن هذه مستثناه، وهذه مرسله (وأمهات نسائكم)»، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «أما تسمع ما

ص: ١٤١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٥ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٥ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦

يروى هذا عن علي (عليه السلام)«، فلما قمت ندمت، وقلت: أى شىء صنعت يقول هو قد فعله رجل منا فلم نر به بأساً، وأقول أنا: قضى علي (عليه السلام)، فلقيته بعد ذلك، فقلت: جعلت فداك مسأله الرجل إنما كان الذى كنت تقول، كان زله منى، فما تقول فيها، فقال: يا شيخ تخبرنى أن علياً (عليه السلام) قضى فيها وتساألنى ما تقول فيها»(١).

وخبّر محمد بن إسحاق، قال: قلت له: رجل تزوج امرأه ودخل بها ثم ماتت، أيحل له أن يتزوج أمها، قال: «سبحان الله كيف يحل له أن يتزوج أمها وقد دخل بها»، قال: قلت له: فرجل تزوج امرأه فهلكت قبل أن يدخل بها تحل له أمها، قال: «وما الذى يحرم عليه منها ولم يدخل بها»(٢).

وخبّر الدعائم فى حديث: «وكذلك الأم إذا وطأ أمها لم يطأها بعدها حره كانت أو مملوكه»(٣).

وقال الصدوق فى المقنع: «إذا تزوج البنت فدخل بها أو لم يدخل فقد حرمت عليه الأم، وروى أن الأم والبنت فى هذا سواء إذا لم يدخل بإحدهما حلت له الأخرى»(٤).

وقد أجاب المشهور عن روايات الجواز بأمر:

ص: ١٤٢

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٤ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥

٣- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤

٤- الوسائل: ج ١٦ ص ٣٥٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦

الأول: ما نقله الوسائل عن الشيخ، أن صحيح حماد وجميل مخالف للقرآن، فاللزام ترك العمل به، وفيه: إن الرجوع إلى القرآن إنما يكون بعد تعذر الجمع العرفي، والحال أنه يمكن الجمع بالحمل على الكراهه.

الثاني: حمل أخبار الجواز على التقيه، كما نقله الوسائل عن الشيخ أيضاً، وفيه: بالإضافة إلى أنه بعد تعذر الجمع العرفي، وقد عرفت إمكان الجمع، أن المحكى عن المسالك عدم اعتبار الدخول عن أكثر علماء الإسلام، إلا أن يقال إن مراده بالتقيه، التقيه على اصطلاح الحدائق، لكن الشيخ قال: لأنه موافق لمذهب بعض العامة.

أما الاستدلال لكونه تقيه بصحيح منصور، فلا يخلو من إشكال، لاضطراب دلالة صحيح منصور كما لا يخفى، فلا يعلم منه أى الحكمين تقيه، أو أن الحكم بالمنع على سبيل الكراهه.

الثالث: ما ذكره الوسائل من أن التفسير فى روايه جميل وحماد ليس من الإمام، بل هو من بعض الروات فليس بحجه، بل هو ممنوع، ثم ذكر بعض المعانى البعيده للحديث.

وفيه أولاً: إنه خلاف الظاهر كما ذكره المستمسك.

وثانياً: إن غيره كاف فى الحجه، إذ ليس دليل الجواز منحصراً بما ذكر.

الرابع: ما عن الشيخ بأن حديث جميل وحماد مضطرب المتن، إذ هما يرويانه تاره عن أبى عبد الله (عليه السلام) بلا واسطه، وأخرى بواسطه الحلبي، وثالثه إن جميلاً

وكذا بنتها وإن نزلت

يرويه مرسلًا عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليهما السلام).

وفيه: إن هذا لا يسمى اضطراباً ولعله وقع كل ذلك.

الخامس: إن هذه الأحاديث خلاف الإجماع المقطوع به، إذ لا يضر مخالفه العماني في الإجماع.

أقول: هذا الوجه هو العمده، وهو يكفى في رد علم الروايات المجوزه إلى أهلها (عليهم السلام).

{وكذا ابنتها} بلا إشكال ولا خلاف، للنص والإجماع، فقد تقدم ذكرها في الآيه المباركه، وفي نصوص متواتره.

{وإن نزلت} كبت البنت، وبنت ابن البنت، بلا إشكال ولا خلاف، بل عن آيات الأحكام يعلم الحكم من النصوص والإجماع، لكن في المستند بعد دعواه الإجماع على ذلك قال: وإن لم يستنبط من الأخبار، ورده المستمسك بأنه لا تبعد دعوى دلاله النصوص المشتمله على التعبير بالبنت _ لقرب عمومها _ للبنت بواسطه.

أقول: المنصرف من البنت بلا واسطه، ولذا إذا قال: أعط هذا لبنتك، أو اخطب إليك بنتك، أو جاء فلان مع بنته، لم يتبادر إلى الذهن إلا بنته بلا واسطه، فإذا أعطاه لبنت بنته مثلاً، أو زوجها إياه في مسأله الخطبه، رأى العرف أنه فعل خلاف ما طلب إليه، لكن مناسبه الحكم والموضوع في المقام يقتضى التعميم كما يتقضييه في آيه تحريم البنات.

ص: ١٤٤

بشرط الدخول بالأُم، سواء كانت في حجره أم لا،

{بشرط الدخول بالأُم} بلا إشكال ولا خلاف، بل تقدم دلاله الكتاب والسنة على ذلك، بالإضافة إلى الإجماعات المتواتره في كلماتهم، فإذا لم يدخل بالأُم وفارقها بطلاق أو موت أو فسخ أو انقضاء مده المتعه لم تحرم البنت.

والدخول أعم من القبل والدبر، والظاهر عدم الفرق بين أقسام الدخول بأن كان في حال صغرهما أو صغر أحدهما، أو إكراهاً أو إجماعاً بأن هي أدخلت ذكره في نفسها، أو غير ذلك، للإطلاق النص والفتوى، وإن كان يأتي في بعضها ما ذكرناه سابقاً في بعض المسائل من جهة حديث رفع القلم ورفع الإكراه وما أشبهه، فتأمل.

{سواء كانت في حجره أم لا} بلا إشكال ولا خلاف عندنا، بل عن التذكرة والمسالك والحدائق وغيرهم الإجماع عليه.

ويدل عليه ما تقدم من الروايات الناصه على عدم الفرق بين أن تكون في الحجر أم لا، فالآيه جاريه مجرى الغالب، ولعله أتى بهذا القيد لزياده التنفير، فكيف يتزوج الإنسان من هي في حجره وبمنزله بنته، لكن في روايه الدعائم ظهور تفسير آخر للآيه.

فقد روى عن الصادق (عليه السلام)، قال في تفسير الآيه: «هي ابنه امرأته، عليه حرام إذا كان دخل بأُمها، فإن لم يكن دخل بأُمها فتزويجها له حلال».

وقال (عليه السلام) في قوله عز وجل: (في حجوركم) قال: «الحجر الحرمه يقول: اللاتى في حرمتكم، وذلك مثل قوله: أنعام وحرث حجر، يقول: محرمه» (1).

ص: ١٤٥

١- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٦

وإن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته، وكذا تحرم أم المملوكة الموطوءة على الواطى، وإن علت مطلقاً، وبنيتها.

أقول: ومنه قوله تعالى: (حجراً محجوراً).

أما خبر محمد بن عبد الله بن جعفر، المروى فى الاحتجاج، عن صاحب الزمان (عليه السلام)، أنه كتب إليه هل يجوز للرجل أن يتزوج بنت امرأته، فقال (عليه السلام): «إن كانت ربيت فى حجره فلا يجوز، وإن لم تكن ربيت فى حجره وكانت أمها فى غير حباله، فقد روى أنه جائز» (١).

ففيه: إنه لا بد من حملها على التقية لموافقها لمذهب داود ومالك، بالإضافة إلى ضعف السند.

{وإن كان تولدها بعد خروج الأم عن زوجيته} لإطلاق النص والفتوى، وقد تقدم جملة من النصوص الدالة على الإطلاق.

{وكذا تحرم أم المملوكة الموطوءة على الواطى، وإن علت مطلقاً، وبنيتها} وإن نزلت، بلا إشكال ولا خلاف، بل دعوى الإجماع عليه مستفيضه، ويدل عليه جملة من الروايات.

كصحيحه محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) قال: سألت عن رجل كانت له جارية وكان يأتها فباعها فأعتقت وتزوجت فولدت ابنه، هل تصلح ابنتها لمولاها الأول، قال: «هى عليه حرام وهى ابنته، والحره والمملوكة فى هذا سواء» (٢).

ص: ١٤٤

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥١ الباب ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٧

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥١ الباب ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٦

وصحيح الحسين بن سعيد، قال: كتبت إلى أبي الحسن (عليه السلام): رجل له أمه يطأها فماتت أو باعها ثم أصاب بعد ذلك أمها، هل له أن ينكحها، فكتب (عليه السلام): «لا تحل له» (١).

ومرسل جميل، عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليهما السلام)، في رجل كانت له جاريه فوطأها ثم اشترى أمها أو بنتها، قال عليه السلام: «لا تحل له» (٢).

ورواه رزين، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجل كانت له جاريه فوطأها ثم اشترى أمها وبنتها، قال: «لا تحل له، الأم والبنت سواء» (٣).

ورواه الحسين بن بشر، قال: سألته عن الرجل تكون له الجاريه ولها ابنه فيقع عليها، أيصلح له أن يقع على ابنتها، فقال (عليه السلام): «أينكح الرجل الصالح ابنته» (٤).

إلى غيرها من الروايات الكثيره التي إطلاقها ومناطها يشمل ما إذا كانت الزوجه حره والأم والبنت جارتين، أو الموطوءه جاريه وأمها وبنتها حرتين، وكذلك يشمل ما إذا كانت الموطوءه بالتحليل أو بالدام أو بالمتعه، والأم والبنت بلون آخر من ألوان الحليه الذاتيه التي حرمت بواسطه وطى الأم أو البنت.

ص: ١٤٧

-
- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٨ الباب ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٧
 - ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٩ الباب ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٨
 - ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٠ الباب ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١٤
 - ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٧ الباب ٢١ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢

نعم فى بعض الروايات ما ینافى ذلك، مثل روايه رزین، عن أبى جعفر (علیه السلام)، قال: قلت له: تكون عندى الأمه فأطأها ثم تموت أو تخرج عن ملكى، فأصیب ابنتها یحل لى أن أطأها، قال (علیه السلام): «نعم لا بأس به، إنما حرم ذلك من الحرائر، فأما الإمام فلا بأس به» (١).

وقد ردها الشیخ بأنه شاذ نادر لم یرده غیر بیاع الأنماط مع أنه روى ما یناقضه كما مر.

وقال فى الوسائل: یمکن كون الضمیر فى وطئها راجعاً إلى الأم، یعنی: وإن ملك البنت تحل له الأم واستدامه ملك البنت، بخلاف الحرائر، قال: ویحتمل التقیه (٢).

أقول: الروایه لیست منحصره بروایه رزین، وكونها تقیه بحاجه إلى التبع، وحمل الوسائل خلاف الظاهر، لكن التعارض بین الطائفتین بما لا یمکن الجمع العرفى بینهما یدخلهما فى باب التراجیح، ولا شك أن الروایات المانعه هی المشهوره، فلا یجوز العمل بغيرها.

ولعله إلى هذا أشار المستمسك حیث قال: (لا مجال للعمل بما دل على الجواز بعد دعوى الإجماع على خلافها).

ص: ١٤٨

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٠ الباب ٢١ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح ١٦

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٠ الباب ٢١ من أبواب ما یحرم بالمصاهره ح ١٦ ذیل الحدیث

(مسألة ٤): لا فرق في الدخول بين القبل والدبر، وتكفي الحشفه أو مقدارها، ولا يكفي الإنزال على فرجها من غير دخول وإن حبلت به

(مسألة ٤): {لا فرق في الدخول بين القبل والدبر} كما هو المشهور، ويدل عليه قوله (عليه السلام): «هو أحد المأتين»، وغيره مما تقدم في بعض المباحث السابقة.

ومنه يعلم أن قول كشف اللثام: يحتمل العدم لتبادر القبل، وانتفاء الإحصان في الدبر، ممنوع، إذ التبادر لو كان فهو بدوى، والكلام في الإحصان مربوط بغير المقام.

{ويكفي الحشفه أو مقدارها} لا- إشكال في ذلك ولا خلاف، فلا يشترط إدخال الكل، وإنما الكلام في احتمال كفايه بعض الحشفه لصدق الدخول، لكن فيه: إن تبادر وحده المقامات بعد ما ورد من النصوص في العده والمهر والغسل بالتقاء الختانين كاف في المقام، فلا- حجه إلى ما ذكره المستمسك من أن العمده الإجماع إن تم حتى يقال: إن الإجماع المحتمل الاستناد ليس بحجه، فإطلاق الدخول محكم.

{ولا- يكفي الإنزال على فرجها من غير دخول} لأن المناط الدخول، كما في النص والفتوى، فهو إن حصل حرم وإن لم ينزل، وإن لم يحصل لم يحرم وإن أنزل.

{وإن حبلت به} فإنه يمكن ذلك، كما في النص والفتوى.

{أما إذا أدخل بغلاف، فإن كان الغلاف بحيث يمنع من صدق الدخول، كما

وكذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظه أو النوم، اختياراً أو جبراً منه أو منها.

إذا كان في زجاج مثلاً- فلا- يوجب التحريم، كما لا يوجب سائر أحكام الدخول، وقد ذكرنا ذلك في باب الصوم، أما إذا لم يمنع الصدق فإنه يوجب التحريم.

{وكذا لا فرق بين أن يكون في حال اليقظه أو النوم}، هذا مبنى على عدم انصراف الإدخال في حال التكليف من الآيه والروايه، وعلى عدم ورود دليل الرفع على الإطلاق، وإلا أشكل التحريم بذلك.

ومنه يعلم الحال في قوله: {أو جبراً منه أو منها}، وكذلك إذا أدخل وهو طفل أو مجنون، أو مضطر، أو أدخل وهي ميتة، إلى غير ذلك مما تقدم أمثاله في باب وطى الغلام.

ولو شك في أنه حصل الدخول أم لا، فالأصل العدم.

ولو شك في أنه هل دخل مقدار الحشفه، فالأصل العدم.

ولو شك أن هذه التي يريد تزويجها بنت الموطوءه أو أمها أم لا، فالأصل العدم، لأن النسب إنما يثبت بالدليل، كما ذكرنا في باب الشك في القرشيه من مسائل الحيض، وقد تقدم الكلام حوله في كتاب الطهاره، وذكرنا هناك وفي مواضع آخر أن الأصل إنما يجرى إذا فحص ولم يظفر بشيء.

ولو شك هل أنها ابنه أو أم الموطوءه أم لا، فإن كان على نحو العلم الإجمالى، وكان كل طرف محل الابتلاء وجب الاجتناب، وإلا بأن كان غير محصور، أو محصوراً بدون

الابتلاء بكل الأطراف جاز، كما حقق في محله.

ثم إن المحرم على كليهما الواطى والطرف، وهو المراد من زواجه من الأم والبنت كما هو واضح.

ص: ١٥١

(مسألة ٥): لا يجوز لكل من الأب والابن وطى مملوكه الآخر من غير عقد ولا تحليل

(مسألة ٥): {لا- يجوز لكل من الأب والابن} فضلاً عن غيرهما، أى تصرف فى مملوكه الآخر من التصرفات غير الشهويه بل الشهويه، لحرمة التصرف فى مال الغير بغير إذنه، بله لا يجوز لأحدهما النظر المحرم إلى مملوكه الآخر، فضلاً عن {وطى مملوكه الآخر من غير عقد ولا- تحليل}، وذلك بلا- خلاف ولا إشكال، كما يظهر من إرسالهم المسألة إرسال المسلمات، بل ادعى الرياض الإجماع عليه.

وأما صحيح ابن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام) قال: فى كتاب على (عليه السلام): «إن الولد لا يأخذ من مال والده شيئاً، ويأخذ الوالد من مال ولده ما شاء، وله أن يقع على جاريه ابنه إن لم يكن الابن وقع عليها، وذكر أن رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) قال لرجل: أنت ومالك لأبيك» (١).

فاللزام حمله على الحكم الأخلاقى بإلزام الابن أخلاقياً رضى بالأمرين، الأخذ من ماله ووطى جاريته، بقريته ذيل الروايه، فإن المراد بالملك ما ذكره سبحانه (يهب لمن يشاء إناثاً)، وإلا فمن الواضح عند المتشرعه بل ضروره أن الولد ليس ملكاً.

وهذا التأويل أقرب من القول الذى ذكره بعضهم من حمله

ص: ١٥٢

وإن لم تكن مدخوله له، وإلا كان زانياً.

على صورته التقويم، وقد تقدم الكلام في هذه المسألة في كتاب الحج من هذا الشرح فراجع.

ومثل الابن البنت، كما أن مثلهما الحفيد، ومثل الأب الجد، لوحده الدليل في الكل.

{وإن لم تكن مدخوله له، وإلا- كان زانياً} بلا- إشكال ولا- خلاف، كما يظهر من كلماتهم، وقد ذكره الجواهر وقرره المستمسك.

وكذا لا يجوز للولد وطى مملوكه الأم، بل وكذا لا يحق للأم التزويج بمملوك الولد دون رضى الولد، لأن العبد لا يملك نفسه، والنكاح شيء كما قال (عليه السلام): «أفشىء الطلاق»^(١)، حيث قال سبحانه: (لا يقدر على شيء)^(٢).

ص: ١٥٣

١- التهذيب: ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥

٢- سورة النحل: الآية ٧٥

(مسألة ٦): يجوز للأب أن يقوم مملوكه ابنه الصغير على نفسه ووطؤها

(مسألة ٦): {يجوز للأب أن يقوم مملوكه ابنه} أو بنته، بل لا يبعد ذلك بالنسبة إلى الجد والحفيد للمناط، بعد أن كان حكم الأب والجد واحد في باب الولايه {على نفسه، ووطؤها} أو الاستمتاع منها بسائر الاستمتاع، أو التصرف فيها بسائر التصرفات.

وفي أصل المسألة لا خلاف ولا إشكال، بل في الجواهر الإجماع بقسميه عليه.

ويدل عليه جملة من الروايات:

مثل صحيح الكناني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، عن رجل يكون لبعض ولده جاريه وولده صغار، هل يصلح له أن يطأها، فقال (عليه السلام): «يقومها قيمه عدل، ثم يأخذها ويكون لولده عليه ثمنها» (١).

ومثله غيره، لكن بشرط أن يعلم بأن الولد لم يطأها، كما إذا كانت الجاريه للبت، أو علم ذلك من الخارج.

ففي خبر حسن بن صدقه، عن أبي الحسن (عليه السلام): «إذا اشتريت أنت لابنتك جاريه أو لابنتك وكان الابن صغيراً ولم يطأها، حل لك أن تقبضها فتنكحها، وإلا فلا إلا بإذنها» (٢).

ولا يبعد أن يكون المناط آتياً فيما إذا قبضها لنفسه، أن يبيعها أو يحللها أيضاً.

ص: ١٥٤

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٤٣ الباب ٤٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢١ الباب ٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

والظاهر إلحاق الجد بالأب، والبنت بالابن، وإن كان الأحوط خلافه، ولا يعتبر إجراء صيغته البيع أو نحوه وإن كان أحوط، وكذا لا يعتبر كونه مصلحه للصبى

{والظاهر إلحاق الجد بالأب} كما ذكره غير واحد، وقواه الجواهر، وإن أشكل فيه بعضهم، وقد تقدم وجه الإلحاق، {والبنت بالابن} كما عرفت، {وإن كان الأحوط خلافه} لأن الحكم على خلاف القاعدة فيقتصر فيه على مورد النص.

{ولا يعتبر إجراء صيغته البيع ونحوه} لأن النص لم يذكر ذلك، بل ظاهر قوله (عليه السلام): «يقومها على نفسه» إنجاز ذلك ولو كان فى نفسه بدون لفظ، واحتمال انصراف التقويم إلى الاشتراء فيكون هو بائعاً ولايةً ومشترياً أصاله، لا يضر بعد عدم ضرر الاحتمال بالاستدلال بالظاهر.

وهذا هو الذى اختاره المستمسك وغير واحد من المعلقين الساكتين على المتن.

{وإن كان أحوط} خروجاً عن خلاف من أوجب، بادعاء الانصراف ونحوه، واختاره جامع المقاصد والجواهر وآخرون، بل عن الأول دعوى عدم الخلاف فيه، لكنه كما ترى.

{وكذا لا- يعتبر كونه مصلحه للصبى} لإطلاق النص، واشترطه آخرون لقوله سبحانه: (ولا-تقربوا مال اليتيم إلا-بالتى هى أحسن) (١١)، والمناط آت فى غير اليتيم، وفيه: إنه لا قطع بالمناط.

ص: ١٥٥

نعم يعتبر عدم المفسده، وكذا لا يعتبر الملاءه فى الأب وإن كان أحوط.

{نعم يعتبر عدم المفسده} لانصراف النص عن صورته المفسده، بل عن الرياض دعوى الإجماع عليه، لكن ربما قيل: بالفرق بين المفسده المحرمه فلا يجوز، وبين غير المحرمه فتجوز، لقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «أنت ومالك لأبيك»، وهذا غير بعيد، لعدم تسليم انصراف النص عن مثله.

{وكذا لا- يعتبر الملاءه فى الأب} للأصل والإطلاق، ولأنه يمكن أن يردها عليه بمقابل القيمه، {وإن كان أحوط} لما دل على اعتبار الملاءه فى الاتجار بمال اليتيم، وللآيه المتقدمه، وقد عرفت أن المناط غير معلوم، بل معلوم العدم.

أما احتمال اشتراط أن لا يكون الأب أو الولد عبداً، لأن تصرف العبد فى نفسه، والتصرف فى مال العبد لا يجوز إلا بإجازة السيد، فهو خارج عن محل الكلام، وإن كان ذلك لازماً فى نفسه، فلو فعل بدون الإجازة لزم الإجازة، كما قال (عليه السلام): «لم يعص الله، وإنما عصى سيده»^(١).

وكذا هل يشترط عدم احتمال أن لا يبالي الولد فيما بعد بعمل الأب، فينكحها حراماً، الظاهر لا، للإطلاق، وأنه مثل منع تزويج الأب بامرأه يحتمل أن يتزوجها بعده ولده.

ص: ١٥٦

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٢٣ الباب من أبواب نكاح العبيد ح ١

(مسألة ٧): إذا زنى الابن بمملوكه الأب حد، وأما إذا زنى الأب بمملوكه الابن فالمشهور عدم الحد عليه، وفيه إشكال.

(مسألة ٧): {إذا زنى الابن بمملوكه الأب حد} بلا إشكال ولا خلاف، وذلك لإطلاق الأدلة، بل الحد هنا أشد باعتبارها محرماً للولد، فإن جوارى الآباء محارم للأبناء وبالعكس، لأنهن بمنزلة الأمهات وحلائل الأبناء.

{وأما إذا زنى الأب بمملوكه الابن فالمشهور عدم الحد عليه}، بل فى الجواهر وعن جامع المقاصد عدم الخلاف فيه، لكن عن المسالك فى أواخر حد السارق أن الأب لو زنى بجاريه الابن حد.

{وفيه إشكال} إذ الحكم خلاف الإطلاقات، خصوصاً إذا كان الولد يدخل بها فإنها ذات محرم للأب، فاللازم أن يكون الحكم فيه أشد، ولم أجد دليلاً للمشهور إلا ما عن المسالك مما ظاهره وجود النص فيه، لكن فى المستمسك: لم أعثر عليه ولا على من أشار إليه سواه.

نعم، من المستبعد جداً أن أعظم الفقهاء يفتون بمثل هذه الفتيا بدون وجود نص معتبر، ولعله يكفى فى كونه شبهه تدرء بسببها الحدود، فإن الشبهه شامله لشبهه الفاعل كشمولها لشبهه الفقيه، لكن ينبغى عدم الإشكال فى لزوم تأديبه، لأن العمل حرام، خصوصاً إذا كانت مدخوله.

(مسألة ٨): إذا وطأ أحدهما مملوكه الآخر شبهه لم يحد، ولكن عليه مهر المثل، ولو حبلت فإن كان الواطى هو الابن عتق الولد قهراً،

(مسألة ٨): {إذا وطأ أحدهما مملوكه الآخر شبهه لم يحد} لأن «الحدود تدرء بالشبهات»^(١٢)، من غير فرق أن تكون الشبهه فى الموضوع كما لو ظن أنها جاريتها، أو فى الحكم كما إذا ظن جواز ذلك عليه، وتفصيل الكلام فى الشبهه فى كتاب الحدود.

{ولكن عليه مهر المثل} وديه البكاره إن كانت بكرًا، لما استحل من فرجها، ولما ثبت من الديه على البكاره، لكن إذا كان الوطى بسبب العقد شبهه فعليه أقل الأمرين من المسمى والمثل، لما سبق فى بعض المسائل من أن المرأه لو دخلت على أقل من مهر مثلها لم يكن لها أزيد من ذلك، اللهم إلا أن يقال: إن المهر للمولى، على القول بعدم ملك العبد، فلا حق لها فى إسقاط ما للمولى من زياده المثل على المسمى، أو يقال: إنه حتى على أن العبد يملك لا يحق لها إسقاط حقها، لأنه شىء، والعبد لا يقدر على شىء.

{ولو حبلت} الأمه والحال هذا {فإن كان الواطى هو الابن عتق الولد قهراً} كما عن الفاضلين والشهيد والمحقق الثانيين، وذلك لأنه لو بقى رقاً كان ملكاً لمالك الأمه، وهو جده، والإنسان لا يملك ولده وإن نزل، ذكراً كان أو أنثى، وإليه أشار

ص: ١٥٨

مطلقاً، وإن كان الأب لم ينعق، إلا إذا كان أنثى، نعم يجب على الأب فكه إن كان ذكراً.

بقوله: {مطلقاً}، إذ هو في قبال قوله: {وإن كان} الواطى {الأب} لجاريه ابنه {لم ينعق} الولد من حيث النسب، وإن انعتق من حيث تبعيه الابن لأشرف الأبوين في باب الحريه والرقيه، كما ذكروه في بابه، ولذا أشكل عليه المستمسك لإطلاقه عدم العتق.

{إلا- إذا كان أنثى}، أما أنه لا- ينعق إذا كان ذكراً فلأنه لو بقى رقاً كان ملكاً لمالك الأمه وهو أخوه، ولا مانع من أن يملك الرجل أخاه.

وأما أنه ينعق إذا كان أنثى فلأن الرجل كما لا- يملك عموديه (الآباء وإن علوا، والأولاد وإن نزلوا) لا يملك محارمه، ومنها الأخت، وحيث لا تكون الأنثى مملوكه لمالك كانت حراً قهراً، إذ لا فاصل بين الأمرين.

{نعم يجب على الأب فكه إن كان ذكراً} للنصوص الداله على ذلك.

وحيث إن البحث غير مرتبط بهذا الباب مع قله فائدته في الحال الحاضر، تركنا تفصيل الكلام فيه وفي أدلته.

(مسألة ٩): لا يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العمه والخاله إلا بإذنهما،

(مسألة ٩): {لا- يجوز نكاح بنت الأخ أو الأخت على العمه والخاله إلا بإذنهما} على المشهور شهره عظيمه، بل عن غير واحد دعوى الإجماع عليه، بل فى الجواهر إن عليه الإجماع مستفيضاً أو متواتراً.

خلافاً للإسكافى والعمانى فأجازا ذلك، وللمقنع الذى منع ذلك مطلقاً حتى مع الإجازة، فيما يحكى عن كلامهم. ومقتضى القاعده مع المشهور، للنصوص الكثيره الداله على ذلك.

كموثق محمد بن مسلم، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «لا- تتزوج ابنه الأخ- ولا- ابنه الأخت على العمه ولا على الخاله إلا بإذنهما، وتتزوج العمه والخاله على ابنه الأخ وابن الأخت بغير إذنهما» (١).

وخير أبى عبيده الحذاء قال: سمعت أبا جعفر (عليه السلام) يقول: «لا تنكح المرأه على عمتها، ولا على خالتها، إلا بإذن العمه والخاله» (٢).

وعن السكونى، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام): «إن علياً (عليه السلام) أتى برجل تزوج امرأه على خالتها فجلده وفرق بينهما» (٣).

أقول: الظاهر أن الجلد كان لأجل فعله الحرام، حيث كان الزواج بدون رضا الخاله، ولا حاجة إلى حملة على التقيه كما فعله بعض الفقهاء، وإن كان ربما يقال:

ص: ١٦٠

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٥ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٥ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٦ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

إنه إن علم كان حكمه الرجم لأنه زنا محصن، وإن كان لا يعلم فإن الحدود تدرأ بالشبهات، ولم يكن حكمه الجلد، فلا بد من حمله على التقيه، فتأمل.

وعن الكنانى، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها» (١).

وعن أبي عبيده، عن الصادق (عليه السلام)، قال: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بين المرأة وخالتها، ولا على أختها من الرضاعة» (٢).

وعن مالك بن عطية، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «لا تزوج المرأة على خالتها، وتزوج الخاله على ابنه أختها» (٣).

وعن محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)، قال: «إنما نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عن تزويج المرأة على عمتها وخالتها، إجلالاً للعمه والخاله، فإذا أذنت فى ذلك فلا بأس» (٤).

إلى غيرها من الروايات.

فإن متقضى الجمع بين هذه الروايات الجواز مع الإذن، والمنع بدونه، حملاً للمطلق على المقيد.

ومنه يعلم أن القول بالمنع مطلقاً خلاف الروايات المجوزة مع الإذن.

ص: ١٤١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٦ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٧

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٦ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٨

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٧ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٩

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٧ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٠

كما أن خبر علي بن جعفر (عليهما السلام) قال: سألت أختي (عليه السلام) عن رجل يتزوج المرأة على عمته أو خالتها، قال: «لا بأس، لأن الله عز وجل قال: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١١)» (٢)، الذي استدل به من قال بالجواز مطلقاً، خلاف الروايات الدالة على المنع بدون الإذن، مما يوجب حمل خبر علي بن جعفر (عليهما السلام) على صورته الإذن.

ثم الظاهر أنه يأتي في المقام ما ذكرناه مكرراً من أن المرأة لو كانت مخالفاً مذهبها الجواز، أو كانت كتابية دينها الجواز، لم يحتج الرجل إلى الإذن، لقاعده «الزموهم بما التزموا به» فرضاها الناشئ عن إجازة دينها _ ولو بدون الرضا _ كاف.

نعم إذا لم تأذن لم يكن للرجل الزواج، لأن الحكم معلق على الرضا الشخصي، فهو حق لها، فتأمل.

{من غير فرق بين الدوام والانقطاع} للإطلاق، واحتمال الانصراف إلى الدوام بدوى، خصوصاً بعد قوله (عليه السلام): «إجلالاً للعمه والخاله».

نعم الظاهر أنه لا يأتي ذلك فيما إذا كانت بعنوان ملك اليمين أو التحليل، لأنه لا قطع بالمناط بعد أن كان اللفظ الزواج الظاهر في غيرهما، فتأمل.

ص: ١٦٢

١- سورة النساء: الآية ٢٤

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٧ الباب ٣٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١١

ولا بين علم العمه والخاله وجهلها، ويجوز العكس وإن كانت العمه والخاله جاهلتين بالحال على الأقوى.

{ولا بين علم العمه والخاله وجهلها} للإطلاق.

{ويجوز العكس} بلا إشكال ولا خلاف إلا عن المقنع فأطلق المنع، بل عن الذكره الإجماع عليه.

ويدل عليه بعض الروايات السابقة المقدمه على دليل المقنع الذى استدل له، وهو خبر الكنانى المتقدم: «لا يحل للرجل أن يجمع بين المرأه وعمتها، ولا بين المرأه وخالتها»، وإنما قلنا بالتقدم لأنه مطلق لا بد أن يقيد بالمقييدات.

{وإن كانت العمه والخاله جاهلتين بالحال على الأقوى} كما هو المشهور، بل لم يعرف الخلاف إلا عن المسالك، حيث قال فيما حكاه عنه الجواهر: يشترط علم المداخله بكون المدخول عليها زوجته وإلا لم يصح، ولم يعرف له وجه ظاهر إلا التوهم فيما رواه من خبر محمد بن مسلم، عن الباقر (عليه السلام) قال: «لا تزوج الخاله والعمه على بنت الأخ وابنه الأخت بغير إذنهما»^(١).

وفيه: إن الروايه حسب ضبط الكتب الصحيحه «تزوج الخاله...».

ومنه يعلم الإشكال فى كلام القواعد، حيث قال: الأقرب أن للعمه والخاله فسخ عقدهما لو جهلتا لا المدخول عليها، وكأنه لما عن كشف اللثام من عدم الفرق فى الاحترام بين التقدم والتأخر، لكن فيه: إنه اجتهاد فى مقابل النص.

ص: ١٤٣

(مسألة ١٠): الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين، ولا بين اطلاع العمه والخاله على ذلك وعدم اطلاعهما أبدأً، ولا بين كون مده الانقطاع قصيره ولو ساعه، أو طويله،

(مسألة ١٠): {الظاهر عدم الفرق بين الصغيرتين والكبيرتين والمختلفتين} لإطلاق الأدله، واحتمال الانصراف إلى ما لو كانت العمه والخاله كبيره لمكان (إذنهما) في النص الذي لا يحصل من الصغيره ممنوع، إذ هو بدوى، مثل احتمال أن ذلك فيما إذا أمكن إذنهما، لا ما إذا لم يكن لإغماء دائم أو سفر طويل أو ما أشبهه.

ثم إنه لا- إشكال في عدم كفايه غير المميزه، أما المميزه غير البالغه فهل يكفى إذنهما للإطلاق، أم لا لأن عمد الصبى خطأ، احتمالان، والثانى أحوط، وإن كان الأول غير بعيد، لكن الأقرب كون الإذن حينئذ بيد الولي كما سيأتى.

{ولا بين اطلاع العمه والخاله على ذلك، وعدم اطلاعهما أبدأً} للإطلاق، واحتمال تقييد المنع بالاطلاع، لأن المنع لأجل عدم أذيتهما - كما يستفاد عرفاً من النصوص - وهى لا تحصل فى صوره عدم الاطلاع، مردود بأن الاحتمال لا يدفع الإطلاق.

{ولا- بين كون مده الانقطاع قصيره ولوساعه، أو طويله} للإطلاق، واحتمال الانصراف إلى الطويله فلا يضر القصيره فيه إنه بدوى.

على إشكال فى بعض هذه الصور، لإمكان دعوى انصراف الأخبار.

{على إشكال فى بعض هذه الصور، لإمكان دعوى انصراف الأخبار}، لكن فى ما عرفت، ولذا قوى التعميم السيدان ابن العم والبروجردى.

وقال فى المستمسك: الانصراف بدوى لا يعول عليه فى رفع اليد عن الإطلاق.

ص: ١٦٥

(مسأله ١١): الظاهر أن حكم اقتران العقدين حكم سبق العمه والخاله.

(مسأله ١١): {الظاهر أن حكم اقتران العقدين حكم سبق العمه والخاله} في احتياج صحه عقد بنت الأخ وبنت الأخت على رضاهما، وإلا صح عقد العمه والخاله وبطل عقد البنيتين.

واستدل لذلك بإطلاق روايتى الكنانى وأبى عبيده، بل بالتعليل فى الروايه الثانيه لمحمد بن مسلم، ويؤيد ذلك ما دل على صحه عقد الحره وبطلان عقد الأمه لو جمعهما فى عقد واحد، كما ورد فى الخبر الصحيح، لوحده الملاك فى المقامين.

خلافاً لمن يقول بصحه عقدهما، لأن الممنوع فى غالب الروايات إدخال البنيتين على العمه والخاله، والجمع فى عقد واحد ليس من الإدخال، والعله فى الروايه الثالثه إنما هى من باب الحكمه كما هو واضح.

أما الروايتان، ففي المستمسك رمى إحداهما بالضعف، لكن الروايه الثانيه ليست ضعيفه فيمكن الاعتماد عليها، وعليه فالإشكال فى الاقتران الموجب لبطلان عقد بنت الأخ وبنت الأخت إلا برضاهما هو مقتضى القاعده.

مسأله ١٢ عدم الفرق بين المسلمتين والكافرتين

(مسأله ١٢): لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين.

(مسأله ١٢): {لا فرق بين المسلمتين والكافرتين والمختلفتين} لإطلاق الأدله، وقد تقدم الإشكال فى قاعده «ألزموهم» فإنها لا تشمل المقام، واحتمال عدم شمول الأدله لما إذا كانت العمه والخاله كافره من جهه أن الحكم لأجل الاحترام، ولا احترام لهما، يرد عليه:

أولاً: إن الذميه محترمه.

وثانياً: بأن الاحترام حكمه وليست بعله.

نعم إذا كان الكافر تزوج بكافرتين حيث دينه لا يشترط ذلك فأسلم، فالظاهر بقاء نكاح البنتين وإن لم ترضيا، لأن وحده حكم الاستدامه للابتداء لا يدل عليه إلا المناط، وهو ليس بمقطوع به، من غير فرق بين أن تسلم أو تبقيا على كفرهما أو تسلم إحداهما.

ص: ١٦٧

مسأله ١٣ عدم الفرق في العالى والدانى

(مسأله ١٣): لا فرق في العمه والخاله بين الدنيا منهما والعليا.

(مسأله ١٣): {لا فرق في العمه والخاله بين الدنيا منهما والعليا} كما عن الشيخ في بعض كتبه، وتبعه غير واحد، لكن عن القواعد وغيره الإشكال فيه.

استدل الأولون: بالاشتراك في العله، وصدق العمه والخاله و بنت الأخ و بنت الأخت.

نعم في الجواهر احتمال الصدق، وهو غير حسن، إذ الاحتمال لا يصح مستنداً للفتوى، وإنما يكون مستنداً للاحتياط.

واستدل للثاني: بالأصل بعد انصراف الدنيا منهما، وهذا القول وإن كان أقرب، خصوصاً فيما إذا كانت عمه الجده من الأم مثلاً أو ما أشبه ذلك، إلا أن القول الأول أحوط.

ص: ١٦٨

(مسأله ١٤): فى كفايه الرضا الباطنى منهما من دون إظهاره، وعدمها وكون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلاً، وجهان.

(مسأله ١٤): {فى كفايه الرضا الباطنى منهما دون إظهاره} بقول أو فعل، كما أن لو ذهبت هى وخطبتها لتكون مساعده لها فى إداره البيت.

{وعدمها وكون اللازم إظهاره بالإذن قولاً أو فعلاً، وجهان} الظاهر الثانى، لأن فى النصوص ذكر الإذن، وما فى روايه ابن جعفر من ذكر الرضا، يراد به الرضا الذى له مظهر، فإنه مقتضى الجمع العرفى، كما فى قوله تعالى: (إلا أن تكون تجاره عن تراض منكم) (١).

ثم الإذن لا يلزم أن يكون عن رضى قلبى واقعاً، فإذا أذنت ثم قالت: إنى لم أكن راضياً، لم يسمع كلامها، كما فى سائر أبواب العقود والإيقاعات.

نعم لو علمنا أن الإذن اللفظى لا يطابق رضى القلب لم ينفع، إذ الظاهر من (الإذن) فى النص والفتوى ما كان صادراً عن القلب.

أما إذا كان الإكراه بحيث يصح معه معامله، كما إذا قال لها: إن لم تأذنى طلقتك، فأجازت تفادياً عن الطلاق جاز، لأنه ليس من الإكراه الرافع للحكم، كما فى كل مورد يكره المكروه المكروه بإكراه له على الحق فى هذا العمل الذى يتفاديه المكروه، وتفصيل ذلك فى باب الإكراه من المكاسب.

والظاهر أنه لا يسقط حقها فى اعتبار إذنها مع نشوزها، إذ لا دليل على أن النشوز يسقط حقها، وقياسه بالنفقة مع الفارق، فإطلاق دليل الاحتياج إلى الإذن شامل للمقام.

ص: ١٦٩

مسأله ١٥ لو أذنت ثم رجعت

(مسأله ١٥): إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الإذن السابق.

(مسأله ١٥): {إذا أذنت ثم رجعت ولم يبلغه الخبر فتزوج لم يكفه الإذن السابق}، إذ الرجوع يجعل الإذن معدوماً فهو نكاح بدون الإذن، ولا دليل على أنه من قبيل فعل الوكيل الذي لم يبلغه عزل موكل.

وإذا قالت: إني رجعت، فهل الأصل عدمه فالنكاح صحيح، أو أن كلامها صحيح لأن ذلك مما لا يعرف من قبلها، الظاهر الأول، خصوصاً إذا كانت بحيث يمكن الإعلام عن رجوعها ولم تفعل، فتأمل.

ص: ١٧٠

مسأله ١٦ لو رجعت عن الإذن بعد العقد

(مسأله ١٦): إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثر في البطلان.

(مسأله ١٦): {إذا رجعت عن الإذن بعد العقد لم يؤثر في البطلان}.

لا ينبغي الإشكال في ذلك، لأن الأدله علقته النكاح بالإذن السابق عليه، فإطلاق دليل الصحة محكم.

وإذا طلق وانقضت العده احتاج إلى إذن جديد.

أما إذا كانت في العده لم يحتج، إذ المرأه في العده بمنزله المتزوج، فإذا أراد الرجوع لم يحتج إلى إذن جديد.

نعم في البائن يحتج إلى الإذن إذا أراد تجديد النكاح في العده.

ص: ١٧١

(مسألة ١٧): الظاهر كفايه إذنهما وإن كان عن غرور، بأن وعدها أن يعطيها شيئاً فرضيت، ثم لم يف بوعده، سواء كان بانياً على الوفاء حين العقد أم لا، نعم لو قيدت الإذن بإعطاء شيء فتروج ثم لم يعط كشف عن بطلان الإذن والعقد، وإن كان حين العقد بانياً على العمل به.

(مسألة ١٧): {الظاهر كفايه إذنهما وإن كان} {الإذن {عن غرور}، بأن غررت عن نفسها كما لو ظنت أن بنت الأخ والأخت تساعدها، أو عن غيرها من الأجنبي كما إذا وعد أبوهما إعطاءهما مالاً مثلاً، أو من نفس البنيتين كما إذا وعدتاهما المساعده لهما في الشؤون المنزلية مثلاً، أو من الزوج {بأن وعدها أن يعطيها شيئاً فرضيت ثم لم يف بوعده}.

وذلك لأن الأدلة دلت على أن إذنهما كافٍ منهما، سواء كان داعي الإذن يكون حصل أم لا.

{سواء كان} {الواعد {بانياً على الوفاء حين العقد، أم لا} إذ عدم بنائها الوفاء لا يؤثر في الإذن المطلق غير المقيّد الحاصل منهما. {نعم لو قيدت الإذن بإعطاء شيء} أو توفير خدمه لهما، مثل أن يتخذ لهما داراً مرفهه، أو خادمه تساعدهما مثلاً، {فتروج} بأن كان الإذن مقيداً {ثم لم يعط} ولم يف {كشف} عدم وفائه {عن بطلان الإذن والعقد} لانتفاء المقيّد بانتفاء قيده.

{وإن كان حين العقد بانياً على العمل به} إذ الشرط وهو الإعطاء والوفاء

مفقود، والبناء على العمل لا يصح القيد.

ومما تقدم ظهر الإشكال فى إشكال السيد البروجردى وغيره فيما إذا كان بانياً من الأول على عدم الوفاء، ولذا سكت على المتن السيدان ابن العم والجمال وقرره المستمسك.

ص: ١٧٣

(مسأله ١٨): الظاهر أن إعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعى، لا أن يكون لحق منهما، فلا يسقط بالإسقاط.

(مسأله ١٨): {الظاهر أن إعتبار إذنهما} ليس {من باب الحكم الشرعى} الأولى، بل هو من قبيل قوله (عليه السلام): «لم يعص الله وإنما عصى سيده» فـ {لا} {حكم للشارع إلا} تبعاً لحق العمه والخاله وذلك بـ {أن يكون لحق منهما} لأن الحق هو المنصرف عرفاً من أمثال هذه الموارد، ولذا يقول: عرف المتشرع أن الإذن حقهما، بدون أدنى شائبه مجاز.

وما استظهره المصنف من أنه حكم لا حق {فلا يسقط بالإسقاط} خلاف الظاهر، وإن استدل له فى المستمسك (بأن كونه حقاً يتوقف على ثبوت ملك لعين أو فعل، وهو خلاف الأصل، بل خلاف الدليل الموجب لاعتباره ولو بعد الإسقاط) انتهى.

ولذا اشكل على المتن ابن العم، وإن وافقه البروجردى والجمال.

وعلى هذا بأن يكون حقاً فالظاهر أنه بيد وليهما إذا كانتا صغيرتين أو مجنونتين، فللولى حق الإذن إذا كان فى صلاحهما، كما يتصرف فى سائر شؤون الصغير والمجنون.

(مسألة ١٩): إذا اشترط في عقد العمه أو الخاله إذنهما في تزويج بنت الأَخ أو الأَخْت، ثم لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط، لم يصح العقد على إحدى البنيتين، وهل له إجبارهما في الإذن، وجهان.

(مسألة ١٩): {إذا اشترط في عقد العمه أو الخاله إذنهما في تزويج بنت الأَخ أو الأَخْت، ثم لم تأذنا عصياناً منهما في العمل بالشرط، لم يصح العقد على إحدى البنيتين} لإطلاق الأدله، فهو كما إذا شرط عليه أن يزوجه أمته في عقد بيع فعصى ولم يزوج، لم يصح عقد الشرط.

{وهل له إجبارهما في الإذن، وجهان}:

وجه الإيجاب: إن هذا حقه فله أخذه بالإيجاب، كما يأخذ سائر الحقوق كذلك.

ووجه الثاني: إن الشرط لا يثبت إلاً واجباً على المشروط، لا أنه يثبت حقاً عليه حتى يكون للشارط إجباره.

والأول هو الأقوى، وعليه فإذا لم يمكن إجباره بأن لم ينفع الإيجاب في الإذن، قام الحاكم الشرعي مقامه في الإذن، كما يقوم مقام الممتنع في كل حق عليه إذا لم يمكن إجباره، لأن ذلك مقتضى ولايته على الممتنع.

ومن ذلك يظهر أنه لا وجه للقول بعدم قيام الحاكم الشرعي مقامه من جهة أن الشرط لا يفيد إلاً الوجوب على المشروط عليه، فإذا امتنع أجبر على أداء الواجب من باب الأمر بالمعروف، فإذا لم يفعل الواجب لا يقوم الحاكم مقامه،

نعم إذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنه الأَخ أو الأخت، فالظاهر الصحة وإن أظهرتا الكراهه بعد هذا.

إذ لا يقوم الحاكم مقام تارك الواجب، كما إذا امتنع عن أداء الصلاة، فإن الحاكم لا يصلى بدلاً عنه.

ثم إنه لما كان الإذن حقاً كما تقدم، كان له إسقاطه ضمن عقد، كما يصح إسقاط كل حق من هذا القبيل، ولذا قال: {نعم إذا اشترط عليهما في ضمن عقدهما أن يكون له العقد على ابنه الأَخ أو الأخت فالظاهر الصحة}، ومقابل الظاهر احتمال أن لا يصح، لأن اعتبار الإذن من باب الحكم الشرعي، والحكم غير قابل للإسقاط، لكنك قد عرفت أنه حق وليس بحكم.

{وإن أظهرتا الكراهه بعد هذا}، إذ لا قيمة لكراهتهما بعد أن أسقطتا حقهما، كما إذا أسقط حقه في فسخ البيع عند العقد فيما إذا ظهر معيياً أو مغبوناً، فإن كراهته للبيع وعدم رضاه به لا أثر له، إلى غير ذلك من موارد إسقاط الحق ضمن عقد ونحوه.

(مسألة ٢٠): إذا تزوجهما من غير إذن ثم أجازتا صح على الأقوى.

(مسألة ٢٠): {إذا تزوجهما من غير إذن ثم أجازتا صح على الأقوى} كما عن العلامة وغيره، خلافاً لما عن المحقق وغيره من القول بالبطلان، والأقرب الأول، لتحقق شرط الصحة الذي هو الإذن، فيشملة دليل الصحة، فإن الإذن لما كان حقاً صح لحوقه، كما يصح سبقه، كما في بيع الفضولي ونحوه.

ويؤيده قوله (عليه السلام) في نكاح العبد بدون إذن مولاه: «إنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده»، فإذا أجاز جاز، لأنه مما يدل على أن الإجازة اللاحقة كافيها إذا لم يكن عصيان الله ابتداءً، بل كان عصيانياً تبعاً لعصيان الإنسان.

ومن ذلك تعرف وجه الإشكال في كلام من يقول بالبطلان، مستدلاً بأن النهي عن النكاح بدون الإذن يقتضي الفساد.

وبما رواه ابن جعفر (عليهما السلام)، عن أخيه (عليه السلام): «ولا تزوج بنت الأخ والأخت على العمه والخاله إلا برضا منهما، فمن فعل ذلك فنكاحه باطل» (١).

إذ يرد على الأول: إنه بعد الإذن ليس نكاحاً بدون الإذن، فهو من قبيل النهي عن بيع ما ليس عنده، فإنه إنما يقتضي الفساد إذا لم يأذن المالك.

وعلى الثاني: إن المفروض لحوق الرضا، فهو مثل (تجاره عن تراض) في صحة تجارته إذا لحقها الرضا.

ص: ١٧٧

ومما تقدم يظهر أنه لو تزوجهما بدون رضاهما ثم ماتت العمه والخاله أو طلقتا، سقط اعتبار رضاهما وصح القعد، فهو مثل ما إذا باع مال أبيه ثم مات الأب، حيث يصح البيع بموته بدون أن يتوقف على شيء آخر، كما قرر في كتاب المكاسب.

ومنه يظهر الإشكال في كلام الجواهر حيث قال: (لو ماتتا قبل علمهما كان لابد من تجديد العقد).

ثم إن المنسوب إلى الشيخين وآخرين أنه لو تزوجهما بدون رضاهما كان للعمه والخاله الخيار في فسخ عقد أنفسهما أو فسخ عقد البنتين، واستدل لذلك بأن العقدين وقعا صحيحين، وحيث لا يمكن الجمع بينهما إلا بإذن فهما مخيرتان في رفع الجمع بينهما بين رفع الأول ورفع الثاني.

وفيه أولاً: إنه لا دليل على أن بيدهما فسخ عقد أنفسهما، بل هو خلاف أدله صحة العقد، وأن الافتراق لا يكون بيد المرأه إلا في موارد خاصه من العيوب والتدليس.

وثانياً: إن بيدهما عدم الإذن فيفسخ عقد البنتين تلقائياً، لا أن بيدهما فسخ عقد البنتين، والفرق بين الأمرين واضح.

ومن الإشكال المذكور يظهر الإشكال في كلام ابن إدريس، حيث قال بطلان العقد الثاني وتزلزل العقد الأول، فيكون للعمه والخاله فسخ عقد أنفسهما.

إذ يرد عليه أولاً: إنه لا دليل على بطلان عقد البنتين.

وثانيا: إنه لا دليل على تزلزل عقد العمه والخاله.

ثم إن الكلام فيما إذا منعتا عن العقد على البنتين قبل عقدهما، أو أظهرتا عدم رضائهما بعد عقدهما، هو الكلام الذى ذكره فى باب بيع الفضولى، وأنه لا يصح الإذن فى انعقاد العقد بعد النهى وعدم الرضا.

نعم، إذا منعتا وقبل العقد رضيتا صح العقد بلا إشكال، كما أنه إذا رضيتا وقبل العقد منعتا لم يصح، كما تقدم.

ص: ١٧٩

مسأله ٢١ لو شك في سبق عقد أحدهما

(مسأله ٢١): إذا تزوج العمه وابنه الأخ، وشك في سبق عقد العمه أو سبق عقد الابنه، حكم بالصحه، وكذا إذا شك في السابق والاقتران بناءً على البطلان مع الاقتران.

(مسأله ٢١): {إذا تزوج العمه وابنه الأخ، وشك في سبق عقد العمه أو سبق عقد الابنه، حكم بالصحه} وكذا بالنسبه إلى الخاله وابنه الأخت، وذلك لأصالة الصحه الجارويه في كل عقد شك بعد أن عقده في صحته وفساده.

{وكذا إذا شك في السابق والاقتران، بناءً على البطلان مع الاقتران}، أما بناءً على الصحه فالعقد صحيح على كل حال كما هو واضح.

ولا فرق بين أن يكون الشك طارئاً بأن علم أولاً بالسبق واللحوق ثم نسي، أو سارياً بأن لم يعلم من الأول.

ومن صور الشك الابتدائي ما إذا وكل اثنين في عقدهما فعقدا ولم يعلم سبق أيهما مع علمه بسبق أحدهما، أو لم يعلم السابق والاقتران أصلاً.

(مسألة ٢٢): إذا ادعت العمه أو الخاله عدم الإذن، وادعى هو الإذن منهما، قدم قولهما، وإذا كانت الدعوى بين العمه وابنه الأخ مثلاً في الإذن وعدمه فكذلك قدم قول العمه.

(مسألة ٢٢): {إذا ادعت العمه أو الخاله عدم الإذن، وادعى هو الإذن منهما، قدم قولهما} بالنسبة إلى الدعوى لأصله عدم الإذن الموافق لقولهما، ولا مجال لأصل الصحة في إبطال حق الغير في مورد دعاوى المتعلقة بحق إنسان له الإذن، كما إذا ادعى زيد أنه بتوكيل عمرو له أجرى العقد، وأنكر عمرو أن يكون وكّله، لم يجر أصل الصحة في العقد الذي أجره مدعى الوكّاله.

وكذا إذا ادعى المدعى أن الولي أذن له في عقد المولى عليه فأنكر الولي ذلك، فإن إطلاق أصل الصحة منصرف عن المقام.

ولذا قال المستمسك: (إن دليل أصل الصحة من السير والإجماع غير ثابت في مثل المقام مما كان المدعى لعدم الشرط ممن يقوم به الشرط، ففرق بين أن تكون دعوى عدم الإذن صادرة ممن تقوم به الإذن، وأن تكون صادرة من غيره) انتهى.

{وإذا كانت الدعوى بين العمه وابنه الأخ مثلاً في الإذن وعدمه فكذلك قدم قول العمه} وتتحقق صوره الدعوى فيما إذا كان إرث الزوج بيد العمه وأرادت منع ابنه الأخ عن نصيب الزوجه وادعت هي أنها زوجته، وأن العمه أذنت عند العقد، إلى غيرها من صور التنازع بينهما مما يسمعها الحاكم.

نعم، إذا علمت ابنه الأخ أنها أذنت، وأن إنكارها عن عمد أو نسيان أو ما أشبه

فلها أن تأخذ حصتها من الإرث.

كما أن الزوج في الفرع السابق إذا علم بالإذن وأن له الحق لم يؤثر كون الحكم في جانبها من ترتيب آثار الزوجية وجوباً كالوطى كل أربعة أشهر مره، أو جوازاً كالنظر إليها، أو حرمة كحرمة أختها، إلى غير ذلك، بالنسبة إلى ابنه الأخ.

ص: ١٨٢

مسأله ٢٣ لو تزوج ثم شك في الإذن

(مسأله ٢٣): إذا تزوج ابنه الأخ أو الأخت، وشك في أنه هل كان عن إذن من العمه والخاله أو لا، حمل فعله على الصحيح.

(مسأله ٢٣): {إذا تزوج ابنه الأخ أو الأخت، وشك} بعد العقد {في أنه هل كان عن إذن من العمه أو الخاله أو لا، حمل فعله على الصحيح} لما ذكرناه في كتاب التقليد من حمل الإنسان فعل نفسه على الصحيح بالنسبه إلى الأعمال السابقه.

وكذا إذا شك ابنه الأخ والأخت في أن تزويجه لهما هل كان عن إذن أم لا، حيث تحملا ن فعل الزوج على الصحيح.

وكذا فيما إذا شك إنسان آخر.

ص: ١٨٣

مسألة ٢٤ لو حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج

(مسألة ٢٤): إذا حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع لم يبطل، وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر ثم أسلم، على وجه.

(مسألة ٢٤): {إذا حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد التزويج بالرضاع}، كما إذا تزوجها وهي صغيرة فشربت اللبن من زوجه أخ المرأه مثلاً. {لم يبطل} النكاح، لأن الأدله دلت على عدم نكاح بنت الأخ فيما كانت بنت الأخ سابقه على النكاح، لا ما إذا كانت لاحقه عليه، إلا أن يقال: بحرمة مطلق الجمع، وذلك ما عرفت سابقاً فساده.

{وكذا إذا جمع بينهما في حال الكفر} في حال صحه ذلك عنده في دينه، ليشمله «لكل قوم نكاح» {ثم أسلم، على وجه} وجهه، لأن حال الكفر صح النكاح، وبعد أن أسلم لا يكون النكاح ابتدائياً حتى يحتاج إلى إذن العمه، وقد عرفت أن ظاهر الأدله هو الاحتياج إلى الإذن فيما إذا أريد استيناف النكاح.

ومما ذكرناه يعلم الإشكال في إشكال المستمسك في كلا فرعى المصنف، ولذا سكت الساده ابن العم والبروجردى والجمال على الفرع الأول، وقوى ابن العم الفرع الثانى.

مسأله ٢٥ لو طلق طلاقاً رجعياً

(مسأله ٢٥): إذا طلق العمه أو الخاله طلاقاً رجعياً لم يجر تزويج إحدى البنتين إلا بعد خروجهما عن العده، ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه.

(مسأله ٢٥): {إذا طلق العمه أو الخاله طلاقاً رجعياً لم يجر تزويج إحدى البنتين} لأن المطلقه رجعياً زوجها، فحكمها في حال الرجعه حكم الزوجه.

{ولو كان الطلاق بائناً جاز من حينه}، وكذا إذا كان الفراق بالفسخ أو بانقضاء مده المتعه.

ثم لا يخفى أنه إذا كانت المرأه عمه وخاله، نسباً أو رضاعاً أو باختلاف، احتاج الأمر إلى رضاها من كلتا الجهتين، فلو قالت: إني آذنه من حيث كوني عمه لا من حيث كوني خاله لم ينفع.

ص: ١٨٥

(مسألة ٢٦): إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع، جاز له العقد على البنت، لأن طلاق الخلع بائن، وإن رجعت في البذل لم يبطل العقد.

(مسألة ٢٦): {إذا طلق إحداهما بطلاق الخلع جاز له العقد على البنت، لأن طلاق الخلع بائن} فليست العمه والخاله زوجه له، وإن كانتا في عده البائن له، فلا مانع من تزويجه بالبنتين، لأنه يشمل إطلاق أدله الزواج.

{وإن رجعت في البذل} حتى أصبح طلاق الخلع رجعيًا، فهل ينقلب عقد البنتين متوقفًا على إجازة العمه والخاله، لأنه رجوع إلى الزوجية السابقة، فكأن نكاح البنتين وقع في حال زوجية العمه والخاله، فإذا لم تأذنا بطل عقد البنتين.

أو {لم يبطل العقد} وإن لم تأذنا، لأنه حال عقدهما لم تكن العمه والخاله زوجه له، وحين رجوعهما في البذل كان من قبيل دخول العمه والخاله على البنتين.

احتمالان، الظاهر الثاني، وإن كان الأول أقرب إلى الاحتياط.

ولا فرق في عدم بطلان عقد البنتين برجوعهما عن البذل بين جهل الراجعه بأنه قد تزوج البنتين أم لا.

ثم إن الزوجه لو لم تكن عمه شرعاً فصارت عمه بعد أن تزوج بنت الأخ، كما إذا تبناها جد البنت، مثلاً تزوج محمد بفاطمه، ثم تزوج بصديقه حفيدة صالح، ثم ادعى صالح أن فاطمه بنته، وهي قبلت الدعوى مما ترتب عليه آثار البنتيه، أو شهد شاهدان بذلك، وإن كان صالح ميتاً، فهل يكون زواج الحفيدة السابق على الحكم الشرعي متوقفاً على إذن فاطمه، احتمالان، من أنه حين الزواج لم يكن مانع، ومن أن الادعاء والشهادة أثبت سبق العميه على الكشف،

والأول أقرب، وإن كان الثاني أحوط.

ومنه يعرف حكم العكس، بأن كانت الزوجه عمه شرعاً فتزوج بنت الأخ، ثم حكم شرعاً بأنها ليست عمه، كما إذا شهد شاهدان بأنها ليس بنتاً لجد الحفيده، وقد كانت العمه ردت زواج زوجها من بنت الأخ، وكان الرد قبل ثبوت أنها ليست عمه شرعاً.

ص: ١٨٧

مسأله ٢٧ هل يجرى الحكم فى المملوكين

(مسأله ٢٧): هل يجرى الحكم فى المملوكين والمختلفين، وجهان، أقواهما العدم.

(مسأله ٢٧): {هل يجرى الحكم فى المملوكين} بأن كانت العمه و بنت الأخ مثلاً مملوكين لرجل، بأن يتوقف وطى بنت الأخ على إجازة العمه.

{والمختلفين} بأن كانت إحداهما زوجه والأخرى مملوكه يريد وطئها بالملك.

{وجهان}، من إطلاق خير الكنانى ونحوه إذا حمل على الوطى وللمنات، ومن أن الظاهر العقد لا الوطى، ولأن العمه المملوكه لا تملك حق نفسها فكيف تملك إبطال عقد مولاها، ولذا كان {أقواهما العدم}، بل فى الجواهر إنه التحقيق، وإنه ظاهر النصوص والفتاوى.

وسكت على المتن الساده ابن العم والبروجردى والجمال، وأيده المستمسك، فتأمل.

ص: ١٨٨

(مسألة ٢٨): الزنا الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة إذا كان بعد الوطى

(مسألة ٢٨): {الزنا الطارئ على التزويج لا يوجب الحرمة إذا كان بعد الوطى} بلا إشكال ولا خلاف، بل فى الجواهر الإجماع بقسميه، بل المحكى منهما مستفيض أو متواتر.

ويدل عليه متواتر الروايات:

ففى صحيح ابن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأه أيتزوج بابنتها، قال (عليه السلام): «لا، ولكن إن كانت عنده امرأه ثم فجر بأمرأه أو أختها، لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال»^(١).

وصحيح الحلبي، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل تزوج جاريه فدخل بها ثم ابتلى بها ففجر بأمرأه أتحرّم عليه امرأته، فقال (عليه السلام): «لا، إنه لا يحرم الحلال الحرام»^(٢).

وصحيح زراره، عن أبى جعفر (عليه السلام)، إنه قال: «فى رجل زنا بأمرأته أو ببنتها أو بأختها، فقال (عليه السلام): «لا يحرم ذلك عليه امرأته» ثم قال: «ما حرم حلالاً قط»^(٣).

وفى خبره الآخر، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل زنى بأمرأته أو بأختها، فقال: «لا يحرم ذلك امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال ولا يحرمه»^(٤).

ص: ١٨٩

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٦ الباب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٦ الباب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٦ الباب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٧ الباب ٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤

وصحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام)، إنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأه أيتزوج ابنتها، قال (عليه السلام): «لا، ولكن إن كان عنده امرأه ثم فجر بابنتها أو أختها لم تحرم عليه التي عنده» (١).

إلى غيرها من الروايات.

{بل قبله} أى قبل الوطى بعد العقد {أيضاً على الأقوى} بل المشهور شهره عظيمه، بل لم ينقل الخلاف إلا عن أبى على، ونسب إلى ظاهر الاستبصار، ومال إليه الحدائق، ونقله عن بعض مشايخه، كذا فى المستمسك.

أما وجه المشهور فهو إطلاقات الأخبار المتقدمه، بالإضافة إلى قوه التعليل فى عدم تحريم الحرام الحلال.

وأما وجه القول بالحرمة فهو خير الكنانى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا فجر الرجل بالمرأه لم تحل له ابنتها أبداً، وإن كان قد تزوج ابنتها قبل ذلك ولم يدخل بها فقد بطل تزويجه، وإن هو تزوج ابنتها ودخل بها ثم فجر بأمها بعد ما دخل بابنتها فليس يفسد فجوره بأمها نكاح بنتها إذا هو دخل بها، وهو قوله (عليه السلام): لا يفسد الحرام الحلال إذا كان هكذا».

وفيه: إن هذه الروايه الواحده وإن كانت موثقه، لا- تقاوم الروايات الكثيره المطلقه المعمله مما يجب حملها على ضرب من الكراهه، خصوصاً وقد ادعى فى محكى الرياض أن هذا الخبر ضعيف لشذوذه، وقد ادعى جماعه من الأصحاب الإجماع على خلافه.

ص: ١٩٠

فلو تزوج امرأه ثم زنى بأمرأه أو بنتها لم تحرم عليه امرأته، وكذا لو زنى الأب بامرأه الابن لم تحرم على الابن، وكذا لو زنى الابن بامرأه الأب لا تحرم على أبيه

أقول: ولعله محمول على التقيه بالمعنى الذى ذكره لها فى الحدائق.

ثم الظاهر أنه على الكراهه فهى خاصه بمورد النص من الزنا بالأم بعد تزويج البنت وعدم الدخول بها، لا العكس من الزنا بالبنت بعد تزويج الأم وعدم الدخول بها.

{فلو تزوج امرأه ثم زنا بأمرأه أو ابنتها لم تحرم عليه امرأته} سواء دخل بها أم لا، أما إذا دخل بإحدهما قبل تمام العقد، بأن دخل بين الإيجاب والقبول، فهو يعد من الدخول قبل التزويج، لأنه لا يتم إلا بتمام الإيجاب والقبول.

ثم إنه لو قلنا بأن الزنا بالأم قبل تزويج البنت محرم، فلو تزوج بالبنت ثم زنى بالأم ثم طلق البنت أو انفصل عنها بسبب آخر، جاز له تزويجها مره ثانيه، ولا يعد تزويجه للبنت ثانياً من الزواج بالبنت بعد الزنا بالأم، لأنه منصرف عن مثله، وقد كانت حلالاً له قبل طلاقها.

{وكذا لو زنا الأب بامرأه الابن لم تحرم على الابن، وكذا لو زنا الابن بامرأه الأب لا تحرم على أبيه}، كما يدل عليه بالإضافة إلى الأصل ومتواتر التعليقات المتقدمه، بعض الروايات:

مثل خبر زراره، عن أبى جعفر (عليه السلام): «إن زنى رجل بامرأه أبيه أو بجاريه أبيه، فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، ولا يحرم الجاريه على سيدها، إنما

وكذا الحال فى اللواط الطارئ على التزويج، فلو تزوج امرأه ولاط

يحرّم ذلك منه إذا كان أتى الجارية وهى حلال، فلا تحل تلك الجارية أبداً لأبيه ولا لابنه» (١).

ورواه الصدوق، عن ابن بكير، إلا أنه قال: «بامرأه ابنه أو بامرأه أبيه أو بجاريه أبيه» (٢).

وخبر مرّام، سمعت أبا عبد الله (عليه السلام)، وسئل عن امرأه أمرت ابنها أن يقع على جاريه لأبيه فوقع، فقال (عليه السلام): «أثمت وأثم ابنها، وقد سألتنى بعض هؤلاء عن هذه المسألة، فقلت له: أمسكها، إن الحلال لا يفسده الحرام» (٣).

ومنه يعرف أن شرط الوطى إنما هو محمول على ما لا ينافى الأدلة المتقدمه، كروايه عمار، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى الرجل تكون عنده الجارية فيقع عليها ابن ابنه قبل أن يطأها الجسد، أو الرجل يزنى بالمرأه هل يجوز لأبيه أن يتزوجها، قال (عليه السلام): «لا، إنما ذلك إذا تزوجها فوطأها ثم زنى بها ابنه لم يضره، لأن الحرام لا يفسد الحلال، وكذلك الجارية» (٤).

{وكذا الحال فى اللواط الطارئ على التزويج، فلو تزوج امرأه ولاط}

ص: ١٩٢

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٩ الباب ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٩ الباب ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٠ الباب ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٠ الباب ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

بأخيها أو أبيها أو ابنها لم تحرم عليه امرأته، إلا أن الاحتياط فيه لا يترك.

وأما إذا كان الزنا سابقاً على التزويج، فإن كان بالعمه أو الخاله يوجب حرمة بنتيهما

بعد الزواج {بأخيها أو أبيها وابنها لم تحرم عليه امرأته} فإن الحرام لا يفسد الحلال، سواء دخل بالزوجه أم لم يدخل {إلا أن الاحتياط فيه لا يترك} كما تقدم الكلام فيه في المسألة الإحدى والعشرين من الفصل السابق.

{وأما إذا كان الزنا سابقاً على التزويج، فإن كان بالعمه أو الخاله، يوجب حرمة بنتيهما} كما هو المشهور شهره عظيمه، بل عن الانتصار والتذكرة الإجماع عليه، خلافاً للمحكي عن الحلّى والمختلف فتوقفاً في المسألة.

ويدل على التحريم صحيح محمد بن مسلم، قال: سألت رجل أبا عبد الله (عليه السلام)، وأنا جالس عن رجل نال من خالته في شبابه ثم ارتدع، يتزوج ابنتها، قال (عليه السلام): «لا»، قلت: إنه لم يكن أفضى إليها، إنما كان شيء دون شيء، فقال (عليه السلام): «لا يصدق ولا كرامه» (١).

وموثق أبي أيوب، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سأله محمد بن مسلم وأنا جالس عن رجل نال من خالته وهو شاب ثم ارتدع، أيتزوج ابنتها، قال: «لا»، قال: إنه لم يكن أفضى إليها إنما كان شيء دون ذلك، قال (عليه السلام): «كذب» (٢).

ص: ١٩٣

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٩ الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٩ الباب ١٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

أقول: هذا بالنسبة إلى الخاله، أما بالنسبة إلى العمه فيدل عليه الإجماع، ومرسل الحلبي، روى: «إن من فجر بعمته أو خالته لم تحل له ابنتاهما» (١).

ولعل الحلبي أراد بالرواية ما في الرضوى (عليه السلام) قال: «فإن زنى رجل بعمته أو خالته حرمت عليه ابنتاهما أن يتزوجهما» (٢).

وقد أشكل المسالك في الحكم المذكور بضعف السند وعدم التصريح فيه بالوطى، بل بعدمه الذى لا يليق بمنصب الإمامه تكذيبه فيه، وأنه فى الخاله خاصه، وحينئذ فيتجه ادراج حكم الزنا بهما فى حكم غيرهما، لا أن الزنا بهما ينشر الحرمه وإن لم نقل بنشر الحرمه فى الزنا بغيرهما.

أقول: الإشكال فى السند غير وارد، وتكذيب الإمام (عليه السلام) لعله كان بسبب علمه، فإنه وإن كان مضعفاً فى الجملة إلا أنه لا يسقط الخبر عن الحجية، خصوصاً والظاهر من صحيح الكناسى أنه كان كما قال الإمام (عليه السلام) فى مورد آخر، قال: إن رجلاً من أصحابنا تزوج امرأه قد زعم أنه كان يلاعب أمها ويقبلها من غير أن يكون أفضى إليها، قال: فسألت أبا عبد الله (عليه السلام) فقال لى: «كذب مره فليفارقها»، قال: فأخبرت الرجل، فو الله ما رفع ذلك عن نفسه وخلقى سييلها» (٣).

ص: ١٩٤

-
- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤
 - ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٧٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٦
 - ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٣ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٥

نعم فى العمه لا دليل إلا المرسل والرضوى، وكلاهما غير حجه، خصوصاً والحلى لم يعتمد على ما رواه، لأنه قال: فإن كان على المسأله إجماع فهو الدليل عليها.

أما ما ربما يقال: من أن روايات الباب لا تقاوم قوله سبحانه: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١)، ومتواتر الروايات الداله على أن «الحرام لا- يحرم الحلال» خصوصاً مثل ما رواه زراره من قول الباقر (عليه السلام): «ما حرم حرام حلالاً قط» (٢)، ولاحتمال التقيه فى روايات التحريم، لأنه مذهب بعض العامه.

فيرد على الأولين: إن الخاص مقدم على العام.

وعلى الثالث: إن أكثره العامه على التحليل.

ولذا لا- ينبغى التأمل فى الحكم، كما ذكره الجواهر وأيده المستمسك وغيره، وإن كان الحكم فى الخاله أقوى من الحكم فى العمه.

نعم ذلك خاص بالزنا قبل الترويج بينتيهما، أما بعد الترويج فلا إشكال فى ذلك.

وهل وطى الشبهه حكمه حكم الزنا، الظاهر لا- للأصل وقاعده «لا- يحرم الحرام الحلال»، وسحب مناط الزنا إلى المقام غير مقطوع به.

وفى انسحاب الحكم إلى عمه الأب والأم وخالتهما فما علا،

ص: ١٩٥

١- سورة النساء: الآية ٢٤

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٤ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٩

احتمالان، من الإطلاق، ومن الانصراف إلى الدنيا، والثاني أقرب، خصوصاً بعد قاعده «لا يحرم الحرام»، وإن كان الأول أحوط.

وكذا في انسحاب الحكم إلى أحفادهما، كبنت بنت العمه أو بنت ابنها.

أما العمه والخاله من الرضاع، وكذا أولادهما من الرضاع، فلا يبعد انسحاب الحكم من جهة أن «الرضاع لحمه كلحمه النسب».

وأما إذا كان الفاعل صغيراً، أو مضطراً أو ملجأً، أو كانت هي الداخلة منه فيها في نوم أو نحوه، أو كان الفاعل مجنوناً، فالظاهر عدم انسحاب الحكم، لما تقدم في مسألة اللواط المحرّم للأم والأخت والبنت.

نعم لا فرق بين أن تكون العمه والخاله صغرتين أو كبيرتين للإطلاق، كما لا فرق بين وطيهما في القبل أو الدبر، لكن الظاهر لزوم أن يكون بمقدار الحشفه، وقد تقدم الكلام في ذلك، ولا يشترط الإنزال للإطلاق.

أما غير الإدخال من سائر أقسام الاستمتاع فليس محرّماً للأصل.

وإذا دخل بهما في حال كفرهما جاز التزويج ببنتهما بعد الإسلام، لأن «الإسلام يجب ما قبله»⁽¹⁾، كما أنه لا يبعد شمول «ألزموهم» إذا كانت هي لا ترى التحريم، سواء كانت كافره أو مخالفه.

ولو شك في الدخول فالأصل العدم. ولو ادعت هي الدخول وأنكر جاز له تزويجه بهما.

ولو علم بإدخاله في الخاله أو العمه، فإن كانت كلتا بنتيهما محلاً للابتلاء لم يجز، وإلا بأن لم تكن لإحداهما بنت، أو لم تكن محلاً للابتلاء جاز،

ص: ١٩٦

وإن كان بغيرهما ففيه خلاف

لقاعدتى العلم الإجمالى والشبهه غير المبتلى بها.

ولا فرق فى بنتيهما المخلوقه حلالاً، أو شبهه، لأن حكم الشبهه حكم الحلال.

أما إذا كانت مخلوقه زناً، ففيه احتمالان، من أنها ليست بنتاً شرعاً، ومن أن بناءهم فى باب النكاح والمحرمة وما أشبه أنها بنت، وإنما الخارج قضايا الإرث ونحوها، والثانى أقرب، كما سيأتى الكلام فيه إن شاء الله تعالى.

ولا فرق فى تحريم بنتيهما بين علمهما بالحرمه أو جهلهما أو بالاختلاف للإطلاق.

{وإن كان} الزنا السابق على التزويج {بغيرهما ففيه خلاف}، فالمحكى عن الأكثر، بل المشهور الحرمه، وفى الجواهر وفقاً للأكثر نقلاً مستفيضاً ومحصلاً.

خلافاً للآخرين حيث ذهبوا إلى الحلية، وهو الذى حكاه الجواهر عن الفقيه والمقنع والمقنعه والمسائل الناصريه والمراسم والسرائر والنافع والإرشاد وكشف الرموز، بل عن التبيان أيضاً، وعن ابن إدريس والرياض شهره القول بالحل، وعن المرتضى دعوى الإجماع عليه.

كما أن القول بالتحريم مشهور عند المخالفين، فعن التذكرة نسبته إلى عمران بن الحصين وطار وطاوس ومجاهد والنخعي والثورى وأحمد وإسحاق وأصحاب الرأى.

وكيف كان، فالأقرب الحل، لأنه طريق الجمع بين طائفتى الروايات الواردة فى المقام، بعد تأييد روايات الحل بقوله سبحانه: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١).

ص: ١٩٧

وبالروايات المتواتره من أن «الحرام لا يفسد الحلال».

ففى صحيح سعيد بن يسار، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل فجر بامرأه يتزوج ابنتها، قال (عليه السلام): «نعم يا سعيد، إن الحرام لا يفسد الحلال»^(١).

وصحيح هشام بن المثنى، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، إنه سأله عن الرجل يأتى المرأه حراماً أيتزوجها، قال: «نعم، وأمها وبناتها»^(٢).

وصحيحته الأخرى، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام)، فقال له رجل: رجل فجر بامرأه أتحل له ابنتها، قال: «نعم، إن الحرام لا يفسد الحلال»^(٣).

وموثق حنان بن سدير، قال: كنت عند أبي عبد الله (عليه السلام) إذ سألت سعيد عن رجل تزوج امرأه سفاحاً هل تحل له ابنتها، قال: «نعم إن الحرام لا يحرم الحلال»^(٤).

وصحيح صفوان، قال: سأله المرزبان، عن رجل يفجر بالمرأه وهى جاريه قوم آخرين، ثم اشترى ابنتها أتحل له ذلك، قال (عليه السلام): «لا يحرم الحرام الحلال، ورجل فجر بامرأه حراماً أيتزوج بابنتها، قال (عليه السلام): «لا يحرم الحرام الحلال»^(٥).

ص: ١٩٨

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٤ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٦
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٤ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٦
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٤ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١٠
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٥ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١١
- ٥- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٥ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١٢

وروايه زراره قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): رجل فجر بامرأه هل يجوز له أن يتزوج بابنتها، قال (عليه السلام): «ما حرم حرام حلالاً قط»^(١).

إلى غيرها من الروايات التي تكررت جملة منها بإسناد آخر في المستدرک أيضاً، وصحه سند جملة من هذه الروايات وصراحتها وعمل غير واحد من الفقهاء بها قديماً وحديثاً أوجب صرف الروايات الداله على التحريم عن ظاهرها، وهي التي استدل بها القائل بالتحريم.

كصحيح محمد بن مسلم، عن أحدهما (عليهما السلام) أنه سئل عن الرجل يفجر بالمرأه أيتزوج بابنتها، قال (عليه السلام): «لا، لكن إن كانت عنده امرأه ثم فجر بأمها أو أختها لم تحرم عليه امرأته، إن الحرام لا يفسد الحلال»^(٢).

وصحيح العيص بن القاسم، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل باشر امرأه وقبّل، غير أنه لم يفض إليها ثم تزوج ابنتها، فقال (عليه السلام): «إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، وإن كان أفضى إليها فلا يتزوج ابنتها»^(٣).

وصحيح منصور بن حازم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، عن رجل كان بينه وبين امرأه فجور، هل يتزوج ابنتها، فقال: «إن كان من قبله أو شبهها فليتزوج ابنتها وليتزوجها هي إن شاء»^(٤).

ص: ١٩٩

- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٤ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٩
- ٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٦ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٣٤ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢
- ٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٣ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

والأحوط التحريم بل لعله لا يخلو عن

وعن الكافي روايته هكذا: «فليتزوج ابنتها إن شاء، وإن كان جماعاً فلا يتزوجها» (١).

إلى غيرها من الروايات التي تكررت جملة منها في المستدرک.

وقد أجاب المحرمون عن روايات الحل:

بحملها تاره على التقیه.

وأخرى بأن المراد بها دون الجماع.

وثالثه: بترجيح روايات التحريم عليها بالشهره.

ورابعه: بأن المراد بقاعده «لا يحرم الحرام الحلال» ما كان تزويج البنت سابقاً، ببيان أن المراد بالحلال الحلال الفعلى لا الحلال الشائى.

وخامسه: بأن روايات التحريم الأكثر عدداً.

وسادسه: بأن نصوص التحريم أوضح طريقاً.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ قد عرفت أن كلا القولين مشهوران عند العامه، وإرادته دون الجماع خلاف صريحها، والشهره موجوده فى القولين، وإرادته الحليه الفعلية خلاف صريح روايات التحليل، والأكثر عدداً لو سلم صغراه لم يكن من المرجحات، ولم يعلم وجه كون روايات التحريم أوضح طريقاً، فالقول بالحليه هو الأقرب، ولذا قال فى المستمسك: «إن الأخذ بنصوص التحليل متعين».

{و} إن كان {الأحوط التحريم}.

أما قول المصنف: {بل لعله لا يخلو عن

ص: ٢٠٠

قوه { فففيه ما لا يخفى، ولذا قال السيد البروجردى: القوه محل تأمل، بل منع.

بقى أمران:

الأول: إن أم المزنى بها حالها حال البنت، فإذا قلنا بالحرمة فى البنت حرمت فى الأم، وإذا قلنا بالحليه فى البنت حلت فى الأم، وذلك للفهم من الأخبار أن الزنا كالوطى الصحيح أم لا، فإن كان الأول فالتحريم فيهما، وإن كان الثانى فالحليه فيهما.

الثانى: هل تحرم المزنى بها على أب الزانى وابنه، فيه الاحتمالان السابقان، وإن كان الأظهر الحليه، لقوله تعالى: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١)، ولمتواتر النصوص: «لا يفسد الحرام الحلال» بعد شموله للحلال شأنًا، كما يظهر من الروايات السابقه، ولذا تحمل ما دل على النهى على الكراهه.

كصحيح أبى بصير، سألته عن الرجل يفجر بالمرأه أتحل لابنه، أو يفجر بها الابن أتحل لأبيه، قال: «إن كان الأب والابن مسها واحد منهما فلا تحل له» (٢).

وخبر ابن جعفر، عن أخيه (عليهم السلام)، قال: سألته عن رجل زنى بامرأه هل تحل لابنه أن يتزوجها، قال: «لا» (٣).

ص: ٢٠١

١- سورة النساء: الآية ٢٤

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٨ الباب ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٨ الباب ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢

وكذا الكلام فى الوطى بالشبهه، فإنه إن كان طارئاً لا

ويؤيد الحليه ما رواه الوسائل، من صحيح الهاشم بن المثنى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «إن الحرام لا يفسد الحلال» (١).

وعن حنان بن سدير، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «الحرام لا يفسد الحلال» (٢).

فإنه ذكر هاتين الروايتين فى هذا الباب، ثم قال: (حملهما الشيخ على تأخر الزنا عن الترويح) انتهى، فإن ظاهره أنهما مطلقه وقد وردتا فى هذا الباب، وإلا لم يكن وجه للحمل، بل كان اللازم أن يقول يخصص بصحيحه أبى بصير وغيرها.

ويؤيده أيضاً حصر الصدوق فى المقنع الحرمة فيما إذا كان حلالاً، مما يدل أن الحرام لا يوجب الحرمة، بضميمه أن المقنع متون الروايات، قال: «فإن زنى رجل بامرأه أبيه أو امرأه ابنه، أو بجاريه أبيه أو ابنه، فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، ولا تحرم الجارية على سيدها، وإنما يحرم ذلك إذا كان منه حلالاً، فإذا كان حلالاً فلا تحل تلك الجارية أبداً لابنه».

والحليه هو ظاهر المستمسك حيث إنه قال بتحريمها على الأب والابن على القول بالحرمة فى بنت المزنى بها وأمها، قال: (لأن الزنا على هذا القول بمنزله الدخول بالعقد الصحيح فلا فرق عند القائلين بالنشر بين المسألتين)، وقد تقدم منه (رحمه الله) احتيار الحليه فى مسأله بنت المزنى بها وأمها، والله سبحانه العالم.

{وكذا الكلام فى الوطى بالشبهه، فإنه إن كان طارئاً} على النكاح {لا

ص: ٢٠٢

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٤ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١٠

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٩ الباب ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٤

يوجب الحرمة، وإن كان سابقاً على التزويج أوجبها.

يوجب الحرمة { فإن كانت البنت فى حبالته ثم وطأ أمها شبهة لم تحرم، للأصل وقوله سبحانه: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١)، وقولهم (عليهم السلام): «لا يحرم الحرام الحلال» (٢)، إذا أريد منه الحرام الذاتى.

{وإن كان سابقاً على التزويج} فالمشهور أنه {أوجبها}، والمحكى عن ابن إدريس والشرايع والنافع عدم النشر، وتردد جمع منهم العلامة فى القواعد، والثانى أقرب، للأصل والآية والرواية.

استدل للحرمة كما فى الجواهر بعد أن قوى الحرمة، بالإجماع المحكى عن التذكرة المعتضد بنفى الخلاف فى محكى المبسوط، وبالشهره العظيمة نقلاً وتحصيلاً، بل عن ابن المنذر نسبه إلى علماء الأمصار وعد منهم أصحاب النص وهم الإماميه فالعمده فى تأييده ذلك، انتهى.

وبالآيه الكريمة: (ولا تنكحوا ما نكح آبؤكم) (٣)، بناءً على أن النكاح أعم من الوطى.

ويقولهم (عليهم السلام): «لا يحرم الحرام الحلال» (٤). فإن مفهومه أن الحلال يحرم الحلال، والوطى بالشبهه حلال.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ كيف يتحقق الإجماع مع مخالفه من عرفت.

ص: ٢٠٣

١- سورة النساء: الآيه ٢٤

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٥ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١٢

٣- سورة النساء: الآيه ٢٢

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٥ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١٢

قال في المستمسك: (فإن خلاف الحلى والمحقق وتوقف العلامه فى القواعد مانع من صحه الاعتماد على الإجماع).

أما الآيه فلا شك فى أن وطى الشبهه خارج من دلالتها.

والحديث ظاهر فى الحرام الواقعى، والوطى شبهه محرم معذور فيه، ولذا كان تارك الواجب وفاعل المحرم جاهلاً جهلاً عذراً، لفعله القبح وإن لم يكن هناك قبح فاعلى، ولذا منع السيد البروجردى ما ذكره الماتن من القوه فى الحرمة.

ثم إنه حيث لم تتحقق الحرمة فى وطى الشبهه لم تتحقق فى مثل وطى المجنون والطفل والنائم والسكران وشارب المرقد، وإن لم يصطلح على ذلك بوطى الشبهه.

ووطى الشبهه إن علم فى الأثناء فأخرج فوراً لم يكن خارجاً عن وطى الشبهه، أما إن أبقي كان من الزنا، ولم يدخل فى مسأله وطى الشبهه، فإن النتيجة تابعه لأخس المقدمتين.

ومثله ما لو انعكس، كما إذا زنى وغفل فى الأثناء فقطع بأنه وطى لزوجته مثلاً.

ومثل وطى الشبهه فى عدم التحريم ما لو أكره أو جبر أو اضطر إلى الزنا، لأنه «لا يحرم الحرام الحلال»، ولقوله سبحانه: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١)، وتتحقق الشبهه بالجهل بالحكم أو الموضوع.

ص: ٢٠٤

(مسألة ٢٩): إذا زنى بمملوكه أبيه، فإن كان قبل أن يطأها الأب حرمت على الأب، وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم، وكذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكه ابنه.

(مسألة ٢٩): {إذا زنى بمملوكه أبيه، فإن كان قبل أن يطأها الأب حرمت على الأب} كما عن الشيخ وابن الجنيد وابن البراج، وعن القواعد إنه قال: فى التحريم نظر، والأقرب عدم الحرمة، لقوله سبحانه: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١)، وقولهم (عليهم السلام): «لا يحرم الحرام الحلال» (٢).

ولما تقدم من خبر زراره، قال أبو جعفر (عليه السلام): «إذا زنى رجل بامرأه أبيه أو بجاريه أبيه، فإن ذلك لا يحرمها على زوجها، ولا يحرم الجارية على سيدها، إنما يحرم ذلك منه إذا أتى الجارية وهى له حلال فلا تحل تلك الجارية لابنه ولا لأبيه» (٣).

والكلام فى المسألة طويل نكتفى منه بهذا القدر.

{وإن كان بعد وطئه لها لم تحرم} كما عن الأكثر، ويدل عليه ما تقدم من الآية والرواية، وقيل يحرم لعموم قوله تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) وقد تقدم أن ظاهره النكاح لا الوطى.

{وكذا الكلام إذا زنى الأب بمملوكه ابنه} فهى لا تحرم، قبل الدخول كان

ص: ٢٠٥

١- سورة النساء: الآية ٢٤

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٥ الباب ٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١٢

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣١٩ الباب ٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

أو بعد الدخول، للأدلة المتقدمة، مع وجود الاختلاف بين الأصحاب هنا، لأن المسألتين عندهم من باب واحد، ولم يظهر لهم تام دليل بالنسبة إلى المنع الذي ذكره جملة منهم في الأولى أو الثانية.

ص: ٢٠٦

مسأله ٣٠ عدم الفرق فى الزنا بين القبل والدبر

(مسأله ٣٠): لا فرق فى الحكم بين الزنا فى القبل أو الدبر.

(مسأله ٣٠): {لا- فرق فى الحكم بين الزنا فى القبل أو الدبر}، والحكم لا إشكال فيه على الظاهر كما فى المستمسك، وذلك لصدق الزنا فى كليهما على القول بالتحريم.

ولأصالة عدم الحرمة على القول بعدم التحريم لما تقدم دليله.

ص: ٢٠٧

(مسألة ٣١): إذا شك في تحقق الزنا وعدمه بنى على العدم، وإذا شك في كونه سابقاً أو لا بنى على كونه لاحقاً.

(مسألة ٣١): {إذا شك في تحقق الزنا وعدمه بنى على العدم} للأصل، سواء كان من جهة الشك في الدخول وعدمه، أو شك في أن المزني بها كانت هذه أو غيرها، مع عدم وجود علم إجمالي يقتضى الاجتناب عن كلا الطرفين.

{وإذا} علم بالزنا و{شك في كونه سابقاً أو لاحقاً، بنى على كونه لاحقاً} فلا حرمه.

ثم إن المراد بكونه لاحقاً إجراء أصاله الصحة في العقد التي معها لا مجال لتقسيم المسألة إلى ما يعلم تاريخ العقد ويجهل تاريخ الزنا وبالعكس، وما يجهل تاريخهما، كما فعله المستمسك وأشكل لأجله في صورتى الشك في تاريخ العقد والعلم بتاريخ الزنا، لأصاله عدم العقد إلى حين الزنا المثبتة لكون الزنا محرماً، والشك في تاريخهما معاً الموجب لسقوط الأصلين، فتكون الشبهه موضوعيه والمرجع فيها إلى أصاله عدم ترتب الأثر على العقد فيحكم بطلانه.

ولذا الذى ذكرناه من الصحة مطلقاً، سكت على المتن الساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

(مسألة ٣٢): إذا علم أنه زنى بإحدى امرأتين، ولم يدر أيتها هي، وجب عليه الاحتياط إذا كان لكل منهما أم أو بنت، وأما إذا لم يكن لإحدهما أم ولا بنت فالظاهر جواز نكاح الأم أو البنت من الأخرى.

(مسألة ٣٢): {إذا علم أنه زنى بإحدى امرأتين، ولم يدر أيتها هي، وجب عليه الاحتياط إذا كان لكل منهما أم أو بنت} لأنه مقتضى العلم الإجمالى، ولكن ينبغى اشتراط أن تكون كلتاهما محلاً للابتلاء، وإلا لم يكن العلم منجزاً، كما ذكره فى الأصول.

{وأما إذا لم يكن لإحدهما أم ولا بنت، فالظاهر جواز نكاح الأم أو البنت من الأخرى} لأنه حيث يخرج بعض الأطراف عن محل الابتلاء يكون الباقي بحكم الشبهة البدويه، فيجرى فيه أصل الحل.

ومثل عدم الأم والبنت لإحدهما عدم ابتلائه بهما لكفر أو زواج أو ما أشبه مما يعلم استمراره.

وإذا كان أطراف العلم الإجمالى ثلاثه إحدهما ليست محلاً للابتلاء لم ينفع فى انحلال العلم كما هو واضح.

ومثل ما تقدم فى تنجيز العلم، إذا علم بالحرمة لكن إما من جهة الزنا بأمها أو من جهة اللواط بأخيها.

إلى غير ذلك من فروض العلم الإجمالى.

مسألة ٣٣ عدم الفرق بين الاختيار والاجبار في الزنا

(مسألة ٣٣): لا- فرق في الزنى بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً، ولا- بين كونه فى حال النوم أو اليقظة، ولا بين كون الزانى بالغاً أو غير بالغ، وكذا المزنى بها، بل لو أدخلت المرأة ذكر الرضيع فى فرجها نشر الحرمة على إشكال، بل لو زنى بالميتة فكذلك،

(مسألة ٣٣): {لا- فرق فى الزنا بين كونه اختيارياً أو إجبارياً أو اضطرارياً}، وذلك للإطلاق، وإن كان فيه ما عرفت سابقاً من أن دليل رفع الاضطرار والإكراه يوجب عدم كل الأحكام لا العقاب فقط، إذ ظاهر دليل الرفع رفع كل تبعه دنيويه أو أخروييه إلا ما خرج بنص أو إجماع أو ضروره.

ومنه يعلم الإشكال فى قوله: {ولا- فى كونه فى حال النوم أو اليقظة، ولا بين كون الزانى بالغاً أو غير بالغ}، فاللازم عدم الحكم فى زنا النائم وغير البالغ وكذا السكران الفاقد للوعى والمجنون ونحوهم لأدله رفع القلم.

{و كذا المزنى بها} لأنه إذا تحقق الزنا من طرف الرجل فالحرمة حكمه، ولا يرتبط الأمر بالمزنى بها.

كما يعلم مما تقدم الإشكال فى قوله: {بل لو أدخلت المرأة ذكر الرضيع فى فرجها نشر الحرمة} إذ ليس ذلك زنا، لما عرفت من رفع القلم عن الصبى.

{على إشكال} حتى عند المصنف، من جهة أنه منصرف عن قوله (عليه السلام) «لو زنا»، فلا يصدق الدليل عليه.

{بل لو زنا بالميتة فكذلك} نشر الحرمة عند المصنف لإطلاق الدليل {على

على إشكال أيضاً، وأشكال من ذلك لو أدخلت ذكر الميت المتصل، وأما لو أدخلت الذكر المقطوع فالظاهر عدم النشر.

إشكال أيضاً { لأن المنصرف من الدليل الزنا بالحي فلا يشمل الزنا بالميتة.

{وأشكال من ذلك} في نشر الحرمة {لو أدخلت ذكر الميت المتصل} لانصراف الدليل عن مثله.

{وأما لو أدخلت الذكر المقطوع} أو أدخل الرجل ذكره في الفرج المقطوع {فالظاهر عدم النشر} لعدم صدق الزنا.

ولا ينافى ما ذكرناه كون العمل حراماً يوجب حداً أو تعزيراً، لأن مناط كل مقام دليبه.

ص: ٢١١

(مسألة ٣٤): إذا كان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجه رجعيّاً ثم رجع الزوج في أثناء العده لم يعد سابقاً حتى ينشر الحرمة، لأن الرجوع إعادته الزوجيه الأولى، وأما إذا نكحها بعد الخروج عن العده، أو طلقت بائناً فنكحها بعقد جديد ففي صحة النكاح وعدمها وجهان، من أن الزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة لكونه لاحقاً، فلا أثر له بعد هذا أيضاً، ومن أنه سابق بالنسبه إلى هذا العقد الجديد

(مسألة ٣٤): {إذا كان الزنا لاحقاً فطلقت الزوجه رجعيّاً، ثم رجع الزوج في أثناء العده لم يعد} الزنا {سابقاً حتى ينشر الحرمة} على القول بنشره للحرمة، {لأن الرجوع إعادته الزوجيه الأولى} بل قد عرفت أن المطلقه رجعيه زوجه فكأنها لم تخرج عن حباته، فلا يشمل دليل تحريم الزنا السابق على العقد، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة السادسة والعشرين.

{وأما إذا نكحها بعد الخروج عن العده، أو طلقت بائناً فنكحها بعقد جديد} أو كان الانفصال بالفسخ أو انقضاء مده المتعه أو بالارتداد {ففي صحة النكاح وعدمها وجهان}، وجه الصحة {من أن الزنا حين وقوعه لم يؤثر في الحرمة لكونه لاحقاً فلا أثر له بعد هذا أيضاً}، وهذا هو الأقرب، لأن المستفاد من دليل تحريم الزنا أنه لا تحل المرأه بعده، فإذا كانت له حلالاً لم يكن فرق بين بعده مباشره أو بعده بفاصل.

{ومن أنه سابق بالنسبه إلى هذا العقد الجديد}، وجعله المستمسك أقوى

لإطلاق الأدله، وفيه: إنه لا إطلاق لها بعد مركزيه المناسبه التي ذكرناها بين حل الوطى بعد الزنا مباشرة وحله بعده بفاصل.

{و} إن كان {الأحوط النشر}، وقد سكت الساده ابن العم والبروجردى والجمال على المتن دليلاً على ترددهم فى المسأله.

نعم لا ينبغى الإشكال فى أنه إذا زنى بها ثانياً كان اللازم التحريم، لأنه زنا ليس بعده حليه.

ثم إنه إذا زنى بالمرأه فانقلبت إلى ذكر، كما تجرى علميات جراحيه فى الحال الحاضر من هذا القبيل، أو لاط بالغلام ثم انقلب انثى، فالظاهر حل البنت والأخت، لأن الحكم يتبع موضوعه والاستصحاب لا مجال له بعد تبدل الموضوع، فتأمل.

ولو لاط بفتاه، ثم انقلبت ذكراً _ كما رأينا فى العراق، حيث كانت امرأه تسمى فضيله فأجروا لها عمليه جراحيه فصارت ذكراً وسمى نفسه فاضلاً، وقد جاءنى فى حاله ذكوره وقد نبت له لحيه، وألف كتاباً حول نفسه بهذا الشأن _ فهل تحرم أخته وبنته وأمه، الظاهر لا، لأنه لم يلط بالولد، وموضوع النص اللواط بالشاب.

وعليه تكون الثلاثه محرمه على الفاعل إذا فعل حاله الذكوره لا حاله الأنوثة، ومما ذكرنا يعرف حال سائر الفروض.

مسألة ٣٥ لو زوجه فضولاً ثم زنى بأمها

(مسألة ٣٥): إذا زوجه رجل امرأه فضولاً فزنى بأمها أو بنتها ثم أجاز العقد، فإن قلنا بالكشف الحقيقي كان الزنا لاحقاً، وإن قلنا بالكشف الحكمي أو النقل كان سابقاً.

(مسألة ٣٥): {إذا زوجه رجل امرأه فضولاً- فزنى بأمها أو بنتها} بناءً على أن الزنا ينشر الحرمة {ثم أجاز العقد} بأن كان الزنا متوسطاً بين العقد والإجازة {فإن قلنا بالكشف الحقيقي كان الزنا لاحقاً} إذ الإجازة كشفت عن سبق العقد حقيقه.

{وإن قلنا بالكشف الحكمي} فالظاهر أنه كالكشف الحقيقي، إذ هو محكوم بذلك، وأنه إنما يجيز ما تقدم، ولذا لو افتضها وهو لا يعلم أنها عقدت له لم يكن عليه ديه، كما أنه لم يحد، إلى غير ذلك من الأحكام.

{أو النقل كان سابقاً} لوضوح أنه بناءً على ذلك لم يكن عقد قبل الإجازة.

(مسألة ٣٦): إذا كان للأب مملوكه منظوره أو ملموسه له بشهوه حرمت على ابنه، وكذا العكس على الأقوى فيهما، بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغير شهوه، كما إذا كان للاختبار أو للطبابة أو كان اتفاقياً، بل وإن أوجب شهوه أيضاً، نعم لو لمسها لإثارة الشهوه، كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوه، فالظاهر النشر.

(مسألة ٣٦): {إذا كان للأب مملوكه منظوره أو ملموسه له بشهوه، حرمت على ابنه} كما تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثانيه من هذا الفصل.

{وكذا العكس، على الأقوى فيهما}، وهل هذا خاص بالأب أو يشمل الجد احتمالان، وإن كان الأظهر عدم الشمول، لأن الحكم على خلاف الأصل، والمنصرف من النص الأب والابن فقط، فالعمومات هي المحكمه في ما عداهما.

{بخلاف ما إذا كان النظر أو اللمس بغيره شهوه} لتقيد النص بالشهوه، {كما إذا كان للاختبار} هل أنها سمراء أو بيضاء مثلاً، {أو للطبابة، أو كان اتفاقياً} كما إذا وقع نظره إليها {وإن أوجب شهوه أيضاً} لأنه لا يسمى نظر بشهوه.

{نعم لو لمسها لإثارة الشهوه، كما إذا مس فرجها أو ثديها أو ضمها لتحريك الشهوه، فالظاهر النشر} كما لم يستبعده الجواهر، وتبعه المستمسك، وسكت عليه المعلقون، لشمول النص لمثله.

ثم إن منظوره الأب وملموسته في الحره، سواء كان اللمس أو النظر حراماً أو حلالاً، بأن كانا بشبهه، لا- يوجبان إلا الكراهه بالنسبه إلى الآخر، وإن كان ربما يحتمل ذلك كما سيأتي.

أولاً: للمناط في المملوكه.

وثانياً: لبعض الروايات:

مثل خبر أبي بصير، قال: سألت عن الرجل يفجر بالمرأه أتحل لابنه، أو يفجر بها الابن أتحل لأبيه، قال: «لا، إن كان الأب أو الابن مسها واحد منهما فلا تحل»^(١)، بناءً على أن المراد باللمس اللمس.

وعن محمد بن مسلم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: «إذا جرد الرجل ووضع يده عليها فلا تحل لابنه»^(٢).

وثالثاً: لأن النظر واللمس أولى من العقد المحرّم، لكن لا نقول بالحرمة هنا للإجماع فلا أقل من الكراهه.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ لا علم بالمناط، وظاهر المس الوطى، وخبر ابن مسلم منصرف إلى الجاربه، ولذا ذكرها الفقهاء فى بابها، والأولويه ممنوعه، وعلى هذا فلا كراهه بالنسبه إلى الحره، والله سبحانه العالم.

ص: ٢١٦

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٨ الباب ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٨ الباب ٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

(مسألة ٣٧): لا تحرم أم المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس والناظر على الأقوى، وإن كان الأحوط الاجتناب

(مسألة ٣٧): {لا- تحرم أم المرأة المملوكة الملموسة والمنظورة على اللامس والناظر على الأقوى} كما هو المشهور، قال في الشرائع: (ومن نشر به الحرمه يحصر التحريم على أب اللامس والناظر وابنه خاصه دون أم المنظوره أو الملموسه).

أقول: ويدل عليه بالإضافة إلى الأصل، المطلقات كقوله سبحانه: (وأحل لكم ما وراء ذلكم) (١)، وغيره.

{وإن كان الأحوط الاجتناب} كما عن أبي علي الفتوى به، ولم يستبعده الجواهر، بل عن الشيخ الإجماع عليه، ولا يخفى ما في الإجماع، ولذا قال كشف اللثام: إنه ممنوع، ولعل الشيخ أراد به أنه مطابق للنص الآتي، وحيث إن النص مجمع على العمل به فهو إجماعي، كما وجه الشيخ المرتضى (رحمه الله) أمثال هذه الإجماعات بمثل هذا التوجيه.

وكيف كان، فقد استدلل للتحريم بجمله من الروايات:

مثل المروى عن النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) قال: «لا ينظر الله إلى رجل نظر إلى فرج امرأه وابنتها» (٢).

ص: ٢١٧

١- سورة النساء: الآية ٢٤

٢- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٨

كما أن الأحوط اجتناب الربيبه الملموسه أو المنظوره أمها، وإن

وعنه (صلى الله عليه وآله وسلم): «من كشف قناع امرأه حرمت عليه أمها وبناتها»^(١).

ويرد على ذلك أولاً: ضعف السند.

وثانياً: فى الحديث الأول ذكر النظر إلى موضع خاص، فكيف يستفاد منه الإطلاق.

وثالثاً: إنه كناية عن الجماع، وإلا فمن الواضح أن الربيبه لا تحرم بمجرد عقد الأم، فقد نظر إلى فرجها فرج ابنتها، وكشف القناع عنها ولم تحرم ابنتها، كما سيأتى.

أما الروايات الواردة فى أم الزوج، وأنه ليس له أن يتزوج البنت، فليست مربوطه بأم المرأه الملموسه والمنظوره، ولا قطع بالمناط كما لا يخفى.

{كما أن الأحوط اجتناب الربيبه الملموسه أو المنظوره أمها}، بل فى الجواهر قوى التحريم وجعل النظر واللمس قائماً مقام الوطى، واستدل له بصحيح ابن مسلم: سئل أحدهما (عليهما السلام) عن رجل تزوج امرأه فنظر إلى رأسها وبعض جسدها أتزوج ابنتها، قال (عليه السلام): «لا، إذا رأى منها ما يحرم على غيره فليس له أن يتزوج ابنتها»^(٢).

ص: ٢١٨

١- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٧٩ الباب ٢٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٦

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٣ الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

وخبّر أبو الربيع، قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه فمكث معها أياماً لا يستطيعها غير أنه قد رأى منها ما يحرم على غيره ثم يطلقها، أيصح له أن يتزوج ابتها، قال: «أيصلح له وقد رأى من أمها ما رأى»^(١).

ومثله موثق محمد بن مسلم، عن أبي جعفر (عليه السلام)^(٢).

ثم إنه وإن لم يذكر في هذه الروايات اللمس، إلا أنه مشمول لها بطريق أولى.

{وإن كان الأقوى عدمه} كما هو المشهور، بل في المستمسك إنه ظاهر الأصحاب، حيث اشترطوا في تحريم الربيبه الدخول بأمها.

وكيف كان، يدل على المشهور الآية الكريمة: (فإن لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم)^(٣)، فإنه كالصریح في أن الميزان الدخول فقط.

ولو كان اللمس والنظر محرّمان كان اللازم سبق التحريم على الدخول، لأنهما سابقان على الدخول إلا في النادر جداً، حيث لا يكون لمس الحشفه للموضع قبل دخولها وحصول التقاء الختانيين، إذ لا يراد باللمس لمس اليد، بل الجسم في الجملة الشامل للمس الحشفه.

ومنه يظهر أنه لو لم يحمل صحيح ابن مسلم على الكراهه كان معارضاً لظاهر الكتاب، مما يوجب رد علمه إلى أهله.

بالإضافة إلى صحيح العيص بن

ص: ٢١٩

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٣ الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٣ الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

٣- سورة النساء: الآية ٢٣

بل قد يقال: إن اللمس والنظر يقومان مقام الوطى فى كل مورد يكون الوطى ناشراً للحرمة

القاسم قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام)، عن رجل باشر امرأته وقبل غير أنه لم يفيض إليها ثم تزوج ابنتها، قال: «إن لم يكن أفضى إلى الأم فلا بأس، وإن كان أفضى فلا يتزوج ابنتها» (١).

والقول بأن الموجود فى نسخه (بأشراً) لا (أمرأة) فيدل على الأجنبي، يرد عليه:

أولاً: إن الموجود فى نسخنا (أمرأة).

وثانياً: إن (أمرأة) أعم من الأجنبي، وبعد ذلك لا حاجة إلى إسقاط صحيح ابن مسلم بالإعراض، كما فعله بعض الفقهاء.

هذا بالإضافة إلى الروايات المصرحة بدوران الأمر مدار الدخول وجوداً وعدمًا، كقول الصادق (عليه السلام) فى روايه الدعائم: «هى ابنة امرأته عليه حرام إذا كان دخل بأمرها، فإن لم يكن دخل بأمرها فتزويجها له حلال» (٢)، ولذا أفتى غير واحد بالكرهه حتى من المحدثين كالوسائل والمستدرک.

{بل قد يقال: إن اللمس والنظر يقومان مقام الوطى فى كل مورد يكون الوطى ناشراً للحرمة، لكن عن المسالك إنه لم يقف على القائل بالتحريم، وإنه قول ضعيف جداً لا دليل عليه.

ص: ٢٢٠

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٥٤ الباب ١٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

٢- المستدرک: ج ٢ ص ٥٧٨ الباب ١٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

فتحرم الأجنبي الملموسه أو المنظوره شبهه أو حراماً على الأب والابن، وتحرم أمها وبناتها حره كانت أو أمه، وهو وإن كان أحوط إلا أن الأقوى خلافه، وعلى ما ذكر فتنحصر الحرمة فى مملوكه كل من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسه أو منظوره بشهوه.

{فتحرم الأجنبي الملموسه أو المنظوره شبهه أو حراماً على الأب والابن، وتحرم أمها وبناتها حره كانت أو أمه، وهو وإن كان أحوط إلا أن الأقوى خلافه} للإطلاقات والعمومات، بل عرفت أن قول الجواهر نادر.

{وعلى ما ذكر فتنحصر الحرمة فى مملوكه كل من الأب والابن على الآخر إذا كانت ملموسه أو منظوره بشهوه} لأنه المنصرف من الأدله.

أما إذا وقع نظره أو لمسها لإنقاذها من الغرق ونحوه لم يكن يوجب الحرمة على القول به، وكذا بالنسبه إلى الحره كراهه أو تحريماً على قول الجواهر، وإطلاق الأدله المتقدمه بالنسبه إلى كل نظر أو لمس منصرف إلى ذلك.

(مسأله ٣٨): فى إيجاب النظر أو اللمس إلى الوجه والكفين إذا كان بشهوه نظر، والأقوى العدم.

(مسأله ٣٨): {فى إيجاب النظر أو اللمس إلى الوجه والكفين إذا كان بشهوه نظر، والأقوى العدم} لأصالة الحل بعد انصراف الأدله المانعه عن ذلك، لأن ما ذكر فيها كان التقبيل والكشف والتجريد ونحوهما مما لا يصدق على المقام.

والظاهر أن مراده من استثناء الوجه والكفين ما إذا كان بالنظر لا بمثل المس كوضع خده على خدها وقرصها ونحوهما، كما أشار إليه المستمسك، وقد أشار السيدان ابن العم والبرجردى إلى أن استثناء الوجه والكفين إنما هو فى النظر.

نعم يمكن أن يقال: إن لمس ما يجوز النظر إليه جائز إذا لم يكن بشهوه، كما ذكرناه فى مسأله اللمس بدليل بعض الروايات فى غسل غير المحرم.

ثم إن المنصرف من اللمس الموجب للكراهه أو الحرمة هو ما إذا كان للجسد، لا ما إذا لمس ثوبها ونحو ذلك، وقد تقدم فى مسأله النظر واللمس فروع تنفع فى المقام أيضاً.

(مسألة ٣٩): لا يجوز الجمع بين الأختين فى النكاح

(مسألة ٣٩): {لا- يجوز الجمع بين الأختين فى النكاح} بلا- إشكال ولاخلاف من أحد، بل الإجماعات عليه متواتره، وهو من ضروريات دين الإسلام، ويدل عليه قوله تعالى: (وأن تجمعوا بين الأختين)(١).

ومتواتر الروايات:

ففى صحيحه محمد بن قيس، عن أبى جعفر (عليه السلام)، قال: «قضى أمير المؤمنين (عليه السلام) فى أختين نكح إحداهما رجل ثم طلقها وهى حبلى، ثم خطب أختها فجمعهما قبل أن تضع أختها المطلقة ولدها، فأمره أن يفارق الأخيره حتى تضع أختها المطلقة ولدها، ثم يخطبها ويصدقها صداقاً مرتين»(٢).

أقول: مره لأجل الشبهه، والثانيه لأجل النكاح.

وعن مروان بن دينار قال: قلت لأبى إبراهيم (عليه السلام): لأى عله لا- يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين، قال: «لتحصين الإسلام وفى سائر الأديان يرى ذلك»(٣).

أقول: المراد تحصينه عن دنايا الأمور، فإن الجمع بينهما يوجب التشاجر المنتهى إلى قطع الرحم بينهما وبين أولادهما.

وعن جميل بن دراج، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجل تزوج أختين فى عقده واحده، قال: «يمسك أيتهما شاء ويخلى سبيل الأخرى»(٤).

ص: ٢٢٣

١- سورة النساء: الآية ٢٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٣

٤- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

ومرسله عن بعض أصحابه، عن أحدهما (عليهما السلام)، أنه قال: في رجل تزوج أختين في عقده واحده، قال (عليه السلام): «هو بالخيار يمسك أيهما شاء ويخلى سبيل الأخرى»^(١).

إلى غيرها من الروايات التي تأتي جملة منها في ثنايا البحث إن شاء الله.

ثم إنه لا يبعد أن يكون الجمع بين الأختين في الزنا أشد حرمة، وإن لم يكن له حد أكثر، وكذلك الزنا بالأم وال بنت مثلاً، لما يستفاد من تحريم ذلك من أنه مع الحلية الشأنيه لإحدهما يكون الثاني حراماً فكيف بالحرمة الفعلية.

{دواماً أو متعاً} بلا خلاف ولا إشكال، لصحيح البنظي، عن الرضا (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل تكون عنده امرأه يحل له أن يتزوج أختها متعاً، قال (عليه السلام): «لا»^(٢).

والرواية وإن تضمنت كون إحدهما دائماً والأخرى متعاً، إلا أن المناط فيها بالإضافة إلى إطلاقات النص والفتوى، يعطى عدم الفرق بين أن تكونا دائمتين أو متعتين أو بالاختلاف.

وما في خبر منصور الصيقل، عن أبي عبد الله (عليه السلام): «لا بأس بالرجل أن يتمتع أختين»^(٣)، فالمنصرف منه متعتهما بالتفريق.

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٨ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٧ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

سواء كانتا نسبيتين أو رضاعيتين أو مختلفتين، وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الملك مع وطئهما

{سواء كانتا نسبيتين أو رضاعيتين} بلا- إشكال ولا- خلاف، ويدل عليه بالإضافة إلى عموم «يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب»^(١)، صحيح أبي عبيده، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «لا تنكح المرأة على عمتها، ولا على خالتها، ولا على أختها من الرضاعة»^(٢).

أما إذا كانتا ولدى زنا أو إحداهما كذلك فالظاهر المنع، لإطلاق الأدلة التي اتخذت في موضوعها الأخت عرفاً، ولذا قالوا: لا يجوز أن يتخذ الإنسان ابنته المخلوقة من ماء الزنا، أما كون العاهر له الحجر فلا ينافي ذلك، لأن انقطاع النسب في الإرث ونحوه بدليل، لا يستلزم عدم صدق البنت والأخت ونحوهما حتى يبيح الزواج.

ومنه يعلم الحرمة في الأختين الموطوءه شبهة في إحداهما أو كليهما {أو مختلفتين} جعله السيد الحكيم من غلط النسخه، أما السيد البروجردى فقد قال: أي مختلفتى الانتساب إلى أبيهما أو أمهما الذى هو الملاك لكونهما أختين.

{وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الملك مع وطئهما} فإذا كانتا له ووطأ إحداهما لم يجز له وطئ الأخرى بلا إشكال ولا خلاف، بل عن الكشف اللثام والجواهر الإجماع عليه، ويدل عليه قوله سبحانه: (وأن تجمعوا بين الأختين)^(٣)،

ص: ٢٢٥

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٢٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٨

٣- سورة النساء: الآية ٢٣

وأما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطى فلا مانع منه

فإن وطيهما يوجب صدق أنه جمع بين الأختين.

بالإضافة إلى متواتر الروايات.

كموثق الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت له: الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما ثم يطأ الأخرى بجهاله، قال (عليه السلام): «إذا وطأ الأخيره بجهاله لم تحرم عليه الأولى، وإن وطأ الأخيره وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً» (١).

وخبر عبد الغفار الطائي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل كانت عنده أختان فوطأ إحداهما ثم أراد أن يطأ الأخرى، قال: «يخرجها عن ملكه»، قلت: إلى من، قال: «إلى بعض أهله»، قلت: فإن جهل ذلك حتى وطأها، قال: «حرمتا عليه كلتاهما» (٢).

إلى غيرها من الروايات الكثيره التي توجب حمل ما دل على الجواز على بعض المحامل.

كصحيح علي بن يقطين، قال: سألت أبا إبراهيم (عليه السلام) عن أختين مملوكتين وجمعتهما، قال: «تستقيم ولا أحبه لك»، فإنه محمول على التقيه، كما ذكره غير واحد، أو على النهي عن الجمع بينهما في الملك كراهةً مخافه أن يطأهما.

ثم المراد بوطئهما أعم من القبل والدبر للإطلاق.

{وأما الجمع بينهما في مجرد الملك من غير وطى فلا مانع منه} بلا إشكال

ص: ٢٢٤

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٢ الباب ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٢ الباب ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٦

وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع استمتاع بما دون الوطى، بأن لم يطأهما، أو وطأ إحداهما واستمتع بالأخرى بما دون الوطى، فيه نظر، مقتضى بعض النصوص الجواز

ولا خلاف، بل عن المسالك والتذكرة وغيرهما الإجماع عليه، ويدل عليه إطلاقات الملك وجمله من الروايات السابقة والآية، كما يجوز له أن يملك إحداهما ويعقد على الأخرى بدون وطى كليهما، كما سيأتى الكلام فيه.

وكذا لو كانتا محللتين له بدون وطيهما، أو كانت إحداهما ملكاً أو عقداً، والأخرى محلله.

{وهل يجوز الجمع بينهما في الملك مع الاستمتاع بما دون الوطى بأن لم يطأهما} وإنما استمتع بكليهما {أو وطأ إحداهما واستمتع بالأخرى بما دون الوطى، فيه نظر} لأنه من الجمع بين الأختين عرفاً، فيشملة دليل المنع، بل أفتى بذلك بعض، وفي جامع المقاصد إنه لا خلاف فيه، وفي المسالك إنه لا قائل بالفصل بين الوطى والاستمتاع.

لكن {ومقتضى بعض النصوص الجواز}، وهو ما رواه العياشى فى تفسيره، كما فى الوسائل، عن عيسى بن عبد الله، قال: سئل أبو عبد الله (عليه السلام) عن أختين مملوكتين ينكح إحداهما أتحل له الأخرى، فقال: «ليس له أن ينكح الأخرى إلا فيما دون الفرج، وإن لم يفعل فهو خير له، نظير تلك المرأة تحيض فتحرم على زوجها أن يأتيها فى فرجها لقول الله عز وجل: (ولا تقربوهن حتى يطهرن) وقال:

وهو الأقوى، لكن الأحوط العدم.

(وأن تجمعوا بين الأختين إلا ما قد سلف) (١) يعنى فى النكاح، فيستقيم للرجل أن يأتي امرأته وهى حائض فيما دون الفرج» (٢).

{و{ الجواز { هو الأقوى } لإطلاق أدله الاستمتاع بالمملوكه، وإنما الخارج بالنص والإجماع الوطى فيقى الباقي.

وهل يقال: إنه لا يجوز أن ينظر إلى الثانيه إلى ما لا يحل لغير المولى والزوج النظر إليه منها، وأى فرق بين الأمرين.

وعليه فالتحريم إنما هو لدليل اجتهادى هو المستند فى دعوى المسالك وجامع المقاصد، ومثله ليس بحجه، ولذا سكت الساده ابن العم والبروجردى والجمال والاصطهباناتى على المتن، وإن كان ظاهر المستمسك المنع.

{لكن الأحوط { مع ذلك كله {العدم}.

ولا يبعد انسحاب ما ذكرناه هنا إلى المملوكتين أمأ وبتناً، وعمه وخاله، وبتى أخيها وأختها، إلى غير ذلك.

ثم الظاهر إنه لا يجوز تزويج أختين مسيحتين مثلاً، ممن ترى جواز ذلك، فلا تشمل المقام قاعده «ألزموهم» فإنه خارج بالإجماع، كخروج الأم والبنت والأخت وما أشبه للرجل، إذا كن مجوسيات أو نحوهن يرين جواز ذلك.

وكما أنه يحرم الجمع بين الأختين، يحرم الجمع بين الأخوات نصاً وإجماعاً، فإنه لا فرق بين الاثنتين والأكثر.

ص: ٢٢٨

١- سورة النساء: الآية ٢٣

٢- الوسائل: ج ٢٠ ص ٤٨٦ ب ٢٩ من أبواب تحريم الجمع بين الأختين... ح ٢٦١٥٧ ط آل البيت

(مسألة ٤٠): لو تزوج بإحدى الأختين وتملك الأخرى، لا يجوز له وطئ المملوكة إلا بعد طلاق المزوجه وخروجها عن العده إن كانت رجعية، فلو وطأها قبل ذلك فعل حراماً، لكن لا تحرم عليه الزوجه بذلك.

(مسألة ٤٠): لو تزوج بإحدى الأختين وتملك الأخرى، لا يجوز له وطئ المملوكة إلا بعد طلاق المزوجه وخروجها عن العده إن كانت رجعية { كما هو المشهور بينهم، وذلك لشمول أدله الزواج للأولى، وشمول أدله الملك للأخرى، ولأن وطئ الثانية يكون جمعاً بين الأختين على ما استفيد من أخبار تملك الأختين، حيث منعت عن وطئها مع إجازتها وطئ إحداهما، فإذا ملكت الثانية لم يحل وطئها وإن لم يوطأ المعقوده، إذ المستفاد من الأدله أن العقد كالوطئ، فكما لا يجوز عقد الأختين ولا وطئهما، كذلك لا يصح عقد أخت ووطئ أخت بالملك.

وإنما لا نقول بخروج المعقوده عن العقد فسحاً إذا وطأ المملوكة، لأن العقد وجواز الوطئ للأولى مستصحبان، وحيث لا يمكن الجمع حرمت الثانية وطئاً، فإذا خرجت الأولى بفسخ أو انقضاء مده المتعه أو انقضاء مده الرجعه في الطلاق الرجعي جاز له وطئ الثانية.

أما إذا كانت العده بائنه فهي خارجه من حين الطلاق.

{فلو وطأها قبل ذلك فعل حراماً، لكن لا تحرم عليه الزوجه بذلك} لقولهم (عليهم السلام): «الحرام لا يحرم الحلال»، ولمكان استصحاب الحليه، ولذا صرح الجواهر وغيره بذلك.

ولا يحد حد الزنا بوطى المملوكه، بل يعزر، فيكون حرمه وطبها كحرمه وطى الحائض.

{ولا يحد حد الزنا بوطى المملوكه} لأنه ليس بزنا، بل حرام آخر، فإن الزنا كما يستفاد من النص والفتوى ما لم يكن عقداً ولا ملكاً ولا شبهةً.

{نعم} حيث فعل الحرام {يعزر} كما هو فى كل حرام.

قال فى المستمسك: (ولزوم الحد فى وطى الأمه المزوجه للإجماع والنص).

أقول: بالإضافه إلى أنه يصدق عرفاً عليه أنه زنى، لمكان زوجيه الغير.

{فيكون حرمه وطبها كحرمه وطى الحائض} والوطى فى حال الصوم والإحرام والاعتكاف وما أشبه، حرام فيه تعزير، وليس زنا فيه حد.

ص: ٢٣٠

(مسألة ٤١): لو وطأ إحدى الأختين بالملك، ثم تزوج الأخرى، فالأظهر بطلان التزويج، وقد يقال:

(مسألة ٤١): {لو وطأ إحدى الأختين بالملك، ثم تزوج الأخرى} قبل أن يخرج الأولى عن ملكه {فالأظهر بطلان التزويج} لما تقدم من أن الوطى كالعقد لا يصح الجمع بينه وبين العقد، فإذا عقد على إحداهما لا يجوز وطى الأخرى، وإذا وطأ إحداهما لا يجوز تزويج الأخرى، ومعنى لا يجوز الوضع لا التكليف فقط، إذ هو معناه فى المعاملات ونحوها، ولذا كان قوله سبحانه: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) [\(١\)](#)، دالاً على البطلان، ومثله غيره.

وإنما قلنا بأن إخراج الأولى عن ملكه كاف فى صحة نكاح الأخرى، لما دل على ذلك.

فقد روى ابن سنان، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «إذا كان عند الرجل الأختان المملوكتان فنكح إحداهما ثم بدا له فى الثانية فنكحها فليس ينبغى له أن ينكح الأخرى حتى تخرج الأولى عن ملكه، يهبها أو يبيعها، فإن وهبها لولده يجزيه» [\(٢\)](#).

ومثله غيره.

{وقد يقال} والقائل المبسوط والمختلف والتحرير، وظاهر المسالك الميل إليه، كما حكى عنهم،

ص: ٢٣١

١- سورة النساء: الآية ٢٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧١ الباب ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

بصحته وحرمة وطى الأولى إلا بعد طلاق الثانية.

{بصحته وحرمة وطى الأولى إلا بعد طلاق الثانية}، واستدل لذلك بأمرين:

الأول: إن التزويج أقوى من ملكك اليمين، فإذا تزاخما قدم التزويج، وإنما كان التزويج أقوى لكثرة الأحكام التي تلحق به ولا تلحق بالملك، كعدم جواز الأكثر من الأربع والقسم والطلاق والظهار والإيلاء وغيرها.

الثاني: الروايات الدالة على حرمة الأولى بوطى الثانية، فليكن زواج الثانية بمنزله وطئها، كصحيحه الحلبي، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قلت له: الرجل يشتري الأختين فيطأ إحداهما ثم يطأ الأخرى بجهاله، قال: «إذا وطأ الأخير بجهاله لم تحرم عليه الأولى، وإن وطأ الأخير وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً» (١).

وخبير أبي بصير، قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن رجل كانت له أختان مملوكتان فوطأ إحداهما ثم وطأ الأخرى أيرجع إلى الأولى فيطؤها، قال: «إذا وطأ الثانية فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت، أو يبيع الثانية من غير أن يبيعها من شهوه لأجل أن يرجع إلى الأولى» (٢).

ومثلها غيرهما.

ويرد على الأول: إنه لا دليل على أن التزويج أقوى من الملك، والأحكام المذكورة لا تدل على الترجيح بحيث يوجب التزاخم بينهما تقديم التزويج، فإنه أشبه بالقياس.

ص: ٢٣٢

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٢ الباب ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٥

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٣ الباب ٢٩ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٧

وعلى الثانى: إن انسحاب الحكم من المملوكتين إلى مملوكه ومزوجه لا- قطع به، بالإضافه إلى أن فى جملة من الروايات حرمتها معاً، مثل الروايات الثانى وغيرها.

وعليه فاستصحاب حليه الوطى بالنسبه إلى الأولى محكمه، والأحوط اجتنابهما وطلاق الثانى.

وهنا قول ثالث ذكره ابن العم، وهو صحه التزويج وحرمة وطى الثانى ما دامت الأولى فى ملكه، وكأنه لأصالة الصحه، فهو كما إذا تزوج الأولى واشترى الثانى، فإنه لا يجوز وطيهما معاً، وفى المقام كذلك.

ص: ٢٣٣

مسألة ٤٢ لو تزوج بأخت ثانية بعد الزواج بالأولى

(مسألة ٤٢): لو تزوج بإحدى الأختين ثم تزوج بالأخرى بطل عقد الثانية

(مسألة ٤٢): {لو تزوج بإحدى الأختين ثم تزوج بالأخرى} عالماً بالحكم والموضوع أو جاهلاً بهما أو بالاختلاف {بطل عقد الثانية}، عن كاشف اللثام إنه قطعى، وفي الجواهر بلا إشكال ولا خلاف، وفي المستمسك قرهما بعد نقلهما.

ويدل عليه أنه مصداق الجمع، فتنفيه الآية المباركة، إلا أن يقال: إن رفع الجمع يكون برفع إحداهما، لا الثانية خاصة.

ويقتضى ذلك صحيح ابن مسكان، عن أبي بكر الحضرمي، قال: قلت لأبي جعفر (عليه السلام): رجل نكح امرأة ثم أتى أرضاً فنكح أختها ولا يعلم، قال: «يمسك أيتها شاء ويخلى في سبيل الله الأخرى»^(١).

لكن يعارض ذلك صحيحه زراره بن أعين، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأة في العراق ثم خرج إلى الشام فتزوج امرأة أخرى، فإذا هي أخت امرأته التي بالعراق، قال: «يفرق بينه وبين المرأة التي تزوجها بالشام، ولا يقرب المرأة العراقية حتى تنقضى عده الشاميه»، قلت: فإن تزوج امرأة ثم تزوج أمها وهو لا يعلم أنها أمها، قال: «قد وضع الله تعالى عنه جهالته بذلك»، ثم قال: «إن علم أنها أمها فلا يقربها، ولا يقرب الابن حتى تنقضى عده الأم عنه، فإذا انقضت عده الأم حل له نكاح الابن»^(٢).

ص: ٢٣٤

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٩ الباب ٢٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٨ الباب ٢٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

سواء كان بعد وطى الأولى أو قبله، ولا- يحرم بذلك وطى الأولى وإن كان قد دخل بالثانية، نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الأولى يكره له وطى الأولى قبل خروج الثانية عن العده، بل قيل يحرم للنص

أقول: أى حل وطى الابنه.

وفى خبر الدعائم، عن الباقر (عليه السلام)، قال: «ولو أن رجلاً نكح امرأه ثم أتى أرضاً أخرى فنكح أختها وهو لا يعلم فعليه إذا علم أن ينزع عنها» (١).

أقول: مقتضى الجمع بين الطائفتين أفضله ترك الثانية، إلا أن إطباقهم على بطلان الثانية، وتؤيد ذلك بروايات تزويج الأخت فى عده الأخت الأولى كما سيأتى، أوجب حمل روايه الحضرمى على ما ذكره الشيخ، من أنه إذا أراد إمساك الأولى فليمسكها بالعقد الثابت المستقر، وإن أراد إمساك الثانية فليطلق الأولى ثم يمسك الثانية بعقد مستأنف، فإن هذا التوجيه على بعده أولى من الطرح.

{سواء كان بعد وطى الأولى أو قبله} لإطلاق النص والفتوى، {ولا يحرم بذلك} التزويج للثانية {وطى الأولى، وإن كان قد دخل بالثانية} لأن الحرام لا يحرم الحلال.

{نعم لو دخل بها مع الجهل بأنها أخت الأولى، يكره له وطى الأولى قبل خروج الثانية عن العده}، عده الحمل إن حملت، وعده الوطى دواماً أو متعاً

ص: ٢٣٥

الصحيح وهو الأحوط.

إن لم تحمل، وإنما قلنا بالكراهه لصحيح زراره المتقدم، بعد حمله على الكراهه لإعراض المعظم عن ظاهره الدال على التحريم، ولعل وجه إعراضهم الاستصحاب وقاعده «الحرام لا يحرم الحلال» وغير ذلك.

{بل قبل يحرم} كما عن الشيخ فى نهايته، وابنى حمزه والبراج {للنص الصحيح} أى روايه زراره {وهو الأحوط}.

لكن لا- يخفى أن الاجتناب عن الأولى إنما يكون إذا وطأ الثانية، إذ لا عده بدون الوطى، وينبغى أن يقيد ذلك بما إذا جهل بالحكم أو الموضوع أو كليهما.

أما إذا كان عالماً عامداً أنه لا يصح نكاح الأخت، كان عمله زنا ولا احترام لوطى الزانى فلا عده لها، ولذا جاز له وطى الأولى بدون عده للثانيه.

ثم إنه إذا طلق الأولى فى عده الثانيه، فهل يصح له الرجوع، أو نكاحها فى عده الثانيه، لها صور:

الأولى: أن يكون طلاقها بدون عده لكونها صغيره أو يائسه أو غير مدخول بها، وينبغى أن يقال بعدم صحه نكاحها، لأنه لا يصح نكاح الأخت فى عده الأخت.

الثانيه: أن يكون طلاقها مع عده رجعيه، والظاهر جواز رجوعه إليها لأن المطلقه رجعيه زوجته.

الثالثه: أن يكون طلاقها مع عده بائنه كالخلع، وفيه احتمالان، عدم جواز النكاح

بسبب عدده الثانيه، وجوازه لأن النكاح لا يزيد عن دخول الأولى في حبالته كما كانت، فكما صح بقاؤها في حبالته بعد وطي الثانيه، كذلك صح إدخالها في حبالته من جديد، وهذا هو الأقرب، وقد مر مثله في بعض المسائل السابقه.

ص: ٢٣٧

(مسألة ٤٣): لو تزوج الأختين ولم يعلم السابق واللاحق، فإن علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته دون المجهول، وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطيهما،

(مسألة ٤٣): {لو تزوج الأختين ولو يعلم السابق واللاحق، فإن علم تاريخ أحد العقدين حكم بصحته دون} ما جهل تاريخه، وذلك لأصالة عدم تزويج الأخرى إلى حينه، فيشمل عقد معلوم التاريخ إطلاقات الأدله، فإن العقد على المرأه صحيح إذا لم يكن عقد على أختها، فإذا جرى أصل عدم العقد على الأخت وانضم إلى العقد على المعلوم التاريخ أثمر صحه المعلوم، كما أثمر بطلان {المجهول}.

وإن شك في السبق والتقارن، فله صورتان:

الأولى: مع علمه بأنه لو كان سابق فهو عقد (فاطمه) ترك الثانيه (رقيه) مثلاً، وصح عقد فاطمه، لأن عقدها لو كان السابق صح، وإن كان المقارن أبطل عقد رقيه وصح فاطمه أيضاً، لما سيأتى من أنه لو عقدهما فى عقد واحد اختار إحداهما.

الثانيه: مع عدم علمه بذلك، فإن علم تاريخ أحدهما وجهل تاريخ الآخر، اختار معلوم التاريخ، فإن كان مقارناً صح، وإن كان غير مقارن فى الواقع كان أصل عدم تزويج الآخر إلى حين عقد هذه محكماً.

{وإن جهل تاريخهما حرم عليه وطيهما} للعلم الإجمالى، لكن يعارض ذلك العلم الإجمالى بوجوب وطى إحداهما فى كل أربعه أشهر مره، فكل واحده

وكذا وطى إحداهما إلا بعد طلاقهما أو طلاق الزوجه الواقعيه منهما، ثم تزويج من شاء منهما بعقد جديد بعد خروج الأخرى عن العده، إن كان دخل بها أو بهما

منهما إما حرام الوطى أو واجب الوطى، فيكون حالهما حال مندوره الفعل أو الترك، ومقتضى القاعده وإن كان مخيراً، إلا أن أهميه الفروج تمنع عن ذلك، فلا يبقى إلا القرعه وهى مقتضى القاعده، أو طلاق المنكوحه منهما وعقد من شاء منهما من جديد، وإذا طلقها فعليه إعطاء المهر الواحد لهما نصفين، لما ذكرناه فى كتاب الخمس وغيره من أن الشك فى المالىات المقارن للعلم الإجمالى لا يوجب الاحتياط، بل التوزيع.

{وكذا} يحرم {وطى إحداهما إلا بعد طلاقهما} بأن يطلق كل واحده باحتمال الزوجيه، وإلا فمن الواضح أن إحداهما ليست بزوجه، {أو طلاق الزوجه الواقعيه منهما} إذ لا- يعتبر فى الطلاق العلم المعين لأصالة عدمه بعد شمول الأدله للمجهول، {ثم تزوج من شاء منهما بعقد جديد}.

ثم إنه إذا جهل نكاح أيه الأختين وكانتا من أمين، حرم عليه أيضاً كلتا الأمين، إلا إذا قلنا بالقرعه، فيترتب عليها كل الآثار.

ثم إنما يصح نكاح جديد على إحداهما {بعد خروج الأخرى عن العده} لاحتمال أن تكون الأخرى هى الزوجه الواقعيه فلا يجوز تزويج أختها إلا بعد خروجها عن العده إذا كان دخل بها وكان الطلاق رجعياً.

{إن كان دخل بها أو بهما} وإلا فلا عده، وكذا إذا كانت العده بائنه، إذ يجوز نكاح أخت الزوجه بعد انفصالها بالعده البائنه.

وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما، لا يبعد ذلك لقوله تعالى: (فَامْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)

{وهل يجبر على هذا الطلاق دفعاً لضرر الصبر عليهما}، احتمالان، بل قولان:

الأول: الوجوب، وهذا اختاره المصنف بقوله: {لا يبعد ذلك} تبعاً للتذكرة والقواعد وكشف اللثام {لـ} أمور:

الأول: {قوله تعالى: (فَامْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ)} (١) {فإن الآيه وإن وردت بعد قوله: (الطلاق مرتان) مما استظهر منها في المستمسك أن المراد من التسريح والفراق ترك الرجوع بها في العده حتى تنتهي العده لا الطلاق، لكن المناط القطعي المستفاد منها عرفاً أنه بيان كيفية معاشره مع الزوجه سواء كان بعد الطلاق أو قبل الطلاق.

ومنه يعلم وجه دلالة قوله تعالى: (وإذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو سرحوهن بمعروف) (٢)، وقوله تعالى: (فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن) (٣).

الثاني: ما دل على نفي الحرج والضرر، لأن بقاء هذه الزوجه على زوجيتها ضرر عليها وحرج.

الثالث: إنه حق لها عليه، و«لا يتوى حق امرئ مسلم» (٤).

ص: ٢٤٠

١- سورة البقره: الآيه ٢٢٩

٢- سورة البقره: الآيه ٢٢٣

٣- سورة الطلاق: الآيه ٢

٤- العوالي: ج ١ ص ٣١٥ ح ٣٦

وربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره

{وربما يقال: بعدم وجوب الطلاق عليه وعدم إجباره} للأصل، ولأنه إذا أُجبر على الطلاق وقع الطلاق عن إكراه، وطلاق المكره باطل، والأدلة الثلاثة لوجوب الطلاق مدخوله.

أما الدليل الأول: فقد عرفت وجهه.

وأما الثاني: فلأن الضرر أو الحرج ليس من الزوجيه، بل من أحكام الزوجيه بعد الاشتباه، فدليل نفيها يتقضى نفي تلك الأحكام.

وأما الثالث: فلأنه فرع ثبوت الحق، وحيث كان لكل منهما إجراء البراءة كواجدى المنى، لم يكن له منهما حق حتى يعطى بالطلاق.

أقول: لا- ينبغى الإشكال فى أنه إذا لم ترغب المرأتان فى الطلاق لا يجب عليه الطلاق، إذ أدله الوجوب على تقدير تماميتها لا تشمل هذه الصورة.

أما إذا رغبت فحيث إنها لم تعلم بنكاحها فليست هى مبتلاه بهذا النكاح المحتمل، وإن كان الزوج مبتلى به من جهه الإنفاق، ومن جهه عدم إمكانه زواج الخامسة وزواج أخت ثالث لهما، إلى غير ذلك، واذ لم تكن هى مبتلاه بنكاحها المحتمل فليس لها الإيجاب، إذ أدله الإيجاب الثلاثة هى فرع ابتلائها، فالزوجه إما أن تمسك أو تسرح، والضرر والحرج غير موجودين فى حال عدم ابتلائها، ولم يثبت زواجها حتى يثبت حق لها عليه.

نعم لا يصح دليل القول الثانى بأن الطلاق عن إكراه باطل، لوضوح

أن الإكراه إنما يوجب البطلان إذا لم يكن إكراهاً على الواجب، وإلا فهو بمنزلة الاختيار.

وعلى هذا، فمقتضى القاعدة في هذه المسألة عدم لزوم الطلاق، لا من جانبه ولا من جانبها.

نعم يمكن الاستدلال بهذه الأدلة من الجانبين في مسأله ثانيه، وهى ما لو تزوج الأختين فى عقد واحد، غافلاً عن كونهما أختين مثلاً، فهل يجبر على اختيار إحداهما، الظاهر ذلك للأدلة الثلاثة من الآيه والخرج والحق.

وإن أشكل المستمسك على الحرج بالإشكال المتقدم، ثم قال: (لكن ليس بناء الفقهاء عليه فلا يجوز الزنا للحرج، ولا يجوز أكل مال الغير للحرج، ولا يجوز شرب الخمر للحرج، فلا يكون الحرج مجوزاً لفعل المحرمات عندهم، وإن كان مجوزاً لترك الواجبات، وإن كان الفرق بين الواجبات والمحرمات فى ذلك غير ظاهر، ومقتضى دليل نفيه نفى التحريم كنفى الوجوب، ومقتضى ذلك أنه يجوز لكل من الأختين أن يستمتع بها غير المعقود له رافعاً للحرج، لا وجوب الطلاق على الزوج) انتهى.

أقول: يمكن أن يقال: على ما ذكره (قدس سره)،

أولاً: إن الزوجيه هى مجموعه أحكام، فليست هناك زوجيه وأحكام زوجيه حتى ترفع أدله الحرج أحكام الزوجيه لا نفسها، فمعنى رفع الأحكام هو رفع الزوجيه.

وثانياً: إن إطلاق أدله رفع الحرج يجوز فعل المحرم، كما يجوز ترك

وأنه يعين بالقرعه

الواجب، إلا إذا كان هناك نص أو إجماع على عدم الرفع، فكما أن الصوم إذا كان حرجياً يرتفع وجوبه، كذلك الكذب غير الضار إذا كان حرجياً يجوز قوله، وكما أن الزنا لا يباح بالخرج لوجود إجماع أو نحوه على ذلك، كذلك الحرب الواجبه إذا صارت حرجيه لا تسقط، ولذا قالوا بأنه إذا نذر ترك الدخان مثلاً وصار الترك حرجاً عليه سقطت حرمة الدخان.

وثالثاً: إن جواز استمتاع الأختين لغير المعقود له إنما هو لأجل أنهما كواجدى المنى، فلهما النكاح كما تقدم، وإذا كان الطلاق رافعاً لخرج المرأة كما إذا كانت شابهه سبقه فتمرض زوجها بالشلل مما يشق عليها مشقه شديده عدم قضايا الجنس، كان أدله الحرج كفيله بالزام الزوج بطلاقها لتتزوج بمن يقوم بأمرها، فالطلاق أحياناً يجب على الزوج لرفع حرج المرأة.

وبهذا لا تصل النوبه إلى تمتع الأجنبيه بالأجنبي في حال كونها زوجه لإنسان آخر، لأن الحرج كالضرر ذا مراتب، لا يجوز التنزل إلى الحرام الأشد مع إمكان الأخف، لأن الضرورات تقدر بقدرها.

{وأنه يعين بالقرعه} لأنها لكل أمر مشكل، وهذا منه، وقد تقدم أنه الأظهر.

وربما أورد عليه بما ذكره جامع المقاصد في مثل المسأله، بأن القرعه لا مجال لها في الأمور التي هي مناط الاحتياط التام، وهي الأنكحه التي تتعلق بها الأنساب والإرث والتحريم والمحرميه.

ص: ٢٤٣

وقد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما

وفيه: إن إطلاق دليل القرعه شامل للمقام، وقد وجد نظيره في من نزا على شاه في قطع غنم وقد اشتبهت بغيرها.

لا يقال: فلماذا لا تجرى القرعه في كل موارد الاحتياط من العلم الإجمالى.

لأنه يقال: موارد العلم الإجمالى على ثلاثة أقسام:

الأول: ما يكون يوجب ضرراً مالياً، وفيه تجرى قاعده العدل، كما إذا شك في أنه نذر ديناراً لزيد أو لعمر، أو أن عليه الخمس أو الزكاه، ولا يمكن الجمع بينهما في مورد مصداق لهما، وقد فصلنا ذلك في كتاب الخمس وغيره.

الثانى: ما يكون ضرراً غير مالى كالمقام، وفيه تجرى القرعه.

الثالث: ما لم يكن كأحدهما، وفيه الاحتياط.

وإنما لا نقول به في الأولين، لأن دليل «لا ضرر» حاكم في الأول، وهو بضميمه قاعده العدل الموجود شبهها في درهمى الودعى وغيره يقتضى التقسيم، ودليل القرعه حاكم في الثانى، بضميمه دليل «لا ضرر»، ويوجد شبهه في مسأله القطيع.

{وقد يقال: إن الحاكم يفسخ نكاحهما}، كما اختاره محكى القواعد في مسأله تزويج ولى المرأه من رجلين مع اشتباه السابق منهما، وتبعه فى جامع المقاصد لقاعده نفي الضرر، مع أنه لا يمكن الإجمار فى الطلاق، إذ طلاق المكره غير صحيح.

وفيه: إنه لا وجه لوصول النوبه إلى الحاكم، إذ قد تتسلم لبقاء الاشتباه

ثم مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجه وجوب الإنفاق عليهما ما لم يطلق، ومع الطلاق قبل الدخول نصف المهر لكل منهما، وإن كان بعد الدخول فتمامه

فلا ضرر من الشارع عليها، وقد لا تتسلم فحالها حال المغبون في أن «لا ضرر» يقتضى خياره، وهنا تفسخ هي النكاح إن لم يكن قبل ذلك قاعده القرعه محكمه، وإلا فلا ضرر حتى يتدارك بالفسخ، والقول بأنهم حصروا موارد الفسخ وليس هذا منه، فيه: إن حصرهم لا دليل عليه.

{ثم مقتضى العلم الإجمالي بكون إحداهما زوجه وجوب الإنفاق عليهما} بالتقسيم، لما تقدم في العلم الإجمالي بالحقوق الماليه، كما إذا شك أن أيتها بنته مثلاً، ولا تصل النوبه إلى القرعه التي ذكرها المستمسك، كما لا تصل النوبه إليها في ما إذا علم أنه مديون لزيد أو عمرو.

{ما لم يطلق}، أما إذا طلق فقد سقطت النفقه، كما أنه إذا أقرع وخرجت إحداهما زوجته كان الإنفاق عليها فقط، إذ لا مجال بعد القرعه لشيء آخر.

{وإن كان بعد الدخول فتمامه} مقسماً بينهما، ويدل على هذه القاعده بالإضافة إلى أن الأمر دائر بين أن يتضرر بإعطاء كل واحده منهما تمام المهر، وذلك خلاف أدله «لا ضرر»، وبين أن يرجح إحداهما وذلك ترجيح بلا مرجح بلا دليل شرعي، وبين أن يعطى كل واحده بالنسبه، ففي الاثنتين النصف، وفي

الثلاثة الثلث وهكذا، إنها المستفاد من الموارد المختلفه فى الروايات:

كروايه عبد الله بن المغيره، عن غير واحد من أصحابنا، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجلين كان معهما درهمان، فقال أحدهما: الدرهمان لى، وقال الآخر: هما بينى وبينك، فقال: «أما الذى قال هما بينى وبينك، فقد أقر بأن أحد الدهمين ليس له وأنه لصاحبه، ويقسم الآخر بينهما» (١).

وروايه السكونى، عن الصادق (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام)، عن رجل استودع رجلاً دينارين فاستودعه آخر ديناراً فضاع دينار منهما، فقال: «يعطى صاحب الدينارين ديناراً، ويقسم الآخر بينهما نصفين» (٢).

وروايه إسحاق بن عمار، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى رجلين اختصما فى دابه فى أيديهما، _ إلى أن قال: _ فقيل له: فلو لم تكن فى يد واحد منهما وأقام البيئه، فقال (عليه السلام): «احلفهما فأيهما حلف ونكل الآخر جعلتها للحالف، فإن حلفا جميعاً جعلتها بينهما نصفين» (٣).

وروايه غياث بن إبراهيم: «لو لم تكن فى يده جعلتها بينهما نصفين».

ونحوهما روايه تميم بن طرفه (٤).

ص: ٢٤٦

- ١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٦٩ الباب ٩ من أبواب أحكام الصلح ح ١
- ٢- الوسائل: ج ١٣ ص ١٧١ الباب ١٢ من أبواب أحكام الصلح ح ١
- ٣- الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٣ الباب ١٢ من أبواب ك يفيه الح ك م وأحكام الدعوى ح ١
- ٤- الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٣ الباب ١٢ من أبواب ك يفيه الح ك م وأحكام الدعوى ح ٣

وفى روايه يونس بن يعقوب، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، فى امرأه تموت قبل الرجل أو رجل قبل المرأه، قال (عليه السلام): «ما كان من متاع النساء فهو للمرأه، وما كان من متاع الرجال والنساء فهو بينهما»^(١).

وروايه رفاعه، قال (عليه السلام): «وما يكون للرجال والنساء قسم بينهما»^(٢).

وروايه السكونى، عن جعفر (عليه السلام)، عن أبيه (عليه السلام)، عن على (عليه السلام)، فى رجل أقر عند موته لفلان وفلان لأحدهما عندى ألف درهم، ثم مات على تلك الحال، فقال على (عليه السلام): «أيهما أقام البيئه فله المال، وإن لم يقم واحد منهما البيئه فالمال بينهما نصفان»^(٣).

هذه ما جمعها المستمسك من الروايات، ومن المعلوم كفايتها لاستفاده قاعده كليه منها، فقوله: (لا يمكن التعدى منها إلى غيرها، مع ثبوت خلافها فى بعض مواردها وفى موارد أخرى، كما يظهر من ملاحظه مواردنا وباب إرث الغرقى والمهدوم عليهم، فالبناء عليها غير ظاهر) انتهى. ليس على ما ينبغى، فإن الاستفاده عرفيه، وخروج بعض الموارد بالنص من باب التخصيص، وأغلب العمومات لها تخصيص، وهناك روايات آخر كإرث الخنثى.

نعم هذا كله إن لم نقل بالقرعه، أما إن قلنا بها كما قال أو مال إليها

ص: ٢٤٧

١- الوسائل: ج ١٨ ص ١٨٣ الباب ١٢ من أبواب ك يفيه الح ك م وأحكام الدعوى ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٧ ص ٥٢٥ الباب ٨ من أبواب ميراث الزوج ح ٤

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٠٠ الباب ٢٥ من أبواب الوصايا ح ٤

لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه إلا نصف المهر لهما، فلكل منهما الربع في صورة عدم الدخول، وتمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول، والمسألة محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالي القواعد وجامع المقاصد وكشف اللثام والجواهر كان كل شيء تبعاً لها.

وكيف كان، فيظهر مما تقدم صحه ما أشار إليه المصنف بقوله: {لكن ذكر بعضهم أنه لا يجب عليه إلا نصف المهر لهما، فلكل منهما الربع في صورة عدم الدخول}، إذ يقسم النصف بينهما، وإذا كان الاشتباه بين الثالث والأربع والأكثر كان التقسيم على حسب الكسر المشتبه فيه.

{وتمام أحد المهرين لهما في صورة الدخول}، ومعنى كون تمام أحد المهرين لهما أنه إذا جعل مهر إحداهما عشرة ومهر الأخرى عشرين، وقد حصل الدخول كان للأولى خمسة وللثانية عشرة، وإذا كان لم يدخل بهما كان للأولى اثنان والنصف وللثانية خمسة.

هذا ما يقتضيه كلام المصنف وسكت عليه الشراح والمعلقون.

لكن فيه: إنه لا يتم في صورة الدخول، إذ الدخول يوجب المهر كله إذا كان عن شبهه، فالواجب عليه المهر المسمى للمعقوده، والمثل لغير المعقوده، فلو فرضنا أن المسمى عشرة والمثل عشرون، كان اللازم أن يعطى ثلاثين لكل واحد منهما نصفه فصاحبه العشرة زيد خمسة لقاعده العدل، وصاحبه العشرين نقصت خمسة للقاعده.

{و} على ما ذكرناه فليست {المسألة محل إشكال كنظائرها من العلم الإجمالي

فى المالىات.

فى المالىات { وإن أشكل فىها المصنف وآخرون.

ومما تقدم يظهر حال ما إذا وطأ واحده ولم يطأ الأخرى فى كىفیه توزیع المهر، والله سبحانه العالم.

ص: ٢٤٩

(مسألة ٤٤): لو اقترن عقد الأختين بأن تزوجهما بصيغته واحده، أو عقد على إحداهما ووكيله على الأخرى فى زمان واحد، بطلا معاً

(مسألة ٤٤): {لو اقترن عقد الأختين بأن تزوجهما بصيغته واحده} أو عقدهما وكيلاه {أو عقد على إحداهما ووكيله على الأخرى فى زمان واحد، بطلا معاً}، كما عن المبسوط وابنى حمزه وإدريس، واختاره الشرائع ونسب إلى أكثر المتأخرين.

واستدل لذلك بأن صحتهما غير ممكن، فاللازم إما بطلانهما أو بطلان أحدهما معيناً أو مخيراً، وحيث لا يمكن الأخيران، لأن فى أولهما ترجيح بلا مرجح، وفى ثانيهما الجهالة حين العقد، لأبد من القول ببطلانهما، وقد يقال بصحة ما ابتدأ باسمها أولاً إن كان هناك ابتداء، لأنه يعين الأولى فلا يكون بغير معين.

ويؤيده ما رواه دعائم الإسلام، عن جعفر بن محمد (عليهما السلام)، إنه سأل عن رجل تزوج أختين أو خمس نسوه فى عقده واحده، قال: «يثبت نكاح الأخت التى بدأ باسمها عند العقد، والأربع من النسوه اللاتى بدأ بأسمائهن، ويبطل نكاح ما سواهن، فإن لم يعلم من بدأ بأسمائهن منهن بطل النكاح كله» (١).

وفيه: بعد ضعف الرواية، أن تقديم الاسم لا يكون معيناً، إذ العقود تتبع القصود.

نعم ينبغى أن يقال على القول ببطلان كليهما إنه فيما إذا كان عقد إحداهما

ص: ٢٥٠

وربما يقال: بكونه مخيراً في اختيار أيهما شاء، لروايه

فضولياً بأن وكلته إحداهما فقط فعقد على كليهما، أو وكل الزوج أن يعقد فلانه فعقد على كليهما، ولم يأذن الزوج أو المعقوده فضوله، عدم بطلان عقد منهما، لأن مرجع ذلك إلى عدم العقد إلا على إحداهما.

ولا يخفى أن العقد على أكثر من أختين حاله حال العقد عليهما، كما أن العقد على الأم والبنت مثلاً حاله ذلك، لوحده المناط في الكل، ولذا ذكر في الروايات العقد على الخمس ردفاً للعقد على الأختين.

{وربما يقال} كما عن الشيخ وأتباعه والمهذب والجامع والمختلف: {بكونه مخيراً في اختيار أيهما شاء، لروايه} صحيحه وهي صحيحه جميل المروي في الفقيه، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في رجل تزوج أختين في عقده واحده، قال (عليه السلام): «يمسك أيتهما شاء ويخلي سبيل الأخرى»، وقال (عليه السلام) في رجل تزوج خمساً في عقده واحده، قال: «يخلي سبيل أيتهن شاء»^(١).

ومثلها كافي في المقام، ولا- يضر روايه الكافي لها بالإرسال، وروايه التهذيب لها بالإرسال، وبأن في طريقه على بن السندي المجهول، إذ تكفي روايه الفقيه، ولذا قدمها في الوسائل في الذكر، وأفتى بمضمونها في عنوان الباب، وتبعه المستدرک في عنوان الباب، بالإضافة إلى أنا نرى حجه ما في الكافي لضمان صاحبه، فالإرسال ونحوه لا يضر بروايات الكافي في نفسها.

ص: ٢٥١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٨ الباب ٢٥ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ١

ولذا أفتى بذلك المستمسك، وقال: القاعده تخصص بها، بل ربما يقال: إن ما فى الروايه هو مقتضى القاعده، إذ العقلاء يرون التخيير فى مثل المقام، كما يرون صحه ما يقع عليه العقد دون ما لا يقع فى المعاملات إذا جمعهما فى عقده واحده ولم يعلم أن الشارع أحدث طريقه جديده، فدليل (أوفوا بالعقود)^(١) يشملها، مثلاً إذا باع ما يملك وما لا يملك صح العقد فيما يملك، وإذا كان مالكا لأحد شيئين تخيير، كما إذا قال الواهب له: وهبتك أحدهما، فقال: قبلت، ثم قال الموهب له لثالث: بعتك ما أملك، يرى العرف صحه العقد.

أقول: وهذا لا بأس به، وإن كان الذى يظهر من غير واحد عدم الصحه، وعلى هذا فقوله: بأن الروايه {محموله على التخيير بعقد جديد} كما عن كشف اللثام غير ظاهر الوجه، وإن سلمه المعلقون كالساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم لسكوتهم عليه.

هذا وربما يفرق بين ما إذا عقدهما فى عقد واحد وكيه، أو عقدهما بنفسه، أو عقدهما ولياه أو وكيلاه، فالكلام كما تقدم، وبين ما إذا عقد إحداهما بنفسه والأخرى بوكيله، بأن مقتضى القاعده هنا صحه عقد نفسه لتأخر مرتبه عمل الوكيل عن عمل النفس، فإذا تصرف فى متعلق الوكاله بطلت الوكاله، وهذا أحوط، وإن كان دليله بحاجة إلى التأمل.

نعم لا شك فى تقدم عقده بنفسه أو بوكيله على عقد الفضولى، وإن أجازة

ولو تزوجهما وشك في السبق والاقتران

بعد ذلك لعدم ثمر على الإجازة إلا على الكشف الحقيقي، فتأمل.

{ولو تزوجهما وشك في السبق والاقتران}، فإن اختار إحداهما كان من العلم الإجمالي السابق فيما لو علم بسبق عقد إحداهما، لأنه إما كان اقتران فما اختارها صح عقدها، وإما سبق لمن اختارها فيصح عقدها، وإما لحق لمن اختارها فلا يصح عقدها وإنما صح عقد السابق.

وعليه يعلم إجمالاً بصحة عقد إحداهما، ويكون المرجع القرعه كما ذكرناها.

وإن لم يختار إحداهما فالأمر مردد بين أن يكون هناك واقع مجهول، كما إذا كان سبق ولحق واقعاً، وبين أن لا يكون، كما إذا كان تقارن واقعاً، فإن قلنا بأن «القرعه لكل أمر مشكل» جاز حتى في ما لا واقع له كما هو مذهب بعضهم ولا بعد فيه، أقرع بينهما، وإلا- أجبر على الاختيار ثم الإقراع، بناءً على ما ذكرناه سابقاً من الإجماع لأنه يلزم بالإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان.

قال في المستمسك: (هذا إذا كان الشك في السبق والاقتران بالنسبة إلى كل منهما، أما إذا كان بالنسبة إلى واحد منهما بعينها دون الأخرى، بأن تردد في العقد على هند بين كونه سابقاً ومقارناً، وفي عقد زينب بين أن يكون لاحقاً ومقارناً، فقد علم ببطان العقد على زينب، إما لمقارنته أو للحقوقه) إلى آخر كلامه، وكأنه (رحمه الله) أراد مماشاه المصنف، وإلا فقد تقدم منه الصحة في المقارنه للصحيحة المتقدمه.

وعليه فكل عقد محتمل للصحة، أما عقد هند فصحته من حيث السبق أو المقارنه مع الاختيار.

حكم بطلانهما أيضاً.

وأما عقد زينب فصحته من حيث المقارنه مع الاختيار، وعليه يلزم عقد هند إن اختاره، لأنه إما سابق وإما مقارن مختار، أما إذا اختار عقد زينب لم يعلم بالصحة، لأن أصل عدم المقارنه يسقط بأصل عدم التأخر، وإذا ما علم بالمقارنه الذى هو موضوع الاختيار لم يصح اختياره زوجيتها.

ثم إنه علم مما تقدم أنه فى صوره المقارنه يجب اختيار إحداهما، للزوم الإمساك بالمعروف لمن يريد لها بعد صحة العقد بالنسبه إلى إحداهما.

وكيف كان، فقول المصنف: {حكم بطلانهما أيضاً} محل إشكال.

ص: ٢٥٤

(مسألة ٤٥): لو كان عنده أختان مملوكتان فوطأ إحداهما حرمت عليه الأخرى حتى تموت الأولى أو يخرجها عن ملكه ببيع أو صلح أو هبه أو نحوها ولو بأن يهبها من ولده، والظاهر كفايه التمليك الذى له فيه الخيار، وإن كان الأحوط اعتبار لزومه، ولا يكفى على الأقوى ما يمنع من المقاربه مع بقاء الملكيه كالتزويج

(مسألة ٤٥): {لو كان عنده أختان مملوكتان فوطأ إحداهما حرمت عليه الأخرى حتى تموت الأولى أو يخرجها عن ملكه} كما تقدم فى المسألة التاسعه والثلاثين، ويدل عليه النص والإجماع.

فلو ماتت أو خرجت عن ملكه {ببيع أو صلح أو هبه أو نحوها، ولو بأن يهبها من ولده}، حلت عليه الأخرى، وإنما نص على يهبها لولده لقوله (عليه السلام) فى صحيح ابن سنان: «فإن وهبها لولده يجزيه».

{والظاهر كفايه التمليك الذى له فيه الخيار}، لإطلاق الأدله، خصوصاً ما ورد فيها من «يهبها» والهبه جائزه غالباً.

{وإن كان الأحوط اعتبار لزومه} لاحتمال أن يراد بالإخراج عن الملك إخراج الانقطاع، ومع الخيار لا انقطاع، لكنه احتياط استحبابى كما هو واضح.

{ولا يكفى} فى حليه الثانيه {على الأقوى} خلافاً للعلامه فى بعض كتبه إشكالاً أو اختياراً فى الجملة {ما يمنع من المقاربه مع بقاء الملكيه كالتزويج

للغير والرهن والكتابه ونذر عدم المقاربه ونحوها، ولو وطأها من غير إخراج للأولى لم يكن زنا، فلا يحد ويلحق به الولد، نعم يعزر.

للغير والرهن والكتابه ونذر عدم المقارنه ونحوها، وإنما كان الأقوى عدم الكفايه لأن الدليل دل على أن التحليل إنما يكون بالخروج عن الملك، وهو غير حاصل فى الفروض المذكوره، ووجه الإشكال أن المعيار عدم الإمكان شرعاً من الوطى، وهو كما يحصل بالإخراج من الملك يحصل بالأمر المذكوره.

{ولو وطأها من غير إخراج للأولى لم يكن زنا} كما تقدم فى المسأله التاسعه والثلاثين {فلا يحد} حد الزنا {ويلحق به الولد} لأن الولد المنعقد فى حال مثل الحيض والإحرام ملحق بالواطى.

{نعم يعزر} لفعله الحرام، كما يعزر كل فاعل للحرام.

(مسألة ٤٦): إذا وطأ الثانيه بعد وطى الأولى، حرمتا عليه مع علمه بالموضوع والحكم، وحينئذ فإن أخرج الأولى عن ملكه حلت الثانيه له مطلقاً، وإن كان ذلك بقصد الرجوع إليها، وإن أخرج الثانيه عن ملكه يشترط فى حليه الأولى أن يكون إخراجها لها لا بقصد الرجوع إلى الأولى، وإلا لم تحل،

(مسألة ٤٦): {إذا وطأ الثانيه بعد وطى الأولى، حرمتا عليه مع علمه بالموضوع} وأنهما أختان {والحكم} أن وطيهما حرام عليه، لما فى صحيح الحلبي من حرمتها جميعاً بعد وطى الثانيه عمداً.

{وحيئنذ فإن أخرج الأولى عن ملكه حلت الثانيه له مطلقاً} كما تقدم فى المسألة السابقه، {وإن كان ذلك} الإخراج {بقصد الرجوع إليها} وذلك لإطلاق الدليل الشامل لكلا- صورتى الإخراج {وإن أخرج الثانيه عن ملكه يشترط فى حليه الأولى أن يكون إخراجها لها لا- بقصد الرجوع إلى الأولى، وإلا- لم تحل}، ويدل عليه خبر أبى الصباح الكنانى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث قال: سألته عن رجل عنده أختان مملوكتان فوطأ إحداهما ثم وطأ الأخرى، فقال (عليه السلام): «إذا وطأ الأخرى فقد حرمت عليه الأولى حتى تموت الأخرى»، قلت: أريت إن باعها، فقال (عليه السلام): «إن كان إنما يبيعها لحاجه ولا يخطر على باله من الأخرى شىء فلا أرى بذلك بأساً، وإن كان إنما يبيعها ليرجع إلى الأولى فلا» (١).

ص: ٢٥٧

وأما فى صوره الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً، فلا يبعد بقاء الأولى على حليتها والثانية على حرمتها، وإن كان الأحوط عدم حليه الأولى إلا بإخراج الثانية، ولو كان بقصد الرجوع إلى الأولى، وأحوط من ذلك كونها كصوره العلم.

{وأما فى صوره الجهل بالحرمة موضوعاً أو حكماً}، أى إن جهل بأنهما معاً حرام عليه، إما لجهله بأنهما أختان أو لجهله بأن الأختين معاً محرم، {فلا يبعد بقاء الأولى على حليتها، والثانية على حرمتها}، فقله (عليه السلام) فى صحيح الحلبي: «إذا وطأ الأخيره بجهاله لم تحرم عليه الأولى، وإن وطأ الأخيره وهو يعلم أنها عليه حرام حرمتا عليه جميعاً». ظاهر فى أنه مع الجهل لا تحرم الأولى.

{وإن كان الأحوط حليه الأولى إلا بإخراج الثانية، ولو كان بقصد الرجوع إلى الأولى، وأحوط من ذلك كونها كصوره العلم}، وقد اختصرنا فى هاتين المسألتين لعدم كونهما محل الابتلاء فى الحال الحاضر، والله المستعان.

(مسألة ٤٧): لو كان الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا، فالأحوط لحوق الحكم من حرمة الجمع بينهما فى النكاح والوطى إذا كانتا مملوكتين.

(مسألة ٤٧): {لو كان الأختان كلتاهما أو إحداهما من الزنا فالأحوط} إن لم يكن أقوى {لحقوق الحكم من حرمة الجمع بينهما فى النكاح والوطى إذا كانتا مملوكتين} وذلك لأن الأدلة الدالة على حرمة النسب ونحوه شامل لما يسمى به عرفاً، كسائر الموضوعات التى يكون المرجع فيها العرف، فكما لا تصح تزويج ولد الزنا بأمه وخالته وبنته ونحوهن من الزنا، كذلك لا يصح تزويج الأختين من الزنا.

قال فى المستند فى مسألة النسب: (سواء كان نسباً شرعياً أو نسباً غير شرعى وهو اتصاله بالزنا إجماعاً قطعياً، بل ضروره دينيه فى الأولى، وإجماعاً محكياً حكاة الشيخ فى الخلاف والفاضل فى التذكرة والمحقق الثانى فى شرح القواعد والهندي فيه أيضاً، وفى الكفايه لا أعرف فيه خلافاً بين الأصحاب، وفى المفاتيح نسبه إلى ظاهر أصحابنا فى الثانى، كل ذلك بعد الإجماع فيما ثبت فيه الإجماع لصدق النسبه عرفاً ولغته، وأصالة عدم النقل، فتشملة الآيه، ويتعدى إلى غير من ذكر فيها إن لم يشمل الجميع بالإجماع المركب، ولا- يضر عدم ثبوت سائر أحكام النسب بالنسب الحاصل من الزنا كالتوارث وإباحه النظر والانعقاد وارتفاع القصاص وتحريم حليله الابن والجمع بين الأختين ونحوها، لأنه إنما هو بدليل خارجى دال على تعلقها بالنسبه الشرعيه خاصه).

أقول: لم يظهر لى الدليل الخاص الدال على جواز حليله الابن من الزنا، وعلى جواز الجمع بين الأختين منه، بل ما ذكره أولاً من استفادة النسب العرفى داله على حرمتها أيضاً.

ومما ذكرناه وذكره المستند يظهر ضعف ما فى المستمسك، من (أنه خلاف المتسالم عليه عندهم من نفى النسب بالزنا كما يقتضيه قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الولد للفراش وللعاهر الحجر»^(١٢))، فإن الظاهر منه أنه وارد فى مقام بيان الحكم الواقعى من نفى النسب عن العاهر واقعاً، ثم استدل بما ورد من أن ولد الزنا لا يرث، ثم قال: (لكن المستفاد من بعض الروايات ومن مذاق الشرع الأقدس أن حرمة النكاح والوطى تابعه للنسب العرفى فلا حظ ما ورد فى الاستنكار لأن يكون أولاد آدم قد تزوجوا أخواتهم، وأن تحريم النكاح من الأحكام الإنسانية لا من الأحكام الشرعية تعبداً) انتهى.

فإنه يرد عليه أولاً: إن التسالم على نفى النسب بالزنا فى الجملة لا يرتبط بالمقام، كما عرفت الإجماعات المتعدده فى المقام على أن الزنا كالنسب الصحيح فى الحرمة.

وثانياً: إن قوله (صلى الله عليه وآله وسلم) إنما هو فيما إذا تردد الأمر، لا ما إذا علم أنه ليس للفراش، فلا ربط له بالمقام.

نعم استدلال الإمام (عليه السلام) به على عدم إرث ولد الزنا يدل على إرادته (صلى الله عليه وآله وسلم) العموم، لكن لا بد من إرادته (صلى الله عليه وآله وسلم)

ص: ٢٦٠

فى الجملة، لما عرفت من الإجماعات المتكرره على عدم الفرق فى النكاح بين النسب الصحيح وبين الزنا، فتأمل.

وثالثاً: لم يظهر وجه مثاله بقصه أولاد آدم (عليه السلام)، فإنهم كانوا بالنكاح الصحيح، كما أنه لم يظهر وجه قوله: (مذاق الشرع)، إذ لو أراد ما إذا كان العقل يحكم بالقبح فالشرع يحكم به، لقاعده كلما حكم به العقل حكم به الشرع، حيث إن الأحكام تابعه للمصالح، فإذا كشف العقل المصلحه فقد كشف عله الحكم، وبكشفه لها ينكشف الحكم، وهذه القاعده هى التى عبر عنها بعض السنه من أنه حيثما كانت المصلحه كان حكم الله، أرادوا كشف العقل المصلحه بالحسن القطعى الواصل إلى حد اللزوم عقلاً وكشفه المفسده كذلك، ففیه: إن حرمه نكاح مثل الأختين مثلاً ليس من القبائح عقلاً، ولذا كان جائزاً فى بعض الشرايع.

ففى روايه مروان بن دينار، قال: قلت لأبى إبراهيم (عليه السلام): لأى عله لا يجوز للرجل أن يجمع بين الأختين، قال (عليه السلام): «لتحصين الإسلام، وفى سائر الأديان يرى ذلك» (١).

وإن أراد الاستحسان، ففیه إنه لا يصلح دليلاً.

نعم يبقى على المسأله ما ربما يقال: من استنكار المسلمين إلحاق معاويه زياداً

ص: ٢٤١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٧ الباب ٢٤ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٣

بنسبه، فإنه إذا لم يكن مانع عن وجود النسب، فلماذا استنكره المسلمون مستدلين بقوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «الولد للفراش»^(١)، ويمكن أن يرد بأن أم زياد كانت مزوجه زنى بها أبو سفيان، فالولد كان شرعاً لزوجها، لا لأبي سفيان.

وكيف كان، اللانزم القول بحرمه النكاح وجواز النظر في مثل البنت المخلوقة من ماء الزانى، ونظر الأم لولدها كذلك إلى غيرهما، والدليل فى الكل هو وجود النسب العرفى الذى لا يرد عليه إلا قوله (صلى الله عليه وآله وسلم)، وهو مجمل من هذا الحىث، والله العالم.

ص: ٢٦٢

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٦٩ الباب ٥٨ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٤

(مسألة ٤٨): إذا تزوج بإحدى الأختين ثم طلقها طلاقاً رجعياً لا يجوز له نكاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن العده

(مسألة ٤٨): {إذا تزوج بإحدى الأختين ثم طلقها طلاقاً رجعياً لا يجوز له نكاح الأخرى إلا بعد خروج الأولى عن العده} بلا إشكال ولا خلاف، كما ادعاه الجواهر، وسكت عليه المستمسك.

ويدل عليه بالإضافة إلى أن المطلقه رجعيه وزوجه، جملة من الروايات:

كخبر أبي الصباح الكناني، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن رجل اختلعت منه امرأته أيحل له أن يخطب أختها قبل أن تنقضى عدتها، قال: «إذا برئت عصمتها منه ولم كن له عليها رجعه، فقد حل أن يخطب أختها» (١).

وخبر زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام)، في رجل طلق امرأته وهي حبل، أيتزوج أختها قبل أن تضع، قال (عليه السلام): «لا يتزوجها حتى يخلو أجلها» (٢) (بطنها خ ل) حيث إنه ظاهر في الطلاق الرجعي لمكان الحمل.

ورواه الدعائم، عن علي (عليه السلام)، إنه قال: «إذا طلق الرجل المرأة لم يتزوج أختها حتى تنقضى عدتها» (٣).

وفى روايه الجعفریات، بسنده إلى علي (عليه السلام)، إنه قال: «على الرجل خمس عدات» إلى أن قال: «والرجل يطلق المرأة فيريد أن يتزوج أختها، والرجل

ص: ٢٦٣

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٧١ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٢

٣- المستدرک: ج ٢ ص ٥٨٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

وأما إذا كان بائناً بأن كان قبل الدخول أو ثالثاً أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب أو بالخلع و المباراه جاز له نكاح الأخرى، والظاهر عدم صحه رجوع الزوجه فى البذل بعد تزويج أختها كما سيأتى فى باب الخلع إن شاء الله،

يطلق المرأه فىريد أن يتزوج عمتها أو خالتها، فليس له أن يتزوج حتى تنقضى عده التى طلق» الخبر(١١).

{وأما إذا كان بائناً بأن كان قبل الدخول} حيث لا عده أصلاً، وكذا فى الصغيره واليائسه.

{أو ثالثاً} لا يحق له الرجول إلا بعد المحلل.

{أو كان الفراق بالفسخ لأحد العيوب} بعد أن دخل، أما إذا لم يدخل فهو داخل فى قوله: (قبل الدخول).

{أو بالخلع والمباراه جاز له نكاح الأخرى} بلا إشكال ولا خلاف، إذ لا عده فى بعضها والعده فى الآخر ليست مانعه، لأنه ليس من الجمع بين الأختين، وفى ما تقدم من خبر الكنانى دلالة عليه.

{والظاهر عدم صحه رجوع الزوجه فى البذل بعد تزويج أختها، كما سيأتى فى باب الخلع إن شاء الله}، قالوا: لأن المال فى قبالة البضع، فإذا تعذر إعطاء البضع لأنه جمع بين الأختين، تعذر أخذ المال بسبب الرجوع.

لكن يرد عليه: إن الرجوع فى المال ليس معناه إعطاء البضع، بل للزوج فى صورته عدم المانع أن يرجع، فإذا كان له مانع فى الرجوع، لأنه أخذ الخامسة أو الأخت أو العمه أو الخاله أو

ص: ٢٤٤

١-المستدر ك : ج ٢ ص ٥٨٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهره ح ٢

نعم لو كان عنده إحدى الأختين بعقد الانقطاع وانقضت المده لا يجوز له على الأحوط نكاح أختها في عدتها، وإن كانت بائه للنص الصحيح

ما أشبه ذلك، لم يكن لإطلاقات أدله الرجوع في البذل مانع.

وكذا إذا صار مجنوناً أو أغمى عليه أو ما أشبه مما لا يتمكن معه من الرجوع، ولم تعلم المرأة وليه بذلك، وكذا فيما إذا نذر عدم الرجوع أو حلف أو عاهد أو شرط في ضمن عقد أو أمره من تجب عليه إطاعته، فتأمل.

نعم لو كان عنده إحدى الأختين بعقد الانقطاع وانقضت المده لا يجوز له على الأحوط نكاح أختها في عدتها، وإن كانت بائه، للنص الصحيح {، لما رواه الحسين بن سعيد، قال: قرأت في كتاب رجل إلى أبي الحسن الرضا (عليه السلام)، الرجل يتزوج المرأة متعه إلى أجل مسمى فينقضى الأجل بينهما، هل يحل له أن ينكح أختها من قبل أن تنقضى عدتها، فكتب: «لا يحل له أن يتزوجها حتى تنقضى عدتها» (١) كذا رواه الشيخ في التهذيب.

ونحوه رواه الكافي والفقيه ونوادير محمد بن أحمد بن عيسى.

وفي المقنع: «فإذا تزوجت امرأة متعه إلى أجل مسمى، فلما انقضى أجلها أحببت أن تتزوج أختها فلا تحل لك حتى تنقضى عدتها» (٢).

وعن نهاية المرام: إن العمل به متعين، وإن رماه

ص: ٢٦٥

-
- ١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٦٩ الباب ٢٢ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١
 - ٢- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٨٠ الباب ٢٦ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ٤

والظاهر أنه كذلك إذا وهب مدتها وإن كان مورد النص انقضاء المده.

السرائر بالشذوذ ومخالفه أصول المذهب، وفي المستمسك: (إن مقتضى القواعد الجواز، لإعراض الأصحاب عنها)، لكن الإعراض والشذوذ كلاهما محل نظر، ولذا سكت الساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم على المتن.

أما إشكال أنه يقتضى على الجواز الجمع بين الأختين، ففي ساعه يتمتع بهذه مع الدخول، وفي ساعه بالثانيه وهكذا، مع أن مناط الجمع بينهما موجود فى المقام، وأنه يقتضى أن تكون الأختان بل الأخوات ذوات حمل منه فى وقت واحد، ولذا ينقل أن الماتن (رحمه الله) قال لإنسان فعل ذلك: كيف تحمل أختان منك، فيه: إنها بالاستحسان أشبه.

{والظاهر أنه كذلك إذا وهب مدتها، وإن كان مورد النص انقضاء المده} لوحده المناط فى المقامين عرفاً.

ومما تقدم يعلم حكم ما إذا طلق الأخت بائناً وأراد متعه الأخت، وكذا بالعكس.

ص: ٢٦٦

(مسألة ٤٩): إذا زنى بإحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى فى مده استبراء الأولى، وكذا إذا وطأها شبهه جاز له نكاح أختها فى عدتها لأنها بئنه، نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العده خصوصاً فى صورته كون الشبهه من طرفه والزنا من طرفها، من جهه الخبر الوارد فى تدليس الأخت التى نامت فى فراش أختها بعد لبسها لباسها.

(مسألة ٤٩): {إذا زنى بإحدى الأختين جاز له نكاح الأخرى فى مده استبراء الأولى} للأصل بعد عدم الدليل على العده، بل ظاهر حصر عده الرجل فى روايه الجعفرىات المتقدمه فى خمس أنه لا عده له فى غيرها.

{وكذا إذا وطأها شبهه جاز له نكاح أختها فى عدتها لأنها بئنه} وقد تقدم أن عده البئنه لا تمنع من نكاح الأخت الثانيه، فإذا كان كذلك فى الوطى بالعقد كان كذلك وطى الشبهه بطريق أولى، بالإضافة إلى إطلاق أدله الزواج وخير الجعفرىات المتقدم.

{نعم الأحوط اعتبار الخروج عن العده} للمناط فى صحيح بريد الأتى {خصوصاً فى صورته كون الشبهه من طرفه والزنا من طرفها، من جهه الخبر الوارد فى تدليس الأخت التى نامت فى فراش أختها بعد لبسها لباسها}.

ففى صحيح بريد العجلى، قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه فزفت إليه أختها وكانت أكبر منها، فأدخلت منزل زوجها ليلاً فعمدت إلى ثياب امرأته فنزعته منها ولبستها، ثم قعدت فى حجره أختها ونحت امرأته وأطفأت المصباح واستحيت الجارية أن تتكلم، فدخل الزوج الحجله فواقعها وهو يظن أنها امرأته

التي تزوجها، فلما أن أصبح الرجل قامت إليه امرأته، فقالت: أنا امرأتك فلانه التي تزوجت، وإن أختي مكرت بي فأخذت ثيابي فليستها وقعدت في الحجله ونحتني، فنظر الرجل في ذلك فوجد كما ذكر، فقال (عليه السلام): «أرى أن لا مهر للتي دلست نفسها، وأرى أن عليها الحد لما فعلت حد الزاني غير محصن، ولا يقرب الزوج امرأته التي تزوج حتى تنقضي عده التي دلست نفسها، فإذا انقضت عدتها ضم إليه امرأته»^(١).

قالوا: وحيث إن الأصحاب أعرضوا عن هذا الصحيح، لعدم تعرضهم لمضمونه فلا يعمل به.

لكن المسألة بحاجة إلى التتبع والتأمل، وإلا فمجرد عدم التعرض لا يوجب صدق الإعراض، والاحتياط العمل بمضمونها.

ص: ٢٦٨

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٦٠٤ الباب ٩ من أبواب العيوب والتدليس ح ١

{مسألة ٥٠}: الأقوى جواز الجمع بين فاطميتين على كراهه، وذهب جماعه من الأخباريه إلى الحرمة والبطلان بالنسبه إلى الثانيه، ومنهم من قال بالحرمة دون البطلان، فالأحوط الترك، ولو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانيه أو طلاق الأولى وتجديد العقد

{مسألة ٥٠}: {الأقوى جواز الجمع بين فاطميتين}، وهو المعروف بين الأصحاب، كما فى المستمسك، ولم أجد أحداً من قدماء الأصحاب ولا متأخريهم ذكر ذلك فى المكروهات، فضلاً عن المحرمات كما فى الجواهر.

{على كراهه} لظاهر النص الآتى المحمول على الكراهه، لإعراض المشهور عنه.

{وذهب جماعه من الأخباريه إلى الحرمة والبطلان بالنسبه إلى الثانيه} كما فى الحدائق، قال: والتحقيق أن هذه المسألة مثل مسأله الجمع بين الأختين حذو النعل بالنعل، وحينئذ فالمخرج منها كما تقدم ثمه، وهو أن يفارق الثانيه، وإن طلقها فهو أولى.

{ومنهم من قال: بالحرمة دون البطلان} كما عن الشيخ جعفر بن كمال الدين، وكأنه لأن النص لا يدل على البطلان، وإنما دل على الحرمة، فاللازم الاقتصار على موضعه.

{فالأحوط} احتياطاً مستحباً {الترك}.

وهل يشمل ذلك ما لو كان الانتساب إليها بواسطة الأم مثلاً، احتمالان، لا يبعد ذلك لصدق (ولد) فى النص عليه.

{ولو جمع بينهما فالأحوط طلاق الثانيه أو طلاق الأولى وتجديد العقد

على الثانيه بعد خروج الأولي عن العده، وإن كان الأظهر _ على القول بالحرمة _ عدم البطلان لأنها تكليفية، فلا تدل على الفساد.

ثم الظاهر عدم الفرق في الحرمة أو الكراهه بين كون الجامع بينهما فاطمياً أو لا، كما أن الظاهر اختصاص الكراهه أو الحرمة بمن كانت فاطميه من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجرى في المنتسب إليها (صلوات الله عليها) من طرف الأم،

على الثانيه بعد خروج الأولي عن العده، { ولكن ربما يرد عليه إن الطلاق ثبت كراهته كراهه شديده فلا دليل على أن كراهه التزويج بهما تقاوم شدة كراهه الطلاق، ولعل المشقه عليها (عليها السلام) من طلاق ولدها أكثر من مشقه جمعها مع مثلها.

{ وإن كان الأظهر _ على القول بالحرمة _ عدم البطلان، لأنها } كما يراه العرف من ظاهر النص { تكليفية، فلا تدل على الفساد }، إذ لا قصور في موضوع العقد لتدل على الفساد، وإنما هو لإجل الإيذاء وهو لا يوجب الفساد، كما لو كانت المعامله توجب إيذاء مؤمن.

{ ثم الظاهر } من إطلاق النص { عدم الفرق في الحرمة أو الكراهه بين كون الجامع بينهما فاطمياً أو لا }، كما لا فرق بين أن يكون ذلك بالدوام أو بالمتع أو بالاختلاف للإطلاق.

{ كما أن الظاهر } عند المصنف { اختصاص الكراهه أو الحرمة بمن كانت فاطميه من طرف الأبوين أو الأب، فلا تجرى في المنتسب إليها (صلوات الله عليها) من طرف الأم } لأن المنصرف من (ولد) من كان من طرف الأب، ولأنه

خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدات العاليات، وكيف كان فالأقوى عدم الحرمة، وإن كان النص الوارد في المنع صحيحاً على ما رواه الصدوق في العلل بإسناده عن حماد، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «لا يحل لأحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمه (عليها السلام) إن ذلك يبلغها فيشق عليها، قلت: يبلغها، قال: «أى والله».

لو كره أو حرم كل منتسب لزم عدم الجمع _ كراهه أو حرمه _ في كثير من الناس لانتسابهم إليها (عليها السلام) ولو بسبب جده ونحوها.

{خصوصاً إذا كان انتسابها إليها بإحدى الجدات العاليات}.

وهل ولد الزنا منهن لها ذلك الحكم، احتمالان، من أن للعاهر الحجر، ومما تقدم من وجود الانتساب لغه، والشارع لم يحدث في الموضوع شرطاً.

{وكيف كان، فالأقوى عدم الحرمة، وإن كان النص الوارد في المنع صحيحاً، على ما رواه الصدوق في العلل} كما وراه الشيخ أيضاً بسند غير صحيح، {بإسناده عن حماد، قال: سمعت أبا عبد الله (عليه السلام) يقول: «لا يحل لأحد أن يجمع بين اثنتين من ولد فاطمه (عليها السلام) إن ذلك يبلغها فيشق عليها، قلت: يبلغها، قال: «أى والله»} (١).

ص: ٢٧١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٣٨٧ الباب ٤٠ من أبواب ما يحرم بالمصاهرة ح ١

وذلك لإعراض المشهور عنه، مع أن تعليقه ظاهر في الكراهه، إذ لا نسلم أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها إيذاء لها، حتى يدخل في قوله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من آذاها فقد آذاني».

أقول: أما من لم تكن من ولدها ولو كانت من ولد على (عليه السلام) فليس لها هذا الحكم، كما هو ظاهر.

وإنما حملناها على الكراهه {وذلك لإعراض المشهور عنه} عملاً، والسيره على خلافه، حتى أن الوسائل تردد في الحكم في عنوان الباب {مع أن تعليقه ظاهر في الكراهه}.

إذ يرد عليه أولاً: إنه ليس كل جمع شاقاً، إذا لم تكن مشقه على نفس الفاطميتين، فإن المنصرف ما لو كانت مشقه.

وثانياً: إن مشقه بقائها بدون زوج أكثر من مشقه كونهما ضربتين، ولذا يشكل القول بالكراهه في هاتين الصورتين.

وثالثاً: بما ذكره (رحمه الله): {إذ لا نسلم أن مطلق كون ذلك شاقاً عليها إيذاء لها، حتى يدخل في قوله (صلى الله عليه وآله): «من آذاها فقد آذاني»} (١)، إذ ليس كل مشقه أذيه، فإن الدراره والتجاره ربما كانت مشقه ولا يقال لها إنها إيذاء، إلى غير ذلك من الأمثله.

والعمده ما ذكرناه من الإعراض والسيره، ولعل مراد الإمام (عليه السلام) بعض أولادها (عليها السلام) القريبات، كمن كن في زمانهم (عليهم السلام).

ص: ٢٧٢

أما رمى الأمر بكونه بدعه، وأن من المحتمل أنه من مجعولات ابن الخطاب، فهو خلاف وجود الخبر الصحيح.

ومما تقدم ظهر حال المتصله إليها بواسطة زينب وأم كلثوم (عليهما السلام).

ص: ٢٧٣

(مسأله ٥١): الأحوط ترك تزويج الأمه دواماً مع عدم الشرطين، من عدم التمكين من المهر للحره وخوف العنت بمعنى المشقه أو الوقوع في الزنا، بل الأحوط تركه متعه أيضاً، وإن كان القول بالجواز فيها غير بعيد.

وأما مع الشرطين فلا إشكال في الجواز، لقوله تعالى: (ومن لم يستطع) (١) إلى آخر الآيه، ومع ذلك الصبر أفضل في صوره عدم خوف الوقوع في الزنا، كما لا- إشكال في جواز وطئها بالملك، بل وكذا بالتحليل، ولا فرق بين القن وغيره، نعم الظاهر جوازه في المبعوضه لعدم صدق الأمه عليها، وإن لم يصدق الحره أيضاً.

(مسأله ٥٢): لو تزوجها مع عدم الشرطين فالأحوط طلاقها، ولو حصل بعد التزويج جدد نكاحها إن أراد على الأحوط.

(مسأله ٥٣): لو تحقق الشرطان فتزوجها ثم زال أو زال أحدهما لم يبطل ولا يجب الطلاق.

(مسأله ٥٤): لو لم يجد الطول أو خاف العنت، ولكن أمكنه الوطى بالتحليل أو بملك اليمين يشكل جواز التزويج.

(مسأله ٥٥): إذا تمكن من تزويج حره لا يقدر على مقاربتها

ص: ٢٧٤

لمرض أو رتق أو قرن أو صغر أو نحو ذلك، فكما لم يتمكن، وكذا لو كانت عنده واحده من هذه أو كانت زوجته الحره غائبه.

(مسأله ٥٦): إذا لم تكفه في صوره تحقق الشرطين أمه واحده يجوز الاثنتين، أما الأزيد فلا يجوز كما سيأتى.

(مسأله ٥٧): إذا كان قادراً على مهر الحره لكنها تريد أزيد من مهر أمثالها بمقدار يعد ضرراً عليه، فكصوره عدم القدره لقاعده نفي الضرر، نظير سائر المقامات كمسأله وجوب الحج إذا كان مستطيعاً ولكن يتوقف تحصيل الزاد والراحله على بيع بعض أملاكه بأقل من ثمن المثل أو على شراء الراحله بأزيد من ثمن المثل، فإن الظاهر سقوط الوجوب، وإن كان قادراً على ذلك، والأحوط في الجميع اعتبار كون الزيادة مما يضر بحاله لا مطلقاً.

ص: ٢٧٥

فصل

فى نكاح الإمام

الأقوى جواز نكاح الأمه على الحره مع إذنها، والأحوط اعتبار الشرطين، من عدم الطول وخوف العنت، وأما مع عدم إذنها فلا يجوز، وإن قلنا فى المسأله المتقدمه بجواز عقد الأمه مع عدم الشرطين، بل هو باطل.

نعم لو أجازت بعد العقد صح على الأقوى، بشرط تحقق الشرطين على الأحوال.

ولا- فرق فى المنع بين كون العقدین دواميين أو انقطاعيين أو مختلفين، بل الأقوى عدم الفرق بين إمكان وطى الحره وعدمه لمرض أو قرن أو رتق إلا مع عدم الشرطين.

نعم، لا- يبعد الجواز إذا لم تكن الحره قابله للإذن لصغر أو جنون، خصوصاً إذا كان عقدها انقطاعياً، ولكن الأحوال مع ذلك المنع.

وأما العكس، وهو نكاح الحره على الأمه فهو جائز ولازم إذا

كانت الحره عالمه بالحال، وأما مع جهلها فالأقوى خيارها فى بقائها مع الأمه وفسخها ورجوعها إلى أهلها.

والأظهر عدم وجوب إعلامها بالحال، فعلى هذا لو أخفى عليها ذلك أبداً لم يفعل محرماً.

(مسألة ١): لو نكح الحره والأمه فى عقد واحد مع علم الحره صح، ومع جهلها صح بالنسبه إليها، وبطل بالنسبه إلى الأمه إلا مع إجازتها، وكذا الحال لو تزوجهما بعقدين فى زمان واحد على الأقوى.

(مسألة ٢): لا إشكال فى جواز نكاح المبعضه على المبعضه، وأما على الحره ففيه إشكال، وإن كان لا يبعد جوازه لأن الممنوع نكاح الأمه على الحره، ولا يصدق الأمه على المبعضه، وإن كان لا يصدق أنها حره أيضاً.

(مسألة ٣): إذا تزوج الأمه على الحره فماتت الحره أو طلقها أو وهب مدتها فى المتعه أو انقضت لم يثمر فى الصحه، بل لابد من العقد على الأمه جديداً إذا أراد.

(مسألة ٤): إذا كان تحتها حره فطلقها طلاقاً بائناً يجوز له نكاح الأمه فى عدتها، وأما إذا كان الطلاق رجعياً ففيه إشكال، وإن كان لا يبعد الجواز لانصراف الأخبار عن هذه الصوره.

(مسأله ٥): إذا زوجه فضولى حره فتزوج أمه، ثم أجاز عقد الفضولى فعلى النقل لا يكون من نكاح الأمه على الحره فلا مانع منه، وعلى الكشف مشكل.

(مسأله ٦): إذا عقد على حره وعقد وكيله على أمه، وشكك فى السابق منهما لا- يبعد صحتها، وإن لم تجز الحره، والأحوط طلاق الأمه مع عدم إجازة الحره.

(مسأله ٧): لو شرط فى عقد الحره أن تأذن فى نكاح الأمه عليها صح، ولكن إذا لم تأذن لم يصح، بخلاف ما إذا شرط عليها أن يكون له نكاح الأمه.

(مسأله ١): أمر تزويج العبد والأمه بيد السيد، فيجوز له تزويجهما ولو من غير رضاهما، أو إجبارهما على ذلك، ولا يجوز لهما العقد على نفسيهما من غير إذنه، كما لا يجوز لغيرهما العقد عليهما كذلك، حتى لو كان لهما أب حر، بل يكون إيقاع العقد منهما أو من غيرهما عليهما حراماً إذا كان ذلك بقصد ترتيب الأثر، ولو لا مع إجازة المولى. نعم لو كان ذلك بتوقع الإجازة منه فالظاهر عدم حرمة، لأنه ليس تصرفاً فى مال الغير عرفاً، كبيع الفضولى مال غيره.

وأما عقدهما على نفسيهما من غير إذن المولى ومن غيرهما بتوقع الإجازة فقد يقال بحرمة لسلب قدرتهما، وإن لم يكونا مسلوبى العبارة، لكنه مشكل لانصراف سلب القدره عن مثل ذلك.

وكذا لو باشر أحدهما العقد للغير بإذنه أو فضوله فإنه ليس بحرام على الأقوى،

وإن قيل بكونه حراماً.

(مسألة ٢): لو تزوج العبد من غير إذن المولى وقف على إجازته، فإن أجاز صح، وكذا الأمه على الأقوى، والإجازة كاشفه، ولا فرق في صحته بها بين أن يكون بتوقعها أو لا، بل على الوجه المحرم، ولا يضره النهي لأنه متعلق بأمر خارج متحد.

والظاهر اشتراط عدم الرد منه قبل الإجازة فلا تنفع الإجازة بعد الرد.

وهل يشترط في تأثيرها عدم سبق النهي من المولى فيكون النهي السابق كالرد بعد العقد أو لا، وجهان، أقواهما الثانى.

(مسألة ٣): لو باشر المولى تزويج عبده أو أجبره على التزويج فالمهر إن لم يعين فى عين يكون فى ذمه المولى، ويجوز أن يجعله فى ذمه العبد يتبع به بعد العتق مع رضاه، وهل له ذلك قهراً عليه، فيه إشكال، كما إذا استدان على أن يكون الدين فى ذمه العبد من غير رضاه.

وأما لو أذن له فى التزويج فإن عين كون المهر فى ذمته، أو فى ذمه العبد، أو فى عين معينه تعين، وإن أطلق ففى كونه فى ذمته أو فى ذمه العبد مع ضمانه له وتعهده أداءه عنه أو كونه فى كسب العبد، وجوه أقواها الأول، لأن الإذن فى الشىء إذن فى لوازمه، وكون المهر عليه بعد عدم قدره العبد على شىء، وكونه كلاً على

ص: ٢٨٢

مولاه من لوازم الإذن فى التزويج عرفاً.

وكذا الكلام فى النفقه، ويدل عليه أيضاً فى المهر روايه على ابن أبى حمزه، وفى النفقه موثقه عمار الساباطى.

ولو تزوج العبد من غير إذن مولاه ثم أجاز، ففى كونه كالإذن السابق فى كون المهر على المولى أو بتعهده أو لا، وجهان.

ويمكن الفرق بين ما لو جعل المهر فى ذمته فلا دخل له بالمولى وإن أجاز العقد، أو فى مال معين من المولى أو فى ذمته فىكون كما عين، أو أطلق فىكون على المولى.

ثم إن المولى إذا أذن فتاره يعين مقدار المهر، وتاره يعمم، وتاره يطلق، فعلى الأولين لا- إشكال، وعلى الأخير ينصرف إلى المتعارف، وإذا تعدى وقف على إجازته، وقيل: يكون الزائد فى ذمته يتبع به بعد العتق.

وكذا الحال بالنسبه إلى شخص الزوجه، فإنه إن لم يعين ينصرف إلى اللائق بحال العبد من حيث الشرف والضعه فإن تعدى وقف على إجازته.

(مسأله ٤): مهر الأمه المزوجه للمولى، سواء كان هو المباشر أو هى بإذنه أو بإجازته، ونفقتها على الزوج إلا إذا منعها مولاها عن التمكين لزوجها، أو اشترط كونها عليه، وللمولى استخدامها

بما لا ينافي حق الزوج، والمشهور أن للمولى أن يستخدمها نهاراً ويخلى بينها وبين الزوج ليلاً، ولا بأس به، بل يستفاد من بعض الأخبار.

ولو اشترط غير ذلك فهما على شرطهما.

ولو أراد زوجها أن يسافر بها هل له ذلك من دون إذن السيد، قد يقال ليس له، بخلاف ما إذا أراد السيد أن يسافر بها فإنه يجوز له من دون إذن الزوج، والأقوى العكس، لأن السيد إذا أذن بالتزويج فقد التزم بلوازم الزوجية، والرجال قوامون على النساء.

وأما العبد المأذون في التزويج فأمره بيد مولاه، فلو منعه من الاستمتاع يجب عليه طاعته إلا ما كان واجباً عليه من الوطى في كل أربعة أشهر، ومن حق القسم.

(مسألة ٥): إذا أذن المولى للأمة في التزويج وجعل المهر لها صحح على الأقوى من ملكية العبد والأمة، وإن كان للمولى أن يملك ما ملكاه، بل الأقوى كونه مالكاً لهما ولمالهما ملكيه طوله.

(مسألة ٦): لو كان العبد أو الأمة لمالكين أو أكثر، توقف صحه النكاح على إذن الجميع، أو إجازتهم، ولو كانا مبعضين توقف على إذنهما وإذن المالك وليس له إجبارهما حينئذ.

(مسألة ٧): إذا اشترت العبد زوجته بطل النكاح وتستحق المهر إن كان ذلك بعد الدخول، وأما أن كان قبله ففي سقوطه أو سقوط

نصفه أو ثبوت تمامه وجوه مبنيه على أنه بطلان أو انفساخ.

ثم هل يجرى عليها حكم الطلاق قبل الدخول أو لا، وعلى السقوط كلاً إذا اشترته بالمهر الذى كان لها فى ذمه السيد بطل الشراء، للزوم خلو البيع عن العوض.

نعم لا بأس به إذا كان الشراء بعد الدخول، لاستقرار المهر حينئذ، وعن العلامه فى القواعد البطلان إذا اشترته بالمهر الذى فى ذمه العبد وإن كان بعد الدخول، لأن تملكها له يستلزم براءة ذمته من المهر فيخلو البيع عن العوض، وهو مبنى على عدم صحه ملكيه المولى فى ذمه العبد، ويمكن منع عدم الصحه مع أنه لا يجتمع ملكيتها له ولما فى ذمته، بل ينتقل ما فى ذمته إلى المولى بالبيع حين انتقال العبد إليها.

(مسأله ٨): الولد بين المملوكين رق، سواء كان عن تزويج مأذون فيه، أو مجاز، أو عن شبهه مع العقد، أو مجردة، أو عن زنا منهما، أو من أحدهما، بلا عقد، أو عن عقد معلوم الفساد عندهما، أو عند أحدهما.

وأما إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر إذا كان عن عقد صحيح أو شبهه مع العقد أو مجردة، حتى فيما لو دلست الأمه نفسها بدعواها الحريه فتزوجها حر على الأقوى، وإن كان يجب عليه حينئذ دفع قيمه

الولد إلى مولاها، وأما إذا كان عن عقد بلا إذن مع العلم من الحر بفساد العقد، أو عن زنا من الحر منهما فالولد رق.

ثم إذا كان المملوك لمالك واحد فالولد له، وإن كان كل منهما لمالك فالولد بين المالكين بالسوية، إلا إذا اشترط التفاوت أو الاختصاص بأحدهما.

هذا إذا كان العقد بإذن المالكين أو مع عدم الإذن من واحد منهما، وأما إذا كان بالإذن من أحدهما فالظاهر أنه كذلك، ولكن المشهور أن الولد حينئذ لم يأذن، ويمكن أن يكون مرادهم في صورته إطلاق الإذن بحيث يستفاد منه إسقاط حق نمائيه الولد، حيث إن مقتضى الإطلاق جواز التزويج بالحر أو الحره، وإلا فلا وجه له.

وكذا لو كان الوطى شبهه منهما، سواء كان مع العقد أو شبهه مجردة، فإن الولد مشترك، وأما لو كان الولد عن زنا من العبد فالظاهر عدم الخلاف في أن الولد لمالك الأمه، سواء كان من طرفها شبهه أو زنا.

(مسألة ٩): إذا كان أحد الأبوين حراً فالولد حر لا يصح اشتراط رقيته على الأقوى في ضمن عقد التزويج فضلاً عن عقد خارج لازم، ولا يضر بالعقد إذا كان في ضمن عقد خارج، وأما إن كان في

ضمن عقد التزويج فمبنى على فساد العقد بفساد الشرط وعدمه، والأقوى عدمه.

ويحتمل الفساد وإن لم نقل به في سائر العقود إذا كان من له الشرط جاهلاً بفساده، لأن في سائر العقود يمكن جبر تخلف شرطه بالخيار، بخلاف المقام حيث إنه لا- يجرى خيار الاشتراط في النكاح، نعم مع العلم بالفساد لا فرق، إذ لا خيار في سائر العقود أيضاً.

(مسألة ١٠): إذا تزوج حر أمه من غير إذن مولاها حرم عليه وطبها، وإن كان بتوقع الإجازة، وحينئذ فإن أجاز المولى كشف عن صحته على الأقوى من كون الإجازة كاشفه، وعليه المهر والولد حر ولا يحد حد الزنا وإن كان عالماً بالتحريم، بل يعزر.

وإن كان عالماً بلحوق الإجازة فالظاهر عدم الحرمة وعدم التعزير أيضاً.

وإن لم يجز المولى كشف عن بطلان التزويج، ويحد حينئذ حد الزنا إذا كان عالماً بالحكم، ولم يكن مشتبهاً من جهة أخرى، وعليه المهر بالدخول، وإن كانت الأمه أيضاً عالمة على الأقوى، وفي كونه المسمى أو مهر المثل، أو العشر إن كانت بكرًا ونصفه إن كانت ثيبًا، وجوه، بل أقوال، أقواها الأخير ويكون الولد لمولى الأمه.

وأما إذا كان جاهلاً بالحكم أو مشتبهاً من جهة أخرى، فلا يحد، ويكون الولد حرًا، نعم ذكر بعضهم أن عليه قيمته يوم سقط حياً، ولكن

لا- دليل عليه في المقام، ودعوى أنه تفويت لمنفعه الأمه كما ترى، إذ التفويت إنما جاء من قبل حكم الشارع بالحرية، وعلى فرضه فلا وجه لقيمه يوم التولد، بل مقتضى القاعده قيمه يوم الانعقاد، لأنه انعقد حرّاً فيكون التفويت في ذلك الوقت.

(مسأله ١١): إذا لم يجز المولى العقد الواقع على أمته ولم يرده أيضاً حتى مات، فهل يصح إجازته وارثه له أم لا، وجهان، أقواهما العدم، لأنها على فرضها كاشفه، ولا يمكن الكشف هنا الآن المفروض أنها كانت للمورث، وهو نظير من باع شيئاً ثم ملك.

(مسأله ١٢): إذا دلست أمه فادعت أنها حره فتزوجها حر ودخل بها، ثم تبين الخلاف وجب عليه المفارقه وعليه المهر لسيدها، وهو العشر ونصف العشر على الأقوى، لا المسمى ولا مهر المثل، وإن كان أعطاها المهر استرد منها إن كان موجوداً، وإلا تبعت به بعد العتق، ولو جاءت بولد ففي كونه حرّاً أو رقاً لمولاها قولان، فعن المشهور إنه رق، ولكن يجب على الأب فكه بدفع قيمته يوم سقط حياً، وإن لم يكن عنده ما يفكه به سعى في قيمته، وإن أبى وجب على الإمام (عليه السلام) دفعها من سهم الرقاب أو من مطلق بيت المال.

والأقوى كونه حرّاً، كما في سائر موارد اشتباه الحر، حيث إنه لا إشكال في كون الولد حرّاً فلا خصوصيه لهذه الصوره، والأخبار الداله على رقيته منزله على

أن للمولى أخذه ليتسلم القيمه، جمعاً بينها وبين ما دل على كونه حراً.

وعلى هذا القول أيضاً يجب عليه ما ذكر من دفع القيمه أو السعى أو دفع الإمام (عليه السلام)، لموثقه سماعه (1).

هذا كله إذا كان الوطى حال اعتقاده كونها حره.

وأما إذا وطأها بعد العلم بكونها أمه فالولد رق لأنه من زنا حينئذ، بل وكذا لو علم سبق رقيتها فادعت أن مولاهم أعتقها ولم يحصل له العلم بذلك ولم يشهد به شاهدان، فإن الوطى حينئذ أيضاً لا يجوز لاستصحاب بقائها على الرقيه.

نعم لو لم يعلم سبق رقيتها جاز له التعويل على قولها لأصالة الحريه، فلو تبين الخلاف لم يحكم برقيه الولد، وكذا مع سبقها مع قيام البينه على دعواها.

(مسأله ١٣): إذا تزوج عبد بحره من دون إذن مولاه ولا إجازته كان النكاح باطلاً، فلا تستحق مهراً ولا نفقه، بل الظاهر أنها تحد حد الزنا إذا كانت عالمه بالحال وأنه لا يجوز لها ذلك، نعم لو كان ذلك لها بتوقع الإجازة واعتقدت جواز الإقدام حينئذ بحيث تكون شبهه في حقها لم تحد، كما أنه كذلك إذا علمت بمجىء الإجازة.

ص: ٢٨٩

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٥٧٩ الباب ١٦ من أبواب نكاح العبيد والإماء ح ٥

وأما إذا كان بتوقع الإجازة وعلمت مع ذلك بعدم جواز ذلك فتحد مع عدم حصولها، بخلاف ما إذا حصلت فإنها تعزر حينئذ لمكان تجريها.

وإذا جاءت بولد فالولد لمولى العبد مع كونه مشتبهاً، بل مع كونه زانياً أيضاً، لقاعده النمائية بعد عدم لحوقه بالحره.

وأما إذا كانت جاهله بالحال فلا حد والولد حر وتستحق عليه المهر يتبع به بعد العتق.

(مسألة ١٤): إذا زنى العبد بخره من غير عقد فالولد حر وإن كانت الحره أيضاً زانية، ففرق بين الزنا المجرد عن عقد، والزنا المقرون به مع العلم بفساده حيث قلنا إن الولد لمولى العبد.

(مسألة ١٥): إذا زنى حر بأمه فالولد لمولاها، وإن كانت هي أيضاً زانية، وكذا لو زنى عبد بأمه الغير فإن الولد لمولاها.

(مسألة ١٦): يجوز للمولى تحليل أمته لعبده، وكذا يجوز له أن ينكحه إياها، والأقوى إنه حينئذ نكاح لا تحليل، كما أن الأقوى كفايه أن يقول له: أنكحتك فلانه، ولا يحتاج إلى القبول منه أو من العبد، لإطلاق الأخبار ولأن الأمر بيده فيجابه مغن عن القبول.

بل لا يبعد أن يكون الأمر كذلك في سائر المقامات، مثل الولى والوكيل عن الطرفين، وكذا إذا وكل غيره فى الترويج فيكفى قول الوكيل أنكحت أمه موكلى لعبده فلان، أو أنكحت عبد موكلى أمته، وأما لو أذن للعبد

والأمه فى التزويج بينهما فالظاهر الحاجه إلى الإيجاب والقبول.

(مسأله ١٧): إذا أراد المولى التفريق بينهما لا- حاجه إلى الطلاق، بل يكفى أمره إياهما بالمفارقة، ولا يبعد جواز الطلاق أيضاً، بأن يأمر عبده بطلاقها، وإن كان لا يخلو من إشكال أيضاً.

(مسأله ١٨): إذا زوج عبده أمته يستحب أن يعطيها شيئاً، سواء ذكره فى العقد أو لا، بل هو الأحوط، وتملك الأمه ذلك بناءً على المختار من صحه ملكيه المملوك إذا ملكه مولاه أو غيره.

(مسأله ١٩): إذا مات المولى وانتقلا إلى الوارثه فلهم أيضاً الأمر بالمفارقة بدون الطلاق، والظاهر كفايه أمر أحدهم فى ذلك.

(مسأله ٢٠): إذا زوج الأمه غير مولاها من حر فأولدها جاهلاً- بكونها لغيره، عليه العشر أو نصف العشر لمولاها، وقيمه الولد، ويرجع بها على ذلك الغير، لأنه كان مغروراً من قبله، كما أنه إذا غرته الأمه بتدليسها ودعواها الحريه تضمن القيمه وتتبع به بعد العتق، وكذا إذا صار مغروراً من قبل الشاهدين على حريتها.

(مسأله ٢١): لو تزوج أمه بين شريكين بإذنها، ثم اشترى حصه أحدهما أو بعضها، أو بعضاً من حصه كل منهما، بطل نكاحه

ولا يجوز له بعد ذلك وطئها.

وكذا لو كانت لواحد واشترى بعضها.

وهل يجوز له وطئها إذا حللها الشريك، قولان: أقواهما نعم للنص.

وكذا لا يجوز وطئ من بعضه حر إذا اشترى نصيب الرقيه لا بالعقد ولا بالتحليل منها، نعم لو هاياها فالأقوى جواز التمتع بها في الزمان الذي لها، عملاً بالنص الصحيح، وإن كان الأحوط خلافه.

ص: ٢٩٢

فصل

فى الطوارئ

وهى العتق والبيع والطلاق.

أما العتق، فإذا أعتقت الأمه المزوجه كان لها فسخ نكاحها إذا كانت تحت عبد بل مطلقاً وإن كانت تحت حر على الأقوى، والظاهر عدم الفرق بين النكاح الدائم والمنقطع، نعم الحكم مخصوص بما إذا أعتق كلها، فلا- خيار لها مع عتق بعضها على الأقوى، نعم إذا أعتق البعض الآخر أيضاً ولو بعد مده كان لها الخيار.

(مسألة ١): إذا كان عتقها بعد الدخول ثبت تمام المهر، وهل هو لمولاها أو لها، تابع للجعل فى العقد، فإن جعل لها فلها، وإلا فله، ولمولاها فى الصورة الأولى تملكه كما فى سائر الموارد، إذ له تملك مال مملوكة بناء على القول بالملكيه، لكن هذا إذا كان قبل انعقادها.

وأما بعد انعقادها فليس له ذلك، وإن كان قبل الدخول ففى سقوطه أو سقوط

نصفه أو عدم سقوطه أصلاً وجوه، أقواها الأخير، وإن كان مقتضى الفسخ الأول، وذلك لعدم معلوميه كون المقام من باب الفسخ لاحتمال كونه من باب بطلان النكاح مع اختيارها المفارقة، والقياس على الطلاق في ثبوت النصف لا وجه له.

(مسألة ٢): إذا كان العتق قبل الدخول والفسخ بعده، فإن كان المهر جعل لها فلها، وإن جعل للمولى أو أطلق ففي كونه لها أو له قولان، أقواهما الثاني، لأنه ثابت بالعقد وإن كان يستقر بالدخول، والمفروض أنها كانت أمه حين العقد.

(مسألة ٣): لو كان نكحها بالتفويض، فإن كان بتفويض المهر فالظاهر أن حاله حال ما إذا عين في العقد، وإن كان بتفويض البضع فإن كان الانعتاق بعد الدخول وبعد التعيين فحاله حال ما إذا عين حين العقد، وإن كان قبل الدخول فالظاهر أن المهر لها لأنه يثبت حينئذ بالدخول والمفروض حريتها حينه.

(مسألة ٤): إذا كان العتق في العده الرجعية فالظاهر أن الخيار باق، فإن اختارت الفسخ لم يبق للزوج الرجوع حينئذ، وإن اختارت البقاء بقي له حق الرجوع.

ثم إذا اختارت الفسخ لا تتعدد العده، بل

يكفيها عده واحده، ولكن عليها تتميمها عده الحره، وإن كانت العده بائنه فلا خيار لها على الأقوى.

(مسألة ٥): لا يحتاج فسخها إلى إذن الحاكم.

(مسألة ٦): الخيار على الفور على الأحوط فوراً عرفياً، نعم لو كانت جاهله بالعتق أو بالخيار أو بالفوريه جاز لها الفسخ بعد العلم، ولا يضره التأخير حينئذ.

(مسألة ٧): إن كانت صبيه أو مجنونه فالأقوى أن وليها يتولى خيارها.

(مسألة ٨): لا يجب على الزوج إعلامها بالعتق أو بالخيار إذا لم تعلم، بل يجوز له إخفاء الأمر عليها.

(مسألة ٩): ظاهر المشهور عدم الفرق في ثبوت الخيار لها بين أن يكون هو المباشر لتزويجها أو آذنها فاختارت هي زوجاً برضاها، ولكن يمكن دعوى انصراف الأخبار إلى صورته مباشرة المولى بلا اختيار منها.

(مسألة ١٠): لو شرط مولاها في العتق عدم فسخها فالظاهر صحته.

(مسألة ١١): لو أعتق العبد لاخيار له ولا لزوجه.

(مسأله ١٢): لو كان عند العبد حره وأمتان، فأعتقت إحدى الأمتين، فهل لها الخيار أو لا، وجهان.

وعلى الأول إن اختارت البقاء فهل يثبت للزوج التخيير أو يبطل نكاحها، وجهان.

وكذا إذا كان عنده ثلاث أو أربع إماء فأعتقت إحداها.

ولو أعتق في هذا الفرض جميعهن دفعه ففي كون الزوج مخيراً، وبعد اختياره يكون التخيير للباقيات، أو التخيير من الأول للزوجات، فإن اخترن البقاء فله التخيير، أو يبطل نكاح الجميع، وجوه.

ص: ٢٩٦

(مسأله ١): يشترط فى النكاح الصيغه، بمعنى الإيجاب والقبول اللفظيين

مسأله ١ اشتراط الصيغه فى النكاح

(مسأله ١): {يشترط فى النكاح الصيغه، بمعنى الإيجاب والقبول اللفظيين} بلا إشكال ولا خلاف عندهم، وفى المستند يجب فى النكاح الصيغه باتفاق علماء الإسلام، بل الضروره من دين خير الأنام.

وفى الحدائق أجمع العلماء من الخاصه والعامه على توقف النكاح على الإيجاب والقبول اللفظيين.

وقال الشيخ المرتضى: أجمع علماء الإسلام كما صرح به غير واحد على اعتبار أصل الصيغه فى عقد النكاح، فلا يباح بالإباحه أو المعاطاه، وكذا ادعى غير هؤلاء الإجماع.

واستدل لذلك بأمور:

الأول: الإجماع المذكور.

الثاني: الضروره.

الثالث: أصاله تحريم الفرج إلى أن يثبت سبب الحل شرعاً، كما استدل به الجواهر فى بعض فروع هذه المسأله.

الرابع: إن اللفظ هو الفارق بين النكاح والسفاح، فإذا لم يكن لفظ كان سفاحاً.

الخامس: قوله تعالى: (وأخذن منكم ميثاقاً غليظاً) (١)، فإن الميثاق لا يكون إلا باللفظ.

السادس: روايه العجلى، حيث سأله عن الآيه المباركه، قال (عليه السلام): «الميثاق هو الكلمه التى عقد بها النكاح» (٢).

السابع: السيره المتصله بزمانهم (عليهم السلام)، فإنهم (عليهم السلام) عقدوا بالألفاظ، كما ورد فى جملة من الروايات، وهكذا جرت السيره على ذلك إلى اليوم.

الثامن: ما دل على انعقاد النكاح دائماً إذا لم يذكر المده (٣).

التاسع: ما دل على أن الهبه لا تحل إلا لرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم).

ص: ٢٩٨

١- سورة النساء: الآيه ٢١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ١٩٥ الباب ١ من أبواب نكاح عقد النكاح ح ٤

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ١٩٨ الباب ٢ من أبواب نكاح عقد النكاح ح ٢

فعن زراره، عن أبي جعفر (عليه السلام): «لا تحل الهبة لأحد بعد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)»^(١).

وفى حديث محمد بن قيس، عنه (عليه السلام)، قال: «فأحل الله هبة المرأة نفسها لرسول الله (صلى الله عليه وآله) ولا يحل ذلك لغيره»^(٢).

فإنه إن لم يحتج النكاح إلى الصيغة الخاصة لم يكن وجه لعدم صحه الهبة إلا للرسول (صلى الله عليه وآله وسلم).

العاشر: إن النكاح موضوع عرفي قد أمضاه الشارع، والعرف لا يرون النكاح إلا بالصيغة.

أقول: لعل في مجموع هذه الأمور كفايه.

وإن كان يرد على الأول: إنه محتمل الاستناد، ومثله ليس بحجه.

وعلى الثاني: الإشكال في وجود الضرورة، وإن كانت فهي في قبال السفاح، لا في الاحتياج إلى اللفظ.

وعلى الثالث: إن إطلاقات النكاح لا تدع مجالاً للأصل.

وعلى الرابع: بما ذكره المستمسك من أن الفارق بين النكاح والسفاح لا يرتبط باللفظ، إذ السفاح الوطى لا بعنوان الزوجية، وفي النكاح الوطى بعنوان الزوجية، وإن لم يكن إنشاؤها باللفظ كما في نكاح بعض أهل الشرائع الباطلة

ص: ٢٩٩

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٠٠ الباب ٢ من أبواب نكاح عقد النكاح ح ٩

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٠٠ الباب ٢ من أبواب نكاح عقد النكاح ح ٨

فإنه نكاح وليس بسفاح وإن كان بغير لفظ، ولذا جعل العمده فى الاحتياج إلى اللفظ الإجماع.

وعلى الخامس: إن الميثاق يكون بغير اللفظ، فإنه مشتق من الوثوق الحاصل أخذه بكل دال عليه.

وعلى السادس: إن الكلمه تشمل كل ظاهره، ولذا يقال: كلمات الله، ويطلق على الكتابه الكلمه، بالإضافة إلى أن الروايه مذيئه بقوله (عليه السلام): «وأما قوله تعالى: (غليظاً) فهو ماء الرجل يفضيه إليها»(١)، فإنه ظاهر فى أن الميثاق الفعل لا القول، أى أن فعل النكاح المقارن للمنى ميثاق غليظ، فلا دلالة فى الروايه على مجرد القول.

وعلى السابع: أن فعلهم (عليهم السلام) لا يدل على الانحصار، بعد صدق النكاح على الفعل بدون القول أيضاً، مثل قوله سبحانه: (زوجناهم بحور عين) حيث إن ظاهره إعطاؤهن لهم لا إجراء اللفظ.

وعلى الثامن: ما سيأتى الكلام فى ذلك من المناقشه فى كون الروايه على خلاف الأصل، لكون العقود تتبع القصود أم لا، وعلى أى حال، لا تكون هذه الروايه دليلاً على مطلب المستدل.

وعلى التاسع: إن المراد بالهبة بلا عوض كهبه المال، ومن المعلوم أن

ص: ٣٠٠

١- الوسائل: ج ١٤ ص ١٩٥ الباب ١ من أبواب نكاح عقد النكاح ح ٤

المرأه لا- توهب للرجل، كما أن الرجل لا يوهب للمرأة، ويدل على ذلك متواتر الروايات التى ذكرها الوسائل وغيره مما يفيد ذلك، مثل ما رواه الحلبى، عن أبى عبد الله (عليه السلام) فى حديث: «ولا تحل الهبه إلا لرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فأما لغير رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فلا يصلح نكاح إلا بمهر، وذلك معنى قوله: (وامرأه مؤمنه)» (١) الحديث.

وعلى العاشر: إن شأن النكاح عند العرف شأن سائر العقود، يحتاج إلى الرضا والمظهر، فإذا حصل العقد نكاحاً كان أو غيره.

وأما قوله (عليه السلام): «إنما يحلل الكلام ويحرم الكلام»، فقد أجاب عنه الشيخ المرتضى (رحمه الله) فى باب المعاطاه من المكاسب فراجع.

وكيف كان، فلا يمكن الإغضاء عن الإجماع المدعى فى كلامهم مستفيضاً.

ويؤيده ما رواه الوسائل فى باب الزنا من كتاب الحدود، عن سماعه، قال: سألته (عليه السلام) عن رجل أدخل جاريه يتمتع بها ثم نسي حتى واقعها، يجب عليه حد الزانى، قال: «لا، ولكن يتمتع بها بعد النكاح ويستغفر ربه مما أتى» (٢).

وإن كان فى دلالة نظر، إذ ظاهرها عدم تعيين المده والمهر مما يشترط فى المتعه، وإنما الكلام فيما إذا كان تعيين بدون لفظ.

{فلا يكفى التراضى الباطنى} بين الزوج والزوجه، أو وليهما، أو ما أشبه،

ص: ٣٠١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٠٠ الباب ٢ من أبواب نكاح عقد النكاح ح ٦

٢- الوسائل: ج ١٨ ص ٤١٢ الباب ٤٢ من أبواب نكاح عقد النكاح ح ١

لأنه بالإضافة إلى أنه لا لفظ له لا مظهر له، والمظهر شرط في المعاملات التي هي أقل مرتبه من النكاح فكيف بالنكاح.

{أو} كذا {لا-} يكفي {الإيجاب والقبول الفعليين} كالمعاطاه، سواء كان الفعل عملاً كالوطى والقبلة وما أشبهه، أو إشاره كالأخرس، وعدم الكفايه لما تقدم من الدليل، واستثناء الأخرس إنما هو لدليل خاص، بل يكفي فيه عدم شمول الأدله له للانصراف، لكن لا يخفى أن الظاهر أنه لا يكفي التعاطى فى باب النكاح فيما لو أراداه المسلم.

أما غير المسلم فقولہ (عليه السلام): «لكل قوم نكاح»^(١١)، شامل له.

ولا يستشكل بأنه كيف حلل الشارع لغير المسلم ما لم يحلله للمسلم، لأنه يرد عليه إن مصلحه التحليل أهم.

ثم إن من الإيجاب والقبول الفعليين الكتابه، كما تعتاد عند بعض الأقوام من أن الزوجين يذهبان إلى المحكمه ويسجل الحاكم أنهما رضا بالزواج بينهما، فإنه أيضاً نوع من الإشاره.

ولو تزوج فى حال غير الإسلام ثم أسلم، لم يحتج إلى إجراء اللفظ، لسييره من زمان النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) إلى هذا الوقت، حيث لا يأمر المسلمون الكافرين الذين دخلوا فى الإسلام جديداً بإعادة النكاح.

ص: ٣٠٢

وأن يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج

وعلى هذا فالرضا والإشارة والتعاطي والكتابة ليست نكاحاً.

ثم ربما يزداد دليلاً على عدم كفايه الرضا أنه لو كان كافياً لم يكن زناً إلا في الإكراه، ومن المعلوم أن غالب الزنا يتم برضى الطرفين، لكن فيه تأمل، إذ عنوان الزنا الذي يقصده الزناه غير عنوان النكاح الذي يقصده الناكحون.

نعم ربما يكون ما ذكر مؤيداً لاشتراط اللفظ.

{و} يشترط {أن يكون الإيجاب بلفظ النكاح أو التزويج} لأنهما لفظان وردا في الشريعة كتاباً وسنة، قال تعالى: (زوجناكها) (١)، وليس المراد الوطى أو المزاجه اللغويه.

وقال تعالى: (ولا تنحكوا ما نكح آبؤكم) (٢)، والمراد الزواج لا- الوطى، وذلك لحرمة منكوحه الأب على الابن، ولو كان المراد الوطى لم تدل الآية على حرمة المنكوحه مطلقاً.

وعلى هذا فلا- يقال: باحتمال أن يراد بالأول المزاجه، مثل قوله تعالى: (زوجناهم بحور عين) (٣)، وبالثانية الوطى مثل قوله تعالى: (الزاني لا ينكح إلا زانيه)، حيث قالوا: المراد بالآيه إن الزناه والزواني يطابق بعضهم بعضاً في عمل القبيح

ص: ٣٠٣

١- سورة الأحزاب: الآية ٣٧

٢- سورة النساء: الآية ٢٢

٣- سورة الدخان: الآية ٥٤

على الأحوط فلا يكفي بلفظ المتعه في النكاح الدائم، وإن كان لا يبعد كفايته مع الإتيان بما يدل على إرادته الدوام

{على الأحوط فلا يكفي المتعه في النكاح الدائم، وإن كان لا يبعد كفايته مع الإتيان بما يدل على إرادته الدوام}، كأن تقول المرأة: متعتك نفسى دائماً، فيقول الرجل: قبلت.

استدل المانع: بأصالة عدم الانعقاد، وأن في النكاح شوب عباده فهو توقيفى، وأن المتعه مجاز في الدائم، وقد قرروا عدم الإتيان بالألفاظ المشتركة والمجازيه في العقود، والإجماع الذى ادعاه الطبريات.

والكل كما ترى.

لأن الأصل لا مجاله له إلا عند إغواز الدليل، والدليل موجود، فإن إطلاقات النكاح والوفاء بالعقد شامل له، والمانع يقول بالصححة فى المنقطع فيما قال: متعت، فلا منافاه بين العباديه والصححة فى المقام أيضاً، وما قرروه ليس بتام، ولذا أجاز نفس المانع الإجراء بلفظى النكاح والزواج وهما مشتركان كما عرفت، والإجماع مخدوش كبرى وصغرى كما لا يخفى.

وحيث ظهر الإشكال فى قول المانع لم يستبعد كفايه لفظ المتعه لإفادته مفهوم النكاح، ووروده فى باب المنقطع، بالإضافة إلى ما دل على أنه لو لم يذكر الأجل انقلب دائماً، فإن الظاهر من ذلك أن المتعه صالحه للأمرين، بل قد يقال: إن حقيقه النكاح شىء واحد، وإنما ذكر الأجل وعدم ذكره يؤثر فى الآثار، فليس تلك الروايات خلاف القاعده القطعيه من أن العقود تتبع القصود، إذ يكون حاله حال من أجرى البيع ولم يذكر الشرط مع أنه أراد، فالعقد لا يتبع

ويشترط العرييه مع التمكن منها

القصد المجرد، بل القصد الملفوظ به، فكما أن في البيع لا- نقول بالبطلان، لأنه بدون خيار ليس بمقصود، ولا نقول بوجود الخيار لأنه قصده، بل نقول بالصححة بلا خيار، لأن القصد بدون المظهر لا أثر له، كذلك في المقام، المتعه معناها النكاح فإن ذكر الأجل حال كونه مقصوداً له تحققت آثار المنقطع، وإلا كان على الأصل دائماً.

وكيف كان، فالإشكال في أن الروايه التي ذكرت حكم الانقلاب غير وارد.

ويشترط العرييه مع التمكن منها، كما اختاره واحد، بل عن المبسوط والتذكرة الإجماع عليه، وقال في المستند: (وفقاً لغير من شد وندر، بل بإجماعنا، إلى أن قال: خلافاً للمحكي عن ابن حمزه، فاستحب العرييه، واختاره في المفاتيح وشرحه، واستقره في الكشف) انتهى.

أقول: وفي المستمسك إن البناء على جواز غير العري هو المتعين.

وهذا هو الظاهر للأصل والإطلاقات، بعد أن أدله القول بوجود العرييه مخدوشه، فإنهم استدلوا لذلك بأمور:

الأول: أصاله عدم الانعقاد بغيرها.

الثاني: إن في النكاح شائبه عباده فهي توقيفيه.

الثالث: إن الآيات والروايات الوارده في النكاح كلها بالعرييه.

الرابع: الإجماع المتقدم.

ص: ٣٠٥

ولو بالتوكيل على الأحوط، نعم مع عدم التمكن منها ولو بالتوكيل على الأحوط يكفى غيرها من الألسنه

الخامس: ما عن التذكرة من أن غير العربي بالنسبه إليه كالكنايه فلا يعتبر به.

السادس: إن الاحتياط فى الفروج يقتضى ذلك، كما عن كشف اللثام.

وفى الكل ما لا يخفى، فإنه لا أصل فى المقام بعد شمول الإطلاقات وأصالة عدم الاشتراط، وما فى الجواهر من انصراف الإطلاقات إلى العربية غير تام، ولو سلم الانصراف فهو بدوى، وكون النكاح فيه شائبه عباده ممنوع صغرى وكبرى، والآيات والروايات إنما كانت بالعربية لأنها لسانهما كما فى سائر المعاملات، والإجماع محتمل الاستناد، بالإضافة إلى من عرفت من عدم ذهابهم إلى ذلك، وكون غير العربي كالكنايه ممنوع، والاحتياط حسن، لا أنه لازم بعد وجود المطلقات.

ومما تقدم يعرف أنه لا وجه لتفصيل السيد الجمال، حيث قال: (لا يبعد صحه النكاح من كل قوم بلسانهم)، إذ لو شمل الإطلاق كل ما أدى النكاح لم يكن فرق بين أن يكون بلغتهم أم لا.

نعم لا إشكال فى أن الأحوط ملاحظه العربية مطلقاً، خصوصاً إذا كان لغته العربية.

{ولو بالتوكيل على الأحوط} لأنه نوع من التمكن، {نعم مع عدم التمكن منها ولو بالتوكيل على الأحوط يكفى غيرها من الألسنه}، بل عن الذكرة الاتفاق هنا على الجواز مع عدم القدره على العربية، وعدم إمكان التعلم وإن تمكن من التوكيل، وإنما قالوا بجواز ترجمه مع أنهم قالوا بلزوم العربية، وليس المقام كالصلاه

إذا أتى ترجمه اللفظين من النكاح والتزويج

الواجبه، إذ ليس النكاح واجباً، لأن المستند عندهم غالباً في لزوم العريه الإجماع، ولا إجماع مع عدم التمكن من العريه.

ما في باب الصلاه فوجوبها بضميمه دليل الميسور يقتضى الإتيان بالترجمه، لكن لا ستقيم ذلك بالنسبه إلى النوافل، إلا أن يتم الإجماع والأولويه، وما رد من أن الأعجمي يقرأ القرآن ملحوناً فترفعه الملائكه صحيحاً.

ولا يخفى أن لزوم كون الصلاه عريه ليس استعماراً كما ربما يزعم، بل من جهه توحيد لغه التفاهم بين المسلمين، وهو مطلب عقلائي يهتم به عقلاء العالم بأن تكون لغه مشتركه بين الأقوام المختلفه الداخله في إطار دين أو قانون واحده.

{إذا أتى بترجمه اللفظين من النكاح والتزويج} لما تقدم من اعتبارهما، فمع عدم إمكانهما أتى بمعناهما، ويضاف على ذلك معنى لفظ (المتع) إن قلنا بصحتها كما تقدم.

ومثل الترجمة لو جاء بنفس اللفظين، مثلاً قالت في اللغة الفارسيه: (به نكاح دادم خودم را به شما) أو قال: (تزويع كردم شما را).

ثم إن معنى التزويج جعلهما قرينين مقارنه على نحو خاص، ومعنى النكاح جعلهما ذا علقه بحيث يصح أن يطأ الزوج الزوجه، ومعنى التمتع جعلهما ذا علقه بحيث يصح أن يتلذذ أحدهما بالآخر.

والظاهر أن الترجمة الحرفيه غير لازم، بل يكفي ترجمه المضمون، وذلك للإطلاقات التي لم يخرج منها إلا صورته إمكان العريه، كما أن الظاهر أن العري الغلط في حال عدم إمكان الصحيح، بل حال إمكانه كاف

والأحوط اعتبار الماضيه، وإن كان الأقوى عدمه

فلو قال: (زوجتك نفسى) بكسر نون النفس، أو قال: (جوزتك) بدل (زوجتك) صح، كما ذكره السيد أبو الحسن (رحمه الله)، إذ لا دليل على لزوم صحه العرييه، نعم الاحتياط فى مراعاة الصحه.

وحال العريى العامى حال الفارسىه، وإن كان أقرب منه، فإذا دار الأمر بينهما كان العامى مقدماً.

ومنه يعرف حال مختلف اللهجات، مثل تبديل المصرىين الجيم بالكاف، وتبديل السورىين القاف بالهمزه، إلى غير ذلك.

أما الغلط فى الاسم وفى المتعلق الذى ليس من صميم النكاح، كما لو قال: (هفته) مكان (هفده) أو قال: (تينار) مكان (دينار) فالظاهر عدم ضرره حتى مع الإمكان من الصحه، لأنها ليست من الصيغه، والإجماع لا يشملها.

ثم فى العرييه لا- حاجه إلى فهم المفردات والخصوصيات، كان تعرف أن (أنكحتك) التاء للفاعل والكاف للمفعول، بل اللازم أن يفهم أن هذه الجملة تؤدى هذا المعنى، وذلك لعدم الدليل على الاشتراط المذكور.

{والأحوط اعتبار الماضيه} بل هو المشهور بين المتأخرين كما نسب إليهم.

واستدل لذلك بالاحتياط، وبعدم صراحه غير الماضى، وبأن المضارع والأمر ليسا موضوعين للإنشاء، إلى غير ذلك من الوجوه الضعيفه.

{وإن كان الأقوى عدمه} كما عن ابن أبى عقيل والمحقق وآخرين، ووافقهم المستند والمستمسك وغيرهما.

ولا فرق بين المتعه والدوام، وإن كان المحكى

فيكفي المستقبل والجمله الخبريه، كأن يقول: أزوجك، أو أنا مزوجك فلانه، كما أن الأحوط تقديم الإيجاب على القبول

عن بعض شراح المفاتيح ذهاب جماعه من الأصحاب إلى جواز المستقبل في المتعه خاصه.

{فيكفي المستقبل والجمله الخبريه، كأن يقول: أزوجك، أو أنا مزوجك فلانه} كما يصح في الطلاق (فلانه طالق) بالجمله الخبريه.

ويؤيده روايه أبان بن تغلب: كيف أقول لها إذا خلوت بها، قال: تقول: «أزوجك متعه على كتاب الله وسنه نبيه، لا وارثه ولا موروثه، كذا وكذا يوماً» إلى أن قال: «فإذا قالت: نعم، فقد رضيت فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها»، قلت: فإني أستحي أن أذكر شرط الأيام، قال (عليه السلام): «هو أضر عليك»، قلت: وكيف، قال: «إنك إن لم تشرط كان تزويج مقام، ولزمتك النفقه في العده، وكانت وارثه لم تقدر على أن يطلقها إلا طلاق السنه».

{كما أن الأحوط} استحباً {تقديم الإيجاب} من المرأه {على القبول}، كما نسب إلى الأكثر والأشهر في مطلق العقود، لكن في المستند إن أظهر الأشهر كما قيل، بل بالإجماع كما عن المبسوط والسرائر، عدم التوقف عليه، فيجوز تقديم القبول، وهذا هو الأقرب.

استدل للأول: بالاحتياط ونحوه، وبما في المستمسك من أن القبول العقدي _ أعني ما يقابل الإيجاب _ مختص بما يتعلق بالإيجاب الماضي، فيكون معنى القبول المقابل للإيجاب هو الرضا بما جعل وأنشأ، أما الرضا بما يجعل وينشأ فلا يكون قبولاً بالمعنى المقابل للإيجاب، فلو تقدم القبول لم يكن قبول بذلك المعنى.

أقول: أما الاحتياط ونحوه فلا يخفى ما فيه بعد وجود الإطلاقات.

وأما الاستدلال المذكور فلأنه إن أراد أن القبول انفعال، والانفعال لا يعقل أن يتقدم على الفعل، ففيه: إن ذلك في الأمور التكوينية، وليس ما نحن فيه منها، وإن أراد غير ذلك فعليه أن يثبت أن المحتاج إليه في العقود كون أحدهما موجباً والآخر قابلاً، أي الاحتياج إلى القبول العقدي بالمعنى الذي ذكره.

فإن الظاهر أن الزوج والزوجه كلاهما يبيح نفسه للآخر، في إطار الإسلام، وكما يمكن إباحه هذا لتلك يمكن العكس، وكذلك يمكن أن يبيح كل قبل قبول الآخر وبعد قبوله، فإن الامور الاعتباريه خفيف المؤنه.

ومنه يعلم أن ما ذكره المستند وغيره من وجوب أن يكون الإيجاب من جانب الزوجه، والقبول من جانب الزوج، لأنها التي تأخذ العوض، ولأنه الوارد في الأخبار، غير تام، لأن ركني العقد هما الزوجان والمهر أمر تشريفي، فهما من قبيل تبديل الحنطه بالشعير، وما في الأخبار من باب المصداق، وإلا فهما زوجان.

ويؤيد ما ذكرناه من جواز تقديم كلام الرجل على المرأه _ الذي قالوا إنه تقديم القبول على الإيجاب _ ما في صحيحه زواره من قصه تزويج آدم وحواء (عليهما السلام) حيث قال سبحانه لآدم (عليه السلام): «قد زوجتكها فضمها إليك»، فقال لها آدم: «إلى فأقبلي»^(١).

ص: ٣١٠

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٢ الباب ١ من أبواب مقدمات النكاح ح ١

وكذا الأحوط أن يكون الإيجاب من جانب الزوجه، والقبول من جانب الزوج، وإن كان الأقوى جواز العكس

وفى روايه الهاشمى فى تزويج خديجه (عليها السلام) لرسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم)، قالت خديجه: قد زوجتك يا محمد نفسى، والمهر علىّ فى مالى، وذلك كان بعد أن خطب أبو طالب إلى عمها وتلجج العم (١).

وفى روايه البغدادى فى جواب أبى عبد الله (عليه السلام) خطبته فى نكاح، قال (عليه السلام): «أنكحنا خاطبكم على أن لها من الصداق ما ذكرتم» (٢).

كما يدل على ذلك ما تقدم من روايه أبان، إلى غيرها من الروايات.

وحيث قد عرفت أن الأمر اعتبارى وهو خفيف المؤنه، فلا فرق أن يكون القبول المقدم قبلت أو رضيت أو غيرهما، فالتفصيل بعدم صحه تقديم (قبلت) وصحه مثل (رضيت) غير ظاهر.

{وكذا الأحوط أن يكون الإيجاب من جانب الزوجه، والقبول من جانب الزوج} لما تقدم من كلام المستند {وإن كان الأقوى جواز العكس} لما عرفت، ويؤيد ذلك ما ورد فى القرآن الحكيم من نسه النكاح إلى المرأه أيضاً.

قال تعالى: (ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم) (٣).

وقال سبحانه: (حتى تنكح زوجاً غيره) (٤).

ص: ٣١١

١- الوسائل: ج ١٤ ص ١٩٧ الباب ١ من أبواب مقدمات النكاح ح ٩

٢- ال ك افى: ج ٥ ص ٣٧٢ باب خطب النكاح ح ٥

٣- سورة النساء: الآية ٢٢

٤- سورة البقره: الآية ٢٣٠

وأن يكون القبول بلفظ قبلت، ولا يبعد كفايه رضيت، ولا يشترط ذكر المتعلقات، فيجوز الاقتصار على لفظ قبلت، دون أن يقول قبلت النكاح لنفسى أو لموكلى بالمهر المعلوم، والأقوى كفايه الإتيان بلفظ الأمر كأن يقول: زوجنى فلانه، فقال: زوجتكها

{و} الأحوط أيضاً استحباباً {أن يكون القبول بلفظ قبلت} لأنه حقيقه المعنى، وللاقتصار عليه فى كلام جماعه، وللاحتياط، ولكن كلها لا تصلح لاحتياط لزومى فكيف بالفتوى.

{و} لذا {لا- يبعد} بل الأقوى {كفايه رضيت} وغيره من كل ما يدل على القبول، فإذا قال أحدهما: أنكحتك نفسى، وقال الآخر: رضيت، كفى.

{ولا يشترط ذكر المتعلقات} لا فى طرف الإيجاب، ولا فى طرف القبول، للأصل بعد تحقق النكاح بالمجرد منها.

{فيجوز الاقتصار على لفظ} أنكحت فى الإيجاب، بعد التبانى على الخصوصيات.

كما يجوز الاقتصار على لفظ {قبلت} فى القبول، من {دون} أن يقول: {قبلت النكاح لنفسى أو لموكلى بالمهر المعلوم}، قال فى المستمسك: بلا خلاف عندنا ولا إشكال.

{والأقوى كفايه الإتيان بلفظ الأمر، كأن يقول: زوجنى فلانه، فقال: زوجتكها}

وذلك لصدق الإطلاقات عليه، ولذا اختاره الشيخ وابنا حمزه وزهره والشرايع وغيرهم.

ويدل عليه خبر سهل الساعدي، الذي رواه الخاسه والعامه، بل عن المسالك إنه المشهور بينهما، ورواه كل منهما فى الصحيح:

إن امرأه أتت رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) فقالت: يا رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) وهبت نفسى لك، وقامت قياماً طويلاً، فقام رجل وقال: يا رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) زوجنيها إن لم يكن لك فيها حاجه، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «هل عندك من شىء تصدقها إياه»، فقال: ما عندى إلا إزارى هذا، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «إن أعطيتها إزارك جلست لا إزار لك، اجلس التمس ولو خاتماً من حديد» فلم يجد شيئاً، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «هل معك من القرآن شىء» قال: نعم سورة كذا وسوره كذا، السور التى سماها، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «زوجتك بما معك من القرآن» (١).

وفى صحيح محمد بن مسلم، المروى فى الكافى والتهذيب، قال: جاءت امرأه إلى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) فقالت: زوجنى، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من لهذه» فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله زوجنيها، فقال: «ما تعطيها»، فقال: ما لى شىء، قال (صلى الله عليه وآله وسلم): «لا»، فأعادت، فأعاد رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعادت، فقال رسول الله (صلى

ص: ٣١٣

١- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٦٣ الباب ١ من أبواب عقد النكاح ح ٤

وإن كان الأحوط خلافه.

الله عليه وآله وسلم) فى المره الثالثه: «أتحسن من القرآن شيئاً» قال: نعم، قال: «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فعلمها إياه»^(١).

وفى روايه السكونى: جاءت امرأه إلى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) فقالت: زوجنى، فقال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «من لهذه» فقام رجل، _ إلى أن قال: _ «قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن، فعلمها إياه»^(٢).

وحيث ليس فى شىء من طرق الحديث أن الرجل أعاد القبول، فيكون قوله قبولاً مقدماً على الإيجاب، كما ذكره الجماعه.

وقد تقدم أنه يصح أن يكون إيجاباً لعدم الدليل على لزوم كون الإيجاب من المرأه.

وعلى كل حال فالأمر كافى فى كونه قبولاً أو إيجاباً.

{وإن كان الأحوط} احتياطاً استجباً {خلافه} بل عن ابن إدريس ومختلف العلامه والجامع المنع لأصالة عدم العصمه وللاحتياط فى الفروج، والروايه تنزل على ما عن الشهيد فى شرح الإرشاد من أن الواقع من النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) قام مقام الإيجاب والقبول، لثوب الولايه المستفاد من قوله تعالى: (النبى أولى بالمؤمنين من أنفسهم)^(٣)، فيكون ذلك من خواصه (عليه السلام).

وأشكل فيها بعض آخر لإجمالها واحتمالها أن تكون قصه لبعض الأمر لا لكليه.

ص: ٣١٤

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٣ الباب ٢ من أبواب المهور ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ١٩٥ الباب ٢ من أبواب عقد النكاح ح ٣

٣- سوره الأحزاب: الآيه ٦

وقال فى الجواهر: الإنصاف عدم خلو دلاله الخبر المزبور على ذلك من الإشكال، _ إلى أن قال: _ على أنه لو كان قبولاً لزم جواز التخلل بين الإيجاب والقبول بالكلام الكثير، إلخ.

أقول: أصاله عدم العصمه والاحتياط لا مجال لهما بعد الإطلاق والنص، والإشكالات المذكوره غير كافيه لإسقاط الروايه، إذ إعماله (صلى الله عليه وآله وسلم) الولايه خلاف كونه أسوه، ولا- إجمال فى الروايه، وكونها بعض القصه خلاف الظاهر، والتخلل بين الإيجاب والقبول بالكلام الكثير لا مانع منه بعد الصدق، فما استظهره المصنف هو المتعين.

ص: ٣١٥

(مسألة ٢): الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول بالإِشارة مع قصد الإنشاء، وإن تمكن من التوكيل على الأقوى.

(مسألة ٢): {الأخرس يكفيه الإيجاب والقبول بالإِشارة مع قصد الإنشاء} بلا- خلاف ظاهر، وعن كشف اللثام إنه مما قطع به الأصحاب.

{وإن تمكن من التوكيل على الأقوى} وذلك لإِطلاق أدله العقود الشامل له، لأنه عقده.

ويؤيده فحوى ما ورد في الطلاق، مثل صحيح البزنطى، عن الرضا (عليه السلام)، فى الأخرس الذى لا يكتب ولا يسمع كيف يطلقها، قال: «بالذى يعرف به من أفعاله»^(١).

أما استدلال المستمسك لذلك بما ورد فى قراءته وتلييته وتشهده فلا يخفى ما فيه، لأنها تكاليفه المتعينه، فإذا لم يقدر على بعضها شمل المقدور له دليل الميسور، وليس المقام مثل ذلك.

ثم إنه لا فرق بين الخرس الدائم والموقت، كما إذا انعقد لسانه لمدته من جهه مرض ونحوه.

ومثله الكلام فى ما إذا كان الولى للطفل أخرس وأراد زواجه.

ص: ٣١٦

(مسأله ٣): لا يكفى فى الإيجاب والقبول الكتابه.

(مسأله ٣): {لا- يكفى فى الإيجاب والقبول الكتابه} على المشهور، واستدل له بالاحتياط والإجماع على اعتبار اللفظ، وبما فى جامع المقاصد من أن الكتابه كنايه ولا يقع النكاح بالكنايات.

ويرد على الأول: إنه لا مجال للاحتياط بعد شمول دليل العقد، فإذا كتبنا البيع ونحوه صدق عرفاً أنهما عقداً، وليست المعاهدات الدوليه المبرمه بالكتابه إلاّ قسماً من العقود.

والإجماع على اللفظ محتمل الاستناد، وكلام جامع المقاصد مخدوش صغرى وكبرى، فالقول بالكفايه ليس بذلك البعيد، وإن كان الفتوى به مشكله جداً.

نعم ينبغى عدم الإشكال فى ما إذا كتب الأخرس لأنه نوع من الإشاره بل أقومها.

مسأله ٤ عدم وجوب التطابق فى الألفاظ

(مسأله ٤): لا يجب التطابق بين الإيجاب والقبول فى ألفاظ المتعلقة، فلو قال: أنكحتك فلانه، فقال: قبلت التزويج، أو بالعكس كفى، وكذا لو قال: على المهر المعلوم، فقال الآخر: على الصداق المعلوم، وهكذا فى سائر المتعلقةات.

(مسأله ٤): {لا- يجب التطابق بين الإيجاب والقبول فى ألفاظ المتعلقةات}، فى الجواهر إنه لا- خلاف فيه ولا إشكال، وذلك لوضوح شمول إطلاق العقد للمتخالفين إذا كان المؤدى واحداً.

{فلو قال: أنكحتك فلانه، فقال: قبلت التزويج، أو بالعكس كفى}، وكذا إذا كان للرجل والمرأه اسمان، فقال أحدهما اسماً، وقال الآخر اسماً آخر.

{وكذا لو قال: على المهر المعلوم، فقال الآخر: على الصداق المذكور}، وهكذا لو سمي أحدهما الدنانير، وقال الآخر: على الصداق المعلوم، وكذا إذا قال أحدهما: بالدرهم، وقال الآخر: بالدنانير، إذا كانا واحداً عرفاً، ولم يلحظ الخصوصيه الفرديه فى الصداق.

{وهكذا فى سائر المتعلقةات} مثلاً قال الأول فى المتعه: فى المده المعلومه، وقال الثانى: فى أربع وعشرين ساعه مثلاً، إلى غير ذلك.

(مسألة ٥): يكفى على الأقوى فى الإيجاب لفظ نعم بعد الاستفهام، كما إذا قال: زوّجتني فلانه بكذا، فقال: نعم، فقال الأول: قبلت، لكن الأحوط عدم الاكتفاء.

(مسألة ٥): {يكفى على الأقوى فى الإيجاب لفظ نعم بعد الاستفهام، كما إذا قال: زوّجتني فلانه بكذا، فقال: نعم، فقال الأول: قبلت}، وذلك لشمول إطلاقه أدله العقد له، ويدل عليه روايه أبان بن تغلب المتقدمه (١).

ومن المعلوم عدم الفرق بين الدوام والمتعه فى ذلك، بل الظاهر أنه لا- يحتاج إلى قول الأول نعم، لما سبق من صدق عقد النكاح بدون ذلك.

وفى روايه عبيد بن رزاره قال: سألت أبا عبد الله (عليه السلام) عن التزويج بغير خطبه، فقال (عليه السلام): «أو ليس عامه ما تتزوج فتياتنا ونحن نفرق الطعام على الخوان فنقول: يا فلان زوج فلاناً فلانه، فيقول: نعم قد فعلت» (٢).

{لكن الأحوط عدم الاكتفاء}، وعلل ذلك بأنه من قبيل الإيقاع بالمجازات المستنكره عرفاً، لأن الحذف والتقدير اعتماداً على السؤال إنما يكون فى الجواب الخبرى، لا- فيما لو قصد الإنشاء، فإنه يكون ابتداء كلام، وإذا كان الإنشاء بنحو مستنكر عرفاً لا يصح، لأن إطلاق الصحه منزل على العرف.

ص: ٣١٩

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٦٦ الباب ١٨ من أبواب المتعه ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ١٩٦ الباب ١ من أبواب عقد النكاح ح ٧

وفيه: منع كلتا المقدمتين، إذ كونه مستنكراً معلوم العدم، وكون المستنكر لا يشمل الإطلاق واضح المنع، إذ منتهى الأمر أنه فرد نادر، وليس بحيث ينصرف الإطلاق عنه انصرافاً يوجب خروجه عن الفرديه عند المتعارف، ولذا لا يشك أحد في أنه لو قال المشتري للبائع: بعني الكتاب بدرهم، فقال البائع: نعم، بقصد الإنشاء كان قد تم البيع.

ص: ٣٢٠

(مسألة ٦): إذا لحن في الصيغه، فإن كان مغيراً للمعنى لم يكف، وإن لم يكن مغيراً فلا بأس به إذا كان في المتعلقات، وإن كان في نفس اللفظين كأن يقول: جوزتك بدل زوجتك، فالأحوط عدم الاكتفاء به، وكذا اللحن في الأعراب.

(مسألة ٦): {إذا لحن في الصيغه، فإن كان مغيراً للمعنى لم يكف}، قال في المستمسك: (لأنه من المستنكر عرفاً)، وفيه ما تقدم، بل المعيار فهم العرف وقصد الإنشاء، فإذا حصل كفى لصدق العقد ونحوه.

{وإن لم يكن مغيراً فلا بأس به} للإطلاق الشامل له، ولا دليل على لزوم صحه الألفاظ، ولا فرق فيما ذكرناه من الصحه على كل تقدير بين أن يكون اللحن في اللفظين، أو في سائر المتعلقات، بل عدم الضرر في سائر المتعلقات أوضح.

فقول المصنف: {إذا كان في المتعلقات، وإن كان في نفس اللفظين كأن يقول: جوزتك بدل زوجتك فالأحوط عدم الاكتفاء به} غير ظاهر الوجه، فإن الغلط لا يضر مطلقاً إلا إذا لم يصدق عليه الصيغه، ولذا قال المستمسك: الظاهر أنه ليس من المستنكر عرفاً، فيشمه إطلاق النفوذ.

وقد اختار الصحه في (جوزتك) السيد أبو الحسن الأصفهاني (رحمه الله).

وما أبعد ما بينه وبين قول السيد البروجردى: (إنه من اللحن المغير للمعنى ولا يكفى بلا إشكال).

{وكذا اللحن في الإعراب} فإنه إذا توفر فيه الفهم وقصد الإنشاء كفى للصدق عرفاً كما عرفت، ومراده من الإعراب أعم من البناء، كما إذا قال: (زوّجتك فاطمه) بالتنوين.

مسأله ٧ قصد الإنشاء فى الصيغه

(مسأله ٧): يشترط قصد الإنشاء فى إجراء الصيغه.

(مسأله ٧): {يشترط قصد الإنشاء فى إجراء الصيغه} بلا- إشكال ولا خلاف، لأن عقد النكاح كسائر العقود إيقاع، ولا يتحقق الإيقاع بدون قصد الإنشاء.

لكن قصد الإنشاء خفيف المؤنه جداً.

ولا فرق فى لزوم قصد الإنشاء بين أصل الزواج أو المهر، ولا بين الإيجاب والقبول، ولا فى المده فى المتعه، كما هو واضح.

ص: ٣٢٢

مسأله ٨ عدم اشتراط معرفه الفعل والفاعل فى المجرى

(مسأله ٨): لا- يشترط فى المجرى للصيغه أن يكون عارفاً بمعنى الصيغه تفصيلاً، بأن يكون مميزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل يكفى علمه إجمالاً بأن معنى هذه الصيغه إنشاء النكاح والتزويج، لكن الأحوط العلم التفصيلى.

(مسأله ٨): {لا- يشترط فى المجرى للصيغه أن يكون عارفاً بمعنى الصيغه تفصيلاً} إذ لا- دليل على هذا الشرط، فيكفى فى الصحه شمول الإطلاق، فلا- حازه {بأن يكون مميزاً للفعل والفاعل والمفعول، بل يكفى علمه إجمالاً}، الإجمال بالمعنى المنطقى لا بالمعنى الأصولى، بل الظاهر كفايته بالمعنى الأصولى أيضاً بأن يعلم أن إحدى هاتين الصيغتين تفيد الزواج فقالهما وقصد الإنشاء، فإذا علم {بأن معنى هذه الصيغه} أو إحدى هاتين {إنشاء النكاح والتزويج} كفى.

{لكن الأحوط العلم التفصيلى} للاحتياط فى الفروج.

(مسألة ٩): يشترط الموالاه بين الإيجاب والقبول، وتكفي العرفيه منها، فلا يضر الفصل فى الجملة بحيث يصدق معه أن هذا قبول لذلك الإيجاب

(مسألة ٩): {يشترط الموالاه بين الإيجاب والقبول} بمقدار يصدق معه العقد حتى يشمله إطلاق (العقود) {و} لذا قال:

{تكفى العرفيه منها، فلا يضر الفصل فى الجملة بحيث يصدق معه} العقد.

وكان المصنف أراد ما ذكرناه بقوله: {إن هذا قبول لذلك الإيجاب}، وإلا فليس المعيار ذلك، بل صدق العقد.

أما نفي المستمسك اشتراط الموالاه العرفيه وجعله المدار على صدق المطابقه ناقلاً من القواعد عدم الانعقاد لو أقر القبول مع الحضور بحيث لا يعد مطابقاً للإيجاب، فإن أراد العرفيه بالمعنى الذى ذكرناه فلا وجه للإنكاره، وإن أراد مقابل الحقيقه التى هى أوسع من الحقيقه فى الجملة فكلامه تام.

وكيف كان، فيدل على عدم ضرر الفصل المفوت للموالاه الحقيقه، بالإضافة إلى أنه لا ينافى صدق العقد، بعض الروايات المتقدمه فى فصل الكلمات فى قصه طلب امرأه من الرسول (صلى الله عليه وآله وسلم) زواجها.

ومنه يعلم أن احتياط بعض الفقهاء بعدم الفصل، حتى أنهم كانوا يرون لزوم ذكر المتعلقات، قبل الصيغه، كأن يقول: (على المهر المعلوم أنكحتها له) ليتصل به (قبلت) ليس له وجه، حتى الوجه الاحتياطى.

كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت.

ولذا قال المصنف: {كما لا يضر الفصل بمتعلقات العقد من القيود والشروط وغيرها وإن كثرت}.

ثم إنه إذا كثرت الفصل بحيث شك في صدق العقد كان الأصل عدمه، ولا يكون مجال لأصالة صحته، لأنه من المستمسك بالعام في الشبهات المصدقيه.

ص: ٣٢٥

(مسأله ١٠): ذكر بعضهم أنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو كان القابل غائباً عن المجلس فقال الموجب: زوجت فلاناً فلانه، وبعد بلوغ الخبر إليه قال: قبلت، لم يصح.

وفيه: إنه لا دليل على اعتباره من حيث هو، وعدم الصحة في الفرض المذكور إنما هو من جهة الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقده والمعاهده لعدم التخاطب

(مسأله ١٠): {ذكر بعضهم} العلامه في القواعد {إنه يشترط اتحاد مجلس الإيجاب والقبول، فلو كان القابل غائباً عن المجلس، فقال الموجب: زوجت فلاناً فلانه، وبعد بلوغ الخبر إليه قال: قبلت، لم يصح} وقد وجهه جامع المقاصد بأن العقود اللازمه لا بد فيها من قوع القبول على الفور عاده بحيث يعد جواباً للإيجاب.

أقول: وقد أيد ذلك بالاحتياط، وبأنه خلاف العقود المتلقاه من الشارع {وفيه: إنه لا دليل على اعتباره من حيث هو} إذ لا نص ولا إجماع على اتحاد المجلس.

{وعدم الصحة في الفرض المذكور إنما هو من جهة الفصل الطويل أو عدم صدق المعاقده والمعاهده لعدم التخاطب}.

أقول: ليس في المقام إلا لزوم صدق العقد، أما الفصل الطويل فقد عرفت أنه غير ضار إذا لم يضر بالصدق المذكور.

أما الاحتياط ففيه إنه غير لازم مع الصدق الموجب، لشمول الإطلاق له.

وكونه خلاف العقود المتلقاه، غير ضار، إذ لا دليل على انحصار العقد في الكيفيه المتلقاه، كما تقدم الكلام في ذلك.

وإلا- فلو فرض صدق المعاقده وعدم الفصل مع تعدد المجلس، كما إذا خاطبه وهو في مكان آخر لكنه يسمع صوته ويقول: (قبلت) بلا فصل مضر فإنه يصدق عليه المعاقده.

ولذا قال المصنف: {وإلا فلو فرض صدق المعاقده وعدم الفصل مع تعدد المجلس صح} وهذا فرض حقيقي، فإنه إذا قالت المرأة صباحاً: زوجت نفسي محمداً، فقال محمد في مجلس آخر عصرًا: قبلت ذلك، رأى العرف وقوع العقد، فحال حال عقد البيع وغيره مما لا يضره تعدد المجلس، فيكون {كما إذا خاطبه وهو في مكان آخر، لكنه يسمع صوته، ويقول: (قبلت) بلا فصل مضر، فإنه يصدق عليه المعاقده}.

ومنه العقد بالتلفون واللاسلكي ونحوهما، وكذا إذا أوجبت عبر التلفزيون أو الراديو، فسمع وقبل، إلى غيرها من الأمثلة، والله العالم.

ص: ٣٢٧

(مسأله ١١): ويشترط فى التنجيز كما فى سائر العقود، فلو علقه على شرط أو مجيء زمان بطل

(مسأله ١١): {ويشترط فى التنجيز، كما فى سائر العقود، فلو علقه على شرط أو مجيء زمان} كما لو قال: زوجتك إن جاء زيد أو فى يوم الجمعة الآتى {بطل}.

واستدلوا لذلك بالإجماع، وبأن المتلقى من الشارع اتصال زمان العقد بزمان الزوجيه، والشرط يجعل الانفصال بينهما، وبأن الإنشاء إيجاد للمنشأ وكما أن الإيجاد الحقيقى لا يقبل الإناطه والتعليق كذلك الإنشاء الذى هو إيجاد ادعائى.

أقول: لو لا الإجماع وقضيه التلقى _ إن قلنا بأنها توجب صرف الإطلاق عن شمول غير المنجز _ لم يكن هناك دليل آخر.

إذ أولاً: الإيجاد المعلق ممكن، بمعنى أنه يوجد الآن المعد فإذا حصل شرطه وُجد الشئ.

وثانياً: لا- تلازم بين الأمرين، إذ الإيجاد الحقيقى ليس مثل الإيجاد الاعتبارى، فإن الاعتبار خفيف المؤنه، ولذا قلنا فى باب المكاسب: إنه لو لا الإجماع لكان العقد المعلق صحيحاً، وأى فرق بين الوصيه والتدبير وغيرهما من ما ذكروا صحه التعليق فيها، وبين البيع والإجاره مما ذكروا عدم الصحه فيهما.

وحيث إن محل الكلام فى هذه المسأله هناك، نكتفى منه هنا بهذا القدر.

نعم لو علقه على أمر محقق معلوم، كأن يقول: إن كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانه، مع علمه بأنه يوم الجمعة صح، وأما مع عدم علمه فمشكل.

{نعم لو علقه على أمر محقق معلوم، كأن يقول: إن كان هذا يوم الجمعة زوجتك فلانه} أو قال: إن كان هذا أباه فقد زوجتك بنته {مع علمه بأنه يوم الجمعة} وأن الرجل الحاضر أبوها مثلاً {صح} العقد، كما عن الفاضلين والشهيدين والمحقق الثاني وغيرهم، وذلك لأنه تنجيز وإن كان في صورته تعليق، كما أن العكس وهو التعليق في صورته التنجيز غير صحيح، كما إذا قال في يوم السبت: زوجتك في يوم الأحد.

ولا يخفى أن كلام المصنف ككلماتهم، إنما هو مع عدم الفصل، وإلا لم يصح، كما إذا قال: إذا جاءك يوم الأحد زوجتك، فإنه معلق على أمر محقق معلوم، لكن حيث يكون فصل بين الإنشاء والحليه لم يصح، كما ذكرناه في الدليل الثاني.

{وأما مع عدم علمه فمشكل}، وذلك لأنه لم ينشأ النكاح، فإن وجود الشرط في الواقع لا يؤثر في إنشاء المنشأ، هذا بالإضافة إلى أن الشيخ المرتضى (رحمه الله) ادعى الإجماع على البطلان فيه.

هذا كله حسب الموازين الشرعية، أما حسب الموازين العرفية، فقد عرفت أن الإنشاء لخفه مؤنته يصلح أن يكون معلقاً بأمر حاضر أو مستقبل، يعلم المنشأ ذلك أم لم يعلم، كان الشرط منفصلاً عن الإنشاء أم متصلاً به.

وقد ظهر مما تقدم عدم صحه النكاح المؤجل، أى المنشأ بعد زمان الإنشاء، كما إذا قالت يوم الجمعة: زوجتك نفسى من يوم السبت، وإن صح ذلك فى الاجاره، ولذا يصح أن يؤجر داره هذه السنه لزيد، وينشأ إيجارها لعمرى _ من الآن _ لسنه ثانيه، ولا يصح ذلك بالنسبه إلى زوجين فى المتعه، أو إنشائه الآن لزواج ثان بعد طلاق الزوج الأول.

نعم قد يستفاد من بعض الروايات صحه انفصال زمان النكاح عن زمان العقد، فيما رواه الكلينى (رحمه الله) عن بكار بن كردم، قال: قلت لأبى عبد الله (عليه السلام): الرجل يلقى المرأه فيقول: زوجنى نفسك شهراً، ولا يسمى الشهر بعينه، ثم يمضى فيلقاها بعد سنين، فقال له: «شهره إن كان سماه فإن لم يكن سماه فلا سبيل له عليها» (١).

لكن العمل بذلك مشكل، وإن كانت الروايه على طبق القاعده العرفيه فى المعاملات، إذ لا مانع من ذلك عقلاً، والاعتبار بيد المعتبر، كما أنه ينبغى أن يجوز الانفصال فى البيع أيضاً، بأن يبيعه داره من بعد سنه، كما يجوز ذلك بالنسبه إلى الإجاره والعاريه.

نعم لا- إشكال أنه من المنكرات الشرعيه أن تزوج المرأه نفسها لزوجين، كأن تزوج نفسها متعه من الصباح إلى الليل لزيد، وتزوج نفسها فى الحال لعمرى من الليل إلى الصباح، ولا يكون دخول للأول أو لا يوجب عده كاليائسه، أو تنكح

ص: ٣٣٠

نفسها الآن للثاني بعد انقضاء عده الأول.

أما الاستدلال للمنع بما رواه الكليني، عن إسحاق بن عمار، قال: قلت: لأبي الحسن موسى (عليه السلام) عن رجل تزوج امرأه متعه، ثم وثب عليها أهلها، فزوجوها بغير إذنها علانيه، والمرأه امرأه صدق كيف الحيله، قال: «لا تمكن زوجها من نفسها حتى ينقضى شرطها أو عدتها»^(١).

_ أقول: المراد بالشرط زمان المتعه، وقوله (عليه السلام): (أو عدتها) أى إذا كانت بلا عده كاليائسه، فانقضاء الشرط وإلا احتاج إلى انقضاء العده _.

قلت: إن شرطها سنه ولا- يصبر لها زوجها ولا أهلها سنه، فقال: «فليتق الله زوجها الأول وليتصدق عليها بالأيام، فإنها قد ابتليت والدار دار هدنه» _ أى لا يمكن إظهار الأحكام كامله، فإنها إن أظهرت أنها متعه خشيت من عواقبها _ «والمؤمنون فى تقيه».

قلت: فإنه تصدق عليها أيامها وانقضت عدتها كيف تصنع، قال: «إذا خلا- الرجل بها فلتقل هى يا هذا أن أهلى وثبوا على فزوجونى منك بغير أمرى ولم يستأمرونى وإنى الآن قد رضيت، فاستأنف الآن فتزوجنى تزويجاً صحيحاً فيما بينى وبينك».

فلا يخفى ما فيه، إذ الروايه تدل على منع اجتماع زوجين فى حال واحد لا فى حالين، كما هو محل الكلام.

ثم كما لا يصح للمرأه أن تتزوج زوجين فى حالين بإنشاء النكاح فى زمان

ص: ٣٣١

واحد، كذلك لا- يصح للرجل أن يتزوج الخامسة وأخت الزوجه والربييه فى حال واحد لزمانين، كأن يتزوج الأربع ثم يقول: تزوجت الخامسة بعد طلاق إحداهن، وهو يعلم أنه يطلقها بعد يوم مثلاً، أو يقول: تزوجت هنداً متعه إلى الليل وأختها من الليل، أو تزوجت الأم الآن وابنتها بعد انقضاء مده الأم، ولا يدخل بالأم، وذلك لوضوح كونه من المنكرات شرعاً.

وكما لا- يصح النكاح المتأخر، لا- يصح النكاح المتقدم، كأن يقول: تزوجتها من الشهر الماضى، والظاهر أنه يوجب بطلان النكاح حتى بالنسبه إلى الحال إن كان على وجه التقييد، وإن كان على نحو تعدد المطلوب ففيه احتمالان، البطلان لعدم ثبوت مثل ذلك شرعاً، والصحة لأنه مثل ما إذا زوج امرأتين ثم تبين عدم صحه زواج إحداهما، ومقتضى القاعده الثانى، وإن كان الاحتياط يقتضى الأول.

(مسألة ١٢): إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته، فإن أراد البقاء فاللازم الإعادة على الوجه الصحيح، وإن أرادا الفراق فالأحوط الطلاق

(مسألة ١٢): {إذا أوقعا العقد على وجه يخالف الاحتياط اللازم مراعاته، فإن أراد البقاء فاللازم الإعادة على الوجه الصحيح}، لوضوح أنه بدون ذلك لا- يتمكن من الاستمتاع ونحوه، سواء بالنسبة إلى الأحكام الواجبه كالوطى فى كل أربعة أشهر، أو بالنسبة إلى الأحكام المستحبه كالاستمتاع، أو بالنسبة إلى المباحه كالنظر إلى ما لا يحل لغير الزوج النظر إليه، أو بالنسبة إلى المكروهه كالوطى فى الدبر.

{وإن أراد الفراق فالأحوط الطلاق} لوضوح أنه بدون ذلك لا- يتمكن من الخروج عن تبعيه الزوجيه، مثل وجوب الإنفاق وإباحه الأخت والخامسه والربيبه بالنسبه إلى ما لم يدخل بالأم، إلى غير ذلك.

والحاصل: حيث إن الأمر فى المقام دائر بين محذورين، ويمكن التخلص من كلا- الأمرين، لم يكن من مورد الدوران بين محذورين، مثل مندور الفعل والترك، بل اللازم التمسك بالمندوحه سواء فعلاً أو تركاً.

ومنه يعلم حال تارك طريقى الاجتهاد والتقليد العامل بالاحتياط، حيث لا يتمكن من الجمع بين أحكام الزوجيه وأحكام عدمها، كما إذا عقد بالفارسيه مثلاً، فإنه لا يتمكن من جعلها كزوجه فى وطى أربعة أشهر، ولا من جعلها كغير زوجه فى عدم وطئها فيما إذا أرادت الوطى ولم تسقط حقها، فاللازم الفرار إلى المندوحه إما بعقدها من جديد مع موافقتها، أو بطلاقها.

وإن كان يمكن التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجية، وإن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستجابي، فمع إرادته البقاء الأحوط الاستجابي إعادته على الوجه المعلوم صحته، ومع إرادته الفراق فاللازم الطلاق.

نعم الظاهر في فرع المصنف وفرعنا، إذا تركت المرأة حقها في الوطى أمكن الاحتياط في سائر الجهات بإعطائها النفقة، وعدم وطئها وعدم تزويج الخامسة وأختها إلى غير ذلك.

لكن ذلك إذا لم يكن محذور آخر، كما إذا حلف أن لا يطلق، فإنه يتردد أمره بين الإبقاء ولزوم الوطى وبين الطلاق وكلاهما حرام، فهو من التردد بين المحذورين حيث لا مندوحة، واللازم ترجيح الأهم.

وإن كان يمكن التمسك بأصالة عدم التأثير في الزوجية { بالنسبة إلى المجتهد الفاحص، لأن كونه نكاحاً صحيحاً حادث لا يعلم به، فالأصل عدمه.

أما بالنسبة إلى العامي فلا يحق له إلا الأخذ بالاحتياط في عقدها من جديد أو بالطلاق، وإذا دار بين المحذورين قدم الأهم، ولما ذكرناه قيده السيد البروجردى بما قيدناه بأنه من شأن المجتهد، وأشكل عليه المستمسك بأن صحة التمسك بالأصل المذكور ينافي كون المورد من موارد الاحتياط اللزومي.

وإن كان على وجه يخالف الاحتياط الاستجابي فمع إرادته الفراق فاللازم الطلاق { إذا لم ترض الزوجه بإسقاط حقها، ولم يرد هو أخذ الخامسة والأخت وما أشبه.

(مسألة ١٣): يشترط في العاقد المجرى للصيغه الكمال بالبلوغ والعقل، سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره، وكاله أو ولايه أو فضولاً، فلا اعتبار بعقد الصبي، ولا المجنون ولو كان أدوارياً حال جنونه، وإن أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقة على المشهور بل لا خلاف فيه.

(مسألة ١٣): {يشترط في العاقد المجرى للصيغه الكمال بالبلوغ} على المشهور بينهم {والعقل} بلا إشكال، إذ عبارته المجنون الصادرة بدون تعقل، مثل أصوات البهائم والنائم، فإن الأدله لا تشملها، فلو علم الطير الصيغه فأجراها لم ينفع، {سواء كان عاقداً لنفسه أو لغيره، وكاله أو ولايه أو فضولاً}، لا يتصور الولايه في غير البالغ وغير العاقل لأنهما ليسا وليين، كما حقق في محله.

{فلا اعتبار بعقد الصبي، ولا المجنون ولو كان أدوارياً حال جنونه، وإن أجاز وليه أو أجاز هو بعد بلوغه أو إفاقة على المشهور، بل لا خلاف فيه}.

الظاهر وجود الخلاف فيه، فإن المنسوب إلى المحقق وفخر المحققين والأردبيلي وجماعه آخرين جواز تصرف الصبي المميز بإذن الولي.

واستدل المشهور بالمنع بأمر، منها: حديث «رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم»^(١).

ومنها: ما رواه محمد بن مسلم في الصحيح، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: «عمد الصبي وخطأه واحد»^(٢).

ص: ٣٣٥

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٦٦ الباب ٣٦ من أبواب القصاص في النفس ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٩ ص ٣٠٧ الباب ١١ من أبواب العاقله ح ٢

لكنه فى الصبى الوكيل عن الغير محل تأمل، لعدم الدليل على سلب عبارته إذا كان عارفاً بالعربيه وعلم قصده حقيقه، وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا

ومنها: خبر حمزه بن حمران، عن أبى جعفر (عليه السلام) فى حديث إنه قال: «الجاريه إذا تزوجت ودخل بها ولها تسع سنين ذهب عنها اليتيم، ودفع إليها مالها وجاز أمرها فى الشراء والبيع»، قال: «والغلام لا يجوز أمره فى الشراء والبيع، ولا يخرج من اليتيم حتى يبلغ خمس عشره سنه أو يحتلم أو يشعر أو ينبت قبل ذلك»^(١).

{لكنه فى الصبى الوكيل عن الغير محل تأمل، لعدم الدليل على سلب عبارته إذا كان عارفاً بالعربيه} أو قلنا بعدم اشتراط العربيه كما تقدم، فإطلاقات الأدله تشمله كما تشمل سائر المجريين للصيغه.

{وعلم قصده حقيقه} لتوقف العقد على القصد كما هو ظاهر.

{وحديث رفع القلم منصرف عن مثل هذا} إذ الظاهر منه رفع قلم التكليف الذى وضعه الشارع، وصحه عبارته لم يضعها الشارع، فمعنى رفع القلم أنه كما لو كان قبل الإسلام، إلا فيما خرج كزناه وسرقته ونحوهما، ومن المعلوم أنه قبل الإسلام لم يكن مسلوب العباره.

وأما روايه عمد الصبى فظاهرها تنزيل العمده منزله الخطأ فيما كان للخطأ حكم خاص فى غير الصبى، فيخص ذلك بالجنايه فلا ربط للحديث بالمقام.

ص: ٣٣٦

١- الوسائل: ج ١٣ ص ١٤٢ الباب ٢ من أبواب أحكام الحجر ح ١

أما خير حمزه فالظاهر منه جواز أمرهما بعد البلوغ على نحو الاستقلال، أما بدون الاستقلال فلا ينفيه الخبر، وكلامنا في جواز لفظهما مستنداً إلى موكل أو ولي.

هذا بالإضافة إلى ظهور جملة من الأدلة على جواز عبارته كقوله تعالى: (وابتلوا اليتامى حتى إذا بلغوا النكاح، فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) (١)، فإن الظاهر من ابتلائهم كما ذكره غير واحد ابتلاؤهم بالمعاملات اليسيره لاختبار رشدهم الفكري، وقوله: (فادفعوا) أي أموالهم كامله، وهذا يدل على جواز معاملتهم في الجملة.

وقد روى الصدوق أنه سئل الصادق (عليه السلام)، عن قول الله تعالى: (فإن آنستم منهم رشداً فادفعوا إليهم أموالهم) قال: «إيناس الرشيد حفظ المال» (٢).

وعن عيص بن القاسم، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: سألته عن اليتيمه متى يدفع إليها مالها، قال: «إذا علمت أنها لا تفسد ولا تضيع»، فسألته إن كانت قد زوجت، فقال: «إذا زوجت فقد انقطع ملك الوصي عنها» (٣).

بل يظهر ذلك أيضاً من روايه أصبغ بن نباته، عن أمير المؤمنين (عليه السلام)، إنه قضى أن يحجر على الغلام المفسد حتى يعقل (٤).

ص: ٣٣٧

١- سورة النساء: الآية ٦

٢- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٣ الباب ٤٥ من أبواب أحكام الوصايا ح ٦.

٣- الوسائل: ج ١٣ ص ٤٣٣ الباب ٤٥ من أبواب أحكام الوصايا ح ١

٤- الوسائل: ج ١٣ ص ١٤١ الباب ١ من أبواب الحجر ح ٥

ومثل الآيه فى الدلاله روايه السكونى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، «نهى رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) عن كسب الإمام، فإنها إن لم تجد زنت إلا أمه قد عرفت بصنعه يد، ونهى عن كسب الغلام الصغير الذى لا يحسن صناعه بيده فإنه إن لم يجد سرق»^(١).

فإنه يدل على الجواز،

أولاً: فيما إذا أحسن صنعه.

وثانياً: فيما إذا كان ثقة، مع الغض عن دلالتها على الكراهه بقريته التعليل وإردافه للأمه.

وكذلك مثلهما فى الدلاله روايه إبراهيم بن أبى يحيى، عن أبى عبد الله (عليه السلام)، قال: «تزوج رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم) أم سلمه زوجها إياه عمر بن أبى سلمه وهو صغير لم يبلغ الحلم»^(٢).

هذا بالإضافة إلى سيره، فقد قال فى المستمسك: إنه ادعى غير واحد من الأعلام على وقوع المعامله مع الصبيان قبل البلوغ فى بلاد الإسلام وفى جميع الأعصار، وحملها على كونها صادره من غير المباليين فى الدين كما ترى خلاف المقطوع به، فإن الظاهر استقرار سيره العقلاء على المعامله مع المميزين مع رشدهم كالبالغين، ولأجل عدم الردع عنها من الشارع المقدس جرى عليها المتشرعه.

ص: ٣٣٨

١- الوسائل: ج ١٢ ص ١١٨ الباب ٣٣ من أبواب ماى ك تسب به ح ١

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٢٣ الباب ١٦ من أبواب عقد النكاح ح ١

وكذا إذا كان لنفسه بإذن الولي أو إجازته، أو أجاز هو بعد البلوغ، وكذا لا اعتبار بعقد السكران

{وكذا إذا كان لنفسه بإذن الولي} وإن لم يعلم الولي الخصوصيات {أو إجازته} بعد العقد {أو أجاز هو بعد البلوغ}.

وهل يحمل فعله على الصحة إذا شك الطرف في الإذن، الظاهر الحمل في الأشياء الحقيرة، كما إذا اشترى شيئاً حقيراً، وفي ما ليس بتصرف كبير لنفسه، كما إذا عقد زوجه زيد موجباً، وذلك لما تقدم من السيره وغيره.

أما في الأشياء الجليله لنفسه، كما إذا أريد التزويج لنفسه أو اشتراء دار ونحوه لنفسه فلا، إذ الأدله المجوزه لا تشمل مثل ذلك، فلا مجال لحمل تصرفه على الصحة كما ذكره السيد الحكيم.

ثم إنه لا- ينبغى الإشكال في عدم الحاجة إلى الإسلام فضلاً عن الإيمان، فيصح إجراء الكافر العقد للمسلم للأصل، وإطلاق الأدله، ولا دليل على الاشتراط.

والظاهر أنه إذا لم يعلم أنه عقد صحيحاً كان الأصل الصحة، لأنه يجرى في عمل غير المسلم كما يجرى في عمل المسلم، ولذا تصح معاملاتهم مع أنا لا ندري هل حصل على هذا المال بالسرقه أو غيرها، إلى غير ذلك، وقولهم (حمل فعل المسلم على الصحيح) يراد به مثل الذبح ونحوه، لا الاختصاص، وإن كانت المسأله بحاجه إلى مزيد من التأمل والتتبع.

{وكذا لا اعتبار بعقد السكران} الذي خرج عن التعقل، لا السكر الخفيف الذي لا ينافى تعقله.

فلا يصح ولو مع الإجازة بعد الإفاهة

{فلا يصح ولو مع الإجازة بعد الإفاهة} وذلك هو المشهور، إذ لا عقل له فلا قصد له، والعقود تتبع القصد، إذ لو لا القصد لا عقد، وتسميته عقداً مجازاً للمشابهة.

وأشكل على ذلك المستمسك، بأن (الظاهر تحقق القصد من السكران، بل والنائم، بل والحيوان، إذ القصد الإرادة، والحيوان فصله المميز عن مطلق الجماد كونه متحركاً بالإرادة، فالعمده في عدم صحة عقد السكران والنائم ونحوهما وواقعاهم خروجه عن منصرف أدله النفوذ والصحة، لعدم الاعتماد به عند العرف، فلا يكون سبباً عندهم ولا منشأ لاعتبار الأثر، فلا يكون سبباً شرعاً لما عرفت من أن مقتضى الإطلاقات المقامية الرجوع إلى العرف في تشخيص الأسباب) انتهى.

أقول: مرادهم بأنه لا قصد للسكران القصد المنصب عليه الحكم، لا أى قصد، فالإشكال المذكور غير ظاهر الوجه.

أما الإشكال عليه بأن الفصل المميز للحيوان عن الجماد هو الإرادة غير تام، لأن الجماد أيضاً يريد بدليل قوله تعالى: (فوجدنا فيها جداراً يريد أن ينقض) (١)، فيرد عليه بالإضافة إلى أنه خارج عن المبحث، فلا- يثلم به إشكال المستمسك، أن الظاهر أن الإرادة فى الآيه من باب التشبيه، لا- الإرادة حقيقه، وإن كان يمكن أن يجعل للجماد مرتبه من الإرادة، كما أن له مرتبه من التعقل.

كما يظهر من قوله تعالى: (يا جبال أوبى معه) (٢)، ومن قوله: (وإن من شىء

ص: ٣٤٠

١- سورة ال ك هف: الآيه ٧٧.

٢- سورة سبأ: الآيه ١٠

وأما عقد السكرى إذا أجازت بعد الإفاقه ففيه قولان، فالمشهور أنه كذلك، وذهب جماعه إلى الصحه مستندين إلى صحیحه ابن بزيع

إلا یسبح بحمده(۱۱))، إلى غيرها من الآيات والروایات الداله على ذلك، بل هو ظاهر قوله تعالى: (قالنا آتینا طائعين)(۲۲)).

{وأما عقد السكرى إذا أجازت بعد الإفاقه، ففيه قولان، فالمشهور أنه كذلك} لا اعتبار به {وذهب جماعه إلى الصحه} كما عن الشيخ فى النهايه وابن البراج والصدوق فى الفقيه والمقنع وشرح النافع والكفایه والحدائق والوسائل وشرح المفاتيح، وفى الجواهر إنه مال إليه غير واحد من متأخري المتأخرين، وذكر منهم سيد المدارك، وفى المستند اختياره.

{مستندين إلى صحیحه ابن بزيع} قال: سألت أبا الحسن (عليه السلام) عن امرأه ابتليت بشرب النبيذ فسكرت فزوجت نفسها رجلاً فى سكرها، ثم أفاقت فأنكرت ذلك، ثم ظنت أنه يلزمها ففزعته منه فأقامت مع الرجل على ذلك التزويج أحلال هو لها، أم التزويج فاسد لمكان السكر ولا سبيل للزوج عليها، فقال (عليه السلام): «إذا أقامت بعد ما أفاقت فهو رضى منها»، قلت: ويجوز ذلك التزويج عليها، فقال (عليه السلام): «نعم»(۲۳)).

أقول: الظاهر من الروايه أن العقد فى المورد بمنزله عقد الفضولى، وأنه إن

ص: ۳۴۱

۱- سورة الإسراء: الآية ۴۴

۲- سورة فصلت: الآية ۱۱

۳- الوسائل: ج ۱۴ ص ۲۲۱ الباب ۱۴ من أبواب عقد النكاح ح ۱

ولا بأس بالعمل بها، وإن كان الأحوط خلافه

جاز جاز وإلا- لم يجز، والإقامة إجازة عملية، ولا يضر بذلك ظنها، إذ الظن غير المطابق للواقع لا يوجب بطلان العقود بسبب عدم الرضا الشأني، كما أنه لو عقدها فضولي فظن لزوم العقد فرضيت رضياً ناشئاً عن هذا الظن، فإنه لا يوجب البطلان، فإن حال ذلك حال تخلف الداعي على ما ذكره في باب العقود.

ومنه يعلم أن الرواية على طبق القاعده في أنها جعلت المعيار رضاها بعد ذلك، وإن لم تكن على طبق القاعده في كون عقدها كعقد الفضولي، بل ربما يقال: إنها على طبق القاعده من هذه الجهة، لأن المعيار الرضا فقط واللفظ مظهر، كما تقدم في مسأله احتياج النكاح إلى اللفظ، أو من جهة أن النكاح لفظ ورضى وقد حصل، فهو من قبيل قوله (عليه السلام): «لم يعص الله وإنما عصى سيده»، فإذا أجاز جاز وهذا غير بعيد، وإن كان القول به لو لا الرواية كان مشكلاً.

وكيف كان، فعلى هذا فاللازم أن نتعدى إلى سائر العقود، ومنه عقد السكران، وكأنه لذا كان ظاهر الشرائع التردد في عقد السكران مطلقاً، وقال في الجواهر: إنه محل الخلاف وإنه لا يختص الخلاف بعقد السكرى.

{ولا بأس بالعمل بها} كما عمل بها المستمسك أيضاً، وقال: إن الرواية صحيحة معمول بها، وقد سكت على المتن الساده ابن العم والبروجردى والجمال وغيرهم.

{وإن كان الأحوط خلافه} بأن لا ترضى فيبطل العقد قطعاً، لأن الرواية علقت على ذلك، أو يطلقها بعد رضاها، أو ينكحها من جديد، ويرتب على ذلك آثار

لإمكان حملها على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا التفات لها إلى ما تقول، مع أن المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل، فلا يترك الاحتياط.

العقد الصحيح بعد الطلاق، فلا ينكح الولد ما نكحه أبوه كذلك، إلى سائر الأحكام.

{لإمكان حملها على ما إذا لم يكن سكرها بحيث لا- التفات لها إلى ما تقول} كما عن المختلف، لكنه خلاف الإطلاق، وإن كان ربما يؤيد ذلك بأن معتاد الشرب لا يؤثر فيه بحيث يفقد الالتفات، إذ يرده أنه لو كان كذلك لم يحتج إلى رضاها بعد ذلك.

{مع أن المشهور لم يعملوا بها وحملوها على محامل} لكن الشهره على العدم غير ضائره بعد عمل الأعظم، وكون عدم عملهم مستنداً إلى وجوه اجتهاديه.

بالإضافه إلى ما فى المستند من أن الشهره إنما يوجب الضعف لو بلغت حداً يكون مخالفاً شاذاً، وهو فى المقام غير معلوم، والمحامل كلها خلاف الظاهر، إذ قد عرفت ضعف حمل المختلف.

كما أن كشف اللثام حملها على ما إذا كان الزوج جاهلاً بسكرها فإنه لا يسمع فى حقه قول المرأة، وتجرى عليهما أحكام الزوجيه ظاهراً، وإن لم يكن لها زوجيه واقعاً، وفيه: إنه خلاف الظاهر من وجوه.

وربما حملت على كفايه مجرد الرضا، وفيه ما تقدم.

وكيف كان {ف-} لا بأس بالعمل بها وإن كان {لا يترك الاحتياط} بما ذكرناه سابقاً.

وعلى أى حال، فلا- يتعدى من السكر إلى شارب المرقد والنائم والمصروع ونحوهم ممن لا اعتبار بلفظه عرفاً، للأصل وعدم وحده المناط، والله العالم.

ثم الظاهر عدم كفايه لفظ السكران بسائر العقود والإيقاعات فيما كان وكيلاً، وكذا بالنسبة إلى عقد النكاح، لأن الثابت أن الشارع جعله بمنزلة الفضولى فى عقد نفسه لا عقد غيره.

نعم لا ينبغى الإشكال فى عدم الفرق بين الدائم والمتعه، بل لا يبعد أن يكون الرجوع منها فى البذل فى الخلع، والرجوع منه فى العده فى حكم النكاح.

كما أن الظاهر حرمه وطبيها قبل أن تظهر الرضا إذا عقدها فى حال السكر، كما هو كذلك فى الفضولى.

ص: ٣٤٤

(مسأله ١٤): لا بأس بعقد السفیه إذا كان وکیلاً عن الغير فی إجراء الصیغه، أو أصیلاً مع إجازة الولی، وكذا لا بأس بعقد المکره علی إجراء الصیغه للغير أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك.

(مسأله ١٤): {لا بأس بعقد السفیه إذا كان وکیلاً عن الغير فی إجراء الصیغه} بلا إشکال ولا خلاف، بل ادعی بعضهم الإجماع علیه، ویقتضیه إطلاق الأدله بعد أن لم یکن فی السفیه ما یقتضی بطلان عقده، {أو أصیلاً مع إجازة الولی} إذ منتهی الأمر أن السفه یمنع عن الاستقلال فی التصرف، أما غیر ذلك فلا یقتضیه دلیل حجر السفیه، بل اللزوم صحه نکاحه لنفسه ولو بدون الإجازة إذا لم یستلزم التصرف فی المال، كما أنه یصح عقد السفیه فضوله لشمول الأدله له.

{و كذا لا بأس بعقد المکره علی إجراء الصیغه للغير} كما لو قال له المکره: أقتلك إن لم تجر الصیغه، وادعی فی المستمسك الإجماع علیه، وعلله بإطلاق الأدله، وأن حدیث نفی الإكراه لا یقتضی البطلان.

أقول: وذلك لانصراف الرفع عن مثله، كانصراف أدله «لا ضرر» ولا حرج والاضطرار عنه، فإذا كان عدم إجرائه الصیغه ضرراً أو حرجاً أو كان مضطراً إلى ذلك لم تبطل الصیغه.

{أو لنفسه إذا أجاز بعد ذلك} للانصراف المذكور، فإنه لو كان مرفوعاً حتى مع الإجازة كان خلاف الامتنان، بينما یكون الرفع رافعاً إذا كان الرفع امتناناً.

(مسألة ١٥): لا يشترط الذكوره فى العاقده، فيجوز للمرأة الوكاله عن الغير فى إجراء الصيغه، كما يجوز إجراؤها لنفسها.

(مسألة ١٥): {لا يشترط الذكوره للعاقده} بلا إشكال ولا خلاف، وفى الجواهر بلا خلاف بل يمكن تحصيل الإجماع عليه، وعن كشف اللثام إنه كذلك عندنا، وفى المستند بالإجماع المحقق والمحكى.

أقول: أما إجراء الرجل أصاله ووكاله فضروره، وأما إجراء المرأة فلإطلاقات، وخصوص روايه زواج خديجه (عليها السلام) نفسها، وما تقدم من المرأة التى كانت لها زوج وزوجت، حيث علمها الإمام (عليه السلام) إجراء العقد مع زوجها الثانى فى ليته الزواج، وفى روايات المتعه جمله وافيته تدل على ذلك.

{فيجوز للمرأة الوكاله عن الغير فى إجراء الصيغه، كما يجوز إجراؤها لنفسها}، وكذلك إجراؤها ولايه إذا كانت وليه، والظاهر كفايه إجراء العقد لنفسه ولغيره بإجازة المولى وبدون إجازته.

أما لنفسه بدون الإجازة سابقه فلأنه الظاهر من قوله (عليه السلام): «لم يعص الله وإنما عصى سيده، فإذا أجازته فهو له جائز» (١)، وأما لغيره بدون الإجازة، لأنه لا يشمل دليل عدم جواز تصرفه، مثل قوله تعالى: (لا يقدر على شىء) (٢)، ولا انفصل الكلام فى ذلك لعدم الابتلاء الحالى به.

كما أن الظاهر الصحه مع نذر عدم وعهده

ص: ٣٤٤

١- الوسائل: ج ١٥ ص ٧١ الباب ٥٨ من أبواب المهور ح ٢

٢- سورة النحل: الآية ٧٥

وشرطه ومنع الزوج والأبوين، إذ منتهى الأمر أنه فعل حراماً، والحرام لا يبطل في مثل المقام، بل هو من قبيل البيع وقت النداء.
ومثله ما إذا كان التلفظ ضاراً بصحته ضرراً بالغاً، أو موجباً لضرر غيره، كما إذا كان تكلمه جهراً يوجب إيذاء مريض أو إعلام قاتل يأتي فيقتل إنساناً أو ما أشبه ذلك، إذ الحرمة لا تنافي الصحة.

ص: ٣٤٧

(مسألة ١٦): يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد، فلو أوجب ثم جن أو أغمى عليه قبل مجيء القبول لم يصح،

(مسألة ١٦): هل {يشترط بقاء المتعاقدين على الأهلية إلى تمام العقد، فلو أوجب ثم جن أو أغمى عليه قبل مجيء القبول لم يصح} أو لا يشترط ذلك، احتمالان.

وجه الاشتراط أمور:

الأول: الإجماع المدعى.

الثاني: انصراف الأدلة عن مثله.

الثالث: ما في الجواهر من أن شرطيه القصد والرضا ونحوهما في العقد يقتضى اعتبار ذلك في تمام العقد المركب من الإيجاب والقبول، لا- اعتبار قصد الموجب في الإيجاب فقط، وقصد القابل في القبول فقط، فإذا ارتفعت القابلية بعد الإيجاب قبل القبول لم يحصل الشرط في تمام العقد.

الرابع: ما ذكره الشيخ المرتضى (رحمه الله) من توقف معنى المعاقد والمعاهده على ذلك.

الخامس: ما عن المسالك من أن العقد اللازم قبل تمامه يكون بمنزلة الجائر، يجوز لكل منهما فسخه، ويبطل بما يبطل به الجائر، ومن جملته الجنون والإغماء.

السادس: ما عن التذكرة من أن التخاطب بين المتعاقدين معتبر، وهو منتف مع نوم صاحبه، وكلامه آت في سائر الموانع.

السابع: إنه كما لا عقد مع موت أحدهما قبل انتهاء العقد، كما إذا أوجب ثم مات، كذلك في سائر الطوارئ.

الثامن: أصاله عدم الانعقاد وعدم الأثر، إذا وصل الأمر إلى الشك.

أقول: قد يمتد العارض من بعد الإيجاب إلى حين القبول، كما إذا أوجب ثم جن حتى كان قبول القابل حال جنون الموجب.

وقد لا- يمتد، كما إذا أوجب فجن أحدهما لحظه ثم أفاق، فقبل القابل، لا ينبغي الإشكال في صحه الثاني، إذ لا دليل على البطلان، والإطلاقات تشمله.

أما الإجماع المدعى فليس بحجه، للمناقشه في صغراه وكبراه، وأما الانصراف فلا نسلمه، ولو سلم فهو بدوى قطعاً، وأما كلام الجواهر فهو ظاهر في غير هذه الصوره، فإن ظاهره صوره الامتداد، وكلام الشيخ (رحمه الله) أيضاً ظاهر في ذلك، وإلا كان ممنوعاً، إذ لا- يفهم العرف من معنى المعاقده والمعاهده هذه الدقه بأن لا ينام أو لا يجن أو لا يغمى عليه لحظه بين الإيجاب والقبول.

وأما الوجوه الأخر فباديه الضعف في نفسها، أو بمعونه ما ذكرناه في وجه ضعف الوجوه السابقه.

أما في صوره الامتداد، كما إذا أوجب ثم جنّ حال قبول القابل، أو كان الإيجاب في حال جنون القابل ثم ارتفع جنونه فقبل، أو أوجب حال صغر القابل ثم بلغ فقبل، أو أوجب ثم أفلس فقبل القابل حال إفلاس الموجب، أو أوجب ثم مات فقبل القابل حال موت الموجب، أو ما أشبه ذلك، فلا بد من تقسيم ذلك إلى قسمين:

الأول: ما كان مثل جنون القابل وصغره وفلسه ونومه حال الإيجاب ثم

كامل وقبل، هذا ينبغي فيه القول بالصحة، لأنه أولى بالصحة من الفضولي، فإن العرف يرى أن المعتبر عقد ورضا لاحق، وقد حصل الأمان، وأى فرق بين أن يعقد الفضوليان حال نوم الأصليين ثم يرضيان بالعقد، وبين أن يعقد الأصيل حال نوم الآخر ثم يستيقظ ويقبل، بل هذا أولى بالصحة من الأول.

ومنه يعلم أن إشكال المستمسك في ذلك بأن (الظاهر البطلان فيه، لأن التخاطب بين المتعاقدين شرط في صحة المعاقده، إذ لا تكون معاقده بين الاثنين إلا- إذا كان أحدهما يوحى إلى الآخر ويعاقده، وإذا لم يكن أحدهما قابلاً للتخاطب لا يكون قابلاً للعهد معه، ولا أقل من الشك في اعتبار ذلك عرفاً في مفهوم العقد، والأصل عدم ترتب الأثر) انتهى ملخصاً.

غير تام، إذ أى دليل على لزوم التخاطب بعد صدق المعاقده بدون ذلك، ولذا تصدق المعاقده إذا قبل الأصيلان ما فعله الفضوليان.

ويظهر من محكى كلام التذكرة عدم اعتبار التخاطب بين الموجب والقابل، ولذا لا يشك العرف في أنه إذا كان زيد نائماً فقال عمرو: اشترت من زيد الكتاب بدرهم، فاستيقظ فقيل له ذلك، فقال: قبلت، ثم أراد إبطال المعامله، يقال له عرفاً: إنك التزمت بها فكيف تبطلها، وحيث صدقت المعامله والمعاقده فلا مجال للأصل الذى ذكره المستمسك.

الثانى: ما كان مثل جنون البائع بعد إيجابه قبل قبول القابل، ولا يبعد فى هذا أيضاً الصحة، لأن كل واحد منهما إنما يفعل ما يرتبط به، وقد فعل الموجب

وكذا لو أوجب ثم نام بل أو غفل عن العقد بالمره، وكذا الحال في سائر العقود، والوجه عدم صدق المعاقده والمعاهده مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدله.

ما يرتبط به، وأى فرق بين أن يخرج عن الأهليه قبل قبول الآخر أو بعد قبوله.

ولا ينقض ذلك بما إذا رجع قبل قبول الآخر، إذ الرجوع يجعل إيجابه كالعدم، بخلاف الجنون مثلاً، فإنه لم يرجع، ولذا لم يشك في البطلان في صوره الرجوع، بينما الشك واقع في صوره الجنون ونحوه.

ولا يستشكل ذلك بعدم صدق المعاقده، إذ تحقق المعاقده لا يكون إلا بأن يعقد كل من طرفه، وقد عقد الموجب من طرفه، فإذا لحقه عقد القابل من طرفه فقد تحققت المعاقده، وإن كان هذا القسم الثاني لا يخلو من إشكال، خصوصاً إذا مات العاقد قبل قبول الطرف، فلا ينبغى ترك الاحتياط، وكأنه لذا علق ابن العم قول المصنف: (لم يصح) بقوله: (لا- يترك الاحتياط بالطلاق).

ومما ذكرناه يظهر موارد النظر في كلام المصنف: {وكذا لو أوجب ثم نام، بل أو غفل عن العقد بالمره، وكذا الحال في سائر العقود} لأن الدليل في الكل واحد {والوجه عدم صدق المعاقده والمعاهده، مضافاً إلى دعوى الإجماع وانصراف الأدله}، وقد عرفت ضعف كل ذلك.

نعم لا ينبغى الإشكال في أنه لو شك بعد العقد أنه نام في الأثناء أم لا، أو أنه هل كان نائماً في حال إجراء الطرف الآخر، كانت أصاله الصحه محكمه، لأنه معها لا مجال لأصاله عدم الأثر، كما قرر في محله من تقديم أصل الصحه على استصحاب عدم الأثر، والله العالم.

مسألة ١٧ يشترط تعيين الزوج والزوجه

(مسألة ١٧): يشترط تعيين الزوج والزوجه على وجه يمتاز كل منهما عن غيره بالاسم أو الوصف الموجب له أو الإشارة

(مسألة ١٧): {يشترط تعيين الزوج والزوجه على وجه يمتاز كل منهما عن غيره، بالاسم أو الوصف الموجب له أو الإشارة}،
واستدلوا لذلك بأمور:

الأول: الإجماع المدعى صريحاً أو ظاهراً فى التذكرة وكشف اللثام والجواهر والحدائق وغيرهم.

الثانى: إنه الأسلوب المتلقى من الشارع.

الثالث: السيره المستمره.

الرابع: إن الاستمتاع يقتضى فاعلاً ومنفعلاً معينين لتعيينه.

الخامس: إن الزوجيه من الإضافات التى لا- تقوم بغير المتعينين، نظير الأخوه والأبوه والبنوه فلا يصح اعتبارها بين غير المتعين،
كما لا يصح اعتبارها لغير الحى، أو لغير الإنسان، كذا ذكره المستمسك.

السادس: الأصل، كما استدل به المستند، بالإضافه إلى الإجماع.

السابع: إن الأدله لا تشمل غير المعين.

الثامن: الاحتياط.

وفى الكل ما لا يخفى، إذ الإجماع محتمل الاستناد، والأسلوب لا يدل على انحصاره فيه بعد شمول الإطلاقات لغيره، والسيره لا
تمنع عما عداه.

والرابع والخامس لا- يضران بالإطلاقات والاعتبارات، إذ حال النكاح حال المعامله، فكما يصح بيع الكلى مع احتياجه إلى
الإضافه، كذلك ليكن حال النكاح، ولوجود الإطلاق والاعتبار لا يبقى مجال للأدله الثلاثه الأخر، وربما

فلو قال: زوجتك إحدى بناتي بطل، وكذا لو قال: زوجت بنتي أحد ابنيك أو أحد هذين،

يؤيد الصحة ما دل على تزويج الأختين والخمس بلفظ واحد، حيث إنه يختار أحدهما أو أربعة منها، كما تقدم في المسألة الرابعة والأربعين.

أما تأييد الصحة بقصه شعيب (عليه السلام)، ففيه: إن ظاهرها أنه (عليه السلام) لم ينكح بذلك، وإنما قال: (أريد) وظاهر الإرادة قبل الفعل، لامثل قوله تعالى: (إنما يريد الله ليذهب عنكم الرجس أهل البيت) (١١) حيث يراد بالإرادة الفعل.

ولو بدل المستدل بما دل على ترك الزائد من الأربع لو أسلم عن أربع لكان أسلم، لإمكان دعوى وحده المناط في المقامين.

وكيف كان، فلا مناص عن متابعه المشهور بعد الإجماعات المتكررة التي لم يظهر خلاف أحد حتى ميلاً.

{فلو قال: زوجتك إحدى بناتي بطل، وكذا لو قال: زوجت بنتي أحد ابنيك}، وبطريق أولى لو قال: زوجت إحدى بناتي أحد ابنيك، {أو أحد هذين}، ولعل الفرق بين (ابنيك) و(هذين) أن في الأول يقرأ العقد مع وكليهما، وفي الثاني مع الأصيل.

وكان مقتضى ذلك أن يمثل في طرف البنت أن تقولاً: زوجناك إحدانا.

وحيث ظهر عدم صحة الكل في المعين ظهر بطريق أولى عدم الصحة في الفرد المردد.

بالإضافة إلى أنه لا مطابق له في الخارج، ولا مصداق _ كما في المستمسك _ فتأمل.

وعدم الصحة بالنسبة إلى الكل المطلق والكسر المشاع، كأن يقول:

ص: ٣٥٣

وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر، بل وكذا لو عينا معيناً من غير معاهدته بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر

زوجتك بنتاً فضولاً، ثم يعطيه أيه بنت قبلت بهذه الفضوليته، أو أن يقول: إحدى بناتي الموجوده أو التي ستولد.

والكسر المشاع بأن يكون الزواج لنصفى بنتين أو نصفى رجلين.

والكل واضح موضوعاً وبطلاناً.

كما أن من الواضح عدم صحه نكاح نصف إنسان، وإن صح بيع نصف حيوان أو عبد أو أمه.

{وكذا لو عين كل منهما غير ما عينه الآخر} لعدم التطابق بين الإيجاب والقبول، فلا يتحقق العقد.

ومنه يعلم أنه لا يصح إذا قصد أمرين: كلى البنت وهذه خاصه، من باب تعدد المطلوب، فإذا لم تكن هذه لتصح غيرها، كما ذكروا صحه ذلك في باب البيع.

{بل وكذا لو عينا معيناً من غير معاهدته بينهما، بل من باب الاتفاق صار ما قصده أحدهما عين ما قصده الآخر}، كما إذا كانت له بنت تسمى فاطمه في جملة بناته، فقصدها العاقد حين قال: زوجتك إحدى بناتي، وقصدها القابل حين قال: قبلت، حيث إنه قد رآها مثلاً من قبل وعشقها.

ووجه البطلان في هذا أنه غرر والغرر مبطل.

أما الكبرى، فلما ورد من نهى النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر(١).

وأما الصغرى، فلأن العاقد حال العقد لا يعلم هل يقبل الزوج هذه المقصوده

ص: ٣٥٤

١- الوسائل: ج ١٢ ص ٢٦٦ الباب ١٢ من أبواب عقد البيع ح ١٣

وأما لو كان ذلك مع المعاهده لكن لم يكن هناك دال على ذلك من لفظ أو فعل أو قرينه خارجيه مفهمه فلا يبعد الصحه، وإن كان الأحوط خلافه، ولا يلزم تميز ذلك المعين عندهما حال العقد، بل يكفى التميز الواقعي مع

في قبوله، والزوج لا يعلم هل أن الموجب عقد له على هذه التي يعقدها هو، وإن كان الجزم ببطلان مثل ذلك يحتاج إلى تأمل.

{وأما لو كان ذلك} التعيين {مع المعاهده، لكن لم يكن هناك دال على ذلك} التعيين حال إجراء العقد {من لفظ أو فعل أو قرينه خارجيه مفهمه} كما لو تعاهدا قبل العقد على تزويجه بنته الكبرى، ثم قال: زوجتك إحدى بناتي، وهو يقصد تلك، فقال: قبلت، {فلا يبعد الصحه} إذ لا دليل على التعيين حال العقد.

{وإن كان الأحوط خلافه} لأن البناء على المعين قبلاً لا يجعل العقد واقعاً على المعين، إذا لم يذكر ما يعينه في حال العقد.

ولا يخفى أن ما ذكرناه في الشرح هو الذي استفدناه من قصد المصنف، وإن كان السيد البروجردى قال بالإجمال في عبارته بما لفظه: (العباره لا تخلو من إجمال، فإن تحقق المعاهده مع انتفاء ما يدل على وحده المقصود غير متصور، وإجراء العقد مبنياً على المعاهده يدل على وحدته في العقد أيضاً) انتهى.

وإذا كان مراد المصنف ما شرحناه فلا وجه متعدد به للاحتياط الذي ذكره.

{ولا يلزم تميز ذلك المعين عندهما حال العقد، بل يكفى التميز الواقعي مع

إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: زوجتك بنتى الكبرى، ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولد البنيتين، لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم.

نعم إذا كان مميزاً واقعاً، ولكن لم يمكن العلم به ظاهراً، كما إذا نسي تاريخ ولادتهما ولم يمكنه العلم به، فالأقوى البطلان، لانصراف الأدله عن مثله، فالقول بالصحة والتشخيص بالقرعه ضعيف.

إمكان العلم به بعد ذلك، كما إذا قال: زوجتك بنتى الكبرى، ولم يكن حال العقد عالماً بتاريخ تولد البنيتين، لكن بالرجوع إلى الدفتر يحصل له العلم، وإنما قلنا بصحة ذلك لإطلاق الأدله ولا مقيد له، كما نص عليه الجواهر.

ثم إنه لا فرق بين أن يكون التميز فى الماضى كالمثال، أو فى المستقبل كما إذا قال: زوجتك بنتى التى ستدخل من الباب، أو فى الحال كما إذا قال: زوجتك بنتى التى تطبخ الآن، وهما لا يعلمانها بالذات.

نعم إذا كان تميز المستقبل متوقفاً على الزواج، كما إذا قال: بنتى التى تلد فى المستقبل ولداً جميلاً مثلاً، لم يصح كما هو واضح.

{نعم إذا كان مميزاً واقعاً، ولكن لم يكن العلم به ظاهراً، كما إذا نسي تاريخ ولادتهما، ولم يمكنه العلم به، فالأقوى البطلان، لانصراف الأدله عن مثله} بضميمه أصاله عدم ترتب الأثر، كما استدلل بها الجواهر، كما يظهر من كلامه.

{فالقول بالصحة} كما عن ظاهر القواعد وكشف اللثام وتبعهما المستمسك، {والتشخيص بالقرعه} لأنها لكل أمر مشكل (1)، بل عدم الاحتياج إلى التشخيص أحياناً، كما إذا أرادا العقد لمجرد نتيجة المحرمية، فعقدتها ساعه مثلاً، {ضعيف} وإن كان الأظهر الصحة.

ص: ٣٥٦

(مسألة ١٨): لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة، أخذ بما هو المقصود، وألغى ما وقع غلطاً، مثلاً لو قال: زوجتك الكبرى من بناتي فاطمه، وتبين أن اسمها خديجه، صح العقد على خديجه التي هي الكبرى، ولو قال: زوجتك فاطمه وهي الكبرى، فتبين أنها صغرى صح على فاطمه،

(مسألة ١٨): {لو اختلف الاسم والوصف أو أحدهما مع الإشارة، أخذ بما هو المقصود} لكلا الطرفين، مثلاً لو قال: زوجتك بنتي فاطمه، والحال أن اسمها رقيه، ولا بنت له سوى واحده صح، لأن مقصودهما شيء واحد، وكذا لو قال: زوجتك هذه فاطمه، والحال أن اسمها رقيه، صح إذا كان مقصودهما هذه،

أما إذا كان مقصودهما فاطمه بطل، لأن هذه ليست فاطمه.

ووجه الصحة أن قصدهما صب على شيء واحد.

{وألغى ما وقع غلطاً} والإشكال في الصحة بالتخالف بين الاسم والوصف لا وجه له بعد أن كان العقود تتبع القصود.

{مثلاً لو قال: زوجتك الكبرى من بناتي فاطمه، وتبين أن اسمها خديجه، صح العقد على خديجه التي هي الكبرى}، على شرط أن لا يكون مقصود الزوج زواج امرأه اسمها فاطمه، لأنه يجب هذا الاسم، أو نذر ذلك مثلاً، وإلا بطل، لأن المنكوحه ليست مقصوده، إذ مقصوده مركب كونها كبرى وكون اسمها فاطمه، فحال ذلك حال ما إذا كان قصده أن يكون عمرها أربع عشرة سنه، وأن تكون بنت زيد، فإن تخلف أي من القيدتين يوجب بطلان العقد.

{ولو قال: زوجتك فاطمه وهي الكبرى، فتبين أنها صغرى، صح على فاطمه

لأنها المقصود، ووصفها بأنها كبرى وقع غلطاً فيلغى، وكذا لو قال: زوجتك هذه وهي فاطمه أو وهي الكبرى، فتبين أن اسمها خديجه أو أنها صغرى، فإن المقصود تزويج المشار إليها، وتسميتها بفاطمه أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى.

لأنها المقصوده ووصفها بأنها كبرى وقع غلطاً فيلغى { الغلط ويصح المقصود.

ومما تقدم تبين أنه لو كان مقصوده الأمرين معاً بطل أيضاً.

{وكذا لو قال: زوجتك هذه وهي فاطمه أو وهي الكبرى، فتبين أن اسمها خديجه أو أنها صغرى { صح العقد {فإن المقصود تزويج المشار إليها، وتسميتها بفاطمه أو وصفها بأنها الكبرى وقع غلطاً فيلغى}.

ولو شكك عند تخلف الوصف والإشاره أن المقصود كان الوصف مثلاً، والوصف متوفر فهو صحيح، أو أن المقصود كانت الإشاره حتى لا يصح، لعدم توفر الإشاره، فهل يقال بالصحه لأصالة الصحه فى العقود، أو البطلان لأصالة عدم الأثر، احتمالان، ويأتى فى المسأله التاليه ما يوضح الحكم.

كما أنه لا إشكال فى صحه ما لو كان من قبيل تخلف الداعى، كما إذا تزوجها بظن أن عمرها أربع عشره سنه، فظهرت أكثر من ذلك، لأن العقود لا تتبع الدواعى، كما هو واضح.

(مسألة ١٩): إذا تنازع الزوج والزوجه فى التعيين وعدمه، حتى يكون العقد صحيحاً أو باطلاً، فالقول قول مدعى الصحة، كما فى سائر الشروط إذا اختلفا فيها، وكما فى سائر العقود

(مسألة ١٩): {إذا تنازع الزوج والزوجه فى التعيين وعدمه، حتى يكون العقد صحيحاً} إذا كان معيناً {أو باطلاً} إذا كان غير معين {فالقول قول مدعى الصحة} لأصالة الصحة، {كما فى سائر الشروط إذا اختلفا فيها} مما يوجب البطلان والصحة على تقديرين.

{وكما فى سائر العقود} إذا اختلفا فى شرط يوجب صحته وبطلاناً على تقديرين، وذلك لأن أصل العقد واقع، وانما الاختلاف فى شرط صحته الذى هو التعيين، فأصالة الصحة تكفى فى إثبات الشرط.

ومنه يعلم أن إشكال المستمسك على المتن كمثاله محل تأمل، قال: (إن التعيين المعتبر فى صحة العقد يقابل العقد المردد أو الكلى، فأحدهما يدعى وقوع العقد على المعين، والآخر بما حاصله يدعى وقوعه على الكلى أو على المردد، فالنزاع فى موضوع العقد، وفى كون أصالة الصحة تصلح لإثبات موضوع العقد تأمل، فهو كاختلاف البائع والمشتري فى أن البيع وقع على عبد البائع أو على ولده، فأثبات وقوعه على العبد بأصل الصحة محل تأمل).

وفيه أولاً: إن إطلاق أصالة الصحة يقتضى الصحة إلا فيما خرج بالدليل، أو كان موضوع أصالة الصحة غير متحقق، وشيء من الأمرين غير موجود فى المقام، فإنه قد وقع عقد ولا يعلم فساد، فالأصل صحته، وآثارها حجة، ومن آثارها أن

يكون المعين زوجاً أو زوجةً، وأى فرق بينه وبين ما إذا اختلفا في أن العقد كان في حال كون المجرى غير مؤهل أو كان مؤهلاً، أو كان غريباً أو غير غريب، إلى غير ذلك من الاختلافات.

وكذا إذا اختلف الزوجان في أنها هل كانت راضيه حال إجراء العقد أو كان بإكراهه، بل وحتى إذا اختلفا في أنها هل هي التي قالت: نعم، عند طلب الوكالة، أو أن غيرها قالت: نعم، إلى غير ذلك.

وثانياً: إن المثل لا ينطبق على المقام، لأن الاختلاف في التعيين وعدمه ليس من قبيل ولده وعبدته، وإنما المثل ينطبق على الفرع الثاني أى تنازعهما في أنها فاطمه أو خديجه.

ومما تقدم يظهر وجه النظر في تعليق السيد البروجردى، حيث قال: إذا لم يرجع إلى التنازع في وقوع العقد على المعين وعدمه، وإلا فالقول قول المنكر مع يمينه.

إذ يرد عليه أولاً: إن المسألة ليست لها صورتان.

وثانياً: لماذا لا تجرى أصالة الصحة في المقام مع أنه من موضوع أصالة الصحة، وإلا لملك كل عاقد أن يبطل العقد بأمثال هذه المنازعات.

ومثلهما في الإشكال عليهما ما في تعليق السيد الجمال، قال: (ظاهر العبارة هو كون النزاع في وقوع العقد عليها أو على امرأه أخرى، فيكون أجنبياً عن جريان أصالة الصحة فيه، بل يقدم قول المنكر بيمينه).

وإن اتفقا الزوج وولى الزوجه على أنهما عينا معيناً وتنازعا فيه أنها فاطمه أو خديجه، فمع عدم البيئه المرجع التحالف

نعم لو تسالما على وقوع العقد عليها وكان النزاع فى صحته وفساده يقدم قول مدعى الصحه).

إذ فيه أولاً: إن ظاهر العبارة ليس كما ذكره.

وثانياً: لا حاجة إلى تسليمهما بأن العقد وقع عليها، بل يكفى فى جريان أصاله الصحه تسليمهما بأن عقداً وقع، لكن اختلفا فى أنه هل وقع على الكلى أو عليها بالذات، الذى ذكرنا من استقامه المتن لم يعلق عليه ابن العم ومعلقون آخرون.

{وإن اتفقا الزوج وولى الزوجه على أنهما عينا معيناً وتنازعا فيه أنها فاطمه أو خديجه، فمع عدم البيئه المرجع التحالف}، وذلك لأن كلا الطرفين يسلمان بصحه العقد، وإنما الخلاف فى أنه هل هى هذه أو هذه.

ومثله ما لو انعكس، بأن سلم أب الولد والزوجه صحه العقد، لكنهما اختلفا فى أنه زوجها لولده هذا أو ذاك.

وإنما كان المرجع التحالف، لأن كلاً منهما مدع ومنكر لما يدعيه الآخر، فالزوج يدعى أن فاطمه مثلاً زوجته، والولى ينكر ذلك، والولى يدعى أن زينب زوجته والزوج ينكر ذلك، فإن كان لأحدهما بينه كان الحق له، وكذا إذا لم يكن لأحدهما بينه لكن حلف أحدهما ونكل الآخر كان الحق له، وإن كان لكليهما بينه أو حلف كلاهما تساقطا وبطلت الدعويان، فهل يرجع الأمر إلى القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، أو ينفسخ النكاح، احتمالان، وإن كان

كما فى سائر العقود، نعم هنا صورته واحده اختلفوا فيها، وهى ما إذا كان لرجل عده بنات فزوج واحده ولم يسمها عند العقد، ولا عينها بغير الاسم

الأول أقرب للنص المذكور، ولأنه لا دليل على الانفساخ، وإن قال به المستمسك.

ثم إن الكلام فى أنه هل يقدم قول الأ-كثر شهوداً كالكلام فى سائر فروع المسألة، مثل ما إذا كان النزاع بين الزوج ونفس الزوجتين لا وليهما، أو كان لهما وليان النزاع بينهم جميعاً، وكذلك الكلام فى أنه كيف يقع النزاع بين الولى وبين الزوج، لا بين المشتبه زوجيتها.

إلى غيرها من الامور المربوطه بهذه المسألة موكول إلى باب القضاء فحال المقام {كما فى سائر العقود} بحاجه إلى تفصيل طويل ليس المقام محله.

{نعم هنا صورته واحده اختلفوا فيها، وهى ما إذا كان لرجل عده بنات}، ثلاثه كما هى مورد الروايه (1)، أو اثنتين أو أكثر، بل الظاهر تعدى الأمر إلى كل ولى لعده نساء، وإن لم يكن بينهما قرابه، لأن من يقول بالنص لابد وأن يرى وحده المناط، ومن يقول بالقاعده فهى مطرده، بل ينبغى التعدى إلى العكس، وهو ما لو زوج أحد أولاده الذكور ولايه أو وكاله، وكذا للوكيل عن عده ذكور.

{فزوج واحده ولم يسمها عند العقد، ولا عينها بغير الاسم} كالإشاره ونحوها

ص: ٣٤٢

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٢٢ الباب ١٥ من أبواب عقد النكاح ح ١

لكنه قصدها معينه واختلفا فيها، فالمشهور الرجوع إلى التحالف الذى هو مقتضى قاعده الدعاوى، وذهب جماعه إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الأب، وما لو لم يرهن فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحه أبى الحذاء {لكنه قصدها معينه واختلفا فيها} الزوج والولى هل هى هذه أو هذه.

أما ما فى الروايه من كون النزاع بين الكبرى والصغرى فلا- مدخليه له فى الحكم، فإن الحكم كذلك إذا كان الاختلاف بين الكبرى والوسطى مثلاً كما هو واضح.

{فالمشهور الرجوع إلى التحالف} كما حكى عن الحلّى والمسالك والروضه وشرح النافع وجامع المقاصد، وفى المستمسك قال: لم أفى على من نسب ذلك إلى المشهور، وقال السيد البروجردى: المشهور بين من تعرض للمسأله هو ما تضمنه الروايه.

{والذى هو مقتضى قاعده الدعاوى وذهب جماعه} كالشيخ فى النهايه وابن البراج والمحقق والعلامه والشهيد فى اللمعه وغيرهم، وعن المسالك نسبه ما ذكره المحقق إلى أكثر الأصحاب {إلى التفصيل بين ما لو كان الزوج رآهن جميعاً فالقول قول الأب، وما لو لم يرهن فالنكاح باطل، ومستندهم صحيحه أبى الحذاء} التى رواها الكلينى (رحمه الله) قال: سألت أبا جعفر (عليه السلام) عن رجل كن له ثلاث بنات أبكار فزوج إحداهن رجلاً، ولم يسم التى زوج للزوج ولا للشهود، وقد كان الزوج فرض لها صداقاً، فلما بلغ إدخالها على الزوج بلغ

وهى وإن كانت صحيحه إلا أن إعراض المشهور عنها مضافاً إلى مخالفتها للقواعد مع إمكان حملها على بعض المحامل يمنع عن العمل بها

الزوج أنها الكبرى من الثلاثه، فقال الزوج لأبيها: إنما تزوجت منك الصغيره من بناتك، قال: فقال أبو جعفر (عليه السلام): «إن كان الزوج رآهن كلهن ولم يسم له واحده منهن فالقول فى ذلك قول الأب، وعلى الأب فيما بينه وبين الله تعالى أن يدفع إلى الزوج الجارية التى كان نوى أن يزوجه إياه عند عقده النكاح، وإن كان الزوج لم يرهن كلهن ولم يسم له واحده منهن عند النكاح، فالنكاح باطل» (١).

وقد روى هذه الرواية الشيخ والصدوق أيضاً.

وهى وإن كانت صحيحه، إلا أن إعراض المشهور مضافاً إلى مخالفتها للقواعد وإمكان حملها على بعض المحامل، يمنع عن العمل بها.

ولكن لا يخفى ما فى كل هذه الأمور، إذ لم يثبت إعراض المشهور عنها، ومخالفتها للقواعد غير ضائر، إذ لا يشترط فى العمل بالرواية أن تكون موافقه للقواعد، وإمكان الحمل على بعض المحامل لا يوجب صرف النظر عن الرواية.

نعم يبقى أنه يمكن دعوى ظهور الرواية فيما لا ينافى القواعد، فإن الزوج إذا رآهن ولم يعين واحده كان معنى ذلك تزويج الأب له أیه منهن، فيكون كما

ص: ٣٦٤

فقول المشهور لا يخلو عن قوه، ومع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط، وكيف كان لا يتعدى عن موردها.

إذا رأى المشتري عده أقلام، وقال: بعنى واحداً، فإن ظاهره أنه فوض الأمر إلى البائع، ثم إن ادعى أنه أراد الذى فى طرف يمين البائع مثلاً- لم يقبل قوله، لأن أصله الصحه محكمه، بخلاف ما إذا لم يرهن، فإن المنصرف من توكليه أنه يريد الأحسن، والأحسن هى الصغيره.

ولعل كشف اللثام أشار إلى ذلك، حيث قال: (لا بعد فى أن يكون التفويض إلى الولي جائزاً فى النساء اللاتي رآهن، لأنهن تعين عنده دون من لم يرهن لكثرة الجهاله، لا أن الرؤيه دليل على التفويض وأن التفويض جائز مطلقاً) انتهى.

وإن احتمل فى الروايه ذلك فلا يمكن جعلها مخصصه للقواعد الأوليه، بل اللازم الاقتصار فيها على ما لا ينافى القواعد.

{فقول المشهور لا- يخلو عن قوه و} إن كان {مع ذلك الأحوط مراعاة الاحتياط} فإنه سبيل النجاه، وإذا كان مقتضى القاعده هو المعمول به مع الاحتياط فى مورد الروايه لم يكن وجه لقوله.

{وكيف كان لا يتعدى عن موردها} بالإضافة إلى أنه إذا عمل بالروايه فالمناط الذى ذكرناه فى أول المسأله يقتضى التعدى، حيث يرى العرف وحده الحكم فى الروايه وما يتعدى منها إليه.

ثم الظاهر أن المراد بالبطلان فى الروايه البطلان بدون إجازة الزوج، وإلا فلا يزيد ذلك عن عقد فضولى عقده الولي لإنسان ابتداءً.

(مسأله ٢٠): لا يصح نكاح الحمل وإنكاحه، وإن علم ذكوريته أو أنوثيته، وذلك لانصراف الأدله،

(مسأله ٢٠): {لا يصح نكاح الحمل وإنكاحه، وإن علم ذكوريته أو أنوثيته، وذلك لانصراف الأدله}، وللإجماع المدعى، وربما علل بالجهالة، وأنه هل هو ولد أو أنثى، واحد أو اثنان، والعمده ما ذكره المصنف، والإشكال فيه بأنه بدوى غير وارد، فإنه من أظهر مصاديق الانصراف.

أما الإجماع فإنه وإن جعله الجواهر العمده، لكن فى صغراه تأمل، ولذا قال المستمسك: (ويظهر من كلماتهم أنه مما لاخلاف فيه) مما يظهر منه نوع تردد فى عدم الخلاف فكيف بالإجماع.

أما الجهالة بأنه ذكر أو أنثى وغيره، كما عن المسالك، فيرد عليه ما أورده المصنف أولاً، وبأنه يمكن أن يزوجه بنته وولده فى نكاحين، فيعلم صحه أحدهما فيما إذا علم وحدته وعدم كونه خنثى.

وكيف كان، فحال الجنين حال الميت فى عدم صحه التزويج، ويؤيد ذلك جعله مثله فى الديه، ولا ينقض ذلك بصحه ملكه فى مبحث العبيد والإماء، ولا- بصحه النذر المتعلق به كما فى آيه (إني نذرت لك ما فى بطنى محرراً) (١)، لوجود الاعتبار العقلانى والإمضاء الشرعى فى المقامين دون المقام.

ص: ٣٦٦

كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولى الولي، وإن قلنا بصحة الوصيه له عهديه، بل أو تمليكه.

{كما لا يصح البيع أو الشراء منه ولو بتولى الولي} لانصراف الأدله إلا فيما استثني، كما فيما إذا كان بعض الورثه حملاً فباع الوصي التركه، أو عزلت حصته وخاف الحاكم أو غيره من الأولياء على حصته، فإنه يجوز له بيعها.

لكن ربما يقال: إنه إذا صار لذلك اعتبار عقلائي صار موضوعاً للحكم الشرعي، مثل: (أوفوا بالعقود) (١)، و (أحل الله البيع) (٢)، وهذا وإن كان غير بعيد إلا أنه يشكل الفتوى به، ولذا لم نستبعد أن يكون للطفل المشوه الذي سبب أبواه تشويبه مثلاً أن يطالبهما بالديه بنفسه أو بولييه، لأنه حقه، و«لا يتوى حق امرئ مسلم».

{وإن قلنا بصحة الوصيه له عهديه، بل أو تمليكه} للدليل الخاص الموجود في باب الوصيه.

نعم قد أشكلنا نحن في باب الوصيه العهديه له إذا رفض بعد البلوغ، لأن قاعده «الناس مسلطون على أنفسهم» تقتضى أن لا يتمكن إنسان جعل إيجاب على إنسان آخر بدون رضاه، وتفصيل الكلام في كتاب الوصيه.

والظاهر أنه يصح بيعه ورهنه وإجارته وما أشبهه في الحمل إذا كان عبداً له، لإطلاق الأدله، والانصراف بدوى، كما يصح كل ذلك بالنسبه إلى الحيوان.

ص: ٣٦٧

١- سورة المائده: الآيه ١

٢- سورة البقره: الآيه ٢٧٥

وكذا الظاهر أن الجنايه عليه يوجب آثاره من القصاص والديه، كما إذا ضرب بطن حامل فانكسرت يد الطفل، وإن كان الأحوط التصالح، من جهة احتمال الانصراف المؤيد بأن قتل الجنين ليس كقتل الإنسان الحي، وأنه مثل الميت في الديه.

والظاهر صحه عتقه، للإطلاق، والانصراف إن قيل به فهو بدوى.

كما يصح وقفه، للإطلاق، ويؤيده الاستصحاب لما فى الآيه، فتأمل.

ص: ٣٦٨

مسأله ٢١ لا يشترط علم كل من الزوجين بأوصاف الآخر

(مسأله ٢١): لا يشترط فى النكاح علم كل من الزوج والزوجه بأوصاف الآخر مما يختلف به الرغبات وتكون موجب له لزياده المهر أو قلته

(مسأله ٢١): {لا- يشترط فى النكاح علم كل من الزوج والزوجه بأوصاف الآخر} ولا بأوصاف أقربائهما، كأنه لا إشكال فيه ولا خلاف، بل ادعى الجواهر الضروره على ذلك، ويقتضيه السيره القطعيه كما فى المستمسك.

ويدل عليه إطلاق الأدله، فيصح النكاح مع الجهاله، وإن كان الاختلاف {مما يختلف به الرغبات، وتكون موجب له لزياده المهر أو قلته}.

فإذا لم يعلم الزوج أن الزوجه بكر أو ثيب، أسود أو أبيض، جميله أو قبيحه، أبوها تاجر أو فقير، من بيت رفيع أو دنى، ولد حلال أو الزنا، إلى غيرها، وتزوجها لم يكن بذلك بأس.

وكذلك إذا لم تعلم الزوجه ذلك بالنسبه إلى الزوج، ولعل السر فيه أن الزواج ليست معاملته، وإنما هونوع من التصاحب والتعاون، فلا يلاحظ فيه هذه الأمور.

وأما ما عن كشف اللثام من ظهور كلامه فى قدح كثره الجهاله، كأنه أراد بذلك ما كان على خلاف المنصرف، بأن لم يرض أحدهما بكل المحتملات، فيكون من باب التدليس، وإن كان ربما يستدل له بقوله تعالى: (آتوهن أجورهن) (١).

ص: ٣٦٩

فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها، فلا تجرى قاعده الغرر هنا.

وقوله سبحانه: (آتيت أجورهن) (١).

وبما ورد من أنه يشريها بأغلى ثمن، لكن الظاهر أن المراد بالآيه والروايه التشبيه لا الحقيقيه، ولذا لم يدرجوا باب النكاح فى بابى الإجاره والبيع.

{فلا يضر بعد تعيين شخصها الجهل بأوصافها، فلا تجرى قاعده الغرر هنا} وإن ورد نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن الغرر، واستدل به بعض الفقهاء لعدم جواز الغرر فى سائر المعاملات غير البيع الذى ورد فيه نهى النبى (صلى الله عليه وآله وسلم) عن بيع الغرر، مما لا يبعد أن يكون العمل جابراً له، إلا أن الضروره والسيره القطعيه تكفيان فى الخروج عن هذه الكليه.

ثم إن بابى التدليس والعيوب الموجهه للفسخ لا- ربط لهما بالمقام كما هو واضح، فلا يدلان على الاشتراط، وحيث لا يشترط علمهما فأولى عدم اشتراط علم أوليائهما فيما كان لهما وليان، وأولى عدم اشتراط علمهما بأولياء الآخر فيما كان له ولي، للأصل والسيره وغيرهما.

ص: ٣٧٠

١- سورة الاحزاب: الآيه ٥٠

مسأله ١ عدم اشتراط الخيار فى النكاح

فصل

فى مسائل متفرقه

الأولى: لا يجوز فى النكاح دوماً أو متعاً اشتراط الخيار فى نفس العقد

فصل

فى مسائل متفرقه

{الأولى: لا- يجوز فى النكاح دوماً أو متعاً اشتراط الخيار فى نفس العقد} بلا إشكال ولا خلاف، بل عن الخلاف والمبسوط والسرائر وجامع المقاصد والمسالك وكشف اللثام وغيرهم الإجماع عليه.

وفى الجواهر الإجماع بقسميه عليه.

وقد استدلوا لذلك بأن النكاح لا يدخل فيه التقايل، فلا يدخل فيه الشرط لتلازمهما، وبالسيره القطعيه، وبحصر أسباب الرد فى أمور خاصه المذكوره فى باب العيوب التى توجب الرد، والحصر يفيد عدم صحه الرد بغير تلك العيوب، فإذا دخل فيه الخيار كان معناه صحه الرد بغير تلك العيوب.

فلو شرطه بطل، وفي بطلان العقد به قولان، المشهور على أنه باطل، وعن ابن إدريس أنه لا يبطل ببطلان الشرط المذكور، ولا يخلو قوله عن قوه،

ويقول الصادق (عليه السلام) فيما تقدم من خبر نكاح المتعه: «إنك إن لم تشترط» _ أى لم تذكر المده فى العقد _ «كان تزويج مقام»، وجه الدلاله أنه يكون حينئذ تزويجاً دائماً لا تنزل فيه.

إلى غير ذلك من الأدله التى لا تكون كافيه، وإن كانت مؤيده، باستثناء الإجماع المقطوع به والسيره.

إذ لا- دليل على التلازم بين التقايل والشرط، كما أن حصر العيوب فى المذكورات لا يدل على عدم دخول الشرط، إذ ظاهر الحصر أنه لا يرد بغير المذكورات من سائر العيوب، فلا ينافى ذلك الرد بسبب الشرط، وخبر أبان يدل على أن عدم ذكر المده توجب الدوام، لأنه إذا ذكر الشرط لم ينفع فى جواز الرد به.

قال فى المستمسك: (ظاهر الحدائق وجود القائل بالجواز لأنه نسب المنع إلى المشهور، ولكن لم يعرف بذلك قائل).

وفيه: إنه لا- ظهور لذلك، إذ ربما بنسب الحكم إلى المشهور من باب أن المناسب لم يطلع على كلام الكل، لامن باب أنه اطلع على المخالف.

{فلو شرطه بطل} الشرط لأنه يكون من الشرط المخالف للكتاب والسنة.

{وفى بطلان العقد به قولان، المشهور على أنه باطل} وقد نسب المسالك وكشف اللثام والجواهر البطلان إلى المشهور.

{وعن ابن إدريس إنه لا يبطل} العقد {ببطلان الشرط المذكور، ولا يخلو قوله عن قوه}، وهذا هو الذى اختاره غير واحد من المعلقين كالسيدين ابن العم

إذ لا فرق بينه وبين سائر الشروط الفاسده، فيه مع أن المشهور على عدم كونها مفسده للعقد ودعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد بخلاف سائر الشروط الفاسده التي لا يقولون بكونها مفسده، كما ترى

والجمال وإن تأمل فيه السيد البروجردى.

{إذ لا فرق بينه} أى بين الشرط فى عقد النكاح {وبين سائر الشروط الفاسده، فيه مع أن المشهور على عدم كونها مفسده للعقد} لأنه هناك رضاءان، رضا بأصل العقد ورضا بالشرط، وليس الرضا بأصل العقد مقيداً بالرضا بالشرط حتى أنه إذا فسد الشرط يكون العقد فاسداً، لفوات المقيد بفوات قيده، ولذا قال فى الجواهر: وضوح وجه البطلان بفوات الرضا المقرون بالشرط بفواته.

{ودعوى كون هذا الشرط منافياً لمقتضى العقد} إذ مقتضى العقد اللزوم فالخيار مناف له، وكل شرط نافي مقتضى العقد بطل، إذ لا يتحقق العقد، كما إذا نكح بشرط أن لا يكون الرجل محرماً للمرأة، أو باع بشرط أن لا يملك المشتري المثلث مثلاً.

{بخلاف سائر الشروط الفاسده التي لا يقولون بكونها مفسده} كما إذا شرط فى عقد البيع أن يشرب المشتري خمراً مثلاً، حيث إن هذا الشرط وإن كان باطلاً لكنه لا يبطل العقد، إذ ليس منافياً لمقتضى العقد.

{كما ترى} إذ اللزوم ليس من ذاتيات النكاح، ولذا يصح المتعه، ويصح ما إذا كان فى أحدهما عيب يوجب صحه الرد، أو كان هناك تدليس يعطى الحق

وأما اشتراط الخيار فى المهر فلا مانع منه

فى الرد بسببه، وعليه فليس شرط الخيار خلاف مقتضى العقد حتى يكون القصد إلى مضمون العقد ومضمون الشرط من القصد إلى المتنافيين الموجب لعدم تحقق القصد إلى العقد.

لا يقال: العقد فى غير الموارد الثلاثة يقتضى شرعاً الدوام، فالشرط خلاف مقتضى العقد شرعاً.

لأنه يقال: ذلك لا يجعل قصد العاقد إلى العقد والشرط قصداً إلى المتنافيين، لإمكان عدم التفاته إلى مقتضى العقد شرعاً، أو التفاته ولكن قصد الخلاف تشريعاً، وعلى أى حال لم يأت بخلاف مقتضى العقد.

{وأما اشتراط الخيار فى المهر فلا- مانع منه} فإذا فسخ المهر بالخيار يكون العقد بلا- مهر، فتكون كالمفوضه للبضع، وجواز اشتراطه هو المعروف بينهم، كما فى المستمسك، والمصرح به فى الشرائع والقواعد والمسالك وكشف اللثام وغيرهم.

واستدل له فى الجواهر بقول (عليه السلام): «المؤمنون عند شروطهم»^(١١)، وهو شرط لا- يخالف الكتاب ولا السنه ولا ينافى مقتضى العقد، لأن المهر ليس ركناً فى الدوام كما قرر فى محله، إذ حقيقه النكاح إعطاء كل من الزوجين نفسه للآخر وهو حاصل، سواء كان بمهر أو بدون مهر.

وربما يحتمل فساد مثل هذا الشرط لإطلاق

ص: ٣٧٤

١- الاستيصار: ج ٣ ص ٢٣٢ ح ٤، التهذيب: ج ٧ ص ٢٧١ ح ٤

ولكن لا بد من تعيين مدته، وإذا فسخ قبل انقضاء المدة يكون كالعقد بلا ذكر المهر، فيرجع إلى مهر المثل

بعض العبارات: (لا- خيار في النكاح) الشامل للخيار في المهر، ولأن المهر جزء، فإذا تزلزل بالخيار فيما أن يتزلزل الكل وهو باطل، لأن العقد لا يقع متزلزلاً في باب النكاح، كما سبق.

وأما أن لا يتزلزل وهو غير تام، إذ تزلزل الجزء يستلزم تزلزل الكل في الجملة.

وفيها ما لا يخفى، فإن المنصرف من الإطلاقات نفس العقد لا المهر، وتزلزل المهر لا يوجب تزلزل العقد، لأنه التزام في ضمن التزام، ولذا يصح بلا مهر.

{ولكن لا بد من تعيين مدته} كما عن المسالك وغيره، واستدل له بأن المنصرف من إطلاق دليل الشرط ما كان عقلاً يقدّم عليه العقلاء، فعدم تعيين المدة غير عقلائي، فلا يدخل في إطلاق دليل الشرط.

وفيه: إنه لا شك في إقدام العقلاء على مثل هذا الشرط، ولذا أطلق غالب الأصحاب، واحتمل الصحة كشف اللثام معللاً ذلك بإطلاقهم، وإن كان الجواهر أفتى بما أفتى به المسالك.

ومثل اشتراط الخيار في أصل المهر، اشتراطه في خصوصياته، كأن يشترط الخيار في مدة المهر الغائب، إلى غير ذلك، لإطلاق دليل الشرط.

{وإذا فسخ قبل انقضاء المدة} فإذا كان معنى الاشتراط خيار قدر المهر {يكون كالعقد بلا ذكر المهر فيرجع إلى مهر المثل} لأنهما التزما بأصل المهر،

هذا فى العقد الدائم الذى لا يلزم فيه ذكر المهر، وأما فى المتمتع حيث إنها لا تصح بلا مهر فاشتراط الخيار فى المهر فيها مشكل.

وإنما جعل الخيار فيما ذكر من المسمى، فإذا بطل المسمى رجع إلى مهر المثل.

وأما إذا كان معنى الاشتراط حقه فى الفسخ بدون بدل، كان لازم الفسخ أن يبقى العقد بلا مهر أصلاً.

ومنه يعلم عدم استقامه إطلاق المصنف الرجوع إلى مهر المثل.

كما أنه يظهر الحال فيما إذا جعل الخيار فى بعض المهر لا فى كله، وأنه يكون له حالتان أيضاً.

{هذا فى العقد الدائم الذى لا يلزم فيه ذكر المهر، وأما فى المتمتع حيث إنها لا تصح بلا مهر فاشتراط الخيار فى المهر فيها} إن كان بمعنى الخيار فى قدر المهر حتى يرجع عند الانفساخ إلى مهر المثل، أو فى بعض المهر حتى إذا فسخ لا يبقى العقد بلا مهر، فلا إشكال فيه، لإطلاق دليل الشرط الذى لا يلزم منه محذور فى المقام.

وأما إن كان بمعنى الخيار فى أصل المهر كله، حتى إذا فسخ بقى العقد بلا مهر أصلاً، فـ {مشكل}، لأنه بفسخ المهر يفسخ العقد، لأن المهر معتبر فى عقد المتمتع، ومعنى اعتباره أنه لا تصح متعه بدون المهر، فإذا فسخ بقى العقد بلا مهر وهو مبطل له، إذ يكون اشتراط الخيار فى المهر، كاشتراط الخيار فى عقد النكاح.

الثانية: إذا ادعى رجل زوجته امرأه

ومنه يظهر أن إطلاقتهم صحه اشتراط الشرط في المهر، يراد به في الدائم لا المتعه، اللهم إلا أن يقال: إنه لا يزيد على كونه شرطاً فاسداً، ومثله يفسد لا أنه يُفسد كما تقدم وجهه، ولعل نظر المصنف حيث لم يفت بالبطلان إلى هذا.

ثم لا يخفى أن صحه شرط الخيار _ في كل مورد قلنا بصحه شرطه _ يصح أن يكون لأحد الزوجين أو لأجنبي، لإطلاق دليل الشرط.

والمده للخيار إذا قيدها بها، يصح أن تكون متصله بالعقد، أو منفصله عنه.

مسألة ٢ لو ادعى أحدهما الزوجيه وصدقه الآخر

{الثانية: إذا ادعى رجل زوجته امرأه} ولم يتمكن من تحصيل تصديقها أو تكذيبها، قبل الإقرار في حق المدعى، ولم يقبل في حق الطرف.

أما بالنسبه إلى المدعى فلقاعده إقرار العقلاء، وأما بالنسبه إلى الطرف فلأنه لا دليل على صدقه بالنسبه إليه، إلا إذا أقام البينه وما أشبه، مثل ما إذا كان معاشرها معاشره الأزواج، فإن حمل فعل المسلم على الصحيح وإخبار ذى اليد وما أشبه يقتضى تصديقه من الطرفين، وعلى ذلك جرت سيره المتشرعه، بل سيره العقلاء كافه.

ومثله ما إذا اقترن دعواه بالشياع ولو لم يكن مفيداً للعلم، لما حققناه في كتاب التقليد من حجية الشياع وإن لم يفد العلم.

وكما الكلام في الزوج

ص: ٣٧٧

فصدقته، أو ادعت امرأه زوجيه رجل فصدقها، حكم لهما بذلك فى ظاهر الشرع، ويرتب جميع آثار الزوجيه بينهما، لأن الحق لا يعدوهما، ولقاعده الإقرار

كذلك يكون الكلام فى ادعاء الزوجه.

ولا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون طرف المدعى حياً أو ميتاً.

أما لو ادعى زوجيتها {فصدقته، أو ادعت امرأه زوجيه رجل فصدقها} وإن ظننا الكذب، إذا لم تكن أماره شرعيه على خلاف الادعاء {حكم لهما بذلك} بلا- إشكال ولا- خلاف ظاهر من أحد، وفى الحدائق إنه لا- ريب فى الحكم المذكور، وفى المستمسك بلا خلاف فى ذلك ظاهر، وفى المستند والجواهر إرساله إرسال المسلمات، {فى ظاهر شرع} لأن الإقرار والتصديق لا يفيدان أكثر من الحكم الظاهرى، أى الإنجاز والتعذير.

{ويرتب جميع آثار الزوجيه بينهما}، ويدل على ذلك بالإضافة إلى عدم الخلاف والسيره، ما ذكره بقوله: {لأن الحق لا يعدوهما} فهما بالنسبه إليه مثل ذى اليد، وقد سبق فى بعض مباحث الفقه قبول قوله فى كل ما يتعلق به، إذا لم يجعل الشارع له طريقاً خاصاً.

{ولقاعده الإقرار} التى لوازمها حجه أيضاً، فإشكال المستمسك بأن (القاعده تختص بما يكون على نفسه، فلا تشمل ما يتعلق بغيره، ومنه إرث أحدهما من الآخر، فإنه يتعلق بوارثه) انتهى، غير ظاهر الوجه، ولذا لو قال: إني غير متزوج، أو لا أملك الزياده، أو ليس مالى بقدر النصاب، أو لا أملك

وإذا مات أحدهما ورثه الآخر، ولا فرق في ذلك بين كونهما بلديين معروفين أو غربيين، وأما إذا ادعى أحدهما الزوجيه وأنكر الآخر فيجری عليهما قواعد الدعوى

شيئاً حتى أعطى النفقه لأقربائى، إلى غير ذلك، قبل منه بلوازمه، مع أن الأول إقرار فى حق الغير، لاحتمال كونه متزوجاً أربعاً، فلا يحق له هدر حقهم بأخذ الخامسة، أو هدر حق العمه والخاله بتزويج بنتى أختها وأخيها، والثانى يحتمل كونه هدرأً لحق الإمام والساده، والثالث لحق الفقراء ومن إليهم، والرابع لحق الأقرباء.

واستدل المستمسك له بقاعده: «من ملك شيئاً ملك الإقرار به».

قيل فيه: إن ملك الرجل للمرأة وبالعكس أول الكلام، فلا يثبت بهذه القاعده موضوعها، فتأمل.

{وإذا مات أحدهما ورثه الآخر} لأنه من لوازم الزوجيه، كما أنه إذا مات أحدهما أو طلق الزوج اعتد الآخر فى المرأه، وفى الرجل بالنسبه إلى مده العده فى الطلاق بالنسبه إلى أختها ونحوها.

{ولا فرق فى ذلك بين كونهما بلديين معروفين أو غربيين} لإطلاق الأدله السابقه، وقد ذكر الجواهر أنه لخلاف بعض العامه فى المسأله، حيث منع من قبول الإقرار فى البلديين، بناءً منه على اعتبار الإشهاد فى النكاح، وضعفه كضعف مبناه واضح لا يحتاج إلى التفصيل.

{وأما إذا ادعى أحدهما الزوجيه وأنكر الآخر فيجری عليهما قواعد الدعوى} كما ذكره المحقق والعلامه وغيرهما، مرسلين له إرسال المسلمات، وذلك

فإن كان للمدعى بينه وإلا- فيحلف المنكر أو يرد اليمين فيحلف المدعى ويحكم له بالزوجه، وعلى المنكر ترتيب آثاره في الظاهر، لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع بينه وبين الله

لإطلاق أدله الدعوى {فإن كان للمدعى بينه} غير معارضه بينه المنكر، قبل قوله، لقاعده: إن على المدعى البينه وعلى المنكر اليمين.

نعم إذا كان لكليهما بينه، فهل يتساقطان مطلقاً، أو يقدم من كانت بينته أكثر، فيه كلام مربوط باب القضاء.

{وإلا-} يكن لأحدهما بينه {فيحلف المنكر} ويكون الحق له {أو يرد اليمين فيحلف المدعى ويحكم له بالزوجه} إذا لم نقل بأن مجرد رد المنكر يثبت عليه الدعوى.

{وعلى المنكر} إذا ظهر الحق للمدعى {ترتيب آثاره} آثار الزواج {فى الظاهر} فقط، إذ الحكم لا يوجب تغيير الواقع، إذا علم أو شك فى أنها زوجه له أم لا، وترتيب الآثار إنما هى بالمقدار المجبور عليه الذى لا مندوحة له، إذا علم بأنها ليست زوجه، بل يشكل جداً فى مثل وطى كل أربعة أشهر مره، لأنه زنا باعتقاده إذا كان هو المنكر، أو باعتقادها إن كانت هى المنكره.

نعم إذا لم يعلم بالواقع وإنما يستند إلى الحجه، فالحكم مقدم عليه، كما صرح به السيدان البروجردى والحكيم.

{لكن يجب على كل منهما العمل على الواقع بينه وبين الله} إذا علم بأن الواقع خلاف الحكم، كما صرح بذلك غير واحد، لأصالة أن الحكم لا يغير الواقع.

وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيه بينهما، لكن المدعى مأخوذ بإقراره المستفاد من دعواه، فليس له إن كان هو الرجل تزويج الخامسة، ولا أم المنكره، ولا بنتها مع الدخول بها، ولا بنت أخيها أو أختها إلا برضاها، ويجب عليه إيصال المهر إليها

ويؤيده في المقام صحيح هشام بن الحكم، عن أبي عبد الله (عليه السلام) قال: قال رسول الله (صلى الله عليه وآله وسلم): «إنما أفضى بينكم بالبينات والأيمان، ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض، فأيا رجل قطعت له من مال أخيه شيئاً فإنما قطعت له قطعه من نار» (١).

ومحل الكلام في ذلك في كتاب القضاء.

{وإذا حلف المنكر حكم بعدم الزوجيه بينهما} لما ذكر في كتاب القضاء من أن الحلف يذهب بالحق ظاهراً، {لكن المدعى مأخوذ بإقراره، المستفاد من دعواه}، إذ البيه والحلف لا يغيران الواقع، فليس حلف المرأة بأنها ليست زوجه للرجل بمنزله الطلاق أو الفسخ، ولا بمنزله عدم النكاح أصلاً.

{فليس له} أي للمدعى {إن كان هو الرجل تزويج الخامسة، ولا أم المنكره} ولا أختها {ولا بنتها مع الدخول بها} بل ولا مع عدم الدخول بها إذا لم يطلقها، لوضوح عدم جواز الجمع بين الأم والبنت.

{ولا بنت أخيها إلا برضاها} كما صرح بذلك المستند وغيره.

{ويجب عليه إيصال المهر إليها} كلاً لمقتضى العقد، أو بعضاً إن قلنا بأنه قبل

ص: ٣٨١

نعم لا يجب عليه نفقتها لنشوزها بالإنكار، وإن كانت هي المدعيه لا يجوز لها التزويج بغيره

الدخول مثل الطلاق قبل الدخول إذا لم يكن دخل بها، هذا في الدائم.

أما المنقطع فلا حق لها إذا امتنعت عن الاستمتاع، ويسقط بالنسبه حتى مع الدخول، إذا كان امتناع لها عن بقية المده.

{نعم لا- يجب عليه نفقتها، لنشوزها بالإنكار} كما عن المسالك وكشف اللثام، وصرح به الحدائق والمستند والجواهر، ناسباً الحدائق له إلى الأصحاب.

ولا يخفى أن كون النفقه في قبال التمكين هو المستفاد من الأخبار عند عرضها على العرف، ولو بمعونه القرائن الخارجيه، ولذا أرسله الفقهاء إرسال المسلمات، فإشكال المستمسك بأن النشوز إذا كان الامتناع بدون عذر شرعي، أما مع العذر كما إذا كانت حائضاً أو مسافره استطاعه للحج فلا نشوز، وهنا لها عذر شرعي حسب المفروض، غير ظاهر الوجه.

وكيف يمكن القول بوجود نفقتها على المدعي وعلى زوجها الثاني الذي تزوجها، بل يمكن أن يستفاد كون النفقه في قبال التمكين من قول النبي (صلى الله عليه وآله وسلم) في ما رواه تحف العقول في حديث: «وأطعنكم فعليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف» فإن عدم الإطاعه ولو كان من جهه إنكارها الزوجيه يسقط الرزق، أما عدم الإطاعه في الحج ونحوه فإنما يثبت النفقه فيه لدليل خاص.

{وإن كانت هي المدعيه، لا يجوز لها التزويج بغيره} كما صرح بذلك

إلا إذا طلقها ولو بأن يقول: هي طالق إن كانت زوجتي، ولا يجوز لها السفر من دون إذنه، وكذا كل ما يتوقف على إذنه

الجماعه السابقون، وذلك لأنها ذات زوج باعتقادها، فيكف تتزوج، وإذا أرادت الخلاص طلقها الحاكم الشرعي إذا لم يستعد الزوج طلاقها، وذلك لأنه لا يمسكها بالمعروف، فلا بد من التسريح بالإحسان، وحيث يكون ممتنعاً يكون الولي هو الحاكم.

ولا فرق بين الامتناع بعد عدم حصول الإمساك بالمعروف، بين أن يكون عن عذر أو بلا عذر.

أما النفقه فهل يحق لها السرقة منه مثلاً لأنها ممكنه، أم لا لأنه لا يعترف بكونها زوجه له، احتمالان، الظاهر الأول، واعترافه غير مهم بعد أن ترى أنها زوجه له واقعاً.

{إلا إذا طلقها ولو بأن يقول: هي طالق إن كانت زوجتي}، وهذا التعليق غير ضار بعد كونها زوجه واقعاً، فهو مثل أن يقول: إن كان النهار موجوداً فهي طالق، وقد مر مثل ذلك في إجراء صيغته العقد.

{ولا يجوز لها السفر من دون إذنه} على تأمل، إذ هو راض الآن بذلك، ولو كان رضاه عن اعتقاد خاطئ، فهو من باب تخلف الداعي الذي لا يضر.

{وكذا كل ما يتوقف على إذنه} كالصوم المندوب ونحوه.

ويقتضى ذلك أن لا يحق لأختها، وبنتي أختها وأخيها، وأمها وبناتها، إذا علمن أنها مزوجه

ولو رجع المنكر إلى الإقرار، هل يسمع منه ويحكم بالزوجه بينهما، فيه قولان، والأقوى السماع إذا أظهر عذراً لإنكاره ولم يكن متهماً

أن يقبلن الزواج بالرجل، إلا إذا رضيت في بنتي الأخ والأخت، كما أن الخامسة لا يحق لها القبول بزواجها له، إذا علمت بصدق المدعيه.

{ولو رجع المنكر إلى الإقرار، هل يسمع منه ويحكم بالزوجه بينهما} لقاعده إقرار العقلاء، فإنه لا فرق فيها بين الإقرار بعد الإنكار، أو بدون الإنكار، فكما أنه إذا أنكر أولاً أنه مديون لفلان ديناراً، ثم أقر به أخذ به ولم يلتفت إلى إنكاره السابق، كذلك إذا أقر بالزوجه بعد إنكاره.

{فيه قولان}، أما وجه عدم السماع فلأن إقراره وإنكاره يتساقطان، فالأصل عدم الزوجيه، {والأقوى السماع} مطلقاً لما عرفت من تقدم قاعده الإقرار.

أما ما ذكره المصنف من قوله: {إذا أظهر عذراً لإنكاره ولم يكن متهماً} فكأنه إذا لم يظهر العذر تساوى إقراره وإنكاره فلا يقدم إقراره، ويتساقطان ويكون الأصل عدم الزوجيه، بخلاف ما إذا أظهر عذراً، فإن الإقرار يقدم عند العقلاء لكثرة إنكار الإنسان لشيء فراراً من توابعه، ثم يعترف به تسليماً للأمر الواقع، وتحريضاً من النفس اللوامه إظهاره الحق.

أما وجه تقييده بعدم كونه متهماً، فإنه إذا كان متهماً في إقراره لم يشمله قاعده إقرار العقلاء، فيبقى الإنكار سارى المفعول، لكنك قد عرفت قوه قاعده إقرار العقلاء، فلا يبقى وجه لتقييده بالقيدين.

وإن كان ذلك بعد الحلف، وكذا المدعى إذا رجع عن دعواه وكذب نفسه

{وإن كان ذلك بعد الحلف} فإن الحلف لا تسقط قاعده الإقرار، ولذا لو حلف أنه ليس مديوناً لزيد ثم أقر بالدين أخذ به، وكذلك حكم الحاكم لا يوجب تغيير الواقع، كما يدل عليه ما تقدم من صحيح هشام وغيره، مما ذكره في كتاب القضاء.

{وكذا المدعى إذا رجع عن دعواه وكذب نفسه} فأنكر الزوجيه بعد ما ادعاها وقد أنكر الزوجيه الآخر، فإنه يسمع إنكاره، وإن كان إنكاراً بعد الإقرار.

واستدلوا لذلك، مع أنه خلاف قاعده إقرار العقلاء، بأمور:

الأول: إن بناء العقلاء على عدم الأخذ بالإقرار إذا كان صادراً لغير بيان الواقع، بل لأمر آخر، فإذا أنكر المقر ظهر أن إقراره كان صادراً لغير بيان الواقع، وحيث إن الشارع قرر الطريقه العقلانيه، فقوله: «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»^(١)، يريد به ما لم يكن إقراراً بداع آخر غير بيان الواقع.

الثاني: إن الإنكار بعد الإقرار أمر معتاد، وكثيراً ما يقع الإقرار ثم الإنكار، والحال أن الإنكار واقع مطابق للحقيقه، فإذا لم يسمع دعواه يذهب كثير من الحقوق هدرًا، ولا يجوز إهدار الحقوق، فاللزم السماع.

ص: ٣٨٥

١- الوسائل: ج ١٦ ص ١١١ الباب ٣ من أبواب ح ك م الإقرار ح ٢

نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك بعد إقامه البينه منه على دعواه، إلا إذا كذبت البينه نفسها أيضاً.

الثالث: إذا تزوج امرأه تدعى خلوها عن الزوج فادعى زوجيتها رجل

الثالث: جريان السيره على سماع الإنكار بعد الإقرار، كسماع الإقرار بعد الإنكار.

أقول: لا يخفى أن في هذه الجملة كفايه، وإن كان يחדش بعضها، بل عن المسالك نسبة السماع إلى الأكثر، وفي الجواهر عند قول المحقق: (قيل: لا- تقبل دعواه لأنه مكذب لإقراره، وقيل: يقبل لأنه ادعى ما هو معتاد، وهو أشبه) قال: (لم نتحقق القائل بالأول من العامه فضلاً عن الخاصه وإنه لم نجد خلافه في القبول).

{نعم يشكل السماع منه إذا كان ذلك} الإنكار لادعائه السابق {بعد إقامه البينه منه على دعواه}، وذلك لإطلاق أدله حجية البينه التي لا يضره إنكار من قامت البينه له، فإذا ادعى زوجيه امرأه وأقام بينه ثم أنكر، لم يسقط لوازم الزوجيه من عدم تزويج الخامسة وأمها وبناتها وأختها، إلى غير ذلك.

{إلا إذا كذبت البينه نفسها أيضاً} إذ تسقط البينه حينئذ ويسمع إنكاره.

وحيث إن هذه المباحث مرتبه بباب الشهادات والإقرار والقضاء، فتفصيل الكلام فيها موكول إلى تلك الأبواب.

مسألة ٣ لو تزوج ام أره تدعى خلوها

{الثالث: إذا تزوج امرأه تدعى خلوها عن الزوج، فادعى زوجيتها رجل

آخر لم تسمع دعواه إلا بالبينه

آخر لم تسمع دعواه إلا بالبينه { ذكره غير واحد، بل ربما نسب إلى أكثر الأصحاب، وذلك لأنه مدع، والبينه على المدعى.

ولخبر يونس، قال: سألته عن رجل تزوج امرأة في بلد من البلدان فسألها لك زوج، فقالت: لا، فتزوجها ثم إن رجلاً أتاه فقال: هي امرأتى، فأنكرت المرأة ذلك، ما يلزم الزوج، فقال (عليه السلام): «هي امرأته إلا أن يقيم البينه» (١).

ونحوه مكاتبه الحسين بن سعيد، وخبر عبد العزيز بن المهتدي، قال: سألت الرضا (عليه السلام) قلت: جعلت فداك، إن أخى مات وتزوجت امرأته، فجاء عمى فادعى أنه كان تزوجها سرّاً، فسألته عن ذلك فأنكرت أشد الإنكار، وقالت: ما كان بينى وبينه شيء قط، فقال (عليه السلام): «يلزمك إقرارها، ويلزمه إنكارها» (٢).

ومنه يعرف لزوم حمل موثق سماعه على الاستحباب، قال: سألته عن رجل تزوج أمه (جاريه، خ ل) أو تمتع بها، فحدثه رجل ثقته أو غير ثقته فقال: إن هذه امرأتى وليست لى بينه، فقال (عليه السلام): «إن كان ثقه فلا- يقربها، وإن كان غير ثقته فلا- يقبل منه» (٣). أو يحمل على ما إذا اطمأن من قول الثقه.

والموثق وإن كان أخص، إلا أن عدم العامل به كما قالوا، أوجب حملة على أحد المحملين.

ص: ٣٨٧

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٢٦ الباب ٢٣ من أبواب عقد النكاح ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٢٦ الباب ٢٣ من أبواب عقد النكاح ح ١

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٢٦ الباب ٢٣ من أبواب عقد النكاح ح ٢

نعم له مع عدمها على كل منهما اليمين، فإن وجه الدعوى على المرأة فأنكرت وحلفت سقط دعواه عليها، وإن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف لا يكون حلفه حجه على الزوج، وتبقى على زوجيه الزوج مع عدمها، سواء كان عالماً بكذب المدعى أو لا،

{نعم له مع عدمها} أى عدم البينه {على كل منهما} الزوج الزوجه {اليمين} أما اليمين على الزوجه فلأنها منكره، وعلى المنكر اليمين، وأما اليمين على الزوج فهو إنما يكون إذا ادعى المدعى علم الزوج بأنها زوجة للمدعى، فيحلف الزوج على عدم علمه، كل ذلك للقواعد المقرره فى كتاب القضاء.

{فإن وجه الدعوى على المرأة فأنكرت} إما لادعائها أنها لا تعلم، مثلاً يدعى المدعى أن وليها زوجها له، وتدعى هى عدم علمها، أو لادعائها عدم الزواج أصلاً، فإنها إن أنكرت {وحلفت سقط دعواه عليها} لأن الأيمان تسقط الدعوى، كما ورد فى النص والفتوى.

{وإن نكلت أو ردت اليمين عليه فحلف} على ما ذكره فى باب القضاء، من أن مجرد النكول يسقط الدعوى، أو بعد حلف المدعى {لا يكون حلفه حجه على الزوج} لأصالة صحه نكاح الزوج.

{وتبقى على زوجيه الزوج مع عدمها} أى عدم البينه {سواء كان} الزوج {عالماً بكذب المدعى أو لا} بل كان جاهلاً بصدقه أو كذبه، وذلك لأن الزوجيه حق الزوج، وهذا الحق لا يسقط بمجرد عدم حلف الزوجه.

وإن أخير ثقته واحد بصدق المدعى وإن كان الأحوط حينئذ طلاقها فيبقى النزاع بينه وبين الزوج

نعم إن قامت البينه ثبت عدم الزوجيه، لأن لوازم البينه حجه، ولذا لا تبقى بعد البينه على زوجيه الزوج، بل لو ادعى المدعى زوجيه امرأه زيد وصدقت المرأه، لم تقبل الدعوى بدون البينه، إذ إقرارها وقع في حق الغير، والإقرار في حق الغير ليس بنافذ.

ومنه يعلم الإشكال في أصل توجه اليمين إلى المرأه، لما ذكره المسالك وغيره، (بأن اليمين إنما تتوجه إلى المنكر، إذا كان بحيث لو اعترف لزم الحق ونفع المدعى، والأمر هنا ليس كذلك، لأن المرأه لو صادقت المدعى دعواه لم تثبت الزوجيه، لأن إقرارها واقع في حق الغير، وهو الزوج) انتهى.

ومنه يعرف حكم العكس، وهو ما إذا ادعت المرأه زوجيه رجل عنده أختها أو أربعه أو بنتها أو أمها، وأنكر الزوج، ولم تكن لها بينه، لم يتوجه الحلف إليه، لأنه حتى وإن أقر كان اعترافاً بحق الغير، أى الأخت والرابعه وما أشبه، وإذ لم يصح الإقرار لم يصح الحلف مع الإنكار.

لكن المسأله بحاجه إلى التأمل، فنكلها إلى كتاب القضاء.

{وإن أخير ثقته واحد بصدق المدعى} أن توجه الزوج زوج له، وذلك لأن الثقة لا تكون جامعاً لشرط الشهاده الحجه في مثل الدعوى.

{وإن كان الأحوط حينئذ طلاقها} جمعاً بين الاحتياطين، وقد تقدم في موثقه سماعه أن المدعى إن كان ثقته لا يقربها الزوج، لكنه حيث كان خلاف الاحتياط أيضاً كان الاحتياط في طلاقها.

{فيبقى النزاع بينه وبين الزوج}، فالمدعى يدعى أنها زوجته، والزوج

فإن حلف سقط دعواه بالنسبه إليه أيضاً، وإن نكل أو رد اليمين عليه فحلف حكم له بالزوجيه إذا كان ذلك بعد أن حلف في الدعوى على الزوجه بعد الرد عليه، وإن كان قبل تماميه الدعوى مع الزوجه فيبقى النزاع بينه وبينها كما إذا وجه الدعوى أولاً عليه،

ينكر ذلك بدعوى جهله أو علمه بالعدم، والمفروض أنه لا بينه للمدعى لتحسم النزاع.

{فإن حلف} الزوج {سقط دعواه} دعوى المدعى {بالنسبه إليه} إلى الزوج {أيضاً} كما سقط دعواه قبلاً بالنسبه إلى المرأه.

{وإن نكل} الزوج {أو ردّ اليمين عليه} أي على المدعى {فحلف} المدعى {حكم له} أي للمدعى {بالزوجيه إذا كان ذلك} أي كان حلف المدعى في قبال الزوج {بعد أن حلف} المدعى {في الدعوى} الأولى التي كانت {على الزوجه بعد الرد} أي رد الزوجه الحلف {عليه} أي على المدعى.

والحاصل: المدعى حلف مرتين، مره حينما ادعى ضد الزوجه، ومره حينما ادعى ضد الرجل.

{وإن كان} حلف المدعى ضد الزوج {قبل تماميه الدعوى مع الزوجه} بأن ادعى أولاً ضد الزوج، فحلف المدعى ضد الزوج ثم ادعى ضد المرأه، {فيبقى النزاع بينه وبينها}، وقد مثل المصنف لقوله: {قبل تماميه الدعوى} بقوله: {كما إذا وجه الدعوى أولاً عليه} أي على الزوج.

والحاصل: إن هذه دعوى على كل من الزوج والزوجه، فمع عدم البينه إن حلفا سقط دعواه عليهما، وإن نكلا أو رد اليمين عليه فحلف ثبت مدعاه، وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكل حكمه، فإذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط بالنسبه إليه والزوجه لم تحلف بل ردت اليمين على المدعى أو نكلت، ورد الحاكم عليه فحلف، وإن كان لا يتسلط عليها لمكان

{والحاصل: إن هذه الدعوى} من المدعى أن زوجه فلان زوجته {على كل من الزوج والزوجه} لأنه يريد إبطال حقهما {فمع عدم البينه للمدعى} يأتي دور حلفهما.

أما إذا كانت له بينه فالحق يكون للمدعى {إن حلفا} الزوجان {سقط دعواه عليهما} لأن المنكر إذا حلف سقط دعوى المدعى.

{وإن نكلا- أو رد اليمين عليه فحلف} المدعى {ثبت مدعاه} لأن يمين المدعى بمنزله البينه إذا لم يكن للمدعى بينه، ولم يحلف المنكر.

{وإن حلف أحدهما دون الآخر فلكل} من الزوجين {حكمه، فإذا حلف الزوج في الدعوى عليه فسقط} دعوى المدعى {بالنسبه إليه} أى بالنسبه إلى الزوج {و} الحال أن {الزوجه لم تحلف بل ردت اليمين على المدعى أو نكلت وردّ الحاكم} الحلف {عليه} أى على المدعى ضد الزوجه، {فحلف} المدعى.

{وإن كان} المدعى {لا يتسلط عليها} بسبب حلف المدعى ضد الزوجه {لمكان

حق الزوج إلاّ- أنه لو طلقها أو مات عنها ردت إليه، سواء قلنا إن اليمين المردودة بمنزله الإقرار أو بمنزله البيه أو قسم ثالث، نعم في استحقاقها النفقه والمهر المسمى على الزوج إشكال، خصوصاً إن قلنا أنه بمنزله الإقرار،

حق الزوج { كما تقدم.

وقوله (وإن كان) بمنزله الجواب لقوله: (فإذا حلف الزوج في الدعوى).

{إلا} أن فائده حلف المدعى ضد الزوجه {أنه} أي الزوج {لو طلقها أو مات عنها} أو فسخ هو أو هي نكاحها لفاسخ {ردت} الزوجه {إليه} أي إلى المدعى، لأن المانع عن نفوذ حلف المدعى كان حق الزوج، فإذا سقط هذا الحق نفذ حق المدعى.

{سواء كان قلنا إن اليمين المردودة بمنزله الإقرار أو بمنزله البيه أو قسم ثالث} إذ هي على كل وجه من الوجوه الثلاثة، تكون مثبتة لحق الحالف على خصمه، وقد ذكر الفقهاء في كتاب القضاء فروعاً متفرقة على الخلاف المذكور، كما أنهم ذكروا أدله لكل وجه من الوجوه الثلاثة.

{نعم في استحقاقها النفقه والمهر المسمى على الزوج} في حال عدم حلفها ضد المدعى {إشكال} من جهة أن اليمين المردودة على المدعى تثبت أنها ليست زوجه لمن هي في حالته الآن، وإذ لم تكن زوجه فكيف تستحق عليه المهر والنفقه، {خصوصاً} إن قلنا إنه {أي يمين المدعى} بمنزله الإقرار {منهما على أنها ليس زوجه لمن في حالته.

أو البينه، هذا كله إذا كانت منكره لدعوى المدعى، وأما إذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبه إلى حق الزوج، ولكنها مأخوذه بإقرارها، فلا تستحق النفقه على الزوج ولا المهر المسمى، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها لأنها بغيه بمقتضى إقرارها، إلا أن تظهر عذراً في ذلك

{أو البينه} فإن الإقرار يسقط حقها، والبيهة تثبت لوازمها، هذا وجه عدم استحقاقها.

وأما وجه استحقاقها، فلأنها كانت زوجة قبل ادعاء المدعى، وهي لم تصدق ادعاءه، ولعل عدم حلفها من جهه أنها تجل الله عن الحلف أو لمحدور آخر، فزوجيتها ثابتة لمن في حبالته، وهي تلازم النفقه والمهر، فلا وجه لسقوطها بمجرد النكول أو الرد.

{هذا كله إذا كانت منكره لدعوى المدعى، وأما إذا صدقته وأقرت بزوجيته فلا يسمع بالنسبه إلى حق الزوج} لما تقدم من أنه إقرار في حق الغير، ومثله لا يسمع.

{ولكنها مأخوذه بإقرارها} لقاعده «إقرار العقلاء على أنفسهم جائز» (١)، {فلا تستحق النفقه على الزوج ولا المهر المسمى، بل ولا مهر المثل إذا دخل بها، لأنها بغيه} ولا المهر ولا نفقه لبغيه {بمقتضى إقرارها، إلا أن تظهر عذراً في ذلك، وإنما لم

ص: ٣٩٣

وترد على المدعى بعد موت الزوج أو طلاقه، إلى غير ذلك.

تتزوج بالزوج الذى هى فى حبالته، إلا لجهلها بالحرمة مثلاً، فإن الوطى يكون بشبهه حينئذ، ووطى الشبهه له مهر، والظاهر أنه أقل الأمرين من المثل والمسمى، إذ لو كان المسمى أقل فقد رضيت بذلك، وهو يسقط الزيادة، وإن كان المثل أقل فالمسمى لا يثبت بوطى الشبهه، إذ المثبت له العقد الصحيح والمفروض انتفاؤه، فتأمل.

{وترد على المدعى بعد موت الزوج أو طلاقه} أو فسخ النكاح {إلى غير ذلك} مثل أنها لا يكون بينها وبين أقرباء الزوج علاقته، إلا- بقدر ما يستلزمه البغاء أو وطى الشبهه، بينما تكون بينها وبين أقرباء المدعى علاقته، ولا ترث الزوج وإنما ترث المدعى.

بقى شىء، وهو أنه لو لم تصدق الزوجه دعوى المدعى ولا- أنكرته، بل ادعت عدم العلم، بأن قالت: لا أدري، كما إذا ادعى المدعى تزويجها حين ولا-يه الأب والجد عليها بأن كان صغيره حين زواجها، فإن ادعى المدعى عليها العلم فله الحق فى أنه يحلفها على نفي علمها.

قال فى المستند: لأنه دعوى مستلزم تحقق المدعى به، لثبوت حق له، فيدخل فى عموم «اليمين على من أنكر»، وإن لم يدع المدعى عليها العلم فلا تسلط له عليها بالزوجيه، إلا بعد قيام البيئه، للأصل الخالى من المعارض، ولا بالحلف للأدله المصرحه بأن الحلف على البنت.

أقول: وحيث إن تفصيل الكلام فى هذه الفروع من شأن كتاب القضاء

الرابعة: إذا ادعى رجل زوجته امرأة وأنكرت، فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الأول، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أو لا، إلا بعد فراغها من المدعى، وجهان، من أنها

نكتفى في المقام بهذه القدر، والله العالم بحقائق الأحكام.

وإن كان لابد من التنبيه على أنه إن أمكن للقاضي استخراج الحق من غير طريق البينة والحلف وجب عليه ذلك، كما قرر في كتاب القضاء.

مسألة ٤ هل يجوز التزويج قبل تمام الدعوى

{الرابعة: إذا ادعى رجل زوجته امرأة} وصدقت فهي زوجته، وإن سكتت مدعيه عدم علمها به، لاحتمال أن وليها زوجها في صغرها، كان على المدعى البينة وعليها الحلف لعدم علمها، فإذا أقام بينه كان الحق له، وإن لم يتم وحلفت على عدم علمها كان الحق لها.

{و} إن {أنكرت فهل يجوز لها أن تتزوج من غيره قبل تمامية الدعوى مع الأول، وكذا يجوز لذلك الغير تزويجها، أو لا، إلا بعد فراغها من المدعى، وجهان}.

ووجه ثالث هو التفصيل بين تضرر المرأة من عدم الزواج لطول الدعوى وتراضى المدعى فيجوز الزواج، وبين عدم الضرر فلا يجوز.

نسب المسالك إلى المحقق عدم الجواز مطلقاً، واحتمل هو التفصيل، واختار الجواهر الجواز مطلقاً.

وجه الجواز مطلقاً: {من أنها} مسلطه على نفسها، لقاعده «الناس مسلطون على أنفسهم»^(١).

ص: ٣٩٥

قبل ثبوت دعوى المدعى خليه ومسلطه على نفسها، ومن تعلق حق المدعى بها، وكونها فى معرض ثبوت زوجيتها للمدعى مع أن ذلك تفويت حق المدعى إذا ردت الحلف عليه وحلف، فإنه ليس حجه على غيرها وهو الزوج

فإنها {قبل ثبوت دعوى المدعى خليه} شرعاً {ومسلطه على نفسها} فيحق لها أن تتزوج، كما يحق لها أن تسافر وتفعل كل ما يحق للخليه أن تفعله، وكذلك إذا ادعى إنسان مالأً فى يد إنسان آخر فإنه يحق لذى اليد أن يفعل بما فى يده ما شاء، لقاعده سلطنه الناس على ما فى أيديهم.

{و} وجه المنع مطلقاً {من تعلق حق المدعى بها، وكونها فى معرض ثبوت زوجيتها للمدعى، مع أن ذلك تفويت حق المدعى إذا ردت الحلف عليه وحلف، فإنه ليس حجه على غيرها وهو الزوج} فإن المرأة إذا تزوجت ونكلت فحلف المدعى كان الحق للمدعى إذا كانت المرأة خليه.

أما إذا كانت مزوجه فنكلت فقد عرفت فى المسأله السابقه أن حلف المدعى لا يوجب زوجيه المرأة للمدعى، لأنها حق الغير.

بل قد عرفت أن تصديق المرأة المزوجه للمدعى لا يفيد، لأنه إقرار فى حق الغير الذى هو الزوج، إذا فتزوجيها يوجب تفويت حق المدعى، وما يفوت حق الغير ليس بجائز.

لكن يرد على هذا الاستدلال، أن المعرضيه للحق لا توجب قصر السلطنه على النفس، إذ السلطنه ثابتة والمزاحم غير ثابت.

ومثله إذا ادعت امرأة زوجيه رجل وأنكر الرجل، فيحق له أن يزوج أختها وأمها وبناتها، وإن كان فى معرض الدعوى، فلا يقال: لا يحق له ذلك فى حال الدعوى.

وكذا الكلام فى المال المتنازع

ويحتمل التفصيل بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذ، وبين غير هذه الصورة، والأظهر الوجه الأول،
وحيث إن أقام المدعى بينه وحكم له بها كشف عن فساد العقد عليها

فيه، إذا أراد التصرف فيه من له يد عليه، والزوجه التي يدعى إنسان زوجيتها إذا أراد الزوج وطئها مثلاً، إلى غير ذلك.

والحاصل: إنه كما ذكره المستمسك (ليس تصرفاً في الحق، بل من قبيل رفع موضوعه، فيسقط، على أن جواز الادعاء من
الأحكام ولم يثبت أنه من الحقوق، فإنه لا يسقط بالإسقاط) انتهى.

{ويحتمل التفصيل} المتقدم عن المسالك {بين ما إذا طالت الدعوى فيجوز للضرر عليها بمنعها حينئذ} من الزواج، {وبين غيره
هذه الصورة} فلا يجوز، ويرد عليه بالإضافه إلى ما تقدم أن في صوره الضرر يتعارض ضرر المرأة وضرر المدعى فيساقطان
ويكون المرجع حق المدعى، بالإضافه إلى أنه يلزم على هذا القول أن يكون المدار التضرر وإن كان بدون طول مدة الدعوى،
وطول المده حينئذ يكون مصداقاً، لا أن الأمر منحصر فيه.

{والأظهر} عند المصنف ومن وجدتهم من المعلقين كالساده البروجردى وابن العم والجمال وغيرهم {الوجه الأول} لما عرفت،
{وحيث إن} إذا تزوجت {فإن أقام المدعى بينه وحكم له بها كشف عن فساد العقد عليها} لأن البينه كما تكون حجه على
المستقبل تكون حجه على الماضي، لكن الظاهر أنه إن لم يثبت تعمدها في الزواج مع علمها ببطلانه، أن لها حق النفقه والمهر
على زوجها الثاني، لأصالة حمل فعل المسلم على الصحيح.

وإن لم يكن له بينه وحلفت بقيت على زوجيتها، وإن ردت اليمين على المدعى وحلف ففيه وجهان، من كشف كونها زوجه للمدعى فيبطل العقد عليها، ومن أن اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير وهو الزوج، وهذا هو الأوجه، فيثمر فيما إذا طلقها الزوج أو مات عنها، فإنها حينئذ ترد على المدعى، والمسألة سياله

{وإن لم يكن له بينه وحلفت، بقيت على زوجيتها} إذ سقط بذلك دعوى المدعى، {وإن ردت اليمين على المدعى} ولم يحلف، بقيت على زوجيتها أيضاً.

{و} إن {حلف ففيه وجهان}، وجه بطلان زواجها بالثاني {من كشف كونها زوجه للمدعى فيبطل العقد عليها}، ووجه السيد البروجردى بأنه إنما يحلف اليمين المردودة لإثبات ما كان ادعاه عليها ما كانت خليه عن هذا الزوج، ولم يكن لدعواه توجه إليه أصلاً.

{ومن أن اليمين المردودة لا يكون مسقطاً لحق الغير وهو الزوج، وهذا هو أوجه} لقاعده السلطنة التي لا ترفعها الدعوى، ومجرد الادعاء لا ينفع في كون الحلف الآن مسقطاً لحق الغير، بل لو أنها بعد زواجها صدقت المدعى لم يكن لتصديقها أثر، لأنه إقرار في حق الغير.

وفي تعليقه ابن العم: (لا يترك الاحتياط في هذه المسألة وسابقتها).

وفي تعليقه السيد الجمال: (لا تسمع الدعوى في شيء مما يكون من هذا القبيل إلاً بالبينه). وفيه نظر واضح.

وكيف كان {فيثمر} يمين المدعى {فيما إذا طلقها الزوج أو مات عنها} أو فسخ النكاح {فإنها حينئذ ترد على المدعى، والمسألة سياله} في باب الزواج كما

فى دعوى الأملاك وغيرها أيضاً.

الخامسة: إذا ادعى رجل زوجته امرأة فأنكرت، وادعت زوجته امرأة أخرى لا يصح شرعاً زوجيتها لذلك الرجل مع المرأة الأولى، كما إذا كانت أخت الأولى أو أمها أو بنتها، فهناك دعويان إحداها من الرجل على المرأة، والثانية من المرأة الأخرى على ذلك الرجل، وحينئذ فيما أن لا يكون

عرفت بعض أمثلتها سابقاً.

و{فى دعوى الأملاك وغيرها أيضاً} كما إذا ادعى إنسان مالاً فى يد زيد، وحلف اليمين المردوده كان له، أما إذا باعه المالك فى حال الدعوى لم تنفع اليمين المردوده فى انتزاع الملك من يد المشتري، لأن المدعى عليه قد فوت حق المدعى بتفويت موضوعه، وكذا يأتى الكلام فى باب الإجاره والهبة والوقف والرهن وغيرها.

مسألة ٥ لو ادعت أخت الزوج: أنها زوجه الرجل

{الخامسة: إذا ادعى رجل زوجته امرأة فأنكرت، وادعت زوجته امرأة أخرى لا يصح شرعاً زوجيتها لذلك الرجل مع المرأة الأولى، كما إذا كانت أخت الأولى أو أمها أو بنتها}، مثلاً ادعى زيد أن فاطمه زوجته، وقالت أخت فاطمه: إنى زوجه زيد، فإنه لا يصح زواج الأختين، وهاتان الدعويان لا يصح شرعاً جمعهما.

{فهناك دعويان، إحداها من الرجل على المرأة} الأولى {والثانية من المرأة الأخرى على ذلك الرجل}، وحينئذ {ف_} المحتملات ثلاثه، لأنه {إما أن لا يكون

هناك بينه لواحد من المدعين، أو يكون لأحدهما دون الأخرى، أو لكليهما، فعلى الأول يتوجه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين، فإن حلفا سقطت الدعويان، وكذا إن نكلا وحلف كل من المدعين اليمين المردوده

هناك بينه لواحد من المدعين { دون الدعوى الأخرى، } أو يكون لإحدهما دون الأخرى، أو لكليهما، فعلى الأول { عدم بينه أصلاً } يتوجه اليمين على المنكر في كلتا الدعويين، فإن حلفا سقطت الدعويان.

وكذا تسقط الدعويان { إن نكلا وحلف كل من المدعين اليمين المردوده }، وذلك لأنه لا يمكن الجمع بين الدعويين، لعدم إمكان أن تكون الأختان زوجه لشخص واحد، فالدعويان متكاذبتان، وحيث لا ترجيح تسقط كلاهما.

وفي المقام احتمالان آخران:

الأول: أشار إليه المستمسك، قال: (قد يشكل جواز رد اليمين من أحدهما بعد أن رد عليه اليمين من الآخر، لأن نتيجة الرد التساقط، ولذا قال في الجواهر: "ولو ردت الأولى عليه اليمين مثلا فحلف فهل له رد اليمين على المدعيه وجهان" إلا أن يقال: إن التساقط ليس من آثار الرد الثاني، بل من آثار الردين، واجتماع اليمينين المردودتين) انتهى كلامه.

الثاني: أن يكون الفيصل بعد الحلفين المردودتين القرعه، لأنها لكل أمر مشكل، ومجرد التكاذب إذا حلفا لا يوجب عدم حلف أحدهما، إذ حال اليمينين حال الشهادتين، كما إذا أقام الرجل الشهاده على أن فاطمه زوجته، وأقامت

وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدعيه اليمين المردوده سقطت دعوى الأول، وثبت مدعى الثانى، وعلى الثانى، وهو ما إذا

أخت فاطمه أنها زوجه الرجل، فإنهما لا يعقل اجتماعهما شرعاً، ومع ذلك إذا اجتمعا لزم القرعه.

وكذا إذا قال الرجل: فاطمه زوجتى وصدقته، وقالت أخت فاطمه: الرجل زوجى وصدقها الرجل، فإنه لا يمكن الجمع بين آثار الإقرارين شرعاً، فإذا جمعا لزم القرعه.

وكذا فى كل دليل واحد جمع بين أمرين لا يمكن الجمع بينهما شرعاً، وفى كل دليلين كذلك، كما إذا أقر بأن فاطمه زوجته وصدقته، وقامت الشهاده على أن أخت فاطمه زوجته، إذ لا يمكن الجمع بين الشهاده وبين الإقرار، إذا لم نقل بأن الشهاده تقدم على الإقرار، وإلا لم يكن مجال للتنازع بين الدليلين، وسيأتى عن قريب روايه الزهرى المفصله فى المسأله.

{وإن حلف أحدهما ونكل الآخر وحلف مدعيه اليمين المردوده} مثلاً- قال الزوج: فاطمه زوجتى، وأنكرت فاطمه وحلفت، وقالت أخت فاطمه: الرجل زوجى، ولم يحلف الزوج على إنكاره، {سقطت دعوى الأول} لأن حلف فاطمه أسقطت دعواه، {وثبت مدعى الثانى} لأن نكول الرجل عن الحلف لإنكاره زوجيه الأخت يثبت أن أخت فاطمه زوجته، وعليه يكون أخت فاطمه زوجه الرجل، لا فاطمه.

{وعلى الثانى} من الأقسام الثلاثه التى ذكرت فى أول المسأله {وهو ما إذا

كان لأحدهما بينه، ثبت مدعى من له البينه، وهل تسقط دعوى الآخر أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده، قد يدعى القطع بالثاني لأن كل دعوى لا بد فيها من البينه أو الحلف، ولكن لا يبعد تقويه

كان لأحدهما بينه { ولم يكن للآخر بينه { ثبت مدعى من له البينه { لأن البينه تثبت الحق.

{وهل تسقط دعوى الآخر { لعدم إمكان الجمع بين الأختين مثلا، {أو يجرى عليه قواعد الدعوى من حلف المنكر أو رده { لإطلاق أدله الدعوى الشامله لهذه الدعوى.

{قد يدعى القطع بالثاني لأن كل دعوى لا بد فيها من البينه أو الحلف { وهذه الكليه صادقه على دعوى الثانى.

وهذا هو الأقرب، ويوضحه أنه لو تصادق زوجان على أن بينهما الزوجيه، ثم ادعت أخت الزوجه أنها زوجه لهذا الرجل، سمعت دعواها، وخير الرجل بين الحلف والنكول إن لم يكن بينه، وفائده السماع أنها إذا طلقت الزوجه أو ماتت أو فسخ نكاحها كانت الأخت زوجه للرجل، لرفع المانع بطلاقها ونحوه.

وبسماع دعوى الأخت أفتى الشهيد وتبعه الجواهر، فقالا بأنه لا بد للزوج من اليمين على نفى دعوى الأخت، لأنه منكر بالنسبه إلى دعواها، والبيهه على زوجيته أختها لا تقتضى العلم بكذبها، ضروره إمكان صدق البينه مع تقدم العقد عليها، وإن شئت قلت البينه حجه لا علم، والحجه يمكن مخالفتها للواقع.

الوجه الأول لأن البينه حجه شرعيه، وإذا ثبت بها زوجيه إحدى الامراتين لا- يمكن معه زوجيه الأخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين الامراتين، فلازم ثبوت زوجيه إحداهما بالأماره الشرعيه عدم زوجيه الأخرى

وبذلك يظهر أن إشكال المستمسك على الجواهر بقوله: (وفيه إن ذلك يتم إن كان مستند البينه وقوع القعد المبني على ظاهر الصحه، أما إذا كان المستند العلم، فالبينه كما تشهد بالزوجيه المدعاه للرجل مثلاً، تدل على كذب دعوى الأخت ضروره) انتهى. غير رافع لما ذكرناه بقولنا: (وإن شئت) فلا ينفذ رد المستمسك للجواهر في إبطال الحكم الذي ذكره المصنف بقوله: (قد يدعى).

ومما ذكرناه يظهر وجه ضعف ما أفتى به المصنف بقوله: {ولكن لا يبعد تقويه الوجه الأول} بسقوط دعوى الآخر {لأن البينه حجه شرعيه، وإذا ثبت بها زوجيه إحدى الامراتين لا- يمكن معه زوجيه الأخرى، لأن المفروض عدم إمكان الجمع بين الامراتين، فلازم ثبوت زوجيه إحداهما بالأماره الشرعيه عدم زوجيه الأخرى}.

إذ الحجه الشرعيه لا- تنفي احتمال الطرف الآخر، ومع الاحتمال يأتي دور سماع الدعوى، وهي تفيد ما إذا ارتفع المانع، فحاله حال ما إذا ادعت أختان زوجيه رجل، وأقامت إحداهما البينه، وصدق الرجل للتي لا بينه لها، فإن البينه محكمه إلا أن فائده إقراره أنه إذا انفصل عن الزوجه ثبتت زوجيه الأخرى، بالإضافة إلى وجوب إعطائها النفقه.

وعدم إمكان الجمع بينهما واقعاً لا يضر، فهو مثل

ما إذا اعترف بداره لزيد أولاً، ثم لعمرو ثانياً، حيث تعطى الدار لزيد، وثمرتها لعمرو، مع عدم إمكان الجمع بين الأمرين، فتأمل.

نعم ربما يستفاد من روايه الزهرى، عن على بن الحسين (عليهما السلام) عدم سماع الدعوى للثانيه، وإن كانت لها بينه، فإذا لم تكن لها بينه فبالطريق الأولى.

قال: «فى رجل ادعى على امرأه أنه تزوجها بولى وشهود، وأنكرت المرأه ذلك، وأقامت أخت هذه المرأه على هذا الرجل البينه أنه تزوجها بولى وشهود، ولم يوقت وقتاً، إن البينه بينه الزوج، ولا تقبل بينه المرأه، لأن الزوج قد استحق بضع هذه المرأه وتريد أختها فساد هذا النكاح، ولا يقبل بينتها إلا بوقت قبل وقتها، أو دخول بها» (١).

وهذه الروايه وإن كانت ضعيفه، إلا أن المستند والجواهر وغيرهما قالوا: إنها منجبره بالشهره، بل دعوى عدم الخلاف والإجماع على طبقها، قيل: إنها موافقه للقاعده، إذ لدى تعارض البيتين تتساقطان، ويقدم إقراره على دعوى الأخت التى لا دليل لها، إذ بينتها سقطت حسب الفرض.

قال فى محكى كشف اللثام: (إن الوجه فى ترجيح بينته على بينتها أنها تنكر ما هو فعله، ولعله عقد على الأولى قبل العقد عليها، وهى لا تعلم، ولا يعلم فعله إلا من قبله) انتهى، وفيه نظر ظاهر.

أما إذا كانت بينه الأخت سابقه فى التوقيت فإنها تقدم، إذ لا مجال لبينه الزوج

ص: ٤٠٤

وعلى الثالث: فإما أن يكون البيتان مطلقتين أو مؤرختين، متقارنتين أو تاريخ أحدهما أسبق من الأخرى، فعلى الأولين تتساقطان ويكون كما لو لم يكن بينه أصلاً، وعلى الثالث ترجح الأسبق،

لأن بينه الزوج تدل على زواجه من الزوجه، وهذا لا يكفي، إذ زواج الأخت في حال كون أختها المدعيه زوجته باطل.

وكذا إذا كان الرجل دخل بالمدعيه فإنه بعد سقوط البينتين يكون الدخول دليلاً على الزواج، لحمل فعلهما على الصحيح، ولا يعارض ذلك بشيء، إذ ليس في النص دخول الرجل بالزوجه غير المدعيه، وسيأتى تتمه الكلام في المسأله.

{وعلى الثالث} بأن كانت البيه لكليهما {فإما أن يكون البيتان مطلقتين أو مؤرختين، متقارنتين أو تاريخ أحدهما أسبق من الأخرى} أو إحدهما مطلقه والأخرى مؤرخه:

{فعلى الأولين} المطلقتين والمقارنتين {تتساقطان ويكون كما لو لم تكن بينه أصلاً} للتعارض بينهما ولا ترجيح، إلا إذا قلنا في باب البيئات بتقديم الأكثر عدداً، وكان أحدهما أكثر عدداً، كما فصل في باب الشهادات.

{وعلى الثالث} بأن كانتا مؤرختين وإحدهما أسبق {ترجح الأسبق} لأن الأسبق لا يدع مجالاً لغيره، فهو كما إذا عقد أختاً، ثم عقد الأخت الثانيه، فإن عقده الثاني يكون باطلاً.

لكن في إطلاق المصنف نظراً ظاهراً، إذ الأقسام أربعة: لأن مستند الشهادتين إما العلم، وإما الظهور،

إذا كانت تشهد بالزوجيه من ذلك التاريخ إلى زمان الثانيه وإن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانيه فكذلك إذا كانت الامراتان الأم والبنيت مع تقدم تاريخ البنيت

وإما الأول العلم والثاني الظهور، أو بالعكس.

ففى الأول: فالشهادتان متعارضتان، ولا وجه لتقديم الأسبق، وحينذاك فالمرجع إما القرعه، أو الأكثر عدداً، إذا قلنا بتقديم الأكثر عدداً.

وفى الثاني: كذلك، كما إذا شهد كل على أنه كان يعاشرها معاشره الأزواج.

وفى الثالث: يقدم الأولى، فإن المستند إلى العلم مقدم على المستند إلى ظاهر وقوع العقد، إذ الأولى ترفع مستند الثانيه.

وفى الرابع: تقدم الثانيه، لأن العلم يرفع مستند الأولى فى البقاء، وهو الاستصحاب {إذا كانت تشهد بالزوجيه من ذلك التاريخ} السابق {إلى زمان الثانيه}.

{و} أما {إن لم تشهد ببقائها إلى زمان الثانيه فكذلك} ترجح الأسبق {إذا كان الامراتان الأم والبنيت مع تقدم تاريخ البنيت} إذ بمجرد العقد على البنيت تحرم الأم، قال تعالى: (أمهات نساءكم) (١).

ص: ٤٠٦

بخلاف الأختين والأم والبنت مع تقدم تاريخ الأم، لإمكان صحه العقدين بأن طلق الأولى وعقد على الثانية في الأختين، وطلق الأم مع عدم الدخول بها، وحينئذ ففى ترجيح الثانية أو التساقت وجهان، هذا ولكن وردت روايه تدل على تقديم بينه الرجل، إلا مع سبق بينه الامراه المدعيه، أو الدخول بها فى الأختين

{بخلاف الأختين والأم والبنت مع تقدم تاريخ الأم} فلا يحكم بالأسبق {لإمكان صحه العقدين، بأن طلق الأولى وعقد على الثانية} فى الأختين {وطلق الأم مع عدم الدخول بها} إذ لو دخل بها حرمت البنت أبداً {وحيثئذ} أى حين كانت المسأله فى الأختين، وفى الأم والبنت مع تقدم تاريخ الأم مع عدم الدخول.

{ففى ترجيح الثانية} لأن مستندها الشهاده، وهى تقدم على مستند الأولى الذى هو الاستصحاب {أو التساقت} لأنهما بينتان فتساقتان {وجهان} واللازم القول بذلك التفصيل المتقدم فى مستند البيتين، فإذا كان مستند إحدى البيتين مقدماً على مستند الأخرى بطلت البيه التى مستندها مؤخر، أما مع التساوى أو الجهل بالمستند فتساقتان.

{هذا} هو مقتضى الأصل فى البيتين المتعارضتين، {ولكن وردت روايه} الزهرى المتقدمه {تدل على تقديم بينه الرجل، إلا مع سبق بينه الامراه المدعيه، أو الدخول بها فى الأختين} وقد رواها الشيخ أيضاً، عن عبد الوهاب بن عبد

وقد عمل بها المشهور في خصوص الأختين، ومنهم من تعدى إلى الأم والبنت أيضاً، ولكن العمل بها حتى في موردها مشكل، لمخالفتها للقواعد وإمكان حملها على بعض المحامل

الحميد الثقفى، عن أبي عبد الله (عليه السلام) (١).

{وقد عمل بها المشهور} بل قد ادعى بعض عدم الخلاف فيه، وبعض آخر الإجماع عليه، إلا أن المحكى عن نكت المحقق مخالفتها، {في خصوص الأختين} لأنها مورد الرواية المخالفه للقاعده، كما عرفت.

{ومنهم} كما يظهر من الجواهر الميل إليه، لكن عن المسالك وجامع المقاصد كما في المستند الجزم بعدم التجاوز عن مورد النص، {من تعدى إلى الأم والبنت أيضاً} واستندوا في ذلك إلى تعليقه (عليه السلام): «الآن الزوج قد استحق بضع هذه المرأه، وتريد أختها فساد النكاح فلا تصدق...».

{ولكن العمل بها حتى في موردها مشكل، لمخالفتها للقواعد} وذلك لأن تقديم بينه الزوج على بينه الأخت لا وجه له مع أنهما متعارضتان، وقد تقدم الإشكال في توجيه كشف اللثام لجعله موافقاً للقاعده.

{وإمكان حملها على بعض المحامل} كما ذكره الحدائق، من أن حكمه بتقديم بينه الرجل وصحة دعواه وبطلان دعوى الأخت، لعله لأمر ظهر له (عليه السلام) بقرائن الحال يومئذ.

وفيه: إن ذلك خلاف الظاهر، ولا يصار إلى مثله لمجرد أن الروايه مخالفه

ص: ٤٠٨

التي لا تخالف القواعد.

السادسه: إذا تزوج العبد بمملوكه، ثم اشتراها بإذن المولى، فإن اشتراها للمولى بقى نكاحها على حاله، ولا إشكال فى جواز وطئها

للقاعده، فإنه كما ذكر المستمسك أكثر الروايات الداله على الوجوب والحرمة ونحوهما مخالفه للقواعد العامه، فلا وجه لحملها على المحامل {التي لا تخالف القواعد}.

ثم إن غير واحد منهم ذكروا الافتقار إلى اليمين، حسب القواعد العامه، إلا أن فى المستند وعن غيره عدم الاحتياج إليها، لخلو النص عنها، بينما هو فى مقام البيان، كما يظهر من تفصيله، فالقول بلزوم اليمين لجواز وقوع عقد لم يطلع عليه البينه، غير تام.

وكيف كان، فالظاهر لزوم العمل بالنص فى مورده، كما لا يبعد التعدى عنه، وإن كان رعايه الاحتياط أولى، ولذا قال ابن العم: (العمل بالروايه فى موردها هو المتعين)، وقال السيد البروجردى: (لا إشكال فيه بعد عمل المعظم، وانما الإشكال فى التعدى).

مسأله ٦ لو اشترى العبد زوجته المملوكه

{السادسه: إذا تزوج العبد بمملوكه، ثم اشتراها بإذن المولى} أو اشتراها بغير إذنه لكنه أجاز بعد ذلك، {فإن اشتراها للمولى، بقى نكاحها على حاله} للأصل بعد أن لم يكن دليل على بطلان النكاح، فحالها حال العبد الزوج إذا انتقلت ملكيته من سيد إلى سيد.

{ولا إشكال فى جواز وطئها} إذا رضى مولاها

وإن اشتراها لنفسه بطل نكاحها وحلت له بالملك، على الأقوى من ملكيه العبد، وهل يفتقر وطبها حينئذ إلى الإذن من المولى أو لا، وجهان، أقواهما ذلك

الجديد، إذ لا يجوز التصرف في ملك الغير إلا بإذنه، أما بالنسبة إلى وطبها حال كونها ملكاً للمولى الأول فلأنه هو الذى عقدها.

{وإن اشتراها لنفسه، بطل نكاحها} بل فى الجواهر دعوى الإجماع بقسميه عليه.

وقد استدلوا لذلك بقوله تعالى: (إلا على أزواجهم، أو ما ملكت أيمانهم) (١١)، بناءً منهم على ظهوره فى منع الجمع بينهما، ويؤيده أن لكل أثرًا، فالطلاق يأتى فى الزواج دون الملك، وكذلك القسم والبيع يأتى فى الملك دون الزواج، والضروره قائمه على أنه لا يأتى الأثران فى مفروض الكلام، بأن يجوز بيعها ويجوز طلاقها، كما أن استحقاقه الجمع بين القسم لكونها زوجه، وعدم القسم لكونها أمه، يعطيان عدم الجمع بين الملك والزوجه.

{وحلت له بالملك} بالضروره والإجماع ولعموم الآيه، ويؤيد عدم الجمع بين الأمرين ما دل على عتق الجاربه ثم زواجها، ولو جمع الأمران أمكن زواجها فى حال كونها أمه له.

{على الأقوى من ملكيه العبد} وقد حقق ذلك فى محله.

{وهل يفتقر وطبها حينئذ} حين اشتراها لنفسه {إلى الإذن من المولى} لأنه تصرف فى نفسه، والعبد لا يقدر على شىء نصاً وإجماعاً {أو لا} لأنها زوجته، والزوج يتصرف فى زوجته حسب ما قرره الشرع، {وجهان، أقواهما ذلك} كما

ص: ٤١٠

لأن الإذن السابق إنما كان بعنوان الزوجيه، وقد زالت بالملك، فيحتاج إلى الإذن الجديد.

ولو اشترها لا بقصد كونها لنفسه أو للمولى، فإن اشترها بعين مال المولى كانت له وتبقى الزوجيه، وإن اشترها بعين ماله كانت له وبطلت الزوجيه

فى الجواهر لما تقدم.

لا يقال: لا يحتاج إلى الاذن، لأن الإذن السابق كاف.

لأنه يقال: لا يكفى الإذن السابق {لأن الإذن السابق إنما كان بعنوان الزوجيه، وقد زالت بالملك، فيحتاج إلى الإذن الجديد}.

وفيه نظر، لما ذكره المستمسك من أن الزوجيه ليست مقومه لموضوع الاستصحاب عرفاً، فزوالها لا يوجب تبدل الموضوع، فلا مانع من الاستصحاب.

ومنه يعرف العكس، وهو ما لو كانت ملكاً له ثم أعتقها وتزوجها، أو باعها من إنسان وتزوجها.

{ولو اشترها لا- بقصد كونها لنفسه أو للمولى، فإن اشترها بعين مال المولى كانت له { أى للمولى إذا أجاز المولى، أو كان وكياً فى التصرف فى ماله، فإن المعاوضه تقتضى أن يدخل المعوض فى كيس من خرج من كيسه العوض، {وتبقى الزوجيه} لما تقدم من الأصل.

{وإن اشترها بعين ماله كانت له { للعبد {وبطلت الزوجيه} وجاز وطبها باعتبار الملك، لما سبق من عدم الجمع بين الأمرين.

وكذا إن اشتراها في الذمه، لانصرافه إلى ذمه نفسه، وفي الحاجة إلى الإذن الجديد وعدمها الوجهان.

السابعه: يجوز تزويج

{وكذا} تكون له {إن اشتراها في الذمه، لانصرافه إلى ذمه نفسه}، المراد ارتكاز ذلك، لا الانصراف اللفظي، لأن كلامنا في مقام الثبوت لا- مرحله الإثبات، وإذا كان الارتكاز إلى ذمه المولى _ كما إذا كان يتصرف في أموال المولى ومن قبله تجاره _ كانت الأمه للمولى.

{وفي الحاجة إلى الإذن الجديد وعدمها الوجهان} السابقان.

مسألة ٧ إذا ادعت المرأة أنها خليه

{السابعه: يجوز تزويج} المرأة نفسها لرجل يقدم على زواجها، ولا حاجة إلى التحقيق هل أنه يجوز له التزويج من جهة أن له أربعاً أم لا أو هل يجوز له التزويج بها لأنه قد تزوج بنتها أو أمها، أو في حالته الآن أختها، وإنما لم يكن حاجة إلى التحقيق حملاً لفعل المسلم على الصحيح.

ومنه يعلم أنه لا حاجة إلى التحقيق بالنسبه إلى العاقد الذي يريد عقد امرأه لرجل، بأن يسأل هل هو يحق لها التزويج، من جهة عده، أو كونها مزوجه الآن، أو ما أشبه ذلك، فما يعتاده بعض العاقدين من التحقيق، خصوصاً بالنسبه إلى المطلقه، لاحتمال بطلان طلاقها، أو عدم انقضاء عدتها، ليس إلا من باب الاحتياط الذي هو سبيل النجاه، ومن باب الإتقان، وقد قال (صلى الله عليه وآله): «رحم الله امرأً عمل عملاً فأتقنه».

ص: ٤١٢

امراه تدعى أنها خليه من الزوج من غير فحص

وهل للرجل أن يعقد على امراه يشك أنها بنت أو أم أو أخت لزوجته، أو أنها محرمة عليه لوجه آخر، وكذا في المرأة، الظاهر عدم الحاجه إلى التحقيق للأصل، وإن كان الاحتياط أولى من جهه أنها فرج، والاحتياط في الفروج أكد.

نعم إذا كان معرضاً يحتاط بالفحص، لما ذكرناه مكرراً من وجوب الفحص في الموضوعات، كوجوبه في الأحكام، فتأمل.

ومما تقدم يعلم أنه يجوز تزويج {امراه تدعى أنها خليه من الزوج، من غير فحص} بلا- خلاف، بل ربما يظهر من تسالمهم الإجماع عليه، للأصل، وجمله من الأخبار:

كخبر ميسر، قال: قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): ألق المرأة بالفلاحة التي ليس فيها أحد، فأقول لها ألك زوج، فتقول: لا، فأتزوجها، قال (عليه السلام): «نعم هي المصدقه على نفسها»^(١).

وخير أبان بن تغلب، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، في المرأة الحسنة تُرى في الطريق، ولا يعرف أن تكون ذات بعل أو عاهره، قال (عليه السلام): «ليس هذا عليك، وإنما عليك أن تصدقها»^(٢).

ص: ٤١٣

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٥٦ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح ١

٢- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٨٩ الباب ٩ من أبواب المتعه ح ١

مع عدم حصول العلم بقولها، بل وكذا إذا لم تدع ذلك، ولكن دعت الرجل إلى تزويجها أو أجابت إذا دعيت إليه

وتقدم خبرا عبد العزيز بن المهتدي ويونس(١) في المسألة الثالثة، وهما يدلان على نفس الحكم، كما أن مثل خبر يونس خبر حسين بن سعيد(٢).

بل ربما يستفاد ذلك من خبر الجعفریات، عن الباقر (عليه السلام)، قال: «الطلاق بالرجال، والعهدة بالنساء»(٣)، إن أريد منه أن قولهن في العدة مقبولة، كما استفاد منه المستدرک.

ومما ذكر يعلم لزوم حمل خبر الجعفریات على بعض المحامل، كالاستحباب أو كونه في صورته الاتهام، فقد روى عن علي (عليه السلام)، في امرأه قدمت على قوم فقالت: إنه ليس لى زوج، ولا يعرفها أحد، فقال (عليه السلام): «لا تزوج حتى تقيم شهوداً عدولاً أنه لا زوج لها»(٤).

{مع عدم حصول العلم بقولها} بل وإن حصل الظن غير المعتبر بأنها ذات زوج.

{وكذا إذا لم تدع ذلك، ولكن دعت الرجل إلى تزويجها، أو أجابت إذا دعيت إليه} للأصل.

ص: ٤١٤

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٥٦ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح ٢

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٥٦ الباب ١٠ م ك ن أبواب المتعه ح ١

٣- المستدرک: ج ٣ ص ٢٠ الباب ٢٢ من أبواب العدد ح ١

٤- المستدرک: ج ٢ ص ٥٦٤ الباب ١٥ من أبواب عقد النكاح ح ٢

بل الظاهر ذلك، وإن علم كونها ذات بعل سابقاً وادعت طلاقها أو موته

ويدل عليه خبر الفضل مولى محمد بن راشد، عن أبي عبد الله (عليه السلام)، قال: قلت: إني تزوجت امرأة متعه، فوقع في نفسي أن لها زوجاً، فسألتها، فقال أبو عبد الله (عليه السلام): «ولم سألتها»^(١).

وخبر محمد بن عبد الله الأشعري، قال: قلت للرضا (عليه السلام): الرجل تزوج بالمرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً، فقال (عليه السلام): «وما عليه، أرايت لو سألتها بينه، فهل يجد من يشهد ليس لها زوج»^(٢).

أما خبر عمر بن حنظله، قلت لأبي عبد الله (عليه السلام): إني تزوجت امرأة فسألت عنها فقيل فيها، فقال (عليه السلام): «وأنت لم سألت، أيضاً ليس عليكم التفيتش»^(٣)، فهو غير ظاهر فيما نحن فيه كما ذكره المستمسك، وإن أدرجه الوسائل في باب أن المرأة مصدقه في عدم الزوج.

{بل الظاهر ذلك، وإن علم كونها ذات بعل سابقاً وادعت طلاقها أو موته}، للأصل، أي حمل فعل المسلم على الصحيح، بالإضافة إلى الإطلاق، فهو مثل العكس، بأن علمت المرأة أن الرجل له أربع نساء، ثم يقدم على زواجها، فإن لها أن تحمل فعلها على الصحيح، فتزوج منه بدون السؤال عنه.

ص: ٤١٥

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٥٧ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح ٣

٢- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٥٧ الباب ١٠ من أبواب المتعه ح ٥

٣- الوسائل: ج ١٤ ص ٢٢٨ الباب ٢٥ من أبواب المتعه ح ١

نعم لو كانت متهمه فى دعواها فالأحوط الفحص عن حالها، ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجه من غاب غيبه منقطعه ولم يعلم موته وحياته

وكذا إذا طلق الرابعه ولم تعلم الخامسه هل أن عدتها منقضيه أم لا، إلى غيرها من الأمثله.

{نعم لو كانت متهمه فى دعواها} موت زوجها أو طلاقها {فالأحوط الفحص من حالها}، والظاهر أن الاحتياط استحبابى، ولذا أفتى الشرائع وغيره باستحباب السؤال مع التهمه، بل يظهر عن الحدائق وغيرها أنه إجماعى، ويدل عليه حمل فعل المسلم على الصحيح، وبعض الروايات السابقه.

وإن كان يدل على لزوم السؤال صحيح أبى مريم، عن أبى جعفر (عليه السلام): أنه سئل عن المتعه، فقال (عليه السلام): «المتعه اليوم ليست كما كانت قبل اليوم، إنهن كن يومئذ يؤمن واليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن» (١).

لكن تعليله ظاهر فى الاستحباب، كما أن بعض الروايات السابقه المؤيده بالأصل مقدمه عليه، خصوصاً والمشهور يؤيد عدم السؤال، أما روايه الجعفریات (٢) السابقه فقد عرفت عدم إمكان العمل بظاهرها.

{ومن هنا ظهر جواز تزويج زوجه من غاب غيبه منقطعه ولم يعلم موته وحياته} إذا أخبرت بأنها لا زوج لها، لأن قولها حجه، حملاً لفعل المسلم، بل

ص: ٤١٦

١- الوسائل: ج ١٤ ص ٤٥١ الباب ٦ من أبواب العدد ح ١

٢- المستدر ك: ج ٢ ص ٥٦٤ الباب ١٥ من أبواب عقد النكاح ح ١

إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الأمارات والقرائن أو بأخبار المخبرين، وإن لم يحصل العلم بقولها، ويجوز للوكيل أن يجرى العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم، ولكن الأحوط الترك خصوصاً إذا كانت متهمه.

لا يبعد كفايه مجرد إقدامها، ككفايه مجرد إقدام زوج له أربع نسوة غابت إحداهن مثلاً، فلا حاجة إلى قوله: {إذا ادعت حصول العلم لها بموته من الأمارات والقرائن أو بأخبار المخبرين، وإن لم يحصل العلم بقولها} فإن كونهن المصدقات _ كما تقدم في روايه ميسر(1) _ يقتضى الاعتماد عليها قولاً وفعلاً.

{و} كما يجوز للرجل أن يتزوجها، كذلك {يجوز للوكيل أن يجرى العقد عليها ما لم يعلم كذبها في دعوى العلم} بل قد عرفت أن أصله الصحة في فعل المسلم تقتضى صحه كلامها وإن لم تُظهر العلم بموت زوجها، بالإضافة إلى ما تقدم من إطلاق أنها مصدقه، وحجيه قول ذى اليد، والإنسان ذو يد على نفسه، وقاعده تسلط الناس على أنفسهم، ووحده الملاك بين الرجل المقدم على عقد الخامسة وأخت الزوجه وما أشبهه، وبين المرأه المقدمه على الزواج.

{ولكن الأحوط الترك خصوصاً إذا كانت متهمه} لما تقدم.

ثم الظاهر أنه لا يحتاج إلى التحقيق إذا ادعت أنها مسلمه، أو أنه مسلم.

وأما إذا كان في بلد لم يعلم أنه أو أنها مسلم، فإذا كان من بلاد الإسلام

ص: ٤١٧

الثامنة: إذا ادعت امرأه أنها خليه، فتزوجها رجل، ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل، لم تسمع دعواها، نعم لو أقامت البينه على ذلك فرق بينها وبينه، وإن لم يكن هناك زوج معين بل شهدت بأنها ذات بعل على وجه

كفى إقدامه على الزواج وإن لم يعلم بأنه أو أنها مسلم، كما هو كذلك بالنسبة إلى اللقيط والميت واللحوم وما أشبهه.

مسألة ٨ إذا ادعت المرأة أنها خليه ثم ادعت خلافه

{الثامنة: إذا ادعت امرأه أنها خليه، فتزوجها رجل، ثم ادعت بعد ذلك كونها ذات بعل، لم تسمع دعواها} لعدم الدليل على سماع دعواها، وأصالة صحه العقد تقتضى عدم السماع، كما فى كل من أراد بعد العقد أن يبطل العقد بادعاء فقد شرط أو وجود مانع، ولو ادعت علم الزوج بذلك كان لها حق الحلف عليه، فإن حلف بعدم علمه كفى.

{نعم لو أقامت البينه على ذلك فرق بينها وبينه} لتقدم البينه على أصالة الصحه، ثم إنها إذا ادعت الاشتباه كان لها أقل الأمرين من المهر المسمى والمثل.

وكذا إذا لم تدع شيئاً لأصالة حمل فعلها على الصحه، وإن ادعت العلم والعمد حدّت، ولا مهر لها لأنه «لا مهر لبغى».

ثم لا يخفى أنه يلزم أن تكون البينه بينه العلم، لا بينه أنها كانت مزوجه، إذ التعارض حينئذ يكون بين الاستصحاب وبين أصالة الصحه، والثانية مقدمه على الأولى، كما فى سائر الموارد.

{وإن لم يكن هناك زوج معين بل شهدت} البينه {بأنها ذات بعل على وجه

التاسعة: إذا وكلا وكيلاً في إجراء الصيغه في زمان معين، لا يجوز لهما المقاربه بعد مضي ذلك الزمان

الإجمال { لإطلاق أدله البينه.

ومما تقدم يظهر الكلام فيما إذا ادعى الزوج بعد أن عقد عليها بأنها خامسه زوجاته، أو أنه متزوج بأختها مثلاً، فإنه لا يسمع دعواه، بل يحتاج إلى البينه، ولا- فائده في أن يقال له اتركها، ولا تحتاج إلى إقامة الدعوى، إذ لا ينفع تركها في إسقاط نفقه العده، ولا في إرجاع المهر إلى أقل الأمرين من المثل والمسمى، كما هو واضح.

مسألة ٩ لا تجوز المقاربه إلا بعد العلم بالعقد

{التاسعة: إذا وكلا- وكيلاً- في إجراء الصيغه في زمان معين، لا- يجوز لهما المقاربه { أو ترتيب سائر آثار الزوجيه كالاستمتاع والنظر إلى ما لا يحل لغير الزوج النظر إليه {بعد مضي ذلك الزمان} وذلك للشك في تحقق العقد الموجب للرجوع إلى أصله العدم، وكما لا يحق لهما الاستمتاع كذلك لا يحق لها مطالبته بالقسم والنفقه والمهر.

وهل يحق لهما الزواج بالخامسه وبزوج آخر، احتمالان، من الأصل، ومن قاعده الاحتياط، خصوصاً في الفروج، والأحوط أكيداً الفحص.

ثم الظاهر أنه يجب على الوكيل الإ-جاء في الزمان المعين إذا كان الأمر معرضاً لترتيبها آثار العقد، وكذا فيما كان معرضاً لترتيب ذويهما، كأن ينظر

إلا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه، ولا يكفي الظن بذلك وإن حصل من إخبار مخبر بذلك، وإن كان ثقة

الزوج إلى أم الزوجه، والزوجه إلى ولد الزوج نظراً لا- يحل لغير المحرم، وإنما يجب لأنه بتركة النكاح يوقع الناس في الحرام الواقعي، ومنع المنكر واجب كالنهى عن المنكر، فالتمسك بعدم الوجوب لأصله عدمه، وبأنهما حيث لا يعلمان بأن عملهما حرام فلا حرمه لهما غير تام، بل حال ذلك حال ما إذا وكلاهما في إجراء العقد فأجريا ألفاظاً فارغه أوهماهما بأنها ألفاظ العقد، حيث رتباً بعد ذلك آثار العقد على ألفاظهما.

ثم إنه لو نسي الوكيل، ثم تذكر وجب عليه إما إخبارهما بعدم العقد، أو الإسراع في عقدهما، لكن إنما له الإسراع إذا لم يعلم بسحبهما كلامهما لنشوب نزاع أو نحوه بينهما، ولم يعلم بعروض ما يمنع عن بقاء الوكالة، كموت أحدهما أو كتزويج الرجل بالخامسة مثلاً، ولو من باب جهلها بأنه لا- يجوز الجمع بين أكثر من أربع {إلا إذا حصل لهما العلم بإيقاعه، ولا يكفي الظن بذلك} لأنه ليس بحجه {وإن حصل من إخبار مخبر بذلك وإن كان ثقة}، لكننا قد احتملنا في بعض كتب (الفقه) الكفاية لبناء العقلاء، ولقوله (عليه السلام): «حتى يستبين لك غير ذلك، أو تقوم به اليه»^(١). وإخبار الثقة استبانته، ومقابلته بالبينه لأن بعض الموضوعات بحاجة إلى اليه ككثير من أبواب الشهادات.

ص: ٤٢٠

١- المستدر ك: ج ٣ ص ١٩٠ الباب ٣ من أبواب صفات القاضي ح ٣

نعم لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقة، بل مطلقاً، لأن قول الوكيل حجه فيما وكل فيه.

وعلى كل حال، فلا يجوز فتوى أو احتياطاً ترتيبهما آثار عدم الزوجية _ الآثار المحرمة كتزويج الخامسة _ بعد إخبار الثقة.

ومثل إخبار الثقة الشيعية بأن الوكيلين عقداً وإن لم يفد العلم، لما ذكرناه في كتاب التقليد من عدم لزوم العلم في الشيعية فراجع.

{نعم لو أخبر الوكيل بالإجراء كفى إذا كان ثقة، بل مطلقاً، لأن قول الوكيل حجه فيما وكل فيه} لقاعده: «من ملك شيئاً ملك الإقرار به»، ولغيرها مما ذكره في باب الوكالة.

ص: ٤٢١

- مسألة ١ _ وطى المعتده عن شبهه..... ٢٣
- مسألة ٢ _ الملاك علم الزوج لا الولي..... ٢٧
- مسألة ٣ _ المطلقة رجعيه زوجه..... ٣٠
- مسألة ٤ _ الاعتبار فى الدخول..... ٣٥
- مسألة ٥ _ لو شك أنها فى العده..... ٣٧
- مسألة ٦ _ حكم الجهل بالحكم وبالموضوع فى العده..... ٤٢
- مسألة ٧ _ العلم الإجمالى بالعهده..... ٤٣
- مسألة ٨ _ لو شك بأنها فى عده نفسه أو غيره..... ٤٥
- مسألة ٩ _ صور التزويج بذات البعل..... ٤٦
- مسألة ١٠ _ إذا تزوجها فى عده لم تشرع فيها..... ٥٢
- مسألة ١١ _ حكم الولد بين الزوج وغيره..... ٥٤
- مسألة ١٢ _ إذا كانت عدتان..... ٥٩
- مسألة ١٣ _ هل الثالث مهر المثل أو المسمى..... ٧٢

- مسألة ١٤ _ مبدأ عده وطى الشبهه..... ٧٦
- مسألة ١٥ _ لا مهر إذا كانت عالمه..... ٧٩
- مسألة ١٦ _ لا يتعدد المهر بتعدد الوطى..... ٨٠
- مسألة ١٧ _ الترويح بالمرأه الزانيه..... ٨٢
- مسألة ١٨ _ لو زنت الزوجه لم تحرم..... ٩٦
- مسألة ١٩ _ إذا زنى بذات البعل..... ١٠١
- مسألة ٢٠ _ لو شك فى كونها فى العده..... ١٠٧
- مسألة ٢١ _ من أوقب غلاما..... ١٠٩

فصل فى المحرمات الأبدية

١٢١ _ ١٢٣

فصل فى المحرمات بالمصاهره

١٢٥ _ ٢٧٥

- مسألة ١ _ حرمه زوجه كل من الأب والابن..... ١٢٩
- مسألة ٢ _ تحرم مملوكه أحدها بالدخول..... ١٣٦
- مسألة ٣ _ حرمه أم الزوجه وبناتها..... ١٣٩
- مسألة ٤ _ أقسام الدخول..... ١٤٩
- مسألة ٥ _ عدم جواز وطى مملوكه الأب والابن..... ١٥٢
- مسألة ٦ _ تقويم الأب مملوكه الإبن..... ١٥٤
- مسألة ٧ _ زنا الابن بمملوكه الأب..... ١٥٧

- مسألة ٨ _ وطى أحدهما مملوكه الآخر..... ١٥٨
- مسألة ٩ _ النكاح على العمه والخاله..... ١٦٠
- مسألة ١٠ _ الجمع بين العمه والخاله..... ١٦٤
- مسألة ١١ _ حكم اقتران العقدين..... ١٦٦
- مسألة ١٢ _ عدم الفرق بين المسلمتين والكافرتين..... ١٦٧
- مسألة ١٣ _ عدم الفرق فى العالى والدانى..... ١٦٨
- مسألة ١٤ _ هل يكفى الرضا الباطنى..... ١٦٩
- مسألة ١٥ _ لو أذنت ثم رجعت..... ١٧٠
- مسألة ١٦ _ لو رجعت عن الإذن بعد العقد..... ١٧١
- مسألة ١٧ _ الظاهر كفايه إذنهما..... ١٧٢
- مسألة ١٨ _ إعتبار إذنهما من باب الحكم الشرعى..... ١٧٤
- مسألة ١٩ _ إذا شرط فى عقدهما إذنهما..... ١٧٥
- مسألة ٢٠ _ إذا أجازتا بعد الزواج..... ١٧٧
- مسألة ٢١ _ لو شك فى سبق عقد أحدهما..... ١٨٠
- مسألة ٢٢ _ إذا ادعتا عدم الإذن..... ١٨١
- مسألة ٢٣ _ لو تزوج ثم شك فى الإذن..... ١٨٣
- مسألة ٢٤ _ لو حصل بنتيه الأخ أو الأخت بعد الترويح..... ١٨٤
- مسألة ٢٥ _ لو طلق طلاقا رجعيا..... ١٨٥
- مسألة ٢٦ _ لو طلق طلاقا خلعيًا..... ١٨٦
- مسألة ٢٧ _ هل يجرى الحكم فى المملوكتين..... ١٨٨

مسأله ٢٨ _ الزنا الطارئ على الترويج ١٨٩

مسأله ٢٩ _ لو زنى بمملوكه أبيه ٢٠٥

ص: ٤٢٥

- مسألة ٣٠ _ عدم الفرق فى الزنا بين القبل والدير..... ٢٠٧
- مسألة ٣١ _ لو شك فى تحقق الزنا..... ٢٠٨
- مسألة ٣٢ _ لو علم بأنه زنى بإحدهما..... ٢٠٩
- مسألة ٣٣ _ عدم الفرق بين الاختيار والاجبار فى الزنا..... ٢١٠
- مسألة ٣٤ _ لو طلق الزوج بعد الزنا..... ٢١٢
- مسألة ٣٥ _ لو زوجه فضولا ثم زنى بأمرها..... ٢١٤
- مسألة ٣٦ _ منظوره ومملوسه الأب..... ٢١٥
- مسألة ٣٧ _ المرأة المملوكه..... ٢١٧
- مسألة ٣٨ _ النظر واللمس بشهوه..... ٢٢٢
- مسألة ٣٩ _ يحرم الجمع بين الأختين..... ٢٢٣
- مسألة ٤٠ _ لو تزوج أختا وملك أختا..... ٢٢٩
- مسألة ٤١ _ وطى إحدى الأختين..... ٢٣١
- مسألة ٤٢ _ لو تزوج بأخت ثانيه بعد الزواج بالأولى..... ٢٣٤
- مسألة ٤٣ _ لو تزوج الأختين..... ٢٣٨
- مسألة ٤٤ _ لو اقترن عقد الأختين..... ٢٥٠
- مسألة ٤٥ _ لو وطأ إحدى الأختين المملوكتين..... ٢٥٥
- مسألة ٤٦ _ فروع الجمع بين الأختين..... ٢٥٧
- مسألة ٤٧ _ لو كانت الأختان من الزنا..... ٢٥٩
- مسألة ٤٨ _ إذا طلق الأخت رجعيا..... ٢٦٣
- مسألة ٤٩ _ إذا زنى بإحدى الأختين..... ٢٦٧

مسأله ٥٠ _ جواز الجمع بين فاطميتين ٢٦٩

مسأله ٥١ _ ٥٧ _ مسائل فى تزويج الأمه ٢٧٤

ص: ٤٢٦

فصل فى نكاح الإماء

٢٧٧ _ ٢٧٩

فصل فى نكاح العبيد

٢٨١ _ ٢٩٢

فصل فى الطوارئ

٢٩٣ _ ٢٩٦

فصل فى العقد وأحكامه

٢٩٧ _ ٣٧٠

- مسأله ١ _ اشتراط الصيغه فى النكاح..... ٢٩٧
- مسأله ٢ _ كفايه الإشاره للأخرس..... ٣١٦
- مسأله ٣ _ عدم كفايه الكتابه..... ٣١٧
- مسأله ٤ _ عدم وجوب التطابق فى الألفاظ..... ٣١٨
- مسأله ٥ _ كفايه قول: نعم..... ٣١٩
- مسأله ٦ _ اللحن فى الصيغه..... ٣٢١
- مسأله ٧ _ قصد الإنشاء فى الصيغه..... ٣٢٢
- مسأله ٨ _ عدم اشتراط معرفه الفعل والفاعل فى المجرى..... ٣٢٣
- مسأله ٩ _ الموالاه بين الإيجاب والقبول..... ٣٢٤
- مسأله ١٠ _ إتحداد مجلس الإيجاب والقبول..... ٣٢٦
- مسأله ١١ _ التنجيز فى النكاح..... ٣٢٨

- مسألة ١٢ _ العقد المخالف للاحتياط ٣٣٣
- مسألة ١٣ _ العاقد يجب كماله ٣٣٥
- مسألة ١٤ _ لا بأس بعقد السفية ٣٤٥
- مسألة ١٥ _ عدم اشتراط الذكوره للعاقد ٣٤٦
- مسألة ١٦ _ بقاء المتعاقدين على الأهليه ٣٤٨
- مسألة ١٧ _ يشترط تعيين الزوج والزوجه ٣٥٢
- مسألة ١٨ _ اختلاف الاسم والوصف ٣٥٧
- مسألة ١٩ _ صور اختلاف الزوجين ٣٥٩
- مسألة ٢٠ _ لا يصح نكاح الحمل وانكاحه ٣٦٦
- مسألة ٢١ _ لا يشترط علم كل من الزوجين بأوصاف الآخر ٣٦٩

فصل فى مسائل متفرقه

٣٧١ _ ٤٢١

- مسألة ١ _ عدم اشتراط الخيار فى النكاح ٣٧١
- مسألة ٢ _ لو ادعى أحدهما الزوجيه وصدقه الآخر ٣٧٧
- مسألة ٣ _ لو تزوج امرأه تدعى خلوها ٣٨٦
- مسألة ٤ _ هل يجوز التزويج قبل تمام الدعوى ٣٩٥
- مسألة ٥ _ لو ادعت أخت الزوجه: أنها زوجه الرجل ٣٩٩
- مسألة ٦ _ لو اشترى العبد زوجته المملوكه ٤٠٩
- مسألة ٧ _ إذا ادعت المرأه أنها خليه ٤١٢
- مسألة ٨ _ إذا ادعت المرأه أنها خليه ثم ادعت خلافه ٤١٨

مسأله ٩ _ لا تجوز المقاربه إلا بعد العلم بالعقد ٤١٩

ص: ٤٢٨

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ
هَلْ يَسْتَوِي الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ٩

المقدمة:

تأسس مركز القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان بإشراف آية الله الحاج السيد حسن فقيه الإمامي عام ١٤٢٦ الهجرى في المجالات الدينية والثقافية والعلمية معتمداً على النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائيين والمثقفين في الجامعات والحوزات العلمية.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلّة المراكز القائمية بتوفير المصادر في العلوم الإسلامية وتبعثها في أنحاء البلاد وصعوبة الحصول على مصادرها أحياناً، تهدف مؤسسة القائمية للدراسات الكمبيوترية في أصفهان إلى التوفير الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلى الباحثين في العلوم الإسلامية وتقديم المؤسسة مجاناً مجموعةً إلكترونيةً من الكتب والمقالات العلمية والدراسات المفيدة وهي منظمة في برامج إلكترونية وجاهزة في مختلف اللغات عرضاً للباحثين والمثقفين والراغبين فيها. وتحاول المؤسسة تقديم الخدمة معتمدةً على النظرة العلمية البحتة البعيدة من التعصبات الشخصية والاجتماعية والسياسية والقومية وعلى أساس خطة تنوى تنظيم الأعمال والمنشورات الصادرة من جميع مراكز الشيعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامية وتعاليم القرآن وآل بيت النبي عليهم السلام
تحفيز الناس خصوصاً الشباب على دراسة أدق في المسائل الدينية
تنزيل البرامج المفيدة في الهواتف والحاسوبات واللابتوب
الخدمة للباحثين والمحققين في الحوزات العلمية والجامعات
توسيع عام لفكرة المطالعة
تهميد الأرضية لتحريض المنشورات والكتّاب على تقديم آثارهم لتنظيمها في ملفات إلكترونية

السياسات:

مراعاة القوانين والعمل حسب المعايير القانونية
إنشاء العلاقات المترابطة مع المراكز المرتبطة
الاجتناب عن الروتين وتكرار المحاولات السابقة
العرض العلمي البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ في نشر المعلومات
من الواضح أن يتحمل المؤلف مسؤولية العمل.

نشاطات المؤسسة:

طبع الكتب والملزمات والدوريات

إقامة المسابقات في مطالعة الكتب

إقامة المعارض الالكترونية: المعارض الثلاثية الأبعاد، أفلام بانوراما في الأمكنة الدينية والسياحية

إنتاج الأفلام الكرتونية والألعاب الكمبيوترية

افتتاح موقع القائمة الانترنتى بعنوان : www.ghaemiyeh.com

إنتاج الأفلام الثقافية وأقراص المحاضرات و...

الإطلاق والدعم العلمى لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدينية والأخلاقية والاعتقادية والردّ عليها

تصميم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ويب كيوسك kiosk، الرسالة القصيرة (sms)

إقامة الدورات التعليمية الالكترونية لعموم الناس

إقامة الدورات الالكترونية لتدريب المعلمين

إنتاج آلاف برامج فى البحث والدراسة وتطبيقها فى أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ويمكن تحميلها على ٨ أنظمة؛

JAVA.١

ANDROID.٢

EPUB.٣

CHM.٤

PDF.٥

HTML.٦

CHM.٧

GHB.٨

إعداد ٤ الأسواق الإلكترونية للكتاب على موقع القائمة ويمكن تحميلها على الأنظمة التالية

ANDROID.١

IOS.٢

WINDOWS PHONE.٣

WINDOWS.٤

وتقدّم مجاناً فى الموقع بثلاث اللغات منها العربية والانجليزية والفارسية

الكلمة الأخيرة

نتقدم بكلمة الشكر والتقدير إلى مكاتب مراجع التقليد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسسات، الكتاب وكل من قدم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اي، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الإلكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٠٢١ - ٨٨٣١٨٧٢٢

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩ شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.

مركز
للبحوث والتحريرات الكمبيوترية
اصبهان
الغمامية



للحصول على المكتبات الخاصة الاخرى
ارجعوا الى عنوان المركز من فضلكم
www.Ghaemiyeh.com

www.Ghaemiyeh.net

www.Ghaemiyeh.org

www.Ghaemiyeh.ir

و للايحاء من فضلكم

٠٩١٣ ٢٠٠٠ ١٥٩

